

**Dernek Özgürlüğü ve Cinsel Yönelime Dayalı
Ayrımcılık Sorunu:
Lambdaistanbul Davası Kararları
(Karar İncelemesi)**

Mesut GÜLMEZ*

T.C.
YARGITAY
7. Hukuk Dairesi

Esas: 2008/4109;
Karar: 2008/5196

Mahkemesi: Beyoğlu Asliye 3. Hukuk Mahkemesi
Tarihi: 29.05.2008
Numarası: 2007/190 - 2008/236
Davacı: K.H.
Davalı: Lambda İstanbul Lezbiyen, Gey, Biseksüel, Travesti,
Transeksüel Kadın ve Erkekler Arası Dayanışma
Derneği

YARGITAY İLAMI

Taraflar arasında görülen dava sonucunda verilen hükmün, Yargıtay'ca duruşmalı olarak incelenmesi belirlenen saatte temyiz eden davalı Lambda İstanbul Lezbiyen, Gey, Biseksüel, Travesti, Transeksüel Kadın ve Erkekler Arası Dayanışma Derneği vekili Av. Fırat Söyle ve Av. Basri Akyüz geldi. Gelenlerin huzuru ile duruşmaya başlandı. Duruşmada hazır bulunun tarafların sözlü açıklamaları dinlendi. Duruşmanın bittiği bildirildi. Tetkik hakiminin raporu okundu. Dosyadaki belgeler incelendi, tetkik hakiminin açıklamaları dinlendi. Gereği düşünüldü.

Dava, derneğin feshi istemine ilişkindir.

Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş ise de, varılan sonuç dosya içeriğinden toplanan delillere ve yasal düzenlemelere uygun düşmemiştir.

Ülkemizin de onaylayarak katıldığı Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi'nin 20 ve Medeni ve Siyasi Haklara ilişkin Sözleşme'nin 22. maddesi hükümlerinde herkesin dernek kurma hakkına sahip olduğu belirtilmiş, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 11. maddesi hükmünde de aynı husus tekrarlandıktan sonra bu hakkın kullanılmasına ancak ulusal güvenlik, kamu düzeninin korunması,

* Prof. Dr.

suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için zorunlu olan ölçüde ve yasa ile öngörülme koşuluyla müdahale edebileceği, 14. maddesi hükmünde ise bu sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanmanın cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma, servet, doğum veya herhangi başka bir durum bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanacağı açıklanarak ayrımcılık yasaklanmıştır.

İç hukuka gelince, Anayasamızın 10 maddesi hükmünde herkesin dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu, devlet organları ve idare makamlarının bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunda oldukları, kişinin hak ve ödevlerini önceden izin almaksızın dernek kurma ve bunlara üye olma ya da üyelikten çıkma hürriyetine sahip bulunduğu, dernek kurma hürriyetinin ancak, milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlak ile başkalarının hürriyetlerinin korunması sebepleriyle ve kanun ile sınırlanabileceği belirtilerek uluslararası sözleşmelere benzer bir düzenleme getirilmiş, 90/son maddesi hükmünde de usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmaların kanun hükmünde olduğu, temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümlerinin esas alınacağı açıklanmış, kişi hak ve özgürlükleri yönünden uluslararası sözleşmelerin kanunlardan önce uygulanmasına imkan tanınmıştır.

1.1.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 56. maddesi hükmünde, hukuka ve ahlaka aykırı amaçlarla dernek kurulamayacağı, 57. maddesi hükmünde herkesin önceden izin almaksızın dernek kurma hakkına sahip bulunduğu, 58. madde hükmünde dernek tüzüğü'nün kanunun emredici hükümlerine aykırı olamayacağı, 59. maddesi hükmünde derneklerin kuruluş bildirimini, dernek tüzüğü ve gerekli belgeleri yerleşim yerinin bulunduğu en büyük mülki amirlerine verdikleri anda tüzel kişilik kazanacakları, 60. maddesi hükmünde yapılacak incelemede kuruluş bildiriminde, tüzükte ve kurucuların hukuki durumlarında kanuna aykırılık veya noksanlık tespit edildiği takdirde bunların giderilmesi veya tamamlanmasının derhal kuruculardan isteneceği, bu istemin tebliğinden başlayarak otuz gün içinde belirtilen belirtilen noksanlık tamamlanmaz ve kanuna aykırılık giderilmezse en büyük mülki amirin isteği üzerine Cumhuriyet savcısınca yetkili asliye hukuk mahkemesinde derneğin feshi stemiyle dava açılacağı, 89. maddesi hükmünde derneğin amacı kanuna veya ahlaka aykırı hale gelirse Cumhuriyet savcısının veya ilgililerin istemi üzerine mahkemenin derneğin feshine karar vereceği, mahkemenin bu dava sırasında faaliyetten alıkoyma dahil gerekli bütün önlemleri alacağı, 90. madde hükmünde derneklerin amaçlarını gerçekleştirmek üzere, tüzüklerinde belirtilen çalışma konuları ve biçimleri doğrultusunda faaliyette bulunacakları, dernek faaliyetleri ile ilgili yasak ve

sınırlamalara aykırılık halinde Cumhuriyet savcısının istemiyle mahkemece faaliyetten alkoyma kararı verebileceği açıklanmıştır.

23.11.2004 tarihinde yürürlüğe giren 5253 sayılı Dernekler Kanunu'nun 3. maddesi hükmünde ise, fiil ehliyetine sahip gerçek veya tüzel kişilerin önceden izin almaksızın dernek kurma hakkına sahip buldukları ancak Türk Silahlı Kuvvetleri ve kolluk kuvvetleri mensupları ile kamu kurum ve kuruluşlarının memur statüsündeki görevlileri hakkında özel kanunlarında getirilen kısıtlamaların saklı olduğu, 28. maddesi hükmünde dernek adlarında Türk, Türkiye, Milli, Cumhuriyet, Atatürk, Mustafa Kemal kelimeleri ile bunların baş ve sonlarına getirilen eklerle oluşturulan kelimelerin ancak İçişleri Bakanlığının izni ile kullanılacağı, 30. madde hükmünde derneklerin tüzüklerinde gösterilen amaç ve bu amacı gerçekleştirmek üzere sürdürüleceği belirtilen çalışma konuları dışında faaliyette bulunamayacakları- Anayasa ve kanunlarla açıkça yasaklanan amaçları veya konusu suç teşkil eden fiilleri gerçekleştirmek amacıyla dernek kurulamayacağı, 31. maddesi hükmünde derneklerin defterlerinde ve kayıtlarında ve Türkiye Cumhuriyeti'nin resmi kurumlarıyla yazışmalarında Türkçe kullanacakları, 36. maddesi hükmünde bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.

Somut olaya gelince dava derneğin adının ve amaçlarının hukuka ve ahlaka aykırı olduğu gerekçesiyle ve Türk Medeni Kanunu'nun 60. maddesi hükmüne göre açılmıştır.

Anılan madde gereğince fesih davası açılabilmesi ve feshetme kararı verilebilmesi için derneğin kuruluş bildiriminde, tüzüğünde veya kurucuların hukuki durumlarında kanuna aykırılık veya eksiklik bulunması ve mülki amir tarafından verilen 30 günlük süre içerisinde eksikliğin tamamlanmamış veya kanuna aykırılığın giderilmemiş olması gerekir. Derneğin veya kanuna aykırılığın giderilmemiş olması gerekir. Derneğin 2006 yılında kurularak tüzel kişilik kazandığı gözetildiğinde somut olayda öncelikle az yukarıda açıklanan Dernekler Kanunu hükümlerinin, bu kanunda hüküm bulunmaması halinde ise Türk Medeni Kanunu hükümlerinin uygulanacağı kuşkusuzdur.

Davalı dernek tüzüğünün 1. maddesinde derneğin uzun adının "Lambdaİstanbul Lezbiyen, Gey, Biseksüel, Travesti, Transeksüel Kadın ve Erkekler Arası Dayanışma Derneği", kısa adının "Lambdaİstanbul LGBTT DAYANIŞMA DERNEĞİ" olduğu yazılıdır. Derneğin amaçları ise tüzüğün 2. maddesi hükmünde 16 bent halinde sayılmıştır. Dernekler Kanunu ve Türk Medeni Kanunu'nda dernek adları konusunda bir yasaklama getirilmemiş, sadece Dernekler Kanunu'nun 28. maddesi hükmünde belirtilen sözcüklerin dernek adlarında kullanılması İçişleri Bakanlığı iznine bağlanmıştır. Davalı derneğin adında bu sözcüklerden hiçbiri bulunmadığı gibi, davalı derneğin adının ve adını oluşturan sözcüklerin kullanılmasını yasaklayan başka bir kanun hükmü de bulunmamaktadır. Yine Dernekler Kanunu'nun 31. maddesi hükmünde derneklerin defterlerinde ve

kayıtlarında ve Türkiye Cumhuriyeti'nin resmi kurumlarıyla yazışmalarında Türkçe kullanacakları açıklanmış ise de, bu madde defter ve kayıtların tutulması ve yazışmaların yapılmasında hangi dilin kullanılacağına ilişkin olup Türkçe defter ve kayıt tutulurken veya yazışma yaparken meramın anlatılabilmesi için yabancı dilde bazı kelimelerin kullanılacak olması defter ve kayıtların yabancı dilde tutulduğu, yazışmaların yabancı dilde yapıldığı anlamına gelmez. Aksini düşünmek, Türkçe kullanarak yargılama yapmak zorunda olan mahkemenin dahi duruşma tutanaklarında ve gerekçeli kararında herhangi bir şekilde bu kelimeleri kullanması halinde yargılamanın yabancı dilde yapıldığı sonucunu doğurur ki böyle bir yorum şekli ile doğru sonuca varılabacağı kuşkusuzdur. Hal böyle olunca davalı derneğin adının ve adındaki sözcüklerin defter ve kayıtlarda ve yapılacak yazışmalarda kullanılacak olmasının Dernekler Kanunu'nun 28. maddesine aykırı olmadığı kabulü gerekir.

Mahkeme hükmünün gerekçesinde derneğin adının ve amaçlarının kanuna ve ahlaka aykırı olduğu belirtilmiş ise de, cinsel kimlik veya yönelim kişilerin kendi istemleri ile seçtikleri bir olgu olmayıp, doğuştan veya yetiştiriliş tarzından kaynaklanan ve kişilerin istemeyerek karşı karşıya kaldığı bir olgudur. Bütün dünya ülkelerinde olduğu gibi ülkemizde de lezbiyen, gey, biseksüel, travesti ve transseksüel sözcükleri ile tanımlanan farklı cinsel yönelime sahip kişilerin varlığı herkesçe bilinen bir gerçektir. Bu gibi kişileri tanımlamakta kullanılan sözcükler literatüre de girmiş olup, bilimsel yayınlarda, medyada ve günlük dilde sık sık kullanılmaktadır. Kişilerin kendi istemi dışında gerçekleşen böyle bir cinsel yönelime sahip olması ya da bu gibi kişileri tanımlayan sözcüklerin kullanılması ahlaksızlık olarak nitelendirilemeyeceği gibi, kanunlarımızda da yasaklanmamıştır. Hal böyle olunca derneğin adında ve tüzüğünde lezbiyen, gey, biseksüel, travesti ve transseksüel sözcüklerinin kullanılmış olmasının hukuka ve ahlaka aykırılığından söz edilemez.

Davalı derneğin amaçlarının hukuka ve ahlaka aykırı olup olmadığı sorununa gelince, ahlak kuralları yer ve zamana ve özellikle toplumu oluşturan kişilere göre değişebilen subjektif kurallardır. Derneğin amaçlarının ahlaka aykırı olduğundan sözedilebilmesi için; derneğin toplumun geneli tarafından kabul edilen yerleşmiş ahlak kurallarına aykırı amaçlarla kurulduğunun belirlenmesi, amacı gerçekleştirmek üzere yapılması öngörülen çalışmalarının da bu amacı gerçekleştirmeye yönelik olması gerekir. Davalı derneğin tüzüğündeki amaçlarının açıklandığı 2 ve bu amaçların gerçekleştirilmesi için yapılacak çalışmaların açıklandığı 3. maddesi hükmü birlikte incelenip değerlendirildiğinde; derneğin amacının genel olarak lezbiyen, gey, biseksüel, travesti ve transseksüel kişiler arasındaki birlik ve dayanışmanın güçlendirilmesi, bunların toplumun bir parçası olarak varolduklarının kanıtlanması, toplumda özgürlükçü bir ortamın oluşturulması, bu ortamda lezbiyen, gey, biseksüel, travesti ve transseksüel kişilerin de kendilerini ifade edebilmelerinin sağlanması, bu kişiler hakkında toplumda oluşan yanlış bilgi ve kanaatlerin

düzeltilmesi, toplum dışına itilmelerinin önlenmesi ve bu konudaki ayrımcılığa son verilerek toplumla bütünleşmelerinin sağlanması olduğu anlaşılmaktadır. Toplum genelinde ahlaksızlık olarak nitelenen oldu lezbiyen, gey, biseksüel, travesti ve transseksüel olma ve bu sözcüklerin kullanılması değil, bu kişilerin yaşam tarzı ile diğer kişilerin lezbiyen, gey, biseksüel, travesti ve transseksüelliğe özendirici ve teşvik edici davranışlara yönlendirmesidir. Anılan maddelerde hiçbir şekilde lezbiyen, gey, biseksüel, travesti ve transseksüel yaşamı teşvik ve özendirmeden ve bu cinsel yönelimlerin yaygınlaştırılmasından söz edilmemektedir. Kanunlarımızda da lezbiyen, gey, biseksüel, travesti ve transseksüel kişilerin aralarında örgütlenerek birlik ve dayanışmalarını sağlama amacıyla dernek kuramayacaklarına ilişkin, bir hüküm bulunmamaktadır. Hal böyle olunca davalı derneğin amaçlarının hukuka ve ahlaka aykırı olduğundan da söz edilemez.

Davalı derneğin ileride tüzüğüne aykırı olarak lezbiyen, gey, biseksüel, travesti ve transseksüelliği özendirme, teşvik ve bu cinsel yönelimlerin yaygınlaştırması yönünde faaliyetlerde bulunması durumunda hakkında Dernekler Kanunu'nun az yukarıda açıklanan 30 ve 31. maddesi hükümlerinin uygulanabileceği ve feshinin istenebileceği kuşkusuzdur.

Hal böyle olunca mahkemece açıklanan bu olgular ve lezbiyen, gey, biseksüel, travesti ve transseksüel kişilerinde dernek kurma özgürlüğüne sahip oldukları gözetilerek davanın reddine karar verilmesi gerekirken yasal düzenlemelerin değerlendirilmesinde yanılığa düşülerek yazılı şekilde hüküm verilmesi isabetsiz, davalı derneğin temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde görüldüğünden kabulü ile hükmün BOZULMASINA, peşin ödenen 14,00 YTL temyiz harcının istek halinde davalı derneğe iadesine,

Yargıtay duruşmasında kendisini vekille temsil ettiren davalı dernek yararına taktir ve tespit olunan 550,00 YTL avukatlık parasının hazineden alınarak davalı derneğe verilmesine, 25.11.2208 gününde oy birliği ile karar verildi.

T.C.

BEYOĞLU

3. ASLİYE HUKUK MAHKEMESİ

KARAR

ESAS NO : 2007/190
KARAR NO : 2008/238
HAKİM : NECATİ ÖĞMEN 28503
C. SAVCISI : MUSTAFA EROL 28205
KATİP : SAADETTİN AYRANCI 53211
DAVACI : K.H.
DAVALI: : İSTANBUL LEZBİYEN, GEY, BİSEKSÜEL,
TRAVESTİ, TRANSSEKSÜEL KADIN VE
ERKEKLER ARASI DAYANIŞMA DERNEĞİ
DERNEK YETKİLİSİ: 1- İZLEM AYBASTI
2 - İPEK KIRANCI
VEKİLİ : AV. FIRAT SÖYLE
Selahattin Pınar Cad. İnan Apt. No:3/15
Mecidiyeköy – İST
DAVA : DERNEK FESHİ
DAVA TARİHİ : 14.06.2007
KARAR TARİHİ : 29.05.2008

DAVA: Beyoğlu C. Başsavcılığının 2007/121938 soruşturma, 2007/3949 E, 2007/5 iddianame nolu Davanamesinde Beyoğlu, Büyükparmakkapı Sok., No: 20/4 adresinde LAMBDA İSTANBUL LEZBİYEN, GEY, BİSEKSÜEL, TRAVESTİ, TRANSSEKSÜEL KADIN VE ERKEKLER ARASI DAYANIŞMA DERNEĞİ (LAMBDAİSTANBUL LGBTT DAYANIŞMA DERNEĞİ) adı altında bir dernek kurulduğunu, İstanbul Valiliği İl Dernekler Müdürlüğüne, tüzüğün 1. maddesinde bulunan dernek ismi ve 2. maddesinde geçen amaç ile ilgili bölümlerin incelenmesinin İçişleri Bakanlığından istendiği, İçişleri Bakanlığı Dernek Dairesi Başkanlığının, İstanbul Valiliđine hitaben yazılan yazısında derneği ismi ve tüzüğün 2. maddesinde belirtilen amaçlarının Türk Medeni Kanunu'nun 56. maddesine ve Anayasa'nın 41. maddesine aykırılık teşkil ettiğinin bildirildiğini, İstanbul Valiliği İl Dernekler Müdürlüğünün 09.06.2005 tarih ve 17626 sayılı yazıyı Dernek Yönetim Kurulu Başkanlığına gönderdiğini, gönderilen yazıda "Derneğin isminin ve tüzüğünün, 2. maddesinde belirtilen amaçlarının Türk Medeni Kanununun 56. maddesine ve Anayasanın 41. maddesine aykırılık teşkil ettiği, bu nedenle Anayasanın 33/3 maddesiyle Avrupa İnsan Hakları sözleşmesinin 11/2 maddesinde belirtilen dernek kurma özgürlüğünün kısıtlanabileceği durumların kapsamına girdiği, ayrıca derneği adında geçen LAMBDA kelimesinin Türkçe karşılığının dernek isminde öncelikle belirtilmesi gerektiği değerlendirilmektedir." Denilerek, tüzükteki eksiklerin 30 gün içinde

giderilmesi, riayet edilmediği takdirde 4721 sayılı yasanın 60. maddesi gereği işlem yapılacağı hususunun tebliğ ettirildiğini, Dernek Yönetim Kurulu başkanının 13.06.2006 tarihli dilekçesiyle Dernek tüzüğünde kanuna muhalefet olmadığı ve herhangi bir değişiklik yapmayacaklarını bildirdiğini, bunun üzerine İstanbul Valiliği İl Dernekler Müdürlüğünün 18.07.2006 tarih ve 21844 sayılı yazısı ile Başsavcılıklarına başvurarak dernek hakkında 4721 sayılı yasanın 60. maddesi gereğince işlem yapılmasının istendiğini, Başsavcılıklarınca 08.02.2007 tarih ve 2007/3935 esas sayılı karar ile dava açılmasının yer olmadığına karar verildiğini ancak bu karara karşı itiraz yoluna başvurulması sonucu söz konusu kararların İstanbul 5. Ağır ceza mahkemesi başkanlığının 30.05.2007 tarih ve 2007/556 D. İş sayılı kararıyla kaldırıldığını belirterek;

4721 sayılı Türk medeni kanununun 60, md gereği tüzükteki kanuna aykırılık ve noksanlık giderilmediğinden ve giderilmesi gerekmediğine dernek yönetim kurulu tarafından karar verildiğinden 4721 sayılı medeni kanunun 60/2 md. gereğince davalı derneğin feshine karar verilmesi talep olunmuştur.

CEVAP : davalı derneğe ve dernek yetkililerine usulüne uygun olarak davaname tebliğ edilmiş olup, vekilleri aracılığı ile verilen cevap dilekçesinde, müvekkili derneğin LAMBDA kelimesini açıklayarak dernek müdürlüğüne bildirdiklerini, asıl fesih talebinin dernek tüzüğünün 2, md belirtilen dernek amaçlarının hukuka ve ahlaka aykırılık iddiası olduğunu, gerek idari yazışmada gerekse davanamede hukuka ve ahlaka aykırılığın ne olduğunun belirtilmediğini, açılan davanın örgütlenme özgürlüğüne, eşitlik ilkesine, azınlık haklarına, ifade özgürlüğüne, özel hayatın dokunulmazlığı hakkına aykırı olduğunu, dernek adında belirtilen LEZBİYEN, GEY, BİSEKSÜEL, TRAVESTİ, TRANSSEKSÜEL kavramlarının cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğini ifade eden evrensel kavram olduklarını A.İ.H.S. md 11/2 fıkrası gereğince örgütlenme özgürlüğüne müdahale edilebilmesi için, müdahalenin kanunla öngörülmesi maddede sayılan amaçlardan birine dayanılarak yapılması ve demokratik toplum gereklerine uyulması gerektiği, aynı sözleşmenin 14, mdnin ayrımcılık yasağı içerdiğini, medeni ve siyasi haklara ilişkin Uluslararası sözleşmenin 22. maddesi hükmünde de örgütlenme hakkının düzenlendiğini, 5253 sayılı Dernekler Kanununun genel gerekçesinde belirtildiği üzere, yasanın, A.İ.H.S. , A.İ.H.M. kararları, taraf olunan Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmeleri, Avrupa Birliği Komisyonu raporları dikkate alınarak hazırlandığını, İl Dernekler Müdürlüğünün Dernekler Kanununun 31. maddesine aykırı bulduğu Dernek adında geçen Lambda kelimesinin Yunanca (L) harfi olduğunu, New York Gey Aktivist Birliği tarafından 1970 yılında gey özgürleşmesinin simgesi olarak tasarlandığını, bu simgenin LGBTT hakları savunuculuğunu yapan müvekkili dernek tarafından da kullanılmakta olduğunu, Gey teriminin; aynı cinsten insanların birbirlerine karşı duygusal, cörtik, cinsel yönelimleriyle yarattıkları hayat tarzını tanımlamak için eşcinsel bireyler tarafından ortaya konduğunu, bu kelimenin Türkçe'ye İngilizce'den alınmasının, 1980'lere rastlandığını, Lezbiyen teriminin;

Eşcinsel kadın şair Sappho'nun yaşadığı Lesbos (Midilli) adasının isminden türetilmiş, duygusal, cinsel, erotik yönelimleri kendi cinsinden bireylere karşı olan kadınları tanımlamak için kullanıldığını, Transseksüel teriminin; hem erkek hem kadınlar için geçerli olup, kişinin iç dünyasında kendisini karşı cinsten biri gibi görmesi, hissetmesi olduğunu, Travesti teriminin; dış görünüş ve davranışlarıyla karşı cinsle ait olma isteğini hissedenden hem erkek hem kadın için geçerli bir kavram olduğunu belirterek;

Dernek tüzüğü'nün 2. maddesinde, derneğin amacı ve çalışma alanları olarak gösterilen ve 23 maddeden oluşan kavramlarda ahlak dışı olarak tanımlanabilecek bir husus bulunmadığından hukuki dayanaktan yoksun davanın reddine karar verilmesini talep etmişlerdir.

DELİLLER VE GEREKÇE: Dava, Davalı derneğin Dernekler Kanunu 17. maddesi delaletiyle M.K.nun 60/2'nin uyarınca feshi talebidir.

Davaname ekinde davalı dernek tüzüğü, idari yazışmalar, C. Savcılığı soruşturma evrakları sunulmuş olup, İstanbul İl Dernekler Müdürlüğünden davalı dernekle yapılan tüm yazışma örnekleri celp olunmuş, dava konusu ihtilaf hakimnin hukuk bilgisi dahilinde çözümlenebilecek hususlardan ise de, Yargıtay denetimine imkan sağlamak açısından dosya üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılmış ve 14.04.2008 tarihli bilirkişi raporu dosyaya alınmıştır.

Davalı dernek vekili dosyaya sunduğu 18.07.2007 havale tarihli cevap dilekçesinin birinci sayfasının (B) bendinde “müvekkil dernek Lambda kelimesini açıklayan tüzük değişikliğini yapmış ve Dernekler Müdürlüğüne bildirmiştir. Mahkememiz dosyasına sunulan tüzük örneği bu değişikliği ihtiva etmeyen eski halidir.” Açıklamasında bulunmuş ise de davalı dernek vekilinin 29.05.2008 tarihli celse zaptına geçen imzalı beyanıyla, Dernekler müdürlüğüne verdikleri tüzüğün dosyadaki tüzükten farklı bir tüzük olmadığı derneğin amaçlarına ilişkin hiçbir değişikliğin de sunulmadığının beyan edildiği tespit olunmuştur.

Medeni Kanun 47/2 maddesi, amacı hukuka ve ahlaka aykırı olan kişi ve mal toplulukları tüzel kişilik kazanamaz hükmünü, medeni kanun 59/1 ve Dernekler Yön. 5/2 maddeleri; Dernekler, kuruluş bildirimini, dernek tüzüğünü ve gerekli belgeleri yerleşim yerinin bulunduğu yerin en büyük mülki amirine verdikleri anda tüzel kişilik kazanırlar, hükmünü ihtiva ettikleri,

Medeni Kanununun 60. maddesi ise, verilen belgelerin en büyük mülki amir tarafından incelenip kuruluş bildiriminde, tüzükte ve kurucuların hukuki durumlarında kanuna aykırılık veya noksanlık tespit edildiği takdirde bunların giderilmesi veya tamamlanmasının kuruculardan isteneceğini, bu istemin tebliğinden itibaren 30 gün içinde belirtilen noksanlık tamamlanmazsa en büyük mülki amirin yetkili Asliye Hukuk mahkemesinde derneğin feshi konusunda dava açılması C. Savcılığına bildireceği yönünde düzenleme getirmektedir. Bu hükümler nazara alındığında, Derneklerde tüzükte belirtilmiş olan amacın hukuka ve ahlaka aykırı olması halinde dahi fesih davasını açılmasının gerekip gerekmediği ve tüzel

kişiliğin ancak bu dava ile mi sona ereceği tartışılabilir ise de, Dernekler Kanunu 30/b. Bendinde ayırım yapılmadan Anayasa ve Kanunla açıkça yasaklanan amaçları veya konusu suç teşkil eden fiilleri gerçekleştirmek amacıyla kurulmuş derneğin feshine karar verilmesini kabul ettiğinden M.K.nun 47. maddesinde belirtilen tüzel kişiliğin hiç kazanılmamış olduğu olgusu üzerinde durulmamıştır.

Bilirkişi 14.04.2008 tarihli raporunda Davanamedeki talebe dayanarak gösterilen olgular dikkate alındığında, derneğin feshi talebinin iki hukuki gerekçeye dayandığının görüldüğünü, bunlardan ilkinin derneğin isminde yer alan “Lambda” kelimesinin Türkçe karşılığına dernek isminde yer verilmesi, ikincisinin ise derneğin amacının hukuka ve ahlaka aykırılığı iddiası olduğunu, Dernek adında yer alan “Lambda” kelimesinin Türkçe karşılığına yer verilmemesinin M.K.nun 60/2 maddesine aykırılık teşkil etmediğini, zira Dernekler kanununun 31. maddesinin, Derneklerin defterlerinde, kayıtlarında ve Türkiye Cumhuriyeti’nin resmi kurumlarıyla yazışmalarında Türkçe kullanma zorunluluğunu öngördüğünü, söz konusu zorunluluğunun dernek isminde, Türkçe olmayan kelime veya kelimelerin bulunmasını yasaklamadığını, dernek ismi bakımından sınırlamanın Dernekler kanunu 28. maddede yer aldığını, inceleme konusunu teşkil eden dernek isminin 28. madde hükmüne aykırılık teşkil etmesinin söz konusu olmadığını, dolayısıyla anılan hususun düzeltilmemesinin derneğin M.K. 60/2 maddesi hükmü uyarınca derneği feshine dayanak teşkil etmeyeceğini, Derneğin amacının hukuka olmasının, amacın emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine ve kişilik aykırı olması halini ifade ettiğini, amacın ahlaka aykırılığının ise toplumda yerleşmiş ahlak kurallarına diğer bir ifadeyle genel ahlaka (adaba) aykırı olması hali olduğunu, bu konuda değerlendirme yapılırken derneğin ana statüsünü teşkil eden tüzüğün tüm hükümlerinin, özellikle amacını gerçekleştirilmesi için tüzükte belirtilen çalışma biçimleri ve faaliyet konularını da dikkate almak gerektiğini, bu esaslara göre derneği tüzüğünün 2. maddesinde yer alan derneğin amacı ve dernek tüzüğünün 3. maddesinde yer alan derneği çalışmalarına ilişkin düzenlemelerin dernek üyelerinin toplumsal, sosyal ve ekonomik alanlarda yardımlaşma ve dayanışma içinde bulunmalarının teminine yönelik olduğunun, dolayısıyla dosya içeriği itibarıyla derneğin feshi talebinin hukuki dayanağının bulunmadığı sonucuna vardığını rapor etmiştir.

Ulusal Hukuk düzenlemeleri incelendiğinde; Anayasa 10. Md. “Herkes dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Dernek organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.” 12. Md.; “Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir. Temel hak ve hürriyetler kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını

da ihtiva eder.” 13 md; “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz” 20. Md; “Herkes özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.” 33. Md; “herkes önceden izin almaksızın dernek kurma ve bunlara üye olma ya da üyelikten çıkma hürriyetine sahiptir. Hiç kimse bir derneğe üye olmaya ve dernekte üye kalmaya zorlanamaz. Dernek kurma hürriyeti ancak, milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlak ile başkalarının hürriyetlerinin korunması sebepleriyle ve kanunla sınırlanabilir.” 41. Md; “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, teşkilatı kurar.” Anayasa 58. Md; “Devlet İstiklal ve Cumhuriyetimizin emanet edildiği gençlerin müspet ilmin ışığında, Atatürk ilke ve inkılapları doğrultusunda ve Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü ortadan kaldırmayı amaç edinen görüşlere karşı yetişme ve gelişmelerini sağlayıcı tedbirleri alır. Devlet, gençleri alkol düşkünlüğünden, uyuşturucu maddelerden, suçluluk, kumar ve benzeri kötü alışkanlıklardan ve cehaletten korumak için gerekli tedbirleri alır.” 90/son md.; “usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda Milletlerarası Andlaşma hükümleri esas alınır.” hükümlerini içerdiği,

Uluslararası Hukuk düzenlemeleri incelendiğinde; İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si md; 1-“Her insan özgür; onur ve haklar bakımından eşit doğar, Akıl ve vicdanla donatılmış olup birbirine karşı kardeşlik anlayışıyla davranır.” Md; 2- “Herkes ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka bir görüş, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğuş ya da benzeri başka bir statü gibi herhangi bir ayırım gözetilmeksizin bu bildiride öne sürülen tüm hak ve özgürlüklere sahiptir.” Md; 7- “Herkes yasa önünde eşittir. Ve herkesin ayırım gözetilmeksizin yasa tarafından eşit korunmaya hakkı vardır. Herkes bu bildiriye aykırı herhangi bir ayrımcılığa ve ayrımcılık kısırtıcılığına karşı eşit korunma hakkına sahiptir.” Md; 8- Herkesin Anayasa ya da yasa ile tanınmış temel haklarını çiğneyen eylemlere karşı yetkili ulusal mahkemeler eliyle etkin bir yargı yoluna başvurma hakkı vardır.” Md; 16/3-“Aile, toplumun doğal ve temel birimidir ve toplum ve devlet tarafından korunur.” Md;20/1- “Herkes barışçıl toplanma, dernek kurma hakkına sahiptir.” Md;26/3-“Ana-babalar çocuklarına verilecek eğitimi seçmede öncelikli hak sahibidir.” Md;29-“Herkesin bildirgede ileri sürülen hak ve özgürlüklerin tam olarak gerçekleşeceği bir toplumsal ve uluslararası düzene hakkı vardır. Herkes, hak ve özgürlüklerini kullanırken ancak başkalarının hak ve

özgürlüklerinin tanınması ve bunlara saygı gösterilmesinin sağlanması ve demokratik bir toplumda genel ahlak ve kamu düzeni ile gönenç ve gereklerinin karşılanması amacıyla yasa ile belirlenmiş sınırlamalara bağlı olabilir. Bu hak ve özgürlükler, hiçbir koşulda birleşmiş Milletlerin amaç ve ilkelerine aykırı olarak kullanılamaz.” hükümlerini içerdigi,

Medeni ve Siyasi Haklara ilişkin sözleşme incelendiğinde; Md; 2/1- “Bu sözleşmeye taraf her devlet kendi ülkesinde yaşayan ve yetkisi altında bulunan bütün bireylerin ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka fikir, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum ya da başka bir statü bakılmadan hiçbir ayırım gözetilmeksizin bu sözleşmede tanınan hakları sağlamak ve bu haklara saygı göstermekle yükümlüdür.” Md.3-“bu sözleşmeye taraf devletler, bu sözleşmede yer alan bütün medeni ve siyasal haklardan erkeklerle kadınların eşit yararlanmasını güvence altına almakla yükümlüdürler.” Md;22/1-2 “Herkesin, kendi çıkarlarını korumak için sendikalar kurmak ya da bunlara girmek hakkı da dahil olmak üzere, başkalarıyla biraraya gelip dernek kurma hakkı vardır. Bu hakkın kurulmasına yasalar uygun olarak konulmuş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik ya da kamu güvenliği, kamu düzeni bakımından ve kamu sağlığının, genel ahlakın korunması ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması bakımından gerekli olan sınırlamalardan başka sınırlama getirilemez” md. 23/1- “Aile toplumun doğal ve temel birimidir ve toplum ve devlet tarafından korunma hakkına sahiptir.” Md;24- “Her çocuk ırk, renk, cinsiyet, dil, din, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet ya da doğum bakımından hiçbir ayırım gözetilmeksizin, reşit olmayan kişi statüsünün gerektirdiği korunma tedbirlerinin ailesi, toplumu ya da devleti tarafından alınması hakkına sahiptir.”

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi incelendiğinde; md;8-“Herkes özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.” Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesini müdahalesi; ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için demokratik bir toplumda zorunlu tedbirler niteliğinde olarak Ulusal güvenliğin, kamu emniyetini koruması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amaçları ile ve ancak yasayla sınırlanabilir.”

A.İ.H.M nin uygulamaları nazara alındığında; A.İ.H.M nin, Avrupa İnsan Hakları sözleşmesinin 8. maddesinin 2. Fıkrası ile ilgili bölümde bazı şartlarda takdir hakkı tanıdığı, takdir hakkının kapsamının bağlama göre değiştiği ancak, çocukların korunması gibi konularda söz konusu payın özellikle geniş tutulduğu görülmektedir.

Örneğin; Toplum ahlakının korunması ile ilgili çocuklara yönelik müstehcen yayınların tartışma konusu yapıldığı Handyside-Birleşik Krallık davasında (7.12.1976 tarihli) Taraf devletlerin iç hukukuna göre Avrupa çapında tek bir ahlak kavramı

oluşturmanın mümkün olmadığına karar vermiştir. Mahkeme ayrıca şunları belirtmiştir. “Ahlakın gerekleri konusunda ilgili kanunların benimsediği görüşler, özellikle bu konudaki görüşlerin hızla ve kapsamlı bir biçimde değiştiği günümüzde zamana ve mekâna göre değişkenlik göstermektedir.”

A.İ.H.M nin İngiltere’ye karşı 22.04.1997 tarihli X, Y ve Z kararının Transseksüellerin durumu ile ilgili olduğu, operasyonla Erkek olan başvuruçunun, bir bağışçının spermeleriyle yapay dölleme sonucu birlikte yaşadığı kadından olan çocuğun babası ve annesi olarak kaydedilmeleri için nüfus memurluğuna başvurdukları ve X.in Z.nin babası olarak kaydedilmesi talebinin yalnızca biyolojik babanın kaydedilebileceği gerekçesiyle reddedildiği, A.İ.H.M ye göre, transseksüellikle bağlantılı karmaşık sorunlar ve sözleşmeye taraf devletlerdeki farklı hukuksal durumlar nedeniyle, A.İ.H.s. m.8 den, biyolojik açıdan babası olmayan bir kişinin o çocuğun hukuken babası olarak tanınması yönünden taraf devletlerin bir yükümlülüğü olduğu sonucu çıkarılamaz. Bu nedene M.8 in ihlali söz konusu değildir.

A.İ.H.M nin, Avrupa insan hakları sözleşmesinin 11. maddesi (toplanma ve örgütlenme özgürlüğü) ile ilgili olarak verdiği Sigurjonsan kararında; “Dernek kurma özgürlüğü, birden fazla kişinin belirli bir amaç için bir araya gelmesini ifade etmektedir. Söz konusu düzenlemeden, taraf devletlerin hukuk düzenlerinde bir araya gelmeye olanak sağlayıcı düzenlemelere yer vermesi yükümlülüğü ortaya çıkmakta ise de; hangi koşullar altında tüzel kişiliğin kurulabileceği her taraf devletin iç hukukuna giren bir konudur. Dernek ve sendika kurma ve üye olma özgürlüğü, aynı zamanda dernek ve sendika kurmaya veya üye olmaya zorlanmama özgürlüğünü de içerir.” (Yararlanılan eser: A.İ.H.S: ve uygulanması, Prof. Dr. Durmuş Tezcan)

Yukarıda açıklanan yasal düzenlemeler ışığında davaya konu derneğin amacının hukuka veya ahlaka aykırı olup olmadığı hususu ele alındığında;

Toplumsal yaşam bir düzeni gerektirir. Bütün varlığı, çevresini egemenliği altına almaya yönelik duygu ve düşüncelerle yüklü olan insan, bizzat kendisini de kendi egemenliği altına alarak benzerleri ile ilişkilerini de bilinçli bir planlamaya sokmak zorunda kalmıştır. Nitekim ilkel dönemlerde bile toplumsal düzeni sağlamaya yönelik kurallar ve kaidelerin ortaya konulduğu anlaşılmakta olup toplumsal barışı sağlamaya yönelik olarak konulan bu kuralların en önemlilerinden biri de hukuk kurallarıdır. Gerçekten hukuk; din, ahlak ve örf gibi diğer sosyal kuralların yanı sıra toplumda düzeni sağlar ve insanların birlikte yaşama iradelerini pekiştirir. Hukuk; niteliği gereği insanların birbirleriyle olan ilişki ve davranışlarında tipik olanı düzenler, insan davranışlarının bireysel özelliklerinden doğan değişik görünümelerini, bireylerin belli yaşam durumlarında yerine getirecekleri ve ancak somut vicdani kararlarıyla belirlenecek davranış biçimlerini soyut-kavramsal normların içine alamaz.

Buradan bireyler için özgürce davranabilecekleri bir davranış alanı çıkar ki,

bu alan hukukun koruyuculuğu altında bulunduğu için, böylece bireyler ahlaka uygun kararlar alıp gerçekleştirmek olanağına kavuşurlar. Hukuka uygun davranış aslında ahlakında bir sitemidir.

Genel ahlak kuralları, insanlığın varoluşundan bu yana her toplumda kendine özgü bir şekilde ve içinde bulunulan zamanın koşullarının ortaya koyduğu, değişken arz edebilen, tıpkı hukuk kuralları, din kuralları ve görgü kuralları gibi insanlar arası ilişkileri düzenleyen, bireylerin öznel ahlak anlayışlarının üzerinde ve toplumun büyük bir çoğunluğu tarafından tasdik edilmiş ve benimsenmiş olan, yazılı olmayan ancak nesilden nesile aktarılarak oluşturulmuş kurallardır.

Davalı derneğin kurulmasının toplumumuzun genel ahlakına aykırı olup olmaması hususunda somut olaya uygulanabilecek istatistiki bir ölçek ve yüzde bulunmasa da, toplumumuzda Ataerkil aile yapısının güçlü bir şekilde mevcut olması, Aile mefhumuna atfedilen kutsiyet, akraba bağları, din ve görgü kuralları, söz konusu farklı cinsel yönelim sahibi erkek ve kadınların azlığı ve bu tür taleplerin dillendirilmeye başlanması olgusunun çok kısa bir döneme tekabül etmesi ve hatta ülkemizin kırsal kesiminden ziyade sadece metropol şehirlerde ortaya çıkmış bulunması hususları hep bir arada değerlendirildiğinde, toplumun aşağı yukarı tamamına yakın bir kesimi tarafından tasvip edilmeyen, ahlaka ve edebe aykırılık olarak kabul edilen ve nitelendirilen bir yapı arz ettiği söylenebilir.

Ulusal yasal düzenlemelerimizde, başta Anayasamız olmak üzere Erkek ve Kadın cinsiyeti dışında farklı bir cinse yer verilmediği, M.K. muzun 40. maddesinde yer alan cinsiyet değişikliğine dair maddenin transseksüel yapıda olup, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunlu olması ve üreme yeteneğinden sürekli yoksun bulunulduğunun resmi sağlık raporuyla belgelenmesi ve verilen izne bağlı olarak cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmi sağlık kurulu raporuyla doğrulanması halinde nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılmasına amir bir hüküm olduğu, bunun dışında kalan farklı cinsel yönelim sahibi kişilerle ilgili herhangi bir kanuni düzenlemenin bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Uluslararası yasal düzenlemeler dikkate alındığında, toplum ahlakının korunması, çocuklara yönelik cinsel istismar başta olmak üzere transseksüellikle bağlantılı karmaşık sorunlarda ve hatta dernek kurma özgürlüğü konusunda sözleşmeye taraf üye ülkelerin farklı hukuksal uygulamalar dikkate alınarak her taraf devletin iç hukukunu ilgilendiren bir konu olduğunun belirtildiği görülmektedir.

Yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda somut olay bilirkişi raporu ile birlikte ele alındığında;

Bilirkişi raporunda, davalı derneğin adında yer alan “Lambda” kelimesinin Türkçe karşılığına yer verilmemesinin M. K. nun md. 60 / f.2 kapsamında hukuka aykırılık teşkil etmemekte olduğunu, Dernekler Kanunu’nun 31. maddesinde derneklerin defterlerinde, kayıtlarında ve Türkiye Cumhuriyeti’nin resmi kurumlarıyla yazışmalarında Türkçe kullanma zorunluluğu öngörüyorsa da, söz konusu zorunluluğun dernek isminde Türkçe olmayan kelime veya kelimelerin

bulunmasını yasaklamadığını, dernek ismi bakımından sınırlamanın Dernekler Kanunu'nun 28. maddesinde yer aldığını, inceleme konusunu teşkil eden dernek ismini Dernekler Kanunu madde 28 hükmüne aykırılık teşkil etmesinin de söz konusu olmadığını belirtmiştir.

Dernekler Kanunu'nun 31. maddesi incelendiğinde, "kayıt ve yazışma dili" başlığı altında "dernekler, defterlerinde ve kayıtlarında ve Türkiye Cumhuriyeti'nin resmi kurumlarıyla yazışmalarında Türkçe kullanırlar." şeklinde düzenlendiği ve bu haliyle de dernek adının Türkçe olması zorunluluğunun bulunduğu, zira söz konusu düzenlemenin dernek adını da ihtiva eder şekilde düzenlendiği (dernek adının Türkçe karşılığının dernek isminde bildirilmesi gerektiği) anlaşılmalı birliktir görüşüne mahkememizce iştirak olunmamıştır.

Birliktir raporunda, dernek tüzüğü'nün 2. ve 3. maddesinde yer alan, derneğin amacı ve çalışmalarına ilişkin düzenlemelerin bir bütün olarak dikkate alınması halinde dernek üyelerinin toplumsal, sosyal, ekonomik alanlarda yardımlaşma ve dayanışma içinde olma amacını taşıdıkları rapor edilmiş ise de, dernek tüzüğü'nün 2. maddesinde derneğin amacı başlığı adı altında 23 ayrı madde halinde sıralanan amaçları ile bu amaçların hayata geçirilmesini temin için tüzüğü'nün 3. maddesinde 16 ayrı madde olarak açıklanan dernek çalışmaları hep birlikte incelendiğinde, raporda belirtildiği gibi dernek üyelerinin toplumsal sosyal, ekonomik alanlarda yardımlaşma ve dayanışma içinde bulunmalarını temin edecek maddelerin yanı sıra, bu amaçlarını aşar şekilde maddelere de yer verildiği gözlemlenmiştir.

Şöyle ki, Anayasamızın 10. maddesi, herkesin kanun önünde eşit olduğu, kadınlar ve erkeklerin eşit haklara sahip olduğu, hiçbir kişiye, aileye, zümreye ve sınıfa imtiyaz tanınmayacağı hükmünü amir olup davalı dernek mensuplarının da kadın ve erkek sıfatlarıyla bu hükmüne tabi oldukları, Anayasal düzenlemede kadın ve erkek cinsiyetinin yanı sıra farklı bir cinsiyet tanımı bulunmadığına göre sadece cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği gözetilerek oluşturulacak örgütlenmenin söz konusu maddenin özünü ve ruhuna ve amaçladığı eşitlik kuralına aykırılık teşkil edeceği,

Derneğin amaçları bölümünün hemen hemen tüm bentlerinde davalı dernek mensuplarının kendi cinsel eğilimlerinin tüm toplum katmanlarında eğitici programlar organizasyonu suretiyle teşviki ve propogandasının yapılmasının ön plana alındığı gözlemlenmekle, söz konusu bu çalışmaların yasal ve Anayasal yapıya aykırı olarak azınlığın çoğunluğa tahakkümü sonucu doğuracak şekilde ve anayasamızın 41.maddesinde belirtilen Aile ve çocukların, Anayasamızın 58. maddesinde belirtilen gençlerin hak ve özgürlüklerini tehlikeye girmesine neden olunacağı,

Anayasamızın 42/3 maddesinde, eğitim ve öğretim Atatürk ilkeleri ve İnkılapları doğrultusunda çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Bu esaslara aykırı eğitim ve öğretim yerleri açılmaz. Eğitim ve öğretim hürriyeti Anayasaya sadakat borcunu ortadan kaldırmaz" hükmüne nazara

alınmadan, derneği amaçları bölümünün (a), (d), (L) bentlerinde konu ve içerik belirtilmeden eğitici faaliyetlerden söz edildiği, derneğin çalışmaları bölümünün (e) bendinde yine konu ve kapsam belirtilmeden her düzeyde eğitim ve öğretim kurumu, dersane, kurs açılacağından söz edildiği görülmüş olmakla, derneklerin her konuda ve her düzeyde eğitim ve öğretim kurumu, dersane ve kurs açmak taleplerinin yasal ve Anayasal dayanağının mevcut olmadığı, sadece dernekler kanununun 26. maddesinde belirtildiği üzere, eğitim ve öğretim faaliyetleri için yurt, pansiyon açabilecekleri, bununda bağlı bulunan mülki amirin iznine tabi olduğunun göz ardı edildiği tespit olunmuştur.

Sonuç olarak; tüm dosya muhtevası nazara alındığında, davalı derneği adında yer alan “Lambda” kelimesinin Türkçe karşılığının dernek isminde öncelikle belirtilmemiş olması, ayrıca davalı dernek tüzüğüne 2. maddesinde belirtilen amaçlar ve bu amaçların uygulanmasına yönelik dernek tüzüğüne 3. maddesinde belirtilen çalışmalar bölümlerinde geçen ve yukarıda belirtilen “hukuka ve ahlaka aykırı dernek kurulamaz” hükmüne ve T.C. anayasasının 41 maddesinde belirtilen “Aile Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ve uygulamasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kuarar” şeklindeki emredici hukuk kurallarına aykırılık teşkil ettiği dolayısıyla T.C. Anayasasının 33/3 maddesi ile A.İ.H.S. nin 11/2 maddesinde belirtilen dernek kurma özgürlüğü kısıtlanabileceği “genel Ahlak ile başkalarının hürriyetlerinin korunması” durumlarının kapsamına girdiği sonuç ve kanaatine ulaşıldığından, davalı derneğin dernekler kanununun 17.maddesi delaletiyle M.K. nun 60/2. maddesi gereğince feshine karar vermek gerekmiştir.

HÜKÜM: Yukarıda açıklanan nedenlerle

1. Davanın kabulüne, lambda İstanbul, Lezbiyen, Gey, Biseksüel, travesty, transeksüel kadın ve Erkekler arası dayanışma derneğinin 5253 sayılı dernekler kanununun 17. maddesi ve M.K. nun 60/2 maddesi gereğince FESHİNE

2.Kararın kesinleşmesinden sonar gereği yapılmak üzere bir suretinin C.başsavcılığı kanalıyla İstanbul Valiliği İl Dernekler Müdürlüğüne gönderilmesine,

3.Harç alınmasına yer olmadığına,

4.Yapılan 218.00 YTL mahkeme masrafının davalıdan tahsiline,

5.Davalı dernek ve yetkililerinin vekillerinin yüzüne karşı C.savcısı huzurunda kararı tebliğinden itibaren 15 gün içinde Yargıtay yolu açık olmak üzere verilen karar açıkça okunup anlatıldı. 29.05.2008

Dernek Özgürlüğü ve Cinsel Yönelime Dayalı Ayrımcılık Sorunu:

Lambdaistanbul Davası Kararları

Tüzüğündeki uzun adıyla “*Lambdaİstanbul Lezbiyen, Gey, Biseksüel, Travesti, Transseksüel Kadın ve Erkekler Arası Dayanışma Derneği*” ve kısa adıyla da “*Lambdaİstanbul LGTT Dayanışma Derneği*” (Lambdaİstanbul), 18 Mayıs 2006 tarihinde kurulmuştur. Dernek, tüzükteki kimi aykırılıkların giderilmesi amacıyla başlatılan “eksiklikleri giderme” işlemleriyle ilgili yasal sürece karşın, İstanbul Valiliği’nin verdiği alındı belgesiyle bu tarihte tüzel kişilik kazanmıştır.

Kurulmasından iki yıl sonra 29 Mayıs 2008 tarihinde, yerel mahkemece derneğin feshine karar verilmiş; bundan altı ay sonra ise fesih kararı Yargıtay’ca bozulmuş ve beş ay sonra da bozma kararına uyulmuştur.

Lambdaİstanbul derneğinin kapatılması istemiyle açılan davada iki temel uyumsuzluk konusu vardır.

Dernek özgürlüğü hakkının farklı cinsel yönelimli ve kimlikli kişilerce kullanılması ile ilgili olan ve kendi içinde iki alt başlıklı olan birinci uyumsuzluk, Lambdaİstanbul derneğinin hukuka ve ahlaka aykırı amaçla kurulmuş olduğu savı ile ilgilidir. Derneğin adında geçen “Lambda” sözcüğü nedeniyle,¹ adının ve tüzüğünün 2. maddesinde çok ayrıntılı biçimde yer alan amaçlarının “hukuka ve ahlaka aykırı” olduğu ileri sürülmüştür. Gerek davanamenin, gerek Beyoğlu 3.

¹ Dernek tüzüğünde, “Lambda” sözcüğünün anlamı konusunda şu açıklamalar yer almaktadır:

“1970 yılında New York’ta “Gey Aktivistler Birliği” adı altında bir araya gelen bir grup tarafından sembol olarak seçilen “lambda” işareti, 1974 yılının Aralık ayında “Uluslararası Gey Hakları Kongresi”nde gey&lezbiyen hakları alanında uluslararası bir sembol olarak tanımlanmıştır. O tarihten bu yana dünyanın pek çok farklı yerinde pek çok grup “lambda” adı altında birbirinden bağımsız örgütler kurmuştur. Bu örgütlerin büyük bir kısmı devletler çapında tanınmaktadır.

“Lambda”nın anlamlarına gelince:

- Yunan alfabesinde “l” harfine karşılık gelen harftir.
- “Özgürleşme / Liberation” kelimesinin baş harfidir.
- Bir Yunan kolonisi olan (I) Spartalılar tarafından “birlik, beraberlik” sembolü olarak tanımlanmıştır.
- Romalılar “Cehaletin karanlığı içerisinde parıldayan bilginin ışığı” anlamında bir simge olarak kullanmışlardır.
- Fizik ve kimya bilimlerinde enerjiyi simgeleyen bu işaret gey&lezbiyen hareket için de enerji kaynağı olmuştur.
- Ortak bir erek etrafında hep birlikte çalışılarak ortaya çıkarılan sinerjinin de sembolüdür.”

Asliye Hukuk Mahkemesi'nin ve gerekse Yargıtay 7. Hukuk Dairesi'nin kararlarının konusu, bu iki uyumsuzluktur.

Kanımcı fesih ve bozma kararlarına konu olan davada, birincinin gölgesinde ve geri planda kalan ve kararlarda tartışılmayan ikinci uyumsuzluk daha vardır. Bu da, ulusal ve uluslararası (ulusalüstü) hukuk bağlamında, dernek hakkının kullanılması çerçevesinde tartışılması gereken “cinsel yönelim”e dayalı ayrımcılık sorunudur. Özellikle yerel mahkemenin ulusal ve uluslararası kuralları zorlayarak verdiği kapatma kararının açıkça belirtmediği arka planında, farklı cinsel yönelim ve kimlikli kişilerin bir insan hakkı olarak “herkes” için güvenceye alınmış olan örgütlenme (dernek) özgürlüğü hakkını kullanmalarına yönelik ayrımcı bir yaklaşım, kısacası cinsel yönelime dayalı ayrımcılık sorunu vardır.

I. YARGI SÜRECİNİN AŞAMALARI

Davanın hukuksal çerçevesini oluşturan uluslararası ve ulusal kurallar ile yargı kararlarını açıklayıp değerlendirmeden önce, Lambdaİstanbul'un kapatılması istemli davaya ilişkin yargı sürecinin, derneğin kuruluşundan başlayarak Beyoğlu 3. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin fesih kararının Yargıtay 7. Hukuk Dairesi'nce bozulmasına değin uzanan başlıca aşamalarını kronolojik olarak özetlemekte yarar vardır:²

• **18 Mayıs 2006:** Derneğin kurulması; tüzük ve belgelerini İstanbul Valiliği İl Dernekler Müdürlüğü'ne teslim edip “alındı belgesi”ni alması;

• **25 Mayıs 2006:** İstanbul Valiliği'nin, Medeni Kanun'un 60. maddesi çerçevesinde tüzük ve belgeleri inceledikten sonra, Lambdaİstanbul derneği tüzüğünün incelenmesi için İçişleri Bakanlığı Dernekler Dairesi Başkanlığı'na yazı yazıp görüş istemesi;

• **1 Haziran 2006:** İçişleri Bakanlığı Dernekler Dairesi Başkanlığı'nın, İstanbul Valiliği'ne yazdığı yazıda, Lambdaİstanbul tüzüğünde aykırılıklar bulunduğunu ileri sürmesi;

• **9 Haziran 2006:** İstanbul Valiliği'nin (İl Dernekler Müdürlüğü'nün), Lambdaİstanbul Yönetim Kurulu Başkanlığına tüzükte noksanlıklar olduğu ve bunların 30 gün içinde düzeltilmesi gerektiği konusunda bildirimde bulunması (B.05.4VLK4340800-07/34-130/005 sayılı yazı);³

• **13 Haziran 2006:** Dernek Yönetim Kurulu başkanının, “Dernek tüzüğünde kanuna muhalefet olmadığı ve herhangi bir değişiklik yapmayacaklarını” dilekçeyle bildirmesi;⁴

• **14 Haziran 2006:** Bu bildirimden dernek yönetim kurulunca alınması;

² Bu aşamalar, davalı dernek vekilinin temyiz dilekçesi temel alınarak özetlenmiştir.

³ İstanbul Vali Yardımcısı imzasıyla gönderilen bu yazı için bkz.:

<http://www.lambdaistanbul.org/php/main.php?menuID=5&altMenuID=5&icerikID=352>, 18.04.2009

⁴ Bu bilgi, Beyoğlu 3. Asliye Hukuk Mahkemesi kararında yer almaktadır.

• **13 Temmuz 2006:** Yapılan incelemeden sonra, “*Lambda kelimesinin anlamının tüzükte açıklayıcı bir biçimde ve dipnotu olarak yer alacağı ile Dernek Tüzüğünde hukuka ve ahlaka aykırılık teşkil edecek bir hususun olmamasından dolayı değişiklik yapılamayacağı*” sonucuna varılması ve bunun İstanbul Valiliği’ne yazı ile bildirilmesi;

• **18 Temmuz 2006:** İstanbul Valiliği İl Dernekler Müdürlüğü’nün, tüzükteki aykırılıkların giderilmediği düşüncesi ile Beyoğlu Cumhuriyet Başsavcılığı’na başvurarak, dernek hakkında 4721 sayılı Medeni Kanun’un 60. maddesi gereğince işlem yapılmasını (yetkili asliye hukuk mahkemesinde derneğin feshi konusunda dava açılmasını) istemesi (21844 sayılı yazı);⁵

• **8 Şubat 2007:** *Beyoğlu Cumhuriyet Başsavcılığı’nın, fesih davası açılmasına yer olmadığına karar vermesi* (2006/620-991 sayılı karar);⁶

• **30 Nisan 2007:** İstanbul Valiliği’nin, Başsavcılığın fesih davası açılmasına yer olmadığına ilişkin kararına itiraz etmesi;

• **30 Mayıs 2007:** İstanbul 5. Ağır Ceza Mahkemesi’nin, bu itirazı kabul ederek, dava açılmasına yer olmadığı kararının kaldırılması (2007/556 D. İş sayılı karar);

• **14 Haziran 2007:** İtirazın mahkemece kabul edilmesi üzerine, Beyoğlu Cumhuriyet Başsavcılığı’nın dava açılmasına yer olmadığına ilişkin önceki kararını kaldırması ve Beyoğlu Asliye Hukuk Mahkemesi’nde *fesih davası açması*;

• **19 Temmuz 2007:** Fesih davasının başlaması; yargılamanın ikinci oturumunda, savcılığın dosyanın bilirkişiye gönderilmesini istemesi;

• **14 Nisan 2008:** Bilirkişinin (İÜHF öğretim üyesi Doç. Dr. Tufan Ögüz’ün) raporu;

• **29 Mayıs 2008:** Beyoğlu 3. Asliye Hukuk Mahkemesi’nin, *derneğin feshine karar vermesi*;

• **12 Haziran 2008:** İstanbul İl Dernekler Müdürlüğü’nün, dernek vekiline “cevabi yazısı”;

• **24 Haziran 2008:** Davalı dernek vekilinin, fesih kararının bozulması dileğiyle, duruşma istemli olarak Yargıtay’a temyiz başvurusunda bulunması;

• **25 Kasım 2008:** Yargıtay 7. Hukuk Dairesi’nin, oybirliğiyle, *fesih kararının bozulmasına karar vermesi*;

• **30 Nisan 2009:** Beyoğlu 3. Asliye Hukuk Mahkemesi’nin, Yargıtay 7. Hukuk Dairesi’nin bozma kararına uyması.⁷

⁵ Bu bilgi, Beyoğlu 3. Asliye Hukuk Mahkemesi kararında yer almaktadır.

⁶ Beyoğlu 3. Asliye Hukuk Mahkemesi kararında, dava açılmasına yer olmadığı yolundaki 08.02.2007 tarihli bu kararın 2007/3935 esas sayılı olduğu belirtilmektedir.

⁷ “Lambda İstanbul Kapatılmıyor”, **Birgün**, 1 Mayıs 2009, s. 3;

II. ULUSLARARASI VE ULUSALÜSTÜ HUKUK KURALLARINA KISA BİR BAKIŞ

Gerek yerel mahkemenin ve gerekse 7. HD'nin kararları ile davalı dernek vekilinin temyiz dilekçesinde, onayladığımız insan hakları sözleşmelerinin dernek özgürlüğü hakkına ilişkin kuralları anılmıştır. Dolayısıyla, bu sözleşmelerin dernek hakkı ile eşitlik ve ayrımcılık yasağı (ayrımcılık yasaklı hukuk önünde eşitlik ilkesi) yönlerinden yaptığı düzenlemelerin kısaca anımsatılması gerekmektedir.

1. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 2. maddesi,⁸ “özellikle” sözcüğüne yer vererek, tüketici olmaksızın saydığı ayrımcılık nedenlerini sınırlı tutmamıştır. Bu nedenle, “cinsel yönelim” de, yasaklanan ayrımcılık nedenleri arasındadır. Evrensel Bildirge, “*herkes*”in, Bildirge’de açıklanan tüm hak ve özgürlüklerden (somut ve eylemlilik olarak) yararlanacağını ve bu konuda ayrımcılık yapılmayacağını öngörmüştür. Herhangi bir nedenle yada kimi koşullarla, kimi kişi kesimleri ve / yada kimi hak ve özgürlükler için ayrımcılık yapılmasına olanak veren istisnalar getirilemez.

Evrensel Bildirge, 7. maddesinde de, “hukuk önünde eşitlik” ilkesini, ayrımcılık yasaklı boyutuyla “herkes” için tanımış, ancak ayrımcılık nedenlerini saymamıştır.⁹

Bildirge, dernek (örgütlenme) özgürlüğü hakkını, barışçı toplantı özgürlüğü hakkı ile birlikte, 20. maddesinde “her kişi” (herkes) için tanımıştır. “Hiç kimse, bir derneğe girmeye zorlanamaz” diyerek, bu özgürlüğün olumsuz yönünü güvenceye almış, amaç ögesi konusunda herhangi bir düzenleme yapmamıştır.¹⁰

<http://www.lambdaistanbul.org/php/main.php?menuID=5&altMenuID=5&icerikID=71>
38, 30 Nisan 2009).

Karar incelemesinin baskıya girdiği tarihte, bozma kararına uymaya ilişkin gerekçeli karar açıklanmamıştı (MG).

⁸ Bildirge'nin 2. maddesi şöyledir:

“1. Herkes; hiçbir yönden, *özellikle* ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal görüş yada başka her tür görüş, ulusal yada toplumsal köken, servet, doğum yada *başka her durum* yönlerinden ayırım gözetilmeksizin, bu Bildirge’de duyurulan *tüm haklardan ve tüm özgürlüklerden yararlanabilir*.”

2. Ayrıca, bir kişinin uyruğu olduğu ülkenin yada (egemenliği altındaki) toprağın; bu ülke yada toprak, ister bağımsız olsun, ister vesayet altında bulunsun, isterse özerk olmasın yada herhangi bir egemenlik sınırlamasına bağlı tutulmuş olsun; siyasal, hukuksal yada uluslararası statüsü temeline dayanan hiçbir ayırım gözetilmeyecektir.”

⁹ Bidirge'nin 7. maddesi şöyledir:

“Herkes, hukuk önünde eşittir ve herkesin, ayırım gözetilmeksizin hukukun eşit korumasına hakkı vardır. Herkesin, bu Bildirge’yi çiğneyen her tür ayrımcılığa ve böyle bir ayrımcılığa yönelik her tür kışkırtılığa karşı eşit korunma hakkı vardır.”

¹⁰ Bu konuda geniş bilgi için bkz.: Mesut Gülmez, **İnsan Hakları ve Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılığın Kaldırılması ve Türkiye (Ayrımcılığın Kaldırılması)**,

Evensel Bildirge, esin kaynağı olduğu kendisinden sonraki insan hakları sözleşmelerinde de öngörülen “sınırlama rejimi” konusunda üç koşullu bir düzenleme yapmış; yasayla saydığı nedenlere dayalı sınırlamaların “demokratik toplum gerekleri”ne uygun olmasını zorunlu tutmuştur (m. 29/2). Bildirge’ye yollama yapan yargı yerlerinin, sınırlama rejiminin bu üçüncü koşulunu göz ardı etmemesi gerekir.

2. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi

Evensel Bildirge’den esinlenen İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, 14. maddesinde, güvenceye aldığı tüm hak ve özgürlüklerden yararlanmada “ayrımcılık yasağı” getirmiştir. Sözleşme, ayrımcılık nedenlerini sınırlı olmaksızın saymış, bunlar arasında “cinsel yönelim”e yer vermemiştir. Ancak, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin yerleşik kararlarına göre,¹¹ bunun da sözleşmenin korumasında olduğu kuşku götürmez ve tartışma dışıdır.

İHAS, 11. maddesinde, dernek kurma özgürlüğünü, sınırlama rejiminin koşullarını da belirterek düzenlemiştir.¹² Beyoğlu 3. Asliye Hukuk Mahkemesi, “yasa” koşulu ile örnek olarak sayılan “sınırlama nedenleri”nden birine yada birkaçına (“ahlakın korunması” ile “başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması” amaçlarına) dayanma koşullarını yerine getirerek, Lambdaİstanbul derneğinin kapatılmasına karar vermiş; böylece kapatma kararını sınırlama rejiminin yalnızca bu iki koşuluna dayandırmıştır. Oysa, sınırlama rejiminin göz ardı edilmemesi gereken ve yasa ile sınırlanmanın temellendirileceği nedenlere ilişkin koşulların, özellikle de ikincisinin denetlenmesine olanak veren bir üçüncü koşulu daha vardır. Bu da, sözü edilen iki koşula uygun sınırlamaların, aynı zamanda “**demokratik bir toplum için zorunlu önlem**” niteliği taşıması gerektiğidir. Üçüncü koşul, örgütlenme hakkı konusunda, “kural”ın “özgürlük” (serbestlik) olduğunu, “sınırlamalar”ın ise dar yorumlanması gereken “istisna” niteliği taşıdığını ortaya koyan bir koşuldur.

Belediye-İş Yayını, “AB’ye Sosyal Uyum” Dizisi, No: 5, Birinci Baskı, Ankara, Nisan 2009, s. 50 vd.

¹¹ Bu konuda geniş bilgi için bkz.: Mesut Gülmez, **a.g.y.**, s. 246-247 ve 257-258.

¹² İHAS’ın “dernek kurma ve toplantı özgürlüğü” başlıklı 11. maddesi şöyledir:

“1. Herkes asayışı bozmayan toplantılar yapmak, dernek kurmak, ayrıca çıkarlarını korumak için başkalarıyla birlikte sendikalar kurmak ve sendikalara katılmak haklarına sahiptir.

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

3. Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi

Ancak 2003'te onaylanarak “ulusalüstü” hukuksal değer kazandırılan 1966 tarihli Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi, ayrımcılık yasağı ve hukuk önünde eşitlik ilkesi ile örgütlenme hakkını güvenceye almıştır.

Sözleşmenin 2. maddesinin 1. fıkrasındaki ayrımcılık yasağı, hem güvenceye aldığı hakların tümünü ve hem de tüm hak öznelere kapsar. Yasaklanan ayrımcılık nedenlerini örnek olarak sayan sözleşme, İHEB ve İHAS gibi “cinsel yönelim”i, açıkça saymamış olsa da, buna dayanan ayrımcı düzenleme ve uygulamaları sağladığı koruma kapsamı dışında tutmamıştır. 3. maddesinde haklardan yararlanmada cinsiyetlerarası eşitliğe yer veren sözleşme, 26. maddesinde, “yasa önünde eşitlik ve ayrımcılık yasağı”nı sözleşmenin güvenceye bağladığı haklarla sınırlı olmaksızın, bağımsız ve özerk bir hak olarak düzenlemiştir.¹³ Bu maddenin, sözleşmeyi onaylayan bir devletin Anayasa yada yasalarında tanınan ancak sözleşmede tanınmayan bir hak konusunda hiçbir ayrımcılık gözetmeme yükümlülüğünün hukuksal çerçevesinin belirlenmesinde de göz önüne alınması gerekir.¹⁴

KSHUS'nin 22. maddesi, örgütlenme (dernek) özgürlüğü hakkını “herkes” için hukuksal güvenceye bağlamıştır.¹⁵ Hukuk önünde eşitlik ve ayrımcılık yasağı, dernek özgürlüğü hakkından yararlanmada da uygulanır. 2. fıkra, sınırlama rejimini, İHEB ve İHAS'ta olduğu gibi, üç koşuluyla birlikte düzenlemiştir. Sınırlama nedenleri arasında “(genel) ahlakın korunması” ile “başkasının hak ve özgürlüklerinin korunması” da bulunmaktadır. Ancak, dernek özgürlüğüne, genel ahlakı korumak için yasayla getirilecek bir sınırlamanın, aynı zamanda “**demokratik toplum için zorunlu önlem**” niteliği taşıması gerekir. Salt sözleşmenin bu nedene yer vermiş ve ulusal yasanın da aynı nedeni öngörmüş olmasına dayanarak dernek özgürlüğü hakkının sınırlandırılması yada yasaklanması (derneğin kapatılması), sözleşmeye açıkça aykırıdır.

¹³ KSHUS'nin 26. maddesi şöyledir:

“Tüm kişiler yasa (hukuk) önünde eşittir ve ayırım gözetilmeksizin, yasanın eşit korumasına hakları vardır. Bu konuda, yasanın her tür ayrımcılığı yasaklaması ve özellikle ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal görüş yada başka her görüş, ulusal yada sosyal köken, servet, doğum yada başka her durum (temellerine dayanan) her tür ayrımcılığa karşı tüm kişilere *eşit ve etkili bir korumayı* güvenceye alması gerekir.”

¹⁴ Bu konuda geniş bilgi için bkz.: Bu konuda geniş bilgi için bkz.: Mesut Gülmez, **a.g.y.**, s. 76 vd.

¹⁵ KSHUS'nin “örgütlenme özgürlüğü” başlıklı 22. maddesinin ilk iki fıkrası şöyledir:

“1. Herkes başkalarıyla bir araya gelerek örgütlenme özgürlüğü hakkına sahiptir; bu hak, kendi menfaatlerini korumak için sendika kurma ve sendikaya katılma hakkını da içerir.

2. Bu hakkın kullanılmasına ulusal güvenliğin, kamu güvenliğinin, kamu düzeninin (ordre public), genel sağlık veya ahlakın, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla, hukuken öngörülmüş ve demokratik bir toplumda gerekli olan sınırlamaların dışında başka hiç bir sınırlama konamaz. Bu madde, silahlı kuvvetler ve polis teşkilatı mensuplarının bu hakkı kullanmaları üzerine hukuki kısıtlamalar konulmasını engellemez.”

III. AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNA KISA BİR BAKIŞ

Avrupa Birliği hukuku, sanıyorum “hukuksal” yönden bir bağlayıcılık taşınamaması nedeniyle, yerel mahkeme ve 7. HD kararlarında anılmamıştır.

Buna karşılık davalı dernek vekilinin temyiz dilekçesinde, Katılım Ortaklığı belgeleri ile İlerleme Raporlarına da değinilmiştir.

2001, 2003 ve 2006 KOB’larında, “*insan hakları ve azınlıkların korunması*” başlığında ayrımcılık gözetilmemesi ile ilgili önceliklerin yer aldığı ve özellikle 2006 KOB’unda, tüm bireylerin insan haklarından ve temel özgürlüklerden aynı zamanda hukuk ve uygulama boyutlarıyla yararlanmalarında “cinsel yönelim” temeline dayalı ayrımcılık yapılmamasının da güvenceye bağlanmasını öngören önceliği anımsatmıştır.¹⁶

2004, 2005, 2006 ve 2007 İlerleme Raporlarında, özellikle 4857 sayılı İş Yasası’nın 5. maddesinde yasaklanan ayrımcılık nedenleri arasında “cinsel yönelim”in yer almaması nedeniyle yapılan eleştirileri anımsatan temyiz dilekçesi, 2007 İlerleme Raporunda da, davalı derneğe ilişkin kapatma davası konusundaki eleştiriyi aktarmıştır.¹⁷ Eklemek gerekir ki 2008 İlerleme Raporu, davaya daha geniş biçimde yer vermiştir.¹⁸

¹⁶ Mesut Gülmez, **a.g.y.**, s. 510 vd.

¹⁷ Mesut Gülmez, **a.g.y.**, s. 495-504.

¹⁸ 2008 İlerleme Raporu, “*cinsel yönelim*”e dayalı ayrımcılık sorununa, önemli bir yer ayırmış; Anayasa ve yasalarda (örneğin İş Yasası’nda), dayandığı nedenler sınırlı olmaksızın yer alan ayrımcılık yasağına karşın, yasanın “cinsel yönelim” temeline dayalı ayrımcılıktan söz etmediğini, kapatılmasına karar verilen “*Lambdalstanbul*” davasının Danıştay’da incelenmekte olduğunu, uğradıkları cinsel saldırıların etkili biçimde soruşturulması gerektiğini belirtmiştir:

“... Son yıllarda, lezbiyen, eşcinsel, biseksüel ve transseksüel topluluklara ait dernekler (LGBT), Türkiye’de yasal statüye sahip olmak için başvurmuş ve İçişleri Bakanlığı’nın bu derneklerin kapatılması talebi üzerine, savcılar dava açmayı reddetmiştir. Bu durum, lezbiyen, eşcinsel, biseksüel ve transseksüellerin haklarını savunmaya başlamalarına imkan sağlamıştır.

Ancak kanun, cinsel tercih gibi, ayrımcılığın tüm temellerinden gerektiği gibi söz etmemektedir ve “alenen teşhircilik” ve “genel ahlaka karşı işlenen suçlar” hakkındaki Türk Ceza Kanunu hükümleri zaman zaman LGBT’ye karşı ayrımcılık yapmak amacıyla kullanılmaktadır. Mayıs 2008’de İstanbul Valiliği’nin itirazı üzerine, İstanbul’da bir mahkeme, tüzüğünün genel ahlaka aykırı olarak değerlendirilmesi nedeniyle “Lambda İstanbul”un kapatılmasına karar vermiştir. Bu davada Danıştay’a (the Council of State) temyiz başvurusunda bulunulmuştur.”

Eşcinsellerin askerlik hizmetinden muaf tutulma hakları bulunmaktadır. Böyle bir muafiyet talep etmeleri halinde bu kişilerin cinsel tercihleri aşağılayıcı tıbbi ve psikolojik testler ya da eşcinselliğin kanıtlanması istenerek teyit edilmektedir.

Avrupa Komisyonu, SEC (2008) 2699, Brüksel, 5 Kasım 2008, **Türkiye 2008 İlerleme Raporu** (Gayri Resmî Tercüme), (COM(2008) 674), s. 22-23; Mesut Gülmez, **a.g.y.**, s. 507-508;

AB hukukunda (Antlaşmalarda ve yönergelerde), örgütlenme hakkına ilişkin doğrudan bir kural yoktur. Çünkü sendikalar kurma ve sendikalara üye olmayı da kapsayan “örgütlenme hakkı” ile grev ve lokavt hakları, AB kurumlarının değil “üye devletler”in yetkisine bırakılan konulardandır.¹⁹

Bununla birlikte, Çalışanların Temel Sosyal Hakları Topluluk Şartı’nda “çalışanlar ve işverenler” için mesleki yada sendikal nitelikli örgütler kurmak amacıyla öngörülen örgütlenme hakkı (m. 11), Temel Haklar Şartı’nda “herkes” için tanınmıştır (m. 12). Bu kurala göre, herkesin tüm düzeylerde örgütlenme özgürlüğüne hakkı vardır. Bu hakkın, “siyasal, sendikal ve *şirik*” alanlarda güvenceye alınmış olduğu ve sendika hakkını da kapsadığı belirtilmiştir.

Eşitlik ve ayrımcılık yasağı ise, AB kaynak ve türevsel hukukunun, özellikle yönergelerin kapsamlı düzenlemelerine konu olmuştur. Yönergeler, ağırlıklı olarak, çeşitli alanlarda, kadınlar ve erkekler arasında “cinsiyetlerarası eşitliği” sağlamaya yöneliktir.²⁰ “Cinsel yönelim”, yasaklanan ayrımcılık nedenleri arasında, ilk kez *istihdam ve çalışma* alanında işlem eşitliği yararına genel bir çerçeve oluşturulmasına ilişkin 2000/78 sayılı yönergede yer almıştır.²¹ Avrupa Komisyonu, bu yönergenin emek piyasası ile sınırlı olan uygulama alanını genişletmek için yeni bir yönerge kabul edilmesi konusunda bir girişimde bulunmuştur.²²

Temel Haklar Şartı, hukuk önünde eşitlik, ayrımcılık yasağı ve kadınlar ve erkekler arasında eşitlik ilkelerini, üç ayrı maddede (m. 20, 21 ve 23’te) düzenlemiştir. Hukuk önünde eşitliğin özneleri “*tüm kişiler*”dir ve ayrımcılık yasağı da, tüketici olmaksızın sayılan nedenler arasında açıkça yer alan “*cinsel yönelim*”i de kapsamaktadır. Bu arada, Temel Haklar Şartı’nın, Lizbon Antlaşması’nın yürürlüğe girmesiyle birlikte “hukuksal bağlayıcılık” kazanacağı dolayısıyla da AB hukukuna uyumda temel belgeler arasında yer alacağı unutulmamalıdır.

IV. ULUSAL HUKUK KURALLARINA KISA BİR BAKIŞ

Davada, gerek yerel mahkeme ve gerekse 7. Hukuk Dairesi kararı ile dernek vekilinin temyiz dilekçesinde sözü edilen Anayasa ve yasaların kimi kurallarını öncelikle anımsatmakta ve içeriği ile ilgili kısa genel saptamalar yaparak ulusal hukuksal çerçeveyi topluca özetlemekte yarar vardır.

http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/turkiye_ilerleme_rap_2008.pdf.

¹⁹ Mesut Gülmez, **Avrupa Birliği ve Sosyal Politika**, Yeni Bölümler Eklennmiş, Geliştirilmiş ve güncelleştirilmiş 2. Baskı, Hatipoğlu Yayını, Ankara, 2008, s. 219.

²⁰ Mesut Gülmez, **İnsan Hakları ve Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılığın Kaldırılması ve Türkiye**, s. 367 vd.

²¹ Mesut Gülmez, **a.g.y.**, s. 401 vd.

²² Mesut Gülmez, **a.g.y.**, s. 447 vd.

1. Anayasa'da Dernek Hakkı ve Eşitlik İlkesi

Kararlarda, Anayasa'nın kimi başka maddeleri anılmakta ise de, özellikle iki kuralı dava yönünden birincil önem taşımaktadır: Ayrımcılık yasaklı yasa önünde eşitlik ilkesi (m. 10) ile dernek kurma özgürlüğünü güvenceye alan (m. 33) kurallar.

Yasa (hukuk) önünde eşitlik ilkesi,²³ ayrımcılık yasaklı olumsuz boyutuyla birlikte “herkes”i kapsar; özne olarak belirlenen “herkes” arasında, yalnızca “örnek” olarak sayılan nedenlerle değil, açıkça sayılmayan nedenlerle de ayrımcılık gözetilemez. Sayılanlar arasında bulunmayan, örneğin “engel”, “yaş” ve “cinsel yönelim” gibi nedenleri de kapsar. Sözü ettiğim bu nedenlerin hak öznelere yönünden anlamı ve anlatımı “engelliler”, “yaşlılar” ve “farklı cinsel yönelimli ve kimlikli kişiler”, yani dava konusu derneğin adında yer alan “lezbiyen, gey, biseksüel, travesti, transseksüel kadın ve erkekler”dir.

Eşitlik ilkesine uyulması, kuşkusuz, öncelikle Anayasa'nın güvencesindeki tüm temel hak ve özgürlüklerden, dolayısıyla dernek kurma hakkından yararlanmada söz konusudur. Ayrımcılık yasaklı hukuk önünde eşitlik ilkesinin yükümlülere arasında, son fıkrada belirtildiği gibi, “devlet organları ve idare makamları” bulunmaktadır. Kuşkusuz, yargı yerleri de, bu yükümlüler arasındadır.²⁴

Anayasa'nın dernek kurma özgürlüğüne ilişkin 33. maddesi,²⁵ bu özgürlüğü

²³ Anayasa'nın 10. maddesi şöyledir:

“Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde ve her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.”

²⁴ Daha geniş bilgi için bkz.: Mesur Gülmez, **İnsan Hakları ve Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılığın Kaldırılması ve Türkiye**, Belediye-İş Yayımları, “AB’ye Sosyal Uyum” Dizisi, No: 5, Birinci Baskı, Ankara, Nisan 2009, s. 545-554.

²⁵ Özellikle 1. ve 3. fıkraları dava yönünden önem taşıyan 33. madde şöyledir:

“Herkes, önceden izin almaksızın dernek kurma ve bunlara üye olma ya da üyelikten çıkma hürriyetine sahiptir.

Hiç kimse bir derneğe üye olmaya ve dernekte üye kalmaya zorlanamaz.

Dernek kurma hürriyeti ancak, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâk ile başkalarının hürriyetlerinin korunması sebepleriyle ve kanunla sınırlanabilir.

Dernek kurma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunda gösterilir.

Dernekler, kanunun öngördüğü hallerde hâkim kararıyla kapatılabilir veya faaliyetten alıkonulabilir. Ancak, millî güvenliğin, kamu düzeninin, suç işlenmesini veya suçun devamını önlemenin yahut yakalamanın gerektirdiği hallerde gecikmede sakınca varsa, kanunla bir merci, derneği faaliyetten men ile yetkilendirilebilir. Bu merciün kararı, yirmidört

“herkes” için tanımış; bireysel dernek özgürlüğünü olumlu ve olumsuz yönleriyle güvenceye almıştır. Sınırlama rejiminin yasa ve nedenlerle ilgili iki koşuluna 3. fıkrasında yer veren 33. madde, davanın dayandırıldığı aykırılık nedenlerinden biri olan “genel ahlak”ı da sınırlama nedenleri arasında saymıştır. Kişiler yönünden uygulama alanına, “herkes” kapsamında bulunan “farklı cinsel yönelimli ve kimlikli” kişilerin de girdiğine kuşku yoktur. Herkes, dernek kurma özgürlüğünün özneleri yönünden “cinsel yönelim” temeline dayalı ayrımcılık yapılmamasını gerektirir.

Yerel mahkeme ile 7. HD kararında değinilen 90. maddenin son fıkraya kuralı ise,²⁶ özellikle 2004 değişikliğinde eklenen üçüncü cümlesiyle, yasa-sözleşme çatışmasında, sözleşmeleri yasalara üstün tutan ve yargı önündeki uyumsuzlukların çözümünde doğrudan uygulanması zorunluluğu getiren bir düzenleme yapmıştır.²⁷ Bu kuralın doğal gereği olarak, örneğin kimi maddeleri davada uygulanan Medeni Yasa ile Dernekler Yasası’nın onaylanarak “ulusalüstü” hukuksal değer kazandırılan insan hakları sözleşmeleri ile çatışması -çelişkili (aynı konuda farklı) düzenleme yapmış olması- durumunda, sözleşmelerin öncelikle ve “kendiliğinden” uygulanması gerekir.

2. Medeni Kanun’da Dernek Hakkı

“Herkes(in), önceden izin almaksızın dernek kurma hakkına sahip” olduğunu belirten (m. 57/1) Medeni Kanun, dernekleri şöyle tanımlamıştır: “Dernekler, en az yedi gerçek kişinin kazanç paylaşma dışında belirli ve ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere, bilgi ve çalışmalarını sürekli olarak birleştirmek suretiyle oluşturdukları, tüzel kişiliğe sahip kişi topluluklarıdır.” (m. 56/1). Bu maddenin, Lambdaİstanbul’un kapatılmasının temel gerekçesini oluşturan 2. fıkrası

saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, bu idarî karar kendiliğinden yürürlükten kalkar.

Birinci fıkraya hükmü, Silahlı Kuvvetler ve kolluk kuvvetleri mensuplarına ve görevlerinin gerektirdiği ölçüde Devlet memurlarına kanunla sınırlamalar getirilmesine engel değildir.

Bu madde hükümleri vakıflarla ilgili olarak da uygulanır.”

²⁶ 90. maddenin üç cümleli son fıkrası şöyledir:

“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir.

Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz.

Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.”

²⁷ Bu konuda bkz.: Mesut Gülmez, “Anayasa Değişikliği Sonrasında, İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 54, Eylül / Ekim 2004, s. 147-161; Mesut Gülmez, “İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması”, **İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması, (Anayasa md. 90 / son)**, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2005, s. 38-82.

ise, kurulması yasaklanan dernekleri çok açık ve kısa bir anlatımla şöyle belirtmiştir: **“Hukuka veya ahlâka aykırı amaçlarla dernek kurulamaz.”** Yasa, tüzel kişilik kazanılmasını da, doğal olarak, bu sınırlamaya bağlı tutup, “amacı hukuka veya ahlâka aykırı olan kişi ve mal toplulukları tüzel kişilik kazanamaz” demiştir (m. 47/2). Bu kuralın, yönetsel yetkililerin aykırılık savlarıyla değil, ancak yargı kararıyla uygulama alanı bulabileceği açıktır.

Madde 56/2 kuralı, yani amaç ögesi yönünden, hukuka yada ahlaka aykırı olarak kullanılmayacağı belirtilen dernek hakkı ile ilgili olarak, öncelikle şu sorunun yanıtlanması gerekir: Öngörülen “hukuka” aykırı amaçlı dernek kurma yasağında, **“hukuk”, salt “ulusal (iç)” hukuk mudur? Yoksa “hukuk”, ulusal hukukun ayrılmaz parçasına dönüştürülmüş uluslararası, daha doğrusu doğrudan etki gücü bulunan “ulusalüstü” hukuku da kapsar mı?**

Anayasa’nın 90. maddesinin son fıkrasındaki kural nedeniyle, sorunun yanıtı hiç de güç ve tartışmaya açık değildir. Medeni Kanun’un “hukuk” a yaptığı yollama, Anayasa’dan başlayarak, kurallar sıradüzeninde yer alan tüm “iç hukuk” kurallarıyla sınırlı değildir. Onaylanan insan hakları sözleşmelerinin dernek özgürlüğü hakkı ve ayrımcılık yasağı konusundaki “ulusalüstü” kuralları da, dernek hakkının kullanılmasına ilişkin uyumsuzluklarda “doğrudan etki” si bulunan ve yargı yerlerince kendiliğinden uygulanması gereken kurallardır. Dolayısıyla, “ulusalüstü hukuka” aykırı amaçlarla da dernek kurulamaz. Ancak, hemen eklemeliyim ki, ulusalüstü hukuk, aynı zamanda, dernek özgürlüğü hakkının güvencelerini içermektedir. Kurulmuş bir derneğin “hukuka” aykırılığı, sözleşmelerin öngördüğü “sınırlama rejimi” nin koşulları göz önüne alınarak saptanmalıdır. Hiç kuşku yok ki ulusalüstü insan hakları sözleşmeleri, derneklerin salt “hukuka” değil, aynı zamanda “ahlaka” aykırı amaçlarla kurulup kurulmadığının araştırılmasında da göz önünde bulundurulur. Daha açık bir deyişle, üç koşullu sınırlama rejimi, “ahlaka” aykırı amaçlarla kurulduğu ileri sürülen derneklerin kapatılmasında da uygulanır, uygulanmalıdır.

Medeni Kanun, derneklerin tüzüklerinde bulundurulmasını zorunlu tuttuğu noktaları, sınırlı bir anlatımla, şöyle saymıştır (m. 58/2): *“Adı, amacı, yerleşim yeri, kurucuları, gelir kaynakları, üyelik koşulları, organları ve örgütü ile geçici yönetim kurulu.”* Görüldüğü gibi yasa, derneğin “adı” nın tüzükte yer almasını zorunlu tutmakla birlikte, hangi dilde olacağına ilişkin bir açıklık içermemekte, dolayısıyla “Türkçe” olmasını zorunlu tutmamaktadır. Tersine bir yorum, günlük dilde, yazılı ve görsel basında kullanılan yabancı kökenli “Türkçeleştirilmiş” birçok sözcüğün de dernek, sendika ve vakıf gibi örgütlerin adından çıkarılmasını gerektirir.

Tüzüğün, “kanunun emredici hükümlerine aykırı olama(yacağını)” belirten Medeni Kanun, Lambdaİstanbul’un kuruluş sürecinde uygulanan 60. maddesinde, ²⁸ “kuruluş bildirim ve belgeleri ile tüzüğün ve kurucuların hukuksal durumlarının

²⁸ Medeni Kanun’un 60. maddesi şöyledir:

“kanuna aykırılık” yada kuruluş işlemlerinde “noksanlık” bulunup bulunmadığının “dosya üzerinden incelenmesi” konusunda düzenleme yapmıştır. Davada uygulanan bu kural uyarınca, özet olarak yetkili makam, gerçekleştirdiği incelemede aykırılık yada eksiklik gördüğünde, kuruculardan bunların giderilmesini yada tamamlanmasını ister. Bu isteğin yerine getirilmemesi, derneğin feshi konusunda dava açılmasının yolunu açar ve durum, bu amaçla C. Savcılığı’na bildirilir. Savcılık da, mahkemeye başvurarak, derneğin “faaliyetinin durdurulması”nı isteyebilir.

Davada, kurucular, istenen değişiklikleri yapmamış, adında geçen “Lambda” sözcüğünü dipnotta açıklamakla yetinmiş; ancak amaçlarındaki “ahlaka aykırılık” ile ilgili eksikliklerin giderilmesi yolundaki istekleri yerine getirmemiştir.

3. Dernekler Kanunu’nda Dernek Hakkı

5253 sayılı ve 4 Kasım 2004 tarihli Dernekler Kanunu, 3. maddesinde, “fil ehliyetine sahip gerçek veya tüzel kişiler, önceden izin almaksızın dernek kurma hakkına sahiptir” diyerek, öznel yönünden ilkece bir kısıtlama getirmemiş; ancak “Türk Silâhlı Kuvvetleri ve kolluk kuvvetleri mensupları ile kamu kurum ve kuruluşlarının memur statüsündeki görevlileri hakkında özel kanunlarında getirilen kısıtlamalar(ın) saklı” olduğunu da eklemiştir. Benzer bir kural Anayasa’nın 33. maddesinde de öngörülmüştür. Yasanın 28. maddesi, kimi sözcüklerin dernek adlarında kullanılmasını Bakanlar Kurulu’nun iznine bağlamıştır. Bunlar; “Türk, Türkiye, Milli, Cumhuriyet, Atatürk, Mustafa Kemal kelimeleri ile bunların baş ve sonlarına getirilen eklerle oluşturulan kelimeler”dir. Burada, yasaklama değil, “izinle kullanma” söz konusudur. Sınırlı biçimde sayılan bu sözcükler arasında, yabancı kökenli olanlar yoktur. Öyleyse, derneğin adında geçen yabancı sözcüğün (Lambda’nın) kullanılması ne yasaktır, ne de izne bağlıdır.

Yasanın kurulması yasak olan dernekleri ve yasak faaliyetleri düzenleyen 30. maddesi, derneklerin etkinliklerini tüzüklerinde gösterilen amaç ile sınırlandırmış; “Anayasa ve kanunlarla açıkça yasaklanan amaçları veya konusu suç teşkil eden fiilleri gerçekleştirmek amacıyla” dernek kurulamayacağını belirtmiştir. “Hukuka ve ahlaka aykırılık”, Medeni Kanun’un yasakladığı amaçlardandır.

“Kuruluş bildirim ve belgelerin doğruluğu ile dernek tüzüğü, en büyük mülkî amir tarafından altmış gün içinde dosya üzerinden incelenir.

Kuruluş bildiriminde, tüzükte ve kurucuların hukukî durumlarında kanuna aykırılık veya noksanlık tespit edildiği takdirde bunların giderilmesi veya tamamlanması derhâl kuruculardan istenir. Bu istemin tebliğinden başlayarak otuz gün içinde belirtilen noksanlık tamamlanmaz ve kanuna aykırılık giderilmezse; en büyük mülkî amir, yetkili asliye hukuk mahkemesinde derneğin feshi konusunda dava açması için durumu Cumhuriyet savcılığına bildirir. Cumhuriyet savcısı mahkemeden derneğin faaliyetinin durdurulmasına karar verilmesini de isteyebilir.

Kuruluş bildiriminde, tüzükte ve belgelerde kanuna aykırılık veya noksanlık bulunmaz ya da bu aykırılık veya noksanlık belirli sürede giderilmiş bulunursa; keyfiyet derhâl derneğe yazıyla bildirilir ve dernek, dernekler kütüğüne kaydedilir.”

Dava yönünden önem taşıyan 31. maddede “kayıt ve yazışma dili” şöyle düzenlenmiştir: “Dernekler, defterlerinde ve kayıtlarında ve Türkiye Cumhuriyetinin resmi kurumlarıyla yazışmalarında Türkçe kullanırlar.” Bu maddenin Türkçe kullanma zorunluluğu getirdiği belgeleri ve yazışmaları sınırlı biçimde saydığına kuşku yoktur. Defterlerde, kayıtlarda ve resmi kurumlarla yazışmalarda Türkçe kullanma zorunluluğu getirilmiş olması, örneğin derneklerin adının da Türkçe olmasını gerektirmez.

Yasanın 36. maddesinin son cümlesine göre, düzenleme yapmadığı durumlarda “4721 sayılı Türk Medeni Kanununun hükümleri uygulanır.”

IV. KARARLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yargı kararlarında ve temyiz dilekçesinde anılan ulusal yasalar ile uluslararası sözleşmelere ve AB belgelerine kısaca değinerek, dernek özgürlüğü hakkının, kişiler yönünden uygulama alanı ve sınırlama rejimi bağlamlarında ulusal ve ulusüstü hukuktaki dayanaklarını açıkladıktan sonra, bu kararları ayrı ayrı ele almak gerekiyor. Ancak, öncelikle davalı dernek vekilinin temyiz dilekçesi konusunda birkaç saptama yapmakta yarar görüyorum.

Buna göre; “asıl fesih talebi”, tüzüğün 2. maddesinde “belirtilen dernek amaçlarının hukuka ve ahlaka aykırılık iddiası”dır. Ancak, “gerek idari yazışmada gerekse davanamede hukuka ve ahlaka aykırılığın ne olduğu” belirtilmemiştir. Açılan dava, “*örgütlenme özgürlüğüne, eşitlik ilkesine, azınlık haklarına, ifade özgürlüğüne, özel hayatın dokunulmazlığı hakkına aykırı*”dır ve dernek adında belirtilen *lezbiyen, gey, biseksüel, travesti, transseksüel* kavramları, “*cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğini ifade eden evrensel kavram(lardır).*”

Dernek vekilinin yanıtında, İHAS’ın madde 11/2 ve madde 14 ile KSHUS’nin madde 22 kurallarına değinildikten ve Dernekler Kanunu’nun genel gerekçesindeki AB’ye uyum amaçları anımsatıldıktan sonra, “Lambda” sözcüğü açıklanmıştır. “İl Dernekler Müdürlüğü’nün Dernekler Kanununun 31. maddesine aykırı bulduğu Dernek adında geçen *Lambda kelimesinin Yunanca (L) harfi olduğunu*, New York Gey Aktivist Birliği tarafından 1970 yılında gey özgürleşmesinin simgesi olarak tasarlandığını, bu simgenin LGBTT hakları savunuculuğunu yapan müvekkilleri dernek tarafından da kullanılmakta olduğunu” açıklayan dernek vekili, ayrıca “gey”, “lezbiyen”, “transseksüel” ve “travesti” terimlerinin her birinin anlamını da açıklamış; tüzüğün 2. maddesinde “derneğin amacı ve çalışma alanları olarak gösterilen ve 23 maddeden (benkten) oluşan kavramlarda ahlak dışı olarak tanımlanabilecek bir husus bulunmadığından hukuki dayanaktan yoksun davanın reddine karar verilmesini” istemiştir.

Davalı dernek vekili temyiz dilekçesinde; Anayasa’nın 90. maddesinin son fıkrasının “*kanunlardan önce gelen ve kuşkusuz ki mahkemeler açısından bağlayıcı olan*” bir kural niteliği taşıdığını belirtmiş ve bu yaklaşım doğrultusunda da, KSHUS ile İHAS’ın dernek hakkı ve ayrımcılık yasası ile ilgili maddelerini

denetim organlarının (özellikle İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin) kararlarıyla birlikte açıklamış, ayrıca Avrupa Komisyonu'nun İlerleme Raporları ile Katılım Ortaklığı Belgelerinin bu konudaki eleştirel saptamalarını da anımsatmıştır.

1. Beyoğlu 3. Asliye Hukuk Mahkemesi Kararı ve Değerlendirilmesi

Beyoğlu 3. Asliye Hukuk Mahkemesi 28 Mayıs 2008 tarihli kararında, iddianamede yer alan kuruluş sürecinde valilikçe ileri sürülen savları yinelenikten sonra, dernek vekilinin davanamaya verdiği yanıtı özetlemiştir. Kararının “deliller ve gerekçe” bölümünde ise mahkeme, bilirkişinin göz önüne almadığı görüşlerini içeren raporunu özetlemiştir; sonuç olarak bu raporda, “dosya içeriği itibarıyla derneğin feshi talebinin hukuki dayanağının bulunmadığı sonucuna” varmıştır.

Mahkeme, incelediği “**ulusal hukuk düzenlemeleri**” olarak, Anayasa'nın 10, 12, 13, 20, 33, 58 ve 90. maddelerini; “**uluslararası hukuk düzenlemeleri**” olarak, Evrensel Bildirge'nin 1, 2, 7, 8, 16/3, 20/1, 26/3 ve 29. maddelerini; “Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Sözleşme”nin 2/1, 3, 22/1 v2, 23/1 ve 24. maddelerini; Strazburg Mahkemesi'nin kimi kararlarıyla birlikte “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”nin 8 ve 11. maddelerini anmıştır. Ancak bu yollamalar, altını çizerek belirtmekte yarar var ki, anılan maddelerin aktarılmasıyla sınırlıdır; içeriklerinin açıklanıp yorumlanması söz konusu değildir.

Oysa, yalnızca aynen yinelenmekle yetinilen Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrası kuralının gereği olarak, uluslararası sözleşmelerin iç hukuktaki yeri ve değeri konusunda da hiçbir yorumun yapılmadığı yerel mahkeme kararında, anılan ulusal yasalar ile sözleşmeler arasında dava konusu uyumsuzluk bağlamında bir çelişki yada çatışma bulunup bulunmadığı, varsa sözü edilen kurallardan hangilerinin öncelikle uygulanacağı konusunda bir değerlendirme yapılmalıydı. Uluslararası sözleşmelerin bu denli geniş biçimde aktarılmış olması bunu gerektirirdi. Bu saptamanın tek istisnası, mahkemenin derneği kapatmak için İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin “haklı” kısıtlamalar getirmek için olanak verdiği nedenlerden ikisi olan “genel ahlakın korunması” ile “başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması”nı, fesih gerekçeleri arasında kullanmasıdır. Ne var ki ***mahkeme, kısıtlama rejiminin kural ve koşullarını da eksik yorumlamış ve uygulamış, “demokratik toplum gerekleri”ni tümüyle göz ardı etmiştir.***

Genel ahlak kurallarına ilişkin açıklamalarda bulunan mahkeme, Lambdaİstanbul derneğini amaçları yönünden genel ahlaka aykırı sayarken “güçlü ataerkil aile, kutsal aile, farklı cinsel yönelimli kişilerin azınlık olması, bunların istemlerini kentlerde ve yeni yeni dile getirmeye başlamaları” gibi, yasak gerekçesi olarak benimsenmesi olanaksız görüşlere dayanmıştır. Kanımca, arka plandaki ayrımcılığı ahlaka aykırılıkla örtmeye çalışan, ahlaka aykırılığı da güçlü ataerkil ve kutsal aile yapısına dayandıran kararın, bu yaklaşıma ilişkin bölümleri şöyledir:²⁹

²⁹ Alıntılarda, kararda yer alan çok sayıdaki yazım yanlışlarını düzelttim (MG).

“Davalı derneğin kurulmasının toplumumuzun genel ahlakına aykırı olup olmaması hususunda somut olaya uygulanabilecek istatistikî bir ölçek ve yüzde bulunmasa da, toplumumuzda *Ataerkil aile yapısının güçlü bir şekilde mevcut olması, Aile mefhumuna atfedilen kutsiyet*, akraba bağları, din ve görgü kuralları, söz konusu *farklı cinsel yönelim sahibi erkek ve kadınların azlığı* ve bu tür taleplerin dillendirilmeye başlanması olgusunun çok kısa bir döneme tekabül etmesi ve hatta ülkemizin kırsal kesiminden ziyade *sadece metropol şehirlerde ortaya çıkmış bulunması* hususları hep bir arada değerlendirildiğinde, toplumun aşağı yukarı tamamına yakın bir kesimi tarafından tasvip edilmeyen, ahlaka ve edebe aykırılık olarak kabul edilen ve nitelendirilen bir yapı arz ettiği söylenebilir.”

Anayasa ve yasalarda “Erkek ve Kadın cinsiyeti dışında farklı bir cinse yer verilmediği”ni ileri süren mahkeme, son derece “zorlama” bir yorumla, farklı cinsel yönelim ve kimlik ile cins yada cinsiyeti karıştırmıştır. Mahkemeye göre, “davalı dernek mensupları”, Anayasa’nın emredici nitelik taşıyan 10. maddesine “kadın ve erkek sıfatlarıyla” bağlıdırlar. “Herkes” için ayrımcılık yasaklı hukuk önünde eşitlik ilkesini güvenceye alan 10. maddeden böylesi bir sonuca ulaşılmış olabilmesi, farklı cinsel yönelimli kişilerin “herkes” kapsamında yer alan hak özneleri olarak hak ve özgürlüklerden ayrımcılık gözetilmeksizin yararlanmalarının yadsınmış olması, davalı derneğin kapatılması için yaratılmış bir gerekçe niteliğindedir. Öte yandan, Medeni Kanun’un 40. maddesi³⁰ dışında “farklı cinsel yönelim sahibi kişilerle ilgili herhangi bir kanuni düzenlemenin bulunmadığı”nı da belirten mahkeme, incelediği uluslararası hukukla ilgili olarak, sorunun devletlerin iç hukukunu ilgilendiren bir sorun olduğu değerlendirmesini yapmıştır:

“Uluslar arası yasal düzenlemeler dikkate alındığında, toplum ahlakının korunması, çocuklara yönelik cinsel istismar başta olmak üzere transseksüellikle bağlantılı karmaşık sorunlarda ve hatta dernek kurma özgürlüğü konusunda sözleşmeye taraf üye ülkelerin farklı hukuksal uygulamalar dikkate alınarak her taraf devletin *iç hukukunu ilgilendiren bir konu* olduğunun belirtildiği görülmektedir.”

Mahkeme, görüşlerine katılmadığı bilirkişi raporuyla birlikte somut olayı

³⁰ Medeni Kanun’un, kişisel durum sicil kaydında “cinsiyet değişikliği”nde düzeltme yapılmasını düzenleyen ve davalı derneğin adında geçen sözcüklerden birinin yer aldığı 40. maddesi şöyledir:

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

Verilen izne bağlı olarak amaç ve tıbbî yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmî sağlık kurulu raporuyla doğrulanması hâlinde, mahkemeye nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılmasına karar verilir.”

değerlendirirken, Dernekler Kanunu'nun 31. maddesine dayanarak, maddenin “**bu haliyle de dernek adının Türkçe olması zorunluluğunun bulunduğu(nu)**, zira söz konusu düzenlemenin dernek adını da ihtiva eder şekilde düzenlendiği[ni] (dernek adının Türkçe karşılığının dernek isminde bildirilmesi gerektiği[ni])” savunmuştur. Oysa 31. maddede, dernek adı konusunda böyle bir zorunluluk yoktur; **hiçbir yorum yöntemi, defter ve kayıtlar ile resmi yazışmalarda Türkçe kullanma zorunluluğuna ilişkin kuraldan, dernek adının da Türkçe olması gerektiği sonucunun çıkarılmasına olanak vermez.**

Mahkemenin 10. maddeye dayanarak ileri sürdüğü -yukarıda da değinilen- “şaşırtıcı” bir görüş ve onun sonucu da, “Anayasal düzenlemede kadın ve erkek cinsiyetinin yanı sıra *farklı bir cinsiyet tanımı bulunmadığına* göre sadece cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği gözetilerek oluşturulacak örgütlenmenin söz konusu maddenin özüne ve ruhuna ve amaçladığı eşitlik kuralına aykırılık teşkil edeceği” savıdır. Mahkeme, farklı cinsel yönelimli ve kimlikli kişileri, kadın ve erkeklerin yanı sıra “üçüncü bir cinsiyet” olarak gördüğünü içeren bu görüşünü desteklemek için, Anayasa'nın başka maddelerine de (m. 42 ve 50) dayanabilirdi!

Mahkemenin, derneğin amaçlarına ilişkin “toplu” değerlendirmesi de, Anayasa'nın 41, 58 ve 42/3. maddelerine aykırılık oluşturduğu savlarına dayanmaktadır:

“Derneğin amaçları bölümünün hemen hemen tüm bentlerinde davalı dernek mensuplarının kendi *cinsel eğilimlerinin tüm toplum katmanlarında eğitici programlar organizasyonu suretiyle teşviki ve propogandasının yapılmasının ön plana alındığı* gözlemlenmekle, söz konusu bu çalışmaların yasal ve Anayasal yapıya aykırı olarak **azınlığın çoğunluğa tahakkümü** sonucu doğuracak şekilde ve anayasamızın 41. maddesinde belirtilen Aile ve çocukların, Anayasamızın 58. maddesinde belirtilen gençlerin hak ve özgürlüklerinin tehlikeye girmesine neden olunacağı,”

“Anayasamızın 42/3 maddesinde, eğitim ve öğretim Atatürk İlkeleri ve İnkılapları doğrultusunda çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Bu esaslara aykırı eğitim ve öğretim yerleri açılmaz. Eğitim ve öğretim hürriyeti Anayasaya sadakat borcunu ortadan kaldırmaz” hükmü nazara alınmadan, derneğin amaçları bölümünün (a), (d), (l) bentlerinde konu ve içerik belirtilmeden eğitici faaliyetlerden söz edildiği, derneğin çalışmaları bölümünün (e) bendinde yine konu ve kapsam belirtilmeden her düzeyde eğitim ve öğretim kurumu, dersane, kurs açılacağından söz edildiği görülmüş olmakla, **derneklerin her konuda ve her düzeyde eğitim ve öğretim kurumu, dersane ve kurs açmak taleplerinin yasal ve Anayasal dayanağının mevcut olmadığı**, sadece dernekler kanununun 26. maddesinde belirtildiği üzere, eğitim ve öğretim fa(a)liyetleri için yurt, pansiyon açabilecekleri, bunun da bağlı bulunan mülki amirin iznine tabi olduğunun göz ardı edildiği tespit olunmuştur.”

Mahkeme, bu değerlendirmelerden sonra, son derece dar yorumladığı ulusal mevzuat ile eksik ve yanlış yorumladığı İHAS'ın 11. maddesinin 2. fıkrasına dayanarak, dava konusu iki uyuşmazlık nedeniyle derneğin kapatılmasına karar vermiştir:

“Sonuç olarak; tüm dosya muhtevası nazara alındığında, davalı derneğin adında yer alan **“Lambda” kelimesinin Türkçe karşılığının dernek isminde öncelikle belirtilmemiş olması**, ayrıca davalı dernek tüzüğü'nün 2. maddesinde belirtilen amaçlar ve bu amaçların uygulanmasına yönelik dernek tüzüğü'nün 3. maddesinde belirtilen çalışmalar bölümlerinde geçen ve yukarıda belirtilen **“hukuka ve ahlaka aykırı dernek kurulamaz” hükmüne** ve T. C. anayasasının 41 maddesinde belirtilen “Aile Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ve uygulamasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kuarar” şeklindeki emredici hukuk kurallarına aykırılık teşkil ettiği dolayısıyla (dolayısıyla) T. C. Anayasasının 33/3 maddesi ile A.İ.H.S. nin 11/2 maddesinde belirtilen dernek kurma özgürlüğü'nün kısıtlanabileceği **“genel Ahlak ile başkalarının hürriyetlerinin korunması” durumlarının kapsamına girdiği** sonuç ve kanaatine ulaşıldığından, davalı derneğin dernekler kanununun 17. maddesi delaletiyle M. K. nun 60/2. maddesi gereğince feshine karar vermek gerekmiştir.”

2. Yargıtay 7. Hukuk Dairesi Kararı ve Değerlendirilmesi

Yargıtay 7. Hukuk Dairesi, davalı dernek vekilinin temyiz başvurusu üzerine verdiği 25 Kasım 2008 tarihli bozma kararında; önce İHEB'in ve KSHUS'nin örgütlenme (dernek) hakkına ilişkin sırasıyla 20. ve 22. maddeleri ile İHAS'ın dernek hakkına ve ayrımcılık yaşağına ilişkin 11 ve 14. maddelerini aktarmıştır. İç hukuk bağlamında ise, sırasıyla Anayasa'nın 10. maddesi ile madde 90/son fıkra kuralını aktaran 7. HD, ardından sözleşme-yasa çatışması durumunda hangisinin uygulanması gerektiği konusunda şu kısa değerlendirmeyi yapmıştır:

“Anayasamızın (...) 90/son maddesi hükmünde de, (...) kişi hak ve özgürlükleri yönünden uluslararası sözleşmelerin kanunlardan önce uygulanmasına imkan tanınmıştır.”

7. HD'nin aktardığı iç hukuk kuralları ise, Medeni Kanun 56-60 ve 89. maddeleri ile Dernekler Kanunu'nun 3, 28, 30, 31 ve 36. maddeleridir.

Davanın, MK madde 60 gereğince, derneğin adının ve amaçlarının hukuka ve ahlaka aykırı olduğu gerekçesiyle açılmış olduğunu anımsatan 7. HD, derneğin tüzükteki uzun ve kısa adlarını belirttikten sonra, önce birinci uyuşmazlık konusunda saptamalarda bulunmuş; derneklerin adlarında kullandıkları (ve kullanacakları) sözcüklerle ilgili yasaklayıcı bir kural bulunmadığını belirtmiş, Dernekler Kanunu'nun 31. maddesinin de davada uygulanamayacağı sonucuna varmıştır:

“(…) Dernekler Kanunu ve Türk Medeni Kanunu’nda **dernek adları konusunda bir yasaklama getirilmemiş**, sadece Dernekler Kanunu’nun 28. maddesi hükmünde belirtilen sözcüklerin dernek adlarında kullanılması İçişleri Bakanlığı iznine bağlanmıştır. Davalı derneğin adında bu sözcüklerden hiçbiri bulunmadığı gibi, **davalı derneğin adının ve adını oluşturan sözcüklerin kullanılmasını yasaklayan başka bir kanun hükmü de bulunmamaktadır.**” (…)

bu madde (DK, m. 31) defter ve kayıtların tutulması ve yazışmaların yapılmasında hangi dilin kullanılacağına ilişkin olup Türkçe defter ve kayıt tutulurken veya ve (veya) yazışma yaparken meramın anlatılabilmesi için yabancı dilde bazı kelimelerin kullanılacak olması defter ve kayıtların yabancı dilde tutulduğu, yazışmaların yabancı dilde yapıldığı anlamına gelmez. Aksini düşünmek, Türkçe kullanarak yargılama yapmak zorunda olan mahkemenin dahi duruşma tutanaklarında ve gerekçeli kararında herhangi bir şekilde bu kelimeleri kullanması halinde yargılamanın yabancı dilde yapıldığı sonucunu doğurur ki böyle bir yorum şekli ile doğru sonuca varılabileceği (varılamayacağı) kuşkusuzdur. Hal böyle olunca davalı derneğin adının ve adındaki sözcüklerin defter ve kayıtlarda ve yapılacak yazışmalarda kullanılacak olmasının Dernekler Kanunu’nun 28. maddesine aykırı olmadığının kabulü gerekir.”

7. HD, “cinsel kimlik veya yönelim(in) **kişilerin kendi istemleri ile seçtikleri bir olgu olmayıp**, doğuştan veya yetiştiriliş tarzından kaynaklanan ve kişilerin istemeyerek karşı karşıya kaldığı bir olgu” niteliği taşıdığını; “bütün dünya ülkelerinde olduğu gibi ülkemizde de lezbiyen, gey, biseksüel, travesti ve transseksüel sözcükleri ile tanımlanan farklı cinsel yönelime sahip kişilerin varlığı(nın) herkesçe bilinen bir gerçek” olduğunu vurgulamış; “literatüre de gir(en)” ve “bilimsel yayınlarda, medyada ve günlük dilde sık sık kullanılmakta” olan, “kişilerin kendi istemi dışında gerçekleşen böyle bir cinsel yönelime sahip olması ya da bu gibi kişileri tanımlayan sözcüklerin kullanılması(nın) **ahlaksızlık olarak nitelendirilemeyeceği**” ve yasalarımızda yasaklanmadığı, dolayısıyla da dernek adında geçen sözcüklerin kullanılmasının hukuka ve ahlaka aykırı olmadığı sonucuna varmıştır.

Davalı derneğin amaçlarının hukuka ve ahlaka aykırılığı savını, tüzüğün derneğin amaçlarını sıralayan 2. maddesi ile bu amaçları gerçekleştirmek için öngördüğü çalışmalara ilişkin 3. maddesi çerçevesinde birlikte inceleyen 7. HD, ahlak kurallarının “yer ve zamana ve özellikle toplumu oluşturan kişilere göre değişebilen subjektif kurallar” olduğunu anımsatmış; ahlaka aykırılık savının, “derneğin toplumun geneli tarafından kabul edilen yerleşmiş ahlak kurallarına aykırı amaçlarla kurulduğunun belirlenmesi, amacı gerçekleştirmek üzere yapılması öngörülen çalışmalarının da bu amacı gerçekleştirmeye yönelik olması” gerektiğinin altını çizmiştir. Soyut olarak tüzükte yazılı amaçlar ve yapılacak çalışmalar temelinde karar verilmesini doğru bulmayan ve 2. ve 3. maddeleri birlikte değerlendiren 7. HD’ye göre:

“(…) derneğin amacının genel olarak lezbiyen, gey, biseksüel, travesti ve transseksüel kişiler arasındaki birlik ve dayanışmanın güçlendirilmesi, bunların toplumun bir parçası olarak varolduklarının kanıtlanması, toplumda özgürlükçü bir ortamın oluşturulması, bu ortamda lezbiyen, gey, biseksüel, travesti ve transseksüel kişilerin de kendilerini ifade edebilmelerinin sağlanması, bu kişiler hakkında toplumda oluşan yanlış bilgi ve kanaatlerin düzeltilmesi, toplum dışına itilmelerinin önlenmesi ve bu konudaki ayrımcılığa son verilerek toplumla bütünleşmelerinin sağlanması olduğu anlaşılmaktadır. Toplum genelinde ahlaksızlık olarak nitelenen oldu (olgu) lezbiyen, gey, biseksüel, travesti ve transseksüel olma ve bu sözcüklerin kullanılması değil, bu kişilerin yaşam tarzı ile diğer kişilerin (kişileri) lezbiyen, gey, biseksüel, travesti ve transseksüelliğe *özendirici ve teşvik edici* davranışlara yönlendirmesidir. **Anılan maddelerde hiçbir şekilde lezbiyen, gey, biseksüel, travesti ve transseksüel yaşamı teşvik ve özendirmeden ve bu cinsel yönelimlerin yaygınlaştırılmasından söz edilmemektedir.** Kanunlarımızda da lezbiyen, gey, biseksüel, travesti ve transseksüel kişilerin aralarında örgütlenerek birlik ve dayanışmalarını sağlama amacıyla dernek kuramayacaklarına ilişkin, bir hüküm bulunmamaktadır. Hal böyle olunca davalı derneğin amaçlarının hukuka ve ahlaka aykırı olduğundan da söz edilemez.”

Davalı derneğin, adında geçen farklı cinsel yönelimlerin “özendir(il)me(s)i, teşvik (edilmesi) ve (...) yaygınlaştırması yönünde faaliyetlerde bulunması durumunda” DK’nın 30 ve 31. maddelerinin uygulanabileceğini ve kapatılmasının istenebileceğini -kanımca dava konusu uyuşmazlıkta söz konusu olmamasına karşın gereksiz yere- ekleyen 7. HD, oybirliğiyle bozma kararı vermiştir:

“Hal böyle olunca mahkemece açıklanan bu olgular ve **lezbiyen, gey, biseksüel, travesti ve transseksüel kişilerin de dernek kurma özgürlüğüne sahip oldukları** gözetilerek davanın reddine karar verilmesi gerekirken **yasal düzenlemelerin değerlendirilmesinde yanılgiya düşülerek** yazılı şekilde hüküm verilmesi isabetsiz, davalı derneğin temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde görüldüğünden kabulü ile hükmün BOZULMASINA, (...) karar verildi.”

V. SONUÇ

Farklı cinsel yönelim ve kimlikli kişilerin ayırım gözetilmeksizin insan haklarından eşitlik koşulları içinde yararlanması, yasaklanan ayrımcılık nedeni olarak Anayasa’da ve yasalarda açıkça yer almamış olsa da, aslında iç hukukun koruması altındadır. Örneğin, dava konusu uyuşmazlıkla ilgili olarak, ne Anayasa’dan, ne de Medeni Yasa ile Dernekler Yasası’ndan (ve İş Yasası’ndan) kaynaklanan bir sınırlama yada yasak söz konusudur. Ancak, kanımca zorunlu olmasa da, İlerleme Raporlarında da belirtildiği gibi, yürürlükteki iç hukukumuzun bu alandaki boşluğunun doldurulmasında, farklı cinsel yönelimli kişilerin insan haklarından (ve örgütlenme hakkından) bu nedenle ayrımcılığa uğramaksızın yararlanmalarının güvenceye bağlanmasında yarar vardır.

Yerel Mahkeme, derneğin kapatılması sonucuna ulaşmak amacıyla, ulusal ve “ulusalüstü” hukuku dar, eksik ve 7. HD kararında da haklı olarak belirtildiği gibi, yanlış yorumlamıştır. Mahkeme, aktardığı 90. maddenin son fıkrasının gereğini yerine getirmemiş; özellikle, İHAS’ın öngördüğü kısıtlama rejiminin üçüncü koşulunu, tartışmak şöyle dursun hiç anmamıştır. Aynı koşulun bulunduğu ve doğrudan uygulamakla yükümlü olduğu KSHUS’dan ise hiç söz etmemiştir. Yine, ulusal düzenlemeler arasında aktardığı Anayasa’nın 13. maddesinde öngörülen temel hak ve özgürlüklere getirilecek sınırlamaların “demokratik toplum düzeninin (...) gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olama(yacağı)” emredici kuralını da göz önüne almamıştır.

Mahkemenin, cinsel yönelime dayalı ayrımcılığı da koruma kapsamına alan Anayasa’nın 10. maddesindeki “kadın” ve “erkek” terimlerinden farklı cinsel yönelimli kişilerin “üçüncü cins” oluşturmadıkları yolundaki “kendine özgü” görüşünün ise, hiçbir yönden temeli olmadığı kanısındayım.

Yargıtay 7. Hukuk Dairesi, ulusal ve ulusalüstü hukuksal dayanakları olmayan mahkeme kararını, yürürlükteki iç hukuk kurallarını doğru yorumlayarak bozmuş; derneğin gerek adının ve gerekse amaçlarının hukuka ve ahlaka aykırı olmadığı sonucuna varmıştır. Gerçekten de, dernek tüzüğünde ayrıntılı biçimde sıralanan amaçlar ile bu “amaçlar doğrultusunda, üyeleri ve kamuoyu için” yapacağı çalışmalar değerlendirildiğinde, yerel mahkemenin kararında ileri sürdüğü görüşlerin savunulması olanaksızdır.

7. HD, 90. maddenin son fıkra kuralının onaylanan sözleşmelerin yasalara öncelikli olarak uygulanması gerektiğini belirtmiş olmakla birlikte, yerel mahkeme gibi, kararının dava konusu somut olaya ilişkin bölümünde ne İHAS’tan, ne de KSHUS’dan söz etmiştir. Oysa, madde 90/son kuralının bir çatışma kuralı olma özelliğine değinen 7. HD’nin, bozma kararını ulusalüstü sözleşmelerle de temellendirmesi, derneğin feshedilmesi kararının özellikle Anayasa’nın 13. maddesinde de öngörülen “demokratik toplum gerekleri” nedeniyle de hem Anayasa’ya ve hem de ulusalüstü sözleşmelere aykırı olduğunu saptaması gerekirdi.

Sıklıkla dile getirdiğim görüşümü, bir kez daha yinelemek isterim: İnsan hak ve özgürlüklerinin ulusalüstü hukuka uygun biçimde güvenceye alınması ve hak öznelerinin, ayrımcılığa uğramaksızın eylemleri olarak yararlanmalarının sağlanması, bu alanda hem yönetsel yetkililere ve hem de yerel mahkemelere öncülük yapması, böylece de insan hakları ihlallerinin uluslararası denetim organlarına başvurulmasına gerek kalmaksızın çözümlenmesi yönlerinden, yüksek yargı yerlerimize önemli bir sorumluluk düşmektedir.

