

**İSTANBUL BİLGİ ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ PROGRAMLAR ENSTİTÜSÜ
HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI**

**ELİT SPORDA KADIN KATEGORİSİNDE YARIŞMAK İÇİN
GETİRİLEN CİNSİYETE DAYALI UYGUNLUK KURALLARININ
ULUSLARARASI MAHKEME KARARLARI IŞIĞINDA
DEĞERLENDİRİLMESİ**

**Sahra Simay GÜNALP
117614026**

Dr. Öğr. Üyesi İdil Işıl GÜL

**İSTANBUL
2022**

Elit Sporda Kadın Kategorisinde Yarışmak için Getirilen Cinsiyete Dayalı
Uygunluk Kurallarının Uluslararası Mahkeme Kararları Işığında
Değerlendirilmesi
Evaluation of the Sex-Based Eligibility Rules for Competing in Women's
Category in Elite Sports in the Light of International Court Decisions

Sahra Simay GÜNALP

117614026

Tez Danışmanı : **Dr. Öğr. Üyesi İdil Işıl GÜL** (İmza)
İstanbul Bilgi Üniversitesi

Jüri Üyeleri : **Prof. Dr. Haydar Burak GEMALMAZ** (İmza)
İstanbul Üniversitesi

Dr. Öğr. Üyesi İlknur HACISOFTAOĞLU (İmza)
İstanbul Bilgi Üniversitesi

Tezin Onaylandığı Tarih : 19 Temmuz 2022

Toplam Sayfa Sayısı :

Anahtar Kelimeler (Türkçe)

- 1) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
- 2) Spor Tahkim Mahkemesi
- 3) Caster Semenya
- 4) Cinsiyet ve Toplumsal Cinsiyet
- 5) DSD Regülasyonu

Anahtar Kelimeler (İngilizce)

- 1) European Court of Human Rights
- 2) Court of Arbitration for Sport
- 3) Caster Semenya
- 4) Sex and Gender
- 5) DSD Regulations

ÖNSÖZ

Bu çalışmamı, sevgisini ve desteğini hiçbir koşulda esirgemeyen canım babam Zeki Günalp'e armağan etmek istiyorum.

Bu konuda tez yazma fikrini bana veren değerli hocam Prof. Dr. Burak Gemalmaz'a; tez çalışmama ilk başladığım andan itibaren tez konuma ilişkin detayları sorgulamama yardımcı olduğu ve çalışmalarım sırasındaki ilgisi ve güveni için değerli danışman hocam Dr. Öğr. Üyesi İdil Işıl Gül'e; akademik gelişimime desteklerini hiçbir zaman esirgemeyen değerli işverenlerim Av. Emin Özkurt ile Av. Mikail Hasbek'e; yorulduğum zamanlarda beni motive eden ve güldüren değerli çalışma arkadaşlarıma ve bu süreçte beni sabırla dinleyen ve yanımda olan canım ikiz kardeşim ve tüm arkadaşlarıma çok teşekkür ederim.

Belirtmek isterim ki elbette hiçbir çalışma kusursuz değildir. Bu sebeple, hukuki boyutunun yanı sıra tıbbi, sosyolojik, biyolojik ve etik boyutları olan bu konunun tamamen kusursuz olamayacağını göz önünde bulundurulmasını okuyucudan istirham ederim. Bu sebeple eksik ve kusurlarıyla da olsa bu çalışmayı, konuya ilgi duyan tüm okuyucuların ilgisine sunmaktayım. Bu çalışmanın benim için salt bir hukuk yüksek lisans bitirme tezi olmadığını ayrıca ifade etmek isterim. Dolayısıyla cinsiyet ve toplumsal cinsiyete ilişkin kalıplaştırdığımız algı ve düşüncelerimizin gelişim ve değişimine bir parça da olsa katkısı olmasını dilerim.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	iii
İÇİNDEKİLER.....	iv
KISALTMALAR.....	ix
ÖZET	xi
ABSTRACT	xii
GİRİŞ	1

I. BÖLÜM

CİNSİYET VE TOPLUMSAL CİNSİYET KAVRAMLARI İLE ELİT SPORDA CİNSİYETİN BELİRLENMESİ MESELESİ

1.1. CİNSİYETE DAYALI KAVRAMLAR	3
1.1.1. Genel Olarak.....	3
1.1.2. Cinsiyet (<i>Sex</i>)	4
1.1.3. Toplumsal Cinsiyet (<i>Gender</i>)	4
1.1.4. Cinsiyet Kimliği (<i>Gender Identity</i>)	4
1.1.5. Natrans veya <i>Cisgender</i>	5
1.1.6. Trans veya <i>Transgender</i>	5
1.1.7. İkilik Dışı (<i>Non-binary</i>)	6
1.1.8. İnterseks (<i>Intersex</i>)	6
1.2. ELİT SPORDA CİNSİYETİN BELİRLENMESİ TARTIŞMALARININ TARİHİ	7
1.2.1. Genel Olarak Elit Spor	7
1.2.2. Elit Sporda Cinsiyetin Belirlenmesi Tartışmalarının Tarihi	7

II. BÖLÜM

ATLETİZMDE EŞİT VE ADİL REKABET ORTAMININ SAĞLANMASI İÇİN KADIN KATEGORİSİNE GETİRİLEN HUKUKİ DÜZENLEMELER VE ULUSLARARASI MAHKEME KARARLARI

2.1. HİPERANDROJENİZM REGÜLASYONU	14
2.1.1. Genel Olarak	14
2.1.2. Dutee Chand Vakası.....	15
2.1.2.1. Spor Tahkim Mahkemesi (CAS) Önündeki Süreç.....	16
2.1.2.1.1. Dutee Chand'ın İddiaları	16
2.1.2.1.2. Uluslararası Atletizm Federasyonları Birliği'nin (IAAF) Savunmaları	17
2.1.2.1.3. Spor Tahkim Mahkemesi'nin Hiperandrojenizm Regülasyonu'na İlişkin Değerlendirmeleri	21
2.1.2.1.3.1. Ayrımcılık Yasağı İlkesi.....	21
2.1.2.1.3.2. Gereklilik ve Orantılılık İlkeleri.....	22
2.1.2.1.3.3. Testosteron Hormonunun Atletik Performansa Etkisi	27
2.1.2.1.3.4 Sonuç	30
2.2. DSD REGÜLASYONU.....	31
2.2.1. Genel Olarak	31
2.2.2. Mokgadi Caster Semenya Vakası	32
2.2.2.1. Spor Tahkim Mahkemesi (CAS) Önündeki Süreç.....	33
2.2.2.1.1. Caster Semenya'nın İddiaları.....	33
2.2.2.1.2. Uluslararası Atletizm Federasyonları Birliği'nin (IAAF) Savunmaları	34
2.2.2.1.3. Spor Tahkim Mahkemesi'nin DSD Regülasyonu'na İlişkin Değerlendirmeleri	37
2.2.2.1.3.1. Tıbbi Açıdan Değerlendirmeler	38
2.2.2.1.3.1.1. Testosteron Hormonunun Atletik Performansa Etkisi.....	38

2.2.2.1.3.1.2. DHT'nin Atletik Performansa Etkisi	40
2.2.2.1.3.1.3. 46 XY DSD Sporcuların Temel Karakteristik Özellikleri	41
2.2.2.1.3.1.4. 46 XY DSD Gelişim Farklılığının Atletik Performansa Etkisi	42
2.2.2.1.3.2. Hukuki Açıdan Değerlendirmeler	43
2.2.2.1.3.2.1. Ayrımcılık Yasağı İlkesi	43
2.2.2.1.3.2.2. Gereklilik İlkesi	44
2.2.2.1.3.2.3. Makul Olma İlkesi	46
2.2.2.1.3.2.4. Orantılılık İlkesi	46
2.2.2.1.3.2.4.1. DSD Regülasyonu'nun Genel Olarak Topluma Etkileri	47
2.2.2.1.3.2.4.2. Hormon Baskılayıcı Tedavilerin Etkileri	47
2.2.2.1.3.2.4.3. Tıbbi Muayeneye Tabi Tutulma	50
2.2.2.1.3.2.4.4. Sporcuların Mahremiyeti Meselesi	51
2.2.2.1.3.2.4.5. Yalnızca Kısıtlı Yarışmalarda Uygulanma	52
2.2.2.1.3.2.4.6. 5 nmo/L Sınırı	53
2.2.2.1.3.3. Sonuç	53
2.3. İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİ'NİN CASTER SEMENYA	
KARARI	55
2.3.1. Genel Olarak	55
2.3.2. Kamu Düzeni Kavramı	56
2.3.3. Caster Semenya Vakası Açısından Değerlendirme	59

III. BÖLÜM

CİNSİYETE DAYALI UYGUNLUK KURALLARININ CASTER SEMENYA ÖRNEĞİ ÜZERİNDEN AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

3.1. SPOR HUKUKU VE İNSAN HAKLARI HUKUKU ARASINDAKİ İLİŞKİ	63
3.1.1. Genel Olarak	63
3.1.2. Spor Hukukunun Kendine Özgü Bir Disiplin Olması: <i>Lex Sportiva</i>	64
3.1.3. <i>Lex Sportiva</i> 'nın Gücü.....	66
3.1.4. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin <i>Lex Sportiva</i> Tutumu	68
3.2. CASTER SEMENYA'NIN AİHM BAŞVURUSU KAPSAMINDA SPORDA İNSAN HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ	70
3.2.1. Genel Olarak	70
3.2.2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) Madde 3 Bakımından İnceleme	72
3.2.2.1. Genel Olarak İşkence ve Kötü Muamele Yasağı	72
3.2.2.2. Maddenin Yorumu	74
3.2.2.2.1. İşkence	74
3.2.2.2.2. İnsanlık Dışı ve Aşağılayıcı Muamele	75
3.2.2.3. Caster Semenya Başvurusu Açısından Değerlendirme	76
3.2.3. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) Madde 8 Bakımından İnceleme	79
3.2.3.1. Genel Olarak Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkı.....	79
3.2.3.2. Madde 8'in İşkence Yasağı ile İlişkisi	82
3.2.3.3. Madde 8'in Ayrımcılık Yasağı ile İlişkisi	83
3.2.3.4. Madde 8'in Çalışma Hürriyeti ile İlişkisi	83
3.2.3.5. Caster Semenya Başvurusu Açısından Değerlendirme	85

3.2.4. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) Madde 14 Bakımından İnceleme	90
.....	90
3.2.4.1. Genel Olarak Ayrımcılık Yasağı.....	90
3.2.4.2. Caster Semenya Başvurusu Açısından Değerlendirme	94
3.3. DEVLETLERİN POZİTİF YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE SORUMLULUĞU	
MESELESİ.....	96
SONUÇ.....	90
KAYNAKÇA.....	105

KISALTMALAR

AFI	: Athletics Federation of India
AIS	: Androgen Insensitivity Syndrome
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
a.g.e.	: Adı geçen eser
a.g.k.	: Adı geçen kaynak
a.g.m.	: Adı geçen makale
ASA	: Athletics South Africa
BD	: Büyük Daire
CAS	: Court of Arbitration for Sport
DHT	: Dihidrotestosteron
DSD	: Differences in Sexual Development
Dr.	: Doktor
ed.	: Editör
EU	: European Union
FIFA	: Fédération Internationale de Football Association
FNAAS	: La Fédération Nationale des Associations et Syndicats de Sportifs
GNRH	: Gonadotrophin releasing hormone
IAAF	: International Amateur Athletic Federation
IAAF	: International Association of Athletics Federations
IFs	: International Federations
IOC	: International Olympic Committee
İsvFM	: İsviçre Federal Mahkemesi
L	: Litre
LGBTI	: Lezbiyen, Gey, Biseksüel, Trans, İnterseks
m.	: Madde
NCOs	: National Olympic Committees
No.	: Numara
nmol	: Nanamol

OC	: Olympic Charter
OCOGs	: Organising Committees for the Olympic Game
OM	: Olympic Movement
PAIS	: Partial Androgen Insensitivity Syndrome
para.	: Paragraf
Prof.	: Profesör
R.G.	: Resmî Gazete
s.	: Sayfa
T.C.	: Türkiye Cumhuriyeti
UEFA	: Union of European Football Associations
v.	: versus
vd.	: Ve devamı
WADA	: World Anti Doping Agency
WADC	: World Anti Doping Code
Y.	: Yıl
17 β -HSD3	: 17 beta hydroxysteroid dehydrogenase 3 deficiency

ÖZET

Devletler ve spor yönetim organları, sporda, kadınların ve erkeklerin eşit sportif olanaklara sahip olmasını garanti altına almak için, erkek ve kadın olmak üzere biyolojik cinsiyete dayalı ikili bir ayırım getirmektedir. Bu ikili ayırımın bir sonucu olarak, sporda, kadınlara yönelik uygulanan ve bir kadının yarışmaya uygun olup olmadığını saptamaya yarayan cinsiyetin belirlenmesi testleri, 1900'lü yılların başından itibaren değişerek günümüze değin ulaşmıştır. Günümüzde, çoğunlukla interseks olarak nitelenen bireylerin spora katılımını, birtakım hormon test ve tedavilerine tabi tutmak suretiyle etkileyen bu testlerin; LGBTI bireylerin seslerini daha fazla duyurmaya başlaması ve LGBTI bireylerin haklarının korunmasına ilişkin hukuki düzenlemelerin mevzuatta yerini almasıyla, insan hak ve özgürlüklerine aykırı olduğuna dair itirazlar uluslararası hukuk dünyasının önemli meselelerinden biri haline gelmiştir. Bu durum da sporun çıkarları ve sporcu hakları arasında bir denge kurulması gerekliliğini doğurmuştur. Bu doğrultuda, özellikle interseks bireylerin yarışmalara dahil edilmesinde uygulanan hukuki düzenlemeler, sporun çıkarlarına uygun görülse dahi, bu düzenlemelerin insan haklarının korunması temel standartlarına etkisi tartışmalara başka bir boyut kazandırmıştır. Bu tez çalışmasında; 1900'lü yıllarda elit sporun kadın kategorisinde başlayan cinsiyetin belirlenmesi meseleleri kronolojik olarak anlatılmış ve bu konudaki son düzenleme olan DSD Regülasyonu'na karşı, Güney Afrikalı ve koşucu Mokgadi Caster Semenya tarafından, ilk olarak Spor Tahkim Mahkemesi'ne, sonrasında İsviçre Federal Mahkemesi'ne yapılan itirazlar ve sonuçları ile Semenya'nın Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yapmış olduğu başvurunun nedenleri ele alınmıştır. Akabinde, Semenya'nın bu başvurusu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin emsal içtihatları doğrultusunda değerlendirilmeye çalışılmıştır. Son olarak ise uluslararası spor yönetim organlarının eylemlerinden ötürü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi uyarınca devletlerin pozitif yükümlülüğü meselesine değinilmiştir.

ABSTRACT

States and sports governing bodies regulate sex-based segregation between men and women to ensure that women have the same opportunities as men in sports. As a result of this segregation, sex verification tests applied to women and the verification used to determine whether a woman is eligible for competition vary from the early 1900s to the present day. It has become one of the important issues in the world of international law today, there are objections to the verification process, which affect the participation of mostly intersex individuals, subjecting them to certain hormone tests and treatments, which are against human rights and freedom of LGBTI individuals. They have started making their voices heard, legal arrangements regarding the protection of LGBTI individuals' rights have been included into legislation. This situation has led to the necessity of establishing a balance between the interests of sports and the rights of athletes. Moving forward, legal arrangements applied, specifically for the inclusion of intersex individuals in the competition are deemed appropriate in the interest of sport, the effect of these arrangements on the fundamental standards of protection of human rights has added another dimension to the discussion. In this dissertation, the issues of determining sex, which started in the women's category of elite sports in the 1900s, are explained chronologically, the consequences of the challenge of the South African and runner Mokgadi Caster Semenya, first to the Court of Arbitration for Sport (CAS) and then to the Swiss Federal Court, against the DSD Regulations, which is the last regulation on this subject, and then the reasons for her application to the European Court of Human Rights have been addressed. Subsequently, this application of Semenya has tried to be evaluated in line with the precedents of the European Court of Human Rights. Finally, the issue of liability of states in accordance with the European Convention on Human Rights due to the actions of international sports governing bodies has been mentioned.

GİRİŞ

Modern toplum, cinsiyet yelpazesinin genişlemesi, biyolojik cinsiyetin ve toplumsal cinsiyetin algılanması, tartışılması ve tanınması konularında önemli değişikliklerden geçmektedir. Günümüzde, alışık olduğumuz tipik “kadın” ve “erkek” cinsiyet ve toplumsal cinsiyet kategorilerinden farklı olarak LGBTI bireylerin de kendi seslerini duyurmaya ve haklarını savunmaya başlaması ile bu bireylerin toplumumuzdaki varlığı daha çok görülür ve duyulur hale gelmiştir. Bu farkındalık iş dünyasından sanat dünyasına ve siyaseten spora birçok alana tesir etmiştir. Spor açısından, devletler ve spor yönetim organları, sporda, kadınların ve erkeklerin eşit sportif olanaklara sahip olmasını garanti altına almak için, erkek ve kadın olmak üzere, biyolojik cinsiyete dayalı ikili bir ayrımı benimsemiştir. Geçmişte “cinsiyet gelişim bozukluğu” olarak görülen, günümüzde ise cinsiyet ve toplumsal cinsiyete ilişkin sosyal tutumların değişmesi ile birlikte “cinsiyet gelişim farklılığı” olarak nitelenen interseks bireylere ilişkin ise elit sporda kategorik bir ayrım bulunmamaktadır. Zira interseks bireylere doğum esnasında, “kadın” veya “erkek” biyolojik cinsiyet atamalarından biri yapılmakta; ancak interseks bireyler, ergenlikten sonra, atanmayan cinsiyetin hormon özelliklerini de sergileyebilmektedir. Elit sporda, interseks sporcuların çoğunlukla kadın kategorisini temsil etmesi ve fakat ergenlikten sonra erkek biyolojik özelliklerini de sergilemeye başlaması, ikili bir kategorik ayrımın benimsenmiş olması sebebiyle, elit sporda kadın kategorisinde düzenleme yapılması ihtiyacını gündeme getirmiştir. Çoğunluğu interseks olan belirli cinsiyet gelişim farklılıklarına sahip olan sporcuların, *cisgender* kadın sporcular üzerinde erkek performans avantajına sahip olduğu gerekçesiyle, 1900’lü yıllarda başlayıp gelişerek ve değişerek günümüze ulaşan uygunluk kriterlerinin tek ve birinci amacı, sporda eşit ve adil rekabeti sağlamaktır. Elit sporda kadın kategorisinde yarışmak için getirilen bu uygunluk kuralları, günümüzde, testosteron hormon seviyesinin düşürülmesini şart koşan DSD Regülasyonu ile mevcudiyetini korumaktadır. Belirtmek gerekir ki, cinsiyet gelişim farklılığına sahip sporcuların, düşürülmesi şart koşulan testosteron hormon seviyesi, dopinge konu olan ekzojen testosteron hormonundan değil,

vücudun doğal olarak ürettiği endojen testosteron hormonundan kaynaklanmaktadır. Bu durum da elit sporda kadın kategorisinde eşit ve adil rekabeti sağlama meşru amacı için, kişinin doğuştan sahip olduğu bazı özelliklerine, gerçek anlamda bir rıza olmaksızın, tıbbi anlamda müdahale edilmesini gündeme getirmektedir. Diğer bir ifadeyle, insan haklarından biri olan sporun gittikçe endüstrileşmesi sonucunda, spora ilişkin düzenlemeler ile diğer insan hak ve özgürlüklerine ilişkin düzenlemelerin çatışması söz konusu olmaktadır. Bu tartışmalara ise bilimsel gelişmeler ışığında, spor hukuku ve insan hakları hukuku alanlarında yetkinlik mahkemeleri olan Spor Tahkim Mahkemesi (CAS) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararları ışık tutmaktadır. Bu doğrultuda, bu tez çalışmasında, DSD Regülasyonu'na karşı, Spor Tahkim Mahkemesi ve İsviçre Federal Mahkemesi'ne yapmış olduğu itirazları reddedilen Güney Afrikalı 800 metre orta mesafe koşucusu Mokgadi Caster Semenya'nın vakası ile Semenya'nın Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yapmış olduğu başvuru ele alınmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Semenya başvurusuna ilişkin olarak vereceği nihai karar, elit sporda cinsiyete ilişkin getirilen düzenlemeler ile insan hak ve özgürlüklerine ilişkin düzenlemelerin çatıştığı meselelerin çözümünde bir dönüm noktası teşkil ediyor olacaktır. Belirtmek gerekir ki, cinsiyet gelişim farklılıklarına sahip sporcuların elit sporda yarışma haklarına ilişkin meselelerin çözümünde; elit sporda cinsiyetin belirlenmesi meselesinin tarihi, bilimsel gelişmeler ve yargı kararları kadar, toplumların cinsiyete ve toplumsal cinsiyete ilişkin sosyal tutumları da göz önünde bulundurulmalıdır.

BİRİNCİ BÖLÜM

CİNSİYET VE TOPLUMSAL CİNSİYET KAVRAMLARI İLE ELİT SPORDA CİNSİYETİN BELİRLENMESİ MESELESİ

1.1. CİNSİYETE DAYALI KAVRAMLAR

1.1.1. Genel Olarak

Günümüzde cinsiyet ve toplumsal cinsiyete ilişkin terminoloji hatalı ya da eksik kullanılabilmekte veya karıştırılabilmektedir. Bu sebeple bu tez çalışmasının ilk bölümünde özellikle cinsiyet ve toplumsal cinsiyete dayalı kavramların açıklanması, bu kavramların yeri geldiğinde doğru biçimde kullanılması açısından faydalı görülmüştür. Cinsiyet ve toplumsal cinsiyete ilişkin kavramların açıklanması hem bu kavramlara dair karışıklığın giderilmesi hem de bu tez çalışmasına Spor Tahkim Mahkemesi (*Court of Arbitration for Sport – CAS*) önünde görülen davaları ile büyük oranda katkısı olan sporcular Dutee Chand ve Mokgadi Caster Semenya'nın hangi cinsiyet ve/veya cinsiyet kimliğine sahip olduklarını tespit etmek açısından önemlidir. Zira bazı kişi ve sporcular kendilerini ait hissettikleri cinsiyet kimliği ile uyumlu bir hale gelmek için hormon tedavisi veya cinsiyet geçiş ameliyatı gibi operasyonlar olurken, çalışmanın ikinci bölümünde ele alınan ve CAS yargılamasına konu olan Dutee Chand ve Caster Semenya gibi sporcular, vücutlarının doğal olarak ürettiği bazı hormonsal gelişim farklılıklarına sahiptir. Öte yandan belirtmekte fayda vardır ki, tez çalışmasının temel amacı cinsiyet veya toplumsal cinsiyete ilişkin kavramlara dair detaylı bilgi vermek olmadığından aşağıda değinilen başlıklar konuya ilişkin en temel kavramlar ile sınırlı tutulmuştur¹.

¹ Konuya ilişkin daha detaylı tanımlama ve açıklamalar için: “The 519 Glossary of Terms”, (“The 519”) <https://www.the519.org/education-training/glossary>, çevrimiçi, Erişim tarihi: 17.04.2022; Kaos GL Derneği, “LGBTI+ Hakları Alanında Çeviri Sözlüğü”, (“Kaos GL Derneği”) <https://kaosglderneği.org/images/library/cevirisozlugu2020.pdf>, çevrimiçi, Erişim Tarihi: 22.05.2022.

1.1.2. Cinsiyet (*Sex*)

Cinsiyet, kişinin doğum anında iç ve dış üreme organlarına bakılarak “kadın” veya “erkek” olarak atanması anlamına gelen biyolojik bir kavramdır. Biyolojik anlamda cinsiyet herhangi bir beyana dayanmaz. Cinsiyetin belirlenmesinde kullanılan birincil unsur dış üreme organı olup, buna yardımcı ikincil unsurlar testis ve yumurtalık olarak adlandırılan üreme hücreleri (*gonad*), kromozomlar ve hormonlardır².

1.1.3. Toplumsal Cinsiyet (*Gender*)

Toplumsal cinsiyet literatüre 1972 yılında İngiliz sosyolog Ann Oakley tarafından sunulmuş olup özünde kadınlar ve erkekler için uygun görülen toplumsal roller, sorumluluklar, davranışlar, ayrıcalıklar, haklar ve fırsatları tanımlamaktadır. Ne var ki 1990’lı yıllara gelindiğinde kadın ve erkek olmak üzerine kurulu ikili cinsiyet yapısının dışında kalan ve bu ikili cinsiyet tanımına uymayan kişilerin özelliklerinin de hesaba katılması ihtiyacı doğmuştur³. Cinsiyetin, üreme organlarına dayalı katı tanımıyla karşılaştırıldığında toplumsal cinsiyet çok boyutlu bir kavramdır ve erkekler ve kadınlar hakkında sahip olunan zamana, mekâna ve kültüre göre değişiklik gösteren psikolojik ve sosyolojik algıları temsil eder.

1.1.4. Cinsiyet Kimliği (*Gender Identity*)

Cinsiyet kimliği biyolojik bir faktör olmaktan ziyade bir duygudur. Diğer bir ifadeyle kişinin içsel ve bireysel cinsiyet deneyimidir. Cinsiyet kimliği, bir kişinin, kadın, erkek, her ikisi veya hiçbiri olarak hissetmesi şeklinde tanımlanabilir⁴.

² Bassett, Ashley vd., “The Biology of Sex and Sport”, <http://dx.doi.org/10.2106/JBJS.RVW.19.00140>, çevrimiçi, Erişim Tarihi: 17.04.2022; Kaos GL Derneği, a.g.k., s. 47, 48.

³ Ecevit, Yıldız, “Toplumsal Cinsiyet Eşitliğinin Temel Kavramları”, <https://ceidizler.ceid.org.tr/dosya/toplumsal-cinsiyet-esitliginin-temel-kavramlaripdf.pdf>, çevrimiçi, Erişim Tarihi: 17.04.2022.

⁴ “*Gender Identity*”, The 519.

1.1.5. Natrans veya *Cisgender*

Eğer bir kişinin cinsiyet kimliği, doğumda kendisine atanan biyolojik cinsiyeti ile uyumlu ise bu kişiye natrans ya da *cisgender* denilmektedir⁵. Natrans ifadesi Türkçe literatüre, trans aktivist Aligül Arıkan tarafından kazandırılmıştır⁶. Bu tez çalışmasında uluslararası literatür ile uyumlu olması açısından *cisgender* ifadesi tercih edilmiştir.

1.1.6. Trans veya *Transgender*

Trans veya *transgender*, travestizimden transseksüelliğe kadar geniş bir alanı kapsayan, cinsiyet kimliği, doğum anında atanmış olan biyolojik cinsiyetinden farklı olan kişileri tarif etmek için kullanılan şemsiye bir terimdir⁷. Tipik olarak trans olan bir kişi ya trans bir erkek (cinsiyeti doğumda kadın olarak atanmış fakat cinsiyet kimliği erkek) ya da trans bir kadın (cinsiyeti doğumda erkek olarak atanmış fakat cinsiyet kimliği kadın) olarak varsayılır. Trans veya *transgender* kavramı daha geniş anlamda da kullanılabilir. Diğer bir ifadeyle, trans veya *transgender* kavramı, kendisini cinsiyeti olmayan, her iki cinsiyetin karışımı veya zamanla değişen bir cinsiyete sahip olarak tanımlayan kişileri tarif etmek için de kullanılabilir⁸. Bu doğrultuda, kişinin kendini ait hissettiği cinsiyet kimliği ile doğum sırasında atanan biyolojik cinsiyetinin örtüşmemesi halinde bu kişiyi en geniş tanımıyla trans veya *transgender* olarak nitelemek uygun olacaktır.

⁵ “*Cisgender*”, The 519.

⁶ Kaos GL Derneği, a.g.k., s. 17.

⁷ Butler, Judith, “Cinsiyet Belası, Feminizm ve Kimliğin Altüst Edilmesi” (çeviren: Başak Ertür), Metis Yayınları, Y. 2005, s. 16.

⁸ Bianchi, Andria, “Something’s Got to Give: Reconsidering the Justification for a Gender Divide in Sport”, <https://doi.org/10.3390/philosophies4020023>, çevrimiçi, Erişim Tarihi: 17.04.2022.

1.1.7. İkilik Dışı (*Non-binary*)

Non-binary kişiler kendilerini ne kadın ne de erkek olarak tanımlar⁹. Bu kişiler cinsiyet kimliklerini “erkek” ve “kadın” kategorilerinin dışında “kadınsı erkek” veya “erkeksi kadın” veya çift cinsiyetli (*androgynous*) olarak ifade edebilir. *Non-binary* kişiler de kendilerini trans veya *transgender* olarak tanımlayabilir¹⁰. Bu sebeplerle iki farklı *non-binary* bireyin cinsiyeti algılama biçimleri farklı olabilir.

1.1.8. İnterseks (*Intersex*)

İnterseks bireyler, kısaca, cinsiyet gelişim farklılıklarına sahip kişiler olarak tanımlanmaktadır. Diğer bir ifadeyle bu kişiler doğum esnasında, erkek veya kadın bedeninin tipik tıbbi tanımlarına uymayan biyolojik cinsiyet özelliklerine (kromozomlar, gonadlar, hormonlar veya cinsel organlar) sahiptir¹¹. Her iki dış üreme organı da doğum esnasında interseks bireylerde görülebilir. Ancak alışık olduğumuz kadın ve erkek ikili cinsiyet rejimi doğrultusunda, doktor görüşü ve aile onayı ile cerrahi bir operasyon gerçekleştirilir ve interseks bireye kadın veya erkek cinsiyet atamalarından biri yapılır¹². Bu cerrahi operasyon ile dış üreme organı tekil hale getirilse de interseks bireyin kromozom yapısı ve hormonları değişmediği için ergenlik çağı itibariyle doğum esnasında seçilmeyen diğer cinsiyetin özellikleri de görülmeye başlayabilir. Birçok interseks birey ergenlik çağına kadar sahip olduğu bu cinsiyet gelişim farklılığından haberdar olmamaktadır. Belirtmek gerekir ki interseks bireyler XO, XXY, XYY veya XXX gibi farklı kromozom yapılarına sahip olabilir veya bazı interseks bireylerde XX kromozomu içeren bazı hücreler ve XY kromozomu içeren bazı hücreler bulunabilir. Bu tür kromozom yapılarına

⁹ Kaos GL Derneği, a.g.k., s. 42.

¹⁰ “*Genderqueer/Non-binary*”, The 519.

¹¹ “*Intersex*”, The 519.

¹² Kaos GL Derneği, a.g.k., s. 35.

sahip interseks bireylerde aşırı uzun boy, muğlak olarak nitelenebilecek cinsel organlar ve androjen duyarlılığı¹³ gibi atipik fiziksel özellikler görülebilir¹⁴.

1.2. ELİT SPORDA CİNSİYETİN BELİRLENMESİ TARTIŞMALARININ TARİHİ

1.2.1. Genel Olarak Elit Spor

Elit sporun tanım ve kapsamını açıklamadan önce kısaca sporun sınıflandırılmasından bahsetmek uygun olacaktır. Spor, kitle sporu ve elit spor olarak sınıflandırılmaktadır. Kitle sporu yarışmaya dayalı spor ve fiziksel etkinlikler olarak alt başlıklara ayrılırken, elit spor ise profesyonel spor ve amatör spor olmak üzere alt başlıklara ayrılır. Kitle sporu her yaş kesimine hitap etmesinin yanı sıra bireylerin sağlıklı olmak, keyifli vakit geçirmek ve sosyalleşmek amacıyla gerçekleştirdiği etkinliklerdir. Elit spor ise belirli kurallar çerçevesinde yapılır. Öyle ki elit sporcu; beslenmesi, sosyal aktiviteleri, uyku düzeni ve cinsel hayatı da dahil tüm yaşamını yaptığı spora göre düzenler. Belirtmek gerekir ki bu tez çalışması boyunca ele alınan cinsiyetin belirlenmesi tartışmaları ile getirilen hukuki düzenlemeler elit spor kategorisinde mücadele eden sporcuları kapsamına almaktadır.

1.2.2. Elit Sporda Cinsiyetin Belirlenmesi Tartışmalarının Tarihi

Geçmişte önce “cinsiyet dolandırıcılığı”, sonra “cinsiyet gelişim bozukluğu” olarak, günümüzde ise “cinsiyet gelişim farklılığı” olarak ifade edilen interseks bireyler ile erkekten kadına cinsiyet geçiş ameliyatı olan trans bireylerin, elit sporda çoğunlukla kadın kategorisini temsil ediyor olması sebebiyle, *cisgender* kadın sporcular üzerinde haksız avantaj elde ettiği düşüncesi, kadın kategorisine getirilen

¹³ *Androgen Insensitivity Syndrome (AIS)*

¹⁴ Buzuvis, Erin, “Transsexual and Intersex Athletes in Sexual Minorities in Sports: Prejudice at Play”, Melanie L. Sartore-Baldwin, ed., Lynne Reinner Publishers, Y. 2013, s. 55, 57.

bazı uygunluk kurallarını hayatımıza sokmuştur. Elit sporda cinsiyetin belirlenmesi tartışmaları ve buna bağlı olarak kadın kategorisine getirilen uygunluk kuralları, 1936 yılında, “cinsiyet dolandırıcılığı” şeklinde ifade edilen sansasyonel olaylar ile başlamış, bu olaylar, 1946 yılında, cinsiyetin belirlenmesi testlerini gündeme getirmiştir. Çalışmanın bu bölümünde daha detaylı açıklanacak olan elit sporda cinsiyetin belirlenmesine ilişkin düzenlemeler, bilimsel gelişmeler doğrultusunda, DNA analizi ve hormon test ve tedavileri gibi farklı şekil ve koşullarda günümüze değin ulaşmıştır¹⁵.

1936 Berlin Olimpiyatları, kadın kılığına giren erkek sporcuların olduğu iddialarıyla cinsiyet dolandırıcılığı tartışmalarını gündeme getiren ve cinsiyetin belirlenmesi testlerine zemin hazırlayan, aynı zamanda İkinci Dünya Savaşı öncesi politik içeriğin de bir o kadar öne çıktığı en önemli Olimpiyat etkinliklerinden biridir. 1936 Berlin Olimpiyatları’na katılan Alman interseks sporcu Dora Ratjen, yüksek atlamada dördüncü olmuş, 1938 Avrupa Atletizm Şampiyonası’nda ise rekor kırmıştır. Bu rekoru sebebiyle odak noktası haline gelen Ratjen, rekorundan birkaç gün sonra kadın görünümlü erkek olduğu gerekçesiyle polis tarafından tutuklanmış ve muayene edilmiştir. Muayeneyi yapan doktor, Ratjen’in hem kadın dış üreme organına hem de cinsel ilişkiye giremeyecek kadar küçük erkek dış üreme organına sahip olduğunu belirtmiştir. Aslında yalnızca cinsiyet gelişim farklılığına sahip olan, yani interseks olan Ratjen, o dönemki cinsiyet ve toplumsal cinsiyete dayalı sosyal tutumlar sebebiyle tutuklanmış ve tüm madalyaları elinden alınmıştır. Bu sansasyonel olay akabinde Ratjen’e, hayatına erkek olarak devam etmesi şartıyla ceza verilmemiş ve Dora Ratjen adını Hermann Ratjen olarak değiştirmek zorunda kalmıştır¹⁶.

¹⁵ United Nations High Commissioner for Human Rights, “Intersection of Race and Gender Discrimination in Sport”, A/HRC/44/26, Cenevre, 2020, s. 7; Heggie, Vanessa, “Testing Sex and Gender in Sports; Reinventing, Reimagining and Reconstructing Histories”, Endeavour, Cilt 34 (4), Y. 2010, s. 157-163.

¹⁶ “Sahtekâr değil interseks”, <https://kaosgl.org/haber/sahtekar-degil-interseks>, çevrimiçi, Erişim Tarihi: 20.05.2022; Heggie, a.g.m., s. 157-163.

1936 Berlin Olimpiyatları'na cinsiyet konusunda damgasını vuran bir diğer sporcu ise 100 metrede yarışan Amerikalı Helen Stephens'tir. O dönemin 100 metre yarışmalarının favori ismi Polonyalı Stanisława Walasiewicz'i (Stella Walsh) az bir farkla geçen Stephens, erkek olmakla suçlanmış; ancak geçirdiği muayene akabinde kadın olduğuna açıklık getirilmiş ve altın madalyayı almaya hak kazanmıştır. Ne var ki rakibi Walasiewicz, 1980'li yıllara gelindiğinde Amerika'da bir mağazanın otoparkında ölü bulunmuş ve bu şüpheli ölüm sebebiyle vücuduna otopsi yapılmıştır. Bu otopsi sonucunda Walasiewicz'in de hem erkek hem de kadın gelişim özelliklerine sahip olduğu tespit edilmiş; ancak kazanmış olduğu madalyalar geri alınmamıştır¹⁷.

Cinsiyet dolandırıcılığına ilişkin 1930'lu yıllardaki sansasyonel olaylardan sonra, 1946 yılında, Dünya Atletizm Birliği¹⁸, kadın sporcuların kadınlıklarını belgelemeleri için aile veya takım doktorlarından alınmış bir sağlık sertifikası sunulmasını şart koşmuştur. Belirtmek gerekir ki IAAF tarafından sunulması şart koşulan bu belgenin içeriği herhangi nesnel bir standarda bağlanmamıştır. Diğer bir ifadeyle, sağlık sertifikası sunulması şart koşulan dönemde ne IOC ne de IAAF "kadınlığı" tanımlamadığından, bir sporcunun kadın olup olmadığı, erkeksi bir görünüme sahip olup olmadığına göre belirlenmiş ve şüphe boyutunda kalmıştır¹⁹.

1966 yılına gelindiğinde, erkeksi bir görünüme sahip olan kadın sporcuların sağlık sertifikası ile kadınlığını ispat etmesine yönelik IOC ve IAAF uygulaması ortadan kalkmıştır. 1966 yılında IOC ve IAAF cinsiyetin belirlenmesine yönelik testleri kendi örgütlenmesi içerisinde oluşturduğu kurullar aracılığı ile gerçekleştirmeye başlamıştır. Buna göre, IOC ve IAAF tarafından düzenlenen uluslararası

¹⁷ Heggie, a.g.m., s. 158.

¹⁸ 17 Temmuz 1912 tarihinde İsveç'te Uluslararası Amatör Atletizm Federasyonu (*International Amateur Athletic Federation – IAAF*) ismiyle kurulmuştur. 2001 yılında adını Uluslararası Atletizm Federasyonları Birliği (*International Association of Athletics Federations – IAAF*) olarak değiştirmiştir. Son olarak 2019 yılında adını Dünya Atletizm Birliği (*World Athletics*) olarak değiştirmiştir. Dünya Atletizm Birliği'nin merkezi Monako'dur. Çalışmada istikrarı sağlamak adına tercihen IAAF kısaltması kullanılmıştır.

¹⁹ Buckwald, Jordan, "Outrunning Bias: Unmaking the Justifications for Excluding Non-Binary Athletes in Elite Sport", *Harvard Journal of Law and Gender*, Cilt 44, Sayı 1, Y. 2021, s. 14.

organizasyonlarda yer almak isteyen tüm kadın sporcuların, gerçekten kadın olup olmadıklarını ispat etmeleri istenmiş ve bu yüzden tüm kadın sporcular dış üreme organlarının incelendiği bazı testlere tabi tutulmuştur²⁰. 1966 yılında uygulanmaya başlanan cinsiyetin belirlenmesine yönelik bu testler ilkel olduğu gerekçesiyle oldukça eleştirilmiştir. Öte yandan biyolojik cinsiyetin tanımlanmasında her ne kadar dış üreme organları birincil faktör olarak kabul edilse de zaman içerisinde bu anlayış da yetersiz kalmış ve kromozom ve iç üreme organlarının (yumurtalık ve testis) tespit edilmesi gibi ikincil faktörlerin de göz önünde bulundurulması gerekliliği doğmuştur. Bu sebeple, çok kısa bir süre sonra, 1968 yılında, IOC tarafından *Barr Body Test* uygulamasına geçilmiştir. Buna göre kadın sporcular XX kromozoma mı yoksa XY kromozoma sahip olduklarının tespit edilmesi amacıyla DNA analizine tabi tutulmuştur. 1968 yılından sonra hiçbir kadın sporcunun testi geçemediğine ilişkin resmi bir kayıt tutulmamış ve Olimpiyat Oyunlarında kullanılan *Barr Body Test* ile binlerce kadın sporcu test edilmiştir²¹.

1985 yılına gelindiğinde İspanya uyruklu engelli koşu yarışmacısı Maria Martinez-Patino, Japonya’da düzenlenen Dünya Üniversite Oyunları’nda *Barr Body Test*’i geçememiş ve Patino’nun bu vakası IOC ve IAAF’e uyguladıkları *Barr Body Test* yöntemini değiştirmeleri ve hatta kaldırmaları için bir baskı aracı olarak kullanılmıştır. 1992 yılına gelindiğinde IAAF, doping düzenlemeleri ve modern spor kıyafetlerinin kişilerin cinsiyetlerinin belirlenmesi noktasında yeterli olduğu ve bir erkeğin kadın kılığına girmesinin imkânsız olduğu gerekçeleriyle *Bar Body Test* uygulamasını tamamen terk etmiştir²².

2003 yılına gelindiğinde IOC bu kez erkekten kadına cinsiyet geçiş ameliyatı olan trans sporcular için bir düzenleme yapmak amacıyla Stockholm’de toplanmıştır. IOC tarafından Stockholm Mutabakatı adıyla 2004 yılında benimsenen bu

²⁰ İlk test Budapeşte’de düzenlenen 1966 Avrupa Atletizm Şampiyonası’nda yapılmıştır. Bu testler, kadın sporcuların yine kadınlardan oluşan bir kurul tarafından dış üreme organlarının incelenmesi ile ikincil cinsel özelliklerin test edilmesi şeklinde uygulanmıştır. Heggie, a.g.m., s. 159.

²¹ Heggie, a.g.m., s. 160.

²² Heggie, a.g.m., s. 160.

düzenleme, trans sporcuların geçiş yaptıkları cinsiyete uygun bir hale gelmeleri için; en az iki yıllık bir hormon tedavisi olmalarını, geçiş yaptıkları cinsiyeti hukukten tanımlarını ve dış üreme organlarını kadın üreme organı haline getirmelerini şart koşmuştur. Stockholm Mutabakatı her ne kadar erkekten kadına cinsiyet geçiş ameliyatı olan sporcuların, kadın kategorisinde, *cisgender* kadın sporcular üzerinde sahip olabileceği biyolojik cinsiyet ile ilgili avantajları en aza indirmek için getirilmişse de kamuoyu tarafından büyük tepki almıştır. Ancak buna rağmen yaklaşık on yıl boyunca yürürlükte kalmıştır²³.

2011 yılında IOC ve IAAF Hiperandrojenizm Regülasyonu adında yeni bir düzenleme getirmiştir. Bu düzenleme ile, Regülasyon uyarınca “hiperandrojenik” olarak nitelenen kadın sporcuların, kadın kategorisinde yarışmak için uygun olup olmadığı düzenlenmiştir²⁴. Regülasyon, kadın kategorisinde yarışmak isteyen belirli cinsiyet gelişim farklılıklarına sahip sporcuların, kadın kategorisi için uygun olup olmadığını, testosteron hormon seviyesine bir üst sınır getirmek suretiyle tespit etmektedir. Diğer bir ifadeyle, Hiperandrojenizm Regülasyonu, kadın kategorisinde yarışmak isteyen sporcuların testosteron hormon seviyesinin, Regülasyon’da öngörülen orana kadar izin verilebileceğini düzenlemiş ve doğuştan da olsa testosteron hormon seviyesinin, Regülasyon uyarınca izin verilen miktardan fazla olması halinde, testosteron hormon seviyesinin düşürülmesi için tıbbi müdahaleyi zorunlu kılmıştır. Hiperandrojenizm Regülasyonu uyarınca kadın kategorisinde yarışmak isteyen sporcuların testosteron hormon seviyelerini 10 nmol/L’in altına düşürmeleri şart koşulmuştur. Çalışmanın ilerleyen kısımlarında daha detaylı ele alınacağı üzere, 2011 yılında yayımlanan Hiperandrojenizm Regülasyonu, Spor Tahkim Mahkemesi tarafından, yeterli bilimsel veriye dayanmadığı ve bu sebeple gerekli ve orantılı olmadığı gerekçesiyle hukuka aykırı bulunarak önce askıya

²³ Buckwald, a.g.m., s. 19.

²⁴ Hiperandrojenizm özellikle uluslararası spor dünyasıyla ilgilidir ve vücudun genetik anlamda tipik bir bireyden daha yüksek seviyede hormon üretmesi anlamına gelmektedir. Uluslararası Olimpiyat Komitesi (IOC) ve Uluslararası Atletizm Federasyonları Birliği (IAAF) bu özelliği hedef almıştır. Bunun sebebi, hiperandrojenizmi olan sporcuların, *cisgender* kadınlara karşı erkek fizyolojisine sahip olması ve *cisgender* kadınlara karşı yarıştıklarında önemli derecede performans avantajı elde ettiği düşüncesidir. Buckwald, a.g.m., s. 8.

alınmış, sonra, 2018 yılında, IAAF'in DSD Regülasyonu'nu yayımlamasıyla tamamen yürürlükten kaldırılmıştır.

2018 yılına gelindiğinde IAAF, Caster Semenya'nın; önce Spor Tahkim Mahkemesi'ne, akabinde İsviçre Federal Mahkemesi'ne ve şimdi de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne konu olan en son düzenlemesi, DSD Regülasyonu'nu yürürlüğe koymuştur. DSD Regülasyonu da yine Hiperandrojenizm Regülasyonu gibi, cinsiyet gelişimi bakımından belirli karakteristik özelliklere sahip sporcuların, uluslararası yarışmalara katılması için bazı kriterler getirmiştir. Buna göre belirli cinsiyet gelişim farklılıklarına sahip olan ve DSD Regülasyonu uyarınca "46 XY DSD" olarak nitelenen sporcuların, yarışmalardan önce en az altı ay boyunca, doğuştan sahip oldukları testosteron hormonunu 5 nmol/L seviyesinin altına düşürmesi şart koşulmuş, aksi takdirde 400 metre, 400 metre engelli koşu, 800 metre, 1500 metre ve 1 mil kategorilerindeki yarışmalara katılamayacakları düzenlenmiştir²⁵. DSD Regülasyonu'nun, Hiperandrojenizm Regülasyonu'ndan temel farkı, kapsamının daha dar olması ve fakat getirilen kriterlerin daha sıkı olmasıdır. Çalışmanın ilerleyen kısımlarında daha detaylı ele alınacağı üzere, 2018 yılında yayımlanan DSD Regülasyonu, Hiperandrojenizm Regülasyonu'ndan farklı olarak, Spor Tahkim Mahkemesi tarafından sporda kadın kategorisinde eşit ve adil rekabeti sağlamak meşru amacı için gerekli, makul ve orantılı bulunmuş ve yürürlükten kaldırılmamıştır.

Görüldüğü üzere cinsiyetin belirlenmesi ile ilgili tarihsel süreç esasında, sporda kadın ve erkek olmak üzere ikili bir cinsiyet ayrımı olması gerektiği ön kabulüne dayanmaktadır. Bu ön kabulden hareketle de bir kişi, uluslararası spor organizasyonları kapsamında, erkek veya kadın kategorilerinden yalnızca birine dahil edilmektedir. Spor organizasyonlarında biyolojik cinsiyete dayalı bu şekilde bir ayrım olmasının temel sebebi, çalışmanın devam bölümlerinde detaylı bir

²⁵ "IAAF introduces new eligibility regulations for female classification", ("New Eligibility Regulations"), <https://www.worldathletics.org/news/press-release/eligibility-regulations-for-female-classifica>, çevrimiçi, Erişim Tarihi: 04.05.2022.

şekilde ele alınacağı üzere, özellikle ergenlik çağından itibaren erkeklerin kemik ve kas gücünün artması, bu durumun da erkekleri fiziksel açıdan kadınlardan daha güçlü bir hale getirmesidir. Bu nedenle, kadınlar ve erkekler arasında eşit ve adil bir rekabet ortamı yaratabilmek amacıyla spor müsabakaları, kadın kategorisi ve erkek kategorisi olarak ikili bir ayrıma tabi tutulmuştur. Günümüzde ise biyolojik olarak belirli cinsiyet gelişim farklılıklarına sahip olan, diğer bir ifadeyle, doğuştan gelen bazı karakteristik özellikleri sebebiyle, biyolojik olarak “kadın” veya “erkek” ikili cinsiyet rejimine tam anlamıyla uymayan; ancak toplumsal cinsiyet kimliği bakımından kendini çoğunlukla “kadın” olarak tanımlayan interseks sporcuların, hangi kategoriye, hangi şartlarda dahil edilmesi gerektiği tartışması yapılmaktadır. Bunun nedeni, interseks nüfusunu oluşturan birçok sporcunun kemik ve kas gücü oranının, *cisgender* kadın sporcuların kemik ve kas gücü oranından fazla olması, dolayısıyla, interseks sporcuların, *cisgender* kadın sporcular üzerinde haksız avantaj elde ettiği düşüncesidir. Bu tartışmaların çözümüne, cinsiyetin belirlenmesine ilişkin tartışmaların tarihi, bilimsel gelişmeler ve çalışmanın devam bölümlerinde ele alınacak olan Spor Tahkim Mahkemesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin kararları ışık tutuyor olacaktır.

İKİNCİ BÖLÜM

ATLETİZMDE EŞİT VE ADİL REKABET ORTAMININ SAĞLANMASI İÇİN KADIN KATEGORİSİNE GETİRİLEN HUKUKİ DÜZENLEMELER VE ULUSLARARASI MAHKEME KARARLARI

2.1. HİPERANDROJENİZM REGÜLASYONU

2.1.1. Genel Olarak

2011 yılında IAAF tarafından yürürlüğe konulan, Hintli kısa mesafe koşucusu Dutee Chand'ın CAS'a başvurusu sonrasında ise askıya alınan ve 2018 yılında tamamen kaldırılan Hiperandrojenizm Regülasyonu, doğuştan yüksek testosteron hormon seviyesine sahip kadın sporcuların rekabetçi atletizme katılma uygunluğuna bazı sınırlamalar getirmiştir. Regülasyon'un 6.5. maddesi, erkek testosteron hormon seviyesini 10 nmol/L ve üzeri olarak belirlemiştir. Buna göre bir sporcu, IAAF ve IOC tarafından düzenlenen uluslararası yarışmaların kadın kategorisinde yer almak için ya 10 nmol/L seviyesinin altında testosteron hormonuna sahip olmalı ya da bu seviye 10 nmol/L veya üzerinde olsa bile bunun atletik performansına bir etkisi olmadığını kanıtlamalıdır. Bu doğrultuda, cinsiyet kimliğini kadın olarak tanımlayan ancak 10 nmol/L veya üzerinde testosteron hormon seviyesine sahip olan sporcular, Regülasyon uyarınca hiperandrojenik olarak nitelendirilmekte olup *cisgender* kadın sporculara karşı haksız avantaj elde ettikleri gerekçesiyle testosteron hormonlarını 10 nmol/L seviyesinin altına düşürmek zorundadır. IAAF'e göre erkek testosteron hormon seviyesi, aynı zamanda erkek tipi vücut gelişimine (virilizasyon) neden olmakta, bu sebeple hiperandrojenik sporcular, *cisgender* kadın sporcular üzerinde, sanki bir erkek yarışıyormuşçasına avantaj elde etmektedir²⁶. Bu durum, IAAF tarafından, sporda

²⁶ Ya da örneğin bir erkeğin testis yerine yumurtalıkları olabilir veya bir XY kromozom yapısına sahip bir erkek, androjen duyarlılığına sahip olabilir. Bu da vücudun kısmen de olsa kadın olarak gelişmesine neden olabilir. Bu yüzden interseks birey anatomisi ile doğan kişilerin kadın

kadın ve erkek kategorik ayrımının özüne aykırı olarak görülmektedir. IAAF, bu nedenlerle, Hiperandrojenizm Regülasyonu'nun, kadın kategorisinde eşit ve adil rekabeti sağlamak temel amacı için gerekli ve orantılı olduğunu savunmaktadır.

2.1.2. Dutee Chand Vakası

Dutee Chand, 3 Şubat 1996 doğumlu ve Hintli bir sporcudur. Chand, kariyeri boyunca Hindistan'da düzenlenen birçok atletizm etkinliğine katılmış ve birçok ulusal yarışmayı kazanmıştır. 2014 yılında düzenlenen uluslararası Asya Gençler Atletizm Şampiyonası'nda, 200 metre ve 400 metre kısa mesafe koşularında altın madalya kazanmıştır. Asya Gençler Atletizm Şampiyonası akabinde Asya Atletizm Birliği, Hindistan Atletizm Federasyonu (*Athletics Federation of India – AFI*) ile iletişime geçmiş ve Chand'ın cinsiyeti konusundaki şüphelerini dile getirmiştir. Bu sebeple Hindistan Atletizm Federasyonu, 18 Temmuz 2014 tarihinde Dünya Gençler Atletizm Şampiyonası'na (*2014 World Junior Championships*) katılmayı planlayan Chand'ın, öncesinde bazı hormon testlerine tabi tutulması gerektiğini Chand'a bildirmiştir. Bu bildirimden sonra kan testleri, jinekolojik testler ve ultrason muayenesi gibi testlere tabi tutulan Chand, erkeklik hormonu, yani testosteron hormonu oranının, Hiperandrojenizm Regülasyonu uyarınca öngörülen orandan yüksek olduğu gerekçesiyle, 31 Ağustos 2014 tarihinde, Dünya Gençler Atletizm Şampiyonası ile İngiliz Milletler Topluluğu Oyunları'ndan (*2014 Commonwealth Games*) men edilmiştir. Chand, bu karar akabinde, 26 Eylül 2014 tarihinde, Hiperandrojenizm Regülasyonu'nun geçersizliğine karar verilmesi için, Regülasyon'un 7.2. maddesi uyarınca²⁷ Spor Tahkim Mahkemesi'ne başvurmuştur.

kategorisinde rekabet etmeye uygun olup olmadığının belirlenmesi elit spor yetkilileri için oldukça zor bir hal almıştır. Buckwald, a.g.m., s. 7, 8.

²⁷ Hiperandrojenizm Regülasyonu'nun 7.2. maddesinin orijinal hali: “*The decision of the IAAF regarding the athlete's eligibility shall be notified to the athlete and her designated physician and, where necessary, to her National Federation. The IAAF decision may be appealed exclusively to CAS in accordance with the provisions of IAAF Rule 60.23 and following.*”

2.1.2.1. Spor Tahkim Mahkemesi (CAS) Önündeki Süreç

2.1.2.1.1. Dutee Chand'ın İddiaları

Chand, Hiperandrojenizm Regülasyonu'nun geçersiz sayılması gerektiği iddiasıyla CAS'a başvuran ilk sporcu olmuştur. Chand, ilk olarak, Hiperandrojenizm Regülasyonu'nun ayrımcı bir düzenleme olduğunu iddia etmiş ve bu iddiasını iki temel başlık altında toplamıştır. Birinci olarak, Hiperandrojenizm Regülasyonu yalnızca kadın kategorisinde yarışmak isteyen sporculara uygulanmakta, erkek kategorisinde yarışmak isteyen sporcular için böyle bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle Regülasyon Olimpik Anlaşma (*IOC Charter*), IAAF Ana Statüsü (*IAAF Constitution*), Monako Yasaları²⁸ ve insan hakları hukuku ile koruma altına alınan cinsiyet temelinde ayrımcılık yapılması yasağına aykırıdır. İkinci olarak Regülasyon, vücudun doğal olarak ürettiği testosteron miktarının düşürülmesini şart koştuğu için de ayrımcılık yasağı ilkesini ihlal etmektedir. Zira Chand, sahip olduğu genetik avantajın, başka sporcuların sahip olduğu uzun boy, akciğer kapasitesi, ayak numarası gibi diğer genetik avantajlar ile benzer olduğunu iddia etmiştir. Chand'a göre IAAF, genetik başka avantajlara saygı duyarken, hiperandrojenik sporcuların genetik avantajına saygı duymamaktadır²⁹.

Chand, ikinci olarak, Hiperandrojenizm Regülasyonu'nun, testosteron hormonu ile atletik performans arasında kurduğu bağın yeterli bilimsel veriye dayanmadığını iddia etmiştir. Chand'a göre, vücudun doğal olarak ürettiği testosteron hormonu (endojen), dışarıdan alınan testosteron hormonu (ekzojen) gibi atletik performans

²⁸ IAAF, Monako Yasaları uyarınca, kadınlara karşı ayrımcılık yapılmasını gidermek amacıyla uygun tüm önlemleri almalıdır. Devamla, Monako Yasalarının bir parçası olan Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi m. 13/c "*Taraf Devletler kadınlara karşı ekonomik ve sosyal hayatın diğer dallarında erkeklerle kadınların eşit olarak haklardan yararlanabilmelerini sağlayarak kadınlara karşı ayrımcılığı önlenmesi için gerekli tedbirleri ve özellikle aşağıdaki tedbirleri alacaklardır Eğlence, spor ve kültürel hayatın bütün veçhesine katılma hakları*" hükmünü haizdir.

²⁹ CAS 2014/A/3759 Dutee Chand v. Athletics Federation of India (AFI) & International Association of Athletics Federations (IAAF), 24.07.2015, para. 112-115.

avantajı sağlamamaktadır. Bu sebeple Chand, doğru verilere dayanmayan Regülasyon'un yürürlükten kaldırılmasını talep etmiştir³⁰.

Chand'ın üçüncü iddiası, Hiperandrojenizm Regülasyonu'nun orantısız bir düzenleme olduğudur. Chand'a göre Regülasyon uyarınca hiperandrojenik olarak nitelendirilen bireyler açık rızaları alınmadan tıbbi test ve tedavilere maruz kalmakta, bu tedaviler hiperandrojenik bireylerin hem cinsiyet kimliğine hem de fizyolojik ve psikolojik sağlığına kalıcı olarak zarar vermekte ve özsaygılarını yitirmelerine neden olmaktadır. Dolayısıyla Hiperandrojenizm Regülasyonu, 1900'lü yılların ortalarında uygulanmaya başlayan ve ilkel bulunduğu için çok fazla tepki alan cinsiyet belirleme testlerinin farklı bir görünümüdür. Öte yandan Regülasyon her ne kadar mahremiyetin korunmasına ilişkin hükümler içerse de, Regülasyon'a uygunluk soruşturmasının yapıldığı süreçte, ilgili sporcu yarışamayacağı için, bu durum sporcunun hiperandrojenik olarak damgalanması sonucunu doğuracaktır³¹.

Chand dördüncü olarak, Regülasyon'un, doping kontrolünün farklı ancak benzer bir görünümü olduğunu iddia etmiştir. Chand, bu iddiaları doğrultusunda uluslararası yarışmalardan menedilmesine neden olan Hiperandrojenizm Regülasyonu'nun hükümsüz kılınmasını, menedilme kararının iptal edilmesini ve yarışmaya uygun olduğuna karar verilmesini CAS'tan talep etmiştir³².

2.1.2.1.2. Uluslararası Atletizm Federasyonları Birliği'nin (IAAF) Savunmaları

IAAF, Hiperandrojenizm Regülasyonu'nun ilk bakışta (*prima facie*) ayrımcı olduğunu kabul etmekle birlikte kadın kategorisinde eşit ve adil rekabet ortamının sağlanması meşru amacını yerine getirmek için gerekli ve orantılı olduğunu

³⁰ CAS 2014/A/3759, para. 119-125.

³¹ CAS 2014/A/3759, para. 231-241.

³² CAS 2014/A/3759, para. 357-363.

savunmuştur³³. Belirtmek gerekir ki uluslararası hukukun temel ilkelerinden biri olan eşit muamele ilkesi, ulaşılmak istenen amaç ile kullanılan araç arasında adil bir denge olması halinde sınırlanabilmektedir. Bu sebeple farklı muameleyi meşru kılan haklı ve nesnel sebeplerin IAAF tarafından kanıtlanması gerekmektedir. Nitekim CAS da kararında bu doğrultuda bir değerlendirme yapmıştır³⁴.

IAAF'in savunmalarına göre testosteron hormonu atletik performansın en önemli belirleyicisi olup, erkek ve kadın sporcular arasındaki performans farklılıklarını açıklamaya yarayan en önemli faktördür³⁵. IAAF, Chand'ın, testosteron hormonunun başka sporcuların sahip olduğu uzun boy, akciğer kapasitesi, ayak numarası gibi genetik avantajlar ile benzer olduğu iddiasını kabul etmemiştir. IAAF bunun sebebini, delil olarak sunmuş olduğu uzman raporları kapsamında açıklamıştır. Bu raporlara göre, kadın ve erkek olmak üzere ikili bir kategorik ayrım yapılmasının temel nedeni testosteron hormonu olup Chand'ın iddia ettiği diğer fiziksel özelliklerin, cinsiyete dayalı kategorik ayrım özelinde, testosteron hormonu gibi bir etkisi bulunmamaktadır³⁶. Bunun yanı sıra IAAF, Chand'ın, endojen ve ekzojen testosteron hormonlarının atletik performansa farklı etkileri olduğuna ilişkin beyanlarının aksine, her iki testosteron hormonun da benzer etkiye sahip olduğunu savunmuştur. IAAF'e göre, ergenlik döneminden sonra kadın vücudunun salgılamış olduğu endojen hormonu, erkek vücudunun salgıladığı endojen hormonundan daha az olmakla beraber miktarı belirlidir. Bu oran erkeklerde 7.7 ile 29.4 nmol/L iken kadınlarda 0.06 ile 1.68 nmol/L seviyesindedir. Dolayısıyla kadınlar, cinsiyet gelişim farklılığına sahip olmadıkları veya doping yapmadıkları sürece bu oranın üzerinde testosteron hormonuna sahip olamazlar³⁷. Tüm bu sebeplerle IAAF, hiperandrojenik sporcuların yarışmaya uygunluğu için bazı sınırlamalar getirilmesinin gerekli olduğunu savunmuştur. Devamla, IAAF'e göre, *cisgender* ve hiperandrojenik kadın sporcu hakları beraber göz önünde

³³ CAS 2014/A/3759, para. 117.

³⁴ CAS 2014/A/3759, para. 450.

³⁵ CAS 2014/A/3759, para. 128.

³⁶ CAS 2014/A/3759, para. 246.

³⁷ CAS 2014/A/3759, para. 126.

bulundurulduğunda, testosteron hormon seviyesine yönelik bir sınırlama getirilmemesi sporun bütününe tehlikeye atacak, eşit ve adil rekabetin sağlanmasını imkânsız kılacak ve hatta *cisgender* kadın sporcuların yarışmada galip gelmesi ihtimalini dahi ortadan kaldıracaktır³⁸.

IAAF, Hiperandrojenizm Regülasyonu'nun orantısız bir düzenleme olduğuna ilişkin iddialara yanıt olarak, Regülasyon'un elit kategorideki kadın sporcuların eşit şartlarda yarışabilmeleri meşru amacına hizmet ettiğini, bu sebeple de orantılı olduğu savını ileri sürmüştür. Kaldı ki IAAF'e göre Regülasyon, bu amacı gerçekleştirmeye çalışırken hiperandrojenik sporcuları doğrudan menetmek yerine bu sporcuların da kadın kategorisindeki konumlarını koruma fikrini temel almıştır³⁹. IAAF, bu sebeple, Regülasyon'un geçmişte uygulanan cinsiyet belirleme testleri ile karşılaştırılamayacağını savunmuştur. Regülasyon, cinsiyet belirleme testlerinin tam aksine, hiperandrojenik sporcuların kadın kimliğine saygı duymakta; ancak *cisgender* sporcuların haklarını da korumaya çalışmaktadır. Bu doğrultuda IAAF, hiperandrojenik sporcuların spora katılımını korumak zorunda olduğu gibi, *cisgender* kadın sporcuların da eşit ve adil şartlarda rekabet etme hakkını korumak zorunda olduğunu ileri sürmüştür. Bu dengeyi sağlamak adına hiperandrojenik sporcular, testosteron hormon seviyelerinin Regülasyon'da öngörülen sınırdan fazla olması halinde, doğum kontrol hapı kullanmak gibi, en uygun ve zararsız tedaviyi alarak hormon seviyelerini düşürmelilerdir⁴⁰. IAAF'e göre bu tedavi zarar verici bir tedavi değildir; dünyada birçok kadın doğum kontrol hapı kullanmaktadır. Kaldı ki IAAF, Regülasyon kapsamındaki teşhis ve tedavilerin birçok sağlık riski ile de erkenden mücadele ettiğini ileri sürmüştür⁴¹. IAAF, Chand'ın, hiperandrojenik sporcuların damgalandığı iddialarına karşılık, Regülasyon'un, sporcuların mahremiyetinin korunması anlamında tüm güvenceleri sağladığını, kişiye hiperandrojenik teşhisi konulmadığı veya böyle bir soruşturma kamuya

³⁸ CAS 2014/A/3759, para. 242, 244.

³⁹ CAS 2014/A/3759, para. 243.

⁴⁰ CAS 2014/A/3759, para. 243.

⁴¹ CAS 2014/A/3759, para. 248.

açılmadığı takdirde bu sürecin bilinmesinin mümkün olmadığı savunmasını yapmıştır⁴².

IAAF, Chand'ın, Hiperandrojenizm Regülasyonu'nun pratikte kadın sporcular üzerinde doping yaptırımına benzer sonuçlar doğurduğu iddiasını reddetmiştir. IAAF'in savunmasına göre, doping yapan sporcular, her şeyden önce, Dünya Anti-Doping Ajansı Kuralları (WADA Kuralları) uyarınca ağır yaptırımlar ile karşı karşıya kalmaktadır. IAAF, her spor branşında rekabeti haksız kılacak faktörlerin değişkenlik gösterebileceğine, dolayısıyla her spor branşının uygunluk kriterinin de farklılaşabileceğine vurgu yapmıştır. Örneğin, boks sporunda ağırlık kategorileri vardır ve bu eşit ve adil rekabetin sağlanması açısından bir uygunluk kriteridir. Bu örnekle paralel olarak Hiperandrojenizm Regülasyonu uyarınca da kadın kategorisinde yarışmak için testosteron hormonunun 10 nmol/L seviyesinin altına düşürülmesi bir uygunluk kriteridir. Bu doğrultuda bir sporcu Hiperandrojenizm Regülasyonu uyarınca öngörülen uygunluk kriterini karşılar karşılamaz yarışmasına izin verilmektedir⁴³.

Tüm bu savunmalar kapsamında IAAF, Hiperandrojenizm Regülasyonu'nun eşitler arası rekabeti sağlamak ve kişileri ulusal yasaların etkilerinden korumak açısından gerekli ve orantılı olduğunu savunmuş ve sporda kadın kategorisinde eşit ve adil rekabetin garanti altına alınması için mevcut şartlarda en uygun araç olduğunu ileri sürmüştür⁴⁴.

⁴² CAS 2014/A/3759, para. 248.

⁴³ CAS 2014/A/3759, para. 365.

⁴⁴ IAAF, Arjantin ve Danimarka gibi bazı ülkelerde bir bireyin kendini "kadın" veya "erkek" olarak beyan etmesinin hukuki anlamda yeterli olacağını belirtmiştir. Bu doğrultuda Hiperandrojenizm Regülasyonu, kişileri ulusal yasaların etkisinde korumakta ve eşit şartlarda yarışmayı garanti altına almaktadır. CAS 2014/A/3759, para. 249.

2.1.2.1.3. Spor Tahkim Mahkemesi'nin Hiperandrojenizm Regülasyonu'na İlişkin Değerlendirmeleri

2.1.2.1.3.1. Ayrımcılık Yasağı İlkesi⁴⁵

CAS, Chand'ın Hiperandrojenizm Regülasyonu'nun ayrımcılık yasağı ilkesine aykırı olduğuna dair iddiasını değerlendirirken öncelikle normlar hiyerarşisi kapsamında bir değerlendirme yapmıştır. CAS'a göre Regülasyon, ayrımcılık yasağını düzenleyen Olimpik Anlaşma, IAAF Ana Statüsü ve Monako Yasalarına aykırıdır. CAS, Olimpizmin, "*Spor yapmak insan haklarından birisidir. Her ferdin, ayırım gözetmeksizin ve Olimpizm ruhu ile spor yapma hakkı vardır.*" temel ilkesini esas almış ve her sporcunun, vücuduna herhangi dış bir müdahalede bulunulmaksızın, kadın veya erkek kategorilerinden birinde rekabet etme olanağının sağlanması gerektiğini kararında belirtmiştir. Bu sebeple, bazı kadın sporcuları, doğuştan sahip oldukları belirli karakteristik özellikleri sebebiyle rekabetten alıkoyan veya bu sporcuları tıbbi müdahaleye maruz bırakan bir kural, her şeyden önce Olimpizmin temel ilkesine aykırı olacaktır⁴⁶. CAS, Hiperandrojenizm Regülasyonu'nun yalnızca kadın sporcular bakımından uygulanması sebebiyle de ilk bakışta ayrımcı olduğuna karar vermiştir⁴⁷. Daha açık bir ifadeyle, testosteron hormon seviyesinin belirlenmesi için yalnızca kadın sporcuların tedavilere tabi tutulması; ancak erkek kategorisinde böyle bir uygulamanın söz konusu olmaması, Hiperandrojenizm Regülasyonu'nu cinsiyet temelinde ve görünüşte ayrımcı bir hale getirmektedir. Bu doğrultuda CAS, Hiperandrojenizm Regülasyonu'nun, Chand'ın iddiaları doğrultusunda ayrımcı olduğuna; ancak Regülasyon'un, kadın kategorisinde eşit ve adil rekabeti sağlama

⁴⁵ Bu tez çalışmasında, ayrımcılık yasağına ilişkin detaylı açıklamalar, üçüncü bölümde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "Ayrımcılık Yasağı" başlıklı 14. maddesi kapsamında ele alınmış olup, bu bölümde yalnızca Spor Tahkim Mahkemesi'nin (CAS) ayrımcılık yasağına ilişkin değerlendirmelerine yer verilmiştir.

⁴⁶ CAS 2014/A/3759, para. 513.

⁴⁷ CAS 2014/A/3759, para. 448.

meşru amacına ulaşmak için gerekli ve orantılı olduğunun IAAF tarafından kanıtlanması halinde hukuka uygun sayılabileceğine karar vermiştir⁴⁸.

2.1.2.1.3.2. Gereklilik ve Orantılılık İlkeleri

Demokratik bir hukuk devletinde özgürlük asıl olup sınırlama istisnadır. Bu sebeple “hakkın özüne dokunmama”, “demokratik bir toplumda gerekli olma” ve “ölçülülük” ilkeleri hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejiminin temel ölçütlerini oluşturmaktadır. Bu üç ölçütün ortak özelliği, insan hak ve özgürlüklerinin ancak kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde sınırlandırılmasını meşru kılmasıdır⁴⁹. CAS, Chand vakasına ilişkin değerlendirme yaparken, hukukun her alanında geçerli olan ve insan hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılmasını meşrulaştıran ölçülülük ilkesini, bu ilkenin alt unsurları olan gereklilik ve orantılılık ilkeleri ile detaylı bir şekilde ele almıştır⁵⁰. Bu sebeple CAS’ın, Chand vakasına ilişkin olarak yapmış olduğu gereklilik ve orantılılık ilkelerine ilişkin değerlendirmelere geçmeden önce, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin ölçülülük ilkesini kısaca açıklamakta fayda vardır⁵¹. Zira Avrupa Mahkemesi, kararlarının hemen hemen tamamında, ölçülülük ilkesini aynı şekilde tanımlamakta ve vermiş olduğu kararlarında bu tanımları tekrarlamaktadır. Avrupa Mahkemesi’nin ölçülülük ilkesinin tanımında kullanılan alt unsurlar çoğunlukla; elverişlilik (*suitability*), gereklilik (*necessity*) ve orantılılık (*proportionality stricto sensu*) olarak nitelendirilmektedir. Bunun yanı sıra, uluslararası literatürde, sonuca yeterli olma (*sufficient*) ve makul olma (*reasonable*) gibi başka alt unsurların var olduğu

⁴⁸ CAS 2014/A/3759, para. 248-250.

⁴⁹ Yüksel, Metin, “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke Midir?”, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/388309>, çevrimiçi, Erişim Tarihi: 23.08.2022.

⁵⁰ Ölçülülük ilkesinin alt unsurlarını oluşturan gereklilik ve orantılılık ilkelerinin açıklanması, çalışmanın devamının büyük bir kısmını oluşturan Caster Semenya vakasına ilişkin olarak da önem arz etmektedir. Zira çalışmanın devamında ele alındığı üzere, Spor Tahkim Mahkemesi, Chand vakası uyarınca Hiperandrojenizm Regülasyonu’nu gerekli ve orantılı bulmazken, Semenya vakasına konu DSD Regülasyonu’nu gerekli, makul ve orantılı bulmuştur.

⁵¹ Tez çalışmasının üçüncü bölümünde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında koruma altına alınan haklar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kriterleri uyarınca değerlendirildiğinden, bu kısımda yalnızca Avrupa Mahkemesi’nin ölçülülük ilkesine ilişkin değerlendirmelerine yer verilmiştir.

da bilinmektedir. Avrupa Mahkemesi ise bu alt unsurların bazen birine, bazen ise birkaçına başvurmuştur⁵². Tez çalışmasında, önce, genel olarak, ölçülülük ilkesi, sonra, CAS kararlarında özellikle ele alınan alt unsurlar olan gereklilik ve orantılılık ilkelerinin açıklanmasında fayda görülmüştür.

Ölçülülük ilkesi, genel olarak, bireyin hak ve özgürlüklerini yasa koyucuya karşı koruyan ve yasa koyucunun takdir yetkisini sınırlayan güvencelerden biri olup, hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması amacıyla ulaşmak için kullanılan araçta keyfiyeti engellemekte; kullanılan aracın elverişli, gerekli ve orantılı olmasını sağlamaktadır. Belirtmek gerekir ki, eğer bir hak veya özgürlüğün sınırlandırılması söz konusuysa, Avrupa Mahkemesi tarafından ölçülülük ilkesinin denetiminden önce, söz konusu sınırlama için meşru bir amacın var olup olmadığının denetimi yapılmaktadır. Meşru bir amacın varlığı tespit edildiği takdirde ise bu amaca ulaşmak için getirilen sınırlamanın ölçülü olup olmadığı denetlenmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, önüne gelen davaların büyük bir çoğunluğunda, meşru amacın var olduğunu tespit etmektedir. Diğer bir ifadeyle, Avrupa Mahkemesi, taraf devletin dayandığı sınırlama ölçütünü genellikle meşru kabul etmektedir⁵³. Öte yandan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, ölçülülük ilkesini ayrıca ve açıkça ele almamıştır. Bu sebeple, Avrupa Mahkemesi, hukuki dayanak olarak, Sözleşme uyarınca sınırlandırılabilen hakların yer aldığı maddeler üzerinden ölçülülük ilkesini denetlemektedir. Örneğin, tez çalışmasının devamında daha detaylı ele alınacağı üzere, Sözleşme'nin özel hayata saygı hakkını düzenleyen 8. maddesinin sınırlandırılmasında, “yasayla öngörülmüş olma”, “meşru bir amaca hizmet etme” ve “demokratik bir toplumda gerekli olma” kriterleri öngörülmektedir. Avrupa Mahkemesi, yasayla öngörülmüş olma ve meşru bir amaca hizmet etme kriterlerinin

⁵² 02.09.1998 tarihli, 22954/93 numaralı, Ahmed ve diğerleri v. Birleşik Krallık davası, 29.04.1999 tarihli, 25088/94, 28331/95 ve 28443/95 numaralı, Chassagnou ve diğerleri v. Fransa [BD] davası.

⁵³ Gemalmaz, Burak, “Mülkiyet Hakkı: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi 6”, Ankara, Y. 2018, s. 6; Arslan Öncü, Gülay, “Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi 8”, (“Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi 8”), Ankara, Y. 2019, s. 159.

varlığını tespit ettikten sonra, demokratik bir toplumda neyin ne kadar gerekli olduğunu denetlemektedir, yani, ölçülülük denetimi yapmaktadır⁵⁴.

Ölçülülük ilkesinin bir alt unsuru olan gereklilik ilkesi, hakkın sınırlanması aracının, sınırlama amacı için gerekli olması anlamını taşımaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gereklilik kavramını; bir hak veya özgürlüğü sınırlayan aracın yerine aynı derecede etkili olan ve fakat sınırlandırma etkisi daha az olan bir araç bulunamıyorsa, söz konusu hak veya özgürlüğün sınırlanmasına ilişkin aracın gerekli olduğu şeklinde tanımlamaktadır. Diğer yandan, meşru amacı gerçekleştirmek için birden fazla araç bulunuyorsa, bu araçlar arasından da hak ve özgürlüğü en az sınırlayan araç tercih edilmelidir. Belirtmek gerekir ki hangi aracın hak ve özgürlüğü daha az sınırladığı her somut olay bakımından ayrıca değerlendirilmektedir⁵⁵.

Ölçülülük ilkesinin bir diğer alt unsuru ise orantılılık ilkesidir⁵⁶. Orantılılık ilkesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf devletlerin, hak ve özgürlükleri sınırlamaya ilişkin takdir yetkisinin, diğer alt unsurlara göre daha geniş kullanılabilirdiği bir ilkedir. Orantılılık ilkesi uyarınca, söz konusu sınırlamanın ağırlık derecesi ile hak veya özgürlüğü sınırlanan bireyin maruz kaldığı sıkıntı arasındaki adil denge göz önünde bulundurulmalıdır. Orantılılık ilkesi gereği, meşru amaca ulaşmak için seçilen aracın bireylere yüklediği ağırlık ile hak ve özgürlüğünün sınırlanmasının topluma sağlayacağı fayda arasında makul bir ilişki olmalıdır⁵⁷.

Sonuç olarak, gereklilik ilkesi kapsamında, hak ve özgürlüğün sınırlanması meşru amacına ulaşmak için kullanılan aracın taşıdığı özelliklere bakılırken, orantılılık

⁵⁴ Batum, Süheyl, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri", İstanbul, Y. 1993, s. 224-245.

⁵⁵ Yüksel, a.g.m., s. 11.

⁵⁶ Dar anlamda ölçülülük veya katlanılabilirlik olarak da kullanılmaktadır.

⁵⁷ Yüksel, a.g.m., s. 13, 14.

ilkesi kapsamında bireysel menfaat ile kamu menfaati arasındaki adil dengeye bakılmaktadır.

CAS, Hiperandrojenizm Regülasyonu'nun gerekli ve orantılı olup olmadığına ilişkin değerlendirme yapabilmek için ilk olarak Regülasyon'un uygulama alanını tespit etmiştir. Hiperandrojenizm Regülasyonu uyarınca öngörülen 10 nmol/L sınırı esasen bir sporcunun "erkek" olarak mı yoksa "kadın" olarak mı yarışacağını belirlemek temeline dayanmamaktadır. Diğer bir ifadeyle Hiperandrojenizm Regülasyonu, bir kişinin "kadın" mı yoksa "erkek" mi olduğunu tanımlamamaktadır. Regülasyon, kadın kategorisi içerisinde fakat kadın kategorisine uygun olmadığı düşünülen aslında yeni bir kategoriye uygulanmaktadır⁵⁸. CAS'a göre bu uygulamanın sebebi özellikle atletizm branşındaki interseks nüfusun varlığı ve bu nüfusun çoğunlukla kadın kategorisini temsil etmesidir⁵⁹. Belirtmek gerekir ki cinsiyet kimliğini interseks olarak tanımlayan bireyler, tipik kadın özelliklerinden tipik erkek özelliklerine kadar bir dizi özellik sergileyebilmektedir. Bu doğrultuda, Hiperandrojenizm Regülasyonu uyarınca öngörülen kısıtlamalar, cinsiyet kimliğini kadın olarak tanımlayan interseks bireylerin uluslararası sözleşmeler ile güvence altına alınan insan hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılmasını gündeme getirebileceğinden Regülasyon ile öngörülen kısıtlamaların gerekliliği ve orantılılığının titiz bir şekilde analiz edilmesi gerekmektedir.

CAS, Hiperandrojenizm Regülasyonu'nun gerekliliği ve orantılılığını incelerken Olimpizmin temel ilkesine atıfta bulunmuş ve her sporcunun, kadın veya erkek kategorilerinden birinde, doğuştan var olan bir özelliğine müdahalede bulunulmaksızın spor yapma hakkına tekrar dikkat çekmiştir. Ancak CAS, ulaşılmak istenen amacın meşru olması halinde bazı insan hak ve özgürlüklerine ilişkin müdahalelerin hem ulusal hem de uluslararası hukuk tarafından benimsenen

⁵⁸ CAS 2014/A/3759, para. 511.

⁵⁹ CAS 2014/A/3759, para. 512.

tutarlı bir yaklaşım olduğunu da kararında belirtmiştir⁶⁰. Bu doğrultuda, kadın kategorisinde eşit ve adil rekabete ulaşma meşru amacı ancak ve ancak hiperandrojenik bireylerin haklarının sınırlandırılması suretiyle sağlanabiliyorsa ve Hiperandrojenizm Regülasyonu ile hukuksal zemini oluşturulan bu sınırlandırmanın gerekli ve orantılı olduğu IAAF tarafından kanıtlanabiliyorsa Regülasyon meşru kabul edilebilir, aksi takdirde Hiperandrojenizm Regülasyonu hükümsüz kılınmalıdır⁶¹. Buradan hareketle CAS, eğer bir sporcu biyolojik olarak çoğunlukla kadın özelliklerini sergiliyor, cinsiyet kimliği olarak kendini kadın olarak tanımlıyor ve bu yüzden kadın kategorisinde yarışması bekleniyorsa; ancak bu sporcu doğuştan var olan birtakım biyolojik karakteristik özelliklere de sahipse ve bu özellikleri sebebiyle bir erkek yarışıyor muşçasına performans sergiliyorsa, yarışmanın eşit ve adil şartlar altında gerçekleşmesi amacıyla bu sporcu yarışmadan hariç tutmayla sonuçlanabilecek bir test ve/veya tedavi uygulamak gerekli ve orantılıdır mıdır sorusunu sormuştur ve bu sorunun cevabını olasılıklar dengesi (*balance of probabilities*) üzerinden cevaplamaya çalışmıştır⁶². Olasılıklar dengesi, kesin kanıtı olmayan bir davada, olası senaryoları göz önünde bulundurmak ve tarafların sunmuş olduğu deliller uyarınca daha olası ihtimal lehine karar vermek anlamına gelmektedir. Bu doğrultuda CAS, her iki tarafın da sunmuş olduğu delilleri detaylı bir şekilde analiz etmiş ve IAAF'ın, Hiperandrojenizm Regülasyonu ile ulaşılmaya çalışılan meşru amaç ile Regülasyon uyarınca öngörülen sınırlamalar arasındaki ilişkiyi ispat edip edemediğini değerlendirmiştir.

Hiperandrojenizm Regülasyonu'nun amacı, *cisgender* kadın sporcuları, erkek sporcuların daha yüksek testosteron hormon seviyesi nedeniyle elde ettiği rekabet avantajına benzer bir avantaja sahip hiperandrojenik sporculara karşı rekabet etmek zorunda kalmaktan korumaktır. Bu amaç doğrultusunda CAS'a göre, eğer bir sporcu cinsiyet kimliği bakımından kendini kadın olarak tanımlıyorsa; ancak *cisgender* bir kadının erişebileceği azami testosteron hormon seviyesinden daha

⁶⁰ CAS 2014/A/3759, para. 450.

⁶¹ CAS 2014/A/3759, para. 500.

⁶² CAS 2014/A/3759, para. 512.

yüksek oranda testosteron hormon seviyesine sahipse ve fakat bu oran, söz konusu sporcunun, *cisgender* bir kadın sporcu üzerinde olağan dışı bir avantaj elde etmesine neden olmuyorsa, bu sporcunun kadın kategorisinde yarışmasına izin verilmelidir. Bu değerlendirme sonucunda CAS, IAAF'ın, testosteron hormon seviyesi 10 nmol/L ve üstü seviyesinde olan bir kadın ile testosteron hormon seviyesi 10 nmol/L seviyesinin altında olan bir kadın arasında adil rekabeti engelleyen avantajın ne olduğunu ilişkilendirmesi ve hatta aradaki testosteron hormon farkının yanı sıra performans farkına etki edecek diğer faktörleri de ispat etmesi gerektiğini kararında belirtmiştir⁶³. Dolayısıyla IAAF, Hiperandrojenizm Regülasyonu'nun gerekli ve orantılı olduğunu kanıtlamak için testosteron hormonunun atletik performans üzerindeki etkisini kanıtlamakla yükümlü tutulmuştur.

2.1.2.1.3.3. Testosteron Hormonunun Atletik Performansa Etkisi

CAS, testosteron hormonunun atletik performans üzerindeki etkisini hem Chand'ın hem de IAAF'ın sunmuş olduğu uzman raporları üzerinden değerlendirmiştir. IAAF, testosteron hormonunun atletik performans üzerindeki en ayırt edici faktör olduğunu ispat etmeye çalışmış, Chand ise endojen testosteronunun atletik performansa etkisinin ekzojen testosteronu kadar büyük olmadığını savunmuştur. CAS ise tarafların sunmuş olduğu uzman raporlarını değerlendirmiş ve daha olası ihtimal lehine karar vermiştir. Diğer bir ifadeyle CAS, olasılıklar dengesi ilkesi uyarınca, tarafların iddia ve savunmalarını kanıtlayıp kanıtlayamadığı yönünde bir değerlendirme yapmıştır⁶⁴.

CAS, öncelikle, testosteron hormonunun kadın ve erkek biyolojisine ve dolayısıyla da atletik performansına etki eden temel farklılıklardan biri olduğu önermesini analiz etmiştir. Bu doğrultuda CAS, ilk olarak, yağsız vücut kütle oranının (*lean body mass*) güce etkisini ele almıştır. Yağsız vücut kütle oranı, vücuttaki yağ kütlesi

⁶³ CAS 2014/A/3759, para. 511-532.

⁶⁴ CAS 2014/A/3759, para. 473.

hariç vücudun toplam ağırlığını ifade etmektedir. CAS'ın kararında yer verdiği üzere, her iki taraf da yağsız vücut kütle oranının güce, dolayısıyla da atletik performansa katkıda bulunduğu konusunda hemfikirdir. Tarafları ayıran nokta ise yağsız vücut kütle oranının oluşumuna testosteron hormonunun etkisinin olup olmadığıdır⁶⁵. Chand davasında görüş veren bazı uzmanlar, yağsız vücut kütle oranının, gücün temel belirleyicisi olduğunu ve testosteron hormonunun yayılımından etkilendiğini ileri sürmüştür. Uzmanlara göre, ergenlikten önce erkek ve kadın vücut yapısı hemen hemen aynı olmakla beraber ergenlikten sonra erkekler, kadınlardan daha fazla yağsız vücut kütle oranına sahip olmaktadır. Örneğin, bununla ilgili olarak, Prof. Angelica Lindén Hirschberg ve Prof. Martin Ritzen, testosteron hormonunun yağsız doku birikimini uyardığını ve toplam kas hacmini arttırdığı bulgularına dikkat çekmiştir⁶⁶. Prof. Richard Holt da kadınlar ve erkeklerin ergenlikten sonra farklı oranlarda yağsız vücut kütlelerine sahip olduğunu belirtmiş; ancak buna etki eden tek faktörün testosteron hormonu olmayabileceğini, büyüme hormonunun da güce etki edebileceğini öne sürmüştür⁶⁷. Devamla, Prof. Ritzen, erkekte kadına cinsiyet geçiş tedavisi olan bireylerin kas hacminde bir yıl gibi bir sürede azalma gözlemlendiğine dikkat çekmiştir. Prof. Holt ise testosteron hormon seviyesi yüksek olan kadınların birçoğunda erkek tipi vücut gelişiminin (virilizasyon) söz konusu olabileceğini; ancak buna dair kesin bir veri olmadığını belirtmiştir. Dr. Stéphane Bermon, 1.5 nmol/L ile 15 nmol/L arasındaki bir testosteron farkının atletik performansa etkisinin %3 olduğunu belirtmiştir⁶⁸. Bu tespitler uyarınca testosteron hormonu, yağsız vücut kütle oranının oluşumunda en ayırıcı hormon gibi gözükse de CAS, davanın görüldüğü dönem itibariyle bunu kesin olarak kanıtlayan bilimsel bir verinin bulunmadığı ve bunun bir hipotez olduğu görüşündedir. Uzmanlara göre atletik performansa, büyüme hormonu ve adrenalin hormonu gibi başka hormonlar da etki edebilir. Bu doğrultuda CAS, testosteron hormonunun yağsız vücut kütle oranına etkisinin henüz kanıtlanmış

⁶⁵ CAS 2014/A/3759, para. 454.

⁶⁶ CAS 2014/A/3759, para. 459.

⁶⁷ CAS 2014/A/3759, para. 460.

⁶⁸ CAS 2014/A/3759, para. 454.

olmadığını ve buna ilişkin daha fazla çalışma yapılması gerektiği sonucuna ulaşmıştır⁶⁹.

CAS, endojen ve ekzojen testosteron hormonu farkının yağsız vücut kütle oranına katkısına ve buna bağlı olarak atletik performans üzerindeki etkisine de önem vermiştir. Zira Chand, endojen testosteron hormonunun atletik performans üzerinde ayırt edici bir etkisi olmadığını iddia ederken, ekzojen testosteron hormonunun atletik performans üzerindeki etkisini kabul etmektedir. IAAF ise endojenin de ekzojenin de benzer oranda etkisinin olduğunu savunmaktadır. Bu doğrultuda taraflar, iddia ve savunmalarını kanıtlamak için uzman görüşlerinden faydalanmıştır. Örneğin, Dr. Sari van Anders, endojen ve ekzojen testosteron hormonlarının vücudun farklı bölümlerinde salındığını, ekzojen testosteronunun vücudun, nöral aktiviteye tepki olarak hareket eden ve onu taklit eden bölümünden sapabildiğini, buna karşın endojen testosteronun bunu yapmadığını belirtmiştir⁷⁰. Prof. Hirschberg ise vücudun testosteron hormonunun kaynağının ne olduğunu ayırt edemediğini ifade etmiş fakat hem endojenin hem de ekzojenin erkek tipi vücut gelişimine neden olması sebebiyle vücuda etkisi bakımından bir fark olmadığına dikkat çekmiştir⁷¹. CAS, kararında, endojen ve ekzojen testosteron hormonlarının atletik performansa etkisinde yarışan kanıtların mevcut olduğuna dikkat çekmiş ve bu raporların tek ve kesin bir sonuca ulaşmak için yeterli olmadığını belirtmiştir⁷².

Sonuç olarak CAS, kadınlar ve erkekler arasındaki performans avantajının doğrudan endojen testosteron seviyesinden değil, özellikle yağsız vücut kütle oranı aracılığıyla testosteronun vücut üzerindeki etkisinden kaynaklandığı konusunda tatmin olmuştur. CAS, IAAF tarafından sunulan kanıtlar uyarınca, erkekler ve kadınlar arasındaki performans farkının yaklaşık %10-12 olarak tespit etmiştir⁷³.

⁶⁹ CAS 2014/A/3759, para. 472.

⁷⁰ CAS 2014/A/3759, para. 483.

⁷¹ CAS 2014/A/3759, para. 484.

⁷² CAS 2014/A/3759, para. 488.

⁷³ CAS 2014/A/3759, para. 522, 533.

Ancak CAS, davanın konusunu oluşturan *cisgender* kadın sporcular ve hiperandrojenik sporcular arasındaki performans farkı konusunda, davanın görüldüğü dönem itibariyle kesin bir kanıt ulaşamadığını kararında belirtmiştir⁷⁴. CAS, *cisgender* kadın sporcular ile hiperandrojenik sporcular arasında atletik performans bakımından fark olabileceği; ancak bu farkın, kadın ve erkek kategorik ayrımının yapılmasına dayanak olan %10-12'lik bir fark kadar olmadığını değerlendirmiştir⁷⁵. Diğer bir ifadeyle CAS, kadın kategorisinde eşit ve adil rekabet ortamını sağlamak meşru amacı için testosteron hormonunun davanın görüldüğü dönem itibariyle gerekli ve orantılı olmadığına karar vermiştir⁷⁶.

2.1.2.1.3.4. Sonuç

Hiperandrojenik, interseks veya başka bir şekilde nitelensin fark etmez belirli cinsiyet gelişim farklılıklarına sahip bir sporcu sınıfı vardır. Bu sporcular kendilerini cinsiyet kimliği bakımından, çoğunlukla, kadın olarak tanımlamaktadır; ancak kendilerine atletik bir avantaj sağladığına inanılan genetik bir duruma sahiptirler. CAS önünde görülen davada sunulan uzman raporları uyarınca, avantaj olarak nitelenebilecek bu durumun doğrudan endojen testosteron hormonu seviyesinden değil, daha çok endojen testosteron hormonunun vücuda etkisinden, yani yağsız vücut kütle oranından kaynaklandığı belirtilmektedir. Bununla birlikte, daha da önemlisi, endojen testosteron hormonu seviyesinin atletik performans üzerindeki etkisine ilişkin, davanın görüldüğü dönem itibariyle yeterli bir veri, dolayısıyla da yeterli kanıt olmadığı vurgulanmıştır. Bu doğrultuda CAS, testosteron hormon seviyesi ile atletik performans arasındaki nicel ilişkiye dair kanıt eksikliği sebebiyle Hiperandrojenizm Regülasyonu'nun gerekli ve orantılı olmadığına kanaat getirmiştir⁷⁷. Bunun sonucunda CAS, IAAF'in, yüksek testosteron hormon seviyesi ile atletik performans avantajı arasındaki bağlantıyı gösteren daha fazla bilimsel veri sunması gerektiğini kararında açıklamış ve

⁷⁴ CAS 2014/A/3759, para. 521, 522.

⁷⁵ CAS 2014/A/3759, para. 526, 527, 535.

⁷⁶ CAS 2014/A/3759, para. 499.

⁷⁷ CAS 2014/A/3759, para. 547.

IAAF'e iki yıllık bir süre vermiştir. Eğer IAAF, bu iki yıllık askı süresi içerisinde, Hiperandrojenizm Regülasyonu uyarınca öngörülen testosteron hormon oranının atletik performansa etkisini kanıtlayamazsa, Hiperandrojenizm Regülasyonu tamamen hükümsüz kalacaktır. Bu doğrultuda IAAF, 24 Temmuz 2015 tarihinde, Hiperandrojenizm Regülasyonu'nun yürütmesini durdurmuştur⁷⁸. IAAF, iki yıllık sürenin sonunda, 29 Eylül 2017 tarihinde, Hiperandrojenizm Regülasyonu'na ilişkin bilimsel verileri içeren delillerini sunmuş; ancak CAS tarafların onaylarını alarak süreyi altı ay daha uzatmıştır. Bu altı aylık süreçte de Hiperandrojenizm Regülasyonu hiçbir yarışmada uygulanmamıştır⁷⁹.

2.2. DSD REGÜLASYONU

2.2.1. Genel Olarak

IAAF, 9 Mart 2018 tarihinde, Hiperandrojenizm Regülasyonu'nu tamamen yürürlükten kaldırmış ve 1 Kasım 2018 tarihi itibarıyla kadın kategorisinde yarışan sporcular için yeni uygunluk kriterlerini yürürlüğe koyacağı konusunda CAS'ı bilgilendirmiştir. DSD Regülasyonu (*Differences in Sexual Development*) adı altında yayımlanan bu yeni uygunluk kuralları, Hiperandrojenizm Regülasyonu'ndan farklı olarak, yalnızca beş uluslararası yarışmada geçerlidir. Bunlar "kısıtlı yarışmalar" adı verilen 400 metre, 400 metre engelli koşu, 800 metre, 1500 metre ve 1 mil yarışmalarıdır⁸⁰. DSD Regülasyonu uyarınca belirli cinsiyet

⁷⁸ Hiperandrojenizm Regülasyonu'nu CAS önüne getiren sporcu Dutee Chand olmakla beraber bu düzenlemeden etkilenen bir diğer sporcu Güney Afrikalı Mokgadi Caster Semenya'dır. IAAF'ın 2011 yılında Hiperandrojenizm Regülasyonu'nu yürürlüğe koyması akabinde Semenya, testosteron hormon seviyesini Regülasyon'da öngörülen aralığa düşürmek için tedavi görmüş ve yarış süreleri belirgin şekilde uzamıştır: 2011 yılında 1:56.35, 2012 yılında 1:57.23, 2013 yılında 1:58.92, 2014 yılında 2:02.66. Dutee Chand'ın CAS'a yaptığı başvuru sonrasında, 2015 yılında, Hiperandrojenizm Regülasyonu CAS tarafından iki yıl boyunca askıya alınmış, bunun akabinde Semenya'nın yarış süreleri kısalmıştır: 2015 yılında 1:59.59, 2016 yılında 1:55.28, 2017 yılında 1:55.16, 2018 yılında 1:54.25 ve 2019 yılında 1:54.98. Sailors, Pam; Weaving, Charlene, "Caster Semenya and the Cage Fight for Justice", Fair Play. Revista de Filosofía, Ética y Derecho del Deporte, Cilt 17, Y. 2020, s. 1-12.

⁷⁹ CAS 2018/O/5794 Mokgadi Caster Semenya v. International Association of Athletics Federations (IAAF), 30.04.2019, para. 9.

⁸⁰ Eligibility Regulations for the Female Classification (Athletes with Differences of Sex Development) veya DSD Regulations Article 2.2.(b); ("New Eligibility Regulations"), a.g.k.

gelişim farklılıklarına sahip, 46 XY DSD olarak nitelenen sporcuların⁸¹, kısıtlı yarışmalardan önce en az altı ay boyunca testosteron hormonunu 5 nmol/L seviyesinin altına düşürmesi ve bu oranı koruması şart koşulmuş, aksi takdirde kısıtlı yarışmalara katılamayacakları düzenlenmiştir. Belirtmek gerekir ki Hiperandrojenizm Regülasyonu uyarınca 10 nmol/L'in altında olması gereken testosteron hormonu, DSD Regülasyonu ile 5 nmol/L'in altına indirilmiş ve bu yeni uygunluk kriterinin yalnızca kısıtlı yarışmalarda uygulanacağı düzenlenmiştir. Hiperandrojenizm Regülasyonu ile karşılaştırıldığında, DSD Regülasyonu'nun kapsamı daraltılmış; fakat getirilen kriterler sıkılaştırılmıştır. Bu değişikliğin temel sebebi, IAAF Tıp ve Bilim Departmanı'ndan Dr. Stéphane Bermon tarafından açıklanmıştır. Dr. Bermon'a göre yapılan son araştırma ve bulgular uyarınca, doğal olarak üretilen (endojen) veya dışarıdan alınan (ekzojen) testosteron hormonunun kadın sporcularda önemli performans avantajı sağladığı tespit edilmiş ve bu performans avantajının, özellikle cinsiyet gelişim farklılıkları olan sporcuların katıldığı kısıtlı yarışmalarda ortaya çıktığı gözlemlenmiştir⁸². Belirtmek gerekir ki IAAF tarafından, DSD Regülasyonu'nun yayımlanması ile yapılan bu tespite daha sonra bazı bilim insanları tarafından, araştırmanın bilimselliğinin bütünü kusurlu olduğu yönünde eleştiriler getirilmiştir⁸³. Nitekim bu eleştiriler, çalışmanın üçüncü bölümünde, henüz kesinliği olmayan bilimsel verilere dayalı olarak bazı insan hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılmasının hukukiliği bağlamında ayrıca değinilmiştir.

2.2.2. Mokgadi Caster Semenya Vakası

Mokgadi Caster Semenya, 7 Ocak 1991 doğumlu, 800 metre orta mesafe koşularında uluslararası arenada olağanüstü başarılar elde etmiş Güney Afrikalı bir sporcudur. 2009, 2011 ve 2017 yıllarında düzenlenen IAAF Dünya Şampiyonası'nı birincilikte tamamlayan Semenya, 2012 ve 2016 yıllarında düzenlenen Olimpiyat Oyunları'nda altın madalya almaya hak kazanmıştır.

⁸¹ Bu cinsiyet gelişim farklılıkları birbirinden farklı sebeplerle meydana gelebilir, görülme şekli ve zamanı kişiden kişiye değişebilir.

⁸² New Eligibility Regulations, a.g.k.

⁸³ Bianchi, a.g.m., s. 5.

DSD Regülasyonu'nun yürürlüğe gireceği açıklamasının IAAF tarafından yapılması akabinde Mokgadi Caster Semenya ve Güney Afrika Atletizm Federasyonu (*Athletics South Africa – ASA*), DSD Regülasyonu'nun hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle, 18 Haziran 2018 tarihinde, Regülasyon'un 5.2. maddesi uyarınca⁸⁴, Spor Tahkim Mahkemesi'ne başvurmuştur⁸⁵.

2.2.2.1. Spor Tahkim Mahkemesi (CAS) Önündeki Süreç

2.2.2.1.1. Caster Semenya'nın İddiaları

DSD Regülasyonu'nun geçersiz sayılması için CAS'a başvuran Semenya da, Chand'ın iddialarına benzer şekilde, DSD Regülasyonu'nun ayrımcılık yasağı ilkesini ihlal ettiğini iddia etmiştir. Semenya'ya göre, DSD Regülasyonu da, Hiperandrojenizm Regülasyonu gibi yalnızca kadın kategorisinde yarışmak isteyen sporculara uygulanmakta, erkek kategorisinde uygulanmamakta ve bu sebeple Olimpik Anlaşma, IAAF Ana Statüsü, Monako Yasaları ve insan hakları hukukuna, cinsiyet temelinde ayrımcılık yaptığı için aykırılık teşkil etmektedir. Devamla, Regülasyon, bazı sporcuların doğuştan sahip olduğu belirli karakteristik özellikleri hedef aldığından ötürü de ayrımcı bir düzenlemedir⁸⁶. IAAF, Semenya vakasında, 46 XY DSD sporcuları, Chand vakasındaki savunmalarından farklı olarak, “biyolojik erkek” olarak nitelendirmiştir. Semenya da bu sebeple, DSD Regülasyonu'nun kişilerin cinsiyet kimliğine saygı duymadığını iddia etmiştir⁸⁷. Semenya'ya göre IAAF, cinsiyet gelişim farklılığına sahip sporcuların genetik özelliklerini sporun içine katmak ve bunlara saygı duymak yerine dışlamaktadır. Semenya'ya göre Serena Williams, Usain Bolt ve Micheal Phelps gibi sporcuların

⁸⁴ DSD Regülasyonu'nun 5.2. maddesinin orijinal hali: “*Any dispute arising between the IAAF and an affected athlete (and/or her Member Federation) in connection with these Regulations will be subject to the exclusive jurisdiction of the CAS. In particular (but without limitation), the validity, legality and/or proper interpretation or application of the Regulations may only be challenged (a) by way of ordinary proceedings filed before the CAS; and/or (b) as part of an appeal to the CAS made pursuant to clause 5.3.*”

⁸⁵ CAS 2018/O/5794, para. 14.

⁸⁶ CAS 2018/O/5794, para. 51.

⁸⁷ CAS 2018/O/5794, para. 51.

başarılarına da genetik özellikleri etki etmekte ve bu başarılar takdir edilmekte; ancak cinsiyet gelişim farklılığına sahip sporcuların genetik özellikleri ötekileştirilmektedir. Öte yandan Semenya, DSD Regülasyonu'nun bilimsel bir temelinin olmadığını; testosteron hormonu ile atletik performans arasındaki ilişkiyi kanıtlayan bir veri bulunmadığını, kaldı ki bu durumun Chand başvurusunda kanıtlandığını, bu sebeplerle DSD Regülasyonu'nun keyfi olduğunu ve gerekli olmadığını ileri sürmüştür⁸⁸. Son olarak Semenya, Regülasyon'un, kadın kategorisinde eşit ve adil rekabeti sağlama meşru amacına ulaşmak için orantılı bir düzenleme olmadığını ileri sürmüştür. Semenya'ya göre Regülasyon, kişiyi aşağılayıcı ve kişinin onurunu kırıcı bir düzenlemedir. Zira DSD Regülasyonu, fiziksel müdahalenin yanı sıra bireylerin psikolojik sağlığını da olumsuz etkilemekte ve damgalanmasına neden olmaktadır. Öte yandan, testosteron hormonu 5 nmol/L veya daha yüksek seviyede olan bir sporcu, testosteron seviyesini düşürmek istemezse bu sporcu pratikte spordan tamamen dışlanmaktadır. Bu kişinin erkek kategorisinde yarışmasının mümkün olduğu her ne kadar DSD Regülasyonu'nda belirtilmişse de Semenya'ya göre pratikte bu sporcunun erkek kategorisinde başarı elde etmesi mümkün değildir⁸⁹.

2.2.2.1.2. Uluslararası Atletizm Federasyonları Birliği'nin (IAAF) Savunmaları

Semenya'nın iddialarına karşı IAAF'in savunması, DSD Regülasyonu'nun, hem *cisgender* kadın sporcuları erkek biyolojik özelliklerine sahip sporculara karşı rekabet etmekten koruduğu hem de cinsiyet kimliğini kadın olarak tanımlayan; ancak belirli erkek biyolojik özelliklerine sahip olan sporcuların kadın kategorisinde yarışmasına izin verdiği şeklindedir. Bu doğrultuda IAAF'e göre DSD Regülasyonu uzlaşmaya yönelik bir düzenlemedir⁹⁰. IAAF, CAS'ın Chand kararında atıfta bulunduğu; IAAF'in, kadın ve erkek kategorik ayrımından doğan

⁸⁸ CAS 2018/O/5794, para. 53-62.

⁸⁹ CAS 2018/O/5794, para. 63-72.

⁹⁰ CAS 2018/O/5794, para. 285.

sporcu haklarını, Olimpik Anlaşma ve Ana Statüsü uyarınca korumak için gerekli, makul ve orantılı önlemleri alması gerektiği değerlendirilmesine dikkat çekmiştir. Bu yetki ve sorumluluğun yanı sıra IAAF hem Avrupa hem de Anglo-Sakson hukuku uyarınca spor yönetim organlarına büyük oranda takdir yetkisi tanındığını da savunmalarında belirtmiştir. Önemli bir diğer husus olarak IAAF, DSD Regülasyonu'nun gerekçesini, Chand başvurusunda yaptığı savunmalardan farklı olarak, kadın kategorisinde, *cisgender* kadınlara karşı yarışan başka biyolojik kadınlar ve bu kadınların yüksek testosteron hormon seviyesi sebebiyle sahip olduğu avantajlara değil, 46 XY DSD olarak nitelenen biyolojik erkekler ve bu bireylerin testosteron hormon seviyesi sebebiyle sahip olduğu avantajlara dayandırmıştır⁹¹.

IAAF, Semenya'nın, DSD Regülasyonu'nun ayrımcı olduğuna dair iddialarına karşı, Chand davasında yaptığı savunmalarının aksine, DSD Regülasyonu'nun keyfi muamele yaratmadığı ve böyle bir iddia varsa bunun Semenya tarafından kanıtlanması gerektiği şeklinde savunma yapmıştır⁹². IAAF, bu savını desteklemek üzere, ayrımcılık yasağı ilkesinin aynı durumdaki kişilere farklı muamele yapılması halinde ihlal edildiğini ileri sürmüş ve 46 XY DSD sporcular ile 46 XX kromozom yapısına sahip *cisgender* kadın sporcuların durumunun aynı olmadığına dikkat çekmiştir. Bu durumlar başlıca; 46 XY DSD bireylerin erkek kromozomlarına (XY), erkek iç üreme hücrelerine (testis) ve erkek testosteron hormon seviyesine (7.7 ile 29.4 nmol/L) sahip olması; ancak cinsiyet kimliğini kadın olarak tanımlamasıdır. IAAF'e göre, bu özelliklere sahip bireyler, bir erkeğin sporda elde edebileceği tüm biyolojik avantajlara sahip olacak, bu da kadın kategorisindeki eşit ve adil rekabete gölge düşürecektir⁹³. Bu doğrultuda IAAF, bireyin yalnızca cinsiyet kimliğinin göz önünde bulundurulmasının sporda eşit ve adil rekabetin sağlanmasına engel teşkil edeceğini ve biyolojik cinsiyetin, cinsiyet kimliğine baskın gelmesi gerektiğini savunmuştur. IAAF, tüm bu sebeplerle, DSD

⁹¹ CAS 2018/O/5794, para. 292.

⁹² CAS 2018/O/5794, para. 292-295.

⁹³ CAS 2018/O/5794, para. 288, 289.

Regülasyonu'nun gerekli ve orantılı olduğunu, dolayısıyla da ayrımcılık yasağını ihlal etmediğini ileri sürmüştür⁹⁴. IAAF, öte yandan, bir devlet yapılanması olmadığını, özel bir kuruluş olduğunu ve dolayısıyla insan hakları hukuku ile çok katı bir şekilde bağlı olmadığını; ancak yine de insan hak ve özgürlüklerinin korunmasında büyük bir özveri ile çalışıldığını savunmalarında belirtmiştir⁹⁵.

IAAF, Semenya'nın, DSD Regülasyonu'nun bilimsel temelini olmadığı şeklindeki iddialarını kabul etmemiş ve Chand davasındaki beyanlarını büyük oranda muhafaza etmiştir. IAAF'e göre, biyolojik cinsiyete dayalı kadın ve erkek kategorik ayrımının başlıca nedeni testosteron hormonudur. Zira, IAAF'in savunmalarına göre testosteron hormonu, yetişkin erkeklerin daha büyük ve güçlü kemikler ile %18 oranında daha güçlü kaslara sahip olmasına ve %12 oranında daha fazla hemoglobin hormonu salgılanmasına neden olmaktadır⁹⁶. IAAF, bu sebeplerle, 46 XY DSD sporcuların aslında biyolojik olarak erkek olduğunu, vücutlarında salgılanan testosteron hormonunun atletik performans anlamında 46 XY kromozom yapısına sahip sporcular ile benzer bir avantaj yarattığını ve eşit ve adil rekabetin sağlanması meşru amacına ulaşmak için bu biyolojik özelliklerin göz önünde bulundurulması gerektiğini ileri sürmüştür. IAAF'e göre rekabete dayalı spor bağlamında, bir sporcunun fiziksel olarak büyüklüğü, dayanıklılığı ve gücü yarışmanın sonucunda belirleyici unsurlardır ve bu büyüklüğü, dayanıklılığı ve gücü sağlayan temel hormon testosteron hormonudur. Devamla, IAAF, yetişkin bir erkek ve yetişkin bir kadındaki testosteron hormon oranının belli olduğunu ve kişinin cinsiyet gelişim farklılığı olmadığı veya dışarıdan hormon takviyesi yapmadığı sürece bu oranın değişmeyeceğini belirtmiştir. IAAF, Semenya'nın, DSD Regülasyonu'nun bilimsel bir temelini olmadığı iddialarına karşı, DSD Regülasyonu'nun, Chand başvurusuna konu Hiperandrojenizm Regülasyonu'ndan büyük oranda farklı olduğunu da eklemiştir. Nitekim DSD Regülasyonu, uluslararası olmayan yarışmalarda uygulanmaz, testosteron hormonu sebebiyle

⁹⁴ CAS 2018/O/5794, para. 286.

⁹⁵ CAS 2018/O/5794, para. 293.

⁹⁶ CAS 2018/O/5794, para. 287.

performans avantajının ortaya çıktığı kısıtlı yarışmalarda uygulanır, yalnızca belirli cinsiyet gelişim farklılığı olan sporculara uygulanır (46 XY DSD'nin türleri olan 5-ARD, 17 β -HSD3 ve PAIS gibi) ve sporcunun testosteron hormon seviyesine ilişkin bir tereddüt söz konusu olduğunda bu sporcu lehine yorumlanır. Öte yandan testosteron hormon seviyesini düşürmesi şart koşulan sporcular eğer bu müdahaleyi istemezlerse uluslararası olmayan yarışmalar ile kısıtlı yarışmalar kapsamında olmayan diğer uluslararası yarışmalara, erkek kategorisindeki yarışmalara veya interseks kategorisi şeklinde üçüncü bir kategori oluşturulursa interseks kategorisindeki yarışmalara katılabilir. IAAF'e göre Hiperandrojenizm Regülasyonu'ndan tamamen farklı olan DSD Regülasyonu hem yeterli bilimsel veriye dayanmakta hem de mümkün olduğunca az kısıtlama getirmektedir⁹⁷. Son olarak IAAF, kapsamı sporcu lehine daraltılan DSD Regülasyonu'nun, Hiperandrojenizm Regülasyonu uyarınca; sporcunun cinsiyet kimliğine ilişkin önyargılı olunmadığı, sporcunun mahremiyetinin korunması ve bu yüzden herhangi bir damgalanmanın söz konusu olmayacağı, sporcunun en uygun tedaviye tabi tutulması ve tedavinin uygulanmasının sporcunun serbest iradesine bırakılması gibi haklarını güvence altına alan hükümleri de koruduğunu ve geliştirdiğini belirtmiştir⁹⁸.

2.2.2.1.3. Spor Tahkim Mahkemesi'nin DSD Regülasyonu'na İlişkin Değerlendirmeleri

CAS, aynı tahkim kurulu heyeti ile DSD Regülasyonu'nun hukuka uygunluğunu incelediği Semenya vakasında, her şeyden önce Hiperandrojenizm Regülasyonu'nun değerlendirildiği Chand kararıyla ve Chand davasında sunulan deliller ile bağlı olmadığını belirtmiştir. Bağlantılı olarak CAS, Chand vakasının, Semenya vakasından yaklaşık dört yıl önceki bir davaya konu olduğunu ve Hiperandrojenizm Regülasyonu'nun farklı bir döneme ait farklı bir düzenleme olduğunu kararında vurgulamıştır. Bu doğrultuda CAS, Semenya vakasında, Chand

⁹⁷ CAS 2018/O/5794, para. 304.

⁹⁸ CAS 2018/O/5794, para. 308, 309.

vakasında mevcut olmayan çok sayıda uzman raporu ve görüşü sunulduğunu ve yalnızca Semenya vakasında mevcut olan uzman raporlarını göz önünde bulundurarak karar vereceğini ifade etmiştir⁹⁹. CAS tarafından yapılan bu değerlendirme önemlidir. Zira CAS, Chand vakasında, Hiperandrojenizm Regülasyonu'nun hukuka uygun kabul edilmesi için, hiperandrojenik kadın sporcuların doğuştan sahip oldukları yüksek testosteron hormonu sebebiyle, *cisgender* kadın sporcular üzerinde aşılmaz bir performans avantajına sahip olduğunun kanıtlanması gerektiğine karar vermiştir. IAAF ise Chand vakasına ilişkin CAS önünde görülen davada bunu kanıtlayamamış ve Hiperandrojenizm Regülasyonu önce askıya alınmış ve sonrasında geçersiz kılınmıştır. Bu da IAAF tarafından, cinsiyet gelişim farklılığına sahip sporcuların doğuştan sahip oldukları yüksek testosteron hormonu sebebiyle aşılmaz bir performans avantajına sahip olduğunun kanıtlanması halinde DSD Regülasyonu'nun gerekli ve orantılı olacağı anlamına gelmektedir¹⁰⁰.

2.2.2.1.3.1. Tıbbi Açıdan Değerlendirmeler

2.2.2.1.3.1.1. Testosteron Hormonunun Atletik Performansa Etkisi

Testosteron hormonunun atletik performansa etkisine yönelik olarak uzmanların görüş birliğinin olduğu ve olmadığı konular vardır¹⁰¹. Görüş birliğinin olduğu temel husus, testosteron hormonunun kadınlar ve erkekler arasındaki atletik performansı etkileyen birincil faktör olduğu ancak tek faktör olmadığıdır. Atletik performansa katkıda bulunan diğer fiziksel özellikler ise güç üretimi (*power generation*), aerobik güç (*aerobic generation*), vücut yapısı (*body composition*), enerji kullanımı (*fuel utilisation*) ve hareket ekonomisi (*economy of motion*) olarak sayılabilir. Bu temel

⁹⁹ CAS 2018/O/5794, para. 470-472.

¹⁰⁰ Uluslararası hukukta, meşru bir amaca hizmet etmek amacıyla getirilen sınırlamanın ölçülü olması gerektiği, bu bağlamda, ölçülülük ilkesinin ve ölçülülük ilkesinin alt unsurları olan gereklilik ve orantılılık ilkelerinin hukuk dünyasında ne anlam ifade ettiği Dutee Chand vakasına ilişkin kısımda açıklanmıştır (Bkz. 2.1.2.1.3.2. Gereklilik ve Orantılılık İlkeleri).

¹⁰¹ CAS davasında bu konuda görüş veren uzmanlar: Prof. Holt, Prof. Hackney, Prof. Handelsman, Prof. Baggish ve Prof. Tucker.

fiziksel özellikler ayrıca nöromüsküler fonksiyon (*neuromuscular function*), tendon fonksiyonu (*tendon function*) ve doğal bağışıklığı (*innate immunity*) da içinde barındırmaktadır. 46 XY kromozom yapısına sahip bireyler, 46 XX kromozom yapısına sahip bireylere göre daha büyük yağsız vücut kütle oranına (*lean body mass*), daha büyük kalplere, daha yüksek kalp debisine, daha büyük hemoglobin oranına ve daha yüksek oksijen tüketim oranına (*VO2 max*) sahiptir. Fiziksel bu özelliklerdeki bu farklılığın temel nedeni XY kromozomuna sahip bireylerde ergenlik dönemi itibarıyla daha yüksek seviyede testosteron hormonunun salgılanmasıdır¹⁰². Testosteron hormonunun atletik performansa etkisi konusunda uzmanların görüş birliğinin olmadığı hususlar ise yetişkin erkek testosteron hormon seviyesi (7.7 ile 29.4 nmol/L); yetişkin erkeklerdeki endojen testosteron hormon seviyesi ile yağsız vücut kütle oranı arasındaki ilişki; IAAF'ın, 46 XY DSD bireylerin sadece kısıtlı yarışmalarda performans avantajı sergilediğine ilişkin savunması ve büyüme hormonunun erkekler ve kadınlar arasındaki atletik performans farkını açıklayıp açıklayamayacağıdır¹⁰³. CAS, testosteron hormonunun atletik performans üzerindeki etkisine ilişkin değerlendirmelerini yaparken tarafların sunduğu jinekoloji, androloji, endokrinoloji, genetik, etik ve spor bilimi gibi alanlarında uzman kişilerin raporlarından yararlanmıştır. Buna göre, testosteron hormonunun yayılımı ile ergenlik döneminden itibaren erkeklerde günlük 7 miligram, kadınlarda ise günlük 0.25 miligram seviyesinde testosteron hormonu üretilmektedir. Dolayısıyla CAS, elindeki veriler uyarınca, ergenlikten sonra bir kadın vücudunun ürettiği testosteron hormonu 0.06 ile 1.68 nmol/L aralığında seyretmekteyken, bu oranın ergenlikten sonra erkeklerde 7.7 ile 29.4 nmol/L aralığında değiştiği konusunda tatmin olmuştur¹⁰⁴. Öte yandan, taraflarca sunulan uzman raporlarına göre, bazı istisnai durumlar haricinde¹⁰⁵, 46 XX kromozom yapısına sahip *cisgender* bir kadının 5 nmol/L'in üzerinde testosteron hormon seviyesine sahip olmasının mümkün olmadığı CAS tarafından

¹⁰² CAS 2018/O/5794, para. 479.

¹⁰³ CAS 2018/O/5794, para. 480.

¹⁰⁴ CAS 2018/O/5794, para. 489.

¹⁰⁵ KAH (Konjenital Adrenal Hiperplazi) ve PCOS (Polikistik Over Sendromu). CAS 2018/O/5794, para.481,484.

değerlendirilmiştir¹⁰⁶. Bu bağlamda CAS, tarafların sunmuş olduğu uzman raporlarına dayanarak testosteron hormonunun; yağsız vücut kütle oranının, kandaki hemoglobin oranının ve atletik performansın artması noktasında belirleyici tek faktör olmasa da birincil faktör olduğu sonucuna varmıştır¹⁰⁷. Görüldüğü üzere CAS, Semenya vakasında, Chand vakasından farklı olarak, testosteron hormonunun atletik performans üzerindeki etkisine yüzde yüz olmasa da büyük oranda tatmin olmuştur.

2.2.2.1.3.1.2. DHT'nin Atletik Performansa Etkisi

DSD Regülasyonu'nun 2.2.(a) maddesi uyarınca, beş alfa redüktaz tip 2 enzimi eksikliği olan ve 5-ARD olarak nitelenen bireylerin testosteron hormon seviyelerini 5 nmo/L'in altına düşürmesi düzenlenmiştir. Beş alfa redüktaz tip 2 enzimi, testosteron hormonunu DHT'ye (dihidrotestosteron) dönüştürmektedir. Belirtmek gerekir ki DHT'nin androjen reseptörleri üzerindeki etkisi testosteron hormonunun etkisinden üç ila beş kat daha fazladır. Öyle ki dışarıdan alınan (ekzojen) DHT, kişinin atletik performansını geliştirdiği için Dünya Anti Doping Ajansı'nın yasakladığı maddelerden biridir. Ancak uzmanlar, doğuştan üretilen (endojen) DHT'nin atletik performansı arttırıp arttırmadığı konusunda ve WADA laboratuvarlarında yapılan testler sonucunda testosteron ve DHT'nin ayırt edilemeyeceği konusunda görüş birliğine sahip değildir¹⁰⁸. CAS, DHT'nin atletik performansa etkisine ilişkin olarak, uzman raporları uyarınca, 5-ARD gelişim farklılığına sahip her bireyin testosteron hormon seviyesinin yetişkin 46 XY kromozom yapısına sahip bireyler ile eşdeğer; fakat DHT oranının 46 XY kromozom yapısına sahip yetişkin bireylerden daha düşük olduğunu değerlendirmiştir. Dolayısıyla netleştirilmesi gereken husus, uzmanların görüş birliği içerisinde olmadığı konu olan DHT'nin atletik performansa etkisidir. CAS, tarafların sunmuş olduğu uzman raporları uyarınca, DHT'nin atletik performans

¹⁰⁶ CAS 2018/O/5794, para. 490.

¹⁰⁷ CAS 2018/O/5794, para. 491, 492.

¹⁰⁸ CAS 2018/O/5794, para. 482, 483.

üzerinde bir etkisi olmadığını veya varsa bile endojen testosteron hormonu ile eşdeğer bir etkisi olduğunu değerlendirmiştir¹⁰⁹.

2.2.2.1.3.1.3. 46 XY DSD Sporcuların Temel Karakteristik Özellikleri

46 XY DSD gelişim farklılığı, CAS kararında, testosteron hormon seviyesini etkileyen bir mutasyon şekli olarak tanımlanmaktadır. Bu gelişim farklılığının 5-ARD, 17 β -HSD3 ve PAIS gibi farklı türleri bulunmaktadır. Diğer bir ifadeyle 46 XY DSD esasında birbirinden başka şekillerde gelişim farklılığına sahip birçok farklı birey için kullanılan şemsiye bir terimdir. CAS kararına konu olan Semenya'nın gelişim farklılığı ise 5-ARD olarak nitelendirilen beş alfa redüktaz eksikliğidir. Bu sebeple CAS kararında çoğunlukla, Semenya'nın biyolojik özelliklerini etkileyen 5-ARD gelişim farklılığına ilişkin değerlendirmelerde bulunulmuştur¹¹⁰. Beş alfa redüktaz eksikliği, testosteron hormonunun DHT'ye dönüşmesini engellemekte ve bu da bireyin dış üreme organının normal olarak gelişmemesine neden olmaktadır. Tespiti her zaman kolay olmasa da doğum esnasında bir bebeğin beş alfa redüktaz eksikliğine sahip olduğu anlaşılırsa doktor görüşü ve ebeveyn onayı ile “kadın” veya “erkek” biyolojik cinsiyetlerinden biri atanmaktadır. Ancak örneğin, 5-ARD bir bireyin doğum esnasında kadın olarak atanması halinde, ergenlikten sonra bu kişide erkek tipi vücut gelişimi (virilizasyon) başlayabilir ve bu gelişim her bireyde farklı oranda gerçekleşebilir¹¹¹.

5-ARD bireylerin temel karakteristik özelliklerine ilişkin olarak CAS, 5-ARD bir bireyin XY kromozomlarına sahip olduğunu, yumurtalık değil testislere sahip olduğunu ve erkek testosteron hormon seviyesine sahip olduğunu değerlendirmiştir. Ancak CAS'ın aradığı yanıt, özellikle testosteron hormon seviyesinin, kas kütlesi ve hemoglobin seviyesi bakımından vücut kompozisyonunu etkileyip etkilemediği noktasında toplanmaktadır. Belirtmek gerekir ki uzmanların bir kısmı, 5-ARD

¹⁰⁹ CAS 2018/O/5794, para. 494, 496.

¹¹⁰ CAS 2018/O/5794, para. 497-500.

¹¹¹ CAS 2018/O/5794, para. 477.

bireylerin 46 XY erkeklerle aynı oranda kas kütlesi ve hemoglobin oranına sahip olduğunu belirtirken, bir kısmı bu durumun henüz bilim tarafından kanıtlanmış olmadığı görüşündedir¹¹².

2.2.2.1.3.1.4. 46 XY DSD Gelişim Farklılığının Atletik Performansa Etkisi

CAS'ın, tarafların sunmuş olduğu veriler uyarınca ulaşılmaya çalışıldığı sonuç, 46 XY DSD bireylerin, 46 XX kromozom yapısına sahip bireyler üzerinde haksız bir avantaj yaratacak büyüklükte endojen testosteron hormon seviyesine sahip olup olmadığıdır¹¹³. Bu doğrultuda, uzman raporları uyarınca aşağıdaki değerlendirmeler yapılmıştır.

Ergenlik dönemi sonrası vücudun testosteron üretimi, yetişkin erkeklerde yetişkin kadınlara oranla on beş kat daha yüksektir. Y kromozomunun atletik performansta avantaj sağladığına dair bir kanıt bulunmamaktadır. Kadın ve erkek testosteron hormon seviyesinin bir kesimi bulunmamaktadır. Yetişkin bir erkeğin testosteron hormon seviyesi 7.7 nmol/L ile 29.4 nmol/L aralığındadır. Kadınlar bakımından ise 5 nmol/L seviyesindeki testosteron hormonu, 46 XX kromozom yapısına sahip kadın bireylerde görülen -ki bu da nadiren- azami testosteron hormon seviyesini temsil etmektedir. Bu oran kadınlarda, normal şartlarda 0.06 ile 1.68 nmol/L aralığındadır. Bu aralık kadın ve erkeklerde her ne kadar farklı olsa da testosteron hormonunun etkisi fizyolojik olarak aynıdır. Testosteron hormonu; kas kütlesi, yağsız vücut kütlesi ve gücün belirlenmesinde en belirleyici faktördür¹¹⁴. Bu da, testosteron hormon seviyesi 46 XY aralığında olan 5-ARD bireylerin, 46 XX kromozom yapısına sahip bireyler üzerinde atletik performans avantajına sahip olmasına neden olmaktadır¹¹⁵. Bu doğrultuda CAS, Chand vakasındaki değerlendirmelerinden farklı olarak, Semenya vakasındaki veriler uyarınca, yüksek

¹¹² CAS 2018/O/5794, para. 485, 500.

¹¹³ CAS 2018/O/5794, para. 520.

¹¹⁴ CAS 2018/O/5794, para. 528.

¹¹⁵ CAS 2018/O/5794, para. 535, 536.

testosteron hormon seviyesi ile gelişmiş atletik performans arasındaki ilişkinin IAAF tarafından ispat edildiği konusunda tatmin olmuştur¹¹⁶.

2.2.2.1.3.2. Hukuki Açıdan Değerlendirmeler

2.2.2.1.3.2.1. Ayrımcılık Yasağı İlkesi¹¹⁷

IAAF, DSD Regülasyonu uyarınca testosteron hormon seviyesini düşürmesi şart koşulan 46 XY DSD bireylerin, cinsiyet kimliğini kadın olarak tanımlamasından bağımsız olarak, biyolojik erkek olduğunu öne sürmüş ve 46 XY DSD bireylerin, 46 XX kromozom yapısına sahip bireyler üzerinde aşılması mümkün olmayan atletik performans avantajına sahip olmasından ötürü, DSD Regülasyonu uyarınca öngörülen uygunluk kurallarının izin verilen ayrımcılık kapsamında olduğunu ifade etmiştir¹¹⁸.

DSD Regülasyonu'nun 2.3.(a) maddesi uyarınca cinsiyet kimliğini kadın veya interseks olarak tanımlayan bireyler testosteron hormonunu 5 nmol/L seviyesinin altına düşürmek zorundadır. Diğer bir ifadeyle, erkeklerin, DSD Regülasyonu uyarınca öngörülen uygunluk kriterlerini karşılama gibi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu doğrultuda CAS, kararında, ilk olarak Olimpik Anlaşma ile IAAF Ana Statüsü'ne atıfta bulunmuştur. Olimpik Anlaşma, ayrımcılık yasağı ile ilgili "*Olimpik Anlaşma uyarınca öngörülen hak ve özgürlüklerden yararlanma ırk, renk, cinsiyet, cinsel yönelim, dil, din, siyasi veya diğer görüşler, etnik köken, mülkiyet, doğum veya başka bir durum gibi nedenlerle ayırım gözetmeksizin güvence altına alınacaktır.*" hükmünü haizdir. Benzer şekilde IAAF Ana Statüsü ise "*IAAF, dostluk, dayanışma ve adil oyun ruhuyla her bireyin, herhangi bir yasa dışı ayrımcılığa maruz bırakmaksızın, spor yaparak Atletizme katılma hakkını*

¹¹⁶ CAS 2018/O/5794, para. 536.

¹¹⁷ Bu tez çalışmasında, ayrımcılık yasağına ilişkin detaylı açıklamalar, üçüncü bölümde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "Ayrımcılık Yasağı" başlıklı 14. maddesi kapsamında ele alınmış olup, bu bölümde yalnızca Spor Tahkim Mahkemesi'nin ayrımcılık yasağına ilişkin değerlendirmelerine yer verilmiştir.

¹¹⁸ CAS 2018/O/5794, para. 546.

korur.” hükmünü haizdir. Buradan hareketle CAS, DSD Regülasyonu’nun belirli karakteristik özelliklere sahip kadın veya interseks sporculara uygulandığını; fakat erkek sporculara uygulanmadığını tespit etmiş ve bu sebeple DSD Regülasyonu’nun ilk bakışta ayrımcı bir düzenleme olduğuna karar vermiştir. Devamla CAS, Regülasyon’un, kadın veya interseks sporcuların doğuştan sahip olduğu belirli karakteristik özelliklerine müdahale ettiğinden ötürü de ilk bakışta ayrımcı bir düzenleme olduğuna kanaat getirmiştir. CAS’a göre, DSD Regülasyonu’nun hukuka uygun sayılabilmesi için gerekli, makul ve orantılı olduğunun IAAF tarafından kanıtlanması gerekmektedir¹¹⁹.

2.2.2.1.3.2.2. Gereklilik İlkesi

CAS, Chand vakasındaki gibi, DSD Regülasyonu’nun kadın kategorisinde eşit ve adil rekabeti sağlama meşru amacı için gerekli olup olmadığını irdelemiştir. Bu doğrultuda CAS, ergenlikten sonra testosteron hormon seviyesinin erkeklerde kadınlardan daha yüksek seviyede olduğuna; testosteron hormonunun kas gücünü ve kandaki hemoglobin oranını arttırdığına; kaynağı ne olursa olsun (endojen veya ekzojen) testosteron hormonunun insan vücudunu güç temelinde etkilediğine; testosteron hormonunun etkisinin cinsiyetten bağımsız olduğuna; 5-ARD bireylerin, 46 XY kromozom yapısına sahip bireyler ile aynı oranda testosteron hormon seviyesine sahip olduğuna ve bu yüzden de 46 XX kromozom yapısına sahip bireyler üzerinde önemli ölçüde performans avantajına sahip olduğuna kanaat getirmiştir. Diğer bir ifadeyle CAS, Chand vakasındaki değerlendirmelerinin aksine Semenya vakasında, testosteron hormonunun atletik performans üzerindeki etkisine ilişkin sunulan kanıtlardan büyük oranda tatmin olmuştur. CAS, bu tespitlerinden hareketle öncelikle spor tarihinde erkek ve kadın ayrı kategorilerinin varlığının temeline inmiştir. Bu doğrultuda, özellikle ergenlik çağından sonra kadın ve erkek vücudunda belirli biyolojik değişiklikler söz konusu olmaktadır. Buradan hareketle, sporda kadın ve erkek ayrı kategorilerinin var olmasındaki amaç, kadın biyolojik

¹¹⁹ CAS 2018/O/5794, para. 547.

cinsiyetine sahip olan kişileri erkek biyolojik cinsiyetine sahip olan kişilerden korumak veya kadın cinsiyet kimliğine sahip olan kişileri erkek cinsiyet kimliğine sahip olan kişilerden korumak değildir. Bu kategorik ayırımdaki temel amaç, vücudu ergenlik çağından sonra önemli derecede performans avantajı yaratacak belirli biyolojik özelliklere sahip kişileri, biyolojik olarak bu performans avantajını sergileyemeyecek kişilerden korumaktır¹²⁰. Sporda erkek ve kadın kategorik ayrımının meşru olduğu kabul edildiğine göre bundan sonra, hangi bireylerin kadın hangi bireylerin erkek kategorisinde yarışacağını belirlemek için de nesnel bir ölçüt kullanılması gerekmektedir. Bu doğrultuda CAS, IAAF'in, bir kişinin cinsiyet kimliği uyarınca yarışmaya uygun olacağı kategoriye belirlemenin her zaman adil ve nesnel bir araç olmayabileceği görüşüyle hemfikirdir¹²¹. Eğer kadın ve erkek kategorik ayrımının temeli biyolojikse, bir kişinin cinsiyet kimliğini kadın olarak tanımlaması, cinsiyet kimliğini erkek olarak tanımlayan bireylere oranla daha düşük performans avantajına sahip olacağı anlamına gelmemektedir. Ancak belirtmek gerekir ki bu performans avantajının "aşılmaz" olup olmadığı spordan spora değişebilir. Diğer bir ifadeyle, testosteron hormonundan kaynaklanan performans avantajı koşu sporunda aşılmaz bir performans avantaj sağlıyorken başka bir sporda aşılmaz bir performans avantajı sağlamıyor olabilir. Bu doğrultuda, CAS'a göre, kişilerin doğuştan var olan testosteron hormon seviyesine kısıtlama getiren DSD Regülasyonu koşu sporu için gerekli; ancak başka bir spor için gerekli olmayabilir. Bu doğrultuda, CAS'ın, atletizm branşı bakımından testosteron hormon seviyesine ilişkin, Semenya vakasında sunulan kanıt ve istatistiklere dayalı değerlendirmesi, testosteron hormon seviyesinin erkek sporcularda, ergenlikten sonra kadın sporculara göre önemli ölçüde daha yüksek olduğu şeklindedir¹²². Zira testosteron hormonu, kas ve kemik gücü, boyutu ve kandaki hemoglobin oranı üzerinde etkisi olan bir hormon olup bu unsurlar atletik performansı etkilemekte ve geliştirmektedir. Sonuç olarak, Caster Semenya'nın DSD Regülasyonu'na karşı itirazını değerlendiren CAS, IAAF'in, yüksek

¹²⁰ CAS 2018/O/5794, para. 559.

¹²¹ CAS 2018/O/5794, para. 560.

¹²² CAS 2018/O/5794, para. 571.

testosteron seviyesinin neden olduğu performans avantajına ilişkin IAAF tarafından sunulan yaklaşımları kabul etmiştir. Tarihten bugüne kadın ve erkek kategorisinin yani ayrı kategorilere sahip olmanın amacı, belirli aşılmaz performans avantajlarına sahip olmayan bireyleri, bu aşılmaz avantajlara sahip bireylerle rekabet etmek zorunda kalmaktan korumaktır. CAS, Semenya vakasında önüne getirilen istatistiklerin, testosteron hormonunun aşılmaz performans avantajına olan etkisini desteklediği sonucuna varmış ve 46 XX kromozom yapısına sahip sporcuların eşit ve adil bir rekabet ortamında yarışmasını sağlamak için DSD Regülasyonu'nun adil ve nesnel bir araç olduğuna karar vermiştir¹²³.

2.2.2.1.3.2.3. Makul Olma İlkesi

CAS, makul olma ilkesi kapsamındaki değerlendirmelerini yaparken, DSD Regülasyonu'nun tüm yarışmalar için geçerli olmadığına, yalnızca testosteron hormonu sebebiyle performans avantajının ortaya çıktığı kısıtlı yarışmalar için geçerli olduğuna dikkat çekmiştir. Bu sebeple, CAS'a göre, DSD Regülasyonu'nun mantıklı ve makul bir temeli bulunmaktadır. CAS, makul olma ilkesini değerlendirirken, büyük oranda gereklilik ilkesi kapsamında ileri sürdüğu gerekçelere atıfta bulunmuş ve DSD Regülasyonu'nun gerekli olduğu kadar makul de olduğu sonucuna ulaşmıştır¹²⁴. Çalışmada ise tekrara düşmemek adına, CAS tarafından gereklilik ilkesinde değinilen hususlara, bu başlık altında ayrıca yer verilmemiş ve atıfta bulunulmakla yetinilmiştir.

2.2.2.1.3.2.4. Orantılılık İlkesi

CAS, yargılama süresince, Caster Semenya vakasının zor ve kritik bir dava olduğuna özellikle dikkat çekmiş ve DSD Regülasyonu'nun orantılılık açısından incelenmesinin en hassas olunması gereken kriter olduğunu vurgulamıştır. CAS, orantılılık ilkesine ilişkin incelemesinde, DSD Regülasyonu ile getirilen,

¹²³ CAS 2018/O/5794, para. 580.

¹²⁴ CAS 2018/O/5794, para. 583.

testosteron hormonu seviyesinin düşürülmesi sınırlamasının ağırlık derecesi ile Semenya gibi hak veya özgürlüğü sınırlanan sporcuların maruz kaldığı sıkıntı arasında adil bir denge olup olmadığını saptamak için; DSD Regülasyonu'nun topluma etkilerini; DSD Regülasyonu uyarınca alınması şart koşulan hormon baskılayıcı ilaç ve tedavilerin sporcular üzerindeki etkisini; sporcuların tıbbi muayeneye tabi tutulmasını; sporcuların sorgu ve tedavisine ilişkin sürecin mahremiyetini, Regülasyon'un neden yalnızca belirli kategorilerdeki yarışmalarda uygulandığını ve testosteron hormonunun düşürülmesi gereken 5 nmol/L altı seviyesinin gerekçesi gibi birden fazla parametreyi, aşağıda ele alınmış olan başlıklar altında detaylı bir şekilde analiz etmiştir.

2.2.2.1.3.2.4.1. DSD Regülasyonu'nun Genel Olarak Topluma Etkileri

Semenya, DSD Regülasyonu her ne kadar görece az sayıda sporcuyu etkiliyor olsa da Regülasyon'un uzun vadeli etkilerinin toplum üzerindeki sonuçlarının orantısız olacağını ve insan hakları hukuku temelinde bu muamele sebebiyle kadınların genel olarak olumsuz etkileneceğini ileri sürmüştür. Semenya'nın söz konusu iddialarına karşılık CAS, DSD Regülasyonu'nun, kadın kategorisinde eşit ve adil bir rekabet ortamının sağlanması meşru amacına ulaşmak için kullanılan bir araç olduğuna dikkat çekmiş ve bu aracın zorunlu olması sebebiyle gereklilik kriterinin karşılandığına karar vermiştir. Belirtmek gerekir ki CAS, DSD Regülasyonu'nun uzun vadede meydana getirebileceği olası diğer etkileri yargılamanın yapılmadığı aşamada değerlendirmeye almaktan kaçınmıştır¹²⁵.

2.2.2.1.3.2.4.2. Hormon Baskılayıcı Tedavilerin Etkileri

Semenya'ya göre, DSD Regülasyonu uyarınca öngörülen kısıtlı yarışmalara katılmak isteyen bir sporcunun maruz kalacağı hormon tedavisi, bireylerin sağlığı üzerinde ciddi yan etkileri olan bir tedavidir. Diğer bir ifadeyle, Semenya, DSD

¹²⁵ CAS 2018/O/5794, para. 587-589.

Regülasyonu'nun ayrımcılık yasağını ihlal ettiğine ilişkin iddialarının yanı sıra, Regülasyon uyarınca zorunlu tutulan tedavilerin kişilerin vücut bütünlüğü hakkını da ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Zira söz konusu tedavi süresince Semenya, kilo alma, ateş ve sürekli karın ağrısı gibi yan etkilerle mücadele etmiştir. Semenya, tedavi süresince katlandığı bu fiziksel etkilerin yanı sıra, zihinsel olarak odaklanma problemleri ile karşılaştığını ve bunun antrenman takvimi ile yarışmalardaki performansını da sekteye uğrattığını iddia etmiştir. IAAF ise Semenya'nın bu iddialarına karşılık, DSD Regülasyonu uyarınca sporcuların herhangi bir ameliyata tabi tutulması gibi bir durumun söz konusu olmadığını, kaldı ki söz konusu hormon tedavisinin 46 XY DSD sporcuların yanı sıra trans bireyler için de kabul edilen standart bir tedavi olduğunu savunmuştur. IAAF'e göre, DSD Regülasyonu uyarınca öngörülen bir hormon tedavisinin yan etkileri genellikle sınırlıdır ve tedavi sona erdiğinde hızlı bir şekilde hormon tedavisinden önceki duruma dönme imkânı bulunmaktadır.

CAS, tarafların, hormon tedavisi için kullanılan yöntemle ilişkin beyanlarını, tarafların sunmuş olduğu uzman raporları kapsamında incelemiştir. Bu bağlamda, uzmanların ortak görüşüne göre, doğum kontrol, GNRH agonistleri¹²⁶ ve gonadektomi¹²⁷ tedavilerinin tümü 46 XY DSD bireylerde testosteron hormon seviyesinin düşmesine neden olmaktadır. Belirtmek gerekir ki doğum kontrol hapları genellikle GNRH agonistlerinden daha hafif yan etkilere sahiptir. Öte yandan, doğum kontrol hapları ve GNRH agonistleri geri dönülebilir etkilere sahipken gonadektomi geri dönülemez bir tedavidir. Bu sebeple sporcunun hangi tedaviyi gördüğü önemlidir. Yan etkiler bakımından ise hem testosteron hormon seviyesini düşürmek amacıyla hem de hamileliği önlemek amacıyla kullanılan doğum kontrol hapları aynı tür yan etkilere sahiptir. Görülebilecek ağır yan etkilerden bir tanesi "yoksunluk sendromu" olarak nitelenen bir ilaca veya maddeye olan fizyolojik bağımlılıktır. Son olarak, uzmanlar, IAAF'in, DSD Regülasyonu

¹²⁶ Gonadotropin serbestleştirici hormon, kısaca GNRH, cinsiyet hormonlarını etkileyen bir ilaç türüdür.

¹²⁷ Cerrahi yolla gonadların çıkarılması anlamına gelir. Toplumda bilinen anlamı kısırlaştırıcıdır.

uyarınca, testosteron hormon seviyesinin nasıl düşürüleceğine dair yerleşik bir uygulama geliştirmedeği konusunda da görüş birliğine sahiptir¹²⁸. Uzmanların ayrıldığı hususlar ise yoksunluk sendromunun her birey için geçici bir yan etki olup olmadığı, bireylerde testosteronu 5 nmol/L seviyesinin altına düşürmek için gereken dozun miktarı, 46 XY DSD bireylerin testosteron hormon seviyesini düşürmesinin zararının yanı sıra herhangi bir faydası olup olmadığı, doğum kontrol haplarının atletik performans açısından 46 XX kromozom yapısına sahip bireylere bir etkisinin olup olmadığı şeklinde tespit edilmiştir¹²⁹. Bu tespitlerden hareketle CAS, söz konusu tedavi süresince alınan ilaçlar sebebiyle önemli derecede kilo artışı, hipotansiyon ve böbrek fonksiyon bozukluğu gibi bazı yan etkilerin görülebileceğine ikna olmuştur. Ancak CAS, DSD Regülasyonu uyarınca uyulması gereken tedavinin fizyolojik yan etkilerinin yalnızca 46 XY DSD sporcularda değil, bu ilaçları kullanan veya tedavileri olan 46 XX kromozom yapısına sahip sporcularda da görebileceğini tespit eden uzman raporları olduğuna dikkat çekmiştir. Buradan hareketle, CAS'a göre, eğer amaç 46 XY DSD sporcuların testosteron hormon seviyesini belirli bir seviyede tutmaksa, bu tedavi için kullanılan ilaçların yan etkilerinin en aza indirilmesi için tedavinin bireyselleştirilmesi en uygun yöntemdir¹³⁰. CAS, DSD Regülasyonu uyarınca öngörülen tedavinin fizyolojik yan etkilerinin yanı sıra, Semenya'nın iddiaları doğrultusunda, psikolojik yan etkilerini de değerlendirmiştir. Buna göre CAS, odaklanma problemi gibi olası yan etkilerin yalnızca testosteron hormon tedavisi için kullanılan ilaçlardan kaynaklı olduğuna dair bir kanıtın olmadığına dikkat çekmiştir¹³¹.

DSD Regülasyonu uyarınca öngörülen hormon baskılayıcı tedavinin yan etkilerini kabul eden CAS'a göre, 46 XY DSD sporcuların ağız yoluyla aldığı ilaçlar, Regülasyon'u başlı başına orantısız bir hale getirmemektedir. Bu doğrultuda CAS,

¹²⁸ CAS davasında bu konuda görüş veren uzmanlar: Prof. Auchus, Dr. Vilain, Dr. Gomez-Lobo, Prof. Blockman ve Prof. Dave.

¹²⁹ CAS 2018/O/5794, para. 487.

¹³⁰ CAS 2018/O/5794, para. 598.

¹³¹ CAS 2018/O/5794, para. 597.

mevcut kanıtlara göre, söz konusu tedavi sonrasında 46 XY DSD sporcuların maruz kalabileceği yan etkilerin, DSD Regülasyonu'nun var oluş amacı olan eşit ve adil rekabeti sağlama ve koruma amacına daha ağır basmadığına kanaat getirmiştir¹³².

2.2.2.1.3.2.4.3. Tıbbi Muayeneye Tabi Tutulma

Semenya, bir sporcunun testosteron hormonu sebebiyle erkek tipi bir vücut gelişimi gösterip göstermediğinin tespiti amacıyla mahremiyete dayalı bir muayeneye tabi tutulmasının, 1900'lü yıllarda uygulanan ve o dönemde bile ilkel bulunup kaldırılan cinsiyet belirleme testlerine eşdeğer olduğunu iddia etmiştir. Öte yandan Semenya bu durumun, kişinin vücut bütünlüğüne bir müdahale olduğu için, psikolojik olarak da travma yaşamasına sebep olabileceğini ileri sürmüştür. CAS, sporcuların, ne kadar büyük bir hassasiyetle yapılırsa yapılsın, tıbbi müdahaleye tabi tutulmasının hoş karşılanmayan ve ıstıraplı bir süreç olacağı konusunda Semenya ile hemfikirdir. Bu sebeple CAS, tıbbi muayene uygulamasının orantılı olup olmadığı ile ilgili olarak, tüm sporcular bakımından benzer uygulamalar olup olmadığı noktasında bir değerlendirme yapmıştır. Bu doğrultuda, sporcular, performanslarının artmasını sağlayacak bir madde alıp almadıklarının kontrol edilmesi amacıyla doping testine tabi tutulmaktadır. Buradan hareketle CAS, DSD Regülasyonu'nun orantılılığını değerlendirirken Dünya Anti Doping Ajansı'nın kurallarına dikkat çekmiştir. Atletik performansı arttırmak amacıyla Dünya Anti Doping Ajansı'nın belirlediği bazı maddelerin vücuda alınması yasaktır. Bu maddeleri dışarıdan vücuda alınması, sporcunun spordan menedilmesi sonucunu doğurabilmektedir. Doping kuralları kadın veya erkek fark etmeksizin uygulanır ve doping kurallarının amacı sporda haksız bir avantaj elde edilmesinin önüne geçmektedir. Aslında yalnızca 46 XY DSD sporcular değil, başka birçok sporcu da doping kuralları çerçevesinde bazı tıbbi muayenelere tabi tutulmaktadır. Bu doğrultuda CAS, tıbbi muayenenin orantılılığı bakımından, bunun yalnızca DSD Regülasyonu uyarınca öngörülen bir zorunluluk olmadığını, her ne kadar farklı bir amaca hizmet etse de doping kuralları

¹³² CAS 2018/O/5794, para. 599.

çerçevesinde de sporcuların tıbbi muayeneye maruz kalabildiğini kararında değerlendirmiş ve bunun orantısız bir müdahale olmadığına karar vermiştir¹³³.

Semenya, tıbbi muayene ile ilgili olarak, DSD Regülasyonu'nun istikrarlı ve objektif olarak uygulanamayacağına ayrıca vurgu yapmıştır. Semenya'nın iddialarına göre bir sporcunun erkek tipi vücut gelişimi olup olmadığı, tamamen o an bu değerlendirmeyi yapan kişinin öznel tespitine göre belirlenmiş olacaktır. Bu sebeple de DSD Regülasyonu'nun keyfi ve tutarsız bir şekilde uygulanması kaçınılmazdır. Semenya'nın bu beyanlarına ilişkin olarak CAS, öncelikle ve tekrar, DSD Regülasyonu'nun, her sporcuda değil, yalnızca testosteron hormon seviyesi 5 nmo/L ve üzerinde olan sporcularda uygulama alanı bulacağını belirtmiştir. Testosteron hormon seviyesine ilişkin bu tespit IAAF yetkilileri tarafından yapılacaktır. CAS, önüne getirilen deliller uyarınca, bir uzman tarafından fiziki muayene ve laboratuvar değerlendirmesinin sonucunda bu tespit yapılmasının zor olmadığı, kaldı ki herhangi bir şüphenin söz konusu olması durumunda bu şüphenin sporcu lehine göz önünde bulundurulacağı hususunun IAAF tarafından kanıtlandığı sonucuna varmıştır¹³⁴.

2.2.2.1.3.2.4.4. Sporcuların Mahremiyeti Meselesi

CAS'ın, mahremiyet konusuna genel yaklaşımı, DSD Regülasyonu'nun sporcuların mahremiyetinin korunması konusunda gerekli tedbirleri almada başarılı olduğu yönündedir. Öte yandan CAS, örneğin ulusal bir yarışmayı kazanan ve fakat uluslararası yarışmaya katılmayan bir sporcunun mahremiyetinin korunmasının, hayatın olağan akışı içerisinde pek mümkün olamayacağına da kararında dikkat çekmiştir. Zira kamuoyunda, söz konusu sporcunun, hak kazandığı halde neden uluslararası yarışmaya katılmadığı soruları gündeme gelebilecektir. Bu da kamuoyunu, yorum yoluyla da olsa söz konusu sporcunun, testosteron hormon

¹³³ CAS 2018/O/5794, para. 601.

¹³⁴ CAS 2018/O/5794, para. 603.

seviyesi yüzünden söz konusu uluslararası yarışmaya katılamadığı sonucuna götürebilecektir¹³⁵.

2.2.2.1.3.2.4.5. Yalnızca Kısıtlı Yarışmalarda Uygulanma

Semenya, DSD Regülasyonu uyarınca testosteron hormonunun düşürülmesi şart koşulan yarışmaların yalnızca 400 metre, 400 metre engelli koşu, 800 metre, 1500 metre ve 1 mil yarışlarında geçerli olduğunun keyfi olduğunu iddia etmiştir. Bu iddialara karşı IAAF ise, Regülasyon'un mümkün olduğunca az yarışmaya uygulanmasını hedeflediğini, 46 XY DSD sporcuların, başta 800 metre yarışları olmak üzere çoğunlukla kısıtlı yarışmalarda performans avantajı sağladığını savunmuştur. Bu doğrultuda IAAF, DSD Regülasyonu'nun uygulanacağı yarışmaların sınırlı tutulmasının gereklilik ve orantılılık ilkeleri ile uyumlu olmayı amaçladığını ve kadın kategorisinde mümkün olan en az sınırlama ile eşit ve adil rekabetin sağlandığını ifade etmiştir.

CAS, DSD Regülasyonu uyarınca kısıtlı yarışmaların neden özel olarak belirlendiği ve düzenlendiğini kararında tartışmıştır. CAS, Chand vakasına konu Hiperandrojenizm Regülasyonu uyarınca, testosteron hormonu sebebiyle performans avantajının yüksek olduğu yarışmaların tespit edilmediğini ve bu yüzden Hiperandrojenizm Regülasyonu'nun tüm yarışmalara uygulanmasının orantılı olmayacağını değerlendirmiştir. IAAF, CAS'ın yapmış olduğu bu değerlendirmeyi göz önünde bulundurarak, DSD Regülasyonu'nda, testosteron hormonu sebebiyle performans avantajının ortaya çıktığı yarışmaları, testosteron hormonunun düşürülmesi gereken kısıtlı yarışmalar olarak belirlemiştir. CAS her ne kadar 1500 metre ve üzerindeki mesafelerde testosteron hormonunun avantajını gösteren tutarlı tıbbi kanıtların mevcut olmadığına dikkat çekmişse de IAAF'in yaklaşımını genel olarak keyfi bulmamış ve DSD Regülasyonu kapsamında

¹³⁵ CAS 2018/O/5794, para. 605.

belirlenen kısıtlı yarışmaların düzenlemeyi orantılı bir hale getirdiğini ifade etmiştir¹³⁶.

2.2.2.1.3.2.4.6. 5 nmol/L Sınırı

Hiperandrojenizm Regülasyonu uyarınca, kadın kategorisinde yarışmak için izin verilen testosteron hormonu sınırı 10 nmol/L olarak belirlenmiştir. Bunun nedeni 10 nmol/L seviyesinin tipik erkek aralığının alt sınırına yakın olmasıdır. DSD Regülasyonu uyarınca belirlenen testosteron hormon sınırı ise 5 nmol/L olarak belirlenmiştir. IAAF'ın bu değişikliğe ilişkin açıklaması, Hiperandrojenizm Regülasyonu'nun üst sınır belirleme gerekçesinin tam tersine, 46 XX kromozom yapısına sahip bireylerin sahip olabileceği azami testosteron seviyesinin 5 nmol/L olabileceğidir. Bu nedenle bu alt eşik, 46 XX kromozom yapısına sahip nüfus için normal aralığın üst sınırından önemli ölçüde daha yüksek bir seviyeyi temsil etmektedir (0.06 ila 1.68 nmol/L). IAAF, 5 nmol/L seviyesinin üzerinde testosteron hormonuna sahip olan kadınların, adrenal bezlerinde veya yumurtalıklarında testosteron salgılayan bir tümöre sahip olabileceğine, ekzojen testosteron hormonu (doping) almış olabileceğine, erkekten kadına geçiş ameliyatı olan bir sporcu olabileceğine veya 46 XY DSD bir birey olacağına dikkat çekmiştir¹³⁷.

2.2.2.1.3.3. Sonuç

CAS, 30 Nisan 2019 tarihli kararında, DSD Regülasyonu'nun ayrımcı; ancak sporda eşit ve adil rekabeti korumak, diğer bir ifadeyle 46 XX kromozom yapısına sahip *cisgender* kadın sporcuların eşit ve adil bir ortamda rekabet etmesini sağlamak için gerekli, makul ve orantılı olduğu sonucuna varmıştır. Daha spesifik olarak Semenya vakası, endojen testosteron hormonunun, cinsiyet gelişim farklılığına sahip kadınlar ve *cisgender* kadınlar arasındaki atletik performans farkı önermesi ile, DSD Regülasyonu ayrımcı olsa bile, daha büyük bir grubun, yani

¹³⁶ CAS 2018/O/5794, para. 606-609, 623.

¹³⁷ CAS 2018/O/5794, para. 612.

cisgender kadın sporcuların çıkarlarını korumak için gerekli, makul ve orantılı olduğu önermesinin CAS tarafından kabul edildiğini göstermektedir. Belirtmek gerekir ki atletizm sporunu düzenlemekten sorumlu uluslararası spor yönetim organı IAAF, atletizmde erkek ve kadın ikili ayrımını, her ne kadar cinsiyet gerçekte ikili bir rejimden ibaret olmasa da, en azından günümüz koşullarında, uzlaştırma zorunluluğundadır. Bu sebeple CAS, IAAF'in hem bilimsel hem biyolojik hem de etik çerçevede zor bir süreçle mücadele ettiğine ve sporcular bakımından eşit ve adil rekabet ortamını yaratmak adına özverili çalıştığına kararında sık sık değinmiştir¹³⁸.

CAS, her ne kadar DSD Regülasyonu'nu, sunulan veriler uyarınca şimdilik geçerli kabul etmişse de Regülasyon'a ilişkin birçok endişesini de dile getirmiştir. Örneğin CAS, 46 XY DSD bir sporcunun endojen testosteron hormonunun sürekli olarak 5 nmol/L seviyesinin altında kalmasını sağlamanın pratikte zor olması nedeniyle IAAF düzenlemelerinin uygulamadaki zorluğuna dikkat çekmiştir¹³⁹. Devamla CAS, kısıtlı yarışmalara ilişkin yapmış olduğu değerlendirmelerinde 1000 metre ve 1500 metre yarışmalarının kısıtlı yarışmalar kapsamına alınmasından tatmin olmamışsa da IAAF'in bakış açısının "genel anlamda" makul olduğunu ifade etmiştir¹⁴⁰. Çalışmanın devamında daha detaylı ele alınacağı üzere, CAS'ın bu tutumu, uluslararası spor yönetim organlarına verilen takdir yetkisinin genişliğinin de aslında bir anlamda tezahürüdür.

Hiperandrojenizm Regülasyonu ile DSD Regülasyonu karşılaştırıldığında, DSD Regülasyonu'nun gerçekten de daha orantılı olduğunu ifade etmek yanlış olmayacaktır. Zira spor yapmak insan hak ve özgürlüklerindense, her bireyin bu hakkının temel ilkeler kapsamında güvence altına alınması gerekmektedir. Örneğin yaş kategorisi veya ağırlık kategorisi gibi kategorilerde her bireyin kendini uyumlandırabileceği bir sınıf bulunmaktadır. Hiperandrojenizm Regülasyonu

¹³⁸ CAS 2018/O/5794, para. 625.

¹³⁹ CAS 2018/O/5794, para. 617, 622.

¹⁴⁰ CAS 2018/O/5794, para. 609.

açısından düşünülduğünde, cinsiyet kimliğini kadın olarak tanımlayan ve fakat 10 nmo/L seviyesi ve üzerinde testosteron hormonuna sahip olan bir bireyin, testosteron hormon seviyesini düşürmediği sürece kadın kategorisinde uluslararası yarışmalara katılma hakkı bulunmamaktadır. Bu durum da bireyi atletizm sporundan tamamen dışlamaktadır. DSD Regülasyonu bakımından ise kadın kategorisinde yarışmak isteyen sporcu, testosteron hormonunu 5 nmo/L seviyesinin altına düşürmediği takdirde yalnızca sınırlı sayıdaki kısıtlı yarışmalara katılamayacaktır.

2.3. İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİ'NİN CASTER SEMENYA KARARI

2.3.1. Genel Olarak

Spor Tahkim Mahkemesi, kısaca CAS, merkezi İsviçre'nin Lozan kentinde bulunan ve sportif uyuşmazlıkları çözüme bağlayan bir tahkim kurulu olup kararları kural olarak kesin ve bağlayıcıdır. CAS, İsviçre'de yerleşik olmasından ötürü, uluslararası tahkim için genel bir yasal çerçeve sağlayan İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Federal Kanun'un (*Loi fédérale sur le droit international privé – LDIP*) 12. Bölümünde düzenlenen usul kurallarını benimsemiştir. Bu kuralların temel özelliği, tahkim yargılamasının düzenlenmesinde, tahkim kurullarına ve taraflara verilen geniş takdir yetkisidir. Bu itibarla, hakem kararlarına karşı çok sınırlı hallerde iptal davası açılabilmektedir. Nitekim bu durum İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Federal Kanun'un 190. maddesine uygun olarak hazırlanan CAS Kuralları (*CAS Code*) madde R46 ve madde R59'da da öngörülmektedir. Bu düzenlemelerin temel sebebi hakem kararlarına müdahalenin mümkün olduğunca az olmasını sağlamaktadır¹⁴¹.

¹⁴¹ Şanlı, Cemal; Esen, Emre; Ataman, İnci, "Milletlerarası Özel Hukuk", Vedat Kitapçılık, İstanbul, Y. 2015, s. 622.

CAS kararları aleyhine İsviçre Federal Mahkemesi'ne başvuru gerekçeleri, Federal Kanun'un 190/2. maddesinde sınırlı olarak sayılmıştır. Birinci itiraz nedeni, hakemlerin uygun olmayan şekilde atanması veya hakem heyetinin oluşumu ile ilgilidir. İkinci itiraz gerekçesi (ve CAS kararlarına ilişkin retlerde diğerlerinden daha sık başvurulmuş neden), tahkim kurulunun yargı yetkisini yanlışlıkla kabul etmesi veya reddetmesi durumunda verilir. Üçüncü itiraz gerekçesi, hakem heyetinin, kendisine sunulan iddiaların ötesinde karar vermesi veya taleplerden biri hakkında karar vermemesidir. Dördüncü itiraz gerekçesi, tarafların hukuki dinlenilme hakkının ihlali ve tarafların eşitliği ile ilgilidir. Beşinci ve son itiraz gerekçesi ise hakem kararının usul ve esas bakımından kamu düzenine uygun olmamasıdır. Belirtmek gerekir ki, CAS kararlarını, sınırlı nedenlerle de olsa denetime tabi tutmak önemlidir. Böylece İsviçre Federal Mahkemesi hem CAS'ın yasallığını hem de CAS kararlarının yasallığını kontrol etmektedir. Devamla, Federal Mahkeme, CAS Kurallarının usul ve esasa uygulanacak hükümlerini onaylayabilmekte, reddedebilmekte veya yorumlayabilmektedir¹⁴². Çalışmanın bu kısmında, CAS kararlarının iptaline dayanak oluşturan kamu düzeni kavramının, İsviçre Federal Mahkemesi tarafından nasıl yorumlandığı ile İsviçre Federal Mahkemesi'nin, Caster Semenya vakasını değerlendirirken ele aldığı hususlar açıklanmaya çalışılmıştır.

2.3.2. Kamu Düzeni Kavramı

CAS kararlarının esas ve usul bakımından denetimine ve iptaline imkân sağlayan kamu düzeni kavramı ve kamu düzenine aykırılık kavramlarından ne anlaşıldığının açıklığa kavuşturulması önemlidir. Federal Mahkeme'ye göre CAS, her hukuk uyarınca ve herkes tarafından kabul edilmiş temel değerlere saygı göstermelidir. Bu temel değerler kamu düzenini sağlayan değerler olup değerleri ihlal eden bir CAS

¹⁴² Mavromati, Despina, "The Role of the Swiss Federal Tribunal and its impact on the Court of Arbitration for Sport (CAS)", Sport Legis, Université de Lausanne, Y. 2016, s. 1-2.

kararı kamu düzenine aykırı bir karar olacaktır¹⁴³. Belirtmek gerekir ki Federal Mahkeme bir kararın hatalı, orantısız veya hakkaniyete aykırı olması, taraflar arasındaki sözleşmenin yanlış tatbik edilmesi, hızlı yargılama yapılması adına bazı temel ilkelerin tam anlamıyla uygulanmaması gibi hususları, tahkim kurulu kararını iptal etmek için yeterli görmemektedir¹⁴⁴. Öte yandan Federal Mahkeme'nin içtihatları uyarınca, usul bakımından kamu düzeni ve esas bakımından kamu düzeni şeklinde ikili bir ayırım yaptığı görülmektedir. Çalışmanın konusu ile ilgili olduğundan, Federal Mahkeme'nin "sportif kamu düzeni" kavramına bakış açısını da kısaca ele almakta fayda vardır. Sportif kamu düzeni, öğretide, spor hukukunun temel ilkelerinden oluşan özel bir kamu düzeni olarak kabul edilmektedir. Zira uluslararası spor yönetim organları, devletlerin bir müdahalesi olmadan, kendi kurallarını koyabilmekte, yürütebilmekte ve bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda yargılama dahi yapabilmektedir. Ancak Federal Mahkeme, içtihat yoluyla, "sportif kamu düzeni" kavramını yaratmanın yasama ve yargı organları bakımından sorun teşkil edeceğini ifade etmekte ve bu yüzden "sportif kamu düzeni" kavramını kabul etmemektedir¹⁴⁵.

Federal Mahkeme'nin usul bakımından kamu düzenine ilişkin kararlarının çoğunlukla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi uyarınca güvence altına alınan adil yargılanma hakkından ileri geldiği görülmektedir. Görüldüğü üzere adil yargılanma hakkı spor tahkiminde de göz önünde bulundurulmaktadır. Örneğin, CAS içtihatları uyarınca, Dünya Anti Doping Ajansı tarafından belirlenen yasaklı bir maddenin sporcunun vücudunda tespit edilmesi halinde, bu maddenin, sporcunun vücuduna iradi olarak girip girmediğine bakılmaksızın, kusursuz sorumluluk ilkesi devreye girmekte ve sporcuya yaptırım uygulanmaktadır. CAS

¹⁴³ İsvFM, 08.03.2006 tarihli, ATF 132 III 389, 4P.278/2005 sayılı dava; Rigozzi, Antonio, "Challenging Awards of the Court of Arbitration for Sport", Journal of International Dispute Settlement, Cilt 1, Sayı 1, Y. 2010, s. 253.

¹⁴⁴ Berger, Bernhard; Kellerhals, Franz, "International and Domestic Arbitration in Switzerland", Steampli Verlag AG, 3rd Edition, Zürich/Basel, Y. 2015, s. 618.

¹⁴⁵ İsvFM, 25.08.2020 tarihli, 4A_248/2019 sayılı dava; Kara, Doğan, "İsviçre Federal Mahkemesi Kararları Işığında Spor Tahkim Mahkemesi Kararlarının Kamu Düzenine Aykırılık Sebebiyle İptali", <https://www.jurix.com.tr/article/23903>, çevrimiçi, Erişim Tarihi: 30.12.2021.

içtihatları ile getirilen bu kusursuz sorumluluk ilkesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 6. maddesi uyarınca güvence altına alınan masumiyet karinesi ilkesini zedelediği gerekçesiyle Federal Mahkeme önüne gelmiştir. Federal Mahkeme, kararında, CAS kararının kamu düzenine aykırı olmadığını ve kusursuz sorumluluk ilkesinin dopingle mücadele bakımından gerekli olduğunu belirtmiştir¹⁴⁶. Federal Mahkeme'nin usul bakımından kamu düzenini ele aldığı bir başka kararına göre ise, bir tahkim mahkemesinin, daha önce esastan incelenmiş bir kararı bertaraf edecek şekilde hüküm tesis edemeyeceği, aksi durumda kararın usul bakımından kamu düzenine aykırı olacağına hükmedilmiştir¹⁴⁷.

Federal Mahkeme'nin maddi anlamda kamu düzenine aykırılığı dar bir şekilde yorumladığı görülmektedir. Buradan anlaşılması gereken, Federal Mahkeme, hakem kararının gerekçesinin kamu düzenine aykırı olmasını tartışmamakta, hakem kararının dış dünyada yarattığı sonucun kamu düzenine aykırı olması gerektiğini değerlendirmektedir¹⁴⁸. Bu doğrultuda, örneğin, sportif yargılama sonucunda verilen bir hakem kararının, sporcunun kişilik haklarını ihlal etmesi, hukuka ve ahlaka aykırı olarak sınırlaması ya da tamamen ortadan kaldırması halinde maddi anlamda kamu düzenini ihlal ettiği söylenebilecektir. Kişilik hakları; onur, şeref ve haysiyet; özel yaşam ve ekonomik özgürlük gibi haklar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi uyarınca da güvence altına alınan haklar olup hukuk düzeninin temelini oluşturmaktadır¹⁴⁹. Örneğin bir disiplin yargılaması sonucu verilen orantısız ve ağır bir yaptırım ile aynı durumda bulunan sporculara farklı muamele yapılması, sporcunun kişilik haklarına zarar verebilecektir. Ancak belirtmek gerekir ki Federal

¹⁴⁶ İsvFM, 04.08.2006 tarihli, 4P.105/2006 sayılı dava; İsvFM, 10.01.2007 tarihli, 4P.148/2006 sayılı dava; Rigozzi, a.g.e., s. 394, 395; Ekşi, Nuray, "Spor Tahkim Hukuku", Beta Yayınevi, İstanbul, Y. 2015, s. 558, 559.

¹⁴⁷ İsvFM, 13.04.2010 tarihli, 4A_490/2009, ATF 136 ||| 345 sayılı dava.

¹⁴⁸ "Hakem heyeti tarafından kabul edilen bir gerekçenin kamu düzenine aykırı olması yeterli değildir; kamu düzenine aykırı olması gereken sonuçtur.", Orijinal hali: "Qu'un motif retenu par un tribunal arbitral heurte l'ordre public n'est pas suffisant; c'est le résultat auquel la sentence aboutit qui doit être incompatible avec l'ordre public." İsvFM, 20.02.2018 tarihli, 4A_260/2017, ATF 144 III 120 sayılı dava.

¹⁴⁹ Berger vd., a.g.e., s. 619, 620; Kocasakal, Hatice, "Sportif Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümü ve Spor Tahkim Mahkemesi (CAS)", Vedat Kitapçılık, İstanbul, Y. 2013, s. 396; Kara, a.g.m., s. 6.

Mahkeme, ayrımcılık yasağını çok sınırlı bir şekilde ele almaktadır. Diğer bir ifadeyle, bir muamelenin keyfi olması için, belirli bir ırk, cinsiyet, cinsel yönelim, dini inanış ve siyasi düşünce temelinde kişi haklarını ihlal etmesi gerekmektedir¹⁵⁰. Maddi anlamda kamu düzeninin ihlal edildiği gerekçesiyle İsviçre Federal Mahkemesi tarafından iptaline karar verilen kararlardan birine Brezilyalı futbolcu Matuzalém Francellino da Silva kararı örnek olarak verilebilir. CAS tarihindeki dönüm noktalarından biri olan bu karara ilişkin olarak Federal Mahkeme, eski kulübüne tazminat ödemediği için profesyonel bir futbolcuya uygulanan meslekten menedilme cezasının süresiz ve aşırı olduğunu değerlendirmiş ve CAS kararının kişilik haklarını ihlal etmesi sebebiyle kamu düzenini ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır¹⁵¹.

2.3.3. Caster Semenya Vakası Açısından Değerlendirme

Semenya'nın, DSD Regülasyonu'nun geçersiz sayılması talebiyle CAS'a yaptığı başvuru, 30 Nisan 2019 tarihinde reddedilmiştir. Semenya bu karara karşı, 28 Mayıs 2019 tarihinde, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Federal Kanun'un 190/2. maddesi uyarınca, kararın kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle, İsviçre Federal Mahkemesi'ne başvurmuştur. Diğer bir ifadeyle, Semenya, CAS kararının ayrımcılık yasağı ilkesine aykırı olduğu ve Semenya'nın vücut bütünlüğü, cinsiyet kimliği, özel yaşamı ve ekonomik özgürlüğü gibi kişilik haklarını ihlal ettiği gerekçeleriyle İsviçre Federal Mahkemesi'ne itiraz etmiştir. Federal Mahkeme, kararında, sınırlı bir yargı yetkisi olduğuna öncelikle dikkat çekmiş ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin CAS ile ilgili davalarda verdiği içtihatlarla da sık sık atıfta bulunmuştur. Bu doğrultuda, Federal Mahkeme, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, *Mutu & Pechstein v. İsviçre* ve *Platini v. İsviçre* davalarına atıfta bulunarak, Semenya'nın DSD Regülasyonu aleyhine yaptığı başvuru uyarınca, uyuşmazlığı inceleme yetkisine sahip olan CAS'ın bağımsız ve tarafsız bir

¹⁵⁰ İsvFM, 21.02.2008 tarihli, 4A_370/2007 sayılı dava; Rigozzi, a.g.e., s. 253; Kara, a.g.m., s. 7.

¹⁵¹ İsvFM, 27.03.2012 tarihli, 4A_558/2011 sayılı dava.

mahkeme olmasına ve sportif konulara ilişkin özel yargı yetkisine ve uzmanlığına dikkat çekmiştir¹⁵².

Semenya'nın vakası, bünyesinde, tıbbi, etik, biyolojik, sosyolojik birçok tartışmayı barındırdığından Federal Mahkeme için de zor bir süreç olmuştur. Zira Federal Mahkeme, Semena vakasının önüne gelmesinden kısa bir süre sonra, genellikle yapmadığı bir şey yapmış ve 3 Haziran 2019 tarihinde DSD Regülasyonu'nu askıya alan tek taraflı ve geçici bir karar vermiştir. Ancak tesis edilen bu ara karar, 29 Temmuz 2019 tarihinde kaldırılmış ve DSD Regülasyonu geri kalan on bir aylık yargılama süresi boyunca ilgili tüm elit sporculara uygulanmak üzere yürürlükte kalmaya devam etmiştir. Semena bakımından ise, Semena, Ekim 2019 tarihinde Doha'da düzenlenen IAAF Dünya Şampiyonası'na katılamamıştır. 25 Ağustos 2020 tarihinde gelindiğinde ise Federal Mahkeme, her ne kadar DSD Regülasyonu'nun şart koştuğu fiziksel ve tıbbi müdahalenin vücut bütünlüğü hakkını ihlal ettiği sonucuna varmış olsa da, CAS kararının kamu düzenini ihlal etmediğine hükmetmiş ve Semena'nın itirazını kesin olarak reddetmiştir. Federal Mahkeme nihai kararında, bir hakem kararının iptali için, kararın insan hak ve özgürlüklerini "çok ciddi" bir şekilde ihlal etmesi veya adalet ve hakkaniyet duygusunu "şok edici" şekilde rahatsız etmesi gerektiğini değerlendirmiştir. Bu doğrultuda, Federal Mahkeme'ye göre, CAS tarafından başka bir çözüm yolunun değerlendirilmemiş olması, kararın kamu düzenini ihlal ettiği anlamına gelmemektedir. Federal Mahkeme, aksine, CAS önünde görülen davanın çok sayıda uzman görüşü ile desteklendiğini ve CAS'ın davaya ilişkin oldukça kapsamlı bir inceleme yaptığını belirtmiştir¹⁵³.

¹⁵² "Bu açıklamaları yaptıktan sonra, Temyiz Edenlerin, kendileri ile IAAF arasındaki anlaşmazlığı, yalnızca fiilen ve hukuken tam incelemeye sahip bağımsız ve tarafsız bir mahkemeye değil, aynı zamanda uzmanlaşmış bir yargı yetkisine sahip CAS'a da getirebildikleri akıldaki tutulmalıdır.", Orijinal hali: "Ces précisions étant faites, il y a lieu de garder à l'esprit que les recourantes ont pu porter le litige qui les oppose à l'IAAF devant le TAS, lequel est non seulement un tribunal indépendant et impartial, jouissant d'un plein pouvoir d'examen en fait et en droit, mais aussi une juridiction spécialisée." İsvFM, 4A_248/2019.

¹⁵³ "İçtihat hukukuna göre, bir karar açıkça savunulamaz olduğunda, açık ve tartışmasız bir yasal standart veya ilkeyi ciddi şekilde göz ardı ettiğinde veya adalet ve hakkaniyet duygusunu şok edici şekilde rahatsız ettiğinde keyfidir; daha akla yatkın başka bir çözümün tercih edilebilir görünmesi yeterli değildir.", Orijinal hali: "Selon la jurisprudence, une décision est arbitraire lorsqu'elle est

Federal Mahkeme'nin kararında dikkat çektiği bir başka husus ise insan hak ve özgürlüklerinin korunmasında yatay etki olmuştur. Belirtmek gerekir ki, insan hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınmasından, kural olarak devletler sorumlu olup bu sorumluluk, hak ve özgürlüklerin korunmasında dikey etkiyi ifade etmektedir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yapılan başvuruların devletler aleyhine olmasının temel sebebi budur. İnsan hak ve özgürlüklerine ilişkin kuralların bireyler arasında uygulanması ise yatay etkiyi ifade etmektedir. Yatay etki, devletlerin, bireyler arasındaki ilişkilerde de hak ve özgürlüklerin ihlal edilmesini önlemek için tedbirler alması gerektiği anlamına gelmekte ve devletlerin sorumluluk alanının genişletmektedir. Bu doğrultuda, Federal Mahkeme, kamu düzenini ihlal ettiği iddiasına dayanak oluşturan DSD Regülasyonu'nun, merkezi Monako'da bulunan ve bir özel hukuk tüzel kişisi olan IAAF tarafından yürürlüğe konduğuna dikkat çekmiş ve önüne gelen bu davada, ayrımcılık yasağı bakımından, yatay etkinin göz önünde bulundurulup bulundurulmayacağını sorgulamıştır¹⁵⁴. Bu bağlamda, Federal Mahkeme, uluslararası spor yönetim organları ile sporcular arasında bir tür devlet ve birey ilişki olduğu yorumunu yapmış; ancak tartışmayı daha ileri bir boyuta taşımamıştır.

Kamu düzeni açısından çok sınırlı bir inceleme gerçekleştiren Federal Mahkeme, Semenya vakası bakımından da bu pozisyonunu korumuştur. Ancak Federal Mahkeme'nin 3 Haziran 2019 tarihinde verdiği ara karar bir anlamda davanın karmaşıklığının ve aslında Federal Mahkeme'nin de CAS kararının kamu düzenine

manifestement insoutenable, méconnaît gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté, ou heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité; il ne suffit pas qu'une autre solution paraisse concevable, voire préférable." İsvFM, 4A_248/2019.

¹⁵⁴ "29 Temmuz 2019 tarihli geçici tedbir kararında, Céans Mahkemesi Başkanı, bu davada kabul edilemez olduğu iddia edilen farklılığın bir özel hukuk derneği tarafından çıkarılan bir düzenlemeye dayandığına dikkat çekti. Ayrımcılığın özel bir kişinin eylemi olması ve kişiler arasındaki ilişkilerde gerçekleşmesi durumunda, ayrımcı tedbir yasağının kısıtlayıcı kamu düzeni kavramının kapsamına girdiğinin şüpheli olduğunu da sözlerine ekledi.", Orijinal hali: "Dans l'ordonnance de mesures provisionnelles du 29 juillet 2019, la Présidente de la Cour de céans a souligné que la différenciation prétendument inadmissible repose en l'occurrence sur un règlement édicté par une association de droit privé. Elle a ajouté qu'il est douteux que la prohibition des mesures discriminatoires entre dans le champ d'application de la notion restrictive d'ordre public lorsque la discrimination est le fait d'une personne privée et survient dans des relations entre particuliers." İsvFM, 4A_248/2019.

aykırı olup olmadığı noktasındaki endişelerinin bir yansımasıdır. Çalışmanın devamında ele alınacağı üzere, spor ve insan hakları arasındaki ilişki ile spor yönetim organları ile devlet arasındaki ilişkiyi tespit etmek, spor yönetim organlarının kamu düzenini sağlama noktasında sorumlu olup olmadığını, sorumluya ne derece sorumlu olduğunu ya da bu sorumluluğun devletlere mi ait olduğunu tespit etmek açısından önemlidir. 25 Şubat 2021 tarihinde İsviçre devleti aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuran Semenya'ya ilişkin olarak ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yapacağı tespitler hem CAS hem de İsviçre Federal Mahkemesi'nin insan hakları hukukunu ihlal ettiğine dair eleştirilere, bu alanda büyük ve bölgesel bir yetkinlik mahkemesinin karar vermesiyle son noktayı koyacaktır. Avrupa Mahkemesi'nin Semenya özelinde vereceği bu karar; uluslararası spor yönetim organları, spor tahkimi ve insan hakları arasındaki ilişkiyi netleştirmeye büyük oranda yardımcı olabilecek ve çalışmanın devamında değinileceği üzere cinsiyet temelindeki mevcut düzenlemelerde reform yapılması gerekliliğini de ortaya çıkarabilecektir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

CİNSİYETE DAYALI UYGUNLUK KURALLARININ CASTER SEMENYA ÖRNEĞİ ÜZERİNDEN AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

3.1. SPOR HUKUKU VE İNSAN HAKLARI HUKUKU ARASINDAKİ İLİŞKİ

3.1.1. Genel Olarak

Uluslararası spor yönetim organları çoğunlukla dernek olarak yapılanmakta ve yerleşik oldukları ülkenin özel hukuk kurallarına tabi olmaktadır. Diğer bir ifadeyle, uluslararası spor yönetim organları, uluslararası hukukun bir öznesi değildir ve herhangi bir devlet veya devlet organı ile organik bir bağı bulunmamaktadır¹⁵⁵. Ne var ki uluslararası spor yönetim organlarının faaliyetleri iç hukuku farklı olan ülkeleri de kapsamaktadır. Peki iç hukuku farklı olan ülke devletlerinin çoğunlukla uluslararası spor yönetim organları ve federasyonlarının faaliyetlerine karşı çıkmamalarının sebebi nedir? Öyle ki birçok devlet, iç hukukunu, uluslararası spor yönetim organlarının ve federasyonlarının talimatlarına göre düzenlemekte ve çatışan normlar söz konusu olduğunda uluslararası spor yönetim organlarının hukuki düzenlemelerini kendi iç hukuklarının üzerinde tutmaktadır. Bu sorunun cevabı için iki farklı referans noktası vardır: Sporun temel insan haklarından biri olması ve sporun küresel bir endüstri haline gelmesi¹⁵⁶. Çalışmanın bu kısmında

¹⁵⁵ Örneğin Olimpik Anlaşma'nın "Uluslararası Olimpiyat Komitesi'nin Yasal Statüsü" başlıklı 15. maddesi, "IOC, 1 Kasım 2000 tarihinde yürürlüğe giren anlaşma uyarınca, İsviçre Federal Konseyi tarafından tanınan dernek tüzelkişiliğini haiz, kâr amacı gütmeyen, sınırsız süreli, uluslararası bir sivil toplum kuruluşudur." hükmünü haizdir. Bu hüküm uyarınca IOC'nin İsviçre Medeni Kanunu'nun 60. maddesi vd. hükümlerine göre kurulmuş dernek niteliğinde bir sivil toplum örgütü olduğunu ve özel hukuk hükümlerine tabi olduğunu ifade etmek yanlış olmayacaktır. Kocasakal, a.g.e., s. 14, 15.

¹⁵⁶ İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nden sonra, insan hak ve özgürlüklerine ilişkin bağlayıcılığı olan başka metinler ortaya çıkarılmıştır. Örneğin 1965 yılında Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme, 1979 yılında Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın

devletlerin, uluslararası spor yönetim organlarının faaliyetlerini çoğu zaman kendi iç hukuklarının üzerinde tutması konusu, sporun kendine özgü bir disiplin olmasını ifade eden *lex sportiva* kavramından hareketle açıklanmaya çalışılacak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin spor yönetim organlarına ilişkin vermiş olduğu kararlardan hareketle en üstün hukuk olan insan hakları hukukunun devletler üzerinde yarattığı sorumluluk, Spor Tahkim Mahkemesi'nin Caster Semenya kararı üzerinden aşağıda tartışılacaktır.

3.1.2. Spor Hukukunun Kendine Özgü Bir Disiplin Olması: *Lex Sportiva*

Spor, hukuki bir bakış açısı ile ele alındığında farklı hukuk disiplinlerinin kesiştiği bir alan olarak ifade edilmektedir¹⁵⁷. Öğretide *lex sportiva*, herhangi bir devlet ile organik bağı bulunmayan, uluslararası sportif hareket ve uluslararası spor yönetim organları tarafından meydana getirilen ilke ve kurallar ile Spor Tahkim Mahkemesi'nin kararları olarak tanımlanmaktadır¹⁵⁸. Spor dünyasının bir dizi kuralı vardır ve bu kuralların büyük bir kısmı devlet ve organları tarafından değil, Olimpik Hareketin¹⁵⁹ bir parçası olan sporun kendine özgü yönetim organları tarafından oluşturulmuştur. Bu kuralların anayasası Olimpik Anlaşma (*Olympic Charter – OC*), ceza yasası ise Dünya Anti Doping Yasası (*World Anti-Doping*

Önlenmesi Sözleşmesi, 1978 yılında Uluslararası Beden Eğitimi, Fiziksel Aktivite ve Spor Şartı 1992 tarihli Avrupa Spor Şartı.

¹⁵⁷ Vieweg, Klaus, “Spor Hukuku'nun Büyüsü”, (çeviren: Mehmet Arslan), İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 1, Sayı 1, Y. 2010, s. 1.

¹⁵⁸ Perruchoud, Matthieu, “Le droit à l'égalité des chances dans le sport: concept, mise en œuvre et concrétisation”, Bâle: 1ère Edition, Collection neuchâteloise, Helbing Lichtenhahn Verlag, Y. 2020, s.350; Chappelet, Jean-Loup, “La gouvernance globale du sport”, Citius, Altius, Fortius: Mélanges en l'honneur de Denis Oswald, Bâle: 1ère Edition, Collection neuchâteloise, Helbing Lichtenhahn Verlag, Y. 2012, s. 103 vd.

¹⁵⁹ Olimpik Hareket (Olympic Movement – OM), Uluslararası Olimpiyat Komitesi'nin (International Olympic Committee – IOC) yanı sıra Uluslararası Spor Federasyonları (International Federations – IFs), Ulusal Olimpiyat Komiteleri (National Olympic Committees – NOCs), Olimpiyat Oyunları Organizasyon Komitelerini (Organising Committees for the Olympic Games – OCOGs), diğer tüm tanınmış federasyonlar, kurumlar ve kuruluşlar ile sporcular, hakimler, hakemler, antrenörler ve diğer spor paydaşlarını içinde barındıran bir kavramdır. Duval, Antoine, “Transnational Sports Law: The Living Lex Sportiva”, T.M.C. Asser Institute for International & European Law - Asser Research Paper, Forthcoming in: Zumbansen, P. (ed.), ‘Oxford Handbook of Transnational Law’, Oxford University Press, Y. 2020, s. 1.

Code – WADC) olarak kabul edilmektedir¹⁶⁰. Devamla, örneğin, Uluslararası Futbol Federasyonları Birliği (*Fédération Internationale de Football Association – FIFA*) ile Dünya Atletizm Birliği (*World Athletics*) uluslararası spor federasyonlarına örnek olup belirli bazı spor branşlarını (futbol ve atletizm) uluslararası boyutta düzenlemektedir. Benzer şekilde Avrupa Futbol Federasyonları Birliği (*Union of European Football Associations – UEFA*) ise yine belirli bir spor branşını bölgesel olarak düzenlemektedir. Antoine Duval, “düzenleme” kavramını beş kategoriye ayırmış olup bunlar; oyun kuralları (*lex ludica*), uygunluk kuralları, organizasyon kuralları, ulusötesi iş hukuku (*transnational labour law*) ve ulusötesi şirketler hukukunu (*transnational company law*) da kapsayan ekonomik kurallar ve spor yönetim organları tarafından tatbik edilen disiplin kurallarıdır¹⁶¹. Görüleceği üzere sporun kendine özgü ihtiyaçları sebebiyle devlet kontrolünün ötesinde bir sistem ihtiyacı türemiştir ve *lex sportiva* kavramı, bu ihtiyaca yönelik tüm uluslararası sporu ve hukukunu kapsayıcı, kendine özgü bir kavram olarak literatürde yerini almıştır¹⁶².

Spora ilişkin düzenlemelerin en önemli farklarından biri devlet tarafından çıkarılan kurallarda olduğu gibi demokratik bir sürecin sonucu veya demokratik denetime tabi olmamasıdır. Diğer bir ifadeyle hem yasama hem de yürütme spor yönetim organlarında birleşmektedir. Devamla, Olimpik Anlaşma, spor yönetim organlarının kendi yapılarını ve yönetimlerini belirleme haklarının yanı sıra spor kurallarını da belirleme ve kontrol etme hakkına sahip olduğunu belirtmektedir¹⁶³. Öte yandan spora özgü bazı düzenlemeler ile bu düzenlemeleri uygulamakla görevli spor yönetim organlarının faaliyetleri arasındaki kombinasyonun ürünü olan *lex*

¹⁶⁰ Duval, a.g.m., s. 2-3.

¹⁶¹ Duval, a.g.m., s. 4, 5, 6.

¹⁶² Serby, Tom, “Sports corruption: Sporting autonomy, *lex sportiva* and the rule of law”, Entertainment and Sports Law Journal, Cilt 15 (1), Y. 2017, s. 2.

¹⁶³ 8 Ağustos 2021 tarihi itibarıyla geçerli Olimpizmin Temel İlkeleri 5. Kural’ın orijinal hali: “Recognising that sport occurs within the framework of society, sports organisations within the Olympic Movement shall apply political neutrality. They have the rights and obligations of autonomy, which include freely establishing and controlling the rules of sport, determining the structure and governance of their organisations, enjoying the right of elections free from any outside influence and the responsibility for ensuring that principles of good governance be applied.”

sportiva, spor yönetim organlarına yasama ve yürütmenin kontrolünü bahsettiği kadar yargılamanın kontrolünü de vermektedir. *Lex sportiva*, spor yönetim organlarının kendi iç uyuşmazlık çözüm mekanizmalarına sahip olması imkanını tanımakta, iç uyuşmazlık çözüm mekanizmalarından çıkan kararların nihai denetim yeri olarak Spor Tahkim Mahkemesi'ni öngörmektedir. Spor yönetim organlarının birçoğu hız ve uzmanlık sebebiyle devlet yargılamasını değil, tahkim yargılamasını tercih etmektedir. Taraflar, tahkim anlaşması imzalayarak aralarında doğabilecek ihtilafların söz konusu kuruma devredilmesine muvafakat etmektedir. Belirtmek gerekir ki spor ile ilgili meselelerde uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesine yönelik verilen rızanın her zaman özgürce verilmediği tartışmaları da vardır¹⁶⁴. Ancak spor hukukunda zorunlu tahkime ilişkin tartışma bu çalışmanın esas amacı olmadığından tercihen detaylandırılmamıştır.

3.1.3. *Lex Sportiva*'nın Gücü

Devletler, yargılamanın tüm seviyelerinde insan haklarına uyumu garanti etmekle yasal olarak yükümlüken, uluslararası spor yönetim organlarının özellikle böyle bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Gerçekten de *lex sportiva*'nın varlığına ve uygulanmasına devletler tarafından izin verilmekte ve *lex sportiva*'nın spora ilişkin uyuşmazlıklarda karar verme konusunda nihai güce sahip olduğu kabul edilmektedir. Belirtmek gerekir ki Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 12. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11. maddesi uyarınca spor federasyonlarının dernek kurma ve örgütlenme özgürlüğü güvence altına alınmıştır. Dolayısıyla devletler, spor federasyonlarının özerk alanına uygun hareket etmek ve saygı göstermek zorundadır. Devletlerin ortak görüşü uyarınca *lex sportiva*'nın devlet yasaları üzerinde olduğu kabul edilmektedir. Tam bu noktada belirtmek gerekir ki IAAF'in, Semenya vakasında yapmış olduğu; bir devlet yapılanması olmadığı, özel bir kuruluş olduğu ve dolayısıyla insan hakları hukuku ile çok katı

¹⁶⁴ Özdemir Kocasakal, Hatice, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Pecshtein Kararı Çerçevesinde CAS'ın Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı", <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1148476>, çevrimiçi, Erişim Tarihi: 01.06.2022.

bir şekilde bağılı olmadığı savunması tamamen akıldışı bir savunma değildir. Zira uluslararası spor yönetim organlarına verilen bu güç aslında devletlerin bizzat kendisi tarafından bahşedilmektedir. Dolayısıyla, *lex sportiva*, kötüye kullanıma açık bir kavram olup uluslararası spor yönetim organlarının bu gücü orantılı kullanması gerekmektedir. Öte yandan, uluslararası spor yönetim organlarının, buldukları ülke hukukuna göre genellikle dernek olarak yapılandıkları göz önünde bulundurulduğunda, çalışmanın devamında daha detaylı ele alınacağı üzere, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi kapsamında devletlerin pozitif yükümlülüğü de bulunmaktadır. Nitekim birçok uluslararası spor organizasyonunun, özellikle geçtiğimiz son birkaç yılda, insan haklarının güvence altına alınması amacıyla daha hassas davrandığını da belirtmekte fayda vardır¹⁶⁵.

Lex sportiva uyarınca her ne kadar spor hukuku ile ilgili konulara spor yönetim organlarının düzenlemelerinin uygulanacağı ilke edinilmişse de uluslararası spor yönetim organları gerekli görürse ilgili ülke hukukunu da önündeki olaylara uygulayabilmektedir. Örneğin, Spor Tahkim Mahkemesi'nin, önündeki uyuşmazlığa göre, bazen *lex sportiva*'yı terk ederek ilgili ülke hukukunu uygulama yetkisi bulunmaktadır. Fakat bazen de ilgili ülkenin hukuki düzenlemeleri yetersiz kalabilmekte ve bu yüzden de ilgili ülke hukukundan uzaklaşmak gereksinimi doğabilmektedir. Böyle zamanlarda ise *lex sportiva*, yani sporun kendine özgü bir disiplin olması, dolayısıyla ilgili ülke hukukunun geçerli olmayacağı Spor Tahkim Mahkemesi tarafından dayanak olarak kullanılabilir¹⁶⁶.

Lex sportiva, sporun küresel çapta bir endüstri haline gelmesiyle gücünü giderek arttırmıştır. Ancak belirtmek gerekir ki Spor Tahkim Mahkemesi tarafından verilen birçok son dönem kararın, CAS Kuralları (*CAS Code*) uyarınca, öncelikle Spor Tahkim Mahkemesi kararlarının sınırlı nedenlerle temyiz edilebildiği İsviçre

¹⁶⁵ Duval, Antoine, "Seamstress of Transnational Law: How the Court of Arbitration for Sports Weaves the Lex Sportiva", T.M.C. Asser Institute for International & European Law - Asser Research Paper, Forthcoming in: Krisch, N. (ed.) 'Entangled Legalities', Cambridge University Press, Y. 2020, s. 9-14.

¹⁶⁶ Croteau, Camille, "Pragmatism, Lex Sportiva and the Fair Play Principle in Sports Law", Fair Play Revista de Filosofía, Ética y Derecho del Deporte, Cilt 17, Y. 2020, s. 20.

Federal Mahkemesi ve sonrasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne geldiği ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin adeta Spor Tahkim Mahkemesi ve İsviçre Federal Mahkemesi kararlarının bir temyiz mekanizması haline geldiği gözlemlenmektedir. Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde daha detaylı ele alınacağı üzere, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin vermiş olduğu kararlarda, *lex sportiva* ile spor yönetim organlarının özerkliği kabul edilmekte ve fakat spor yönetim organları tarafından verilen kararların, insan hak ve özgürlüklerine ilişkin ilke ve kuralları ihlal edemeyeceği ve kamu düzeninin önüne geçemeyeceği sıklıkla vurgulanmaktadır¹⁶⁷.

Sonuç olarak *lex sportiva*, gerekli görüldüğü takdirde ilgili ülke hukukunun uygulanması, gerekli görülmez ise ilgili ülke hukuku terk edilerek *lex sportiva*'ya sınılanması sebebiyle esasen kötüye kullanıma açık bir kavramdır. Bu sebeple *lex sportiva* hem ulusal hem de uluslararası spor yönetim organları tarafından hassas bir şekilde uygulanmalı ve uygulanırken de insan hak ve özgürlüklerinin özü aşındırılmamalıdır. Zira *lex sportiva*, sporda ortaya çıkan ve kesişen çok sayıda sosyal, kültürel, ulusal ve uluslararası çatışmayı tek tip bir uluslararası hukuk ile yönetmeye çalışmakta, bu yönetimin etkili olabilmesi için de temel hak ve özgürlüklerin göz ardı edilmemesi gerekmektedir.

3.1.4. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin *Lex Sportiva* Tutumu

İnsan haklarının korunması ve güvence altına alınması amacıyla benimsenen metinler her ne kadar Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile sınırlı değilse de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile güvence altına alınan hakların ihlal edilmesi halinde Sözleşme'ye taraf devletin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi aracılığıyla bazı yaptırımlara maruz bırakılması, Sözleşme'yi en etkili insan hakları denetim mekanizmalarından biri haline getirmektedir. Bu sebeple çalışma, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, spora ilişkin meselelerde

¹⁶⁷ 02.10.2018 tarihli, 40575/10; 67474/10 numaralı, Mutu ve Pechstein v. İsviçre davası.

ortaya çıkan insan hakları ihlallerine ilişkin tartışmaları nasıl yorumladığı ile sınırlı tutulmuştur. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, geçtiğimiz son birkaç yılda, özellikle spora ilişkin uyuşmazlık ve yargılamalarda ortaya koyduğu kriterler ile aslında bir bakıma spor yönetim organlarının yasama, yürütme ve yargı organlarına yön vermeye başlamıştır. Örneğin Avrupa Mahkemesi, *Mutu ve Pechstein v. İsviçre* davasında Sözleşme'nin 6. maddesini yorumlamıştır. Mahkeme, sporcu sözleşmelerinde yer alan CAS tahkim şartının sporcular tarafından kabul edilmemesinin sporcuların profesyonel yaşamı üzerinde olumsuz etki yaratabileceğini ve bu şartın kabul edilmesinin aslında serbest iradeye dayalı olmadığını kararında belirtmiştir. Bu sebeple Mahkeme *lex sportiva*'nın uygulamasını aslında bir anlamda eleştirmiştir¹⁶⁸. Sözleşme'nin 6. maddesinin yorumlandığı, spor tahkimine ilişkin Avrupa Mahkemesi'nin önüne gelen bir diğer dava ise *Ali Rıza ve diğerleri v. Türkiye* davasıdır. Avrupa Mahkemesi bu davada, spor tahkiminin özelliklerinin, sporcuların adil yargılanma garantilerinden yoksun bırakılmasını haklı göstermediğine hükmetmiştir¹⁶⁹. Avrupa Mahkemesi, sportif yargılamada da Sözleşme'nin 6. maddesi uyarınca koruma altına alınan adil yargılanma hakkına ilişkin garantilerin sağlanması gerektiği tespitlerinin yanı sıra, Sözleşme'nin 10. maddesi uyarınca koruma altına alınan ifade özgürlüğü hakkına da *Sedat Doğan v. Türkiye, Naki ve Amed Sportif Faaliyetler Kulübü Derneği v. Türkiye* ve *İbrahim Tokmak v. Türkiye* davalarında değinmiştir¹⁷⁰. Devamla, Avrupa Mahkemesi, sporda eşitlik ve adaleti sağlamak için getirilen doping kurallarının insan hakları denetimine tabi olması gerektiğini *FNASS ve diğerleri v. Fransa* davasında, Sözleşme'nin 8. maddesi uyarınca koruma altına alınan özel hataya saygı hakkı kapsamında değerlendirmiştir¹⁷¹. Bu doğrultuda, Avrupa Mahkemesi tarafından verilen kararlar her ne kadar öncelikle başvuranın

¹⁶⁸ Mutu ve Pechstein v. İsviçre, para. 114, 115.

¹⁶⁹ 28.01.2020 tarihli, 30226/10; 17880/11; 17887/11; 17891/11; 5506/16 numaralı, Ali Rıza ve diğerleri v. Türkiye davası, para. 180.

¹⁷⁰ 18.05.2021 tarihli, 48909/14 numaralı, Sedat Doğan v. Türkiye davası; 18.05.2021 tarihli, 48924/16 numaralı, Naki ve Amed Sportif Faaliyetler Kulübü Derneği v. Türkiye davası; 18.05.2021 tarihli, 54540/16 numaralı, İbrahim Tokmak v. Türkiye davası.

¹⁷¹ 18.04.2018 tarihli, 48151/11; 77769/13 numaralı, Affaire Fédération Nationale Des Associations Et Syndicats De Sportifs (FNASS) ve diğerleri v. Fransa davası.

menfaatlerini etkiliyor olsa da Mahkeme tarafından ortaya konulan kriterler, spor yönetim organlarının *lex sportiva* uyarınca sahip olduğu dinamiklere insan hakları standartlarının sağlanması ve korunması noktasında referans teşkil etmektedir.

3.2. CASTER SEMENYA’NIN AİHM BAŞVURUSU KAPSAMINDA SPORDA İNSAN HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

3.2.1. Genel Olarak

Her ne kadar dünyaca cinsiyetin ikili bir ayrıma tabi olduğu kalıplaşmış fikrine alıştığımız bir düzen içerisinde bulunsak da belirtmek gerekir ki nüfusun en az %1 ile %1.7 oranındaki bir bölümü birden fazla cinsiyet varyasyonu ile doğmaktadır¹⁷². Ancak alışık olduğumuz ikili cinsiyet ayrımı, birden fazla cinsiyet varyasyonu ile doğan kişilerin, gerçekten bir sağlık sorunu olmamasına rağmen, “normalleşme” hormon tedavilerine tabi tutulmasına neden olmaktadır. Caster Semenya gibi cinsiyet gelişim farklılığına sahip sporcuların, DSD Regülasyonu uyarınca bazı yarışmalardan menedilmemek için tabi tutulduğu, doğum kontrol hapı kullanmak gibi zorunlu tıbbi tedaviler de aslında bu “normalleşme”nin bir uzantısıdır. DSD Regülasyonu uyarınca öngörülen kurallara göre, belirli bir yarışmanın kadın kategorisinde yarışmak isteyen ve fakat testosteron hormon seviyesi “normal kadın” testosteron hormon seviyesinden yüksek olan sporcular, cinsiyet kimliği olarak kendilerini kadın olarak tanımlıyor olsalar bile, testosteron seviyelerini “normal kadın” aralığı olan 5 nmol/L’in altına düşürmek zorundadır. DSD Regülasyonu uyarınca öngörülen bu şart ayrımcı olduğu, gerekli olmadığı ve orantılı olmadığı gerekçeleriyle Semenya tarafından önce Spor Tahkim Mahkemesi, sonra ise İsviçre Federal Mahkemesi önüne getirilmiş; ancak her iki mahkeme de Semenya’nın itirazını, DSD Regülasyonu’nun kadın kategorisinde eşit

¹⁷² EU Fundamental Rights Agency, “A long way to go for LGBTI equality”, çevrimiçi, https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2020-lgbti-equality-1_en.pdf, Erişim Tarihi: 05.06.2022; Council of Europe Commissioner for Human Rights, “Human Rights and Intersex People”, çevrimiçi, <https://rm.coe.int/16806da5d4>, Erişim Tarihi: 05.06.2022.

ve adil rekabetin sağlanması meşru amacına hizmet ettiği ve bu sebeple de gerekli, makul ve orantılı olduğu gerekçesiyle reddetmiştir¹⁷³.

Semenya, 25 Şubat 2021 tarihinde, İsviçre Federal Mahkemesi kararından tam altı ay sonra, İsviçre devleti aleyhine, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurmuştur. Semenya, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile güvence altına alınan işkence yasağı (Madde 3), özel ve aile hayatına saygı hakkı (Madde 8) ve ayrımcılık yasağı (Madde 14) haklarının ihlal edildiği gerekçesi ile Avrupa Mahkemesi'ne başvurmuştur¹⁷⁴. Avrupa Mahkemesi'nin, başvuru hakkında kabul edilemezlik kararı vermediği takdirde yapacağı değerlendirmeler, niteliği gereği karar her ne kadar yalnızca Semenya'yı etkileyecek olsa da, Semenya gibi cinsiyet gelişim farklılıklarına sahip profesyonel sporcuların cinsiyet temelli kategorik ayrımı, vücut bütünlükleri, fizyolojik ve psikolojik sağlıkları, mahremiyetleri ve spora erişimi gibi birçok önemli sorunun çözülmesi ve/veya bu konularda yeni tartışmalar ortaya çıkarmasının yanı sıra *cisgender* kadın sporcuların eşit ve adil rekabet hakkının değerlendirilmesi ile uluslararası spor yönetim organlarının insan hak ve özgürlüklerine müdahalesinin sınırlarının çizilmesi açısından büyük önem arz ediyor olacaktır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklere müdahalenin sınırlarının çizilmesinin yanı sıra karar, aynı zamanda, Dünya Atletizm Birliği gibi devlet organı olmayan uluslararası bir spor yönetim organı üzerinden, insan haklarının korunması bağlamında, insan haklarının yatay etkisini ve devletlerin sorumluluğunu da yüksek bir ihtimalle değerlendiriyor olacaktır.

¹⁷³ CAS 2018/O/5794 Mokgadi Caster Semenya v. International Association of Athletics Federations (IAAF), 30.04.2019; İsvFM, 25.08.2020 tarihli, 4A_248/2019 sayılı davası.

¹⁷⁴ Caster Semenya, bunların yanı sıra, Sözleşme'nin 6., 13. ve 41. maddeleri kapsamında da başvuru yapmış olup Sözleşme'nin bu maddeleri daha çok usul hukukuna ilişkin olduğundan, çalışma ise maddi hukuka ilişkin değerlendirmeler içerdiğinden çalışma kapsamına tercihen alınmamıştır.

3.2.2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) Madde 3 Bakımından İnceleme

3.2.2.1. Genel Olarak İşkence ve Kötü Muamele Yasağı

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "işkence yasağı" başlıklı 3. maddesi, "*Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz.*" hükmünü haizdir.

İşkence yasağı; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin yanı sıra 10.12.1948 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi¹⁷⁵, 19.12.1966 tarihli Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme¹⁷⁶, 22 Kasım 1969 tarihli Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi¹⁷⁷ ve 27.06.1981 tarihli Afrika İnsan ve Halkların Şartı¹⁷⁸ tarafından da koruma altına alınmış bir haktır. Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin birçoğu, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin yanı sıra, işkence yasağını dolaylı da olsa özel olarak düzenleme altına alan 1984 tarihli İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi¹⁷⁹ ve 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri¹⁸⁰ gibi işkence yasağını doğrudan veya dolaylı olarak düzenleyen başka sözleşmelere de taraf olmuş ve en azından işkence yasağı hükmüne karşı saygılı olduklarını ve kayıtsız olmadıklarını göstermek istemişlerdir.

¹⁷⁵ 27.05.1949 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Beyanname'nin 5. maddesi: "*Hiç kimse işkenceye, zalimane, gayriinsani, haysiyet kırıcı cezalara veya muamelelere tabi tutulamaz.*"

¹⁷⁶ R.G. 25142 – 18.06.2003. Sözleşme'nin 7. maddesi: "*Hiç kimse işkence ya da zalimane, insanlık dışı ya da küçük düşürücü muamele ya da cezalandırmaya maruz bırakılamaz. Özellikle, hiç kimse rızası olmadan tıbbi ya da bilimsel deneylere tabi tutulamaz.*"

¹⁷⁷ Sözleşme'nin 5. maddesi: "*Hiç kimse işkenceye ya da zalimane, insanlık dışı yahut aşağılayıcı muamele ya da cezaya tabi tutulmayacaktır. Özgürlüklerinden yoksun bırakılan herkes, insan kişiliğine yerleşik onuruna saygı gösterilerek muamele görecektir.*"

¹⁷⁸ Şart'ın 5. maddesi: "*Her birey, insan olmasına yerleşik onuruna saygı gösterilmesi ve hukuksal statüsünün tanınması hakkına sahiptir. Sömürü ve aşağılamanın, özellikle kölelik, köle ticareti, işkence, zalimane, insanlık dışı ya da aşağılayıcı ceza ve muamele olmak üzere, her biçimi yasaktır.*"

¹⁷⁹ R.G. 19799 – 29.04.1988.

¹⁸⁰ R.G. 8322 – 30.01.1953.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi içerik olarak bazı mutlak, yani sınırlandırılmayan haklar ve mutlak olmayan, yani sınırlandırabilen haklardan oluşmaktadır. Mutlak haklar, en ağır veya istisnai şartlarda dahi dokunulamayan, sınırlandırılmayan haklardır. Örneğin çalışmanın devamında daha detaylı bir şekilde ele alınacak olan Sözleşme'nin özel ve aile hayatına saygı ile ilgili 8. maddesi kapsamında korunan haklar mutlak hak kapsamına alınmamış olup yasayla öngörülmüş olması, meşru bir amaca hizmet etmesi, demokratik bir toplumda gerekli olması ve ölçülü olması sebepleriyle kamu makamları tarafından sınırlandırılmaya tabi tutulabilmektedir. İşkence yasağı ise Sözleşme'nin 15. maddesi uyarınca öngörülen savaş, afet vb. olağanüstü hallerde dahi sınırlandırılmayacak haklardan biridir.

Avrupa Mahkemesi, her türlü sert müdahalenin Sözleşme'nin 3. maddesi koruması altına girmeyeceğini *İrlanda v. Birleşik Krallık* davasında “asgari şiddet eşiği” kuralı ile ortaya koymuştur. Buna göre Mahkeme, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlaline ilişkin iddiaları değerlendirirken başvuranın maruz kaldığı fiziksel ve psikolojik müdahaleyi asgari şiddet eşiği kuralı kapsamında değerlendirmektedir. Mahkeme bu sınırı saptamanın her zaman çok kolay olamayabileceğini ve bu yüzden her vakanın kendi özelinde değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir¹⁸¹. Asgari şiddet eşiğinin belirlenmesinde göz önünde bulundurulan başlıca kriterler ise; muamelenin süresi, fizyolojik ve psikolojik etkileri, mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumudur. Mahkeme'nin konuya ilişkin bir başka yerleşik içtihadı olan *Soering v. Birleşik Krallık* davasında Mahkeme, asgari şiddet eşiğinin belirlenmesi kriterlerinin yanı sıra şiddet düzeyini de ayrıca değerlendirmiş ve şiddet düzeyinin; muamelenin niteliği, kapsamı, şekli ve yöntemi koşullarına bağlı olduğunu ayrıca ifade etmiştir¹⁸².

¹⁸¹ 18.01.1978 tarihli, A Serisi No. 25 numaralı, *İrlanda v. Birleşik Krallık* davası.

¹⁸² 07.07.1989 tarihli, 14038/88 numaralı, *Soering v. Birleşik Krallık* davası.

3.2.2.2. Maddenin Yorumu

Sözleşme'nin 3. maddesinin başlığı her ne kadar “işkence yasağı” olsa da madde metni işkence, insanlık dışı muamele ve aşağılayıcı muamele olmak üzere üç ayrı kavrama yer vermektedir.

3.2.2.2.1. İşkence

Sözleşme'nin 3. maddesi işkencenin tanımını yapmamış olup bu bilinçli bir tercihtir. Mahkeme'nin buradaki amacı, dinamik yorum anlayışı gereği, madde metnini her somut olayın özelliğine uygun bir şekilde yorumlayabilmek ve Sözleşme'nin yaşayan bir belge olmasını sağlamaktır¹⁸³. Ancak Mahkeme, işkencenin tanımına yer veren diğer uluslararası kaynaklara atıfta bulunmaktadır. Mahkeme, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 1975 tarihli Herkesin İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Maruz Kalmaktan Korunmasına Dair Bildiri'nin 1. maddesinde yer verilen “*İşkence, devlet gücünü temsil eden bir kişi tarafından veya onun kışkırtmasıyla ve kasti olarak ağır bedensel, ruhsal veya zihinsel acı ve ıstırap veren hareketlerin yapılmasıdır.*” tanımına kararlarında yer vermiştir. Yine İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 1. maddesi uyarınca öngörülen “*İşkence terimi, bir şahsa veya bir üçüncü şahsa, bu şahsın veya üçüncü şahsın işlediği veya işlediğinden şüphe edilen bir fiil sebebiyle, cezalandırmak amacıyla bilgi veya itiraf elde etmek için veya ayırım gözetken herhangi bir sebepten dolayı bir kamu görevlisinin veya bu sıfatla hareket eden bir başka şahsın teşviki veya rızası veya muvafakatiyle uygulanan fiziki veya manevi ağır acı veya ıstırap veren bir fiil anlamına gelir.*” tanımı da Mahkeme'nin onayladığı işkence ile ilgili bir başka tanımdır.

¹⁸³ Gemalmaz, Burak, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve Türk Hukuku'nda Çocuğun Bedensel Cezaya Karşı Korunması”, Legal Yayıncılık, Birinci Baskı, Y. 2005, s. 18.

Mahkeme, Sözleşme'nin 3. maddesinde yer alan kavramları, vermiş olduğu kararlar ile somutlaştırmaya çalışmıştır. Örneğin Yunan davasına ilişkin kararında Mahkeme, işkencenin her halükârda insanlık dışı muamele ve aşağılayıcı muamele olduğu sonucuna varmıştır¹⁸⁴. Mahkeme, işkence ile insanlık dışı muamele ve aşağılayıcı muamele arasındaki ayrımı “yoğunluk” testine tabi tutmaktadır. Bu doğrultuda yoğunluk testinde göz önünde bulundurulması gereken kriterler, muamelenin süresi, fizyolojik ve psikolojik etkileri, mağdurun cinsiyeti, yaşı, sağlık durumu ve muamelenin uygulanış şekli olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁸⁵. Öte yandan Mahkeme, işkenceyi, yalnızca şiddet içeren eylemler olarak değil, aynı zamanda fiziksel durumu, gücü ve cinsiyeti ne olursa olsun herkes için iğrenç ve küçük düşürücü muamele olarak yorumlamaktadır¹⁸⁶.

3.2.2.2. İnsanlık Dışı ve Aşağılayıcı Muamele

Avrupa Mahkemesi, içtihatları doğrultusunda işkence yasağı için oluşturduğu “yoğunluk” kriterini karşılamayan fiilleri, asgari şiddet eşiğini geçmiş olması şartıyla, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele olarak kategorize etmektedir¹⁸⁷. İnsanlık dışı muamele ile aşağılayıcı muamele arasında üst norm alt norm ilişkisi söz konusudur. İnsanlık dışı muamele, kasti olarak uygulanan şiddetli fiziksel eylemler ile ruhsal yıkıma yol açan eylemlerdir¹⁸⁸. İnsanlık dışı muameleyi Avrupa Mahkemesi, Yunan davasında, “*İnsanlık dışı muamele kavramı, uygulandığı ortama göre gerekçesi bulunmayan ve kasti olarak şiddetli fiziksel veya ruhsal eziyet veren muameleyi kapsar.*” şeklinde yorumlamıştır¹⁸⁹. Görüleceği üzere, muamelenin insanlık dışı olması için de işkencedeki gibi kasıt unsuru aranmaktadır. Aşağılayıcı muamele veya küçük düşürücü muamelede, işkence ve insanlık dışı

¹⁸⁴ 05.11.1969 tarihli, 3321/67; 3322/67; 3323/67; 3344/67 numaralı Yunan davası.

¹⁸⁵ 25.04.1978 tarihli, 5856/72 numaralı, Tyrer v. Birleşik Krallık davası.

¹⁸⁶ 28.07.1999 tarihli, 25803/94 numaralı, Selmoni v. Fransa davası.

¹⁸⁷ Gemalmaz, Mehmet Semih, “Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Işığında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Madde 3 / İşkence Yasağı) Analizi”, Kavram Yayınları, Y. 2006, s. 198.

¹⁸⁸ 25.02.1982 tarihli, 7511/76; 7743/76 numaralı, Campbell ve Cosans v. Birleşik Krallık davası, para. 26, 30.

¹⁸⁹ 05.11.1969 tarihli, 3321/67; 3322/67; 3323/67; 3344/67 numaralı Yunan davası.

muameleden farklı olarak, kasıt unsuru çok katı bir şekilde uygulanmamaktadır. Aşağılayıcı veya küçük düşürücü muamele mağdurda korku, utanç, aşağılık duygusu yaratan, mağduru fiziki anlamda ve ahlaki olarak utanca boğan ve iradesi veya vicdanına aykırı şekilde hareket etmeye yönelten uygulamalardır¹⁹⁰.

3.2.2.3. Caster Semenya Başvurusu Açısından Değerlendirme

DSD Regülasyonu uyarınca, kadın kategorisindeki belirli uluslararası yarışmalara katılmak isteyen Caster Semenya'nın, testosteron hormonunu Regülasyon'da öngörülen 5 nmol/L seviyesinin altına düşürmesi gerekmekte, aksi takdirde "kısıtlı yarışmalar" adı verilen 400 metre, 400 metre engelli koşu, 800 metre, 1500 metre ve 1 mil yarışlarına katılmasına izin verilmemektedir. Belirtmek gerekir ki DSD Regülasyonu zorunlu bir tedavi öngörmemekte; ancak kısıtlı yarışmalara katılmak isteyen ve Regülasyon uyarınca belirlenen seviyenin üzerinde testosteron hormonuna sahip olan sporcuların, doğum kontrol hapı kullanmak gibi, sporcuya uygun bir tedavi gerçekleştirerek testosteron hormon seviyelerini düşürmelerini şart koşmaktadır. Regülasyon, 46 XY DSD olarak nitelenen ve çoğunlukla interseks olarak tabir edilen sporcuların, *cisgender* olarak tabir edilen 46 XX kromozom yapısına ve "normal" testosteron hormon seviyesine sahip kadın sporculara oranla önemli bir performans avantajına sahip olduğu savı üzerinden gerekçelendirilmektedir. Caster Semenya'nın, Regülasyonu'nun hukuka aykırı olduğu itirazı sonrasında CAS, tarafların sunduğu bilimsel verilere dayalı olarak, her ne kadar testosteron hormonu performans avantajını sağlayan tek faktör değilse de birincil faktör olduğu sonucuna varmış ve DSD Regülasyonu'nu kadın kategorisinde eşit ve adil rekabet ortamının sağlanması meşru amacı için gerekli, makul ve orantılı bularak, Regülasyon'un hukuka uygun olduğuna karar vermiştir¹⁹¹.

¹⁹⁰ İrlanda v. Birleşik Krallık, para. 167.

¹⁹¹ CAS 2018/O/5794, para. 479.

Semenya, Avrupa Mahkemesi'ne yaptığı başvuruda, Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamındaki beyanlarında; “tedavi edilmesine” veya “düzeltilmesine” gerek bulunmadığını; ancak DSD Regülasyonu'nun, tıbbi olarak gerekmemesine rağmen, üreme organının incelenmesi de dahil Semenya'ya zarar veren tedavilere neden olduğunu, “yeterince kadın olmadığı” gerekçesiyle aşağıladığını, gerçek anlamda rızası alınmadan baskı ile tedaviye maruz bıraktığını ve özsaygısını yitirmesine neden olduğunu belirtmiştir. Devamla, Semenya, Batılı bir kadın vücuduna sahip olmaması sebebiyle maruz kaldığı tıbbi tedavilerin orantısız olduğunu ileri sürmüştür. Öte yandan Semenya, İsviçre Federal Mahkemesi'nin, DSD Regülasyonu'nun vücut bütünlüğüne zarar verici etkilerine ilişkin değerlendirmede bulunduğunu; ancak Federal Mahkeme'nin sınırlı denetim yetkisi sebebiyle CAS kararını iptal etmediğinin altını çizmiştir.

Semenya'nın Avrupa Mahkemesi'ne yapmış olduğu başvuru bağlamında, Mahkeme'nin, Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamında değerlendirdiği *V.C. v. Slovakya* davası örnek olarak ele alınabilir. *V.C. v. Slovakya* davasında, Roman asıllı başvuran kadın, ikinci doğumunun hemen ardından hastanede kısırlaştırma ameliyatı geçirmiştir. Sağlık görevlilerinin bu operasyonu gerçekleştirmesindeki temel amaç ise olası üçüncü bir hamileliğin, başvuranın sağlığını tehlikeye atacak olmasıdır. Ancak Mahkeme, kısırlaştırma ameliyatının “acil tıbbi müdahale” kapsamında değerlendirilemeyeceği ve doğum sancuları sırasında başvuran tarafından verilen bir rızanın başvuranın özgür iradesine dayalı bir rıza olmasının mümkün olmadığı sonucuna vararak Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme burada, kısırlaştırma ameliyatının başvuranın üreme sağlığına ilişkin bir tedavi olduğuna kanaat getirmiş ve üremenin kişinin temel bedensel işlevlerinden biri ile ilgili olup bireyi fiziksel, zihinsel, duygusal, psikolojik ve aile yaşamı da dahil olmak üzere birçok yönden etkilediğini belirtmiştir. Mahkeme bu sebeplerle kısırlaştırma ameliyatı öncesinde doğum kontrol hapı gibi alternatif tedavi yöntemleri denenebilecekken başvuranın açık rızası olmadan kısırlaştırılma ameliyatına maruz kalmasının Sözleşme'nin 3.

maddesini ihlal ettiği sonucuna varmıştır¹⁹². Mahkeme, *V.C. v. Slovakya* davasının yanı sıra, *X. v. Danimarka* davasında da, tıbbi tedaviye ilişkin rızanın zorla alınmasının Sözleşme'nin 3. maddesine aykırılık teşkil edeceğini değerlendirmiştir¹⁹³.

Avrupa Mahkemesi, kabul edilemezlik kararı vermediği takdirde, testosteron hormonunun düşürülmesine yönelik olarak Semenya'nın maruz kaldığı tedavinin, Sözleşme'nin 3. maddesinin kapsamına girip girmediğine karar verirken asgari şiddet eşiği kuralını uygulayacak ve DSD Regülasyonu'nun uygulanma süresi, Semenya üzerindeki fizyolojik ve psikolojik etkileri, Semenya'nın cinsiyeti, yaşı, sağlık durumu, Semenya üzerinde korku, ıstırap ve aşağılık duyguları uyandırıp uyandırmadığı, Semenya'nın açık rızasının olup olmadığı ve tedavinin Semenya'nın üreme sağlığına etki edip etmediği noktalarında değerlendirme yapacaktır. Belirtmek gerekir ki Avrupa Mahkemesi, Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamındaki değerlendirmelerini yaparken, bireysel başvurunun bir özelliği olarak, yalnızca başvuran, yani Semenya özelinde bir değerlendirme yapacaktır. Bu bağlamda, Semenya'nın, DSD Regülasyonu'nun geçersiz sayılması için CAS'a yaptığı başvuruyu hatırlamakta fayda vardır. Söz konusu tedavi süresince Semenya, kilo alma, ateş ve sürekli karın ağrısı gibi yan etkilerle mücadele ettiğini ve bu fiziksel etkilerin yanı sıra zihinsel olarak odaklanma problemleri ile karşılaştığını ve bunun antrenman takvimi ile yarışmalardaki performansını sekteye uğrattığını iddia etmiştir¹⁹⁴.

¹⁹² 08.11.2011 tarihli, 18968/07 numaralı, *V.C. v. Slovakya* davası, para. 106-120; "European Court of Human Rights – Semenya v. Switzerland (Application no. 10934/21) Third Party Intervention by the Human Rights Centre of Ghent University", ("Ghent University"), <https://biblio.ugent.be/publication/8722361/file/8722362.pdf>, çevrimiçi, Erişim Tarihi: 04.05.2022.

¹⁹³ 02.03.1983 tarihli, 9974/82 numaralı, *X. v. Danimarka* davası, para. 293; Ghent University, a.g.m., s. 6.

¹⁹⁴ CAS 2018/O/5794, para. 64.

3.2.3. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) Madde 8 Bakımından İnceleme

3.2.3.1. Genel Olarak Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkı

Sözleşme'nin 8. maddesinin birinci fıkrası, “Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.” hükmünü haizdir. Maddenin ikinci fıkrası ise “Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir.” hükmünü haiz olup hakkın kullanımına birtakım kısıtlamalar getirmektedir. Bu doğrultuda Avrupa Mahkemesi, Sözleşme'nin 8. maddesinin ikinci fıkrasında sayılan meşru amaçlara ulaşmak için özel hayata saygı hakkına bazı sınırlamalar getirilmesini kabul etmektedir. Bu sınırlamaların nasıl yapılabileceğine ilişkin detaylı açıklamalara aşağıda yer verilmiştir.

Avrupa Mahkemesi şu ana kadar vermiş olduğu kararlarında özel hayatın ne olduğuna ilişkin açık ve kesin bir tanım yapmamıştır. Mahkeme bunun sebebini, *Costello-Roberts v. Birleşik Krallık* davasında, özel hayatın açık ve kesin bir tanım getirilemeyecek kadar geniş bir kavram olduğu şeklinde belirtmiştir¹⁹⁵. Sözleşme'nin 8. maddesinin esas amacı, bireylerin sahip olduğu özel hayat, aile hayatı, konut ve haberleşme hak ve menfaatlerine kamu makamları tarafından keyfi müdahale yapılmasına karşı bireyleri koruma altına almaktır. Bunun yanı sıra, Sözleşme'nin 8. maddesi devletlere, bireylerin ikili ilişkilerinde de insan haklarına saygı göstermesini sağlama pozitif yükümlülüğünü de yüklemektedir. Diğer bir ifadeyle, özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri, birbirleri ile olan ilişkilerinde, Sözleşme'nin 8. maddesi uyarınca güvence altına alınan hak ve menfaatlere saygı

¹⁹⁵ 25.03.1993 tarihli, 13134/87 numaralı, *Costello-Roberts v. Birleşik Krallık* davası.

duymak zorundadır¹⁹⁶. Öte yandan, taraf devletler, Sözleşme'nin 8. maddesinden kaynaklanan pozitif yükümlülüklerini yerine getirirken belirli bir takdir yetkisine sahiptir. Ancak bireyin kimliğine yönelik bir durumda devletin takdir yetkisi daralmaktadır¹⁹⁷. Mahkeme, bireyin menfaati ile kamu menfaatinin çatıştığı durumlarda ise devletin takdir yetkisinin genişleyebileceği görüşündedir¹⁹⁸. Özel hayat hakkının mutlak bir hak olmamasının ve Sözleşme'de öngörülen şartlar dahilinde sınırlanabilmesinin temel sebebi toplumsal yaşamın bir sonucu olarak birey veya gruplar arasındaki menfaat çatışmalarında dengenin sağlanmak istenmesidir. Bu kapsamda hakkın sınırlanması; yasayla öngörülmüş olması, meşru bir amaca hizmet etmesi, demokratik bir toplumda gerekli olması ve ölçülü olması koşullarına bağlıdır.

Avrupa Mahkemesi, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiği iddiasıyla önüne gelen başvuruların esasına girdiği takdirde, öncelikle, gerçekten 8. madde kapsamına giren bir hakka müdahale olup olmadığını tespit etmektedir. Mahkeme, bu tespiti yaptıktan sonra, müdahalenin yasal bir dayanağı olup olmadığını denetlemektedir. Belirtmek gerekir ki sınırlamanın yasayla öngörülmüş olmaması, Mahkeme'nin, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermesi için yeterlidir. Böyle bir durumda Mahkeme, söz konusu sınırlamanın meşru bir amaca hizmet edip etmediğini veya demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını incelemeye gerek görmemektedir¹⁹⁹. Avrupa Mahkemesi, müdahalenin yasal bir dayanağı olduğuna ve söz konusu yasal dayanağın; öngörülebilir, erişilebilir ve belirli olduğuna karar verdikten sonra, müdahalenin meşru bir amaca hizmet edip etmediğine yönelik bir inceleme yapmaktadır. Mahkeme, meşru amaç kriterine

¹⁹⁶ 13.06.1979 tarihli, 6833/74 numaralı, Marckx v. Belçika davası; 10.04.2007 tarihli, 6339/05 numaralı, Evans v. Birleşik Krallık [BD] davası, para. 75.

¹⁹⁷ 26.05.2002, 36515/97 ve 43546/02 numaralı, Fretté v. Fransa davası, para. 41; Christine Goodwin v. Birleşik Krallık [BD] davası, para. 85.

¹⁹⁸ Fretté v. Fransa, para. 42; 13.02.2003 tarihli, 42326/98 numaralı, Odièvre v. Fransa [BD] davası, para. 44-49; Evans v. Birleşik Krallık, para. 77; 04.12.2007 tarihli, 44362/04 numaralı, Dickson v. Birleşik Krallık [BD] davası, para. 78; 03.11.2011 tarihli, 57813/00 numaralı, S.H. ve diğerleri v. Avusturya [BD] davası, para. 94.

¹⁹⁹ 24.09.2003 tarihli, 39339/98 numaralı, M.M. v. Hollanda davası, para. 46; 20.09.2018 tarihli, 30491/17; 31083/17 numaralı, Solska ve Rybicka v. Polonya davası, para. 129.

ilişkin değerlendirmeyi, 8. maddenin ikinci fıkrasında öngörülen sebepleri göz önünde bulundurarak yapmaktadır. Diğer bir ifadeyle, müdahale ancak; ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın ve/veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerine ilişkinse meşru nitelik kazanmaktadır. Belirtmek gerekir ki Avrupa Mahkemesi, Sözleşme uyarınca öngörülen sınırlama sebeplerini uyumsuzluğa konu her olay bakımından ayrı olarak değerlendirmekte ve sınırlamaya ilişkin gerekçelendirmeyi tüm yönleriyle ele almaktadır.

Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamındaki sınırlamalar bakımından en titiz şekilde ve her somut olaya göre ayrı incelenmesi gereken husus ise sınırlamanın demokratik bir toplum bakımından gerekli olup olmadığı ile sınırlamanın ölçülü olup olmadığıdır. Bu doğrultuda, Mahkeme, sınırlamanın meşru bir amaca hizmet ettiğini tespit ettikten sonra, demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını irdeleyerek yerindelik denetimi yapmaktadır. Avrupa Mahkemesi içtihatları göz önünde bulundurulduğunda, demokratik bir toplum için gerekli olma kriterindeki "demokratik" ifadesi; hukukun üstünlüğü, çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik unsurlarını içermektedir²⁰⁰. Demokratik bir toplumda gerekli olmak ifadesindeki "gerekliklik" ise özel hayat hakkına yapılan müdahalenin "zorlayıcı toplumsal ihtiyacı" karşılaması gerekmesi ile bu müdahalenin, ulaşılmak istenen meşru amaç için gerekli ve orantılı olması anlamını taşımaktadır²⁰¹. Sözleşme'nin 8. maddesi, her ne kadar açıkça ölçülülük ilkesinden ya da ölçülülük ilkesinin alt unsurları olan gerekliklik ve orantılılık ilkelerinden bahsetmemiş olsa da, bu ilke, Avrupa Mahkemesi'nin içtihatları ile hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejiminin önemli ölçütlerinden biri haline gelmiştir²⁰². Ölçülülük ilkesi, genel olarak, insan hak ve özgürlüklerinin sınırlanması amaçları ile araçları arasındaki ilişkiyi yansıtmakta olup hedeflenen meşru amaca ulaşabilmek için yapılan sınırlamanın gerekli ve orantılı olması anlamına gelmektedir²⁰³. Öte yandan, kamu makamlarına,

²⁰⁰ 24.02.1981 tarihli, 7525/76 numaralı Dudgeon v. Birleşik Krallık davası, para. 51-53.

²⁰¹ Öncü, "Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi 8", s. 159.

²⁰² Öncü, "Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi 8", s. 160.

²⁰³ Bkz. 2.1.2.1.3.2. Gerekliklik ve Orantılılık İlkeleri

zorlayıcı toplumsal ihtiyacın ne olduğunu belirleme hususunda bir miktar takdir yetkisi verilmiştir. Ancak kamu makamlarına verilen bu takdir yetkisi sınırsız olmayıp ölçülü kullanılmak zorundadır. Kamu makamlarının takdir yetkisini; makul, dikkatli ve iyi niyetle kullanıp kullanmadığı dahil somut olay tüm yönleri ile Mahkeme tarafından dikkatli şekilde incelenmekte, özel hayata yapılan müdahalenin ulaşılmak istenen meşru amaca uygun ve ölçülü olup olmadığı Mahkeme tarafından denetlenmektedir. Bu doğrultuda, özel hayat hakkına getirilen sınırlama, kamunun genel yararı ile hakkına müdahale edilen bireyin menfaati arasında adil bir denge kurulmuşsa ve bu denge kurulurken kamu makamı takdir yetkisini doğru kullanılmışsa zorlayıcı toplumsal ihtiyacı karşılamış olacaktır. Zorlayıcı toplumsal ihtiyaca dayanmadan özel hayat hakkına yapılan müdahale meşru amaca ulaşmak için ölçülü olarak nitelenemeyecektir²⁰⁴.

3.2.3.2. Madde 8'in İşkence Yasağı ile İlişkisi

Avrupa Mahkemesi, bireylerin fizyolojik ve psikolojik bütünlüklerinin diğer bireylerin eylemlerinden korunması noktasında devletin pozitif yükümlülükleri olduğu görüşündedir. Bu doğrultuda Mahkeme, Sözleşme'nin hem 3. hem de 8. maddelerine ilişkin bir içtihadında, toplumun savunmasız bireylerinin fizyolojik ve psikolojik sağlıklarının korunmasında devletin rolünü özellikle vurgulamıştır²⁰⁵. Öte yandan, Mahkeme, Sözleşme'nin 3. maddesi uyarınca aranan asgari şiddet eşiğini geçmeyen davalarda Sözleşme'nin 8. maddesinin korumasının gündeme gelebileceğini kararlarında belirtmektedir²⁰⁶. Böyle bir durumda 8. madde korumasının gündeme gelebilmesi için, başvuruçunun, fizyolojik ve psikolojik bütünlüğüne yönelik müdahaleden yine de olumsuz etkilenmiş olması gerekmektedir.

²⁰⁴ “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 8 Rehberi”, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_TUR.pdf, çevrimiçi, 04.05.2022.

²⁰⁵ 22.03.2018 tarihli, 68125/14; 72204/14 numaralı, Wetjen ve diğerleri v. Almanya davası, para. 74; 22.03.2018 tarihli, 11308/16; 11344/16 numaralı, Tlapak ve diğerleri v. Almanya davası, para. 87.

²⁰⁶ 16.12.1997 tarihli, 152/1996/771/972 numaralı, Raninen v. Finlandiya davası, para. 63; 16.05.2002 tarihli, 39474/98 numaralı, D.G. v. İrlanda davası, para. 105.

3.2.3.3. Madde 8'in Ayrımcılık Yasağı ile İlişkisi

Mahkeme özellikle son dönemde vermiş olduğu kararlarda toplumsal cinsiyete dayalı ayrımcılık konularını Sözleşme'nin 8. maddesi ile beraber değerlendirmektedir²⁰⁷. Mahkeme'ye göre farklı muamelenin söz konusu olabilmesi için ciddi gerekçeler ortaya konulmalıdır. Belirtmek gerekir ki Mahkeme bu gerekçeleri, önüne gelen her davada somut olay özelinde ve ayrı ayrı değerlendirmektedir. Mahkeme'nin son dönem kararları uyarınca belirli ülkelerdeki gelenekler ile cinsiyet ve toplumsal cinsiyete dayalı sosyal tutumlar cinsiyet temelinde farklı muamele yapılmasını haklı kılmak açısından yeterli bir gerekçe olarak görülmemektedir.

3.2.3.4. Madde 8'in Çalışma Hürriyeti ile İlişkisi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi her ne kadar açıkça çalışma hakkını düzenlememiş olsa da Avrupa Mahkemesi'nin, çalışma hakkını, Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında değerlendirmeye aldığı örnekler olduğu görülmektedir²⁰⁸. Mahkeme'nin özel ve aile hayatına saygı hakkı kapsamında değerlendirmelerde bulunduğu çalışma hürriyetine ilişkin kriterleri *Denisov v. Ukrayna* davasında gösterilmiştir. Mahkeme bu davada iki aşamalı bir test uygulamıştır. Birinci test nedene dayalı yaklaşım, ikinci test ise sonuca dayalı yaklaşımdır. Buna göre çalışma hürriyetine ilişkin uygulanan müdahalenin nedenleri ile sonuçlarının ağırlığını kanıtlama yükümlülüğü başvurana aittir²⁰⁹.

Mahkeme'nin *Denisov v. Ukrayna* davasında gösterilen kriterler *Platini v. İsviçre* davasında da uygulanmıştır. UEFA eski başkanı Michel Platini, Uluslararası Futbol Federasyonları Birliği (FIFA) eski Başkanı Sepp Blatter'dan, 2011 yılında, 2

²⁰⁷ 16.11.2004 tarihli, 29865/96 numaralı Ünal Tekeli v. Türkiye davası; 03.10.2017 tarihli, 17484/15 numaralı, Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portekiz davası.

²⁰⁸ 05.09.2017 tarihli, 61496/08 numaralı, Bărbulescu v. Romanya [BD] davası, para. 71.

²⁰⁹ 25.09.2018 tarihli, 76639/11 numaralı, Denisov v. Ukrayna davası, para. 115-117; Ghent University, a.g.m., s. 8.

milyon İsviçre Frangı alarak FIFA etik kurallarını ihlal ettiği gerekçesiyle FIFA tarafından 8 yıl futboldan men edilmiş, FIFA Tahkim Kurulu ise bu cezayı 6 yıla indirmiştir. FIFA Tahkim Kurulu kararını CAS'a temyiz başvurusunda bulunarak taşıyan Platini, CAS tarafından verilen karar ile 4 yıl boyunca futboldan men edilmiştir. CAS kararlarını, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Federal Kanun'un 190/2. maddesi kapsamında çok sınırlı bir şekilde inceleyen İsviçre Federal Mahkemesi ise, CAS'ın, Platini hakkında verdiği kararı kamu düzenine aykırı bulmamıştır. Platini, İsviçre Federal Mahkemesi'nin nihai kararı sonrasında, Sözleşme'nin 8. maddesi uyarınca özel hayata saygı hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle Avrupa Mahkemesi'ne başvurmuştur. Avrupa Mahkemesi, bütün bir kariyerini futboldan kazanmış olan Platini'nin tek gelir kaynağından mahrum bırakılması yaptırımını ağır bulmuştur. Ancak Avrupa Mahkemesi, Platini'nin imzaladığı sözleşmeler uyarınca uyuşmazlığı yerel mahkeme önüne götürme hakkından özgür iradesiyle feragat ettiğini tespit etmiş, CAS tarafından cezanın hafifletilmesi ve Platini'nin üst düzey konumunu beraber göz önünde bulundurulduğunda cezayı FIFA'nın itibarının tadil edilmesi amacıyla orantısız bulmamış ve kabul edilemezlik kararı vermiştir²¹⁰.

Avrupa Mahkemesi, Semenya'nın özel ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edilip edilmediğini değerlendirirken, Semenya'nın DSD Regülasyonu uyarınca testosteron hormon seviyesine yönelik uygunluk kriterini karşılamadığı gerekçesiyle yarışmalardan men edilmesinin, Semenya'nın tek gelir kaynağına ağır bir müdahale olup olmadığı kapsamında değerlendirebilecektir. Bunun yanı sıra Mahkeme, Dünya Atletizm Birliği'nin tekel konumunda olup olmadığını, diğer bir ifadeyle Semenya'nın DSD Regülasyonu uyarınca öngörülen kısıtlamayı kabul etmekten başka şansı olup olmadığını da çalışma hürriyeti bağlamında değerlendirirken göz önünde bulundurabilecektir²¹¹.

²¹⁰ 11.02.2020 tarihli, 526/18 numaralı, Michel Platini v. İsviçre davası.

²¹¹ Belirtmek gerekir ki BM Özel Raportörleri ve Çalışma Grubu, interseks nüfusun onuru ve mahremiyeti üzerindeki düzenlemelerin damgalayıcı ve ayrımcı etkisine de dikkat çekmiştir. A/HRC/44/26, s.8; BM İnsan Hakları Komiseri ise, profesyonel sporlar için hormonal uygunluk kriterlerinin çalışma hakkını ve adil ve elverişli çalışma koşullarından yararlanma hakkını ihlal edebileceğini; çünkü bunların çeşitli spor dallarında sporcular için orantısız olarak eşit işe erişimi

3.2.3.5. Caster Semenya Başvurusu Açısından Değerlendirme

Semenya, Avrupa Mahkemesi'ne yaptığı başvuruda, Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamındaki beyanlarında; DSD Regülasyonu'nun, Semenya'nın cinsiyetinin test edilmesi için Semenya'yı küçük düşürücü ve zorunlu incelemelere maruz bırakan bir düzenleme olduğu ve bu durumun Semenya'nın fizyolojik ve psikolojik bütünlüğünü zedelediğini ifade etmiştir. Devamla, Semenya, DSD Regülasyonu'nun Semenya'nın onur ve haysiyetini zedelediğini ve elit bir sporcu olan Semenya'nın profesyonel faaliyetlerine kısıtlama getirdiğini ileri sürmüştür. Semenya'nın, 8. madde kapsamında yapmış olduğu başvurusunda altını çizmiş olduğu bir diğer husus ise DSD Regülasyonu'nun, Semenya'nın kişilik haklarına ciddi şekilde müdahalede bulunduğu ve Semenya'nın mahremiyetine zarar verebileceğinin İsviçre Federal Mahkemesi tarafından da kabul edildiği olmuştur. Öte yandan, Semenya, DSD Regülasyonu'nun öngörülebilir, erişilebilir ve belirli olmadığını, bu sebeple keyfi olduğunu ileri sürmüştür. Ayrıca, Semenya'ya göre DSD Regülasyonu, demokratik bir toplum için gerekli bir düzenleme olmayıp kadın olan sporcuları kendi kategorilerinin dışında bıraktığı için zorlayıcı toplumsal ihtiyacı da karşılamamaktadır.

Yukarıda açıklandığı üzere, Avrupa Mahkemesi, Sözleşme'nin 8. maddesini yorumlarken kamunun menfaatleri ile bireyin menfaatleri arasındaki çatışmayı değerlendirmektedir. Caster Semenya vakasında, DSD Regülasyonu uyarınca 46 XY DSD olarak nitelenen bireylerin kadın kategorisinde yarışabilmesi için, doğuştan sahip oldukları testosteron hormonunu 5 nmol/L seviyesinin altına düşürmesinin, sporda eşit ve adil rekabeti sağlama meşru amacı için, diğer bir ifadeyle, 46 XX kromozom yapısına sahip kadın sporcuların, yani bir başka grubun

sınırlayan bir engel oluşturabileceğini belirtmiştir. "Letter by the Mandates of the Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health, the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, and the Working Group on the issue of discrimination against women in law and in practice", OL OTH 62/2018, <https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownloadPublicCommunicationFile?gId=2407>, çevrimiçi, Erişim Tarihi: 04.05.2022, s. 4; Ghent University, a.g.m., s. 9.

hak ve özgürlüklerini koruma altına almak için gerekli, makul ve orantılı olup olmadığı tartışılmaktadır. DSD Regülasyonu uyarınca getirilen bu sınırlama, cinsiyet kimliğini kadın olarak tanımlayan ve bu yüzden kadın kategorisinde yarışmak isteyen; ancak performans avantajı yarattığına inanılan belirli cinsiyet gelişim farklılıklarına sahip 46 XY DSD sporcuların, 46 XX kromozom yapısına sahip *cisgender* kadın sporcular üzerinde haksız bir avantaj elde ettiği fikrine dayanmaktadır. Görüleceği üzere, Semenya vakasında, sporda eşit ve adil rekabetin sağlanması meşru amacı ile bireyin fizyolojik ve psikolojik vücut bütünlüğünün korunması meşru amacının çatışması söz konusudur.

Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında “yasayla öngörülmüş olma” kriteri DSD Regülasyonu uyarınca, “meşru amaç” kriteri ise sporda eşit ve adil bir rekabet ortamının yaratılmak istenmesi uyarınca sağlanmaktadır. Bu doğrultuda, Avrupa Mahkemesi, kabul edilemezlik kararı vermediği takdirde, söz konusu müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı ile ölçülü olup olmadığını, Mahkeme'nin önceki içtihatlarını göz önünde bulundurularak ve fakat tamamen somut olay şartları çerçevesinde değerlendiriliyor olacaktır. Sözleşme'nin 8. maddesi bakımından en hassas kriter “demokratik bir toplumda gerekli olma” kriteridir. Diğer bir ifadeyle, zorlayıcı toplumsal ihtiyacı karşılamak için izlenen meşru amacın ölçülü olup olmadığına ilişkin olarak Mahkeme tarafından yapılacak olan değerlendirme, Sözleşme'nin 8. maddesi bakımından en hassas olunması gereken kriterdir. Bu doğrultuda, Avrupa Mahkemesi tarafından, kamusal menfaat ile bireysel menfaat arasındaki dengenin sağlanıp sağlanmadığına bakılmakta ve bu sınırlamada devletin takdir yetkisini uygun bir şekilde kullanılıp kullanılmadığı değerlendirilmeye alınmaktadır.

DSD Regülasyonu uyarınca, *cisgender* kadın sporcuların eşit ve adil bir rekabet ortamında yarışması meşru amacını sağlamak için, cinsiyet gelişim farklılığına sahip olan ve fakat çoğunlukla kadın kategorisini temsil eden sporcuların doğuştan gelen testosteron hormonuna müdahale edilmesinin ölçülü olup olmadığını değerlendirmek gerekmektedir. Bu doğrultuda, ölçülülük ilkesinin alt unsurlarından

biri olan gereklilik ilkesi kapsamında, ilk olarak, hak ve özgürlüğün sınırlanması meşru amacına ulaşmak için, sınırlamada kullanılan aracın taşıdığı özelliklere bakılmalıdır. Buna göre, cinsiyet gelişim farklılığına sahip kadın sporcuların testosteron hormon seviyesini düşürmeye yönelik müdahale, kadın kategorisinde eşit ve adil rekabet ortamının sağlanması açısından zorunlu mudur? Kadın kategorisinde eşit ve adil rekabet ortamının sağlanması amacı için, cinsiyet gelişim farklılığına sahip kadın sporcuların testosteron hormonuna müdahale etmek dışında, aynı amacı gerçekleştirmeye eşdeğer başka bir çözüm yok mudur? Gereklilik ilkesi bakımından bu iki sorunun cevabı verilmeli ve şayet verilen cevaplar uyarınca, DSD Regülasyonu'nun zorunlu olduğu tespiti yapılırsa, ölçülülük ilkesinin bir diğer alt unsuru olan orantılılık ilkesinin incelemesine geçilmelidir. Orantılılık ilkesi kapsamında ise kamu menfaati ile bireysel menfaat arasındaki adil dengeye bakılmalı, kamu menfaati ile bireysel menfaat arasındaki değerler tartılmalıdır. Bu doğrultuda, *cisgender* kadın sporcular ile cinsiyet gelişim farklılığına sahip kadın sporcuların haklarının çatıştığı bir ortamda, müdahaleden olumsuz olarak etkilenen bireylerin (cinsiyet gelişim farklılığına sahip kadın sporcuların) hak ve özgürlüklerine getirilen sınırlamanın ağırlığı, sıklığı, süresi ve ölçüsü tartılmalıdır. Belirtmek gerekir ki değerler tartımı matematiksel bir süreç olmayıp hukuki bir süreçtir. Bu sebeple değerler tartımı; kişisel, politik ve ahlaki kaygılardan arı bir şekilde gerçekleştirilmelidir²¹². Bu doğrultuda, CAS'ın da üzerinde durduğu bir konu olarak, cinsiyet gelişim farklılığına sahip kadın sporcuların testosteron hormon seviyesinin, yarışmalarda aşılmaz bir performans avantajı sağladığı verisinin kesin olup olmadığının değerlendirilmesi orantılılık ilkesi bakımından önemlidir. Zira kesin olmayan bir veriye dayanarak getirilen bir sınırlama orantılı olmayacaktır. CAS kararında da açıkça ifade edildiği üzere testosteron hormonu performans avantajını etkileyen tek faktör değil; ancak tarafların sunmuş olduğu delillere ve mevcut bilimsel verilere göre birincil

²¹² Yüksel, a.g.m., s. 14.

faktördür²¹³. Ancak bu tespit her ne kadar bilimsel bir veri olsa da hala tartışmalıdır²¹⁴.

Caster Semenya'nın cinsiyet kimliği bakımından "kadın" veya "erkek" ikili kategorisine tam anlamıyla uyum sağlamadığı ve toplum tarafından "interseks" bir birey olarak nitelendirildiği göz önünde bulundurulduğunda, Avrupa Mahkemesi'nin geçmiş tarihli kararlarında, cinsiyet ve toplumsal cinsiyete ilişkin başvuruları nasıl yorumladığının da kısaca açıklanması faydalı olacaktır. Zira Avrupa Mahkemesi'nin verdiği kararların dayanağı olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin, aslında "yaşayan bir belge" olduğu göz önünde bulundurulduğunda, ülkelerdeki gelenekler ve cinsiyet ve toplumsal cinsiyete ilişkin sosyal tutumların Mahkeme'nin kararlarına yön verdiği tartışmasızdır. Örneğin, Mahkeme, ilk dönem kararlarında, trans bireylerin, doğum belgelerinde yer alan biyolojik cinsiyetlerinin değiştirilmesi kapsamında yaptıkları başvuruları, bu gibi bilgilerin değiştirilmesi konusunda Sözleşme'ye taraf devletler arasında bir yeknesaklık bulunmadığı, bu yüzden taraf devletlerin takdir yetkisinin geniş olduğu gerekçesiyle esasa girmeksizin kabul edilemez bulmuştur. Buna rağmen Avrupa Mahkemesi, cinsiyet ve toplumsal cinsiyete ilişkin olarak önüne gelen bu ilk dönem kararlarında, her ne kadar taraf devletlerin takdir yetkisine atıfta bulunarak kabul edilemezlik kararı vermişse de, LGBTI bireylerin karşılaştığı problemlerin farkında olduğunu ve LGBTI bireylere ilişkin hukuki düzenlemelerin sosyal ve bilimsel gelişmeler ışığında sürekli gözden geçirilmesi gerektiğini kararlarına eklemiştir²¹⁵. Mahkeme, cinsiyet ve toplumsal cinsiyet ilişkin başvurulara ilişkin olarak sonraki dönem kararlarında ise davanın esasına girmiş ve Sözleşme'nin 8. maddesi

²¹³ CAS 2018/O/5794, para. 479.

²¹⁴ Kararın verilmesinden sonra Dünya Atletizm Birliği tarafından görüşlerine dayanılan bazı uzmanlar, testosteron hormon seviyesi ve performans avantajı arasındaki nedenselliğe dair kesin bir kanıt olmadığını belirtmiştir. Bermon, Stéphane, "Correction: Serum androgen levels and their relation to performance in track and field: mass spectrometry results from 2127 observations in male and female elite athletes", Br. J. Sports Med., Cilt 55, Sayı 17, Y. 2021; Ghent University, a.g.m., s. 3.

²¹⁵ 17.10.1986 tarihli, 9532/81 numaralı, Rees v. Birleşik Krallık davası, para. 47; 27.09.1990 tarihli, 10843/84 numaralı, Cossey v. Birleşik Krallık davası, para. 42; Arslan Öncü, Gülay, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Hayatın Korunması Hakkı Doktora Tezi", ("Doktora Tezi"), İstanbul, Y. 2009, s. 238.

kapsamında bir değerlendirme yaparak ihlal kararı vermiştir. Avrupa Mahkemesi, bu konudaki bir kararında; LGBTI bireylerin “cinsel kimlik bozukluğu” durumuna sahip olduğunu, LGBTI bireylerin hem sosyal hem hukuki açıdan topluma entegre edilmesi konusunda süregelen uluslararası bir akımın varlığını ve LGBTI bireylerin fizyolojik ve psikolojik güvenliğinin sağlanması konusunun zamanın geçmesi ile çözülecek bir uyuşmazlık olmadığını belirtmiştir²¹⁶. Görüldüğü üzere Avrupa Mahkemesi ilk dönem kararlarında ikili cinsiyet ayrımını katı bir şekilde uygularken, toplumların, cinsiyete ve toplumsal cinsiyete dayalı sosyal tutumlarının değişmesi ile LGBTI bireylere ilişkin verdiği kararlarda içtihat değişikliğine gitmiş ve LGBTI bireylerin fizyolojik ve psikolojik güvenliklerinin sağlanması gerektiğini vurgulamıştır.

Yukarıda açıklanan hususlar doğrultusunda, kesinliği olmayan bir veriye dayanarak belirli bir grubun vücut bütünlüğüne müdahale edilmesi ölçülü müdür? CAS kararının kamu düzenine aykırı olmadığı sonucuna ulaşarak nihai kararı veren İsviçre Federal Mahkemesi tarafından kullanılan takdir yetkisi bu kapsamda ölçülü kullanılmış mıdır? DSD Regülasyonu uyarınca öngörülen, testosteron hormonunun düşürülmesine yönelik uygunluk kriterinden önce, geçmiş tarihli Avrupa Mahkemesi içtihatlarını da göz önüne bulundurarak, kalıplaşmış olan kadın ve erkek ikili kategorik ayrımının genişletilmesi mi daha mı uygun olurdu? Nitekim sosyal tutum ve algılarımızın, cinsiyet ve toplumsal cinsiyet kavramlarının genişlemesi yönünde gelişmekte olduğu, tez çalışmasında da ele alınan ve testosteron hormonunun düşürülmesine yönelik bir diğer düzenleme olan Hiperandrojenizm Regülasyonu’nun iptali için CAS önüne gelen Dutee Chand vakasında, Regülasyon’un, “aslında yeni bir kategoriye” uygulandığı açık bir şekilde ifade edilmiştir²¹⁷. Kaldı ki bu husus, CAS’ın, Dutee Chand kararından üç yıl sonra yürürlüğe konan DSD Regülasyonu’nun 2.3.(a) maddesi uyarınca, cinsiyet kimliğini interseks olarak tanımlayan “ayrı” bir sınıfın varlığının kanuni olarak

²¹⁶ 11.07.2002 tarihli, 28957/95 numaralı, Christine Goodwin v. Birleşik Krallık [BD] davası, para. 90-91, 93; Öncü, “Doktora Tezi”, s. 241.

²¹⁷ CAS 2014/A/3759, para. 511.

düzenlenmesi suretiyle de kabul edilmiştir. Diğer bir ifadeyle cinsiyet rejiminin aslında ikili olmadığı ile sporda kadın ve erkek ikili cinsiyet rejimi dışında üçüncü bir biyolojik cinsiyetin varlığı hem CAS kararları ile hem de hukuki düzenlemelerle açıkça ifade edilmiştir²¹⁸. Buradan hareketle, DSD Regülasyonu gibi, kişinin fizyolojik ve psikolojik bütünlüğüne etki etme ihtimali olan ve kesin bilimsel verilere dayanmayarak oluşturulan bir sınırlama yerine, ikili cinsiyet rejimine dayalı konvansiyonel kategorik ayrımın genişletilmesi yoluna gidilmesi ve takdir yetkisinin kategorik ayrımların genişletilmesi suretiyle kullanılması hem 46 XY DSD sporcuların daha üstün ve mutlak bir hak olan vücut bütünlüğünün korunması hakkına müdahale edilme ihtimalinin ortadan kalkması (veya en azından bu konuda gerçek anlamda bir rızanın verilmesi için takdir hakkının sporcuya bırakılması) hem de 46 XX kromozom yapısına sahip *cisgender* sporcuların eşit ve adil bir rekabet ortamında yarışmasının sağlanması açısından daha mı uygun olur? Tüm bu değerlendirmeler akabinde kuşkusuz ki spora ilişkin düzenlemeler ile insan hak ve özgürlüklerine ilişkin düzenlemelerin çatıştığı bu meseleye Avrupa Mahkemesi'nin Semenya kararı büyük anlamda katkı sağlıyor olacaktır.

3.2.4. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) Madde 14 Bakımından İnceleme

3.2.4.1. Genel Olarak Ayrımcılık Yasağı

Sözleşme'nin 14. maddesi “*Bu Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere*

²¹⁸ CAS 2018/O/5794, para. 477; *DSD Regülasyonu madde 2.3(a)* “*Bir Uluslararası müsabakada kısıtlı bir yarışmada kadın kategorisinde yarışmaya veya uluslararası olmayan bir müsabakada dünya rekoru kırmaya hak kazanmak için ilgili sporcunun aşağıdaki koşulların her birini karşılaması gerekmektedir (Uygunluk Kriterleri): (a) hukuken kadın veya interseks (veya eşdeğeri) olarak tanınmalıdır.*” hükmünü haizdir. Orijinal hali: “*To be eligible to compete in the female classification in a Restricted Event at an International Competition, or to set a World Record in a competition that is not an International Competition, a Relevant Athlete must meet each of the following conditions (the Eligibility Conditions): (a) she must be recognised at law either as female or as intersex (or equivalent).*”

herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır.” hükmünü haizdir. Belirtmek gerekir ki her ne kadar madde metninde açıkça yer verilmemiş olsa da yaş, engellilik, medeni hal, sendika üyeliği ve cinsel yönelim gibi durumlar da Avrupa Mahkemesi’nin kararları ile koruma altına alınmıştır²¹⁹.

İnsan haklarının esas ortaya çıkış nedeni insanın; dini, dili, ırkı, etnik kökeni, cinsiyeti, rengi, düşüncesi ne olursa olsun insana yalnızca insan olduğu için saygı duyulması düşüncesi altında yatmaktadır. Bu sebeple eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı uluslararası hukukun en üstünde yer an temel hukuk normu olarak kabul edilmekte ve birçok uluslararası sözleşme ayrımcılık yasağı ve eşitlik vurgusu yapmaktadır. Buradan hareketle ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkelerinin neden hem Birleşmiş Milletler Sözleşmeleri²²⁰ hem Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hem de Olimpik Anlaşma gibi uluslararası sözleşmeler ile koruma altına alınması ihtiyacının doğduğuna eğilmek gerekmektedir. Bunun sebebi, temelde, belirli bir gruba ilişkin varsayımlardır. Örneğin bireyler cinsel yönelimleri, fiziksel engelleri ve hatta sadece kadın oldukları gibi varsayıma dayalı sebeplerle toplumdan dışlanmakta ve insan hak ve özgürlüklerinden diğer bireylerle eşit ölçüde yararlanamamaktadır²²¹. Belirtmek gerekir ki, eşitlik ilkesi, herkesin her durumda eşit olması anlamına gelmemektedir. Belirli kişi veya durumlar için eşitlik

²¹⁹ 10.06.2010 tarihli, 25762/07 numaralı, Schwizgebel v. İsviçre davası; 29.04.2002 tarihli, 2346/02 numaralı, Pretty v. Birleşik Krallık davası; 22.05.2008 tarihli, 15197/02 numaralı, Petrov v. Bulgaristan davası; 30.07.2009 tarihli, 67336/01 numaralı, Danilenkov ve diğerleri v. Rusya davası; 21.12.1999 tarihli, 33290/96 numaralı, Salgueiro da Silva Mouta v. Portekiz davası; 26.05.2002, 36515/97 ve 43546/02 numaralı Fretté v. Fransa davası; 09.01.2003 tarihli, 45330/99 numaralı, S. L. v. Avusturya davası; 24.07.2003 tarihli, 40016/98 numaralı, Karner v. Avusturya davası; 22.01.2008 tarihli, 43546/02 numaralı, E.B. v. Fransa [BD] davası.

²²⁰ Her Türlü İrk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme (1965); Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Sözleşme (1966); Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Sözleşme (1966); Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (1979); İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme (1984); Çocuk Haklarına Dair Sözleşme (1989); Göçmen İşçiler ve Ailelerinin Haklarına İlişkin Sözleşme (1990); Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme (2006); Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına İlişkin Sözleşme (2006).

²²¹ Gül, İdil Işıl, “Hukukta Ayrımcılık Yasağı”, Ayrımcılık Çok Boyutlu Yaklaşımlar (Derleyenler: Kenan Çayır, Müge Ayan Ceyhan), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, Y. 2012, s. 117-133.

ilkesinden ayrılmak mümkün olup bu durum hukuk tarafından kabul edilmektedir. Ayrımcılık yasağı ise hangi durumlarda kişilere farklı muamele yapılabileceğini somutlaştırmaktadır. Diğer bir ifadeyle ayrımcılık yasağı, eşitlik ilkesini güvence altına almaktadır. Bu doğrultuda, eşit durumda olanlara eşit davranmamak veya farklı durumda olanlara eşit davranmak ayrımcılık yasağının ihlaline neden olmaktadır²²².

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. maddesi kapsamında düzenlenen ayrımcılık yasağının tanımı Avrupa Mahkemesi'nin içtihatları ile yapılmıştır. Buna göre, bir muameledeki farklılık makul ve nesnel bir gerekçeye sahip değilse, diğer bir ifadeyle, meşru bir amaca hizmet etmiyorsa veya kullanılan araç ile ulaşılmak istenen amaç arasında bir denge yoksa ayrımcılık söz konusu olmaktadır²²³. Avrupa Mahkemesi, ayrımcılık yasağına ilişkin ihlallerin denetim mekanizması olup Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında ayrımcılık yasağı üç farklı düzenlemeye konu olmuştur. Bu düzenlemelerden birincisi, ayrımcılık yasağının yalnızca, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. maddesi kapsamında tanınan haklar bakımından yasaklanmasıdır. İkinci olarak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 1 Nisan 2005 yılında yürürlüğe giren 12 No'lu Ek Protokol ile, ayrımcılık yasağını başlı başına bir insan hakkı olarak düzenlenmiş ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında koruma altına alınmayan haklar bakımından da ayrımcılık yapılmasını yasaklamıştır. Üçüncü düzenleme ise 14 Nisan 2015 tarihinde yürürlüğe giren 7 No'lu Ek Protokol'dür.

Avrupa Mahkemesi, Sözleşme'nin 14. maddesinin ihlal edilip edilmediğine ilişkin olarak belirli kriterler kapsamında değerlendirme yapmaktadır. Bunlar; Sözleşme kapsamında güvence altına alınan bir hakkın ihlal edilip edilmediği ölçütü, karşılaştırılabilirlik ölçütü (veya bazı durumlarda dezavantajlı olma ölçütü) ve makul ve nesnel gerekçe ölçütüdür.

²²² Karan, Ulaş, "Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi", <https://www.anayasa.gov.tr/media/4440/8.pdf>, çevrimiçi, Erişim Tarihi: 04.05.2022, s. 237.

²²³ Marckx v. Belçika, para. 33; 28.11.1984 tarihli, 8777/79 numaralı, Rasmussen v. Danimarka davası, para. 38.

Mahkeme, birinci olarak, Sözleşme ile güvence altına alınan 14. madde dışında başka bir hakkın ihlal edilip edilmediğine bakmaktadır. Bu doğrultuda, Avrupa Mahkemesi bazı davalarda; Sözleşme'nin 14. maddesi dışında, Sözleşme ile koruma altına alınan başka bir hakkın daha ihlal edildiğine karar vermişse ve ihlale konu olay ayrımcılık yasağı bakımından davanın önemli bir yönünü oluşturmuyorsa, olayı Sözleşme'nin 14. maddesi kapsamında ayrı bir incelemeye tabi tutmama eğilimindedir²²⁴. Ancak Avrupa Mahkemesi içtihatları incelendiğinde, Mahkeme'nin bu konuda istikrarlı bir yaklaşımı olmadığı tespit edilebilecektir²²⁵. Avrupa Mahkemesi, ayrımcılık yasağını değerlendirildiği bazı davalarda ise; Sözleşme ile güvence altına alınan bir hakkın ihlal edilmediğine karar vermesine rağmen bu hakkın, Sözleşme'nin 14. maddesi ile beraber değerlendirilmesi halinde ihlal edildiğine karar verebilmektedir²²⁶. Avrupa Mahkemesi bazı grup davalarda ise; Mahkeme'ye yapılan bir başvurunun temelinin farklı muameleye dayandığını tespit etmekte ve bu sebeple 14. maddenin doğrudan Sözleşme'de yer alan başka bir hak ile beraber değerlendirmektedir. Belirtmek gerekir ki Mahkeme, böyle bir durumda, 14. madde ile beraber değerlendirdiği hak veya özgürlüğün ihlal edilip edilmediğine ilişkin ayrı bir değerlendirmede bulunmamaktadır²²⁷. Mahkeme, son olarak bazı davalarda; hem Sözleşme ile güvence altına alınan bir hakkın ihlal edildiğine hem de 14. maddenin ihlal edildiğine karar verebilmektedir. Mahkeme'nin bu yaklaşımı, ilk yaklaşımı ile çelişmekle beraber, belirtildiği üzere, Mahkeme'nin, 14. maddenin uygulanması noktasında çok istikrarlı bir yaklaşımı bulunmamaktadır²²⁸.

Mahkeme, Sözleşme ile güvence altına alınan bir hakkın varlığını tespit ettikten sonra, ayrımcılık yasağını değerlendirmek üzere, karşılaştırılabilirlik ölçütünü kullanmaktadır. Buna göre, Mahkeme, ihlal iddiasında bulunan birey ile kendisinden daha lehe bir duruma sahip olduğu iddia edilen kişi veya grubu

²²⁴ D.J. Harris vd., "Avrupa İnsan Hakları Hukuku", (çeviren: Mehveş Bingöllü Kılıcı, Ulaş Karan), Avrupa Konseyi, Y. 2013, s. 598; Dudgeon v. Birleşik Krallık, para. 67.

²²⁵ Karan, a.g.m., s. 273.

²²⁶ Karan, a.g.m., s. 273.

²²⁷ Karan, a.g.m., s. 274.

²²⁸ Karan, a.g.m., s. 274.

karşılaştırmaktadır. Karşılaştırılabilirlik ölçütünü Mahkeme iki açıdan ele almaktadır. Bunlardan birincisi, Sözleşme kapsamında güvence altına alınan haklardan yararlanırken, benzer durumda olan bireylere farklı muamele uygulanması için nesnel bir gerekçe olmaması, ikincisi ise durumları önemli derecede farklı olan bireylere nesnel bir gerekçe olmadan aynı şekilde davranılması şeklindedir²²⁹. Belirtmek gerekir ki Mahkeme'nin; cinsiyet, ırk, cinsel yönelim, etnik köken ve din temelli ayrımcılık iddialarında, karşılaştırılabilirlik ölçütünü değerlendirmeksizin doğrudan makul ve nesnel gerekçe ölçütünün incelemesine geçtiği de görülmektedir²³⁰.

Üçüncü ölçüt bakımından Avrupa Mahkemesi, Sözleşme'ye taraf devletlere, ihlal iddiasına konu muamelenin makul ve nesnel bir gerekçeye sahip olduğunu kanıtlama yükümlülüğü getirmektedir. Bu doğrultuda, yargılamanın tarafı devlet, farklı muamelenin haklı gerekçelere dayandığını ispat etmekle yükümlü tutulmaktadır. Diğer bir ifadeyle, yargılamanın tarafı devlet, farklı muamelenin, meşru bir amaca hizmet ettiğini ve kullanılan araç ile ulaşılmak istenen amaç arasındaki dengeyi ispat etmek ile yükümlü tutulmaktadır. Meşru amacın değerlendirilmesi bakımından Avrupa Mahkemesi'nin yaklaşımı, Sözleşme'nin yaşayan bir belge olması sebebiyle, günün koşullarına göre yorumlanması gerektiği şeklindedir²³¹. Farklı muamelenin meşru bir amaca hizmet ettiğinin tespit edilmesi akabinde ise, Mahkeme tarafından, taraf devletin takdir yetkisini ölçülü kullanıp kullanmadığı incelenmektedir.

3.2.4.2. Caster Semenya Başvurusu Açısından Değerlendirme

Semenya, Avrupa Mahkemesi'ne yaptığı başvuruda, Sözleşme'nin 14. maddesi kapsamındaki beyanlarında; DSD Regülasyonu'nun yalnızca kadın kategorisi için uygulandığını, erkek kategorisi için uygulanmadığını, bu yüzden cinsiyete dayalı

²²⁹ 6.04.2000 tarihli, 34369/97 numaralı, Thlimmenos v. Yunanistan davası.

²³⁰ Karan, a.g.m., s. 278

²³¹ Karan, a.g.m., s. 282

ayrımcı bir düzenleme olduğunu ileri sürmüştür. Bunun yanı sıra, Semenya, DSD Regülasyonu'nun geçmişteki cinsiyetin belirlenmesi testlerinin başka bir versiyonu olduğunu ve sporcuların cinsiyet kimliğine saygı duymadığını belirtmiştir. Devamla, Semenya, DSD Regülasyonu'nun; Latin Amerika, Asya ve Afrikalı kadınların biyolojik özelliklerini göz ardı ettiğini ve bu durumun ırk ayrımcılığına neden olduğunu iddia etmiştir. Semenya, Avrupa Mahkemesi'ne yapmış olduğu başvuruda, İsviçre Federal Mahkemesi kararını da eleştirmiştir. Buna göre, İsviçre Federal Mahkemesi, CAS yargılaması sırasında kusurlu bilimsel verilere dayanan IAAF'in kanıtlarını uygun ve yeterli bir şekilde analiz etmemiştir. İsviçre Federal Mahkemesi her ne kadar sınırlı bir denetim yetkisine sahip olsa da Semenya'ya göre, Federal Mahkeme, DSD Regülasyonu'nun, kadın kategorisinde eşit ve adil rekabetin sağlanması meşru amacı için ölçülü bir düzenleme olup olmadığını yeterli titizlikte değerlendirmemiştir. Bu bağlamda, Semenya, Sözleşmenin 3. maddesi ve 8. maddesi ile güvence altına alınan asli haklardan yararlanma konusunda ayrımcılığa uğradığını iddia ederek Sözleşme'nin 14. maddesi kapsamında Avrupa Mahkemesi'ne başvurmuştur.

Her şeyden önce belirtmek gerekir ki farklı olmak ve genetik avantajlar sporun özünde vardır. Kişinin bedensel özellikleri, antrenman, beslenme, sosyoekonomik imkanlar ve hatta bazen genetik farklılıklar sporda yaygındır. Ancak bu farklılıklar profesyonel spor dünyasının sorgulamadan kabul ettiği farklılıklardır²³². Burada sayılanlar ve sayılanlara benzer birçok farklılık sorgulanmadan rakipler tarafından kabul ediliyorsa, haksız avantaj yarattığı iddiası ile sorgulanan farklılıkların nereden kaynaklandığını öncelikle ele almak gerekmektedir. Bunun kaynağı ise sporda kadın ve erkek kategorik ayrımına dayalı bir yaklaşımın benimsenmesidir²³³. Caster Semenya vakasında, durumları önemli derecede farklı olduğu iddia edilen bir grubun (46 XX bireyler ile 46 XY DSD bireyler) aynı kategoride, yani kadın kategorisinde yarışması söz konusudur. IAAF ve CAS'a göre, 46 XY DSD bireyler, 46 XX bireyler üzerinde, testosteron hormon seviyeleri

²³² Bianchi, a.g.m., s. 1.

²³³ Bianchi, a.g.m., s. 3.

nedeniyle önemli derecede performans avantajına sahiptir. DSD Regülasyonu uyarınca öngörüldüğü üzere, 46 XY DSD bireylerin testosteron hormonunu 5 nmol/L seviyesinin altına düşürmemesi halinde kadın kategorisinde yarışmalarına izin verilmektedir. IAAF ve CAS'a göre DSD Regülasyonu, kadın kategorisinde eşit ve adil rekabetin sağlanması meşru amacı için gerekli, makul ve orantılıdır²³⁴.

Avrupa Mahkemesi'nin, başvuru hakkında kabul edilemezlik kararı vermediği takdirde yapacağı değerlendirmeler açısından bakıldığında, Sözleşme'nin 14. maddesine ilişkin genel açıklamaların yapıldığı bölümünde ifade edildiği üzere, Avrupa Mahkemesi, her ne kadar Sözleşme kapsamında başka bir hakkın ihlal edildiğine karar vermesi halinde 14. madde açısından ayrıca bir değerlendirme yapmama eğiliminde olsa da, ihlale konu olayın ayrımcılık yasağı bakımından davanın önemli bir yönünü oluşturması halinde bu yaklaşımını terk edebilmektedir. Bu doğrultuda, Avrupa Mahkemesi'nin, 14. madde kapsamında bir değerlendirme yapması halinde, Mahkeme, DSD Regülasyonu uyarınca uygulanan farklı muamelenin meşru bir amaca hizmet edip etmediği, ediyorsa kullanılan araç ile ulaşılmak istenen amaç arasında adil bir denge olup olmadığı kapsamında bir değerlendirme yapıyor olacaktır.

3.3. DEVLETLERİN POZİTİF YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE SORUMLULUĞU MESELESİ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önünde İsviçre devleti aleyhine dava açan Semenya'nın bu başvurusu, devletlerin bireyler arasındaki ilişkilerde de insan haklarını gözetme ve uluslararası spor yönetim organlarının eylemlerinden doğan bir ihlal söz konusu olduğunda sorumluluğun gerçekten hangi devlete ait olması gerektiği konularını gündeme getirmiştir. Zira Semenya vakasına dayanak DSD Regülasyonu, bir özel hukuk tüzel kişisi olan IAAF tarafından yürürlüğe konmuştur. Üstelik IAAF, merkezi İsviçre'de değil, Monako'da bulunan bir

²³⁴ CAS 2018/O/5794, para. 284-312, 626.

uluslararası spor yönetim organıdır. Bu durum da merkezi Monako’da bulunan bir özel hukuk tüzel kişisinin insan hak ve özgürlüklerini sınırlayan eylemlerinden, DSD Regülasyonu uyarınca uyuşmazlık yargı yeri olarak CAS’ın yetkili kılınması ve CAS kararlarının nihai denetim yerinin İsviçre Federal Mahkemesi olması sebebiyle İsviçre’nin sorumlu olup olmayacağı tartışmasını gündeme getirmektedir.

Belirtmek gerekir ki dernek tüzel kişiliğini haiz spor yönetim organlarının görev ve yetkileri itibarıyla kamusal ve yarı kamusal fonksiyonları bulunmaktadır²³⁵. Bu doğrultuda, spora ilişkin özel düzenlemeler yapmak, bu düzenlemeleri yürütmek ve hatta bu düzenlemelere aykırı davranan sporun paydaşlarını gerektiğinde tahkim kurulları aracılığıyla yargılamak, spor yönetim organlarına bizzat devletler tarafından verilen yetkililerdir. Spor yönetim organları devlet kontrolünün ötesinde sayılabilecek yetkilere sahip olsa bile, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, spor yönetim organlarına, özel hukuk tarafından kurulmuş devlet dışı aktörler oldukları için, doğrudan herhangi bir yasal yükümlülük yüklememektedir. Bu sebeple, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin yatay etkisi kapsamında, devletlerin pozitif yükümlülüklerinin belirlenmesi meselesi ortaya çıkmaktadır. Belirtmek gerekir ki Sözleşme, devletlerin pozitif yükümlülüğünü kesin bir şekilde tanımlamamıştır²³⁶. Bu doğrultuda, Avrupa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki bir pozitif yükümlülüğün ihlalini tespit etmek için iki kriter öngörmektedir. Bunlardan birincisi, ilgili devletin konuya ilişkin bilgi durumu, ikincisi ise nedensellik bağıdır. Diğer bir ifadeyle, Avrupa Mahkemesi, öncelikle, ilgili devletin, ihlal iddiasına konu eylem ile korunan menfaat arasındaki ilişkiden haberdar olup olmadığını incelemektedir. Bunun devamında ise ilgili devletin, insan hak ve özgürlüklerinin ihlaline neden olabilecek vakayı öngörebilme ihtimalini incelemektedir. Sonuç olarak, ilgili devletin kendi toprakları içerisinde, devlet dışı aktörler tarafından insan hakları ihlallerinin meydana gelebileceğini bilebilecek ve öngörebilecek durumda olması; ancak buna rağmen bu ihlallerin

²³⁵ Gemalmaz, Burak, “Applicability of Human Rights Standards in Turkish Football Arbitration: the Contribution of the European Court of Human Rights”, *The International Sports Law Journal*, Cilt 19, Y. 2019, s. 38-58.

²³⁶ 26.05.1994 tarihli, 16969/90 numaralı, *Keegan v. İrlanda* davası, para. 49.

oluşmaması için gerekli önlemleri almaması, söz konusu devletin Sözleşme'den kaynaklanan pozitif yükümlülöklere uymadığı şeklinde yorumlanmaktadır²³⁷. Bu bağlamda sporun ulusötesi (*transnational*) özelliği ile uluslararası spor yönetim organlarının eylemlerinden doğan uyuşmazlıkların nihai çözüm yeri CAS'ın merkezinin İsviçre olduğu göz önünde bulundurulduğunda, spor hukukuna ilişkin uyuşmazlıklardan doğan insan hakları ihlallerinden her zaman İsviçre'nin mi sorumlu olacağı sorusu gündeme gelmektedir. Örneğin, Semenya başvurusunda, Avrupa Mahkemesi, DSD Regölasyonu sebebiyle meydana gelen ve gelebilecek ihlallerin sistematik olduğuna karar vermesi halinde, bu yapısal değişikliklerin yerine getirilmesine ilişkin İsviçre sorumlu olacak mıdır? Bu ve benzeri soruların cevabı, Avrupa Mahkemesi'nin Caster Semenya başvurusuna ilişkin vereceği karar ile açıklığa kavuşacak ve uluslararası spor yönetim organlarının bireyler ve devletler arasındaki ilişkisine de bir anlamda açıklık kazandırıyor olacaktır.

²³⁷ Shinohara, Tsubasa, "Which states parties should be held responsible for the implementation of positive obligations under the ECHR in sports-related disputes?", *The International Sports Law Journal*, Y. 2021, çevrimiçi, <https://doi.org/10.1007/s40318-021-00202-1>, Erişim Tarihi: 04.05.2022.

SONUÇ

İnsan hakları hukuku ve spor hukukuna ilişkin çalışmalarda literatüre katkı sağlayabilecek bir süreç de hiç şüphesiz ki Güney Afrikalı ve 800 metre orta mesafe koşucusu olan Mokgadi Caster Semenya'nın sürecidir. İlk olarak İsviçre'de yerleşik spor yetkinlik mahkemesi olan Spor Tahkim Mahkemesi (CAS) önünde görülen, sonrasında tahkim kurulu kararlarını çok sınırlı bir şekilde denetleme yetkisine sahip İsviçre Federal Mahkemesi önünde görülen Semenya'nın bu eşsiz davası, şu an Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) önünde hem insan haklarının yatay ve dikey etkisi hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile koruma altına alınan hakların ihlal edilip edilmediği kapsamında mercek altına alınmıştır. Spor Tahkim Mahkemesi'nin Semenya kararında ifade edildiği üzere, Semenya vakası, adeta doğa, bilim ve hukukun kusurlu uyumundan doğan bir muammadır.

Semenya vakası, uluslararası spor yönetim organlarının İsviçre'de yerleşik olmasının bir istisnası olarak, Monako'da yerleşik Dünya Atletizm Birliği (eski ve tez çalışması boyunca kullanılan adı ile IAAF) tarafından düzenlenen, kadın kategorisinde yarışmaya ilişkin uygunluk kurallarının ve buna paralel olarak cinsiyetin belirlenmesi meselelerine dair tartışmaların ilki gibi görünse de bu konuda Birlik tarafından getirilen düzenlemeler ve buna bağlı tartışmalar 1900'lü yıllarda başlamış olup halen devam etmektedir. Bu doğrultuda, sporda cinsiyetin belirlenmesi tartışmalarının tarihine baktığımızda, günümüzde, "cinsiyet gelişim farklılığı" olarak nitelendirdiğimiz ve normalleştirdiğimiz interseks bireyler, 1930'lu yıllarda "cinsiyet dolandırıcılığı" tartışmalarına konu olmuştur. Aslında yalnızca bu karşılaştırma bile bilimin gelişmesinin ve toplumların kültür, gelenek ve sosyal tutumlarının değişmesinin, cinsiyet ve toplumsal cinsiyeti algılayışımızda ne denli büyük bir rol oynadığının kanıtıdır. Kadın kategorisinde yarışmak için Birlik tarafından getirilen uygunluk kuralları; 1930'lu yıllarda başlamış, 1940, 1960, 1990, 2000 ve 2010'lu yıllarda, bilimsel gelişmeler ışığında ve toplumların cinsiyete ilişkin sosyal tutumlarına bağlı olarak gelişerek değişmiştir. Tez çalışmasında ise konuya ilişkin son iki düzenleme olan ve testosteron hormon

seviyesini baz alan Hiperandrojenizm Regülasyonu ile DSD Regülasyonu ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır. Birlik, 2011 yılında, Hiperandrojenizm Regülasyonu’nu yürürlüğe koymuş; ancak Hiperandrojenizm Regülasyonu, Hintli kısa mesafe koşucusu Dutee Chand’ın başvurusu üzerine, Spor Tahkim Mahkemesi tarafından, yeterli bilimsel veriye dayanmadığı, bu sebeple de orantılı olmadığı gerekçesiyle, 2015 yılında askıya alınmış, 2017 yılında tamamen yürürlükten kaldırılmıştır. Birlik, 2018 yılında, iptal edilen Hiperandrojenizm Regülasyonu yerine yine testosteron hormon seviyesini baz alan DSD Regülasyonu’nu yürürlüğe koymuştur. DSD Regülasyonu’nun, Hiperandrojenizm Regülasyonu’ndan temel farkı ise kapsamının daraltılması ve fakat uygunluk kriterlerine ilişkin getirilen kriterlerin sıkılaştırılması olmuştur. DSD Regülasyonu, henüz yürürlüğe bile girmeden önce, tez çalışmasında ele alınan insan hak ve özgürlüklerine ilişkin birçok tartışmayı da beraberinde getirmiştir. Dünya Atletizm Birliği’nin DSD Regülasyonu’na ilişkin temel savunmaları; Dünya Atletizm Birliği’nin, Olimpik Anlaşma ve Ana Statüsü uyarınca, kadın ve erkek kategorik ayrımından doğan sporcu haklarını korumak için gerekli önlemleri alması gerektiği ve bu sorumluluk kapsamında spor yönetim organlarına tanınan takdir alanı; kadın kategorisinde yarışmak isteyen ve DSD Regülasyonu uyarınca 46 XY DSD olarak nitelenen bireylerin biyolojik olarak “erkek” olduğu ve DSD Regülasyonu’nun keyfi muamele yaratmadığı şeklinde olmuştur. Tüm bu sebeplerle, Dünya Atletizm Birliği tarafından, DSD Regülasyonu’nun, kadın kategorisinde yarışmak isteyen *cisgender* kadın sporcular (ya da 46 XX sporcular) ile cinsiyet kimliği bakımından kadın hisseden ancak biyolojik olarak erkek olan sporcuları (çoğunlukla interseks ya da 46 XY DSD) uzlaştırmaya yönelik orantılı bir düzenleme olduğu savunulmuştur. DSD Regülasyonu, CAS tarafından, mevcut bilimsel veriler uyarınca, kadın kategorisinde eşit ve adil rekabeti sağlamak için ölçülü bulunarak iptal edilmemiştir. Diğer bir ifadeyle, CAS, mevcut bilimsel veriler uyarınca, testosteron hormonunun atletik performansı etkileyen tek değil ancak birinci faktör olduğu, bu sebeple, kadın kategorisinde eşit ve adil rekabet ortamının sağlanması meşru amacı için farklı muamelenin gerekli, makul ve orantılı olduğu sonucuna varmıştır. Belirtmek gerekir ki, CAS kararında, DSD Regülasyonu’nun yaşayan bir belge

olduğuna ve gelecekteki bilimsel veriler uyarınca geliştirilmesi ve değiştirilmesi gerektiğine özellikle dikkat çekilmiştir.

Semenya, 28 Mayıs 2019 tarihinde, CAS kararını, İsviçre Federal Mahkemesi'ne taşımış, CAS kararlarını yalnızca kamu düzenine aykırılık gerekçesi ile çok sınırlı bir şekilde inceleme yetkisini haiz Federal Mahkeme, çok kısa bir süre için, DSD Regülasyonu'nun uygulanmasının durdurulması kararı vermiş; ancak 25 Ağustos 2020 tarihinde, DSD Regülasyonu'nun, her ne kadar vücut bütünlüğünü ihlal ettiğine karar vermiş olsa da, CAS kararını kamu düzenine aykırı bulmayarak Semenya'nın temyiz başvurusunu reddetmiştir. CAS kararı her ne kadar kamu düzenine aykırı bulunmamış olsa da Federal Mahkeme'nin 3 Haziran 2019 tarihinden 29 Temmuz 2019 tarihine kadar DSD Regülasyonu'nun uygulamasının durdurulmasına ilişkin verdiği karar, Semenya vakasının, Federal Mahkeme açısından da oldukça karmaşık bir konu olduğuna işaret etmektedir. İsviçre Federal Mahkemesi'nin nihai kararı ile Semenya, tüm iç hukuk yollarını tüketmiş ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3, 8 ve 14. maddeleri ile koruma altına alınan; "işkence yasağı", "özel ve aile hayatına saygı hakkı", ve "ayrımcılık yasağı" bakımından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurmuştur. Dolayısıyla, insan hakları alanında yetkin bir mahkeme sıfatıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin vereceği karar, Semenya vakası özelinde, elit atletizmde kadın kategorisinde yarışmak için getirilen uygunluk kurallarına ilişkin tartışmalara son noktayı koyacak ve pek tabii ki yeni tartışma ve soru işaretlerini de beraberinde getirecektir. Öte yandan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yüksek bir ihtimalle, bir özel hukuk tüzel kişisi olarak Monako'da yerleşik olan Dünya Atletizm Birliği tarafından yürürlüğe konulan DSD Regülasyonu'nun, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırı bulunması halinde, sorumlu devletin gerçekten İsviçre mi yoksa Monako mu olması gerektiği tartışmasını da yapıyor olacaktır. Zira DSD Regülasyonu'nun 5.2. maddesi uyarınca, Regülasyon'a ilişkin itirazların İsviçre'de yerleşik Spor Tahkim Mahkemesi'ne yapılması gerektiği öngörülmüştür. Bu düzenleme ise dolaylı olarak, CAS Kuralları ile İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Federal Kanun'u uyarınca, Regülasyon'a karşı yapılan itirazlara ilişkin nihai kararın İsviçre

Federal Mahkemesi tarafından, yani İsviçre devletinin bir yargı organı tarafından verilmesi anlamına gelmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Semenya vakasına ilişkin, maddi hukuk kapsamındaki olası değerlendirmeleri bu tez çalışmasının üçüncü bölümünün içeriğini oluşturmuştur. Bu doğrultuda, Avrupa Mahkemesi, Semenya'nın testosteron hormonunu 5 nmol/L seviyesinin altına düşürürken yaşadığı fizyolojik ve psikolojik etkileri, Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamında, "asgari şiddet eşiği" kapsamında değerlendiriyor olacaktır. Unutmamak gerekir ki, Sözleşme'nin 3. maddesi, başvuruya konu 8. madde ve 14. madde kapsamından farklı olarak, mutlak bir hakkı temsil etmekte ve sınırlamaya tabi tutulamamaktadır. Öte yandan Mahkeme, asgari şiddet eşiğine ulaşmayan davalarda, başvurucunun, fizyolojik ve psikolojik bütünlüğüne yönelik müdahaleden yine de olumsuz etkilenmiş olması şartıyla, 8. madde kapsamında değerlendirme yapabilmektedir. Avrupa Mahkemesi, 8. madde kapsamında ise, kadın kategorisinde yarışmak için testosteron hormonunun düşürülmesi müdahalesinin, madde metninde öngörülen sınırlamalara uygun bir müdahale olup olmadığını değerlendiriyor olacaktır. Özel hayat hakkının mutlak bir hak olmamasının ve madde metninde öngörülen şekilde sınırlanabilmesinin temel sebebi, toplumsal yaşamın bir sonucu olarak, birey ve kamu arasındaki menfaat çatışmalarında dengenin sağlanmak istenmesidir. Semenya vakasında, kadın kategorisinde yarışan ve kategorinin çoğunluğunu oluşturan *cisgender* kadın sporcular bakımından eşit ve adil bir rekabet ortamının sağlanması için, çoğunluğunu interseks bireylerin oluşturduğu, cinsiyet gelişim farklılığına sahip sporcuların, testosteron hormonunu 5 nmol/L seviyesinin altına düşürmesi şart koşularak bu denge sağlanmak istenmektedir. Belirtmek gerekir ki, bu denge sağlanmaya çalışırken, testosteron hormonunun düşürülmesine ilişkin müdahalenin, demokratik toplum düzenine aykırı olmaması ve ölçülü olması gerekmektedir. Söz konusu bu müdahale, Spor Tahkim Mahkemesi tarafından, mevcut bilimsel veriler ışığında gerekli, makul ve orantılı bulunmuştur. Bu bilimsel veriler, Spor Tahkim Mahkemesi'nin Semenya kararından sonra, tıp uzmanları tarafından tartışılmış ve DSD Regülasyonu uyarınca müdahaleye konu olan

testosteron hormon seviyesinin, yarışmalarda aşılmaz bir performans avantajı sağlayıp sağlamadığının kesin olmadığı ifade edilmiştir. Bu sebeple kesinliği olmayan bir veriye dayanarak bir kişinin vücut bütünlüğüne müdahale edilmesi, devletin takdir yetkisini ölçülü kullandığı anlamına gelir mi? Devletin takdir yetkisini, mutlak bir hakka müdahale edilmesi ihtimalinden önce, kadın ve erkek ikili kategorik ayrımını genişletmek suretiyle kullanması daha mı ölçülü olurdu? Zira, Avrupa Mahkemesi'nin cinsiyet ve toplumsal cinsiyete ilişkin ilk dönem ve ikinci dönem kararları karşılaştırıldığında; ilk dönem kararlarında, devletlerin cinsiyete ve toplumsal cinsiyete ilişkin konularda geniş bir takdir yetkisinin olduğunu ifade ederek başvuruları kabul edilemez bulmuş; ancak hukuki düzenlemelerin, sosyal ve bilimsel gelişmeler ışığında sürekli gözden geçirilmesi gerektiğini ayrıca vurgulamıştır. Avrupa Mahkemesi, bu konuya ilişkin ikinci dönem kararlarında ise LGBTI bireylerin topluma entegre edilmesi konusunda süregelen akımı vurgulamış ve LGBTI bireylere fizyolojik ve psikolojik güvencelerin sağlanması gerektiğini vurgulayarak ihlal kararları vermeye başlamıştır. Avrupa Mahkemesi'nin, Sözleşme'nin 14. maddesi kapsamında yapacağı olası değerlendirmelere ilişkin olarak ise, daha önceki içtihatları uyarınca, istikrarlı bir yaklaşımı olmadığını ifade etmek mümkündür. Diğer bir ifadeyle Avrupa Mahkemesi, eğer başvuruya konu vaka, ayrımcılık yasağı bakımından davanın önemli bir yönünü oluşturuyorsa ve Mahkeme, Sözleşme kapsamında koruma altına alınan başka bir hakkın ihlal edildiğine karar vermişse, Sözleşme'nin 14. maddesi bakımından ayrıca ihlal kararı vermeme eğilimindedir. Belirtmek gerekir ki Mahkeme'nin tam tersi yaklaşım sergilediği de görülmektedir. Bu sebeple, her ne kadar Semenya tarafından yapılan başvuru, ayrımcılık yasağı bakımından davanın önemli bir yönünü oluşturuyor olsa da Mahkeme'nin, başvuruya konu 3. ve 8. madde kapsamındaki değerlendirmeleri 14. maddenin değerlendirilmesi bakımından ayrıca önem arz ediyor olacaktır.

Belirtmek gerekir ki Dünya Atletizm Birliği ve Semenya'yı karşı karşıya getirmiş gibi görünen bu süreçte aslında her iki tarafın da ulaşmak istediği amaç bir noktada aynıdır: Sporda eşit ve adil rekabet. Öte yandan, elit atletizmde kadın kategorisinde

yarışmaya ilişkin tarihi sürecin; cinsiyetin belirlenmesi testlerinin ve uygunluk kurallarının, bizlere aslında açık bir mesajı da vardır: Cinsiyet ve toplumsal cinsiyete ilişkin konvansiyonel bakış aımız ve bilimsel gelişmeler aslında hukuki sürece ışık tutmaktadır. Dolayısıyla mevcut bilimsel gelişmeler ışığında hukuka uygun olduğuna karar verilen DSD Regülasyonu, gelecekteki bilimsel gelişmeler ışığında, tıpkı bir *Bar Body Test* veya Hiperandrojenizm Regülasyonu gibi, kadın kategorisine getirilen uygunluk kurallarının tarihine ilişkin süreçte yer almaktan ibaret olabilir. Belirtmek gerekir ki Spor Tahkim Mahkemesi'nin gerek Chand vakasında yaptığı gerekse de Semenya vakasında yaptığı değerlendirmeler, sporun menfaatlerinin yanı sıra, cinsiyet ve toplumsal cinsiyete ilişkin olarak bir dönüm noktasıdır. Atletizm sporunu düzenlemekten sorumlu uluslararası spor yönetim organı olan Dünya Atletizm Birliği ise, cinsiyet ve toplumsal cinsiyete ilişkin meselelerde bütün bir dünya toplumu olarak geçiş döneminde olduğumuz bu süreçte, hem sporun çıkarlarını hem insan haklarını, en azından günümüz koşullarında uzlaştırma zorunluluğundadır. Bu sebeple Dünya Atletizm Birliği, Spor Tahkim Mahkemesi tarafından da ifade edildiği üzere, hem bilimsel hem biyolojik hem de etik çerçevede zor bir süreçle mücadele etmektedir. Bu sebeple, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin vereceği karar hem *lex sportiva*'ya, yani sporun örgütlenme biçimine ve menfaatlerine hem cinsiyet ve toplumsal cinsiyete ilişkin fikir ve algılarımıza hem de spor ve insan haklarının atışması noktasında izlenecek yönteme ışık tutuyor olacaktır.

KAYNAKÇA

Arslan Öncü, Gülay, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Hayatın Korunması Hakkı Doktora Tezi”, İstanbul, Y. 2009.

Arslan Öncü, Gülay, “Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi 8”, Ankara, Y. 2019.

Batum, Süheyl, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri”, İstanbul, Y. 1993.

Berger, Bernhard; Kellerhals, Franz, “International and Domestic Arbitration in Switzerland”, Steampli Verlag AG, 3rd Edition, Zürich/Basel, Y. 2015.

Bermon, Stéphane, “Correction: Serum androgen levels and their relation to performance in track and field: mass spectrometry results from 2127 observations in male and female elite athletes”, Br. J. Sports Med., Cilt 55, Sayı 17, Y. 2021.

Buckwald, Jordan, “Outrunning Bias: Unmaking the Justifications for Excluding Non-Binary Athletes in Elite Sport”, Harvard Journal of Law and Gender, Cilt 44, Sayı 1, Y. 2021.

Butler, Judith, “Cinsiyet Belası, Feminizm ve Kimliğin Altüst Edilmesi”, (çeviren: Başak Ertür), Metis Yayınları, Y. 2005.

Buzuvis, Erin, “Transsexual and Intersex Athletes in Sexual Minorities in Sports: Prejudice at Play”, Melanie L. Sartore-Baldwin, ed., Lynne Reinner Publishers, Y. 2013.

Chappelet, Jean-Loup, “La gouvernance globale du sport”, Citius, Altius, Fortius: Mélanges en l’honneur de Denis Oswald, Bâle: 1ère Edition, Collection neuchâteloise, Helbing Lichtenhahn Verlag, Y. 2012.

Croteau, Camille, “Pragmatism, Lex Sportiva and the Fair Play Principle in Sports Law”, Fair Play Revista de Filosofía, Ética y Derecho del Deporte, Cilt 17, Y. 2020.

D.J. Harris vd., “Avrupa İnsan Hakları Hukuku”, (çeviren: Mehveş Bingöllü Kılıcı, Ulaş Karan), Avrupa Konseyi, Y. 2013.

Duval, Antoine, “Seamstress of Transnational Law: How the Court of Arbitration for Sports Weaves the Lex Sportiva”, T.M.C. Asser Institute for International & European Law - Asser Research Paper, Forthcoming in: Krisch, N. (ed.) ‘Entangled Legalities’, Cambridge University Press, Y. 2020.

Duval, Antoine, “Transnational Sports Law: The Living Lex Sportiva”, T.M.C. Asser Institute for International & European Law - Asser Research Paper, Forthcoming in: Zumbansen, P. (ed.), ‘Oxford Handbook of Transnational Law’, Oxford University Press, Y. 2020.

Eksi, Nuray, “Spor Tahkim Hukuku”, Beta Yayınevi, İstanbul, Y. 2015.

Gemalmaz, Burak, “Applicability of Human Rights Standards in Turkish Football Arbitration: the Contribution of the European Court of Human Rights”, The International Sports Law Journal, Cilt 19, Y. 2019.

Gemalmaz, Burak, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde ve Türk Hukuku’nda Çocuğun Bedensel Cezaya Karşı Korunması”, Legal Yayıncılık, Birinci Baskı, Y. 2005.

Gemalmaz, Burak, “Mülkiyet Hakkı: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi 6”, Ankara, Y. 2018.

Gemalmaz, Mehmet Semih, “Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Işığında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Madde 3 / İşkence Yasağı) Analizi”, Kavram Yayınları, Y. 2006.

Gül, İdil Işıl, “Hukukta Ayrımcılık Yasağı”, Ayrımcılık Çok Boyutlu Yaklaşımlar (Derleyenler: Kenan Çayır, Müge Ayan Ceyhan), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, Y. 2012.

Heggie, Vanessa, “Testing Sex and Gender in Sports; Reinventing, Reimagining and Reconstructing Ristories”, Endeavour, Cilt 34 (4), Y. 2010.

Mavromati, Despina, “The Role of the Swiss Federal Tribunal and its impact on the Court of Arbitration for Sport (CAS)”, Sport Legis, Université de Lausanne, Y. 2016.

Özdemir Kocasakal, Hatice, “Sportif Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümü ve Spor Tahkim Mahkemesi (CAS)”, Vedat Kitapçılık, İstanbul, Y. 2013.

Sailors, Pam; Weaving, Charlene, “Caster Semenya and the Cage Fight for Justice”, Fair Play. Revista de Filosofía, Ética y Derecho del Deporte, Cilt 17, Y. 2020.

Serby, Tom, “Sports corruption: Sporting autonomy, lex sportiva and the rule of law”, Entertainment and Sports Law Journal, Cilt 15 (1), Y. 2017.

Şanlı, Cemal; Esen, Emre; Ataman, İnci, “Milletlerarası Özel Hukuk”, Vedat Kitapçılık, İstanbul, Y. 2015.

Perruchoud, Matthieu, “Le droit à l'égalité des chances dans le sport: concept, mise en œuvre et concrétisation”, Bâle: 1ère Edition, Collection neuchâteloise, Helbing Lichtenhahn Verlag, Y. 2020.

Rigozzi, Antonio, “Challenging Awards of the Court of Arbitration for Sport”, Journal of International Dispute Settlement”, Cilt 1, Sayı 1, Y. 2010.

United Nations High Commissioner for Human Rights, “Intersection of Race and Gender Discrimination in Sport”, A/HRC/44/26, Cenevre, Y. 2020.

Vieweg, Klaus, “Spor Hukuku'nun Büyüsü”, (çeviren: Mehmet Arslan), İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 1, Sayı 1, Y. 2010.

İNTERNET KAYNAKLARI

“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 8 Rehberi”,
https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_TUR.pdf, çevrimiçi,
04.05.2022.

Bassett, Ashley, “The Biology of Sex and Sport”,
<http://dx.doi.org/10.2106/JBJS.RVW.19.00140>, çevrimiçi, Erişim Tarihi:
17.04.2022.

Bianchi, Andria, “Something's Got to Give: Reconsidering the Justification for a Gender Divide in Sport”, <https://doi.org/10.3390/philosophies4020023>, çevrimiçi,
Erişim Tarihi: 17.04.2022.

Council of Europe Commissioner for Human Rights, “Human Rights and Intersex People”, çevrimiçi, <https://rm.coe.int/16806da5d4>, Erişim Tarihi:
05.06.2022.

Ecevit, Yıldız, “Toplumsal Cinsiyet Eşitliğinin Temel Kavramları”, <https://ceidizler.ceid.org.tr/dosya/toplumsal-cinsiyet-esitliginin-temel-kavramlaripdf.pdf>, çevrimiçi, Erişim Tarihi: 17.04.2022.

EU Fundamental Rights Agency, “A long way to go for LGBTI equality”, https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2020-lgbti-equality-1_en.pdf, çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.06.2022.

“European Court of Human Rights – Semenya v. Switzerland (Application no. 10934/21) Third Party Intervention by the Human Rights Centre of Ghent University”, <https://biblio.ugent.be/publication/8722361/file/8722362.pdf>, çevrimiçi, Erişim Tarihi: 04.05.2022.

“IAAF introduces new eligibility regulations for female classification”, <https://www.worldathletics.org/news/press-release/eligibility-regulations-for-female-classifica>, çevrimiçi, Erişim Tarihi: 04.05.2022.

Kaos GL Derneği, “LGBTI+ Hakları Alanında Çeviri Sözlüğü”, <https://kaosglderneği.org/images/library/cevirisozlugu2020.pdf>, çevrimiçi, Erişim Tarihi: 22.05.2022.

Kara, Doğan, “İsviçre Federal Mahkemesi Kararları Işığında Spor Tahkim Mahkemesi Kararlarının Kamu Düzenine Aykırılık Sebebiyle İptali”, <https://www.jurix.com.tr/article/23903>, çevrimiçi, Erişim Tarihi: 30.12.2021.

Karan, Ulaş, “Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi”, <https://www.anayasa.gov.tr/media/4440/8.pdf>, çevrimiçi, Erişim Tarihi: 04.05.2022.

“Letter by the Mandates of the Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health, the

Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, and the Working Group on the issue of discrimination against women in law and in practice”, OL OTH 62/2018, çevrimiçi, <https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownloadPublicCommunicationFile?gId=2407>, Erişim Tarihi: 04.05.2022.

Özdemir Kocasakal, Hatice, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Pecshtein Kararı Çerçevesinde CAS’ın Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı”, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1148476>, çevrimiçi, Erişim Tarihi: 01.06.2022.

“Sahtekâr değil interseks”, <https://kaosgl.org/haber/sahtekar-degil-interseks>, çevrimiçi, Erişim Tarihi: 20.05.2022.

Shinohara, Tsubasa, “Which states parties should be held responsible for the implementation of positive obligations under the ECHR in sports-related disputes?”, The International Sports Law Journal, Y. 2021, çevrimiçi, <https://doi.org/10.1007/s40318-021-00202-1>, Erişim Tarihi: 04.05.2022.

“The 519 Glossary of Terms”, <https://www.the519.org/education-training/glossary>, çevrimiçi, Erişim tarihi: 17.04.2022.

Yüksel, Metin, “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke Midir?”, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/388309>, çevrimiçi, Erişim Tarihi: 23.08.2022.

AIHM KARARLARI

05.11.1969 tarihli, 3321/67; 3322/67; 3323/67; 3344/67 numaralı **Yunan** davası.

18.01.1978 tarihli, A Serisi No. 25 numaralı, **İrlanda v. Birleşik Krallık** davası.

25.04.1978 tarihli, 5856/72 numaralı, **Tyrer v. Birleşik Krallık** davası.

13.06.1979 tarihli, 6833/74 numaralı, **Marckx v. Belçika** davası.

24.02.1981 tarihli, 7525/76 numaralı, **Dudgeon v. Birleşik Krallık** davası.

25.02.1982 tarihli, 7511/76; 7743/76 numaralı, **Campbell ve Cosans v. Birleşik Krallık** davası.

02.03.1983 tarihli, 9974/82 numaralı, **X. v. Danimarka** davası.

28.11.1984 tarihli, 8777/79 numaralı, **Rasmussen v. Danimarka** davası.

17.10.1986 tarihli, 9532/81 numaralı, **Rees v. Birleşik Krallık** davası.

07.07.1989 tarihli, 14038/88 numaralı, **Soering v. Birleşik Krallık** davası.

27.09.1990 tarihli, 10843/84 numaralı, **Cossey v. Birleşik Krallık** davası.

25.03.1993 tarihli, 13134/87 numaralı, **Costello-Roberts v. Birleşik Krallık** davası.

26.05.1994 tarihli, 16969/90 numaralı, **Keegan v. İrlanda** davası.

16.12.1997 tarihli, 152/1996/771/972 numaralı, **Raninen v. Finlandiya** davası.

02.09.1998 tarihli, 22954/93 numaralı, **Ahmed ve diğerleri v. Birleşik Krallık** davası.

29.04.1999 tarihli, 25088/94, 28331/95 ve 28443/95 numaralı, **Chassagnou ve diğerleri v. Fransa [BD]** davası.

28.07.1999 tarihli, 25803/94 numaralı, **Selmouni v. Fransa** davası.

21.12.1999 tarihli, 33290/96 numaralı, **Salgueiro da Silva Mouta v. Portekiz** davası.

06.04.2000 tarihli, 34369/97 numaralı, **Thlimmenos v. Yunanistan** davası.

29.04.2002 tarihli, 2346/02 numaralı, **Pretty v. Birleşik Krallık** davası.

16.05.2002 tarihli, 39474/98 numaralı, **D.G. v. İrlanda** davası.

26.05.2002, 36515/97 ve 43546/02 numaralı, **Fretté v. Fransa** davası.

11.07.2002 tarihli, 28957/95 numaralı, **Christine Goodwin v. Birleşik Krallık [BD]** davası.

09.01.2003 tarihli, 45330/99 numaralı, **S.L. v. Avusturya** davası.

13.02.2003 tarihli, 42326/98 numaralı, **Odièvre v. Fransa [BD]** davası.

24.07.2003 tarihli, 40016/98 numaralı, **Karner v. Avusturya** davası.

24.09.2003 tarihli, 39339/98 numaralı, **M.M.v. Hollanda** davası.

16.11.2004 tarihli, 29865/96 numaralı **Ünal Tekeli v. Türkiye** davası.

10.04.2007 tarihli, 6339/05 numaralı, **Evans v. Birleşik Krallık [BD]** davası.
04.12.2007 tarihli, 44362/04 numaralı, **Dickson v. Birleşik Krallık [BD]** daavasası.
22.01.2008 tarihli, 43546/02 numaralı, **E.B. v. Fransa [BD]** davası.
22.05.2008 tarihli, 15197/02 numaralı, **Petrov v. Bulgaristan** davası.
30.07.2009 tarihli, 67336/01 numaralı, **Danilenkov ve diğerleri v. Rusya** davası.
10.06.2010 tarihli, 25762/07 numaralı, **Schwizgebel v. İsviçre** davası.
03.11.2011 tarihli, 57813/00 numaralı, **S.H. ve diğerleri v. Avusturya [BD]** davası.
08.11.2011 tarihli, 18968/07 numaralı, **V.C. v. Slovakya** davası.
05.09.2017 tarihli, 61496/08 numaralı, **Bărbulescu v. Romanya [BD]** davası.
03.10.2017 tarihli, 17484/15 numaralı, **Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portekiz** davası.
22.03.2018 tarihli, 11308/16; 11344/16 numaralı, **Tlapak ve diğerleri v. Almanya** davası.
22.03.2018 tarihli, 68125/14; 72204/14 numaralı, **Wetjen ve diğerleri v. Almanya** davası.
18.04.2018 tarihli, 48151/11; 77769/13 numaralı, **Affaire Fédération Nationale Des Associations Et Syndicats De Sportifs (FNASS) ve diğerleri v. Fransa** davası.
20.09.2018 tarihli, 30491/17; 31083/17 numaralı, **Solska ve Rybicka v. Polonya** davası.
25.09.2018 tarihli, 76639/11 numaralı, **Denisov v. Ukrayna** davası.
02.10.2018 tarihli, 40575/10; 67474/10 numaralı, **Mutu ve Pechstein v. İsviçre** davası.
28.01.2020 tarihli, 30226/10; 17880/11; 17887/11; 17891/11; 5506/16 numaralı, **Ali Rıza ve diğerleri v. Türkiye** davası.
11.02.2020 tarihli, 526/18 numaralı, **Michel Platini v. İsviçre** davası.
18.05.2021 tarihli, 48909/14 numaralı, **Sedat Doğan v. Türkiye** davası.
18.05.2021 tarihli, 48924/16 numaralı, **Naki ve Amed Sportif Faaliyetler Kulübü Derneği v. Türkiye** davası.
18.05.2021 tarihli, 54540/16 numaralı, **İbrahim Tokmak v. Türkiye** davası.

İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİ KARARLARI

İsvFM, 04.08.2006 tarihli, 4P.105/2006 sayılı davası.

İsvFM, 08.03.2006 tarihli, 4P.278/2005, ATF 132 III 389 sayılı davası.

İsvFM, 10.01.2007 tarihli, 4P.148/2006 sayılı davası.

İsvFM, 21.02.2008 tarihli, 4A_370/2007 sayılı davası.

İsvFM, 13.04.2010 tarihli, 4A_490/2009, ATF 136 III 345 sayılı davası.

İsvFM, 27.03.2012 tarihli, 4A_558/2011 sayılı davası.

İsvFM, 20.02.2018 tarihli, 4A_260/2017, ATF 144 III 120 sayılı davası.

İsvFM, 25.08.2020 tarihli, 4A_248/2019 sayılı davası.

CAS KARARLARI

CAS 2014/A/3759 **Dutee Chand** v. Athletics Federation of India (AFI) & International Association of Athletics Federations (IAAF), 24.07.2015.

CAS 2018/O/5794 **Mokgadi Caster Semenya** v. International Association of Athletics Federations (IAAF), 30.04.2019.