

ADALETİN “LGBT” HÂLİ

Av. Senem Dođanođlu

LGBT HAKLARI PLATFORMU

ADALETİN

“LGBT”

HÂLİ

Ağustos 2009

Kısaltmalar.....	
Giriş.....	
I. Nefret Suçları.....	
II. LGBT Bireylere Yönelik Nefret Suçları.....	
III. LGBT Bireylere Yönelik Nefret Suçları ve Yargısal Tutum.....	
Sonuç	

KISALTMALAR

age	: Adı geçen eser
AGİT	: Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı
agm	: Adı geçen makale
AYM	: Anayasa Mahkemesi
C.	: Cilt
D.	: Daire
Dan.	: Danıştay
E.	: Esas
K.	: Karar
S.	: Sayı
syf.	: Sayfa
TCK	: Türk Ceza Kanunu
Y.CD	: Yargıtay Ceza Dairesi
Y. HD	: Yargıtay Hukuk Dairesi

Adaletin Bu mu Dünya

LGB TT bireylere yönelik insan hakları ihlallerini izleme ve raporlama sırasında sıkça sorduğumuz soruların başında “adalet” tanımı geliyor. LGBTT bireyler yönelik insan hakları ihlalleri genellikle cezasız kalıyor. Çünkü LGBTT bireyler hem deşifre olacakları, hem de adaletin tecelli etmeyeceği düşüncesiyle yargıya başvurmuyorlar. Yargıya başvuran LGBTT bireyler ise daha işin başında yargı sürecinde cinsel yönelim ve cinsiyet kimlikleri nedeniyle ayrımcılığa uğrayacaklarını ve adaletin her zaman gerçekleşmeyeceği bilgisi ile başvuruyorlar. Aslında mağdur olmayı göze alarak yargı sürecini başlatıyorlar.

LGBTT Hakları Platformu olarak işkence, kötü muamele, yaşam hakkı, mahremiyet hakkı gibi temel haklar alanında izleme yaparken bir yandan da bu hakların ihlallerinin yargı sürecini izlemeye çalışıyoruz. İzlediğimiz davalar ve bu dava süreçlerinde yaşananlar işte bu raporu hazırlanmasını sağladı.

Bu rapor bizi umutsuzluğa düşürmemeli, bu rapor bize aynı zamanda şunu gösteriyor. Eryaman Davası sırasında Pembe Hayat Derneği ve Derneğin Avukatı Senem Dođanođlu'nun verdiği mücadele ile nefret suçları tanımı kısmen de olsa, yetersiz de olsa mahkemenin kararını etkileyecek şekilde yargı kararlarında yerini buldu. Bu rapor ile adaletin adaletsizliğini gözler önüne seriyoruz.

Raporun hazırlayan Avukat Senem Dođanođlu'na, raporun hazırlanmasını destekleyen Lambdaistanbul LGBTT Derneğine LGBTT Hakları Platformu olarak teşekkürlerimizi sunuyoruz.

LGBTT Hakları Platformu Adına

Umut Güner, Ankara

GİRİŞ

Bu çalışma LGBT bireylere yönelik nefret cinayetlerinin yoğunlaştığı bir dönemde yıllardır nefret suçlarına maruz kalıp, bu alanda yasalaştırma etkinliğinin zorunlu olduğuna inandığımız bir arayışın ilk aşamasıdır.

Yargısal tutuma ilişkin yıllardır belleklerimizde biriktirdiğimiz davranış modellerinin billurlaştığı metinlere yönelik taramamız, nefret suçlarını cezasızlığın teşvik ediyor olması ile birlikte bizatihi bu cezasızlığın öncül metinlerine bakmayı gerektirdi.

İlk bölümde nefret suçlarına ilişkin geleneksel tanımların yer aldığı açıklamalara yer verilecektir. Daha sonraki bölüm LGBT bireylere yönelik nefret suçlarının özgül anlatımına hasredilmiştir. Üçüncü bölüm ise nefret suçları teorisini izleyerek okuduğumuz yargı kararlarını konu edinmektedir. Bu bölümü birbirinden bağımsız olmayan iki alt başlıkla kurduk. Birinci bölüm yargının LGBT bireyleri nasıl kavradığına, ikinci bölüm bu kavrayışın nefret suçlarını besleyip beslemediğine odaklanmaktadır. Nefret suçu alanında tipik bir düzenlemenin neden zorunlu olduğunu da ortaya çıkaran bu bölüm, LGBT bireylere yönelik nefret suçlarının esaslarını da ortaya koymaktadır.

I. NEFRET SUÇLARI

Nefret suçları, önyargı saiki ile gerçekleştirilen cezai fiillerdir. “Nefret suçu” ya da “önyargının tetiklediği suç” terimleri ceza kanununda yer alan özel bir suçtan ziyade tipik bir suç ifade etmektedir. Bir kişi ülkesinin ceza kanununda özel olarak yaptırıma bağlanmamış olmasına rağmen önyargısından dolayı nefret suçu işleyebilir. Dolayısıyla nefret suçu hukuki bir tanımdan ziyade bir anlayışı/tasarımı ifade eder¹.

Bir kişi tarafından bir şahsa veya bir mülke karşı işlenen herhangi bir suçun kaynağı o kimsenin ırkı, rengi, etnik kökeni ya da uyuğu; dini; cinsiyeti veya cinsel yönelimi, cinsiyet kimliği; yaşı; fiziksel veya zihinsel engelleri ise bu suçun nefret suçunu teşkil edeceği ifade edilmektedir. Buna göre; çok çeşitli biçimlerle karşılaşılabilecek olan nefret suçlarının işlenme biçimleri sözlü taciz, tehdit edici davranışlar, ad veya lakap takmak, postayla veya e-postayla rahatsız etmek, telefonla rahatsız etmek, mesajla rahatsız etmek, duvar yazısı, fiziksel saldırı, soygun, hırsızlık, gasp, taciz, tecavüz, sarkıntılık, gözdağı, şiddet, aile içi şiddet, mülke ya da eşyalara zarar vermek, kundaklama, komşu kavgaları, saldırgan broşürler ve posterler, konutların önüne ya da posta kutularına çöp boşaltmak, okulda ya da iş yerinde kabadayılık yapma, incitici şakalar, el-kol hareketleri veya diğer herhangi bir şekilde hasar verme şeklinde özetlenebilir.

Nefret suçları; sayısız sebeple işlenebilir. Fail; hınç, kıskançlık ya da akranları arasında onay görme tutkusu gibi nedenlere dayanabileceği gibi failin hedefindeki bireyle ilgili herhangi bir hissi olmamasına rağmen bireyin ait olduğu grup hakkında düşmanca düşünceleri ya da hisleri olabilir. Bunun gibi; fail kendisini ait hissettiği grup dışında kalan herkese karşı düşmanlık besleyebilir. Ya da sadece failin hedefi düşman olduğu göçmenlik gibi bir fikri temsil edebilir².

Ceza kanunlarında doğrudan nefret suçu kategorisini tanıyan ülkeler olduğu gibi özel kanunlarla bu doğrultuda düzenleme yapan ülkeler de mevcuttur. Bunun gibi, ayrımcılığı yasaklayan bazı ülke mevzuatlarında nefret suçu doğrudan tanımlanmamakta; çeşitli şekillerde kendini ifade eden sosyal grupların bir üyesi olarak, bu kişilerin sadece bu aidiyet nedeniyle hak ihlaline uğramamasının güvence altına alınması doğrultusunda düzenlemeler yapılmaktadır.

¹ OSCE/ODIHR 2009, Hate Crime Laws, http://www.osce.org/publications/odihr/2009/03/36671_1263_en.pdf, syf. 16

² OSCE/ODIHR 2009, age, syf. 18

Genellikle ırkı, rengi, etnik kökeni, uyruğu, dini veya cinsiyeti nedeniyle kişinin fiziksel, sözel saldırıya yahut tehdide ya da kötü muameleye uğraması halinde nefret suçunun ortaya çıkacağı hüküm altına alınmaktadır. Ancak; son dönemlerde cinsel yönelim, cinsiyet kimliği ve sakatlık kategorilerinin de hükümlere eklenmesi ile bu motivasyonla suç işleyen kişilerin de eylemleri cezalandırılabilir hale gelmektedir. Ayrıca kimi ülke kanunlarında da tahdidi düzenlemeler değil ve fakat “mağdurun diğer koşulları” yahut “bunun gibi nedenlerle” gibi ifadeler ile nefret suçları kapsayıcı bir yapıda hüküm altına alınabilmektedir. Genel eğilimin bu yönde olduğu da ifade edilebilir.

Yasalaştırma etkinliği açısından failin motivasyonunu belirleyen temel olarak iki model vardır. Bunlardan ilki “Düşmanlık modeli” diğeri ise “Ayrımcılığa dayalı seçme modeli” dir. Düşmanlık modelinde failin mağdura yönelik eylemindeki düşmanca, nefretle hareket etmeye yönelik delil aranmaktadır. Ayrımcılığa dayalı seçim modelinde ise fail kasten mağduru hedef almakta ancak güncel, mutlak bir nefret ya da düşmanlık suçun cezalandırılması için aranmamaktadır³. Burada nefret suçunun tanımı failin mağduru seçmekteki ayrımcılığını esas almakta ve neden böyle bir seçim yapıldığı ile ilgilenilmemektedir⁴.

Nefret suçları, çoğunlukla gruplarca işlenen suç tipleri olup mağdura saldırının rastgele olmadığı, gayri şahsi olan, failerin mağdura yabancı olduğu münhasıran mağdurun toplumsal kimliğine yönelik suçlardır⁵. Nefret suçu işleyen failin motivasyonu bizatihi kusurluluğuna doğrudan işaret eder zira bazı kusurluluk halleri cezalandırabilme anlamında diğerlerinden çok daha kötüdür. Esasen sıradan bir saldırıyı nefret suçuna dönüştüren de kişinin bireysel kastından öte, belirli bir yapıdaki belirli bir kişiye karşı suç işlemeyi tercih etmesidir. Nefret suçları açısından cezalandırılan da aslında failin o şekilde davranmasına çoğunlukla dışsal kalan faktörlere dayalı çok daha kusurlu olan davranışın cezalandırılmasıdır⁶.

Dünyanın farklı coğrafyalarında saldırganların hedefleri, o toplumda hangi grupların ayrımcılığa uğradığına bağlı olarak değişmekte fakat saldırganların zihniyet yapıları, motivasyonlarını oluşturan ve besleyen böylece suçu belirsiz hatta bazen meşru kılan

³ OSCE/ODIHR 2009, age, syf. 47-48

⁴ GRATET Ryken, JENNESS Valerie: Examining The Boundaries of Hate Crime Law, syf. 284, Crimes of Hate, Selected Readings, ed. GERSTENFELD Phyllis B., GRANT Diana Ruth Grant, Crimes of Hate, 2003

⁵ LAWRENCE Frederick M., The Punishment Of Hate: Toward a Normative Thegory of Bias Motivated Crimes, Michigan Law Review, 1994, syf. 11-15

⁶ MARSTON DANNER Allison, Bias Crimes and Crimes Against Humanity: Culpability in Context, Buffalo Criminal Law Review, C. 6, 2002, syf.410-412

ideolojik ortam deęişmemektedir⁷. Bu ideolojik ortam da esasen “bir insanı ya da bir grup insanı, insan vasfından çıkaran, konuşulabilir olmaktan çıkaran, kriminalize eden, insan cemaatinin dışına atan ve atacak şekilde damgalayan⁸” bir söylemi varsaymaktadır.

Nefret suçlarını ‘nefret suçu’ olarak cezalandırmak bir yandan toplumsal sonuçlar açısından da zorunludur. Her şeyden önce bir nefret suçu doğası gereği, mağdura yönelirken esasen mağdur ve ait olduğu grup açısından sosyal ve tarihsel önyargıyı ve bu önyargıdan yükselen şiddeti tetikler. Önyargının tetiklediği suç gelecek saldırılar açısından bir tehdittir aynı zamanda zira kişi asla değiştiremeyeceği bir karakter yüzünden mağdur edilmiştir. Aslında nefret suçları daha geniş anlamda genel kamu açısından da zarar doğurur. Zira; sadece toplumun mülkiyet ve kişi güvenliğine ilişkin genel uzlaşısını zedelemekle kalmaz aynı zamanda yurttaşlar arasındaki eşitliğe dair paylaşılan değeri de zedeler⁹. Bu anlamda failin sadece önyargılı mesajı değil ve fakat eylemi ile açık bir şekilde yolladığı tolare edilemez mesajlar da cezalandırılmakta, hukuk sistemi açısından kabul edilmemektedir¹⁰. Bunun gibi hukuk sistemi faili ayrımcılık yaratan eylemi nedeniyle sorumlu tutmamakta bundan ziyade ayrımcılığa katılmaktaki kararından dolayı sorumlu tutmaktadır¹¹. Nefret suçlarına karşı alınacak önlemler bakımından ağır cezalardan yana olma ya da ağır cezaların caydırıcı olabileceğini düşünme genellikle nefret suçlarının arka planını oluşturan ayrımcılık ve nefret söylemine karşı olmaktan kaynaklanan bir ideolojik tavır olarak ortaya çıkmamakta, daha ziyade bir grubun ya da genel olarak toplumun huzurunu sağlamaya yönelik bir önlem olarak düşünülmektedir. Bu eğilim ayrımcılığa uğrayan gruplar arasında da yaygın olarak varlığını sürdürmektedir¹².

Nefret suçları, diğer suçlar gibi düşünülüp özel bir kategori olarak düzenlenmezse etkin bir şekilde soruşturulamamaktadır. Bu durum temel olarak şu sonuçlarda kendini göstermektedir: Kolluk mağdura inanmamakta ya da önyargı motivasyonunun yansımalarını etkin bir şekilde araştırmamaktadır. Savcılık cezalandırma talep ederken asgari haddenden uzaklaşmamaktadır. Yargılama esnasında failin motivasyonuna göre yargıç yetkisini cezaları arttırmak

⁷ **GÖREGENLİ** Melek, Nefret Suçları Kimin Sorunu?, Kaos GL, Mart-Nisan 2009, S. 105, syf. 31

⁸ **BORA** Tanıl, Türkiyede Nefret Suçları içinde, İnsan Hakları Gündemi Derneği, Ankara 2009, syf. 84

⁹ **LAWRENCE**, agm, syf 33-35

¹⁰ **MARSTON DANNER**, agm, syf. 398

¹¹ **MARSTON DANNER**, agm, syf.420

¹² **GÖREGENLİ**, syf.33

doğrultusunda kullanmamaktadır. Hâlbuki nefret suçları boşlukta ortaya çıkmaz. Toplumsal olarak yaygınlaşacak önyargının şiddetli bir ifadesidir¹³.

Mevzuatının AGİT'e üye ülke olarak izlenmesi neticesinde Türkiye Cumhuriyeti, nefret suçlarının tanındığını bildirmiş, nefret suçlarına ilişkin idari izleme birimi tesis edeceği taahhüdü altına girmiştir. Türkiye; sınıf, ırk, din ve bölge farklılığı yaratmanın önyargı tipleri olduğunu kaydederken insanlığa karşı suçları TCK kapsamına almakla bu açıdan nefret suçlarına ilişkin düzenlemeyi pozitif hukukuna taşıdığını ifade etmiştir¹⁴.

II. LGBT BİREYLERE YÖNELİK NEFRET SUÇLARI

Çerçevesi bir önceki bölümde çizilen nefret eylemleri LGBT bireylere de sıklıkla yönelmektedir. LGBT bireylere yönelik nefret suçları mülkiyete yönelik hırsızlık, gasp gibi suçlar şeklinde ortaya çıkabileceği gibi tehdit, taciz ya da açık şiddet içeren yaralama, cinsel saldırı, öldürmeye teşebbüs ve öldürme gibi suçlar olarak kendini göstermektedir. Bu tip eylemler kültürel, dinsel yahut politik değerler ile önyargıların tetiklediği zeminde ortaya çıkmaktadır¹⁵. Kendilerini lezbiyen, gey, biseksüel veya trans olarak tanımlayan yahut LGBT olduğu varsayılan veya cinsiyet kimliği kalıplarına uymayan kişiler genellikle homofobik ya da transfobik şiddet olarak tanımlanan şiddetin mağduru olmaktadır¹⁶.

AGİT'e üye 56 ülkeden sadece 12 tanesi cinsel yönelime yönelik önyargı nedeniyle cezanın ağırlaştırılabileceğini düzenlemektedir¹⁷. Hem AGİT'in önerileri kapsamında hem de üye ülkelerin iç hukuklarına dâhil etmek konusunda LGBT bireylere yönelik nefret suçlarına ilişkin AGİT'e üye ülkeler arasında net herhangi bir ortaklaşma yoktur¹⁸. Cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği temelli nefret suçları ile ilgili uluslararası düzeyde bir tepki bu yapıların uluslararası insan hakları ve ayrımcılık karşıtı mekanizmalarla bütünleşememesi nedeniyle oluşmamaktadır¹⁹. Homofobinin ve transfobinin neden olduğu vakıalar ve suçlar halen bilinen en az raporlanan ve kayıt altına alınan suçlardır. Bunun gibi failerin çoğunlukla cezasız kaldığı bilinmektedir. Bu duruma öncelikle ülkelerin mevzuatlarında LGBT bireylere

¹³ OSCE/ODIHR 2009, age, syf. 21

¹⁴ OSCE/ODIHR, Combating Hate Crimes in the OSCE Region, 2005, syf.154-155

¹⁵ ILGA EUROPE, Hate Crime and Violence, http://www.ilga-europe.org/europe/issues/hate_crime_and_violence

¹⁶ Human Rights First, Violence Based on Sexual Orientation and Gender Identity Bias, 2008, syf.3

¹⁷ Bu ülkeler; Amerika Birleşik Devleti (30 eyaletinde geçerli olmak üzere), Andorra Prenslığı, Belçika, Birleşik Krallık, Danimarka, Fransa, Hırvatistan, İspanya, İsveç, Kanada, Portekiz ve Romanyadır.

¹⁸ OSCE/ODIHR, Hate Crimes In The Osce Region – Incidents And Responses Annual Report For 2007, Warsaw, 2008, syf.109

¹⁹ Human Rights First, age, syf.2

yönelik nefret suçlarının hüküm altına alınmaması neden olduğu gibi aynı zamanda mağdurların kanun uygulayıcılara başvururken çekinmeleri ya da bildirimlerinin ciddiye alınmayacağına dair inançları etkili olmaktadır²⁰.

Türkiye’de de çoğunluğu belirleyen tektipçi ideolojik iktidar anlayışlarının dışında kalan var olma biçimleri farklı zamanlarda ve farklı biçimlerde nefret suçlarının hedefi olabilmektedir. LGBT bireylere yönelik nefret suçları da bu durumun bir görüngüsü olarak homofobik ideolojilerden ve ayrımcılıktan beslenmekte ve homofobi genel olarak otoriterlik ve muhafazakârlıkla bir arada bulunup diğer ayrımcılıklarla birlikte ortaya çıkmaktadır²¹.

LGBT bireylere yönelik nefret suçları bir başka bağlamda heteroseksizim ile de kavranabilir. Irkçılık, cinsiyetçilik ve diğer baskı ideolojileri gibi, heteroseksizim de hem tarihsel geleneklerde ve din, yargısal sistem gibi toplumsal yapılarda hem de bireysel algı ve davranışlarda ortaya çıkar. “Heteroseksist ideoloji, “kadın olmak”ı ve “erkek olmak”ı, üreme işlevine bağlı anatomik farklılıklar çerçevesinde iyice kökleştirdiği ve sabitleştirdiği için toplumsal cinsiyet pratikleri ve söylemleri, bu cinsiyetleri mutlaklaştırır ve dışa kapalı, geçirgen olmayan bütünlüklü kategoriler olarak kurar ve kendi içinde bir bütünlüğü olan iki insan sınıfı haline getirir. Anatomik uyum ve cinsiyetlere atfedilen uygun cinsel yönelimler, böylelikle heteroseksüel cinselliği doğallaştırır”²². Bu ideolojik rejim, LGBT bireyleri varsayılan toplumsal cinsiyet normlarını ihlal ettikleri gerekçesiyle damgalamakta ve doğallaştırılmış olandan sapma olarak kabul ettiği için ‘sapıklık’ olarak yargılamaktadır. Buna paralel olarak toplumsal cinsiyet kodlarına uymadığı varsayılan bireyler de eşcinsel olarak etiketlenmekte, damgalanmakta ya da saldırıya uğramaktadır. Bu açıdan her cinsel kimlik, toplumsal cinsiyeti onaylamayan her türlü davranma biçiminden kaçınmak için oto-izleme mekanizması yaratmaktadır²³.

Homofobik ve transfobik edimlerin de taşıyıcısı olan bu ideoloji kurumsal düzeyde yargı mekanizmasında da çok güçlü yer bulmaktadır. Yasa koyucunun LGBT kimlikleri yasaklayıcı tasarruflarından başka, görmezden gelmesi yasal alanın bir boyutunu oluştururken diğer bağlamını mahkeme kararları ile kurumsallaşan homofobi ve transfobi oluşturmaktadır.

²⁰ OSCE/ODIHR 2008, age, syf.111

²¹ GÖREGENLİ, agm. syf. 31

²² ACAR SAVRAN Gülnur, Kaos GL tarafından düzenlenen “Türkiye’de Kadın Olma Halleri” oturumunda:“Heteroseksizm: Patriyarkanın En Güçlü Dayanağı” başlıklı sunum, 15 Mayıs 2009, Ankara, <http://www.kaosgl.com/content/heteroseksizm-patriyarkanin-en-guclu-dayanagi>

²³ HEREK Gregory, The Social Context of Hate Crimes: Notes on Cultural Heterosexism, “Hate Crimes” içinde Sage Yay., 1992, syf. 97

III. LGBT BİREYLERE YÖNELİK NEFRET SUÇLARI VE YARGISAL TUTUM

Türkiye’de LGBT bireylerin medeni hukuk ve ceza hukuku önünde karşı karşıya kaldıkları yargı makamlarınca geliştirilen tutumun izleğini çıkardığımızda temel olarak tek tipleştirilmiş ve önyargı ile kurulmuş kimlik varsayımı ile hareket edildiği görülmektedir. Kuşkusuz yargısal tutumun varsayılan normalize edilmiş ve doğallaştırılmış kimliklerin teyit edildiği bir yapıdan bağımsız tutulması için bir sebep yoktur. Ancak bu sonucun ortaya koyduğu veri tehlikelidir. Yargı makamları heteroseksist ideolojinin yeniden ürettiği toplumsal ilişkileri görünmez kılarak LGBT bireyleri etiketlemektedir. Bu nedenle ilk bölümde yargı kararları ile beslenen homofobinin ve transfobinin izi sürülecektir. İkinci bölüm de yargı kararlarının kurumsallaştırdığı cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğine yönelik önyargının varsaydığı ve hedef aldığı bireylere yönelik nefret suçlarının yargı kararlarında nasıl ele alındığı araştırmasına ayrıldı. Bilindiği üzere Türkiye’de nefret suçu kategorik olarak tanınmadığı için vakıa düzeyinde faillerin motivasyonları ve bunları belirleyen yapısal koşullar araştırılmamaktadır. Dolayısıyla bu çalışma yöntemsel olarak bilimsellikten biraz uzaklaşmak pahasına bize “nefret suçları tanınıyor olsaydı ne olurdu” sorusunu sormamıza da imkan vermektedir.

1. Cinsel Yönelime ve Cinsiyet Kimliğine Yönelik Algı

Yüksek Mahkemelerin cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği söz konusu olduğunda aldıkları kararlarda çoğunlukla genel ahlaka referansla varoluşu tanımladıkları, ön kabullerle hareket edip toplumsal önyargıyı teyit ettikleri görülmektedir.

Mesela 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanununun 5. maddesine 16.6.1985 günlü ve 3233 sayılı Kanun’un 1. maddesiyle eklenmiş olan (F) bendinin Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptali istemine ilişkin yapılan başvuru neticesinde Anayasa Mahkemesi oyçokluğu ile aldığı iptal kararının gerekçesini şu şekilde ifade etmektedir²⁴: *“İptali istenilen bu bent hükmüne göre; “Genel ahlâk ve edep kurallarına aykırı olarak utanç verici ve toplum düzeni bakımından tasvip edilmeyen tavır ve davranışta bulunanların” da polisçe parmak izleri ve fotoğrafları alınabilecektir. Maddenin uygulanabilmesi, kişinin genel ahlâk ve edep kurallarına aykırı tavır ve davranışlarının, utanç verici ve toplum düzeni bakımından tasvip edilemez nitelikte olması koşullarının birlikte gerçekleşmiş bulunmasına bağlı tutulmuştur.*

²⁴ AYM, 26.11.1986 tarih, 1985/8 E., 1986/27 K.,

<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1986/K1986-27.htm>

2559 sayılı Yasanın 5. maddesine (F) bendi olarak eklenmiş bulunan bu kuralla ne gibi bir toplumsal faydanın amaçlandığı ve kimleri kapsadığı yönü açık değildir. Bent hükmünün getiriliş nedeni yasa tasarısına ilişkin gerekçede: 2559 sayılı Kanunun (D) bendinde “kendisini başkalarının zevkine terk edenler” ibaresinin açık olmayıp tefsire muhtaç yanları bulunduğu, günümüz dünyasında aktüel bir konu haline gelen kadın, erkek eşcinsel kişiler ile bunlara aracılık edenlerin faaliyetlerinin takibini ve gereken önleyici zabıta tedbirlerinin alınmasını sağlamak, şeklinde açıklanmıştır.

Eğer madde sadece gerekçede belirtildiği gibi tavır ve davranışları toplum düzeni bakımından tasvip edilmeyecek nitelikte bulunan eşcinselleri kapsamış olsa idi, toplum sağlığı gözetilerek bent hükmünün haklı bir gerekçeye dayandığı söylenebilirdi.(...) İnceleme konusu bent hükmüne göre, polisin ya da siyasî iktidarların ahlâk anlayışlarına bağlı olarak, suç teşkil etmeyen ve hoşgörü ile karşılanabilecek kimi eylemlerin failleri de genel ahlâk ve edep kurallarına aykırı olarak utanç verici ve toplum düzeni bakımından tasvip edilmeyen tavır ve davranışlar içerisinde buldukları gerekçesiyle, genel kadınlar, eşcinseller, fuhuşla melûf olanlarla aynı kategoride mütalaa edilerek parmak izleri ve fotoğrafları alınabilecektir. Uygulamanın böyle bir yönde gelişmesine, maddede yer alan, zamana, yere ve kişiye göre değişebilen “genel ahlâk ve edep”, “utanç verici” gibi sübjektif takdire elverişli ölçütler engel olamayacağı gibi bu konuda, takdirin polise bırakılması da kişi güvenliğini zedeleyebilir. Genel ahlâk ve edep kurallarına aykırı davranışların bir bölümü suç olarak ceza yasalarına girmiştir. Buna karşılık, büyük bir kesimi de bu nitelikte değildir. Bunlar yaptırımını kamu vicdanında bulurlar. Ayıplama, kınama, yalnız bırakma, tasvip etmediğini herhangi bir biçimde belli etme gibi yollarla bu kurallara uyulması sağlanır”.

Benzer bir tutum yine Anayasa Mahkemesinin başka bir kararına yansımıştır. Antalya 2. Ağır Ceza Mahkemesi 765 sayılı “Türk Ceza Kanunu”nun 438. maddesinin, Anayasa’ya aykırılığı nedeniyle iptali istemi ile Anayasa Mahkemesine başvurmuştur²⁵. İptal isteminin gerekçesini “sanıklar tarafından zorla kaçırıldığı iddia olunan mağdurenin, Emniyet Müdürlüğünün yanıt yazısında “Fuhuşu meslek edinen bir kadın” olduğunun bildirilmesi üzerine Mahkeme, davada uygulanması söz konusu olan Türk Ceza Kanunu’nun 438. maddesinin Anayasa’ya aykırı olduğu” görüşü oluşturmaktadır. AYM, iptal isteminin reddine yönelik verdiği kararda

²⁵ AYM, 12.1.1989 tarihli,1988/4 E., 1989/3 K.

<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1989/K1989-03.htm>

gerekçesini “Yasakoyucu, fuhşu kendine meslek edinen bir kadının kaçırılması ve ırzına geçilmesi ile aynı eylemin bu durumda bulunmayan kadınlara karşı yapılmasının toplum yaşamında yaratacağı farklı etkileri dikkate alarak suçtan zarar gören kişinin durumuna göre değişik cezalar verilmesini uygun görmüş ve Türk Ceza Yasası’nın itiraz konusu 438. maddesini kabul etmiştir. Bu bakımdan fuhşu meslek edinen bir kadının kaçırılması veya ırzına geçilmesinde verilecek ceza ile aynı eylemin iffetli bir kadına karşı yapılması durumunda verilecek ceza kıyaslanarak bu hükümlerde eylem ile ceza arasında Anayasa’ya olduğu gibi hukukun genel ilkelerine ve adalet duygusuna aykırılık olduğu yolunda ileri sürülen görüş de yerinde bulunmamıştır” şeklinde belirtmiştir. Oyçokluğu ile alınan karara katılmayan iki üye ise karşı oy gerekçelerini şu şekilde kurmuştur:

“Cebren ırza geçme suçuyla ilgili kimi kuralları içeren Türk Ceza Kanunu’nun 414. ve 416. maddelerinde cinsiyet ayrımı yapılmaksızın “bir küçük”, “bir kimse” ibareleri kullanıldığına; ikinci Kitabın Sekizinci Babı’nın “Kız ve Kadın ve Erkek Kaçırma” başlıklı ikinci Faslı’nın 429. maddesinde kadın kaçırmaktan söz edilirken 430. maddesinde “reşit olmayan bir kimseyi” ibaresi kullanılmak suretiyle genel olarak kız, kadın ve erkek kaçırılması kurala bağlandığına, 434. maddesinde de “kaçırılan veya alıkonulan kız veya kadın” denilerek “kız”, “kadın” ve “erkek” sözcüklerinin özel anlamlarla kullanıldığı vurgulandığına; 438. maddesinde ise “kadın” denilmekle yetinildiğine göre, suçun, örneğin bünyesel nedenlerle bakire kalan bir fahişe ya da **fuhuş alanında kadınmiş gibi faaliyet gösteren transeksüel yahut eşcinsel bir erkeğe karşı işlenmesi durumunda, fuhşu kendine meslek edinen “kadın”dan söz edilememesi, dolayısıyla itiraz konusu kuralın sanık hakkında uygulanmaması gerekecek, bu da anayasal ilke ve kurallar, özellikle toplumun huzuru ve adalet anlayışı bakımından bir takım olumsuz sonuçların doğmasına neden olacaktır. Aynı doğrultudaki olumsuz sonuçların “alıkoyma”, “sarkıntılık”, “ırz ve namusa tasaddi” suçları yönünden de gerçekleşmesi mümkündür”. Her ne kadar karşı oy gerekçesinde eşitsizlik vurgulanıyor olsa da eşcinsel erkeklerin yahut transeksüel bireylerin suçun mağduru olması halinde faillerin indirim sebebinden faydalanamayacak olmasının toplumun huzuru ve adalet anlayışı bakımından olumsuzluk yaratacağına yönelik belirleme yargısal tutumu açığa çıkarmaktadır. Bunun gibi, fuhuşla ilgili bir kararda LGBT bireylerin olayın tarafı olmamasına rağmen bahis konusu edilmesi de oldukça ilgi çekici bir tarafı oluşturmaktadır. Nitekim genel ahlak ve genel sağlık kategorileri sıklıkla bu kitleleri hedef almakta ve toplumsal yapı yeniden üretilebilmektedir.**

Yine Yargıtay fuhuş dolayımıyla verdiği bir kararında trans bireyler hakkında şu tespiti yapmaktadır²⁶: ***“Travesti denilen kişilerin başkalarıyla cinsi ilişkilerinin AIDS, frengi, belsoğukluğu gibi zührevi hastalıklara neden olduğu bir olgu olarak bilinmektedir”***.

Sadece fuhuş alanında değil toplumsal norma uygun olduğu varsayılan ilişkilerin tesisinde de yani aslında eşit yurttaşlara hasredilmiş hakların kullanımı ile ilgili kararlarda da bu hakların kullanımı ile ilgili adeta LGBT bireylerin bağışık tutulacağına ilişkin meşru zemin yaratılabilmektedir. Mesela Yargıtay’ın evlat edinme ilişkisine dair verdiği bir kararda şu ifadeler yer almaktadır²⁷: ***“hakim, evlatlık ilişkisi kurulmasında, gizli amaçlar varsa bunları sezmemek, görmek ve bulmakla yükümlüdür. Söz gelimi, böyle bir sözleşme ile, bir metreslik münasebeti çevreden gizlenmek isteniyorsa ya da homoseksüel ilişkiler, uyuşturucu madde kaçakçılığı veya fuhuş gibi bir kısmı çirkin, bir kısmı ise suç teşkil eden eylemlerin yapılmasında kolaylık ve güven ortamı sağlanması gibi amaçlar güdülüyorsa, bu takdirde hakim kamu velayeti yetkisine dayanarak izin vermemek hususunda takdir hakkına sahiptir”***.

Genellikle LGBT bireylerin gizli amaçları olduğunu sezinleyen Yüksek Mahkemeler, özellikle bir araya gelindiğinde bu kitleselliği adeta deşifre etmektedir.

1993 yılında yapılmak istenen "Cinsel Özgürlük Etkinlikleri" başlıklı kapalı salon toplantısının, 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun 17.maddesine dayanılarak yasaklanmasına ilişkin 57248 sayılı işlemin iptali istemiyle açılan dava sonucunda İdare Mahkemesince davanın reddine karar verilmiştir. İdare Mahkemesince, ***“toplantının gerek düzenlenme amacı, gerekse toplantıya katılacak kişilere benimsetilecek konular açısından, Türk toplumunun örf ve adetlerine, toplumun genel ahlakına aykırı olduğu, eşcinsellik kavramını kabul ettirme ve normal bir cinsel tercih olayı gibi gösterme amacı taşıdığı, kamu düzenini sarsıcı olayların doğmasına neden olabileceği”*** sonucuna varılmıştır. Danıştay ise bu kararı ***“toplantıda katılımcılara sunulacak ve tartışılacak olan bildirimler getirtilerek, bu bildirimler üzerinde inceleme yaptırılması ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken bu yola gidilmeden eksik inceleme sonucunda karar verildiği”*** gerekçesiyle bozmuştur²⁸. Böylece cinsel yönelime dair ilk derece mahkemesinin yaptığı yorumlara değinilmeden toplantı bildirimlerinin de benzer bir süzgeçten geçmesi olanaklı kılınmaktadır.

²⁶ Y. 2. CD, 14.07.1999 tarih, 1999/11366 E., 1999/10722 K., <http://www.legalbank.net/>

²⁷ Y. 2. HD, 30.10.1984 tarih, 1984/8323 E., 1984/8594 K., <http://www.kazanci.com>

²⁸ Dan. 10. D., 21.12.1995 tarih, 1994/2790 E., 1995/6649 K., <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>

Lambdaistanbul LGBTT Dayanışma Derneğinin feshedilmesi talebiyle başlayan muhakeme açısından da benzer bir yargısal eğilim tespit edilmektedir. Beyoğlu 3. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 29.05.2008 tarihli kararı ile “*Davalı derneğin kurulmasının toplumumuzun genel ahlakına aykırı olup olmaması hususunda somut olaya uygulanabilecek istatistiki bir ölçek ve yüzde bulunmasa da, toplumumuzda Ataerkil aile yapısının güçlü bir şekilde mevcut olması, Aile mefhumuna atfedilen kutsiyet, akraba bağları, din ve görgü kuralları, söz konusu farklı cinsel yönelim sahibi erkek ve kadınların azlığı ve bu tür taleplerin dillendirilmeye başlanması olgusunun çok kısa bir döneme tekabül etmesi ve hatta ülkemizin kırsal kesiminden ziyade sadece metropol şehirlerde ortaya çıkmış bulunması hususları hep bir arada değerlendirildiğinde, toplumun aşağı yukarı tamamına yakın bir kesimi tarafından tasvip edilmeyen, ahlaka ve edebe aykırılık olarak kabul edilen ve nitelendirilen bir yapı arz ettiği söylenebilir(...)* Anayasamızın 10. maddesi, herkesin kanun önünde eşit olduğu, kadınlar ve erkeklerin eşit haklara sahip olduğu, hiçbir kişiye, aileye, zümreye ve sınıfa imtiyaz tanınamayacağı hükmünü amir olup davalı dernek mensuplarının da kadın ve erkek sıfatlarıyla bu hükme tabi oldukları, Anayasal düzenlemede kadın ve erkek cinsiyetinin yanı sıra farklı bir cinsiyet tanımı bulunmadığına göre sadece cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği gözetilerek oluşturulacak örgütlenmenin söz konusu maddenin özüne ve ruhuna ve amaçladığı eşitlik kuralına aykırılık teşkil edeceği, **derneğin amaçları bölümünün hemen hemen tüm bentlerinde davalı dernek mensuplarının kendi cinsel eğilimlerinin tüm toplum katmanlarında eğitici programlar organizasyonu suretiyle teşviki ve propagandasının yapılmasının ön plana alındığı gözlemlenmekle, söz konusu bu çalışmaların yasal ve Anayasal yapıya aykırı olarak azınlığın çoğunluğa tahakkümü sonucu doğuracak şekilde ve anayasamızın 41.maddesinde belirtilen Aile ve çocukların, Anayasamızın 58. maddesinde belirtilen gençlerin hak ve özgürlüklerini tehlikeye girmesine neden olunacağı**” şeklinde kurduğu hüküm temyiz edilmiş ve Yargıtay kararın bozulmasına karar vermiştir²⁹. Ancak şu gerekçeye de kararda yer vermek suretiyle LGBT varoluşla ilgili yargısal tutumu teyit etmiştir: “*Toplum genelinde ahlaksızlık olarak nitelenen olgu lezbiyen, gey, biseksüel, travesti ve transseksüel olma ve bu sözcüklerin kullanılması değil, bu kişilerin yaşam tarzı ile diğer kişilerin lezbiyen, gey, biseksüel, travesti ve transseksüelliğe özendirici ve teşvik edici davranışlara yönlendirmesidir. Anılan maddelerde hiçbir şekilde lezbiyen, gey, biseksüel, travesti ve transseksüel yaşamı teşvik ve özendirmeden ve bu cinsel yönelimlerin yaygınlaştırılmasından söz edilmemektedir. Kanunlarımızda da lezbiyen, gey, biseksüel,*

²⁹ Y. 7. HD, 25.11.2008 tarih, 2008/4109 E., 2008/5196 K.

*travesti ve transseksüel kişilerin aralarında örgütlenerek birlik ve dayanışmalarını sağlama amacıyla dernek kuramayacaklarına ilişkin, bir hüküm bulunmamaktadır. Hal böyle olunca davalı derneğin amaçlarının hukuka ve ahlaka aykırı olduğundan da söz edilemez. **Davalı derneğin ileride tüzüğüne aykırı olarak lezbiyen, gey, biseksüel, travesti ve transseksüelliği özendirme, teşvik ve bu cinsel yönelimlerin yaygınlaştırması yönünde faaliyetlerde bulunması durumunda hakkında Dernekler Kanunu'nun az yukarıda açıklanan 30 ve 31. maddesi hükümlerinin uygulanabileceği ve feshinin istenebileceği kuşkusuzdur***”.

Bülent Ersoy'un nüfus kaydının düzeltilmesine yönelik yürütülen muhakemede de benzer şekilde gizli amaç araştırılmakta ve esasen LGBT varoluşun reddine yönelik yargısal bir tercih geliştirilmektedir³⁰. “*Yerel mahkeme, davanın esasını da reddederken iki nedene dayanmıştır. Çok kısa iki cümle ile ifade edilen bu nedenlerden birincisi, kadında bulunması gerekli yumurtalık ve rahim organlarının davacıda mevcut olmadığı anlaşıldığından davacının durumu tıpta ve hukukta kadın ile ilgili olarak verilen tariflere uymadığı ve kendisini tam kadın saymak imkanı bulunmadığıdır. İkincisi ise, cinsiyet tashihi davalarının ancak kadın olarak doğmuş bir kişinin cinsiyetinin nüfus kaydına yanlış olarak geçirilmiş olması hallerine münhasır bulunduğu ve sonradan yapılan ameliyat ile kadın olduğu iddiasının cinsiyet tashihine yol açamayacağı düşüncesidir(...) **Serbest irade ile kişi cinsiyetini keyfince değiştiremez. Aksi kabul edilirse iş, kişilik hakkı üzerinde tasarrufla kalmaz, kanuna karşı hilelere kapı aralanmış olur. Söz gelimi eşinden boşanamayan kimse cinsiyetini değiştirerek ve aynı cinsten kişilerin evli olamayacakları kuralına dayanarak evlilik bağına çözme imkanı elde edecektir. Yine bir kimse erkeklere özgü olan askerlik, milli görevden (askerlik yükümlülüğünden) kurtulmaya ya da kadınlar için tanınan daha erken emeklilik hakkı elde etmeye, benzeri başka haksız yararlar sağlamaya imkan bulur. Bu örneklere kimsenin olumlu cevap vereceğini sanmıyoruz(...) Kanun kişilik hakkına bizzat saldıran kimsenin, meydana getirdiği sonuca hukukta yeri olmayan bir çare bulmaya mecbur değildir. Herkes yanlış eylemlerinin sonuçlarına katlanmak zorundadır. İşte, duygusal zeminde çözüm aramak doğru olamaz. Çünkü hukuk, hak karşısında ne kadar şefkatli ise, hata söz konusu olduğu hallerde de o derece müsamahasızdır. **Erkekliğini yitirmiş fakat kadın da olamamış bir kimsenin çaresizliğine birlikte acınır. Ama kanun bir yana itilerek imkân hazırlanamaz*****”. Temel haklara erişim konusunda eşitlik ilkesini acıma duygusu ile terk etme eğilimi sinsi homofobik ve transfobik bir tutumu da açıkça ortaya çıkartıyor.

³⁰ Y. 3. HD, 17.06.1982 tarih, 1982/2644 E., 1982/2751 K., <http://www.legalbank.net/>

Mesela Danıştay bir kararında³¹ “25.10.1981 günü TV'de yayınlanan *"Günlerin Getirdiği"* adlı izlencede, "...öteden beri bilinen, ancak son yıllarda gitgide belirgin bir görünüm kazanan.." eşcinsel, kadınımsı görünüm ve davranışlı erkeklerin konu edildiği, **genelinde toplumun dışladığı bu kişilerin önleyemedikleri kadınsı eğilimlerinin baskısı altında, erkeklik fonksiyonlarını, çocuk yapma kabiliyetlerini yok edici cinsiyet değiştirme ameliyatlarına dahi razı olduklarının kendi ağızlarından anlatımları ile görüntülendiği(...)**incelenen yayın metninden, konun çok yönlü olarak ele alındığı, cinsel sapma içindeki kişilerin ruhsal durumlarının, bunların psikopatolojik zorunluluklarının hukuki ve tıbbi sonuçlarının tartışıldığı, bu konuda uzman kişilerin görüşlerine yer verildiği” şeklinde belirlemeler yapmak suretiyle cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği konusunda en temel önyargıyı desteklemekte ve Yargıtay’ın “acıma” terimi ile açıkladığı zemini “hastalık” mertebesine yükseltmektedir.

Kuşkusuz Yüksek Mahkemelerce LGBT varoluşun daha açık bir şekilde reddettiği ve gayrı meşru ilan ettiği kararlar da mevcuttur. Mesela Yargıtay vermiş olduğu bir kararda³² ***"Boşanma sebebi, toplumun asla hoş görmeyeceği "eşcinselliğe" Türkçe deyimini ile "Seviciliğe" dayanmaktadır. Böylesine marazi (hastalık derecesine varan) bir alışkanlığı bulunan kadına kız çocuğunun velayetinin verilmesi onun geleceğini tehlikeye düşüren bir durum meydana getirebilir. Küçüğün idrak çağına erip kişiliği zarara uğradıktan sonra onu, anasından uzaklaştırmak hiç bir anlam taşımaz. Velayet düzenlenirken gözönünde tutulacak husus, çocuğun sadece o andaki değil, gelecekteki yararlarının dahi her yönü ile korunmasıdır. Bu bakımdan çocuk henüz kötü alışkanlıklar edinmeden gerekli tedbirin alınması zorunludur. Hal böyle olunca, küçüğün ahlaki gelişimine, öncelik ve şefkatin üstünde değer verilmesi gerekir. Öyle ise "karşılaşılan iki kötülükten zarardan, hafifin tercih edilmesi" yolundaki kural gözetilerek çocuğun, babanın velayetine bırakılması uygun olur. Bu yönün gözetilmemesi usul ve kanuna aykırıdır"*** demek suretiyle eşcinselliği “kötü ve bulaşıcı bir alışkanlık” olarak tespit edebilmektedir.

Yargıtay’a göre eşcinsellik alışkanlık olduğu kadar aynı zamanda ağır bir suçlama zeminidir. Yargıtay’ın vermiş olduğu bir kararda³³ ***"Boşanmaya neden olan hadiselerde, davalı kocasını eşcinsellikle suçlayan kadın tamamen kusurlu olup Türk Medeni Kanununun 175. maddesi koşulları oluşmadığı halde davacı yararına yoksulluk nafakası takdiri usul ve yasaya***

³¹ Dan. 10. D. 28.12.1989 tarih, 1987/802 E., 1989/2731 K., <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>

³² Y. 2. HD, 21.6.1982 tarih, 1982/5077 E., 1982/5531K., <http://www.kazanci.com>

³³ Y. 2. HD, 07.04.2003 tarih, 2003/3886 E., 2003/5018 K., <http://www.legalbank.net/>

aykırıdır” demektedir. Yine bir kimseye eşcinsel olduğunu sormak sövme suçunu ortaya çıkarmaktadır³⁴: Yargıtay’a göre “*Tanık Murat anlatımlarına göre, sanık Hasan'ın kişisel davacıya "sen eşcinsel misin, yetersiz misin, jigolo musun?" biçimindeki sözlerinin yüze karşı sövme niteliğinde olduğu* gözetilmeden hüküm kurulması hukuka aykırıdır”.

“Doğal durumu” heteronormatif algı ile tespit eden Yargıtay eşcinsel ilişkiyi doğal olmayan durum olarak ilan etmektedir³⁵: Bu durum, “*sanığın satışı sunduğu ileri sürülen CDlerde doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlara ilişkin "kadın kadına sevişme, anal, oral ve grup seks" görüntülerinin bulunduğu saptanması karşısında*” şeklinde ifade edilmektedir.

Ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller olarak düzenlenen 1475 sayılı İş Kanununun 17/II maddesi gereğince iş sözleşmesi feshedilen işçinin tazminat koşullarına ilişkin aldığı bir kararda Yargıtay durumu şu şekilde ortaya koymaktadır³⁶: “*Davacının iş sözleşmesi 19.10.2001 tarihinde işyerinde iş arkadaşı ile arasındaki ahlak kurallarına uygun olmayan ilişki nedeni ile mesai saatlerinde işyeri düzeninin ihlal edilmesine yol açacak şekilde küfürleşmeli tartışma yaptığı gerekçe gösterilerek işverenlikçe feshedilmiştir. Davalı tanıklarının birbirlerini doğrulayan ifadelerinden davacının eşcinsel ilişki içinde olduğu işverenin diğer bir işçisi ile işyerinde bu ilişki sonucu alınan otomobilin parası bahane edilerek küfürlü tartışmaların geçtiği anlaşılmaktadır. Şehir dışı görevlere dahi diğer erkek işçinin beraberinde gönderilmesini isteyecek şekilde tutkulu olan davacının bu davranışları yönünden dalgınlığı şeklinde oluşan davranışların iş verimini olumsuz etkileyecek düzeye ulaşması işçinin cinsel tercihlerini aşar bir olgu olarak kabul edilmelidir*”. Heteroseksüel bir ilişkide Yargıtay’ın makul saydığı tutku derecesinin ve onun sebebiyet verebileceği dalgınlık miktarının hukuken tespiti imkanı olmalıdır ki işverene fesih yetkisini veren zemin bu anlamda takdir edilebilir olsun.

İstihdam alanında ahlaka referansla eşcinsel kimliğin tanımlandığı bir başka kararda³⁷ “ *taraflar arasındaki uyuşmazlık, hizmet akdinin bulunup bulunmadığı yönünde toplanmaktadır. Taraflar arasında varlığı ileri sürülen ilişkinin özel hayatları ile ilgili olduğu açıktır. Aslolan bu özel hayat dışında taraflar arasında bir hizmet akdinin mevcut olup*

³⁴ Y. 4. CD, 25.09.1997 tarih, 1997/7001 E., 1997/7594 K., <http://www.legalbank.net/>

³⁵ Y. 5. CD, 2008/14636 E., 2009/1404 K., <http://www.adalet.org/cbekran.php?id=6009>

³⁶ Y. 9 HD, 19.09.2005 tarih, 2005/654 E., 2005/30275 K., <http://www.legalbank.net/>

³⁷ Y. HGK, 26.05.1999, 1999/9-307 E., 1999/467 K., <http://www.legalbank.net/>

*olmadığıdır” denilmekte ve ilk derece mahkemesinin kararı iş ilişkisinin varlığı tespit edilmek suretiyle bozulmaktadır. Ancak kararda yer alan karşı oy yazısı her ne kadar azınlık oyu olsa da yargısal tutum açısından oldukça ilgi çekicidir: “Toplanan deliller birlikte değerlendirildiğinde tarafların ikisi de erkektir. Taraflardan birinin aktif birinin de pasif eşcinsel olduğu aynı evde karı koca gibi birlikte metres hayatı yaşadıkları, İstanbul'da başlayan bu yaşam şeklinin davalının askerlik görevi süresince Diyarbakır'da, askerlik sonunda İstanbul'da sürdüğü, davalının uzman doktor ve gelir sahibi, davacının ise gelirinin bulunmadığı ev ve özel giderlerinin davalı tarafından karşılandığı, taraflar arasında belirlenmiş bir ücret sözleşmesi bulunmadığı, tarafların birlikte yaşadıkları evde ve ev dışındaki yaşamda birbirlerine normal evliliklerde mevcut karı koca dayanışması gibi yardımcı oldukları, **bu ilişkinin temelini yasalarımızın korumadığı, toplumumuzun ahlak yapısına uymayan, ahlaka (adaba) aykırı birlikteliğe dayandığı, olayımızda hizmet akdinin unsurlarının oluşmadığı, hizmet akdinin varlığı kabul edilse bile mevzunun ve temelini ahlaka (adaba) aykırı bulunması nedeniyle Borçlar Kanunu'nun 19 ve 20. maddeleri gereği mutlak butlan sebebiyle tamamıyla batıl olduğu, böyle bir akde dayanılarak dava açılmayacağı mahalli mahkemenin kararının onanması gerektiği görüşünde olduğumdan, HGK. çoğunluğunun bozma kararına katılamıyorum”.***

2. Nefret Suçlarını Görememek

Bir önceki bölümde ulaşılabilen örnek kararlar vasıtasıyla Türkiye’de LGBT kimliklerin yargısal düzeyde karşı karşıya oldukları zemini tariflerken, LGBT bireyler hakkında koruyucu hükümlerin ihtiyacına da aslında işaret etmeye gayret ettik. Bu koruyucu hükümler başta Anayasa olmak üzere bir dizi kanunun konusu olabilir ancak hem bu çalışmanın kapsamı açısından hem de mutlak aciliyet gösterdiği için nefret suçları üzerine yasa koyucunun neden harekete geçmesi gerektiğini bu bölümde ifade etmeye çalışacağız.

765 sayılı Ceza Kanunu döneminde 51. maddesinde “hafif-ağır tahrik” olarak ifadesini bulan 5237 sayılı Kanun açısından ise “haksız tahrik” olarak düzenlenen cezadan indirim sebebi özellikle LGBT bireylerin mağdur yahut maktul olduğu muhakemelerde en kritik hukuki kurum olarak karşımıza çıkmaktadır.

TCK’nın 29. maddesinde “haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye daha az ceza verileceği” hüküm altına alınmıştır. Haksız tahrik; failin, mağdurun haksız hareketiyle suça neden olduğunu göz önüne alan ve bu haksız

hareketin failde yarattığı öfke veya şiddetli üzüntü nedeniyle failin kusurluluğunun etkilendiği ve hareketinin kınanabilirliğinin zayıfladığı düşünülen bir cezadan indirim sebebidir³⁸. Yargıtay içtihatları ile doktrinde haksız tahrik hükümlerinin bir olayda uygulanabilmesi için çeşitli kriterler geliştirilmiştir. Buna göre haksız tahrikten söz edebilmek için öncelikle tahrik edici bir fiil olmalıdır. Bu tahrik edici fiil haksız olmalıdır. Haksız tahriki oluşturan fiil failde hiddet veya şiddetli eleme neden olmalıdır. Hiddet ve şiddetli elem haksız tahriki oluşturan fiilden kaynaklanmalıdır. Haksız tahrik oluşturan fille işlenen suç arasında orantılılık olmalıdır³⁹.

LGBT bireyler söz konusu olduğunda genellikle ilk derece mahkemelerinin fail lehine haksız tahrik hükümlerini uyguladığını görüyoruz. Baki Koşar'ın öldürülmesine ilişkin yürütülen kovuşturmada Mahkeme “*maktulun sanığa yönelik davranışları, saldırısı, aktif olarak ilişki teklifinde bulunması sanık yararına tahrik sebebi kabul edilmiş*” şeklinde ifade etmek suretiyle haksız tahrik indirimini uygulama yolunu seçmiştir⁴⁰. İlk derece mahkemesi aktif ilişki teklifinde bulunmanın hukuka aykırı bir fiil olduğunu ve bu nedenle kişinin hiddete katılıp bir kişiyi sayısız kere bıçaklayabileceğini varsaymaktadır. Öncelikle hukuken haksız tahrik hükümlerinin uygulanma zemini olmayan bu vakıda bir an için eşcinsel ilişki teklifinin bahis konusu olduğunu düşünecek olursak bu teklifin maktul aleyhinde ve fail lehinde bir sebep oluşturmasının tek nedeni ortaya çıkacaktır: Türkiye’de nefret suçlarının tanınmıyor olması. Şayet nefret suçu tanınıyor olsaydı bir kişinin cinsel yönelimine duyulan nefretin, onun yönelimi ile ilgili önyargının ve düşmanlığın kişinin cinsel kimliğini ortaya koyması ile öldürülmesi sonucunu doğurduğu düşünülecek ve böylece nefret suçu olduğu tespit edilebilecektir.

Benzer şekilde bir başka karara konu olan olayda ilk derece mahkemesi haksız tahrik indirimi uygulama yoluna gitmiş ancak Yargıtay bu kararı bozmuştur⁴¹. Şöyle ki; “*Sanıklardan Kürşad’ın hafif tahrik altında kasten adam öldürmek ve hırsızlık suçlarından cezalandırılmasına, diğer sanık Elif’in adam öldürmek suçundan beraatine, hırsızlık suçundan mahkûmiyetine karar verilen olayda, sanık Kürşad savunmalarında, içki içmek için gittiklerinde kendisine para karşılığı cinsel ilişkide bulunmayı teklif etmesi ve hakaret*

³⁸ CENTEL Nur, ZAFER Hamide, ÇAKMUT Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, Ekim 2005, Beta Yay., syf 444

³⁹ TOROSLU Nevzat: Ceza Hukuku Genel Kısım, Ekim 2005, Savaş Yay., syf.243-244

⁴⁰ İstanbul 6. Ağır Ceza Mahkemesi, 27.02.2007 tarih, 2006/172 E., 2007/26 K.

⁴¹ Y. CGK, 23.09.2003 tarih, 2003/1-179 E., 2003/225 K. , <http://www.legalbank.net/>

içeren sözler söylemesi nedeniyle maktulü tahrik altında öldürdüğünü, sonra da parasını, aracını ve diğer eşyalarını aldıklarını ileri sürmüş ve Yerel Mahkemece olay bu şekilde kabul edilmişse de, diğer sanık Elif, sarkıntılık olayına tanık olmadığını, ayrıca Kürşad'ın olay yerinde bu durumdan kendisine söz etmediğini belirtmektedir. Tanıklar, maktülün homoseksüel eğilimleri bulunmadığını ifade etmişler, otopside de bu yönde bir bulguya rastlanılmamıştır. Esasen, sanık Kürşad'ın maktülün pantolonunu çıkartıp, külotu ile diğer giysilerini sıyırarak maktulü olay yerinde yarı çıplak durumda bırakması, yine maktülün tecavüze kalkışması nedeniyle sanık Elif tarafından öldürüldüğü yolundaki senaryo, sanıkların başlangıçtan itibaren olaya ısrarla cinsel taciz boyutu katma çabasında olduklarını, böylelikle suçun niteliğini değiştirme ve cezayı azaltma amacı taşıdıklarını ortaya koymaktadır". Yargıtay "eşcinsel ilişki teklif etmenin" haksız tahrik yaratıp yaratmayacağını tartışmamış bu tip bir savunmanın cezayı azaltmaya yönelik bir girişim olduğunu tespit etmiştir. Ancak eşcinsel ilişki teklifinin sarkıntılık veya cinsel taciz olacağını da kararında ifade etmiştir. Böylece, maktul eşcinsel ilişki teklif etmiş olsaydı bu nedenle öldürülecek olması cezayı hafifletici bir neden olabilecekti. Nefret ile işlenen bir cinayet daha hafifletilmiş cezalar ile savuşturulacaktı.

Yargıtay eşcinsel ilişki önerisinin haksız fiil olmakla kalmayıp sarkıntılık suçu açısından dahi değerlendirilebileceğini şu kararla da hüküm altına almıştır⁴²: "*İzmir Fuarı'nda bir salonda garsonluk yapan mağdur 1962 doğumlu Deniz'in çevrede eşcinsel olarak bilinen pavyon artisti veya şarkıcısı genç bir kişi ile aynı masada gece yarısını geçen saatlerde oturmakta olduğunu gören sanıklar, onu da masa arkadaşı gibi eşcinsel zannederek kendisi ile ilişki kurmak istemişler, bu amaçla gece saat 02'de evine başka bir taksi ile gitmekte olan mağdurun yolunu keserek sanıklardan Yıldırım'ın yönetimindeki arabalarına zorla almışlardır. Mağdur arabada sanıklardan Rahmi'ye; "yanıldığını eşcinsel olmadığını" anlatarak onu inandırdıktan bir süre sonra sanıklar kendisini evinin sokağı başına bırakarak uzaklaşmışlardır. Mağdurun ve babası Gazi'nin C. Savcılığında ve duruşmalardaki anlatımları, tanık bilgileri genelde bu doğrultudadır. Olay günü sabahı saat 5.45'de adli tıp uzmanınca verilmiş raporlara göre mağdur Deniz ve sanık Rahmi'nin alkollü oldukları da anlaşılmaktadır. Mağdurun sanıklar haklarında sarkıntılığa bağlı sözler ve öneri nedeniyle bir şikâyeti yoktur. Böyle bir olayda iki kişinin birleşerek özel kasıt ile başkasının özgürlüğünü daraltma suçu söz konusu olamaz. Olay bütünü ile 18 yaşlarındaki genç erkek Deniz'e karşı eş cinsel ilişki önerisine yönelmiş ve bir süre onu arabada tutmak olgusunu*

⁴² Y. 8. CD, 17.11.1981 tarih, 1981/5873 E., 1981/6026 K., <http://www.legalbank.net/>

da içeren sarkıntılık niteliğindedir. Mağdur olay sırasında hareket serbestisinden yoksun kalmışsa da bu sanıkların TCK.nun 179. maddesine özgü yoğunlaşmış özel kastından değil, olayın genel kasta bağlı biçim ve türünden dolayı olarak gelişen sonucudur”.

Bir başka Yargıtay kararında, tahrik indirimi uygulanması gerekip gerekmediğinin araştırılmasıyla ilgili koşulların LGBT kimlikler söz konusu olduğunda hukuki alandan çıkıp törel alana ne şekilde temas ettiğini görmüş oluyoruz. Yargıtay, **“yanında erkek arkadaşlarıyla barlarda eğlenen travesti denilen kişi ile aynı evde yaşayan ve böylece objektif ölçülerle kocası olan sanığı başkalarıyla aldattığı yolunda haklı bir kanaat oluşmasına sebep olan mağdurenin tercih ettiği bu yaşam tarzının, sanıkla evlenmeden önce de varit bulunup bulunmadığının, varit ise sanığın evlenmeden önce mağdurenin bu haline vakıf olup olmadığının, evlendikten sonra birlikte yaşadıkları süre içinde bu halin devam edip etmediğinin, devam etmişse sanığın da bu yaşam şekline itiraz ve aldırış etmeyen, hoş gören ve göz yuman karakter yapısında olup olmadığının, sanık ve mağdure ile tanıklardan mütemmim bilgi alınmak, gerekirse bu hususta bilgisi olabilecek kişiler tesbit edilerek tanık olarak dinlenmek suretiyle tespit edilip eylem sebebinin belirlenmesi, bu şekilde elde edilecek delillerin sanık lehinde tecellisi halinde, ayrı yaşasa bile resmen eşi olup çocuğunun da annesi bulunan mağdureden kaynaklanan hareketlerin ağır tahrik boyutunda kabulü, aksi takdirde tahrik hükmünün uygulanmaması gerekirken yazılı şekilde TCK.nun 51/1. maddesi ile uygulama yapılması⁴³”** hukuka aykırı bulunmuş ve yeterli soruşturma yapılmadan haksız tahrik hükümlerinin uygulanmayacağı gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin kararının bozulmasına karar verilmiştir. Yargıtay, bir kadının transeksüel bir birey ile aynı evde yaşamasını “objektif ölçülerle” haksız tahrik yaratacağını hüküm altına almakta ve ayrı yaşadığı kocasının kendisine yönelik suç oluşturan eyleminin ağır tahrik altında işlenebileceğini söylemektedir.

Transeksüel bir birey ile aynı evde yaşamak olarak belirlenen yaşam tarzının bir fiil, bu fiilin de hukuka aykırı olduğu düşünülmekte ve bir kadına yönelik suç işlenmektedir. Peki, nefret suçu kategorik olarak kabul ediliyor olsaydı bu tip bir olayda muhakemenin seyri nasıl olacaktı? Öncelikle kadınlara yönelik namus, töre, ahlaka aykırı yaşam tarzı gibi nedenlerle işlenen suçlara ilişkin tartışmanın nefret suçları kapsamında ele alınması gerektiğini ifade etmeliyiz. Bu kararda transeksüel bireylere yönelik algının onların aleyhine yorumlandığı bir zemin olmakla birlikte aynı zamanda nefret suçları tanımlanırken bu suçların mağdurları olan

⁴³ Y. 1.CD, 03.03.2004 tarih, 2003/3977 E., 2004/615 K., <http://www.legalbank.net/>

kişilerin sosyal çevrelerinin dahi nefret suçuna maruz kalabileceğini ifade etmiştik. Eğer nefret saiki ile ya da önyargının, düşmanlığın tetiklediği düşüncelerle işlenen fiiller de ağırlaştırıcı sebep yahut suçun ağırlaşmış hali olarak öngörülüyor olsaydı bu tipik bir vakiada failin eylemine indirim sebebi uygulanıp uygulanmayacağı tartışılmayacaktı.

Bu örnek dışında başka bir Yargıtay kararı da şu şekildedir⁴⁴: “Her iki sanığın da evsiz ve parasız oldukları, parklarda yatıp kalktıkları, olay gecesi buldukları parkın yakınında arkadaşlarını bekleyen maktul ve mağduru görünce, **kendilerine homoseksüel süsü vermek suretiyle onları gasp etmeye karar verdikleri, sigara isteyerek şahıslarla yakınlaştıkları, sonra da maktul ve mağdura isterlerse onlarla ilişkiye girebileceklerini söyledikleri, yapılan anlaşma sonucu maktulün kullandığı arabaya binerek gezmeye başladıkları, ilişkiye girmek için uygun bir yer arayan maktulün onları ormanlık bir alana götürdüğü, arabadan inince hava soğuk olduğundan ateş yakmak için odun toplamaya başladıkları, bu sırada zaten oraya gasp niyetiyle gelmiş olan sanık Tufan'ın fırsattan istifade maktüle saldırarak onu seri halde bıçaklamaya başladığı, bunu gören mağdur Ferhat'ın arkadaşına yardım için o tarafa yönelmesi üzerine bu kez de onu engellemek isteyen sanık Soner'in Ferhat'a bıçakla vurduğu, bir süre boğuştuğu, Soner'den kurtulan Ferhat'ın diğerlerinin yanına gittiği, orada da Tufan tarafından bıçaklandığı, maktul ve mağdurun yerde kaldıkları, sanıkların panikledikleri, öncelikle oradan kaçabilmek için her ikisinin üzerinde arabanın anahtarlarını aradıkları ancak bulamadıkları, bu arada maktulün cep telefonunu, cüzdanını, arabanın teybini, mağdurun montunu aldıkları, fakat daha sonra gasp suçundan cezalandırılmaktan korktukları için araba teybi ve cep telefonunu biraz ileriye attıkları, montu üzerlerine giydikleri, cüzdandan da maktulün kredi kartları ile bazı kimlikleri yanlarına alarak oradan uzaklaştıkları dosya kapsamından anlaşılabilir” şeklinde ifade edilen kararda eşcinsel bireylere yönelik işlenen nefret suçlarında mağdurların cinsel yönelimlerinin korunmamasından ve damgalanıp, gizli kalmaya zorlanmalarından faydalanan failerin sorumluluğunun tartışılması halinde eylemin nefret suçu olarak kabul edileceği açıktır. Benzer motivasyonun şantaj ve tehdit eylemlerinde sıklıkla görüldüğü ancak kişilerin cinsel yönelimleri ile ilgili herhangi bir tartışılmanın olmadığı kararlar da mevcuttur. Mesela “Müşteki Ayşe'nin eşi temyiz dışı sanık Abdülaziz ile sövme suçundan sanık Özcan **arasındaki eşcinsel ilişkiyi ortaya çıkarması üzerine gelişen olayda delil olarak sunulan kaset içeriğinde yer alan sözlerin müştekinin iddialarını doğrulaması karşısında kasetteki sesin****

⁴⁴ Y. 1.CD, 11.03.2004 tarih, 2003/2418 E., 2004/772 K., <http://www.legalbank.net/>

sanık Özcan'a ait olup olmadığı konusunda yeterli inceleme ve tespit yapılmadan”⁴⁵ şeklinde verilen bir kararın yanı sıra Yargıtay bir başka kararında da benzer bir yöntemle cinsel yönelim nedeniyle maruz kalınan suç koşullarını araştırmamaktadır: **“Sanıkların kısa zaman aralıklarıyla "homoseksüel olduğunu etrafa yayacaklarını" söyleyip silahla tehdit ederek müştekiye senet imzalatıp para almaktan ibaret eylemlerinin TCK.nun 497/1, 80.maddelerine uyan suçu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir⁴⁶”**. Yine tipik bir nefret suçuna konu olan benzer bir vakiada da nefret suçlarının neden tanınması gerektiği açığa çıkmaktadır: **“Sanığın, Internet aracılığıyla tanışıp cinsel konuları konuştuğu katılanın, İstanbul'da bulunan evine ziyaretine giderek, bir gece misafir olarak kalıp, zengin olduğunu öğrendikten sonra çok sayıda telefon ederek para isteyip, "konuşmalarını kaydettiğini, eğer para göndermez ise bunları yakınlarına dinleteceğini ve homoseksüel olduğunu anlatacağını" söyleyerek banka aracılığıyla iki defa para alması biçiminde oluşan eyleminin TCK'nun 192,80. maddelerine uyan suçu oluşturduğu gözetilmeden aynı yasanın 498. maddesi uyarınca hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir⁴⁷”**. Benzer bir karara konu olan olay ise şu şekildedir⁴⁸: **“İlçede zengin olarak bilinen, aynı zamanda pasif homoseksüel olan müdahil ile, sanık Güngör'ün cinsi münasebetleri halini, halen firarda olan sanık Şaban fotoğrafla tesbit edip, bunu İzmir'de renkli olarak tabettirdiği, beraat eden sanık İlhan'la haber gönderip 300.000 lira karşılığında bu fotoğrafı vereceğini söylediği, bu talebe karşılık müdahilin para vermediği, aradan 3-4 gün geçince, Şaban ile Güngör birlikte müdahile gidip, uygunsuz haldeki fotoğrafları gösterip 600.000 lira verdiği takdirde, fotoğrafları kendisine vereceklerini, böylece kötü durumdan kurtulacağını, parayı vermediği takdirde fotoğrafları aile efradına, akrabalarına göstereceklerini, ilçede yayacaklarını, gazeteye vereceklerini, İstanbul Hukuk Fakültesi'nde okuyan oğluna göstereceklerini, onu kaçıracaklarını bildirerek, tehdit ederek 600.000 lirasını şantaj suretiyle aldıkları, gençler arasında olayın duyulması üzerine sanıklardan Ahmet ile Zeynel'in, bir gün Güngör ile Şaban'ın birlikte kaldıkları eve girip geri kalan ve verilmeyen fotoğrafları çalıp Süleyman ile birlikte müdahile gidip, aynı yöntemle korkutarak Ahmet ve Süleyman'ın ikişer defa, Zeynel'in bir defa şantaj suretiyle para aldıkları, müdahilin huzursuzluğundan ve endişeli hallerinden şüphelenen eşi ve oğlunun resmi mercilere başvurmaları üzerine olayın meydana çıkarıldığı, yapılan koğuşturma sonunda sanıkların**

⁴⁵ Y. 2. CD, 11.07.2005 tarih, 2004/218 E., 2005/15374 K., <http://www.legalbank.net/>

⁴⁶ Y. 6. CD, 11.04.2002 tarih, 2002/310 E., 2002/4932 K., <http://www.legalbank.net/>

⁴⁷ Y. 6. CD, 30.09.2003 tarih, 2003/4609 E., 2003/6202 K., <http://www.legalbank.net/>

⁴⁸ Y. CGK., 12.05.1986 tarih, 1986/6-145 E., 1986/292 K., <http://www.legalbank.net/>

yazılı şekilde mahkum edildikleri görülmektedir. Özel daire bozma ilamında birinci maddesinde yer alan, olayın TCK.nun 495. maddesine uyduğu görüşünde isabet bulunmadığı kanısındayız. Şöyle ki, müdahilin uygunsuz halde iken fotoğrafını çeken ve renkli tab ettiren Şaban ve Güngör'ün, bu fotoğrafları aile efradına, yakınlarına gösterecekleri, kaza içinde yayacaklarını, gazeteye verip herkese göstereceklerini bildirmek sureti ile müdahilin aile içerisinde ve muhitinde itibarını, şeref ve haysiyetini ve şöhretini kıracaklarını, herkesin nezdinde rezil edip küçük düşüreceklerini söylemek suretiyle korkutup para aldıklarına göre fiilleri TCK.nun 192. maddesine uygun bulunduğundan, Özel Daire kararının sadece birinci bendinin kaldırılarak, Yerel Mahkeme kararının, sanıklara unsurları tamamen teşekkül etiğine kanaat getirdiğimiz TCK.nun 192. maddesinin uygulanması şeklinde bozulmasına karar verilmesi talep olunmuştur”.

SONUÇ

Nefret suçları, hukuki bir mesele olmaktan ziyade siyasal bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Türkiye'deki tarihsel yapılarda ve toplumsal kurumlarda çok çeşitli biçimlerle kendisini göstermektedir. Biz de bu çalışmada, nefret suçlarına ilişkin teorik çerçevenin çizdiği sınırlarla yargı kararlarına bakmayı denedik. Elde ettiğimiz bulgularla önerilerimizi özetlemek gerekirse:

- Yargı makamları çoğunlukla LGBT bireylere yönelik toplumsal önyargıyı teyit eden bu anlamda olmak üzere mevcut eşitsizliğin meşru zeminini yeniden üreten kararlar vermekte ve ayrımcılığın beslendiği alanlardan birini yaratmaktadır.
- Yargı makamlarının toplumsal algıya paralel olarak kurduğu zeminde cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği nedenleriyle bireylerin maruz kaldıkları nefret suçları görünmez olmakta, failerin motivasyonları ceza muhakemesi açısından araştırılması gereken bir esas olarak değerlendirilmemektedir.
- Yargı makamları, failerin motivasyonlarını araştırmak gerektiğinde ise ancak mağdurun ya da maktulün varsayılan cinsel davranışı ile faili ilişkilendirilmekte ve bu durum yine toplumsal önyargıları besleyen, failerin davranışlarını kimi zaman cezasız bırakmakta kimi zaman alt sınırlarda cezalandıran bir sonuç yaratmaktadır.

Bu veriler ışığında homofobi-transfobi kaynaklı, düşmanlığın tetiklediği nefret suçlarının ortaya çıktığı karmaşık iktidar ilişkilerine siyasal alanda muhalefet etmenin imkanlarını yaratmak zorunlu görülmekle birlikte yasa uygulayıcılarının nefret suçları konusunda bilgilendirilmesi, nefret suçları ile ilgili mevzuat oluşturmaya yönelik çalışmalara başlanması gerekmektedir.

TOPLUMSAL CİNSİYET (GENDER) Kadın ve erkekler hakkında genel olarak kabul edilen görüş ve beklentiler (normlar) bütünü olarak tanımlanabilir. Bu tanım, tipik olarak kadınlara ya da erkeklere ait özellikler ve beceriler ile değişik durumlarda kadın ve erkeklerden genellikle beklenen davranış biçimlerini de içerir. Her iki cinse ait bu tür özellikler; aile, arkadaşlar, söz sahibi kişiler, dini ve kültürel öğretilerin yanısıra okul, işyeri ve basın-yayın organlarının etkileri ile şekillenmektedir. Toplumsal cinsiyet kavramı; kadın ve erkeğin toplum içindeki farklı rollerini, sosyal konumlarını, ekonomik ve politik güçlerini yansıtır ve aynı zamanda tüm bunları etkiler.

CİNSİYET ROLÜ (GENDER ROLE) Toplumsal cinsiyetin bir parçasıdır ve kişinin kendisini bir oğlan çocuk/erkek veya kız çocuk/kadın konumunda göstermek için yaptığı ve söylediği şeylerin tümü olarak tanımlanmaktadır.

Cinsiyet; kadın ve erkeğin sahip olduğu genetik, fizyolojik ve biyolojik özelliklerdir.

Toplumsal cinsiyet; farklı kültürlerde, farklı tarihsel zamanlarda ve farklı coğrafyalarda kadınlara ve erkeklere toplumsal olarak yüklenen roller ve sorumluluklar bütünüdür. İnsanlar arasındaki cinsiyet farkı bir eşitsizlik yaratmamaktadır. Ancak, kadına ve erkeğe yüklenen toplumsal cinsiyet rolleri ve sorumlulukları insanlar arasında bir eşitsizlik ve ayrımcılığa sebep olmaktadır.

Cinsiyet biyolojik varlığımızın bir sonucu iken; toplumsal cinsiyet doğumdan önceki süreçle başlayan ve ölümlle son bulan bir kavramdır. Bebekler, daha doğmadan önce kız çocukları için pembe ve erkek çocukları için mavi kıyafetler hazırlanır. Çocuklukta ise kızlara bebek alınırken; erkek çocuklara kamyon, araba, tabanca, top vs. gibi oyuncaklar alınır.

Yetişkinlikte durum biraz daha farklılaşır ve toplumsal cinsiyet farkları kendini sosyal ve ekonomik hayatta daha fazla belli eder. Kadınlar ev gibi özel bir alanda sınırlı kalırken, erkekler kendilerini dışarıda gösterirler. Genel olarak yaşamın her anında ve alanında görülebilen bu tablolar "toplumsal cinsiyet eşitsizliğini" oluşturur. "Toplumsal cinsiyet eşitliğini" sağlamak için ise; bireylerin cinsiyetleri nedeni ile fırsatları kullanmasında, kaynakların ayrılması ve kullanılmasında, hizmetlere ulaşmada ayrımcılığa maruz kalmayacağı ve bireylerin kendilerine ayrımcılık yapılmayacağı bir ortam oluşturulmalıdır. Kadınların ve erkeklerin farklı özelliklerinin, ihtiyaçlarının ve güçlerinin olduğu yadsınamaz bir gerçektir. Bu farklılıkların göz önüne alınarak iki cinsiyet arasındaki eşitsizliğin düzeltilmesi için gerekenlerin yapılması toplumsal cinsiyette hakkaniyet kavramının temelini oluşturmaktadır. "Toplumsal cinsiyette hakkaniyet" kadın ve erkek arasında sorumlulukların, görevlerin, rollerin ve gelirin dağılımında adalet ve hakkaniyet olmasıdır.

İnsanlar biyolojik açıdan kadın ve erkek olarak ikiye ayrılırlar. Doğduktan sonra toplum tarafından belirlenen kuralları ve cinsiyet modelini benimsemeye başlar. Aslında toplumsal cinsiyet toplumun belirlediği bir kavramdır.

Toplumsal cinsiyet vasıtası ile kadın ve erkekler arasındaki sınırlar belirlenir ve bu iki cins arasındaki ilişkiler toplum tarafından denetlenir. Toplumsal cinsiyet rolleri toplumun görmek istediği kadın-erkek kalıplarına göre şekillenir. Kendini sunum şekli; "kadın kısmı evde oturur", "hanım hanımcıktır", "gerekirse evine, eşine, çocuklarına saçını süpürge eder", "erkek evin revidir, çalışır para getirir, güç de para da ona aittir" gibidir. Yolda yürürken biri ile karşılaştığımızda ilk dikkatimizi çeken şey kılık-kıyafetidir. Kabaca düşündüğümüzde, etek gördüğümüzde aklımıza ilk kadın gelirken, pantolon gördüğümüzde aklımıza ilk gelen erkektir. Erkeklerle ve kadınlara karşı tutumlar toplumdan topluma değişir, kadın erkek rolleri toplumsal yakıştırma, yakıştırmalardır.

Eşitsizliğin yaygın olduğu toplumlarda cesaret erkeğin ihtiyaç duyacağı bir şey gibi düşünülür. Bu anlamsız yargı, 'erkek "erkek"tir ve şiddet göstermesi doğaldır ve aksi bir şekilde yetiştirilmemelidir' sonucuna ulaşabilir. Birçok kurum erkeklik rolünün gücünü kullanır. Bu kurumlar yalnızca erkeği yansıtmakla kalmayıp ayrıca erkeklik üretirler. Örneğin askerlik güç gerektirdiği ve kadın da güçsüz olarak algılandığı için askerlikte yeri yoktur. Kadın bu örnekte de toplumun ona biçtiği zayıflık rolünü oynamak zorunda bırakılmaktadır.

Kadınlıkla bağdaştırılan duygusallık bununla beraber zayıflık olarak nitelendirilir. "Erkekler ağlamaz" yargısının da çıkış noktası bu nitelendirmedir. İşte bu noktada yine erkek güçlüdür, zayıflık kadına özgüdür düşüncesine varılır. Oysa, zayıflık da güç de insana dair özelliklerdir. Birinin diğerine iktidarını onayan ideoloji, cinsiyet ayırımı bu iktidar yapısı üzerinden tüm alanlara yayılmasına ve ayrımcılığın beslenmesine yol açar.

CİNSİYET (SEX) Bir kişinin fizyolojik özelliklerine göre kadın ya da erkek olma durumunu belirler: cinsel organ tipi (penis, testisler, vajina, memeler); baskın olan hormon tipi (östrojen, testosteron); yumurta ya da sperm üretebilme; doğum yapabilme, emzirebilme vs.

CİNSEL KİMLİK

Kişinin biyolojik olarak cinsel özelliklerini yansıtır. Bunlar kromozomlar, cinsel hormonlar, dış ve iç cinsel organlar, üreme hücrelerinin geliştiği dokular ve ikincil cinsiyet özellikleridir.

CİNSEL YÖNELİM:

Kişinin cinsel dürtülerinin hangi cinse yönlendiğini belirler. Belli bir cinsiyetteki bireye karşı süregelen duygusal ve cinsel çekim olarak tanımlanabilir. Heteroseksüellik, eşcinsellik, biseksüellik gibi.

EŞCİNSEL

Duygusal ve/ya cinsel açıdan hemcinsine yönelen/ilgi duyan kadın veya erkek.

Eşcinsellik uzun yıllardır bilim çevreleri de dahil olmak üzere bir cinsel kimlik bozukluğu, hastalık, sapıklık gibi olumsuz ifadelerle tanımlanmıştır. 1973 yılında Amerikan Psikiyatri Birliği Ruhsal Bozuklukların Tanı ve İstatistiksel El Kitabı-IV (DSM-IV) ile ve daha sonra 1992 yılında Dünya Sağlık Örgütü de Uluslararası Hastalık Sınıflandırması (ICD) ile eşcinselliğin ruhsal bir bozukluk olmadığı kararını almış ve bu kavramı hastalık sınıflandırmalarından çıkarmıştır. Türkiye’de de resmi olarak DSM-IV kullanılmaktadır.

Heteroseksüellik için geçerli olduğu üzere, eşcinsellikte de cinsel çekim her arzu edildiğinde davranılmasını gerektirmez. Heteroseksüeller gibi, eşcinseller de cinsel olarak yalnızca bir eşle aktif olmayı seçebilir; uzun-dönemli, tekeşli ilişkileri olabilir.

HETEROSEKSÜEL

Duygusal ve/ya cinsel açıdan karşı cinse yönelen/ilgi duyan kadın veya erkek.

GEY

Erkek eşcinsel, 1999’da Türkiyeli Eşcinseller Buluşması sonrasında “gay” Türkçeleştirilerek “gey” olarak kullanılmaya başlanmıştır. Eylül 2006 tarihinden itibaren de TDK elektronik sözlüğüne gey, erkek eşcinsel olarak geçmiştir.

LEZBİYEN

Kadın eşcinsel.M.Ö. 6.yüzyılda, Yunan kadın şair Sappho'nun yaşadığı Lesbos(Türkçe adıyla, Midilli) adasından gelir. Midilli-Lesbos'da yaşamış şair, Afrodit'e aşık olduğu için lezbiyen olduğu iddia edilmiştir. "Lezbiyen" kelimesinin de "lesbos" kelimesinden geldiği varsayılır.

BİSEKSÜEL

Duygusal ve/ya cinsel açıdan her iki cinse yönelebilen/ilgi duyabilen kadın veya erkek. Biseksüel bir kimse her iki cinse de aynı ölçüde ilgi duymayabilir ve bu ilginin derecesi zaman içinde değişebilir.

KARŞIT GİYSİCİLİK-TRA(NS)VESTİZM (TRANSEVESTISM) Geçici olarak karşı cinsten biri gibi yaşamak için, o cinse ait giysilerin giyilmesidir. Daha kalıcı bir cinsiyet değişikliği özlemi veya bununla ilgili hormonal/cerrahi tedavi isteği yoktur. Bu terim Avrupa'daki Crossdresser'a denk gelir ama ülkemizde daha çok transeksüellikle karıştırılmaktadır. Halk arasında travesti dendiğinde daha çok kadın kılığındaki erkekler akla gelse de travesti kelimesi aslında hem erkek hem de kadın için geçerlidir; yani erkek kılığındaki kadınlar için de kullanılır.

Fetişistik karşıt giysicilikte karşı cins gibi giyinme, cinsel uyarılmaya neden olur.

TRANSEKSÜALİZM

Karşı cinsin bir üyesi olarak yaşama ve kabul edilme isteğinin varlığıdır. Kendisini karşı cinse ait hisseden, karşı cinse benzeme isteği duyan veya kendisini karşı cinsten biriymiş gibi hisseden kişilere ise transeksüel denir. Hem erkek hem de kadın için geçerlidir. Yani kişi erkek olduğu halde kadın olmayı isteyebilir; kadın olduğu halde erkek olmayı isteyebilir. Kişi sıklıkla kendi anatomik cinsiyetinden rahatsızlık duyar ya da bunun uygun olmadığını düşünür ve bedenini, seçtiği cinsiyete uygun hale gelmesi için hormonal ve/ya cerrahi tedavi görmek ister veya görmüştür.

Transeksüel, kendisini karşı cinse ait hisseden, karşı cinse benzeme isteği duyan veya kendisini karşı cinsten biriymiş gibi hisseden kişilere verilen addır.

Transgender, İngilizce bir tanımlama olup Türkçe'deki travesti ve transeksüel tanımlamalarının ikisini de kapsar. İngilizcede LGBT kısaltmasındaki T'dir.

HETEROSEKSİZM

Heteroseksüelliğin yegane cinsel yönelim olduğunu ileri süren, diğer cinsel yönelimleri yok sayan, baskılayan ya da aşağılayan ideoloji.

Heteroseksizm, Gordan'ın sosyoloji sözlüğündeki tanıma göre, 'Karşı cinsten insanların ilişkiye girdiği Heteroseksüelliğin karşıtı olarak aynı cinsten insanların ilişkiye girdiği homoseksüelliğin yer aldığı bir dizi toplumsal arenada Heteroseksüelliğe ayrıcalıklı rol atfedilen, çok çeşitli toplumsal pratikleri (dilbilimselden fiziksele kamusal ve özel alanda açık ve üstü kapalı olarak) anlatan bir terimdir.

Heteroseksizm tek başına eşcinsellik karşısında konumlanan bir durum değildir.