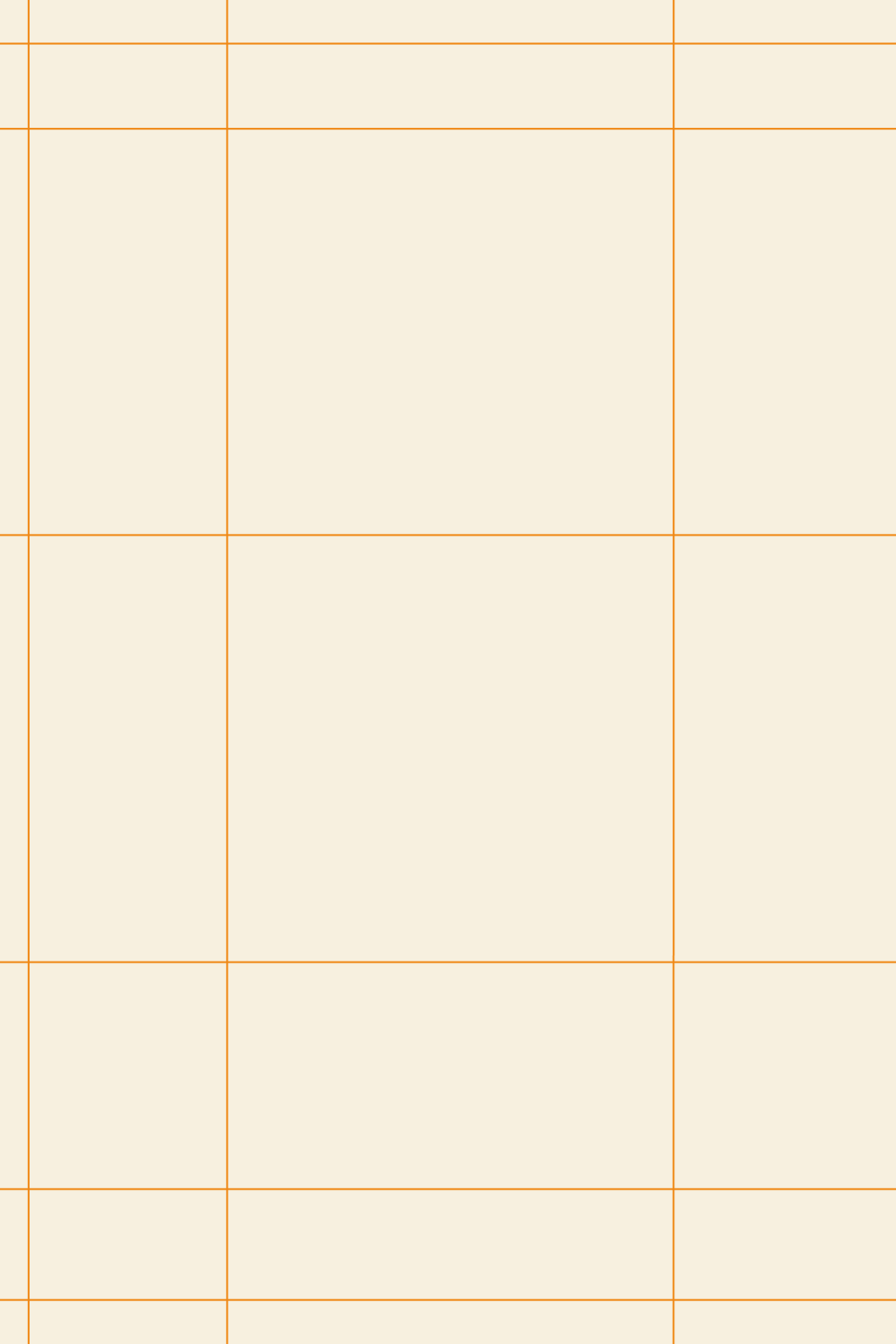


EŞİT HAKLAR

İçin Hukuk / Avukat
Müvekkil Görüşme

REHBERİ



Eşit Haklar İçin Hukuk / Avukat Müvekkil Görüşme Rehberi

Yayımlayan: Kaos GL Derneği

Hazırlayan: Kerem Dikmen

Sayfa Tasarım: (Mutlu) Mehmet Ali Öztürk

Kapak Tasarımı: (Mutlu) Mehmet Ali Öztürk

1.Baskı: Aralık 2025

© Kaos GL, 2025

© Bu kitap, Kaos Gey ve Lezbiyen Kültürel Araştırmalar ve Dayanışma Derneği (Kaos GL) tarafından hazırlanıp yayımlanan bu kitapçık parayla satılmaz. İnsan haklarının desteklenmesi ve ayrımcılıklara karşı bilgilendirme amaçlı etkinliklerde serbestçe kullanılabilir ve dağıtılabilir.

Baskı ve Cilt:

Ayrıntı Basımevi

Saray Mah 126 Cad. No:20 Kahramankazan/Ankara.

Telefon: +90 (312) 802 00 53 / +90 (312) 802 00 54 / +90 (312) 394 55 94.

E-posta: info@ayrintibasimevi.com.tr.



Yayımlayan:

Kaos GL Derneği

PK 12 Tunus PTT Kavaklıdere/Ankara

Telefon: +90 (545) 340 82 28 Faks: +90 312 230 6277

E-posta: bilgi@kaosgldernegi.org

www.kaosgldernegi.org www.kaosgl.org



Norway

© Bu yayın, Bu yayın, Norveç Büyükelçiliği finansal desteği ile üretilmiştir. İçeriğinden yalnızca Kaos GL sorumludur ve her zaman Norveç Büyükelçiliği'nin görüşlerini yansıtmaz.

EŞİT HAKLAR

İçin Hukuk / Avukat
Müvekkil Görüşme

REHBERİ

İÇİNDEKİLER

EŞİT HAKLAR İÇİN HUKUK

Bölüm 1: 7

İHAM'ın Türkiye'deki LGBTİ+'lara Dönük Ayrımcılık Nedeniyle Yapılan Başvurular-
da Verdiği Kabul Edilmezlik Kararları Üzerine Bir Değerlendirme

Av. Benan Molu 9

İstanbul Sözleşmesi Üzerinden Cinsel Yönelim Temelli Şiddeti Okumak

Av. Tuğçe Duygu Köksa 22

Türkiye'deki Seks İşçiliği Mevzuatı ve Uygulamadaki Seks İşçiliği Anlayışına Saha Dene-
yimlerinden Örnekler

Av. Kardelen Yılmaz 40

HIV'le Yaşayan LGBTİ+'lar ve Çalışma Hayatında Mahremiyet Hakkı

Av. Kerem Dikmen 54

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Nefret Söylemine Karşı
Ceza Hukuku Mekanizmalarının İşletilmemesinin Bireysel Hak Karşısındaki Durum

Av. Kerem Dikmen 64

Anayasa Mahkemesi'nin LGBTİ+ Haklarına Yönelik Yaklaşımı ve Temel Sorunlara
Öneriler

Av. Işıl Nur Kurnaz 78

Kaynakça 109

AVUKAT MÜVEKKİL GÖRÜŞME REHBERİ

Bölüm 2: 115

Bölüm 1

EŞİT

HAKLAR

İÇİN

HUKUK

Av. Benan Molu

İHAM'ın Türkiye'deki LGBTİ+'lara Dönük Ayrımcılık Nedeniyle Yapılan Başvurularda Verdiği Kabul Edilmezlik Kararları Üzerine Bir Değerlendirme

Av. Benan Molu

Türkiye'de özellikle son yıllarda lezbiyen, gey, biseksüel, trans ve interseks (LGBTİ+) bireylere karşı yıllardır var olan sistematik ayrımcılık, nefret söylemi ve nefret suçları, onur yürüyüşlerine ve etkinliklere getirilen toplu ve süresiz yasaklar, gökkuşağı temalı materyallerin bile suç unsuru haline getirilmesi ve bizzat üst düzey devlet görevlileri tarafından LGBTİ+ları hedef gösteren açıklamalar ile daha önce benzeri görülmemiş bir noktaya ulaştı.

Tüm bu ayrımcı söylem ve davranışlara karşı yapılan suç duyuruları ve açılan davalar, ağırlıklı olarak cezasızlıkla ya da ödüllendiren, yenilerine teşvik eden hafif yaptırımlarla sonuçlanıyor. Anayasa Mahkemesi, bu başvurular hakkında karar vermeyi ya geciktiriyor ya da LGBTİ+'lara karşı ayrımcı ve nefret saikiyle hareket edildiğini tespit eden kararlar vermekten imtina ediyor. Geriye, son umut olarak İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM / Mahkeme) kalıyor.

İHAM'ın eleştirilecek noktaları olsa da özellikle yaşanan gelişmelerle paralel gelişen ve artık yerleşik hale geldiğini söyleyebileceğimiz kararları var. Diğer Avrupa Konseyi üyesi ülkelerden Mahkeme'ye LGBTİ+'ların yaşadığı hak ihlalleriyle ilgili sayı ve başvuru konusu çeşitliliği itibarıyla çok fazla başvuru gidiyor ancak diğer ülkelere kıyasla Türkiye'den Mahkeme'ye bu konuda giden başvuru sayısının ve Mahkeme'nin verdiği karar sayısının azlığı dikkat çekici.

Şimdiye kadar LGBTİ+'lara ayrımcı bir muamelede bulunulduğuna dair ihlal kararı verilen yalnızca bir Türkiye kararı var: 2012 tarihli eşcinsel mahpusun cezaevinde tecrit edilmesine ilişkin X v. Türkiye kararı.¹ LGBTİ+ haklarıyla ilgili olan ayrımcılık yasağından ihlal bulunmamış olsa da özel hayata saygı hakkı ve ifade özgürlüğü ihlali tespit edilen kararlar², Hükümet'e bildirilip savunma istenilen ve karar aşamasında olan başka başvurular da var.

Bunun yanı sıra Mahkeme, trans başvuruçuların ayrımcılığa uğradığı iddiasına ilişkin yapılan üç başvuruda 2019, 2020 ve 2021 yılında üç ayrı karar vererek başvuruları açıkça dayanaktan yoksun oldukları gerekçesiyle kabul edilemez buldu.

Aşağıda Mahkeme'nin ayrımcılık yasağına ilişkin yaklaşımına kısa bir giriş yaptıktan

sonra, Türkiye’ye karşı son dönemde verilen bu üç kabul edilemezlik kararına yönelik eleştirilere ve bu kararlar doğrultusunda başvuru yaparken dikkat edilmesi gereken noktalara değineceğim.

Ayrımcılık Yasasına Kısa Bir Giriş

Anayasa’nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesi, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin (İHAS ya da Sözleşme) 14. maddesinde ayrımcılık yasağı ve Sözleşme’ye Ek 12 Numaralı Protokol’ün 1. maddesinde genel ayrımcılık ya-sağı olarak kendine yer bulmaktadır. Türkiye, Sözleşme’ye Ek 12 Numaralı Protokol’e taraf olmadığından, ayrımcılık yasasının ihlal edildiği iddiası sadece Sözleşme’nin 14. maddesi altında yapılabilmektedir.

Sözleşme’nin 14. maddesine göre, “Bu Sözleşme’de tanınan hak ve özgür-lüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır.”

Görüldüğü üzere, madde metninde açıkça cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği bir ayrımcılık temeli olarak sayılmamaktadır ancak “yaşayan bir belge” olan Sözleşme’yi günümüz koşullarına göre yorumlayıp uygulamakla görevli olan İHAM, içtihat yoluyla geliştirdiği ayrımcılık yasağı uygulamasında cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğini de bu kapsama dahil etmektedir.³

1 X. v. Türkiye, B. No: 24626/09, 09.10.2012.

2 Y. Y. v. Türkiye, B. No: 14793/08, 10.03.2015; Kaos-GL v. Türkiye, B. No: 4982/07, 22.11.2016.

3 Çok sayıda karar arasından bkz. Kozak v. Polonya, B. No: 13102/02, 02.03.2010, para. 83; Alekseyev v. Rusya, B. no: 4916/07, 21.10.2010, para. 108; X v. Türkiye, para. 57.

Sözleşme'nin 14. maddesinin bağımsız bir varlığı bulunmamaktadır. Söz konusu madde, yalnızca Sözleşme ve Protokoller'i'nin güvence altına aldığı "hak ve özgürlüklerin kullanılması" hususunda geçerlidir. Sözleşme'nin 14. maddesinin uygulanması, mutlaka Sözleşme tarafından güvence altına alınan maddi haklardan birinin ihlal edilmesini gerektirmemektedir. Dava ya ilişkin koşulların, Sözleşme veya Protokoller'i'nin hükümlerinden en azından birinin kapsamına girmesi gerekli ve yeterlidir.⁴

Ayrımcılık yasağı kapsamında bir müdahaleden/ihlalden söz edebilmek için üç aşamalı bir test uygulanmaktadır:

- a) aynı ya da benzer durumda olan kişilere farklı bir muamele olması
- b) bu farklı muamelenin meşru bir amacı olması ve muamelenin orantılı olması
- c) gerçekleştirilmek istenen amaç ile kullanılan araçların uyumlu olması.

Mahkeme'ye göre aynı ya da benzer durumda olan kişilere yönelik muamelede farklılığın makul ve objektif bir gerekçesi yoksa, diğer bir deyişle farklı muamele meşru bir amaç gütmüyorsa ya da kullanılan yöntemler ve gerçekleştirilmek istenen amaç arasında makul bir orantılilik ilişkisi yoksa, söz konusu farklılık ayrımcı niteliktedir.

Devletler benzer durumların farklı muameleyi haklı kılıp kılmadığını ya da ne ölçüde haklı kıldığını değerlendirirken takdir hakkına sahiptir. Ayrımcı davranış cinsiyet veya cinsel yönelim ile ilgili ise, Devlete bırakılan takdir hakkı daha kısıtlıdır.⁵ Ancak bu tarz durumlarda orantılilik ilkesi gereğince seçilen tedbir ile güdülen amacın meşru ve orantılı olduğunun ya da olmadığının güçlü bir şekilde ispat edilmesi gerekmektedir.

Mahkeme'nin yerleşik içtihadına bakıldığında, ispat yükü sadece Hükümet'e ya da sadece başvurucuya ait değildir ancak temel kural, iddia edenin iddiasını ispat etmesidir. Bu bağlamda, ayrımcı muameleye maruz kaldığını iddia eden başvurucu, bu iddiasını yeterli ve ikna edici açıklamalar ve delillerle ispatlamak zorundadır. Ancak ayrımcılık iddiasını ispatlayacak bilgi ve belgelere ulaşmak ve bu iddiayı ispatlamak her zaman çok da kolay değildir. Şayet başvurucular iddialarını ortaya koyabilecek gerekçeleri ve delilleri asgari düzeyde de olsa sunabilirse, ispat yükü yer değiştirecek ve farklı bir muamelenin var olmadığını veya haklı sebeplere dayandığını ispat yükü

⁴ Vallianatos ve diğerleri v. Yunanistan [BD], B. No: 29381/09, para. 72; E.B. v. Fransa [BD], B. no: 43546/02, 22.01.2008, para. 47.

⁵ Alekseyev v. Rusya, para. 102.

farklı muameleyi gerçekleştiren kamu makamlarına geçecektir.⁶ Mahkeme, önündeki tüm delilleri, kaynağına bakmaksızın değerlendirmektedir ve gerektiği hallerde kendisi re'sen belge de edinebilmektedir.

2019'dan bu yana transseksüel başvuruçuların ayrımcılığa maruz kaldığı iddiasına karşı verilen üç kabul edilemezlik kararı

Solmaz v. Türkiye başvurusu

Söz konusu başvuru, 2012 yılında başvuruçunun konser sırasında transseksüel olduğu için gece kulübünden çıkartıldığı, bu sebeple Sözleşme'nin 8. maddesinde düzenlenen özel hayata saygı hakkı ile bağlantılı olarak Sözleşme'nin 14. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağının ihlal edildiği iddia-sına dayanmaktadır.⁷

Başvuruçucu, konserden bir gece önce gece kulübüne gittiğini, kulüpte çalışan kişinin kendisine kulübü ve locayı gezdirdiğini, bunun üstüne bilet aldığını ancak konser günü "kulübün konseptine uymadığı" gerekçesiyle mekandan çıkartıldığını ve bilet parasının yalnızca yarısının geri ödendiğini iddia etmiştir.

Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 122. maddesi uyarınca kulüp hakkında soruşturma başlatılmış, İzmir 4. Sulh Ceza Mahkemesi'nde açılan davada çok sa-yıda tanık dinlenmiş, kulüp personeli başvuruçunun alkollü olduğunu, diğer müşterileri rahatsız ettiği için kulüpten çıkmasının istendiğini, ayrımcı bir uygulamanın söz konusu olmadığını, aksi halde konserden bir gün önce rezervasyon yaptırmasına da izin verilmeyeceğini söylemiş; başvuruçunun tanıkları ise diğer müşterileri rahatsız edebilecek bir davranışta bulunduk-larını kabul etmemiş ve kulübün kriterlerine uygun olmamaları nedeniyle çıkmalarının istendiğini doğrulamıştır.

4. Sulh Ceza Mahkemesi, alınan tanık ifadeleri doğrultusunda, her ne kadar başvuruçunun sarhoş olduğu ve görünüşü nedeniyle kulüpten çıkartıldığı iddiası konusunda farklı tanık beyanları olsa da, atfedilen suçun oluştuğunu destekleyen yeterli delil bulunmadığı gerekçesiyle kulüp personelinin beraatine karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi, başvuruçunun kendi ifadelerini ya da özel hayatına yönelik hangi ölçüde bir müdahalenin yapıldığını destekleyecek herhangi bir unsur sunmadığını belirterek başvuruyu reddetmiştir.

⁶ Ayla [Şenses] Kara başvurusu, B. No: 2013/7063, 05.11.2015, para. 46.

⁷ Solmaz v. Türkiye, B. No: 49373/17, 24.09.2019.

İHAM da mevcut davaya ilişkin özel koşullarda, özel hayata saygı hakkını düzenleyen Sözleşme'nin 8. maddesiyle birlikte ayrımcılık yasağına ilişkin 14. maddesi uyarınca ulusal makamların yükümlülüklerini yerine getirmemekle suçlanamayacaklarını belirterek başvuruyu kabul edilemez bulmuştur.

Mahkeme bu sonuca varırken, başvurusunun şikayetinin ardından soruşturma başlatılmasını, bu soruşturma kapsamında tanıkların ifadelerinin alındığını, TCK'nin 122. maddesi altında bir yargılama yapıldığını ve başvurusunun bir avukat aracılığıyla temsil edildiği, tanıkların dinlendiği çekişmeli bir yargılama sonucunda sanığın cezalandırılması için yeterli unsurun oluşmadığını, bu karara karşı itiraz imkanı olmasını ve Anayasa Mahkemesi'nin ayrıntılı bir inceleme yapmış olmasını dikkate almıştır.

Devletin LGBTİ+ları ayrımcı muamelelere karşı koruma yükümlülüğü ve eğer koruyamamışsa, bu ayrımcı muameleyi arkasında yatan saiki de ortaya çıkartacak şekilde soruşturma ve cezalandırma yönünde negatif ve pozitif yükümlülüğü bulunmaktadır. Her ne kadar İHAM içtihadında etkili soruşturma yükümlülüğü bir "amaç değil, araç yükümlülüğü" olarak tanımlanmış ve bu bağlamda failerin tespit edilmesi ve cezalandırılması, kendisinden beklenen bütün adımların atılmış olması halinde bir zorunluluk olarak kabul edilmemiş olsa da, İHAM, taraf devletlere, başlatılan soruşturmalarda, somut olayın kendine özgü koşulları bağlamında kin ve husumet duygularını körükleyen, etnik kökene, dine ya da cinsel yönelime dayalı bir nefret ya da önyargı içeren bir saikle hareket edilip edilmediğini saptama yükümlülüğü yüklemektedir.⁸

Söz konusu başvuruda başvurusunun alkol alıp müşterileri rahatsız ettiği iddiasının aksini ortaya koyan tanıkların beyanlarının görmezden gelindiği ve gerçekten böyle bir saik olmasa bile, başvurucaya karşı ayrımcı bir saikle hareket edilip edilmediğinin etkili bir şekilde araştırılmadığı bir soruşturma ve kovuşturma sonucunda verilen beraat kararı, tanıklar dinlendiği, başvuruca avukatı aracılığıyla temsil edildiği ve Anayasa Mahkemesi başvuruyu incelediği için meşru kabul edilmiştir. Oysa başvurusunun avukatla temsil edilmesinin ya da Anayasa Mahkemesi'ne başvurma hakkının olmasının soruşturmanın etkililiğiyle bir ilgisi bulunmamaktadır.

⁸ Cinsel yönelime dayalı ayrımcılık iddiasında saiki araştırma yükümlülüğüne ilişkin bkz. Identoba ve diğerleri v. Gürcistan, B. No: 73235/12, 12.05.2015; M.C. ve C.A. v. Romanya, B. No: 12060/12, 12.04.2016.

Mahkeme, yakın dönemde gazetecilerin haberleri nedeniyle tutuklanmasına ilişkin Murat Sabuncu ve diğerleri, Ahmet Şık ve Ahmet Altan kararlarında da gazetecilerin siyasi sebeplerle tutuklandıkları iddiasını incelerken benzer bir değerlendirmede bulunmuş, başvurucuların verilen kararlara itiraz edebilmesini, Anayasa Mahkemesi'nin inceleme yapmasını dikkate almıştır.⁹

Bu örnekler ne yazık ki, Mahkeme'nin kendi yerleşik içtihadının aksine, meselelerin özüne girmekten ve gerçek bir inceleme yapmaktan imtina edebildiğini göstermektedir.

Şimşek, Andiç ve Boğatekin v. Türkiye başvurusu

Söz konusu başvuru, transseksüel olan başvuruculara Şubat ve Nisan 2012'de "arabaları durdurmaya çalışarak yol güvenliğini tehlikeye atarak yola doğru koştukları" gerekçesiyle 72 ve 82 TL para cezası verilmesine ilişkindir. Başvurucular, söz konusu para cezalarının hukuka aykırı olduğunu, sadece transseksüel oldukları için bu cezaların kesildiğini zira güürlü yaptııkları ve trafiği tehlikeye düşürdükleri iddiasını kanıtlayacak herhangi bir delil ortaya konulamadığını ileri sürmüştür.¹⁰

İHAM, verilen para cezalarının miktarının düşük olduğunu ve başvurucuların "önemli bir zarara" uğramadığını ve cinsel kimliğe dayalı ayrımcılık ile ilgili savunulabilir bir iddia olmadığını belirterek başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur. Mahkeme'ye göre "önemli zarar" kavramı, bir hakkın ihlalinin uluslararası bir mahkeme tarafından incelemesini haklı kılacak asgari bir ağırlık eşiğine ulaşması gerektiği fikrine dayanmaktadır. Bu eşiğin değerlendirilmesi, doğası gereği görecelidir ve ihtilaf konusu sorunun mali etkisi veya başvuru için davanın konusu gibi davanın koşullarına bağlıdır.

Başvurucu, verilen para cezalarının miktarının aşırı olmamasının herhangi bir önem arz etmeyeceğini, bu para cezalarının herkes gibi istihdam edilme hakkına sahip olmayan seks işçileri için yeterince fazla olduğunu ileri sürmüştür. Buna rağmen Mahkeme, bu iddianın yeteri kadar iyi desteklenmediğini, yine de başvurucuların maddi zararının düşük olduğunu, para cezasının kişisel ya da mesleki hayatları üzerinde nasıl olumsuz bir etki yarattığının ortaya konulamadığını ve bu para cezalarını

⁹ Sabuncu ve diğerleri v. Türkiye, B. No: 23199/17, 10.11.2020, para. 256; Ahmet Şık v. Türkiye, B. No: 36493/17, 24.11.2020, para. 217; Ahmet Altan v. Türkiye, B. No: 13252/17, 13.04.2021, para. 245.

¹⁰ Şimşek, Andiç ve Boğatekin v. Türkiye, 75845/12, 17.03.2020.

ödedikleri durumda bu cezaların özgürlükten yoksun bırakıcı bir tedbire çevrilmesinin mümkün olmadığını belirtmiştir. Mahkeme ayrıca, polis tutanaklarında başvuru sahiplerinin cinsel kimlikleri ya da faaliyetlerine ilişkin polise atfedilebilecek bir tutum ya da önyargı göremediğini belirtmiştir.

Oysa İHAM, temel hak ve özgürlüklerin korunması söz konusu olduğunda verilen para cezasının miktarına bakmamaktadır. Zira daha önce sendikal faaliyetlere katıldığı için para cezasıyla cezalandırılan kamu görevlilerinin davalarında ifade, toplanma ve örgütlenme özgürlüğünün ihlaline karar verilmiştir.¹¹

Bilindiği üzere, aynı konuda Anayasa Mahkemesi tarafından verilmiş bir karar da bulunmaktadır: Transseksüel başvuru sahibinin trafiği tehlikeye düşüren davranışlarda bulunduğu belirtilerek idari para cezası uygulanmasının asıl amacının cinsel kimliğin baskı altına alınması olduğundan bahisle eşitlik ilkesi ve özel hayata saygı hakkının; kolluk tarafından haksız olarak tutulma sebebiyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkin Cemal Duğan başvurusu.¹² Anayasa Mahkemesi, bu ihlal iddialarını açıkça dayanaktan yoksun bularak reddetmiştir. Özel hayata saygı hakkıyla bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının ihlal edilmeme gerekçesi olarak şunu göstermiştir:

“47. (...) Trafik kuralları herkes yönünden bağlayıcı olup cinsel tercihleri veya taşıt yolu üzerinde bulunma amaçları ne olursa olsun kişilerin trafiği tehlikeye düşürmeleri durumunda haklarında 2918 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması çok doğaldır. Başvurucuya travesti kimliği nedeniyle ayrımcı muamele yapıldığına dair iddiayı ispata yarayan herhangi bir somut bilgi ve bulguya ise rastlanmamıştır. Bu itibarla somut olayda sadece cinsel yönelimi dikkate alınarak başvuru hakkında işlem tesis edildiğini söylemek mümkün görünmemektedir.”

Ayrımcılık iddiasını kanıtlamak kolay değilken, yaptırımın yalnızca polis tutanağına dayanılarak belirlendiği bu durumda bu iddiayı kanıtlamak daha da zorlaşmaktadır. Zira başvuru sahiplerinin yazılı bir kanıt sunmalarının mümkün olmadığı, ayrımcı bir muamele gerçekleştiren kişi veya kurumların bu tür bir şekilde hareket ettiklerini yazılı olarak belirtmelerini ve aleyhlerinde kanıt üretmelerini beklemlerinin gerçekçi

11 Çok sayıda karar arasından bkz. Akarsubaşı v. Türkiye, 70396/11, 25.07.2015.

12 Cemal Duğan Başvurusu, B. No: 2014/19308, 15.02.2017. Anayasa Mahkemesi'nin kabul edilemezlik kararının ardından başvuru İHAM'a taşınmıştır. İHAM, 12 Aralık 2019 tarihinde başvuruyu Hükümet'e bildirip özgürlük ve güvenlik hakkıyla bağlantılı olarak ayrımcılık ya-sağının ihlal edilip edilmediği konusunda Hükümet'ten savunma istemiştir: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-200282>.

kişilerin dernek binasına girmelerine dayanan ayrımcı ve hukuki bir gerekçe bulunmaksızın bir arama işlemine tabi tutulmaktan ve belgelerine el konulmasından ve bu sebeple üyelerinin endişelerinin arttığından, LGBTİ kişilerin dernek binasına girmekten çekindiğinden, faaliyetlerinin engellendiğinden şikayet ederek İHAM'a başvurmuştur.

İHAM, derneğin ayrımcı bir muameleye maruz bırakıldığına ve faaliyetlerinin engellendiğine ilişkin iddialarını yeterince destekleyebilecek herhangi bir unsur bulunmaması sebebiyle başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun bula-rak reddetmiştir. Başvurucular arama işlemi sırasında işlemin hukuka aykırı olduğuna ya da bir hasar meydana geldiğine ilişkin tutanak tutmamış, ulusal makamlar önünde dernek faaliyetlerinin, kendilerinin ve üyelerinin bu aramadan nasıl etkilendiklerini hiçbir aşamada dile getirmemiş, üyelerinin sayısının azaldığı, bazı faaliyetlerini ertelemek zorunda kaldığı veya başka bir yere taşındığı gibi bu iddiayı destekleyebilecek ya da kanıtlayabilecek herhangi bir belge veya bilgi ibraz etmemiş ve İl Dernekler Müdürlüğü görevlilerine karşı bir dava açmamıştır. Bu sebeple Mahkeme'ye göre, söz konusu arama işleminin, hedeflenen meşru amacın izlenmesiyle makul şekilde orantılı bir yöntem teşkil etmediğini düşündürecek hiçbir unsur bulunmamaktadır.

Başvuru formunu ve dosyayı görmediğimiz için, sadece Mahkeme kararında yer verilen tespitler üzerinden bir değerlendirme yapacak olursak, Mahkeme'nin vardığı sonuç yerinde gözükmektedir.

Ancak LGBTİ+ derneklerine yönelik arama ve el koyma tedbirleri, her zaman bu kadar hasarsız atlatılmıyor. Bu noktada Gürcistan'daki Inclusive Foundation isimli LGBTİ+ hakları derneğine yönelik baskına karşı verilen ihlal kararını hatırlamakta fayda var.

Söz konusu kararda polisler, herhangi bir arama kararı ya da başka bir yargı kararı olmadan LGBTİ derneğine baskın düzenlemiş, o sırada içeride bulunan kişilerin telefonuna el koymuş, "hasta", "sapık", "lezbiyen" diyerek hakaret etmiş, neredeyse herkese çıplak arama yapmış, binayı yakmakla ve orada bulunan kişilerin cinsel yönelimini kamuoyuna ifşa etmekle tehdit etmiştir. Mahkeme, o sırada dernekte bulunan kişilerin cinsel yönelimleri sebebiyle aşağılanmak amacıyla polisler tarafından böyle bir muameleye maruz bırakılmasını, 2010 yılında yaptıkları suç duyurusunun hala sonuçlanmamasını ve polislerin baskın sırasında gösterdikleri ayrımcı tutumun soruşturma makamları tarafından incelenmemesini dikkate alarak insanlık dışı muamele

yasağıyla bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir.¹⁵

Ayrımcılık iddiasının ispatını güçlendirecek noktalar

Öncelikle dikkat çekilmesi gereken ilk konu, Mahkeme'nin bu başvuruları karara bağlama süresidir. Şimşek ve diğerleri başvurusu 2012 yılında, Lambda başvurusu 2008 yılında yapılmış ancak sırasıyla 2020 ve 2021 yıllarında karara bağlanmıştır. Mahkeme'nin giderek artan iş yükü ve başvuru konularının tutukluluk gibi acilen incelenmesi gereken başvuru grubunda yer almaması, başvurular hakkında karar verme süresini uzatıyor ancak yine de yerel mahkemeler tarafından bu sürelerden daha kısa sürede verilen bazı kararları bile 'makul süre' olarak kabul etmeyen bir Mahkeme'nin bu kadar geç karar vermesi kabul edilebilir değil.

2017 yılında yapılan Solmaz başvurusunun ise 2019 yılında, yani başvurudan iki yıl sonra karara bağlandığını görüyoruz. Mahkeme, artan iş yüküne karşı bazı başvuruların daha hızlı şekilde Hükümet'e bildirilmesi ve karara bağlanmasıyla ilgili bazı yapısal değişikliklere gitti, gitmeye devam ediyor.

2009 yılında getirdiği "öncelik politikası"nda 30 Mayıs 2017 tarihinde yayımladığı açıklama ile 22 Mayıs 2017 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere değişikliğe gittiğini duyuran İHAM, kamu yararını ve Sözleşme'nin etkili şekilde uygulanmasını sağlamak amacıyla iç hukukta ve Avrupa hukukunda önemli sonuçlar doğurabilecek ve Mahkeme tarafından henüz incelenmemiş başvuruların yanı sıra artık Sözleşme'de düzenlenen bir hakkın ya da özgürlüğün kullanımı sebebiyle özgürlüğünden mahrum bırakılan kişilerin tutukluluk başvurularının da öncelikli olarak incelenmesine karar vermişti.¹⁶

Mahkeme son olarak 17 Mart 2021 tarihinde "daha sonuç odaklı ve etkili bir inceleme" süreci için yeni bir strateji geliştirdiğini duyurdu.¹⁷ 2009 yılında kabul edilen ve 2017 yılında değiştirilen öncelik politikasını geliştirmeyi amaçlayan bu yeni strate-

¹⁵ Aghdgomelashvili ve Japaridze v. Gürcistan, B. No: 7224/11, 08.10.2020, <https://anaya-sagundemi.com/2020/10/26/ihamin-aghdgomelashvili-ve-japaridze-v-gurcistan-karari-nin-ozet-ceviri-polinis-arama-karari-olmadan-lgbt-demegine-baskin-duzenlemesi-ha-karet-ve-tehdit-edip-ciplak-arama-yapmasi/>

¹⁶ The Court's Priority Policy, 30 Mayıs 2017, http://www.echr.coe.int/Documents/Priority_policy_ENG.pdf. Bu değişikliğin ardından Mahkeme, pek çok başvuruya öncelik vererek başvuruları ilgili Hükümet'e bildirmeye başlamıştır. İHAM tarafından yayımlanan 2018 yılı istatistiklerine göre, 31 Aralık 2018 itibarıyla Mahkeme'nin öncelikli incelenmesine karar verdiği başvuru sayısı 2017 yılına kıyasla %45 oranında artarak 6.652'ye; bu başvurular arasından Hükümet'e bildirilen başvuruların sayısı ise 2017'ye oranla %12 artarak 2.871'e yükselmiştir. ECHR, Analysis of Statistics 2018, Ocak 2019, https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_analysis_2018_ENG.pdf, s. 5.

jiyle Mahkeme, “davanın sonucunun uluslararası ya da ulusal mevzuat ya da uygulamayı değiştirebilme ya da netleştirebilme ihtimalinin olması; davanın ahlaki veya sosyal konuları ilgilendirmesi, davanın insan hakları hukuku açısından yeni veya önemli sorunlar ortaya koyması; davanın kayda değer medya ilgisi olması ve/veya siyasi bakımdan hassas olması” gibi kriterleri karşılaması halinde “etki davaları” adını verdiği bu da-vaları öncelikli olarak inceleyeceğini duyurdu.

Türkiye’de LGBTİ+lara yönelik özellikle son yıllarda daha artan insan hakları ihlallerinin çeşitliliğine ve sayıca çokluğuna rağmen, Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru yolunun gelmesinin de etkisiyle, AİHM önünde hala az sa-yıda başvuru var. Başvuru yaparken, başvuru konusu hak ihlalinin başvuru-cuyu nasıl etkilediği ve verilecek bir ihlal kararının sadece başvuru-cuyu değil ama aynı zamanda Türkiye’deki LGBTİ+ topluluğunu nasıl etkileyeceği de açıklanarak 2017 ve 2021 tarihli politika değişikliğine de değinerek öncelik istemekte fayda var.

Daha da önemlisi, halihazırda kanıtlamanın zorluğu Mahkeme tarafından da kabul edilen ayrımcılık iddiasını ortaya koyabilecek veriler sunmak. Mahkeme’nin içti-hadına baktığımızda, engelliler ya da kadınlar gibi farklı bir biçimde şiddete ve ayrımcılığa maruz kalan gruplara kıyasla söz konusu LG-BTİ+lar olduğunda ayrımcılık yasağından ihlal kararı vermeye daha yatkın olduğunu söyleyebiliriz. Ancak burada olumlu bir sonuç elde edebilmek için, bizim için bariz olan ayrımcı tutumu Mahkeme’nin de en az bizim kadar bildiği varsayımına güvenmekten vazgeçmemiz gerekiyor.

Başvuru formlarını ve dava dosyalarını görmediğimiz için sadece Mahkeme kararında yer verilen bilgiler doğrultusunda bir değerlendirme yapabiliyoruz ama yukarıda yer verilen kararlara bakıldığında Mahkeme’nin başvuruları kabul edilemez bulurken “başvuru formunda Mahkeme’ye sunulan şikâyetlerin kapsamadığı fiillere ve olaylara atıfta bulunulduğunu, bu olaylardan bazılarının şikâyetin sunulduğu tarihten birkaç yıl sonra meydana geldiğini”; “bu iddiayı destekleyebilecek ya da kanıtlayabilecek herhangi bir belge veya bilgi ibraz edilmediğini”; “başvurucuların kişisel ya da mesleki olarak bu müdahaleden nasıl etkilendiklerinin, bu müdahalenin hayatları üzerinde nasıl olumsuz bir etki yarattığının ortaya konulamadığını”; “başvurucuların cinsel kimlikleri ya da faaliyetlerine ilişkin polise atfedilebilecek bir tutum ya da önyargının gösterilemediğini”; “iddiaların yeteri kadar iyi desteklenemediğini”

17 Açıklamanın İngilizcesi: https://www.echr.coe.int/Documents/Court_that_matters_ENG.pdf Antalya Barosu İnsan Hakları Merkezi’nden avukat Nurgül Yayman tarafından yapılan Türkçe çevirisi: https://drive.google.com/file/d/1p8U8L_hUQ3CXOJuyVJlBfj18Q8fgpRS/view

vurgulaması da ispat külfetini yerine getirmenin önemini anlatırken aynı zaman da yol da gösteriyor.

Ayrımcılık iddiasının kanıtlanmasında başvuru konusu olayla ilgili çalışan ulusal ve uluslararası insan hakları kurumlarının ve sivil toplum kuruluşlarının ihlalin yaşandığı dönemde öncesinde ve sonrasında yayımladığı görüşler, istatistikler ve raporlar destekleyici delil olarak önemli bir rol oynuyor. Özellikle SPoD, Kaos-GL, ILGA Europe gibi sivil toplum kuruluşlarının uzun yıllardır nefret söylemi ve ayrımcılık üzerine yaptıkları kapsamlı çalışmalar, söz konusu ayrımcılığın sadece başvurucuya özgü olmadığını, genel olarak LGBTİ+lara yönelik olduğunu ortaya koyarken Mahkeme'yi ikna etmeyi kolaylaştıracaktır. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, başvuru konusu olayla ve ihlalin meydana geldiği dönemle ilgili raporlara ağırlıklı olarak yer verilmesidir.

Yine Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri ya da Birleşmiş Milletler özel raportörleri gibi Mahkeme'nin açıklamalarını yakından takip ettiği kişilerin yayımladıkları açıklamalar ve raporlar, özellikle henüz ihlal kararı verilmemiş konularda Mahkeme için yol gösterici de olabilmektedir.

Başvuru Hükümet'e bildirildikten sonra İnsan Hakları Komiseri, SPoD, Ka-os-GL, ILGA Europe gibi kurumların başvuruya üçüncü taraf görüşü sunarak müdahil olmayı talep etmesi ve bu talebin kabul edilmesi halinde bu kurumların Mahkeme'ye içtihada ve istatistiklere dayalı bir görüş sunması da oldukça etkili olacaktır. Hükümet'e bildirimden sonra kurumların üçüncü taraf görüşü sunma talebinde bulunmaları için kısa bir zamanları olduğu için başvuru yapılırken kurumları başvurudan ve bu niyetten haberdar etmek, süreci kolaylaştıracaktır.

* Bu yazı, Avrupa Birliği'nin desteklediği Eşit Haklar için Savunuculuğu Güçlendirme Projesi kapsamında hazırlanmıştır. Bu durum, yazının içeriğinin AB'nin resmi görüşünü yansıttığı anlamına gelmemektedir.

**İstanbul Sözleşmesi Üzerinden Cinsel
Yönelim Temelli Şiddeti Okumak**



Av. Tuğçe Duygu Köksal

İstanbul Sözleşmesi Üzerinden Cinsel Yönelim Temelli Şiddeti Okumak

Av. Tuğçe Duygu Köksal

Cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğine yönelik ayrımcılıkla mücadelenin güvence altına alınmasına ilişkin uluslararası alanda yapılan düzenlemeler, cinsiyet, etnik köken, ırk ya da engellilik gibi diğer ayrımcılık nedenlerine dayalı ayrımcılığı yasaklayan ve devletlere pozitif yükümlülükler yükleyen uluslararası sözleşme ve metinler ile kıyaslandığında bağlayıcılık açısından daha zayıf kalmaktadır. Genel olarak ayrımcılık yasağı ise, Birleşmiş Milletler [BM] İnsan Hakları Bildirgesi'nin 2. maddesinden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin [AİHS] 14. Maddesine kadar geniş bir çerçevede benzer içerikte düzenlenmiştir.

Genel Çerçeve

AİHS'nin 14. maddesine göre, Sözleşmede 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 herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır. Bu madde Sözleşmedeki diğer haklar ile bağlantılı olarak ileri sürülebilir¹⁸. Bununla birlikte, Türkiye'nin taraf olmadığı AİHS'e Ek 12 No'lu Protokol ise, genel bir ayrımcılık yasağı getirmektedir. Buna göre, "hukuken temin edilmiş olan tüm haklardan yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal ve sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma, servet, doğum veya herhangi bir diğer statü bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır". Bu çerçevede hiç kimse, hiçbir gerekçeyle, hiçbir kamu makamı tarafından ayrımcılığa maruz bırakılamaz.

Cinsel yönelime dayalı ayrımcılık özelinde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi [AİHM], ilk defa Vejdeland ve diğerleri v. İsveç kararında, eşcinselliğin HIV/ AIDS'i yaydığı yönündeki spekülasyonları içeren ifadelerin ifade özgürlüğü korumasından yararlandırılmadığını belirtmiştir¹⁹. AİHM'e göre, "toplumun belirli bir kesimini tahkir etmek, alay konusu durumuna düşürmek veya le-kelemek suretiyle yapılan saldırılar ifade hürriyetinin mesuliyetsizce kullanılması niteliği taşıdığından yetkili makamların bu ifadelerle mücadele etmesi için yeterli sebep mevcuttur". AİHM, bu

¹⁸ Ayrımcılık yasağı ile ilgili AİHS madde 14 ve AİHS Ek 12 numaralı Protokole ilişkin içti-hat bilgi notu için bkz: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_14_Art_1_Protocol_12_ENG.pdf

¹⁹ Vejdeland ve diğerleri v. İsveç, no. 1813/07, 09/02/2012, § 55

kararında cinsel yönelim temelli ayrımcılığın ırk, etnik köken veya renk temelli yapılan ayrımcılık kadar ciddi olduğunu vurgulamıştır.

Uluslararası alanda ilk olarak çeşitli cinsel yönelimleri ve cinsiyet kimlikleri bulunan bireylerin insan haklarını ele alan ve 2006 yılında hazırlanarak 2017 yılında genişletilen Cinsel Yönelim ve Cinsiyet Kimliğiyle İlişkili Olarak Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Uygulanmasına Dair Yogyakarta İlkeleri karşımıza çıkmaktadır²⁰. Bu ilkelerin girişinde de belirtildiği üzere “tüm insanlar özgür doğar, hakları ve onurları eşittir. Tüm insan hakları evrensel, birbirine bağımlı, bölünmez ve birbiriyle ilişkilidir. Cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği, insan onurunun ve insan olmanın ayrılmaz bir parçasıdır ve ayrımcılığın veya tacizin temeli olmamalıdır”.

Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri tarafından (2009) 2 numaralı “İnsan Hakları ve Cinsiyet Kimliği” konulu bir tematik bilgi notu²¹ ve akabinde Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin (2010) 5 sayılı Cinsel Yönelim veya Toplumsal Cinsiyet Kimliğine Dayalı Ayrımcılıkla Mücadeleye İlişkin Tedbirlerle ilgili tavsiye kararı yayımlanmıştır. Bu tavsiye kararının 6. maddesinde devletlerin LGBTİ+’lara karşı nefret veya ayrımcılık türlerini kışkırtan, yayan tüm ifade biçimleriyle mücadele etmeye yönelik uygun tedbirleri almaları gerektiği ifade edilmiştir²². Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi de 29 Nisan 2010 tarihinde, cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği temelindeki ayrımcılık üzere tavsiye kararı almış bulunmaktadır. Birleşmiş Milletler bünyesinde, devlet makamları başta olmak üzere yine tüm paydaşlara hitaben nefret söylemiyle mücadeleye ilişkin kılavuz ilkeler yayımlanmıştır²³.

Birleşmiş Milletler Din ve Vicdan Özgürlüğü Özel Raportörü de din ve vicdan özgürlüğü ve ayrımcılık yasağı konusunda sağlıklı bir ortam oluşturulması yükümlülüğünü hatırlatan bir çalışma raporu yayımlamıştır²⁴.

20 2017 yılında güncellenen versiyonun Türkçe çevirisi için bkz: <https://kaosglidernegi.org/images/library/yogyakarta-web.pdf>

21 Türkçe çevirisi için bkz: https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/07/31/CinsiyetKimligi_TR.pdf; 2011 yılında Avrupa Konseyi İnsan hakları Komiseri tarafından yayımlanan “Avrupa’da cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğine dayalı ayrımcılık” başlıklı kitapçığa da link üzerinden ulaşabilirsiniz: <https://rm.coe.int/avrupa-da-cinsel-yonelim-ve-cinsi-yet-kimligine-dayal-ayr-mc-l-k-rapord/16807ba838>

22 KUŞ Şeyma, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Nefret Söylemi, On İki Levha, 2021, s. 24-25; bkz. ayrıca Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi 2019 (1) sayılı Cinsiyetçiliği Önleme ve Mücadele Tavsiye kararı : <https://rm.coe.int/prems-055519-gbr-2573-cmrec-2019-1-web-a5/168093e08c>

23 <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/HateSpeech/UNGuidanceHate.pdf>.

24 https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Religion/A_HRC_43_48_AdvanceUnedited-Verison.docx.

Yine cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği eşitliği üzerine Birleşmiş Milletler Özel rapor-törü de 15/05/2020 tarihinde bir açıklama yayımlamıştır²⁵. Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri aynı doğrultuda açıklamalar yayımlamıştır²⁶. Birleşmiş Milletler nezdinde yayımlanan çok sayıda karar da cinsel yönelime dayalı ayrımcılık açısından prensipleri belirlemektedir²⁷.

Öte yandan bağlayıcı nitelikte uluslararası bir sözleşme olan, BM Genel Kuru-lu'nun 19 Aralık 1979 tarih ve 34/180 sayılı kararıyla kabul edilen ve 3 Eylül 1981 tarihinde yürürlüğe giren Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi [CEDAW] kapsamının cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği temelli ayrımcılık bakımından genişletilerek uygulanması konusuna CEDAW Komitesi'nin çeşitli ülkelerle ilgili raporlarında değinilmektedir. Bu noktada, Sözleşme'nin özellikle 5. maddesinin cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğine yönelik ayrımcılık temelinin kapsar şekilde yorumlanması gerektiğine ilişkin CEDAW açısından ayrı bir Genel Yorum düzenlemesinin gerekliliğine işaret edilmektedir²⁸.

Bununla birlikte, 11 Mayıs 2011'de İstanbul'da imzaya açılmış ve 1 Ağustos 2014 tarihinde yürürlüğe girmiş olan Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi [İstanbul Sözleşmesi], her ne kadar özel olarak kadına yönelik şiddetin önlenmesine ilişkin bir sözleşme olsa da, toplumsal cinsiyet eşitliği ekseninde önleme, koruma, soruşturma ve bütüncül politikalar kapsamında taraf devletlere pozitif yükümlülükler yüklemektedir. Dolayısıyla, cinsiyet temelli ayrımcılığa ilişkin CEDAW başta olmak üzere teamül hukuku haline gelen temel ilkeler ve AIHM'nin Opuz v. Türkiye kararı ile ortaya konan devletin pozitif yükümlülüklerini içeren bir nevi müktesebat olarak tanzim edilmiştir. Bu noktada, toplumsal cinsiyet eşitliği perspektifinden korumayı ele alarak cinsiyet temelli her türlü şiddet ile mücadele etmeye yönelik bir çerçeve mekanizmadır.

25 <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25889&Lan-gID=E>

26 <https://www.coe.int/en/web/commissioner/-/hate-mongering-against-lgbt-peop-le-has-no-place-in-today-s-europe>

27 Geniş inceleme için bkz: MACARTHUR Gemma, Securing Sexual Orientation and Gender Identity Rights within the United Nations Framework and System: Past, Present and Futu-re, The Equal Rights Review, Vol. Fif-teen (2015), ss. 25-54

28 HOLTMAAT Rikki-POST Paul, Enhancing LGBTI Rights by Changing the Interpretation of the Conven-tion on Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, Nordic Journal of Human Rights, Vol. 33, No. 4, 2015, 319-336, s. 335

İstanbul Sözleşmesi Özel ve Toplumsal Cinsiyet

Bu Sözleşme'nin 2. maddesinde ifade edildiği şekilde taraf devletler Sözleşme'nin hükümlerinin uygulanmasında toplumsal cinsiyete dayalı şiddetin kadın mağdurlarına özel olarak dikkat göstereceklerdir. Bu doğrultuda 3. maddede “toplumsal cinsiyet”, “herhangi bir toplumun, kadınlar ve erkekler için uygun olduğunu düşündüğü sosyal anlamda oluşturulmuş roller, davranışlar, faaliyetler ve özellikler olarak” tanımlanmıştır. Sözleşme'nin özel olarak kadınlara yönelik şiddete atıf yapması, bir kadına sadece kadın olduğu için şiddetin yöneltilmesi veya kadınları orantısız bir biçimde etkileyen şiddetle mücadele edilmesinin çıkış noktası teşkil etmesi sebebiyledir. Dolayısıyla, Sözleşme özel olarak “kadına yönelik şiddet” ön plana alsa da, “toplumsal cinsiyet” perspektifini açıkça ortaya koyması, asıl olarak klişelere dayalı ön yargıyla mücadeleyi hedeflediğini göstermektedir. Bu hedef Sözleşme'nin Açıklayıcı Raporunda detaylı olarak ortaya konmuştur²⁹.

Klişelere dayalı önyargılar, toplum içinde ayrımcılık ve ayrımcılığa dayalı şiddeti beraberinde getirmektedir. Önyargılar adaletsizliğe yol açan nedenler arasında gelir³⁰. Önyargıdan kaynaklanan ayrımcılığın sebep olduğu şiddet şeklinin fiziksel ya da fiziksel olmayan bir şekilde vücut bulması varılan sonucu değiştirmeyecektir. Asıl olan devletlerin şiddetin her şeklini nötr cinsiyet (gender-neutral) bakış açısıyla engellemesi ve bununla mücadeleye ilişkin irade ortaya koymasıdır.

Nötr cinsiyet bakış açısından kasıt, bireyleri cinsiyetsizleştirmek değildir. Özellikle İstanbul Sözleşmesi'ne yöneltilen eleştiriler arasında aşırı sağ görüşlere mensup siyasetçi ya da din adamlarının yönlendirmesiyle, Sözleşme'nin geleneksel değerler ve aile yapısını bozmaya yönelik bir “Truva atı” niteliğinde olduğu ya da toplumun cinsiyetsizleştirilmesine yönelik dayatmalar içerdiği iddiaları bulunmaktadır³¹. Bununla birlikte, İstanbul Sözleşmesi'nin ne geleneksel değerler ne de aile yapısının değiştirilmesine ya da cinsiyetsizleştirilmesine yönelik bir içeriği ya da gizli ajandası vardır.

29 Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İç Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi İstanbul Sözleşmesine Dair Açıklayıcı Rapor Türkçe tercümesi için bkz: İstanbul Barosu Kadın Hakları Merkezi, 8 Mart 2019 Dünya Kadınlar Günü Kitapçığı, ss. 42-113

30 Detaylı açıklamalar için bkz: UYGUR Gülriz, Adaletsizlik Perspektifinden Yargılama: Toplumsal Cinsiyet Ön Yargıları ve Kişileri Bağlamında İstanbul Sözleşmesi, <https://kockam.ku.edu.tr/adaletsizlik-perspektifinden-yargilama-toplumsal-cinsiyet-on-yargilari-klisele-ri-baglaminda-istanbul-sozlesmesi-gulriz-uygur/>

31 Geniş karşılaştırmalı araştırma için bkz: EUROPEAN PARLIAMENT, Tackling Violence Aga-inst Women and Domestic Violence in Europe, Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs Directorate-General for Internal Policies, PE 658.648 - October 2020, ss.

Öyle ki eleştirilerin asıl hedefinde olmasına rağmen, Sözleşme'nin içinde “cinsel yönelim” ifadesi Sözleşme'nin sadece 4. Maddesinde geçmektedir. Velhasıl bu madde temel bir insan hakları prensibini tekrarlamaktadır. Bu prensip temel hak ve özgürlüklerin korunması ve devletin pozitif yükümlülükleri yerine getirmesinde ayrımcılık yasağını ortaya koyan bir teamül ilkesidir. Bu maddeye göre, taraf devletler, özel ve kamusal alanda herkesin, özellikle de kadınların, şiddetten uzak yaşama hakkını korumak ve bu hakkı sağlamak amacıyla gereken yasal veya diğer tedbirleri alır. Madenin 3. Fıkrası ise şu şekildedir:

“Taraflar bu Sözleşme hükümlerinin, özellikle de mağdurların haklarını korumaya yönelik tedbirlerin, cinsiyet, toplumsal cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya başka tür görüş, ulusal veya sosyal köken, bir ulusal azınlıkla bağlantılı olma, mülk, doğum, cinsel yönelim, cinsiyet kimliği³², sağlık durumu, engellilik, medeni hal, göçmen veya mülteci statüsü veya başka bir statü gibi, herhangi bir temele dayalı olarak ayrımcılık yapmaksızın uygulanmasını temin edeceklerdir.”

Açıklayıcı raporun 43. Paragrafında cinsiyet tanımı, kadın ve erkek cinsiyetlerinden hareketle, toplum tarafından kadın ve erkeğe yüklenen, sosyal olarak kurgulanan roller, davranışlar, eylemler ve nitelikler üzerinden açıklanmaktadır. Araştırmalar, belli veya alışlagelmiş rollerin istenmeyen ve zararlı uygulamaları doğurduğunu ve bunların kadınlara yönelik şiddeti kabul edilebilir kıldığını göstermiştir. Yine Açıklayıcı raporda ifade edildiği üzere, “Sözleşme’de, mağdurları korumak ve onlara destek sağlamak amacıyla alınacak tüm tedbirlerin temeli olarak kadınlara yönelik şiddet ve aile içi şiddet toplumsal cinsiyete dayalı olarak algılanması çağrısında bulunulmaktadır. Bu, olgunun karmaşık yapısına yeterince cevap verebilmek amacıyla, şiddetin bu türlerine kadın ve erkek arasında hakim olan eşitsizlik, mevcut baskı, kalıp düşünceler, toplumsal cinsiyet rolleri ve kadınlara karşı ayrımcılık bağlamında yönelmesi gerektiği anlamına gelmektedir. Bu tanımda yer alan “cinsiyet” ibaresi Sözleşme’de kullanılan “kadın” ve “erkek” ibarelerinin yerine kullanılmamıştır”³³.

32 Sözleşme'nin Türkçe tercümesinde toplumsal cinsiyet kimliği olarak çevrilmiş ise de (bkz. <https://rm.coe.int/1680462545>), Sözleşme'nin orijinal metninde Fransızca “l'identité de genre” ve İngilizce “gender identity” ifadeleri “cinsiyet kimliği” anlamına gelmektedir ve bu çalışmada da orijinal metne sadık kalınarak cinsiyet kimliği şeklinde kullanılmıştır.

33 Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Cinsel ve Toplumsal Cinsiyete Dayalı Suçlara ilişkin 2014 yılında yayımlanan politika belgesinde de “toplumsal cinsiyet” bakış açısı benimsenmiş ve tanım yapılmıştır. <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/otp-policy-paper-on-sexual-and-gender-based-crimes-june-2014.pdf>

Açıklayıcı Raporun 52. paragrafında, Sözleşme'ye yöneltilen eleştirilerin odak noktası olan 4. maddenin 3. fıkrası ile ilgili ayrıntılı açıklamalara yer verilmiştir. 4. maddenin 3. paragrafı açıkça taraf devletlerin Sözleşme'yi uygulamada ayırım gözetmesini yasaklar ve madde yukarıda AİHS'nin 14. maddesi ve bu maddeye ilişkin AİHM içtihadı ile aynıdır. Açıklayıcı raporda da ifade edildiği üzere, ayırım gözetmeme temelleri, doğrudan AİHS'ten alınmıştır.

Sözleşme'nin ayrımcılık gözetmeme ilkesi üzerinden okunması

Öyle ki, AİHM, cinsel yönelim temelinde ayrımcılık gözetmeme ilkesini Salgueiro da Silva Mouta v. Portekiz kararında ortaya koymuştur³⁴. Mahkeme'nin özellikle cinsel yönelim gerekçesine dayanan muamele farklılığını Sözleşme ile uyumlu olarak değerlendirmesi için çok ciddi gerekçeler ortaya konmak zorundadır³⁵.

Açıklayıcı raporun 53. paragrafında belirtildiği üzere, Sözleşme'nin 4. maddesinin 3. fıkrası hem AİHS'nin hem de AİHM içtihadının yansımasıdır. Sözleşme metnini hazırlayanlar cinsiyet, cinsel yönelim, cinsiyet kimliği, yaş, sağlık durumu, engellilik hali, medeni durum, göçmen veya mülteci statüsü veya bir başka benzer durumu da ucu açık bir liste olarak sıralamıştır. Açıklayıcı raporda altı çizildiği şekilde, "ev içi şiddetin gey, lezbiyen ve biseksüel mağdurları da, cinsel yönelimleri nedeni ile genellikle destek hizmetlerinden mahrum bırakılmaktadırlar. Belli bazı gruplar da cinsiyet kimliği nedeniyle ayrımcılığa maruz kalmaktadır. Cinsiyet kimliğinden kasıt, en basitleştirilmiş haliyle, özdeşleştikleri cinsiyet ile doğdukları cinsiyetin birbirlerinden farklı olmasıdır. Bu, transcinsel veya transeksüel kişiler, karşı cins gibi giyinen kişiler (cross-dressers), translar ve toplumun belirlediği kadın veya erkek kategorilerine girmeyen diğer kişileri de içermektedir". Sözleşme'nin 4. maddesi, eleştirilerin aksine, devletlerin Sözleşme hükümlerini uygularken ayrımcılık yapmaktan kaçınmalarını şart koşarken, aynı zamanda taraf devletlere ayrımcılığı kınamaları çağrısında bulunmaktadır.

Dolayısıyla, Sözleşme'nin 4. maddesinin 3. fıkrasındaki ayrımcılık gözetmeme ilkesine ilişkin güvence, İstanbul Sözleşmesi ile icat edilmiş yeni bir kavram değildir. Aksine AİHM'nin cinsel yönelime dayalı ayrımcılığı da kapsayan geniş içtihadının ve uluslararası insan hakları hukukunun temel prensiplerinin bir yansıması olup Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın eşitlik ilkesini düzenleyen 10. maddesi ile Anayasa Mahkemesi'nin içtihadının da tekrarıdır. Öyle ki; Anayasa Mahkemesi 2014/12225

³⁴ Salgueiro da Silva Mouta v. Portekiz, no. 33290/96, 21/12/1999, § 36

³⁵ Willis v. Birleşik Krallık, no. 36042/97, 11/06/2002, § 39

Başvuru numaralı 14/7/2015 tarihli kararında cinsel yönelim temelli söylem gibi “hoşgörüsüzlüğe dayalı nefreti yayan, kışkırtan, teşvik eden veya meşrulaştıran her türlü ifade biçimini” nefret söylemi olarak değerlendirmiş ve bunun tüm bireyler yönünden huzur ve barış içinde yaşama hakkına müdahale ettiğini vurgulamıştır:

“40. Bu kapsamda ten rengi ve etnik köken, toplumsal cinsiyet, cinsel kimlik, cinsel yönelim, engellilik, siyasal aidiyet veya yaş kategorileri ile mülteci, göç-men, yabancı veya başka dezavantajlı gruplara yönelik nefret saikli ifadeler de nefret söylemi türlerinden kabul edilmelidir. (...)”³⁶

Bu gerçekliğe rağmen, Türkiye, Sözleşme’yi 11 Mayıs 2011’de hiçbir çekince koymadan ilk imzalayan ve 24 Kasım 2011’de onaylayan ilk ülke iken, 20 Mart 2021 tarihinde Resmî Gazetede yayımlanan 3718 sayılı cumhurbaşkanı kararı ile Sözleşme’den çekilen ilk ülke olarak tarihe geçmiştir³⁷. Çekilme beyanı Sözleşme’nin 80. maddesi gereği 1 Temmuz 2021 tarihinde yürürlüğe girecektir.

Sözleşme’den çekilme sürecinde yaşananlar ve üst düzey yetkililerin söylemlerinin yarattığı ortam, tam olarak İstanbul Sözleşmesi’nin toplumsal cinsiyet (gender) konusunda güvencelerin sağlanmasına ve ayrımcılık gözetmeme ilkesinin uygulanmasına ilişkin pozitif yükümlülüklerin ihlaliyle, toplumda yer alan klişelere dayalı önyargıların oluşturduğu şiddetin vücut bulmuş hali olarak değerlendirilebilir. Cinsiyet temelli ayrımcılıktan kaynaklanan şiddetin önlenmesine ilişkin önleme, koruma, soruşturma ve veri toplama ile koordinasyon dahil bütüncül politikalar geliştirilerek şiddetin ortadan kaldırılmasına yönelik zihniyet dönüşümünü sağlamaya yönelik bir hukuki mekanizma, cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği dahil hiçbir gerekçe ile pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmesinde ayrımcılık yapılamayacağına ilişkin temel insan hakları prensibi gerekçe gösterilerek devre dışı bırakılmıştır.

Bu sebeptendir ki, İstanbul Sözleşmesi’nden Anayasa’da da teminat altına alınmış olan temel bir hukuk prensibini, “ayrımcılık yasağını” gerekçe göstererek çekilmek devletin insan haklarının korunması ve hukuk devleti ilkeleri ile bağdaşmayan bir tutumdur³⁸. Halbuki, kadına yönelik şiddetle mücadele eylem planının (2016-2020) hedeflerinden biri de zihniyet dönüşümünün sağlanmasıdır³⁹. 2 Mart 2021 tarihinde açıklanan İnsan Hakları Eylem Planı da aslında kağıt üzerinde şiddetle mücadeleyle ilişkin iradeyi ortaya koymaktadır.

³⁶ <https://resmigazete.gov.tr/eskiler/2015/10/20151006-3.pdf>

³⁷ <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/03/20210320-49.pdf>

Ancak kağıt üzerindeki Eylem Planı uygulamada İstanbul Sözleşmesi'nden çekilme ile tamamlanmıştır.

İstanbul Sözleşmesi'nin eksenine aldığı toplumsal cinsiyet perspektifi, yasaların sağladığı korumanın ve politikaların sadece biyolojik cinsiyet değil toplumsal cinsiyet bakış açısından ele alınmasını salık verir. Birleşmiş Milletler bünyesinde bağımsız uzman tarafından yayımlanan toplumsal cinsiyet teorisine ilişkin raporda da belirtildiği üzere, "toplumsal cinsiyet teorisi, toplumsal roller, davranışlar ve beklentilerle ilgili olarak cinsiyete (ve diğer) farklılıklara verilen anlamların sosyal olarak yaratıldığını kabul eder. Ayrıca, cinsiyet kimliğinin biyolojik cinsiyetle zorunlu olarak ilişkili olduğu varsayımına karşı çıkar ve çeşitli cinsel yönelimlerin ve cinsiyet kimliklerinin geçerliliğini kabul eder"⁴⁰. Toplumsal cinsiyet perspektifinden bakmayı sağlamak, eşcinsel evlilikleri tanıma ya da belirli hakların yasal olarak sağlanmasına ilişkin yasal düzenleme yapma ya da yapmama konusundaki devletlerin takdir yetkilerinin geniş olmasına hael getirmez. Kaldı ki İstanbul Sözleşmesi'nin hiçbir maddesine devletin takdir yetkisine ilişkin böyle bir dayatma da bulunmamaktadır. Bununla birlikte, cinsiyet kimliği tanınarak ve bireylerin kendi kaderini tayin etme hakkına saygı duyarak, şiddetle mücadelede hiçbir ayırım gözetilmeden önleyici ve koruma tedbirlerinin uygulanması ve cinsel yönelim dahil toplumsal cinsiyet perspektifinden hiçbir ayırımcılık nedenine tolerans gösterilmemesi tamamen ayırımcılık yasağına ilişkin devletin pozitif yükümlülükleri ile ilgili bir meseledir. Kanunlardaki korumanın etkin şekilde ve eşitlik temelinde sağlanması ve etkin soruşturma yükümlülüğünün yerine getirilmesi gereğinin toplumun geleneksel değerleri ya da aile yapısı ile hiçbir ilgisi yoktur.

Toplumsal cinsiyet devletlerin yasa ve politika belirlemede kullanması gereken kilit bir kavramdır. Zira İstanbul Sözleşmesi'nin de altını çizdiği kurumlar arası bütüncül politikalar ile ve toplumsal cinsiyet eşitliğini de içeren bir eğitim ile ancak bu zihniyet

38 Council of Europe leaders react to Turkey's announced withdrawal from the Istanbul Convention, 2021, <https://www.coe.int/en/web/portal/-/council-of-europe-leaders-react-to-turkey-s-announced-withdrawal-from-the-istanbul-convention-1>; The EWL condemns the President's Executive order of Turkey to withdraw from the Istanbul Convention, 2021, <https://www.womenalliance.org/ewl-condemns-turkeys-withdrawal-from-istanbul-convention/>; ÇALI Başak, Withdrawal from the Istanbul Convention by Turkey: A Testing Problem for the Council of Europe, 2021, <https://www.ejiltalk.org/withdrawal-from-the-istanbul-convention-by-turkey-a-testing-problem-for-the-council-of-europe/>

39 <https://www.aile.gov.tr/uploads/ksgm/uploads/pages/dagitimda-olan-yayinlar/kadi-na-yonelik-siddetle-mucadele-ulusal-eylem-plan-2016-2020-icin-tiklayiniz.pdf>

40 United Nations of Human Rights Office of the High Commissioner, Independent Expert on protection against violence and discrimination based on sexual orientation and gender identity, Report on Gender Theory [A/HRC/47/27], 2021, <https://www.ohchr.org/EN/Issu-es/SexualOrientationGender/Pages/ReportGenderTheory.aspx>

dönüşümü yaratılarak klişelerin oluşturduğu önyargıların yarattığı ayrımcılıktan kaynaklanan şiddetle mücadele edilebilir. Biyolojik cinsiyete odaklanmak ve cinsiyet tanımını yaparken toplum tarafından bireylere atfedilen rolleri gerçeklikten ve bireylerin bizzat tecrübe ettiklerinden kopuk biçimde ele dikkate almak şiddetin kaynağı ile mücadele etmekten hayli uzak bir yaklaşımdır. Cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği ifadesine saygı duyulması, toplumun bir bireyi hukuken ne şekilde tanımladığı ile ilgili değildir. Aksine bireylerin otonomilerine ve insan onuruna saygı duymak ve maddi ve manevi vücut bütünlüklerini koruma altına almak an-lamına gelmektedir. Diğer bir ifadeyle, İstanbul Sözleşmesi'nin amaçladığı şekilde, her bir bireyin hiçbir ayrımcılık nedeni gözetilmeksizin şiddete karşı korunması, şiddetin önlenmesi ve şiddet oluşması halinde ise etkin bir soruşturma yürütülerek failerin cezalandırılmasının sağlanmasıdır. Bu ise devletin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yerleşik içtihadından kaynaklanan pozitif yükümlülüğünün Sözleşme'ye yansımış halinden başka bir anlam ifade etmemektedir.

Sözleşme'nin toplumsal cinsiyet perspektifinden ortaya koyduğu yükümlülüklerin bir uzantısı da, AIHM'nin yerleşik içtihadında da açıkça görülen ayrımcılık saikinin de ayrıca soruşturulmasıdır⁴¹. LGBTİ+’larla ilgili olarak bir şiddet eyleminin toplumsal cinsiyet perspektifinden bakılarak soruşturulması, şiddetin arka planında yatan cinsel yönelime dayalı önyargıların ortaya çıkartılmasının önünde de bir katalizör rolü oynar. Beizaras ve Levickas v. Litvanya kararında şu tespitlere yer verilmiştir⁴².

“114. Cinsiyet ya da cinsel yönelim temelli ayrı muamelede Devletin takdir marjı dardır. Takdir marjının kapsamı davanın koşulları, yargılama konusu ve evveliyatına göre değişiklik arz edecektir; bu anlamda, takdir marjının belirlenmesinde ilgili unsurlardan biri Yüksek Sözleşmeci Taraflar arasında ortaklaşa bir hukuki temelin bulunması ya da bulunmaması olabilir. Yalnızca cinsel yönelim ile ilgili düşünceler sebebiyle yapılan ayrı muameleler Sözleşme kapsamında kabul edilemezdir.

(...)

41 Ayrımcılık yasası bağlamlı etkin soruşturma açısından temel prensipler bakımından bkz: Nachova and Others v. Bulgaristan [BD], no. 43577/98, 06/07/2005, § 168

42 Beizaras ve Levickas v. Litvanya, no. 41288/15, 14/01/2020

129. Eldeki bilgi ve belgeler doğrultusunda Mahkeme, ilk olarak; özel kişiler tarafından yapılan açık şiddet çağrıları da dâhil olmak üzere, başvurularda ve genel olarak eşcinsel komünitesine yönelen nefret içerikli yorumların komüniteye yönelik bağnaz tutumdan kaynaklandığını ve ikinci olarak; ilgi-li kamu yetkililerinin yorumlarda nefret ve şiddete teşvikin başvurularda cinsel yönelimleriyle ilgili olup olmadığına dair etkili bir soruşturma yapma-yarak pozitif yükümlülüklerini yerine getirmemesinin çekirdeğinde aynı ayrımcı düşünce yapısının bulunduğu tespit etmektedir, nitekim bu durum, kamu yetkililerinin söz konusu yorumların teşkil ettiği tehlikeyi önemsizleştirmesi ve böylece bu yorumları hoş görmesi ile tasdik edilmiş durumdadır (bkz, mutatis mutandis, Begheluri, yukarıda alıntılanmıştır, § 179). Bu tespitler ışığında Mahkeme ayrıca başvurularda cinsel yönelimleri temelinde ayrımcılıktan mağdur olduğunu da sabit bulmaktadır.(...) ⁴³

Yukarıda atıf yapılan bağımsız uzman raporunun sonuçlarında da Devletlerin (i) cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği ve ifadesine dayalı şiddeti ve ayrımcılığı önlemek, kovuşturmak ve cezalandırmak ve (ii) cinsiyet kimliği ve ifadesi de dahil olmak üzere her insanın kendi varlığının sınırlarını belirleme özgürlüğünü tanımak yükümlülüğü hatırlatılmıştır ⁴⁴. Ayrıca bu rapor, toplumsal cinsiyete dayalı yaklaşımların ve cinsiyet kimliği ve ifadesinin yasal olarak tanınmasının bu görevleri yerine getirmek için insan haklarına dayalı bir çerçeve sağladığı sonucuna varmaktadır. Dolayısıyla Devletlerin, uluslararası insan hakları hukukunun temel ilkelerine uygun biçimde toplumsal cinsiyet bakış açısı çerçevesinde eğitim verilmesini sağlaması, toplumun geleneklerini ya da aile yapısını değiştirmek değil, geleneklerin, kültürün ya da dinin cinsiyet temelli şiddet için bir meşrulaştırıcı gerekçe oluşturmayacağını kabul etmektedir. Devletin yükümlülüğü, zihniyet dönüşümünü sağlayarak, herkesin bedensel ve zihinsel bütünlüğü, özerkliği ve kendi kaderini tayin hakkının tanınmasını sağlamak olmalıdır. Sözleşme kapsamında önleme, koruma, soruşturma yükümlülükleri kapsamında LGBTI+’ların eşit koruma talep etmesi, ayrımcılık yasağı kapsamında devletin pozitif yükümlülüğünün bir parçasıdır. Bu talep, devletin egemenlik yetkisi içindeki herkesin insan haklarının eşit şekilde korunması ilkesinin doğası gereğidir.

⁴³ Kararın kısmi çevirisi için bkz: <https://anayasagundemi.com/2020/01/24/ihamin-beiza-ras-ve-levickas-v-lit-vanya-kararinin-cevirisi-escinsel-ciftin-opustukleri-fotografi-faceboo-ka-koyduktan-sonra-maruz-kaldigi-homofobik-nefret-soyleminin-kovusturulmamasi-ay-rimcilik/>

⁴⁴ <https://www.ohchr.org/EN/Issues/SexualOrientationGender/Pages/ReportGenderTheory.aspx>

Bu çerçevede Sözleşme'nin 4. Maddesindeki ayrımcılık gözetmeme ilkesinin Sözleşme'deki önleme, koruma, soruşturma ve bütüncül politikalar geliştirme yükümlülükleri ile birlikte okunması gereklidir. Dolayısıyla Sözleşme'nin 5. Maddesinde yer alan devletlerin kadına yönelik herhangi bir şiddet eylemiyle ilişkilennemekten kaçınması ve devlet adına hareket eden devlet yetkililerinin, görevlilerinin, organlarının, kurumlarının ve diğer aktörlerin bu yükümlülüğe uygun davranmalarının sağlanması ve devlet dışı aktörler tarafından işlenen şiddet eylemlerini gereken özeni göstererek önlemek, soruşturmak, cezalandırmak ve bu eylemlerden kaynaklı mağduriyet için tazminat sağlamak amacıyla gereken yasal veya diğer tedbirleri alması yükümlülüğünün 4. Maddenin 3. Fıkrası ile bir bütün halinde ele alınması gereklidir.

Açıklayıcı rapora bakıldığında, 58. ve 59 paragraflarında gereken özeni gösterme zorunluluğunun, kadınlara yönelik şiddete ilişkin başta CEDAW Komitesi ve AIHM içtihadı olmak üzere pek çok uluslararası insan hakları aracı, içtihadı ve kararında kabul edilmiş olduğuna değinilmiştir. Devlet yetkililerin Sözleşme kapsamına giren şiddet eylemlerini gerekli özeni göstererek önlemesi, soruşturması, cezalandırması ve bunların tazmini sağlamasına imkan verir şekilde yine bu Sözleşme kapsamına giren şiddet türlerine karşılık vermeleri gerekmektedir.

Yine önleme yükümlülüğünü düzenleyen Sözleşme'nin 12. maddesinde “alışlagelmiş rollerin bulunduğu düşüncesine dayanan önyargıları, örf ve adetleri, gelenekleri ve her türlü uygulamaları yok etmek amacıyla kadınların ve erkeklerin sosyal ve kültürel davranış kalıplarının değiştirilmesi için gerekli tedbirleri alınması tavsiye edilmiştir. Bu madde gereğince alınan her tedbir belirli şartlar nedeniyle savunmasız bırakılan kişilerin özel ihtiyaçlarına işaret eder ve ihtiyaçları dikkate alır ve mağdurun insan haklarını merkeze koyar. Taraf Devletler tüm toplumu, bu Sözleşme kapsamına giren bütün şiddet biçimlerinin önlenmesine aktif bir şekilde katkıda bulunmaları için teşvik etmek amacıyla gerekli tedbirleri alacaktır”. Bu maddenin 5. Fıkrasında ise kültür, örf ve adet, din, gelenek veya sözde “namus”un bu Sözleşme kapsamında yer alan şiddet eylemlerinin bir gerekçesi olarak kabul edilmemesini güvence altına alınacağı ifade edilmiştir.

LGBTİ+’lar açısından bu maddenin 4. madde ile bağlantılı olarak okunması çok önemlidir. Zira özellikle trans kadın cinayetlerinin önlenmesi, koruma sağlanması ve etkin şekilde soruşturulmasında, bu cinayetlerin arka planında yer alan kültür, örf ve adet, din, gelenek gibi gerekçelerin meşru zemine oturtulmasına engel olunmalıdır. Ceza kanunları hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin tüm cinsiyete dayalı şiddet mağdurlarına nötr cinsiyet bakış açısıyla koruma sağlamalıdır. Bu da ancak kolluktan

başlayarak savcı ve yargıçların toplumsal atanmış rollere dayalı bakış açısının Sözleşme'nin 7. maddesinde de altı çizildiği şekilde bütüncül politikalar geliştirilerek ve eğitim yoluyla farkındalık sağlanarak zihniyet dönüşümünün sağlanması ile mümkün olabilir.

Açıklayıcı raporun 87. paragrafına bakıldığında da, 4. maddenin 3. fıkrasında belirtilen ayrımcılık yasağına ek olarak, şiddetten etkilenen kişilerin ihtiyaçlarını dikkate almak amacıyla her türlü önleyici tedbirin alınması için pozitif eyleme geçilmesi şart koşulmaktadır. Bu paragrafta altı çizildiği şekilde, “failler, genellikle, durumları nedeniyle kendilerini savunmalarının, yasal yollara başvurmalarının ve tazminat talebinde bulunmalarının daha az muhtemel olduğunu düşündükleri bu kişileri özel olarak hedef seçmektedir. İşbu Sözleşme'nin amacı açısından, belirli nedenler dolayısıyla kırılgan duruma gelen kişiler arasında geyler, lezbiyenler, biseksüeller ve translar, HIV taşıyanlar, evsizler, çocuklar ve yaşlılar da yer almaktadır”.

Öte yandan, Açıklayıcı raporun 89. paragrafında, 12. maddenin 5. fıkrasının, kültür, adet, din, gelenek veya sözde “namus”un işbu Sözleşme kapsamındaki şiddet eylemlerini meşru kılacak şekilde kullanılamayacağını açık biçimde ortaya koyduğu ifade edilmiştir. Bu paragrafta altı çizildiği şekilde, “dolayısıyla, Sözleşme'nin tarafları, kendi ulusal yasalarının, bu tür gerekçelere zemin oluşturacak boşluklar içermemesini sağlamakla yükümlüdürler. Ayrıca, bu yükümlülük, şiddeti kültür, adet, din, gelenek veya sözde “namus” adına hoşgörü ile karşılayan resmi açıklamaların, raporların veya bildirilerin de önlenmesini kapsamaktadır. Bu hükmün getirdiği temel ilkeye göre, işbu Sözleşme’de belirtilen şiddet eylemlerine getirilen yasaklama, hiçbir zaman, failin kültürel veya dinsel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılması şeklinde değerlendirilemez. Bu ilke, farklı etnik ve dinsel toplulukların bir arada yaşadıkları, toplumsal cinsiyet temelli şiddetin kabul edilebilirliğine ilişkin yerleşik tutumların kültüre veya dine göre farklılık gösterebileceği toplumlarda özellikle önemlidir”.

Öte yandan, özellikle cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğine dayalı ayrımcılık bakımından, mahremiyet ayrıca bir önem taşımaktadır. Sözleşme'nin 28. maddesi, bu Sözleşme kapsamında yer alan ciddi bir şiddet eyleminin gerçekleştirildiğine dair makul nedenler olması halinde, böyle bir şiddet eyleminin gerçekleştirildiğini ve müteakip ciddi şiddet eylemlerinin gerçekleştirilebileceğini, yetkili kurum veya makamlara bildirmesinin önünde engel teşkil etmemesini temin etmek üzere gerekli tedbirleri alacaklarını teminat altına almıştır. Bu bağlamda, özellikle kolluk görevlilerine intikal eden şikayetlerin ya da sağlık görevlilerinin karşılaştıkları vakaların hiçbir önyargıya dayanmadan yetkili mercilere iletilmesi ve ihbar yükümlülüğünün

gereğinin yapılmasını temin etmek devletin pozitif yükümlülüklerinin bir parçasıdır.

Ayrımcılığa dayalı şiddet ve toplumsal cinsiyet perspektifi

Bu noktada Sözleşme'nin 11. maddesinde de ifade edildiği üzere, Sözleşme kapsamında kalan her türlü şiddet olayının kökünde yatan nedenler ve bunların etkileri, şiddet olayları, ceza oranlarının yanı sıra, bu Sözleşme'nin uygulanması için alınan tedbirlerin etkililiğine ilişkin araştırma yapılması ve veri toplanması önemlidir. LGB-Tİ+’lara uygulanan ayrımcılık temelli şiddete ilişkin olarak verilerin toplanması önyargılara dayalı ayrımcılığın yol açtığı şiddetle mücadelede önemli bir adımdır. Öyle ki, Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı [AGİT] tarafından yayımlanan nefret suçları raporunda, ayrımcılık temeline ilişkin resmi makamlardan bir belirleme olmasına rağmen, sivil toplum tarafından aktarılan verilerde ilk sırada cinsel yönelim temelli ayrımcılığın yer aldığı gözlemlenmektedir⁴⁵. Hem Kadınlara Yönelik Şiddet ve Ev İçi Şiddete Karşı Eylem Uzman Grubu’nun (GREVIO) 2018 tarihli Türkiye raporunda⁴⁶ hem de Opuz v. Türkiye dava grubuna ilişkin Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi kararında da, toplumsal cinsiyet perspektifinden şiddet vakalarında verilerin toplanmasının eksikliğine ve önemine vurgu yapıldığı görülmektedir⁴⁷. Dolayısıyla İstanbul Sözleşmesi, bütüncül bakış açısıyla kadınlar açısından olduğu kadar LGBTİ+’lar bakımından bu kapsamda önemli bir güvencedir.

Sözleşme’nin 18. Maddesi, taraf devletlerin, bütün mağdurları daha öte şiddet fiillerine karşı korumak için gereken yasal veya diğer tedbirleri alacağını hükme bağlamıştır. Sözleşme kapsamına giren bütün şiddet biçimlerinin mağdur ve tanıklarının korunması ve desteklenmesinde, iç hukuk kuralları doğrultusunda, yargı, cumhuriyet savcıları, kolluk kuvvetleri, yerel ve ulusal yetkililer dahil ilgili devlet kuruluşları ve yanı sıra hükümet dışı örgütler ve ilgili diğer örgütler ve yapılar arasında etkili bir işbirliğinin oluşturulması için uygun mekanizmaların mevcudiyetini sağlamak üzere gereken yasal veya diğer önlemleri alır. Bu tedbirlerin, özel olarak, mağdurun insan haklarına ve güvenliğine odaklanması, mağdurlar, failer, çocuklar ve onların toplumsal çevreleri arasındaki ilişkiyi dikkate alan bütünleştirilmiş yaklaşıma dayanmasını, ikincil mağduriyetin önlenmesini hedeflemesini gerektirmektedir. Dolayısıyla alınacak tedbirlerin toplumsal cinsiyet perspektifinden tüm kırılgan gruplar kapsamında

⁴⁵ <https://hatecrime.osce.org/turkey?year=2019>

⁴⁶ <https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2018/11/13/grevio-rapor-turkce.pdf>

⁴⁷ https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=0900001680a091a4

geniş şekilde ele alınması ve cinsel yönelime dayalı ayrımcılık temelli şiddet vakalarında da ikincil mağduriyetin önlenmesine yönelik gerekli adımların ayrımcılık gözetilmeksizin atılması sağlanmalıdır. Korumacı ve önleyici tedbir kararlarının ayrımcılık gözetmeme ilkesi çerçevesine herkese uygulanması da etkin şekilde uygulanmalıdır. Öyle ki, özellikle ceza soruşturma ve kovuşturmalarında, 54. maddenin uygulanması cinsel yönelime dayalı ayrımcılık temelli şiddet vakaları açısından ayrıca önemlidir. Zira bu maddeye göre, Taraflar herhangi bir hukuk veya ceza davasında mağdurun cinsel geçmişi ve davranışıyla ilgili var olan kanıtlara yalnızca davayla ilgili ve gerekliye izin verilmesini temin etmek üzere gerekli yasal veya diğer önlemleri alacaktır. Dolayısıyla da toplumdaki klişelere dayalı önyargıların soruşturma ve kovuşturmanın yürütülmesinde rol oynamaması güvence altına alınmalıdır.

Açıklayıcı raporda bu konuda Sözleşme’yi kaleme alanların iradesi şu şekilde açıklanmıştır:

“278. Sözleşme metnini hazırlayanlar, mağdurun geçmişteki cinsel davranışlarının, kadınlara yönelik şiddet ve aile içi şiddet eylemleri için bir mazeret oluşturamayacağını, faili aklamayacağını veya sorumluluğunu azaltmayacağını vurgulamaya özel önem vermişlerdir. Bununla birlikte sözleşme metnini hazırlayanlar, kimi Sözleşme Taraflarında delil kabul edilebilirliği ve dikkate alınması hakimın takdirinde iken, diğerlerinde ceza muhakemeleri kanununda katı biçimde önceden belirlendiği gerçeğinin farkındadırlar. Madde 54, Taraflara, mağdurun cinsel geçmişine ve davranışlarına ilişkin delillerin yalnızca bunun gerekli ve davayla doğrudan ilişkili olduğu durumlarda kabul edilip dikkate alınmasını sağlayacak yasal veya diğer önlemleri alma yükümlülüğü getirmektedir. Başka bir deyişle, bu hüküm, gerek medeni hukuk yargılamalarında gerekse ceza yargılamalarında söz konusu delillerin kabul edilebilirliğini yalnızca dava konusu olan belirli bir konuyla ilgili olduğu ve önemli bir değer taşıdığı durumlarla sınırlandırmaktadır. Dolayısıyla, bu tür delillerin kabul edilebilirliğini toptan reddetmemektedir. Hakimlerin, kişinin cinsel geçmişiyle ilgili delilleri kabul ettikleri durumlarda, bu deliller ikinci bir mağduriyete yol açmayacak şekilde sunulmalıdır. Mağdurlar, kendi cinsel geçmişleri ve davranışları nedeniyle ek bir travma yaşamadan hukuk süreçlerine başvurabilmelidirler.”

Elbette Sözleşme’nin 4. maddesindeki ayırım gözetmeme ilkesinin Sözleşme’nin bütününe sirayet etmesi, sadece ceza davasını değil, hukuk davalarını da kapsamaktadır.

Örneğin velayetle ilgili olarak 31. maddeye göre, taraf devletler, çocukların velayetinin ve ziyaret haklarının belirlenmesinde, bu Sözleşme kapsamındaki şiddet olaylarının göz önüne alınmasını temin edecek gerekli yasal veya diğer tedbirleri alacaklardır. İkinci fıkraya göre ise, taraflar herhangi bir ziyaret hakkı veya velayet hakkının kullanılmasının mağdurun veya çocukların haklarını veya emniyetini tehlikeye düşürmeme-sini sağlayacak gerekli yasal veya diğer tedbirleri alacaklardır. Yukarıda da atıf yapılan Salgueiro da Silva Mouta v. Portekiz kararında, AİHM, kızını ziyaret ederken eşcinsel olduğunu gizlemesi konusunda zorlandığını öne süren başvuru ile ilgili olarak. Sözleşme'nin 8. maddesi ile bağlantılı olarak (özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı), 14. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Portekiz mahkemelerinin kararı büyük oranda, başvuranın eşcinsel olması ve "çocuğun geleneksel bir Portekiz ailesinde yaşaması gerektiği" temeline dayanmıştır. Cinsel yönelim ile ilgili değerlendirmelere dayanan bu ayrımcılık, Sözleşme kapsamında kabul edilebilir bir durum değildir⁴⁸.

Diğer taraftan, cinsiyet temelli ayrımcılık çerçevesinde özel olarak kadınlar kadar, LGBTİ+'lar açısından da, zorla evlendirmelerin doğuracağı hukuki sonuçlar ve zorla yapılan evlilikler bakımından Sözleşmenin 32. ve 37. Maddesi ile psikolojik bütünlüğünü zorlamayla veya tehditlerle ciddi bir şekilde bozmaya yönelik kasıtlı girişimlerin cezalandırılmasını temin edecek gerekli yasal veya diğer tedbirlerin alınmasına, taciz amaçlı (ısrarlı) takibe⁴⁹ ve cinsel tacize ilişkin Sözleşme'nin 33., 34. ve 40. maddeleri önem arz etmektedir. Zira özellikle LGBTİ+'lara yönelik bu suçların ortaya çıkmasında toplumsal önyargıların oluşturduğu ayrımcılık önemli rol oynamakta olduğu söylenebilir.

Sözleşme'nin 36. maddesinde düzenlenen nitelikli cinsel saldırı (rape) da dahil olmak üzere cinsel şiddet eylemleri açısından da, 3. Fıkra da yer alan biçimde, bu eylemlerin suç haline getirilmesi konusunda eski veya mevcut eşlere olduğu gibi birlikte

48 Aksi yönde kabul edilemez bulunan bir başka başvuru için bkz: BONNAUD ET LECOQ v. Fransa [Komite] 6190/11, 06/02/2018

49 Açıklayıcı raporun 182. Paragrafı: "Bu madde "ısrarlı takip" suçunu belirlemektedir. "İsrarlı takip", bir başka kişiye yönelik, o kişinin kendisini güvende hissetmesini önleyecek, kasıtlı bir biçimde tekrarlanan tehditkar davranışlar olarak tanımlanmaktadır. Belirli bir kişiye yönelik, o kişide korku uyandıracak sonuçlar doğuran tekrarlanan tehditkar davranışlar bu tanım kapsamına girer. Tehditkar davranış örnekleri arasında bir kişinin sürekli olarak takip edilmesi, bir kişiyle kendisi istemediği halde iletişime geçilmesi veya bir kişiye kendisinin izlendiğinin açık edilmesi yer alır. Fiilen mağdurun peşinden gitme; kendisinin bulunduğu işyerinde, spor veya eğitim tesislerinde boy gösterme ve mağduru sanal dünyada (sohbet odaları, sosyal paylaşım siteleri vb) takip etme, verilebilecek örnekler arasındadır. İstenmediği halde iletişim kurma, modern iletişim araçları ve EİT dâhil olmak üzere çeşitli yolları kullanarak mağdurla aktif temas halinde olma çabalarıdır."

yaşayan bireylere karşı gerçekleştirilmiş eylemler için de geçerli olmasının temin edilmesi için gerekli yasal veya diğer tedbirlerin alınması söz konusu olacaktır. Bu noktada, nitelikli cinsel saldırıda toplumsal cinsiyet bakış açısından bir değerlendirme yapılması söz konusu olmalıdır. Bu nedenle de nitelikli cinsel saldırı suçunun unsurlarının oluşması halinde, değerlendirmenin kadın ya da erkek üzerinden değil nötr bir cinsiyet açısından uygulanması gereklidir⁵⁰.

Diğer yandan, Açıklayıcı raporun 192. paragrafı, “rıza” meselesi açısından da bir değerlendirme yapmaktadır. Buna göre,

“bir ihlalin kovuşturulması, mağdurun gerçekleştirilen cinsel eyleme serbestçe onay vermiş olup olmadığının belirlenmesi bakımından tek tek durumlar karşısında delillerin bağlama duyarlı biçimde değerlendirilmesini gerektirir. Böyle bir değerlendirme, mağdurların cinsel şiddet ve tecavüz karşısında verebilecekleri çok çeşitli davranışsal tepkileri tanımalı ve bu tür durumlarda tipik davranışa ilişkin varsayımlar temel alınmamalıdır. Bunun kadar önemli bir diğer husus da, tecavüzle ilgili yasal düzenlemelerin ve vakaların kovuşturulmasının, erkek ve kadın cinselliği ile ilgili toplumsal cinsiyet kalıplarının etkisi altında kalma-masının sağlanmasıdır”.

Dolayısıyla, Sözleşme uyarınca cinsel şiddet ve nitelikli cinsel saldırıya ilişkin olarak belirlenen ve ceza gerektiren eylemlerin, fail ile mağdur arasındaki ilişki ne olursa olsun her tür cinsel eylemi kapsamasını sağlama yükümlülüğünü ortaya koyulmaktadır. Bu yükümlülüğün ayrımcılık gözetmeme ilkesi ile bir bütün halinde okunması gereklidir.

LGBTİ+’lar açısından, özellikle de trans kadın cinayetlerinde gözlemlendiği üzere, sözde “namus” adına işlenen suçlar da dahil olmak üzere, işlenen suçlar için gerekçelerin kabul edilmemesi önemlidir. Bu husus da Sözleşme’nin 42. Maddesinin 4. Maddenin 3. Fıkrası ile bir bütün halinde yorumlanmasının sonucudur. Cezanın ağırlaştırıcı koşullarına ilişkin 46. Maddede düzenlendiği şekilde, bu maddenin c) bendinde suçun belirli şartlar nedeniyle hassas konuma gelmiş bir bireye karşı işlenmesi halinde ağırlaştırma nedenlerinin düzenlenmesine yer verilmiştir. Bu hüküm cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği nedeniyle önyargılara dayalı ayrımcılığın hedefi haline gelen bireylere karşı işlenen suçlar açısından çok önemlidir.

⁵⁰ Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin toplumsal cinsiyet perspektifinden nitelikli cinsel saldırı açısından verdiği ilk kesinleşmiş mahkumiyet kararı için bkz.: International Criminal Court, The Prosecutor v. Bosco Ntaganda, ICC-01/04-02/06 On 30 March 2021, <https://www.ic-cpi.int/drc/ntaganda>

Öte yandan, Sözleşme'nin 60. maddesi, mülteciler açısından, toplumsal cinsiyete dayalı iltica taleplerini ayrıca düzenlemektedir. Bu maddeye göre, "Taraflar kadına yönelik, toplumsal cinsiyete dayalı şiddetin, Mültecilerin Statüsüne İlişkin 1951 Sözleşmesi 1A(2) Maddesi anlamında zulüm olarak ve tamamlayıcı/ ikincil korumayı gerektiren ciddi bir hasar biçimi olarak tanınabilmesini temin etmek üzere gerekli yasal veya diğer tedbirleri alacaklardır." İkinci ve üçüncü fıkraya göre,

"Taraflar, Sözleşme'de tanımlanan tüm gerekçelerin toplumsal cinsiyete duyarlı bir şekilde yorumlanmasını ve bu gerekçelerden herhangi biri veya birkaçı nedeniyle zulüm görme tehlikesi söz konusuysa, başvuru sahiplerine, yürürlükteki ilgili hukuki vasıtalarla göre mülteci statüsünün tanınmasını temin edeceklerdir.

Taraflar iltica başvurusu yapanlar için toplumsal cinsiyete duyarlı ülkeye kabul usullerinin ve destek hizmetlerinin yanı sıra, toplumsal cinsiyet yönergelerini ve mülteci statüsünün belirlenmesi ve uluslararası koruma için başvuruyu da kapsayan, toplumsal cinsiyete duyarlı sığınma usullerini oluşturmak için gerekli yasal veya diğer tedbirleri alacaklardır."

Açıklayıcı raporun 313. Paragrafı bu konuya ilişkin detaylı değerlendirmeleri oraya koymaktadır. Buna göre: "Taraflar, sığınmacı tanımının toplumsal cinsiyete duyarlı bir yorumunu sağlamak üzere gerekli önlemleri alırken, şu belgeye başvurabilirler: UNHCR Uluslararası Koruma Kılavuzları; 1951 Sözleşmesi'nin 1 A (2) Maddesi ve/veya bu sözleşmenin Sığınmacıların Statüsüyle ilgili 1967 tarihli Protokolü bağlamında Toplumsal Cinsiyet Temelinde Baskı (Mayıs 2002). Ayrıca, sözleşmede yer alan zeminlerden her birinde toplumsal cinsiyete duyarlı bir yorum yapılmasını sağlamada Taraflar, isterlerse yorumlarını, kendileri de toplumsal cinsiyetle ilişkili baskı ve şiddete maruz kalabilen gay, lezbiyen, biseksüel veya transları da kapsayacak şekilde genişletebilirler." Geri göndermeme ilkesi açısından da AİHM'nin cinsel yönelime dayalı zulüm nedeniyle işkence yaşağına ilişkin pozitif yükümlülüklerin ihla line karar verdiği kararlar azımsanmayacak sayıdadır⁵¹. Dolayısıyla Sözleşme AİHM'nin bu konudaki içtihadının da bir yansımasıdır ve yasal düzenlemele-re derç edilmesi gereken bir teminatı ele almaktadır.

* Bu yazı, Avrupa Birliği'nin desteklediği Eşit Haklar için Savunuculuğu Güçlendirme Projesi kapsamında hazırlanmıştır. Bu durum, yazının içeriğinin AB'nin resmi görüşünü yansıttığı anlamına gelmemektedir.

51 Tedbir kararları açısından AİHM içtihat bilgi notu için bkz: https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Inte-rim_measures_ENG.pdf

**Türkiye’deki Seks İşçiliği Mevzuatı ve
Uygulamadaki Seks İşçiliği Anlayışına
Saha Deneyimlerinden Örnekler**

—◆◆◆◆◆—
Av. Kardelen Yılmaz

Türkiye’deki Seks İşçiliği Mevzuatı ve Uygulamadaki Seks İşçiliği Anlayışına Saha Deneyimlerinden Örnekler

Av. Kardelen Yılmaz

Seks işçiliği, kişilerin para, mal veya herhangi bir başka çıkar (ölçülebilen veya ölçülemeyen) karşılığında cinsel ve duygusal hizmet sunmasıdır.⁵² Bu tanım en temel ve anlaşılabilir şekilde seks işçiliğini ve seks işçisini anlatmaktadır. Ancak “seks işçiliği” sözünün kullanıldığı hikayelerin seks işçiliği olup olmadığı konusunda hala belirsizlik olduğunu söylemek gerekmektedir.

Seks işçiliği, içerisinde arz talep dengesini barındıran, emek harcanan ve harcanan emeğe karşılık gelir elde edilen bir sektördür. Bu sebeple seks işçiliği kavramını kullanmak önem taşımaktadır. Seks işçiliği kavramı, alanı işçi emek odaklı algılayabilmeyi kolaylaştırmaktadır. Emeğin görünür olmasını sağlayabilmek ve bir emek alanı olarak hakların varlığını konuşabilmek için seks işçiliğinin bir işçilik olduğunu vurgulamak gerekir. Böylelikle alana ilişkin farklı kullanımların ve yargıların sonucu ortaya çıkan belirsizlik azaltılabilir.

Dilimizde ve mevzuatta bu konuya ilişkin birden fazla kelime varlığını sürdürmektedir. Fuhuş, fahişe, gizli fuhuş, genel kadın, hayat kadın, vesikalı kadın, seks işçisi, seks çalışanı, zorunlu seks işçiliği, seks işçiliğine zorlanma, kadın ticareti, cinsel sömürü, cinsel istismar diye uzayarak giden bir kullanım listesi olduğunu görebilmekteyiz. Aslında bu belirsizliği besleyen, ilk olarak özne/işçi odaklı yaklaşmamak, ikinci olarak ise ‘birden fazla kişiyle para karşılığı birlikte olma’nın toplum ahlakına, edebine aykırı davranış olarak görülmesidir. Bu yargı esas alınarak yapılan yasal düzenlemeler de bu sektörü, işçi odaklı bir bakış açısıyla görmemizi zorlaştırmaktadır. Beraberinde nefreti getiren bu ahlak koruyucu yaklaşım, yasal düzenlemelerde, uygulayıcılarda ve toplumda seks işçiliğini sürekli olarak kriminalize etme ihtiyacını doğurmaktadır.

Türkiye’de seks işçiliğini dolaylı ya da doğrudan içeren düzenlemelerin başında Türk Ceza Kanunu, Genel Ahlak Karşı Suçlar başlığı altında yer alan Fuhuş suçu gelmektedir. Bu düzenleme, fuhuş kelime anlamından bağımsız olarak bir suç olduğunu düşünmemize neden olmaktadır.

⁵² Seks İşçileri için Sağlık Hizmet Yönetimi ve Sunumu: T.C. Sağlık Bakanlığı’na Yönelik El Kitabı, Kırmızı Şemsiye Derneği, 2017

Türk dil kurumu fuhuş kelimesini “İçinde bulunulan toplumun kurallarına uymayan bir biçimde bir veya birkaç kişiyle para karşılığında cinsel ilişkide bulunma” şeklinde tanımlamaktadır.⁵³ Ancak aslında seks işçiliği, mevzuattaki kullanımı ile fuhuş, Türkiye’de suç olarak düzenlenmemektedir. Madde içeriğine baktığımızda fuhuş yapan kişi, fuhşa sürüklenen kişi olarak düşünülmekte ve mağdur olarak tanımlanmaktadır. Bu sebeple fuhşa teşvik, aracılık, kolaylaştırma vb. eylemlerin ceza yaptırımına bağlandığı maddenin başlığının da buna göre güncellenmesi gerektiğini söylemek gerekir.

Seks işçiliği içerisindeki diğer aktörlerin düzenlemedeki rolleri farklıdır. Para karşılığı birlikte olunan kişi yani müşteri, mağdur ya da fail olarak yer almamaktadır. Uygulamada müşteriler, seks işçileri ile karşılaştırdığımızda, bir idari ya da cezai yaptırımla, soruşturma riskiyle karşı karşıya kalmamakta, fuhuş yapıldığı gerekçesiyle yapılan müdahaleler içerisinde kimi zaman tanık olarak yer alabilmektedir.

Bu suçun faili ise fuhşa teşvik eden, fuhuşu kolaylaştıran, fuhşa aracılık eden ve fuhuş için yer temin eden kişi olarak düzenlenmiştir. Yani seks işçisi ve müşteri ilişkisinin dışında bir üçüncü kişinin varlığı aranmaktadır. Ancak uygulamada mağdur ya da fail sıfatı almanın ve bu sıfatların seks işçileri üzerindeki etkisinin, yargılamaya dahil olma süreçlerinin, her ne kadar mağdur olsalar da mevzuattaki düzenlemeyle örtüşmediğini söylemek gerekir.

Türk Ceza Kanunu’ndaki fuhuş maddesi dışında, aynı bölüm altında yer alan müstehcenlik ve hayasızca hareketler suçları da seks işçiliği alanında önümüze çıkan düzenlemelerdendir. Müstehcenlik ve hayasızca hareketler tanımları belirsiz kalmıştır. Hayasızca hareketler, alenen cinsel ilişki ve teşhircilik olarak düzenlenmiştir. Yine buradaki teşhircilik de aynı belirsizliği taşımaktadır. Bu da seks işçiliğini gerçekleştirmek için atılan her adımı, mesleği icra edebilmek için gerekli olan her hareketi bu anlamları belirsiz olan, kültür, coğrafya, mekan ve zamana göre farklı yorumlanabilir kelimelere dahil etmektedir Bu belirsizliği şöyle örneklendirmek mümkündür: Seks işçisi olmayan bir kişinin herhangi bir görüntüsü veya hareketinin müstehcen olmadığı durumda, kişinin seks işçisi olması, o hareketi veya görüntüyü müstehcen olarak değerlendirme sonucu doğurmaktadır. İşin yapılabilmesi için atılan her adım tek tek suç ya da bir suçun delili, göstergesi haline getirilebilir. Yine aynı örneği hayasızca hareketler suçunun da zaman zaman seks işçileri için uygulanmasında görebilmekteyiz.

53 <https://sozluk.gov.tr>

Türk Ceza Kanunu dışında uygulamada seks işçilerine düzenli olarak uygulanan bir diğer düzenleme ise Kabahatler Kanunu'dur. Fuhuş, kabahatler kanununda sayılan kabahatler arasında yer almamasına rağmen, 'rahatsız etme, emre aykırı davranış, kimlik bildirmeme, gürültü' gibi kabahatlerden, cadde ve sokaklarda müşteri bulmak için bekleyen seks işçilerine idari para cezası kesilmektedir. Kimi zaman şikâyet üzerine müdahale edildiği söylene de çoğunlukla idari yaptırımın uygulanma hikayesinin böyle gerçekleşmediğini saha deneyimlerinden çıkarabilmekteyiz. Bu durumu şu şekilde örneklendirebiliriz:

Öncelikle seks işçiliği alanının özneları arasında polisi (ve bazen jandarmayı) saymak gerekmektedir çünkü bu alanda polis ile seks işçisi sürekli karşılaşmakta ve dolayısıyla seks işçisi için sürekli olarak polis ile irtibat kurma zorunluluğu doğmaktadır. Bu karşılaşmalar beraberinde seks işçiliği yapan kişilerin polis tarafından bilinmesini ve tanınmasını kolaylaştırmaktadır. Şikâyet olmasa bile nerede oturduğu ve nerede çalıştığı bilinen seks işçilerine düzenli olarak bu idari yaptırımlar kolaylıkla uygulanmaktadır.

Seks işçiliğini düzenleyen mevzuat ise Umumi Hıfzıssıhha Kanunu ve bu kanunun dayanak gösterildiği, Genel Kadın ve Genelevlerin Tabi Olacak-ları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü'dür.⁵⁴ Bu tüzük adından da anlaşılacağı üzere öncelikle kanundaki ifade şekli ile zührevi hastalıklarla (bulaşıcı enfeksiyonlar) mücadeleyi amaç edinmektedir. Tüzük içerisinde genel kadın tanımı, genel kadın olma şartları, genel ev, birleşme yeri, tek başına fuhuş yapılan evler gibi belli başlı tanımlar yer almaktadır. Bu tanımlar aslında seks işçiliğinin, seks işçisinin ve bu iş için gerekli mekânın mevzuatta tanımlandığını bize göstermektedir.

Seks işçiliği alanı üzerine yapılan çalışmalarda, genelev içerisinde sosyal güvenceli çalışılan alana kayıtlı alan, genelev dışında, güvencesiz olarak çalışılmasına ise kayıtsız/kayıtdışı alan denmektedir. Kayıtlı alanda çalışan ve tüzüğe göre genel kadın vesikası alabilenler genelev içerisinde çalışır. Diğer çalışma alanları ise mevzuatta tanımlansa da uygulamada neredeyse hiç görülmemektedir. Genelevler açılması izne bağlı olan özel işletmelerdir ve işçi işveren ilişkisi mevcuttur. Bu durumda genelev içerisinde çalışan seks işçileri iş kanununa tabidir. Ancak maalesef genelev içerisindeki çalışma koşulları hakkında bilgi sahibi olmak hiç kolay değildir. Fazla mesai, resmî tatil,

54 <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/2.4.5984.pdf>

yıllık izin ve hatta emeklilik haklarına ilişkin uygulamada olanların iş kanunundan çok farklı olduğunu söylemek gerekir. Her genelevin çalışma koşulları, aylık ve günlük kazançlar, çalışma saatleri değişkenlik gösterebilir. Bunların dışında saha deneyimlerinden, genelevlere dair bir diğer sorunun seyahat özgür-lüğünün kısıtlanması olduğunu öğrenmekteyiz. Çalışanlardan alınan bilgiler doğrultusunda mesai saatleri dışında, genelev dışına çıkılmadığı bilinmektedir. Genelev, kayıtlı seks işçisi için aynı zamanda yaşam alanıdır. Genelev dışına çıkmak patronun ya da bölgedeki emniyetin inisiyatifine kalmıştır. Bu da genelev içerisinde, seyahat hakkı ve özel hayata saygı hakkının yok sayıldığı çalışma koşulları olduğunu göstermektedir.

Bu çalışma koşullarına ilişkin doğru kaynağa erişmenin zorluğu altında yatan sebeplerden biri olarak seks işçiliği alanının yalnızlaştırılması olduğunu söylemek gerekir. Kayıtsız ya da kayıtlı alanda, seks işçisinin nasıl şartlarda çalıştığı ve hayatını sürdürdüğüne dair bilginin açığa çıkması zordur. Alanda işçilerin hak ihlaline uğradığı bilinmekte, çalışma koşullarının iyi olmadığı bilinmekte ancak daha çok sektörde çalışanların rızası olup olmadığı üzerine tartışılmaktadır. Kanımca, rızanın olmadığı durumda biriyle cinsel ilişkiye girmenin de ne seks işçiliği olarak tanımlanacağını söylemek doğrudur ne de buradaki suçun yalnızca fuhuş olduğunu söylemek doğrudur. Burada gerçekleşen suçun aynı zamanda cinsel saldırı olduğunu unutmamak gerekir. Bu sebeple seks işçiliği alanının çalışma koşulları konuşulurken rızanın varlığını sorgulamak, emek alanı olarak seks işçiliğini tanımamaya sebep olmakta aynı zamanda sektörde rızanın olmadığı durumlardaki zorlamayı da görünmez kılmaktadır. İşçilik biçimi olarak tanımlanmayan alanda hak taleplerinin duyulmaması, daha fazla hak ihlaline, daha fazla ayrımcı ve keyfi uygulamaya sebep olmakta, aktörler rahatlıkla şiddet uygulayabilmekte ve iktidar kurabilmekte, patron sömürüsünü kolaylaştırmakta ve rızasızlığın başladığı durumlarda sektörden çıkabilmeyi de zorlaştırmaktadır.

Yukarıdaki sebeplerden dolayı bu tüzüğün seks işçiliğini yasal olarak tanım-layan tek düzenleme olduğunu bilmek ancak işçi koruyucu bir amaç edinmediğinin altını çizmek gerekir. Seks işçisini koruyucu bir düzenlemenin varlığı, sektörün patron sömürüsü altında varlığını sürdürmesini engellemede önemli bir adım olacaktır. Aynı zamanda sektördeki şiddetin görünürleşmesi ve engellenmesinin yolu da işçi koruyucu bir yaklaşımı zorunlu kılmaktadır. Hem kayıtlı hem kayıtsız alanda çalışan seks işçileri için şiddet ve sömürü düzeni, bu işin bir parçası haline gelmekte ve kabullenilmektedir. Bu sebeple seks işçilerinde hak arama yollarını tüketmeye dair çekincelerin olduğunu söylemek mümkündür.

Yine aynı tüzükte yer alan bir düzenlemenin sonucu olarak kayıtsız alanda çalışan

seks işçilerinin yaşam alanları kısıtlanmaktadır. Tüzük “gizli fuhuş” kavramını sıkça kullanır. Tüzüğün ‘icra kısmı’ başlıklı 8. Maddesi fuhuşla mü-cadele komisyonunun icra kısmını şöyle anlatır:

“Komisyonun icra kısmı; genel kadınlarla, fuhuşu sanat ve geçim vasıtası ya-pan 23 üncü maddedeki kadınların ve genel evlerin tesbit ve tescili, gizli fahişelerle gizli fuhuş yapılan yerlerin meydana çıkarılması, muayenesine lüzum görülen şahısların getirilmesi, kapanması gereken yerlerin kapatılması ve zührevi hastalıklar ve fuhuşla mücadele komisyonları tarafından alınan kararların uygulanması ve yürütülmesi için mahallin en yüksek polis amirinin gözetim ve sorumluluğu altında yeteri kadar ahlak zabıtası memuru veya sivil polisle, katip ve dosya memurlarından ibarettir.”

Yine ‘izinsiz fuhuş yapılan evler’ başlıklı 95. Maddesinde gizli fuhuş şöyle yer almaktadır:

“İzin alınmadan içinde gizli fuhuş yapıldığı iddia veya ihbar edilen veya-her ne şekilde olursa olsun muttali olunan evler hakkında ahlak zabıtası memurları tarafından önce gizli inceleme yapılır. Bu gibi evlerde gizli fuhuş yapıldığı delilleriyle tespit edildiği takdirde, düzenlenecek tutanaklar gizli inceleme raporları ile birlikte en büyük polis amiri tarafından komisyona sunulur. Bu yerler hakkında komisyonca 104’üncü maddeye göre işlem yapılır.”

Bu tanıma göre tüzükte tanımlanan yerlerde izin almadan yapılan fuhuş ‘gizli fuhuş’ tur. Tüzük, gizli fuhuş yapıldığı tespit edilen yerlerin mühürlenmesini düzenlemektedir. Bu da kendi evlerinde seks işçiliği yapan seks işçilerinin evlerinin mühürlenmesi anlamına gelmektedir. Yukarıda bahsettiğimiz seks işçilerinin polis tarafından tanınması, evlerinin de sürekli olarak mühürlenmesine sebep olabilmektedir.

Tüzük aynı zamanda fuhuşla mücadele komisyonuna “kişiyi namuslu hayata döndürme” görevi vermiş olsa da komisyondan çıkan tek karar ev mühürlemesi kararıdır. Kaldı ki komisyona namuslu hayata döndürme misyonu yüklemek de sorunludur. Namuslu hayata döndürme kullanımı, tüzüğün üçüncü kısmındaki ‘genel kadın, tesbit, tescil, muayene ve tedavileri’ başlığı altındaki ‘tesbit’ başlıklı 20. maddesinde şu şekilde geçmektedir.

“Mükerreren ve bir çok erkeklerle münasebette bulunması dolayısıyla bir kadının fuhşu sanat edindiğinden şüphe edilir ve hakkında gizli ve etraflıca yapılan inceleme ile elde edilen müspet delillerle kendisinin 15. Maddede yazılı genel kadınlar vasıflarını haiz olduğu meydana çıkarılırsa, evvela bu kadını fuhşa sürükleyen sebepler komisyonca araştırılır ve kendisinin tekrar namuslu bir hayata dönmesini sağlayacak tedbirler düşünülür...”

Namuslu hayata döndürmenin ne demek olduğunu anlamak zordur. Kaldı ki tüzük de namuslu hayata döndürmenin tanımını yapmamış, yalnızca madde içeriklerinde bu tamlamayı geçirmiştir. Tıpkı diğer düzenlemelerdeki belirsiz ve yoruma açık kelimeler gibi bu tanımın da hukuk düzenlemeleri içerisinde yer alması çok sakıncalıdır. Genel ahlak kavramı vb. kavramların hukukta yer alabiliyor olması, günümüzde karşılığı olmayan ya da subjektif bir ahlak anlayışının her an birine karşı kullanılabilir, kişi veya topluluklar kriminalize edilebilir, kişilerin ayrımcılığa, damgalamaya maruz kalmasına, haklarının ihlal edilmesine sebep olabilir. Bu durum seks işçiliği alanı dışında da karşılaşmadığımız bir durum değildir. Gökkuşuğu bayrağının satışlarına uygulanan sansür de aynı yaklaşımı bize göstermektedir.⁵⁵ Yine buna benzer olarak LGBTİ+’ların kendi çocukluk fotoğraflarını paylaşması ve LGBTİ+ çocuklar vardır söylemi müstehcen bulunabilmekte ve soruşturma konusu edilebilmektedir.⁵⁶

Sonuç olarak komisyona verilmiş olan ‘namuslu hayata geri döndürme’ görevini olabildiğince işçi odaklı ve de rızasız durumların tespitine yönelik olumlu bir amaç olarak anlamaya çalışsak bile saha deneyimlerinden gördüğümüz üzere komisyon bu amaca ilişkin adımlar da atmamaktadır. Kişinin neden seks işçiliği yaptığına dair bir araştırma yapılmamakta, alternatif istihdam olanaklarına erişim imkânı sağlanmamakta, bu işe ‘sürüklenmiş’ mi, “şiddet ve tehdit altında mı yapmaktaki”, “ortada bir aracı var mı”, “hizmetlere erişimi var mı”, “maddi desteğe ihtiyacı var mı”, “bakmakla yükümlü olduğu kişiler var mı”, “vesikalı (kayıtlı) çalışan olmak istiyor mu” gibi yaşamın sürdürülmesini sağlamaya yönelik sorular hiçbir zaman komisyonun gündeminde olmamaktadır. Kısacası hiç kimsenin seks işçileri ile konuşmadığını, seks işçilerini dinlemediği ve daha iyi koşullara sahip olabilmesi için muhatap almadığını söylemek gerekir. Seks işçiliğini çevreleyen bu mevzuat, günlük hayatta bazı olayların seks işçileri tarafından sürekli olarak deneyimlenmesine sebep olmaktadır.

55 <https://kaosgl.org/haber/karar-bir-sansur>

56 <https://kaosgl.org/gokkusagi-forumu-kose-yazisi/hepsi-gececek-biz-kalacagiz>

Bu deneyim sayısı o kadar fazladır ki bu senaryolar, seks işçiliği alanının bir parçası haline gelmiştir. Bu senaryolara mekanlar özelinde bazı örnekler vermeye çalışacağım.

Ev

Fuhuş yapıldığı gerekçesiyle başlatılan soruşturmalar:

Türk Ceza Kanunu'ndaki fuhuş maddesinin mağdur seks işçisi anlayışının önemsenmediği örneklerden birini bu başlık altında verebilmekteyiz. Aynı ev içerisinde ikamet eden, bağımsız çalışan iki seks işçisinden, kira sözleşmesinde adı olan seks işçisinin fail (yer temin eden), adı olmadan kalan ev arkadaşının mağdur olması sıkça karşılaşılan durumlardandır. Aslında aralarında patron (aracı) seks işçisi ilişkisinin olmadığı iki ev arkadaşının kendilerini bir soruşturma dosyasında taraf olarak bulması sıklıkla yaşanan bir durumdur.

Kimi saha deneyimlerinden öğrendiğimiz davalarda beraat kararı verildiğini duyabilmekteyiz. Bunun dışında seks işçilerine karşı başlatılan yargılama süreçleri, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı ile sonuçlanabilmektedir. Bu durum da seks işçisi için yalnızca hapse girmemek anlamına gelebilir. Bu sebeple HAGB kararlarına karşı suçsuzluk iddiasını sürdürmeye dair kararlılık ve istek seks işçilerinde olmayabilmektedir.

Kanımca, yargılama sonucunda suçtan ceza alıp almadıklarından ziyade, seks işçilerinin düzenli olarak böyle bir soruşturmada yer almasını bir sorun olarak nitelendirmek gerekmektedir. Her bir soruşturma, sürekli karakola götürülmek, karakoldaki memurlar tarafından aşağılanmak, yargılanmak, taciz edilmek ve yalnızlaşmış bir alanın çalışanları olarak ardı ardına usulsüz ve haksız birçok işleme maruz kalmak anlamına gelmektedir. Hukukçuların seks işçiliği alanını, yargı organlarına başvurulabilir durumlar olarak ele alması ya da yargılama sonucuna göre haksız uygulama değerlendirmesi yapması bu sebeple eksik kalabilmektedir. Burada önemli olanın seks işçisinin neden sürekli olarak polisle muhatap olmak zorunda olduğunu anlamaktır ve bu doğrultuda müdahalelerde bulunmak gerekmektedir.

Müşterinin ifadesine başvurma:

Daha önce de bahsettiğimiz üzere seks işçiliği yapan kişilerin kimler olduğunun ve adreslerinin bilinmesi, seks işçisini adli ya da idari yaptırım içeren bir olayın içine dahil etmeyi kolaylaştırmaktadır. Bunun sonucunda seks işçilerinin apartman

Bu deneyim sayısı o kadar fazladır ki bu senaryolar, seks işçiliği alanının bir parçası haline gelmiştir. Bu senaryolara mekanlar özelinde bazı örnekler vermeye çalışacağım.

Ev

Fuhuş yapıldığı gerekçesiyle başlatılan soruşturmalar:

Türk Ceza Kanunu'ndaki fuhuş maddesinin mağdur seks işçisi anlayışının önemsenmediği örneklerden birini bu başlık altında verebilmekteyiz. Aynı ev içerisinde ikamet eden, bağımsız çalışan iki seks işçisinden, kira sözleşmesinde adı olan seks işçisinin fail (yer temin eden), adı olmadan kalan ev arkadaşının mağdur olması sıkça karşılaşılan durumlardandır. Aslında aralarında patron (aracı) seks işçisi ilişkisinin olmadığı iki ev arkadaşının kendilerini bir soruşturma dosyasında taraf olarak bulması sıklıkla yaşanan bir durumdur.

Kimi saha deneyimlerinden öğrendiğimiz davalarda beraat kararı verildiğini duyabilmekteyiz. Bunun dışında seks işçilerine karşı başlatılan yargılama süreçleri, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı ile sonuçlanabilmektedir. Bu durum da seks işçisi için yalnızca hapse girmemek anlamına gelebilir. Bu sebeple HAGB kararlarına karşı suçsuzluk iddiasını sürdürmeye dair kararlılık ve istek seks işçilerinde olmayabilmektedir.

Kanımca, yargılama sonucunda suçtan ceza alıp almadıklarından ziyade, seks işçilerinin düzenli olarak böyle bir soruşturmada yer almasını bir sorun olarak nitelendirmek gerekmektedir. Her bir soruşturma, sürekli karakola götürülmek, karakoldaki memurlar tarafından aşağılanmak, yargılanmak, taciz edilmek ve yalnızlaşmış bir alanın çalışanları olarak ardı ardına usulsüz ve haksız birçok işleme maruz kalmak anlamına gelmektedir. Hukukçuların seks işçiliği alanını, yargı organlarına başvurulabilir durumlar olarak ele alması ya da yargılama sonucuna göre haksız uygulama değerlendirmesi yapması bu sebeple eksik kalabilmektedir. Burada önemli olanın seks işçisinin neden sürekli olarak polisle muhatap olmak zorunda olduğunu anlamaktır ve bu doğrultuda müdahalelerde bulunmak gerekmektedir.

Müşterinin ifadesine başvurma:

Daha önce de bahsettiğimiz üzere seks işçiliği yapan kişilerin kimler olduğunun ve adreslerinin bilinmesi, seks işçisini adli ya da idari yaptırım içeren bir olayın içine dahil etmeyi kolaylaştırmaktadır. Bunun sonucunda seks işçilerinin apartman çıkışlarında polisin beklemesi ve müşterinin çıkması ile birlikte, karakola götürülerek

‘bilgi edinme’ tutanağı düzenlenmesi yaygın bir uygulama pratiğidir. Bu süreç, müşterinin ifşa edilme korkusu ile seks işçisine ait bildiği her şeyi anlattığı bir ifade vermesi ile başlamaktadır. Sosyal medya hesabından seks işçisi ile iletişime geçtiği bilgisi alındığında soruşturma başlatılabilmekte ya da yalnızca para karşılığı cinsel ilişki anlaşması yapıldığı bilgisi alınırsa seks işçisinin evi mühürlenmektedir. Sonuç olarak müşterinin kapıda beklenmesi hareketi, hangi suçun ortaya çıkarılması için yapılmaktadır net değildir. Bir operasyon mudur, savcı talimatı mıdır, suç işleneceğine dair kuvvetli şüpheler mi vardır? Bu sorulara cevap verme hazırlığı yapılmadan seks işçisinin apartmanı önünden müşteri alınabilmektedir.

Kanımca, burada suç olarak görülen şeyin fuhuş yapmanın kendisi olduğunu fark etmek gerekir. Yasalara göre yapılan suç tanımından bağımsız olarak seks işçisi, fuhuş yapan kişi, fahişeler ‘günah işleyen, topluma aykırı, kabul edilmeyen yaşam sürdüren’ kişiler gibi görülerek kriminalize edilebilmektedir. Tarih boyunca da bu failleştirmede ve cezalandırma anlayışı varlığını sürdürmüştür.

Diğer uygulamalar ile birlikte bu uygulama da seks işçisinin sürekli yer değiştirmesine, barınma hakkının ihlal edilmesine, il değiştirmek zorunda kalmasına ve tanınmayacağı yerlere gitmesine sebep olmaktadır. Türkiye’de her ne kadar fuhuş suç olmasa da ve kayıtlı alanda çalışılabilir bir sektör olsa da kayıtsız alanda seks işçileri çalıştırılmamaktadır. Burada ayrıca şu örneğin altını çizmek gerekir: Trans seks işçileri özelinde düşündüğümüzde, mevzuat vesikalı olma (kayıtlı olma) hakkını da yalnızca nüfus cüzdanının cinsiyet hanesi ‘kadın’ olanlara tanımaktadır. Bu durumda cinsiyet uyum sürecini tamamlamamış trans seks işçileri genelev içerisinde çalışma hakkı edinmemekte ve kayıtsız alanda çalışmak zorunda kalmaktadır. Bununla birlikte kayıtsız alanda uygulanan ev mühürleme işlemlerinde resmi kimlikteki cinsiyet hanesi ‘kadın’ olmayan trans kadınların evleri de gizli fuhuş yapıldığı gerekçesi ile mühürlenmektedir. Yani sadece seks işçisini yıldırma politikasının uygulama örnekleri içerisinde trans kadınlar fuhuş yapan kadın olarak görülebilmektedir. Ancak vesikalı çalışabilmesi için imkân yaratılmamaktadır. Bu sebeple kayıtsız alanda çalışmak zorunda kalan trans seks işçilerinin barınma haklarının ihlal edilmesi ile birlikte çalışma hakları da ellerinden alınmaktadır.

Sosyal Medya

Sosyal medya hesaplarından dolayı seks işçilerine açılan soruşturmalar:

2016 yılında TCK’nın 227. Maddesinin 3. Fıkrasına getirilen bir düzenleme sonucu sosyal medyayı kullanan seks işçileri yine düzenli olarak yargılamada taraf olmaktadır.

İlgili fıkra şu şekildedir:

“(3) (Mülga: 6/12/2006 – 5560/45 md.; Yeniden düzenleme: 24/11/2016-6763/18 md.) Fuhuşu kolaylaştırmak veya fuhuşa aracılık etmek amacıyla hazırlanmış görüntü, yazı ve sözleri içeren ürünleri veren, dağıtan veya yayan kişi bir yıldan üç yıla kadar hapis ve iki yüz günden iki bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.”

Meclis komisyon raporunda her ne kadar bu düzenlemenin gerekçesi olarak yerlere özellikle büyükşehirlerde sıkça karşılaştığımız cadde ve sokaklara seks işçilerinin telefon numaralarının olduğu kartvizitlerin atılması örneği verilmiş olsa da uygulamada seks işçilerinin müşteri bulmaya çalıştığı sosyal medya hesapları ve yaygın bilinen adıyla ‘escort sitelerinde ilan veren seks işçileri hedef haline gelmiş durumdadır.

Bu uygulamanın da madde ile çelişki yarattığını söylemek gerekir. Fuhuş maddesine göre seks işçisi mağdur sıfatı alırken ve fail sıfatı için üçüncü bir kişinin varlığı aranırken, bu eklenen fıkra ile mağdur ile failin birleştiğini görmek gerekmektedir. Bir seks işçisi, müşteri bulmak amacıyla sosyal medya hesabından kendi reklamını yapıyor diye fuhuşu kolaylaştıran olarak nitelendirilmektedir. Doğal olarak burada seks işçisini mağdur olarak tanımlayan anlayış yoktur. Fuhuş suçu genel ahlaka karşı suçlardır, yani buradaki mağdur genel ahlak anlayışı zedelenen toplum olmaktadır.

Bu senaryoda saha deneyimlerden dikkat çeken bir diğer unsur ise, özellikle eskort sitelerinin yöneticilerinin seks işçileri olmadığı durumlardır. Sosyal medya hesaplarından reklam yapmanın tek başına yeterli olmadığı durumlarda ‘hashtag’ üzerinden hesabın yaygınlaştırılması, sosyal medya içerisinde tanınırlığın artırılması için yaygın bir yöntemdir. Bundan biraz bahsetmek gerekirse: Hashtag’ler bir kişinin tekelinde olabilmektedir. Seks işçisi bir hashtag’de isminin öne çıkmasını istiyorsa para ödemesi gerekmektedir. Yine aynı şekilde eskort siteleri için de reklam için para ödemesi gerekmektedir. Ancak uygulamaya baktığımızda soruşturmaların ‘fuhuşu kolaylaştırmak için reklamdan kazanç elde eden üçüncü kişilere yönelik olmadığı’ görülmektedir. Buradaki fuhuş eylemini suç haline getiren yine seks işçisi olarak görülmektedir. Cadde ve sokaklarda çalıştığında sürekli polis şiddeti ile karşılaşan seks işçisi, daha güvenli olarak gördüğü sosyal medyayı müşteri bulabilmek için kullandığında uygulamada kriminal kişi, yine seks işçisi olmaktadır.

Cadde/Sokak

Müşteri bekleme:

Yukarıda bahsettiğimiz kabahatler kanunu üzerinden idari yaptırım uygulanması, çoğunlukla bu başlıkta gerçekleşmektedir. Saha deneyimlerinde en çok karşılaştığımız sorunlardan biridir. Caddede/sokakta müşteri bekleyen seks işçileri sürekli karakola götürülmekte, saatlerce bekletilmekte ve idari yaptırım uygulanıp bırakılmaktadır. Ancak aynı gün içerisinde, aynı karakolda, aynı kişiye, farklı kabahatlerden birer saat arayla 4-5 tane idari yaptırım uygulandığı durumlarla karşılaşmıştık. Bekçilerin göreve başlamasıyla birlikte bu uygulama sıklaşmıştır. İdari yaptırımın uygulanma süresi ve karakolda geçen sürenin uzunluğunu düşündüğümüzde seks işçilerine sıkça fiili gözaltı uygulandığını söylemek gerekir. Karakolda bekletildikleri saat aralığına baktığımızda da bir yandan seks işçisinin mesai saatlerinin karakolda geçtiği bilgisi açığa çıkmaktadır. Bu da daha fazla çalışmaya ve alanın aktörleri ile farklı uzlaşma yöntemleri üretmeye sebep olabilmektedir.

Alanda bu konuya ilişkin bir diğer dikkat çeken haksız uygulama ise trans seks işçilerine yapılmaktadır. Caddede/sokakta müşteri bekleyen trans seks işçisi, seks işçiliği yaptığı bilinen ama yalnızca markete giden trans seks işçisi ve hatta seks işçiliği yapmayan translar sıkça idari yaptırım uygulaması için karakola götürülmektedir. Seks işçiliği yaptığı gerekçesi ile idari yaptırım uygulanması bile usulsüz ve haksız bir uygulama iken, kişiye meslek atanması ve kişiyi cinsiyet kimliği üzerinden kriminalize etme translara ve seks işçilerine ayrımcı ve damgalayıcı bir tutum içinde yaklaşıldığının en önemli göstergelerinden biridir. Yine saha deneyimlerimiz translara yönelik farklı senaryoları bize göstermiştir: Transların sürekli karakolda tutulması, polisle muhatap olmak zorunda kalması, kimseye yapılmamasına rağmen translara GBT (genel bilgi toplama) yapılması gibi uygulamaların, LGBTİ+’ların kamusal alanda var olmalarını engellemeye yönelik olabileceğini düşünmek gerekir. Seks işçisi olduğuna ilişkin meslek atama ise, bu engellemeye yönelik meşru bir gerekçe olarak görülmektedir.

Seks işçilerine yönelik müdahalelerin sonucu olarak, kendimizi devamlı şunu düşünürken bulabilmekteyiz: Neden seks işçilerinin her hareketi suçmuş gibi değerlendirilmektedir, acaba seks işçiliği suç mudur? Suç olmadığına dair düzenlemeyi biliyor olmamız tek başına yeterli olmamakta, seks işçiliğine dair yerleşmiş toplumsal algı tekrar tekrar bu konuda başa dönmemize ne den olabilmektedir. Özellikle seks işçiliğine ilişkin haberlere baktığımızda mevzuatta mağdur olarak tanımlanan seks işçilerinin sanki faillermiş gibi fotoğraflarının koyulduğunu görebilmekteyiz.

Kimi zaman yüzleri sansürlenmekte, kimi zaman videolarda seks işçileri yüzlerini kapatmakta, seks işçilerinin sırayla polis aracına yürürken görüntüleri bize izletilmekte hatta polisin seks işçisinin kafasına bastırarak araca bindirildiği görüntüleri görebilmekteyiz. Ancak bu kişiler yasaya göre ‘mağdur’dur ve mağdurların bir araca yüzlerini kapatarak bindirildiğini izlemiş olmaktayız. Kanımca ‘Fuhuş operasyonu’ başlığını düşündüğümüzde aklımızda oluşan fotoğraf bu görüntüler olabilmektedir.

Uygulamada her hareketine suçmuş gibi müdahale edilen, medyada adeta bir failin görüntülerine bakar gibi baktığımız seks işçileri fail değildir. Seks işçiliği Türkiye’de suç olmayıp, belli çerçevede düzenlenen ve yasallaştırılan bir iş kolu olmasına rağmen toplumda her zaman “suç” olarak bilinmekte ve uygulamada suç olarak bilinmesine de gayret gösterilmektedir. Bu da seks işçiliğinin yasal düzenlemeler çerçevesinde ya da hukuki olmayan uygulamalar ile sistematik olarak kriminalize edilmesini kolaylaştırmaktadır. Mevzuat, polis, medya ve genel ahlak argümanı birbirini besler bir şekilde sürekli olarak seks işçiliğini kriminalize etmektedir. Toplumdaki ‘kriminal olay’ ve ‘kriminal kişiler’ korkusu da mesleği ve meslek çalışanlarını görmezden gelmeye, tehlikeli sıfatı atamaya ve seks işçilerinin yalnızlaşmasına sebep olmaktadır. Hayatını idame ettirme çabası içindeki seks işçileri, sürekli adli süreçlerin içine alınmaktan, kolluk görevlileri ile muhatap olmaktan, mesleği icra etmek için gerçekleştirdiği her eylemin soruşturulmasından kendisini fail ve suç işleyen olarak görebilmektedir. Bu da sektörün kendine özgü çalışma yöntemleri edinmesini, aynı işi yapan kişiler olarak dayanışma içerisinde olmayı, hayatını koruma altına alabilmek için şiddet ve sömürüye boyun eğmeyi, güvenlik vaat eden patronlarla çalışmayı zorunlu kılmakta ve tüm bu haksız uygulamalar çaresizce bu işin bir parçası haline gelmektedir.

Toplumdaki fuhuş algısını unutmamak gerekmektedir. Seks işçiliği, yasal çerçevede olsun olmasın, şiddet ve sömürü içerisinde icra edilen bir meslek olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak bu şiddet ve sömürü içerisinde seks işçisinin yasada fail olmaması topluma göre fail olduğu bilincini değiştirmemektedir. Çünkü yukarıda da değindiğimiz gibi fuhuş, topluma karşı işlenen ahlak dışı ve kural dışı bir davranıştır. ‘Sağlık ve ahlak açısından zararlı olan davranış’ yaklaşımı tarih boyunca değişmemiştir. Bu yaklaşımı değiştirmeden yapılan yasallaştırılma, hukuksuz ve haksız uygulamaların aslında kendi başına bir kanun haline gelmesine sebep olmaktadır.

Bu mesleği emek alanı olarak kabul etmemeye dair direncin, cinsel birlikteliklerdeki toplumsal cinsiyet rolleri ve beklenenler, cinsel özgürlüklerin olmaması ve ahlak koruyucu yaklaşım çerçevesinde ‘birden fazla kişiyle para karşılığı birlikte olmak’

eyleminden kaynaklı olabileceğini düşünmek gerekir. Kimi zaman mevzuatın da bunu destekler nitelikte olduğunu görebilmekteyiz. Buna örnek olarak fuhuş maddesinin son fıkrası üzerine düşünülebilir. Fıkra “Fuhuşa sürüklenen kişi, tedaviye veya psikolojik terapiye tâbi tutulabilir.” denmektedir.

Buradaki tedavi ve psikolojik terapiden kastın ne olduğu ve kanun koyucunun, psikolojik terapiye yönlendirmedeki amacı ne olarak belirlediği sorusu önemlidir. Seks işçiliği alanıyla ve seks işçileriyle hiç temas etmeyerek, birden fazla kişiyle birlikte olan bir kişinin psikolojik terapiye ihtiyaç duyacağı dair fikrinin nereden edindiğimizi irdelemek gerekir. Madde gerekçesine baktığımızda psikolojik terapiye tabi tutma sebebi ‘fuhuş yapan kişinin vücudu üzerinde başkalarının cinsel davranışlarda bulunmasına katlanmasıdır. Ancak kanımca, bu psikolojik terapinin dayanağı, rıza olsun olmasın fuhuş meslek edinmenin tedavi edilmesi gereken bir durum olarak görülmesidir. Burada mağduriyeti ya da ihtiyaçları tanımlayan düzenlemelerdeki gerekçeyi değiştirmek gerekmektedir. ‘Topluma uygun olmayacak şekilde birden fazla kişiyle birlikte olma’ eylemine odaklanmamak ve sektörde sistematik şiddet ve sömürü olmasına dikkat çekerek gerekçe kurmak faydalı olacaktır. Bu da, beraberinde çalışma koşullarının iyileştirilmesi, alternatif istihdam olanaklarına erişim sunulması, işi reddetme hakkı gibi haklarla düzenleme altına alındığında, kişinin işi kendi iradesiyle ve rızasıyla yapıp yapmadığına ilişkin ayrımı yapmayı da kolaylaştıracaktır.

Sonuç olarak her yerde seks işçiliğinin bir emek alanı olduğunun altını çizmek ve bu alana dair doğru soruları sordurmak önemlidir. Mesleğin isteyerek yapıp yapılmamasının dışında, seks işçilerinin hak taleplerini duymak, bu konuda her zaman seks işçilerini önceliklendirerek çalışmalar yapmak ve işçi/özne odaklı haklara erişimi kolaylaştıran özel ihtiyaçlara uygun düzenlemelerin olduğu bir mevzuatı talep etmek gerekir. Bunlarla birlikte kimin ne zaman kriminal olacağının belli olmadığı ‘genel ahlakın korunması’ düşüncesinin irdelenmesi, seks işçilerine karşı üretilen bu ahlak koruyucu politikalar ve uygulamaların diğer hak alanlarıyla kolaylıkla ilişkilendirilebileceğinin bilinmesi ve birlikte bir hak mücadelesi yürütülmesi gereklidir.

* Bu yazı, Avrupa Birliği’nin desteklediği Eşit Haklar için Savunuculuğu Güçlendirme Projesi kapsamında hazırlanmıştır. Bu durum, yazının içeriğinin AB’nin resmi görüşünü yansıttığı anlamına gelmemektedir.

**HIV’le Yaşayan LGBTİ+’lar ve
Çalışma Hayatında Mahremiyet Hakkı**



Av. Kerem Dikmen

HIV’le Yaşayan LGBTİ+’lar ve Çalışma Hayatında Mahremiyet Hakkı

Av. Kerem Dikmen

Resmi verilere göre 15 yaş ve üzerindeki nüfus içerisinde yer alan “istihdamda olanlar ile işsizlerin toplamı”⁵⁷ işgücü olarak nitelendiriliyor. Son yayımlanan temel işgücü göstergelerine göre 15 yaş ve üzeri nüfus Mart 2021 itibarıyla 63.421.000 kişi; bunun içerisinde 27.907.000 kişi istihdam edilirken, 4.193.000 kişi ise işsiz.⁵⁸

Sendikalar ve konunun uzmanı araştırmacılar, bu istatistiklerin gerçeği yansıtmadıklarına inanıyorlar ve sendikaların istihdam ve işgücüne ilişkin veri-leri ile resmi veriler arasındaki farklar sık sık vurgulanıyor.⁵⁹ Bununla birlikte alt sınır olarak yorumlanmalar bile resmi istatistikle ortaya çıkan sayı anlamlı bir bütün oluşturuyor.

Türkiye’de resmi kurum olarak Sağlık Bakanlığı tarafından yayımlanan istatistiklere göre ise 31 Ocak 2021 tarihi itibarıyla HIV’le yaşayan nüfus 26.447 kişi.⁶⁰ Bu sayı içerisinde istihdam edilebilir kişi sayısı ise, yukarıdaki 15 yaş sınırı baz alındığında 26.211 kişi.

Yine hatırlatalım, HIV konusundaki resmi istatistikler de yalnızca doğrulama testi pozitif tespit edilerek bildirimi yapılan olgular üzerinden saptanıyor ve bunun da gerçek sayıları yansıtmayı yansıtmadığı tartışmalı. Zira pozitif dernekler bu verilerin gerçeği yansıtmadığı görüşünde. Nitekim Pozitif Dayanışma tarafından 1 Aralık vesilesiyle 2019’da yapılan açıklamaya göre⁶¹

“ülkemizde HIV ile yaşayan kişilerin tahminen %49’u HIV ile yaşadığını” bilmiyor. Kaos GL ve 17 Mayıs Dernekleri tarafından yayımlanan “HIV İle Yaşayan Lezbiyen, Gey, Biseksüel, Trans, İnterseks Ve Artırların İnsan Hakları Raporu”⁶² ise durumu “Henüz tanı almamış olası

57 <https://www.tuik.gov.tr/media/microdata/pdf/isgucu.pdf>, sf 10.

58 <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=İşgucu-İstatistikleri-Mart-2021-37481>

59 <https://www.amerikaninsesi.com/a/issizlikte-tuik-ve-diskten-farkli-rakamlar/5537481.html>

60 <https://hsgm.saglik.gov.tr/tr/bulasici-hastaliklar/hiv-aids/hiv-aids-liste/hiv-aids-istatistik.html>

61 <https://pozitifdayanisma.medium.com/fark%C4%B1nda-ol-%C3%B6nyarg%C4%B1lar%-C4%B1-de%-C4%B9Fil-dayan%C4%B1C5%9Fmay%C4%B1-destekle-b3fa0143122e>

62 <https://kaosgldernegi.org/images/library/hivleyasayanlgbtilerraporu2020.pdf>, Defne Gü-zel, Kerem Dikmen, sf 8

kişi sayısı da hesaba katıldığında toplam rakamın iki katı olduğu, yani Türkiye’de yaklaşık 50.000 HIV ile yaşayan kişinin olduğu düşünülmektedir.” şeklinde özetlemiştir.

Ancak bu haliyle bile her iki istatistik karşılıklı olarak incelendiğinde ortaya çıkan gerçek şu: Resmi veriye göre Türkiye’de bugün itibarıyla HIV’le yaşayan kişilerin ezici çoğunluğu (%99,11) 15 yaş üstü bireyler, yani istihdam edilebilir nüfus. Emeklilik yaşını 65 kabul ederek HIV’le yaşayan 65 yaş üstü bireyleri bu sayıdan çıkardığımızda da ulaştığımız sayı 25.549 oluyor ki bu halde dahi HIV’le yaşayanların %96,6’sının çalışma çağına olduğu gibi bir olguyla karşılaşyoruz.

Bu arada yazının başlığı yönünden bir parantez açmak zorunluluk. Gerçek hayatta ve hatta hak savunuculuğu zemininde de zaman zaman LGBTİ’ler ve artı kimliklerden sanki tek bir öznelermişçesine bahsedilip, bu harflerin ve artı kimliklerin kimleri temsil ettiği sıkça unutuluyor. Sanki cis heteroseksüel kişilerden kadın birey, erkek birey şeklinde bahsediliyormuşçasına LGBTİ birey veya LGBTİ+ birey diye de bahsedilebiliyor. Oysa cinsiyet kimliği, cinsel yönelim, cinsiyet özellikleri ve cinsiyet ifadesini harmanlayan, sonuna konulan + simgesi ile diğer cinsel kimlikleri de kapsayan LGBTİ+ ifadesi, somut bir hak talebinden bahsedildiğinde ayrıştırılmaya mecbur. Türkiye’de açık translarla açık olmayanların, kadın eşcinsellerle erkek eşcinsellerin, natrans kadınlarla trans kadınların, hatta trans kadınlarla trans erkeklerin istihdama erişimleri arasında niceliksel farklar var. Dolayısıyla HIV’le yaşayan LGBTİ+’lar dediğimizde de farklı kimliklerin, kimliklerinden kaynaklı bir ya da birden fazla ayrımcı uygulamanın maruz bırakılanı olabileceği gerçeğini göz önünde tutmak gerekiyor.

Bu genel tablo içerisinde Kaos GL tarafından her sene yapılan ve en son 2020 sonuçları yayımlanan “Türkiye’de Özel Sektör Çalışanı LGBTİ+’ların Durumu”⁶³ araştırmasının bir bulgusu olan “Cinsiyet kimliği, cinsel yönelim ve interseks duruma ilişkin olarak işyerinde tamamen açık olduğunu beyan eden katılımcıların” oranının %14,8 olduğuna ilişkin bulguyu da göz önünde bulundurmak gerekir.

Buradan hareketle, yayımlanan Kaos GL & 17 Mayıs raporu üzerinden HIV ile yaşayan LGBTİ+’ların sorunlarına biraz daha yakından bakmak ve bunun mahremiyet hakkı ile ilişkisini açığa çıkarmak önem taşıyor. Zira raporun anahtar bulgularından

63 <https://kaosgldernegi.org/images/library/o-zel-sekto-r-2020.pdf>, Hazırlayanlar: Prof. Dr. Mary Lou O’Neil, Dr. Reyda Ergün, Dr. Selma Degirmenci, Dr. Kivılcım Turanlı, Doğançan Erkengel

biri de HIV ile yaşayanların sosyal hayatlarında aileleri, partnerleri, arkadaşları veya iş arkadaşları tarafından sıklıkla ayrımcılığa maruz bırakıldığı.⁶⁴ Nitekim Pozitif Yaşam Derneği tarafından periyodik olarak yayımlanan ve olgulara dayanan raporların 2020'ye yılını kapsayan kısmına baktığımızda, çalışma hayatına ilişkin ayrımcılığın doğrudan veya dolaylı olarak ciddi bir orana tekabül ettiği görülüyor.⁶⁵ Bu raporlar içerisindeki anlatılara baktığımızda ise işe giriş esnasında veya işin devamı sırasında aydınlatılmış onama dayalı olarak ya da onam zorunluluğu olmadığı düşünülerek yapılan HIV testleri ile işyeri hekiminin veya sigorta şirketleri tara-fından istihdam edilmiş hekimlerin kişinin sağlık verilerine ulaşabilmesinden kaynaklı sorunların iki önemli sorun alanı olduğu anlaşıyor.

Mahremiyet hakkı ulusal ve uluslararası birçok düzlemde korunan temel bir insan hakkıdır. Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin 17., İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 8., Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 20. maddelerinde çerçeve olarak özel hayata saygı gösterilmesini isteme, özel hayat veya özel hayatın gizliliği gibi adlandırmalarla korunan bir alt hak kategorisidir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de mahremiyet hakkını bu kategori içerisinde incelemektedir. Mahremiyet hakkının değişmez bir tarifini yapmak mümkün değildir zira mahremiyet veya özel hayat alanı günün şartlarına göre genişleme eğiliminde olan dinamik bir kavramdır. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin de özellikle özel hayat kavramı ile ilgili sabit bir tanım yapmaktan kaçınarak, Sözleşmenin yaşayan bir belge oluşuna atıfla somut başvuru bağlamında özel hayat irdelemesi yapması bu dinamik, hareketli tanımın doğası gereğidir.

Anayasanın yirminci maddesi, üçüncü fıkrasında yer alan “Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir.” hükmü ile mahrem alanın parçası olan kişisel verilerle ilgili üst düzey bir güvence getirmiştir. Maddenin devamında “Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.” hükmü yer almaktadır. 2010 yılında Anayasaya giren bu ifade, KVKK (Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun) ismiyle 2016'da karşılık bulmuştur. Burada da genel anlamıyla kişisel veri “Kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi” olarak nitelenerek genel bir koruma çerçevesi, kişinin sağlığına ilişkin bilgiler ise özel olarak nitelenerek daha üst düzey bir koruma çerçevesi tarif edilmiştir.

64 Defne Güzel, Kerem Dikmen, sf 14.

65 <https://pozitifyasam.org/wp-content/uploads/Raporlar/Pozitif%20Ya%C5%9Fam%20Derne%C4%9Fi-3%20Ayl%C4%B1k%20Rapor%201.pdf> sf 6, <https://pozitifyasam.org/wp-content/uploads/Raporlar/Pozitif%20Ya%C5%9Fam%20Derne%C4%9Fi-3%20Ayl%C4%B1k%20Rapor%202.pdf> sf 5, <https://pozitifyasam.org/wp-content/uploads/Raporlar/Pozitif%20Ya%C5%9Fam%20Derne%C4%9Fi-3%20Ayl%C4%B1k%20Rapor%203.pdf> sf 6. Hazırlayanlar Av. Esra Erin, Av. Şeyma Nur Topaloğlu

Buradan yola çıkılarak kişinin HIV statüsünün, mahrem alanında yer alan özel nitelikli bir bilgi olarak nitelenmesi gerekir. Devletin yalnızca kişinin HIV statüsünü açıklamama değil, bu bilgiye üçüncü kişilerin erişimini en-gellemeyi sağlama yönünde de yükümlülüğü vardır. Hemen belirtelim ki bu nitelikteki kişisel verilerin, yani “Sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel” verilerin, “kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın” işlenebilmesi mümkündür (KVKK 6/3)⁶⁶. Bununla birlikte bu yetkinin de sınırları vardır.⁶⁷ İşte çalışma hayatı yönünden bu yetkinin aşılp aşılmadığı ve devletin yukarıda belirtildiği haliyle kişilerin HIV statülerinin üçüncü kişiler tarafından öğrenilmesini önleme yükümlülüğünü yerine getirip getirmediği, temel noktayı oluşturmaktadır.

HIV statüsünün kişinin isteği dışında istihdam sürecinde öğrenilmesinin genelde iki görünümü vardır. Bunlardan biri HIV statüsünü de kapsayan sağlık taramasının işe girişi şartı olarak iş başvurusunda zorunlu tutulmasıdır. Test yaptırmamaya işverence itiraz edilmemesi halini veya test yaptırmama halinin fark edilmeme halini bir kenara koyarsak; kişinin bu durumda genelde iki seçeneği vardır. Ya işe başvurmadan vazgeçecek ve istihdam ilişkisi hiç kurulmamış olacak ya da zorunlu tetkiki kabul edecek ve statüsünü işvereniyle paylaşmak zorunda bırakılacaktır. Diğer görünümü ise işin devamı sırasında zorunlu tutulan tıbbi tetkikler veya işyeri hekiminin veya özel sağlık sigortası poliçesi düzenleyen şirketin istihdam ettiği hekimin, kişinin sağlık verisine erişmesi sonucunda HIV statüsünün öğrenilmesi halidir.

Bu noktada Uluslararası Çalışma Örgütü’nün HIV/AIDS ve Çalışma Yaşamıyla İlgili Uygulama ve Davranış Kuralları isimli belgesinde ortaya konulan standartlara bakmak gerekir. HIV testi, ilk işe alınmada ya da iş akdinin sürmesinde bir ön koşul olarak kullanılmamalıdır. Çalışanlar için işe başlanmasından önce ya da düzenli aralıklarla yapılan rutin uygunluk testlerinde ise zorunlu HIV testine yer verilmemelidir.⁶⁸ Yani ne istihdam ilişkisinin kurulmasında ne de istihdam ilişkisinin devamında HIV statüsü belirleyici bir rol oynayabilir.

⁶⁶ <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6698.pdf>

⁶⁷ Yönetmelikte belirlenen çerçeve için: <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/07/20130720-10-1.doc>

⁶⁸ https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---ilo_aids/documents/publication/wcms_114155.pdf, 8.1, sf 22

İşe giriş sırasında kişiden HIV negatif test sonucu ibrazı veya HIV taramasını da içeren test ibrazının zorunlu tutulması açık bir hak ihlalidir.⁶⁹ Bu şekilde işveren ve belgelere erişimi olan personel kişinin HIV statüsünü öğrenmekte, bilmektedir. Seks işçiliği, pilotluk mesleğine kabul, emniyet teşkilatına polis veya bekçi olarak kabul, askerlik mevzuatına kabul için HIV taraması bir zorunluluktur. Sivil toplumda deri altı müdahale yapılan işler ve yaralanma riski çok yüksek olan işler haricinde enfeksiyon hakkında çalışma arkadaşları veya işverene bilgi verilmemesi gerektiği dile getirilmiş⁷⁰ ise de olası iş kazalarında veya iş kazaları sonrasında her türlü önlemi alma yükümlülüğü işverendedir. İşin devamı sırasında paylaşılması zorunlu olmayan bir bilginin işe girişte paylaşılacak zorunda olmaması, bu durumun mantıksal bir sonucu olacaktır.

Öte yandan seks işçileri açısından var olan zorunluluk hak odaklı bir tartışmaya muhtaçtır. Zira cinsel birleşme seks işçiliğinin doğasında varsayılabilir korunmasız cinsel ilişki HIV’in tek aktarılma yolu değildir; öte yandan belirlenebilir durumda olmayan HIV aktarılamaz.⁷¹ Buna ek olarak korunarak gerçekleştirilen cinsel ilişki zaten HIV aktarma ihtimalini neredeyse ortadan kaldırmaktadır. Dolayısıyla seks işçisi ile cinsel ilişki yaşayan birinin “korunaklı alan” beklentisi seks işçisine statüsünü işvereni ile paylaşmayı zorunlu tutarak değil, kişilerin korunarak cinsel ilişkiye girmesinin sağlanması yoluyla karşılanmalı ve bunun imkânı da yaratılmalıdır. Bir önceki paragrafta sayılanlar dışında kalan mesleklerde HIV araştırması, mutlak bir hak ihlalidir. Çünkü mevzuat açısından dayanağı da yoktur.

Temel haklardan sınırlanabilir nitelikte olanların (Örneğin özel hayat) sınırlanması belli şartlara tabidir.⁷² Eğer kişinin mahremiyet hakkı, yani konumuz açısından HIV statüsünün mahremiyeti, mahrem bir bilgi olmaktan çıkacaksa bunun yasal bir dayanağı ve meşru bir amacının bulunması ve amaçla orantılı bir araçla gerçekleşmesi zorunludur. Yani kişinin statüsünün işveren tarafından öğrenilmesinin mevzuat açısından dayanağı olsa bile bu bilginin öğrenilmesini zorunlu kılan meşru bir gerekçe yoksa, artık bu bilginin işveren tarafından öğrenilmesi veya öğrenilmesine dönük uygulamalar hak ihlalidir.

⁶⁹ <https://pozitifyasam.org/ev-is-ve-sosyal-iliskiler-ev-iliskileri/>

⁷⁰ <https://pozitifyasam.org/ev-is-ve-sosyal-iliskiler-ev-iliskileri/>

⁷¹ B = B açıklaması için: <https://www.pozitifiz.org/post/b-b-belirlenemeyen-esittir-bulasma-yan-ne-demek>

⁷² <https://rm.coe.int/16806f15ae>, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması, Ivana Roagna, sf 34

HIV’le yaşayanlar açısından iş ilişkisinin devamı sırasında HIV statüsünün rıza dışı öğrenilmesi de ayrı bir sorun başlığı olarak ortaya çıkmaktadır. Bunların bir kısmı rastlantısalıdır. Ama çoğu ya doğrudan ya da dolaylı olarak bir hak ihlalinin sonucudur. Kişisel yazışmaya erişim (Örneğin mail sunucusundan), tedavi süreçlerine ilişkin bilgiye erişim gibi özü itibarıyla özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkının farklı yollarla ihlali, HIV statüsünün de istem dışı mahrem olmaktan çıkmasına neden olabilir.

Bir diğer sorun alanını ise işyeri hekimleri tarafından da kullanılan ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı yönetimindeki MEDULA sistemi teşkil etmektedir. İşyeri hekimlerinin çalışanın kişisel sağlık dosyasındaki bilgileri gizli tutma yükümlülüğü, ihlali halinde yaptırımı olan yönetmelikten⁷³ kaynaklı bir yükümlülüktür. İşyeri hekimi de çalışanın HIV statüsüne dönük bir araştırma yapamaz. İşyeri hekiminin, onaya dayalı ve bu onayın kapsamını aşar biçimde kişinin tıbbi veri geçmişine erişerek, örneğin reçete geçmişine erişerek kullandığı ilaçlardan hareketle HIV statüsüne dair bilgi edinmesi, bu bilgi üçüncü kişiler veya işverenle paylaşılmasa dahi suçtur. Bu örnekten de anlaşılacağı üzere MEDULA konusunun üzerinde durmak gerekir.

MEDULA, esas olarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından geliştirilmiş bir yazılımdır. Bu yazılım, elektronik ortamda, özel sigorta şirketleri de dahil olmak üzere sağlık hizmet sunucularının, kişisel sağlık verisine belirli durumlarda erişebilmesini sağlamaktadır. MEDULA kayıtları kullanılarak sağlık verisi geçmişine erişimde, mevcut uygulamaya göre erişilebilirlik kural, kısıtlı erişim istisnadır. Yani hak sahibi bu kayıtlara erişimin engellenmesi için özel bir başvuru yapmadığı müddetçe sağlık sunucuları bu veri geçmişine rahatça erişebilmektedir. Oysa hak temelli olan yaklaşım kısıtlı erişimin kural, tam erişimin rızaya dayalı bir istisna olmasıdır.⁷⁴ Sağlık Bakanlığı tarafından geliştirilen ve kişisel sağlık bilgilerinin depolandığı bir sistem olan e – nabız da benzer sorunları üretmektedir.

Bu parantezden tekrar istihdam sürecine dönersek. Yukarıda kısaca işe girişte statünün paylaşılmasının neden bir hak ihlali olduğuna değindik. Peki, HIV’le yaşayan kişi bu statüsünü paylaşmak istemediği veya paylaşma ihtimali ile karşılaşmak istemediği için iş başvurusundan vazgeçerse, bu bir hak ihlali olur mu?

73 <https://www.mevzuat.gov.tr/File/GeneratePdf?mevzuatNo=186158&mevzuatTur=KurumVe-KurulusYonetmeliği&mevzuatTertip=5>

74 Aynı yönde: <https://anayasagundemi.com/2020/06/23/forum-pride2020-enes-sa-lar-ve-erkin-akbay-hiv-aid-s-ekseninde-ise-alimda-ayrimcilik/>

Burada işveren çalışanın işe girme talebini reddetmekte değildir; devlet de bu ilişkinin herhangi bir aşamasında bulunmamaktadır. O halde kişi kendi iş başvurusundan vazgeçti diye işvereni veya devleti hak ihlalinin sorumlusu olarak nitelemek konumuz açısından ne denli doğru olacaktır? İlk bakışta gerçekten de HIV ile yaşayanın iradi olarak işe başvuru sürecinden vazgeçmesi, kendi tasarrufu olması nedeniyle bir ihlal değilmiş gibi görünebilir. Ancak bu yanıltıcı bir bakıştır. Hak ihlallerine yol açan çoğu zaman temel haklara ilişkin prosedürlerin, böylelikle usule güvencelerin üretilmemesi veya devlet tarafından politika ve yasa üretilmemesidir. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı misyonunu “Çalışma hayatını düzenlemek ve denetlemek, işgücü piyasasının yapısal sorunlarını çözmek suretiyle büyümenin istihdama katkısını, istihdam ve işgücüne katılım oranını artırmak” olarak beyan etmekte, vizyonunu ise “Sosyal hukuk devleti temelinde emeğin ve hakkın esas alındığı, diyalog mekanizmalarının etkin bir biçimde işletilerek çalışma ahenginin hâkim kıldığı, uluslararası norm ve standartlara uyumlu, yenilikçi bir çalışma hayatı oluşturmak” olarak tanımlamaktadır.⁷⁵ Bu noktada da şunlar sorulmalıdır: Bakanlık, geçerli bir nedenden kaynaklanan ve yasal dayanağı olan bir zorunluluk olmadığı halde işverenlerin HIV testi istemesini engellemeye dönük bir mevzuat geliştirmiş midir? Bunu tespit etmek için denetleme görevlerini yerine getirmekte midir? Şayet bu prosedürleri uygulayan işverenler var ise bunlara karşı yaptırım mekanizmalarını hayata geçirmekte midir? Bu soruların hak temelli yanıtlarının verilemediği bir yürütme pratiğinde işverenlerin test uygulamalarını sürdürmeleri, kişilerin özel hayatlarına saygı hakkı konusunda pozitif yükümlülükleri olan devletin bu yükümlülüğünü yerine getirmediği ve hak ihlalinin sorumlusu olduğu anlamına gelecektir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesinin HIV’le yaşayanların çalışma hayatlarına ilişkin önemli kararına (T.A.A. Başvurusu, B. No: 2014/19081, 1/2/2017) Mahkemenin internet sitesi üzerinden ulaşılabilir. ⁷⁶ İş ilişkisinin devamı sırasında HIV pozitif olduğu anlaşılan işçinin bu nedenle işten çıkartılmasını Mahkeme hak ihlali olarak nitelemiştir. Başvurunun ayrıntılarına bakıldığında ise başvurunun 14/2/2005 tarihinde plastik boru ve profil imalatında faaliyet gösteren bir şirkette profil üretim operatörü olarak çalışmaya başladığı, 2006 Aralık ayında HIV tanısı aldığı, iş yeri hekimi tarafından başvurunun tedavisinin yapıldığı Ege Üniversitesi Tıp Fakültesine 17/9/2008 tarihinde dilekçe yazılarak başvurunun mevcutsa iş gücü kaybının değerlendirilmesinin, yasal düzenlemelere göre maluliyet

⁷⁵ <https://www.csgb.gov.tr/bakanlik/hakinda/misyon-ve-vizyonumuz>

⁷⁶ <https://www.anayasa.gov.tr/media/3958/2014-19081.pdf>

oranının ve/veya ağır, tehlikeli işlerde çalışmasına engel herhangi bir tıbbi ya da yasal durumu olup olmadığının bildirilmesinin talep edildiği görülmektedir. Her ne kadar bu süreçlerde başvurunun rızası ile bu yazışmaların yapıldığı belirtilmiş ise de bu örnekte olduğu gibi işin niteliğinin, başvurunun statüsünün işyeri hekimi tarafından neden bilinmesini gerektirdiği ortaya konulabilmiş değildir. Dolayısıyla özellikle kalabalık ve işyeri hekiminin doğrudan işyerinde bulunduğu işyerlerinde, mahremiyet hakkına saygı ile ilgili farklı ve fazladan önlemler alınmasının bir zorunluluk olduğu görülmektedir.

Anayasa Mahkemesi kararında, “Yargıtay ve İş Mahkemesi kararlarında, hastalığın “bulaşıcı” olması hususuna odaklanılarak bu riskin gerçekleşmemesi için tek çözümün başvurunun iş yerinden uzaklaştırılması olduğu kabul edilmiştir. Ancak söz konusu kararlarda işverenin, iş yerinde başvurunun diğer çalışanlar yönünden risk oluşturmayacak bir başka pozisyonda çalıştırılması imkânları hakkında değerlendirme yapması yükümlülüğü olup olmadığı ele alınmamıştır.” tespiti yapmıştır (§ 99). Bu yaklaşımın hak temelli bir yaklaşım olduğu ve önerdiği çözümün de meşru bir dengeyi gözettiği açıktır. Ne var ki bu başvuru özelinde sürece bir bütün olarak bakıldığında, sırf işin yürütülmesi esnasında maket bıçağı kullanıldığı öne sürülerek HIV’le yaşayanın işveren tarafından işyerinin farklı bir pozisyonunda çalışmasının önerilmesi, ayrımcılığı önlemenin en önemli aracı olan eşitlikçilik yaklaşımını tam karşılamamaktadır. Öte yandan HIV’in sosyal ortamda bulaşma ihtimalinin olmadığı; ayrıca yukarıda açıklandığı üzere B = B kuralının bilimsel bir veri olarak kabul edildiğinin yani statüsü pozitif olan kişideki HIV seviyesinin, kullanılan antiviral tedavi ile belirlenemeyecek seviyeye gelmesi halinde HIV’in aktarılmadığının, içtihat niteliğindeki mahkeme kararlarıyla da daha görünür ve bilinir kılınması gerekmektedir.

HIV’in açığa çıkmasından bu yana tıp disiplininde yaşanan gelişmeler artık hak sınırlamalarında bir gerekçe olarak ileri sürülen “meşru amaç” olgusunu, HIV’le yaşayanların haklarının sınırlanması için devletlerin sığındığı bir gerekçe olmaktan çıkarmıştır. Tedavi olanaklarının insanlığı getirdiği aşama HIV’i bir sağlık sorunu olmaktan çıkarmıştır.

Üretilen homofobik/transfobik nefret söylemi, motivasyonunu zaman zaman HIV ile “eşcinsellik” arasında kurduğu ilişkide aramaktadır. Aynı iddia HIVfobinin gerekçesi olarak da sunulmaktadır. Ne var ki tarihsel arka planı ile birlikte ele alındığında HIV’le yaşayanlara dönük damgalama ve ayrımcılığın, sanki HIV kişilerin cinsel yönelimi veya cinsiyet kimliği ile ilişkili bir statüyümüştüğüne homofobi ve transfobi ile

beslenerek güçlenmesi, devletlere özellikle pozitif yükümlülük alanında yeni sorumluluklar yüklemektedir.

HIV'e bağlı ayrımcılık ve damgalanma ve bunun yarattığı hak ihlalleri ile mücadele bir kamu politikası eşliğinde yürümeli; özellikle HIV'le yaşayanların çalışma hayatı alanında yaşadığı sorunlar, yalnızca istihdam ilişkisinin devamı sırasındaki ihlalleri değil ama bununla birlikte istihdam sürecinin başlangıcından önceki dönemlerdeki ihlalleri kapsayacak biçimde bütüncül bir hak politikası ve buna bağlı parlamento düzeyinde kodlaştırılacak mevzuatla önlenmelidir.

İşverenlerin ve özellikle şirketlerin bu konudaki ayrımcı muameleleri mali yaptırımlara da tabi tutulmalı; bir bütün olarak işverenlerin uymak zorunda olduğu temel kurallar ortaya konularak yaygınlaşmalıdır.

* Bu yazı, Avrupa Birliği'nin desteklediği Eşit Haklar için Savunuculuğu Güçlendirme Projesi kapsamında hazırlanmıştır. Bu durum, yazının içeriğinin AB'nin resmi görüşünü yansıttığı anlamına gelmemektedir.

**Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi
Kararları Işığında Nefret Söylemine Karşı
Ceza Hukuku Mekanizmalarının
İşletilmemesinin Bireysel Hak
Karşısındaki Durumu**

• — • ♦ ♦ ♦ ♦ ♦ — •
Av. Kerem Dikmen

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Nefret Söylemine Karşı Ceza Hukuku Mekanizmalarının İşletilmemesinin Bireysel Hak Karşısındaki Durumu

Av. Kerem Dikmen

Genel Olarak

Bilindiği üzere 5982 sayılı yasa ile Anayasanın, AYM'nin (Anayasa Mahkemesi) görevlerine ilişkin 148. Maddesinde değişiklik yapılmış, Anayasa ve İHAS'ın (İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi) ortak koruma alanında bulunan hakların ihlal edildiği iddiası hakkında karar vermek konusunda AYM görevlendirilmiştir. İHAM (İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi) AYM'ye başvuru yapılmadan doğrudan kendi önüne taşınan bir bireysel başvuruda; AYM'ye başvuru yapılmamasını iç hukuk yollarının tüketilmemesini gerekçe göstererek kabul edilemezlik kararı vermiş, başka bir ifade ile AYM'ye bireysel başvurunun etkili bir iç hukuk yolu olduğunu tespit etmiştir.⁷⁷

Kanunların anayasaya uygunluğunu denetlemek, Uyuşmazlık Mahkemesi sıfatıyla önüne gelen başvurular hakkında karar vermek ve Yüce Divan sıfatıyla yargılama yapmak görevlerinin yanına bireysel başvurular hakkında karar verme görevi de eklenen AYM, kuruluş kanununun Geçici 1/8. Maddesi uyarınca 23/9/2012 tarihinden sonra kesinleşen nihai işlem ve kararlar⁷⁸ hakkında karar verdikçe, hem kişiler hem de hukukçular arasında daha çok konuşulur hale gelmiştir.

Mahkemenin 30 Eylül 2021 tarihini baz alarak duyurduğu resmi istatistiklere göre Mahkemeye şimdiye dek 335.324 başvuru yapılmış; bu başvuruların 276.307'si sonuçlandırılmış; 14.911 başvuru hakkında en az bir hakkın ihlal edildiğine dair karar verilmiştir. 246.752 gibi oldukça yüksek sayıda başvuru hakkında ise kabul edilemezlik kararı verilmiştir.

Hemen belirtelim ki ileriki aşamada göreceğimiz üzere bu kabul edilemezlik kararlarının bir kısmı özellikle nefret söylemi içeren başvurular bakımından esasa ilişkin bir tartışmayı da yapmıştır.

⁷⁷ Hasan Uzun v. Türkiye, 10755/13

⁷⁸ <https://www.anayasa.gov.tr/tr/bireysel-basvuru/bireysel-basvuru-kabul-edilebilirlik-kri-terlerine-ait-emsal-kararlar/zaman-bakimindan-yetkisizlik/>

Bu noktada artık çok da yaygın olmayan şu soru işaretini de peşinen gidermek gerekir. İHAM'ın yetkisi ikincil bir yetki olmak ve iç hukuku yorumlamak yetkisi asıl olarak ulusal mahkemelerin yetkisi olmakla birlikte; taraf devlet olarak Türkiye Cumhuriyeti'nin yargı makamları, AYM'yi de içine alacak şekilde Sözleşme'yi İHAM tarafından yorumlandığı haliyle kendi egemenlik alanlarında uygulamakla yükümlüdürler. Dolayısıyla terminoloji ve kavramlara yüklenen anlamlar, İHAM'ın bu konularda sözleşmeyi irdeleyerek veya yorumlayarak kattığı anlamlardan farklı olamayacaktır. Bu, nefret söylemi bakımından oldukça önemli bir ayrıntıdır.

Nefret Söylemi

Nefret söyleminin uluslararası toplumun bütün özneleri bakımından kabul görmüş ve üzerinde uzlaşmış bir tanımı yoktur. Bununla birlikte bölgesel bir sistem olan Avrupa Konseyi sistemi açısından durum farklıdır ki bu fark, Konsey bünyesinde imzalanmış İHAS ve sözleşmenin koruma mekanizması olan İHAM açısından da geçerli bir farktır. Başka bir ifadeyle, tanım üzerinde uzlaşma olmadığı İHAM tarafından da tespit edilmekle birlikte Mahkeme, Konsey'in diğer organlarınca alınan kararlara atıfla nefret söylemini tanımlamak yönünden asgari bir zemini tarif etmektedir. Bu zemin, AYM'nin vermiş olduğu kararlarda nefret söylemini tanımlamak veya tanımlamasa dahi hangi söylemlerin nefret söylemi oluşturacağına ilişkin bir çerçeve belirtmek bakımından yeterli bir zemindir. Farklı metinlere dağılmış olan bu çerçeveye yakından bakmak gerekir.

Ancak bunun hemen öncesinde de şunun altını önemle çizmek gerekir. Bilindiği üzere İHAS, 4 Kasım 1950'de ilan edilen uluslararası bir sözleşme olarak yaşlı bir metindir. Fakat bu haline rağmen sözleşme; siyasi Avrupa sınırlarının teknolojik, bilimsel, ekonomik, siyasal, sosyolojik değişimlerinin açığa çıkarttığı yeni sorun alanlarına nüfuz edebilmektedir, bu da sözleşmenin İHAM tarafından dinamik bir biçimde yorumlanması, onun yaşayan niteliğine vurgu yapılması sayesinde. Dolayısıyla bu tanım yapmama hali başta bir kayıp gibi görünse dahi, bir yandan da onun yeni söylem alanlarına veya nefret söylemine muhatap olma potansiyeli taşıyan yeni kişi gruplarına uygulanma ihtimalini de içinde barındırmaktadır, bu nedenle tanımlamadan kaçınmanın pozitif etkisini de ihmal etmemek gerekir.

Nefret söylemine ilişkin AYM kararlarında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 30.10.1997 tarihli ve 97(20) sayılı Tavsiye Kararına sıkça atıf yapılmaktadır (Fetullah Gülen [GK], B. No: 2014/12225, 14/7/2015, § 14; Cemal Halis, B. No: 2014/118, 13/7/2016, § 16; Kaos GL Kültürel Araştırma ve Dayanışma Derneği, B. No: 2014/18891, 23/5/2018, § 23; Mehmet Aytaç, B. No: 2017/26514, 11/2/

2021, § 19). Atıf yapılan tavsiye kararına göre “nefret söylemi” ifadesi, ırkçı nefreti, yabancı düşmanlığını, antisemitizmi veya azınlıklara, göçmenlere ve göçmen kökenli insanlara yönelik saldırgan milliyetçilik ve etnik merkezcilik, ayrımcılık ve düşmanlıkla ifade edilen hoşgörüsüzlük de dâhil olmak üzere hoşgörüsüzlüğe dayalı diğer nefret biçimlerini yayan, tahrik eden, teşvik eden veya haklı gösteren tüm ifade biçimlerini kapsayacak şekilde anlaşılacaktır.”

Aslında bu tanım, tavsiye kararının ekinde yer almaktadır, kök metinde ise üye devletlere mevzuatı ve uygulamayı gözden geçirmek ve nefret söylemi ile mücadele için uygun önlemleri almak tavsiyesinde de bulunmaktadır.

Özellikle AYM, tanım yapmasa da nefret söylemi ile ilişkili olarak Bakanlar Komitesinin başkaca tavsiye kararlarına da atıf yapmaktadır. Bunlardan biri “Cinsel yönelim veya cinsiyet temelli ayrımcılıkla mücadele etmek için alınması gereken önlemler” konulu, 31/3/2010 tarihli ve (2010)5 sayılı Tavsiye Kararı’na ek “Nefret Söylemi” başlıklı bölümün (6) numaralı paragrafıdır ve AYM kararlarında belirtildiği haliyle şöyledir: “Üye devletler; medya ve internette olanlar dahil lezbiyen, gey, biseksüel ve trans kişilere karşı nefret veya diğer ayrımcılık biçimlerini tahrik etme, yayma ya da teşvik etme etkisi bulunan tüm ifade biçimleriyle mücadele etmek için uygun önlemleri almalıdırlar. Bu gibi ‘nefret söylemleri’ yasaklanmalı ve kamusal olarak reddedilmelidir. Bu kapsamda alınacak tüm önlemler Sözleşme’nin 10. maddesi ve Mahkemenin içtihadıyla uyumlu olarak ifade özgürlüğü temel hakkına saygı çerçevesinde gerçekleştirilmelidir.”

AYM bir kararında Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisinin “Cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği temelli ayrımcılık” konulu, 29/4/2010 tarihli ve 1728(2010) sayılı kararına da atıfla “Belirli siyasi ve dini liderler ile diğer sivil toplum liderlerinin nefret söylemleri ve medya ile internetteki nefret söylemleri de özellikle kaygı yaratacak bir durum haline gelmiştir. Meclis tüm kamu otoritelerinin bu kapsamda en önemli görevinin, yalnızca insan hakları belgelerinde yer verilen hakları uygulamak ve etkili şekilde korumak değil, aynı zamanda ayrımcılık ve nefrete dayalı hoşgörüsüzlüğü meşrulaştırması ve beslemesi muhtemel olan söylemden kaçınmak olduğunu vurgulamaktadır. Suça tahrik eden nefret söylemi ile ifade özgürlüğü arasındaki sınır Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadı doğrultusunda belirlenecektir.” içerikli ilke saptaması yapılmıştır.⁷⁹

⁷⁹ Burada belirtilenleri de kapsayan ve muhtemelen AYM’nin de yararlandığı daha geniş ve güncel bir derleme için Kaos GL tarafından çevrilerek yayımlanmış “Cinsel Yönelim Veya Cinsiyet Kimliği Temelli Ayrımcılıkla Mücadele” Avrupa Konseyi standartları kitabı için bkz. <https://kaosgldernegi.org/images/library/2018avrupa-konseyi-standartlari-2018.pdf>

İHAM'ın kararlarında bu yukarıda sayılanları da kapsayan daha geniş bir atf çerçevesi dikkat çekmektedir. Hemen belirtelim ki İHAM kararında yer alan bu atf çerçevesi, ulusal makamların sözleşmeyi İHAM'ın yorumladığı haliyle uygulayacağına ilişkin temel yaklaşım dikkate alındığında, özellikle nefret söylemi konulu bireysel başvuru yapacak kişiler ve avukatları açısından önemlidir.

İHAM'ın, Kaos GL tarafından Türkçeye çevrilen⁸⁰ ve içeriği ve ulaştığı sonuç itibarıyla emsal niteliğinde olan Beizaras & Levickas v. Litvanya (41288/15) kararında ECRI (Irkçılık ve Hoşgörüsüzliğe Karşı Avrupa Komisyonu) Raporu^{81 82} da oldukça geniş bir yer tutmaktadır. Bu kararda İHAM; sosyal medya hesaplarında öpüşürken görüntülendikleri bir fotoğrafı yayımlayan başvuruçuların fotoğraflarının altına nefret söylemi içeren yorumlar yazan üçüncü kişiler hakkında etkili bir soruşturma yürütmeyen Litvanya makamlarının; başvuruçuların özel hayata saygı hakkı ile bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Bu bağlamda AYM'ye yapılan başvurularda yukarıda belirtilen tanım, bir çerçeve oluşturmaktadır.

Anayasa Mahkemesi Kararlarında Nefret Söylemi

Türkiye Cumhuriyeti devletinin yargı sistemi, ifade özgürlüğünün nefret söylemini kapsamadığı olgusunu inkâr etmekte; LGBTİ+'lara dönük homofobik/ transfobik nefret söylemlerine karşı yapılan şikayetler, İHAS'ın, kişilerin ifade özgürlüğünü güvence altına alan 10. Maddesini gerekçe gösterilerek sistematik olarak takipsizlik kararları ile karşılanmaktadır. Bu durum İHAM'ın biri İsveç diğeri İzlanda devletleri aleyhine yapılan başvurularda verilen kabul edilemezlik kararında yer alan, İHAS'ın 10. Maddesinin nasıl yorumlanması gerektiğine ilişkin saptamalara aykırıdır. Hem Vejdeland ve Diğerleri v. İsveç (1813/07) hem de Carl Johann Lilliendahl v. İzlanda (29297/17) kararlarında İHAM; nefretin teşvik edilmesinin genel olarak sözleşmenin 10. Maddesinin koruma alanında yer almadığını belirtmiştir. Johann Lilliendahl v. İzlanda kararının başvuruçuları yönündense sözleşmenin 17. Maddesi bağlamında, başvuruya konu ifadelerin 10. Madde korumasından çıkartılması

⁸⁰ <https://kaosgldernegi.org/images/library/aihm-beizaras-ve-levickas-v-litvanya.pdf>

⁸¹ En son periyodik izleme raporunun Türkçesi için: <https://rm.coe.int/fifth-report-on-tur-key-turkish-translation-/16808b5c83>

⁸² Geçici izleme raporu için: <https://rm.coe.int/interim-follow-up-conclusions-on-tur-key-5th-monitoring-cyc-le-/168094ce03>

gerekmeyişi belirtse de, homofobik nefret söylemlerine karşı devletin ceza hukuku mekanizmalarını uygulamasını, tek başına ifade özgürlüğü ihlali olarak nitelermemiştir.

Lilliendahl başvurusunda başvuru internette yayımlanan bir yazıya cevaben yazdığı yorumlarında “kynvilla, cinsel sapkınlık” ve “kynvillingar, cinsel sapık” gibi eşcinselliği aşağılayan kelimeler kullanarak nefretini ifade etmiş, bunun üzerine İzlanda makamları tarafından para cezasına çarptırılmıştır.⁸³ Başvurucu, sözleşmenin 10. Maddesindeki ifade özgürlüğü hakkının ihlal edildiğini iddia etmiş, belirtildiği gibi İHAM kabul edilemezlik kararı vermiştir. Vejdeland başvurusu ise lisede homofobik nefret söylemi yayan kişilerin cezalandırılmasına ilişkindir. “Öğretmenlerinize HIV ve AIDS gibi günümüzün vebası niteliğinde hastalıkların ortaya çıkması ve yerleşmesinin temel sebeplerinden birinin, homoseksüeller ve homoseksüellerin cinsel birliktelik konu-sunda seçici davranmamaları olduğunu açıklayın”, “Öğretmenlerinize homoseksüel lobisinin pedofilinin önem ve ciddiyetini azaltmaya çalıştığını anlatın ve bu cinsel sapkınlığın yasal hâle gelmesi hususunda fikirlerini sorun.” ibarelerini içeren broşürleri yayanların bu nedenle İsveç makamları tarafından çeşitli para cezaları ve denetimli serbestlik uygulamasına tabii tutulması sonucu başvuru, ifade özgürlüğü haklarının ihlal edildiğini öne sürmüş, ancak İHAM ifade özgürlüğü hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir.⁸⁴

Burada, ileride değinilecek iki ayrıntının önemine dikkat çekmek gerekir. İHAM, sözleşmedeki başka bir hakkı ortadan kaldırma amacı taşıyan (Örneğin özel hayata saygı hakkı, yaşam hakkı) veya şiddetin ve nefretin teşviki anlamına gelen ifadeleri, daha baştan, sözleşmenin 10. Maddesinin koruma alanı dışında tutmaktadır, yani bu tip ifadelerle yapılan devlet müdahalesi, 10. Maddenin 2. Fıkrası bağlamındaki tanıma uygun bir “müdahale” olarak dahi yorumlanmaz, dolayısıyla artık müdahalenin hukuka uygunluğu bakımından üç aşamalı testi uygulamaya gerek kalmayacaktır. Diğer ayrıntı ise Vejdeland ve Diğerleri v. İsveç (1813/07) ve Carl Johann Lilliendahl v. İzlanda (29297/17) kararlarında da görüldüğü üzere, belirtilen düzeye ulaşmasa dahi devletlerin, nefret söylemine ceza hukuku mekanizmalarını kullanarak yaptığı müdahaleler, meşru amaç veya demokratik toplumda gerekli olma ölçütleri üzerinden hukuka uygun kabul edilebilecektir.

83 Kararın Türkçe özetinin çevirisi için:

<https://anayasaundemi.com/2020/06/12/iha-min-carl-johann-lilliendahl-v-izlanda-kek-kararinin-ozet-ceviri-yazdigi-yazida-lgbt-bi-reylere-sapkin-ve-sapik-diyerek-nefret-soyleminde-bulunan-ve-para-cezasi-verilen-kisi-nin-ifad/>

84 Kararın Türkçe özetinin çevirisi için: <https://kaosgl.org/haber/aihm-in-nefret-soylemi-kara-ri-turkce-de>

Bu tür bir tartışma henüz AYM tarafından yapılmamıştır. Yani AYM henüz, LGBTİ+’lara yönelik nefret söyleminin sarf edilmesinin, hakkın kötüye kullanımı niteliğinde olduğundan bahisle Anayasal koruma dışında kaldığını tespit etmemiştir. Başka bir deyişle şimdye kadar nefret söylemi sarf ettiği için aldığı ceza nedeniyle ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin Anayasa ile güvence altına alınan temel hakka müdahale anlamı taşıdığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapıp, ondan, bunun bir müdahale anlamı taşımadığı zira ifadenin kendisinin ifade özgürlüğü hakkının kötüye kullanımı niteliğinde olduğu yanıtını alan bir başvuru olmamıştır. Çünkü tekrar belirtilmelidir ki Türkiye Cumhuriyeti savcılıklarına göre LGBTİ+lara dönük sapkın⁸⁵, ibne⁸⁶ gibi söylemler, ceza hukuku mekanizmalarının işletildiği müdahaleleri gerektirmeyen ve ifade özgürlüğü alanında kalan ifadelerdir; bu söylemlerle ilgili takipsizlik kararlarına itiraz üzerine karar veren Türkiye Cumhuriyeti Sulh Ceza Hakimlikleri de savcılarla aynı fikirdedir. Bu tür nefret söylemlerine karşı ceza hukuku mekanizmalarının işletilmemesinin sonucunda da AYM önünde nefret söyleminde bulunanlar tarafından, cezalandırılmaları dolayısıyla ifade özgürlüklerinin ihlali iddiasıyla bir bireysel başvuru yapılması söz konusu olmamaktadır, dolayısıyla İHAM’ın yukarıdaki kararında açtığı “hakkın kötüye kullanılması” parantezinin AYM tarafından sahiplenilip sahiplenilmeyeceği bir soru işaretidir. Ancak, nefret söylemine ilişkin şikayetlerin takipsizlik kararı ile sonuçlanması nedeniyle özel hayata saygı hakkı ihlali iddiasıyla yapılan bireysel başvurular üzerine AYM tarafından verilen kabul edilmezlik kararları, İHAM standardının uygulanmayacağı izlenimini yaratmaktadır.

Belirtelim ki İHAM, yukarıdaki iki başvuruda LGBTİ+’lara dönük nefret söylemi bakımından sonuca ulaşmıştır ve ilk olarak Vejdeland kararında; şiddet veya suç işleme çağrısı içermese dahi söylemin “nefreti kışkırtma” olarak değerlendirilebileceğini belirterek bunun, 10. Maddenin ikinci fıkrası bağlamında “sorumsuzca” kullanılan bir ifade özgürlüğü olduğunu belirtmiştir. LGBTİ+’lara dönük ayrımcılığın; ırk, köken veya renk temelindeki nefret söylemi gibi ciddi olduğunu vurgulamıştır. (§ 55) Dolayısıyla Pavel İvanov v. Rusya (35222/04), Garaudy v. Fransa (65831/01) kararında olduğu gibi Yahudilik karşıtı; Norwood v. Birleşik Krallık (23131/03) gibi İslam karşıtı; Feret v. Belçika (15615/07), Le Pen v. Fransa (18788/09) kararlarında olduğu gibi İslamı baz alsa bile nefreti yayma amacı taşıyan düşmanlaştırıcı söylemlere yapılan müdahalelerin sözleşmenin 10. Maddesini ihlal

85 <https://t24.com.tr/haber/savciliga-gore-escinsellere-sapkin-demek-dusunce-ozgurlu-gu,225450>

86 <https://m.bianet.org/bianet/toplumsal-cinsiyet/218639-kucukcekmece-savciligi-yeni-a-kit-in-onursuz-ibneler-soylemi-ifade-ozgurlugu>

etmediğine ilişkin verilen kararlar, homofobik/transfobik nefret söylemleri konulu başvurular bakımından ölçü kabul edilebilir.

Anayasa Mahkemesi Kararlarında LGBTİ+’lara Dönük Nefret Söylemi

AYM’nin, İHAM kararlarına paralel olarak Bakanlar Komitesi tavsiye kararındaki nefret söylemi tanımını benimsediği, yukarıda ortaya konulmuştu. Bu tanım çerçevesinde verdiği biri en güncel biri ise en fazla atıf gören iki karara yakından bakıp, LGBTİ+’lar tarafından yapılan başvurularda ulaştığı sonucu değerlendirmek, analiz açısından daha elverişli olacaktır.

AYM’ye göre “ten rengi ve etnik köken, toplumsal cinsiyet, cinsel kimlik, cinsel yönelim, engellilik, siyasal aidiyet veya yaş kategorileri ile mülteci, göçmen, yabancı veya başka dezavantajlı gruplara yönelik nefret saikli ifadeler de nefret söylemi türlerinden kabul edilmelidir.” (Fetullah Gülen [GK], B. No: 2014/12225, 14/7/2015, § 40).⁸⁷

“Nefret söylemi” muhakkak belirli bir kişiye veya gruba yönlendirilmiş yorumları kapsamaktadır. Nefret söyleminin saikinin ise salt o kişiye ilişkin bir aidiyet olgusundan ibaret bulunması gerekir. Bir gruba veya bir grubun üyelerine yönelik ifade, nefreti teşvik ediyorsa ve bu teşvikin sözde geçerli nedeni o gruba isnat edilen özelliklerse, bir grubun üyeleri sırf bu gruba üye oldukları için aşağılanıyor, genel çoğunluktan farklı görülüyor, toplumsal olumsuzlukların faili sayılıyorsa ya da bu grupların veya üyelerinin aşağılanmaları ve haklarından mahrum edilmeleri, maruz kaldıkları dışlama, baskı veya şiddet meşru gösteriliyor ise söz konusu düşünce açıklamasının nefret söylemi içerdiği kabul edilebilir. Nefret söyleminde, belirli bir gruba ait bulunduğu için hedef seçilmek suretiyle esasında kendisini o grupta tanımlayan tüm bireyler yönünden barış ve huzur içinde yaşama hakkına müdahale edilmektedir (§ 41).

Bir haberde kendisine dönük ifadelerin nefret söylemi olduğu halde suç duyurusunun takipsizlikle sonuçlandırılmasının, Anayasanın 17. Maddesinde güvence altına alınan kişisel itibarın korunması hakkını ihlal ettiği iddiasını içeren başvuruda AYM,

85 <https://t24.com.tr/haber/savciliga-gore-escinsellere-sapkin-demek-dusunce-ozgurlu-gu,225450>

86 <https://m.bianet.org/bianet/toplumsal-cinsiyet/218639-kucukcekmece-savciligi-yeni-a-kit-in-onursuz-ibneler-soylemi-ifade-ozgurlugu>

87 <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/12225?BasvuruAdi=fetullah+g%C3%BClen>

haber metnindeki ifadelere dönük yaptığı değerlendirme sonucunda bunların nefret söylemi olmadığı tespitine dayalı olarak kabul edilmezlik kararı vermiştir. Nefret söylemi olmaması nedeniyle de ifade sahiplerine karşı ceza hukuku mekanizmalarının uygulanmasının gerekli olmadığını, her ne kadar kişiye dönük ifadelerin üçüncü kişiler tarafından yöneltilen müdahale olduğunu belirtse de ceza hukuku mekanizmalarının son çare olması ilkesinden hareketle kişinin hukuk yolu ile giderim için tanınmış yollara başvurmaması nedeniyle başvuru yollarının tüketilmediğine karar vermiştir. Ancak bu kararında AYM, nefret söylemi kullanılarak hakaret edildiği iddiasını içeren başvurular açısından, başvuruya konu olayın kendine özgü koşulları da dikkate alınmak kaydıyla, bireysel başvuru öncesinde hukuk yoluna gidilmeksizin sadece ceza muhakemesi yolunun tamamlanmış olması yeterli görülebilir değerlendirmesinde bulunmuştur. (§ 37) Yani AYM genel kuruluna göre nefret söylemi kullanılarak sarfedilen hakaretlere karşı ceza hukuku mekanizmalarına başvurmak, başvuru yollarının tüketilmesi için yeterlidir. Zira “hoşgörü-nün ve bütün insanların onuruna aynı düzeyde saygının; demokratik, çoğulcu bir toplumun temellerini oluşturduğu gerçeğinden hareketle “formalitelere”, “koşulları”, “kısıtlamaları” veya “müeyyideleri” izlenen meşru amaçla orantılı olmak kaydıyla hoşgörsüzlük temeline nefreti yayan, teşvik eden, yücelten veya haklı gösteren tüm ifade çeşitlerini önlemek ve hatta bunları cezalandırmak gerekli görülebilir.” (Sinem Hun kararına atfen § 36)

Yakın tarihli kararında AYM, Nefret Söylemi İçeren Açıklamalar Karşısında Devletin Pozitif Yükümlülüğü tartışmasını ayrı bir başlık altında yapmıştır (Mehmet Aytaç, B. No: 2017/26514, 11/2/2021, § 42 – 53).⁸⁸ Üçüncü kişiler arasındaki şeref ve itibara dönük müdahalelerin devlet tarafından önlenmesini pozitif bir yükümlülük olarak tarif eden AYM, aksi durumun Anayasanın 17. Maddesinin ihlali anlamına geleceğini belirtmektedir. Bu yükümlülüğün ceza soruşturması yapma yükümlülüğü olarak anlaşılmaması gerektiğinin altını çizmekle birlikte, nefret söylemi temelli başvurularda bu yaklaşımın geçersiz olduğu da aynı kararda vurgulanmaktadır. AYM’ye göre “Nefret söylemi olarak kabul edilen düşünce açıklamalarına karşı söz konusu pozitif yükümlülüğü sebebiyle devlet, bu kapsamda sayılan her türlü fiziksel ve ruhsal saldırı olayının sorumlularının belirlenmesini ve gerekiyorsa cezalandırılmasını sağlayabilecek etkili bir soruşturma yürütmek durumundadır.” (§ 45) Bir başlığı da “Nefret Söylemi Olarak Sınıflandırılacak Açıklamalar” olarak açan AYM, “ten rengi ve etnik köken, toplumsal cinsiyet, cinsel kimlik, cinsel yönelim, engellilik, siyasal aidiyet veya yaş kategorileri ile mülteci, göçmen, yabancı veya başka dezavantajlı

⁸⁸ <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Ara?BasvuruAdi=MEHMET+AYTA%C3%87>

gruplara yönelik nefret saikli ifadeler de nefret söylemi türlerinden kabul edilmelidir.” vurgusunu yinelemiştir. Çarpıcı şekilde Mahkeme, kabul edilemez bulduğu LGBTİ+’lara dönük nefret söylemi başvurusundaki kararına da bu kararında atıf yapmaktadır. İşte bu atıf, esasında birçok kere yapılan AYM kararlarında nefret söylemi inceleme-sini tekrar yapmaya vesile olmuştur.

Anayasa Mahkemesi, haberde geçen “Kaos GL isimli sapkınların derneğinin de avukatlığını yürüten Ankara Barosu’na kayıtlı Sinem Hun, ‘reklamda ırkçılık suçu işlendiğini’ iddia ederek savcılığa başvurular.” ifadesi nedeniyle başvurunun yaptığı bireysel başvuruda, başvuruyu kabul edilebilir bulmuş ancak esas inceleme-sinde ihlal bulunmadığına ilişkin karar vermiştir. (Sinem Hun, B. No: 2013/5356, 8/5/2014) AYM’ye göre bu başvuru özelinde, özellikle ifadelerin nefret söylemi boyutu gözetilerek ceza hukuku mekanizmalarına başvurmuş olmak yeterli görülmektedir. (§ 32, 33) Nitekim AYM başvurunun hukuk yolu ile giderim mekanizmalarına başvurmamış olmasını, etkili bir başvuru yoluna başvurmamış olmak şeklinde yorumlamamış; başvuruyu kabul edilebilir bulmuş ve esas incelemesi yapmıştır. Yani söylemin nefret söylemi olduğunu hem ceza hukuku mekanizmalarına başvurmakla yetinilmesini yeterli görerek hem de söylemi analiz ederek iki yönden de doğrulamıştır. Sonuç olarak AYM ihlal kararı vermemiştir ancak ihlal kararı vermemesinin gerekçesi söylemin nefret söylemi olmaması değil, somut olayda nefret söyleminin muhatabının başvuru değil, başvurunun avukatlığını üstlendiği dernek olmasıdır. (§ 61)

Bireysel başvuruya konu olayda zamanaşımı geçmediğinden, bu defa başvuru dernek tarafından başvuru yolları tüketilerek konu AYM gündemine taşınmıştır. Başvurucu derneğin ihlal kararı elde edeceğine kesin gözüyle bakıldığını burada belirtmeliyiz. Zira AYM ikinci bölümü tarafından verilen ve ayrıntısı yukarıda açıklanan karar, söylemin nefret söylemi olduğu tespitinden hareketle ceza hukuku mekanizmalarına başvuruyu yeterli görerek esas incelemesi yapmış ancak muhatabın dernek olmamasından yola çıkarak ihlal bulunmadığına karar vermiştir. Ne var ki bu ikinci başvuruda AYM Birinci Bölümü, söylemin nefret söylemi olup olmadığını incelemekle sınırlı bir esas incelemesi yapmakla yetinip, AYM İkinci Bölümünün atıf yapılan kararındaki “Kaos GL isimli sapkınların derneği” ifadesinin nefret söylemi olduğu tespitinin aksine, nefret söylemi olmadığından yola çıkarak ihlal olmadığına ilişkin karar vermiştir.⁸⁹

⁸⁹ <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/18891?BasvuruAdi=KAOS+GL+K%-C3%9CLT%-C3%9CREL+ARA%C5%9ETIRMA+VE+DAYANI%C5%9EMA+DERNE%C4%9E%-C4%B0>

AYM bu kararını verirken “sapkın” kelimesi özelinde değerlendirme yapmış, kelimenin Türk Dil Kurumu sözlüğündeki iki karşılığından yalnızca birini baz alarak, söylemin nefret sonucu olmadığı sonucuna ulaşmıştır. AYM’nin bu değerlendirmeye ulaşırken, “haber” metni altındaki yorumları da incelediği görülmüştür, AYM’ye göre hedef aslında LGBTİ+’lar değil Yahudilerdir.

AYM, Komisyon tarafından verilen ve bu nedenle internet sitesinden ya-yımlama-dığı başka bir kararında ise gene Kaos GL derneğine “sapkın” diye hitap da dahil olmak üzere nefret söylemi içeren bir yayına erişim engeli getirilmesine dönük talebin kesin olarak reddedilmesi üzerine yapılan bireysel başvuruda, bu defa nefret söylemi-nin ulaştığı boyut itibariyle hukuk yoluna başvurulmamasından yola çıkarak kabul edilemezlik kararı vermiştir. (Kaos GL Kültürel Araştırma ve Dayanışma Derneği, B. No: 2018/10605, 25/9/2019) Sırf LGBTİ+ hakları savunucusu olmasından hareketle “Ahlaksızlığı meşrulaştırmak”, “gençleri sapkınlığa yöneltmek” ifadelerinin muhatabı olan başvuru; haberde, bu ifadelerin yer aldığı görsellere erişimin engel-lenmesini talep etmişse de başvuru yollarında bunu elde edememesi üzerine AYM’ye başvurmuştur. AYM ise “hukuka aykırılığın ve gerçek dışılığın çok belirgin olduğu ve zararın süratle giderilmesinin zaruri olduğu haller dışında diğer ceza veya hukuk yollarının daha yüksek başarı şansı sunabilecek, kullanılabilir ve etkili başvuru yolları olduğu anlaşılmaktadır. Dahası başvuru, açacağı çelişmeli bir hukuk davasında internet yayının kaldırma veya hazırlayacağı bir metni yayımlatma imkanına sahip-tir” (§ 16) gerekçesine dayalı olarak başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle bu kararı vermiştir. “Daha yüksek başarı şansı” sunacağı öne sürülen diğer ceza yolları tüketildikten sonra önüne gelen başvurularda farklı gerekçelerle kabul edilemezlik kararları verdiğinin, yukarıdaki örneklerle ortaya konduğu dikkate alınırsa her bir başvurunun farklı gerekçelerle kabul edilemez bulunacağını ön görmek mümkündür.

Görülebileceği üzere başvuru yollarında yani savcılık, mahkeme aşamalarında LGB-Tİ+’lara dönük nefret söylemi ile ilgili cezazırlık kültürü AYM’yi de etkisi altına almakta, belki de politik atmosferin de etkisi ile kendisiyle çelişmek pahasına kabul edilemezlik veya ihlal yokluğu kararları üretilmektedir.

AYM’nin yukarıdaki ihlal olmadığına ilişkin kararları nefret söylemi konu-sunda Mahkemenin, İHAM’dan ayrı bir hat çizme motivasyonunu göstermektedir. Örne-ğin İHAM, ulusal makamların takdir yetkilerine veya kendi yetkisinin ikincilliğine gönderme yaparken, ulusal hâkimin ulusal kanun ve uygulamayı daha iyi bildiğine dikkat çekmektedir. Pekâlâ Strasbourg Mahkemesinde çalışıp internet erişimi olan bir hakimden, Anayasa Mahkemesini ayıran en önemli fark; AYM hakiminin

ülkenin iklimi konusunda da, yargısal kültür konusunda da, Türkçede kullanılan bir ifadenin bağlamının ne olduğu konusunda da ve bir kelimenin geldiği anlamlar konusunda da İHAM hakiminden daha elverişli bir koşulda olmasıdır. Bu anlamda AYM hakiminin TDK sözlüğüne değil; sapkın kelimesinin hangi bağlamda kullanıldığına dair objektif gözlem yapma yeteneği ve kararlılığına ihtiyaç vardır. İHAM'ın kararlarında ECRI'nin veya konusuna göre Venedik Komisyonunun raporlarına atıf yapması aslında mevzunun yalnızca objektif değil ülkesel uygulama açısından subjektif yönlerinin de dikkate alındığını gözler önüne sermektedir.

İfade özgürlüğüne ceza hukuku mekanizmaları kullanılarak müdahale edilmesi elbette son çare olarak görülmelidir. Bu anlamda nefret söyleminin şiddeti doğurma veya teşvik etme ihtimalinin araştırılması ihtiyacı, anlaşılabilir bir ihtiyaçtır. Bununla birlikte AYM bu incelemeyi yaparken; söylemin hangi koşullarda, hangi maksatla, kim tarafından, kimlerin etkilenip harekete geçme ihtimali bulunduğunu değerlendirecek yapmalıdır. Değerlendirmeyi yaparken de Avrupa Konseyi bölgesinde bulunan Türkiye'li LGBTİ+'lar açısından haklara erişimin dip seviyesinde olduğunu; Türkiye'nin LGBTİ+'ların haklara erişimine ilişkin göstergeler bakımından Malta (%94), Belçika (%74), Portekiz (%68) seviyesinde değil; Azerbaycan'dan (%2) sonra %4'lük skoruyla Konseyin en geri kalmış ülkesi olduğu hakikatini gözden kaçırması gerekir. Başka bir ifade ile salt "sapkın" sözünün sarf edilmesi yönünden bile sözün Türkiye'deki etkisinin Belçika'daki etkisinden farklı olabileceğini göz önünde bulundurması gerekir.⁹⁰

Sonuç

LGBTİ+ hakları bakımından AYM'nin, olumsuz yönü ağır basan gel git hali yeni örneklerle çoğaldıkça, hukukçular açısından bu tip başvurular bakımından Anayasa Mahkemesinin etkili bir iç hukuk yolu olup olmadığı tartışması bir zorunluluğa dönüşebilir. Bu gel git hali birebir aynı konuda bile farklı karar verme örneğinden açıkça görülmektedir.

AYM'nin kamu makamlarının benzer tasarruflarına karşı yapılan bireysel başvurularda farklı standartlar uygulayarak kabul edilmezlik kararı verebildiği gözlemlenmektedir. AYM yakın tarihli bir kararında⁹¹ (İsmail Sarıkabadayı ve diğerleri, B. No: 2016/23696) il genelinde ilan edilen basın açıklaması yasağı nedeniyle basın açıklaması yapamayan başvuruçular yönünden yürütmeyi durdurma aşamalarının

⁹⁰ <https://www.ilga-europe.org/rainboweurope/2021>

⁹¹ <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2016/23696?BasvuruNoYil=2016&Basvu-ruNoSayi=23696>

tüketilmesini, başvuru yolunun tüketilmesi kriteri yönünden yeterli görmüş; ilk derece mahkemesinin nihai kararını incelemeye dahi gerek görmeden ihlal kararı vermiştir.

Buna karşın basın açıklaması dahil her türlü etkinliği süresiz ve genel olarak yasaklayan valilik kararına karşı yürütmeyi durdurma aşaması tamamlandıktan sonra yapılan bireysel başvuruda⁹² bu defa derece mahkemesinin yasaklama kararını iptal ettiğinden bahisle kabul edilmezlik kararı vermiştir. (Kaos Gey ve Lezbiyen Kültürel Araştırmalar ve Dayanışma Derneği (2), B. No: 2018/10351, 7/9/2021) İHAM başvurularında bu farklı standartların altının net olarak çizilmesi, ayrımcılık yasağı bakımından verdiği ihlal kararı sayısı oldukça düşük olan AYM'nin bu konudaki eğiliminin İHAM düzeyinde tartışılmasını da sağlayacaktır.

Gene de ihlal kararı elde etme ve bunu iç hukuka yansıtma için geçen süreler göz önüne alındığında hukukçular AYM'yi eleştirmeli ancak onun gerçekten eleştirilen haliyle dahi olsa İHAM standardında kararlar üretecek bir mahkemeye dönüşmesi için de çabalamalıdır.

Türkiyeli başvuru gerçek kişiler ve onların temsilcileri olan avukatlar açısından nefret söylemi konulu bireysel başvurularda ülke raporlarından olabildiğince çok faydalanılmalıdır. Bu anlamda güncel olmasa dahi ECRI raporları; gözlem ve araştırma yapan yerel ve uluslararası insan hakları kuruluşlarının raporları, spesifik olarak nefret söylemi üzerine bulgulara yer veren tematik raporların bireysel başvurularda dayanak olarak kullanılması; özellikle İHAM aşamasında yapılacak tartışmalar açısından önem kazanmaktadır.

Tazminat yolu ile giderimin caydırıcı bir etkisinin olmadığı, Kaos GL tarafından elde edilen tazminat kararlarına rağmen⁹³ Kaos GL'yi hedefleyen nefret yayınlarının azalmak bir yana artarak devam etmesinden anlaşılmaktadır.⁹⁴ Gene de pilot nitelikli tazminat davaları açıp, elde edilen tazminat kararlarının takip eden süreçteki nefret söylemi yoğunluğunu azaltmadığını AYM'ye taşıyan bireysel başvurular yoluyla göstermek; AYM'nin işaret ettiği hukuk yolu ile giderim mekanizmasının etkisizliğini ve ceza hukuku mekanizmasının hangi ihtiyaca tekabül ettiğini AYM'ye

⁹² <https://www.ilga-europe.org/rainboweurope/2021>

⁹³ <https://bianet.org/kurdi/toplumsal-cinsiyet/135312-yeni-akit-kaos-gl-ye-tazminat-odeye-cek>

⁹⁴ <https://kaosgl.org/haber/akit-haber-inin-harci-hakaret-hedef-gosterme-ayrim-ci-dil-ve-nefret-soylemi>

tartıştırmak için benimsenebilir. Ancak bu durumda dahi nefret söylemine karşı ceza hukuku mekanizmalarını işletmenin İHAS açısından bir gereklilik, yer yer zorunluluk olduğu gözden kaçırılmamalı; tazminat davası açmanın da şikâyet haklarının kullanılması önünde bir engel olmadığı unutulmamalıdır.

* Bu yazı, Avrupa Birliği'nin desteklediği Eşit Haklar için Savunuculuğu Güçlendirme Projesi kapsamında hazırlanmıştır. Bu durum, yazının içeriğinin AB'nin resmi görüşünü yansıttığı anlamına gelmemektedir.

**Anayasa Mahkemesi'nin LGBTİ+
Haklarına Yönelik Yaklaşımı ve
Temel Sorunlara Öneriler**



Av. Işıl Nur Kurnaz

Anayasa Mahkemesi'nin LGBTİ+ Haklarına Yönelik Yaklaşımı ve Temel Sorunlara Öneriler⁹⁵

Av. Işıl Nur Kurnaz

LGBTİ+ Haklarıyla İlgili Anayasa Mahkemesi İçtihadı⁹⁶

Kanadalı yönetmen Xavier Dolan'ın 2012 tarihli filmi Laurence Anyways'te, kendisine ait olmayan bir beden içinde yaşayan Laurence adında bir edebiyat öğretmeninin, en sonunda cinsiyet uyum ameliyatı olmaya ve trans oluşunu kamusal anlamda görünür olarak yaşamaya karar verme süreci anlatılır. Filmde Laurence, ailesi ve toplumla çatışma hâlindeyken, trans olup bunu gizlemek zorunda kalmayı, “30 yıldır suyun altında nefesini tutmaya” benzeter.⁹⁷ Hayatları boyunca nefeslerini suyun altına tutmaya çalışan translar, en sonunda görünürlük mücadelesiyle beraber yasal ve hukuki anlamda var olmaya başlamışlar, bebek adımlarıyla da olsa taleplerini kamusal anlamda seslendirebilmenin yollarını ve kanallarını açmaya çalışmışlardır. Bu bağlamda anayasa yargısının, temel hak ve özgürlükleri geliştirme yoluyla kullanılabilir olması, onu dinamik ve geliştirici bir içtihadın da parçası haline getirebilecektir.

Anayasa Mahkemesi'nin kurulduğu 1962 yılından 1986 yılına kadar geçen yarım asırlık sürede, LGBTİ+ haklarıyla temas eden herhangi bir kararı yoktur. 1986'dan sonra ise peyderpey artan sayıda içtihat, kimi zaman ileri gidiş, kimi zaman geri dönüşlerle örülmüştür. Bu bağlamda bu bölümde incelenecek kararlar, norm denetimi ve bireysel başvuru kararlarından seçilmiş, tarihsel bağlamın ve seyrin, ilerleme anlamında doğrusal bir takibini yapabilmek için yıl bazlı olarak norm denetimi ve bireysel başvuru kararları olarak ayrı ayrı ifade edilerek, geçmişten ileriye doğru anlatılmaya çalışılmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin LGBTİ+ hakları ile ilgili olarak vermiş olduğu son karar 27 Ocak 2021 tarihli T.K. başvurusudur.⁹⁸ Bu başvuru da açıkça göstermektedir ki LGBTİ+ların hak ihlalleri, Anayasa Mahkemesi tarafından ayrımcılık yasağı bağlamında oldukça eksik bir incelemeye tabi tutulmaktadır.⁹⁹

⁹⁵ Işıl Kurnaz, LL.M. Lund Üniversitesi Uluslararası İnsan Hakları Hukuku, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku ABD Araştırma Görevlisi ve Ph.D. Cand, İletişim: <http://www.hukuk.bilkent.edu.tr/index.php?page=kisi&id=37>

⁹⁶ Bu bölümde incelenen kararların bir kısmı bu makalede incelenmiştir ancak kararlar gün-cellenerek bu raporda yer almıştır: Işıl Kurnaz, LGBTİ(+) Haklarının Korunmasında Anayasa Yargısı ve Stratejik İnsan Hakları Davaları: Türkiye Örneği. Türkiye Barolar Birliği Dergisi (148), 9-46, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2020-148-1911>.

⁹⁷ Laurence Anyways, Yönetmen: Xavier Dolan, 2012, Fransa, <https://www.imdb.com/title/tt1650048/> (Son erişim tarihi: 02.03.2020).

1. 1986 tarihli, 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu'nun

5. maddesine karşı açılan iptal davasına ilişkin soyut norm denetimi kararı:¹⁰⁰

İlgili hüküm uyarınca, genel ahlak ve edep kurallarına aykırı olarak utanç ve-rici ve toplum düzeni bakımından tasvip edilmeyen tavır ve davranışta bulunanların parmak izlerinin alınması öngörülmüştür. Anayasa Mahkemesi, ilgili kuralı iptal etmiştir. Bunun sebebi, kuralın kişi özgürlüğünü, polisin öznal ve keyfi değerlendirmelerine göre kısıtlaması ve genel ahlak ve edep kuralları referansı ile içeriği belirsiz bir düzenleme öngörmesidir. Bu açıdan anayasa-ya aykırı bulunmuştur. Ancak kararın gerekçesinde Mahkeme, hükmün belir-sizliği ve keyfiliğini değerlendirirken, hükümden çıkarılacak anlamın doğru-dan eşcinselleri ve “kendini başkalarının zevkine terk edenleri” kapsadığının açıkça ifade edilmemesi olduğunu söylemiştir: “559 sayılı Yasa’nın 5. Maddesine (F) bendi olarak eklenmiş bulunan bu kuralla ne gibi bir toplumsal faydanın amaçlandığı ve kimleri kapsadığı yönü açık değildir. Bent hükmü-nün getiriliş nedeni yasa tasarısına ilişkin gerekçede: 2559 sayılı Kanun’un (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 belirtildi-ği 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”.

Dolayısıyla bu iptal kararından, olumlu bir insan hakları yaklaşımı çıkarmayacağımızı, hükmün iptal edilmiş olmasının temel hak ve özgürlükler lehine ileri atılmış bir adım olduğunu söyleyemeyeceğimizi belirtmek gerekir. Bu durumda açıkça görü-lüyor ki temel hak ve özgürlüklere ilişkin yorumun yapılabilmesi, salt formalist bir anlayışla mahkemelerin insan haklarına aykırı hükümleri iptal etmeleri sonucunda yapılamayacaktır. Zira bu kararın gerek-çesinden ve satır aralarından, Mahkeme’nin LGBTİ+’lara yaklaşımının sakıncalarını okumak mümkündür. Eğer hüküm, ayırım-cılığı belirli bir grubu hedef alarak meşrulaştırıyor olsaydı, Mahkeme hükmü iptal etmeyecekti. Anayasa Mahkemesi’nin gerekçesindeki bu yaklaşım, yasama orga-nına, bu yönde bir hüküm çıkarılabileceği konusunda da telkin vermesi sebebiyle eleştiriye açıktır.

98 T.K. Başvurusu (Başvuru Numarası: 2018/34343) Karar Tarihi: 27/1/2021.

99 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadı bu açıdan oldukça önemlidir. AİHM, cinsel yöneli-me ilişkin davaların karar özetlerinin yer aldığı belgesini 2021 Şubat ayında güncellemiştir. https://www.echr.coe.int/documents/fs_sexual_orientation_eng.pdf

100 Esas Sayısı: 1985/8; Karar Sayısı: 1986/27; Karar Tarihi: 26.11.1986; R.G. Tarih-Sa-yı:14.08.1987-19544.

Umberto Eco, kutsiyet atfedilen değerlerin yorumlanma sürecini incelerken, bir metnin belirli bir kültür açısından kutsal hâle gelir gelmez, kuşkulu bir okuma sürecine ve bunun sonucu olarak da hiç kuşkusuz aşırı bir yoruma tabi tutulacağını söyler.¹⁰¹ Burada da kutsiyet atfedilen değerler, yasa koyucu ve yargı organınca yorumu tabi tutulduğunda, aşırı bir yorum faaliyeti devreye girerek temel hak ve özgürlüklere ilişkin alan kapatılmış olur. “Genel ahlak ve edep kurallarına aykırı olarak utanç verici ve toplum düzeni bakımından tasvip edilmeyen tavır ve davranışta bulunanların parmak izlerinin alınması” konusunda, genel ahlak ve edep kurallarına atfedilen kutsallık, belli bir grubun vatandaşlık haklarından diğerleri aleyhine mahrum bırakılmasına ve eşit olmayan bir muameleye tabi tutulmasına yol açar.

Anayasa Mahkemesi’ne göre de “eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, bazen yan yana ve bazen de aynı şeyi ifade etmek üzere kullanılabilen kavramlardır. Günümüzde eşitlik ilkesi insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerin ayrılmaz parçasıdır. Başka bir deyişle eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, uluslararası hukukun en üstünde yer alan temel hukuk normu olarak kabul edilmektedir. Bu itibarla eşitlik ilkesi, hem başlı başına bir hak hem de diğer insan hak ve özgürlüklerinden yararlanılmasına hâkim, temel bir ilke olarak kabul edilmelidir”.¹⁰² Ayrımcılık, isteyerek veya istemeyerek, icrai ya da ihmali biçimde, bir hukuk sisteminde eşit durumda olduğu kabul edilen kişilere, bir hak veya yükümlülükle ilgili olarak, aralarında geçerli bir neden olmaksızın eşit davranılmaması olarak tanımlanabilir.¹⁰³ Ancak bugün hukuk sisteminde eşit durumda olmadığı düşünülen kişiler arasında, bir hak ve yükümlülükle ilgili olarak geçerli bir neden olmaksızın eşit davranılmasının da dolaylı olarak ayrımcılık oluşturabileceği de kabul edilmektedir. Yani herkes farklı ve herkes eşittir ancak farklı durumda olanlara aynı muamelenin yapılması, eşitlik ilkesi ile değil dolaylı ayrımcılık durumu ile açıklanabilir. Dolayısıyla bu karar, aslında gerekçesiyle dolaylı bir ayrımcılığın yapılabilmesini mümkün kılmakta, yasa koyucuya bu ayrımcılığın yapılabilmesi için imkân ve neden yaratmaktadır. Vatandaşlar arasında, hiçbir somut nedene dayanmadan yapılan bu ayırım şüphesiz ki Anayasa’nın eşitlik ilkesine aykırı nitelik taşır. Ayrıca parmak izi gibi kişisel veri olduğu Anayasa Mahkemesi’nce de karara bağlanmış bir konuda¹⁰⁴, bu türden bir ayırımla kişisel veriyi depolamak, özel yaşamın gizliliğini ihlal etmek demektir.¹⁰⁵

¹⁰¹ Umberto Eco, Yorum ve Aşırı Yorum, Ayrintı Yayınları, 3. Basım, Ekim 2019, s.58.

¹⁰² Tuğba Arslan Kararı, Başvuru No: 2014/256 para. 107. Karar tarihi: 25.06.2014. (Son erişim tarihi: 02.05.2020)

¹⁰³ Ulaş Karan, “Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi”, Anayasa Yargısı, Sayı: 32, 2015, s. 237-238.

2. Aydın 3. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 5237 sayılı TCK'nın 226. maddesinin 4. fıkrasının "doğal olmayan yoldan" ibaresinin, Anayasa'nın 12, 17, 20 ve 40. maddelerine aykırılığına ilişkin somut norm denetimi başvurusu: ¹⁰⁶

TCK md. 226/ [4], "Şiddet kullanılarak, hayvanlarla, ölmüş insan bedeni üzerinde veya doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlara ilişkin yazı, ses veya görüntüleri içeren ürünleri üreten, ülkeye sokan, satışa arz eden, satan, nakleden, depolayan, başkalarının kullanımına sunan veya bulunduran kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır" hükmünü içerir. Mahkeme, gerekçesinde, "Diğer yandan 'doğal olmayan yol' ibaresinin kişiden kişiye veya toplumdan topluma farklılık gösterebileceği düşünülebilir ise de kanun metni bir bütün olarak değerlendirildiğinde ve korunmak istenen hukuki yarar da göz önüne alındığında söz konusu davranışların şiddet kullanarak, hayvanlarla veya ölü insan bedeni üzerinde cinsel davranışlar gibi tüm demokratik toplum düzenlerinde doğal yol olarak kabul edilmesi mümkün olmayan, demokratik toplumun ahlaki standartları üzerinde olumsuz etkisi bulunan hatta bizzatıhi kendisinin suç olarak kabul edildiği düzeye ulaşmış cinsel davranışları ifade ettiği anlaşılmaktadır. 'Doğal olmayan yol' kavramının bu çerçevede doktrin, uygulama ve yargı kararlarında belirlenerek anlam ve içerik kazanacağına şüphe yoktur. Dolayısıyla itiraz konusu kuralın 'belirlilik' ve 'kanunilik' ilkelerine aykırı yönü bulunmamaktadır" demiştir.

Mahkeme'ye göre, doğal olmayan yol kavramı, uygulamada eşcinselleri kapsamayacak şekilde yorumlanacak ve içerik kazanacaktır. Dolayısıyla belirlilik ve kanunilik ilkelerine aykırılık yoktur. Mahkeme'nin bu kararında ahlaki bir referans ile kendisi suç teşkil etmeyen cinsel faaliyetler de belli ahlak standardına aykırı olarak depolanırsa suç sayılmaktadır. ¹⁰⁷ Gerçekten de karşı oy yazan Serdar Özgüldür ve Serruh Kaleli, ilgili hükme ilişkin Yargıtay'ın yorumunu ifade ederken şu risklere değin-

¹⁰⁴ Parmak izini kişisel veri olarak koruyan Mahkeme içtihadı için: E. 2013/122, K. 2014/74, 9.4.2014; E. 2014/149, K. 2014/151, 2.10.2014; E. 2013/84, K. 2014/183, 4.12.2014; E. 2014/74, K. 2014/201, 25.12.2014; E. 2014/180, K. 2015/30, 19.3.2015; E. 2015/32, K. 2015/102, 12.11.2015.

¹⁰⁵ Parmak izini özel yaşamın gizliliği bağlamında koruyan AİHM içtihadı için: Peck/Birleşik Krallık, B. No: 44647/98, 28.01.2003; Sciacca/İtalya, B. No: 50774/99, 11.01.2005; S. ve Marper/Birleşik Krallık (Büyük Daire), B. No: 30562/04, 30566/04, 04.12.2008; Alkaya/Türkiye, B. No: 42811/06, 09.10.2012; K.U./Finlandiya, B. No: 2872/02, 02.12.2008.

¹⁰⁶ E.N. 2014/118; K.N. 2015/35, K.T., 1.4.2015, RG: 18.4.2015-29330.

¹⁰⁷ Tolga Şirin, Homofobinin Anayasal Üretimi: Anayasa Mahkemesi ve Eş Cinsellik Kararları, Anayasa Hukuku Dergisi, cilt 7, sayı 14, 2018, s.513-562.

mişlerdir: “Öte yandan, ‘doğal olmayan yoldan’ ibaresinin bizzatı kendisi dahi tam anlamıyla belirsizlik yaratmaktadır. Nitekim dosyanın incelenmesinde, özellikle öğretilerde yer alan aksi yöndeki görüşlere ve bizzat yasanın hazırlanmasında görev yapan ceza hukukçusu bir bilim adamının uygulamanın yanlış istikamette seyrettiğine dair beyanlarına karşın, Yargıtay içtihatlarında, karşılıklı rızaya dayalı olsa bile, ‘anal, oral, grup seks, lezbiyen, eşcinsel ilişki, enest ilişkisi’ ihtiva eden ürünlerin 226. Maddede belirtilen şekillerde bulunması halinde, ‘doğal olmayan yoldan’ yapılan cinsel davranışın varlığı kabul edilerek hüküm kurulduğu anlaşılmaktadır. ‘Enest’ hariç, cebir, şiddet içermeyen ve rızaya dayalı bu hallerin, gerçekte ‘özel hayatın gizliliği’ koruması altında olduğu ve bunun bir özgürlük sorunu teşkil ettiği hususu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin yerleşik kararları ile ortaya koyulmuştur. Tüm bu vakialara rağmen, uygulamanın farklı bir istikamette seyretmesi, kuralın her türlü yoruma açık olduğunu, diğer bir deyişle ‘belirli olmadığını’ açıkça ortaya koyucu mahiyettedir. Oysa ‘belirlilik ilkesi’ hukuk devleti olmanın en önemli göstergelerinden biri olup, ‘hukuki güvenlik’ ilkesi ile de doğrudan bağlantılı bir ilkedir. Bu bakımdan, iptal istemine konu kuralın hukuk devletine aykırılığı açıktır. Yine, yukarıda işaret edildiği üzere, mevcut hâliyle kuralın Anayasa’nın 20. maddesiyle koruma altına alınan ‘özel hayatın gizliliği’ ilkesini de ihlâl ettiği izahıtan varestedir.”

Dolayısıyla bu kararla da LGBTİ+’lar bir tür keyfiliğe terk edilmekte ve içeriği belirsiz bir normun uygulayıcılar elindeki insafına ve lütfuna bırakılmaktadırlar. Zira Mahkeme’nin doğal olmayan yoldan cinsel ilişki ifadesiyle, hukuken hangi belirli ve öngörülebilir durumu kastettiği belirli değildir. Bu ifadenin uygulamaya bırakılması, belli bir grubun uygulamanın ve yargı organlarının takdirine terk edilmesi demektir. Halbuki yukarıda görüldüğü üzere uygulama farklı istikamette seyretmiş ve uygulamacıların ahlaki değer yargıları, doğal olmayan yoldan cinsel ilişki kavramının içini doldurmuştur. Ahlaki değer yargılarının, hükme ne dereceye kadar esas alınabileceği konusundaki eserinde Thoreson, Dudgeon davasının kazanımlarından bahsetmişti. Yukarıda değindiğimiz üzere AİHM’in bu içtihadı ile, insan hakları normları, toplumsal ahlaki değer yargıları nezdinde ikinci plana düşürüldüğünde, insan hakları hukukunun esas alınması gerekir. Nitekim Anayasa’nın 90. Maddesinin 5. fıkrasının son cümlesini dikkate aldığımızda, Devlet’in ayrımcılığı önlemedeki pozitif yükümlülüğü, insan hakları normlarının esas alınacağına ilişkin normatif kural ile birleşir. Bu durumda herhangi bir cinsel ilişki biçiminin doğal ya da doğal olmayan şeklinde tasnif edilmesinin hukuken imkânsız olduğunu görebiliriz. Eşitlik gibi anayasal normlar ile tanımlanan bir sistemde, normlar arasında bağlantılar kurmak şarttır.¹⁰⁸ Bu durumda, hukuk sisteminin bütünü göz önüne alındığında, bu türden

bir karar ile eşitlik ilkesinin yine diğer anayasal normlarla bağlantısı kurulmadan keyfi bir şekilde ihlal edilmesinin yolunun açıldığı ortadadır.

3. Gayri Tabii Mukarenet Kararı:¹⁰⁹

Askeri Yargıtay'ın 1. Dairesi, 22.5.1930 tarihli ve 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 22.3.2000 tarihli ve 4551 sayılı Kanun'un 31. maddesiyle değiştirilen 153. maddesinin ikinci fıkrasının Anayasa'nın 2., 10. ve 20. maddelerine aykırılığını ileri sürerek, normun Anayasa Mahkemesince iptaline karar verilmesini talep etmiştir. İlgili hüküm şudur:

“Bir kimseyle gayri tabii mukarenette bulunan yahut bu fiili kendisine rızasıyla yaptıran asker kişiler hakkında, fiilleri başka bir suç oluştursa bile, ayrıca Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma cezası, erbaşlar için rütbenin geri alınması cezası verilir”.

Anayasa Mahkemesi, itiraz konusu kuralla askerlerin gayri tabii mukarenette bulunmaları halinde karşılaşacakları cezai yaptırımın özel hayata saygı isteme hakkına müdahale olduğunu kabul etse de bu müdahalenin askeri disiplini korumak ve sürdürmek amacını haiz olduğunu vurgulamış ve askerlik hizmetinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak gibi meşru gayelerle yapıldığını ifade etmiştir. Ayrıca kararda Mahkeme, “söz konusu davranışlar tüm toplum düzenlerinde doğal olarak kabul edilmesi mümkün olmayan, toplumun ahlaki standartları üzerinde olumsuz etkisi bulunan cinsel davranışlardır” diyerek açıkladığı gayri tabii mukarenet fiiline öngörülen cezayı, genel ahlak ve toplumsal ahlaki standartları referans alarak iptal istemini reddetmiştir. Buradaki önemli tartışmalardan biri, aynı fiilden iki kez yaralama olmayacağını garanti altına alan ne bis in idem ilkesidir. Zira asker kişilerin gayri tabii mukarenette bulunmalarından dolayı 6463 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu gereğince disiplin soruşturması ve 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu gereğince de cezai soruşturma öngörülmektedir. Ancak Mahkeme'ye göre kanun önünde eşitlik ilkesi öngören Anayasa'nın 10. maddesi, eylemli değil hukuksal bir eşitlikten bahsetmektedir ve kimi kişi ya da topluluklar için değişik kural ve uygulamaların ortaya çıkması zorunlu olabilir. Bu bağlamda TSK'nın görev ve askerlik hizmetinin de özellikleri gereği, hüküm anayasaya aykırı bulunmamıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin bu kısıtlayıcı yorumu ışığında, AİHM içtihatları ve uluslararası hukukun öngördüğü ayrımcılık yapmama yükümlülüğünün iç hukuka gereği gibi yansıtılmadığı ifade edilebilir. Engin Yıldırım'ın karşı oyunda belirttiği şu husus önemlidir:

“İnsanlar insan oldukları için değerlidir ve insan haysiyeti doğuştan kazanılan, insanın sırf insan olduğu için vazgeçilmez ve başkasına devredilemez haklara sahip değerli ve saygıyı hak eden bir varlık olduğunu ifade etmektedir. Her insan sadece insan olmaktan kaynaklanan bir değere, erdeme ve saygıya sahiptir. Dokunulmaz bir niteliği olan insan haysiyeti herkesin konumu ve doğuştan gelen değişmez ve değişebilir özellikleri ne olursa olsun eşit olarak sahip olduğu ve devletçe korunması ve saygı gösterilmesi gereken hayati bir insani değerdir. İnsanın öz saygı gereğince kendini gerçekleştirme, geliştirme ve kendi kaderini tayin etme imkân ve fırsatlarına sahip olması insan haysiyetinin önemli bir parçasını oluşturmaktadır. İtiraz konusu kural askerlik mesleğinin onurunu korumak adına farklı cinsel yönelimleri olan asker kişilerin insan haysiyetini göz ardı etmektedir. Bu bağlamda cinsel yönelim insan haysiyetiyle yakından bağlantılıdır. Diğer asker kişiler ve toplumun genelinden farklı cinsel yönelime sahip olan asker kişilerin cinsel yönelimleri kişiliklerinin değişmez bir parçasını ve kökleşmiş bir yönünü temsil etmektedir. Bu kişiler farklı cinsel yönelimlerinden dolayı diğer insanlardan daha mı az değerlidir, haysiyet sahibidir? LGBTİ+ insanlar ne yaptıkları için değil ne oldukları 86 veya ne olarak algılandıkları için kuraldaki gibi ayrımcı muamelelerle karşılaşmakta, tabir caizse, ‘makbul’ vatandaş olarak görülmemektedir”.

Burada, askerlik hizmetinin ne tür cinsel davranışı kabul edip hangi tür cinsel davranışı yasakladığı, cinsel davranışının kişinin askerlik hizmetiyle ne derece bir ilgisi olduğu da açıklanmamış, bu konu boşlukta bırakılmıştır. Ayrıca, askerlik hizmeti gereği belli başlı cinsel davranışların yaptırma tabi tutulabileceği kendiliğinden per se kabul edilirse, diğer devlet hizmetleriyle askerlik hizmetleri arasında cinsel davranış temelli ne tür bir ayırım yapılacağı sorusu da gündeme gelir. Bu hüküm, askerlik ile cinsel yönelim arasında keyfi bir korelasyon kurmakta, bu keyfililiğin sonucu ise asker kişileri, suç teşkil etmeyen bir fiilden ötürü yaptırma uğratmak olarak karşımıza çıkmaktadır. Cinsel davranış konusunda bir normatif alan varmış gibi, cinsel davranışları makbul ve makbul olmayan şeklinde ayırma tabi tutan bir içtihat, laik hukuk yorumuyla bağdaşmamaktadır. Umberto Eco’nun Yorum ve Aşırı Yorum dikotomisine yeniden dönersek, “laik kutsal metinlerin” yorumu şeklinde bir oksimoronla¹¹⁰

108 Ann Scales, *Hukuki Feminizm: Aktivizm, Savunma ve Hukuk Kuramı*, Çev. Ceren Akçabay, Dost Kitabevi Yayınları, Kasım 2019, s.140.

109 E.N. 2015/68; K.N. 2017/166; K.T.29.11.2017, RG: 20.02.2018-30338.

110 Karşıt anlamı ya da karşıt çağrışimli sözcüklerin bir arada kullanılması.

karşılaşmış oluruz. Laik bir hukuk sisteminde, cinsel davranışların arasında kutsiyet ayrımları yaparak, bu davranışta bulunan bireyleri farklı muameleye tabi tutmak, sistemin bütünü için tehlike arz eden bir aşırı yorum örneği olacaktır. Hukuk sisteminin temellerinde olan eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, normun aşırı yorumlanmasıyla kendi kendini imha etme tehlikesiyle karşı karşıyadır.

4. ZA Başvurusu:¹¹¹

Niğde'nin Bor ilçesinde bir ilköğretim okulunda din kültürü ve ahlak bilgisi öğretmenliği yapan ZA hakkında okul hademesine eşcinsel ilişki teklif ettiği, kasabada bazı kişilerle bu şekilde ilişkide bulunduğu yönündeki iddiaya istinaden soruşturma açılmış, MEB Yüksek Disiplin Kurulu Kararı ile görevine son verilmiştir. Zonguldak İdare Mahkemesi'ne iptal davası açan başvurunun davası reddedilmiş, karar kesinleşmiştir. Daha sonra 5525 sayılı Memurlar ile Diğer Kamu Görevlilerinin Bazı Disiplin Cezalarının Affı Hakkındaki Kanun'un yürürlüğe girmesini takiben mesleğine iade edilmesini talep eden başvurunun talebi reddedilmiştir. Ret kararı Danıştay 12. Dairesi'nin kararıyla onanmıştır. Başvurucunun, öğretmenlik mesleğine yeniden atanma, eğer o olmuyorsa da genel idare hizmetleri sınıfında bir görevde çalıştırılması talebine ilişkin bireysel başvurusunda Anayasa Mahkemesi, özel hayatın gizliliği yönünden inceleme yapmış ve şu sonuca ulaşmıştır:

“Bu itibarla somut olayda cinsel yönelimi dikkate alınarak başvuru hakkında işlem tesis edildiğini söylemek mümkün görünmemektedir. Diğer bir ifadeyle bireysel başvuruya konu idari işlemden başvurunun yeniden öğretmenliğe atanma talebinin cinsel yönelimi nedeniyle değil soruşturmaya konu fiilleri nedeniyle reddedildiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle başvurucuya farklı bir muamelede bulunulmadığı sonucuna varılmıştır”.

Anayasa Mahkemesi'nin değerlendirmelerindeki başvurunun görev yaptığı okuldaki davranışlarına odaklanıldığı savıyla ayrımcılık yasağının ihlal edilmediği sonucu bu açıdan oldukça şüphelidir. Zira başvurunun okul hademesine eşcinsel ilişki teklif ettiği, hademenin iddiasından öteye gitmemiş; başvuru ZA sadece kasabada bazı kişilerle cinsel ilişkide bulunduğunu kabul etmiştir. Bu noktada karşımıza çıkacak soru, eğer ZA heteroseksüel bir erkek olsaydı ve kasabadaki kadınlarla heteroseksüel birliktelikler yaşasaydı, bu durum onun öğretmenlik mesleğinden çıkarılması sonucunu doğuracak mıydı? Bu noktadaki cevabın özel hayatın gizliliği hakkının koruması kapsamında olduğu düşünüldüğünde, Anayasa Mahkemesi gerekçesindeki, başvurunun durumu ile çocukların sağlıklı yetiştirilmeleri

arasındaki toplumsal menfaat argümanı geçerliliğini yitirecekti. Bu durumda Engin Yıldırım'ın da karşı oyunda ifade ettiği gibi, idarenin başvurusunun talebini reddederken kullandığı “iffetsizlik/huzur bozuculuk argümanları” başvurusunun cinsel yöneliminden ötürü ayrımcılığa uğradığı sonucunu kanıtlamaktadır. Özkan Ağaşa göre “cinsel davranışları boyunduruk altına sokmak, yasanın belki de en eski takıntılarından biridir. Fakat yüzyıllar boyunca yasanın hedeflediği şey, hakiki bir cinsiyet talebinde bulunmak değil, belirli cinsel davranışları, evlilik ilişkilerini merkeze alarak yasaklamaktır. (Eş)cinselliği, bir hakikat ve bir müdahale alanı olarak inşa eden şey, yasadan çok norm olmuştur: Yasanın cezalandırdığı şey belirli bir cinsel ilişki türüydü, oysa normun patolojik ilan ettiği şey bir tür olarak eşcinselliktir.”¹¹²

Burada da yasa değil, ama yasa koyucunun elindeki norm ile uygulayıcılar yani yorumcular eliyle eşcinsellik, kriminalizasyonun öznesi hâline gelmiş, yani belirli bir cinsel davranışın bizatihi kendisi bir cezalandırılacak pratik olmuştur. Eşcinselliğin yasaklanabilecek bir cinsel yönelim olmadığını bir kenara bıraksak bile, böyle bir kriminalizasyonun normatif olarak var olmadığı sistemde, uygulayıcılar eliyle yaratılan bu pasif cezalandırma, sistemin bütününe işleyerek, hukuk düzenini kendi ilkelerine yabancılaştırmaktadır.

5. Cemal Duğan Başvurusu:¹¹³

Bu başvuru, kişilerin cinsel yönelimlerinden dolayı ayrımcılığa uğramaması gerektiğinin, özel hayat kavramının kişinin cinsel tercihinin ayrılmaz bir parçası olduğunun, sadece cinsel tercihe dayalı olarak maruz kalınabilecek bir uygulamanın kişinin kimliği üzerinde olumsuz etkiler doğuracağıının adının konduğu ilk karardır.¹¹⁴ Bu sebeple diğer bireysel başvuru kararlarında sıklıkla referans verilen bu başvuru, travesti başvurusunun, yolda yürürken kolluk görevlilerince, rızası hilafına Emniyet Müdürlüğü'ne götürülüp iki/üç saat boyunca hürriyetinden yoksun bırakılarak, hakkında idari para cezası uygulandığına ilişkindir.

¹¹¹ Başvuru Numarası: 2013/ 2928; Karar Tarihi 18.10.2017, RG Tarih ve Sayı: 6/3/2018 – 30352.

¹¹² Özkan Ağaşa, “Hakiki Cinsiyet, Yasanın Boyunduruğu ve Siyasi Öznellik,” Fe Dergi 4, sayı 2, 2012, 31-33.

¹¹³ Başvuru Numarası: 2014/19308, Karar Tarihi: 15.2.2017.

¹¹⁴ Bu karar açıklanırken, “cinsel tercih” ifadesinin kullanılıyor olmasının nedeni, Mahkeme kararında bu ifadenin geçiyor oluşudur. İtaliç olan ifadeler, Mahkeme'nin kullandığı ifadelerdir. Gerçekten de AYM, LGBTİ+ hakları terminolojisine hakim olmadığı için terk edilen ya da üzerinde mutabık olunmayan kavramları, birbirlerinin yerine geçecek şekilde kullanma eğilimi göstermektedir. Bu açıdan üye Engin Yıldırım'ın bu terminolojiye dikkat ettiği ve muhalefet şerhi yazdığı kararlarda bu kavramları insan haklarına uygun şekilde açıkladığı görülmektedir.

Anayasa Mahkemesi, kişiye trafik para cezası kesilmesinden ötürü eşitlik ve özel hayata saygı hakkına yönelik bir müdahalede bulunulmadığını vurgulasa da bir travestinin, trafiğin düzenini bozuyor olduğu kanısıyla neden trafik şube yerine, Ahlak Büro Amirliği'ne götürüldüğünün cevabını vermemiştir. Bu anlamda Engin Yıldırım'ın karşı oyunda dikkat çekilen husus şudur: Engin Yıldırım, aynı eylemi cisgender bir birey gerçekleştirseydi, muhtemelen herhangi bir şubeye götürülmeden sadece idari para cezasının verilerek salıverileceğini vurgulamıştır.¹¹⁵ Bu durumda translar nezdinde ayrımcı muamelenin olduğu ve bu değerlendirmenin yapılmamasının Anayasa Mahkemesi açısından eksiklik olduğu ortadadır. Burada, homofobik ve transfobik bir yorumla söz konusu ayrımcı müdahalenin cinsel kimlik boyutu yok sayılmıştır. Nefret söylemi ve nefret suçuyla mücadelede yanımıza almamız gereken hukuk normları, uygulayıcıların elinde bu söylemlerin yaşayabileceği mekânlar hâline gelmiştir.¹¹⁶

6. Onurhan Solmaz Başvurusu:

Başvuru, İzmir'de yaşayan travesti ve translar¹¹⁷ hakkında bir yerel gazetede çıkan köşe yazısına ilişkindir. Trans başvurusunun, kendisinin ve kendisiyle aynı kimliğe sahip bireylerin aşağılandığı ve halkın kin ve düşmanlığa sevk edildiğini belirterek şikâyetle bulunduğu köşe yazısı hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmiştir. İlgili nefret söylemi ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirildiği için, trans başvuru bireysel başvuruda bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvuruda, başvuru hem adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini hem de Anayasa'da güvence altına alınan eşitlik hakkı ve ayrımcılık yasağının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Anayasa Mahkemesi ise adil yargılanma hakkı açısından başvurusunun, suç işlediğini düşündüğü bir üçüncü kişi hakkında soruşturma açılmasını sağlamak amacıyla suç duyurusunda bulunmuş olduğunu, talebinin üçüncü kişinin cezalandırılmasıyla sınırlı olduğunu ifade etmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre başvuru, üçüncü kişinin fiili nedeniyle medeni haklarına yönelik bir müdahalenin bulunduğunu düşünüyor ve buna ilişkin zararının giderilmesini istiyorsa, hukuk mahkemeleri önünde dava açabilir. Ayrıca başvuru, başvuru dilekçesinde kişilik haklarına yönelik herhangi bir müdahaleden söz etmemektedir. Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı bakımından ise Mahkeme, etkili başvuru ve ayrımcılık yasağının ancak başka bir

¹¹⁵ Yıldırım, karşıoyunda terminolojiyi "heteroseksüel" kavramını kullanmıştır ama burada kas-tedilen cinsiyet kimliği bağlamında cis-gender birinin, bu kabahati işleydi, transtan farklı bir muameleye tabi tutulacağı idi.

¹¹⁶ Ağa, age, s.32.

¹¹⁷ Anayasa Mahkemesi, "transseksüel" kavramını kullanmaktadır

hakla bağlantılı olursa inceleneceğini belirterek kabul edilemezlik kararı vermiştir.¹¹⁸ Buna göre, Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesi ve Sözleşme'nin 14. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağı ile Anayasa'nın 40. ve Sözleşme'nin 13. maddelerinde düzenlenen etkili başvuru hakkının ihlal edildiğine yönelik iddiaların, soyut olarak değerlendirilmesi mümkün olmayıp, mutlaka Anayasa ve Sözleşme kapsamında yer alan diğer temel hak ve özgürlüklerle bağlantılı olarak ele alınması gerekir. Yani ayrımcılık yasağı ve etkili başvuru hakkının ihlal edilip edilmediğinin tartışılabilmesi için ihlal iddiasının, kişinin hangi temel hak ve özgürlüğü konusunda ayrımcılığa maruz kaldığı ve hangi temel hak ve özgürlüğü konusunda etkili başvuru hakkının kısıtlandığı sorularına cevap verebilmesi gerekmektedir.

Hâlbuki bu yorum eleştiriye oldukça açıktır. Somut olayda cinsiyet kimliği temelli bir ayrımcılık söz konusudur ve cinsiyet kimliği açıkça özel hayatın gizliliği kapsamındadır.¹¹⁹ Dolayısıyla somut olaydaki ayrımcılık yasağının ihlalinin açıkça Anayasal bir hak grubuyla ilişkilendirilmesi mümkündür ve hatta Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrası gereği AİHS kararları doğrudan uygulanabilir niteliktedir.¹²⁰ Burada başvuru, AİHS'in 8. maddesiyle de güvence altına alınmış olan ve Anayasa'nın 20. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliği üzerinden bir başvuru yapmamıştır. Eğer ki başvuru özel hayata saygı hakkının ihlalinin de öne sürseydi, AYM'nin farklı bir karar vermek zorunda kalacağı söylenebilir. Ancak başvuru böyle bir ihlal iddiasında bulunmamış olsa dahi karar eleştiriye açıktır; çünkü jura novit curia ilkesi gereği Anayasa Mahkemesi, başvuru tarafından yapılan hukuki nitelikleme ile bağlı değildir. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp, olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder.¹²¹ Dolayısıyla AYM, ihlalin özü ve niteliğini değerlendirip vasıflandırmayı kendi yapabilir ve özel hayata saygı hakkı yönünden bir inceleme gerçekleştirebilirdi.

¹¹⁸ Tolga Şirin bu kararı eleştirmektedir. Ona göre, her fırsatta olayların başvuru tarafından yapılan nitelendirmesiyle bağlı olmadığını ifade eden Anayasa Mahkemesi, söz konusu olayda başvurunun özü itibarıyla Anayasa'nın 17. ve 20. maddeleriyle ilgili olduğu değerlendirmesini yapabileceksen yapmamıştır. Tolga Şirin, Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru, 12 Levha Yayınları, Ekim 2015, "Başvurucunun yanlış nitelendirmesinin düzeltilmediği kararlar" başlığı, s. 80.

¹¹⁹ AİHM, cinsel kimliği özel hayat bağlamında korumaktadır: "Mahkeme, heteroseksüel bir çoğunluğun homoseksüel bir azınlığa karşı güdümlü önyar-gısını oluşturan politika ve kararları onaylamayı ısrarlı şekilde reddetmiştir. (...) Olumsuz tutumlar, geleneğe atıflar ve belli bir ülkedeki genel varsayımların kendisi, ıtlak farklı ırk, köken veya renge yönelik olumsuz tutumlarda olduğu gibi, Mahkeme tarafından farklı mu-amele için yeterli bir haklı görme nedeni sayılmaz. (...) Bavey ve diğerleri v. Rusya, İHAM, 67667/09 44092/12 56717/12, 20/06/2017, § 70.

¹²⁰ Rıza Türmen, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin İç Hukukumuzda Etkileri, Anayasa Yargısı Dergisi, 17. Cilt, 2000, s.32-42.

¹²¹ Tahir Canan, B. No: 2012/969, 18/9/2013.

Ayrıca Anayasa’da adil yargılanma hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ndeki sınırlarla düzenlenmemektedir. Bu açıdan adil yargılanma hakkı Anayasa’da geniş düzenlenmektedir ve AİHS’deki şüpheli/sanık sıfatları ile medeni yargılamadaki taraf sıfatına bağlı değildir. Ancak bireysel başvuruda, Anayasa’ya aykırı olarak en küçük ortak bölen şeklindeki kesişim kümesinin dikkate alınmasından ötürü AYM, incelemeyi Anayasa’dan daha dar olan AİHS’e göre yapmaktadır. Bu ise hem Anayasa Mahkemesi’nin ölçü norm olarak Anayasa’daki geniş düzenlemeyi dikkate alması gerektiği açısından eleştirilebilir hem de bu yaklaşım Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 53. maddesinde öngörülen tanınmış insan haklarının korunması hükmüne aykırıdır. Çünkü buna göre Sözleşme hükümlerinden hiçbirisi, herhangi bir Yüksek Sözleşmeci Taraf’ın yasalarına ve onun taraf olduğu başka bir sözleşme uyarınca tanınmış olabilecek insan hakları ve temel özgürlükleri sınırlayacak veya onları ihlal edecek biçimde yorumlanamaz. Ancak Anayasa Mahkemesi, en küçük ortak bölen şeklindeki kesişim kümesi sebebiyle kendi Anayasasını daraltarak uyguladığında bu maddeyi ihlal etmektedir.

Burada değinilmesi gereken bir başka husus ise nefret söylemi ile cinsiyet kimliği arasındaki ilişkidir. Kararda önemsizleştirildiği gibi etkili başvuru ve ayrımcılık yasağının bu şekilde ihlal edilemeyeceğini söylemek mümkün değildir. AİHM’in Orlandi ve Diğerleri v. İtalya kararında vurguladığı gibi cinsel kimlik özel yaşamın bir parçasıdır.¹²² Somut olayda bir nefret söylemi iddiası vardır ve AİHM’in Vejdeland ve Diğerleri / İsveç¹²³ kararında belirttiği gibi, şiddete çağrı olmasa bile halkın bir bölümüne hakaret eden, alay ya da iftira içeren söylemlerde bulunmak da nefret söylemini oluşturur; bu da köken ya da ırk temelinde yapılan ayrımcılık kadar ciddidir. Bu kararda eşcinsellikle ilgili dağıtılmış bir broşürden ötürü İsveç makamları başvuruçulara okuldan uzaklaştırma ve para cezası vermiştir. AİHM kararında, broşürlerde “eşcinselliğin bir cinsel sapma eğilimi olduğu ve toplum üzerinde ahlaken yıkıcı etkiler doğurduğu” ifadelerine yer verildiğini, ayrıca broşürlerin eşcinselliğin HIV ve AIDS’in yerleşmesine yol açtığı ve pedofilin öneminin azaltıldığına işaret ettiğini söyler. AİHM’e göre bu ifadeler, nefrete dayalı eylemlere teşvik etmese bile çok ciddi ve ön yargılı ifadelerdir. Nefrete teşvik için mutlaka şiddet kullanmaya çağrı gerekmez; belirli bir gruba hakaret, alay ya da iftira eden söylemler de nefret söylemidir. AİHM, İsveç Yüksek Mahkemesi’nin insanların ifade özgürlüğü hakkını kullanırken başkalarını gereksiz yere incitici ifadelerden kaçınmaları gerektiği

¹²² Orlandi ve Diğerleri v. İtalya, Başvuru no. 26431/12.

¹²³ Vejdeland ve Diğerleri v. İsveç, Başvuru no. 1813/07.

yolundaki görüşünü paylaşmış ve başvuruçuların ifade özgürlüklerinin ihlal edildiği şikâyetini reddetmiştir.

Türk Ceza Kanunu md. 122 bağlamında nefret söylemi ile değerlendirilebilecek ve özel hayata ilişkin ayrımcılık yasağının ihlali sonucunu doğurabilecek bir olayda Mahkeme, homofobinin pratik uygulamalar eliyle yeniden açığa çıkarılmasına ses çıkarmama tercihinde bulunmuştur. TCK md. 122 nefret ve ayrımcılık suçunu pozitif bir düzenlemeye kavuşturmuş olsa da henüz yasalaşmadan da eleştirilmiştir. 2021 yılı itibarıyla Türkiye, nefret suçlarını mevzuatında tanımış ve “cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği” hukuken korunan temeller arasında kapsamamıştır; 2014 yılında yürürlüğe giren Ceza Kanunu’nun 122. maddesindeki düzenleme, cinsel yönelimi veya cinsiyet kimliğini içermemektedir. Sadece “dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep” bağlamındaki nefret suçları kanunla tanınmıştır. Bu durum, “nefret suçlarının kâğıt üzerinde kaldığı” yorumu ile eleştirilmiştir.¹²⁴ Bu sebeple yasallık ilkesi gereği TCK md. 122’nin lafzına nefret suçunu düzenleyen bir hüküm konulmalıdır. Yasa koyucu burada açık bir şekilde koruma grubu belirlemiş ve bu koruma grubuna yönelik seçimsel ve bağlı hareketleri suç olarak düzenlemiştir; ancak kanun gerekçesinde “Nefret suçlarında hedef mağdurdan öte mağdurun üyesi olduğu sosyal gruptur. Fail için ise ön yargı, açık veya örtülü şekilde suçun işlenme motivasyonunu oluşturmaktadır. Ayrımcılık temelli olması nedeniyle nefret suçu, fail ve mağdur ile birlikte tüm toplumu yakından etkilemektedir. Bu kapsamda Türk Ceza Adalet Sistemi’ne daha uygun olacak şekilde TCK’da, ayrımcılık suçuyla birlikte nefret suçu da düzenlenmektedir.” ifadelerine yer verilmiştir. Ayrıca suçun tanımı madde metninde yer almamaktadır. Gerek madde metninde, gerekçesinde ve gerekse değişiklik gerekçesinde bu suçun tanımı yapılmamıştır. Yargıtay bir kararında bu suçun tanımında öğreti ve uluslararası belgelerde kabul gören nefret ve ayrımcılık suçu ile nefret söylemi tanımlarının dikkate alınması gerektiğine işaret etmiştir. Yargıtay, “TCK’da yapılan bu düzenleme karşısında ‘nefret suçu, ayrımcılık ve nefret söylemi’ kavramlarının bilinmesi zorunlu hâle gelmiştir. Ancak yasa koyucu bu kavramların yasada tanımlanması yoluna gitmemiştir. Bu nedenle öğreti ve uluslararası belgelerde kabul gören nefret ve ayrımcılık suçları ile nefret söylemi tanımlarının benimsenmesi gerekir.”¹²⁵ diyerek suçun tanımının verilmemiş olmasından dolayı suçun tavsifinde uluslararası insan hakları hukuku anlayışının söz konusu olabileceğini vurgulamıştır.

¹²⁴ TCK 122 hayal kırıklığı: Nefret suçu kâğıt üstünde kaldı: <http://www.agos.com.tr/tr/yazi/17260/tck-122-hayal-kirikligi-nefret-sucu-kagit-ustunde-kaldi>

¹²⁵ Yargıtay 18. Ceza Dairesi’nin 30.03.2016 tarih ve 2015/26353 E., 2016/6373 K.

7. Üreme Yeteneğinden Sürekli Yoksunluk Şartına İlişkin Karar:¹²⁶

TMK md. 40'ta cinsiyet uyum ameliyatı izni için öngörülen üreme yeteneğinden sürekli yoksunluk şartının, Anayasa'nın 10., 17. ve 20. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi yönünde yapılan norm denetimi karardır. Yeşim Atamer'in de ifade ettiği gibi, üreme yeteneğinden sürekli yoksunluğun ameliyat öncesi bir ön şart olarak aranması, zaten aynı sonucun cinsiyet uyum ameliyatında sağlanacağı için, henüz ameliyat olmadan ek bir müdahaleye maruz kalmayı doğuracaktır.¹²⁷ Bu anlamda Edirne 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin itirazı oldukça önemlidir. Üç aşamalı cinsiyet uyum rejimini açıklayan Anayasa Mahkemesi'ne göre, üreme yeteneği bulunan transın tıbbi yöntemlere uygun ameliyat olduğunda bu yeteneğinden zaten sürekli yoksun kalacağı kuşkusuzdur; dolayısıyla ön şart, kişinin maddi ve manevi varlığı ile özel hayatı yönünden ölçüsüz sınırlama doğurmaktadır.¹²⁸ Bu nedenle hüküm iptal edilmiştir.

Bu karar olumlu bir adım olarak görülse de Tolga Şirin kararı eleştirmiş ve Mahkeme'nin konuyu kişinin maddi ve manevi varlığı ile özel hayatı ile ilgili ele alırken etraflı değerlendirmelere girmekten sakınmış olduğunu söyleyerek sadece bir ölçülülük değerlendirmesi yaptığını vurgulamıştır.¹²⁹ Gerçekten de meselenin salt ölçülülük ile ilgili olmadığı ve ayrımcılık yasağı boyutuna girilmesi gerektiği söylenmelidir. Aksi hâlde uygulama eliyle yaratılan homofobi ve transfobi aşılamayacak ve TCK md. 122 önemli bir kırılgan grubu koruma kapsamına almamış olacaktır.

¹²⁶ Esas Sayısı: 2017/ 130, Karar Sayısı: 2017/ 165, Karar Tarihi: 29.11.2017

¹²⁷ Atamer/Taşkın, agm, s.736.

¹²⁸ Bu ön şart, daha önce YY v. Türkiye kararı özelinde AİHM'de tartışılmış, hükümet, bu müda-halenin gerekliliği konusunda ikna edici açıklamalar yapamadığı için, ihlal kararı verilmiştir. Ayrıca bu şartın, doğuştan mı yoksa sonradan mı üreme yeteneğinden yoksunluk anlamına geldiği konusundaki belirsizliğe ayrıca doktrinde değinilmiştir: Atamer, Taşkın, agm, s.732.

¹²⁹ Tolga Şirin, age, s.20.

7. Üreme Yeteneğinden Sürekli Yoksunluk Şartına İlişkin Karar:¹²⁶

TMK md. 40'ta cinsiyet uyum ameliyatı izni için öngörülen üreme yeteneğinden sürekli yoksunluk şartının, Anayasa'nın 10., 17. ve 20. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi yönünde yapılan norm denetimi kararıdır. Yeşim Atamer'in de ifade ettiği gibi, üreme yeteneğinden sürekli yoksunluğun ameliyat öncesi bir ön şart olarak aranması, zaten aynı sonucun cinsiyet uyum ameliyatında sağlanacağı için, henüz ameliyat olmadan ek bir müdahaleye maruz kalmayı doğuracaktır.¹²⁷ Bu anlamda Edirne 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin itirazı oldukça önemlidir. Üç aşamalı cinsiyet uyum rejimini açıklayan Anayasa Mahkemesi'ne göre, üreme yeteneği bulunan transın tıbbi yöntemlere uygun ameliyat olduğunda bu yeteneğinden zaten sürekli yoksun kalacağı kuşkusuzdur; dolayısıyla ön şart, kişinin maddi ve manevi varlığı ile özel hayatı yönünden ölçüsüz sınırlama doğurmaktadır.¹²⁸ Bu nedenle hüküm iptal edilmiştir.

Bu karar olumlu bir adım olarak görülse de Tolga Şirin kararı eleştirmiş ve Mahkeme'nin konuyu kişinin maddi ve manevi varlığı ile özel hayatı ile ilgili ele alırken etraflı değerlendirmelere girmekten sakınmış olduğunu söyleyerek sadece bir ölçülülük değerlendirmesi yaptığını vurgulamıştır.¹²⁹ Gerçekten de meselenin salt ölçülülük ile ilgili olmadığı ve ayrımcılık yasağı boyutuna girilmesi gerektiği söylenmelidir. Aksi hâlde uygulama eliyle yaratılan homofobi ve transfobi aşılamayacak ve TCK md. 122 önemli bir kınlgan grubu koruma kapsamına almamış olacaktır.

¹²⁶ Esas Sayısı: 2017/ 130, Karar Sayısı: 2017/ 165, Karar Tarihi: 29.11.2017

¹²⁷ Atamer/Taşkın, agm, s.736.

¹²⁸ Bu ön şart, daha önce YY v. Türkiye kararı özelinde AİHM'de tartışılmış, hükümet, bu müda-halenin gerekliliği konusunda ikna edici açıklamalar yapmadığı için, ihlal kararı verilmiştir. Ayrıca bu şartın, doğuştan mı yoksa sonradan mı üreme yeteneğinden yoksunluk anlamına geldiği konusundaki belirsizliğe ayrıca doktrinde değinilmiştir: Atamer, Taşkın, agm, s.732.

¹²⁹ Tolga Şirin, age, s.20.

8. Ankara 4. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin cinsiyet değişikliğine¹³⁰ ilişkin TMK md. 40/2 hükmünün Anayasa'nın 17. maddesine aykırılığı itirazı:¹³¹

İtiraz konusu, transseksüel yapıda olan kadınların, sırf erkekliğe ilişkin cinsel organ ameliyatı olmamaları sebebiyle kadın kimliği taşımaya zorlanmalarının, maddi ve manevi varlığın korunmasını düzenleyen 17. maddeye aykırı olduğunun ileri sürülmesidir. Bu karar, LGBTİ+ haklarındaki terminoloji anlamında kişinin ameliyatlı/ameliyatsız olup olmadığı fark etmeksizin, kendisini trans olarak tanıdığı noktada trans olduğu anlamındaki kabulün tartışılmaya açılması anlamında önemlidir. Çünkü Anayasa Mahkemesi kararında, bir transın cinsiyet uyum ameliyatı geçirilmeden nüfus sicilini değiştirmek istemesini tartışmış ancak buradaki ayrımcı muameleyi tespit edememiştir.¹³² Anayasa Mahkemesi'ne göre, trans yapıda olan kişinin cinsiyet uyum ameliyatı olmaksızın nüfus sicilindeki cinsiyetinin değiştirilerek, biyolojik cinsiyetinden farklı bir cinsiyete sahip olabileceğinin hukuken kabul edilmesinin, toplum düzeninde olumsuz yansımaları olacaktır. Bu sebeple hüküm anayasaya aykırı görülmemiştir ve itiraz reddedilmiştir.

Mahkeme'nin ameliyatlı/ameliyatsız ayrımını tartışmaya açmış olduğunu düşünmek mümkündür ancak eksik olan bir husus söz konusudur: AYM'nin transların kimi durumda ameliyatsız oldukları için nefret suçu ve nefret cinayetlerinin mağduru olduğunu işaret etmesi ya da ameliyatlı olan trans bireylerin de yine başka türden nefret suçlarına maruz kaldıklarını tespit etmesi gerekirdi. AİHM içtihadının trans aktivisti Christine Goodwin v. Birleşik Krallık¹³³ Büyük Daire kararına baktığımızda göreceğimiz gibi, cinsiyet uyumu sadece cinsel kimliğin belirlenmesi açısından rol oynamaz. Nüfus sicili de kişinin özel hayatının bir parçasıdır ve buna yönelik maddi/manevi yansımalar doğurmaktadır. Trans kadın Christine Goodwin, cinsiyet uyum ameliyatı olduktan sonra yaşadığı bölgede nüfus sicilini değiştirememiştir. Bunun sonucu olarak kadınlara tanınan erken emeklilik hakkından, sosyal güvenlik yardımlarından, evlenme hakkından mahrum olduğu gibi çalıştığı işyerinde ismi ile cinsiyeti arasındaki uyumsuzluktan ötürü sorunlar yaşamakta ve çalışma hakkından da yoksun kalmaktadır. Büyük Daire, translara yönelik hukuki tanıma ve sosyal

¹³⁰ Mahkeme kararı ve kanundaki ifade bu şekildedir. Bu ifade yerine "cinsiyet uyum ameliyatı" ifadesinin kullanılmasının daha doğru olduğu belirtilmektedir.

¹³¹ Esas No: 2015/79, Karar sayısı: 2017/164, Karar Tarihi: 29.11.2017.

¹³² Öte yandan bu tartışma Mahkeme'nin 2021 Şubat'ında verdiği T.K. Başvurusu'nda da yapılmış ve aşağıda incelenen bu kararda ihlal sonucu çıkmıştır.

¹³³ Christine Goodwin v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 28957/95

kabulün artık açık olduğu günümüzde, transların cinsel kimliklerinin nüfus sicilleri yönünden tanınmasını engelleyecek bir toplumsal ihtiyaç olmadığını vurgulamıştır. Goodwin kararı bu konudaki en eski tarihli karar olup, cinsiyet uyum ameliyatı geçirmiş olan translar açısından cinsiyetin hukuken tanınması usulüne erişim konusunda devletlerin yükümlülüklerini ortaya koymaktadır.¹³⁴

Ancak cinsiyetin hukuken tanınması için bir ön koşul olarak sunulan cinsiyet uyum ameliyatı geçirmiş olma şartının AİHS'e uygunluğu tartışması AİHM'de A.P., Garçon ve Nicot v. Fransa¹³⁵ kararında ele alınmıştır. AİHM, trans kadın başvuruçuların doğum belgelerindeki cinsiyet hanesinin düzeltilmesinin, dış görünüşlerindeki değişikliğin geri döndürülemez olması koşuluna bağlanmasının, yani cinsiyet uyum ameliyatı geçirmiş olmanın bir ön şart olarak konulmasının, özel hayata saygı hakkının ihlali olduğuna karar vermiştir. Ayrıca sadece cinsiyet uyum ameliyatı geçirilmesi değil, uzun süreli hormon tedavisi de benzer bir sonuç yaratabilir. Mahkeme'nin bu kararda asıl tartıştığı husus, dış görünüşte geri döndürülemez nitelikte bir değişime yol açacak tedavi ya da ameliyatın zorunlu kısırlaştırma anlamına gelip gelmeyeceğiydi. Bu anlama geleceği sonucuna vardığı için ihlal kararı vermiştir.

19 Ocak 2021 tarihinde verilmiş X ve Y v. Romanya kararı ise bu yaklaşımı pekiştirmiştir.¹³⁶ Bu kararda AİHM, cinsiyet uyum ameliyatı olmak istemeyen başvuruçuların, yerel mahkemeler tarafından çözümsüz bir ikilem içinde bırakıldığını vurgulamıştır. Çünkü yerel mahkemelere göre başvuruçular ya maddi ve manevi bütünlüğe saygı hakkından tamamen feragat ederek cinsiyet uyum ameliyatı olmalı ya da özel hayata saygı hakkından feragat ederek cinsiyet kimliklerinin hukuken tanınması talebinden vazgeçmelidirler. AİHM, bu durumun Devletlerin kamu yararı ile ilgili kişilerin bireysel yararları arasında kurması gereken adil dengeye aykırı olduğu sonucuna ulaşmıştır. Böylece AİHM, A.P., Garçon ve Nicot v. Fransa kararında

¹³⁴ Kararın 93. paragrafı oldukça önemlidir: "The Court held that there had been a violation of Article 8 (right to respect for private and family life) of the Convention, owing to a clear and continuing international trend towards increased social acceptance of transsexuals and towards legal recognition of the new sexual identity of post-operative transsexuals. Since there are no significant factors of public interest to weigh against the interest of this individual applicant in obtaining legal recognition of her gender re-assignment, the Court reaches the conclusion that the notion of fair balance inherent in the Convention now tilts decisively in favour of the applicant." Mahkeme, özel hayata saygı hakkının ihlal edildiği so-nucuna ulaşırken, süregelen uluslararası eğilimin, transların toplumsal olarak tanınması ve cinsel kimliklerinin hukuken tanınması yönünde olduğunu vurgulamıştır. Mahkeme'ye göre kişinin cinsiyetinin hukuki olarak tanınması konusunda, kamu yararını, başvuruçuyu bireyin yararı aleyhine öncelemek için geçerli bir sebep yoktur. Ayrıca Sözleşme'nin yapısında olan adil denge burada başvuruçuyu lehinedir.

¹³⁵ A.P., Garçon ve Nicot v. Fransa, Başvuru no : 79885/12, 52471/13 ve 52596/13, Karar tarihi: 06.04.2017

¹³⁶ X ve Y v. Romanya, Başvuru no. 2145/16 ve 20607/16, Karar tarihi: 19.01.2021

zorunlu kısırlaştırma ekseninde bir tartışma yürütürken, X ve Y v. Romanya kararında doğrudan cinsiyetin hukuken tanınmasının bir koşulu olarak cinsiyet uyum ameliyatı geçirmiş olma şartının kendisini Sözleşme'ye uygunluk açısından tartışmıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin de yine iç hukukun bir parçası olan AİHS'i yorumlayan AİHM'in ilgili içtihadını göz önüne alarak, bu yönde ve hak ve özgürlükler temelinde bir karar vermesi gerekirdi. Demokratik toplumda gereklilik unsurunu taşımayan bu türden bir yasağın, hangi toplumsal ön kabule dayanarak hukuk dışı bir ayrımcılığa yol açtığı tartışılabilirdi. Maddi ve manevi bütünlüğü koruyan Anayasa, bu açıdan transların bütünlük haklarının yargı yoluyla göz ardı edildiği bir uygulamanın konusu olmuştur.

9. M.K. Başvurusu:¹³⁷

Başvurucu, ergenlik çağından itibaren kendisini erkek olarak hisseden ancak doğumda atanmış cinsiyeti kadın olan bir trans erkektir. Sağlık Kurulu Raporu alarak Şanlıurfa 3. Asliye Hukuk Mahkemesi'nde cinsiyet uyum ameliyatı olmak isteyen başvurucunun bu talebi, mahkemece reddedilmiştir. Başvurucu, ret kararına karşı Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmuştur. Başvurucu, Asliye Hukuk Mahkemesi'ne dava açtığı sırada, yukarıda norm denetimi kararında ele alınan üreme yeteneğinden sürekli yoksunluk şartı, cinsiyet uyum ameliyatı için bir ön şarttı. Ancak başvurucu, kişinin ancak iradesiyle kısırlaştırılma işlemine ön şart olarak tabi olabileceğini, sırf ameliyat olmak istediği için bunun zorunlu olarak gayri iradi uygulanmasının, maddi ve manevi varlık yönünden ihlal teşkil ettiğini söyleyerek, bu işleme rıza göstermemiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi, norm denetimi kararına atıfta bulunarak kişilerin üreme yeteneğine sahipken de cinsiyet uyum ameliyatı olabileceklerini ifade etmiş ve başvurucunun maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

Bu karar, ilgili norm denetimi kararından sonra, üreme yeteneğinden sürekli yoksunluk şartının ölçüsüz bir sınırlama olarak telakki edildiği ilk bireysel başvuru kararı olması hasebiyle önemlidir. Ancak bu karar da aynı diğer kararlar gibi, ayrımcılık yasağına ilişkin bir tespit yapmaktan kaçınmaktadır. Bu tespitten ısrarla kaçınılması, Türk hukukunda ve vatandaşlık ilişkilerinde "cinsel vatandaşlık"¹³⁸ olarak tarif edilen ve kamusal alanın ötesine geçen vatandaşlık taleplerini kapsamaya çalışan bir eşit vatandaşlık fikrinin henüz kabul edilmediği sonucunu da doğurur. Cinsel vatandaşlık kriminalize edilmemiştir ancak eşit vatandaşlık taleplerinin de dışında bırakılmıştır.

Sinem Hun Başvurusu:¹³⁹

Anayasa Mahkemesi'nin bugüne kadarki gelgitli ve bir ileri iki geri olarak mütereddit ve çekingen verdiği LGBTİ+ haklarına ilişkin kararlardan başlıca olanlar ifade edilmiştir. Sinem Hun Başvurusu ise, başvuru avukatın, LGBTİ+ hakları savunuculuğu yapan bir sivil toplum kuruluşunun avukatı olması sebebiyle, stratejik insan hakları davası olarak görülebilir.

Stratejik davalar, insan haklarına ilişkin sistemsel sorunların çözülebilmesi için hukuki yolların ve yasal sürecin aracı kılınarak, ihlalin, mağdur bir başvuru ya da konunun muhatabı bir sivil toplum örgütü tarafından dava edilebilmesidir.¹⁴⁰ Stratejik dava, sistemsel bir sorunun çözümünde yarattığı değişim, hukuki uygulamanın etkisinin artırılması, politika aracılığıyla siyasal aktörlerin katılımı, kamusal görünürlüğün artması, bilincin yükseltilmesi ve daha geniş çapta gelişmelerin sağlanması yoluyla başarıya ulaşır. Dolayısıyla buradaki amaç, kamusal görünürlüğün ve sistemsel sorunun tespitine yöneliktir. Bu başvuru, kendisini “sapıkların avukatı” olarak hakaret içerikli habere konu eden Habervaktim.com sitesine yöneliktir. Başvurucunun şikâyeti üzerine, ifadenin ağır eleştiri sınırları içinde kaldığı ifade edilerek, kovuşturmayla yer olmadığı kararı verilmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvuruda, “sapıkların avukatı” ifadesi, nefret suçu ya da söylemi olarak değerlendirilmemiş ve başvuru kişinin şeref ve itibara saygı hakkı ile diğer tarafın ifade ve basın hürriyeti arasındaki dengenin, bu ifade ile bozulmadığı belirtilmiştir. Yani AYM, “sapıklar” ifadesinin toplumda yer alan belli bir kesimi ve derneği hedef almasına rağmen bu ifadeyle ilgili olarak hedef alınan dernek tarafından başvuruda bulunulmadığı, adli makamların bu ifadeye muhatap olarak kabul edilen derneğin avukatlığını yapan başvurucuya yönelik “sapıkların avukatı” şeklindeki sözlerin ceza muhakemesi yoluyla cezalandırmayı gerektirecek belli bir tahkir ve aşağılama eşiğini geçmediği yönündeki değerlendirmesinde bariz takdir hatası veya açık keyfilik bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme'ye göre, ilgili ifadenin başvuru yönünden nefret suçu veya nefret söylemi niteliği taşımadığı, demokratik bir toplumda bu ifadeye karşı mutlaka ceza muhakemesi yoluyla bir yaptırım uygulanmasını gerektiren toplumsal bir ihtiyaç olmadığı ve adli makamlarca çatışan değerler arasında

¹³⁷ Başvuru Numarası: 2015/ 13077, Karar Tarihi: 12.6.2018.

¹³⁸ Ruth Lister, *Sexual Citizenship, Handbook of Citizenship Studies*, Haz. Engin F. İsin ve Br-yan Turner, Londra: Sage Publications, 2002, s.191-208.

¹³⁹ Başvuru Numarası: 2013/ 5356, Karar Tarihi: 08/05/2014.

¹⁴⁰ Ben Schokman, Daniel Creasey, Patrick Mohen, *Strategic Litigation and its Role in Promo-ting and Protecting Human Rights, Legal Guide, Advocates for International Development*, July 2012.

kurulan dengenin adil olmadığının söylenemeyeceği anlaşılmaktadır.

Bu karara yazdığı karşı oyda Osman Alifeyyaz Paksüt, “İnternet gazetesinin ifade hürriyeti ile nefret söylemlerine karşı, devletçe koruma altına alınması gereken bir grubun avukatlığını yapan başvurunun kişilik haklarının ihlal edildiği” sonucuna ulaşmıştır. Gerçekten de bir gruba “sapık”, o grubun hak savunuculuğunu yapan avukatlara da “sapıkların avukatı” diyerek nefret söyleminde bulunan internet sitesinin ifadelerini, basın hürriyeti kapsamında değerlendirmek oldukça eleştiriye açık bir durumdur.

Bu karardan sonra Kaos GL Kültürel Araştırma ve Dayanışma Derneği aynı haber ve ifade ile ilgili olarak bireysel başvuruda bulunmuştur. Dernek, başvuru konusu haberde geçen “Kaos GL isimli sapkınların derneği” ifadesinin kendileri ve haklarını savundukları eşcinsel bireyler açısından nefret söylemi içerdiğini ifade etmiştir; ancak AYM, sapkın kelimesinin etimolojik kökenine inmeyi tercih etmiş ve “sapkın” kelimesinin Türk Dil Kurumu Güncel Sözlüğü’ndeki anlamının “doğru yoldan ayrılmış olan” olduğunu vurgulamıştır. Toplumda yaptığı çağrışım ve haberin tamamından bağımsız olarak ele alındığında söz konusu ifadenin nefret ya da şiddete yönlendirici bir niteliği bulunmadığını söyleyen AYM, haberde lafzî olarak gazetenin kendi görüşüne göre meşru olmayan bir durumun betimlendiğinden bahisle, haberin tamamını ele almak gerektiğini ifade etmiştir.¹⁴¹ Bu açıdan ifadenin nefret söylemi olmadığı sonucuna ulaşan AYM, başvuru konusu haberin, başvuru Derneği ilişkin olmadığı gibi —Derneğin faaliyet alanı ya da Derneği ilgilendiren bir olaya— başvuru Derneğin amacını hakları için mücadele etmek olarak tanımladığı eşcinsellere ya da genel olarak eşcinselliğe de ilişkin olmadığını söylemiştir. AYM, Derneğin açıkça ismi de verilerek başvuru konusu internet haber sitesinde yayımlanmasının ve haberde kullanılan ifadenin şiddete yöneltme tehlikesini artırabileceği bir unsur olduğu sonucuna ulaşsa da ifadenin nefret söylemi düzeyine ulaşmadığını, herhangi bir şiddet olayının da yaşanmadığını göz önüne alarak, ifadenin suç unsuru taşımadığını söylemiştir. Bu konuda da yine AİHM’in Vejdeland ve Diğerleri kararı hatırlanmalı ve nefret söyleminin, kırılgan gruplara karşı şiddete çağırmasa bile çok ağır sonuçları olabileceği göz önüne alınmalıdır. Bu ifadeler, ifade özgürlüğü kapsamında korunamayacak denli ağır ve hedef gösteren ifadelerdir. Özkan Agtaş’ın vurguladığı korelasyonla ifade edilecek olursa, “Yüzyıllar boyunca cezalandırmanın ayrıcalıklı konularından olmuş kimi cinsel davranışların yasanın boyunduruğu altında

141 Kaos GL Kültürel Araştırma ve Dayanışma Derneği, B. No: 2014/18891, 23/5/2018.

tutulması giderek daha zor açıklanabilir/haklılaştırılabilir bir şey olmaya başlamıştır. İkili bir süreç, yani suçun toplumsal zarar terimleriyle düşünölmeye başlanması bir yanda, buna eklenen yeni rasyonel/hedonist cezalandırma ekonomisi diğeryanda, bunda etkili olmuş ve ceza yasasının meşruiyetine dair şüpheyi canlı tutmayı başarmıştır.”¹⁴²

Bunun bize anlattığı ise yasalarla normatif olarak ceza hukukunun suç tavsifine sokulmasa da toplumsal zarar, kamu düzeni, toplumsal ihtiyaç gibi muğlak ifadelerle yeni bir cezalandırma ekonomisinin, cinsel grupları göz ardı ederek dolaşıma sokulduğudur. Buraya kadar incelediğimiz kararlarda ısrarla çekingen ve ayrımcılık yasağı eksenini dışında yorumlarını gördüğümüz yargı organı da cinsel kimliği bu şekilde göz ardı etmektedir. Ancak burada değinilmesi gereken bir diğeryhusus, ilgili yargı organının yani Anayasa Mahkemesi’nin yapısı ve oluşumuyla da yakından ilgilidir. Mahkeme’nin hâlihazırdaki 15 üyesinin tamamı erkektir. 1961 Anayasası’nın 145 ile 152. maddelerinde düzenlenmiş olan Mahkeme’nin bugüne kadarki toplam 130 üyesinden ise sadece 5’i kadındır.¹⁴³ Bugüne kadar sadece 1 kadın hâkim, Tülay Tuğcu, Mahkeme’ye başkanlık etmiştir. Cinsiyet eşitliğinden söz edilmesinin mümkün olmadığı Mahkeme tarihine ve bugününe bakıldığında, cinsel kimlik ile ilgili kararların nasıl bu denli heteronormatif ve eril bakış açısını yansıttığını görmek mümkün olabilir. Mahkeme’nin bu dili yeniden üreten yargı kararları, hukuk ve yasanın her zaman aynı iki şeyi imlemediğini göstermesi açısından da önemlidir. Gerçekte “yasa”nın sahip olduğundan çok daha farklı bir müdahale tarzına işaret eden yeni bir düzenleme ilkesinin hızla yükseldiğinden bahsediyordu Agtaş: “norm”.¹⁴⁴ “Yasanın aksine norm, neyin yapılip neyin yapılmaması gerektiğini vazedenden dışsal bir yasaklama oyununa göre değil, neyin normal olup neyin olmadığını tayin eden içkin bir düzenleme oyununa göre iş görüyordu”. Bu açıdan bakıldığında normal ve makbul olanın ekseninde ve zaviyesinde verdiği kararla AYM, çok belirgin toplumsal eril dilin yasa diliyle konuşmasını sağlayan bir aracı olarak işlev görmektedir. Hâlbuki eşit yurttaşlık ve ayrımcılık yasağı ilkeleri nazarında konuşan bir Anayasa Mahkemesi’nin gerek Anayasa’nın kendisine gerek pratik uyuşum ilkesi gereğı temel hak ve özgürlüklerin bütününe gerekse devletin uluslararası normlardan kaynaklı pozitif yükümlölüklerine çok daha uygun olacağını görmek mümkündür.

¹⁴² Agtaş, age, s.36.

¹⁴³ <https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskanvekilleri-ve-uyeler/emekli-uyeler/> (Son erişim tarihi: 02.05.2020)

¹⁴⁴ Agtaş, age, s.36.

Anayasa Mahkemesi'nin bugüne dek LGBTİ+ hakları açısından verdiği önemli kararlardan sonra, Mahkemenin tutumunun ve hukuki gerekçelendirmelerinin sıklıkla "genel ahlak, toplum düzeni, kamu düzeni, askerî disiplin" ve benzeri genel geçer, normatif dayanağı tartışmalı öncüllerle kesildiğini söylemek mümkündür. Her ne kadar ilerici birtakım adımlar atılsa da genel ahlak duvarının genişliği karşısında kıyısından ya da köşesinden bu duvara çarpıldığında, Mahkeme'nin geri adım attığı sıklıkla görülmektedir. Bu anlamda içtihadın dinamik ve geliştirici yorumla ileriye gidebilmesi özelinde, LGBTİ+ davalarında stratejik yaklaşımın nasıl güdüleceği kısaca açıklanacaktır.

11. T.K. Başvurusu (Başvuru Numarası: 2018/34343) Karar Tarihi: 27/1/2021

Bu başvuru, Anayasa Mahkemesi'nin ayrımcılık yasağı ile ilgili içtihadının boşluklarını görmek bakımından oldukça önemlidir. Kimi durumlarda, AYM gerekçelerinin satır aralarında söylenmeyen ve/veya reddedilen iddiaların da temel hak ve özgürlükler kataloğuna dair Mahkeme'nin bakış açısını izlemek bakımından hayati önemi haiz olduğu görülebilir. Bu başvurunun konusu şudur: Nüfus sicilinde erkek olarak kayıtlı olan başvuru, cinsiyet kimliği olarak kendisini kadın hissettiğini, fiziksel dış görünümünün de öyle olduğunu belirterek T.K. olan ismini S.Ö. olarak değiştirmek istemektedir. İlk derece Mahkemesi, başvuruçunun bu talebini öncelikle açılması gereken bir cinsiyet değişikliği davasının olması gerektiği gerekçesiyle reddetmiştir. Bölge Adliye Mahkemesi de erkek olan başvuruçunun kadın kimliğini benimsemesinin ve çevresinde S.Ö. olarak tanınmasının haklı bir neden teşkil etmediğini belirterek istinaf talebini kesin olarak reddetmiştir. Ancak 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun "Adın değiştirilmesi" kenar başlıklı 27. maddesi şöyledir:

"Adın değiştirilmesi, ancak haklı sebeplere dayanılarak hâkimden istenebilir. Adın değiştirildiği nüfus siciline kayıt ve ilân olunur.

Ad değiştirmekle kişisel durum değişmez.

Adın değiştirilmesinden zarar gören kimse, bunu öğrendiği günden başlayarak bir yıl içinde değiştirme kararının kaldırılmasını dava edebilir."

Ayrımcı gibi görünmeyen bu kanun hükmüne bakıldığında, eşit vatandaşlığın bir gereği olarak isim değişikliği talebinin her bir Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı için haklı sebebin varlığı hâlinde tanınan bir hak olduğunu söylemek mümkündür. Ancak derece mahkemeleri, talebi keyfi gerekçelerle reddetmelerinin yanında, S.Ö.'ye bir de cinsiyet değişikliği ameliyatı külfeti yükleyerek ancak o hâl ve şartta isim değişikliği talebinin kabul edileceğini söylemektedir.

Yargıtay içtihadında da isim değişikliği taleplerinin hangi koşullar altında olumlu karşılanacağı, bu tür taleplerin hangi usul ve esaslar çerçevesinde yerine getirileceği hususunda idari ve yargısal makamlara belli ölçüde takdir yetkisi tanınabileceği kabul edilmekte idiye de bu takdir yetkisi, kanunlarla tanınmış ve anayasal bağlamda da korunan bir hakkın kullanılmasını tamamen kapatacak şekilde yorumlanamaz.

Bugün derece mahkemeleri içtihadında, LGBTİ+ hakları bağlamında gördüğümüz yorum, söz konusu LGBTİ+'lar olduğunda, herkese tanınan hakların kullanılmasını imkânsız derecede zorlaştıracak kararların verilmesidir. İlk Derece Mahkemesi, başvurucunun isim değişikliği talebinde bulunabilmesi için cinsiyet değişikliği davası açmasının zorunlu olduğunu kabul etmiştir. Ancak isim değişikliğine ilişkin 4721 sayılı Kanun'un 27. maddesinin cinsiyet değişikliği davasının açılmış olmasını bir şart olarak koşmadığının altı çizilmelidir. Nitekim Yargıtay kararlarında da haklı nedenin ön plana çıkarıldığı ve cinsiyet değişikliği yapılması gerektiğine ilişkin ek bir koşulun aranmadığı Anayasa Mahkemesi kararında belirtilmiştir.

Ancak Anayasa Mahkemesi kararında eksik olan husus şudur: Mahkeme, esasa hiç girmeden sanki bu şekilde bir külfet, yani kişinin nüfus sicilindeki ismini değiştirebil-

145 Türk Medeni Kanunu md. 40, cinsiyet değişikliği ifadesini kullanmaktadır. Hukuken bu şekil-de kullanılan bu ifade eleştirilmektedir çünkü ifadedeki "cinsiyet" vurgusu, cinsiyeti salt bir biyoloji ve genital organla özdeşleştirmektedir. Ayrıca tipki tercih/yönelim tartışmasında olduğu gibi cinsiyetin değiştirilmesi ifadesi de kadının erkeğe/erkeğin kadına dönüştürül-mesi anlamı sebebiyle eleştirilmektedir çünkü değişen, cinsiyet değildir. Bu sebeple cinsiyet kimliği odaklı bir uyumlaştırmadan bahsedildiği söylenebilir. Burada Mahkeme kararlarındaki ifadeler kullanılmıştır ancak kasıt cinsiyet uyum ameliyatıdır. "Daha önce bu terimin yerine kullanılan cinsiyet değiştirme, cinsiyetin atanması, cinsiyet dönüştürme gibi ifadeler yoğun bir şekilde eleştirilmiş, giderek de daha az kullanılır hale gelmiştir. Geçiş süreci de-nildiğinde, tanımlı bir noktadan (isterseniz bunu bir pozisyon, bir cinsiyet kategorisi olarak düşünün), başka bir önceden tanımlanmış noktaya, belirli bir sınırı aşarak, belli durakları ve rotası olan bir yol izleyerek ilerlemeyle ilgili işlemler bütünü aklımıza gelmektedir. Yani bir kalkış, bir varış noktası ve bu iki noktayı birleştiren düz bir çizgi. Ancak söz konusu olan cinsiyet olduğunda; gerçek hayatta bu şekilde net ve tanımlanabilir noktalar ve yol, aşılacak bir sınır var mıdır?" (Koray Başar-Bedensel Cinsiyette Tıbbi Müdahalenin Öncesi ve Sonrası: Geçiş Sürecinden Beklenti ve Aksamalar Üzerine) Cinsiyet uyum ameliyatının gerçekleştiril-mesinin koşullarının beyan esasına dayanması gerektiği de vurgulanması gereken bir başka husustur. Evli olmamak, üreme yeteneğinden yoksunluk gibi şartların, kişinin özel hayatına müdahale oluşturduğu ve kişinin bir hakkı kullanılır isterken, bir başka haktan yoksun bırakıldığı görülmektedir. Avrupa Parlamentosu, yayımlanmış olduğu bir raporda cinsiyet uyum ameliyatının, Avrupa Birliği üye ülkelerdeki durumunu göstermiştir. Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın da 27 Nisan 2006 tarihinde vermiş olduğu bir kararda cinsiyet uyum ameliyatına yönelik ayrımcı bir muamelelerin, cinsiyet temelli ayrımcılık kapsamında olduğu vurgulanmıştır. (ECJ, Dava C-423/04.)

Avrupa Parlamentosu, cinsiyet uyum sürecine girmek için hormon tedavisinin şart olarak konulmadığı ve kişinin sadece cinsiyet disforisi beyanının yeterli olduğu ülkeleri örneklemiştir. Ayrıntılı rapor ve ülke durumlarına şuradan ulaşılabilir: https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2010/425621/IPOL-LIBE_NT%282010%29425621_EN.pdf Cinsiyet Disforisi: Gender Dysphoria: Kişinin cinsiyet kimliği ile doğumunda kendisine atan-mış cinsiyetin örtüşmemesinden kaynaklanan stresi anlatan tıbbi bir terimdir. Bu strese sa-hip olanlar ağırlıklı olarak trans kadın ve erkekler olmakla birlikte, cinsiyet disforisi non-bi-nary insanlar tarafından da deneyimlenmektedir. Türkiye'de kimileri bunun için "beden disforisi" ifadesini kullanmaktadır. Ancak disfori vurgusu geride bırakılmakta ve giderek "cinsiyet uyumsuzluğu" (İng. Gender Incongruence) tabiri geçerlilik kazanmaktadır. <https://kaosgldernegi.org/images/library/cevrisozlugu2020.pdf>

mesi için cinsiyet uyum ameliyatı olması gerektiğine ilişkin bir önkoşul pozitif olarak translara yüklenseydi ne olacağı sorusunu yanıtsız bırakmıştır. Zira tek mesele hiçbir zaman müdahalenin kanunla öngörülüp öngörülmediği değil, aynı zamanda demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığıdır. AYM, nüfus sicilinde erkek olarak kayıtlı bir kimsenin kadın ismi almasının kamu düzeni açısından sorunlar yaratabileceğinin göz ardı edilmemesi gerektiğini söylemiştir. AYM, derece mahkemelerinin kamu yararı ile bireysel menfaatler arasında denge kurmasına izin vermektedir. Ancak buradaki yorum, Anayasa Mahkemesi'nin yaptığı tespitin, başvurucuya yüklenen cinsiyet değiştirme ameliyatı olma külfetinin ağırlığı karşısında, kamunun bundan elde edeceği yararın önem derecesinin oldukça düşük olduğu yönünde olduğudur.

Anayasa Mahkemesi, esasa ilişkin eksik değerlendirmelere rağmen, S.Ö.'nün non-trans ya da cisgender kişilere tanınan isim değişikliği hakkının, kanuni temelden yoksun olarak inkâr edilmesine ilişkin olarak oybirliğiyle özel hayata saygı hakkının ihlaline karar vermiştir. Ayrımcılık yasağı, kararın hüküm kısmında değerlendirilmemiş ancak Mahkeme üyesi Engin Yıldırım, yazdığı "ek gerekçede" ayrımcılık yasağı hususunda ihlal kararı verilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Yıldırım'a göre, "Başvurucunun isim değiştirme talebinin ilgili ve yeterli bir gerekçe sunulmadan reddedilmesi yasalarca tanınan bu hakka yönelik bir müdahale oluşturmaktadır. Derece mahkemelerinin başvurucunun isim değişikliği talebini cinsiyet değiştirme şartına bağlamaları Anayasa'nın 10. maddesinde güvence altına alınan ayrımcılık yasağı bakımından da ciddi bir sorun oluşturmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin artık iyice yerleşmiş olan 10. madde içtihadına göre aynı durumda bulunan kişilerden bir kısmına haklı bir neden olmaksızın farklı kurallar uygulanması, farklı muamelede bulunulması eşitliğe aykırı olacaktır."

Gerçekten de bu davanın sağladığı imkânlarla ayrımcılık yasağının tartışılması oldukça önemli bir fırsatın kaçırılması demektir. Anayasa'nın 10. maddesinde ayrımcılık temellerini sıralarken ayrımcılık oluşturabilecek hususları açık uçlu bırakmış ve ayrımcılığa yol açabilecek yeni toplumsal koşulların ortaya çıkması hâlinde maddenin yaşayan ve dinamik bir şekilde yorumlanmasının önünü açmıştır. Anayasa Mahkemesi de 10. maddede "benzeri sebepler" ibaresinin geniş yoruma açık olduğunu bir kararında "...eşitlik açısından ayırım yapılmayacak hususlar madde metninde sayılanlarla sınırlı değildir. 'Benzeri sebeplerle' de ayırım yapılamayacağı esası getirilmek suretiyle ayırım yapılamayacak konular genişletilmiş..." ifadelerine yer vererek belirtmiştir.

S.Ö.'ye benzer durumdaki kişilerden farklı muamelede bulunulmuş olduğu açıktır.

Başvuru dilekçesine göre başvuru, cinsiyet kimliğinin trans olduğunu ifade etmiştir. Ancak derece mahkemesi, herkesin kullanabileceği bir hak olarak isim değişikliği talebini bu başvuru için, diğer başvurulardan farklı olarak cinsiyet uyum ameliyatına bağlı tutmuştur. Thoreson'un sınırlandırıcı sebepler açıklamasına benzer şekilde bu ayrımcı ön koşulun istenmesi başvurunun cinsiyet kimliğinden kaynaklanmaktadır. Engin Yıldırım'ın da ek gerekçesinde belirttiği gibi, cinsiyet kimliği trans olan, yani atanmış cinsiyeti ile hissedilen ve deneyimlenen cinsiyetin aynı olmadığı kişilerle, atanmış cinsiyet ile hissedilen ve yaşanan cinsiyetin aynı olduğu kişiler arasında isim değişikliğine ilişkin olarak ilk gruba yönelik cinsiyet kimliklerinden kaynaklı ayrımcı bir muamele yapılmıştır. Kısaca söylemek gerekirse hukuksal durumu aynı olan kişiler, cinsiyet kimlikleri nedeniyle haklı bir nedene dayanmaksızın farklı bir muameleyle karşılaşmaktadır. Anayasa Mahkemesi ise hüküm gerekçesinde bu ayrımcı yaklaşımdan ötürü ayrıca bir ihlal kararı vermemiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin LGBTİ+'lara yönelik içtihadında, olumlu adımlar söz konusu olsa da meselenin esasına ilişkin değerlendirmelerden kaçınıldığı ve ihlal kararlarının genellikle kanunilik şartına bağlı olarak verildiği gözlemlenmektedir. Bu sebeple açılacak stratejik davalarda, ayrımcılık yasağı iddialarının temellendirilmesi, AYM içtihadının gelişmesi bakımından oldukça önemlidir.

Sonuç

Türkiye LGBTİ+ hareketinin tarihi, aynı zamanda yasal mücadele eliyle hakların görünür olmasının da tarihidir. Anayasa Mahkemesi'nin 1986 tarihli ilk kararından son bireysel başvuru kararlarına kadar bu yasal mücadele zemini görünmektedir.

LGBTİ+ hakları konusunda çalışma yürüten Kaos GL Derneği, LGBTİ+ 'lara ilişkin nefret söyleminde bulunan bir internet sitesi hakkında ceza kovuşturması yürütülmemesinden ötürü Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmuş, Mahkeme, tehdidin belli bir eşiğe ulaşmamasından hareket ederek ihlal kararı vermemiştir.¹⁴⁶ Buna rağmen, bu gibi başvurular sayesinde kamusal görünürlük sağlanmakta, stratejik yaklaşımla hukukun içinden geçerek anayasa yargısının, temel hak ve özgürlükler rejiminin taşıyıcısı olabilmesinin yolu aranmaya ve kanallar açılmaya çalışılmaktadır.

LGBTİ+ hakları konusundaki stratejik yaklaşımın, kendini adım adım göstereceği aşıkârdır. Dünden bugüne kısa vadede ulaşılabilecek hedeflerden çok, uzun erimli mücadelelerin yasal kazanımlar yoluyla perçinlenmesi, LGBTİ+ haklarındaki gelişmelerin önemli ayağını oluşturur. Örneğin, 14 Ocak 2019 tarihinde, Avrupa ülkelerindeki LGBTİ+ hakları konusundaki indeks olan Gökkuşáğı Haritası'nda¹⁴⁷ son sıralarda olan Litvanya'da¹⁴⁸ yaşanan gelişme oldukça önemlidir. Burada Üst Mahkeme, eşcinsel vatandaşların yabancı eşlerine oturma izni verilmemesini ayrımcı olarak tanımlayarak, "oturma izni vermeyi reddetme koşulu yalnızca kişinin cinsiyet kimliği ya da cinsel yönelimine dayanamaz" hükmünü vermiştir.¹⁴⁹ Bu bağlamda yargısal anlamda başarı sağlamak oldukça önemli ve elzemdir. Anayasa Mahkemesi içtihadının takip edilerek doğru başvuru usulleriyle alınan ihlal kararları, başvuruların ötesinde etki sağlayarak kamusal politikanın değişmesinde rol oynayabilir.

Anayasa Mahkemesi'ne yapılacak başvurularda, taraf ve dava ehliyeti gözetilerek bir mağdur başvuru nezdinde açılmalı, bu mağdur başvuruçunun hak ve menfaat

¹⁴⁶ KAOS GL Kültürel Araştırma ve Dayanışma Derneği Başvurusu (Başvuru Numarası: 2014/18891) Karar Tarihi: 23/5/2018 R.G. Tarih ve Sayı: 8/6/2018-30445.

¹⁴⁷ Ilga-Europe, Rainbow Map: <https://www.ilga-europe.org/rainboweurope> (Son erişim tarihi: 27.04.2020)

¹⁴⁸ Latvia is worst place to be gay in EU, index shows: <https://www.euractiv.com/section/social-europe-jobs/news/latvia-is-worst-place-to-be-gay-in-eu-index-shows/> (Son erişim tarihi: 27.04.2020)

¹⁴⁹ Lithuania's top court grants residence permits for same-sex foreign spouses: <https://www.gaystarnews.com/article/lithuanias-top-court-grants-residence-permits-same-sex-foreign-spouses/#gs.XxicFyZe> (Son erişim tarihi: 27.04.2020)

ihlali açıkça dayanaklarıyla ve ayrımcılık yasağı ile ilişkisi gözetilerek gösterilmeli, bu stratejik davanın amacı ve sonucundaki etki kamuoyuyla paylaşarak stratejik davanın kamusal amacı sağlanmalıdır.

Anayasa Mahkemesi'ne yapılacak bireysel başvurular, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Anayasa'nın ortak koruma alanındaki hakların temel alınmasından ötürü AİHM içtihadının da dikkate alınması gerektiğini göstermektedir. Bu anlamda AİHM, cinsel yönelime ilişkin içtihadını açıkladığı raporunu Şubat 2021'de güncellemiştir.¹⁵⁰ Burada cinsiyet kimliğine ilişkin öncü içtihadı açıklayan rapor da ayrıca AYM başvuruları bakımından dikkate alınmalıdır.¹⁵¹ Cinsel kimlik, özel yaşama saygı hakkı kapsamındaki hususlardan biri olarak hem AİHS md. 8 hem de Anayasa md. 20 bağlamında koruma altındadır.¹⁵² Bu kimliğe yönelik her müdahale, AYM bakımından da ihlal sonucu doğurmalıdır. Ayrıca AİHM, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ayrımcılık yasağını norma bağlayan 14. maddesini açıkça zikretme dahi cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğine yönelik ayrımcılığı bir ayrımcılık temeli olarak kabul etmektedir. Zaten daha sonra 12. Protokol'ün 1. maddesinde "cinsel yönelim" ayrımcılık temelleri arasında sayılmıştır. Bu açıdan Anayasa Mahkemesi tarafından da cinsel yönelimin ayrımcılık temeli olabileceği hususu bir ölçü norm olarak dikkate alınmalıdır. Bu yaklaşım, Anayasa md. 90'ın, yani usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümlerinin esas alınacağına ilişkin Anayasa normunun bir gereğidir.

Bu açıdan Anayasa Mahkemesi'ne açılacak bir stratejik davada dikkat edilmesi gereken husus, öncelikle kural olarak doğrudan, güncel ve kişisel bir hak ihlali doğan mağdur statüsüne sahip bir gerçek kişinin bireysel başvuruda bulunma şartının sağlanmasıdır.¹⁵³ Burada güncel, kişisel ve doğrudan mağduriyetin bir kriter olarak AYM tarafından arandığını söylemek mümkündür. Ancak mağdur statüsünün her zaman dolaylı ve potansiyel mağdur statüsünü de içerdiğini kabul ederek, AYM başvurularında henüz başvurucuya uygulanmamış ancak potansiyel olarak uygulanması mümkün olan ve uygulandığında da temel hak ve özgürlükler bakımından ihlal

¹⁵⁰ https://www.echr.coe.int/documents/fs_sexual_orientation_eng.pdf

¹⁵¹ https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Gender_identity_eng.pdf

¹⁵² Dr. Gülay Arslan Öncü, Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı: Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-8, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ocak 2019, s.62-63.

¹⁵³ Reyşan Deniz Yıldırım Çobanoğlu, Avukatlar için Karşılaştırmalı AYM-AİHM Kabul Edilebilirlik Rehberi, Ankara Barosu Yayınları, 2020.

sonucu doğabilecek normların da dava edilebilirliği yoluna başvurmak mümkündür. Dolaylı mağduriyet, mağdurun kendisi değil, yakınları tarafından başvuru yapılmasıdır; ancak AYM içtihadı dolaylı mağduriyeti ancak yaşam hakkı ve işkence yasağı ile sınırlamıştır. Bu açıdan cinsel kimlik eksenli ihlallerin yaşam hakkı ve işkence yasağı oluşturduğu durumlarda, mağdurun yakınlarının dolaylı mağdur sıfatıyla başvuru yapabilmesi mümkündür.

Potansiyel mağduriyet, yukarıda da açıklandığı gibi kişiye uygulanma ihtimali olan bir kamu gücünün doğuracağı mağduriyete ilişkindir. İstanbul Sözleşmesi'nden çekilme kararı ve akabindeki nefret söylemi niteliğindeki açıklamalarda örnek gösterildiği gibi potansiyel mağduriyetin açıkça temellendirilerek başvuru yapılması teorik olarak mümkündür; ancak Anayasa Mahkemesi'nin henüz potansiyel mağduriyeti kabul ettiğine ilişkin bir kararı bulunmamaktadır.

Kişi bakımından Anayasa Mahkemesi'ne cinsel kimliğe ilişkin hakları götürme yetkisine sahip olan diğer bir mağdur statüsü ise özel hukuk tüzel kişileridir. Özel hukuk tüzel kişileri, yani bu alanda çalışan hak temelli örgütler, kendi tüzel kişiliklerinin alanında olan haklarla ilgili olarak bireysel başvuruda bulunabilir. Bu bağlamda örgütlenme özgürlüğü de cinsel kimliğe ilişkin haklara temel oluşturabilir; LAMBDA İstanbul örneği bunlardan biridir. Ancak dikkat edilmesi gereken husus, dernek ve vakıfların, kendi faaliyet alanlarında dahi olsa üyeleri adına başvuru yapamayacak olmalarıdır.

Usuli açıdan kabul edilemezlik kararı alınmaması için dikkat edilmesi gereken bu hususların yanında etki davaları söz konusu olduğunda ve AYM bu etki davaları için stratejik bir imkân olarak kullanılmak istendiğinde, cinsel kimliğe ilişkin haklardaki ayrımcılık yasağı iddialarını temellendirmek bir başka boyutu oluşturur. Çünkü söz konusu dolaylı ayrımcılık olduğunda, AİHM içtihadı gereği ispat külfeti başvurucuda değil, bu ayrımcılığı yapmadığını kanıtlamakla mükellef olan Devlet'tedir. Dolaylı yoldan yapılan ayrımcılık ile ilgili deliller konusunda, ayrımcılık ile ilgili delil başlangıcının sunulması durumunda ispat külfetinin yer değiştirmesi gerektiği Avrupa alanında, uluslararası alanda ve Mahkeme tarafından çok geniş bir şekilde kabul edilmiştir.¹⁵⁴ Dolaylı yoldan yapılan ayrımcılık durumunda, eğer başvurucu bir tedbirin veya belirli bir uygulamanın açık bir şekilde bir insan kategorisine diğerine göre daha az lehe olacak şekilde muamele gösterildiğini ortaya koyarsa, ayrımcılık karinesi vardır. Bu durumda ispat külfeti devlete geçmektedir ve devletin delil başlangıcının yerinde olmadığını göstermesi veya haklı bir durumun olduğunu ortaya koyması gerekmektedir.¹⁵⁵

Tüm bu gelişmeler, dünyada da LGBTİ+'ların görünürlük mücadelesinin eşitlik mücadelesi ve ayrımcılık yasağına karşı her yerde içtihat yoluyla geliştirilebilecek potansiyeli olduğunu göstermektedir. Anayasa Mahkemesi'ne açılacak olan etki davaları stratejik bir yolla denenmelidir. Bu dava örneklemi göstermektedir ki stratejik bir dava açılırken bu davalardan etkilenecek kişiler/grupların ve ne gibi bir etki yaratılabileceğinin tespit edilmesi gerekir. Hedeflenen kişi veya gruplar dışında hedeflenmeyen bazı kişiler üzerinde olumsuz etki yaratılma ihtimali de risk analizi sürecinde değerlendirilmelidir.¹⁵⁶ LGBTİ+ hakları için açılacak stratejik davanın yeknesak ve pozitif bir tanımı yapılamasa da asgari unsurları ile dikkat edilmesi gereken noktaların açıklanması elzemdir. Stratejik davanın unsurları tüm davaların ortak noktasından anlaşılacağı üzere şu dört unsur ile açıklanabilir:

- i. Taraf ve dava ehliyetlerinin tartışılması bağlamında bir mağdur/başvurucunun varlığı;
- ii. bu mağdur/başvurucunun hak/menfaat ihlali;
- iii. stratejik davanın açılmasındaki amaç(lar);
- iv. stratejik davanın sonucundaki etki.

Tüm bu stratejik dava aşamaları ve esasa ilişkin içtihat dikkate alındığında söylenebilir ki Anayasa Mahkemesi, LGBTİ+ hakları için oldukça önemli bir zemini şimdiden sunmuştur. Yapılması gereken, bu zeminden çıkan kararların takip edilerek esasa

¹⁵⁴ Dolaylı ayrımcılık söz konusu olduğunda ispat külfetinin bireyden devlete geçmesi ile ilgili olarak öncü AİHM kararları için bkz.: Timichev v. Rusya, Başvuru Numarası: 55762/00 – 55974/00, 13.12.2005, paragraf 57.; Hoogendijk v. Hollanda, Başvuru Numarası: 58641/00, 6.1.2005. Ayrıca Mahkeme'ye göre Mahkeme'nin hangi tür delilleri ispat külfetini ters çevirmek için kabul ettiğini belirtmesi gerekmektedir. Bu açıdan Mahkeme, Interights ve İnsan Hakları İzleme Örgütü'nün de görüşleri doğrultusunda Hugh Jordan kararındaki (HUGH JORDAN v. Birleşik Krallık, (Başvuru No.: 24746/94), 4 Mayıs 2001) esaslara dayanarak, eğer Mahkeme istatistiklerin tek başına ayrımcı bir uygulamayı ortaya koymadığını savunmaya devam ederse, başvuru sahiplerinin orantısız bir şekilde maruz kaldığı olayların sonuçlarını ölçebilmek için önemli bir delil olan sosyal bağlamın dikkate alınmasını önermektedir. Hugh Jordan kararında Mahkeme, polis şiddetinin ırkçı ayrımcılık içerdiğine ilişkin iddiayı, istatistiklerinin varlığına rağmen kabul etmemiş ve bu yüzden Interights ve İnsan Hakları İzleme Örgütü, ispat külfetiyle ilgili raporları sunmuştur. Nachova vd. v. Bulgaristan, (Başvuru No: 43577/98) kararında da aynı yorumunu devam ettiren Mahkeme, ırkçı ayrımcılığın ispatı için istatistiklerinin tek başına yeterli kabul edilemeyeceğini söylemiş ancak ilk defa Hoogendijk v. Hollanda kararında, istatistiklerinin bu dava özelinde dolaylı ayrımcılık iddiası için yeterli olduğunu vurgulamıştır.

¹⁵⁵ Dilşad Çiğdem Sever, "Ayrımcılığı İspatlamak: Güçlükler ve Olanaklar", içinde Uluslararası Ayrımcılık Konferansı, Eşit Haklar İçin İzleme Derneği, İstanbul 2018, s. 90-91.

¹⁵⁶ Risk analizi süreci de literatürde "kesişimsellik" teorisiyle anlatılmış, bir stratejik amaç ve etki unsurundan ötürü, başvuru ötesine geçen sonuçların, bir başka grup ya da bazen bizatihi başvuru nezdinde olumsuz etki yaratabileceğinin göz önünde bulundurulması gerektiği ifade edilmiştir. MCCHR Strategic Litigation Training for Lawyers: A Facilitator's Manual, Malaysian Centre for Constitutionalism and Human Rights Kuala Lumpur 2014, s.36-37. <https://cdn.lbb.my/sites/9/20170117005847/Strategic-Litigation-Training-for-Lawyers.pdf> (Son Erişim Tarihi: 03.03.2021)

Tüm bu gelişmeler, dünyada da LGBTİ+'ların görünürlük mücadelesinin eşitlik ilişkin iddiaların hak temelli şekilde tartışılmasını sağlamak ve LGBTİ+'lara zaten hâlihazırda ve doğuştan sahip oldukları hakları kullanabilme imkânını yaratmaktır.

17 Haziran 2021 tarihinde Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri Dunja Mijatović, Türkiye Cumhuriyeti İçişleri Bakanı ile Adalet Bakanı'na bir çağrıda bulunarak 2015'ten beri engellenen onur yürüyüşleri, LGBTİ+ haklarına ilişkin her toplantı ve etkinliği yasaklayan genel valilik emirleri ve LGBTİ+'ları toplumsal damgalamaya maruz bırakan her türlü eylemi örnek göstererek bu nefret söylemi ve suçlarının son bulmasına yönelik çağrıda bulunmuştur.¹⁵⁷ Bu çağrıların toplumsal bir muhalefete dönüşmesi ve yargısal mücadelede dayanak noktası olarak ölçü alınması, Türkiye'de yaşanan sistematik şiddetin uluslararası mücadelenin de dikkatini çekerek sonlandırılması açısından oldukça önemlidir.

¹⁵⁷ <https://www.coe.int/en/web/commissioner/-/turkish-authorities-should-stop-the-stigma-tisation-of-lgbti-people>

Kaynakça

Agtaş Özkan, “Hakiki Cinsiyet, Yasanın Boyunduruğu ve Siyasi Öznellik,” *Fe Dergi* 4, sayı 2, 2012, 31-43.

Arslan Öncü Gülay, *Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı: Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-8, Anayasa Mahkemesi Yayınları*, Ocak 2019, s. 62-63.

Ataman Hakan, *LGBTT Hakları İnsan Haklarıdır, İnsan Hakları Gündemi Derneği Yayınları*, 1. Baskı, Ankara, 2009.

Atamer Yeşim, Taşkın Damla, “Transseksüellere İlişkin Hukuksal Düzenlemeler: Uygulama, Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Aykırı Yönler ve Revizyon Teklifleri,” *Yargıtay Dergisi*, 2016, Cilt 42/4.

Baldwin James, Giovanni’nin Odası, Yapı Kredi Yayınları, 1. Baskı, Haziran 2006.

Başar Koray, “Bedensel Cinsiyete Tıbbi Müdahalenin Öncesi ve Sonrası: Geçiş Sürecinden Beklenti ve Aksamalar Üzerine,” <https://kaosgl.org/gokkusagi-forumu-kose-yazisi/gecis-surecinden-beklenti-ve-aksamalar-uzerine>

Benhabib Seyla, *Buhran Çağında Haysiyet: Zor*

Zamanlarda İnsan Hakları, Koç Üniversitesi Yayınları, 2013.

Bingham Lord, *The Rule of Law*, p. 19. “The remedy is worse than the disease. You must spend 10 pounds to recover 5!”

Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Haklar Komitesi, Genel Yorum No. 16, 2005.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, “Herkes Özgür ve Eşit Doğar: Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Cinsel Yönelim ve Cinsiyet Kimliği Raporu,” 2013, BM Raporu.

Birleşmiş Milletlerde İnsan Hakları Yorumları, 2006, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul.

Blumenfeld Warren, Raymond Diane, “Prejudice and Discrimination,” in *Reading for Diversity and Social Justice*, Routledge, New York, 2000.

BM Hâkim, Savcı ve Avukatların Bağımsızlığı Üzerine Çalışan Özel Raportörün 2018 tarihli raporu.

Butler Judith, *Cinsiyet Belası: Feminizm ve Kimliğin Altüst Edilmesi*, Metis Yayınları, Haziran

2008.

Coman Adrian, Sexual Orientation and Human Rights, Human Rights Education Associates (HREA), 2003.

Çalışmalardan yalnızca bazıları: Ankara Barosu Stratejik Davalama Eğitimi, Mart 2018, <http://www.ankarabarusu.org.tr/HaberDuyuru.aspx?DUYURU&=1566>

Avukatlar için Stratejik Davalama, 2017, <http://www.cocugasiddetionluyoruz.net/wp-content/uploads/Stratejik-Davalama-2017.pdf>

Çağav ve ICC'den Stratejik Davalama Eğitimleri, <http://sivildusun.net/cacav-iccden-stratejik-davalama-egitimleri>

Kaos-GL'den Stratejik Davalama Eğitimi, <http://kaosgl.org/sayfa.php?id=18111>

TOHAV Çeşitlilik ve Davalama Platformu, <http://www.tohav.org/cesitlilik-ve-davalama-platfomu-2>

Ekoloji Kolektifi Stratejik Davalama, <http://ekolojikolektifi.org/wp-content/uploads/2018/07/Kent-ve-C3%87evre-Davalar%C4%B1n-da-Stratejik-Davalama-K%C4%B1lavuzu.pdf>

Davalar, Hrnt Dink Vakfı Yayınları, 2012.

Duberman Martin, Stonewall İsyanı, Agora Yayınları, 2008.

Duffy Helen, Strategic Human Rights Litigation, Hart Publishing, 2018.

Eco Umberto, Yorum ve Aşırı Yorum, Ayrıntı Yayınları, 3. Basım, Ekim 2019.

Esmer Yılmaz, Türkiye Değerler Atlası, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, 2012.

Foucault Michel, Cinselliğin Tarihi, 1. Cilt, Afa Yayınları, 1986.

Foucault Michel, Nietzsche, Genealogy, History, in Language, Counter Memory, Practice:

Selected Essays and Interviews, Cornell University Press, 1977.

Geiselberger Heinrich (Haz.), Büyük Gerileme: Zamanımızın Ruh Hali Üzerine Uluslararası Bir Tartışma, 1. Basım, Nisan 2017. <http://www.thegreatregression.eu/>

Goldston James, "Why Strategic Litigation Matters," Global Human Rights Litigation Report, 2018.

Göztepe Ece, "Anayasa Şikâyeti," AÜHF Yayınları No: 530, AÜHF Döner Sermaye Yayınları No: 45, Ankara, 1998.

Göztepe Ece, Anayasa Yargısının Meşruluğu, içinde Demokratik Anayasa, Haz. Ece Göztepe, Aykut Çelebi, Metis Yayınları, 2012.

Göztepe Ece, "Justinia'nın Gözbağının Arasından Görülenler: Anayasal Eşitlik İlkesinin Devletin Aktif Yasama Faaliyetiyle Hayata Geçirilmesinin Anlamı," Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, 2006, Cilt 3.

<https://www.artigercek.com/haberler/roboski-aileleri-aihm-kararina-da-avukatlara-da-tepkili>

https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Gender_identity_eng.pdf

https://www.echr.coe.int/documents/fs_sexual_orientation_eng.pdf

<https://www.ohchr.org/en/countries/menaregion/pages/psindex.aspx>

<https://www.reuters.com/article/us-costa-rica-lgbt/love-will-prevail-costa-ricas-same-sex-couples-can-marry-in-2020-idUSKCN1NL06T>

Human Rights Watch Report, <https://www.hrw.org/report/2011/07/28/we-can-torture-kill-or-keep-you-years/enforced-disappearances-pakistan-security>

Ilga-Europe, Rainbow Map, <https://www.ilga-europe.org/resources/rainbow-europe/>

rainbow-europe-2018

International Day Against Homophobia, 17 May, Statement by Terry Davis, Secretary General of the Council of Europe, Press Release 395(2009), Strasbourg, 15.05.2009.

Jagose Annmarie, *Queer Teori: Bir Giriş*, Nota-Bene Yayınları, 2015.

Kapani Münci, *Kamu Hürriyetleri*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1964.

Karan Ulaş, “Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasası ve Eşitlik İlkesi,” *Anayasa Yargısı*, Sayı 32, 2015, s. 237-238.

Karan Ulaş, “Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasası ve Türk Ceza Kanunu’nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği,” *TBB Dergisi*, Sayı 73, 2007.

Langford Malcolm, “Revisiting Joslin v. New Zealand,” içinde *Integrated Human Rights in Practice*, Edward Elgar Press, 2017.

Lessing Doris, *Türkü Söylüyor Otlar*, Can Yayınları, 2004.

LGBT Bireylerin İnsan Haklarını İzleme ve Hukuk Komisyonu Raporu, 2007, Kaos-GL Yayınları, http://www.kaosglderneği.org/resim/kutuphane/dl/lgbt_ih_raporu_2007.pdf

Lister Ruth, “Sexual Citizenship,” içinde *Handbook of Citizenship Studies*, Sage Publications, 2002.

Moyn Samuel, *Son Ütopya: Tarihte İnsan Hakları*, Koç Üniversitesi Yayınları, Ocak 2017.

Öner Mehmet Zülfi, “Türk Ceza Hukukunda Ayrımcılık Suçunun Cinsel Yönelimi Koruma Fonksiyonu,” *TBB Dergisi*, 2021 (152).

Paine Thomas, *İnsan Hakları*, MEB Klasikleri, 1954.

Scales Ann, *Hukuki Feminizm*, Dost Kitabevi Yayınları, Kasım 2019.

Schokman Ben, Creasey Daniel, Mohen Patrick, *Strategic Litigation and its Role in Promoting and Protecting Human Rights*, Advocates for International Development, July 2012.

Soysal Mümtaz, “Suçsuz Anayasa,” *Forum Dergisi*, 1 Ağustos 1960.

Şirin Tolga, *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru*, 12 Levha Yayınları, Ekim 2015.

Şirin Tolga, “Homofobinin Anayasal Üretimi,” *Anayasa Hukuku Dergisi*, Cilt 7, Sayı 14, 2018, s. 513-562.

Tanör Bülent, *Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu*, BDS Yayınları, 1994.

Tanör Bülent, *Türkiye’de İnsan Hakları: 1839–1990*, TİHV ve Tarih Vakfı Yayınları, 1995.

Thoreson Ryan, “The Limits of Moral Limitations,” *Harvard International Law Journal*, Volume 59, Number 1, Winter 2018.

Transfobik Nefrete Karşı Bize Bir Yasa Lazım, *Nefret Suçları Mağduru Trans Bireyleri Anma Buluşması Kitabı*, Pembe Hayat Derneği, 2011.

Türkiye’de Trans Olmak: Dışlanma, Ayrımcılık, Şiddet Raporu, Kırmızı Şemsiye Derneği, Temmuz 2016.

Türmen Rıza, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin İç Hukukumuzla Etkileri,” *Anayasa Yargısı Dergisi*, 17. Cilt, 2000, s. 32-42.

Türmen Rıza, “Lidersiz Bir Demokrasi Kurmayı Düşünmeliyiz,” *Birikim Dergisi*, Temmuz 2018, s. 84.

Volcansek Mary, Lockhart Charles, “Explaining Support for Human Rights Protections,” *Journal of Human Rights*, 11:33–50, 2012.

Woolf Virginia, *Orlando*, İletişim Yayınları, 1. Baskı, 2000, Çev. Seniha Akar, s. 104.

Yardımcı Sibel, Güçlü Özlem (der.), *Queer*

Tahayyül, Sel Yayınları, Nisan 2016.

Yıldırım Çobanoğlu Revşan Deniz, Avukatlar için Karşılaştırmalı AYM-AİHM Kabul Edilebilirlik Rehberi, Ankara Barosu Yayınları, 2020.

Yılmaz Volkan, "The New Constitution of Turkey," Turkish Policy Quarterly, Volume 11, Number 4.

Yogyakarta İlkeleri Kitabı, http://www.kaosgl-dermegi.org/resim/yayin/dl/yogyakarta_ilkeleri.pdf

Film

Laurence Anyways, Yönetmen: Xavier Dolan, 2012, Fransa.

Kararlar

AİHM, A.P., Garçon ve Nicot v. Fransa, Başvuru No: 79885/12, 52471/13, 52596/13, 06.04.2017.

AİHM, Bayev ve Diğerleri v. Rusya, Başvuru No: 67667/09, 44092/12, 56717/12, 20.06.2017.

AİHM, Christine Goodwin v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 28957/95.

AİHM, Dudgeon v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 7525/76, 22.10.1981.

AİHM, Joslin v. Yeni Zelanda, Communication No: 902/1999.

AİHM, Orlandi ve Diğerleri v. İtalya, Başvuru No: 26431/12.

AİHM, Vejdeland ve Diğerleri v. İsveç, Başvuru No: 1813/07.

AİHM, X ve Y v. Romanya, Başvuru No: 2145/16 ve 20607/16, 19.01.2021.

AYM, Başvuru No: 2013/2928, 18.10.2017.

AYM, Başvuru No: 2013/5356, 08.05.2014.

AYM, Başvuru No: 2014/19308, 15.02.2017.

AYM, Başvuru No: 2015/13077, 12.06.2018.

AYM, T.K. Başvurusu, Başvuru No: 2018/34343, 27.01.2021.

AYM, Tuğba Arslan Kararı, Başvuru No: 2014/256, 25.06.2014.

Yargıtay, 2. Hukuk Dairesi, 21.01.1982, E. 1981/8911, K. 1982/259.

Haberler

Kaos-GL Stratejik Dava, <http://www.kaosgl.org/sayfa.php?id=16239>

Trans Kadın Hande Şeker'in Öldürülmesi, <https://t24.com.tr/haber/trans-kadin-hande-sekeri-olduren-polis-memuru-tutuklandi,795488>

Latvia is Worst Place to Be Gay in EU, <https://www.euractiv.com/section/social-europe-jobs/news/latvia-is-worst-place-to-be-gay-in-eu-in-dex-shows/>

Lithuania's Top Court Grants Residence Permits for Same-Sex Foreign Spouses, <https://www.gaystarnews.com/article/lithuanias-top-court-grants-residence-permits-same-sex-foreign-spouses/>

<https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskanvekilleri-ve-uyeler/emekli-uyeler/>

* Bu yazı, Avrupa Birliği'nin desteklediği Eşit Haklar için Savunuculuğu Güçlendirme Projesi kapsamında hazırlanmıştır. Bu durum, yazının içeriğinin AB'nin resmi görüşünü yansıttığı anlamına gelmemektedir.

Bölüm 2

**AVUKAT
MÜVEKKİL
GÖRÜŞME
REHBERİ**

ÖNSÖZ

Kaos Gey ve Lezbiyen Kültürel Araştırmalar ve Dayanışma Derneği (Kaos GL) olarak cinsel yönelim, cinsiyet kimliği, cinsiyet ifadesi ve cinsiyet karakteristiği ayrımcılığı alanında bireysel veya toplumsal düzeyde yaşanan her türlü ayrımcılıkla mücadeleyi bir amaç olarak benimsedik. Kaos GL doğrudan dava takibi yapmasa da kaçınılmaz olarak yargılama süreçlerinde ulaşılan olumlu veya olumsuz sonuçlar, bu amaca doğrudan etki ediyor. Kaos GL olarak hukuk alanında uygulayıcıların mesleki pratiklerinde değerlendirebilecekleri bilgi ve belge üretimini önemsiyoruz.¹

Bu kılavuz doğrudan avukatları hedeflemektedir. Avukatlar, adalete erişimdeki rolleri nedeniyle de lezbiyen, gey, biseksüel, trans, interseks ve artı kimlikleri yargısal süreçlerde temsil eden durumunda. Avukat ve LGBTİ+ müvekkiller arasındaki ilişkide yol gösterici olmasını ümit ederek bu çalışmayı yaptık. Bununla birlikte mülteci LGBTİ+'ların içinde bulundukları öznel koşullar nedeniyle çalışmanın LGBTİ+ mültecilerle olan iletişimi kapsamadığını belirtmeliyiz.

LGBTİ+ hareketinin mücadele içerisinde öğrenen sıfatından hiç vazgeçmemesi; yeni sorun alanlarının tespit edilmesinin yanı sıra çeviri veya üretim yoluyla yeni kavramların da literatüre dahil olması sonucuna yol açıyor. Dolayısıyla ilk olmadığını belirttiğimiz ve avukatların LGBTİ+ müvekkilleriyle iletişimlerinde yol gösterici olmasını umduğumuz bu çalışmanın son noktayı koymayacağını da baştan söylemek gerek.

Bu çalışmanın çeşitli aşamalarında koydukları katkı nedeniyle Mersin Muamma'dan Derin ve Hüseyin'e; 17 Mayıs'tan Alpe; SPoD'dan Zeynep'e, hak sahipleriyle görüşmeler aşamasındaki desteği için Genç LGBTİ+'dan Duygu'ya; deneyimleriyle bizi besleyen Hayat, Destina, Doğa, Halil İbrahim'e de ayırdığı zaman için teşekkür ederiz.

İKİNCİ BASKIYA ÖNSÖZ

2025 yılında yaptığımız bu ikinci baskıda bazı düzeltmeler yaptık. İçerik olarak aynı olan bu baskının son okumasını yapan meslektaşım Murat Karaçor'a teşekkür ederim.

Kerem Dikmen

1. LGBTİ+'lar Birey midir?

Sorunun yanıtı hem evet hem hayır.

LGBTİ+ kavramı, lezbiyen, gey, biseksüel, trans ve intersekslerle birlikte demiseksüel, panseksüel, aseksüel gibi bilinçli olarak sınırlı sayılmayan birçok yönelim ve kimliği içinde barındıran bir şemsiye kavramdır. (+) işareti ise LGBTİ kısıltmasında ifade edilmeyen tüm diğer cinsel yönelim ve cinsiyet kimliklerinin kapsanmasını ifade eder.

Bu şemsiye kavramın öznelere hukuk karşısında elbette bireydir. Ancak bu durum tek tek özne düzeyine inildikçe ve her bir kişinin kendine özgü cinsel yönelimi ve cinsiyet kimliği ile ifade edilmesi ihtiyacı açığa çıktıkça, LGBTİ+ hitabı, kapsamı geniş bir kavram olduğundan, kişilerin kimliklerine göre farklılaşan sorunlarını perdeleyebilir.

Örneğin transların almış olduğu üniversite diplomasındaki ismini, tamamlamış olduğu cinsiyet uyum sürecinin ardından değiştirme isteği ile bir avukatın karşılaşma ihtimali oldukça yüksektir. Fakat diplomadaki isim değişikliği talebinin reddi, cinsel yönelime dönük ayrımcılığın konusunu teşkil etmeyebilir.

Dolayısıyla LGBTİ+ kimliği tek bir kimlik olarak algılamamak gerekir.

2. Kavramlar Kalıcı mıdır?

LGBTİ+ hareketin geçmişte kullandığı metinleri ve bu metinlerdeki kavramları, bugünün metinleri ve kavramlarıyla karşılaştırdığınızda; geçmişte kullanılan kimi kavramların bugün kullanılmadığını ya da geçmişte hiç kullanılmayan kavramların bugün kullanılabildiğini göreceksiniz. Bunun nedenleri arasında hareketin gelişen, dile müdahale ederek onu değiştiren, kavramlara yeni anlamlar yükleyen, çeviri metinlerle yeni kavramları dile kazandıran bir hareket olması sayılabilir. Avukatların da özellikle müvekkilleri ile iletişimlerinde veya yargı yerleri ile olan iletişimlerinde; kendi geçmiş deneyimlerinden gelen kelime ve bilgi dağarcığının o gün için yeterli bir iletişim aracı olmayabileceğini gözetmesi gerekir.

Örnek vermek gerekirse geçmişte “cinsiyet değişikliği” ifadesinin kullanımı eleştiri konusu edilmeyebilirken artık bu kavram, transfobik bir yaklaşımın türevi olarak nitelenmektedir. Bunun yerine “cinsiyet uyum süreci” kavramı kullanılır.

Dolayısıyla avukatın, güncel olanı takip etmesi, müvekkili ile iletişiminde kolaylaştırıcı bir unsur olacaktır.

3. Lubunca Bilmek Gerekir mi?

Lubunca, LGBTİ+’ların geçmişten gelen ve yeni eklemelerle zenginleşen, gündelik hayatta kullanılan, sınırlı kelimelerden oluşan; LGBTİ+ topluluğuna mahsus bir dildir. Bu dili bilmek avukat açısından bir zorunluluk değildir. Zaten anadil yerine ikame edilen bir dil de değildir. Bununla birlikte özellikle lubuncayı, çalışma alanlarında toplu olarak bulunmalarından kaynaklanan bir eğilimin de sonucu olarak gündelik dilde daha yaygın olarak kullanan, seks işçisi transların güvenli iletişim için sıklıkla kullandığı bu dilin kendine mahsus kelimelerini bilmek veya en azından haberdar olmak, müvekkille kurulan güven ilişkisini güçlendirebilir.

Bu haberdar olma halinin iletişimi güçlendirmesinin aksine; diyalogun teknik ve hukuki tabirlerle donatılması da iletişimi zorlaştıracaktır. Hukuki süreçle ilgili aydınlatma ve bilgi verme kısmının olabildiğince gündelik dille yapılması; aynı kavramlar için farklı kelimeler kullanılıyorsa daha anlaşılır olanının tercih edilmesi (Rep-lik dilekçesi yerine cevap dilekçesi; müdafii veya vekil yerine avukat gibi) iletişimi kolaylaştıracaktır.

4. Avukatın Müvekkili ile Görüşme Saatleri Nasıl Olmalıdır?

Avukatlık mesleğinin doğasında avukatların devlet kurumları ile iletişim halinde olması vardır. Bunun sonucunda da avukatlar genelde resmi kurumların mesai saatlerine göre kendi mesai saatlerini ayarlamaktadır. Buna bağlı olarak müvekkil görüşmelerinin de çoğu zaman mesai saatleri içerisinde olması beklenir. Özellikle öğleden önce duruşma yoğunluğu olan avukatlar, görüşme zamanı olarak öğleden sonraki zaman dilimlerini tercih ederler. Büyük adliyelerde duruşma günlerinin yoğunlukla Salı ve Perşembe olarak belirlenmesi sık rastlanan durumdur, bu günlerde genelde avukatlar öğleden sonralarını tercih ederler. Bazen de günün her saati, kimi zaman öğleden önceki saatler avukatların müvekkillerine verdiği görüşme saatleri olabilir.

Özellikle hayatını seks işçiliği yaparak kazanan müvekkiller açısından sabah saatleri uygun görüşme saatleri değildir. Çünkü avukatlar resmi kurumların mesaisine bağlı olarak sabah 08.30, akşam 18.00 arasında mesleki faaliyetlerini sürdürürken seks işçiliği yapanlar genelde gece başladıkları mesailerini sabaha karşı tamamlamaktadır. Dolayısıyla günün ilk saatlerinde verilen randevular çoğu zaman kendilerini iyi ifade edemeyecekleri zaman dilimine tekabül eder.

Ayrıca kamu sektörü veya özel sektörde çalışan ve açık olmayan bir LGBTİ+’nın mesai saatleri içerisinde telefon görüşmesi yapamama ihtimalini de önceden

gözetmek, rıza alınmadığı müddetçe bu sırada iletişime zorlamamak gerekir.

Dolayısıyla özellikle seks işçiliği yapan müvekkilleriyle görüşmelerinde avukatlar, günün ilk saatlerini değil günün kendi mesailerinin bitimine yakın saatlerini görüşme zamanı olarak belirlerse (18.00 öncesi veya sonrası) bu daha iyi bir iletişimi beraberinde getirecektir.

5. Avukatın Müvekkili ile Görüşme Mekanı Nasıl Olmalıdır ?

Avukatın müvekkili ile görüşme mekanı elbette kendi ofisidir. Ancak kimi zaman şartlar zorladığında avukat müvekkili ile ofis dışında da görüşebilir. Ofis ortamı LGBTİ+ müvekkilin kendisini rahat ifade edebileceği bir ortam olmalıdır. Avukatlar paylaşımlı ofis kullanabilmektedir fakat müvekkilleriyle yapacakları görüşmede mahremiyet önemlidir. Bu aynı zamanda müvekkilin kendini rahat ifade edebilmesi açısından da bir ihtiyaçtır. Görüşme sırasında başka bir avukatın, bir stajyer avukatın ya da ofis çalışanlarından birinin varlığı müvekkilin avukatına kendisini yeterince açık ifade edememesi anlamına gelecektir. Avukatın ihtiyaç duyacağı her türlü bilgiyi açıkça ifade edememesi de yargı yolunda eksik bir süreci inşa eder. Bu hem avukat hem de müvekkili açısından olumsuz bir durumdur.

Avukat, müvekkili ile görüşmesini tam mahremiyeti sağlayarak gerçekleştirmelidir. Eğer stajyer gibi üçüncü bir öznenin bu görüşmeye dahil olması gerçekten zorunlu bir nedenle isteniyorsa bunun gerekçesi anlaşılır şekilde müvekkile açıklanarak izni beklenmeli, açıkça izin vermiyorsa görüşme ikili olarak sürdürülmelidir.

Mahremiyet müvekkil açısından bir ihtiyaç, avukat açısından mesleki bir yükümlülüktür. Eğer müvekkil hukuki yardıma konu olayları bir yakını, dostu veya partneri ile birlikte avukata anlatmayı tercih ediyor, bundan güç alıyorsa avukat müvekkilini yalnız görüşmeye zorlamamalı, bu tercihe saygı duymalıdır.

Türkiye’de avukat ofisleri belirli oranda standartlaşmıştır. Ancak hepsinin aynı olmadığı da bir gerçektir. Avukatın toplumsal cinsiyet eşitsizliğine karşı kişisel tutumunu gösteren her türlü işaretin ofiste bulunması o eşitsizliğin potansiyel mağduru müvekkil ile avukat arasındaki iletişimi kuvvetlendirir. Bu bazen bir gökkuşağı görseli, bazen trans bayrağı içeren bir kahve kupası veya benzeri ürünler olabilir. Ancak bu işaretlerin belirli bir müvekkille görüşme esnasında özel olarak görünür kılınması çabası - her zaman duvarda duran bir nesnenin o görüşmeye özgü olarak masaya konulması gibi - tam tersi bir etki yaratacaktır çünkü burada avukatın duruşundaki samimiyet

daha önemlidir.

6. Müvekkile Nasıl Hitap Etmeliyim?

Bir kimse kendisine nasıl hitap edilmesini istiyorsa diğer kişilerin de o isimle hitap etmesi temel bir prensip olmalıdır. Dolayısıyla avukat müvekkiline, müvekkilinin kendisini takdim ederken kullandığı isimle hitap etmelidir. Çünkü bu isim gerçek isimdir. Bu bilgiyi bazen müvekkili avukatına en başta verebilir. Avukat müvekkiline kendisine nasıl hitap edilmesi istediğini sormalı ve bu bilgiyi aldıktan sonra da artık müvekkiline o şekilde hitap etmelidir. Bu diyalogun devamında avukatın kendi kullandığı ismini de müvekkili ile paylaşması, kendisine hangi şekilde hitap edileceği ile ilgili seçenekleri müvekkiline iletmesi de ters yönden iletişimi güçlendirir.

İlk yazılı iletişimde “... Hanım”, “... Bey” benzeri cinsiyet atayan ifadelerdense Sayın + Soyisim hitabı tercih edilebilir.

Ayrıca kişinin kendi kimlik özelliğini nitelemesi avukatın o kişi tarafından ifade edilen özelliklerden yola çıkarak yaptığı nitelemeyle farklılaşabilir. Öncelikle şunu vurgulamak gerekir ki hukuki yardım süreci böyle bir nitelemeyi gerektirmiyorsa avukat müvekkiline dönük bir tanımlama çabası içine girmemelidir. Ancak hukuki yardım bu tür nitelemeleri yapmayı gerçekten gerektiriyorsa avukat müvekkilin kendine dönük tanımına saygı duymalıdır. Başka bir ifadeyle avukatın sahip olduğu tanımsal bilgilere göre trans olan müvekkil kendisini travesti; gey olan müvekkil ise kendini trans olarak niteleyebilir. Burada kişinin kendini nasıl tanımladığının esas olduğu gözden kaçırılmamalı, hitapta olduğu gibi tanımlamada da kişinin isteği esas olmalıdır. Bununla birlikte yasal durum dilekçede zorunlu olarak bazı nitelemeleri yapmayı gerektiriyorsa avukat bu bilgiyi müvekkili ile paylaşmalıdır. Örneğin TMK 40 uyarınca dava açılması talebi ile avukata başvuran müvekkil kendini trans olarak tanımlamıyorsa bile davanın sürdürülmesi için trans, hatta madde metni nedeniyle transeksüel kelimelerinin kullanılabileceği konusunda gerekçeleriyle birlikte müvekkil aydınlatılmalıdır.

Nüfus kayıtlarındaki isimle kişinin kullandığı gerçek ismi arasındaki olası farklılık avukatın hizmet vermesi önünde bir engel değildir. Hemen akla şu soru gelebilir: “Yargı makamlarına sunulan belgelerde resmi olarak nasıl iletileceğim? Resmi kayıtlardaki kimlik mi yoksa gerçek isim mi kullanılmalıdır?”

Adli veya idari makamlara sunulan dilekçelerde elbette müvekkilin resmi kayıtlardaki ismi kullanılabilir. Bununla birlikte dilekçenin girişinde resmi kimlik bilgisi

verildikten sonra müvekkilin kullandığı gerçek ismin ne olduğu belirtilmeli, ilerleyen aşamalarda gerçek ismin kullanılacağı ve bunun resmi isme atıf olduğu açıklanmalıdır. Bu gerekli ve yeterlidir.

Örneğin İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi bireysel başvuru formlarındaki açıklamalardan yola çıkarak hükümet adına yanıt hazırlayan yetkili başvuru cinsiyet atamış olsa bile başvurunun veya başvuru avukatının bu konudaki açıklamasına dayanarak başvurucudan, nüfus kaydının aksine erkek (Veya kadın) başvuru olarak bahsedebilmektedir. Non-binary bir müvekkil için de Mahkemenin resmi dili olan İngilizcedeki (They / Them) ifadelerini kullanmak doğru olacaktır. Neticede müvekkil kendini he - she ikiliği içinde görmemektedir.

Hitap sorununun bir yönü de gereksiz yakınlık kurma çabasıdır. Müvekkil bir bireydir, dolayısıyla parçası olduğu topluluktan ayırt edici yönleri vardır. Bu anlamda avukatın müvekkile yaklaşımı “mağdur” kesimin “muhtaç” bir öznesi olduğu gibi hatalı değerlendirmeleri içermemeli, bir hiyerarşiye neden olmamalıdır. Bu anlamda iletişim böyle bir yöne evrilmeden “sen” hitabı da güven değil güvensizlik yaratacaktır. Bu konuda özel bir çabaya girmeden akış içerisinde dikkat çeken ortak özelliklerin altını çizmekse iletişimi kolaylaştırabilir. Örneğin avukatın kartvizit veya e-mail imzasında özellikle belirtilen cinsiyet zamiri (Türkçede zamirler cinsiyetsizse de yabancı dildeki imza/kartvizite he/she/they zahirinin eklenmesi) kendiliğinden bir ortak yön vurgusu yapabilir.

İnformel iletişim avukatlık pratiği açısından bir gereklilik değildir bununla birlikte müvekkil buna açıksa avukatlık etiğinden kopmamak kaydıyla iletişimi kolaylaştıracak bir informal iletişim pekala mümkündür.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin uygulamasını ulusal yargı makamlarından beklemek; yani başvurunun cinsiyeti, ismi gibi kişiliği tarif eden bilgilerde başvurunun beyanına değer verilmesini beklemek, çok sıra dışı bir istek olmayacaktır. Üstelik hak temelli bir beklentidir.

7. Kamusal Belgelerde Müvekkil İsmi’nin Gizli Tutulması

Müvekkil adına takip edilen yargı süreci çoğu zaman müvekkilin özel hayatına ilişkin bilgileri de içerebilir ancak müvekkil bu özel hayata ilişkin bilgilerin alenileşmesini istemeyebilir. Bu mahremiyeti sağlamak için bazı imkanlar mevcuttur ancak bunu genellikle müvekkiller bilmez. Örneğin Anayasa Mahkemesi’ne yapılan bireysel başvurularda Mahkeme, başvuru veya temsilcisi tarafından gerekçesinin açıklanması

kaydıyla başvurunun isim ve soy ismini rumuzlayarak kararını yayımlamaktadır. Nitekim İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi de başvurunun veya avukatının talep etmesi ve gerekçesini ortaya koyması halinde vermiş olduğu kararları rumuzlu olarak duyurmaktadır. Örneğin Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu tarafından verilen E.A. kararı veya İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi tarafından verilen X v. Türkiye kararı böyledir.

Dolayısıyla avukatlar müvekkilleri özel olarak gizlilik talep etmese dahi bu gizlilik taleplerini başvuru formlarında belirtmelidir. Ancak öncesinde böyle hareket edeceği bilgisini müvekkilleriyle paylaşmalı, müvekkillerine aksi yönde hareket imkânı tanımalıdır.

8. Kolluk ve Yargı Makamlarıyla İlişkinin Müvekkille Olan İletişim Üzerindeki Etkisi

Avukatların yargı makamları veya kolluk görevlileri ile olan iletişimlerinde mesleki kuralların dışına çıkabildiği, informal davranabildiği bilinmektedir. Davranışa ilişkin usul kurallarının mevcut olmadığı, özellikle kolluk görevlileriyle girilen iletişimde kimi zaman avukatların kolluk görevlileri ile yakın ilişki kurarak ifade alma, gözaltı, hastaneye sevk süreçlerinde müvekkillerini daha avantajlı kılma maksadıyla informal davranışlara yöneldiği bir gerçektir. LGBTİ+ olmanın mesleğe kabul önünde bir engel olduğu polis meslek kültürünün, geçmişte ayrımcılığı üretmeye veya ayrımcılığı, LGBTİ+'lara yönelik suç eylemini önlememe eğilimi daha güçlü iken artık LGBTİ+'lara karşı kolluk şiddetinin sıradanlaştığı bir kültürün oluştuğu unutulmamalıdır. Avukat, müvekkilinin, usuli süreçlerin temel hak ve özgürlüklere uygun olarak yürütülmesi ve kimliğinden kaynaklı ayrımcılığa maruz bırakılmaması beklentisine uygun bir yaklaşımla iletişimi sürdürmelidir. Avukatın, özellikle kimliğinden yola çıkarak müvekkilin doğrudan ya da dolaylı olarak aşağılandığı, kötü muameleye maruz bırakıldığı ortamlarda usul hukukunun ve Anayasal güvencelerin altını çizmemesi, avukat ile müvekkilinin güven ilişkisinin bozulmasına; giderek müvekkili gözünde avukatın, kendisini zaten ayrımcılığıyla tüketen yargı sisteminin bir parçası olarak algılanmasına yol açacaktır.

Müvekkil, kimliğine ilişkin konularda hakim, savcı gibi yargısal makamlarla iletişim kurarken avukatla kurduğu iletişimde olduğu kadar rahat olamayabilir; ofis ortamında aktardığı netlikte veya hızda aktarım yapamayacağı bir psikolojide kendini bulabilir. Zor da olsa bu anlarda müdahale etmenin koşulları zorlanmalı, duruşmaya ara verilmesi talep edilmeli, müvekkilin yargısal suje olarak konumu elveriyorsa sonradan kararını değiştirebileceği vurgulanarak susma hakkı olduğu hatırlatılmalıdır.

Dolayısıyla avukat, yargı makamları veya kolluk güçlerinin müvekkilinin kimliğini aşağılayan doğrudan veya dolaylı tutumlarına; mümkünse bu tutumları zapta geçirecek şekilde itiraz etmeli, caydırıcılığı kişisel yakınlık kurarak sağlamaktan kaçınmalıdır.

9. Genel Olarak Müvekkille Yapılan Görüşmelerin Gizliliği ve İçeriği

Bilindiği gibi avukatın müvekkili ile yaptığı görüşmelerin gizliliği aynı zamanda Avukatlık Kanunu'ndan da kaynaklanan bir yükümlülüktür. Bu gizliliğin ihlal edilmesi LGBTİ+ müvekkiller söz konusu olduğunda kişilerin can güvenliğini riske sokmak gibi çok daha büyük sonuçlara yol açabilir. Çünkü LGBTİ+ müvekkillerin avukatlarıyla kurduğu iletişimin en önemli sebeplerinden biri de cinsel yönelim veya cinsiyet kimlikleri veya cinsiyet özellikleri nedeniyle uğradıkları ayrımcılıktır. Avukat müvekkili ile kurduğu bu iletişimde hukuki sorunun çözümünün gerektirdiği konuların dışındaki sorulara yanıt aramamalıdır. Çünkü bu bilgiler avukatın yürüteceği hukuki süreçte hiçbir şekilde elini güçlendirmeyeceği gibi müvekkili ile kurduğu iletişimde özel hayata ilişkin bilgilerin gereksiz yere talep edilmesi, kurulan hukuki yardım ilişkisinin sınırının aşılması anlamına gelecektir.

Örneğin kişinin açılma süreci, ailesi ile olan ilişkiler, gerçek ismi ile resmi ismi arasında farklılık varsa bu farklılıkların sebepleri, sosyal ilişkileri, işyeri ortamı, mesleki kariyeri, eğitim kariyeri gibi bilgiler ancak avukatın yöneteceği hukuki sürece katkısı olacaksa müvekkilden istenmeli, aksi takdirde kesinlikle istenmemelidir. Avukatın sır saklama yükümlülüğünün bulunması, müvekkillerinin kendi hayatlarına ilişkin her bilgiyi avukatına verme sonucunu doğurmaz.

Mahpus müvekkilin vekaletnamesini almak zorunlu olarak kişinin vasisi ile iletişim kurmayı gerektirdiğinden ve vasi aile bireylerinden olabildiğinden; o aile bireyinin kişiye ilişkin ayrıntılara vâkıf olmama ihtimalinin güçlü olduğu akıldan çıkarılmamalı, avukat - müvekkil gizliliğinden taviz verilmemelidir.

Avukatın müvekkili ile olan iletişimde açığa çıkmamış bazı bilgiler hakimın ya da taraf avukatlarının ya da savcının sorduğu farklı sorular üzerinden duruşma sırasında da açığa çıkabilir. Avukatlar da yaşadıkları toplumdaki toplumsal cinsiyet algısı ve rollerinin etkisi altındadır. Dolayısıyla bu duruşma salonundaki açığa çıkma hali avukatları şaşırtmamalı, bunlardan yola çıkarak müvekkillerine yöneltecekleri başkaca sorulara gerekçe kılınmamalıdır.

Örneğin bir trans seks işçisinin nüfus kayıtlarında evli görülmesi sıra dışı bir durum

olmayabilir ya da eşinsel bir müvekkilin yargı süreci içerisinde aslında evli olduğu bilgisi açığa çıkabilir. Avukat bu durumda dahi bilginin paylaşılmamasının sebepleri ya da neden kendisine daha önceden verilmediği üzerinde durmamalıdır.

Avukat müvekkilin dış görünüşünden yola çıkarak onun cinsiyeti veya cinsel yönelimi hakkında çıkarımda bulunmak zorunda değildir ve bulunmamalıdır. Müvekkil maruz bırakıldığı sistematik ayrımcılığı önlemek için çeşitli kişisel mekanizmalar geliştirmiş olabilir ve bu mekanizmalar müvekkilin dış dünyayla kurduğu iletişimde kendini tanıtmaya biçimlerine dair de olabilir.

LGBTİ+ müvekkilin kimliğinden kaynaklanan adalete erişimi ihtiyacı nedeniyle avukata ihtiyaç duyduğu varsayımında bu kimliğin, verilen bilgilere fazladan yüklediği mahremiyet özelliği; mahremiyetin korunmasına dönük de fazladan bir titizliği gerektirir.

10. Müvekkille Kurulan Güven İlişkisi

Adalete erişim LGBTİ+ müvekkil için çok yakıcı bir sorundur. Çoğu zaman kendi bireysel çabalarında derdini anlatabilecek zemini; sözünü dinleyecek bir memuru/ polisi/adliye görevlisini dahi bulamayan müvekkil açısından avukatın, yargı sisteminin parçası olarak algılanması çok olasıdır. Zaten avukatlık bir kamu görevidir ve meslek örgütleri tarafından yargı erkini oluşturan sac ayaklarından biri olarak nitelenir. Bu bakımdan LGBTİ+ müvekkilin avukatı yargı sisteminin bir unsuru olarak gören algısı dayanaktan yoksun değildir.

LGBTİ+ müvekkilin avukatından beklentisi sorunu ile ilgili hukuki bilgi almaktır. Bu, avukatın müvekkili adına atacağı adımların müvekkil nezdinde doğurabileceği olumsuz sonuçlarını da onunla paylaşmayı zorunlu kılar. Örneğin davanın kaybedilmesi halinde müvekkilin ödemek zorunda kalacağı yargılama giderleri ve karşı taraf vekalet ücreti baştan ifade edilmeli; karşı taraf vekalet ücretinin avukatın almasının müvekkilin ücret ödeme yükümlülüğünü ortadan kaldırmadığı belirtilmelidir. Bir ceza davası söz konusu ise avukatın kendi öngörüsünü aktarırken, kendisine göre düşük ihtimaller de olsa en olumsuz ve olumlu ihtimallerin de söz konusu olabileceğini belirtmesi, müvekkilin avukata güvenini azaltmak bir yana arttıracaktır.

Davanın sahiplenildiğini algılaması müvekkille avukat arasındaki güven ilişkisini güçlendirecektir. Gerekli durumlarda bilgilendirici iletişim kurmanın da böyle bir etkisi olacaktır.

Bu iletişimde müvekkile verilebilecek en büyük zarar, maddi dayanağı olmamasına rağmen müvekkil nezdinde yersiz bir beklenti oluşmasına neden olmaktır. Bu beklentinin gerçekleşmemesi, müvekkile olan güven ilişkisine zarar verecektir.

Tabii ki avukatlık bir özel meslektir ve ücret karşılığında yapılmaktadır. Avukat müvekkilinin ödeme gücü olmadığının farkına vardığında ona adli yardım veya Ceza Muhakemesi Kanunu'nun avukata erişimle ilgili güvenceleri hakkında bilgi vermelidir. Öte yandan verdiği hizmetin olağan kanun yolları başvuruları dışındaki yollara başvuruyu içermediğini; Anayasa Mahkemesi veya İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi bireysel başvurusu gibi ikincil yargı süreçlerini kapsamayacağını baştan belirtmek önemlidir.

Müvekkil kimi zaman üçüncü kişi veya avukatlar arası iletişim sonucunda avukatına ulaşır. Bu durum kendiliğinden avukatı müvekkil gözündeki güvenilir bir özne, iletişim için yarattığı alanı ise güvenli alan haline getirmez. O alanı güvenli hale getirecek olan şüphesiz avukat olarak müvekkile yaklaşımdır.

11. Avukatın Müvekkile Başka Bağının Bulunması

Avukat ile müvekkili aynı işverene bağlı çalışanlar olabilir veya avukat, bu sıfatıyla olmasa da müvekkili olan kişinin işvereni rolünde olabilir. Yahut da avukat ile müvekkili örneğin bir sivil toplum kuruluşunun profesyonel veya gönüllü kadroları olmak gibi yatay bir yapının parçası olabilir. Böyle durumlarda esas olarak avukat - müvekkil ilişkisini kurmamak ve bu profesyonel ilişkinin kurulması için konuya hakim diğer meslektaşlara yönlendirme yapmak en doğrusu olacaktır.

Avukat bir dernekte profesyonel olarak istihdam edilebilir veya gönüllü olarak avukatlık yapıyor olabilir. Avukatlık hukukunun ve vergi mevzuatının kurulmasını zorunlu tuttuğu parasal ilişkiyi bir kenara bırakırsak, dernek bir LGBTİ+ öznenin davasını sahiplenebilir ve sahiplendiği davada avukatın sorumluluk almasını isteyebilir. Türkiye aleyhine verilen bireysel başvuru kararlarının çoğunlukla makul sürede yargılanma hakkı ihlaline ilişkin olduğu göz önünde bulundurulduğunda, müvekkilin davası devam ederken avukatın o dernekle profesyonel veya gönüllü ilişkisinin sonlanması ihtimal dahilindedir. Bu durumda ilişki nasıl sürdürülmelidir?

İşte bu durumların olası yan etkilerini azaltmak için avukatın bir yandan kendisini istihdam eden kurumu, sahiplendiği davayı bütün süreç boyunca sahipleneceği bir mekanizmaya teşvik etmesi gerekirken öte yandan müvekkili de bu avukat - müvekkil ilişkisinin bir noktada sonlanabileceği konusunda en başta bilgilendirmesi

yerinde olacaktır. Hiç şüphesiz burada asıl sorumluluk bu tip sivil toplum kuruluşlarına düşmektedir. Çünkü avukat sirkülasyonu davanın etkin takibi önünde bir engeldir, dosya devamlılık taşıyan bir yargı sürecine ilişkindir. Ancak böyle olsa bile avukatın hem müvekkiline hem de meslek kurallarına karşı sorumluluğu devam eder.

Avukat böylesi durumlarda müvekkille kurduğu ilişkideki konumunu en başında davayı derneğin sahiplenmesiyle ilişkilendirmeli; o ilişkinin sonlanmasının olası etkileri konusunda müvekkili bilgilendirmeli ve bu avukatlık ilişkisinin sonlanacağı anlaşıldığında müvekkiline gerekli bilgilendirmeleri yaparak yazılı istifa sürecini işletmelidir. Bu halde dahi istifanın müvekkile tebliğ edilmesinin üzerinden on beş gün geçtikten sonra istifanın hüküm doğuracağı unutulmamalı, bu on beş günlük sürede usuli ve gerekirse esasa ilişkin sorumluluklar yerine getirilmelidir.

Bu bahisle ilgili söylenmesi gereken son konu ise şudur. Eğer avukat bir LGBTİ+ derneğinden veya o derneğin iletişim halinde olduğu ağlar üzerinden müvekkili ile iletişim kuruyorsa bunun doğal sonucu müvekkilinin daha yüksek bir beklentiye sahip olmasıdır. Bu beklenti elbette kazanılma ihtimali düşük bir davada süreci ters yüz etme becerisi değildir ancak örneğin benzer vakalardan yola çıkarak oluşan içtihatlar avukatın daha hakim olması beklenir. Zira o tür içtihatlar LGBTİ+ topluluğu içinde de sosyal medya, haber portalları ve benzeri iletişim araçlarıyla dolaşıma girmektedir ve teknik bir hukuki konuda avukatın bilgi açısından müvekkilinden geri bir noktada olması da iletişimi zorlaştırır.

12. Müvekkillere Yanında Olduğunu Hissettirmek

Avukatın bütün müvekkilleri göz önünde tutulduğunda hem kendisi ile müvekkillerinin; hem de müvekkillerinin birbiri ile taşıdığı “farklılıklar” aslında bir fark değil yaşamdaki çeşitliliğin doğal sonucudur. Ancak avukatın verdiği hukuki yardımın doğası hiçbir şekilde bu çeşitliliğe vurgu yapmayı gerektirmez. Bu anlamda müvekkille kurulan iletişimde; eşitliği vurgulama amacıyla yapıldığı düşünülse dahi siz - biz ikilemi üzerinden kurulan bir söylem; hem kimliğe dayalı bir hiyerarşiyi hem de ayrımcı yaklaşımı yeniden üretecektir. Bu nedenle bu tip çerçevelerin çizilmesi, avukatın müvekkili ile olan iletişimini zorlaştırır.

Avukat müvekkilinin yanında olduğunu ona hissettirmelidir. Bu önerme, müvekkilin kanunla yasaklanmış veya avukat tarafından makul görülmeyen bir eyleminin dahi avukat tarafından desteklenmesi gerektiği şeklinde algılanmamalıdır. Öte yandan meslek kuralları avukatın, müvekkili ile özdeşleşmesine yol açacak davranışlarını

ilke olarak yasaklamaktadır. Ancak müvekkil avukata hukuki desteğinden yararlanma amacıyla gelmiştir ve bu aynı zamanda onun Anayasal hakkıdır. Bu destek sürecinde avukat, müvekkilin varmak istediği hukuki sonuçta ve o sonuca ulaşmak için kullanılacak ortak zeminlerde onunla birlikte olduğunu; yargısal süreçlerde kişinin özelliklerinin ve kişiliğinin asla yargılanamayacağını bilmeli ve vurgulamalıdır.

LGBTİ+ müvekkili ile kurduğu iletişimde, yukarıda da özel olarak vurguladığımız yargı yerlerinde avukatın takındığı tutum, müvekkile bu çerçevede yanında olduğunu hissettirmelidir. Örneğin zorunluluk olmamasına rağmen gerçek ismi resmi isminden farklı müvekkile yargısal öznelerin (Hakim, savcı, katip, mübaşir, yazı işleri personeli v.b.) ısrarla resmi ismiyle seslenmesi; müvekkilin cinsel yönelimi, cinsiyet kimliği veya yargısal öznenin geçmiş deneyimleri üzerinden “mizah” yapılması; genelleştirmeler üzerinden olguların tarif edilmeye çalışılması müvekkile karşı ayrımcılık anlamına gelir ve müvekkil avukatın hukuki yardımından yararlanırken yalnızca adil yargılanma hakkına ve diğer haklara değil ve fakat bu haklarla beraber, bu hakkın ayrımcılık söz konusu olmaksızın da sağlanmasına hakkı vardır. Dolayısıyla müvekkil açısından ürettiği sonuç adil bir sonuç olsa dahi bunun elde edildiği yargısal pratikte ayrımcı tutumlara avukat tarafından itiraz edilmemesi, avukatın müvekkile verdiği hizmeti de eksik bir hale getirecektir.

Tabii ki burada avukattan yargısal özne dediğimiz kişilerle bir sözlü, fiziki tartışmaya girmesi beklenmemektedir. Ancak durumun özelliğine göre tutanakta uygulamanın avukatın hukuki değerlendirmesi açısından ayrımcılık olduğuna yer verilmesini sağlamak; tutanakta buna yer verilmesinin reddi halinde salt bunun tutanağa geçmesini sağlayarak daha sonradan ilgili dosyaya konu ile ilgili dilekçe vererek konuyu kayda geçirmek avukatın gelecekte yapması olası bireysel başvuru aşamalarındaki başarı şansını arttıracak gibi müvekkili ile arasındaki güven ilişkisini de güçlendirecektir.

13. Avukatın Müvekkilinin Hikayesini Dinlemesi

Adalet Bakanlığı her yıl istatistikler yayımlamakta ve önceki yıl hangi mahkemelerde hangi tür davaların açıldığı bilgisini kamuoyu ile paylaşmaktadır. Bu bilgiler istatistiki olarak önemli olsa da herkes ve herkesin davası biriktirir.

Örneğin 2024’te 320.848 boşanma davası açılmıştır. İstatistiki olarak yıl içinde açılan davaların %10,04’ü denildiğinde basit bir “oran” olan veri; boşanan kişileri düşündüğünüzde birden 641.696 ayrı “hikayeye” dönüşür. Bu boşanmanın etkilediği diğer kişileri de düşündüğünüzde oran dev bir niceliğe dönüşür.

Bu yönüyle LGBTİ+’ların davaları da ayrı birer hikayenin ürünüdür. Alanda takip edilen davaların önemli bir kısmında ayrımcılığı meşrulaştıran toplumsal cinsiyet rollerinin etkisi gözetildiğinde; avukatlar açısından sıradan olduğu düşünülen kiralananın tahliyesi, işe iade, iş sözleşmesinin feshine bağlı alacak, genel alacak, mirasta tenkis gibi davaların aslında sıradan olmadığı ve çok çeşitli arka planları LGBTİ+’lar açısından barındırdığı görülecektir.

Ceza davalarında da durum farklı değildir. Örneğin mağdur veya müştekinin ya da şüpheli veya sanığın LGBTİ+ olduğu kollukta kötü muamele, taciz, gasp benzeri davalar ile görevi yaptırmamak için direnme, kamu görevlisine hakaret gibi konuları içeren soruşturma ve kovuşturmalarda; bu tip vakaların genel özelliklerinden ayrışan birçok yönün var olduğu görülecektir.

İşte bu arka planın iyi anlaşılması avukatın müvekkilin hikayesini dinlemesini gerektirir. Müvekkilin hikayesini dinlemek avukatın müvekkili ile olan iletişim kanalını açık tutup güven ilişkisini güçlendireceği gibi avukatın yargısal yollarda argüman zeminini genişletip güçlendirerek mesleki başarı şansını da arttıracaktır.

Tabii ki müvekkilin hikayesini dinlemek hem müvekkilin hem de avukatın sürecin aktif bir öznesi olmasını gerekli kılar. Alıcının veya vericinin etkileşim halinde olmadığı bir tek yönlü iletişim aslında iletişim değildir.

Dolayısıyla avukat müvekkilinin hikayesini derinlemesine dinlemeli, onu ciddiye aldığını göstermeli, ona hem yanında olduğunu ve mesleki bilgi ve tecrübesini onun hizmetine sunduğunu hissettirmeli hem de böylelikle takip edeceği davadaki argümanlarını güçlendirmelidir.

14. Hukuki Destek Nerede Başlar Nerede Biter?

Bu sorunun avukatlar nezdindeki yanıtı nettir. Ancak bu netliği doğuran hayat deneyimi değil çoğu zaman avukatın bilgi ve mesleki tecrübesidir. Ne var ki müvekkil bu bilgi ve tecrübeye sahip değildir ve onun avukattan alacağı hizmetin sınırları nedir sorusuna vereceği yanıt avukattan farklılaşabilir. Avukatın bu farklılığı ortadan kaldırarak müvekkili ile aynı sayfada buluşması hem beklentilerin netleşmesi hem de güven ilişkisinin zedelenmemesi açısından önemlidir.

Örneğin avukat yalnızca dilekçe yazımı ile ilgili bir hukuki destek veriyorsa davayı takip etmeyeceğini; nihai karardan sonra yalnızca kanun yolları başvurusu yapacaksa kararın kesinleşmesinin ardından Anayasa Mahkemesi başvurusu yapmayacağını;

soruşturma işlemleri ile sınırlı bir destek veriyorsa ceza davasında müdafilik veya vekillik görevi üstlenmeyeceğini; ceza davasında müdafii olarak destek veriyorsa bu desteğin infaz aşamasını kapsamadığını açıkça müvekkile bildirmelidir.

15. Müvekkili Güncel Tutmak ve Bilgi Paylaşımı

LGBTİ+’lar adalete erişimde zorluklarla daha sık karşılaşmaktadır. Bu adalet mekanizmasının, kuralların ve devlet örgütlenmesinin toplumun sadece erkeklere yönelen kadınlar ve kadınlara yönelen erkeklerden ibaret olduğu kabulü üzerine inşa edilmesiyle yakından ilişkilidir. Bunun en önemli sonucu da adalet mekanizmaları ile sonuç alınabileceğine dair inancın LGBTİ+’larda daha da zayıf olmasıdır. Bunu değiştirmenin avukatın elinde olmadığını müvekkil de bilmektedir. Bununla birlikte dosyanın aşamalarıyla ilgili müvekkil periyodik olarak güncellenmeli; iddianame, duruşma, hüküm, kanun yolu başvurusu gibi önemli dönemeçlerde müvekkil bilgilendirilerek ihtimaller üzerine aydınlatılmalıdır. Böylelikle devam eden süreçle ilgili müvekkilin bilgisi güncel tutulmalıdır.

Süreye bağlı usul kurallarını müvekkille paylaşmak güven ilişkisini güçlendirecektir. Kesin olmadığını belirterek davanın karara bağlanması gereken tahmini süre (Bu tahmini süre artık dava açılışında form olarak düzenlenmektedir, bunu müvekkille paylaşmak iyi bir fikir olabilir.), bu süreyi kısaltacak veya uzatacak olası etkenler, yukarıda belirttiğimiz dönemeçlerde uyulması gereken istinaf, temyiz, cevap gibi aşamalara ilişkin kesin sürelerin baştan veya aşama gerçekleştiğinde müvekkille paylaşılması faydalı olur. Böylelikle avukat, müvekkili tarafından dosyasının aktif takibine zemin sağlayacaktır. Bu bilgilerin sözlü olarak aktarılmasının yetersizliği gözetilerek belki de genel bir müvekkil bilgilendirme formu hazırlayıp bunu fiziken teslim etmek, ayrıca whatsapp veya e-mail gibi yöntemlerle muhataba iletmek takip konusunda müvekkilin de sorumluluk almasına vesile olacaktır.

16. Avukatın Kendini Güncel Tutması

Son yirmi yılda dernek veya topluluk olarak organize olan LGBTİ+ hak örgütlerinin sayısı önemli ölçüde artmıştır. İstanbul, Ankara, İzmir başta olmak üzere birçok şehirde LGBTİ+’lar örgütüdür. Bu örgütlerin bir kısmı adalete erişim, hukuk danışmanlığı gibi alanlar üzerinden hukuki bilgi üretmekte, stratejik davalar takip etmekte, LGBTİ+’ların taraf olduğu yargısal uyuşmazlıklara ilişkin içtihatları veya bireysel başvurular üzerine verilen kararları yaygınlaştırmakta, ağlar kurmaktadır. Uluslararası alanda üretilmiş bilgi ve belgeleri çeviri yoluyla Türkçeye kazandırmaktadır. Avukatın takip ettiği davada müvekkilin kimlik özellikleri bir unursa o konuya ilişkin geçmiş tarihli bir yargı kararının var olması muhtemeldir. Bununla birlikte ücretli

veya ücretsiz içtihat programları bu kararları içermeyebilir.

Böylesi durumlarda avukat LGBTİ+ hak örgütlerinden hukuki bilgi üretenlerin internet sitelerini gözlemlemeli, o derneklerle iletişim kurarak benzer yargı kararlarının var olup olmadığını araştırmalıdır. Bu tip bir prosedür kanunda yer almıyorsa bile Anayasa Mahkemesi veya İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi önündeki bireysel başvurularından bu dernekleri haberdar etmeli, dernekleri bu davalarda üçüncü taraf başvurusu yapmaya veya uzman görüşü bildirmeye davet etmelidir. Dosyayı besleyecek olan bu adımlar avukatın başarı şansını arttırır. Bu ise hem avukatın mesleki kariyeri için önemli bir köşetaşı olacak hem de temsil edilen müvekkilin adalete erişmesini sağlayacaktır.

Avukatın kendini güncel tutması gerektiği önermesi içinde bilgilerinin güncel olmayacağı kabulünü de barındırır. LGBTİ+ deneyimlerinin farklılığı unutulmamalı, bu deneyimlerin hepsine hakim olduğu yanılgısına düşülmemelidir. Bu anlamda öğrenmeye açık olunmalıdır. Yeni sorun alanları yeni yaklaşımları geliştirmekte, bu da öğrenilmesi gereken her konuya yenilerinin eklenmesi anlamına gelmektedir.

17. Basınla İlişkiler

Kimi zaman adliye muhabirleri kimi zamansa irade dışında üçüncü kişilere ulaşan bilgiler kamuoyunda avukatın takip ettiği davaya dönük ilgiyi uyandırabilir. Böylesi durumlarda müvekkilin izni olmadan dava ile ilgili kamuoyuna bilgi vermek, özel bilgilerin kişinin istemi dışında alenileşmesinin yanı sıra avukatla müvekkil arasındaki iletişimi de olumsuz etkileyecektir. Ayrıca müvekkilin davasına ilişkin kamuoyu ilgisinin o davanın magazinelleşerek mi doğduğu yoksa davanın dayandığı hak temelinde mi doğduğu oldukça önemlidir. Böylesi durumlarda avukat müvekkilini bilgilendirip onayını alarak kamuoyunu bilgilendirebilir. Ancak bu durumda dahi meselenin hak boyutunu vurgulamak, kişisel bilgilere değil ihlal edilen hakka ve o hakkı güvence altına alan devletin yükümlülüklerine dikkat çekmek yerinde olacaktır.

Dolayısıyla takip edilen dava, cinayet davası gibi hak sahibinin rıza açıklama ihtimalinin bulunmadığı bir duruma ilişkinse avukat daha da ketum davranmalı, olgulara ilişkin bilgileri paylaşmamalı, genel hatlarıyla bilgi paylaşmalıdır.

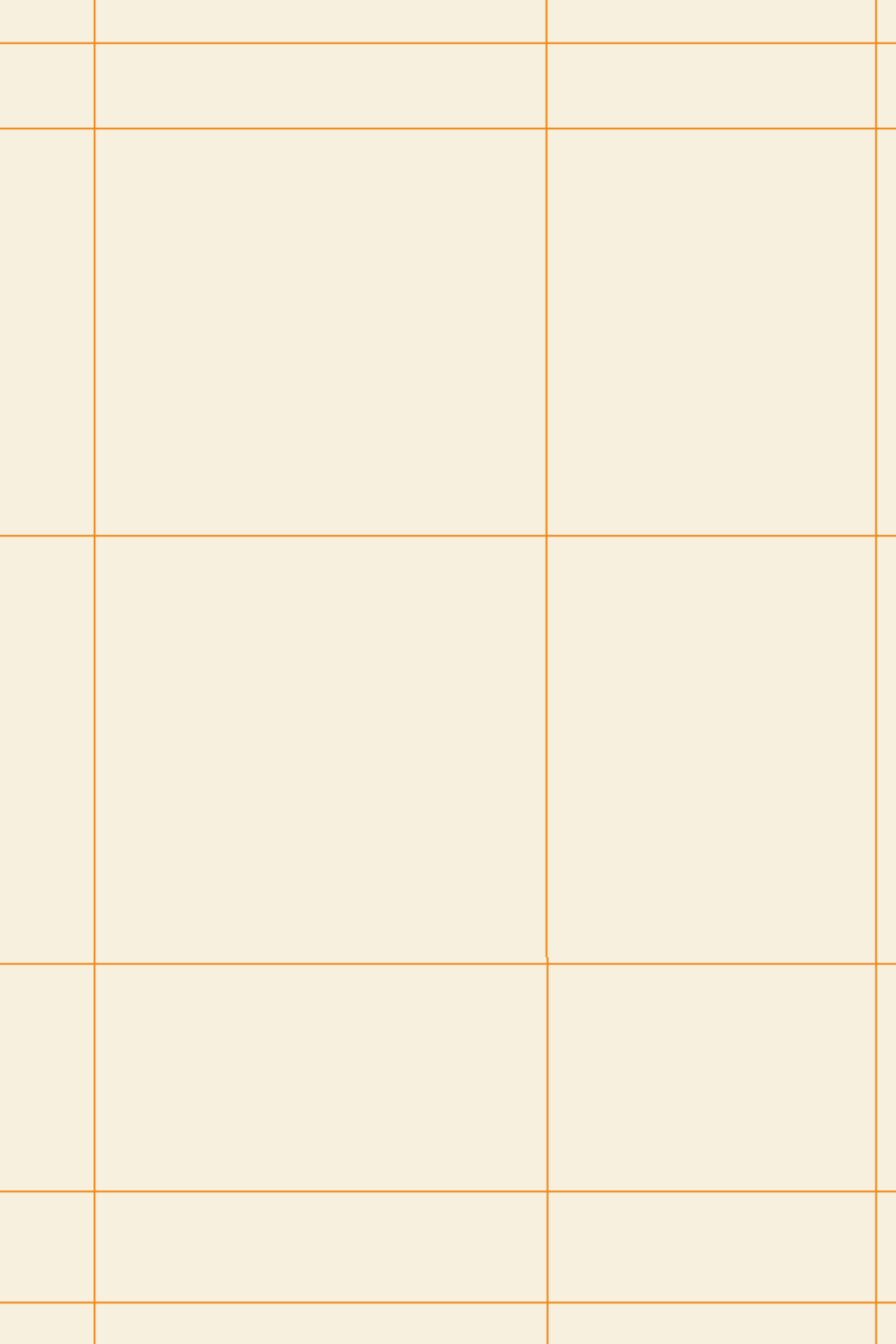
18. Adli Yardım ve Zorunlu Müdafilik

Adli yardım listesine kayıt ve Ceza Muhakemesi Kanunu uyarınca zorunlu müdafilik ve vekillik görevi mesleğinin ilk yıllarındakilerde yoğun olmak kaydıyla avukatların önemli kısmı tarafından tercih edilmektedir. Bu tercihin saiklerinden biri kişisel ekonomik ihtiyaç olsa da bu şekilde yapılan çalışmaların avukatın hak ettiği geliri sağlamadığı bir gerçekliktir. Bununla birlikte vekalet ilişkisinin kurulmasıyla doğan sorumluluklar alınan ücrete göre farklılaşmamaktadır.

Avukat, bu mekanizmalar üzerinden kendisine ulaşan LGBTİ+ müvekkilin davasını da aynı titizlikle sürdürmeli, müvekkili aydınlatma görevini yerine getirmelidir. Eğer avukata başvurmayı gerektiren olay, baroların farklı komisyonlarının çalışma alanıyla ilişkiliyse (İşkence yasağı ihlali, ev içi şiddet veya partner şiddeti gibi) müvekkilin rızası alınarak bu mekanizmalar durumdan haberdar edilmelidir.

Sonuç

Avukatın LGBTİ+ müvekkili ile olan iletişimini güçlendirme kaygısı ile kaleme alınan bu yayını zaman geçtikçe günün ihtiyaçlarına göre güncellemeyi umuyoruz. Buradaki temel derdimiz ilişkinin iki tarafı açısından da açık ve güvenli bir iletişimin özelliklerini tarif etmek. Elbette böyle bir yayına ilave edilmesi gereken çok sayıda madde, cümle var. Gene de bu yayının bir başvuru kaynağı olmasını diliyoruz.



Bu kitap, **LGBTİ+'ların eğitim, adalet, ruh sağlığı ve sosyal hizmet alanlarında** maruz bırakıldıkları yapısal eşitsizlikleri görünür kılmak ve bu eşitsizliklerin meslek pratikleri içinde nasıl yeniden üretildiğini tartışmaya açmak için hazırlandı. Tarafsızlık iddiasının çoğu zaman ayrımcılığı sürdürdüğünü kabul eden bu dört kitaplık seri, mesleki bilgi ile insan hakları mücadelesi arasındaki mesafeyi kapatmayı hedefler; **LGBTİ+'ları sorun, risk ya da istisna olarak değil, hak özneleri olarak ele alır.**

Eğitimcilerden hukukçulara, ruh sağlığı uzmanlarından sosyal hizmet uzmanlarına uzanan bu çalışma, bireysel iyi niyetle sınırlı yaklaşımların yetersizliğini açıkça ortaya koyarak kurumların, mevzuatın, meslek etiğinin ve gündelik uygulamaların **LGBTİ+'ların yaşamları üzerindeki etkisini politik ve mesleki bir sorumluluk alanı olarak ele alır ve eşitlikten yana taraf olmayı bilinçli bir tercih olarak ortaya koyar.**