

Mevzuattaki Boşluklar HIV ile Yaşayanlar Aleyhine Dolduruluyor

HIV & Hukuk Söyleşisi Sonuç Raporu

28 Kasım 2020

Hazırlayan: Anjelic Kelavgil

Günümüzde HIV ile yaşayanların yaşamın birçok alanında deneyimledikleri ayrımcılık, hedef gösterme, fobi ve suçlulaştırma döngüsü söz konusu hukuk ve uygulayıcıları olduğunda da aynı döngüyü HIV ile yaşayanlara dayatıyor.

HIV ile yaşayanları odağına alan ve onları hivfobiden koruyacak destek mekanizmalarını düzenleyen politikalardan uzak bir anlayışın politika belirleyicilerdeki yaygınlığı birincil mevzuatın HIV ile yaşayanları görmemesine neden oluyor.

Kapsayıcılıktan uzak olan politik aklın HIV ile yaşayanları medikal ve teknik olarak ele alması; ikincil politikaların uygulamaya dönük olması ve yanlış halk sağlığı politikaları HIV ile yaşayanların hukuki korumadan yoksun olmasına sebep oluyor.

Kanunun ruhunun HIV ile yaşayanları kapsamaması gibi, hukuk uygulayıcılarının da HIV ile yaşayanları odağına alan bir bakış açısından uzak olması HIV ile yaşayanların uğradıkları hak ihlallerinin artışı ve cezasızlığı da beraberinde getiriyor.

"HIV ile yaşayanların uğradığı ayrımcılıklar ve maruz bırakıldıkları hak ihlalleri göz önüne alındığında adalete erişim konusunun sağlığa erişim kadar önemli

olduğunu söylemek gerekir. HIV ile yaşayanlara yönelik hak ihlalleri sıklıkla sağlığa erişimde, iş ve okul hayatında karşımıza çıkmaktadır.”

“Dünyada HIV’e ilişkin bilgilerin ortaya çıkışı ile birlikte HIV pozitiflere dönük damgalanma ve ayrımcılık diğer ayrımcılık türlerinin yanındaki yerini almıştır. Bu durum HIV ile yaşayanları haklara erişimde daha korunaksız bir alana itmiş, politika eksikliğinden kaynaklanan veya bizzat kamu görevlileri eli ile gerçekleştirilen ihlallerin önlenmesi için HIV ile yaşayan kişilerin insan hakları, genel insan hakları mücadelesi içerisinde ayrı bir başlık olarak ortaya çıkmıştır.”

Kaos GL Derneği ve 17 Mayıs Derneği’nin düzenlediği HIV ve Hukukçular Söyleşisi; HIV ve LGBTİ+ aktivisti Defne Güzel’in kolaylaştırıcılığında Pozitif-İz Derneği’nden Av. Hatice Demir’in Pozitif-İz Derneği’nin [“2018-2019 Hak İhlallerinin Raporlanması ve Hukuki Çözümleri”](#) raporunu, Kaos GL’den Av. Kerem Dikmen’in ise 17 Mayıs ve Kaos GL derneklerinin [HIV’le Yaşayan LGBTİ+’ların İnsan Hakları Raporu](#)’nun mevzuata ilişkin bölümünü dair sunumuyla gerçekleştirildi.

Hak Alanını Daraltan Bir Yaklaşım Var

Av. Kerem Dikmen

HIV ile yaşayanların yasal çerçevede korunup korunmadığına; özellikle de yönetmelikler ile yasa, yasalar ile anayasa ve anayasa ile uluslararası yükümlülükler arasında hukuka uygun bir hiyerarşi kurulup kurulmadığında bakmak gerekir. Yaşama hakkı, her koşulda ayrımcılık yasağı, özel hayatın gizliliği, eşitlik ve en yüksek sağlık standartlarına sahip olma ilkelerinin temel evrensel belgelerde ön plana çıktığı gözlemlenmektedir.

Özellikle BM ikiz sözleşmeleri olarak bilinen Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi ile Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası

Sözleşme ile Türkiye'nin parçası olduğu Avrupa Konseyi sisteminin temel insan hakları metni olan İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi perspektifinin uyarlanarak mevzuata dönüştürülmesi, Anayasa Mahkemesi kararlarının uygulanma pratiğinde pürüzler çıksa da yazım düzeyinde anılan tüm hakların anayasada yer almasını beraberinde getirmektedir.

"Göze çarpan diğer bir husus, yasal mevzuatta HIV'e dair çok büyük bir boşluğun olduğudur. Bu boşluk, ülkemizdeki HIVfobiyle birleştiğinde pratikte sürekli olarak HIVle yaşayanların aleyhine yorumlanarak doldurulmaktadır. HIV'e dair mevzuatın büyük kısmı kanunlar gibi birincil kaynaklarla değil; yönetmelik, genelge, tebliğ gibi ikincil düzenlemelerle yapılmıştır."

İkincil düzenlemelerin kanunların uygulama boyutuna ışık tutması, bu düzenlemeleri de önemli bir hale getirmiştir. Kanun koyucunun birincil mevzuattaki tutumunun uygulama alanına da sirayet ettiği görülmektedir. HIV ile yaşayanları önceleyen bir tutuma sahip olmaktan uzak olan bu tutum, uygulamayı düzenleyen ikincil mevzuatın da HIV ile yaşayanları odağına almamasını beraberinde getirmiştir. Mevzuatın bu genel hali, hak ihlalleri karşısında HIV ile yaşayanları yalnız bırakmaktadır.

Anayasa'da her türlü ayrımcılığı yasaklayan net bir hükmün yoktur ve ayrımcılığa karşı eşitlik bir araç olarak kullanılarak ayrımcılığın formları torba bir hükümlerle bağlanmıştır. *"Anayasa belirli ayrımcılık formlarını ismen sayarken, 'Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep' şeklindeki girişini takiben 've benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin' şeklindeki lafzı ile içerdiği formları sınırlı tutmuştur. Bu sınırlılık, T.C. Anayasası'nın kabul edildiği dönem olan 1982 yılının ülke ve dünya ölçeğindeki insan hakları bilinci ve evrensel hukuk ilkelerinin sınırlı ele alınışı ile ilişkilendirilebilir ise de ilanından sonra geçirdiği ondan fazla değişikliğin hiçbirinde bu maddeye eğilinmemesi, ilanındaki bakıştan uzaklaşmadığını göstermektedir."*

Türkiye Cumhuriyeti'nin temel haklar ve özgürlükler konusuna yaklaşımındaki sorunlar, HIV'e dair yaklaşımda da kendini göstermektedir. Yasaların birincil ya da ikincil düzeyde hak alanını genişleten ve teminat altına alan bir politik yaklaşımdan uzak olması; ikincil mevzuatla belirlenen kuralların uygulanmasında, HIV ile yaşayanların haklarının korunması uygulayıcıların insafına bırakılmış oluyor. Yasa koyucunun hak alanını genişleten ve HIV ile yaşayanları yasal olarak korumayı hedefleyen bir iradeye sahip olmaması, mevzuatı HIV ile yaşayanlar açısından güvenli hale getirmemektedir.

Ayrımcılığın Türk Ceza Kanunu tarafından müeyyideye bağlanmış olması her ne kadar olumlu bir tutum olarak görülse de; kanun koyucunun politik tutumu bu yasağın kapsamına cinsiyet kimliği, cinsel yönelim ve HIV statüsü kaynaklı ayrımcılıkları dahil etmiyor. Hukuk ve uygulayıcılarının HIV ile yaşayanları kriminalize eden negatif tutumu genelleşirken, devletin pozitif aksiyon alma yükümlülüğü açısından bakılmıyor oluşu hak alanını daraltan ve ayrımcılığı engelleyemeyen bir tablo ortaya çıkarmaktadır.

Sağlık hizmetinin kanun koyucu tarafından hak anlayışıyla ele alınmaması, bireysel haklara dair atıf olmaması; sağlığın bir ürün olarak görülmesine sebep olmaktadır. Hak odaklı olmayan bu tutum da HIV ile yaşayanların hukuki güvence altında hissetmesini engellemektedir.

Kişilerin sağlık bilgilerini özel veri olarak ele alan Kişisel Verileri Koruma Kanunu'nun istisna hükümlerinde yer alan maddeler, HIV ile yaşayanları belirsizlik ve gizliliğe aykırı eylemlere karşı korumayan bir durum ortaya çıkarmaktadır. Sağlık kurumlarının sağlık verilerine rahat biçimde erişebilir durumda olması kanunun amacıyla ters durumlar yaratmaktadır.

Bireyin devletle olan ilişkileri dışında kalan tüm ilişkileri düzenleyen Türk Medeni Kanunu'nda eşitlik güçlü bir biçimde vurgulanmamıştır. Bu durum, Medeni Kanunu'nu temel alan diğer tüm kanunların HIV ile yaşayanların

haklarını güvence altına alan bir tutumdan uzak olmasına sebep olmaktadır. Bu durum HIV ile yaşayanları sistematik hak ihlalleriyle karşı karşıya bırakmaktadır.

Sosyal güvenlik politikalarının uygulanışı (gelir testi uygulaması gibi) HIV ile yaşayanları HIV statülerini ortak hanede bulunan kişilerle paylaşmaya zorlamaktadır. Benzer sorunlar istihdam alanında da HIV ile yaşayanların ayrımcılığa uğramasına sebep olmaktadır. Kanun iş ilişkisi başladıktan sonrasına dair düzenlemeler yaparken, iş ilişkisi kurulmadan önceki sürece dair bir düzenleme içermemektedir. Bu durum HIV ile yaşayanların istihdam edilmemesine, iş arama sürecindeki kişilerin HIV statüsünün gizliliğinin ortadan kalkmasına sebep olmaktadır. İş ilişkisi öncesinde yaşanan ayrımcılıklara karşı yalnızca genel hükümlerin oluşu ve bu hükümlerin kapsayıcı olmaması bu sorunları daha da arttırmaktadır.

Yönetmeliklerin yalnızca uygulama ilkelerine dair düzenlemelere sahip olması, hak tartışmasının ikincil mevzuatta yapılamıyor oluşu da HIV ile yaşayanları ayrımcılıktan korumayan sonuçlar doğurmaktadır. Birincil mevzuatın bu konuda politika belirlemekten uzak olması, pratiği ayrımcı kılmaktadır.

Denetim mekanizmalarının da bu hususta kapsayıcı politik bir tutumdan uzak oluşu hak ihlallerini sistematik hale getirmektedir. TİHEK'in ayrımcılığa karşı pratik tutumundaki noksanlıklar, politika belirleyicilerin kapsayıcılıktan uzak anlayışlarıyla benzerlikler taşıyor. Kamu Başdenetçiliği'nin de bu konuya bakış açısını anlamaya yönelik hiçbir kararının olmayışı, hak ihlallerine karşı denetim mekanizmasının da işlememesine sebep olmaktadır.

Ayrımcılığı yasaklayan normların kendi içinde ayrımcı olması, kapsayıcılıktan uzak olması ve politikaların yasa düzeyinde oluşturulmuyor oluşu; mevcut şartlarda oluşturulabilecek izleme mekanizmalarını da işlevsiz ve güvenilmez kılmaktadır. Kanunun ruhunun ayrımcı olması ve kapsayıcı olmaması;

uygulayıcıların tutumunu da etkilemektedir. Hak alanını daraltan bir anlayışa sahip olan uygulayıcıların ayrımcılık söz konusu olduğunda istisnalara dayanarak pratik sergiliyor oluşu HIV ile yaşayanların uğradığı hak ihlallerine karşı güvencesiz kalmasına sebep olmaktadır.

HIV ile Yaşayanların Hikayelerine Daha Çok Kulak Vermemiz Gerekiyor

Av. Hatice Demir

Birincil ve ikincil mevzuatın HIV ile yaşayanların haklarını güvence altına alan kapsayıcı bir politik tutumdan uzak olması hukuk uygulayıcılarını da benzer bir tutumla hareket etmeye itmektedir. Ayrımcılık yasağının kapsayıcı bir biçimde ele alınmaması, hukuk pratiğinin HIV ile yaşayanları hak ihlalleri karşısında korumayan bir biçimde şekillenmesine neden olmaktadır. Hukuk uygulayıcılarının içselleştirilmiş hivfobisi, yasal boşlukların HIV ile yaşayanların aleyhine doldurulmasına sebep olmakta; bu durum hak ihlallerinin yaygınlaşmasına neden olurken HIV ile yaşayanların hukuka olan güvenini de azaltmaktadır.

Kanunun koyucunun HIV ile yaşayanları görmeyen politik tutumuna ve uygulayıcıların hivfobi temelli ayrımcı pratiklerine karşı kapsayıcı bir mevzuatın olmayışı, HIV ile yaşayanların hak ihlallerine karşı mücadele ederken her somut olayın tabi olduğu somut duruma karşı ayrıntılı bir mevzuat taraması yapılmasını zorunlu kılıyor. HIV ile yaşayanlar açısından mevcut sistemin hak ihlallerine doğrudan ve dolaylı olarak alan açması, bu hak ihlallerine karşı hukuki mücadelenin önünde büyük bir zorluk oluşturmaktadır.

İkincil mevzuatta uygulamanın ayrıntılı bir biçimde belirlenmesine rağmen söz konusu HIV ile yaşayanlar olduğunda mevzuata aykırı işlemlerin kolaylıkla yapılıyor oluşu, topluma sirayet etmiş hivfobi ve uygulayıcıların içselleştirilmiş hivfobilerinden ileri gelmektedir.

Sağlık alanında, özellikle hekim kaynaklı ayrımcılıklarda, ayrımcılığa neden olan uygulamaların perde arkasında da HIV'e dair bilgi eksikliği değil, yine içselleştirilmiş hivfobi ile karşılaşmaktadır. HIV ile yaşayanları patolojize eden bu akıl hukuk alanında ise HIV ile yaşayanların kriminalize edilmesi şeklinde kendini göstermektedir.

HIV ile yaşayanların uğradığı hak ihlalleri karşısında taleplerine dair tereddütle düşme eğilimi taşıyan hukukçuların bu yaklaşımı HIV ile yaşayanları suçlulaştırırken, hukuk uygulayıcılarını da failleştirmektedir. Hukuki bilginin HIV'e dair genel önyargılarla beraber kullanılması, pratiğin HIV ile yaşayanlar lehine uygulanmasını engellemektedir. Hukukun HIV ile yaşayanların lehine ele alınması ve tereddütlerin ortadan kalkmasının yolu içselleştirilmiş hivfobiyle yüzleşme ve mücadeleden geçmektedir.

Söz konusu HIV ile yaşayanların hakları olduğunda sıradanlaşan hak ihlallerine karşı tam korumanın sağlanması, hukukçuların HIV ile yaşayanları önceleyen bir bakış açısına sahip olması ve bu bakış açısıyla hukuki bilgilerini ele almalarından geçmektedir. Bunun en önemli yolu da HIV ile yaşayanların hikayelerine odaklanmak, o hikayelere daha çok kulak vermekle kendini göstermektedir.

"Yasama faaliyetlerine kaynaklık edecek çalışmalarını gerçekleştiren ve bu faaliyetler neticesinde oluşacak kanun ve benzeri düzenlemelerin uygulayıcılarını yetiştiren akademide de ... göz önünde olan önyargı varlığını korumaktadır. Vakalara yönelik bilimsel kaynak taramalarında bu alana ilişkin yazı kaleme alan uzmanların kullanılacak terminolojiden içeriğin şekillenmesine ve dahi çıkarılacak sonuca kadar çıkarımlarında HIV'e dair eski, yanlış, kulaktan dolma bilgileri dayanak aldıkları açıkça görülmektedir. Uygulamada uzman kişilerin bu tutumları HIV ile yaşayanlara yönelik hak ihlallerinde deyim yerindeyse perde görevi görmektedir."

İnsan hakkı temelli bir yaklaşımın ana akımlaşması HIV ile yaşayanların uğradığı hak ihlallerini ortadan kaldırması bakımından önemlidir. HIV'in yalnızca tıbbın ve hukukun ilgilendiği bir mesele olmadığı, HIV'in başlı başına sosyal bir mesele olduğunun her koşulda hatırlanması gerekmektedir. HIV ile yaşayanların karşı karşıya kaldığı ayrımcılığın ortadan kalkması ancak böyle mümkün olacaktır.

HIV'le yaşayan LGBTİ+'ların hem LGBTİ+ olmalarından hem de HIV statülerinden kaynaklı deneyimledikleri ayrımcılık, özne eğer mülteci ise daha da derinleşmektedir. Burada da mevzuatın büyük yasal boşluklarla dolu olması ve içselleştirilmiş hivfobi, HIV ile yaşayanların temel insan haklarından mahrum kalması gibi feci bir sonuç doğurmaktadır. Benzer bir durum mahpuslar açısından da söz konusudur.

Politik alanda bütünlüklü bir yaklaşımın eksikliği, ayrımcılığın kurumsallaşmasına ve tüm hukuk alanının ayrımcı uygulamalarla bezenmesine sebep olmaktadır. Uygulayıcıların ayrımcı tutumlarına karşı bir müeyyidenin olmayışı, HIV ile yaşayanları ifşa olma tehdidiyle baş başa bırakmakta; bu durumun kendisi, HIV ile yaşayanları yargı yoluna başvurmadan uzak tutmaktadır. Hak alanını genişletecek tutumdan uzak yargı geleneğinin de bu duruma etkisi büyüktür.

HIV ile yaşayanların hakları temel insan hakkıdır, yaklaşımının kurumsallaşması; HIV ile yaşayanların hak alanını genişletecek ve ihlalleri azaltacaktır. Buna ek olarak HIV ile yaşayanları güçlendirecek politikaların da hayata geçirilmesi, öznelerin yargıya olan güvenlerini arttıracak önemli adımlardan biridir. Tanı sonrası HIV ile yaşayanları güçlendirecek kapsamlı politikalar, hukuk alanında yaşanacak ayrımcılıkları da ortadan kaldıracak bir etkiye sahiptir.

Hukukçuların hukuku doğru açıda tutması ve HIV ile yaşayanlardan yana taraf olması gerekmektedir. Tüm hukuk sisteminin ve uygulayıcılarının dönüştürülmesinin ve ayrımcı tutumlardan arındırılmasının ancak böyle mümkündür.

Yararlanılan Kaynaklar:

- HIV ile Yaşayan Lezbiyen, Gey, Biseksüel, Trans, İnterseks Ve Artıların İnsan Hakları Raporu, Defne Güzel

<https://kaosgldernege.org/images/library/hivleyasayanlgbtilerraporu2020.pdf>

- 2018-2019 Hak İhlallerinin Raporlaması ve Hukuki Çözümleri,

Av. Hatice Demir

<https://www.pozitifiz.org/yayinlarimiz-1>