

SUÇ VE CEZA

CEZA HUKUKU DERGİSİ

TEMMUZ
AĞUSTOS
EYLÜL
EKİM
KASIM
ARALIK
2016

SAYI

3-4

TCİD

TÜRK
CEZA HUKUKU
DERNEĞİ
TARAFINDAN
ÜÇ AYDA BİR
YAYIMLANIR.

SUÇ VE CEZA
CRIMEN E POENA

CEZA HUKUKU DERGİSİ

ISSN: 1308-0474

Sahibi

Türk Ceza Hukuku Derneği İktisadi İşletmesi adına

Av. Hasan Fehmi Demir

Genel Yayın Yönetmeni

Av. Fikret İlkiz

Sorumlu Müdür

Av. Mehmet İpek

Yayın Kurulu

Prof. Dr. Duygun Yarsuvat/Prof. Dr. Köksal Bayraktar

Yrd. Doç. Dr. Barış Erman/Yrd. Doç. Dr. Gülşah Kurt

Av. Fikret İlkiz/Av. Hasan Fehmi Demir/Av. Kazım Yiğit Akalın

Av. İlkan Koyuncu/Av. Burak Candan

Copyright Türk Ceza Hukuku Derneği

- Türk Ceza Hukuku Derneği yayınıdır
- Üç ayda bir yayınlanır

İletişim Adresi

Türk Ceza Hukuku Derneği

Harbiye Mah. Maçka Cad.

No: 11 D3 Şişli-İstanbul

Basım Yeri

Net Kırtasiye Tan. ve Matbaa San. Tic. Ltd. Şti.

(Sertifika No. 13723)

Taksim Cad. Yoğurtçu Faik Sok. No: 3 Taksim Beyođlu/İST.

(0-212) 249 40 60

Basım Tarihi

Eylül 2017

İçindekiler

SUNUŞ	V	
NEFRET SÖYLEMİ VE NEFRET SUÇLARI ÇALIŞTAYI GRUP RAPORLARI		
I. ÇALIŞMA GRUBU: KAVRAMSAL ÇERÇEVE	1	
II. ÇALIŞMA GRUBU: HUKUKSAL ÇERÇEVE	7	
III. ÇALIŞMA GRUBU: MÜCADELE YÖNTEMLERİ	12	
NEFRET SÖYLEMİ VE NEFRET SUÇLARI ÇALIŞTAYI SONUÇ BİLDİRGESİ	17	
NEFRET SÖYLEMİ VE NEFRET SUÇLARI ÇALIŞTAYI İÇİN HAZIRLANAN BİLDİRİ TÜRK CEZA HUKUKU DERNEĞİ VE UMUT VAKFI, 29-30 EKİM İSTANBUL	29	Prof. Dr. Alev ÖZKAZANÇ
NEFRET SUÇUNUN FAİL - MAĞDUR VE HUKUKİ DÜZENLEMELER ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ	37	Av. Serra KARADENİZ
AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA AYRIMCILIK YASAĞI	69	Av. Seda ÖZKAN
AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANI KARARLARINDA CİNSİYET TEMELİNDE AYRIMCILIK YASAĞI	81	Av. Seda ÖZKAN
ÇALIŞMA YAŞAMINDA TOPLUMSAL CİNSİYET EŞİTLİĞİ	93	Av. Seda ÖZKAN
ZORUNLU VE GÖNÜLLÜ GÖÇ EDEN KADINLARA YÖNELİK TOPLUMSAL CİNSİYET TEMELLİ AYRIMCILIK	113	Ranâ GÖKSU

SUNUŞ

Yaklaşık bir yıl önce TCHD olarak son yıllarda dünyada ve özellikle ülkemizde öne çıkan ve ceza hukukunu çok yakından ilgilendiren “Mültecilik ve Göç”, “Elektronik Kanıtlar ve Hukuku Dönüştürücü Etkisi”, “Ceza Hukukunda Cezasızlık”, “Nefret Söylemi ve Nefret Suçları” konularında ortaya çıkan sorunların tartışılması ve bilimsel sonuçlara ulaşılması amacıyla *sürekli ve kalıcı olmasına* karar verilen dört ayrı çalışma gurubu oluşturmuştur. Çok yönlü ve kapsamlı sorunları bünyesinde barındıran çalışma alanlarına tarih, felsefe, sosyoloji, psikoloji, siyaset bilimi gibi disiplinlerin de katılımının sağlanması amaçlanmıştır.

Bu amaçla ön çalışmaları tamamlanan “**Nefret Söylemi ve Nefret Suçları**” hakkında **29-30 Ekim 2016** tarihlerinde **Tarabya Otel**i İstanbul’da **UMUT VAKFI** ve **KONRAD ADENAUER STIFTUNG TÜRKİYE DERNEĞİ** ile birlikte geniş katılımlı bir ÇALIŞTAY gerçekleştirilmiştir.

Kavramsal Çerçeve, Hukuksal Çerçeve ve Hedef Gruplar, Kişiler ve Mücadele Yöntemleri başlığı ile üç grup halinde sürdürülen çalışmalar neticesinde çıkarılan gruplar ve sonuç raporu dergimizin bu sayısında yayınlanmıştır.

Önemle belirtelim, bu raporlar çalışmanın sonlandırıldığı anlamına gelmemektedir. Tam da tersine önümüzdeki günlerde de sürdüreceğimiz “**Nefret Söylemi ve Nefret Suçları**” çalışmalarımızın temelini oluşturacaklardır. Hedefimiz konu ile ilgili olarak sadece teorik sonuçlara ulaşmak değil, sorunun çözümüne ve mağdurlarına pratik alanda da katkı sunabilmektir.

Çok kıymetli çalıştay katılımcıların isimleri raporların yer aldığı sayfanın başlangıcında yayımlanmıştır. Böylesine önemli bir çalışmanın gerçekleştirilmesini sağladıklarından dolayı kendilerine şükranlarımızı iletmek isteriz.

“**Nefret Söylemi ve Nefret Suçları**” na ayırdığımız bu sayımızda ayrıca Sayın Prof.Dr. Alev ÖZKAZANÇ’ın, Sayın Av.Serra KARADENİZ’in ve Sayın Rana GÖKSU’nun birer, Sayın Av.Seda ÖZKAN’ın ise konu ile ilgili üç makalesine yer verilmiştir. Kendilerine emekleri için teşekkürü bir borç biliriz.

Yeni ve daha kapsamlı çalışmalarda buluşmak umuduyla saygılarımızı sunarız.

Av.Hasan Fehmi DEMİR
TCHD BAŞKANI

NEFRET SÖYLEMİ VE NEFRET SUÇLARI ÇALIŞTAYI GRUP RAPORLARI

I. ÇALIŞMA GRUBU: KAVRAMSAL ÇERÇEVE

TARİH : 29 Ekim 2016

MODERATÖR : Prof. Dr. Osman Doğru

RAPORTÖRLER : Yrd. Doç. Dr. M.Buket Soygüt Arslan, Av. Seda Özkan

KATILIMCILAR : Yard.Doç.Dr.Ulaş Karan, Yard.Doç.Dr.Asuman Aytekin
İnceoğlu, Yard.Doç.Dr. Esengül Ayyıldız, Ar.Gör.Yeşim
Yılmaz, Ar.Gör.Batuhan Aktaş, Av.Mahmut Tanal, Ar.
Gör.İlhan Bulut, Av.Dr.Salih Oktar, Av.Mehmet Oral,
Av.Duygu Köksal, Av.Hasan Fehmi Demir.

I.Grup çalışmasında nefret kavramı üzerinde durulmuş ve aşağıdaki tespitlerde bulunulmuştur. Ayrımcılık konusunun ise çok daha geniş bir konu olması nedeniyle ayrı bir çalışmayı gerektirdiği saptanarak konu nefret söylemi ve nefret suçları bakımından sınırlandırılmıştır.

Konunun “kavramsal çerçeve” olması itibariyle grubun ilk başta hedefi nefret söylemi, saiki veya suçu konusunda tanım yapılıp yapılamayacağı veya yapılacaksa nasıl bir tanım yapılması gerektiği sorusuna cevap aramak şeklinde ortaya çıkmıştır. Ne var ki, bu sorunsaldan önce ceza hukukunun nefret suçları konusundaki müdahalesinin gerekli olup olmadığı tartışılmış olup, böyle bir müdahale olacaksa da ceza hukukunun ultima ratio niteliği gereği asgari düzeyde kalması yönünde bir görüş oluşmuştur. Özellikle nefret söyleminin suç olarak düzenlenmesi halinde korunması amaçlanan hukukal değer ile terazinin diğer tarafındaki ifade özgürlüğü arasındaki dengenin hassas olduğuna değinilmiştir. Nitekim hukukumuzda halihazırda mevcut olan TCK m. 216 gibi düzenlemelerin esasen getiriliş amacı dışında siyasi olarak kullanılan araçlar haline getirilmiş olduğuna vurgu yapılmıştır.

Grupta nefret söylemi ve nefret suçları bakımından ayrı bir tanımlama yapılması gerekip gerekmediği tartışıldıktan sonra, AGİT ve Avrupa Konseyi'nin bu konudaki tanımları ele alınıp incelenmiştir. Yapılan tartışmalar sonucunda sözkonusu uluslararası metinlerdeki tanımların referans alınabileceği ancak özellikle koruma grupları bakımından Türkiye koşullarının dikkate alınması gerektiği, kavramın içinin boşaltılmaması amacıyla toplumumuzda esasen bu tür suçların mağduru olmayan kişilerin yapılacak olası bir tanımda yer almaması gerektiğine dikkat çekilmiştir. Bu anlamda mevcut düzenlemelerden örneğin TCK m. 122 ile uluslararası metinler karşılaştırıldığında (esasen sadece çalışma hayatına ilişkin ve eksik bir düzenleme olan ve 2014 yılında yapılan değişikliklerle daha da işlevsiz hale getirilen) “nefret ve ayrımcılık suçu” bakımından koruma gruplarının eksik kaldığı saptanmıştır. Özellikle ülkemizde esas mağdurlar olarak beliren etnik köken, toplumsal cinsiyet, cinsiyet kimliği gibi kavramların bu maddeye ve yapılması muhtemel yeni düzenlemelere mutlaka eklenmesi gerektiği belirtilmiştir. Buna karşılık toplumumuzda yaşlılar veya engelliler yönünden ayrımcılık olmakla birlikte bunun nefret suçuna vardığına dair herhangi bir veri bulunmadığından sözkonusu grupların AGİT ve AK tanımlarından farklı olarak dışarıda bırakılması gerektiği ifade edilmiştir. Nitekim her ülke kimliğe ait özellikleri ayrı ayrı tespit etmektedir. Yine AGİT'e göre dini, etnik vb. aidiyetlerin isimleri tek tek yazılmamalıdır; zira bu nefret suçunun kendisi olur. Bizde de bu yöntemin benimsenmesinin doğru olacağı belirtilmiştir.

Bu genel bilgilendirmeden sonra toplantıda öne çıkan noktalar aşağıdaki gibidir:

* Nefret söylemi ve nefret suçu birbirinden ayrı kavramlardır. Bu kavramlar hukuken tanımlanmamıştır. Nitekim uluslararası sözleşmelerde de bu kavramlara ilişkin herhangi bir tanım mevcut değildir. Bu nedenle Avrupa Konseyi'nin tavsiye kararları ve AGİT'in görüşleri bu konudaki temel kaynakları oluşturmaktadır. Bu kavramların literatürde ele alınması gerekmektedir.

* Nefret söylemi ve nefret suçu ayırımına girmeden önce “*nefret*” kelimesinin karşıladığı anlama bakmak gerekmektedir. Nefret bir duygudur; salt nefret duygusu suç oluşturmaz. Bir insanın duygusal olarak nefret etme hakkı vardır; ancak bu nefret duygusu eyleme dönüştüğünde diğer hak ve menfaatlerle çatışma başlar. Söylemin kendisi eylemdir; yani dillendirilme anında eylem başlar. Başka bir ifadeyle, “*psikolojik bağlamda nefret*” yahut “*duygu olarak nefret*” suç sayılamaz. Bu nedenle özellikle nefret söyleminin insani ve hukuki boyutu, duygu ve eylem boyutu ayrı ayrı ele alınmalıdır. Zira suç yaratılacaksa bunun sınırlarının doğru biçimde çizilmesi önemlidir.

* Kavramların çoğu zaman hukuksal zeminde ele alınmadığı görülmektedir. Toplumda bazı negatif ifadeler ayrımcılık gören gruplar tarafından otomatik olarak nefret söylemi kategorisine yerleştirilmektedir. Örneğin, LGBTİ bireyler, kadınlar vb. gruplar kendilerine yönelmiş her olumsuz ifadeyi nefret söylemi biçiminde algılamakta ve bu bağlamda kendilerine karşı nefret suçu işlendiğini kabul etmektedir. Hatta bazı durumlarda nefret söylemi ve/veya nefret suçu kavramları, kapsamları genişletilerek de kullanılmaktadır. Örneğin Soma davasına yönelik “*işçi kırımı var*” tanımlaması, ilgili davaya ilişkin olarak işçilere karşı bir nefret söylemi geliştirildiğini/ nefret suçu işlendiğini imlemektedir. Dolayısıyla bu kavramlar hukuki olmaktan ziyade siyasi temelde kullanılmaktadır. Elbetteki, nefretin siyasi arkaplanının gözden kaçırılmaması gerekir. Örneğin kadınlara yönelik ve kadın olmasından dolayı işlenen her suçun erkek egemen anlayışın yansıması olduğu bir gerçektir. Ne var ki hukuk işin içine girdiği zaman objektif nitelikte kriterlere ihtiyacımız olduğu bilinmektedir.

* Kavramların tanımlanmasına tekrar dönüldüğünde, AGİT’in görüşlerinden yola çıkan İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin (İHAM) *toleranssızlık (boşgörüsüzlük)* kavramını kullandığını görmekteyiz. İHAM toleranssızlık kavramını hemen hemen her kararında, somut olay bağlamında -örneğin etnik toleranssızlık, cinsiyetçi toleranssızlık vb.- kullanılmaktadır. Buna ek olarak, bu kavram hukuk metinlerinde *kimlik, aidiyet vb. nedenlerle karşı*

tarafı reddetme duygusu biçiminde ele alınmıştır. Ancak bu hukuk metinleri liberal, beyaz ve Avrupalı sıfatlarıyla tanımlananların ürünüdür. Dolayısıyla şu soruyu sormak gerekir: *Kim kimi boş görmektedir?*

* Kavramların tanımlanması önemli olmakla birlikte, yalnız birkaç ülkenin ceza hukukunda kavramlar yer almıştır; uygulamada somut olay bağlamında ortaya çıkan fiil üzerinden hareket edilmektedir. İHAM da, somut olayın dinamiklerine göre farklı maddeler kapsamında değerlendirme yapmaktadır. Mahkeme durumun ağırlığını dikkate alarak işkence ve kötü muameleden de hüküm kurmakta; genel eğilim olarak ise İHAS'ın 3., 8., 9. ve 14. maddelerine başvurmaktadır. Ülkemiz yargı pratiğine bakıldığında da zaten kavramlarla hareket etme, avukatlar bakımından iddia ve savunmada bulunma veya hakimler bakımından kavramlarla karar verme gibi bir refleksimiz bulunmadığı aşıkardır. Ülkemiz pratiği bakımından bu durum olumsuz bir görünüm çizmekte, bu bağlamda aynı mahkemeden çıkan kararlarda aynı kavramlara farklı anlamlar yüklenmektedir. Uygulayıcıların çoğu kavramların anlamlarını bilmemektedir. Bu nedenle uygulamacılara yönelik olarak eğitim çalışmaları yapılması faydalı olacaktır.

* Nefret söylemi ve nefret suçu birbirinden farklı kavramlar olduğundan bu kavramların tanımladıkları durumlar da farklıdır. Örneğin, iletişim bilimi bakımından nefret söylemi 4 başlık altında kategorize edilir: *i. Abartma/yükleme/çarptırma, ii. Küfür/bakaret/aşağılama, iii. Doğal kimlik ögesini nefret/aşağılama unsuru olarak kullanma/simgeleştirme, iv. Düşmanlık/savaş söylemi*

Yukarıdaki 1. ve 2. maddeler kimlikle birlikte düşünüldüğünde nefret söylemine girmektedir. Kimlik olgusu olmazsa kişiliğe yönelik suçlardan sayılır ve tazminat gerektirir. Yine nefret söyleminde matufiyet yoktur, belirli bir kişiye değil belirli bir kesime yönelik aşağılama nefret suçu kapsamına girer.

*AGİT nefret suçu kavramını kullanmış; ancak nefret saiki aramamıştır. Aslında çoğu ülke düzenlemesinde de nefret yerine önyargı tercih edilmiştir. Nefret kavramının ispatı sorunu vardır ve önyargı kavramı nefret kavra-

mına göre daha geniştir. Öyleyse önyargı nedir? Kişinin fikri nefret söylemine yönelikse bu, kişinin önyargısını değil asıl yargısını oluşturur. Başka ifadeyle önyargı da yargıdır ve ceza hukukun buna müdahalesi ne ölçüde doğrudur? Bu nedenle önyargı yerine saik ifadesi kullanılmasının daha doğru olacağı ifade edilmiştir. Nefret suçunda temel bir suç varken nefret söyleminde bu yoktur. Nefret saiki arandığında suçun alanı daralmaktadır. Nefret hissetmeden de -örneğin misyon duygusuyla- nefret suçu işlenebilmektedir. Salt heyecan amacıyla özellikle gençlik gruplarının LGBTİ bireylere veya göçmen gruplara karşı işledikleri suçlarda, suçun failinin mağdur bireye/gruba yönelik nefret duygusu olmasa bile suçu işlemek için bir nedeni veya önyargısı mevcuttur. Ayrıca nefret suçunun faili tanımadığı bir kişiyi de öldürebilir. Failin nefret duyduğu bireyin/grubun avukatını öldürmesi örneğinde, failin avukatla hiçbir ilişkisi olmamasına rağmen sırf bu bağ sebebiyle onu öldürmesi nefret suçunu oluşturmaktadır. AGİT'e göre nefret suçlarında hedef alınan bireyden çok belli bir gruptur. Burada zarar verilen grup geniş olduğundan nefret saiki ağırlaştırıcı sebep olmalıdır. Buna karşılık saik kural olarak suçun bir parçası olmamalıdır.

* Suçla mücadele bakımından esasen güçlü bir medeni hukuk koruması olursa ceza hukukunun sağladığından daha geniş bir koruma sağlanabilir. Ancak dünyada ve Türkiye'de bunun tam tersine ceza hukukuna ilk çare olarak başvurulduğunu görmekteyiz. Buna karşılık ABD örneğinde özellikle söylem bakımından yüksek meblağlı tazminatların caydırıcı olduğu bilinmektedir. Ultima ratio ilkesi gereğince ceza hukukunun son çare olma özelliğinden vazgeçilmemelidir. Önemli olan bataklığın kurutulmasıdır; uzun vadede eğitim ile bilinçlendirme sağlanmalıdır. Toplumun diğer bireyleri de nefret suçlarına karşı gereken tepkiyi ortaya koymalıdır Bir başka deyişle, nefret toplumun kendi dinamikleri içinde halletmesi gereken bir meseledir. Ancak kısa vadede, devletin, nefret suçlarının mağdur grupları yanında olduğu mesajını vermesi önemlidir. Zira, aksi durum bu suçun hedefi olan gruplarda korku ve travma yaratmaktadır. Bu nedenle hâlihazırda işlenen nefret suçlarına ilişkin caydırıcı bir düzenleme olması gerektiği ifade edilmiştir. Ancak salt kişilik haklarına saldırı varsa tazminatın etkili bir getirilmesi gerekmektedir.

* Nefret suçlarının özgü suç olup olmayacağı da grupta tartışılmış olup özgü suç niteliğinde düzenlenmemesi gerektiği vurgulanmıştır. Bununla birlikte suçun belirli kişilerce –özellikle kamu görevlilerince- işlenmesinin ağırlaştırıcı neden sayılması gerektiği ifade edilmiştir. Zira kamusal görevi icra edenler tarafından körüklenebilecek olan nefretin toplumsal barışı bozacak diğer suçların işlenmesinde etkili olduğuna dikkat çekilmiştir. Yine cezalandırma bakımından nefret saiki halinde failin haksız tahrikten yararlandırılmaması savunulmuştur.

* Nefretin siyasal ve tarihsel arkaplanı da gözönünde bulundurulduğunda, devreye girmesi düşünülen ceza mekanizmalarının onarıcı adalet bağlamında ele alınması gerektiği de ifade edilmiştir. Bu nedenle mağdurlar ile failer arasında geleceğe dönük iletişim ve barışmanın sağlanması için gerektiğinde alternatif ceza ve yöntemlerin uygulanması yolu savunulmuştur.

II. ÇALIŞMA GRUBU: HUKUKSAL ÇERÇEVE

TARİH : 29 Ekim 2016

MODERATÖR : Prof. Dr. Durmuş Tezcan

RAPORTÖRLER : Yrd. Doç. Dr. Sinan Altunç, Av. Gözde Kaya, Ar. Gör. Burcu Zoğlar

KATILIMCILAR : Prof. Dr. Durmuş Tezcan, Prof. Dr. Timur Demirbaş, Prof. Dr. Fatih Selami Mahmutoğlu, Prof. Dr. Mustafa Ruhan Erdem, Dr. İhsan Baştürk, Dr. Salih Oktar, Doç. Dr. Pınar Memiş Kartal, Doç. Dr. Volkan Dülger, Yrd. Doç. Dr. Hasan Sınar, Av. Mahmut Tanal, Av. Yiğit Akalın.

Toplantı moderatörün belirlenmesi ile başladı. Başta Prof. Dr. Timur Demirbaş moderatör olarak belirlenmişken, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'ın teşrifleri ile moderatörlüğü Prof. Dr. Tezcan devraldı.

İlk sözü Prof. Dr. Demirbaş aldı ve 2005 yılında TCK m. 122'nin yürürlüğe girdiğini ve böylelikle ayrımcılık suçuna yer verildiğini ifade etti. Ancak ayrımcılık suçunun istenen sonucu vermediği ve bu konuda yeterli çalışmanın bulunmadığını, hatta Yargıtay kararına dahi rastlanmadığını belirtti. Bu nedenle bu konu ile ilgili daha fazla akademik araştırma yapılması gerekliliğinden bahsetti.

Bu girişten sonra, Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlilerinden Aras Türay konu hakkında bilgilendirici bir konuşma yaptı. Ar. Gör. Aras Türay, nefret suçları ve ayrımcılık çalışma grubunun çalışmalarına ilk başladığı vakit de, yapmış olduğu ufuk açıcı konuşma ile grubun faaliyetine önemli katkıda bulunmuştu. Türay'ın yüksek lisans tez konusunun "Nefret Söylemi Bağlamında Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu" olduğunu belirtmekte fayda vardır. Bu bağlamda açıklamalarda bulunan Türay, nefret suçları kavramını Türk Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukuk kapsamında ele almıştır. Farklı ülkelerden örnekler vermek suretiyle, nefret

suçları ve nefret saiki ile işlenen suçlar ayırımı vurgulamıştır. Bu anlamda nefret suçları şeklinde temel bir suç tipi olduğunu, ayrıca nefret saikinin bir önyargı saiki olarak bazı ülkelerin kanunlarında ağırlaştırıcı sebep olarak düzenlendiğini de ifade etmiştir.

Bunun dışında, kanunlarda saikin tipine göre nefret modeli ve ayırıcı modelden bahsedilebileceği de ifade edilmiştir.

Birleşik Krallık ile ilgili Stephen Lawrence örneği verilmiştir. ABD bakımından ise, Ku Klux Klan ile ilgili vakaların nefret suçları bakımından önemli olduğu belirtilmiştir. Öte yandan nefret suçları ile ilgili mücadelenin 1960'lı yılların sonunda eyaletler bazında başladığı ifade edilmiştir. Bunun akabinde federal düzeyde nefret suçlarının ağırlaştırıcı neden olarak sayıldığı bir kanun çıksa da, eyaletler arası uyum olmadığından bu düzenleme istenen sonucu vermemiştir. Bu anlamda en son 2009 tarihli "Matthew Shepard and James Byrd, Jr. Hate Crimes Prevention Act" çıkarılmıştır.

Türkiye'de TCK m. 122'de yer alan "Ayrımcılık suçu" "Nefret ve ayrımcılık suçu" olarak değiştirilmiştir. Bu değişikliğin yetersiz olduğu ifade edilmiştir. Özellikle etnik köken, cinsel yönelim gibi hedef gruplarına yer verilmiş olması eleştirilmiştir. Yine TCK m. 122'nin bu hali ile nefret modelinin benimsendiği belirtilmiştir. Bu ise ispatı zorlaştıran bir husus olarak nitelendirilmiştir.

Katılımcılardan Doç. Dr. Pınar Memiş Kartal, bu değişiklikten sonra TCK m. 122'nin uygulanamaz hale geldiğini vurgulamıştır. Özellikle içeri ve başlığın birbiri ile uyuşmadığını ifade etmiştir. Önemli olan, nefret saikinin her suç bakımından ayrı ayrı nitelikli hal mi olacağı yoksa genel bir ağırlatıcı sebep mi olacağıdır.

Yargıtay 19. Ceza Dairesi üyesi Dr. İhsan Baştürk ise, ceza hukuku mevzuatının genişliğine dikkat çekerek, hiç akla gelmeyecek bir suçun bile nefret saiki ile işlenebileceğini ifade etmiştir. Bu bakımdan TCK'daki amaç maddesinden yola çıkarak bir düzenleme yapılması gerekliliği vurgulanmıştır. Özellikle TCK m. 61 ile tanımlar maddesi olan TCK m. 6'da gerekli düzenlemelerin yapılmasının yerinde olacağı görüşünü paylaşmıştır.

Prof. Dr. Fatih Selami Mahmutoğlu, birtakım sosyolojik kavramların ceza hukukunda sorunlar çıkarılabileceğine dikkat çekmiştir. Buna örnek olarak da kasten öldürmenin töre saiki ile işlenmesini vermiştir. Ayrıca soykırım suçu ile nefret suçu arasında karşılaştırma yaparak, soykırım suçunun nefret suçlarının en yoğunu olduğunu ifade etmiştir. Ancak nefret suçu sistematik olmadığından soykırım suçundan farklı olduğunu söylemiştir. Prof. Dr. Mahmutoğlu, TCK'nın sistematığı bakımından her bir suç tipi bakımından ayrı ağırlatıcı sebeplerin öngörülmesinin daha yerinde olduğunu belirtmiştir. Bunun dışında, TCK m. 122'nin son halinin ispat bakımından sorun yaratacağı düşüncesine katıldığını da eklemiştir.

Prof. Dr. Durmuş Tezcan ise, uygulamadan örnek vererek, “çingene” sözcüğünün hakaret teşkil ettiğine ilişkin mahkeme kararı olduğunu, ama öte yandan Çingeneler Derneği diye dernek olduğunu da ifade etmiş ve kavramların kullanılma tarzının da önem taşıdığını söylemiştir.

Yrd. Doç. Dr. Hasan Sınar, farkındalık eksikliği olduğunu belirtmiştir. Nefret söylemi ve nefret suçlarının birbirlerine karıştığı, nefret söyleminin TCK m. 125 ve 122 ile nispeten karşılanabilir olduğunu ifade etmiştir. Öte yandan nefret suçları söz konusu olduğunda, bu suçlar ile mücadelenin sadece TCK ile olamayacağını, CMK ve CGTİK gibi diğer normlarının da genişletilmesi gerektiğinden bahsetmiştir. Sosyal Değişim Derneği ile yapılan çalışmadan söz eden Yrd. Doç. Dr. Sınar, çalışmanın mağdurlar bakımından ne yapılabileceği düşünülerek başladığını, nefret suçu olabilecek suç tiplerinin düzenlenmesi ve TCK m. 6'da nefret saikinin tanımının yapılması fikirlerinin ortaya çıktığını belirtmiştir. Öte yandan nefret saikinin tanımlanması bakımından da hangi saikleri bu kapsamda sayılacağına dair sorunların ortaya çıkacağını da ifade etmiştir.

Prof. Dr. Mustafa Ruhan Erdem, Alman Hukukundan örnek vermiştir. Prof. Dr. Erdem ceza hukukuna bu noktada çok fazla anlam yüklenmemesi gerektiğini belirtmiştir. Buna göre ceza hukuku her sosyal sorun için başvurulabilecek bir araç olarak görülmemelidir; özellikle ceza muhakemesi hukuku boyutu göz ardı edilmemelidir. Olayın mağduru da aşan bir boyu-

tu olduğundan, mağdur üzerinde yoğunlaşılması gerektiği ifade edilmiştir. Bu anlamda STK'ların müdahil olma imkanının artırılabilceği belirtilmiştir.

Prof. Dr. Erdem TCK m. 122'nin eski haliyle bile yetersiz bir hüküm olduğu, tamamen de kaldırılabilceği fikrini ortaya atmıştır. Ayrıca her bir suç tipi bakımından ayrı ayrı ağırlatıcı sebep öngörülmesinin, genel düzenleme yapılmasına nazaran daha yerinde olduğunu da eklemiştir. Bunun dışında TCK m. 61'e bununla ilgili ekleme yapılması suretiyle, bu maddenin uygulanmasının iyi olacağı görüşünü ifade etmiştir.

Bu noktada tanımdan bahsederken nelerin bu kapsama gireceği de değerlendirilmiştir. Prof. Dr. Erdem özellikle TCK m. 115/3'e eklenen "yaşam tarzı" ifadesini örnek olarak göstermiştir.

Çalışmada özellikle tartışılan hususların başında, nefret saiki kavramının her suç bakımından ayrı ayrı ağırlatıcı sebep olarak düzenlenip düzenlenmemesi gelmiştir. Grubun ortak görüşü ise, sayma yöntemi ile bir sonuca varılamayacağı olmuştur.

Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde söz alan Prof. Dr. Timur Demirbaş, TCK m. 122'nin kanunda yer almasının olumlu olduğunu, ancak madde hükmünün uygulamayı daralttığına dair eleştirinin doğru olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca nefret saikinin belirli suçlar bakımında ağırlatıcı sebep olmasının da yerinde olmadığını, sayma yöntemi yerine TCK m. 6 (tanımlar) ve TCK m. 61'de (cezanın belirlenmesi) bu kavrama yer verilmesinin daha iyi olacağını belirtmiştir.

Ayrımcılık ile ilgili bir eleştiri de Milletvekili Av. Mahmut Tanal'dan gelmiştir. Tanal iş kanunu bakımından işe başladıktan sonra ayrımcılıktan bahsedildiğini, işe alım sırasında ise ayrımcılıktan söz edilmediğini vurgulamıştır.

Prof. Dr. Durmuş Tezcan AİHS ek 12 numaralı Protokol'den söz etmiştir. Prof. Dr. Tezcan bu Protokole Türkiye'nin taraf olmadığını, halbuki bu Protokolün önleyici olabileceğini ifade etmiştir. Bu Protokolün, ayrımcılık yasağının tek başına ele alınmasını sağlayacağını, bu şekilde bugüne kadar

olduğu gibi, ayrımcılık yasağının başka birtakım konularla birlikte ele alınması gerekliliğinin sona ereceğini belirtmiştir.

Prof. Dr. Fatih Selami Mahmutoğlu nefret suçlarının izlediği seyirden söz etmiştir. Buna göre, önyargı, etiketleme, bireysel davranış, ayrımcılık, nefret suçu ve soykırım şeklinde bir seyir söz konusudur.

Bu noktada AİHM'in Vejdeland ve diğerleri / İsveç kararından bahsedilmiştir. Nefret söylemini cinsel yönelim bağlamında ilk kez ele alan bu kararda, nefret suçundan değil fakat ayrımcılıktan söz edilebileceğine dair AİHM görüşü değerlendirilmiştir. AİHS m. 10'a aykırılık olmadığı ifade edildiği kararda yer alan karşı oylarda, özellikle nefret söylemi ile ilgili görüş bildirilmesi imkanının kaçırıldığından söz edildiğine dikkat çekilmiştir.

Çalışmada ileri sürülen hususlardan biri de, sadece TCK ile ilgili düzenlemelerin değil, tüm ceza hukuku bakımından bir değerlendirilmesi yapılması düşüncesidir. Prof. Dr. Mustafa Ruhan Erdem bu bağlamda, sadece maddi ceza hukuku bakımından değil, ceza muhakemesi hukuku ve infaz hukuku bakımından da değerlendirilme yapılması gereğinin altını çizmiştir.

Yrd. Doç. Dr. Hasan Sınar AGİK'in 1975'ten beri yapmakta olduğu çalışmalara dikkat çekmiş, nefret suçları ile ilgili pratik rehberinin hazırlandığını ifade etmiştir. Ayrıca AB bünyesindeki temel haklar ajansından ve ırkçılık ve yabancılığa karşı çerçeve karardan söz etmiştir.

Çalışmanın sonucunda, nefret saikinin tanımının TCK m. 6'ya dahil edilmesine, TCK m. 61 uyarınca temel cezanın belirlenmesinde bu saikin dikkate alınmasına ve bazı suçlar bakımından da ayrıca nitelikli hal olarak belirlenmesine karar verilmiştir.

III. ÇALIŞMA GRUBU: MÜCADELE YÖNTEMLERİ

- TARİH** : 29 Ekim 2016
- MODERATÖR** : Av. Fikret İLKİZ
- RAPORTÖRLER** : Doç. Dr. Güçlü AKYÜREK, Stj. Av. Zeynep MAHMUTOĞLU
- KATILIMCILAR** : Nuray ÖZBAY, Av. Rozerin Seda KİP, Gülseren ONANÇ, Av. Selin NAKİPOĞLU, Av. N. Işıl DEMİR DOĞAN, Av. Serra KARADENİZ, Ar. Gör. Hülya DİNÇER; Yrd. Doç. Dr. Firdevs Melis CİN, Doç. Dr. Emine Eylem RETORNAZ, Prof. Dr. Duygun YARSUVAT, Dilek USUMİ BİL, Prof. Dr. Alev ÖZKAZANÇ

Toplantının başında özellikle LGBTİ bireylerle ilgili olarak karşılaşılan zorluklar hakkında bilgi verildi ve 2014 yılında 2875 kişi ile yapılan “Türkiye’de LGBTİ Bireylerin Sosyal ve Ekonomik Sorunları Araştırması” adlı çalışmanın sonuçlar açıklandı. Adalete erişim, barınma, sağlık, cinsiyet geçiş süreci (Medeni Kanun m.40) ve çalışma hayatında birçok sorunun bulunduğu belirtilerek, özellikle yargıdaki önyargıların sorunların çözümünü geciktirdiği, hatta engellediği savunuldu. Ayrıca çalışmaya katılanların, nefret suçu tanımına LGBTİ bireylerin eklenmesini ve devlet makamlarınca haklarının etkin biçimde korunmasını istedikleri eklendi.

Diğer yandan, toplantıda, Sosyal Politikalar Cinsiyet Kimliği ve Cinsel Yönelim Çalışmaları Derneği’nin (SPoD) “LGBT Haklar İhlalleri” ve “LGBTİ’lerin Hukuk ve Adalete Erişimi” adlı yayınları paylaşıldı.

Sorulan bir soru üzerine Medeni Kanun 40.maddenin üzerinde duruldu. 1988 yılında o dönemdeki düzenlemenin büyük bir değişikliğe uğrayarak cinsiyet değişikliğini düzenlediği söylendikten sonra, maddenin üreme yeteneğinden mutlak olarak yoksun kalmayı aramasının yanlış olduğu savunuldu. Nitekim konuyla ilgili olarak 2015 yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin verdiği X-Türkiye kararı üzerine Anayasa Mahkemesi’ne başvurulduğu ancak henüz sonuçlanmadığı açıklandı.

Maddenin uygulanması bakımından ise mahkemelerin yetki bakımından keyfi davrandığı ve bunun da süreci çok uzattığı dile getirildi. İstanbul içinde bile farklı uygulamaların olması eleştirildi. Diğer yandan öncelikle tıbbi raporla sulh hukuk mahkemesine başvurularak izin istendiği, iznin verilmesi durumunda maddenin ikinci fıkrası uyarınca asliye hukuk mahkemesine başvurularak nüfus kayıtlarının düzeltilmesinin istendiği açıklandı. Ancak uygulamada üremeden yoksun kalmanın, yalnızca cinsel organın bulunup bulunmaması şeklinde yorumlandığı, bunun da bireyi, adeta zorunlu bir cerrahi müdahale karşı karşıya getirebileceği, tartışmalı olduğu savunuldu.

Söz konusu eleştirilerden hareketle, yargı mensupları ile ortak çalışma ve eğitim programlarının yapılması ve böylece yargıdaki farkındalığın artırılmasının amaçlanması dile getirildi. Aynı şekilde İstanbul Barosu'nun, tıpkı kadın haklarında olduğu gibi, bu konuyla ilgili de eğitim programları düzenlemesi ve bir komisyon kurması önerildi.

Toplantının yönteminin belirlenmesi önerisi üzerine öncelikle nefret söyleminin başlıklarının tespit edilmesi istendikten sonra mağdur gruplarının kategorilendirilmesi ve bunun da geniş tutulmasının, ayrıca nefret söylemi ve suçunun mağdurlar üzerindeki etkisinin incelenmesinin ve değerlendirilmesinin önemi vurgulandı.

Diğer yandan öteki çalışma gruplarından farklı olarak bu grubun mücadele yöntemlerine odaklanması gerektiği savunuldu. Mücadele yöntemleri tartışması bağlamında da eğitim ve medya izlemesinin gerekliliği üzerinde duruldu.

Tartışmaların devamında bilgi sunmak adına önce Nefret Piramidi açıklandı. Önyargılı bir davranışın kabul edilebilir bulunarak yukarı daha radikal biçimlere dönüştüğü, ayrımcılığa ve hatta sonunda soykırıma ulaştığı gösterildi. Daha sonra da Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı (AGİT) ile Amerika Birleşik Devletleri Federal Soruşturma Bürosunun (FBI) nefret söylemi ve suçluluğu hakkında senelik raporlar açıklandı. En çok LGBTİ bireylerle ilgili bildirim yapıldığı, daha sonra da ırkçılığın geldiği belirtildi.

Diğer yandan mağdurların çok çeşitli olduğu hatta FBI'ın her sene mağdurları güncellediği hatırlatıldı.

ABD'de yapılan bir çalışmaya göre nefret suçu faillerinin çok az bir kısmının (% 5) Neonazi olduğunun, çoğunluğunun kurallara uyan ve özellikle homoseksüellere karşı işledikleri suçların toplumca onaylandığını düşünen insanlar olduklarının saptandığı söylendi.

AGİT raporlarının, bildirim sayısının fazlalığının o ülkede nefret suçlarının çok işlendiğini değil, kayıtların özenli tutulduğunu gösterdiğini ve az bildirim ise dil zorluğu, intikam korkusu ve yetkililerce yanlış anlamdan kaynaklandığının savunulduğu belirtildi. Türkiye'den resmi olarak yalnızca TCK m.216 bağlamında Adalet Bakanlığınca bildirimde bulunulduğuna, bunun da verileri eksik kıldığına, sivil toplum kuruluşlarının da bildirimleri kabul edilse de yeterli olmadığına dikkat çekildi.

Bu bağlamda güvenilir ve yeterli veri toplanması üzerinde duruldu. Yalnızca TCK m.216'nın yeterli olmadığı, özellikle kadına karşı ayrımcılıkla ilgili verilerin eksik olduğu, siyah sayıların çok fazla olduğu vurgulandı. 2013 yılında gündeme getirilen bilgi bankası kurulması önerisi ısrarla tekrar edildi. Ayrıca mağdurların kendilerini koruma kaygısıyla adalete erişemediği, sivil toplum kuruluşlarının bu konuda yardımcı olabileceği ifade edildi. Diğer yandan kanun uygulayıcıları arasındaki uyumsuzluklara ve farkındalık eksikliğine dikkat çekilerek Adalet Bakanlığı ile işbirliği yapılması önerildi. Yurttaş farkındalığının da önemi vurgulanarak oy hakkının önemi gündeme getirildi.

Diğer yandan tekrar tekrar denenip başarısız olan yöntemlerden çözüm beklemenin yanlışlığı dile getirilerek, yasaların uygulanmaması ve siyasi irade eksikliği eleştirildi. ALO 183 hattının amaca hizmet etmediği, empati içermediği savunuldu, Türk Dil Kurumu'na karşı, cinsel ayrımcılık içeren bazı sözcük açıklamaları nedeniyle daha açıldığı hatırlatıldı. Bu tip davalarda medyanın etkisi üzerinde duruldu.

Nefret suçunun tanımlanmasının zor olduğu, cinsiyet, kültürel aidiyet, etnisite gibi mağdur gruplarının da kapsamı, dışlayıcı olmaması gerektiği

savunuldu. Yasal korumanın yetersiz olduğu hatırlatılmakla birlikte hukuksal araçlar dışındaki araçlara başvurulması gerektiği savunuldu. Nefretin öğrenilen bir olgu olmasından hareketle, okullardan başlayarak eğitim verilmesi gerektiği, daha sonra bunun çok zorlaştığı savunuldu. Bu bağlamda okullarda çocuklara yönelik cinsel eğitim dersiyle cinsel istismara karşı özel bölgelerle ilgili olarak bilgilenmelerinin sağlanabileceği söylendi.

Kültür konusunun da altı çizilerek siyasi partilerin bile temelinde sosyo-ekonomik durumların değil kültürün, dolayısıyla da dinin bulunduğu söylendi ve muhafazakâr kültür kurumlarının da dikkate alınması gerektiği savunuldu. Diğer yandan dine referansla nefretin körüklendiğinin vurgulanması ve bunun durdurulmasına yönelik çağrı yapılması istendi.

Eğitime yerel yönetimlerin de katılması gerektiği dile getirildi ve Şişli Belediyesi ile Maltepe Belediyesi örnekleri verildi. Halkla birebir temas kuranların farkındalığının önemi vurgulandı. Üniversitelerde de böyle bir eğitimin çok yararlı olabileceği, zira üniversitelerde de ayrımcılığın sık karşılaşılan bir durum olduğu, buna karşı kılavuzlar hazırlanması gerektiği belirtildi.

Davaların sonuçlarının toplandığı bir bilgi bankası oluşturularak olumuların da ön plana çıkmasının desteklenmesi istendi. Ayrıca 2013 yılında gündeme getirilen ve fakat uygulamaya konamayan bilgi bankası önerisinin yeniden gündeme getirilmesinin önemi vurgulandı.

Bilgilenme bağlamında bu alanda yapılan araştırmaların desteklenmesi gerektiği de hatırlatıldı.

Ayrıca yasama organı ve siyasi partilerle işbirliği yapılması, kamu kurum ve kuruluşları ile meslek kuruluşlarının bu alanda daha etkin hale getirilmesi gerektiği ifade edildi.

Diğer yandan tartışmalar sırasında piyasada ailelere yönelik cinsel eğitim kitaplarındaki taraflı ve ayrımcı ifadelerle dikkat çekildi, diğer yandan Türkiye'deki ayrımcılığın siyasi temelli olduğu ve öncelikle bunun kabul etmeyen anlayışların değiştirilmesi gerektiği savunuldu.

Eleştiri olarak da bir yandan ileri sürülen çözüm önerilerinin çatı yapısının, personelinin ve finans ayağının eksik kaldığı belirtildi, çatı yapının nasıl olması gerektiği sorgulandı. Diğer bir eleştiri ise siyasi tıkanıklık nedeniyle siyaset ve siyasi partilerin işlevsizleştiği, onların yerine doğrudan halka yönelecek yöntemlerin belirlenmesi gerektiği, ideolojik temelli olmayan mahalle forumları gibi gruplarla çalışılması gerektiği savunuldu.

Son olarak da farklı bir perspektif sunmak adına ABD’li araştırmacı ve düşün insanı Judith Butler’ın nefret söyleminin kriminalize edilmesine karşı çıkan teorisi açıklandı. Buna göre insan sosyal bir canlı olduğundan, ötekinin onayına gereksinim duyar. Yok sayılmak yaralayıcıdır. Diğer yandan bazı sözcüklerin zorunlu olarak yaralayıcı sayılması, kişiyi yalnızca bir gruba aidiyete indirger. Bunları cezalandırmak yaralayıcı etkiyi arttırdığı gibi cezalandırma, devlet erkinin gücünü artırır ve ilerici güçlerin aleyhine kullanılabilir. Hatta bu silahı, ırkçı odaklar bile kendi lehlerine kullanabilirler.

Tüm tartışma, açıklama ve görüşlerin sonucunda aşağıdaki öneriler ortaya çıkmıştır:

- 1) Tüm topluma yönelik eğitim programları hazırlanmalı, özellikle İstanbul Sözleşmesi özelinde yargı mensuplarına yönelik çalışmalar yapılmalı, Adalet Bakanlığı ve meslek kuruluşları ile işbirliğine gidilmeli,
- 2) Halka doğrudan ulaşan yerel yönetimlerle işbirliği yapılmalı,
- 3) İstanbul Barosu bünyesinde LGBTİ bireyler başta olmak üzere ayırıcılığa karşı eğitim verilmeli ve bir komisyon kurulmalı,
- 4) Veri eksikliklerini gidermek için 2013 yılında yapılan bilgi bankası kurulması önerisi tekrarlanmalı ve hayata geçirilmeli,
- 5) TBMM bünyesinde bir nefret suçları alt komisyonu kurulmalı,
- 6) Hükümet, siyasi partiler ve milletvekilleriyle birebir bağlantıya geçilmeli, farkındalık artırılmalı,
- 7) İnsan Hakları Kurumu ve Kamu Denetçiliği Kurumu gibi kurumlar bu alanda etkin hale getirilmeli,
- 8) Üniversitelerde ayırıcılığa yönelik önlemler alınmalı, örneğin kılavuzlar hazırlanmalı,
- 9) Medya ile bu alanda işbirliği yapılmalı,
- 10) Nefret ve ayırıcılığa yönelik bilimsel araştırmalar desteklenmeli.

NEFRET SÖYLEMİ VE NEFRET SUÇLARI ÇALIŞTAYI SONUÇ BİLDİRGESİ

TARİH : 30 Ekim 2016

RAPORTÖRLER : Yrd.Doç.Dr.M.Buket Soygüt Arslan, Ar.Gör. Burcu Zoğlar, Av. Seda Özkan, Can Hakan

II. Gün Genel Oturumu Tartışmalar ve Sonuçlar

A. Tartışmalar

1. Konunun tartışılmasının zorluğuna dikkat çekilmiştir.

Çalıştay sonuç toplantısının başında nefret suçları hakkında literatüre dayalı Amerika'dan Avrupa'ya yayılan bir tartışmanın devam ettiği dile getirilmiştir. Türkiye'de bu konuyu tartışmanın, kadınlar ve çocuklar ile ilgili davalarda avukat ve hak savunucusu olarak nasıl çalışıldığı ve çalışmanın ne kadar zorlu bir süreç olduğu tartışmanın zorluğu ve devam ettiği ifade edilmiştir.

İçinde bulunulan hukuksuzluk durumunun ve ötekileştirici, militarist, keyfi ve baskıcı uygulamanın nefret suçları ile ilgili tartışmalarla ilgisinin oldukça fazla olduğuna dikkat çekildikten sonra aşağıdaki konu başlıkları tartışılmıştır:

2. Nefret söylemi ve nefret suçlarının, fail ve mağdur bakımından ideolojik arka planından bağımsız olarak tartışılmaz olduğu vurgulanmıştır.

Toplumda baskı altında olan etnik ve dini topluluklara ve benzerlerine olan muamelenin tartışılmasının muhakkak önemli olduğu belirtilmiş ancak nefret suçlarında sahneye çıkarılanın hep mağdur taraf olduğu dile getirilmiştir. Nefret suçlarında ön planda olanın, fail ya da failer değil mağ-

durlar olduğunun düşünülmesinin mevcut durum olduğu belirtilmiştir. Siyasal alan ve sınıflar meselesinden kopararak, kimlikler ve kültürler olgularından ayrıştırılarak oluşturulan tartışmaların varlığının da söz konusu olduğu söylenmiştir.

“Fail tartışılırken sosyal statü de bu gruba eklenebilir mi?” sorusu gündeme getirilmiş ve toplumda işçi sınıfı gibi sınıflara karşı da önyargının var olduğunun altı çizilmiştir. Sonrasında nefret suçları tartışmasında ikinci aktör olan fail kısmı tartışılırken suç ve olay bireyle birlikte tartışılıyor denmiş ve meselenin siyasi boyutunun göz ardı edildiği kanaati dile getirilmiştir. Toplumda yoksullara, işçilere yönelik olumsuz yargıların olduğu belirtilmiştir.

Ayrıca, toplumda birbirlerine nefret duyduğu düşünülen grupların, siyasi merkezlerin yönlendirdiği gruplar olduğu savunulmuştur. Buna örnek olarak, Alevilerle Şafi mezhebine mensup Kürtlerin birbirlerine karşı olumsuz tutum ve fikirlere sahip olduğu kanaati öne sürülmüş ve bu iki grubun çatışmasına ilişkin toplumsal bir vakianın bulunmadığı tespitine yer verilmiştir. Ancak Alevi-Sünni çatışmasının toplumsal boyuta (Örneğin Sivas olayı) ulaşmış olduğu belirtilmiştir.

Nefret suçlarında suç bireyde tezahür etse de toplumda ve suça maruz kalan azınlık grubunda yarattığı kaygı dolayısıyla önemli olduğu belirtilmiştir.

Mağdurlara karşı devletin aktif koruma kapsamında yükümlülüklerinin var olduğunun üzerinde durulmuştur. Bahsi geçen mağdur grupların dışlanmaya müsait, korunmaya muhtaç olduğunun gösterilmemesi gerektiğine değinilmiştir. Saldırganlığın, faşist ve gerici siyasal ideolojinin topluma bir yansımaları olduğunun tartışılması önerisinde bulunulmuştur.

3. Türk Ceza Kanunu’ndaki mevcut düzenleme (Madde 122) ve olması gereken bakımından görüşler beyan edilmiştir.

İlk olarak madde başlığının “nefret ve ayrımcılık” yerine “nefret sebebiyle ayrımcılık” şeklinde değiştirilmesinin 122. maddede iki ayrı suç tipi-

nin düzenlendiği izlenimini önlemek bakımından faydalı olacağı ifade edilmiştir.

Maddede saik, suçun unsuru haline getirilmektedir ve saikin ispatı zor olduğundan 2014 yılındaki değişiklikten önceki haline göre uygulamayı daraltmıştır. Zaten maddenin kapsamı sadece çalışma hayatına ve ticari ilişkilere ilişkin olup yetersizdir. Örneğin belirli bir kişinin işe alınması suçun tipik unsuru olmasına karşın toplumda daha sık rastladığımız bir durum olarak kişinin bir gruba veya düşünceye aidiyeti nedeniyle “işten çıkarılması”na yer verilmemiştir. Nefret nedeniyle ayrımcılık ve nefret nedeniyle diğer suçların da ayrımının doğru yapılması gerektiği altı çizilen bir diğer konudur.

Ceza Kanunu çalışmaları sırasında ayrımcılık suçunun Dönmezer tasarısında bulunduğu fakat Dönmezer tasarısının alt üst edilip, kanunun yapısının bozulduğu görüşü ifade edilmiştir. 2014 yılında yapılan değişiklikte “nefret” kavramının eklenmesi ile Türk Ceza Kanunu 122. maddesinin uygulanmasını zorlaştırmış olduğu, bu nedenle maddede “ayrımcılık” ifadesinin muhafaza edilmesi buna karşın “nefret” ifadesinin çıkarılması gerektiği ifade edilmiştir.

TCK'nin 61.maddesi uyarınca nefret saiki ile işlenen suçların cezasının tayininde cezanın üst sınırdan verilmesinin halihazırda mümkün olduğu ancak kavramın uygulamada yerleşik olmaması nedeniyle böyle bir uygulamanın da sözkonusu olmadığı belirlenmiştir.

Saikin ağırlaştırıcı neden olmasının caydırıcılık bakımından önemine değinilmiştir. Bununla birlikte “töre saiki”nin farklı uygulamaları örneği gözönünde bulundurulduğunda saikin belirleyici oluşunun istenilen faydayı sağlamayabileceğine dikkat çekilmiştir. Saikin niyeti sorgulamaya yönlendirme düşüncesi belirtilmekle birlikte, yasal norm getirmek isterken bunun dönüp dolaşım mağdur gruplara zarar vereceğinden endişe duyulduğu da vurgulanmıştır. Bununla birlikte ceza hukukun nefret suçlarına ilgisiz kalması mümkün değildir. Ülkemizde bu tür söylem ve eylemlerin yoğunluğu – dolayısıyla bu tür eylemlerin toplumsal barışı bozucu etkisi ağırdır. Hrant

Dink'in katli söylemin eyleme dönüşmesi bakımından en acı örnektir. Nefret saikli eylemlerin suç olarak düzenlenmesinin kınanabilirlik sağlama-ya yarayacağı üzerinde durulmuştur. Bir suç olarak düzenlendiğinde açılan davalar sayesinde kamuoyunda bir bilinç yaratılacağı vurgulanmıştır. Her ne kadar bu durum ceza hukuku ile çözülemese de yasal düzenlemelerin bir nebze de olsa mağdur gruplar açısından sembolik ve psikolojik destek sağlayacağı görüşü de dile getirilmiştir. Failleri teşhir etmek bakımından da bu düzenlemenin yararına inanılmaktadır. Açılan kamu davalarında avukatların toplumla adliye arasında köprü olduğu düşünüldüğünde teşhir bu bağlamda önemlidir, denilmiştir. Ne var ki, saik ile ilgili düzenleme yaparken çok dikkatli olunmalıdır.

Bu konunun sadece ceza hukukunu ilgilendirmediği aynı zamanda da İdare, Anayasa, Medeni Hukuk gibi diğer hukuk dallarını da ilgilendirdiği örneğin devlet görevlilerinden kaynaklanıyorsa idare hukukuna ilişkin bir olaydan bahsedileceği bu nedenle de kişinin söz konusu sözü söylemeye yetkisinin sorgulanmasının mümkün olup olmadığı sorusu ortaya atılmıştır. Örneğin, nefret söylemi içeren ifadenin idari bir işlem çatısı altında gerçekleşmesi halinde bunu iptal etmekle veya medeni hukuk açısından kişilik haklarının zedelenmesi sonucu tazminatın artılmasını sonuçlayacak bir hükmün eklenmesi şeklindeki alternatiflere gidilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Nitekim Anayasa Mahkemesi hukuk davası yolunun söylem bakımından etkili olduğunu belirtmiştir.

Liberal hukuk düzenlerine baktığımızda olması gerekenin (özellikle nefret söylemi bakımından) medeni hukuk yaptırımlarının etkin bir şekilde kullanılması olduğunu görmekteyiz. Ne var ki ülkemizde tazminatın usulen elde edilmesindeki zorluklar, masraflı olması, toplumda kapıya polisle dayanmanın kişiden tazminat alınması bakımından dahi bir baskı unsuru olarak daha etkili olduğu inancının bulunması gibi nedenlerle hukukumuzda etkin bir tazminat sorumluluğu sözkonusu olamamaktadır.

4. Ayrımcılığın ceza hukukuna dahil edilip edilmeyeceği tartışılmıştır.

Türk Ceza Kanunu'nun “nefret ve ayrımcılık” başlığıyla düzenlenen 122. maddesinin gerçek anlamda ayrımcılıkla mücadelden uzak olduğu belirtildikten sonra esasen toplumdaki ayrımcılığa ceza hukukundan ziyade özel hukuk ve idare hukuku yaptırımlarıyla mücadele edilmesinin daha doğru olacağı vurgulanmıştır. Bu konu hakkında uluslararası düzenlemeler de incelendiğinde ayrımcılığın suç olarak öngörülmediğine dikkat çekilmiş ve ayrımcılığın suç olarak düzenlenmesi halinde dahi ispatlanmasının oldukça zor olduğu vurgulanmıştır.

Nitekim 2005 yılından itibaren açılan 100'ün üzerindeki davanın, ayrımcılığın suç olarak uygulanamayacağı fikrini pekiştirmiştir. Bu nedenle bir başka suç tipine başvurulmasının pratikte daha faydalı olabileceğine dikkat çekilmiştir.

5. Özellikle Kadına ve LGBTİ bireylere yönelik ayrımcılık ile savunucuların uğradığı muamele üzerinden ayrımcılık ve nefret suçu arasındaki bağlantıya değinilmiştir.

Öncelikle toplumsal bir sorun haline gelen kadına yönelik şiddet ele alınmıştır. Kadına yönelik şiddetin, şiddet suçunun bir türü olduğunun tespiti yapılmış bunun yanında ayrımcılığın özel bir biçimi olduğu ve devletlere yükümlülük getirdiği belirtilmiştir.

Kadına ve LGBTİ bireylere yönelik ayrımcılığın artması ile birlikte hak savunucularının da günümüzde çok ağır baskılara maruz kaldıkları belirtilmiştir. Avukatların konu ile ilgili davalarda yaşadıkları maddi manevi zorluklara dikkat çekilerek, çocukların ya da kadınların mağduriyetlerine ilişkin davalarda sanık ve mağdur avukatlarına dair durum vurgulanmış, mağdur avukatlarının da sanıklar tarafından nefret söylemine maruz kaldıkları ve hatta darba uğradıkları dile getirilmiştir.

Nefret suçu ile ayrımcılığın farklı olduğu tespiti yapılmakla birlikte konuya daha bütünsel yaklaşmak gerektiği üzerinde durulmuştur. Kadına yö-

nelik olan suçların nefret suçları olarak görüldüğüne değinilmekle birlikte, nefret suçlarının ayrımcılığa yönelik, heteroseksizme bağlı olarak ayrımcılıkla da ilgili olabileceği ifade edilmiştir.

6. Kamu hizmeti yürüten bütün aktörler bakımından ırkçılığa, yabancı düşmanlığına ve nefret söylemlerine karşı bir bakış açısının gerekliliğinin altı çizilmiştir.

Nefret suçlarının temeline inebilmek için failin ötesine bakılması gerektiği belirtilmiştir. Aksi halde bu suçları kışkırtan esas siyasi faillerin gözardı edilmesi endişesi belirtilmiştir. Nefret suçu ve söyleminin üretilmesinde asıl kışkırtıcı siyasi faillerin belirli kişi veya kesimleri hedef göstermekte olduğu bu şekilde siyasi otoriteler tarafından nefret nesnesi oluşturulduğu belirtilmiştir. Örnek olarak ise akademisyenler bildirisine imza atan herkesin artık bir nefret nesnesi olduğu ve hatta bir mafya liderinin akademisyenleri alenen hedef alması gösterilmiştir. Siyasi bir ideolojik tutum desteğinin nefret yayan grupların ortaya çıkmasında önemli rol üstlendiği görüşü ortaya sunulmuştur.

7. Avrupa Konseyi ve AGİT(Avrupa Güvenli ve İşbirliği Teşkilatı) metinlerinden yararlanılması ancak yapılacak bir tanımın Türkiye koşullarına uyarlanması gerektiği konusunda görüş birliğine varılmıştır.

Uluslararası metinlerin ve yapılan araştırma sonuçlarının doğrudan iç hukuka aktarılmasının Türk hukukuna uygun hale getirilebilmesi sorununu gündeme getirebileceğine dikkat çekilmiştir. Uluslararası metinlerin iç hukuka aktarılmasında her ülkede farklı izdüşümleri ortaya çıkacağı dile getirildiğinden konu ile ilgili olarak tanım yapılması ihtiyacı vurgulanmıştır.

Yapılan araştırmalara göre (ki bunların yeterli olmadığına da dikkat çekilmiştir) Türkiye’de en fazla mağdur olan grupların kadınlar, etnik köken grupları ile LGBTİ bireyler olduğu ortaya çıkmaktadır. Ancak tanımın, daha önce Sosyal Değişim Derneği tarafından hazırlanıp TBMM’ye de sunulan

teklif metnindeki kadar geniş tutulmasının kavramın içini boşaltma ve uygulamanın zorlaştırılması endişesi nedeniyle doğru olmayacağı sonucuna ulaşılmıştır. Örneğin, Türkiye’de yaşlılara ve engellilere yönelik ayrımcılık oluşturan uygulamalar bulunmakla birlikte bunların nefret söylemi veya suçuna dönüşmediği, dolayısıyla yaş ve engellilik gibi kriterlerin tanımda yer almasına gerek bulunmadığı fikri oluşmuştur. Buna karşılık işlenen suçlar gözönünde bulundurulduğunda kanuna konulacak bir tanımın mutlaka : “İrk, etnik köken , din, mezhep, inanç, inançsızlık, dil, cinsiyet, cinsel yönelim, cinsiyet kimliği, siyasi görüş” şeklindeki grupları kapsamaya gerektiği görüşüne ulaşılmıştır.

8. Nefret saikiyle işlenen suçların internet suçları bağlamında ele alınması ve öncelikle dildeki nefretten arınılması gerektiği vurgusu yapılmıştır.

İnternetin özellikle nefret söylemi şeklindeki eylemlerin işlenmesi bakımından elverişli bir alan olduğuna değinilmiştir. Bununla birlikte halkın da “sosyal medya” denilen ağ ile bu fiilleri çoğu zaman bilinçsizce – ya da bilincimizde ne kadar yer ettiğinin farkında olmadan- işlediği saptanmıştır. Dolayısıyla öncelikle dilimizdeki ve içimizdeki nefretten arınması gerektiğine ve bu alandaki farkındalığın artırılması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

İnternet ortamında işlenen nefret suçları bakımından erişim engeli için başvurulduğunda başvuru sahibinin menfaat sahibi olup olmadığına bakılmakta olduğu ve karar merciiinin nefret suçunun katalog suçlar arasında yer almadığına dikkat çektiği ifade edilmiştir.

9. Nefret suçları ile ilgili olarak hakim, savcı ve avukatlarda farkındalık oluşturulması gereğine dikkat çekilmiştir.

İstanbul Sözleşmesi’nin uygulanması bakımından hâkim ve savcılarının bilinçlendirilmesi ve kullanılan dil bakımından önyargılarla mücadele açısından kamu kurumları vb. kuruluşların harekete geçirilmesi gerektiği görüşü vurgulanmıştır. Yargının İstanbul Sözleşmesi’yle ilgili donanımı olma-

dığından hâkim ve savcılarının eğitilmesi mücadele yöntemlerinden biri olarak görülmeli ve uygulamacıların yarattığı hukuksuzlukların da mücadele yöntemleri içerisinde değiştirilebileceği hususuna yer verilmiştir.

10. Nefret suçlarıyla mücadelede veri toplanmasının ve kriminolojik araştırmaların önemi vurgulanmıştır.

Pratikte ihlalleri nefret kategorisine sokmayan ve veri üretilmesini engelleyen bir devlet politikası bulunmaktadır. Veri toplamanın ve sosyal araştırmaların desteklenmesinin önemi vurgulanmış; verilerin nasıl nesnel hale getirileceği konuları gündeme taşınmıştır.

11. Nefret saikinin ispatı noktasında “İspat Yüğü” tartışması yapılmış ve ispat yükünün tersine çevrilmesinin masumiyet karinesi bakımından sakıncasına değinilmiştir.

Nefretin ispatının zorluğuna dikkat çekilmiştir. Ayrımcılık bakımından da karinelerin oldukça tartışmalı olduğu belirtilmiştir.

Ceza muhakemesinde ispat zorluğu halinde karineler yaratılarak ispat yükünün tersine çevrilmesinin gümrük suçlarında ve müsadere bakımından var olduğu ve İHAM'ın, bunu çeşitli kriterler ortaya koyarak (örneğin karinenin çürütülebilir olması gibi) kabul ediyor olduğu söylenmiştir. Bununla birlikte nefret suçları özelinde bilinen bir karine söz konusu değildir.

Konunun özellikle kadına yönelik suçlar bakımından önem arz ettiği, özellikle hukukçu olmayan feministlerin kadın beyanını öne çıkarırken hukukçu feministlerin ise ispata önem veriyor olduğuna değinilmiştir. Batı'da örneğin İngiltere ve İsveç'te tecavüz yasalarının bazılarında rızaya dayalı olarak yeni hükümler getirilmiştir. Sanığın kadının rızasının varlığı yönünde savunma yapması karşısında aksini kanıtlamanın mağdur kadına yüklenmesinin zorluğuna işaret edilmiştir. İngiltere örneğinde yeni hükümlere göre kadınlar çok aktif bir şekilde sözle veya davranışla rıza göstermiyorsa rızanın varsayılmaz olduğu kabul edilmektedir. Ağır hastalık uyku ilaç vb.

durumlarda kadınların rızasının olmadığı kabul edilmekle birlikte bunların tartışmalı olduğu da dile getirilmiştir.

Bu sorunlara karşılık ceza muhakemesinin temel ilkelerinden ve önemli bir sanık hakkı olarak masumiyet karinesinde vazgeçilemeyeceği hususu vurgulanmıştır. Zira, bu yolun bir kere açılması halinde hukuka aykırı uygulamaların arkasının kesilmeyeceği belirtilmiştir.

12. Konunun felsefik, sosyolojik boyutu bakımından çalışmalar yapılması gerektiği ve Onarıcı Adalet mekanizmalarının öneminden bahsedilmiştir.

Nefret suçlarının temelinde dinlere, ideolojilere, milliyetçiliğe ve ırkçılığa dayanmakta olduğundan hareketle mevcut toplumsal sorunun yalnız hukuki bir düzlemde incelenmesinin mümkün olmadığı, nefret suçları incelenirken alan çalışmalarının yapılması gerektiği üzerinde durulmuştur. Felsefi olguların ideolojik meselelere etkisi olduğu, ön yargıların esasında sosyolojik problemler olması nedeniyle hukuk dışında da daha yere basan çözümlere de değinilmesi gereği dile getirilmiştir.

Bu bağlamda geçmişle yüzleşmesi gereği ve toplu mağduriyetlerde ve ferdi suçlarda onarıcı adaletin işletilmesi gerekliliği savunulmuştur.

B. SONUÇLAR

1. Nefret suçları ile korunması amaçlanan hukuksal değer tüm farklılıklara rağmen birarada yaşamın temini şeklindeki kamusal barışın sağlanması ile çoğulcu çoksesli toplum düzeni anlayışıdır. Nefret söyleminde bulunan ve ayrımcılık fiillerini işleyenlerin amacı esasında toplumu aynı düşünceye sahip, tek tip insanlardan oluşturmak isteğidir. Bu büyük tehlike nedeniyle ceza hukukunun müdahalesi kaçınılmaz olarak ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte yetersiz olduğu ortadadır.
2. Nefret suçları ile mücadele bakımından yapılacak çalışmalarda ceza hukukçularının dışında diğer disiplinlerden de katılımcıların varlığı gerekmektedir. Hem sivil toplum kuruluşlarının hem hukukçuların hem de

diğer sosyal bilimcilerin bu konuda ayrı ayrı tartışıyor olması konuya bütünsel yaklaşmayı engellemektedir. Bu nedenle bir ilk sayılabilecek bu çalıştayın devamlı kılınması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Böylece hukukçuların da diğer disiplinlerin bakış açılarından yararlanması gerektiği belirtilmiştir.

3. Nefret söylemlerinin ırkçılık, kadın düşmanlığı, kışkırtılmış erkeklik, yabancı düşmanlığı, erkek egemen zihniyet gibi olgularla olan bağlarını unutmamak gerekir, bu nedenle de nefret kavramının salt hukuk tarafından tanımlanması esasen mümkün değildir. “Nefret” kavramı başka bilim dalları ile ortaklaşa yürütülecek çalışmalarla aydınlatılabilecek derinlikte bir kavramdır. Ayrımcılık ise ceza hukukunun sınırlarını aşmaktadır; ayrımcılığın suç olarak düzenlenmesi halinde de ispatlanması oldukça güçtür.
4. Nefretin hem siyasal hem de tarihsel bağlamı ile ele alınması ve multidisipliner çalışmayı gerektirdiği, ayrıca geçmiş ile yüzleşmenin onarıcı adaleti sağlama yolunda yararlı olacağı kanaatine ulaşılmıştır.
5. Nefretin tanımlanması da oldukça güçtür, hem suçun konusu hem de muhtelif görünümleri bakımından sınırlandırmanın mümkün olmadığı ortadadır. Bu nedenle kavramın içeriğinin hakim tarafından doldurulması ve cezanın tayininin kural olarak üst sınırdan yapılması gerektiği, buna karşılık suçun kamu görevlileri tarafından işlenmesi halinde mutlaka ağırlaştırıcı neden olması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Nefret söyleminin devlet kaynaklı olması, devlet geleneklerinden ve görevlisinden kaynaklanması halinde idarenin sorumluluğuna da gidilmesi ve hatta siyasi sorumluluğun gündeme gelmesi gerekir.
6. Yasal düzenlemelere duyulan ihtiyaç, özellikle mağdur gruplar açısından fayda sağlayacağı düşüncesiyle dile getirilmiştir. Nefret suçunun toplumda yarattığı korku nedeniyle etkilerinin yaygın ve büyük olduğu, bu nedenle yapılacak yasal düzenlemelerin mağdurlar bakımından sembolik ve psikolojik destek anlamına geleceği anlaşılmıştır.

Ancak bu konuda saikin belirleyici bir rol üstlenmesine mesafeli yaklaşmış, bunun niyeti sorgulamaya yönlendirebileceği yasal norm ile belirli bir standart getirilmek istenirken, dönüp dolaşıp mağdur gruplara zarar verilebileceği de gözden kaçırılmamalıdır. Bu nedenle yasal düzenleme yapılırken uygulamanın mağdur aleyhine olmayacak şekilde yapılmasına dikkat edilmelidir.

Hukuksal süreçte ya da bilinçlendirme çalışmalarında kullanılacak dilin mağdur gruplarını daha da incitmemesine özen gösterilmesi gerekmektedir. Eğitim seferberliğinin faydasından ziyade zararının olabileceği de dile getirilmiştir. Zira bu durumun grupları korunmaya muhtaç olarak yansıtın bir duruma getirilmesine yol açacağı düşünülmektedir.

7. İstanbul Sözleşmesi'nin hâkim ve savcılar tarafından uygulanabilmesi için öncelikle bu alanda bilgilendirilmeleri ve duyarlılığın sağlanması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Ancak bu konuda somut öneriler sonraki çalışmalara bırakılmıştır.
8. Hukuk felsefesi ve sosyolojisi bağlamında hukukun dışındaki çareler konusunda daha derinlemesine çalışılması ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Nefret suçunun temelindeki dinlere, ırkçılığa, milliyetçiliğe yönelik eleştiri olmazsa nefret suçlarının devam edeceği düşünülmektedir.
9. Nefret suçlarında ön planda olanın, fail ya da failer değil mağdurlar olduğu tespiti yapılmıştır. Bu durum ise mağdurları bir kez daha mağdur edeceğinden bu tutumun failerin deşifre edilmesi şeklinde değiştirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Suçla mücadele yöntemleri geliştirilirken - son zamanlardaki imzacı akademisyenler, örneği üzerinden- nefreti körükleyen siyasi odakların ortaya konulması önemlidir.

Toplumda özellikle siyasi otoritelerce körüklenen ayrışmanın giderilmesi, her türlü farklılığını zenginlik kabul ederek birarada yaşamanın sağlanması; seküler, her alandaki eşitlik ilkesi ile birlikte özellikle toplumsal cinsiyet eşitliğine dayalı her türlü dayanışmanın yaratılması için ciddiyle çalışmalar yürütülmesi gerektiği çalıştayda ortaya çıkan en önemli sonuçlardan biridir.

10. Türk Ceza Hukuku Derneği'nin çalışma grubunun, bu çalışmaya katılanlarla genişlemiş olduğu vurgulanmıştır. Bir internet grubunun oluşturulacağı, farklı illerde de yapılacak diğer disiplinlerde çalışan kişilerin katılımı ile ayrıca uluslararası niteliği olan bir çalışma yapılması amacıyla olduğu belirtilerek çalıştay sonlandırılmıştır.

NEFRET SÖYLEMİ VE NEFRET SUÇLARI ÇALIŞTAYI İÇİN HAZIRLANAN BİLDİRİ TÜRK CEZA HUKUKU DERNEĞİ VE UMUT VAKFI, 29-30 EKİM İSTANBUL

Prof. Dr. Alev ÖZKAZANÇ

J. Butler ve Nefret Söylemi Sorunu

J. Butler, günümüzde queer ve feminist kuramın önde gelen düşünürlerinden birisidir. Aynı zamanda Amerika'da uzun yıllardır LGBT mücadelesi içinde yer almış olan bir aktivisttir. Bir LGBT kuramcısı ve aktivisti olarak onun nefret söylemi hakkındaki Amerika'daki ilerici-muhafız çevrelerde (ve Türkiye'de de) hâkim olan görüşü eleştiren bir yaklaşımı olduğunu öğrenmek, şaşırtıcı olabilir. Nefret ifadelerinin suç edimi olarak düzenlenmesi çağrısı, özellikle feminist ve LGBT çevreler tarafından da desteklenen ve giderek muhafız çevrelerde geniş bir kabul görmeye başlayan bir eğilimdir. Butler'ın görüşü ise bu eğiliminin eleştirisini içerir. Butler'ın görüşünün bilinmesinin ve tartışılmasının feministler ve LGBT savunucuları için özellikle önemli olduğunu düşünüyorum.

Nefret söyleminin suç olarak düzenlenmesi önerisinin birçok tartışmalı yönü vardır. Tartışmalar özellikle ifade özgürlüğü sorunu etrafında dönmektedir. Burada bir yandan bazı azınlık ve kırılgan grupları korumak eğilimi varken bir yandan da ifade özgürlüğünü korumak gerektiğine işaret edilmiştir. Butler'ın görüşü ise daha geniş anlamda bir ifade sorununa dikkat çekmekte ve aslen, devleti asıl fail yerine koyan sansürcü politikaların kadınlar ya da LGBT bireyler için doğurduğu sakıncalara işaret etmektedir.

Butler bu konudaki görüşünü özellikle *Excitable Speech : A Politics of the Performative* (1997) adlı kitabında geliştirmiştir. Butler bu kitabında genel olarak dilsel yaralanma konusunu ele alır ve nefret ifadelerinin suç sayılmasının eleştirisini de içeren güçlü bir performatif siyaset kavrayışı önerir.

Performatif siyaset

Performatiflik kavramı, Butler'ın eserinde birden çok bağlamda kullanılan en merkezi kavram olduğu için ayrıca ve derinlemesine ele alınması gerekir. Burada konuya Butler'ın performatifliği ilk olarak kullandığı ancak yanlış anlamalara neden olan *Cinsiyet Belası* ile değil, asıl olarak siyasi bir kavram olarak ele aldığı *Excitable Speech* (Galeyana Gelen Konuşma) eseriyle başlamak istiyorum.

Bana kalırsa Butler'ın düşüncesini anlamak için en kritik eserlerden olan bu kitabın amacı, bir yandan dilsel kırılma-gırtlık-yaranabilirlik sorusu bağlamında özellikle “nefret ifadesi” (hate speech) söyleminin eleştirisi yaparken, bir yandan da siyasi bir söylemin performatifliği kuramının ana hatlarını oluşturmaktır.

Dil nasıl oluyor da yaralayabiliyor?

Bu kitapta ortaya konulan performatif siyaset anlayışı, “yaratıcı-yenilikçi” ya da “altüst edici” “tekrar” ya da “yeniden anlamlandırma” (resignification) kavramlarıyla örülüdür. Öncelikle “dil nasıl olur da yaralayabiliyor” sorusuna yanıt arayan Butler, dilsel varlıklar olmamızın ne anlama geldiğini açıklar (1997:1-43). Ona göre dilin yaralayabilmesinin nedeni, var olmak için dile ihtiyaç duyan, yani varlığı dilde öteki tarafından çağrılmamıza bağlı olan, ötekine bağlı olan kırılma-gırtlık-yaranabilirlik varlıklar olmamızdır. Dilin şiddeti de buradan kaynaklanır.

Butler böyle bir dil ve toplumsallık analizinden kalkarak, özellikle yaralayıcı olan, tehdit içeren, saldırgan ifadelere ve bu tür ifade ya da sözcüklere “nefret söylemi” yaklaşımı tarafından atfedilen güçlere yoğunlaşır ve “nefret ifadesi”ne dair hâkim muhalif tutumun eleştirisine girişir. Ona göre “nefret ifadesi”ne dair hakim muhalif söylem, performatifliğe dair yanlış bir kavrayışa dayanmaktadır (*a.g.e*:13-25).

Edim-söz ile etki-söz ayrımı

Butler burada sözcüklere atfedilen güçleri anlamaya çalışırken, dil ku-

ramcısı Austin'in illocutionary (edim-söz edimi: söylendiği anda bir edimin gerçekleştiği durumlar) ile perlocutionary (etki-söz edimi: ifade ile yaratığı etkinin arasına boşluk girdiği, başkaca koşullara bağlı olarak belirli etkiler yaratan ifadeler) ayırımına başvurur. Butler bu ayırma referansla, aslında hiçbir ifadenin söylendiği anda bir edim oluşturmaya dair mutlak bir gücü olmadığını, en yaralayıcı ifadenin bile yeniden-konumlandırma (restaging) ve yeniden-anlamlandırmaya (resignification) açık olduğunu göstermeye çalışır.

Pornografi sorunu

Bu bağlamda Butler, ünlü Amerikalı feminist hukukçu ve aktivist Catherine Mackinnon'un pornografik temsilleri performatif olarak görüp yasaklama önerisini eleştirir (*a.g.e:*17-21). Çünkü bu yaklaşım, pornografik ifadenin kendisini bir nefret edimi olarak görmekte ve ona edim-söz etkisi, yani performatif bir etki atfetmektedir. Yani MacKinnon'a göre pornografi, gerçekliğe dair bir görüş değil, bir davranış biçimidir ve bu davranış bağımlı biçimde temsil edilen kadınları sessizleştirir. Bu yaklaşımda pornografi bir nefret ifadesi olarak görülmektedir. Dolayısıyla bizzat pornografinin kendisi doğrudan yaralayıcı ve saldırgan olan, kadınları ezilen ve kurban olarak kuran bir nefret edimi olarak kabul edilmiştir. Butler, MacKinnon'un bu görüşlerini eleştirir. Ona göre pornografinin kendi başına bir grup olarak kadınları pasif kurbanlar olarak kuran performatif bir edim olduğu görüşü doğru değildir. Butler, belirli bir ifadenin bizzat bir hedef grubu daima ve zorunlu olarak yaralayıcı olduğunu baştan varsaymanın sakıncalı olduğunu düşünmektedir. Bu yaralayıcılık gücünün atfedilmesini eleştirmek için Mari Matsuda'nın görüşlerini ele alır.

Butler'ın eleştirdiği Mari Matsuda'nın görüşleri özellikle dikkat çekicidir çünkü Matsuda 1993 tarihli kitabında (*Words that Wound: Critical Race Theory, Assultive Speech and the First Amendment*) nefret söyleminin suç sayılmasına dair temel kuramsal görüşleri geliştirmiştir ki bu görüşlerin sonraki yıllarda literatür üzerinde büyük bir etkisi olduğunu görüyoruz.

Matsuda'ya göre nefret ifadesi sadece bireysel olarak hitap edilen kişi üzerinde bir etki yaratmakla kalmaz ama aynı zamanda hedef alınan toplumsal grubun bağımlı-ezilen bir grup olarak toplumsal kuruluşuna bizzat katılır. Matsuda'nın bu görüşü, günümüzdeki nefret suçları literatüründe güçlü bir kabul görmektedir ve bu çerçevede nefret suçları ve söyleminin iki eşit taraf arasında değil, bir hakim grup ile bir ezilen grup arasındaki eşit olmayan bir güç dengesine dayandığı ve eşitsizliği bizzat pekiştirdiği savunulmaktadır.

Butler'a göre bu görüş sakıncalıdır çünkü bazı tartışmalı varsayımlara dayanır: burada nefret ifadesini duyan kişinin bir toplumsal konumu olduğu ve bu kişinin bu toplumsal konumuyla eşanlamlılık kazandığı varsayılmaktadır. Yani kişi, nefret ifadesiyle karşılaştığı anda kendi toplumsal grubuna indirgenmiş olarak kabul edilmektedir. Ayrıca, bu görüş, söz konusu toplumsal konumların da toplumda birbirleriyle statik ve hiyerarşik bir ilişki içinde olduklarını varsaymaktadır. Sonuç olarak bu toplumsal grup aidiyeti nedeniyle kişi, nefret ifadesi karşısında yaralanmaktadır. Ayrıca bu ifade, toplumsal gruplar arasındaki ilişkiyi yeniden bu bağımlılık konumuna sokmaktadır. Buna göre, nefret ifadeleri, yapısal bir tahakküm ilişkisi kurulmasının dilsel boyutudur. Bu, ifadeye edim-söz niteliği atfetmek anlamına gelir. Bu edim-söz modeline göre, nefret ifadesi, ifade edildiği anda hedef grubu ve kişiyi kurmaktadır. Burada dilsel yaralama toplumsal tahakküm olarak anlaşılır. Tam da burada Butler şu soruyu sorar: "Peki, özneyi bu kadar etkin biçimde kurma gücünü nefret ifadesine veren şey nedir?"

Butler şöyle yazar:

"Nefret ifadesinin her zaman bu etkiyi yarattığı varsayımını sorgulamak isterim. Bundan zarar görenlerin acısını küçümsemek için değil, ama nefret ifadesinin başarısızlığının ona karşı geliştirilecek eleştirel tepkilerin imkân koşulu olmasına yer açmak için. Eğer nefret ifadesinin yaralayıcılığının açıklaması, bu yaraya karşı eleştirel bir tepki olanağını baştan inkar ediyorsa, o halde bu açıklama bu yaralamanın bütünsel etkilerini destekliyor demektir. Böylesi tezler yasal bağlamlarda çoğu zaman işe yarasa da, devlet

merkezli olmayan faillik ve direniş biçimlerini düşünmemizi engellemektedir.”. (s. 19)

Egemenlik atfının eleştirisi

Demek ki Butler cinsiyetçi ya da ırkçı nefret ifadelerine dair geliştirilen bu hakim söyleme, söze-ifadeye “*egemenlik*” atfettiği ve böylece politik faillik imkânını zedelediği için karşı çıkmaktadır.

Butler’in düşüncesinde “*egemenlik*” varsayımının eleştirisi çok merkezi bir önem taşır. Yaralayıcı bir ifadede tehdidi yapılandıran şey, egemen eylem fantezisiidir. Buna göre bir şey egemen tarafından söylendiği anda yapılmış olur. Yani egemenin sözü performarif olarak kabul edilmektedir. “Nefret ifadesi” söyleminin belirli yaralayıcı ifadelere atfettiği anlam, aslında tipik olarak Devlet’in egemen sözü paradigmasını yankılar.

Ayrıca bu söylem, konuşma ediminin saldırgan-yaralayıcı etkisinin orijinal bir edime, ilk ortaya çıkış anına ya da devam edegelen bağlamına, sözün gerisindeki niyetlere ya da ilk kullanım biçimlerine zorunlu olarak bağlı olduğunu, onları tekrar etmeye zorunlu olduğunu varsayar- ki Butler’in peformatif kuramı tam da bu görüşün eleştirisine dayanmaktadır.

Butler burada günümüzde söze atfedilen güçlerin artmasıyla ilgili ilginç bir tarihsel açıklama getirir. M. Foucault etkisiyle artık günümüz muhalif çevrelerinde iktidarın egemen ve devlet merkezli olmadığı iyi anlaşılmıştır der. Artık iktidar, egemenlik kavrayışıyla sınırlı olarak görülmemekte, tek bir egemen özneye referansla açıklanmamaktadır. Ancak Butler’a göre, bu egemen figürün tarihsel olarak kaybolması, onun fantezide geri dönmesine neden olmuştur ki geri döndüğü biçim tam da dilsel biçim ve performatif figürüdür. Bu durum, dilin siyasetin yer-değiştirmiş alanı olarak görülmesine neden olur ve bu yer-değiştirmenin gerisinde basit ve daha garantili bir iktidar haritasına geri dönme kaygısı bulunur. (s.78). Oysa ona göre artık böyle basit bir iktidar haritası bulmak mümkün değildir. Ne egemen-devlet, ne de suçlu birey bize aranan basit formülü sunamaz.

Hukuk ve özne sorunu

Hukuk, yaralanmanın “suçlanabilir bir özne” ile ilişkili olarak kavram-sallaştırılmasını gerektirir ve kolaylaştırır. Birilerini sorumlu tutmak talebine karşılık olarak “özneyi” yeniden diriltir. Butler yine benzer soruyu gündeme getirir: “Peki ırkçı yapıların nedeni ya da kaynağı olarak böyle bir özneye, ya da ırkçı ifadelere işaret etmek doğru mudur”?

Bu egemenlik varsayımına karşı Butler, egemenlik atfedilen sözün tepkiyle karşılandığı, egemenin kendi algısını sarsan, konuşmanın yönünü çeviren ve böylece tehdidin performatif gücünü altüst eden performansların varlığına dikkat çekmeye çalışır. Buna verdiği en önemli örnek *queer* kavramının LGBT bireyler tarafından ele geçirilmesi ve aşağılayıcı-yaralayıcı anlamın ters yüz edilmesidir.

“Queer kavramının yeniden değerlendirilmesi, konuşmanın konuşana karşı çevrilebileceğini, ilk amaca karşı alıntılabilceğini (citation) ve etkilerini tersyüz edebileceğini gösterir... Bir konuşma ediminin yeniden anlamlandırılması mümkündür çünkü bir ifadeyi ortaya çıkaran bağlam ya da niyet ile onun yarattığı etkiler arasında bir boşluk vardır. Yani konuşma edimi açık bir zamansallığa sahiptir. Edim ile onun yaralayıcı etkileri arasındaki ilişki sabitlenemez. Konuşma edimi ile onun gelecekteki etkilerini ayıran bir boşluk olması durumunun hayırlı sonuçları vardır. Bu durum, yasal bir çare bulmak yerine alternatif bir imkân sağlayan dilsel faillik kuramını başlatır. Böylece bazı sözcükler daha olumlu (affirmative) tarzlarda yeniden farklı bağlamlara yerleştirilebilirler.” (a.g.e:14).

İlerici siyasetin sorunları

Bu kitabın en etkileyici yanlarından biri de Butler’ın nefret ifadelerini yasaklamaya çalışan Amerika’daki ilerici politik hareketlerin çıkmazlarına işaret ederek, bunun yerine failliğin ve direnişin devlet ve hukuk dışı biçimlerini öne çıkarmasıdır.

Ona göre, bazı cinsiyetçi ve ırkçı ifadelerin bizzat edim sayılarak yasaklanmasını öneren ilerici siyaset birden çok sorunla maluldür.

1. En temel politik sorun, bu tür bir perspektifin nefret ifadesinin yaralayıcılığını mutlaklaştırarak, ona yönelebilecek eleştirel tepkiyi önceden inkâr etmesi ve böylece ifadenin yaralayıcı gücünü pekiştirmesidir (*a.g.e:19*).

2. İkinci sorun, bu stratejinin devlet iktidarını ve özellikle yargısal iktidarı güçlendirmesidir ki bu güçlenme, ilerici hareketlerin kendisine karşı dönme riski taşır.

Nitekim son yıllarda gay ve lezbiyen hareketinde öne çıkan bazı konuşma edimleri ve ifadeler (görsel temsiller, açığa çıkma ifadeleri, özellikle Amerikan ordusunda gay olmanın açıklanmasının yasaklaması uygulaması, AİDS ile mücadelede kullanılan cinsel eğitimler gibi) mahkemeler tarafından yaralayıcı ve müstehcen bulunmuştur (*a.g.e:22*).

3. Bir başka politik risk, bu konuda tutarsız ve muhafazakâr bir yorum yapma eğiliminde olan mahkemelerin kararları yoluyla feminist tezlerin örneğin ırkçı bağlamlara yarayacak şekilde eklenmesidir.

Nitekim rap müziğine yönelik muhafazakâr saldırıda, dava süreçlerinde cinsiyetçi ifadelerle ilgili feminist tezlere başvurulmaktadır. Bu görüş, kadınların onurunun, kürtaj haklarının sınırlandırılması ya da kamusal desteklerin geri çekilmesinden Afro-Amerikan genç erkek şarkıcılar tarafından daha fazla yaralandığını ima ettiği için de sakıncalıdır.

Sonuç

Sonuç olarak tüm bu risklere karşı Butler, devlet-dışı ve hukuk dışı toplumsal ve kültürel direniş biçimlerinin öne çıkarılmasını savunmaktadır (*a.g.e:19*). Failliği sadece devlete yükleyen sansürcü yaklaşımlardan farklı olarak failliğin bizzat yaralanmadan türetildiği ve böylece yaralanmaya karşı koyulduğu yaratıcı veya altüst edici bir kültürel mücadeleyi öne çıkarır ki performatif siyaset dediği şey tam da budur.

NEFRET SUÇUNUN FAİL – MAĞDUR VE HUKUKİ DÜZENLEMELER ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

Av. Serra KARADENİZ

GİRİŞ

Nefret, öfke korku, potansiyel tehlike, çoğu zaman tanınmayan, bilinmeyen ancak kendisine benzemediği, farklı olduğu için “diğer” olanlara yönelik ortaya çıkan bir ruh durumudur. Söz konusu ruh hali sebebiyle fail tarafından suç işlenmesi, literatürde “nefret suçu” olarak adlandırılan kavramı karşımıza çıkarmaktadır.

Nefret suçuna ilişkin çalışmamız da, esas olarak nefret suçu mağdurlarına yönelik açıklamalarda bulunulması amaçlanmıştır. Ancak konunun birden fazla boyutunun mevcut olması ve nefret suçu mağdurlarına yönelik açıklamalarda bulunulur iken kavramlar ile düzenlemelerden bağımsız hareket edilemeyecek olması nedeniyle çalışmamız da bahsedilen hususlara da yer verilecektir.

Bu nedenle çalışmamızın ilk bölümünde özellikle uluslararası düzenlemelerden yararlanarak nefret suçu kavramı, nefret suçunun unsurları izah edilecek ve nefret suçunun, nefret söylemi ile ayrımcılık kavramlarından farkına değinilecektir. İkinci bölümde konuya ilişkin yapılan araştırmalara ve çeşitli kurumların istatistiki verilerine dayanarak nefret suçunun faili ve mağduru hakkındaki açıklamalara yer verilecektir. Üçüncü bölümde nefret suçuna ilişkin uluslararası düzenlemelerden ve mevzuatımızdaki durumdan söz edilerek çalışmamız sonlandırılacaktır.

I. NEFRET SUÇU KAVRAMI – NEFRET SUÇU UNSURLARI VE DİĞER KAVRAMLARDAN FARKI

A. Nefret ve Nefret Suçu Kavramı

1. Genel Olarak

Dünyada ve ülkemizde yaşanan kutuplaşmalar sebebi ile farklı kesimlere karşı yaratılan tahammülsüzlük ortamı sonucunda farklı ırk, din, etnik köken mezhep, cinsiyet vs. gibi sebeplerle kişiler ve gruplar nefretin hedefi haline gelmiş ve kimliksel ayrışmalar yaratılmıştır.

Kimliksel ayrışmayla beraber son dönemde ülkemizde ve dünyada yeni suç türlerinden bahsedilmeye başlanmıştır. Aslında eskiden beri nefret içerikli ifade ve eylemler gerçekleştirilse de; özellikle son dönemde ulusal hukuklarda bu tür eylemlerin suç türü olarak nitelendirildiğine tanık olunmaktadır.

Nitekim geçmiş dönemlere bakıldığında nefret içerikli ifade ve eylemlere dair tespitin yapıldığı ancak, doğrudan bir tanımlamaya gidilmediği görülmektedir. Zira Beccaria “*Yurttaşların güvenlik özgürlüklerine karşı yapılan saldırılar en ağır suçlardır. Halktan kişilerin tasarlayarak adam öldürmesinin ve hırsızlıkların yanı sıra, seçkinlerin ve yargıçların işledikleri bu türden suçlar da aynı sınıfa girerler. Çünkü böyle bir durum, adalet ve ödev düşüncelerini yıkararak ve bunların yerine en güçlü olanın baklı olduğu inancını geçirerek yarattığı derin aykırılık ve etkiyle yurttaşları sarsar*”¹ ifadesini kullanarak, “nefret suçu” kavramına doğrudan yer vermeden bu suçun etkilerinden bahsetmiştir. Özellikle metinde geçen “*Çünkü böyle bir durum, adalet ve ödev düşüncelerini yıkararak ve bunların yerine en güçlü olanın baklı olduğu inancını geçirerek yarattığı derin aykırılık ve etkiyle yurttaşları sarsar*” ifadeleri ileride açıklayacağımız nefret suçunun, mağdurlar üzerindeki etkisini gösteren bir saptamadır.

Ancak, bu saptamaya geçmeden önce nefret ve nefret suçu kavramlarına dair açıklamada bulunmakta fayda vardır.

1 Cesare Beccaria, **Suçlar ve Cezalar Hakkında**, Çev. Sami Selçuk, 2. Bası, İstanbul, İmge Kitabevi, 2010, s.57.

2. Nefret

Güncel Türkçe Sözlüğe göre nefret ilk olarak “*bir kimsenin kötülüğünü, mutsuzluğunu istemeye yönelik duygu*”; ikinci olarak “*tiksinme, tiksinti*”; Felsefe Terimleri Sözlüğü’ne göre ise kişilere karşı kullanımda “*birinin kötülüğünü istemeye varan tutku; yok etme isteğine varan bir yadsıma, bu yüzden nefretin en yüksek derecesi öldürmeyi isteyen nefret*”; şeylere (nesnelere) karşı ise “*sevme; uzaklaştırmayı, ortadan kaldırmayı isteme*” olarak tanımlanmaktadır².

3. Nefret Suçu

Nefret suçu aslında bir sosyal durum niteliğindedir. Bu sosyal durum içerisinde olayları, durumları, altında yatan nedenleri, farklı aktörlerin katılımını, mağdurları, bilim adamlarını, kanun uygulayıcılarını içerisinde barındırmaktadır. Doktrinde mevcut olan yorumların farklılığı, nefret suçunun birden fazla anlama sahip olabileceğini göstermektedir. Bir görüşe göre nefret suçları, mağdurlara diğer suçlara nazaran daha fazla zarar vermektedir. Diğer bir görüşe göre, en azından mağdurun gruba mensubiyeti nedeniyle gerçekleştirilen yasal olmayan eylemlerdir. Bir diğer görüşe göre ise nefret suçu, damgalanmış ve önemsenmeyen gruplara yönelik şiddet ve eylemlerini içermektedir. Bu bağlamda aslında, nefret suçu baskı ve güç kullanma yöntemidir, belirli bir toplumsal düzeni karakterize eden tehlikeli hiyerarşileri teyit etmeyi amaçlamaktadır. Nefret suçu, suç işleyen grubun tehdit edici egemenliğini ve mağdur alt grubu eş zamanlı olarak yaratmaktadır. “Kendi” ve “Diğerleri” işaretlemeler ile, söz konusu grupların kendilerine göre “uygun” konumları oluşturulmakta ve geniş ideolojiler, sosyal ve politik eşitsizlik kalıplarıyla oluşan bu durum kuvvetlendirilmektedir³.

Doktrinden farklı olarak, Macpherson Raporu⁴ sonrasında, Birleşik Krallık Emniyet Amirleri Birliği tarafından mağdur tarafından nefret ya da

2 <http://tdkterim.gov.tr/bts/>

3 Görüşler için bkz. Neil Chakraborti, Jon Garland, “*Reconceptualizing hate crime victimization through the lens of vulnerability and ‘difference’*”, **Theoretical Criminology**, 16(4), Sage Publications, 2012, s. 500 -501.

4 Stephen Lawrence isimli siyah bir İngiliz Vatandaşının 22 Nisan 1993 senesinde öldürülmesi sonrasında hazırlanan yargılama sürecine ilişkin rapordur.

önyargı saiki ile işlendiği şeklinde algılanan suç tiplerinin nefret suçu oluşturduğu ifade edilmiştir⁵.

Nefret suçu eylemlerinin engellenmesinin ilk girişimi 1960'lı yıllarda ABD'de özellikle Yahudilere ve Siyahlara yönelik saldırıları engellemek amacıyla başlatılmış olup; nefret suçu kavramı 1986 yılında New York'ta bir grup beyaz genç tarafından siyah bir kişiye yönelik ırkçı saldırının gazete sayfalarına yansması ile yaygın olarak kullanılmaya başlandı⁶.

Nefret suçunun tanımı ülkeden ülkeye değişiklik arz etse de, nefret suçu, genel olarak, kısmen ya da tamamen ırk, etnik köken, din, cinsiyet, cinsel yönelim ya da diğer önyargılar nedeniyle kişilere ya da mülkiyetlerine karşı işlenen suç anlamına gelmektedir⁷.

İnsan haklarına yönelmiş bir saldırı niteliği taşıyan nefret suçu; uluslararası düzeyde kabul gören insan hakları sözleşmelerinin temel argümanlarından biri olan eşitlik ilkesinin açık bir ihlalidir. Bu ihlalin engellenmesi için ulusal ve uluslararası düzeyde düzenlemeler yapıldığı görülmektedir.

Günümüzde uluslararası ya da ulusal alanda nefret suçlarını düzenleyen yeknesak bir düzenleme olmayıp kapsamlı düzenlemeyi Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı adıyla 1970'li yılların başında, soğuk savaş koşullarındaki Avrupa'nın bölünmüşlüğüne son verilmesi, güvenlik ve istikrarın sağlanması ve katılımcı devletler arasında bu işbirliğini geliştirme amacıyla kurulmuş olan Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı yapmıştır. AGİT “ A) Nefret Suçu, mağdur, mülk ya da suçun hedefi B şikkında tanımlandığı gibi bir grupta gerçek ya da varsayılan bağlantısı, ilgisi, ilişkisi, destekçisi ya da üyesi olduğu için seçilerek, mülke ya da kişiye karşı işlenen herhangi bir suçu kapsamaktadır:

B) Grup üyelerinin genel özellikleri gerçek ya da varsayılan ırk, ulus ya da etnik orijin, dil, renk, din, cinsiyet, yaş, fiziksel ya da zihinsel engellilik,

5 Chakraborti, Garland, **a.g.m.**, s. 501.

6 Hakan Ataman, “Nefret Suçlarını Farklı Yaklaşımlar Çerçevesinden Ele Almak: Etik, Sosyo - Politik ve Bir İnsan Hakları Problemi Olarak Nefret Suçları”, **Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları**, der. Yasemin İnceoğlu, 1. Basım, İstanbul, Ayrıntı Yayınları, 2012, s. 59.

7 James B. Jacobs, Jessica S. Henry, “The Social Construction Of A Hate Crime Epidemic”, **The Journal Of Criminal Law& Criminology**, Vol 86. No.2, 1996, s. 366.

cinsel kaynaklı ya da benzer unsurlara dayandırılabilir.” yönünde düzenleme getirmiştir⁸.

AGİT’in tanımını özetlersek ırk, etnik köken, dil, renk, cinsiyet, yaş, fiziksel ya da zihinsel engellik gibi mağdurun veya mağdurların sahip olduğu temel ve değiştirilemez nitelikteki belirli özellikler sebebiyle işlenen suçlar nefret suçunu oluşturmaktadır.

B. Nefret Suçunun Unsurları

Nefret suçları önyargı saiki ile işlenen suçlardan olup; bu husus da nefret suçunu diğer suçlardan ayırmaktadır.

Belirtmek gerekir ki; nefret suçunun tek bir suç olduğu düşünülmemelidir. Tehdit, mala zarar verme, yaralama, kasten adam öldürme veya diğer suçların işlenmesi de nefret suçunu oluşturabilir. Bu nedenle nefret suçu, ceza kanunu ile tayin edilmiş bir suç tipinden çok, suç türünü ifade etmektedir. Yani, önyargı saiki ile işlenen suçların cezai yaptırıma bağlanmadığı ülkelerde dahi, kişinin nefret suçu işlediği kabul edilmektedir⁹. Dolayısıyla nefret suçu yasal bir tanımdan öte yukarıda açıkladığımız şekilde bir kavram olarak anlaşılmalıdır. Bu itibarla, nefret suçunun unsurlarına yer verilirken, klasik suç tipi unsurlarındaki gibi bir ayrıma gidilmeyecektir.

1. Ceza Kanununda Yer Alan Suç Tipi

Nefret suçunun oluşabilmesi için ilk olarak, ceza kanunlarında düzenlenmiş suç tipine ilişkin bir fiilin gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Buna “dayanak suç” ya da “esas suç” denmesi de mümkündür. Bu şekilde bir kavramın oluşturulmasının nedenini ise, ülkeden ülkeye yasal önlemlerde ya da davranış türlerinde farklılık olsa dahi, genel olarak çoğu ülkenin aynı tip şiddet içerikli hareketleri suç haline getirmesi teşkil etmektedir. Nefret suçu, daima içerisinde bir “dayanak suç”; bir diğer deyişle “esas suç” barın-

8 Hate Crimes In The OSCE Region: Incidents and Responses, Annual Report for 2006, Organization for Security and Co- Operation in Europe, s. 10 (<http://www.osce.org/odihr/26759>).

9 **Hate Crime Laws: A Practical Guide**, OSCE-ODIHR, s. 16 (<http://www.osce.org/odihr/36426?download=true>).

dırmaktadır. Eğer ortada bir esas suç bulunmamakta ise, nefret suçunun da var olduğundan bahsedilemez¹⁰.

Esas suça ilişkin olarak, fiziksel saldırı, fiziksel saldırı tehdidi, sözlü aşağılama ya da hakaret, duvar yazısı, nefret mesajı, lakap takma, mülkiyete zarara verme gibi hareketler örnek olarak verilebilir. Örnek verilen bu eylemlerin de ceza kanununda suç olarak düzenlendiği görülmektedir¹¹.

2. Önyargı Saiki

Önyargı saiki, nefret suçunu diğer suç tiplerinden ayırmaktadır. Bu da şu anlama gelmektedir ki, nefret suçunun faili, hedefini, onun bir takım korunan veya değiştirilemeyen özellikleri nedeni ile kasten seçmektedir¹².

Failin hedefi, bir veya birden fazla kişi olabileceği gibi, değiştirilemeyen özelliklere sahip bir grup ile ilişkilendirilmiş mülkiyet de olabilir. Değiştirilemeyen özellikten kasıt ise ırk, dil, din, etnik köken, ulus vb. gibi bir grup tarafından paylaşılan özelliklerdir¹³.

C. Nefret Suçunun, Nefret Söylemi ve Ayrımcılık Kavramlarından Farkı

1. Nefret Söylemi

Nefret söylemine dair yeknesak bir tanım bulunmamakta ve kapsamı da tam olarak belirlenememektedir. Bir tanım bulunamamasının ya da kapsamının tam olarak belirlenememesinin sebebi söylemin nereye kadar ifade özgürlüğü sınırları içinde kalacağı nerede nefret söylemi oluşturacağı hususunda kalınan ikilemdir. Öncelikle belirtilmelidir ki nefret söyleminin tanımlanmadan önce kapsamlı bir şekilde gerekçelendirilmesi gerekir. Nefret söylemi hakların kötüye kullanılması çerçevesinde değerlendirilerek gerekçelendirme yapılabilir ki; bu husus uluslararası insan hakları organları kararlarıyla doğrulanmakta olup, nefret söylemi ifade özgürlüğü koruması altında yer almamaktadır. Fakat nefret söylemi ile ifade özgürlüğüne getirilen

10 **Hate Crime Laws: A Practical Guide**, OSCE-ODIHR, s. 16.

11 *Füsün Sokullu-Akıncı*, "Hate Crimes", **Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul**, Cilt: 41, Sayı: 58, 2009, s. 103.

12 **Hate Crime Laws: A Practical Guide**, OSCE-ODIHR, s. 16.

13 **Hate Crime Laws: A Practical Guide**, OSCE-ODIHR, s. 16.

bir sınırlama çarpıcı gelen, şoke eden ya da rahatsız eden bilgi ve düşüncelerin susturulması anlamını da taşımamalıdır.

Nefreti söylemi hakkında uluslararası alanda tek tanım Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilen 1997 tarihli ve R (97) 20 sayılı tavsiye kararında yer almaktadır. R (97) 20 sayılı tavsiye kararına göre nefret söylemi “ *ırkçı nefreti, yabancı düşmanlığını, Yabudi düşmanlığını veya azınlıklara, göçmenlere ve göçmen kökenli insanlara yönelik saldırgan ulusalcılık ve etnik merkezlik, ayrımcılık ve düşmanlık şeklinde ifadesini bulan dinsel hoşgörüsüzlük dahil olmak üzere hoşgörüsüzlüğe dayalı başka ret biçimlerini yayan, kışkırtan, teşvik eden veya meşrulaştıran her türlü ifade biçimini kapsayacak şekilde anlaşılacaktır. Bu anlamda ‘nefret söylemi’ muhakkak belirli bir kişiye veya gruba yönlendirilmiş yorumları kapsamaktadır.*”¹⁴. Söz konusu tavsiye kararına Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında da atıf yapıldığı görülmektedir. Tavsiye kararında yer alan tanım daha çok ırk veya etnik kökene dayalı nefret ya da yabancı düşmanlığı veya antisemitizm merkezlidir.

Nefret söylemine karşı ulusal ve uluslararası hukukta geliştirilen düzenlemelerden ilk kategori belli bir gruba hakaret etmeyi ve nefreti kışkırtmayı; ikinci kategori bir kişinin ya da ulusun onuruna hakaret etmeyi; üçüncü kategori ise belirli bir tarihsel olayı reddini yasaklamaktadır.

Nefret söylemi kategorik olarak suç değildir. Nefret söylemi belirli bir içeriğe sahip olduğu durumda bazı ülkelerin mevzuatında suç olarak düzenlenebilecektir.

Nefret söylemleri, nefret suçu olarak kabul edilmese dahi bir suç işlenmeden önce, suçun işlenmesi sırasında veya suç işlendikten hemen sonra yapılan ve nefret söylemi teşkil eden açıklamalar, nefret suçunu oluşturan önyargı saikinin varlığını kanıtlamada kuvvetli delil oluşturur¹⁵.

14 “Recommendation No. R 97 (20) of the Committee of Ministers to Member States on Hate Speech”. (Tavsiye kararı metni için bkz. [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/doc/cm/rec\(1997\)020&expmem_EN.asp](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/doc/cm/rec(1997)020&expmem_EN.asp)) “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilen 1997 tarihli ve R (97) 20 sayılı tavsiye kararı” olarak anılmıştır.

15 **Hate Crime Laws: A Practical Guide**, OSCE-ODIHR, s. 25.

2. Ayrımcılık

Nefret suçu ve nefret söylemini ayrımcılık kavramından ayrı tutmak gerekmektedir. BM İnsan Hakları Komitesi ayrımcılığın “*bütün bak ve özgürlüklerin herkes tarafından eşit biçimde tanınmasını ve kullanılmasını engelleme veya tanınmasını ve kullanılmasını bükümsüz kılma amacını taşıyan veya bu etkiye sahip ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi veya diğer görüşler, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum veya diğer statülere dayalı olarak gerçekleştirilen ayırma, dışlama, kısıtlama ve tercih*” olarak anlaşılması gerektiğini 18 no’lu genel yorumda belirtmiştir¹⁶. AİHM’in içtihatlarına göre ise “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 14. maddesi bakımından bir muameledeki farklılık, objektif ve makul bir haklılığa sahip değilse, yani meşru bir amaç izlemiyorsa veya kullanılan araçlar ile gerçekleştirilmek istenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi bulunmuyorsa, ayrımcılık oluşturur.*” şeklinde tanımlanmıştır¹⁷. Tanımlardan yola çıkılarak denebilir ki; farklı nitelikler taşıyan kişilere karşı, objektif ve makul bir sebebe dayanmadan farklı muamele yapılması ayrımcılık oluşturmaktadır. Ayrımcılık konusunda yapılan düzenlemelerde işyerinde veya malların ve hizmetlerin alımında yapılan ayrımcı davranışlar cezalandırılmaktadır. Nefret suçu, nefret söylemi ve ayrımcılık birbirlerinden farklı olmakla beraber birbirini tetikleyen olgulardır.

3. Nefret Suçu Piramidi¹⁸

Nefret söylemi ve ayrımcılık olgusunu oluşturan eylemler; nefret suçu hatta soykırım teşkil edebilecek fiillerin doğmasına da sebep olmaktadır. Bu husus da nefret piramidi denen bir şema ile gösterilmektedir.

Nefret piramidi önyargılı davranışların, aşağıdan yukarıya nasıl karmaşık

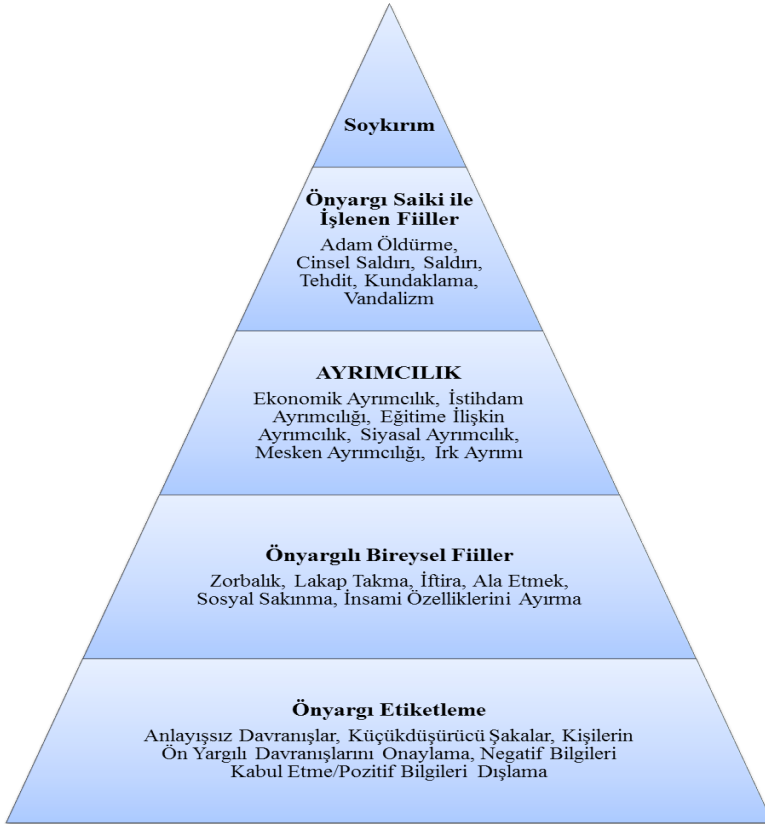
16 “UN Human Rights Committee, General Comment No:18, Non-Discrimination, 10.11.1989”. (Yorum metni için bkz. <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/3888b0541f8501c9c12563ed004b8d0e>) “Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi’nin 10 Kasım 1989 tarihli 18 No’lu Genel Yorum” olarak anılmıştır.

17 Rasmussen v. Danimarka, Başvuru No: 8777/79, Karar Tarihi: 28.11.1984 paragraf 38 (Karar metni için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#\[“languageisocode”:\[“ENG”\],“appno”:\[“8777/79”\],“documentcollectionid”:\[“GRANDCHAMBER”,“COMMITTEE”,“DECISIONS”,“COMMUNICATEDCASES”,“CLIN”,“ADVISORYOPINIONS”,“REPORTS”,“RESOLUTIONS”\],“itemid”:\[“001-57563”\]\]](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#[“languageisocode”:[“ENG”],“appno”:[“8777/79”],“documentcollectionid”:[“GRANDCHAMBER”,“COMMITTEE”,“DECISIONS”,“COMMUNICATEDCASES”,“CLIN”,“ADVISORYOPINIONS”,“REPORTS”,“RESOLUTIONS”],“itemid”:[“001-57563”]])).

18 http://archive.adl.org/education/court/v/pyramid_of_hate.pdf

bir şekilde geliştiğini göstermektedir. Piramidin her bir basamağına bakıldığında, önyargılı davranışların bireyleri ve grupları ne şekilde etkilediği görülmektedir. Basamaklar yukarıya doğru çıktıkça bu davranışlar bireylerin ve grupların hayatını daha fazla tehdit edici bir hal almaktadır. Daha aşağıdaki basamak, diğer yukarıdaki basamağı bir piramit gibi desteklemektedir. Bir diğer deyişle kişiler ya da kurumlar, aşağı basamaktaki davranışları kabul edilebilir ya da normal olarak görürlerse bu durumda, yukarı basamaktaki davranışlar da kabul edilebilir olarak görülmektedir. Soykırım oluşturan eylemlerin nereden kaynaklandığına ilişkin olarak da cevaben, nefret piramidi dikkate alınarak, nefret içerikli davranışların normal karşılanması gösterilmektedir.

Söz etmiş olduğumuz nefret piramidi ise aşağıdaki şekildedir:



II. NEFRET SUÇUNDA FAİL VE MAĞDUR

A. Nefret Suçunda Fail

Nefret suçu, diğer suçlardan sadece failin saiki sebebi ile değil, mağdurun etkisi nedeni ile de ayrılmaktadır. Fail, mağduru bir gruba ait olması nedeni ile seçmektedir; bu gruba ait olma da mağdurun değiştirilemez özelliklere sahip olmasından kaynaklanmaktadır. Diğer suç teşkil edici hareketlerin mağdurlarından farklı olarak, nefret suçunda mağdurun kim olduğundan öte, neyi temsil ettiği önem taşımaktadır. Nefret suçunda sadece mağdura değil, mağdurun ait olduğu gruba mesaj verilmesi amaçlanmaktadır. Bu nedenle de söz konusu suç tipine sembolik suç dendiği de görülmektedir¹⁹.

Mağdurlara bu şekilde, hoş karşılanmadıkları ve topluma katılım haklarının reddedildiği mesajı verilmektedir. Bunun yanı sıra, toplum içine ait ve eşit olmadıkları da hissettirilmektedir²⁰.

Nefret suçunda bu şekilde mesaj vermeyi amaçlayan fail çeşitli nedenlerle nefret suçunu işleyebilir. Bu nedenleri ise şu şekilde sıralayabiliriz:

- Fail, hınc ve kıskançlık nedeni ile hareket edebilir.
- Fail, hedef aldığı bireye herhangi bir his beslemese dahi, onun ait olduğu gruba ilişkin olarak düşmanca düşünce ve hislere sahip olabilir.
- Fail, kendisinin ait olduğu grup haricindeki diğer gruplara karşı düşmanlık besleyebilir.
- Daha soyut bir düzeyde, fail, hedefin temsil ettiği fikre karşı düşmanlık taşıyabilir²¹.

Amerikan Psikoloji Derneğinin 1998 yılında yayınlamış olduğu çalışma

19 **Hate Crime Laws: A Practical Guide**, OSCE-ODIHR, s. 17.

20 **Hate Crime Laws: A Practical Guide**, OSCE-ODIHR, s. 17.

21 **Hate Crime Laws: A Practical Guide**, OSCE-ODIHR, s. 18.

kapsamında, çeşitli araştırmalara dayanılarak, nefret suçu faillerinin özelliklerine yönelik olarak şu hususlardan bahsedilmiştir²²:

Çalışma kapsamında öncelikli olarak, nefret suçu failinin çılgın, nefret ile dolu Neo- Nazi ya da dazlaklardan oluştuğu şeklinde algılandığı; ancak 1994 ile 1995 yılı arasında Los Angeles'ta işlenen 1459 adet nefret suçunun failinin bu gruplara mensubiyetinin %5'in altında kaldığı saptanmıştır.

Çalışmaya göre, nefret suçunun çoğu, yasalara saygı gösteren, gerçekleştirdikleri hatalı hareketlerin mazur görüldüğü, genç insanlar tarafından işlenmektedir. Alkol ve madde kullanımı nefret suçunun işlenmesine etki etse de, nefret suçunun işlenmesindeki temel sebebi failin kişisel önyargısı oluşturmaktadır. Bu şekildeki önyargı, farklı olanın aşağılandığı ya da farklı olanın tehdit edici görüldüğü çevrelerde ortaya çıkmaktadır. Örneğin Washington Ruhsal Hastalıkları Araştırma ve Eğitim Enstitüsünde yapılan araştırma kapsamında nefret suçunun faillerinin homoseksüellere karşı saldırı gerçekleştirirken, bu saldırıya toplum tarafından izin verildiğini düşündükleri görülmüştür.

Çalışma çerçevesinde nefret suçunda, ekonominin oynadığı role ilişkin olarak yapılan araştırmaya da yer verilmiştir. Söz konusu araştırmada ekonomik darboğaz dönemlerinde, ırksal ya da etnik gerginliklerin arttığı düşünülse de, zayıf ekonominin muhakkak nefret suçunda artışı beraberinde getirmediği belirtilmiştir. Buna ilişkin olarak da, büyük buhran döneminde pamuk fiyatlarının düşüşü ve genel ekonomik durum karşısında siyah insanlara yönelik linç hareketleri bakımından az sayıda kanıtın olduğuna işaret edilmiştir. Yine yüksek işsizliğin, nefret suçunu arttırmadığı yönünde sonuca ulaşıldığına da değinilmiştir.

Ayrıca çalışma kapsamında, azınlıkların homojen alanlara yerleşmeleri durumunda ırksal nefret suçlarının oluştuğu ifade edilmiştir. Bunun ise,

22 **Hate Crimes Today: An Age Old Foe In Modern Dress**, American Psychological Association, s. 1-7 (<http://www.apa.org/about/gr/issues/violence/hate-crimes.aspx>)

Burada aynı zamanda eklemek gerekir ki, sözgelimi transfobik şiddette, mağdurun şiddetin hedefi olmasının tek sebebinin failin kabul edilen sosyal normlar değil, mağdurun basmakalıp bir şekilde "kolay" hedef olarak algılanması da oluşturmaktadır.

sosyal değişime karşı olan içgüdüsel nefretten kaynaklandığı belirtilmektedir

Yapılan araştırma sonucunda, nefret suçunun muhakkak rastlantısal, kontrol edilemeyen veya kaçınılmaz oluşumlar olmadığı kanaatine varılmıştır.

B. Nefret Suçunda Mağdur

1. Genel Olarak

Nefret suçu mağdurlarının niteliklerine ilişkin olarak açıklamada bulunurken, nefret suçu kanunları kapsamında hangi özelliklere sahip karakterlerin korunduğunun dikkate alınmasında fayda bulunmaktadır. Bu yol izlenerek nefret suçu kanunları kapsamında korunan mağdurlara ilişkin açıklama yapılabilecektir.

AGİT'e üye devletlerin nefret suçu kanunlarına genel olarak bakıldığında, tüm bu kanunların belirli özelliklere sahip mağdurları koruduğu, ancak bu özelliklerin ülkelere göre değiştiği anlaşılmaktadır. Bununla beraber tüm kanunlarda "ırk", özellikle korunan nitelik olarak karşımıza çıkmaktadır. Diğer nitelikleri ise, cinsel yönelim, cinsiyet, engellilik bunun yanı sıra daha az yaygın olarak eğitim, meslek, siyasi yakınlık veya ideoloji oluşturmaktadır²³.

Belirli niteliklere sahip mağdurların nefret suçu kanunlarına dahil edilmesi, nefret suçu kanunlarının etkisi bakımından önem taşımaktadır. Hangi özelliklere sahip mağdurların nefret suçu kanunlarına dahil edileceğine ilişkin olarak kesin cevap vermek mümkün değildir; ancak diğer kişilerden daha fark edilebilir ve faillerin hedefi olabilecek kişiler nefret suçunun mağdurunu oluşturmaktadır. Bunun belirlenmesi her ülkenin kendi kararı dahilinde olsa da, belirlemede bazı özellikler dikkate alınacaktır²⁴. Söz konusu özellikler ise şu şekilde ifade edilebilir.

²³ **Hate Crime Laws: A Practical Guide**, OSCE-ODIHR, s. 38.

²⁴ **Hate Crime Laws: A Practical Guide**, OSCE-ODIHR, s. 38

1) Değişmez veya temel özellikler: Nefret suçu, bir kimsenin içine doğmuş olduğu değiştirilemeyen ya da temel bir özelliği olan kimliğine dair görünümü hedefler. Hedefin bu özelliğini gösteren deri rengi gibi bir işaret bulunmaktadır. İşte, nefret suçunun kapsayacağı mağdurları belirlerken belli özellikleri tespit etmek gerekmektedir, grup kimliğine ilişkin işaretlerden biri de bu hususu oluşturmaktadır. Bununla beraber tüm temel ya da değişmez özellikler de bir grubun işareti değildir. Örneğin, mavi gözlü insanların bu özelliği değiştirilebilir nitelikte değildir. Ancak, mavi gözlü insanlar da bir grup olarak kendilerini tanımlamaz ya da birleşmiş grup olarak kendilerini görmezler, bu nedenle mavi göz grup kimliği işareti oluşturmaz.

Diğer taraftan, bazı nitelikler ise değiştirilebilir fakat bu kişilerin içine doğdukları temel niteliğin değiştiğini göstermez. Örneğin kişi dinini daha sonra değiştirirse bile, içine doğduğu topluluğun niteliği değişmemektedir.

2) Sosyal ve Tarihi Şartlar: Hangi karakterlerin nefret suçları kapsamında yer alacağı belirlenirken, mevcut olan sosyal problemlere dair anlayış, ek olarak potansiyel tarihi baskı ve ayrımcılık dikkate alınmaktadır. Nefret suçunun hedefi olan mağdurlar geçmişte saldırıya uğramış olduğu gibi, günümüzde de saldırılara maruz kalıyor olabilir²⁵. Bu husus da mağdurların belirlenmesinde göz önünde tutulmaktadır.

Bu itibarla, ırk, renk, din, etnik ve milli köken mağdura ilişkin en çok korunan özellikler olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu kavramları cinsel yönelim, fiziksel veya zihinsel engellilik takip etmektedir. Ayrıca nadiren korunan özellikler olarak da, medeni durum, maddi durum, sınıf, sosyal pozisyon, mülkiyet, siyasi eğilim veya ideoloji gösterilmektedir.

Nefret suçları mağdurlarına ilişkin olarak, bu genel değerlendirme sonrasında FBI ve AGİT'in yaptığı çalışmalara yer vermekte ve bu bağlamda mağdurlara ilişkin istatistiki değerleri görmekte fayda bulunmaktadır.

²⁵ **Hate Crime Laws: A Practical Guide**, OSCE-ODIHR s. 38.

2. FBI'ın 2015 Senesine Ait Nefret Suçu İstatistik Raporu

FBI'nın insan hakları programı çerçevesinde; nefret suçları, çirkin doğası ve mağdur ile toplum üzerindeki etkileri nedeni ile önem taşımaktadır. FBI federal yargı yetkisine dahil olarak, devlet ve yerel yönetimlere kendi soruşturmalarında yardımcı olmakta ve federal müdahalenin gerekip gerekmediğine ilişkin olarak bazı durumları gözlemleyerek nefret suçlarını soruşturmaktadır. FBI tüm bu hususların yanı sıra nefret suçlarına ilişkin olarak proaktif bir yaklaşım da sergilemektedir.

FBI, kent liderleri ve dini liderler ile güvenilir topluluklarla bağlantı kurarak bu suçlara olan farkındalığı arttırmak amacı ile çalışmaktadır. Ayrıca FBI, "Uniform Crime Reporting" programı boyunca, emniyet teşkilatının nefret suçuna olan farkındalığına yardımcı olmak amacı ile eğitim sunmakta ve ortaklarına kendi nefret suçu eğitimlerini geliştirmek amacı ile yardım etmektedir.

FBI, ulusal tehditten öte yerel düzeydeki ofisleri ile potansiyel nefret suçlarını değerlendirerek risk faktörlerini belirlemek için ayrıca deneyimli araştırmacılardan oluşan bir kadroyu da entegre etmektedir.

Bu bağlamda FBI her sene nefret suçlarına ilişkin rapor yayınlamaktadır. FBI'nın her sene yayınladığı nefret suçu raporlarından sonuncusunu 2015 senesine ait rapor teşkil etmektedir. Bu raporda yer alan bilgiler, emniyet teşkilatlarınca FBI'a "Uniform Crime Reporting" programı çerçevesinde; suç tipi, bölge, önyargı saiki, mağdur tipi, mağdur sayısı, fail sayısı, failin ırkı kategorilerini de içerecek şekilde bildirilen suçları kapsamaktadır.

Rapora göre²⁶;

2015 senesi içerisinde, 14997 emniyet teşkilatı, Nefret Suçları İstatistik Programına katılmıştır. Bu teşkilatlardan 1742'si, 6885 suçu içeren 5850 nefret suçu olayı bildirmiştir. 5818 münferit/tek olay 6837 suç, 7121 mağdur, 5475 bilinen faili içermektedir. 32 çoklu olay ise 48 suç, 52 mağdur, 18 bilinen faili içermektedir. Söz konusu hadiseler vandalizm, tehdit, aşağılama, cinsel saldırı, adam öldürme vb. fiilleri içermektedir.

26 https://ucr.fbi.gov/hate-crime/2015/topic-pages/incidentsandoffenses_final

Bildirilen 5818 münferit/tek olayın %56.9'u ırka/etnik kökene/soya, %21.4'ü dine, %18.1'i cinsel yönelime, %2'si cinsel kimliğe, %1.3'ü engelliliğe, %0.4'ü cinsiyete ilişkin önyargı saiki taşıyan olaylardan oluşmaktadır. Bildirilen bu olaylar içerisinde yer alan 6837 suçun %58.9'u ırka/etnik kökene/soya, %19.8'i dine, %17.8'i cinsel yönelime, %1.7'si cinsel kimliğe, %1.3'ü engelliliğe, %0.4'ü cinsiyete ilişkin ön yargı saiki ile işlenen suçları teşkil etmektedir.

6885 nefret suçunun %65.1'inin kişilere, %34'ünün mülkiyete, geri kalanının ise topluluklara karşı işlendiği bildirilmiştir.

6885 nefret suçunun %83.2'sinin bireylere, %4.5'inin işyerlerine/finansal kurumlara, %2.7'sinin dini organizasyonlara, %2.1'inin hükümete, % 0.9'unun topluluğa, %6.6'sının diğer mağdurlara karşı işlendiği bildirilmiştir.

Raporun²⁷ mağdurlara ilişkin olan bölümüne baktığımızda ise;

Uniform Crime Reporting Programı'na göre, nefret suçu mağdurları bir bütün olarak birey, işyeri, kurum veya topluluk olabilmektedir. 2015 senesinde, ulusal emniyet teşkilatları 7173 adet nefret suçu mağdurunun varlığına dair bildirimde bulunmuştur. Bunlardan 52 mağduru çeşitli çokluktaki nefret suçu olayının mağduru teşkil etmektedir.

2009 tarihli The Matthew Shepard ve James Byrd, Jr. Nefret Suçlarını Önleme Yasası FBI'yı çocuklar tarafından ya da çocuklara karşı işlenen nefret suçları verilerini toplamakla görevlendirmişti. 2013 senesinden itibaren emniyet güçleri 18 yaşın altındaki mağdurların yanı sıra 18 yaşındaki veya 18 yaşın üstündeki mağdurları da bildirmeye başlamıştır. 2015 senesi içerisinde 4198 mağdur kişinin 3702'sini yetişkinlerin, 496'sını da çocukların teşkil ettiği bildirilmiştir.

2013 senesinde Uniform Crime Reporting Programı, Birleşik Devletler Hükümeti Yönetim ve Bütçe Dairesi'nin yönergesi doğrultusunda revize edilmiş ırksal ve etnik verileri toplamaya başlamıştır. Buna göre daha öncesinde "Beyaz, Siyah, Kızılderili veya Alaska Yerlisi ve Asyalı ya da Diğer

27 https://ucr.fbi.gov/hate-crime/2015/topic-pages/victims_final

Pasifik adalı” şeklinde ayrılan dört ırk kategorisi “Beyaz, Siyah ya da Afro – Amerikan, Kızılderili veya Alaska Yerlisi, Asyalı ve Havai Yerlisi ya da Diğer Pasifik Adalı” şeklinde ayrılan beş ırk kategorisine çıkarılmıştır. Etnik kategoriler “Hispanik” ve “Hispanik olmayan”dan “Hispanik veya Latin” ve “Hispanik veya Latin olmayan” şeklinde değiştirilmiştir.

Mağdurların %59.2’si ırk/etnik köken/soy, %19.7’si dini inanç, %17.7’si cinsel yönelim, % 1.7’si cinsel kimlik, %1.2’si ise engellilik, %0.4’ü cinsiyet sebepleri ile nefret suçunun mağduru olmuşlardır.

İrk/etnik köken/soy nedeni ile nefret suçu mağduru olan 4216 mağdurun %52.2’si Siyah ya da Afro- Amerikan, %18.7’si Beyaz, %9.3’ü Hispanik ya da Latin, %3.3’ü Kızılderili ya da Alaska Yerlisi, %3.2’si Asyalı, %1.1’i Arap, %0.1’i Havai Yerlisi ya da diğer Pasifik Adaları yerlisi olmaları, %8.1’i diğer ırka/etnik kökene/soya bağlı olmaları %3.8’i birden fazla ırkı temsil etmeleri sebebi ile nefret suçuna maruz kalmıştır.

Dini inancı nedeni ile nefret suçu mağduru olan 1402 mağdurun %52.1’i Yahudi, %21.9’u Müslüman, %4.3’ü Katolik, %4.1’i din çeşitliliği, %3.6’sı Doğu Ortodoks (Rus, Yunan, Diğerleri), %3.4’ü Protestan, %3.1’i diğer Hristiyan mezheplere mensup, %0.6’sı Mormon, %0.4’ü Hindu, %0.4’ü Sih, %0.1’i Yehova Şahidi, %0.1’i Budist, %0.1’i ateist/Agnostik olmaları, %7.6’sı diğer dinlere mensup olmaları sebebi ile nefret suçu ile karşılaşmıştır.

Cinsel yönelimi nedeni ile nefret suçu mağduru olan 1263 mağdurun, %62.2’sini gayler, %19.6’sını lezbiyen, gay, biseksüel, cinsiyetini değiştirmiş karışık bir grup, %13.5’ni lezbiyenler, %2.8’ini biseksüeller, %1.9’unu heteroseksüeller oluşturmaktadır.

Engeli nedeni ile nefret suçu mağduru olan 88 mağdurdan 52’si zihinsel engelli, 36’sı fiziksel engelli olmaları gerekçesi ile nefret suçu ile karşılaşmıştır.

Cinsiyet nedeni ile nefret suçu mağduru olan 30 mağdurun 22’sini kadınlar, 8’ini erkekler oluşturmaktadır.

Cinsel kimliği nedeni ile nefret suçu mağduru olan 122 kişinin 76’sını cinsiyet değiştirenler, 46’sını topluma uygun olmayan cinsiyet teşkil etmektedir.

Mağdurların karşılaştığı suç kategorilerine göre yapılan ayırmada ise şu sonuçlara ulaşılmıştır:

7173 nefret suçu mağdurunun, % 62.5'i kişilere karşı nefret suçunun, % 36.6'sı ise mülkiyete karşı nefret suçunun mağdurundan oluşmaktadır. Geriye kalan yüzdelik dilimi ise topluluğa karşı işlenen nefret suçu mağduru teşkil etmektedir

Kişilere karşı işlenen nefret suçunun mağduru olan 4482 mağdur arasında 18 kişi öldürülmüş; 13 kişi ise cinsel saldırı ile karşılaşmıştır. Mağdurların %41.3'ü tehdide, %37.8'i basit saldırıya, %19.7'si ağırlaştırılmış saldırıya uğramıştır. %0.4'lük kısım ise diğer suç tiplerine maruz kalmıştır.

Mülkiyete karşı işlenen nefret suçunun mağduru olan 2626 mağdurun %72.7'si zarar verme/vandalizm, %10.4'ü adi hırsızlık, % 6.6'sı ev soyma, %5.6'sı yağma, %1.4'ü kundaklama, %0.9'u motorlu araç hırsızlığı, %2.8'i ise diğer fiilleri ile karşılaşmıştır.

Geriye kalan 65 mağduru ise, topluluğa karşı işlenen suçlardaki mağdurlar oluşturmaktadır.

3. AGİT Nefret Suçu 2015 Raporu²⁸

FBI'nın verilerinin ardından, AGİT'e taraf ülkelerde nefret suçuna ve mağdurlarına ilişkin durumu incelemek için AGİT'in her yıl yayınlanan Nefret Suçu ve Etkileri Raporuna bakmakta fayda bulunmaktadır. Bu raporlardan en sonuncusunu ise "AGİT Nefret Suçu ve Etkileri 2015 Raporu" teşkil etmektedir.

"AGİT Nefret Suçu ve Etkileri Raporu" da diğer raporlar gibi nefret suçunun nedenlerini anlamak ve nefret suçu ile mücadele etmek amacı ile düzenlenmiştir. Raporun düzenlenmesinde hükümetler, uluslararası organizasyonlar ve hükümet dışı örgütlerin vermiş olduğu bilgiler dikkate alınmıştır.

Rapora ilişkin ilk olarak şu hususu ifade etmek gerekir ki; tehdit, vandalizm, aşağılama, hakaret, kundaklama ve öldürme şeklinde ortaya çıkan

28 Rapor ve rapora dair bilgiler için bkz. <http://hatecrime.osce.org/infocus/2015-data>

nefret suçu 2015 senesi içerisinde de bölge için ciddi problem oluşturmaktadır.

Raporun içeriğine baktığımızda ise verilere ilişkin olarak öncelikle şu hususlardan bahsedilebilir:

2015 senesinde, 41 Katılımcı Devlet nefret suçu bildiriminde bulunmuştur. Söz konusu Devletlerden 17'si ise Demokratik Kurumlar ve İnsan Hakları Ofisi'nin ön yargı saiki ile istatistiklerine uyumlu bir şekilde bildirimde bulunmuştur. Bunun yanı sıra, 113 sivil toplum örgütü 41 ülkedeki olaylara ilişkin bilgi sunmuştur. Bu bilgi yedi AGİT alan çalışması, Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği ve Uluslararası Göç Örgütü tarafından hazırlanan veriler ile tamamlanmıştır. Demokratik Kurumlar ve İnsan Hakları Ofisi'ne yapılan raporlamaların genel düzeyi önceki yıllarla benzer olmaya devam ederken, az bildirimde bulunulması ve kayıtlardaki boşluklar nedeniyle bazı ön yargı saiki konularındaki sınırlı verilerin varlığı devam etmektedir.

Yıldan yıla değişen veriler, nefret suçlarının güncel görünümünden ve etkisinden ziyade kayıtların tutulma usulünü ortaya koymaktadır. Örneğin kayıtlardaki yüksek rakamlar, ülkelerin kayıtlarını daha özenli bir şekilde tuttuğunu ya da mağdurların bu suçları yetkililere daha sıklıkla bildirdiği anlamına gelmektedir. Aynı zamanda, düşük rakamlar daha az nefret suçu işlendiği anlamına gelmemektedir; bu durum, mağdurların az bildirimde bulunması ya da yetkili birimlerin nefret suçlarına ilişkin kayıtları tutmasında yetersiz olduğunu gösterebilmektedir.

Bildirim sayısının azlığı önemli bir sorun olmaya devam etmektedir. Birçok mağdur nefret suçlarına dair ihbarda/bildirimde bulunmamaktadır. Söz konusu durumun, dil engellerinden, yetkililer tarafından yanlış anlaşılma ya da misilleme/intikam korkusuna kadar çeşitli sebepleri bulunmaktadır. Bununla birlikte ceza yargılaması sisteminde farklı kayıtların tutulması, soruşturmada cezalandırmaya kadar tüm aşamalarda "ön yargı saiki"nin konu edildiği davaların izlenmesi zorluk taşımaktadır. Farzı mahal kolluk kuvvetleri, savcılık birimlerinden farklı kavramlar kullanmaktadır.

Bu itibarla 2015 senesi içerisinde toplanan verilerin dağılımına bakacak olursak;

2015 senesi içerisinde sivil toplum tarafından toplam 4197 nefret suçu hadisesinin bildirildiği görülmektedir.

Bu hadiselerin “ön yargı saiki” ve saldırı türüne göre dağılımı şu şekildedir:

- Yabancı düşmanlığı ve ırkçılık saikiyle gerçekleştirilmiş 341’i şiddet içeren saldırı, 106’sı tehdit, 237’si mülkiyete karşı saldırı olmak üzere toplam 684 nefret suçu hadisesi.
- Roman ve Sintilere karşı ön yargı saikiyle gerçekleştirilmiş 27’si şiddet içeren saldırı, 18’i tehdit, 18’i mülkiyete karşı saldırı olmak üzere toplam 63 nefret suçu hadisesi.
- Yahudi Karşıtlığı saikiyle gerçekleştirilmiş 384’ü şiddet içeren saldırı, 37’si tehdit, 1194’ü mülkiyete karşı saldırı olmak üzere toplam 1615 nefret suçu hadisesi.
- Müslümanlara karşı ön yargı saikiyle gerçekleştirilmiş 231’i şiddet içeren saldırı, 99’u tehdit, 347’si mülkiyete karşı saldırı olmak üzere toplam 677 nefret suçu hadisesi.
- Hristiyan veya diğer din mensuplarına karşı ön yargı saikiyle gerçekleştirilmiş 120’si şiddet içeren saldırı, 25’i tehdit, 321’i mülkiyete karşı saldırı olmak üzere toplam 466 nefret suçu hadisesi.
- LGBT'lere karşı ön yargı saikiyle gerçekleştirilmiş 434’ü şiddet içeren saldırı, 232’si tehdit, 33’ü mülkiyete karşı saldırı olmak üzere toplam 699 nefret suçu hadisesi.
- Engellilere karşı ön yargı saikiyle gerçekleştirilmiş 15’i şiddet içeren saldırı, 1’i tehdit, 2’si mülkiyete karşı saldırı olmak üzere toplam 18 nefret suçu hadisesi.

Raporda Türkiye'ye ilişkin verileri ele aldığımızda ise;

Öncelikli olarak ifade etmek gerekir ki Türkiye, Demokratik Kurumlar ve İnsan Hakları Ofisi'ne düzenli bir şekilde bildirimde bulunmaktadır. Veriler İçişleri Bakanlığı ve Adalet Bakanlığı tarafından toplanmakta olup, kamuya açık değildir.

Resmi makamlardan edinilen bilgilere göre nefret suçuna ilişkin olarak 810 yasal takibat yapılmış, söz konusu takibatlardan 272 adedinde cezalandırmaya gidilmiştir. Burada şu hususu belirtmek gerekir ki, bahsedilen veriler sadece halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu ile ayrımcılık suçu bakımından geçerlidir.

Sivil toplum tarafından;

- Şiddet içeren saldırı oluşturan 2 nefret suçu hadisesi²⁹,
- 47'si şiddet içeren saldırı, 3'ü tehdit, 4'ü mülkiyete karşı saldırı olmak üzere LGBT'lere karşı ön yargı saiki ile gerçekleştirilmiş toplam 54 nefret suçu hadisesi³⁰,

bildirilmiştir.

4. Nefret Suçu Sonrası Mağdur

İrk, din, cinsel yönelim, etnik köken vb. önyargılar sebebi ile nefret suçunun işlenmesi sonucunda bu suç mağdurlarda bir takım etkiler bırakmaktadır. Indiana Üniversitesi tarafından hazırlanan araştırmada³¹, nefret suçunun mağdurlara duygusal ve davranışsal etkilerine yönelik tespitlerde bulunulmuştur.

29 London Legal Group tarafından bir Kürt erkeğin öldürüldüğü ve bir grup Suriyeli mülteciye karşı ciddi yaralanmalarla sonuçlanan, bıçaklı saldırı gerçekleştirildiği bildirilmiştir.

30 Transgender Europe, Anti-Defamation League (ADL) ve Human Rights First tarafından bir kişinin öldürüldüğü bildiriminde bulunulmuştur. Transgender Europe tarafından ayrıca 2 kişinin öldürüldüğü; 4 cinsel saldırı; içerisinde silahın kullanıldığı 23, grup tarafından gerçekleştirilen 8 saldırının mevcut olduğu 33 fiziksel saldırı bildirilmiştir.

Transgender Europe bunun yanı sıra 3 tehdit, bir kundaklama, bir mala zarar verme, bir yağma ve tehdit eşliğinde 2 hırsızlık bildiriminde de bulunmuştur.

31 Arnold Barnes, Paul H. Ephross, "The impact of hate violence on victims: emotional and behavioral responses to attacks" **Indiana University School of Social Work**, Indianapolis 46202-5156, Social work (Impact Factor: 1.15), 06/1994, 247-251.

Amerika Birleşik Devletlerinde gerçekleştirilen bu araştırmada 59 adet siyah, beyaz ve Asyalı mağdur ile grup toplantıları, bireysel görüşmeler yapılmış ve onlara sorular yöneltilmiştir. İncelemeye konu olan mağdurların yarısından fazlası tek bir saldırıdan çok seri saldırılara uğramış kimselerdir. Söz konusu mağdurlarda öfke, korku ve üzüntü en çok tespit edilen duyguları teşkil etmektedir. Mağdurların üçte birinde ise, oturduğu yerden taşınma veya silah edinme şeklinde davranışsal etkiler ile karşılaşmıştır.

Çalışmada yer alan hususlara detaylı olarak değinilecek olursa, şu tespitlere yer verilebilir:

Çalışmanın konusunu oluşturan mağdurların en çok karşılaştıkları eylemleri fiziksel saldırı, sözlü taciz, mail veya telefon yoluyla tehdit teşkil etmektedir. İkinci sırada ise mağdurların mülklerinin yakınında nefret içerikli sembollerin kullanılması ya da slogan atılması gelmektedir. Evlere gerçekleştirilen saldırılar, diğer vandalizm fiilleri, soygun veya soygun girişimleri diğer nefret suçu fiillerini oluşturmaktadır. Bununla beraber bu fiillerin nefret suçu oluşturup oluşturmadığı mağdurların algılamalarından yola çıkılarak tayin edilmiştir.

Mağdurların %76'sında gerçekleşen saldırılarda fiziksel yaralanmaya rastlanmamıştır. Mağdurların %10'unda ise küçük yaralanmalar, %9'unda tedavi ile giderilen yaralanmalar, %5'inde hastanede yatarak tedavi edilebilecek yaralanmalar meydana gelmiştir. Gerçekleşen saldırılardan % 41'ini mülkiyete verilen zarar oluşturmaktadır.

Katılımcılarda çeşitli duygusal reaksiyonlar tespit edilmiştir. Bunlardan en çok öne çıkanı ise katılımcıların %68'inde oluşan öfkedir. %51 ile zarar görme korkusu özellikle ailenin fiziksel olarak zarar göreceği korkusu diğer en fazla karşılaşılan duygusal reaksiyonu teşkil etmektedir. Bir diğer reaksiyonu ise katılımcıların %36'sının yaşanan hadise nedeni ile duyduğu üzüntü oluşturmaktadır.

Bunun yanı sıra katılımcıların %33'ünde de gelecekte oluşacak mağduriyetten çekinme duygusu meydana gelmiştir. Bu nedenle de ikamet ettikleri

yerden ayrılma, sosyal faaliyetlere katılım oranının düşürülmesi, silah edinme ya da silah bulundurma, kişisel ya da ev içi ek güvenlik aygıtları alma, çocuklar için tedbir almayı arttırma gibi davranışsal etkiler görülmüştür.

Nefret suçu mağdurları ile diğer kişilere karşı suçların mağdurlarının suç sonrasında gösterdiği davranışsal ve duygusal reaksiyonlar karşılaştırıldığında benzer nitelikte oldukları görülmüştür. Bununla beraber nefret suçu mağdurlarında, diğer suç mağdurlarından farklı olarak, öz saygının yitirildiği de tespit edilmiştir.

III. NEFRET SUÇUNA İLİŞKİN ULUSLARARASI DÜZENLEMELER VE TÜRKİYE'DE DURUM

A. Uluslararası Düzenlemeler

1. Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi

23 Mart 1976 yürürlük tarihli Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi 53 maddeden oluşmakta olup Başlangıç bölümünde BM şartına ve Evrensel İnsan Hakları Bildirisine atıfta bulunmaktadır. Bu sözleşme ile taraf devletler, hiçbir temelde ayırım yapmaksızın egemenlik yetkisine tabi tüm bireyler bakımından, sözleşmede tanınan haklara saygı göstermeyi ve bunları güvence altına almayı, iç hukuklarını sözleşme standartlarına uyumlu hale getirmeyi üstlenmişlerdir. Taraf devletler ayrıca hakları ihlal edilen kişilere etkili ve işleyen nitelikteki hukuk yollarını temin etmeyi de üstlenmiştir. Sözleşmenin 6 ila 27. maddeleri arasında ise bir dizi klasik hak düzenlenmiştir.

BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 6 ila 27. maddeleri arasında yer alan hükümler eşitliği ve ayrımcılık karşıtlığını önemle vurgulayan siyasi hakları içermektedir. Bu sözleşmede yer alan özellikle üç maddeye ifade özgürlüğünün kısıtlanma şartlarını ve önyargı eğilimli suçları içermesi nedeniyle değinmek isteriz.

Sözleşmenin 20/2. maddesine göre “*Ayrımcılığa, kin ve nefrete veya şiddete tabrik eden herhangi bir ulusal, ırksal veya dinsel düşmanlığın savunulması hukuk tarafından yasaklanır.*” Bu madde ile nefret söylemi ve

nefret suçu içerikli davranışları yasaklamaktadır. Sözleşmenin 20/2. maddesi, 5/1. maddesi ile desteklenerek “*Bu Sözleşmenin hiç bir hükmü, bir Devlete, gruba veya kişiye, Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerin tabirini amaçlayan bir faaliyete katılma veya tasarrufta bulunma hakkı tanıdığı veya hak ve özgürlüklerin bu Sözleşmede belirtildiğinden daha geniş ölçüde sınırlandırılmasına imkan verdiği şekilde yorumlanamaz.*” hükmü getirilmiştir. 20/2. maddesinin ve 5/1. maddesinin birbirini tamamlaması ile sözleşme kapsamında hiçbir devletin, grubun ya da kişinin önyargılı etkinliklerde bulunamayacağı; bu şekilde davranışın sözleşmenin birçok maddesini ihlal edeceği belirtilmiştir.

Nefret söylemi ve nefret suçu, ifade özgürlüğünün sınırlanması kapsamında da yer almaktadır. Sözleşmenin 19. maddesi buna yönelik düzenlemeleri içermektedir: “*1. Herkesin, bir müdahale ile karşılaşmaksızın fikirlerine sahip olma hakkı vardır.*

2. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir; bu hak bir kimsenin ülke budutlarıyla sınırlanmaksızın sözlü, yazılı veya basılı veya sanatsal ürün şeklinde veya kendi tercih ettiği başka bir iletişim vasıtasıyla her türlü bilgi ve düşüncüyü arama, edinme ve ulaştırma özgürlüğünü de içerir.” Fakat maddenin 3. fıkrasında da belirtildiği gibi bu hak beraberinde bir takım ödev ve sorumlulukları da getirir. Bu sebeple bu hak, 3. fıkrada da belirtildiği gibi a) Başkalarının haklarına ve itibarlarına saygı ve b) Ulusal güvenliği, kamu düzenini, sağlığı ya da ahlakı koruma amacıyla sınırlanabilir. 19., 20. ve 5. maddelerin terkibiyle önyargı eğilimli suçları oluşturan eylemler yasaklanmakta ve ifade özgürlüğünün sınırlandırılabilceği durumları bildirerek ülkelere ırkçı söylemleri yasaklayabilme izni vermektedir³².

Bu hükümlerin önemi 2. madde ile vurgulanarak, Sözleşme tarafı devletler için yükümlülük öngörülmüştür. Sözleşmenin 2/1. maddesine göre “*Bu Sözleşmeye Taraf her Devlet, bu Sözleşmede tanınan hakları ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi veya diğer bir fikir, ulusal veya sosyal köken, mül-*

32 Charles Lewis Nier, “*Racial Hatred: A Comparative Analysis of the Hate Crime Laws of the United States and Germany*”, **Dickinson Journal of International Law**, Vol. 13, 1994-1995, s. 247.

kiyet, doğum veya diğer bir statü gibi herhangi bir nedenle ayrımcılık yapılmaksızın, kendi toprakları üzerinde bulunan ve egemenlik yetkisine tabi olan bütün bireyler için güvence altına almayı ve haklara saygı göstermeyi taahhüt eder.”

Maddeye 2. fıkra da eklenerek “Sözleşmede tanınan hakları kendi mevzuatında veya uygulamasında henüz tanımamış olup da bu Sözleşmeye Taraf Devletler, kendi anayasal usullerine ve bu Sözleşmenin hükümlerine uygun olarak, Sözleşmede tanınan hakları uygulamaya geçirmek için gerekli olan tedbirleri veya diğer önlemleri almayı taahhüt ederler.” denmiştir. Sözleşmenin 2. maddesine göre taraf devletler sözleşmeyi onaylamasının ardından sözleşmenin hükümlerini uygulayacak zorunlu adımları atarak gerekli düzenlemeleri yapmalıdırlar. Esas itibarıyla sözleşme tarafları önyargı eğilimli suçların işlenmemesi için gerekli yasal düzenlemeleri yapmaya ve hayata geçirmeye çağırılmaktadır.

2. Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme

4 Ocak 1969 yürürlük tarihli Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme ırk ayrımcılığı konusunda kapsamlı düzenlemeler öngörmektedir. Sözleşme, devletlerin taraf olduktan sonra ırkçı nefreti ve ayrımcılığı ortadan kaldırmak için üstlenmeye karar verdikleri önlemleri belirler.

Sözleşme 25 maddeden oluşmaktadır ve başlangıç bölümünde BM Şartına ve Evrensel İnsan Hakları Bildirisine atıfta bulunmaktadır. Sözleşmenin amacı ırklar arasında anlayış ortamını desteklemek ve her türlü ırkçı dışlamadan ve ırk ayrımcılığından arınmış bir uluslararası toplum inşa etmek amacıyla, ırk ayrımcılığının her şekil ve oluşumunu süratle ortadan kaldırmak için gerekli tüm önlemleri almaktır.

Sözleşmede yer alan aşağıda belirteceğimiz maddeler, önyargı eğilimli suçların önlenmesi amacıyla devletlere çeşitli yükümlülükler yükler.

Sözleşmenin 1. maddesinde ırk ayrımcılığı teriminin “*siyasi, ekonomik, sosyal, kültürel veya toplumsal yaşamın herhangi bir alanında, insan hakları ve temel özgürlüklerin tanınmasını, uygulanmasını, bu hak ve özgürlüklerden yararlanılmasını ortadan kaldırmak veya zayıflatmak amacıyla ya da etkisine yönelik, ırk, renk, soy ya da ulusal veya etnik kökene dayalı her türlü ayırım, dışlama, kısıtlama ya da tercih anlamında*” olduğu belirtilmiştir. Sözleşme BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesindeki gibi siyasi, medeni, ekonomik, sosyal ve kültürel hakları düzenlemiştir. Bu haklar sözleşmenin 2. maddesinde yer alan, taraf devletlere ırk ayrımcılığını önleyici ve yasaklayıcı düzenlemeler yapma pozitif yükümlülüğünü getiren düzenleme ile desteklenmiştir. 2. maddede ayrıca bu düzenlemelerin farklı ırk grupları için eşit olmayan ve ayrı haklar sağlaması yasaklanmıştır. 2. maddede yer alan yükümlülük 4. maddeye bakıldığında büyük önem taşımaktadır. 4. maddeye göre “*Taraf Devletler bir ırkın veya belli bir renge veya etnik kökene mensup bir grubun üstünlüğü fikirlerine ya da teorilerine dayanan ya da her ne şekilde olursa olsun ırkçı nefreti ve ayrımcılığı baklı çıkarmaya ya da yüceltmeye çalışan tüm propaganda ve tüm örgütleri kınarlar ve bu tür ayrımcılık faaliyetleri ile ayrımcılığı teşviki ortadan kaldırmaya yönelik acil ve olumlu önlemler almayı üstlenirler ve bu amaçla İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nde yer alan ilkelere ve bu Sözleşme’nin 5 inci maddesinde açıkça sıralanan haklara saygı göstermek kaydıyla, diğer önlemler arasında,*

a) *Irkçı üstünlüğe ya da nefrete dayalı tüm fikirlerin yayılmasını, ırk ayrımcılığını teşviki, herhangi bir ırka ya da başka bir renk ya da etnik kökene mensup bir gruba yönelik şiddet eylemlerini ya da bu tür eylemleri teşviki ve ayrıca ırkçı eylemleri finanse etmek dahil bu eylemlere her türlü yardım sağlamayı yasayla cezalandırılacak suç olarak ilan edeceklerdir.*

b) *Irk ayrımcılığını destekleyen ya da bu tür ayrımcılığa teşvik eden tüm örgütleri ve ayrıca örgütlü ve diğer tüm propaganda faaliyetlerini yasa dışı ilan edecek ve yasaklayacaklar ve bu tür örgütlere ya da faaliyetlere katılımı yasayla cezalandırılacak bir suç olarak ilan edeceklerdir.*

c) Yerel veya ulusal kamu kurum ve yetkililerinin ırk ayrımcılığını desteklemesine ya da ırk ayrımcılığına teşvik etmesine izin vermeyeceklerdir.”

4. madde taraf devletlere kin/düşmanlığa tahrik eylemlerini ortadan kaldıracak kapsamlı yasal düzenlemeler yapma görevi yükler. Özellikle 4. maddenin (a) bendinde yer alan “*İrkçi üstünlüğe ya da nefrete dayalı tüm fikirlerin yayılmasını, ırk ayrımcılığını teşviki, herhangi bir ırka ya da başka bir renk ya da etnik kökene mensup bir gruba yönelik şiddet eylemlerini ya da bu tür eylemleri teşvik*” suç olarak düzenleme yükümlülüğünün taraf devletlere yüklenmesi nefret suçunu doğrudan ilgilendirmekte ve taraf devletleri bu suç tipine ilişkin olarak düzenleme yapmaya yönlendirmektedir.

Sonuç olarak sözleşme ile taraf devletlere ırk ayrımcılığının ve önyargı eğilimli suçların önlenmesi yönünde düzenleme yapılması yükümlülüğü öngörülmüştür.

3. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Başlangıç kısmını izleyen beş ana bölüm altında toplam 66 madde içeren 18 Mayıs 1954 yürürlük tarihli Sözleşme’de düzenlenen haklar ve özgürlükler esas olarak birinci kuşak haklara ilişkin olup 2 ila 14. maddesi arasında haklar yer almaktadır.

İfade özgürlüğünü düzenleyen 10. maddeye “*Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir almak ve vermek özgürlüğünü de içerir. Bu madde, devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine bağlı tutmalarına engel değildir.*” hükmü getirilmiştir. Aynı maddenin 2. fıkrasına ise “*Kullanılması görev ve sorumluluk yükleyen bu özgürlükler, demokratik bir toplumda, zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöbret ve haklarının korunması, veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için yasayla öngörülen bazı biçim koşullarına, sınırlamalara ve yaptırımlara bağlanabilir.*” hükmü getirilerek ifade özgürlüğünün hangi hallerde kısıtlanabileceği belirtilmiştir.

Konumuzla ilgili bir başka hüküm ise 17. maddede düzenlenen hakların kötüye kullanılması yasağıdır. Bu maddeye göre “*Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbirisi, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesine veya burada öngörüldüğünden daha geniş ölçüde sınırlamalara uğratılmasına yönelik bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkını sağlar biçimde yorumlanamaz.*”

AİHS’te yer alan her iki maddeye göre taraf devletlerin nefret suçunu ön aşaması olan nefret söylemi yönünde düzenleme yapması sözleşmeye aykırılık oluşturmayacaktır.

B. Türkiye’de Durum

Türk Ceza Mevzuatı, nefret suçları açısından incelendiğinde ön yargı saiki ile suç işlenmesi halinde nefret suçunun oluşacağını ve bu nedenle bazı suçlarda cezanın ağırlaşacağını belirten hükümlere kanunlarda yer verilmemiştir. Bununla birlikte, mevzuattaki bazı hükümlerin bu çerçevede tartışılması gerekir. Öncelikle nefret suçuna yakın bir düzenleme olarak Türk Ceza Kanununun 125/3. maddesi belirtilebilecektir. Hakaretin suç olarak düzenlendiği 125/3-(b) maddesine göre, “*Hakaret suçunun; dini, siyasi, sosyal, felsefi inanç, düşünce ve kanaatlerini açıklamasından, değiştirmesinden, yaymaya çalışmasından, mensup olduğu dinin emir ve yasaklarına uygun davranmasından dolayı*” işlenmesi halinde ceza ağırlaşmaktadır. Burada fail, belirli düşünce ve kanaatlerini açıkladığı veya belirli bir dinin gereklerine uyduğu için mağdura hakaret etmekte olup; ön yargı saiki mevcuttur ve bu saik nedeni ile cezayı ağırlaştırıcı sebep teşkil etmektedir. Saikten bağımsız olarak, yani hakaret önyargılı bir saik ile işlenmemiş olsa dahi, fail işlemiş olduğu hakaret suçu nedeniyle TCK’nın 125/1. maddesi uyarınca cezalandırabilecektir.

Nefret suçu kapsamında tartışılacak bir başka suç tipi, TCK’nın 115. maddesinde düzenlenen inanç, düşünce ve kanaat hürriyetini engelleme suçudur. 115. madde uyarınca “*(1) Cebir veya tehdit kullanarak, bir kimseyi dini, siyasi, sosyal, felsefi inanç, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya veya değiştirmeye zorlayan ya da bunları açıklamaktan, yaymaktan meneden kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*”

(2) Dini inancın gereğinin yerine getirilmesinin veya dini ibadet veya ayinlerin bireysel ya da toplu olarak yapılmasının, cebir veya tehdit kullanılarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla engellenmesi hâlinde, fail hakkında birinci fıkraya göre cezaya hükmolunur.

(3) Cebir veya tehdit kullanarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla bir kimsenin inanç, düşünce veya kanaatlerinden kaynaklanan yaşam tarzına ilişkin terciplerine müdahale eden veya bunları değiştirmeye zorlayan kişiye birinci fıkra hükmüne göre ceza verilir.” şeklinde düzenleme getirilmiştir. Bu düzenlemenin cebir ve tehdit şeklinde temel suç tiplerini barındırması; suç tipinin hedef grubun değişmez ve temel özelliği olan dini inanç nedeniyle işlenmesi göz önüne alındığında suç tipinin nefret suçuna yakın bir düzenleme olduğu ifade edilebilir. Bununla beraber aynı düzenleme içerisinde siyasi, sosyal, felsefi inanç şeklinde yer alan kavramların nefret suçu tanımlamasında yer alıp almayacağı tartışma konusudur.

TCK'nın bu kapsamda incelenebilecek bir diğer hükmünü 153. maddede düzenlenen, ibadethanelere ve mezarlıklara zarar verme suçu teşkil etmektedir. 153/1 ve 2. maddede “ (1) İbadethanelere, bunların eklentilerine, buralardaki eşyaya, mezarlara, bunların üzerindeki yapılara, mezarlıklardaki tesislere, mezarlıkların korunmasına yönelik olarak yapılan yapılara yıkmak, bozmak veya kırmak suretiyle zarar veren kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Birinci fıkrada belirtilen yerleri ve yapıları kirleten kişi, üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.” hükmü yer almaktadır. 153/1 ve 2. maddede düzenlenen suç, fail tarafından hiçbir önyargı, düşmanlık beslenmeden de işlenebilecek bir suçtur. Bununla beraber, 153/3. maddede, “(3) Birinci ve ikinci fıkralardaki fiillerin, ilgili dinî inanışı benimseyen toplum kesimini tahkir amacıyla işlenmesi hâlinde, verilecek ceza üçte biri oranında artırılır.” hükmü yer almaktadır. Bu fıkrada yer alan düzenlemenin nefret suçu düzenlemesi olduğu söylenebilecektir. Zira, tahkir maksadı içinde düşmanlığı, önyargıyı da barındırır. Dini inançları nedeni ile bir toplum aleyhine, önyargılı bir şekilde, tahkir etmek için, 1. ve 2. fıkradaki fiillerin işlenmesi halinde ceza ağırlaşmaktadır

Burada ayrıca TCK'nın 122. maddesine de değinmekte fayda bulunmaktadır. “Nefret ve ayrımcılık” suç tipini düzenleyen TCK'nın 122. maddesinin

de “(1) Dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle;

- a) Bir kişiye kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya kiraya verilmesini,
- b) Bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasını,
- c) Bir kişinin işe alınmasını,
- d) Bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını,

engellenen kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” şeklinde hüküm öngörülmüştür. 2014 tarihli değişiklik öncesinde “Ayrımcılık” şeklinde yer alan başlığa “Nefret” ibaresinin eklenmesinin, söz konusu suç tipini “Nefret Suçu” haline getirmediğini belirtmek isteriz. “Ayrımcılık” başlı başına ayrı bir kavram olmasına rağmen bu şekilde bir düzenlemenin, yapılmasının lüzumlu olmadığını ifade etmek gerekmektedir. Zira “Ayrımcılık” suçunu oluşturan fiillerin icra edilmesi için failde ayrımcılık fiilini gerçekleştirdiği kişilere/gruplara karşı bir nefret duygusunun/saikinin bulunması gerekmemektedir. Kanun koyucu tarafından, maddeye “nefret nedeniyle” şeklinde ibarenin eklenmesi, söz konusu suç tipinin oluşması için ilave olarak failde nefret saikinin aranmasına sebep olmaktadır.

Tüm bu hususların yanı sıra TCK'nın 216. maddesinde “(1) Halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tabrik eden kimse, bu nedenle kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Halkın bir kesimini, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılayan kişi, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) Halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılayan kişi, fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olması halinde, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” şeklinde düzenlenen “Halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama” suçunun nefret söylemi kapsamında değerlendirilebileceğini belirtmek isteriz.

SONUÇ

Çalışmamızın başlangıcında da belirttiğimiz gibi nefret suçu tek boyutlu yaklaşımla ele alınabilecek bir konu değildir. Nefret suçu kavramlar, hedef gruplar, hukuki düzenlemeler şeklinde birçok hususu da içerisinde barındırmaktadır. Bununla birlikte nefret suçuna ilişkin yapılan çalışmaların ve getirilen düzenlemelerin, esasen farklı niteliklere sahip birey ve grupların kamu barışı içerisinde yaşamasını ve hukuka güven duymasını sağlama amacını taşıdığı ifade edilebilecektir. Ancak nefret suçuna ilişkin getirilen düzenlemelerin, devlet organlarının tasvip etmediği davranışların cezalandırılması için bir araç olarak kullanılma riskini de beraberinde getirdiğini vurgulamak isteriz.

Dolayısıyla nefret suçunun konusunu ya da mağdurunu oluşturabilecek kişilerin ve grupların, hangi eylemlerin bu suç kapsamında düzenleneceğinin yapılan çalışmalardan yararlanarak ve özenli bir şekilde belirlenmesi lüzumludur. Aksi halde siyasi erk ve egemen ideoloji kendi ideolojisi doğrultusunda doğru veya yanlış ayrımı yaparak, kendinden olmayana, kendine karşı olanı ayırarak, bu belirsiz alanda istediği şekilde hareket edebilecek ve yasak kapsamını istediği doğrultuda genişletebilecektir. Hatta kimi durumlarda suç oluşmasına rağmen siyasi erkin ideolojisine uygun olması sebebi ile suç cezalandırılmayacak, devlet organları tarafından görmezden bile gelinebilecektir.

Aslında nefret suçunu oluşturan eylemlerin önlenmesi ve bu suçun mağdurların korunması; yasa ve hukukun yanı sıra devletin çeşitli organlarının tutumu, eğitim sisteminin işleyişi, sivil toplum kuruluşlarının konuya göstereceği hassasiyet, medyanın kullanmış olduğu dil gibi birçok hususun bir araya gelmesi ile sağlanacaktır.

KAYNAKÇA

A. Kitap ve Makaleler

ATAMAN, Hakan: “*Nefret Suçlarını Farklı Yaklaşımlar Çerçevesinden Ele Almak: Etik, Sosyo - Politik ve Bir İnsan Hakları Problemi Olarak Nefret Suçları*”, **Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları**, der. Yasemin İnceoğlu, 1. Basım, İstanbul, Ayrıntı Yayınları, 2012, s.47-80.

BARNES Arnold,

EPHROSS Paul H.: “*The impact of hate violence on victims: emotional and behavioral responses to attacks*” **Indiana University School of Social Work**, Indianapolis 46202-5156, Social work (Impact Factor: 1.15). 06/1994, 247-251.

BECCARIA, Cesare: **Suçlar ve Cezalar Hakkında**, Çev. Sami Selçuk, 2. Bası, İstanbul, İmge Kitabevi, 2010

CHAKRABORTI Neil, GARLAND Jon: “*Reconceptualizing hate crime victimization through the lens of vulnerability and ‘difference’*”, **Theoretical Criminology**, 16(4), Sage Publications, 2012

JACOBS, James B., HENRY, Jessica S.: “*The Social Construction Of A Hate Crime Epidemic*”, **The Journal Of Criminal Law& Criminology**, Vol 86. No.2, s. 366-391.

NIER Charles Lewis: “*Racial Hatred: A Comparative Analysis of the Hate Crime Laws of the United States and Germany*”, **Dickinson Journal of International Law**, Vol. 13, 1994-1995, s. 241-280.

SOKULLU-AKINCI, Füsün: “*Hate Crimes*”, **Annales de la Faculté de Droit d’Istanbul**, Cilt: 41, Sayı: 58, 2009, s.103-121.

Hate Crime Laws: A Practical Guide, OSCE-ODIHR, (<http://www.osce.org/odihr/36426?download=true>).

Hate Crimes Today: An Age Old Foe In Modern Dress, American Psychological Association, s. 1-7 (<http://www.apa.org/about/gr/issues/violence/hate-crimes.aspx>)

B. İnternet Bağlantıları

<http://tdkterim.gov.tr/bts/>

FBI:UCR 2015 Hate Crime Statics (https://ucr.fbi.gov/hate-crime/2015/topic-pages/incidentsandoffenses_final)

FBI:UCR 2015 Hate Crime Statics (https://ucr.fbi.gov/hate-crime/2015/topic-pages/victims_final)

Hate Crimes In The OSCE Region: Incidents and Responses, Annual Report for 2006, Organization for Security and Co- Operation in Europe (<http://www.osce.org/odihr/26759>).

Hate Crimes In The OSCE Region: Incidents and Responses, Annual Report for 2011, Organization for Security and Co- Operation in Europe (www.osce.org/ru/odihr/102100)

OSCE - ODIHR 2015 Hate Crime Reporting (<http://hatecrime.osce.org/infocus/2015-data>)

“Recommendation No. R 97 (20) of the Committee of Ministers to Member States on Hate Speech”. (Tavsiye kararı metni için bkz. [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/doc/cm/rec\(1997\)020&expmem_EN.asp](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/doc/cm/rec(1997)020&expmem_EN.asp))

“UN Human Rights Committee, General Comment No:18, Non-Discrimination, 10.11.1989”. (Yorum metni için bkz. <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/3888b0541f8501c9c12563ed004b8d0e>)

Rasmussen v. Danimarka, Başvuru No: 8777/79, Karar Tarihi: 28.11.1984 paragraf 38 (Karar metni için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"languageisocode":\["ENG"\],"appno":\["8777/79"\],"documentcollectionid":\["GRANDCHAMBER","COMMITTEE","DECISIONS","COMMUNICATEDCASES","CLIN","ADVISORYOPINIONS","REPORTS","RESOLUTIONS"\],"itemid":\["001-57563"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{)).

http://archive.adl.org/education/courttv/pyramid_of_hate.pdf

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA AYRIMCILIK YASAĞI

Av. Seda ÖZKAN*

GİRİŞ

Avrupa Birliği (AB/Birlik)¹ mekânında ayrımcılık, AB'nin ekonomik kökenli bir yapı olarak doğması ve ortak pazar oluşturmayı amaçlaması sebebiyle çoğunlukla vatandaşlık ve istihdam alanında kendisini göstermiştir. Ancak Birliğin salt ekonomik bir topluluk olmaktan çıkıp siyasal ve sosyal bir hükümetlerarası örgüte dönüşmesiyle ayrımcılık yasağı her alanda öne geçmiştir.

AB Hukuku'nda ayrımcılık yasağı, Birliğin kurulduğu günden bu zamana kadar olumlu bir gelişme göstermiştir. Temel düzenlemelerle başlayan gelişme süreci, Birliğin tüm uygulamalarında gözetilmesiyle önemli bir ilerleme sağlamıştır.

Çalışmanın birinci bölümünde ayrımcılık yasağının AB'de ortaya çıkışı ve temel metinlere girişi, ikinci bölümünde AB Hukuku bakımından yasağın gelişim evreleri, nihayet üçüncü bölümünde yasağın AB sosyal politikasına etkileri ele alınmıştır.

D) AVRUPA BİRLİĞİ'NDE AYRIMCILIK YASAĞI

A) AYRIMCILIK YASAĞININ AVRUPA BİRLİĞİ'NDE ORTAYA ÇIKIŞI ve TANINMASI

AB'nin oluşum sürecine ve ayrımcılık yasağının Birlik hukukundaki evrimine kısaca değinmek, koruma alanının geçmişten günümüze ne kadar

* Marmara Üniversitesi S.B.E. Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi

1 Çalışmanın devamında AB veya Birlik kısaltması kullanılacaktır.

genişlediğini anlamak bakımından faydalı olacaktır. AB ulusalüstü (uluslarüstülük/supranasyonalite)² hükümetlerarası bir örgüt olup üç farklı topluluğun (Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu, Avrupa Ekonomik Topluluğu, Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu) birleşmesi sonucu Birlik adını kullanmaya başlayan ve yetkilerini -üye devletlerden birliğe aktarılan yetkiler³- bu toplulukları ve dolayısıyla Birliği kuran kurucu antlaşmalardan alan bir yapıdır.

Birliğin *sui generis*⁴ niteliği hukuk alanında da gözlenmektedir; başka bir ifadeyle, Birlik hukuku sadece üye devletleri değil, üye devletlerin vatandaşlarını da doğrudan bağlamakta; uyulması zorunlu yaptırımlar getirmekte ve bir yargı mekanizmasıyla denetimi sağlamaktadır. Bu ve benzeri özellikleri sebebiyle uluslararası hukukun alışlagelen çizgisinden ayrılmaktadır⁵.

Ayrımcılık yasağı Birliğin oluşumundan günümüze değin, AB Hukuku'nun birincil kaynağını oluşturan kurucu antlaşmalardan ikincil kaynağını oluşturan yönergelere (direktif olarak da anılır) kadar farklı hukuksal metinlerde kapsamı genişletilerek yer almıştır. Birliğin hedeflerine ulaşmak amacıyla üye devletlerin uyması gereken yükümlülüklerin düzenlendiği yönergeler⁶, ayrımcılık yasağı bağlamında antlaşmalar kadar önemlidir. Ayrımcılıkla mücadele, başlarda Birliğin kendi sorumluluk alanında gördüğü bir konu değildir. Birlik 90'lı yıllara kadar ayrımcılığı insan hakları kapsamında nitelendirdiğinden, Avrupa mekânında Avrupa Konseyi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)'nin⁷, evrensel mekânda ise Birleşmiş Milletler (BM)'in⁸ çalışmalarını yeterli görmüştür⁹.

2 Ömer Atalar, **Avrupa Birliği ve İnsan Hakları** (Uzmanlık Tezi), T.C. Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı, Ankara, Kasım 2002, s. 81.

3 Engin Selçuk, **Avrupa Birliği Anayasal Düzeninde Temel Hakların Serüveni**, İ.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, No: 32, Mart 2005, s. 14.

4 Ibid, s. 14.

5 Hüseyin Pazarcı, **Uluslararası Hukuk**, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2006, s. 10, 11.

6 Sahir Özdemir, **Avrupa Topluluğu'nda İkincil Mevzuat ve Karar Alma Usulleri**, T.C. Devlet Planlama Teşkilatı AB ile İlişkiler Genel Müdürlüğü, Ankara, Mayıs 2001, s. 2.

7 Çalışmanın devamında AİHM kısaltması kullanılacaktır.

8 Çalışmanın devamında BM kısaltması kullanılacaktır.

9 Ulaş Karan, **Avrupa Birliği Ülkelerinde Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik Kurumları**, İnsan Hakları Ortak Platformu, Ankara, Kasım 2009, s. 32.

B) AYRIMCILIK YASAĞININ DÜZENLENDİĞİ TEMEL METİNLER

1) AVRUPA BİRLİĞİ TEMEL HAKLAR ŞARTI

AB'de ayrımcılık yasağının ortaya çıkışı, ortak pazar (tek veya iç pazar olarak da adlandırılır) inşa etmek ve bu pazarın işleyişini kolaylaştırmak amacına dayanmaktadır. Bu nedenle, ilk olarak *kadın ve erkeklerde eşit işe eşit ücret* prensibiyle istihdam alanında kendini göstermiştir. Ayrımcılık yasağına yüklenen anlam ekonomik çerçeveye sınırlı kalmamış; başka bir ifadeyle, istihdamda ortaya çıkan *eşitlik anlayışı* diğer alanlara da yayılmış; insan hakları ve eşitlik temeline dayanan düzenlemeler getirilerek ayrımcılık yasağının kapsamı genişletilmiştir¹⁰. AB Hukuku'nda istihdamdan başka, ırk/etnik köken, vatandaşlık, cinsiyet/cinsel yönelim, yaş, engellilik, dini inanç/kanaat vb. temelerde ayrımcılık yapmak yasaklanmıştır¹¹. AB'nin 17 Aralık 2000 tarihinde Nice'de imzaladığı ve ilan ettiği Birliğin temel haklar bildirgesi sayılan¹² *Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı*¹³, üye devletlerin anayasalarında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)¹⁴ ve BM İnsan Hakları Sözleşmeleri'nde yer alan haklardan esinlenerek oluşturulan bir insan hakları listesi içermekle birlikte, ayrımcılık yasağına ilişkin nitelendirme de yapmaktadır¹⁵. Şart'ın amacı; temel haklara Birlik düzeyinde koruma sağlamaktır¹⁶. *Avrupa Birliği Kurucu Antlaşması*'nın yürürlüğe girmesiyle Şart, hukuken bağlayıcı bir belge niteliği kazanmış; AB kurumları ve üye devletler bakımından uyulması zorunlu hale gelmiştir¹⁷. Kurucu antlaşmalarda bulu-

10 Ibid, s. 33.

11 Gülşen Çiftçioğlu, **Avrupa Birliği'nde Vatandaşlık Temelinde Ayrımcılık Yasağı ve Birlik Öğrencilerinin (Ekonomik Olarak Aktif Olmayan) Üye Devlette Eğitimden Yararlanması**, Ankara, Avrupa Çalışmaları Dergisi, Cilt:11, No: 2, Yıl: 2012, s. 1 - 24.

12 Sinem Aydın Büyükcınar, **Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı Sözleşmesi Bağlayıcı Hukuki Metin mi? Politik Deklarasyon mu? (The European Union Agreement of Principal Rights Terms Is it a binding legal text? Is it a Politic Declaration?)**, Ankara Barosu Dergisi 2002 - 1, s. 255.

13 Çalışmanın devamında Şart kısaltması kullanılacaktır.

14 Çalışmanın devamında AİHS kısaltması kullanılacaktır.

15 Selçuk Demirbulak, **"AB Hukuku ve Ayrımcılık"**, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 80, Sayı: 6, 2006, s. 2399.

16 Yüksel Metin, **Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı (Charter of Fundamental Rights of the European Union)**, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt: 57, Sayı: 4, 2002, s. 46.

17 **Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı**, Avrupa Konseyi/Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı, Haziran 2010, s. 15.

nan ilgili hükümler ve Şart'ın 21. maddesiyle¹⁸ birlikte, yasağın koruma alanını genişleten AB yönergeleri de, AB ayrımcılık yasağı hukuku bakımından başat kaynaklardır. Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD)¹⁹ ayrımcılık yasağı ihlallerine ilişkin davalarda, tüm bu metinlere ve AİHM kararlarına paralel bir hak koruması yöneliminde olmayı gözetmektedir.

2) İLGİLİ YÖNERGELER

2000 yılında Irk Eşitliği Yönergesi²⁰'nin yayımlanmasıyla mal ve hizmetlere ve sosyal refah sistemine erişim alanları da kapsam içine alınmıştır. Cinsiyet temelinde eşitlik ilkesinin bu alanlarda sürdürülebilmesi adına, 2004 yılında Toplumsal Cinsiyet Mal ve Hizmetler Yönergesi ve Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Yönergesi²¹ yayımlanmıştır. Çalışma hayatındaki düzenlemeleri tamamlayıcı nitelikte olan, yine 2000 yılında yayımlanan İstihdamda Eşitlik Yönergesi²² ise cinsel yönelim, engellilik, yaş, din, inanç temelinde ayrımcılığı istihdam bağlamında yasaklamaktadır. Halen Irk Eşitliği Yönergesi istihdam da dâhil olmak üzere mal ve hizmetlere ve sosyal refah sistemine erişim alanlarında uygulanırken, Toplumsal Cinsiyet Mal ve Hizmetler Yönergesi ve Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Yönergesi istihdamla birlikte mal ve hizmetlere erişim alanını da kapsamaktadır. Son olarak, İstihdamda Eşitlik Yönergesi ise salt istihdam hususunda geçerlidir²³.

18 Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı, Ayrımcılık Yapmama (madde 21) "***Cinsiyet, ırk, renk, etnik veya sosyal kökenler, kalıtsal özellikler, dil, din veya inanç, siyasi veya başka herhangi bir görüş, bir ulusal azınlığın üyesi olma, servet, doğum, maluliyet, yaş veya cinsel eğilim gibi herhangi bir nedenle ayrımcılık yapılması yasaktır. Antlaşmaların uygulanması kapsamında ve bunların özel düzenlemelerine halel gelmeksizin uyrukluk nedeniyle her türlü ayrımcılık yasaktır.***"

19 Çalışmanın devamında ABAD kısaltması kullanılacaktır.
Avrupa Birliği Antlaşması (Avrupa Topluluğu'nu kuran antlaşmayı tadil eden Lizbon Antlaşması)'ndan önce Avrupa Topluluğu Adalet Divanı (ATAD) olarak geçmektedir. 1 Aralık 2009 tarihinde Lizbon Antlaşması'nın yürürlüğe girmesiyle Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) olmuştur. Çalışmada anlam bütünlüğü sağlamak amacıyla, ilgili atıflarda Mahkeme'nin günümüzdeki adı olan "ABAD" tercih edilmiştir.

20 2000/43/EC sayılı, 29 Haziran 2000 tarihli yönerge.

21 2004/113/EC sayılı, 13 Aralık 2004 tarihli yönerge.

22 2000/78/EC sayılı, 27 Kasım 2000 tarihli yönerge.

23 Ibid, s. 57, 64.

Yukarıda söz ettiğimiz üzere, AB hukuku temel hak ve özgürlükler konusunda AİHS'den esinlenmekle birlikte, Birliğin üye ülkelerinde temel hak koruması aynı düzeyde değildir. AİHS'in 14. maddesi Birlik üyeleri bakımından aynı değerde olmakla birlikte -Şart'ın AİHS'deki kavramlardan yararlanılarak hazırlanması sebebiyle, ABAD için de referans kaynağı değerinde kabul etmek mümkündür- 2005 yılında yürürlüğe girmiş olan AİHS 12 no'lu Protokol'ü imzalayan Avrupa Konseyi üyelerinin pek azı AB üyesidir. Söz konusu protokol ayrımcılık yasağının koruma alanını genişleterek, ulusal düzeyde tanınan bir hakkı AİHS'de yer almasa dahi yasak kapsamına almıştır. Sonuç olarak, AB üyesi ülkelerde ayrımcılık yasağının yükümlülüğü aynı düzeyde değildir²⁴.

Ayrımcılığa ilişkin yönergeler -özellikle korumanın mal ve hizmetlere ve sosyal refah sistemine erişim yönünde etkinliğini arttırması sebebiyle- Birlik hukuku bakımından yasağın kapsamını genişlettiğinden, kurucu sözleşmelerdeki tanınmanın ilerisine geçerek AİHS'deki koruma alanıyla aradaki farkı Birlik hukuku lehine kapatmaktadır²⁵. Ancak bazı hususlarda Birlik hukuku daha az koruma sunmakla birlikte, yönergelerin varlığı ayrımcılık yasağını gittikçe daha işlevsel hale getirmektedir.

Görüldüğü üzere, yasağın günümüzdeki kadar geniş yorumlanmadığı dönemde dahi Birlik, ayrımcılığı yasaklayarak eşitliği sağlamayı amaçlamıştır. Ayrımcılık yasağının kapsamı, özellikle AB yönergeleriyle genişletilmekte ve yasağın ihlali ABAD kararlarına sıklıkla konu olmaktadır.

II) AYRIMCILIK YASAĞININ AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDAKİ YERİ

Sözlük anlamı *“eşit davranmama, fark gözeterek muamele etme”* şeklinde ifade edilen ayrımcılık, hukuki anlamda ise *“ırk/etnik köken, cinsiyet, yaş, engellilik, dil, renk, dini inanç/kanaat, siyasi veya felsefi düşünce vb. nedenlere dayalı olarak bir bireyin ya da grubun hak ve özgürlükleri kul-*

²⁴ Ibid, s. 57.

²⁵ Ibid, s. 61.

lanmasını engelleme veya kısıtlama” şeklinde tanımlanmaktadır²⁶. Ayrımcılık yasağının ilk olarak istihdam alanında tanınması, hem adil bir rekabet ortamı sağlamış hem de Birliğin çalışma hayatıyla ilgili düzenlemelerine yön vermiştir. Şart’ın kabul edilmesiyle -Lizbon Antlaşması’yla birlikte siyasi bir belge olmaktan çıkıp hukuki bir belge niteliği kazanmasıyla ayrımcılık yasağı merkezi bir konuma oturtulmuş; diğer alanlarda hedef olarak uygulanırken yükümlülük haline gelmiş; sosyal politikanın en gelişmiş yönlerinden biri olmuştur. Bu bağlamda, “Birliğin asli fonksiyonlarından biridir” demek mümkündür²⁷.

A) YASAĞIN GELİŞİMİNDE BİRİNCİ AŞAMA

Ayrımcılık yasağının Birliğin asli fonksiyonlarından biri haline gelmesi üç aşamalı bir sürecin sonucudur. Avrupa Ekonomik Topluluğu (AET)’nü kuran ve 25 Temmuz 1957’de imzalanan Roma Antlaşması’nın 119. maddesinde kadın ve erkeklere yönelik olarak eşit işe eşit ücret ilkesinin düzenlenmesiyle ilk aşama başlamıştır. Bu dönemde amaç, Birliğin ekonomik politikaları gereği, kadın işgücünün adil rekabet çerçevesinde piyasalara kazandırılmasını sağlamaktır. Bu madde bağlamında AB’nin sosyal politikalarının miladı kabul edilen üç önemli yönerge hayata geçmiştir. 10 Şubat 1975 tarihinde yayımlanan kadın ve erkek işçiler arasında ücret eşitliği ilkesinin uygulanmasına ilişkin yönerge²⁸, 119. maddede tanımlanan ilkenin sonucudur²⁹. Roma Antlaşması’nın 119. maddesi ve 1975 yılı Yönergesi, ayrımcılık yasağına dair AB Hukukuna dâhil olan ilk antlaşma maddesi ve yönergedir. 9 Şubat 1976 tarihinde işe alınma, mesleki eğitime giriş ve çalışma koşullarında kadın ve erkeğe eşit davranma ilkesinin uygulanacağı yönünde yeni bir yönerge³⁰ hazırlanmıştır. 19 Aralık 1978 tarihli son yöner-

26 Emin Zeytinoğlu, **Ayrımcılık Yasağına Genel Bir Bakış**, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 9, Sayı: 18, Güz 2010, s. 115 - 134.

27 **Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı**, s. 90.

28 75/117/EEC sayılı yönerge.

29 Aysun Sayın, **Avrupa Birliği’nde Çalışma Yaşamında Kadın Erkek Eşitliği: Türkiye Açısından Bir İnceleme**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kadın Çalışmaları Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2007, s. 22.

30 76/207/EEC sayılı yönerge (23 Eylül 2002 tarihli ve 2002/73/EC sayılı yönergeyle değişik).

ge³¹ ise, sosyal güvenlik alanında kadın ve erkeğe eşit davranma ilkesinin kademeli olarak uygulanmasını düzenlemektedir³².

B) YASAĞIN GELİŞİMİNDE İKİNCİ AŞAMA

80'li yılların başından itibaren ikinci aşamaya geçilmiştir. Bu dönemde ayrımcılık yasağı yine istihdam temelinde gelişmiştir. 10 Ocak 1986'da imzalanan ve 1 Temmuz 1987'de yürürlüğe giren Avrupa Tek Senedi, sosyal politikalar bakımından Roma Antlaşması'nda önemli değişiklikler yaparak *çalışma hayatında fırsat eşitliği* ilkesini getirmiş, bu ilke bağlamında *pozitif ayrımcılık* yasağın istisnası kabul edilmiştir³³. Bu dönemde konuya ilişkin iki yönerge daha hazırlanmıştır. 24 Temmuz 1986 tarihli, özel sektörün bulunduğu sosyal güvenlik planları bakımından kadın ve erkeğe eşit davranma ilkesinin hayata geçirilmesine ilişkin yönerge³⁴ bunların ilkidir. İkincisi ise 11 Aralık 1986 tarihli³⁵, tarım sektöründe çalışanlar da dâhil olmak üzere bağımsız çalışan kadın ve erkek işçilere eşit davranılması ilkesinin hayata geçirilmesi ve bağımsız çalışan kadınların hamilelik ve analık süresince korunmasına ilişkin yönerge³⁶. 1989 yılında Avrupa Tek Senedi'nin bir sonucu olarak Avrupa Topluluğu Sosyal Şartı kabul edilmiştir. İşçilerin temel sosyal haklarının düzenlendiği bu şartta; çalışma koşulları, eğitim, sosyal güvenlik, staj, kariyer, istihdam, ücret konularında kadın ve erkek işçilere eşitlik uygulanması öngörülmüştür³⁷.

C) YASAĞIN GELİŞİMİNDE ÜÇÜNCÜ AŞAMA

Üçüncü aşama ise, 90'lı yıllarda başlayan ve günümüze kadar süren dö-

31 79/7/EEC sayılı yönerge.

32 Gözde Kaya, **Avrupa Birliği İş Hukuku'nda Cinsiyet Ayrımcılığı**, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Avrupa Birliği Anabilim Dalı Avrupa Çalışmaları Programı Doktora Tezi, Avrupa Birliği Bakanlığı Akademik Araştırmalar Serisi - 1, 2012, s. 69, 73.

33 Aysun Sayın, **Avrupa Birliği'nde Çalışma Yaşamında Kadın Erkek Eşitliği: Türkiye Açısından Bir İnceleme**, s. 24.

34 86/378/EEC sayılı yönerge (20 Aralık 1996 tarihli ve 96/97/EC sayılı yönergeyle değişik).

35 86/613/EEC sayılı yönerge.

36 Kübra Doğan Yenisey, **Kadın Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukuku'nun Avrupa Birliği Hukuku ile Olası Uyum Sorunları**, Kamu - İş, C: 6, S: 4/2002, s. 4, 5.

37 Gözde Kaya, **Avrupa Birliği İş Hukuku'nda Cinsiyet Ayrımcılığı**, s. 78.

nemdir. Ekonomik ve sosyal politik amaçlarla istihdam temelinde ortaya çıkan ayrımcılık yasağı, bu dönemde insan hakları sorunu olarak görülmüş ve Birliğin her türlü faaliyetinde uyulması beklenen bir kural olmuştur. İlk olarak 19 Ekim 1992 tarihli, gebe, loğusa ve emzikli kadınların işyerinde güvenlik ve sağlıklarını iyileştirmeye yönelik önlemlerin uygulanmasına ilişkin yönerge³⁸ karşımıza çıkmaktadır. 7 Şubat 1992'de imzalanan, 1 Kasım 1993'de yürürlüğe giren *AB Hakkında Maastricht Antlaşması* iki yeni yönergenin daha hazırlanmasını sağlamıştır. Bunlar sırasıyla, 3 Haziran 1996³⁹ ve 15 Aralık 1997⁴⁰ tarihlerinde yayımlanan iş ve aile hayatının uyumlaştırılmasına ilişkin yönerge ve cinsiyet ayrımcılığı davalarında ispat yüküne ilişkin yönerge⁴¹. 2 Ekim 1997'de imzalanan ve 1 Mayıs 1999'da yürürlüğe giren, Amsterdam Antlaşması'nın 2. maddesinde kadın erkek eşitliğinin sağlanması gerektiği kabul edilmiş, 3. maddede bu amacı gerçekleştirmek adına gereken çalışmanın yapılacağı belirtilmiş, 13. maddede⁴² ise, cinsiyet temelinde ayrımcılık da dâhil olmak üzere **ber türlü ayrımcılığa karşı mücadele** edileceği ifade edilmiştir. Roma Antlaşması'nın 119. maddesinde yer alan *eşit işe eşit ücret* ilkesi, Avrupa Topluluğu Antlaşması (ATA)'nın⁴³ 141. maddesinde⁴⁴ *eşit değerde işe eşit ücret* şeklinde genişletilmiştir. Aynı maddenin 3. fıkrasında kadın ve erkek işçilerin istihdam ve mesleğe dair diğer konularda fırsat eşitliği ve eşit davranma ilkesinden yararlanmasını sağlayacak önlemler alınması, 4. fıkrada ise olumlu ayrımcılık kurumu, başka bir ifadeyle iş sahasında temsili yeterli olmayan cinse yönelik teşvik edici uygulamaların sağlanması düzenlenmiştir⁴⁵.

38 92/85/EEC sayılı yönerge.

39 96/34/EC sayılı yönerge.

40 97/80/EC sayılı yönerge.

41 Kübra Doğan Yenisey, **Kadın Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukuku'nun Avrupa Birliği Hukuku ile Olası Uyum Sorunları**, s. 5.

42 Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma, madde 19 (eski ATA madde 13) "**Konsey, bu Antlaşma'nın diğer hükümlerine dokunmaksızın ve Antlaşmalar tarafından Birliğe verilen yetki sınırları içinde kalmak koşuluyla, özel yasama usullerine uygun olarak ve Avrupa Parlamentosu'nun onayını aldıktan sonra cinsiyet, ırk ve etnik köken, din ya da inanç, engellilik, yaş ya da cinsel yönelim temelinde ayrımcılığa karşı mücadele etmek üzere uygun tedbirleri almak amacıyla oybirliği ile bareket edebilir.**"

43 Çalışmanın devamında ATA kısaltması kullanılacaktır.

44 Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma, madde 157.

45 Ibid, s. 5, 6.

Görüldüğü üzere, ekonomi politikasının bir sonucu olarak Roma Antlaşması'nın 119. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağı, ATA'nın 141. maddesinde hem yasağın kapsamı genişletilerek yer almış hem de Birliğin sosyal politikası kabul edilerek *ayrımcılık yasağının tüm alanlarda gözetilmesi* hedeflenmiştir. Bu bağlamda Amsterdam Antlaşması'nın getirdiği bir yenilik olan istihdam başlığı, ATA'nın 8. bölümünde (madde 125 - 130) yer almıştır. Bu başlık altında özetle; *eşitlik ilkesinin tüm ortak politika alanlarında uygulanması* adına izlenmesi gereken yol haritası düzenlenmiştir⁴⁶. Sonuç olarak; bu düzenleme, üye devletlerin istihdamda eşitliğin sağlanmasına ilişkin hedeflere ulaşmada ortak bir eylem planı izlemesini önermektedir⁴⁷.

2000'li yıllara gelindiğinde, sosyal politikayı ayrımcılık yasağı lehine geliştiren yeni yönergeler hazırlanmıştır. 2 Aralık 2000 tarihli iş yerinde ve meslekte eşit muamele alanında genel bir çerçeve oluşturan yönergede⁴⁸ *doğrudan ve dolaylı ayrımcılık* kavramları yer almıştır. Bu kavramların tanımlarına 23 Eylül 2002 tarihli işverenin cinsiyet temelinde ayrımcılık -medenî durum ve kişinin aile içindeki konumuna ilişkin ayrımcılıklar da dâhil yapmasını yasaklayan yönergede⁴⁹ yer verilmiştir. Bu yönergeyi önemli kılan ise, cinsel tacizin ayrımcılık yasağının ihlali olarak kabul edilmesidir⁵⁰.

III) AYRIMCILIK YASAĞININ AVRUPA BİRLİĞİ SOSYAL POLİTİKASINA ETKİLERİ

17 Aralık 2000'de Şart'ın ilan edilmesi, yukarıda söz ettiğimiz üzere, yasağın sadece hukuk değil sosyal politika alanında da ilerlemesini sağlamıştır. Aynı yıl içerisinde yayımlanan Irk Eşitliği Yönergesi⁵¹, ayrımcılık yasağı-

46 Aysun Sayın, **Avrupa Birliği'nde Çalışma Yaşamında Kadın Erkek Eşitliği: Türkiye Açısından Bir İnceleme**, s. 30, 31, 32.

47 Ridvan Karluk, **Avrupa Birliği ve Türkiye**, BETA Basım/Yayım/Dağıtım A.Ş., İstanbul, 2005, s. 378.

48 2000/78/EC sayılı yönerge.

49 2002/73/EC sayılı yönerge.

50 Nazan Moroğlu, "**Avrupa Birliği Antlaşmalarında ve Yönergelerinde Kadın Erkek Eşitliği**", *Mess - Sicil İş Hukuku Dergisi* S: 4, Aralık 2006, sayfa 209 - 217'de yayınlanmıştır.

51 2000/43/EC sayılı, 29 Haziran 2000 tarihli yönerge.

nı ırk ve etnik köken temeline yayarken İstihdamda Eşitlik Yönergesi⁵², istihdamda din veya inanç, cinsel yönelim, yaş ve engellilik temelli ayrımcılığı yasaklamıştır. 13 Aralık 2004 tarihli mal ve hizmetlere erişim hususunda cinsiyet temelinde ayrımcılığın yasaklanmasına ilişkin yönerge⁵³ ise mal ve hizmetlere erişimi yasak kapsamına alarak sosyal refah sistemine yönelik bir düzenleme getirmiştir. Bu düzenlemenin ardından yeni bir yönerge hayata geçirilmiştir. 5 Temmuz 2006 tarihli istihdam ve çalışma şartlarında kadın ve erkek işçilere eşit davranma ve eşit fırsatlar tanıma ilkesinin uygulanmasına ilişkin yönerge⁵⁴, bir çatı yönerge işlevi görmektedir. Bu yönergenin amacı, yasağa dair ikincil hukuk kaynağı olan yönergeleri tek bir metin altında toplayarak erişimde kolaylık sağlamak, bununla birlikte mevzuatın dilini sadeleştirerek daha anlaşılır kılmaktır. “Eşit davranma” ve “fırsat eşitliği” ilkeleri de yönerge kapsamında güncelleştirilmiştir⁵⁵.

AB mekânında reform niteliğinde kabul edilen 13 Aralık 2007’de imzalanan ve 1 Aralık 2009’da yürürlüğe giren Lizbon Antlaşması’yla başlayan süreç sonucunda *Avrupa Birliği Kurucu Antlaşması* hayata geçmiş, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı bakımından insan hakkı temelinde gelişen bir anlayış doğmuştur. Şart’ın 23. maddesinde güvence altına alınarak **temel bak** kabul edilmiştir. Bu bağlamda eşitlik ilkesinin ve ayrımcılık yasağının hem Birliğin hem de üye devletlerin yetki alanında olan tüm plan, program, strateji, politika vb. uygulamalara dâhil edilmesi yükümlülüğünü getirilmiştir. Başka bir ifadeyle, Amsterdam Antlaşması’yla “*hedef*” olarak görülen bu ilke, Lizbon Antlaşması’yla “*yükümlülük*” halini almıştır. *Avrupa Birliği Kurucu Antlaşması*’nın 6. maddesi gereği Şart, Antlaşma metnine dâhil edildiğinden, Şart’ın eşitlik (20. madde), ayrımcılık yasağı (21. madde) ve kadın erkek eşitliği (23. madde) ile ilgili düzenlemeleri Antlaşma tarafından da tanınmaktadır⁵⁶.

52 2000/78/EC sayılı, 27 Kasım 2000 tarihli yönerge.

53 2004/113/EC sayılı yönerge.

54 2006/54/EC sayılı yönerge.

55 Ibid, s. 209 - 217.

56 Ayhan Kaya - Aslı Aydın, **Avrupa Birliği Hakkında Merak Ettikleriniz/Avrupa Birliği’ne Giriş**, Hiperlink Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 2013, s. 278.

SONUÇ YERİNE

AB mekânında, başlangıçta Birliğin ekonomik gereksinimleri doğrultusunda ortaya çıkan ayrımcılığı yasaklama amacı, gün geçtikçe yerini sosyal politika ve insan hakları temelinde gelişen asli bir fonksiyon olma ilkesine bırakmıştır.

Birlik, dönemlere ayırabileceğimiz bu süreç sonunda ayrımcılık yasağını her alanda gerçekleştirmeyi başat politika olarak benimsemiştir. Ayrımcılık yasağına ilişkin antlaşma hükümleri ve bu doğrultuda hazırlanan yönergeler, Birliğin ayrımcılık yasağı alanındaki temel kaynaklarını oluşturmaktadır. Ayrımcılık yasağını oluşturan mevzuat, hem birincil hukuk kaynağı olan antlaşmalar hem de ikincil hukuk kaynağı olan yönergeler bakımından, gittikçe koruma alanı genişleyen bir doğrultuda ilerlemiştir.

Şart'ın AB hukuk sisteminde önemli bir yere sahip olmasıyla birlikte, Birliğin insan hakları hususunda daha aktif bir aktör olmayı seçtiği gözlenmektedir. Üye devletlerin anayasal geleneklerini ve Lizbon Antlaşması'yla Birliğin temel haklara bakışında daha etkili olmaya başlayan AİHS'i göz ardı etmeden gerçekleştirilen düzenlemeler, ayrımcılık yasağının kapsamını genişletmiş ve temel haklara etkin bir koruma sağlamıştır.

KAYNAKÇA

Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı, Avrupa Konseyi/Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı, Haziran 2010.

Ayhan Kaya - Aslı Aydın, **Avrupa Birliği Hakkında Merak Ettikleriniz/Avrupa Birliği'ne Giriş**, Hiperlink Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 2013.

Aysun Sayın, **Avrupa Birliği'nde Çalışma Yaşamında Kadın Erkek Eşitliği: Türkiye Açısından Bir İnceleme**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kadın Çalışmaları Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2007.

Emin Zeytinoğlu, **Ayrımcılık Yasağına Genel Bir Bakış**, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 9, Sayı: 18, Güz 2010.

Engin Selçuk, **Avrupa Birliği Anayasal Düzeninde Temel Hakların Serüveni**, İ.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, No: 32, Mart 2005.

- Gözde Kaya, **Avrupa Birliği İş Hukuku'nda Cinsiyet Ayrımcılığı**, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Avrupa Birliği Anabilim Dalı Avrupa Çalışmaları Programı Doktora Tezi, Avrupa Birliği Bakanlığı Akademik Araştırmalar Serisi - 1, 2012.
- Güliden Çiftçioğlu, **Avrupa Birliği'nde Vatandaşlık Temelinde Ayrımcılık Yasağı ve Birlik Öğrencilerinin (Ekonomik Olarak Aktif Olmayan) Üye Devlette Eğitimden Yararlanması**, Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, Cilt:11, No: 2, Yıl: 2012.
- Hüseyin Pazarıcı, **Uluslararası Hukuk**, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2006.
- Kübra Doğan Yenisey, **Kadın Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukuku'nun Avrupa Birliği Hukuku ile Olası Uyum Sorunları**, Kamu - İş, C: 6, S: 4/2002.
- Nazan Moroğlu, **“Avrupa Birliği Antlaşmalarında ve Yönergelerinde Kadın Erkek Eşitliği”**, Mess - Sicil İş Hukuku Dergisi S: 4, Aralık 2006.
- Ömer Atalar, **Avrupa Birliği ve İnsan Hakları** (Uzmanlık Tezi), T.C. Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı, Ankara, Kasım 2002.
- Rıdvan Karluk, **Avrupa Birliği ve Türkiye**, BETA Basım/Yayım/Dağıtım A.Ş., İstanbul, 2005, s. 378.
- Sahir Özdemir, **Avrupa Topluluğu'nda İkincil Mevzuat ve Karar Alma Usulleri**, T.C. Devlet Planlama Teşkilatı AB ile İlişkiler Genel Müdürlüğü, Ankara, Mayıs 2001.
- Selçuk Demirbulak, **“AB Hukuku ve Ayrımcılık”**, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 80, Sayı: 6, 2006.
- Sinem Aydın Büyükçınar, **Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı Sözleşmesi Bağlayıcı Hukuki Metin mi? Politik Deklarasyon mu? (The European Union Agreement of Principal Rights Terms Is it a binding legal text? Is it a Politic Declaration?)**, Ankara Barosu Dergisi 2002 - 1.
- Ulaş Karan, **Avrupa Birliği Ülkelerinde Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik Kurumları**, İnsan Hakları Ortak Platformu, Ankara, Kasım 2009.
- Yüksel Metin, **Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı (Charter of Fundamental Rights of the European Union)**, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt: 57, Sayı: 4, 2002.

AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANI KARARLARINDA CİNSİYET TEMELİNDE AYRIMCILIK YASAĞI

Av. Seda ÖZKAN*

GİRİŞ

Ayrımcılık yasağının Avrupa Birliği mekânına etkisi, sadece hukuki düzenlemelerde değil, sosyal politikalarda da görülmektedir. Cinsiyetler arası eşitliğin önemi; hem hukuki hem de sosyal alandaki Avrupa Birliği politikalarında uygulanması istenilen hedef olmasından ve ayrımcılık yasağı ihlallerinde korunan hukuki menfaati oluşturmasından gelmektedir.

Nitekim Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD)'nın¹ ayrımcılık yasağı içtihadına karakterini veren kararlarının ekseriyetle cinsiyet temelinde ayrımcılığa ilişkin olması da bu durumun somut göstergesidir.

Çalışmanın birinci bölümünde ABAD'ın ayrımcılık yasağının ihlalini incelerken kullandığı ilkelere, ikinci bölümünde cinsiyet temelinde ayrımcılık yasağı içtihadını oluşturan kararlara, nihayet üçüncü bölümünde ise yakın tarihli bir kararın incelemesine yer verilmiştir.

D) ABAD'IN İHLALİ TESPİT EDERKEN KULLANDIĞI TEMEL İLKELER

ABAD, ayrımcılık yasağının ihlaline ilişkin davalarda, içtihat yoluyla oluşturduğu bazı temel ilkelere üzerinden hareket etmektedir. Bunların başında *istenmeyen muamelenin tespiti*² gelmektedir. Divan, somut olaydaki durumun tarafsız; başka bir ifadeyle, herkese uygulanabilir bir kural

* Marmara Üniversitesi S.B.E. Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi

1 Çalışmanın devamında ABAD kısaltması kullanılacaktır.

2 **Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı**, Avrupa Konseyi/Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı, Haziran 2010, s. 22, 29.

veya düzenleme olup olmadığını tartışmaktadır. İkinci sırada, **emsal kişinin tespit edilmesi**³ yer almaktadır. Divan, somut olayda ayrımcılığa uğrayan kişiyle aynı konumdaki bir başka kişinin tabi olduğu şartları kıyaslamaktadır. Son sırada ise, **korunan hukuki menfaat ve korunan grup üzerinde daha olumsuz bir etki yaratma**⁴ bulunmaktadır. Divan, ihlalin hangi temelde gerçekleştiğine bakarak korunan hukuki menfaati (cinsiyet vb.) ve korunan grubu tespit etmekte, somut olaydaki durumun korunan grubu ne derece olumsuz etkilediğine karar vermektedir. Tüm bu ilkeler -her davada üçü aynı anda referans olarak kullanılmasa dahi- ışığında Divan, dava konusu ihlalin gerçekleşip gerçekleşmediğini; ihlalin doğrudan veya dolaylı ayrımcılık mı olduğunu ya da taciz, ayrımcılık emretme vb. bir ayrımcılık alt türüne mi ilişkin olduğunu sonuca bağlamaktadır.

Somut olay incelenirken üzerinde durulan diğer bir husus ise, pozitif eylemin⁵ varlığıdır. Özellikle cinsiyet temelinde ayrımcılık yasağında karşımıza çıkan bu ifadeyle, daha aleyhte olan tarafın diğeriyle eşit konuma getirilmesi adına alınan (geçici) özel tedbirler kastedilmektedir. Özel tedbirler daha aleyhte olan tarafın -genellikle kadının- daha lehte olan tarafla eşitlenmesi adına gerçekleştirildiğinden ayrımcılık sayılmamakta; üye ülkeler bu yönde düzenleme yapmaya teşvik edilmektedir. Somut olayda özel tedbirlere dair bir durum varsa, Divan burada, uygulama sırasında aşırıya kaçılarak oransızlığa yol açılıp açılmadığına bakmaktadır.

II) ABAD İÇTİHADINDAN ÖRNEKLER

İstihdamla ilgili yönergelerin ayrımcılık yasağının koruma alanını genişletmesi sonucunda davaların sayısında artış gözlemlendiğinden bu durum, Divan'ı özel tedbirlere ilişkin içtihat oluşturmaya sevk etmiştir. ABAD'ın ayrımcılık yasağı içtihadının cinsiyet temelinde şekillenmesinin nedeni; çalışma yaşamında kadın erkek eşitliğine zarar veren uygulamaların varlığıdır.

3 Ibid, s. 23, 31.

4 Ibid, s. 26, 30.

5 Olumlu eylem, belirli tedbirler, tercihli muamele, pozitif veya tersine ayrımcılık ifadeleri de kullanılır.

İçtihadada yön vermiş üç önemli dava olan **Kalanke**⁶, **Marschall**⁷ ve **Abramsson**⁸ davalarında Divan, ayrımcı uygulamaların alınan belirli önlemlerle nasıl telafi edileceğini ve belirli önlemlerin hangi hallerde amacını aşarak istenmeyen bir eşitsizliğe yol açacağını tanımlamaktadır.

Kalanke davası, pozitif ayrımcılık adına tayin ve terfi başvurularında kadınlara öncelik sunan düzenlemeye ilişkindir. Kadınlar ilgili pozisyonda çalışanların yarısından azını teşkil ediyorsa *eksik temsil*⁹ kabul edilmektedir. Eşitsizliği önlemek adına eksik temsilin söz konusu olduğu durumlarda kadınlara öncelik verilmesi gerekmektedir. İş başvurusu başarısızlıkla sonuçlanan Bay Kalanke, cinsiyet temelinde ayrımcılığa uğradığı iddiasıyla önce iç hukuk yollarına başvurmuştur. Dava ABAD'a havale edilmiş ve 1976 tarihli yönergenin pozitif eylemle ilgili maddesi kapsamına girip girmediği sorulmuştur. İlgili madde, kadınların fırsat eşitliği hakkına zarar veren uygulamaları gidermek amacıyla alınan önlemlerin ayrımcılık yasağını ihlal etmediği yönündedir. ABAD, düzenlemenin fiili eşitsizlikleri azaltmaya yönelik olduğunu; başka bir ifadeyle, meşru bir amaca hizmet ettiğini kabul etmiştir¹⁰. Sonuç olarak; pozitif ayrımcılık, kadın ve erkeğin çalışma yaşamında eşit şartlarda rekabet edebilmelerini sağladığı sürece yasağın ihlali sayılmamaktadır. Ancak Divan kayıtsız bir öncelik hakkını, pozitif ayrımcılık kurumunun amacına uygun görmemektedir.

Marschall davası, yukarıdaki davayla mevzuat yönünden benzeşmektedir. Bay Marschall, başka bir kadın adayın tercih edilmesi sebebiyle ilgili pozisyona yerleştirilmemiştir. Somut olayda, “erkek ve kadın aday nitelikle-

-
- 6 Eckhard Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen, C - 450/93 (1995) ECR I - 3051, 17 Ekim 1995. Kararın İngilizce metni için bkz.; curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&jur=C,T,F&num=c%20-450/93&td=ALL (Erişim Tarihi: 19.11.2013)
 - 7 Hellmut Marschall v. Land Nordrhein - Westfalen, C - 409/95 (1997) ECR I - 6363, 11 Kasım 1997. Kararın İngilizce metni için bkz.; curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&jur=C,T,F&num=c%20-409/95&td=ALL (Erişim Tarihi: 22.11.2013)
 - 8 Katarina Abrahamsson - Leif Anderson v. Elisabet Fogelqvist, C - 407/98 (2000) ECR I - 5539, 6 Temmuz 2000. Kararın İngilizce metni için bkz.; curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&jur=C,T,F&num=c%20-407/98&td=ALL (Erişim Tarihi: 22.11.2013)
 - 9 İdil Işıl Gül - Ulaş Karan, **Ayrımcılık Yasağı Kavram/Hukuk/İzleme ve Belgeleme**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, Şubat 2011, s. 26.
 - 10 **Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı**, s. 39, 40.

ri bakımından eşitse ve erkek adayı öne çıkaracak başka bir özellik mevcut değilse, pozitif ayrımcılık gereği kadın lehine hareket edilmelidir” kuralı uygulanmıştır. İç hukuk aşaması tamamlandıktan sonra, dava ABAD’ın önüne gelmiş ve uygulanan kuralın Eşit Muamele Yönergesi’ne aykırı olup olmadığı sorulmuştur. Divan, erkek aday kendisi lehine sonuç doğuracak bir niteliğe sahipse ve kadın aday nesnel bir nedene dayanılarak eleniyorsa pozitif ayrımcılık kurumunun amacına hizmet ettiğine karar vermiştir¹¹.

Abrahamsson davası ise, yukarıdaki davalarda Divan tarafından yorumlanan öncelik ve nesnellik kurallarının her ikisini de içermektedir. ABAD kararına göre; eğer eksik temsil edilen bir cinsiyet varsa ve bu cinsiyetten olan kişi yeterli özelliklere sahipse öncelik hakkı saklıdır; ancak adaylar arasında nitelikleri bakımından denkliği erkek aday lehine ortadan kaldıracak derecede fark varsa, kadın adaya öncelik uygulanması eşitlik ilkesine zarar vermektedir¹².

ABAD içtihadında görüleceği üzere, kadın erkek arasındaki eşitsizliği kaldırmak ve zayıf olan kadın lehine denkliği sağlamak adına alınan önlemler, Divan tarafından pozitif ayrımcılık dâhilinde kabul edilmiştir. Başka bir ifadeyle, ayrımcılık yasağının istinası sayılmıştır. Ancak alınan önlemlerin sınırı aşması; eşitliği sağlamak yerine eşitsizliğe sebep olması durumunda Divan, amacına hizmet etmeyen önlemleri ayrımcılık yasağının ihlali kabul etmiştir.

Yukarıda sözü edilen, *nesnel bir nedene dayanarak davranma* kuralının neyi ifade ettiğini Divan, **Bilka**¹³ davasında açıklamıştır. Bu davada Divan, kadınların dolaylı ayrımcılığa uğradığına kanaat getirmiştir. Bilka işverendir ve hem kısmi (yarı) zamanlı hem de tam zamanlı statüde işçi çalıştırmaktadır. İşveren somut olayda, işyerindeki *emeklilik sigortasından yararlanma* hakkını kısmi zamanlı çalışanlara tanımamakta -belli bir süre tam zamanlı çalışmış olmaları şartını aramakta- sadece tam zamanlı çalışan-

11 Ibid, s. 40.

12 Ibid, s. 41.

13 Bilka - Kaufhaus GmbH v. Karin Weber von. Hantz, C - 170/84, 13 Mayıs 1986. curia.europa .eu/juris/liste.jsf?language=en&jur=C,T,F&nun=c-170/84&td=ALL (E.T. 9.11.2013)

lara tanımaktadır. Kısmi zamanlı çalışanların neredeyse tamamı kadındır. ABAD, işverenin haklı bir nedene dayanmaksızın böyle bir uygulama yapmasını ayrımcılık olarak görmektedir¹⁴. Ancak işveren ekonomik nedenlere dayanarak uygulamanın gerekliliğini iddia etmiş; Divan ise nesnel bir gereklilik olsa dahi, bunun eşit davranma ilkesini ihlal etmeyecek *orantılı/ölçülü* araçlarla sağlanmasına hükmetmiştir.

ABAD'ın benzer yönde karar verdiği diğer bir dava ise **Steinicke**¹⁵ davasıdır. Bu davanın konusu, kısmi zamanlı ve tam zamanlı çalışan işçilerin çalışma saatlerine göre değişen ücret almaları ve bu nedenle emekliliğe hak kazanma hususunda farklı muameleye tabi olmalarıdır. ABAD, somut olayda kısmi zamanlı çalıştırılan işçilerin çoğunun kadın olduğuna dikkat çekmektedir. Tam zamanlı çalışmak, daha kısa sürede emekliliğe hak kazanabilmenin şartıdır; işveren tüm işçilerin tam zamanlı çalışmasını teşvik etmek amacıyla uygulamanın hayata geçirildiğini savunmuştur¹⁶. Divan, kısmi zamanlı çalışan işçilerin *tamamına yakınının kadın olması nedeniyle* savunmanın nesnel bir gerekçe teşkil etmediğine, kadınların aleyhine sonuç doğuran bu uygulamanın *dolaylı ayrımcılık* olduğuna karar vermiştir.

Yukarıdaki davaların bir benzeri de **Jenkins**¹⁷ davasıdır. Somut olayda, tıpkı Bilka ve Steinicke davalarında olduğu gibi kısmi ve tam zamanlı çalışma söz konusudur. Her iki işçi grubunun farklı ücretle çalışması durumu, işveren ekonomik temelli gerekçelerle açıklamış; Divan ise kadınların ağırlıklı olarak kısmi zamanlı çalışmaları sebebiyle işverenin kadınlara dolaylı yoldan ayrımcılık uyguladığına karar vermiştir¹⁸. ABAD bu ve benzer kararlarında önceleri işverenin ayrımcılık yapma yönünde kastını aramışsa

14 Gözde Kaya, **Avrupa Birliği İş Hukuku'nda Cinsiyet Ayrımcılığı**, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Avrupa Birliği Anabilim Dalı Avrupa Çalışmaları Programı Doktora Tezi, Avrupa Birliği Bakanlığı Akademik Araştırmalar Serisi - 1, 2012, s. 110, 111.

15 Erika Steinicke v. Bundesanstalt für Arbeit, C - 77/02, 11 Eylül 2003. [curia.europa .eu/juris/liste.jsf?language=en&jur=C,T,F&nun=c-77/02&td=ALL](http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&jur=C,T,F&nun=c-77/02&td=ALL) (E.T. 10.11.2013)_

16 Gonca Aydınöz, **Avrupa Birliği Direktifleri ile ATAD Kararları Çerçevesinde Ayrımcılık Yasası ve Ayrımcılığın İspatı**, Çalışma ve Toplum, 2009/3, s. 179, 180, 188.

17 J. P. Jenkins v. Kingsgate, C - 96/8, 31 Mart 1981. curia.europa .eu/juris/liste.jsf?language=en&jur=C,T,F&nun=c-96/8&td=ALL (E.T. 11.11.2013)

18 Gözde Kaya, **Avrupa Birliği İş Hukuku'nda Cinsiyet Ayrımcılığı**, s. 109,110,111.

da, daha sonra bundan vazgeçerek işverenin niyetinin önemli olmadığına kanaat getirmiştir.

ABAD, *Jonkman*¹⁹ davasında ekonomik temelli gerekçelere dayanılarak sosyal güvenlikten yararlanma hususunda hava limanında çalışan kadın personele (hostes) ayrımcılık yapıldığını belirterek yerleşik içtihadını sürdürmüştür²⁰.

ABAD, cinsiyet temelinde ayrımcılığın sadece dolaylı değil doğrudan gerçekleştiğine de hükmetmiştir. *Defrenne*²¹ davasında, aynı işi yaptıkları halde kadın işçinin erkek işçiden daha az ücret almasının tipik bir cinsiyet ayrımcılığı örneği olduğunu belirtmiştir²².

Cinsiyet ayrımcılığında istisna kabul edilen bazı durumlar söz konusudur ki, bunlar özel şartlar aranan mesleklere ilişkin durumlardır. Mesleğin niteliği bakımından erkek veya kadın olmak gereklilik arz ediyorsa, o işte sadece erkek veya kadın işçi çalıştırmak ayrımcılık yasağının ihlali değildir. *Commission - Federal Republic of Germany*²³ davasında ABAD istisna sayılan bazı meslekleri saymakla birlikte, herhangi bir liste oluşturmamış; başka bir ifadeyle, sınırlama getirmeyerek somut olayın dinamiklerine göre hareket edilmesine olanak tanımıştır²⁴. *Commission - French Republic*²⁵ davasında Divan, erkek hapisanelerinde istihdam edilmek üzere işe alınacak çalışanların sadece erkek, kadın hapisanelerinde çalışacaklarınsa sadece kadın olmasını ayrımcılık yasağının ihlali saymamıştır²⁶.

19 Office National des pensions v. Emilienne Jonkman, C - 231/06, 21 Haziran 2007. curia.europa .eu/ juris/liste.jsf?language=en&jur=C,T,F&nun=c-231/06&td=ALL (E.T. 23.11.2013)

20 Gonca Aydınöz, **Avrupa Birliği Direktifleri ile ATAD Kararları Çerçevesinde Ayrımcılık Yasası ve Ayrımcılığın İspatı**, s. 187.

21 Gabrielle Defrenne v. Sabena. C - 43/75, 8 Nisan 1976. curia.europa .eu/ juris/liste. jsf?language=en&jur=C,T,F&nun=c-43/75&td=ALL (E.T. 28.11.2013)

22 Kübra Doğan Yenisey, **Kadın Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukuku'nun Avrupa Birliği Hukuku ile Olası Uyum Sorunları**, Kamu - İş, C: 6, S: 4/2002, s. 21.

23 Commission of the Europa Communities v. Federal Republic of Germany, C - 248/83, 21 Mayıs 1985. curia.europa .eu/ juris/liste.jsf?language=en&jur=C,T,F&nun=c-248/83&td=ALL (E.T. 5.12.2013)

24 **Avrupa Ayrımcılık Yasası Hukuku El Kitabı**, s. 46.

25 Commission of the Europa Communities v. French Republic, C - 318/86, 30 Haziran 1988. curia. europa .eu/ juris/liste.jsf?language=en&jur=C,T,F&nun=c-318/86&td=ALL (E.T. 9.12.2013)

26 Ibid, s. 47.

Kuzey İrlanda'da kadınlar için polis olmanın tehlikeli görülmesi sebebiyle meslekte tercih edilmemeleri üzerine açılan **Johnston**²⁷ davasında Divan, aynı tehlikenin mesleği icra eden erkekler için de mevcut olduğuna; kadınların ancak cinsiyete özgü biyolojik nedenlerle (hamilelik vb.) eşit davranma ilkesinden ayrık tutulabileceğine hükmetmiştir²⁸. Kadınlara özgü biyolojik nedenlerle işe kabul edilmeme söz konusu ise, geçici olan durum sona erdiğinde işe dönüş sağlanmazsa ayrımcılık yasağı ihlal edilmiş olacaktır. Hamile olan hemşire adayı tarafından açılan **Mahlburg**²⁹ davasında Divan, hamile bir kadının kendisi ve çocuğu için tehlike arz eden görevlerden uzak tutulabileceğine, ancak tamamen istihdamdan uzaklaştırılmayacağına karar vermiştir³⁰. Görüleceği üzere ABAD, mesleğe özgü gerekliliğin söz konusu olmadığı hallerde kadınların salt kadın olmaları sebebiyle işe kabul edilmemelerini *cinsiyet temelinde ayrımcılık* olarak nitelemektedir.

ABAD, cinsiyet temelinde ayrımcılık yasağına ilişkin davalarda genel ispat kuralının aksine ayrımcılığa uğrayan; başka bir ifadeyle, iddia sahibi olan kişi lehine ispat yükünü yer değiştiren bir içtihat oluşturmuştur. Kural olarak, iddia sahibi iddiasını ispatla yükümlüyken, ayrımcılığa uğradığını iddia eden kişi bu kuralın istisnasıdır. Divan, Danfoss kararıyla uygulamaya başladığı ispat kuralını, takip eden kararlarında da uygulayarak içtihat haline getirmiştir³¹. Buradaki amaç; iddia eden tarafın ayrımcılık sayılan eylem veya işlemleri kanıtlayacak ispat araçlarına ulaşmasının ya çok güç ya da imkânsız olması nedeniyle, dava açmaktan kaçınmasını önlemektir.

ABAD tarafından geliştirilen ayrımcılık yasağının ihlaline ilişkin kurallar, Divan önüne gelecek yeni davalarda da, içtihat değişikliğine gidilmediği sürece uygulama alanı bulacaktır. Bu nedenle, 2012 yılına ait bir kararı inceleyerek önceki kararlarla karşılaştırmak, Divan'ın cinsiyet ayrımcılığına dair güncel yorumunu anlamak bakımından önem taşımaktadır.

27 Johnston - Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, C - 222/84, 1986, curia.europa .eu/juris/liste.jsf?language=en&jur=C,T,F&nun=c-222/84&td=ALL (E.T. 9.12.2013)

28 Ibid, s. 47.

29 Silke - Karin Mahlburg v. Land Mecklenburg Vorpommern, C - 207/98, 3 Şubat 2000. curia.europa .eu/juris/liste.jsf?language=en&jur=C,T,F&nun=c-207/98&td=ALL (E.T. 12.12.2013)

30 Ibid, s. 48.

31 Gonca Aydınöz, **Avrupa Birliği Direktifleri ile ATAD Kararları Çerçevesinde Ayrımcılık Yasağı ve Ayrımcılığın İspatı**, s. 173, 174.

III) ABAD KARARININ İNCELENMESİ

AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANI

Karar Tarihi: 19.04.2012

Karar Sayısı: C - 415/10

Olayın Özeti:

Ayrımcılığa uğradığı iddiasıyla dava açan Galina Meister, 7 Eylül 1961 doğumlu bir Rus vatandaşıdır. Rusya'da sistem mühendisliği üzerine uzmanlaşarak bu alanda diploma almaya hak kazanmıştır. Meister'in diploması Alman makamları tarafından, Almanya'daki üniversitelerin verdiği diplomaya eşdeğer görülmüş, başka bir ifadeyle diploma denkliği almıştır. Speech Design adlı bir şirketin iş ilanı üzerine Meister, 5 Ekim 2006'da ilgili ilandaki iş için başvuruda bulunmuştur. İlane göre; yazılım alanında uzmanlaşmış, tecrübe sahibi bir personel işe alınacaktır. Meister aranan şartları taşıdığı düşüncesiyle yaptığı başvurunun mülakatına çağırılmamış ve hemen ardından başvurusu 11 Ekim 2006'da reddedilmiştir. Aynı şirket, aynı koşullarla yeni bir personel alacağını duyurmuştur. Bunun üzerine Meister 19 Ekim 2006'da yeniden başvuru yapmış, ancak mülakata çağırılmadan ikinci başvurusu da reddedilmiştir.

Meister etnisite, yaş ve cinsiyet temelinde ayrımcılığa uğradığı düşüncesiyle dava açmış, şirketin ayrımcılık yasağını ihlal ettiği yönünde karar verilmesini istemiştir. İlk derece İş Mahkemesi davacının ayrımcılığa uğradığına dair yeterli delil gösterememesi üzerine davayı reddetmiştir. Bir üst derece mahkemesi olan Eyalet İş Mahkemesi de, aynı gerekçeyle davanın reddine karar vermiştir. Federal İş Mahkemesi ise, davacının mülakata çağırılmamasını aleyhe bir davranış kabul etse de, ayrımcılık olup olmadığına ilişkin kesin bir kanaat oluşturamadığından, Avrupa Birliği Hukuku'nun yeknesak uygulanması adına ABAD'a şu soruları yöneltmiştir:

Davacı, istenilen koşulları taşıdığı halde işe alınmamışsa, işe alınmamasının ve yerine işe alınan kişinin hangi niteliğine istinaden tercih edil-

diğinin sebebini davalı taraftan sorma hakkına sahip midir?

Davacının talep ettiği bilgilerin davalı tarafından verilmesi yönünde yasal dayanak mevcut mudur; mevcutsa yapılan muamele ayrımcılık ya-sağının iblali midir?

ABAD, “Avrupa Birliği Hukuku’nda, işe alınmayan başvuruçunun, yerine işe alınan kişinin hangi niteliğine istinaden işe alındığını işveren den öğrenme hakkı olduğuna dair herhangi bir düzenleme mevcut değildir” diyerek ilk soruya *hayır* cevabı vermiştir. Ancak Divan, işverenin bilgi vermesi kural olmasa dahi, bu durumun ayrımcılığa sebebiyet vermeyeceği yönün-de kesin bir hüküm kurulamayacağına; davaya bakan mahkemelerin somut olayın dinamiklerine göre ayrımcılığın gerçekleşip gerçekleşmediğine iliş-kin gerekli incelemeyi yaparak karar vermesi gerektiğine hükmetmiştir. Divan ilk soruya *hayır* cevabı vermekle birlikte, ayrımcılık yapılmış olması ihtimalini göz önünde tuttuğundan ikinci soruya *evet* dediği kabul edilebil-mektedir.

Kararın Tahlili³²:

Divan ilk soruyu cevaplandırırken 29 Haziran 2000 tarihli Irk Eşitliği Yönergesi, 27 Kasım 2000 tarihli İstihdamda Eşitlik Yönergesi ve 5 Temmuz 2006 tarihli istihdam ve çalışma şartlarında kadın ve erkek işçilere eşit dav-ranma ve eşit fırsatlar tanıma yönergesine başvurmuştur. Ayrımcılık yasa-ğında ispat yükü genel kuralın tersinedir; başka bir ifadeyle, iddiayı ispatla-yacak olan taraf davacı değil davalıdır. Yukarıda belirttiğimiz üç yönerge-nin ispat yüküne ilişkin maddeleri, bu kurala paralel düzenlenmiştir. Ancak Divan, somut olayda ispat yükünü yer değiştirecek durumun oluşmaması sebebiyle işverenin bilgi vermesini yükümlülük olarak görmemiştir. Divan, **Kelly**³³ davasında geliştirdiği içtihatla bu kanaate varmıştır. Bu davada Bay

32 Galina Meister v. Speech Design, C - 415/10, 19 Nisan 2012. curia.europa.eu/juris/document/do-cument.jsf?text=&docid=121741&pageIndex=0&doclang=EN&modeIst&dir=&occ=first&part=1&c-id=340561.

33 Patrick Kelly contre National University of Ireland, C - 104/10, 2011. curia.europa.eu/juris/docu-ment/document.jsf?text=&docid=107927&pageIndex=0&doclang=EN&modeIst&dir=&occ=first&pa-rt=1&cid=340911.

Kelly öğrenim görmek istediği üniversiteye başvuru yapmış; ancak başvurusu kabul edilmeyince cinsiyet temelinde ayrımcılığa uğradığı iddiasıyla dava açmıştır.

ABAD'ın bu davalardaki görüşü; ayrımcılığa uğradığı olasılığının kuvvetle muhtemel olduğunun davacı tarafından ileri sürülebilmesi yönündedir. Divan, davacının iddiasına göre ayrımcılık olabileceği ihtimalini kabul ederse, davalıdan ayrımcılık olmadığını ispat etmesini talep edecektir. Başka bir ifadeyle, ispat yükü davalıdadır; ancak bu safhaya geçilebilmesi için en azından ayrımcılığın ihtimal dâhilinde de olsa gerçekleşebileceğine kanaat getirmek gerekmektedir.

ABAD'ın ikinci soruya verdiği cevaptan anlaşılacağı üzere; Divan ayrımcılığın tespitinde somut olayın kendine özgü şartlarına önem vermekte, bu nedenle ayrımcılığın tespit edilmesini üye ülke mahkemelerine -somut olaya ilişkin yeterli delilin bu mahkeme önünde olması sebebiyle- bırakmıştır. Divan'ın amacı; karar vermektен imtina etmek değil, düzenlemeler bakımından ayrımcılık yasağı ihlali sayılmasa dahi, bilgi verilmemiş olmasının ayrımcılığa yol açıp açmadığına dair gerekli incelemenin davanın önüne geldiği mahkeme tarafından yapılmasını sağlamaktır.

SONUÇ YERİNE

Ayrımcılık yasağı hukuku, salt mevzuat yoluyla değil, yoruma gereksinim duyulan hususlarda ABAD kararlarıyla desteklenerek gelişmektedir. Yönergelere özel bir önem atfeden Divan, oluşturduğu içtihat eliyle yönergelerin iç hukuklardaki etkisini arttırmakta; cinsiyet temelinde ayrımcılık yasağının sadece Birlik mekânında değil, üye ülkelerin hukuk alanlarında da Birlik hukukuna paralel gelişmesini sağlamaktadır.

Yukarıdaki davalardan anlaşılacağı üzere, ayrımcılık yasağının koruma alanının genişlemesi bağlamında içtihadi kaynağı oluşturan ABAD kararları hayatiyet arz etmektedir. Zira ABAD, yasağın ihlali sebebiyle önüne gelen davalarda mevzuatın görünümlerinden biri olan yönergeleri de en az anlaşmalar kadar uygulanabilir kılmaktadır. Yönergeler uygulanabilirliği açı-

sından antlaşmalardan ayrılmakla birlikte, üye devletlerin yönergeleri uygulamama yönünde takdir yetkisi bulunmamaktadır. Yönergeler kural olarak doğrudan uygulanabilme gücüne sahip değildir, üye devletlerin herhangi bir işlemi veya onayı olmadan doğrudan geçerlilik kazanmaz. Başka bir ifadeyle, yayımlandığı an kendiliğinden yürürlüğe girmez; üye devletlerin verilen süre içerisinde iç hukuklarına aktarmaları sonucu *doğrudan etkili*³⁴ gücü kazanır. Bu süre içerisinde iç hukuka aktarılmayan yönerge, ABAD içtihadı gereği *doğrudan etkili* sayılır. Doğrudan etkili sayılmasının önemi; yönerge hükümlerinin Birlik vatandaşları tarafından dava henüz ABAD önüne gelmeden, ulusal mahkemelerde de ileri sürülebilecek olmasıdır³⁵.

Görüldüğü üzere ABAD, önüne gelen davalarda yönergelere sıklıkla başvurmakta; özellikle ayrımcılık yasağına ilişkin yönerge yoluyla düzenlemelerin sayıca çokluğu sebebiyle, bu husustaki ihlallerde yönergelere yaptığı atıfları arttırmaktadır.

KAYNAKÇA

Ahmet M. Güneş, **Avrupa Birliği Yönergelerinin Doğrudan Etkisi**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 58, S. 2, 2009.

Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı, Avrupa Konseyi/Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı, Haziran 2010.

Gonca Aydınöz, **Avrupa Birliği Direktifleri ile ATAD Kararları Çerçevesinde Ayrımcılık Yasağı ve Ayrımcılığın İspatı**, Çalışma ve Toplum, 2009/3.

Gözde Kaya, **Avrupa Birliği İş Hukuku'nda Cinsiyet Ayrımcılığı**, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Avrupa Birliği Anabilim Dalı Avrupa Çalışmaları Programı Doktora Tezi, Avrupa Birliği Bakanlığı Akademik Araştırmalar Serisi - 1, 2012.

İdil Işıl Gül - Ulaş Karan, **Ayrımcılık Yasağı Kavram/Hukuk/İzleme ve Belgeleme**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, Şubat 2011.

34 ABAD 1986'dan beri istikrarla *doğrudan etkili* kavramını kullanmaktadır.

35 Ahmet M. Güneş, **Avrupa Birliği Yönergelerinin Doğrudan Etkisi**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 58, S. 2, 2009, s. 288, 289, 290.

Kübra Doğan Yenisey, **Kadın Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukuku'nun Avrupa Birliği Hukuku ile Olası Uyum Sorunları**, Kamu - İş, C: 6, S: 4/2002.

KARAR LİSTESİ

- Bilka - Kaufhaus GmbH v. Karin Weber von. Hantz, C - 170/84, 13 Mayıs 1986.
- Commission of the Europa Communities v. Federal Republic of Germany, C - 248/83, 21 Mayıs 1985.
- Commission of the Europa Communities v. French Republic, C - 318/86, 30 Haziran 1988.
- Eckhard Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen, C - 450/93 (1995) ECR I - 3051, 17 Ekim 1995.
- Erika Steinicke v. Bundesanstalt für Arbeit, C - 77/02, 11 Eylül 2003.
- Gabrielle Defrenne v. Sabena. C - 43/75, 8 Nisan 1976.
- Galina Meister v. Speech Design, C - 415/10, 19 Nisan 2012.
- Hellmut Marschall v. Land Nordrhein - Westfalen, C - 409/95 (1997) ECR I - 6363, 11 Kasım 1997.
- J. P. Jenkins v. Kingsgate, C - 96/8, 31 Mart 1981.
- Johnston - Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, C - 222/84, 1986.
- Katarina Abrahamsson - Leif Anderson v. Elisabet Fogelqvist, C - 407/98 (2000) ECR I - 5539, 6 Temmuz 2000.
- Office National des pensions v. Emilienne Jonkman, C - 231/06, 21 Haziran 2007.
- Patrick Kelly contre National University of Ireland, C - 104/10, 2011.
- Silke - Karin Mahlburg v. Land Mecklenburg Vorpommern, C - 207/98, 3 Şubat 2000.

ÇALIŞMA YAŞAMINDA TOPLUMSAL CİNSİYET EŞİTLİĞİ

Av. Seda ÖZKAN*

GİRİŞ

Eşitlik ve ayrımcılık kavramları sadece insan hakları hukukunda değil, hemen hemen her hukuk dalında ilgili düzenlemeler vasıtasıyla varlığını göstermektedir. Nitekim İş Hukuku bakımından eşitlik ve ayrımcılık kavramları, çalışma yaşamına ilişkin haklardan eşit şekilde yararlanılamaması sebebiyle kadın ve erkek çalışanlar arasında ortaya çıkan eşitsizlik dikkate alındığında daha önemli bir konuma sahiptir.

İş Hukuku alanında ayrımcılığı yasaklayan -özellikle cinsiyete dayalı ayrımcılık- düzenlemelerle başlayan gelişme süreci; eşitlik anlayışının, toplumsal cinsiyet eşitliği ve fırsat eşitliği paralelinde evrilmesiyle ivme kazanmıştır.

Çalışma yaşamına ilişkin Avrupa Birliği (AB/Birlik)¹ düzenlemeleri doğrultusunda kadın erkek eşitliği ve cinsiyete dayalı ayrımcılık konularını işlediğimiz çalışmamızın birinci bölümünde eşitlik ilkesi, ayrımcılık yasağı ve bu kavramlara ait türev alt kavramlar ele alınmış, ikinci bölümünde AB dâhilinde hayata geçirilen ayrımcılık karşıtı düzenlemelere ve bu düzenlemelerin Türk İş Hukuku'na yansımalarına yer verilmiş, son olarak üçüncü bölümünde Uluslararası Çalışma Örgütü sözleşmelerinde ayrımcılık yasağı incelenmiştir.

* Marmara Üniversitesi S.B.E. Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi

1 Çalışmanın devamında AB veya Birlik kısaltması kullanılacaktır.

I. EŞİTLİK İLKESİ ve TÜREV KAVRAMLARI

A. GENEL OLARAK

Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı kavramları hem evrensel hukuk metinlerinde hem de öğretilerde birlikte ele alınarak açıklanmaya çalışılmıştır. Her ne kadar öğretilerde her iki kavramın kendilerine özgü alanlara sahip olduğu kabul edilse bile, son tahlilde görüşlerin çoğunluğu bu iki kavramı “*birbirinin pozitif ve negatif görünümü*” olarak kabul etmektedir. İnsan haklarının kullanımı ve bu haklardan yararlanma bakımından her iki kavramın “*bölünmez*” ve “*bütünsel*” bir ilişki içinde olması, onlara atfedilen “*siyam ikizleri*” nitelemesini doğrulamaktadır².

B. CİNSİYET ve EŞİTLİK İLİŞKİSİ

Eşitlik ve ayrımcılık yasağı kavramlarının değerlendirilmesine geçmeden önce, kadın erkek eşitliği bakımından daha önemli olan toplumsal cinsiyet kavramına değinmek gerekmektedir. **Cinsiyet**; bir bireyin *kadın ya da erkek olarak doğması nedeniyle doğuştan sahip olduğu* biyolojik, genetik, fizyolojik ve psikolojik niteliklerdir. **Toplumsal cinsiyet** ise; kadın ve erkeğin, dolayısıyla kadınlık ve erkekliğin *toplumsal kültür bakımından* ifade edilmesidir³. Bu bağlamda, kadınlık ve erkeklik; toplumsal ilişkilerden ortaya çıkan cinsiyet farklılıklarının *kadına ve erkeğe atfedilmesi* ve onlar tarafından yüklenilmesidir.

Toplumsal cinsiyet eşitliği; kadınlar ve erkekler bakımından *fırsat eşitliğinin sağlanması* ve eşitlik anlayışının tüm sosyal politikalara yansıtılarak hukuk düzeni tarafından tanınmasıdır. *Fırsat eşitliği* kavramıyla ifade edilmek istenilen eşitlik anlayışı; kadının ve erkeğin doğuştan sahip olduğu nitelikleri nedeniyle aynı olması değil, toplumsal konumları bakımından

2 Mesut Gülmez, “İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler”, Çalışma ve Toplum 2010/2, s. 219, 221.

3 **Türkiye’de Çalışma Hayatında Toplumsal Cinsiyet Eşitliğine Açılan Kapılar**, s. 7. http://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Publikationen/a801-gleichberechtigung-geschlechter-tuerkisch.pdf?__blob=publicationFile (Erişim Tarihi: 16.03.2014)

eşit değerde olması ve eşit şekilde muamele görmesidir⁴. Toplumsal cinsiyet eşitliği, kadının ve erkeğin toplumsal yaşamın her alanında eşit pay sahibi olmasını, tüm hak ve olanaklardan eşit şekilde yararlanmasını amaçlamaktadır. Başka bir ifadeyle, kadına ve erkeğe dair kalıplaşmış önyargıların aşılması ve her türlü imkân bakımından eşit katılımın hedeflenmesi, toplumsal cinsiyet eşitliğini sağlayacak öncülleri oluşturmaktadır.

Toplumsal cinsiyet eşitliği, hem kadının hem de erkeğin **insan olarak eşit** olduğunu kabul etmektedir. Nitekim toplumdaki kalıplaşmış önyargılar sadece kadınlara değil, erkeklere de atfedilmektedir. Bu bakımdan toplumsal cinsiyet eşitliği *salt kadın hakkı* değil, **insan hakkı**⁵ olarak görülmektedir.

C. ŞEKLİ ve MADDİ EŞİTLİK AYRIMI

Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı insan hakları hukuku bakımından birbirini tamamlayan eş zamanlı bir gelişme göstermekle birlikte, eşitlik ilkesinin pozitif hukuk metinlerindeki ilk görünümü 18. yüzyıl sonunda Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nin 1. maddesinde vücut bulmuştur⁶. Ayrımcılık yasağına ilişkin belirgin bir tanımlama yapmaksa mümkün değildir. Ayrımcılığı yasaklayan uluslararası sözleşmelerin sayıca çokluğuna rağmen, bu sözleşmelerde ayrımcılığın ne olduğuna dair hukuki tanım veren herhangi bir madde yer almamıştır. Başta Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'nin 14. maddesi olmak üzere; Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 2. maddesi; Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 2. maddesi; Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1. maddesi; Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı'nın 2. maddesi ayrımcılık yasağının düzenlendiği maddelerdendir. Ayrımcılıkla ilgili sözleşmeler yukarıda sayılanlarla sınırlı değildir. Bu düzenlemeler ve diğer uluslararası sözleşmelerin (protokoller dâhil) ortak

4 Ibid, s. 7, 8.

5 Ibid, s. 6.

6 Ulaş Karan, “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı: Hukuksal Çerçeve”, Ayrımcılık: Çok Boyutlu Yaklaşımlar, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyoloji ve Eğitim Çalışmaları Birimi (seçbir), s. 3, www.secbir.org (Erişim Tarihi: 16.03.2014).

özellikleri; taraf devletleri kendi ülkelerinde yaşayan ve yetkileri altında bulunan herkese ırk, köken, renk, dil, din, cinsiyet, siyasi veya felsefi fikirler vb. statüler bakımından hiçbir ayırım gözetmeksizin ilgili sözleşmelerdeki hakları sağlamak ve bu haklara saygı göstermekle yükümlü kılmasıdır⁷.

Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının evrilmesi sonucu her iki kavram bakımından bazı alt kavramlar pozitif hukuka girmiş, şekli ve maddi eşitlik ayrımı ise ortak alanı oluşturmuştur. Bu nedenle, ayrımcılık yasağının doğru bir şekilde anlaşılabilmesi adına eşitlik ilkesiyle birlikte açıklanması gerekmektedir. Ancak ayrımcılık yasağının eşitlik ilkesiyle birlikte açıklanması çoğu kez aynı anlamı karşıladıkları düşüncesine yol açmış ve yukarıda belirtildiği üzere, öğretilerde farklı görüşlerin doğmasına sebep olmuştur. Eşitlik ilkesinin ayrımcılık yasağı bakımından önem taşıyan görünümü; şekli ve maddi eşitlik ayrımıdır. Şekli anlamda eşitlik; eşit durumda olanların eşit görülmesini ve ayrımcılık yapılmadıkça mevcut durumun korunmasını eşitliğin varlığı için yeterli saymaktadır. Bu nedenle doğrudan ayrımcılığın yasaklanması yeter şart kabul edilmektedir. Maddi anlamda eşitlik ise; **“eşitlik”** ile **“aynılık”** kavramlarının birbirinden farklı olduğunu göz önüne alarak her bir bireyi içinde bulunduğu şartlar ile değerlendirmekte; başka bir ifadeyle, dolaylı ayrımcılığın da önlenmesini gerçek eşitlik saymaktadır⁸.

D. AYRIMCILIK YASAĞI ve TÜRLERİ

Eşitlik ilkesinin alt ayrımı olan *şekli ve maddi anlamda eşitlik* anlayışları, doğrudan ve dolaylı ayrımcılık türlerinin uluslararası ayrımcılık yasağı kapsamında başat kavramlar olmalarını sağlamıştır. Bu iki kavram ayrımcılığın temel sınıflandırmasını oluşturmaktadır. Ayrımcılık yapılmasının yasaklandığı din, dil, ırk, cinsiyet, cinsel yönelim, siyasi veya felsefi düşünce vb. sebeplerin bir veya birkaçından kaynaklanarak, bir kişi veya grubun insan hak ve özgürlüklerinden aynı, denk veya benzer statüde olduğu diğer kişi

7 İdil Işıl Gül - Ulaş Karan, **Ayrımcılık Yasağı Eğitim Rehberi**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, Şubat 2011, s. 7.

8 Ibid, s. 5, 6, 7.

veya gruplarla eşit şekilde yaralanmasını⁹ ve bunları kullanmasını kısmen veya tamamen önlemeyi amaçlayan ve bu kişi veya gruplar açısından diğerlerine göre daha olumsuz sonuçlar veya bu sonucu doğuracak ihtimaller yaratan¹⁰ her türlü dışlama, tercihe zorlama, fark yaratma, sınırlama davranışları **“doğrudan ayrımcılık”** olarak adlandırılmaktadır¹¹.

Görünüşte herkes için tarafsız ve yine herkes için aynı şekilde geçerli olan, buna rağmen bazı kişi veya gruplar bakımından diğerlerine göre farklı sonuçlar doğuran veya daha fazla olumsuz etkiler yaratan yasal düzenleme ve buna dayanan uygulama ve tedbirler **“dolaylı ayrımcılık”** olarak kabul edilmektedir¹². Bu türde ayrımcı muamele görünür değil, örtüldür.

Ayrımcılığa sebep olan düzenleme -meşru bir sebebe dayanmamak kaydıyla- görünüşte tarafsız olsa da, uygulamada haksız sonuçlar doğuruyor veya haksız sonuçlar doğurma ihtimalini taşıyorsa, burada aşikâr olmasa bile ayrımcılık olmadığı söylenemez.

Görüleceği üzere, gerçek bir eşitliğin sağlanabilmesi için sadece şekli eşitlik değil maddi eşitlik de gözetilmeli; doğrudan ayrımcılıkla birlikte dolaylı ayrımcılığın da varlığı kabul edilmelidir. Ancak ayrımcılık temelde bu iki tür üzerine biçimlenmiş olmakla birlikte, bunlarla sınırlı değildir. Dolayısıyla ayrımcılık, taciz, mağdurlaştırma, ayrımcılık talimatı, makul uyumlaştırma ve çoklu temelde ayrımcılık uluslararası alanda kabul edilmiş ayrımcılık türleridir.

Dolayısıyla ayrımcılık (bir kişinin bir özelliği ile ilgili olarak o kişi ile bağlantılı bir başka kişinin ayrımcılığa uğraması durumu)¹³; bir kimsenin

9 Evelyn Ellis, **EU Anti - Discrimination Law**, Oxford University Press, New York, 2005, s. 88.

10 İdil Işıl Gül, **“Fiziksel Engellilerin Uluslararası Hukukta Korunması ve Uluslararası Standartların İç Hukuka Yansımaları”**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2006, s. 201.

11 İdil Işıl Gül - Ulaş Karan, **Ayrımcılık Yasağı Kavram/Hukuk/İzleme ve Belgeleme**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, Şubat 2011, s. 14.

12 Ibid, s. 15.

13 Ulaş Karan, **Avrupa Birliği Ülkelerinde Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik Kurumları**, İnsan Hakları Ortak Platformu, Ankara, Kasım 2009, s. 18.

doğrudan kendi nitelikleri sebebiyle değil, ancak kendisiyle bağlantılı bir başka kimsenin nitelikleri dolayısıyla ayrımcılığa maruz kalmasıdır¹⁴. Burada yakınlık ilişkisinin derecesi tanımlanmamakla birlikte, somut olaylardan çıkarılacak sonuç gereği; özellikle kişinin eşi, çocuğu, kardeşi veya ebeveynleri sebebiyle uğradığı ayrımcılık ön plandadır.

Yaş, cinsiyet, cinsel tercih, engelli olma durumu, ırk, kültürel veya etnik köken, din, inanç, inançsızlık hali, siyasi veya felsefi eğilim vb. kişinin doğuştan getirdiği özellikleri ya da yaşarken yaptığı seçimleri sebebiyle maruz kaldığı her türlü onur kırıcı, saldırgan, aşağılayan, küçük düşüren, gözdağı veren, korkutan, düşmanlık besleyen söz veya davranışlar **taciz** olarak nitelendirilmektedir¹⁵. Son yıllarda -özellikle iş hukuku bağlamında- karşılaştığımız “**mobbing**” ise, kavram olarak taciz ile aynı anlama gelmese de, birbirleriyle ilişkili olmaları ve bazı durumlarda eş zamanlı meydana gelmeleri söz konusudur. Genellikle benzer amaçlarla gerçekleştirilen taciz ve mobbing arasındaki temel fark; mobbingin sistematik bir biçimde sürdürülerek hedef alınan kişinin ortamdaki tamamen uzaklaştırılmasını sağlamasıdır. Bu nedenle her tacizin, mobbing seviyesine ulaşmış olması beklenemez¹⁶.

Bir kimsenin ayrımcılığa uğradığı gerekçesiyle şikâyette bulunması ya da bir başka kimsenin şikâyette bulunan kişiye destek vermesi sebebiyle maruz kaldığı her türlü ayrımcı muamele veya kötü davranış **mağdurlaştırma** olarak tanımlanmaktadır¹⁷.

Bir kimsenin kendi nam veya hesabına eylem ve işlemlerde bulunmaya yetkili kıldığı kişilere ya da bir kamu görevlisinin bir kamu görevinin icrasıyla ilgili olarak emri altındakilere verdiği ayrımcılık yapılması yönündeki talimatlar **ayrımcılık talimatı**¹⁸ olarak adlandırılmaktadır¹⁹.

14 İdil Işıl Gül - Ulaş Karan, **Ayrımcılık Yasası Eğitim Rehberi**, s. 10.

15 Ibid., s. 11.

16 İdil Işıl Gül, “**Hukukta Ayrımcılık Yasası**”, *Ayrımcılık: Çok Boyutlu Yaklaşımlar*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyoloji ve Eğitim Çalışmaları Birimi (seçbir), s. 9, www.secbir.org (Erişim Tarihi: 18.03.2014).

17 Ulaş Karan, **Avrupa Birliği Ülkelerinde Ayrımcılık Yasası ve Eşitlik Kurumları**, s. 12.

18 *Ayrımcılık emretme veya ayrımcılık emri verme* ifadeleri de kullanılır.

19 Levent Korkut, **Ayrımcılık Karşısı Hukuk**, İnsan Hakları Gündemi Derneği, 1. Baskı, Ankara, Şubat 2009, s. 47.

Makul uyumlaştırma²⁰; herhangi bir kişi veya kuruluşun, bir düzenleme veya uygulama sebebiyle, bireylerin maruz kalabileceği engel, yaş, cinsiyet, inanç vb. temellere dayanan olumsuz durumları ortadan kaldırmak amacıyla gereken tedbirleri almasıdır²¹. **İlgili tedbirlerin alınmaması, alınmasının reddedilmesi (makul uyumlaştırma yapmama) ayrımcılık teşkil etmektedir.** Buradaki gaye; engel, yaş, cinsiyet, inanç vb. temellere dayanılarak ayrımcılığa uğrayan bireylerin, sahip oldukları hak ve özgürlükleri, diğer bireylerle eşit şekilde kullanabilmesi ve bunlardan tam olarak yararlanabilmesidir. Ayrımcılık yasağının meşru istisnası kabul edilen, *pozitif ayrımcılık*²² olarak da adlandırığımız *geçici özel önlem*; geçmişten günümüze değin süren ve bir tarafın aleyhine olan durumu, lehe çevirmek amacıyla uygulanan telafi edici nitelikteki belirli önleyici tedbirlerdir. Başka bir ifadeyle, *makul uyumlaştırma*; tüm bireylerin hak ve özgürlüklerden eşit şekilde yararlanmasını amaçlarken, *geçici özel önlem*; ayrımcılığa uğrayan taraf lehine tercihli muamele yaparak daha elverişli bir durum sağlamayı hedeflemektedir²³. Görüleceği üzere, her iki kavram birbirinden farklı, karıştırılmaması gereken tanımlamaları ifade etmektedir.

Yukarıda anlatılan hallerde ayrımcılık tek sebep üzerinden meydana gelirken, birden çok sebebe dayanarak meydana gelen ayrımcılık **çoklu temelde ayrımcılık**²⁴ olarak ifade edilmektedir²⁵.

II. TÜRK İŞ HUKUKU'NDA AYRIMCILIK YASAĞI ve AVRUPA BİRLİĞİ DÜZENLEMELERİNİN TÜRK İŞ HUKUKU'NA ETKİSİ

22.05.2003 tarih ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun²⁶ **"Eşit Davranma İlkesi"**²⁷ başlıklı 5. maddesi eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının iş huku-

20 *Makul yerleştirme* veya *makul düzenleme* ifadeleri de kullanılır.

21 İdil Işıl Gül - Ulaş Karan, **Ayrımcılık Yasağı Kavram/Hukuk/İzleme ve Belgeleme**, s. 19, 20.

22 *Pozitif, onarıcı, olumlu eylem* ifadeleri de kullanılır.

23 İdil Işıl Gül, **"Hukukta Ayrımcılık Yasağı"**, Ayrımcılık: Çok Boyutlu Yaklaşımlar, s. 10, www.secbir.org (Erişim Tarihi: 18.03.2014).

24 *Çoklu ayrımcılık* veya *kesişen ayrımcılık* ifadeleri de kullanılır.

25 İdil Işıl Gül - Ulaş Karan, **Ayrımcılık Yasağı Kavram/Hukuk/izleme ve Belgeleme**, s. 21.

26 10.06.2003 tarihli ve 25134 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

27 **"Eşit Davranma İlkesi"** 4857 sayılı İş Kanunu ile getirilen temel değişikliklerdendir.

kundaki görünümü olarak kabul edilmektedir. Bu madde kapsamında genel anlamda her türlü temelde gerçekleşen ayrımcılık halleri düzenlenmiş olmakla birlikte, cinsiyete dayanan ayrımcılık yasağı da ayrı bir madde de ele alınmayıp bu madde dâhilinde mevzuata girmiştir. Madde metni incelendiğinde, 1. fıkrada, iş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplerle ayrımcılık yapılması, 3. fıkrada biyolojik veya işin niteliği gereği zorunlu sebeplerin varlığı mevcut olmadıkça iş sözleşmesinin yapılmasında, şartların oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde gebelik veya cinsiyete dayanan doğrudan veya dolaylı ayrımcılık yapılması, 4. ve 5. fıkrada aynı veya eşit değerde işin gördürülmesi bakımından ya da özel koruyucu hükümlerin uygulanması sebebiyle cinsiyete dayalı daha düşük ücret kararlaştırılması yasaklanmıştır²⁸. Ancak doğrudan ve dolaylı ayrımcılığın tanımlarına yer verilmediğinden, hangi davranışların hangi tür ayrımcılığa neden olduğunu madde lafzından anlamak mümkün değildir. Son olarak 6. ve 7. fıkralarda ise, yaptırım ve ispat yükü düzenlenmiştir.

5. maddeyi daha yakından incelediğimizde, 1. fıkranın, Anayasanın “Kanun Önünde Eşitlik” kenar başlıklı 10. maddesinin çalışma hayatına ilişkin somut görünümü olduğu anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, “*cinsiyet temelinde eşitlik*” ilkesini düzenleyen bölgesel ve uluslararası sözleşmelere de uygun bir madde metni oluşturulmuştur.

2. fıkrada, *esaslı sebepler olmadıkça işverenin, tam süreli çalışan karşısında kısmi süreli çalışan, belirsiz süreli çalışan karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapması yasaklanmıştır*. Fıkra lafzından anlaşılacağı üzere, esaslı sebeplerin varlığı işverenin farklı işlem uygulamasını hukuka uygun kılmaktadır²⁹.

3. fıkrada da bu durumun bir benzeri söz konusudur. Daha açık bir an-

28 İstihdamda Kadına Yönelik Ayrımcılık Atölye Notları, Kadın Emeği ve İstihdamı Girişimi Platformu, 8-9 Aralık 2012, İstanbul, Atif Yapılan Makale: Kübra Doğan Yenisey, “**İş Hukukunda Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık Yasağı**”, s. 11.

29 Mustafa Kılıçoğlu, “**İş Hukukunda Ayrımcılık**”, s. 10. (Erişim Tarihi: 24.04.2014) http://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/sunumlar/ym_4/KilicogluAyrımcilik.pdf

latımla, biyolojik veya işin niteliği gereği zorunlu sebeplerin varlığı halinde gebelik veya cinsiyete dayalı farklı işlem uygulayan işveren, doğrudan veya dolaylı ayrımcılık yapmış olmayacaktır. Bu fıkranın anayasal dayanağı; Anayasanın 50. maddesinin³⁰ 1. fıkrasında yer almaktadır³¹. “*Kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz.*” hükmü (Anayasa m.50/f.1) ile “*biyolojik veya işin niteliği gereği zorunlu sebepler*” ifadesi (İş Kanunu m.5/f.3) birlikte yorumlandığında, hangi işlemlerin ayrımcılık sayılmayacağına ilişkin hukuki bir değerlendirmede bulunmak mümkündür. İş Kanunu m.72³² ile getirilen, “*her yaştaki kadınların yer ve su altında çalıştırılması yasası*” Anayasa m.50/f.1’in yansıması kabul edildiğinden, İş Kanunu m.5/f.1 açısından da somut bir örnek oluşturmaktadır. İş sözleşmesinin her safhasında bu kuralın uygulanacağını belirtilmesi; takipli bir koruma sağlamakta, ayrımcılık yasağının kapsamını genişletmektedir.

4. fıkrada *aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük bir ücret kararlaştırılmayacağı* hükme bağlanarak -her ne kadar madde lafzı bakımından hem kadın hem de erkek işçi adına koruma sağlanmış olsa da- uygulama açısından kadın işçi lehine sonuç doğuran bir düzenleme gerçekleştirilmiştir. Bu kural uluslararası hukuk alanında da kabul edildiğinden, 4. fıkranın uluslararası sözleşmelere uygun düzenlendiğini söylemek mümkündür.

5. fıkra, 4. fıkra ile benzer niteliğe sahip bir başka kural getirmiştir. *İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, işverenin daha düşük bir ücret kararlaştırmasını haklı kılmayacaktır.* İş Kanunu m.74’de düzenlenen “*analık halinde çalışma ve süt izni*” hakkından yararlanılması halinde daha düşük bir ücret kararlaştırılmışsa, İş Kanunu m.5/f.5’e göre işveren ayrımcılık yapmış olmaktadır³³.

30 “*Kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz. Küçükler ve kadınlar ile bedeni ve rubi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar.*”

31 Ibid, s. 11.

32 “*Maden ocakları ile kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında çalışılacak işlerde on sekiz yaşını doldurmamış erkek ve her yaştaki kadınların çalıştırılması yasaktır.*”

33 Ibid, s. 11.

İşverenin ayrımcılık yasağını ihlal etmesi halinde, yaptırım ve ispat yüküne ilişkin 6. ve 7. fıkradaki hükümler işlerlik kazanacaktır. İş ilişkisinde veya sona ermesinde³⁴ ayrımcılığa uğrayan işçi, *dört aya kadar ücreti tutarında uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilmektedir.* “Dört aya kadar” ifadesi tazminatın üst sınırını düzenlemekte, “yoksun bırakıldığı haklar” ise, çalışırken elde edebileceği haklarını belirtmektedir. Bu hakların belirlenmesinde *emsal işçi* kriteri esas alınmaktadır. İş Kanunu m.99/a, bu yaptırıma ek başka bir yaptırım daha getirmektedir. İlgili düzenleme gereği; 5. maddede düzenlenen ilke ve yükümlülüklere aykırı davranan işveren veya işveren vekiline, ayrımcılığa uğramış her işçi için yüz on Türk Lirası idari para cezası verilmektedir. İş Kanunu ile getirilen tazminat ve idari para cezası dışında Türk Ceza Kanunu (TCK) m.122 uyarınca, *kişinin işe alınmasını veya alınmamasını dil, ırk, renk, cinsiyet, özürlülük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri nedenlerden birine dayandıran kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilmektedir.* Bununla birlikte, ayrımcılık tazminatına hükmedilmesi için işçinin zarara uğramış olması aranmamaktadır.

Fesih bildirimine itiraz ve usulüne ilişkin İş Kanunu m.20 hükümleri-kendine özgü bir düzenleme olması sebebiyle- saklı kalmak kaydıyla, işverenin ayrımcılık yaptığını işçi ispatla yükümlüdür³⁵. Ancak işçi ihlalin varlığı ihtimalini kuvvetle gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, ihlalin gerçekleşmediğine ilişkin ispat yükü işverene geçmektedir. Bu düzenlemenin gerekçesine bakıldığında, AB’nin ispat yüküne ilişkin ilgili yönergesine³⁶ atıf yapıldığı görülecektir, ancak düzenleme adı geçen yönergeye yeterince uygun hazırlanmamıştır. Hem kaynak düzenleme olan AB yönergesinde hem de İş Kanunu m.5/f.7’de cinsiyete dayalı ayrımcılığın hususiyetle işlendiği göz önünde tutulduğunda, AB yönergesinde ispat yükünün işçi lehine olabildiğince hafifletildiği görülürken, İş Kanununda ispat yükünün tam anlamıyla işçi lehine düzenlenmiş olduğunu söylemek mümkün değil-

34 İşe alımda ayrımcılık tazminatına ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiş olması hususunda, öğretilerde süregelen tartışmalar mevcuttur.

35 Ibid, s. 12.

36 97/80/EC sayılı yönerge.

dir. Bununla birlikte, ayrımcılığa uğrayan işçinin yoksun kaldığı hakları tespit edilirken kullanılan *emsal işçi* kriteri, ayrımcı muamelenin gerçekleşip gerçekleşmediği hususunun tespitinde de kullanılmaktadır.

İş Kanunu m.18/d ve m.18/e gereği; ayrımcılığa dayalı gerçekleştirilen fesih, haklı bir nedene dayalı fesih olarak kabul edilmeyecektir. İş Kanunu m.18/d düzenlemesinde “*ırk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenler*” denilerek ayrımcılık halleri örneklendirilmiş, ancak sınırlandırılmamıştır. İş Kanunu m.18/e düzenlemesinde ise, İş Kanunu m.74’de belirtilen kadın işçilerin çalışmasının yasak olduğu sürelerde (doğum izni, süt izni, periyodik kontrollere ilişkin izin) işe gelmemek geçerli fesih nedeni sayılmamıştır. *Cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum ve İş Kanunu m.74’deki izinler* sebebiyle fesih gerçekleştirilmesinin *baklı* kabul edilmemesi, iş hukukunda kadın erkek eşitliğini sağlama amacının bir göstergesidir. Cinsiyete dayalı ayrımcılık sebebiyle işten çıkartılan işçi -uygulamada çoğunlukla kadın işçi- İş Kanunu m.18’e dayanarak feshin geçersizliğini ve işe iadesini talep edebilmektedir. Ancak bu haktan yararlanabilecek olan işçi; otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde, en az altı aylık kıdemi ve belirsiz süreli iş sözleşmesi olan işçidir. Başka bir ifadeyle, ayrımcılığa uğrayan işçi bu statüye sahipse İş Kanunu m.18’e ilişkin haklarını talep edebilmektedir. Bu bakımdan, eşitsizliği ortadan kaldırmayı amaçlarken amaca yeterince hizmet edemeyen; daha açık bir anlatımla, uygulama açısından sayıca daha çok kadın işçinin haktan yararlanmasını engelleyen bir düzenleme olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. İş ilişkisi sırasında ayrımcılığa maruz kalan işçi ise, İş Kanunu m.24/II/f hükmü uyarınca *çalışma şartlarının uygulanmaması* halinde, iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilmektedir. Görüleceği üzere, İş Kanunu m.18/d, m.18/e ve m.24/II/f hükümleri, ***hem iş sözleşmesinin sona ermesinde hem de iş ilişkisi sırasında ayrımcılığa uğrayan işçinin haklarını koruyucu düzenlemeler*** getirmektedir.

AB Hukukunda ayrıca bir yönerge³⁷ ile düzenlenmesi ve cinsiyete dayalı ayrımcılık bağlamında önemli bir yere sahip olması sebebiyle, İş Kanununda haklı fesih nedenlerinden biri kabul edilen cinsel taciz kavra-

37 2002/73/EC sayılı yönerge.

mı, kadın hakları ve çalışma hayatında kadın istihdamı açısından belirleyici bir konumdadır. İş Kanununda ayrı bir başlık altında düzenlenmemiş olan cinsel taciz, İş Kanunu m.24/II/d ve 25/II/c'de hem işçiye hem de işverene tanınan haklı fesih nedeni olarak kabul edilmiştir. İş Kanunu m.24/II/d hükmüne göre; işçi, işyerinde başka bir işçi ya da üçüncü şahıs tarafından cinsel tacize uğramış ve bu durumu işverene bildirmiş olmasına rağmen işveren tarafından gerekli önlemler alınmamışsa; işçi derhal fesih hakkını kullanabilmektedir. İş Kanunu m.25/II/c hükmüne göre ise, işçi, başka bir işçiye cinsel tacizde bulunmuşsa; işveren, cinsel tacizde bulunan işçinin sözleşmesini derhal feshedebilmektedir. Bununla birlikte, Türk Ceza Kanunu m.105/2'ye göre; aynı işyerinde çalışmanın verdiği kolaylıktan faydalanarak gerçekleştirilen cinsel tacize verilen ceza yarı oranında³⁸ artırılmakta, mağdurun bu nedenle işi bırakması halinde bir yıldan az ceza verilememektedir.

AB'ye uyum sürecinde kadın erkek eşitliğini sağlamak adına hâlihazırda bir yol haritası kabul edilen Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Ulusal Eylem Planı (2008-2013), İş Kanununun ayrımcılık ile ilgili maddelerinin toplumsal cinsiyet kavramı göz önünde tutularak yeniden düzenlenmesini, bu bağlamda doğrudan ve dolaylı ayrımcılık, cinsel taciz gibi temel kavramların tanımlanarak daha işlevsel kılınmasını tavsiye etmektedir³⁹.

Burada dikkat edilmesi gereken bir başka husus; AB Hukukundaki cinsel taciz kavramının daha geniş kapsamlı olduğudur. AB Hukuku bakımından eylemli durumlar cinsel saldırı/cinsel taciz sayılmakla birlikte, sözle, ithamla, aşağılayıcı hareketlerle vb. yollarla kadını küçük düşürmeyi amaçlayan teşebbüsler de cinsel taciz kabul edilmektedir⁴⁰. Nitekim ilgili AB yönergesi cinsel tacizi, *toplumsal cinsiyet* anlayış paralelinde *toplumsal cinsiyet tacizi* olarak algılamakta, dolayısıyla *salt kadın olması sebebiyle* kadına karşı gerçekleştirilen saldırgan, alçaltıcı, korkutucu, düşmanca, iti-

38 İlk fıkradaki "üç aydan iki yıla kadar bapis cezası veya adli para cezası" yarı oranında artırılmaktadır.

39 Ibid, s. 13.

40 2002/73/EC sayılı yönerge.

bar zedeleyici, onur kırıcı her türlü sözlü, sözsüz, eylemli teşebbüsü cinsel taciz olarak görmektedir⁴¹. İş Kanununun taciz kavramını tanımlamaması, cinsiyet temelinde eşitliğin sağlanabilmesi açısından kadın aleyhine sonuçlar doğurmaktadır.

Yukarıda incelediğimiz AB antlaşma ve yönergeleri göz önünde tutulduğunda, İş Kanunu m. 5 hükmünün ilgili AB mevzuatına *kısmen paralel* olarak düzenlendiği görülecektir. 5. maddenin değerlendirilmesi bakımından şunu belirtmek gerekir ki; özellikle doğrudan ayrımcılıkla beraber dolaylı ayrımcılığın da yasaklanmış olması işverenin örtülü olarak kullandığı ayrımcı uygulamaların engellenmesini sağlayacaktır⁴². Bununla birlikte; gebeliğin gerekçe gösterilerek iş sözleşmesine ilişkin durumlarda kadın aleyhine ayrımcı düzenlemeler yapılması -gebeliğin önemi ve bu tip uygulamaların ülkemizde sıklıkla görülmesi sebebiyle- yasağın ayrı bir türü olarak madde metninde yer almıştır. Gebelik gibi kadına özgü bir durum haricinde 5. maddenin koruma alanının hem kadınları hem de erkekleri kapsadığı ancak somut olaylar bakımından ayrımcılığın kadın işçilerin aleyhine gerçekleşmesi sebebiyle, maddeye ilişkin uygulamanın çalışma hayatında erkeklere kıyasla kadınlar lehine daha çok sonuç verdiği bilinmektedir. Nitekim madde gerekçesinde de, çalışma hayatında geçmişten beri süregelen kadın aleyhine ayrımcı uygulamaların sona erdirilmesi amacıyla, Anayasanın eşitlik ilkesini düzenleyen 10. maddesi başta olmak üzere ulusal ve uluslararası mevzuat ışığında 5. maddeye ilişkin düzenlemenin yapıldığı belirtilmiştir. Ancak şunu önemle belirtmek gerekir ki; Türk İş Hukuku bakımından kadın erkek eşitliği salt “*eşit işlem borcu*” kuralı ile sınırlandırılmış, başka bir ifadeyle, her ne kadar madde gerekçesinde uluslararası mevzuat ışığında bir düzenleme yapıldığı ifade edilmiş olsa bile, Avrupa ve

41 Aysun Sayın, “**Avrupa Birliği’nde Çalışma Yaşamında Kadın Erkek Eşitliği: Türkiye Açısından Bir İnceleme**”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kadın Çalışmaları Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2007, s. 106, 107.

42 Türk İş Hukukundaki temel eşitlik anlayışı; klasik eşitlik anlayışı olarak nitelendirdiğimiz şekli eşitlik anlayışıdır, başka bir ifadeyle eşit olan herkese eşit davranılması eşitliği sağlamaktadır. Şekli eşitlik anlayışının somut ifadesi, ayrımcılık yasağı ile İş Kanununda yer almıştır. Ancak gebelik veya cinsiyete dayanan *dolaylı* ayrımcılığın madde metninde düzenlenmiş olması, şekli (görünüşte) eşitlik anlayışını maddi (gerçek) eşitlik anlayışına taşımıştır.

dünya ölçeğinde çalışma hayatında kadın erkek eşitliğini düzenleyen kuralların, bu sınırın ötesinde bir hukuki çerçeveye sahip olduğu unutulmalıdır. Yukarıda belirttiğimiz üzere, AB'nin kadın erkek eşitliği anlayışı, “*eşit işe eşit ücret*” kuralının temsil ettiği ekonomik gerekçelerle ortaya çıkmış; ancak Birlik ölçeğindeki her uygulamada, gözetilmesi zorunlu bir temel hak ve sosyal politikaya dönüşmüştür.

AB yönergelerine aykırı olarak düzenlenen, ancak *davalar bakımından bayati önem arz eden hüküm* ise; ispat yükü kuralıdır. AB yönergesine⁴³ göre, *cinsiyete dayalı ayrımcılık hallerinde* ispat yükü kayıtsız şartsız işveren üzerine bırakılırken, İş Kanunundaki düzenleme gereği; ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine ilişkin ispat yükü işçidedir, ancak işçi ihlalin varlığını *kuvvetle* gösteren bir durum ortaya koyarsa ispat yükü işverene geçmektedir. Kanaatimizce, işçinin ayrımcılığa uğradığını ispat edebileceği delil veya emarelere ulaşabilmesi eşyanın tabiatı gereği mümkün kabul edilemez. İşveren karşısında daha zayıf konumda olan işçiden ayrımcılığa uğradığını ispat etmesini, bu durumu ispat edecek kuvvetli bir gösterge bulmasını beklemek hayatın olağan akışına uygun değildir. Nitekim ayrımcılığı gerçekleştiren tarafın buna ilişkin delilleri kendi nezaretinde bulunduracağı, ayrımcılık yasağı hukuku bakımından genel kabul gören bir düşüncedir.

III. ULUSLARARASI ÇALIŞMA ÖRGÜTÜ SÖZLEŞMELERİNDE AYRIMCILIK YASAĞI

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün Birlik ile arasındaki ilişki, Birliğin kuruluş sürecini başlatan topluluklardan biri olan Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu (AKÇT)'na kadar dayanmaktadır. Avrupa Kömür Çelik Topluluğu ile Uluslararası Çalışma Örgütü arasındaki ilk sözleşme; 1953 yılında yapılan işbirliği antlaşmasıdır. 1956 yılındaki Ohlin Raporu'nda ise Avrupa Ekonomik Topluluğu (AET) üyesi devletlere çalışma saatleri, sendikalaşma hakkı, sosyal güvenlik ve -çalışmamız bakımından önemli bir yere sahip olan- *eşit ücret* hususlarında Birlik ve Uluslararası Çalışma Örgütü arasın-

43 97/80/EC sayılı yönerge.

da *yeknesaklık* sağlanması önerilmiştir. Ancak üye devletler bu öneriyi kabul etmemişlerdir. 1970'lere kadar Avrupa Topluluğu üyeleri ile Uluslararası Çalışma Örgütü arasındaki ilişki, -Avrupa Topluluğu üyeleri tarafından Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmeleri'ne tam bir uyum sağlama çabası gösterilmemiş olsa da- paralellliğini sürdürmüştür. 1970'lerden sonra ise ilişkinin seyri, Birlik siyaseti üzerinde uluslararası bir baskı oluşturduğu düşüncesiyle, Uluslararası Çalışma Örgütü aleyhine değişmeye başlamıştır. Ancak şunu belirtmek gerekir ki, Uluslararası Çalışma Örgütü, Birliğin iş hukukuna ilişkin politikalarında varlığını her zaman göstermiştir. Sadece devletlerin Uluslararası Çalışma Örgütü'ne üye olabileceği kuralına istinaden Birlik, Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmeleri'ne taraf olmasa bile, bu sözleşmelerdeki temel ilkelere AB Hukuku içerisinde yer vererek Uluslararası Çalışma Örgütü'nün prensiplerini benimsemektedir.

Çalışmamızın konusu bakımından üzerinde durulması gereken beş temel sözleşmeye değinmek gerekmektedir. Bu sözleşmelerin ilki, ***“Eşit Değerde İş İçin Erkek ve Kadın İşçiler Arasında Ücret Eşitliği Hakkında 100 sayılı Sözleşme”***⁴⁴dir. *Eşit Ücret Sözleşmesi* olarak da anılan sözleşmede, eşit ücret kavramı, eşit ücret kavramının kapsamı ve eşit değerde iş için eşit ücret göstergelerinin saptanması hususları yer almaktadır. *Ücretin belirlenmesinde kadın ve erkek arasında cinsiyete dayalı ayırım yapılmayacağı* kuralı, özellikle belirtilmiştir⁴⁵.

İkinci sıradaki ***“İş ve Meslek Bakımından Ayrımcılık Hakkında 111 sayılı Sözleşme”***⁴⁶ ayrımcılığın tanımını yaparak genel ayrımcılık hallerinin (ırk, cinsiyet vb.) iş veya meslek edinmede veya bu işi sürdürürken tabi olunan muamelede ortaya çıkması durumunu ayrımcılık olarak kabul etmekte, iş ortamında meydana gelebilecek ayrımcı davranışların önlenmesi, eşitliği sağlamak adına ulusal bir politika edinilmesi ve bu politikaların uygulanma şekillerine ilişkin usul ve yöntemlere uyularak sonuçların bildiril-

44 100 sayılı, 29.06.1951 kabul ve 23.05.1953 yürürlük tarihli Sözleşme.

45 Sinem Göçmener, ***“Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecinde Türkiye'de Kadın Erkek Eşitliği”***, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Avrupa Birliği İlişkileri Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2008, s. 45.

46 111 sayılı, 04.06.1958 kabul ve 15.06.1960 yürürlük tarihli Sözleşme.

mesi yönünde üye ülkelere yükümlülük getirmektedir. Şunu da belirtmek gerekir ki; pozitif ayrımcılık olarak görülen durumlar (engel, yaş, cinsiyet vb.) Sözleşme bakımından ayrımcılık yasağının ihlali sayılmamaktadır.⁴⁷

Üçüncü sözleşme **“Aile Sorumlulukları Bulunan Kadın ve Erkek İşçilere Eşit Davranılması ve Eşit Fırsatlar Sunulması Hakkında 156 sayılı Sözleşme”**⁴⁸dir. Bu sözleşmede, kadın ve erkeklerin çalışma yaşamına eşit bir şekilde katılabilmeleri amacıyla aile sorumluluklarına ilişkin ayrımcı uygulamaların kaldırılması, çalışma koşullarının uyumlaştırılması bakımından ulusal politikaların belirlenmesinin gerekliliği ve aile sorumluluklarının iş ilişkisinin sonlandırılmasında haklı fesih nedeni sayılmayacağı hususları düzenlenmiştir⁴⁹.

Dördüncü sıradaki **“İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshedilmesi Hakkında 158 sayılı Sözleşme”**⁵⁰ cinsiyet, hamilelik, doğum izni esnasında işe gelmeme, medeni hal ve aile sorumluluklarının fesih için geçerli neden olmadığını ve geçerli bir nedenin varlığına ilişkin ispat yükünün işveren üzerinde bulunduğunu hükme bağlaması sebebiyle çalışmamızın konusu bakımından önem taşımaktadır⁵¹.

Beşinci sözleşme ise, **“Anneliğin Korunması Hakkında 183 sayılı Sözleşme”**⁵²dir. Bu sözleşme kapsamında, doğum öncesi ve sonrası zorunlu izinlere ilişkin asgari süreler, anne ve çocuğun sağlığı bakımından zararlı kabul edilen işlerin yaptırılmamasını sağlamak amacıyla alınması gereken önlemler düzenlenmiştir. Bununla birlikte, annelik izni tamamlandıktan sonra aynı pozisyona veya eşdeğer pozisyona dönme hakkı getirilmiş, annelik ile ilgili bir nedenden ötürü iş ilişkisine son verilmediğine ilişkin ispat yükü işveren üzerinde bırakılmıştır⁵³.

47 Gözde Kaya, **Avrupa Birliği İş Hukuku’nda Cinsiyet Ayrımcılığı**, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Avrupa Birliği Anabilim Dalı Avrupa Çalışmaları Programı Doktora Tezi, Avrupa Birliği Bakanlığı Akademik Araştırmalar Serisi - 1, 2012, s. 40, 41.

48 156 sayılı, 23.06.1981 kabul ve 11.08.1983 yürürlük tarihli Sözleşme.

49 Ibid, s. 45, 46.

50 158 sayılı, 02.06.1982 kabul ve 23.11.1985 yürürlük tarihli Sözleşme.

51 Sinem Göçmener, **“Avrupa Birliği’ne Uyum Sürecinde Türkiye’de Kadın Erkek Eşitliği”**, s. 48.

52 183 sayılı, 15.06.2000 kabul ve 07.02.2002 yürürlük tarihli Sözleşme.

53 Ibid, 48, 49.

Bu sözleşmelerin dışında; **“Kadınlarmın Yer Altı İşlerinde ve Maden Ocaklarında Çalıştırılmaması Hakkında 45 sayılı Sözleşme”** kadınların bu işlerde çalışmasını yasaklamakta, **“Kadınlarmın Gece Çalışması Hakkında Yeniden Gözden Geçirilmiş 89 sayılı Sözleşme”** kadınların gece çalışmasının şartlarını düzenlemekte, **“Gece Çalışması Hakkında 171 sayılı Sözleşme”** hem kadın hem erkek işçiler bakımından koruyucu hükümler getirmekte, **“Evde Çalışma Hakkında 177 sayılı Sözleşme”** ve **“Kısmi Süreli Çalışma Hakkında 175 sayılı Sözleşme”** ise evde veya kısmi süreli çalışanların çoğu kadın olduğundan uygulamada kadınlar lehine eşitlik sağlamaktadır.

SONUÇ YERİNE

Kadın erkek eşitliği; kadının ve erkeğin doğuştan sahip olduğu nitelikleri bakımından eşitliğini değil, toplumsal konumları gözetilerek eşit muamele görmesini ifade etmektedir. *Toplumsal cinsiyet eşitliği* kavramıyla da adlandırılan bu eşitlik anlayışı; salt şekli eşitliği değil, maddi eşitliği, dolayısıyla fırsat eşitliğini sağlamayı amaçlamakta, bu bağlamda *kadın hakkı* değil, *insan hakkı* olarak kabul edilmektedir.

AB Hukukunda kadın erkek eşitliğine ilişkin ilk düzenlemeler şekli anlamda eşitlik anlayışının ürünü olmakla birlikte; sosyo-politik gelişmeler sonucunda hayata geçirilen temel ilkeler, maddi anlamda eşitlik anlayışın başta çalışma yaşamı olmak üzere Birliğin tüm alanlarında gözetilmesini sağlamıştır.

AB Hukuku dâhilinde çalışma yaşamına ilişkin gerçekleştirilen düzenlemeler, Türkiye ile AB arasındaki ilişkiler neticesinde Türk İş Hukukunda da etkilerini göstermektedir.

KAYNAKÇA

- Aysun Sayın, **Avrupa Birliği'nde Çalışma Yaşamında Kadın Erkek Eşitliği: Türkiye Açısından Bir İnceleme**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kadın Çalışmaları Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2007.
- Evelyn Ellis, **EU Anti - Discrimination Law**, Oxford University Press, New York, 2005.
- Gözde Kaya, **Avrupa Birliği İş Hukuku'nda Cinsiyet Ayrımcılığı**, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Avrupa Birliği Anabilim Dalı Avrupa Çalışmaları Programı Doktora Tezi, Avrupa Birliği Bakanlığı Akademik Araştırmalar Serisi - 1, 2012.
- İdil Işıl Gül, **"Fiziksel Engellilerin Uluslararası Hukukta Korunması ve Uluslararası Standartların İç Hukuka Yansımaları"**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2006.
- İdil Işıl Gül, **"Hukukta Ayrımcılık Yasası"**, Ayrımcılık: Çok Boyutlu Yaklaşımlar, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyoloji ve Eğitim Çalışmaları Birimi (seçbir), www.secbir.org (Erişim Tarihi: 18.03.2014).
- İdil Işıl Gül - Ulaş Karan, **Ayrımcılık Yasası Eğitim Rehberi**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, Şubat 2011.
- İdil Işıl Gül - Ulaş Karan, **Ayrımcılık Yasası Kavram/Hukuk/İzleme ve Belgeleme**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, Şubat 2011.
- İstihdamda Kadına Yönelik Ayrımcılık Atölye Notları**, Kadın Emeği ve İstihdamı Girişimi Platformu, 8-9 Aralık 2012, İstanbul.
- Levent Korkut, **Ayrımcılık Karşısı Hukuk**, İnsan Hakları Gündemi Derneği, 1. Baskı, Ankara, Şubat 2009.
- Mesut Gülmez, **"İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler"**, Çalışma ve Toplum 2010/2.
- Mustafa Kılıçoğlu, **"İş Hukukunda Ayrımcılık"**, (Erişim Tarihi: 24.04.2014) http://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/sunumlar/ym_4/KilicogluAyrımcilik.pdf
- Türkiye'de Çalışma Hayatında Toplumsal Cinsiyet Eşitliğine Açılan Kapılar**, http://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Publikationen/a801-gleichberechtigung-geschlechter-tuerkisch.pdf?__blob=publicationFile (Erişim Tarihi: 16.03.2014)
- Ulaş Karan, **Avrupa Birliği Ülkelerinde Ayrımcılık Yasası ve Eşitlik Kurumları, İnsan Hakları Ortak Platformu**, Ankara, Kasım 2009.

- Ulaş Karan, “**Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasası: Hukuksal Çerçeve**”, Ayrımcılık: Çok Boyutlu Yaklaşımlar, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyoloji ve Eğitim Çalışmaları Birimi (seçbir), www.secbir.org (Erişim Tarihi: 16.03.2014).
- Sinem Göçmener, “**Avrupa Birliği’ne Uyum Sürecinde Türkiye’de Kadın Erkek Eşitliği**”, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Avrupa Birliği İlişkileri Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2008.

ZORUNLU VE GÖNÜLLÜ GÖÇ EDEN KADINLARA YÖNELİK TOPLUMSAL CİNSİYET TEMELLİ AYRIMCILIK

Ranâ GÖKSU

ÖZET

Mülteci ve sığınmacı kavramları uluslararası hukukta 1951 Mültecilerin Hukuki Durumuna İlişkin Cenevre Sözleşmesi ve 1967 New York Protokolü sayesinde yer bulmuştur. Çeşitli nedenlerle ülkelerini terk etmek zorunda kalan insanları uluslararası düzeyde bir hak öznesi konumuna getirmek ne kadar önemliyse, bugün de bu tanımlara güncellik kazandırmak ve bu doğrultuda ihtiyaçları karşılamak aynı derecede önemlidir. Bu, özellikle insan haklarının dinamik ve değişken yapısının bir gereğidir. Feminist perspektifin katkısıyla 1970'lerden itibaren "kadın mülteci" olmak üzerinden yeni bir tartışma getirilmiştir. Kadın mülteci ve kadın göçmen olma hususuna ayrı önem atfedilerek, gerek uluslararası hukukta gerek kimi ülkelerin ulusal hukuklarında bu alanda ayrıca yasal düzenleme yapma ihtiyacı duyulmuştur. Kendi iç hukuk rejimimize bakıldığında ise hem yasal düzenlemelerle hem idari pratiklerle ataerkil düşünce yapısının sürdürüldüğü görülmektedir.

Kadınlar, hem göç esnasında hem sığınılan ülkelerde, yoksulluk, şiddet ve istismar mağduru olmaktadır. Hukukun ve sosyal yapının yok saydığı kadınlar, erkeklerden farklı olarak toplumsal cinsiyet temelinde ayrımcılıktan, sosyal ve kültürel ön yargılardan kaynaklanan zulümden ve baskılardan kaçmak için başka bir ülkeye sığınmak zorunda da kalmaktadırlar. Sosyal nedenler olarak kategorize edebileceğimiz bu durumlar kadınların mülteci statüsü kazanmaları ve haklara erişimleri konusunda çeşitli olumsuz sonuçlar doğurabilmektedir. İşbu çalışmada, kadın mülteci ve sığınmacıların haklara erişimde maruz kaldıkları toplumsal cinsiyet temelli engeller ve ayrımcılık, sağlık hakkı ve çalışma hakkı bağlamında ayrıntılandırılarak incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Kadın, göç, iltica, toplumsal cinsiyet, ayrımcılık

KISALTMALAR CETVELİ

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AFAD	: Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı
BM	: Birleşmiş Milletler
BMMYK	: Birleşmiş Milletler Mülteci Yüksek Komiserliği
Cenevre Sözleşmesi	: Mültecilerin Hukuki Durumuna İlişkin Cenevre Sözleşmesi
C.	: Cilt
Doktora Tezi	: Sema Buz, Kadın ve Göç İlişkisi: Sığınan ve Sığınmacı Kadınlar Örneği, Ankara, 2006
Feminist Yaklaşım	: Sema Buz, Göçte Kadınlar: Feminist Yaklaşım Çerçevesinde Bir Çalışma, Toplum ve Sosyal Hizmetler Dergisi, Cilt:18, Sayı:2, Ekim 2007
Geçici Koruma Yönetmeliği	: Türkiye'ye İltica Eden veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzere Türkiye'den İkamet İzni Talep Eden Münferit Yabancılar ile Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılar ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik
Göçün Kadınlaşması	: Gülay Toksöz, Göçün Kadınlaşması ve Göçmen Ev İşçileri, DİSKAR Türkiye Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonu Araştırma Enstitüsü Bülteni, S. 4, 2015
GSS	: Genel Sağlık Sigortası
ILO	: Uluslararası Çalışma Örgütü
İstanbul Sözleşmesi	: Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi
Kadın Emegi	: Gülay Toksöz, Küreselleşme ve Kadın Emeginin Göçü, Prof. Dr. Cahit Talas Anısına Güncel Sosyal Politika Tartışmaları, Sosyal Politika Araştırma ve Uygulama Merkezi, Ankara, 2007
Kayıtdışı Çalışma	: Emel Coşkun, Kayıtdışı Çalışma ve Fuhuş Kışkacında Göçmen Kadınlar, DİSKAR Türkiye Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonu Araştırma Enstitüsü Bülteni, S. 4, 2015

Koruma Yasası	: Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu
m.	: Madde
No.	: Numara
R.G.	: Resmi Gazete
Seks Ticareti	: Emel Coşkun, Türkiye’de Göçmen Kadınlar ve Seks Ticareti, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2014/3 (42)
SGK	: Sosyal Güvenlik Kurumu
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
UNHCR	: United Nations High Commissioner for Refugees

KAYNAKÇA

- ANLAŞMALAR SERİSİ: Avrupa Konseyi Anlaşmalar Serisi No. 210
- BAKLACIOĞLU/KIVILCIM: Nurcan Özgür Baklacioğlu – Zeynep Kıvılcım, Sürgünde Toplumsal Cinsiyet, Derin Yayınları, İstanbul, 2015
- BUZ, (Doktora Tezi): Sema Buz, “Kadın ve Göç İlişkisi: Sığınan ve Sığınmacı Kadınlar Örneği”, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyal Hizmet Anabilim Dalı Doktora Tezi, 2007
- BUZ, (Feminist Yaklaşım): Doç. Dr. Sema Buz, “Göçte Kadınlar: Feminist Yaklaşım Çerçevesinde Bir Çalışma”, Toplum ve Sosyal Hizmet, 2007
- ÇALIM/KAVLAK/SEVİL: Selda İldam Çalım, Oya Kavlak ve Ümran Sevil, “Evrensel Bir Sorun: Göç Eden Kadınların Sağlığı ve Sağlık Hizmetlerinde Yaşanan Dil Engeli”, Sağlık ve Toplum, 2012
- ÇAMAN/ÖZVARIŞ: Özge Karadağ Çaman – Şevkat Bahar Özvarış, Uluslararası Göç ve Kadın Sağlığı, Sağlık ve Toplum Dergisi, Yıl: 20, S. 4, Ekim – Aralık 2010
- COŞKUN: Emel Coşkun, “Kayıtdışı Çalışma ve Fuhuş Kıskaçında Göçmen Kadınlar”, DİSKAR Türkiye Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonu Araştırma Enstitüsü Bülteni, S.4, 2015, s. 104 – 115
- COŞKUN, (Kayıtdışı Çalışma): Emel Coşkun, Kayıtdışı Çalışma ve Fuhuş Kıskaçında Göçmen Kadınlar, DİSKAR Türkiye Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonu Araştırma Enstitüsü Bülteni, S. 4, 2015
- COŞKUN, (Seks Ticareti): Emel Coşkun, “Türkiye’de Göçmen Kadınlar ve Seks Ticareti”, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2014/3 (42), s.185 – 206
- DOMİNELLİ: Lena Dominelli, Feminist Social Work Theory and Practice, Palgrave Publications, London, 2012
- ERDOĞDU/TOKSÖZ: Seyhan Erdoğan – Gülay Toksöz, Kadınların Görünmeyen Emeginin Görünen Yüzü: Türkiye’de Ev İşçileri, Çalışma Koşulları ve İstihdam Serisi No. 42, Ankara: Uluslararası Çalışma Ofisi, 2013
- ETİLER/LORDOĞLU: Nilay Etiler – Kuvvet Lordoğlu, “Göçün Öteki Yüzü: Kadın ve Sağlık”, DİSKAR Türkiye Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonu Araştırma Enstitüsü Bülteni, S. 4, 2015, s. 92 – 103

- KARADAĞ/ALTINTAŞ: Özge Karadağ – Kerim Hakan Altıntaş, Mülteciler ve Sağlık, TAF Preventive Medicine Bulletin, S. 9(1), 2010
- LOPEZ: Mary J. Lopez, Skilled Immigrant Woman in US And The Double Earnings Penalty, Feminist Economics, 2012
- LORDE: Audre Lorde, I Am Your Sisters: Black Women Organising Across Sexualities, Derleyen: Anzaldua Gloria, Making Face Making Soul, Aunt Lute Foundation Books, San Francisco, 1990
- MAZLUMDER: Kamp Dışında Yaşayan Suriyeli Kadın Sığınmacılar Raporu, Mazlumder Kadın Çalışmaları Grubu, Mayıs 2014
- STANLEY/WISE: Liz Stanley – Sue Wise, Feminist Araştırma Sürecinde Metot, Metodoloji ve Epistemoloji, Derleyen: Necla Akgökçe – Serpil Çakır, Kadın Araştırmalarında Yöntem, Sel Yayıncılık, İstanbul, 1990
- TİSK: Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, OECD Ülkelerinde Kadınlar ve Erkekler, Yorum Yayınları, Yayın No. 289, Ankara, 30 Ocak 2008
- TOKSÖZ, (Göçün Kadınlaşması): Gülay Toksöz, “Göçün Kadınlaşması ve Göçmen Ev İşçileri”, DİSKAR Türkiye Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonu Araştırma Enstitüsü Bülteni, S.4, 2015, s. 86 – 91
- TOKSÖZ, (Kadın Emeği): Gülay Toksöz, Küreselleşme ve Kadın Emeğinin Göçü, Prof. Dr. Cahit Talas Anısına Güncel Sosyal Politika Tartışmaları, Sosyal Politika Araştırma ve Uygulama Merkezi, Ankara, 2007

I. Giriş

Toplumsal cinsiyet, biyolojik cinsiyetten öte bir kavram olup daha kapsamlı, toplumlara ve zamana göre değişebilen sosyo-psikolojik bir olgudur¹. Kadınların göç² kararlarında; göç esnasında yaşadıklarında; sığınılan ülkeye kabul edilme süreçlerindeki hukuki ve idari usullerde; varılan ülke yaşamına adapte olma sürecinde ve bunlar gibi pek çok aşamada kadınlar açısından toplumsal cinsiyet rolleri etkili olmaktadır. Bu nedenle toplumsal

1 Kamp Dışında Yaşayan Suriyeli Kadın Sığınmacılar Raporu, Mazlumder Kadın Çalışmaları Grubu, Mayıs 2014.

2 Bu başlık ve devamındaki başlıklarda “göç” kavramıyla ilgili yapılacak açıklamalar, “iltica” kavramı için de geçerlidir.

cinsiyet faktörünü yok saymak demek bir anlamda mülteci, sığınmacı ve göçmen olarak kadını yok saymak demektir. Bu bağlamda, toplumsal cinsiyet temelinde kadınların maruz kaldıklarını “zulüm” tanımı kapsamına dahil etmek gerekir³. Kaldı ki kadınların göçün başından sonuna kadar tüm aşamalarda maruz kalabilecekleri cinsiyet temelli ayrımcı muamelelerin zulüm olduğunu destekler düzenlemeler, hem Birleşmiş Milletler Mülteci Yüksek Komiserliği tarafından çıkarılan Yol Gösterici İlkeler’de hem de Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi’nde⁴ (İstanbul Sözleşmesi) mevcuttur. Merkezine zorunlu ve gönüllü göç eden kadınları alan bu çalışma, kadınların temel haklarına erişimleri konusunda karşılaştıkları ayrımcı eylemlerin tespitini ve bu uygulamaların yasal düzenlemeler de dahil olmak üzere yapısal sebeplerini ortaya koymayı amaçlamaktadır. Bu çalışmada, toplumsal cinsiyet perspektifiyle öncelikle mevcut yasal düzenlemeler ve devamında temel haklara erişim konusunda kadınların maruz kaldığı ayrımcı muameleler ele alınacaktır.

II. Hukuki Düzenlemeler Işığında Kadın Mülteci, Sığınmacı ve Göçmen Olmak

A- Genel Olarak Uluslararası ve Ulusal Hukuk Normlarına Göre “Mülteci”, “Şartlı Mülteci”, “İkincil Koruma”, “Sığınmacı” ve “Göçmen” Kavramları

Uluslararası hukukta mülteci tanımı 1951 Mültecilerin Hukuki Durumuna İlişkin Cenevre Sözleşmesi’nde⁵ (Cenevre Sözleşmesi) yer almaktadır. Sözleşmeye göre mülteci; “1 Ocak 1951’den önce Avrupa’da meydana gelen olaylar sonucunda ırkı, dini, milliyeti, belli bir sosyal gruba üyeliği veya siyasi düşünceleri nedeniyle zulüm göreceği konusunda haklı bir korku taşı-

3 ILGA Europe, The European Region of the International Lesbian and Gay Association guidelines on the transposition of the Asylum Qualification Directive: protecting LGBTI asylum seekers Report by Evangelia Tsourdi, 2012.

4 Avrupa Konseyi Anlaşmalar Serisi - No. 210.

5 R.G. 29.08.1961 – 10898.

yan ve bu yüzden ülkesinden ayrılan ve korkusu nedeniyle geri dönemeyen veya dönmek istemeyen kişi”dir. İkinci Dünya Savaşı’ndan sonra bu tanımın güncel hale getirilmesi yönünde bir ihtiyaç doğmuştur. Böylece, 1967 yılında imzalanan New York Protokolü⁶ ile tanımda geçen coğrafya olarak “Avrupa” ve zaman olarak “1 Ocak 1951” ibareleri kaldırılmıştır.

Türkiye, taraf olduğu Cenevre Sözleşmesi ve New York Protokolü’nü bazı çekince ve beyanlarla kabul etmiştir. Buna göre; Sözleşme’nin hiçbir hükmünün mülteciye “Türkiye’de Türk uyruklu kimselerin haklarından fazlasını sağladığı” şeklinde yorumlanamayacağına ilişkin bir çekince konmuş ve Sözleşme’nin 1. maddesine ilişkin bir beyanda bulunulmuştur. Bu beyanla Cenevre Sözleşmesi’ne coğrafi sınır konulmuş olup, Avrupa dışından gelenler sığınmacı olarak kabul edilip bu kişilere üçüncü bir ülkeye gidişleri konusunda geçici ikamet verilmesiyle yetinilmiştir. Avrupa’dan gelenler ise mülteci olarak kabul edilmişlerdir. Bu doğrultuda, Avrupa’dan gelen kişiler ve Avrupa dışından gelen kişiler şeklinde iki ayrı rejim söz konusudur.

Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’nun⁷ 61. maddesine göre mülteci, “Avrupa ülkelerinde meydana gelen olaylar nedeniyle; ırkı, dini tâbiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancı veya bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen vatansız kişi” olarak tanımlanır. Görülmektedir ki, 1951 Cenevre Sözleşmesi’ndeki coğrafi sınırlama, 1967 New York Protokolü ile kaldırılmış olmasına rağmen Türkiye tarafından halen geçerliliğini korumaktadır.

Suriye’de yaşanan savaş nedeniyle Nisan 2011’den beri Türkiye topraklarına yoğun bir göçün varlığı, Türkiye’ye İltica Eden veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzere Türkiye’den İkamet İzni Talep Eden Münferit

6 R.G. 05.08.1968 – 12968.

7 R.G. 04.04.2003 – 28615.

Yabancılar ile Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılar ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik⁸ (Geçici Koruma Yönetmeliği) hükümlerinde gösterildiği gibi mülteci statüsü ile üçüncü bir ülkeye yerleştirilmek için Birleşmiş Milletler Mülteci Yüksek Komiserliği'ne ("BMMYK") başvuruları beklenmeden Suriye'den göç edenlere yönelik ayrı bir geçici koruma rejimi getirilmiştir. Geçici koruma rejimi ilk kez Ekim 2011 tarihinde Cenevre'deki hükümetler arası bir toplantıda İçişleri Bakanlığı yetkililerince dile getirilmiştir. Nisan 2013 tarihinde de Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu⁹ (Koruma Yasası) yürürlüğe girmiştir. Böylece, önceden resmi makamlarca açıklanan "geçici koruma" kavramının içeriği, kapsamı ve sağladığı haklar belirlenmiştir. Bu sürece kadar iltica eden kişilere yönelik uygulamalar ve bu kişilerin haklarının neler olduğu hususu ise belirsizdi. Koruma Yasası ile Suriye'den kitlesel veya bireysel olarak Türkiye sınırlarına gelen ya da sınırlarından geçen Suriye vatandaşları, vatansızlar ve mülteciler uluslararası koruma başvurusunda bulunmuş olsalar dahi geçici koruma altına alınacaklardır¹⁰.

Koruma Yasası'ndaki coğrafi sınır nedeniyle yaşanan sorunlar ise gene aynı Kanun ile getirilen "şartlı mülteci" ve "ikincil koruma" statüleriyle aşılma çalışılmıştır.

Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun 62. maddesine göre şartlı mülteci, "Avrupa ülkeleri dışında meydana gelen olaylar sebebiyle; ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan, ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancıya veya bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dön-

8 R.G. 30.11.1994 – 22127.

9 R.G. 11.04.2013 – 28615.

10 **Nurcan Özgür Baklacioğlu – Zeynep Kivılcım**, Sürgünde Toplumsal Cinsiyet, Derin Yayınları, İstanbul, 2015, s. 10.

mek istemeyen vatansız kişi”dir. Şartlı mülteci statüsündeki kişiler, üçüncü ülkeye yerleştirilene kadar Türkiye’de kalabilmektedirler.

İkincil koruma ise aynı Kanun’un 63. maddesinde düzenlenmiş olup, mülteci veya şartlı mülteci olarak nitelendirilmesi mümkün olmayan ancak söz konusu kişinin menşe ülkesine veya ikamet ettiği ülkeye geri gönderilmesi halinde; ölüm cezasına mahkum olacak veya ölüm cezası infaz edilecek, işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalacak; uluslararası veya ülke genelindeki silahlı çatışma durumlarında, ayrımsız şiddet hareketleri nedeniyle şahsına yönelik ciddi tehditle karşılaşacak olması nedeniyle menşe ülkesinin veya ikamet ülkesinin korumasından yararlanamayan veya söz konusu tehdit nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancı ya da vatansız kişiler olarak tanımlanmıştır.

Sığınmacı ise Cenevre Sözleşmesi’nde sayılan ırk, din, milliyet, belli bir sosyal gruba üyelik veya siyasi düşünce ölçütleri nedeniyle zulüm görmekten haklı bir korku duyduğu için kendi ülkesinden ayrılan ve başka bir ülkeye giden, statü almak için başvuru yapmamış ya da yetkili makamlardan statü almamış kişidir. Başka bir ifadeyle, sığınılan ülkede mülteci statüsünü almayı bekleyen kişilerdir.

Göçmen ise vatandaşlık bağı ile bağlı oldukları ülkeyi, ekonomik, siyasi, sosyal, dini ve iklim değişiklikleri gibi daha iyi yaşam koşullarına erişmek amacıyla, iradeleri doğrultusunda yani herhangi bir zorlama olmadan başka bir ülkeye yerleşme amacıyla göç eden kişidir. Bu konuda uluslararası alanda yeknesak bir yasal düzenleme mevcut olmayıp bu konu her ülkenin kendi egemenlik alanına bırakılmıştır. Bu nedenle ülkelerin kendi iç hukuk kurallarına göre göçmenlerin ülkedeki hukuki durumları dikkate alınmaktadır.

B- Koruma Yasası ve Toplumsal Cinsiyet

Cenevre Sözleşmesi’nin toplumsal cinsiyete duyarlı bir şekilde uygulanması gerektiği yönünde BMMYK’nin 2002 ve 2012 tarihli Yol Gösterici

İlkeleri mevcuttur¹¹. Avustralya, Kanada, Hollanda, Norveç, Güney Afrika, İngiltere ve ABD gibi devletler bu ilkelere paralel kadın mülteci ve kadın sığınmacılarla ilgili özel düzenlemeleri iç hukuklarında kabul etmiş; diğer bazı devletler de mülteci statüsüne ilişkin kriterler listesine açıkça “cinsiyet” ya da “toplumsal cinsiyet” kavramlarını eklemişlerdir¹².

Kendi iç hukukumuzda ise Koruma Yasası'nın 61. maddesi mülteci statüsünden kimlerin yararlanabileceğine ilişkin kriterler “Avrupa ülkelerinde meydana gelen olaylar nedeniyle; ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için (...) statü belirleme işlemleri sonrasında mülteci statüsü verilir.” şeklinde sayılmıştır. Bu düzenlemeyle görülmektedir ki, Cenevre Sözleşmesi'ndeki klasik tanımdan uzaklaşmayan ve BMMYK'nin Yol Gösterici İlkeleri'ni dikkate almayan, toplumsal cinsiyet anlayışına duyarsız kalan bir hüküm getirilmiştir.

1 Ağustos 2014 tarihinde Türkiye, hiçbir çekince koymadan İstanbul Sözleşmesi'ne taraf olmuştur. Sözleşme, toplumsal cinsiyete dayalı iltica talepleri hususunda devletlere özel yükümlülükler getirmektedir. İstanbul Sözleşmesi'nin 60. maddesine göre; taraf devletler, toplumsal cinsiyet temelli şiddetin, Cenevre Sözleşmesi'ndeki zulüm ve ikincil korumayı gerektiren ciddi bir hasar biçimi olarak kabul edilmesi konusunda gerekli yasal veya diğer tedbirleri almalıdır. Gene bu Sözleşme'ye göre, mülteci statüsünü kazanabilmek için 1951 Cenevre Sözleşmesi'nde aranan kriterleri toplumsal cinsiyete duyarlı bir şekilde yorumlamak gerekmektedir. Mevcut yasada ise uluslararası korumayı gerektiren gerekçelerin yorumlanmasında toplumsal cinsiyete duyarlı olunması gerektiğinin bir şart olarak getirilmemiş olması ya da kriterlere “cinsiyet” ve “toplumsal cinsiyet” kavramlarının ayrıca eklenmemiş olması önemli bir eksikliktir. İstanbul Sözleşmesi'ne

11 Guidelines on International Protection: Gender-Related Persecution within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, HCR/GIP/02/01, 7 May 2002; Guidelines on International Protection No.9: Claims to Refugee Status based on Sexual Orientation and/or Gender Identity within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugee , 23 October 2012.

12 Baklacioğlu – Kivılcım, s. 25-26.

taraf bir devlet olarak Anayasa'nın 90/5. maddesi ve Sözleşme taahhütleri gereği, geçici koruma altındaki şiddet mağduru bireyler hakkında sadece tedbirler almakla yetinilmemeli, söz konusu şiddetin mülteci statüsü veya ikincil korumanın tanınmasına temel olup olmadığına dair değerlendirme de yapılmalıdır. Aksi halde Suriye'den gelen mülteciler veya ikincil koruma statüsü özelinde düşünüldüğünde, bu şekilde değerlendirilmeye tâbi olmayan her şiddet mağduru kadın mülteciye karşı söz konusu olacak idari pratikler İstanbul Sözleşmesi'ne aykırı olacaktır.

C- Yasal Düzenlemelere Göre Kadın Tahayyülü

Koruma Yasası ve Geçici Koruma Yönetmeliği'nde kadın; bağımsız bir hak süjesi olarak görülmemiş, “anne” veya “eş” olarak bağımlı veya “mağdur” olarak kabul edilmiştir. Kadın, eşiyile veya ailesiyile birlikte ve onlara bağımlı olarak yasal düzenlemelerde ve idari pratiklerde varlık kazanmıştır. Yasa ve Yönetmelik'teki “özel ihtiyaç sahibi” kategorisi altında kadınların mağdur olarak bazı önceliklerden ve özel haklardan yararlanmalarına imkan tanınmasıyla yetinilmiştir¹³. Kanuna göre özel ihtiyaç sahibi statüsünde sayılabilmek için engelli, yaşlı, hamile, çocuklu anne veya işkence, cinsel saldırı ya da ciddi psikolojik, bedensel ya da cinsel şiddete maruz kalmış kişilerden biri olmak gerekir. Koruma Yasası ve Geçici Koruma Yönetmeliği özel ihtiyaç sahibi statüsünde olan kişilere birtakım öncelikler tanımıştır. Bu statüdeki kişilere barınma merkezlerinde öncelik verilecek, onlara bu merkezlerde yer tahsis edilecek, uluslararası koruma başvuru işlemlerinde öncelik tanınacak, şiddete maruz kalmış olmaları halinde ise yeterli tedavi imkanı sağlanacaktır. Özel ihtiyaç sahibi statüsü gibi kadınlar hakkındaki mevcut nadir düzenlemeler de kadınların mağdur olmaları, hamilelikleri, “kırılgan” durumları üzerinden yapılmıştır. Belli şartlarda olan kadınlara yönelen düzenlemelerin tüm kadınları kapsayan bir içerik taşıdığını ileri sürmek mümkün değildir.

13 **Baklacioğlu – Kıvılcım**, s. 33.

D- Yasal Düzenlemelerdeki Erkek Egemen Rejim ve Kadınların İkincil Durumda Kalma Nedenleri Arasındaki Bağlantı

Yasal düzenlemelerdeki erkek egemen rejimin varlığı 1970'lerden itibaren feminist yaklaşımların ve araştırmaların neticesinde tartışılır hale gelmiştir. Feminist yaklaşım; kadın deneyimini başlangıç noktası yapan, kadınların toplum içindeki konumlarının güçlendirilmesi amacını taşıyan, kamusal ve özel alandaki ataerkilliği sona erdirmeyi hedefleyen, kadını merkeze alma anlayışından da öte sosyal yapıları belirleyen kamusal ve özel alandaki baskıları ve diğer türlü baskıları sona erdirmeye yönelik bir yaklaşımdır¹⁴. Bu noktada feminist yaklaşımın mültecilere önemli haklar sağlayan Cenevre Sözleşmesi'nin içeriğine toplumsal cinsiyet ve ayrımcılık temelinde getirdiği eleştiriler, kadınlar lehine yapılacak değişimlerde başlangıç noktası olarak kabul edilmelidir.

Cenevre Sözleşmesi kişinin, sığınmacı veya mülteci sayılabilmesi için tahdidi olarak saydığı beş ölçütten kaynaklı bir zulümden veya haklı bir korkudan kaçmış olmasını arar. Bu düzenlemeye getirilen eleştiriler, bu beş ölçüte yönelik olup, kadınların erkeklerle aynı oranda göç etmelerine rağmen, kadın olmalarından kaynaklı göç nedenlerinin yok sayılması temelindedir. Toplumsal cinsiyete dayalı zulmün bir ölçüt olarak sayılmaması kadınların göç nedenlerinin salt "belli bir sosyal gruba üyelik" ölçütüne bağlı olarak değerlendirilmesine neden olmaktadır¹⁵. Ayrımcı muameleler ve ülkelerin sosyal yapılarından veya geleneklerinden kaynaklı toplumsal cinsiyet temelli nedenler, sığınma alanında görev yapan çalışanlar tarafından küçümsenen ya da kabul görmeyen sığınma iddialarıdır; bunun yanı sıra politik nedenler ise görece daha kabul gören bir sığınma nedeni olarak görülmektedir¹⁶. İlaveten, politika yapmanın kamusal alanda erkek işi oldu-

14 **Lena Dominelli**, *Feminist Social Work Theory and Practice*, Palgrave Publications, London, 2002, s. 76.

15 **Sema Buz**, *Kadın ve Göç İlişkisi: Sığınan ve Sığınmacı Kadınlar Örneği*, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyal Hizmet Anabilim Dalı Doktora Tezi, Ankara, 2007, (Doktora Tezi), s. 25-26.

16 **Sema Buz**, *Göçte Kadınlar: Feminist Yaklaşım Çerçevesinde Bir Çalışma*, *Toplum ve Sosyal Hizmet Dergisi*, C. 18, S. 2, Ekim 2007, (Feminist Yaklaşım), s.44.

ğu anlayışından hareketle, politik nedenlere dayanarak kabul görmenin koşulunun erkek olmaktan geçtiğini de ileri sürmek mümkün mümkündür.¹⁷.

Erkekler genelde kamusal alandaki politik eylemlerine dayanarak mülteci statüsü talep etmektedirler. Kadınlar ise aile içi şiddet, cinsel şiddet, hamilelik, devletin kurumsallaşmış ayrımcı muameleleri gibi görünür olmayan nedenlerle talepte bulunmaktadırlar. Kadınların nedenleri yaygın bir şekilde mülteci statüsü talebi için yeterli bulunmamaktadır. Politik nedenlerle gelen kadınların ise gerekçelerine hem başvuruları alan görevliler hem de diğer sığınmacı erkekler tarafından şüpheyle yaklaşıldığı sığınmacı kadınlarla yapılan görüşmeler neticesinde görülmüştür ve bu durum Sema Buz'a ait doktora tezi kapsamında, İranlı iki kadın aktivist ile yapılan görüşmeyle de kanıtlanmıştır¹⁸.

Görülmektedir ki, sığınmacı ve mülteci tanımları erkek yönelimli olduğu gibi sığınma sürecinde de erkeklerin deneyimlerine odaklanılmaktadır. Yasal düzenlemelerin ataerkilliğinin yanında, bu alanda çalışan kişilerin çoğunluğunun da ataerkil düşünce yapısına sahip olduğunu ve bu nedenle erkek deneyimini ön planda tuttuklarını ileri sürmek mümkündür. Tüm bu yapı ve işleyişin neticesinde kadınların göç ve sığınma deneyimleri ikincil konumdadır.

Erkek egemen yaklaşım, kadın sığınmacıların mülteci statüsü almaları ve temel haklara erişimleri noktasında engel teşkil etmektedir. Koruma Yasası m. 23/1 hükmü "İkamet izinleri, pasaport veya pasaport yerine geçen belgelerin geçerlilik süresinden altmış gün daha kısa süreli, kalış amacına bağlı ve her yabancı için ayrı düzenlenir." şeklinde olup m.65/3 hükmü "(...) Başvuru sahibi, başvuruları aynı gerekçeye dayanan ve kendisiyle birlikte gelen aile üyeleri adına başvuru yapabilir. Bu durumda, ergin

17 **Buz**, Doktora Tezi, s. 55.

18 **Buz**, Doktora Tezi, s. 56, 58: "Sığınmacı erkekler ve BM politik nedenlerle geldiğini söyleyen erkeğe daha çok inanıyor, kadınların BM'yi sığınmacı olduğuna inandırması daha zor oluyor (Görüşme 7, kadın, İran)."

"Politik nedenlerle geldiğime inandırmanın o kadar zor oldu ki. Bu nedenlere şüpheyle yaklaşıldı ve adeta "yalan söyleyen" muamelesi gördüm (Görüşme 40, kadın, İran)"

aile üyelerinin, kendi adlarına başvuruda bulunulmasına yönelik muvafakati alınır.” şeklindedir. Yasa’daki düzenlemeler, ikamet veya diğer izinler için başvuruların koca tarafından yapılması halinde, kadınların kendilerine şiddet uygulayan eş ile birlikte kalmak zorunda oldukları anlamını taşımaktadır. Her ne kadar başvuruların bireysel yapılacağı ilgili hükümde belirtilmiş olsa da özellikle Suriye özelinde bakıldığında, kadınların büyük bir kısmının okuma yazma bilmemesi nedeniyle yazılı prosedürle ilerleyen sistem, belli statülerin kazanılması ya da haklara erişim konularında, kadınları erkeklere bağımlı hale getirmektedir. İdari pratiklerdeki duruma göre ise, ne yasada ne yönetmelikte mülakatların toplumsal cinsiyet perspektifinden gerçekleştirilmesi gerektiğine ilişkin bir usul mevcuttur. Bu durumda mülakatlarda kadınlar maruz kaldıkları şiddeti beyan ederek, görevli kişileri ikna yoluna gitmektedirler.

1980’den sonra toplumsal cinsiyet bakış açısı önem kazanıp buna yönelik çeşitli eğitimler ve çalışmalar yapılmışsa da mevcut durumda toplumsal cinsiyetin altıncı bir ölçüt olarak getirilmesi yerine, halen Cenevre Sözleşmesi’ndeki erkeğin yararına olan mülteci tanımının varlığı ve buna paralel iç hukuk düzenlemeleri varlığını korumaktadır. Mevcut anlayış, kadınları göç kararı vermelerinden itibaren tüm aşamaları kapsayacak şekilde olumsuz yönde etkilemektedir.

III. Kadınların Göç Nedenleri

Kadınlar da tüm sığınmacı ya da mülteciler gibi yaşadıkları baskı ve zulümden kaçma amacıyla ülkelerini terk etmektedirler. Bunun yanında kadınlar, toplumsal cinsiyet temelli ayrımcılık, sosyo-kültürel ve geleneksel kabullerden kaynaklı zulüm, cinsel istismar, cinsiyete dayalı şiddet, aile içi şiddet gibi baskılardan kaçmak için de göç ederler. Ayrıca kadınlar, ataerkil toplum tarafından onlara yakıştırılan toplumsal cinsiyet rollerinden kaynaklı birtakım beklentilerin yerine getirilmemesi nedeniyle de göç ederler. Bunlara ek olarak, evliliklerdeki anlaşmazlıklar, boşanma veya ayrılık zorluğu, ekonomik sorunlar gibi nedenler de kadının göç etmesinde etkili olmaktadır.

Kadınlara karşı şiddet, göç kararı verilmesinde önemli paya sahiptir. Kadınlar cinsel şiddetin tüm görünümüleriyle savaş ve silahlı çatışma ortamların zaten karşılaşmaktadırlar ve bu, dünyanın genelinde kanıksanan bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır. Hatta kadınlara tecavüzün tarih boyunca yaygın kullanılan bir savaş silahı olduğunu ileri sürmek mümkündür. Günümüzde, IŞID'in uygulamalarında da buna şahit olmaktayız.

BMMYK, kadınların göç nedenlerinin esaslı unsurunu teşkil eden toplumsal cinsiyete dayalı zulüm uygulamalarını beş dönem halinde sıralamıştır¹⁹:

“Çatışma sırasında, kaçıştan önce:

- İktidarda bulunan kişiler tarafından taciz edilme
- Kadınların cinsel olarak işkence görmesi
- Askerler tarafından cinsel şiddet uygulanması
- Toplu tecavüz ve hamile bırakılma
- Çatışma halindeki tarafların silahlı mensupları tarafından kaçırılma

Kaçış sırasında:

- Haydutlar, sınır muhafızları tarafından cinsel saldırı
- İnsan tacirleri, köle ticareti yapanlar tarafından yakalanma

Sığınma ülkesinde:

- Otorite sahibi kişiler tarafından cinsel saldırı
- Ailelerinden ayrı düşmüş kız çocuklara, bakıcı aile yanında cinsel taciz
- Aile içi şiddet
- Hayatta kalabilmek için cinsel ilişkiye zorlamak/zorla fuhuş

19 <http://www.unhcr.org.tr/?page=15>, Erişim Tarihi: 05.10.2016.

- Sığınma ülkesinde yasal bir statü beklerken ya da yardım ve kaynaklara erişmeyi beklerken cinsel taciz

Geri dönüş sırasında:

- Kadınlara yönelik zararlı geleneksel uygulamaların tekrar başlatılması
- Ailelerinden ayrı düşmüş kadın ve çocuklara yönelik cinsel taciz
- İktidarda bulunan kişiler tarafından cinsel istismar
- Haydutlar, sınır muhafızları tarafından cinsel saldırı, geri dönüşe zorlanma

Yeniden entegrasyon sürecinde:

- Geri dönenlere bir çeşit ceza olarak cinsel taciz
- Yasal statüyü düzene sokmak için cinsel zorbalık
- Kadınların karar alma süreçlerinin dışında bırakılması
- Kaynaklara erişimin engellenmesi”

Toplumsal cinsiyet temelindeki zulüm ve baskıları Suriye özelinde incelediğimizde; savaş bölgelerindeki toplu tecavüzlerin ve bu şiddetin sığındıkları ülkelerden olan Türkiye, Lübnan ve Ürdün kamplarında da devam etmesi kadın mültecilerin sınırın her iki tarafında da cinsel şiddet korkusu içinde yaşamlarına neden olmaktadır. Syrian Network for Human Rights raporuna göre Mart 2011 – Kasım 2013 tarihleri arasında 7.500 Suriyeli kadın cinsel şiddete maruz kalmıştır²⁰. Göç kararında, göç esnasında ve sığınılan yerde gördükleri şiddet ülkelerine dönmeleri halinde de sonraki yaşamlarını etkilemekte ve bu nedenle çoğu kadının ülkelerine dönüşleri ölümle, utançla veya dışlanma ile sonuçlanmaktadır.

20 **Baklacioğlu – Kıvılcım**, s. 92.

IV. Zorunlu ve Gönüllü Göç Eden Kadınların Haklara Erişim Konusunda Maruz Kaldıkları Toplumsal Cinsiyet Temelli Ayrımcılık

İstihdamda toplumsal cinsiyet temelli ayrımcılık, eşit olmayan ücret, yetersiz sağlık hizmetleri, yetersiz eğitim, çocuk bakımı ve ev işleri sorumluluğu da kadınların göç kararlarında etkili olmaktadır.

Erkekleştirilmiş göç anlayışında; kadınlar, göç etmiş veya göç eden erkeği takip eden ya da ona eklenen ve arka planda kalan homojen bir grup olarak ele alınır. Gene bu anlayışa göre, kadın mültecilerin mağduriyetleri üzerinden toplumun vicdanına seslenilmesi ve insani yardımın kutlanarak kadınları kamusal alanın dışına itmek siyasi bir tercihtir²¹. Böylece kadın mültecilerin kamusal bütçeye yük olmaması ve onların haklarına ilişkin alanın aşılması hedeflenmiştir. Bunun neticesinde daha fazla kayıt dışı yaşam, daha fazla toplumsal cinsiyet temelli şiddet, daha fazla sosyal ve cinsel istismar ve yoksulluk ortaya çıkmıştır ve çıkacaktır. Mevzuattaki boşluklar ve hukuki korumanın sağlanamaması da kadın mülteci ve sığınmacılara yönelik istismar ve şiddetin yaygınlaşması ve haklara erişimlerinin engellenmesi için ortam yaratmaktadır.

Bu anlayıştaki devletler, yasal olmayan yollardan ülkeye giriş yapanları sosyal güvenlik, sağlık ve istihdam gibi alanlarda çeşitli ayrımcı politika ve uygulamalara maruz bırakmaktadır.

A- Sağlık Hakkı

Göç nedeniyle kişi, içinde yaşadığı, alıştığı çevreyi ve koşulları terk edip yeni bir çevreye girmektedir. Sosyal, kültürel ve fiziksel olarak yeni çevreden ve koşullardan kişi muhakkak etkilenir ve bu, kişinin sağlığı üzerinde de etkili olmaktadır. Hem göç sırasında hem de göç ettikleri yerlerde kişiler çeşitli sağlık riskleriyle karşılaşmaktadırlar. Yaşam koşullarının farklılığı sağlık sorunlarında da belirleyici olmaktadır. Göçün yapısı gereği bir sağlıksızlık hali söz konusudur. Çünkü fiziksel olarak sağlıklı gelen kadınlar,

21 Baklacioğlu – Kıvılcım, s. 64.

ruhsal sıkıntılar, çalışma ve yaşam koşulları nedeniyle sağlıklarını kaybedebilirler.

Dünya genelinde mülteciler, sığınmacılar ve göçmenler, sağlık danışmanlığı, temel sağlık hizmetleri, koruyucu hizmetler, tanı, tedavi imkanları ve ilaçlara erişim konusunda ciddi sorunlar yaşamaktadırlar²². Söz konusu kişilere yönelik sağlık hizmetleri ülkeler bakımından farklılık gösterse de gelişmiş ülkeler de dahil olmak üzere dünya genelinde bu kişilere yeterli düzeyde sağlık hizmeti sunulmamaktadır²³.

Türkiye'deki mevcut yasal duruma göre; Türkiye dışından gelen kişiler, üç grup halinde düzenlemeye tâbi tutulmuşlardır. İlk grup, oturma ve çalışma iznine sahip olanlar; ikinci grup, bu izinlerden birine sahip olmayıp sadece vize alarak ülkeye giriş yapmış olanlar ve son grup sığınmacı ve vatansız kişilerdir. Ayrıca belirtmek gerekir ki 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun²⁴ ilgili maddelerinde (m.60, m.61) doğrudan “mülteci” kavramı yerine “uluslararası koruma başvurusu yapan veya uluslararası koruma statüsü alan kişi” ve “vatansız kişi” kavramları kullanılmıştır. Türkiye'ye gelenlerin büyük çoğunluğunun sığınmacı ya da vatansız kişiler olmasından dolayı kanun koyucu tarafından bilinçli olarak mülteci, sığınmacı ve vatansız kişileri karşılayan kapsayıcı bir seçimin yapıldığı düşünülmektedir. İlk grupta yer alan yani yasal yollardan ülkeye giriş yapmış olup oturma iznine sahip olan kişiler eğer kendi ülkelerinde sigortalı değillerse, Türkiye'de bir yıldan fazla süreli ikamet etmeleri halinde genel sağlık sigortalı (“GSS”) sayılırlar. Bu kişiler, Sosyal Güvenlik Kurumu'na (“SGK”) GSS giriş bildirgesi vermeleri halinde sigortalı sayılırlar. Bu bildirge verilmediği takdirde, SGK tarafından re'sen sigorta yapılır ve ilgili kişiye asgari ücret tutarında idari para cezası yaptırımını uygulanır. Çalışma iznine sahip olan kişiler ise en az bir yıllık ikamet şartı aranmaksızın çalışmaya başladıkları tarihten itibaren GSS primleri karşılanır ve sağlık

22 **Seda İldam Çalım – Oya Kavlak – Ümran Sevil**, Evrensel Bir Sorun: Göç Eden Kadınların Sağlığı ve Sağlık Hizmetlerinde Yaşanan Dil Engeli, Sağlık ve Toplum, S. 2, Mayıs – Ağustos 2012, s. 13.

23 **Özge Karadağ – Kerim Hakan Altıntaş**, Mülteciler ve Sağlık, TAF Preventive Medicine Bulletin, S. 9(1), 2010, s. 56.

24 R.G. 16.06.2006 – 26200.

hizmetlerinden yararlanmaya başlarlar. İkinci grupta yer alan kişiler ise sağlık hizmetlerinden bedelini ödemek suretiyle yararlanabilmektedirler. Üçüncü gruptaki sığınmacı ve vatansız kişilerin sağlık hizmetlerinden yararlanmaları ise İçişleri Bakanlığı tarafından GSS olmaları için SGK'ya bildirilmeleri halinde söz konusu olabilmektedir²⁵. Uygulamada Türkiye'ye gelen yabancıların GSS sisteminden faydalanmaları ve sağlık hizmetlerine erişimleri çok sınırlı olup, vatansız veya sığınmacı olan kişilerin büyük bir çoğunluğu ise bu sisteme dahil bile olamamaktadır. Türkiye'ye gelen kadınların önemli bir çoğunluğunun ev hizmetlerinde çalıştığı kabulünden hareketle mevcut sisteme göre, Türkiye'ye giriş yapılmasından itibaren 1 ay içinde oturma izni için başvuruda bulunulursa GSS'ye dahil olabilirler. Böylece yasadışı olma durumu ortadan kalkacak, sınır dışı edilme tehdidiyle sömürülmelerinin önüne geçilmiş olacak ve bununla birlikte GSS'den yararlanabileceklerdir.

Mevcut düzenlemeler böyle olmakla birlikte Türkiye'de yasadışı çalışan kadınların sağlık hizmetlerine erişimlerini içeren özel bir düzenleme yoktur. Sağlık hizmetlerine erişimde, Türkiye'ye yerleşmiş olma şartı ve kronik bir hastalığa yönelik bir sağlık hizmetinden faydalanılmaması şartı aranmaktadır. Oturma ve çalışma iznine sahip olan yabancıların sağlık hizmetlerine erişim durumu, Türkiye vatandaşlarının erişiminden farklı değildir²⁶.

Yabancı ülkeden gelen kişiler, içinde buldukları zorlu koşullar, sosyal hizmetlere erişimdeki güçlükler, şiddet gibi pek çok nedenle veya onlara sunulan sağlık hizmetlerinin azlığı nedeniyle sağlık bakımından toplumdaki en savunmasız birey gruplarındanlardır. Bu noktada, sığınmacı ve mültecilere yönelik hizmet dağıtımındaki ayrımcı uygulamaların yaygınlığı, bu tip uygulamaların tespitini ve bunlara çözümler üretilmesini gerekli kılmaktadır.

Daha çok cinsel yolla bulaşan enfeksiyonlar ve cinsel şiddet riski altında olan ayrı bir grup olarak kadınların; gebelikten korunma, cinsel yolla bulaşan enfeksiyonlardan korunma, kürtaj ve doğumlara ilişkin tanı, tedavi ve

25 **Nilay Etiler – Kuvvet Lordoğlu**, Göçün Öteki Yüzü: Kadın ve Sağlık, DİSKAR Türkiye Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonu Araştırma Enstitüsü Bülteni, S. 4, 2015, s. 99.

26 **Etiler – Lordoğlu**, s. 102.

danışmanlık gibi sağlık hizmetlerine kolaylıkla erişimleri sağlanmalıdır. Mevcut yasal durumda ise Geçici Koruma Yönetmeliği'ne göre Suriyelilerin temel ve acil sağlık hizmetleri ve ilaç ve tedavi giderleri Afet ve Acil Yardım Yönetimi Başkanlığı ("AFAD") tarafından karşılanacak; geçici koruma kimliği alan ve kayıt altında olan Suriyelilerin sağlık harcamaları ise kamu kaynaklarınca karşılanacaktır. Ne var ki, sığınmacı ve mülteci Suriyeli kadınların deneyimlerine bakıldığında, sağlık hakkına erişimlerinin neredeyse olmadığı, sağlık hizmetlerinden faydalanmak isteyenlerin ise harcamalarının karşılanmadığı ya da farklı muamelelere tabi tutuldukları görülmektedir. Hamile kadınlar, ülkenin dilini bilmedikleri, sağlık personellerinden kötü muamele görecekları ve ödeyemeyecekleri faturalarla karşılaşacakları korkusuyla hastanelerde doğum yapmak yerine, sağlıksız koşullarda doğum yapmak zorunda kalmaktadırlar. Hastanelere gitmeleri halinde ise kendilerine ayrımcılık yapıldığını, kendilerini muayene etmek istemeyen ya da dokunmadan muayene etmeye çalışan doktorların olduğu ya da sırası geldiği halde doktorun yanına alınmayıp uzun süre bekletildikleri ileri sürülmektedir; diğer bir durum olarak ise birçok eczanenin ilaçların ödenmesindeki sorunlar nedeniyle mültecilerin ilaç reçetelerini kabul etmedikleri, devletin ödeme-leri aksatması gerekçe gösterilerek eczanelerin, Suriyeli mültecilerin reçeteleriyle ilgili işlem yapmaktan kaçındıkları ortaya çıkmıştır²⁷.

Bazı Suriyeli mülteci kadınların sağlık hakkına erişimleri konusunda deneyimlerini içeren beyanlarına göre²⁸:

"Doğumda sıkıntı oldu. Civar bölgede Yavuz Selim diye bir hastane var, burada bize kötü davrandılar. Korktuk. Orada doğum yapmak için götürülen Suriyeli kadınlara dayak atıldığını duyduk." (Başakşehir, Şahintepe, M15)

"Oğlum ateşlendiğinde hastaneye gittik. Doktorlar hiç ilgilenmedi. Çocuk hastanede bilincini yitirince ağlamaya başladım. Bana yardım eden Türkiyeli kadının bir akrabası o hastanede hasta olarak bekliyordu, Arapça

27 Baklacioğlu – Kıvılcım, s. 98 – 100.

28 Baklacioğlu – Kıvılcım, s. 98 – 100.

biliyordu, yardım etti bana ve tüm hastane masraflarını ödedi. Oğlum 3 gün o hastanede yattı. Hastanede yapılan tahliller için de para istediler. Sağlık ocağında hiç ilgilenmediler çocuk ateşlendiğinde. Oradan Haseki'ye gittik.” (Fatih, 30 yaş, M6)

“(…) Ama eczanelere çok sık gidiyoruz. Elimizde Suriye'den getirdiğimiz ilaçlar vardı. Onların aynılarını almaya gittik. Yok deyip geri çevirdiler bizi. Eşim arada bir Kilis'e gidiyor. Orada Suriye'den getirilmiş kaçak ilaçlar var. Suriye'dekine göre çok pahalı ama alıyoruz mecburen.” (Şirinevler, 31 yaş, M16)

Görülmektedir ki, sağlık hakkına erişim konusunda karşılaşılan ayrımcı tutum ve davranışlar, onlara sağlıksız koşullarda yaşamaktan başka bir yol bırakmamaktadır.

B- İstihdam

Kendi işinde ya da başkasının yanında çalışma hakkı, geçici korunanlara yönelik uygulamaların nasıl olması gerektiği gibi temel konular BMMYK'nin Geçici Korumaya İlişkin Yol Gösterici İlkeleri²⁹ ve Avrupa Birliği (“AB”) Geçici Koruma Yönergesi'nin 12. maddesinde düzenlenmiştir. Buna ek olarak, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (“ILO”) 1 Temmuz 1949'da kabul ettiği İstihdam Amacıyla Göç Hakkında 97 Sayılı Sözleşme ve 24 Haziran 1975 tarihli Göçmen İşçiler Hakkında 143 Sayılı Sözleşme ile göçmen işçilere yardım, bilgi, koruma ve eşit muamele sağlanarak suistimallerin önlenmesi amaçlanmıştır.

Türkiye'deki yasal düzenlemelere göre yabancıların çalışabilmeleri için çalışma izni almaları gerekmektedir. Ne var ki bu izni almak pek kolay olmayıp uzun prosedürlerin yerine getirilmesi gereklidir. Türkiye'de çalışmak isteyen sığınmacıların geçerli ikamet iznine sahip olması gerekirken, uluslararası koruma başvuru sahibi için kimlik belgesi ikamet izni yerine geçmektedir. Başvuru sahibi, uluslararası koruma başvuru tarihinden altı ay sonra çalışma izni almak için başvuruda bulunabilir. Mülteciler ise mülteci

29 UNHCR, Guidelines on Temporary Protection or Stay Arrangements, Paragraf: 16.

statüsünü aldıkları tarihten itibaren kendi işlerinde ya da başkasının yanında çalışabilirler. Çünkü mülteci kişiye verilecek kimlik belgesi aynı zamanda çalışma izni yerine de geçecektir. Mülteci ve sığınmacıların çalışma haklarına ilişkin düzenlemeler, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun 76. ve 89. maddelerinde ve Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun'un³⁰ 4. ve 14. maddelerinde düzenlenmiştir. Mülteciler ve sığınmacılar bakımından yoksullaşma, kayıt dışı çalışma ve sömürü sıkça karşılaşılan problemlerdir. Bu bağlamda hem uluslararası hukukta hem ulusal hukukta çalışma hakkına ilişkin düzenlemelerin varlığı önemlidir.

Zorunlu ve gönüllü göç eden kadınlar, işgücü piyasasında hem yerli kadınlar hem de aynı statüdeki erkeklere nazaran daha düşük oranda istihdam edilirler³¹. İşgücü piyasasındaki kadın - erkek arasındaki ayrımcılığın temelini toplumsal cinsiyet rolleri belirlemektedir. İşverenler, kadınların evlenip çocuk sahibi olduklarında işten ayrılacakları; erkeklerin ailenin geçimini sağlayan esas kişi olduğu kabulü gibi nedenlerle kadınları işe almak istemezler, terfi ettirmezler ya da düşük ücretle çalıştırırlar. Cinsiyetler arasında hali hazırdaki eşitsizlik hali, yabancı kadınlar açısından durumu daha da katlanarak ağırlaştırmaktadır. Göç eden bir kadın, eğer geniş bir aileye mensup ise çoğunlukla çocukların bakımından sorumlu tutulacak olması ya da evin düzenini tek başına üstlenmesi nedeniyle çalışmamakta, hatta yaşadıkları yerden dışarı çıkamamaktadır. Göç eden kadınların çalışmaları halinde ise yerli kadınlar gibi vasıflı işlerde çalışma imkanları yoktur. Yerli kadınlar işgücü piyasasında yer aldıklarında, ev işlerini gördürecek insanlara ihtiyaç duyarlar ve ev hizmetlerinde genelde göç eden kadınlar çalışırlar. Bu durum yeni bir ekonomik geçim kaynağı yaratır ve hane halkının geçimini sağlamak için çalışma amacıyla tek başına göç eden kadınların sayısının artması nedeniyle "göçün kadınlaşması" olgusu gündeme gelir³².

30 R.G. 06.03.2003 – 25040.

31 Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, OECD Ülkelerinde Kadınlar ve Erkekler, Yorum Yayınları, Yayın No. 289, Ankara, 30 Ocak 2008, s. 57.

32 **Gülşay Toksöz**, Küreselleşme ve Kadın Emeginin Göçü, Prof. Dr. Cahit Talas Anısına Güncel Sosyal Politika Tartışmaları, Sosyal Politika Araştırma ve Uygulama Merkezi, Ankara, 2007, (Kadın Emegi), s.612.

Göçün kadınlaşması olgusuna damgasını vuran günlük ev ve bakım işlerini üstlenen yabancı ya da yerli göçmen ev işçileridir³³. Çalışma amacıyla göç eden kadınlar genelde ev ve bakım hizmetlerinde çalışırlar. Uzayan yaşam süresine bağlı yaşlanma, düşen doğum oranlarına bağlı işgücü azalması, yerli kadınların artan eğitim düzeylerine bağlı olarak işgücüne daha fazla katılmaları nedeniyle ev ve bakım işlerini yerine getirememeleri ile buna eklenen erkeklerin ev ve bakım işlerini paylaşma konusundaki dirençleri ve devletin kamusal bakım hizmetleri sunma konusunda yetersizliği; göç veren ülkelerin yönetimlerinin göçmen kadınların kazandıkları paraları ülkelere göndermelerinin bir sonucu olarak döviz açıklarının karşılanması nedeniyle kadınların göç kararlarını destekleyen politikaları göçmen ev işçisi kadınların sayısının artmasında etkilidir³⁴.

Çoğu ülkede ev işçilerini koruyan yasal bir düzenleme olmadığı için ev işçiliği, sömürü ve istismara açık bir alan olarak karşımıza çıkmaktadır. 16 Haziran 2011 tarihinde, ILO tarafından 189 sayılı Ev İşçileri İçin İnsana Yakışır İş Sözleşmesi kabul edilmiştir. Ancak bu sözleşme sadece 15 ülke tarafından imzalanmış olup Türkiye bu ülkelerden biri değildir. Sözleşme ile ülkeler, ev işçilerinin temel haklarını ve emeklerini korumak üzere önlemler almayı; zorla çalıştırma, çocuk işçiliğinin ve istihdama ilişkin ayrımcılığın ortadan kaldırılmasını taahhüt ederler.

Türkiye'deki duruma baktığımızda, ev işlerinde yaygın biçimde kadınlar çalışmaktadırlar. Yerli ev işçileri, tanışıklıkları gibi enformel kanallardan faydalanmak suretiyle iş bulabilirken; göçmen ev işçileri genelde aracı kuruluşlar vasıtasıyla iş bulabilmektedirler. Ruhsatsız çalışan bu aracı kuruluşların faaliyetleri ise işçileri, psikolojik, fiziksel ve cinsel tacize daha açık bir konuma getirmekle birlikte uzun çalışma saatlerine ve sigortasızlığa mahkum etmektedir³⁵.

33 **Gülay Toksöz**, Göçün Kadınlaşması ve Göçmen Ev İşçileri, DİSKAR Türkiye Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonu Araştırma Enstitüsü Bülteni, S. 4, 2015, (Göçün Kadınlaşması), s. 87.

34 **Toksöz**, Göçün Kadınlaşması, s. 88.

35 Ayrıntılı bilgi için bakınız: **Seyhan Erdoğan – Gülay Toksöz**, Kadınların Görünmeyen Emeginin Görünen Yüzü: Türkiye'de Ev İşçileri, Çalışma Koşulları ve İstihdam Serisi No. 42, Ankara: Uluslararası Çalışma Ofisi, 2013.

4857 sayılı İş Kanunu'nun³⁶ 4. maddesine göre ev hizmetlerinde çalışanlar kanun kapsamı dışında bırakılmıştır; ancak Yargıtay kararlarında kıyas yoluyla İş Kanunu'ndan yararlandığı da görülmektedir³⁷. İş Kanunu'ndaki bu yasal boşluk, 6098 sayılı Borçlar Kanunu³⁸ ile doldurulmaktadır. Buna göre, "Genel Hizmet Sözleşmesi"ne ilişkin hükümler ev işçileri için de geçerli kabul edilmiştir. Ancak Borçlar Kanunu işçi ve işverene sözleşme çerçevesinde çeşitli hak ve yükümlülükler öngörürken bu yükümlülüklerin yerine getirilip getirilmediğini tespit edecek herhangi bir denetim imkanı sağlamamaktadır. Bu noktada, Türkiye'nin ev işçiliğinde kayıt dışılığı önlemek için çalışma ve ikamet izni prosedürlerini kolaylaştırma, koruyucu hükümleri içeren yasal düzenlemeler yapma ve ILO'nun 189 sayılı Ev İşçileri İçin İnsana Yakışır İş Sözleşmesi'ni imzalaması gerekmektedir.

Göçün kadınlaşması olgusunun olumsuz tarafı ise, kadınlar göç ederken cinsel istismara maruz kalabilmekte veya seks ticaretinin mağduru konumuna gelebilmektedirler.

Göçmenlerin ya Türkiye'ye gelmeden önce çalışma izni için başvuru yapmaları ya da Türkiye'de altı aylık oturma izni aldıktan sonra işverenleri tarafından çalışma iznine başvurmaları gerekmektedir. Tüm bu uzun bürokratik işlemler neticesinde göçmenler, kayıt dışı çalışmayı tercih ederler. Göçmen kadınlar genelde bir ya da üç aylık turist vizesiyle Türkiye'ye gelip bir ailenin ya da işletmenin bünyesinde vize süresince çalışmakta; vize sürenin dolmasından sonra da çıkış esnasında ödeyecekleri cezaları göze alarak ülkede kalıp çalışmaya devam etmektedirler. Göçmen kadınların kayıt dışı durumları onları daha çok sömürüye açık konuma getirmekte ve dil bilmemeleri de onlara yönelik "fahişe" algısını arttırmaktadır. Böylece toplumsal cinsiyet kaynaklı şiddetin hedefi haline gelmektedirler³⁹.

36 R.G. 10.06.2003 – 25134.

37 **Erdoğan – Toksöz**, s. 19.

38 R.G. 04.02.2011 – 27836.

39 **Emel Coşkun**, Kayıtdışı Çalışma ve Fuhuş Kısacasında Göçmen Kadınlar, DİSKAR Türkiye Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonu Araştırma Enstitüsü Bülteni, S. 4, 2015, (Kayıtdışı Çalışma), s. 108.

Türkiye'deki mevcut fuhuş rejiminin göçmen kadınların fuhuşa itilmesindeki etkisi büyüktür⁴⁰. Mevcut yasal düzenlemelere göre; fuhuş, lisanslı genelevlerle sınırlandırılmakta ve fuhuş yapan kadınlara yönelik bazı yükümlülükler getirilmektedir. Hükümetin benimsediği izinsiz fuhuşa "sıfır tolerans" politikası, uygulamada izinsiz fuhuşu engellemek için yeterli değildir. Baskınlar neticesinde kadınlar gözaltına alınıp sonra zorla sağlık muayenesine tâbi tutularak yaptırımlara maruz kalırken, fuhuş baskınlarında gözaltına alınan erkeklerin sadece kayıtlarının alınmasıyla yetinilmektedir⁴¹. İzinsiz fuhuşa ilişkin devletin cinsiyetçi bakış açısını yansıtan ayrımcı uygulamalar, Türkiye'nin fuhuş rejimini de ortaya koymaktadır. İzinli olmayan seks hizmetlerini satın alan erkeklerin cezalandırılmaması ve devlet aygıtlarının duyarsızlığı bu sektörün büyümesine ve göçmen kadınların artan oranda fuhuşa itilmelerine neden olmaktadır. Göçmen kadınlara yönelik kalıp yargılar, onları korumayan yasalar ve sınır dışı edilme korkusu onları daha da sessizleştirmektedir.

Türkiye'de yaygınlaşan yasa dışı istihdam sektörü mülteci, sığınmacı ve göçmenleri de etkilemektedir. Suriyeli mültecilerin istismara açık, vasıfsız, ucuz ve kayıt dışı emek olarak kabul edilmesi çalışma imkanlarını azaltmaktadır. Suriyeli kadın mültecilerin iş bulmalarının önündeki temel engellerden biri de Türkçe bilmemeleridir. Bu durumda, Kürtçe bilen Suriyeli mülteciler iş bulma konusunda görece daha avantajlıdır. Diğer bir engel ise Suriyeli kadın mültecilerin büyük kısmının çocuk bakmakla yükümlü olmalarıdır. Kimlikleri de onlar için sorun teşkil etmektedir. Kadınlar bir de Suriyeli olmaları nedeniyle iş bulma ya da mesleklerini icra etme konusunda ayrımcılığa maruz kalmaktadırlar. Tüm bunların yanında tacize maruz kalma korkusu ve güvenlik kaygısı da onları işgücü piyasasından uzak tutan engeller arasındadır.

40 **Emel Coşkun**, Türkiye'de Göçmen Kadınlar ve Seks Ticareti, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2014/3 (42), (Seks Ticareti), s. 193.

41 **Coşkun**, Seks Ticareti, s. 194.

V. Sonuç

Mülteci ve sığınmacılar genelde iki seçenekle karşı karşıya kalırlar: Ya kendilerine dayatılan dışlayıcı göç politikaları sonucu insanlık dışı ve onur kırıcı koşullarda yaşamayı ya da söz konusu sistemi terk etme uğruna ölümü göze almayı seçerler. Her iki seçim neticesinde de sıkıntılı süreçlerden geçmek zorunda kalan bu bireyler, hem hukuki hem de fiili olarak korunmalı ve bu seçeneklerden birini seçmeye mahkum bırakılmadan güvenlikleri sağlanmalıdır. Böyle bir korumanın sağlanması ise başta uluslararası hukuk olmak üzere ulusal hukukun koruyucu düzenlemelerine ve bu düzenlemelerin idari pratik yansımalarının da doğru bir şekilde görülmesine bağlıdır. Hatta mevcut mülteci ve sığınmacı krizi göz önünde bulundurulduğunda, insan hakları anlayışına uygun ad hoc politikalar geliştirilmeli ve kamu güvenliği adına insani güvenliği ortadan kaldıran “koruma sistemlerinden” vazgeçilmelidir.

Bu amaçla, 1948 yılında imzalanan İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi⁴² ve 1967 yılında New York Protokolü ile değişen 1951 Cenevre Sözleşmesi ile mülteci ve sığınmacıların haklarına ilişkin uluslararası yasal düzenlemeler yapılmış, ancak, başta “mülteci” tanımı olmak üzere normatif çerçevede ve uygulamalarda, kadınların özgün sorunları göz ardı edilmiştir⁴³.

BMMYK'nın 2002 ve 2012 yıllarındaki Yol Gösterici İlkeleri ve Avrupa Birliği Direktifleri ile Cenevre Sözleşmesi'nin toplumsal cinsiyet alanındaki bu boşluğu doldurulmaya çalışılmış ve Sözleşme böylece güncel hale getirilmiştir. Uluslararası yasal düzenlemelerle birlikte ülkelerin uluslararası rejimlere karşı benimsedikleri siyasi tercihleri en fazla mülteci, sığınmacı ve göçmen bireyler üzerinde etkili olmaktadır. Kaldı ki uluslararası rejimlerin varlığı da belirli konularda ülkeler arasındaki asgari standartları sağlamaktan ibarettir. Dolayısıyla ülkelerden beklenen, iç hukuklarında taraf oldukları uluslararası sözleşmeler çerçevesinde, sözleşme içeriğini genişleten ve geliştiren düzenlemeler yapmaktır. Göç alanındaki yeni mevzuatını oluşturu-

42 R.G. 27.05.1949 – 7217.

43 **Baklacioğlu - Kıvılcım**, s. 106.

ran Türkiye, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu ve Geçici Koruma Yönetmeliği ile Cenevre Sözleşmesi'ne paralel, toplumsal cinsiyet anlayışına duyarsız eril düzenlemeler getirmiştir. Her iki düzenleme de Türkiye'nin taraf olduğu toplumsal cinsiyet eşitliği bakımından ülkelere önemli yükümlülükler getiren İstanbul Sözleşmesi'ne aykırıdır. Ayrıca Avrupa Birliği'ne dahil olma hedefinde olan Türkiye'nin bu düzenlemeleri, AB'nin direktifleriyle çizdiği toplumsal cinsiyet konularındaki çerçevenin de dışındadır.

Yasal düzenlemelerdeki erkek egemen anlayış, kadınların göç deneyimlerinde ikincil konumda kalmalarına ve hatta yok sayılmalarına neden olmuştur. Oysa erkeklerden farklı olarak kadın olmalarından kaynaklı pek çok faktör onların göç kararında etkili olmaktadır. Göç kararının verilmesinden sonra da psiko-sosyal bir travma olarak bu süreçten en çok etkilenen gruplardan biri kadınlardır. Sayısal olarak bakıldığında ise zorunlu ve gönüllü göçe erkeklerden daha çok kadınlar katılmaktadır. Tüm bu durumlar “göçün feminizasyonu” yani “göçün kadınlaşması” kavramını gündeme getirmiştir. Buna göre, kadın göçmenlere, mültecilere ve sığınmacılara göç ettikleri ülkelerde, göç esnasında ve sığındıkları ülkelerde, farklı toplumsal cinsiyet rolleri yakıştırılmakta ve bu durum, kadınların mülteci statüsü için başvuru yaptıkları kuruluşlar, kamplar, işyerleri ve hastaneler gibi çeşitli kamusal ve özel mekanlarda toplumsal cinsiyet temelli ayrımcı muamelelere maruz kalmalarına neden olmaktadır.

Neoliberal politikalar ve artan yoksullaşma kadınların tek başlarına ekonomik nedenlerle göç etmelerine neden olmuş ve bu durum, kadının fuhuş ve ev hizmetleri gibi belli başlı sektörlerde iş bulmalarıyla göç akımlarındaki kadınlaşmayı hızlandırmıştır. Ne var ki göçün kadınlaşması bu alanda kadınların görünürlüğüne artmasına katkı sağlarken, diğer taraftan kadınların daha çok cinsel istismarın, şiddetin ve ekonomik sömürünün hedefi haline gelmesine ve insan ticareti suçunun mağduru sıfatıyla karşımıza çıkmasına neden olmuştur. Bu nedenle göç eden kadınların yaşadıkları sorunları, göçün kadınların fiziksel, ruhsal ve sosyal sağlıkları üzerindeki etkilerini toplumsal cinsiyet perspektifiyle ele almak ve bu perspektifte

hizmet ve politikalar yaratmak gerekmektedir. Bu gerekliliğin hukuki temelini ise tarafı olduğumuz İstanbul Sözleşmesi teşkil etmektedir. Sözleşme çerçevesinde Türkiye'nin yükümlülüğü, kadınların maruz kaldığı toplumsal cinsiyet temelli ayrımcı uygulamaların ve şiddetin mülteci statüsünün tanınması için yeterli bir gerekçe olarak kabul edilmesidir. Bunun için de gerekli hukuki ve idari düzenlemelerin yapılması lazımdır. Koruma Yasası ve Geçici Koruma Yönetmeliği'nde bulunan mülteci statüsüne ilişkin kriterler listesine "toplumsal cinsiyet" kavramı mutlaka eklenmeli ve kadınların deneyimleri ataerkil anlayıştan uzak şekilde değerlendirilmelidir. Uluslararası hukuka da uygun şekilde zorunlu ve gönüllü göç eden kadınların emekleri ve bedenlerinin sömürülmesinin önüne geçilmeli, temel haklara erişimleri sağlanmalı ve tüm yapısal engeller kaldırılmalıdır.

Bir diğer önemli husus da bu süreçte kadınların erkeklerin yanında yer alan homojen bir grup olarak değerlendirilmesidir. Kadınlık durumunun görünürlük kazanmasını amaçlarken kadınları homojen bir grup olarak değerlendirmek doğru bir yaklaşım değildir. Amaç, farklı kadınlık durumlarının ortaya konulması yoluyla kadınlara yönelen toplumsal cinsiyet temelli her türlü ayrımcılık ve şiddetin önlenmesi ile kadın - erkek arasındaki eşitsizliğin ortadan kaldırılmasıdır. Zorunlu ve gönüllü göç eden kadınlar bakımından, koşulların hem zamansal hem de mekânsal olarak çeşitlilik göstermesi nedeniyle farklı kadın deneyimlerinin her kadın özelinde toplumsal cinsiyet perspektifiyle değerlendirilmesi gerekmektedir. Ancak bu şekilde kadınlar için tam bir koruma mümkün olacaktır.