



ATILIM  
ÜNİVERSİTESİ

HUKUK  
FAKÜLTESİ

Atılım Üniversitesi

KASAUM

Kadın Sorunları Araştırma ve Uygulama Merkezi



# CİNSİYET BAĞLAMINDA HUKUKA ELEŞTİREL BAKIŞ SEMPOZYUMU

SEMPOZYUM  
31 MART 2023

BİLDİRİ  
ÖZETLERİ  
KİTABI

EDİTÖRLER:

Dr. Öğr. Üyesi Damla Songur  
Ar. Gör. Yiğitcan Çankaya

**Cinsiyet Bağlamında Hukuka Eleştirel Bakış Sempozyumu  
Bildiri Özetleri Kitabı, 31 Mart 2023, Ankara, Türkiye.**

**Editörler:**  
**Dr. Öğr. Üyesi Damla Songur**  
**Ar. Gör. Yiğitcan Çankaya**

Ankara, Atılım Üniversitesi, 2023, 45sayfa.  
Atılım Üniversitesi Yayınları No: 74  
Hukuk Fakültesi Yayınları No: 8

**ISBN: 978-975-6707-73-9**

1. Gender Studies – Turkey – Symposiums.
2. Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları –  
Türkiye – Sempozyumlar.  
I. Songur, Damla, editör  
II. Çankaya, Yiğitcan, editör

## DÜZENLEME KURULU

Dr. Öğr. Üyesi Damla Songur  
Ar. Gör. Yiğitcan Çankaya  
Gülenay Baydar\*  
Melisa Çördük\*  
Hilal Gedik\*  
Gökberk Mumcular\*  
Başak Oktay\*

## DANIŞMA KURULU

Prof. Dr. Esra Dardağan-Kibar  
Prof. Dr. Aynur Yongalık  
Prof. Dr. Gülriz Uygur  
Prof. Dr. Türkan Yalçın  
Prof. Dr. Hülya Şimğa

## BİLİM KURULU

Prof. Dr. Gülriz Uygur  
Prof. Dr. Türkan Yalçın  
Prof. Dr. Gaye Burcu Yıldız  
Doç. Dr. Orhan Ersun Civan  
Doç. Dr. Doğa Elçin  
Doç. Dr. Kumru Kılıçoğlu-Yılmaz  
Doç. Dr. Nadire Özdemir  
Doç. Dr. Çiğdem Sever  
Dr. Öğr. Üyesi Hale Akdağ-Yüksel  
Dr Öğr. Üyesi Bilge Bingöl-Schrijer  
Dr. Öğr. Üyesi Damla Songur  
Dr. Öğr. Üyesi Aslı Şimşek

## İÇİNDEKİLER

- Kadına Yönelik Şiddet Örneği Olarak Israrlı Takip: "TCK M. 123/A'nın Avusturya'daki Düzenleme ile Karşılaştırılması" / Dr. Öğr. Üyesi Arzu Aşçı 6
- Evlilik İçinde Gerçekleşen Cinsel Saldırı Suçunun Feminist Kuramlar Perspektifinden Eleştirel Analizi / Özge Ayas, Nilüfer Dilara Ar-Mutlu 8
- 7406 Sayılı Türk Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Kapsamında Düzenlenen, Ağırlaştırıcı Bir Neden Olarak Mağdurun Cinsiyeti / Selcen Özdemir 10
- Örselenmiş Kadın Sendromunun Kadına Karşı Şiddet Bakımından Ceza Hukuku Bağlamında Değerlendirilmesi / Fatmanur Yağcı-Çetin 13
- Anayasal Bir Hak Olarak "Gebeliğin Sonlandırılması": Çatışan Haklar Karşısında Anayasa Yargıçlarının Tutumu / Pınar Dikmen 15
- Feminist Perspektiften Çocuğa Bakış / Selvi Müleyke Şen 17
- Türk Hukukunda Kadının Toplumsal Cinsiyete Dayalı Şiddet Temelli Uluslararası Koruma Başvurusunun Değerlendirilmesi / Süreyya Can 19
- Toplumsal Cinsiyet Eşitsizliğinde Kadiri Mutlak "Devlete İtaat" Sorunu ve Hukukun Geri Çekilmesi / Mehmet Güneş 21
- İklim Değişikliğinin Kadına Etkisine Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Güncel Yaklaşımı / Nagehan İlemin Alan 23
- Hukuka Feminist Yaklaşım ve 1990 Sonrası Gelişmeler / Melis Yüksel 25
- Kadına Yönelik Şiddet Bağlamında Toplumsal Cinsiyete Duyarlı Ceza Adaleti Sisteminin İnşasında İstanbul Sözleşmesi'nin Rolü / Elif Kabadayı-Tatar 28
- Hukuk Aracılığıyla Eşitlik ve Hak İhlali Kaskacında Translar: Cinsiyetin Tanınmasına Karşılaştırmalı Bir Bakış / Niyaz Uslu 31
- Türk Hukukunda Cinsiyetin Yasal Olarak Tanınması İçin Falloplasti Operasyonu Şartının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Değerlendirilmesi / Umut Rojda Yıldırım / Hatice Demir 33
- Açılma Politikası: LGBTIQ+ Bireylerin Ugradıkları Hak İhlallerinin Kamusal Alana Taşınması / Aysu Gül Yılmaz 35
- Ticaret Hukukunda Cinsiyete Dayalı Düzenlemeler ve Cinsiyetçi Ticari Uygulamalar / Dr. Damla Songur 37
- Aval Veren Eşinin Rızasının Aranması Konusuyla İlgili Olarak Yargıtay İçtihatları Birleştirme Genel Kurulu Kararının İncelenmesi / Av. İrem Yüzbaşıoğlu 38
- İş Görüşmelerinde Cinsiyet Temelli Ayrımcılığa Karşı İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Mevzuatında Alınabilecek Önlemler / Dr. Özge Doğan-Gökada 40
- Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu İle İş Kanunu'nda Yer Alan Düzenlemelerin Erkeklik Çalışmaları Bağlamında Değerlendirilmesi / Seda Çetin 42

Hakemli

## Kadına Yönelik Şiddet Örneği Olarak Israrlı Takip: “TCK M. 123/A'nın Avusturya'daki Düzenleme ile Karşılaştırılması”

Dr. Öğr. Üyesi Arzu Aşçı\*

27.05.2022 tarihinde yürürlüğe giren ısrarlı takip suçu ile kişilerin huzurlu ve sakin bir şekilde hayatlarına devam edebilmeleri amaçlanmaktadır. Bu suçun mağduru herkes olabilmektedir. Madde gerekçesinde ise bu düzenlemenin kadına yönelik şiddet içeren suçlarla etkin bir şekilde mücadele edilmesine hizmet etmesinin amaçlandığı ifade edilmektedir. Israrlı takip suçu, kadına yönelik şiddetin önlenmesi ve eşitlik politikası bakımından önemlidir. Birçok Avrupa ülkesinde ısrarlı takip suçu yıllar önce yürürlüğe girmiştir ve bu düzenlemeler Türkiye'deki düzenlemenin öncüleridir. Bu ülkelerde de suçun mağduru herkes olabilmektedir ve ısrarlı takip suçu genel olarak kadına yönelik şiddetin önlenmesi ile eşitlik politikası çerçevesinde ele alınmaktadır. Bu sebeple, suçun hem biyolojik cinsiyet hem de toplumsal cinsiyet bakımından ele alınması kaçınılmazdır. Biyolojik cinsiyet ile toplumsal cinsiyet farklı iki kavramdır. İlki doğduğumuz cinsiyeti ifade etmektedir, biyolojik temellidir ve kişinin genital organı ve kromozomları ile belirlenmektedir. İkincisi ise sosyal temellidir, toplum tarafından kabul edilen ve cinsiyete dayalı kalıpları ya da kadın ve erkek arasında toplumsal olarak beklenen rolleri açıklamaya çalışan bir ifadedir. Israrlı takip suçunun ağırlıklı olarak kadınlara karşı işlenmesi toplumsal cinsiyet eşitsizliğinin yansımalarından sadece biridir.

Bu çalışmada Türkiye'deki düzenlemenin yanı sıra Avusturya'daki düzenlemeye de değinilmektedir. Avusturya ile Türkiye'deki düzenlemeler karşılaştırıldığında dikkat çeken en önemli nokta, Avusturya'daki ısrarlı takip suçunun tehlike suçu olması; Türkiye'deki ısrarlı takip suçunun ise zarar suçu olmasıdır. TCK'nin 123/A maddesine göre, fiilin mağdur üzerinde ciddi bir huzursuzluk oluşturmasına ya da kendisinin veya yakınlarından birinin güvenliğinden endişe duymasına neden olması gerekmektedir. Avusturya'daki düzenlemeye göre ise davranışın objektif olarak mağdurun hayatını olumsuz yönde etkileyebilecek nitelikte olması yeterlidir. Bir davranışın objektif olarak huzursuzluk yaratabilecek nitelikte olup olmadığını belirlemek daha basit olduğundan, Avusturya'daki düzenleme failin cezalandırılması ve mağdurun korunması bakımından daha etkilidir. Ayrıca önemle vurgulamak gerekir ki, birçok Avrupa ülkesinde yıllar önce yürürlüğe giren ve kadınların korunmasını hedefleyen bu suç tipinin Türkiye'de yürürlüğe girmesi gecikmiştir. İlk olarak Amerika'da, daha sonra ise birçok Avrupa ülkesinde, ısrarlı takip fiili suç haline getirilmiştir. Örneğin, Avusturya'da 2006 yılında Anti-Stalking yasası kapsamında ACK'de ısrarlı takip suçuna yer verilmiştir. Anti-Stalking yasası ise kadına yönelik şiddet ve eşitlik politikasının bir parçasıdır. İngilizce kökenli olan stalking kelimesi, avcı dilinde kullanılmaktadır ve avına gizlice/sinsice yaklaşmak anlamına gelmektedir. Bunun yanı sıra, takip ederek taciz etmek anlamına gelen bu kelime, bir kişiyi ısrarlı bir biçimde takip etmek, birine musallat olmak, birisine dadanmak olarak da tanımlanabilir. Israrlı takip suçunda, benzer şekilde, failin mağduru sinsice izlediği ifade edilebilir. Kriminolojide farklı stalking tipleri bulunmaktadır. Amerika'da çok fazla gündem olan ve ünlülerin ısrarlı takibini ifade eden “fan-stalking”, farklı bir tipoloji örneği olarak ele alınabilir. Bunun yanı sıra, “ex-partner-stalking” ve “revenge-stalking” olarak ifade edilen örnekler bulunmaktadır. Israrlı takibin devamında

failin mağdura zarar verip vermeyeceği meçhuldür. Bu nedenle, ısrarlı takip oluşturan fiillerin önüne geçilmesi büyük önem taşımaktadır.

Israrlı takip suçu her ne kadar herkese karşı işlenebilen bir suç olsa da kadınların ısrarlı takip fiillerine erkeklerden daha fazla maruz kaldıkları bir gerçektir. Bu sebeple, kadına yönelik şiddetin önlenmesi konusunda önemli bir adım olarak değerlendirilebilecek ve TCK'nin 123/A maddesinde düzenlenmekte olan ısrarlı takip suçu, şiddet fiillerinin işlenmesinden önce failin cezalandırılmasına olanak sağlayan, bu şekilde kadınlara karşı işlenen suçların önlenmesini amaçlayan ve mağdurun korunmasını bir adım ileriye taşıyan bir suç tipidir. Israrlı takip suçu, Yargıtay tarafından cinsel taciz suçu olarak değerlendirilen birçok fiilin, artık daha etkili bir şekilde değerlendirilip cezalandırılmasına olanak sağlamaktadır. Yargıtay, ısrarlı takip suçunun düzenlenmediği dönemde, cinsel taciz suçunu geniş yorumlamaktaydı ve cinsel taciz kapsamında olmayan ısrarlı takip fiilleri, kanunilik ilkesine aykırı olarak cezalandırılmaktaydı. Benzer şekilde, ısrarlı takip teşkil eden bazı fiiller, kişilerin huzur ve sükûnunu bozma suçu veya özel hayatın gizliliğini ihlal suçu kapsamında da değerlendirilmekteydi. Israrlı takip suçu, özellikle maddi unsurları bakımından kişilerin huzur ve sükûnunu bozma suçuna benzemekle birlikte, farklı bir menfaatin korunmasını amaçlamaktadır. Öğretide ısrarlı takip ifadesi tanımlanmaktadır. Bu tanımlar birbirine benzer şekilde ve karşılaştırmalı hukuk dikkate alınarak yapılmaktadır. Bir tanıma göre ısrarlı takip, cinsel taciz, tehdit, şantaj, cebir, özel hayatın gizliliğini ihlâl gibi suçların maddi unsurlarını bünyesinde barındırabilen, birbirinden bağımsız, âdeta biri diğeri üzerine inşa edilen ve birbirini izleyen eylemler zincirini ifade etmektedir. Bir başka tanıma göre ısrarlı takip, aynı amaca yönelik olmak üzere, belirli bir zaman dilimi dâhilinde tekrar eden, nitelik olarak birbiriyle aynı veya farklı davranışların gerçekleştirilmesidir. Bu fiillerin suç vasfı taşınmasına gerek yoktur. Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi (İstanbul Sözleşmesi) m. 34'deki ısrarlı takip başlıklı düzenlemede, “başka bir kişiye yönelik, kendi güvenliği için korku duymasına neden olacak şekilde tekrar eden, kasıtlı ve tehditkâr davranışlar” tanımına yer verilmektedir. Görüldüğü üzere, ısrarlı takip kavramı ilk kez, TCK'nin 123/A maddesinden önce, “İstanbul Sözleşmesi” olarak da adlandırılan uluslararası sözleşme ile hukukumuzda yer almıştır. Ancak bu sözleşme, ısrarlı takip özelinde yetersiz kalmıştır. Bunun en önemli sebeplerinden biri, sözleşme ile cezaî yaptırıma değil, ceza hukuku dışında kalan bazı koruma tedbirlerine yer verilmiş olmasıdır.

Sonuç olarak, ısrarlı takip suçu ile hem ısrarlı takip fiillerinin önüne geçilecektir hem ısrarlı takip fiillerinin devamında gerçekleşme ihtimâli olan şiddet fiilleri engellenecektir hem de kanunilik ilkesine aykırı olarak cinsel taciz suçu olarak değerlendirilen birçok fiil hukuka uygun şekilde cezalandırılabilecektir. Düzenlemenin kadına yönelik şiddetin önlenmesindeki etkilerinin ve etkinliğinin kriminolojik araştırmalar ile değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu şekilde yapılan değerlendirmeler suçun önlenmesi bakımından büyük önem taşımaktadır.

**Anahtar Sözcükler:** Israrlı Takip Suçu, Şiddet Mağduru, Kadına Yönelik Şiddet, Eşitlik Politikası, Israrlı Takip Kavramı.

\* İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, arzu.asci@ieu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-5522-0022.

Hakemli

## Evlilik İçinde Gerçekleşen Cinsel Saldırı Suçunun Feminist Kuramlar Perspektifinden Eleştirel Analizi

Özge Ayas\*

Nilüfer Dilara Ar-Mutlu\*

6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanununun 2. maddesinin ç ve d fıkralarında belirtildiği üzere kadına yönelik şiddet; kadınlara cinsiyetleri nedeniyle uygulanan veya kadınları etkileyen cinsiyete dayalı bir ayrımcılık ile kadının insan hakları ihlaline yol açan fiilleri ifade etmektedir. Bu fiiller kişinin vücut bütünlüğüne zarar verebilecek nitelikte olabileceği gibi psikolojik veya ekonomik bir yıldırı faaliyeti şeklinde de gerçekleştirilebilmektedir. Bu bağlamda; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 102. maddesinde düzenlenen cinsel saldırı suçu da kadına yönelik cinsiyet temelli işlenen şiddet türlerinden biridir. 102. maddenin 1. fıkrasında yer alan kanunî tanıma göre; cinsel davranışlarla bir başkasının vücut dokunulmazlığını ihlal eden kişi suçun failidir. Ancak; söz konusu fiil evlilik içerisinde gerçekleştirildiğinde 2005 yılına kadar doğrudan cinsel saldırı bağlamında değerlendirilmemiştir. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde, açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, "evlilik içi tecavüz" fiilinin suç sayılmaması için hiçbir sebep yoktu. Doktrinin de önerdiği yaklaşım, yargı tarafından yerleştirilmiştir. Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarına göre; zora dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel ilişki "normal" yoldan ise hukuka uygun, "anal" yoldan ise kötü muamele olarak nitelendirilmiştir. Diğer bir deyişle; eski ceza kanunu döneminde zora dayalı cinsel ilişki, hiçbir biçimiyle, cinsel saldırı suçunu oluşturmamaktaydı. Bu uygulama hem yasal düzenlemeye hem de Türkiye'nin taraf olduğu "Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi"ne de aykırıydı. Örnek yargı kararlarına değinmek gerekirse; Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 19.12.1990 tarihli, 1990/5557 esas, 1990/7044 sayılı ve 07.07.1994 tarihli, 1994/2788 esas, 1994/6217 sayılı kararında da açıklandığı üzere 765 sayılı eski ceza kanununun 478. maddesinde düzenlenen aile bireylerine kötü muamele suçu bağlamında değerlendirilmiştir. Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 11.11.1985 tarihli kararında yer alan: "Evlenmenin sosyal amacı dışında nesli devam ettirme ve cinsel arzuları tatmin etme gayesi vardır. Ne var ki, evlilik birliği içinde cinsel ilişkiyi gerçekleştirmesini doğal olarak kocadan beklemek insanın ve eşyanın tabiatına uygun bir davranıştır." ifadesi de toplumsal cinsiyet eşitliğinin evlilik birliği içerisinde de ikinci planda kaldığını açıklar niteliktedir.

Cinsel suçlar 765 sayılı eski ceza kanununda Topluma Karşı Suçlar başlığı altında düzenlenmekte iken; 26 Eylül 2004 tarihinde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun kabulü ile birlikte Kişilere Karşı Suçlar başlıklı ikinci kısmın, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar başlıklı altıncı bölümünde düzenlenmiştir. Bu durum; konunun yalnızca aile alanına özgü bir fiil olarak görülmeyip cinsiyet eşitliği ve kadın haklarının da kapsamına giren bir görünüm kazanmasını sağlamıştır. Ancak halen yürürlükte olan; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 102. maddesinin 2. fıkrasında; cinsel saldırı fiilinin vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle işlenmesi suretiyle gerçekleştirilen fiillerin takibi mağdurun şikâyetine bağlanmıştır. Bu durum mağdurun menfaatleri açısından dezavantajlıdır. Çünkü; şikâyete tabi suçlarda kişinin hükmün kesinleşmesine kadar şikâyetinden vazgeçmesi davayı düşürücü

etkiye sahiptir. Söz konusu husus, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 73. maddesinin 4. fıkrasında da belirtilmiştir. Mağdur, bu süreçte fail ve yakınları tarafından manipüle edilerek şikâyetten vazgeçmeye zorlanabilmektedir. Bu durum ise mağdur için dezavantajlıdır.

Evlilik içerisinde gerçekleştirilen cinsel saldırı suçunun cezalandırıldığı ilk örnek; 2008 yılında Antalya 3. Ağır Ceza Mahkemesinin verdiği karardır. Sanık H.A, TCK'nın 102. maddesinin 5. fıkrasına göre, 10 yıl 7 ay hapis cezası almıştır. Temyiz incelemesinde ise; Yargıtay 5. Ceza Dairesi eşe karşı nitelikli cinsel saldırı suçunun işlendiğini onamıştır.

Evlilik içerisinde gerçekleşen cinsel saldırılar ülkemizde kadınlara ve erkeklere atfedilen toplumsal cinsiyet rolleri sebebiyle normal olarak kabul edilmektedir. Evlilik içerisinde kadına ve erkeğe yüklenen roller, evlilikte gerçekleşen ve suç olarak kabul edilmesi gereken davranışların bile özel hayatın bir parçası olduğu gerekçesi ile gizlenmesine neden olmaktadır. Söz konusu kalıp yargılar sebebiyle evlilik birliği içerisinde cinsel saldırıya maruz bırakılan kadınlar, şikâyet mekanizmalarını etkin bir şekilde kullanamamaktadır. Mevcut yasal düzenlemelere rağmen, bu konuyla ilgili toplumsal bir bilinç oluşturmada yetersiz kalınmaktadır. Kalıplaşmış toplumsal cinsiyet rolleri, suçun failer ve mağdurlar açısından normalleştirilmesine sebep olmaktadır. Bu durum da çözüm üretilmesi noktasında akademik çalışmalara da konu edilmelidir.

Açıklanan tüm bu sebepler neticesinde kadına yönelik cinsel saldırıların çok boyutlu olarak değerlendirilmesi gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Feminist kuram, kadına yönelik cinsel şiddet, erkeğin kadın üzerinde tahakküm kurmasının ve kadını baskı altına almasının yollarından birisi olarak varsaymakta ve temellerini ataerki sistemden aldığı savunmaktadır. Bir başka deyişle kadına yönelik şiddetin özel bir görünümünü oluşturan bu suç, erkekler tarafından kadın üzerinde baskı ve denetimi arttırmak için kullanılmaktadır. 1970'li yıllardan itibaren dünyada radikal feminist hareketlerin güçlenmesi ile birlikte kadına yönelik cinsel şiddet ve cinsel saldırı suçları daha fazla incelenmiştir. Radikal feminist hareketlerin öncülüğünde ilk başta Amerika Birleşik Devletleri'nde ve daha sonra da Batı Avrupa'da cinsel saldırının evlilik içerisinde gerçekleşmesinin suç olarak kabul edilmesine yönelik girişimler ve çalışmalar başlamıştır. Bu çalışmaların sonucunda, evlilik birliği içerisinde gerçekleşen cinsel saldırı bir suç olarak ceza yasalarında yer almıştır. Fakat ülkemizde cinsel saldırının evlilik birliği içinde gerçekleştiği zaman da bir suç olarak görülmesi gerekliliği 1990'lı yılların sonlarına doğru ifade edilmeye başlanmış ve 1 Haziran 2005'de yürürlüğe giren 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu ile suç tipi olarak düzenlenmiştir. Bu suçun diğer ülkelere kıyasla Türkiye'de daha geç bir tarihte ceza kanununda yer almasının nedenleri arasında toplumun kadına, aileye bakış açısı; cinselliğin hala kadına yüklenen bir görev olarak görülmesi sayılabilir.

Belirtilen tüm bu nedenlerle birlikte; bu çalışmada öncelikle cinsel saldırı suçu hukuki açıdan incelenecektir. Suçun evlilik içerisinde işlenmesi halinde gerçekleşecek hukuki değerlendirmeye ilişkin örnek Yargıtay kararları da analiz edilecektir. İkinci bölümde evlilik içinde gerçekleşen cinsel saldırı suçunun yalnızca hukuki bir sorun olmadığı, aynı zamanda toplumsal bir sorun da olduğuna dikkat çekilerek konunun sosyolojik analizi feminist kuramlar perspektifinden aktarılacaktır. Çalışmanın son bölümünde ise; söz konusu suçla hukuki ve toplumsal bağlamda mücadele etmek için çözüm önerileri sunulacaktır.

**Anahtar Sözcükler:** Cinsel Saldırının Cezalandırılması, Kadın Hakları, Cinsiyet Eşitliği, Cezalandırma Politikaları, Aile İçi Şiddet.

\* Ankara Barosuna Kayıtlı Avukat, Suç Araştırmaları Alanında Bilim Uzmanı ve Hacettepe Üniversitesi Sosyal Hizmet Bölümü Doktora Öğrencisi, ozgeayas94@gmail.com, ORCID: 0000-0001-5358-4183.

\* Atılım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Politik Ekonomi Doktora Öğrencisi, armutlu.niluferdilara@student.atilim.edu.tr, ORCID: 0000-0001-8324-5385.

Hakemli

### 7406 Sayılı Türk Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Kapsamında Düzenlenen, Ağırlaştırıcı Bir Neden Olarak Mağdurun Cinsiyeti

Selcen Özdemir\*

27 Mayıs 2022 tarihli ve 31848 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 7406 sayılı Türk Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile birlikte, kadının mağduru olduğu bazı suçlara yönelik önemli değişiklikler gündeme gelmiştir. Getirilen değişiklik uyarınca Türk Ceza Kanunu’nda (TCK) yer alan kasten öldürme suçunda, suçun kadına karşı işlenmiş olması nitelikli hâller arasına eklenirken; kasten yaralama, işkence, eziyet, tehdit gibi suçlarda ise mağdurunun kadın olması durumunda cezanın alt sınırına ilişkin bazı artırımlar yapılmıştır.

Anılan değişiklik yapılmadan önce TCK m. 82/1-f’de kasten öldürme suçunun gebe olduğu bilinen kadına karşı işlenmesi durumu nitelikli bir hâl olarak düzenlenmişti. Suçun gebe bir kadına karşı işlenmesi hâlinde, iki hayata son verildiği için fiilin haksızlık derecesi de artacağından bahisle daha ağır bir ceza öngörülmüştü. Ancak getirilen düzenlemede, suçun failine yönelik herhangi bir nitelendirme yapılmaksızın, salt suçun mağdurunun kadın olmasının ağırlaştırıcı bir neden olarak kabul edilmesi, cinsiyet eşitliğine ilişkin tartışmalara ve düzenlemenin uygulamaya bakan yönünde çeşitli belirsizliklere yol açmaktadır. Bu sebeple öncelikle düzenlemenin cinsiyete dayalı ayrımcı bir norm olup olmadığı ve pozitif ayrımcılık kapsamında değerlendirip değerlendirilemeyeceği incelenecek, sonuç olarak da cezai etkinliği sağlamak ve kadına yönelik şiddeti önlemek noktasında hükümün, düzenleme amacına hizmet edip etmeyeceği noktası tartışılacaktır.

Hükme bakıldığında, nitelikli hâller bakımından herkesin fail olabileceği görülmektedir. Nitekim madde metninde de faile ilişkin bir belirleme ya da kısıtlama bulunmamaktadır. Failin niteliğine ilişkin bu belirsizlik, kanunilik ilkesi bakımından da oldukça problemlidir. Kanunilik ilkesi gereğince suç ve ceza içeren kanuni düzenlemeler, herhangi bir tereddüde yer vermeyecek açıklıkta yani belirli olmalıdır. Bahsi geçen hükümün yürürlüğe konulma amacının kadın cinayetlerinin önlenmesi ve kadınların erkek şiddetinden korunmaları olduğu düşünüldüğünde, madde metninde yalnızca “kadına karşı” ifadesine yer verilmesi, bu amaçlarla bağdaşmayacak uygulamaların yaşanmasına sebep olabilecektir. Bir kadın başka bir kadın tarafından öldürüldüğünde ya da bir kadın bir erkek tarafından ve fakat kadına yönelik şiddet kastı içermeyen bir şekilde öldürüldüğünde de hüküm uygulama alanı bulacak ve failin cezası artırılabilecektir. Örneğin bir kadın; trafik kazası sonucunda öldüğünde, iş kazası sonucu öldüğünde ya da hekim hatası sebebiyle öldüğünde de bu nitelikli hâl uygulanacaktır.

6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun’un 2. maddesinde kadına yönelik şiddet; kadınlara yalnızca kadın oldukları için uygulanan veya kadınları etkileyen cinsiyete dayalı bir ayrımcılık ile insan hakları ihlâline yol açan davranışlar şeklinde tanımlanmaktadır. Nitekim “kadın cinayetleri” şeklinde ifade edilen durum da salt mağdurun kadın olduğu cinayet demek değildir. Bu tamlama, kadının kadın olduğu için öldürüldüğü durumlar için kullanılmaktadır. Yani her kadın ölümü, kadın cinayeti olarak değerlendirilemez.

Bu sebeple kanun koyucuyu bu düzenlemeyi yapmaya iten esas neden; kadına, kadın olduğu için yöneltilen şiddetin önlenmesi ve bu şiddeti uygulayan kişinin daha ağır bir cezai yaptırıma tabi tutulmasıdır. Ancak düzenlemede, erkek şiddetine maruz kalan kadınlardan ziyade salt cinsiyet odaklı hareket edilerek tüm kadınlara yönelik bir hüküm getirilmiştir. Yani nitelikli hâlin uygulanması için mağdurun kadın olması yeterlidir. Artık suça konu fiilin bir kadın tarafından gerçekleştirilmiş olması ya da bir erkek tarafından gerçekleştirilmekle birlikte kadına yönelik şiddet amacıyla hareket edilip edilmemesi noktası önem arz etmemektedir. Bu açıdan düzenleme amacına dahi hizmet etmeyen bu hüküm, belirlilik ilkesiyle bağdaşmadığı gibi eşitlik ilkesi yönünden de tartışmalara yol açabilecek niteliktedir.

Anayasa’nın 10. maddesine göre kadın erkek eşitliğinin sağlanabilmesi için devlet tarafından uygulanacak tedbirler, pozitif ayrımcılık çerçevesinde değerlendirilecek ve eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmeyecektir. Ancak ilgili Kanun ile getirilen düzenleme, suçun failine yönelik belirsizlik ve nitelikli hâlin uygulanmasına ilişkin kapsamın net çizilememesi sebebiyle, pozitif ayrımcılığa dayanma savunusunun aksine cinsiyet ayrımını daha da derinleştirebilecek bir niteliğe sahiptir. Kadına yönelik şiddetin önlenmesi noktasında alınabilecek her türlü önlem ve getirilecek her düzenleme oldukça önemli olsa da, bir kişiye karşı işlenecek suçun kınanabilirlik derecesinin salt cinsiyetinin farklı olması sebebiyle daha az ya da daha fazla olması, eşitsiz uygulamalara sebep olabilecektir.

Kadına yönelik şiddet, tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de yıllardır süregelen bir sorundur. Bu konuda medyaya yansıyan her kadın cinayetinde ya da kadına yönelik bir şiddet haberinde, faile duyulan nefret ve toplumsal tepki artmaktadır. Bu toplumsal tepki sebebiyle de sorunun temelinde inmeden, cezalandırmanın caydırıcılık unsuru dikkate alınmaksızın popülist yaklaşımlar ekseninde salt halkın tepkisini bastırmaya yönelik işlevsiz ceza artırımları gündeme gelmektedir.

Bu popülist yaklaşım ekseninde yürürlüğe konulan bu değişikliğin, sorunu çözmekten ziyade salt tepkileri bastırmak amacıyla yapıldığı da madde metni okunduğunda dahi net bir şekilde anlaşılmaktadır. Ülkemizde kadına yönelik şiddetin yaygın olması ve bu kapsamda kadın cinayetlerinin nedenleri düşünüldüğünde, bu durumun önlenmesi adına yasal düzenlemeler yapılması ve mevcut durumun düzeltilmesi elbette ki şarttır. Ancak burada çözüm cezaların artırılması değildir ve salt cinsiyet odaklı yapılacak bir cezai artırım toplumsal cinsiyet eşitliği noktasında da problematik bir düzenleme olacaktır.

Burada suçluluğun önlenmesi adına cezaların artırılmasından ziyade etkinliklerinin artırılması daha büyük önem arz etmektedir. Zira kadına yönelik şiddetin ve kadın cinayetlerinin önlenememesinin esas sebebi ceza miktarlarının azlığı değil, mevcut uygulamada kadına yönelik şiddet eylemlerinin cezasızlıkla sonuçlanması ya da failin etkili olmayan yaptırımlarla karşılaşmasıdır. Caydırıcılık teşkil etmesi amaçlanan bu etkililik, sembolik miktarlarda yapılacak cezai artırımlardan ziyade, cezaların kaçınılmaz olmasıyla sağlanacaktır. Suç işlemeyi düşünen kişi, cezadan kurtulma imkânı olduğunu düşünmemelidir.

İster süreli hapis cezası almış olsun, ister çok daha ağır bir ceza almış olsun, fail, çok kısa bir süreyi cezaevinde geçirerek dışarı çıkabilmekte ve koşullu salıverilmeden faydalanabilmektedir. Kişinin sapma niteliğindeki davranışı sonucunda cezalandırılmaktan kaçınabileceğini düşünmesi, cezaların etkinliğini azaltan en büyük nedendir. Bu kapsamda düşünüldüğünde, mevcut cezaların

\* Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programı Öğrencisi, selcenozdemir@gmail.com, ORCID: 0000-0002-6705-4682.

artırılmasından ziyade öncelikle hükmün açıklanmasının geri bırakılması, cezaların ertelenmesi, infaz indirimleri yahut yukarıda da bahsedildiği üzere koşullu salıverilmenin uygulanması gibi infaza ilişkin uygulamaların kullanımının bir nevi cezasızlık şeklinde algılanmasının önüne geçilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde suç işleyen kişi, cezadan kaçınma imkânının olduğunu düşünecek ve cezalandırılma korkusu yaşamaksızın rahatça suç işleyecektir.

Sonuç olarak, kadına yönelik şiddetin ve kadın cinayetlerinin önüne geçebilmek için cezaların artırılmasından ziyade cezaların etkinliğinin artırılması gerekmektedir. Popülist yaklaşımlarla halkın tepkisini bastırmaya yönelik ortaya konulan bu düzenlemeyle cinsiyete dayanan ayrımcı uygulamalar meydana gelebileceği gibi ne yazık ki kadına yönelik şiddetin de önüne geçilemeyecektir.

**Anahtar Sözcükler:** Kadın, Kadın Cinayetleri, Mağdurun Cinsiyeti, Nitelikli Hâl, Cezaların Etkinliği.

Hakemli

## Örselenmiş Kadın Sendromunun Kadına Karşı Şiddet Bakımından Ceza Hukuku Bağlamında Değerlendirilmesi

Fatmanur Yağcı-Çetin\*

Örselenmiş kadın sendromu kavramı ilk kez, 400'den fazla kadın hakkında veri içeren ve Amerika Birleşik Devletleri Ulusal Ruh Sağlığı Enstitüsü tarafından finansmanı sağlanan bir araştırmanın başlığında kullanılmış ve sonraki araştırmalara da temel teşkil etmiştir.

Örselenmiş kadın sendromu, bir kadın çok yakın ilişkide bulunduğu partneri tarafından fiziksel, psikolojik veya cinsel şiddete uğradıktan sonra partnerin, kadının haklarına veya duygularına aldırış etmeden kadını her istediğini yapmaya zorlamak için kadının üstünde güç ve kontrol uyguladığının tespit edildiği birtakım semptomlar içeren bir sendromdur. Söz konusu partner, erkek olmak zorunda değildir fakat istatistiklere göre partnerin çoğunlukla erkek olduğu anlaşılmaktadır.

Öğretide, örselenmiş kadın sendromunun sadece öğrenilmiş çaresizlik kavramıyla açıklanmaya çalışıldığına veya bu sendromun sadece travma sonrası stres bozukluğunun bir türü olduğuna ilişkin değerlendirmelere rastlanmaktadır. Öğrenilmiş çaresizliğe ilişkin teorinin örselenmiş kadına ilişkin tek hukuki argüman olarak öne sürülmesi, konunun derinliğinin ve sosyal etmenlere bağlı olarak değişkenliğinin dikkatlerden kaçmasına sebep olmuştur. Aynı şekilde travma sonrası stres bozukluğu da örselenmiş kadın sendromunun içerdiği sistematik şiddeti ifade etmek için yetersiz kalmaktadır.

Bu çalışmada öncelikle örselenmiş kadın sendromunun ceza yargılamasında suç genel teorisine ilişkin hangi kurumlar bağlamında ele alınabileceğinin değerlendirilmesi için söz konusu sendromun etkili bir biçimde tanımlanması ve benzer kavramlardan farkının açıklanarak diğer kavramlar ve teorilerle olan ilişkisinin ortaya konulması amaçlanmıştır.

Örselenmiş kadın sendromu, Türk hukuk öğretisinde; sistematik şiddet mağduru olan kadının pasif durumda bulunan istismarcısını öldürmesi söz konusu olduğunda hukuka uygunluk nedenlerinden olan meşru savunmanın uygulanabilir olup olmadığı bakımından yapılan çalışmalarla incelenmiştir.

Örselenmiş kadın sendromunun ceza hukuku üzerindeki etkisinin sadece kadının pasif konumdaki partnerini öldürmesiyle sınırlı olmadığına da ifade edilmesi önemlidir. Ev içi şiddete ilişkin yapılan diğer araştırmalarda da örselenmiş kadın sendromuna ilişkin değerlendirmeler bulunmaktadır. Bununla birlikte örselenmiş kadın sendromunun çoğunlukla kadına uygulanan şiddeti ele almasının ve partner ilişkisinin büyük oranda kadın-erkek ilişkilerinden mevcut olduğundan hareket edilmesinin; farklı cinsel yönelimdeki bireyler arasındaki ilişkilerde görülebilecek partner şiddetinin veya kadın-erkek ilişkisinde şiddete uğrayan tarafın erkek olması durumunun gözden kaçırılmasına sebep olduğuna ilişkin eleştirilerin de değerlendirilmesi gerekmektedir.

Meşru savunmayı örselenmiş kadın bakımından reddeden görüşlerin temel eleştirisi, kadının bir saldırıyla karşı kaşıya olmadığı argümanı üzerinden şekillenmiştir. Bu bakımdan çalışmada, TCK m. 25/1'de yer alan "tekrarı muhakkak saldırı" ifadesinden ne anlaşılması gerektiğinin açıklanması ve yapılan yorum çerçevesinde kadının pasif durumda bulunan istismarcının saldırısı altında olup

\* Araştırma Görevlisi, Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalı, fatmanur.yagci@atilim.edu.tr, ORCID: 0000-0003-2719-9665.

olmadığının belirlenmesi ve bunlara ek olarak örselenmiş kadın sendromu bakımından meşru savunmada zorunluluk ve ölçülülük unsurlarının değerlendirilmesi amaçlanmıştır.

Türkiye’de örselenmiş kadın sendromunun ceza yargılamalarında ileri sürüldüğü görülmektedir. Örselenmiş kadın sendromunun yargı makamları tarafından açık bir şekilde kabul edilmediği fakat sendromun içeriğiyle örtüşecek açıklamalara yer verilen kararlar verildiği anlaşılmaktadır. Sendromun, meşru savunma nedeni olarak kabul edildiği kararlar olsa da aksi yönde kararların çoğunlukta olduğu belirtilmelidir. Yargı kararları incelendiğinde, sendromun sadece meşru savunma kapsamında değerlendirilmediğini, haksız tahrik hükümleri çerçevesinde de değerlendirildiğini görmek mümkündür. Bazı kararlarda sendroma sadece üstü kapalı bir şekilde yer verildiği görülse de güncel eğilimin, sistematik şiddet uygulayan kişiyi pasif durumdayken öldüren kadınların durumunun haksız tahrik hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesi yönünde olduğu görülmektedir. Çalışmada meşru savunma ve haksız tahrike ilişkin genel bir bilgilendirme yapılması, örselenmiş kadın sendromu bakımından bu iki kurumun yargı kararları incelenerek değerlendirilmesi amaçlanmıştır.

Yargı kararları ve yapılan sosyal, psikolojik araştırmaların örselenmiş kadın sendromuna yönelik oluşturduğu birikime rağmen bu sendromun delil niteliğine ilişkin eleştiriler günümüzde hâlâ varlığını korumaktadır. Kadının akıl sağlığına ilişkin sorunları olduğu ve bu sebeple “anormal” davrandığına ilişkin önermelerin de kullanıldığı görülmektedir. Yaşanan olayların örselenmiş kadın sendromundan değil de psikolojik problemden kaynaklanan bir sinir krizi olduğu iddialarının öne sürülmesi söz konusu sendromun etkilerinin görmezden gelinmesine sebep olmaktadır. Çalışma kapsamında, delillerin değerlendirilmesi hususunda örselenmiş kadın sendromu açısından şiddet mağdurunun zihinsel durumunun değerlendirilmesinde; karşılaştırmalı hukukta yer alan son derece önemli bir uygulama olan uzman ifadesi ve bunun kabul edilebilirliğinin değerlendirilmesi ve uzman ifadesinin Türk hukuk uygulamasında bilirkişilik kurumu çerçevesinde ele alınması amaçlanmıştır.

Örselenmiş kadın sendromunda tarafların savlarını öne sürerken delil gösterebilmeleri ve delillerin yargılama makamı tarafından tüm ön yargılardan arınmış bir şekilde incelenmesini talep edilebilmeleri, silahların eşitliği ve çelişmeli muhakeme hakkıyla doğrudan ilişkilidir. Çalışmada; örselenmiş kadın sendromunun bir savunma olarak kullanılmasıyla ilgili; silahların eşitliği ve çelişmeli muhakeme hakkı bağlamında adil yargılanma hakkı bakımından, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin kararları ışığında bir değerlendirme yapılması amaçlanmıştır.

Kadına karşı şiddet bağlamında suç ve ceza siyaseti bakımından önemli değişikliklere öncülük edebilecek olan örselenmiş kadın sendromuna ilişkin mevcut bakış açısının, söz konusu sendromun amaçlanan değişime katkı sağlayamayacak şekilde sığ bir düzlemde kalmasına sebep olduğu ifade edilmelidir. Bu nedenle çalışmada hukuk disiplininin sosyal bilimler alanında yapılan çalışmalardan faydalanması gerektiği vurgulanarak, çeşitli ceza hukuku kurumlarının ve uygulamanın örselenmiş kadın sendromu bakımından incelenmesi ve kadına yönelik şiddete dair politikaların Türk hukuk uygulaması bağlamında ele alınarak çözüm önerilerinin değerlendirilmesi amaçlanmıştır.

**Anahtar Sözcükler:** Örselenmiş Kadın Sendromu, Meşru Savunma, Haksız Tahrik, Uzman İfadesi, Adil Yargılanma Hakkı.

Hakemli

## Anayasal Bir Hak Olarak “Gebeliğin Sonlandırılması”: Çatışan Haklar Karşısında Anayasa Yargıçlarının Tutumu

Pınar Dikmen\*

Anayasal bir hak olarak “gebeliğin sonlandırılması” hakkı (kürtaj hakkı), birden fazla hakkın çatışabildiği hassas bir noktada durmakta ve bu hakkın savunulması ya da tartışılması, toplumsal cinsiyet çalışmaları alanında - deyim yerindeyse- bir turnusol kâğıdı işlevi görmektedir. Ajandalarına “güvenli kürtaj hakkı” talebini de dâhil eden kadın hareketlerinin ivme kazandığı 70’li yıllardan itibaren anayasa yargıçlarını meşgul etmeye başlayan hak, kendi bünyesinde hak öznelerine, özellikle tehlikeli gebeliklerde yaşama haklarını ya da vücut bütünlüklerini savunabilme ya da manevi bütünlüklerinin korunmasını isteme hakkı tanıyabilmekte dolayısıyla birçok hakka temas edebilmektedir. Öte yandan bu hakkı talep eden hak özneleri ise karşılarında “embriyonun/anne karnındaki bebeğin yaşama hakkı, insan onuru, ebeveyn olma hakkı, toplumsal etik, ahlaki ilkeler ya da “dinî hassasiyetler” gibi farklı karşı-argümanları bulabilmektedir. Temas ettiği bu hassas noktalar nedeniyle ki bu hak, mevcut hukuki iktidarın yerini daha otoriter ya da muhafazakâr siyasi iktidarlara bıraktığı durumlarda, bu iktidar değişikliğinin hukuki yansıma bulduğu ilk alanlardan biri olabilmektedir. Nitekim bu eğilim, Amerika Birleşik Devletleri (ABD; Amerikan) Yüksek Mahkemesinin 2022 yazında verdiği ve en genel tanımıyla “kürtaj hakkın” anayasal bir hak olmaktan çıkardığı “Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization” kararından açıkça görülebilmektedir. Toplumsal değişimler sonucunda en “etkilenebilir” ve en “elden çıkarılabilir” bir hak olarak beliren “gebeliğin sonlandırılması hakkının” koruduğu anayasal değerleri tespit etmek ve hakkın hangi anayasal hak ve ilkelerle çatıştığını ortaya koymak, hukukun toplumsal cinsiyet eşitliğini temin etmedeki rolü açısından önem arz etmektedir.

Özetle bu tespit hedefinden hareket ederek çalışmada, ulusal ve uluslararası anayasa yargıçlarının kararları iki kategoride; hakkı genişleten ve hakkı sınırlayanlar - hatta kullanılmaz hâle getirme potansiyeli barındıranlar - ekseninde incelenmiştir. Bu kararlar incelenirken, verili ülkelerde gebeliğin sonlandırılması kurumuna ilişkin yasal mevzuat ve kadın haklarını etkileyen sosyal ve ekonomik gelişmeler de ayrıca dikkate alınmıştır.

İncelenen ilk kategoride “gebeliğin sonlandırılması” hakkının kapsamını genişleten kararlar bulunmaktadır. Bu ilke kararlardan en göze çarpanı 1973 yılında Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi tarafından verilen “Roe v. Wade” kararıdır. Karar, fetüsün yaşam hakkı karşısında kadının mahremiyet hakkının anayasal düzeyde tanınması ve anayasa yargıcının anayasayı “dinamik” şekilde yorumlaması açısından ilgi çekicidir. ABD Yüksek Mahkemesinin bu ilke kararı vermesinden çok kısa bir süre sonra 1975 yılında İtalyan Anayasa Mahkemesinin verdiği kararda ise “annenin yaşam hakkı” karşısında “embriyonun yaşam hakkı” çatışmasındaki hukuki değerlendirmeler önemli bir örnek sunmaktadır. Yine bu kategoride Latin Amerika ülkelerindeki, söz konusu ülkelerin sosyal ve dini arka planlarını aşan bir şekilde, gebeliğin sonlandırılması hakkının koruma alanını genişleten kararlar da incelenmiştir. 2000’li yıllarda artmaya başlayan bu içtihat dalgasında Arjantin Yüksek Mahkemesinin 2012 tarihli “FAL” kararının, “cinsel saldırı” kurbanı gebe bireyler açısından Latin Amerika Kıtası’ndaki önemine işaret edilmektedir. Benzer şekilde Hindistan Yüksek Mahkemesinin 2022 tarihinde verdiği

\* Dr. Öğr. Üyesi, Marmara Üniversitesi, Siyasal Bilgiler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı, dikmenpnar@gmail.com, ORCID: 0000-0001-7123-3109.



gebeliğin sonlandırılması hakkının evli ya da evli olmayan tüm kadınların yararlanabileceği bir hak olduğu yönündeki vurgusu da hakkın getirdiği korumanın kapsamının anlaşılması açısından önemli bir noktada durmaktadır. Gebeliğin sonlandırılması hakkını sınırlamayan ancak bu hakka “mesafeli” şekilde yaklaşan kararlar da bulunmaktadır. Bu kararlarda anayasa yargıçıları hakka temkinli bir şekilde yaklaşarak, hakkın tanınmasında takdir yetkisinin yasayıcıda olduğu vurgulamaktadırlar. Türk Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru yolu neticesinde verdiği 2020 tarihli “R.G. Başvurusu” bu içtihat kategorisine örnek gösterilebilir. Nitekim bu kategorideki kararların ortak özelliği, kararlarda anayasa yargıcının toplumsal hassasiyetleri gözeterek, böyle bir hakkın tanınmasının anayasallığını tartışmayı ikincil bir düzeyde önemsiyor görünmeleridir.

İkinci kategori kararlar ise gebeliğin istemli şekilde sonlandırılması hakkını sınırlayan kararlardan oluşmaktadır. Bu kararlarda anayasa yargıcı, başta kadın öznenin “yaşam hakkı” ve “kişisel özerkliği” gelmek üzere diğer hak ve değerler karşısında, “embriyonun/anne karnındaki bebeğin yaşam hakkını” açıkça üstün tutan bir yaklaşım sergilemektedir. Nitekim ABD Yüksek Mahkemesinin yukarıda bahsedilen 2022 tarihli kararı ya da Polonya Anayasa Mahkemesinin 2020 yılında verdiği “Kürtaj Kararı” bu kategoriye alınabilecek başlıca kararlardır. İlk karar, “gebeliğin sonlandırılması hakkına” anayasal bir statü bahşeden 1973 içtihadından önemli bir kopuşu simgelemektedir. Kararda anayasa yargıcı, anayasa hükümlerini daraltıcı bir yorumla okuyarak, kadının maddi ve manevi bütünlük hakkı karşısında, toplumsal ahlakı açıkça üstün tutan bir tutum benimsemiştir. Polonya Anayasa Mahkemesinin kararı ise “doğmamış bebeğin yaşama hakkının” bu hak, doğrudan sonra hak öznesinin fiziksel sağlığını tehlikeye düşürebilecek bir riski barındırmasına rağmen, üstün tutulmasını konu edinmektedir. İkinci kategoriye feminist hareketin hız kazandığı 70’li yıllarda dahi, Amerikan ve İtalyan anayasa yargıçılarının özgürlükçü kararları karşısında aksi yönde bir istikameti benimsemiş Alman Federal Anayasa Mahkemesinin, “gitgelli” içtihatları dâhil edilebilir. Bilhassa Doğu Almanya ve Batı Almanya birleşmesi ertesinde, gebeliğin sonlandırılması hakkına daha “liberal” yaklaşan Doğu Almanya hukuku ve uygulamasını, hâlihazırdaki Batı Alman hukuku ile uyumlaştırmaya çalışan Alman yargıcının, bu alana tesir eden temel haklar çatışmasını çözmede kendini dar bir alana sıkıştırdığı belirtilebilir.

Bu iki ana tartışma bağlamında incelenen konu çerçevesinde, çalışmada; gebeliğin sonlandırılması hakkını konu eden anayasa yargısı kararlarının görülmeyen noktaları; çatışan haklar karşısında anayasa yargıçıların başvurduğu yorum teknikleri ekseninde açıklığa kavuşturulmaya çalışılacaktır. Böylece hem toplumsal cinsiyet alanına giren vakalarda yargıçıların tutumları analiz edilecek hem de bu hakkın savunulabilirliği açısından oluşturulmak istenen hukuki argümantasyon pekiştirilecektir.

**Anahtar Sözcükler:** Gebeliğin Sonlandırılması Hakkı, Kürtaj Hakkı, Kadın Hakları, Toplumsal Cinsiyet, Yaşam Hakkı.

Hakemli

## Feminist Perspektiften Çocuğa Bakış

Selvi Müleyke Şen\*

Feminist akımlar her zaman çocuk haklarının savunusuyla da yakından ilgilenmiş, özellikle kız çocuklarının maruz kaldığı şiddet, cinsel istismar ve cinsiyet eşitsizlikleri ve ayrımcılıklar feminist tartışmaların gündeminde olmuştur. Bu bildiride feminist bir bakış açısından çocuğun durumu ortaya konacak ve feminist teorinin çocuk hukukuna dair görüşlerine yer verilecektir.

Feminist teori 18. yüzyıldan başlayarak temel düşünce akımlarından biri haline gelmiştir. Temelde feminist düşünce kadınlarının haklarının ve toplumsal statülerinin iyileştirilmesini hedefleyen bir akımdır. Çocuklar ise aile içi şiddetin başlıca mağdurlarından biri olması ve ataerkil aile yapısı içerisinde aynı kadınlar gibi ezilen bir diğer grup olması sebebiyle feminist mücadelenin alanına girmiştir. Bu halde feminist teori bakımından gündeme şu sorular getirilebilir. Feminist hareket yalnızca kadınların hakları mı savunur, çocuklar bu savunuya dahil midir yahut bir şekilde ataerkil iktidar altında ezilen herkes cinsiyeti fark etmeksizin feminizm şemsiyesi altına girebilir mi? Burada yine Firestone’dan yola çıkarak bir cevap bulunabilir. Firestone’a göre kadınların ve çocukların özgürleşmesi birbirine oldukça bağımlıdır. Aynı iktidar tarafından ezilen bu grubun birbirinden ayrı tutulması her iki grubun da tam anlamıyla özgürleşmesinin önünde engel olacaktır. Bunun yanı sıra Firestone çocukların yaşları ve kısıtlı imkanları sebebiyle kendi seslerini duyurmaya güçlerinin yetmediğini bu sebeple feminizmin çocukların da sesi olması gerektiğini savunur.

Kimi feminist teorisyenlerce özellikle kadınların aile içi şiddetten kurtulması ve aileden özgürleşmesi bakımından çocuklar kadın önünde bir engel arz edebilmektedir. Kadının ve çocuğun menfaatleri ve haklarının birbirine zıt düşebildiği sınırlı sayıda örnek dışında çocuk çalışmaları ve kadın çalışmaları arasında kurulan bağlar her iki alanda da çalışan kimseleri faydalı sonuçlara ulaştırmaktadır. Bu bildiride de feminist teori ile çocuk arasındaki bu ilişki bu yönüyle irdelenmiştir.

Çocuk hakları feminist akımın odaklarından biri olsa bile çocuklar haklara erişimi henüz yeterli seviyelere ulaşamamıştır. Bunun altında ise çocukların katı bir otorite altında tutulması ve çocuklarının fikirlerine değer verilmemesi yanı sıra çocukların kendi hayatlarına dair fikir belirtme ve karar verme kapasitesi olmadığının düşünülmesidir. Çocuklar halen hukuk sistemleri ve devletler nezdinde devlet otoritesinin ve ebeveynlerinin yönetimi altında objeler olarak görülmeye devam etmektedir. Çocuklar bakımından feminist düşünürlerce en çok ele alınan konulardan biri de işte çocukların özerkliği sorunudur. Çocuklara ebeveynleri ve devlet otoritesi tarafından oldukça kısıtlı alanda söz hakkı tanınması ve çocukların hep bir otoriteyle ilişkilendirilmesi ve otoriteye tâbi tutulması feminist perspektiften bakıldığında kadınların ataerkil iktidar altında sıkı sıkıya denetlenmesi ve yaşamlarının şekillendirilmesini benzetilmektedir. Elbette kadınlardan farklı olarak çocukların fiziksel ve duygusal gelişimlerinin seviyesi onları belli yaşlara gelesiyeye kadar yetişkinlere bağımlı olarak yaşamlarını sürdürmek zorunda bırakmaktadır. Aynı zamanda bu fiziksel ve duygusal gelişmemişlik hali yetişkinlere nazaran çocuklar için devleti çok daha fazla koruma mekanizmaları geliştirmeye itmektedir. Ancak çocukları bu seviyede bir otoriteye tabi kılan ve çocuğun iradesini

\* Araştırma Görevlisi, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü Yüksek Lisans Öğrencisi, muleykesen@hotmail.com, ORCID: 0000-0002-4794-9251.

ve görüşlerini oldukça kısıtlı alanlarda dikkate alan bakış açıları hatalıdır. Çocuklara karşı bu bakış açısının problemi çocukların tamamen bir yetişkine bağımlı, fikir yürütmekten yoksun, yalnızca oyun oynayan kimseler gibi yansıtılmasıdır ancak bu bir gerçektir ki dünyada birçok çocuk çalışarak aile ekonomisine katkı sağlamakta, evde temizlik ve yemek gibi sorumlulukları yerine getirmekte ve kardeşlerinin bakımını üstlenmektedir. Okul hayatında da çocuklar belli sosyal ilişkiler ağının parçası olmakta ve kendilerine bu ağ içerisinde bir yer oluşturmaktadırlar. Bu yönüyle çocuklar aslında yalnızca otoritelere mutlak şekilde bağımlı yaşayan insanlar değil, kendileri de çeşitli inisiyatifler alabilen, kendilerine ve çevrelerinde olup bitene dair fikir yürütebilecek ve görüş bildirebilecek seviyede kimselerdir. Bu nedenle çocuğun iradesini yok sayan anlayışlara karşın çocuğun korunma ihtiyacı ve çocuğun özerkliği arasındaki dengenin sağlandığı bir yaklaşımın çocuk hukukuna yerleştirilmesi gerekmektedir.

Çocuklar üzerindeki bu katı otorite çoğu zaman kendini ilk olarak ailede göstermektedir. Bu otoriteyi kırabilmek, çocuğun haklarına erişimini kolaylaştırabilmek için gerektiğinde aileye müdahale etmek gerekir. Bu müdahaleyi mümkün kılabilmek adına feminist teorisyenler özel alan kamusal alan ayrımında ailenin özel alandan çıkarılıp kamusal alana dahil edilmesini ister. Bu sayede dokunulmaz ve kutsal olarak addedilen aile de değiştirilebilir ve dönüştürülebilir hale gelir. Çünkü ailenin özel alanda kalması onun müdahalelere kapalı kılmaktadır. Kamusal alanın sınırları içine alınmış bir aileye kadınlar ve çocuklar dahil olmak üzere aile fertleri arasında eşitliği sağlamak amacıyla müdahale mümkündür. Bu anlamda gerçek bir eşitliği sağlamaya yönelik atılacak adım ise aile içinde “bireyselliği sağlamak” tır. Burada bireysellikten anlaşılması gereken çocuklar üzerindeki katı hiyerarşinin ortadan kalkması, geleneksel rollerin hafifletilmesi ve ailenin daha demokratik bir yapı haline gelmesidir. İşte feminist teorisyenler aile kurumuna müdahaleyi bu tip bir eşitsizliğin hedefi olan kadınları ve çocukları korumak ve geleneksel ve katı hiyerarşik kurallara sahip aileyi daha demokratik bir yapıya dönüştürmek adına kabul eder ve mümkün görür.

Bu bildiri kapsamında yukarıda sayılan çeşitli yönlerden yola çıkarak çocuğa ve çocuk hukukuna feminist teorinin bakışı ortaya konmaya çalışılacak ve bu iki alanın birbirlerinden faydalanarak gelişebileceği ve çocuk hakları savunusunun feminist teori içerisinde yer almasının ve çocuk hakları sorununa feminist perspektiften bakmanın kız çocukları bakımından büyük önem arz etmekle birlikte bu bakış açısının tüm çocukların haklara erişimini sağlamak ve çocukların da toplum içerisindeki yerini ortaya koyabilmek adına fayda sağlayacağı sonucuna ulaşılabacaktır.

**Anahtar Sözcükler:** Çocuk Hukuku, Feminist Teori, Kız Çocukları, Ataerkil İktidar, Aile.

Hakemli

## Türk Hukukunda Kadının Toplumsal Cinsiyete Dayalı Şiddet Temelli Uluslararası Koruma Başvurusunun Değerlendirilmesi

Süreyya Can\*

İnsanların doğuştan sahip oldukları temel haklarının gözetilerek güvence altında tutulması olan “koruma”nın lafzına ve ruhuna uygun olarak, insanların hayatlarını ve özgürlüklerini tehdit altına alan eylemlere karşı devletlerin koruma yükümlülüğünü yerine getir/e/memesi, bu kişilerin başka devlete sığınması ihtiyacını gündeme getirmiştir. Kişilerin korunma ihtiyacı nedeniyle ortaya çıkan sığınma olayının uluslararası yükümlülükler çerçevesinde yönetilmesi ise uluslararası koruma kavramını karşımıza çıkarmaktadır. “Uluslararası koruma” kavramı sözleşme metinlerinde tanımlanmış değildir. Ancak doktrinde bu kavrama ilişkin tanımlara rastlamak mümkündür. Buna göre, uluslararası koruma bireye menşe devleti dışında başka bir devlet tarafından sağlanan ikame bir korumadır.

Türk Hukuku’nda yabancılarla ilgili temel kanuni düzenleme olan 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (YUKK) kapsamında uluslararası koruma statüsü, “mülteci, şartlı mülteci ve ikincil koruma” şeklinde üç statü altında toplanmıştır. Buna göre, Avrupa ülkelerinde meydana gelen olaylar nedeniyle, 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 dönmek istemeyen vatansız kişiye statü belirleme işlemleri sonrasında mülteci statüsü verilir (m.61). Bu düzenleme kapsamında Cenevre Sözleşmesi’nde yer alan mülteci tanımı esas alınmış olup, mülteci statüsüne ilişkin ek bir ölçüt belirlenmesi yoluna gidilmemiştir. Kanunun 62. maddesinde ise, şartlı mülteci statüsünün tanımı ve kapsamı belirlenmiştir. Buna göre, mülteci tanımına uymakla birlikte Avrupa dışında yaşanan olaylar sebebiyle sığınma talebinde bulunulması halinde, bu kişilerin güvenli üçüncü ülkeye yerleştirilmeleri ve yerleştirilinceye dek Türkiye’de kalmaları amacıyla kendilerine geçici ikamet izni verilmesi amaçlanmıştır.

YUKK uyarınca, mülteci veya şartlı mülteci olarak nitelendirilemeyen, ancak menşe ülkesine veya ikamet ülkesine geri gönderildiği takdirde; ölüm cezasına mahkûm 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, ayırım gözetmeyen 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 kişiye, statü belirleme işlemleri sonrasında ikincil koruma statüsü verilir (m.63). İkincil korumayı düzenleyen Kanunun 63’üncü maddesi incelendiğinde, Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi’nin (Vasıf Direktifi) dikkate alındığı anlaşılmaktadır.

Dünyanın birçok yerinde kadınlar, toplumsal cinsiyet kimlikleri nedeniyle cinayet, cinsel şiddet, fiziksel saldırılar, ahlaksız ve sapkın davranışlarla suçlanma, işkence ve keyfi gözaltına maruz kalma, istihdam, sağlık ve eğitimde ayrımcılığa maruz kalma gibi birtakım eylemlere maruz kalmaktadırlar.

\* Avukat (Diyarbakır İl Göç İdaresi Müdürlüğü), Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktor Adayı, sureyya.can1@gmail.com.

Kadınların sadece kadın oldukları için maruz kaldığı bu eylemlerin, cinsiyetsiz bir alan olarak inşa edilen ancak kadına yönelik ciddi yapısal problemleri ihtiva eden sığınma sisteminde, uluslararası korumaya gerekçe oluşturup oluşturmayacağı konusu belirsiz bırakılmıştır. Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği Yürütme Komitesi (EXCOM) uluslararası sığınma hukukundaki bu tutarsızlık karşısında, cinsiyet kimliği nedeniyle zulüm tehdidi altında olan bireylerin sığınma taleplerinin kabul edilmesi gerektiğini tavsiye etmiştir. EXCOM ayrıca, toplumsal cinsiyete dayalı zulümden kaynaklı sığınma talebinde bulunan kadınları Cenevre Sözleşmesi kapsamında “belirli bir toplumsal grubun mensupları” olarak görmüştür. Buna karşılık Vasıf Direktifi’nin 10/1(d) maddesinde ise, toplumsal cinsiyetle ilgili hususların ‘belirli bir sosyal grubun’ üyeliğini belirlemek ve böyle bir grubu tanımlamak adına değerlendirilebileceği düzenlenmiştir. Buna göre, kadınların toplumsal cinsiyet temelli uluslararası koruma başvuruları ‘belirli bir sosyal gruba mensubiyet’ ölçütü çerçevesinde mülteci statüsü kapsamında değerlendirileceği ifade edilmiştir. Vasıf Direktifi’nin anılan maddesi dikkate alındığında, toplumsal cinsiyete dayalı zulümden kaynaklı uluslararası koruma başvurusunda bulunan kadının BMMYK yorumunun aksine belirli bir gruba mensup olduğunu ispatlamasına ihtiyaç duyulmayacaktır.

YUKK ve YUKK Yönetmeliği’nde zulüm kavramından ne anlaşılması gerektiği, belli bir toplumsal gruba mensubiyetin içeriği ve kapsamının ne olduğu açıklığa kavuşturulmamıştır. Bu sebeple bireysel uluslararası koruma statüleri olan mülteci, şartlı mülteci ve ikincil koruma statülerini düzenleyen YUKK’un 61, 62 ve 63. maddeleri incelendiğinde, toplumsal cinsiyetten kaynaklı şiddetin zulüm olarak kabul edilip edilmeyeceği, edilecekse şayet toplumsal cinsiyetten kaynaklı uluslararası koruma başvurularının hangi statü kapsamında ve hangi ölçütler çerçevesinde değerlendirileceği konusu belirsiz kalmıştır. Cinsiyet temelli yapılan uluslararası koruma başvurularının hukuki dayanağının ihmal edilmesi, toplumsal cinsiyete dayalı şiddetin zulüm olarak görülüp görülmeyeceği ve bu kapsamda yapılan başvuruların tamamlayıcı koruma biçimi olan ikincil koruma statüsü kapsamında mı yoksa mülteci/şartlı mülteci statüsü çerçevesinde mi nitelendirileceği sorusunu karşımıza çıkarmaktadır.

Belli bir toplumsal gruba mensubiyete mensubiyeti sebebiyle zulme uğramaktan haklı nedenlerle korkma şartı, mülteci ve şartlı mülteci tanımının en belirsiz unsurunu oluşturmaktadır. Cenevre Sözleşmesi öncelikli olarak, “ırkı, tabiiyeti, dini ve siyasi düşünceleri” nedeniyle zulüm görme tehdidi altında olan bireyleri korumak için tasarlanmış olduğundan, “belirli bir toplumsal grup” ifadesi cinsel yönelim ya da toplumsal cinsiyete dayalı zulme maruz kalanları kapsayacak şekilde düşünülmemiştir. Bu sebeple, belli bir toplumsal gruba mensubiyet kavramından ne anlaşılması gerektiği konusunda her ülkede farklı uygulamalar ve yaklaşımlar bulunmaktadır.

Yukarıda ifade edilen konular ve kavramlara ilişkin YUKK’ta yasal belirliliğin olmaması, toplumsal cinsiyet temelli yapılan başvuruların İl Göç İdaresi Müdürlükleri tarafından farklı yorumlanmasına ve mahkemelerce de bu konuda farklı kararlar çıkmasına sebebiyet vermiştir. Bu nedenle çalışmamızda, Türk Hukuku’nda toplumsal cinsiyetten kaynaklanan şiddetin zulüm olarak görülüp görülmediği, şiddet temelli sığınma talebinin uluslararası korumaya gerekçe oluşturup oluşturmayacağı, bu talebin hangi statü kapsamında ve hangi ölçüt çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği tartışılacaktır.

**Anahtar Sözcükler:** 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, Toplumsal Cinsiyet, İkincil Koruma, Mülteci, Belirli Bir Sosyal Gruba Mensubiyet.

Hakemli

## Toplumsal Cinsiyet Eşitsizliğinde Kadir-i Mutlak “Devlete İtaat” Sorunu ve Hukukun Geri Çekilmesi

Mehmet Güneş\*

Devlet iktidarına bir sınırlama getirilmediğinde ve hikmetinden sual olmayan bir aygıtla dönüştürüldüğünde zamanla uyruklarına yönelik hukuku siyasi aklıyla biçimlendirip yaratan ve bizzat üretilmiş bu hukukun sahibi olarak devletin, kendi iktidarını sınırlandırması ve kendini belirli ölçüde dizginlemesi beklenemez. Devleti sadece egemenlerin biçimlendireceğine ve diğerlerinin ise itaat etmek dışında bir görevi olmayacağına inananlar için hukuk her daim bir aparat olarak kalmaya devam edecektir. Bu şekilde düşünenler öteden beri çeşitli fikirlerle bu durumu savunmuşlardır. Örneğin hukukla devleti özdeşleştiren hukuki pozitivizmi savunan ve hak kavramını baştan reddeden doğal hukuk karşıtı Kelsen’e göre “devletin bir hukuki düzen olduğu kabul edildikten sonra, her devlet bir hukuk devletidir ve bu hukuk devleti deyimi artık fazlalıktır.” Devleti verili kabul etmekle kalmayıp devleti hukukun ontolojik biçimi, hukukla özdeş hali ilan ederek, Alman kamu hukuku geleneğindeki devleti aşkınlara çizgisine getiren bu Kelsenci yaklaşımın kökenleri, hukuku egemenin buyruğundan başka bir şey olmadığını kabul eden Thomas Hobbes’un fikirleriyle, ünlü Bavyalı hukukçu Feydel’in “Devletin üstünde bir hukuk olmadığı, Devletle paralel bir hukuk olmadığı, hukukun Devlet tarafından tedvin edildiği” görüşü ile ve “devlet, hukuku yaratan aygıt olarak onun üzerindedir ve istisna durumunda onunla kayıtlı olmaması gerekir” diyen Carl Schmitt’in savunduklarıyla uyum içerisindedir.

Devleti yönetenlerin kayıtsız ve şartsız itaati uyruklarından beklerken hukukun tek sahibi gibi davranarak bir yandan evrensel bir insan hakları söylemini retorik olarak kullanarak toplumda derinleşen eşitsizliklerden yayılan huzursuzlukları yatırtmaya çalışmaları diğer yandan kültürel siyasi kodlarını tüm topluma dayatma niyetiyle her türlü kamusal ayırıcı uygulamaları ve normları normalmiş gibi sürdüren kişileri, grup ve anlayışları doğrudan desteklemeleri sıklıkla görülmektedir. Uyruklarını iktidar karşısında dost ve düşman şeklinde ikiye ayırarak mutlaklaştıran “kadir-i mutlak” devlet algısı üzerinden her türlü eşitsizliği gizleyen bu anlayışın en yıkıcı zararlarından biri de toplumsal cinsiyet eşitsizliğini, devlete itaat gerektiği iddiası ile hukuk aparatı ile dizginlemeye çalışmasıdır. Özellikle toplumsal cinsiyet eşitsizliğinin diğer eşitsizlik sistemleri ile birbirinden ayıramaz biçimde iç içe geçmiş olduğunu yadsıyan bu görüş nihayetinde hukukun eşitsizliklerin giderilmesinde oynayabileceği rolü sınırlandırıp daraltan devleti sorgulanmaz kılarak sürekli doğruyu temsil ettiği yanılgısına düşürmektedir. Bununla birlikte sürekli ürettiği kanunlarla tıka basa doldurulmuş devletin toplumsal hayatın tüm alanlarına doğru genişleme eğilimi ile hukukun teknik sınırlarının da tamamen zorlanmasıyla “devletin işlevlerinin bütününe sirayet eden bir iktidar büyümesine yol açar(ak)” onu “George Orwell’in Big Brother’ına” yahut modern bir Leviathan’a dönüştürebilmektedir.

Devletin yöneticiler üzerinden kutsandığı dönemlerde, devlet yöneticilerinin keyif ve algıları ve adalet tasavvurlarına göre şekillenen bir hukuk anlayış ve duygusu bu şekilde dar bir grup ve zümrenin insaf ve kavrayışına bırakılmamalıdır. Toplumsal eşitsizliğin en görünür hallerinden biri olan cinsiyet eşitsizliği konusunda bireylerin hissettiği haklılık inancı onları gerekirse haksızlığa başkaldırmaya,

\* Doçent Doktor, Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, dr.megunes@gmail.com, ORCID:0000-0003-3285-3043.

hak ve adalet konularında her türlü direniş sergilemeye ve hak arayışına dolayısıyla bilinçlenmeye yöneltecektir. Bu konuda Bastiat'ın da haklı şekilde ifade ettiği gibi "Hukuk, bireyin meşru savunma hakkının kollektif organizasyonu" olarak o zaman ancak işlev görebilecektir. Diğer yandan devletin tekeline bırakılan hukuk kuralları meşruiyete doğrudan doğruya temel oluşturma niteliğine her zaman da sahip değildir. Çünkü var olan hukuk normları, varlıklarının meşruluğunu muhtelif esaslara göre toplum nezdinde sadece iddia değil ayrıca ispat etmekle yükümlüdür. Ahlak ve hukuk arasında zorunlu bir bağ bulunduğunu ileri süren Dworkin'e göre hukukun formülü; "hukuk eşittir kural artı ilke" biçiminde anlaşılması gerekmektedir. Çünkü ona göre, devlet merkezli ve ona dayanılarak yaşanan bu düzen üretilen maddi hukuk pozitivist anlayışı sebebiyle, bir "hukuk imparatorluğu"dur. Bu imparatorluğun ise bireylerden değil kendisini var eden egemenlerden besleneceği aşikardır.

Toplumsal cinsiyet eşitsizliği; toplumsal uyumu bozan, bireyleri kul olmaktan karar verici konuma yükseltmesi gereken kuralları öne çıkarmak yerine devletin âli menfaatleri adı altında devletin kısmi adaletine göre şekillenmektedir. Toplumsal ahenk ve uyumu sağlaması gereken hukuku ve onun türevlerinin yerine egemen otoritenin meşrulaştıran ve artık sorgulanmayan kazanımlarını korumak üzerine inşa edilenlere yönelik bir karşı çıkışı savunmak gittikçe zorlaşmaktadır. Toplumsal cinsiyetleri siyasi iktidarın oyun alanı haline getiren ve kendince toplumsal cinsiyet algısını dayatmacı tutumla yön verenlerin hukuka ve onun uygulanışına ilişkin somut biçimde eleştiri getirmeleri beklenemez.

Bu bildirinin amacı, genel kamu hukuku literatüründen faydalanarak toplumsal cinsiyet eşitsizliği temelinde devletin ana unsur olduğu kabulüyle devletin toplumda algılanışı ve kabul edilmesine yönelik hatalı varsayımları sorgulamak ve hukukun edilgen konumu ve yapısına ilişkin eleştirileri ortaya koymaktır. İlk eleştiri hukuk üretiminin ve hukuk normlarının devletin bekası gözetilerek inşa edilmesi sebebiyle zaman içerisinde toplumsal adaleti sağlaması gereken maddi hukukun giderek devletin ve onun siyasi kullanıcılarına bırakılması ve onun insiyatif ve insafına terk edilmesinin doğurduğu tekelleşmenin zamanla toplumsal cinsiyet eşitsizliğini ne şekilde derinleştirdiğine yönelik olacaktır. İkinci eleştiri araçsallaşan hukukun asıl sahibi olması gereken bireylerin toplumsal cinsiyetle dayatılan rollerinden ziyade kendilerine yurttaşlık adı altında devlete tabi şekilde ona mutlak itaatle bağlı bırakılmasına sebep olan hukukun hak tarafının eksik bırakılmış olmasını irdeleyen hukukun yapısal içeriğine ilişkin olacaktır. Son eleştiri konusu ise toplumsal cinsiyet eşitsizliklerinin toplumsal kültürü oluşturan hukuk anlayış ve kültüründen bağımsız şekilde ele alınmasının mümkün olabileceğini kabul eden pozitivist hukuk yaklaşımının hukuku daha çok "eril" şekilde ele alarak devlete yaslamasının ve ona ait kılmasının doğurduğu sorunlara yönelik olacaktır. Çalışmada son olarak toplumsal cinsiyet eşitsizliğinin azaltılmasına yönelik hukukun yeni yapı ve inşasına ilişkin farklı öneri ve teklifler de sunulacaktır.

**Anahtar Sözcükler:** Toplumsal Cinsiyet, Devlet, İtaat, Eşitsizlik, Hukuk.

Hakemli

## İklim Değişikliğinin Kadına Etkisine Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Güncel Yaklaşımı

Nagehan İlemin Alan\*

İklim değişikliği, günümüzde uluslararası toplumun karşılaştığı en karmaşık krizlerden bir tanesidir ve her geçen gün etkilerini daha da arttırmaktadır. Dünya Meteoroloji Örgütü'ne göre 2022-2026 yılları arasında bugüne kadar kayıtlara geçmiş en sıcak yıldan daha sıcak bir yılın yaşanma olasılığı %93'tür. Hükümetlerarası İklim Değişikliği Paneli, son çalışmalarından bir tanesinde 3 milyara yakın insanın iklim değişikliğinden oldukça fazla etkilenebileceğini ortaya koymuştur. Bu noktada herkesin iklim krizinden eşit oranda etkilenmediğinin altı çizilmelidir. Bu küresel krizden en çok etkilenenlerden biri kadındır. Bunun en önemli nedenlerinden birisi, kadınların içinde yaşadıkları kültürde üstlenmek zorunda oldukları kimi görevlerdir. Örneğin; bazı ülkelerde ev için yakacak odun ve su temin etme gibi açık hava ve doğa içinde gerçekleştirilecek görevleri kadınlar yerine getirmektedir. Kadınlar, ekonomik kısıtlamalar, kültürel baskılar gibi nedenlerle bu gibi işleri yapmak dışında başka işlerde çalışmamaktadır. Bu da iklim değişikliğinin etkilerine daha fazla maruz kalmalarına yol açmaktadır. Hükümetlerarası İklim Değişikliği Paneli 'ne göre evine su taşımak için uzun saatler boyunca yürümek zorunda kalan kadınlar, sıcak hava dalgalarına maruz kaldığından ölüm ve hastalık riskleri artmaktadır. Bonn İklim Değişikliği Konferansı'nda (2022) saptandığı üzere kadınlar ağır hava şartları yüzünden günlük işlerini yapamaz hale gelmektedir.

Yaşanan sorunlar karşısında ilk akla gelen, iklim değişikliğinin insan hakları üzerindeki etkisidir. İklim değişikliği ve insan hakları arasındaki ilişki, uluslararası alanda ilk olarak küçük ada devletleri tarafından 'Küresel İklim Değişikliğinin İnsani Boyutuna İlişkin Malé Bildirgesi' (2007) kapsamında ifade edilmiştir. Bildirgeye göre iklim değişikliği, insan haklarından yararlanma ile yakın ilişkilidir. Aynı sene, Birleşmiş Milletler Almanya Daimi Temsilciliği nezdinde iklim değişikliğinin kadınları nasıl etkilediğine dair bir toplantı gerçekleştirilmiştir. Toplantıya çeşitli hükümet ve Birleşmiş Milletler temsilcileri katılmıştır. İklim değişikliğinin kadınlar yönünden ele alınması, bir insan hakları meselesi olarak kabul edilmiştir. Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi de '37 sayılı Genel Tavsiye Kararında' (2018) Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nin, iklim değişikliği bağlamında taraf devletlerce nasıl uygulanabileceğine dair yol göstermiştir. Kadınların iklim değişikliğinden orantısız etkilendiğinin altı çizilmiştir. Çevre hakkının da tanındığı Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi kararında (2021), iklim değişikliğinin insan hakları üzerindeki etkisine ve çevre problemlerinin kadınları daha çok etkilediğine değinilmiştir. Böylece insan hakları metinlerinden ziyade bu gibi kararlarla iklim değişikliğinin kadınları orantısız bir biçimde etkilediği vurgulanmıştır. Elbette ki iklim değişikliğinin kadınlara etkisi ilgili metinler üzerinden yaşam hakkı, eğitim hakkı, ayrımcılık yasağı gibi açılardan değerlendirilebilir; ancak, konu özelinde yaklaşım sağlamak adına tek tek haklar üzerinde ayrıca durulmamıştır.

İklim değişikliğine ilişkin çok taraflı uluslararası andlaşmalarda da konu hakkındaki gelişmelere rastlanmaktadır. Her ne kadar Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi (1992) ve Kyoto Protokolü (1997) iklim değişikliğinin kadınlar üzerindeki etkisinden bahsetmemekte ise de

\* Galatasaray Üniversitesi Kamu Hukuku Doktora Programı Öğrencisi, Kocaeli Üniversitesi Öğretim Görevlisi, nagehan.ilemin@kocaeli.edu.tr, ORCID: 0000-0001-9368-8585.

İlgili bağlantı Taraflar Konferansları (COP) vasıtasıyla kurulmuştur. Örneğin; Cancun Anlaşmaları (COP 16) kapsamında iklim değişikliğinin insan haklarını doğrudan ya da dolaylı olarak etkilediği belirtilmiştir ve daha sonradan cinsiyet nedeniyle iklim değişikliğinin etkilerinin daha kuvvetli hissedileceği kaydedilmiştir. Konunun, iklim değişikliğine ilişkin uluslararası bir anlaşmada düzenlenmesi ise Paris İklim Anlaşması'nda (2015) gerçekleşmiştir. Anlaşmanın başlangıç kısmında iklim değişikliğinin insanlığın ortak kaygısı olduğu belirtilerek anlaşmaya taraf devletlerin iklim değişikliğine karşı hareket ederken insan hakları yönünden yükümlülükleri olduğu ifade edilmiştir. Bu kapsama cinsiyet eşitliği ve kadınların güçlendirilmesi de dâhil edilmiştir. Taraflar Toplantısının sonuçlarından biri olan (COP 26) Glasgow İklim Paketi (2022) da aynı ifadelere yer vermiştir. Bu noktada Paris İklim Anlaşması'nın başlangıç kısmının ve Glasgow İklim Paketi'nin hukuken bağlayıcı olmadığı hatırlanmalıdır.

Bağlayıcı olmayan hukuki metinler, mahkemeler tarafından dikkate alınabilmektedir. Bu bağlamda konu itibarıyla böyle bir yaklaşımın sergilenmesi ihtimali bakımından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) önündeki Verein KlimaSeniorinnen Schweiz İsviçre'ye Karşı Başvurusu incelenebilir. Başvurucular, yüzlerce yaşlı kadın üyesi olan bir dernek ve yaşları 78 ve 89 arasında olan dört kadındır. Başvurucular, sıcak hava dalgaları nedeniyle sağlık sorunlarının daha da kötüleştiğini ifade etmektedirler. Bu durum yaşam koşullarını da olumsuz etkilemektedir. Başvurucular, yetkililerin 2016'dan bu yana iklimin korunması noktasında ihmalkâr davrandığını, Paris İklim Anlaşması'ndaki gerekli önlemleri almadığını ifade etmektedir. Yüksek Mahkeme, başvurucuların yeterli önlem alınmadığına yönelik değerlendirmelerinin hak ihlali ile bağlantılı olmadığına karar vermiştir. Konu, AİHM'ye taşınmıştır. Başvurucular, uluslararası çevre hukuku ilkeleri olan ihtiyatilik ilkesi ile nesiller arası eşitlik ilkesi ışığında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan yaşam hakkı (madde 2) ile özel ve aile hayatına saygı hakkı (madde 8) açısından devletin pozitif yükümlülüklerine aykırı davrandığını ileri sürmektedir. Bu kapsamda hükümet, iklim değişikliği ile mücadelede üzerine düşeni yapmamaktadır. Ayrıca mahkemeye erişim haklarının (madde 6) ve etkili başvuru haklarının (madde 13) da ihlal edildiğini belirtmişlerdir. Davaya üçüncü taraf olarak müdahil olan Birleşmiş Milletler özel raportörleri, iklim değişikliğinin ve yaşlanmanın kadınlar açısından cinsiyete dayalı ayrımcılığa yol açtığını vurgulamış ve yaşlı kadınların, iklim değişikliğinin yarattığı kriz anlarında yük olarak görülebildiğini belirtmişlerdir.

İklim değişikliğinin kadınlar üzerindeki etkisi, insan hakları bağlamında değerlendirilirken iki husus unutulmamalıdır. İlk olarak kadınlar, iklim değişikliği mücadelesinde oldukça önemli bir rol üstlenmektedir. Kendilerine yüklenen görevler nedeniyle iklim değişikliği karşısında çözüm üretmek zorunda kalmaktadırlar. Sadece bu katkıları çok göz önünde değildir. Dankelman ve Davidson tarafından saptandığı üzere bunun temel iki sebebi vardır. İlk olarak kadınların iklim değişikliği ile mücadeledeki katkıları daha çok yereldir. Bu nedenle iklim değişikliğine karşı sundukları çözümler geniş çapta bilinmemektedir. İkinci olarak kamu politikalarında ve karar alma süreçlerinde yetersiz temsil edilmektedirler. Diğer unutulmaması gereken konu ise kriz anlarında ve sonrasında kadına şiddetin artmasıdır. Covid-19 döneminde yapılan çalışmalar bunu doğrulamıştır. Son yapılan çalışmalar, iklim değişikliğine yönelik tedbirler alınmadığı müddetçe iklim değişikliğinden kaynaklanan salgınların olabileceğini ortaya koymaktadır. Desai ve Mandal tarafından da belirtildiği üzere uluslararası toplumun iklim değişikliğinin yarattığı felaketler üzerinden kadına şiddet meselesine daha fazla eğilmesi gerekmez.

**Anahtar Sözcükler:** İklim Değişikliği, Kadın, İnsan Hakları, Birleşmiş Milletler, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi.

Hakemli

## Hukuka Feminist Yaklaşım ve 1990 Sonrası Gelişmeler

Melis Yüksel\*

Feministlerin, 20. yüzyılın başlangıcından itibaren Uluslararası Hukukun gelişimini etkilemeyi amaçladıklarını söylenebilir. Bu açıdan 28 Nisan-1 Mayıs 1915 tarihlerinde Lahey'de yapılan Uluslararası Kadın Kongresi önemli bir yere sahiptir. Kadınların statüsüne ilişkin ilk dünya konferansı ise, 1975 yılında Kadınların Uluslararası Yılı ile aynı zamanda Meksika'da yapılmış ve bunu başka dünya kadın konferansları takip etmiştir. Bu konferansların ikincisi 1980 yılında Kopenhag'ta, üçüncüsü 1985 yılında Nairobi'de, dördüncüsü ise on yıl aradan sonra Beijing'te toplanmış; Beijing Deklarasyonu ve Eylem Planı toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanması ve kadınların güçlendirilmesi bağlamında ön plana çıkmış; bu konferansları, 2000 yılından itibaren beşer yıllık aralıklarla yapılan gözden geçirme toplantıları takip etmiştir.

Esas itibarıyla, Uluslararası Hukuka bir yaklaşım olarak feminizmin, özellikle 1990'lı yılların başından itibaren Uluslararası Hukuk disipliniinde yoğun bir şekilde yer edinmeye başladığını söylemek mümkündür. Bu çalışmanın temel amacı, feminist yaklaşımın Uluslararası Hukukta özellikle 1990'lardan itibaren yer edinmeye başlaması sonrasında küresel boyutta meydana gelen bazı önemli gelişmeleri aktarmaktır.

Uluslararası Hukuk disipliniinde, Charlesworth, Chinkin ve Wright tarafından kaleme alınan ve 1991 yılında yayımlanan Feminist Approaches to International Law başlıklı makale Uluslararası Hukuka feminist yaklaşım bağlamında kayda değer bir iz bırakmıştır. Yazarlara göre, uluslararası kural koyma yapıları ve Uluslararası Hukuk kuralları erkeklere öncelik vermektedir ve feminist hukuk teorisi, Uluslararası Hukukun doğası, işleyişi ve içeriğine karşı çıkararak, bu hukuk dalının gelişimine katkı sağlayabilir.

Viyana Dünya İnsan Hakları Konferansı neticesinde 1993 yılında Viyana Deklarasyonu ve Eylem Programı ile Birleşmiş Milletler (BM) Genel Kurulu tarafından aynı yıl Kadınlara Karşı Şiddetin Önlenmesi Deklarasyonu'nun kabulü önemli gelişmeler olarak kaydedilmiştir. Viyana Deklarasyonu ve Eylem Programı'nda, evrensel insan haklarının vazgeçilmez, ayrılmaz ve bölünmez bir parçası olarak kadınların ve kız çocuklarının insan hakları vurgulanmıştır.

Temel uluslararası insan hakları sözleşmelerinden biri olan ve BM Genel Kurulu tarafından 1979 yılında kabul edilen Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nin uygulanmasını

\* Araştırma Görevlisi, Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası Hukuk ve Avrupa Birliği Hukuku Anabilim Dalı, Hacettepe Üniversitesi Kamu Hukuku Doktora Programı, melis.yuksel@atilim.edu.tr, ORCID: 0000-0002-2415-5010.

<sup>1</sup> Dianne Otto, "Feminist Approaches to International Law", The Oxford Handbook of the Theory of International Law (ed. Anne Orford, Florian Hoffmann), 2016, <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law/9780198701958.001.0001/law-9780198701958-chapter-25> (erişim tarihi: 23.02.2023).

<sup>2</sup> International Congress of Women, Resolutions Adopted, 1915, [http://www2.ub.gu.se/kvinndata/portaler/fred/samarbete/pdf/resolutions\\_1915.pdf](http://www2.ub.gu.se/kvinndata/portaler/fred/samarbete/pdf/resolutions_1915.pdf) (erişim tarihi: 23.02.2023).

<sup>3</sup> United Nations, World Conference of the International Women's Year 19 June-2 July 1975, Mexico City, Mexico, <https://www.un.org/en/conferences/women/mexico-city1975> (erişim tarihi: 23.02.2023).

<sup>4</sup> Bu konuda bakınız United Nations, Conferences | Women and gender equality, <https://www.un.org/en/conferences/women> (erişim tarihi: 23.02.2023).

sağlamak üzere, Sözleşme ile beraber kuruluşu kararlaştırılan Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi de önemli görevler ihtiva etmeyi sürdürmektedir. Sözleşme'nin İhtiyari Protokolü'nün 1999 yılında kabulüyle de Sözleşme'deki ihlallere karşı bireysel şikâyet ve soruşturma mekanizmalarının getirilmesi önemli bir gelişme olarak mütalaa edilmiştir. İnsan Hakları Komitesi tarafından kabul edilen 2000 tarihli 28 numaralı Genel Yorum, özel alanda gerçekleşen ihlallere karşı kadınları koruma yönünde devletlerin yükümlülüğü bulunduğunu ortaya koymuştur.

Sadece Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda değil, Uluslararası Ceza Hukuku alanında da birtakım gelişmeler olmuştur. Bu kapsamda, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'ndeki insanlığa karşı suçlar tanımına ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'ndeki insanlığa karşı suçlar ile Cenevre Konvansiyonları ortak 3. madde ve II. Ek Protokol ihlallerini tanımlayan hükümlere işaret edilmelidir.

Uluslararası Ceza Mahkemesi'ni kuran Roma Statüsü'nde ise, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları arasında cinsel suçlara daha kapsamlı bir şekilde yer verildiği görülmektedir. Bu durum, feminist yaklaşım uyarınca, Uluslararası Hukuk düzeni içerisinde kadınların görünmezliğini kıran önemli bir adım olarak görülmüştür.

Toplumsal cinsiyet eşitliğinin desteklenmesi için kurumsal düzenlemelerin ve kadınların güçlendirilmesi bağlamında BM Toplumsal Cinsiyet Eşitliği ve Kadınların Güçlendirilmesi Birimi'nin kurulması önemli gelişmelerden biri olarak zikredilmelidir. Kadınların uluslararası mahkemelerde temsili bakımından ise birtakım gelişmeler kaydedilmekle beraber, genel olarak uluslararası mahkemelerde halen erkek yargıçlara nazaran kadın yargıçların nispeten daha az sayıda olduğu gözlemlenmektedir.

Bu çalışma kapsamında işaret edilmesi gereken diğer bir husus BM Güvenlik Konseyi tarafından 2000 tarihli 1325 sayılı kararın kabulüdür. Bu karar, kadın, barış ve güvenlik konularının bir arada ele alındığı BM Güvenlik Konseyi tarafından alınan ilk karardır ve üye devletlere belirli açılardan çağrıda bulunmaktadır. Bu kararı, BM Güvenlik Konseyi tarafından alınan başka kararlar takip etmiştir.

Bu doğrultuda, Uluslararası Hukukta en görünür değişikliklerin Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Uluslararası Ceza Hukuku alanlarına ilişkin olduğu anlaşılmaktadır. Bu konulardaki değişimler elbette ki oldukça önemli bir yere sahiptir. Bununla beraber, feminist yaklaşım, Uluslararası Hukukun tüm alanlarında cinsiyet odaklı bir analizi gerekli görmektedir.

**Anahtar Sözcükler:** Birleşmiş Milletler, Feminist Yaklaşım, Feminizm, Uluslararası Ceza Hukuku, Uluslararası İnsan Hakları Hukuku.

<sup>5</sup> Hilary Charlesworth, Christine Chinkin, Shelley Wright, "Feminist Approaches to International Law", The American Journal of International Law, Yıl: 1991, Cilt: 85, s. 613-645.

<sup>6</sup> Charlesworth, Chinkin, Wright, "Feminist Approaches", s. 614-615.

<sup>7</sup> World Conference on Human Rights in Vienna, Vienna Declaration and Programme of Action, 1993, <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/vienna-declaration-and-programme-action> (erişim tarihi: 23.02.2023).

<sup>8</sup> United Nations General Assembly, A/RES/48/104, Declaration on the Elimination of Violence Against Women, 1993, <https://digitallibrary.un.org/record/179739?ln=en> (erişim tarihi: 23.02.2023).

<sup>9</sup> Vienna Declaration and Programme of Action, I, paragraf 18.

<sup>10</sup> United Nations General Assembly, A/RES/54/4, Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, 1999, <https://digitallibrary.un.org/record/285747?ln=en> (erişim tarihi: 23.02.2023).

<sup>11</sup> Human Rights Committee, CCPR/C/21/Rev.1/Add.10, General Comment No. 28, Article 3 (The equality of rights between men and women), [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/TreatyBodyExternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=8&DocTypeID=11](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=8&DocTypeID=11) (erişim tarihi: 23.02.2023).

<sup>12</sup> Christine Chinkin, "Feminism, Approach to International Law", Max Planck Encyclopedias of International Law, 2010, <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e701> (erişim tarihi: 23.02.2023).

<sup>13</sup> United Nations International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, Statute of the Tribunal, <https://www.icty.org/en/documents/statute-tribunal> (erişim tarihi: 24.02.2023).

<sup>14</sup> United Nations International Residual Mechanism for Criminal Tribunals, Legacy website of the International Criminal Tribunal for Rwanda, Statute and Creation, <https://unictr.irmct.org/en/documents/statute-and-creation> (erişim tarihi: 24.02.2023).

<sup>15</sup> International Criminal Court, Rome Statute of the International Criminal Court, <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf> (erişim tarihi: 24.02.2023).

<sup>16</sup> Chinkin, "Feminism".

<sup>17</sup> UN General Assembly, A/RES/64/289, System-wide coherence, 2010, <https://digitallibrary.un.org/record/685963?ln=en> (erişim tarihi: 24.02.2023).

<sup>18</sup> United Nations Security Council, S/RES/1325, 2000, <http://unscr.com/en/resolutions/doc/1325> (erişim tarihi: 24.02.2023).

<sup>19</sup> Chinkin, "Feminism".

Hakemli

## Kadına Yönelik Şiddet Bağlamında Toplumsal Cinsiyete Duyarlı Ceza Adaleti Sisteminin İnşasında İstanbul Sözleşmesi'nin Rolü

Elif Kabadayı-Tatar\*

İstanbul Sözleşmesi, kadına yönelik toplumsal cinsiyet temelli şiddet (KYTCTŞ) ile mücadelede kendisinden önceki bağlayıcı/bağlayıcı olmayan insan hakları hukuku belgelerinden daha kapsamlı ve bütüncül bir yaklaşım geliştirmiştir. Sözleşmenin bütüncül yaklaşımına uygun olarak taraf devletlerce geliştirilecek, benimsenecek ve uygulanacak kapsamlı ve eşgüdümlü politikalar, Sözleşmenin sözü ve özünden tespit edilen aşağıdaki altı ölçüte uygun olmalıdır:

- 1-Toplumsal cinsiyete duyarlı olmalı,
- 2-Mağdurun haklarını merkeze almalı ve ayrımcılık barındırmamalı,
- 3-Politikalar kanıta dayalı diğer deyişle veri ve araştırmaya dayalı oluşturulmalı,
- 4-KYTCTŞ ve ev-içi şiddet gerçekleşmeden önce önleme, gerçekleşikten sonra ise mağduru koruma ve destekleme ile eylemi/faili kovuşturma ve cezalandırma olmak üzere üç boyutlu politikalar tasarlanmalı,
- 5-İlgili tüm aktörler, sektörler ve kurumlar sırasında eşgüdümlü iş birliği gerçekleştirilmeli,
- 6-Diğer beş ölçüte uygun olarak belirlenen politikaların etkili uygulanabilmesi için yeterli ve eğitilmiş insan kaynağı ve finansal kaynak tahsis edilmeli.

İstanbul Sözleşmesi'nin Giriş Bölümünde kadına yönelik şiddet, kadınlarla erkekler arasındaki eşitsiz güç ilişkilerinin bir tezahürü olarak kadınların ayrımcılığa uğramalarına, erkeklerden daha aşağı bir konuma zorlanmalarına ve ilerlemelerinin engellenmesine sebep olan toplumsal cinsiyet temelli bir olgu olarak kabul edilmektedir. Kadına yönelik şiddetin toplumsal cinsiyet temelli yapısının kabul edilmesi, KYTCTŞ'nin önlenmesi ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için benimsenecek ve uygulanacak politikaların da toplumsal cinsiyet bakış açısını barındırmasını gerektirir. Sözleşme, toplumsal cinsiyet (m. 3/c) ve kadınlara yönelik toplumsal cinsiyet temelli şiddet (m.3/d) kavramlarını bağlayıcı olarak tanımlamıştır. Sözleşmenin 6. maddesinde taraf devletlere Sözleşmenin uygulanması ve etkilerinin değerlendirilmesine toplumsal cinsiyet bakış açısı katma, kadın erkek eşitliği ve kadının güçlendirilmesine ilişkin politikaları yaygınlaştırma ve etkili bir biçimde uygulama yükümlülüğü getirilmiştir. 6. maddede düzenlenen toplumsal cinsiyete duyarlı politikalar oluşturma yükümlülüğü, politikalar ve önlemler tasarlanırken ve uygulanırken sosyal ve kültürel faktörlerin toplumsal cinsiyet ayrımcılığı ve eşitsizliklerini yaratıp pekiştirebildiğinin dikkate alınmasını, kadın erkek arasındaki eşitsiz güç ilişkilerinin cinsiyetler arası fiili eşitliğe dönüşmesine hizmet etmesi ve kadınların güçlendirilmesini gerektirir.

Sözleşmenin KYTCTŞ ile mücadelede getirdiği bütüncül yaklaşımın gerektirdiği ölçütlerden bir

\* Avukat, Atılım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yüksek Lisans, elifkabadayitatar@hotmail.com.

<sup>1</sup> Elif Kabadayı Tatar, "Toplumsal Cinsiyet Temelli Şiddetin Önlenmesinde İnsan Hakları Hukukunun İşlevi: İstanbul Sözleşmesi Örneği" (yüksek lisans tezi, Atılım Üniversitesi, 2023), s.73.

diğeri de eylemlerinin ortaya çıkmadan önlenmesi, ortaya çıktıktan sonra mağdurların korunması ve desteklenmesi ve eylemin soruşturulup kovuşturularak failin cezalandırılması olmak üzere three P's approach olarak isimlendirilen üç boyutlu politikalar tasarlanmıştır. İstanbul Sözleşmesi'nin gerektirdiği bu üç boyuta ilişkin önlemler, hukukun ilgili her alanının toplumsal cinsiyete duyarlı olmasını gerektirmektedir. Ancak bu çalışmada İstanbul Sözleşmesi'nin KYTCTŞ bağlamında toplumsal cinsiyete duyarlı ceza hukuku ve yargılamasının gelişmesi sürecine katkısı araştırılmaktadır. Çalışmada Sözleşme'nin ceza adaleti sistemine ilişkin taraf devletlere getirdiği toplumsal cinsiyete duyarlı yükümlülükler ile bunların taraf devletlerin ulusal ceza hukuk ve yargılamaları üzerindeki etkileri örneklerle somutlaştırılmaya çalışılmıştır. Gerek uluslararası gerekse ulusal literatürde bugüne kadar yapılan çalışmalar genellikle tek bir ülke ulusal ceza hukuku üzerindeki etkisini ele almıştır. Bu çalışmada ise İstanbul Sözleşmesi'nin taraf birçok ülkenin ceza adaleti sisteminin toplumsal cinsiyete duyarlı hale gelmesinde oynadığı önemli rol, GREVIO'nun Temel Değerlendirme Raporları ve Dönem Ortası Yatay Değerlendirme Raporu'ndan da yararlanılarak örneklerle ortaya konulmaya çalışılacaktır. Çalışma ile küresel çapta en yaygın insan hakkı ihlali olan KYTCTŞ ile etkili mücadelede toplumsal cinsiyete duyarlı ceza adaleti sisteminin nasıl olması gerektiği ortaya konularak toplumsal cinsiyete duyarlı hukukun inşasına katkı sunmak amaçlanmıştır.

İstanbul Sözleşmesi sadece bir insan hakları sözleşmesi değil aynı zamanda bir ceza hukuku sözleşmesidir. Sözleşme KYTCTŞ eylemlerine karşı, taraf devletlerin ceza adaleti sisteminin nasıl yanıt vermesi gerektiğini kapsamlı bir şekilde düzenlemiştir. Sözleşmenin 33-40. maddelerinde psikolojik şiddet, taciz amaçlı takip, fiziksel şiddet, tecavüz dahil cinsel şiddet eylemleri, evliliğe zorlama, kadın sünneti, kürtaj ve kısırlaştırmaya zorlama ve cinsel taciz gibi KYTCTŞ eylemlerinin suç olarak kabul edilerek yaptırıma bağlanması taraf devletlere yükümlülük olarak getirilmiştir. Kadına yönelik şiddet suçlarından biri veya birkaçının işlendiğinden haberdar olunmasından itibaren devletin ceza adaleti sisteminin vereceği her tepki toplumsal cinsiyete duyarlı olmalıdır. Sözleşmenin 49. maddesinde soruşturma ve kovuşturma aşamasında mağdurların haklarını merkeze alan ve toplumsal cinsiyet temelli şiddet anlayışı ile gecikmeksizin gerekli tedbirlerin alınacağı vurgulanmıştır. Toplumsal cinsiyete duyarlı yaklaşım kolluk kuvvetlerinin ve diğer ilgili birimlerin KYTCTŞ eyleminin gerçekleştiğini ya da gerçekleşme ihtimalini öğrendiği ilk andan itibaren süratle şiddetin önlenmesi, mağdurun korunması, eylemin tekrarının önlenmesi, failin yakalanması, uzaklaştırılması, risk değerlendirmesi, kanıt toplanması ve benzeri tedbirlerin alınmasından başlamalıdır. Bunun yanında 42. maddede kültür, töre, din, gelenek veya sözde namusun diğer deyişle kadınları ikincilleştiren ve kadınlar aleyhine ayrımcılık barındıran toplumsal cinsiyet kalıpyargılarının şiddet faileri tarafından eylemlerini haklılaştırmak üzere ceza davalarında gerekçe olarak kullanılmasına izin verilemeyeceği düzenlenmiştir. 43.maddede şiddet mağduru ile fail arasındaki ilişkinin mahiyetinin -örneğin eşler arasında işlenmiş olmasının- eylemlerin suç niteliğini ortadan kaldırmayacağına yer verilmiştir. Sözleşme kadınların ceza adaleti sistemine erişimi önündeki engelleri de göz önünde bulundurmuş 57. maddesinde mağdurlara hukuki yardım ve adli yardım sağlanması zorunluluğu getirmiştir.

İstanbul Sözleşmesi, en yaygın insan hakları ihlali olan KYTCTŞ'nin etkili ve toplumsal cinsiyete duyarlı şekilde soruşturulup kovuşturulması ve failin cezalandırılmasını taraf devletlerin özen yükümlülüğü dahilinde olduğunu kabul etmiştir. Cezasızlık KYTCTŞ eylemlerinin süregitmesinin en önemli sebeplerinden biridir. Ancak sadece failin cezalandırılması yetmez. Ceza adalet sisteminin

<sup>2</sup> İlknur Yüksel-Kaptanoğlu, Toplumsal Cinsiyet Eşitliğine Duyarlı Veri ve Göstergeler, (Ankara: CEİD Yayınları, 2021) s.20.

bu eylemlere vereceği tepkinin sürecin her aşamasında eylemin toplumsal cinsiyet temelli yapısına uygun olması gerekir. Aksi halde mağdurlar ceza adaleti sistemine başvurmaktan kaçınabileceği gibi süreci sonuna kadar takip etmeyebilir ya da edemeyebilirler. Bunun yanında mağdurlar süreçte toplumsal cinsiyetten kaynaklı yeni mağduriyetlere de uğrayabilirler. Taraf devletlerce Sözleşmenin gerektirdiği ceza hukuku ve ceza usul hukukuna ilişkin tüm yasal düzenlemeler yapılsa dahi toplumsal cinsiyet kalıp yargıları ve rolleri ile bunların taşıyıcısı olan önyargılar, gelenekler, görenekler ve benzeri uygulamalar kolluk kuvvetlerinden başlayarak tüm adli sistem içinde kadınlara nasıl davranıldığını etkiler. Bu nedenle, İstanbul Sözleşmesi adli sistem düzeyinde de tutumları değiştirmeyi ve kalıp yargıları ortadan kaldırmayı gerektirir. Sözleşmede bunun düzenli bilinçlendirme kampanyaları düzenleme (m.13), her düzeyde eğitim müfredatına dahil etme (m.14) ve polis dahil olmak üzere adli sistem içinde mağdurlarla temas halinde olan tüm profesyonelleri düzenli olarak eğitime (m.15) yolu ile yapılması gerektiği düzenlenmiştir.

**Anahtar Sözcükler:** İstanbul Sözleşmesi, Toplumsal Cinsiyet, Kadına Yönelik Şiddet, GREVIO, Toplumsal Cinsiyete Duyarlı Ceza Adaleti.

Hakemli

## Hukuk Aracılığıyla Eşitlik ve Hak İhlali Kıskaçında Translar: Cinsiyetin Tanınmasına Karşılaştırmalı Bir Bakış

Niyaz Uslu\*

Translar doğumda kendilerine atanan cinsiyetten farklı bir cinsiyet kimliğine sahiptir ve erkek/ kadın ikililiğinin dışında non-binary (ikilik dışı) kimliği de içeren cinsiyet kimliklerinin resmi olarak tanınması, resmi kayıtlarda cinsiyet bilgisinin değiştirilmesi translar açısından yalnızca hukuki bir prosedüre işaret etmemekte, transların saygın bir yaşam sürmesinde de elzem bir rol üstlenmektedir. Cinsiyetin yasal olarak tanınmasının (Legal Gender Recognition) yani kişinin cinsiyet bilgisinin resmi kayıtlarda değiştirilmesinin ulusal mevzuatlarda hangi koşullara bağlandığı ve bu sürecin nasıl işlediği hem hukukun normatif yapısına hem de transların gündelik yaşamlarında karşılaştığı sorunlara ilişkin önemli bilgiler sunmaktadır. Transların maruz bırakıldığı hak ihlallerinin de bu bağlamda hukuk aracılığıyla gerçekleşmesi eleştirel bir değerlendirmeyi gerekli kılmaktadır.

Feminist, kuir ve postkolonyal çalışmalar, cinsiyetin tanınması konusunda adalet arayışının da bir aracı olan yasaların aynı zamanda translara yönelik ayrımcılığı nasıl inşa ettiğini, yeniden ürettiğini, toplumun cisheteronormatif yapısını yansıttığını ve koruduğunu göstermektedir. Bununla birlikte uluslararası hukukta gerçekleşen önemli gelişmeler yasaların aynı zamanda transların insan haklarını teslim ederek toplumun cisheteronormatif yapısının dönüştürülmesinin de bir aracı olabileceğini göstermektedir. Ne var ki, uluslararası insan hakları standartlarına rağmen günümüzde birçok ülkenin ulusal mevzuatında cinsiyetin yasal olarak tanınması konusunda hak ihlaline yol açan “tanı alma, bekar olma, dava açma, tıbbi müdahale” gibi uygulamalar zorunlu kılınmaktadır.

Bu çalışmada Türkiye ve Pakistan’ın ulusal mevzuatı ele alınmış, cinsiyetin yasal olarak tanınmasının ve resmi kayıtlarda cinsiyet bilgisinin değiştirilmesi sürecini düzenleyen yasal çerçevenin mevcut durumu ortaya konulmuş, tanı kriterleri uluslararası hukuktaki cinsiyetin yasal olarak tanınmasına ilişkin standartlar açısından değerlendirilmiştir. Feminist, kuir ve post-kolonyal eleştirilerden beslenen bu değerlendirme ile hem cinsiyet kimliğine yönelik ayrımcı normların dayanaklarına hem de hukukun kesişimsel yaklaşımla trans kimliği de içerecek, eşitliğin ve adaletin sağlanmasında transların refahını da koruyacak dönüşümüne ışık tutulması amaçlanmıştır. Bu nedenle Türkiye ve Pakistan’daki cinsiyetin tanınmasına ilişkin yasalar Birleşmiş Milletler tavsiye kararlarına, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına ve Yogyakarta İlkelerine referansla oluşturulan uluslararası standartlar açısından değerlendirilmiştir. Çalışmanın diğer bir amacı ise tanınmaya ilişkin yasal çerçevenin transların gündelik yaşamları üzerindeki etkisine dair bir anlayış sunmaktır. Pakistan ve Türkiye’de yaşayan transların hangi nedenlerle bu süreci başlattıkları ya da başlatmaktan kaçındıkları, resmi kayıtlarda cinsiyet bilgisinin değiştirilmesinden ya da değiştirilmemesinden kaynaklanan sorunlar da ulusal hukuk sistemindeki çelişkilere ve gerilimlere dair fikir vermektedir.

Çalışmada 2022 yılında tamamlanan ‘Kent Hakkı Bağlamında Transların Cinsiyet Kimliği Deneyimleri: Pakistan/ Lahor, İstanbul Karşılaştırması’ isimli yüksek lisans tez çalışmasının verileri kullanılmıştır. Feminist yöntemin benimsendiği nitel araştırmada İstanbul ve Lahor kentlerinde yaşayan 20 trans ile

<sup>3</sup> Ronagh J. A. McQuigg, The Istanbul Convention, Domestic Violence and Human Rights (Abingdon ve New York: Routledge, 2017), s.101.

\* İstanbul Üniversitesi Kadın Çalışmaları Anabilim Dalı Yüksek Lisans, usluniyaz@gmail.com, ORCID: 0000-0002-8370-0330.



derinlemesine görüşmeler gerçekleştirilmiş, bu görüşmeler sonucu elde edilen verilerde 'cinsiyetin yasal olarak tanınması sürecine ilişkin sorunlar ve tanınmanın kişilerin gündelik yaşamlarına olan etkisi' temaları belirlenerek bu çalışma için analiz edilmiştir. Böylece uluslararası standartlar açısından eleştirel olarak incelenen her iki ülkenin ulusal mevzuatının transların gündelik yaşamlarına nasıl yansdığı da sunularak analizde bütünlük sağlanması hedeflenmiştir.

Yapılan incelemede her iki ülkenin de ulusal yasalarında translara yönelik ayrımcı bir mevzuatın olmadığı (de jure) bununla birlikte uygulamada (de facto) bazı yasaların suçlulaştırma ve ayrımcılık amacıyla kullanıldığı, bu yasalar aracılığıyla kişilerin kamusal yaşama katılımlarının engellendiği görülmüştür. Cinsiyetin yasal olarak tanınması konusunda ise cinsiyet kimliğini kadın/ erkek ikililiği dışında tanımladığı ve kişinin resmi kayıtlarda 'kendi algıladığı cinsiyet kimliğine göre kendini kaydettirme hakkı'na sahip olduğunu belirttiği için 2018 yılında Pakistan'da çıkarılan yasanın transların kimliklerinin tanınması konusunda Dünya'daki en ilerici yasalardan biri olduğu söylenebilir. Bununla birlikte özellikle cinsiyet uyum operasyonunun (tıbbi uyum süreci) yasada açıkça tanımlanmaması nedeniyle uygulamada sorunların olduğu görülmektedir. Türkiye'de ise cinsiyet uyum süreci yasada (Türk Medeni Kanunu Madde 40: 'cinsiyet değiştirme') açıkça tanımlanmıştır fakat yasada belirtilen koşullar uluslararası insan hakları standartlarıyla uyumlu değildir hatta hak ihlallerine yol açmaktadır.

Her iki ülkenin de ilgili yasalarının ortaya çıkma ve gelişme sürecinde uluslararası hukuki mekanizmaların etkisinin yanı sıra trans aktivizmin de başat bir rol üstlenmesi dikkate değerdir. Ayrıca yasalar üzerinde yalnızca iktidarın ve yasa koyucuların cisheteronormatif yaklaşımlarının değil din/ inanç, kültür ve sömürge geçmişi olma gibi özgün farklılıkların da etkili olduğu görülmüştür. Transların anlatılarına bakıldığında ise tanınmaya ilişkin hak ihlalinin her iki ülkede hem resmi kayıtlarda cinsiyet bilgisinin değiştirilmesi sürecinde hem de barınma, sağlık, ulaşım, istihdam ve umumi tuvaletlerin kullanımı gibi alanlarda gerçekleştiği hatta bu ihlalin yalnızca bir hakka erişimi engellemediği aynı zamanda şiddetin de kaynağı haline geldiği ve transların gündelik yaşamlarını olumsuz yönde etkilediği, kamusal yaşama katılımlarını da sınırlandırdığı görülmüştür.

Sonuç olarak, Türkiye ve Pakistan'da cinsiyetin yasal olarak tanınması feminist ve kuir eleştiri ile bir bağlama oturtulmuş, mevcut durum uluslararası hukuki standartlar ışığında incelenmiş, bu inceleme hukukun normatif yapısının da sorgulanması ve eleştirilmesine dair fikirler vermiştir. Hukukun, cinsiyetin tanınması bakımından transların yaşamları üzerindeki etkisi de transların anlatılarıyla desteklenerek bütünsel bir analiz sunulmuştur.

**Anahtar Sözcükler:** Cinsiyetin Yasal Olarak Tanınması, Trans, İkili Cinsiyet, Hukuk, Cinsiyet Değiştirme.

Hakemli

## Türk Hukukunda Cinsiyetin Yasal Olarak Tanınması İçin Falloplasti Operasyonu Şartının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Değerlendirilmesi

Umut Rojda Yıldırım\*

Hatice Demir\*

Cinsiyetin yasal olarak tanınması, transların cinsiyet kimliklerinin resmi evraklarda ve yasa düzeyinde tanınmasına ilişkin hukuki düzenlemeler bütünü ifade etmektedir. Türk hukuk mevzuatında 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu 40.maddesi kapsamında düzenlenen "Cinsiyet değişikliği" transların iki aşamalı bir dava süreciyle cinsiyetlerini yasal olarak tanıtabileceklerini öngörmüştür.

Cinsiyetin yasal olarak tanınması sürecinin ikinci davası olan ve nihai olarak nüfus kayıtlarındaki cinsiyet hanesinin değiştirilmesine olanak sağlayan 40.madde 2.fıkra kapsamında dava açmış trans erkeklerin, madde hükmünde geçen "amaç ve tıbbî yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı" olup olmadıklarının değerlendirildiği kararlarda hüküm kapsamına falloplasti (penis rekonstrüksiyon) ameliyatının zorunlu olduğu iddiasıyla dahil edilmesi ve davaların salt bu gerekçeyle Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi kararlarıyla reddedilmesinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ilgili güncel içtihadıyla birlikte özel hayata saygı hakkı, vücut dokunulmazlığı ve ölçülülük ilkesi kapsamında karşılaştırılması bu bildiriye yapılacaktır.

Anayasa Mahkemesi E.2015/79, K.2017/164 sayılı ve 29.11.2017 tarihli somut norm denetimi kararıyla oy çokluğuyla (10'a karşı 6 oy) 40.maddenin 2.fıkrası ile düzenlenen cinsiyetin yasal olarak tanınması için transların zorunlu olarak cinsiyet değişikliği ameliyatlarını olmaları şartının Anayasa'nın 13., 17. ve 20. Maddelerine aykırı olmadığına karar vermiştir. Mahkeme kararın gerekçesinde nüfus kayıtlarının kalıcı ve tereddütsüz olması ve kamu düzeninin korunması gibi demokratik toplum düzeni yönünden zorlayıcı toplumsal ihtiyaçları öne sürüp kişilerin kayıtlı cinsiyetlerine bağlı olarak yararlandıkları düzenlemeleri de gerekçe göstererek transların ameliyat zorunluluğunu Anayasaya aykırı bulmamıştır. Mahkeme, transların bir tercih olarak erişebilmeleri gereken ancak zorunlu olarak vücut bütünlükleri ve dokunulmazlarını, özel hayatlarını bıçak altına yatmak zorunda kalmalarını kamu düzeni ve nüfus kayıtları karşısında ölçülü bulmuştur. Bu kararla birlikte Anayasa Mahkemesi önüne gelen tarihi bir fırsatı geri çevirmiş ve transların özel hayatlarına saygı duyularak zorla ve geri dönüşü olmayan ameliyat şartının yerine getirilmesini cinsiyet kimliklerini yasal olarak tanıtmalarının önüne "hukuki" bir engel olarak ortaya çıkarmıştır. Kararın karşı oyları ise transların cinsiyetlerini yasal olarak tanıtmalarına dair olması gereken hukuk düzenini Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ilgili güncel içtihadıyla ifade etmektedir.

Anayasa Mahkemesi kararının verildiği tarihlerde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi A.P. Garçon ve Nicot v. Fransa kararına imza atmıştır. Bu tarihi kararda Mahkeme, transların cinsiyet kimliğinin tanınmasının, geçirmek istemedikleri bir operasyon veya kısırlaştırıcı tedaviden geçme koşuluna

\* Avukat, Sosyal Politika Cinsiyet Kimliği ve Cinsel Yönelim Çalışmaları Derneği, umut.rojda@spod.org.tr.

\* Avukat, Sosyal Politika Cinsiyet Kimliği ve Cinsel Yönelim Çalışmaları Derneği, hatice.demir@spod.org.tr.

\* Sahip olduğu cinsiyet kimliği doğumda kendilerine atanan cinsiyetten farklı olan kişiler için kullanılan bir şemsiye terimdir. Trans kadın ve trans erkek, en tipik trans kimlikleri olmakla birlikte, trans şemsiyesinin altında trans maskülen ya da non-binary gibi çeşitli terimler mevcuttur.

bağlı hale getirilmesinin, bir kişinin özel hayatına saygı hakkının tam olarak kullanılmasını kişinin fiziksel bütünlüğüne saygı hakkının tam olarak kullanımından vazgeçmesi koşuluna bağlanması anlamına geldiğini kaydetmiştir. Mahkeme, Taraf Devletler'in kamu menfaati ile bireylerin menfaatleri arasında kurması gereken adil dengenin sağlanmadığına karar vermiştir. Sonuç olarak Mahkeme, bir bireyin dış görünüşündeki değişikliğin geri döndürülemez olmasını gerektiren koşulun, davalı Devlet'in özel hayata saygı hakkını güvence altına almaya yönelik pozitif yükümlülüğüne uymaması anlamına geldiği değerlendirmesini yapmıştır. Mahkeme bu açıdan Madde 8'in ihlal edildiğine karar vermiştir. Bu kararın ardından Mahkeme yine aynı yönde X ve Y v. Romanya, Y.T v. Bulgaristan ve son olarak A.D. v. Gürcistan kararlarında bu içtihadını devam ettirmiştir.

Transların cinsiyetin yasal olarak tanınması hakkına lafzi olarak sahip olmaları uygulamada kişilerin bu hakka insan onuruna yaraşır şekilde erişebilmesini sağlayamamaktadır. Halihazırda Anayasa Mahkemesi kararı sonrası transların ameliyat zorunluluğuna maruz bırakılmaya devam edilmesi sebebiyle kişiler yasal olarak cinsiyetlerinin tanınması için zorunlu olarak birtakım ameliyatları geçirmek durumundadır. Bu ameliyatlar uygulamada yaygın olarak mastektomi ve histerektomi ameliyatlarını olmaktadır. Bunun yanında falloplasti ameliyatı ise Türkiye'de erişilmesi maddi açıdan oldukça güç olmakla birlikte sebep olduğu ameliyat sonrası komplikasyonlar dolayısıyla da kişilerin hayatını ciddi derecede tehdit altında bırakmaktadır.

Bu noktada zaten birtakım ameliyatlar ve tıbbi süreçlerden geçmek zorunda bırakılan transların ayrıca oldukça tehlikeli bir ameliyatı olmalarının istenmesi, bu ameliyatın da sadece estetik amaçlarla yapılan penis rekonstrüksiyon ameliyatı olması hukuk uygulayıcılarının erkeklığe bakış açısını, erkeklığı ve cinsiyeti salt bir organa -ve hatta tıbbi olarak işlevsel dahi olmayan estetik bir organa- indirgemesi ve bunu hukuk yoluyla meşrulaştırmasını göstermektedir.

Mahkemelerin trans erkeklerin davalarını falloplasti ameliyatı gerçekleştirilmediği gerekçesiyle reddetmesi sadece Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadına aykırı olmakla kalmamakla birlikte aynı zamanda cinsiyetin hukuki yansımalarının transların günlük hayatlarına, fiziksel ve mental sağlıklarına etkisi yadsınamaz. Transları hukuki olarak arafta bırakan bu kararların kişilerin hayatlarındaki önemi ve hukuk karşısında cinsiyetlerinin tanınması savaşını veren öznelerin içine düşürüldüğü durumu gözler önüne sermektedir.

Sonuç olarak bu bildiriye anılan kararlar karşılaştırılmalı olarak irdelenerek, cinsiyetin yasal olarak tanınmasına dair özellikle LGBTİ+ örgütleri tarafından yapılan çalışmalara değinilerek mahkemeler ve özneler için uygulama örnekleri verilecektir.

**Anahtar Sözcükler:** Cinsiyet Değişikliği, Yasal Tanıma, 40. Madde, Falloplasti, Trans Erkekler.

Hakemli

## Açılma Politikdir: LGBTIQ+ Bireylerin Uğradıkları Hak İhlallerinin Kamusal Alana Taşınması

Aysu Gül Yılmaz \*

İkinci dalga feminizminin adeta sloganı olarak ortaya çıkan "kişisel olan politiktir" düşüncesi, kadınların ayrımcılığa ve baskıya uğradığı birçok konunun özel alanda gerçekleşmesinden ve orada kalmasından mütevellit tartışma konusu yapılamıyor olması ve sonuç olarak da haklar açısından ilerleme kaydedilememesi olgularına karşı ortaya çıkmıştır. Bu bağlamda feminist teorinin en önemli ilkelerinden biri olan özel olanın politik olduğu öğretisi, kadın mücadelesinin hukuk alanındaki birçok kazanımının temelinde yer almaktadır. Buna göre, özel yaşam alanında meydana gelen hak ihlalleri, ataerki toplum bağlamında sistematik bir nitelik kazanmakta ve dolayısıyla kamusal alanda çözülmesi gereken bir sorun haline gelmektedir. Bu tür hak ihlallerinin mahremiyet adı altında ve ataerkinin himayesinde devam etmesini engellemek amacıyla devletin sorumluluğunun gündeme getirilmesi önem taşıyacaktır. Böylece devlet, sadece dikey hak ihlalleri açısından değil, yatay, yani bireylerarası hak ihlalleri açısından da bunları engellemek ve ortadan kaldırmak için anayasal yükümlülük altına girecektir.

Bu bağlamda, kadın mücadelesinden ayrılmaz bir noktada bulunan kuir mücadelesinin hukuk alanında karşılaştığı en temel sorun olan görünmezlik karşısında, özel olanın politik olduğu nosyonu önem kazanacaktır. Öyle ki, günümüzde patriarkal hegemonya tarafından beslenen toplumsal algılar vardır ve bu sorunların kamusal alana taşınıp burada tartışma konusu yapılması ve görünürlük kazandırılması gerekmektedir. LGBTIQ+ bireylerin iş hayatı başta olmak üzere kamusal alanda karşılaştıkları sistematik engeller ve uğradıkları eşitsizlikler, gerek ulusal gerekse uluslararası merciler tarafından politik alandan uzak tutularak yok sayılmaktadır. Bu bağlamda LGBTIQ+ bireylerin uğradıkları hak ihlalleri, özel hayatın gizliliği gibi şemsiye düzenlemelere dayanılarak, tabiri yerindeyse 'halı altına süpürülmektedir'.

LGBTIQ+ bireyler açısından açılmanın (coming out) özü itibarıyla dışa dönük ve politik bir niteliği vardır. Ki bu, akla gelebilecek diğer her türlü ötekileştirilen azınlık grupları açısından da doğrudur. Bunun nedeni, LGBTIQ+ bireylerin kimliklerinin aslında sadece içsel ve kişiye sıkı sıkıya bağlı bir yapısının, maalesef ki, olmamasıdır. Kimliğin içinde hegemonyan düzene karşı kendiliğinden bir başkaldırının mevcuttur. Yani, bir LGBTIQ+ bireyin bu beyanda bulunması, dış dünyada bir sonuç yaratır. Bu sonucun ise kamusal ve politik yansımaları vardır, zira sistematik olarak dışlanan bir kimliğin tanınması ve buna bağlı yerleşik düzene meydan okunması dışsal bir olgudur. Bunun sonucu olarak da, bir LGBTIQ+ bireyin kimliğini gizlemeyerek ve kendi olarak yaşaması, özel alanda tutulamayacak niteliktedir ve bu bireyin kamusal alanda varlığı kabul edilmelidir. Özel alana hapsedilmiş bir kimlik, bu alanda her ne kadar haklar anlamında tanınırsa tanınsın, kamusal alanda tanınmadığı sürece ona asıl baskıyı yapan kurumlara ve düzene karşı savunmasız, hatta daha da dezavantajlı konumdadır.

Cinsel yönelim temelli ayrımcılık, hukuk düzeni içerisinde yok sayılmak suretiyle meşrulaştırılmaktadır. Tarihsel yasal LGBTIQ+ gelişmelerine bakıldığında, idam cezasından birkaç batı ülkesinde evlenme hakkının verilmesine doğru giden bir ivmenin söz konusu olduğu gözlemlenmekte olsa da, hâlâ

\* İ.D. Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Burslu Lisansüstü Öğrencisi, İnsan Hakları Asistanı, aysu.yilmaz@bilkent.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-4902-5220.

dünyanın birçok yerinde homoseksüellik cezalandırılmakta ya da en iyi ihtimalle toptan yok sayılmaktadır. Bu yok sayma, yasalar ve yargısal organlar tarafından tanınmamak, tanımlanmamak olarak kendini göstermektedir. Türkiye temelinde ise LGBTIQ+ bireyleri koruyan normlar olması bir yana, tanıyan düzenlemeler dahi mevcut değildir. Uygulamada ise hak ihlali, nadir de olsa, verildiği zaman da yukarıda da bahsedildiği üzere özel yaşamın gizliliği temelinde ihlal verilmek suretiyle asıl var olan sorun göz ardı edilmektedir. Bu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarında da gözlemlenebilen bir trenddir. Oysa, çoğu zaman, LGBTIQ+ bireylerin uğradıkları hak ihlalleri, ayrımcılık temelinde kamusal alana yönelik birtakım hakları kullanmalarının engellenmesi veya zarar görmesi suretiyle gündeme gelmektedir. Örnek olarak, bir LGBTIQ+ birey, kimliği dolayısıyla işten çıkarılırsa, bu artık kişinin özel yaşamı ile ilgili bir durum olmaktan çıkmış ve doğrudan ayrımcılık yasağının ihlali ile birlikte çalışma özgürlüğünün de zarar görmesi anlamına gelmektedir. Kanun koyucu ve uygulayıcıların LGBTIQ+ bireylerin haklarını kamusal alanda görmemeleri, bu konuda bir iyileştirmeye gidilmemesi ya da çözüm getirilmemesi olarak somutlaşmaktadır. Dolayısıyla da verilen kararlarda LGBTIQ+ bireylerin uğradığı hak ihlallerini özel alan kapsamı içinde, adeta kapalı bir kutu içine koyarak, görmeme, incelememe, irdelememe, ya da nitelikli anlamda bir çözüme ulaştırmama pratikleri bu trendi devam ettirici niteliktedir.

Hukuku tartıştığımız alan politik alandır. LGBTIQ+ bireyleri hukukun bir sujesi haline getirebilmek, görünürlük kazandırabilmek için öncelikle sistematik hak ihlallerini özel alanda ortaya çıkan tekel problemler olarak var saymanın önüne geçmemiz gerekecektir. Uğranılan ayrımcılıkların sistematik temele dayanan sorun olması fakat çözüme götürmesi gereken bütüncül düzenlemelerin eksikliği, LGBTIQ+ bireylerin hukuk ve hukuk mekanizmaları önünde görünmez hale gelmesini, dahası özel alana itilen sorunlar sebebiyle de kendilerine ait adeta küçük kapalı bir kutuda tutulmalarına sebebiyet vermektedir. Kamusal tartışmanın konusu olmamak, politik müzakerelerin ve bunun uzantısı olarak da olası reformların konusu olmamayı getirecektir.

Tebliğimizde, LGBTIQ+ bireylerin hukuk önünde görünür olmalarının ve tanınmalarının önemi; devletin hak ihlallerine karşı pozitif yükümlülüğü ile; somut problemler çözülürken dahi ihlallerin kanuni temellerinin özel alan içine sıkıştırılması ve asıl ayrımcılık sorununun göz ardı edilmesi suretiyle engellenmesi sorunu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye Mahkemeleri örnekleri ışığında incelenecektir. Örnek mahkeme kararları, cinsel yönelim temelli ayrımcılığın söz konusu olduğu, fakat verilen ihlal kararının özel yaşamın gizliliğine dayandırılarak gerekçelendirildiği kararlardan seçilerek, cinsel yönelim temelli ayrımcılığın özel yaşam torbasına sokulmadan farklı temellerde ortaya çıktığının gözetilmesi gerektiği öne sürülecektir.

**Anahtar Sözcükler:** LGBTIQ+, cinsel yönelim, ayrımcılık yasağı, kamusal alan, insan hakları

Hakemli

## Ticaret Hukukunda Cinsiyete Dayalı Düzenlemeler ve Cinsiyetçi Ticari Uygulamalar

Dr. Damla Songur\*

Liberal yaklaşımın benimsendiği Türk Ticaret Hukuku mevzuatında tacir olmak, ticari faaliyetlerde yer almak veya ticari iş ya da işlemlerin tarafı olmak bakımından cinsiyete dayalı herhangi bir ayırım gözetilmemiş; 1926 tarihli Türk Medeni Kanunu'nun evli kadının bir iş görme ve meslekle uğraşmasını eşinin iznine bağlayan 159. maddesinin 1990 yılında Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilmesiyle de kadınların ticari hayatta yer almasının önünde eşin iznine bağlayan kanuni bir engel kalmamıştır. Bu bağlamda Türk Ticaret Hukukunda cinsiyet körü bir yaklaşım benimsenmektedir. Bununla birlikte ticari hayatta erkeklerin ticaretle uğraşmak bakımından sayıca üstün, ticari organizasyonlar bakımından ise karar verme mekanizmalarında hâkim durumda olduğu bilinmektedir. Ayrıca ticari faaliyetlerde kadın ve erkekler için cinsiyete dayalı ticari uygulamaların benimsenmesiyle eşit, adil veya rasyonel olmayan sözleşme koşullarının ya da farklı ürün ve hizmetlerin sunulduğu görülmektedir. Bu bakımdan cinsiyetçi toplum yapısı nedeniyle kâğıt üzerinde eşitliğin yeterli olmadığı açıktır. Zira cinsiyet körü olmak aynı zamanda toplumsal cinsiyet körü de olmak anlamına gelir ve eşit olmayan konumlardaki kişilere eşit haklar tanınması her zaman eşit olanaklar ve adaletli sonuçlar yaratmaz.

Bu çalışmada Türk Ticaret Hukukunun cinsiyet körü özüne rağmen sözü ve uygulamasında ortaya çıkan cinsiyete dayalı ayrımlar, ulusal ve uluslararası yargı kararları, mevzuat örnekleri ve araştırma sonuçları da paylaşılarak, toplumsal cinsiyet eşitsizliğiyle ilişkisi bağlamında değerlendirilmeye çalışılacaktır. Bu kapsamda Türk Ticaret Kanunu'nun cinsiyetçi dili, şirket yönetimlerinde kadın temsiline eksikliği ve cam tavan sendromu ile kurumsal yönetim ilkelerinde kadın kotalarının uygulanması, sigorta primlerinde cinsiyetin aktüeryal bir faktör olarak ele alınması, sermaye piyasası suçlarının yaptırımında cinsiyete dayalı işyeri uygulamaları ve rekabet ihlallerinde cinsiyet ataerkinin etkisi konuları incelenecektir. Böylece Ticaret Hukuku ve uygulamasına ilişkin cinsiyetin izleri ve sonuçlarına ilişkin genel bir eleştirel değerlendirme sunulacaktır.

**Anahtar Sözcükler:** Ticaret Hukuku, Cinsiyet Körlüğü, Cinsiyetçi Dil, Cam Tavan Sendromu, Toplumsal Cinsiyet, Basiretli İş Adamı, Kadın Kotası, Aktüerya, Rekabet.

\* Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, damla.songur@atilim.edu.tr, ORCID: 0000-0002-0336-3048.

Hakemli

### Aval Veren Eşinin Rızasının Aranması Konusuyla İlgili Olarak Yargıtay İçtihatları Birleştirme Genel Kurulu Kararının İncelenmesi

Av. İrem Yüzbaşıoğlu\*

Türk Ticaret Kanunu'nun 700-702 maddeleri arasında düzenlenen aval, poliçe bedelinin bir kısmının veya tamamının ödenmesini teminat altına alan yazılı bir beyan olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak bu teminatın, Türk Borçlar Kanunu kapsamında düzenlenmiş olan kefalet sözleşmesi ile karıştırılmaması gerekmektedir. Avali, Türk Borçlar Kanunu'nun 581. maddesinde yer alan kefalet sözleşmesinden ayıran en önemli özelliği, kefaletin bir sözleşme, avalin ise avalistin iradesini içeren tek taraflı yazılı bir beyan olmasıdır. Ayrıca aval, yalnızca kambiyo senetlerine özgü bir teminat olduğundan, şekil açısından da kefalet sözleşmesinden farklılaşmaktadır. Nitekim, kefalet sözleşmesinin geçerli olabilmesi, nitelikli yazılı geçerlilik koşuluna uyulmasını gerektirmektedir. Avalde ise, avalistin kambiyo senedi üzerine veya alonja atacağı tek imza aval niteliğinde olacaktır.

Konuyla ilgili genel açıklamalarımızdan sonra, belirtmek gerekir ki çalışmamızda incelemeyi amaçladığımız konu, Türk Borçlar Kanunu'nun 584. maddesinde düzenlenen kefalet sözleşmesinde eşin rızasının zorunlu tutulması hususunun, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 20.04.2018 tarihli (E.2017/4, K.2018/5) kararı doğrultusunda avale uygulanması meselesinin tartışılmasıdır.

İlgili Yargıtay İçtihatları Birleştirme Genel Kurulu kararının gerekçesinde, kefalet sözleşmesinde bir geçerlilik şartı olarak Türk Borçlar Kanunu'nun 584. ve 603. maddesinde düzenlenen "eşin rızasının gerekliliği" hususu, Türk Ticaret Kanunu'nun 700-702. Maddeleri arasında düzenlenen aval kurumuna uygulanmasının şekli, hukuki niteliği, sorumluluk ve uygulama koşulları bakımından incelenmiş; avalde eşin rızasının gerekmediğine karar verilmiştir. Çalışmamızda, ilgili kararın gerekçesini oluşturan açıklamalar sırasıyla incelenecektir.

Gerekçede ilk olarak, Türk Ticaret Kanunu'nun 701. maddesi hükmü yorumlanmış; bu kapsamda avalin bir kambiyo garantisi vasfı taşıdığı, avalistin kambiyo senedi üzerine koyacağı tek taraflı irade beyanı ile avalin mevcudiyetinin oluşacağı belirtilmiştir. Ayrıca, şekil şartını oluşturan tek taraflı irade beyanı ve avalistin imzası harici bir unsurun senedin üzerinde bulunmasının, halihazırda tedavüle çıkmış bir kambiyo senedine olan güvenin azalabileceği ihtimali de gerekçede yer almaktadır. Kanaatimizce, avalistin eşinin rızasını içeren bir kaydın, senede eklenmesi, aval verilen kişiye (ciranta veya keşideciye) olan güveni azaltmayacağı gibi; aksine senedin kabulünü ve tedavülünü kolaylaştıran pozitif bir bakış açısı yaratması da mümkündür.

Kefalet sözleşmesinin geçerli olarak hüküm ifade edebilmesi için, nitelikli yazılı geçerlilik koşuluna uyulması gerekmektedir. Gerekçede ise bu şekil şartının kambiyo senetlerinde uygulanması halinde, avalistin evli olup olmadığının da senetten anlaşılabilmesi gerekliliği ileri sürülmüştür. Bu halde, hamilin, avalin geçerliliği konusunda "uyarılması" amaçlanmıştır. Buradan yola çıkarak avalistin medeni halini gösteren bir belgenin senede eklenmesinin tedavül bakımından işlevsel olmayacağı kanısına varılmıştır. Kanaatimizce, kefalet sözleşmesinde yalnızca aksi iddia edildiği halde evliliğin geçerli ve sözleşme kurulduğu esnada var olan bir evlilik olduğu ispatlanması gerekirken; kambiyo senedinde de avalistin eşinin rızası söz konusu olması halinde hamil veya cirantalar tarafından bu durumun aksi iddia edildiği takdirde aynı şekilde ispatlanması gerekmektedir. Böylece avalistin

\* Avukat, Atılım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi, iremyuzbasoglu@gmail.com.

medeni halini gösteren resmi bir belgeyi kambiyo senedine eklenmesine de gerek kalmayacaktır.

Gerekçede ayrıca, eşin rızasının hangi şekilde kambiyo senedi üzerinde yer alacağı konusuna değinilmiş; avalin kambiyo senedinin hangi yüzüne yapılacağı konusunda eşin rızasının da hangi yüzde yer alacağı konusu tartışılmıştır. Bunun sonucunda, Türk Ticaret Kanunu'nun 701. maddesi hükmünde yer alan, keşideci veya muhatabın imzaları dışında poliçenin ön yüzüne atılan her imzanın aval niteliğinde sayılacağından, avalistin eşinin de imza atması halinde eşin de avalist sayılması ihtimali ileri sürülmüştür. Kanaatimizce bu tür bir durumda öncelikle senedin emre veya nama yazılı senet olduğunun tespitinin yapılması durumun aydınlatılması açısından son derece önemli olacaktır. Nitekim emre yazılı bir senet olması halinde beyaz ciro yapılmış olması ihtimali de söz konusu olabilir. Bu tür bir karmaşanın önüne geçmek için, eşin izninin senedin arka yüzünde bulunması veya alonja eklenmek suretiyle yer alması uygun olacaktır. Gerekçede her ne kadar arka yüze yapılması halinde ciro ile karıştırılabileceği ileri sürülmüş olsa da, nama yazılı senetlerde bu ihtimal söz konusu olmayacaktır.

Türk Borçlar Kanunu'nun 584. maddesinin 3. fıkrası kefalet sözleşmesi için geçerlilik şartı olan, kefilin eşinin rızasının gerekliliği hallerinin istisnalarını oluşturmaktadır. Bu istisnalar kapsamında, "ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi veya ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisi tarafından işletme veya şirketle ilgili olarak verilebilecek kefaletler" düzenlenmiştir. Basiretli iş insanı gibi hareket etmesi gereken tacirin, kefil veya avalist olarak hukuki ilişkide bir teminat altına girmesi halinde eşinin rızasının aranmasının gerekmemesi ticari hayatını doğrudan, bununla beraber aile hayatını da dolaylı olarak etkilemektedir. Gerekçede her ne kadar kambiyo senetlerinin iktisadi fonksiyonunun varlığından dolayı kefalet sözleşmesi hükümlerinin aval için uygulama alanı bulmayacağı ileri sürülse de eşin rızasının gerekliliğinin avale uygulanması, avalistin büyük borçlar altına girerek evlilik birliğinin bozulmasına karşı bir önlem olduğundan, kanaatimizce, manevi boyutu iktisadi boyutunun önüne geçmektedir.

Gerekçede de bahsedildiği gibi, kefalette kefil alacaklıya karşı sorumlu olurken, avalde avalist, müteselsil sorumluluk dolayısıyla hem müracaat borçlularına hem de hamile karşı sorumlu olmaktadır. Avalistin sorumluluk alanı, kefile göre daha kapsamlı ve geniş olduğundan eşin rızasının gerekliliği mutlaka avalist için de söz konusu olmalıdır. Kambiyo senetlerinin illetten mücerret olması vasfından dolayı, avalde eşin rızasının gerekliliği hususu uygulandığı takdirde, asıl borç ilişkisinin geçersizliği avalin geçersiz olmasını etkilemeyeceğinden avalistin sorumluluğu devam edecektir. Bu kapsamda avalistin de keyfi hareket etmesi önlenmeli eşin rızası gerekliliği şartı uygulanmalıdır.

Her ne kadar Türk Borçlar Kanunu'nun 584. maddesinin gerekçesinde yer almasa da bu hüküm ile amaçlanan, kefalet sözleşmesinin sebep olabileceği olumsuz maddi/iktisadi durumlar yaşanmasına bağlı olarak aile birliğinin bozulmamasıdır. Bu halde, eşin rızasının aranmasını yalnızca kefil için değil; daha özel hükümler ile düzenlenmiş olan Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan avalist için de uygulanması gerekmektedir.

Sonuç olarak, kefalet sözleşmesi için uygulanan eşin rızasının gerekliliği hususunun Türk Ticaret Kanunu kapsamında düzenlenmiş olan aval için de uygulanması gerekmektedir. Çünkü, kefalette olduğu gibi aval de bir taahhüttür. Avalin bir kambiyo taahhüdü olması, avalistin büyük borçlar altına girebileceği ihtimalini ortadan kaldırmayacağı gibi, aile yaşamında da büyük çaplı ekonomik bir çöküntüye sebebiyet verebilecektir. İşte bu sebeplerden dolayı kefalette olduğu gibi eşin rızasının aval için de söz konusu olmalı; Türk Ticaret Kanunu'nda bulunacak ayrı bir düzenleme ile yer almalıdır.

**Anahtar Sözcükler:** Aval, Eşin rızası, Kefalet, Kambiyo, Teminat.

Hakemli

## İş Görüşmelerinde Cinsiyet Temelli Ayrımcılığa Karşı İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Mevzuatında Alınabilecek Önlemler

Dr. Özge Doğan-Gökada\*

4857 sayılı İş Kanunu (İK)'nda kadın işçilerin ayrımcılığa uğramaması için çeşitli düzenlemeler bulunmaktadır. Eşit davranma ilkesi (İK m. 5) ve hamilelik ve analık halinde verilecek izinler (İK m. 74) bu düzenlemelere örnektir. Cinsiyet ayrımcılığını önleyici düzenlemeler incelendiğinde bu düzenlemelerin, genellikle iş sözleşmesi kurulduktan sonra çalışma koşullarının belirlenmesine ve iş sözleşmesinin sona ermesine ilişkin olduğu gözlenmektedir. Ancak iş görüşmeleri esnasında kadınların yaşadığı ayrımcılık, kadın istihdamının önündeki önemli engellerden biridir. Bu çalışmanın konusu, iş sözleşmesinin kurulması anında cinsiyet temelli ayrımcılığın incelenmesi ve ülkemizde kadınların istihdama girmesinde yaşadığı ayrımcılığı önlemeye yönelik hukuki düzenlemelerdir.

Kadınların istihdama girerken yaşadığı cinsiyet ayrımcılığı genellikle doğum ve analık temelli olmaktadır. İK'da doğum ve analık haline yönelik çeşitli koruyucu düzenlemeler öngörülmüştür. Hamilelik süresince kadın işçilere periyodik kontrolleri için izin verilmesi (İK m. 74/4), doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam on altı haftalık doğum izni verilmesi (İK m. 74/1), doğum izninin bitiminden itibaren yarım çalışma izni verilmesi (İK m. 74/2), ücretsiz izin verilmesi (İK m. 74/6), kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkı tanınması (İK m. 13/5), bir yaşından küçük çocuğu olan kadın işçilere süt izni verilmesi (İK m. 74/7) bu düzenlemelere örnektir. İşverenlere yükümlülük getiren bu düzenlemeler, kadın işçilerin iş sözleşmesinin yapılması aşamasında cinsiyet ayrımcılığına uğramasına neden olmaktadır. Bu yükümlülüklerden kaçınmak isteyen işverenlerin kadınlara iş görüşmeleri esnasında medeni hali, evlenmeyi düşünüp düşünmediği, hamile olup olmadığı, hamile kalmayı düşünüp düşünmediği gibi sorular yönelttiği ya da belirli süreyle kadın işçinin hamile kalmayacağına yönelik çeşitli taahhütler almaya çalıştığı gözlemlenmektedir. Bu sorular işin niteliği gerektirmediği müddetçe eşitlik ilkesine aykırıdır. İşçinin kural olarak bu sorulara doğru yanıt verme yükümlülüğü de bulunmamaktadır.

İş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz (İK m. 5/1). İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz (İK m. 5/2). Bu hüküm cinsiyete yönelik ayrımcılığı, iş sözleşmesinin yapılması, devamı ve sona ermesi aşamalarının hepsinde yasaklamaktadır. Ancak iş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir (İK m. 5/6). Hükümden de anlaşılacağı gibi iş ilişkisinde ya da sona ermesinde ayrımcılık yasağına aykırılık halinde işçinin dava açma hakkı bulunmaktadır. İş ilişkisi ise iş sözleşmesinin imzalandığı ya da işçinin fiilen çalışmaya başladığı tarihte kurulur. İş görüşmelerinde ise işçi ve işveren arasında bir iş ilişkisinin kurulduğundan söz edilememekte ve bu görüşmelerde yapılan ayrımcılıklar İK m. 5 hükmünün korumasından yoksun kalmaktadır.

İş sözleşmesinin kurulmasında işverenin takdir yetkisi olduğu kabul edildiğinden bu aşamada yapılan ayrımcılık gerekçesiyle yalnızca Borçlar Hukukunun genel hükümlerine göre culpa in contrahendo sorumluluğuna bağlı olarak tazminat talep edilebilecektir. Bu nedenle işverenleri ayrımcılık yapmaktan

alıkoyacak, kadın işçilerin istihdamını kolaylaştıracak çeşitli sosyal politikaların hayata geçirilmesi ve hukuki düzenlemelerin yapılması gerekliliği doğmaktadır. Ayrıca İK m. 5 hükmü, AB mevzuatıyla tezatlıklar göstermektedir.

5 Temmuz 2006 tarih ve 2006/54/EC sayılı İstihdam ve İşe Dair Hususlarda Kadın ve Erkeğe Eşit Fırsat ve Eşit Muamele İlkesinin Uygulanmasına Dair Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifinde eşit davranma ilkesi sadece iş ilişkisinde değil, işe, mesleki eğitime ve staja başvuru aşamalarını da kapsayacak şekilde düzenlenmiştir. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın "Kadın ve Erkek Arasında Eşitlik" başlıklı 23. maddesine göre ise "Kadın ve erkek arasındaki eşitlik, istihdam, çalışma ve ücretleri de kapsayacak şekilde her alanda sağlanmalıdır. Eşitlik ilkesi, eksik temsil edilen cinsiyet lehine olan tedbirlerin muhafazasını veya kabul edilmesini engellemez".

6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu (TİHEKK)'nda da cinsiyet ayrımcılığı yasaklanmıştır (m. 3/2). Bununla birlikte işverenlerin işe almada, çalışma koşullarının oluşturulmasında, meslekte yükselme kriterlerinde ve iş sözleşmesinin sona ermesinde cinsiyet ayrımcılığı yapamayacağı hüküm altına alınmıştır (TİHEKK m. 6). Ayrıca iş sözleşmesinin kurulması esnasında cinsiyet farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle ayrımcılık yapılması 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 122. maddesinde suç olarak düzenlenmiştir. Bu suçu işleyen kimselere bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilmesi öngörülmüştür.

Ayrımcılık yasağıyla ilgili üzerinde durulması gereken bir diğer sorun da ayrımcılığın, özellikle iş sözleşmesinin kurulması esnasında, ispatının zor olmasıdır. Bu nedenle İK'nın ayrımcılık yasağını düzenleyen 5. maddesinde, işverenin ayrımcılık yasağına aykırı davrandığını işçinin ispat etmekle yükümlü olduğu ancak işçinin aykırılığın varlığı ihtimalini güçlü bir şekilde gösteren bir durumu ortaya koyması halinde aykırılığın bulunmadığını işverenin ispat etmekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Benzer bir düzenleme TİHEKK'te de bulunmaktadır (m. 21)

Sosyal Güvenlik Hukuku mevzuatına bakıldığında ise 25.08.1999 tarihli ve 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nda 18 yaşından büyük kadın işçilerin istihdam edilmesi ve maddedeki diğer koşulların sağlanması halinde sigorta primine ait işveren hisselerinin belli bir bölümünün İşsizlik Sigortası Fonundan karşılanması kararlaştırılmıştır (geçici m. 7). İlgili hükmün, kadınların erkeklerle eşit oranda istihdamını zorunlu tutan ya da belirli oranlarda kadın istihdamını hedefleyen bir düzenleme olmadığı görülmektedir. Yalnızca kadın istihdamını teşvik edici nitelikte bir düzenlemedir. Ancak Türkiye'de kadın ve erkek istihdam oranları kıyaslandığında zorlayıcı düzenlemeler yapılması gerektiği görülmektedir.

Türkiye İstatistik Kurumu verilerine göre 2020 yılında 15 yaşından büyük kadınların istihdama katılım oranı %26.3 iken; erkeklerde bu oran %59.8'dir. OECD verilerine göre Türkiye'de 15-64 yaş arası aktif nüfus içinde kadınların işgücüne katılım oranı, 2021 yılında %31.3'tür. OECD ülkelerinde ise bu oran ortalama %64.8'dir. AB Ülkelerinde ve Türkiye'de kadınların işgücüne katılım oranları kıyaslandığında Türkiye'nin oldukça geride kaldığı gözlemlenmektedir. Veriler incelendiğinde kadınların istihdama girişte yaşadığı ayrımcılığın önlenmesine yönelik düzenlemeler daha da önemli hale gelmektedir.

Mevzuattaki eksiklikler, uygulamada iş görüşmeleri esnasında yaşanan cinsiyet ayrımcılığı ve kadın istihdamına yönelik istatistikler birlikte incelendiğinde; iş ve sosyal güvenlik mevzuatında pozitif ayrımcılık oluşturan düzenlemelerin yapılması gerektiği açıktır. Bu çalışmanın amacı, Türkiye'de İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku mevzuatında istihdamda cinsiyet ayrımcılığını önlemeye yönelik düzenlemelerin yeterliliğinin değerlendirilmesi ve Avrupa Birliği mevzuatı ışığında istihdama girişte cinsiyet ayrımcılığının önlenmesi için mevzuatımızda yapılması gereken değişikliklerin tartışılmasıdır.

**Anahtar Sözcükler:** Ayrımcılık Yasağı, Eşit Davranma İlkesi, İş Hukukunda Ayrımcılık, Cinsiyet Ayrımcılığı, İş Görüşmelerinde Cinsiyet Ayrımcılığı.

\* Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Bölümü İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku A.D. Dr. Öğretim Üyesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku A.D. Başkanı, ozgedogan@klu.edu.tr, ORCID: 0000-0003-3687-3842.

Hakemli

## Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu İle İş Kanunu'nda Yer Alan Düzenlemelerin Erkeklik Çalışmaları Bağlamında Değerlendirilmesi

Seda Çetin\*

Giriş: Ataerki, sadece kadınların değil; aynı zamanda erkeklerin de ciddi bir sorunudur. Bu nedenle ataerkiyle mücadelede tek taraflı bir mücadele politikasının yeterli olmadığı bilinciyle literatüre erkeklik çalışmaları olarak geçen bu kavram, 1970 yılında karşımıza çıkmıştır. Ataerki, hem ekonomik hem akrabalık bağlarıyla bağlı bir grupta, hane içerisinde otoritenin babadan oğula geçmesi ve belirli bir kişi tarafından uygulanmasıdır. Bu sistem içerisinde olan her birey, toplumun dayattığı normların dışına çıkmak istediğinde ezen-ezilen ilişkisiyle karşı karşıya kalmakta olup kimi zaman ayrıcalıklı olan bir grup olsalar bile toplumun kanıksadığı erkeklik modelinin dışında olmaya başladıklarında kendileri de dışlanmayla karşı karşıya kalabilmektedir. Ataerki davranış biçimleri nedeniyle pek çok erkek, “güçlü” ve “egemen” olup kendini kanıtlayabilmek için kendi ruh dünyasında, ait olmadığı bir sistemin düşünceleriyle savaştır. Bu savaş esnasında erkekler, duygularına yabancılaşmakta, mutsuz, narsist, içe kapanık bireyler haline gelmekte; içinde yaşadığı ruhsal problemler sebebiyle sağlıksız ve dengesiz beslenmekte, sigara ve alkol tüketimi artmakta ve aynı zamanda gücünü kanıtlayabilmek için kavgalara karışıp vücut bütünlüğüne zarar vermektedir. Kısacası erkekler, “erkek olma” mücadelesi içinde ezilmekte ve pek çok açıdan sağlıklı bir hayat sürememektedir.

Doğduğumuz andan itibaren toplumsal cinsiyet rolleri kapsamında kız çocuklarına rolünün: hizmet etmek, başkalarının bakımını üstlenmek, güçsüz olmak, düşünmek ve üretmekten muaf olmak öğretilirken; oğlan çocuklarına ise, rolünün hizmet beklemek, ihtiyaçları karşılamak, güçlü olmak, mantıklı ve analitik düşünmek olduğu öğretilmiştir. Erkekler bu düzenin içinde sürdürülebilir bir şekilde üretici rolünü üstlenirken kendileri nazarında ise çok ciddi zorluklarla baş etmek zorunda bırakılmaktadır. Kendilerini kanıtlamak, para kazanmak, her daim güçlü ve koruyucu olmak gibi kendilerinden beklenen ve bu beklentileri karşılayamama durumunu kabul edemeyen bir toplum karşısında belki de erkeklerin sessiz çığlıklarının duyulması gerekmektedir.

2000-2019 yılları arasında TÜİK tarafından yapılan şekline ve cinsiyete göre intihar oranlarına baktığımız zaman 2019 yılında toplam 3.406 kişi intihar etmiş olup bunlardan 2.626'sı erkek; 780'i ise kadındır. Ülkemizde artan ekonomik sorunlar neticesinde neredeyse her gün bir kişi hayata kendi isteğiyle veda etmektedir. Bu kişilerin birçoğu erkektir. Son günlerde ‘Çocuklarım aç’ diyerek kendini yakan; işten atıldığı için eline iş-aş yazarak intihar eden kişilerin haberleri sosyal medyada dolaşmaktadır.

Amaç: Bu çalışma sürecinde ataerkinin, toplumsal cinsiyet rolleri ve erkeklik çalışmaları bağlamında, erkeklerin hayatında neleri etkilediği üzerinde durulacaktır. Ataerkinin, erkeklik çalışmaları göz önünde bulundurularak hukuk sistemindeki düzenlemelere ilişkin etkisi üzerinde değerlendirmeler yapılacaktır. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile birlikte mülga 1475 ve 4857 sayılı İş Kanunu'ndaki düzenlemeler incelenecektir.

Bulgular: 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda düzenlenen ölüm sigortası kapsamında verilen ölüm aylığı düzenlemesinde sigortalının m kız ve oğlan çocuğuna, bu kanun kapsamında çalışmamaları ya da çocukların kendi sigortalılıkları nedeniyle gelir veya aylık almamaları ve aşağıda sayılan diğer şartların bulunması halinde ölüm aylığı bağlanabilmektedir.

Bu şartlara bakıldığı zaman sigortalının eğer erkek çocuğu var ise evli olup olmadığına bakılmaksızın ortaöğrenim görmesi durumunda 20, yükseköğrenim görmesi durumunda 25 aksi halde ise 18 yaşını doldurana kadar ölüm aylığı bağlanabilmektedir. Kız çocuğunda ise, yaşlarına bakılmaksızın evli olmaması veya evli olmakla beraber sonradan boşanması veyahut dul kalması durumunda ölüm aylığı bağlanabilmektedir. 2018 yılında yapılan değişiklikle birlikte söz konusu şartlara bir istisna getirilmiş olup yapılan değişiklik tarihinden itibaren ölüm aylığı alan hak sahibi çocuklardan 5510 sayılı kanunda belirtilen yaş sınırını doldurmamış olan ve öğrencilik nitelikleri devam edenlerin hizmet akdine tabi çalışmaları durumunda aylık hakkından yararlanmalarına imkân tanınmıştır. Söz konusu değişiklikte herhangi bir cinsiyet ayrımı gözetilmemiştir.

Ancak dikkat edileceği üzere kural olarak kız çocuklarına ölüm aylığı bağlanabilmesi için yaş şartı aranmamakta iken erkek çocuklarında yaş sınırlandırılmıştır. Bu düzenlemeden de görüleceği üzere toplum, erkek çocuklarını çok küçük yaşlardan itibaren çalışma hayatına adapte etmeye çalışmaktadır. Erkek çocuklarına yüklenen bu görevin gerçekliği, hayatlarının baharı denilebilecek bir yaş olan 18 yaşında yüzlerine sert bir şekilde çarpmaktadır. 18 yaşına geldikten sonra ve eğitim- öğretimine devam etmeyen bir çocuğun elinden ölüm aylığı kesilerek bir anda çalışma hayatına adım atması beklenmektedir.

5510 sayılı Kanun'un 37. maddesinde ise, “evlenmeleri nedeniyle, gelir ve aylıklarının kesilmesi gereken kız çocuklarına evlenmeleri ve talepte bulunmaları halinde almakta oldukları aylık veya gelirlerinin iki yıllık tutarı bir defaya mahsus olmak üzere evlenme ödeneği olarak peşin ödenir.” demek suretiyle evlenme sürecine adım atan kız çocuğunun evlilik ödeneğine hak kazandığı belirtilmektedir. Erkek çocuğundan ise yine çok küçük yaşta olduğu gibi başının çaresine bakması, evlenebilmek için gerekli birikimi kendi çabalarıyla kazanması beklenmektedir.

İş Kanunu'nda yer alan kıdem tazminatına ilişkin düzenlemede ise kadına, evlilik birliğinin kurulmasıyla birlikte iş akdini bir yıl içerisinde feshetme imkânı tanınmıştır. Ancak erkeğe ilişkin böyle bir düzenleme bulunmamaktadır. İş Kanunu'nun Ek- 2 maddesinde yer alan düzenlemeye göre mazeret izni kısmında ise “işçinin; eşinin doğum yapması halinde 5 gün ücretli izin verileceği” hükmü yer almaktadır. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 104. Maddesine göre ise, “eşinin doğum yapması halinde 10 günlük izin verilmektedir.” Bu izin literatüre “babalık izni” olarak geçmiştir. Söz konusu bu düzenleme erkeği babalık görevinden uzaklaştırmanın yanı sıra kadının da tek görevinin annelik yapmak ve çocuğa bakmak olduğu bilincini pekiştirmektedir. Çocuk bakımı, sadece ebeveynlerden birinin üzerine yıkılmaması gereken bir konu olup; sorumluluk müşterek şekilde paylaşılmalıdır. Örneğin İsveç'te ebeveyn izni toplamda 480 gündür. Bunun 60 günü sadece anneler tarafından; 60 günü sadece babalar tarafından ücretli olarak kullanılıp kalan günler ise eşler arasında istedikleri şekilde paylaşılır.

Sonuç: Her iki kanuni düzenlemede de görüldüğü üzere erkek evlense de çocuğu da olsa çalışmalı ve evine para getirmelidir. Ne olursa olsun çalışma hayatından soyutlanmaması gereken tek cins, erkektir. Bu durum erkeklerin çocuklarıyla ve eşiyle olan sevgi bağını da olumsuz yönde etkilemektedir. Yerleşik davranış modelleri sebebiyle, küçük yaşlardan itibaren sevgisini göstermeyi öğrenemeden büyümüş bir oğlan çocuğundan büyüyüp baba olduğunda bir anda sevgisini göstermesi beklenememektedir. Çalışmalardan tespit edilen sonuçlara göre orta yaşın üzerinde, artık çalışma hayatını sona erdirmiş erkekler, aile bireyleriyle ilk aşamada vakit geçirirken veya iletişime geçerken zorlansalar bile akabinde geçen süre zarfında özellikle de kendi çocukları olmasa da torunlarına, alışılmışın dışında bir sevecenlikle

\* Kastamonu Barosu'na bağlı Serbest Avukat, av.sedacetin@gmail.com.

yaklaşmaktadır. Erkeklerin, erkek olma yolcuğu hayatları boyunca devam eden bir mücadeledir. Eril pratik, erkeklerin hayatlarının her aşamasında karşılıklarına çıkmakta ve bu pratiğe ayak uydurmak zorunda bırakılmaktadır. Bu tahakküme ayak uyduramadıkları noktada ise erkekler, eril tahakküm altında ezilecek ve dışlanacaklardır. Ataerkil politika, ekonomiye, siyasete, hukuka şekil veren tabiri yerindeyse her yanımızı örümcek ağı gibi kuşatmış bir politikadır.

Bu çalışma da kanunlarda yer alan hukuk normları üzerinde durulmuş olup sonuç olarak ataerkil politikanın bir ürünü olan kanun maddelerinin eşitlik bilinciyle değiştirilmesi gerekmektedir. Yani kısaca 5510 sayılı kanunda yer alan düzenlemelerden yararlanan kız ve oğlan çocukları için eşit bir yaş aralığı belirlenmeli ve evlenme ödeneği hem kız hem oğlan çocuğuna verilmelidir. Evlilik sebebiyle işten ayrılmak kıdem tazminatına hak kazanmak için geçerli bir neden olarak görülüyorsa her iki cinsiyet için aynı haklar tanınmalı aksi halde ise mevcut düzenleme Anayasa'ya aykırılık sebebiyle iptal edilmelidir. Doğum izni ise Avrupa'daki düzenlemeler ışığında iki ebeveyn için eşit ve isteğe bağlı şekilde düzenlenmelidir. Ne zamanki ataerkil politikanın sadece tek bir cinsiyete zarar vermediği bilinci yerleşir ise, işte o zaman örümcek ağı yavaş yavaş çözülmeye başlayacaktır.

**Anahtar Sözcükler:** Feminizm, Toplumsal Cinsiyet, Erkek ve Erkeklik Çalışmaları, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası, İş Kanunu.



ATILIM  
ÜNİVERSİTESİ