



Başvuru No: 42711/13

**Onurhan Solmaz ve Siyah Pembe Üçgen İzmir Cinsel Yönelim ve Cinsiyet Kimliği
Araştırmaları ile Ayrımcılığına Karşı Dayanışma Derneği**

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ DERNEĞİ (İFÖD)

Tarafından Sunulan

ÜÇÜNCÜ TARAF GÖRÜŞÜ

İFÖD, ifade özgürlüğünü savunan ve destekleyen bağımsız bir sivil toplum kuruluşudur

Giriş

1. İFÖD, Onurhan Solmaz Siyah Pembe/Türkiye davasına ilişkin bu üçüncü taraf görüşünde cinsel azınlıklarına karşı kullanılan nefret söylemi konusuna değinecektir.
2. Mahkeme'nin bildiriminden anlaşıldığı üzere başvuruçular, bir gazetecinin yerel bir gazetede yayımlanan yazısı nedeniyle halkı travestilere ve trans bireylere karşı kin ve düşmanlığa tahrik ettiği gerekçesiyle İzmir Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunmuştur. Başvuruçular, gazeteci tarafından dile getirilen İzmir'deki tüm trans bireylerin iğrenç olarak nitelendirildiği, ayırım yapmaksızın hepsini fuhuş yapmakla suçlandığı, kolluk güçlerinin tüm transları ortadan kaldırması gerektiği ve şehirde yarattıkları "kötü görüntü"nin yok edilmesi gerektiği şeklindeki yorumlardan şikâyetçi olmuştur. Başvuruçulara göre, gazeteci, Türk Ceza Kanunu'nun hakaret ve açıkça aşağılayıcı muamele yanında TCK'nin 216. Maddesi uyarınca kin ve düşmanlığa tahrik suçlarını işlemiştir ve eylemlerinin bütünü hedeflenen bireylerin cinsel yönelimi ve cinsiyet kimliğine dayalı ayrımcılık teşkil etmektedir.
3. Savcılık, şikâyete ilişkin olarak başvuruçuların bireysel olarak hedef gösterilmediğini ve ilgili yazının nefret söylemi veya kin ve düşmanlığa tahrik içermediği gerekçesiyle soruşturmaya yer olmadığına dair karar vermiştir. Başvuruçular, bu karara karşı itiraz etmiştir ancak itirazları reddedilmiştir. Onurhan Solmaz'ın Anayasa Mahkemesine bireysel başvurusu ise konu bakımından yetkisizlik (*rationae materiae*) nedeniyle kabul edilemez bulunmuştur. AİHM, başvuruçunun şikâyetlerini Sözleşme'nin 8. maddesi altında tekil ve/veya 13 ve 14. madde ile birlikte sınıflandırmış ve Devletin a) 8. madde ile birlikte 14. madde kapsamında esas ve usule ilişkin yükümlülükleri, b) 13. madde ile birlikte 8. madde kapsamındaki yükümlülüklerine ilişkin yasal işlem yapmaması ile ilgili soru sormuştur.
4. İFÖD görüşünde ilk olarak cinsel azınlıklara karşı kullanılan nefret söylemine ilişkin ilgili Avrupa Standartlarını aktaracaktır. Görüşte daha sonra AİHM tarafından geliştirilen nefret söylemine ilişkin iki aşamalı test ele alınacaktır. Bu bölümde önerileceği üzere, nefret söylemi teşkil eden konuşmanın/içeriğin kovuşturmaya ve cezai yaptırıma tabi olup olmayacağına karar verilirken dikkate alınması gereken unsurlardan biri, ilgili hukuk düzenindeki azınlıkların genel durumudur. Bu nedenle nefret söylemine ve nefret suçlarına ilişkin yargının genel yaklaşımında önemli bir unsur, bir yandan başvuruçuların cinsiyet kimlikleri temelinde ayrımcılığa uğramama hakkı ve bir yandan da gazetecinin ifade ve basın özgürlüğü haklarına ilişkin çatışan haklar arasında bir dengeleme işlemi yapılmasıdır. Bu nedenle, İFÖD'ün cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği temelinde kin ve düşmanlığa tahrik suçunu içeren Türkiye'deki yasal çerçevenin bir değerlendirmesini sunması gerekmektedir. Bu üçüncü bölümde, Türkiye'de cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği temelli ayrımcılıkla ilgili bilgileri değerlendirilecektir. Türkiye'de yargı makamlarının homofobik/transfobik söylemlere tepkileri de bu son bölümde değerlendirilecektir.

Cinsel Azınlıkları Hedef Alan Nefret Söylemine İlişkin Avrupa Standartları

5. Nefret söylemi, BM insan hakları antlaşmalarında açıkça yasaklanmıştır. Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin (MSHUS) 20. maddesi uyarınca "ulusal, ırksal ya da dinsel nefretin ayrımcılık, düşmanlık ya da şiddete kışkırtma şeklini alacak biçimde

savunulması yasalarla yasaklanır”. Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme’nin 4. Maddesi ise ırksal ayrımcılığı destekleyen veya teşvik eden her türlü propaganda aktivitesini yasadışı olarak tanımlamıştır.

6. Avrupa Konseyi antlaşmaları BM tarzı genel nitelikli hükümleri içermese de ayrımcılık yasağına ilişkin maddelerden genel nitelikli yükümlülükler çıkarılabilecektir. Güncellenen Avrupa Sosyal Şartı, kendi içinde tanımlanan hakların kullanımında ırk, renk, din veya ulusal köken nedeniyle ayrımcılık yapılmasını yasaklamaktadır. Ayrıca Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi’nin Ek Protokolü ırkçı ve yabancı düşmanı nitelikteki eylemlerin yalnızca İnternet ile ilgili olsa da kovuşturulmasını gerektirmektedir.
7. Ancak, bu durum Avrupa Konseyi’nin diğer ayrımcılık türlerine karşı bir tutumu olmadığı anlamına gelmemektedir. Bakanlar Komitesi “Nefret Söylemi”ne ilişkin Tavsiye Kararında (97)20 nefret söylemini ırksal nefreti, yabancı düşmanlığını, antisemitizmi ve diğer şekillerdeki nefreti yayan, teşvik eden, destekleyen veya meşrulaştıran ve agresif milliyetçilik ve etnik merkezilik, azınlıklara, mültecilere ve mülteci kökenli insanlara karşı ayrımcılık ve düşmanlık dahil olmak üzere hoşgörüsüzlüğe dayalı her türlü söylem olarak tanımlamaktadır.
8. Bu tanım, nefret söylemine dayanak olarak **cinsel yönelimi ve cinsiyet kimliğini içermemektedir**. Cinsel azınlıklara karşı nefret söylemini yasaklayan ayrıca bir antlaşma ise bulunmamaktadır. Ancak Tavsiye Kararı (97)20’de olduğu gibi, nefret söylemine ilişkin standartlar bağlayıcı niteliği olmayan uluslararası hukuk metinleri ile Avrupa Konseyi seviyesinde geliştirilmektedir. Konseyde cinsiyet kimlikleri temelli ayrımcılığa duyarlılık artarken, cinsel azınlıklara karşı ayrımcılığı hedefleyen yeni hukuki araçlar hazırlanmıştır. Bu hukuki araçlar, nefret söylemi de dahil olmak üzere, LGBTİ + bireylere karşı ayrımcı davranışların nasıl ele alınacağına dair bir hukuki çerçeve sağlamaktadır.
9. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından hazırlanan 31.03.2010 tarihli (CM/Rec(2010)5) cinsel yönelim veya cinsiyet kimliğine dayalı ayrımcılıkla mücadeleyle ilişkin Tavsiye Kararında:
“Taraflar Devletler, medya ve İnternet dahil olmak üzere, **lezbiyen, gey, biseksüel ve trans bireylere** karşı nefreti veya diğer ayrımcılık biçimlerini kışkırtma, yayma veya teşvik etme etkisine neden olma ihtimali olarak anlaşılma ihtimali olan her türlü ifade biçimiyle mücadele etmek için uygun önlemleri almalıdır. Bu tür "nefret söylemi" her zaman yasaklanmalı ve kamuoyu önünde reddedilmelidir. Tüm tedbirler, Sözleşme'nin 10. maddesi ve Mahkeme'nin içtihadı uyarınca temel ifade özgürlüğü hakkına saygı göstermelidir.”
10. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi tarafından hazırlanan 29.04.2010 tarihli ve cinsel yönelim veya cinsiyet kimliğine dayalı ayrımcılığa ilişkin (Res 1728 (2010)) Kararda:
“7. Bazı siyasi, dini ve diğer sivil toplum liderlerinin nefret söylemi ile medyada ve İnternette nefret söylemi de özellikle endişe vericidir. Meclis, insan hakları belgelerinde yer alan hakları pratik ve etkili bir şekilde korumanın değil, aynı zamanda hoşgörüsüzlüğe dayalı ayrımcılığı veya nefreti meşrulaştırması ve beslemesi muhtemel söylemlerden kaçınmanın tüm kamu makamlarının en önemli görevi

olduğunu vurgulamaktadır. Suça teşvik eden nefret söylemi ile ifade özgürlüğü arasındaki sınır, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadına göre belirlenecektir.

16. Sonuç olarak, Meclis üye devletleri bu konuları ele almaya ve özellikle:

16.4. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına uygun olarak, ifade özgürlüğüne riayet ederek nefret söylemini ve ayrımcı ifadeleri kınamak ve LGBT kişileri bu tür ifadelerden etkin bir şekilde korumaya ...” davet eder.

11. Irkçılığa ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonunun (ECRI) 15 No’lu “Nefret Söylemi”ne ilişkin Genel Politika Tavsiye Kararında kavram “Bir kişiye veya bir gruba karşı aşağılama, nefret veya kötülemenin savunulması, teşvik edilmesi veya kışkırtılmasının yanı sıra ırk, renk, köken, ulusal veya etnik köken, yaş, engellilik, dil, din veya inanç, **cinsiyet, toplumsal cinsiyet, cinsiyet kimliği, cinsel yönelim** ve diğer kişisel özellikler veya statü nedeniyle bir kişi veya gruba yönelik her türlü taciz, hakaret, olumsuz klişeleştirme, damgalama veya tehdit; mahkemelerce meydana geldiği tespit edilen soykırım suçlarının, insanlığa karşı suçların veya savaş suçlarının, alenen inkarı, önemsizleştirilmesi, meşrulaştırılması veya göz yumulması ve bu tür suçları işledikleri için hüküm giymiş kişilerin yüceltilmesi” şeklinde tanımlanmıştır.
12. AB de ayrıca LGBTİ+ bireylere ve toplumuna yönelik nefret söylemini engellemek amacıyla bazı standartlar geliştirmiştir. Avrupa Parlamentosu, üye Devletlerden “LGBT bireyleri homofobik nefret söyleminden ve şiddetten korunacaklarına ilişkin güvence verilmesini” talep ederek idari, yargısal ve yasama vasıtaları ve aynı zamanda okullarda, üniversitelerde ve basında olmak üzere homofobiye karşı kampanya benzeri eğitimsel önlemler alınmasını tavsiye etmiştir.¹

Cinsiyet Azınlıkları Hedef Alan Nefret Söylemine İlişkin Avrupa Mahkemesi İchtihadı

13. Avrupa Konseyi'nin diğer organları tarafından hazırlanan hukuki belgelerle uyumlu olarak, Avrupa Mahkemesi nefret söylemi içtihatlarının kapsamını LGBTİ+ bireyleri hedef alan konuşmaları içerecek şekilde genişletmiştir. Mahkeme, cinsel yönelime dayalı ayrımcılığın “ırk, köken veya renk” temelli ayrımcılık kadar ciddi olduğunu hatırlatmıştır.²
14. LGBTİ+ bireylere karşı kullanılan nefret söylemi iki farklı senaryo altında Mahkeme'nin dikkatine sunulur. Başvurucular, 10. madde uyarınca Mahkeme'ye yapılan başvurularda, nefret söylemi kullandıkları için kendilerine uygulanan cezai yaptırımlar nedeniyle ifade özgürlüğü haklarının ihlal edildiğini iddia etmektedir. İkinci senaryoda, Mahkeme'ye 8. madde kapsamında yapılan başvurularda, kendilerine karşı nefret söylemi kullanmaktan mağdur olduklarını iddia eden kişiler, özel hayata saygı haklarının ihlal edildiğini iddia etmektedir.

¹ Avrupa Parlamentosu, 18 Aralık 2019 tarihli LGBTİ bireylere karşı toplumsal ayrımcılık ve nefret söylemine ve LGBTİ'siz bölgelere ilişkin Kararında (2019/2933(RSP)), https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2019-0101_EN.html

² *Smith ve Grady/Birleşik Krallık*, nos. 33985/96 ve 33986/96, § 97, ECHR 1999 VI.

15. İlke olarak, 8. ve 10. maddeler kapsamında korunan haklar eşit saygıyı hak etmektedir.³ Bu nedenle, ulusal makamlar tarafından bu iki hak arasında kurulacak dengenin, her ikisinin de özünü korumaya çalışması gerektiğini hatırlamak önem teşkil etmektedir.⁴ Sonuç olarak, Mahkeme'nin 10. madde kapsamında açılan davalarda yaptığı değerlendirmenin, 8. madde kapsamında getirilen davalarda özel hayata saygı hakkının kapsamının yorumunu da etkilemesi gerektiği düşünülmektedir.
16. Nefret söylemi kavramı Mahkemenin içtihadında yorumlandığı üzere iki kategoriye ayrılmaktadır. Mahkemenin nefret söylemi içtihadının birinci kategorisi, 17. madde kapsamında olan ve bu nedenle 10. maddenin korumasının tamamen dışında bırakıldığı en ağır 'nefret söylemi' biçimlerinden oluşur.⁵ İkinci kategori ise Mahkemenin 10. maddenin korumasının tamamen dışında olduğunu kanısında olmadığı, ancak Sözleşmeciler Devletlerin kısıtlamasına izin verildiğini düşündüğü daha az ciddi nefret söylemi biçimlerinden oluşur.⁶
17. Mahkeme şimdiye kadar homofobik nefret söylemiyle ilgili iki kere ikinci kategoriye ilişkin karar vermiştir. *Lilliendhal/İzlanda* davasında Mahkeme, bu ikinci grubun birinciden nasıl farklı olduğunu açıklamıştır:

“Mahkeme, bu ikinci kategoriye yalnızca açıkça şiddet veya diğer suç eylemleri çağrısında bulunan söylemlerle sınırlanmış, aynı zamanda belirli nüfus gruplarına yönelik hakaret, alay etme veya iftira yoluyla gerçekleşen kişilere yönelik saldırıların yetkililerin, ifade özgürlüğüne izin verilen kısıtlamalar bağlamında, önyargılı ifadeyle mücadele etme tercihlerine izin vermek için yeterli olabileceğini de belirlemiştir. Şiddete veya başka suç teşkil eden eyleme tahrik eden söylemlere ilişkin davalarda ise Mahkeme yine de bu söylemleri “nefret söylemi” olarak kabul etmiş, sonucun ifadenin içeriğinin ve sunum şeklinin değerlendirilmesine dayandığını belirtmiştir. Şiddet veya diğer suç eylemlerini tahrik içermemesine rağmen Mahkemenin 'nefret söylemi' oluşturduğunu düşündüğü konuşmalara ilişkin davalarda, bu sonuca ifadenin içeriğinin ve sunum şeklinin değerlendirilmesi sonrasında ulaşılmıştır.”⁷

18. *Vejdeland ve Diğerleri/İsveç*⁸ ve *Lilliendhal/İzlanda* davalarında, başvuruçular homofobik söylemleri nedeniyle kendilerine uygulanan yaptırımların ifade özgürlüklerini ihlal ettiklerini savunmuştur. *Vejdeland* davasında, başvuruçular ortaokullarda ulusal mahkemelerin eşcinsel insanlara saldıran nitelikte olduğunu belirttiği yaklaşık 100 broşür dağıtmıştır. Broşürlerdeki ifadelerde eşcinselliğin “sapkın cinsel bir eğilim” olduğu ve “toplumun varlığını ahlaki olarak yıkıcı etkilediği” ile HIV ve AIDS'in oluşumunda sorumlu olduğu belirtilmiştir.

³ *Couderc ve Hachette Filipacchi Associés/Fransa* [BD], no. 40454/07, 10.11.2015, § 91.

⁴ *Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy/Finlandiya* [BD], no. 931/13, 27.6.2017, § 123.

⁵ *Witzsch/Almanya* (no. 1) (kab.ed.kar.), no. 41448/98, 20 April 1999; *Schimanek/Avusturya* (kab.ed.kar.) no. 32307/96, 1 Şubat 2000; *Garaudy/Fransa* (k.ed.karan), no. 65831/01, ECHR 2003-IX; *Norwood/Birleşik Krallık* (kab.ed.kar.), no. 23131/03, 16 November 2004; *Witzsch/Almanya* (2) (kab.ed.kar.), no. 7485/03, 13 Aralık 2005; *Molnar/Romanya* (kab.ed.kar.), no. 16637/06, 23 Ekim 2012.

⁶ *Féret/Belçika* no. 15615/07, 16.07.2009, §§ 54-92; *Vejdeland ve Diğerleri/İsveç*, no. 1813/07, 09.02.2012, §§ 47-60; *Delfi AS/Estonya*, no. 64569/09, 16.06.2015, §§ 153 ve 159.

⁷ *Lilliendhal/İzlanda* (kab.ed.kar.), no. 29297/18, 12.5.2020, para. 36.

⁸ *Vejdeland ve Diğerleri/İsveç*, no. 1813/07, 09.02.2012.

AİHM, bu söylemlerin direkt olarak nefret dolu eyleme çağırmasa da ciddi ve önyargılı ithamlar olduğunu kanısındadır.⁹

19. *Lilliendhal/İzlanda* davasında, başvurucular İnternette yayımlanan bir makaleye yazdıkları homofobik yorumlar nedeniyle hüküm giymişlerdir. AİHM, bu davada ise daha da katı bir yaklaşım sergilemiştir. *Vejdeland* kararından farklı olarak Mahkeme, homofobik söylemleri “nefret söylemi” olarak nitelendirmiştir. İkinci olarak, başvuru açıkça dayanaktan yoksunluk nedeni ile kabul edilemez bulunmuş, esasa ilişkin inceleme yapılmamıştır. Üçüncü ve en önemli olarak, ifadenin nefrete veya başka suç teşkil eden eyleme tahrik oluşturmamasına rağmen yalnızca ifadenin içeriği Mahkemenin sonuca varması için yeterli olmuştur.¹⁰ Fedele tarafından da belirtildiği gibi, “Lilliendhal, *Feret/Belçika* kararındaki¹¹ durumdan farklı olarak “bir platformdan geniş bir kitleye ulaşabilecek” bir kamusal figür değildir ve ‘sadece’ “toplumun bir üyesi” olarak kendini İnternet üzerinden ifade etmiştir; dahası bay Lilliendahl sadece çevrimiçi bir köşe yazısına cevap vermiş, *Vejdeland* davasında önemli bir unsur teşkil eden eşcinsel karşıtı yorumların okulda genç ve korunmasız kişilere dağıtılması gibi görüşlerini kimseye zorla empoze etmemiştir.¹²
20. Son dönemde alınan bu kararların ardından, ne şekilde iletilmiş olursa olsun ikinci kategori nefret söyleminin kapsamının LGBTİ+ bireylere hakaret, alay etme veya iftirayı da içerdiği sonucuna ulaşılabilir.
21. Ancak Mahkeme’nin bu yeni yaklaşımı, taraf devletlerin kullanıldığı bağlam ne olursa olsun tüm homofobik/transfobik ifadeleri cezalandırmaya mecbur olduğu şeklinde anlaşılacaktır. Mahkeme; başkalarını şiddete teşvik eden, en ciddi nefret ifadelerinden sorumlu olan kişilere yönelik ceza yaptırımlarının dahi yalnızca son çare (*ultima ratio*) önlem olarak uygulanabileceğini belirtmiştir.¹³ İFÖD, Sözleşme içtihatlarındaki iki aşamalı sınıflandırmanın önemli bir sonucunun taraf devletlerin ikinci kategori nefret söylemini suç saymak için belirli bir takdir yetkisine sahipken; **birinci kategori nefret söylemini cezalandırmak zorunda oldukları görüşündedir.**
22. Bu nedenle, cezai yaptırım gerektiren ilk kategoride neyin nefret söylemi oluşturduğunun tespit edilmesi gerekmektedir. Mahkeme, önceki davalarda; ciddi suçları oluşturan eylemlerin bir kişinin fiziksel veya zihinsel bütünlüğüne yönelmesi durumunda yalnızca etkin ceza hukuku mekanizmalarının yeterli korumayı sağlayabileceği ve caydırıcı bir faktör

⁹ *Vejdeland ve Diğerleri/İsveç*, para. 54-58.

¹⁰ Giulio Fedele, “No Room For Homophobic Speech Under The ECHR: Carl Jóhann Lilliendahl v. Iceland,” <https://strasbourgobservers.com/2020/06/26/no-room-for-homophobic-hate-speech-under-the-ehcr-carl-johann-lilliendahl-v-iceland/>

¹¹ *Féret/Belçika*, no. 15615/07, 16.07.2009.

¹² Giulio Fedele, “No Room For Homophobic Speech Under The ECHR: Carl Jóhann Lilliendahl v. Iceland,” <https://strasbourgobservers.com/2020/06/26/no-room-for-homophobic-hate-speech-under-the-ehcr-carl-johann-lilliendahl-v-iceland/>

¹³ *Beizaras ve Levickas/Litvanya*, no. 41288/15, 14.01.2020, para. 128.

olabileceğine karar vermiştir.¹⁴ Bu nedenle ayrımcı saikler taşıyan sözlü saldırılar ve fiziksel tehditlere karşı ceza hukuku önlemleri gereklidir.¹⁵

23. Avrupa Mahkemesi, yakın tarihli *Beizaras ve Levickas/Litvanya* kararında¹⁶ bu içtihadın homofobik ifadelerle uygulanmasına rehberlik etmiştir. *Vejdeland ve Lilliendhal* davalarının aksine, *Beizaras ve Levickas* 10. madde davası değildir. Bu davada, birbiriyle ilişkisi olan iki genç erkek olan başvurucular; başvuruculardan birinin Facebook sayfasındaki nefret içeren yorumlara karşı yetkililerin soruşturma başlatmayı reddetmesi nedeniyle cinsel yönelime dayalı ayrımcılığa uğradıklarını iddia etmişlerdir. Başvuruculardan birinin Facebook sayfasında birbirlerini öptükleri bir fotoğraf yayımlaması, yüzlerce nefret içeren yoruma yol açmıştır. Mahkeme, başvurucuların cinsel yönelimleri nedeniyle ayrımcılığa uğradıklarını tespit ederek Sözleşmenin 8. maddesiyle (özel ve aile hayatına saygı hakkı) bağlantılı olarak 14. maddesinin (ayrımcılık yasağı) ihlal edildiğine harar vermiştir.
24. Mahkeme, bu sonuca varırken başvuruculara ve genel olarak homoseksüel topluluğa karşı aleni şiddet çağrılarını dahil olmak üzere nefret içeren yorumların bu topluluğa karşı bağnaz bir tavırla kışkırtıldığı ve aynı ayrımcı ruh halinin, kamu makamlarının iddiaları soruşturma konusundaki pozitif yükümlülüklerini yerine getirmemesinin özü olduğunu gözlemlemiştir.¹⁷
25. Mahkeme, ayrıca Litvanya'daki diğer davalarda etnik ve dini azınlıklara yönelik yorumların şiddet çağrısı içermese bile, Litvanya yetkilileri tarafından Ceza Kanununun nefret söylemini suç olarak düzenleyen 170. maddesi kapsamında değerlendirildiğini kaydetmiştir.¹⁸
26. Son olarak Mahkeme, hükümetin görevinin kapsamına karar verilirken taraf devletteki cinsel azınlıklara yönelik genel muamelenin dikkate alınması gerektiğini tartışmıştır. *DH ve Diğerleri/Çek Cumhuriyeti*¹⁹ davasında geliştirdiği metodolojiye dayanarak Mahkeme, başvurucuların genel bir tedbir ya da fiili durumun etkisinde bir fark olduğunu iddia ettikleri ayrımcılık sorunu içeren davalarda, farklı bir muamele uygulanıp uygulanmadığını tespit ederken tarafların sunduğu istatistiklerin dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir.²⁰
27. O halde, bir ifadenin birinci kategori nefret söylemi olup olmadığı ve cezai yaptırım gerektirip gerektirmediğinin tespitinde dikkate alınacak kriterler şunlardır: **a.** Konuşmanın şiddeti teşvik edip etmediği ve bir grup insanı sözlü olarak taciz edip etmediği, **b.** Resmi makamların aynı ayrımcı saikle iddiaları soruşturup soruşturmadığı, **c.** Davalı devlette bu tür ifadelerle yönelik genel hoşgörünün istatistiklerle gösterilip gösterilemeyeceği.

Türkiye'de Cinsel Azınlıklara Karşı Nefret Söylemine Yönelik Muamele

28. İFÖD, yukarıda belirtilen kriterlerin her halde kümülatif olmadığı görüşündedir. Konuşmanın doğasıyla ilgili ilk kriter, her dava özelinde ayrıca değerlendirilmelidir ve bu nedenle bu

¹⁴ *Identoba ve Diğerleri/Gürcistan*, no. 73235/12, § 86, 12.05.2015,

¹⁵ *R.B./Macaristan*, no. 64602/12, §§ 80 ve 84-85, 12.04.2016; *Király ve Dömötör/Macaristan*, no. 10851/13, § 76, 17.01.2017; *Alković/Karadağ*, no. 66895/10, §§ 8, 11, 65 ve 69, 5.12.2017.

¹⁶ *Beizaras ve Levickas/Litvanya*, no. 41288/15, 14.01.2020.

¹⁷ *Beizaras ve Levickas/Litvanya*, para. 129.

¹⁸ *Beizaras ve Levickas/Litvanya*, para. 125.

¹⁹ *D.H. ve Diğerleri/Çek Cumhuriyeti* [BD], no. 57325/00, § 175, ECHR 2007-IV.

²⁰ *Beizaras ve Levickas/Litvanya*, para. 115.

görüşün konusu olamaz. Bununla birlikte İFÖD, Türk makamlarının homofobik/transfobik ifadelerle ilişkin genel tutumu, ifadenin hangi bağlamda yapıldığını anlamak bakımından kritik olacağından Mahkemeyi ikinci ve üçüncü kriterler hakkında bilgilendirmeyi amaçlamaktadır.

29. Türkiye’de spesifik bir nefret söylemi düzenlemesi yoktur. Bununla birlikte, Türk Ceza Kanununun 216. maddesi, nefret söylemini cezalandırmayı amaçlamaktadır. Düzenlemenin ilgili kısmı aşağıdaki gibidir:

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

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

30. Cinsiyet kimliği veya cinsel yönelim; bu hükmün uygulanmasında esas alınacak hususlar arasında sayılmamıştır. Aynı zamanda, Türkiye mevzuatının cinsel azınlıklara yönelik ayrımcılığa kayıtsızlığı bu hükümlerle sınırlı değildir. Ne Anayasanın kanun önünde eşitlik ilkesini düzenleyen 10. maddesi ne de Ceza Kanununun ayrımcı davranışları yasaklayan 122. maddesinde cinsiyet kimliği veya cinsel yönelim, ayrımcılık sebepleri olarak sayılmamıştır. Yakın zamanda, 6701 sayılı Kanun ile ayrımcılıkla mücadele edilmesi için Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu kurulmuştur. Ancak, Kanunda ayrımcılığın tanımının yapıldığı 3. maddede de cinsiyet kimliği veya cinsel yönelim ayrımcılık sebebi olarak düzenlenmemiştir.

31. ECRI (*İrkçılığa ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu*), beşinci izleme döneminde, Türk hukukunda cinsel azınlıklara karşı işlenen nefret suçlarına ilişkin eksikliği gözlemleyerek Türk makamlarının genel olarak ceza hukukunu 7 Numaralı Genel Politika Tavsiyesi ile uyumlu hale getirmesini tavsiye etmiştir. ECRI, Türk hükümetini **(i)** etnik köken, renk, dil, vatandaşlık, cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği nedenlerini 122, 125 ve 216. maddeler ile birlikte Ceza Kanununda ırkçılık ve homofobi/transfobiye karşı mücadele amacını içeren tüm maddelerine eklemeye; **(ii)** 216. maddede yer alan kamu düzenine yönelik tehlikenin aranması şartını kaldırmaya ve **(iii)** ırkçı ve homofobik/transfobik saiklerin adi suçlar için ağırlaştırıcı bir neden olarak açıkça belirtilmesine davet etmiştir.²¹ ECRI, ayrıca yetkililerin ayrımcılıkla mücadele mevzuatlarını ECRI’nin 7 Numaralı Genel Politika Tavsiyesi ile tamamen uyumlu hale getirmeleri ve özellikle vatandaşlık, cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğini yasaklanmış ayrımcılık nedenleri listesine dahil etmelerini tavsiye etmiştir.²²

32. Buna rağmen, Türk hükümetinin LGBTİ+ bireylere karşı ayrımcılığı önlemek için mevzuatının uluslararası şartlara uygun hale getirmesine ilişkin çağrılarını sistematik olarak görmezden geldiği açıktır. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi önündeki Evrensel

²¹ ECRI Türkiye Raporu (beşinci izleme dönemi), 29.06.2016 tarihinde onaylanmış, 04.10.2016 tarihinde yayımlanmıştır; para. 11.

²² *Ibid*, para. 27.

Periyodik İnceleme'nin son döneminde bazı devletler, Türk hükümetini; cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğinin korunması kapsamında lezbiyen, gey, biseksüel, trans ve interseks bireylere yönelik nefret söylemleri ve nefret suçlarını kınayan, bu suçların etkin bir şekilde soruşturulması ve kovuşturulmasını içeren kapsamlı bir ayrımcılık karşıtı mevzuatı benimsemeye davet etmiştir.²³ Bu tavsiyelerin hiçbiri Türk hükümeti tarafından desteklenmemiştir.²⁴

33. Hukukta bu tür bir tanıma ve düzelmenin yokluğunda, yetkililerin homofobik/transfobik bireylere yönelik ayrımcılığa kayıtsız kalması nedeniyle çok sayıda nefret suçu bildirilmemiştir. Sonuç olarak, Türkiye'de kurulu sivil toplum örgütü olan Kaos-GL'nin son raporuna göre 150 vakadan 118'i güvenlik güçlerine bildirilmemiştir. Mağdurlardan 70'i yetkililere bildirim yararsız olduğunu, 44'ü güvenlik güçleri tarafından ayrımcılığa uğratılmak istemediklerini, 46'sı kimliklerinin ifşa edilmesini istemediklerini belirtmiştir.²⁵ Kaos-GL, ayrıca cinsel azınlıklara karşı ayrımcı dilin 2018 yılında %34 iken, 2019 yılında %50'ye yükseldiğini raporlamıştır.²⁶
34. Bunlara ek olarak, ILGA-Avrupa'ya (*Uluslararası Lezbiyen, Gey, Biseksüel, Trans ve İnterseks Derneği*) göre Türkiye, ILGA'nın Gökkuşluğu Haritası ve Endeksinde 49 Avrupa ülkesi arasında 48. sırada yer almaktadır.²⁷ ILGA'nın Türkiye Raporunda İçişleri Bakanının, İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'nun düzenlediği etkinlikte bir uzmanın ve Diyanet İşleri Başkanının yaptıkları önyargı saikli konuşmalara atıflar yapılmaktadır.²⁸
35. ILGA-Avrupa tarafından da belirtildiği gibi LGBTİ+ bireylerin ve grupların devlet yetkilileri tarafından korunması yerine üst düzey görevliler tarafından hedef gösterildikleri görülmektedir. Hükümetin LGBTİ+ karşıtı konumunu gösteren birçok örnek vardır. Yakın zamandan çarpıcı bir örnek, Diyanet İşleri Başkanının 24.04.2020 tarihindeki hutbede yaptığı konuşmadır. Diyanet İşleri Başkanı, bu konuşmada HIV'e atıfta bulunarak LGBTİ topluluğu üyelerinin bu hastalığı yaydığını belirtmiş ve "halkı bu tür kötülüklerden korumak için mücadeleye katılın" şeklinde bir çağrıda bulunmuştur. Ankara Barosu, bu sözlerin Türk Ceza Kanununun 216/2. maddesinde düzenlenen halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunu oluşturduğunu belirterek suç duyurusunda bulunmuştur. Cumhurbaşkanı dahil olmak üzere çok sayıda üst düzey yetkili, Diyanet İşleri Başkanına desteklerini dile getirmiştir.²⁹ Cumhurbaşkanı Erdoğan, "bu saldırı, devlete ve İslam'a yönelik bir saldırıdır" demiştir. Ankara ve Diyarbakır'da görev yapan savcılar, Ankara Barosunun şikayetini soruşturmak

²³ Bkz. İtalya, İzlanda, Malta, Mexika, Myanmari Norveç, Arjantin'in tavsiyeleri, A/HRC/44/14/Add.1.

²⁴ Bkz. Evrensel Periyodik İncelemenin Üçüncü Dönemindeki Tavsiyeler Matrisi, Türkiye, <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/UPR/Pages/TRindex.aspx>.

²⁵ Kaos-GL, 2019'da Gerçekleşen Homofobi ve Transfobi Temelli Nefret Suçları Raporu, (Ankara: 2020).

²⁶ Kaos-GL, LGBTİ+'ların İnsan Hakları 2019 Yılı Raporu, (Ankara: 2020), p. 23.

²⁷ 2020 Raporu için bkz., <https://www.ilga-europe.org/rainboweurope/2020>.

²⁸ <https://www.ilga-europe.org/sites/default/files/2020/turkey.pdf>.

²⁹ Human Rights Watch (İnsan Hakları İzleme Örgütü), "Türkiye: Homofobik Sözlere İtiraz Eden Baroya Ceza Soruşturması Açıldı", <https://www.hrw.org/news/2020/05/01/turkey-criminal-case-opposing-homophobic-speech>.

yerine; Ankara ve Diyarbakır Baroları hakkında “bir grubun dini inancına açıkça saygısızlık ettikleri” gerekçesiyle soruşturma başlatmıştır.³⁰

36. Bu örnekte açıkça görüldüğü gibi Türkiye’de LGBTİ+ gruplarına yönelik nefret söylemleri değil; nefret söylemlerinde bulunan kişilere karşı yapılan konuşmalar tehdit altındadır. Maalesef, bu tehdit doğrudan ve hükümetin en tepesinden yayılmaktadır.
37. Bu nedenle, Türkiye’de cinsel azınlıklara yönelik nefret söylemine karşı elverişli hiçbir kanun yolu bulunmadığı ileri sürülmektedir. Cinsel azınlıklara yönelik nefret söylemi cezasız kalırken, Anayasa Mahkemesi, bu temelde Anayasanın ihlal edildiğine henüz karar vermemiştir.
38. Mevcut davaya ek olarak, Anayasa Mahkemesinin LGBTİ karşıtı nefret söylemi ile ilgili başvuruları incelemek için en az dört fırsatı daha olmuştur. Bu başvuruların iki tanesinde, Anayasa Mahkemesi başvuru yapanları aleyhine hukuk davası açmadıkları için iç hukuk yollarını tüketmedikleri gerekçesiyle başvuruları kabul edilemez bulmuştur.³¹ Üçüncü başvuruda, başvuru ulusal düzeyde yayımlanan bir haber hakkında şikayette bulunmuştur. Haberde “Kaos-GL isimli sapkınların derneğinin de avukatlığını yürüten Ankara Barosu’na kayıtlı Sinem Hun” denmiştir. Buna rağmen Anayasa Mahkemesi; LGBTİ+ avukatının, temsil ettiği örgüte yapılan iftiranın mağduru olarak kabul edilemeyeceği gerekçesiyle başvuruyu kabul edilemez bulmuştur.³² Son olarak Kaos GL davasında başvuru dernek, bir gazetenin manşetinde yer alan “Kaos GL, sapkınlar derneği” ifadelerinin başvuru dernek ve LGBTİ+ bireyleri hedef aldığını ve nefret söylemi olduğunu iddia etmiştir. Anayasa Mahkemesi, LGBTİ+ bireylere yönelik nefret söyleminin bu kişilerin anayasal haklarını ihlal edebileceğini belirtmekle birlikte bu kişilere “sapkın” demenin gazete aleyhine ceza soruşturmasını başlatılmasını gerektirmediği sonucuna ulaşmıştır. Anayasa Mahkemesi ayrıca, ifadelerin “nefret söylemi” olarak tanımlanacak düzeye de ulaşmadığını belirtmiştir.
39. Türkiye’de LGBTİ+ topluluğuna yönelik sistematik sözlü saldırıların düzeyi dikkate alındığında, Anayasa Mahkemesinin sekiz yıllık bireysel başvuru deneyiminin ardından henüz tek bir kararında dahi homofobik konuşma bulamadığını görmek şaşırtıcı değildir.

Sonuç

³⁰ Daha fazlası için bkz. “Cumhurbaşkanı Erdoğan barolara yönelik soruşturmasını durdurma çağrısı yaptı”, <https://www.ibanet.org/Article/NewDetail.aspx?ArticleUid=aba4972c-9030-4973-b072-89789f938ba7/>

³¹ Bkz. *Kaos Gey ve Lezbiyen Kültürel Araştırmalar ve Dayanışma Derneği İktisadi İşletmesi Başvurusu*, B No: 2018/34275, 13.11.2020; *Kaos Gey ve Lezbiyen Kültürel Araştırmalar ve Dayanışma Derneği Başvurusu*, B. No. 2018/10605, 25.9.2019. İkinci başvuru, LGBTİ + bireyleri hedef aldığı iddia edilen İnternet içeriğinin yasaklanması talebiyle ilgilidir.

³² *Sinem Hun Başvurusu*, B. No. 2013/5356, 08.05.2014. Bu dava, Avrupa Mahkemesine götürülmüş; benzer gerekçelerle başvuru hakkında kabul edilemezlik kararı verilmiştir. Bkz. *Sinem Hun/Türkiye*, no. 9483/15, 17.10.2017.

40. Yukarıdaki tüm faktörleri göz önünde bulunduran İFÖD, mevcut davanın, cinsel azınlıklara karşı nefret söylemine ilişkin Mahkeme'nin gelişen içtihadı ışığında incelenmesi gerektiğini vurgular.
41. Her ifadenin kendi koşullarına göre değerlendirmesi gerektiğine şüphe bulunmamaktadır. Bununla birlikte, *Beizaras ve Levickas* kararlarında Mahkeme'nin de belirttiği gibi kamu makamlarının aynı ayrımcı saikler ile iddialar hakkında soruşturma yürütüp yürütmedikleri, davalı devlette bu tür ifadelere genel bir hoşgörünün istatistiklerle gösterilip gösterilemeyeceği adil bir sonuca ulaşmak için titizlikle incelenmelidir.
42. İFÖD, diğer bağımsız gözlemcilerin de belirttiği gibi Türkiye'de LGBTİ+ karşıtı tutumun hızla arttığı görüşündedir. Bu tutumun sadece özel kişilerin kişisel tercihlerinden kaynaklanmadığı görülmektedir. Hükümet; cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğini koruyan kapsamlı bir ayrımcılık mevzuatını oluşturma ve benimseme konusundaki pozitif yükümlülüklerini göz ardı ederek kuşkusuz bu eğilimi güçlendirmektedir. Daha da kötüsü, üst düzey siyasetçi ve kamu görevlilerinin cinsel azınlıklara yönelik şiddet riskini arttıran homofobik bir dili yaygın olarak kullanması gerçeğidir. Bu durum, herhangi bir yasal koruma olmadan kendini ifade edemeyen cinsel azınlıklar üzerinde de caydırıcı etki yaratmaktadır.³³
43. Mevcut davanın, bu arka plan ile birlikte okunması gerektiği düşünülmektedir. Sonuç olarak, ikinci kategori nefret söylemi olarak görülebilecek bir konuşma; LGBTİ+ bireylerin ve topluluğunun sürekli ve sistematik olarak kamusal aktörlerin saldırısı altında olduğu ülkelerde birinci kategoriye girebilecektir.
44. İFÖD, bu davanın genel olarak Mahkeme'ye LGBTİ+ hakları konusunda en kötü performans gösteren ülkelerden biri olmaya devam eden bir ülkede *Beizaras ve Levickas* standartlarını test etme fırsatı sunduğuna inanmaktadır.

09.12.2020

İfade Özgürlüğü Derneği-İFÖD (Türkiye)

Web: <https://ifade.org.tr> Twitter: @ifadeorgtr

İfade Özgürlüğü Derneği resmi olarak ifade ve düşünce özgürlüğünün korunması ve geliştirilmesi için Ağustos 2017'de kurulmuştur. Yeni Dernek, herkesin düşünce ve ifade özgürlüğünden ve bilgi ve bilgiye erişim ve bilgi yayma hakkından yararlandığı bir toplum öngörmektedir.

³³ Avrupa Mahkemesi, *Kaos GL/Türkiye* kararında, Kaos GL tarafından yayımlanan bir derginin tüm nüshalarına el konulmasının, başvuru derneğin ifade özgürlüğünü ihlal ettiğini tespit etmiştir. Bkz. *Kaos GL/Türkiye*, no. 4982/07, 22.11.2016.