

KADININ TOPLUMSAL CİNSİYETE DAYALI ŞİDDETEN KAYNAKLANAN SİĞİNMA HAKKI

WOMEN'S RIGHT TO GENDER BASED ASYLUM CLAIMS

Recep DOĞAN*

Özet: Bu makalede, kamuoyunda kısaca “İstanbul Sözleşmesi” olarak bilinen, Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi’nin 60’ncı maddesinde yer alan “kadının toplumsal cinsiyete dayalı şiddetten kaynaklanan sığınma hakkı”nın kapsamı, kavramsal ve hukuki boyutları ile incelenecektir. 1951 Sözleşmesi ve diğer düzenlemeler ışığında, bu hakkın nasıl yorumlandığına ilişkin değişik ülke uygulamalarından örnekler verilecek, toplumsal cinsiyete dayalı şiddetten kaynaklanan sığınma hakkı kapsamında Türkiye’den yapılabilecek başvuruların kabul edilebilirliği irdelenecektir.

Anahtar Kelimeler: İstanbul Sözleşmesi, Toplumsal Cinsiyete Dayalı Şiddet, Toplumsal Cinsiyete Dayalı Sığınma Başvurusu, 1951 Sözleşmesi, Kadına Yönelik Şiddet

Abstract: This article discusses the concept of gender-based violence and gender-based asylum claims set out in the article 60 of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence otherwise known as “Istanbul Convention”. How the term “gender-based violence” is interpreted and applied in asylum claims will be explained in the light of 1951 Convention and court rulings from different jurisdictions. If claimed by Turkish citizens, the credibility and admissibility of such asylum claims will also be interrogated.

Keywords: Istanbul Convention, Gender-Based Violence, Gender-Based Asylum Claims, 1951 Convention, Violence against Women.

* Dr. (LL.M., PhD, Keele University UK), Uppsala Üniversitesi Hugo Valentin Araştırma Merkezi Misafir Araştırmacı, recepdogan06@hotmail.com.

GİRİŞ

Kamuoyunda kısaca “İstanbul Sözleşmesi” olarak bilinen, “Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi” Türkiye Cumhuriyeti tarafından 11 Mayıs 2011 tarihinde imzalanmıştır. 24.11.2011 tarihli ve 6251 sayılı Kanun’la naylanması uygun bulunan sözleşme, 8 Mart 2012 tarihinde ve 28227 (Mükerrer) sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak, yürürlüğe girmiştir.¹

Bu sözleşme (bundan böyle “İstanbul Sözleşmesi” olarak anılacaktır), diğer sözleşmelerden ve uluslararası düzenlemelerden² farklı olarak, 18 yaşından küçük kız çocuklarını da kapsayacak şekilde kadınlara yönelik şiddet, aile içi şiddet ve toplumsal cinsiyete dayalı şiddet eylemlerinde mağdurların korunması, şiddet eylemlerinin koşturılması ve kadına yönelik her türlü ayrımcılığın ortadan kaldırılması için politikalar geliştirilmesi amacıyla³, oldukça ayrıntılı koruyucu ve önleyici hükümler getirmekte, ayrıca sözleşme hükümlerinin taraflarca etkili bir biçimde uygulanmasını sağlamak üzere özel bir izleme mekanizması kurmaktadır.⁴

İstanbul Sözleşmesi’nin kamuoyunda az tartışılan ve dolayısıyla yeterince bilinmeyen yeni düzenlemelerinden birisi de Sözleşme’nin 60’ncı maddesinde belirtilen, kadının sadece kadın olması sebebiyle maruz kaldığı toplumsal cinsiyete dayalı şiddet veya zulümden (*persecution*) kaynaklanan, bir başka ülkeye sığınma hakkıdır. Bu hak, “Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme”⁵ (bundan böyle “1951

¹ Sözleşme 10.2.2012 tarihli ve 2012/2816 sayılı Bakanlar Kurulu Kararına uygun olarak yürürlüğe konmuştur.

² Bkz. Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW) ve Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesine İlişkin İhtiyari Protokol. Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesinin onaylanması 11.6.1985 tarih ve 3232 sayılı kanunla uygun bulunmuş, Bakanlar Kurulunca 24.7.1985 tarihinde 85/9722 sayılı kararla onaylanmış ve 14 Ekim 1985 tarih ve 18898 sayılı Resmi Gazete’ de yayımlanmıştır. Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesine İlişkin İhtiyari Protokol’ün onaylanması ise 30.7.2002 tarih ve 4770 sayılı kanunla uygun bulunmuş, Bakanlar Kurulunca 26.8.2002 tarih ve 2002/4703 sayılı kararla onaylanmış ve 18.9.2002 tarih ve 24880 sayılı Resmi Gazete’ de yayımlanmıştır.

³ İstanbul Sözleşmesi m.1-3.

⁴ İstanbul Sözleşmesi m.66-70.

⁵ Cenevre’de 28 Temmuz 1951 tarihinde imzalanan sözleşme, 29.8.1961 tarihli ve 359 sayılı kanun ile onaylanmış, 05.09.1961 tarih ve 10898 sayı ile Resmi Gazete’ de yayımlanmıştır.

Sözleşmesi” olarak anılacaktır) ve bu sözleşmeyi zaman ve mekân bakımından tadil edip Avrupa dışında meydana gelen olaylara da uygulanmasını sağlayan 1967 tarihli “Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Protokol” de (bundan böyle “1967 Protokolü” olarak anılacaktır)⁶ yer almamaktadır. Dolayısıyla, İstanbul Sözleşmesi’nin 60’ncı maddesi, toplumsal cinsiyet farklılıkları nedeniyle kadınlara uygulanan şiddet eylemlerinin 1951 Sözleşmesi ve 1967 Protokolü’nde sayılan “zulüm” (*persecution*) çeşitlerinden biri olarak kabul edilmesini öngörmekte ve her iki düzenlemenin de kapsamını genişletmektedir.

Bu nedenle, 1951 Sözleşmesi’ne göre, taraf devletlerin takdirine bırakılan ve “toplumsal cinsiyete dayalı şiddet” tanımının kapsamına girebilecek eylemler, İstanbul Sözleşmesi ile birlikte artık taraf devletlerce toplumsal cinsiyet farklılıklarına duyarlı bir şekilde yorumlanacak ve 1951 Sözleşmesi’nin 1 A (2) maddesinde belirtilen diğer şartların gerçekleşmesi halinde, toplumsal cinsiyete dayalı şiddet eylemleri nedeniyle zulme uğrayan veya zulme uğramaktan haklı nedenlerle korkan her kadına mülteci statüsü verilmesi zorunlu olacaktır.

Bu makalede, İstanbul Sözleşmesi’nin 60’ncı maddesinde yer alan “kadının toplumsal cinsiyete dayalı şiddetten kaynaklanan sığınma hakkı”nın kapsamı kavramsal ve hukuki boyutları ile incelenecektir. 1951 Sözleşmesi ve diğer düzenlemeler ışığında, bu hakkın nasıl yorumlandığına ilişkin değişik ülke uygulamalarından örnekler verilecek, toplumsal cinsiyete dayalı şiddetten kaynaklanan sığınma hakkı kapsamında Türkiye’den yapılabilecek başvuruların kabul edilebilirliği irdelenecektir.

KAVRAMSAL BOYUT

I-Terim Sorunu

Her şeyden önce İstanbul Sözleşmesi’nin 60’ncı maddesinin başlığı İngilizce metinde “*Gender-based asylum claims*” olup, bu husus resmi çeviride “Toplumsal cinsiyete dayalı sığınmacı başvuruları” şeklinde yer almıştır.⁷ Yine 1951 Sözleşmesi’nin İngilizcesi “*1951 Convention Relating*

⁶ 1.7.1968 tarih ve 6/10266 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile katılmış olup, 5.8.1968 tarih ve 12968 sayılı Resmi Gazete’ de yayımlanmıştır.

⁷ 8 Mart 2012 tarihli ve 28227 (Mükerrer) sayılı Resmi Gazete.

to the Status of Refugees” olup “Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme” olarak Türkçe’ye çevrilmiştir.⁸

Genel olarak Türkçede “refugee” kelimesinin karşılığı olarak “mülteci”, “asylum seeker” kelimesinin karşılığı olarak ise “sığınmacı” kelimesi kullanılmaktadır.⁹ Ancak gerek literatüre, gerekse uluslararası düzenlemelere göre, iltica etme hakkı ve dolayısıyla mülteci olma durumu hukuki bir statünün kazanılmasını, sığınma hakkı ve sığınmacı olma durumu ise hukuki bir statünün kazanılmasından daha çok, sığınılan ülkenin yasalarından mülteciler gibi yararlanılmasını öngörmeyen kısa süreli fiili bir barınma durumunu ifade etmektedir.¹⁰ Nitekim aynı nedenle, 4.4.2013 tarihli ve 6458 sayılı “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu” 61 ve 63’üncü maddeleri arasında mülteci (Madde-61), şartlı mülteci (Madde-62) ve ikincil koruma (Madde-63) tanımları getirmekte, daha önceden mevzuatta¹¹ sığınmacı olarak tanımlanan kişilerin bundan böyle şartlı mülteci olarak tanımlanmasını öngörmektedir. Kanaatimiz odur ki, İstanbul Sözleşmesi’nin 60’ncü maddesi, ayrıntıları aşağıda tartışılacak olan 1951 Sözleşmesi’nin 1, (A) 2 maddesi gereğince mülteci olarak kabul edilemeyen, ancak sırf kadın olduğu için şiddete/zulme uğrayan veya haklı nedene dayalı olarak bu zulme uğramaktan korkan kadınların, bundan sonraki sığınma başvurularının toplumsal cinsiyet farklılıklarına duyarlı bir biçimde yorumlanmasını ve bu kadınlara da 1951 Sözleşmesi’nin 1, (A) 2 maddesi gereğince mülteci statüsünün verilmesini öngörmektedir. Bu nedenle, gerek İstanbul Sözleşmesi’nin 60’ncü maddesinin başlığı “sığınmacı başvuruları” olarak çevrilmiş ve bu makalenin başlığında da “sığınma hakkı” kelimesi kullanılmış ise de, sırf kadın olduğu için toplumsal cinsiyete dayalı olarak zulme maruz kalan veya zulme uğramaktan korkan kadınların, kendi devletleri dışında bir başka dev-

⁸ 05.09.1961 tarihli ve 10898 sayılı Resmi Gazete.

⁹ “Refugee” kelimesinin “sığınmacı” olarak kullanımını hakkında Bkz. Hüseyin Pazarcı, Uluslararası Hukuk Dersleri, II. Kitap, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 1993, s.181-184.

¹⁰ M. Tevfik Odman, Mülteci Hukuku, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları No: 15, Ankara, 1995, s.188-189.

¹¹ 14.9.1994 tarihli ve 94/6169 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan “Türkiye’ye İltica Eden veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzere Türkiye’den İkamet İzni Talep Eden Münferit Yabancılar ile Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılar ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik”, 30.11.1994 tarih ve 22127 sayılı Resmi Gazete.

letin hukuki korumasından yararlanmaya yönelik başvuruları, iltica başvurusu (*refugee application*) olarak kabul edilip, kendilerine bundan böyle mülteci statüsü (*refugee status*) verilecektir.

Mülteci statüsünün belirlenmesinde uygulanacak ölçütler ve usuller yukarıda belirtildiği üzere “1951 Sözleşmesi” ve bu sözleşmeyi zaman ve mekân bakımından tadil edip Avrupa dışında meydana gelen olaylara da uygulanmasını sağlayan “1967 Protokolü” ne uygun olarak belirlenmiş olup, mülteci statüsünün belirlenmesinde uygulanan ölçütler, 1951 Sözleşmesi’nin ilgili hükümlerine göre aşağıda ayrıntılı olarak tartışılacaktır.

II-1951 Sözleşmesi ve 1967 Protokolü

1951 Sözleşmesi’nin 1, (A) 2 maddesine göre “mülteci” kavramı:

“1 Ocak 1951’den önce meydana gelen olaylar sonucunda ve ırkı, dini, tabiiyeti, *belli bir toplumsal gruba mensubiyeti* veya siyasi düşünceleri yüzünden, zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan, ya da söz konusu korku nedeniyle, yararlanmak istemeyen, yahut tabiiyeti yoksa ve bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunuyorsa, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen” kişiyi ifade etmektedir.

Aynı sözleşmenin 1, (B) maddesi, taraf devletlere “1 Ocak 1951’den önce meydana gelen olaylar” deyimini yorumlama bakımından seçimlik hak vermektedir. Bu madde hükmüne göre:

“İşbu Sözleşme’nin amaçları bakımından, Madde 1, kısım (A)’da yer alan “1 Ocak 1951’den önce meydana gelen olaylar” ifadesi, ya,

(a) “1 Ocak 1951’den önce Avrupa’da meydana gelen olaylar”; veya

(b) “1 Ocak 1951’den önce Avrupa’da veya başka bir yerde meydana gelen olaylar” anlamında anlaşılacak ve her Taraf Devlet bu Sözleşme’yi imzaladığı, tasdik ettiği veya ona katıldığı sırada bu Sözleşme’ye göre taahhüt ettiği yükümlülükler bakımından bu ifadenin kapsamını belirten bir beyanda bulunacaktır.”

Türkiye sözleşmeyi imzalarken sunduğu deklarasyona göre, “1 Ocak 1951’den önce meydana gelen olaylar” ibaresini “1 Ocak 1951’den

önce Avrupa'da meydana gelen olaylar" şeklinde yorumladığını beyan etmiştir.¹² Tahmin edilebileceği üzere, 1951 tarihli sözleşme 2. Dünya Savaşı sırasında Avrupa'da birçok ülkede insanların ülkesini terk etmek zorunda kalması üzerine yaşanan mülteci krizlerinin ve kısımlarının bir daha yaşanmamasına yönelik ihtiyaçtan doğmuş olup Birleşmiş Milletlere üye taraf devletlerin Avrupa'da yaşanan mülteci krizinden doğan sorumluluğu paylaşmaları gerektiği düşünülmüştür.¹³

Dünya konjonktüründe meydana gelen değişimler karşısında, tarihi ve coğrafi sınırlamalar içeren ve sadece 1 Ocak 1951 tarihinden önce Avrupa'da meydana gelen olaylara hitap eden bir sözleşmenin mülteci sorununu çözmekte yeterli olamayacağı düşüncesiyle, 1951 Sözleşmesi'nde yer alan tarihi ve coğrafi sınırlamayı kaldıran bir Protokol hazırlanmıştır. Mültecilerin hukuki statüsü ile ilgili bu Protokol Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 2198 (XXI) sayılı kararı ile kabul edilmiş ve 2 Ekim 1967 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye bu Protokolü, daha önce bildirdiği tarihi sınırlamayı kaldırıp, coğrafi sınırlamasını ise muhafaza ederek onaylamıştır.¹⁴ Dolayısıyla hâlihazırda, 4.4.2013 tarihli ve 6458 sayılı 'Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun 61'inci maddesinde de muhafaza edilen bu coğrafi sınırlama doğrultusunda Türk hukuku açısından mülteci statüsü:

"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" verilmektedir.

¹² 05.09.1961 tarihli ve 10898 sayılı Resmi Gazete.

¹³ Joline Doedens, "The Politics of Domestic Violence-Based Asylum Claims", *Duke Journal of Gender Law & Policy*, vol.22, 2014, s.111-136, s.112; Melinda McPherson, Leah S. Horowitz, Dean Lusher, Sarah Di Giglio, Lucy E. Greenacre, Yuri B. Saalman, "Marginal Women, Marginal Rights: Impediments to Gender-Based Persecution Claims by Asylum-seeking Women in Australia", *Journal of Refugee Studies*, 24 (2), 2011, s.323-347, s.325.

¹⁴ Bkz. 5.8.1968 tarih ve 12968 sayılı Resmi Gazete.

Buraya kadar yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere 1951 Sözleşmesi'ne göre, mülteci statüsünü kazanılmasında ve belirlenmesinde ırk, din, tabiiyet, belli bir toplumsal gruba mensubiyet ve siyasi düşünce ölçütlerinden hareketle karar verilmektedir. Bununla beraber, 1951 Sözleşmesi başvuruda bulunan kişinin vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunmasını, vatansız ise önceden ikamet ettiği ülke dışında bulunmasını, yukarıda beş grup halinde sayılan nedenlerden biri ile zulme uğramaktan haklı nedenlerle korkmasını, bu korku nedeniyle vatandaşı olduğu ülkenin korumasından yararlanamamasını veya yararlanmak istememesini, başvuran vatansız ise, bu korku nedeniyle önceden ikamet ettiği ülkeye dönememesini veya dönmek istememesi şartlarını aramaktadır. Bunlardan ülke dışında olma ve zulme uğramaktan haklı nedenle korkma şartları genel şartlar olarak, zulüm korkusunun dayanağını teşkil eden ve beş kategori halinde sayılan haller ise özel şartlar olarak nitelenebilir.

İstanbul Sözleşmesi'nin 60'ncü maddesi, toplumsal cinsiyete dayalı şiddet nedeniyle yapılacak sığınma [iltica] başvurularının, 1951 Sözleşmesi'nde belirtilen zulme uğramaktan korkma şartını ve diğer genel şartları taşıması gerektiğini belirttiğinden, bu makalede, makalenin konusuna ve sınırlarına uygun olarak, 1951 Sözleşmesi'nin öngördüğü mülteci statüsünün elde edilmesinin genel şartları ile özel şartlardan biri olan "*belli bir toplumsal gruba mensubiyet*" kavramı ayrıntılı olarak tartışılacaktır. Ardından mülteci statüsünün elde edilmesi anlamında toplumsal cinsiyete dayalı şiddet kavramı açıklanacaktır.

1951 SÖZLEŞMESİ'NE GÖRE MÜLTECİ STATÜSÜNÜN KAZANILMASINA İLİŞKİN ŞARTLAR

I-Genel Şartlar

a-Ülke dışında olma

Mülteci statüsünün tanınmasında aranan ilk koşul, başvuranın vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunması kuralıdır. Kişi kendi ülkesinin topraklarında bulunduğu sürece sığınma [iltica] başvurusu yapamaz; bir başka ülkenin uluslararası hukuka dayalı korumasından faydalanamaz. Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği tarafından yayımlanan Mülteci Statüsünün Belirlenmesinde Uygulanacak

Ölçütler ve Usuller Hakkında El Kitabı'nda¹⁵ da belirtildiği üzere, bu kuralın istisnası yoktur. Bazı Latin Amerika ülkelerinde siyasi düşünce suçlularının yabancı devlet büyükelçiliklerine sığınması anlamına gelen "diplomatik sığınma" geleneği var ise de, bir başka ülkenin büyükelçiliğine sığınan kişi, 18 Nisan 1961 tarihli Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi uyarınca kendi ülkesinin egemenlik alanları dışına çıkmakla birlikte, kendi ülkesinin toprakları dışında bulunmadığından 1951 Sözleşmesi'nin kapsamına girmez.¹⁶

Başvuranın vatandaşı olduğu ülkede zulme uğramaktan korktuğunu ileri sürebilmesi için, zulme uğrama korkusunun vatandaşı olduğu ülke ile bir bağlantısı olmalıdır. Ancak zulme uğrama korkusunun başvuranın vatandaşı olduğu ülkenin tamamında geçerli olması, bir başka deyişle zulme uğrama korkusunun başvuranın ülkesinin tamamını kapsamaması gerekli değildir. Etnik çatışmalarda veya iç savaş hallerinde, belli bir gruba yönelik zulüm tehdidi ülkenin bir bölümünde geçerli iken, diğer bölümlerinde fiilen geçerli olmayabilir. Böyle bir durumda, zulme uğrayan kişinin kendi ülkesinin başka bir bölgesine kaçarak zulüm tehdidinden fiilen kurtulma olanağı var olmasına rağmen, içinde bulunduğu şartlar nedeniyle bunu yapması kendisinden beklenemeyecek ise kişinin sığınma[iltica] başvurusu reddedilmez.¹⁷

b-Zulme uğramaktan haklı nedenle korkma

1951 Sözleşmesi'nde yer alan ve Türkçeye "zulüm" olarak çevrilen "persecution" kelimesi ile 1951 Sözleşmesi'nin 1, (A) 2 maddesinde yer alan "zulme uğramaktan haklı nedenlerle korkma" (*owing to well founded fear of being persecuted*) ibaresi mülteci tanımının esasını oluştur-

¹⁵ Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (BMMYK), Mülteci Statüsünün Belirlenmesinde Uygulanacak Ölçütler ve Usuller Hakkında El Kitabı (HCR/1P/4/EnG/Rev.2) , Yeniden Gözden Geçirilmiş Baskı, BMMYK, Ankara, 1998, s.22, para.88.

¹⁶ Nitekim Amerikan yönetimine ait gizli belgeleri sızdırdığı için İngiltere'de iken İngiliz ve Amerikan yönetimlerince takibata uğrayan Julian Assange 19 Haziran 2012 tarihinde Londra'da Ekvador devletinin Büyükelçiliği'ne sığınmış, Ekvador tarafından kendisine 16 Ağustos 2012 tarihinde siyasi sığınma hakkı verilmiştir. Bu tarihten itibaren Ekvador devletinin Londra Büyükelçiliği'nde ikamet eden Assange' a hiçbir ülke şu ana kadar mülteci statüsü vermemiştir. "Julian Assange granted asylum by Ecuador", The Guardian, August 16, 2012, <http://www.theguardian.com/media/2012/aug/16/julian-assange-ecuador-embassy-asylum-live>.

¹⁷ BMMYK El Kitabı, s.23, paragraf.91.

maktadır.¹⁸ Bu bağlamda, korku “yakında meydana gelecek bir tehlike durumunun yarattığı huzursuzluk ve üzüntü duygusu veya kişinin incinmesine veya cezalandırılmasına neden olacak mevcut veya muhtemel bir tehlike kaynağının neden olduğu ruh hali” şeklinde açıklanmaktadır.¹⁹ Korkunun kişinin ruh haline ilişkin olması sebebiyle öznel ve sübjektif bir nitelik taşıdığı açıktır. Ancak tanımda yer alan ve kişinin ruh halini yansıtan korku kavramına haklı nedenlere dayalı olma koşulu eklenip, ruh halinin nesnel koşullara dayanması gerektiği belirtilmiştir.²⁰ Zulüm ise “devlet korumasının zafiyete uğraması durumunda temel insan haklarının devamlı ve sistemli bir şekilde ihlal edilmesi”²¹ olarak tanımlanmaktadır.

Kişinin sığınma [iltica] başvurusu yapabilmesi için fiili olarak zulme uğramış olması gerekmemekte olup, zulme maruz kalma tehlikesinin bulunması yeterlidir. Sığınma [iltica] başvurusu yapan birçok kişi için “zulüm” kelimesi, kelime hazinelerine yabancıdır. Mülteciler genellikle zulme uğramaktan korktuklarını açık açık söylemez, hatta zulüm sözcüğünü bile birçok vakada kullanmazlar. Ancak anlattıklarından ve başlarına gelenleri anlatırken kullandıkları sözcüklerden korkunun ve zulmün varlığı açıkça anlaşılır.²²

Zulüm korkusunun öznel niteliği, kişinin düşünce ve duygularının dikkatle değerlendirilmesini gerektirir. Bu bağlamda objektif bir değerlendirme yapabilmek için başvuranın ülkesindeki koşulların bilinmesi, menşe ülkesinde kalması halinde ya da ülkesine dönmesi halinde hayatının çekilmez hale gelme ihtimalinin yüksek olduğunun ispatı gerekir.²³ Bu bağlamda zulüm, ülkenin yetkili makamları tarafından gerçekleştirilen bir eylemle ilgili olabileceği gibi, ülkenin yetkili makamları tarafından doğrudan yerine getirilmemekle beraber toplumun diğer kesimleri tarafından gerçekleştirilip yetkili makamlarca hoş görülen, korunması reddedilen, korunma imkânından fiilen yoksun bırakılan veya yeterince korunmayan/korunamayan saldırgan ve ayrımcı eylemlere ilişkin de olabilir.²⁴

¹⁸ Odman, s. 98-101; BMMYK El Kitabı, s.11.

¹⁹ James, C. Hathaway, The Law of Refugee Status, Osgoode Hall Law School, York University, Butter Worths Ltd., Canada, 1991, s.66.

²⁰ BMMYK El Kitabı, s. 12, paragraf.38; Doedens, s.114.

²¹ Hathaway, s. 103-104; Odman, s.99.

²² BMMYK El Kitabı, s.14. paragraf.46.

²³ BMMYK El Kitabı, s. 13.

²⁴ BMMYK El Kitabı s.18.

Zulüm kavramını ayrımcılık kavramından ayırmak gerekir. Birçok toplulukta, bu toplulukları oluşturan bireylere az ya da çok ayrımcılık içeren farklı muameleler yapılabilir. Ancak kişilerin ayrımcı muameleye tabi tutulması onların her zaman zulüm kurbanı olduğu anlamına gelmez. Ayrımcılığın zulüm olarak değerlendirilebilmesi için, ayrımcılık içeren muamelenin kişiye büyük ölçüde zarar veren boyutlara ulaşması gerekir. Örneğin kişinin yaşamını kazanma, ibadet etme veya temel eğitim olanaklarından yararlanma hakkına yönelik olarak getirilen önemli ayrımcılık içeren sınırlamalar zulüm olarak nitelenebilir.²⁵

Yine, zulüm kavramını hukuki bir kovuşturma sonucu adi bir suçtan dolayı verilecek cezadan da ayırmak gerekir. İşledikleri adi bir suçtan dolayı cezaevine girmemek için ülkelerinden kaçanlar genel olarak mülteci sayılmaz. Ancak adi bir suçtan hüküm giymiş bir kişinin çok ağır ve orantısız bir cezaya çarptırılması halinde, bu cezanın mülteci tanımında belirtilen şekilde bir zulme dönüşmesi mümkündür. Özellikle çocuklara yasa dışı dini eğitim veya dil eğitimi verildiği gerekçesiyle yapılan kovuşturmalar neticesinde verilen ağır ve orantısız cezalar ile bildiri dağıtma ya da kamu düzenini bozma suçundan sırf siyasi nedenlerle verilen ağır cezaların zulüm olarak değerlendirilmesi mümkündür. Bu tür durumlarda verilen cezaların, yapılan soruşturmaların, menşe ülkesindeki yasaların ve bu yasaların uygulanış biçimlerinin, evrensel insan hakları standartlarına uygun olup olmadığının bilinmesi, verilen bu cezaların zulüm olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğinin tespit edilmesi açısından önemlidir.²⁶

II- Özel Şartlar

Belli bir toplumsal gruba mensubiyet

Belli bir toplumsal gruba mensubiyet nedeniyle zulme uğramaktan haklı nedenle korkma şartı, mülteci veya sığınmacı tanımının en belirsiz unsurunu oluşturmaktadır.²⁷ Bu kavram, sözleşme metnine

²⁵ BMMYK El Kitabı s.16.

²⁶ BMMYK El Kitabı s. 16, 17.

²⁷ John Vrachnas, Kim Boyd, Mirko Bagaric, Penny Dimopoulos, Migration and Refugee Law: Principles and Practice in Australia, 2 nd Edition, Cambridge University Press, New York, 2008, s.204; Kristin A. Bresnahan, "The Board of Immigration Appeals's New Social Visibility Test for Determining Membership of a Parti-

İsveç delegesinin önerisi ile eklenmiş olup, kavramın neyi ifade ettiği konusunda 1951 Sözleşmesi'nin imzalanması sırasında yapılan görüşmelerden bir sonuca varılması mümkün değildir. Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği tarafından yayımlanan Mülteci Statüsünün Belirlenmesinde Uygulanacak Ölçütler ve Usuller Hakkında El Kitabı'nda da bu konuda tatmin edici açıklamalar bulunmamaktadır.²⁸ Ancak önerinin, ırk, din, tabiiyet ve siyasi düşünce sebepleri dışında, kişilerin farklı toplumsal gruplara mensup olmaları sebebiyle zulme uğrayabileceği ihtimaline karşı Sözleşme'ye eklendiği belirtilmektedir. Yine kavramın, temel olarak 1951 Sözleşmesi'nin imzalandığı tarihte, komünist ülkelerde yaşayan, ancak komünizm öncesi dönemde burjuva sınıfına mensup olan ailelerin korunmasını amaç edindiği ifade edilmektedir.²⁹

İstanbul Sözleşmesi'nin kabulünden önce, yukarıda giriş kısmında da belirtildiği üzere kadınlar toplumsal cinsiyete dayalı şiddet eylemlerinden kaynaklanan sığınma [iltica] başvurularında, 1951 Sözleşmesi'nde belirtildiği şekli ile "belli bir toplumsal gruba mensup" olmaları nedeniyle zulme uğradıklarını veya zulme uğramaktan korktuklarını ispatlamak zorunda kalmaktaydılar. Çünkü 10 Aralık 1948 tarihinde kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 2'nci maddesinde hiçbir insanın cinsiyeti nedeniyle ayrımcılığa tabi tutulmayacağı açık bir şekilde hüküm altına alınmış olmasına rağmen, cinsiyet (*sex*) veya toplumsal cinsiyet (*gender*) nedeniyle zulme maruz kalma hali 1951 Sözleşmesi'nde hüküm altına alınmamıştı. Bu durumda, kadınlar, kadın olarak farklı bir toplumsal/sosyal gruba ait olduklarını ve kadın olmaları sebebiyle zulme uğrama korkusu yaşadıklarını iddia etmekte, başvurulan devletlerin yetkili makamları ise böyle bir iddianın kabulü ve başvurularına sırf kadın olduğu için sığınmacı statüsü verilmesi halinde, başvuranın vatandaşı olduğu ülkeden gelen tüm

cular Social Group in Asylum Claims and Its Legal Policy Implications", *Berkeley Journal of International Law*, 29 (2), 2011, s.649-679, s.649; Sarilee Kahn, "Cast Out: "Gender Role Outlaws" Seeking Asylum in the West and the Quest for Social Connections", *Journal of Immigrant & Refugee Studies*, 13, 2015, s.58-79, s.60.

²⁸ BMMYK El Kitabı s.20.

²⁹ Arthur C. Helton, "Persecution on Account of Membership in a Social Group As a Basis for Refugee Status", *Columbia Human Rights Law Review*, 15 (1), 1983, s.39-67, s. 39; *Islam v. Secretary of State for the Home Department Immigration Appeal Tribunal and Another, Ex Parte Shah, R v. [1999] UKHL 20*, s. 5, 14, 22; Kahn, s.60; Odman, s.113; Vrachnas, vd. s. 208.

kadınlara sığınmacı statüsü verilmesi gerekeceği gerekçesiyle başvuruyu reddetmekteydi.³⁰ Dolayısıyla toplumsal cinsiyet farklılıklarına dayalı şiddet eylemleri konusunda duyarlılığın henüz gelişmediği bu dönemde, kadınların farklı bir toplumsal grup teşkil edebilecekleri ve sırf kadın olmaları sebebiyle zulme uğrayabilecekleri gerçeğinin kabul edilmesi halinde, sığınma (iltica) talepleri kabul edilmekteydi. Ancak bu hiç de kolay olmamaktaydı.

Nitekim belli bir toplumsal gruba mensubiyet kavramından ne anlaşılması gerektiği konusunda her ülkede farklı uygulamalar ve yaklaşımlar bulunmaktadır. Örneğin Avustralya’da bu konu *A v MIEA*³¹ kararında tartışılmıştır. Bu karara esas teşkil eden vakada, Çin’den Avustralya’ya gelen bir çift, Çin Halk Cumhuriyeti’nde mevcut olan tek çocuk politikasına uymadıklarını, bu nedenle Çin’e gönderilmeleri halinde kısırlaştırılacaklarını gerekçe göstererek iltica talebinde bulunmuş, 3’e karşı 2 oyla Avustralya Yüksek Mahkemesi (*The High Court of Australia*) talebi reddetmiştir. Mahkeme kararında, tek çocuk uygulamasının Çin’de genel bir uygulama olduğunu, spesifik olarak başvuranlara uygulanmadığını, bu ailenin zulme uğrama tehlikesinin var olduğunu, ancak bu ailenin zulüm tehlikesinden bağımsız olarak bir toplumsal gruba mensup olmadığını belirterek şu hükme yer vermiştir:

“Mülteci statüsünün verilmesine dayanak teşkil edecek belli bir toplumsal gruptan ve gruba mensubiyetten söz edebilmek için, grubun zulme uğrama tehlikesinden bağımsız olarak mevcut bulunması gerekir. Bir başka deyişle toplumsal olduğu iddia edilen grubun, tek ortak özelliğini “zulme uğrama tehlikesi” oluşturmamalıdır. Zulüm tehlikesinin varlığı tek başına toplumsal grubun varlığına işaret etmez. Zulme uğrama tehlikesinden ayrı ve bağımsız olarak grubu oluşturan kişiler, ayırt edilebilir birtakım genel karakteristik özelliklere veya sıfatlara sahip olmalıdır.³²

³⁰ Bresnahan, s.675; McPerson, vd. s.328.

³¹ A. v. Minister for Immigration and Ethnic Affairs and Another (1997) 142 A.L.R. 331.

³² A. v. Minister for Immigration and Ethnic Affairs and Another (1997) 142 A.L.R. 331, s.358. Ancak Çin Halk Cumhuriyeti’nde mevcut tek çocuk uygulaması ile buna bağlı kürtaj ve kısırlaştırma uygulamalarının zulüm sayılabileceğine ilişkin olarak değişik ülkelerde değişik uygulamalar bulunmaktadır. Örneğin, Kanada Federal Temyiz Mahkemesi bir oğlan çocuk doğurduktan sonra, bir kız çocuğu

Bunun haricinde, Amerika Birleşik Devletleri Temyiz Mahkemesi'nin Göçmenlik İşleri Dairesi'nin yargısal kararlarına (*The U.S. Board of Immigration Appeals*) bakıldığında ise, belli bir toplumsal gruba mensubiyet kavramının *Acosta*³³ ve bunu izleyen *Bastanipour*³⁴ ve *Fatin*³⁵ kararlarında açıklandığı görülmektedir. Bu kararlardan, *Acosta* kararında, El Salvador'dan gelen bazı taksi şoförlerinin El Salvador'a gönderilmeleri halinde diğer bazı taksi şoförlerinin zulmüne maruz kalacakları gerekçesiyle yaptıkları iltica başvurusu reddedilmiştir. İltica başvurusunu ret ederken Temyiz Mahkemesi'nin Göçmenlik İşleri Dairesi (*The U.S. Board of Immigration Appeals*) şu ifadelere yer vermiştir:

"1951 Sözleşmesi'nde yer alıp mülteci statüsünün verilmesini sağlayan ırk, din, tabiiyet ve siyasi düşünce unsurlarının tamamında zulme uğrayan bireyler aynı türden gelmekte ve ortak bazı özellikler taşımaktadırlar. Sayılan bu dört halde, zulüm, kişinin doğuştan gelen ya da kendi kişisel kimliğinin veya manevi varlığının esasını oluşturup iradi olarak değiştirilmesi mümkün olmayan ya da değiştirilmesi beklenmeyen özelliklerine yönelmiştir. Bu nedenle, belli bir toplumsal gruba mensup olmaları sebebiyle zulme uğradığını iddia eden kişiler açısından bir grubun varlığından söz edebilmek için, o grubu oluşturan kişilerin, ortak değiştirilemez, doğuştan getirilen veya kendi iradeleri ile değiştirilemeyecek bir takım özelliklere (hususiyetlere) sahip olması gerekir. Bu özellikler, doğuştan getirilen cinsiyet, renk, akrabalık bağı gibi hususlardan kaynaklanabileceği gibi; ordu mensubu olma veya toprak sahibi olma gibi geçmişte paylaşılan deneyimlerden de kaynaklanabilir."

İngiltere'de ise *Islam and Ex Parte Shah* kararında detaylı tartışmalar yapılmış, özellikle kadın olmanın 1951 Sözleşmesi anlamında belli bir toplumsal gruba mensubiyet sayılıp sayılmayacağı hususu irdelenmiştir. Bu kararda, İngiltere'nin en yüksek yargı organı olan Lordlar Kamarası (*House of Lords*) *Shahanna Islam* ve *Syeda Shah* adlı Pakistan-

daha gizlice doğuran, beş kez kürtaj yaptırmak zorunda kalıp, Çin'e geri gönderilmesi halinde zorunlu kısırlaştırmaya tabi tutulacağını iddia eden, Ting Ting Cheung adlı kadının yaptığı başvuruyu 1951 sözleşmesine uygun olarak yapılmış bir başvuru olarak kabul etmiştir. *Cheung v Canada* (Minister of Employment and Immigration) [1993] 102 D.L.R. (4 th) 214. (Fed.Ct.App.) (Can.)

³³ *In re Acosta* (1985) 19 I. & N. 211.

³⁴ *Bastanipour v. Immigration and Naturalization Service* (1992) 980 F.2d 1129.

³⁵ *Fatin v. Immigration and Naturalization Service* (1993) 12 F.3d 1233.

lı iki kadının sığınma [iltica] başvurusunun reddine ilişkin Temyiz Mahkemesi'nin (*The Court of Appeal*) kararlarını³⁶ aynı kararında görüşmüş ve iltica talebinin kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Kocalarından şiddet gören ve zina yapmakla suçlanan *Shahanna Islam* ve *Syeda Shah* adlı iki Pakistanlı kadın, Pakistan'a gönderilmeleri halinde zina ile suçlanacaklarını ve suçlu bulunmaları halinde kırbaç veya taşlama cezası ile cezalandırılacaklarını belirtmişlerdir. Kadınlar, zina ile ilgili şahitliklerinin geçerli olmadığını, Pakistan cezaevlerinde bulunan hükümlü kadınların yarısından fazlasının zina suçlaması ile içerde bulunduğunu, vakaların çoğunda 2 veya 3 yıl cezaevinde kalan kadınların delil yokluğundan serbest bırakıldığını, bunun zulme ve ayrımcılığa yol açtığını ifade etmişlerdir. Kadınlar ayrıca, birçok kadının eski kocasının, karısının boşanmasını ve yeniden evlenmesini engellemek için böyle bir yola başvurduğunu, zina suçlaması halinde yetkili makamların kadınları korumakta gönülsüz davrandıklarını veya korumak istemeyip ayrımcı muameleye tabi tuttuklarını ifade ederek iltica talebinde bulunmuşlardır. Temyiz Mahkemesi bu kadınların doğuştan veya değiştirilemez ortak özelliklere sahip olmadıklarını, ortada bir toplumsal gruptan veya 1951 Sözleşmesi kapsamında "Pakistanlı kadınlar" diye bir toplumsal gruptan söz edilemeyeceğini, bir toplumsal gruptan söz edilse bile zulmün bizatihi toplumsal bir gruba üyelikten kaynaklanmadığını, koca şiddetinden kaynaklandığını, belirterek talepleri reddetmiştir.

Dosyanın önüne gelmesi üzerine, Lordlar Kamarası daha önceden benzer bir vakanın bulunmaması sebebiyle, Amerikan Temyiz Mahkemesi'nin *Acosta* ve Avustralya Yüksek Mahkemesi'nin *A. v. MIEA* kararları ışığında konuyu tartışmıştır. Bu kararda, Lordlar Kamarasının davaya bakan heyetinin 5 üyesinden biri olan Lord Millett çoğunluk görüşüne karşı çıkmış, karar 4'e karşı 1 oyla alınmıştır. Söz konusu kararda Lord Steyn ve Lord Hoffmann'ın diğer ülke uygulamalarına da atıfta bulunarak yaptığı değerlendirmeler "belli bir toplumsal gruba mensubiyet" kavramından ne anlaşılması gerektiği hususunda oldukça değerli tartışmalar içermektedir.³⁷

³⁶ Reg. v. Immigration Appeal Tribunal, Ex-parte Shah [1998] 1 W.L.R. 74.

³⁷ Bu konuda ayrıntılı bir çalışma için bkz. Bresnahan, 2011.

Bu kararda, Lord Steyn davaya ve iltica başvurusuna ilişkin görüşlerinde şunları belirtmiştir:

Mülteci statüsü verilmesine neden olan toplumsal grubun varlığı için “Pakistanlı kadınlar” diye bir gruptan söz edilmesi uygun olmayıp, daha dar bir grup üzerinden sonuca varılması gerekir. Buna göre, “zina ile suçlanan ve devletten yeterince koruma görmeyen Pakistanlı kadınlar” 1951 Sözleşmesi anlamında bir toplumsal grup olarak kabul edilebilir. Bu durumda, zulüm tehdidinden bağımsız olarak bir takım karakteristik özellikleri bulunan bir grubun varlığından söz edilebilir. Bu grup, zulme uğrama tehdidi dışında, zina suçlamasıyla karşılaşan ve Pakistan devleti tarafından yeterince korunmayan kadınlardan oluşmaktadır. Pakistanlı diğer kadınlardan ayrı bir grup oluşturan bu kadınlara yönelik zulüm, kocalarının şiddetinden değil, Pakistan’da genel olarak kadına uygulanan ve Pakistan devletinin kadına yönelik şiddeti mazur gören, kadınları şiddete karşı yeterince korumayan cinsiyetçi ve ayrımcı politika ve uygulamalarından kaynaklanmaktadır. Bu gerekçelerle, her iki kadının da 1951 Sözleşmesi anlamında belli bir toplumsal gruba mensup olmaları sebebiyle zulme uğrayacak kişiler kabul edilerek, başvurularının değerlendirilmesi ve Pakistan’a geri gönderilmemesi İngiltere için bir yükümlülüktür.³⁸

Lord Hoffmann’ın görüşlerinde ise şu hususlar öne çıkmaktadır. Lord Hoffmann’a göre, bir toplum içindeki gruptan ve o gruba mensubiyetten söz etmek için, öncelikle o grubun yer aldığı toplumu ve bu grubun toplumun genelinden nasıl ayrıştığını belirlemek gerekir. Olayımızda yer alan toplum Pakistan toplumu olup, Pakistan’da zina ile suçlanan kadınların Pakistan toplumu içinde ayrı bir grup oluşturması her hâlükârda mümkündür. Nitekim Kanada Yüksek Mahkemesi’nin (*The Supreme Court of Canada*) *Ward*³⁹ kararında da belirtildiği üzere, toplumsal cinsiyet (*gender*), dil ve cinsel yönelim (*sexual orientation*) sebepleri ile zulme uğrayabilecek kişiler 1951 Sözleşmesi anlamında toplumsal bir grup olarak kabul edilebilir. Yine kimlerin bir toplum-

³⁸ *Islam v. Secretary of State for the Home Department Immigration Appeal Tribunal and Another, Ex Parte Shah, R v.* [1999] UKHL 20, s. 1-11. Bkz. <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1999/20.html>

³⁹ *Attorney-General of Canada v. Ward* (1993) 103 D.L.R. (4th) 1. s.34.

sal grup teşkil edebilecekleri konusunu tartışan Yeni Zelanda'nın iltica ile ilgili yargı makamları⁴⁰, *Re G.J.*⁴¹ kararında homoseksüel kişilerin de zulme uğrama tehlikesi karşısında 1951 Sözleşmesi anlamında bir toplumsal grup olarak kabul edilebileceklerini karara bağlamış bulunmaktadır.⁴² Nihayetinde, *İngiltere'de "Mülteci Statüsünün Verilmesinde Göz Önüne Alınması Gereken Toplumsal Cinsiyet İlişkin Kılavuz"*⁴³, kadınlar açısından 1951 Sözleşmesi anlamında "Zulüm= Ciddi Zarar + Devlet korumasının bulunmaması"⁴⁴ şeklinde formüle edilmektedir. Pakistan devleti her iki kadını da koruma konusunda gönülsüz davranmakta veya koruyamamaktadır. Mevcut yerleşik hukuksal ve idari uygulamalara göre *Pakistan'da zina ile suçlanan her iki kadının polise veya mahkemeye başvurmasının herhangi bir faydası bulunmamaktadır*. Dolayısıyla, İslami gelenekleri ihlal etmekle suçlanan ve toplumun büyük bir kesimi tarafından bu nedenle kınanan, kocaları tarafından terk edilip Pakistan'da devlet korumasından yoksun bulunan bu kadınların, 1951 Sözleşmesi anlamında belli bir toplumsal gruba üyelikleri münasebetleri ile zulme uğrayacak kadınlar olarak kabul edilmesi mümkündür.⁴⁵

Lordlar Kamarasının 1999 yılında verdiği bu karardan sonra, cinsiyet (*sex*) veya toplumsal cinsiyet (*gender*) nedeniyle zulme maruz kalmanın 1951 Sözleşmesi'nin kapsamına dâhil edilmemesi nedeniyle *İngiltere'de* yaşanan tartışmaların benzeri, bu kez Avustralya'da Avustralya Yüksek Mahkemesinde görülen *Khawar*⁴⁶ davasında yaşanmıştır. Bu davada, İngiliz Lordlar Kamarasının verdiği *Islam and Ex Parte Shah* kararına uygun olarak, Avustralya Yüksek Mahkemesi 2002 yılında verdiği kararında, kocaları tarafından terk edilen ve Pakistan'da devlet korumasından yoksun bulunan kadınların, 1951 Sözleşmesi anlamında belli bir toplumsal gruba üyelikleri münasebetleri ile zulme uğra-

⁴⁰ The New Zealand Refugee Status Authority.

⁴¹ Re G.J. [1998] 1 N.L.R. 387.

⁴² Re G.J, s. 412-422

⁴³ The Refugee Women's Legal Group, Gender Guidelines for the Determination of Asylum Claims in the UK, July 1988, s. 5

⁴⁴ Persecution = Serious Harm + the Failure of State Protection.

⁴⁵ *Islam v. Secretary of State for the Home Department Immigration Appeal Tribunal and Another, Ex Parte Shah, R v.* [1999] UKHL 20, s. 11-18. <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1999/20.html>

⁴⁶ *Minister for Immigration v Khawar* [2002] HCA 14; <http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/HCA>

yacak kişiler olarak kabul edilmesinin mümkün olduğuna karar vermiştir.⁴⁷ Ancak bu karar da 4'e karşı 1 oy ile alınmış, Yüksek Mahkeme hâkimlerinden Callinan JJ çoğunluk görüşünden ayrılmıştır.

Bu karar, kocasının ve kocasının ailesinin şiddetinden kaçıp üç çocuğu ile Avustralya'ya gelen ve daha sonra 1951 Sözleşmesi'ne göre sığınma [iltica] başvurusu yapan *Khawar* adında bir kadının başvurusunun reddi üzerine yaptığı itiraza ilişkindir. Bayan *Khawar* davasında, kocasının kendisine sürekli şiddet uyguladığını, tokat ve dayak attığını, bu şiddet nedeniyle hastanede tedavi gördüğünü ifade etmiş, kocasının kendisini sürekli ölümle tehdit ettiğini belirtmiştir. Hatta Bayan *Khawar*, kocası ve kayınbiraderi tarafından üzerine benzin dökülerek yakılmak istenmiş, kendisinin ve çocuklarının çılgınlıkları üzerine komşularının müdahalesiyle bu teşebbüsten kurtulmuştur.⁴⁸ Bayan *Khawar* kocasının uyguladığı şiddet yüzünden, Mayıs 1995- Mart 1997 tarihlerini kapsayan dönemde iki kez yalnız olarak, iki kez de eniştesi ile birlikte toplam dört kez polise müracaat ettiğini her seferinde polisin yardım etmeyi reddettiğini söylemiştir.⁴⁹ Bayan *Khawar* kocasının ve kayınbiraderinin üzerine benzin döküp yakmaya kalkışması üzerine gittiği polis merkezinde polisin kendisine “kadınların sürekli kocalarını suçladığını oysa asıl sorunun kadınlarda olduğunu, kendisinin yarattığı bu sorunu da kendisinin çözmesi gerektiğini” söylediğini belirtmiştir.⁵⁰ Nihayetinde Bayan *Khawar*, Pakistan'da kadına yönelik şiddet karşısında gösterilen duyarsızlığın sadece yerel düzeyde değil, Pakistan'ın tümünde yaşandığını, sorunun Pakistan devletinin kadına yönelik şiddeti mazur gören, kadınları şiddete karşı yeterince korumayan, sistematik ve ayrımcı politika ve uygulamalarından kaynaklandığını belirtmiştir.⁵¹

İngiliz Lordlar Kamarasının Islam and Ex Parte Shah kararından önce dosyaya bakan yerel mahkeme davayı ret etmiş, ancak Avustralya Yüksek Mahkemesi *İngiliz Lordlar Kamarasının* verdiği *Islam and Ex Parte Shah* kararına göre talebi kabul etmiştir. Kararda özellikle Lord Hoffmann'ın belirttiği 1951 Sözleşmesi anlamında “Zulüm= Ciddi

⁴⁷ McPherson, vd. s. 324.

⁴⁸ Minister for Immigration v *Khawar* para.50, 94.

⁴⁹ Ibid, para. 3, 10, 94.

⁵⁰ Ibid, para. 94.

⁵¹ Ibid, para. 25.

Zarar + Devlet korumasının bulunmaması” ilkesini benimseyen Yüksek Mahkeme⁵², zulmün sadece koca şiddetinden kaynaklandığı gerekçesiyle sığınma talebinin ret edilemeyeceğine karar vermiştir.

Avustralya Yüksek Mahkemesinin çoğunluk görüşüne katılmayan Callinan JJ ise İngiliz Lordlar Kamarasının *Islam and Ex Parte Shah* kararında azlık oyu kullanan Lord Millett’in görüşlerine atıfta bulunarak şu hususlara değinmiştir.⁵³ Callinan JJ’ ye göre, “Pakistanlı ve şiddete uğrayan kadınlar” diye bir toplumsal gruptan söz edilemez. Pakistanlı ve şiddete uğrayan kadınları bir araya getiren tek unsur zulme uğrama tehdidi olup; bunun dışında bu kadınların ortak bir sıfatları, özellikleri, amaçları, ilgi alanları ve faaliyetleri bulunmamaktadır. Bunun gibi, “Pakistanlı kadınlar”, “evli kadınlar” veya “kocasının şiddetine uğrayan ve devlet tarafından korunmayan Pakistanlı kadınlar” diye bir toplumsal gruptan da söz edilemez.⁵⁴ Ayrıca kadına yönelik şiddet karşısında, devletin veya polisin kadının korunması ile ilgili olarak hareketsiz kalması veya mevcut durumu sürdürmesi zulme yol açmaz. Her devletin polis teşkilatının farklı koruma önceliklerinin bulunması veya her devletin sorunların çözümü noktasında siyasi açıdan farklı önceliklerinin bulunması tabiidir. Devlet açısından zulmün varlığından söz edebilmek için zulüm kastının veya niyetinin ortaya konması gerekir. Bu da devlet tarafından bilinçli bir şekilde harekete geçmeme veya müdahale etmeme yönünde alınmış bir kararın varlığını gerektirir.⁵⁵

Buraya kadar yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, 1951 Sözleşmesi’nin cinsiyet (*sex*) veya toplumsal cinsiyet (*gender*) kategorilerine yer vermemiş olması sebebiyle, kadınlar sığınma (*iltica*) başvurularında, hem belli bir toplumsal gruba mensubiyetleri sebebiyle zulme uğradıklarını, hem de bu şiddet karşısında vatandaşı oldukları devletin korumasının bulunmadığını veya etkisiz olduğunu da ispat etmek zorunda kalmakta idi.

Her ne kadar, Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği tarafından 1985 yılında alınan tavsiye kararında, kadınların mensup

⁵² Ibid, para. 118-120.

⁵³ Ibid, para. 154.

⁵⁴ Ibid, para. 154.

⁵⁵ Ibid, para. 155.

oldukları toplumun baskıcı sosyal normları karşısında, belli bir toplumsal gruba mensup olmaları sebebiyle zulme uğrayabilecekleri ve bu nedenle 1951 Sözleşmesi'nin 1 (A) 2 maddesinde belirtilen mülteci tanımına uygun düşebilecekleri belirtilmiş ise de,⁵⁶ Kanada, İngiltere ve Avustralya dışındaki ülkelerde, devlet organlarının veya kamu görevlilerinin emir/talimat vermek, desteklemek veya sessiz kalmak suretiyle doğrudan doğruya müdahil olmadığı aile/ hane içi şiddet vakalarında, kadınların sistematik ve yaygın şiddet sebebiyle yaptıkları iltica başvuruları ret edilmekteydi. Bu vakalar bireysel şiddet vakaları olarak kabul edilmekte, uygulanan şiddet veya zulmün devlet ile bir ilgisinin olmadığı savunulmakta idi. İşte, İstanbul Sözleşmesi bu tür yorumlara son verilmesini amaçlamıştır. İstanbul Sözleşmesi önce 3/d maddesinde kadınlara yönelik "toplumsal cinsiyete dayalı şiddetin" tanımını yapmış, ardından, 60'ncı maddesinde ise, "toplumsal cinsiyete dayalı şiddet" tanımının kapsamına girebilecek eylemlerin, toplumsal cinsiyet farklılıklarına duyarlı bir şekilde yorumlanarak, bu şiddet eylemleri nedeniyle zulme maruz kalan veya zulme uğramaktan haklı nedenlerle korkan kadınlara, 1951 Sözleşmesi'nin 1 A (2) maddesinde belirtilen diğer şartların gerçekleşmesi halinde, taraf devletlerce sığınmacı [mülteci] statüsünün verilmesinin uygun olacağını belirtmiştir.

TOPLUMSAL CİNSİYETE DAYALI ŞİDDET VE SİĞİNMA HAKKI

Konunun hukuki boyutlarının detaylarına geçmeden önce, cinsiyet (*sex*) ve toplumsal cinsiyet (*gender*) terimlerinin kısa bir tanımının yapılmasında fayda umulmaktadır. Cinsiyet bireyin biyolojik cinsiyetine bağlı olarak doğuştan itibaren belirlenen demografik bir kategoridir. İnsanların nüfus cüzdanlarında yazan cinsiyet bu terimin anlamına uygundur. Toplumsal cinsiyet, terimi ise kadın veya erkek olmaya toplumun ve kültürün yüklediği anlamları ve beklentileri ifade eder. Dolayısıyla kültürel bir yapıyı karşılar. Bu bağlamda, toplumsal cinsiyet, bireyi kadınsı ya da erkeksi olarak karakterize eden psiko-sosyal özelliklerdir.⁵⁷

⁵⁶ "Refugees, Women and International Protection" adopted by the Executive Committee of the United Nations High Commission for Refugees, 1985.

⁵⁷ Zehra Yaşın Dökmen, Toplumsal Cinsiyet, Sosyal Psikolojik Açıklamalar, Dördüncü Baskı, Remzi Kitabevi, İstanbul, 2014, s. 20.

Kadınlara yönelik toplumsal cinsiyete dayalı şiddet ise, İstanbul Sözleşmesi'nin 3/d maddesinde "kadına kadın olmasından dolayı uygulanan [ve] kadınları orantısız biçimde etkileyen şiddet" olarak tanımlanmıştır. Söz konusu tanım ile ilgili olarak Sözleşmenin İngilizce metnine bakıldığında ise, metinde "*violence that is directed against a woman because she is a woman or that affects women disproportionately*" ifadesi yer almakta olup; bu tanımın CEDAW Kadınlara Yönelik Şiddet Komitesi'nin 19 Nolu Genel Tavsiye Kararı'nın⁵⁸ 6'ncı maddesinde belirtilen tanımla örtüştüğü görülmektedir. Ancak kanaatimizce, İstanbul Sözleşmesi'nin 3/d maddesine ilişkin resmi çeviride kullanılan "ve" ibaresinin "veya" şeklinde okunması ve doğru tanımın "kadına kadın olmasından dolayı uygulanan veya kadınları orantısız biçimde etkileyen şiddet" şeklinde anlaşılması gerekir. Dolayısıyla kadınlara yönelik toplumsal cinsiyete dayalı şiddetin varlığı için, tanımda geçen iki halden birinin gerçekleşmesi yeterli olup; her iki halin de aynı anda gerçekleşmesi gerekmez.

Bu bağlamda, kadının cinsiyetiyle ilişkili olarak zulme /şiddete maruz kalması (*gender-specific persecution*) ile kadının sırf kadın olması dolayısıyla zulme/ şiddete maruz kalması (*gender-based persecution*) halleri arasında ayırım yapmak gerekir. Kadının sırf kadın olması sebebiyle şiddete/ zulme maruz kaldığı hallerde, kadın, o toplumda kadının uyması gerektiği düşünülen sosyo-kültürel normlara uygun olarak şekillendirilen toplumsal cinsiyet kurallarına (*gender*) uygun davranmadığı için zulme uğramaktadır. Yani kadınlara ayrımcı bir biçimde uygulanan, sosyal ve kültürel normlara uygun olarak şekillenen toplumsal cinsiyet kuralı ile zulüm arasında doğrudan bir sebep-sonuç ilişkisi bulunmaktadır. Örneğin evlilik birliği dışında cinsel ilişkiye giren bir kadın zulme ve cezalandırılmaya maruz kalıyor, aynı şartlarda cinsel ilişkiye giren bir erkek zulme maruz kalmıyor ise, burada kadın, kadınlara yüklenen toplumsal cinsiyet kurallarına uygun davranmadığı ve dolayısıyla sırf kadın olduğu için toplumsal cinsiyete dayalı olarak zulme/şiddete maruz kalıyor demektir.

⁵⁸ The CEDAW Committee's General Recommendation No. 19 on violence against women, (1992) UN doc. CEDAW/C/1992/L.1/Add.15 at § 24 (a).

Kadınlar ve erkekler biyolojik cinsiyetleriyle ilişkili olarak da zulme veya şiddete maruz kalabilir. Örneğin politik görüşleri sebebiyle bir erkek üreme organlarına elektrik akımı verilmesi suretiyle şiddete maruz kalabilir, burada kişiye sırf erkek olduğu için şiddet uygulanmamakta, politik görüşleri nedeniyle zulmedilmektedir. Yine etnik veya dini sebeplerle yaşanan iç çatışmalarda, kadınlar tecavüze veya tacize maruz kalabilir. Bu durumda da yine kadınlar sırf kadın oldukları için değil, farklı bir dine veya etnik kökene mensup oldukları için ve fakat cinsiyetleri ile ilişkili bir yöntem ile zulme uğramaktadır.

Her ne kadar başvuruların tümünde sığınma/iltica talepleri kabul edilmese de bazı şiddet türlerinin, toplumsal cinsiyete dayalı şiddet türleri olduğu genel olarak kabul edilmektedir. Bu bağlamda, baskıya dayalı doğum kontrolü, kürtaj, kısırlaştırma ve nüfus planlaması uygulamaları, kadın hakları savunucularına yönelik şiddet, baskıya dayalı ve kadının itirazına rağmen uymak zorunda olduğu kadın sünneti, zorla evlendirme, berdel, kumalık ve çok eşlilik gibi adet ve gelenekler ile namus/töre cinayetleri, LGBTI kişilere cinsel tercihleri nedeniyle yöneltilen şiddet, seks köleliği, fuhuş amacıyla kadınların alınıp satılması ve ticareti, kadınları temel hak ve özgürlüklerden yoksun bırakmayı amaçlayan baskıcı ve ayrımcı kültürel normlar ile bunlara uyulmaması halinde verilen orantısız cezalar, toplumsal cinsiyete dayalı şiddet halleri olarak kabul edilmektedir.

Toplumsal cinsiyete dayalı şiddet nedeniyle sığınma [iltica] hakkına ilişkin olarak verilmiş en önemli karar ise İngiliz Lordlar Kamarası tarafından verilen *Fornah*⁵⁹ kararıdır. Bu davada 28 yaşındaki Sierra Leone vatandaşı *Zainab Esther Fornah* ülkesine geri dönmesi halinde kadın sünnetine (FGM) tabi tutulacağını iddia etmiştir. Lordlar Kamarası daha önceden *Islam and Ex Parte Shah* kararındaki gerekçeler ile 1951 Sözleşmesi'ni bu kez toplumsal cinsiyet farklılıklarına duyarlı bir şekilde yorumlamış ve kararını oy birliği ile vermiştir.

Bu davada mahkeme, Sierra Leone'de *Krio* olarak bilinen eski bir etnik koloni dışında tüm etnik gruplarda sünnet uygulamasının yaygın olarak bulunduğunu, dolayısıyla sünnet uygulayan ve uygu-

⁵⁹ *Fornah v Secretary of State for the Home Department* [2006] UKHL 46.Bkz. <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2006/46.html>

lamayan gruplar şeklinde iki bağımsız toplumsal grubun zulüm tehdidinden bağımsız olarak Sierra Leone’de mevcut olduğunu, *Fornah*’ın da bekâr olup sünnet uygulamasına tabi tutulma riski bulunan Sierra Leone vatandaşı kadınlar grubuna dâhil olduğunu belirtmiştir. Lordlar Kamarası sünnet uygulamasının daha önceden sünnet edilen kadınlar tarafından yerine getirildiğini, Sierra Leone’de mevcut tüm siyasi partilerin bu geleneği desteklediğini, devletin yetkili makamlarının bu geleneği durdurmak veya genç kızları korumak için bir müdahalede bulunmadığını, *Zainab Esther Fornah* gibi birçok kızın kendi rızası hilafına bu muameleye tabi tutulduğunu belirtmiştir.⁶⁰ Lordlar Kamarası ayrıca, zulüm tehlikesinin mevcut olması halinde, herhangi bir ülkede yaşayan kadınların her zaman bir toplumsal grup olarak kabul edilebileceğini ifade etmiştir. Mahkemeye göre, kadınların sırf kadın olmaları sebebiyle toplumda erkeklerden daha aşağıda bir statüye tabi tutulmaları ve zulme uğramaları halinde, zulüm teşkil eden eylem doğrudan devletten veya kamu otoritelerinden kaynaklanmasa bile, devletin kadınları koruma konusunda gönülsüz davranması veya etkin bir koruma sağlayamaması halinde 1951 Sözleşmesi anlamında iltica [sığınma] başvurularının kabulü gerekir.⁶¹

Nihayetinde hâlihazırda İngiltere’de uygulanmakta olan ve 29 Eylül 2010 tarihinde yayımlanan “iltica başvurularında toplumsal cinsiyet” başlıklı rehber ilkelerde⁶², evlilik içi tecavüzün suç sayılmaması halinde olduğu gibi **doğrudan doğruya mevzuattan kaynaklanan** toplumsal cinsiyete dayalı şiddet halleri ile **polis**in şiddet nedeniyle koruma taleplerine karşı duyarsız davranması veya kayıtsız kalması durumunda ya da **devletin**

şiddet faillerinin bulunması, soruşturulması, yargılanması ve nihayetinde cezalandırılması için gönülsüz davranması,

soruşturma ve kovuşturma yapmayı ret etmesi, veya soruşturma, kovuşturma, yargılama ve cezalandırmada başarılı olmaması,

⁶⁰ Fornah, para. 69.

⁶¹ Ibid, para. 100-102.

⁶² UK Visas And Immigration, Gender Issues in the Asylum Claim: Process, 29 September 2010, s.7.para.3.3 https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/257386/gender-issue-in-the-asylum.pdf

şiddete neden olan namus ve töre cinayeti gibi gelenek ve adetleri desteklemesi, bunları yerine getirenleri cesaretlendirmesi,

şiddete neden olan gelenek ve adetlere, dini veya kültürel kurallara karşı harekete geçmemesi/geçmemesi ve bunları sonlandırma konusunda gönülsüz davranması,

şiddete karşı mağdurlara etkili bir koruma sağlayamaması,

durumunda devlet ile irtibatlı, kadına yönelik toplumsal cinsiyete dayalı bir zulüm halinin var olduğunun kabulü gerektiği belirtilmektedir.

Tüm bu veriler ışığında Türkiye Cumhuriyeti vatandaşları tarafından yapılabilecek toplumsal cinsiyete dayalı şiddetten kaynaklanan sığınma başvurularının taraf devletlerce kabul edilebilirliğine ilişkin olarak bir değerlendirme yapmak gerektiğinde, 9.9.2009 tarihli *Opuz v Turkey*⁶³ kararı dâhilinde bir değerlendirme yapılması mümkün görülmektedir. Bu kararda, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi içtihadında ilk defa, toplumsal cinsiyete dayalı şiddete karşı devletin gerekli tepkiyi vermemesinin ve etkili bir koruma sunamamasının, ayrımcılık teşkil ettiği ve bu durumun İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 14'üncü maddesine aykırı olduğu hususu karar altına alınmıştır. Kararda aile içi şiddetin kişisel bir konu olmadığı, kamuyu ilgilendiren ve devletin şiddete karşı etkili bir koruma mekanizması kurmasını gerekli kılan bir konu olduğu belirtilmiştir.⁶⁴

Bu davaya konu olayda, davacı Nahide OPUZ 10 Nisan 1995 te başlayıp 29 Ekim 2001 tarihine kadar devam eden süreçte kocası Hüseyin OPUZ'un 5 kez saldırısına uğramış, ardından 11 Mart 2002 tarihinde Nahide OPUZ'un annesi, Hüseyin OPUZ tarafından öldürülmüştür. Bu süreçte, Nahide OPUZ'un kendisini ve annesini korumak için yaptığı başvurular sonuçsuz kalmıştır. Cezaevine konan Hüseyin OPUZ, uzun süre tutuklu olarak yargılanmasının ardından, 26 Mart 2008

⁶³ *Opuz v. Turkey* (Application no. 33401/02) <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-92945>

⁶⁴ *Opuz v. Turkey* para. 200, 201; Nisan Kuyucu, İnsan Hakları Ortak Platformu AIHM Kararlarının Uygulanması İzleme Raporları, 2015/1, *Opuz Kararının Uygulanması-İzleme Raporu*, Ankara, 2015, s.3.

tarhli oturumda 15 yıl 10 ay hapis cezasına çarptırılmış ve tutuklu bulunduğu süre göz önüne alınarak tahliye edilmiştir. Salıvermeyi müteakip Hüseyin OPUZ, Nahide OPUZ' u kendisi ile tekrar beraber olması için tehdit etmeye devam etmiştir. Bu arada, dava İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nde 15 Temmuz 2002 tarihinde açılmış olup, Nahide OPUZ'un korunma altına alınması ve kendisine yönelik tehditlerin önlenmesi, nihai kararın verildiği 9 Eylül 2009 tarihinden ancak kısa bir süre önce İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin ısrarlı talepleri ve Adalet Bakanlığı'nın müdahalesi üzerine 21 Kasım 2008 tarihinde gerçekleşmiştir.⁶⁵ Bu açıdan bakıldığında, tipik bir ısrarlı takip⁶⁶ vakası olan *Opuz* davasında, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, polislin kendisine yapılan koruma başvurularında adeta bir arabulucu gibi davranıp, kadınları evlerine gönderip kocaları ile barışmaya davet etmesi ve şikâyetlerinden vazgeçirmeye çalışması ya da şiddet konusunu aile içi bir mesele olarak görüp müdahale etmek istememesi sebebiyle, kadının şiddetten korunmasını amaç edinen kanunların uygulanmasında ciddi sorunlar bulunduğunu, bunun da hak ihlallerine yol açtığını belirtmiştir.⁶⁷ Mahkeme ayrıca, Hüseyin OPUZ hakkındaki ceza yargılamasının 6 yıldan fazla sürmesi,⁶⁸ koruma ve tedbir başvurularında, bu başvuruların sanki boşanma davalarına yönelik bir tedbirmiş gibi algılanarak duruşma için uzun süreler verilmesi,⁶⁹ şiddet faillerinin caydırıcı bir cezaya çarptırılmayıp cezaların namus gerekçesiyle haksız tahrik indirimine tabi tutulması⁷⁰ gerçeği karşısında, hane/aile içi şiddet fiillerinden temel olarak kadınların olumsuz etkilendiğini ve yargı organlarının pasif davranmasının da şiddetin işlenmesi için uygun bir ortam hazırladığını belirtmiştir.⁷¹

Bu bulgu ve delillere uygun olarak mahkeme, her ne kadar kasıtlı olmasa da yargı makamlarının genel olarak kadına yönelik şiddet konusunda gereken hassasiyeti göstermeyip, kayıtsız kalmasını,

⁶⁵ Ibid, para 9-69.

⁶⁶ İsrarlı takip ve Avrupa Birliğine üye devletlerde ısrarlı takip konusuna yaklaşım hakkında Bkz. Recep Doğan, "Kadına Yönelik Şiddetin Bir Türü Olarak, İsrarlı Takip (Stalking) Kavramı ve Suçu", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 72 Sayı: 2, 2014, s.135-154.

⁶⁷ *Opuz v. Turkey* para 92, 96, 102, 195.

⁶⁸ Ibid, para. 151.

⁶⁹ Ibid, para. 196.

⁷⁰ Ibid, para. 196.

⁷¹ Ibid, para. 198.

sanıkların şiddet eylemlerinin caydırıcı bir cezai yaptırıma tabi tutulmamasını göz önüne alarak, Nahide OPUZ ve annesinin toplumsal cinsiyete dayalı şiddete ve dolayısıyla şiddetten korunma noktasında ayrımcılığa tabi tutulduğunu tespit etmiş, yaşananların İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 2'nci 3'üncü ve 14'üncü maddelerine aykırı olduğu hususunu karara bağlamıştır.⁷² Mahkemeye göre,⁷³ Hüseyin OPUZ'un şiddet eylemleri karşısında verilen yargı kararları, etkililikten yoksun, belli bir düzeyde hoşgörü içeren ve Hüseyin OPUZ üzerinde gözlemlenebilir hiçbir önleyici ya da caydırıcı etki yaratmayan kararlardır. Dolayısıyla, bu vakadaki şiddet olayları İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 3'üncü maddesinde belirtilen minimum sınırı aşmış ve kötü muamele derecesine ulaşmıştır.⁷⁴

Bu davada tespit edilen bulgulara göre, yargı makamlarının kadına yönelik şiddet eylemleri karşısında pasif kalması, kadına yönelik şiddeti durdurmayı amaçlayan mevzuatı toplumsal cinsiyet farklılıklarına duyarlı bir şekilde yorumlamaması, polisin şiddet eylemlerini soruşturma ve mağdurları koruma konusunda gönülsüz davranması halinde, kadınlara sırf kadınları olmaları sebebiyle uygulanan yahut kadınları orantısız bir biçimde etkileyen ve nihayetinde devletin yeterli ve etkin bir koruma sağlayamaması durumunda devlet ile bağlantısı açık olan, toplumsal cinsiyete dayalı şiddetten kaynaklanan bir zulmün mevcut olduğunu söylemek mümkündür. Dolayısıyla, *Opuz* davasında yaşananlara benzer vakaların yaşanması halinde, İstanbul Sözleşmesi'nin 3/d ve 60'ncü maddesi kapsamında 1951 Sözleşmesi'ne uygun olarak yapılacak iltica (sığınma) başvurularında, kendisine başvurulmuş devlet, sadece Türkiye'nin mağduru şiddete karşı koruma konusunda etkili bir koruma sağlayıp sağlayamayacağını araştırarak, etkili bir korumanın sağlanamayacağına kanaat getirirse iltica[sığınma] başvurusunu kabul edecektir.

SONUÇ VE ÖNERİLER

İstanbul Sözleşmesi'nin 60'ncü maddesinde yer alan "kadının toplumsal cinsiyete dayalı şiddetten kaynaklanan sığınma hakkı"

⁷² Ibid, para. 200-202.

⁷³ Kuyucu, s.3

⁷⁴ Kuyucu, s.8.

kapsamında, bundan böyle toplumsal cinsiyete dayalı şiddet/zulüm nedeniyle yapılan sığınma [iltica] başvurularında, kadınlar 1951 Sözleşmesi'nde belirtilenin aksine, "belli bir toplumsal gruba mensup" olmaları nedeniyle zulme uğradıklarını ispatlamak zorunda değildir.

Bir başka deyişle, 1951 Sözleşmesi'ne göre, taraf devletlerin takdirine bırakılan ve "toplumsal cinsiyete dayalı şiddet" tanımının kapsamına girebilecek eylemler, İstanbul Sözleşmesi ile birlikte artık taraf devletlerce toplumsal cinsiyet farklılıklarına duyarlı bir şekilde yorumlanmak zorundadır. Dolayısıyla, 1951 Sözleşmesi'nin 1 A (2) maddesinde belirtilen diğer şartların gerçekleşmesi halinde, toplumsal cinsiyete dayalı şiddet eylemleri nedeniyle zulme uğrayan veya zulme uğramaktan haklı nedenlerle korkan her kadına mülteci statüsü verilmesi artık zorunludur.

Bu bağlamda, eğer bir kadın, sırf kadın olması sebebiyle şiddete uğruyor yahut kendisini temel hak ve özgürlüklerden yoksun bırakmayı amaçlayan baskıcı ve ayrımcı kültürel normlara uymadığı gerekçesiyle orantısız cezaya çarptırılıyor ya da toplumda erkeklerden daha aşağıda bir statüye tabi tutularak ayrımcılığa ve şiddete maruz kalıyorsa, zulüm teşkil eden şiddet eylemi doğrudan devletten veya kamu otoritelerinden kaynaklanmasa bile, devlet ile bağlantılı bir zulüm mevcut demektir.

Bu türden bir muameleye tabi tutulan kadının sığınma başvurusu yapması halinde, 1951 Sözleşmesi'ne uygun olarak sığınma [iltica] başvurusunun kabulü gerekmektedir. Bu sonuç, İstanbul Sözleşmesi'nin 60/2 maddesinin de öngördüğü üzere 1951 Sözleşmesi'nin maddelerinin toplumsal cinsiyet farklılıklarına duyarlı bir şekilde yorumlanmasının doğal bir sonucudur. Bu nedenle, toplumsal cinsiyete dayalı şiddet nedeniyle zulme uğrayan kadınların sığınma [iltica] talepleri konusunda, İstanbul Sözleşmesi ile 1951 Sözleşmesi'ne taraf devletlerin idari makamlarının ve yargı organlarının ortak bir tavır içine girmesi artık zorunludur. Kanımızca, taraf devletlerin yargı organlarının toplumsal cinsiyete dayalı şiddetten kaynaklanan sığınma hakkı ile ilgili ulusal ve uluslararası mevzuatı, *Fornah, Islam and Ex Parte Shah* ve *Opuz* kararlarına uygun olarak yorumlaması, İstanbul Sözleşmesi'nin lafzına ve Sözleşme ile varılmak istenen "kadına yönelik şiddetten ve

aile içi şiddetten arındırılmış bir Avrupa yaratma” amacına uygun bir yaklaşım olacaktır.

Bu bağlamda, Türkiye’nin toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanması ve toplumsal cinsiyete dayalı şiddetin önlenmesi konusunda İstanbul Sözleşmesi’ni imzalayıp yürürlüğe koyarak kat ettiği mesafe ve bu konudaki kararlılığı oldukça önem teşkil etmekle beraber, tüm kadınların şiddetten, her türlü istismar ve sömürüden uzak bir hayat sürmesinin sağlanması için yapılması gereken çok şey vardır. Bu amaçla, öncelikle şiddet uygulayan gerçek failer ile şiddet uygulama eğilimi olan potansiyel failere yönelik önleyici, koruyucu, rehabilite edici tüm önlemlerin alınmasını sağlayacak alt yapı oluşturulmalıdır.⁷⁵

Kadına yönelik şiddetin önlenmesi amacıyla gerçekleştirilecek tüm hukuksal, sosyal ekonomik ve tıbbi müdahalelerin tamamı toplumsal cinsiyet eşitliği perspektifinden gerçekleştirilmeli ve tüm müdahalelerin uygulanmasında, mağdur olan kadının ihtiyaçlarının karşılanması temel düşünce olmalıdır. Bu ihtiyaçların giderilmesi için sunulacak destek, koruma, önleme, rehabilitasyon hizmetleri, hem merkezi idare, hem de yerel yönetimler tarafından aynı hassasiyetler, standartlar ve ilkeler ile yürütülmeli, gönüllü kuruluşlar ile her alanda işbirliği sağlanmalıdır.

Türkiye’nin hükümetten hükümete değişmeyecek ve seçim sonuçlarından etkilenmeyecek, en az 5 ve 10 yıllık bağlayıcı eylem planlarını yürürlüğe koyması gerekli olup eylem planları hazırlanırken tüm paydaşların, ilgili tüm kamu kurum ve kuruluşlarının ve sivil toplum kuruluşlarının katkısı alınmalı, plan parlamentonun onayına sunulmalı, ardından plan kapsamında yerine getirilen faaliyetler hakkında her yıl parlamentoya bilgi verilmelidir. TBMM bünyesinde faaliyette bulunan Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu önemli görevler üstlense de bu komisyonun tek başına tüm bu görev ve sorumlulukları yerine getirmesi olanak dâhilinde gözükmemektedir. Bu nedenle eylem planı, parlamento içerisinde temsil edilip edilmediğine bakılmaksızın, tüm toplumsal katmanları kapsayacak bir platform tarafından

⁷⁵ Bu konuda ayrıntılı bir tartışma için Bkz. Recep Doğan, “Namus”, “Töre” ve Eril Şiddet: Yargıtay Kararları Toplumsal Cinsiyet Kuramları, Ütopya Yayınları, Ankara, 2016.

kaleme alınmalı ve hayata geçirilmelidir. Bu eylem planları kapsamında gerçekleştirilen aşamaların bağımsız ve tarafsız uluslararası kuruluşlarca şeffaf bir şekilde takip ve izlenmesi sağlanmalı, gönüllü sivil toplum kuruluşlarınca sağlanacak takip, izleme ve gözlem faaliyetleri sonucunda gölge raporların hazırlanması temin edilmelidir. Merkezi ve yerel yönetimler eleştiriye ve işbirliğine açık olmalıdır. Hizmet standartları her alanda oluşturulmalı, sektörler arası koordinasyonu sağlamakla görevli olması amaçlanan Şiddet Önleme ve İzleme Merkezleri'nin tüm yerel unsurlar ve sektördeki hizmet sağlayıcıları ile işbirliği içinde çalışması için kapasitesi arttırılmalıdır.

Kaynakça

- BMMYK- Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği, Mülteci Statüsünün Belirlenmesinde Uygulanacak Ölçütler ve Usuller Hakkında El Kitabı, (HCR/1P/4/EnG/Rev.2). Yeniden Gözden Geçirilmiş Baskı, BMMYK, Ankara, 1998.
- Bresnahan Kristin A, "The Board of Immigration Appeals's New Social Visibility Test for Determining Membership of a Particular Social Group in Asylum Claims and Its Legal Policy Implications", *Berkeley Journal of International Law*, 29 (2), 2011, s.649-679.
- Doedens Joline, "The Politics of Domestic Violence-Based Asylum Claims", *Duke Journal of Gender Law & Policy*, 2014, vol.22, s.111-136.
- Doğan Recep, "Kadına Yönelik Şiddetin Bir Türü Olarak, Israrlı Takip (Stalking) Kavramı ve Suçu", *Ankara Barosu Dergisi*, 2014, Yıl: 72, Sayı: 2, s.135-154.
- Doğan Recep, "Namus", "Töre" ve Eril Şiddet: Yargıtay Kararları Toplumsal Cinsiyet Kuramları, Ütopya Yayınları, Ankara, 2016.
- Dökmen Zehra Yaşın, Toplumsal Cinsiyet, Sosyal Psikolojik Açıklamalar, Dördüncü Baskı, Remzi Kitabevi, İstanbul, 2014.
- Hathaway James C, *The Law of Refugee Status*, Osgoode Hall Law School, York University, Butter Worths Ltd., Canada, 1991.
- Helton Arthur C, "Persecution on Account of Membership in a Social Group As a Basis for Refugee Status", *Columbia Human Rights Law Review*, 1983, 15 (1), s.39-67.
- Kahn Sarilee, "Cast Out: "Gender Role Outlaws" Seeking Asylum in the West and the Quest for Social Connections", *Journal of Immigrant & Refugee Studies*, 13, 2015, s.58-79.
- Kuyucu Nisan, İnsan Hakları Ortak Platformu AİHM Kararlarının Uygulanması İzleme Raporları, 2015/1, Opuz Kararının Uygulanması-İzleme Raporu, Ankara, 2015. http://www.aihmiz.org.tr/files/opuz_rapor.pdf
- Mcpherson Melinda, Horowitz Leah S., Lusher Dean, Di Giglio Sarah, Greenacre Lucy E., Saalman Yuri B., "Marginal Women, Marginal Rights: Impediments

- to Gender-Based Persecution Claims by Asylum-seeking Women in Australia”, *Journal of Refugee Studies*, 24 (2), 2011, s.323-347.
- Odman M. Tevfik, Mülteci Hukuku, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, No: 15, Ankara, 1995.
- Pazarcı Hüseyin, Uluslararası Hukuk Dersleri, II. Kitap, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 1993.
- Refugee Women’s Legal Group, Gender Guidelines for the Determination of Asylum Claims in the UK, July 1988.
- The CEDAW Committee’s General Recommendation No. 19 on Violence Against Women: (1992) UN doc. CEDAW/C/1992/L.1/Add.15 at § 24 (a).
- The Executive Committee of the United Nations High Commission for Refugees, Refugees, Women and International Protection, 1985.
- The Guardian, “Julian Assange granted asylum by Ecuador”, August 16, 2012 <http://www.theguardian.com/media/2012/aug/16/julian-assange-ecuador-embassy-asylum-live>.
- UK Visas and Immigration, Gender Issues in the Asylum Claim: Process, 29 September 2010. https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/257386/gender-issue-in-the-asylum.pdf
- Vrachnas John, Boyd Kim, Bagaric Mirko, Dimopoulos, Penny, Migration and Refugee Law: Principles and Practice in Australia, 2 nd Edition, Cambridge University Press, New York, 2008.

Mahkeme Kararları

Amerika Birleşik Devletleri

The U.S. Board of Immigration Appeals

In re Acosta (1985) 19 I. & N. 211.

Bastanipour v. Immigration and Naturalization Service (1992) 980 F.2d 1129.

Fatin v. Immigration and Naturalization Service (1993) 12 F.3d 1233.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi

Opuz v. Turkey (Application no. 33401/02).

Avustralya

The High Court of Australia

A. v. Minister for Immigration and Ethnic Affairs and Another (1997) 142 A.L.R. 331.

Minister for Immigration v Khawar [2002] HCA 14.

İngiltere

House of Lords

Fornah v Secretary of State for the Home Department [2006] UKHL 46.

Islam v. Secretary of State for the Home Department Immigration Appeal Tribunal and Another, Ex Parte Shah, R v. [1999] UKHL 20.

The Court of Appeal

Reg. v. Immigration Appeal Tribunal, Ex-parte Shah [1998] 1 W.L.R. 74.

Kanada

The Supreme Court of Canada

Attorney-General of Canada v. Ward (1993) 103 D.L.R. (4th) 1.

The Federal Court of Appeals

Cheung v Canada (Minister of Employment and Immigration) [1993] 102 D.L.R. (4th) 214. (Fed.Ct.App.) (Can.)

Yeni Zelanda

The New Zealand Refugee Status Authority

Re G.J. [1998] 1 N.L.R. 387.