

NEFRET VE AYRIMCILIK SUÇU (TCK M.122)

Yrd. Doç. Dr. Uğur ERSOY**

Öz: 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 122. maddesi ile ceza hukuku literatürümüze girmiş olan ayrımcılık suçu, 2014 yılında 6529 sayılı Kanun ile önemli bir değişikliğe uğramıştır. Bu bağlamda "Ayrımcılık" olan madde başlığı "Nefret ve ayrımcılık" olarak değiştirilmiş, madde içeriğinde de önemli değişiklikler yapılmıştır. Yapılan bu değişiklikle birlikte "nefret" kavramı ilk defa Türk Ceza Kanunu'na girmiştir.

Bu çalışmada, uluslararası hukuk metinlerinden ve karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemelerden mümkün olduğunca yararlanmak suretiyle söz konusu suç tipinin nasıl anlaşılması ve yorumlanması gerektiği ile ilgili açıklamalarda bulunulacaktır. Ayrıca, inceleme konusunu yakından ilgilendiren ve 2016 yılında yürürlüğe giren 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun ilgili maddelerine de yeri geldikçe değinilecektir.

Nefret ve ayrımcılık kavramlarının sosyolojik, psikolojik ve politik temelleri olmakla birlikte çalışmanın amacını aşmamak koşuluyla bu kavramların ağırlıklı olarak hukuki yönleri üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Ayrımcılık, Ayrımcılık Suçu, Nefret Suçu, İfade Özgürlüğü, Saik.

HATE AND DISCRIMINATION CRIME (TCC ART.122)

Abstract: Discrimination crime, which enters to our criminal law system with article 122 of the Turkish Criminal Code numbered 5237; has undergone a very significant change in 2014 with the Law No. 6259. In this context, the title "Discrimination" has been changed to "Hate and Discrimination" and important changes have been made to the substance content. With this amendment, the concept of "hate" entered the Turkish Criminal Code for the first time.

In this study, explanations will be made on how to understand and interpret the type of crime, by means of using international legal texts and comparative law regulations as much as possible. Also, relevant articles of the Law No. 6701 on Human Rights and Equality Institute of Turkey, which are closely related to the issue of review and which entered into force in 2016 will be mentioned.

Although the concepts of hate and discrimination have sociological, psychological and political bases, the legal aspects of these concepts will be emphasized, provided that they do not exceed the purpose of working.

Keywords: Discrimination, Discrimination Crime, Hate Crime, Freedom of Expression, Motive.

* Makalenin Gönderim Tarihi: 04.05.2017

Makalenin Kabul Tarihi: 10.08.2017

** Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. (avugurersoy@gmail.com)

GİRİŞ

Ayrımcılık, hem Birleşmiş Milletler tarafından hem de Avrupa'daki insan haklarıyla ilgili kurumlarca kabul edilen sözleşmeler tarafından açık şekilde yasaklanmış bir davranış biçimidir. Günümüzde söz konusu insan hakları sözleşmelerinin bağlayıcı yapısı, sözleşmeciler tarafından ulusal düzeyde anayasa, ceza kanunu, medeni kanun, iş kanunu gibi hukuki düzenlemeler ile ayrımcılık karşıtı düzenlemeleri yürürlüğe koymalarında etkili olmaktadır. Bu bağlamda çalışmada ayrıntılı olarak bahsedileceği üzere uluslararası arenada ayrımcılığı yasaklayan birçok metin bulunmaktadır¹.

Ayrımcılık, sadece sahip oldukları kimlik veya inançlarından ötürü belli insanların ya da grupların tüm insan haklarını sistematik bir biçimde yok saymaktadır. Bunun sonucunda ayrımcılık, nefret suçları için verimli bir zemin yaratmaktadır². Karşılaştırılabilir durumda olan kişiler arasında makul ve nesnel bir nedene dayanmaksızın farklı muamele veya yerine göre aynı muamele ayrımcılık anlamına gelebilmektedir³.

Günümüzde bazı insan hakları sorunlarının oldukça dinamik bir sürece sahip olduğu ve bu nedenle sorunun neden kaynaklandığının bulunması ve buna yönelik çözüm üretilmesinin oldukça zor bir hal aldığı ifade edilmektedir. Ayrımcılık sorununun da bunların başında geldiği söylenebilir. Bu bağlamda nefret suçları ve ayrımcılık teknik olarak farklı tanımlamalara sahip olmasına ve buna bağlı olarak farklı mücadele yöntemleri gerektirmesine rağmen birinin olduğu yerde diğerinin de fazla uzakta olamayacağı, nefret suçlarının/söylemlerinin sosyal açıdan belli noktalarda ayrımcılık sorunuyla benzeştiğini belirtmenin de mümkün olduğu ifade edilmektedir⁴.

Ayrımcılık, nefret suçu ve nefret söylemi kavramlarının Türk ceza hukuku terminolojisine yeni yeni girmeye başlayan kavramlar olduğu söylenebilir. Bu açıdan bakıldığında, Türk ceza hukuku doktrininin bu kavramlara yabancı olduğunu söylemekte bir sakınca yoktur. Buna karşılık Batılı ülkelerde ve özellikle Amerika'da bu kavramların kullanımının çok daha eskilere dayandığı görülmektedir. Bu kavramların ne anlama geldiğinin, benzer kavramlarla olan farklarının net bir şekilde ortaya konulması ceza hukuku açısından büyük bir önem arz etmektedir. Bu bağlamda çalışmada, Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) nefret ve ayrımcılık suçunu düzenleyen 122. maddesi incelenecek, konuyla ilgili tespit, değerlendirme ve öne-

¹ Memiş, Pınar, "Ayrımcılık Suçunun Özürlüler Bakımından Değerlendirilmesi", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2009/2, s.69 vd.; Ataman, Hakan, "Nefret Suçlarını Farklı Yaklaşımlar Çerçevesinden Ele Almak: Etik, Sosyo-Politik ve Bir İnsan Hakları Problemi Olarak Nefret Suçları", in: Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları, Der.: Yasemin İnceoğlu, İstanbul 2012, s.66.

² Ataman, Nefret Suçları, s.66-67.

³ Karan, Ulaş, "Nefret İçerikli İfadeler, İfade Özgürlüğü ve Uluslararası Hukuk", in: Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları, Der.: Yasemin İnceoğlu, İstanbul 2012, s.87.

⁴ Ataman, Nefret Suçları, s.48 dn.3.

rilerde bulunulacaktır. Her ne kadar nefret ve ayrımcılık kavramları psikoloji, sosyoloji, felsefe, politika gibi alanlarda sıkça kullanılmaktaysa da söz konusu kavramların ağırlıklı olarak hukuki yönleri çalışmada ele alınacaktır.

Ayrımcılık suçu ve nefret suçu birbiriyle yakın ilişki içerisinde bulunmakla birlikte farklı içeriğe sahip iki suç tipidir. Aşağıda bu iki suç tipinden ne anlaşılması gerektiğine kısaca değinilerek aralarındaki farka temas edilecektir.

Nefret suçlarının ne olduğu konusunda herkesin üzerinde uzlaştığı bir tanımın bulunmadığı söylenebilir. Bununla birlikte nefret suçlarına ilişkin düzenlemelere yer veren ülkelerin mevzuatlarına bakıldığında nefret suçlarından bahsedilebilmesi için iki unsurun zorunlu olarak bulunması gerektiği ifade edilmektedir: Bunlardan ilki kanunda suç olarak tanımlanmış bir fiilin varlığı, ikincisi ise bu suçun nefret veya önyargı saikiyle işlenmiş olmasıdır⁵. Bu bağlamda bu iki unsurdan birinin eksik olması durumunda nefret suçunun varlığından bahsedilemeyecektir.

Ayrımcılık ise, çoğu durumda ahlak dışı olarak değerlendirilse bile her durumda suç olarak nitelendirilemez. Örneğin, bir kimse belli bir ırktan veya dini inançtan olan bir kişiyi o ırka veya dine olan önyargısından dolayı eş olarak seçmek istemeyebilir. Bu davranış biçimi ayrımcılık olarak nitelendirilse de ayrımcılık suçu kapsamında değerlendirilemez. Bu açıdan bakıldığında, ayrımcılık suçuyla ilgili düzenlemelere yer veren ülkelerde ayrımcılık suçunun daha çok işyerlerinde veya mal ve hizmet sunumlarında yapılan ayrımcılığa ilişkin olduğu görülmektedir⁶.

Nefret suçlarında olduğu gibi ayrımcılık suçunda da bir kişiye, mensup olduğu gruba karşı duyulan nefret veya önyargı nedeniyle dezavantaj oluşturacak şekilde muamele edilmektedir. Fakat ayrımcılık suçunda ayrımcı saik ortadan kalktığında yapılan eylem suç olmaktan çıkmasına karşın, nefret suçlarındaki nefret/önyargı saiki ortadan kalksa bile temel suçtan dolayı cezalandırma mümkün olmaktadır⁷.

Nefret suçu ayrımcılıktan beslenir ancak ayrımcılıktan başka bir şeyi ifade eder. Yukarıda da ifade edildiği üzere ayrımcılığın önlenmesiyle ilgili kanunlar genellikle iş, mal ve hizmetten yararlanılmasını veya bir başka hakkın kullanılmasını engellemeyi yasaklarken, nefret suçlarında ise ceza kanunlarında tanımlanmış bulunan adam öldürme, kasten yaralama, mala zarar verme, hakaret, tehdit gibi suçların nefret/önyargı saikiyle işlenmesi cezalandırılmaktadır⁸.

⁵ Sokullu-Akıncı, Füsün, "Hate Crimes", Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul, Vol.41, No.58, 2009, s.102; Sınar, Hasan, "Türk Hukukunda Nefret Suçlarına İlişkin Yasal Düzenleme Çalışmaları", MÜHFHAD, Yıl: 2013, Cilt: 19, Sayı: 2, Özel Sayı: Prof.Dr. Nur Centel'e Armağan, s.1272; Türay, Aras, "Nefret Suçları ve Türk Ceza Hukukundaki Güncel Gelişmeler", CHD, Aralık 2004, Sayı: 26, s.78-79.

⁶ Bulut, İlhan, Nefret Suçları, Ankara 2014, s.154.

⁷ Sokullu-Akıncı, Hate Crimes, 103; Bulut, Nefret Suçları, s.155.

⁸ Ataman, Hakan, "Nefret Suçlarının Bugünü", 10.05.2009 tarihli Radikal Gazetesi'ndeki yazı, kaynak: http://www.radikal.com.tr/radikal2/nefret_suclarinin_bugunu-935076 (Erişim Tarihi: 18.04.2016).

Çalışmada ayrıntılı olarak ifade edileceği üzere, birbiriyle yakın ilişki içerisinde bulunmakla birlikte farklı iki kavram olan nefret ve ayrımcılığın TCK’da aynı madde altında ele alınması kanaatimizce doğru olmamıştır. Ayrıca 2014 yılında yapılan değişiklikten sonra TCK m.122’de düzenlenen suçun adı ve hukuki niteliği konusunda da çok büyük bir belirsizlik yaratıldığı söylenebilir. Her ne kadar TCK’nın 122. maddesinde 2014 yılında yapılan değişiklikten sonra nefret suçlarına artık TCK’da yer verildiği belirtilmekteyse de bu tespite katılmak mümkün değildir. Zira TCK m.122’de teknik anlamda ne bir nefret suçu ne de bir ayrımcılık suçu düzenlenmiştir; maddede düzenlenen husus ayrımcılık suçunun nefret saikiyle işlenmesi halidir. Bu nedenle çalışmada, TCK’nın 122. maddesindeki suç tipini tanımlamak için “nefret ve ayrımcılık suçu” değil “nefret saikiyle işlenen ayrımcılık suçu” tabiri kullanılacaktır.

51. KAVRAM, TERİM VE TANIM

Her şeyden önce, Türkçe dilbilgisi kuralları bakımından maddede kullanılan “ayırım” ve “ayırıcılık” kelimelerinin doğru olmadığını belirtmek gerekmektedir. Zira Türkçe’de “ayırım” ve “ayırıcılık” diye kelimeler yoktur; bunların doğrusu “ayrım” ve “ayırıcılık”tır. Ancak gerek TCK’da gerek Anayasa’da (m.10, m.70) yanlış bir şekilde “ayırım” ve “ayırıcılık” sözcükleri kullanılmıştır. Bu çalışmada, dilbilgisi kurallarına riayet etmek için “ayrım” ve “ayırıcılık” sözcükleri kullanılacaktır.

“Ayrım” sözcüğünün Türk Dil Kurumu’nun Güncel Türkçe Sözlüğünde birden çok karşılığı bulunmaktadır. Bunlardan bazıları şöyledir: “1. Ayırma işi, tefrik; 2. Bir kimse veya nesnenin bir başkasıyla karşılaştırılmamasını sağlayan ayrılık, benzer şeyleri birbirinden ayıran özellik, başkalık, fark; 3. Alt bölüm; 4. Cinsleri ve türleri birbirinden ayıran ana karakter, fark; 5. Ayrılma noktası.”⁹ Ayrımcılık sözcüğü ise “Ayrımcı olma durumu.” anlamına gelmektedir¹⁰.

Ayrımcılık, bir tutum ve davranış biçimi olarak bireysel düzeyde oluşmakta ancak bütün tutum ve davranışlar gibi içinde yaşanan sosyal ve toplumsal çevre tarafından biçimlendirilmektedir. Hiçbir kültür ya da toplumun başka kültür ya da toplumlardan daha fazla veya daha az önyargı ve ayrımcılık potansiyeline sahip olması söz konusu değildir. Bir toplumda ya da kültürde önyargı ve ayrımcılığın yaygınlık düzeyi, bu fiillerin yöneldiği grupların hangileri olduğu, o toplumun tarihsel, sosyal ve politik sistemiyle ilgilidir¹¹.

⁹ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.555b44525123d3.50269349 (Erişim Tarihi: 10.05.2016).

¹⁰ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.555b46c55c2a99.63703057 (Erişim Tarihi: 10.05.2016).

¹¹ Göregenli, Melek, “Ayrımcılığın Meşrulaştırılması”, in: Medya ve Nefret Söylemi - Kavramlar, Mecralar, Tartışmalar, Ed.: Mahmut Çınar, İstanbul 2013, s.39.

Ayrımcılık, yaygın olarak ayrımcılığın mağdurları tarafından da meşrulaştırılarak adı konmadan yaşanan gruplar arası bir ilişki ideolojisidir. Bu ideolojinin ve dolayısıyla çeşitli toplumsal grupların, ayrımcılıkla ilgili görüşlerinin değişebilmesi için öncelikle ayrımcılığın meşrulaştırılması sürecinin tersine çevrilmesi gerekmektedir. Ayrımcılığın önyargılar ve kalıpyargılardan (stereotip) beslenen bir tutum ve davranış olarak gerek Türkiye’de gerek dünyanın farklı yerlerinde ciddi ölçüde yerleşik olması, ayrımcılıkla mücadelenin ne denli zor olduğunun önemli bir göstergesidir¹².

Önyargı ise, insanların önyargıyla yaklaştığı kişilerle ya da gruplarla arasına fiziksel ya da sosyal mesafe koymasına yol açan, ayrımcılıkla yakından ilişkili bir tutumdur. Önyargının davranışa dönüştüğü durumda ise ayrımcılıktan söz edilmektedir. Ayrımcılık, önyargıyla yaklaşılan bir dış grubun, iç grupla ilişkisini zorlaştıracak ya da imkansız kılacak şekilde sosyal ya da fiziksel olarak uzakta tutulması ve bunun göreceli olarak kalıcı olması biçiminde ortaya çıkan bir eğilimdir. Önyargılar ile sıklıkla karıştırılan bir diğer kavram kalıpyargılardır. Kalıpyargılar, belirli bir objeye ya da gruba ilişkin bilgi boşluklarını dolduran, önceden oluşturulmuş birtakım izlenimler olarak zihinde oluşturulan imgelerdir. Örneğin, çoğu insanın her sarışın yabancı turistin Alman olduğunu, bütün Japonların çalışkan olduğunu, Arapların pis olduğunu düşünmesine neden olan bu gruplarla ilgili kalıpyargılardır. Bu örneklerden de anlaşılacağı üzere kalıpyargılar her zaman olumsuz olmasa da, olumsuz olanların önyargıların oluşumunda etkili olduğu ifade edilmektedir. Kalıpyargılar bir grubun tüm üyelerini aynılaştırır ve insanları bireysel niteliklerinden soyutlayarak damgalanmış bir grubun üyesi haline getirir. Bunun sonucu olarak da ayrımcılık kaçınılmaz bir son olarak karşımıza çıkar. Örneğin bir Roman/Çingene iseniz iş bulmanız zordur zira dünyanın en dürüst Romani/Çingenesi olsanız bile insanlar sizi kafalarındaki kalıpyargılarla değerlendirebilirler¹³.

Nefret ise, Arapça kökenli bir sözcük olup, bir kimsenin kötülüğünü, mutsuzluğunu istemeye yönelik duygu; tikslenme, tiksinti anlamlarına gelmektedir¹⁴. Nefret kavramı Platon’dan başlayarak günümüze kadar uzanan bir süreçte filozofların ve sosyal bilimcilerin ilgi alanlarından birisini oluşturmuştur¹⁵.

Hukuk literatüründe ayrımcılık kavramının ilk olarak 1878 yılında Amerikan Anayasa Mahkemesi’nin *Virginia/Rives* kararında kullanıldığı ifade edilmekte-

¹² Göregenli, Ayrımcılığın Meşrulaştırılması, s.39-40.

¹³ Göregenli, Melek, “Temel Kavramlar: Önyargılar, Özcü İnançlar ve Ayrımcılık”, in: Medya ve Nefret Söylemi - Kavramlar, Mecralar, Tartışmalar, Ed.: Mahmut Çınar, İstanbul 2013, s.27-29; Çayır, Kenan, “Gruplararası İlişkiler Bağlamında Ayrımcılık”, in: Ayrımcılık - Çok Boyutlu Yaklaşımlar, Der.: Kenan Çayır-Müge Ayan Ceyhan, 2.Baskı, İstanbul 2013, s.11-12.

¹⁴ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.58f8cd5ca56728.82308805 (Erişim Tarihi: 04.08.2016).

¹⁵ Ataman, Nefret Suçları, s.51.

dir¹⁶. Ancak ayrımcılık kavramının günümüzde bile üzerinde uzlaşmaya varılmış bir tanımı bulunmamaktadır.

Ayrımcılık kavramı, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi'nin 10.11.1989 tarih ve 18 numaralı Genel Yorum kararında “*Bütün hak ve özgürlüklerin herkes tarafından eşit biçimde tanınmasını ve kullanılmasını engelleme veya tanınmasını ve kullanılmasını hükümsüz kılma amacını taşıyan veya bu etkiye sahip ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi veya diğer görüşler, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum veya diğer statülere dayalı olarak gerçekleştirilen ayırma, dışlama, kısıtlama ve tercih*” olarak tanımlanmıştır¹⁷.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında ise “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 14. maddesi bakımından bir muameledeki farklılık, objektif ve makul bir haklılığa sahip değilse yani meşru bir amaç izlemiyorsa veya kullanılan araçlar ile gerçekleştirilmek istenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi bulunmuyorsa ayrımcılık oluşur.*” denilmektedir¹⁸.

Ceza hukuku açısından yeni olsa da Türk Hukuku'nun ayrımcılık kavramına yabancı olmadığı söylenebilir. Gerçekten de en genel anlamıyla Anayasa'nın 2. maddesinde ifadesini bulan hukuk devleti ilkesi, ayrımcılığın engellenmesi ve bu konuda gerekli tedbirlerin alınması hususunda devlete önemli bir sorumluluk yüklemektedir¹⁹.

Eşitlik kavramı da ayrımcılıkla çok yakın ilişki içerisinde olan bir başka kavramdır. Günümüzde neredeyse bütün anayasalar ve uluslararası sözleşmelerin eşitlik ilkesine yer verdiği görülmektedir. Bu ilke modern hukuk sistemlerinde hukuk devletinin en önemli unsurlarından birisi olarak değerlendirilmektedir²⁰.

Eşitlik ilkesinin temellerine 17. ve 18. yüzyılda doğal hukuk öğretisinde rastlanmakla birlikte, eşitliğin tam anlamıyla sağlanabilmesi ve hayata geçirilmesinin, anayasa mahkemelerinin yaygınlaştığı ve uluslararası sözleşmelerde bu ilkeye yer verilmeye başlandığı 20. yüzyılı bulduğu ifade edilmektedir²¹.

Eşitlik ilkesi, hukuk devletinin ve demokrasinin en temel ilkelerinden birisi olup, kişileri keyfi muameleyle maruz kalmaktan koruma amacını taşımaktadır. Eşitlik ilkesi bir yandan hukuk kurallarının genel olmasını (şekli eşitlik) öte yandan kişilere karşı eşit davranılmasını (maddi eşitlik) gerektirmektedir²².

¹⁶ Öztürk, Nurten, Nefret ve Ayrımcılık Suçu, Ankara 2017, s.9.

¹⁷ http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=8&DocTypeID=11 (Erişim Tarihi: 16.04.2016).

¹⁸ Karadeniz, Serra, Nefret Söylemi Kapsamında Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu, İstanbul 2012, s.XXV (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi).

¹⁹ Demren-Dönmez, Burcu, “Ayrımcılık Suçu”, TBBD, Yıl: 2012, Sayı: 102, s.14-15.

²⁰ İnceoğlu, Sibel, “Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı”, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2006/4, s.45.

²¹ İnceoğlu, Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı, s.47.

²² İnceoğlu, Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı, s.47.

Ayrımcılık veya daha doğru ifadesiyle ayrımcılık yasağının Anayasa’da en net şekilde karşımıza çıktığı madde “*Kanun önünde eşitlik*” ilkesinin düzenlendiği 10. maddedir. Zira, ayrımcılık yasağının söz konusu olabilmesi için herkesin eşit olması bir zorunluluktur. İnsanların eşit olmadığı bir ülkede ayrımcılığın olması da kaçınılmazdır. İşte Anayasa’nın 10. maddesi ile her ne kadar yalnızca eşitlik ilkesi düzenlenmiş gibi görünse de aslında ayrımcılık yasağının da dolaylı bir şekilde engellendiği söylenebilir.

Eşitlik ilkesinin düzenlendiği Anayasa’nın 10. maddesinin 1. fıkrasında hem genel olarak herkese uygulanacak olan kanun önünde eşitlik ilkesine hem de dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplere dayanarak ayırım yapılmaması gerektiğine özel olarak vurgu yapılmaktadır. Maddede belirtilen dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep kavramlarının eşitlik ilkesinin çekirdek alanı olduğu belirtilmektedir. Anayasa, bu özelliklere dayalı bir sınıflandırmanın diğer özelliklere dayalı sınıflandırmalara göre çok daha sıkı bir denetim altında tutulacağını vurgulamaktadır. Bu tür sebeplere dayalı bir sınıflandırmanın, fiili eşitsizlik durumunda bulunan ve özel olarak korunmayı gerektiren grupların, bu eşitsiz konumunu dengelemek amacıyla yapılması da mümkündür ki bu durum olumlu/pozitif ayrımcılık olarak ifade edilmektedir ve bu durum ayrımcılık ilkesine aykırılık olarak düşünülemez²³.

Ayrımcılık genel olarak “*doğrudan ayrımcılık-dolaylı ayrımcılık*” şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır. Doğrudan ayrımcılık yasağı, ayrımcılığın tipik görünüm şekli olup, aynı veya benzer konumda olan kişiler arasında fark yaratılmasını engellemeyi amaçlamakta ve bu nedenle şekli eşitlik anlayışının bir ifadesi olarak görülmektedir. Doğrudan ayrımcılığa örnek olarak, kadın ve erkek çalışanlar arasında kadınlara sırf cinsiyetleri nedeniyle daha az ücret verilmesi gösterilebilir. Dolaylı ayrımcılık ise, herkes için aynı şekilde geçerli ve görünüşte tarafsız olan ancak bazı kişi ve gruplar üzerinde diğerlerinden farklı olarak veya diğer gruplardan daha fazla olumsuz etki yaratan yasal düzenlemeler, uygulamalar ve tedbirler olarak kabul edilmektedir. Burada farklı muamele kadar aynı muamelenin de eşit olmayan sonuçlar yaratabileceği dikkate alınmakta ve yapılan farklı muamelenin sonuçları üzerinden bir değerlendirme yapılmaktadır. Doğrudan ayrımcılıktan farklı olarak burada farklı muamelenin yasaklanması değil, ayrımcı etkiler doğuran aynı muamelenin yasaklanması söz konusudur. Buna örnek olarak, bir kütüphanede çalışmak üzere kütüphaneci arandığına ilişkin bir iş ilanında, başvuruçuların 180 cm’den daha uzun olmalarının gerekeceği şeklinde bir ilan gösterilebilir. Erkeklerin bu kriteri sağlama ihtimali kadınlardan çok daha fazla olduğundan burada dolaylı bir ayrımcılıktan bahsedilebilecektir²⁴.

²³ Öztürk, Nefret ve Ayrımcılık Suçu, s.16; İnceoğlu, Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı, s.48-49.

²⁴ Öztürk, Nefret ve Ayrımcılık Suçu, s.11-15; Karan, Ulaş, “Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Türk Ceza Kanunu’nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği”, TBB, Yıl: 2007, Sayı: 73, s.153-154; Yenidünya, A. Caner, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Ayrımcılık Suçu”, Çalışma ve Toplum, 2006/4, Sayı: 11, s.105.

Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerinin yorumlanması neticesinde bazı eksiklikleri olmakla birlikte ayrımcılık yasağının Türk Hukuku bakımından geçerli olduğu ifade edilebilir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, ayrımcılık yasağının muhatabının devlet organları ve idare makamları olduğudur. Başka bir deyişle Anayasa'daki bu düzenlemelerin, devlet organları ve idare makamları ile bireyler arasındaki ilişkilere yönelik olduğu söylenmektedir. Bu açıdan bakıldığında, ayrımcılık yasağının, eşitler arası ilişkilerde (bireylerle bireyler arasındaki ilişkilerde yani özel hukuk ilişkilerinde) uygulanamayacağı da söylenebilir. Bu noktadan hareketle, doktrinde savunulan bir görüşe göre, özel hukuk ilişkileri bakımından ayrımcılık yasağının suç olarak düzenlenmesinin doğru olmadığı ifade edilmektedir. Bu görüşe göre TCK'nın 122. maddesine ihtiyaç bulunmamaktadır; zira devletin ayrımcılık yasağı adı altında özel hukuk ilişkilerine müdahale etmesi yerinde değildir. Ayrımcılık yasağının muhatabı, devlet ve bu kapsamda kamu kurum ve kuruluşlarıdır. Bu açıdan, bireyler bakımından TCK'nın 216. maddesinin düzenleme amacını ve mantığını aşan bir ayrımcılık suçunun kabul edilmesi de doğru değildir²⁵.

Nefret ve ayrımcılık suçu daha önce de belirtildiği üzere ceza hukukumuz açısından yeni bir suç tipidir. 765 sayılı TCK döneminde olmayan bu suç tipine ilk olarak 5237 sayılı TCK'nın 122. maddesinde yer verilmiştir²⁶. Ancak ayrımcı-

²⁵ Şen, Ersan, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt: 1, Madde 1-140, İstanbul 2006, s.510 vd. Aksi görüşteki yazarlardan Karan'a göre, ayrımcılık suçu ile ilgili düzenlemelerin halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu ile bir ilgisi bulunmamaktadır. Yazara göre 122. madde ile düşünce açıklamaları değil ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilemeyecek hareketler cezalandırılmaktadır. Kaldı ki ifade özgürlüğü mutlak bir hak değildir. İfade özgürlüğünün sınırlanma nedenlerinden biri de ayrımcı ifadelerdir. Ayrıca 216. madde ile 122. maddede öngörülen hareketlerin cezalandırılması imkanı bulunmamaktadır. Bu açıdan bakıldığında, 216. maddedeki düzenlemenin varlığı öne sürülerek 122. maddeye ihtiyaç olmadığı ileri sürülmesi de mümkün değildir. Bkz. Karan, Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı, s.159. Şen tarafından savunulan görüşü eleştiren yazarlardan bir diğeri olan Ekmekçi'ye göre, ayrımcılık yasağına uyması gerekenin sadece kamu kurum ve kuruluşları olduğunun savunulması doğru değildir. Zira nefret ve ayrımcılık suçunu oluşturan hareketler kamu kurum ve kuruluşları tarafından gerçekleştirilebileceği gibi sivil kişiler tarafından da gerçekleştirilebilir. Bkz. Ekmekçi, Dilek, "Türk ve Fransız Ceza Kanunlarında Ayrımcılık Suçu", Legal Hukuk Dergisi, Cilt: 11, Yıl: 2013, Sayı: 129, s.25. Benzer görüşteki yazarlardan Gül'e göre de, tüm insan hakları meselelerinde olduğu gibi, ayrımcılık bakımından da devletin kendisinin ihlali gerçekleştirilmiş olması yetmez, kendisi dışındaki kişilerin ihlallerini de önlemek için gerekli tüm çabayı göstermiş olması gerekir. Bu nedenle devlet, örneğin istihdamla ilgili olarak yalnızca devlet memurlarına ayrımcılık yapmamakla yetinmeyecek, özel sektörde işe alımlar, çalışma koşulları, terfi, ikramiye, iş akdinin feshi gibi konuları da ayrımcılık yasağı kapsamında düzenleyecektir. Yazar devletin yalnızca özel hayat alanı olarak adlandırılabilir alanlara müdahale edemeyeceğini de ifade etmektedir. Örneğin, kiminle arkadaş olacağımız, kiminle duygusal ilişki kuracağımız, kiminle aynı evi paylaşacağımız, kiminle nişanlanacağımız veya evleneceğimiz gibi. Bkz. Gül, İdil Işıl, "Hukukta Ayrımcılık Yasağı", in: Ayrımcılık - Çok Boyutlu Yaklaşımlar, Der.: Kenan Çayır-Müge Ayan Ceyhan, 2. Baskı, İstanbul 2013, s.123.

²⁶ 5237 sayılı TCK yürürlüğe girdikten sonra TCK m.122'ye dayanılarak ilk dava 2006 yılında İstanbul'da açılmıştır. 2008 yılında farklı illerde olmak üzere toplamda beş dava; 2009 yılında on iki dava; 2010 yılında altı dava; 2011 yılında on dava; 2012 yılında yedi dava ve 2013 yılında on dava açılmıştır. Bkz. Öztürk, Nefret ve Ayrımcılık Suçu, s.2.

lık suçuyla ilgili ilk çalışmaya 2003 tarihli TCK hükümet tasarısının 170. maddesinde yer verildiği görülmektedir. Tasarıdaki madde şu şekildeydi:

“Kişiler arasında köken, cinsiyet, aile durumu, örf ve adet, siyasal düşünce, felsefi inanç, sendika, bir etnik gruba mensupluk, ırk, din, mezhep nedeniyle ayırım yaparak;

- a) Bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya bir hizmetin icrasını veya hizmetten yararlanılmasını engelleyen veya kişinin işe alınmasını veya alınmamasını yukarıda sayılan hallerden birine bağlayan,
- b) Besin maddelerini vermeyen veya kamuya arz edilmiş bir hizmeti yapmayı reddeden,
- c) Kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engelleyen,

Kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya 750 milyon liradan 2 milyar liraya kadar ağır para cezası verilir.

Bu maddede yazılı suçlar tüzel kişiler aleyhine işlendiğinde de aynı cezalar uygulanır.

Tüzel kişiler de bu maddede yazılı suçlardan dolayı sorumludurlar.”

2003 tarihli hükümet tasarısında yer alan bu düzenleme Adalet Alt Komisyonu'na geldikten sonra ufak değişikliklere maruz kalmış, bu bağlamda madde metnine *“cinsel yönelim”* ibaresi eklenmiş ayrıca ağır para cezası yerine adli para cezası ifadesine yer verilmiş, tüzel kişilere ilişkin düzenleme ise madde metninden çıkarılmıştır. Sonrasında ise Adalet Komisyonu, Alt Komisyon tarafından kabul edilen metinde tekrar değişiklik yapma yoluna gitmiştir. Adalet Komisyonunda yapılan değişiklikle birlikte maddede geçen *“cinsel yönelim”, “sendika”, “bir etnik gruba mensupluk”, “örf ve adet”* ile *“köken”* ifadeleri metninden çıkarılmış, metne *“ve benzeri sebeplerle”*²⁷ ibaresi konulmak suretiyle maddenin uygulama alanı genişletilmiştir. Söz konusu madde Adalet Komisyonu'nda kabul edilen şekliyle yasallaşmıştır.

5237 sayılı TCK yürürlüğe girdikten sonra 2005 yılında 5378 sayılı Kanun'un 41. maddesiyle TCK'nın 122. maddesinde geçen *“dil, ırk, renk, cinsiyet”* ibaresinden sonra gelmek üzere *“özürlülük”* ibaresi metne eklenmiştir. Daha sonra 2013 yılında 6462 sayılı Kanun'un 63. maddesiyle, metinde yer alan *“özürlülük”* ifadesi *“engellilik”* olarak değiştirilmiştir.

²⁷ Karan'a göre, gerek uluslararası hukuktaki standartlar, gerek Anayasa'nın 10. maddesi dikkate alındığında, ayrımcılık yasağının ucu açık bir düzenlemeyi meşrulaştırdığı sonucu ortaya çıkmaktadır. Maddede geçen *“ve benzeri sebeplerle”* ifadesi ile 122. madde, her somut olayda belli kriterlerin uygulanması ile somut hale gelecek ve içtihatlarla yol alacaktır. Başka bir açıdan bakıldığında toplumsal yaşamda ortaya çıkan kimlik ve özelliklerin bir maddede sayılarak tüketilmesi mümkün gözükmemektedir. Ancak Yazar, ceza hukukunda geçerli olan kanunilik prensibi gereği bu şekilde yapılan ucu açık düzenlemeyi doğru bulmadığını da sözlerine eklemektedir. Bkz. Karan, Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı, s.163.

TCK m.122’de yapılan en önemli değişiklik ise 2014 yılında 6529 sayılı Kanun’la olmuştur. TCK’nın 122. maddesinin değişiklikten önceki başlığı “Ayrımcılık” iken, değişiklikten sonra “Nefret ve ayrımcılık” olmuş, “nefret” ifadesi metne dahil edilmiş ayrıca maddenin içeriğinde de önemli birtakım değişiklikler yapılmıştır. Maddenin mevcut son şekli aşağıdaki gibidir:

“Nefret ve ayrımcılık

Madde 122- (1) Dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle;

a) Bir kişiye kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya kiraya verilmesini,

b) Bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasını,

c) Bir kişinin işe alınmasını,

d) Bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını,

engelleyen kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

TCK’nın 122. maddesinde 6529 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikten sonra sanki nefret suçlarına ilişkin somut bir hüküm TCK’ya girmiş izlenimi oluşmaktaysa da bu husus doğru değildir. Zira maddede yapılan değişikliklerle TCK’da teknik anlamda bir nefret suçunun oluşturulduğundan bahsedilemez²⁸. Bu nedenle madde başlığı ile içeriğinin uyumlu olmadığı da rahat bir şekilde ifade edilebilir. Çalışmada, inceleme konusu dışında kalan ve başlı başına monografik bir çalışmanın konusunu teşkil edebilecek nitelikteki nefret suçlarıyla ilgili açıklamalara yer verilmeyecektir. Kanaatimizce 122. maddede düzenlenen suç tipini “nefret ve ayrımcılık suçu” olarak değil, “nefret saikiyle işlenen ayrımcılık suçu” olarak nitelendirmek daha doğru olacaktır. Bu bağlamda yapılması gerekenin “Nefret ve ayrımcılık” olan madde başlığının “Ayrımcılık” veya “Nefret saikiyle işlenen ayrımcılık” olarak değiştirilmesi olduğu düşünülmektedir. Bu bağlamda çalışmada, TCK’nın 122. maddesinde belirtilen suç tipini tanımlamak için “nefret saikiyle işlenen ayrımcılık suçu” tabiri kullanılacaktır.

S2. BENZER KAVRAMLARLA KARŞILAŞTIRMA

Ayrımcılık suçu ile en çok karıştırılan kavramların başında nefret suçu gelmektedir. Bu iki suç tipi birbiriyle ilişkili olmakla birlikte esasında farklı anlam ve içeriğe sahiptirler²⁹.

²⁸ Türay, Nefret Suçları, s.91. Yargıtay’ın benzer nitelikteki tespitlerini içeren kararı için bkz. 18. Ceza Dairesi, 30.03.2016 T., 2015/26353 E., 2016/6373 K.

²⁹ Öztürk, Nefret ve Ayrımcılık Suçu, s.6; Soykan, Tankut Taşkın, “Nefret Suçu Kavramı”, in: Nefret Suçlarıyla Mücadele Konferansları - Konuşma Metinleri, Ankara 2010, s.48; Krupna, Karsten, “Almanya’da Nefret Suçu Kavramı”, in: Nefret Suçlarıyla Mücadele Konferansları- Konuşma Metinleri, Ankara 2010, s.97.

Ayrımcılık, ırk, etnik köken, cinsiyet, din gibi birtakım sebeplere dayanarak, kişilere karşı uygun olmayan farklı davranışlarda bulunulmasıdır. Ayrımcılık fiili suç olarak düzenleyen ülkelerin çoğunda, işyerlerinde veya mal ve hizmetlerin alımında yapılan ayrımcı davranışlar cezalandırılmaktadır³⁰.

Burada üzerinde durulması gereken en önemli husus nefret suçuyla ayrımcılık suçu arasındaki farkın ortaya konulmasıdır. Daha önce de ifade edildiği üzere, ayrımcılık çoğu durumda ahlak dışı olarak kabul edilse bile suç olarak nitelendirilemez. Örneğin bir kimse belli bir ırktan veya dini inançtan olan bir kişiyi o ırka veya dine olan önyargısından dolayı eş olarak seçmek istemeyebilir. Bu davranış biçimi ayrımcılık olarak nitelendirilse de ayrımcılık suçu kapsamında değerlendirilemez. Ayrımcılık niteliğindeki fiillere karşı uygulanan yaptırımlar daha çok özel hukukun ilgi alanına girmekte olup bazı durumlarda ceza hukukunun ilgi sahasına girebilmektedir. Bu açıdan bakıldığında, ayrımcılık suçlarının daha çok işyerlerinde veya mal ve hizmet sunumlarında yapılan ayrımcılığa ilişkin olduğu görülmektedir. Nefret suçlarında olduğu gibi ayrımcılık suçunda da bir kişiye, mensup olduğu gruba karşı duyulan nefret veya önyargı nedeniyle dezavantaj oluşturacak şekilde muamele edilmektedir. Fakat ayrımcılık suçunda ayrımcı saik ortadan kalktığında yapılan eylem suç olmaktan çıkacaktır. Başka bir ifadeyle, nefret suçlarını oluşturan unsurlardan biri olan temel suçun bulunması mecburiyeti ayrımcılık suçunda aranmamaktadır³¹.

53. AYRIMCILIK YASAĞIYLA İLGİLİ İÇ HUKUKTAKİ, ULUSLARARASI HUKUK METİNLERDEKİ, KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTAKİ VE AVRUPA BİRLİĞİ MÜKTESEBATINDAKİ BAZI DÜZENLEMELER

Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrasına göre usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası andlaşmalar kanun hükmündedir ve bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz. Söz konusu fıkranın devamında, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümlerinin esas alınacağı belirtilmiştir. Bu itibarla ayrımcılık yasağıyla ilgili tarafı olduğumuz uluslararası hukuk metinlerindeki düzenlemelerin net bir şekilde tespit edilmesi büyük bir önem arz etmektedir.

Aşağıda ilk olarak iç hukuktaki metinlere, daha sonrasında ise konuyla ilgili önemli sözleşmelere, karşılaştırmalı hukuktaki ve Avrupa Birliği müktesebatındaki bazı düzenlemelere kısaca değinilecektir.

³⁰ Aytakin-İnceoğlu, Asuman, "Nefret Suçu Kavramı ve Türk Ceza Mevzuatı Açısından Değerlendirilmesi", in: Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları, Der.: Yasemin İnceoğlu, İstanbul 2012, s.107.

³¹ Bulut, Nefret Suçları, s.154-155.

I. İç Hukuktaki Düzenlemeler

Türk Hukuku'nda ayrımcılığın yasaklanmasıyla ilgili olarak gerek anayasal gerek yasal birçok düzenlemeye yer verildiği görülmektedir. Bu bağlamda gerek TCK'da gerek diğer kanunlarda çeşitli hükümlere yer verilmiştir. İnceleme konusunu oluşturan TCK m.122 bu konuda özel bir yere sahiptir. Ancak bu başlık altında yalnızca Anayasa ve TCK dışındaki diğer kanunlarda yer alan düzenlemelere değinilecek, TCK'daki benzer nitelikte suçlara ise konu bütünlüğünü bozmamak açısından suçların içtimai başlığı altında temas edilecektir.

Yukarıda ayrıntılı olarak değinildiği üzere ayrımcılığın yasaklanmasıyla ilgili olarak Türk Hukuku'ndaki en temel norm, kanun önünde eşitlik ilkesinin düzenlendiği Anayasa'nın 10. maddesidir. Ayrıca Anayasa'nın 68. ve 70. maddeleri de ayrımcılığın yasaklanması konusunda gösterilebilecek örnekler arasındadır.

Türk Hukuku'nda 2016 yılına kadar ayrımcılık yasağına ilişkin temel bir kanun olmayıp çeşitli kanunlarda ayrımcılığı yasaklayan özel nitelikte düzenlemelere yer verilmiş bulunmaktaydı. Ancak gerek ülkemizin tarafı olduğu uluslararası sözleşmeler gerek sivil toplum kuruluşlarının baskıları sonucunda 2016 yılında 6701 sayılı *“Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu”*³² kabul edilmiştir. Kanun'un amaç ve kapsam başlıklı 1. maddesinde Kanun'un amacı olarak insan onurunu temel alarak insan haklarının korunması ve geliştirilmesi, kişilerin eşit muamele görme hakkının güvence altına alınması, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada ayrımcılığın önlenmesi ile bu ilkeler doğrultusunda faaliyet göstermek, işkence ve kötü muameleyle etkin mücadele etmek ve bu konuda ulusal önleme mekanizması görevini yerine getirmek üzere Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumunun kurulması olduğu belirtilmiştir. Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı başlıklı 3. maddede ise bu Kanun kapsamında cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hal, sağlık durumu, engellilik ve yaş temellerine dayalı ayrımcılığın yasak olduğu açık bir şekilde ifade edilmiştir. Kanun'da daha önceleri sadece doktrinde yer verilen bazı kavramlara ilişkin tanımlara da yer verildiği görülmektedir (m.2). Bu Kanunla getirilen en önemli düzenlemelerden birisi de, gerçek kişi, özel hukuk tüzel kişisi, kamu hukuku tüzel kişisi, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu gibi ayrımlar gözetilmeksizin genel bir şekilde ayrımcılık yasağına uyma zorunluluğunun getirilmiş olmasıdır (m.5). Kanun'da ayrımcılık yasağı kapsamında olmayan hallere de yer verilmiştir (m.7). Getirilen bir diğer önemli bir yenilik ise Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'nun kurulmasıdır. Bu Kurum kamu tüzel kişiliğine sahip, idari ve mali özerkliği bulunan bir kurum niteliğindedir. Kurum'un en önemli görevleri ayrımcılık yasağı ihlallerini re'sen veya başvuru üzerine incelemek, araştırmak, karara bağlamak ve sonuçlarını takip etmektir (m.9). Kurum'un karar organı olan Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik

³² R.G. Tarih-Sayı: 20.04.2016-29690.

Kurulu'nun görevleri ise ayrımcılık yasağı ihlallerine ilişkin başvurular ile insan hakları veya ayrımcılık yasağı ihlallerine ilişkin re'sen yapılan incelemeleri karara bağlamak, bu başvuru ve incelemelere ilişkin gerekli hallerde uzlaşma sürecini sonuçlandırmak, ayrımcılık yasağı ihlallerine ilişkin idari yaptırımlara karar vermektir (m.11). Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde 6701 sayılı Kanun'la ilgili daha ayrıntılı açıklamalara yer verilecektir.

Türk Medeni Kanunu'nda (TMK) da ayrımcılığı engellemeye yönelik hükümlere yer verildiği görülmektedir. Dernek üyelerinin haklarının düzenlendiği eşitlik ilkesi başlıklı 68. madde hükmüne göre dernek üyeleri eşit haklara sahiptirler ve dernek, üyeleri arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, din ve mezhep, aile, zümre ve sınıf farkı gözetemez, eşitliği bozan veya bazı üyelere bu sebeplerle ayrımcılık tanıyan uygulamalar yapamaz. Bu şekilde dernek üyeleri arasında ayırım yapılamayacağı ve dernek üyelerinin eşit haklara sahip olacakları ifade edilmiştir. TMK'da ayrımcılığı engellemeye yönelik diğer düzenlemeler ise özellikle aile hukukuna ilişkin hükümlerde kendisini göstermektedir³³.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 7. maddesinde, devlet memurlarının görevlerini yerine getirirken dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi ayırımlar yapamayacakları; aynı Kanun'un 125. maddesinde ise bu şekilde ayrımcılık yapan memurlar hakkında kademe ilerlemesinin durdurulması cezasının uygulanacağı belirtilmiştir.

2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun 83. maddesinde siyasi partilerin, herkesin dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu prensibine aykırı amaç güdemeyecekleri ve faaliyette bulunamayacakları hükme bağlanmıştır. Ayrımcılığın yasaklanmasına yönelik benzer nitelikteki düzenlemelere aynı Kanun'un 12. ve 78. maddelerinde de yer verilmiştir.

1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'nun 4. maddesinde eğitim kurumlarının dil, ırk, cinsiyet, engellilik ve din ayırımı gözetilmeksizin herkese açık olduğu, eğitimde hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmayacağı belirtildikten sonra 8. maddede eğitimde kadın ve erkek herkese fırsat ve imkan eşitliğinin sağlanacağı ifade edilmiştir.

İş hukuku mevzuatını düzenleyen temel kanun niteliğindeki 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinde ifadesini bulan eşitlik ilkesi, ayrımcılık yasağını da içermesi açısından özel bir öneme sahiptir. 5. maddenin 1. fıkrasında, iş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamayacağı belirtilmiş, diğer fıkralarda ise bunu sağlamaya yönelik ayrıntılı hükümlere yer verilmiştir. Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde İş Kanunu'ndaki düzenlemelere daha kapsamlı bir şekilde değinilecektir.

³³ Öztürk, Nefret ve Ayrımcılık Suçu, s.63-66.

6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'da da ayrımcılığı yasaklayıcı düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. 6112 sayılı Kanun'un "Yayın Hizmeti İlkeleri" başlıklı 8. maddesinde, yayın hizmetlerinin, ırk, dil, din, cinsiyet, sınıf, bölge ve mezhep farkı gözeterek toplumu kin ve düşmanlığa tahrik edemeyeceği ve toplumda nefret duyguları oluşturmaya yacağı; ırk, renk, dil, din, tabiiyet, cinsiyet, engellilik, siyasi ve felsefi düşünce, mezhep ve benzeri nedenlerle ayrımcılık yapan ve bireyleri aşağılayan yayınları içermeyeceği ve teşvik edemeyeceği düzenlenmiştir. Ayrımcılık ve nefret sorunlarıyla mücadelede sac ayaklarından birisini oluşturan radyo ve televizyonlar bakımından böyle bir düzenlemeye yer verilmiş olmasını yerinde bir uygulama olarak değerlendirmek gerekir.

Konuyla ilgili olarak değinilecek son yasal düzenleme 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'dur. Kanun'un 8. maddesinde erişimin engellenmesi kararı verilebilecek suçlar katalog halinde sayılmıştır. Maddede belirtilen katalog suçlar içerisinde TCK m.122'ye yer verilmemiş olması önemli bir eksikliktir. Zira günümüzde, nefret ve ayrımcılık içeren söylemlerinin en fazla yayılma alanı bulunduğu mecranın internet ortamı olduğu düşünüldüğünde bu tespitin haklılık payı kendiliğinden anlaşılacaktır. Bu bağlamda, yapılacak bir kanun değişikliği ile 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesindeki katalog suçlara TCK m.122'nin de dahil edilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

II. Uluslararası Hukuk Metinlerindeki Düzenlemeler

Aşağıda incelenecek olan uluslararası hukuk metinlerinde her ne kadar ayrımcılık yasağıyla ilgili hükümlere yer verilmiş olsa da ayrımcılık yasağının ceza hukuku bağlamında yaptırım gerektiren bir suç olarak düzenlenmesi gerektiğine ilişkin bir zorunluluk taraf devletlere yüklenmemiştir. Ancak ayrımcılık yasağının belli görünümleri açısından bazı belgelerde ceza hukuku kapsamında bir düzenleme yapılmasının taraf devletlere tavsiye edildiği de görülmektedir³⁴.

A. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek 12 Numaralı Protokol

Ayrımcılık yasağıyla ilgili AİHS'deki en önemli düzenleme 14. maddedir. Ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddeye göre: "Bu Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır." Maddede ifade edilen durumların sınırlı sayıda olmadığı örnek kabilinden olduğu ve genişletilebileceği net bir şekilde maddede ifade edilmiştir.

³⁴ Karan, Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı, s.157.

14. maddeyle ilgili cevaplanması gereken önemli bir soru da bu maddenin bağımsız bir karaktere mi yoksa özerk bir karaktere mi sahip olduğudur. Başka bir ifadeyle bu madde, AİHS'in diğer maddelerinden bağımsız bir şekilde uygulanabilir mi yoksa sadece AİHS'deki haklardan birisinin ihlali halinde mi uygulanması gündeme gelebilir? AİHM 14. maddeyi geniş yorumlamakta ancak bu maddenin AİHS'deki diğer haklardan tamamen bağımsız olarak uygulanmasını mümkün görmemektedir. Bu bağlamda, ayrımcılığa uğrandığı iddia edilen konu mutlaka AİHS'de tanınan haklardan birinin kapsamına girmeli yani 14. maddenin kabul edilebilmesi için bağlantılı olan hakkın da ihlal edilmiş olması gerekmektedir³⁵.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek 12 Numaralı Protokol'ün ayrımcılığın genel olarak yasaklanması başlıklı 1. maddesinde ise şöyle denilmektedir: “1. Hukukun temin edilmiş olan tüm haklardan yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal ve sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma, servet, doğum veya herhangi bir diğer statü bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır. 2. Hiç kimse, 1. paragrafta belirtildiği şekilde hiçbir gerekçeyle, hiçbir kamu makamı tarafından ayrımcılığa maruz bırakılamaz.” Ek 12 Numaralı Protokol ile genel ayrımcılık yasağı AİHS'in bir parçası haline gelmiştir. Bu Protokol, AİHS m.14'ten farklı olarak yalnızca AİHS'te tanınan haklar açısından ayrımcılık yasağını değil bağımsız genel bir ayrımcılık yasağını düzenlemektedir³⁶.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek 12 Numaralı Protokolü Türkiye tarafından 18.04.2001'de imzalanmış olmasına karşın henüz onaylanmamıştır. Irkçılığa ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu'nun Türkiye ile ilgili 4. raporunda, Ek 12 Numaralı Protokolün Türkiye tarafından en kısa zamanda onaylanması tavsiye edilmektedir.

B. Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme

16 Aralık 1966 tarihinde kabul edilen ve 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe giren Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme Türkiye tarafından 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalanmış, 2003 yılında ise yürürlüğe girmiştir. Sözleşmenin çeşitli maddelerinde ayrımcılık yasağıyla ilgili düzenlemelere yer verilmiştir.

Sözleşme'nin 2. maddesinin 1. fıkrasına göre “Bu Sözleşmeye Taraf her Devlet, Bu Sözleşmede tanınan hakları ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi veya diğer bir fikir, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet, doğum veya diğer bir statü gibi herhangi bir nedenle ayrımcılık yapılmaksızın, kendi toprakları üzerinde bulunan ve egemenlik yetkisine tabi olan bütün bireyler için güvence altına almayı ve bu haklara saygı göstermeyi taahhüt eder.”

³⁵ Öztürk, Nefret ve Ayrımcılık Suçu, s.37; İnceoğlu, Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı, s.56-57; Kocasa-kal, Ümit, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK 122)”, CHD, Yıl: 10, Sayı: 28, Ağustos 2015, s.13.

³⁶ İnceoğlu, Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı, s.57.

Sözleşmenin 2. maddesinin 3. fıkrasına göreyse “*Bu Sözleşmeye taraf her Devlet şu taahhütlerde bulunur: a) Bu Sözleşmede tanınan hakları ve özgürlükleri ihlal edenlere, ihlal fiili resmi sıfatlarıyla hareket eden kimseler tarafından işlense dahi*³⁷, etkili bir hukuki yola başvurma hakkı sağlamak; b) Bu tür bir hukuki yola başvurmak isteyen kişinin hakkının yetkili yargısal, idari ve yasama organları veya Devletin hukuk sisteminin öngördüğü başka bir yetkili makamı tarafından karara bağlanmasını sağlamak imkanını geliştirmek; c) Bu gibi hukuki yolların tanınması halinde, yetkili makamlar tarafından bu hukuki yolların işletilmesini sağlamak.” Bu düzenleme uyarınca, ayrımcılığın gerek kamu görevlileri tarafından bireylere gerek bireyler tarafından diğer bireylere karşı yapılabileceği kabul edilmiştir. Bu hükmün bir başka önemi ise, ayrımcılığa maruz kalan kişilerin etkili bir hukuki yola başvurma hakkının net bir şekilde tanınmış olmasıdır. Buradan hareketle, TCK m.122’nin de bu anlamda etkili bir hukuki yol olarak kabul edilebileceği söylenebilir.

Cinsiyet eşitliğinin düzenlendiği 3. maddeye göre, Sözleşme’ye taraf olan devletlerin bu Sözleşme’de yer alan bütün kişisel ve siyasal hakların kullanılmasında bireylere eşit haklar sağlamayı taahhüt edeceği hükme bağlanmıştır.

Çocukların haklarının düzenlendiği 24. maddeye göre “*Her çocuğun ırk, renk, cinsiyet, dil, din, ulusal veya toplumsal köken, mülkiyet, doğum gibi bir ayrımcılığa tabi tutulmaksızın ailesi, içinde yaşadığı toplum ve Devlet tarafından, bir küçük olarak statüsünün gerektirdiği koruma tedbirlerine hakkı vardır.*”

Hukuk önünde eşitliğin düzenlendiği 26. maddeye göreyse “*Herkes, hukuk önünde eşittir ve hiçbir ayrımcılığa tabi tutulmaksızın hukuk tarafından eşit olarak korunma hakkına sahiptir. Hukuk bu alanda her türlü ayrımcılığı yasaklar ve herkese ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya başka bir fikir, ulusal veya toplumsal köken, mülkiyet, doğum veya başka bir statü ile yapılan ayrımcılığa karşı etkili ve eşit koruma sağlar.*”

C. Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme

13.10.1972 tarihinde New York’ta imzalanan Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme 2002 yılında 4750 sayılı Kanun ile uygun bulunarak yürürlüğe girmiştir. Türkiye Cumhuriyeti Sözleşme’nin 22. maddesine çekince koymuştur³⁸.

Sözleşme’nin 1. maddesinde ırk ayrımcılığının tanımı şöyle yapılmıştır: “*Bu Sözleşmedeki ‘ırk ayrımcılığı’ terimi siyasal, ekonomik, sosyal, kültürel veya kamusal yaşamının herhangi bir alanında, insan hakları ve temel özgürlüklerin eşit*

³⁷ Demren-Dönmez, Sözleşme’nin 2. maddesinin 3. fıkrasının (a) bendindeki “ihlal fiili resmi sıfatlarıyla hareket eden kimseler tarafından işlense dahi” ifadesini, “ihlal fiili resmi sıfatlarıyla hareket eden kişilerden başka kimseler tarafından işlense dahi” şeklinde tercüme etmiştir. Bkz. Demren-Dönmez, Ayrımcılık Suçu, s.21.

³⁸ R.G. Tarih-Sayı: 09.04.2002-24721.

ölçüde tanınmasını, kullanılmasını veya bunlardan yararlanılmasını kaldırma veya zayıflatma amacına sahip olan veya bu sonuçları doğuran ırk, renk, soy, ulusal veya etnik kökene dayanarak herhangi bir ayırma, dışlama, kısıtlama veya ayrımcılık tanıma anlamına gelir.”

D. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme

15.08.2000 tarihinde New York'ta imzalanan “*Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme*” 2003 yılında 4867 sayılı Kanun ile uygun bulunarak yürürlüğe girmiştir. Türkiye Cumhuriyeti Sözleşme'nin 13. maddesine çekince koymuştur³⁹.

Sözleşme'nin 2. maddesine göre “*Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, bu Sözleşmede beyan edilen hakların ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya diğer bir fikir, ulusal veya toplumsal köken, mülkiyet, doğum gibi herhangi bir statüye göre ayrımcılık yapılmaksızın kullanılmasını güvence altına almayı taahhüt ederler.*” Sözleşme'nin 7. ve 10. maddelerinde de ayrımcılık yasağıyla ilgili düzenlemelere yer verilmiştir.

E. Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesine İlişkin Sözleşme

Türkiye Cumhuriyeti tarafından 09.09.2000 tarihinde imzalanan “*Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesine İlişkin Sözleşme*” 1985 yılında 3232 sayılı Kanun ile uygun bulunarak 1986 yılında yürürlüğe girmiştir⁴⁰. Söz konusu Sözleşme ile üye devletlere, erkeklere ve kadınlara, ekonomik, sosyal, kültürel, kişisel ve siyasal haklardan yararlanmaları konusunda eşit haklar sağlama yükümlülüğü getirilmiştir. Ayrıca kadınlara karşı yapılan ayrımcılığın insanlık onuruna saygı prensibini ihlal ettiği vurgulanarak, kadınların erkeklerle eşit bir biçimde ülkenin siyasal, sosyal, ekonomik ve kültürel yaşamına katılmalarının sağlanması gerektiği ifade edilmiştir.

F. Avrupa Sosyal Şartı ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı

Avrupa Sosyal Şartı, Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin uymayı kabul ve taahhüt ettikleri temel sosyal ve ekonomik hakları koruyan, medeni ve politik hakları garanti altına alan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni takviye eden bir sözleşmedir. 18.10.1961 tarihinde imzalanan “*Avrupa Sosyal Şartı*” 1989 yılında 3581 sayılı Kanun ile uygun bulunarak yürürlüğe girmiştir⁴¹. Daha sonrasında söz konusu Avrupa Sosyal Şartı, ihtiyaçlara uygun olarak 1996 yılında “*Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı*” olarak yeniden oluşturulmuş ve imzaya açılmıştır. Söz konusu yeni düzenleme ile güvence altına alınan sosyal ve ekonomik hakların korunma alanını genişletmek için yeni önlemler alınması hedeflenmiştir. Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın Türkiye tarafından onaylanması 2006 yılında 5547 sayılı

³⁹ R.G. Tarih-Sayı: 11.08.2003-25196.

⁴⁰ R.G. Tarih-Sayı: 14.10.1985-18898.

⁴¹ R.G. Tarih-Sayı: 14.10.1989-20312.

Kanun ile olmuş ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı 2007 yılında yürürlüğe girmiştir⁴². Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nda Avrupa Sosyal Şartı'nda ve Ek Protokollerde teminat altına alınan haklara sekiz yeni hak eklenmiştir.

Gerek 1961 tarihli Avrupa Sosyal Şartı gerek 1996 tarihli Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı, sağlık, konut, eğitim, istihdam, sosyal koruma ve ayrımcılığın önlenmesine ilişkin temel hakları koruma altına almıştır. Buna göre, siyasi görüş, din, dil, ırk, cinsiyet, yaş ve sağlık kriterlerine dayanan ayrımcılığa karşı üye devletlerin koruma sağlama yükümlülükleri bulunmaktadır⁴³.

III. Karşılaştırmalı Hukuktaki Düzenlemeler

Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında bazı ülkelerin ayrımcılık fiilini ceza kanunlarında düzenlediğini bazı ülkelerin ise ayrı bir kanun yapma yoluna gittikleri görülmektedir. Bu tercih ülkelerin hukuk sistemlerine, sosyo-kültürel yapılarına ve tarihi geçmişlerine göre değişiklik göstermektedir.

Ayrımcılık suçuna ceza kanunlarının içinde yer veren ülkelere örnek olarak İsveç, İspanya, Fransa ve Rusya gösterilebilir.

İsveç Ceza Kanunu'nun 2. kitabının "Kamu Düzenine Karşı Suçlar" başlıklı 16. bölümünün 9. paragrafında şöyle denilmektedir⁴⁴:

"Belirli bir işkolunda faaliyet gösteren bir işveren, insanları ırklarına, renklerine, milliyetlerine, etnik kökenlerine ve dini inanışlarına göre ayrıma tabi tutarak, diğer kişiler ile girdiği iş ilişkilerinde uyguladığı normal şart ve koşulların altında muamele ederse, bu hukuka aykırı ayrımcılık dolayısıyla para cezası veya bir yıla kadar hapis cezasına mahkum edilir.

Önceki fıkrada yer alan ayrımcılıkla ilgili hüküm, bir işte çalışan veya işveren adına hareket eden veya kamu hizmetinde çalışan veyahut kamu görevlisi hakkında da uygulanır.

Yasadışı ayrımcılığa dair hüküm, kamusal veya herhangi bir özel toplantıda kişilerin ırkları, renkleri, milliyetleri, etnik kökenleri veya dini inançlarından dolayı toplantıya girişini engelleyen toplantının organizatörleri veya onlara yardım edenler hakkında da tatbik edilir.

Yukarıdaki fıkralarda yer alan hüküm, homoseksüel bir kimseye bu durumundan dolayı ayrımcılık yapanlara da uygulanır."

İspanyol Ceza Kanunu'nun 2. kitabının 21. başlığının 4. kısmında yer alan "Anayasa ile Garanti Altına Alınmış Temel Hak ve Hürriyetlerin İcrasına İlişkin Suçlar" a ilişkin 1. bölüm 512. maddede ise şöyle denilmektedir⁴⁵:

⁴² R.G. Tarih-Sayı: 09.04.2007-26488.

⁴³ Ayrıntılı bilgi için bkz. De Schutter, Olivier, Avrupa Sosyal Şartı: Avrupa İçin Yeni Bir Sosyal Anayasa, Ankara 2010, s.56-74.

⁴⁴ Yenidünya, Ayrımcılık Suçu, s.99-100; Öztürk, Nefret ve Ayrımcılık Suçu, s.84.

⁴⁵ Yenidünya, Ayrımcılık Suçu, s.100.

“Her kim, mesleğini ve işini yerine getirirken bir kimseye karşı dünya görüşü, dini inancı, etnik gruba, ırka veya milliyete mensubiyeti, cinsiyeti, cinsel tercihi, ailevi durumu, hastalığı ve engelliliği nedeniyle iş vermeyi reddederse, sahip olduğu bir meslek veya sanatı veya ticareti yapma ehliyetini 1 yıldan 4 yıla kadar kaybeder.”

Yine İspanyol Ceza Kanunu’nun 2. kitabının 15. başlığında yer alan “İşçilerin Haklarına Karşı Suçlar” başlığı altında 314. maddede kamu ve özel sektörde istihdamda ayrımcılıkla ilgili şu hükme yer verilmiştir⁴⁶:

“Her kim ideoloji, din ya da inanç, etnik bir gruba mensubiyet, ırk veya ulus, cinsiyet, cinsel tercih, aile durumu, hastalık ya da engellilik, işçilerin sendika ya da yasal temsilcisi olunması, şirketin diğer çalışanlarıyla ilişki ya da İspanyol Devleti’nin resmi dillerinden herhangi birinin kullanımı nedeniyle bir kişiye karşı, kamu veya özel istihdamda ciddi bir ayrımcılık işler ve bu hareketi neticesinde doğan mali zarar idari talep veya ceza sonrasında telafi ederek kanun önünde eşitlik durumuna getirmezse altı aydan iki yıla kadar hapis cezayı ya da on iki aydan yirmi dört aya kadar para cezasıyla cezalandırılır.”

Rus Ceza Kanunu’nun “Kişinin ve Vatandaşın Anayasal Haklarına ve Özgürlüklerine Yönelik Suçlar” başlıklı 19. bölümünde yer alan “İnsanların Eşitliğiyle Medeni Haklar ve Özgürlüklerin İhlali” başlıklı 136. maddede ayrımcılık tanımlanmış ve ayrımcılık yapılması halinde uygulanacak yaptırımlara yer verilmiştir. Madde şu şekildedir⁴⁷:

“Kişinin resmi pozisyonunu kullanarak cinsiyete, ırka, milliyete, dile, kökene, mülkiyete ya da resmi mevkiye, yere veya ikamete, dine bakış açısına, görüşlere, kamu kuruluşlarıyla ya da herhangi bir sosyal grupla ortaklığa bağlı olarak bir kişinin ve vatandaşın haklarını, özgürlüklerini ve meşru menfaatlerini ihlal etmesi anlamına gelen ayrımcılık, yüz binle üç yüz bin ruble arasında bir para cezasıyla veya suçu kanıtlanan kişinin bir yıla iki yıl arasındaki bir süreyi kapsayan ücreti/maaşı veya başka bir geliri oranındaki para cezasıyla veya azami beş yıllık bir süre için belirli makamlarda ya da faaliyetlerde bulunma hakkında mahrum bırakılarak veya azami dört yüz seksen saatlik zorunlu hizmetle veya azami iki yıllık ıslah hizmetiyle veya aynı süre için özgürlükten yoksun bırakılarak cezalandırılır.”

Fransız Ceza Kanunu’nun 225-1, 225-2, 225-3 ve 225-4 maddelerinde ayrımcılık suçuna ilişkin ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiş bulunmaktadır. Fransız Ceza Kanunu’nun 225-1. maddesi şu şekildedir⁴⁸:

“Gerçek kişiler arasında kökenleri, cinsiyetleri, ailevi durumları, fiziksel görünüşleri, soyadları, sağlık durumları, fiziksel engelleri, genetik özellikleri, ya-

⁴⁶ Öztürk, Nefret ve Ayrımcılık Suçu, s.85.

⁴⁷ Öztürk, Nefret ve Ayrımcılık Suçu, s.82-83.

⁴⁸ Öztürk, Nefret ve Ayrımcılık Suçu, s.78.

şam biçimleri, cinsel yönelim veya kimlikleri, yaşları, siyasi görüşleri, sendikal faaliyetleri, bir etnik gruba, topluluğa, ırka veya belirli bir dine gerçek olan veya varsayılan mensup olma veya olmama durumları sebebiyle yapılan her türlü ayırım, ayrımcılık olarak değerlendirilir.”

Fransız Ceza Kanunu'nun 255-2. maddesinde ise önceki maddede tanımlanan ayrımcılığın yasaklandığı haller ve bunlara ilişkin cezalar düzenlenmiştir⁴⁹:

“225-1. maddede tanımlanan ayrımcılık herhangi bir gerçek veya tüzel kişiye karşı aşağıda sayılan şekillerde gerçekleştirilirse 3 yıl hapis ve 45.000 Avro para cezasıyla cezalandırılır.

1. Bir mal veya hizmeti vermeyi reddetmek,

2. Herhangi bir olağan etkinlikte bulunulmasını engellemek,

3. Bir kişinin işe alınmasını, cezalandırılmasını veya işten çıkarılmasını reddetmek,

4. Bir mal veya hizmetin verilmesini 225-1 'de sayılan veya 225-1-1 'de öngörülen ögelerden birine dayanan şarta bağlamak,

5. Bir iş teklifini, bir staj talebini veya bir şirketteki eğitim sürecini 225-1 'de sayılan veya 225-1-1 'de öngörülen ögelerden birine dayanan şarta bağlamak,

6. Bir kişiyi Sosyal Güvenlik Kanunu'nun L412-8/2 maddesinde sayılan stajlardan birine kabul etmeyi reddetmek.

Birinci bentte düzenlenen ayrımcı ret fiili, halka açık bir yerde veya buraya girişi engellemek suretiyle işlenirse ceza artırılarak beş yıl hapis ve 75000 Avro para cezasıyla cezalandırılır.”

Fransız Ceza Kanunu'nun 225-3. ve 225-4. maddelerinde ise ayrımcılık suçunu düzenleyen hükmün uygulanmayacağı haller ile kamu görevlileri tarafından işlenebilecek ayrımcılık suçuna ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir⁵⁰.

Gerek İsveç gerek İspanyol ceza kanunlarının ayrımcılık suçuyla ilgili düzenlemelerine bakıldığında genel olarak iş ilişkileri bakımından konuya yaklaşıldığı görülmektedir. TCK'nın kabul etmiş olduğu sistemde ise işe alınmanın engellenmesi yalnızca seçimlik hareketlerden birisi olarak düzenlenmiştir. Bunun yanında birçok özel hukuk ilişkisi bakımından da ayrımcılık sayılan fiillerin gerçekleştirilmesi TCK'nın 122. maddesindeki suçun oluşumuna sebebiyet verebilecek niteliktedir. Bu nedenle, TCK'nın ayrımcılık bakımından kabul ettiği sistemin İsveç ve İspanyol ceza kanunlarına göre çok daha geniş kapsamlı olduğu söylenebilir. Buna karşın Fransız Ceza Kanunu'nun düzenlemesinin ise TCK ile büyük benzerlik gösterdiği görülmektedir. Bunun nedeni olarak Dönmezer Tasarısı olarak da adlandırılan 2003 tarihli Hükümet Tasarısındaki söz konusu mad-

⁴⁹ Öztürk, Nefret ve Ayrımcılık Suçu, s.79.

⁵⁰ Öztürk, Nefret ve Ayrımcılık Suçu, s.80-82.

denin Adalet Komisyonunda çok fazla değişikliğe uğramadan kabul edilmiş olmasını göstermek mümkündür. Ancak Fransız Ceza Kanunu'nun TCK'dan çoğu noktada ayrıldığı da görülmektedir.

Ayrımcılık suçuyla ilgili hükümleri ayrı bir kanunda düzenleme ihtiyacı hissedilen ülkelere örnek olarak İngiltere ve Almanya gösterilebilir.

İngiltere'de yer alan düzenlemelere bakıldığında, ayrımcılık hukuku (*discrimination law*) adı altında bir bilim dalı bulunduğu ve ayrımcılığın konusuna ve türüne göre değişik kanunlarla çeşitli düzenlemelerin yapılmış olduğu görülmektedir. İngiltere'de ayrımcılık hukuku diye bir bilim dalı oluşturulmasının temelinde İngiltere'nin çok uluslu devlet yapısına sahip olması ve sosyo-kültürel dokusu yatmaktadır. Zira çok uluslu bir yapının ve farklı etnik kökenlerden gelen insanların bir arada yaşaması, ayrımcılık ile ilgili sorunları da beraberinde getirmektedir⁵¹.

İngiltere'de ayrımcılığın yasaklanmasıyla ilgili temel düzenlemelerden bazıları şunlardır: 1976 tarihli Irk İlişkileri Kanunu (Race Relations Act 1976), 1975 tarihli Cinsiyet Ayrımcılığı Kanunu (Sex Discrimination Act 1975), 1970 tarihli Eşit Ücret Kanunu (Equal Pay Act 1970) ve 1995 tarihli Engelli Ayrımcılığı Kanunu (Disability Discrimination Act 1995). Bu düzenlemeler iş alımında yaşanan ayrımcılıkları düzenlediği gibi, mal satımı, hizmet ilişkileri, fırsat eşitliği, eğitim, iskan, mülkiyet, idari makamların faaliyetleri gibi diğer alanlarda yapılan ayrımcılıkları da kapsamaktadır⁵².

Almanya'da da, İngiltere'de olduğu gibi ayrımcılığın yasaklanmasıyla ilgili özel kanunlar bulunmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki söz konusu kanunlarda herhangi bir cezai yaptırıma yer verilmemiştir.

Almanya'daki konuyla ilgili ilk kanun 2006 tarihli “*Genel Eşit Muamele Kanunu*”dur (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz-AGG)⁵³. Genel Eşit Muamele Kanunu 33 paragraftan oluşmakta olup kazuistik bir yöntemle hazırlanmıştır. “*Kanunun Amacı*” başlıklı 1. paragrafta şöyle denilmektedir: “*Bu Kanunun amacı, ırksal nedenlerden veya etnik köken, cinsiyet, din veya inanç, engellilik, yaş veya cinsel tercih kaynaklı ayrımcılıkları önlemek veya ortadan kaldırmaktır.*” Daha sonrasında işçinin 1. paragrafta belirtilen türden ayrımcılık şekillerinden korunmasıyla ilgili düzenlemelere yer verilmektedir. Bu başlık altında 1. paragrafta sayılan durumlardan neler anlaşılması gerektiği ayrıntılı bir şekilde açıklanmakta, işverenlerin yükümlülükleri ve işçilerin sahip olduğu haklar belirtilmektedir. Kanun'un 22. paragrafında ispat yükünün nasıl belirleneceği düzen-

⁵¹ Demren-Dönmez, Ayrımcılık Suçu, s.28.

⁵² Demren-Dönmez, Ayrımcılık Suçu, s.28-29.

⁵³ Kanun'un Almanca metni için bkz.: <http://www.gesetze-im-internet.de/agg/> (Erişim Tarihi: 12.05.2016). Bu Kanun'la ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. İnce, Nurten, “Die Anwendbarkeit des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz auf Kündigungungen”, *Annales de la Faculte de Droit d'Istanbul*, Vol.: 44, No: 61, 2012, s.405 vd.

lenmiştir. Söz konusu paragrafta göre şayet uyuşmazlık konusu olayda taraflardan biri Kanun'un 1. paragrafında sayılan nedenlerden dolayı ayrımcılığa uğradığını iddia ederse diğer taraf bunun aksini ispat etmekle yükümlü tutulmuştur. Bu Kanun'un getirdiği en önemli yenilikler, ayrımcılık karşıtı derneklerin desteklenmesi ve "Federal Almanya Ayrımcılığın Önlenmesi Kurumu"nun (Antidiskriminierungsstelle des Bundes) kurulmasıdır. Söz konusu Kurum, bireylerin ayrımcılık yasağına karşı haklarının korunmasını sağlama, temel haklar konusunda bilgilendirme yapma, taraflar arasında arabuluculuk yapma, kamuoyunu bilgilendirme ve dört yılda bir ayrımcılıkla ilgili Alman Federal Meclisi'ne rapor sunma ile görevlendirilmiştir.

Almanya'da ayrımcılık yasağıyla ilgili 2006 yılında çıkartılan bir diğer kanun ise "Askerlere Eşit Muamele Kanunu"dur (Gesetz über die Gleichbehandlung der Soldatinnen und Soldaten-SoldGG)⁵⁴. Kanun'un amacının, askerlerin ırkları, etnik kökenleri, dinleri, inançları veya cinsel tercihlerinden kaynaklı ayrımcılıkları engellemek veya ortadan kaldırmak olduğu 1. paragrafta açık bir şekilde ifade edilmiştir.

Ayrıca Almanya'da 2006 yılında ayrımcılığın engellenmesiyle ilgili olarak birçok kanunda değişiklik yapılmıştır. Yapılan değişikliklerle genel olarak ayrımcılıkla etkin bir şekilde mücadele edilmesi ve ayrımcılık oluşturan fiillerin önüne geçilmesi hedeflenmiştir. Bu amaçla değişiklik yapılan kanunlara örnek olarak İş Mahkemeleri Kanunu (Arbeitsgerichtsgesetz), Federal Almanya Devlet Memurları Kanunu (Bundesbeamten-gesetz) ve Sosyal Güvenlik Kanunu (Sozial-gesetzbuch) gösterilebilir.

IV. Avrupa Birliği Müktesebatındaki Bazı Düzenlemeler

Yukarıda da ifade edildiği üzere, Avrupa Birliği'ne üye ülkelerin mevzuatlarında ayrımcılık yasağıyla ilgili değişik düzenlemelere rastlanmaktadır. Ancak bu ülkelerden sadece bazıları konuyu ceza hukuku kapsamında değerlendirme ihtiyacı duymuştur. Avrupa Birliği'ne üye ülkelerin ceza hukuku sistemlerinde konuya ilişkin düzenlemelerin farklılık teşkil etmesi, ayrımcılık ile mücadele edilmesini her geçen gün daha da zorlaştırmaktadır. Bu nedenle Avrupa Birliği düzeyinde de ayrımcılık suçu ile ilgili düzenlemeler yapılmaya başlanmıştır. Avrupa Birliği'nin üye devletlerde doğrudan uygulama kabiliyetine sahip ceza hukuku kuralı koyma yetkisi bulunmadığı için bu boşluk direktiflerle doldurulmaya çalışılmaktadır. Ancak direktiflerin muhatabı olan üye ülkeler, iç hukuklarında konuyla ilgili düzenleme yapmadıkları müddetçe direktifin iç hukuka doğrudan bir etkisi olmamaktadır. Bununla birlikte üye ülkelerin söz konusu direktifleri iç hukuklarının bir parçası haline getirme yükümlülüğü bulunmaktadır⁵⁵.

⁵⁴ Kanun'un Almanca metni için bkz.: <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/soldgg/gesamt.pdf> (Erişim Tarihi: 12.05.2016).

⁵⁵ Demren-Dönmez, Ayrımcılık Suçu, s.30-32; Öztürk, Nefret ve Ayrımcılık Suçu, s.47.

Amsterdam Anlaşması'nın Avrupa Komisyonunu ayrımcılıkla mücadele konusunda yetkilendirdiği 13. maddenin hayata geçirilmesi amacıyla bir strateji planı belirlenmiştir. Bu bağlamda “*İrk ve Etnik Kökene Bakılmaksızın Kişilere Eşit Muamele Edilmesi İlkesinin Uygulamaya Konmasına İlişkin Yönerge*” ile “*İstihdam ve Meslek Konusunda Eşit Muamele İçin Bir Genel Çerçeve Oluşturulmasına İlişkin Konsey Yönergesi*” önemli bir yer tutmaktadır. Söz konusu her iki yönerge hem özel sektördeki de hem de kamu sektöründeki bütün kurum ve kuruluşlar ile diğer bütün kişileri kapsamaktadır⁵⁶.

54. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN AYRIMCILIK YASAĞINA BAKIŞI

AİHM'e göre somut olaydaki her farklı uygulama doğrudan AİHS m.14'e aykırılık oluşturmaz. Bu konudaki ana kriter “*eşit durumdakilere eşit muamele*” yapılmasıdır. Ancak kıyaslanan iki durum arasında eşitlik yoksa o zaman iki ayrı kriter karşımıza çıkmaktadır: a) Ele alınan tasarrufun amacı ile sonucu arasındaki ilişki b) Kullanılan araçlar ile gerçekleştirilmek istenen hedef arasındaki orantılılık. Buna göre var olan eşitsizlik nedeniyle farklı fakat amaçla ilişkili ve orantılı muamele yapılması 14. maddeye aykırılık teşkil etmez⁵⁷.

AİHM somut olayda ilk olarak “*kıyaslanabilirlik testi*”ne başvurmuştur. Buna göre, ayrımcılık yapıp yapılmadığını anlamak için dava konusu edilen durumun (sınıflandırmanın) kıyaslanan durumdan (sınıflandırmadan) farklı veya eşit olup olmadığına bakılmaktadır. *Van der Musselle v. Belçika* davasında Belçikalı avukatlar, doktorlar, dişçiler, eczacılar gibi diğer meslek mensuplarına kıyasla farklı muamele gördüklerini; dişçiler, doktorlar gibi kamu hizmeti yönü olan bir hizmeti görmelerine rağmen bunlardan farklı olarak adli yardıma ihtiyaç duyan kişilere ücretsiz hizmet verme yükümlülüğünde olduklarını ve bunun AİHS m.14'e aykırı olduğunu iddia etmişlerdir. AİHM, örnek verilen meslek grupları ile avukatlığın aynı statüde kabul edilemeyeceğini bu nedenle de 14. maddeye aykırı bir durumun olmadığına karar vermiştir. AİHM'in bu kararından şu sonuç çıkmaktadır: AİHM önce “*kıyaslanabilirlik testi*” yapmaktadır. Başka bir deyişle iki durum birbirine benzemekte midir sorusunu cevaplandırmaktadır. Daha sonrasında ise bu farklı uygulama veya düzenlemeyi gerekli kılabilecek haklı bir neden olup olmadığına bakılmaktadır. “*Haklı neden testi*” meşru bir amaç güdümlü güdülmeyeceği anlamına gelmemektedir; söz konusu işlem yapılırken kamu yararı gibi meşru bir amaç güdülebilir fakat güdülen amaç ile sonuç arasındaki ilişki, amaç ile kullanılan araç arasındaki orantılılık da önem arz etmektedir⁵⁸.

⁵⁶ Öztürk, Nefret ve Ayrımcılık Suçu, s.47-48.

⁵⁷ Inceoğlu, Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı, s.58.

⁵⁸ Inceoğlu, Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı, s.58.

Ayrıca AİHM uygulamasında ayrımcılık yasağı bakımından ispat yükünün yer değiştirdiği de görülmektedir. Bunun nedeni olarak ayrımcı fiil ve işlemlerin mağdurlar tarafından ispatının genellikle çok zor olması ve bunu ispatlayacak bilgi ve belgelere erişimdeki güçlükler gösterilmektedir. Bu bağlamda, ayrımcılığa uğradığını iddia eden mağdurun, ayrımcılık hususundaki iddialarını görünüşte ortaya koyabilecek deliller sunması yeterli görülmektedir. Sonuç itibarıyla ispat yükü yer değiştirmekte, ayrımcı muameleyi gerçekleştirdiği iddia edilen devlet, söz konusu muamelenin ayrımcılık olmadığını ispat etmekle yükümlü tutulmaktadır⁵⁹.

55. SUÇLA KORUNMASI AMAÇLANAN HUKUKSAL DEĞER

Nefret saikiyle işlenen ayrımcılık suçuyla korunması amaçlanan hukuksal değerlerin ne olduğunun net bir şekilde tespit edilebilmesi için ilk olarak madde gerekçesine bakılması gerekmektedir.

TCK m.122'nin ilk halinin gerekçesinde şöyle denilmektedir:

“Madde, insanlar arasında, yürürlükteki kanun ve nizamların izin vermediği ayırımlar yapılarak, bazı kişilerin hukukun sağladığı olanaklardan yoksun hale getirilmelerini cezalandırmaktadır.

Madde suçun maddi unsurlarını üç ayrı bette ayrı ayrı belirtmiştir. ...

Ancak menfi nitelik arzeden ve ihmal tabiatında bulunan bütün hareketler maddenin birinci fıkrasında gösterilen saiklere bağlı olarak gerçekleştirilecektir; yukarıda belirtilen olumsuz hareketler, kişilere karşı kökenleri, cinsiyetleri, aile durumları, örf ve adetleri, kişilerin değişik felsefi inançları, ayrı bir etnik gruba mensup bulunmaları, farklı ırk, din, mezhep mensubu bulunmaları nedeni ile gerçekleştirilmiş olacaktır. Yoksa söz gelimi iş sahiplerinin beğenmedikleri kişileri işe almamalarının cezalandırılması söz konusu değildir. Amaç, vatandaşlar arasında çeşitli etmenlere dayanan grup mensubiyeti nedeniyle ayırım yaptırmaktır. Madde böylece aslında millet bireyleri arasında bölücülük yapılmasını önlemek amacı gütmektedir.”

Maddede değişiklik yapan 6529 sayılı Kanun'un 15. madde gerekçesinde ise şu ifadeler yer verilmiştir:

“MADDE 15- Madde ile, Türk Ceza Kanununun 122'nci maddesi, başlığı ile birlikte değiştirilmektedir.

Madde başlığında yapılan değişiklik, ayrımcılık ibaresinin yanında nefret ibaresine yer verilmiştir. Böylece söz konusu suçun nefrete dayalı ayrımcılık olduğuna vurgu yapılmıştır.

Ayrımcılık suçunun tanımlandığı maddede değişiklik yapılarak ayrımcılık sebepleri ile Kanunun özellikle 3'üncü maddesinde yer verilen sebepler arasında

⁵⁹ Kocasakal, Nefret ve Ayrımcılık Suçu, s.14.

ahengin sağlanması amaçlanmıştır. Keza bu değişiklikle, ayrımcılığın dayandığı sebepler tadadı ve tahdidi olarak belirlenmiştir. Çeşitli kanunlardaki suç tanımlarında yer verilen “gibi” ibaresi ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesinin ceza hukukunun güvence fonksiyonlarından birini oluşturan belirlilik ilkesine vurgu yaparak verdiği iptal kararları ve bu kararlardaki gerekçeler gözönünde bulundurularak madde metninde ayrımcılık nedenleri bağlamında yer verilen “ve benzeri sebeplerle” ibaresi madde metninden çıkarılmıştır.

Bu suretle söz konusu suç, ancak doğrudan kastla ve nefret saikiyle işlenebilen bir suç olarak tanımlanmıştır.

Yapılan bu değişiklikle, söz konusu suçu oluşturan seçimlik hareketler, tekrarlara yer vermeyecek, birbirleriyle uyumlu olabilecek ve kıyasa yol açmayacak şekilde, yeniden sayılmıştır.

Maddede yapılan değişiklikle, ayrıca suçun cezası artırılmıştır.”

Ayrımcılık suçunun TCK’da düzenlendiği yer de korunması amaçlanan hukuksal değer ne olduğuyula ilgili önemli ipuçları içermektedir. Söz konusu suç tipi Türk Ceza Kanunu’nun İkinci Kitabının “Kişilere Karşı Suçlar” başlıklı İkinci Kısımının “Hürriyete Karşı Suçlar” başlıklı Yedinci Bölümünde düzenlenmiştir. Bu açıdan bakıldığında, kanun koyucunun söz konusu suç tipi ile kişi hürriyetini korumayı amaçladığı söylenebilir. Bu bağlamda, ayrımcılık suçu ile temel hak ve özgürlüklerden birisi olan farklı muameleye tabi tutulmama hakkının da korunmak istendiği belirtilebilir.

Korunması amaçlanan hukuksal değer belirlenmesinde, Anayasa’nın 10. maddesine dair yapılan yorumların ve Anayasa Mahkemesi kararlarının da göz önünde tutulması gerektiği ifade edilmektedir. TCK m.122 ile Anayasa’nın 10. maddesinde hedeflenen amacın sağlanmasına yönelik bir düzenleme yapıldığı ve 122. maddede belirtilen hareketlerin cezalandırılmasının amaçlandığı belirtilmektedir⁶⁰.

Anayasa Mahkemesi’nin, Anayasa’nın 10. maddesi ile ilgili vermiş olduğu kararlar ve 122. maddenin gerekçesi bir arada değerlendirildiğinde, korunması amaçlanan hukuksal değer insanlar arasında hukukun izin vermediği ayrımlar yapılarak bazı kişilerin hukuken tanınan hak ve özgürlüklerden keyfi olarak yoksun bırakılmasının engellenmesi olduğu söylenebilir. Anayasa Mahkemesi kararlarında aynı hukuksal durumda bulunanların aynı kurallara tabi tutulacağı ve benzer durumlara benzer çözümler getirilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Eğer ortada farklı bir durum varsa o zaman “haklı bir neden” de bulunmalı ve bu neden “anlaşılabilir”, “amaçla ilgili”, “makul ve adil” olmalıdır. Burada haklı neden kavramını somutlaştırmak için “gereklilik”, “zorunluluk”, “işin özelliklerine ve gereklerine uygunluk”, “dengeli ve makul görülebilecek ölçüler” gibi

⁶⁰ Karan, Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı, s.163-164.

değişik ifadelerle başvurulmakta ve her somut olay için ayrı bir değerlendirme yapılması gerekmektedir⁶¹.

Yapılan bu açıklamalardan sonra TCK'nın 122. maddesi ile korunması amaçlanan hukuksal değer, kişilerin, hukuk düzeni tarafından tanınan hak ve özgürlükleri hiçbir ayırım yapılmaksızın kullanmalarının sağlanması, bu hak ve özgürlüklerden keyfi olarak yoksun bırakılmalarının önlenmesi böylelikle gerek devlet makamları önünde gerek bireyler arasında eşit muamele görme hakkının teminat altına alınması, insan onurunun korunması ve kamu barışının sağlanması olduğu söylenebilir⁶².

56. TİPKİLİĞİN MADDİ (OBJEKTİF) UNSURLARI

I. Fail

TCK m.122'de, suçun faili açısından herhangi bir özellik aranmamıştır. Bu nedenle söz konusu suçun faili herhangi bir kimse olabilir. Ancak maddenin getirmek istediği koruma sistemi gereği suçun failinin mağdur ile ayırt edici özellikleri bakımından aynı gruptan olmaması gerekir. Bir başka ifadeyle fail ile mağdurun farklı dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhepten olması veya failin böyle olduğunu düşünmesi gerekmektedir. Buna karşılık örneğin faille mağdur aynı ırktan olsalar bile siyasi düşünce ya da mezhepten kaynaklanan nefret saikiyle fail tarafından ayrımcılık yapılması halinde bu suçun gerçekleşebileceği kabul edilmektedir⁶³.

Failin, kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın maliki veya işveren olması da zorunlu değildir. Bunlar dışındaki kişiler de suçun faili olabilirler. Örneğin, ev sahibini tehdit ederek farklı dinden kişilere evini satmasını veya kiraya vermesini engelleyen bir kişi de -TCK m.28'deki şartlar oluşmuşsa- suçun faili olabilir.

Suçun faili kamu görevlisi olabileceği gibi kamu görevlisi olmayan bir kişi de olabilir. Suçun failinin kamu görevlisi olması cezayı ağırlaştırıcı nitelikli bir hal değildir. Kanaatimizce, söz konusu suçun failinin kamu görevlisi olması halinde, bu durumun Fransız Ceza Kanunu'ndaki gibi cezayı ağırlaştırıcı nitelikli bir hal olarak kabul edilmesi amaca daha uygun olacaktır⁶⁴.

⁶¹ Karan, Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı, s.165.

⁶² Memiş, Ayrımcılık Suçu, s.73; Demren-Dönmez, Ayrımcılık Suçu, s.35; Yenidünya, Ayrımcılık Suçu, s.101-102; Kocasakal, Nefret ve Ayrımcılık Suçu, s.21; Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11.Baskı, Ankara 2016, s.473-474; Artuk, M. Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, A. Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 15. Baskı, Ankara 2015, s.463-464; Aytekin-Inceoğlu, Asuman, "Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesinde Düzenlenen Nefret ve Ayrımcılık Suçunun Nefret Suçu Kavramı Çerçevesinde Değerlendirilmesi", Legal Hukuk Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 150, Yıl: 2015, s.53.

⁶³ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.474; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s.471; Öztürk, Nefret ve Ayrımcılık Suçu, s.97-98; Hafizoğulları, Zeki/Özen, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, 5. Baskı, Ankara 2016, s.225.

⁶⁴ Benzer nitelikte görüş için bkz. Kocasakal, Nefret ve Ayrımcılık Suçu, s.21.

II. Mağdur-Suçtan Zarar Gören

Bütün suçlarda mağdur yalnızca gerçek kişiler olabilir; gerçek kişiler dışında kalan tüzel kişiler, aile, devlet, kişi toplulukları gibi kurum ve organlar bir suçun işlenmesi dolayısıyla zarar görmüş olsalar bile mağdur olamazlar, bunlar yalnızca suçtan zarar gören olarak nitelendirilirler⁶⁵. Bu kapsamda söz konusu suçun mağduru ve suçtan zarar göreninin kim veya kimler olabileceğini de belirlemek gerekmektedir.

Bu suçun mağduru herhangi bir kimse olabilir. Ancak mağdurun, dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret saikiyle ayrıma tabi tutulan bir kişi olması gerekmektedir. Mağdurun Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olup olmamasının herhangi bir önemi yoktur.

Bu konuyla ilgili olarak taşınmazların alınması bakımından yabancılara getirilen yasal sınırlamalara ilişkin düzenlemelere dikkat edilmesi gerekmektedir. Yabancı kişilerin taşınmaz alımlarına ilişkin devlet tarafından getirilen sınırlamalar ve uygulamalar TCK m.122 kapsamında değerlendirilmeyeceğinden bu kişilerin mağdur olarak nitelendirilmeleri de mümkün olmayacaktır⁶⁶.

Bu suç dolayısıyla tüzel kişinin suçtan zarar gören olması mümkündür. Örneğin, bir özel hukuk tüzel kişisinin hissedarlarının belirli bir ırka mensup olmalarından dolayı, tüzel kişinin olağan ekonomik faaliyette bulunması engellenirse, suçun mağduru söz konusu ırka mensubiyetlerinden dolayı ayrımcılığa maruz kalan kimseler olacakken esas sözleşmesinde yazılı faaliyetleri yerine getirmesi engellenen ve bu suretle ekonomik kayba uğrayan özel hukuk tüzel kişisi ise suçtan zarar gören olarak nitelendirilecektir⁶⁷.

III. Konu

Bu suçun konusu, dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret saikiyle ayrıma tabi tutulan kişidir.

IV. Hareket

Nefret saikiyle işlenen ayrımcılık suçunun hareket unsurunu, dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret saikiyle maddenin 1. fıkrasının a, b, c ve d bentlerinde belirtilen hareketlerin gerçekleştirilmesi oluşturmaktadır. Bu açıdan bakıldığında, söz konusu suçun oluşabilmesi için tipe uygun haksızlığın maddede

⁶⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s.472; Özgüç, İzzet, Türk Ceza Hukuku - Genel Hükümler, 6.Bası, Ankara 2011, s.198; Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku - Genel Hükümler, 9.Bası, Ankara 2016, s.110-111.

⁶⁶ Demren-Dönmez, Ayrımcılık Suçu, s.47; Öztürk, Nefret ve Ayrımcılık Suçu, s.101.

⁶⁷ Yenidünya, Ayrımcılık Suçu, s.105.

sayılan saiklerden en az biriyle gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda, söz konusu suçun sadece maddede sayılan şekillerde gerçekleştirilebilmesi mümkün olduğundan bu suçun bağlı hareketli bir suç olduğu ifade edilebilir⁶⁸.

Ayrıca söz konusu suçun seçimlik hareketli bir suç olduğunu ve maddede belirtilen seçimlik hareketlerden birisinin yapılmasının suçun gerçekleşmesi bakımından yeterli olduğu söylenebilir. Seçimlik hareketlerden birden fazlasının yapılması halinde bile yine tek bir suç söz konusu olacaktır⁶⁹.

Maddede belirtilen “engelleme” (...engelleyen kimse...) fiili, kişinin 122. maddede sayılan hususlardan tamamen mahrum kılınması suretiyle gerçekleştirilebileceği gibi bunların zorlaştırılması, kesintiye uğratılması veya güçlükle sürdürülmesi şeklinde de olabilir⁷⁰.

Nefret saikiyle işlenen ayrımcılık suçunun dört seçimlik hareketi bulunmaktadır:

- Bir kişiye, kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya kiraya verilmesini engellemek;
- Bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasını engellemek;
- Bir kişinin işe alınmasını engellemek;
- Bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engellemek.

Bu seçimlik hareketleri incelemeye geçmeden önce her seçimlik hareket için ortak unsur niteliğinde bulunan “engelleme”nin ihmali şekilde işlenmesinin mümkün olup olmadığına değinmek gerekmektedir. Doktrinde, engelleme hareketinin ancak icrai bir şekilde olabileceği başka bir ifadeyle maddede sayılan saiklerle seçimlik hareketlerin engellenmesinin ihmali suretiyle gerçekleşmesi halinde bu suçun oluşmayacağı savunulmaktadır. Buna örnek olarak, bir restoran sahibinin, kendisinden farklı etnik kökendeki vatandaşları restorana almasına rağmen onlara yemek vermemesi durumunda bu suçun oluşmayacağı ifade edilmektedir⁷¹. Buna karşılık diğer görüşteki yazarlara göre ise engelleme, icrai hareketle gerçekleştirilebileceği gibi ihmali hareketle de gerçekleştirilebilir⁷².

Kanaatimizce engelleme hareketinin yalnızca icrai bir davranışla işlenmesi mümkün olup ihmali davranışla işlenmesi mümkün değildir. Zira maddede bu konuda açık bir düzenleme mevcut değildir. Şayet kanun koyucu nefret saikiyle işlenen ayrımcılık suçunun ihmali hareketle işlenebileceğini kabul etmek istiyorsa bunu yapacak bir kanun değişikliğiyle maddede açık bir şekilde belirtmek zorundadır.

⁶⁸ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.474; Kocasakal, Nefret ve Ayrımcılık Suçu, s.24.

⁶⁹ Kocasakal, Nefret ve Ayrımcılık Suçu, s.24.

⁷⁰ Yenidünya, Ayrımcılık Suçu, s.109.

⁷¹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s.469; Demren-Dönmez, Ayrımcılık Suçu, s.40.

⁷² Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.475; Hafizoğulları/Özen, Kişilere Karşı Suçlar, s.226; Öztürk, Nefret ve Ayrımcılık Suçu, s.129; Kocasakal, Nefret ve Ayrımcılık Suçu, s.26.

Bu açıklamadan sonra aşağıda nefret saikiyle işlenen ayrımcılık suçunun seçimlik hareketleri hakkında ayrı ayrı açıklamalarda bulunulacaktır.

A. Bir Kişiye, Kamuya Arz Edilmiş Olan Bir Taşınır veya Taşınmaz Malın Satılmasını, Devrini veya Kiraya Verilmesini Engellemek

Bu seçimlik hareketin konusunu kamuya arz edilmiş bulunan taşınır veya taşınmaz bir mal oluşturmaktadır. Bu bağlamda henüz kamuya arz edilmiş olmayan taşınır veya taşınmaz mal yoksa tipikliğin maddi unsurunun gerçekleşmiş olduğundan söz edilemeyecektir. Maddede her ne kadar “bir taşınır veya taşınmaz mal”dan bahsedilmekteyse de birden fazla taşınır veya taşınmaz malın söz konusu olması halinde de tipikliğin maddi unsurunun gerçekleşeceği söylenebilir.

Bu seçimlik harekete benzer bir düzenlemeye 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu’nun ayrımcılık yasağının kapsamı başlıklı 5. maddesinin 3. fıkrasında da yer verilmiştir: “Kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, gerçek kişiler, özel hukuk tüzel kişileri ve bunlar tarafından yetkilendirilenler, taşınır ve taşınmazları kamuya açık bir şekilde sunarken bu malları edinmek veya kiralamak isteyenler ile bunlar hakkında bilgi almak isteyenler aleyhine, bunların kiralanması, kira akdinin şartlarının belirlenmesi, kira akdinin yenilenmesi veya sona erdirilmesi, satışı ve devri süreçlerinin hiçbirinde ayrımcılık yapamaz.”

TCK’nın 122. maddesinin a ve b bentlerinde kullanılan “kamuya arz edilmiş” ifadesiyle neyin kastedilmek istendiği ve niye böyle bir tabirin kullanıldığı hususu belirsizdir. Madde gerekçesinde de bununla ilgili herhangi bir açıklama bulunmamaktadır. Maddede geçen satım, devir, kiraya verme ve hizmetten yararlanma işlemlerinin çoğunlukla toplumun geneline yönelik irade açıklamalarıyla yapıldığı bilinen bir gerçektir. Örneğin taşınmazını satmak veya kiraya vermek isteyen bir kişinin evinin camına “satılık” veya “kiralık” tabelası asması veya internete ilan vermesi gibi. Asılan bu tabela ile toplumun tamamına yönelik bir nevi çağrı yapılmakta ve ilgililenlerin iletişime geçmesi beklenmektedir. Böyle bir durumda kanunun tabiriyle “kamuya arz edilmiş” bir durum söz konusudur. Ancak satım, kira gibi işlemlerin hepsinin bu şekilde “kamuya arz etme” şeklinde olmadığı da bilinen bir gerçektir. Örneğin, kendisine ait çok değerli antika bir tabloyu satmayı düşünen ancak bunu kimseyle paylaşmamış olan A’ya, bu tabloyu satın almayı uzun zamandır düşünen B’nin bu tabloyu satın alma teklifiyle geldiğini; A’nın ise, siyasi görüşüyle taban tabana zıt siyasi görüşe sahip B’ye bu saikten (siyasi düşünce saiki) hareketle tabloyu asla satmayacağını söylediğini düşünelim. İkinci bir örnek olarak şunu gösterebiliriz: A, B, C ve D’nin bir arada buldukları sırada, A’nın aklına aniden evini satmak isteği gelir ve bu düşüncesini B, C ve D ile paylaşır. B, A’nın teklifini kabul eder ve evi satın almak istediğini söyler. Bunun üzerine B ile farklı mezhepten olan A, farklı mezheptekilere duyduğu nefret nedeniyle taşınmazını B’ye satmayacağını söyler. Acaba bu iki örnekte TCK m.122’deki suçun oluştuğu söylenebilecek midir?

Kanaatimizce, kanunun aradığı “*kamuya arz etme*” ile kastedilmek istenen, satım, devir, kiraya verme ve hizmetten yararlanma işlemlerinin belirsiz sayıdaki kişilere yönelmiş olması gerektiğidir. Bununla birlikte toplumun sadece belli bir kesimine yönelik durumlar bakımından da aynı husus geçerlidir. Bu açıdan bakıldığında, yukarıda verilen birinci örnekte olduğu gibi teklif üzerine veya ikinci örnekteki gibi belirli sayıda kişiler arasında gerçekleştirilen bu gibi hareketlerin maddenin mevcut şekli göz önüne alındığında suçun oluşumu bakımından yeterli olmadığı ifade edilebilir.

Taşınır veya taşınmaz malın satılması, devri veya kiraya verilmesinden neyin anlaşılması gerektiğinin de net bir şekilde ortaya konulması gerekmektedir. Söz konusu kavramlar özel hukuka ilişkin kavramlar olduğundan özel hukuk çerçevesinde ifade ettikleri anlamların netleştirilip ona göre ceza hukuku bakımından değerlendirilmeleri zorunluluk arz etmektedir.

Özel hukuk bağlamında mal veya eşya ile kastedilmek istenilen, üzerinde ferdi hakimiyet sağlanabilecek, iktisadi bir değer taşıyan, insan dışında kalan cismani varlıklardır⁷³.

Eşya kavramı çeşitli açılardan ayrıma tabi tutulmaktadır. Bu ayrımlardan bizi ilgilendireni taşınır eşya-taşınmaz eşya ayrımıdır. Söz konusu ayırım, eşyanın yerinin değişip değişmemesi yönünden yapılan bir ayırımdır. Bu açıdan bakıldığında, özüne zarar vermeksizin bir yerden başka bir yere taşınabilen eşya taşınır; taşınamayanlar ise taşınmazdır. Yer değiştirmenin eşyanın kendi hareketi neticesi olması (örneğin hayvanlarda olduğu gibi) veya bir başka güç sayesinde olması (örneğin kitaplar, otomobiller, elbiselerde olduğu gibi) eşyanın taşınır sayılması bakımından bir fark yaratmamaktadır⁷⁴.

Kamuya arz edilmiş olan bir taşınır ya da taşınmazın ipotek edilmesinin veya rehnedilmesinin kanunda sayılan saiklerden dolayı engellenmesi halinde bu suç oluşmayacaktır. Çünkü bu işlemler hukuken ne satım ne devir olarak nitelendirilebilir⁷⁵.

Peki söz konusu seçimlik harekette geçen taşınır veya taşınmaz malın “*satılması, devri veya kiraya verilmesi*” ile kastedilmek istenilen nedir?

TCK m.122/1-a’da belirtilen bu üç hukuki işlem mülkiyet hakkının kapsamı içerisine girmektedir. Mülkiyet hakkı, sahibine bir eşya üzerinde en geniş yetkiler veren mutlak bir haktır⁷⁶. Türk Medeni Kanunu’nun (TMK) 683-706. maddeleri arasında mülkiyet hakkı ile ilgili genel ilkeler belirlendikten sonra 704-761.

⁷³ Oğuzman, M.Kemal/Seliçi, Özer, Eşya Hukuku, 9.Bası, İstanbul 2002, s.6; Ertaş, Şeref, Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku, 6.Bası, Ankara 2005, s.54.

⁷⁴ Oğuzman/Seliçi, Eşya Hukuku, s.7; Ertaş, Eşya Hukuku, s.55.

⁷⁵ Özbek/Doğan/Bacakız/Tepe, Özel Hükümler, s.475; Artuk/Gökçen/Yeni dünya, Özel Hükümler, s.467.

⁷⁶ Oğuzman/Seliçi, Eşya Hukuku, s.219; Ertaş, Eşya Hukuku, s.233.

maddeler arasında taşınmaz mülkiyeti; 762-779. maddeler arasında ise taşınır mülkiyeti düzenlenmiştir. Mülkiyet hakkı sahibine iki çeşit yetki tanımaktadır: i) Eşyayı kanuni sınırlar içinde dilediği gibi kullanma, yararlanma, tasarruf etme ii) Yapılan tecavüzlere karşı eşyayı koruma⁷⁷. Belirlilik ilkesi gereği yalnızca mevcut eşyalar mülkiyet hakkının konusunu oluşturabilir. İleride mevcudiyet kazanacak bir eşya, örneğin imal edilecek bir otomobil aynı hakların değil yalnızca şahsi bir borç ilişkisinin konusu olabilir. Ayrıca ifade etmek gerekir ki, bir eşya üzerindeki mülkiyet hakkı, o eşyanın tüm bütünleyici parçalarını (TMK m.684) ve istisna edilmeyen eklentilerini (TMK m.686) de kapsar. Ancak bütünleyici parçadan farklı olarak, eklenti üzerinde asıl şeyden ayrı bir mülkiyet hakkının bulunması mümkündür⁷⁸.

Taşınmaz mülkiyetinin değişik yollarla (aslen-devren, tescille-tescilsiz) kazanılması mümkündür. Konumuz açısından önem arz eden kazanma tarzı “*devren kazanma*”dır. Bir kimsenin mülkiyet hakkını önceki malikin mülkiyet hakkına dayanarak ondan devren elde ettiği hallerde devren kazanma söz konusu olur. Devren kazanma, alım-satım, bağışlama gibi bir hukuki işleme dayanabilir⁷⁹.

Taşınır mülkiyeti de taşınmaz mülkiyetinde olduğu gibi aslen veya devren olmak üzere iki şekilde kazanılabilir. Taşınır mülkiyetinin devren kazanılması, eşyanın zilyetliğinin nakli suretiyle ya da zilyetlik nakledilmeden gerçekleşir⁸⁰.

Maddede bahsedilen “*kiraya verilme*”den ne anlaşılması gerektiğinin de netleştirilmesi gerekmektedir. Kira sözleşmesi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun (TBK) 299-378. maddeleri arasında düzenlenmiştir. TBK’nın 299. maddesine göre, kira sözleşmesi, kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan bir bedeli ödemeyi üstlendiği bir sözleşmedir. Kira sözleşmeleri kendi içinde konut ve çatılı işyeri kirası ile ürün kirası olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Kiralanacak eşyanın hayvan olması da mümkündür (TBK m.376). TCK m.122/1-a’da düzenlenen bu seçimlik hareketin gerçekleşebilmesi için kira sözleşmesinin konusunu ya konut ve çatılı işyeri ya da ürün oluşturmaktadır.

Son olarak üzerinde durulacak husus “*devir*” kavramıdır⁸¹. Devir, özel hukukta birden çok anlamla kullanılan bir kavramdır. Örneğin, zilyetliğin devri,

⁷⁷ Ertaş, Eşya Hukuku, s.234; Oğuzman/Seliçi, Eşya Hukuku, s.220-221.

⁷⁸ Oğuzman/Seliçi, Eşya Hukuku, s.226; Ertaş, Eşya Hukuku, s.239.

⁷⁹ Ertaş, Eşya Hukuku, s.280; Oğuzman/Seliçi, Eşya Hukuku, s.272.

⁸⁰ Ertaş, Eşya Hukuku, s.454.

⁸¹ Eşya hukukunda, taşınmaz mülkiyetinin kaybı çeşitli bakımlardan gruplandırılmaktadır. Mülkiyetin sona ermesi, mülkiyetin tamamen sona erdiği hallerle mülkiyetin bir kişiden diğerine geçmesi sebebiyle önceki malik için sona erdiği halleri belirtmek üzere, doktrinde mülkiyetin mutlak kaybı ve nisbi kaybı diye bir ayırım yapılmaktadır. Taşınmaz mülkiyetinin bir kişiden diğerine geçtiği hallerde, önceki malik bu hakkı elden çıkardığında, mülkiyet, o kişi için sona ermektedir ki buna mülkiyetin nisbi kaybı denilmektedir. Bütün devren kazanma hallerinde, bir taraf mülkiyeti kazanırken, diğeri kaybetmektedir ve nisbi kayıp söz konusudur. Bkz. Oğuzman/Seliçi, Eşya Hukuku, s.343.

alacağın devri, satılanın devri, malın devri, alt kira ve kullanım hakkının devri, işyerinin devri vs. Burada, taşınır veya taşınmaz malın satımı dışında mülkiyetin devrinin gerçekleştiği birkaç duruma değinmek gerekmektedir. Kanaatimizce söz konusu madde ilk olarak işyerinin devri bakımından uygulama alanı bulabilecektir. TBK'nın 428. maddesinde düzenlenmiş bulunan işyerinin devri kurumu ile işyerinin tamamı veya bir bölümü hukuki bir işlemle bir başkasına devredilmektedir. İşyerinin taşınmaz olacağı ve tabiatıyla işyeri içinde taşınır eşyalar da olacağı dikkate alındığında bu devrin kanunun aradığı saiklerle engellenmesi halinde söz konusu suçun oluşabileceğini düşünmekteyiz. İkinci olarak, günlük hayatta sıkça uygulaması olan alt kira sözleşmeleri bakımından da bu suçun oluşması mümkündür. Şöyle ki; kiracının, kiraya verene zarar verecek bir değişikliğe yol açmamak koşuluyla kiralananı tamamen veya kısmen başkasına kiraya verebilmesi mümkündür (TBK m.322/1). Böyle bir durumda kiracı, kiraladığı taşınmazı bir başkasına kiraya vermektedir ki buna alt kira sözleşmesi denilmektedir. Örneğin, kiracı, kiracısı olduğu taşınmazı kanunda sayılı saiklerle bir başkasına kiraya vermekten kaçınırsa söz konusu suçun oluşacağını ifade edebiliriz.

Son olarak belirtmek gerekir ki, haklı görülebilecek durumların varlığı halinde bu suçun oluştuğundan söz edilemeyecektir. Örneğin, mevzuatta yer alan bazı özel düzenlemeler nedeniyle satım veya devrin yapılamaması (yabancıların taşınmaz mal satın almalarının kural olarak mümkün olmaması gibi) veya eşyanın bazı özellikleri sebebiyle belli bir kesime satışının uygun olmaması (Hz. İsa'ya ait olan bir asanın sadece Hristiyan olan kişilere satılmak istenmesi gibi) halinde bu suçun oluştuğundan söz edilemeyecektir⁸².

B. Bir Kişinin Kamuya Arz Edilmiş Belli Bir Hizmetten Yararlanmasını Engellemek

Hizmet, fiziksel özelliğe sahip olan eşyaların aksine elle tutulamayan ve saklanması mümkün olmayan, insan ihtiyaçlarının giderilmesine yönelik olarak üretilen veya organize edilen turizm, haberleşme, danışmanlık gibi faaliyetlerdir⁸³.

Bu bent kapsamındaki engellenmenin hukukça meşru sayılabilecek haklı bir nedene dayanmaması gerekmektedir. Gerçekleştirilen hizmetin özelliklerine uygun, haklı ve makul sınırlamaların suçun oluşmasını engelleyeceği ortadadır⁸⁴. Örneğin, yaz aylarında bazı otellere bekar erkek gruplarının alınmaması veya eğlence yerlerine partneri olmaksızın erkeklerin girememesi durumlarında esasen söz konusu hizmetlerden faydalanan diğer kimselerin menfaatleri, hak ve özgürlükleri düşünülerek getirilen ölçülü düzenlemeler söz konusu olacağından ayrımcılıktan söz edilemeyecektir⁸⁵.

⁸² Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s.469; Özbek/Doğan/Bacakız/Tepe, Özel Hükümler, s.475; Yenidünya, Ayrımcılık Suçu, s.108.

⁸³ Kaynak: <http://tr.wikipedia.org/wiki/Hizmet> (Erişim Tarihi: 14.05.2016).

⁸⁴ Demren-Dönmez, Ayrımcılık Suçu, s.39.

⁸⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s.468; Yenidünya, Ayrımcılık Suçu, s.108-109.

Şayet yapılan ayırım hiçbir haklı nedene dayanmıyorsa o takdirde bu suçun oluşabileceği söylenebilir. Örneğin, restoran işleten bir kişinin dini inançları nedeniyle başı açık restorana gelen bir kadının içeri girmesini engellemesi veya terör olayları nedeniyle farklı etnik kökenli vatandaşlara yönelik ayırım yapıp farklı etnik kökenden olan kişilerin restorandan çıkartılması gibi⁸⁶. Bir başka örnek olarak, tekerlekli sandalyedeki engelli birini “*Seninle mi uğraşacağız, git işine!*” diyerek otobüse almayan şoför gösterilebilir⁸⁷.

Bu bağlamda güncel bir örnek olarak 2017 yılının Nisan ayında ABD’deki bir iç hat uçuşunda fazla bilet satışı (overbooking) uygulaması⁸⁸ nedeniyle uçaktan zorla indirilen Dr. David Dao’nun yaşadıkları gösterilebilir⁸⁹. Yaşanan bu olayın dünya gündemine gelmesinde Amerikan vatandaşı olan Dr. Dao’nun Vietnam kökenli olması gösterilmiş ve Dr. Dao’ya yönelik alınan bu kararın temelinde ayrımcılık saikinin yattığı iddia edilmiştir. Türk Hukuku’nda da fazla bilet satışıyla ilgili benzer düzenlemeler ve uygulamalar bulunmaktadır. Bu bağlamda havayolu şirketinin uçuşa alınmayacak yolcuyu seçerken dikkatli ve özenli hareket etmek zorunda olduğu belirtilmekte, sadece ırkından, milliyetinden veya renginden dolayı bir yolcunun seçilip uçaktan indirilmesinin hukuka aykırı olacağı ifade edilmektedir⁹⁰. Böyle bir uygulama yapılması yani TCK’nın 122. maddesinde belirtilen karakteristiklere duyulan nefret saikiyle uçaktan indirilecek kişinin belirlenmesi halinde inceleme konusu seçimlik hareketin gerçekleşeceği rahatlıkla söylenebilir.

C. Bir Kişinin İşe Alınmasını Engellemek

Bu seçimlik hareketin içeriğinin belirlenmesi açısından yapılacak değerlendirmede 4857 sayılı İş Kanunu hükümlerinden istifade edilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda ilk olarak eşit davranma ilkesine değinilmesi gerekmektedir. Eşit davranma ilkesi, İş Kanunu’nun 5. maddesinde düzenlenmiş önemli bir ilkedir⁹¹. Buna göre 1475 sayılı İş Kanunu döneminde işverenin borçlarından birisi olarak kabul edilen eşitlik ilkesinin iş hukukunun temel özelliklerinden biri haline gelmiş olduğu ifade edilmektedir⁹².

⁸⁶ Demren-Dönmez, Ayrımcılık Suçu, s.40.

⁸⁷ Özbek/Doğan/Bacakız/Tepe, Özel Hükümler, s.475.

⁸⁸ Overbooking hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.haberler.com/havayoluyla-seyahat-edenlerin-haklari-korunuyor-9553029-haber/> (Erişim Tarihi: 29.04.2017).

⁸⁹ https://en.wikipedia.org/wiki/United_Express_Flight_3411_incident (Erişim Tarihi: 20.04.2017).

⁹⁰ <http://www.haberler.com/havayoluyla-seyahat-edenlerin-haklari-korunuyor-9553029-haber/> (Erişim Tarihi: 29.04.2017).

⁹¹ Doktrinde, İş Kanunu’nun 5. maddesindeki düzenlemenin olumlu olduğu ifade edilmekle birlikte söz konusu maddenin uygulanmasının ancak bir iş ilişkisinin doğumundan itibaren mümkün olabileceği, başka bir ifadeyle maddenin ancak istihdam dahilindeki kişilere karşı ortaya çıkabilecek ayrımcılık oluşturan durumlarda uygulanabileceği, bu bağlamda iş ilişkisinin kurulması aşamasından önceki aşamada maddenin uygulanamayacak olması eleştirilmektedir. Bkz. Karan, Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı, s.156.

⁹² Yenisey, Kübra Doğan, “İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, Çalışma ve Toplum, 2006/4, Sayı: 11, s.63; Doğan, Sevil, “Türk İş Hukukunda Eşitlik İlkesinin Anlamı”, TAAD, Yıl: 3, Sayı: 9, s.178.

İş hukuku bağlamında işverenin işçilere eşit davranma borcunun temelinde Anayasa'nın 10. maddesi ile hakkaniyet ilkesi ve dürüstlük kuralının bulunduğu belirtilmektedir. İş Kanunu ile bir yanda işverenin genel anlamda eşit davranma yükümlülüğü varlığını korurken öte yandan bazı ayrımcılık yasakları özel olarak düzenlenmiş böylece eşit işlem ilkesi iş hukukunda katmanlı bir yapıya kavuşturulmuştur⁹³.

İş Kanunu'nun 5. maddesinin 1. fıkrasında dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı olarak gerçekleştirilebilecek ayrımcılık yasağı hükme bağlanmıştır. Aynı maddenin 2. fıkrasında sözleşme türü nedeniyle, 3. fıkrasında cinsiyet veya gebelik nedeniyle ayrımcılık yapılması yasaklanmıştır. İş Kanunu'ndaki bu somut ayrımcılık halleri dışında diğer bazı kanunlarda getirilen düzenlemelerle de ayrımcılık yapılması yasaklanmış bulunmaktadır⁹⁴.

İşverenin eşit davranma borcu, tüm işçilere hiçbir fark gözetilmeksizin aynı uygulamaların yapılmasını değil eşit durumdaki işçilerin keyfi ve hukuken haklı görülemeyecek nedenlerle farklı muameleye tabi tutulmasını önlemeyi amaçlamaktadır⁹⁵. Pek tabidir ki işveren yönetim hakkını kullanırken işçileri arasında farklı işlem yapabilecektir. Bu farklılık işçinin kıdeminden, performansından, tecrübesinden, gördüğü işin niteliğinden vs. kaynaklanabilir. Ancak işveren tamamen keyfi ya da kötü niyetli biçimde bu hakkını kullanamaz⁹⁶.

İş Kanunu'ndaki bu düzenlemeden daha kapsamlı bir hükme 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun 6. maddesinde yer verilmiştir. Maddenin konuyla ilgili ilk üç fıkrası şu şekildedir: *“(1) İşveren veya işveren tarafından yetkilendirilmiş kişi; işverenin çalışanı veya bu amaçla başvuran kişi, uygulamalı iş deneyimi edinmek üzere bir işyerinde bulunan veya bu amaçla başvuran kişi ve herhangi bir sıfatla çalışmak ya da uygulamalı iş deneyimi edinmek üzere işyeri veya iş ile ilgili olarak bilgi edinmek isteyen kişi aleyhine, bilgilenme, başvuru, seçim kriterleri, işe alım şartları ile çalışma ve çalışmanın sona ermesi süreçleri dâhil olmak üzere, işle ilgili süreçlerin hiçbirinde ayrımcılık yapamaz. (2) Birinci fıkra iş ilanı, işyeri, çalışma şartları, mesleki rehberlik, mesleki eğitim ve yeniden eğitimin tüm düzeylerine ve türlerine erişim, meslekte yükselme ve mesleki hiyerarşinin tüm düzeylerine erişim, hizmet içi eğitim, sosyal menfaatler ve benzeri hususları da kapsar. (3) İşveren veya işveren tarafından yetkilendirilmiş kişi, istihdam başvurusunu gebelik, annelik ve çocuk bakımı gerekçeleriyle*

⁹³ Yenisey, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, s.64-65; Kılıç, Ebru, “İşverenin Eşit Davranma Borcu Açısından Türk İş Hukukunun Avrupa Birliği İş Hukukuna Uyumu”, TAAD, Cilt: 1, Yıl: 2, Sayı: 6, s.219.

⁹⁴ Yenisey, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, s.65.

⁹⁵ Yenisey, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, s.66-67; Kılıç, İşverenin Eşit Davranma Borcu, s.213-214; Tuncay, A. Can, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul 1982, s.5.

⁹⁶ Yenisey, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, s.66-67.

reddedemez.” 6701 sayılı Kanun’un ayrımcılığın gerçekleşmesi için herhangi bir saike yer vermemiş olması açısından İş Kanunu’na göre çok daha geniş kapsamlı bir koruma sağladığını söylemek mümkündür.

Türk Hukuku’ndaki durumu bu şekilde özetledikten sonra inceleme konusunu oluşturan seçimlik hareketin daha yakından incelemesine geçilebilir.

Burada dikkat edilmesi gereken önemli bir husus bulunmaktadır; o da bu seçimlik hareketin yalnızca kişilerin işe alınmasının engellenmesi durumunda söz konusu olacağıdır. Burada karşımıza önemli bir sorun çıkmaktadır: Acaba işveren, işe aldığı kişileri daha sonrasında nefret saikiyle işten çıkartırsa nefret saikiyle işlenen ayrımcılık suçu gerçekleşmiş sayılacak mıdır? Bilindiği üzere ceza hukukunda kıyas yapılması, suç ve ceza içeren hükümlerin kıyasa yol açacak şekilde geniş yorumlanması mümkün değildir. Bu açıdan olaya mantıksal olarak yaklaşıldığında, işe alınma bakımından ayrımcılık yapılmasını suç olarak düzenleyen kanun koyucunun işe alınan bir kişinin ayrımcılık sonucunda işten çıkartılmasını da suç olarak düzenlemek istediği sonucu çıkarılabilir. Ancak ceza hukukunda kıyas yapılması mümkün olmadığından, işe alınan kişinin nefret saikiyle işten çıkarılması durumunda TCK m.122’deki suçun oluşmayacağı ifade edilebilir. Böyle bir durum yani nefret saikiyle kişinin işten çıkarılması her ne kadar suç oluşturmayacaksa da, İş Kanunu’nun 5. maddesindeki eşit davranma ilkesinin ihlali olarak kabul edilebileceğinden işveren hakkında İş Kanunu m.99/1-a’ya göre idari para ceza cezası uygulanabilecektir. Nefret saikiyle bir kişinin işe alınmasını engellemeyi suç sayan kanun koyucunun daha ağır nitelikte sonuçlar doğurabilecek nitelikte olan nefret saikiyle işten çıkarmayı kabahat olarak düzenlemesi ceza hukuku sistematığına ve mantığına uygun düşmemektedir. Kanaatimizce TCK m.122’de yapılacak bir kanun değişikliğiyle 6701 sayılı Kanun’un 6. maddesinde belirtilen durumları da içine alacak şekilde bir düzenleme yapılması suçla korunması amaçlanan hukuksal değeri gerçekleştirme açısından daha sağlıklı olacaktır.

Bu seçimlik hareket bağlamında maddede gösterilen saiklerin kapsamına nelerin gireceğinin tespiti de önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Örneğin cinsiyet. İşveren, aradığı bütün niteliklere sahip olan tecrübeli bir kadın adayı sırf kadınların çalışmalarını dine ve ahlaka aykırı gördüğünden dolayı işe almazsa bu suçun olduğu rahatlıkla söylenebilir. Başka bir örnek olarak, hamile kadınlara karşı nefret duyan bir işverenin, aradığı bütün niteliklere sahip olmasına rağmen sırf hamile olduğu için bir kadını işe almadığını düşünelim. Acaba bu durumda yani sırf “*gebelik*” nedeniyle işe almama durumunda 122. maddedeki suç oluşmuş olacak mıdır? Kanaatimizce, daha önce de ifade edildiği üzere ceza hukukunda kıyas ve genişletici yorum yapılması mümkün olmadığından yalnızca gebe olduğu için bir kişinin işe alınmaması halinde söz konusu suçun gerçekleştiğini söylemek mümkün olmayacaktır. Bundan dolayıdır ki gerek İş Kanunu’nun

5. maddesinin 3. fıkrasında gerek 6701 sayılı Kanun'un 6. maddesinin 3. fıkrasında ayrımcılık sebeplerinde cinsiyetle beraber “*gebelik*” durumu da düzenlenmiştir. Kanaatimizce yapılması gereken, korunmak istenen hukuksal menfaat de dikkate alındığında 122. maddede yapılacak bir kanun değişikliğiyle cinsiyetten sonra “*gebelik*” durumunun da madde metnine dahil edilmesi olmalıdır.

Son olarak doktrinde, işverenin, belirli bir boy ortalamasının üzerindeki işçileri işe alacağını açıklaması halinde, işe almada uygulanacak ölçüt boy olmasına ve bunun cinsiyetle doğrudan bir ilgisi bulunmamasına rağmen, bu boy şartını erkeklerin sağlama olanağı, kadınların sağlama olanağına göre ciddi anlamda daha yüksekse, boy koşulunun ayrımcılığın göstergesi olabileceği ifade edilmektedir⁹⁷. Bu bağlamda, söz konusu iş ilanının cinsiyet nefreti saikli ayrımcılık suçunu oluşturacağını da rahatlıkla ifade edebiliriz. Pek tabidir ki yapılacak işin niteliği gereği böyle bir kıstas getirilmesinde iyi niyet kurallarına aykırı bir durum olmadığı hallerde ayrımcılıktan bahsedilemeyeceğinden söz konusu suçun oluştuğu da söylenemeyecektir.

D. Bir Kişinin Olağan Bir Ekonomik Etkinlikte Bulunmasını Engellemek

Etkinlik kelimesi sözcük anlamı olarak, etkin olma durumu, müesseriye ve bir işletmenin ve kurumun belli bir alandaki eylemi anlamlarına gelmektedir⁹⁸. Faaliyet kelimesi ise çalışma, canlılık, hareket ve işler durumda olma anlamlarına gelmektedir⁹⁹. Faaliyet ve etkinlik eşanlamlı kullanılan iki sözcüktür.

Ekonomik faaliyeti (etkinliği) en genel şekliyle, insanların hayatlarını kazanmak (gelir elde etmek) için yaptıkları ve yürüttükleri faaliyetlerin bütünü olarak nitelendirmek mümkündür. Ekonomik faaliyeti, sermaye, emek ve hammaddenin birleştirilerek anlam kazanması şeklinde tanımlamak da mümkündür. Ekonomik faaliyetin bireysel ve kurumsal iki boyutu bulunmaktadır. Bireysel anlamda ekonomik faaliyet, bir kişinin çalışmak suretiyle para kazanıp hayatını sürdürebilmesi için faaliyette bulunmasıdır. Kurumsal anlamda ekonomik faaliyet ise bir kurumun sermaye, emek ve hammadde sağlayarak para kazanması ve üretim yaparak bunu devamlı hale getirmesidir. Başlıca ekonomik faaliyetler, tarım, hayvancılık, sanayi, ticaret, madencilik, turizm, ormancılık, ulaşım ve hizmet sektörüdür.

Ekonomik faaliyetler kayıtlı ekonomik faaliyetler ve kayıt dışı ekonomik faaliyetler olarak ikiye ayrılmaktadır. Kayıtlı ekonomik faaliyetler, sermayeyi ve teknolojiyi yoğun bir şekilde kullanan, yabancı işletmelerin de yer aldığı, ruhsat alımı gibi bürokratik prosedürleri gerekli kılan piyasalarda faaliyet gösteren, nispeten büyük ölçekli işletmelerin faaliyetleri olarak değerlendirilmektedir. Bu

⁹⁷ Yenisey, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, s.71.

⁹⁸ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5565a847d04271.06831683 (Erişim Tarihi: 11.05.2016).

⁹⁹ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5565a83d5a6928.38203032 (Erişim Tarihi: 11.05.2016).

çerçevede, sanayi ve hizmetler kesiminde, kamu sektörü ve özel sektör tarafından mal ve hizmet üretimine yönelik tüm faaliyetler kayıtlı ekonomik faaliyet olarak gösterilebilir. Kayıt dışı ekonomik faaliyetler ise, resmi kayıtlara girmeyen ve belgelendirilemeyen yani ulusal muhasebe kayıtlarında görülmeyen ve gayrisafi milli hasıla büyüklüklerine yansımayan ve sonuç olarak vergilendirilemeyen tüm ekonomik faaliyetlerdir. Kayıt dışı ekonomik faaliyetler yeraltı ekonomisi faaliyetleri ve enformel ekonomik faaliyetler olarak ikiye ayrılmaktadır. Yeraltı ekonomisi faaliyetlerini, bir ülkede geçerli hukuk ve ahlak kurallarına aykırı faaliyetler olarak tanımlamak mümkündür. Burada önemli olan faaliyetin yasaların öngördüğü şekilde yapılmaması değil faaliyetin kendisinin yasaklanmış olmasıdır. Bunlara örnek olarak, silah kaçakçılığı, uyuşturucu ticareti, tefecilik, rüşvet, insan ticareti gibi suçları göstermek mümkündür. Enformel (resmi olmayan) ekonomik faaliyetler ise formel yapının kapsamadığı boşluklardan yararlanan, herhangi bir yerde kaydı bulunmayan, vergilendirme bakımından izlenemeyen, yasalar tarafından düzenlenmemiş bu anlamda yasal korumadan yararlanamayan ekonomik faaliyetlerdir. Enformel ekonomik faaliyetlerde bulunan işletmeler, mali otoriteler ve sosyal güvenlik kuruluşlarının kayıtlarında bulunmayan ve birinci amacı ilgili kişilere istihdam ve geçimlik gelir yaratmak olan, emeğin yoğun şekilde kullanıldığı, küçük bir yatırım gerektiren, ihtisaslaşmanın hemen hemen hiç olmadığı basit iş örgütlenmelerine dayalı, küçük ölçekli (5 kişiden az çalışanı bulunan) ekonomik birimlerdir¹⁰⁰.

Kanaatimizce TCK'da her türlü ekonomik etkinlikten değil yalnızca olağan¹⁰¹ ekonomik etkinliklerden bahsedilmesi karşısında yukarıda yapılan ayırım çerçevesinde yalnızca kayıtlı ekonomik faaliyetlerin bu suçun seçimlik hareketini oluşturabileceği, kayıt dışı ekonomik faaliyetler bakımından ise maddenin uygulama alanı bulamayacağı söylenebilir.

Bu seçimlik harekete örnek olarak, nefret saikiyle bir kişinin işyeri açmasının engellenmesi, işyerinin kapatılması veya bir esnaf faaliyetinin yürütülmesinin engellenmesi gösterilebilir¹⁰².

V. Netice

Netice, hareketin dış dünyada meydana getirdiği değişikliktir. Ancak dış dünyada meydana gelen her değişiklik değil sadece suçun kanuni tarifinde unsur olarak yer alan değişiklik neticeyi ifade etmektedir. Eğer bir suçun kanuni tarifinde neticeye yer verilmişse suçun tamamlanabilmesi için bu neticenin gerçekleş-

¹⁰⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Şişman, Yener, Ekonomik Faaliyetlerde Enformelleşme ve Türkiye'de Enformel Ekonomik Faaliyetlerde Çalışanlara Yönelik Sosyal Politikalar, Eskişehir 1999, s.6-44 (Yayımlanmamış doktora tezi).

¹⁰¹ Hafizoğulları/Özen "olağan" sözünün isabetli olmadığını, bunun "mutad" olarak anlaşılması gerektiğini ifade etmektedirler. Bkz. Hafizoğulları/Özen, Kişilere Karşı Suçlar, s.226.

¹⁰² Özbek/Doğan/Bacakız/Tepe, Özel Hükümler, s.476.

mesi gerekmektedir (maddi suçlar veya neticeli suçlar). Buna karşın, suçun kanuni tarifinde neticeye ayrıca yer verilmemiş ise fiilin gerçekleştirilmesiyle birlikte suç da tamamlanmış olacaktır (sırf hareket suçları veya şekli suçlar)¹⁰³.

Doktrinde bu suçun gerçekleşmesi için zarar neticesinin gerçekleşmesi aranmadığı, bu bağlamda hareketin yapılmasıyla birlikte suçun da gerçekleşmiş olacağı ifade edilmektedir¹⁰⁴. Bu açıdan bakıldığında söz konusu suçun tehlike suçu olduğu belirtilmektedir. Kanun koyucunun somut olayda zarar tehlikesinin gerçekleşmiş olup olmadığı yönünde ayrı bir araştırma yapma yükümlülüğü öngörmemesinden hareketle bu suçun soyut tehlike suçu olduğu vurgulanmaktadır¹⁰⁵.

Kanaatimizce, nefret saikiyle işlenen ayrımcılık suçunun tamamlanmış olması için seçimlik hareketlerin gerçekleştirilmesi suretiyle engelleme sonucunun gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Bu açıdan bakıldığında kanun koyucunun bu suç tipi ile seçimlik hareketlerin yapılmasını yeterli görmediğini ayrıca engelleme neticesinin de gerçekleşmesini zorunlu kıldığını ifade edebiliriz. Bu bağlamda, doktrinde savunulduğunun aksine, bu suçun neticeli bir suç olduğunu düşünmekteyiz.

VI. Suçun Nitelikli Halleri

TCK'da bu suçla ilgili herhangi bir nitelikli hale yer verilmemiştir.

§7. TİPKİĞİN MANEVİ (SUBJEKTİF) UNSURU

Bu suç yalnızca kasten işlenebilen bir suçtur; başka bir ifadeyle bu suçun taksirle işlenebilmesi mümkün değildir.

Doktrinde bazı yazarlar bu suçun ancak özel kastla işlenebileceğini savunmaktadırlar¹⁰⁶. Bu yazarlar gerekçe olarak, failin kişiler arasında ayrımcılık yapması bakımından sahip olduğu saikin¹⁰⁷ özel kast olarak nitelendirilmesi gerektiğini göstermektedirler. Diğer görüşteki yazarlar ise maddenin kaleme alınmış şekline

¹⁰³ Koca/Üzülmöz, Genel Hükümler, s.122.

¹⁰⁴ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.474; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s.467; Demren-Dönmez, Ayrımcılık Suçu, s.41; Hafizoğulları/Özen, Kişilere Karşı Suçlar, s.226; Öztürk, Nefret ve Ayrımcılık Suçu, s.94; Kocasakal, Nefret ve Ayrımcılık Suçu, s.30.

¹⁰⁵ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.474; Kocasakal, Nefret ve Ayrımcılık Suçu, s.31.

¹⁰⁶ Yenidünya, Ayrımcılık Suçu, s.111-112; Demren-Dönmez, Ayrımcılık Suçu, s.48-49; Karan, Ayrımcılık Yasağı, s.169; Hafizoğulları/Özen, Kişilere Karşı Suçlar, s.226; Kocasakal, Nefret ve Ayrımcılık Suçu, s.35; Öztürk, Nefret ve Ayrımcılık Suçu, s.132; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s.474 (Artuk/Gökçen/Yenidünya bu suçtaki saikin suçun temel şeklinde aranan bir unsur olduğundan hareketle fiilin olası kastla gerçekleştirilmesini mümkün görmemektedirler).

¹⁰⁷ Saik hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Toroslu, Haluk, "Temel Cezanın Belirlenmesinde Amaç ve Saik", Uğur Alacakaptan'a Armağan, Cilt 1, İstanbul 2008, s.697 vd. Saik ve amaç birbirinden farklı kavramlardır: Saik, faili harekete geçiren psikik bir nedenken, amaç, failin suç işleyerek gerçekleştirmeye çalıştığı neticedir. Örneğin, kan gütmeye saikiyle adam öldürme suçundaki saik kan gütmeye yani kan davasını sürdürmedir; amaç ise öldürmedir. Bkz. aynı eser s.701. Benzer nitelikte açıklamalar için bkz. Koca/Üzülmöz, Genel Hükümler, s.243.

bakıldığında, suçun manevi unsurunun özel kast olmadığını, genel kastın yeterli olduğunu ifade etmektedirler. Bu görüştekilere göre, failde yer alan saik, kastın özel kast haline dönüşmesini değil bilakis hareketin metinde yer alan neticeye yönelmesini ifade etmektedir. Kaldı ki, madde metninde belirtilen neticelere yönelmeyen hareketler madde kapsamında suç olarak değerlendirilemeyecektir¹⁰⁸. Bu noktadan hareketle ilk görüşteki yazarlar bu suçun olası kastla işlenemeyeceğini savunurken, ikinci görüşteki yazarlar ise olası kastı mümkün görmektedirler.

Madde metninde her ne kadar “*nefret nedeniyle*” ifadesine yer verilmişse de¹⁰⁹ bunun “*nefret saikiyle*” şeklinde okunmasının daha doğru olacağı düşünülmektedir. Zira nefret, kişinin iç dünyasına ilişkin bir durumu ifade etmektedir. Bu bağlamda faili harekete geçiren bir durum olmasından dolayı nefret nedeniyle ifadesinin nefret saikiyle şeklinde anlaşılması amaca daha uygun olacaktır. Başka bir ifadeyle bu suçun oluşması için failin kasten hareket etmiş olması yeterli olmayıp aynı zamanda nefret saikiyle de hareket etmiş olması gerekmektedir.

Tam bu noktada failin nefret saikinin temelini oluşturan durumlar bakımından hataya düşmüş olmasının suçun oluşumu bakımından bir etkisinin olup olmadığını tespit edilmesi gerekmektedir. Daha önce de ifade edildiği üzere bu suç bağlamında aranan nefret saiki failin kastının kapsamına giren bir durumdur; başka bir ifadeyle failin nefret saikiyle hareket etmediği durumlarda başka suçların gündeme gelebilmesi mümkünse de TCK m.122’deki suç tipinin gerçekleştiğinden bahsetmek mümkün olmayacaktır. Buradaki temel sorun, failin, mağdurun sahip olduğunu düşündüğü karakteristiğe mağdurun gerçekte sahip olmadığı durumlarda nasıl bir yol izleneceğidir. Örneğin, Araplardan nefret eden ve bu nedenle Arap olduğunu düşündüğü ama gerçekte Türk olan birisine kamuya arz edilmiş olan taşınmazını satmayan failin cezai sorumluluğu nasıl belirlenecektir? Bir diğer örnek olarak, kendisinden farklı bir dine mensup insanlardan nefret eden bir belediye çalışanının işyeri ruhsatı almak için kendisine başvuruda bulunan ve giyiminden farklı bir dine mensup olduğunu düşündüğü ama gerçekte kendisiyle aynı dine mensup olan kişinin ruhsat başvurusunu hukuka aykırı bir şekilde reddeden failin cezai sorumluluğu nasıl belirlenecektir?

Bu konuda doğru bir çözüme varabilmek için hata kurumunun düzenlendiği TCK’nın 30. maddesinden istifade edilmesi gerekmektedir. Burada inceleme konusu açısından önem arz eden düzenleme, suçun maddi unsurlarında hatanın düzenlendiği TCK’nın 30. maddenin birinci fıkrasıdır. Söz konusu hükme göre “(1) *Failin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk*

¹⁰⁸ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.477.

¹⁰⁹ Aytekin-Inceoğlu, maddede geçen “nefret nedeniyle” ifadesinin madde metninden çıkarılması gerektiğini savunmaktadır. Yazara göre bu ifadeye gerek bulunmamaktadır. Çünkü ayrımcılık zaten önyargı saiki olmaksızın işlenebilecek bir suç değildir. Bkz. Aytekin-Inceoğlu, Nefret Suçu, s.60-61.

hali saklıdır.” Suçun maddi unsurları içerisinde suçun konusu, fail ve mağdurun özellikleri, hareket, netice ve nedensellik bağı girmektedir. Bu hususlardan herhangi birine ilişkin bilgisizlik veya yanlış tasavvur halinde failin kastı ortadan kalkmış olur¹¹⁰. Saik de suçun maddi unsurlarına ait olup kasttan ayrı haksızlığın diğer özel subjektif unsurunu oluşturmaktadır¹¹¹.

Bu açıklamalar ışığında yukarıda verilen her iki örnekte, faillerin, mağdurların karakteristikleri bakımından hataya düştükleri görülmektedir. İlk örnekteki fail, mağduru Arap, ikinci örnekteki fail ise mağduru kendinden başka bir dine mensup zannetmiş ve mağdurların sahip oldukları karakteristiklere duydukları nefret nedeniyle de maddede belirtilen seçimlik hareketleri gerçekleştirmişlerdir. Burada faillerin, mağdurların şahsı hakkında hataya (*error in persona*) düştükleri görülmektedir. Doktrinde bu tür hatanın söz konusu olduğu hallerde, failin tasavvuru gerçekleşmiş olsaydı ceza hukuku bakımından yapılacak değerlendirmenin değişip değişmeyeceğine bakılarak sonuca varılması gerektiği ileri sürülmektedir. Tasavvur edilen ile tipik olarak gerçekleşen fiillerin konuları aynı değerde ise veya fail hatalı olarak aynı değerde olduklarını kabul etmişse ortada bir motivasyon (saik) hatası söz konusu olup düşülen hata önem arz etmeyecektir¹¹². Bu bağlamda kanaatimizce yukarıda verilen örneklerde faillerin düştükleri hata mağdurların şahsında hata olup faillerin cezai sorumlulukları bakımından hiçbir önem arz etmeyecek olup, gerçekleştirdikleri fiiller nefret saikiyle işlenen ayrımcılık suçu olarak nitelendirilebilecektir.

TCK m.122’de nefret saikinin temelini oluşturan durumlar olarak dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep farklılığı sayılmıştır. Bu nedenle maddede sayılan karakteristiklerden bazılarını kısaca değinmek gerekmektedir.

Bunlardan ilki olan dil, insanlar arasında anlaşmayı sağlayan doğal bir araç olup kendine özgü kuralları olan ve seslerden örülmüş toplumsal bir kurum olarak tanımlanabilir¹¹³.

İrk, ortak bir atadan gelen ve ortak özellikleri paylaşan bir grup insan, hayvan veya bitkiyi ifade eden, canlı türlerinin genel ayrımlarını belirtmek için kullanılan bir kavramdır. İrkçilik ise insan kabiliyetlerinin ırklar tarafından belirlendiğine, ırkların birbirlerinden farklı olduğuna ve ırklar arasında astlık üstlük ilişkisi bulunduğu inanan anlayıştır. Ancak günümüz bilim dünyasında ve özellikle antropolojide, insan türü için kullanılan ırk teriminin bilimsel bir temele sahip olmayan sosyal bir kurgu olduğu da belirtilmektedir. Nefret suçu yasalarının ortaya çıkması ve yaygınlaşması süreci ile birlikte ABD’de ve AGİT bölgesindeki ül-

¹¹⁰ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.247.

¹¹¹ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.242.

¹¹² Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.249.

¹¹³ Ergin, Muharrem, Türk Dil Bilgisi, İstanbul 2008, s.3.

kelerde yapılan düzenlemelerde ırk kavramının en başta korunan karakteristikler arasında her zaman ilk sırada aldığı da ifade edilmektedir¹¹⁴.

Milliyet, ulusal veya etkin köken ile ayrı ve farklı bir içeriğe sahiptir; bu bağlamda milliyet, kişi ve devlet arasındaki yasal bağı ifade etmektedir¹¹⁵.

Cinsiyet, kadınların başlıca mağduru oldukları, transgender (fiziksel yapı ve görünüş ile cinsel kimliğin birbiriyle uyuşmaması) bireyleri de kapsayan bir karakteristiktir. Cinsiyet ve cinsel yönelim farklı kavramlar olmakla birlikte TCK m.122’de cinsel yönelime yer verilmemiş olması önemli bir eksiklik olarak değerlendirilebilir¹¹⁶.

Engelli kavramı, fiziksel, zihinsel, ruhsal ve duyuşsal yetilerinde çeşitli düzeyde kayıplarından dolayı topluma diğer bireyler ile birlikte eşit koşullarda tam ve etkin katılımını kısıtlayan tutum ve çevre koşullarından etkilenen bireyi ifade etmektedir (5378 s. Engelliler Hakkında Kanun m.3/1-c). Engellilik ise engelli olma durumunu ifade etmektedir.

Mezhep ise bir dinin çeşitli görüş ayrılıkları nedeniyle ortaya çıkan kollarından her birine verilen isimdir¹¹⁷. Alevi bir kimsenin sırf bu nedenle işe alınmaması; Hanefi bir kişinin Şafi mezhebinden olan kimseye evini satmaması mezhebe dayalı ayrımcılığa örnek olarak gösterilebilir¹¹⁸.

TCK m.122’de nefret saikinin temelini oluşturan karakteristikler kanaatimizce eksiktir. İlk olarak, maddede yalnızca cinsiyete yer verilmiş olup cinsel yönelime yer verilmemiş olması¹¹⁹ karşısında LGBTİ (lezbiyen, gey, biseksüel, transseksüel, interseks) bireylere karşı nefret saikiyle işlenecek ayrımcılık fiillerinin yaptırımsız kalması gündeme gelecektir. Bu nedenle maddede, cinsiyetten sonra cinsel yönelime de yer verilmesi gerektiği düşünülmektedir. İkinci olarak, gebe kadınlara karşı da ayrımcılık fiilinin sıklıkla işlendiği gerçeğinden hareketle “*gebelik*” durumunun da madde metnine eklenmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

¹¹⁴ Bulut, Nefret Suçları, s.105-106.

¹¹⁵ Bulut, Nefret Suçları, s.112.

¹¹⁶ Öztürk, Nefret ve Ayrımcılık Suçu, s.111-112; Bulut, Nefret Suçları, s.118. Aksi yönde görüş ifade eden Kocasakal’a göre, eşcinsellik ve transseksüellik de cinsel bir tercih eğilim olduğundan dolayı cinsiyet kapsamında değerlendirilmelidir. Bkz. Kocasakal, Nefret ve Ayrımcılık Suçu, s.23.

¹¹⁷ <https://tr.wikipedia.org/wiki/Mezhep> (Erişim Tarihi: 10.11.2016).

¹¹⁸ Öztürk, Nefret ve Ayrımcılık Suçu, s.118.

¹¹⁹ Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi “*Toonen vs. Avustralya*” kararında (Paragraf 8.7) (Communication No. 488/1992, U.N. Doc CCPR/C/50/D/488/1992) cinsel yönelimin, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’nin 2. maddesinin 1. fıkrası ile 26. maddesinde ifade edilen “*başka bir statü*” kapsamında düşünülebileceğini ifade ettikten sonra, gerek Sözleşme’nin 2. maddesinde gerek 26. maddesinde ifade edilen “*cinsiyet*” kavramının, cinsel yönelimi de içine alacak şekilde yorumlanacağını ifade etmektedir. Kaynak: <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/html/vws488.htm> (Erişim Tarihi: 23.05.2016). İnsan Hakları Komitesi’nin bu kararından hareketle, TCK’nın 122.maddesinde ifade edilen “cinsiyet” kavramının içine “cinsel yönelim”in de girebileceği savunulabilir. Ancak suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereği bu şekilde bir yorumun ceza hukuku açısından doğru olmayacağını belirtebiliriz.

Son olarak, maddede yalnızca ırk kavramına yer verilip etnik kimliğe yer verilmemiş olması da önemli bir eksikliktir. Bu bağlamda, örneğin Roman vatandaşlara karşı nefret saikiyle işlenecek ayrımcılık fiilleri maddenin mevcut şekliyle yaptırımsız kalacaktır zira Romanlar ırk değil etnik bir kimlik olarak kabul edilmektedir. Ülkemizde ayrımcılık fiilinin gerçek mağdurlarının önemli bir kısmını oluşturan bu bireylerin maddenin koruma alanı içine alınmamış olması önemli bir eksikliktir. Kıyas veya yorum yoluyla bu kişileri madde kapsamına almak mümkün olmadığından TCK m.122’de yapılacak bir kanun değişikliğiyle “*cinsel yönelim*”, “*gebelik*” ve “*etnik köken*” kavramlarına madde metninde yer verilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

58. HUKUKA AYKIRILIK

Bu suç bağlamında en çok uygulanma ihtimali bulunan hukuka uygunluk nedeninin kanun hükmünün icrası (TCK m.24/1) olduğu söylenebilir. Bu hukuka uygunluk nedeninin uygulanmasına örnek olarak İş Kanunu’ndaki birçok düzenlemeyi göstermek mümkündür. İş Kanunu’nun çeşitli maddelerinde bazı işlerde çocukların, kadınların, engellilerin vs. çalıştırılması yasaklanmıştır. Benzer nitelikte bir düzenlemeye 6701 sayılı Kanun’un 7. maddesinde de yer verildiği görülmektedir. 6701 sayılı Kanun’un ayrımcılık iddiasının ileri sürülemeyeceği haller başlıklı 7. maddesinde ayrımcılık olarak nitelendirilemeyecek haller açıkça sayılmıştır. Bu durumların varlığı halinde de ayrımcılık yapıldığından bahsedilemeyecektir.

Bu bağlamda gerek İş Kanunu gerek 6701 sayılı Kanun’dan kaynaklı durumların varlığı halinde, işverenin gerçekte bu kişilere karşı nefret beslediği düşünülse bile, işverenin kanun hükmünün icrası hukuka uygunluk nedeninden istifade edebileceği söylenebilir.

İlgilinin rızası hukuka uygunluk nedeninin (TCK m.26/2) bu suç bakımından uygulanması mümkün değildir¹²⁰.

59. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜM ŞEKİLLERİ

I. Teşebbüs

Nefret saikiyle işlenen ayrımcılık suçu çalışmada savunulan görüş çerçevesinde neticeli bir suçtur. Bu bağlamda fail maddede sayılan seçimlik hareketleri yapmasına rağmen engelleme neticesi gerçekleşmez ise suçun teşebbüs aşamasında kalmış olduğundan bahsedilebilecektir. Örneğin evini Yahudi birisine kiraya vermemesi için ev sahibini tehdit eden failin tehdidine rağmen ev sahibinin evini Yahudi birisine kiraya vermesi durumunda engelleme neticesi gerçekleşmemiş olduğundan dolayı nefret saikiyle işlenen ayrımcılık suçunun teşebbüs aşamasında kaldığı söylenebilecektir.

¹²⁰ Öztürk, Nefret ve Ayrımcılık Suçu, s.134-135.

II. İştirak

Söz konusu suç, iştirak bakımından herhangi bir özellik göstermemektedir. Bu bağlamda suçun iştirakin her türlü mümkündür.

III. Suçların İçtimaı

Nefret saikiyle işlenen ayrımcılık suçu yukarıda da ifade edildiği üzere seçimlik hareketli bir suçtur. Başka bir ifadeyle maddede belirtilen birden fazla seçimlik hareketin icrası durumunda da ortada tek suç olacaktır.

Bu suç açısından zincirleme suç hükümlerinin uygulanması mümkündür¹²¹. Örneğin, failin, Hristiyanlara karşı beslediği nefret nedeniyle Hristiyanlığa ait kitapların satıldığı bir kitapçının önüne her sabah gelip içeri girmek isteyen dükkan sahibini içeriye sokmaması (TCK m.122/1-d) durumunda TCK m.43/1 kapsamında zincirleme suç hükümlerinin uygulanması mümkün olabilecektir. Bir başka örnek olarak engellilere beslediği nefret nedeniyle tekerlekli sandalyeli bir mağduru her sabah durakta beklemesine rağmen otobüse almayan otobüs şoförü gösterilebilir. Otobüs şoförünün gerçekleştirdiği fiil (TCK m.122/1-b) bakımından da zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gündeme gelebilecektir.

Nefret saikiyle işlenen ayrımcılık suçu açısından aynı neviden fikri içtima hükümlerinin (TCK m.43/2) uygulanmasında da herhangi bir engel bulunmamaktadır¹²². Örneğin, birden fazla işverene hitaben işyerlerinde farklı ırktan kişileri çalıştırmamaları hususunda tehditte bulunan failin fiilinin tüm işverenlere karşı tek bir seferde işlenmiş olduğundan hareketle TCK m.43/2'nin uygulanabileceği söylenebilir. Bir başka örnek olarak, petshoptan köpek almak isteyen ve satıcıyla farklı dine sahip iki kişiye hitaben işyeri sahibinin "*X dininden olanlara satacak hayvan yok bende!*" şeklinde beyanda bulunduğu olayda aynı neviden fikri içtima hükümlerinin uygulanabileceği söylenebilir.

Bu suç açısından farklı neviden fikri içtima (TCK m.44) hükümlerinin uygulanma alanı bulup bulamayacağı da önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira nefret saikiyle işlenen ayrımcılık suçunun aynı zamanda özel nitelikteki diğer kanunlarda veya TCK'daki diğer maddelerde düzenlenmiş bulunan suçları da oluşturması kuvvetle muhtemeldir. Böyle bir durumda suçların içtimaı bakımından nasıl bir yol izlenmesi gerektiği üzerinde durmak gerekmektedir.

Farklı neviden fikri içtima bakımından karşımıza çıkan ilk suç tipi TCK m.113'te düzenlenmiş bulunan "*Kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi*" suçudur. Söz konusu maddede şöyle denilmektedir: "*(1) Cebir veya tehdit kullanılarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla; a) Bir kamu faa-*

¹²¹ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.477; Öztürk, Nefret ve Ayrımcılık Suçu, s.139; Kocasakal, Nefret ve Ayrımcılık Suçu, s.37.

¹²² Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s.474; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.477.

liyetinin yürütülmesine, b) Kamu kurumlarında veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarında verilen ya da kamu makamlarının verdiği izne dayalı olarak sunulan hizmetlerden yararlanılmasına engel olunması halinde, fail hakkında iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.” TCK m.113’te düzenlenmiş bulunan bu suç tipi ile TCK m.122/1-b’nin birbiriyle çok yakın bir ilişki içinde olduğu görülmektedir. 113. maddede, 122. maddeden farklı olarak failin herhangi bir saikle hareket etmesi aranmamış sadece engel olma fiilinin cebir, tehdit veya hukuka aykırı başka bir davranışla gerçekleştirilmesi şart koşulmuştur. Örneğin, engelli insanlara karşı nefret duyan ve belediyeye ait bir otobüsün şoförlüğünü yapan A, otobüse binmek isteyen engelli bir vatandaşı, engellilere karşı duyduğu bu nefret nedeniyle cebir kullanmak suretiyle otobüse almamış olsun. Bu örnek olayda fail A, hem TCK m.122/1-b’deki suç tipini hem de TCK m.113/1-b’deki suç tipini ihlal etmiş olmaktadır. Böyle bir durumda failin, farklı neviden fikri içtima kuralları gereği daha ağır cezayı gerektiren TCK m.113’ten dolayı cezalandırılması yoluna gidilmelidir. Ancak örnek olayda failin cebir kullanmamış olduğu düşünülseydi o takdirde TCK m.122’den dolayı cezalandırılması gündeme gelecekti.

Farklı neviden fikri içtima bakımından karşımıza çıkabilecek ikinci suç tipi ise TCK m.117’de düzenlenmiş bulunan “İş ve çalışma hürriyetinin ihlali” suçudur. 117. maddenin 1. fıkrasına göre, cebir veya tehdit kullanarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla iş ve çalışma hürriyetini ihlal eden kişiye, mağdurun şikayeti üzerine altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir. Aynı maddenin 4. fıkrasına göreyse, cebir veya tehdit kullanarak, bir işin durmasına, sona ermesine veya durmanın devamına neden olan kişiye altı aydan üç yıla kadar hapis cezası verilir. Söz konusu düzenlemelerde failin herhangi bir saikle hareket etmesi şartı aranmamıştır. Buna rağmen fail 122. maddede sayılan saiklerden biriyle hareket ederek bu suçu işlerse gerçekleştirilen fiil hem m.117’deki hem de m.122/1-c veya d’deki suçu oluşturabilecektir. Böyle bir durumda da failin, farklı neviden fikri içtima kuralları gereği daha ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılması yoluna gidilecektir.

Konuyla ilgili karşımıza çıkabilecek üçüncü suç tipi ise hakaret suçudur. TCK m.125/3-b’de, hakaret suçunun dini, siyasi, sosyal, felsefi inanç, düşünce ve kanaatlerini açıklamasından, değiştirmesinden, yaymaya çalışmasından, mensup olduğu dinin emir ve yasaklarına uygun davranmasından dolayı işlenmesi hali cezayı ağırlaştırıcı nitelikli bir hal olarak düzenlenmiştir. Örneğin, taşınmazını kiraya vermek için ilan vermiş bulunan A’nın evini tutmak için gelen ve A’nın nefret ettiği bir siyasi düşünceye sahip B’ye hitaben “*senin siyasi düşüncedekilere kiraya verecek evim yok benim, defol git, şerefsiz seni!*” demesi halinde A’nın gerçekleştirdiği fiil hem TCK m.122’yi hem de TCK m.125/3-b’yi ihlal edecektir. Böyle bir durumda failin farklı neviden fikri içtima kuralları gereği daha ağır cezayı gerektiren TCK m.122’den dolayı cezalandırılması yoluna gidilmelidir.

TCK m.122’de sayılan fiillerin cebir veya tehdit ile işlenmesi halinde, somut olayın özelliğine göre ayrıca bu fiillerden dolayı da cezalandırma yoluna gidilecektir¹²³. Başka bir ifadeyle burada gerçek içtima kuralları uygulanacaktır.

İçtima ile ilgili olarak değinmek istenilen bir husus daha bulunmaktadır: 4857 sayılı İş Kanunu’nun “*Genel hükümlere aykırılık*” başlıklı 99. maddesinde idari para cezası uygulanmasını gerektiren fiillere yer verilmiştir. Söz konusu maddenin (a) bendinde, 5. maddede öngörülen ilke ve yükümlülükler aykırı davranan işveren veya işveren vekiline her bir işçi için 110 TL idari para cezası verileceği ifade edilmektedir. İş Kanunu’nun 5. maddesinde düzenlenen eşit davranma ilkesini ihlal eden hallerin bazılarının aynı zamanda TCK m.122/1-c’de belirtilen suç oluşturacağı da söylenebilir. Böyle bir durumda yani söz konusu fiilin hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış olması halinde 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 15. maddesinin 3. fıkrası uyarınca failin yalnızca suç içeren fiilden dolayı cezalandırılması yoluna gidilecektir.

Her ne kadar suçların içtimalı kapsamında değerlendirilemese de 6701 sayılı Kanun’un 25. maddesindeki hükme de bu başlık altında yer verilecektir. İdari yaptırımlar başlıklı söz konusu maddenin birinci fıkrasına göre, ayrımcılık yaşığının ihlali halinde, bu ihlalin etki ve sonuçlarının ağırlığı, failin ekonomik durumu ve çoklu ayrımcılığın ağırlaştırıcı etkisi dikkate alınarak ihlalden sorumlu olan kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri hakkında 1000 TL’den 15.000 TL’ye kadar idari para cezası uygulanabilecektir. Bu durumda da şayet söz konusu fiil aynı zamanda TCK m.122 kapsamına giriyorsa 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 15. maddesinin 3. fıkrası uyarınca failin yalnızca suç içeren fiilden dolayı cezalandırılması söz konusu olacaktır.

§10. YARGILAMA

I. Soruşturma ve Kovuşturma Usulü

Nefret saikiyle işlenen ayrımcılık suçu 1 yıldan 3 yıla kadar hapis cezasını gerektiren ve re’sen soruşturulup kovuşturulan bir suç tipidir.

TCK m.61/1-g’ye göre saik, temel cezanın belirlenmesi aşamasında dikkate alınabilecektir. Bu bağlamda, saikin unsur olarak kabul edilmediği suçlarda temel cezanın belirlenmesi bakımından failin saiki önem arz edebilecektir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus madde metninde unsur olarak yer verildiği durumlarda saikin temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınamayacağıdır (TCK

¹²³ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s.475; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.477; Yenidünya, Ayrımcılık Suçu, s.113; Öztürk, Nefret ve Ayrımcılık Suçu, s.140; Kocasakal, Nefret ve Ayrımcılık Suçu, s.37-38.

m.61/3). TCK m.122’de de nefret saikine unsur olarak yer verildiğinden dolayı temel cezanın belirlenmesinde failin saiki dikkate alınmayacaktır.

CMK’nın 253. maddesine göre uzlaşma kural olarak takibi şikayete bağlı suçlar için kabul edilmiştir. Ayrıca 253. maddenin 1. fıkrasının b bendinde şikayete bağlı olup olmadığına bakılmaksızın bazı suçların da uzlaşmaya tabi olacağı belirtilmiştir. Bu suçlar içinde TCK m.122’ye yer verilmediğinden dolayı nefret saikiyle işlenen ayrımcılık suçu bakımından olarak uzlaşma hükümlerinin uygulanmayacağı söylenebilir.

TCK’nın 75. maddesinde düzenlenmiş bulunan önödeme kurumu kural olarak uzlaşma kapsamındaki suçlar hariç olmak üzere, yalnız adli para cezasını gerektiren veya hapis cezasının üst sınırı altı ayı aşmayan suçlar bakımından mümkündür. Nefret saikiyle işlenen ayrımcılık suçu için öngörülen hapis cezasının üst sınırı üç yıl olduğu için ve kanunda önödeme yoluna gidilebileceğine ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmediğinden dolayı bu suç bakımından önödeme hükümleri uygulanamayacaktır.

Bu suç bakımından özel bir soruşturma ve kovuşturma usulü öngörülmemiştir.

II. Görevli ve Yetkili Mahkeme

Bu suç için öngörülen ceza 1 yıldan 3 yıla kadar hapis cezasıdır¹²⁴. 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun’un 11. maddesi gereği görevli mahkeme asliye ceza mahkemesidir. Yetkili mahkeme ise CMK’nın 12. maddesi gereği suçun işlendiği yer mahkemesidir.

SONUÇ

TCK’nın 122. maddesinde 2014 yılında 6529 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikten sonra nefret suçlarına ilişkin somut bir hüküm TCK’ya girmiş izlenimi oluşmaktaysa da bu husus doğru değildir. Zira maddede yapılan değişikliklerle TCK’da teknik anlamda bir nefret suçunun oluşturulduğundan bahsedilemez. Bu nedenle çalışmada, inceleme konusu dışında kalan ve başlı başına monografik bir çalışmanın konusunu teşkil edebilecek nitelikteki nefret suçlarıyla ilgili açıklamalara yer verilmemiştir.

Kanaatimizce 122. maddede düzenlenen suç tipini “*nefret ve ayrımcılık suçu*” olarak değil, “*nefret saikiyle işlenen ayrımcılık suçu*” olarak nitelendirmek daha doğru olacaktır. Bu bağlamda yapılması gerekenin “*Nefret ve ayrımcılık*” olan madde başlığının “*Ayrımcılık*” veya “*Nefret saikiyle işlenen ayrımcılık*”

¹²⁴ TCK m.122’de 6529 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikten önce söz konusu suçun yaptırımı 6 aydan 1 yıla kadar hapis veya adli para cezası olarak belirlenmişti. Doktrinde haklı olarak, suç karşılığı kabul edilen yaptırımın az olduğu ve bu nedenle maddenin uygulanabilirliğinin tartışmalı olduğu; hükmün gerek genel önleme gerek özel önleme bakımından caydırıcılık niteliğini taşımadığı ifade edilmekteydi. Bkz. Demren-Dönmez, Ayrımcılık Suçu, s.53.

olarak değiştirilmesi olduğu düşünülmektedir. Bu bağlamda çalışmada, TCK'nın 122. maddesinde belirtilen suç tipini tanımlamak için “*nefret saikiyle işlenen ayrımcılık suçu*” tabiri kullanılmıştır.

Bu suç tipi ile korunması amaçlanan hukuksal değer, kişilerin, hukuk düzeni tarafından tanınan hak ve özgürlükleri hiçbir ayırım yapılmaksızın kullanmalarının sağlanması, bu hak ve özgürlüklerden keyfi olarak yoksun bırakılmalarının önlenmesi böylelikle gerek devlet makamları önünde gerek bireyler arasında eşit muamele görme hakkının teminat altına alınması, insan onurunun korunması ve kamu barışının sağlanması olduğu söylenebilir

Suçun faili kamu görevlisi olabileceği gibi kamu görevlisi olmayan bir kişi de olabilir. Suçun failinin kamu görevlisi olması cezayı ağırlaştırıcı nitelikli bir hal değildir. Kanaatimizce, söz konusu suçun failinin kamu görevlisi olması halinde, bu durumun Fransız Ceza Kanunu'ndaki gibi cezayı ağırlaştırıcı nitelikli bir hal olarak kabul edilmesi amaca daha uygun olacaktır.

Engelleme hareketinin yalnızca icrai bir davranışla işlenmesi mümkün olup ihmali bir davranışla işlenmesi mümkün değildir. Zira maddede bu konuda açık bir düzenleme mevcut değildir. Şayet kanun koyucu nefret saikiyle işlenen ayrımcılık suçunun ihmali hareketle işlenebileceğini kabul etmek istiyorsa bunu yapılacak bir kanun değişikliğiyle maddede açık bir şekilde belirtmek zorundadır.

Madde metninde her ne kadar “*nefret nedeniyle*” ifadesine yer verilmişse de bunun “*nefret saikiyle*” şeklinde okunmasının daha doğru olacağı düşünülmektedir. Zira nefret, kişinin iç dünyasına ilişkin bir durumu ifade etmektedir. Bu bağlamda faili harekete geçiren bir durum olmasından dolayı nefret nedeniyle ifadesinin nefret saikiyle şeklinde anlaşılması amaca daha uygun olacaktır. Başka bir ifadeyle bu suçun oluşması için failin kasten hareket etmiş olması yeterli olmayıp aynı zamanda nefret saikiyle de hareket etmiş olması aranacaktır.

Failin, nefret saikinin temelini oluşturan durumlar bakımından hataya düşmüş olmasının suçun oluşumu bakımından bir etkisinin olup olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir. Örneğin, Araplardan nefret eden ve bu nedenle Arap olduğunu düşündüğü ama gerçekte Türk olan birisine kamuya arz edilmiş olan taşınmazını satmayan failin cezai sorumluluğu nasıl belirlenecektir? Burada failin düştüğü hata, mağdurun şahsında hata (*error in persona*) olup failin cezai sorumluluğu bakımından hiçbir önem arz etmeyecektir. Başka bir ifadeyle gerçekleştirilen fiil, nefret saikiyle işlenen ayrımcılık suçu olarak nitelendirilebilecektir.

TCK m.122'de nefret saikinin temelini oluşturan karakteristikler kanaatimizce eksiktir. İlk olarak, maddede yalnızca cinsiyete yer verilmiş olup cinsel yönelime yer verilmemiş olması karşısında LGBTİ bireylere karşı nefret saikiyle işlenecek ayrımcılık fiillerinin yaptırımsız kalması gündeme gelecektir. Bu nedenle maddede, cinsiyetten sonra “*cinsel yönelime*” de yer verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Yalnızca kadınlara özgü bir durum olmasından dolayı uluslararası literatürde cinsiyet kategorisi içerisinde değerlendirilen “*gebelik*” durumunun, maddenin yorumlanması noktasında ileride yaşanabilecek olası sıkıntıların önüne geçilebilmesi açısından korunan bir karakteristik olarak madde metnine dahil edilmesi gerektiği söylenebilir.

Son olarak, maddede yalnızca ırk kavramına yer verilip etnik kimliğe yer verilmemiş olması da önemli bir eksikliklerdir. Bu bağlamda, örneğin Roman vatandaşlara karşı nefret saikiyle işlenecek ayrımcılık fiilleri maddenin mevcut şekliyle yaptırımsız kalacaktır zira Romanlar ırk değil etnik bir kimlik olarak kabul edilmektedir.

Ülkemizde ayrımcılık fiilinin gerçek mağdurlarının önemli bir kısmını oluşturan bu bireylerin maddenin koruma alanı içine alınmamış olması önemli bir eksikliklerdir. Kıyas veya yorum yoluyla bu kişileri madde kapsamına almak mümkün olmadığından TCK m.122’de yapılacak bir kanun değişikliğiyle “*cinsel yönelim*”, “*gebelik*” ve “*etnik köken*” kavramlarına madde metninde yer verilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

KAYNAKÇA

- Artuk, M. Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, A. Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 15. Baskı, Ankara 2015.
- Ataman, Hakan, “Nefret Suçlarını Farklı Yaklaşımlar Çerçevesinden Ele Almak: Etik, Sosyo-Politik ve Bir İnsan Hakları Problemi Olarak Nefret Suçları”, in: Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları, Der.: Yasemin İnceoğlu, İstanbul 2012.
- Ataman, Hakan, “Nefret Suçlarının Bugünü”, 10.05.2009 tarihli Radikal Gazetesi’ndeki yazı, kaynak: http://www.radikal.com.tr/radikal2/nefret_suclarinin_bugunu-935076 (Erişim Tarihi: 18.04.2016).
- Aytekin-İnceoğlu, Asuman, “Nefret Suçu Kavramı ve Türk Ceza Mevzuatı Açısından Değerlendirilmesi”, in: Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları, Der.: Yasemin İnceoğlu, İstanbul 2012.
- Aytekin-İnceoğlu, Asuman, “Türk Ceza Kanunu’nun 122. Maddesinde Düzenlenen Nefret ve Ayrımcılık Suçunun Nefret Suçu Kavramı Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, Legal Hukuk Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 150, Yıl: 2015, s.37-65.
- Bulut, İlhan, Nefret Suçları, Ankara 2014.
- Çayır, Kenan, “Gruplararası İlişkiler Bağlamında Ayrımcılık”, in: Ayrımcılık - Çok Boyutlu Yaklaşımlar, Der.: Kenan Çayır-Müge Ayan Ceyhan, 2. Baskı, İstanbul 2013, s.5-15.
- De Schutter, Olivier, Avrupa Sosyal Şartı: Avrupa İçin Yeni Bir Sosyal Anayasa, Ankara 2010.
- Demren-Dönmez, Burcu, “Ayrımcılık Suçu”, TBBD, Yıl: 2012, Sayı: 102, s.9-58.
- Doğan, Sevil, “Türk İş Hukukunda Eşitlik İlkesinin Anlamı”, TAAD, Yıl: 3, Sayı: 9, s.177-207.
- Ekmekçi, Dilek, “Türk ve Fransız Ceza Kanunlarında Ayrımcılık Suçu”, Legal Hukuk Dergisi, Cilt: 11, Yıl: 2013, Sayı: 129, s.17-41.
- Ergin, Muharrem, Türk Dil Bilgisi, İstanbul 2008.
- Ertaş, Şeref, Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku, 6. Bası, Ankara 2005.
- Göregenli, Melek, “Ayrımcılığın Meşrulaştırılması”, in: Medya ve Nefret Söylemi - Kavramlar, Mecralar, Tartışmalar, Ed.: Mahmut Çınar, İstanbul 2013, s.39-54.
- Göregenli, Melek, “Temel Kavramlar: Önyargılar, Özcü İnançlar ve Ayrımcılık”, in: Medya ve Nefret Söylemi - Kavramlar, Mecralar, Tartışmalar, Ed.: Mahmut Çınar, İstanbul 2013, s.23-37.
- Gül, İdil Işıl, “Hukukta Ayrımcılık Yasağı”, in: Ayrımcılık - Çok Boyutlu Yaklaşımlar, Der.: Kenan Çayır-Müge Ayan Ceyhan, 2. Baskı, İstanbul 2013, s.117-133.
- Hafizoğulları, Zeki/Özen, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, 5. Baskı, Ankara 2016.
- İnce, Nurten, “Die Anwendbarkeit des Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz auf Kündigung”, Annales de la Faculte de Droit d’Istanbul, Vol.: 44, No: 61, 2012, s.405-452.
- İnceoğlu, Sibel, “Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı”, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2006/4, s.45-62.

- Karadeniz, Serra, Nefret Söylemi Kapsamında Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu, İstanbul 2012 (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi).
- Karan, Ulaş, “Nefret İçerikli İfadeler, İfade Özgürlüğü ve Uluslararası Hukuk”, in: Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları, Der.: Yasemin İnceoğlu, İstanbul 2012.
- Karan, Ulaş, “Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Türk Ceza Kanunu’nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği”, TBBD, Yıl: 2007, Sayı: 73, s.146-173.
- Kılıç, Ebru, “İşverenin Eşit Davranma Borcu Açısından Türk İş Hukukunun Avrupa Birliği İş Hukukuna Uyumu”, TAAD, Cilt: 1, Yıl: 2, Sayı: 6, s.211-240.
- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku - Genel Hükümler, 9. Bası, Ankara 2016.
- Kocasakal, Ümit, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK 122)”, CHD, Yıl: 10, Sayı: 28, Ağustos 2015, s.7-40.
- Krupna, Karsten, “Almanya’da Nefret Suçu Kavramı”, in: Nefret Suçlarıyla Mücadele Konferansları- Konuşma Metinleri, Ankara 2010, s.95-99.
- Memiş, Pınar, “Ayrımcılık Suçunun Özürlüler Bakımından Değerlendirilmesi”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2009/2, s.69-82.
- Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer, Eşya Hukuku, 9. Bası, İstanbul 2002.
- Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11. Baskı, Ankara 2016.
- Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku - Genel Hükümler, 6. Bası, Ankara 2011.
- Öztürk, Nurten, Nefret ve Ayrımcılık Suçu, Ankara 2017.
- Sınar, Hasan, “Türk Hukukunda Nefret Suçlarına İlişkin Yasal Düzenleme Çalışmaları”, MÜHFHAD, Yıl: 2013, Cilt: 19, Sayı: 2, Özel Sayı: Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, s.1271-1300.
- Sokullu-Akıncı, Füsün, “Hate Crimes”, Annales de la Faculté de Droit d’İstanbul, Vol.41, No.58, 2009, s.101-117.
- Soykan, Tankut Taşkın, “Nefret Suçu Kavramı”, in: Nefret Suçlarıyla Mücadele Konferansları - Konuşma Metinleri, Ankara 2010.
- Şen, Ersan, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt: 1, Madde 1-140, İstanbul 2006.
- Şişman, Yener, Ekonomik Faaliyetlerde Enformelleşme ve Türkiye’de Enformel Ekonomik Faaliyetlerde Çalışanlara Yönelik Sosyal Politikalar, Eskişehir 1999 (Yayımlanmamış doktora tezi).
- Toroslu, Haluk, “Temel Cezanın Belirlenmesinde Amaç ve Saik”, Uğur Alacakaptan’a Armağan, Cilt 1, İstanbul 2008, s.697-703.
- Tuncay, A. Can, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul 1982.
- Türay, Aras, “Nefret Suçları ve Türk Ceza Hukukundaki Güncel Gelişmeler”, CHD, Aralık 2004, Sayı: 26, s.77-95.
- Yenidünya, A. Caner, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Ayrımcılık Suçu”, Çalışma ve Toplum, 2006/4, Sayı: 11, s.96-116.
- Yenisey, Kübra Doğan, “İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, Çalışma ve Toplum, 2006/4, Sayı: 11, s.63-82.