

T.C.
BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANA BİLİM DALI
KAMU HUKUKU TEZLİ YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

CEZA HUKUKUNDA NEFRET VE AYRIMCILIK

YÜKSEK LİSANS TEZİ

HAZIRLAYAN
TUĞÇE ÇETİNKAYA

ANKARA - 2020

T.C.
BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANA BİLİM DALI
KAMU HUKUKU TEZLİ YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

CEZA HUKUKUNDA NEFRET VE AYRIMCILIK

YÜKSEK LİSANS TEZİ

HAZIRLAYAN
TUĞÇE ÇETİNKAYA

TEZ DANIŞMANI
DOÇ. DR. EZGİ AYGÜN EŞİTLİ

ANKARA - 2020

BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

Kamu Hukuku Anabilim Dalı Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Programı çerçevesinde Tuğçe Çetinkaya tarafından hazırlanan bu çalışma, aşağıdaki jüri tarafından Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

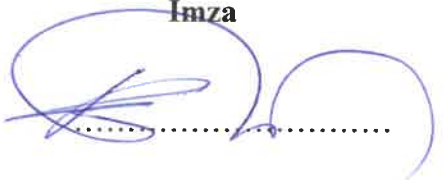
Tez Savunma Tarihi: 13/01/2020

Tez Adı : Ceza Hukukunda Nefret ve Ayrımcılık

Tez Jüri Üyeleri (Unvanı, Adı - Soyadı, Kurumu)

Doç. Dr. Ezgi Aygün Eşitli

(Tez Danışmanı - Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

İmza


Dr. Öğr. Üyesi Hale Akdağ Yüksel

(Üye - Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi)



Dr. Öğr. Üyesi Burcu Ertem

(Üye - Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi)



ONAY

Prof. Dr. İpek KALEMCİ TÜZÜN

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

Tarih: ... / ... /

BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
YÜKSEK LİSANS TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU

Tarih: 13/01/2020

Öğrencinin Adı, Soyadı : Tuğçe Çetinkaya
Öğrencinin Numarası : 21420143
Anabilim Dalı : Kamu Hukuku Anabilim Dalı
Programı : Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Programı
Danışmanın
Unvanı/Adı, Soyadı : Doç. Dr. Ezgi Aygün Eşitli
Tez Başlığı : Ceza Hukukunda Nefret ve Ayrımcılık

Yukarıda başlığı belirtilen Yüksek Lisans tez çalışmamın; Giriş, Ana Bölümler ve Sonuç Bölümünden oluşan, toplam 214 sayfalık kısmına ilişkin, 12/01/2020 tarihinde tez danışmanım tarafından “Turnitin” adlı intihal tespit programından aşağıda belirtilen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan orijinallik raporuna göre, tezimin benzerlik oranı % 16’dır. Uygulanan filtrelemeler:

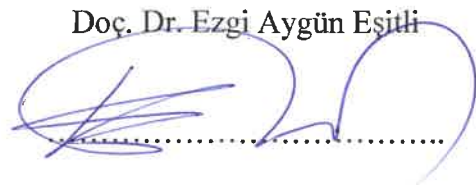
1. Kaynakça hariç
2. Alıntılar hariç
3. Beş (5) kelimeden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç

“Başkent Üniversitesi Enstitüleri Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Usul ve Esaslarını” inceledim ve bu uygulama esaslarında belirtilen azami benzerlik oranlarına tez çalışmamın herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespit edileceği muhtemel durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Tuğçe Çetinkaya
Öğrenci İmzası:.....

ONAY

Tarih: 13/01/2020

Doç. Dr. Ezgi Aygün Eşitli


ÖZET

Tuğçe Çetinkaya, Ceza Hukukunda Nefret ve Ayrımcılık, Başkent Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Programı, 2020.

Ceza Hukukunda Nefret ve Ayrımcılık konulu yüksek lisans tezimiz, dört ana bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, nefret ve ayrımcılık kavramları ile eşitlik ve ayrımcılık çeşitleri incelenmiştir. Ayrıca bu bölümde nefret suçu ve ayrımcılık suçu ve mukayeseli hukukta yer alan bu suçlara ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. İkinci bölümde, ayrımcılık yasağına ilişkin uluslararası sözleşmelerde yer alan hükümler incelenmiştir. Ayrımcılık, uluslararası düzeyde mücadele edilmesi gereken bir konu olması nedeniyle, Birleşmiş Milletler Teşkilatı'nın ve Avrupa Konseyi'nin taraf olduğu ayrımcılığı yasaklayan birçok uluslararası sözleşme bulunmaktadır. Çalışmamızın üçüncü bölümünde, ulusal mevzuatta ayrımcılık yasağına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesi birbirlerini tamamlar nitelikte ilkelerdir. Bu nedenle başta Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile korunan eşitlik ilkesi ve ayrımcılığı anayasal boyutta yasaklayan ilkeler ile diğer kanunlarda yer alan ayrımcılık karşıtı düzenlemeler incelenmiştir. Dördüncü bölümde ise 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 122. maddesinde düzenlenen “*Nefret ve Ayrımcılık Suçu*” unsurlarına ayrılarak ayrıntılı olarak inceleme konusu yapılmıştır. Kanunda yapılan değişiklik neticesinde bu suçun yalnızca nefret saiki ile işlenebilmesi suçun hukuki mahiyetini değiştirmiştir. Bu nedenle güncel düzenlemenin nefret suçları ve ayrımcılık suçları ile ilişkisi ortaya konmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Nefret, ayrımcılık, ayrımcılık yasağı, eşitlik, ayrımcılık suçu, nefret suçu, nefret ve ayrımcılık suçu.

ABSTRACT

Tuğçe Çetinkaya, Hate and Discrimination in Criminal Law, Başkent University, Institute of Social Sciences, Public Law Graduate Program, 2020.

The master thesis on Hate and Discrimination in Criminal Law consists of four main sections. In the first part, the concept of hate and discrimination and types of equality and discrimination are examined. In addition, this section includes regulations on hate crime and discrimination crime and these crimes in comparative law. In the second part, the provisions in the international conventions on non-discrimination are examined. Since discrimination is an issue to be tackled at the international level, there are many international conventions that prohibit discrimination to which the United Nations Organization and the Council of Europe are parties. In the third part of our study, regulations on the prohibition of discrimination are included in the national legislation. The prohibition of discrimination and the principle of equality are complementary principles. Therefore, in particular the principle of equality protected by the Constitution of the Republic of Turkey and anti-discrimination regulations prohibiting discrimination in constitutional dimension with the principles contained in other laws are. In the fourth section, the subject of detailed investigation was made by dividing into the items of “*Hate and Discrimination Crime*”, which was regulated in the article 122 of the Turkish Penal Code No. 5237. As a result of the amendment to the law, the fact that this crime can only be committed with the hate motive has changed the legal nature of the crime. Therefore, the relationship between the current regulation and hate crimes and discrimination crimes has been tried to be revealed.

Key words: Hatred, discrimination, prohibition of discrimination, the crime of discrimination, hate crime, the crime of hatred and discrimination.

İÇİNDEKİLER

ÖZET	i
ABSTRACT	ii
İÇİNDEKİLER.....	iii
KISALTMALAR.....	vi
GİRİŞ.....	1
1. NEFRET VE AYRIMCILIK KAVRAMLARI.....	6
1.1. Nefret Kavramı	6
1.1.1. Genel olarak.....	6
1.1.2. Önyargı ve Nefret İlişkisi	8
1.2. Ayrımcılık Kavramı.....	10
1.2.1. Ayrımcılık çeşitleri.....	12
1.2.1.1. Doğrudan ayrımcılık	13
1.2.1.2. Dolaylı ayrımcılık	14
1.2.1.3. Negatif ayrımcılık	17
1.2.1.4. Pozitif ayrımcılık	18
1.2.1.5. Taciz.....	21
1.2.1.6. Makul uyumlaştırma yapmama.....	23
1.2.1.7. Mağdurlaştırma.....	25
1.2.2. Ayrımcılık Yasağı Kapsamında Eşitlik ve Farklı Muamele	26
1.2.2.1. Ayrımcılık yasağı kapsamında eşitlik kavramı	26
1.2.2.1.1. Şekli eşitlik.....	28
1.2.2.1.2. Maddi eşitlik.....	29
1.2.2.2. Ayrımcılık yasağı kapsamında farklı muamele kavramı	31
1.3. Nefret Suçu ve Ayrımcılık Suçu	32
1.3.1. Nefret suçu kavramı.....	32
1.3.2. Ayrımcılık suçu kavramı	39
2. ULUSLARARASI HUKUKTA YER ALAN AYRIMCILIK YASAĞINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER	44
2.1. Genel Olarak	44
2.2. Birleşmiş Milletler Teşkilatı'nın Uluslararası Düzenlemeleri	46
2.2.1. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi	46

2.2.2. Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme	48
2.2.3. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme.....	51
2.2.4. Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme	54
2.2.5. Kadınlara Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine İlişkin Sözleşme	57
2.2.6. Engelli Bireylerin Haklarına İlişkin Sözleşme	61
2.2.7. Çocuk Hakları Sözleşmesi	65
2.3. Avrupa Konseyinin Ayrımcılık Yasağına İlişkin Düzenlemeleri	68
2.3.1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi	68
2.3.2. Avrupa Sosyal Şartı	72
3. ULUSAL HUKUKTA YER ALAN AYIRIMCILIK YASAĞINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER	76
3.1. Anayasa.....	76
3.2. İş Kanunu	80
3.2.1. Eşit davranma ilkesi.....	80
3.2.2. Mobbing (Psikolojik taciz)	87
3.2.3. Cinsel taciz	92
3.3. Medeni Kanun.....	95
3.4. Engelliler Hakkında Kanun.....	100
3.5. Siyasi Partiler Kanunu	103
3.6. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu	106
3.7. Türk Ceza Kanunu	110
3.7.1. Genel olarak.....	110
3.7.2. Nefret veya ayrımcılık saikleri ile işlenmesi mümkün olan suçlar	112
3.7.3. Toplumsal güç dengesizliklerinin ve önyargıların yarattığı kolaylıktan yararlanılarak işlenen suçlar	121
4. TÜRK CEZA KANUNU'NDA NEFRET VE AYIRIMCILIK SUÇU	126
4.1. Genel Olarak	126
4.2. Suçla Korunan Hukuki Menfaat, Fail ve Mağdur.....	134
4.2.1. Suçla korunan hukuki menfaat	134
4.2.2. Fail	136
4.2.3. Mağdur.....	138
4.3. Hareket	140

4.3.1. Genel olarak.....	140
4.3.2. Dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle	143
4.3.2.1. Dil.....	143
4.3.2.2. Irk	144
4.3.2.3. Milliyet.....	145
4.3.2.4. Renk.....	146
4.3.2.5. Cinsiyet.....	146
4.3.2.6. Engellilik.....	150
4.3.2.7. Siyasi düşünce	151
4.3.2.8. Felsefi inanç.....	152
4.3.2.9. Din.....	153
4.3.2.10. Mezhep	155
4.3.3. Seçimlik hareketlerden bir veya birden fazlasının işlenmesi	156
4.3.3.1. Bir kişiye kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya kiraya verilmesini engellemek	157
4.3.3.2. Bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasını engellemek	160
4.3.3.3. Bir kişinin işe alınmasını engellemek	161
4.3.3.4. Bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engellemek.....	163
4.4. Kusurluluk.....	164
4.5. Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru ve Hukuka Uygunluk Nedenleri	166
4.6. Suçun Özel Görünüş Biçimleri	171
4.6.1. Teşebbüs.....	171
4.6.2. İştirak	173
4.6.3. İçtima.....	174
4.7. Suçun Muhakemesi ve Ceza.....	179
SONUÇ	181
KAYNAKÇA.....	184

KISALTMALAR

AB	Avrupa Birliği
ABAD	Avrupa Birliği Adalet Divanı
ABD	Amerika Birleşik Devletleri
AGİT	Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
App.	Application
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AY	Anayasa
AYM	Anayasa Mahkemesi
Bkz	Bakınız
BM	Birleşmiş Milletler
C.	Cilt
CD.	Ceza Dairesi
CEDAW	Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women/ Kadınlara Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi
CERD	Committee on the Elimination of Racial Discrimination/ Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi
CGK	Ceza Genel Kurulu
CRPD	Convention on the Rights of Persons with Disabilities/ Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme
çev.	Çeviren
ÇHS	Çocuk Hakları Sözleşmesi
D.	Daire
Dan.	Danıştay
der.	Derleyen
E.	Esas

E.T.	Erişim Tarihi
ECHR	European Convention on Human Rights/ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
edt.	Editör
EHK	Engelliler Hakkında Kanun
ESC	European Social Charter /Avrupa Sosyal Şartı
GGASŞ	Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı
HD.	Hukuk Dairesi
HGK	Hukuk Genel Kurulu
IAOKS	Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme
ICCPR	International Covenant on Civil and Political Rights/ Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme
ICERD	International Convention on the Elimination off All Forms of Racial Discrimination/ Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme
ICESCR	International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights/ Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme
ILO	International Labour Organization/ Uluslararası Çalışma Örgütü
İHEB	İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi
K.	Karar
m.	Madde
No	Numara
OSCE	Organization for Security and Co-operation in Europe / Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı (AGİT)
p.	Page
parag.	Paragraf
RG	Resmi Gazete
S	Sayı
s.	Sayfa
SPK	Siyasi Partiler Kanunu

T.C.	Türkiye Cumhuriyeti
TBB	Türkiye Barolar Birliği
TBMM	Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	Türk Ceza Kanunu
TDK	Türk Dil Kurumu
TİHEK	Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu
TİHKK	Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu
TMK	Türk Medeni Kanunu
UNDP	United Nations Development Programme/ Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı
UNESCO	United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization/ Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Örgütü
vb.	Ve benzeri
vd.	Ve devamı
Y	Yargıtay
yy.	Yüzyıl

GİRİŞ

Tarihsel olarak eşitlik kavramının gelişimi ve toplumlarca benimsenmesi ile ulusal ve uluslararası hukukta; başta insan hakları hukuku olmak üzere, hukukun birçok alanında ayrımcılık yasağı kavramı öne çıkmaya başlamıştır. Değişen ve gelişen toplum yapıları ile birlikte her dil, din, renk ve etnik kökenden insanın bir arada, daha eşit şartlarda, insan onuruna yakışır bir şekilde yaşama arzusu ve ihtiyacı artmıştır. Böylece insan haklarına verilen önem artmıştır. Farklılıklar ve insanlar arasında karşılaştırılabilir nitelikte özelliklerin çeşitliliği arttıkça, ayrımcılığın gündeme geldiği alanlar da artarak çoğalmıştır. Ayrımcılık saiki barındıran, bu içgüdü ile işlenen suçlar da böylece ortaya çıkmıştır. Ayrıca çok eski zamanlardan beri, ayrımcılık gibi nefret saikiyle işlenen suçların var olduğu bilinse de insan haklarında yaşanan gelişmeler neticesinde bu alanda somut adımlar son dönemde atılmaya başlanmıştır. Bunun yanında modern toplumlarda, insan haklarına verilen önemin artması ve herkesin eşit şartlarda yaşamaya hakkı olduğu fikrinin benimsenmesi ile eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı hukuk devletinin en önemli ilkeleri arasına yerleşmiştir.

Ülkemiz, hem Avrupa Birliği Uyum Yasaları ışığında taraf olduğu sözleşmelerle hem de kendi iç hukukunda ayrımcılık yasağı ve kanun önünde eşitlik ilkeleri çerçevesinde birçok farklı alanda ayrımcılığın önüne geçmek için çeşitli düzenlemeler yapmıştır. Hem hukuk alanında hem sosyal hayatta ayrımcılığın önüne geçmek hedefi ile öncelikle, ayrımcılık yasağı ve kanun önünde eşitlik ilkeleri Anayasal bir güvenceye kavuşturulmuştur. Bunun dışında yine çeşitli kanunlarda yapılan değişikliklerle çağın ve toplumun ihtiyaçları karşılanmaya çalışılmıştır.

1982 tarihli T.C. Anayasası'nın 10. maddesi ile düzenlenen “*kanun önünde eşitlik ilkesi*” herkesin “*dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri*” nedenlerle ayırım gözetilmeden kanunlar karşısında eşit olduğunu ifade etmektedir. Anayasa'nın 10. maddesi ile tüm bireylerin, kanunların uygulanması sırasında eşit muameleye tabi olma hakkı anayasal anlamda korunmaya çalışılmıştır. Bu hüküm ile her bireyin kanunlar önünde eşit haklara sahip olması ve bu hakların kullanılması sırasında belli sebeplerle ayırım yapılamayacağı ifade edilmektedir.

İç hukukumuzda; ayrımcılık ilk kez bir suç olarak 26 Eylül 2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda “*Ayrımcılık Suçu*” başlığı altında ceza yasamızda yerini

almıştır. Daha sonra uluslararası hukuk alanında nefret suçları hususunda yapılan çalışmaların etkisiyle 2014 yılında, Türk Ceza Kanunu'nda yapılan son değişiklikle “nefret” kavramı Yasa'nın 122. maddesi kapsamına dahil edilmiştir. Böylece ilgili maddenin başlığı; “*Nefret ve Ayrımcılık Suçu*” olarak değiştirilmiştir. Bu suç, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ikinci kitabının özel hükümler başlığı altında, ikinci kısmında yer alan “*Hürriyete Karşı Suçlar*” başlıklı yedinci bölümünde 122. maddesi altında “*Nefret ve Ayrımcılık Suçu*” olarak bugünkü halini almıştır. Madde metnine ayrıca nefret saiki eklenerek, suçun bir nefret suçu yönüne evrilmesi amaçlanmıştır. Fakat “*Nefret ve Ayrımcılık Suçu*”, nefret suçlarının uluslararası hukukta yer aldığı şekilden oldukça farklı bir yapıya sahiptir. Her iki suçun yani nefret suçu ve ayrımcılık suçunun maddi ve manevi unsurları, oluşma şekli ve korunan hukuki değeri birbirinden farklıdır. Bu nedenle TCK' daki yeni haliyle bu düzenlemeyi nefret suçu olarak değerlendirmek son derece güçtür.

İç hukukta yapılan düzenlemelerin amacı her ne kadar ayrımcılığın önüne geçmek, eşitliği sağlamak ve çağın ihtiyaçlarına ayak uydurmak olsa da özel kanunlarda yapılan düzenlemeler, çağın gerisinde kalmaktadır. Nitekim çoğu zaman ayrımcılık yasağına ilişkin bir düzenlemenin varlığından söz edilebilse de düzenlemenin uygulanabilirliği konusu tartışmaya açık olmaktadır. Bu nedenle düzenlemelerin uygulanabilirliğinin tespiti ve denetimi sağlanmalıdır. Kanunlarda bu konuda mevcut olan düzenlemelerin somut olarak uygulanabilirliği tespit edilemiyor yahut denetiminin sağlanması güç ise bu durumda bu kez söz konusu olan düzenlemelerin işlevselliği tartışması gündeme gelecektir.

Çalışmamızın ilk bölümünde öncelikle nefret kavramı ele alınmıştır. Daha sonra nefretle ilişkili gördüğümüz önyargı ve ayrımcılık kavramları; ayrımcılığın çeşitleri olarak ifade edebileceğimiz doğrudan ve dolaylı, negatif ve pozitif ayrımcılık, taciz, makul uyumlaştırma ve mağdurlaştırma kavramlarına yer verilmiştir. Bunun dışında, anılan kavramlar ile yakından ilişkili olduğunu düşündüğümüz, eşitlik ve farklı muamele kavramlarını incelemenin faydalı olacağı düşüncesindeyiz. Bu bölümde son olarak nefret suçu ve ayrımcılık suçu kavramları ayrıntılı olarak incelenmiş mukayeseli hukuktaki örneklerine yer verilmiştir. Nefret suçlarına ceza kanunlarında ayrı bir suç tipi olarak yer veren ülkeler olduğu gibi, bazı ceza kanunlarında nefret saiki belirli suç tiplerinin nitelikli hali olarak düzenlenmektedir. Bazı ülkelerde ise tamamen ayrı nefret yasaları yapılarak, nefret suçlarıyla mücadele edilmeye çalışılmaktadır. Bunun dışında mukayeseli hukukta;

bazı ülkeler ayrımcılığı yasaklayan ayrı kanunlar yaparken, bazı ülkeler ceza kanunlarda ayrımcılık karşıtı hükümlere yer vermektedir. Bu bağlamda; Fransa, İspanya, Finlandiya ve İngiltere ceza yasalarında yer alan ayrımcılığa ilişkin hükümler inceleme konusu yapılmıştır.

İkinci bölümde uluslararası hukukta ayrımcılık ve ayrımcılık yasağına ilişkin düzenlemelere yer veren sözleşmeler incelenmiştir. Birleşmiş Milletler Teşkilatı'nın taraf olduğu, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi; Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme; Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Sözleşme; Her Türlü Rırk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme; Kadınlara Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine İlişkin Sözleşme; Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme ve Çocuk Hakları Sözleşmesi genel hatlarıyla ve ayrıca özel olarak bu sözleşmelerin ayrımcılık karşıtı hükümleri detaylı olarak incelenmiştir. Birleşmiş Milletler Teşkilatı'nın taraf olduğu sözleşmelerin yanı sıra; Avrupa Konseyi'nin ayrımcılık yasağına ilişkin düzenlemelerin yer aldığı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Sosyal Şartı ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı da bu bölümde inceleme konusu yapılmıştır. Böylece uluslararası sözleşmeler hukukunun ayrımcılıkla mücadele kapsamında genel yapısı ve ülkelerin güncel uygulamaları ile bu uygulamaların sözleşmeler nezdinde denetimi ele alınmıştır.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde ulusal hukukta yer alan ayrımcılıkla ilgili düzenlemelere yer verilmiştir. Çalışmamızın ana başlığı her ne kadar “*Ceza Hukukunda Nefret ve Ayrımcılık*” olsa da diğer alanlarda yapılan düzenlemelerin çalışmamıza ışık tutacağı düşüncesiyle; çalışmamızda ceza hukuku dışındaki alanlarda yapılan düzenlemelere de yer verilmiştir. Buna bağlı olarak; Anayasa’da, İş Kanunu’nda, Medeni Kanun’da, Engelliler Hakkındaki Kanun’da, Siyasi Partiler Kanunu’nda ve Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu’nda yer alan ayrımcılık ile ilgili düzenlemeler incelenmiştir. Diğer hukuk dallarında yer alan; ayrımcılık yasağına ilişkin düzenlemelerin incelenmesi ile nefret ve ayrımcılık kavramlarının, hukukun ve sosyal hayatın içinde ne derece yer aldığı daha iyi anlaşılacaktır. Üçüncü bölümde, yapılan incelemeler sonucunda hayatın her alanında ayrımcılığın meydana gelebileceği somut örneklerle ele alınmıştır. Ayrıca bu hususta hukuki olarak sağlanan güvenceler ve devletin bu konudaki yükümlölüklerine yer verilmiştir.

Üçüncü bölümde Türk Ceza Kanunu'nda kanunun uygulanmasında ayrımcılık yapılmamasına ilişkin genel mahiyette bir ilke olan ve doğrudan ayrımcılık yapılmasını yasaklayan, “*Adalet ve Kanun Önünde Eşitlik İlkesi*” (TCK m. 3) ayrıntılı incelenmiştir.

Yine üçüncü bölümde nefret ve ayrımcılık saikleri ile işlenmeye nitelik ve nicelik bakımından müsait olan ancak kanun koyucu tarafından “*nefret suçları*”, “*nefret ve ayrımcılık saiki ile işlenen suçlar*” vb. şekillerde herhangi bir düzenleme kapsamında yer almayan bazı suç tipleri incelenmiştir. Bu suçların temel halleri genel olarak cebir, tehdit veya zorlama içermektedir. Mahiyetinde cebir, tehdit ve zorlama barındırması nedeniyle bu suçlar, uluslararası hukuk alanında kabul gören nefret suçu tanımlarına da uygunluk göstermektedir. Biz de bu fiillerin bahsettiğimiz özelliklerini göz önünde bulundurarak; nefret ve/veya ayrımcılık saiki ile işlenmeye elverişli suç tipleri olarak ifade ederek, inceleme konusu yapmış bulunmaktayız. Bu nedenle; kasten öldürme (TCK m. 81), kasten yaralama (TCK m.86), işkence (TCK m. 94), eziyet (TCK m. 96), cinsel saldırı (TCK m. 102), çocukların cinsel istismarı (TCK m. 103), reşit olmayanla cinsel ilişki (TCK m. 104), cinsel taciz (TCK m.105), tehdit (TCK m. 106), eğitim-öğretimin engellenmesi (TCK m. 112), siyasi haklarını kullanılmasının engellenmesi (TCK m. 114), inanç, düşünce ve kanaat hürriyetinin kullanılmasını engellenmesi (TCK m. 115), iş ve çalışma hürriyetinin ihlali (TCK m. 117), sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi (TCK m. 118), mala zarar (TCK m. 151), ibadethane ve mezarlıklara zarar verme (TCK m. 153) suçları incelenmiştir.

Ayrıca üçüncü bölümde TCK'da yer alan bazı suçlar bakımından ayrı bir incelemeye yer verilmiştir. Buna göre; kanunda mevcut hali ile bazı suç tipleri, toplumsal güç dengesizliklerinin veya önyargıların yarattığı kolaylıktan faydalanılarak işlenebilmektedir. Bu kapsamda cinsel saldırı suçunun nitelikli hali (TCK m. 102/3-a), çocukların cinsel istismarı suçunun bazı nitelikli halleri (TCK m. 103/3-d,e) ile cinsel taciz suçunun nitelikli halleri (TCK m. 105/2-a,b,c) incelenmiştir. Bununla birlikte; kanunda düzenlendiği şekli ile bazı suçlar ise, bu suçların belli bazı özellikleri olan kişilere karşı ayrımcılık yapmak suretiyle işlenmesini nitelikli hal olarak düzenlemektedir. Kanun ayrımcılık saikini bu suçlar bakımından nitelikli hal olarak kabul etmektedir. Bu kapsamda ise; hakaret suçunun bazı nitelikli halleri (TCK m. 125/3-b,c), kişisel verilerin kaydedilmesi suçu (TCK m. 135), mala zarar verme suçunun nitelikli hali (TCK m. 152/f) ve ibadethane ve mezarlıklara zarar verme suçunun nitelikli hali (TCK m. 153/3) ayrıca ele alınmıştır.

Çalışmamızın son bölümünde ise Türk Ceza Kanunu’nun 122. maddesi ile düzenlenen “*Nefret ve Ayrımcılık Suçu*” ayrıntılı olarak inceleme konusu yapılmıştır. Söz konusu yasa maddesinin mevzuatta yer alan eski halleri ile mevcut güncel şekli arasındaki farklar ele alınmıştır. Suçun hukuki mahiyeti ile nefret suçlarıyla ilişkisi değerlendirilmiştir.



1. NEFRET VE AYRIMCILIK KAVRAMLARI

1.1. Nefret Kavramı

1.1.1. Genel olarak

Nefret Arapça kökenli bir sözcük olup; kelime anlamı olarak “*bir kimsenin kötülüğünü veya mutsuzluğunu istemeye dair duygu; tikslenme, tiksinti*” anlamlarına gelmektedir¹. Nefret kavramı İngilizce’de “*hate, hatred*”, Fransızca’ da “*haine*”, Almanca’ da ise “*hassen*” olarak ifade edilmektedir².

Nefret genellikle kişilere ve nesnelere yönelebilecek bir duygu durumudur. Kişilere karşı duyulan nefretten söz edildiğinde; birinin kötülüğünü istemek, zarar verme ve yok etme isteği şeklinde bir duygu hali anlaşılmaktadır. Yok etme isteği ise en sonunda fiilen yok etmeye kadar varabilen bir hale dönüşebilmektedir. Bu sebeple öldürme isteğine varan nefret; nefretin somut bir tehlikeye dönüştüğü en yoğun derece nefret olarak düşünülebilir. Nefretin bir nesneye karşı duyulması ise; sevmeme, ortadan kaldırmayı ve zarar vermeyi isteme şekillerinde görülmektedir. Örneğin; duvarda asılı vaziyette olan bir tabloda nefret edip onu parçalamayı istemek, bir nesneye karşı duyulabilecek nefret halidir. Nefretin somut durumdaki nesnelere ve kişilere karşı duyulması gibi, soyut kavramlara karşı duyulabilen bir duygu durumu şeklinde ortaya çıkması da mümkündür. Örneğin, ders çalışmaktan nefret etmek gibi³.

Aristoteles’e göre kişilere karşı duyulan nefret duygusu ele alınırken, nefret ve öfke kavramlarının ayrımı üzerinde durulmalıdır. Aristo’ya göre; öfke doğrudan insanlara karşı bireysel şekilde ortaya çıkarken, düşmanlık yani nefret ise insanların karakteristik özellikleri olarak adlandırabileceğimiz şeylere karşı doğabilmektedir. Yani öfke tek bir bireyi hedef alırken; nefret daha çok bir insan grubuna veya topluluğuna yöneliktir.

¹Türk Dil Kurumu Resmi Web Sitesi, Türkçe Sözlük
http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&kelime=nefret&cesit=4&guid=TDK.GTS.56f04638516e16.06875251 (E.T.: 25/01/2019)

² Ataman, H.; Nefret Suçlarını Farklı Yaklaşımlar Çerçevesinden Ele Almak: Etik, Sosyo-Politik ve Bir İnsan Hakları Problemi Olarak Nefret Suçları, s. 50., der. İnceoğlu, Y.; Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları, İstanbul, 2012, s. 47-80.

³ Türk Dil Kurumu Resmi Web Sitesi, Terimler Sözlüğü
http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bilimsanat&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5bf5c543b9ed46.18954638 (E.T.: 25/01/2019).

Böylece nefret bir gruba ya da topluluğa karşı duyulan zarar, gözdağı verme ve ortadan kaldırma isteği şeklinde ortaya çıkmaktadır⁴. Öfke doğrudan kişi/kişilere yönelmişken, nefretin hedef aldığı kişi ile belli konularda aynı özelliklere sahip grup ya da topluluklardır.

Aristo gibi Descartes de nefret kavramını bir duygu durumu olarak ele almaz. Nefreti bir duygunun dışavurumu olarak ifade eden Descartes; nefreti açıklarken; nefret ve keder kavramları üzerinde durmaktadır. Nefret ve keder duyguları hareketlere karşı beraber sürüklenen ihtiraslardır. Her iki ihtirasın da ruh tarafından itilmesi gerekir. Nefret ve kederin kaynağının da aynı yani bilgi olduğunu savunan Descartes' a göre; bilgi iyi ve doğrudan ne kadar uzak olursa, insan ruhu tarafından o kadar kuvvetli itilmektedir⁵. Görüldüğü üzere nefreti tanımlama çabaları antik çağlara kadar dayanmakta ve benzer yönde düşünceleri barındırmaktadır.

Genel olarak nefret, bazen bir duygu bazen de duygusal bir tutum olarak ifade edilmektedir. Ersan Şen; nefreti “*bir kimsenin kötülüğünü, mutsuzluğunu istemeye yönelik duygu veya tikslenme, iğrenme, bireye karşı duyulan hınç ve vicdanın hiçe sayıldığı önyargılı hissiyat*” olarak tanımlamaktadır. Nefretin mağdurun isminden yahut kişisel bazı ayırıcı özelliklerinden kaynaklanabileceğini düşünen Şen, mağdurun kişisel denebilecek bu özelliklerinin bazı grup ve toplulukları temsil etmede belirgin yapıda özellikler olduğu görüşündedir⁶.

Nefretin dışı vurulmuş bir duygu halinden suç teşkil eden bir davranışa dönüşüm süreci bir takım sosyal nedenler barındırmaktadır. Bu sosyal nedenlere tarihsel ve kültürel nedenler de eklendiğinde; belli bir zümreye, gruba yönelik bir döneme yahut belli bir zamana yayılı nefret duyulmasına sebep olmaktadır. Eski çağlardan beri insanlar kendilerinden dil, din, ırk, etnik köken vb. sebeplerle farklı olan bu gruplara karşı yalnızca bu farklılıklarından dolayı ayırıcı eylemlerde bulunmuşlardır. Mağdurların sahip olduğu “*ırk, dil, din, etnik köken, renk, cinsiyet, cinsel yönelim, engellilik*” gibi belirli ve çoğu zaman değiştirilemez nitelikteki temel özellikleri sebebiyle mağdurlara yönelik bu ayırıcı fiiller “*nefret suçu*” olarak tanımlanmaktadır⁷. Her ne kadar nefretin ortaya çıkışı çok eski

⁴ Aristoteles; Retorik, 2. Kitap, Çev. Mehmet H. Doğan, İstanbul, 1995, s.108.

⁵ Descartes, R.; Ruhun İhtirasları, Çev. Mehmet Karasan, Ankara, 1972, s.108-109.

⁶ Şen, Ersan; Nefret ve Ayırıcılık Suçları (2). <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1867947-nefret-ve-ayirimcilik-suclari-2> (E.T.: 21/01/2019)

⁷ Aytekin İnceoğlu, A.; “Nefret Suçu Kavramı ve Türk Ceza Mevzuatı Açısından Değerlendirilmesi”, Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları, der. İnceoğlu, Y., İstanbul, 2012, s.103.

zamanlara dayansa da bunun bir suç olarak kabul edilip, cezalandırılması ve nefret suçları olarak adlandırılması bir o kadar yenidir⁸. Nefret saiki ile işlenen ayrımcı nitelikteki suçlar çoğu zaman bir önyargı ile ortaya çıkmaktadır. Neticede bu önyargılar toplumsal düzeyde önyargı şekline vardığında bu ayrımcı eylemler nefret suçlarına vücut vermektedir.

1.1.2. Önyargı ve Nefret İlişkisi

Önyargı günlük hayatta kişilere çoğunlukla olumsuzlukları çağrıştıran bir kavramdır. Bu nedenle önyargı, olumsuz olarak bir taraf ve karşı olma hali şeklinde düşünülmektedir. Ancak sözlük tanımına bakıldığında, önyargının olumlu ya da olumsuz şekillerde ortaya çıkabileceği görülmektedir. Halk arasında ise genellikle önyargı, bir kişinin karar ve tutumlarının nesnel nitelikte olmayıp öznel olduğunu ifade etmek için de kullanılabilmektedir.

Önyargı kelime anlamı olarak; *“bir şeyi yeterince bilmeden varılmış kanı, önceden verilmiş yargı, peşin hüküm, peşin yargı”* anlamlarına gelmektedir. Önyargı kavramına toplumsal bilimlerden bakıldığında ise; *“bireyde başka bireylere, toplumsal kümelere karşı sevgi ya da düşmanlık duygusu uyanmasına yol açan, koşullanmış bir duygusal tutumu yansıtan yalınkat inanç, kanı, genelleme”* olarak tanımlanmaktadır⁹. Psikolojik açıdan önyargı ise; *“İrk, etnik köken, din, cinsiyet, meslek, eğitim düzeyi vb. ile tanımlanan bir grubun üyelerine yönelik çoğunlukla olumsuz düşmanca bir değerlendirme ve tutum”*¹⁰ şeklinde tanımlanmaktadır.

Bazı düşünürlere göre önyargı, *“sırf kategorik mensubiyete dayalı ayrımcı değerlendirme”* olarak da tanımlanabilmektedir¹¹. “Önyargının Tabiatı Üzerine” isimli eserinde Gordon Allport önyargıyı şöyle tanımlar; *“önyargı, bir insana veya şeye karşı temelli veya temelsiz, olumlu veya olumsuz, fiili tecrübeye dayalı duygudur”*¹². Önyargının olumsuz düşüncelere yer veren bir duygu durumu olduğu yönündeki genel kanaatin aksine,

⁸ Ataman, s.47.

⁹ Türk Dil Kurumu Resmi Web Sitesi

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bilimsanat&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5bf678e4c1f7b6.37164615 (E.T.: 29/10/2019)

¹⁰ Budak, S.; Psikoloji Sözlüğü, Ankara, 2000, s.572.

¹¹ Jones, M.; Social Psychology of Prejudice, New Jersey, 2002, s. 3.

¹² Allport, G.; The Nature of Prejudice, Cambridge 1979, s.6.

önyargının olumlu duygu ve düşüncelerden oluşabileceğini savunanların sayısı da yadsınamayacak kadar fazladır.

Toplum bilimlerine göre; “önyargı herhangi bir toplumun veya kültürün tekelinde olmayan ve doğuştan gelmeyip sonradan öğrenilen tutumlardır”¹³. Bu tanıma göre önyargının doğuştan gelmesi mümkün değildir. Önyargılar konusunda yapılan ilk ciddi çalışmalar 1920’li yıllarda görülmektedir. Bu yıllarda yapılan araştırmalar ve ortaya çıkan sonuçlar, 1920’li yılların toplumsal olayları ile paralellik göstermiştir. Buna göre önyargının bu dönemde daha çok ırk ve etnik gruplar üzerinde yoğunlaştığı sonuçlarına varılmıştır. 1940’lı yıllarda ise antisemitizm ve sömürgecilik toplumların en büyük sorunları arasında yer almaktadır. Bu nedenle bu dönemde önyargı ile ilgili ortaya çıkan çalışmalarda sömürgecilik, sömürgeci toplumlar ile bazı etnik gruplara karşı duyulan ayrımcı fikir ve hareketler daha yoğun olarak görülmektedir¹⁴. Buradan da anlaşılabileceği üzere topluma, yaşanan döneme göre toplumsal nitelikte yeni birtakım önyargılar doğabilmektedir. Sonradan geliştiği düşünülen önyargılar, doğal olarak içinde bulunulan çağın toplumsal sorunları ekseninde belirerek, dönemin popülaritesine uyum sağlayabilmektedir.

Önyargı ile ilgili kesin tanımlar yapılamamaktadır. Ancak genel olarak önyargıların bilinçsizce benimsendiği, çoğu zaman geçerliliği olmayan fikirler ve değiştirilmesi zor inançlar olduğu yönünde ortak bir kanaat bulunmaktadır. Kanımızca bu tanımlardan varılacak sonuç ise; önyargılı tutuma sahip olan kişinin herhangi bir durum, kişi veyahut şey ile karşı karşıya kaldığında öncesinde kendisinde var olan bilgiye bağlı kalarak; yeni bir fikir ve tutuma kapalı olacağı yorumu yapılabilmektedir.

Önyargının zararsız bir düşünceden cezai yaptırıma tabi olacak bir eyleme dönüşmesi, tıpkı nefrette olduğu gibi yine bir takım sosyolojik faktörlerin etkisiyle meydana gelmektedir. Önyargının bir müeyyide olarak cezayı doğurması nefret ve önyargı saikiyle işlenen suçlarda kendini göstermektedir. Önyargı ve nefretin bu anlamda ortak yönleri bulunmaktadır. Ortak yönlerinin çok olmasına karşın her önyargı tek başına bir nefret suçuna vücut verebilecek nitelikte olmayabilir. Bir önyargının nefret suçuna dönüşmesi için her şeyden önce; “dil, din, cinsiyet, ırk, milliyet, renk, etnik yapı” gibi

¹³ Williams, R.M.; Modern Toplumsal Düşünce Sözlüğü, İstanbul, 2008, s. 554.

¹⁴ Göregenli, M.; “Önyargı, Kalıp yargı ve Ayrımcılık”; Ayrımcılık, Çok Boyutlu Yaklaşımlar, İstanbul, 2012, s.26.

hukuken insan hakları temelinde korunan karakteristik bir özelliğe yönelmesi gerekir. Ayrıca nefret suçunda temel suç olarak kabul edebileceğimiz şiddet, cebir ve zorlama içeren icrai hareket ile bu önyargı arasında nedensellik bağının bulunması gerekmektedir¹⁵.

1.2. Ayrımcılık Kavramı

Ayrımcılık birçok alanda dikkat çeken bir kavramdır. Ayrımcılık, hayatın her alanında sık sık karşımıza çıkmaktadır. Sosyal hayatın bir gerekliliği olarak insanların birbirleri ile kurdukları rutin ilişkilerde ayrımcılığın sadece tarafları değişmektedir. Gelişen ve değişen toplum yapıları, birtakım farklılıkları olan insanlara bir arada yaşamak zorunluluğu getirmektedir. Kanımızca farklılıklar arttıkça ayrımcılığın görülme sıklığı yahut ayrımcılık çeşitleri artmaktadır.

Birçok disiplin tarafından incelenen ayrımcılık terim anlamı olarak, “belli insan öbeklerinin ayrımlaşmasını bilinçli bir biçimde gerçekleştirmeyi amaçlayan bir yöneltinin benimsenmesi” şeklinde tanımlanmaktadır¹⁶. Sosyolojik açıdan ise, “benzer olmayanlardan hoşlanmama” olarak ifade edilebilen popüler bir kavramdır¹⁷. Ayrımcılık birçok temel değişkene bağlı şekilde ortaya çıkabilmektedir. Ayrımcılık belirli kişi gruplarına yöneldiğinde ve birçok insanı ortak paydada toplayan değişkenlere bağlı olarak ortaya çıktığında; çokça insanı aynı anda etkileme gücüne sahip olabilir. Bu nedenle insan haklarının uygulama alanını son derece kısıtlamaktadır¹⁸.

Bir yerde ayrımcılıktan söz edilebilmesi için öncelikle aynı değere veya karaktere sahip olan şeylerin varlığından söz edilmelidir. Değer bakımından eş olduğu düşünülen şey ya da kişilerden birine diğerine kıyasla farklı bir muamele uygulanması halinde bu durum ayrımcılık teşkil edecektir. Farklı değere sahip şeyler açısından baktığımızda, bunlara farklı muamele yapılması ayrımcılık olarak değerlendirilemez. Farklı değeri haiz olan şeylere yapılan aynı muamele ayrımcılık niteliğindedir. Bu bakımdan ayrımcılık, “farklı olanlara aynı davranmak ya da aynı olanlara farklı davranmak sonucunda oluşan

¹⁵ Jacobs, J.B./Potter, K.; Hate Crimes: Criminal Law and Identity Politics, New York 1998, s.16-21.

¹⁶ Türk Dil Kurumu Resmi Web Sitesi

http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_bilimsanat&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5bf86feda67f73.24564491 (E.T.: 21/05/2019)

¹⁷ Marshall, G.; Sosyoloji Sözlüğü, Ankara, 1999, s.5051.

¹⁸ Mesut Gülmez, M.; İnsan Hakları ve Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılığın Kaldırılması ve Türkiye, Ankara, 2009, s. 3.

*adaletsizlik halidir*¹⁹. Aristo'nun yaptığı dağıtıcı ve denkleştirici adalet tasnifinde bu anlayış hakimdir. Aristo'ya göre; malların paylaşılmasında herkesin yeteneği ve o toplumdaki yeri esas alınmalıdır. Bu dağıtıcı adalettir. Denkleştirici yani düzenleyici adalette ise sübjektif durumlar dikkate alınmaz. Denkleştirici adalet sadece bir hukuki ilişkinin taraflarının eşit işlem ve muamele görmesini sağlar²⁰. Yani hukuki anlamda eşitlik; benzer özellik temelinde bir eşit muameleye tabi olunması ve ayırım gözetilmemesi esasına dayanmaktadır.

Ayrımcı muamele, simetrik olmayan bir davranış olarak kabul edilebilir. Simetrik davranıştan söz edebilmek için ortada karşılaştırılabilir durumda olan iki farklı grubun ya da durumun varlığı aranmaktadır. Karşılaştırılabilir karakteristik özellikleri olan iki farklı grubun bulunduğu bu hallerde; bunlardan birine diğerine göre farklı davranılması söz konusu ise, ayrımcı muamele simetrisinin bozulması şeklinde ortaya çıkmaktadır²¹.

Ayrımcılık “*bir toplulukta ırk, din, dil, cinsiyet vb. sebeplerle herhangi bir başka gruba ayırım gözeterek davranma veya toplumun belli karakteristik özelliklere sahip bir kesiminin diğerlerine sağlanan imkan ve fırsatlardan yoksun bırakılması*” şeklinde ifade edilebilmektedir²².

Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO)'nın 1958 yılında kabul ettiği İş ve Meslek Sözleşmesi'ne göre: “*Ayrımcılık; ırk, renk, cinsiyet, din, siyasal görüş, ulusal ya da sosyal menşei bakımından yapılan işte, meslek edinmede veya edinilen işte tabi olunacak muamelede eşitliği yok edici ya da bozucu etkisi olan her türlü ayrılık gözetme, ayrı tutma, üstün tutma veya haktan mahrum etme*” olarak ifade edilmiştir²³.

Ayrımcılık kavramı ilk kez hukuki bir kavram olarak bir İngiliz Mahkemesi kararında kullanılmıştır. 1878 tarihli söz konusu karara göre; “*bireyin karakteristik*

¹⁹ Tepe, H.; “Etik Bir Sorun Olarak Ayrımcılık”, Pratik Etik- Etiğin Pratik Sorunları, Ankara, 2016, s.186.

²⁰ Güriz, A.; Adalet Kavramı, s.13-14.

²¹ http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_vargisi/anyarg7/adnan.pdf (E.T.:25/05/2019)

²² Fredman, S.; Discrimination Law, Oxford University Pres, 2002, s.105.

²³ Türkaya, A.; Çatışmaların Kaynağı Olarak Ayrımcılık, Ankara, 1996, s.1.

²⁴ 4 Haziran 1958 tarihli 111 No'lu Ayrımcılık Sözleşmesi m. 1'de “ayrımcılık” tanımlanmıştır.

özellikleri yahut herhangi bir gruba mensubiyeti, onun diğerlerinden farklı muamele görmesine neden oluyorsa bu durum eşitlik ilkesine aykırı bir durum teşkil eder”²⁴.

Ayrımcılık kavramı AB Hukukunda ilk olarak “ırk ayrımcılığı” hususunda kullanılan bir kavram olarak ortaya çıkmıştır. Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme (IAOKS)’de ayrımcılık tanımlanmıştır. Buna göre: “Sözleşme’deki ırk ayrımcılığı terimi siyasal, ekonomik, sosyal ve kültürel veya kamusal yaşamın herhangi bir alanında, insan hakları ve temel özgürlüklerin eşit ölçüde tanınmasını, uygulanmasını, bu hak ve özgürlüklerden yararlanmasını ortadan kaldırmak veya zayıflatmak amacına veya etkisine yönelik, ırk, renk, soy ya da ulusal veya etnik kökene dayalı her türlü ayırım, dışlama, kısıtlama ya da tercih anlamındadır”²⁵.

Uluslararası hukukta önemli bir yeri olan İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nde “ayrımcılık yasağı” temel bir ilke niteliğinde yer almaktadır. Buna göre; herkes yasalar önünde eşittir. Bireyler arasında herhangi bir ayırım gözetilmeden, bireylerin tüm hak ve özgürlüklerden aynı şekilde yararlanabileceği esası hakimdir²⁶. Böylece ayrımcılık yasağı hukuki bir ilke olarak kabul görmektedir.

1.2.1. Ayrımcılık çeşitleri

Ayrımcılık kavramı genelde türleri anlatılarak tanımlanmaya çalışılmıştır. Doğrudan ve dolaylı ayrımcılık, negatif ve pozitif ayrımcılık, taciz ve mağdurlaşma ve yine makul uyumlaştırma yapmama da ayrımcılık türleri içinde sayılmaktadır.

²⁴ Onaran Yüksel, M.: Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın - Erkek Eşitliği, İstanbul, 2000, s.28.

²⁵ IAOKS, m.1’de “ırk ayrımcılığı” tanımlanmıştır.

²⁶ İHEB, m. 2: “Herkes, ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi veya başka bir görüş, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet, doğuş veya herhangi başka bir ayırım gözetmeksizin bu Bildirge ile ilan olunan bütün haklardan ve bütün özgürlüklerden yararlanabilir. Ayrıca ister bağımsız olsun ister vesayet altında veya özerk olmayan ya da başka bir egemenlik kısıtlamasına bağlı ülke yurttaşı olsun, bir kimse hakkında, uyruğunda bulunduğu devlet veya ülkenin siyasi, hukuksal veya uluslararası statüsü bakımından hiçbir ayırım gözetilmeyecektir.”

İHEB, m. 7: “Herkesin bu Bildirgeye aykırı her türlü ayırım gözetici işleme karşı ve böyle işlemler için yapılacak her türlü kısıtlamaya karşı eşit korunma hakkı vardır.”

<http://www.danistay.gov.tr/upload/insanhaklarievrenselbeyannamesi.pdf> (E.T.: 10/05/2019)

1.2.1.1. Doğrudan ayrımcılık

Doğrudan ayrımcılık, aynı veya benzer durumdaki kişilere uygulanan muamelenin belli bir karakteristik özelliğe dayanan bir farklılık olmasıdır. Gerçek yahut tüzel kişi veya bir toplulukta yer alan kişiler hak ve özgürlükler bakımından benzerleri ile kıyaslandığında haklardan eşit şekilde yararlanamıyorsa; bu yaralanmaya mani olan ya da bunu güçleştiren her türlü farklı muamele doğrudan ayrımcılık teşkil eder²⁷. Örneğin, aynı işte ve aynı şartlarda çalışan bir kadın ve bir erkeğe farklı ücretler ödenmesi doğrudan ayrımcılıktır.

Doğrudan ayrımcılıktan söz edebilmek için, iki unsurun varlığından söz etmek yerinde olacaktır. Öncelikle açıkça fark edilebilecek şekilde, aynı veya benzer durumda olan kişilerin farklı muameleye maruz kalması gerekir. Söz konusu bu farklı muamele ise karakteristik bir özellikten doğmalıdır. Uygulanan bu farklı muameleler kimi zaman bir suç teşkil etmeyip aksine meşru bir amaca özgülünmüş olabilir. Farklı muamelenin meşru bir farklı muamele olup olmadığının ayrımı iyi yapılmalıdır. Hukuken geçerli ayrımcılığa verilebilecek en iyi örnek pozitif ayrımcılıktır. Yine ayrımcılık yasağı; eşit muamele ilkesini öngörse de bazı hallerde farklı muameleye izin verip, bazı hallerde de farklı muameleyi zorunlu kılmaktadır. Yani eşit muamele her zaman aynı muameleyi ifade etmeyebilir. Bu durumda da bahsettiğimiz gibi meşru bir amacın varlığı sebebiyle hukuken geçerli ve korunan farklı muamele varlığını göstermektedir.

Doğrudan ayrımcılığın amacı aynı ya da benzer durumlarda olan kişiler arasında farklılıkların olmamasını sağlamaktır. Kişiler arasında doğrudan bir fark yaratılmasının önüne geçilmeyi amaçladığı için; doğrudan ayrımcılık şekli eşitlik²⁸ kavramının bir yansımasıdır²⁹. Buna göre; hukuki şekli eşitlik, kanunların herkese eşit şekilde uygulanması yoluyla sağlanır³⁰.

AİHS’ inde, AB Hukukunda ve Uluslararası diğer hukuk metinlerinde doğrudan ayrımcılık tanımı aynı şekildedir. 2000/78 sayılı AB yönergesinde; “*doğrudan ayrımcılık bir kişiye karşılaştırılabilir konumda olan diğer kişiye oranla daha az elverişli bir*

²⁷ Korkut, L.; Ayrımcılık Karşısı Hukuk, Ankara, 2009, s. 48.

²⁸ Bkz. ayrıntılı bilgi için, s. 23.

²⁹ Karan, U.; Avrupa Birliği Ülkelerinde Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik Kurumları, Ankara, 2009, s. 9.

³⁰ “Maddi hukuki eşitlik ise, aynı durumda bulunanlara karşı hak ve yükümlülüklerde eşit davranmayı kapsar. Buna eşitlerin eşitliği denilmektedir.” Bkz. ayrıntılı bilgi için, s.23.

davranışta bulunulması” şeklinde ifade edilmektedir³¹. AİHM’ nin doğrudan ayrımcılığın tespitine ilişkin bir formülasyonu bulunmaktadır. Buna göre; benzer durumlarda olan kişilere uygulanan muamelenin, belirli ve ayırt edici bir karakteristiğe dayanması gerekir.

Ayrımcılığa maruz kalınıp kalınmadığının tespitinin sağlanabilmesi için, söz konusunu muamelenin başka bir kişiye uygulanma şekline bakılır. Bu şekilde yapılacak kıyas ile ayrımcılığın olup olmadığı tespit edilir. Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı’nda çeşitli örnekler verilmiştir. Örneğin; bir restorana ya da mağazaya yahut bir mesleğe kabul edilmeme ya da mirasa ilişkin haklarını talep edememe. Ayrıca bir dinin gereği olan dini semboller taşımaya izin verilmeme; eğitim hakkından, sosyal ve ekonomik bir güvence niteliğinde olan sosyal güvenlik ödemelerinden mahrum bırakılma ya da bu ödemelerin iptaline maruz kalınması gibi durumlar doğrudan ayrımcılık teşkil edecek durumlardır³².

1.2.1.2. Dolaylı ayrımcılık

Bir yasa ya da işlemin, ilgili herkese eşit şekilde uygulandığı hallerde; bu uygulamanın toplumun bir kesimi üzerinde orantısız ve dezavantajlı etkilere sahip olması halinde bir adaletsizlik halinden söz etmek mümkündür. Doğrudan toplumun bir kesimini belli haklarda mahrum bırakmak hedeflenmese de bir ayrımcılığın olduğu ortadadır. Dolaylı ayrımcılıkta daha çok bireylerin farklılıkları ve kendine has özellikleri göz ardı edilir. Uygulanan yasa, işlem ya da muamele görünüşte tarafsızdır. Ancak görünüşte tarafsız olan bu muamele sonuç olarak, bir grubun zarar görmesine ya da diğerlerine göre daha kötü bir duruma gelmesine sebep olmaktadır. Ancak meşru bir amaca hizmet etmedikçe kullanılan araçlar ne kadar gerekli ve orantılı değilse aynı ya da benzer durumdakiler üzerinde dolaylı ayrımcılık sonucunu doğuracaktır³³. Doğrudan ayrımcı muamele somut ve açıkça anlaşılabilir. Ancak dolaylı ayrımcı muamelede muamele değil, ortaya çıkan netice ayrımcı olarak ifade edilebilmektedir.

³¹ İstihdamda Eşit Muamele Yönergesi www.ab.calisma.gov.tr (E.T.: 10/03/2019)

³² Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı, Fundamental Rights Agency, Avrupa Konseyi, 2010, s. 22-23. https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1510-FRA-CASE-LAW-HANDBOOK_TR.pdf (E.T.: 10/03/2019)

³³ Prechal, S.; “Combating Indirect Discrimination in Community Law Context”, Legal Issues of Europa Instituut University of Amsterdam, The Netherlands, 1993, s. 81.

Dolaylı ayrımcılık, 97/80 sayılı “Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık Durumlarında İspat Yüğü” konulu AB Direktifinde şöyle tanımlanmıştır: “Görünüşte yansız olan bir kural, ölçüt ya da uygulama, bir cinsiyetten olan kişilerin açıkça daha yüksek bir oranını etkiliyorsa dolaylı ayrımcılık vardır³⁴.” Bu anlamda dolaylı ayrımcılığı doğrudan ayrımcılıktan ayıran nokta, karşılaştırılabilir durumdakilerden korunan belli bir tarafı dezavantajlı duruma düşürmesidir. Şöyle ki doğrudan ayrımcılıkta farklı bir muamele mevcutken burada farklı etki veya dezavantajlardan söz edilmektedir. Aralarındaki en temel fark da budur. Ayrıca dolaylı ayrımcılık teşkil eden aynı uygulama ya da işlem meşru bir nedene bağlanmamalıdır. Objektif meşru bir nedenin varlığı ayrımcılığı ortadan kaldırır.³⁵

İstihdam ve Meslekte Eşit Muameleye Dair Genel Çerçeve Oluşturan 27 Kasım 2000 tarihli direktife göre dolaylı ayrımcılık niteliğinde olacak haller belirlenmiştir. Buna göre; “Görünüşte tarafsız olan bir düzenleme, ölçüt veya uygulama, belirli bir dine veya inanca mensup, belirli bir engelliliği olan, belirli bir yaştaki veya belirli bir cinsel yönelimi olan kişilere, başka kişilerle karşılaştırıldığında belirli bir dezavantaj yaratıyorsa, aşağıdaki durumlar geçerli olmadıkça dolaylı ayrımcılık teşkil eder: Söz konusu düzenleme, ölçüt veya uygulamanın meşru bir amaçla haklı kılınmış olması ve söz konusu amaca ulaşmak için kullanılan araçların uygun ve gerekli olması durumu veya belirli bir engelliliği olan kişiler açısından, işveren veya işbu direktifin uygulamasına giren herhangi bir kişi veya kuruluşun, ulusal mevzuat kapsamında; söz konusu düzenleme, ölçüt veya uygulama tarafından getirilen dezavantajları ortadan kaldırmak için 5. maddede³⁶ yer alan ilkelerle aynı doğrultuda olan uygun tedbirleri almakla yükümlü olması durumu³⁷.”

Bu madde ile dışarıdan bakıldığında; ayrımcı bir muamele gibi görünen eylemin, bazı hallerde ayrımcılık teşkil etmeyeceği belirtilmiştir. Bu durumda, meşru bir amaca

³⁴ Avrupa Birliği Konseyi, 15 Aralık 1997 tarihli Direktif, “Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık Durumlarında İspat Yüğü”, m. 2.

³⁵ Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı, s. 28.

³⁶ İstihdam ve Meslekte Eşit Muameleye Dair Genel Çerçeve Oluşturan 27 Kasım 2000 tarihli Direktif’in 5. maddesinde engelli kişilere uygulanacak makul uyumlaştırma yer almaktadır. Buna göre; “Engelli kişilerle ilgili olarak eşit muamele ilkesine uyumun güvence altına alınması amacıyla, makul uyumlaştırma sağlanacaktır. Bu, işverenlerin belirli bir vakada ihtiyaç duyulduğunda, engelli bir kişinin istihdama erişimini, katılımını veya işte ilerlemesini ya da eğitimden geçmesini sağlamak için, işverene orantısız bir yük getirmedeği müddetçe, uygun tedbirler alması anlamına gelmektedir. Bu yük, ilgili Üye Devletin engellilik politikası çerçevesinde var olan tedbirler tarafından yeterince telafi edildiğinde orantısız sayılmayacaktır.” Makul uyumlaştırma için detaylı bilgi için bkz. s. 21-22.

³⁷ İstihdam ve Meslekte Eşit Muameleye Dair Genel Çerçeve Oluşturan 27 Kasım 2000 tarihli Direktif m. 2/2/b.

yönelmiş meşru bir eylemin varlığı ve makul uyumlaştırma uygulanmasının gerektiği hallerde ayrımcılıktan söz edilemeyecektir.

Kişilerin sahip oldukları karakteristik özellikler bazı durumlarda farklı muameleyi gerektirmektedir. Her ne kadar uzaktan bakıldığında farklı muamele ayrımcılık yasağına aykırı bir durum gibi görünse de farklı durumlarda ve farklı özelliklere sahip gruplar söz konusu olduğundan farklı muamele ayrımcılığın önüne geçmektedir. Burada esas amaç ayrımcılık yapmak olmadığı için ispatı ve tespit edilmesi son derece güçtür. Çoğu zaman hukuka uygun ve eşit muameleler olarak ortaya çıksa da dolaylı ayrımcılıkla meydana gelen sonuç adaletsizdir. Aynı gibi görüldüğü halde farklılıklar yaratan muameleler dolaylı ayrımcılık kapsamında yasaklanmaktadır. En basit örneği ile engelliler düşünülmeden yapılan merdivenler; doğrudan engellileri hedef alan ayrımcı bir durum değilken, basamaklı merdiven kullanabilecek durumda olanlarla engellileri birbirinden dolaylı olarak ayırır. Böylece istenmeden de olsa; tüm insanların yürüyerek merdiven kullanabileceklerini kabul ederek, bir genelleme ile yapılan merdivenler, ortopedik engelli bireyler açısından büyük bir dezavantaja neden olmaktadır.

Örneğin; *“Schönheit Davası’nda, yarı zamanlı çalışanların emekli maaşları tam zamanlı çalışanlara göre farklı bir oran kullanarak hesaplanmaktaydı. Hesaplanan bu farklı oran ise çalışma sürelerindeki farklılıklara dayanmıyordu. Böylece, yarı zamanlı çalışanlar diğerlerine göre, farklı hizmet süreleri dikkate alındığı zaman bile, daha az emekli maaşı alıyorlardı. Emekli maaşlarının hesaplanmasıyla ilgili bu tarafsız kural bütün yarı zamanlı işçilere eşit biçimde uygulanıyordu. Ancak, yarı zamanlı işçilerin ortalama %88’i kadın olduğundan, bu kuralın etkisi erkeklere kıyasla kadınlar için orantısız bir şekilde olumsuzdu³⁸.”* Yarı zamanlı çalışan kadın işçilerin oranının erkekler işçilere kıyasla daha yüksek olması sebebiyle; doğrudan kadın işçileri erkekler işçilerden ayırmak hedef alınmasa bile, Schönheit Davası örneğinde olduğu gibi kadınlar işçiler üzerinde orantısız bir etki yaratmıştır. Bu orantısız etki ise dolaylı olarak kadınları erkeklere kıyasla daha dezavantajlı bir duruma getirmiştir.

Dolaylı ayrımcılık bazen ayrımcı saik veya nefret saikiyle işlenen birtakım suçları dikkate almadaki eksiklikler şeklinde de görülebilir. İhmal olarak da ifade edebileceğimiz

³⁸ Avrupa Birliği Adalet Divanı, Hilde Schönheit - Stadt Frankfurt am Main ve Silvia Becker - Land Hessen, Birleştirilen Davalar C-4/02 ve C-5/02 [2003] ECR -12575, 23 Ekim 2003.

dikkate almadaki eksiklikler, kimi zaman hükümetler kimi zaman da yargı mercileri nezdinde oluşmaktadır. Bu ihmal ve eksiklikler AİHM nezdinde çoğu zaman dolaylı ayrımcılık olarak kabul edilmektedir. AİHM' e göre üye devletler, yaptırımlarını belirlerken önyargı saikini ağırlaştırıcı neden olarak dikkate almalı ve böyle saiklerin kayda geçirilmesini sağlamalıdır. Angelova ve Iliev v. Bulgaristan Davası'nda; devlet makamlarının yükümlülüğüne ilişkin bir ifade yer almaktadır. Buna göre; Devlet şiddet içeren ayrımcı vakaları soruştururken, ırkçı saik ve etnisiteye dayanan bir nefret ya da önyargının olup olmadığını tespit etmek için gerekli tüm adımları atmalıdır³⁹. Aksi halde devletlerin gerekli adımları atmaması ve bu nitelikteki olayları kayda geçirmemesi ayrımcılığa göz yumulması yani dolaylı ayrımcılık anlamına gelmektedir. Bu anlamda; fiilen ve kasten aktif bir eylemle ayrımcılık doğrudan hedeflenmese de, ayrımcılığa göz yumulması dolaylı ayrımcılık niteliğinde olacaktır.

Dolaylı ayrımcılığın önüne geçebilmek amacıyla bir takım istisnai uygulamalar yapılabilir. Örneğin; makul uyumlaştırma yapılarak, dolaylı ayrımcılık kısmen ya da tamamen ortadan kaldırılabilir.

1.2.1.3. Negatif ayrımcılık

Negatif ayrımcılık ve pozitif ayrımcılık birbirine bağlı iki kavramdır. Negatif ayrımcılık çoğunlukla doğrudan bildiğimiz ayrımcılığı ifade eder. Bireyler arasındaki nitelik farklılıkları, bir takım biyolojik farklılıklar, çoğu zaman cinsiyet farklılıkları sosyal hayatta kişilere bazı dezavantajlar sağlamaktadır⁴⁰. Kişilere yüklenen bir takım sosyal ve ekonomik sorumlulukların olduğunu kabul ettiğimizde, özellikle uygulamada kadınların ve engellilerin daha çok maruz kaldığı farklı muameleler söz konusu olmaktadır.

Kişilerin objektif olmayan bir yolla dışlanması ve farklı muameleye tabi tutulması negatif ayrımcılık olarak değerlendirilir. Ancak negatif ayrımcılık kavramı yalnızca pozitif ayrımcılığın da var olduğu bir durumda kullanılmaktadır. Aksi halde negatif ayrımcılık ifadesi yerine doğrudan ayrımcılık kullanılması kanımızca daha uygun olacaktır. Negatif ayrımcılığın söz konusu olduğu hallerde, pozitif ayrımcılık yapılmak suretiyle negatif ayrımcılığın neden olduğu olumsuzluklar giderilmeye çalışılmaktadır.

³⁹ Başvuru No: 55523/00, 26 Temmuz 2007 tarihli karar parag. 115.

⁴⁰ Mollamahmutoğlu, H.; İş Hukuku, Ankara, 2004, s.422.

1.2.1.4. Pozitif ayrımcılık

Her türlü ayrımcılığın önüne geçmek için Anayasa ile güvence altına alınan eşitlik ilkesi⁴¹ eşitliğin sağlanması açısından bazı hallerde tek başına yeterli olamamaktadır. Anayasa madde 10/1’de, “*Herkes dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.*” doğrudan eşitlikten söz edilmektedir. Pozitif ayrımcılık ile ilişkilendirilecek hükümler ise aynı madde metnine daha sonra eklenmiştir. Anayasa’nın 10/2 maddesine, 07.05.2004 değişikliği ile “*Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.*” ifadesi madde metnine eklenmiştir. Yine 07.05.2010 tarihinde yapılan değişikle; “*Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.*” ifadesi Anayasaya eklenmiştir. Yapılan bu değişikliklerle artık pozitif ayrımcılık Anayasal düzeyde temel bir ilke haline gelmiştir. Böylece eşitliğe aykırı bir durum olmaktan çıkarak, eşitliğin sağlanması için Anayasal bir nitelik kazanmıştır.

Bazen ayrımcılığa maruz kalan veyahut kalma riski taşıyan grupların özel olarak korunması ya da desteklenmesi gerekebilir. Dil, din, ırk, cinsiyet, cinsel eğilim gibi birçok alanda ortaya çıkan bir takım fiili eşitsizliklerin önüne geçmek amacıyla uygulanan pozitif ayrımcılık; iş hayatı, eğitim, sağlık, ticaret gibi birçok alanda karşımıza çıkmaktadır. Ayrımcılık yasağına aykırı bir durummuş gibi görünse de pozitif ayrımcılığın amacı dezavantajlı gruplara yönelik diğerlerine tanınandan farklı bir takım hak ve fırsatların tanınması olarak karşımıza çıkmaktadır.

Pozitif ayrımcılık; sosyal, ekonomik, politik vb. alanlarda doğuştan taşıdıkları özellikler sebebiyle dışlanmış bireylerin, dışlanmışlıklarını ortadan kaldırmayı hedeflemektedir. Kanımızca pozitif ayrımcılık; ayrımcılığa maruz kalan bazı gruplar lehine

⁴¹ T.C. Anayasası madde 10: “1. Herkes dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. 2. Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz. 3. Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz. 4. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz. 5. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.” şeklindedir.

geliştirilen politikaları kapsar. Bu politikalar, bazı haklara yeteri kadar ya da hiç erişemeyen bireylerin içinde bulundukları durumu iyileştirmeye yöneliktir.

Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı kavramları çoğu zaman iç içe kavramlar olarak düşünülmektedir. Bu nedenle çoğu zaman aynı durumu ifade etmekte bu kavramların birbirlerinin yerine kullanıldığı görülmektedir. Pozitif ayrımcılık kavramı da zaman zaman bu iki kavram yerine kullanılmaktadır. Bu yönde düşünenler pozitif ayrımcılık uygulamalarını desteklemektedir. Bunun yanı sıra pozitif ayrımcılığın eşitlik ilkesine aykırı olduğunu yani açık bir ayrımcılık hali olduğunu savunanlar da bulunmaktadır. Bu sebeple pozitif ayrımcılık, birçok kişi tarafından eleştirilmektedir.

Bu politikaları destekleyenlerin düşüncesi, adaletin sağlanmasında bu uygulamaların etkili bir denkleştirme sağladığı yönündedir. Dahası eşitsizliklerin ortadan kaldırılması için bazen zorunlu olarak kullanılması gereken bir araç olduğunu savunmaktadırlar. Eşitliğin sağlanması için pozitif ayrımcılık politikalarının doğru bir şekilde, dezavantajlı durumdaki insanlara karşı uygulanmasının ayrımcılıkla mücadelede son derece önemlidir. Aksi yönde düşünenlerin temel argümanı ise bu uygulamaların “eşitlik ilkesine” aykırı olduğudur. Bu politikaların dezavantajlı durumda olmayan bireylere uygulanması halinde hedeflenen ile ortaya çıkan sonuç arasındaki uçurumun artacağını savunmaktadırlar⁴².

Kanımızca pozitif ayrımcılığın sağlamaya çalıştığı şey; eşitlik ilkesinin ihlaline sebebiyet vermekten ziyade eşitliğin daha makul ve uygun bir ortamda uygulanmasını sağlamaktır. Herkesin maddi olarak eşit olmadığı varsayıldığında; pozitif ayrımcılık, görünürde eşit bir işlem gibi kabul edilemese de doğurduğu sonuçlar ve hakkaniyet açısından adildir. Bu sebeple eşitlik ilkesine aykırı olduğu yönünde yapılan eleştiriler somut gerçeklikten uzak yorumlardır.

Pozitif ayrımcılığa özellikle, iş yaşamında kadınlara yönelik gebelik ve doğum hallerinde uygulanan tedbirler örnek verilebilir. 01.12.2009 tarihli Lizbon Antlaşması’nın 157. maddesi; “İş hayatında erkeklerin ve kadınların efektif bir biçimde eşit duruma getirilmeleri için üye devletlerin temsil gücü olmayanların çalışmalarını kolaylaştırmak veya meslek yaşamı içindeki olumsuzlukları gidermek için onlara tanınan özerk ayrıcalıkların korunmaları veya bu konuda karar almaları eşitlik ilkesine aykırılık

⁴² Akbaş, K./Şen, İ.G.; “Türkiye’de Kadına Yönelik Pozitif Ayrımcılık: Kavram, Uygulama ve Toplumsal Algılar”, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Hukuk Fakültesi 20. yıl Özel Sayısı, 2013, s. 167.

oluşturmaz.” şeklindedir. Kadınlar ve erkekler arasında iş hayatında meydana gelebilecek farklı ve adaletsiz uygulamaların önüne geçmek isteyen bu madde, bir diğerine göre yeteri kadar temsil edilmeyen cinsiyetin mesleki anlamda karşılaşıacağı dezavantajları engellemeyi amaçlamaktadır⁴³.

Avrupa Topluluğu Antlaşması’nın 141/1. maddesi kadınlar ve erkekler açısından iş yaşamında eşit davranma ilkesinin sağlanabilmesine yöneliktir. Buna göre; *“iş hayatında bireyler arasındaki cinsiyete bağlı olarak, eşitliğin tam bir şekilde sağlanabilmesi için, dezavantajlı cinsiyet lehine bazı uygulamaların yapılması ve sürdürülmesi gerekir. Ayrıca üye devletler; daha az temsil olduğu düşünülen tarafın, mesleki kariyerlerini sürdürürken yaşadıkları kayıpların engellenmesi ya da bunların giderilmesinin kolaylaştırılması amacıyla belirli yararlar sağlayan önlemleri almakla yükümlüdür. Üye devletlerin pozitif uygulamalarla koruma sağlamaları ise engellenemez”*⁴⁴.

Cinsiyet temelli ayrımcılık çok sık görülen bir ayrımcılık hali olarak karşımıza çıkmaktadır. Özellikle İş Hukuku alanında, cinsiyet temelli ayrımcılık örneklerine fazlaca rastlanması sebebiyle; devletler, uygulamada bunların önüne geçmek amacıyla bir takım pozitif ayrımcılık politikalarına yer vermektedir⁴⁵. Örneğin; AB ve Kuzey Avrupa ülkelerinde sendika ve siyasi parti yönetimlerinde, işçi ve işyeri kurullarında kadınlar için bir kota bulunmaktadır. Yine mesleki eğitim olanaklarından yararlanmada ve görevde yükselmede, kadınlara yönelik pozitif ayrımcılık politikalarının varlığından söz edilmektedir⁴⁶.

Avrupa Birliği’ne üye pek çok ülkede çalışma yaşamında, yaşa bağlı ayrımcılık kapsamında değerlendirilebilecek, doğrudan ayrımcılık niteliğinde uygulamaların önüne geçmek için pozitif uygulamalara başvurulmaktadır. Örneğin; yaşlı işçilerin sahip olduğu iş imkanları genç yaştaki işçilere oranla daha azdır. Bu nedenle, yaşlıların keyfi olarak ayrımcılık teşkil edebilecek şekilde işten çıkarılmalarının önüne geçmek amacıyla bazı

⁴³ Ulucan, D.; “Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, 2013, s.379.

⁴⁴ Kaplan, E. T.; “İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Cinsiyet Ayrımcılığı” Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2017 (özel sayı), s. 241. <http://tbddergisi.barobirlik.org.tr/m2017-2017-1722> (E.T.: 01/03/2019)

⁴⁵ Mollamahmutoğlu, s.422.

⁴⁶ Altun, M.; Ayrımcılık Suçu, s.13. www.yoktez.gov.tr. (E.T.: 01/06/2019)

tedbirlere başvurulmaktadır. Bu ülkelerde işten çıkarma tazminatı yaşlılar açısından daha fazladır⁴⁷.

1.2.1.5. Taciz

Daha önceleri doğrudan ayrımcılığın bir türü olarak gösterilen taciz, artık Avrupa Birliği'nin ayrımcılık yasağına ilişkin direktifleri kapsamında ayrı bir tür ayrımcılık olarak ele alınmaktadır. Taciz; kişinin ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirilebilecek bir özelliği, yaşadığı toplumda yahut çevrede sıkça dalga geçilen ya da taklit edilen bir durum olarak karşımıza çıkabilmektedir. Örneğin; eşcinsel olduğu düşünülen bir işçinin çalışma arkadaşları tarafından alaycı konuşmalara maruz kalması, engelli bir öğrencinin okulda arkadaşları tarafından bu durumunun sürekli yüzüne vurulması veya etnik kökeni sebebiyle birçok kişinin kötü söylemlere maruz kalması gibi durumlarda tacizin varlığından söz edilebilir.

Uluslararası Sözleşme'de, tacize ilişkin ayrı bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak AB İstihdam ve Meslekte Eşit Muameleye Dair Direktif'te, *“Bir kişinin onurunu zedeleyerek gözdağı veren, düşmanca, aşağılayıcı, küçük düşürücü ya da saldırgan bir ortam yaratmak amacı ve etkisiyle, 1. maddede bahsi geçen temellerden biriyle bağlantılı olarak istenmeyen bir davranış meydana geldiğinde, taciz 1. fıkra bağlamında ayrımcılık sayılacaktır. Bu bağlamda, taciz kavramı üye devletlerin ulusal hukuk ve uygulamaları uyarınca tanımlanabilir.”* şeklinde belirtilmiştir. Sözleşme'nin 1. maddesinde ise istihdam ve meslek açısından “din, inanç, engellilik, yaş veya cinsel yönelim”e dayalı ayrımcılıklar eşit muamele çerçevesinde sayılmıştır⁴⁸.

Ayrımcılık emretme olarak da ifade edilebilen taciz etme; bir kimsenin haysiyetini zedelemek niyetiyle veya bu etkiye yol açacak korkutucu, aşağılayıcı, rencide edici başka bir eylemle kişinin karakteristik olduğu kabul edilen din, dil, ırk, engellilik, cinsel yönelim gibi bir takım özelliklerinin hedef alınarak istenmeyen bir fiilin gerçekleştirilmesi şeklinde tanımlanabilir⁴⁹. Davranışın salt amacı karşıdakini taciz etmek olmasa da eylemin böyle bir

⁴⁷ Ensari, Y.; Uluslararası ve Avrupa Konseyi Belgelerinde, Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Denetimi, İstanbul, 2015, s. 40.

<http://acikerisim.ticaret.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/11467/2010/62121.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
(E.T.: 01/06/2019)

⁴⁸ 2000/78/EC sayılı Direktif m. 2/3.

⁴⁹ Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı, s.31.

sonuç doğurması tacizin oluşması için yeterlidir. Böylece taciz şeklinde nitelendirilebilen davranışlar ayrımcılık oluşturmaktadır. Tacizin belirlenebilmesi için ise aynı veya benzer bir başka örneği ile karşılaştırılmasına gerek yoktur⁵⁰.

Günümüzde sıkça duyduğumuz mobbing kavramı ile taciz kavramı arasında yakın bir ilişki olduğu söylenebilir. Mobbing eylemi İngilizcede; psikolojik şiddet uygulama, rahatsızlık vermek ve taciz etme anlamlarına gelmektedir⁵¹. Ayrıca bir kişinin, çoğunlukla iş yaşamında olduğu ortamdan kalıcı bir şekilde uzaklaşmasını hedef alması sebebiyle, tacize göre daha ileri boyutta bir amacı barındırmaktadır. Bu sebeple birbirlerine çok yakın kavramlar olarak düşünülse de taciz her zaman mobbing boyutuna ulaşabilen bir eylem olmamaktadır⁵².

Tacizin yasaklanmasıyla korunmak istenen değer, yalnızca hak ve özgürlüklerden bireylerin eşit bir şekilde yararlanmasını sağlamak değildir. Ayrıca bireylerin insan onuruna yakışır şekilde hak ve özgürlüklerini kullanmalarını sağlamaktır⁵³. Örneğin; bir işveren engelli bir çalışanına fiziki olarak yapamayacağını bildiği bir işi verdiğinde, doğrudan engelli bir bireyi işe almayarak ayrımcılık yapmıyor gibi görünse de; engelli çalışanın, çalışma hakkını taciz yoluyla kullanmasını engellemektedir. Engeli olmayan bir işçi ile engelli bir işçiye çalışma hakkı kapsamında kendi fiziksel durumlarına göre eş değer nitelikte sayılabilecek fırsatların tanınmaması tacizin varlığına işaret etmektedir. Ayrıca kişilerin fiziksel özelliklerini hedef alan şakalar, istenmeyen fiziksel temaslar, fiziksel saldırılar da taciz olarak değerlendirilmektedir.

İsveç Temyiz Mahkemesi'nin bir kararında; başvuru, satıcıdan bir köpek almak istemiştir. Ancak köpek yavrusunu satacak olan kişi, alıcının eşcinsel olduğunu anladığında köpek yavrusunu ona satmaktan vazgeçmiştir. Satıcının satıştan vazgeçme gerekçesi ise eşcinsellerin hayvanlar ile cinsel bazı eylemleri gerçekleştirdiklerini düşünmesidir. Satıcı bu durumu alıcıya beyan ederek satıştan vazgeçmiştir. Satıcının bu eylemi İsveç Temyiz Mahkemesi'nin verdiği karara göre doğrudan ayrımcılık olarak kabul

⁵⁰ Korkut, s. 48.

⁵¹ Oxford Advanced Learner's Dictionary, s. 819.

⁵² Mobbing konusunda ayrıntılı bilgi için bkz., s. 64.

⁵³ Gül, s. 265.

edilmiştir. Ayrıca satıcının bu beyanının ve vazgeçme gerekçesinin de cinsel yönelim temelinde taciz niteliğinde olduğuna Mahkemece karar verilmiştir⁵⁴.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde taciz ayrıca yasaklanmamıştır. Ancak bazı maddelere aykırılık teşkil eden durumlar ayrımcılık teşkil etmektedir. Örneğin; “*özel hayat ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı*” veya “*insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya cezadan azade olma hakkı*” taciz kapsamında değerlendirilmektedir. Ayrımcılık emretme ise, Sözleşme kapsamında “*düşünce vicdan ve din özgürlüğü*” ve “*toplantı ve dernek kurma özgürlüğü*” gibi maddeler kapsamında ele alınmaktadır. AİHM, karşısına gelen bir olayda bu hak ve özgürlüklere aykırılığın yanı sıra ayrımcılık yapıldığına ilişkin somut bir durumun varlığı halinde; durumu Sözleşme’nin 14. maddesi ile birlikte değerlendirecektir⁵⁵. AİHS’ nin 14. maddesi ile ayrımcılık doğrudan yasaklanmaktadır.

Örnek bir olayda; Varşova belediye başkanı, eşcinseller tarafından yapılacak bir yürüyüş hakkında eşcinseller aleyhinde birtakım açıklamalar yapmıştır. Bunun neticesinde ilgili makamlarca yürüyüşe izin verilmemiştir. Yürüyüşün iptaline ilişkin yapılan itirazlar neticesinde, yürüyüşe izin verilmeme sebebi olarak idari makamlarca başka sebepler sunulmuştur. Fakat eşcinsellerin yürüyüş yapma hakkının bu yolla ellerinden alınması, belediye başkanın tacize vücut veren açıklamaları neticesinde olmuştur. Söz konusu olayda AİHM; eşcinseller aleyhinde yapılan açıklamanın yürüyüşe izin verilmemesine neden olacağına kanaat getirmiştir. Bu nedenle belediye başkanının ifadeleri cinsel yönelim temelinde bir ayrımcılık olarak değerlendirilmiştir⁵⁶. Somut olayda görüldüğü üzere; AİHS doğrudan tacizi yasaklamasa da ayrımcılık temelli fiilleri saptayarak neden olduğu hak ihlallerini ortaya çıkarmıştır.

1.2.1.6. Makul uyumlaştırma yapmama

Ayrımcılığın yasaklandığı temeller kapsamında; bazı hallerde bireyin ayrımcılığa neden olabilecek karakteristik özellikleri sebebiyle, diğerlerinden farklı olarak bir takım ihtiyaçları ortaya çıkmaktadır. Bu ihtiyaçlar dışarıdan bakıldığında sıradan, hatta

⁵⁴ Cinsel Yönelim Temelinde Ayrımcılığa Karşı Ombudsman v. A.S., Dava No. T-3562-06, Svea Temyiz Mahkemesi, 11 Şubat 2008, ‘Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku Dergisi’, s.69.

⁵⁵ Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı, s.34.

⁵⁶ AİHM, Baczkowski ve Diğerleri – Polonya (No. 1543/06), 3 Mayıs 2007 tarihli karar http://www.fes-tuerkei.org/media/pdf/Publikationen%20Archiv/Ortak%20Yay%C4%B1mlar/2012/lgbt_ictihat_kitap_web_dusuk.pdf (E.T.: 15/03/2019)

önemsizmiş gibi görünse de ayrımcılığa maruz kalan bireylerin herkes gibi yaşama hakları göz önünde bulundurulduğunda son derece önemli ihtiyaçlardır. Örneğin; yayaların karşıdan karşıya geçişi için sesli trafik lambaları bazı kişiler tarafından gerekli olarak görülmeyebilir. Yahut sıradan bir uygulama olarak görülebilir. Ancak görme engelli bireyler için sesli trafik lambaları hayatlarını kolaylaştırmaya yarayan kimi zaman ise hayati öneme sahip bir uygulama olarak değerlendirilebilir.

BM tarafından kabul edilen Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme’de makul uyumlaştırma hususunda bazı kriterler belirlenerek açıklanmıştır. Sözleşme’de 2. maddede yer alan düzenlemeye göre; *“engellilerin tüm insan haklarını ve temel özgürlüklerini diğerleriyle eşit şekilde kullanmasını veya bunlardan yararlanmasını sağlamak üzere somut durumda ihtiyaç duyulan, ölçüsüz ve aşırı yük getirmeyen, gerekli ve uygun değişiklik ve uygulamaların tümü makul uyumlaştırma olarak değerlendirilebilmektedir”⁵⁷.* Buna göre makul uyumlaştırma yapılması beklenen hizmet yahut uygulamanın aşırı yük getirmemesi, gerekli ve bir ihtiyaca yönelik olması gerekir.

İstihdam ve Meslekte Eşitlik Direktifi’nin 5. maddesinde ise makul uyumlaştırma: *“Engelli kişilerle ilgili olarak eşit muamele ilkesine uyumun güvence altına alınması amacıyla, makul uyumlaştırma sağlanacaktır. Bu; işverenlerin belirli bir vakada ihtiyaç duyulduğunda, engelli bir kişinin istihdama erişimini, katılımını veya işte ilerlemesini ya da eğitimden geçmesini sağlamak için, işverene orantısız bir yük getirmediği müddetçe, uygun tedbirler alması anlamına gelmektedir. Bu yük, ilgili Devletin engellilik politikası çerçevesinde var olan tedbirler tarafından yeterince telafi edildiğinde orantısız sayılmayacaktır.”* olarak tanımlanmıştır. Örneğin; tekerlekli sandalye ile ulaşımını sağlamak zorunda olan engelli bir öğrencinin okula giriş-çıkış imkanlarının iyileştirilmesi okul yönetiminin alacağı bir takım tedbirlerle kolayca sağlanabilir. Bu durumda okul tarafından yapılan iyileştirme ya da alt yapı tesisi makul uyumlaştırma kapsamında olacaktır.

Makul uyumlaştırmanın yapılması, ayrımcılığın önüne geçilmesini sağlayacak bir durum iken makul uyumlaştırmanın yapılmaması çoğu zaman doğrudan olmasa da dolaylı bir ayrımcılığa neden olabilmektedir. Makul uyumlaştırma yapılmamasının bir ayrımcılık

⁵⁷ BM Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme
<https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/EngellilerinHaklarinaIliskinSozlesme.pdf>
(E.T.: 15/03/2019)

olarak sayılabilmesi için birtakım koşulların varlığı aranmaktadır. Öncelikle makul uyumlaştırma yapması beklenen kişi ya da kurumların, buna ihtiyacı olan kişi ya da kişilerin varlığından haberdar olmaları gerekir. Bu ihtiyaca sahip birinin varlığını bilmemek hali kasti bir ayrımcılığın hedeflenmediğini gösterir. Bunun dışında, Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme’de de belirtildiği üzere; ihtiyaç duyulan iyileştirmenin aşırı yük getirmemesi ve imkansız olmaması gerekir. Aksi halde bu durumun makul bir hali kalmayarak, uyumlaştırma yükümlülüğü altında olan tarafa büyük külfet yükleyebilir. Uyumlaştırmanın aşırı yük getirmesi yahut imkansız olması hallerinde uyumlaştırma yapmama ayrımcılığa neden olmayacaktır. Aksi halde makul uyumlaştırma yapmama ayrımcılık sayılmaktadır.

1.2.1.7. Mağdurlaştırma

Mağdurlaştırma; eşitlik ilkesine uyulmasını talep eden, ayrımcılığın önüne geçmek isteyen, şikayette bulunan ya da bulunma ihtimali olan yahut bu adli süreçlere katılan kişilerle temsilcilerinin bu nedenle yaşadıkları ayrımcılık türüdür⁵⁸.

Yani ülkede, kurumda, sosyal hayatın içinde herhangi bir yerde; haksızlığa, ayrımcı muameleye uğraması sebebiyle hakkını aramak isteyen bireylerin ve bu kişilere destek sağlayanların kötü muameleye maruz kalmaları mağdurlaştırma niteliğindedir. Mağdurlaştırmanın öznesi ayrımcılığa maruz kalan bireyler ve ayrımcılığı şikayet eden dava yoluna giden bireyler olabilmektedir. Mağdurlaştırma ayrımcılığın cezalandırılmasının talep edilmesinde yahut ortadan kaldırılmasının sağlanmasında ortaya çıktığından ayrımcılığın oluşmasından sonra meydana gelmektedir. Bu durumda birden çok kez ayrımcılığın meydana geldiğinden söz edilebilir.

Mağdurlaştırmadan söz edebilmek için öncelikle ayrımcı bir muamelenin yaşanmış olması ve bu durumun tespitinin ya da ortadan kaldırılmasının idari ya da adli mercilerce talep edilmesi ya da edilecek olması gerekmektedir. İstihdam ve Meslekte Eşitlik

⁵⁸ Karan, s. 12.

Direktifi'ne göre; Üye Devletler, eşit muamele ilkesini sağlamak için gerekli tüm önlemleri almakla mükelleftir⁵⁹.

1.2.2. Ayrımcılık Yasağı Kapsamında Eşitlik ve Farklı Muamele

Farklı muamele ve eşitlik kavramları ayrımcılık yasağı ile yakından ilişkili kavramlardır. Genel olarak ayrımcılık yasağı eşitlik ile paralel yönde iken farklı muamele çoğu zaman ayrımcılığa neden olmaktadır. Eşitlik, uygulandığı kişiler ve şekilleri bakımından her zaman ayrımcılık yasağına uygun nitelik teşkil etmeyebilir. Bazen eşitlik, kişiler arasında karşılaştırılabilir nitelikte ayrımlara neden olabilmektedir. Yine farklı muamelenin belli bazı kanuni, meşru yahut haklı sebeplerle yapılması da ayrımcılık kapsamında değerlendirilemeyecektir.

1.2.2.1. Ayrımcılık yasağı kapsamında eşitlik kavramı

Ayrımcılık yasağı ve eşitlik kavramları; uluslararası hukukta, birçok hukuk belgesiyle benimsenmiştir. Temelde birbirinden farklı olan bu iki kavram birbirleri ile yakından ilişkilidir. Bu nedenle bu kavramların içtihat ve uygulamada birbirlerinin yerine kullanıldığı haller görülebilmektedir. Ayrımcılık kavramı tanımlanırken ayrımcılıkla yakından ilişkisi olan eşitlik kavramı da tanımlanmalıdır ki böylece aradaki farklar ve hangi yönlerde benzer oldukları anlaşılabilir.

Kavramsal anlamda eşitlik; iki veya fazla şeyin denkliği, müsavilik olarak tanımlanmaktadır. Ayrıca kanunlar yönünden insanlar arasında ayırım bulunmaması durumu olarak tanımlanmaktadır. Eşitliğin toplum bilimi açısından yapılan tanımına baktığımızda; bedensel, ruhsal başkalıkları ne olursa olsun, insanlar arasında toplumsal ve siyasi haklar yönünden ayırım bulunmaması durumu olarak tanımlandığını görmekteyiz⁶⁰.

Hukuki anlamda eşitlik ilkesi ilk olarak 1789'da Yurttaş Hakları Bildirisi ile Fransa'da kabul edilmiştir. Bildiride, eşitlik kavramı "*insanlar hakları yönünden özgür ve*

⁵⁹ İstihdam ve Meslekte Eşit Muamele Dair Genel Çerçeve Oluşturan Direktif m. 11: "Üye Devletler, eşit muamele ilkesine uyumu sağlamak amacıyla işyeri bünyesinde yapılan bir şikayete veya yargı yollarına yapılan bir başvuruya tepki niteliğindeki işten çıkartılmaya veya işveren tarafından başkaca olumsuz muamelelere karşı çalışanları korumak için gereken tedbirleri ulusal hukuk sistemlerine dahil edecektir." şeklindedir.

⁶⁰ Türk Dil Kurumu Resmi Web Sitesi <http://sozluk.gov.tr/> (E.T.: 16/03/2019)

eşit doğarlar ve yaşarlar” şeklinde yer almıştır⁶¹. Tüm insanların eşit olduğunu ifade eden hukuk metinleri gördüğümüzde; bu ifadenin asıl manada herkesin maddi olarak eşitliğini değil de insan onuru bakımından eşitliğini kastettiği anlaşılmaktadır⁶².

Eşitlik ilkesi hakkında tartışırken, unutulmamalıdır ki; doğada hiçbir şey birbiri ile aynı değildir. İnsanlar ancak belli bir konu, durum ya da özellik sebebiyle bir grup altına toplandığında yalnızca o hususa dayanılarak eşit işlem ve muameleye tabi olabilirler. Bunun dışında tamamen aynı olduklarını kabul ile yapılan eşit işlem, eşit bir neticeye kavuşulmasını sağlamayacaktır. İnsanların içinde bulundukları durum, ihtiyaçları ve karakteristik farklılıkları göz önünde bulundurulduğunda bireyler arasında mutlak bir eşitlikten söz edilemez⁶³. Bu anlamda eşitlik bir araçtan ziyade varılmak istenen sonuç olmalıdır. Böylece uygulamada nelerin ayrımcılığa neden olabileceği daha kolay anlaşılabilir.

Genel olarak bakıldığında eşitlik; eşit davranışı, hak ve yükümlülükler yönünden insanlar arasında ayrımcılık yapılmamasını ifade eder. Eşitlik ilkesi hukuk devletinin en önemli ilkesidir⁶⁴. Eşitlik ilkesi; eşit muamele ve işlem görmeyi ve ayırım gözetilmemesini isteme hakkını doğurabilmesi sebebiyle temel bir hak olarak düşünülebilir. Her ne kadar temel bir hak olarak düşünülse de eşitlik ilkesi Anayasa’da “*Temel Hak ve Ödevler*” başlığı altında düzenlenmemiş; Anayasamızın 10. maddesinde “*Genel Esaslar*” başlığı altında devlet yönetiminde egemen temel bir ilke niteliğinde düzenlenmiştir⁶⁵. Ancak 1961 Anayasası’nda bu ilke “*Temel Hak ve Ödevler*” kapsamında ele alınmıştır. Kanımızca 1961 Anayasası’ndan 1982 Anayasası’na geçiş sürecinde eşitlik ilkesi devlet bazında

⁶¹ Karan, U.; Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı: Hukuksal Çerçeve, 2011, s. 2-3.

<http://secbir.org/images/haber/2011/01/12-ulas-karan.pdf> (E.T.: 25/04/2019)

⁶² Arslan, Y. G.; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Bağlamında Ayrımcılık Yasağı, s. 4. www.yoktez.gov.tr. (E.T.: 25/04/2019)

⁶³ İnceoğlu, S.; Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı, Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2006, S. 11., s. 48

⁶⁴ AYM 19.09.2019 tarihli 2019/42 E. ve 2019/73 K. sayılı 4857 sayılı kanun ile ilgili kararı: “Anayasa’nın anılan maddesinde belirtilen kanun önünde eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı; aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, kişiler arasında ayırım yapılmasını ve kişilere ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır. Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa’da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.”

<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=6810#> (E.T.: 10/06/2019)

⁶⁵ Gözler, K.; Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Bursa, 2010, s. 98.

gelişerek evrilmiştir. Anayasa'nın bu yöndeki değişimi eşitliğin devlet yönetimine ilişkin temel bir ilke olduğu görüşünü desteklemektedir. Buna göre, eşitlik ilkesinin muhatapları özel kişiler değil devletin organları ve idari makamlarıdır. Bu sebeple devletin tüm organları bu ilkeye uygun hareket etmek zorundadır. Buradan anlayacağımız üzere, anayasal bir nitelikte olan eşitlik ilkesi özel kişileri bağlayıcı nitelik taşımaz.

Anayasa Mahkemesi kararları ışığında kabul edilen görüşe göre, eşitlik ilkesine aykırı bir durumun varlığı hukuk devletine de aykırı niteliktedir⁶⁶. Eşitlik ilkesi, ayrımcılık yasağı ile güvence altına alınmaktadır⁶⁷. Ayrımcılığın tek başına yasaklanması yeterli olmamaktadır. Ayrımcılık yasağı ile birlikte eşitlik ilkesinin etkin bir şekilde uygulanması yanında geri kalan eksikliklerin pozitif ayrımcılık politikalarıyla giderilmesi ile fiili bir eşitlikten söz edilebilecektir. Ancak bu şekilde ayrımcılık karşısında tam olarak bir korunma mümkün görünmektedir. Zaman içerisinde eşitlik ilkesi maddi ve şekli eşitlik olmak üzere iki ayrı alt kavram altında incelenmeye başlanmıştır.

1.2.2.1.1. Şekli eşitlik

Şekli eşitlikten kastedilen bireylerin özel durumlarına, karakteristik özelliklerine bakılmaksızın kanunların herkese aynı uygulanmasıdır⁶⁸. Şekli eşitlik; kanunların genel ve soyut bir nitelik taşıması yani kapsadığı herkese eşit olarak uygulanmasını ifade eder. Nitekim Anayasamızın 10. maddesinde “hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz” denerek; “din, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, mezhep” gibi özellikler bakımından ayrımcılık yapılamayacağı ifade edilmiştir. Yani şekli eşitlik, kanunların uygulanması sırasında hiç kimsenin bir diğerinden farklı bir muameleye tabi olmaması gerektiğini ifade eder. Kanun önünde eşitlik ilkesinde, kamusal alanda bireyler farklılıkları

⁶⁶ İncoğlu, s. 48.

⁶⁷ AYM 25.07.2019 tarihli 2017/18 E. ve 2019/66 K. sayılı 6756 sayılı kanun ile ilgili kararı; “Anayasa Mahkemesinin yerleşik kararlarında da vurgulandığı üzere Anayasa’nın 10.maddesinde yer verilen eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin kanunlarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere kanunlar karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır. Kanunlar, eşitlik ilkesine uygun bir şekilde, aynı veya benzer durumda bulunanlar için haklarda ve ödevlerde, yararlar ve yükümlülüklerde, yetkilerde ve sorumluluklarda, fırsatlarda ve hizmetlerde eşit davranılmasını sağlayacak kuralları içermelidir. Ancak durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir.” <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=6810#> (E.T.: 21/10/2019)

⁶⁸ Gözler, s. 99.

gözetilmeden eşit olarak kabul edilir. Böylece kamu otoriteleri de her bireye ayırım yapmaksızın aynı muamelede bulunmalıdır.

Şekli eşitlik; mutlak eşitlik, şekli hukuki eşitlik, aritmetik eşitlik ve yatay eşitlik olarak da anılmaktadır⁶⁹. Şekli anlamda eşitlik, doğrudan ayrımcılık yasağı ile sağlanabilmektedir. Fakat tüm bireylere aynı davranılması netice itibariyle çoğu zaman insanlar arasında eşitliğin sağlandığı anlamına gelmez. Bu nedenle; farklı birtakım özelliklere sahip bireylerin farklılıkları göz ardı edilerek uygulanan şekli eşitlik, uygulamada aksaklıkları gidermek yerine daha başka dezavantajlara sebep olabilmektedir. Böylece sonuçta bir ayrımcılığa vücut verebilmektedir. Şekli eşitlik eşit durumda olan kişilere uygulandığında istenildiği gibi eşit bir sonuca sebep olurken, eşit olmayanlara uygulandığında aradaki eşitsizliği daha da arttırabilmektedir.

Şekli eşitlik, bünyesinde pozitif ve dolaylı ayrımcılığı barındırmaz. Şekli eşitlik ile yalnızca doğrudan ayrımcılık yasaklanır. Böylece, önüne geçilmek istenen çoğu dolaylı ayrımcı eylemin neden olduğu fiili olumsuzlukların önüne geçilememiş olur. Kanımızca, şekli anlamda eşitlik ayrımcılığın önüne geçmek için bir vasıttır. Ancak çoğu zaman bu anlamda etkin ve yeterli bir araç niteliğinde değildir. Şekli eşitlik kavramına göre, en basit örnekle birine eşit davranılması ile ayrımcılık yapılmaması aynı anlamda ifadeler olarak kabul edilmektedir. Yani kişilerin bir takım ayırt edici özelliklerini görmezden gelinmektedir. Bu nedenle, kimi zaman dezavantajlı olan kişilerin içinde bulundukları durum aleyhe yönde daha da artabilmektedir.

1.2.2.1.2. Maddi eşitlik

Maddi eşitlik; nispi ya da dikey eşitlik olarak da ifade edilebilmektedir. Maddi eşitlikten kastedilen aynı durumda bulunan, aynı birtakım özelliklere sahip olanlara aynı; farklı durumdakilere farklı muamele yapılmasıdır⁷⁰. Şekli eşitlik herkese eşit muamele edilmesine dayanırken; burada zaten hali hazırda mevcut olan eşitsizliklerin ortadan kaldırılmasına odaklanılmıştır. Maddi eşitlikte, bireyler arasındaki farklılıklar gözetilerek yapılan muamele ve işlemler değişkenlik göstermektedir. Buna eşitlerin eşitliği denilebilmektedir.

⁶⁹ Gözler, s. 99.

⁷⁰ Gözler, s. 99.

Farklı durumda olanların farklı kurallara tabi olması, eşitlik ilkesine aykırı değildir. AYM'nin bu yönde bir içtihat birliği bulunmaktadır⁷¹. “Anayasa’da öngörülen eşitlik, yasa önünde eşitlik olup herkesin aynı hak ve yükümlülüklerle sahip olması anlamında değildir. Eşitlik, her yönüyle aynı hukuki durumda olanlar arasında söz konusudur. Hukuk felsefesine girmiş bir deyimle, eşitlerin eşitliği anlamındadır. Farklı durumda olanlara, farklı kurallar uygulanması, yani eşit olmayanların eşitsizliği; eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz⁷².” Kanımızca maddi eşitlik ayırım yapmayı yasaklamayıp, aksine şart koşmaktadır.

Maddi eşitliğin sağlanabilmesi için doğrudan ayrımcılığın yanında dolaylı ayrımcılık da yasaklanmalıdır. Ayrıca pozitif ayrımcılık politikaları da etkin bir şekilde uygulanarak ayrımcılığa neden olabilecek uygulamaların önüne geçilebilecektir.

Anayasa Mahkemesi kanunların eşitlik ilkesine aykırılığını denetlerken yapılmış bir ayrımcılık var ise bunun kamu yararı veyahut kamu düzeni gibi haklı bir nedene dayanıp dayanmadığını incelemektedir⁷³. Bir eşitsizliğin mevcut olduğundan söz edilebilen hallerde; kamu yararı, düzeni yahut genel sağlık gibi haklı, meşru, üstün bir neden var ise yapılan düzenleme ya da işlem eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmez⁷⁴. Bir takım hak ve

⁷¹ AYM 29.11.2017 tarihli 2017/150 E. ve 2017/162 K. sayılı 6736 sayılı kanun ile ilgili kararı “Anayasa’nın 10. maddesinin birinci fıkrasında; Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Dördüncü fıkrasında “Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.” ve son fıkrasında “Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.” denilmektedir. Maddede yer verilen eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin kanunlarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere kanunlar karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle aynı durumda bulunan kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır. Kanunlar eşitlik ilkesine uygun bir şekilde, aynı veya benzer durumda bulunanlar için haklarda ve ödevlerde, yararlarda ve yükümlülüklerde, yetkilerde ve sorumluluklarda, fırsatlarda ve hizmetlerde eşit davranılmasını sağlayacak kurallar içermelidir. Ancak durum ve konumlarındaki özellikler, bazı kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Farklı hukuksal durumda bulunanların ayrı kurallara tâbi tutulması ise Anayasa’da güvence altına alınmış olan eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz.” <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-9215#> (E.T.: 10/10/2019)

⁷² AYM 27.09.1988 tarihli 1988/7 E. ve 1988/27 K. sayılı 213 sayılı kanun ile ilgili kararı, AYM 25.07.2019 tarihli 2017/18 E. ve 2019/66 K. sayılı 6756 sayılı kanun ile ilgili kararı, AYM 20.12.2018 tarihli 2016/181 E. ve 2018/11 K. sayılı 6745 sayılı kanun ile ilgili kararı, AYM 20.12.2018 tarihli 2016/141 E. ve 2018/27 K. sayılı 6715 sayılı kanun ile ilgili kararı <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-9215#> (E.T.: 10/10/2019)

⁷³ Gözler, s. 99.

⁷⁴ AYM 12.11.2015 tarihli 2015/26 E. ve 2015/100 K. sayılı 5237 sayılı kanun ile ilgili kararı, “Anayasamızın 10. maddesinde yer alan “kanun önünde eşitlik” ilkesinin anlamı, Anayasa Mahkemesinin pek çok kararında açıklanmış ve uzun yıllar zarfında aynı şekilde anlaşılarak, tam bir istikrar kazanmıştır. Buna göre eşitlik, kişiler arasında eylemli eşitlik olmayıp, aynı hukuki konumda bulunan kişilerin arasında gözetilmesi gereken eşitliktir. Haklı nedenlerle ve sınırları açıkça belirlenerek yapılan farklı hukuki düzenlemelere tabi kişilerin farklı hukuki sonuçlarla karşılaşmalarının Anayasaya aykırılığından söz edilemez.” şeklindedir. <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-9215#> (E.T.: 10/10/2019)

özgürlükler yalnız ve ancak kamu yararı, düzeni gibi meşru sebeplerle, devlet eliyle sınırlandırılabilir. Haklı nedenin ayrıca amaca uygun, anlaşılabilir, adil ve makul olması gerekir⁷⁵. Aksi halde maddi eşitliğe aykırı bir düzenlemeye ilişkin meşru bir sebebin olmayışı eşitlik ilkesinin ve dolayısı ile hukuk devleti ilkesinin de ihlali niteliğini taşır.

1.2.2.2. Ayrımcılık yasağı kapsamında farklı muamele kavramı

Farklı muamele aynı veya benzer durumda olan bireyler arasında haklı bir sebebe dayanmayan aynı olmayan her türlü davranış olarak tanımlanabilir. Böyle bir farklı muamelenin varlığı ayrımcılık kapsamında değerlendirilir. Farklı muamelenin ayrımcılık olarak değerlendirilebilmesi için öncelikle aynı durumda, şartta veya benzer özelliklere sahip bireylerin olması ve bu muamelenin haklı bir nedene dayanmamış olması gerekir. Tıpkı maddi eşitlikte bahsettiğimiz gibi; kamu yararı, düzeni ya da genel sağlık gibi haklı bir sebebin varlığı, söz konusu farklı muameleyi meşru kılar. Çünkü bu farklı muamelenin amacı meşru olup ayırım yapma kastı barındırmamaktadır. Yine eğer, farklı muamele eşitliği ortadan kaldırmak amacına özgülenmişse bu farklı muamele de meşru kabul edilir. Hatta bazı hallerde farklı muamele zorunlu bile olabilir. Bunun en güzel örneği pozitif ayrımcılıktır⁷⁶.

Farklı muamelenin meşru ve haklı görüldüğü durumlarda kanımızca aynı durumda bireylerin varlığından değil farklı karakteristik özellikleri barındıran bireylerin varlığından söz edilmelidir. Ayrımcılık yasağı herkese mutlak eşit ve simetrik muamele yapılmasını öngörmemektedir. Bu sebeple belli kişilere veya gruplara makul ve nesnel ölçütlere dayanılarak farklı muamele yapılması mümkündür. Ayrımcılık yasaklanırken mevcut ayrımcılığın önlenmesi için ve gerekli olduğu durumlarda geçici, özel birtakım önlemlerin alınması meşru kabul edilebilmektedir. Bu durum, ayrımcılık yasağının ihlali olarak görülmemektedir. Maddi eşitlikten söz edildiği takdirde farklı durumda olanlara farklı

⁷⁵ AYM 17.05.2012 tarihli 2011/37 E. ve 2012/69 K. sayılı 5271 sayılı kanun ile ilgili kararında “Durumlardaki değişikliğin doğurduğu zorunluluklar, kamu yararı ya da başka haklı nedenlere dayanılarak, yasalarla farklı uygulamalar getirilmesi, Anayasa’nın eşitlik ilkesinin çiğnendiğini göstermez. Diğer yandan kamu yararı veya haklı nedenle getirilen farklı düzenlemelerin; anlaşılabilir, amaçla ilgili, adil ve makul olması gerekir. Kamu yararı veya haklı nedene dayanılarak yapıldığı öne sürülen farklı düzenlemelerin bu üç ölçütten birine uymaması durumunda eşitlik ilkesinin korunduğu söylenemez.” ifadesi yer almaktadır.

<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-9215#> (E.T.: 21/10/2019)

⁷⁶ Tanay, G.; Ayrımcılık Suçu, 2012, s. 61-62. www.yoktez.gov.tr (E.T.: 26/04/2019)

muamele uygulaması ilkesi gündeme gelmektedir⁷⁷. Bu nedenle sonuç olarak; farklı muamele her zaman ayrımcılığa neden olmaz. Kanımızca maddi eşitliğin arandığı hallerde; farklı muamelenin varlığı ayrımcılık kapsamında bir ihlale sebebiyet vermez.

1.3. Nefret Suçu ve Ayrımcılık Suçu

1.3.1. Nefret suçu kavramı

Nefret suçu kavramı ile ilgili birçok farklı görüş ve yaklaşım bulunmaktadır. Kavram üzerine, gerek bu konuda yapılan yasal düzenlemeler gerekse sosyolojik ve psikolojik çalışmalar bazında farklı bazı sonuçlara varılmaktadır. Nefret suçlarına kanunlarında yer veren ülkelerin kanun yapıcıları ve bu konuda sosyolojik ve psikolojik çalışmalar yürütenler nezdinde tartışmalar süregelmektedir.

Nefret suçu tarihsel açıdan eski bir kavramken, bu suçun hukuki açıdan eski bir kavram olduğu ise söylenemez. Hukuki açıdan son derece yeni bir kavram olması sebebiyle, hukuki boyuttaki tartışmalar da günceldir. Bu nedenle ülkeler nezdinde nefretin bir suç olarak düzenlendiği kanunlar henüz az sayıda ve çok yenidir⁷⁸. Nefret suçu kavramı çok yönlü bir niteliğe sahiptir. Kanımızca farklı ırk, din, dil ve etnik kökenlerden insanların bir arada yoğun olarak yaşadıkları ülkeler nefret suçu yasalarına daha çok ihtiyaç duyan ülkeler olarak düşünülebilir. İnsanların sahip oldukları karakteristik özellikler bakımından çeşitliliğin artması ile toplumsal boyutta nefretin artması paralellik göstermektedir. Nitekim nefret suçlarına ilişkin ilk yasal düzenlemeler ABD’de ortaya çıkmıştır. ABD ile başlayan nefret yasaları yapma girişimi başta Avrupa ülkeleri olmak üzere tüm dünyaya yayılmıştır⁷⁹.

Günümüzde, ülkelerin toplum yapıları düşünüldüğünde; farklı bir takım özellikleri olan insanların bir arada yaşamalarının zorlaştığı, çıkar çatışmalarının çeşitlilik göstererek arttığı göz önünde bulundurulduğunda nefret suçu kavramının önemi artmaktadır. Nefret suçu; toplumun her aşamasında bireylerin bu suçun mağduru ya da faili olarak sıkça yer almaları sebebiyle; bilimsel ve hukuki anlamda sıkça tartışılan bir kavram olarak karşımıza

⁷⁷ Karan, s. 5.

⁷⁸ Ataman, H./Cengiz, O.K.; Türkiye’de Nefret Suçları, İnsan Hakları Gündemi Derneği, Ankara, 2009, s.6.

⁷⁹ Bulut, İ.; Nefret Suçları, Ankara, 2014, s. 188.

çıkmaktadır. Nefret suçu, yapısı itibariyle çoğu zaman hem hukuki hem sosyolojik hem de politik bir tanımının yapılmasına ihtiyaç duyulmaktadır.

Cinsel önyargı ve homofobi gibi alanlarda araştırmaları bulunan Herek'in yaptığı nefret suçu tanımına göre; nefret suçunun, *“önyargıdan kaynaklanan bir motivasyon ile gerçekleştirilen saldırı, cinayet, tecavüz ve mülke karşı suçlar ile birlikte şiddet tehdidi veya başka türlü aşağılayıcı hareketler”* şeklinde olabileceği ifade edilmektedir⁸⁰.

ABD tarafından 1990 yılında yapılan Hate Crime Statistics Acts (Nefret Suçları İstatistik Yasası) *“nefret suçu”* kavramının kullanıldığı ilk yasa olarak yürürlüğe girmiştir. Bu yasa kapsamında yapılan düzenlemeye göre nefret suçları; *“İrk, din, cinsel yönelim veya etnik kökene dayalı önyargıya dair izlerin belirgin olarak suça uygun biçimlerde ortaya çıktığı; kasten adam öldürme, tecavüz, adi ve nitelikli saldırı, tehdit, hırsızlık, mala zarar ve Vandalizm suçları”* şeklinde tanımlanmıştır⁸¹. Burada dil, milliyet, renk, cinsiyet ve engellilik gibi karakteristik özellikler suçun tanımında yer almamaktadır.

En yaygın ve genel biçimde ise *“nefret suçları; mağdur kişinin ırk, din, cinsel yönelim, cinsiyet kimliği, milliyet, etnisite, engellilik vb. temellerde tanımlanan belirli bir gruba gerçek ya da farz edilen aidiyeti nedeniyle işlenen suçlardır”*⁸². Bu tanıma göre; bu suçların mağdurlarının belli bazı özelliklere sahip olması yahut suçun failleri tarafından mağdurların bu özelliklere sahip olduğu kanısına varılmış olması gerekmektedir. Yani failin saikinin büyük önem taşıdığı söylenebilir. Buna göre, mağdur belirli özelliklere sahip olmasa da failin bu özel kastının varlığı suçun oluşması için yeterli kabul edilecektir.

Hoşgörüsüzlüğün ve önyargının dışa vurulmuş şekli olarak ifade edilebilecek nefret suçları, tüm insanların haklar ve onur bakımından eşitliğini savunan BM'in taraf olduğu İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde yer alan eşitliğe ilişkin maddesine de aykırılık teşkil etmektedir⁸³.

⁸⁰ Herek, G M.; Hate Crime Against Lesbians and Gay Men, American Psychologist, 1989, s. 948-955.

⁸¹ Nolan, J.J./Akiyama, Y./Berhanu, S.; Hate Crime Statistics Act of 1990, American Behavioral Scientists, 2002, s. 136-153.

⁸² Rayburn N.R./Mendoza M./Davison G.C.; Bystanders' Perception of Perpetrators and Victims of Hate Crimes, Journal Of Interpersonal Violence, 2003, s. 1055.

⁸³ Birleşmiş Milletler İHEB, m.1: “Bütün insanlar özgür, onur ve haklar bakımından eşit doğarlar. Akıl ve vicdana sahiptirler, birbirlerine karşı kardeşlik anlayışıyla davranmalıdırlar.”
<http://www.danistay.gov.tr/upload/insanhaklarievrenselbeyannamesi.pdf> (E.T.: 10/11/2019)

Nefret suçlarına ilişkin birincil en önemli unsur önyargı saiki barındırmasıdır. Bir takım ortak özelliklere sahip, belli bir gruba ya da topluluğa mensup kişilerin bu durum, konum yahut özelliklerinden kaynaklanan bir önyargının varlığı aranmaktadır. Ayrıca nefret suçlarının önemli bir diğer özelliği toplumsal kabul göme olasılığıdır. Mağdurun içinde bulunduğu, üyesi olduğu veya temsil ettiği gruba bir mesaj vermek şeklinde düşünülebilen bu isteğin varlığı nefret suçları ile diğer suçları birbirinden ayırır⁸⁴. Bu nedenle nefret suçlarının kendine özgü bir yapısı olduğu söylenebilir.

Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı (AGİT)⁸⁵ bu suçun tanımını yaparken, toplumların ihtiyaçları arasındaki farklılıkları gözetmiştir. 2003 yılında Maastricht'te yapılan Bakanlar Konseyi toplantısında nefret suçu kavramı Bakanlar Konseyi' nin gündeminde ilk kez yer almıştır. Bu toplantıda üye devletler; nefret suçları ile mücadele edilmesi gerektiğini kabul etmiştir. Ayrıca bu konuda gerekli uluslararası yasal düzenlemelerin yapılmasının gerekliliği hususunda görüş birliğine varmışlardır⁸⁶.

AGİT, nefret suçlarını harekete geçiren duygunun hoşgörüsüzlüğe dayandığını ve bu hoşgörüsüzlüğün ise toplumun bazı özellikleri ortak olan belirli gruplarına yönelmiş olması gerektiğini düşünmektedir. AGİT nefret suçunu şöyle tanımlamaktadır: *“Mağdur, mülk ya da suçun hedefi, bir gruba gerçek ya da edinilmiş bağlantısı, destekçisi ya da üyesi olduğu için seçilerek, mülke ya da kişiye karşı işlenen herhangi bir suçu içermektedir. Grup üyelerinin genel vasıfları, gerçek ya da edinilmiş ırk, ulus ya da etnik köken, renk, din, dil, yaş, cinsiyet ya da zihinsel engellilik gibi diğer benzer faktörlere dayandırılabilir.”* AGİT'in yaptığı bu nefret suçu tanımı üye ülkelerce kabul görmektedir⁸⁷. Bu tanıma göre; nefret suçu, kişilere ve mülke karşı işlenebilen herhangi bir suç olarak ortaya çıkabilmektedir.

Kişinin nefret suçunu işlemesinin altında yatan sebep; genelde ötekileştirdiği bir gruba dahil olan kişiye ruhsal veya fiziki bir zarar vererek o kişi üzerinden kişinin mensup olduğu yahut olduğunu düşündüğü gruba gözdağı vermek olarak görülmektedir. Öncelikle mağdurun; failin azınlıkta gördüğü kendisinden farklı bir takım karakteristik özelliklere

⁸⁴ Gürlü, C.; Nefret Suçları ve İş Hayatı, Ankara Barosu Dergisi, S. 68, 2010, s. 262.

⁸⁵ OSCE (Organization for Security and Co-operation in Europe)

⁸⁶ OSCE Ministerial Council Decision No. 4/03, 2 Aralık 2003.

⁸⁷ Sınar, H.; Türk Hukukunda Nefret Suçlarına İlişkin Yasal Düzenleme Çalışmaları, T.C. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel' e Armağan, C. 19, S. 2, İstanbul, 2013, s. 1278.

sahip olan bir grup mensubuna yönelmiş fiili bir saldırı, aşağılayıcı bir muamele veya söyleme maruz kalması gerekmektedir. Söz konusu bu aşağılayıcı muamele ve söylemler mağdurun içinde bulunduğunu düşündüğü gruba karşı duyulan bir önyargıdan kaynaklı olmalıdır⁸⁸. Bu şartların varlığı halinde nefret suçundan söz edilebilecektir. Genel kabule göre; mağdurun içinde bulunduğu toplum ya da grup failin düşündüğü grup olmasa dahi eylemin bu şekilde gelişmesi ve bu amaca özgülenmesi sebebiyle yine de nefret suçu olarak nitelendirilecektir.

Yapılan nefret suçu tanımlarından anlaşılacağı üzere; bu suç, iki temel unsuru barındırmalıdır. Öncelikle ceza yasalarında var olan bir suçun sübut bulması gerekir. Bu suç ise çoğunlukla şiddet içeren veya bir saldırı tehdidini barındıran bir suçtur. Suçun oluşabilmesi için gerek olan ikinci unsur ise nefret veya önyargı saikin varlığıdır.

Önyargı suçları olarak da anılabilen nefret suçları, içinde nefret veya önyargı saiki bulundurması sebebiyle diğer suçlardan ayrılmaktadır. Failin önyargısının belirlenmesi bu suçun tespiti için önemlilik arz etmektedir. Fakat önyargının belirlenmesi son derece zordur. Bu nedenle dayanılan deliller saikin belirlenmesine yardımcı olacaktır. Önyargının, bu suçun işlenmesinde ne derece etkisi olduğu yahut suçun işlenmesini ne derece kolaylaştırdığı tartışılmalıdır. Ancak böylece önyargının suçun işlenmesinde ne kadar belirleyici olduğu anlaşılabilir. Aksi halde bu suçun, nefret suçu olmasından söz edilmesi yerinde olmayacaktır⁸⁹. Fakat yine ceza yasaları ile suç olarak belirlenmiş bir eylemin varlığından söz edileceği için, suç artık yalnızca bir nefret suçu olarak ifade edilemeyecektir. Eylemin hukuka aykırılığı devam etmektedir.

Nefret suçunda zarar vermek kastı güdülen, hedef alınan; bir kişi, grup ya da belli birtakım özellikleri haiz bir topluluğa ait bir mal olabilir. Burada uluslararası boyutta korunan ve kişilerin sahip oldukları bazı karakteristik özelliklerin varlığı aranacaktır. Çünkü failin bizzat mağdurun şahsına yönelik bir zarar verme kastı bulunmadığından, nefret suçlarında çoğu zaman fail mağduru şahsen tanımamaktadır. Önemli olan mağdurun sahip olduğu özellikler ile içinde bulunduğu topluluk yahut tercihleri olacaktır. Nefret suçlarının devletler nezdinde kontrol altına alınmaması halinde, toplum temelinde birçok şiddet olayına vücut verebilecek ciddi bir potansiyelin varlığından söz edilebilecektir. Bu

⁸⁸ Çolak, Ö.; Eşcinsellere Yönelik Nefret Suçları ve Toplumun Bu Suçlar Kapsamında Faile ve Mağdura Yönelik Tutumları, s.1 www.yoktez.gov.tr (E.T.: 25/01/2019)

⁸⁹ Çolak, s. 4.

nedenle devletlerin, Ceza Kanunları ile tedbirler olarak toplum düzenini hedef alan bu suçların işlenmesinin önüne geçmeye çalışması gerekmektedir. Devletlerin Ceza Kanunlarında bu suçun yer alması ya da ayrı nefret yasaları düzenlenmesi kanımızca sosyal bir ihtiyaç ve hukuki bir gerekliliktir.

Ülkemiz AGİT üyesi bir devlet olmasına karşın; nefret suçları hususunda ülkemizde, diğer üye ülkelerin Ceza Kanunlarında yer alan düzenlemelere eşdeğer nitelikte kanunlar ve uygulama bulunmamaktadır. TCK’ nın 122. maddesinde “*Nefret ve Ayrımcılık Suçu*” yer almaktadır. Kanun maddesinde nefret suçu adı her ne kadar yer alsada bu düzenleme, hukuki niteliği bakımından çalışmamızın bu kısmında anlatılan ve diğer ülkeler tarafından benimsenerek bir müeyyideye tabi kılınan nefret suçlarına benzememektedir.

TCK’ da yer aldığı şekli ile “*Nefret ve Ayrımcılık Suçu*”;

“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.”* şeklindedir.

Bu düzenlemeye göre; mağdurun bir takım karakteristik özellikleri sebebiyle duyulan nefretle kamuya arz edilmiş bir malın satılması ya da kiraya verilmesi, mağdurun bir hizmetten yararlanmasının engellenmesi, işe alınmaması ya da olağan bir ekonomik faaliyette bulunmasının dışında kalan sebeplerle nefret saiki ile yapılan ayrımcı muameleler cezai bir yaptırıma tabi tutulmamıştır. Kanun metni görüldüğü üzere son derece dar kapsamlıdır. Kanun metnine göre örneğin; nefret duyulmadığı sürece engelli bir birey bir kamu hizmetinden yoksun bırakılabilir. Bu durum ise TCK’ ya göre nefret suçu teşkil etmeyecektir. Yahut bir kimse dini inancı sebebiyle vücut bütünlüğünü tehdit altına sokacak bir suçun mağduru olduğunda; fail, burada nefret suçu işlenmiş olmayacaktır.

Nefret suçu tanımlarına baktığımızda iki unsurun önem teşkil ettiğini vurgulamıştık. Bu unsurlardan ilki Ceza Kanunu kapsamında yaptırıma tabi tutulacak bir suçun varlığı idi. İkinci unsur ise bir nefret yahut önyargı saikinın bu suça eşlik etmesiydi. TCK’ da yer alan düzenlemede ise insan öldürme, yaralama, mala zarar, tehdit vb. temel bir suç yer almamaktadır. Hatta bu suçları ayrı bir başlık altında işleyen diğer kanun maddelerinde de bu suçların nefret saikiyle işlenmesinin ayrı bir yaptırıma tabi tutulması gibi bir düzenleme yer almamaktadır. Güncel düzenleme uluslararası hukuk alanında kabul gören nefret suçu tanımlarına uygun nitelikte değildir. Bu nedenle söz konusu yasa maddesini nefret suçu olarak değerlendirmek yerinde olmayacaktır. Yasa metninden “*nefret saiki*” çıkarıldığında, suçun tanımında yer alan eylemlerden hiç biri ayrı bir suç teşkil etmemektedir.

Kanun metni zaten oldukça sınırlı bir alana hitap etmekte iken; yaş, cinsel yönelim, cinsiyet kimliği, etnik köken gibi karakteristik özellikler madde metni kapsamı dışında bırakılmıştır. Kanunun nefret suçuna yaklaşımı uluslararası alanda kabul gören genel uygulamaya uygun değildir. Kanımızca ülkemizde nefret suçlarının önüne geçilebilecek etkin bir yasal düzenleme bulunmamaktadır.

Avrupa Komisyonu 1988 yılından beri her yıl aday ülkeler hakkında Kopenhag kriterlerine uygunluk hususunda gelişme raporu hazırlamaktadır. Avrupa Komisyonu tarafından hazırlanan en güncel nitelikte olan, Türkiye 2019 raporuna göre; “*Türkiye’de cinsiyet temelli şiddet, ayrımcılık, azınlıklara yönelik nefret söylemi, nefret suçu ve LGBTİ bireylerin insan haklarının ihlalleri, ciddi ölçüde endişe kaynağı olmaya devam etmektedir.*” Bunun yanı sıra Komisyon raporunda; Hristiyan ve Musevi bireylere yönelik nefret söylemi ve suçlarının işlendiğine yönelik raporların hala bildirildiğini ve nefret suçlarına ilişkin mevzuatın uluslararası standartlarla uyumlu olmadığı belirtilmiştir. Ayrıca raporda, mevzuatın cinsel yönelime dayalı nefret suçlarını ise hiç kapsamadığı ifade edilmiştir⁹⁰.

Nefret suçlarına ilişkin düzenlemelerin nasıl olması gerektiğine ilişkin uluslararası düzeyde bazı farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. Nefret suçlarını yasalarında bağımsız olarak ayrı bir suç tipi şeklinde düzenleyen ülkelerin varlığının yanında bu suçları temel suçun ağırlaştırıcı şeklinde düzenleyen ülkeler de bulunmaktadır. Bunun dışında nefret

⁹⁰ Avrupa Komisyonu Türkiye 2019 Raporu
https://www.ab.gov.tr/siteimages/birimler/kpb/2019_trkiye_raporu-tr.pdf (E.T.: 21/05/2019)

suçlarını tamamen ayrı bir kanun olarak düzenleme gereği duyan yaklaşımlar da bulunmaktadır. Nefret suçlarını ağırlaştırıcı neden olarak düzenlemek ayrı bir yasa olarak düzenlemeye göre daha çok rağbet görmektedir. Ayrıca nefret yasası düzenleyen ülkelerin sayısı azdır. Örneğin, ABD, Çekya ve İngiltere’de ayrı kanunlar şeklinde nefret suçu yasaları yer almaktadır⁹¹.

İngiliz Hukuku’nda nefret suçları ile ilgili 2008 tarihli “*Irksal ve Dinsel Nefret Yasası*” (Racial and Religious Hatred Act) ile özellikle Müslüman ve Hristiyanların din; Yahudi ve Sihlerin ise ırk olduğu şeklindeki tespitler yapılmıştır. Ayrıca yasayla birlikte inanmama özgürlüğünü kanun kapsamında düzenlenmiştir. Bu yönde kararlar da verilerek uygulamaya geçilmiştir⁹². 2008 tarihli “*Ceza Adaleti ve Göç Yasası*” (Criminal Justice and Immigration Act) ile cinsel yönelimleri sebebiyle bazı gruplara karşı tehdit amacıyla kullanılan birtakım davranışlar suç olarak düzenlenmiştir⁹³. Irk ve dine dayalı nefret ve cinsel yönelim İngiliz Hukuku’nda özel nefret yasaları ile korunmaya değer görülen karakteristikler arasındadır.

ABD’de federal anlamda 1990 yılında yapılan “*Hate Crime Statistics Acts*” (Nefret Suçları İstatistik Yasası) ile nefret suçları ayrı bir yasa olarak ilk kez mevzuatta yer almıştır. Ardından 1993’te “*Hate Crime Sentencing Act*” (Nefret Suçları Cezalandırma Yasası) ve 1994’te “*The Violence Against Women Act*” (Kadınlara Karşı Şiddet Yasası) ve 2009 tarihli “*Hate Crime Prevention Act*” (Nefret Suçları Önleme Yasası) gibi kanunlar yapılarak nefret suçları ile federal boyutta etkin bir mücadele hedeflenmiştir.

Ancak ayrı bir yasa yapma şeklindeki bu yöntem ABD’deki bazı eyaletler, İngiltere ve Çekya dışında çok fazla ülkede tercih edilmemektedir⁹⁴. Nefret saikinin genel olarak tüm suçlara uygulanabilir nitelikte bir ağırlaştırıcı neden olarak düzenleyen AGİT’e taraf birçok ülke varken bazı ülkeler ise yalnızca belirli suçlar yönünden nefret saikini ağırlaştırıcı neden olarak belirlemektedir⁹⁵. Bu şekilde yapılan düzenlemelerde; temel suçun cebir, şiddet ya da zorlama içeren bir suç olması gerekmektedir⁹⁶.

⁹¹ Demirbaş, T.; Nefret Söylemi ve Nefret Suçları, DEÜHFD, C. 19, Özel sayı, 2017, s. 2700.

⁹² Hall N.; Hate Crime, New York, 2013, s. 38.

⁹³ Öner, Mehmet Zülfi; İngiltere Hukuku’nda Nefret Suçları, TBB Dergisi, C. 27, S. 116, 2015, s. 99-100.

⁹⁴ Sınar, s. 1273.

⁹⁵ Demirbaş, s. 2700.

⁹⁶ Aytekin İnceoğlu, s. 115.

1.3.2. Ayrımcılık suçu kavramı

Ayrımcılığın birçok değişkene bağlı olarak ortaya çıkan bir kavram olması sebebiyle hayatın her alanında ortaya çıkma ihtimali de son derece yüksek ve olağandır. Ayrımcılık genel olarak kendinden olmayanlara yahut bazı özelliklere sahip kişilere duyulan önyargıya bağlı olarak gelişen bir tutum olarak ifade edilebilmektedir⁹⁷. Ayrımcılığın bir suç olarak düzenlenmesi meselesi ise tıpkı nefret suçunda olduğu gibi çağımızın bir ihtiyacı halini almıştır. Bu nedenle uluslararası hukukta ayrımcılığın yasaklandığı sözleşmeler bir sonraki bölümde ayrıntılı olarak ele alınmıştır⁹⁸.

Nefret suçlarının genel kabul gören yapısının aksine, ayrımcılık suçlarında ayrımcı eylem olarak değerlendirilen muamele ayrımcılık saiki çıkarıldığında çoğu zaman başka bir suça vücut vermeyebilir. Hatta ayrımcılık saiki çıkarıldığında fiil suç olmaktan çıkarak yalnızca bir hakkın kullanılması haline gelebilmektedir. Türk Ceza Kanunu'nda yer alan “*Nefret ve Ayrımcılık*” suçu bir nefret suçundan ziyade ayrımcılık suçudur. TCK kapsamında bu hüküm eski hali ile yalnızca “*Ayrımcılık Suçu*” olarak düzenlenmişken, 6529 sayılı Temel Hak ve Hürriyetlerin Geliştirilmesi Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile “*Nefret ve Ayrımcılık*” halini almıştır.

“*Nefret ve Ayrımcılık Suçu*”;

“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.”

⁹⁷ Ayrımcılık konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. s. 10-26.

⁹⁸ Ayrımcılık yasağı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. s. 45-76.

Kanun metnine “*nefret nedeniyle*” ifadesi eklenerek bu suçun nefrete dayalı bir ayrımcılık suçu olması sağlanmaya çalışılmadan önceki halinde; bu düzenleme doğrudan insanlar arasında kanunlar tarafından meşru kabul edilmeyen şekilde bir ayırım yapılmasını yasaklayarak cezalandırmakta iken, “*nefret*”in kanun maddesine eklenmesiyle failin bu saiki cezalandırılmak istenmektedir.

Benzer özelliklere sahip olan Fransa, İspanya ve Finlandiya ceza kanunlarının içerisinde ayrımcılığa ilişkin hükümlere yer verirken; İngiltere ayrımcılık ile ilgili ayrı yasa yaparak ayrımcılığın önüne geçmeye çalışmaktadır. Fransa, İspanya ve Finlandiya ceza kanunlarında yer alan düzenlemeler tıpkı TCK’da olduğu gibi belirli özel hukuk ilişkilerinden veya hak ve özgürlüklerden ayrımcılık yapılarak bazı grup/toplulukların yararlanmasının engellenmesi şeklinde düzenlenmiştir.

Fransız Ceza Kanunu’nun 225/1-2-3-4 maddelerinde ayrımcılık suçu düzenlenmiştir⁹⁹. Kanun’un 225/1. maddesinde; “*Gerçek kişiler arasında kökenleri, cinsiyetleri, ailevi durumları, fiziksel görünüşleri, soyadları, sağlık durumları, fiziksel engelleri, genetik özellikleri, yaşam 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. Aynı zamanda tüzel kişiler arasında üyelerinin veya üyelerinden bazılarının kökenleri, cinsiyetleri, ailevi durumları, fiziksel görünüşleri, soyadları, sağlık durumları, fiziksel engelleri, genetik özellikleri, yaşam 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.*” Ayrımcılık sebepleri oldukça detaylı olarak sayılmıştır. Ulusal mevzuatımızda ayrımcılığı yasaklayan tüm düzenlemelere kıyasla; “*cinsel yönelim, ailevi durum, fiziksel görünüş, yaş, sağlık durumu ve genetik özellikler*” gibi karakteristiklere yer verilmesi sebebiyle son derece geniş kapsamlıdır.

⁹⁹ Fransız Ceza Kanunu, İngilizce tam metni: https://www.legislationline.org/download/id/3316/file/France_Criminal%20Code%20updated%20on%2012-10-2005.pdf (E.T.: 09/01/2020)

FCK madde 225/2; “225/1’nci maddede tanımlanan ayrımcılık herhangi bir gerçek veya tüzel kişiye karşı aşağıda sayılan şekillerde gerçekleştirilirse 3 yıl hapis ve 45.000 Avro para cezasıyla cezalandırılır.

Bir mal veya hizmeti vermeyi reddetmek,

Herhangi bir olağan etkinlikte bulunulmasını engellemek,

Bir kişinin işe alınmasını, cezalandırılmasını veya işten çıkarılmasını reddetmek,

Bir mal veya hizmetin verilmesini 225-1’de sayılan veya 225-1-1’de öngörülen öğelerden birine dayanan şarta bağlamak,

Bir iş teklifini, bir staj talebini veya bir şirketteki eğitim sürecini 225-1’de sayılan veya 225-1-1’de öngörülen öğelerden birine dayanan şarta bağlamak,

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 arttırılarak beş yıl hapis ve 75000 Avro para cezasıyla cezalandırılır.”

Kanun maddesinde sayılan haklar, özel hukuk ilişkisine dayanan haklardır. Kanun’un 225/2. maddesi ile korunan hukuki ilişkiler TCK ile benzer niteliktedir. Bu nedenle kanun maddesinden ayrımcılık saikinın çıkarılması halinde, söz konusu düzenleme bireylerin sözleşme serbestisi kapsamında değerlendirilebilir ve suç olmaktan çıkabilir. Ayrıca her iki madde de ayrımcılığın müeyyidesi olarak hem adli para cezası hem de hapis cezası öngörülmüştür. Devamı maddelerde ise ayrımcılığın uygulanamayacağı haller ve kamu görevlisinin failliği yer almaktadır.

Fransız Ceza Kanunu’nda yer alan bu düzenlemelerin yanı sıra Fransa’ da 2001 yılında “Ayrımcılıkla Mücadele Kanunu” yapılmıştır. Ayrıca 2004 yılında “Ayrımcılık ile Mücadele ve Eşitliği Sağlama Yüksek Otoritesi” kurulmuştur. Böylece her türlü ayrımcılığın yargılanacağı bağımsız bir otorite oluşturulmuştur¹⁰⁰. Ayrımcılık karşıtı özel

¹⁰⁰ Öztürk, N.; Nefret ve Ayrımcılık Suçu, Ankara, 2017, s. 77.

yasalar yapılması halinde bu yasaların ve uygulamanın denetiminin sağlanması da ayrıca gerekecektir. Bu durumda kamu otoriteleri ve en başta devlete ayrı bir denetim yükü düşecektir.

İspanyol Ceza Kanunu'nun 15. bölümünde “*İşçilerin Haklarına Karşı Suçlar*” altında 314. maddede ayrımcılık düzenlenmiştir¹⁰¹. İşçilerin haklarının büyük ceza kanunu ile düzenlenmesi ile işçi-işveren ilişkisinin cezai müeyyideye bağlandığı görülmektedir.

“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 herhangi 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 getirmese altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ya da on iki aydan yirmi dört aya kadar para cezası ile cezalandırılır.” Bu hükümle kamu ve özel sektörde istihdamda ayrımcılığın önüne geçilmek istenmiştir.

İspanyol Ceza Kanunu'nun “*Anayasa ile Garanti Altına Alınmış Temel Hak ve Hürriyetlerin İcrasına İlişkin Suçlar*” ın yer aldığı bölümün 512. maddesinde bazı anayasal haklar cezai müeyyideye tabi tutulmuştur. *“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.”* Her iki madde de iş hukuku ilişkileri üzerine düzenlenmiştir. TCK'da yalnızca bir kişinin işe alınmaması aşamasında ayrımcılık yasaklanmışken, İspanyol Ceza Kanunu'nda yer alan düzenleme tüm iş ilişkisini kapsar niteliktedir.

Finlandiya Ceza Kanunu'nun kanunun uygulama kapsamının yer aldığı bölümün 11. maddesinde “*ayrımcılık*” başlığında düzenlenen kanun maddesinde ayrımcılık sayılan hareketler belirlenmiştir¹⁰².

¹⁰¹ İspanyol Ceza Kanunu, İngilizce tam metni:

https://www.legislationline.org/download/id/6443/file/Spain_CC_am2013_en.pdf (E.T.: 09/01/2020)

¹⁰² Finlandiya Ceza Kanunu, İngilizce tam metni:

https://www.legislationline.org/download/id/6375/file/Finland_CC_1889_am2015_en.pdf (E.T.: 09/01/2020)

“Yaptığı ticarete veya mesleğinde, kamu hizmetinde, resmi otoritenin kullanılmasında veya diğer kamu görevlerinin yerine getirilmesinde veya kamusal bir eğlence veya toplantı düzenlemesinde, haklı bir neden olmaksızın;

Birisinin genel olarak şartlara uygun hizmetini reddeden veya

Eğlence yeri veya toplantıya girişini engelleyen veya onu bu yerlerden çıkaran,

İrk, ulusal veya etnik köken, ten rengi, dil, cinsiyet, yaş, aile bağları, cinsel tercih, soy bağı, engellilik veya sağlık durumu veya din, politik görüş, politik veya iş faaliyetleri ya da buna benzer bir nedenle kişileri açıkça eşit olmayan veya esasen daha düşük bir konuma getiren kişi, fiil iş ayrımcılığı veya zorla çalıştırma kapsamında cezalandırılabilir değilse, adli para cezası veya altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” Haklı bir nedenin varlığı halinde yapılan fiillerin ayrımcılık kapsamında suç oluşturmayacağı kanun metninden açıkça anlaşılmaktadır. Ayrımcılığın yapılması için haklı ve meşru bir nedeni varlığı doğrudan ayrımcılığı ortadan kaldıracığından, kanun maddesi kapsamında yer alan özgürlüklerin kullanılması artık bir suça da vücut vermeyecektir. T.C. Anayasa Mahkemesi’nin de bu yönde kararlarının olduğunu hatırlatarak uygulamadaki benzerliklere dikkat çekmek isteriz.

İngiltere, Birleşik Krallık mevzuatında ayrımcılığa ilişkin yasaklamalar ceza kanunu içinde değil ayrı yasalar halinde yer almaktadır. Ayrımcılığı yasaklayan kanun maddelerinden ziyade başlı başına ayrımcılık yasaları yaparak ayrımcılık ile mücadele etmeyi amaçlayan İngiltere’de bu alanda birçok düzenleme bulunmaktadır. Irksal ayrımcılığın önüne geçilmek için; (Engelli Ayrımcılığı Kanunu); 1970 tarihli “*Equal Pay Act*” (Eşit Ücret Kanunu); 1975 tarihli “*Sex Discrimination Act*” (Cinsiyet Ayrımcılığı Kanunu); 1965, 1968 ve 1976 tarihli “*Race Relations Act*” (İrk İlişkileri Kanunu); 1995 tarihli “*Disability Discrimination Act*”; 2006 tarihli “*Equality Act*” (Eşitlik Yasası) ve 2008 tarihli “*Racial and Religious Hatred Act*” Irksal ve Dinsel Nefret Yasası şeklinde özel yasalar yapmaktadırlar¹⁰³. İngiltere’de hem nefret hem de ayrımcılık suçlarına ilişkin ayrı kanun yapma tekniği geliştirilmiştir.

¹⁰³ Öner, s. 103.

2. ULUSLARARASI HUKUKTA YER ALAN AYRIMCILIK YASAĞINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

2.1. Genel Olarak

Ayrımcılığın, hukuki niteliği olan bir kavram şeklinde kullanılmasının tarihi eski olmasa da ayrımcılık çok eski zamanlardan beri toplumların esaslı sorunlarından biri olmuştur. Her dönemin koşuluna göre farklı bir nedene dayanan ayrımcılık, kimi zaman ırksal farklılıklar kimi zaman bazı milletlerin üstün görülmesi kimi zaman da belli zümrelerin devletleri yönetme şekline dayanan bir sistem içinde baş göstermiştir. Buna rağmen ayrımcılık ülkeler nezdinde büyük tarihi olaylar yaşanana dek, hukuki niteliğe kavuşmamıştır. Ayrımcılığın açıkça yasaklandığı belgeler ise günümüzden çok uzak değildir.

18. yy'ın ikinci yarısında İngiltere'de Sanayi Devrimi' nin etkisiyle, üretimde buharlı makineler kullanılmaya başlanmış ve buna bağlı olarak üretimde ciddi bir artış yaşanmıştır. Artan üretim sebebiyle ham madde ve pazar ihtiyacı git gide büyümüştür. Ham madde ve pazar arayışı Avrupalı devletlerarasında bir yarış haline gelmiştir. Buna bağlı olarak ise sömürgecilik yayılmıştır. Ayrıca üretimin artması, işçiye olan ihtiyacın artmasına sebep olmuş; işçi sınıfı güçlenmiş ve Sosyalizm ortaya çıkmıştır. Bunun yanı sıra, büyük göçler yaşanmış; genellikle aynı ırkların bir arada yaşadığı toplum düzenlerinden, çok kültürlü toplum yapılarına geçiş olmuştur. Böylece Sanayi Devrimi; yalnızca teknoloji alanında, ticari alanda ve ekonomik yapıda değişime neden olmakla kalmayıp, toplumların yapısının kalıcı olarak değişmesine sebep olmuştur¹⁰⁴.

Sanayi Devrimi ile sanayisi gelişen ülkeler arasında sömürgecilik yarışı artmış ve bu durum Birinci Dünya Savaşı' nın temel sebepleri arasında yerini almıştır. Birinci Dünya Savaşı' nın bir diğer önemli nedenlerinden biri ise Fransız İhtilali ile güçlenen milliyetçilik akımıdır. Milliyetçilik akımı ile ulus devlet bilinci artmış, bu nedenle toplumda meydana gelen ayrımcı eylemler de artmıştır. Paris Barış Konferansı'nda benimsenen Wilson

¹⁰⁴ Armaoğlu, F.; 20. Yüzyıl Siyasi Tarihi, İstanbul, 2007, s. 80.

Prensipleri sömürgeciliği reddetse de manda ve himayeyi benimsemiştir.¹⁰⁵ Birinci Dünya Savaşı'nı sora erdiren antlaşmalarda, sömürgecilik bu ad ile yer almasa da yeni adı “*manda ve himaye*” ile yerini almıştır. Birinci Dünya Savaşı'nı kaybeden devletler çok ağır şartlara mahkum edilmişti. Örneğin; Avusturya Macaristan parçalandı, Osmanlı Devleti'nin topraklarının büyük bir çoğunluğu kazanan devletler tarafından paylaşılmıştır. Bunun yanı sıra yeni siyasi rejimler ve ideolojiler oluştu. Almanya' da aşırı milliyetçilik, İtalya ve Almanya' da faşizm, Rusya'da komünizm ideolojileri hakim olmuştur.

Özellikle Hitler yönetimindeki Almanya'nın yayılmacı politikası, İkinci Dünya Savaşı'na büyük bir zemin hazırlamıştır. İkinci Dünya Savaşı tarihin en büyük ve kanlı savaşıdır. Nükleer silahların kullanıldığı bu savaşta kitleler halinde sivil ölümler yaşanmıştır. Büyük yıkımlara sebep olan Savaş sonrasında insan hakları değer kazanmış, buna bağlı olarak, uluslararası alanda barış ve huzuru sağlamak amacıyla Birleşmiş Milletler kurulmuştur.

Uluslararası hukukta ayrımcılığın önüne geçilmesi amacıyla çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. Devletlerin bir kısmı ayrımcılıkla ilgili bağlayıcı hükümleri bulunan sözleşmeleri esas olarak benimseyip ayrımcılığı yasaklamaktadır. Belli birtakım yükümlülükler getiren, uluslararası sözleşmeleri esas kabul eden devletler olduğu gibi bunun yanında ayrımcılığın belli bir yaptırıma tabi tutulmadığı devletler de bulunmaktadır. Bunun yanı sıra her dönemin ekonomik, sosyal ve siyasal şartlarına göre birtakım ideolojiler ve politikaların benimsenmesi, ayrımcılığın meydana geldiği mecraların dönemden döneme değişiklik göstermesine neden olmuştur.

Ülkemiz açısından baktığımızda; Anayasa'mıza göre, “*usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş milletlerarası sözleşmeler kanun hükmündedir ve bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasaya Mahkemesi'ne başvurulamaz.*” Bu nedenle taraf olduğumuz uluslararası sözleşmeler kanunlar gibi uygulanmaktadır. Ülkemiz Birleşmiş Milletlere ve Avrupa Konseyi'ne üye olması sebebiyle, bu birlikler tarafından kabul edilen uluslararası sözleşmelere de taraftır¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Armaoğlu, s. 145-146.

¹⁰⁶ T.C. AY. m. 90: “Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak antlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır. Ekonomik, ticarî veya teknik ilişkileri düzenleyen ve süresi bir yılı aşmayan antlaşmalar, Devlet Maliyesi bakımından bir yüklenme getirmemek, kişi hallerine ve Türklerin yabancı memleketlerdeki

Bu bölümde, uluslararası hukukta ayrımcılıkla ilgili düzenlemeler kapsamında BM Teşkilatı'nın ve Avrupa Konseyi'nin bu alandaki düzenlemeleri incelenecektir.

2.2. Birleşmiş Milletler Teşkilatı'nın Uluslararası Düzenlemeleri

Birleşmiş Milletler Teşkilatı, milletlerarası alanda barış ve huzuru sağlamak amacıyla İkinci Dünya Savaşı'nın ardından birtakım prensipler çerçevesinde BM Antlaşması'nın 26 Haziran 1945 imzalanıp, 24 Ekim 1945 tarihinde yürürlüğe girmesi ile bu tarihte kurulmuştur. Birleşmiş Milletler; adalet ve güvenliği, ekonomik kalkınma ve sosyal eşitliği üye ülkelere sağlamayı amaç edinmiş küresel bir örgüttür. Türkiye, bu örgütün kurucu üyeleri arasında yer almaktadır¹⁰⁷.

Birleşmiş Milletler Ana Sözleşmesi'ne göre, örgütün amaçları belirlenmiştir. Buna göre örgüt; uluslararası barış ve güvenliği sağlamak, anlaşmazlıkların barışçıl çözümü için etkin önlemler yoluyla koruyup; ülkeler arasında eşit haklara, halkların kendi geleceklerini belirleme ilkelerine, saygıya dayalı dostça ilişkiler geliştirmekle yükümlüdür. Ayrıca uluslarla ekonomik, toplumsal, kültürel ve insancıl sorunların çözümünde, ırk, cins, dil ve din ayrımı gözetmeksizin, insan haklarının geliştirilmesinde iş birliği sağlamak, amaçları arasındadır. Bu gayeler ışığında BM öncülüğünde ayrımcılıkla mücadele anlamında birçok etkin uluslararası yasal düzenlemeler mevcuttur¹⁰⁸.

2.2.1. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi

İHEB¹⁰⁹, BM Genel Kurulu kararı ile 1948'de ilan edilmiştir¹¹⁰. Beyanname, Türkiye tarafından 9119 sayılı BK kararıyla kabul edilerek RG'de yayımlanmıştır. Tavsiye

mülkiyet haklarına dokunmamak şartıyla, yayımlanma ile yürürlüğe konabilir. Bu takdirde bu antlaşmalar, yayımlarından başlayarak iki ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinin bilgisine sunulur. Milletlerarası bir antlaşmaya dayanan uygulama antlaşmaları ile kanunun verdiği yetkiye dayanarak yapılan ekonomik, ticarî, teknik veya idarî antlaşmaların Türkiye Büyük Millet Meclisince uygun bulunması zorunluluğu yoktur; ancak, bu fıkraya göre yapılan ekonomik, ticarî veya özel kişilerin haklarını ilgilendiren antlaşmalar, yayımlanmadan yürürlüğe konulamaz. Türk kanunlarına değişiklik getiren her türlü antlaşmaların yapılmasında birinci fıkra hükmü uygulanır. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.”

¹⁰⁷ Bozkurt, E.; Uluslararası İnsan Hakları Hukuku, Ankara, 2006, s. 66-67.

¹⁰⁸ <https://www.diplomasi.net/birlesmis-milletler-orgutu-bm/> (E.T.: 08/01/2019)

¹⁰⁹ Öğretide beyanname, bildiri ya da bildirge şeklinde ifade edilebilmektedir.

niteliğinde bir uluslararası belge olduğu savunulan Beyanname'nin maddi bir bağlayıcılığı ve yaptırımı yoktur. Ancak maddi bir bağlayıcılığı olmasa da uluslararası hukuk alanında birçok milletlerarası anlaşma ve metne ayrıca bazı ülkelerin iç hukuklarına kaynaklık etmektedir. Hukuki bağlayıcılığının olmaması İHEB' in, insan hakları alanında temel kabul edilmesine engel teşkil etmemiştir¹¹⁰. Tavsiye niteliğinde bir hukuki belge olan İHEB'in birçok hukuk metnine ışık tutması, soyut hukuki yani manevi bağlayıcılığını göstermektedir¹¹².

Bildiri önsöz ve otuz maddeden oluşmaktadır. Bildirinin temel felsefesi ve insan haklarına bakış açısı, önsözde açıkça görülmektedir. Buna göre; insanlar doğuştan eşittirler ve vazgeçilmez haklara sahiptirler. Ayrıca Bildiri ile üye devletler, tüm insanların insan onuruna yakışır şekilde yaşamasını sağlamak amacıyla bazı şartları sağlamak hususunda anlaşmışlardır. Temel nitelikteki insan hakları, kadın ve erkek eşitliği devletler nezdinde korunmaktadır. Bunun yanında Bildiri'nin amacı hak ve hürriyetlerden daha kapsamlı olarak yararlanılmasını sağlamaktır¹¹³.

Bildirinin 1. maddesi *“Tüm insanlar özgür, haysiyet ve haklar bakımından eşit olarak doğarlar. Akıl ve vicdana sahiptirler. Birbirlerine karşı kardeşlik zihniyeti ile davranmalıdırlar.”* şeklindedir. Burada insanlık onuru anlamında tüm bireylerin eşitliği konu edilmektedir.

Madde 2'de insanların eşit haklara sahip olduğu ve kişiler arasında hiçbir ayrım gözetilemeyeceği şu şekilde ifade edilmiştir: *“Herkes; ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi ya da başka inançlarına bakılmaksızın eşit haklara sahiptir. İnsanlar ulusal ve toplumsal kökenleri, zenginlikleri, doğuş farklılıkları ya da herhangi başka bir ayrım gözetilmeksizin bu bildirgede belirtilen tüm haklardan ve özgürlüklerden yararlanabilirler.”*

Bildirinin 7. maddesiyle ise; *“Herkes yasalar karşısında eşittir ve ayrımsız olarak yasaların koruyuculuğundan eşit olarak yararlanma hakkına sahiptir. Herkesin, bu*

¹¹⁰ İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin Türkçe Metni TBMM'nde 6 Nisan 1949'da kabul edilmiş olup, 27 Mayıs 1949 tarih ve 7217 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

<http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/7217.pdf> (E.T.: 26/04/2019)

¹¹¹ Aybay, R.; Açıklamalı İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, Ankara, 2006, s. 6-7.

<http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/iheb.pdf> (E.T.: 26/04/2019)

¹¹² Kapani, M.; Kamu Hürriyetleri, Ankara, 1993, s. 62.

¹¹³ <http://www.un.org.tr/humanrights/images/pdf/1-insan-haklari-evrensel-beyannamesi.pdf> (E.T.: 03/07/2019)

bildirgeyle belirtilen haklarına ters düşen ayırt edici davranışlar için yapılacak kışkırtmalara karşı eşit korunma hakkı vardır.” denilerek, herkesin yasalar karşısında eşit korunma hakkına sahip olması gerektiği belirtilmiştir.

Bildirinin 10. maddesinde suç ve cezaların herkese eşit olarak uygulanması gerektiğine ve adil yargılanma hakkına vurgu yapılmaktadır. Madde metni “*Herkes haklarının, görevlerinin ya da kendisine cezai sorumluluk yükleyecek herhangi bir suçlamanın belirlenmesinde tam bir eşitlikle, davasının bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından adilane ve açık olarak görülmesi hakkına sahiptir.*” şeklindedir.

İHEB’ in 25/2. maddesinde anne ve çocukların herkesten ayrı özel bir korumaya ihtiyaç duydukları belirtilmiştir. Ayrıca bu madde ile anne ve çocuklar için pozitif ayrımcılık uygulanmasının gerekliliği vurgulanmıştır. “*Anne ve çocukların özel bakım ve yardıma hakları vardır. Tüm çocuklar, evlilik içi ya da dışı doğmuş olmalarına bakılmaksızın, aynı toplumsal korumadan yararlanır.*”

Uluslararası alanda hitap ettiği kitle ve içinde yer alan konular bakımından geniş bir düzenlemeye sahip olan İHEB, giriş kısmında ve metnin tamamında aslen ayrımcılığı yasaklamaktadır. Ayrıca Bildiri metninde yer alan ve yukarıda ayrıca anılan tüm hükümler ayrımcılık yasağına ilişkindir. Bildiri ile eşitliğin sağlanması konusunda, BM’nin amaçları doğrultusunda Üye Devletlerin sorumluluklarına yer verilmektedir. Buna göre her türlü ayrımcılık reddedilmekte yalnızca kadın ve çocuklar hakkında pozitif ayrımcılığın eşitliği sağlamakta kullanılabileceği yer almaktadır.

2.2.2. Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme

Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme¹¹⁴, Birleşmiş Milletler tarafından 16 Aralık 1966 tarihinde kabul edilmiştir. Sözleşme’nin denetim organı İnsan Hakları Komitesi’dir. İnsan Hakları Komitesi bu sözleşme ile taraf devletlerin bu sözleşmeyi uygulamalarını denetlemek üzere kurulmuştur. Komite bağımsız uzmanlardan oluşmaktadır¹¹⁵. Sözleşmeyi imzalayan tüm devletler hakların nasıl uygulandığını düzenli

¹¹⁴ International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)

¹¹⁵ BM Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, m. 28: “1. Bir İnsan Hakları Komitesi kurulacaktır (Bu Sözleşme’de bundan böyle Komite olarak anılacaktır). Bu Komite on sekiz üyeden oluşacak ve aşağıda belirtilen görevleri yürütecektir. 2. Komite, bu Sözleşme’ye Taraf Devletlerin vatandaşlarından,

raporlar halinde Komite'ye bildirmekle yükümlüdürler¹¹⁶. Türkiye tarafından bu Sözleşme 15 Ağustos 2000'te imzalanmasına karşın, 23 Aralık 2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir¹¹⁷. Kanımızca, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme BM'nin ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesini ayrıntılı olarak düzenleyen önemli sözleşmelerinden biridir.

Sözleşme' de ayrımcılığın tanımı yapılmamıştır. Bu karşın, İnsan Hakları Komitesi sözleşmede kullanıldığı haliyle ayrımcılığın tanımını şu şekilde yapmaktadır: “*Herhangi bir ayırma, dışlama, kısıtlama veya renk, dil, din, ırk, cinsiyet, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum ya da başka durum, siyasi veya diğer görüşlere dayalı olarak gerçekleştirilen bütün hak ve hürriyetlerin herkes tarafından tanınmasını ve kullanılmasını engelleyecek veya sınırlandıracak ayrımcılıktır*”¹¹⁸. Komite'nin yaptığı bu tanıma göre ayrımcılık bu anlamıyla Sözleşme'de yer almaktadır. Ayrımcılığın kapsamı, nelerin ayrımcılık teşkil edeceği ayrıca özel ayrımcılık teşkil edecek durumlar da Sözleşme metninde yer almaktadır.

Ayrımcılık yasağı Sözleşme'nin 2. maddesinde; “*Bu Sözleşme'ye taraf her Devlet kendi ülkesinde yaşayan ve yetkisi altında bulunan bütün bireylere ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka fikir, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum ya da başka bir statü bakımından hiçbir ayırım gözetmeksizin bu Sözleşme'de tanınan hakları sağlamak ve bu haklara saygı göstermekle yükümlüdür.*” şeklinde vurgulanmaktadır. Görüldüğü üzere burada ayrımcılığın ve ayrımcılık yasağının tanımı yapılmamış yalnızca ayrımcılık yasağının genel itibariyle sınırları belirlenmiştir. Taraf devletlere mensup bireylerin; asgari şartlar altında sahip olmaları gereken hakları belirleyerek, bu haklardan yararlanmada bireyler arasında ayırım yapılmayacağı düzenlenmiştir. Buna göre Sözleşme' ye taraf devletlerin, ayrımcılığın önüne geçmekte ve bireylerin ayırım gözetilmeden hak ve menfaatlerden yararlanmasını sağlamak konularında yükümlüğü bulunmaktadır.

Sözleşme'nin 3. maddesinde, özel bir ayrımcılık türü olduğunu söyleyebileceğimiz cinsiyet ayrımcılığına ayrıca yer verilmiştir. “*Bu Sözleşme'ye taraf devletler, bu*

yüksek ahlaki karaktere sahip ve insan hakları alanında ehliyetleri ile tanınan kişilerden oluşacak, hukuk deneyimi olan bazı kişilerin Komite'ye katılmasının yararı da göz önünde bulundurulacaktır. 3. Komite üyeleri seçim yolu ile gelecekler ve kendi kişisel sıfatları ile görev yapacaklardır.”

¹¹⁶ <http://www.ihop.org.tr/2007/04/04/nsan-haklar-komitesi/> (E.T.: 26/04/2019)

¹¹⁷ <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/117-medeni-ve-siyasi-haklara-iliskin-uluslararası-sozlesme/> (E.T.: 26/04/2019)

¹¹⁸ Uyar, L.; Birleşmiş Milletlerde İnsan Hakları Yorumları: İnsan Hakları Komitesi ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi 1981-2006, İstanbul, 2006, s. 42-43.

Sözleşme'de yer alan bütün medeni ve siyasal haklardan erkeklerle kadınların eşit yararlanmasını güvence altına almakla yükümlüdürler.” Kadın ve erkeklerin haklar bakımından eşitliği vurgulanmıştır. Taraf devletlerin, hakların eşit olarak kullanılmasını ve güvence altına alınmasını sağlamakta sorumluluğu ifade edilmiştir.

Nefret ve ayrımcılığın açıkça yasaklandığı 20. madde ise şu şekildedir: *“Ulusal, ırksal ya da dinsel nefretin ayrımcılık, düşmanlık ya da şiddete kışkırtma şeklini alacak biçimde savunulması yasalarla yasaklanır.”* Burada nefretin yalnızca ulusal, ırksal ve dinsel sebeplerden dolayı; ayrımcılık, düşmanlık ve şiddet boyutlarına varması yasaklanmaktadır. Nefretin dinsel, ırksal ya da ulusal bir sebepten doğmadığı hallerde böyle bir yasağın gündeme gelmeyeceği sonucuna varılmaktadır. Ayrıca madde metninden; ayrımcılık, düşmanlık ya da şiddet boyutuna varmayan nefretin bir insan hakkı ihlali yaratmayacağı anlaşılmaktadır.

Sözleşmenin 23. maddesinde evlenme ve boşanma sırasında karı ve kocanın eşit hakları olduğu belirtilerek, 3. maddede olduğu gibi kadın-erkek eşitliğine yer verilmiştir. *“Bu Sözleşme'ye Taraf Devletler, eşlerin evlenirken, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesinde eşit hak ve sorumluluklara sahip olmalarını sağlamak için gerekli tedbirleri alacaklardır. Evlilik sona erdiğinde, çocuklar için gerekli olan koruyucu hükümler öngörülmesi sağlanacaktır.”* Bu madde ile ayrıca evliliğin sona ermesinden sonra çocukların zarar görmesinin önüne geçmek amacıyla, taraf devletlerin koruyucu hükümler alması gerektiği belirtilmiştir. Buradan yorumla BM nezdinde çocuklar, devletler tarafından korunması gereken bir statü içerisinde. Kanımızca; devletlerin iç hukuklarında ve uluslararası alanda, çocuklar ve kadınlar hakkında koruyucu hükümlerin yer aldığı anayasa, kanun ve sözleşmelerin bulunması devletlerin pozitif yükümlülükleri arasındadır.

Sözleşmenin 24. maddesinde çocuk haklarına özel olarak yer verilmiştir. *“Her çocuk, ırk, renk, cinsiyet, dil, din, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet ya da doğum bakımından hiçbir ayrım gözetilmeksizin, reşit olmayan kişi statüsünün gerektirdiği koruma tedbirlerinin ailesi, toplumu ya da devleti tarafından alınması hakkına sahiptir.”* Çocuklara uygulanması gereken koruma tedbirlerinin yalnızca devletin sorumluluğunda olmadığı, çocuğun ailesinin ve tüm toplumun bu hususta sorumluluğunun bulunduğu ifade edilmiştir. Buna göre her çocuk korunmaya muhtaç kabul edilmektedir.

“Herkes yasalar önünde eşittir ve hiçbir ayırım gözetilmeksizin yasalarca eşit derecede korunur. Bu bakımdan, yasalar her türlü ayrımı yasaklayacak ve ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka fikir, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum veya diğer statüler gibi, her bağlamda ayrımcılığa karşı eşit ve etkili korumayı temin edecektir.” şeklinde düzenlenen 26. maddeye göre, yasaların herkese eşit uygulanması ve herkesin ayrımcılığa karşı eşit derecede korunması gerektiği belirtilmiştir. Bu madde ile her bağlamda ayrımcılık yasaklanmaktadır.

Dil, din ve etnik azınlıklar yönünden; kendi kültür, dil ve dinleri, ibadet özgürlükleri bakımından bir koruma teminatı veren, Sözleşme’nin 27. maddesi ile taraf devletlere mensup azınlıkların, ayrımcılığa maruz kalmaları engellenmeye çalışılmıştır. Bu düzenlemeye göre; *“Etnik, dinsel ya da dil azınlıklarının bulunduğu devletlerde, bu azınlıklara mensup olan kişiler, kendi gruplarının diğer üyeleri ile birlikte, kendi kültürlerinden yararlanma, kendi dinlerine inanma ve bu dine göre ibadet etme, ya da kendi dillerini kullanma hakkından yoksun bırakılmayacaklardır.”* Dil, din ve etnik yapıları sebebiyle azınlık statüsünde bulunun bireylerin, korunarak ayrımcılığa maruz kalmalarının önüne geçmeyi amaçlayan bu madde ile azınlıklara yönelik ayrımcılık ayrıca ele alınmıştır.

2.2.3. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme

Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme¹¹⁹, BM kararı ile 3 Ocak 1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, açısından Sözleşme 23 Aralık 2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir¹²⁰. Bu Sözleşme ile Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme beraber hazırlanmıştır. Bu iki sözleşme birbirlerini tamamlar niteliktedir.

Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’nin denetim organı olan Komite, bünyesinde bağımsız uzmanlar bulunduran bir organdır. Denetim organı olması sebebiyle Sözleşme’ye taraf devletlerden sözleşme ile belirlenen hakların uygulanmasına ilişkin raporlar alıp, bu raporları inceler. Ayrıca denetim mekanizmasının

¹¹⁹ International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR)

¹²⁰ <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/120-ekonomik-sosyal-ve-kulturel-haklara-iliskin-uluslararası-sozlesme/> (E.T.: 26/04/2019)

bir gereği olarak hakların uygulanması aşamasında taraf devletlere tavsiye niteliğinde kararlar vererek, işlerliği sağlamaya yardımcı olur¹²¹.

Sözleşme' nin ayrımcılık yasağına yer veren madde 2/2'ye göre; taraf devletler, Sözleşme kapsamındaki hakların uygulanması aşamasında meydana gelebilecek her türlü ayrımcılığın önüne geçmekle yükümlüdürler. *“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 ya da başka bir statü bakımından herhangi bir ayrım gözetilmeksizin uygulanmasını taahhüt ederler.”* Haklardan herkesin eşit olarak yararlanmasını sağlamak amacıyla, taraf devletler, uygulamayı etkin olarak denetlemelidir.

Sözleşme' nin 3. maddesinde hakların kullanılmasında cinsiyet yönünden eşitlik ilkesi yer almaktadır. İlke Sözleşme maddesinde; *“Bu Sözleşme'ye Taraf Devletler, bu Sözleşme'de yer alan bütün ekonomik, sosyal ve kültürel hakların kullanılmasında erkeklere ve kadınlara eşit haklar sağlamayı taahhüt eder.”* şeklinde yer almaktadır. Ekonomik, sosyal ve kültürel hakların kullanılması sırasında meydana gelecek her türlü cinsiyet ayrımcılığıyla mücadele etmek taraf devletlerin görevlerinden biridir. Bu anlamda örneğin; taraf devletler, eşit işe eşit ücret verilmesini güvence altına alarak ekonomik hayatta kadınlar ve erkekler arasındaki eşitsizliklerin giderilmesi için fırsat eşitliğini sağlamaya yardımcı olabilir. Ayrıca kadın ve erkeklerin ekonomik, sosyal ve kültürel alanda aynı muameleye tabi olmaları bakımından ise kapsamlı bir koruma sistemi sağlanarak, pozitif uygulamalar arttırılmalıdır¹²². Sözleşme' nin 2/2. ve 3. maddeleri birbirlerini karşılıklı olarak desteklemektedir. Birinde genel olarak ayrımcılığın yasaklanmasından söz edilirken, diğerinde cinsiyet bakımından ayrımcılığın üzerinde durularak bu durum pekiştirilmektedir. Bu nedenle söz konusu maddelerin, birbirlerini tamamlayıcı nitelikte hükümler oldukları söylenebilir. Bu maddeler ile belirli kişilerin ve grupların veya bir diğerine göre koşullar bakımından daha avantajlı olduğu düşünülen cinsiyetteki bireylerin, belirli bir statü veya içinde bulunduğu durum sebebiyle farklı muameleye maruz kalmasını yasaklanmaktadır.

¹²¹ Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, 20 No'lu Genel Yorum <http://www.ihop.org.tr/2007/12/11/ekonomik-sosyal-ve-kultuerel-haklar-komitesi/> (E.T.: 26/04/2019)

¹²² Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, 16 No'lu Genel Yorum <http://www.ihop.org.tr/2007/12/11/ekonomik-sosyal-ve-kultuerel-haklar-komitesi/> (E.T.: 26/04/2019).

Sözleşme’ nin 7. maddesine bireylerin adil ve uygun işte çalışma şartları konu edilmiştir. Bu madde ile herkese adil ve elverişli çalışma hakkı tanınması zorunluluğu olduğu hüküm altına alınmıştır. Hiçbir ayrıma tabi tutulmaksızın özellikle kadınların, erkeklerin çalışma şartlarından daha alt düzeyde olmayan şartlarda çalışmaları güvence altına alınmak istenmiştir. Eşit işe, eşit ve adil ücretin herkesin hakkı olduğu belirtilmiştir. Bunun yanı sıra herkesin; Sözleşmenin hükümlerine uygun olarak, kendisi ve ailesi için nezih bir yaşam için güvenli ve sağlıklı çalışma şartlarının güvence altına alınması gerektiği ifade edilmiştir. Ayrıca görevde yükselmeye eşit imkanlar, yıllık ücretli izin ve resmi tatillerde ücret verilmesi madde kapsamında düzenlenmiştir. Sözleşme’ nin, 3. maddesinde olduğu gibi 7. maddesinde de cinsiyet eşitliği konusunda ayrı bir koruma mevcuttur. Bu anlamda her iki madde benzerlik taşımaktadır. Eşitlik ilkesinin etkin olduğu 7. madde hükmü ile yine ayrımcılık yasaklanmıştır.

Sözleşme’ nin 10/2. maddesinde; “*Annelere doğumdan önce ve sonra makul bir süre özel koruma sağlanır. Çalışan annelere bu dönem için ücretli izin veya yeterli sosyal güvenlikten yararlanabilecekleri bir izin verilir.*” denilerek pozitif ayrımcılık yapılmıştır. Birçok ülkede kadınların erkeklerle kıyaslandığında eğitim ve iş imkanlarına erişim olanaklarının daha güç olduğu görülmektedir. Kadınların iş hayatında istihdam ve terfi olanaklarının da yine aynı olduğu düşünüldüğünde bir takım pozitif ayrımcılık politikalarının uygulanması gerekmektedir. Çalışan kadınların hamilelik sürecinde işten çıkarılmakta veya hiç istihdam edilmemektedir¹²³. Bunların önüne geçmeyi hedefleyen madde, taraf devletlerin kendi iç hukuklarında da eğitim ve iş alanlarında kadınlar lehine birtakım politikaların gelişmesine yardımcı olmuştur. İç hukukumuzda, kadın işçilerin örneğin; yer ve su altında işlerde çalıştırılması yasaklanmıştır. Ayrıca kadın işçiler doğumdan önceki dönemde ve doğum sonrası sekiz hafta çalıştırılmaz. Bunun dışında hamilelik sürecinde işçiye rutin doktor kontrolleri için ve doğumdan sonra bir süre süt izni verileceği hükümleri de kadın işçileri kapsayan pozitif hükümler arasındadır¹²⁴.

¹²³ Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, 18 No’lu Genel Yorum <http://www.ihop.org.tr/2007/12/11/ekonomik-sosyal-ve-kultuerel-haklar-komitesi/> (E.T.: 26/04/2019)

¹²⁴ İş Kanunu, m. 72: “Maden ocakları ile kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında çalışılacak işlerde on sekiz yaşını doldurmamış erkek ve her yaştaki kadınların çalıştırılması yasaktır.”

İş Kanunu, m. 73: “Sanayiye ait işlerde on sekiz yaşını doldurmamış çocuk ve genç işçilerin gece çalıştırılması yasaktır. On sekiz yaşını doldurmuş kadın işçilerin gece postalarında çalıştırılmasına ilişkin usul ve esaslar Sağlık Bakanlığının görüşü alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca hazırlanacak bir yönetmelikte gösterilir.”

2.2.4. Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme

Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme¹²⁵, BM Genel Kurulu kararıyla kabul edilerek, 4 Ocak 1969’de yürürlüğe girmiştir. Sözleşme, Türkiye tarafından 13 Ekim 1972 tarihinde imzalanmış ancak 16 Ekim 2002’de yürürlüğe girmiştir¹²⁶.

Sözleşme’nin denetim organı, Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesidir¹²⁷. Komite, BM tarafından sözleşmeye taraf olan devletlerin sorumluluklarını ve faaliyetlerini izlemek, denetlemek için kurulmuş ilk oluşumdur¹²⁸. Taraf devletler Komite’ye isteğe bağlı ve bazı hallerde zorunlu raporlar sunmakla yükümlüdür. Komite ise bu raporları inceleyerek bazı tavsiyelerde bulunabilir. Ayrıca Sözleşme kapsamındaki haklar ile ilgili genel nitelikte yorumlar yapıp, bireysel başvuruları ve devlet başvurularını inceler. Sözleşme’ye taraf devletlerden yalnızca Komite’nin bireysel başvuruların incelendiği yetkili mercii olduğunu kabul eden ülkeler bireysel başvuru yapabilir. Komite’nin bu yetkisini kabul etmeyen devletlerin bireysel başvuru hakkı bulunmamaktadır. Ülkemiz Komite’nin bu yetkiye sahip olduğunu kabul etmemiştir. Dolayısıyla bireysel başvuru yapma hakkına da sahip değildir¹²⁹.

Sözleşme’ye taraf devletlere göre; bireyler, ayrımcılığa karşı aynı derecede korunmalıdır. Ayrıca kanunlar karşısında herkes eşit hak ve özgürlüklere sahiptir. Sözleşme kapsamında özel olarak ırksal ayrımcılık ele alınarak her şeklinin insan onuruna

İş Kanunu, m.74: “Kadın işçilerin doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam on altı haftalık süre için çalıştırılmamaları esastır. Çoğul gebelik halinde doğumdan önce çalıştırılmayacak sekiz haftalık süreye iki hafta süre eklenir. Ancak, sağlık durumu uygun olduğu takdirde, doktorun onayı ile kadın işçi isterse doğumdan önceki üç haftaya kadar işyerinde çalışabilir. Bu durumda, kadın işçinin çalıştığı süreler doğum sonrası sürelerle eklenir.”, “Hamilelik süresince kadın işçiye periyodik kontroller için ücretli izin verilir. Hekim raporu ile gerekli görüldüğü takdirde, hamile kadın işçi sağlığına uygun daha hafif işlerde çalıştırılır. Bu halde işçinin ücretinde bir indirim yapılmaz. İsteği halinde kadın işçiye, on altı haftalık sürenin tamamlanmasından veya çoğul gebelik halinde on sekiz haftalık süreden sonra altı aya kadar ücretsiz izin verilir.”, “Kadın işçilere bir yaşından küçük çocuklarını emzirmeleri için günde toplam bir buçuk saat süt izni verilir. Bu sürenin hangi saatler arasında ve kaç bölünerek kullanılacağını işçi kendisi belirler. Bu süre günlük çalışma süresinden sayılır.”

¹²⁵ International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (ICERD)

¹²⁶ <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/116-her-turlu-irk-ayrimclggn-ortadan-kaldrlmasna-iliskin-uluslararası-sozlesme/> (E.T.: 26/04/2019)

¹²⁷ Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD)

¹²⁸ <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CERD/Pages/CERDIndex.aspx> (E.T.: 26/04/2019)

¹²⁹ <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/142-irk-ayrimclggn-ortadan-kaldrlmas-komitesi/> (E.T.: 26/04/2019)

aykırı olduğu belirtilmiştir. Sözleşme'nin başlangıç kısmında, bu sözleşmenin amacının ırk ayrımcılığının önüne geçerek, toplumların bundan arındırılmasını sağlamak olduğu ifade edilmeye çalışılmıştır.

Sözleşme' nin ilk maddesi ile “ırk ayrımcılığı” tanımına yer verilmiştir. Buna göre; *“siyasal, ekonomik, sosyal, kültürel veya kamusal yaşamının herhangi bir alanında, insan hakları ve temel özgürlüklerin eşit 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 ayrıcalık tanıma”* ırk ayrımcılığı anlamına gelmektedir. Madde 1/4'te ise; *“Belirli bir ırkın veya etnik grubun veya bireylerin, insan haklarından ve temel özgürlüklerden eşit olarak yararlanmalarını ve bu hakları kullanmalarını sağlamak için koruma tedbirlerinin gerekli olması halinde, münhasıran bu grupların veya bireylerin yeterli gelişmelerini sağlamak amacıyla alınan ve sonuç itibariyle bu farklı ırk gruplarına ayrı haklar tanınmasına yol açmayan ve bu amacın gerçekleştirilmesinden sonra sürdürülmeyecek olan özel tedbirler, ırk ayrımcılığı olarak kabul edilemez.”* denilerek, ırk ayrımcılığı teşkil etmeyecek bir takım uygulamalardan söz edilmiştir. Buna göre; belirli bir ırkın bir takım hak ve özgürlüklerden tam olarak ya da gereği gibi yararlanamadıkları hallerde, pozitif ve geçici nitelikte tedbirler vasıtasıyla, diğerleriyle eşit duruma getirilmelerini sağlayan uygulamaların ayrımcılık sayılmayacağı ifade edilerek, adeta ayrımcılığın sınırları belirlenmiştir¹³⁰. Burada bahsedilen koruma tedbirleri kanımızca pozitif ayrımcılık olarak değerlendirilebilecek bir takım iyileştirme çabalarıdır.

Sözleşme' nin 2. maddesinde ayrımcılığın ortadan kaldırılmasına yönelik tedbirler yer almaktadır. Burada görev taraf devletlere düşmektedir. Sözleşme' ye taraf devletlerin; ırkçı yaklaşımları kınaması, ırk ayrımcılığından arınmış bir toplum düzeni amaç edinmelerini için çalışmaları gerekmektedir. Devletler hedefi, her ne surette olursa olsun ırk ayrımcılığının her türlüünü elverişli araçlarla ortadan kaldırmaya çalışmak olmalıdır. Bu konuda söz konusu maddede belirlenen tedbirleri almak, taraf devletlerin yükümlülüğüdür. Ayrıca Sözleşme' nin 1. maddesinde de yer aldığı gibi pozitif

¹³⁰ https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc086/kanuntbmmc086/kanuntbmmc08604750.pdf (E.T.: 30/04/2019)

ayrımcılığın gerekli olduğu hallerde devletlerin bu yönde tedbirleri almaktan kaçınmaması gerektiği de yer almaktadır¹³¹.

Sözleşme' nin 3. maddesi ırk ayrımcılığını ve apartheid politikalarını yasaklamaktadır. “*Taraf Devletler ırkların ayrı tutulmasını ve apartheid*’i¹³² özel olarak kınar ve kendi egemenlikleri altındaki topraklarda bu nitelikteki bütün uygulamaları önlemeyi, yasaklamayı ve yok etmeyi üstlenirler.” Bu madde ile bağlantılı olan 4. madde ile de ırkçı propagandalar ve faaliyetler yasaklanmıştır¹³³. Her iki madde birbirini destekler niteliktedir.

Sözleşme' nin 5. maddesinde; temel haklar, ekonomik, sosyal ve kültürel haklar ile siyasi hakların kullanılması sırasında ortaya çıkabilecek ırk ayrımcılıklarının yasaklanması

¹³¹ Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme, m. 2: “1. Taraf Devletler ırk ayrımcılığını kınar ve hiç gecikmeden her türlü ırk ayrımcılığını elverişli bütün araçlarla tasfiye eden ve bütün ırklar arasında anlayışın geliştiren bir politika izlemeyi taahhüt ederler. Bu amaçla: a) Her bir Taraf Devlet, kişilere, kişi guruplarına veya kurumlara karşı ırk ayrımcılığı şeklindeki her hangi bir eylem veya uygulamaya girmemeyi ve bütün kamu makamları ile ulusal veya yerel kamu kuruluşlarının bu yükümlülüğe uygun davranmalarını sağlamayı taahhüt eder; b) Her bir Taraf Devlet, kişi ve örgütlerin ırk ayrımcılığını maddi ve manevi bakımdan desteklememeyi ve savunmamayı taahhüt eder; c) Her bir Taraf Devlet, ırk ayrımcılığı yaratan veya ayrımcılığı sürdüren siyasi, milli ve yerel politikaları denetlemek ve yasalarını ve hukuki düzenlemelerini değiştirmek, kaldırmak veya iptal etmek için etkili tedbirler alır; d) Her bir Taraf Devlet, kişiler, gruplar veya örgütler tarafından yapılan ırk ayrımcılığını, şartların gerektirmesi halinde yasa çıkararak, gerekli her türlü vasıtayı kullanarak yasaklar ve buna son verir; e) Her bir Taraf Devlet, koşullar elverdikçe, bütünleştirici çok ırklı örgütleri ve hareketleri ve ırklar arasındaki engelleri kaldırmaya yarayan diğer araçları teşvik etmeyi ve ırksal bölünmeyi artırmaya eğilimli her hangi bir şeyi özendirmemeyi taahhüt eder. 2. Taraf Devletler, şartlar gerektirmesi halinde bazı ırk gruplarının veya bu gruplara mensup olan bireylerin insan haklarından ve temel özgürlüklerden tam ve eşit biçimde yararlanmalarını sağlamak amacıyla, bunların korunmaları ve yeterli gelişmelerinin sağlanması için sosyal, ekonomik, kültürel ve diğer alanlarda özel ve somut tedbirler alır. Bu tedbirler, alındıkları zamanki amaca ulaşılmamasından sonra, farklı ırk gruplarına eşitlikçi olmayan ve ayrı hakların sürdürülmesi sonucu verecek bir biçimde kullanılamaz.”

¹³² Türkçe anlamı “ırk ayrımı, ırkçılık” dır. <https://tureng.com/tr/turkce-ingilizce/apartheid> (E.T.: 30/04/2019), Apartheid Rejimi 1948 yılı sonrasında Güney Afrika’da Ulusal Parti’nin iktidara gelmesiyle başlayan, kurumsallaşarak ilerleyen ve ırk ayrımına dayanan bir rejimdir. <https://gajadergi.com/guney-afrikanin-irk-ayrimciliga-dayanan-rejimi-apartheid/> (E.T.: 30/04/2019)

¹³³ Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme, m. 4: “Taraf Devletler, bir renk veya etnik kökenden olan bir ırkın veya bir kişi grubunun üstünlüğüne dayanan, veya her hangi bir biçimde ırk düşmanlığını veya ayrımcılığını meşru göstermeye teşebbüs eden fikirlere veya teorilere dayanan bütün propagandaları ve örgütleri yasaklar ve mahkum eder; İnsan Hakları Evrensel Bildirisi ile bu Sözleşmenin beşinci maddesinde yer alan prensipleri göz önünde bulundurarak, bu tür ayrımcılık tahriklerini ve eylemlerini ortadan kaldırmak için tasarlanmış, başka tür tedbirlerle birlikte, hiç zaman geçirmeden aşağıdaki pozitif tedbirleri almayı taahhüt eder: a) Irk üstünlüğüne veya düşmanlığına dayanan, ırk ayrımcılığını teşvik eden fikirlerin yayılmasının, ve ayrıca bir ırka veya başka bir renk veya etnik kökenden olan kişilere karşı her türlü şiddet ve tahrik eylemlerinin, mali yardımlar da dahil ırkçı faaliyetlere her hangi bir yardım öngören bir antlaşma yapılmasının kanunen cezalandırılacak bir suç olduğunu beyan eder; b) Irk ayrımcılığını ilerleten ve tahrik eden örgütleri ve ayrıca örgütlü ve her türlü propaganda faaliyetlerini yasadığı ilan eder ve yasaklar, ve bu tür örgütlere ve faaliyetlere katılmayı hukuken cezalandırarak bir suç olduğunu beyan eder; c) Ulusal veya yerel kamu makam veya kuruluşların ırk ayrımcılığını ilerletmelerine veya teşvik etmelerine izin vermez.”

öngörülmüştür. Yargı önünde eşitlik, güvenlik hakkı, korunma hakkı, siyasal haklar ve kamu hizmetlerine ulaşma hakkı, seyahat özgürlüğü, yerleşim hakkı, vatandaşlık hakkı, evlenme, miras hakkı, düşünce, din ve vicdan hürriyeti hakkı, ifade özgürlüğü vb. birçok kişisel hak sayılmıştır. Taraf devletler, bu hak ve özgürlüklerin kullanılması sırasında kanun önünde eşitlik ilkesini güvence almakla yükümlüdür. Bu hakların kullanılması sırasında meydana gelebilecek her türlü ırk ayrımcılığı yasaklanmıştır¹³⁴.

Son olarak Sözleşme’de, taraf devletlerin ırk ayrımcılığının önüne geçmek ve ortadan kaldırmak izlemeleri gereken politikalar ve hukuki süreçlerin üzerinde durulmuştur. Buna göre taraf devletler, gereken tüm tedbirleri almakla yükümlüdür.

2.2.5. Kadınlara Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine İlişkin Sözleşme

Kadının sosyal yaşamda, hak ve özgürlüklerini kullanması aşamasında ve hatta tüm hayatı boyunca erkeklerden farklı ve kötü muameleye maruz kalması yüzyıllardır süregelen evrensel bir sorundur. Her ne kadar İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nden bu yana olan süreçte kadınların insan hakları kavramı günümüze kadar gelişerek bir iyileşme gösterse de tarihsel süreç ve toplumların kültürel yapıları ile beraber değerlendirdiğimizde, hala erkeklerin hak ve özgürlüklerini kullanmaktaki rahatlıklarına oranla son derece yetersiz durumdadır¹³⁵.

¹³⁴ Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme, m. 5: “Sözleşmeci Devletler, bu Sözleşmenin ikinci maddesinde yer alan temel yükümlülüklerine uygun olarak, her türlü ırk ayrımcılığını yasaklamayı ve tasfiye etmeyi ve herkesin ırk, renk veya ulusal veya etnik köken ayrımcılığına maruz kalmadan, özellikle aşağıdaki hakları kullanırken hukuk önünde eşitlik hakkını güvence altına almayı taahhüt eder: a) Yargı yerleri ve adalet dağıtan her türlü organ önünde eşit muamele görme hakkı; b) Kişi güvenliği hakkı ile, Hükümet görevlileri veya başka bir birey grubu veya kuruluşu tarafından yapılan şiddete ve müessir fiile karşı Devlet tarafından korunma hakkı; c) Siyasal haklar, özellikle genellik ve eşitlik ilkelerine dayanan seçimlere katılma - seçme ve seçimlerde aday olma-, Yönetimde ve ayrıca kamusal işlerin icrasında yer alma kamu hizmetlerine ulaşma hakkı; d) Diğer kişisel haklar, özellikle: (i) Devletin hudutları içinde seyahat özgürlüğü ve yerleşim hakkı; (ii) Kendi ülkesine olduğu gibi bir ülkeden çıkma ve kendi ülkesine dönme hakkı; (iii) Vatandaşlık hakkı; (iv) Evlenme ve eşini seçme hakkı; (v) Tek başına veya başkaları ile birlikte mal ve mülke sahip olma hakkı; (vi) Miras hakkı; (vii) Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkı; (viii) Fikir ve ifade özgürlüğü hakkı; (ix) Barışçıl bir biçimde toplanma ve örgütlenme özgürlüğü hakkı; e) Ekonomik, sosyal ve kültürel haklar, özellikle: (i) Çalışma, işini serbestçe seçme, adil ve elverişli koşullarda çalışma, işsizliğe karşı korunma, eşit işe eşit ücret, adil ve elverişli gelir hakları; (ii) Sendika kurma ve sendikalara girme hakkı; (iii) Konut hakkı; (iv) Sağlık, tıbbi bakım, sosyal güvenlik ve sosyal hizmetlerden yararlanma hakkı; (v) Eğitim ve öğrenim hakkı; (vi) Kültürel faaliyetlere eşit olarak katılma hakkı; f) Ulaşım araçları, oteller, restoranlar, kafeteryalar, tiyatrolar ve parklar gibi halkın kullanımı için tasarlanmış yerlere ve hizmetlere eşit olarak ulaşma hakkı.”

¹³⁵ Acar, F.; Kadınların İnsan Haklarının Geçirilmesi ve Ayrımcılığın Önlenmesinde Uluslararası Standart Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW) lar, Hukukta Kadın Sempozyumu, 2000, s. 46-48.

Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Tasfiye Edilmesine İlişkin Sözleşme¹³⁶, 3 Eylül 1981’de yürürlüğe girmiştir. Sözleşme, Türkiye açısından ise 19 Ocak 1986 tarihinde yürürlük kazanmıştır¹³⁷. Türkiye, bazı maddelerin Türk Medeni Kanunu’nun bu konudaki hükümleriyle çelişkili olması nedeniyle bu maddelere çekince koymuştur. Türkiye, 30 Eylül 1999 tarihli beyanı ile bu maddelere koyduğu çekinceleri kaldırdığını bildirmiştir. Mevcut durumda; Türkiye’nin, Sözleşme’ nin yalnızca 29/1. maddesine¹³⁸ ilişkin çekincesi bulunmaktadır. Bu madde Sözleşme’nin yorum veya uygulanmasına ilişkin olarak taraf devletler arasında uyuşmazlık olması halinde, bunun tahkim veya Uluslararası Adalet Divanı tarafından çözülmesini öngörmektedir¹³⁹.

Bu Sözleşme; yalnızca, özel olarak kadın haklarını düzenleyen bir belge olması sebebiyle, bu alanda önemli bir ilk olarak kabul edilmektedir. Sözleşmeyle kadına yönelik her türlü ayrımcı muamelenin tasfiyesini sağlamak amacıyla Sözleşme’ye taraf olan devletlerin sorumlulukları belirlenmiştir¹⁴⁰. Sözleşme’ nin amacı, taraf devletlerin kadınları toplumun her kesiminde koruyarak, hayatın her aşamasında üretmesini ve toplumun gelişmesine katkı sağlamasını güvence altına almaya çalışmaktır. Böylece, kadınların içinde bulundurulmaya itildikleri bir takım dezavantajlı durumlar ortadan kaldırılarak, kadının sosyal hayatta önünün açılması hedeflenmektedir. Kadın ve erkek arasındaki geleneksel ilişkinin yanlış yorumu, kadının özellikle iş hayatında ve sosyal haklarını kullanması sırasında bir takım ayrımcı muamelelere maruz kalmasına neden olmaktadır. Kanımızca, geleneksel bu anlayışın gelişen ve değişen toplum düzenine uyum sağlaması gerekmektedir. Sözleşme ile kadın ve erkek arasındaki hak eşitliği savunulmaktadır¹⁴¹. Sözleşme yalnızca kamusal alanda meydana gelen muameleleri konu almamaktadır. Bunun yanı sıra özel hukuk ilişkilerini de konu alarak devletlerin özel hayata müdahale etmesine

¹³⁶ Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW)

¹³⁷ <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/122-kadnlara-kars-her-turlu-ayrmlgn-onlenmesi-sozlesmesi/> (E.T.: 26/04/2019)

¹³⁸ Kadınlara Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine İlişkin Sözleşme, m. 29/1: “İki veya daha fazla Taraf Devlet arasında işbu Sözleşme’nin yorum veya uygulanmasından doğan ve müzakere ile çözümlenemeyen herhangi bir uyuşmazlık, birinin talebi ile hakem kuruluna götürülecektir. Taraflar tahkim name talebinden itibaren 6 ay içinde hakem kurulunun teşekkül tarzında anlaşmazlarsa, taraflardan herhangi biri uyuşmazlığı Uluslararası Adalet Divanına, Divan Statüsü uyarınca götürebilir.”

¹³⁹ <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/122-kadnlara-kars-her-turlu-ayrmlgn-onlenmesi-sozlesmesi/> (E.T.: 26/04/2019)

¹⁴⁰ Parlak Börü, Ş.; Kadının Korunmasına İlişkin Uluslararası Sözleşmeler ve Türkiye’nin Konumu, TBB Dergisi, Özel sayı, 2017, s. 48.

¹⁴¹ Acar, F./Arıner, H.O.; Kadınların İnsan Hakları ve Toplumsal Cinsiyet Eşitliği, 2009, s. 18. <http://www.antalyakadinmuzesi.org/dosyalar/dosyalar/Kad%C4%B1nlar%C4%B1n%20%C4%B0nsan%20Haklar%C4%B1%20ve%20Toplumsal%20Cinsiyet%20E%C5%9Fitil%C4%9Fi.pdf> (E.T.: 10/03/2019)

izin vermektedir. Liberal devlet anlayışı aile hayatı ve sosyal yaşam gibi alanlar artık devletin karışmayacağı alanlar olmaktan çıkmıştır. Böylece; devletler, kadının sosyal hayattaki yerini sağlamlaştırmak için bu yönde tedbirler alarak ayrımcılığın önüne geçebilmektedir¹⁴².

Sözleşme'nin denetim organı Komite'dir. Komitenin görevi, taraf devletlerin sundukları raporları inceleyip değerlendirmek ve değerlendirme neticesinde genel nitelikte eğer istersen bazı tavsiyelerde bulunmaktır.

Sözleşme madde 1 ile cinsiyet temelinde ayrımcılık tanımlanmıştır. Fakat Sözleşme'de cinsiyet temelinde ayrımcılık, yalnızca kadına karşı ayrımcı muameleleri içeren ayrımcılık olarak ele alınmıştır. *“Siyasal, ekonomik, sosyal, kültürel, kişisel veya diğer alanlardaki kadın ve erkek eşitliğine dayanan insan haklarının ve temel özgürlüklerin, medeni durumları ne olursa olsun kadınlara tanınmasını, kadınların bu haklardan yararlanmalarını veya kullanmalarını engelleme veya hükümsüz kılma amacını taşıyan veya bu sonucu doğuran cinsiyete dayalı her hangi bir ayırım, dışlama veya kısıtlama anlamına gelir”*¹⁴³. Sözleşme ile kanun önünde eşitlik ilkesinin korunması çerçevesinden uzaklaşılarak kamusal nitelikte haklar ile sözleşme özgürlüğü kapsamındaki haklar da koruma altına alınmıştır. Sözleşme'nin koruma alanı bu bakımdan oldukça geniştir.

Kadınlara karşı ayrımcılığın önüne geçilmesi veya ortadan kaldırılması için bir takım tedbirler alınmalıdır. Bu tedbirler hukuki, siyasal, ekonomik, sosyal ve kültürel alanda olabilir. Söz konusu bu tedbirleri almak sözleşmeye taraf devletlerin yükümlülüğüdür. Sözleşmenin 2. ve 3. maddelerinde devletlerin almakla yükümlü olduğu bu tedbirlere yer verilmiştir¹⁴⁴.

¹⁴² Kale Özçelik, F.; Kadınlara Karşı Her Biçimiyle Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi'nin Usule ve Esasa İlişkin Düzenlemeleri ve Türk Anayasa Hukuku'na Yansımaları, s. 326. <https://dergipark.org.tr/download/article-file/271261> (E.T.: 26/04/2019)

¹⁴³ https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/belge/uluslararası_belgeler/ayrimcilik/CEDAW/CEDAW_Sozlesmesi_ve_Ihtiyari_Protokolu.pdf (E.T.: 26/04/2019)

¹⁴⁴ Kadınlara Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine İlişkin Sözleşme, m. 2: “Taraf Devletler, kadınlara karşı her türlü ayrımı kınar, tüm uygun yollardan yararlanarak ve gecikmeksizin kadınlara karşı ayrımı ortadan kaldıracı bir politika izlemeyi kabul eder ve bu amaçla aşağıdaki hususları taahhüt ederler: a. Kadın ile erkek eşitliği ilkesini kendi anayasalarına ve diğer ilgili yasalara henüz girmemişse dahil etmeyi ve yasalar ile ve diğer uygun yollarla bu ilkenin uygulanmasını sağlamayı; b. Kadınlara karşı her türlü ayrımı yasaklayan ve gerekli yerlerde yaptırımları da içeren yasal ve diğer uygun önlemleri kabul etmeyi; c. Kadın haklarının erkeklerle eşit temelde himayesini, yetkili ulusal mahkemeler ve diğer kuruluşlarla kadının her tür

Sözleşme'nin 4. maddesine göre; *“1. Kadın ve erkek eşitliğini fiilen sağlamak için Taraf Devletlerce alınacak geçici ve özel önlemler, işbu Sözleşmede belirtilen türden bir ayırım olarak düşünülmecektir ve hiçbir şekilde eşitsizlik veya farklı standartların korunması sonucunu doğurmayacaktır. Fırsat ve uygulama eşitliği hedeflerine ulaşıldığı zaman bu önlemlere son verilecektir. 2. Anneliğin korunması amacıyla işbu Sözleşme’de belirtilenler dahil taraf devletlerce alınacak özel önlemler, ayrımcı olarak nitelendirilmeyecektir.”* Buna göre kadın - erkek eşitliğinin sağlanması için uygulanan politikalar ve tedbirler geçici nitelikte olmalıdır. İlk başta ayrımcı uygulamalar olduğu düşünülebilecek bu politikalar, aslında fiili eşitliği sağlamaya yönelik pozitif ayrımcılık ilkelerine dayanan uygulamalar olacaktır. Varılmak istenen nihai eşitlik haline ulaşıldıktan sonra, bu uygulamaların devam etmesi eşitsizliklere neden olacaktır. Ayrıca, anneliğin korunmaya muhtaç bir müessese olduğunun kabulü ile taraf devletler yine pozitif ayrımcılık yapmakla yükümlü olacaklardır.

Önyargı ve geleneklerin tasfiyesini konu alan 5. maddeye göre; *“Taraf devletler aşağıdaki bütün uygun önlemleri alacaktır: Her iki cinsten birinin aşağı veya üstün olduğu veya erkekler ile kadınların basmakalıp rollere sahip oldukları düşüncesine dayanan bütün önyargılar ve gelenekler ile her türlü uygulamayı tasfiye etmek amacıyla erkeklerin ve kadınların sosyal ve kültürel davranış tarzlarını değiştirmek ve ailede verilen eğitimin, toplumsal bir işlev olarak anneliğin gerektiği şekilde anlaşılmasını ve çocuğun büyütilmesinde ve yetiştirilmesinde erkeklerin ve kadınların ortak sorumluluğunun kabul edilmesini, yani çocuğun menfaatlerinin her durumda öncelik taşıdığını de içermesini sağlamak için tedbirler almak taraf devletlerin görevidir.”* Kanımızca; kadın ve erkek hakkında, geleneksel önyargı ve kalıp yargılara dayalı olarak yerleşmiş bir takım davranış biçimlerinin her iki cinse de dayatılmasıyla ortaya çıkan yanlışların aşılmasını sağlamak taraf devletlerin yükümlülükleri arasındadır. Bu madde ile dayatılan toplumsal cinsiyetlerin

ayrımcılığa karşı etkin bir şekilde korunmasını sağlamayı; d. Kadınlara karşı herhangi bir ayrımcı hareket yapılmasından veya uygulanmasından kaçınmayı ve kamu yetkilileri ile kuruluşlarının bu yükümlülüğe uyumlu olarak hareket etmelerini sağlamayı; e. Herhangi bir kişi veya kuruluşun kadınlara karşı ayırım yapma girişimini önlemek için bütün uygun önlemleri almayı; f. Kadınlara karşı ayrımcılık oluşturulan mevcut yasa, yönetmelik, adet ve uygulamaları değiştirmek veya feshetmek için yasal düzenlemeler de dahil gerekli bütün uygun önlemleri almayı; g. Kadınlara karşı ayrımcılık oluşturan bütün ulusal cezai hükümleri yürürlükten kaldırmayı.”

Kadınlara Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine İlişkin Sözleşme, madde 3: *“Taraf Devletler kadının tam gelişmesini ve ilerlemesini sağlamak için, özellikle politik, sosyal, ekonomik ve kültürel alanlar başta olmak üzere bütün alanlarda, erkeklerle eşit olarak insan hakları ve temel özgürlüklerinden yararlanmalarını ve bu hakları kullanmalarını garanti etmek amacıyla yasal düzenleme dahil bütün uygun önlemleri alacaklardır.”*

kabul edilmeyerek, her iki cinsiyetin de aile yaşamına, çocuklara ilişkin sorumluluklara ve genel olarak sosyal hayata katılmada eşit oldukları ifade edilmiştir.

Sözleşme'nin geri kalan maddeleri, genel hatları ile taraf devletlerin kadınlara karşı ayrımcılığı önlemek için alması gereken önlemler ile devletlerin bu konudaki yükümlülükleri, uygulama ve denetimin sağlanması için belirlenen usul ve esaslardan oluşmaktadır. Soysal, ekonomik, kültürel; siyasal ve temel haklar bakımından ayrıntılı düzenlemelere yer veren bu Sözleşme, erkekler ve kadınlar arasında tam anlamıyla bir eşitliğin sağlanmasını hedeflenmiştir. Sözleşme ile ayrımcılığın hukuki yönlerinin dışında kültürel yönlerine de sıkça vurgu yapılmıştır. Bu sayede, kadınların bir takım özel ihtiyaçlarının varlığı uluslararası hukuk alanında bu belge ile kabul edilmiş olmaktadır. Böylece içtihatla “*kadınların insan hakları*” kavramı yer etmiş olup, daha sonraki hukuki belgelere örnek niteliği teşkil etmiştir.¹⁴⁵

2.2.6. Engelli Bireylerin Haklarına İlişkin Sözleşme

Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı¹⁴⁶ dünya çapındaki engelli sayısının 650 milyonu bulduğunu ve bu sayısının 500 milyonunun ise gelişmekteki ülkelerde yaşadığını rapor etmiştir. Ayrıca, UNDP raporuna göre; “*dünyanın en yoksul kesiminin %20'sinin engelli olduğu ileri sürülmektedir.*” Yine UNESCO araştırmalarında, okula gidemeyen çocuk nüfusunun büyük çoğunluğunu engelliler oluşturmaktadır. ILO'nun araştırmalarına göre ise; “*bazı ülkelerde, engellilerin yaklaşık %80'i işsizdir*”¹⁴⁷. Bu verilere bakılarak engelli bireylerin bir takım haklarını kullanmada veya hak arama bakımından dezavantajlı durumda oldukları ortadadır.

Türkiye’de 2002 yılında yapılan “*Türkiye Özürlüler Araştırması*” kapsamında ortaya çıkan sayısal verilere bakıldığında uluslararası araştırmalarla aynı yönde olduğu görülmektedir. Buna göre, her on kişiden biri engelli bireylerden oluşmaktadır. Toplam

¹⁴⁵ Kaypak, Ş./ Kahraman, M.; Türkiye’de Kadının İnsan Hakları ve Anayasal Yansıması, Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2016, C. 13, S. 33, s. 305.

¹⁴⁶ Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı (United Nations Development Programme) yoksulluğun, eşitsizliklerin ve dışlanma ortadan kaldırılması amacıyla 1966 yılında kurulmuştur. Ayrıca ülkelerin sürdürülebilir kalkınmanın sağlanabilmesi için ülkelere projeler ve politikalar konusunda yardımcı olmayı amaç edinmektedir. <http://www.mfa.gov.tr/birlesmis-milletler-kalkinma-programi-undp-tr.mfa> (E.T.: 26/06/2019)

¹⁴⁷ Çağlar, S.; Engelli Hakları Sözleşmesinde Ayrımcılık Yasağı ve Türkiye’nin Uyum Sorunu, TBB Dergisi, 2011, S. 96, s. 149-150.

nüfus içinde engellilerin okuma yazma bilmeme oranı, engelli olmayan bireylere kıyasla iki kat daha fazladır. 2002 yılı verilerine göre; “*Çalışma hayatına dahil olmayan engelli nüfus oranı ise %78.29*” olduğu araştırma kapsamında ortaya çıkmıştır¹⁴⁸. Engelli haklarına ilişkin yasal düzenlemelere duyulan ihtiyaç evrensel boyutta bir ihtiyaçtır.

Engelli Haklarına İlişkin Sözleşme¹⁴⁹ 28 Ekim 2009’da yürürlüğe girmiştir¹⁵⁰. Bu Sözleşme’nin denetim organı Engelli Hakları Komitesi’dir. Komite, devletler tarafından kendisine sunulan raporları değerlendirip, genel tavsiyelerde ve yorumlarda bulunabilir. Komite’ nin bazı hallerde kendiliğinden soruşturma yapma yetkisi bulunmaktadır. Komite henüz Türkiye’ye ilişkin bir denetim yürütmemiştir¹⁵¹.

Sözleşme’nin 1. maddesine göre; amacı, engellilerin topluma etkin olarak katılmalarının sağlanması ve fırsat eşitliği yaratarak engellilerin insanlık onuru korumak ve bireysel farklılıklarına saygı gösterilmesini sağlamaktır. Ayrıca bu madde ile engellilik kavramı tanımlanmıştır. “*Engelli kavramı, diğer bireylerle eşit koşullar altında topluma tam ve etkin bir şekilde katılımlarının önünde engel teşkil eden uzun süreli fiziksel, zihinsel, düşünsel ya da algısal bozukluğu bulunan kişileri içermektedir.*”

Sözleşme’nin 2. maddesinde engelliliğe dayalı ayrımcılık ve makul düzenlemenin tanımları bu maddede yer almaktadır. Buna göre; engelliliğe dayalı ayrımcılık, “*siyasi, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni veya başka herhangi bir alanda insan hak ve temel özgürlüklerinin tam ve diğerleri ile eşit koşullar altında kullanılması veya bunlardan yararlanılması önünde engelliliğe dayalı olarak gerçekleştirilen her türlü ayırım, dışlama veya kısıtlamayı kapsamaktadır. Engelliliğe dayalı ayrımcılık makul düzenlemelerin gerçekleştirilmemesi dahil her türlü ayrımcılığı kapsar.*” Böylece engelliliğe dayalı ayrımcılığın kapsamı belirlenmiştir. Makul düzenlemelerin yahut makul uyumlaştırmanın yapılmaması da ayrımcılık kapsamında değerlendirilmiştir. Sözleşme’nin bu maddesinde yer alan bir diğer tanım ise makul düzenlemedir. Buna göre; “*Makul düzenleme, engellilerin insan haklarını ve temel özgürlüklerini tam ve diğer bireylerle eşit şekilde*

¹⁴⁸ Türkiye Özürlüler Araştırması 2002, T.C. Başbakanlık Devlet İstatistik Enstitüsü Başkanlığı ve T.C. Başbakanlık Özürlüler İdaresi Başkanlığı, Ankara, 2004, s. 8-9.

¹⁴⁹ <https://kutuphane.tuik.gov.tr/pdf/0014899.pdf> (E.T.: 26/06/2019)

¹⁵⁰ Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD)

¹⁵¹ <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/132-engellilerin-haklarna-iliskin-sozlesme/>

(E.T.: 26/06/2019)

¹⁵¹ <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/146-engelli-haklar-komitesi/> (E.T.: 26/04/2019)

kullanmasını veya bunlardan yararlanmasını sağlamak üzere belirli bir durumda ihtiyaç duyulan, ölçüsüz veya aşırı bir yük getirmeyen, gerekli ve uygun değişiklik ve düzenlemeleri ifade eder¹⁵².” Belirttiğimiz üzere, makul düzenlemeden kastedilen makul uyumlaştırma kapsamında ele aldığımız tüm iyileştirme faaliyetleridir.

Sözleşme’nin 5. maddesinde ayrımcılık yasağı eşitlik ile birlikte ele alınmıştır. Ayrımcılığın yasaklanması ile varılmak istenen sonuç tüm bireylerin hak ve özgürlükten eşit olarak yaşayabilmelerini sağlamak, dezavantajlı durumdaki bireyler için fırsat eşitliği yaratmaktır¹⁵³. Bu maddeye göre; makul uyumlaştırma yapmama ya da gerekli olduğu hallerde pozitif ayrımcılık hükümlerini uygulamama ayrımcılık yapmak olarak nitelendirilmiştir. Bunları uygulamak devletlerin yükümlülükleri arasında sıralanmıştır. “Taraf Devletler eşitliği sağlamak ve ayrımcılığı ortadan kaldırmak üzere engellilere yönelik makul düzenlemelerin yapılması için gerekli tüm adımları atar.” Sözleşme’nin madde 5/3’ü bu yönde düzenlenmiştir. Çoğunlukla engellilere yönelik bir ayrımcılık şekli olan makul uyumlaştırma yapmama günlük yaşamda sıkça görülmektedir. Daha önce bu konu başlığı altında belirttiğimiz üzere; makul uyumlaştırmanın genelde bireyin talebinin ya da ihtiyacının bilindiği ancak bu yönde bir iyileştirmenin, mümkün olduğu halde yapılmadığı durumlarda söz konusu olduğunu ifade etmiştik. Makul düzenleme yapması beklenen kişi ya da kurumların, bu kişilerden haberdar olmaması halinde ayrımcılıktan söz edilemeyecektir.

Sözleşme’de engelli kadın ve çocuklara yönelik ayrımcılık ayrıca hüküm altına alınmıştır. Bu bireylere uygulanan çok yönlü ayrımcılığın önüne geçilmesi veya ortadan kaldırılması için taraf devletlerin yükümlülükleri belirlenmiştir¹⁵⁴. Kadın ve çocukların

¹⁵² Engelli Haklarına İlişkin Sözleşme, tam metni:

http://www.tb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&view=article&id=686:engeller-haklarina-k-slee&Itemid=36 (E.T.: 25/05/2019)

¹⁵³ Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme, Engelli Kadınlar, m. 5: “1. Taraf Devletler herkesin hukuk önünde ve karşısında eşit olduğunu ve ayrımcılığa uğramaksızın hukuk tarafından eşit korunma ve hukuktan eşit yararlanma hakkına sahip olduğunu kabul eder. 2. Taraf Devletler engelliliğe dayalı her türlü ayrımcılığı yasaklar ve engellilerin herhangi bir nedene dayalı ayrımcılığa karşı eşit ve etkin bir şekilde korunmasını güvence altına alır. 3. Taraf Devletler eşitliği sağlamak ve ayrımcılığı ortadan kaldırmak üzere engellilere yönelik makul düzenlemelerin yapılması için gerekli tüm adımları atar. 4. Engellilerin fiili eşitliğini hızlandırmak veya sağlamak için gerekli özel tedbirler işbu Sözleşme amaçları doğrultusunda ayrımcılık olarak nitelendirilmez.”

¹⁵⁴ Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme, Engelli Kadınlar, m. 6: “1. Taraf Devletler engelli kadınlar ile kız çocuklarının çok yönlü ayrımcılığa maruz kalmakta olduğunu kabul eder ve bu bakımdan onların tüm insan hak ve temel özgürlüklerinden tam ve eşit koşullarda yararlanmalarını sağlamaya yönelik tedbirleri alır. 2. Taraf Devletler kadınların tam gelişimi, ilerlemesi ve güçlenmesini ve bu Sözleşme’de belirtilen insan hak ve temel özgürlüklerini kullanmalarını ve bunlardan yararlanmalarını sağlamak için gerekli tüm tedbirleri alır.”

ayrıca ve özel olarak korunması gerektiği; BM'ye üye devletler ve bu Sözleşme'ye taraf devletlerin ulusal ve ulusal üstü alanlarda hukuk metinlerinde, hem fikir oldukları konulardan biridir. Kanımızca; çok yönlü ayrımcılığa ayrıca yer verilmesi kadınların, kız çocuklarının ve tüm çocukların maruz kaldıkları ayrımcılığın boyutunun ne kadar ciddi toplumsal problemlere sebep olduğuna dikkat çekilmesi açısından son derece yerinde bir düzenlemedir.

Sözleşme'de erişebilirlik hakkı 9. maddede düzenlenmiştir. Burada engelli bireylerin yalnızca kamusal hizmet ve faaliyetlerden yeteri kadar yararlanmalarını sağlamak için devletlerin yükümlülüklerine yer verilmiştir. Özel hukuktan doğan hizmet ve faaliyetler bu kapsamın dışında tutulmuştur¹⁵⁵. Engelli bireylerin bu hizmetlerden olması gereken şekilde yaralanması erişebilirliğin olması ile doğru orantılıdır. Kamusal veyahut kamuya açık alanlardaki hizmet ve tesislere erişebilirliğin standartları her engelli bireyin özelliklerine bakılarak ihtiyaçları yönünde belirlenmiştir¹⁵⁶. Engelli bireylerin; bir hizmete, bir alana ya da tesise, bilgiye erişiminin diğerleri ile eşit şartlarda olması beklenemez. Bu nedenle hali hazırda var olan tesis, alan ya da hizmetlerin engelli bireyin ulaşabileceği biçimde entegre

Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme, Engelli Çocuklar, m. 7: “1. Taraf Devletler, engelli çocukların diğer çocuklarla eşit bir şekilde tüm insan temel hak ve özgürlüklerinden tam olarak yararlanmasını sağlamak için gerekli tüm tedbirleri alır. 2. Engelli çocuklarla ilgili tüm eylemlerde çocuğun en çıkarının gözetilmesine öncelik verir. 3. Taraf Devletler engelli çocukların kendilerini etkileyen her konuda diğer çocuklarla eşit koşullar altında görüşlerini serbestçe ifade etme hakkına sahip olmalarını, yaşları ve olgunluk seviyelerine göre görüşlerine önem verilmesini ve onlara bu hakkın tanınması için engeline ve yaşına uygun destek sunulmasını sağlar.”

¹⁵⁵ Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme, m. 9: “1. Taraf Devletler engellilerin bağımsız yaşayabilmelerini ve yaşamın tüm alanlarına etkin katılımını sağlamak ve engellilerin diğer bireylerle eşit koşullarda fiziki çevreye, ulaşım, bilgi ve iletişim teknolojileri ve sistemleri dahil olacak şekilde bilgi ve iletişim olanaklarına hem kırsal hem de kentsel alanlarda halka açık diğer tesislere ve hizmetlere erişimini sağlamak için uygun tedbirleri alacaklardır. Erişim önündeki engellerin tespitini ve ortadan kaldırılmasını da içeren bu tedbirler diğerlerinin yanında, aşağıda belirtilenlere de uygulanır: (a) Binalar, yollar, ulaşım araçları ve okullar, evler, sağlık tesisleri ve işyerleri dahil diğer kapalı ve açık tesisler; (b) Elektronik hizmetler ve acil hizmetler de dahil olmak üzere bilgi ve iletişim araçları ile diğer hizmetler. 2. Taraf Devletler aşağıdakileri gerçekleştirmek için de uygun tedbirleri alacaklardır: (a) Kamuya açık veya kamu hizmetine sunulan tesis ve hizmetlere erişime ilişkin asgari standart ve rehber ilkelerin geliştirilmesi, duyurulması ve bunlara ilişkin uygulamaların izlenmesi; (b) Kamuya açık tesisleri işleten veya kamuya hizmet sunan özel girişimlerin engellilerin ulaşılabilirliğini her açıdan dikkate almalarının sağlanması; (c) İlgili kişilerin engellilerin karşılaştığı ulaşılabilirlik sorunlarıyla ilgili olarak eğitilmesi; (d) Kamuya açık binalar ve diğer tesislerde Braille alfabesi ve anlaşılması kolay nitelik taşıyan işaretlemelerin sağlanması; (e) Kamuya açık binalara ve tesislere erişimi kolaylaştırmak için rehberler, okuyucular ve profesyonel işaret dili tercümanları dahil çeşitli canlı yardımların ve araçların sağlanması; (f) Engellilerin bilgiye erişimini sağlamak için onlara uygun yollarla yardım ve destek sunulmasının teşvik edilmesi; (g) Engellilerin İnternet dahil yeni bilgi ve iletişim teknolojilerine ve sistemlerine erişiminin teşvik edilmesi; (h) Erişilebilir bilgi ve iletişim teknolojileri ve sistemlerinin tasarım, geliştirme ve dağıtım çalışmalarının ilk aşamadan başlayarak teşvik edilmesi ve böylece bu teknoloji ve sistemlere engelliler tarafından asgari maliyetle erişilebilmesinin sağlanması.”

¹⁵⁶ Çağlar, S.; Engellilerin Erişebilirlik Hakkı ve Türkiye’de Erişebilirlikleri, AÜHFD, 2012, C. 61, S.2, s. 569.

edilmesi gerekmektedir. Bu entegrasyonun sağlanabilmesi için nesnel olarak mümkün ve makul olması gerekmekte yani makul düzenlemenin ölçüsüz ve aşırı bir yük getirmeyen nitelikte olması şartı aranmaktadır¹⁵⁷.

2.2.7. Çocuk Hakları Sözleşmesi

Çocukların diğer tüm bireylerden ayrı olarak özel ilgi ve yardıma ihtiyaç duymaları sebebiyle herkesten daha fazla korunmaları gerektiği ortadadır. Hatta çocuğun gerek fiziksel gerekse de zihinsel olarak bir olgunluğa erişmemiş olduğunu kabul ettiğimizde bu olgunluğa ulaşılması yalnızca doğumdan sonraki büyüme ve gelişme döneminde değil doğum öncesi dönemde anne karnında da hem yasal hem de fiziki olarak korunma gereksinimi olduğu bilinmektedir¹⁵⁸.

Çocuklar, her şartta korunmadan ve yardımdan ilk yararlanması gerekenlerdir. Doğrudan ya da dolaylı ayrımcılığa maruz kalan çocukların durumu yetişkinlerden farklıdır. Çocukların hayatta kalmak için birilerine bağımlı yaşamaları gerekmesi sebebiyle, yetişkinlerin aldıkları siyasi kararlara göre şekillenen bir düzenin içinde büyümek ve gelişmek zorundadırlar. Bunun yanı sıra cinsiyet, engellilik hali, dil, din, renk gibi başkaca ayrımlara da maruz kaldıkları düşünüldüğünde; yetişkinlerle kıyaslandığında maruz kalınan şiddet ve ayrımın derecesi de artacak, çift yönlü bir ayrımcılıktan söz edilebilecektir¹⁵⁹.

Çocuk Hakları Sözleşmesi (ÇHS)¹⁶⁰, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 20 Aralık 1989 tarihinde kabul edilerek, 02 Eylül 1990'da yürürlük kazanmıştır. Türkiye Sözleşme'nin bazı maddelerinin Anayasa ve Lozan Antlaşması ile çelişen nitelikte olduğu gerekçesiyle bu maddelere çekince koyarak imzalamıştır. Söz konusu maddeler; çocukların ruhsal ve ahlaki olarak gelişimi için kitle iletişim araçlarının önemi sebebiyle bilgi ve belge edinimi, çocuk eğitiminin BM tarafından belirlenen ilkeler ile sağlanmasını ve azınlık

¹⁵⁷ Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Komitesi, Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik Hakkında Genel Yorum, No: 6, 2018, madde 18/c, madde 23-27.

¹⁵⁸ Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirgesi, tam metni:

http://kdkcocuk.gov.tr/anasayfa/contents/files/YasalDuzenlemeler/BM_cocuk_Haklari_Bildirisi.pdf
(E.T.: 17/07/2019)

¹⁵⁹ Yaş Ayrımcılığı: Kanun Önünde Eşitlik ve Çocuk Hakları Politika Belgesi, s. 3.

<http://www.cocukhaklariizleme.org/wp-content/uploads/yas-ayrimciligi-politika-belgesi.pdf>
(E.T.: 17/07/2019)

¹⁶⁰ Convention on the Rights of the Child (CRD)

durumunda olan çocukların kendi dinlerine inanarak, kültürlerinden yararlanma ve kendi dillerini kullanmalarına ilişkin maddelerdir¹⁶¹. Bunlar arasında en önemli görülen azınlık durumundaki çocukların kendi din, dil ve kültürlerine uygun olarak yaşayabilmelerine imkan tanıyan düzenlemedir¹⁶². Sözleşme, Türkiye bakımından 4 Mayıs 1995'te yürürlük kazanmıştır¹⁶³.

Sözleşme'nin denetim organı, Çocuk Hakları Komitesi'dir. Komite Sözleşme'ye taraf devletlerin sundukları raporları inceleyip değerlendirir. Ayrıca bu Sözleşme'ye ek protokollere taraf devletlerce sunulan raporları da değerlendirerek tavsiye raporlarını düzenler¹⁶⁴.

Sözleşme'nin genelinde çocukların; özel olarak korunmaya, kişiliklerinin tam olarak gelişebilmeleri için uygun bir ortamda yetiştirilmeye ihtiyaç duydukları belirtilmiştir. Çocukların uygun ve sağlıklı bireyler olarak yaşayabilmeleri, tüm haklardan gereği gibi yararlanarak; özgürlük, eşitlik ve dayanışma içinde yetiştirilmeye hakları olduğu düşüncesi hakimdir. Bunun yanı sıra kanımızca, özel ilgiye gereksinimi olan ve dezavantajlı

¹⁶¹ Çocuk Hakları Sözleşmesi, m. 17: "Taraf Devletler, kitle iletişim araçlarının önemini kabul ederek çocuğun; özellikle toplumsal, ruhsal ve ahlaki esenliği ile bedensel ve zihinsel sağlığını geliştirmeye yönelik çeşitli ulusal ve uluslararası kaynaklardan bilgi ve belge edinmesini sağlarlar. Bu amaçla Taraf Devletler: a) Kitle iletişim araçlarını çocuk bakımından toplumsal ve kültürel yararı olan ve 29 uncu maddenin ruhuna uygun bilgi ve belgeyi yaymak için teşvik ederler; b) Çeşitli kültürel, ulusal ve uluslararası kaynaklardan gelen bu türde bilgi ve belgelerin üretimi, değişimi ve yayımı amacıyla uluslararası işbirliğini teşvik ederler; c) Çocuk kitaplarının üretimini ve yayılmasını teşvik ederler; d) Kitle iletişim araçlarını azınlık grubu veya bir yerli ahaliye mensup çocukların dil gereksinimlerine özel önem göstermeleri konusunda teşvik ederler; e) 13 ve 18 inci maddelerde yer alan kurallar göz önünde tutularak çocuğun esenliğine zarar verebilecek bilgi ve belgelere karşı korunması için uygun yönlendirici ilkeler geliştirilmesini teşvik ederler."

Çocuk Hakları Sözleşmesi, m. 29: "1. Taraf Devletler çocuk eğitiminin aşağıdaki amaçlara yönelik olmasını kabul ederler; a) Çocuğun kişiliğinin, yeteneklerinin, zihinsel ve bedensel yeteneklerinin mümkün olduğunca geliştirilmesi; b) İnsan haklarına ve temel özgürlüklere, Birleşmiş Milletler Antlaşmasında benimsenen ilkelere saygısının geliştirilmesi; c) Çocuğun ana-babasına, kültürel kimliğine, dil ve değerlerine, çocuğun yaşadığı veya geldiği menşee ülkenin ulusal değerlerine ve kendisinininkinden farklı uygarlıklara saygısının geliştirilmesi; d) Çocuğun, anlayışı, barış, hoşgörü, cinsler arası eşitlik ve ister etnik, ister ulusal, ister dini gruplardan, isterse yerli halktan olsun, tüm insanlar arasında dostluk ruhuyla, özgür bir toplumda, yaşantıyı, sorumlulukla üstlenecek şekilde hazırlanması; e) Doğal çevreye saygısının geliştirilmesi, 2. Bu maddenin veya 28 inci maddenin hiçbir hükmü gerçek ve tüzel kişilerin öğretim kurumları kurmak ve yönetmek özgürlüğüne, bu maddenin birinci fıkrasında belirtilen ilkelere saygı gösterilmesi ve bu kurumlarda yapılan eğitimin Devlet tarafından konulmuş olan asgari kurallara uygun olması koşuluyla, aykırı sayılacak biçimde yorumlanmayacaktır."

¹⁶² Çocuk Hakları Sözleşmesi, m. 30: "Soya, dine ya da dile dayalı azınlıkların ya da yerli halkların var olduğu Devletlerde, böyle bir azınlığa mensup olan ya da yerli halktan olan çocuk, ait olduğu azınlık topluluğunun diğer üyeleri ile birlikte kendi kültüründen yararlanma, kendi dinine inanma ve uygulama ve kendi dilini kullanma hakkından yoksun bırakılamaz."

¹⁶³ <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/124-cocuk-haklarna-dair-sozlesme/> (E.T.: 17/07/2019)

¹⁶⁴ <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/141-cocuk-haklar-komitesi/> (E.T.: 17/07/2019)

durumdaki ülkelerde birtakım talihsizlikler yaşamış çocukların ayrı bir korumaya ihtiyaç duydukları açıktır.

Sözleşmesi'nin 1. maddesinde kimlerin çocuk olduğu belirtilmiştir. Buna göre; *“Bu Sözleşme uyarınca çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, on sekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır.”*

Sözleşme'nin 2/1. maddesi ayrımcılık yasağına ilişkindir. Buna göre; *“Taraflar Devletler, bu Sözleşmede yazılı olan hakları kendi yetkileri altında bulunan her çocuğa, kendilerinin, ana babalarının veya yasal vasilerinin sahip oldukları, ırk, renk, cinsiyet, dil, siyasal ya da başka düşünceler, ulusal, etnik ve sosyal köken, mülkiyet, sakatlık, doğuş ve diğer statüler nedeniyle hiçbir ayırım gözetmeksizin tanır ve taahhüt ederler.”* Bu hüküm ile yalnızca bu sözleşmede yazılı olan haklar çerçevesinde bir ayrımcılık yasağı getirilmiştir.

Sözleşme'nin 3. maddesinin 1. fıkrasında tüm yardım kuruluşları ile adli ve idari merciiler ve Devlet tarafından gerçekleştirilen faaliyetlerin tümünde çocuğun üstün yararının gözetilmesi gerektiği hususu yer almaktadır. Çocuğun üstün yararının gözetilmesi sebebiyle, bu hüküm pozitif ayrımcılık niteliğindedir. Sözleşme'nin 4. maddesi de bu yönde bir hükümdür. Buna göre; taraf devletler, çocukların haklarının uygulanması amacıyla idari ve adli her türlü tedbiri almalıdır. Taraf devletler gerekirse çocukların menfaatlerini gözeterek uluslararası işbirliği yoluna gitmelidir.

Sözleşme'nin 6. maddesinde; her çocuğun yaşama, gelişme ve hayatta kalma hakkı olduğunu ve bu hakların sağlanmasında taraf devletlerin mümkün olduğu kadar fazla çaba göstermesi gerektiği ifade edilmiştir¹⁶⁵. Çocukların hayata tamamen başkalarına bağımlı olarak başlamaları sebebiyle; yaşama, gelişme ve hayatta kalma gibi temel vazgeçilemez hakların temini sırasında devletlerin desteğine ihtiyaç halindedirler. Çocuğun sağlıklı gelişiminin devletlerce sağlanması sadece çocuğun menfaatine bir durummuş gibi görünse de, bu durum tüm topluma katkı sağlayacak bir husustur. Kanımızca; çocuğun tüm yaşamı boyunca kendi devletine ve tüm topluma sağlayabileceği katkılar düşünüldüğünde; devletlerin bundan menfaati daha fazla olacaktır. Yani çocuğun refahı, ileride devletin refahını sağlayabilecektir diyebiliriz.

¹⁶⁵ Çocuk Hakları Sözleşmesi, m. 6: “1. Taraf Devletler, her çocuğun yaşama hakkı olduğunu kabul ederler. 2. Taraf Devletler, çocuğun hayatta kalması ve gelişmesi için mümkün olan azami çabayı gösterirler.”

Türkiye'nin çekince koyduğu 30. maddeye göre; “Soya, dine ya da dile dayalı azınlıkların ya da yerli halkların var olduğu Devletlerde, böyle bir azınlığa mensup olan ya da yerli halktan olan çocuk, ait olduğu azınlık topluluğunun diğer üyeleri ile birlikte kendi kültüründen yararlanma, kendi dinine inanma ve uygulama ve kendi dilini kullanma hakkından yoksun bırakılamaz.” Bu madde azınlık durumunda olan çocukların din, dil, ırk bakımından kendi dinlerine inanma, kendi dillerini kullanmasının önüne geçilemeyeceği, devletlerin bunu sağlaması gerektiği anılmaktadır. Kanımızca, çocuğun kendi dilini kullanamaması, kendi dinine inanamaması ve ibadetlerini yerine getirememesi bu konular bakımından ayrımcılığa maruz kalması demektir. Bu nedenle söz konusu madde ile çocukların soy, din ve dil özelliklerine dayalı olarak ayrımcılığa maruz kalmalarının önüne geçilmek istenmiştir.

2.3. Avrupa Konseyinin Ayrımcılık Yasağına İlişkin Düzenlemeleri

2.3.1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi¹⁶⁶, 3 Eylül 1953'te yürürlüğe girmiştir. Sözleşme Türkiye bakımından ise 18 Mayıs 1954 tarihinde yürürlük kazanmıştır¹⁶⁷.

AIHS, maddi bir bağlayıcılığı bulunmayan İHEB'de geniş bir şekilde ele alınan medeni ve siyasal hakları güvence altına almak için imzalanmıştır. Asıl metninde, medeni ve siyasi hakların bir kısmı yer almaktadır¹⁶⁸. Sözleşme' de yer verilmeyen diğer haklara ise daha sonra taraf devletlerce kabul edilerek yürürlüğe giren protokollerde yer verilmiş ve böylece Sözleşme'nin kapsamı genişletilmiştir¹⁶⁹. Sözleşme'de, yaşam hakkı; işkence yasağı; kölelik ve zorla çalıştırma yasağı; özgürlük ve güvenlik hakkı; adil yargılama hakkı; kanunsuz ceza yasağı; özel ve aile hayatına saygı; din ve kanaat hürriyeti; ifade özgürlüğü; toplantı ve dernek kurma özgürlüğü; evlenme ve etkili başvuru hakkı ile Sözleşme'de belirtilen hak ve özgürlükten yararlanmada herhangi bir ayrımcılığa

¹⁶⁶ European Convention on Human Rights (ECHR)

¹⁶⁷ <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/49-avrupa-insan-haklar-sozlesmesi/>
(E.T.: 25/10/2019)

¹⁶⁸ Sur, M.; İş Hukukunun Uluslararası Kaynakları, İzmir, 1995, s. 5.

¹⁶⁹ <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/49-avrupa-insan-haklar-sozlesmesi/>
(E.T.: 25/10/2019)

uğramama gibi haklar yer almaktadır¹⁷⁰. İHEB’ ne göre kısıtlı olan Sözleşme’ de, sosyal ve ekonomik haklara ise hiç yer verilmemiş yalnızca temel ve siyasi haklar ele alınmıştır¹⁷¹.

Sözleşme, temelde İHEB ile benimsenin ilkeleri benimsemiştir. Ancak İHEB’ den uygulanabilirlik bakımından farklıdır. Sözleşme ile yargısal bir denetim mekanizması oluşturulmuştur. Sözleşme’nin sonradan eklenen protokollerden önceki ilk hali ile başta üç farklı denetim organı bulunmakta idi. Bunlardan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AHİM) ana denetim organıdır. Diğer denetim organları ise İnsan Hakları Komisyonu ve Bakanlar Komitesi’dir. 1 Kasım 1998 tarihinde yürürlüğe giren AİHS’ne Ek 11 Numaralı Protokole bağlı olarak denetim organlarından İnsan Hakları Komisyonu ile eski AHİM kaldırılmıştır¹⁷². Böylece artık bireysel ve devletlerarası başvuruların yapılacağı merci yalnızca AHİM haline gelmiştir¹⁷³.

Yargısal bir denetim mekanizmasına sahip olan AİHS, BM tarafından kabul edilen uluslararası sözleşmelerden de bu özelliği nedeniyle ayrılmaktadır. Maddi olarak bir bağlayıcılığı olması sebebiyle, hakları güvence altına almakta daha etkin bir usul ve denetime sahiptir. Bu bakımdan, AİHS’ nin en önemli özelliği yargısal denetim mekanizmasına sahip olmasıdır¹⁷⁴. Ortak bir güvence sisteminin varlığı sayesinde, üye devletlerin insan haklarına ilişkin tutum ve davranışlarının daha kontrol edilebilir bir düzeyde kalması sağlanmaktadır¹⁷⁵.

Sözleşme’nin 14. maddesinde ayrımcılık yasaklanmıştır. Buna göre; “*Bu Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi 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.*” şeklinde yer almaktadır. Sözleşme kapsamındaki hak ve özgürlükler ayrımcılık yapılmadan uygulanmalıdır. Ayrımcılık yasağı, yalnızca sözleşme

¹⁷⁰ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, tam metni:

<https://www.danistay.gov.tr/upload/avrupainsanhaklarisozlesmesi.pdf> (E.T.: 25/10/2019)

¹⁷¹ Sur, s. 5.

¹⁷² Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Ek 11 Numaralı Protokol, tam metni:

https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/07/29/AIHS_11.protokol.pdf, (E.T.: 29/10/2019)

¹⁷³ <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/43-avrupa-insan-haklar-mahkemesi/>, (E.T.: 29/10/2019)

¹⁷⁴ Kapani, s. 70-71.

¹⁷⁵ Batum, S.; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemi Etkileri, İstanbul, 1993, s. 25-26.

kapsamındaki hak ve özgürlükler bakımından uygulanabilecektir¹⁷⁶. Buradan varılacak sonuca göre; Sözleşme’de yer almayan hak ve özgürlükler bakımından meydana gelen bir ayrımcılık halinde, Sözleşme kapsamında bir ayrımcılık söz edilemeyecek ve AİHM’ e yapılacak başvuru yargısal denetime tabi tutulamayacaktır. Sözleşme’ de hak ve özgürlükler bakımından sınırlı uygulama olsa da, konuyu ayrımcılık türleri bazında ele aldığımızda sebepler sınırlı değildir. Maddede yer alan; “*Herhangi başka bir duruma dayalı ayrımcılık*” ifadesi, birçok farklı şekilde ayrımcılığın yapılabileceğinin ve bunların her birinin yasaklandığı anlamına gelmektedir. Örneğin; maddede yer almamasına karşın cinsel yönelim, belli bir zümre ya da aileden olmak, engellilik, yaş gibi nedenlerden dolayı ayrımcılığın olduğu haller de Sözleşme kapsamında kabul edilerek, AİHM denetimine tabi tutulabilecektir.

Sözleşme’nin 14. maddesi devletlere var olan eşitsizlikleri gidermek için gruplara farklı davranmayı yasaklamamaktadır. Aksine bazı hallerde objektif ve makul bir haklı neden olmadan eşitsizliği gidermek için farklı muamele yapılmaması, bu maddenin ihlaline yani ayrımcılığa neden olabilmektedir. AİHM; Belçika dil davasında verdiği kararda, farklı muamelenin haklı olması için bazı ölçütler zikretmiştir. Bunlar, amacın meşru olması, demokratik toplumda gereklilik, orantılılık ve ölçülülüktür¹⁷⁷. Farklı muamelenin haklı olmasında aranan şartlarda AİHM kararları ile Anayasa Mahkemesi kararları benzerlik göstermektedir. Anayasa Mahkemesi’ ne göre: “*Kamu yararı veya haklı nedenle getirilen farklı düzenlemelerin; anlaşılabilir, amaçla ilgili, adil ve makul olması gerekir*¹⁷⁸.”

AİHS’ nin 12 Numaralı Ek Protokolü ile ana sözleşmede belirlenen hakların kapsamı genişletilmiştir¹⁷⁹. AİHS’ nin 12 Numaralı Ek Protokol’ünün 1. maddesinde ayrımcılık genel olarak yasaklanmıştır. Buna göre; “*1. Hukukten 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*

¹⁷⁶ Tezcan, D./ Erdem, R.M./ Sancaktar, O.; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye İnsan Hakları Sorunu, Ankara, 2004, s. 524.

¹⁷⁷ Doğru, O.; Belçika’da Eğitim Dili Davası, İnsan Hakları Kararlar Derlemesi, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 1998, s. 39.

¹⁷⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz., s. 33.

¹⁷⁹ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Ek 12 Numaralı Protokol, tam metni:

<https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/62-avrupa-insan-haklar-sozlesmesine-ek-12-numaraliprotokol/> (E.T.: 08/08/2019)

hiçbir gerekçeyle, hiçbir kamu makamı tarafından ayrımcılığa maruz bırakılamaz.” Böylece Sözleşme’nin ilk haliyle tanınan haklar hukuken tanınan bütün hakları kapsayacak şekilde genişletilmiştir. Böylece ayrımcılık yasağı sınırlı bir haldeyken, genel bir niteliğe kavuşmuştur¹⁸⁰. Ayrıca Protokol ile ayrımcılık yasağının kapsamı, taraf devletlerin iç hukuklarında bireylere tanınan haklar ile sınırlanmıştır. Hukuken temin edilmiş haklarla kastedilen, taraf devletlerin iç hukuklarında bireylere tanıdıkları haklardır. Bu nedenle; taraf devletlerin iç hukukunda yer almayan bir düzenleme nedeniyle ayrımcılık yasağının ihlal edildiği iddiasında bulunulamayacaktır. Türkiye bu Protokol’ü imzalamış fakat onaylamamıştır. Bu sebeple Türkiye açısından zaten henüz yürürlüğe girmemiştir¹⁸¹.

AIHM, ayrımcılık yasağı ihlaline ilişkin önüne gelen bir şikayetin öncelikle Sözleşme’de yer alan hak ve özgürlükler kapsamında olup olmadığını tespit eder. Sonra, eğer Sözleşme kapsamındaki bir haktan söz ediliyor ise, ayrımcılığın yapıp yapılmadığına bakar. Daha sonra eğer ayrımcılık yapıldığı kanaatine varır ise, bunun objektif ve makul bir nedene dayanıp dayanmadığını inceler¹⁸². Eğer meşru bir amaç varsa bu meşru amaç ile araç olarak kullanılan hak ve yükümlülüğün ihlali arasında bir orantılılık olup olmadığını inceler. Eğer orantısız olduğuna kanaat getirirse, ortaya çıkan bu muamele farklılığının Sözleşme’ye taraf devletin takdir yetkisine girip girmediğini incelemesi gerekecektir¹⁸³.

AIHM, Nachova ve Diğerleri / Bulgaristan kararında; yaşam hakkının esastan ihlalinin yanı sıra AIHS madde 14 bazında bir ihlalin de gerçekleştiği yönünde karar vermiştir. Mahkeme’nin ayrımcı olarak değerlendirdiği tutum; olayda yer alan bir polisin orada bulunanlardan birine “Allah’ın belası Çingeneler” şeklinde bağırmasıdır. Olayda; Roman kökenli iki Bulgar vatandaş, polisin orantısız güç kullanarak ateş etmesiyle hayatını kaybetmiştir. Hayatını kaybeden vatandaşların silahsız olduğu ve herhangi bir şiddet ya da tehdit içeren bir olaya da karışmadıkları rapor edilmiştir¹⁸⁴. Kanımızca; AIHM kararına konu olan bu olayda, nefret boyutuna varan bir ayrımcılıktan söz edilebilir. Roman kökenli Bulgar vatandaşlara karşı kolluk güçlerinin böyle bir önyargısı bulunması idi, orantısız güç

¹⁸⁰ Gözlügöl, S.V.; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuz Etkisi, Ankara, 2002, s. 134-135.

¹⁸¹ <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/62-avrupa-insan-haklar-sozlesmesine-ek-12-numaralprotokol/> (E.T.: 08/08/2019)

¹⁸² Gözübüyük, Ş./Gölcüklü, F.; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara, 2007, s. 20.

¹⁸³ Ağırbaşı, Ş.; Sınırlı Ayrımcılık Yasağından Genel Eşitlik İlkesine, Ankara, 2009, s. 52-53.

¹⁸⁴ Nachova ve Diğerleri / Bulgaristan, AIHM, 6 Temmuz 2005 tarihli, Baş. No: 43577/98, 43579/98 Büyük Daire kararı, parag. 160-168. <https://hudoc.echr.coe.int/engpress#%7B%22itemid%22:%5B%22001-69630%22%5D%7D> (E.T.: 21/10/2019)

kullanılarak yaşam hakları ellerinden alınmayacaktı. Kaldı ki, polisin salt “Allah’ın belası Çingeneler” şeklindeki ifadesi de ayrımcı bir muamele olup, nefret söylemi olarak nitelendirilebilir.

Kanımızca, AİHS uluslararası alanda maddi bağlayıcı etkiye sahip bir sözleşme olması sebebiyle insan haklarının hukuki bir zeminde ele alınarak ciddiyet kazanmasında büyük rol oynamıştır. Bunun yanı sıra Sözleşme’ye aykırılık iddiası ile meydana gelen hak ihlallerinin başvuru ve denetim merkezi olan AİHM’ in varlığı ve etkin işleyişi ile insan hakları fiili olarak güvence altına alınmaya çalışılmaktadır. AİHM’ in uluslararası alanda ayrımcılık yasağına ve tüm bireylerin haklar ve onur bakımından eşit olduğuna ilişkin emsal nitelikte birçok kararı bulunmaktadır.

2.3.2. Avrupa Sosyal Şartı

Avrupa Sosyal Şartı¹⁸⁵, Avrupa Konseyi tarafından korunan bazı sosyal hakları içeren bir hukuk metnidir. Şart, Türkiye tarafından 18 Ekim 1961 tarihinde imzalanmış olup, 24 Aralık 1989’da yürürlük kazanmıştır¹⁸⁶. Şart’ın revize edilmiş hali olarak bazı yeni hak ve özgürlüklere yer veren Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı (GGASS), 03 Mayıs 1996’da kabul edilerek 01 Temmuz 1999’da yürürlüğe geçmiştir¹⁸⁷.

Aktif statü hakları olan ekonomik ve sosyal haklar Şart’ta ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Sosyal haklar kategorilere ayrılarak düzenlenmiştir. AİHS’te yalnızca temel hak ve hürriyetler yer alırken, Şart’ta temel haklar yer almamaktadır. Şart’ın ilk halinde açıkça ayrımcılık yasağı, eşitlik, eşit muamele gibi ayrımcılığı doğrudan ya da dolaylı bir şekilde ayrıca ve açıkça yasaklayan hükümler bulunmamaktadır. Ancak, Sosyal Şart’ın giriş bölümünde “Hiçbir ırk, renk, cinsiyet, din, siyasal görüş, ulusal soy veya sosyal köken ayrımı gözetilmeksizin sosyal haklardan yararlanma hakkının sağlanması gerektiği” ifadesi yer almaktadır.¹⁸⁸ Buradan anlaşıldığı üzere, Avrupa Konseyi üyesi devletler tarafından sosyal haklardan yararlanılması sırasında ayrımcılık gözetilmeyeceği genel bir ilke mahiyetinde kabul edilmiştir.

¹⁸⁵ European Social Charter (ESC)

¹⁸⁶ <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/67-avrupa-sosyal-sarti/> (E.T.: 21/10/2019)

¹⁸⁷ Gemalmaz, M. S.; Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri, C. 1, Ankara, 2012, s. 348.

¹⁸⁸ Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Avrupa Sosyal Şartı, Yay. No: 06, Ankara, 2014, s. 47. ailevecalisma.gov.tr/media/1318/Avrupa-sosyal-sarti.pdf (E.T.: 21/10/2019)

Ayrımcılık yasağı ayrı bir madde olarak, Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şart'ında yer almaktadır. Şart'ın ilk halinde ayrı bir düzenleme yapılmamışken, GGASŞ' de ayrıca düzenleme yapma ihtiyacı doğmuş ve Gözden Geçirilmiş Şart'ın 5. bölümü altında E maddesinde ayrımcılık yasağı ayrıca ele alınmıştır. Madde metnine göre; *“Bu Şart'ta yer alan haklardan yararlanma ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka görüşler, ulusal ya da sosyal köken, sağlık, ulusal bir azınlığa mensubiyet, doğum ya da başka statüler gibi nedenlere dayanan hiç bir ayrımcılığa tabi olmaksızın sağlanacaktır*¹⁸⁹.” Ayrıca daha sonra bu maddeye *“Nesnel ve makul bir gerekçeye dayanan farklı uygulamalar ayrımcılık sayılmayacaktır.”* ifadesi eklenmiştir. Böylece farklı muamele haklı bir gerekçeye dayanıyor ise bu durum ayrımcılık sayılmayacaktır.

Bunun yanı sıra GGASŞ' ta, engelli kişilerin pozisyonlarının geliştirilmesi ile sosyal hayata katılımları teşvik edilmeye çalışılmıştır. Yaşlıların, sosyal güvenliği garanti altına alınmaya çalışılmıştır. Yaş, engellilik ve cinsiyet gibi nedenlerle ayrımcı muamele ayrıca yasaklanmıştır. Kadın ve erkeklerin aynı çalışma şartlarına sahip oldukları kabul edilmiştir. Bunun dışında eşit iş karşısında eşit ücrete sahip olma hakkı Şart'ta yer almaktadır. Çocuk ve gençlerin ayrıca özel olarak korunmaları gerektiği belirtilmiştir. Keza bu özellikleri barındıran kişilerin; istihdamlarının sağlanması, topluma katılmaları ve diğerleri ile eşit fırsatlara sahip olarak bağımsızlıklarını sürdürmeleri için taraf devletlere yükümlülükler getirilmiştir. Taraf devletlerin yükümlülüklerinden bazıları; genel eğitim, mesleki eğitim, engellilerin istihdama erişimi ve istihdamda kalmaları için çalışma şartlarının uyumlaştırılması, güvenli iş şartlarının sağlanması ve işverenlerin engelli istihdamına teşvik edilmesi vb. şeklindedir.

GGASŞ' ın 2. bölümünde yer alan 15. maddesinde *“sosyal bütünleşme hakkı”* düzenlenmiştir. Engelli kişilerin pozisyonları geliştirilerek sosyal hayata katılımları teşvik edilmeye çalışılmaktadır. İşverenlere makul uyumlaştırma yapma yükümlülüğü veren bu madde ile engellilerin çalışma şartları iyileştirilerek, çalışma hayatında etkin olarak yer edinebilmeleri sağlanmak istenmiştir¹⁹⁰. Sosyal hayatta engelli bireylerin bağımsız,

¹⁸⁹ Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı, tam metni:

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/04/20070409-1.htm> (E.T.: 21/10/2019)

¹⁹⁰ GGASŞ, 2. bölüm, m. 15: “Özürlülerin toplumsal yaşamda bağımsız olma, sosyal bütünleşme ve katılma hakkı Akit Taraflar, yaşları ve özürlülerinin nedenleri ve niteliği ne olursa olsun, özürlülerin toplumsal yaşamda bağımsız olma, sosyal bütünleşme ve katılma hakkını etkili bir biçimde kullanabilmelerini sağlamak amacıyla: 1. Mümkün olduğunda genel plan çerçevesinde, ya da bu mümkün değilse, kamusal ya da özel uzmanlaşmış organlar aracılığıyla özürlülerin yönlendirilmesini, öğrenimini ve mesleki eğitimini sağlamak

kimseye bağımlı olmadan yaşama hakkı olduğu unutulmamalıdır. Bu düzenleme ile bireysel olarak sosyal hayata katılımları ile farklı pozisyonlarda yer alabilmeleri sağlanmaya çalışılmıştır.

GGASS’ ın 2. bölümünün 20. maddesinde cinsiyet temelinde istihdam ve mesleki eğitimde ayrımcılık yasaklanmıştır. Böylece taraf devletler; cinsiyet ayırmadan erkek ve kadınlara işe giriş, işten çıkarma, mesleki yönlendirme, eğitim ve rehabilitasyon sağlamayı, istihdam ve ücret dahil çalışma koşulları, terfi dahil meslekte ilerlemede eşit muameleyi sağlamayı ve bireyleri teşvik etmek için gerekli önlemleri almayı taahhüt etmekle yükümlü hale getirilmişlerdir. Madde genelinde fırsat eşitliği ve eşit muamele anlayışı hakimdir.

GGASS’ ın 2. bölümünün 23. maddesinde yaşlılara daha iyi yaşam sürmeleri için tanınması gereken bir takım haklar yer almaktadır. Madde içeriğinde yer alan haklar, sosyal koruma niteliğindedir. Yaşlıların daha iyi bir hayat sürmesi, sağlıklı bir yaşlılık geçirmeleri için sosyal düzenlemelerin yapılması gerekliliği kabul edilmiştir. Kanımızca, bu pozitif politikalar sayesinde üye devletlerde yaşayan yaşlı halkın hayat kalitesi yükselmekte, böylece yaşlı nüfus artmaktadır. Yani yaşlı nüfusun artması hayat standartlarındaki yükselişi göstermektedir.

Şart’ın denetim mekanizması Avrupa Sosyal Haklar Komitesi’dir. Taraf devletler iki yılda bir Komite’ye raporlarını sunmakla yükümlüdürler. Komite de kendisine sunulan raporları değerlendirerek taraf devletlerin Şart’a uygun davranıp davranmadıklarını tespit eder ayrıca tespit sonucu tavsiye niteliğinde kararlar verebilir¹⁹¹. Avrupa Sosyal Şartı’nın eki niteliğinde olan toplu şikayetlerin hangi usulde yapılacağına ilişkin protokolde Komite

için gerekli önlemleri almayı; 2. Normal çalışma ortamında özürülleri istihdam etmek ve onların istihdamını sürdürmek ve çalışma koşullarını özürüllerin gereksinimlerine uyarlamak, ya da özürüllük nedeniyle bunun mümkün olmadığı durumlarda çalışmayı buna göre düzenlemek ya da özrün düzeyine göre güvenli bir istihdam türü yaratmak için, işverenleri özendirmeye yönelik bütün önlemlerle onların istihdam edilmelerini teşvik etmeyi; Bazı durumlarda bu önlemler uzmanlaşmış yerleştirme ve destekleme hizmetlerine başvurmayı gerekli kılabilir. 3. Özellikle, teknik yardımları da içermek üzere, iletişim ve hareket engellerinin üstesinden gelmeyi ve ulaşım, barınma, kültürel etkinlikler ve boş zaman kullanımını sağlamayı hedefleyen önlemler yoluyla özürüllerin toplumla tam olarak bütünleşmelerini ve toplum yaşamına katılmalarını teşvik etmeyi; taahhüt ederler.”

¹⁹¹ <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/46-avrupa-sosyal-haklar-komitesi/>
(E.T.: 21/10/2019)

dışında bir denetim usulü daha yer almaktadır. Toplu şikayet sonucu verilen kararlar da tavsiye kararı niteliğindedir. Türkiye bu ek Protokol'e taraf değildir¹⁹².



¹⁹²<https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/96-avrupa-sosyal-sartna-ek-toplu-sikayet-sistemi-ongoren-protokol/> (E.T.: 21/10/2019)

3. ULUSAL HUKUKTA YER ALAN AYRIMCILIK YASAĞINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

3.1. Anayasa

1982 tarihli T.C. Anayasası'nda “*kanun önünde eşitlik*” ilkesi 10. maddede hükme bağlanmıştır. Bu ilke ile bireylerin, hem fiili olarak eşit olmayan muamelelerden korunması hem de tüm kanunların bireylere eşit bir şekilde uygulanması güvence altına alınmıştır. Ayrıca bu ilke, bireylerin keyfi muamelelere maruz kalmalarının önüne geçen anayasal nitelikte bir ilkedir. Eşitlik ilkesi hukuk devletinin en önemli ilkesidir. Ayrıca demokrasinin vazgeçilmez bir unsurudur¹⁹³. Bu ilke söz konusu 10. maddenin 1. fıkrasında yer almaktadır. Buna göre; “*Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.*” Kanun önünde eşitlik ilkesi olarak tezahür edilen ilke ile hem eşitlik hüküm altına alınmıştır hem de kanunların uygulanması sırasında bir ayırım yapılmayacağı ifade edilmiştir.

2004 yılında 5170 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile “*Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.*” fıkrası kanun metnine eklenmiştir. Böylece Devlet'in kadınlara yönelik pozitif ayrımcılık yapma yükümlülüğü anayasal bir gereklilik haline gelmiştir. Ayrıca, 07 Mayıs 2010 tarih ve 5982 sayılı Kanun değişikliğinde cinsiyet sebebiyle yapılacak pozitif ayrımcılığın eşitlik ilkesine aykırı bir uygulama teşkil etmeyeceği maddeye eklenmiştir. Buna göre; “*Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.*” Pozitif ayrımcılığın eşitlik ilkesine aykırı düşünülmemeyeceği, aksine ayrımcılığın önüne geçilmesini sağlayacağı savunulmaktadır. Burada adeta bir fırsat eşitliği ortamı sağlanarak erkeklerin kadınlara oranla daha avantajlı olmalarının önüne geçilmeye çalışılmıştır¹⁹⁴.

Anayasa'nın 10. maddesinin 2. fıkrasına eklenen pozitif ayrımcılık hükmü gibi, 10/3. maddesi de pozitif ayrımcılığa ilişkindir. Buna göre; “*Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp*

¹⁹³ İnceoğlu, S.; Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı Çerçevesinde Af, Şartla Salıverme, Dava ve Cezaların Ertelenmesi, Anayasa Yargısı Dergisi, 2001, s. 47-48.

¹⁹⁴ Gören, Z.; Farklı Cinslerin Eşit Haklara Sahip Olması, DEÜHF Yayınları, İzmir, 1998, s. 31.

ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.” Bu maddeye göre; madde kapsamında özel durumları belirtilen bireylerin dezavantajlı bir grupta yer aldıklarının kabulü ile bu kişilere yönelik alınacak tedbirler ve pozitif uygulamalar eşitlik ilkesine aykırı olarak nitelendirilemez. Aksine söz konusu dezavantajların ortadan kaldırılması yahut kaldırılabilir nitelikte olmayanlar için bu bireyler lehine farklı düzenlemelerin yapılması gerekmektedir.

Anayasa’nın 10. maddesinin 4. fıkrası doğrudan ayrımcılık yasağına yöneliktir. “Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.” Buna göre, belli bir aileden gelmek, zümre ya da sınıfa dahil olmak herhangi bir ayrımcı muamelenin gerekçesi olamayacaktır. Sayılan bu haller doğrudan açıkça yasaklanmıştır.

Anayasa’nın 10. maddesinin son fıkrasında, eşitlik ilkesinin devlet eliyle anayasal düzende korunduğunu vurgulanmıştır. Buna göre; “Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.” Maddenin geneline ilişkin bir hüküm olan bu fıkra ile Devletin görev ve sorumlulukları belirlenmiştir. Ayrıca maddede pozitif ayrımcılık yapılması gerektiği belirlenen durumlarda bu politikaların devlet tarafından düzenlenmesi ve uygulanması gerekir. Kanımızca Anayasa ile açıkça pozitif düzenlemelerin yapılması gerektiği belirlenen hallerde pozitif ayrımcılık yapılmaması, bireyler arasındaki fiili eşitliğin sağlanmasını engelleyecektir.

Anayasa Mahkemesi, kanun önünde eşitlik ilkesine ilişkin bir kararında; bu maddenin “ayrımcılık yasağı” başlığı altında düzenlenmesi de anayasal anlamda normatif bir değer taşıması sebebiyle, ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirilmesi ve etkili bir uygulama sağlanması gerektiğini belirtmiştir. Yine aynı kararda; “Ayrımcılık yasağı ilkesi, din, siyasi görüş, cinsel ve cinsiyet kimliği gibi bir bireyin kişiliğinin unsurları olan ve kişisel tercihler temeline dayanarak veya cinsiyet, ırk, engellilik ve yaş gibi hiçbir şekilde tercih yapılamayacak kişisel özellikler temeline dayanarak fırsatlar sunulmasını ya da fırsatlardan mahrumiyetin reddini içerir.” ifadesi yer almaktadır¹⁹⁵. Buna göre bireyin tercihinin bağlı olanlar ya da tercihinin bağlı olmayarak doğuştan gelen özellikleri sebebiyle diğerlerinden daha imtiyazlı hale gelecek bazı fırsatların sunulması da ayrımcılık olarak

¹⁹⁵ AYM 25.06.2014 tarihli ve 2014/256 E. sayılı bireysel başvuru kararı
<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=5331#> (E.T.: 29/10/2019)

değerlendirilmiştir. Ayrıca 10. madde kapsamında ayrımcılık sebebi olarak sayılmayan cinsel kimlik söz konusu AYM kararında ayrımcılık sebebi olarak belirtilmiştir.

Eşitlik ilkesi, devletin yasama, yürütme ve yargı organları ile bu organların eylemlerini muhatap alır. Ayrıca eşitlik ilkesinin bir diğer muhatabı ise idare makamlarıdır. O halde örneğin; bir kanun belli bir dinden olan kişilerin ibadet özgürlüklerini istemeden olsa kısıtlayacak bazı hükümlere yani sonuç olarak ayrımcılığa neden oluyorsa; bu kanunun Anayasa'ya aykırılığı sebebiyle Anayasa Mahkemesi tarafından iptali istenebilecektir¹⁹⁶.

Anayasa'nın aile ve çocukların korunması ile haklarına yer veren 41. maddesi evlilik birliği içerisinde kadın ve erkeğin eşitliğini vurgulanmıştır. Ayrıca ana ve çocuklar özel olarak anayasal bağlamda korunmaya değer görülmüştür. Yine çocuğun yetişkinlerden farklı olması sebebiyle özel bir desteğe ve korumaya ihtiyaç duymaları bilinciyle pozitif olarak ayrımcılığın uygulanması gerektiği ifade edilmiştir. Aile birliğinin ve ayrıca özellikle kadın ve çocukların korunması devletin görevleri arasındadır¹⁹⁷. Maddede kadın ve erkek eşitliği her ne kadar aile bazında ele alınmış gibi görünse de kanımızca madde metninde de yer aldığı üzere aile toplumun temeli olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle kadın ve erkeğin eşitliği yalnızca aile içinde değil tüm toplumda hakim olması gereken bir kuraldır.

Anayasa'nın eğitim-öğretim hak ve ödevini düzenleyen 42. maddenin 5. fıkrasında; *"İlköğretim, kız ve erkek bütün vatandaşlar için zorunludur ve Devlet okullarında parasızdır."* düzenlemesi ile cinsiyet eşitliği vurgulanmaktadır. Kanımızca kız ve erkek çocuklar ifadesi yerine tüm çocuklar ifadesi kullanılması yerinde olacaktır. Ancak somut gerçeklikte, kız çocukların erkek çocuklara oranla daha dezavantajlı olduklarının şifahen kabulü ile bu şekilde ayrıca belirtme lüzumu görüldüğünü düşünmekteyiz.

Anayasa'da çalışma hakkı ve ödevine yer veren 49. maddeye göre, Devlet'in hem çalışanları hem de işsizleri koruması gerektiği ifade edilmiştir. Böylece Devlet'in,

¹⁹⁶ Gözler, K.; İdare Hukuku, C.2, Bursa, 2009, s. 226.

¹⁹⁷ T.C. Anayasası, m. 41: "1. Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. 2. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilâtı kurar. 3. Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir. 4. Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır."

çalışanların hayat seviyesini yükseltmek ve çalışmayanları ise çalışmaya teşvik etmek amacıyla istihdam sağlamaya çalışması gerekmektedir. Sonuçta bireyler arasında fiili olarak eşitliğin sağlanması hedeflenmektedir. Ayrıca bu madde sosyal devlet ilkesinin bir yansımasıdır¹⁹⁸.

Anayasa'nın 50. maddesi: *“1. Kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz. 2. Küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar. 3. Dinlenmek, çalışanların hakkıdır. 4. Ücretli hafta ve bayram tatili ile ücretli yıllık izin hakları ve şartları kanunla düzenlenir.”* şeklindedir. Çalışma şartları ve dinlenme hakkının konu edildiği maddede bireylerin çocuk, kadın, yaşlı ve engellilik durumlarına göre bazı biyolojik gerekliliklere göre çalışma şartlarının düzenlenmesi yer almaktadır. Böylece hiç kimse kendi beden ve ruh durumuna elverişli olmayan bir işte çalıştırılmayacaktır. Bunun yanında; küçüklerin ve kadınların özel bir korumaya ihtiyaç duymaları sebebiyle pozitif ayrımcılığa tabi tutulmaları gerekmektedir.

Anayasa'nın 70. maddesine göre; *“Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir. Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez.”* Bu düzenlemeden anlaşılan; bu hakkın kullanımı sırasında cinsiyet ve engellilik vb. bakımlardan ayrımcılık yapılamayacağı anlaşılmaktadır. Ayrıca görevin gerektirdiği bazı niteliklerin olması, yalnızca bu niteliği haiz kişiler içinden kamu görevlisi seçilmesi ayrımcılık teşkil etmeyecektir. Böylece bazı niteliklere sahip olmak şartının aranması, yalnızca bu kişiler arasında ayrımcılık yapılamayacağı anlamındadır. Kamu hizmetine girme hakkı her vatandaşa eşit olarak tanınmış bir haktır. Vatandaş olmayanların bu hakka erişimi ise söz konusu değildir. Bu nedenle vatandaş dışındaki bireylerin bu haktan mahrum bırakılması ayrımcılık kapsamında değerlendirilmemelidir.

Askerlik Anayasanın 72. maddesinde *“vatan hizmeti”* başlığı altında düzenlenmiştir. *“Vatan hizmeti, her Türkün hakkı ve ödevidir. Bu hizmetin Silahlı Kuvvetlerde veya kamu kesiminde ne şekilde yerine getirileceği veya getirilmiş sayılacağı kanunla düzenlenir.”* Vatan hizmetini yerine getirmek yalnızca Türk vatandaşı erkekler için öngörülmüş bir

¹⁹⁸ T.C. Anayasası, m. 49: *“1. Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir. 2. Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır.”*

düzenlemedir. Burada cinsiyet bakımında bir ayrım var gibi görünse de kanımızca fiili bir ayrımcılık olduğu düşünülemez. Kadının biyolojik ve fiziki yapısı itibarıyla erkekten ayrılıyor olması eşitlik ilkesinin ihlali anlamına gelmemekle beraber kadının korunmaya değer bir birey olduğu olgusunun tekrarından ibarettir.

3.2. İş Kanunu

4857 sayılı İş Kanunu 22 Mayıs 2003 tarihinde kabul edilmiştir. Kanun 10 Haziran 2003 tarihinde, Resmi Gazete'de yayımlanarak aynı gün yürürlük kazanmıştır¹⁹⁹. İş Kanunu'nda ayrımcılık teşkil eden uygulamalar, işverenler ve işverenden başka bu hususta sorumlu olanlar açısından birtakım yükümlülükler doğurmaktadır. Buna göre; işverenin eşit davranma ilkesi, psikolojik taciz yani mobbing ve cinsel taciz konuları ayrımcılık yapmamayı emreden nitelikte düzenlemeler olması nedeniyle ayrımcılık yasağı kapsamında incelenecektir.

3.2.1. Eşit davranma ilkesi

Anayasa'mızın 10. maddesinde eşitlik ilkesinin düzenlendiğini daha önce belirtmiştik. Anayasa'da mevcut olan bu düzenlemenin ışığında, İş Kanunu'nun 5. maddesinde iş ilişkilerine konu edilecek ayrımcı muameleler, eşit davranma ilkesi başlığı altında düzenlenmiştir. Ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirilecek bu düzenleme sayesinde; söz konusu madde Anayasa'nın 10. maddesinin, İş Hukukuna somut olarak uygulamasını sağlamaktadır.

İş Kanunu madde 5 ile farklı cinsiyetteki bireylerin eşit haklara sahip olma ilkesi, uluslararası hukuka paralel bir şekilde gitmektedir. İHEB' te çalışma hakkına ilişkin düzenlemeyi barındıran 23. maddede; herkes kendisine en uygun, adaletli işi serbestçe seçerek, elverişli çalışma şartları ile herhangi bir ayrıma tabi olmaksızın, eşit işe eşit ücret hakkına yani serbestçe çalışma hakkına sahiptir. Ayrıca işsizlikten korunmak her bireyin hakkıdır²⁰⁰.

¹⁹⁹ 4857 sayılı İş Kanunu, tam metni:

<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4857.pdf> (E.T.: 26/10/2019)

²⁰⁰ Kılıçoğlu, M.; İş Hukukunda Ayrımcılık, s. 10.

<https://www.anayasa.gov.tr/media/3627/kilicogluayrimcilik.pdf> (E.T.: 26/10/2019)

Eşit davranma ilkesi işverenin iş sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüklerinden biridir. En basit hali ile eşit durumdaki işçilere işveren tarafından eşit muamele yapılması anlamına gelene bu ilke, yalnızca işverenin bir borcu niteliğinde değildir. Bunun dışında İş Hukuku'nun temel ilkelerinden biri olarak kabul görmektedir.

İş Kanunu madde 5 ile düzenlenen, eşit davranma ilkesi; “1. İş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz. 2. İşveren, esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmi süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz. 3. İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz. 4. Aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılamaz. 5. İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz. 6. İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir. 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31 inci maddesi hükümleri saklıdır. 7. 20. madde hükümleri²⁰¹ saklı kalmak üzere işverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davrandığını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur.” şeklindedir. Görüldüğü üzere, bu ilke son derece geniş ve ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Fakat eşit davranma borcu yalnızca iş ilişkisinin yapılmasında, devamında ve sona ermesi sırasında uygulanabilecek bir ilkedir. Her

²⁰¹ İş Kanunu, “fesih bildirimine itiraz ve usulü”, m. 20: “İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde işe iade talebiyle, İş Mahkemeleri Kanunu hükümleri uyarınca arabulucuya başvurmak zorundadır. Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamaması hâlinde, son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren, iki hafta içinde iş mahkemesinde dava açılabilir. Taraflar anlaşırlarsa uyuşmazlık aynı sürede iş mahkemesi yerine özel hakeme de götürülebilir. Arabulucuya başvurmaksızın doğrudan dava açılması sebebiyle davanın usulden reddi hâlinde ret kararı taraflara resen tebliğ edilir. Kesinleşen ret kararının da resen tebliğinden itibaren iki hafta içinde arabulucuya başvurulabilir. Feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Dava ivedilikle sonuçlandırılır. Mahkemece verilen karar hakkında istinaf yoluna başvurulması hâlinde, bölge adliye mahkemesi ivedilikle ve kesin olarak karar verir.”

durumda mutlak bir eşit davranma borcundan söz edilmesi mümkün değildir. Yasa maddesine göre yalnızca belli bazı hallerde bu borcun varlığından söz edilmektedir²⁰².

Eşit işlem yapma borcunun uygulanabilmesi için;

Karşılaştırılabilir durumda olan bir işçi grubunun bulunması,

Karşılaştırılabilir durumdaki işçilerin aynı yerde çalışması,

Eşit olmadığı iddia edilen işin tüm işçilere yönelik bir uygulama olması,

İşveren ile işçi arasında hukuki bir ilişkinin varlığı,

Karşılaştırmaya konu edilen muamelelerin zaman birliği içinde olması,

Kurulu bir düzen olması gerekir²⁰³.

Eşit davranma ilkesinin gündeme gelebilmesi için her şeyden önce birden çok işçinin çalışması, yani kıyaslanabilir durumda olan en az iki işçinin varlığı gerekmektedir. İşçi ve işveren arasında bir iş akdinin kurulmuş olması da diğer bir gerekliliktir. Hukuki olarak iş akdinin varlığından söz edilebilmesi için İş Kanunu'na göre herhangi bir şekil şartı aranmamaktadır. İş sözleşmesi için, aksi kararlaştırılmadıkça özel bir şekil şartı öngörülmemiştir²⁰⁴. Ayrıca söz konusu muamelelerin aynı yerde çalışan ve aynı uygulamaya tabi işçilere karşı ifası gereklidir. Bununla birlikte örneğin, işçi farklı bir işçinin altı ay önce tabi olduğu bir uygulamayı emsal göstererek kendisine yapılan muamelenin eşit olmadığını savunamaz. Diğer işçiye uygulanan ayrıcalığın da hala devam ediyor yani zaman birliği olması gerekir.

İş Kanunu madde 5 ile nelerin ayrımcılık yasağı kapsamında olduğu sayılmıştır. Buna göre bir takım karakteristik özelliklere dayanılarak ayrımcılık yapılamayacaktır. Madde metninde sayılan ayrımcılık teşkil edecek nedenler ile Anayasa paralellik göstermektedir. Buna göre; “*dil, ırk, felsefi inanç, din, cinsiyet, siyasal düşünce, mezhep vb. sebepler*”e dayanılarak yapılan farklı muameleler ayrımcılık teşkil edecektir. Ayrıca işveren, iş sözleşmesinin türüne dayanarak da ayrımcılık yapamaz. ABAD’ a göre

²⁰² Kandemir, M./Yardımcıoğlu, D.; İş Hukukunda Eşitlik İlkesi, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, S. 30-31, 2014, s. 8.

²⁰³ Aktay, A. N./Arıcı, K./Kaplan Senyen, E.T.; İş Hukuku, Ankara, 2013, s.161.

²⁰⁴ Aktay/Arıcı/Kaplan Senyen, s.75.

sözleşme türü nedeniyle yapılan ayrımcılıklar genel olarak cinsiyet temeline dayanmaktadır ve kadınlar genelde kısmi süreli iş sözleşmeleri ile çalıştırılmaktadır. ABAD doğrudan ayrımcılık şeklinde olmasa da dolaylı yoldan ayrımcılığın yapıldığı gerekçesiyle, bu konuda içtihatlarla dayanan bir sistem geliştirmiştir. Böylece iş sözleşmesinin süresine bağlı olarak özellikle kısmi süreli iş sözleşmeleriyle kadınlara karşı yapılan ayrımcılığın önüne geçmeye çalışmaktadır²⁰⁵. Madde metnine tekrar dönecek olursak cinsiyet nedeniyle ücrette ayrımcılık konusu ayrıca vurgulanmak istenmiştir. Ayrıca vurgulanmaya gerek görülmesinin nedeni güncel hayatta bu durumla çok sık karşılaşıyor olmasıdır²⁰⁶. Anayasa'nın 10. maddesi ile paralellik gösterdiğini düşündüğümüz İş Kanunu'nun 5. maddesi doğrudan ayrımcılık yasağına ilişkin bir düzenlemedir. Anayasa'nın söz konusu maddesi ile ayrımcılık yasağının ele alınmış olmasının yanında eşit davranma ilkesi de düzenlenmiştir. Bu nedenle daha geniş mahiyette bir hükümdür.

Eşit davranma borcu, iş hukukunda işverenin haklı ve objektif nedenler olmadıkça işçiler arasında bir ayırım gözetmemesini sağlamaya çalışmaktadır. Bir bakıma işverenin mutlak yönetim hakkı, belli bir koşula bağlanmaktadır. Böylece iş yerinde işçilere karşı yapılan uygulamalarda keyfiyetin önüne geçilmeye çalışılmaktadır. Eşit davranma borcu, bütün işçileri eşit duruma getirmeyi değil, aynı durumdaki işçilere farklı davranılmasını engellemeyi hedeflemektedir. İşveren tarafında eşit durumdaki işçilere eşit muamele gösterilmesi sırasında hakkaniyet esasları gözetilmelidir²⁰⁷. İşverenler yapılan işin uzmanlık, öğrenim, kıdem, yetenek, performans, tecrübe gibi objektif nedenlere dayanarak işçilere farklı davranabilir²⁰⁸. İşveren, verimliliği artırmak için üretim ve pazarlama bölümünde çalışanların performansına göre prim uygulamasına gidebilir. Performansa göre prim uygulaması işin mahiyetine göre çoğu zaman gerekli olabilmektedir. Ancak farklı muamele hiçbir zaman keyfi ve kötü niyetli olmamalıdır²⁰⁹. Objektif nedenlere dayanan farklı muamele eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmez. Eşit işlem yapma borcu işverenin aynı işyerinde aynı şartları taşıyan işçiler arasında ayırım yapmamayı hedeflediği için aynı

²⁰⁵ Yenisey, K.D.; İş Kanunu'nda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, 2006, s. 64-65.

<http://www.calismatoplum.org/sayi11/yenisey.pdf> (E.T.: 26/10/2019)

²⁰⁶ Yenisey, s. 67.

²⁰⁷ Aktay/ Arıcı/ Kaplan Senyen, s.160.

²⁰⁸ Can, T.; İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul, 1982, s. 21.

²⁰⁹ Kılıç, E.; İşverenin Eşit Davranma Borcu Açısından Türk İş Hukukunun Avrupa Birliği İş Hukukuna Uyum, 2011, s. 213.

şartlarda tek işçinin çalıştığı bir yerde bu ilkenin uygulanabilirliği bulunmamaktadır. Eşit davranma borcunun kanunda yer alan şartları Yargıtay tarafından da benimsenmiştir²¹⁰.

Kadın işçilerin hamileliklerine ilişkin uygulamada ayrımcılığa neden olacak birçok örneğe rastlanmaktadır. Çoğu zaman doğum iznine ayrılacak kadın işçiler işten çıkarılma tehdidiyle karşı karşıya kaldıkları görülmektedir. Yahut kadın işçiler, doğum iznine ayrıldıktan sonra işe geri döndüklerinde önceki pozisyonlarında işlerine başlatılmayarak daha düşük bir pozisyonda veya kötü şartlarda çalışmaya zorlanmaktadırlar. İşverenler zaman zaman, iş değişikliği ve şartların kötüleştirilmesi ile kadın işleri istifaya zorlamaktadırlar. Bu durumların hepsinin kadın işçi aleyhine olduğu ve büyük hak kayıplarına neden olduğu ortadadır. Bahsedilen durumların hepsinin bir arada yer aldığı bir Yargıtay kararında²¹¹; Mahkemece davacı kadın işçinin izinde olduğu dönemde çalışmış olduğu bölüme işçi alımı yapılması yönünde bir ihtiyaç olduğu ispat edilememiştir. Doğum izninden sonra işe dönen davacı işçiye işindeki eski görevine kıyasla alt bir pozisyon teklif edilmiştir. Yargıtay, davacının işveren tarafından istifaya zorlandığını ve işverenin kadın

²¹⁰ Y. 9. HD. 30.03.2017 tarihli 2017/8204 E., 2017/5375 K. sayılı kararı: “Eşit davranma ilkesi tüm hukuk alanında geçerli olup, İş Hukuku bakımından işverene, işyerinde çalışan işçiler arasında haklı ve objektif bir neden olmadıkça farklı davranmama borcu yüklemektedir. Bu bakımdan işverenin yönetim hakkı sınırlandırılmış durumdadır. Başka bir ifadeyle işverenin ayırım yapma yasağı, işyerinde çalışan işçiler arasında keyfi biçimde ayırım yapılmasını yasaklamaktadır. Bununla birlikte, eşit davranma borcu, tüm işçilerin hiçbir farklılık gözetilmeksizin aynı duruma getirilmesini gerektirmemektedir. Bahsi geçen ilke, eşit durumdaki işçilerin farklı işleme tabi tutulmasını önlemeyi amaç edinmiştir. Öte yandan anılan ilke, hakların sınırlandırılmasına değil tesisine hizmet eder. Eşitlik ilkesi aynı durumda olan işçiler yönünden geçerlidir. Başka bir anlatımla işverenin, farklı konumda olan işçiler bakımından eşit davranma yükümü yerine, yönetim hakkı kapsamında farklı davranma serbestisinden söz edilir. İşverenin işçileri arasında eşit işlem yapma borcundan söz edebilmek için hiç şüphesiz işveren ile arasında iş ilişkisi kurulmuş olan işçilerin varlığı gerekmektedir. Eşitlik ilkesine uygun davranılıp davranılmadığının belirlenmesinde bu yönde bir iddiayı ileri süren işçi ile aynı işverene bağlı olarak, aynı ya da benzer işte, aynı ya da benzer verim ile çalışan, eğitim dereceleri aynı ya da benzer olan, kıdemleri eşit olan, kısacası objektif ve sübjektif nitelikleri itibarıyla karşılaştırılabilir iki veya daha fazla işçi bulunmalıdır.” http://www.calismatoplum.org/sayi56/xyz/9_22.pdf (E.T.: 26/10/2019)

²¹¹ “...davacı taraf hamileliği sebebiyle izne ayrıldığını, doğum izninin bitiminde kanundan kaynaklanan altı aylık ücretsiz izne ayrıldığını, bunun üzerine davalı işyerinde kendi yerine erkek bir çalışan alındığını, kendisine önceden görev yaptığı yerine bir alt görevin teklif edildiğini, kabul etmemesi üzerine istifaya zorlanarak kendisine kıdem ve ihbar tazminatı ile beş aylık ücret tutarında ikramiye ödendiğini, doğum yapması sebebiyle ücretsiz izin kullanmasından dolayı davalı işyerinin böyle bir tutumda bulunarak eşit davranma ilkesine aykırı davrandığını belirtmiş, davalı taraf ise davacının yaptığı görevin önem arz eden bir görev olduğunu, davacının uzun süreli ücretsiz izni sebebiyle bu pozisyonun boş bırakılamayacağını, bu sebeple bu göreve yeni bir atama yapıldığını, davacının çalışmak istemesi üzerine görev yaptığı pozisyonun dolu olması sebebiyle davacının yaptığı işle bağlantılı görev teklif ettiklerini, davacının bu görevi kabul etmediğini, davacının istifa ettiğini, davacıya kıdem ve ihbar tazminatı yanında beş aylık ücreti tutarında ikramiye ödendiğini, eşit davranmama ilkesine aykırı davranılmadığını belirtmiştir.”

işçiye cinsiyet nedeniyle ayrımcılık yaparak eşit davranma ilkesini ihlal ettiğini kabul etmiştir²¹².

Kadın işçinin doğumdan sonra, eğer doğrudan eski işine dönmesi mümkün değilse; geri döndüğündeki şartları, eski pozisyonundaki şartlarına eşdeğer olmalıdır. Yani herhalde kadın işçinin, kendisi için daha dezavantajlı olmayan koşul ve şartlarda geri dönmeye hakkı vardır. Ayrıca buna ek olarak doğum izni sırasında, işçinin yokluğunda çalışma koşullarında bir takım iyileştirmeler yapılmış olabilir. Sırf bu dönemde çalışmadığı için işçinin bu iyileştirmelerden yararlanamaması eşit davranma ilkesine ve ayrımcılık yasağına aykırı bir durum teşkil eder. Herkesle aynı derecede iyileştirmelerden yararlanmaya hakkı vardır. Yargıtay'ın bu yönde emsal kararları bulunmaktadır. *“Davacı işçinin doğum iznini kullanması sebebiyle kabulü mümkün olmayan daha alt bir görev teklif edildiği ve işçi tarafından kabul edilmemesi üzerine de iş sözleşmesinin feshedildiği anlaşılmaktadır. Davacının doğum iznini kullanması ve analık sebebiyle maruz kaldığı bu durum 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında değerlendirildiğinde ayrımcılık tazminatının koşullarının oluştuğu kabul edilmelidir. Yine aynı hükme göre yoksun kalınan hakların talebi de yerindedir²¹³.”*

Eşit davranma ilkesine aykırı bir durumun ispatı 5. maddenin 7. fıkrasında düzenlenmiştir. Hükme göre, işverenin eşit davranma borcuna aykırı davrandığını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olmaktadır. Yani ispat yükü yön değiştirmektedir. Asıl kural HMK madde 190/1'a göre; *“İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakiya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir.”* şeklinde olup burada özel bir düzenleme yer almaktadır. Burada ispat edilmesi gereken husus, işçi tarafından işverenin eşit davranma borcuna aykırı hareket ettiği yönünde bir iddiadır. İşçinin bu yöndeki iddiası kuvvetli ise artık ayrımcılık yapılmadığının ispatını işveren yapacaktır.

²¹² Y. HGK. 14.03.2018 tarihli 2015/1621 E., 2018/484 K. sayılı kararı
<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-1664#> (E.T.: 26/10/2019)

²¹³ Y. 9. HD. 29.11.2011 tarihli 2009/19835 E., 2011/46440 K. sayılı kararı
<http://www.calismatoplum.org/sayi33/abc/8-4.pdf> (E.T.: 26/10/2019)

İş Kanunu'nun 30. maddesinde engelli ve eski hükümlülerin çalıştırılmasına ilişkin bir düzenleme bulunmaktadır²¹⁴. Bu düzenleme engelli ve eski hükümlü bireylerin ekonomik ve sosyal hayatta yer almalarını sağlamaya yöneliktir. Ayrıca düzenlemede

²¹⁴ İş Kanunu, m. 30: “İşverenler, elli veya daha fazla işçi çalıştırdıkları özel sektör işyerlerinde yüzde üç engelli, kamu işyerlerinde ise yüzde dört engelli ve yüzde iki eski hükümlü işçiyi veya 21/6/1927 tarihli ve 1111 sayılı Askerlik Kanunu veya 16/6/1927 tarihli ve 1076 sayılı Yedek Subaylar ve Yedek Askeri Memurlar Kanunu kapsamına giren ve askerlik hizmetini yaparken 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 21 inci maddesinde sayılan terör olaylarının sebep ve tesiri sonucu malul sayılmayacak şekilde yaralananları meslek, beden ve ruhi durumlarına uygun işlerde çalıştırmakla yükümlüdürler. Aynı il sınırları içinde birden fazla işyeri bulunan işverenin bu kapsamda çalıştırmakla yükümlü olduğu işçi sayısı, toplam işçi sayısına göre hesaplanır. Bu kapsamda çalıştırılacak işçi sayısının tespitinde belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmesine göre çalıştırılan işçiler esas alınır. Kısmi süreli iş sözleşmesine göre çalışanlar, çalışma süreleri dikkate alınarak tam süreli çalışmaya dönüştürülür. Oranın hesaplanmasında yarıma kadar kesirler dikkate alınmaz, yarım ve daha fazla olanlar tama dönüştürülür. İşyerinin işçisi iken engelli hâle gelenlere öncelik tanınır.

İşverenler çalıştırmakla yükümlü oldukları işçileri Türkiye İş Kurumu aracılığı ile sağlarlar. Bu kapsamda çalıştırılacak işçilerin nitelikleri, hangi işlerde çalıştırılabilecekleri, bunların işyerlerinde genel hükümler dışında bağlı olacakları özel çalışma ile mesleğe yönlendirilmesi, mesleki yönden işverence nasıl işe alınacakları, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının görüşü alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.

Yer altı ve su altı işlerinde engelli işçi çalıştırılmaz ve yukarıdaki hükümler uyarınca işyerlerindeki işçi sayısının tespitinde yer altı ve su altı işlerinde çalışanlar hesaba katılmaz. Bir işyerinden malulen ayrılmak zorunda kalıp da sonradan maluliyeti ortadan kalkan işçiler eski işyerlerinde tekrar işe alınmalarını istedikleri takdirde, işveren bunları eski işleri veya benzeri işlerde boş yer varsa derhal, yoksa boşalacak ilk işe başka isteklilere tercih ederek, o andaki şartlarla işe almak zorundadır. Aranılan şartlar bulunduğu halde işveren iş sözleşmesi yapma yükümlülüğünü yerine getirmese, işe alınma isteğinde bulunan eski işçiye altı aylık ücret tutarında tazminat öder.

Özel sektör işverenlerince bu madde kapsamında çalıştırılan 17/7/1964 tarihli ve 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununa tabi engelli sigortalılar ile 1/7/2005 tarihli ve 5378 sayılı Kanunun 14 üncü maddesinde belirtilen korumalı işyerlerinde çalıştırılan engelli sigortalıların, aynı Kanunun 72 nci ve 73 üncü maddelerinde sayılan ve 78 inci maddesiyle belirlenen prime esas kazanç alt sınırı üzerinden hesaplanan sigorta primine ait işveren hisselerinin tamamı, kontenjan fazlası engelli çalıştıran, yükümlü olmadıkları halde engelli çalıştıran işverenlerin bu şekilde çalıştırdıkları her bir engelli için prime esas kazanç alt sınırı üzerinden hesaplanan sigorta primine ait işveren hisselerinin tamamı Hazinece karşılanır. İşveren hissesine ait primlerin Hazinece karşılanabilmesi için işverenlerin çalıştırdıkları sigortalılarla ilgili olarak 506 sayılı Kanun uyarınca aylık prim ve hizmet belgelerinin yasal süresi içerisinde Sosyal Güvenlik Kurumuna verilmesi ve sigortalıların tamamına ait sigorta primlerinin sigortalı hissesine isabet eden tutarı ile Hazinece karşılanmayan işveren hissesine ait tutarın ödenmiş olması şarttır. Bu fıkra göre işveren tarafından ödenmesi gereken primlerin geç ödenmesi halinde, Hazinece Sosyal Güvenlik Kurumuna yapılacak ödemenin gecikmesinden kaynaklanan gecikme zammı, işverenden tahsil edilir. Hazinece karşılanan prim tutarları gelir ve kurumlar vergisi uygulamalarında gider veya maliyet unsuru olarak dikkate alınmaz.

Bu fıkra düzenlenenen teşvik, kamu idareleri hariç 506 sayılı Kanun kapsamındaki sigortalılara ilişkin matrah ve oranlar üzerinden olmak üzere, 506 sayılı Kanunun geçici 20. maddesi kapsamındaki sandıkların statülerine tabi personeli için de uygulanır. Bu fıkranın uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Maliye Bakanlığı ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ve Hazine Müsteşarlığı tarafından müştereken belirlenir. Bu maddeye aykırılık hallerinde 101 inci madde uyarınca tahsil edilecek cezalar, engellilerin ve eski hükümlülerin kendi işini kurmaları, engellinin iş bulmasını sağlayacak destek teknolojileri, engellinin işe yerleştirilmesi, işe ve işyerine uyumunun sağlanması ve bu gibi projelerde kullanılır. Tahsil edilen cezaların kullanımına ilişkin hususlar, Türkiye İş Kurumunun koordinatörlüğünde, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Çalışma Genel Müdürlüğü ile İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Engelli ve Yaşlı Hizmetleri Genel Müdürlüğü, Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü, en çok işçi ve işvereni temsil eden üst kuruluşların ve en çok engelliyi temsil eden üst kuruluşun birer temsilcisinden oluşan komisyon tarafından karara bağlanır. Komisyonun çalışma usul ve esasları Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca çıkarılan yönetmelikle düzenlenir. Eski hükümlü çalıştırılmasında, kanunlardaki kamu güvenliği ile ilgili hizmetlere ilişkin özel hükümler saklıdır.”

engelli işçilerin çalıştırılmayacağı pozisyonlara yer verilmiştir. Engelleri sebebiyle her pozisyonda istihdam edilemeyecek engelli bireylerin yer ve sualında çalıştırılmaları yasaklanmıştır. Bu bireylerin iş bulmak konusunda yaşadıkları sorunlar düşünüldüğünde, yapılan düzenleme pozitif ayrımcılık niteliğindedir. Ayrıca bu madde ile belli şartları taşıyan işverenler bakımından eski hükümlü ve engelli işçi çalıştırmak yasal bir zorunluluk haline getirilmiştir.

3.2.2. Mobbing (Psikolojik taciz)

Mobbing, son dönemlerde hukuk metinlerinde yeni bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Mobbing²¹⁵ sözcüğü İngilizce “*Mob*” kelimesinden türetilmiştir. Kelime anlamı olarak çetecilik yapmak, toplu olarak saldırmak şeklinde kullanılmaktadır. Mobbing, psikolojik tacizi ve şiddeti ifade etmektedir²¹⁶. Terim anlamıyla mobbing kavramı, “*Psikolojik şiddet, kuşatma, taciz, rahatsız etme veya sıkıntı verme anlamına gelmekte olup bir veya birkaç kişi tarafından, bir diğer kişiye yönelik şiddet, hakaret veya küfür gibi çalışma hayatı ile bağdaşmayacak yol ve yöntemlerle sistematik bir biçimde düşmanca ve ahlak dışı bir hareket şeklinde ortaya çıkan bir çeşit psikolojik baskı*” şeklinde ifade edilmektedir²¹⁷.

Mobbing kavramı ilk kez, 1980’lerde Leymann tarafından iş yerlerinde sıkça karşılaşılan duygusal anlamdaki saldırılardan söz edilirken kullanmıştır²¹⁸. Leymann’ a göre mobbing; “*işyerinde çalışan kişi ya da kişiler üzerinde sistematik bir şekilde baskı yaratarak bunaltma, korkutma ya da tehdit etme gibi taktiklerle istifa aşamasına kadar ulaşabilen bir süreç*” olarak tanımlamıştır²¹⁹. Mobbing bir anlamda işyerinde sistematik bir şekilde meydana gelen her türlü kötü muamele, bir çeşit psikolojik terör olarak kabul edilebilir²²⁰. Kötü muamelenin sistematik bir şekilde meydana gelmesi, bu eylemin bir kereye mahsus olmadığı, belli bir süreç içerisinde kesintisiz ya da mütemadi olarak devam etmesi açısından önemlidir.

²¹⁵ <https://tureng.com/tr/turkce-ingilizce/mobbing> (E.T.: 26/10/2019)

²¹⁶ Tınaz, P.; İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 11, 2006, s. 14.

²¹⁷ Erkal, A.; İdare Hukukunda Mobbing, Ankara, 2014, s. 7.

²¹⁸ Gül, H./Ağıröz, A.; Mobbing ve Örgütsel Sinizm Arasındaki İlişkiler: Hemşireler Üzerinde Bir Uygulama, Afyon Kocatepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C.13, S. 2, 2011, s.31.

²¹⁹ Leymann, H.; “The Content and Development of Mobbing at Work”, The European Journal of Work and Organizational Psychology, 1996, s. 167.

²²⁰ Tınaz, s. 8.

Mobbing genel olarak iş yaşamında kasıtlı ve periyodik olarak devam eden eylemleri kapsayan bir süreç içinde gerçekleşmektedir. Bu eylemler çalışanın ya da işçinin aşağılanması, küçümsenmesi, dışlanması, kişiliğinin ve saygınlığının zedelenmesi, kötü muameleye tabi tutulması şeklinde olabilir. Ancak belirttiğimiz üzere, bu davranışların mobbing olarak kabul edilebilmesi için süreklilik arz etmesi gerekir. Normal bir aşağılama, küçümseme, dışlamanın mobbing ile arasındaki fark sürekliliğinin olmaması ve çalışanın işten ayrılmak noktasına getirecek boyutta olmamasıdır²²¹.

Mobbing, Kanun'da açıkça ve ayrıca tanımlanmamıştır. Ancak son yıllarda Yargıtay'ın içtihatlarına sıkça konu olmaktadır. Bunun yanında ayrıca yer verilmese de, İş Kanunu'nda yer alan bazı düzenlemeler mobbing kavramıyla ortak bir takım özellikler barındırmaktadır²²². Her şeyden önce, mobbing eşitlik ilkesine aykırı bir fiil olması sebebiyle ayrımcılığa vücut verir. Bu ayrımcı muamele kabul edilen eylemlerin işçiye kim tarafından uygulandığının bir önemi bulunmamaktadır. İster iş yerindeki başka bir işçi, ister işçiden daha üst pozisyonundaki bir amiri isterse de işveren tarafından uygulansın, sonucu değiştirmeyecektir. Mobbing bizzat işveren tarafından gerçekleştirilmemiş, failerin başka çalışanlar olduğu belli olsa bile; işverenin yükümlülüğü vardır. Çünkü işveren çalışanlarını gözetme borcu gereği her türlü kötü muameleyi önlemekle yükümlüdür²²³.

Kanun'un 22. maddesiyle çalışma şartlarında değişiklik ile sözleşmenin feshi hususları düzenlenmiştir. *“İşveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma*

²²¹ Y. HGK. 04.10.2018 tarihli 2015/2274 E., 2018/1428 K. sayılı kararı “Bir eylemin psikolojik taciz olarak kabul edilebilmesi için, bir işçinin hedef alınarak gerçekleştirilmesi, belli bir süreye yayılması ve bu durumun sistematik bir hâl alması gerekir. Belirtilen şartların gerçekleşip gerçekleşmediğinin, her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği açıktır. Psikolojik tacizin nedenleri farklılık göstermesine karşın amaç, çoğu kez işçinin işyerinden ayrılmasını sağlamaktır.”

<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=7112#> (E.T.:10/11/2019)

²²² “Eşit davranma borcuna aykırılığı ispat yükü işçide olmakla birlikte, anılan maddenin son fıkrasında yer alan düzenlemeye göre işçi ihlalin varlığını güçlü biçimde gösteren bir delil ileri sürdüğünde aksi işveren tarafından ispatlanmalıdır. Somut uyuşmazlıkta; dava dilekçesi incelendiğinde, davacı işçinin mobbinge maruz kaldığı yönünde ayrıntılı açıklamalarda bulunulduğu ancak netice-i talepte ayrımcılık tazminatına hükmedilmesi istenmesine karşın bu hususta herhangi bir açıklamada bulunulmadığı saptanmıştır. Mahkemece davacı lehine manevi tazminata hükmedilmesinin başlı başına ayrımcılık tazminatına da hükmedilmesi sonucunu doğurmayacağı açıktır. Davalı işverenin davacı ile olan iş ilişkisinde, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinde belirtildiği gibi cinsiyet, dil, ırk, sosyal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı olarak bir ayrıma gittiği açıkça iddia ve ispat edilemediğinden talebin reddi yerine kabulü hatalıdır.” Yargıtay bu kararında mobbingi, eşit davranma ilkesi kapsamında değerlendirmiştir.

Y. 9. HD. 09.07.2019 tarihli 2016/32575 E., 2019/15142 K. sayılı kararı
<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=7112#> (E.T.:10/11/2019)

²²³ Yenisey, s. 58-59.

koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiye bağlamaz. İşçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. İşçi bu durumda 17. ila 21. madde hükümlerine göre dava açabilir. Taraflar aralarında anlaşarak çalışma koşullarını her zaman değiştirebilir. Çalışma koşullarında değişiklik geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulamaz²²⁴.” Bu düzenlemeye göre; işveren, işçinin çalışma koşullarında değişikliğe giderek; baskı, bunaltma gibi psikolojik baskılarla işçinin işten ayrılmasına neden olabilecek değişiklikler yapamayacaktır. İşçiye iş şartlarında yapılan değişikliği reddetmesi için altı günlük bir süre tanınmıştır. İşçi bu süre içerisinde bu değişikliği kabul etmeme hakkına sahiptir. Taraflar ancak aralarında anlaşmak suretiyle çalışma koşullarında değişikliğe gidebilirler. İşverenin tek taraflı olarak işçiye yeni iş değişikliğine uygun görmesi yeterli olmayacaktır. İşçiye hali hazırdaki işinden daha ağır bir iş verilmesi, iş görme borcunda esaslı bir değişikliğe sebep olacaktır. İş şartlarında yapılan değişikliklerde, işçinin menfaat kaybını yol açmamak en önemli husus olacağından hakkaniyet ilkesi göz önünde bulundurulmalıdır²²⁵. Bunun yanında Kanun’un 24. ve 25. maddelerindeki mevcut düzenlemeye göre mobbing, işçinin ve işverenin iş sözleşmesini feshetmesi bakımından haklı neden olarak görülmüştür.

İş Kanunu’nun 77. maddesinde işverenlerin ve işçilerin yükümlülükleri düzenlenmiştir. Bu maddede işverenin işçiye gözetme borcu yer almaktadır. “1. İşverenler işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak, işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdürler. 2. İşverenler işyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uyulup uyulmadığını denetlemek, işçileri karşı karşıya bulundukları mesleki riskler, alınması gerekli tedbirler, yasal hak ve sorumlulukları konusunda bilgilendirmek ve gerekli iş sağlığı ve güvenliği eğitimini vermek zorundadırlar. Yapılacak eğitimin usul ve esasları Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir. 3. İşverenler işyerlerinde meydana gelen iş kazasını ve tespit

²²⁴ İş Kanunu, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4857.pdf> (E.T.:10/11/2019)

²²⁵ İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Çözüm Önerileri Komisyon Raporu, TBMM Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu, Nisan 2011, s. 24.
https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/docs/komisyon_rapor_no_6.pdf (E.T.:10/11/2019)

edilecek meslek hastalığını en geç iki iş günü içinde yazı ile ilgili bölge müdürlüğüne bildirmek zorundadırlar. 4. Bu bölümde ve iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin tüzük ve yönetmeliklerde yer alan hükümler işyerindeki çıraklara ve stajyerlere de uygulanır.” Her türlü önlem ile kastedilen çalışanların beden ve ruh tamlığının korunması için gerekli her tür tedbirdir. Yargıtay da bu görüşü desteklemektedir²²⁶. İşçiyi rahatsız edici, ayrımcı bir muamele olduğu düşünülen, psikolojik olarak taciz boyutuna varan yahut varmayan türlü eylemden işçinin korunması, sağlıklı bir çalışma ortamı için gereklidir. Doktrinde, işçinin kendisini rahatsız edecek vaziyetteki tüm eylemlerden korunması gözetim borcunun kapsamı içinde sayılmaktadır²²⁷.

Mobbing bir ayrımcılık türü olarak değerlendirildiği için bizzat işveren tarafından yahut işverenin haberinin olduğu bir mobbing halinde, işverenin eşit davranma ilkesinin ihlali söz konusu olmaktadır. Yargıtay içtihatlarına göre mobbingin varlığı halinde; davacı olarak bulunan işçi kendisine mobbing uygulandığı iddiasıyla kuşkudan uzak olgulara dayanması yeterli kabul edilmiştir. Böylece ispat yükünün yer değiştirerek işverene geçmesi gerektiği ifade edilmiştir²²⁸.

Anayasa Mahkemesi’ne göre psikolojik taciz şeklindeki davranışlar bireylerin anayasal haklarının ihlaline sebep olmaktadır. Ayrıca psikolojik tacizin sistematik olarak gelişmesi gerektiği görüşüne katılan AYM; mobbingin bir eylem, işlem ya da ihmal şeklinde oluşabileceği kanaatindedir²²⁹.

²²⁶ Y. 10. HD. 04.03.2008 tarihli, 2007/6310E., 2008/2821 K. sayılı kararı
<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-4809#> (E.T.:10/11/2019)

²²⁷ Çelik, N.; İş Hukuku Dersleri, İstanbul, 2011, s. 168 vd.

²²⁸ “Mobbingin varlığı için kişilik haklarının ağır şekilde ihlaline gerek olmadığı, kişilik haklarına yönelik haksızlığın yeterli olduğu, ayrıca mobbing iddialarında şüpheden uzak kesin deliller aranmayacağı; davacı işçinin, kendisine işyerinde mobbing uygulandığına dair kuşku uyandıracak olguları ileri sürmesinin yeterli olduğu, işyerinde mobbingin varlığını gösteren olguların mahkemeye sunulması halinde, işyerinde mobbingin gerçekleşmediğini ispat külfetinin davalıya düştüğü; tanık beyanları, sağlık raporları, bilirkişi raporu, kamera kayıtları ve diğer tüm deliller değerlendirildiğinde mobbing iddiasının yeterli delillerle ispat edildiği gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”

Y. HGK. 04.10.2018 tarihli 2015/2274 E., 2018/1428 K. sayılı kararı
<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-4494#> (E.T.:10/11/2019)

²²⁹ AYM 05.12.2017 tarihli 2014/10590 E. sayılı bireysel başvuru kararı; “Psikolojik taciz olarak tabir edilen ve çalışanlara yönelik iş yerlerinde gerçekleştirilen, belirli bir süre sistematik biçimde devam eden, yıldırma, dışlama, pasifize etme veya işten uzaklaştırmayı amaçlayan, mağdurların kişilik değerlerine, mesleki durumlarına, sosyal ilişkilerine ve özellikle ruh sağlıklarına zarar veren, bireylerin yaşamlarına etkisi bakımından çekilmez bir ağırlık ve yoğunluk derecesine ulaşan, kasıtlı biçimdeki olumsuz tutum ve davranışlar bütünü olarak tanımlanan psikolojik taciz niteliğindeki eylem, işlem ya da ihmallerin Anayasa ve Sözleşme ile güvence altına alınan kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkını zedeleyebileceği açıktır. Psikolojik taciz mahiyetindeki bu tür davranışların önlenmesi için tedbirler alınması

İşyerlerinde mobbingin önlenmesi amacıyla, 19 Mart 2011 tarihinde, 27879 sayılı Resmi Gazete’de Başbakanlık tarafından genelge yayınlanmıştır²³⁰. Genelgenin amacı; psikolojik tacizin önlenmesi, ortadan kaldırılması ve işçilerin itibarının, onurunun korunmasını sağlayarak iş hayatında verimliliği artırmaktır. İş hayatında ayrımcı muamelelerin önüne geçmeyi hedefleyen bu düzenleme ile daha sağlıklı ve güvenli bir çalışma ortamı oluşturularak çalışanların hakları güvence altına alınmaya çalışılmıştır. Bu genelge kanımızca işyerinde aslında mobbinge maruz kalan ancak bunun mobbing olduğunu fark edemeyen birçok çalışanın bilinçlenerek haklarının farkına varmasını sağlamak için son derece işlevseldir.

İşçilerin mobbing hallerine karşı korunmaları için gereken tedbirler işveren tarafından alınmalıdır. Türk Borçlar Kanunu’nun 417. maddesinde, *“İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.”* işverenin bu yükümlülüğü yer almaktadır. Söz konusu düzenleme ile çalışanlar psikolojik taciz eylemlerine karşı açık olarak koruma altın alınmak istenmiştir. İşverenin bu eylemlerin önüne geçmek var ise ortadan kaldırmak ve işçinin onurunu koruyarak gerekli tüm tedbirleri almakla yükümlüdür. İşverenin bildiği halde bu

ve gerçekleştirildiğine yönelik şikayetlerin etkili şekilde incelenmesi anayasal bir gereklilik olduğu gibi yıldırıcı ve kasıtlı tutumlara maruz kalanların uğradıkları maddi ve manevi zararların giderilip sorumluların yasal çerçevede cezalandırılmaları da bu gerekliliğin bir devamını oluşturmaktadır.

<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Basvurular/tr/pdf/2014-10590.pdf> (E.T.:10/11/2019)

²³⁰ “1. İşyerinde psikolojik tacizle mücadele öncelikle işverenin sorumluluğunda olup işverenler çalışanların tacize maruz kalmamaları için gerekli bütün önlemleri alacaktır. 2. Bütün çalışanlar psikolojik taciz olarak değerlendirilebilecek her türlü eylem ve davranışlardan uzak duracaklardır. 3. Toplu iş sözleşmelerine işyerinde psikolojik taciz vakalarının yaşanmaması için önleyici nitelikte hükümler konulmasına özen gösterilecektir. 4. Psikolojik tacizle mücadeleyi güçlendirmek üzere Çalışma ve Sosyal Güvenlik İletişim Merkezi, ALO 170 üzerinden psikologlar vasıtasıyla çalışanlara yardım ve destek sağlanacaktır. 5. Çalışanların uğradığı psikolojik taciz olaylarını izlemek, değerlendirmek ve önleyici politikalar üretmek üzere Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı bünyesinde Devlet Personel Başkanlığı, sivil toplum kuruluşları ve ilgili tarafların katılımıyla "Psikolojik Tacizle Mücadele Kurulu" kurulacaktır. 6. Denetim elemanları, psikolojik taciz şikâyetlerini titizlikle inceleyip en kısa sürede sonuçlandıracaktır. 7. Psikolojik taciz iddialarıyla ilgili yürütülen iş ve işlemlerde kişilerin özel yaşamlarının korunmasına azami özen gösterilecektir. 8. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Devlet Personel Başkanlığı ve sosyal taraflar, işyerlerinde psikolojik tacize yönelik farkındalık yaratmak amacıyla eğitim ve bilgilendirme toplantıları ile seminerler düzenleyeceklerdir.”

<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/03/20110319-8.htm> (E.T.:10/11/2019)

eylemleri önlememesi ya da ortadan kaldırmaya çalışmaması dolaylı olarak ayrımcılığın yapıldığını gösterir²³¹.

3.2.3. Cinsel taciz

Cinsel taciz, TCK' nın 105. maddesinde ayrıca ve açıkça bir suç olarak düzenlenmiştir. Suç mahiyetinin dışında cinsel taciz, İş Kanunu'nda işçi ve işverene haklı nedenle fesih hakkını veren bir neden olarak belirlenmiştir. Cinsel taciz; insan onurunu ihlal etme amacı taşıyan ya da sonuçta ihlal eden mağdur tarafından istenmeyen, her türlü cinsel nitelikte sözlü yahut fiziksel şekilde utandırıcı, aşağılayıcı veya saldırgan bir ortam yaratan davranışlar şeklinde tanımlanabilir²³². İşyerinde cinsel taciz cinsiyet yahut cinsel yönelim temelli bir ayrımcılığın örneğidir.

Cinsel tacizin mağdurları genellikle kadınlar olmakla birlikte, ülkemizde sık görülen bir sorundur. Mağdurları fiziksel ve psikolojik olarak etkileyen bu fiiller ayrıca işteki verimliliği, ekonomik ve toplumsal hayatının düzenini olumsuz bir şekilde derinden etkilemektedir. Ayrıca mağdurların, kişilik haklarının ve çalışma özgürlüklerinin ihlaline neden olmaktadır. Çoğu zaman kadınlara yönelik olduğu ifade edilse de eşcinsel bireylere yönelik cinsel taciz de sıklıkla görülmektedir. Cinsel taciz, kadınlara veya erkeklere karşı cins tarafından yöneldiğinde cinsiyet ayrımcılığı sebebiyle; eşcinsellere yönelik olduğunda ise cinsel yönelim ve cinsel tercih sebebiyle bir ayrımcılıktan söz edilebilecektir²³³.

İş Kanunu'nun 24. maddesi ile iş akdinin işçi tarafından hangi haklı nedenlerle feshedilebileceği düzenlemiştir²³⁴. Yasa metninde, doğrudan cinsel taciz ifadesi yer alarak işçinin bu eyleme maruz kalması halinde haklı fesih hakkının doğacağı açıkça belirtilmiştir. Maddede yer alan ifadeye göre; *“işveren işçinin veya ailesi üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak şekilde sözler söyler, davranışlarda bulunulursa veya işçiye cinsel tacizde bulunursa”* bu durumda işçi derhal fesih hakkına sahiptir. Keza *“işçinin diğer bir işçi veya üçüncü kişiler tarafından işyerinde cinsel tacize uğraması ve bu durumu işverene bildirmesine rağmen gerekli önlemler alınmazsa”* halinde Kanun işçiye

²³¹ Görkemli, B.; Avukatlık Mesleğinde Psikolojik Taciz: Mobbing, TBB Dergisi, S. 130, 2017, s. 318.

²³² Özdemir, E.; İşyerinde Cinsel Taciz, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2006, s. 84.

²³³ Bakırcı, K.; İşyerinde Cinsel Taciz ve Türk İş Hukukuna İlişkin Çözümler, Kamu-İş, 2000, C.5, S.3, s. 437-438.

²³⁴ İş Kanunu, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4857.pdf> (E.T.:10/11/2019)

yine fesih hakkı tanımaktadır. İşyerinde işçi işveren dışında herhangi başka bir işçi, müşteri ya da diğer kişiler tarafından tacize uğrarsa, işveren de bu tacizden haberdar ise ve bu durumu engellemek için herhangi bir adım atmamışsa, işverenin yükümlülüğünden söz etmek gerekecektir. Çünkü işverenin böyle bir durum karşısında sessiz kalması, ihmal anlamı taşır ve işçiyi gözetme borcunun ihlali niteliğindedir. Ayrıca işverenin iş yeri sahibi olması nedeniyle de bir sorumluluğu bulunmaktadır. İşveren böyle bir fiilden haberdar edildiği halde gerekli yaptırımları uygulamaması, tedbir ve önlemler almaması işçi için haklı bir fesih nedeninin doğmasına neden olacaktır.

Cinsel tacizin, işveren ya da işçi tarafından haklı nedenle fesih hakkı doğurabilmesi için bu eylemin ayrıca TCK bağlamında bir suça vücut vermesi ya da ceza yargısıyla kesinleşmiş bir durumun olması gerekmez. Yargıtay'ın konu ile ilgili kararlarına göre cinsel taciz eylemin ayrıca TCK' na göre suç oluşturması gerekmediği ifade edilmiştir. *“4857 sayılı İş Kanunu'nun 24. maddesinin (II) numaralı bendinin (b) alt bendi gereğince, işverenin işçiye veya aile üyelerinden birine hakaret etmesi, sövme fiilini işlemesi, sarkıntılıkta bulunması, işçiye iş sözleşmesini haklı fesih imkanı verir.”* Şeref ve namusa dokunacak söz ve davranışların, işveren veya işveren vekili tarafından gerçekleştirilmiş olması hukuki sonucu değiştirmez. Bu eylemlerin Türk Ceza Kanunu'na göre suç teşkil etmesi de şart değildir. İşçinin ya da ailesi üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak söz, davranış veya eylemin, işverenin diğer bir işçisi tarafından gerçekleştirilmiş olması, kural olarak işverenin bu eylemden haberdar olmadığı yahut önüne geçme imkanı bulunmadığı hallerde işçiye iş sözleşmesini haklı fesih sebebi teşkil etmez. Ancak işveren gerekli önlemleri alarak, aynı durumun bir daha yaşanmaması için bir çaba sarf etmelidir. İşverenin işçiyi gözetme borcu bu anlamda devreye girmektedir²³⁵.

Kanun'un 25. maddesinde ise işverenin derhal fesih hakkı düzenlenmektedir²³⁶. Buna göre; işyerinde işçi başka bir işçiye karşı cinsel tacizde bulunduğu, bu durum işverene

²³⁵ Y. HGK. 20.11.2018 tarihli 2018/703 E., 2018/1749 K. sayılı kararı

<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-4494#> (E.T.:10/11/2019)

²³⁶ İş Kanunu m. 25: “Süresi belirli olsun veya olmasın işveren, aşağıda yazılı hallerde iş sözleşmesini sürenin bitiminden önce veya bildirim süresini beklemeksizin feshedebilir: I- Sağlık sebepleri: a) İşçinin kendi kastından veya derli toplu olmayan yaşayışından yahut içkiye düşkünlüğünden doğacak bir hastalığa yakalanması veya engelli hâle gelmesi durumunda, bu sebeple doğacak devamsızlığın ardı ardına üç iş günü veya bir ayda beş iş gününden fazla sürmesi.

b) İşçinin tutulduğu hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olduğu ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğu Sağlık Kurulunca saptanması durumunda. (a) alt bendinde sayılan sebepler dışında işçinin hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde işveren için iş sözleşmesini bildirimsiz fesih hakkı; belirtilen

fesih hakkı vermektedir. Bu madde ile ise aynı işveren altında çalışan bir işçinin bir başka işçiye cinsel taciz eylemi konu olmaktadır²³⁷. Bu durumda işverence uygulanması gereken yaptırım açıkça belirtilmiştir. İşçiye gözetme borcunun gereği olarak işveren bu yaptırımı uygulamakla mükelleftir²³⁸.

hallerin işçinin işyerindeki çalışma süresine göre 17. maddedeki bildirim sürelerini altı hafta aşmasından sonra doğar. Doğum ve gebelik hallerinde bu süre 74. maddedeki sürenin bitiminde başlar. Ancak işçinin iş sözleşmesinin askıda kalması nedeniyle işine gidemediği süreler için ücret işlemez. II- Ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri: a) İş sözleşmesi yapıldığı sırada bu sözleşmenin esaslı noktalarından biri için gerekli vasıflar veya şartlar kendisinde bulunmadığı halde bunların kendisinde bulunduğunu ileri sürerek yahut gerçeğe uygun olmayan bilgiler veya sözler söyleyerek işçinin işvereni yanıltması. b) İşçinin, işveren yahut bunların aile üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak sözler sarf etmesi veya davranışlarda bulunması yahut işveren hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ihbar ve isnatlarda bulunması. c) İşçinin işverenin başka bir işçisine cinsel tacizde bulunması. d) İşçinin işverene yahut onun ailesi üyelerinden birine yahut işverenin başka işçisine sataşması, işyerine sarhoş yahut uyuşturucu madde almış olarak gelmesi ya da işyerinde bu maddeleri kullanması. (1) e) İşçinin, işverenin güvenini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması. f) İşçinin, işyerinde, yedi günden fazla hapisle cezalandırılan ve cezası ertelenmeyen bir suç işlemesi. g) İşçinin işverenden izin almaksızın veya haklı bir sebebe dayanmaksızın ardı ardına iki işgünü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki iş günü yahut bir ayda üç işgünü işine devam etmemesi. h) İşçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi. ı) İşçinin kendi isteği veya savaşması yüzünden işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi, işyerinin malı olan veya malı olmayıp da eli altında bulunan makineleri, tesisatı veya başka eşya ve maddeleri otuz günlük ücretinin tutarıyla ödeyemeyecek derecede hasara ve kayba uğratması. III- Zorlayıcı sebepler: İşçi işyerinde bir haftadan fazla süre ile çalışmaktan alıkoyan zorlayıcı bir sebebin ortaya çıkması. IV- İşçinin gözaltına alınması veya tutuklanması halinde devamsızlığın 17nci maddedeki bildirim süresini aşması. İşçi feshin yukarıdaki bentlerle öngörülen sebeplere uygun olmadığı iddiası ile 18, 20 ve 21 inci madde hükümleri çerçevesinde yargı yoluna başvurabilir.”

²³⁷ Y. 22. HD. 01.07.2019 tarihli 2017/22798 E., 2019/14706 K. sayılı kararı, “Somut olayda, aşçı olarak çalışan davacının iş sözleşmesi işyerinde çamaşırvanede çalışan temizlik görevlisi bir başka işçiye cinsel tacizde bulunması sebebi ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II-c maddesi gereğince tazminatsız feshedilmiştir. Her ne kadar Mahkemece davacının dilekçede ismi geçen işçiye cinsel tacizde bulunduğu dair tanık beyanı ve sair kuvvetli delil bulunmadığı, davalı işverence davacının işten çıkarılmadan bu konuda savunmasının alınmadığı, iş sözleşmesinin davacının kıdem ihbar tazminatına hak kazanamayacak şekilde son bulduğunun ispatlanamadığı gerekçesi ile kıdem ve ihbar tazminatının kabulüne karar verilmiş ise de isabetli olmamıştır. Dosya içeriğine göre 26.02.2014 tarihinde şikayet dilekçesi veren temizlik görevlisinin iddialarının, davacının 27.02.2014 tarihli yazılı ifadesi ile ikrar edildiği anlaşılmaktadır. Feshe konu olay, davacı tarafından doğrulandığından fesih sebebi yapılan cinsel taciz dosya kapsamı ile sabittir. Bu sebeple davalı işveren feshi haklı sebebe dayalı olup kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde kabulü bozmayı gerektirmiştir.”

<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=7112#> (E.T.:10/11/2019)

²³⁸ Y. 22. HD. 28.03.2019 tarihli 2017/21091 E., 2019/6847 K. sayılı kararı, “İşverenin cinsel tacizde bulunması, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 24.maddesinin (II) numaralı bendinin (b) alt bendinde, işçinin haklı olarak iş sözleşmesinin feshine imkan veren nedenler arasında gösterilmiştir. İşveren vekilinin bu tür davranışı da aynı bent kapsamında değerlendirilmelidir. İşyerinde cinsel taciz eyleminin başka bir işçi ya da üçüncü bir kişi (örneğin müşteri) tarafından gerçekleştirilmesi de imkan dahilindedir. İşyeri, işverenin hakimiyet alanını oluşturur ve işverenin işçiye gözetim borcu, cinsel içerikli bu saldırı kimden gelirse gelsin işçiye korumayı gerektirir. İşçinin diğer bir işçi ya da üçüncü kişiler tarafından cinsel tacize uğraması halinde, bu durum kanun gereği işçi tarafından işverene bildirilmeli ve gerekli önlemlerin alınması istenmelidir. İşverence cinsel taciz olayı bilinmekte veya bilinebilecek durumda ise, işçinin durumu ayrıca bildirmesine gerek yoktur. İşverenin önlemi, işçinin maruz kaldığı olayın tekrarlanmasını engellemeye yönelik olmalıdır. Bu yönde önlemin yetersiz kalması da işçiye haklı fesih imkanı verir. Maddenin gerekçesinde, tacizin ağırlığına göre tacizcinin işine son verilmesi de işverence alınması gereken önlemler arasında sayılmıştır.”

<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=7112#> (E.T.:10/11/2019)

Mobbing konusunda değerlendirdiğimiz Türk Borçlar Kanunu’nun 417. maddesi, cinsel tacizden de söz etmektedir. Söz konusu yasa maddesi ile hem psikolojik hem de cinsel taciz fiillerine yönelik bir koruma sağlanmıştır. *“İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür”*²³⁹.

3.3. Medeni Kanun

Eski ağlardan bugüne kadar kadın-erkek eşitliği tartışmaları hem sosyolojik boyutta hem de hukuk dünyasında süregelmektedir. Bu tartışmalarının kökeninde kadın ve erkeğin yaratılış itibariye sahip olduğu farklılıkları gösterilmiştir. Yaratılış farklılığından dolayı pozitif anlamda kadının korunmaya değer bir birey olması kabul edilebilir pozitif bir ifadedir. Fakat erkeklerin zaten sahip olduğu bazı haklar kadınlar için sonradan kazanılması gereken haklar olmuştur.

1960’larda feminizmin ortaya çıkması ile birlikte kadın hareketlerinin artması neticesinde kadın ve erkek bireyler arasında gözetilecek eşitlik politikaları ivme kazanmıştır. Özellikle 19. yüzyılın sonlarından itibaren, hem uluslararası hukuk alanında hem de ülkelerin iç hukuklarında kadınların haklarını koruyucu düzenlemeler yapmaya başlanmıştır. Örneğin; tüm kadınlar oy kullanma hakkına kavuşmuştur. Evli statüsünde olan kadınlar kendi mülkiyetlerine sahip olma hakkı elde edebilmiřtir²⁴⁰. Evli olmayan kadınların ise mülkiyet edinme hakkı bu düzenlemede yer almamıştır. Cumhuriyet’in ilanı ile kadınlara birçok hak ve özgürlük tanınmıştır. 1926 tarihinde kabul edilen Medeni Kanun ile kadın ve erkeklerin eşitliği hakkında birçok yenilik kabul edilmiştir.

Eski Türk Medeni Kanunu, İsviçre Medeni Kanunu rnek alınarak oluşturulmuştur. Yaratılış farklılığından dolayı pozitif anlamda kadının korunmaya değer bir birey olması sebebiyle pozitif birtakım uygulamalarla beraber 1926 tarihli kanun ile kadın haklarında son derecede önemli gelişmeler yaşanmıştır. Kanun’un bu konuda yenilikçi bir yapıya

²³⁹ Görkemli, s. 318.

²⁴⁰ zdamar, D.; CEDAW Sözleşmesi, Ankara, 2009, s. 57.

sahip olduğu söylenebilir²⁴¹. Ancak bir süre sonra çağın gerisinde kalınmış ve yeni bir Medeni Kanunu'nun düzenlenmesi zaruri bir ihtiyaç olmuştur.

4721 sayılı Yeni Türk Medeni Kanunu, 21 Kasım 2001 tarihinde kabul edilerek, 08 Aralık 2001 tarihli ve 24607 sayılı Resmi Gazete ile yayınlanarak 01 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir. TMK' nın getirdiği yenilikler eşitlik ilkesi doğrultusunda yapılmıştır. Birçok konuda cinsiyet eşitliği ilkesine bağlı kalındığı kanunun bütününe görülmektedir²⁴².

TMK' nın 8. maddesinde; *“Her insanın hak ehliyeti vardır. Buna göre bütün insanlar, hukuk düzeninin sınırları içinde, haklara ve borçlara ehil olmada eşittirler.”* denilerek, tüm insanların doğuştan kazandıkları hak ehliyetine eşit olarak sahip oldukları ifade edilmiştir. Kanun metnine göre; hak ehliyeti, *“genellik ilkesi”* ve *“eşitlik ilkesi”* kapsamında şekillenmiştir. Kanunun lafzına bakıldığında da bu madde hem herkese uygulanabilir yani genel hem de herkes için eşittir²⁴³. Bu madde eşitlik kavramı açısından her bireyin insanlık onuru bakımından eşit olduğu olgusuna dayanmaktadır.

Türk Medeni Kanunu'nun 40. maddesi cinsel yönelim temelinde ayrımcılığın yaşandığı alanlardan biri olan cinsiyet değişikliğini düzenlemektedir. Cinsiyet değişikliğine izin veren bu hüküm bu izni birtakım şartlara bağlamaktadır. İlgili Kanun hükmüne göre; *“Cinsiyetini değiştirmek isteyen kimse, şahsen başvuruda bulunarak mahkemece cinsiyet değişikliğine izin verilmesini isteyebilir. Ancak, iznin verilebilmesi için, istem sahibinin on sekiz yaşını doldurmuş bulunması ve evli olmaması; ayrıca transseksüel yapıda olup, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğunu bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmi sağlık kurulu raporuyla belgelemesi şarttır. Verilen izne bağlı olarak amaç ve tıbbi yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmi sağlık kurulu raporuyla doğrulanması halinde, mahkemece nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılmasına karar verilir.”*

Ayrımcılık yasağına ilişkin olan bir diğer madde ise *“eşitlik ilkesi”* başlıklı 68. maddededir. Bu maddede dernek üyelerinin hakları düzenlenmiştir. *“Dernek üyeleri eşit haklara sahiptirler. Dernek, üyeleri arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, din ve mezhep, aile, zümre ve sınıf farkı gözetemez; eşitliği bozan veya bazı üyelere bu sebeplerle ayrıcalık*

²⁴¹ Temp, G.; “Hukuk Önünde Kadın Erkek Eşitliği”, Çağdaş Hukuk, Y. 2, S. 17-18, 1993, s. 44.

²⁴² 4721 sayılı TMK, tam metni <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4721.pdf> (E.T.:10/11/2019)

²⁴³ Hatemi, H./Kalkan Oğuztürk, B.; Kişiler Hukuku, İstanbul, 2013, s.4.

tanıyan uygulamalar yapamaz. Her üyenin, derneğin faaliyetlerine ve yönetimine katılma hakkı vardır. Dernekten çıkan veya çıkarılan üye, dernek malvarlığında hak iddia edemez.” Bu madde ile dernek üyeleri arasında meydana gelebilecek ayrımcı faaliyetlerin önüne geçilmek istenmiştir. Derneğe üyelikleri sebebiyle hiçbir üyeye ayrımcılık tanınamayacağı belirtilmiştir. Ayrıca ayrımcılık sebebi olarak gösterilebilecek özellikler sınırlı olarak sayılmıştır. Hükme göre *“dil, ırk, renk, cinsiyet, din ve mezhep, aile, zümre ve sınıf”* ayrımcılık sebepleri olarak belirlenmiştir. Bunun dışında örneğin; cinsel yönelim, yaş, engellik gibi karakteristik özellikler madde kapsamında sayılmamıştır. Buradan sayılmayan sebeplere dayanılarak ayrımcılık yapılabileceği sonucuna varılacaktır. Bir diğer noktada, ayrımcılığın yasaklanması yalnızca dernek üyelerinin tüzel kişilik içindeki konumunu koruyucu durumdadır. Örneğin üyelerin, dernek üyeleri dışında başka kişilere karşı ayrımcı muameleleri hakkında bir düzenleme mevcut değildir.

TMK’nın 175. maddesi kadın – erkek eşitliğine dayanmaktadır. Bu hükme göre; yoksulluk nafakası isteme hakkı hem erkeğe hem de kadına tanınmıştır. *“Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla geçimi için diğer taraftan mali gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir. Nafaka yükümlüsünün kusuru aranmaz.”* Eski Medeni Kanun’da erkeğin kadından yoksulluk nafakası isteyebilmesi için kadının ekonomik durumunun refahta olması şartı aranmaktaydı. Yeni düzenleme ile yalnızca kusur oranlarına getirilecek bir kanaat ile yoksulluk nafakasına hükmedilebileceği anlaşılmaktadır.

TMK’ nın üçüncü bölümünde evliliğe ilişkin genel hükümler yer almaktadır. Kanunun 185. maddesine göre; *“Evlenmeyle eşler arasında evlilik birliği kurulmuş olur. Eşler, bu birliğin mutluluğunu elbirliğiyle sağlamak ve çocukların bakımına, eğitim ve gözetimine beraberce özen göstermekle yükümlüdürler. Eşler birlikte yaşamak, birbirine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorundadırlar.”* olarak düzenlenmiştir. Evlilik birliği içinde kadın ve erkek elbirliği ile evlilik birliğinin geleceğini gözetmekle yükümlüdür. Kanun her iki eşe de bu sorumluluğu yükleyerek, çocukların bakım ve gözetiminde de her iki eşin sorumlu olduğunu ifade etmiştir.

Aile konutunun seçimi, evlilik birliğin yönetimi ve giderlere katılma hakkında madde 186’da yapılan düzenlemeye göre ise; *“Eşler oturacakları konutu birlikte seçerler. Birliği eşler beraberce yönetirler. Eşler birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıkları ile katılırlar.”* Görüldüğü üzere geleneksel adı altında dayatması *“aile reisi*

erkektir” düşüncesi Medeni Kanun’un aile birliğine bakışında bulunmamaktadır. Gelişen ve değişen toplumda kadının ekonomik özgürlüğünün giderek daha da artması emek ve varlıklarının da toplum gözünde daha nitelikli bir hal aldığı gerçeği açıktır.

TMK’ nın 187. maddesi ile kadının soyadı düzenlenmiştir. Düzenlemede; “*Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruyla kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir.*” denmektedir. Bu hüküm eski Medeni Kanun’da “*kadın evlenmekle kocasının soyadını alır*” şeklinde uygulama bulmaktaydı²⁴⁴. Söz konusu yasa maddesi kadına evlenmeden sonra erkeğin soyadı ile birlikte kendi soyadını kullanabilme hakkı verse de kanımızca eşitlikten uzak bir düzenlemedir. Kadının evlenene kadar yaşadığı hayat, insanlarca tanınması ve hatta manevi değerleri anlamında tüm değer ve yargılar evlenene kadarki süreçte olgunlaşmıştır. Kadının evlenmeden önceki hayatının bir anlamda adeta önemi yokmuş gibi yalnızca kendi soyadını kullanamaması ve erkeğin soyadını kullanma zorunluluğu kadın ve erkeği sosyal hayatta ayıran önemli örneklerden biridir. Günümüzde pek çok kadın evlenene kadarki süreçte ekonomik özgürlüğünü eline almış olup en az erkek kadar sosyal ve ekonomik hayatta da sözü geçer vaziyettedir. Maddi ve manevi benliği, sosyal kimliğini kendi soyadı çerçevesinde oluşturan kadınlar tarafından bahsedilen sebeplere dayanarak söz konusu yasa maddesi çokça eleştirilmektedir²⁴⁵. Yargıtay kadının hiçbir haklı sebep ya da zorunluluk belirtmeden kendi soyadını dilediği gibi kullanabilmesi gerektiği görüşünde olup, bu yönde içtihatları mevcuttur²⁴⁶. Bu görüşün tam tersini savunanlar da bulunmaktadır²⁴⁷. Nitekim kadının eğer isterse kendi

²⁴⁴ Erbek Odabaşı, Ö.; Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Evli Kadının Soyadı, DEUHFD, 2017, s. 54.

<http://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2017/11/2-OZGE-ERBEK-ODABASI.pdf> (E.T.:10/11/2019)

²⁴⁵ Kılıçoğlu, A.; Medeni Kanun Açısından Kadın – Erkek Eşitliği, Ankara Barosu Dergisi, 1991, S. 1, s. 12.

²⁴⁶ Y. 2. HD. 23.02.2016 tarihli 2015/20964 E., 2016/3188 K. sayılı kararı; “Sebeple önemli olmaksızın davacı evlilik birliği içinde sadece kızlık soy ismini kullanmak istemektedir. Kızlık soy ismini kullanmak istemek için haklı bir gerekçenin bulunmasına ihtiyaç bulunmamaktadır. Bu hak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8 ve Anayasanın 17. maddeleri kapsamında bir insan hakkıdır ve cinsiyete dayalı olarak bir ayrıma tabi tutulmaksızın erkek ve kadın arasında eşit şekilde uygulanmalıdır. Aksi durum Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 4. maddesine aykırılık teşkil edecektir.”, “Türk Medeni Kanunu’nun 187. maddesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşme hükümleri ile çatıştığı görülmektedir. Bu durumda, Anayasanın 90. maddesi uyarınca uygulanması gereken uluslararası sözleşme hükümlerini dikkate alması gerektiği anlaşılmakla, açıklanan hususlar gözetilerek davanın kabulü gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.” <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=7112#> (E.T.:10/11/2019)

²⁴⁷ “Aile birliğinin sağlanması için yasa koyucu eşlerden birine öncelik tanımıştır. Kamu yararı, kamu düzeni ve kimi zorunluluklar, soyadının kocadan geçmesinin tercih nedeni olduğunu göstermektedir... Kadının

soyadını da kullanabileceği eşitliğe aykırılık teşkil edecek bir durum olarak görülmemektedir²⁴⁸. Bu husus gerek AHİM içtihatlarında gerekse yerel içtihatlarda sıkça tartışmalara neden olan bir konudur.

AHİM’e yapılan başvurular çerçevesinde örnek vermek gerekirse, Ünal Tekeli-Türkiye Davası’nda AHİM’ in yorumu şu şekildedir: *“AİHM’ nin önündeki ilk soru aile birliğinin erkeğin ismi ile yansıtılması geleneğinin söz konusu davada nihai bir etken sayılıp sayılamayacağıdır. Bu geleneğin, erkeğin aile içerisinde sahip olduğu birincil ve kadının sahip olduğu ikincil rollerden kaynaklandığı açıktır. Günümüzde, erkek-kadın eşitliğinin, Türkiye de dahil Avrupa Konseyi’ne üye ülkeler içerisinde gösterdiği gelişim ve özellikle de ayrımcılık yapmama ilkesine verilen önem, Devletlerin bu geleneği uygulamasını engellemektedir. Bu bağlamda, aile birliği, aile soyadı olarak erkeğin soyadının kabul edilmesiyle yansıtılabileceği gibi kadının soyadının ya da çift tarafından seçilen ortak bir soyadın kabul edilmesiyle de yansıtılabilir.”* Söz konusu farklı muamele 8. maddeyle beraber düşünüldüğünde 14. maddeye aykırıdır. Bu sonuca göre AİHM söz konusu farklı muamelenin tek başına 8. maddeyi ihlal edip etmediğini belirlemeye gerek görmemiştir²⁴⁹.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun bu konuya ilişkin davada, evlilik birliği içinde kadının sebep önemli olmaksızın sadece kızlık soy ismini kullanmak istemesi hususunda ayrıca haklı bir gerekçenin bulunması gerekmediğini ifade etmiştir. Yargıtay HGK’na göre; bu hak AİHS ve Anayasanın maddeleri kapsamında bir insan hakkıdır ve cinsiyete dayalı olarak bir ayrıma tabi tutulmaksızın erkek ve kadın arasında eşit şekilde uygulanmalıdır. Aksi halde bu durum AİHS’ ne aykırılık teşkil edecektir²⁵⁰. Kadın ve

evlenmekle kocasının soyadını almasının cinsiyet ayrımcılığına dayanan bir farklılaşma yarattığı savı da yerinde değildir. Kişilerin haklı bir nedene dayanarak değişik kurallara bağlı tutulmaları eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz.”

²⁴⁸ Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s.55.

²⁴⁹ Ünal Tekeli – Türkiye Davası, AİHM 16.11.2004 tarihli 1996/29865 E. sayılı kararı

<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-4494#> (E.T.:10/11/2019)

²⁵⁰ “Somut olayda; davacının iddiası, evli erkeklerin evlenmeden önceki soyadlarını kullanabilmelerine karşın evli kadınların evlendikten sonra yalnızca kızlık soyadlarını kullanamamaları hakkındadır. Bu durumun, benzer konumdaki kişiler arasında cinsiyete dayalı "farklı muamele" teşkil ettiği şüphesizdir. Hemen ifade edilmelidir ki; farklı muameleyi haklı çıkartacak ikna edici gerekçeler gösterilmediği müddetçe 14. maddenin ilkesel olarak, erkek ve kadına eşit şekilde uygulanmasını zorunludur. Hukuk Genel Kurulunca, kızlık soy isminin kullanılmasının aile birliğinin sağlanmasında olumsuz etkisi olacağı savunmasına karşı, aile birliğinin sağlanmasında ortak bir soyadın kullanılmasının etkisinin bulunmadığı kabul edilmiş, ortak soyadın bu konuya geleneksel yaklaşım dışında bir katkısının bulunmadığı ortak bir aile ismi ile aile birliğinin yansıtılmaması halinde, evli çiftlerin ve/veya üçüncü tarafların somut ya da önemli bir sorun ile karşılaşmayacağı, nüfus hizmetlerinin yürütülmesinde çıkabilecek bir takım aksaklıkların da teknik

erkek eşitliğinin ihlalini son derece açık olarak ifade edilmiştir. Kanımızca, kadının kendi soy ismini kullanabilmesi için değil kullanamaması için haklı bir sebebin varlığı gösterilmelidir.

TMK madde 495’te altsoy mirasçılar düzenlenmiştir. “*Miras bırakanın birinci derece mirasçıları, onun altsoyudur. Çocuklar eşit olarak mirasçılardır. Miras bırakandan önce ölmüş olan çocukların yerini, her derecede halefiyet yoluyla kendi altsoyları alır.*” Burada evlilik birliği içinde meydana gelen çocuk ile evlilik birliği dışında meydana gelen çocuk arasında bir fark görülmeyerek düzenlenmiştir.

3.4. Engelliler Hakkında Kanun

5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanun 01 Temmuz 2005 tarihinde kabul edilerek, 07 Temmuz 2005 tarihinde 25868 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir²⁵¹. Engelli bireylerin maruz kaldığı ayrımcılığı, diğer bireylere uygulanan ayrımcılıktan genel olarak daha somut daha gözle görülür türden ayrımcılık olarak ifade edebiliriz. Engelli bireyler en çok sosyal ve ekonomik haklardan yararlanma aşamasında sorunlar yaşamaktadır. Bunlardan daha çok eğitim, sağlık, çalışma, siyasi katılım ve erişilebilirlik gibi haklar devlet tarafından ulaşılabilir hale getirilmelidir.

Engelliler Hakkında Kanun’un 3. maddesinde ayrımcılık ile ilişkili bazı tanımlar yapılmıştır. Doğrudan - dolaylı ayrımcılık, engelliliğe dayalı ayrımcılık, makul düzenleme gibi kavramların tanımı yapılmıştır. Buna göre doğrudan ayrımcılık; “*engelliliğe dayalı ayrımcılık temeline dayanan ve engellinin hak ve özgürlüklerden karşılaştırılabilir*

düzenlemeler ile aşılabileceği kabul edilmiştir. Ayrıca Hukuk Genel Kurulunca, evli kadınların aile birliği adına kocalarının soyadını taşımak zorunda bırakılmalarının önüne kendi kızlık soyadlarını ekleyebilseler de nesnel ve makul bir nedeni olmadığını kabul edilmiştir. Hukuk Genel Kurulu, geleneksel kocanın soyadına dayalı aile ismi sisteminden, evli çiftlerin kendi soyadlarını kullanabilmelerine izin veren başka bir sisteme geçişin doğum, evlilik ve ölüm kayıtlarının tutulması konusunda yaratacağı sorunların önemini göz ardı etmemiştir. Ancak bireylerin seçtikleri isme göre, saygınlık ve itibarla yaşamalarını sağlamak için toplumdan bir miktar sıkıntı çekmesini beklemek de makul olacaktır. Bu nedenle yukarıda belirtilen ve ülkemizin de taraf olduğu uluslararası metinlerde aralarında soyadı seçiminin de bulunduğu birçok konuda cinsiyete dayalı ayrımcılığı yok etme yükümlülüğü dikkate alındığında aile birliğini ortak bir aile ismi aracılığıyla yansıtmama amacı, cinsiyete dayalı farklı muamele için yeterli bir gerekçe oluşturmamaktadır. Dolayısıyla, söz konusu farklı muamele 8. maddeyle beraber düşünüldüğünde 14. maddeye aykırı olduğu açıktır.”

Y. HGK. 30.09.2015 tarihli 2014/2-889 E., 2015/2011 K. sayılı kararı

<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-4494#> (E.T.:10/11/2019)

²⁵¹ 5378 sayılı EHK, tam metni <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5378.pdf> (E.T.:10/11/2019)

durumdakilere kıyasla eşit şekilde yararlanmasını engelleyen, kısıtlayan veya zorlaştıran her türlü farklı muameleyi” ifade etmektedir.

Kanuna göre dolaylı ayrımcılık; *“görünüşte ayrımcı olmayan her türlü eylem, işlem ve uygulamalar sonucunda engelliliğe dayalı ayrımcılık temeliyle bağlantılı olarak, engellinin hak ve özgürlüklerden yararlanması bakımından nesnel olarak haklılaştırılamayan dezavantajlı bir konuma sokulması”* şeklinde tanımlanmıştır.

Aynı maddede engelliliğe dayalı ayrımcılık; *“siyasi, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni veya başka herhangi bir alanda insan hak ve temel özgürlüklerinin tam ve diğerleri ile eşit koşullar altında kullanılması veya bunlardan yararlanılması önünde engelliliğe dayalı olarak gerçekleştirilen her türlü ayırım, dışlama veya kısıtlama”* olarak tanımlanmıştır. Engelliliğe dayalı ayrımcılık ile doğrudan ayrımcılık tanımları birbirine çok yakın mahiyettedir.

Makul düzenleme ise; *“engellilerin insan haklarını ve temel özgürlüklerini tam ve diğer bireylerle eşit şekilde kullanmasını veya bunlardan yararlanmasını sağlamak üzere belirli bir durumda ihtiyaç duyulan, ölçüsüz veya aşırı bir yük getirmeyen, gerekli ve uygun değişiklik ve tedbirler”* olarak yer almaktadır. 5378 sayılı Kanun makul düzenleme tanımını AB İstihdam ve Meslekte Eşitlik Direktifi’ndeki tanıma uygun olarak yapmıştır. Düzenlemenin makul uyumlaştırma olabilmesi için kriterler belirlenmiştir. Buna göre; düzenleme gerekli ve uygun, ihtiyaç duyulan ve aşırı yük getirmeyen bir yapıda olmalıdır. Yargıtay’ın makul uyumlaştırma konusunda bir verdiği kararında; *“Davacı engelli işçi statüsünde çalışmakta olduğu, işe girmeden önce aldığı kurul raporunda ayaklarındaki rahatsızlık nedeniyle %45 engelli olduğu açık olmasına rağmen ve aynı raporda masa başı işlerde çalışabileceği belirtildiği halde sekiz saat ayakta çalıştırılmıştır. Böyle bir durumda davacının performans düşüklüğü nedeniyle işten çıkarılmasını haksız bulmuştur²⁵².”* Engellilik nedeniyle ayrımcılık konusunda makul uyumlaştırma ayrı bir önem taşımaktadır. Diğer farklı nedenlere dayanan ayrımcılık hallerinde çoğunlukla doğrudan ve dolaylı ayrımcılık gündemde iken; engelliliğe dayanan ayrımcılık konusunda makul uyumlaştırma yükümlülük olarak ele alınmalıdır.

²⁵² Y. 9.HD. 21.04.2005 tarihli 2004/23961 E., 2005/15007 K. sayılı kararı
<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-4494#> (E.T.:10/11/2019)

Genel esaslar başlıklı 4. maddenin ilk bölümünde ayrımcılığa ilişkin bir takım esaslar ve izlenmesi gereken politikalar düzenlenmiştir²⁵³. Düzenlemeye göre, engelliliğe dayalı ayrımcılıkla mücadelede engellilere yönelik politikaların büyük önemi oluğu belirtilmiştir. Ayrıca engellilere fırsat eşitliğinin, bir takım pozitif ayrımcılık uygulamaları da kullanılarak sağlanabileceği belirtilmiştir. Kanımızca, fırsat eşitliği sağlamak ve pozitif ayrımcılık politikaları uygulamadaki temel gaye, engelli bireyler ile diğerleri arasındaki farklılıkların olumsuz etkilerini ortadan kaldırmak olmalıdır. Aynı madde metninde engelli bireylerin topluma entegrasyonu için erişilebilirliğin sağlanması gerektiği ifade edilmiştir. Buna göre, erişilebilirliğin artırılmasıyla herkes tüm haklara eşit şekilde ulaşp eşit şekilde faydalanabilecektir. Engelli bireyler açısından gözetilmesi gereken bu ulaşılmazlığı ortadan kaldırmaktır. Ayrıca engeli olan kadın, çocuk ve kız çocuklarının çok yönlü ayrımcılığa maruz kalmaları sebebiyle ayrı bir koruma sağlanacağına dair düzenleme yer almaktadır. Bilhassa kadınlar ve kız çocukları açısından çifte ayrımcılık söz konusu olabileceği için bu düzenleme son derece önemlidir. Kadınların ve kız çocuklarının herhangi bir dezavantajları olmadığı durumlarda dahi cinsiyet ve yaş temelli ayrımcılığa maruz kalabildikleri bilinmektedir. Maddede bahsedilen çok yönlü ayrımcılık birden fazla sebeple ayrımcı muameleye maruz kalabilmeyi ifade etmektedir.

Engelliler Hakkında Kanun'un 4 maddesinin A bölümünde ayrımcılık başlığı altında ayrı bir düzenleme bulunmaktadır. Burada engelliliğe dayalı ayrımcılık kesin bir şekilde yasaklanmıştır. Ayrıca makul uyumlaşma ile fiili eşitliğin sağlanabileceği tekrar belirtilmiştir. Buna göre; *“Doğrudan ve dolaylı ayrımcılık dahil olmak üzere engelliliğe dayalı her türlü ayrımcılık yasaktır. Eşitliği sağlamak ve ayrımcılığı ortadan kaldırmak üzere engellilere yönelik makul düzenlemelerin yapılması için gerekli tedbirler alınır. Engellilerin hak ve özgürlüklerden tam ve eşit olarak yararlanmasını sağlamaya yönelik*

²⁵³ 5378 sayılı EHK, m. 4: “Bu Kanun kapsamında bulunan hizmetlerin yerine getirilmesinde; a) Engellilerin insan onur ve haysiyetinin dokunulmazlığı temelinde, kendi seçimlerini yapma özgürlüğünü ve bağımsızlığını kapsayacak şekilde bireysel özerkliğine saygı gösterilmesi esastır. b) Engelliliğe dayalı ayrımcılık yapılamaz, ayrımcılıkla mücadele engellilere yönelik politikaların temel esasıdır. c) Engellilerin tüm hak ve hizmetlerden yararlanması için fırsat eşitliğinin sağlanması esastır. d) Engellilerin bağımsız yaşayabilmeleri ve topluma tam ve etkin katılımları için erişilebilirliğin sağlanması esastır. e) Engellilerin ve engelliliğin her tür istismarının önlenmesi esastır. f) Engellilere yönelik hizmetlerin sunumunda aile bütünlüğünün korunması esastır. g) Engeli olan çocuklara yönelik hizmetlerde çocuğun üstün yararının gözetilmesi esastır. h) Engeli olan kadın ve kız çocuklarının çok yönlü ayrımcılığa maruz kalmaları önlenerek hak ve özgürlüklerden yararlanmalarının sağlanması esastır. i) Engellilere yönelik politika oluşturma, karar alma ve hizmet sunumu süreçlerinde engellilerin, ailelerinin ve engellileri temsil eden sivil toplum kuruluşlarının katılımının sağlanması esastır. j) Engellilere yönelik mevzuat düzenlemelerinde Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının görüşü alınır.”

alınacak özel tedbirler ayrımcılık olarak değerlendirilemez.” Engellilerin hak ve özgürlüklerden daha iyi bir şekilde diğer bireyle eşit olarak yararlanmasını sağlamak için alınacak tedbirler pozitif ayrımcılık ve makul uyumlaştırma kapsamında değerlendirilmelidir. Bu uygulamalar eşitlik ilkesine aykırı değildir. Aksine fiili eşitliği sağlamak için tesis edilen uygulamalardır.

Kanun’un “topluma dahil olma” başlıklı 4/B maddesine göre; “*Engellilerin toplumdan tecrit edilmeleri ve ayrı tutulmaları önlenir. Engellilerin diğer bireylerle eşit koşullarda bağımsız olarak toplum içinde yaşamaları esas olup, özel bir yaşama düzenine zorlanamazlar. Engellilerin topluma dâhil olmaları ve toplum içinde yaşamaları amacıyla bireysel destek hizmetleri de dahil olmak üzere ihtiyaç duydukları toplum temelli destek hizmetlerine erişimleri sağlanır.*” Bu düzenleme de ayrımcılık yasağına ilişkindir. Engellilikleri sebebiyle bireylerin sosyal ve ekonomik hayattan uzak olmaları, hak ve özgürlüklerini kullanma aşamasında bazı engellere takılmamalar, bilgiye ve hizmete diledikleri gibi kolayca erişim sağlayabilmedirler.

3.5. Siyasi Partiler Kanunu

2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu; 22 Nisan 1983 tarihinde kabul edilerek, 24 Nisan 1983 tarihli ve 18027 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir²⁵⁴.

Siyasi Partiler Kanunu’ nun “üyeliğe kabul şartları” başlıklı 12. maddesi, üyeliğe kabul aşamasında ayrımcılık yapılmamasına ilişkin bir düzenlemedir. Buna göre; “*Siyasi parti üyesi olmaya kanuna göre engel hali bulunmayanların, üyeliğe kabul şartları parti tüzüklerinde gösterilir. Tüzükte üyelik için başvuranlar arasında dil, ırk, cinsiyet, din, mezhep, aile, zümre, sınıf ve meslek farkı gözetilmez. Siyasi partiler üye olma istemlerini sebep göstermeksizin de reddedebilirler. Ancak, üyeliğe kaydını isteyen, istemini reddeden teşkilatın bir üst kademesine, parti tüzüğünde gösterilen şekilde itiraz hakkı vardır. İtiraz üzerine verilen karar kesindir.*” Siyasi parti üyesi olmaya engel bir halin varlığı ayrımcılık kapsamında değerlendirilemez. Bununla birlikte, siyasi parti tüzüklerinde üyeliğe başvuranlar arasında dil, ırk, cinsiyet, din, mezhep, aile, zümre, sınıf

²⁵⁴ 2820 sayılı SPK, tam metni <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2820.pdf> (E.T.:10/11/2019)

ve meslek sebebiyle iltimas gösterilmesi yasaklanmıştır. Öncelikle sayılan sebepler tahdididir. Bu nedenle bu düzenlemeye göre, sayılanlar dışında bir nedene dayanan ayrımcılığın varlığı herhangi bir sorun teşkil etmeyecektir. Buna göre; üyeliğe kabul aşamasında, siyasi parti tüzüğünde yer almayan bir sebepten dolayı gerçekleşmiş ayrımcılığa ilişkin müeyyide uygulanmayacaktır. Ayrıca parti üyesi olmaya kanunen bir engeli bulunmayan kişilerin istemlerinin sebepsizce reddedilebilmesi, ayrımcılığa mahal verecek bir düzenlemedir.

Demokratik düzeninin korunmasına ilişkin yasakların yer aldığı madde 78'e göre; siyasi partilerin, temel hak ve hürriyetleri yok edecek yahut zedeleyecek faaliyetlerde bulunması ya da bu amaçla kurulması, ülke bütünlüğünü ve Türkiye Cumhuriyeti'nin varlığı tehdit edecek çalışmalar yapması yasaklanmıştır²⁵⁵. Ayrıca, daha önce ayrımcılık sebebiyle incelediğimiz kanunlarda yer almayıp ilk defa burada yer alan bir takım ayrımcılık sebepleri belirtilmiştir. Bunlar; bölge, cemaat, tarikat esaslarına dayanılma halleridir. Siyasi partilerin bölgeler bazında aday çıkarması ve bu yolla temsili sebebiyle; örneğin, belli bir bölgede yalnızca belli ideolojiye sahip bir partinin sürekli seçimleri kazanması görülen bir durumdur. Fakat bunun ayrımcılık haline varması bir takım sosyal bölünmelere sebep olabilecek tehlikedir. Bunun dışında siyasi parti; bir cemaat ya da tarikat ile bağdaştırılmaz, bu isimleri alamaz, herhangi bir tarikat ya da cemaate üyeliğe övüp devlet düzenine aykırı, birlik ve beraberliği bozacak nitelikte faaliyetleri gerçekleştiremez.

²⁵⁵ 2820 sayılı SPK, m. 78: "Siyasi partiler: a) Türkiye Devletinin Cumhuriyet olan şeklini; Anayasanın başlangıç kısmında ve 2. maddesinde belirtilen esaslarını; Anayasanın 3. maddesinde açıklanan Türk Devletinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, diline, bayrağına, milli marşına ve başkentine dair hükümlerini; egemenliğin kayıtsız şartsız Türk Milletine ait olduğu ve bunun ancak, Anayasanın koyduğu esaslara göre yetkili organları eliyle kullanılabileceği esasını; Türk Milletine ait olan egemenliğin kullanılmasının belli bir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılamayacağı veya hiçbir kimse veya organın, kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamayacağı hükmünü; seçimler ve halkoylamalarının serbest, eşit, gizli, genel oy, açık sayım ve döküm esaslarına göre, yargı yönetim ve denetimi altında yapılması esasını değiştirmek; Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, dil, ırk, renk, din ve mezhep ayrımı yaratmak veya sair herhangi bir yoldan bu kavram ve görüşlere dayanan bir devlet düzeni kurmak; amacını güdemezler veya bu amaca yönelik faaliyette bulunamazlar, başkalarını bu yolda tahrik ve teşvik edemezler. b) Bölge, ırk, belli kişi, aile, zümre veya cemaat, din, mezhep veya tarikat esaslarına dayanamaz veya adlarını kullanamazlar. c) Sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde egemenliğini veya zümre egemenliğini veya herhangi bir tür diktatörlüğü savunmayı ve yerleştirmeyi amaçlayamazlar ve bu amaca yönelik faaliyette bulunamazlar. d) Askerlik, güvenlik veya sivil savunma hizmetlerine hazırlayıcı nitelikte eğitim ve öğretim faaliyetlerinde bulunamazlar. e) Genel ahlak ve adaba aykırı, amaçlar güdemezler ve bu amaca yönelik faaliyette bulunamazlar. f) Anayasanın hiçbir hükmünü, Anayasada yer alan hak ve hürriyetleri yok etmeye yönelik bir faaliyette bulunma hakkını verir şekilde yorumlayamazlar."

Kanun'un 81. maddesinde yer alan düzenleme, siyasi partilerin azınlık yaratılmasına sebep olacak faaliyetlerde bulunamayacağına ilişkindir²⁵⁶. Buna göre; herhangi bir siyasi parti ülke toprakları üzerinde azınlıklar yaratarak, millet bütünlüğünün bozulmasına neden olacak faaliyetlerde bulunamaz. Bu amacı güderek hiçbir eylem ya da siyasi harekette bulunamaz. Bu madde ile siyasi parti faaliyetleri aracılığıyla ülkenin bütünlüğünün bozularak azınlık yaratılmasının önüne geçilmek istenmiştir. Türkiye Cumhuriyeti Devleti; birçok din, millet, mezhep, ırk ve kültürden insanı barındırmaktadır. Ayrıca bölgelere göre belli din, ırk ve mezhepten insan popülasyonunun da değiştiği söylenebilir. Bu nedenle; devletin birliğine ve bütünlüğüne karşı olacak her faaliyetin Anayasa'nın değiştirilemez maddelerinden olan *"Türkiye Devleti, ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütündür. Dili Türkçedir."* maddesi ile yasaklandığı unutulmamalıdır. Siyasi Partiler Kanunu'nun 81. maddesi Anayasa'da belirlenen hususlar çerçevesinde ülkenin bütünlüğünü bozucu fiiller engellenmek amacıyla tesis edilmiş bir hükümdür. Bu sebeple örneğin; madde metninde yer alan başka bir düzenlemeye göre siyasi parti propagandası ve mitingler yaparken yalnızca Türkçe konuşulması gerekmektedir. Devletin resmi dilinin Türkçe olması, anadili başka olan ırkların dışlanması ya da ayrıma maruz kalmaları anlamına gelmez. Bu yönde düzenlemeler aksine bütünlüğü ve beraberliği sağlamaya yöneliktir. Danıştay'ın temyiz incelemesi neticesinde verdiği bir karar; İngilizce asılmış bir pankartın SPK madde 81/c'ye aykırılık teşkil etmeyeceği yönündedir. *"Yankee Go Home, askerlerle, üslerle, hamburgerlerle defol, Sosyalist İktidar Partisi"* ibareli afişlerin bu yasak kapsamına girmediği kabul edilmiştir. Ayrıca Danıştay'a göre; *"afişte yer alan ifadelerin kastedilen devlet ile ilişkilerin zedeleneyeceği iddiası da dayanaktan yoksun olması sebebiyle demokratik ve çoğulcu sistemde doğal olan çok sesliliğin yansıması niteliğindeki davacı siyasi partiye ait afişin asılamayacağına ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık olmayıp; davanın reddi yolundaki mahkeme kararında hukuki isabet görülmemektedir"*²⁵⁷.

²⁵⁶ 2820 sayılı SPK, m. 81: "Siyasi partiler: a) Türkiye Cumhuriyeti ülkesi üzerinde milli veya dini kültür veya mezhep veya ırk veya dil farklılığına dayanan azınlıklar bulunduğunu ileri süremezler. b) Türk dilinden veya kültüründen başka dil ve kültürleri korumak, geliştirmek veya yaymak yoluyla Türkiye Cumhuriyeti ülkesi üzerinde azınlıklar yaratarak millet bütünlüğünün bozulması amacını güdemezler ve bu yolda faaliyette bulunamazlar. c) Tüzük ve programlarının yazımı ve yayınlanmasında, kongrelerinde, açık veya kapalı salon toplantılarında, mitinglerinde, propagandalarında Türkçe'den başka dil kullanamazlar; Türkçe'den başka dillerde yazılmış pankartlar, levhalar, plaklar, ses ve görüntü bantları, broşür ve beyannameler kullanamaz ve dağıtamazlar; bu eylem ve işlemlerin başkaları tarafından da yapılmasına kayıtsız kalamazlar. Ancak, tüzük ve programlarının kanunla yasaklanmış diller dışındaki yabancı bir dile çevrilmesi mümkündür."

²⁵⁷ Dan. 10. D. 12.04.2006 tarihli 2004/7627 E., 2006/2380 K., sayılı kararı
<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-6554#> (E.T.:10/11/2019)

Kanımızca, farklı dilde asılan pankartların, yapılan miting ve propagandaların azınlık yaratmak kastı taşıması ve somut olarak buna elverişli olması gerekir.

Bölgecilik ve ırkçılık yasağının yer aldığı 82. maddedeki düzenlemeye göre; “*Siyasi partiler, bölünmez bir bütün olan ülkede, bölgecilik veya ırkçılık amacını güdemezler ve bu amaca yönelik faaliyette bulunamazlar.*” Anılan yasa maddesi ile bölgecilik ve ırkçılık faaliyetlerinin önüne geçilmeye çalışılmaktadır. Siyasi partilerin belirli bölgelerde halkları bölmeye yönelik birtakım ideolojiler çerçevesinde toplanmaması, tüm partilerin her bölgeden her ırktan bireye eşit yakınlıkta olması gerekliliğine dayanılarak böyle bir düzenleme yapılmıştır.

Kanun’un 83. maddesinde anayasal bir ilke olan eşitlik ilkesi vurgulanmıştır. Buna göre; “*Siyasi partiler, herkesin dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu prensibine aykırı amaç güdemez ve faaliyette bulunamazlar.*” yapmaktadır. Doğrudan ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesinin hakim olduğu genel nitelikte bir hükümdür. Siyasi partilerin hangi faaliyetleri sırasında ayrımcılığın yasaklandığı belirtilmeyerek, kanun önünde eşitlik ilkesine atıf yapılmıştır.

Yine eşitlik ilkesine gönderme yapan bir diğer düzenleme ise Kanun’un 93. maddesinde yer almaktadır. Buna göre parti içi yapılan çalışmalar, demokrasi esaslarına uygun olma zorundadır. “*Siyasi partilerin parti içi çalışmaları, parti yönetimi, denetimi; parti organları için yapılacak seçimler ile parti genel başkanlığınca, genel merkez organlarınca ve parti gruplarınca alınan kararları ve yapılan eylem ve işlemleri parti tüzüğüne, parti üyeleri arasındaki eşitlik ilkesine ve demokrasi esaslarına aykırı olamaz*”²⁵⁸.

3.6. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu

6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu; 6 Nisan 2016 tarihinde kabul edilerek, 20 Nisan 2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir²⁵⁹. Uluslararası hukuk alanında

²⁵⁸ Y. 4.HD. 25.04.2017 tarihli 2017/680 E., 2017/2169 K. sayılı kararı
<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-4494#> (E.T.:10/11/2019)

²⁵⁹ 6701 sayılı TİHKK, tam metni
<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6701.pdf> (E.T.:10/11/2019)

ayrımcılığın yasaklanması ve eşit muamelenin sağlanması konularında birçok sözleşme, tavsiye ve karar bulunmaktadır. Bu düzenlemelerin ışığında ve ülkemizde de bu konuların sık sık gündeme gelmesi sebebiyle böyle bir kanun hazırlamak gereklilik haline gelmiştir. TİHKK’de ayrımcılık yasağı ve eşitlik konularında çeşitli düzenlemeler yer almaktadır. Bu kavramlar oldukça detaylı olarak ele alınmıştır. Ayrımcılık yasağının kapsamı; istihdama, mal ve hizmetlere erişim, sosyal hizmetlere erişim şeklinde üç kategoriye ayrılarak belirlenmiştir. İstihdama ilişkin ayrımcılık ayrı bir olarak düzenlenerek; işe alma, çalışma ve işe son verme süreçlerinin tümü ayrımcılık yasağının alanına dahil edilmiştir. TİHKK uluslararası kriterleri ve uygulamayı ayrıca ülkemizin ihtiyaçlarını da göz önünde bulundurarak hazırlanması sebebiyle ulusal hukukta ayrımcılıkla mücadele ve eşitlik konularında atılmış ciddi bir adımdır. Bu bakımdan son derece önemli bir kaynak olduğu kanısındayız.

Kanunun amacı ayrımcılığın önlemesi, ortadan kaldırılması ve eşit muamelenin tahsis edilmesi ile işkence ve kötü muamelenin yasaklanmasını sağlamaktır. İnsan haklarının korunması, geliştirilmesi ve ayrımcılık ile mücadeleyi hedefleyen bu kanun, bireylerin eşit muamele hakkı olduğunu belirtmektedir. Kanun’un amacı ve kapsamı 1. madde ile belirlenmiştir. Buna göre; *“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, teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin esasların düzenlenmesidir”*²⁶⁰. Görüldüğü üzere ayrımcılığı önlemek, işkence ve kötü muameleye karşı mücadele etmekle yetkili kurumun Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu olduğu belirtilmiştir.

TİHKK’in 2. maddesinde ayrımcılığa ilişkin tanımlar yapılmıştır. Kanun’un 2. maddesi ile yapılan tanımlar, bizim de çalışmamızın bu aşamasına kadar açıkladığımız ve üzerinde durduğumuz konulardan ibarettir. Her bir tanımlı yeniden ele alarak tekrar incelemek işlevsel olmayacağı için kısaca dipnotta geçmek yerinde olacaktır²⁶¹.

²⁶⁰ <https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k6701.html> (E.T.:10/11/2019)

²⁶¹ 6701 sayılı TİHKK, m. 2: “1. Bu Kanunun uygulanmasında;

Madde kapsamında yapılan tanımlardan çoklu ayrımcılık, Birleşmiş Milletler Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme'nin Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik Hakkındaki Genel Yorumu'nda keşişen ayrımcılık olarak ifade edilmiştir. *"Keşişen ayrımcılık; engelli veya engellilikle ilişkili bir bireyin engellilikle birlikte renk, cinsiyet, dil, din, etnik köken, toplumsal cinsiyet ya da diğer statülere bağlı olarak ayrımcılığa maruz kalması"* durumunda ortaya çıkar. Ayrımcılık çoğu zaman tek bir özelliğe bağlı olarak ortaya çıkabiliyorken bazen birden çok ayrımcılık sebebi bir arada yer alabilmektedir. Bu durumda ayrımcılık çoklu ya da keşişen bir takım özelliklere bağlı olabilmektedir. Keşişen ayrımcılık, doğrudan ya da dolaylı ayrımcılık, makul düzenleme gerçekleştirilmemesi veya taciz şeklinde görülebilir. Örneğin, erişilemez bir format nedeniyle genel sağlıkla ilgili bilgilere erişimin tanınmaması, engellilik temelinde tüm bireyleri etkilerken, kör bir kadının aile planlaması hizmetlerine erişiminin tanınmaması, onun haklarını engellilik ve cinsiyetinin keşişimine dayanarak sınırlamaktadır²⁶².

Kanun kapsamında yapılan taciz tanımına bakıldığında, bir takım eksikliklerin olduğu görülmektedir. Tacizi belirleyen unsur kişinin üstünde bıraktığı etkidir. Yani insan onurunun çiğnenmesi amacını taşıyan veya böyle bir sonucu doğuran yıldırıcı, onur kırıcı, aşağılayıcı veya utandırıcı her türlü davranıştan ziyade davranışların sebep olduğu etkilerin

-
- a) Ayrı tutma: Kişilerin bu Kanunda sayılan temellerden biri veya birden fazlası nedeniyle, bir eylem veya eylemsizliğin sonucu olarak diğerlerinden ayrı tutulması durumunu,
 - b) Ayrımcılık talimatı: Bir kişinin kendi nam veya hesabına eylem ve işlemlerde bulunmaya yetkili kıldığı kişilere veya bir kamu görevlisinin diğer kişilere verdiği ayrımcılık yapılmasına yönelik talimatı,
 - c) Çoklu ayrımcılık: Ayrımcı uygulamanın birden fazla ayrımcılık temeli ile ilişkili olması durumunu,
 - d) Doğrudan ayrımcılık: Bir gerçek veya tüzel kişinin, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden karşılaştırılabilir durumdakilere kıyasla eşit şekilde yararlanmasını bu Kanunda sayılan ayrımcılık temellerine dayanılarak engelleyen veya zorlaştıran her türlü farklı muameleyi,
 - e) Dolaylı ayrımcılık: Bir gerçek veya tüzel kişinin, görünüşte ayrımcı olmayan her türlü eylem, işlem ve uygulamalar sonucunda, bu Kanunda sayılan ayrımcılık temelleriyle bağlantılı olarak, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanma bakımından nesnel olarak haklılaştırılmayan dezavantajlı bir konuma sokulmasını,
 - g) İşyerinde yıldırma: Bu Kanunda sayılan ayrımcılık temellerine dayanılarak kişiyi işinden soğutmak, dışlamak, bıktırmak amacıyla kasıtlı olarak yapılan eylemleri,
 - i) Makul düzenleme: Engellilerin hak ve özgürlüklerini tam ve diğer bireylerle eşit şekilde kullanmasını veya bunlardan yararlanmasını sağlamak üzere belirli bir durumda ihtiyaç duyulan, mali imkanlar nispetinde, ölçülü, gerekli ve uygun değişiklik ve tedbirleri,
 - j) Taciz: Psikolojik ve cinsel türleri de dahil olmak üzere bu Kanunda sayılan temellerden birisine dayanılarak, insan onurunun çiğnenmesi amacını taşıyan veya böyle bir sonucu doğuran yıldırıcı, onur kırıcı, aşağılayıcı veya utandırıcı her türlü davranış,
 - m) Varsayılan temele dayalı ayrımcılık: Bir gerçek veya tüzel kişinin, bu Kanunda sayılan ayrımcılık temellerinden birisiyle gerçekte ilgisi olmamasına rağmen, bu temellerden birisini taşıdığı sanılarak hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanma bakımından ayrımcı muameleye maruz kalmasını, ifade eder."

²⁶² Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Komitesi, Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşmeye ilişkin Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik Hakkında 6 No'lu Genel Yorum (2018) <http://www.esithaklar.org/bm-no6/> (E.T.:10/11/2019)

varlığı halinde tacizden söz edilebilmelidir. Söz konusu davranış kişiyi taciz etmeyi amaçlamasa dahi kanımızca, böyle bir sonuca neden olması bu fiillerin taciz olarak değerlendirilmesi için yeterlidir.

TİHEK Kanunu'nun 3. maddesinde eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı düzenlenmiştir²⁶³. Düzenlemeye göre; Devlet kamu kurum ve kuruluşları, meslek kuruluşları ayrıca gerçek ve özel tüzel kişilerine eşitliği sağlamakla mükelleftir. Ayrıca Devlet, farklı muamelenin önüne geçmek için birtakım görevler yüklenmiştir. İnsan hakları ihlallerini önlemek, olumsuz sonuçlarını ortadan kaldırmak için ayrıca adli ve idari tedbirleri almak da bu görev ve yükümlülüklerin içinde yer almaktadır. Kanun'un 5. maddesinde ayrımcılık yasağının kapsamı belirlenmiştir²⁶⁴. Ayrımcılığın yasaklandığı hizmetlerin belirlenmesinin yanı sıra hizmetlerin planlaması, sunulması ve denetiminden sorumlu olan kişi ve kurumlar belirtilerek bu kişi ve kurumların yükümlülükleri belirlenmiştir. Buna göre kamu kurum ve kuruluşları farklı engelli grupların ihtiyaçlarını gözeterek makul düzenlemeleri yapmakla yükümlüdür.

Kanun'un 7. maddesinde ayrımcılık iddiasının ileri sürülemeyeceği haller ve istisnaları yer almaktadır²⁶⁵. Buna göre belirli bir işin gereği olarak aranan nitelikler,

²⁶³ 6701 sayılı TİHKK, m. 3: "1. Herkes, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada eşittir. 2. 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 ayrımcılık yasaktır. 3. Ayrımcılık yasağının ihlali halinde, konuya ilişkin görev ve yetkisi bulunan kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ihlalin sona erdirilmesi, sonuçlarının giderilmesi, tekrarlanmasının önlenmesi, adli ve idari yoldan takibinin sağlanması amacıyla gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür. 4. Ayrımcılık yasağı bakımından sorumluluk altında olan gerçek ve özel hukuk tüzel kişileri, yetki alanları içerisinde bulunan konular bakımından ayrımcılığın tespiti, ortadan kaldırılması ve eşitliğin sağlanması için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür."

²⁶⁴ 6701 sayılı TİHKK, m. 5: "1. Eğitim ve öğretim, yargı, kolluk, sağlık, ulaşım, iletişim, sosyal güvenlik, sosyal hizmetler, sosyal yardım, spor, konaklama, kültür, turizm ve benzeri hizmetleri sunan kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri, yürüttükleri faaliyetler bakımından bu hizmetlerden yararlanmakta olan veya yararlanmak üzere başvurmuş olan ya da bu hizmetler hakkında bilgi almak isteyen kişi aleyhine ayrımcılık yapamaz. Bu hüküm kamuya açık hizmetlerin sunulduğu alanlar ve binalara erişimi de kapsar. 2. Birinci fıkrada belirtilen hizmetlerin planlanması, sunulması ve denetlenmesinden sorumlu olan kişi ve kurumlar, farklı engelli grupların ihtiyaçlarını dikkate almakla ve makul düzenlemelerin yapılmasını sağlamakla yükümlüdür. 3. 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. 4. Demek, vakıf, sendika, siyasi parti ve meslek örgütlerine, ilgili mevzuatlarında veya tüzüklerinde belirtilen istisnalar dışında üye olma, organlarına seçilme, üyelik imkanlarından yararlanma, üyeliğin sonlandırılması ve bunların faaliyetlerine katılma ve yararlanma bakımından, hiç kimse aleyhine ayrımcılık yapılamaz."

²⁶⁵ 6701 sayılı TİHKK, m. 7: "1. Bu Kanun kapsamında ayrımcılık iddiasının ileri sürülemeyeceği haller ve istisnalar şunlardır: a) İstihdam ve serbest meslek alanlarında, zorunlu mesleki gerekliliklerin varlığı halinde

cinsiyet istihdamının zorunlu olduğu durumlar, pozitif ayrımcılığın gerekli olduğu yerlerde uygulanan farklı muameleler ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirilemez. Ayrımcılık yasağı teşkil etmeyecek haller ayrıca ve açıkça belirlenmiştir. Buna göre, bu kapsam dışında kalan tüm ayrımcı uygulamalar ayrımcılık teşkil edecektir. Kanun'un amacı ve kurumun hukuki mahiyeti ile ayrımcılıkla mücadele ve eşitliğin sağlanması açısından ülkemiz için iyi bir gelişmedir.

3.7. Türk Ceza Kanunu

3.7.1. Genel olarak

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 26 Eylül 2004 tarihinde kabul edilerek, 12 Ekim 2004 tarihli ve 25611 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir²⁶⁶. TCK' da ayrımcılık suçu 122. maddede nefret ve ayrımcılık suçu başlığı altında düzenlenmiştir. Ancak TCK kapsamında; nefret ve ayrımcılık suçu dışında, nefret ve ayrımcılık saikleri ile işlenmesi mümkün olan başka suçlar yer almaktadır. Bunun yanı sıra yine nefret ve ayrımcılık saiki barındıran ve toplumsal güç dengesizliklerinin ve farklılıklara karşı gelişen olumsuz önyargıların yarattığı kolaylıktan yararlanılarak işlenen birtakım suçlar da yer almaktadır. TCK'nın 3. maddesinde düzenlenen “*Adalet ve Kanun Önünde Eşitlik İlkesi*”ni yaptığımız bu tasniften ayırık tutarak bazı suçları bu tasnife göre inceleme gereği duyuyoruz.

Öncelikle, kanun önünde eşitlik ilkesi, Kanunu'nun uygulanmasına ilişkin genel bir ilke mahiyetindedir. Kanun'un hükmü; “1. Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur. 2. Ceza Kanununun uygulamasında kişiler arasında ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, siyasal veya diğer fikir yahut düşünceleri, felsefi inanç, milli veya sosyal köken, doğum, ekonomik ve

amaca uygun ve orantılı olan farklı muamele. b) Sadece belli bir cinsiyetin istihdamını zorunlu kılan durumlar. c) İşe kabul ve istihdam sürecinde, hizmetin zorunlulukları nedeniyle yaş sınırlarının belirlenmesi ve uygulanması, gereklilik ve amaçla orantılı olması şartıyla yaşa dayalı farklı muamele. ç) Çocuk veya özel bir yerde tutulması gereken kişilere yönelik özel tedbirler ve koruma önlemleri. d) Bir dine ait kurumda, din hizmeti veya o dine ilişkin eğitim ve öğretim vermek üzere sadece o dine mensup kişilerin istihdamı. e) Dernek, vakıf, sendika, siyasi parti ve meslek örgütlerinin, ilgili mevzuatlarında veya tüzüklerinde yer alan amaç, ilke ve değerler temelinde üye olacak kişilerde belli şart ve nitelik aramaları. f) Eşitsizlikleri ortadan kaldırmaya yönelik, gerekli, amaca uygun ve orantılı farklı muamele. g) Vatandaş olmayanların ülkeye giriş ve ikametlerine ilişkin şartlarından ve hukuki statülerinden kaynaklanan farklı muamele.”

²⁶⁶ 5237 sayılı TCK, tam metni <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf> (E.T.: 10/11/2019)

diğer toplumsal konumları yönünden ayırım yapılamaz ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınamaz.” şeklindedir. Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı kavramlarının adeta birbirinden ayrı düşünülemez kavramlar olması sebebiyle söz konusu yasa maddesinde de bir arada düzenlenmiştir. Yasa maddesi kanunun uygulanması açısından kanun önünde eşitliğin sağlanmasını amaçlamaktadır.

Maddenin birinci fıkrasında ceza ve güvenlik tedbirlerinde orantılılık ilkesi benimsenmiştir. Maddenin gerekçesine göre; *“toplum düzeninde adaletin sağlanması için suç işleyen kimseye uygulanacak ceza hukuku yaptırımlarının haklı ve ölçülü olması gerekir. Yaptırım ise ancak suçun ağırlığıyla orantılı ve haklı olduğu ölçüde suçun failinde pişmanlık duygusu uyandırabilir. Bu sayede suçlunun yeniden topluma kazandırılması sağlanabilir. Yine bireylerin hukuka olan güvenlerinin pekişmesi ve cezanın caydırıcılık etkisinin doğru biçimde gösterilebilmesi için de ceza hukukunun temel ilkelerinden olan orantılılık ilkesine uymak gerekir. Madde ile bu hususa ceza kanunda açıkça yer verilerek, ceza kanunun adaletçi bir karaktere sahip olduğu da vurgulanmak istenmiştir”*²⁶⁷.

Söz konusu maddenin ikinci fıkrası, TCK’ nın uygulanması açısından kişiler arasında sayılan nedenlere dayanarak herhangi bir ayırımın yapılamayacağını ifade etmektedir. Bu fıkra ile eşitlik ilkesi Anayasa ile düzenlenmesine karşın TCK ile ayrıca ve özel olarak yeniden düzenlenmiştir²⁶⁸. Kanunun uygulanabilirliğini düzenleyen bu madde TCK kapsamında genel bir düzenlemedir. Bu gibi düzenleyici genel maddeler aslında Anayasa’larda yer alması gereken düzenlemelerdir²⁶⁹. Bu bakımdan doktrinde kanun yapma tekniğine aykırı olduğu görüşü yer almaktadır²⁷⁰.

Yine ikinci fıkrada ayrımcılık yapılması ve ayrıcalık tanınması halleri TCK ile sınırlı olarak yasaklanmıştır. Ayrımcılık sebepleri sayılmış olmasına karşın *“diğer toplumsal konumları yönünden”* ifadesiyle kanun kapsamında sayılmayan ancak ulusal ve uluslararası hukukta geçerli ayrımcılığı yasaklayan diğer belgelerde yer alan bundan başka ayrımcılık sebeplerinin madde kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği açık

²⁶⁷ Yasa maddesinin gerekçesi için bkz. <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-818#> (E.T.: 10/11/2019)

²⁶⁸ Özbek, V. Ö.; TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Anlamı, C.1, Ankara, 2006, s. 193.

²⁶⁹ Yarsuvat, D.; Türk Ceza Kanunu’nun Temel İlkeleri, Türk Ceza Kanunu’nun İki Yılı, Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayını, İstanbul, 2008, s. 19.

²⁷⁰ Artuk, M. E.; Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Genel Hükümlerine İlişkin Düşünceler, Yeni Türk Ceza Kanunu Sempozyumu, 2005, TCHD Yayını, No:7, s. 29.

değildir. Kanımızca burada “*diğer toplumsal konumları*” ifadesi ile cinsel yönelim, yaş, engellilik gibi sebeplerin de ayrımcılık nedeni teşkil edeceği düşünülmelidir.

3.7.2. Nefret veya ayrımcılık saikleri ile işlenmesi mümkün olan suçlar

Türk Ceza Kanunu’nun 122. maddesi dışında, TCK’da yahut ceza normu içeren diğer kanunlarda “*nefret saiki*” veya “*ayrımcılık saiki*” ile işlenebilen suçlar yahut “*nefret suçları*” bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmemiştir. Ancak her ne kadar bu başlıklar altında bir suç tipi düzenlenmese de nefret ve ayrımcılık saikli suçlar TCK’da yer alan birçok suç kapsamında cezalandırılabilir. Kanun koyucunun somut böyle bir düzenlemesi ne yazık ki bulunmamaktadır. Kanun koyucunun bu yönde bir düzenlemesinin olmayışı, pek tabi bu saikleri barındıran suçların işlenmediğinin göstergesi değildir. Kanunda nefret ve ayrımcılık suçu yahut tek başına nefret suçu mahiyetinde düzenlenebilecek bazı suç tipleri bulunmaktadır. Bu suçlar nefret ve/veya ayrımcılık saikleri ile işlenmeye uygun yapıdadır. Fakat TCK kapsamında bu saikler ile işlenen suçlar ayrıca cezayı gerektiren bir suç yahut cezayı arttıran bir unsur olarak değerlendirilmemiştir.

Daha önce de belirttiğimiz üzere nefret suçu olarak değerlendirilebilecek suçların birtakım özelliklerini barındırması gerekir. Her şeyden önce bu suçların cebir, şiddet yahut bir zorlama bulundurması gerekir. Yalnız nefret suçu bazında değerlendirdiğimizde; bu suçlardan nefret saiki çıkarıldığında, yine ceza kanunu tarafından korunan hukuki bir menfaatin ihlal edildiği görülür. Buna bağlı olarak bazı suçları nefret ve ayrımcılık saiki ile işlenmesi mümkün olan suçlar adı altında inceleyeceğiz.

Fakat inceleyeceğimiz bu suçlar; TCK kapsamında nefret suçları, nefret ve ayrımcılık saiki ile işlenen suçlar adı altında yahut temel suçların nitelikli hali olacak şekilde düzenlenmemiştir. Fiillerin niteliği ve niceliği göz önünde bulundurulduğunda; kasten öldürme (TCK m. 81), kasten yaralama (TCK m.86), işkence (TCK m. 94), eziyet (TCK m. 96), cinsel saldırı (TCK m. 102), çocukların cinsel istismarı (TCK m. 103), reşit olmayanla cinsel ilişki (TCK m. 104), cinsel taciz (TCK m.105), tehdit (TCK m. 106), eğitim-öğretimin engellenmesi (TCK m. 112), siyasi haklarını kullanılmasının engellenmesi (TCK m. 114), inanç, düşünce ve kanaat hürriyetinin kullanılmasını engellenmesi (TCK m. 115), iş ve çalışma hürriyetinin ihlali (TCK m. 117), sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi (TCK m. 118), mala zarar (TCK m. 151), ibadethane ve mezarlıklara zarar verme (TCK m. 153) vb. suçlar nefret ve ayrımcılık saiki

ile işlenmeye elverişli suç tipleridir. Ayrıca “*nefret suçu*” açısından düşünüldüğünde; bahsedilen bu suçlar TCK kapsamında halihazırda bir suça vücut vermeleri sebebiyle, nefret saiki olmasa da cezai müeyyideyi gerektiren hareketler ile meydana gelmektedir. Bu nedenle uluslararası alanda kabul gören “*nefret suçu*” tanımına uygun nitelikte suçlardır.

Türk Ceza Kanunu’nun 81. maddesi ile kasten öldürme suçu düzenlenmiştir²⁷¹. Bu suçunun nitelikli halleri ise 82. maddede yer almaktadır²⁷². Bu suç ile korunan hukuki değer Anayasa ile korunan ve kişinin en temel hakkı olduğu düşünülen yaşam hakkıdır²⁷³. Kasten öldürme suçunun nefret veya ayrımcılık saikiyle işlenmesi nitelikli bir hal olarak düşünülebilir. Nasıl ki, kanun bu suçun; çocuğa, kendisini savunamayacak durumda olanlara ve gebe kadınlara karşı işlenmesinin nitelikli bir hal olarak ele alabiliyorsa yahut töre ve kan gütme saiki nitelikli bir hal sayılabiliyorsa, “*din, dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik vb.*” sebeplerle duyulan nefret ve ayrımcılık ile işlenmesi de nitelikli bir hal olarak ele alınabilir. Kanun maddesi ile düzenlenen suç uluslararası alanda kabul gören nefret suçlarında yer alan temel suçun vasıflarına uygun niteliktedir. 2 Temmuz 1993’te Sivas Madımak Oteli’nde bir derneğin düzenlediği organizasyon sırasında 33 adet Alevi ozan ve yazar yakılarak öldürülmüştür. Yakın tarihimizde yaşanan bu olayda, faillerin nefret ve önyargı saikleri olduğu açıktır.

TCK’nın 86. maddesinde düzenlenen kasten yaralama suçu²⁷⁴; suçun vasfı açısından nefret ve ayrımcılık saikiyle işlenmeye müsait şiddet içeren bir suçtur. Kanun’un bu suç ile korumaya çalıştığı hukuki menfaat kişinin vücut bütünlüğüdür. Fail mağduru, örneğin eşcinsel yahut mağdur, failin nefret duyduğu bir grubun temsilcisi olduğu için bıçakla

²⁷¹ 5237 sayılı TCK, m. 81: “Bir insanı kasten öldüren kişi, müebbet hapis cezası ile cezalandırılır.”

²⁷² 5237 sayılı TCK, m. 82: “Kasten öldürme suçunun; a) Tasarlayarak, b) Canavarca hisle veya eziyet çektirerek, c) Yangın, su baskını, tahrip, batırma veya bombalama ya da nükleer, biyolojik veya kimyasal silah kullanmak suretiyle, d) Üstsoy veya altsoydan birine ya da eş veya kardeşe karşı, e) Çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı, f) Gebe olduğu bilinen kadına karşı, g) Kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle, h) Bir suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak veya işlenmesini kolaylaştırmak ya da yakalanmamak amacıyla, i) Bir suçu işleyememekten dolayı duyduğu infialle, j) Kan gütme saikiyle, k) Töre saikiyle, işlenmesi halinde, kişi ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılır.”

²⁷³ Tezcan, D./Erdem, M.R./Önok, R.M.; Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara, 2019, s.133.

²⁷⁴ 5237 sayılı TCK, m. 86: “1. Kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. 2. Kasten yaralama fiilinin kişi üzerindeki etkisinin basit bir tıbbî müdahaleyle giderilebilecek ölçüde hafif olması hâlinde, mağdurun şikâyeti üzerine, dört aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur. 3. Kasten yaralama suçunun; a) Üstsoya, altsoya, eşe veya kardeşe karşı, b) Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı, c) Kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle, d) Kamu görevlisinin sahip bulunduğu nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle, e) Silahla, işlenmesi halinde, şikâyet aranmaksızın, verilecek ceza yarı oranında arttırılır.”

yaraladığında; failin duyduğu nefret suça yansımaktadır. Kanun maddesi ile düzenlenen suç uluslararası alanda kabul gören nefret suçlarında yer alan temel suçun vasıflarına uygun niteliktedir.

İşkence²⁷⁵ ve eziyet suçu²⁷⁶ nefret ve ayrımcılık saikiyle işlenebilecek suçlardandır. Bu suçların koruduğu hukuki menfaat insanlık onuru ile kişilerin vücut bütünlüğüdür. Bu suçlar insanlık onuru ile bağdaşmayan ciddi bir saldırıyı ya da şiddeti barındıran suçlardır. Suçların bu saikler ile işlenmesi halinde özel kastın varlığı aranır. Örneğin; bir bireye sırf travesti olması sebebiyle işkence ve eziyet suçu işlenebilir. TCK'nın ikinci kısmının altıncı bölümünde düzenlenen cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar ile korunan hukuki yarar kişilerin cinsel dokunulmazlığı ve vücut bütünlüğüdür²⁷⁷. Cinsel saldırı²⁷⁸, çocukların cinsel istismarı²⁷⁹, reşit olmayanla cinsel ilişki²⁸⁰ ve cinsel taciz²⁸¹ suçları bu bölümde

²⁷⁵ 5237 sayılı TCK, m. 94: “1. Bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanması yol açacak davranışları gerçekleştiren kamu görevlisi hakkında üç yıldan on iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. 2. Suçun; a) Çocuğa, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye ya da gebe kadına karşı, b) Avukata veya diğer kamu görevlisine karşı görevi dolayısıyla, işlenmesi hâlinde, sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. 3. Fiilin cinsel yönden taciz şeklinde gerçekleşmesi hâlinde, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. 4. Bu suçun işlenişine iştirak eden diğer kişiler de kamu görevlisi gibi cezalandırılır. 5. Bu suçun ihmali davranışla işlenmesi hâlinde, verilecek cezada bu nedenle indirim yapılmaz.”

²⁷⁶ 5237 sayılı TCK, m. 96: “1. Bir kimsenin eziyet çekmesine yol açacak davranışları gerçekleştiren kişi hakkında iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. 2. Yukarıdaki fıkra kapsamına giren fiillerin; a) Çocuğa, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye ya da gebe kadına karşı, b) Üstsoy veya altsoya, babalık veya analığa ya da eşe karşı, işlenmesi halinde, kişi hakkında üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.”

²⁷⁷ Artuk, M. E.; Cinsel Taciz Suçu (TCK m. 105), Çalışma ve Toplum Dergisi, 2006, S. 4/11, s. 36.

²⁷⁸ 5237 sayılı TCK, m. 102: “1. Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlal eden kişi, mağdurun şikayeti üzerine, iki yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. 2. Fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle işlenmesi durumunda, yedi yıldan on iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Bu fiilin eşe karşı işlenmesi halinde, soruşturma ve kovuşturmanın yapılması mağdurun şikayetine bağlıdır. 3. Suçun; a) Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı, b) Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle, c) Üçüncü derece dahil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı, d) Silahla veya birden fazla kişi tarafından birlikte, işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilen cezalar yarı oranında artırılır. 4. Suçun işlenmesi sırasında mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması durumunda kişi ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı cezalandırılır. 5. Suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde, on yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur. 6. Suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü halinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.”

²⁷⁹ 5237 sayılı TCK, m. 103: “Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel istismar deyiminden; a) On beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış, b) Diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar, Anlaşılır. 2. Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. 3. Cinsel istismarın üstsoy, ikinci veya üçüncü derecede kan hısmı, üvey baba, evlat edinen, vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, sağlık hizmeti veren veya koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan diğer kişiler tarafından ya da hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle veya

düzenlenmiştir. Bu suçların nefret ve ayrımcılık saiki ile işlenmesi mümkündür. Cinsel taciz suçunda vücut bütünlüğüne karşı bir eylem söz konusu değildir. Öğretide cinsel taciz, bireylerin edep ve iffetlerine yönelen rahatsız edici her türlü hareket olarak ifade edilmektedir²⁸². Cinsel tacize vücut veren eylemin mağdurun vücuduna temas etmemesi gerekir. Karşı ya da aynı cinsten herkes bu suçun mağduru olabilir. Ancak her halde doğrudan mağdura yönelmesi gereken bir fiildir. Cinsel taciz suçu serbest hareketli bir suçtur. Cinsel taciz, cinsel saldırı suçunun teşebbüse varmayacak nitelikteki eylemlerinden meydana gelir. Cinsel taciz, cinsel amaçlı her türlü hareketle meydana gelebilir²⁸³. Cinsel saldırı ve reşit olmayanla cinsel ilişki suçlarında fiziksel bir temas varken, cinsel taciz suçunda fiziksel temas yoktur.

Örneğin; failin cinsel saldırı veya taciz suçunu travestilere duyduğu nefret sebebiyle bizzat bir travesti bularak işlemesi halinde fail, doğrudan mağduru hedef alıp vücut bütünlüğüne ve cinsel dokunulmazlığına zarar vermenin yanında, mağdurun temsil ettiğini düşündüğü bireyleri de hedef almaktadır. Bu nedenle; suçun nefret saiki duyularak işlenmesi halinde, kanun kapsamında yapılacak bir düzenleme neticesinde verilecek ceza artırılabilir.

TCK'nın 106. maddesinde düzenlenen tehdit suçu²⁸⁴ ile korunan hukuki değer maddenin gerekçesinde kişilerin huzur ve sükunu olarak ifade edilmiştir. Tehdit suçunda

birden fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır. 4. Cinsel istismarın, birinci fıkranın (a) bendindeki çocuklara karşı cebir veya tehdit kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır. 5. Cinsel istismar için başvurulmuş cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması halinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır. 6. Suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde, on beş yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur. 7. Suçun mağdurun bitkisel hayata girmesine veya ölümüne neden olması durumunda, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.”

²⁸⁰ 5237 sayılı TCK, m. 104: “1. Cebir, tehdit ve hile olmaksızın, on beş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi şikayet üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. 2. Fail mağdurdan beş yaştan daha büyük ise şikayet koşulu aranmaksızın, cezası iki kat artırılır.”

²⁸¹ 5237 sayılı TCK, m. 105: “1. Bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında, mağdurun şikayeti üzerine, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına veya adli para cezasına hükmolunur. 2. Bu fiiller; hiyerarşi, hizmet veya eğitim ve öğretim ilişkisinden ya da aile içi ilişkiden kaynaklanan nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle ya da aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan yararlanılarak işlendiği takdirde, yukarıdaki fıkra göre verilecek ceza yarı oranında artırılır. Bu fiil nedeniyle mağdur; işi bırakmak, okuldan veya ailesinden ayrılmak zorunda kalmış ise, verilecek ceza bir yıldan az olamaz.”

²⁸²Yokuş Sevük, H.; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları, TBB Dergisi, S. 57, 2005, s. 271. <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2005-57-126> (E.T.: 10/11/2019)

²⁸³ Artuk, M.E./Gökçen, A./Yenidünya, C.; Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2006, s. 869.

²⁸⁴ 5237 sayılı TCK, m. 106: “1. Bir başkasını, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden bahisle tehdit eden kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından veya sair bir kötülük

mağdura karşı ileriye dönük olarak bir kötülükte bulunulacağı beyan edilmektedir. Böylece mağdurun karar verme ve hareket etme hürriyeti zedelenmektedir. Bu nedenle madde ile korunmak istenen asıl hukuki değer kişilerin karar verme ve hareket etme hürriyetidir²⁸⁵. Tehdit zaman zaman başka bir suçun unsuru olarak görülmektedir. Bu nedenle adeta tamamlayıcı nitelikte bir suç vasfı bulunduğu söylenebilir. Tehdit kimi zaman kasten öldürme, yaralama ve mala karşı zarar suçlarıyla birlikte görülmektedir. Ülkemizde nefret saikiyle vuku bulan tehdit olayları sıkça yaşanmaktadır. Örneğin; Katolik bir din görevlisinin din ve mezhebi sebebiyle her gün aracına tehdit içeren mektuplar bırakılması halinde verilecek ceza salt tehdit suçu ile aynı olmamalıdır.

TCK madde 112’de eğitim - öğretimin engellenmesi suçu düzenlenmiştir²⁸⁶. Suçtan söz edebilmek için; failin özel kastla cebir, tehdit ya da hukuka aykırı bir fiille eğitim/öğretimin engellemiş olması gerekir. Genel kastın varlığı bu suçun oluşması için yeterli değildir²⁸⁷. Burada korunmak istenen hukuki değer eğitim ve öğretim hakkı ve ayrıca öğrencilerin konaklama, yerleşim ve güvenli bir ortamda yaşama hakkıdır. Anayasa ile korunan bir hakkın engellenmesi şeklinde oluşan bu suç, birtakım hakların kullanılması şeklinde oluştuğu için nefret ve ayrımcılık suçu ile benzerlik teşkil etmektedir. Bu suçun nefret ve ayrımcılık saiki ile işlenmesi mümkündür.

edeceğinden bahisle tehditte ise, mağdurun şikayeti üzerine, altı aya kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur. 2. Tehdidin; a) Silahla, b) Kişinin kendisini tanınmayacak bir hale koyması suretiyle, imzasız mektupla veya özel işaretlerle, c) Birden fazla kişi tarafından birlikte, d) Var olan veya var sayılan suç örgütlerinin oluşturdukları korkutucu güçten yararlanılarak, işlenmesi halinde, fail hakkında iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. 3. Tehdit amacıyla kasten öldürme, kasten yaralama veya malvarlığına zarar verme suçunun işlenmesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı ceza verilir.”

²⁸⁵ Koca, M./Üzülmez, İ.; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2018, s. 391.

²⁸⁶ 5237 sayılı TCK, m. 112: “Cebir veya tehdit kullanılarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla; a) Devletçe kurulan veya kamu makamlarının verdiği izne dayalı olarak yürütülen her türlü eğitim ve öğretim faaliyetlerine, b) Kişinin eğitim ve öğretim hakkını kullanmasına, c) Öğrencilerin toplu olarak oturdukları binalara veya bunların eklentilerine girilmesine veya orada kalınmasına, engel olunması halinde, fail hakkında iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.”

²⁸⁷ “TCK’ın 112. maddesinde düzenlenen eğitim ve öğretim hakkının engellenmesi suçu ancak özel kastla işlenebilir. Failin, mağdurun eğitim ve öğretim hakkını ihlali bilinç ve iradesinin olması gerekir. Failin böyle özel bir kastı yoksa yorum yoluyla bu suçun manevi unsurunun varlığı kabul edilemeyecektir. Sanığın, sadece kızının evde unuttuğu beslenme çantasını vermek için ders saati içinde sınıfa girmesi nedeniyle, sınıf öğretmenini olan müşteki ile tartışmasından ibaret olan eylemde, sanığın eğitim ve öğretimin engellemesi özel kastının ne şekilde gerçekleştiği açıklanıp tartışılmadan yerinde olmayan gerekçeyle mahkumiyet kararı verilmesi kanuna aykırılık teşkil eder.”

Y. 4. CD. 05.06.2017 tarihli 2014/34214 E., 2017/16704 K. sayılı kararı
<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-818#> (E.T.: 10/11/2019)

Kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi suçu TCK'nın 113. maddesi ile düzenlenmiştir²⁸⁸. Eğitim ve öğretimin engellenmesi suçu gibi kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi suçu da cebir, tehdit veya hukuka aykırı bir fiille gerçekleşebilir. Yine bu suç için de özel kastın varlığından söz edilmektedir. Bir kamu faaliyetinin genel anlamda engellenmesi halinde, bireyler de bu kamu faaliyeti kapsamında sunulan kamusal hizmetten yararlanamayacaktır. Bu yüzden birden fazla kişinin bu hizmetten yararlanması engellendiğinde suçun ilk seçimlik hareketi bir kamu faaliyetinin genel olarak engellenmesine neden olan fiildir.

TCK madde 114 ile bireylerin siyasi haklarını kullanılmasının engellenmesi, suç olarak düzenlenmiştir²⁸⁹. Bu suç ile korunmak istenen hukuki yarar vatandaşların siyasi özgürlükleridir²⁹⁰. Bu suç seçimlik hareketli bir suçtur. Birinci fıkrada, cebir veya tehdidin varlığı bir kimseye belirtilen eylemleri gerçekleştirmesi için zorlamak yönünde kendini göstermektedir. Böylece kişilerin siyasi partilere üye olma, parti faaliyetlerine katılma, kamu görevine aday olmaları gibi hak ve özgürlükleri korunmaktadır. *“Kişilerin siyasi hak ve özgürlüklerini engellenmesinde zorlama fiilin oluşumu için gereklidir. Bu suçun tamamlanmış şekline göre cezaya hükmedilebilmesi için, cebir veya tehdide maruz kalan kişinin siyasi partiye üye olması veya olmaktan vazgeçmesi, siyasi partinin faaliyetlerine katılması veya katılmaktan vazgeçmesi ya da siyasi partiden veya siyasi parti yönetimindeki görevinden ayrılması gerekmemektedir. Bu amaçlarla, kişiye karşı cebir veya tehdit kullanılması, söz konusu suç tamamlanmış gibi cezalandırılabilmek için yeterlidir. Bu bakımdan söz konusu suç, bir teşebbüs suçu niteliği taşımaktadır. Suçun tamamlanmış şekline göre cezaya hükmedilebilmesi için, cebir veya tehdide maruz kalan kişinin bu nedenle seçim yoluyla gelinen bir kamu görevine aday olmaktan vazgeçmesi*

²⁸⁸ 5237 sayılı TCK, m. 113: “Cebir veya tehdit kullanılarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla; a) Bir kamu faaliyetinin 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.”

²⁸⁹ 5237 sayılı TCK, m. 114: “1. Bir kimseye karşı; a) Bir siyasi partiye üye olmaya veya olmamaya, siyasi partinin faaliyetlerine katılmaya veya katılmamaya, siyasi partiden veya siyasi parti yönetimindeki görevinden ayrılmaya, b) Seçim yoluyla gelinen bir kamu görevine aday olmamaya veya seçildiği görevden ayrılmaya, zorlamak amacıyla, cebir veya tehdit kullanan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. 2. Cebir veya tehdit kullanılarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla bir siyasi partinin faaliyetlerinin engellenmesi halinde, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.”

²⁹⁰ Tezcan/Erdem/Önok, s. 546.

veya seçildiği görevi bırakması gerekmemektedir²⁹¹.” Bu suç örneğinin; bir kişiye üyesi olduğu siyasi parti nedeniyle veya bu partinin liderine duyulan nefret saikiyle işlenebilir.

İnanç, düşünce ve kanaat hürriyetinin kullanılmasını engelleme suçu, TCK’nın 115. maddesi ile düzenlenmiştir²⁹². Dini inanç, düşünce ve kanaatleri açıklama özgürlüğü Anayasa ile Türkiye’nin taraf olduğu birçok uluslararası sözleşmede korunmaktadır. Maddenin birinci fıkrada kişilerin dini, siyasi, sosyal, felsefi inanç, düşünce ve kanaatlerini açıklama ya da açıklamama, değiştirme ya da değiştirmeme ve yayma hakları koruma altına alınmıştır. İkinci fıkra ile kişilerin bireysel yahut toplu olarak ibadet etme özgürlükleri muhafaza altına alınmaktadır. Üçüncü fıkrada ise bireylerin düşünce veya kanaatlerinden kaynaklanan yaşam tarzına ilişkin tercihlerine müdahale etme ve bunları değiştirmeye zorlamak suç olarak düzenlenmiştir. Örneğin; Alevilere duyulan nefret sebebiyle cem evlerinin basılarak, yağmalanması halinde nefret saikiyle inanç, düşünce ve kanaat hürriyetinin kullanılmasını engelleme suçunu oluşturur. Bu saiklerin varlığı düşünüldükçe verilecek ceza artırılmalıdır.

TCK’nın 117. maddesinde iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçu yer almaktadır²⁹³. Bu suç ile kişilerin herhangi bir zorlamaya maruz kalmadan çalışabilmeleri ve böylece çalışma özgürlüğü ile düzeninin korunmasıdır²⁹⁴. Sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi

²⁹¹ Parlar, A./Hatipoğlu, M.; Asliye Ceza Davaları, Ankara, 2007, s. 249.

²⁹² 5237 sayılı TCK, m. 115: “Cebir veya tehdit kullanarak, bir kimseyi dini, siyasi, sosyal, felsefi inanç, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya veya değiştirmeye zorlayan ya da bunları açıklamaktan, yaymaktan meneden kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Dini inancın gereğinin yerine getirilmesinin veya dini ibadet veya ayinlerin bireysel ya da toplu olarak yapılmasının, cebir veya tehdit kullanılarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla engellenmesi halinde, fail hakkında birinci fıkraya göre cezaya hükmolunur. (3) Cebir veya tehdit kullanarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla bir kimsenin inanç, düşünce veya kanaatlerinden kaynaklanan yaşam tarzına ilişkin tercihlerine müdahale eden veya bunları değiştirmeye zorlayan kişiye birinci fıkra hükmüne göre ceza verilir.”

²⁹³ 5237 sayılı TCK, m. 117: “1. Cebir veya tehdit kullanarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla, iş ve çalışma hürriyetini ihlal eden kişiye, mağdurun şikayeti halinde, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir. 2. Çaresizliğini, kimsesizliğini ve bağılılığını sömürmek suretiyle kişi veya kişileri ücretsiz olarak veya sağladığı hizmet ile açık bir şekilde orantısız düşük bir ücretle çalıştıran veya bu durumda bulunan kişiyi, insan onuru ile bağdaşmayacak çalışma ve konaklama koşullarına tabi kılan kimseye altı aydan üç yıla kadar hapis veya yüz günden az olmamak üzere adli para cezası verilir. 3. Yukarıdaki fıkrada belirtilen durumlara düşürmek üzere bir kimseyi tedarik veya sevk veya bir yerden diğer bir yere nakleden kişiye de aynı ceza verilir. 4. Cebir veya tehdit kullanarak, işçiyi veya işverenlerini ücretleri azaltıp çoğaltmaya veya evvelce kabul edilenlerden başka koşullar altında anlaşmalar kabulüne zorlayan ya da bir işin durmasına, sona ermesine veya durmanın devamına neden olan kişiye altı aydan üç yıla kadar hapis cezası verilir.”

²⁹⁴ Ersoy, U.; İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu (TCK m. 117), Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y.7, S. 24, Ankara, Ocak 2016, s. 347.

suçu ise madde 118’ de yer almaktadır²⁹⁵. Her iki düzenleme ile Anayasal nitelikte korunan haklar cezai olarak da korunmaktadır. Suçun tanımında birçok seçimlik hareket yer almaktadır. Sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi suçu ile korunan hukuki yarar; hem 1982 Anayasası’nın 51. maddesi²⁹⁶ ile uluslararası antlaşmalarla koruma altına alınan, sendikaya üye olma/olmama, sendikal faaliyetlere katılma/ katılmama, sendika yönetiminde görev alma ve görevden serbestçe ayrılabilme gibi haklardır²⁹⁷. Anayasa Mahkemesi bu hakkın kullanılmasına ilişkin bir takım tespitlerde bulunmuştur²⁹⁸. “*Bu suçun tamamlanmış şekline göre cezaya hükmedilebilmesi için, cebir veya tehdide maruz kalan kişinin sendikaya üye olması veya olmaktan vazgeçmesi, sendikanın faaliyetlerine katılması veya katılmaktan vazgeçmesi ya da sendikadan veya sendika yönetimindeki görevinden ayrılması gerekmemektedir. Bu amaçlarla, kişiye karşı cebir veya tehdit kullanılması, söz konusu suç tamamlanmış gibi cezalandırılabilmek için yeterlidir. Bu*

²⁹⁵ 5237 sayılı TCK, m. 118: “1. Bir kimseye karşı bir sendikaya üye olmaya veya olmamaya, sendikanın faaliyetlerine katılmaya veya katılmamaya, sendikadan veya sendika yönetimindeki görevinden ayrılmaya zorlamak amacıyla, cebir veya tehdit kullanan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. 2. Cebir veya tehdit kullanılarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla bir sendikanın faaliyetlerinin engellenmesi halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.”

²⁹⁶ T.C. Anayasası, sendika kurma hakkı, m. 51: “Çalışanlar ve işverenler, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahiptir. Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz. Sendika kurma hakkı ancak, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâk ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebepleriyle ve kanunla sınırlanabilir. Sendika kurma hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunda gösterilir. İşçi niteliği taşımayan kamu görevlilerinin bu alandaki haklarının kapsam, istisna ve sınırları gördükleri hizmetin niteliğine uygun olarak kanunla düzenlenir. Sendika ve üst kuruluşlarının tüzükleri, yönetim ve işleyişleri, Cumhuriyetin temel niteliklerine ve demokrasi esaslarına aykırı olamaz.”

²⁹⁷ Fincan, M.; Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçu, TBB Dergisi, 2018 (136), s. 48-49.

²⁹⁸ “Sendika hakkı, demokratik toplumun temeli olan örgütlenme özgürlüğünün bir parçasıdır. Örgütlenme özgürlüğü, bireylerin kendi menfaatlerini korumak için kolektif oluşumlar meydana getirerek bir araya gelebilme özgürlüğüdür. Bu özgürlük, bireylere topluluk halinde siyasal, kültürel, sosyal ve ekonomik amaçlarını gerçekleştirme imkanı sağlar. Sendika hakkı da çalışanların, bireysel ve ortak çıkarlarını korumak amacıyla bir araya gelerek örgütlenebilme serbestisini gerektirmekte ve bu niteliğiyle örgütlenme özgürlüğünün bir parçası olarak görülmektedir... Sendikalar, mensuplarının (çalışanların) hak ve menfaatlerini korumak amacıyla, yine bunların üretimden gelen güçlerine dayanarak faaliyet gösteren örgütlü yapılardır. Bireysel olarak zayıf durumda bulunan çalışanlar, örgütlenmek ve sendikalaşmak suretiyle girişimci karşısındaki pazarlık güçlerini artırmakta, gerek hak ve menfaatlerinin korunmasında gerekse sorunlarının çözümünde etkin bir konum elde etmektedirler. Bu bakımdan, sendikalaşmanın sosyal adaletin tesisine hizmet eden önemli bir demokratik araç olduğu söylenebilir.”

AYM 29.01.2014 tarihli 2013/130 E., 2014/18 K. sayılı kararı; AYM 10.04.2013 tarihli 2013/21 E., 2013/57 K. sayılı kararları <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-4494#> (E.T.: 10/11/2019)

sebeple sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi suçu bir teşebbüs suçudur²⁹⁹.” Her iki suç da özel kast ile işlenebilecek suçlardır³⁰⁰.

TCK’nın 151. maddesi ile koruma altına alınan mala zarar suçu, kanunda; “1. Başkasının taşınır veya taşınmaz malını kısmen veya tamamen yıkan, tahrip eden, yok eden, bozan, kullanılamaz hale getiren veya kirleten kişi, mağdurun şikayeti üzerine, dört aydan üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. 2. Haklı bir neden olmaksızın, sahipli hayvanı öldüren, işe yaramayacak hale getiren veya değerinin azalmasına neden olan kişi hakkında yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır.” şeklinde ifade edilmiştir. Bu suçun konusu başkasına ait bir taşınır veya taşınmaz maldır³⁰¹. Faile ait olan veya sahipsiz mallara zarar verilmesi halinde bu suç oluşmaz³⁰². Suç ile korunan hukuki yarar mülkiyettir. Bu suç nefret ve ayrımcılık saikiyle işlenebilecek mahiyette olan bir suçtur. Örneğin; İstanbul’da bulunan Çin lokantasına giden Türklerin “ülkemizde Çinli istemiyoruz, defolup gidin ülkemizden” diyerek, lokantayı taşlamaları olayında; Çinlilere duyulan önyargı ve nefret sebebiyle taşınmaz vasfındaki lokanta tahrip edilmiştir. Failler ile mağdur arasında kişisel herhangi bir husumet ve hatta tanışıklık dahi olmamasına rağmen, fail mağduru belli bir gruba mensubiyeti sebebiyle seçmektedir. Bu nedenle uluslararası hukukta kabul gören nefret suçlarının yapısına uygunluk göstermektedir.

İbadethane ve mezarlıklara zarar verme TCK’nın 153. maddesi ile suç olarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre; “1. İbadethanelere, bunların eklentilerine, buralardaki eşyaya, mezarlara, bunların üzerindeki yapılara, mezarlıklardaki tesislere, mezarlıkların korunmasına yönelik olarak yapılan yapılara yıkmak, bozmak veya kırmak suretiyle zarar veren kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. 2. Birinci fıkrada belirtilen yerleri ve yapıları kirleten kişi, üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. 3. Birinci ve ikinci fıkralardaki fiillerin, ilgili dini inancı benimseyen toplum kesimini tahkir maksadıyla işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte biri oranında artırılır.” Bu suçun nefret saikiyle işlenmesi halinde daha çok azınlıkların ibadethane ve mezarlıkları hedef alınmaktadır.

²⁹⁹ Centel, T.; Yeni Türk Ceza Kanununda Çalışma Yaşamına İlişkin Düzenlemeler, Çimento İşveren Dergisi, Eylül 2005, S. 5, C. 19, s. 10. https://www.ceis.org.tr/dergiDocs/yeni_turk_ceza_kanunu.pdf (E.T.: 10/11/2019)

³⁰⁰ Fincan, s. 58.

³⁰¹ Tezcan/Erdem/Önok; s. 781.

³⁰² Centel, N./Zafer, H./Çakmut, Ö.; Kişilere Karşı Suçlar, Ankara, 2017, s. 378.

Bu bölümde değinilen suçların her biri TCK kapsamında bir hukuki menfaati korumaktadır. Ayrıca sayılan bu suçlar genel olarak nefret ve ayrımcılık saiki ile işlenebilecek nitelikte suçlardır. TCK madde 122'den farklı olarak bu suçların nefret ve ayrımcılık özel kastıyla işlendiği hallerin, kanun ile düzenlendiği varsayıldığında bu suçlar uluslararası hukukta yer alan nefret suçlarıyla bağdaşır nitelik kazanacaktır. Ancak her ne kadar bu suçların ayrımcı özel kastla işlenebileceğini düşünsek de yasa koyucunun bu yönde somut bir düzenlemesi bulunmamaktadır.

Türk Ceza Kanunu'nun 61'e göre cezanın belirlenmesinde hakim; failin güttüğü amaç ve saiki göz önünde bulundurarak cezayı belirleyebilmektedir³⁰³. Bu nedenle kanımızca failin nefret ve/veya ayrımcılık saikinin varlığı halinde temel cezanın belirlenmesinde alt sınırdan uzaklaşarak ceza verilebilmesi mümkündür.

3.7.3. Toplumsal güç dengesizliklerinin ve önyargıların yarattığı kolaylıktan yararlanılarak işlenen suçlar

Bu başlık altında işlenen suçlar; genel olarak yapısı gereği içinde nefret ve ayrımcılık özellikleri barındıran suçlardır. Ayrıca toplumsal anlamda bazı bireylerin içinde bulundukları durum, haiz oldukları sıfat yahut görevleri gereği sahip oldukları nüfuz ile bu suçların işlenmesi kolaylaşmaktadır. Yahut fail ile mağdur arasındaki güç dengesizliği

³⁰³ 5237 sayılı TCK, m. 61: “ 1. Hakim, somut olayda; a. Suçun işleniş biçimini, b. Suçun işlenmesinde kullanılan araçları, c. Suçun işlendiği zaman ve yeri, d. Suçun konusunun önem ve değerini, e. Meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını, f. Failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını, g. Failin güttüğü amaç ve saiki, Göz önünde bulundurarak, işlenen suçun kanunî tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirler. 2. Suçun olası kastla ya da bilinçli taksirle işlenmesi nedeniyle indirim veya artırım, birinci fıkra hükmüne göre belirlenen ceza üzerinden yapılır. 3. Birinci fıkra da belirtilen hususların suçun unsurunu oluşturduğu hâllerde, bunlar temel cezanın belirlenmesinde ayrıca göz önünde bulundurulmaz. 4. Bir suçun temel şekline nazaran daha ağır veya daha az cezayı gerektiren birden fazla nitelikli hâllerin gerçekleşmesi durumunda; temel cezada önce artırma sonra indirme yapılır. 5. Yukarıdaki fıkralara göre belirlenen ceza üzerinden sırasıyla teşebbüs, iştirak, zincirleme suç, haksız tahrik, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsî sebeplere ilişkin hükümler ile takdiri indirim nedenleri uygulanarak sonuç ceza belirlenir. 6. Hapis cezasının süresi gün, ay ve yıl hesabıyla belirlenir. Bir gün, yirmi dört saat; bir ay, otuz gündür. Yıl, resmî takvime göre hesap edilir. Hapis cezası için bir günün, adli para cezası için bir Türk Lirasının artakalanı hesaba katılmaz ve bu cezalar infaz edilmez. 7. Süreli hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı bu Madde hükümlerine göre belirlenen sonuç ceza, otuz yıldan fazla olamaz. 8. Adli para cezası hesaplanırken, bu Madde hükmüne göre cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesine yönelik artırma ve indirimler, gün üzerinden yapılır. Adli para cezası, belirlenen sonuç gün ile kişinin bir gün karşılığı ödeyebileceği miktarın çarpılması suretiyle bulunur. 9. Adli para cezasının seçimlik ceza olarak öngörüldüğü suçlarda bu cezaya ilişkin gün biriminin alt sınırı, o suç tanımındaki hapis cezasının alt sınırından az; üst sınırı da, hapis cezasının üst sınırından fazla olamaz. 10. Kanunda açıkça yazılmış olmadıkça cezalar ne artırılabilir, ne eksiltilebilir, ne de değiştirilebilir.”

mağdurun bu suça karşı çıkmakta zorlanmasına sebep olarak, failin suçu işlemesini kolaylaştırmaktadır.

TCK'nın 102. maddesinde düzenlenen cinsel saldırı suçunun; 3. bentte sayılan haller şeklinde gerçekleşmesi halinde, verilecek cezanın artırılacağı hükmü bulunmaktadır. 3.bendin a fıkrasında *“bu suçun, kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılmak suretiyle”* işlenmesi bir artırım nedeni olarak sayılmıştır. Bu konumdaki kişilerin mağdur üzerindeki otoritelerini kötüye kullanarak mağdurun direncini daha kolay kırmaları ve cinsel saldırı suçunu işlemeleri mümkündür. Yargıtay'ın da bu yönde kararları bulunmaktadır³⁰⁴. Hizmet ilişkisinin sürekli veya geçici, ücretli veya ücretsiz olmasının ya da fail ile mağdur arasında bir astlık üstlük ilişkisinin bulunmasını önemi olmayacaktır. Önemli olan failin mağdur üzerinde nüfuzunun bulunması ve bunu kötüye kullanarak suçu işlemesidir.

TCK'nın 103. maddesinde düzenlenen çocukların cinsel istismarı suçunun; 3. fıkrasının d ve e bentlerine göre; *“Suçun; vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından”* ya da *“kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle, işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.”* Kanun maddesinde sayılan kişilerin mağdur üzerinde bu sıfatları sebebiyle bir yaptırım gücü olduğu kabul edilmektedir³⁰⁵. Örneğin; bir bakım görevlisinin,

³⁰⁴ Y. CGK. 05.07.2013 tarihli 2013/14-97 E., 2013/331 K. sayılı kararı, “Kamu görevlilerinin, kamu görevlisi olmalarından kaynaklanan nüfuzu (otoriteyi) kötüye kullanmaları eylemin işlenişi bakımından mağdurun direncini azaltacağından, bu durum daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli bir hal olarak kabul edilmiştir. Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için failin bir kamu görevini yerine getirmesi ve bu görevin sağladığı nüfuzu kötüye kullanması gerekir. Görevin sağladığı otoriteden yararlanılarak suç işlenmelidir. Ancak mağdur ile fail arasında bir ast-üst ilişkisinin bulunması şart değildir. Failin yaptığı görevin niteliği, görevin mağdur üzerindeki etkisi nazara alınarak nüfuzun kötüye kullanılarak failin işlenip işlenmediği belirlenmelidir.”.. “sanığın sarf ettiği sözler ve vücut dokunulmazlığının ihlali niteliği taşıyan cinsel davranışlarla mağdureye karşı kamu görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle cinsel saldırı suçunu işlediğinin kabulü gerekmektedir.” <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dsid=-6554#> (E.T.: 11/12/2019)

³⁰⁵ Y. 14. CD. 14.05.2018 tarihli 2018/1650 E., 2018/3622 K. sayılı kararı “Mağdurun Koyulhisar Cumhuriyet İlkokulu 3. sınıf öğrencisi olduğu, ... isimli sanığın okulda görevli hizmetli olduğu, olay günü mağdurun amcası ile birlikte 07.30 sıralarında okuluna gittiği, sınıfta kitaplarını düzeltmek için bulunduğu sırada, sanığın da peşinden kendisine “günaydın” diyerek yanına geldiği ve öğretmen masasındaki sandalyeye oturduğu, mağduru kucağına alarak külotlu çorabın üzerinden bacak arasına dokunması üzerine mağdurenin kalkmaya çalıştığı, ancak sanığın bırakmadığı ve mağdureye “ben seni sevdiğim için böyle yapıyorum, kimseye söyleme” dediği, şeklindeki olayımızda, mağdure kamu hizmeti alan kişidir. Çünkü zorunlu eğitim görmektedir. Eğitim ise kamu hizmetidir. Öte yandan sanık kamu görevlisidir. Kamu görevlisi olması sebebiyle mağdurenin bulunduğu ortamda çalışmakta, kamu görevlisi olması sebebiyle mağdure ile arasında güven unsuru ve akabinde söz geçirebilme etkisi bulunmaktadır. Sanık herhangi bir kişi olsa

personeli olarak görev yaptığı bir kimsesizler yurdundaki çocuğa karşı istismar eylemini doğrudan o çocuğu kimsesiz olması ve kendisinin nüfuzunu kullanabileceği görevi sebebiyle rahatça işleminde, failin ayrımcı saiki olduğu düşünülmektedir. Buna göre fail, görevi sebebiyle daha kolay ulaşabileceği ve kimsesizler yurdunda olmayan diğer çocuklara kıyasla mağdur çocuk üstünde kolaylıkla baskı sağlayabileceği düşüncesiyle bu suçu işlemesi halinde verilecek ceza yarı oranında arttırılacaktır. Fail burada; çocuğun karşı çıkamayacağı ve bu suçu daha kolay işleyebileceği düşüncesiyle, mağduru diğer çocuklardan ayırarak seçmektedir.

TCK'nın 105. maddesinin 2. fıkrasının a, b ve c bentlerinde cinsel saldırı suçunun nitelikli halleri yer almaktadır. Buna göre; “a. Suçun, kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin ya da aile içi ilişkinin sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle; b. Vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından; c. Aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle işlenmesi hâlinde yukarıdaki fıkra göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.” Örneğin bu suçun, zihinsel engelli olan bir bireye karşı işlenmesi halinde fail sağlık hizmeti veren bir kurumda çalışıyor olabilir. Zihinsel engelli birey, kendisine karşı işlenen bu fiilin hukuki anlam ve mahiyetini bilemeyecek durumda olabilir. Bu nedenle bu eyleme karşı gelmesi yahut suçun tespitinin sağlanmasının zorluğu faili bu bireyi seçmeye yönlendirebilir. Yahut fail engelli bireylere duyduğu nefret sebebiyle mağdurları yalnızca engelli bireyler arasından seçiyor olabilir. Fail bahsedilen bu cinsel suçları toplumsal güç dengesizliklerin yarattığı kolaylıktan yararlanılarak kolayca işleyebilmektedir.

TCK'nın 125. maddesinin 3. fıkrasının b ve c bentlerine göre hakaret suçunun; “Dini, siyasi, sosyal, felsefi inanç, düşünce ve kanaatlerini açıklamasından, değiştirmesinden, yaymaya çalışmasından, mensup olduğu dinin emir ve yasaklarına uygun davranmasından dolayı” ve “kişinin mensup bulunduğu dine göre kutsal sayılan değerlerden bahisle, işlenmesi” nitelikli haller arasında sayılmıştır. Buna göre, cezanın alt sınırı bir yıldan az olamaz. Bu suç kanun maddesinde düzenlenen hali ile ayrımcı saik barındırmaktadır. Bir dinin ya da inancın açıklanması yahut dinin gereklerinin yerine getirilmesinde, o dine göre

mağdureyi yanına çağırma, mağdurenin gitmesi ihtimali çok zayıftır. Ama aynı yerde kamu görevlisi olması ve bir hizmet vermesi gözetildiğinde bu nüfuzu sebebiyle mağdureyi etki altına alması mümkündür. Mevcut olayda da sanık bu etki (nüfuz) yardımıyla eylemini gerçekleştirmiştir.”

<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-6554#> (E.T.: 11/12/2019)

kutsal sayılan değerlere karşı hakaret suçunun işlenmesi fail bakımından kendinden farklı olana karşı geliştirdiği bir önyargının ürünüdür. Çoğunlukla ifade özgürlüğünün sınırlarını aşan eylemler hakaret fiili kapsamında değerlendirilebilmektedir.

Kişisel verilerin kaydedilmesi suçunu düzenleyen TCK madde 135'te; "1. *Hukuka aykırı olarak kişisel verileri kaydeden kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir.* 2. *Kişisel verinin, kişilerin siyasi, felsefi veya dini görüşlerine, ırki kökenlerine; hukuka aykırı olarak ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin olması durumunda birinci fıkra uyarınca verilecek ceza yarı oranında artırılır.*" şeklinde düzenlenmiştir. İkinci fıkrada daha fazla cezayı gerektiren haller sayılmıştır. Bu suç ile korunan hukuki yarar kişilerin özel hayatıdır.³⁰⁶ Yargıtay'a göre; kişisel veriler mağdurun başkaları tarafından ayrımcılığa tabi tutulmalarına sebep olabilecek verilerdir. Örneğin, yaşam şekline ilişkin ve politik kişisel verileri ayrımcılığa neden olabilecektir. "Yaşam şekline ilişkin kişisel veriler: *Kişilerin üçüncü kişiler tarafından ayrımcılığa uğramaması ve haysiyetinin korunmasıyla ilişkili olarak, dini inançları, cinsel tercihleri, etnik kökeni, suç geçmişi, politik eğilimleri ve kişisel özel aktivitelere ilişkin bilgiler bu bağlamda sayılabilecektir.*" Yargıtay; dini inanç, cinsel tercih, etnik köken, suç geçmiş, politik eğilimler ve kişisel özel aktivitelerin ayrımcılığa esas teşkil edebileceği düşüncesindedir. Suç geçmişi ve kişisel özel aktiviteler ayrımcılık sebebi olarak ilk kez sayılmıştır. "Politik kişisel veriler: *Toplum içinde yaşayan kişilerin siyasi tercihleri toplum katmanları arasında bilinme halinde ayrımcılığa maruz kalma ihtimali bulunduğundan bu bilgiler de kişisel veridir*³⁰⁷." Bu suçun belli bazı önyargılar sebebiyle hedef alınan bireylere karşı işlenmesi cezanın artırım sebebi olarak gösterilmiştir.

TCK'nın 152. maddesinin f bendinde mala zarar verme suçunun nitelikli hallerinden birine yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre; "Siyasi partilerin, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının ve üst kuruluşlarının maliki olduğu veya kullanımında olan bina, tesis veya eşya hakkında, fail hakkında 1 yıldan 4 yıla kadar hapis cezasına hükmolunur." Örneğin, fail, ülkenin yalnızca belli bir bölgesinden çokça oy alan ve Devletin bütünlüğüne karşı faaliyet gösterdiklerine inandığı bir siyasi partinin il binasına patlayıcı madde

³⁰⁶ Özbek, V. Ö./Doğan, K./Bacaksız, P.; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2019, s. 581.

³⁰⁷ Y. 12. CD. 15.05.2012 tarihli 2011/272 E., 2012/12126 K. sayılı kararı
<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=7112#> (E.T.: 11/12/2019)

yerleştirerek zarar vermiştir. Fail bu suçu sahip olduğu toplumsal bir önyargı ile gerçekteşirmiştir.

TCK'nın ibadethane ve mezarlıklara zarar verme suçunun düzenlendiği 153. maddesinin 3. fıkrasında “*fiillerin, ilgili dini inanışı benimseyen toplum kesimini tahkir maksadıyla işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte biri oranında artırılır.*” ifadesi bulunmaktadır³⁰⁸. Suçun, ibadethane ve mezarlıklarına zarar verilen dine inan kişileri aşağılama ve onur kırma maksadıyla işlenmesi cezayı artıran bir neden olarak düzenlenmiştir. Onur kırmak ve aşağılamak maksadı mağdurun içinde bulunduğu topluluğa karşı duyulan bir önyargıdan kaynaklanmaktadır. Kanımızca fail, toplumsal farklılıkların sebep olduğu bu önyargı ile bu suçu işlemekte kendini haklı görmektedir.

³⁰⁸ 5237 sayılı TCK, m. 153: “1. İbadethanelere, bunların eklentilerine, buralardaki eşyaya, mezarlara, bunların üzerindeki yapılara, mezarlıklardaki tesislere, mezarlıkların korunmasına yönelik olarak yapılan yapılara yıkmak, bozmak veya kırmak suretiyle zarar veren kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. 2. Birinci fıkrada belirtilen yerleri ve yapıları kirleten kişi, üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. 3. Birinci ve ikinci fıkralardaki fiillerin, ilgili dini inanışı benimseyen toplum kesimini tahkir maksadıyla işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte biri oranında artırılır.”

4. TÜRK CEZA KANUNU'NDA

NEFRET VE AYIRIMCILIK SUÇU

4.1. Genel Olarak

Çalışmamızın bu bölümüne kadar görüldüğü üzere ayrımcılık yasağı Türkiye'nin de taraf olduğu birçok uluslararası belgede yer almaktadır. Uluslararası hukukta ayrımcılığın engellenmesi, ayrımcılık yasağı ve eşit muamele gibi bazı konularda uluslararası sözleşmelere taraf ülkelerin kendi ceza kanunları kapsamında bu hususlarda düzenleme yapmaları tavsiye edilmektedir. Örneğin, Avrupa Konseyi Irkçılık ve Hoşgörüsüzlükle Mücadele Komisyonu'nun yayınladığı 1 ve 7 No'lu “*Genel Politika Tavsiye Kararları*”nda üye devletlerin ırk ayrımcılığı konusunda ceza hukukuna dair yasal düzenleme yapması gerektiği ifade edilmiştir³⁰⁹³¹⁰. Hatta ceza hukukunun yanı sıra medeni ve idari hukuk çerçevesinde düzenlemeler yapılarak, ayrımcılık sebebiyle mağdur olan bireylerin maddi zararlarının karşılanması ayrıca adli ve idari tüm hukuk yollarından yararlanmalarının sağlanması taraf devletlerin yükümlülükleri arasında sayılmıştır.

Bunun yanı sıra nefret suçları adı ile pek çok ülkenin ceza kanunlarında, nefret ve önyargı saikiyle işlenen suçlar da yerini almıştır. Bu nedenle iç hukukumuzda; ayrımcılığın ve daha sonraki süreçte nefret ve ayrımcılığın bir suç olarak düzenlenmesi, toplumsal hukuki ve sosyal bir ihtiyaç olarak görülmeye başlanmıştır³¹¹. Ancak her ne kadar böyle bir düzenlemenin yapılması gerektiği düşünülse de bazı hukukçular, kanunlarda bir ayrımcılık

³⁰⁹ Avrupa Konseyi Irkçılık ve Hoşgörüsüzlükle Mücadele Komisyonu'nun yayınladığı 1 No'lu Genel Politika Tavsiye Kararı

https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/07/31/ECRI_TK_TR_1.pdf

(E.T.: 10/11/2019)

³¹⁰ Avrupa Konseyi Irkçılık ve Hoşgörüsüzlükle Mücadele Komisyonu'nun yayınladığı 7 No'lu Genel Politika Tavsiye Kararı

https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/07/31/ECRI_TK_EN_7.pdf

(E.T.: 10/11/2019)

³¹¹ Avrupa Komisyonu Türkiye 2013 Yılı İlerleme Raporu, “Kapsamlı bir ayrımcılıkla mücadele mevzuatı konusunda ilerleme kaydedilmemiştir. Mevcut yasal çerçeve AB müktesebatı ile uyumlu değildir. Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kurulunun kurulmasına ilişkin Kanun Tasarısı Başbakanlıkta beklemektedir. Cinsel yönelime veya cinsiyet kimliğine dayalı ayrımcılıkla ilgili atıflar tasarının ilk taslağından çıkarılmıştır. Nefret suçlarına karşı özel bir mevzuat bulunmamaktadır.”

https://www.ab.gov.tr/files/2013%20ilerleme%20raporu/2013_ilerleme_raporu_tr.pdf

(E.T.: 10/11/2019)

suçunun öngörölmüş olmasını, Devlet tarafından bireylerin özel hukuktan kaynaklanan ilişkilerine müdahale niteliğinde olduğunu savunmaktadır. Bu düşünceye göre, Dünya tüm toplumlarda var olan ayrımcılık olgusunun Türkiye’de olmadığı ve bu nedenle böyle bir düzenleme ihtiyacı doğmadığı savunulmuştur³¹². TCK’da yer alan hali ile suç bazı özel hukuk ilişkilerine mücadele niteliği taşımakta olsa da kanımızca, özel hukuka ilişkin bu haklardan nefret saikiyle ayırım yapmak maksadıyla belli bir takım özelliklerini haiz kişilerin yararlanmasının engellenmesi daha çok tüm bireylerin haklar ve onur bakımından eşitliği göz önünde bulundurularak yapılmış düzenlemedir. Yani devletin özel hukuk müdahalesi şeklinde nitelendirildiği takdirde de meşru bir nedenin varlığını kabul edebiliriz.

“Nefret ve Ayrımcılık Suçu”, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun ikinci kitabının özel hükümler başlığı altında, ikinci kısımda yer alan “Hürriyete Karşı Suçlar” başlıklı bölümün 122. maddesinde yer almaktadır³¹³. 765 sayılı Eski Kanun’ da ayrımcılık suçuna ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktaydı. 5237 sayılı kanunun ilk halinde söz konusu suç “Nefret ve Ayrımcılık Suçu” şekilde düzenlenmemiştir. Bu suç; 6529 sayılı Temel Hak ve Hürriyetlerin Geliştirilmesi Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’ dan önceki haliyle “Ayrımcılık Suçu” şeklinde düzenlenmişti. Yasa maddesi, 13.03.2014 tarihli bu kanunla, 28940 sayılı Resmi Gazete’ de yayınlanarak değiştirilmiştir³¹⁴. Böylece son hali ile suç; “Nefret ve Ayrımcılık Suçu” olup, kanun maddesinin hem başlığına hem de suçun içeriğine “nefret nedeniyle” ifadesi eklenmiştir. Bunun yanı sıra ayrımcılık nedeni teşkil edecek karakteristik özelliklerde birtakım değişiklikler yapılmıştır.

Kanun metninde ayrımcılık kavramı, “ayrımcılık” olarak kullanılmıştır. Türk Dil Kurumu’na göre; kelimenin doğru kullanımı ayrımcılık şeklindedir. Ancak kanunda “Nefret ve Ayrımcılık Suçu” olarak kullanılması sebebiyle, bu bölümde biz de suçun adını bu şekilde ifade edeceğiz³¹⁵. TCK, terimi yazım kurallarına uygun olmayan bir şekilde

³¹² Şen, E.; Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.1, İstanbul, 2006, s. 510.

³¹³ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, tam metni <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf> (E.T.: 10/11/2019)

³¹⁴ Bu madde başlığı “Ayrımcılık” iken, 02.03.2014 tarihli ve 6529 sayılı Kanunun 15. maddesiyle metne işlendiği şekilde değiştirilmiştir.

³¹⁵ Ayrımcılık: Ayrımcı olma durumu <http://sozluk.gov.tr/> (E.T.: 10/11/2019)

kullanılmaktadır³¹⁶. TCK'nın kavramı bu şekilde kullanımında bir kasıt bulunduğunu sanmamakla beraber yalnızca sehven yapılmış bir hata olduğunu düşünmekteyiz.

TCK 122. maddesi kapsamında yer alan düzenlemenin, temeli ilk olarak 2003 tarihli Dönmezer Tasarısı olarak bilinen TCK Hükümet Tasarısı'nın 170. maddesinde yer almıştır. Tasarı metninde ayrımcılık;

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

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,

Besin maddelerini vermeyen veya kamuya arz edilmiş bir hizmeti yapmayı reddeden,

Kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engelleyen,

kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya yedi yüz eli milyon liradan iki 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.” şeklinde yer almıştır³¹⁷. Belirtmek gerekir ki; tasarıda yer alan şekilde bir etnik gruba mensubiyet, aile durumu, sendikaya mensupluk ve örf-adet nedenleriyle yapılan ayrımcılık bu suçun kapsamında yer almaktaydı. Ancak sayılan ayrımcılık nedenleri, bugünkü güncel hali ile madde kapsamında yer almayan sebeplerdir. Etnik bir gruba mensubiyet, aile durumu, sendikaya mensubiyet ve örf-adet sebebiyle ayrımcılık nedenlerinin kanun metnine dahil edilmemesi kanun metnini daraltmıştır.

Maddenin gerekçesinde maddenin amacı; insanlar arasında kanunlar tarafından meşru kabul edilmeyen şekilde bir ayırım yapılmasını yasaklayarak, bireylerin hukuken korunan hak ve özgürlüklerden yararlanamamasının önüne geçerek bu fiillerin cezalandırılması olarak ifade edilmiştir. Bireyler arasında çeşitli sebeplere dayanan grup

³¹⁶ Demren Dönmez, B.; Ayrımcılık Suçu, TBB Dergisi, 2012, S.102, s. 11.

³¹⁷ Türk Ceza Kanunu Hükümet Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, tam metni <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c059/tbmm22059119ss0664.pdf> (E.T.: 10/11/2019)

mensubiyetleri nedeniyle ayrımın önüne geçmeye çalışılmaktadır³¹⁸. Ayrıca, tasarının gerekçesinde insan haklarına duyarlı ve saygılı ülkelerin ceza kanunlarında bu yönde düzenlemelerin yer alması sebebiyle; TCK'da bu yönde bir hükmün yer alması gerekliliğinin doğduğundan söz edilmektedir.

Hükümet Tasarısı'nın 170. maddesinde yapılan bu düzenlemenin neredeyse aynısı Adalet Alt Komisyonu tarafından kabul edilmiştir. Ancak Adalet Alt Komisyonu kanun metnine ayrımcılık sebepleri arasına “*cinsel yönelimi*” eklemek istemiş fakat doktrinde bu haliyle laik olmayan bazı uygulamalara sebep olunacağı sebebiyle karşı çıkmıştır³¹⁹. Adalet Alt Komisyonun kabul ettiği şekilde tüzel kişilerin bu suçun faili ya da mağduru olması madde metninden çıkarılmıştır. Ayrıca para cezası belirli bir miktarı göstermekten yalnızca “*adli para cezası verilir*” şeklinde değiştirilmiştir.

Hükümetin teklif ettiği hali ile 170. madde altında yer alan ayrımcılık suçu; “*Kişiler arasında köken, cinsiyet, cinsel yönelim, aile durumu, örf ve adet, siyasal düşünce, felsefi inanç, sendika, bir etnik gruba mensupluk, ırk, din, mezhep nedeni ile ayırım yaparak;*

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,

Besin maddelerini vermeyen veya kamuya arz edilmiş bir hizmeti yapmayı reddeden,

Kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engelleyen,

kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir.”

Adalet Komisyonu'nun yaptığı değişiklikler neticesinde, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle, suçun yeni hali “*ayrımcılık suçu*” olarak TCK'da yerini almıştır. Buna göre;

³¹⁸ <https://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0593.pdf> (E.T.: 10/11/2019)

³¹⁹ Artuk, M.E./Çınar, R.; Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler, Ergül, T. (edt.) Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap Makaleler, Görüşler, Raporlar, Ankara, 2004, s. 81.

“1. Kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, özürlülük³²⁰, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak;

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,

Besin maddelerini vermeyen veya kamuya arz edilmiş bir hizmeti yapmayı reddeden,

Kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engelleyen,

kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir³²¹”. Suçun bu haliyle ayrımcılık yapmak suretiyle işlenebilmesi sebebiyle bağlı hareketli bir suç olduğu kanaatindeyiz.

6529 sayılı Kanun ile TCK madde 122, başlığı da dahil olmak üzere değiştirilmiştir. Son güncel hali ile tam kanun metni aşağıdaki şekildedir:

“Nefret ve ayrımcılık;

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

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

Bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasını,

Bir kişinin işe alınmasını,

Bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını,

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

Yapılan son değişiklik ile suç, nefrete dayalı bir ayrımcılık suçu haline gelmiştir. Ayrımcılığın dayandığı sebepler tahdidi olarak belirlenmiştir. Fakat ayırım yaparak ifadesi

³²⁰ Özürlülük ifadesi 01.07.2005 tarihli 5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanunun 41. maddesi ile eklenmiştir.

³²¹ Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu, T.C. Adalet İşleri Dairesi Başkanlığı, Ankara, 2005, s. 485.

kanun metninden çıkarılmıştır. Ancak son düzenleme ile ayrımcılık ifadesi yalnızca kanun başlığında yer almaktadır. “Çeşitli kanunlardaki suç tanımlarında yer verilen “gibi” veyahut “vb.” ibareleri ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesinin ceza hukukunun güvence fonksiyonlarından birini oluşturan belirlilik ilkesine vurgu yaparak verdiği iptal kararları ve bu kararlardaki gerekçeler göz önünde bulundurularak madde metninde ayrımcılık nedenleri bağlamında yer verilen “ve benzeri sebeplerle” ibaresi madde metninden çıkarılmıştır³²²”. Anayasa’da kanun önünde eşitlik ilkesine göre; “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.” Anayasa’da yer alan düzenlemede benzeri sebeplerle ifadesi yer almaktadır. Her ne kadar ceza kanunun belirlilik ilkesi dayanak gösterilerek vb. ifadesi kaldırılmış olsa da yapılan düzenleme son derece sınırlı ayrımcılık nedenlerine yer vermektedir. Bunun yanı sıra “milliyet” ayrımcılık sebebi olarak kanun metnine eklenmiştir. Ayrıca seçimlik hareketlerde de bazı yeni düzenlemelere gidilmiştir.

Ayrıca kanun metninde; etnik köken, yaş, sendikaya mensubiyet, aile durumu, cinsiyet kimliği ve cinsel yönelim gibi güncel hayatta ayrımcılığın sıkça örneklerinin yaşandığı alanlara yer verilmemiştir. Sınırlı sayıdaki ayrımcılık sebeplerinin dışında örneğin; aile durumu sebebiyle duyulan nefret ile bir kişinin işe alınmaması halinde, bu eylem söz konusu suça vücut vermeyecektir. Yapılan düzenlemeden “vb.” ifadesinin çıkarılması suç ve cezada belirlilik ilkesi gereği olarak yerinde bir düzenleme gibi görünse de kanımızca bu suçun işlevselliğini ve uygulanabilirliğini azaltmaktadır. Çünkü TCK ile belirlenmese de doğuştan gelen yahut sonradan kazanılan bir takım karakteristik özellikler sebebiyle; nefret ve ayrımcılık suçunun işlenmesi fakat bunun kanun maddesinden ayırık tutularak cezai müeyyideye konu edilmemesi, bireyleri bu suçtan korumak mantığıyla çelişmektedir.

6529 sayılı Kanun ile TCK madde 122’nin hem adına “nefret” kavramı eklenmiş hem de ayrımcılığın kişilerin sahip oldukları birtakım özellikler sebebiyle duyulan nefretten kaynaklanması yaptırıma tabi tutulmuştur. Böylece yapılan değişiklik ile bu suç, artık doğrudan kast ve nefret saiki ile işlenebilecek bir suç haline gelmiştir. Her ne kadar suç kapsamına nefret saiki eklense de “Nefret suçları” ile TCK’ da yer alan “Nefret ve Ayrımcılık” suçunun mahiyeti birbirinden oldukça farklıdır. Önceki bölümlerde etraflıca

³²² AYM. 01.11.2012 tarihli 2011/64 E., 2012/168 K.; AYM. 13.01.2011 tarihli 2009/21 E., 2011/16 K. sayılı kararları <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-818#> (E.T.: 10/11/2019)

anlatılan ayrımcılık kavramını kısaca insanlara karşı bir takım karakteristik özelliklerinden dolayı duyulan önyargı sebebiyle farklı muamele yapılması şeklinde ifade edebiliriz. Ayrımcılık suçlarında ayrımcı eylem olarak değerlendirilen muamele ayrımcılık saiki çıkarıldığında çoğu zaman başka bir suça vücut vermeyebilir. Hatta bir hakkın kullanılması şeklinde tezahür dahi edebilmektedir. Ancak nefret suçlarında söz konusu eylemlerin içerisinde nefret saiki çıkarılsa da ceza kanunları kapsamında ayrı bir suça vücut vermektedir.

AGİT'in nefret suçları tanımına göre; *“mağdurun, mülkün ya da işlenen suçun hedefinin gerçek ya da hissedilen ırk, etnik, ulusal köken, dil, renk, din, cinsiyet, cinsel yönelim veya diğer benzer faktörlere dayalı olarak benzer özellikler taşıyan bir grupta gerçek ya da öyle algılanan bağlantısı, ilgisi, bağlılığı, desteği ya da üyeliği nedeniyle seçildiği kişilere veya mala karşı işlenen her türlü suçtur”*³²³. Kanımızca, bir suçun nefret suçu olup olmadığının sağlamasını bu şekilde yapabiliriz. TCK 122. madde için bu formülü uyguladığımızda; yani madde metninden ayrımcılık ve nefret ibareleri çıkarıldığında madde metninin geriye kalan hali ile herhangi bir suçtan söz edilemeyecektir. Ancak nefret suçundan nefret ya da önyargı saiki çıkarıldığında dahi belirttiğimiz üzere, yine cebir veya şiddet içeren bir eylem kalacaktır. Bu eylem ise cezai yaptırıma tabi olacaktır. Bu nedenle TCK' nın 122. maddesini bir nefret suçu olarak ifade etmek yerinde olmayacaktır. Çalışmamızın ilk bölümünde nefret suçlarıyla ilgili verdiğimiz bilgiler ışığında nefret suçunun iki önemli unsuru olduğunu hatırlatmakta fayda görüyoruz. Buna göre nefret suçundan söz edebilmek için öncelikle Ceza Kanunlarında düzenlenmiş bir suçun varlığı ve suçun önyargı saikiyle işlenmesi gerekir. Ancak bu hallerin varlığında söz konusu suçun nefret suçu teşkil edebilir. Örneğin, TCK'nın 86. maddesinde düzenlenen kasten yaralama suçunun; trans bir bireye, bu özelliği sebebiyle duyulan önyargı saikiyle işlenmesi nefret suçuna vücut verecektir. Ancak TCK' da bu mahiyette bir nefret suçu düzenlemesi bulunmamaktadır.

Kanun metninden de açıkça görüldüğü üzere TCK' da yer alan düzenleme son derece dar kapsamlıdır. Buna göre; *“dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep”* farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle; *“kamuya arz edilen taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya kiraya verilmesinin*

³²³ Karan, U.; Nefret Suçlarından Ne Anlıyoruz, Nefret Suçları ve Nefret Söylemi, İstanbul, 2010, s. 28.

engellenmesi; belli bir hizmetten yararlanmanın engellenmesi, bir kişinin işe alınmasının engellenmesi ve bir kişinin olağan ekonomik etkinlikte bulunmasının engellenmesini” bu suç kapsamında düzenlemiştir.

Kanun maddesinde sınırlı olarak sayılan ayrımcılık sebepleri seçimlik hareketlerden oluşmaktadır. Nefret ve ayrımcılık suçu yalnızca kanunda belirtilen hareketlerle işlenebilen bir suçtur. Buna göre; dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle bir kişiye kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya kiraya verilmesini engellemek (TCK m. 122/1) kanunda düzenlenen ilk tipik harekettir. İkinci hareket; dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasını engellemek (TCK m. 122/2)tir. Üçüncü hareket; dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle bir kişinin işe alınmasını engellemek (TCK m. 122/3), son hareket ise dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engellemek (TCK m. 122/4) tir. Nefret ve ayrımcılık suçu, kanunda belirlenen şekli ile bu suç dört farklı hareketten biriyle yahut birden fazlası ile işlenebilmektedir. Bu suç özel bir saik barındırması sebebiyle, kanun maddesinde belirtilen seçimlik hareketler ile nefret saiki bir arada bulunmalıdır. Aksi halde suçun kanuni tanımında yer alan unsurların bulunmaması sebebiyle, gerçekleşen eylemler suç teşkil etmeyecektir.

Bu hareketlerin nefret saiki ile beraber düşünüldüğünde bir suça vücut vermesi göz önünde bulundurulduğunda, yasa maddesi nefret ve ayrımcılığın önlenmesi anlamında son derece yetersiz bir düzenlemedir. Bu sebeple, TCK’ da yer alan düzenlemenin nefret suçlarıyla bağdaştırılması doğru olmayacaktır. Yapılan değişiklik sonucu bir nefret suçunun oluşması bir yana, var olan ayrımcılık suçunun içeriği ve uygulama alanı daralmıştır³²⁴.

Nefret suçunda fail seçtiği kişi ya da kişilere karşı bireysel bir husumet beslemese de yalnızca sahip olduğu karakteristik özellikler sebebiyle o kişinin içinde bulunduğu grup

³²⁴ Türay, A.; Nefret Suçları ve Türk Ceza Hukukundaki Güncel Gelişmeler, CHD, Aralık 2014, s.92.

hedef anılabilir. Bireysel olarak nefret beslenmediği halde yine de eylem nefret suçuna vücut verecektir. Çünkü burada aranan nefret saiki bireysel bir nefret ya da önyargıdan kaynaklanmamaktadır. Kanımızca TCK’ da yer alan nefret ve ayrımcılık suçunda ise kişisel olarak nefret beslememe hususunun var olduğu kabul edilebilir.

Son düzenlemeden önceki halinde, seçimlik hareketlerden birinin vuku bulması ile işlenebilen bu suç, suça nefret saikinin eklenmesi ile yalnızca seçimlik hareketlerden birinin gerçekleşmesi ile oluşamayacak ayrıca ayrımcılık sebeplerinden herhangi birinden dolayı duyulan nefretin de seçimlik hareketlerden birine eşlik etmesi gerekecektir. Bunun dışında 6529 sayılı Kanun’dan önce, bu suçun müeyyidesi altı aydan bir yıla kadar hapis yahut adli para cezası şeklinde seçimlik yaptırıma tabi iken; son değişiklik ile sadece hapis cezasını gerektiren bir suç niteliğine kavuşmuştur.

4.2. Suçla Korunan Hukuki Menfaat, Fail ve Mağdur

4.2.1. Suçla korunan hukuki menfaat

Suçla korunan hukuki menfaat, değer ya da hukuki konu; suç ile ihlal edilen hukuki varlıktır. İhlal edilen hukuki varlık ve menfaat ise doğrudan suçtan zarar gören kişi/kişilere ait bir menfaattir³²⁵. Her suçun kendine has bir hukuki yararı vardır. Suçun hukuki konusu kimi zaman yalnızca bir menfaati koruyabildiği gibi bazen birden fazla menfaati de koruyabilmektedir³²⁶. Suç, hukuki konunun ihlali ile vuku bulur³²⁷.

TCK’nın 122. maddesi “*Hürriyete Karşı Suçlar*” bölümünde düzenlenmiş olması sebebiyle bu suçun, en geniş anlamıyla düzenlendiği bölüme bakılarak insan hak ve özgürlüklerini güvence altına aldığı anlaşılmaktadır. Bu suçun hürriyete karşı suçlar arasında yer almasının sebeplerinden biri bireylerin eşit işlem görme hakkının korunmasını sağlamaktır³²⁸. Hukuk devleti ve eşitlik ilkeleri, bu ilkelere yararlananlar açısından eşit işlem görme ya da ayırım gözetilmemesini isteme hakkını doğurmaktadır³²⁹. Eşit işlem görme ve kanun önünde eşitlik ilkeleri, kişileri keyfi ve ayrımcı muamelelere karşı

³²⁵ Toroslu, N.; Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara, 1970, s. 166.

³²⁶ Toroslu, s. 92.

³²⁷ Demirbaş, T.; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2019, s. 561.

³²⁸ Meran, N.; Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2005, s. 420.

³²⁹ Özbudun, E.; Türk Anayasa Hukuku, Ankara, 2002, s.137.

koruyan ilkelerdir. Bu nedenle; TCK'nın 122. maddesi ile devlet, belirli hukuki işlemleri yapmak sırasında bireylerin eşit muamele görme hakkını korumaya çalışmaktadır. Böylece bu suç ile bireylerin madde kapsamında belirlenen seçimlik hareketlerle sınırlı olarak hukuki bir menfaatini koruduğu görülmektedir.

Bu suçun koruduğu değer, hukuken izin verilmeyen ayrımlar yaparak bazı özelliklere sahip bireylerin kanunlarca herkese tanınan hak ve özgürlüklerden faydalanmasının haklı bir neden olmaksızın engellenmesidir³³⁰. Madde bu anlamda bireylerin birtakım özgürlüklerini teminat altına almayı amaçlamaktadır. Yasa maddesinde ifade edildiği üzere; kişilerin anayasal olarak korunan mülkiyet, iş ve çalışma hürriyetleri, ekonomik bir etkinlikte bulunmak ve hizmetlerden yararlanmak gibi temel özgürlüklerinin ihlali, yaptırıma tabi tutulmaktadır. Böylece bireylerin Anayasal anlamda korunan temel hak ve özgürlükleri ayrıca TCK kapsamında güvence altına alınmıştır³³¹. Yani kişilerin madde metninde yer alan mülkiyet³³², çalışma ve sözleşme hürriyetleri³³³, ekonomik bir etkinlikte bulunmak ve hizmetlerden yararlanmak şeklindeki hak ve özgürlükleri hakkında yalnızca Anayasal güvence ile yetinilmemiş; bireylerin bu hak ve özgürlüklerden faydalanmalarının engellenmesi müeyyide ile korunma altına alınmıştır.

Kanun metni geniş olarak düşünüldüğünde ayrımcılık teşkil eden yahut eşit muamelenin olmadığı hallerde insanlar arasında bir takım karakteristik veya ayrımcılığın dayandırıldığı özellikler çevresinde kutuplaşmalar yaşanabilir. Yani ayrımcılık teşkil eden bir fiilin bireyler arasında bölünmelere neden olacağı gözetildiğinde, söz konusu yasa maddesi ile kamusal bir menfaat de korunmaktadır. Nefret ve ayrımcılık suçu ile ihlal edilen menfaat ve bu suçun işlenmesi üzerine hükmedilecek ceza ile korunan değer, insanlar arasında ayrımcılık yapılmamasına ilişkin ferdi ve kamusal yarardır³³⁴.

³³⁰ Donay, S./Kaşıkçı M.; Açıklamalı-Karşılaştırmalı-Gerekçeli 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ve Yürürlük Kanunu, İstanbul 2004, s.178.

³³¹ Arslan, Ç./Azizağaoğlu, B.; Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara, 2004, s. 557.

³³² T.C. Anayasası, m. 35: "Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz."

³³³ T.C. Anayasası, m. 48: "Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir. Devlet, özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır."

³³⁴ Hafizoğulları, Z./Özen, M.; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, Ankara, 2013, s. 224.

4.2.2. Fail

Ceza hukukunda fail, suç teşkil eden tipik hareketi kısmen ya da tamamen; kasten, taksirle ya da ihmal suretiyle gerçekleştiren kişidir³³⁵. Failin yalnızca belli bazı özelliklere sahip kimseler olabileceği kanunla belirlenebilir. Bu tür suçlar doktrinde özgü/mahsus suçlar olarak ifade edilmektedir. Genel olarak bazı suçlar herkes tarafından işlenebilirken, bazı suçların ise yalnızca temel şekli herkes tarafından işlenebilir³³⁶. Doktrinde, temel şekli herkes tarafından işlenebilen suçların nitelikli hallerinin yalnızca belli kimselerce işlenebildiği hallerde bu suçlara “*görünüşte özgü suçlar*” denilebilmektedir³³⁷.

Nefret ve ayrımcılık suçunun kanun metninde seçimlik hareketlerin hepsi sayıldıktan sonra bu hareketlerin gerçekleşmesini “*engelleyen kimse*” ifadesi kullanılmıştır. Yani “*engelleyen kimse*” fail olmaktadır. Maddede faile ilişkin özel bir nitelik ya da durum belirtilmediği için, bu suç özgü suç niteliği taşımamaktadır. Buna göre seçimlik hareketlerden herhangi birini, birkaçını yahut hepsini yapan herhangi biri suçun faili olabilmektedir. Bu suçun faili kamu görevlisi bir kimse olabileceği gibi; iş, mal, hizmet sunan herhangi biri de olabilir³³⁸. Yani nefret ve ayrımcılık suçunun faili herkes olabilir. Bu suçun kamu görevlisi tarafından işlenmesi hali Kanun’da bir nitelikli hal olarak düzenlenmemiştir. Örneğin, bir taşınmazın satışını engelleyen kişi tapuda görevli bir memur olabilir. Tapu memuru failin bu eylemi kanunda nitelikli bir hal olarak öngörülmediği için kamu görevlisi olmayan herhangi başka fail ile aynı olacaktır.

Bu suç; hükümet tasarısı halinde iken, suçun faili gerçek kişiler ve tüzel kişiler olarak belirlenmişti. “*Tüzel kişiler de bu maddede yazılı suçlardan sorumludurlar.*” ifadesi kanun maddesinde yer almamaktadır. Ancak kanun maddesinin son haline göre, tüzel kişiler bu suçun faili olmaktan çıkarılmıştır. Zaten TCK bakımından suçun faili yalnızca gerçek kişiler olabilmektedir³³⁹. Tüzel kişilere kanunla belirlenen hallerde ancak güvenlik tedbiri uygulanabilir³⁴⁰. Uygulanacak güvenlik tedbirleri ise TCK m. 60 ile

³³⁵ Öztürk, B./Erdem, M. R.; Ceza Hukuku Genel Hükümler ve Özel Hükümler (Kişilere ve Mala Karşı Suçlar), Ankara, 2005, s. 114.

³³⁶ Artuk/Gökçen/Yenidünya; Genel Hükümler, s. 273.

³³⁷ Özgenç, İ.; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2019, s. 212.

³³⁸ Hafızoğulları/Özen; Kişilere Karşı, s. 224.

³³⁹ Hakeri, H.; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2017, s. 145.

³⁴⁰ 5237 sayılı TCK, m. 20/2: “Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamaz. Ancak, suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır.”

belirlenmiştir³⁴¹. Tüzel kişilere ilişkin güvenlik tedbirleri yalnızca kanunun ayrıca belirttiği hallerde uygulanabilmektedir³⁴². Bu bakımdan TCK 122. maddesinde ayrıca böyle bir ifade yer almadığı için tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanamayacaktır. Bu suçun faili her gerçek kişi olabilir.

Her ne kadar herkes fail olabilirse de kanunun amacı gereği fail ile mağdurun madde kapsamında belirlenen aynı ayırt edici özelliklere sahip olmaması gerektiği düşünülmektedir. Doktrinde; sahip olduğu karakteristik özellik sebebiyle, nefret saikiyle ayrımcı birtakım muamelelere maruz kalacak kişi ile failin ayrımcı muameleye sebep aynı özelliği barındırmaması gerektiği ifade edilmektedir³⁴³. Fail ile mağdurun ayrımcılık yapılan özellik bakımından farklı “*dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep*” özellikleri barındırması savunulmaktadır. Aynı siyasi düşünceye sahip fail ile mağdurun olduğu bir olayda, failin mağdura karşı nefret saikiyle siyasi düşüncesi nedeniyle ayrımcı bir eylemde bulunması mümkün olmayacaktır. Fakat fail ile mağdur aynı siyasi düşünceye sahipken; örneğin, mezhep ya da din sebebiyle farklılıklarının bulunması halinde, fail yine farklı özelliklerine dayanarak bu suçu işleyebilecektir³⁴⁴. Failin kendine benzer, kendi ile aynı zümreye/sınıfa ait olan kişilere karşı bu benzer özellikleri sebebiyle nefret duyarak ayrımcı eylemler gerçekleştirmesinin genel olarak beklenmediği ortadadır. Savunulan bu görüş mantıken kabul edilebilse de her zaman bu şekilde olmak zorunda değildir.

Kanımızca bir kişinin nefret gibi son derece keskin bir duygu ile bir başka kişiye belli bazı karakteristik özellikleri sebebiyle ayrımcılık yaparak, birtakım haklarını kullanmasını engellemesi için; fail ile mağdurun nefret duyulan karakteristik yönünden farklı durumlarda olmasına gerek olmayacaktır. Örneğin; failin bedensel engelli bir birey olduğu somut bir olayda, engelli birey olarak yaşamaktan bıkmaması, yaşadığı hayattan ve tüm engellilerden de nefret etmesi mümkündür. Ya da bir şirketin insan kaynaklarında

³⁴¹ 5237 sayılı TCK, m. 60: “Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri; 1. Bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkûmiyet halinde, iznin iptaline karar verilir. 2. Müsadere hükümleri, yararına işlenen suçlarda özel hukuk tüzel kişileri hakkında da uygulanır. 3. Yukarıdaki fıkralar hükümlerinin uygulanmasının işlenen fiile nazaran daha ağır sonuçlar ortaya çıkarabileceği durumlarda hakim bu tedbirlere hükmetmeyebilir. 4. Bu madde hükümleri kanunun ayrıca belirttiği hallerde uygulanır.”

³⁴² Özgenç, İ.; Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, İstanbul, 1966, s. 165.

³⁴³ Özbek, TCK İzmir Şerhi, s. 826.

³⁴⁴ Özbek/Doğan/Bacaksız, Özel Hükümler, s. 483.

çalışan kadın bir personelin kadın düşmanlığı nedeniyle iş başvurusunda bulunan kadın işçilerin başvurularını sırf bu nedenden olumsuz olarak değerlendirerek işe alınmalarını engellemesi mümkündür. Bu hallerde TCK m. 122 kapsamında nefret ve ayrımcılık suçu yine vücut bulmuş olacaktır. Bu nedenle fail ile mağdurun farklı özelliklere sahip olması gerektiği suçun meydana gelmesinde bir şart olarak düşünölemeyecektir.

4.2.3. Mağdur

Suçun mağduru, kanunla korunan hukuki menfaati ihlal edilen kişidir. Bunun yanında doktrinde, her suçun asli ve zorunlu mağdurunun Devlet olduğu düşöncesi de yer almaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin de bu yönde kararı bulunmaktadır³⁴⁵. Bazı suçlarda suçun mağduru ile hukuki konusu aynı olabilmektedir. Örneğin, kasten yaralama suçunda mağdur ile hukuki konu aynıdır³⁴⁶. Doktrindeki bir görüşe göre, tüzel kişiler sadece kanunla tüzel kişilere karşı işlenebilen suç olarak belirlenen hallerde bir suçun mağduru olabilmektedir³⁴⁷. Suçun mağduru işlenen suçtan doğrudan zarar gördüğü için ayrıca suçtan zarar görendir. Bu nedenle kimi zaman suçun mağduru ile suçtan zarar gören aynı kişi olabilmektedir. Ancak suçtan zarar gören kavramı mağdur kavramına göre daha genişdir³⁴⁸. Doktrinde kabul gören diğer görüşe göre ise; tüzel kişi söz konusu olduğunda mağdurluktan değil, suçtan zarar görmeden bahsedebilmektedir. Suçtan zarar gören, bu eylem nedeniyle hakkı zedelenen ve bu eylemden dolayı bir hak ileri sürebilecek olan

³⁴⁵ AYM 05.03.2009 tarihli 2006/77 E., 2009/39 K. sayılı 5237 sayılı kanun ile ilgili kararı; “Kamu tüzel kişilerinin bir suçun faili olup olamayacakları konusunda öğretide tartışmalar olsa da basta devlet olmak üzere diğer kamu tüzel kişilerinin bir suçun mağduru olma konumları tartışmasızdır. Devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin suçtan zarar gören konumda olabilecekleri Türk ceza hukukunda da kabul edildiği için hem ceza kanunlarında hem de suç ve ceza hükmü içeren özel kanunlarda bunlarla ilgili suç kategorileri hep var olmuştur. 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenmiş olan devletin şahsiyetine karşı cürümler ve devlet idaresi aleyhinde işlenen cürümler bu kapsamda sayılabilir. Aynı şekilde, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda millete ve devlete karşı suçların, devletin egemenlik alametlerine ve organlarının saygınlığına karşı suçların, devletin güvenliğine karşı suçların, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçların ve milli savunmaya karşı suçların düzenlenmesi, devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin suçtan zarar gören konumunda olduklarına, ayrıca gerçek kişilerden ve özel hukuk tüzel kişilerinden farklı şekilde korunduklarına ilişkin düzenlemelere örnek gösterilebilir.”

<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-7134#> (E.T.: 05/01/2020)

³⁴⁶ Demirbaş, Genel Hükümler, s. 565.

³⁴⁷ Demirbaş, Genel Hükümler, s. 566.

³⁴⁸ Artuk, M. E./Gökçen, A./Yenidünya, C.; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2015, s. 288.

kişilerdir³⁴⁹. Bu nedenle tüzel kişiler, aile, dernekler, kurumlar ve devlet suçun mağduru değil suçtan zarar gören olabilmektedirler³⁵⁰.

Bu suçun hükümet tasarısındaki halinde, tüzel kişiler suçun mağduru olarak düzenlenmişti. Nefret ve ayrımcılık suçunun mağduru yalnızca gerçek kişiler olabilir. 5237 sayılı TCK' ya göre tüzel kişiler bu suçun mağduru olmaz. “*Dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep*” gibi özellikleri haiz herhangi bir kişi bu suçun mağduru olabilir³⁵¹. Ayrıca mağdur; kamuya arz edilmiş bir malın satılmasını, devrini veya kiraya verilmesini, bir hizmetten yararlanıp, bir işe alınmayı ve ekonomik faaliyette bulunmayı isteyen her gerçek kişi olabilir. Mağdur; iş, mal ve hizmetten yararlanmak isteyen kimsedir³⁵².

Fail ile benzerlik gösteren sebeplerinin dışında, kanun metninde sayılan sebeplerden herhangi birinde farklılık gösteren bir kişinin bu suçun mağduru olabileceği gibi; fail ile mağdur madde metninde sayılan tüm karakteristikler bakımından aynı durumda da olabilir. Bu nedenle mağdurun belli bir azınlıktan olmasına da gerek yoktur. Örneğin; kadın bir işçinin işe alınmadığı olayda, “*kadın olmak*” azınlık durumunda kabul edilecek bir karakteristik değildir. Somut olaya göre değişkenlik gösterebilmekle beraber; işyerinde kadınların daha az istihdam edilmesi ve bu nedenle kadınların suçun işlendiği işyerinde azınlık halinde olmaları mümkündür. Bunun yanında, mağdurun böyle bir azınlıktan olmadığı hallerde de bu suçun oluşması mümkündür.

6529 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle beraber madde kapsamında sayılan özellikler sınırlandırılmıştır. Daha önce “*vb. sebepler*” ibaresi yer almakta iken, bu ibare kanun metninden çıkarılmıştır. Bu nedenle madde ile belirlenen özellikler tahdididir. “*Dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep*” olmak üzere ayrımcılık yapılabilecek özellikler sınırlı tutulmuştur. Mağdur bu özelliklerden biri ya da birkaçını barındırması sebebiyle nefret saikiyle ayrımcılığa maruz kalan, kanunda belirlenen seçimlik hareketlerde yer alan hukuki ilişkilerden biri ya da birkaçını yapan yahut yapmak isteyen herkes olabilir³⁵³. Buna göre mağdur; mal, hizmet ve işten

³⁴⁹ Koca, M./Üzülmez, İ.; Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdurun Korunması ve Mağdura Tanınan Haklar, Hukuki Perspektifler Dergisi, 2006, S. 7, s.141.

³⁵⁰ Koca, M./Üzülmez,İ.; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2018, s. 117.

³⁵¹ Yenidünya; Ayrımcılık Suçu, s. 104.

³⁵² Hafızoğulları/Özen; Kişilere Karşı, s. 224.

³⁵³ Özbek/Doğan/Bacaksız, Özel Hükümler, s. 483.

yararlanmak isteyen yahut olağan bir etkinlik gerçekleştirmek isteyen; kanun metnindeki karakteristik özelliklere sahip olan herkeştir diyebiliriz.

4.3. Hareket

4.3.1. Genel olarak

Suçun kanuni tanımında neticenin yer almadığı durumlarda, netice hareketin gerçekleşmesi ile gerçekleşmekte ve suç tamamlanmaktadır. Bazı suçlarda netice harekete bitişiktir ve zaman bakımından birbirinden ayrılmaz. Bazı suçlarda ise son hareketin yapıldığı an suçun tamamlandığı an olarak kabul edilmektedir. Neticesi harekete bitişik bu suçlar sırf hareket suçlarıdır. Bu suçlarda hareketin yapılmasıyla suç tamamlandığından nedensellik bağı sorunu olmadığı düşünülmektedir³⁵⁴.

Kanun'da belirlenen hareketlerin yapılmasını engellemek ile nefret ve ayrımcılık suçu olur. Suçun oluşabilmesi için ayrıca bir neticenin meydana gelmesi beklenmez. Bu nedenle nefret ve ayrımcılık suçu salt hareket suçudur³⁵⁵. Suçun sırf hareket suçu olması nedeniyle hareketin gerçekleşmesinden sonra herhangi bir zararın meydana gelmesi de beklenemez. Netice her zaman maddi olarak ortaya çıkmayabilir. Soyut tehlike suçlarında suçun konusu üzerinde bir tehlike yaratıp yaratmadığı sonucuna bakılmaz³⁵⁶. Nefret ve ayrımcılık suçunun oluşabilmesi için bir neticenin gerçekleşmesi yani zararın doğması gerekmediğinden; hareketin meydana gelmesi ile suç oluşmaktadır. Hareket ile ayrıca bir zararın doğması aranmadığı için, bu suç soyut tehlike suçudur³⁵⁷. Tehlike suçlarının fiilin yöneldiği hukuki konu üzerinde bir zarar tehlikesine neden olması yeterlidir³⁵⁸.

Bu suç, kanun maddesinde dört bent olarak sayılan hareketlerden herhangi birinin ya da birden fazlasının icrası ile meydana geleceği için seçimlik hareketli bir suçtur. Seçimlik hareketli suçlarda, kanunda belirlenen hareketlerden en az birinin gerçekleşmesi ile suç oluşur³⁵⁹. Seçimlik hareketli suçlar, suçun kanuni tanımında yer alan eylemlerden en az birinin gerçekleşmesi ile meydana gelen suçlardır. Hareketlerden en az birinin yerine

³⁵⁴ Özen, s. 208.

³⁵⁵ Özbek/Doğan/Bacaksız, Özel Hükümler, s. 483.

³⁵⁶ Özbek, V. Ö./Doğan, K./Bacaksız, P./Tepe, İ.; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2017, s. 212.

³⁵⁷ Demirbaş, Genel Hükümler, s. 246.

³⁵⁸ Hakeri, s. 183.

³⁵⁹ Koca/Üzülmez; Genel Hükümler, s. 124.

getirilmesi suçun oluşması için yeterlidir³⁶⁰. Seçimlik hareketli suçlarda suçun konusu her seçimlik hareket için değişmez³⁶¹. Seçimlik hareketli suçlarda; seçimlik hareketlerden birkaçının ya da hepsinin işlenmesi halinde, hareketlerden birinin tamamlanıp diğerlerinin tamamlanmadığı durumlarda suç tamamlanmış kabul edilmektedir³⁶².

Kanun metninde dört bent halinde öngörülen seçimlik hareketler, hem icrai hem de ihmali olarak işlenebilir niteliktedir. İhmali suçlar failin kendisinden beklenen davranışı yapmaması ile gerçekleşir³⁶³. Kanun metninde yer alan hareketlerden en az birinin nefret saikiyle işlenmesi ile suç gerçekleşmiş olur. Hareketin gerçekleşmesiyle neticenin de gerçekleştiği böylece suçun sona erdiği suçlar ani suçlardır. Bunun dışında yalnızca hareketin gerçekleşmesiyle tamamlanan suçlar da anidir³⁶⁴.

Madde kapsamında belirlenen seçimlik hareketler dört farklı bent halinde sayılmıştır. Bu bentlerden en az birinin işlenmesi suçun oluşması için yeterlidir. Ayrıca suç icrai ve ihmali şekilde işlenebilir. Kanun metninde belirtilen seçimlik hareketlerin ortak yönü engellenme fiilidir. Seçimlik hareketlerden her biri özel hukuk ilişkisine dayanan ve Anayasa ile korunan bazı haklara ilişkindir. Bu suç ile çalışma, mülkiyet hakkı, yerleşme özgürlüğü gibi temel hakların ayrımcılık yapılarak ortadan kaldırılmasına yönelik fiiller engellenerek bir yaptırıma bağlanmıştır. Dolayısıyla bu madde ile yalnızca nefret saiki ile yapılan ayrımcılık cezalandırılmamaktadır. Madde kapsamında belirlenen hareketler ile bireylerin bazı temel hak ve hürriyetlerinin kısıtlanması gayesi taşıyan fiiller cezalandırılmaktadır³⁶⁵.

Doktrinde bu suçun bağlı hareketli bir suç olduğu yönünde görüşler bulunmaktadır³⁶⁶. Bu görüşe göre; madde metninde belirtilen hareketlerin “*dil, ırk,*

³⁶⁰ Hakeri, s. 169.

³⁶¹ Özgenç, Genel Hükümler, s. 186.

³⁶² Y. CGK. 23.06.2015 tarihli 2014/568 E., 2015/244 K. sayılı kararı; “Seçimlik hareketli suçlar, suçun kanuni tanımında gösterilen alternatifli hareketlerden herhangi birisinin işlenmesi ile tamamlanabilen suçlardır. Seçimlik hareketlerin tamamının işlenmesi şart olmayıp, bir tanesinin işlenmesi suçun oluşması için yeterlidir. Seçimlik hareketlerden birkaçı ya da hepsi birlikte işlenmiş olsa dahi tek suç oluşacak, ancak bu durum temel cezanın belirlenmesinde göz önünde tutulabilmektedir. Seçimlik hareketlerden birisi tamamlanmış ise diğeri teşebbüs aşamasında kalsa dahi suç tamamlanmış kabul edilecektir. Bu suçlarda, suç tarihi en son seçimlik hareketin yapıldığı tarih olup dava zamanaşımı da bu tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır.”

<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=9766#> (E.T.: 06/01/2019)

³⁶³ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s. 240.

³⁶⁴ Özbek/Doğan/Bacaksız, Özel Hükümler, s. 483.

³⁶⁵ Donay, S.; Türk Ceza Kanunu Şerhi, İstanbul, 2007, s. 193.

³⁶⁶ Ersoy, U.; Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK m. 122), CHD, S. 34, Ağustos 2017, s. 34.

milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefî inanç, din veya mezhep” dolayısıyla ayrımcılık yapmak suretiyle işlenmesi gerekmektedir³⁶⁷. Bağlı hareketli suçlarda; suçun oluşabilmesi için mutlaka kanunda belirlenen eylem/eylemlerin gerçekleşmesi gerekir. Ayrıca suçun tanımındaki unsurlar bakımından bir sınırlama söz konusudur³⁶⁸. Örneğin; kamu görevlisinin irtikap suçunu işleyebilmesi için görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlaması yahut yarar sağlamak vaadinde bulunması gerekir³⁶⁹. Ancak madde metninde ayrımcılık yapmak suretiyle ifadesi yer almamaktadır. Hatta ayrımcılık yalnızca maddenin başlığında yer almaktadır. Bunun yanında fail nefret nedeniyle seçimlik hareketler ile “engellemek” eylemini gerçekleştirmektedir. Bu nedenle bu suçun bağlı hareketli bir suç olmadığı düşüncesindeyiz.

Kanun maddesine “*nefret nedeniyle*” ifadesi eklenmeden önceki halinde; fail, mağdurun taşıdığı özelliklerinden dolayı “*ayrımcılık yaparak*” belirlenen özgürlüklerden yararlanmasını engelleyerek bu suçu işleyebiliyordu³⁷⁰. Kanun metninin eski hali göz önünde bulundurulduğunda, suç bağlı hareketli bir suç olarak ifade edilebilir. Ancak mevcut düzenlemede bu suçun bağlı hareketli bir suç olmadığı kanaatindeyiz.

Nefret saikiyle ayrımcılık kastı ile hareket eden fail, bu unsurların yokluğu halinde TCK 122 sebebiyle cezalandırılmaz. Öncelikle madde kapsamında korunan ve nefretin kaynağı olan karakteristik özellikler “*dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefî inanç, din veya mezhep*” incelenecektir. Ardından seçimlik hareketler kanunda sayılan sırası ile teker teker ele alınacaktır.

³⁶⁷ Özbek/Doğan/Bacaksız, Özel Hükümler, s. 483.

³⁶⁸ Özen, M.; Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri, Ankara, 2017, s. 200.

³⁶⁹ Özgenç, Genel Hükümler, s. 185.

³⁷⁰ Bkz.: “Kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, özürllülük, siyasi düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle 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 adli para cezası verilir.”

4.3.2. Dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle

Madde metninde nefretten kaynaklanan ayrımcılık sebepleri “*dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep*” olmak üzere sınırlı olarak sayılmıştır. 2014 değişikliği öncesinde ayrımcı muameleye maruz kalınmasına neden olarak gösterilen sebepler sınırlı sayıda değildi. Kanun “*dil, ırk, renk, cinsiyet, özürllülük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle*” diyerek bu suçun başkaca sebeplere dayanılarak da işlenebileceğini ifade etmekteydi. Bu hususta yapılan değişiklikle “*ve benzeri sebeplerle*” ifadesi kaldırılarak, suçun pasif süjesi yani mağduru bakımından kapsamı daraltılmıştır. Madde kapsamında sınırlı sayıda ele alınan bu karakteristik özelliklerin her biri ayrı ayrı incelenecektir.

4.3.2.1. Dil

Dil kavramı; “*İnsanlar arasında karşılıklı haberleşme aracı olarak kullanılan; duygu, düşünce ve isteklerin ses, şekil ve anlam bakımından her toplumun kendi değer yargılarına göre biçimlenmiş ortak kurallarının yardımı ile başkalarına aktarılmasını sağlayan, seslerden örülü çok yönlü ve gelişmiş bir sistem*” olarak tanımlanmaktadır³⁷¹. Ayrıca; “*İnsanların duygu ve düşüncelerini bildirmek üzere sözcüklerle veya gereçlerle yaptıkları anlaşma*”; “*Bir toplum üyelerinin birbirlerine düşünce ve dileklerini anlatmak amacıyla kullandıkları, ilgili toplumca benimsenen ses simgelerinden oluşan ve belirli bir düzene göre işleyen kültürel dizge*” gibi farklı şekillerde tanımlanabilmektedir³⁷².

Yapılan tanımlar göz önünde bulundurulduğunda dil; insanlar arasında iletişimi sağlayan bir araçtır. Aynı dili konuşan insanlar zaman içinde belli bir kültürel geleneğe sahip olurlar³⁷³. Aynı dili konuşan insanların aynı kültür, gelenek ve tarih çevresinde toplanmaları sebebiyle farklı dili konuşan bireyler arasında ayrımcılık söz konusu olabilir.

Dil sebebiyle yapılan ayrımcılık konusunda verilebilecek en iyi örneklerden biri 23.07.1968 tarihli “*Belçika Dil Davası*” kararıdır. Karara göre; Belçika’da, Felemenkçe konuşanların çoğunlukta olduğu bir bölgede oturan ve Fransızca konuşan ebeveynler

³⁷¹ <http://sozluk.gov.tr/> (E.T.: 26/10/2019)

³⁷² <http://sozluk.gov.tr/> (E.T.: 26/10/2019)

³⁷³ Tanay, s. 126.

çocuklarının zorunlu temel eğitiminin Fransızca verilmesini istemişlerdir. Ancak resmi makamlarca bu talep reddedilmiştir. Kararda; Sözleşme'nin eğitim hakkını garanti altına almış olduğunu buna karşın bu hakkın sadece mevcut olan eğitim kurumlarına erişim hakkıyla ve bu kurumlarda alınan eğitimin resmi olarak tanınmasıyla sınırlı olduğunu, ayrıca ebeveynlerin verilecek eğitim sırasında kanaat ve dini inançlarının dikkate alınmasını talep etme haklarının olduğunu fakat bu hakkın dil tercihleri konusunda yapılamayacağı ifade edilmiştir³⁷⁴. AİHM, Belçika dil davasında verdiği kararda, farklı muamelenin haklı olması için bazı ölçütlerden bahsetmiştir. Bunlar, amacın meşru olması, demokratik toplumda gereklilik, orantılılık ve ölçülülüktür³⁷⁵. Farklı muamelenin haklı olmasında aranan şartların yer aldığı AİHM kararları ile Anayasa Mahkemesi kararları aynı yöndedir. Anayasa Mahkemesi'ne göre farklı muamele; *"Kamu yararı veya haklı nedenle getirilen farklı düzenlemelerin; anlaşılabilir, amaçla ilgili, adil ve makul"* olmalıdır³⁷⁶.

4.3.2.2. Irk

Irk; kalıtsal olarak, ortak fiziksel ve fizyolojik özelliklere sahip insanlar topluluğudur³⁷⁷. 21 Aralık 1965 tarihli ırk ayrımcılığın yasaklanarak, sona erdirilmesine yönelik BM üye ülkeler tarafından imzalanan, IAOKS ile ırksal ayrımcılığın tanımı yapılmıştır. Tanıma göre; *"ırksal ayrımcılık; terimi siyasi, ekonomik, sosyal, kültürel veya toplumsal herhangi bir alanında insan hakları ve temel özgürlüklerin tanınmasını, uygulanmasını, bu hak ve özgürlüklerden yararlanılmasını ortadan kaldırmak veya zayıflatmak amacına ya da etkisine yönelik ırk, renk, soy ya da ulusal veya etnik kökene dayalı her türlü ayırım, kısıtlama ya da tercih"* olarak ifade edilmiştir³⁷⁸. İnsanların fiziksel olarak sahip oldukları farklılıklar nedeniyle farklı ırk tanımlamaları yapılmaktadır. Ancak

³⁷⁴ Irksal Ayrımcılığın Yasaklanması ve Irksal Ayrımcılığın Tüm Biçimlerinin Sona Erdirilmesine İlişkin Uluslararası Sözleşme

[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22dmdocnumber%22:\[%22695402%22\],\[%22itemid%22:\[%22001-57525%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22dmdocnumber%22:[%22695402%22],[%22itemid%22:[%22001-57525%22]}) (E.T.: 21/10/2019)

³⁷⁵ Doğru, O.; Belçika'da Eğitim Dili Davası, İnsan Hakları Kararlar Derlemesi, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 1998, s. 39.

³⁷⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz., s. 33.

³⁷⁷ <http://sozluk.gov.tr/> (E.T.: 21/10/2019)

³⁷⁸ IAOKS (ICERD)

<https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/IrkAyrımciligininOrtadanKaldirilmesineDairSozlesme.pdf> (E.T.: 26/10/2019)

bu tanımlamalar çoğunlukla bilimsel temellere dayanmamaktadır³⁷⁹. Uygulamada bu kavramın daha çok renk, etnik ve ulusal köken gibi kavramların yerine kullanıldığı görülmektedir.

Bazı tarihçiler, ırkçılığı eski toplumlar da hakim olan kabilecilik ve yabancı düşmanlığının günümüze bir yansıması olduğunu düşünmektedir³⁸⁰. İnsanların fiziksel özelliklerine göre yapılan ayrımcılık ırkçılık temelinde bir ayrımcılık şeklidir. Aynı ırktan olan insanların fiziksel olarak benzerlikler göstermeleri sebebiyle yalnız buna bakılarak kendilerini diğerlerinden üstün yahut daha aşağıda bir ırk olarak görme sorunu ortaya çıkmıştır. Genel kanaate göre, aynı ırktan olan bireylerin bazı anatomik ve fizyolojik özelliklerinin benzer olduğu yönündedir. Tarihsel süreçte Avrupa’da faşizmin yükselişiyle beraber ortaya çıkan Nazi Almanyası’nda Alman üstün ırkı düşüncesi ırk ayrımcılığı şeklinde ortaya çıkmış ve daha sonrasında kitleler halinde katliamların yapılmasına sebep olmuştur.

Yargıtay GCK bir kararında “ırk” tanımı yapmıştır. CGK’a göre; “*İrk, genetik açıdan koşullandırılmış, kuşaktan kuşağa geçen bedensel özelliklere sahip birey topluluklarıdır*”³⁸¹. Genel Kurul başka bir kararında da benzer ifadeler kullanmıştır³⁸².

4.3.2.3. Milliyet

Milliyet; bağlı bulunulan millet, tabiiyet olarak tanımlanmaktadır³⁸³. Avrupa Konseyi Vatandaşlık Sözleşmesi’nde³⁸⁴ “*milliyet; bir kişi ile devlet arasındaki yasal bağ*” olarak tanımlanmaktadır. Sözleşmeye göre, milliyet kişinin etnik ya da ulusal kökenini ifade etmez³⁸⁵. Nitekim ülkelerin çok uluslu olmaları sebebiyle birçok etnik yapıyı içinde barındırdıkları görülmektedir. Uluslararası Adalet Divanı’na göre; “*milliyet; karşılıklı hak ve ödevlerin, bir takım duygu ve çıkarların birlikte var olduğu, sosyal temelli yasal bir*

³⁷⁹ Ruhi, M.E.; İnsan Hakları Hukuku Bağlamında Irk Ayrımcılığı Politikaları ABD ve Güney Afrika Cumhuriyeti Örnekleri, 2. Baskı, Ankara, 2013, s. 23.

³⁸⁰ Miles, R./Brown, M.; Racism, London, 2003, s. 59.

³⁸¹ Y. CGK. 20.04.1999 tarihli 1999/9-77 E., 1999/70 K. sayılı kararı

<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=7112#> (E.T.: 26/10/2019)

³⁸² “İrktan, genetik bakımdan şartlandırılmış, oldukça sabit olarak kuşaktan kuşağa geçen beden karakterlerinin toplamı anlaşılır.” Y. CGK. 29.04.2008 tarihli 2007/244 E., 2008/92 K. sayılı kararı

<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=7112#> (E.T.: 26/10/2019)

³⁸³ <http://sozluk.gov.tr/> (E.T.: 21/10/2019)

³⁸⁴ “The European Convention on Nationality” Türkçe metni için bkz. Aykaç, A. C.; Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi, TBB Dergisi, S. 77, 2008.

³⁸⁵ Osce/Odihr; Hate Crime Laws- APractical Guide, Warsaw, 2009, s. 43.

*bağdır*³⁸⁶.” Milliyet, son değişiklik ile madde kapsamına dahil edilen bir karakteristik özelliktir. Önceki düzenlemelerde, kanun maddesi kapsamında milliyet korunan bir karakteristik değildi.

Belli bir millete mensup insanların maruz kaldıkları farklı muameleler milliyet temelli ayrımcılık olarak değerlendirilmektedir. Bu yönde yapılan ayrımcılık, uygulamada daha çok ırka dayalı ayrımcılık şeklinde değerlendirilmektedir.

4.3.2.4. Renk

Renge dayalı ayrımcılık insanların genellikle ten renkleri nedeniyle maruz kaldıkları ayrımcılık halidir. Renge dayalı ayrımcılık “*renkçilik*” olarak ifade edilebilmektedir. Renkçilik, insanların ten rengine göre farklı sosyal ve ekonomik muameleye tabi tutulmasıdır³⁸⁷. Renk temeline dayalı ayrımcılık daha çok ırkçılığın bir yansıması olarak düşünülmektedir. Renk, belli bir ırka özgü bir özellik olarak kabul edildiği için ırkçılığın bir çeşidi olacağı kanısındayız. Bu ayrımcılığa verilebilecek en popüler örnek Amerika’ da siyahilere yönelik yapılan ayrımcı muamelelerdir. Bu nedenle “*siyah*” kelimesini ayrımcı bir ifade olarak kabul edilmektedir³⁸⁸.

4.3.2.5. Cinsiyet

Cinsiyet; “*bireye, üreme yeteneği sağlayan ve erkekle dişiye ayırt ettiren yaradılış özelliği*” olarak tanımlanmıştır³⁸⁹. Ancak cinsiyet biyolojik cinsiyet ve toplumsal cinsiyet olarak ayrılması sebebiyle ayrımcılık ve nefret konuları değerlendirilirken bu kavramları incelemek yerinde olacaktır. “*Toplumsal cinsiyet; Kültürel olarak şekillenen, sosyalleşme süreciyle edinilen cinsiyete özgü roller, davranışlar, beklentiler, kişilik özellikleri ya da kimlik duygusudur.*” Biyolojik cinsiyet ise kişilerin doğuştan sahip olduğu, yalnızca biyolojik karakteristiklere göre yapılan kadın yahut erkek olma halidir³⁹⁰. Toplumsal cinsiyet doğumla birlikte gelmeyen sonradan kazanılan bir olgudur. Ayrıca toplumsal

³⁸⁶ Cesarani, D./ Fulbrook, M.; Citizenship, Nationality and Migration in Europe, New York, 1996, s. 32.

³⁸⁷ Hamilton, D./Goldsmith, A. H./DARITY, W.; Shedding “Light” on Marriage: The Influence of Skin Shade on Marriage for Black Females, Journal of Economic Behavior & Organization, 72(1), 2009, s. 32.

³⁸⁸ Ruhi, M.E.; İnsan Hakları Hukuku Bağlamında Irk Ayrımcılığı Politikaları ABD ve Güney Afrika Cumhuriyeti Örnekleri, Ankara, 2013, s. 130.

³⁸⁹ <http://sozluk.gov.tr/> (E.T.: 21/10/2019)

³⁹⁰ Chakraborti, N./Garland, J.; Hate Crime, Impact, Causes and Responses, California, 2009, s.73.

cinsiyetin belirlenmesi her toplumun yapısına ve alışkanlıklarına göre farklılık göstermektedir. Bir kimlik duygusu olduğu ifade edilen toplumsal cinsiyet, kanımızca fizyolojik bir cinsiyet halinden ziyade kadın ve erkeğe toplum tarafından yüklenen misyonlar ile manevi bazı özellikleri bünyesinde barındıran bir kavramdır.

Türkiye'nin taraf olduğu BM CEDAW, Sözleşme'de cinsiyet temelli ayrımcılık olarak değil doğrudan *“kadınlara karşı ayrımcılık”* olarak tanımlanmıştır. Buna göre; *“siyasal, ekonomik, sosyal, kültürel, kişisel veya diğer alanlardaki kadın ve erkek eşitliğine dayanan insan haklarının ve temel özgürlüklerin, medeni durumları ne olursa olsun kadınlara tanınmasını, kadınların bu haklardan yararlanmalarını veya kullanmalarını engelleme veya hükümsüz kılma amacını taşıyan veya bu sonucu doğuran cinsiyete dayalı her hangi bir ayırım, dışlama veya kısıtlama anlamına gelir”*³⁹¹. Kadınlarla yönelik ayrımcı uygulamalar ile çok sık karşılaşılması sebebiyle doktrinde cinsiyete dayalı ayrımcılık tanımı *“Her kim bir kadına cinsiyetinden dolayı bir erkeğe davranacağından daha farklı davranırsa bu ayrımcı bir muameledir”* şeklinde yapılmıştır³⁹².

Devlet Memurları Kanunu'nda belirtilen Sağlık Hizmetleri ve Yardımcı Sağlık Hizmetleri Sınıfı'nda yer alan kanun maddesine göre erkekler hemşire olamıyordu. Bu madde, hemşirelik mesleğinin icrasında kadın ve erkekler bireyler arasında hiçbir fark bulunmaması sebebiyle, cinsiyet temelinde ayrımcı bir hüküm niteliğinde idi. Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvuruda; *“Hemşirelik mesleğinin icrası bakımından kadınlar ve erkekler aynı hukuki konumda bulunduklarından, hemşire unvanının yalnızca kadınlara verilmesini ve hemşirelik sanatının yalnızca kadınlar tarafından yapılabilmesini öngören itiraz konusu kurallar, cinsiyet ayrımcılığına yol açmakta ve eşitlik ilkesine aykırı bulunmaktadır”*³⁹³.” ifadeleri yer almıştır. AYM, söz konusu yasa metninin cinsiyet temelli

³⁹¹ Kadınlara Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi, tam metni

https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/belge/uluslararasi_belgeler/ayrimcilik/CEDAW/CEDAW_Sozlesmesi_ve_Ihtiyari_Protokolu.pdf (E.T.: 21/10/2019)

³⁹² Fredman, s.83.

³⁹³ “Başvuru kararında, profesyonel bir meslek olan hemşirelikte cinsiyet ayırımına gidilmesinde kamu yararı olmadığı, erkeklerin bu mesleği icra edememeleri için hiçbir neden bulunmadığı, Devlet Memurları Kanununda belirtilen Sağlık Hizmetleri ve Yardımcı Sağlık Hizmetleri Sınıfı içinde yalnızca hemşirelik mesleği yönünden cinsiyet ayırımı bulunduğu, cinsiyete dayalı ayırımların Anayasada, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinde ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde yer alan eşitlik ilkesine aykırı olduğu, kamu hizmetine alınmada görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırımın gözetilemeyeceği, erkeklerin hemşire olabilmesine engel oluşturan kuralın temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında esas alınması gereken ölçülülük ilkesine ve çalışma hürriyetine aykırı olduğu, hemşirelik mesleğinde kişinin cinsiyetinin değil, bu konuda aldığı eğitimin, yeterliliğinin, bu mesleği icra etme arzusu ve başarısının önemli olduğu, belirtilen

bir ayrımcılık ile Anayasa, İHEB ve AİHS' ne aykırılık teşkil etmesi sebebiyle bireysel başvuru talebini kabul etmiştir.

5682 sayılı Pasaport Kanunu'nun 14. maddesine göre; anne-babanın pasaport olanaklarından yararlanmada kız ve erkek çocuklarına ilişkin farklı düzenlemelere yer vermekte idi. Erkek çocuk reşit olduğunda anne-babanın pasaportundan yararlanamıyordu. İtiraza konu edilen hüküm kız ve erkek çocuklar arasında cinsiyet sebebiyle ayrımcı hükümlere yer veriyordu. *"Devletin ailenin korunması yönünde pozitif ve negatif yükümlülüklerinin mevcut olup, aile hayatının sağlıklı devamına engel olan tedbirleri almak ve buna aykırı her türlü düzenlemeyi ortadan kaldırmak zorunda olduğu, bu nedenlerle itiraz konusu kuralın Anayasanın 2., 10., 41. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür."* Hususi damgalı pasaport sahibi olan kişilerin her cinsiyetten çocukları aynı hukuki durumdadır. Bu nedenle aynı haklardan aynı esaslara göre yararlandırılmaları gerekmektedir. Bu nedenle AYM, 5682 sayılı Pasaport Kanunu'nun 14. maddesinin eşitlik ilkesine aykırı olması sebebiyle iptaline karar vermiştir³⁹⁴.

Cinsiyete dayalı ayrımcılık genel olarak kadın ya da erkek bireylere cinsiyetlerinden dolayı yapılan ayrımcı muameleler olarak düşünülse de kanun metninde transgender bireyler³⁹⁵ yer almamaktadır. Cinsel yönelime ilişkin bir düzenlemenin kanun kapsamında yer almaması sebebiyle, transgender bireylerin de bu kapsamda değerlendirilmesi kanaatimizce yerinde olacaktır. Genellikle bu bireyler aşağılayıcı ve küçük düşürücü muamelelere maruz kalmaktadır. Transeksüellik aslında bir cinsel yönelim şekli olmayıp, çoğu zaman doğuştan gelen hormonal anlamda bireyin fiziksel görüntüsüne uygun bir hayat süremeyeceği halleri ifade etmektedir. Bu sebeple, bireyler hormonal ya da cerrahi müdahalelerle doğuştan sahip olduklarını hissettikleri bedene kavuşmak isterler. Bu bireyler çoğu zaman toplumdan dışlanmaya varacak fiillerin mağduru olmaktadır. Sonuçta görünüş itibarıyla kadın ya da erkek fiziğinden birine sahip olan bu bireyler görünüşte biyolojik olmasa da sonradan bu cinsiyetlerden birine sahip olacaklardır. Bu anlamda cinsiyet temelli ayrımcılık konusuna dahil edilmeleri kanımızca yerinde olacaktır.

nedenlerle itiraz konusu kuralların Anayasanın 2., 10., 13., 49. ve 70. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür."

AYM. 23.07.2009 tarihli 2006/166 E., 2009/113 K. sayılı bireysel başvuru kararı
<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=7112#> (E.T.: 21/10/2019)

³⁹⁴ AYM. 07.02.2008 tarihli 2004/30 E., 2008/55 K. sayılı 5682 sayılı Kanun ile ilgili kararı
<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-5143#> (E.T.: 21/10/2019)

³⁹⁵ Transgender bireyler; biyolojik cinsiyetini kabul etmeyen tüm bireyleri kapsayan bir ifadedir.

Kanun maddesinde cinsel yönelimin yer almamasının büyük bir eksiklik olduğu düşüncesindeyiz. Transgender bireyler cinsiyet temelli ayrımcılık kapsamına sokulabilirse de diğer LGBTİ bireylerin varlığının göz ardı edilmesi eşitlik ilkesine aykırı bir tutumdur. Türkiye’ de LGBTİ bireylerin sayısı yadsınamayacak kadar fazladır. Kanuni olarak herhangi bir düzenlemenin yapılmaması, ihmal edilmesi unutulmamalıdır ki; dolaylı bir ayrımcılığa neden olmaktadır.

Avrupa Komisyonu’nun ülkemiz hakkında yıllık ilerleme raporları kapsamında; iç hukukumuzda cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğine dayalı ayrımcılığın önüne geçilmesi için düzenlemelerin mevcut olmadığı ve bu konuda düzenlemeler yapılması gerektiği bildirilmiştir³⁹⁶. Yine Komisyon’un 2015 yılına ait raporunda; *“Ayrımcılık yapmama ilkesi, yasal zeminde ve uygulamada yeterince uygulanamamakta ve korunmaya en muhtaç gruplar ile azınlık mensuplarının hakları yeterince korunmamaktadır. Toplumsal cinsiyet temelli şiddet, ayrımcılık ve azınlıklara yönelik nefret söylemi, lezbiyen, eşcinsel, biseksüel, transseksüel ve interseks (LGBTİ) bireylerin haklarına saygı başlıca endişe verici alanlardır.”* ifadeleri yer almaktadır³⁹⁷.

Avrupa Komisyonu 2016 yılı İlerleme Raporu’na göre; cinsiyet eşitliğini konu alan yasal düzenlemeler bulunmasına rağmen, bu düzenlemeler kadına yönelik şiddet ve ayrımcılıkla mücadele için yeterli nitelikte olmadığı ifade edilmiştir. Raporda yer alan ifadelerle göre; *“Kadın-erkek eşitliğine ilişkin hukuki ve kurumsal çerçeve mevcuttur. Bazı kuruluşlar, eğitim vermek suretiyle kadına yönelik şiddet ve ayrımcılıkla mücadele etme kapasitesini güçlendirmeye devam etmiştir. Özel sektör de bu konuya çözüm getirmeye yönelik çabalarını hızlandırmıştır. Ancak kamuoyu önünde sıklıkla yapılan toplumsal cinsiyete ilişkin kalıplaşmış yargıları vurgulayan ve kadınların geleneksel rolünü teşvik eden açıklamalar ile de örneklendiği üzere, mevzuatın yeterince etkin bir şekilde uygulanmaması, mevcut hizmetlerin kalitesinin düşük olması ve toplumsal cinsiyet eşitliğine yönelik siyasi taahhüdün zayıf olması sebebiyle, kadına karşı ayrımcılık ve toplumsal cinsiyet temelli şiddet yeterince ele alınmamıştır.”* Avrupa Komisyonu 2018 yılı

³⁹⁶ Avrupa Komisyonu Türkiye 2014 Yılı İlerleme Raporu, “Özellikle cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğine dayalı ayrımcılık yapılmaması hususları dahil edilerek, ayrımcılıkla mücadele mevzuatı ve uygulamasının AB müktesebatına uyumlu hale getirilmesi için daha fazla çalışma yapılması gerekmektedir.” https://www.ab.gov.tr/files/ilerlemeRaporlariTR/2014_ilerleme_raporu_tr.pdf (E.T.: 21/10/2019)

³⁹⁷ Avrupa Komisyonu Türkiye 2015 Yılı İlerleme Raporu, https://www.ab.gov.tr/files/5%20Ekim/2015_ilerleme_raporu_tr.pdf (E.T.: 21/10/2019)

Türkiye İlerleme Raporu da yine aynı yönde ifadeleri barındırmaktadır³⁹⁸. Görüldüğü üzere; her ne kadar bu yönde yapılan düzenlemelerin sayısı az olmasa da işlev bakımından yetersiz kalmaktadır.

4.3.2.6. Engellilik

Madde metninin ilk halinde yer almayan engellilik; 5378 sayılı Kanun'un 41. maddesi ile “*özürlülük*” şeklinde kanun metnine eklenmiştir. 2005 yılında yürürlüğe giren 5378 sayılı Özürlüler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile Türkiye’ de ilk defa münhasıran engellilere yönelik bir kanun çıkarılmış ve engelliliğe dayalı ayrımcılık yasaklanmıştır. Daha sonra yapılan 25.04.2013 tarihli ve 6462 sayılı Kanun’un 1. maddesiyle kanunda yer alan “*özürlüler*” ibaresi “*engelliler*” olarak değiştirilmiştir³⁹⁹.

Kanun’un 3. maddesinde engelli birey şu şekilde tanımlanmıştır: “*Fiziksel, zihinsel, ruhsal ve duysal yetilerinde çeşitli düzeyde kayıplarından dolayı topluma diğer bireyler ile birlikte eşit koşullarda tam ve etkin katılımını kısıtlayan tutum ve çevre koşullarından etkilenen birey*”dir.

Engelliliğe dayalı ayrımcılık; “*Siyasi, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni veya başka herhangi bir alanda insan hak ve temel özgürlüklerinin tam ve diğerleri ile eşit koşullar altında kullanılması veya bunlardan yararlanılması önünde engelliliğe dayalı olarak gerçekleştirilen her türlü ayırım, dışlama veya kısıtlamayı*” şeklinde tanımlanmıştır.

EHS’nin 1. maddesi; “*Engelli kişiler, diğerleri yanında, çeşitli engellerle etkileşerek kişinin diğerleriyle eşit bir şekilde topluma tam ve etkili şekilde katılmasını engelleyen uzun süreli fiziksel, zihinsel, ruhsal ve duysal sakatlığı olan kişileri de kapsar.*” şeklinde düzenlenmiştir. Engelliler Hakkında Kanun’ da yer alan ve Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme’ de yer alan tanımlara bakıldığında benzer şekilde olduğu görülecektir. Engelli bireylerin uğradığı ayrımcılık çoğunlukla istihdam alanında meydana gelmektedir. Avrupa Komisyonu Türkiye 2018 Yılı İlerleme Raporu’ na göre; “*Engelli bireylerin istihdam*

³⁹⁸ Avrupa Komisyonu Türkiye 2018 Yılı İlerleme Raporu
https://www.ab.gov.tr/siteimages/pub/komisyon_ulke_raporlari/2018_turkiye_raporu_tr.pdf
(E.T.: 21/10/2019)

³⁹⁹ 5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanun, tam metni
<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5378.pdf> (E.T.: 21/10/2019)

oranı %3'lük hedefin altında kalmaktadır.” Ayrıca; engelli bireylerin kamusal hizmet ve binalara erişim imkanları da neredeyse bulunmamaktadır⁴⁰⁰.

AİHM önüne gelen bir davada görme engelli olan başvurucu, bir akademinin müzik bölümüne teknik yeterliliğini de sunarak kaydolmak istemiştir⁴⁰¹. Ancak teknik yeterliliğine rağmen başvurucunun başvurusu reddedilmiştir. Ret nedeni olarak ise kişinin kurslara fiziki olarak devam etmeye elverişli olduğunu kanıtlayan bir belge ibraz etmemesi gösterilmiştir. AİHM görme engelli olan başvurucunun, salt bu nedene dayanılarak kabul edilmediğini belirlemiştir. AİHM kararında; söz konusu olayın, Sözleşme'nin ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddesine ve Sözleşme'ye Ek 1. Protokol'ün 2. maddesine aykırılık olduğunu tespit etmiştir. Bunun yanında devletin engelli bireyler için ölçüsüz ve aşırı yük getirmeyen, zorunlu nitelikteki makul uyumlaştırmaları yapması gerektiği ifade edilmiştir⁴⁰².

TCK'nın 122. maddesine dayanılarak engellilik temelinde bir ayrımcılığın yapıldığından söz edildiğinde kişinin diğer kanunlarda yer alan engelli tanımlarına uymasına gerek olmayacaktır⁴⁰³. Kanımızca failin, mağduru engelli zannetmesi diğer şartların da varlığı ile suçun oluşması için yeterli olacaktır.

4.3.2.7. Siyasi düşünce

Siyasi düşünce temeline dayanan ayrımcılık; siyasi ayrımcılık şeklinde ifade edilmektedir. Siyasi ayrımcılık, bireylerin sahip oldukları siyasi görüş nedeniyle maruz kaldıkları, adil olmayan tutum ve davranışlardır. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 2006 yılı raporuna göre; “*siyasi ayrımcılık, kişilerin siyasi parti üyeliği ve siyasi, sosyo-politik ve ahlaki tutumları da dahil düşüncelerine karşı yapılan ayrımcılıktır*”⁴⁰⁴. Siyasi ayrımcılık

⁴⁰⁰ Avrupa Komisyonu Türkiye 2018 Yılı İlerleme Raporu

https://www.ab.gov.tr/siteimages/pub/komisyon_ulke_raporlari/2018_turkiye_raporu_tr.pdf

(E.T.: 21/10/2019)

⁴⁰¹ 23.02.2016 tarihli Başvuru No: 51500/08 Çam/ Türkiye Davası,

[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22%C3%A7am%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-161149%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22%C3%A7am%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-161149%22]})

(E.T.: 05/01/2020)

⁴⁰² Tezcan, D./Erdem, M.R./Sancakdar, O./Önok, R.M.; İnsan Hakları El Kitabı, Ankara, 2016, s. 648-649.

⁴⁰³ Öztürk, s. 113.

⁴⁰⁴ 187 No'lu İş Sağlığı ve İş Güvenliği'ni Geliştirme Çerçeve Sözleşmesi

https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377312/lang--tr/index.htm

(E.T.: 21/10/2019)

bazen bireylere ayrıcalık tanımak olarak görülürken bazen de kayırmacılık olarak görülmektedir⁴⁰⁵.

“Siyasi ayrımcılık; herhangi bir evrensel gerekçe söz konusu olmaksızın, bir kişiye, yalnızca siyasi görüşleri nedeniyle haklar ve özgürlükler bağlamında diğer kişilerden farklı ve eşit olmayan bir muamele yapılmasıdır”⁴⁰⁶.

Anayasa’nın 25. maddesinde; *“Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir. Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce ve kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz.”* düşünce ve kanaat özgürlüğü bu şekilde korunmaktadır. Bir kimsenin siyasi düşüncesinin olması, bunu açıklaması yahut açıklamak istememesi düşünce ve kanaat özgürlüğü içerisinde değerlendirilmesi gereken hususlardır. Bu durum çoğulcu demokrasinin bir gereğidir⁴⁰⁷. Anayasa’nın güvenceye aldığı hak ayrıca TCK ile suç olarak düzenlenerek cezai yaptırıma tabi tutulmuştur.

Siyasi düşünce sebebiyle ayrımcılığın en çok görüldüğü mecralardan biri İş Hukuku alanıdır. İşe alım ve işten çıkarılma aşamalarında sıkça görülen bir ayrımcılık türüdür. Örneğin; bir siyasi partiye üyeliği sebebiyle işverence bu partiye ve üyelerine duyulan nefretten ötürü mülakatta sırf bu sebeple elenen kişinin uğradığı bu haksız muamele nefret ve ayrımcılık suçuna vücut vermektedir.

4.3.2.8. Felsefi inanç

Felsefi inanç, felsefi kanaat anlamındadır. Çünkü eğer bir inançtan söz edilecekse felsefeden söz edilmeyecektir⁴⁰⁸. Felsefe, din gibi bir kavram olmaması sebebiyle felsefi inanç şeklinde kullanımı yerinde değildir.

Bir kimsenin felsefi inanç sebebiyle duyulan nefret ile kanun maddesinde yer alan seçimlik hareketlerden en az birine maruz kalması halinde felsefi inanç sebebiyle nefret ve ayrımcılık suçu vücut bulmuş olur. Felsefi inancın ne olduğuna dair kanunda bir tanımlama bulunmamaktadır. Ancak tarafımızca felsefi inancın Anayasa’nın 24. maddesinde

⁴⁰⁵ Keskinkılıç Kara, S.B.; Okullarda Yaşanan Siyasi Ayrımcılığın Bireysel ve Örgütsel Etkileri, Kastamonu Eğitim Dergisi, İstanbul, 2016, s. 1373.

⁴⁰⁶ Çetin, C./Özdemirci, A.; İnsan Kaynakları Uygulamalarında Siyasi Ayrımcılık, İstanbul, 2017, s. 1. <http://ataozdemirci.net/wp-content/uploads/2017/01/SIYASI-AYRIMCILIK.pdf> (E.T.: 21/10/2019)

⁴⁰⁷ Öden, M.; Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Ankara, 2003, s. 343.

⁴⁰⁸ Hafizoğulları/Özen; Kişilere Karşı, s. 224.

düzenlenen din ve vicdan hürriyeti kapsamında değerlendirilebileceği düşünülmektedir. Örneğin; zorunlu askerlik hizmetine yönelik vicdani itirazın felsefi nedenlere dayandığı bir vakada AİHM’ in kararı⁴⁰⁹, “*kişilerin sivil ölüm olarak ifade edilebilecek düzeyde kamusal hizmet alımından dışlanması bir ihlal olacağı*” yönündedir⁴¹⁰. AİHM, söz konusu işlemlerin, toplu olarak AİHS’ nin 3. maddesine aykırılık teşkil edeceğini ve davaya konu muamelelerin onur kırıcı olduğunu belirtmiştir.

Ateizm, Türkçe’de “*Tanrı tanımazlık*” anlamına gelmektedir⁴¹¹. Bir yaratıcının varlığına inanılmayan ateizm, dinsizlik ya da herhangi bir dine inanmamadan ziyade Tanrı’ya inançsızlığı ifade etmektedir. Bu nedenle kanımızca ateizmi felsefi bir inanç olarak değerlendirmek yerinde olacaktır. Bu anlamda din ve peygamberleri reddeden deizm de felsefi inanç olarak değerlendirilebilir⁴¹². Bir giyim mağazasında çalışan failin ateist olduğunu bildiği komşusunun, o mağazadan alışveriş yapmasına mani olması halinde; fail mağdurun olağan ekonomik bir etkinlikte bulunmasını engellemiş olur. Böylece failin bu eyleminin TCK 122. kapsamında cezalandırılması gerekmektedir.

4.3.2.9. Din

“*Din; görünen, görünmeyen doğüstü güç, nesne ya da varlığa inanma nedeniyle doğmuş olan ve bireylerin gerek birbirleriyle gerek çevreleriyle ilişkilerini birtakım kutsal uygulama ve davranışlarla düzenleyen, sağlayan evrensel olgudur*”⁴¹³. Yargıtay tarafından

⁴⁰⁹ “AİHM, mevcut davada felsefi düşüncelerinden dolayı askeri üniformayı giymeyi reddetmesi üzerine birbiri ardına mahkumiyetlerinin ve devamlı cezai kovuşturmayaya tabi tutulma tehlikesinin başvuranı onur kırıcı ve küçültücü bir duruma soktuğunu değerlendirmektedir. AİHM’nin, bu hususun bir ceza davasında mahkum edilme ve tutuklu bulunma durumundaki onur kırıcılık unsurundan farklı bir durum oluşturup oluşturmadığının üzerinde duracaktır.” AİHM, bu noktada Türk hukukunda vicdani ve dini sebeplerle askeri üniforma giymeyi reddeden kişiler için uygulanacak özel bir yaptırımı içeren hiçbir hükmü öngörülmediğini not etmektedir. Bu alandaki yaptırımların Askeri Ceza Kanunu’nun genel olarak üstlerinin emirlerine itaatsizlik eden kişilere hükmettiği müeyyideler olduğu anlaşılmaktadır. Bu hukuki çerçevenin, inançları nedeniyle zorunlu askerlik görevine karşı çıkılması ile ilgili durumları düzenlemek bakımından yeterli olmadığı açıktır. Durumuna uygulanan genel mevzuatın uygunsuzluğu nedeniyle başvuran sonu gelmeyen kovuşturma ve mahkumiyetlere konu olduğu gibi, bu durumun sürmesi tehlikesi altındadır.” AİHM, Ülke-Türkiye Davası, Baş. No: 39437/98 <http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/ulke2006.pdf> (E.T.: 21/10/2019)

⁴¹⁰ Tanay, s. 132.

⁴¹¹ <https://www.turkcebilgi.com/ateizm> (E.T.: 05/01/2020)

⁴¹² <https://www.makaleler.com/deizm-yaradancilik-nedir> (E.T.: 05/01/2020)

⁴¹³ <http://sozluk.gov.tr/> (E.T.: 21/10/2019)

din; “Kutsal varlıklara bağlılık ve inanç dindir. Her din bu dinden olanlar arasında manevi bir birlik meydana getirir.” şeklinde ifade edilmiştir⁴¹⁴.

Anayasa’nın din ve vicdan hürriyeti başlığı altında düzenlenen; 24. maddesinde, herkesin vicdan, dini inanç ve kanaat hürriyetine sahip olduğu; kimsenin dini inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanıp, suçlanamayacağı ifade edilmiştir⁴¹⁵. BM tarafından 25 Kasım 1981 tarihinde yayımlanan Din veya İnanca Dayalı Her Türlü Hoşgörüsüzlük ve Ayrımcılığın Kaldırılması Bildirisi⁴¹⁶ din ve inanç nedeniyle yapılan her türlü ayrımcılığı yasaklamaktadır. Bildiri’nin 2. maddesinde ayrımcılık yasağı düzenlenmiştir. Buna göre; “Hiç kimse din veya başka bir inancı sebebiyle bir Devlet, bir kurum, bir kişi veya kişi grubu tarafından ayrımcılığa maruz bırakılamaz. Bu Bildiri’nin amacı bakımından din veya inanca dayanan hoşgörüsüzlük ve ayrımcılık deyimi, eşitlik üzerine kurulu bulunan insan haklarının ve temel özgürlüklerin tanınmasını, kullanılmasını veya bunlardan yararlanılmasını hükümsüz kılma veya zedeleme amacı taşıyan veya bu sonucu doğuran, din veya inanca dayalı bir farklılaştırma, dışlama, kısıtlama veya ayrıcalık tanıma anlamına gelir.” şeklindedir.

Örneğin; 11 Eylül saldırılarından sonra ABD’de Müslümanlara karşı yapılan saldırılarda yüksek miktarda artış olmuştur⁴¹⁷. ABD’de ve Avrupa’da din saikli nefret suçlarında başlıca hedef Müslümanlar ve Yahudiler olmaktadır. “İslamofobi, İslam ve Müslümanlara ilişkin yaygın korkuya verilen isimdir⁴¹⁸”. İslamofobi, “bütün Müslümanlara ya da çoğunluğuna karşı duyulan ve sadece dille değil aynı zamanda çalışma hayatındaki veya hizmetlerden yararlanma hususundaki ayrımcılık, şiddet suçları, toplum hayatı ve uluslar arası ilişkilerden tecrit etme yoluyla ifade edilen korku ve

⁴¹⁴ Y. CGK. 29.04.2008 tarihli 2007/8-244 E., 2008/92 K. sayılı kararı

<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-6950#> (E.T.: 21/10/2019)

⁴¹⁵ T.C. Anayasası, m. 24: “Herkes, vicdan, dinî inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir. 14. madde hükümlerine aykırı olmamak şartıyla ibadet, dinî ayin ve törenler serbesttir. Kimse, ibadete, dinî ayin ve törenlere katılmaya, dinî inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; dinî inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz. Din ve ahlâk eğitim ve öğretimi Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Din kültürü ve ahlâk öğretimi ilk ve ortaöğretim kurumlarında okutulan zorunlu dersler arasında yer alır. Bunun dışındaki din eğitim ve öğretimi ancak, kişilerin kendi isteğine, küçüklerin de kanunî temsilcisinin talebine bağlıdır. Kimse, Devletin sosyal, ekonomik, siyasî veya hukukî temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma veya siyasî veya kişisel çıkar yahut nüfuz sağlama amacıyla her ne suretle olursa olsun, dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez ve kötüye kullanamaz.”

⁴¹⁶ Din veya İnanca Dayalı Her Türlü Hoşgörüsüzlük ve Ayrımcılığın Tasfiye Edilmesine Dair Bildiri, tam metni http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/metin137.pdf (E.T.: 21/10/2019)

⁴¹⁷ Chakrabarti, N.; Hate Crime: Concepts, Policy, Future Directions, California, 2010, s.25.

⁴¹⁸ Canatan, K.; “İslamofobi ve Anti İslamizm Kavramsal ve Tarihsel Yaklaşım” Batı Dünyasında İslamofobi ve Anti İslamizm, Ankara, 2007, s. 26.

düşmanlık hislerini anlatan bir kavram” şeklinde tanımlanabilir⁴¹⁹. 11 Eylül’den sonra İslamafobi popülerlik kazanmış ve hızla yayılmaya başlamıştır. Kanımızca İslamafobi, dini temelli ayrımcılığın ırkçılık boyutuna varmış hali olarak düşünülebilir.

AB Temel Haklar Ajansı’na göre İslamofobi; *“11 Eylül 2001 tarihinde meydana gelen olaylar sonrasında terör ile mücadele kapsamında, aralarında Arapların, Musevilerin, Müslümanların, bazı mülteci grupların göçmenlerin ve sığınmacıların ve kimi azınlıkların da bulunduğu gruplara bağlı kişi veya kişiler, eğitim, istihdam, barınma, hizmetler ile kamu alanlarına erişim, toplumsal katılım ve hareket serbestliği gibi bazı alanlarda ırkçı ayrımcılığa maruz kalmaktadırlar. Bu çerçevede İslamofobi, İslam dinine mensup olan bireylerin maruz kaldıkları ayrımcı muameleye verilen genel isimdir.”* şeklinde ifade edilmiştir⁴²⁰.

Nüfus cüzdanlarında bulunan din hanesinin kaldırılmaması AİHM tarafından bir hak ihlali şeklinde değerlendirilmiştir. Buna göre AİHM’ e konu olayda; İzmir’de yaşayan Sinan Işık, 2004 yılında nüfus cüzdanında din hanesine “İslam” yerine “Alevi” yazdırmak istemiştir. Bu talebinin kabul edilmemesi üzerine yargı yoluna gitmiştir. İç hukukta lehe bir sonuç elde edemediği için, dava AİHM’ye taşınmıştır. Sinan Işık, Türkiye’nin AİHS’in düşünce, inanç ve din özgürlüğünü düzenleyen 9. maddesi, adil yargılamayı düzenleyen 6. maddesi ve ayrımcılığı yasaklayan 14. maddesini ihlal ettiğini öne sürmüştür. AİHM’de açılan davada; *“Türkiye’nin 9. maddeyi ihlal ettiğine hükmedilmiş ve din hanesinin nüfus cüzdanlarından tamamen çıkarılması gerektiği belirtilmiştir⁴²¹”.*

4.3.2.10. Mezhep

Mezhep; bir dinin görüş, yorum ve anlayış ayrılıkları sebebiyle ortaya çıkan kollarından her biridir⁴²². Örneğin; Müslümanlıkta Hanefilik, Malikilik, Şafiilik, Alevilik gibi mezhepleri vardır. Hristiyanlık dininde ise; Katolik, Ortodoks, Protestanlık gibi mezhepler vardır. Mezhep temelli ayrımcılıkta dinin farklı şekillerde yorumlanması söz

⁴¹⁹ Barın, H.; İslamafobi: Bir Irkçılık Çeşidi ve Nefret Suçu, Ankara, 2014, s. 37-38.

⁴²⁰ Muslims in the European Union: Discrimination and Islamophobia, 2006, s. 60. https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/eumc-2006-muslims-in-the-eu-discrimination-and-islamophobia_en.pdf (E.T.: 21/10/2019)

⁴²¹ AİHM, Sinan Işık/ Türkiye Kararı, Baş. No: 21924/05 <https://docplayer.biz.tr/113265800-Avrupa-insan-haklari-mahkemesi-ikinci-daire-sinan-isik-turkiye-davasi-basvuru-no-21924-05-kararin-ozet-cevirisi-strazburg.html> (E.T.: 21/10/2019)

⁴²² <http://sozluk.gov.tr/> (E.T.: 21/10/2019)

konusudur. Nitekim normal şartlar altında aynı dine mensup kişiler din sebebiyle ayrımcılık gözetmemeleri gerekirken, mezhep farklılığı halinde ayrımcılık tekrar gündeme gelebilmektedir. Yargıtay' a göre; “*Dinlerde, esaslara uygun; ancak dinin içindeki anlayış ayrılıkları mezhepleri oluşturur*”⁴²³.

Hoffmann v. Austria Davası'nda Yehova'nın Şahitleri Mezhep'ine mensup olan bir kadına çocuklarının velayeti bu sebeple verilmemiştir⁴²⁴. AİHM; söz konusu davada çocukların velayetinin kadının mensubiyetinden dolayı, babaya verilmesini AİHS'nin 8. ve 14. maddelerine aykırı bularak ayrımcılık olarak kabul etmiştir⁴²⁵. Kanımızca Yehova'nın Şahitleri'ne mensubiyet bir dinin yorumlanmış bir kolu olarak düşünüldüğünden burada mezhep sebebiyle bir ayrımcılık yapıldığı düşünülmektedir.

4.3.3. Seçimlik hareketlerden bir veya birden fazlasının işlenmesi

Nefret saikiyle bu suçun işlenebilmesi için kanunun belirlediği dört adet seçimlik hareket bulunmaktadır. Nefret ve ayrımcılık suçu yalnızca madde metninde belirlenen bu seçimlik hareketlerden bir ya da birden fazlasının işlenmesi ile gerçekleşmiş olur. Seçimlik hareketler;

bir kişiye, kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasının, devrinin veya kiraya verilmesini,

bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasını,

bir kişinin işe alınmasını,

bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engellemektir.

⁴²³ Y. CGK. 29.04.2008 tarihli 2007/8-244 E., 2008/92 K. sayılı kararı

<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-6950#> (E.T.: 21/10/2019)

⁴²⁴ [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57825%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57825%22]}) (E.T.: 21/10/2019)

⁴²⁵ Ünal, Ş.; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları No:89, Ankara, 2001, s. 316.

4.3.3.1. Bir kişiye kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya kiraya verilmesini engellemek

TCK madde 122 ile hüküm altına alınan ilk seçimlik hareket; “*dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep*” farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle; bir kişiye kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasının, devrinin veya kiraya verilmesinin engellenmesidir. Engelleme hareketi doğrudan kamuya arz edilmiş olan taşınır veya taşınmaz bir malın satılmasına, devrine veya kiraya verilmesine yönelik olmalıdır.

Madde ile hüküm altına alınan ilk seçimlik harekete benzer bir düzenleme Türkiye İnsan Hakları Kurumu Kanunu’nun 5/3. maddesinde yer almaktadır. “*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*⁴²⁶.” Buna göre kamuya arz edilen taşınır ve taşınmazların edinilmelerinde ve kiralanmasında ayrımcılık yasaklanmıştır. Söz konusu maddede taşınır ve taşınmazların satış, devir ve kirası konu edilmiştir. Bu anlamda TCK madde 122’de yer alan ilk seçimlik hareketle de bağdaşmaktadır.

Öncelikle eşyanın cevherine zarar vermeksizin yerinin değiştirilmesi mümkün değil ise söz konusu eşya taşınmaz eşyadır⁴²⁷. Bunun dışında kalan, malın veya eşyanın özüne zarar verilmeden bir yerden başka bir yere taşınabilen tüm eşyalar taşınır maldır⁴²⁸.

Kamuya arz edilen bir taşınır yahut taşınmaz malın belirsiz sayıda kişiye ulaşması hedeflenir. Kamuya arz edilme farklı birçok şekilde gerçekleştirilebilir. Örneğin; bir arabanın satış için bir internet ilan sitesine koyulması, bir arsanın satış için emlak komisyoncusuna verilmesi kamuya arz usullerindendir. Arabanın satış için internet ilan sitesine koyulmasında satıcı belirli şartlar belirleyebilir. Örneğin; aracını takas usulü satacağını belirtip, bunun dışındaki teklifleri geri çevirebilir. Fakat aracını; kadınların araç

⁴²⁶ <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6701.pdf> (E.T.: 08/01/2020)

⁴²⁷ Esener, T./Güven, K.; Eşya Hukuku, Ankara, 2015, s. 43.

⁴²⁸ Oğuzman, K./Seliçi, Ö./Oktay Özdemir, S.; Eşya Hukuku, İstanbul, 2011, s. 587.

kullanamadığını ve tıpkı Şeriatla yönetilen bazı ülkelerde olduğu gibi kadınların trafiğe çıkmalarının yasaklanmasını savunması ile bu duruma olan önyargı yahut nefret sebebiyle, aracını kadınlara satmayacağını belirtmesi halinde açık olarak cinsiyet nedeniyle nefret ve ayrımcılık suçu oluşacaktır.

Satış sözleşmesinin tanımı Borçlar Kanunu'nun 207. maddesinde⁴²⁹ tarafların asıl edim yükümlülüklerinden yola çıkarak yapılmıştır⁴³⁰. İki tarafa borç yükleyen satış sözleşmesi taşınır ve taşınmaz satışı olarak ayrılmaktadır. Taşınır satışı gözle görülebilir nitelikteki maddi eşyaların yanında gözle görülemeyen elektrik, doğalgaz gibi şeylerin satışını da kapsamaktadır⁴³¹. Taşınır satış sözleşmesi genel olarak belli bir şekle tabi değilken, taşınmaz satışı sözleşmesi resmi şekle tabi tutulmuştur⁴³². Ancak tapuya kayıtlı olmayan taşınmazların satışı resmi şekle tabi değildir⁴³³.

Kira sözleşmesinde eşyanın mülkiyetinin kesin devri taahhüdü söz konusu değildir. Kiracı geçici kullanma hakkına sahip olur⁴³⁴. Kira sözleşmeleri karşı edimli kullandırma sözleşmeleri olup kullandırma amacı güdülmemektedir. *“Kira sözleşmesi bir şeyin kullanılmasını ve kullanılması ile birlikte ondan yararlanmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini üstlendiği sözleşmedir”*⁴³⁵.

Devir; mülkiyetin ve zilyetliğin devri şekillerinde görülmektedir. Mülkiyetin devri; satış, bağışlama ve trampa sözleşmeleri ile mümkün olmaktadır. Bunun dışında devirden

⁴²⁹ 6098 sayılı TBK, m. 207: “Satış sözleşmesi, satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşmedir. Sözleşme ile aksi kararlaştırılmadıkça veya aksine bir âdet bulunmadıkça, satıcı ve alıcı borçlarını aynı anda ifa etmekle yükümlüdürler. Durum ve koşullara göre belirlenmesi mümkün olan bedel, kararlaştırılmış bedel hükmündedir.”

⁴³⁰ Aral, F./Ayrancı, H.; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2012, s. 59.

⁴³¹ 6098 sayılı TBK, Taşınır satışı, m. 209: “Türk Medenî Kanunu uyarınca taşınmaz sayılanlar dışında kalan ve diğer kanunlarda taşınır olarak belirtilen şeylerin satışındır. Ürünler, bir yapının yıkıntıları ve taş ocağından çıkarılacak taşlar gibi, taşınmazdan ayrıldıktan sonra mülkiyeti devredilecek bütünleyici parçaların satılması da taşınır satışındır.”

⁴³² 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, madde 237: “Taşınmaz satışının geçerli olabilmesi için, sözleşmenin resmî şekilde düzenlenmesi şarttır. Taşınmaz satışı vaadi, geri alım ve alım sözleşmeleri, resmî şekilde düzenlenmedikçe geçerli olmaz. Önalım sözleşmesinin geçerliliği, yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlıdır.”

⁴³³ Akıntürk, T./Ateş, D.; Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, İstanbul, 2017, s. 234.

⁴³⁴ Aral/Ayrancı, s. 210.

⁴³⁵ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, madde 299: “Kira sözleşmesi, kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.”

alacağın/borcun devri, malın/hakkın devri de anlaşılmaktadır. Örneğin; işyerinin devri hususu ya da alt kira sözleşmesi kurulması bu suç kapsamında değerlendirilebilir⁴³⁶.

Doktrinde; kanun maddesinde kişinin kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın yalnızca satılmasının, devrinin veya kiraya verilmesinin engellenmesi yer aldığı için taşınır ya da taşınmazın ipoteği ve rehni halinde bu suçtan söz edilemeyeceği görüşü yer almaktadır⁴³⁷. Kanunda açıkça belirtilmediği için satış, devir veya kiraya verme dışında kalan konusu mülkiyetin ya da zilyetliğin devri olan diğer hukuki işlemlerde kanun maddesinde korunan karakteristik özellikler bakımından duyulan nefret ile ayrımcılık suçunun işlenmesi kanunda yer almaması sebebiyle cezalandırılmayacaktır.

Fail taşınır ya da taşınmaz malın satılmasını, devrini yahut kiraya verilmesini icrai hareketlerle engelleyebileceği gibi ihmal suretiyle de engellemesi mümkündür⁴³⁸. Fail herkes olabileceği gibi, taşınmazın satışından ve devrinden sorumlu olan bir kişi de olabilir. Görevi olmasına rağmen bu işlemi yapmayarak, bu suça vücut verebilir. Bu halde failin ihmali bir eylemi söz konusu olacaktır.

Fail malın satılmasını, devrini veya kirasını herkese karşı engelliyor ise bu durumda TCK 122 kapsamında suç oluşmuş sayılmaz. Nitekim bu durumda kendisinden fail olarak söz etmek de mümkün olmayacaktır. Bu anlamda satımı, devri ya da kirayı herkese engelleyen kişi sözleşme yapma özgürlüğü çerçevesinde hareket edebilir. Sözleşme yapma özgürlüğü; Borçlar Hukuku'nda bireyin istediği herhangi bir sözleşmeyi, sözleşmenin karşı tarafını da dilediği gibi, hiçbir baskı altında kalmadan seçerek yapması yahut yapmamasıdır⁴³⁹. Suça konu edilen hukuki işlem bir özel hukuk işlemi olması sebebiyle, sözleşme serbestisi ilkesi hakimdir. Söz konusu yasa maddesiyle nefret saikiyle ayrımcılık kastı aranmaktadır.

Suçun mağduru da herkes olabilir. Mağdurun madde metninde sayılan ve kanunca kabul edilen karakteristik özelliklerden en az birine sahip olması gerekmektedir. Örneğin; evini Arap bir aileye Arap olmaları sebebiyle kiralamayan ev sahibinin eyleminin sözleşme serbestisi kapsamında kalmaması için, Araplara duyduğu nefret sebebiyle kiraya vermeme eylemini gerçekleştirmesi gerekir.

⁴³⁶ Ersoy, Nefret ve Ayrımcılık, s. 38.

⁴³⁷ Özbek/Doğan/Bacaksız, Özel Hükümler, s. 484.

⁴³⁸ Artuk, M.E./Gökçen, A./Yenidünya, C.; Türk Ceza Kanunu Şerhi, C. 3, Ankara, 2009, s. 3030.

⁴³⁹ Eren, F.; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2014, s. 301.

4.3.3.2. Bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasını engellemek

Kanun maddesinde yer alan ikinci seçimlik hareket “*dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep*” farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle; bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasını engellemek şeklinde düzenlenmiştir.

Benzer bir düzenleme Türkiye İnsan Hakları Kurumu Kanunu’nun 5/1. maddesinde yer almaktadır. “*Eğitim ve öğretim, yargı, kolluk, sağlık, ulaşım, iletişim, sosyal güvenlik, sosyal hizmetler, sosyal yardım, spor, konaklama, kültür, turizm ve benzeri hizmetleri sunan kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri, yürüttükleri faaliyetler bakımından bu hizmetlerden yararlanmakta olan veya yararlanmak üzere başvurmuş olan ya da bu hizmetler hakkında bilgi almak isteyen kişi aleyhine ayrımcılık yapamaz. Bu hüküm kamuya açık hizmetlerin sunulduğu alanlar ve binalara erişimi de kapsar*⁴⁴⁰.” Bu düzenlemede açık olarak kamuya arz edilen hizmetlerin büyük bir çoğunluğu sayılmıştır.

Kanun maddesinin a bendinde yer alan ilk seçimlik harekette olduğu gibi burada da hizmetin kamuya arz edilmiş bir hizmet olması gerekmektedir. “*Kamuya arz edilmiş belli bir hizmet, toplumda iş bölümü sonucu ortaya çıkan, beşeri ihtiyacı karşılamaya yarayan, hukuka ve genel ahlaka aykırı olmayan her çeşit beşeri faaliyettir*⁴⁴¹.” Kamuya arz edilmiş hizmet denildiğinde kanımızca; eğitim ve öğretim, sağlık, ulaşım, iletişim, yargı hizmetleri ile besin maddelerine erişim gibi hizmetler düşünülebilir. Kişinin kamuya arz edilen hizmetten yararlanmasının engellenmesi; hizmetten tamamen ya da kısmen yararlanamama şeklinde gerçekleşebilir⁴⁴².

Suç “engellemek” şeklinde meydana geldiği için ihmali ve icrai olarak gerçekleşmesi mümkündür. Suçun faili kamuya arz edilmiş bir hizmeti bizzat sunan biri olabileceği gibi, herhangi başka biri de olabilir. Suçun mağduru ise kamuya arz edilmiş bir hizmetten yararlanmak isteyen ya da yararlanan herkes olabilir.

⁴⁴⁰ <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6701.pdf> (E.T.: 08/01/2019)

⁴⁴¹ Hafizoğulları/Özen; Kişilere Karşı, s. 224.

⁴⁴² Artuk/Gökçen/Yenidünya; Özel Hükümler, s. 387.

Bu suç, bir hizmetten faydalanmanın engellenmesi şeklinde bir restoranın kapısına örneğin; “*zenciler giremez*” şeklinde bir yazı asıldığında gerçekleşebilir. Ya da otizimli bir öğrencinin diğer öğrencilerin ve okul yönetiminin nefret ve önyargı duyması gerekçesiyle ilkokula kabul edilmemesi halinde bu suçun varlığından söz edebiliriz.

4.3.3.3. Bir kişinin işe alınmasını engellemek

Kanun maddesinde yer alan bir diğer seçimlik hareket “*dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep*” farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle; bir kişinin işe alınmasının engellenmektir.

Bir kişinin işe alınması sırasında, çalışma ve işten ayrılma süreçleri de dahil olmak üzere, işverenin her işçiye eşit davranma yükümlülüğü vardır. İş Kanunu’nun 5/1. maddesine göre; “*İş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz.*” Fakat işveren, sözleşme serbestisi kapsamında iyi niyet ve dürüstlük kuralları çerçevesinde istediği işçiye işe alabilir. Ayrıca işverenin işe uygun görmeyip almadığı bir işçi ile ilgili herhangi bir hukuki ya da cezai sorumluluğu olmayacaktır. Ancak işverenin işçiye işe almama sebebi; “*dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret*”e dayanıyorsa işte burada işverenin cezai sorumluluğundan söz edilebilecektir.

Çalışma hak ve ödevi Anayasa’ da madde 49 ile düzenlenmiştir. Buna göre; “*çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir. Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır.*” İşçinin TCK madde 122’de belirtilen sebeplerden birine dayanılarak işe alınmaması Anayasa ile korunan bir hakkın da ihlaline vücut verecektir. Bunun yanında çalışma şartları ve dinlenme hakkı Anayasa’nın 50. maddesi ile koruma altına alınmıştır⁴⁴³.

⁴⁴³ T.C. Anayasası, m. 50: “Kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz. Küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar. Dinlenmek, çalışanların hakkıdır. Ücretli hafta ve bayram tatili ile ücretli yıllık izin hakları ve şartları kanunla düzenlenir.”

TCK madde 122'deki bu düzenlemeye benzer bir düzenleme Türkiye İnsan Hakları Kurumu Kanunu'nun 6. maddesinde yer almaktadır. “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 reddedemez. 4. Serbest mesleğe kabul, ruhsat, kayıt, disiplin ve benzeri hususlar bakımından ayrımcılık yapılamaz. 5. 4857 sayılı İş Kanunu kapsamına girmeyen her türlü iş ve iş görme sözleşmeleri de bu madde kapsamındadır. 6. Kamu kurum ve kuruluşlarında istihdam bu madde hükümlerine tabidir⁴⁴⁴.” TİHKK'da yer alan bu düzenleme son derece kapsamlıdır. Ancak burada işe alım dışında sayılan hiçbir faaliyet TCK'ya göre suç teşkil etmeyecektir.

Mağdurun iş için gerekli tüm şartları taşıdığı varsayıldığında sırf kanun metninde sayılan özelliklerden biri nedeniyle işe alınmaması halinde bu suç gerçekleştirecektir. Ancak işin gerektirdiği şartları taşınamaması yahut yukarıda sayılan özellikleri bulunmamasına karşın işe alınmama halinde bu madde kapsamında cezalandırılması mümkün değildir. Örneğin, eşcinsel olması sebebiyle işe alınmayan bir işçiye yönelen bu fiil TCK 122 kapsamında değerlendirilemeyecektir. Çünkü hüküm ile korunan özellikler tahdididir.

Bu seçimlik hareket kapsamında; kişinin dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret sebebiyle yalnızca işe alınmasının engellenmesi halinde bu suçtan söz edilebilmektedir. İşten çıkarılma, çalışma şartları, ücret vb. konularda maddede sayılan özelliklere dayanılarak yapılan ayrımcılığın herhangi bir yaptırımı da olmayacaktır. Örneğin; engelli bir işçinin

⁴⁴⁴ <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6701.pdf> (E.T.: 08/01/2019)

çalıştığı fabrikada bölüm şefinin değişmesi ile iş şartları ve pozisyonu da değiştirilmiş, işçi işten çıkarılmaya zorlanmıştır. İşe alım ve işten çıkarmadan sorumlu olan bölüm şefinin engellilere duyduğu nefret ve ayrımcılık saikiyle işçiyi işten çıkarması halinde bu fiil TCK madde 122 kapsamında değerlendirilemeyecektir.

Kanımızca bu madde ile kişilerin çalışma hak ve özgürlüklerinin korunması sebebiyle yalnızca işe alım aşamasında değil, çalışma sürecinde çalışma şartları hususunda ve işten ayrılış aşamasında da kişilerin bu hakkının korunması gerekmektedir. İşten çıkarılma ve ücret konularında da sık sık ayrımcı eylemlerin yaşandığı görülmektedir. Örneğin; aynı işte çalışan kadın ve erkeklere eşit ücret verilmemesi genel bir uygulama olarak görülmektedir. Bu anlamda kanunda yer alan düzenleme kanımızca eksiktir. Eğer ki bireylerin çalışma hak ve özgürlükleri bu madde ile korunuyorsa çalışma hak ve hürriyetinde yalnızca işe giriş esnasında korunmuş olmaktadır. Diğer süreçler hakkında mevcut bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle kanunun düzenlemesinin eksik olduğu söylenebilir⁴⁴⁵.

Bunun yanında belli bazı pozitif ayrımcılık uygulamaları olarak kabul edilen kadın ve çocukların korunmasına ilişkin kanun ve yönetmeliklerde yer alan düzenlemeler bulunmaktadır. Örneğin; Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği ve İş Kanunu ile kadınların bazı işlerde ve gece çalıştırılmayacağına dair yasaklama bulunmaktadır. Kadın bir işçinin bu nitelikteki işlere alınmaması TCK 122 kapsamında değerlendirilemeyecektir.

Suçun faili bir kişinin işe alınmasını bizzat engelleyen işveren yahut işe almaktan sorumlu bir personel ya da iş sözleşmesi ile işverene bağlı başka bir işçi olabileceği gibi, herhangi başka biri de olabilir. Suçun mağduru işe bir işe girmek isteyen ya da giren herkes olabilir.

4.3.3.4. Bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engellemek

Maddede yer alan son seçimlik hareket “*dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep*” farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle; bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasının engellenmesidir.

⁴⁴⁵ Kocasakal, Ü.; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK 122), CHD, S. 28, Ağustos 2015, s. 29.

Olağan ekonomik etkinlik kavramı öğretide; “*kişinin kendi kararları çerçevesinde yapabileceği maddi ve ekonomik yarar sağlanmasına dayanan her türlü iktisadi faaliyet olarak tanımlanmaktadır*⁴⁴⁶.” Olağan ekonomik etkinlik her türlü iktisadi faaliyet olarak ifade edilmiştir. Buna göre parasal değeri olmayan ödünç, emanet işleri olağan ekonomik faaliyet olarak değerlendirilemeyecektir⁴⁴⁷. Her ne kadar ekonomik etkinlik olarak belirtilse de ekonomik faaliyetin maddi olarak somut bir kazanca dönüşmesi gerekmez. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre; faaliyetin kazanç sağlama, ekonomik olma amacına dayanması yeterli kabul edilmelidir⁴⁴⁸.

Madde kapsamında yer alan bir önceki bentte bir kişinin işten çıkarılması, meslekte yükselme, terfi gibi nedenlere dayanılarak bu suçun işlenemeyeceği yer almaktayken; bu bentte yer alan olağan ekonomik etkinlik kavramının tüm sayılan eylemleri kapsar nitelikte olduğu söylenebilir.

Olağan bir ekonomik etkinliğin engellenmesi hem icrai bir hareketle hem de ihmal suretiyle söz konusu olabilmektedir. Örneğin; işyeri açmak için ruhsat almak isteyen bir kişinin gerekli tüm evrakları tamamlamasına rağmen muhalefet partisine üyeliği sebebiyle duyulan nefretle ruhsat verilmemesinde, fail ihmali bir hareketle suçu işlemektedir. Fail bu örnekte olduğu gibi işyeri açma ruhsatı vermeye yetkili olan kurumda çalışan bir kamu görevlisi olabileceği gibi kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engelleyecek herkes olabilir. Mağdur ise olağan bir ekonomik etkinlikte bulunan ya da bulunmak isteyen herkeştir.

4.4. Kusurluluk

Suçun; yalnızca kanunda belirtilen tipe uygun ve hukuka aykırı nitelikte olması, oluşabilmesi için yeterli değildir. Kanunda belirtilen tipe uygun ve hukuka aykırı olmasının yanında hareket, bir iradenin ürünü olmalıdır⁴⁴⁹. TCK 21/1. maddesine göre suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Buna göre suçun manevi unsuru kasttır⁴⁵⁰. Kast, suçun

⁴⁴⁶ Özbek/Doğan/Bacaksız, Özel Hükümler, s. 485.

⁴⁴⁷ Şen, E.; Yeni Türk Ceza Kanunu’nun 115. ve 122. Maddelerine İlişkin Bir Değerlendirme, İstanbul Barosu Dergisi, C. 79, S. 2, 2005, s. 363.

⁴⁴⁸ Kocasakal, s. 30.

⁴⁴⁹ Hafizoğulları, Z./Özen, M.; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2012, s. 264.

⁴⁵⁰ 5237 sayılı TCK, m. 22: “1. Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir. 2. Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların

kanuni tanımında yer alan unsurların fail tarafından bilerek ve isteyerek yerine getirilmiş olmasıdır⁴⁵¹. Failin suçun kanuni tanımında yer alan unsurları bilme ve istemesi kast anlamına gelmektedir.

Nefret ve ayrımcılık suçu kast ile işlenebilecek nitelikte bir suç olup, bu suç taksirle işlenemez. Fail bu suçu kasten işleyebilir. Nefret ve ayrımcılık suçu ancak bilerek ve isteyerek işlenebilir bir suçtur. Bir suçun taksirle işlenebilmesi için kanun tarafından suçun taksirli halinin düzenlenmiş olması gerekir. Aksi halde taksirden söz edilmesi mümkün olmayacaktır.

Kast, özel ve genel kast olarak kendi içinde ayrılmaktadır. Suçun ancak belli bir amaçla işlenmesinin öngörüldüğü durumlarda özel kast söz konusu olmaktadır. Genel kast; hareket ve neticenin bilmesi ve istenmesi olup, tüm suçlardaki temel kusurluluk şeklidir. Özel kast; amaç, niyet ve saiki ifade eder. Yani hareketin oluşmasından önce kişinin iç dünyasında meydana gelen ve harekete yön veren saiktir. Özel kast doğrudan kastın bir çeşididir. Kanun bazı suçların vuku bulabilmesi için genel kastla birlikte ayrı bir saikin varlığını da aramaktadır⁴⁵².

TCK 122’de “*nefret nedeniyle*” ifadesi yer almaktadır. Kanun bu suçun işlenebilmesi için belirli bir saikle hareket edilmesi gerekliliği aramıştır. Failin bu suçu kasten işlemesinin yanında, nefret saikin de bulunması gerekir. Fail eylemini bazı karakteristik özellikler sebebiyle meydana gelen farklılıklara karşı nefret duyarak gerçekleştirmelidir. Her olay kendi içinde ayrıca değerlendirilerek fiilin nefret nedeniyle ayrımcılık saikiyle işlendiğinin dış dünyaya açık olarak yansımaları gerekecektir⁴⁵³. Bu nedenle tek başına kast yeterli değildir.

Saiki bazen suçun temel halinde bazen de suçun nitelikli hallerinde aranan bir unsur olarak karşımıza çıkabilmektedir. Nefret ve ayrımcılık suçunda; nefret saiki suçun temel şeklinde aranan bir unsur olduğundan, failin olası kastla bu suçu gerçekleştirilmesi

gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kast vardır. Bu halde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda müebbet hapis cezasına, müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmi yıldan yirmi beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur; diğer suçlarda ise temel ceza üçte birden yarısına kadar indirilir.”

⁴⁵¹ Koca/Üzülmez; Genel Hükümler, s. 178.

⁴⁵² Özen, s. 277.

⁴⁵³ Donay/Kaşıkcı, s. 178.

mümkün değildir. Suçun oluşabilmesi için özel kastın varlığı aranmalıdır⁴⁵⁴. Failin kanun maddesinde yer alan sebeplerden en az birisine dayalı olarak hareket etmiş olması ve bu durumun da karar veren makam tarafından tespit edilmesi gerekmektedir⁴⁵⁵.

Doktrinde bu suçun genel kast ile işlenebileceği yönünde bazı görüşler yer almaktadır. Bu görüşe göre madde metninin lafzından yola çıkarak, failin sahip olduğu saikin kastının neticeye yönelmesi gerektiği ve madde metninde yer almayan neticeye yönelmeyen hareketlerin zaten suç olarak değerlendirilemeyeceği savunulmaktadır⁴⁵⁶.

Kanımızca nefret ve ayrımcılık suçunun manevi unsuru özel kasttır. Fail kanun maddesinde sınırlı olarak sayılan “*dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep*” farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle a,b,c ve d bentlerinde yer alan seçimlik hareketlerden birini gerçekleştirmelidir. Suça nefret saikinin eklenmesi, nefret suçlarına ilişkin düzenlemelerin gerekliliği sebebiyle olsa da bu suç bakımından, suçun işlenmesini güçleştirmiştir. Suçun işlenmesinin güçlüğüne yanı sıra nefret saikinin tespitinin de zorluğu göz önünde bulundurulduğunda; suçun soruşturma ve kovuşturması da güçleşmiş uygulama bakımından neredeyse imkansız hale gelmiştir.

4.5. Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru ve Hukuka Uygunluk Nedenleri

Hukuka aykırılık unsuru; bir fiilin suç olabilmesi için kanuni maddi ve manevi unsurlarının yanı sıra, hukuka aykırı bir nitelik taşıması yani kanunlarla yasaklanmış olması halidir. Kanundaki şekline uygun olarak işlenen fiilin, meşru sayılmaması hukuk düzeni ile çatışma halinde olması demektir⁴⁵⁷.

Bir fiilin kanunda yer alan suç tanımlarından birine uygun olması bu fiilin aynı zamanda hukuka aykırı olduğu yönünde karine teşkil etmektedir. Kanunda yer aldığı şekli ile vuku bulmayan bir eylem eğer başka bir suça da vücut vermiyorsa hukuka aykırı sayılamaz⁴⁵⁸. Hukuka aykırılık suçun bir unsuru olarak kabul edildiğinden bu unsurun yokluğu halinde artık o eylem bir suç oluşturmayacaktır. Suç ve cezada kanunilik ilkesi

⁴⁵⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya; Özel Hükümler, s. 564.

⁴⁵⁵ Şen, s. 516.

⁴⁵⁶ Özbek/Doğan/Bacaksız, Özel Hükümler, s. 486.

⁴⁵⁷ Akbulut, B.; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2019, s. 466.

⁴⁵⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya; Genel Hükümler, s. 55.

gereği de bir fiilin suç olarak sayılabilmesi için kanunda yer alan tüm unsurları taşıması gerekir. Aksi türlü bu eylem cezai yaptırıma tabi tutulamaz.

Hukuka aykırılık suçun bir unsuru iken hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı ise cezayı ortadan kaldırmaktadır. Hukuka uygunluk sebepleri suça ve suçun varlığına değil cezaya ve ceza sorumluluğuna etki etmektedir. Ortada bir fiil vardır ancak bu fiil artık hukuka aykırılık teşkil etmez yani fiil artık suç olmaktan çıkar⁴⁵⁹. Hukuka uygunluk nedenlerinin olduğu yerde, hukuka aykırılık unsurundan söz edilemez. Hukuka uygunluk nedenleri fiilin hukuka aykırı şekilde doğmasının önüne geçer. Bu nedenle bir eylemin suç teşkil edebilmesi için öncelikle kanunlar tarafından suç olarak düzenlenmiş olması sonrasında ise hukuka uygunluk nedenlerinden biri olmaması gerekir⁴⁶⁰.

Taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya kiraya verilmesine başka bir hukuki ya da fiziki engel bulunması; hizmet sunulma imkanının bulunmaması yahut bazı yasal engellerin olması; işe alım konusunda başvuranın iş şartlarını taşıyamaması gibi sebeplerin varlığı halinde bu hakların engellenmesi nefret ve ayrımcılık suçu kapsamında değerlendirilemeyecektir. Çünkü her birinin meşru bir engelinin olması hukuka aykırılık unsurunun yerine getirilmediği anlamına gelir⁴⁶¹.

TCK’ da hukuka uygunluk nedenleri ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan sebepler olarak ikinci bölüm altında yer almaktadır. Ancak Kanun’da bu başlık altında sadece hukuka uygunluk nedenleri değil kusurluluğu kaldıran veya azaltan nedenlere de yer verilmiştir. Bir yandan suç olarak düzenlenmiş bir fiil, hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı ile artık ceza yaptırımına tabi olmayacaktır. Bir hukuka uygunluk sebebinin varlığı halinde, söz konusu eylem tüm hukuk düzenine uygun hale gelir. Fiil; tipiklik, maddi ve manevi unsurlarının hepsini sağlamakla birlikte hukuka aykırılık unsurunu taşınmaması sebebiyle artık suç mahiyeti taşımaz.

Öğretide; kanun hükmünü yerine getirme⁴⁶², meşru savunma⁴⁶³, hakkın icrası⁴⁶⁴ ve ilgilinin rızası⁴⁶⁵ hukuka uygunluk nedenleri olarak sayılmıştır⁴⁶⁶. Bunun dışında doktrinde

⁴⁵⁹ Kunter, N.; Suçun Maddi Unsurlar Nazariyesi, İstanbul, 1954, s. 41.

⁴⁶⁰ Soyaslan, s. 353.

⁴⁶¹ Hafızoğulları/Özen, Genel Hükümler, s. 225.

⁴⁶² 5237 sayılı TCK, m. 24/1: “Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez.”

⁴⁶³ 5237 sayılı TCK, m. 25/1: “Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.”

amirin emri⁴⁶⁷ ve zorunluluk halini⁴⁶⁸ de hukuka uygunluk nedeni olarak ele almaktadır⁴⁶⁹. CMK'nın 223/3/b maddesine göre; amirin emri ve zorunluluk halinde “ceza verilmesine yer olmadığı kararı” verilir. Amirin emri ve zorunluluk halleri hukuka aykırı fakat bağlayıcı olarak ifade edilmiştir. Kanun'un 223/2/d maddesinde sayılan hallerde yargılama sonunda beraat kararı verileceği ifade edilmiştir. Bu maddede ise hukuka uygunluk nedenleri beraat sebepleri arasında sayılmıştır. Amirin emri ve zorunluluk halinde meydana gelen fiiller kanaatimizce hukuka uygun hale gelmeyecektir. Örneğin; ormanda ayı saldırısına uğrayan kişinin ayıdan kaçmak için ormanın ortasında gördüğü evin kapısının kilidini kırarak girmesinde; failin eve kilidini kırarak girmesi hem konut dokunulmazlığını ihlal hem mala zarar suçuna vücut verecek hem de özel hukuktan doğan tazminat sorumluluğu devam edecektir. Bu nedenle yapılacak yargılama sonunda failer hakkında beraat değil, ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecektir.

Kanun hükmünü yerine getirme kanun ile verilen bir yetki ya da hakkın kullanılması hallerinde söz konusu olacaktır. Kanun hükmünü yerine getirme, nefret ve ayrımcılık suçu kapsamında bir hukuka uygunluk nedeni olarak düşünülebilir. Örneğin, kadınlara yönelik kanun ile düzenlenmiş pozitif ayrımcılık kapsamında değerlendirdiğimiz uygulamaların varlığı halinde kanun hükmünün yerine getirilmesi sebebiyle bu suç oluşmaz. İş Kanunu madde 72'ye göre; “Yer altı ve su altı işlerinde kadın işçi çalıştırılmaz.” Böyle bir kanun hükmünün varlığına karşın kadın işçinin bu işe başvurup, kadın olması sebebiyle işe alınmadığı halde bu suçun oluşması mümkün değildir. Bu örnekte işverenin işe başvuran kadın işçiye karşı kadın olması sebebiyle nefret duysa dahi kanun hükmü sebebiyle hukuka uygunluk nedeninden yararlanacaktır⁴⁷⁰. Bu nedenle kanun hükmünü yerine getirmek fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldırarak suç olmaktan çıkacaktır. Örneğin, yabancıların Türkiye’de mülk edinmemelerine ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır⁴⁷¹. Buna göre; bu

⁴⁶⁴ 5237 sayılı TCK, m. 26/1: “Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez.”

⁴⁶⁵ 5237 sayılı TCK, m. 26/2: “Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.”

⁴⁶⁶ Akbulut, s. 473.

⁴⁶⁷ 5237 sayılı TCK, m. 24/2: “Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz.”

⁴⁶⁸ 5237 sayılı TCK, m. 25/2: “Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.”

⁴⁶⁹ Soyaslan, s. 377-398., Hafizoğulları/Özen; Genel Hükümler, s. 237.

⁴⁷⁰ Ersoy, s. 48.

⁴⁷¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. 2644 sayılı Tapu Kanunu m. 35,36 vd.

düzenlemeye konu edilebilecek nitelikte bir taşınmazın, bir Arap'a satışının yapılmaması halinde nefret ve ayrımcılık suçu vuku bulmayacaktır. Örneğin; Avukatlık Kanunu'nun 3. maddesinde avukatlık mesleğine kabul edilebilmek için belli bazı şartlar yer almaktadır⁴⁷². Avukatlık için öncelikle Türk vatandaşı olmak gerekir. Bu nedenle Türk vatandaşı olmayan bir yabancıнын avukatlık mesleğine kabul edilmemesi halinde TCK madde 122 kapsamında bu suç oluşmayacaktır. Bu örnekte olduğu gibi belirli bir mesleğe kabulde kanunun aradığı şartlar olabilir ve bunlar ayrımcılık kapsamında değerlendirilemez.

Meşru savunma kişinin sadece kendine karşı olan saldırıları değil üçüncü kişilere yönelen saldırıları da defetme yöntemidir. Meşru savunmadan söz edilebilmesi için ortada mevcut bir hakka yönelmiş haksız bir saldırı olmalıdır. Meşru savunma saldırı ile orantılı ve zorunlu olmalıdır⁴⁷³. Nefret ve ayrımcılık suçunda meşru savunma suçun mahiyeti açısından uygulama alanı bulmamaktadır.

Hakkın icrasında; hukuk düzeni tarafından hak sahibinin hakkı bir diğerine göre yahut haklı bir nedene dayanılarak üstün tutulmaktadır⁴⁷⁴. Hakkın icrası nefret ve ayrımcılık suçu kapsamında bir hukuka uygunluk nedeni olarak düşünülebilir. Örneğin, bir kişinin taşınır bir malını satışı sırasında sözleşme serbestisi ve özel hukuk hükümleri çevresinde kendine tanınmış olan haklarını kullanması sırasında nefret ve ayrımcılık suçunun oluşması mümkün değildir. Fakat burada önemli olan nokta; nefret ve ayrımcılık suçu ile sözleşme serbestisi olarak değerlendirilebilecek işlemin sınırıdır. Ancak failin nefret saikinın bulunmaması halinde zaten bu suça vücut veremeyeceğinin kabulü ile saikin tespitinin büyük önem taşıdığını düşünmekteyiz. Kanımızca bunun tespiti son derece zordur. Bunun yanında örneğin; bir işe alınmak için gerekli şartların bulunduğu hallerde nefret saiki olsa dahi işe daha uygun olan kişinin tercih edilmesinde yahut hizmetin özellikleri bakımından örneğin yalnızca Hristiyanlara sunulan bir hizmet olması halinde hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilebilir. Yine madde kapsamında yer alan seçimlik hareketlerin icrası sırasında bir hakkın kullanılmasında; haklı ve meşru bir nedenin olması halinde fail mağdura karşı suçun maddi ve manevi tüm unsurlarını yerine getirirse de fiil hukuka aykırı olmaktan çıkacaktır. Belli kişilere veya gruplara makul ve nesnel ölçütlere dayanılarak farklı muamele yapılması mümkündür. Bu durum her zaman

⁴⁷² Ayrıntılı bilgi için bkz. 1136 sayılı Avukatlık Kanunu m. 3

⁴⁷³ Akbulut, s. 482-493.

⁴⁷⁴ Soyaslan, D.; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2014, s. 362.

ayrımcılığa neden olmaz⁴⁷⁵. Örneğin; Kocasakal'a göre camide çalıştırmak için bir Müslüman'ın seçilmesi, iş ve hizmetin özellikleri düşünüldüğünde haklı ve makul bir uygulama olarak görülebilir⁴⁷⁶. Camide çalıştırılmak için bir Müslüman ile Hristiyan arasından Müslüman kişinin seçilmesinde; işin özellikleri ve gereği sebebiyle Müslüman bir işçinin çalıştırılmasının daha uygun olacağının düşünülmesi hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldıracaktır.

İlgilinin rızası ile fiilin hukuka uygun olabilmesi için bu hakkın kişinin mutlak surette tasarrufta bulunabileceği bir hakkı olmalıdır. Bununla birlikte kişinin rıza ehliyetine sahip olması ve kendisine yönelen eyleme rızasının olduğuna dair rıza açıklaması da olmalıdır⁴⁷⁷. Doktrinde nefret ve ayrımcılık suçunda, maddede sayılan hareketler ekonomik faaliyetler çerçevesinde kişinin sözleşme özgürlüğü kapsamında değerlendirilebilecek fiiller olabilmesi sebebiyle mağdurun rızasının varlığında suç oluşmayacağı yönünde görüşler yer almaktadır⁴⁷⁸. Sözleşme özgürlüğü kapsamında değerlendirilecek hareketlerin zaten nefret saikinden kaynaklanmamış olması gerekir. Bu nedenle kanımızca ilgilinin rızasında suç ile korunan menfaate bakılmalıdır. Burada düşünülmesi gereken nefret ve ayrımcılık suçu açısından kişinin üzerinde tasarruf edebileceği bir hakkın olup olmadığıdır. Nefret ve ayrımcılık suçunun hürriyete karşı bir suç olması sebebiyle; suçun koruduğu menfaat, ferdi ve kamusal bir menfaattir. Nefret ve ayrımcılık suçu bireylerin insanlık onuru bakımından eşit olmaları sebebiyle eşit işlem görme hakkını korumaktadır. Böylece ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeni olarak uygulanabilme kabiliyetini haiz değildir⁴⁷⁹.

TCK madde 24/1'de düzenlenen amirin emrinde; hükmü veren de hükmü yerine getiren de görevini yapmaktadır. Burada kanun tarafından suç sayılan bir fiil emrin konusu olamaz. Kanun tarafından suç olarak belirlenmiş bir fiili emir olarak veren amir de uygulan da cezai olarak sorumludur⁴⁸⁰. Amirin emrinin hukuka uygunluk nedeni olduğunu düşünenler olduğu gibi tam tersi görüşü savunan yazarlar da bulunmaktadır. Nefret ve ayrımcılık suçunun mahiyeti göz önünde bulundurulduğunda, amirin emri bir hukuka uygunluk nedeni olarak uygulama alanı bulamayacaktır.

⁴⁷⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. s. 29-30.

⁴⁷⁶ Kocasakal, s. 32.

⁴⁷⁷ Akbulut, s. 499.

⁴⁷⁸ Artuç, M.: Kişilere Karşı Suçlar, Ankara, 2008, s. 1056.

⁴⁷⁹ Heper, A.: Kültürlerarası İlişki Bağlamında İnsan Onuru, Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar-5-HFSA Bildiriler, İstanbul, 2012, s.17.

⁴⁸⁰ Hafızogulları/Özen; Genel Hükümler, s. 241.

Amirin emrinde olduğu gibi zorunluluk halinin hukuka uygunluk nedeni olup olmaması konusunda doktrinde bir fikir birliği bulunmamaktadır. Zorunluluk halinden söz edebilmek için, doğrudan bir kişinin kendisine ya da başkasına ait bir hakkına yönelen ağır ve gerçek bir tehlike olmalıdır. Tehlikeden başka türlü korunma imkanı bulunmamalıdır. Ayrıca tehlike ile korunma eylemi arasında da bir orantı olması beklenir⁴⁸¹. Nefret ve ayrımcılık suçunun mahiyeti göz önünde bulundurulduğunda, zorunluluk hali bir hukuka uygunluk nedeni olarak uygulama alanı bulamayacaktır.

4.6. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

Bu bölümde suçun özel görünüş biçimleri olan teşebbüs, iştirak ve içtima incelenecektir.

4.6.1. Teşebbüs

Teşebbüs; failin kanunda suç teşkil eden bir hareketin icra hareketlerine elverişli hareketlerle doğrudan başlayıp ancak elinde olmayan nedenlerle tamamlayamadığı hallerde, fail teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur. Teşebbüs nedeniyle failin sorumlu olabilmesi için suç işleme kastının bulunması gerekir⁴⁸². Yani kişi suçun kanuni tanımında yer alan unsurlarını biliyor ve istiyor olmalıdır. Teşebbüs, TCK'nın 35. maddesinde düzenlenmektedir⁴⁸³. Suçun icrasına elverişli hareketlerle başlanmış fakat kişinin elinde olmayan bir nedenden dolayı icraya devam edemediği halinde teşebbüsten söz edilecektir. Kişinin elinde olan bir nedenle suçu tamamlamaması ise gönüllü vazgeçme anlamına gelmektedir⁴⁸⁴.

Suçun icra hareketlerine başladıktan sonra bu hareketlerin elde olmayan nedenlerle tamamlanmaması ya da hareketlerin tamamlanmasına rağmen neticenin gerçekleşmemesi halinde suç teşebbüs aşamasında kalacaktır. Neticesiz suçlarında hareket tamamlanamazken, neticeli suçlarda ise ya hareket tamamlanamaz ya da hareket

⁴⁸¹ İçel, K.; Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2017, s. 366.

⁴⁸² Özbek, s. 445.

⁴⁸³ 5237 sayılı TCK, m. 37: "1. Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur. 2. Suça teşebbüs halinde fail, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine on üç yıldan yirmi yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine dokuz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir."

⁴⁸⁴ Hafizoğulları/Özen; Genel Hükümler, s.330.

tamamlansa bile netice meydana gelmemiştir⁴⁸⁵. Teşebbüs kanunda açıkça belirtilen hallerde cezalandırılabilir. Teşebbüs aşamasında kalan eylemin cezalandırılabilmesi için hukuken korunan bir menfaati ihlal etmiş olması gerekir. Yahut bir ihlal tehlikesinin varlığı kabul edilmiş olmalıdır. Bunun dışında her suça teşebbüs mümkün değildir.

Bununla birlikte, failin suçun icrasından kendi rızasıyla vazgeçmesi ya da neticenin gerçekleşmesini önlemesi halinde fail teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz. Bu durumlarda somut olayın şartları uygun ise gönüllü vazgeçme veya etkin pişmanlık hükümleri uygulama alanı bulabilecektir⁴⁸⁶.

Nefret ve ayrımcılık suçu ani yani işlenmekle birlikte tükenen bir suçtur⁴⁸⁷. Ayrıca sırf hareket suçu olması nedeniyle hareketin gerçekleşmesiyle suç tamamlanmaktadır. Sırf hareket suçları teşebbüse elverişli değildir. Çünkü teşebbüste hareket tamamlanamamaktadır. Ancak suç işlemeye elverişli icrai hareketler bölünebiliyorsa, bu durumda suça teşebbüs mümkün olabilecektir⁴⁸⁸. Suçu oluşturan engelleme hareketinin bölünebilmesi yani aşamalara ayrılabilmesi bu suçu teşebbüse uygun hale getirir⁴⁸⁹. Bu suçun bölünemeyen icrai ve genel olarak ihmali hareketlerle işlendiği hallerde teşebbüsten söz edilemez.

Nefret ve ayrımcılık suçu ihmali hareketlerle işlendiği takdirde, örneğin; kişinin hastanede tedavi edilmemesi, ilaç verilmemesi, kamuya arz edilmiş bir hizmeti yapmama gibi durumlarda teşebbüs mümkün olmayacaktır. Teşebbüse ilişkin hükümler, ihmali hareketlerle işlenen suçlara uygulanmaz. Bu nedenle ihmali suça teşebbüs cezalandırılmaz. İhmali suça teşebbüsün cezalandırılabilmesi için ihmali davranışın cezai müeyyide gerektirdiği kanun tarafından düzenlenmiş olmalıdır⁴⁹⁰. Nefret ve ayrımcılık suçu kapsamında her somut olayda ayrı olarak incelenerek teşebbüsün varlığına bakılmalıdır. Örneğin; failin engellilere duyduğu nefret nedeniyle bir kişinin işe alınmaması için işverene mektup yazarak işe alınmasını engellemesinde; icra hareketlere bölünebildiği suç bu hareket bakımından teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır. Bu örnekte icra hareketleri bölünebilir niteliktedir.

⁴⁸⁵ Özen, s. 493.

⁴⁸⁶ Meran, s. 560.

⁴⁸⁷ Hafızoğulları/Özen; Kişilere Karşı, s. 225.

⁴⁸⁸ Yenidünya, s. 112.

⁴⁸⁹ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 486.

⁴⁹⁰ Özgenç, s. 518.

4.6.2. İştirak

Suçun kanunda tanımlanan şeklinde yer alan niteliklere uygun olarak aslında tek kişi tarafından işlenen bir suçun, birden fazla kişinin hareketin oluşumuna katkıda bulunmaları ile işlenebildiği hallerde suça iştiraktan söz edilebilmektedir⁴⁹¹. Suça iştirak ile suçun birden fazla kişi ile işlenip işlenemeyeceği inceleme konusu yapılmaktadır. Suçun beraber işlendiği kişiler fail, yardım eden yahut azmettiren olarak, suçun kanuni tanımı ve somut olayda kişinin üstlendiği role göre değişkenlik göstermektedir.

Bazı suçlar kanuni tanımında yer aldığı şekli ile birden fazla kişi tarafından işlenmesi gereken suçlardır. Bu tarz suçlara iştirak zorunlu olup, çok failli suçlar olarak ifade edilmektedir⁴⁹². Çok failli suçların yanında, suçun işleniş aşamasından birden fazla kişinin yer aldığı ancak hepsinin fail olarak iştirak etmediği suçlara ise zorunlu şerikliğin söz konusu olduğu suçlar denilmektedir⁴⁹³. Bazı suçların ise temel şekli tek failli iken, birden fazla kişi tarafından işlenmesi suçun nitelikli halini oluşturabilmektedir⁴⁹⁴.

İştirak hükümleri; TCK'da madde 37⁴⁹⁵ ile faillik, madde 38⁴⁹⁶ ile azmettirme, madde 39⁴⁹⁷ yardım etme şeklinde düzenlenmiştir. Asıl fail dışında, suçu beraber işlediği başka bir kişinin varlığı halinde, suçun kanuni tanımında yer alan unsurların hepsini yerine getiren kişi fail gibi sorumlu olur. Faillik; doğrudan, birlikte ve dolaylı faillik olmak üzere

⁴⁹¹ Artuk/Gökçen/Yenidünya; Genel Hükümler, s. 624.

⁴⁹² Özgenç, s. 527.

⁴⁹³ Koca/Üzülmez; Genel Hükümler, s. 446.

⁴⁹⁴ İçel; Genel Hükümler, s. 541.

⁴⁹⁵ 5237 sayılı TCK, m. 37: "1. Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur. 2. Suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur. Kusur yeteneği olmayanları suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişinin cezası, üçte birden yarısına kadar artırılır."

⁴⁹⁶ 5237 sayılı TCK, m. 38: "1. Başkasını suç işlemeye azmettiren kişi, işlenen suçun cezası ile cezalandırılır. 2. Üstsoy ve altsoy ilişkisinden doğan nüfuz kullanılmak suretiyle suça azmettirme halinde, azmettirenin cezası üçte birden yarısına kadar artırılır. Çocukların suça azmettirilmesi halinde, bu fıkra hükmüne göre cezanın artırılabilmesi için üstsoy ve altsoy ilişkisinin varlığı aranmaz. 3. Azmettirenin belli olmaması halinde, kim olduğunun ortaya çıkmasını sağlayan fail veya diğer suç ortağı hakkında ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi yıldan yirmi beş yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine on beş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezasına hükmolunabilir. Diğer hallerde verilecek cezada, üçte bir oranında indirim yapılabilir."

⁴⁹⁷ 5237 sayılı TCK, m. 39: "1. Suçun işlenmesine yardım eden kişiye, işlenen suçun ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirmesi halinde, on beş yıldan yirmi yıla; müebbet hapis cezasını gerektirmesi halinde, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde cezanın yarısı indirilir. Ancak, bu durumda verilecek ceza sekiz yılı geçemez. 2. Aşağıdaki hallerde kişi işlenen suçtan dolayı yardım eden sıfatıyla sorumlu olur: a) Suç işlemeye teşvik etmek veya suç işleme kararını kuvvetlendirmek veya fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek. b) Suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek veya fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak. c) Suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak."

üç şekilde görülmektedir. Suç ortaklığı yani şeriklik ise azmettirme ve yardım etme olarak ikiye ayrılır⁴⁹⁸.

Nefret ve ayrımcılık suçunda iştirak hükümleri bakımından ayrı bir özellik veya şart aranmaz. Ayrı bir şartın olduğu hallerde, kanunun bunu açıkça düzenlemesi gerekir. Bu suçta iştirak hususunda genel hükümler uygulanacaktır⁴⁹⁹. Bu suçun hem icrai hem de ihmalî şekilde işlenmesine iştirak mümkündür.

Dolaylı faillikte, araç olarak kullanılanın suçta kullanıldığını bilmemesi gerekir. Araç olarak kullanılan cezalandırılmazken, dolaylı fail suçu işleyen fail olarak cezalandırılır. Araç olarak kullanılan kişinin sınırı kasten aştığı durumlar meydana gelebilir. Bu hallerde, araç olarak kullanılan kişinin aşılın kısmı kadarından sorumluluğu doğacaktır. Azmettirmede ise azmettiren asıl suçun cezası ile cezalandırılır. Azmettirilen ise kendi iradesiyle suça iştirak ettiğinden fail olarak cezalandırılacaktır⁵⁰⁰. Yardım eden ise, faile suçu işlemeyen önce, işlemesinde ya da işledikten sonra maddi ve manevi olarak destek sağlayan kişidir⁵⁰¹.

Örneğin; evini kiralaması için bir emlakçıya veren ev sahibinin Araplara duyduğu nefret nedeniyle, evi Araplara kiralamamasını söylemesi ve böylece emlakçının evi Araplara kiralanmaması halinde ev sahibi azmettiren olacaktır. Ancak ev sahibinin, evin Araplara kiralanmasına cebir ve hile ile engel olması halinde dolaylı faillik gündeme gelecektir.

Bu suç, kanunda düzenlendiği şekli ile iştirak bakımından herhangi bir ayrı özelliğe sahip olmadığından bu suça iştirakin her şekli mümkündür⁵⁰². Yani fail, azmettiren ve yardım eden düzeyinde özel şartlar aranmadan genel iştirak hükümleri uygulanabilecektir.

4.6.3. İçtima

Suçların içtimaı suçların bir arada bulunuşunu ifade eder⁵⁰³. Suçların içtimasında birden fazla suçun tek failde bir araya gelmesi inceleme konusu yapılmaktadır. Ceza

⁴⁹⁸ Demirbaş; Genel Hükümler, s. 503.

⁴⁹⁹ Kocasakal, s. 37.

⁵⁰⁰ Özen, s. 563.

⁵⁰¹ Artuk/Gökçen/Yenidünya; Genel Hükümler, s. 658.

⁵⁰² Ersoy, s. 49.

Hukukunda hareket sayısı kadar suç, suç sayısı kadar da ceza ilkesi hakimdir. Bu ilke “gerçek içtima” olarak adlandırılmaktadır. Gerçek içtima kanunda yalnızca belirlenen hallerde mümkündür. Örneğin, unsurları arasında cebir ve zorlama yer alan bazı suçların işlenmesi sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış halleri gerçekleştiğinde her ikisi suçtan da cezaya hükmolunacaktır⁵⁰⁴. Yani genel kural failin tek bir hareketinden dolayı tek bir cezaya hükmedileceği iken, bir fiile karşı birden fazla ceza verilmesi için kanunda açıkça ve ayrıca bir düzenlenme bulunması gerekir.

TCK madde 119’a göre; “1. Eğitim ve öğretimin engellenmesi, kamu kurumu veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının faaliyetlerinin engellenmesi, siyasi hakların kullanılmasının engellenmesi, inanç, düşünce ve kanaat hürriyetinin kullanılmasını engelleme, konut dokunulmazlığının ihlali ile iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçlarının; a) Silahla, b) Kişinin kendisini tanınmayacak bir hale koyması suretiyle, imzasız mektupla veya özel işaretlerle, c) Birden fazla kişi tarafından birlikte, d) Var olan veya var sayılan suç örgütlerinin oluşturdukları korkutucu güçten yararlanılarak, e) Kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle, İşlenmesi halinde, verilecek ceza bir kat artırılır. 2. Bu suçların işlenmesi sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.” Kanun maddesinin 2. fıkrasında açıkça eğitim ve öğretimin engellenmesi, kamu kurumu veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının faaliyetlerinin engellenmesi, siyasi hakların kullanılmasının engellenmesi, inanç, düşünce ve kanaat hürriyetinin kullanılmasını engelleme, konut dokunulmazlığının ihlali ile iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçları ile kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış halleri gerçekleştiğinde gerçek içtima uygulanacağı düzenlenmiştir. Bu maddede sayılan suçlar cebir veya tehditin araç olarak kullanıldığı suçlardır. Ancak yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşması ile artık kanunun aradığı suçun vasfı da değişecektir. Bu nedenle gerçek içtima hükümleri uygulanacaktır.

Fail, örneğin; nefret ve ayrımcılık suçu kapsamında mağdurun bir hizmetten yararlanmasını engellemek için ayrıca cebir veya tehdit kullanmışsa, failin cebir ve tehdit suçlarından dolayı gerçek içtima kuralları çerçevesinde ayrıca cezalandırılması

⁵⁰³ İçel, K.; Suçların İçtimalı, İstanbul, 1972, s. 11.

⁵⁰⁴ Özgenç, s. 601.

gerekecektir⁵⁰⁵. Çünkü bu suçun işlenmesinde kanun cebir veya tehditin araç olarak kullanılmasını aramamıştır.

Buna benzer bir düzenleme yağma suçunda vardır. Temel yağma suçuna verilecek ceza 6 yıldan 10 yıla kadar hapis cezasıdır. Fakat bu suçun kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halleri ile gerçekleşmesi nitelikli hal olarak düzenlenmiş olup, faile her iki suçtan da ayrı ayrı ceza verilir⁵⁰⁶. Yine başka bir örnek olarak, TCK madde 212 ile gerçek içtima uygulanması gerektiği özel olarak belirlenmiştir⁵⁰⁷.

Suçların içtimasında yani birleştirilmesinde “suç sayısı kadar ceza ilkesi” yerine içtima hükümleri uygulanır. Bu durumda faile ya işlediği suçlar içerisinde cezası en ağır cezayı gerektiren eyleminden dolayı ceza verilir ya da işlediği suçların her biri ayrı suçmuş gibi değerlendirilmeden tek suç olarak kabul edilir ve verilecek ceza arttırılır⁵⁰⁸.

TCK madde 42 ile bileşik suç düzenlenmiştir⁵⁰⁹. Bir suçun bileşik suç olarak tanımlanabilmesi için kanunda açıkça bu şekilde düzenlenmiş olması gerekir. Bileşik suç bir suçun diğerinin unsuru yahut nitelikli hali olduğu suçlardır. Örneğin yağma suçu; tehdit ya da cebir suçu ile hırsızlık suçunun birleşmesi ile oluşmuştur⁵¹⁰. Nefret ve ayrımcılık suçunun özelliği bakımından bileşik suç kuralları uygulanamaz.

TCK madde 43/1 ile zincirleme suç düzenlenmiştir⁵¹¹. Zincirleme suçtan söz edebilmek için; bir kişiye aynı suçun değişik zamanlarda birden fazla işlenmesi gerekir.

⁵⁰⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya; Özel Hükümler, s.363.

⁵⁰⁶ 5237 sayılı TCK, m. 149: “1. Yağma suçunun; a) Silahla, b) Kişinin kendisini tanınmayacak bir hale koyması suretiyle, c) Birden fazla kişi tarafından birlikte, d) Yol kesmek suretiyle ya da konutta, işyerinde veya bunların eklentilerinde, e) Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı, f) Var olan veya var sayılan suç örgütlerinin oluşturdukları korkutucu güçten yararlanılarak, g) Suç örgütüne yarar sağlamak maksadıyla, h) Gece vaktinde, işlenmesi halinde, fail hakkında on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. 2. Yağma suçunun işlenmesi sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.”

⁵⁰⁷ 5237 sayılı TCK, m. 212: “Sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunur.”

⁵⁰⁸ Akbulut, s. 743.

⁵⁰⁹ 5237 sayılı TCK, Bileşik suç, m. 42: “1. Biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suçta bileşik suç denir. Bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz.”

⁵¹⁰ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 533.

⁵¹¹ 5237 sayılı TCK, Zincirleme suç, m. 43: “1. Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır. Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır. 2. Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da birinci fıkra hükmü

Burada birden fazla kez suç işlenmesine rağmen faile tek bir ceza verilmektedir⁵¹². Bazı suçların zincirleme olarak işlenmesine kanun izin vermemektedir. Bunlar kasten öldürme ve yaralama, işkence ve yağma suçlarıdır. Seçimlik hareketli bir suç düşünüldüğünde; failin değişik zamanlarda, aynı mağdura yönelik aynı suç işleme kararı ile ister aynı seçimlik hareketi, isterse farklı seçimlik hareketleri gerçekleştirsin birden fazla kez suç işlemesi durumunda TCK madde 43/1 uygulanacaktır. Nefret ve ayrımcılık suçunun mahiyeti açısından zincirleme suç hükümleri uygulanabilir. Örneğin; fail hemşirenin 10 gün boyunca doktorun yazdığı reçeteye göre enjeksiyon için gelen Suriye vatandaşı olan hastaya, Suriyelilere olan nefreti sebebiyle enjeksiyon yapmaması halinde zincirleme suç hükümleri uygulanır.

Öğretide fikri içtima aynı ve farklı neviden içtima olmak üzere iki farklı şekilde incelenmektedir. TCK madde 43/2 ile aynı neviden fikri içtima düzenlenmiştir. Aynı suçun tek bir fiil ile birden fazla kişiye karşı işlenmesi şartı aranmaktadır⁵¹³. Kanunda aynı neviden fikri içtima zincirleme suç kapsamında düzenlenmiştir. Aynı neviden fikri içtima bir zincirleme suç çeşidi olmamakla beraber, suça verilecek ceza bakımından zincirleme suç hükümlerine tabidir⁵¹⁴. Nefret ve ayrımcılık suçu mahiyeti bakımından aynı neviden fikri içtimaa uygun bir suç tipidir. Failin, sahibi olduğu kafeden iki fiziksel engelli kişiyi “*kafemde özürülere yer yok!*” sözleriyle kovmasında aynı neviden fikri içtima söz konusu olacaktır. Failin tek bir eylemi her iki engelli kişiye karşı işlenmiştir. Nefret ve ayrımcılık suçunda failin tek bir hareketle birden fazla kişiye karşı ayrımcılık suçunu işlemesi halinde ise, aynı neviden fikri içtima gereği TCK madde 43/2 kapsamında faile verilecek cezada zincirleme suç hükümleri uygulanır⁵¹⁵. Aynı neviden fikri içtimada, tek suç ve ceza vardır. Fakat faile ceza artırılarak verilir⁵¹⁶.

Farklı neviden fikri içtima TCK’nın 44. maddesi ile düzenlenmiştir⁵¹⁷. Doğrudan fikri içtima olarak da ifade edilebileceğimiz bu halde, failin tek bir fiili Ceza Kanunu’na

uygulanır. 3. Kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında bu madde hükümleri uygulanmaz.”

⁵¹² Akbulut, s. 797.

⁵¹³ Demirbaş; Genel Hükümler, s. 551.

⁵¹⁴ Göktürk, N.; Fikri İçtima (Suçların İçtiması), Ankara, 2013, s. 188.

⁵¹⁵ Meran, s. 423.

⁵¹⁶ Özgenç, s. 633.

⁵¹⁷ 5237 sayılı TCK, Fikri içtima, m. 44: “1. İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır.”

düzenlenmiş birden fazla suça vücut vermektedir⁵¹⁸. Buna göre failin fiili tek olmalı ancak bu tek fiil birden fazla farklı ihlali barındırmalıdır. Failin tek fiille işlediği suçlar için ayrı ayrı cezalandırmaya gidilmeyerek işlenen suçlardan en ağır ile cezalandırılması yoluna gidilir. Böylece daha az cezayı gerektiren suç diğer daha fazla cezayı gerektiren suç içerisinde erimektedir⁵¹⁹. En az cezayı gerektiren hükmün tayininde soyut cezanın esas alınması gerekir. Bunun yanında eğer ağırlaştırıcı ya da hafifletici nedenler var ise bunlar da göz önünde bulundurulmalıdır⁵²⁰. Nefret ve ayrımcılık teşkil eden fiilin icrasından ötürü mağdurun vücut bütünlüğü ihlal edilerek yaralanmışsa gerçek içtima kuralı gereği failin ayrıca TCK madde 86 uyarınca kasten yaralama suçundan da cezalandırılması gerekirken; failin hareketi aynı zamanda mağdur üzerinde başka etki ve sonuçlar doğurmuş ise ve bu etki ve sonuçlar farklı suç tiplerinin oluşmasına neden olmuşsa, bu takdirde TCK madde 44 ile düzenlenen fikri içtima hükümleri uygulanacaktır

Örneğin; failin, sahibi olduğu kafeden fiziksel engelli kişiyi “*kafemde özürllülere yer yok, defol git buradan adi pislik!*” şeklindeki sözleriyle mağduru kafeden kovmasında fikri içtima söz konusu olacaktır. Burada hakaret suçunun nitelikli hallerinde; “*Dini, siyasi, sosyal, felsefi inanç, düşünce ve kanaatlerini açıklamasından, değiştirmesinden, yaymaya çalışmasından, mensup olduğu dinin emir ve yasaklarına uygun davranmasından dolayı ve kişinin mensup bulunduğu dine göre kutsal sayılan değerlerden bahisle, işlenmesi halinde, cezanın alt sınırı bir yıldan az olamaz.*” şeklinde düzenleme zaten bulunmaktadır. Failin tek bir fiili, hem TCK madde 125/3-b⁵²¹ kapsamında hakaret suçunu hem de TCK madde 122 kapsamında nefret ve ayrımcılık suçunu oluşturacaktır. Bu durumda fikri içtima yapılarak sorun giderilir⁵²². Faile daha fazla cezayı gerektiren suçtan ceza verilir. Öğretide,

⁵¹⁸ Hakeri, s. 642.

⁵¹⁹ Özgenç, s. 642.

⁵²⁰ İçel; Suçların İçtiması, s. 81.

⁵²¹ 5237 sayılı TCK, Hakaret Suçu, m. 125: “1. Bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Mağdurun gıyabında hakaretin cezalandırılabilmesi için fiilin en az üç kişiyle ihtilat ederek işlenmesi gerekir. 2. Fiilin, mağdur muhatap alan sesli, yazılı veya görüntülü bir iletiyle işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkrada belirtilen cezaya hükmolunur. 3. Hakaret suçunun; a) Kamu görevlisine karşı görevinden dolayı, b) Dini, siyasi, sosyal, felsefi inanç, düşünce ve kanaatlerini açıklamasından, değiştirmesinden, yaymaya çalışmasından, mensup olduğu dinin emir ve yasaklarına uygun davranmasından dolayı, c) Kişinin mensup bulunduğu dine göre kutsal sayılan değerlerden bahisle, işlenmesi halinde, cezanın alt sınırı bir yıldan az olamaz. 4. Hakaretin alenen işlenmesi halinde ceza altıda biri oranında artırılır. 5. Kurul hâlinde çalışan kamu görevlilerine görevlerinden dolayı hakaret edilmesi hâlinde suç, kurulu oluşturan üyelere karşı işlenmiş sayılır. Ancak, bu durumda zincirleme suça ilişkin madde hükümleri uygulanır.”

⁵²² Yenidünya, s. 113.

verilen örnekte gerçek içtima kurallarının uygulanması gerektiğini savunanlar bulunmaktadır⁵²³.

4.7. Suçun Muhakemesi ve Ceza

Bu suça verilecek ceza, 6529 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası şeklindeydi. Bu haliyle suçun yaptırımı hapis cezası veya adli para cezası olmak üzere seçimlik ceza kapsamında düzenlenmişti. Bunun yanında adli para cezasının alt ve üst sınırları da kanun maddesinde belirtilmediği için TCK madde 52 hükmü uygulanmaktaydı⁵²⁴. 6529 sayılı Kanunla yapılan değişiklik ile adli para cezasını öngören kısım da yürürlükten kaldırılmıştır.

Suçun soruşturma ve kovuşturması kanunda ayrıca şikayete bağlı olarak düzenlenmemesi sebebiyle, genel hükümlere göre re'sen yapılır⁵²⁵. Nefret ve ayrımcılık suçu, CMK madde 253'te sayılan uzlaşma kapsamındaki suçlardan olmadığından, bu suç için uzlaştırma hükümleri uygulanamaz⁵²⁶.

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 11. ve 12. maddesi gereğince nefret ve ayrımcılık suçu bakımından görevli mahkeme Asliye Ceza Mahkemesi'dir⁵²⁷.

⁵²³ Parlar, A.; Açıklamalı, Atıflı ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu El Kitabı, Ankara, 2018, s. 123.

⁵²⁴ 5237 sayılı TCK, Adli para cezası, m. 52: "1. Adli para cezası, beş günden az ve kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde yedi yüz otuz günden fazla olmamak üzere belirlenen tam gün sayısının, bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ile çarpılması suretiyle hesaplanan meblağın hükümlü tarafından Devlet Hazinesine ödenmesinden ibarettir. 2. En az yirmi ve en fazla yüz Türk Lirası olan bir gün karşılığı adli para cezasının miktarı, kişinin ekonomik ve diğer şahsi halleri göz önünde bulundurularak takdir edilir. 3. Kararda, adli para cezasının belirlenmesinde esas alınan tam gün sayısı ile bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ayrı ayrı gösterilir. 4. Hakim ekonomik ve şahsi hallerini göz önünde bulundurarak, kişiye adli para cezasını ödemesi için hükmün kesinleşme tarihinden itibaren bir yıldan fazla olmamak üzere mehil verebileceği gibi, bu cezanın belirli taksitler halinde ödenmesine de karar verebilir. Taksit süresi iki yılı geçemez ve taksit miktarı dörtten az olamaz. Kararda, taksitlerden birinin zamanında ödenmemesi halinde geri kalan kısmın tamamının tahsil edileceği ve ödenmeyen adli para cezasının hapse çevrileceği belirtilir."

⁵²⁵ Karan, Ulaş: Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği, TBB Dergisi, S. 73, 2007, s. 169.

⁵²⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz., 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu m. 253.

⁵²⁷ 5235 sayılı Kanun "Asliye ceza mahkemesinin görevi", m. 11: "Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, sulh ceza hâkimliği ve ağır ceza mahkemelerinin görevleri dışında kalan dava ve işlere asliye ceza mahkemelerince bakılır."

5235 sayılı Kanun "Ağır ceza mahkemesinin görevi", m. 12: "Ağır ceza mahkemesinin görevi Madde 12- (Değişik: 21/2/2014 – 6526/2 m.) Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, Türk Ceza Kanununda yer alan yağma (m. 148), irtikâp (m. 250/1 ve 2), resmî belgede sahtecilik (m. 204/2), nitelikli dolandırıcılık (m. 158), hileli iflâs (m. 161) suçları, Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısımının

Nefret ve ayrımcılık suçu neticesiz ve ani bir suç olduğu için hareketin yapılması ile suç işlenmiş olacağından, suçun işlendiğı yer hareketin gerçekleştiğı yer sayılacaktır. Buna göre yetkili mahkeme, hareketin gerçekleştiğı yer mahkemesidir.



Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar (318, 319, 324, 325 ve 332. maddeler hariç) ve 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun kapsamına giren suçlar dolayısıyla açılan davalar ile ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçlarla ilgili dava ve işlere bakmakla ağır ceza mahkemeleri görevlidir. Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay'ın yargılayacağı kişilere ilişkin hükümler, askerî mahkemelerin görevlerine ilişkin hükümler ile çocuklara özgü kovuşturma hükümleri saklıdır.”

SONUÇ

Nefret ve ayrımcılığın suç teşkil eden davranışlara dönüşüm süreci hukuki olarak toplumdan topluma farklılık göstermekte ise de her iki kavram benzer tarihi, kültürel ve sosyal nedenlerle değişerek günümüze kadar gelmiştir. Küreselleşen dünya ile insan yaşamı, toplumsal kurallar ve hukuki yaptırımlar yapısal olarak değişmiştir. Yaşanan göçler, savaşlar ve toplumsal büyük olaylar sonucunda meydana gelen büyük göçler ile farklı dil, ırk, din, renk ve etnik kökenden insanlar bir arada yaşamaya başlamıştır. Nitekim nefret suçlarına ilişkin ilk yasal düzenlemeler birçok ırktan insanın bir arada yaşadığı ABD’de ortaya çıkmıştır. ABD ile başlayan nefret yasaları yapma eğilimi daha sonra Avrupa ülkeleri arasında ve tüm dünyada hızla yayılmıştır⁵²⁸. Bununla birlikte ayrımcılıkla mücadele kapsamında ülkeler, tıpkı nefret yasaları gibi ayrımcılık yasaları yapma yahut kanunlarında ayrımcılığı yasaklayan hükümlere yer verme ihtiyacı hissetmişlerdir.

Modern toplumlarda, insan haklarına verilen önemin artması ile uluslararası hukukta ve ülkelerin yerel hukuk kurallarında bazı haklara yer vermeleri gerektiği tartışılmaz hale gelmiştir. İnsan haklarına verilen değer ve eşitlik kavramlarının önemi artmıştır. Buna bağlı olarak eşitliği sağlamak ve ayrımcılığı önlemek gibi kurallar hukuk kurallarının temeli haline gelmiştir. Devletlerin kendi iç hukuklarında hemen her alanda eşitlik ilkesi esas alınarak kanunlar yapılmış, uluslararası antlaşmalar ile devletlerin bireylere bu hakların güvencesini sağlamasının temelleri atılmıştır.

TCK kapsamında yapılan ilk düzenlemede “*ayrımcılık suçu*” yer almaktayken, 6529 sayılı Kanun ile kanun hükmüne “*nefret*” kavramı eklenmiştir. Hem yasa maddesinin başlığına hem de içeriğine yapılan bu ekleme ile bu suç artık kişilerin sahip oldukları bir takım karakteristik özelliklerden ötürü duyulan nefret sebebiyle işlenebilen bir suç haline gelmiştir. Bireylere karşı duyulan nefretin somut hale gelerek kanunda belirlenen bazı seçimlik hareketlerle vuku bulması yaptırıma tabi tutulmuştur. Bu anlamda Kanun, yapılan bu değişiklik ile insan hakları ve Uluslararası Ceza Hukuku alanında olumlu yönde ilerlemektedir.

Ancak bazı yazarlar, Ceza Kanununda ayrımcılık yasağının düzenlenmesini bu ilkenin Anayasal olması nedeniyle eleştirmektedir. Yapılan bu eleştiride doğruluk payı olsa

⁵²⁸ Bulut, s. 188.

da bu düzenlemenin toplumsal bir ihtiyaç olduğu düşünöldüğünde kanımızca yerinde bir düzenlemedir. Ayrıca Anayasa ile ayrımcılık yasağının bir müeyyideye bağlanamaması sebebiyle TCK ile bu eylemlerin suç kabul edilerek bir yaptırıma bağlanması yerinde olmuştur.

TCK’da düzenlenen suçun maddi unsuru, seçimlik hareketlerden oluşmaktadır. Bu seçimlik hareketlerden bazıları icrai hareketler iken, bazıları salt ihmali hareket niteliğindedir. Seçimlik hareketlerin bazılarının ise hem icrai hem ihmali hareketlerle gerçekleştirilmesi mümkün olmaktadır. Örneğin; olağan bir ekonomik etkinlik hareketinin engellenmesi hem icrai bir hareketle hem de ihmal suretiyle söz konusu olabilmektedir. Suçun özel kastla işlenebilen bir suç olması ve nefret saikinın tespitinin son derece zor olması sebebiyle suçun ispatlanması neredeyse imkansız hale getirmiştir. Açık bir şekilde kanuna muhalefetin olduğu, nefret saikinın fail tarafından bizzat ifade edildiği yahut saikin bariz olarak ortada olduğu haller dışında; suçun tespiti, soruşturma ve kovuşturması oldukça güçtür.

Nefret ve ayrımcılık suçuna TCK’ da yer verilmesi olumlu gelişmeler arasındadır. Ancak günümüz şartları ve toplumun ihtiyaçları dikkate alındığında madde kapsamının genişletilerek daha etkin ve uygulanabilir hale getirilmeye çalışılmalıdır. Yahut nefret suçlarının kendine özgü ruhu bu suçtan ayrılarak nefret suçlarına ilişkin ayrı bir yasa yapılmalıdır. Kanımızca ayrı bir yasa yapılmak külfetine gerek olmadan TCK kapsamında nefret ve önyargı/ nefret ve ayrımcılık yahut yalnızca ayrımcılık saikiyle işlenebilen suçlar belirlenerek, asıl suçta cezayı artıran bir neden olarak kanun maddelerinin kapsamına eklenebilir.

TCK’nın 122. maddesinde yer alan “*Nefret ve Ayrımcılık Suçu*” ile uluslararası hukukta yer aldığı haliyle, nefret suçlarının bağdaştırılması doğru olmayacaktır. Hem kanun maddesinde sınırlı olarak sayılan ayrımcılık sebepleri hem de sınırlı sayıdaki seçimlik hareketler nefret ve ayrımcılığın önlenmesi anlamında son derece yetersizdir. Ayrıca çalışmamızda ayrıntılı olarak ele alındığı üzere, nefret suçları ve ayrımcılık suç u unsurları bakımından da farklılık arz etmektedir. Nefret suçlarında, nefret saikinın çıkarılması ile ortada hala hukuk düzenine aykırı, suç teşkil eden bir fiilin varlığında söz edilebilecekken; ayrımcılık suçunda, ayrımcı saikin ortadan kalkmasıyla eylem suç vasfını yitirmektedir. Bu nedenle TCK’daki hali ile seçimlik hareketler tek başına ayrı birer suç oluşturmadığı için bu düzenleme ayrımcılık suçu olmaya daha elverişlidir. Fakat kanun

maddesine eklenen “*nefret nedeniyle*” ifadesi bu suçun işlenmesini ve saikin tespitini zorlaştırmıştır. Böylece bu suç bir nefret suçu olmaktan çok, nefret nedeniyle işlenen bir ayrımcılık suçu haline gelmiştir.

Nefret suçlarında mağdura ve mağdurun içinde bulunduğu gruba bir mesaj ya da gözdağı vermek gibi bir amacı varken; nefret ve ayrımcılık suçu için aynı şey söylenemez. Zaten nefret ve ayrımcılık suçu içinde cebir, şiddet vb. bir fiil barındırmadığı için mağduru korkutmak, gözdağı vermek gibi bir işlevi kendiliğinden olamamaktadır. Tam tersi nitelikte olan nefret suçlarında ise cebir ve şiddet içeren bir suçun ayrıca varlığı aranmaktadır. Ayrımcılık suçunda ise cebir, tehdit yahut şiddetin varlığına bakılmaz. Bu nedenle de TCK’da yer alan düzenleme yalnızca nefret nedeniyle işlenebilen bir ayrımcılık suçu niteliğindedir.

Bu çalışmamıza konu olan ana kanun maddesi kapsamında çok önemli olduğunu düşündüğümüz; etnik köken, cinsel yönelim ve tercih, yaş, aile durumu, toplumsal cinsiyet yapısına dayalı nefret yer almamaktadır. Sayılan bu özellikleri nedeniyle ayrımcılığa sıkça maruz kalan bireylerin varlığı bilinmektedir. Bu karakteristik özelliklerin kanun metni kapsamına dahil edilmemesi yerinde bir uygulama olmamıştır. Bunun yanında ülkemizde, kanun metninin işlevselliği ve uygulamada denetiminin sağlanabilmesi için ya da nefret ve ayrımcılık suçuna veya bu saiklerle işlendiği düşünülen suçlara ilişkin bir veri tabanı bulunmamaktadır. Bu nedenle, bu hususlara dayanan sosyal hayat ve istihdam konusunda ayrı hukuki ve sosyal çalışmaların yürütülmesi gerekmektedir. Bu haliyle “*nefret ve ayrımcılık suçu*” kanımızca ne nefret suçu olabilmiş ne de işlevsel bir ayrımcılık suçu olarak kalabilmiştir.

KAYNAKÇA

- ACAR**, Feride; Kadınların İnsan Haklarının Geliştirilmesi ve Ayrımcılığın Önlenmesinde Uluslararası Standartlar, Hukukta Kadın Sempozyumu, İstanbul, 2000, s. 13-23.
- AĞIRBAŞLI**, Şennur; Sınırlı Ayrımcılık Yasağından Genel Eşitlik İlkesine, Ankara, 2009.
- AKBAŞ**, Kasım/**ŞEN**, İlker Gökhan; “Türkiye’de Kadına Yönelik Pozitif Ayrımcılık: Kavram, Uygulama ve Toplumsal Algılar”, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Hukuk Fakültesi 20. Yıl Özel Sayısı, 2013: 167, s. 165-189.
- AKBULUT**, Berrin; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2019.
- AKINTÜRK**, Turgut/**ATEŞ**, Derya; Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, İstanbul, 2017.
- AKTAY**, A. Nizamettin/**ARICI**, Kadir/**KAPLAN SENYEN**, Emine Tuncay; İş Hukuku, Ankara, 2013.
- ALLPORT**, Gordan; The Nature of Prejudice, Cambridge, 1979.
- ARAL**, Fahrettin/**AYRANCI**, Hasan; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2012.
- ARİSTOTELES**; Retorik, 2. Kitap, Çev. Mehmet H. Doğan, İstanbul, 1995.
- ARMAOĞLU**, Fahir; 20. Yüzyıl Siyasi Tarihi, İstanbul, 2007.
- ARSLAN**, Çetin/**AZİZAĞAOĞLU**, Bahattin; Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara, 2004.
- ARTUÇ**, Mustafa; Kişilere Karşı Suçlar, Ankara, 2008.
- ARTUK**, Mehmet Emin/**ÇINAR**, Rıza; Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler, **ERGÜL**, Teoman (edt.) Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap Makaleler, Görüşler, Raporlar, Ankara, 2004, s. 37-85.
- ARTUK**, Mehmet Emin/**GÖKÇEN**, Ahmet/**YENİDÜNYA**, Caner; Türk Ceza Kanunu Şerhi, C.3, Ankara, 2009.
- ARTUK**, Mehmet Emin/**GÖKÇEN**, Ahmet/**YENİDÜNYA**, Caner; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2015.
- ARTUK**, Mehmet Emin/**GÖKÇEN**, Ahmet/**YENİDÜNYA**, Caner; Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2006.
- ARTUK**, Mehmet Emin; Cinsel Taciz Suçu (TCK m. 105), Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 4/11, 2006.
- ARTUK**, Mehmet Emin; Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Genel Hükümlerine İlişkin Düşünceler, Yeni Türk Ceza Kanunu Sempozyumu, 2005.

- ATAMAN**, Hakan/**CENGİZ**, Orhan Kemal; Türkiye’de Nefret Suçları, İnsan Hakları Gündemi Derneği, Ankara, 2009.
- ATAMAN**, Hakan; Nefret Suçlarını Farklı Yaklaşımlar Çerçevesinden Ele Almak: Etik, Sosyo-Politik ve Bir İnsan Hakları Problemi Olarak Nefret Suçları, der. **İNCEOĞLU**, Yasemin: Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları, İstanbul, 2012, s.59 vd.
- AYBAY**, Rona; Açıklamalı İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, Ankara, 2006.
- AYKAÇ**, Alper Can; Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi, TBB Dergisi, S. 77, 2008, s.359-383.
- AYTEKİN İNCEOĞLU**, Asuman; “Nefret Suçu Kavramı ve Türk Ceza Mevzuatı Açısından Değerlendirilmesi”, der. **İNCEOĞLU**, Yasemin: Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları, İstanbul, 2012.
- BAKIRCI**, Kadriye; İşyerinde Cinsel Taciz ve Türk İş Hukukuna İlişkin Çözümler, Kamu-İş, İstanbul, C.5, S.3, 2000.
- BARIN**, Hilal; İslamofobi: Bir Irkçılık Çeşidi ve Nefret Suçu, Ankara, 2014.
- BATUM**, Süheyl; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemi Etkileri, İstanbul, 1993.
- BOZKURT**, Enver; Uluslararası İnsan Hakları Hukuku, Ankara, 2006.
- BUDAK**, Selçuk; Psikoloji Sözlüğü, Ankara, 2000.
- BULUT**, İlhan; Nefret Suçları, Ankara, 2014.
- CAN**, Tuncay; İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul, 1982.
- CENTEL**, Nur/**ZAFER**, Hamide/**ÇAKMUT**, Özlem; Kişilere Karşı Suçlar, Ankara, 2017.
- CENTEL**, Tankut; Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Çalışma Yaşamına İlişkin Düzenlemeler, Çimento İşveren Dergisi, S. 5, C. 19, Eylül 2005, s. 2-17.
- CESARANI**, David/**FULBROOK**, Mary; Citizenship, Nationality and Migration in Europe, New York, 1996.
- CHAKRABORTI**, Neil/**GARLAND**, Jon; Hate Crime, Impact, Causes and Responses, California, 2009.
- CHAKRABORTI**, Neil; Hate Crime: Concepts, Policy, Future Directions, California, 2010.
- CANATAN**, Kadir; “İslamofobi ve Anti İslamizm Kavramsal ve Tarihsel Yaklaşım” Batı Dünyasında İslamofobi ve Anti-İslamizm, Ankara, 2007.
- ÇAĞLAR**, Selda; Engelli Hakları Sözleşmesinde Ayrımcılık Yasağı ve Türkiye’nin Uyum Sorunu, TBB Dergisi, S. 96, 2011, s. 149-178.

- ÇAĞLAR**, Selda; Engellilerin Erişebilirlik Hakkı ve Türkiye’de Erişebilirlikleri, AÜHFD, C. 61, S.2, 2011, s. 541-598.
- ÇELİK**, Nuri; İş Hukuku Dersleri, İstanbul, 2011.
- ÇETİN**, Canan/**ÖZDEMİRÇİ**, Ata; İnsan Kaynakları Uygulamalarında Siyasi Ayrımcılık, İstanbul, 2017.
- ÇOLAK**, Özlem; Eşcinsellere Yönelik Nefret Suçları ve Toplumun Bu Suçlar Kapsamında Faile ve Mağdura Yönelik Tutumları, İstanbul, 2009.
- DEMİRBAŞ**, Timur; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2019.
- DEMİRBAŞ**, Timur; Nefret Söylemi ve Nefret Suçları, DEÜHFD, C. 19, Özel sayı, 2017, s. 2693-2701
- DEMREN DÖNMEZ**, Burcu; Ayrımcılık Suçu, TBB Dergisi, S. 102, 2012, s.9-59.
- DESCARTES**, Rene; Ruhun İhtirasları, Çev. Mehmet Karasan, Ankara, 1972.
- DOĞRU**, Osman; Belçika’da Eğitim Dili Davası, İnsan Hakları Kararlar Derlemesi, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 1998.
- DONAY**, Süheyl/**KAŞIKÇI**, Mahmut; Açıklamalı-Karşılaştırmalı-Gerekçeli 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ve Yürürlük Kanunu, İstanbul 2004.
- DONAY**, Süheyl; Türk Ceza Kanunu Şerhi, İstanbul, 2007.
- EREN**, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2014.
- ERKAL**, Atila; İdare Hukukunda Mobbing, Ankara, 2014.
- ERSOY**, Uğur; İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu (TCK m. 117), Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y.7, S. 24, Ankara, Ocak 2016, s. 335-399.
- ERSOY**, Uğur; Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK m. 122), CHD, S. 34, Ağustos 2017, s. 7-56.
- ESENER**, Turhan/**GÜVEN**, Kudret; Eşya Hukuku, Ankara, 2015.
- FİNCAN**, Müslüm; Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçu, TBB Dergisi, S. 136, 2018, s. 39-74.
- FREDMAN**, Sandra; Discrimination Law, Oxford University Pres, 2002.
- Fundamental Rights Agency**; Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı, Avrupa Konseyi, 2010.
- GEMALMAZ**, Mehmet Semih; Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri, C. 1, Ankara, 2012.
- GÖKTÜRK**, Neslihan; Fikri İhtima (Suçların İhtimai), Ankara, 2013.

- GÖREGENLİ**, Melek; “Önyargı, Kalıpyargı ve Ayrımcılık”; Ayrımcılık, Çok Boyutlu Yaklaşımlar, İstanbul, 2012.
- GÖREN**, Zafer; Farklı Cinslerin Eşit Haklara Sahip Olması, DEÜHF Yayınları, İzmir, 1998.
- GÖRKEMLİ**, Burcu; Avukatlık Mesleğinde Psikolojik Taciz: Mobbing, TBB Dergisi, S. 130, 2017, s. 301-326.
- GÖZLER**, Kemal; İdare Hukuku, C.2, Bursa, 2009.
- GÖZLER**, Kemal; Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Bursa, 2010.
- GÖZLÜGÖL**, Said Vakkas; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuz Etkisi, Ankara, 2002.
- GÖZÜBÜYÜK**, Şeref/**GÖLCÜKLÜ**, Feyyaz; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara, 2007.
- GÜL**, Hasan/**AĞIRGÖZ**, Aliye; Mobbing ve Örgütsel Sinizm Arasındaki İlişkiler: Hemşireler Üzerinde Bir Uygulama, Afyon Kocatepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C.13, S. 2, 2011.
- GÜL**, İdil Işıl/**KARAN**, Ulaş; Ayrımcılık Yasağı, Kavram, Hukuk, İzleme ve Belgeleme, İstanbul, 2011.
- GÜLMEZ**, Mesut; İnsan Hakları ve Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılığın Kaldırılması ve Türkiye, Ankara, 2009.
- GÜRLER**, Cemalettin; Nefret Suçları ve İş Hayatı, Ankara Barosu Dergisi, S. 68, 2010, s.259-275.
- HAFIZOĞULLARI**, Zeki/**ÖZEN**, Muharrem; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2012.
- HAFIZOĞULLARI**, Zeki/**ÖZEN**, Muharrem; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, Ankara, 2013.
- HAKERİ**, Hakan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2017.
- HALL**, Nathan; Hate Crime, New York, 2013.
- HAMILTON**, Darrick/**GOLDSMITH**, Arthur H./**DARITY**, William; Shedding “light” on marriage: The influence of skin shade on marriage for black females. Journal of Economic Behavior & Organization, 72(1), 2009, s. 30-50.
- HATEMİ**, Hüseyin/**KALKAN OĞUZTÜRK**, Burcu; Kişiler Hukuku, İstanbul, 2013.
- HEPER**, Altan; Kültürlerarası İlişki Bağlamında İnsan Onuru, Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar-5-HFSA Bildiriler, İstanbul, 2012, s.15-27.

HEREK, Gregory M; Hate Crime Against Lesbians and Gay Men, American Psychologist, 1989.

İÇEL, Kayıhan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2017.

İÇEL, Kayıhan; Suçların İctimai, İstanbul, 1972.

İNCEOĞLU, Sibel; Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı, Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2006, S. 11.

İNCEOĞLU, Sibel; Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı Çerçevesinde Af, Şartla Salıverme, Dava ve Cezaların Ertelenmesi, Anayasa Yargısı Dergisi, 2001, s. 41-70.

JACOBS, James B./**POTTER**, Kimberly; Hate Crimes: Criminal Law and Identity Politics, New York 1998.

JONES, Melinda; Social Psychology of Prejudice, New Jersey, 2002.

KANDEMİR, Murat/**YARDIMCIOĞLU**, Didem; İş Hukukunda Eşitlik İlkesi, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, S. 30-31, 2014.

KAPANİ, Münci; Kamu Hürriyetleri, Ankara, 1993.

KAPLAN, Emine Tuncay; “İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Cinsiyet Ayrımcılığı” TBB Dergisi, 2017 (özel sayı).

KARAN, Ulaş; Avrupa Birliği Ülkelerinde Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik Kurumları, Ankara, 2009.

KARAN, Ulaş; Nefret Suçlarından Ne Anlıyoruz, Nefret Suçları ve Nefret Söylemi, İstanbul, 2010.

KARAN, Ulaş; Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Türk Ceza Kanunu’nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği, TBB Dergisi, S. 73, 2007, s. 146-173.

KAYPAK, Şafak/**KAHRAMAN**, Mehmet; Türkiye’de Kadının İnsan Hakları ve Anayasal Yansıması, Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 13, S. 33, 2006, s. 298-315.

KESKİNKILIÇ KARA, Sultan Bilge; Okullarda Yaşanan Siyasi Ayrımcılığın Bireysel ve Örgütsel Etkileri, Kastamonu Eğitim Dergisi, İstanbul, 2016, s. 1371- 1384.

KEYMAN, Selahattin; Tipiklik ve Ceza Hukuku, AÜHFD, C. 37, S. 14, Ankara, 1982, s. 59-105.

KILIÇ, Ebru; İşverenin Eşit Davranma Borcu Açısından Türk İş Hukukunun Avrupa Birliği İş Hukukuna Uyumu, 2011.

- KILIÇOĞLU**, Ahmet; Medeni Kanun Açısından Kadın – Erkek Eşitliği, Ankara Barosu Dergisi, S. 1, 1991, s. 9-18.
- KOCA**, Mahmut/**ÜZÜLMEZ**, İlhan; “Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdurun Korunması ve Mağdura Tanınan Haklar”, Hukuki Perspektifler Dergisi, S. 7, 2006.
- KOCA**, Mahmut/**ÜZÜLMEZ**, İlhan; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2018.
- KOCA**, Mahmut/**ÜZÜLMEZ**, İlhan; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2018.
- KOCASAKAL**, Ümit; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK 122), CHD, S. 28, Ağustos 2015, s. 7-40.
- KORKUT**, Levent; Ayrımcılık Karşısı Hukuk, Ankara, 2009.
- KUNTER**, Nurullah; Suçun Maddi Unsurlar Nazariyesi, İstanbul, 1954.
- LEYMANN**, Heinz; “The Content and Development of Mobbing at Work”, The European Journal of Work and Organizational Psychology, 1996, s. 165-184.
- MARSHALL**, Gordon; Sosyoloji Sözlüğü, Ankara, 1999.
- MERAN**, Necati; Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2005.
- MILES**, Robert/**BROWN**, Malcolm; Racism, London, 2003.
- MOLLAMAHMUTOĞLU**, Hamdi; İş Hukuku, Ankara, 2004.
- NOLAN** James J./**AKIYAMA** Yoshio/**BERHANU** Samuel; Hate Crime Statistics Act of 1990, American Behavioral Scientists, 2002.
- OĞUZMAN**, Kemal/**SELİÇİ**, Özer/**OKTAY ÖZDEMİR**, Saibe; Eşya Hukuku, İstanbul, 2011.
- ONARAN YÜKSEL**, Melek; Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın-Erkek Eşitliği, İstanbul, 2000.
- OSCE/ODİHR**; Hate Crime Laws, A Practical Guide, Warsaw, 2009.
- ÖDEN**, Merih; Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Ankara, 2003.
- ÖNER**, Mehmet Zülfü; İngiltere Hukuku’nda Nefret Suçları, TBB Dergisi, C. 27, S. 116, 2015, s. 85-112.
- ÖZBEK**, Veli Özer/**DOĞAN**, Koray/**BACAKSIZ**, Pınar/**TEPE**, İlker; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2017.
- ÖZBEK**, Veli Özer/**DOĞAN**, Koray/**BACAKSIZ**, Pınar; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2019.
- ÖZBEK**, Veli Özer; TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Anlamı, C.1, Ankara, 2006.
- ÖZBUDUN**, Ergun; Türk Anayasa Hukuku, Ankara, 2002.

- ÖZDAMAR**, Demet; CEDAW Sözleşmesi, Ankara, 2009.
- ÖZDEMİR**, Erdem; İşyerinde Cinsel Taciz, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2006, s. 83-96.
- ÖZEN**, Mustafa; Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri, Ankara, 2017.
- ÖZGENÇ**, İzzet; Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, İstanbul, 1966.
- ÖZGENÇ**, İzzet; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2019.
- ÖZTÜRK**, Bahri/**ERDEM**, Mustafa Ruhan; Ceza Hukuku Genel Hükümler ve Özel Hükümler (Kişilere ve Mala Karşı Suçlar), Ankara, 2005.
- ÖZTÜRK**, Bahri/**ERDEM**, Mustafa Ruhan; Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, Ankara, 2005.
- ÖZTÜRK**, Nurten; Nefret ve Ayrımcılık Suçu, Ankara, 2017.
- PARLAK BÖRÜ**, Şafak; Kadının Korunmasına İlişkin Uluslararası Sözleşmeler ve Türkiye'nin Konumu, TBB Dergisi, Özel sayı, 2017, s. 43-63.
- PARLAR**, Ali/**HATİPOĞLU**, Muzaffer; Asliye Ceza Davaları, Ankara, 2007.
- PARLAR**, Ali; Açıklamalı, Atıflı ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu El Kitabı, Ankara, 2018.
- PRECHAL**, Sascha; "Combating Indirect Discrimination in Community Law Context", Legal Issues of Europa Instituut University of Amsterdam, The Netherlands, 1993.
- RAYBURN** Nadine Recker/**MENDOZA** Margaret/**DAVISON** Gerald C.; Bystanders' Perception of Perpetrators and Victims of Hate Crimes, Journal Of Interpersonal Violence, 2003.
- RUHİ**, Muhammet Emin; İnsan Hakları Hukuku Bağlamında Irk Ayrımcılığı Politikaları ABD ve Güney Afrika Cumhuriyeti Örnekleri, Ankara, 2013.
- RUHİ**, Muhammet Emin; İnsan Hakları Hukuku Bağlamında Irk Ayrımcılığı Politikaları ABD ve Güney Afrika Cumhuriyeti Örnekleri, Ankara, 2013.
- SINAR**, Hasan; Türk Hukukunda Nefret Suçlarına İlişkin Yasal Düzenleme Çalışmaları, T.C. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel' e Armağan, C. 19, S. 2, İstanbul, 2013.
- SOYASLAN**, Doğan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2014.
- SUR**, Melda; İş Hukukunun Uluslararası Kaynakları, İzmir, 1995.
- ŞEN**, Ersan; Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 115. ve 122. maddelerine İlişkin Bir Değerlendirme, İstanbul Barosu Dergisi, C. 79, S. 2, 2005.
- T.C. Adalet İşleri Dairesi Başkanlığı**; Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu, Ankara, 2005.

- TEMP**, Gülelendam; “Hukuk Önünde Kadın Erkek Eşitliği”, Çağdaş Hukuk, Y. 2, S. 17-18, 1993.
- TEPE**, Harun; “Etik Bir Sorun Olarak Ayrımcılık”, Pratik Etik-Etiğin Pratik Sorunları, Ankara, 2016.
- TEZCAN**, Durmuş/**ERDEM**, M. Ruhan/**ÖNOK**, R. Murat; Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara, 2019.
- TEZCAN**, Durmuş/**ERDEM**, M. Ruhan/**SANCAKDAR**, Oğuz/**ÖNOK**, R. Murat; İnsan Hakları El Kitabı, Ankara, 2016.
- TEZCAN**, Durmuş/**ERDEM**, Ruhan Mustafa/**SANCAKTAR**, Oğuz; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye İnsan Hakları Sorunu, Ankara, 2004.
- TINAZ**, Pınar; İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 11, 2006.
- TOROSLU**, Nevzat; Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara, 1970.
- TÜRAY**, Aras; Nefret Suçları ve Türk Ceza Hukukundaki Güncel Gelişmeler, CHD, Aralık 2014, s. 77-95.
- TÜRKKAYA**, Ataöv; Çatışmaların Kaynağı Olarak Ayrımcılık, Ankara, 1996.
- ULUCAN**, Devrim; “Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, 2013, s. 369-383.
- UYAR**, Lema; Birleşmiş Milletlerde İnsan Hakları Yorumları: İnsan Hakları Komitesi ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi 1981-2006, İstanbul, 2006.
- ÜNAL**, Şeref; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları No:89, Ankara, 2001.
- WILLIAMS**, Robin M.; Modern Toplumsal Düşünce Sözlüğü, İstanbul, 2008
- YARSUVAT**, Duygun; Türk Ceza Kanunu’nun Temel İlkeleri, Türk Ceza Kanunu’nun İki Yılı, Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayını, İstanbul, 2008.
- YENİDÜNYA**, A. Caner; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Ayrımcılık Suçu, Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 4, 2006, s. 97-106.
- YÜKSEL**, Murat; Feminist Hukuk Kuramı ve Feminist Düşünce Teorileri, İstanbul, 2003.

İTERNET KAYNAKLARI

- 187 No'lu İş Sağlığı ve İş Güvenliği'ni Geliştirme Çerçeve Sözleşmesi
https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377312/lang-tr/index.htm (E.T.: 21/10/2019)
- 23.02.2016 tarihli Başvuru No: 51500/08 Çam/ Türkiye Davası,
[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22%C3%A7am%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-161149%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22%C3%A7am%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-161149%22]}) (E.T.: 05/01/2020)
- 5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanun, tam metni
<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5378.pdf> (E.T.: 21/10/2019)
- ACAR, Feride/ARINER, Hakkı Onur: Kadınların İnsan Hakları ve Toplumsal Cinsiyet Eşitliği, 2009.
<http://www.antalyakadinmuzesi.org/dosyalar/dosyalar/Kad%C4%B1nlar%C4%B1n%20%C4%B0nsan%20Haklar%C4%B1%20ve%20Toplumsal%20Cinsiyet%20E%C5%9Fitli%C4%9Fi.pdf> (E.T.: 10/03/2019)
- AİHM, Sinan Işık/ Türkiye Kararı, Baş. No: 21924/05
<https://docplayer.biz.tr/113265800-Avrupa-insan-haklari-mahkemesi-ikinci-daire-sinan-isisik-turkiye-davasi-basvuru-no-21924-05-kararin-ozet-cevirisi-strazburg.html> (E.T.: 21/10/2019)
- AİHM, Baczkowski ve Diğerleri – Polonya (No. 1543/06), 3 Mayıs 2007 tarihli karar
http://www.festuerkei.org/media/pdf/Publikationen%20Archiv/Ortak%20Yay%C4%B1nlar/2012/lgbt_ictihat_kitap_web_dusuk.pdf (E.T.: 15/03/2019)
- AİHM, Ülke- Türkiye Davası, Baş. No: 39437/98
<http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/ulke2006.pdf> (E.T.: 01/06/2019)
- ALTUN, Muammer: Ayrımcılık Suçu, İzmir, 2010. www.yoktez.gov.tr, (E.T.: 01/06/2019)
- ARSLAN, Yekbun Geylani: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Bağlamında Ayrımcılık Yasağı, Ankara, 2010.
www.yoktez.gov.tr, (E.T.: 25/04/2019)
- Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı, Fundamental Rights Agency, Avrupa Konseyi, 2010. https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1510-FRA-CASE-LAW-HANDBOOK_TR.pdf (E.T.: 10/03/2019)

- [Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 11 Numaralı Protokol](https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/07/29/AIHS_11.protokol.p f), tam metni:
(E.T.: 29/10/2019)
- [Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 12 Numaralı Protokol](https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/62-avrupa-insan-haklar-sozlesmesine-ek-12-numaralprotokol/), tam metni:
(E.T.: 08/08/2019)
- Avrupa Komisyonu Türkiye 2014 Yılı İlerleme Raporu,
https://www.ab.gov.tr/files/ilerlemeRaporlariTR/2014_ilerleme_raporu_tr.pdf, (E.T.: 21/10/2019)
- Avrupa Komisyonu Türkiye 2015 Yılı İlerleme Raporu,
https://www.ab.gov.tr/files/5%20Ekim/2015_ilerleme_raporu_tr.pdf, (E.T.: 21/10/2019)
- Avrupa Komisyonu Türkiye 2018 Yılı İlerleme Raporu
https://www.ab.gov.tr/siteimages/pub/komisyon_ulke_raporlari/2018_turkiye_raporu_tr_.pdf (E.T.: 21/10/2019)
- Avrupa Komisyonu Türkiye 2019 Raporu
https://www.ab.gov.tr/siteimages/birimler/kpb/2019_trkiye_raporu-tr.pdf, (E.T.: 21/05/2019)
- Avrupa Konseyi Irkçılık ve Hoşgörüsüzlükle Mücadele Komisyonu'nun yayınladığı 1 No'lu Genel Politika Tavsiye Kararı
https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/07/31/ECRI_TK_TR_1.pdf (E.T.: 15/05/2019)
- Avrupa Konseyi Irkçılık ve Hoşgörüsüzlükle Mücadele Komisyonu'nun yayınladığı 7 No'lu Genel Politika Tavsiye Kararı
https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/07/31/ECRI_TK_EN_7.pdf (E.T.: 15/05/2019)
- Aybay, R.; Açıklamalı İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, Ankara, 2006, s. 6-7.
<http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/iheb.pdf> (E.T.: 26/04/2019)
- AYM 05.03.2009 tarihli 2006/77 E., 2009/39 K. sayılı 5237 sayılı kanun ile ilgili kararı;
<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-7134#> (E.T.: 05/01/2020)
- AYM 05.12.2017 tarihli 2014/10590 E. sayılı bireysel başvuru kararı
<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Basvurular/tr/pdf/2014-10590.pdf> (E.T.:10/11/2019)

- AYM 12.11.2015 tarihli 2015/26 E. ve 2015/100 K. sayılı 5237 sayılı kanun ile ilgili kararı <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-9215#> (E.T.: 10/10/2019)
- AYM 17.05.2012 tarihli 2011/37 E. ve 2012/69 K. sayılı 5271 sayılı kanun ile ilgili kararı <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-9215#> (E.T.: 21/10/2019)
- AYM 19.09.2019 tarihli 2019/42 E. ve 2019/73 K. sayılı 4857 sayılı kanun ile ilgili kararı <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=6810#> (E.T.: 10/06/2019)
- AYM 20.12.2018 tarihli 2016/141 E. ve 2018/27 K. sayılı 6715 sayılı kanun ile ilgili kararı <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-9215#>(E.T.: 10/10/2019)
- AYM 20.12.2018 tarihli 2016/181 E. ve 2018/11 K. sayılı 6745 sayılı kanun ile ilgili kararı, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-9215#>(E.T.: 10/10/2019)
- AYM 25.06.2014 tarihli ve 2014/256 E. sayılı bireysel başvuru kararı <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=5331#> (E.T.: 29/10/2019)
- AYM 25.07.2019 tarihli 2017/18 E. ve 2019/66 K. sayılı 6756 sayılı kanun ile ilgili kararı <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=6810#> (E.T.: 21/10/2019)
- AYM 27.09.1988 tarihli 1988/7 E. ve 1988/27 K. sayılı 213 sayılı kanun ile ilgili kararı, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-9215#>(E.T.: 10/10/2019)
- AYM 29.11.2017 tarihli 2017/150 E. ve 2017/162 K. sayılı 6736 sayılı kanun ile ilgili kararı <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-9215#> (E.T.: 10/10/2019)
- AYM. 01.11.2012 tarihli 2011/64 E., 2012/168 K. sayılı kararı <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-818#> (E.T.: 26/04/2019)
- AYM. 07.02.2008 tarihli 2004/30 E., 2008/55 K. sayılı 5682 sayılı Kanun ile ilgili kararı <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=1606#> (E.T.: 21/10/2019)
- AYM. 13.01.2011 tarihli 2009/21 E., 2011/16 K. sayılı kararları <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-818#> (E.T.: 26/04/2019)
- AYM. 23.07.2009 tarihli 2006/166 E., 2009/113 K. sayılı bireysel başvuru kararı <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=1606#> (E.T.: 21/10/2019)
- AYM. 07.02.2008 tarihli 2004/30 E., 2008/55 K. sayılı 5682 sayılı Kanun ile ilgili kararı <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-5143#> (E.T.: 21/10/2019)
- AYM. 23.07.2009 tarihli 2006/166 E., 2009/113 K. sayılı bireysel başvuru kararı <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=7112#> (E.T.: 21/10/2019)
- Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirgesi, tam metni: https://kdkcocuk.gov.tr/anasayfa/contents/files/YasalDuzenlemeler/BM_cocuk_Haklari_Bildirisi.pdf (E.T.: 17/07/2019)

- Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, 20 No’lu Genel Yorum <http://www.ihop.org.tr/2007/12/11/ekonomik-sosyal-ve-kultuerel-haklar-komitesi/> (E.T.: 26/04/2019)
- Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, 16 No’lu Genel Yorumu <http://www.ihop.org.tr/2007/12/11/ekonomik-sosyal-ve-kultuerel-haklar-komitesi/> (E.T.: 26/04/2019)
- Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, 18 No’lu Genel Yorum <http://www.ihop.org.tr/2007/12/11/ekonomik-sosyal-ve-kultuerel-haklar-komitesi/> (E.T.: 26/04/2019)
- Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Komitesi, Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşmeye ilişkin Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik Hakkında 6 No’lu Genel Yorum (2018) <http://www.esithaklar.org/bm-no6/> (E.T.: 26/04/2019)
- BM Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/EngellilerinHaklarinaIliskinSozlesme.pdf> (E.T.: 15/03/2019)
- Çetin, C./ Özdemirci, A.; İnsan Kaynakları Uygulamalarında Siyasi Ayrımcılık, İstanbul, 2017, s. 1. <http://ataozdemirci.net/wp-content/uploads/2017/01/SIYASI-AYRIMCILIK.pdf> (E.T.: 21/10/2019)
- Dan. 10. D. 12.04.2006 tarihli 2004/7627 E., 2006/2380 K, sayılı kararı <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-818#> (E.T.:10/11/2019)
- Din veya İnanca Dayalı Her Türlü Hoşgörüsüzlük ve Ayrımcılığın Tasviye Edilmesine Dair Bildiri, tam metni http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/metin137.pdf, (E.T.: 01/06/2019)
- ENSARİ, Yücel: Uluslararası ve Avrupa Konseyi Belgelerinde, Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Denetimi, İstanbul, 2015. <http://acikerisim.ticaret.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/11467/2010/62121.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (E.T.: 01/06/2019)
- ERBEK ODABAŞI, Özge: Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Evli Kadının Soyadı, DEUHFD, 2017, s. 43-109. <http://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2017/11/2-OZGE-ERBEK-ODABASI.pdf> (E.T.: 26/04/2019)
- GÜRİZ, Adnan: “Adalet Kavramı” s.13-14. http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg7/adnan.pdf (E.T.:25/05/2019)

- Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme, (ICERD)
<https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/IrkAyrımciligininOrta danKaldirilmasinaDairSozlesme.pdf> (E.T.: 21/10/2019)
- <http://sozluk.gov.tr/> (E.T.: 21/10/2019)
- <http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/iheb.pdf> (E.T.: 26/04/2019)
- <http://www.calismatoplum.org/sayi11/yenisey.pdf> (E.T.: 26/04/2019)
- <http://www.danistay.gov.tr/upload/insanhaklarievrenselbeyannamesi.pdf>, (E.T.: 10/11/2019)
- <http://www.ihop.org.tr/2007/04/04/nsan-haklar-komitesi/> (E.T.: 26/04/2019))
- <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2820.pdf> (E.T.: 26/04/2019)
- <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf> (E.T.: 26/04/2019)
- <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5378.pdf>(E.T.: 26/04/2019)
- <http://www.mfa.gov.tr/birlesmis-milletler-kalkinma-programi- undp -.tr.mfa>, (E.T.: 26/06/2019)
- <http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/7217.pdf> (E.T.: 26/04/2019)
- <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/03/20110319-8.htm> (E.T.: 26/04/2019)
- http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&view=article&id=559: g den-germ-avrupa-sosyal-rti&catid=6:uluslararasılg&Itemid=36 (E.T.: 26/04/2019)
- http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&view=article&id=686: e ngeller-haklarına-k-slee&Itemid=36 (E.T.: 26/04/2019)
- <https://gaiadergi.com/guney-afrikanin-irk-ayrimciliga-dayanan-rejimi-apartheid/> (E.T.: 30/04/2019)
- <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/IrkAyrımciligininOrta danKaldirilmasinaDairSozlesme.pdf> (E.T.: 26/04/2019)
- <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/116-her-turlu-irk-ayrmlgenn-ortadan- kaldrlmasna-iliskin-uluslararası-sozlesme/> (E.T.: 26/04/2019)
- <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/117-medeni-ve-siyasi-haklara-iliskin- uluslararası-sozlesme/> (E.T.: 26/04/2019)
- <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/120-ekonomik-sosyal-ve-kulturel- haklara-iliskin-uluslararası-sozlesme/> (E.T.: 26/04/2019)
- <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/122-kadnlara-kars-her-turlu-ayrmlgenn- onlenmesi-sozlesmesi/> (E.T.: 26/04/2019)

- <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/124-cocuk-haklarna-dair-sozlesme/> (E.T.: 26/04/2019)
- <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/132-engellilerin-haklarna-iliskin-sozlesme/> (E.T.: 26/04/2019)
- <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/141-cocuk-haklar-komitesi/> (E.T.: 26/04/2019)
- <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/142-irk-ayrilmaginn-ortadan-kaldirilmas-komitesi/> (E.T.: 26/04/2019)
- <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/146-engelli-haklar-komitesi/> (E.T.: 26/04/2019)
- <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/43-avrupa-insan-haklar-mahkemesi/> (E.T.:08/08/2019)
- <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/46-avrupa-sosyal-haklar-komitesi/> (E.T.:26/04/2019)
- <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/49-avrupa-insan-haklar-sozlesmesi/> (E.T.:26/04/2019)
- <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/62-avrupa-insan-haklar-sozlesmesine-ek-12-numaral-protokol/> (E.T.: 26/04/2019)
- <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/67-avrupa-sosyal-sart/> (E.T.: 26/04/2019)
- <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Basvurular/tr/pdf/2014-10590.pdf>, (E.T.:26/04/2019)
- <https://tureng.com/tr> (E.T.: 20/05/2019)
- https://www.ceis.org.tr/dergiDocs/yeni_turk_ceza_kanunu.pdf (E.T.:26/04/2019)
- <https://www.diplomasi.net/birlesmis-milletler-orgutu-bm/> (E.T.: 08/01/2019)
- https://www.legislationline.org/download/id/3316/file/France_Criminal%20Code%20updated%20on%2012-10-2005.pdf (E.T.: 09/01/2020)
- https://www.legislationline.org/download/id/6375/file/Finland_CC_1889_am2015_en.pdf (E.T.: 09/01/2020)
- https://www.legislationline.org/download/id/6443/file/Spain_CC_am2013_en.pdf (E.T.: 09/01/2020)
- <https://www.makaleler.com/deizm-yaradancilik-nedir> (E.T.: 05/01/2020)
- <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4721.pdf> (E.T.: 26/04/2019)
- <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4857.pdf> (E.T.:26/04/2019)

- <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5378.pdf> (E.T.:21/10/2019)
- <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6701.pdf> (E.T.: 08/01/2019)
- <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CERD/Pages/CERDIndex.aspx> (E.T.: 26/04/2019)
- <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CERD/Pages/CERDIndex.aspx>, (E.T.: 26/04/2019)
- <https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k6701.html> (E.T.: 26/04/2019)
- https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/belge/uluslararası_belgeler/ayrimcilik/CEDAW/CEDAW_Sozlesmesi_ve_Ihtiyari_Protokolu.pdf (E.T.: 26/04/2019)
- https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/belge/uluslararası_belgeler/ayrimcilik/CEDAW/CEDAW_Sozlesmesi_ve_Ihtiyari_Protokolu.pdf (E.T.: 26/04/2019)
- https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc086/kanuntbmmc086/kanuntbmmc08604750.pdf (E.T.:26/04/2019)
- https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc086/kanuntbmmc086/kanuntbmmc08604750.pdf (E.T.: 30/04/2019)
- <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c059/tbmm22059119ss0664.pdf> (E.T.:30/04/2019)
- <https://www.turkcebilgi.com/ateizm> (E.T.: 05/01/2020)
- <https://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0593.pdf> (E.T.:26/04/2019)
- İrksal Ayrımcılığın Yasaklanması ve İrksal Ayrımcılığın Tüm Biçimlerinin Sona Erdirilmesine İlişkin Uluslararası Sözleşme
[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22dmdocnumber%22:\[%22695402%22\],%22itemid%22:\[%22001-57525%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22dmdocnumber%22:[%22695402%22],%22itemid%22:[%22001-57525%22]}) (E.T.: 21/10/2019)
- İstihdamda Eşit Muamele Yönergesi www.ab.calisma.gov.tr (E.T.: 10/03/2019)
- İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Çözüm Önerileri Komisyon Raporu, TBMM Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu, Nisan 2011.
https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/docs/komisyon_rapor_no_6.pdf, (E.T.: 21/10/2019)
- Kadınlara Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi, tam metni
https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/belge/uluslararası_belgeler/ayrimcilik/CEDAW/CEDAW_Sozlesmesi_ve_Ihtiyari_Protokolu.pdf (E.T.: 21/10/2019)
- KALE ÖZÇELİK, F.: Kadınlara Karşı Her Biçimiyle Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi'nin Usule ve Esasa İlişkin Düzenlemeleri ve Türk Anayasa

- Hukuku'na Yansımaları. <https://dergipark.org.tr/download/article-file/271261> (E.T.: 21/10/2019)
- KAPLAN, Emine Tuncay; “İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Cinsiyet Ayrımcılığı” Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2017 (özel sayı), s. 241.
<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2017-2017-1722> (E.T.: 01/03/2019)
 - KARAN, Ulaş; Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı: Hukuksal Çerçeve, 2011.
<http://secbir.org/images/haber/2011/01/12-ulas-karan.pdf> (E.T.: 21/10/2019)
 - KILINÇOĞLU, Mustafa: İş Hukukunda Ayrımcılık.
<https://www.anayasa.gov.tr/media/3627/kilicogluayrimcilik.pdf> (E.T.: 21/10/2019)
 - Muslims in the European Union: Discrimination and Islamophobia, 2006, s. 60.
https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/eumc-2006-muslims-in-the-eu-discrimination-and-islamophobia_en.pdf (E.T.: 21/10/2019)
 - Nachova ve Diğerleri / Bulgaristan, AİHM, 6 Temmuz 2005 tarihli, Baş. No: 43577/98, 43579/98 Büyük Daire kararı, parag. 160-168.
<https://hudoc.echr.coe.int/engpress#%7B%22itemid%22:%5B%22001-69630%22%5D%7D> (E.T.: 21/10/2019)
 - ŞEN, Ersan: Nefret ve Ayrımcılık Suçları (2). <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1867947-nefret-ve-ayirimcilik-suclari-2> (E.T.: 21/10/2019)
 - TANAY, Gizem: Ayrımcılık Suçu, Ankara, 2012. www.yoktez.gov.tr (E.T.: 21/10/2019)
 - Türk Ceza Kanunu Hükümet Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, tam metni
<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c059/tbmm22059119ss0664.pdf> (E.T.: 21/10/2019)
 - Türk Dil Kurumu Resmi Web Sitesi, Terimler Sözlüğü
http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bilimsanat&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5bf5c543b9ed46.18954638 (E.T.: 25/01/2019)
 - Türk Dil Kurumu Resmi Web Sitesi, Türkçe Sözlük
http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&kelime=nefret&cesit=4&guid=TDK.GTS.56f04638516e16.06875251 (E.T.: 25/01/2019)
 - Türkiye Özürlüler Araştırması 2002, T.C. Başbakanlık Devlet İstatistik Enstitüsü Başkanlığı ve T.C. Başbakanlık Özürlüler İdaresi Başkanlığı, Ankara, 2004.
<https://kutuphane.tuik.gov.tr/pdf/0014899.pdf> (E.T.: 21/10/2019)

- Ünal Tekeli – Türkiye Davası, AİHM 16.11.2004 tarihli 1996/29865 E. sayılı kararı
<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-4494#> (E.T.: 21/10/2019)
- Y. 10. HD. 04.03.2008 tarihli, 2007/6310E., 2008/2821 K. sayılı kararı
<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-4809#> (E.T.:10/11/2019)
- Y. 2. HD. 23.02.2016 tarihli 2015/20964 E., 2016/3188 K. sayılı kararı
<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-4494#> (E.T.:10/11/2019)
- Y. 22. HD. 01.07.2019 tarihli 2017/22798 E., 2019/14706 K. sayılı kararı,
<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-4494#> (E.T.:10/11/2019)
- Y. 22. HD. 28.03.2019 tarihli 2017/21091 E., 2019/6847 K. sayılı kararı
<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-4494#> (E.T.:10/11/2019)
- Y. 4.HD. 25.04.2017 tarihli 2017/680 E., 2017/2169 K. sayılı kararı
<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-4494#> (E.T.:10/11/2019)
- Y. 9. HD. 09.07.2019 tarihli 2016/32575 E., 2019/15142 K. sayılı kararı
<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=1606#> (E.T.:10/11/2019)
- Y. 9. HD. 29.11.2011 tarihli 2009/19835 E., 2011/46440 K. sayılı kararı
<http://www.calismatoplum.org/sayi33/abc/8-4.pdf> (E.T.: 26/10/2019)
- Y. 9. HD. 30.03.2017 tarihli 2017/8204 E., 2017/5375 K. sayılı kararı:
http://www.calismatoplum.org/sayi56/xyz/9_22.pdf (E.T.: 26/10/2019)
- Y. CGK. 23.06.2015 tarihli 2014/568 E., 2015/244 K. sayılı kararı
<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=9766#> (E.T.: 06/01/2019)
- Y. CGK. 29.04.2008 tarihli 2007/8-244 E., 2008/92 K. sayılı kararı
<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=1606#> (E.T.: 21/10/2019)
- Y. HGK. 04.10.2018 tarihli 2015/2274 E., 2018/1428 K. sayılı kararı
<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=1606#> (E.T.:10/11/2019)
- Y. HGK. 04.10.2018 tarihli 2015/2274 E., 2018/1428 K. sayılı kararı
<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-4494#> (E.T.:10/11/2019)
- Y. HGK. 14.03.2018 tarihli 2015/1621 E., 2018/484 K. sayılı kararı
<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-1664#> (E.T.: 26/10/2019)
- Y. HGK. 20.11.2018 tarihli 2018/703 E., 2018/1749 K. sayılı kararı
<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-4494#> (E.T.:10/11/2019)
- Yaş Ayrımcılığı: Kanun Önünde Eşitlik ve Çocuk Hakları Politika Belgesi
<http://www.cocukhaklariizleme.org/wp-content/uploads/yas-ayrimciligi-politika-belgesi.pdf> (E.T.: 21/10/2019)

- AİHM, Ülke- Türkiye Davası, Baş. No: 39437/98
<http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/ulke2006.pdf> (E.T.: 21/10/2019)
- YENİSEY DOĞAN, Kübra: İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, 2006.
<http://www.calismatoplum.org/sayi11/yenisey.pdf> (E.T.: 26/10/2019)
- YOKUŞ SEVÜK, Handan: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları, TBB Dergisi, 2005, S. 57, s. 243-282.
<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2005-57-126> (E.T.: 21/10/2019)
- Y. CGK. 23.06.2015 tarihli 2014/568 E., 2015/244 K. sayılı kararı
<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=9766#> (E.T.: 06/01/2019)
- 23.02.2016 tarihli Başvuru No: 51500/08 Çam/ Türkiye Davası,
[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22%C3%A7am%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-161149%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22%C3%A7am%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-161149%22]}) (E.T.: 05/01/2020)