



MARMARA
ÜNİVERSİTESİ

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU BİLİM DALI

TÜRK CEZA KANUNU'NDA NEFRET VE AYIRIMCILIK SUÇU (m.122)

Yüksek Lisans Tezi

Zehra DEMET

İstanbul, 2024

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU BİLİM DALI

TÜRK CEZA KANUNU'NDA NEFRET VE AYIRIMCILIK SUÇU (m.122)

Yüksek Lisans Tezi

Zehra DEMET

Danışman: Doç. Dr. Kerim ÇAKIR

İstanbul, 2024

ÖZET

Çalışmamızın konusu olan Nefret ve Ayrımcılık Suçu 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 122. maddesinde “ Dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle; 1) Bir kişiye kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya kiraya verilmesini 2) Bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasını, 3) Bir kişinin işe alınmasını, 4) Bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engelleyen kimse bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” şeklinde düzenlenmiştir. Madde metninde belirtilen seçimlik hareketlerden birinin gerçekleştirilmesi ile suç tamamlanmaktadır. Ayrımcılık yasağı ulusal ve uluslararası hukuki metinlerde kapsamlı olarak düzenlenmektedir Kanun koyucu anayasal bir ilke olan eşitlik ilkesinin bir uzantısı olan ayrımcılık yasağının önemine binaen cezai yaptırım belirlemiştir. Madde metninin ilk halinde nefret kavramı bulunmazken; 2014 yılında gerçekleştirilen değişiklikle nefret saiki madde metnine eklenmiştir. Kanunda her ne kadar nefret ve ayrımcılık suçu olarak düzenlenmişse de suçun bir nefret suçu olup olmadığı ayrıca değerlendirilecektir.

Ayrımcılık ilk olarak 1948 tarihli Birleşmiş Milletler Evrensel İnsan Hakları Bildirgesinde yasaklanmış olmakla birlikte birçok uluslararası sözleşmeye de konu edilmiştir. Ayrımcılık kavramı en yalın haliyle bir kişi ya da bir grubun sahip olduğu birtakım özelliklerden ötürü, hak ve özgürlüklerden yararlanmada, haklı bir gerekçe olmaksızın, başka kişi ya da gruplara karşı daha aleyhte muamele görmesi olarak tanımlanabilir. Çalışmamızda suç tipi detaylıca incelenirken, ulusal ve uluslararası hukuki metinlerden, ulusal ve uluslararası mahkeme kararlarından yararlanılacaktır. İlgili suç tipi ile korunan hukuki değer ve suçun maddi unsurları, manevi unsuru ve suçun nitelikli halleri ve suçun özel görünüş biçimleri detaylıca incelenecektir.

Günümüzde insanların hizmetine sunulan ve birçok alanda kullanılan yapay zekalı varlıkların cezai ve hukuki sorumlulukları doktrinde tartışılmaktadır. Yapay zekalı varlıklar çalışmamızda incelenecek nefret ve ayrımcılık suçunun maddi unsurlarını yerine getirebildiği alanlarda kullanılabilir. Bu nedenle çalışmamızda teknolojik gelişmeler nedeniyle hayatımızın birçok alanında kullanılan yapay zekalı varlıkların nefret ve ayrımcılık suçu bakımından cezai sorumlulukları, kusur yetenekleri ayrıca incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Eşitlik, ayrımcılık yasağı, nefret suçları, yapay zeka, yapay zekanın cezai sorumluluğu, Türk Ceza Kanunu'nda Nefret ve ayrımcılık suçu





ABSTRACT

Hate and Discrimination Crime, which is the subject of this study, is defined in Article 122 of the Turkish Criminal Code No. 5237. Article 122 of the Turkish Criminal Code No. 5237 is regulated as follows: "(1) Any person who (a) Prevents the sale, transfer or rental of a movable or immovable property offered to the public, (b) Prevents a person from enjoying services offered to the public, (c) Prevents a person from being recruited for a job, (d) Prevents a person from undertaking an ordinary economic activity on the ground of hatred based on differences of language, race, nationality, color, gender, disability, political view, philosophical belief, religion or sect shall be sentenced to a penalty of imprisonment for a term of one year to three years." The offense is completed with the realization of one of the optional acts specified in the text of the article. The prohibition of discrimination is extensively regulated in both national and international legal texts as well as legislative basis'. The legislator has determined criminal sanctions due to the importance of the prohibition of discrimination, that is an extension of the principle of equality, which is a constitutional one. While the concept or comprehension of hate

was not included in the first version of the article, hate motivation was added to the text of the article with the amendment made in 2014. Although it is regulated as a crime of hate and discrimination in the law, whether the crime is a hate crime will be evaluated individually.

Furthermore, discrimination was first prohibited by the United Nations Universal Declaration of Human Rights of 1948 and has been the subject of many international conventions. In its simplest form, the concept of discrimination can be defined as the treatment towards an individual or a group more unfavorably than other individuals or groups by the contexture of rights and freedoms, without justification, due to certain characteristics that a person or a group has. In this study, while analyzing the crime type in detail, national and international legal texts, national and international court decisions will be utilized. The legal value protected by the relevant crime type and the material elements of the crime, the moral element and the qualified forms of the crime and the special forms of the crime will be examined in detail.

Contemporarily, the criminal and legal responsibilities of artificial intelligent beings, which are offered to the service of people and used in many fields, are discussed in the doctrine. Artificially intelligent beings can be used in areas where they can fulfill the material elements of the crime of hate and discrimination, which will be examined in our study. Hereby, in this context, the criminal responsibilities and fault abilities of artificial intelligent beings, which are used in many areas of human life due to technological developments, will be examined separately in terms of the crime of hate and discrimination.

Keywords: Equality, non- discrimination, hate crimes, artificial intelligence, Criminal liability of artificial intelligence, hatred and discrimination crime within the Turkish Penal Code article 122.

GİRİŞ

Çalışmamızın konusu olan, Nefret ve Ayrımcılık Suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ikinci kitabının, kişilere karşı suçlar kısmının, hürriyete karşı suçlar bölümünde düzenlenmiştir. Bu suç tipi 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer almazken; ilk kez 5237 sayılı TCK'da düzenlenmiştir. Düzenlemenin ilk halinde nefret kavramı bulunmazken; 13.03.2014 tarihli 6529 sayılı Temel Hak ve Hürriyetlerin Geliştirilmesi Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile nefret ibaresi de eklenmiştir.

Çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde, ayrımcılık ve nefret kavramları ele alınarak ulusal ve uluslararası metinlerde ayrımcılık yasağının düzenlenme şekilleri incelenmiştir. Sonrasında ise nefret ve ayrımcılık suçunun bir nefret suçu olup olmadığı hususu, nefret suçu kapsamında değerlendirme yapılarak ele alınmıştır.

Çalışmanın ikinci bölümünde, nefret ve ayrımcılık suçu hakkında genel açıklamalar yapılarak ardından bu suçla korunan hukuki değer ne olduğu ve sırasıyla suçun unsurları; suçun maddi unsurları, manevi unsuru, hukuka aykırılık unsuru incelenmiş ve suçun özel görünüş biçimleri değerlendirilmiştir. Madde metninde sayılan ayrımcılık sebepleri ise önemine binaen ayrıca bu kısımda ele alınmıştır. Son olarak bu kısımda nefret ve ayrımcılık suçuna ilişkin soruşturma ve kovuşturmanın nasıl yapılacağı ve suçun ihlali halinde uygulanacak yaptırım konusu hakkında açıklama yapılmıştır.

Çalışmanın üçüncü bölümünde, ilk olarak hayatımızın birçok yerinde kullanılmaya başlanan yapay zekanın tanımı, cezai sorumluluk kavramı ve kişi ve kişilik kavramları ele alınmıştır. Bu çerçevede yapay zekanın cezai sorumluluğu ve yapay zekanın hukuki statüsüne ilişkin görüşlere yer verilmiştir. Devamında ise, yapay zeka algoritmaları ve ayrımcılık faaliyetlerinden bahsedilmiş ve yapay zekanın nefret ve ayrımcılık suçu çerçevesinde, suçun unsurları bakımından ayrı ayrı değerlendirilmiştir.

Çalışmamızın sonuç kısmında ise, tüm bölümlerde bahsettiğimiz hususlara ilişkin açıklamalar değerlendirilmiş, kanuni düzenlemeye getirilen eleştiriler ve uygulamada karşılaşılan sorunlardan bahsedilmiştir. Yapay zekanın bu suç bakımından değerlendirilmesinin, yapay zekaya ilişkin hukuki düzenlemelerin gerekliliği hususunun üzerinde durularak çeşitli çözüm önerilerinde bulunulmuştur.





KISALTMALAR

AB:	Avrupa Birliği
AGİT:	Avrupa Güvenlik ve İş birliği Teşkilatı
AİHM:	Avrupa insan Hakları Mahkemesi
AİHS:	Avrupa insan Hakları Sözleşmesi
AÜHFD:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AYM:	Anayasa
Bknz:	Bakınız
BM:	Birleşmiş Milletler
C:	Cilt
CD:	Ceza Dairesi
CEDAW:	Kadınlara Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi
CERD:	İrk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi
CGK:	Ceza Genel Kurulu
CHD:	Ceza Hukuku Dergisi
çev.:	Çeviren
E:	Esas
ECRI:	İrkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu
HD:	Hukuk Dairesi
İHEB:	İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi
K:	Karar
LGBT+:	Lezbiyen, Gay, Biseksüel, Transgender ve diğerleri
LHD:	Legal Hukuk Dergisi
m:	Madde
No:	Numara
R.G:	Resmi Gazete
s:	Sayfa
S:	Sayı

T:	tarih
TAAD:	Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBBD:	Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK:	Türk Borçlar Kanunu
TBMM:	Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK:	Türk Ceza Kanunu
TDK:	Türk Dil Kurumu
TİHEK:	Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu
TMK:	Türk Medeni Kanunu
Yay:	Yayıncılık

İÇİNDEKİLER

ÖZET	i
ABSTRACT	iii
GİRİŞ.....	v
KISALTMALAR.....	viii
BİRİNCİ BÖLÜM: NEFRET SUÇU VE AYRIMCILIK KAVRAMLARI.....	1
I. AYRIMCILIK.....	1
1. Kavram.....	1
2. Ayrımcılık Türleri.....	2
A. Doğrudan Ayrımcılık.....	2
B. Dolaylı Ayrımcılık.....	4
C. Makul Uyumlaştırma Yapmama.....	5
D. Çoklu Temelde Ayrımcılık.....	7
E. Bağlantılı Ayrımcılık.....	8
II. ULUSAL HUKUKTA YER ALAN AYRIMCILIK YASAĞINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER.....	8
1. Anayasa	8
2. Türk Ceza Kanunu.....	10
3. İş Kanunu.....	11
4. Engelliler Hakkında Kanun	12
5. Türk Medeni Kanunu	13
6. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu	14
7. Devlet Memurları Kanunu	16
8. Siyasi Partiler Kanunu	16
III. ULUSLARARASI HUKUKTA YER ALAN AYRIMCILIK YASAĞINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER.....	17
1. Birleşmiş Milletler Uluslararası Sözleşmeleri.....	17
A. Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme	18
B. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme	19
C. Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme	20
D. Kadınlara Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi	22
E. Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme	23
F. Çocuk Hakları Sözleşmesi.....	24
2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi.....	25
3. Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi.....	27
IV. NEFRET SUÇU	28
1. Genel Olarak.....	28
2. Nefret ve Ayrımcılık Suçunun Nefret Suçları Bakımından Değerlendirilmesi.....	31
İKİNCİ BÖLÜM: TÜRK CEZA KANUNU'NDA NEFRET VE AYRIMCILIK SUÇU	33
I. GENEL OLARAK	33
II. SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER	39
III. SUÇUN UNSURLARI	42
1. MADDİ UNSURLAR.....	42
A. FİİL	42

a. Ayrımcılık Sebepleri.....	42
a.a. Dil	42
a.b. Irk.....	43
a.c. Milliyet.....	46
a.d. Renk	46
a.e Cinsiyet	47
a.f. Engellilik	52
a.g Siyasi Düşünce	54
a.h. Felsefi İnanç.....	55
a.i. Din	56
a.i. Mezhep	60
b. Hareket.....	61
b.a. Bir Kişiye Kamuya Arz Edilmiş Olan Bir Taşınır veya Taşınmaz Malın Satılmasını, Devrini veya Kiraya verilmesini Engellemek.....	62
b.b. Bir Kişinin Kamuya Arz Edilmiş Belli Bir Hizmetten Yararlanmasını Engellemek	65
b.c. Bir Kişinin İşe Alınmasını Engellemek	67
b.d. Bir Kişinin Olağan Bir Ekonomik Etkinlikte Bulunmasını Engellemek	70
B. NETİCE.....	72
C. FAİL.....	73
D. MAĞDUR.....	75
E. SUÇUN KONUSU.....	77
2. MANEVİ UNSUR.....	78
3. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU	82
B. İlgilinin Rızası	84
C. Hakkın İcrası	85
IV. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ	87
1. TEŞEBBÜS.....	87
2. İŞTİRAK.....	89
3. İÇTİMA.....	90
V. YAPTIRIM.....	93
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: YAPAY ZEKANIN NEFRET VE AYRIMCILIK SUÇU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ.....	95
I. GENEL OLARAK	95
1. Yapay Zeka Kavramı.....	95
2. Cezai Sorumluluk Kavramı.....	96
3. Yapay Zekanın Cezai Sorumluluğu	98
A. Felsefi Açıdan Kişi Kavramı	99
B. Hukuki Açıdan Kişi Kavramı	99
4. Yapay Zekanın Hukuki Statüsüne İlişkin Görüşler.....	100
A. Yapay Zekanın Kişi Statüsünü Reddeden Görüşler	100
B. Yapay Zekanın Kişi Statüsünü Kabul Eden Görüşler	101
a. Tüzel Kişilik Görüşü	101
b. Elektronik Kişilik Önerisi.....	102
c. Yapay İnsan Statüsü	103
5. Yapay Zekanın Hukuki Statüsüne İlişkin Değerlendirme.....	103
6. Yapay Zeka Algoritmaları ve Ayrımcılık Faaliyetleri.....	104
II. TÜRK CEZA KANUNU MADDE 122 KAPSAMINDA YAPAY ZEKANIN AYRIMCILIK FAALİYETLERİ.....	107
1. GENEL OLARAK.....	107

2. SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER	107
3. SUÇUN UNSURLARI	108
A. MADDİ UNSURLAR	108
A. Fiil	108
a.a. Bir kişiye, kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya kiraya verilmesini engellemek;	108
a.b. Bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasını engellemek;	109
a.c. Bir kişinin işe alınmasını engellemek;	110
a.d. Bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engellemek;	110
b. Netice	110
c. Fail	110
d. Mağdur	112
e. Suçun Konusu	112
B. MANEVİ UNSUR	113
C. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU	114
4. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ	116
A. TEŞEBBÜS	116
B. İŞTİRAK	116
C. İÇTİMA	117
5. YAPTIRIM	117
SONUÇ	119



BİRİNCİ BÖLÜM: NEFRET SUÇU VE AYRIMCILIK KAVRAMLARI

I. AYRIMCILIK

1. Kavram

Ayrımcılık kavramı, bir kişiye sahip olduğu herhangi bir kişisel özelliği sebebiyle farklı davranılması ve bu farklı davranış nedeniyle mağdur edilmesi olarak tanımlanabilir. Ayrımcılık; politika, yasa veya muamele bakımından haksız bir ayırım nedeniyle, kişinin insan haklarından ve diğer yasal haklarından, başkalarıyla eşit bir biçimde faydalanamadığı durumlarda ortaya çıkar. Ayrımcılık, bir kişiye ya da gruba, belli özelliklerinden dolayı önyargılı davranmak olarak da nitelendirilebilir.¹

Ayrımcılık kavramı, hukuk literatürüne ilk olarak, 1878 yılında Anglosakson Hukukunda bir mahkeme kararı ile; *“bireyin karakteristik özellikleri yahut herhangi bir gruba mensubiyeti, onun diğerlerinden farklı muamele görmesine neden oluyorsa bu durum eşitlik ilkesine aykırı bir durum teşkil eder.”* telaffuz edilmiştir.² AB Hukukunda ilk olarak “ırk ayrımcılığı” bakımından ortaya çıkan ayrımcılık kavramı, Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına ilişkin Uluslararası Sözleşmede şu şekilde tanımlanmıştır: *“Sözleşmedeki 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”* Azınlık grupların haklarının korunması için ortaya çıkan ayrımcılık yasağı kavramı, sonrasında genel bir hukuk ilkesi olarak uluslararası hukuk bakımından benimsenmiştir.

Ayrımcılık, birçok uluslararası sözleşmede ve ulusal mevzuatta yasaklanmış olmasına rağmen sıklıkla karşılaşılan bir olgudur. Ayrımcılığın önlenmesi, kişilere tanınan hak ve özgürlüklerin kişiler arasında ayırım yapılmaksızın herkese uygulanabilmesi için ulusal ve uluslararası düzenlemeler bağlamında çeşitli kurallar getirilmiştir. Çalışmamızın bu kısmında ilk

¹ Sosyal Politika Kavramları Sözlüğü, <http://www.ika.org.tr>, Aralık 2012, s. 6, (E.T:28.12.2023).

² **Kuru, Gonca**, Ayrımcılık Yasağının Hukuk Felsefesi Açısından Temellendirilmesi, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2021, s. 264.

olarak ayrımcılık türleri açıklanacak ardından ayrımcılık yasağının ulusal ve uluslararası düzenlemeleri incelenecektir.

2. Ayrımcılık Türleri

Ayrımcılık kavramı dinamik bir yapıda olup, geçmişten günümüze birçok değişikliğe uğramıştır. Günümüzde halen, ayrımcılık kavramı ulusal ve uluslararası hukuk alanında tartışılmaktadır.³ Ayrımcılık, birçok farklı biçimde ortaya çıkabilir ve farklı kategorilere ayrılabilir. Öğretiden ve ulusal ve uluslararası mahkeme kararlarından yola çıkarak birtakım ayrımcılık türleri belirlenmiştir. Ayrımcılık türleri olarak ilk doğrudan ayrımcılık kavramı benimsenmiş, doğrudan ayrımcılık kavramı yeterli olmayınca dolaylı ayrımcılık kavramı ortaya çıkmıştır. Çoklu temelde ayrımcılık, bağlantılı ayrımcılık ve makul uyumlaştırma yapmama kavramları da ayrımcılık türleri içinde sayılmaktadır.

A. Doğrudan Ayrımcılık

Doğrudan ayrımcılık, sahip olunan belirli bir özellik sebebiyle bireylere yahut topluluklara karşı haksız ve eşit olmayan davranışlarda bulunmak olarak tanımlanabilir. Benzer durum ve şartlarda bulunan birey ve toplulukların aynı eşit muamelede bulunulması gerektiği de bu kavramla birlikte öngörülmektedir.⁴ Benzer durumda olanlara benzer muamele de bulunma ilkesi doğrudan ayrımcılık kavramının temelini oluşturmaktadır.⁵ Bir kişinin sahip olduğu herhangi bir bireysel farklılığından ötürü hak ve özgürlükler bakımından eşit olmayan davranışlara maruz kalması doğrudan ayrımcılık olarak tanımlanabilir. Bu farklılık ırk, cinsiyet, milliyet, mezhep, din, dil, engellilik gibi kişinin sahip olduğu özellikler olabilir. Bir kişinin dini yüzünden spor tesisine girmesine izin verilmemesi, bir çocuğun engelli olduğu için okula kaydedilmemesi, kişinin cinsiyeti nedeniyle iş başvurusunun reddedilmesi, aynı işi yapmalarına rağmen kadına erkekten daha düşük ücret verilmesi gibi durumlar doğrudan ayrımcılık örnekleridir.

Doğrudan ayrımcılık kavramı 2000/78 sayılı AB yönergesinde; “*doğrudan ayrımcılık bir kişiye karşılaştırılabilir konumda olan diğer kişiye oranla daha az elverişli bir davranışta bulunulması*” şeklinde ifade edilmiştir. Doğrudan ayrımcılık kavramının tanımı Engelliler

³ Ağırbaşı, Şennur, Sınırlı Ayrımcılık Yasağından Genel Eşitlik İlkesine, Seçkin Yay, Ankara 2009, s. 37.

⁴ Doğru, Osman; Nalbant, Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, C:2, Legal Yay, 2016, s. 604.

⁵ Fredman, Sandra, Discrimination Law, Oxford University Press, 2011, s. 166.

Hakkında Kanun'un 3. maddesinde yapılmıştır. Bu hükme göre doğrudan ayrımcılık “*Engelliliğe dayalı ayrımcılık temeline dayanan ve engellinin hak ve özgürlüklerden karşılaştırılabilir durumdakilere kıyasla eşit şekilde yararlanmasını engelleyen, kısıtlayan veya zorlaştıran her türlü farklı muamele*” olarak tanımlanmıştır. Benzer bir tanımlama Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun 2. maddesinde düzenlenmiştir.⁶

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde doğrudan ayrımcılığın tanımı yapılmamıştır. Mahkeme kararları ayrımcılık türlerinin belirlenmesinde rol oynamıştır. AİHM önüne gelen bir uyuşmazlıkta, “*Polonya’da ikamet eden Fransız bir çiftçi, Polonya’da çalışan çiftçilere özel bir sosyal güvenlik rejimi öngörüldüğünden bundan yararlanmak istemiştir. Fakat devlet bu sistemin yalnızca vatandaş olan çiftçilere yönelik olduğu gerekçesiyle başvurucunun talebini reddetmiştir. Mahkeme Fransız çiftçinin Polonya’da kalıcı ikamete sahip olduğunu ve tıpkı vatandaşlar gibi vergi ödediğini ve bu yolla ülkenin sosyal güvence sistemine katkıda bulunduğunu ve daha önce genel sosyal güvenlik rejiminde yer almış olmasından ötürü, ilgili durumdan yararlanan Polonyalı çiftçilere benzer bir durumda olduğuna karar vermiştir.*”⁷ Bu karardan yola çıkarak denebilir ki, doğrudan ayrımcılık yasağı ile aynı veya benzer durumda olan insanlar arasındaki haksız farklılıkları ortadan kaldırmak amaçlanmaktadır.

Yine AİHM benzer bir uyuşmazlıkta “*Başvurucu, küçük çocuğu olduğunu, küçük çocuğu olan hükümlü kadınlara ilk çocuklarının doğumuna kadar hapis cezalarının infazının başlangıç tarihini erteletme olanağı sunulduğunu; erkek olarak bu tür bir olanağın kendisine sunulmadığı ve bu nedenle cinsiyeti temelinde doğrudan ayrımcılığa maruz kaldığı hususunda şikayette bulunmuştur. Mahkeme kapalı cezaevlerindeki erkek mahkumlara izin konusunda genel bir yasak uygulanmasının, ayrımcılık yasağının ihlali olarak tespit etmiştir.*”⁸ Mahkeme kadınlara verilen bu hakkın erkeklere verilmemesini ihlal olarak değerlendirmiştir. AİHM’ye göre, farklı muamele ancak objektif ve makul bir gerekçeye dayanılarak orantılılık ilkesi de göz önünde bulundurularak yapılabilir. Farklı muamelenin aynı zamanda haklı ve meşru bir amacının olması gerekmektedir. Doğrudan ayrımcılık, şekli eşitliğin bir tezahürü olarak düşünülebilir. Doğrudan

⁶ TİHEK m. 2/1-d “Bir gerçek veya tüzel kişinin, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerinden karşılaştırılabilir durumdakilere kıyasla eşit şekilde yararlanılmasını bu Kanunda sayılan ayrımcılık temellerine dayanılarak engelleyen veya zorlaştıran her türlü farklı muamele” <https://mevzuat.sinerjias.com.tr> (E.T: 25.12.2023).

⁷ AİHM, Luczak v. Poland, Başvuru No: 77782/01, 27.11.2007, <https://hudoc.echr.coe.int/>, (E.T:27.09.2023).

⁸ AİHM, Alexandru Enache v. Romanya, Başvuru No: 16986/12, 03.01.2018, , <https://hudoc.echr.coe.int/>, (E.T:27.09.2023).

ayrımcılığın yasaklanması tek başına yeterli olmadığından dolayı ayrımcılık kavramı ortaya çıkmıştır.

B. Dolaylı Ayrımcılık

Dolaylı ayrımcılık yasağı kavramı, doğrudan ayrımcılık yasağının yeterli olmadığına anlaşılmamasıyla birlikte ortaya çıkmıştır. Kişiler ya da gruplar arasındaki eşitsizliği gidermek için eşit muamelenin yeterli olmadığı hallerde, herkese eşit şekilde muamele edilmesinin eşit olmayan sonuçlara yol açmasıyla, yalnızca doğrudan ayrımcılık yasakları ile sorunun çözülemeyeceği anlaşılmıştır.⁹ Doğrudan ayrımcılığın varlığı halinde, kişilerin belli bir grubun üyeleri olmaları veya olmamaları sebebiyle gözle görülür şekilde ayrıma tabi tutularak aynı zamanda farklı muameleye maruz kalabilir. Dolaylı ayrımcılık hallerinde ise, görünüşte tarafsız bir hüküm, kriter ya da uygulama söz konusudur. Fakat bu düzenlemeler ile farklı özelliklere; ırk, etnik köken, din, inanç, yaş, engellilik ve cinsel tercihe sahip kişiler bu farklı özelliklere sahip olmayan kimselere göre daha dezavantajlı konumdadırlar.¹⁰ Ayrımcılık yasağının temel amacı, eşitliği sağlamaksa da bu iki aynı anlama gelmez. Nitekim şekli eşitlik kavramı olarak da nitelendirilen, her durumda ayrımcı davranış sergilenmediği müddetçe eşitliğin sağlanabileceğini ileri sürmek doğru olmayacaktır.¹¹

Dolaylı ayrımcılık kavramı ilk olarak, 1971 yılında ABD Yüksek Mahkemesi'nin karara bağladığı Griggs v. Duke Power Company adlı dava ile gündeme gelmiştir.¹² Söz konusu davada, davalı şirket işe girmek ya da işyerinde terfi etmek için, lise diplomasına sahip olma ya da uygulanan testlerde belirli bir puanı elde etme şartı getirmiştir. Şirket bu eylemiyle siyah işçilerin istihdamını doğrudan engellemek yerine lise eğitimi ve bir test şartını getirerek istihdamı veya işte yükselmeyi özellikle belirli bir grubun üyeleri açısından zorlaştırmıştır. Amerikan Yüksek Mahkemesi, getirilen bu ölçütü iş gerekliliği ile gerekçelendirilemediği müddetçe 1964 tarihli Medeni Haklar Kanunu'nu ihlal edeceğini belirtmiştir.

AİHM tarafından verilen bir kararda dolaylı ayrımcılığa örnek olarak gösterilebilir. “İlgili tarihte yürürlükte olan Malta kanununda cinsiyetler arasında herhangi bir ayırım yapılmamıştır;

⁹ Kuru, Gonca, s. 275.

¹⁰ Bulut, Pınar, Türk Ceza Kanun'unda Ayrımcılık Suçu, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, 2012, s. 4.

¹¹ Büyükçalık, Mürvet Ece, Dolaylı Ayrımcılık Yasağı, On İki Levha Yay, 2021, s. 1.

¹² Karan, Ulaş, Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, s. 212; Kuru, s. 276.

*kadınlar ve erkekler eşit olarak jüri hizmetleri bakımından uygundur. Söz konusu ayrımcılık, jüri listelerinin derlenme biçimi ve jüri hizmetinden muafiyet kriteri gibi bazı etkenlerle tanımlanan yerleşik uygulamalara dayalıdır. Sonuç olarak, kadınların yalnızca küçük bir bölümü jüri olarak hizmet etmeye hak kazanmıştır.”*¹³ Mahkeme burada yapılan ayrımcılığın dolaylı ayrımcılık olduğuna kanaat getirmiştir. Her ne kadar kanun kadın ve erkek jüri üyesi olabileceği şeklinde düzenlenmiş olup herhangi bir doğrudan ayrım hükmü içermese de uygulamada getirilen bazı kıstaslar sonucu kadınların jüri üyesi olması hususunda ayrımcı bir tutum oluşmuştur.

Dolaylı ayrımcılık kavramının tanımının yapıldığı ilk düzenleme 5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanun’dur. Kanunun 3. maddesinde dolaylı ayrımcılığın “*Görünüşte ayrımcı olmayan her türlü eylem, işlem ve uygulamalar sonucunda engelliliğe dayalı ayrımcılık temeliyle bağlantılı olarak, engellinin hak ve özgürlüklerden yararlanması bakımından nesnel olarak haklılaştırılmayan dezavantajlı bir konuma sokulmasını*” ifade edeceği belirtilmiştir.¹⁴

Dolaylı ayrımcılığın açıkça tanımlandığı diğer kanun ise TİHEK Kanunu’dur. Kanun’un 2. maddesinde 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 sokulması*” olarak tanımlanmıştır.¹⁵ Her iki kanundaki dolaylı ayrımcılığa ilişkin hükümlerin birbirlerine benzediği görülmektedir.

C. Makul Uyumlaştırma Yapmama

Makul uyumlaştırma kavramı, dezavantajlı bireyler açısından; bir kişi veya kuruluşun, bir kanuni düzenlemenin, ölçütün veya uygulamanın neticesinde oluşan bazı dezavantajları sonlandırmak için gerekli olduğu düşünülen bazı tedbirlerin alınma durumu olarak ifade edilebilir. Bu düzenleme ile dezavantajlı bireylere sahip oldukları dezavantaj sebebiyle bir ayrımcılık yapılmamasının yanında devletlerin bu hususlara ilişkin makul düzenleme yükümlülüğü getirilmek istenmiştir.

Makul Uyumlaştırma kavramı BM tarafından kabul edilen Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşmenin 2. maddesinde “*engellilerin insan haklarını ve temel özgürlüklerini tam ve diğer*

¹³ AİHM, Zarb Adamı v. Malta, Başvuru No:17209/02, 20.06.2006, <https://hudoc.echr.coe.int>, (E.T:25.12.2023).

¹⁴ Bknz. “5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanun madde 3, <https://www.mevzuat.sinerjias.com.tr> (E.T:25.12.2023).

¹⁵ Bknz. “TİHEK m. 2, <https://www.mevzuat.sinerjias.com.tr> (E.T:25.12.2023).

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 düzenlemeleri ifade eder.” şeklinde belirtilmiştir. Düzenleme ile amaçlanan gayenin kişilerin durumlarına ve ihtiyaçlarına dayalı olarak, istihdama ve hizmetlere eşit şekilde erişimleri için sahip olmaları gereken destek ve ayarlamalar olduğu söylenebilir.

Türk hukukunda makul uyumlaştırma yapma yükümlülüğüne dair ilk düzenleme ise Engelliler Hakkında Kanun’da bulunmaktadır. Kanun’un 3. maddesinde “*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 tanımlanmıştır. Ayrımcılık yasağı başlıklı 4/A maddesinde ise “*Eşitliği sağlamak ve ayrımcılığı ortadan kaldırmak üzere engellilere yönelik makul düzenlemelerin yapılması için gerekli tedbirler alınır.*” ifadesine yer verilmiştir.

AİHM ilk kez 2016 yılında vermiş olduğu bir kararda makul uyumlaştırma yapılmamasının ayrımcılık olduğuna hükmetmiştir. Söz konusu kararda “*Başvurucu engeli sebebiyle eğitim hakkının ihlal edildiğine ilişkin bir başvuruda bulunmuştur. Söz konusu başvuruda konservatuvar giriş sınavını kazanan görme engeli bulunan kişinin, Konservatuara kayıt için şartları sağlamadığı gerekçesiyle kaydı yapılmamıştır. İç hukuk yollarına başvurulmuş fakat talepleri reddedilmiştir. Mahkeme, kurumun engelli bireyin ihtiyaçlarını tespit etmeye çalışmadığını, engelli bireyin ihtiyaçlarının kurum tarafından tespit edilerek, söz konusu müzik eğitimini alabilmek için bu engellilik oranının ne kadar etkili olacağını açıklaması gerekmektedir. Kurum başvuranın görme engelli olması durumunun gerektirdiği özel pedagojik ihtiyaçları karşılamak için düzenlemeler de yapmaya çalışmamışlardır*”¹⁶

Makul uyumlaştırma kavramı ilk kez ABD tarafından din sebebiyle yapılan ayrımcılıkların önlenmesi amacıyla ortaya çıkmış olup devamında engellilik sebebiyle ayrımcılığın önlenmesinde de düzenlenmiştir. Makul uyumlaştırma Türk Hukukunda her ne kadar yalnızca engelli bireylere yönelik bir düzenleme gibi görünse de aslında birçok farklı alanda uygulanabilir. Günümüzde birçok devlet makul uyumlaştırma yapılması yükümlülüğünü farklı alanlarda da düzenlenmiştir. Örneğin Kanada, engellilik ve dine dayalı durumların yanında eğitim, yaş, cinsiyet, etnik köken gibi durumlarda da makul uyumlaştırma yapılmasını öngörmektedir.¹⁷

¹⁶ AİHM, Çam v. Türkiye, Başvuru No:51500/08, 23.02.2016, <https://www.hudoc.echr.coe.int>, (E.T:25.12.2023).

¹⁷ Kuru, s. 317.

D. Çoklu Temelde Ayrımcılık

Çoklu temelde ayrımcılık kavramı, bir kişinin sahip olduğu birden fazla özellik nedeniyle her birinden ayrımcılığa maruz kalması olarak tanımlanabilir. Bir kişinin kimliğini oluşturan birden fazla farklı özellik sebebiyle, eş zamanlı olmayan zamanlarda ayrımcı faaliyete maruz kalma söz konusu olabileceği gibi farklı temellerde aynı anda da ortaya çıkabilir. Çoklu temelde farklılıklar nedeniyle maruz kalınan ayrımcılık, kişiyi tek temelde uğranılan ayrımcılığa kıyasen daha zor bir duruma soktuğu, daha fazla mağduriyete yol açtığı kabul edilmesi gereken bir gerçektir.¹⁸ Örneğin ayrımcılığın bir türü olarak kabul edilebilecek Yahudi milletine karşı uygulanan anti-semitizm, hem ırk temelli hem de din veya inanç temelinde ayrımcılığın iç içe geçtiği bir olgudur.¹⁹

Siyah renkli bir kadının, siyah bir erkeğe ve beyaz bir kadına nazaran daha fazla ayrımcılığa maruz kalabileceği söylenebilir. Yahut alevi bir kadının, alevi bir erkeğe yahut Sünni bir kadına nazaran birden fazla farklı temelde ayrımcılığa maruz kalabileceği söylenebilir. Bu durumlarda çoklu temelde ayrımcılığın varlığı kabul edilmiştir.

Engelliler Haklarına İlişkin Sözleşmede çok yönlü ayrımcılığa ilişkin düzenleme mevcuttur. Bu düzenlemeye göre, “*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.*”²⁰

Yine Engelliler Kanunu’nda buna benzer bir düzenleme mevcuttur: “*Engelli olan kadın ve kız çocuklarının çok yönlü ayrımcılığa maruz kalmaları önlenerek hak ve özgürlüklerinden yararlanmalarının sağlanması*” Burada iki ayrı düzenlemeye de engelli kadınların ve kız çocuklarının çok yönlü ayrımcılığa uğraması hususunda korunması gerektiği vurgulanmıştır. Nitekim erkek bir engelli bireye nazaran kadın bir engelli daha fazla dezavantajlı gruba mensuptur uğrayabileceği ayırım türü daha fazladır. Bu nedenle kanuni düzenleme ile korunmak istenmiştir.

¹⁸ Konuk, Bahar; Sürücü, Sinan, Çoklu Temelde Ayrımcılık Yasağı, LHD, Y:2019, C:17, S:203, s. 4623.

¹⁹ Karan, Ulaş, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, On İki Levha Yay, 2017, s. 229.

²⁰ Bknz. Engelliler Haklarına İlişkin Sözleşme m. 6/1, <https://www.mevzuat.sinerjias.com.tr> (E.T:25.12.2023).

E. Bağlantılı Ayrımcılık

Bağlantılı ayrımcılık kavramı, bir kişinin ayrımcılık temellerinden birine sahip olan kişi ile bağlantısı nedeniyle ayrımcılığa uğramasıdır. Burada ayrımcı faaliyet kişinin sahip olduğu bir özellikten değil de korunan özelliği olan biriyle ilişkisinden kaynaklanmaktadır.

2008 yılında Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın önüne gelen bir davada verdiği karara göre, engelli çocuğu olan davacının diğer çocuklu çalışanların sahip olduğu çalışma saatlerindeki esneklik ya da izin durumunun kendisine sağlanmadığı iddiasını haklı bularak burada ayrımcılık olduğunu kabul etmiştir.²¹ Davacı kendisinde olan bir özellik nedeniyle değil, engelli bir çocuğu olması sebebiyle ayrımcılığa maruz kalmıştır.

Bu duruma Suriyeli biri ile olan Türk'ün, Suriyeli ile evli olması nedeniyle ayrımcılığa uğraması; engelli bir çocuğu olduğu ve bu nedenle komşuların rahatsız olabileceği gerekçesiyle engelli çocuğu olan kişiye bir evin kiralanmaması²², çocuğu eşcinsel olduğu için çalışma arkadaşları tarafından ayrımcılığa maruz kalan kişi²³ örnek olarak gösterilebilir. Burada da ırk, engellilik veya cinsel yönelim temelli doğrudan bir ayrımcı uygulama söz konusudur. Fakat gerçekleştirilen ayrımcı faaliyet kişinin kendisine ait bir özellik nedeniyle değil bir başkası ile olan alakası nedeniyle gerçekleşmektedir.

II. ULUSAL HUKUKTA YER ALAN AYRIMCILIK YASAĞINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

1. Anayasa

1982 tarihli Anayasa'nın 10. Maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesi, ulusal hukukumuzda yer alan ayrımcılık yasağına ilişkin en önemli, temel ilkelerinden biridir. Bu düzenleme şu şekildedir:

“Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.

Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.

²¹ S. Coleman- Attridge Law ve Steve Law, 17.07.2008, C: C303-06, <https://eur.lex.europa.eu> (E.T:25.12.2023).

²² Karan, s. 269.

²³ Kuru, s. 328.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.”

Eşitlik ilkesi hukuk devletinin en önemli ilkelerinden biridir. Eşitlik ilkesiyle birlikte kişilerin hem eşit olmayan uygulama ve durumlardan korunması hem de tüm kanunların kişilere eşit şekilde uygulanması koruma altına alınmıştır. 22.05.2004 yılında madde metnine eklenen değişiklikle, gerekçesinde de belirtildiği üzere, kadın ve erkek arasındaki eşitliği sağlamak amacıyla devlet tarafından tedbirler alınmalı ve bu tedbirler eşitsizlik olarak kabul edilmemelidir.²⁴ Maddede çocuklar, yaşlılar, özürlüler gibi korunması gereken ve bu sebeple korumaya yönelik özel düzenlemeler yapılması gereken gruplar ayrıca belirtilmiş yine bu düzenlemelerin eşitlik ilkesine aykırı olduğu hususunun ileri sürülemeyeceği anayasal güvenceye kavuşturulmaktadır.

Özel durumları belirtilen dezavantajlı gruba mensup kişiler için alınacak önlemler ve pozitif uygulamaları barındıran hükümler esasında eşitlik ilkesine aykırı olarak nitelendirilemeyecektir. Aksine bu dezavantajların ortadan kaldırılması yahut kaldırılabilir nitelikte olmayanlar için bu bireyler lehine farklı düzenlemelerin yapılarak eşitliğin sağlanmaya çalışılması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi’nin çeşitli kararlarında gerçekleştirilen pozitif ayrımcılık içeren düzenlemeleri eşitlik ilkesinin bir ihlali olarak görmemektedir.²⁵

²⁴ 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasa’sının 10. Maddesinde Değişiklik Yapan 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasa’sının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un 1. Maddesinin gerekçesi “Yapılması öngörülen değişiklikle, kadın ve erkek arasındaki eşitliği sağlamaya yönelik olarak Devlet tarafından bazı tedbirlerin alınabilmesine imkan tanınmakta ve alınacak bu nitelikteki tedbirlerin, eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamayacağı vurgulanmaktadır. Öte yandan, özel surette korunması gereken kesimler için alınacak tedbirlerin de eşitlik ilkesine aykırı sayılamayacağı hükme bağlanmaktadır. Bu sayede Devletin, tüm toplum kesimleri arasında bir yandan eşitliği sağlamaya, diğer yandan da korunması gerekenleri korumaya yönelik özel tedbirler alabilmesinin önü açılmakta ve bu amaçla yapılan düzenlemelerin eşitlik ilkesine aykırı kabul edilemeyeceği anayasal güvenceye kavuşturulmaktadır”.

²⁵ Bknz. AYM, E.1996/10, K.1996/40 sayılı Kararı, <https://www.mevzuat.sinerjias.com.tr> (E.T:12.12.2023) “... Başta Anayasa olmak üzere tüm yasalarda kadın-erkek eşitliği temel kabul edilmiştir. Ancak toplumda tarihsel, ekonomik ve sosyal nedenlerle eşitlik tam anlamıyla gerçekleştirilememektedir. Ekonomik güçsüzlük, eğitimsizlik ve gelenekler, kadının toplumda zaman zaman yasalarla özel olarak korunmasını zorunlu kılmaktadır. Bu tür koruma önlemleri, kadınlar için bir ayrıcalık amacına değil, tam tersine, uzun yıllar eşitsizlik yaratan olumsuz birikimleri azaltmak ve önlemek amacına yöneliktir”.

Bknz. AYM, E.1976/3, K.1976/3 sayılı Kararı, <https://www.mevzuat.sinerjias.com.tr> (E.T:12.12.2023) “Eşitlik ilkesi herkesin her yönden aynı hükümlere bağlı olması gerektiği anlamına gelmez. Bu ilke ile güdülen amaç, benzer koşullar içinde olan, özdeş nitelikte bulunan durumların yasalarca aynı işleme uyruk tutulmasını sağlamaktır”.

Bknz. AYM, E.1988/7, K.1988/27 sayılı Kararı, <https://www.mevzuat.sinerjias.com.tr> (E.T:12.12.2023) “Anayasa’da öngörülen eşitlik ilkesi, ‘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

Benzeri sebepler kavramıyla da anlaşılacağı üzere belirtilen gruplar tahdidi olmayıp, kanun koyucu bazı türde farklı muamelelere özel önem vererek madde metninde örnek olarak sayılmıştır. Anayasa mahkemesi bir kararında, “...Özgürlüklerle ilgili olarak Anayasada yer alan en önemli kavramlardan birini de yasa önünde eşitlik ilkesi oluşturmaktadır. Bu kural 1982 Anayasasında 1961 Anayasasına nazaran daha ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir. Şöyle ki; eşitlik açısından ayırım yapılmayacak hususlar madde metninde sayılanlarla sınırlı değildir. ‘Benzeri sebeplerle’ de ayırım yapılamayacağı esası getirilmek suretiyle ayırım yapılamayacak konular genişletilmiş ve böylece kurala uygulama açısından da açıklık kazandırılmıştır...” şeklinde hüküm kurarak bu durumu açıklamıştır.²⁶

Maddenin 4. fıkrası doğrudan ayrımcılık yasağına ilişkindir. Bu hükme göre, bir aileye mensup olmak, zümre ya da sınıfın üyesi olmak herhangi bir ayrımcı muamelenin gerekçesi olamayacaktır. Maddenin son fıkrasında ise eşitlik ilkesinin devlet tarafından anayasal düzende korunduğunu vurgulanmıştır. Bu fıkra ile devletin görev ve sorumluluklarının olduğunu vurgulamıştır.

2. Türk Ceza Kanunu

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nu ile ceza hukuku alanına ayrımcılıkla ilgili ilk defa bazı düzenlemeler getirmiştir. Bu hükümlerden ilki 3/f.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 diğer toplumsal konumları yönünden ayırım yapılamaz ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınamaz.” şeklindeki düzenlemedir. Bu hüküm ile kanunun uygulanması esnasında ayırım yapılmayacağı koruma altına alınmıştır. 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

deyimle ‘eşitlerin eşitliği’ anlamındadır. Farklı durumlarda olanlara, yani eşit olmayanlara, farklı kurallar uygulanması, yani ‘eşit olmayanların eşitsizliği’ eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz”.

Bknz. AYM, E. 1997/65, K.1999/15 sayılı Kararı, <https://mevzuat.sinerjias.com.tr> (E.T:12.12.2023) “Yasa önünde eşitlik ilkesi, hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile hukuksal eşitlik öngörülmektedir. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasa karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Özelliklere, ayrılıklara dayandığı için haklı olan nedenler, ayrı düzenlemeyi eşitlik ilkesine aykırı değil, geçerli kılar. Anayasa’nın amaçladığı eylemli değil, hukuksal eşitliktir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar aynı kurallara bağlı tutulursa Anayasa’nın öngördüğü eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmaz. Kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanlar için yasalarla değişik kurallar konulamaz”.

²⁶ AYM, E.1986/11, K.1986/26, Tarih 04.11.1986, <https://www.mevzuat.sinerjias.com.tr> (E.T:12.12.2023).

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 oranlılık ilkesine uymak gerekir. Madde ile bu hususa ceza kanunda açıkça yer verilerek, ceza kanunun adaletçi bir karaktere sahip olduğu da vurgulanmak istenmiştir.”²⁷ Kanun önünde eşitlik ilkesi, Türk Ceza Kanunu’nun uygulanmasına ilişkin genel bir ilkedir.

Çalışmamızın konusu olan Türk Ceza Kanunu’nun 122. maddesi dışında, Türk Ceza Kanunu’nda veya ceza hükmü barındıran diğer kanunlarda “nefret saiki” veya “ayrımcılık saiki” ile işlenebilen suçlar ya da “nefret suçları” müstakil bir suç tipi olarak düzenlenmemiştir.

3. İş Kanunu

2003 yılında yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu 5. Maddesi, Anayasa’nın 10. maddesine paralel olarak eşitlik ilkesi temelinde kapsamlı ve detaylı düzenlemeler getirmiştir. Bu düzenleme şu şekildedir: *“İş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz. 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. 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. Aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılamaz. İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz.”*

Maddenin 1. fıkrasında genel anlamda; dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayrımcılık yasağı hükme bağlanmıştır. Aynı hükmün 2. fıkrasında sözleşme türü nedeniyle ayrımcılık yapılması, 3. fıkrasında cinsiyet veya gebelik nedeniyle ayrımcılık yasaklanmıştır. Biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebeplerin varlığı halinde gerçekleştirilen uygulamalar madde kapsamında düzenlenen hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilebilir. Yargıtay kararlarında da esaslı nedenler ve biyolojik veya işin niteliğine

²⁷ Bknz. <https://www.mevzuat.sinerjias.com.tr> (E.T:24.12.2023).

ilişkin durumlar gerekli kılmadıkça bu sorumluluğun olmadığı belirtilmiştir.²⁸ Yapılan işin niteliğinin haklı neden kabulü somut her olayda ayrı ayrı değerlendirmek gerekmektedir.

İş Kanunu 5. Maddesindeki düzenlemenin ancak bir iş ilişkisinin doğumundan itibaren ve iş ilişkisi kurulduktan sonraki ayrımcılık faaliyetlerinde uygulanmasının mümkün olabileceği; iş ilişkisinin kurulması aşamasından önceki aşamalarda işe alım sürecinde maddenin uygulanamayacak olması eleştirilmiştir.²⁹

İş Kanunu'nun 30. maddesinde, “*engelli, eski hükümlü ve terör mağduru çalıştırma zorunluluğu*” başlığı altında, engelli kişiler ve terör mağdurları hakkında pozitif ayrımcılık uygulanması yoluna gidilmiştir. Devlet, belli bir kapasitenin üstünde işyerleri için engelli, eski hükümlü, terör mağduru çalıştırmayı zorunlu kılarak, iş bulmakta sıkıntı çekme olasılığı yüksek olan bu kişilerin dezavantajlı durumlarından kaynaklanan eşitsizliği önlemeye amaçlamıştır.³⁰

4. Engelliler Hakkında Kanun

5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanun 01 Temmuz 2005 tarihinde kabul edilerek, 07 Temmuz 2005 tarihinde 25868 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

Kanun'un 3. maddesinde; “*a) Doğrudan ayrımcılık: Engelliliğe dayalı ayrımcılık temeline dayanan ve engellinin hak ve özgürlüklerden karşılaştırılabilir durumdakilere kıyasla eşit şekilde yararlanmasını engelleyen, kısıtlayan veya zorlaştıran her türlü farklı muameleyi; b) 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 sokulmasını; d) 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.*” şeklindeki hüküm ile doğrudan ayrımcılık, dolaylı ayrımcılık ve engelliliğe dayalı ayrımcılık kavramlarını tanımlanmıştır.

Kanun'un 4/A maddesi ise şu şekilde düzenlenmiştir. “*Doğrudan ve dolaylı ayrımcılık dahil olmak üzere engelliliğe dayalı her türlü ayrımcılık yasaktır. Eşitliği sağlamak ve ayrımcılığı*

²⁸ T.C Yargıtay 9. H.D. E.2020/9093 K. 2021/6337, T. 17.03.2021; Yargıtay 9. H.D T. 25.07.2008, E.2008/27310, K. 2008/22095; Yargıtay 9. H.D T. 02.12.2009, E. 2009/33837, K. 2009/32939; <https://www.mevzuat.sinerjias.com.tr> (E.T:09.12.2023).

²⁹ **Karan**, Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı, s. 156.

³⁰ Bknz. İş Kanunu madde 30, <https://www.mevzuat.sinerjias.com.tr> (E.T:08.09.2023).

ortadan kaldırmak üzere engellilere yönelik makul düzenlemelerin yapılması için gerekli tedbirler alınır. Engellilerin hak ve özgürlüklerden tam ve eşit olarak yararlanmasını sağlamaya yönelik alınacak özel tedbirler ayrımcılık olarak değerlendirilemez.”

Bu düzenlemelerde üstünde durulması gereken kavram makul uyumlaştırma kavramıdır. Makul uyumlaştırma kavramı; “*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 düzenlemeler*” olarak tanımlanabilir.³¹ Makul uyumlaştırma kavramı, engelli bireyler açısından; bir kişi veya kuruluşun, bir kanuni düzenlemenin, ölçütün veya uygulamanın neticesinde bazı dezavantajları sonlandırmak için gerekli olan bazı önlemlerin alınma hali şeklinde de ifade edilebilir. Engelli kişilere sahip oldukları engel nedeniyle bir ayrımcılık yapılmamasının yanında devletlerin konusuna ilişkin makul düzenleme yükümlülüğü de mevcuttur. Ayrımcılık sebeplerinin birçoğunda doğrudan ve dolaylı ayrımcılık durumu söz konusu iken; engelliliğe dayanan ayrımcılık durumunda makul uyumlaştırma yükümlülük olarak kabul edilmelidir.

5. Türk Medeni Kanunu

4721 sayılı Yeni Türk Medeni Kanunu, 21 Kasım 2001 tarihinde kabul edilerek, 08.12.2001 tarihli ve 24607 sayılı Resmi Gazete ile yayınlanarak 01 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu kanun ile özellikle kadın erkek eşitliğini sağlamaya, cinsiyete dayalı ayrımcılığı önlemeye yönelik düzenlemeler getirilmiştir.

TMK m. 185 “*Eşler, bu birliğin mutluluğunu elbirliğiyle sağlamak ve çocukların bakımına, eğitim ve gözetimine beraberce özen göstermekle yükümlüdürler.*” ve 186. maddede “*Eşler oturacakları konutu birlikte seçerler. Birliği eşler beraberce yönetirler. Eşler birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıkları ile katılırlar.*” hükümleriyle evlilik birliğinde kadın erkek eşitliğini düzenlemiştir. Nitekim eski Medeni Kanun döneminde, “*Koca, birliğin reisidir. Evin intihabı karı ve çocukların münasip veçhile iâşesi, ona aittir.*” hükmü ile evlilik birliğinin idaresinden yalnızca erkek sorumlu tutulmuştur. Yeni kanun düzenlemesiyle birlikte kadın erkek arasındaki bu duruma son verilmiş; erkekle birlikte kadının da evlilik birliğini temsil hakkının olduğu; kadının da ekonomik faaliyetlerde bulunma hakkına sahip olduğu; aile üyeleri ve çocuklarla ilgili konularda kadının da erkekle eşit şekilde söz sahibi olduğu hüküm altına alınmıştır.

³¹ Bknz. Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme 2. Madde, <https://www.mevzuat.sinerjias.com.tr> (E.T:08.09.2023).

Kadının soyadı eski Medeni Kanun'da *“kadın evlenmekle kocasının soyadını alır”* şeklinde düzenlenmiştir. TMK m. 187 hükmü ile *“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.”* şeklinde düzenlenmişti. Anayasa Mahkemesi 22.02.2023 tarih 2022/155 Esas 2023/38 Karar sayılı kararıyla bu hükmü iptal etmiştir. Mahkeme gerekçesinde *“evlenmeden önceki soyadının evlendikten sonra da tek başına kullanılması bağlamında kadın ve erkek arasında kuralla öngörülen farklı muamelenin nesnel ve makul bir temele dayanmaması sebebiyle eşitlik ilkesini ihlal ettiği sonucuna ulaşılmıştır.”* Eşitlik ilkesini ihlal ettiği ve kadının soyadının kullanımı hususundaki farklılığın makul bir gerekçesi olmaması nedeniyle iptal etmiştir.

Ayrımcılık yasağına ilişkin olan bir diğer madde ise *“eşitlik ilkesi”* başlıklı 68. maddesidir. Bu hüküm ile *“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 tanıyan uygulamalar yapamaz. Her üyenin, derneğin faaliyetlerine ve yönetimine katılma hakkı vardır. Dernekten çıkan veya çıkarılan üye, dernek malvarlığında hak iddia edemez.”* dernek üyelerinin hakları düzenlenmiştir. Hiçbir kimsenin derneğe üye olması, faaliyet ve yönetime katılması hususlarında *“dil, ırk, renk, cinsiyet, din ve mezhep, aile, zümre ve sınıf”* şeklinde belirlenen özelliklerinden dolayı ayrımcılık yapılamaz.

6. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu

6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu 6 Nisan 2016 tarihinde kabul edilerek 20 Nisan 2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kanunun amacı *“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.”* şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere kanun eşit

muamele görülmesi, ayrımcılığın engellenmesi ve işkence kötü muamelenin engellenmesi hususlarında ulusal bir teşkilat kurulmasını amaçlamaktadır.

Kanun'un 3. maddesinde eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı "*Herkes, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada eşittir. 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. 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. 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.*" şeklinde düzenlenmiştir. Düzenleme ile, ayrımcılık yasaklandığı gibi aynı zamanda kamu kurum ve kuruluşlarına ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına herhangi bir ayrımcılık yasağı ihlal edildiği durumda, bu ihlalin sona erdirilmesi ve sonuçlarının giderilmesine ilişkin tedbirleri alması hususunda sorumluluk yüklemiştir.

Kanun 7. maddesinde ise hangi durumlarda ayrımcılık iddiasının ileri sürülemeyeceğini belirtmiştir.³² Bu durumlar genel anlamda amaca uygun ve orantılı olmak koşuluyla örneğin, pozitif ayrımcılık barındıran durumlar, yalnızca kadınların yahut yalnızca erkeklerin istihdam edilmesini gerektiren durumlar, makul sayılması gereken haller olarak nitelendirilebilir. Bu madde kapsamı dışında kalan haller ise ayrımcılık olarak nitelendirilecektir. Ayrımcılık hallerinin varlığı halinde yaptırımını idari para cezasıdır.³³

³² Bknz. **TİHEK 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 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" <https://mevzuat.sinerjias.com.tr> (E.T:13.09.2023).

³³ Bknz. **TİHEK m.25** "(1) Ayrımcılık yasağının ihlali halinde, bu ihlalin etki ve sonuçlarının ağırlığı, failin ekonomik durumu ve çoklu ayrımcılığın ağırlaştırıcı etkisi dikkate alınarak ihlalden sorumlu olan kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri hakkında bin Türk lirasından on beş bin Türk lirasına kadar idari para cezası uygulanır. (2) Birinci fıkrada belirtilen idari para

7. Devlet Memurları Kanunu

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 7. maddesinde, “Devlet memurları siyasi partiye üye olamazlar, herhangi bir siyasi parti, kişi veya zümrenin yararını veya zararını hedef tutan bir davranışta bulunamazlar; görevlerini yerine getirirlerken dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi ayırım yapamazlar; hiçbir şekilde siyasi ve ideolojik amaçlı beyanda ve eylemde bulunamazlar ve bu eylemlere katılamazlar.” şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile devlet memurlarının mesleklerini icra ederken dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi ayırım yapmaları yasaklanmıştır. Kanun'un 125. maddesinde ise “Görevin yerine getirilmesinde dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ayrımı yapmak, kişilerin yarar veya zararını hedef tutan davranışlarda bulunmak,” şeklindeki eylemin cezasının kademe ilerlemesinin durdurulması şeklindeki disiplin cezası olduğu kanun ile düzenlenmiştir.³⁴

8. Siyasi Partiler Kanunu

2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nda da ayrımcılık yasağına ilişkin düzenlemeler mevcuttur. Kanunun 12. maddesine 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.” şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile herhangi bir siyasi partinin üyelik kabul şartlarında

cezasının kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları hakkında uygulanması halinde, ödenen idari para cezası, cezaya esas ayrımcı uygulamaya kusuruyla sebebiyet veren kamu kurum ve kuruluşlarında görev yapan memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarında görev yapanlara rücu edilir. (3) 19. Maddede öngörülen yükümlülüklerle, uyarıya rağmen haklı bir neden olmaksızın belirtilen sürede uymayan birinci fıkra kapsamındaki kişi ve kuruluşlar hakkında beş yüz Türk lirasından iki bin Türk lirasına kadar idari para cezası uygulanır. Bu fıkra düzenlenenden idari para cezaları hakkında da ikinci fıkra hükmü uygulanır. (4) Kurul, verdiği idari para cezasını bir defaya mahsus olmak üzere uyarı cezasına dönüştürebilir. Hakkında uyarı cezası verilen kişi veya kurumun ayrımcı fiilinin tekrarı halinde alacağı ceza yüzde elli oranında arttırılır. Bu artış ceza üst sınırını aşamaz. (5) Bu Kanuna göre verilen idari para cezaları tebliğinden itibaren bir ay içinde ödenir. (6) Bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde idari yaptırımlara ilişkin olarak 30.3.2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu hükümleri uygulanır.” <https://www.mevzuat.sinerjias.com.tr> (E.T:13.12.2023).

³⁴ Bknz. DMK m.125/D-1 <https://www.mevzuat.sinerjias.com.tr> (E.T:13.09.2023).

başvuranlar bakımından dil, ırk, cinsiyet, din, mezhep, aile, zümre, sınıf ve meslek farkı gözetilen hükümler bulunamayacaktır.

Yine Kanun'un 83. Maddesi ile “*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.*” siyasi partilerin tüm faaliyetleri sırasında ayrımcılığın yasaklandığını belirterek, anayasa da düzenlenmiş temel bir ilke olan kanun önünde eşitlik ilkesine atıf yapılmıştır.

III. ULUSLARARASI HUKUKTA YER ALAN AYRIMCILIK YASAĞINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

1. Birleşmiş Milletler Uluslararası Sözleşmeleri

10 Aralık 1948 günü Birleşmiş Milletler Genel Kurulunca imzalanan İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, tavsiye niteliğinde olması sebebiyle hukuki bağlamda bağlayıcılığı yoktur.³⁵ Fakat kabul edildiği dönem göz önünde bulundurulduğunda, uluslararası platformda geçerli ve insan hakları aracı olarak kabul gören tek uluslararası belge olması sebebiyle yeni kurulan devletler tarafından anayasal bir belge olarak iç hukuklarından benimsenmiştir.³⁶ Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38'inci maddesinde yer alan uygar milletlerce; İHEB hükümlerinin bilinen ve taraflarca kabul edilen temel hukuk ilkelerinden sayılması gerektiği de açıkça belirtilmiştir.³⁷

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, insan haklarını ortaya koyan belgelerin ilki olup beyannameyi düzenleyenler ve imzalayanlar, insan haklarının korunma altına alınması için detaylı çalışılması zorunluluğu farkındalığıyla 1949'da İnsan Hakları Komisyonu aracılığıyla hak ve hürriyetleri belirleyen ve bu belirlenen hakların ihlal edildiği takdirde, ihlal eden kişilere karşı uygulanması gereken müeyyideleri içeren sözleşmeler için çalışma yapmışlardır.³⁸ Bu çalışmalar neticesinde iki ayrı sözleşme düzenlenmiştir. Bunlar; Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin

³⁵ **Aybay, Rona**, “Açıklamalı İnsan Hakları Evrensel Bildirisi” Ankara, 2006, s.6; Beyannamenin birinci maddesi bütün insanların, insan onuru ve insan hakları bakımından eşit doğduğunu hüküm altına almıştır. Belirtmek gerekir ki, ancak insan onurunun korunmasının koşulsuz olması halinde özgür ve eşit bir toplumdan bahsetmek mümkün olacaktır; bkz. Heper, Altan, Kültürlerarası İlişki Bağlamında İnsan Onuru, Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar-V” Sempozyum İstanbul Barosu- HFSA Bildiriler/ 2 (13-17 Eylül 2010, İstanbul) İstanbul, 2012, s. 17.

³⁶ Örneğin, Gine, Somali ve Senegal (1963) Anayasalarında İHEB'e yollamalar yapmışlardır. Yine Almanya, Nijer, Merkezi Afrika Cumhuriyeti Anayasalarında da bildirinin bazı hükümleri yansıtılmıştır. **Gündüz, Aslan**, Milletlerarası Hukuk, R. V. Günel (edt), 6.Baskı, İstanbul, 2013, s. 447.

³⁷ **Kalabalık, Halil**, İnsan Hakları Hukuku, Ankara, 2009, s. 66.

³⁸ **Gündüz**, s. 456.

Uluslararası Sözleşme ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesidir.

A. Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme

16 Aralık 1966 tarihinde kabul edilen ve 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe giren Sözleşme’ ye, ülkemiz 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalayarak taraf olmuştur. BM’ye üye birçok devlet bu sözleşmeye taraftır. Türkiye Cumhuriyeti 7 Temmuz 2003 tarihinde Avrupa Birliği kazanımları ile insan hakları hukuku kapsamında gerçekleştirilen çalışmalar üzerine, sözleşmeyi usulüne uygun olarak imzalamış olup onaya ilişkin karar 21 Temmuz 2003 tarihinde Resmi Gazete ’de yayımlanmıştır.³⁹

Ayrımcılık yasağı, hukuk düzeni nezdinde eşitlik ve herhangi bir ayırım gözetmeksizin yasa önünde eşit şekilde koruma, insan haklarının teminat altına alınmasıyla ilgili kabul edilen temel ve genel ilkelerin sonucu olarak ortaya çıkmıştır.⁴⁰ Bu nedenle, Sözleşme’nin öncelikli üzerinde durduğu ve iki maddesinde değindiği ayrımcılık yasağı, kanun önünde eşitlik ve kanun tarafından eşit derecede korunma yönüyle öne çıkmaktadır. Bu maddelerden birincisi, “Sözleşmenin İç Hukuka Uygulanması ve Ayrımcılık Yasağı” başlıklı 2’nci maddedir:

“Bu Sözleşmeye taraf her devlet, bu Sözleşme ’de tanınan hakları ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya diğer bir fikir, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet, doğum veya diğer bir statü gibi herhangi bir nedenle ayrımcılık yapılmaksızın, kendi toprakları üzerinde bulunan ve egemenlik yetkisine tabi olan bütün bireyler için güvence altına almayı bu ve haklara saygı göstermeyi taahhüt eder.”

Maddede ayrımcılığın anlamı açıklanmamış, ancak taraf devletlere sözleşmede sağlanan haklar bakımından geçerli olmak üzere herhangi bir sebeple farklı muamele olmaksızın devletlerin tüm vatandaşları bağlamında bu hakları koruması ve saygı göstermesi sorumluluğu yüklenilmiştir.

Sözleşmenin denetimi zorunluluğu nedeniyle, bu sözleşmenin hükümlerinin taraf devletler tarafından tatbikini kontrolünü sağlamak için alanında yetkin kişilerden oluşan İnsan Hakları Komitesi kurulmuştur.⁴¹ Sözleşmeyi kabul eden devletler, insan haklarını korumak maksadıyla

³⁹ <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2003/07/20030721.htm>, (E.T:31.10.2023).

⁴⁰ Uyar, s. 40.

⁴¹ <https://www.ohchr.org/en/treaty-bodies/ccpr> (E.T:31.10.2023).

öngördükleri tedbirlerle birlikte bu kapsamdaki ilerlemeleri düzenli aralıklarla hazırlayacakları raporlarla İnsan Hakları Komitesi'ne sunmak zorundadırlar.⁴² İnsan Hakları Komitesi ise, Sözleşme kapsamındaki hakları somutlaştırmak ve bu hakların aktif biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla taraf devletlerin sunacağı raporları dikkate almak ve taraf devletlere genel yorumlar sunmak yetkisine sahiptir.⁴³

İnsan Hakları Komitesi, 1989 yılında ayrımcılık yasağına ile ilgili yaptığı genel yorumda Sözleşme'nin ayrımcılığın ne olduğunu, kavram olarak açıklamasının olmadığını ve nelerin ayrımcılık kapsamına dahil edileceğini de açıklamadığını beyan etmiştir. Sözleşme, ayrımcılık ile alakalı bir tanımlama yapmamakla birlikte Komite nazarında, Sözleşme 'de belirlenen nitelikler sebebiyle ayrımcılık yasaklanmış olmasına rağmen sözleşmede açıklandığı haliyle ayrımcılık, insan hak ve özgürlüklerinin diğerleri tarafından; kısıtlanma, dışlama, ayırma veya din, ırk, cinsiyet, renk, dil, ulusal ya da toplumsal köken, doğum veya başka bir durum, mülkiyet, siyasi ya da diğer görüşlere dayalı olarak tanınmasını önleyecek ya da sınırlandıracak iş ve eylemleri kapsamaktadır.⁴⁴

Sözleşme'nin 26. Maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağı, kanun önünde eşitlik ve yasa hükmü gereği herkesin eşit derecede korunmasını düzenlemesi bakımından öne çıkan diğer bir hükümdür. Maddeye göre; *“Herkes yasalar önünde eşittir ve hiçbir ayırım gözetilmeksizin yasalarca eşit derecede korunur. Bu bakımdan, yasalar her türlü ayırımı 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.”*

Yasada eşitlik ilkesi sözleşmenin 26. maddesi ile hüküm altına alınmış ve yasaların uygulanmasında ayrımcılık sebebi olarak ortaya çıkabilecek özellikler tahdidi olmasa da örnek oluşturacak biçimde sayılmıştır.

B. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu tarafından Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme ile beraber düzenlenen Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, 16 Aralık 1966 tarihinde kabul edilmiş, ancak 3 Ocak 1976

⁴² **Kaboğlu, İbrahim**, Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar, 8. Baskı, İstanbul, 2012, s. 276.

⁴³ **Gemalmaz, Mehmet Semih**, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, 2. Bası, İstanbul, 1997, s. 247.

⁴⁴ **Uyar**, s. 43.

tarihinde yürürlüğe girmiştir. Ülkemizin ise 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalamış olduğu Sözleşme, 10 Temmuz 2003 tarihinde onaylanmıştır.⁴⁵

Ekonomik, sosyal ve kültürel hak ve özgürlükler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinde ayrıntılı şekilde açıklanmıştır. Sözleşmenin ikinci maddesi ile sözleşme kapsamındaki haklar bağlamında kapsayacak bir ayrımcılık yasağı düzenlemesi konulmuştur. Zira maddenin ikinci fıkrası;

“Bu Sözleşme’ye taraf devletler, bu Sözleşme ’de belirtilen hakların ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka fikir, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum ya da başka bir statü bakımından herhangi bir ayırım gözetilmeksizin uygulanmasını taahhüt ederler.” şeklindedir.

Ayrıca sözleşmenin üçüncü maddesi ile sözleşmeyi imzalayarak kabul eden devletlere, Sözleşmede belirlenen bütün sosyal, ekonomik ve kültürel haklardan faydalanma konusunda kadınlara ve erkeklere eşit hak tanıma sorumluluğu yüklenmiştir.

Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konseyine verilen izleme görevini yapabilmek için 28 Mayıs 1985 tarihinde, on sekiz bağımsız uzmandan oluşan Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi oluşturulmuştur.⁴⁶ Komite’nin direk Sözleşme ile değil de bir Birleşmiş Milletler organı aracılığıyla oluşturulmuş olması, Komiteyi Birleşmiş Milletler içerisinde barındırdığı insan hakları alanında çalışan diğer komitelerden farklı bir komite olarak kurulmuştur.⁴⁷ Komite denetlemek amacıyla kurulduğu için öncelikli olarak sözleşmenin taraf devletler tarafından uygulanıp uygulanmadığının denetlenmesidir. Komite, bunun için taraf devletlerden rapor ister, raporları inceler. Yine Sözleşme de yazılan maddelerin nasıl uygulanacağını ve taraf devletlerin ne gibi önlemler alması gerektiği hususunda genel önerilerde bulunmaktadır.⁴⁸ Komitenin 21 adet genel tavsiye kararı vardır.

C. Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme

13 Ekim 1972 tarihinde kabul edilen ve 3 Nisan 2002 tarihinde onaylanan Sözleşme’ye, Türkiye Cumhuriyeti 13 Mayıs 2002 tarihinde taraf olmuş ve 16 Eylül 2002 tarihinde Sözleşme Türkiye Cumhuriyeti bakımından yürürlüğe girmiştir. Irk ayrımcılığının tanımı sözleşmede belirtilirken; genel ayrımcılık tanımına yer verilmemiştir.

Sözleşme’nin birinci maddesinde ırk ayrımcılığı;

⁴⁵ <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2003/08/20030811.htm#4> (E.T:31.10.2023).

⁴⁶ <https://www.ohchr.org/en/treaty-bodies/cescr> (E.T:30.10.2023).

⁴⁷ **Algan, Bülent**, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması, Ankara, 2007, s. 181.

⁴⁸ **Algan**, s. 182.

“Siyasî, ekonomik, sosyal, kültürel veya toplumsal yaşamın 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, dışlama, kısıtlama ya da tercih” olarak tanımlanmıştır.

Sözleşme’nin, ikinci ve devamında gelen hükümlerinde tüm alanlardaki ırk ayrımı kınanmış ve sözleşmeyi kabul etmiş olan devletlere bu ayrımcı muamelenin olmaması hususunda her türlü tedbirlerin ivedi olarak alınması gerektiği yükümlülüğü hüküm altına alınmıştır. Ayrıyeten Sözleşme sadece devletleri değil ırk ayrımcılığı yapan bireylerin sorumluluğunu da kabul etmektedir. Yani kişilerin ırk ayrımı suçunu işlemeleri durumunda cezai sorumluluklarının olduğunu açıkça hüküm altına alınmıştır.

Ayrıca sözleşme ırk ayrımcılığının önlenmesi konusunda taraf devletlere sorumluluk yüklememekle yetinmeyip, Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi’ni meydana getirmiştir. Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi (CERD), Birleşmiş Milletler bünyesinde taraf devletlerin özel bir insan hakları sözleşmesi altındaki yükümlülükleri uygulamak üzere gerçekleştirdiklerini gözlemek ve incelemek amacıyla inşa edilmiş ilk kuruluştur.⁴⁹ Komite, sözleşmeyi kabul etmiş devletler tarafından hazırlanan raporlara karşı öneri verme ve genel tavsiyelerde bulunma yetkisi bulunmaktadır.

Taraf devletler sözleşme ile, herhangi birisine ırk sebebiyle ayırım yapmama taahhüdü ile her bir vatandaş, grup veya örgüt temelli ırk ayrımcılığını engelleyecektir. Nitekim Komite’nin 20 No’ lu Genel Tavsiyesi ’nde de hakkın kullanılması ya da imkanların sağlanması hususunda özel kurumların bir tesiri söz konusu ise, taraf devletlerin bu etkinin neticelerinin ırk ayrımcılığına mahal vermemesi için gerekli önlemleri almakla görevli oldukları belirtilmiştir.⁵⁰ Nitekim Komite, Lakco ve Slovak Cumhuriyeti kararında, taraf devletin herhangi bir kişinin sırf ırk farklılığı nedeniyle bir kişiye karşı ırk ayrımcılığı kapsamında bir davranış gerçekleştirmesi durumunda, cezai soruşturma konusunda pozitif bir sorumluluğu bulunduğunu beyan etmiştir.⁵¹

⁴⁹ <https://ihop.org.tr/?option=com> (E.T:30.10.2023).

⁵⁰ Birleşmiş Milletler Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi, Genel Tavsiyeler, Türkiye Taraf Devlet Raporu, Ankara, 2010, s. 40.

⁵¹ Öztürk, Nefret ve Ayrımcılık Suçu, s. 27.

D. Kadınlara Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi

Kadınlara Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi, 18 Aralık 1979 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulunda hazırlanmış, 1 Mart 1980 tarihinde imzaya açılan Sözleşme 3 Eylül 1981 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye Cumhuriyeti ise bu sözleşmeyi 1985 yılında imzalamış ve sözleşme, 19 Ocak 1986 tarihinde yürürlüğe girmiştir.⁵²

Sözleşme⁵³ kadına yönelik ayrımcılığın tüm dünyada bütün toplumlarda varolduğunun yadsınamaz gerçekliğini kabul ederek; bu doğrultuda ayrımcılığa neden olan hal ve davranışların tamamının önlenmesini ve ortadan kaldırılmasını sağlamak amacını gütmektedir.⁵⁴ Sözleşmede kadına karşı ayrımcılığın neler olduğuyla birlikte sözleşmeyi kabul eden devletlerin kadına karşı ayrımcılık ile mücadele maksadıyla alması gereken önlemler açıkça yazılmıştır. Sözleşme, taraf devletleri eşitliği hukuki ve fiili anlamda gerçekleştirmekle sorumlu tutmuştur. Sözleşmenin maksadı, kadınların insan haklarını teminat altına almaktan ziyade sözleşmeyi kabul eden devletlerin kadınların kamusal ve özel alanda karşı karşıya kaldığı bütün ayrımcılığa karşı gerekli önlemleri almalarını sağlamaktır.⁵⁵

Sözleşmenin ilk maddesi ile kadınlara karşı ayırım kelimesinin anlamı açıklanmıştır. Bu hüküm; “*kadınların medeni durumlarına bakılmaksızın ve kadın ile erkek eşitliğine dayalı olarak politik, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni ve diğer alanlardaki insan hakları ve temel özgürlüklerinin tanınmasını, kullanılmasını ve bunlardan yararlanılmasını engelleyen veya ortadan kaldıran veya bunu amaçlayan ve cinsiyete bağlı olarak yapılan herhangi bir ayırım, mahrumiyet veya kısıtlama*” şeklinde kadına karşı ayırımın ne olduğunu açıklamıştır.

Sözleşme, kadınların hayattaki farklı alanlarda ayrımcılığa maruz kalabileceklerini belirterek, kadınların hem biyolojik cinsiyetleri hem de toplum tarafından kadına atfedilen rol ve konumlar nedeniyle uğradığı farklı ayrımcı muameleleri tanımlamakta ve yasaklamaktadır.⁵⁶ Sözleşmenin devamında da taraf devletlerin kadınlara yönelik bütün ayrımcılık türlerini kınadığı ve ayrımcılığı önlemek amacıyla her türlü tedbiri alacağı yazılmıştır.

⁵² **Özdamar, Demet**, Cedaw Sözleşmesi, Ankara, 2009, s. 41.

⁵³ Öğretide, düzenlediği konular itibarıyla Sözleşme’nin, kadınların insan hakları Anayasası olduğu ifade edilmiştir. Bknz. **Çelikel, Aysel**, Sunuş Konuşmaları, Bihterin Vural Dinçkol (hazırlayan), İnsan Hakları ve Kadın, (5-8), İstanbul 2003, s. 6.

⁵⁴ **Acar, Feride**, Türkiye’de Kadınların İnsan Hakları: Uluslararası Standartlar, Hukuk ve Sivil Toplum, (E.T:30.10.2023).

⁵⁵ **Akkaya**, s. 125.

⁵⁶ **Özdamar**, s.96.

Yine bu sözleşmenin de kadınlara karşı ayrımcılık çalışmalarını ve taraf devletlerin sözleşmenin gereklerini yerine getirip getirmediğini kontrol etmek amacıyla yirmi üç kadın hakları uzmanından oluşan Kadınlara Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi kurulmuştur.⁵⁷ Yine sözleşmeyi kabul eden devletler belirli aralıklarla Komiteye rapor vermek yükümlülüğü altındadır. Komite de bu raporlar doğrultusunda sözleşmeyi kabul eden devletlere tavsiye kararlar, öneriler sunmaktadırlar.

Sözleşmeye Ek İhtiyari Protokol ile kadınların karşı karşıya kaldıkları ayrımcılık ve hak ihlallerine binaen denetimin üzerinde durulmuştur. Ek protokole taraf olan devletlerde, CEDAW ile koruma altına alınan hakların ihlali halinde bireyler kendi ülkelerine ait hukuk yollarını tükettikten sonra direk CEDAW Komitesine başvurabilecektir.⁵⁸ Ayrıca, Protokolü kabul eden devletlerde sık görülen ve sistematik kadın hakları ihlalleri olanlar varsa, Komitenin kendiliğinden soruşturma yapma yetkisi bulunmaktadır.⁵⁹

E. Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme

Hem tüm dünya toplumlarında hem de ülkemiz özelinde nüfusun büyük bir bölümünü engelli bireyler oluşturmaktadır. Yine hakların kullanımı ve teminat altına alınması hususunda engelliler korunması gereken bir topluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Aslında hak kazanımı hususunda yani insan onuru ve doğuştan sahip olunan haklar bakımından engelli olmayan bireyler ile engelliler arasında hiçbir fark yoktur; fakat bu kaidenin fiili anlamda uygulanması bakımından engelliler dezavantajlıdır.⁶⁰ Engellilik nedeniyle oluşan ayrımcılığın sonlanması amacıyla uluslararası platformda yapılan çalışmalar sonucunda Engellilerin Haklarıyla ilgili Sözleşme, çoğu devlet tarafından kabul edilmiştir.

Türkiye Cumhuriyeti'nin de taraf olduğu ve 27 Mayıs 2009 tarihinde onaylanan Sözleşme'nin⁶¹ amacı ilk maddede, engelli bireylerin engelli olmayan bireyler gibi tüm insan hakları ve temel özgürlüklerinden tam ve eşit şekilde faydalanmasını sağlamak olarak belirtilmiştir. Sözleşmeyi kabul eden devletler bu sözleşmeyi kabul ederek engellilere karşı ayrımcılığı yok etmeyi ve ayrımcılığa karşı gerekli önlemleri almayı taahhüt etmişlerdir.

⁵⁷ <https://www.ohchr.org/en/treaty-bodies/cedaw/introduction-committee> (E.T:31.10.2023).

⁵⁸ **Acar**, Kadınların İnsan Hakları Hukuku, s. 22.

⁵⁹ **Acar**, Kadınların İnsan Hakları Hukuku, s. 22.

⁶⁰ **Çağlar, Selda**, Engelli Hakları Sözleşmesinde Ayrımcılık Yasağı ve Türkiye'nin Uyum Sorunu, TBBD, Y:24, S.96, 2011, s. 150.

⁶¹ Sözleşmenin 03.12.2008 tarih ve 5825 sayılı Kanun ile onaylanması uygun bulunmuştur. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2009/07/20090714-1.htm> (E.T:31.10.2023).

Sözleşme'nin ikinci maddesinde engellilik nedeniyle oluşan ayrımcılığın kelime anlamı ve kapsamı anlatılmıştır. Buna göre, *“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”* şeklinde tanımlanmıştır.

Sözleşmede bulunan genel ilkeler ise; engelli bireylerin kişisel tercihlerini yapabilme bağımsızlıkları da barındırmak üzere, her bireyin doğma anı aile sahip oldukları onura ve bireysel alanlarına saygı gösterilmesi, ayrımcılık yapılmaması, toplum içerisinde var olabilmesi, farklılıklara saygı gösterilmesi ve engelliliğin insan çeşitliliği kabul edilmesi ve engelli çocukların kendi kimliklerini koruyabilmeleri için haklarına saygı duyulması şeklinde tanımlanmıştır.

Sözleşme, engelliliğe dayanan ayrımcılığı yasaklayan ve ayrımcılığın yok edilebilmesi için her türlü önlemleri sayması⁶² ile birçok uluslararası belgelerde hüküm altına alınan temel hak ve özgürlüklere ilişkin hükümler de içermektedir. Yaşam hakkı, kişi özgürlüğü ve güvenliği, işkenceye veya zalimane, insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleye veya cezaya maruz kalmamak, düşünce ve ifade hürriyeti gibi hak ve hürriyetlerin yeniden onaylandığı ve engelliler açısından bu hak ve hürriyetlerin korunacağı vurgulanmıştır. Böylelikle Sözleşme, engelliler yönünden ayrımcılık yasağını ayrıntılı şekilde anlatmakla birlikte doğrudan temel hak ve özgürlükleri barındıran bir sözleşme özelliğinde olup bu niteliği ile hibrit bir sözleşme olarak kabul görmüştür.⁶³

F. Çocuk Hakları Sözleşmesi

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 20 Kasım 1989 tarihinde imzalanan, Türkiye Cumhuriyeti'nin de 1990 yılında Dünya Çocuk Zirvesi'nde imzalayıp 1994 yılında yürürlüğe giren Sözleşme⁶⁴ insan hak ve özgürlüklerine kıyasen çocuklarla ilgili tüm hak ve özgürlükleri detaylandırarak ve güçlendirerek hazırlamıştır.⁶⁵ Böylelikle uluslararası hukuk alanında çocukların kişisel, ekonomik, siyasi, sosyal ve kültürel hakları taraf devletleri bağlayıcı bir

⁶² Çağlar, s. 151.

⁶³ Çağlar, s. 151.

⁶⁴ <https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/137-160.pdf> (E.T:02.11.2023).

⁶⁵ Odman, Tevfik, Çocuk Hakları Bağlamında Çocuk Mülteciler, Tarsus 2008, s. 9-10.

sözleşme ile taahhüt altına alınmıştır.⁶⁶ Sözleşme ile genel insan haklarına yönelik hükümler getirilmiş olmakla birlikte ayrıca toplumun en güçsüz ve zayıf üyeleri olan çocukların özel durumlarına ilişkin hak ve özgürlükler de muhafaza altına alınmıştır.⁶⁷

Sözleşme'nin ikinci maddesi ile sadece bu sözleşme içerisinde bulunan haklar yönünden yasağı getirilmiştir. Keza maddenin ilk fıkrası;

“Taraf devletler, bu Sözleşme’de 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.” hükmü yazılmıştır. Ayrımcılık yasağı, Sözleşmede bulunan çocukların yüksek yararı gözetilmesi ve Sözleşmenin altıncı maddesinde belirtilen çocuğun hayatta kalması ve gelişmesi maksadına ulaşmak için birbirini desteklemektedir.⁶⁸

Sözleşme'nin kırk üçüncü maddesinin birinci fıkrası ile taraf devletlerin kabul ettikleri sorumlulukların gereğini yapıp yapmadıklarını kontrol etmek ve bu konu üzerine yapılan çalışmaları incelemek için Çocuk Hakları Komitesi kurulmuştur. Sözleşme'nin yargısal yaptırımının olmayışını Komitenin denetim yetkisi ile siyasi olarak kapatılmaya çalışılmıştır.⁶⁹

2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS), Avrupa Konseyi tarafından düzenlenerek üye devletlerin imzası ve onayı ile yürürlüğe girmiştir. Sözleşme Birleşmiş Milletler Evrensel Beyannamesinde belirtilen hakların birçoğunu bünyesinde barındırmakla beyannamede olmayan diğer temel hakları da koruma altına almıştır. Fakat AİHS'ni Evrensel Beyanname ve diğer Birleşmiş Milletler sözleşmelerinden ayıran nokta, denetim mekanizması olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesidir. Yani AİHS kapsamında hak ve özgürlükler ortak denetim mekanizmasına dayalı uluslararası yargısal denetim mekanizması ile koruma altına alınmış, böylelikle bireylere verilen güven yaptırımla sağlanmıştır. Bu haliyle sözleşme sayesinde bireyler uluslararası hukukun öznesi konumuna gelmiştir.⁷⁰

⁶⁶ **Döner, Ayhan**, İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi, Ankara, 2003, s. 59.

⁶⁷ **Döner**, s. 59.

⁶⁸ **Odman**, s. 10.

⁶⁹ **Odman**, s. 10.

⁷⁰ **Gözübüyük, Şeref, Gölcüklü, Feyyaz**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 10. Bası, Ankara, 2013, s. 13-14.

AİHS'nin 14. maddesi ayrımcılık yasağını düzenlemiştir. Aynı ya da benzer halde olan bireyleri haksız farklı davranışlara karşı koruma getiren Sözleşme'nin 14. maddesinin başlığı “ayrımcılık yasağı” olup madde metni şu şekildedir:

“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.”

Görüldüğü üzere bu sözleşmede de yukarıda incelediğimiz BM tarafından yapılan sözleşmeler gibi yalnızca maddede sayılan haklar bakımından ayrımcılık yasağı hükmü kurulmuştur. Bu sebeple, ayrımcılık yasağı sadece sözleşme kapsamında tanınan bir hak ve özgürlüğe ilişkin iddia edilebilecektir.⁷¹ Yine daha önceki sözleşmelerde olduğu gibi ayrımcılığın tanımı yapılmamış, sadece ayrımcılık yasağı kapsamında olabilecekler örnek şekilde sayılmıştır.

AİHM, AİHS'nin 14'üncü maddesinin bağımsız nitelikte olmadığını fakat özerk bir madde şeklinde kabul edilmesi gerektiğini vurgulamıştır. AİHM, on dördüncü maddeyi geniş yorumlamış ve maddeyi yorumlarken iki ölçüt belirlemiştir. Öncelikle, sözleşme kapsamında sayılan temel haklardan herhangi birinin ihlali durumu söz konusu olmasa dahi bu temel hakkın kapsamında sayılabilecek ya da bu temel hakla iç içe olan bir hakkın ihlali durumu yeterlidir. Diğer ölçüt ise, on dördüncü maddenin lafzından ziyade dava konusu somut olayın Sözleşme’ de koruma altına alınan hususlarla bağının olmasını yeterli görmüştür.

Sözleşme'nin 14' üncü maddesinin getirdiği koruma kapsamı, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme’ ye Ek 12 No’ lu Protokol⁷² ile genişlemiş ve genel bir ayrımcılık yasağı hükmü kurulmuştur. Protokolün ilk maddesi, ayrımcılığın genel olarak yasaklanması başlığını taşımakta olup madde metni aşağıdaki şekildedir:

“Hukuken 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. Hiç kimse, 1.

⁷¹ Gözübüyük, Gölcüklü, s. 400.

⁷² Protokol, 4 Kasım 2000 tarihi itibarıyla imzaya açılmış ve 1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 23 Ağustos 2014 tarihi itibarıyla sözleşmeyi onaylayan devletler; Arnavutluk, Andora, Ermenistan, Bosna Hersek, Hırvatistan, Kıbrıs, Finlandiya, Gürcistan, Lüksemburg, Karadağ, Hollanda, Romanya, San Marino, Sırbistan, Slovenya, İspanya, Ukrayna ve Makedonya’dır. Türkiye ise Protokol’ü 18 Nisan 2001 tarihinde imzalamış fakat henüz onaylanmamıştır. Bknz. <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatyenum=177> (E.T:10.11.2023).

paragrafta belirtildiği şekilde hiçbir gerekçeyle, hiçbir kamu makamı tarafından ayrımcılığa maruz bırakılamaz.”

Diğer sözleşmelerdeki gibi genel ayrımcılık yasağı maddesi koyan 12 No’lu protokolün başlangıç kısmında taraf devletlerin bu sözleşmeyi imzalamalarındaki amaçlarının, tüm bireylerin hukuk önünde eşit olduğunu ve bu hukuktan eşit şekilde yararlanma hakkı olduğunu temel ilke edinerek herkes için genel bir ayrımcılık korunmasının AİHS aracılığıyla uygulanacağı açıklanmıştır.⁷³ AİHS ile getirilen AİHM’ e bireysel başvurudan faydalanmak isteyen kişilerin, temel hak ve özgürlükleri sözleşme ile hüküm altına alınarak sıralanan kriterler sebebiyle ihlal edilmiş olmalıdır. Diğer bir deyişle başvuru kişinin kendisiyle aynı halde olan birisinden farklı bir muameleye maruz kalmasıdır.

3. Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi

Bilimsel gelişmeler ve tıp ve genetik alanın da oluşan neticeler nedeniyle insan hakları ve onurunu korumak için oluşturulan ilk uluslararası hukuk belgesi; “Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi” olarak düzenlenmiştir.⁷⁴ Sözleşme, 4 Nisan 1997 tarihinde imzaya açılmış ve 1 Aralık 1999 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye ise 4 Nisan 1997 tarihinde sözleşmeyi imzalamış, 2 Temmuz 2004 tarihinde onaylamıştır. Sözleşme, 1 Kasım 2004 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir.⁷⁵

Sözleşme, diğer sözleşmelerle ile başlangıç bölümünde ifade edilen sözleşmeler ile bir bütün olup sözleşme hükümlerinin Anayasa 90’ıncı madde hükmü ile kanun hükmünde sayılması yeterli olmayıp iç hukukta ilgili alanlarda değişiklikler yapılmalıdır.⁷⁶ Sözleşmede on dört bölüm bulunmaktadır. Bölüm başlıkları; genel hükümler, muvafakat, özel yaşam ve bilgi edinme hakkı, insan genomu, bilimsel araştırma, nakil amacıyla canlı vericilerden organ ve doku alınması, insan vücudundan alınmış parçalar üzerinde tasarruf ve ticari kazanç yasağı, sözleşme hükümlerinin ihlali, sözleşme ve diğer yasal hükümler arasında ilişki, kamuya açık tartışma, sözleşmenin yorumu ve izlenmesi, protokoller, sözleşmede değişiklik yapılması ve son hükümlerdir.

⁷³ **İnceoğlu, Sibel**, Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı Çerçevesinde Af, Şartlı Salıverme, Dava ve Cezaların Ertelenmesi, Anayasa Dergisi, C:18, Y:2001, s. 58.

⁷⁴ <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treaty=164> (E.T: 10.12.2023).

⁷⁵ <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treaty=164> (E.T:12.12.2023).

⁷⁶ **Ünver, Yener**, Avrupa Biyo Hukuk Sözleşmesi’nin Türk Hukuku’na Etkileri, KhukA Kasım 2005, s. 188.

Aydınlatılmış hastanın rızası, ayrımcılık yasağı, sosyal adalet ile genetik verilerin korunması biyotıp ve genetik alanındaki gelişmelere binaen temel ilkeler olarak kabul edilmiştir.⁷⁷ Ayrımcılık yasağına ilişkin olarak, Sözleşme'nin konu ve amaç başlıklı ilk maddesinde “*Bu Sözleşmenin Tarafları, tüm insanların haysiyetini ve kimliğini koruyacak ve biyoloji ve tıbbın uygulanmasında, ayırım yapmadan herkesin, bütünlüğüne ve diğer hak ve özgürlüklerine saygı gösterilmesini güvence altına alacaklardır.*” şeklindedir. Ayrımcılık yasağına ilişkin temel madde olan 11’ inci maddede, ayrımcılık yapmama başlığı altında “*Bir kimseye, genetik kalıtımı nedeniyle herhangi bir ayrımcılık uygulanması yasaktır.*” şeklindedir.

IV. NEFRET SUÇU

1. Genel Olarak

Nefret kavramı, sözlükte “*bir kimsenin kötülüğünü, mutsuzluğunu istemeye yönelik duygu. Tiksinti*” olarak tanımlanmıştır.⁷⁸ Nefret kavramı bir duyguyu ifade edebileceği gibi, bir davranışı da anlatmak için kullanılabilir. Bir görüşe göre nefret “*bir kimsenin kötülüğünü, mutsuzluğunu istemeye yönelik duygu veya tikslenme, iğrenme, bireye karşı duyulan hınç ve vicdanın hiçe sayıldığı önyargılı hissiyat*” olarak tanımlanmaktadır.⁷⁹

Nefret suçu kavramının evrensel olarak kabul edilen bir tanımının var olduğunu söylemek mümkün değildir. Nitekim nefret suçu kavramı, toplumsal ve kültürel olaylarla bağlantısı olan çok boyutlu bir kavramdır. Bu nedenle her ülkenin, her toplumun nefret suçu kavramına dair farklı olgulara sahip olması kaçınılmazdır.⁸⁰

Nefret suçu kavramı ABD’de Yahudilere ve Siyahlara yönelen saldırıları engellemek amacıyla başlayan sürecin devamında, ceza hukuku alanında ilk olarak ırk, din ve köken kavramlarını içeren haliyle 1980’li yılların ortalarında gündeme gelmiştir. Fakat bu gelişmeye yol açan nefrete dayalı bireysel ya da toplumsal şiddet olayları öncesinde birçok kez yaşanmıştır. Toplumsal bilincin artmasıyla birlikte nefrete dayalı gerçekleşen şiddet olaylarına ilişkin cezai düzenlemelerin olması ve bu sorunun ceza hukuku bağlamında ele alınması gerektiği fikri

⁷⁷ Katoğlu, Tuğrul, Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi, AÜHFD, C.55, Y.2006, S.1, s. 175.

⁷⁸ <https://sozluk.gov.tr/> (E.T:10.11.2023).

⁷⁹ Şen, Ersan, Nefret ve Ayrımcılık Suçları (2). <http://www.haber7.vom/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1867947-nefret-ve-ayirimcilik-suclari-2> (E.T:19.12.2023).

⁸⁰ Perry, Barbara, In the Name of Hate: Understanding Hate Crimes, Routledge” London 2001, s. 4.

gündeme gelmiştir.⁸¹ Ceza kanunlarında nefret suçuna ilişkin düzenlemelere yer verilme zorunluluğunun temelinde, nefret saikiyle işlenen suçlarda failin kusurunun daha yoğun olması ve meydana getireceği zararın daha kapsamlı olması vardır.⁸²

Türkiye’de nefret suçu kavramının ortaya çıkışı ise ilk kez Hrant Dink olayıyla meydana gelmiştir. Ancak öncesinde Türkiye’de yaşanan 6-7 Eylül olayları, Sivas katliamı, Rahip Santoro cinayeti, Malatya katliamı gibi olaylar Türkiye’de işlenen nefret suçlarına gösterilecek önemli örnekler arasında sayılabilir.⁸³

Nefret suçu; “bir kişiye veya gruba karşı ırk, dil, din, cinsiyet ve cinsel yönelim gibi durumlara karşı oluşmuş ön yargı sebebiyle işlenen, genellikle şiddet içeren suçlar” olarak tanımlanabilir.⁸⁴ AGİT’in yaptığı tanıma göre “Kişinin, malın veya hedefin, ırk, milli veya etnik köken, dil, renk, din, cinsiyet, yaş, zihinsel veya fiziksel engellilik, cinsel yönelim veya diğer benzer faktörler bakımından ortak özellik gösteren bir gruba bağlantısı, bağlılığı, aidiyeti, desteği veya üyeliği olması veya olduğunun zannedilmesi sebebiyle, kişilere ve mallara karşı işlenenler dahil herhangi bir suçun hedefi olarak seçildiği suçlardır.”

Türkiye’de Nefret Suçları Yasa Kampanyası Platformu nefret suçunu şöyle tanımlamıştır: “Nefret saiki deyiminden; herhangi bir kişi veya gruba karşı, o kişi veya grubun ait olduğu veya ait olduğu sanılan ırk, etnik köken, renk, dini inanç veya inançsızlık, dil, cinsiyet, cinsel yönelim, cinsiyet kimliği, fiziksel veya zihinsel engellilik, sağlık durumu veya yaş nedeniyle bu kanunda belirtilen suçlardan birine hedef olmasına nefret saiki ve bu saikle işlenen suçlara nefret suçu denir.”⁸⁵

Herek, nefret suçunu “bir kişinin bir azınlık grubuna dahil olması nedeniyle zarar verici ya da aşağılayıcı davranışlara veya sözlerle maruz kalması olarak açıklanabilecek nefret suçunu; önyargıdan kaynaklı motivasyon ile gerçekleştirilen saldırı, cinayet, tecavüz ve mülke karşı suçlar ile birlikte şiddet tehdidi ve diğer türlü aşağılayıcı hareketler” şeklinde tanımlamıştır.⁸⁶ Failin nefret suçunun mağduruna karşı bireysel bir husumeti aranmaz. Fail nefret suçunu işlerken

⁸¹ **Jacobs, James; Potter, Kimberly**, Hate Crimes Criminal Law & Identity Politics, Oxford University Press, New York, 2001, s. 3-4.

⁸² **Demirbaş, Timur**, Nefret Söylemi ve Nefret Suçları, D.E.Ü Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, C:19, Özel Sayı-2017, s. 2700.

⁸³ **Bulut, İlhan**, Nefret Suçları, s. 176.

⁸⁴ **Aytekin İncoğlu, Asuman**, Nefret Suçu Kavramı ve Türk Ceza Mevzuatı Açısından Değerlendirilmesi, Nefret Söylemi ve Nefret Suçları, İstanbul, 2012, s. 103.

⁸⁵ www.yasemininceoglu.com/pdf/nefret-suclari-taslagi_10.11.2012.pdf, (E.T:10.11.2023).

⁸⁶ **Herek, G. M**; Hate Crime Against Lesbians and Gay Men, American Psychologist, 1989, Vol.44, s. 948.

kişisel bir husumeti yoksa dahi mağdurun mensubu olduğu gruba olan nefreti yeterlidir ve bu gruba mesaj vermek istemektedir.⁸⁷ Nefret suçunun maddi konusunun kim veya ne olduğu değil neyi temsil ettiği önemlidir bu nedenle, belli bir gruba has eşya, ibadethane, okul gibi maddi öğeler de olabilecektir.⁸⁸

Tanımlardan yola çıkarak bir eylemin nefret suçu olarak tanımlanabilmesi için, iki unsurunun olması gerektiği söylenebilir. İlk olarak nefret suçu teşkil edecek fiilin kanunda suç olarak tanımlanması gerekmektedir. Bu suçlara "temel suç" adı verilir. Nefret suçu, bağımsız bir suç veya ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmesi fark etmeksizin, önceden kanunen düzenlenmiş suç ya da suçları esas almaktadır.

İkinci olarak ise suç olarak tanımlanan bu fiilin, mağdurun veya mağdurun mensubu olduğu düşünülen grubun sahip olduğu bazı ayırt edici karakteristik özelliklere duyulan nefret veya önyargı saiki ile işlenmiş olması gerekmektedir.⁸⁹ Saik kavramı, kasttan farklı olarak kasttan önce gelen, kastı hazırlayan bir duygu ya da düşüncedir. Ceza normuyla yasaklanan eylemin yapılma kararındaki etkendir.⁹⁰

Nefret suçlarının saikini belirlemede iki farklı görüş mevcuttur. Bunlardan ilki ayrımcı seleksiyon modelidir. Ayrımcı seleksiyon modelinde hedef olarak seçilen kişinin sosyal bir gruba aidiyeti nedeniyle güdülen bir önyargı saiki mevcuttur. Burada önemli olan husus kişinin belirli bir gruba dahil olmasıdır, kim olduğundan ziyade neyi temsil ettiği önemlidir.⁹¹ Bir diğer model ise düşmanlık modelidir. Bu model failin hedef aldığı kişinin dahil olduğu gruba karşı nefret ve düşmanlık hissi ile suç işlemesini temel almıştır. Bu modele göre de hedefin bir gruba aidiyeti söz konusudur. Fakat burada fail nefret saikiyle hareket etmektedir. Günümüzde nefret suçlarına ilişkin düzenleme getirilirken, ayrımcı seleksiyon modeli daha çok tercih edilmektedir.

Nefret suçları diğer suçlardan farklı bir yapıya sahiptir. Mağdurlar nefret suçlarından diğer suçlara nazaran daha ciddi psikolojik zarar görmektedir. Aynı zamanda nefret suçu sonucunda oluşan mağduriyet, yalnızca eyleme maruz kalan kişiyle sınırlı kalmamaktadır. Mağdurun mensup olduğu grup, aidiyeti sebebiyle maruz kaldığı eylem neticesinde mağduriyet

⁸⁷ AYTEKİN İNCEOĞLU, s. 105.

⁸⁸ ÖZAR, SÜLEYMAN, Türk Hukukunda Nefret Suçlarına Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı Taahhütleri Çerçevesinde Genel Bir Bakış, TAAD, S:48, 2021, s. 92.

⁸⁹ TÜRAY, ARAS, Nefret Suçları ve Türk Ceza Hukukundaki Güncel Gelişmeler, CHD, 2014, S:26, s.78.; KARAN, ULAŞ, Çağımızın Pandemisi: Nefret Suçları, TAAD, 2018, S:35, s. 169.

⁹⁰ ARTUK-GÖKCEN-ALŞAHİN-ÇAKIR, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yay, 2020, s. 464.

⁹¹ LAWRENCE, FREDERICK, Punishing Hate Bias Crimes Under American Law, ABD, 2002, s. 9.

yaşamaktadır.⁹² Aslında failin eylemdeki amacı da mağdura zarar vermekten ziyade mağdurun içinde bulunduğu gruba bir mesaj iletmektir.⁹³ Hukuk düzeni, toplum barışının tesisi ve kamu düzeninin korunabilmesi için, nefret saiki ile işlenen suçlara, bu suçların yol açtıkları zarar ile orantılı yaptırımları kararlılıkla uygulanması gerekmektedir.⁹⁴

2. Nefret ve Ayrımcılık Suçunun Nefret Suçları Bakımından Değerlendirilmesi

6529 sayılı Temel Hak ve Hürriyetlerin Geliştirilmesi Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 15. maddesiyle, çalışmamızın konusu olan TCK m.122'de düzenlenen ayrımcılık suçuna ilişkin çeşitli değişiklikler yapılmıştır. Yapılan değişiklikle kanunda suçun başlığı "*ayırıcılık*" iken, "*nefret ve ayrımcılık*" olarak değiştirilmiştir. Bir diğer değişiklik ise maddeye "*nefret nedeniyle*" ibaresinin eklenmesidir. Madde gerekçesinde yapılan bu değişikliğin amacı, "*Madde başlığında yapılan değişiklikle, ayrımcılık ibaresinin yanında nefret ibaresine yer verilmiştir. Böylece söz konusu suçun nefrete dayalı ayrımcılık olduğuna vurgu yapılmıştır. Bu suretle söz konusu suç, ancak doğrudan kastla ve nefret saikiyle işlenebilen bir suç olarak tanımlanmıştır.*" şeklinde tanımlanmıştır. Doktrinde bu değişiklikle birlikte, nefret ve ayrımcılık suçunun, nefret suçu olup olmadığı tartışılmıştır.

Doktrinde bazı yazarlara göre; bir farklılık veya mensubiyet nedeniyle ayrımcılığa tabi tutulma durumu suç olarak düzenlendiğinden, nefret ve ayrımcılık suçu tipik bir nefret suçudur.⁹⁵ Bu görüşe göre, nefret suçlarını diğer suçlardan şu üç özellik temelinde ayırt etmek mümkündür. "1) *nefret suçuna maruz kalanlar, diğer suç mağdurlarına göre, fiziki ve psikolojik yönden daha çok zarar görürler;* 2) *nefret suçlarındaki asıl hedef, suça maruz kalan kişinin ötesinde, onun mensup olduğu sosyal grup olup, bu durum, gruplar arasında gerginliği arttırmak suretiyle toplumsal barışı ihlal tehlikesi taşır;* 3) *nefret suçuna hedef olan gruplar, sadece toplum içindeki radikal kişiler tarafından değil, aynı zamanda polis, adli makamlar gibi devletin organları tarafından da ayrımcılığa maruz bırakılarak mağdur edilirler.*"⁹⁶ Madde metninde değişiklik yapılmasına ilişkin kanunun gerekçesine göre, ayrımcılık suçunda yapılan değişiklikle

⁹² Türay, s. 85.

⁹³ Aytekin İnceoğlu, s. 105.

⁹⁴ Sınar, Hasan, Türk Hukukunda Nefret Suçlarına İlişkin Yasal Düzenleme Çalışmaları, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, MÜHFHAD, C:19, S:2, İstanbul, 2013, s. 1272.

⁹⁵ Özbek, Veli Özer/ Doğan, Koray/ Bacaksız, Pınar, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yay, 2021 Ankara, s. 479.

⁹⁶ Demirbaş, s. 2701.

birlikte, suç hem ayrımcılık suçu hem de aynı zamanda bir nefret suçudur.⁹⁷ Suç düzenlenen hareketler bakımından ayrımcılık suçu, saike bakıldığında ise nefret suçu olarak nitelendirilebilir.⁹⁸ Nefret ve ayrımcılık suçunun, nefret suçu olduğunu savunan görüş kanuni düzenlemenin lafzından yola çıkarak suçun hukuki nitelendirmesini yapmaktadır.⁹⁹

Doktrinde çoğunluğun görüşüne göre nefret ve ayrımcılık suçu bir nefret suçu değildir. Kanun bu değişiklikten sonraki halinde dahi nefret suçuna değil, ayrımcılık suçuna ilişkin bir düzenlemedir. 6529 sayılı Temel Hak ve Hürriyetlerin Geliştirilmesi Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 15. maddesi ile “ayrımcılık” suçu değiştirilerek “nefret ve ayrımcılık” suçu haline getirilmiştir. Burada yapılan, ayrımcılık suçunun temelinde nefret saikinin aranmasıdır.¹⁰⁰

Bu görüşe göre, maddenin nefret saikiyle işlenen ayrımcılık suçu olarak düzenlenmesi daha uygun olacaktır.¹⁰¹ Maddede düzenlenen suçun nefret suçu olabilmesi için nefret saikine bağlı olmaksızın işlenebilen bağımsız bir suç tipinin varlığı gerekmektedir. Nitekim nefret suçu için aranan iki unsur vardır. Bunlardan ilki temel bir suçun varlığıdır. Nefret ve ayrımcılık suçunda ise temel suç kavramı yoktur. Nefret saiki suçun unsuru olarak düzenlendiğinden, eksikliği halinde bağımsız bir suç tipi olarak ayrımcılık suçu işlenemeyecektir. Oysa nefret suçunda, nefret saiki suçun unsuru olmadığından saik ortadan kalksa bile failin, bağımsız suçun temel unsurundan dolayı sorumluluğu devam etmektedir.

Kanaatimizce de nefret ve ayrımcılık suçu, salt nefret suçu olarak nitelendirilemeyecektir. Kanuni düzenlemenin iyileştirilmesi gereken yönlerinin olmasına karşın, kişilerin sahip olduğu özelliklere karşı güdülen ön yargı nedeniyle belirli temel hak ve özgürlüklerinden mahrum edilmelerinin korunması önemli bir gelişmedir. Bu nedenle, kanun koyucunun amacına uygun

⁹⁷ 6529 sayılı Temel Hak ve Hürriyetlerin Geliştirilmesi Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un genel gerekçesinde nefret ve ayrımcılık suçuna ilişkin şu gerekçeye yer verilmiştir: “*Nefret suçu günümüzde mücadele edilmesi gereken en önemli olgulardan biri olarak uluslararası gündemde yerini almıştır. Nefret suçlarında hedef mağdurdan öte mağdurun üyesi olduğu sosyal gruptur. Fail için ise, önyargı açık veya örtülü şekilde suçun işlenme motivasyonunu oluşturmaktadır. Ayrımcılık temelli olması nedeniyle nefret suçu fail ve mağdur ile birlikte tüm toplumu yakından etkilemektedir. Bu kapsamda Türk ceza adalet sistemine daha uygun olacak şekilde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen ayrımcılık suçuyla birlikte nefret suçu da düzenlenmektedir*”.

⁹⁸ **Şahinkaya, Yalçın**, Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Nefret Söylemi ve Karşılaştırmalı Nefret Suçları, Adalet Yay, Ankara 2016, s. 48.

⁹⁹ **Kahraman, Recep**, Nefret Saikinin Ayrımcılık Suçuna Etkisi, MÜHFHAD, 2021, C:21, S:1, s. 223.

¹⁰⁰ **Özar**, s. 100.

¹⁰¹ **Ersoy, Uğur**, Nefret ve Ayrımcılık Suçu TCK m.122), CHD, S:34, 2017, s. 10; **Bulut, Pınar**, Türk Ceza Kanunu'nda Ayrımcılık Suçu (TCK Md.122), Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, 2012, s. 153; **Türay, Aras**, Nefret Suçları ve Güncel Gelişmeler, s. 92; **Öztürk, Nurten**, Nefret ve Ayrımcılık Suçu, s. 9.

olarak ve daha doğru uygulanabilmesi açısından, maddenin bizce de nefret saikiyle işlenen ayrımcılık suçu olarak düzenlenmesi daha isabetlidir.

İKİNCİ BÖLÜM: TÜRK CEZA KANUNU'NDA NEFRET VE AYIRIMCILIK SUÇU

I. GENEL OLARAK

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda bulunmayan nefret ve ayrımcılık suçu, ilk olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ikinci kitabının, kişilere karşı suçlar kısmının, hürriyete karşı suçlar bölümünde düzenlenmiştir. Ayrımcılık suçu, 12 Mayıs 2003 tarihinde TBMM'ye sunulan 2003 tarihli Türk Ceza Kanunu Hükümet Tasarısı'nın 170'inci maddesi;

“Kişiler arasında köken, cinsiyet, aile durumu, örf ve adet, siyasal düşünce, felsefi inanç, sendika, bir etnik gruba mensupluk, ırk, din, mezhep nedeniyle ayırım yaparak; 1- 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; 2- Besin maddelerini vermeyen veya kamuya arz edilmiş bir hizmeti yapmayı reddeden; 3- Kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engelleyen; kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya 750 milyon liradan 2 milyar liraya kadar ağır para cezası verilir. Bu maddede yazılı suçlar tüzel kişiler aleyhine işlendiğinde de aynı cezalar uygulanır. Tüzel kişiler de bu maddede yazılı suçlardan dolayı sorumludurlar.” şeklinde kaleme alınmıştır.

Bu tasarıdan yola çıkılarak 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren ilk düzenleme ayrımcılık başlığı altında şu şekildedir:

“(1) Kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi 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.”

Madde metnindeki ayrımcılık sebeplerine 01.07.2005 tarihinde 5378 sayılı Kanun ile, “özürlülük” ibaresi eklenmiştir.

Madde metni ilk haliyle doktrinde bazı eleştirilere maruz kalmıştır. Bir görüşe göre, böyle bir kanuni düzenlemeye gerek yoktur ve aslında toplum nezdinde olmayan ayrımcılık kavramı, maddenin düzenlenmesiyle bireyler tarafından zihinlerine kazınacaktır.¹⁰² Düzenleme için yapılan bir diğer eleştiri ise, madde metninin kapsamının dar ve karışık olduğu yönündedir.¹⁰³

Doktrinde tartışılan bir diğer husus ise madde metninin değişiklikten önceki halinde bulunan “ve benzeri sebepler” ibaresidir. Bizim de katıldığımız bazı görüşlere göre, “ve benzeri sebeplerle” ifadesi, ceza hukukunun temel ilkelerinden olan kanunilik ilkesine aykırı olması ve kıyas yapılabilmesine imkan vermesi nedeniyle kanun metninde yer almamalıdır.¹⁰⁴

Nitekim “ve benzeri sebepler” ibaresi; “*Ayrımcılık suçunun tanımlandığı maddede değişiklik yapılarak ayrımcılık sebepleri ile Kanunun özellikle 3 üncü maddesinde yer verilen sebepler arasında ahengin sağlanması amaçlanmıştır. Keza bu değişiklikle, ayrımcılığın dayandığı sebepler tadadî ve tahdidi olarak belirlenmiştir. Çeşitli kanunlardaki suç tanımlarında yer verilen "gibi" ibaresi ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesinin ceza hukukunun güvence fonksiyonlarından birini oluşturan belirlilik ilkesine vurgu yaparak verdiği iptal kararları ve bu kararlardaki gerekçeler göz önünde bulundurularak madde metninde ayrımcılık nedenleri bağlamında yer verilen "ve benzeri sebeplerle" ibaresi madde metninden çıkarılmıştır.*” gerekçe gösterilerek kanun metninden çıkarılmıştır.¹⁰⁵

Bu değişiklik doktrinde çoğunluk görüş tarafından, suça ilişkin ayrımcılık sebeplerinin tahdidi olarak belirlenmesi ve suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince yerinde olarak nitelendirilmiştir.¹⁰⁶ Kanaatimizce de Anayasa m. 38’de düzenlenen kanunilik ilkesi gereğince, kanun metnindeki “ve benzeri sebepler” ifadesinin kaldırılması doğru olmuştur.

¹⁰² Şen, Ersan, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu Cilt 1 (Madde 1-Madde 140), Vedat Yay, İstanbul, 2006, s. 519.

¹⁰³ Karan, Ulaş, Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Türk Ceza Kanunu’nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği, TBBD, 2007, S:73, s. 161.

¹⁰⁴ Kocasakal, Nefret ve Ayrımcılık Suçu, s. 19; Demren Dönmez, Burcu, Ayrımcılık Suçu, s. 19.

¹⁰⁵ Bknz. 6529 sayılı Temel Hak ve Hürriyetlerin Geliştirilmesi Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 15. madde gerekçesi.

¹⁰⁶ Kocasakal, Nefret ve Ayrımcılık Suçu, s. 19; Türay, Aras, Nefret Suçları ve Türk Ceza Hukukundaki Güncel Gelişmeler, CHD, S:26, 2014, s. 90; Karan, Ayrımcılık Yasağı, s. 163.

Aksi görüşü savunan yazarlara göre ise, kanunda yazılan ayrımcılık sebeplerine benzeyen kişisel her farklılık da madde metnine dahil edilebilir.¹⁰⁷ Bu görüşe göre, kanunda düzenlenen ayrımcılık sebepleri tahdidi değildir.

Kanun koyucu açık bir şekilde belirlediği “*dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep*” şeklindeki on koruma grubuna yönelik seçimlik hareketleri suç olarak düzenlenmiştir. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereği bu on koruma grubu dışındaki bir gruba nefret saikiyle de olsa ayrımcılık yapılması durumunda veya bu belirlenen on gruba karşı maddede belirtilen dört farklı seçimlik hareket dışında bir eylem yapılması halinde de ayrımcılık suçu oluşmayacaktır.¹⁰⁸ Bu nedenle, kanunda yazılan ayrımcılık sebeplerine benzeyen kişisel farklılıkların da madde metnine dahil edilebileceğini ileri süren görüşe katılmamaktayız.

Kanun metni 13.03.2014 tarihli 6529 sayılı Temel Hak ve Hürriyetlerin Geliştirilmesi Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 15. maddesi ile değiştirilmiştir. Bu değişiklikle birlikte madde metni şu şekli almıştır;

“(1) *Dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik*¹⁰⁹, *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.”

Madde metninde yapılan değişiklikle suçun ismi “Ayrımcılık” iken; “Nefret ve Ayrımcılık” olmuştur. Doktrinde bizim de katıldığımız görüşe göre, kelimenin ayrımcılık olarak kullanılması

¹⁰⁷ **Hafizoğulları, Zeki/ Özen, Muharrem,** Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, US-A Yay, Ankara 2021, s. 228.

¹⁰⁸ Yargıtay 18. CD, E.2015/26353, K.2016/6373, T. 30.03.2016, <https://www.mevzuat.sinerjias.com.tr> (E.T:10.10.2023).

¹⁰⁹ Maddedeki ‘özürlülük’ ibaresi, Özürlüler Hakkında Kanun’da 03.05.2013 Tarihli 6462/1 sayılı Kanun’da yapılan değişiklikle birlikte ‘engellilik’ olarak değiştirilmiştir.

dilbilgisi kurallarına aykırılık teşkil etmektedir. Bu nedenle diğer birçok çalışmada olduğu gibi, tezimizde de doğru ifade olan ayrımcılık kelimesinin kullanılması tercih edilmiştir.¹¹⁰

Madde metninde yapılan değişikliklerle hareketler de değiştirilmiştir. Düzenlemenin ilk hali “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” şeklinde iken; taşınır veya taşınmaz malın kiraya verilmesinin engellenmesi de madde metnine eklenmiştir. Aynı zamanda söz konusu malların kamuya arz edilmiş olma şartı da aranmıştır. Hizmetten yararlanmayı engelleme hareketi ayrı bir bentte düzenlenip, yine bu seçimlik hareket bakımından da kamuya arz edilmiş olma şartı aranmıştır.

Düzenlemenin ilk halinde bulunan “bir hizmetin icrasını engelleme” ve “kamuya arz edilmiş bir hizmeti yapmayı reddetme” ve “Besin maddelerini vermemek” seçimlik hareketler ise yeni düzenlemede kaldırılmıştır.

Bir kişinin işe alınmasını veya alınmamasını engelleme şeklindeki hareket ise, ayrı bir bentte “bir kişinin işe alınmasını engelleme” olarak değiştirilmiştir. Son olarak “olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmayı engelleme” hareketi ise aynı şekilde yeni düzenlemede bırakılmıştır.

Madde metninde yapılan değişiklik ile eklenen nefret ibaresinden sonra, doktrinde nefret ve ayrımcılık suçunun bir nefret suçu olup olmadığı tartışılmıştır.

Nefret suçlarını tanımlamak noktasında birden fazla görüş bulunmaktadır. Kapsayıcı tek bir tanım yapmak oldukça zordur. Nefret suçu bir görüşe göre, çoğunlukla damgalama veya ötekileştirmeye dayalı asılsız bir hiyerarşinin sürdürülmesine yönelik, şiddet veya şiddet tehdidi içeren bir güç mekanizmasıdır.¹¹¹ Başka bir tanıma göre nefret suçu, bir kişinin bir azınlık grubuna dahil olması nedeniyle zarar verici ya da aşağılayıcı davranışlara veya sözlere maruz kalması olarak açıklanan, önyargıdan kaynaklı motivasyon ile gerçekleştirilen saldırı, cinayet, tecavüz ve mülke karşı suçlar ile birlikte şiddet tehdidi ve diğer türlü aşağılayıcı hareketler olarak nitelendirilmiştir.¹¹² Doktrinde nefret suçu, failin din, dil, ırk, etnik köken, engelli olma, cinsiyet

¹¹⁰ Benzer kullanımlar için bkz. **Serim Çiçek, Gökçe**, Türk Ceza Kanunu’nda Nefret ve Ayrımcılık Suçu, Seçkin Yay, Ankara 2021, s. 78; **Özbek, Doğan, Bacaksız**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 477; **Kocasakal**, s. 28; **Karan**, s. 73.

¹¹¹ **Perry, Barbara**, In the Name of Hate Understanding Hate Crimes, Routledge Taylor& Francis Group, London and Newyork, 2001, s. 3.

¹¹² **Herek, Gregory. M.**, s. 950.

ve cinsel yönelime dair sahip olduğu önyargı ile bu özelliklerden birine sahip olduğunu bildiği veya varsaydığı bir diğer kişiye karşı gerçekleştirdiği suç şeklinde de tanımlanmaktadır.¹¹³

AGİT nefret suçları kavramını “*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*” şeklinde nitelendirmiştir.

Doktrinde çoğunluğun görüşüne göre nefret ve ayrımcılık suçu bir nefret suçu değildir. Bu görüşe göre, maddenin nefret saikiyle işlenen ayrımcılık suçu olarak düzenlenmesi daha uygun olacaktır.¹¹⁴ Maddede düzenlenen suçun nefret suçu olabilmesi için nefret saikine bağlı olmaksızın işlenebilen bağımsız bir suç tipinin varlığı gerekmektedir. Nefret ve ayrımcılık suçunda ise nefret saiki suçun unsuru olduğundan, eksikliği halinde bağımsız bir suç tipi olarak ayrımcılık suçu işlenememektedir. Nefret suçunda, nefret saiki suçun unsuru olmadığından saik ortadan kalksa bile failin, bağımsız suçun temel unsurundan dolayı sorumluluğu devam etmektedir. Oysa ayrımcılık suçunda ayrımcılık saiki suçun unsuru olduğundan, saikin ortadan kalkmasıyla birlikte ayrımcılık suçu oluşmamaktadır.¹¹⁵

Yargıtay da 18. Ceza Dairesi 30.03.2016 tarih 2015/26353 Esas ve 2016/6373 numaralı kararında ilk olarak nefret suçu, nefret ve ayrımcılık kavramlarının açıklanması gerekliliğinden bahsedip, bu kavramları açıklamıştır.

Bu kararda yüksek mahkeme nefret suçunu “*Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı'nın (AGİT) tanımına göre; Mağdurun mülkün yada işlenen bir suçun hedefinin, gerçek veya hissedilen ırk, ulusal ya da etnik köken, dil, renk, din, cinsiyet, yaş, zihinsel yada fiziksel engellilik, cinsel yönelim veya diğer benzer faktörlere dayalı olarak benzer özellikler taşıyan bir grupta gerçek ya da öyle algılanan bağı, bağlılığı, aidiyeti, desteği ya da üyeliği nedeniyle seçildiği, kişilere veya mala karşı suçları da kapsayacak şekilde işlenen her türlü suçtur.*” şeklinde tanımlamıştır. Devamında nefret suçunun işlenebilmesi için öncelikle ceza kanununda nefret suçu şeklinde bağımsız bir suç tipinin tanımlanması gerektiğini ancak Türk Ceza

¹¹³ Demirbaş, s. 2698.

¹¹⁴ Ersoy, Uğur, Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK m.122), s. 10; Bulut, Pınar, Türk Ceza Kanunu'nda Ayrımcılık Suçu (TCK Md. 122), s. 153; Türay, Nefret Suçları ve Güncel Gelişmeler, s. 92; Öztürk, Nurten, Nefret ve Ayrımcılık Suçu, s. 140; Serim Çiçek, Nefret ve Ayrımcılık Suçu, s. 138; Kocasakal, Nefret ve Ayrımcılık Suçu, s. 9.

¹¹⁵ Kahraman, s. 222.

Kanunu'nda böyle bir düzenleme olmadığını; nefret ve ayrımcılık suçunun aslında sadece nefret saiki ile işlenen ayrımcılık eylemlerini suç olarak düzenlediğini belirtmiştir. Düzenlemede nefret kavramının tek işlevi ayrımcılık suçunun oluşma şartı şeklindedir.

Aksi görüşteki yazarlara göre ise; bir farklılık veya mensubiyet nedeniyle ayrımcılığa tabi tutulma durumu suç olarak düzenlendiğinden, nefret ve ayrımcılık suçu tipik bir nefret suçudur.¹¹⁶ Nefret suçlarını diğer suçlardan şu üç özellik temelinde ayırt etmek mümkündür. “1) nefret suçuna maruz kalanlar, diğer suç mağdurlarına göre, fiziki ve psikolojik yönden daha çok zarar görürler; 2) nefret suçlarındaki asıl hedef, suça maruz kalan kişinin ötesinde, onun mensup olduğu sosyal grup olup, bu durum, gruplar arasında gerginliği arttırmak suretiyle toplumsal barışı ihlal tehlikesi taşır; 3) nefret suçuna hedef olan gruplar, sadece toplum içindeki radikal kişiler tarafından değil, aynı zamanda polis, adli makamlar gibi devletin organları tarafından da ayrımcılığa maruz bırakılarak mağdur edilirler.”¹¹⁷

Madde metninde değişiklik yapılmasına ilişkin kanunun gerekçesine göre, ayrımcılık suçunda yapılan değişiklikte birlikte, suç hem ayrımcılık suçu hem de aynı zamanda bir nefret suçudur.¹¹⁸ Suç düzenlenen hareketler bakımından ayrımcılık suçu, saike bakıldığında ise nefret suçu olarak nitelendirilebilir.¹¹⁹ Nefret ve ayrımcılık suçunun, nefret suçu olduğunu savunan görüş kanuni düzenlemenin lafzından yola çıkarak suçun hukuki nitelendirmesini yapmaktadır.¹²⁰

Nefret ve ayrımcılık suçunun nefret suçu olduğunu savunan görüş doktrinde eleştirilmektedir. Bu eleştirilere göre, madde başlığında yer alan nefret ibaresinin, sanki ayrı ayrı hem nefret hem de ayrımcılık şeklinde iki suç düzenlenmiş gibi sunulması yersizdir.¹²¹ Madde başlığı her ne kadar “nefret ve ayrımcılık suçu” olarak düzenlenmiş ise de başlığın “nefret saikiyle işlenen ayrımcılık suçu” şeklinde olması daha uygundur.¹²² Ayrıca nefret, ilk bölümde detaylıca açıklandığı üzere, kişinin kimi zaman kendine bile itiraf edemeyeceği veya

¹¹⁶ Özbek, Doğan, Bacaksız, Özel Hükümler, s. 479.

¹¹⁷ Demirbaş, s. 2701.

¹¹⁸ 6529 sayılı Temel Hak ve Hürriyetlerin Geliştirilmesi Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un genel gerekçesinde nefret ve ayrımcılık suçuna ilişkin şu gerekçeye yer verilmiştir: “Nefret suçu günümüzde mücadele edilmesi gereken en önemli olgulardan biri olarak uluslararası gündemde yerini almıştır. Nefret suçlarında hedef mağdurdan öte mağdurun üyesi olduğu sosyal gruptur. Fail için ise, önyargı açık veya örtülü şekilde suçun işlenme motivasyonunu oluşturmaktadır. Ayrımcılık temelli olması nedeniyle nefret suçu fail ve mağdur ile birlikte tüm toplumu yakından etkilemektedir. Bu kapsamda Türk ceza adalet sistemine daha uygun olacak şekilde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen ayrımcılık suçuyla birlikte nefret suçu da düzenlenmektedir”.

¹¹⁹ Şahinkaya, s. 48.

¹²⁰ Kahraman, s. 223.

¹²¹ Kocasakal, s. 35.

¹²² Ersoy, s. 16.

kabullenemeyeceği, kişinin doğrudan iç dünyasıyla alakalı, karmaşık bir duygudur. İspatı zor olan soyut bir duyguyu ayrımcılık suçunun temel şartı olarak düzenlemek kanunun amacına uygun olmadığı gibi, etkili bir uygulamanın da önünü kapatır mahiyettedir.¹²³ Nefret duygusunun dış dünyaya yansıdığı durumlarda ise bu yansımanın nasıl ispatlanabileceği sorunu ortaya çıkmaktadır. İspatlanabilmesi bir hayli zor olan nefret kavramı yerine, ispatlanabilmesi daha kolay olan ön yargı kavramının ön plana çıkartılması daha doğru bir düzenleme şeklidir.

Kanaatimizce de nefret ve ayrımcılık suçu, salt nefret suçu olarak nitelendirilemeyecektir. Kanuni düzenlemenin iyileştirilmesi gereken yönlerinin olmasına karşın, kişilerin sahip olduğu özelliklere karşı güdülen ön yargı nedeniyle belirli temel hak ve özgürlüklerinden mahrum edilmelerinin korunması önemli bir gelişmedir. Bu nedenle, kanun koyucunun amacına uygun olarak ve daha doğru uygulanabilmesi açısından, maddenin bizce de nefret saikiyle işlenen ayrımcılık suçu olarak düzenlenmesi daha isabetlidir.

II. SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Nefret ve ayrımcılık suçu, Türk Ceza Kanunu sistematığında Türk Ceza Kanunu'nun ikinci kitabının, kişilere karşı suçlar kısmının, hürriyete karşı suçlar bölümünde düzenlenmiştir. Kanuni düzenleme ile korunan hukuki değerin tespitinde kanunun sistematığı gözetildiğinde hürriyete karşı suçlar başlığı altında düzenlenmesi neticesinde bazı temel hak ve özgürlüklerin korunmasını amaçladığını sonucuna ulaşılabılır.

Madde gerekçesinde de düzenleme ile korunan hukuki değerden bahsedilmiştir. Madde gerekçesi “*Madde, insanlar arasında, yürürlükteki kanun ve nizamların izin vermediği ayırımlar yapılarak, bazı kişilerin hukukun sağladığı olanaklardan yoksun hâle getirilmelerini cezalandırmaktadır*” şeklindedir.¹²⁴ Gerekçede belirtildiği üzere, kanun koyucu, kanuni düzenlemelerin izin vermediği ayırımlar yapılarak kişilerin hukukun sağladığı olanaklardan

¹²³ Kocasakal, s. 36.

¹²⁴ TCK m. 122 gerekçesi “*Madde, insanlar arasında, yürürlükteki kanun güven nizamların izin vermediği ayırımlar yapılarak bazı kişilerin hukukun sağladığı olanaklardan yoksun hale getirilmeleri cezalandırmaktadır. Madde suçun maddi unsurlarını 3 ayrı ben de ayrı ayrı belirtmiştir. bu fiiller maddede sayılan ayırım nedenlerine dayanılarak bir taşınır veya taşınmaz malın satılmaması, devredilmesi veya bir hizmetin icra olunmaması, hizmetten yararlanmanın engellenmesi, kişinin işe alınması veya alınmamasının bu ayırım nedenlerine bağlanması, besin maddelerinin verilmemesi, kamuya arz edilmiş bir hizmetin yapılmasından kaçınılması kişinin herhangi bir ekonomik faaliyette bulunmasının engellenmesidir. Ancak menfi nitelik arz eden ve ihmal tabiatında bulunan bütün bu hareketler maddenin birinci fıkrasında gösterilen saiklerle bağlı olarak gerçekleştirilecektir. Yukarıda belirtilen olumsuz hareketler, kişilere karşı kökenleri, cinsiyetleri, aile durumları, örf ve adetleri, kişilerin değişik felsefi inançları, ayrı bir etnik gruba mensup bulunmaları, farklı ırk, din, mezhep mensubu bulunmaları nedeniyle gerçekleştirilmiş olacaktır. Yoksa sözgelimi iş sahiplerinin beğenmedikleri kişileri işe almamalarını cezalandırılması söz konusu değildir*”.

yoksun hale getirilmelerini cezalandırmayı amaçlamıştır. Bu düzenleme ile esasen kanun önünde herkesin eşit olması prensibine riayet edilmesinin amaçlandığı söylenebilir.

Yine gerekçede “*Amaç, vatandaşlar arasında çeşitli etmenlere dayanan grup mensubiyeti nedeniyle ayırım yaptırmamaktır. Madde böylece aslında millet bireyleri arasında bölücülük yapılmasını önlemek amacını gütmektedir.*”¹²⁵ şeklindeki düzenleme ile madde ile amaçlanan bir diğer unsurun bölücülük faaliyetini önlemek olduğu söylenebilir.¹²⁶ Ayrımcılık suçuna konu olabilecek eylemlerin, toplum nezdinde ötekileştirmeleri çoğaltarak toplum barışına da zarar verebilecek nitelikte olabileceği de göz önünde bulundurulmalıdır.

Bir görüşe göre ise, gerekçede belirtilen “*millet bireyleri arasında bölücülük yapılmasını önlemek amacı*” Anayasa’da düzenlenen eşitlik ilkesine ve AİHS madde 14 hükmüne aykırıdır.¹²⁷ Anayasa, kanun önünde herkesin eşit olduğunu düzenlemişken; millet bireyleri arasında bölücülük yapmanın engellenmesi şeklindeki gerekçe, temel hak ve hürriyetlerin hiçbir ayırım gözetmeksizin sağlanması durumuna engeldir.

Anayasa’nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesinin bu madde ile korunan hukuki değer kapsamının açıklanmasında önemli bir yeri bulunmaktadır. Eşitlik kavramı Anayasa’nın genel esasları arasında düzenlenmesi sebebiyle, devletin tüm kurumlarında uygulaması gereken temel prensip olarak kabul edilmelidir.¹²⁸ Anayasa’nın 10. maddesi ile ilgili kararlar ve 122. maddenin gerekçesi bir arada değerlendirildiğinde, korunan hukuki değer, insanlar arasında hukukun izin vermediği ayırımlar yapılarak, bazı kişilerin hukuken tanınan hak ve özgürlüklerden keyfi olarak yoksun bırakılmasının engellenmesi olarak ifade edilebilir. Anayasa Mahkemesi, aynı hukuksal durumda olanların aynı kurallara tabi tutulacağı ve benzer durumlara benzer çözüm getirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Eğer farklı bir durum varsa ortada “haklı bir neden” bulunmalı ve bu neden “anlaşılabilir”, “amaçla ilgili” ve “makul ve adil” olmalıdır. Burada haklı neden kavramını

¹²⁵ TCK m. 122 gerekçesi “*Amaç vatandaşlar arasında çeşitli etmenlere dayanan grup mensubiyeti nedeniyle ayırım yaptırmamaktır. Madde böylece aslında millet bireyleri arasında bölücülük yapılmasını önlemek amacını gütmektedir.*”

¹²⁶ **Yenidünya, Caner**, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Ayrımcılık Suçu, Çalışma ve Toplum, 2006/4, s. 102.

¹²⁷ **Hafızogulları, Özen**, Kişilere Karşı Suçlar, s. 228.

AİHS madde 14 “*Bu sözleşmede 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.*”

¹²⁸ **Gözler, Kemal**, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin Yay, 2012, s. 98.

somutlaştırmak için “gereklilik”, “zorunluluk”, “işin özelliklerine ve gereklerine uygunluk”, “dengeli ve makul görülebilecek ölçüler” gibi çeşitli ifadelerle başvurmuştur.¹²⁹

Doktrinde nefret ve ayrımcılık suçu ile korunan hukuki değerin ne olduğuna ilişkin çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bazı görüşlere göre, düzenleme ile kişilerin bazı temel hak ve özgürlüklerden yoksun kılınmasının önlenmesi amaçlanmaktadır. Çalışma hakkı, mülkiyet hakkı gibi temel haklar bu kapsamda değerlendirilebilir.¹³⁰ Bazı görüşlere göre ise, bu gibi haklardan yararlanmanın korunmasının yanında kişilerin onurları, dini inançları, etnik ve mezhepsel özelliklerinin de korunması amaçlanmıştır.¹³¹ Bir diğer görüş ise, insanlar arasında ayrım yapılmamasının sağlanmasıyla birlikte madde kapsamında hem bireysel hem kamusal yararın korunduğunu savunmaktadır.¹³²

Kanun; kişilerin madde metninde sayılan kişisel farklılıkları sebebiyle farklı muameleye maruz kalarak, bazı temel hak ve özgürlüklerden yararlanılmasının engellenmesini amaçlamıştır. Kişilerin salt farklılıkları sebebiyle eşit muamelede bulunulmamasını engellemek amacıyla bu davranışları konunun önemine binaen cezalandırma yolu seçilmiştir.

Yüksek Mahkeme de ilgili kararlarında; suç ile korunan hukuki değerin insanlar arasında ayrım yapılması engellenerek kişilerin hukuken geçerli hak ve özgürlüklerden keyfi olarak yoksun bırakılmasının engellenmesi olduğunu belirtmiştir.¹³³

Bizim de katıldığımız görüşe göre düzenleme ile, bireylerin eşit işlem görme hakkı kapsamında temel hak ve hürriyetlerden yararlanmasının korunması amaçlanmıştır. Fakat bununla birlikte, toplumsal düzeni koruma, kanun metninde sayılan özelliklere sahip kişilerin oluşturduğu gruplara karşı kin ve düşmanlık gibi olguların yaygınlaşmasını engelleme amacı da taşıdığı söylenebilir.¹³⁴

¹²⁹ **Karan**, Ayrımcılık Yasağı, s. 165.

¹³⁰ **Donay, Süheyl/ Kaşıkçı, Mahmut**, Açıklamalı-Karşılaştırmalı-Gerekçeli 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ve Yürürlük Kanunu, Vedat Yay, 2004, İstanbul, s. 178.

¹³¹ **Özbek, Doğan, Bacaksız**, Özel Hükümler, s. 480.

¹³² **Hafızoğulları, Özen**, s. 228.

¹³³ Yargıtay 18. CD. E. 2018/1978, K. 2019/13554, T. 01.10.2019, <https://mevzuat.sinerjias.com.tr>, (E. T:12.12.2023).

¹³⁴ **Yenidünya**, s. 102.

III. SUÇUN UNSURLARI

1. MADDİ UNSURLAR

A. FİİL

Nefret ve ayrımcılık suçunu oluşturan hareketler, kanunda dört bent halinde düzenlenmiştir. Madde metninde nefretten kaynaklanan ayrımcılık sebepleri “dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep” olmak üzere sınırlı olarak sayılmıştır. Nefret ve ayrımcılık suçunun dört hareketi bulunmaktadır:

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

Bir kişinin kamuya arz edilmiş bir belli bir hizmetten yararlanmasını engellemek;

Bir kişinin işe alınmasını engellemek;

Bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engellemek.

Madde kapsamında sınırlı sayıda ele alınan ayrımcılık sebepleri ve seçimlik hareketler ayrı ayrı incelenecektir. Belirtmek gerekir ki, ayrımcılık fiilleri maddede tek tek sayıldığından bir kişiye karşı ayrımcılık sebeplerinden birinden ötürü duyduğu nefret nedeniyle başka bir eylem gerçekleştirildiği takdirde TCK m. 122 kapsamında suç oluşmayacaktır.¹³⁵ Yine belirtmek gerekir ki, ayrımcılık sebepleri de madde metninde tahdidi olarak sayıldığından başka bir ayrımcılık sebebi de bu madde kapsamında değerlendirilemeyecektir.

a. Ayrımcılık Sebepleri

a.a. Dil

Türk Dil Kurumu Dil kavramını; “İnsanlar arasında anlaşmayı sağlayan, uzlaşmaya dayalı olarak oluşturulmuş sesli veya görsel işaretler sistemi; lisan, zeban” olarak tanımlamaktadır.¹³⁶

Türk Dil Kurumunun tanımından yola çıkarak dilin insanlar arasında iletişimi sağlayan bir araç olduğu sonucuna varılmaktadır. Aynı dili konuşan insanlar süregelen zaman içerisinde ortak bir kültürel gelenek oluştururlar. Bunun sonucu olarak aynı dili konuşan kişiler aynı kültür, gelenek ve tarih çevresinde toplanmış olmaları sebebiyle kendilerinden farklı bir dili konuşan kişiler arasında ayrımcılık meydana gelebilir.¹³⁷

¹³⁵ Yargıtay 18. CD. E.2015/26353, K. 2016/6373, T. 30.03.2016, <https://lexpera.com.tr> (E.T:12.12.2023).

¹³⁶ <https://sozluk.gov.tr> (E.T:08.12.2023).

¹³⁷ Çetinkaya, Tuğçe, Ceza Hukukunda Nefret ve Ayrımcılık, Yüksek Lisans Tezi, Başkent Üniversitesi, 2020, s. 143.

Kişinin dili sebebiyle ayrımcılığa uğramasında yalnızca konuşma dili değil, iletişimde kullanılan her türlü dil dâhildir. Ayrımcılık yasağının kapsamına kişilerin lehçeleri, şiveleri, ağızları aynı zamanda işaret dilli de girmektedir.¹³⁸

Nitekim AIHM vermiş olduğu bir kararında; Başvurucular, Hırvat diline yeteri kadar hâkim olmadıkları için ayrımcılığa uğrayarak yalnızca romanların eğitim gördüğü sınıflara yerleştirilmişlerdir. Roman çocuklara ayrılan sınıflarda verilen eğitimin yoğunluk ve içerik bakımından ulusal resmi programa oranla düşük düzeyde olduğu ve dolayısıyla ırk ayrımcılığına maruz kaldıklarını ve eğitim haklarının ihlal edildiklerini savunmaktadırlar. AIHM ise her ne kadar başvurucuların eğitim diline yeteri kadar hâkim olmamalarından dolayı geçici olarak ayrı sınıflara yerleştirilmelerinin ayrımcılık sayılamayacağını belirtse de bu uygulamanın Hırvat diline yeteri kadar hâkim olmayan diğer çocuklara uygulanmadığını, onlardan farklı olarak sadece Roman çocukların ayrı sınıflara yerleştirildiğini tespit etmiştir. Bu nedenle AIHS'nin 14'üncü maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir.¹³⁹

a.b. Irk

Irk kavramı Türk Dil Kurumu tarafından *"Kalıtsal olarak, ortak fiziksel ve fizyolojik özelliklere sahip insanlar topluluğu, budun"* olarak tanımlanmıştır.¹⁴⁰ Bununla birlikte, BM Genel Kurulunun 4/1/1969 tarihinde yürürlüğe giren ve 9/4/2002 tarihinde ise Resmî Gazetede yayımlanan "Her türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme" de ise ırk ayrımcılığı kavramı açıklanmıştır. Sözleşmeye göre; *"Bu Sözleşmede, 'ırk ayrımcılığı' terimi, siyasî, ekonomik, sosyal, kültürel veya toplumsal yaşamın 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, dışlama, kısıtlama ya da tercih anlamındadır."*

Irki grup, soy çekimine bağlı olarak aynı kökten gelmeyi kasteder. Aynı ırktan sayılan kişiler aynı kalıtsal yapıya -fiziksel özelliklere- sahiptirler. Etnik grup kavramının karşılığı ise, aynı dili konuşan, zamanla oluşmuş ortak bir kültüre, geleneğe ve yaşam tarzına sahip insan topluluğudur.¹⁴¹

¹³⁸ Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, Dil Temelinde Ayrımcılık, Ayrımcılık Temelleri Serisi, No:8, s. 3.

¹³⁹ AIHM, Orsus ve diğerleri /Hırvatistan, Başvuru No:15766/03, 16.03.2010 tarih, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-119584>, (E.T:08.12.2023).

¹⁴⁰ <https://sozluk.gov.tr> (E.T:08.12.2023).

¹⁴¹ Tezcan, Durmuş/ Erdem, Mustafa Ruhan/ Önok, Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yay, Ankara 2020, s. 64.

AİHM'e göre ırk, etnik köken ya da ulusal köken, başka bir deyişle vatandaşlık bağı temelindeki ayrımcılığa özel önem verilmelidir. AİHM, kişiler arasındaki ayrımcılığın en ağır türünün ırk ayrımcılığı olduğunu kabul etmektedir.¹⁴²

Nitekim AİHM vermiş olduğu bir kararında, Belçika'da Türklerin çoğunlukta ikamet ettiği bir bölgede meydana gelen olaylar sonucunda yürütülen soruşturma esnasında başvurunun polise soru sormak maksadıyla dokunmasından ve akabinde polislerin, başvurunun ırkından kaynaklı olarak başvurucuya karşı kötü muamelede bulundukları, başvuru ve ailesine karşı *“ne koşuyor bu arap?”*, *“Pis yabancı, pis bir yabancından öte bir şey değilsin ve hep öyle kalacaksın”*, *“bir araptan başka bir şey değilsin ve hep öyle kalacaksın”* gibi ırkçı söylemlerde bulunmuşlar, başvurunun vatandaşlık kimliği bulunmasına rağmen başvurucuya karşı *“sana nereden verdiler bu kimliği? Kimden çaldın bakalım onu?”* şeklinde ırkından kaynaklı olarak ayrımcılığa maruz bıraktıkları olayda başvuru haklı bulunmuştur.¹⁴³

Yine AİHM vermiş olduğu başka bir kararda, Belçika Ulusal Cephe adlı bir partinin başkanı seçim kampanyası süresince, *“Belçika'nın İslamlaştırılmasına karşı çıkın,” “Düzmece entegrasyon politikasına son verin”* ve *“Avrupalı olmayan iş arayanları evlerine gönderin”* gibi sloganlar içeren çeşitli broşürler dağıttırıştır. Bu nedenle ırk ayrımcılığına kışkırtmadan dolayı mahkûm olmuştur. Kendisi topluluk hizmetiyle cezalandırılmış ve 10 yıllığına milletvekilliğinden mahrum bırakılmıştır. Başvuru ifade özgürlüğü hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. AİHM başvurunun ifadelerinin nefret uyandırma potansiyeline sahip olduğunu, ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir.¹⁴⁴

Ayrıca ırk kavramı da etnik köken kavramından ayrılmalıdır. Nitekim etnik köken kavramı TCK m.122' de ayrıca nefret suçunun sebepleri arasında sayılmamıştır. Örnek vermek gerekirse Yargıtay toplumda çingene olarak tanınan Romanların ırklarına karşı işlenen suçta *“Somut olayda sanık mağdura “kim oluyorsun sen çingene” diyerek toplumda çingene olarak kabul edilen topluluğun taşıdığı bu aidiyete, bu karakteristik özelliği karşı nefret saiki ile hareket etmiş olabilir. Toplumda çingene olarak kabul edilen bir grubun varlığı mevcuttur. Bu özelliği taşıyan gruba, “arşı yine toplumda bir önyargının varlığı da bir realitedir. Çingenelik tabiki utanılacak hakaret olarak kabul edilecek bir özellik değildir. Çingeneliği küçümseyen, onları aşağılayan,*

¹⁴² AİHM, Timishev/ Rusya, Başvuru No:55762/00, 13.12.2005 tarih; <https://hudoc.echr.coe.int> (E.T:24.07.2023).

¹⁴³ AİHM, Turan Çakır/ Belçika, Başvuru No:44256/06, Tarih:10.06.2009, <https://www.anayasa.gov.tr> (E.T:08.12.2023).

¹⁴⁴ AİHM, Feret/ Belçika, Başvuru No:15615/07, Tarih:16.07.2009, <https://www.anayasa.gov.tr> (E.T:09.12.2023).

önyargı ile hareket eden patolojik bir tarihsel düşüncenin toplumda varlığı realitesi karşısında bu patolojik anlayışın cezalandırılması, mahkûm edilmesi gerekir. Bu nedenle somut olayda sanığın nefret saiki ile hareket edip etmediği mahkemece araştırılıp tartışıldıktan sonra sanığın nefret söylemi ile hareket ettiğinin kabulü halinde TCK'nın 125/1. maddesi uyarınca mahkumiyetine karar verilmelidir.” şeklinde karar vermiştir.¹⁴⁵

Bir görüşe göre, ırk nedeniyle ayrımcılık yapılması kapsamına etnik köken kavramını dahil etmek, kanunilik ilkesine aykırıdır.¹⁴⁶ Bu nedenle Çingenelere karşı yapılan ayrımcılık eylemleri kanuni düzenlemenin kapsamı dışında kalacaktır.

Bir diğer görüşe göre, kişisel her türlü farklılık TCK m. 122 kapsamında ayrımcılık sayılabilir, madde metninde sayılan ayrımcılık sebepleri tahdidi değildir. Bu nedenle etnik köken de kişisel bir farklılık olduğundan madde metnine dahildir.¹⁴⁷

Bir diğer görüşe göre, AİHS madde 14 kapsamında “ulusal veya etnik köken” kavramı ayrımcılık yasağı kapsamında kabul edilmiştir. Bir görüşe göre, Anayasa madde 90 hükmü gereğince,¹⁴⁸ AİHS kapsamında ayrımcılık sebebi olarak düzenlenen etnik köken TCK m. 122 kapsamındadır.¹⁴⁹ Sözleşmenin tanımından ve AİHM'in bu konuda ortaya koymuş olduğu tutumundan çıkartılacak sonuca göre; sadece fiziksel benzerliklerden ziyade kişinin, sürekli olarak belirli bir çevrede yaşamasından kaynaklı edindiği davranışları da bu kapsama girmektedir. Nitekim Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşmede; ırk, soy kavramlarının yanında ulusal veya etnik kökene dayalı ayrımcılıktan da bahsedilmiştir. Kanaatimizce madde metninde sayılan ayrımcılık sebepleri tahdididir, madde metninde geçmeyen etnik köken sebebini dahil etmek mümkün değildir.

Irka bağlı ayrımcılık belirli bir ırkın üstün görüşmesinden kaynaklı olarak diğer ırka mensup insanların aşağılanması şeklinde görülebileceği gibi belirli bir ırka mensup insanların aşağılanması şeklinde de görülebilir. Nazi Almanya'sında üstün Alman ırkı düşüncesinin

¹⁴⁵ Yargıtay 18. CD. E.2015/33232, K.2016/18820, 07.12.2016, www.legalbank.net (E.T:08.12.2023).

¹⁴⁶ Ersoy, s. 48.

¹⁴⁷ Hafızogulları/Özen, s. 228.

¹⁴⁸ Anayasa m. 90/5 “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasa aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne 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”.

¹⁴⁹ Serim Çiçek, s. 91.

sonuçları ve Yine Amerika’da siyahi insanlara karşı uygulanan kötü muamele ırk ayrımcılığının örnekleridir.¹⁵⁰

a.c. Milliyet

Türk Dil Kurumu Milliyet kavramını; bağlı bulunulan millet olarak tanımlanmaktadır.¹⁵¹ TCK m.122’ deki sayılan milliyet kıstasıyla anlatılmak istenen esasen vatandaşlık bağıdır. Kanunun amacı Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı veya başka bir ülkenin vatandaşlığına tabii olanlarla, kendilerinden başka bir vatandaşlığa mensup olanlar arasındaki farklılık sebebiyle kişilerin ayrımcılığa uğramalarını engellemektir. Bir millete vatandaşlık bağı ile bağlı olan insanların uğradıkları farklı muameleler milliyet temelli ayrımcılık olarak değerlendirilmektedir. Milliyet temelli yapılan ayrımcılık, uygulamada daha çok ırka dayalı ayrımcılık şeklinde değerlendirilmektedir.¹⁵²

Hukuka uygunluk sebeplerinde detaylıca bahsedilecek olmakla birlikte, yalnızca Türk vatandaşları için öngörülen bazı hukuki düzenlemeler ayrımcılık suçu kapsamında değerlendirilemeyecektir. Nitekim bu düzenlemelerle kamu yararı gözetilmekte olup haklı gerekçelere dayanmaktadır. Örneğin Tapu Kanunu madde 35 hükmünde düzenlenen yabancı uyruklu kişilerin Türkiye’de taşınmaz alımını sınırlandırması bu kapsamda değerlendirilebilir.¹⁵³

a.d. Renk

Kişilerin ten rengine dayalı ayrımcılık daha çok ırkçılığın ve etnik grup farklılığının bir yansıması olarak görülmektedir.¹⁵⁴ Kanaatimizce renk, belirli ırklara özgü bir özellik olarak kabul edildiği için ırkçılığın başka bir görünümüdür ve ırkçılıktan ayrılması pek mümkün değildir.

Bu ayrımcılığa verilebilecek en temel örnek Birleşik Amerika Devleti’nde siyahlara yönelik yapılan muamelelerdir. Amerika Birleşik Devletleri’nde ten rengi nedeniyle gerçekleştirilen ayrımcılık nedeniyle siyah tenli kimseler, barınma, çalışma, sağlık, eğitim ve ulaşım gibi hizmetlerden yararlanmada beyaz tenlilere göre farklı muamelelere maruz kalmışlardır. Ayrımcılığa dair hukuki olarak 1964 Medeni Haklar Yasasıyla garanti altına alınmış olsa da

¹⁵⁰ Öztürk, s. 97; Çetinkaya, s. 144.

¹⁵¹ <https://sozluk.gov.tr> (E.T:08.12.2023).

¹⁵² Serim Çiçek, s. 98.

¹⁵³ Tapu Kanunu m. 35 “Kanuni sınırlamalara uyulmak kaydıyla, uluslararası ikili ilişkiler yönünden ve ülke menfaatlerinin gerektirdiği hallerde Bakanlar Kurulu tarafından belirlenen ülkelerin vatandaşı olan yabancı uyruklu gerçek kişiler Türkiye’de taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinebilirler. Yabancı uyruklu gerçek kişilerin edindikleri taşınmaz ile bağımsız ve sürekli nitelikteki sınırlı ayni hakların toplam alanı, özel mülkiyete konu ilçe yüz ölçümünün yüzde onunu ve kişi başına ülke genelinde otuz hektarı geçemez. Bakanlar Kurulu kişi başına ülke genelinde edinebilecek miktarı iki katına kadar arttırmaya yeterlidir.” <https://www.mevzuat.sinerjias.com.tr> (E.T:12.12.2023).

¹⁵⁴ Serim Çiçek, s. 99.

ayrımcılık günümüzde hala sürmektedir. 25 Mayıs 2020 tarihinde, George Floyd, Birleşik Amerika Devleti'nin Minnesota eyaletinde sırf ten renginden kaynaklı olarak şehir polisi tarafından ayrımcılığa uğramış, polislerin sebepsiz şekilde aşırı şiddet içeren hareketlerine maruz kalmış ve akabinde hayatını kaybetmiştir.¹⁵⁵ Ten rengi siyah olduğu için ayrımcılığa uğrayan George Floyd'un vefatı yıllardır bu renk ayrımcılığına maruz kalan Amerika'da halk tarafından öfkeyle karşılanmış ve 400 yıldır devam eden siyahların ayrımcılığa uğramasının engellenmesi adına yürütülen diğer sivil toplum hareketlerine benzer şekilde özellikle sosyal medya platformları üzerinden “*Black Lives Matter*” – *Siyahların Hayatı Önemlidir*” özgürlük hareketi ortaya çıkmıştır.¹⁵⁶

a.e Cinsiyet

Suç kapsamındaki söz konusu ayrımcılığın nedeninin belirlenebilmesi için, cinsiyetin ne olduğunun tanımlanması gerekmektedir. Kavram olarak cinsiyet; “*Bireye üreme işinde ayrı bir rol veren ve erkekle dişiye ayırt ettiren yaradılış özelliği, eşey, cinslik, seks*” biçiminde tanımlamaktadır.¹⁵⁷

Cinsiyet ayrımcılığı, kadın erkek arasında yapılan her türlü ayrımcılığı kapsamaktadır. Özellikle iş hayatında liyakat bakımından aynı özelliklere sahip kadın ve erkekte, erkeğin tercih edilmesi yahut aynı pozisyonda çalışan kadın işçiye erkek işçiye göre daha az ücret ödenmesi bu kapsamda ayrımcılığa verilecek örneklerdendir. Bu gibi ayrımcılık eylemleri nefret saikiyle gerçekleştirildiğinde ise nefret ve ayrımcılık suçu oluşacaktır.

Buna ilişkin AİHM önüne gelen bir kararda “*bir kadın, devlet tarafından istihdam edilmek üzere bir elektrik firmasında güvenlik görevlisi için devlet memurluğu sınavını başarıyla geçmiştir. İşletme, ilk başta başvurusunun başvurusunu “erkek olma” ve “askeri hizmeti tamamlama” şartlarını taşımadığı nedeniyle kabul etmemiştir. Fakat bu karar bölge idare mahkemesi tarafından iptal edilmiştir ve başvuru 2001’de işe başlamıştır. 2003 yılında, Danıştay ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur ve 2004 yılında başvuran işten çıkarılmıştır. Bölge İdare Mahkemesi, Danıştay tarafından onanan karar kapsamında işten çıkarılmanın yasal olduğu kararına varmıştır. Başvuranın karar düzelme talebi, sonuç olarak,*

¹⁵⁵ <https://www.nytimes.com/2020/05/31/us/george-floyd-investigation.html> (E.T:11.12.2023).

¹⁵⁶ Daha fazla bilgi için bkz; **Konak, İhsan**, Yeni Toplumsal Hareketler Bağlamında Black Lives Matter (BLM) Örneği, Adam Akademi Sosyal Bilimler Dergisi, C:2, S:11, s. 199.

¹⁵⁷ <https://sozluk.gov.tr> (E.T:18.12.2023).

2008 yılında reddedilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, cinsiyet yönünden, devletlerin müdahale hakkının az olduğunu ve ayrımcı davranışların ancak çok ağır durumlara dayanan esaslarla kabul edileceğini açıklayarak olayda AİHS md. 14'ün ihlaline hükmetmiştir.”¹⁵⁸

Cinsiyet ayrımcılığı, bireyin diğer bir bireyden kötü veya farklı bir davranışa maruz bırakılması ve bu davranışların cinsiyetinden kaynaklanmasıdır.¹⁵⁹ Bir diğer anlatımla cinsiyet ayrımcılığı, bir kişinin kadın veya erkek olması nedeniyle oluşan ayrımcılık çeşididir. Cinsiyet ayrımcılığı, kişinin insan haklarından tamamıyla faydalanmasına engel olan sosyal açıdan oluşturulmuş cinsiyet rolleri ve kaidelerine dayanarak ayrıma, kınanmaya ya da dışlanmaya maruz kalmasıdır.¹⁶⁰ Burada yalnızca biyolojik cinsiyet kavramından değil; toplumsal cinsiyet kavramından da bahsetmek gerekmektedir. Toplumsal cinsiyet kavramı kadın ve erkeğe toplum tarafından yüklenen misyonlar ve manevi bazı özellikleri kapsayan, sosyalleşme süreciyle edinilen cinsiyete özgü roller, davranışlar, özellikler ya da kimlik duygusudur.¹⁶¹

Bu bağlamda cinsiyet ayrımcılığı, kaynaklara ve olanaklara erişimde eşitsizlik, tacize ve şiddete maruz kalma, ana hizmetlerden faydalanmada adaletsizlik, iş hayatı ve siyasette kadının nitelik ve nicelik olarak daha az sahne alması ve kadınlarla erkekler ilişkilerindeki güç dengesizliği hususlarıyla yakından ilişkilidir.¹⁶² Bu ayrımcılık hali hukuki yönden sadece ceza boyutuyla değil sosyal hayatta da çokça karşımıza çıkmaktadır. Zira kadın erkek ayrımcılığı yüzyıllardır süregelen bir ayrımcılık halidir. Uluslararası hukuk ve iç hukukumuzda kadın erkek arasındaki ayrımcılığın önlenmesi için kadın lehine pozitif hukuk kuralları bulunmaktadır.

Cinsiyet ayrımcılığında pozitif ayrımcılık içeren düzenlemelerin suç konusu olup olmayacağı hususunda doktrinsel tartışmalar mevcuttur. Bir görüşe göre; pozitif ayrımcılık doğrultusunda düzenlenen madde metinlerini uygulamak, bu suç bakımından, kanunun hükmünün yerine getirilmesi kapsamında bir hukuka uygunluk nedeni oluşturur.¹⁶³ Bir başka görüşe göre ise pozitif ayrımcılıkta asıl gaye aslında eşitliği sağlamak ve bu eşitlikle cinsiyet ayrımcılığını en aza

¹⁵⁸ AİHM, Emel Boyraz/Türkiye, Başvuru No:61960/08, Tarih 02.12.2014, [https://hudoc.echr.coe.int/eng\(E.T:13.12.2023\)](https://hudoc.echr.coe.int/eng(E.T:13.12.2023)).

¹⁵⁹ **Bakım, Sevi**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) Kararları Çerçevesinde Cinsiyet Ayrımcılığı, MÜHFHAD, s. 3192.

¹⁶⁰ **Bakım**, s. 3194.

¹⁶¹ www.sozluk.gov.tr (E.T:12.12.2023).

¹⁶² **Bakım**, s. 3194.

¹⁶³ **Özbek, Doğan, Bacaksız**, Özel Hükümler, s. 483.

indirmek olduğu için ve ayrımcılık suçunun oluşması için olması gereken nefret saiki mevzu bahis olmadığından, suç oluşmayacaktır.¹⁶⁴

1982 Anayasası'nın “Kanun önünde eşitlik” başlıklı 10'uncu maddesinin ikinci fıkrasına göre “Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.” Dolayısıyla eşitliğin sağlanmasına yönelik olumlu edimler ayrımcılık olarak nitelendirilemez. AİHM bir kararında “erkekler ve kadınlar arasında belirli sosyal güvenlik yardımlarına hak kazanmada öngörülen farklı muamelenin, kadınların dezavantajlı ekonomik durumunu düzeltmeyi amaçlamasından dolayı makul ve nesnel bir sebebe dayandığı gerekçesi ile ihlal teşkil etmediğine karar vermiştir.”¹⁶⁵ Yine benzer yönde bir AYM kararında “Eşitlik ilkesi, aynı konumda bulunan kadın ve erkeğin yasalar önünde eşit haklara sahip olmasını gerektirir. Kişinin cinsiyeti nedeniyle karşı cinse göre ayrıcalıklı duruma getirilmesi bu ilkeye aykırı düşer. Ayrıca eşitlik, bireyler arasındaki farklılıkların göz ardı edilerek herkesin her bakımdan aynı kurallara bağlı tutulması anlamında da algılanamaz. Kimi kişilerin başka kurallara bağlı tutulmalarında haklı nedenler varsa, yasa önünde eşitlik ilkesine aykırılıktan söz edilemez. Bu nedenle, yaradılış ve işlevsel özelliklerin zorunlu kıldığı kimi ayrımlar haklı bir nedene dayandığı ölçüde eşitliği bozmadığı...” yönündeki ifadeler yer vermiştir.¹⁶⁶ Pozitif ayrımcılık içeren hükümler bizim de katıldığımız görüşe göre ayrımcılık olarak nitelendirilmemelidir. Nitekim bu düzenlemelerle negatif durumda olan bireylerin bu durumunu düzeltmek amaçlanmakta, bir noktada eşitlik sağlanmaya çalışılmaktadır.

BM tarafından, 1981 yılında kabul edilerek yürürlüğe giren Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi; kadın erkek eşitliğinin ne olduğunun tanımlandığı bir sözleşmedir. Bu sözleşmede, insan haklarıyla ilgili uluslararası anlaşmaların, kadın erkek eşitliği hususunda yeterli olmadığının tespiti yapılarak; kadın erkek eşitliğinin kurulabilmesi için, ayrıyeten “kadın insan hakları” sözleşmesine gereksinim olduğu kabul edilmiştir.¹⁶⁷

Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi md. 4/1; “Erkekler ile kadınlar arasındaki eşitliği fiilen gerçekleştirmeyi hızlandırmak için taraf devletlerin aldıkları

¹⁶⁴ AYTEKİN, İNCEOĞLU, s. 374.

¹⁶⁵ AİHM, Stec ve Diğerleri/ Birleşik Krallık, Başvuru No:65731-65900/01, <https://hudoc.echr.coe.int/> (E.T:12.12.2023).

¹⁶⁶ AYM. E. 2010/119, K. 2011/165, Tarih 08.12.2011; <https://mevzuat.sinerjias.com.tr> (E.T:12.12.2023).

¹⁶⁷ KAYPAK, ŞAFAK, KAHRAMAN, MEHMET, Türkiye’de Kadının İnsan Hakları ve Anayasal Yansıması, Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C:13, S:33, 2016, s. 305.

geçici tedbirler, bu sözleşmede tanımlanan bir ayrımcılık şeklinde görülemez; ancak bunlar hiçbir şekilde eşitlikçi olmayan veya farklı türden standartların sürdürülmesi sonucunu doğuramaz; fırsat ve muamele eşitliğini sağlama amacı gerçekleştiğinde bu tedbirlerin uygulanmasına son verilir.” şeklindedir.

Cinsiyet kavramından ne anlaşılması gerektiği yönünde doktrinde tartışmalar mevcuttur. Bir görüşe göre; maddede geçen cinsiyet ifadesinin yalnızca kadın ve erkek şeklinde olduğu cinsel tercihlerin/kimliğin¹⁶⁸ maddeye dahil edilmemesi gerektiği yönündedir.¹⁶⁹ Başlangıçta, biyolojik cinsiyeti¹⁷⁰ esas almış görünen bu görüş, cinsiyete ilişkin olarak sadece, kadın erkek ayrımı kabul ederek; madde kapsamına, biyolojik cinsiyet olarak değerlendirilen interseksleri¹⁷¹ bile kabul etmemektedir. Cinsiyet sınıflandırmaları, tarihsel açıdan bakıldığında uzun yıllar önce tartışılmaya başlanmış;¹⁷² ilerleyen süreçte, ortaya yeni cinsel kimlik akımları¹⁷³ çıkmıştır.

Cinsel yönelim kavramı kişinin cinsel duygu, istek ve davranışların belli bir cinsiyete çekimidir. Bu yönelim kişinin kendi cinsiyet kimliğine yönelik olduğunda eşcinsel yani homoseksüel, diğer cinsiyet kimliğine yönelik olduğunda heteroseksüel, her iki cinsiyet kimliğine yönelik olduğunda biseksüel olarak adlandırılır.¹⁷⁴ Bu tanımdan da yola çıkılarak doktrindeki bir diğer görüş, maddede kullanılan cinsiyet ibaresinin sadece ikili ayrım olarak yapılan ayrımcılığın yanında; cinsel yönelimlerin de dâhil olduğunu, bu sebeple bütün LGBTİ bireylerin madde

¹⁶⁸ “Biyolojik cinsiyetle paralel ya da ondan başka, bireyin hissettiği cinsiyettir.” **Karadağ, Nergis**, Cinsel Azınlıkların Bireysel Hakları, On İki Levha Yay, İstanbul 2008, s. 5.

¹⁶⁹ **Tanay, Gizem**, Ayrımcılık Suçu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, Ankara 2012, s. 125; **Altun, Muammer**, Ayrımcılık Suçu (TCK Md. 122), Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, 2010, s. 62; **Öztürk**, s. 112.

¹⁷⁰ “Biyolojik cinsiyet kromozomlar, hormonlar, eşeysel bezler, cinsiyet organları ve bunlarla bağlantılı iç organlara göre belirlenir.” **Karadağ**, s. 5.

¹⁷¹ “İnsanın, kadın veya erkek olması gerektiği savını, bilimsel olarak çürüten; üreme organları hem dişi hem eril olan ve bütün cinsel özelliklerin birbirine karıştığı, çift cinsiyetli, hermafrodit kişilerdir.” **Freud, Sigmund**, (çev. **Avni Öneş**), Cinsiyet Üzerine, Say Yay, İstanbul, 1993, s. 25.

¹⁷² “Sigmund Freud, kadınlığın veya erkekliğin, doğal olarak belirlendiği görüşünü çürütmüş; aksine, insanlarda biseksüelliğin baskın olduğunu kanıtlamıştır. Bu da insanların tümüyle yerleşik bir cinsel karakterlerinin olmadığını gündeme getirmiştir.” **Cornell R. W.** (çev. **Cem Soydemir**), Toplumsal Cinsiyet ve İktidar, Toplum, Kişi ve Cinsel Politika, Ayrıntı Yay, İstanbul 2016, s. 57; **Foucault, Michel**, (çev. **Hülya Uğur Tanrıöver**), Cinselliğin Tarihi, Ayrıntı Yay, İstanbul, 2015, s. 38.

¹⁷³ “Lezbiyen ve gey odaklı akım ve çalışmalar, 60’larda eşcinsel hareket şeklinde yoğunlaşmış; buna paralel olarak 90’larda queer kuram, literatürde kendine yer edinmeye başlamıştır.” **Karadağ**, s. 10; “Cinsel kimlik sorunu, özcü ve konstrüktivist akımın tartışmalarıyla açıklanmaya çalışılmaktadır. Özcü akıma göre kimlik, doğal, değişmez ve doğuştandır; konstrüktivist akıma göre kimlik, bireylerin, kendilerini ifade etme çabası içinde, toplumsal koşullar üzerinden belirlenir ve akışkandır. Konstrüktivistler, sahip olunan cinsel kimliğin, sınırları belli, ampirik bir kategori olmayıp, kimliklenme sürecinin bir sonucu olduğu iddiasındadırlar.” **Jogose, Annamarie**, (çev. **Ali Toprak**), Queer Teori Bir Giriş, Notabene-KaosGL Yay, İstanbul, 2017, s. 10.

¹⁷⁴ **Keleş, Burçak**, Ayrımcılık Yasağı Kapsamında Cinsiyet ve Cinsel Yönelim, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2019, s. 25.

kapsamındaki cinsiyet sebebine dayanan nefret ve ayrımcılığın mağduru olabileceğini savunmaktadır.¹⁷⁵

Bir görüş kanunilik ilkesi gereğince LGBT bireylere karşı işlenen nefret ve ayrımcılık fiillerinin bu madde kapsamında korunamayacağını ifade etmektedir.¹⁷⁶ Bu görüşe göre, cinsiyetin kapsamı, maddede aslında kadın mağdurlara dikkat çekmek amacıyla kullanılmış olsa da transgender,¹⁷⁷ cinsiyet kapsamında varsayılabildiği için, madde içerisine travesti ve transseksüeller de dâhildir. Cinsel yönelim ise, cinsiyet kapsamı dışında olduğu için suç, kadınlarla birlikte, LGBT bireyler arasından sadece, travesti ve transseksüeller suçun mağduru olabilir.¹⁷⁸ Yine bu görüş paralelinde olan bir diğer görüş, cinsiyet kavramını erkek, kadın, transseksüel, heteroseksüel veya biseksüel olarak tanımlamıştır.¹⁷⁹

Suçun kapsamında sayılan ayrımcılık nedenlerinin tahdidi olmadığını savunan görüşe göre, cinsel eğilim nedeniyle işlenen nefret ve ayrımcılık suçu, cinsiyet nedeniyle işlenen nefret ve ayrımcılık suçuyla tamamen aynı olmasıyla birlikte; cinsel yönelim biyolojik açıdan ele alındığında, suçun oluşmasına sebebiyet veren renk, ırk, milliyet ile aynı kapsamda yer almaktadır.¹⁸⁰

AİHM birçok kararında cinsel yönelim nedeniyle ayrımcılığa maruz kalmayı AİHS m. 14 kapsamında ihlal olarak değerlendirmiştir. Örneğin, mahkeme bir kararında “*Başvurucu, bir kadınla evlenerek bu evliliğinden bir kız çocuğu olmuştur, daha sonra eşinden ayrılarak bir erkekle yaşamaya başlamasının ardından ulusal yargı mercilerinin çocuğun velayetinin anneye verilmesi yönündeki kararının, münhasıran kendi cinsel yönelimine dayandığını iddia etmektedir. AİHM, çocuğun velayetini anneye veren ulusal yargı merciinin kararının temyiz edilmesi sebebiyle incelendiği ulusal Temyiz Mahkemesi kararının birçok yerinde başvurusunun eşcinsel olmasının nihai kararda belirleyici unsur olduğunu gösterdiği kanaatindedir. Eşcinsel olan başvurucuya velayetin verilmemesine yönelik ulusal merciler tarafından verilen karar,*

¹⁷⁵ Kocasakal, s. 23.

¹⁷⁶ Ersoy, s. 47.

¹⁷⁷ “Transgender, ameliyatla veya ameliyatsız olarak, biyolojik cinsiyet veya görünümüne müdahale eden kişileri ifade eder. Transseksüel, transvestit ve interseksleri de içine alan bir üst kavram olarak kullanılır. Transseksüeller, biyolojik cinsiyet ile kabul edilen cinsel kimlik arasında uyumsuzluk olan kişilerdir. Transvestitler, daha yaygın Türkçe kullanımıyla travestiler, karşı biyolojik cinsiyetin kıyafetlerini giymekten haz duyan kişilerdir.” Karadağ, s. 14-15.

¹⁷⁸ Ersoy, s. 47.

¹⁷⁹ Meran, Necati, Hürriyetten Yoksun Bırakma, Tehdit, Şantaj, Konut Dokunulmazlığını Bozma, Ayrımcılık, Seçkin Yay, Ankara 2014, s. 529; Meran, Necati, Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Kişilere Karşı Suçlar, Seçkin Yay, Ankara 2008, s. 559.

¹⁸⁰ Hafizoğulları, Özen, Kişilere Karşı Suçlar, s. 228.

başvurucunun cinsel yönelimine dayalı olması nedeniyle ayrımcı niteliktedir.” başvurucunun cinsel yönelimi nedeniyle ayrımcılığa maruz kaldığına karar vermiştir.¹⁸¹

Kanaatimizce, cinsiyet kavramına yalnızca kadın ve erkek ayrımını temel almak diğer tüm cinsel farklılıkları yok saymak maddenin düzenlenme amacına da aykırıdır. Fakat tüm cinsel yönelimleri de bu kavrama dahil etmek mümkün değildir. Bu nedenle kanunilik ilkesi gereğince bizce de maddede düzenlenen ayrımcılık sebeplerine “cinsel yönelim” kavramı da eklenmelidir.¹⁸² Cinsiyet kavramından kastedilenin kadın erkek bireylerle birlikte yine biyolojik cinsiyet olarak değerlendirilen interseks bireylerin de olduğu görüşüne katılmaktayız.

a.f. Engellilik

5378 Sayılı Kanun’unun 3’üncü maddesinde “*Engelli: “Fiziksel, zihinsel, ruhsal ve duysal yetilerinde çeşitli düzeylerde kayıplarından dolayı topluma diğer bireyler ile birlikte eşit koşullarda tam ve etkin katılımını kısıtlayan tutum ve çevre koşullarından etkilenen birey”* olarak tanımlanmıştır. Yine aynı maddenin devamında 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. Engellilik alanındaki temel anlayış, engellilere özgü yeni haklar yaratıp engellileri bu özel haklardan faydalanmasını sağlamak olmayıp engellilerin toplumun diğer fertleri ile eşit düzeyde insan haklarından yararlanmaları üzerinedir. Nitekim tüm engelli bireyler teoride aslında tüm temel hak ve özgürlükleri düzenleyen sözleşmelerin kapsamındadır, fakat uygulamada engelli bireylere yönelik farklı düzenlemeler ve güvenceler sağlanmalıdır.¹⁸³

BM Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme “Amaç” başlıklı 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. Bu sözleşme Türkiye tarafından 2008 yılında imzalanıp, 14.07.2009 tarih ve 27288 sayılı resmi gazetede yayımlanmıştır.

¹⁸¹ AİHM, Salgueiro Da Silva Mouta- Portekiz, Başvuru No: 33290/96, <https://hudoc.echr.coe.int/> (E.T:12.12.2023).

¹⁸² Aksi Görüş; **Serim Çiçek**, s. 94.

¹⁸³ **Akar, Onur**, Ayrımcılık Yasağı Kapsamında Engellilik ve Engelli Hakları, Yüksek Lisans Tezi, MEF Üniversitesi, 2022, s. 45.

Bu sözleşmede diğer önemli bir düzenleme ise makul düzenleme kavramıdır. Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşmenin 2. Maddesinde “*Makul düzenleme, 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 düzenlemeleri ifade eder.*” şeklinde belirtilmiştir. Makul uyumlaştırma kavramı, engelli bireyler açısından; bir kişi veya kuruluşun, bir hükmün, ölçütün veya uygulamanın beraberinde getirmiş olduğu bazı dezavantajları sonlandırmak için uygun olarak bazı tedbirlerin alınma hali olarak ifade edilebilir. Engelli bireylere engelli olmaları sebebiyle bir ayrımcılık yapılmamasına ek olarak devletlerin konusuna ilişkin makul düzenleme yükümlülüğü de mevcuttur.

AIHM önüne gelen başvurularda AIHS ile birlikte Engelli Hakları Sözleşmesi’ni de dikkate almıştır. Mahkemenin vermiş olduğu bir kararında; “*Başvurucu engeli sebebiyle eğitim hakkının ihlal edildiğine ilişkin bir başvuruda bulunmuştur. Söz konusu başvuruda İstanbul Teknik Üniversitesi Konservatuvarı’na giriş sınavını kazanan görme engelli bireyin, Konservatuara kayıt şartlarını sağlamadığı gerekçesiyle kaydı yapılmamıştır. İç hukuk yollarına başvurulmuş fakat talepleri reddedilmiştir. AIHM’nin önüne gelen başvuruda, yerel makamların engelli bireyin ihtiyaçlarını tespit etmeye çalışmadıklarını, yerel makamların engelli bireyin ihtiyaçlarını tespit edip, söz konusu müzik eğitimini alabilmek için bu engellilik oranının ne kadar etkili olacağını belirtmesi gerekmektedir. Ulusal makamlar, başvuranın görme engelli olmasının gerektirdiği özel pedagojik ihtiyaçları karşılamak için düzenlemeler de tasarlamaya çalışmamışlardır*” şeklinde karar vererek makul düzenleme yükümlülüğünden bahsetmiştir.¹⁸⁴ Üniversitenin ölçülü ve aşırı yük getirmemek kaydıyla gerekli makul düzenlemeleri yapmaması ayrımcılık olarak nitelendirilebilir.

Anayasa Mahkemesinin önüne gelen bir uyuşmazlıkta; başvuru, görme engelli olup kredi kullanmak amacıyla bulunduğu özel bankada imzasını ne şekilde atacağı belirlenmediğinden uzun süre bekletilmesi nedeniyle kendisinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkıyla bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının ihlal edildiği iddiasında bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi başvurunun talebini kabul ederek ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme gerekçesinde; “*Kamusal makamların engelli bireylerin ekonomik ve toplumsal bakımdan belirli bir yaşam standardına erişiminin sağlanması yönünden*

¹⁸⁴ AIHM, Çam/Türkiye, Başvuru No: 51500/08, 23.02.2016, <https://hudoc.echr.coe.int/eng>, (E.T:10.12.2023).

tedbirler alması gerekmektedir. Engellilerin tüm insan haklarını ve temel özgürlüklerini diğerleriyle eşit şekilde kullanmasını veya bunlardan yararlanmasını sağlayacak düzenlemelerin olması ve Anayasa'nın 10. maddesinin de bu bağlamda yorumlanması gerekmektedir. Bu anlamda engelli kişilerin özel ihtiyaçları dikkate alınarak diğer bireylerle eşit şekilde yaşayabilmelerine yönelik devletin pozitif yükümlülüğü bulunmaktadır. Nitekim ilgili hukuk kısmındaki mevzuat incelendiğinde ulusal ve uluslararası düzenlemelerde engelli bireylerin ayrımcı muameleye karşı korunması konusunda bir mutabakatın bulunduğu görülmektedir” şeklinde hüküm kurarak yine makul düzenleme yükümlülüğünden bahsetmiştir.¹⁸⁵

Tekerlekli sandalye kullanan kişilerin belediye otobüslerine binebilmeleri için uygun ekipmanın sağlanmaması, Noterlik Kanunu madde 73 hükmü açık olmasına rağmen, görme engelli bir kişinin talebi olmaksızın tanık olmadan vekaletname vermesinin engellenmesi, otizmli bir çocuğun restoranda bulunan oyun alanına alınmaması gibi durumlarda ayrımcılık oluşacaktır.¹⁸⁶

Engellilik sebebiyle nefret ve ayrımcılık suçunda doktrinde eleştirilen bir husus, madde metninde yapılan değişiklikle getirilen nefret nedeniyle ibaresidir. Nitekim diğer ayrımcılık sebeplerinden farklı olarak engellilik sebebiyle gerçekleştirilen ayrımcılık fiillerinin birçoğu acıma duygusuyla temellendirilmektedir. Bu nedenle engelli bireylerin maruz kaldığı birçok ayrımcılık durumunda nefret saiki bulunmadığından suç oluşmayacaktır.¹⁸⁷ Kanaatimizce, madde metninde yapılan değişiklikle eklenen nefret ibaresi maddenin tamamında uygulanmasını zorlaştırmakla beraber, engellilik hususunda yapılan ayrımcılık faaliyetlerinin birçoğunda nefret saiki bulunmaması nedeniyle cezalandırılmayacaktır.

a.g Siyasi Düşünce

Bir kimsenin siyasi düşünceleri nedeniyle ayrımcılığa, farklı muameleye maruz kalması nefret ve ayrımcılık suçunu oluşturacaktır. Siyasi düşünce, sosyalist, liberal, kapitalist, devrimci gibi temel sınıfsal kavramlarla nitelendirilebilir. Aynı zamanda bir siyasi parti üyesi olmak, bir

¹⁸⁵ AYM, E. 2017/37627, 02.03.2023 Tarih, www.mevzuat.sinerjias.com.tr (E.T:13.12.2023).

¹⁸⁶ Bknz. Noterlik Kanunu m. 73 “Noter, ilgilinin işitme, konuşma veya görme engelli olduğunu anlarsa, işlemler engellinin isteğine bağlı olmak üzere iki tanık huzurunda yapılır. İlgilinin işitme veya konuşma engelli olması ve yazı ile anlaşma imkanının da bulunmaması halinde, iki tanık ve yeminli tercüman bulundurulur”.

¹⁸⁷ **Sezer, Osman**, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 122. Maddesindeki Son Düzenlemeler Bağlamında Engellilik Nedeniyle Yapılan Ayrımcılığa Yönelik Değerlendirmelerimiz, A.B.D., S:3, 2016, s. 544.

partie oy vermek ya da sağ veya sol görüşlü olmak da bu kapsamda değeriendirilmelidir.¹⁸⁸ Siyasi ayrımcılık; tüm toplumca kabul gören bir gerekçe söz konusu olmaksızın, bir kişinin yalnızca siyasi görüşleri nedeniyle haklar ve özgürlükler bağlamında diğeri kişilerden farklı ve eşit olmayan bir muameleye maruz kalmasıdır.¹⁸⁹

Düşünce ve kanaat özgürlüğü 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.*” şeklinde düzenlenmiştir.

Örneğin, bir kimseye, sol görüşlü olması nedeniyle bir taşınmazın satılmaması hali, bu suçta örnek olarak verilebilir. Yahut bir siyasi partie üye olan kimsenin, olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasının, bir market sahibinin satışlarının engellenmesi de örnek olarak verilebilir. Yargıtay'ın önüne gelen bir olayda “*sanıkların sosyal medya hesapları üzerinden olay günü müşterilerden birine ait işletmeyi bir parti yandaşı olarak gösterdiği, müşterilerin bu partinin yapmış olduğu toplantıya katıldıklarını, müşterileri terör örgütü mensubu olarak gösterdikleri ve bu kişiler ile alışveriş yapılmaması gerektiğini beyan eden yazılar paylaştığı mesajında ‘.... adlı işletmenin fotoğrafını da paylaşarak buradan alışveriş yapmayın bunlar terör örgütü yandaşı, bir partinin mitinginde yer alan şerefsizlerdir İlçemizde böyle bir şeyin olması kimseye yakışmaz bir de böyle kişilerin mekanlarını korumak için emniyetten memurlar bekliyor yazık yazık’* şeklinde mesajlar paylaştığı” sanıkların müşterinin siyasi düşüncesi sebebiyle duyduğu nefret saikiyle olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engellemişlerdir.¹⁹⁰

Siyasi düşünce sebebiyle ayrımcılığın en çok görüldüğü mecralardan biri iş hukuku alanıdır. İşe alım ve işten çıkarılma aşamalarında sıkça görülen bir ayrımcılık türüdür. Özellikle bir kişinin üye olduğu sendikadan yola çıkarak siyasi düşüncesinin ne olduğunun varsayılmasıyla gerçekleştirilen işe almama durumuna çokça rastlanmaktadır.¹⁹¹

a.h. Felsefi İnanç

Felsefi inanç kavramı TCK m. 122 kapsamında ayrımcılık nedenleri arasında düzenlenmişse de gerek TCK ve diğeri kanunlarda gerekse uluslararası belgelerde bu kavrama yer

¹⁸⁸ Kocasakal, s. 23; Serim Çiçek, s. 99.

¹⁸⁹ Çetin, Canan/ Özdemirci, Ata, İnsan Kaynakları Uygulamalarında Siyasi Ayrımcılık, İstanbul 2017, s. 1. <https://ataozdemirci.net/wp-content/uploads/2017/01/Siyasi-Ayrimcilik.pdf> (10.12.2023)

¹⁹⁰ Yargıtay 4. CD. E.2023/11263, K. 2023/19698, T. 12.06.2023, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T:16.12.2023).

¹⁹¹ Öztürk, s. 114.

verilmemiştir.¹⁹² İnanç kavramı din kavramından ayrılamasa da inanç, dinleri de kapsayan daha geniş bir tanımlamadır. İnanç sözlükte “bir düşünceye gönülden bağlı bulunma; itikat” olarak tanımlanmıştır.¹⁹³ Bu tanımdan yola çıkarak, inanç dini bir düşünceye dair olabileceği gibi din dışı herhangi bir düşünceye dair de olabilir.

Doktrinde, ateizm¹⁹⁴, hümanizm¹⁹⁵, deizm¹⁹⁶ gibi kavramlar felsefi inanç kavramına örnek olarak gösterilmiştir. Kanaatimizce de bütün felsefi akımlara olan inançlar bu kapsamda değerlendirilebilir.

Doktrinde bir görüşe göre, felsefe ve inanç kavramlarının bir arada kullanılması hatalıdır, inanç ve felsefe kavramları bir arada kullanılamaz.¹⁹⁷

AİHM “Başvurucu ‘vicdani ret’¹⁹⁸ olarak adlandırılan bir inanışa sahip olduğundan, zorunlu askerlik hizmetine katılmak istememiştir. Bu nedenle birçok soruşturma ve kovuşturma işlemlerine maruz kalıp, uzun süre cezaevinde kalmıştır. Mahkeme başvurusunun “sivil ölüm” olarak ifade edilebilecek düzeyde kamusal hizmet alımından dışlanmasını bir ihlal olarak belirtmiştir.” şeklinde karar vermiştir.¹⁹⁹ Mahkeme bu kararında her ne kadar karar ayrımcılık kapsamında bir sonuç taşımasa da başvurusunun felsefi inancı nedeniyle ayrımcılığa maruz kaldığı şeklinde değerlendirilebilir.

a.1. Din

Din kavramı, “Din; görünen, görünmeyen doğaüstü 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” olarak tanımlanmıştır.²⁰⁰

¹⁹² Tanay, s. 112.

¹⁹³ <https://sozluk.gov.tr> (E.T:13.12.2023)

¹⁹⁴ “Tanrıtanımazlık, tanrı kavramına sahip olmamak, tanrısızlık veya tanrının varlığını reddetmektedir” <https://ansiklopedi.tubitak.gov.tr> (E.T:15.12.2023).

¹⁹⁵ “Hümanizm, akıllı insan varlığını tek ve en yüksek değer kaynağı olarak gören, bireyin yaratıcı ve ahlaki gelişiminin, rasyonel ve anlamlı bir biçimde doğaüstü alana hiç başvurmadan doğal yoldan gerçekleştirebileceğini belirten ve bu çerçevede içinde, insanın doğallığını, özgürlüğünü ve etkinliğini ön plana çıkaran felsefi bir akımdır.” <https://ansiklopedi.tubitak.gov.tr> (E.T:15.12.2023).

¹⁹⁶ “Tanrıya ilk neden olmanın dışında başka herhangi bir özellik atfetmeyen, ‘akılcı din’ öğretisi, yaratıcılık” <https://ansiklopedi.tubitak.gov.tr> (E.T:15.12.2023).

¹⁹⁷ Hafizoğulları, Özen, s. 228.

¹⁹⁸ “Vicdani ret, bir bireyin politik görüşleri, ahlaki değerleri veya dinsel inançları doğrultusunda zorunlu askerliği reddetmesidir.” Bknz. Aydın, Muhammed Ali, Türkiye’de Vicdani Ret, İstisna Dergisi, 2011, Sohbetihvan, s. 6 (E.T:16.12.2023).

¹⁹⁹ AİHM, Erçep/ Türkiye, Başvuru No: 43965/04, T. 22.11.2011, <https://hudoc.echr.coe.int/eng>, (E.T:11.12.2023).

²⁰⁰ <http://www.sozluk.gov.tr> (E.T:10.12.2023)

Nefret ve ayrımcılık suçunda ayrımcılık sebeplerinden biri olarak düzenlenen din ve mezhep Anayasa ve Uluslararası Sözleşmeler kapsamında değerlendirilmelidir.

Din ve inanç özgürlüğü, iç hukukumuzda öncelikle Anayasa'nın 24. maddesinde açıkça düzenlenmiştir.²⁰¹ Kanunen herkes dini inancı hususunda serbesttir. Kimse bir dine inanmak yahut herhangi bir dine inanmamak noktasında kısıtlanamaz. Yargıtay bir kararında, *“Din ve vicdan hürriyetinin tabii sonucu olarak mevcut veya sonradan ortaya çıkabilecek dinler arasında ayırım yapılmamış herhangi bir dine inanıp inanmamak vatandaşın özgür iradesine bırakılmıştır. Bu nedenle kişiler evrensel olsun veya olmasın, herhangi bir dine inanmakta, Anayasa'nın 24/son maddesinde konulan genel sınırlandırmayı aşmamak kaydı ile serbesttirler. Anayasal haklardan yararlanabilmek için inanılan görüşün müstakil bir din olması da gerekmez. Dinsel nitelikte olması yeterlidir. Kaldı ki; bir dinsel görüşün zorunlu bir ölçü alınarak, bu modele uyması halinde müstakil bir din oluşturacağını ve Anayasal haklardan yararlanacağını kabul etmek laiklik ilkesine ve Anayasa'nın 24. maddesinde yer alan "herkes vicdan, din, inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir" ana kaidesine aykırıdır.”* şeklinde karar vermiştir.²⁰² Bu karar doğrultusunda, din ve vicdan hürriyeti kapsamında dinler arasında herhangi bir ayırım yapılmayacağı hususu korunduğu gibi; bir kişinin bir dine inanmak kadar, inanmama iradesinin de korunduğu açıktır.

Bu kapsamda hangi inanışların din kabul edileceği hususunda genel kabul, dine dayalı ayrımcılığın kapsamına sadece semavi dinlerin girmeyeceği yönündedir. Üç semavi din olan İslam, Hristiyanlık, Yahudilik inançları bu kapsamda korunduğu gibi; Budizm, Hinduizm, Taoculuk, Şinto gibi dini inançlar da bu kapsamda korunmaktadır. Doktrinde bir görüşe göre ise, ateizm din kapsamında değil; ancak felsefi inanç kapsamında değerlendirilebilir.²⁰³

AIHS m. 14 hükmünde düşünce, din ve vicdan özgürlüğü *“Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir; bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca,*

²⁰¹ *“Herkes, vicdan, dini inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir. 14üncü madde hükümlerine aykırı olmamak şartıyla ibadet, dini ayin ve törenler serbesttir. Kimse, ibadete, dini ayin ve törenlere katılmaya, dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; dini inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz. Din ve ahlak eğitim ve öğretimi Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Din kültürü ve ahlak öğretimi ilk ve ortaöğretim kurumlarında okutulan zorunlu dersler arasında yer alır. Bunun dışındaki din eğitim ve öğretimi ancak, kişilerin kendi isteğine, küçüklerin de kanuni temsilcisinin talebine bağlıdır. Kimse, Devletin sosyal, ekonomik siyasi veya hukuki temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma veya siyasi 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”.*

²⁰² Yargıtay, CGK, E. 1985/9-596, K.1986/293, Tarih 26.05.1986, <https://mevzuat.sinerjias.com.tr> (E.T:10.12.2023).

²⁰³ Kocasakal, s. 24.

kamuya açık veya kapalı ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir. Din veya inancını açıklama özgürlüğü, sadece yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlık veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli sınırlamalara tabi tutulabilir” şeklinde düzenlenmiştir.²⁰⁴ AİHS’nin 9. maddesinde de düşünce, vicdan ve din özgürlüğü herkes için bir hak olarak öngörülmüş ve bu hakkın, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, açıkça veya özel tarzda ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü kapsadığı belirtilmiştir. Yine Birleşmiş Milletler de Medeni ve Siyasi Haklara ilişkin Uluslararası Sözleşme ile din ve inanç özgürlüğüne ilişkin düzenlemeler getirilmiştir.²⁰⁵ Birçok ülke bu sözleşmenin tarafıdır.

AİHM din ve inanç özgürlüğüne ilişkin kararlarında bilinçli olarak, din veya inancı tanımlamamıştır. Mahkemeye göre bir devletin dini tanımlamaması gerekir, bu sayede ateistler, agnostikler, kuşkucular ve ilgisizleri de madde kapsamında korumaktadır. Bu davalarda, din veya inancın esas itibarıyla kişisel ve öznel nitelikte olduğu, kurumlar etrafından düzenlenen bir itikat ile bağlantılı olması gerekmediği de kaydedilmiştir. “Bir dinin devlet dini olarak tanınması, resmi veya geleneksel din olarak kabul edilmesi veya söz konusu dine inananların nüfusun büyük bir çoğunluğunu oluşturması özel statü tanıma konusunda kabul edilebilir bir gerekçe oluşturabilmekle birlikte, bunun diğer dinlere inananların veya inançsızların bir insan hakkı ve temel özgürlükten yararlanması bakımından herhangi bir engel yaratmaması veya bu kesimlere yönelik herhangi bir ayrımcılığa yol açmaması gerekmektedir.”²⁰⁶

AİHM her ne kadar din konusunda tanımlama yapmasa da kapsamını belirlemek adına bazı kıstaslar belirlemiştir.²⁰⁷ Mahkeme bir inancın din olarak kabul edilip korunabilmesi için; ikna

²⁰⁴ <https://www.yargitay.gov.tr> (E.T:10.12.2023).

²⁰⁵ **Madde 18** “1. Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahip olacaktır. Bu hak, herkesin istediği dine ya da inanca sahip olması ya da bunları benimsemesi özgürlüğünü ve herkesin aleni veya özel olarak bireysel ya da başkaları ile birlikte toplu olarak, kendi din ya da inancını ibadet, icra, bunun icaplarını yerine getirme ya da öğretme bakımından ortaya koyma özgürlüğünü de içerir.” **Madde 26** “Herkes yasalar önünde eşittir ve hiçbir ayırım gözetilmeksizin yasalarca eşit derecede korunur. Bu bakımdan, yasalar her türlü ayırımı yasaklayacak ve ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi 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.” **Madde 27** “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”.

²⁰⁶ AİHM, İzzettin Doğan ve Diğerleri/ Türkiye, Başvuru No:62649/10, <https://hudoc.echr.coe.int/eng> (E.T:11.12.2023).

²⁰⁷ Ağırbaşı, Şennur, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Din ve Vicdan Özgürlüğü, TBDD, S: 101, 2012, s. 86.

kabiliyeti, tutarlılık, ciddiyet gibi kavramlara sahip olmalı, insanlık onuruyla bağdaşmalı ve insanın davranış ve yaşam biçiminin temel ve önemli bir kısmına hitap etmelidir.²⁰⁸

Yine AİHM başka bir kararında “Başvuran, kendisinin üye olduğu İngiliz Ulusal Partisi tarafından kendisine verilen ve İkiz Kuleleri alevler içinde gösteren bir posteri penceresine asmıştır. Resmin altında “İslam, Britanya’dan dışarı- Britanya Halkını koruyun” yazısı yer almaktadır. Başvuran bu eylem neticesinde bir dini gruba karşı ağır düşmanlıktan dolayı mahkûm olmuştur. Başvuran ifade özgürlüğü hakkının ihlal edildiğini öne sürmüştür. Mahkeme, başvurunun kabul edilemez olduğunu beyan etmiştir. Mahkeme, söz konusu şekilde bir dini gruba karşı genel ve öfkeli bir saldırının ve söz konusu grubun bir bütün olarak son derece ağır bir terörizm eylemiyle ilişkilendirilmesinin başta hoşgörü, toplumsal barış ve ayrımcılıktan kaçınma gibi Sözleşmenin beyan etmiş olup güvence altına aldığı değerlerle bağdaşamaz olduğunu tespit ederek başvuranın 10. madde kapsamında koruma talep edemeyeceğini tespit etmiştir.” AİHM bu kararıyla, bir dini gruba karşı gerçekleştirilen eylemi ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirmemiştir.²⁰⁹Bu söylem nefret söylemi olarak değerlendirilmelidir.

AİHM bir kararında; Başvurucu 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 önüne gelmiştir. AİHM açılan davada; “Türkiye’nin 9. maddeyi ihlal ettiğine hükmedilmiş ve din hanesinin nüfus cüzdanlarından tamamen çıkarılması gerektiği belirtilmiştir. Nüfus cüzdanlarında bulunan din hanesinin kaldırılmaması AİHM tarafından bir hak ihlali şeklinde değerlendirilmiştir”²¹⁰ AİHM bu kararında başvuranın her Türk vatandaşı gibi kimliğinde din hanesi taşıyan bir resmi belgeye sahip olduğunu, hamilinin kimlik bilgilerini öğrenmek için talep eden her idari makama, özel şirkete ya da herhangi bir formalite icabı başka mercilere sunulmasının kişinin inancını açıklamama hürriyetini engellediğini belirtmiştir. Mahkeme, başvuranın inancının kimlik kartında belirtilmesi talebinin geri çevrilmesinden değil, kimlik kartlarında zorunlu olsun ya da olmasın din ibaresi bulunmasından kaynaklı ihlal olduğuna hükmetmiştir. Mahkeme, kişinin dinini açıklama özgürlüğünün, olumsuz bir yön, diğer bir deyişle dinini açıklamaya zorunlu

²⁰⁸ AİHM, Camphell&Cosans/ United Kingdom, Başvuru No:7511/76 T. 25.02.1982, <https://hudoc.echr.coe.int/eng>, (E.T:11.12.2023).

²⁰⁹ AİHM, Norwood/ Birleşik Krallık, Başvuru No: 23131/03, T. 16.11.2004, <https://hudoc.echr.coe.int/eng> (E.T:11.12.2023).

²¹⁰ AİHM, Sinan Işık/ Türkiye, Başvuru No:21924/05, <https://hudoc.echr.coe.int/eng> (E.T:11.12.2023).

birakılmama hakkını içerdğini vurgulamıştır.²¹¹ Kanaatimizce de bir kimsenin kimliğinde din hanesinin bulunması, herhangi bir dini inanca mensubiyetinin ayrımcılığa maruz kalmasını kolaylaştıracaktır. Bu nedenle kimlik kartlarından din kısmı kaldırılması isabetli bir durumdur.

a.i. Mezhep

Mezhep kavramı “*bir dinin, anlayış ve görüş ayrılıkları dolayısıyla ortaya çıkan, belirli kuralları, kendi içinde tutarlı inanç ve davranış bütünlüğü bulunan büyük kollarından her biri*” olarak tanımlanmıştır.²¹² Yargıtay bir kararında “*Dinin içindeki anlayış ayrılıkları mezhepleri oluşturur*” şeklinde ifade etmiştir.²¹³ İslam dininde, Sünnilik, Şiilik, Hanefilik, Şafiilik, Alevilik gibi mezhepler; Hristiyanlık dininde, Katolik, Ortodoks, Protestanlık gibi mezhepler vardır. Aynı dine mensup kişiler arasında her ne kadar din sebebiyle ayrımcılık olamayacağı düşünülse de aynı dine mensup kişiler arasında mezhepsel farklılıklar nedeniyle de ayrımcılık gerçekleşebilmektedir.²¹⁴

AİHM bir kararında “*Başvurucu ve kocası Hristiyan dininin Katolik mezhebine mensupken; başvuru kadın Yehova Şahitleri mezhebine*²¹⁵ *geçmiş ve eşinden boşanmıştır. Avusturya Mahkemeleri çocukların velayetini anneye vermiştir. Ancak Yüksek Mahkeme, annenin seçtiği dinin ritüellerinin toplumsal açıdan çocuklar üzerinde olumsuz etki yaratmasından dolayı kararı bozmuştur. Avusturya Temyiz Mahkeme’sinin dine dayalı ritüelleri (resmi tatil günlerini tanımama, kan naklinin reddi, toplumda azınlık olma) gerekçe göstererek velayet kararını ebeveynlerden biri lehine bozmasını “dini farklardan dolayı bir ayırım” olarak değerlendirmiş ve bunun kabul edilemez olduğu belirtilmiştir.*” AİHM boşanan ebeveynlerden mezhebi Yehova Şahitleri olan kadına mezhebi nedeniyle, çocuğunun velayetinin verilmemesini ayrımcılık olarak kabul etmiştir.²¹⁶

²¹¹ Aşkoğlu Demirsoy, Eda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Göre Dinsel Ritüel ve Uygulamaların Sınırlandırılması, ERÜHFD, XIII, S:2, 2018, s. 455.

²¹² <http://www.sozluk.gov.tr> (E.T:10.12.2023).

²¹³ Yargıtay CGK. E. 2007/8-244, K. 2008/92, T. 29.04.2008, <https://www.mevzuat.sinerjias.com.tr> (E.T:11.12.2023).

²¹⁴ Çetinkaya, s. 168.

²¹⁵ “Yehova’nın Şahitleri, binyılcı restarosyoncu ve teslis karşıtı inanca sahip, ana akım Hristiyanlıktan ayrılan bir Hristiyan mezhebi” “Jehova’s Witness” The American Heritage Dictionary, (E.T:16.12.2023).

²¹⁶ AİHM, Case of Hoffman/ Austria, Başvuru No: 12875/87 <https://hudoc.echr.coe.int> (E.T:11.12.2023).

b. Hareket

Madde metninde hareket unsuru olarak dört seçimlik hareket düzenlenmiştir, bu seçimlik hareketlerin ortak noktası “engelleme” fiilidir. Madde metninde sayılan hareketlerden birinin yapılması ile suç oluşacağından, suç seçimlik hareketli bir suçtur.²¹⁷ Seçimlik hareketli suç olması nedeniyle seçimlik hareketlerden birinin gerçekleşmesi halinde maddi unsur tamamlanmış olacaktır. Şayet birden fazla seçimlik hareketin gerçekleştirilmesi halinde de yine tek suç oluşacaktır.²¹⁸ Ancak bu durumda ceza belirlenirken alt sınırdan uzaklaşılabilir.²¹⁹

Doktrinde bir görüş madde metninde engelleme hareketi cezalandırıldığından sadece bu eylemin cezalandırılabilirliğini kabul etmektedir. Örneğin ilk seçimlik hareket kapsamında bir kişiye kamuya arz edilmiş olan bir taşınırı satmayan, devretmeyen, kiralamayan değil, yalnızca bu fiilleri engelleyen kimse cezalandırılabilir.²²⁰ Doktrindeki bu görüşe katılmamaktayız, düzenleme ile satmayan, kiralamayan, devretmeyen de cezalandırılmalıdır. Nitekim kanun madde gerekçesinde de bu durumu açıkça ifade etmiştir. “*Madde suçun maddi unsurlarını üç ayrı bentte ayrı ayrı belirtmiştir. Bu fiiller, maddede sayılan ayırım nedenlerine dayanılarak bir taşınır veya taşınmaz malın satılmaması, devredilmemesi veya bir hizmetin icra olunmaması, hizmetten yararlanmanın engellenmesi, kişinin işe alınması veya alınmamasının bu ayırım nedenlerine bağlanması, besin maddelerinin verilmemesi, kamuya arz edilmiş bir hizmetin yapılmasından kaçınılması, kişinin herhangi bir ekonomik faaliyette bulunmasının engellenmesidir.*”

Doktrinde bir görüşe göre, suç bağlı hareketli bir suçtur, madde metninde belirtilen hareketlerin “*dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep*” sebeplerinden kaynaklanan nefret nedeniyle işlenmesi gerekmektedir.²²¹ Bağlı hareketli suç, kanuni düzenlemesinde hangi hareketlerle işlenebileceği açıkça belirtilen suçlardır.²²² Kanaatimizce kanuni düzenlemede suçun hangi hareketle işleneceği yönünde bir hüküm olmadığından bağlı hareketli suç değildir. Madde metnine “*nefret nedeniyle*” ibaresi

²¹⁷ Kocasakal, s. 24; Ersoy, s. 34.

²¹⁸ Demren Dönmez, s. 35.

²¹⁹ Malkoç, İsmail, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, Ankara 2013, s. 2066.

²²⁰ Gül, İdil Işıl/ Karan, Ulaş, Ayrımcılık Yasağı Kavram, Hukuk, İzleme ve Belgeleme, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay, İstanbul 2011, s. 96; Bulut, s. 94

²²¹ Kocasakal, s. 24; Ersoy, s. 34.

²²² Üzülmüş, İlhan/ Koca, Mahmut, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yay, Ankara, s. 124.

eklenmeden önce “*ayırım yaparak*” ifadesi nedeniyle suçun bağlı suç olduğu yönünde görüş mevcutsa da kanaatimizce mevcut düzenleme serbest hareketli bir suçtur.²²³

Suçun ihmali hareketle işlenip işlenemeyeceği hususu da doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde bir görüşe göre; suç metninde düzenlenen seçimlik hareketler yalnızca icrai hareketlerle işlenebilir, bu nedenle ihmali surette suç oluşmaz.²²⁴ Bir diğer görüşe göre ise; madde metninde ihmali suretle işlenebileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmadığından suçun ihmali şekilde işlenebilmesi mümkün değildir.²²⁵

Bizim de katıldığımız bir diğer görüşe göre ise, her bir seçimlik hareketin özelliğine göre icrai veya ihmali şekilde suç oluşabilir.²²⁶ İhmali şekilde suç, kanunun kişiden beklediğinin yapılmamış olması, kanunun emrine itaatsizlik olarak tanımlanmıştır.²²⁷ Her bir seçimlik hareket bakımından ayrı ayrı değerlendirildiğinde kanunun kişiden beklediğinin yapılmaması durumunun gerçekleşmesi mümkündür. Örneğin, bir belediye çalışanının, bir kişiye siyasi görüşünden dolayı duyduğu nefret nedeniyle bu kişinin açmak istediği işyerine gerekli izinleri vermediğinde ihmali surette suçu işlediği kabul edilmelidir.²²⁸

b.a. Bir Kişiyi Kamuya Arz Edilmiş Olan Bir Taşınır veya Taşınmaz Malın Satılmasını, Devrini veya Kiraya verilmesini Engellemek

Madde kapsamında düzenlenen ilk seçimlik hareket “*bir kişiye kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını devrini veya kiraya verilmesini engellemek*” hareketidir. Bu düzenleme kapsamında ilk olarak “kamuya arz edilmiş olma” kavramının ne anlama geldiğine değinmek gerekmektedir. Yine maddede geçen taşınır-taşınmaz mal kavramları ile; satım, devir, kira kavramlarını özel hukuk çerçevesinde açıklanacaktır.

Taşınır mal; özüne zarar gelmeksizin yer değiştirilen, bir yerden başka bir yere nakledilebilen eşyadır. Taşınmaz mal; yine aynı ayrıma tabi olarak, özüne zarar gelmeksizin bir yerden bir yere nakledilemeyen eşyadır.²²⁹ Türk Medeni Kanunu madde 704 hükmünde taşınmaz mülkiyetinin konusu “*Arazi, Tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar, Kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler*” olarak tanımlanmıştır.

²²³ Çetinkaya, s. 76.

²²⁴ Demren Dönmez, s. 36.

²²⁵ Ersoy, s. 34.

²²⁶ Bayraktar, Köksal, Nefret ve Ayrımcılık Suçu, YÜHFD, C:13, S:1, 2017, s. 75; Yenidünya, s. 107; Öztürk, s. 129; Özbek, Doğan, Bacaksız, Özel Hükümler, s. 479; Hafizoğulları, Özen, s. 228; Kocasakal, s. 26.

²²⁷ Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 320.

²²⁸ Yenidünya, s. 111.

²²⁹ Ayan, Mehmet, Eşya Hukuku- I Zilyetlik ve Tapu Sicili, Seçkin Yay, Ankara 2016, s. 42.

Satış sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu'nun 207. maddesinde, “*Satış sözleşmesi, satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşmedir.*” şeklinde tanımlanmıştır. Satış sözleşmesinin konusu parasal değeri olan her şey olabilirken; maddede açıkça taşınır ve taşınmaz mallar olarak belirtildiği için bu seçimlik hareket kapsamında yalnızca bu mallara ilişkin sözleşmeler dahil olabilir.

Devir kavramı ile hangi hukuki durumun kastedildiği hususunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bazı görüşlere göre, burada devir ile kastedilenin yalnızca mülkiyetin devri borcu anlamındadır.²³⁰ Satım, kira, devir kavramları mülkiyet hakkına ilişkin olduğundan devir ile kastedilen mülkiyet devridir.²³¹ Aynı düşüncede bir başka görüşe göre ise, devir kelimesi satışın devamında kullanıldığından mülkiyet devri anlamındadır.²³² Bir görüşe göre maddedeki devir kavramı ile satış dışındaki tüm diğer devir işlemleri kastedilmiştir.²³³

Kanaatimizce buradaki devir kavramı mülkiyet devrini kapsadığı gibi zilyetlik devrini de kapsayabilir. Nitekim zilyetlik devri kanunda “*Bir şey üzerinde fiili hakimiyeti bulunan kimse onun zilyedidir.*” şeklinde tanımlanmıştır.²³⁴ Taşınır bir malın zilyedinin, madde metninde sayılan ayrımcılık sebeplerinden biri nedeniyle zilyedi olduğu malı devretmemesi halinde de kanaatimizce bu suç oluşacaktır.

Kira sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu'nun 299. maddesinde, “*Kiraya verenin bir şeyi kullanmasını veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstlendiği sözleşme*” olarak tanımlanmıştır. Kira bahsi kanun maddesinin ilk halinde düzenlenmemişken; 2014 yılında madde metninde yapılan değişiklikle eklenmiştir. Önceki halinde madde metninde bulunmasa da doktrinde olağan bir ekonomik etkinlik kapsamında değerlendirilebileceği ileri sürülmüştür.²³⁵

Doktrinde bir görüşe göre kamuya arz edilmiş olan mal ile kastedilen kamuya yani devlete ait olan taşınır-taşınmaz mallardır. Bu nedenle özel hukuk kişilerine ait taşınır-taşınmaz mallar bu suç kapsamında değerlendirilemeyecektir.²³⁶

²³⁰ Aytekin İncoğlu, s. 358.

²³¹ Ersoy, s. 38.

²³² Çetinkaya, s. 71.

²³³ Memiş, s. 76.

²³⁴ <https://mevzuat.sinerjias.com.tr> (E.T:14.12.2023).

²³⁵ Meran, Necati, s. 422; Yenidünya, s. 111.

²³⁶ Bayraktar, s. 107.

Madde kapsamında düzenlenen seçimlik harekete benzer bir düzenleme TİHEK m5/3 hükmünde düzenlenmiştir. Bu hükme göre; “*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.*” Bu düzenlemeden de yola çıkarak kamuya arz edilmiş olmakla kastedilenin yalnızca kamu malı statüsündeki taşınmaz ve taşınır mallar olmadığı, özel hukuk kişilerine ait taşınır ve taşınmaz malların da bu kapsamda olduğu kanaatindeyiz.

Bir başka görüşe göre ise, kamuya arz edilmiş mal ile kastedilen, halka sunulmuş olma durumudur.²³⁷ Malın herkese sunulmuş olma durumu herhangi bir kısıtlama olmaksızın herkesin tasarrufuna sunulmuş olmasıdır.²³⁸ Doktrinde bizim de katıldığımız görüşe göre ise kamuya arz edilmiş olma kavramı, belirsiz sayıda kişiye yönelmiş olma durumudur. Burada belirsiz sayıda kişiye yönelmiş olmakla kastedilen, örneğin bir evin emlakçıya satılması için verilmesi, aracın internette ilana konulması gibi durumlardır.²³⁹

Bir tarafının idare olduğu sözleşmeler de bu kapsamda değerlendirilebilir. Bir kamu alım satım ihalesi yapılarak bir taşınmaz satılacakken belirli bir dine mensup kişilerin katılımının engellenmesi yahut bir belediyenin, şehirdeki bir hazine arazisini değerlendirmek ve kullanmak amacıyla bir kiracı ile arazi kiralama sözleşmesi yapacakken belli bir siyasi görüşe sahip kimselerin teklif vermesinin engellenmesi örnek olarak gösterilebilir.²⁴⁰

İki tarafı özel hukuk kişisi olan sözleşmeler de bu kapsamda değerlendirilebilir. Ancak burada sözleşme serbestisi ilkesinin sınırlarına riayet etmek gerekir. Nitekim sözleşme serbestisi ilkesi gereğince herkes sözleşmenin karşı tarafını bizzat belirlemede özgürdür, herkes dilediği ile sözleşme yapabilir. Maddenin devamında kanun “*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür*” diyerek sözleşme serbestisinin sınırlarını belirlemiştir. Maddede zikredilen “*kanunun emredici hükümlerine aykırı olmama*” kaydı, bir sözleşmenin kanunda düzenlenen

²³⁷ Meran, Necati, Kişilere Karşı Suçlar, s. 558; Öztürk, s. 122; Aytekin İnceoğlu, s. 122.

²³⁸ Kocasakal, s. 25.

²³⁹ Ersoy, s. 36; Serim Çiçek, s. 107.

²⁴⁰ Yenidünya, s. 107.

nefret ve ayrımcılık suçuna da aykırı olmaması anlamına gelmektedir. Bu nedenle sözleşme serbestisinde bu yönde bir sınır olmalıdır. Örneğin dini değeri yüksek bir eşyanın, bu dine mensup kişilerde kalması makul bir neden olarak görüleceğinden başka dine mensup kimselere satılmaması durumu suç kapsamında değerlendirilemeyecektir. Fakat bir taşınır mal, bir kişinin maddede sayılan ayrımcılık sebeplerinden biri dolayısıyla duyulan nefret nedeniyle, satılmıyorsa burada sözleşme serbestisinden bahsetmek mümkün olmayacaktır.

Bu seçimlik hareket kapsamında bir diğer husus ise, madde metninde sayılmayan rehin ve ipotek gibi hukuki durumların madde kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir. Doktrinde genel kabule göre taşınır veya taşınmaz malın ipotek edilmesi veya rehin hakkının engellenmesi bu seçimlik hareket kapsamında suç teşkil etmeyecektir.²⁴¹ Bir görüşe göre ise ipotek ya da rehin hakkının engellenmesi olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasının engellenmesi seçimlik hareketi kapsamında değerlendirilmelidir.²⁴² Kanaatimizce de kanunilik ilkesi gereğince madde metninde açıkça belirtilmediği için satış, devir ve kira sözleşmesi dışında kalan bu gibi hukuki durumlar, bu seçimlik hareket kapsamında değerlendirilemeyecektir.

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

Bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasını engellemek şeklindeki seçimlik harekette ilk olarak hizmet kavramını tanımlamak gerekmektedir. Hizmet kavramı; elle tutulamayan ve saklanması mümkün olmayan, insan ihtiyaçlarının giderilmesine yönelik olarak üretilen veya organize edilen, turizm, haberleşme, danışmanlık gibi faaliyetlerdir.²⁴³ Bir beşeri faaliyet, kanuna ve ahlaka aykırı olmamak kaydıyla, toplumsal ve ekonomik bir değer barındırıyorsa hizmet olarak tanımlanabilir.²⁴⁴

“Kamuya arz edilmiş olma” kıstasına ilişkin bilgiler yukarıda detaylıca açıklandığı gibi burada da geçerlidir. Burada kamuya arz edilmiş hizmet kavramının yalnızca idare hukuku bakımından bir hizmet olmayacağını belirtmek gerekmektedir. Nitekim hizmet kamuya sunulmuş ise idare tarafından gerçekleştiriliyor olması aranmaz.²⁴⁵ Kamuya arz edilmiş hizmet denildiğinde eğitim öğretim, sağlık, ulaşım, iletişim, yargı hizmetleri ile maddenin önceki halinde olan besin maddelerine erişim gibi hizmetler düşünülebilir.

²⁴¹ Özbek, Doğan, Bacaksız, Özel Hükümler, s. 471; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, Genel Hükümler, s. 395; Bayraktar, s. 74.

²⁴² Bulut, s. 94.

²⁴³ <https://tr.wikipedia.org/wiki> (E.T:12.12.2023).

²⁴⁴ Hafızoğulları, Özen, s. 229.

²⁴⁵ Aytekin İncoğlu, s. 361; Kocasakal, s. 27.

TİHEK m.5/f.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.” şeklinde düzenlenmiştir.²⁴⁶ Madde metninde sayılan tüm faaliyetler bu madde kapsamında kamuya arz edilmiş hizmet olarak kabul edilebilir. Örneğin bir öğrencinin sırf renginden ötürü duyulan nefret nedeniyle okula alınmaması; mülteci bir kimsenin milliyetinden dolayı duyulan nefret saikiyle hastanede ayrımcı muameleye maruz kalması; engelli bir bireyin otobüse alınmaması, belediyenin ücretsiz kurslarına katılmak isteyen kişinin dini inancının farklı olmasından duyulan nefret nedeniyle kursa alınmaması gibi örnekler bu kapsamda değerlendirilebilir.

Yargıtay’a konu olan bir olayda “Belediye Başkanı olarak görev yapan şüphelinin, yerel seçimlerde başka adayı destekleyen müştekilerin sularını usulsüz olarak kestirdiği, fahiş fiyata akıllı su sayacı almaları hususunda baskı yaptığı” yönünde iddialar ile kamu davası açılmıştır.²⁴⁷ Siyasi görüşü nedeniyle kamuya arz edilmiş bir hizmet olan su teminini engelleyen belediye başkanının eylemi bu seçimlik hareket kapsamında değerlendirilebilir. Burada TCK m.257/1 hükmünün de uygulanabileceği düşünülse de nefret ve ayrımcılık suçu karşısında daha genel bir düzenleme olduğundan uygulanmayacaktır. Nitekim TCK m. 257 hükmü tali, yardımcı ve tamamlayıcı bir hükümdür.²⁴⁸ Kanunda failin eylemi için düzenlenen başkaca bir hukuki norm varsa görevi kötüye kullanma suçu tali nitelikte olduğundan uygulanmayacaktır.

Doktrinde bir görüşe göre, kamuya sunulan hizmet belirli ölçüde kazanç sağlamalıdır.²⁴⁹ Bir diğer görüşe göre ise ücretli yahut ücretsiz olması fark etmeksizin kamusal ya da özel hukuk kişilerin sunulan bir hizmet olabileceğidir.²⁵⁰ Kanaatimizce kamuya arz edilmiş hizmetin ücretli veya ücretsiz olması fark etmeyecektir.

Kamuya arz edilmiş hizmetten yararlanılmasının meşru birtakım kısıtlamalara veya engellemelere tabi tutulması mümkündür. Bu kapsamda getirilen düzenlemeler, ölçülü ve işin

²⁴⁶ <https://mevzuat.sinerjias.com.tr> (E.T:13.12.2023).

²⁴⁷ Yargıtay 18. CD. E. 2016/18866, K. 2017/1856, T.21.02.2017, <https://mevzuat.sinerjias.com.tr> (E.T:15.12.2023).

²⁴⁸ Özbek, Doğan, Bacaksız, Özel Hükümler, s. 1164.

²⁴⁹ Özbek, Doğan, Bacaksız, Özel Hükümler, s. 493.

²⁵⁰ Bayraktar, s. 75.

özelliklerine uygun ise, haklı ve makul sayılarak inceleme konusu suç oluşturamaz.²⁵¹ Burada kıstas kısıtlamanın yasal, meşru, makul ve ölçülü olmasıdır.²⁵² Örneğin; restoranlarda aile bölümüne bekarların alınmaması, bazı barlara damsız alınmaması gibi kısıtlamalar haklı ve makul gerekçelere dayandığı kabul edildiğinden suç oluşmayacaktır.²⁵³

Doktrinde bu seçimlik hareket bakımından tartışılan bir diğer husus ise, zorlaştırma eyleminin suç oluşturup oluşturmayacağıdır. Doktrinde bir görüşe göre kamuya arz edilmiş hizmetten faydalanmanın zorlaştırılması, bir hizmetin icrasına başladıktan sonra bunun kesintiye uğratılması, güçlüğüle sürdürülmesi durumlarında da suç oluşacaktır.²⁵⁴ Bu görüşe göre zorlaştırma sonucunda mağdur çoğu zaman hizmeti almaktan vazgeçmektedir.²⁵⁵ Kanaatimizce suç düzenlemesinin serbest seçimlik hareketli bir suç olduğu da göz önünde bulundurulduğunda her somut olayın özelliği dikkate alınarak, zorlaştırma durumunda da suçun oluşabileceği söylenebilir.

Aksi görüşe göre ise, engelleme eyleminde tamamen bir olanaksızlık söz konusu iken, zorlaştırma durumunda mutlak bir olanaksızlık söz konusu değildir. Suç bağlı hareketli bir suç olduğundan kanun koyucunun zorlaştırma fiiline değinmediğine dikkat etmek gerekmektedir.²⁵⁶ Madde kapsamında bahsedilmeyen bir durumu dahil etmek kanunilik ilkesi ve kıyas yasağına aykırı olacaktır.

b.c. Bir Kişinin İşe Alınmasını Engellemek

Bir kişinin işe alınmasını engellemek seçimlik hareketinin içeriğinin belirlenmesi açısından, Anayasa'nın 49 ve 50. maddeleri²⁵⁷ ile 4857 sayılı İş Kanunu hükümlerinden yararlanılabilir. İş Kanunu'nun 5. maddesinde düzenlenen eşit davranma ilkesi iş hukukunun önemli temel

²⁵¹ **Yenidünya**, s. 109.

²⁵² **Kocasakal**, s. 26.

²⁵³ **Yenidünya**, s. 109; **Çetinkaya**, s. 97.

²⁵⁴ **Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 469; **Yenidünya**, s. 109.

²⁵⁵ **Demren Dönmez**, s. 33.

²⁵⁶ **Kocasakal**, s. 28; **Serim Çiçek**, s. 105.

²⁵⁷ Anayasa m. 49 “*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*”.

Anayasa 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*”.

ilkelerinden biridir.²⁵⁸ TİHEK m. 6 hükmünde de bu doğrultuda daha geniş kapsamlı bir düzenleme yapılmıştır.²⁵⁹

Madde metninde açıklanması gereken ilk husus işe alınma kavramının hangi tür işleri kapsayacağıdır. Doktrinde bizim de katıldığımız görüşe göre, yalnızca 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında düzenlenen işçi işveren ilişkileri değil, kamu hizmetlerine giriş de bu kapsamdadır.²⁶⁰

Madde kapsamının yalnızca işe alınmanın engellenmesi olması doktrinde eleştirilmiştir. Nitekim uygulamada bir kişinin ayrımcılık sebeplerinden birine sahip olmasından dolayı duyulan nefret nedeniyle işten çıkarma durumu oldukça mümkün bir durumdur. Bir kişinin ayrımcılık sebeplerinden birine sahip olmasından dolayı duyulan nefret nedeniyle işten çıkarılması halinde, kıyas yasağı gereğince, bu madde uygulama alanı bulamayacaktır.²⁶¹

İşten çıkarma durumunun bu kapsamda suç teşkil etmediği hallerde yukarıda zikredilen İş Kanunu madde 5 hükmü kapsamında eşit davranma ilkesine aykırılıktan İş Kanunu madde 99/f.1 (a)²⁶² hükmünce idari para cezasına hükmolunabilir. Burada kanun bir kişiyi ayrımcılık sebeplerinden kaynaklanan nefret nedeniyle işe almamayı suç olarak düzenlerken; aynı gerekçeyle işten çıkarmayı kabahat olarak düzenlemesi doktrinde eleştirilmiştir.²⁶³

²⁵⁸ İş Kanunu m. 5 “İş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplerle dayalı ayırım yapılamaz. 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. 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 yapılamaz. Aynı veya eşit değerinde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılamaz. İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz”. <https://mevzuat.sinerjias.com.tr> (E.T:17.12.2023).

²⁵⁹ TİHEK m.6 “ 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 çalışmanın sona ermesi süreçleri dahil olmak üzere, işle ilgili süreçlerin hiçbirinde ayrımcılık yapamaz. 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. İşveren veya işveren tarafından yetkilendirilmiş kişi, istihdam başvurusunu gebelik, annelik ve çocuk bakımı gerekçeleriyle reddedemez”. <https://mevzuat.sinerjias.com.tr> (E.T:17.12.2023).

²⁶⁰ Serim Çiçek, s. 113; Gülmez, Mesut, İnsan Hakları ve Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılığın Kaldırılması ve Türkiye, Çalışma ve Toplum Dergisi, C:2 S:25, 2009, s. 683.

²⁶¹ Kocasakal, s. 29; Ersoy, s. 41.

²⁶² İş Kanunu m. 99/1-a “Bu Kanunun a) 5 inci 7 inci maddelerde öngörülen ilke ve yükümlülüklerle aykırı davranan işveren veya işveren vekiline bu durumdaki her işçi için yüzon Türk lirası idari para cezası verilir”.

²⁶³ Kocasakal, s. 29.

İş Kanunu'nun 5. maddesinin iş ilişkisinin varlığı halinde uygulama alanı bulacağı bu nedenle iş ilişkisinin kurulmasından önceki aşamalarda uygulanamayacak olması doktrinde eleştirilmiştir.²⁶⁴

Doktrinde seçimlik hareket kapsamında eleştirilen bir diğer husus ise, çalışanın ayrımcılık sebeplerinden kaynaklanan nefret nedeniyle çalışma şartlarında, ücretinde, işçi veya işveren örgütlerine üye olma noktasında uğrayacağı farklılıkların madde kapsamına dahil edilmemesidir.²⁶⁵ Örneğin bir çalışanın milliyetinin farklı olması nedeniyle işyerinde diğer çalışanlardan farklı ücret alması yahut çalışma saatlerinin farklı olması durumunda TCK m. 122 kapsamında suç oluşmayacaktır.

Hukuka uygunluk nedenlerinde ayrıca belirtilmekle birlikte kısaca değinmek isteriz ki; burada yapılan işin niteliği de gözetilerek iş sahibinin belirli özelliklere sahip kimseleri tercih etmesi veya etmemesi mümkündür.²⁶⁶ Maddede belirtilen ayrımcılık sebeplerinden kaynaklanan nefret nedeniyle hareket ederek tercihinin kullanmadığı sürece bu suçu işlemiş olmaz.²⁶⁷ İşin niteliği şayet herhangi bir özelliğe sahip olmayı gerektiriyorsa, işverenin bu nitelikte birini tercih etmesi halinde haklı nedenin varlığı kabul edilmelidir.²⁶⁸

Örneğin, işverenin işyerinde çalıştırmak üzere işin niteliği gereği belirli bir dili konuşma koşulu aradığı durumlar yahut belirli bir engelin varlığının işçinin aranılan iş için uygun olmadığı hallerde haklı neden kabul edilmelidir. Burada makul ve haklı neden liyakate ilişkin de olabilir. Yine bir camide istihdam edilecek imamın Müslüman, bir kilisede istihdam edilecek din adamının Hristiyan olmasının aranması bu kapsamda değerlendirilebilir. Doktrinde genel kabule göre, işverenin yapılacak iş için gerekli uzmanlıklara sahip ve uygun yetenekte kişiyi araması işverenin en doğal hakkıdır.²⁶⁹

Bununla birlikte kanunlarda düzenlenen bazı pozitif ayrımcılık uygulamaları da bu kapsamda suç olarak değerlendirilemeyecektir. Örneğin; İş Kanunu ve Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği

²⁶⁴ **Karan**, Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı, s. 156.

²⁶⁵ **Gül ve Karan**, s. 98.

²⁶⁶ **İçer, Zafer**, Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK m. 122), Engelli Hukuku Sempozyumu, İstanbul 2019, s.23.

²⁶⁷ **Yenidünya**, s. 110.

²⁶⁸ **Kocasakal**, s. 32.

²⁶⁹ **Demren Dönmez**, s. 43.

ile kadınların bazı işlerde ve gece çalıştırılmayacağına dair yasaklama bulunmaktadır.²⁷⁰ Kadın bir işçinin bu nitelikteki işlere alınmaması TCK m. 122 kapsamında değerlendirilemeyecektir.

İşe alım ilanlarında sadece erkeklerin işe alınacağını açıkça belirtilmiş olması ya da bu anlamın çıkartılacağı cümleler kurulması da ayrımcılık anlamına gelmektedir. Örneğin “*askerliğini yapmış*” şeklindeki ilan açıkça erkek adayların başvurmasını belirtmemekle birlikte, ilanın erkek adaylara yönelik yazıldığı açıktır.²⁷¹ Şayet bu ilanın düzenlenmesinde kadınlara karşı duyduğu nefret nedeniyle işe almak istememesi var ise bu takdirde TCK m. 122 kapsamında suç oluşacaktır.

b.d. Bir Kişinin Olağan Bir Ekonomik Etkinlikte Bulunmasını Engellemek

Kanuni düzenlemenin son seçimlik hareketi “*bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasının engellenmesi*” olarak düzenlenmiştir. Doktrinde bir görüşe göre, olağan bir ekonomik etkinlik kavramının madde metninde açıklanmamasına rağmen kullanılması, suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir.²⁷²

Bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engellemek hareketinde “olağan ekonomik etkinlik” kavramının ne olduğunu belirlemek gerekmektedir. Doktrinde bir görüşe göre; olağan ekonomik etkinlik, maddi ve ekonomik yarar sağlamaya dayanan her türlü iktisadi faaliyet olarak ifade edilebilir.²⁷³ Bu görüşe göre, ekonomik faaliyet olarak nitelendirmek için maddi ve ekonomik bir yararın olması gerekmektedir. Bu tanıma katılmakla birlikte maddi kazancın sadece amaç olarak varlığının yeterli olduğu, fiilen bir maddi kazanç olmasa da örneğin kişi zarar etse de bunun bir ekonomik etkinlik olarak kabul edilmesi gerektiğini savunan görüş de öğretilde mevcuttur.²⁷⁴ Bir başka görüş ise diğer seçimlik hareketler dışında kalan tüm ekonomik faaliyetlerin bu hareket kapsamında değerlendirilebileceğini ileri sürer.²⁷⁵

Aksi bir görüşe göre ise, bir kişinin kendi kararları çerçevesinde gerçekleştireceği her türlü etkinlik maddi yarar sağlayıp sağlamadığına bakılmaksızın bu seçimlik hareket kapsamında

²⁷⁰ **İş Kanunu m. 72** “Maden ocakları ile kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında çalışılacak işlerde onsekiz yaşını doldurmamış erkek ve her yaştaki kadınların çalıştırılması yasaktır. **Madde 73** “Sanayiye ait işlerde onsekiz yaşını doldurmamış çocuk ve genç işçilerin gece çalıştırılması yasaktır. Onsekiz yaşını doldurmuş kadın işçilerin gece postalarında çalıştırılmasına ilişkin usul ve esaslar Sağlık Bakanlığının görüşü alınarak Çalışma ve Sosyal güvenlik Bakanlığınca hazırlanacak bir yönetmelikte gösterilir”.

²⁷¹ **Erol, Aslıhan**, Çalışma Hayatında Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık; Avrupa Birliği Politikaları ve Türkiye, Yüksek Lisans Tezi, Trakya Üniversitesi, 2011, s. 15.

²⁷² **Şen**, Yeni Türk Ceza Kanunu yorumu, s. 515.

²⁷³ **Özbek, Doğan, Bacaksız**, Özel Hükümler, s. 478.

²⁷⁴ **Kocasakal**, s. 30.

²⁷⁵ **Hafizoğulları,Özen**, s. 228.

değerlendirilmelidir.²⁷⁶ Bu görüşe göre düzenlemenin amacı ekonomik etkinlikte bulunabilme özgürlüğünün korunmasıdır. Başka bir yazar bu görüşe katılmakla birlikte, gerçekleştirilen faaliyetten hiçbir maddi yarar sağlamayıp yalnızca manevi yararın elde edildiği durumların da bu seçimlik hareket kapsamında kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir.²⁷⁷

Kanun koyucu ticari etkinlik kavramı yerine daha kapsayıcı olan olağan ekonomik etkinlik kavramını tercih ederek, kanaatimizce diğer seçimlik hareketlerin kapsamına girmeyen tüm ekonomik etkinlikleri, mal ve hizmet üretimini, her türlü alışverişi ve sözleşmeyi bu kapsamda değerlendirmiştir.²⁷⁸ Burada dikkat edilmesi gereken husus ise olağan ekonomik etkinlikler kapsamına kayıt dışı ekonomik etkinliklerin girmeyeceğidir.²⁷⁹

Doktrinde bizim de katıldığımız bir görüş, madde metninde bahsedilmeyen işten çıkarma eyleminin bu seçimlik hareket kapsamında değerlendirilebileceğini savunmaktadır.²⁸⁰ Yukarıda bahsedildiği üzere, kanun metninde yalnızca işe alınmasının engellenmesi durumu suç olarak düzenlenmiştir, halbuki işten çıkarma eylemi de uygulamada çokça karşılaşılabilecek bir durumdur. Kıyas yasağı gereğince işe alınmama hareketi bu durumu kapsayamayacaksa da kanaatimizce de olağan ekonomik etkinlikte bulunulmasının engellenmesi kapsamında değerlendirilebilir.

Suçun ihmali davranışla işlenemeyeceğini savunan görüşe göre, bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını ihmali hareketle engelleyen kişi bakımından bu suç oluşmayacaktır. Örneğin, bir belediye çalışanının bir kişinin işyeri açma ruhsatı için yaptığı başvuruya, o kişinin kanunda sayılan ayrımcılık sebeplerinden birine sahip olmasından dolayı duyduğu nefret sebebiyle, ruhsat başvurusuna cevap vermediği durumda nefret ve ayrımcılık suçu değil; TCK m. 257/2 hükmünde düzenlenen görevi kötüye kullanma suçunun ihmali surette işlenmesi suçu oluşacaktır.²⁸¹

Bir suçun ihmali surette işlenebilmesi, kişiye belirli bir icrai davranışta bulunma yükümlülüğü verilmiştir. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesiyle birlikte, belirli bir hukuki değer ihlali gerçekleşmiş olacağından, haksızlık meydana gelecektir.²⁸² Kanaatimizce nefret ve

²⁷⁶ Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 472.

²⁷⁷ Bayraktar, s. 77.

²⁷⁸ Yenidünya, s. 111; Demren Dönmez, s. 46; Serim Çiçek, s. 115.

²⁷⁹ Ersoy, s. 43.

²⁸⁰ Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 472; Karan, Ayrımcılık Yasağı, s. 168.

²⁸¹ Demren Dönmez, s. 46.

²⁸² Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yay, Ankara 2021, s. 231.

ayrımcılık suçu ihmalî şekilde işlenebilen bir suç tipidir, bu nedenle görevi kötüye kullanma suçuna göre daha özel bir düzenleme olan nefret ve ayrımcılık suçu uygulama alanı bulacaktır. Örneğin ruhsat başvurusu yapan kişinin sahip olduğu ayrımcılık sebeplerinden biri dolayısıyla nefret duyan kişinin bu başvuruya cevap vermediği durumda suç oluşacaktır.

Bu seçimlik harekete örnek olarak, bir kişiye madde metninde sayılan ayrımcılık sebeplerinden birinden ötürü duyulan nefret nedeniyle, bir işyerinin kapatılması, işyeri ruhsatı verilmemesi, bir işyerinin alışverişinin engellenmesi verilebilir. Yargıya yansıyan bir olayda bir siyasi partiye üye olan market sahibinin satışlarının engellenmesi de örnek olarak verilebilir. Yargıtay'ın önüne gelen olayda *“sanıkların sosyal medya hesapları üzerinden olay günü müşterilerden birine ait işletmeyi bir parti yandaşı olarak gösterdiği, müşterilerin bu partinin yapmış olduğu toplantıya katıldıklarını, müşterileri terör örgütü mensubu olarak gösterdikleri ve bu kişiler ile alışveriş yapılmaması gerektiğini beyan eden yazılar paylaştığı mesajında ‘.... adli işletmenin fotoğrafını da paylaşarak buradan alışveriş yapmayın bunlar terör örgütü yandaşı, bir partinin mitinginde yer alan şerefsizlerdir İlçemizde böyle bir şeyin olması kimseye yakışmaz bir de böyle kişilerin mekanlarını korumak için emniyetten memurlar bekliyor yazık yazık” şeklinde mesajlar paylaştığı*” sanıkların müştekinin siyasi düşüncesi sebebiyle duyduğu nefret saikiyle olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engellemişlerdir.²⁸³

B. NETİCE

Netice hususunda farklı görüşler mevcuttur. Doğacı kuram düşüncesine göre netice, insanın iradi davranışının dış dünyada meydana getirdiği değişikliktir.²⁸⁴ Bu kurama göre neticenin suç tipinde her zaman olması gerekmez. Bazı suç tiplerinin oluşması için yalnızca iradi davranış yeterlidir, ayrıca dış dünyada bir değişiklik meydana getirmesi aranmaz. Bir başka görüş olan tehlike kuramına göre ise, sonuçsuz suç yoktur, ceza hukukunda iki çeşit netice vardır: zarar neticesi ve tehlike neticesi. Bu düşünceye göre ceza hukuku hareketin dış dünyada meydana getirdiği sonuçlarla değil aynı zamanda meydana gelebilecek sonuçlarını da dikkate almalıdır.²⁸⁵ Bir diğer düşünce olan kuralcı kurama göre ise, netice hareket ile korunan maddi konunun zarara ya da tehlikeye uğratılmasıdır.²⁸⁶

²⁸³ Yargıtay, 4. CD, E. 2023/11263, K. 2023/19698 T. 12.06.2023, <https://www.lexpera.com.tr>

²⁸⁴ **Erem, Faruk/ Danışman, Ahmet/ Artuk, Mehmet Emin**, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi 14. Baskı, Ankara 1997, s. 270; **Dönmezer, Sulhi, Erman, Sahir**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Der Yay, İstanbul 2021, s. 514.

²⁸⁵ **Kunter, Nurullah**, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, İstanbul Üniversitesi Yay, İstanbul 1949, s. 80.

²⁸⁶ **Toroslul, Nevzat, Toroslul, Haluk**, Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yay, Ankara 2023, s. 132.

Neticesi bakımından suçlar, sırf hareket suçları, neticeli suçlar ve kalkışma suçu olarak bir ayrıma tutulabilir. Nefret ve ayrımcılık suçu, sırf hareket suçudur. Sırf hareket suçu doktrinde hareketin yapılması ile suç tipi tamamlanan neticenin gerçekleşmesi beklenmeyen suçlar olarak tanımlanmıştır.²⁸⁷ Engellemenin gerçekleştirilmesi ile suç tamamlanır, suçun oluşabilmesi için ayrıca bir neticenin meydana gelmesi beklenmez.²⁸⁸

Doktrinde çoğunluk görüşe göre suç salt hareket suçudur. Aksi bir görüşe göre ise, nefret ve ayrımcılık suçu neticeli bir suçtur, kanun koyucu seçimlik hareketlerin yapılmasını ve engelleme neticesinin gerçekleşmesini zorunlu kılmıştır.²⁸⁹

Kanaatimizce de nefret ve ayrımcılık suçu sırf hareket suçudur, hareketin gerçekleşmesi ile suç tamamlanır. Yargıtay da bir kararında “*Sırf hareket/tehlike suçu olan nefret ve ayrımcılık suçunun oluşabilmesi için, engelleme hareketinde bir zarar doğurmasının aranmadığı, suçun oluşması için yasa maddesinde yer alan engelleme hareketinin yapılmasının yeterli olduğu, bu hareketin mağdur için somut bir tehlike arz etmesinin önemli olmadığı ve araştırılmasının gerekmediği*” yönünde karar vermiştir.²⁹⁰

C. FAİL

Herhangi bir kimse tarafından işlenebileceği belirtilen suçlara, genel suçlar ya da herkes tarafından işlenebilen suçlar denir.²⁹¹ Kural olarak, kanunda suçların çoğunluğu herkes tarafından işlenebilir. Suçun gerçekleşebilmesi için failin birtakım özelliklere sahip olması gerektiği suç tipleri ise özgü suçlar olarak tanımlanır, bu durumda kanun metninde açık bir düzenleme olması gerekmektedir.

Suçun failinin kim olabileceği kanuni düzenlemede açık olmadığından doktrinde kimlerin fail olabileceği hususu tartışılmıştır.

Doktrinde bir görüşe göre, suçun failinin herkes olabileceğini, suçun işlenebilmesi için failin sahip olması gereken herhangi bir ayırıcı özelliğin aranmadığını bu nedenle özgü suç olmadığını

²⁸⁷ Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, s. 333.

²⁸⁸ Üzülmüş, Koca, Genel Hükümler, s. 124; Özbek, Doğan, Bacaksız, Özel Hükümler, s. 481; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, Genel Hükümler, s. 467; Öztürk, s.94; Demren Dönmez, s. 41; Hafizoğulları, Özen, s. 226.

²⁸⁹ Ersoy, s. 44.

²⁹⁰ Yargıtay, 4. CD, E. 2021/11263, K. 2023/19698, T. 12.06.2023, <https://www.mevzuat.sinerjias.com.tr> (E.T:13.12.2023).

²⁹¹ Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, s. 359.

ileri sürmüştür.²⁹² Kanun metni seçimlik hareketlerin engelleyen kimse tarafından gerçekleştirileceği şeklinde düzenlenmiştir. Yani “engelleyen kimse” fail olmaktadır.

Doktrinde bir diğer görüşe göre ise; failin madde metninde sayılan seçimlik hareketleri gerçekleştirebilmesi için, işveren, çalıştıran yahut kamu görevlisi sıfatlarından birine sahip olması gerekmektedir.²⁹³ Ancak bu özelliklere sahip kişilerin fail olarak suçu işleyebileceğini ileri sürmektedirler. Seçimlik hareketler bakımından örneğin taşınmaz maliki olmak yahut satma veya kiralama yetkisine sahip olmak gibi özelliklere sahip bir kimse bu suçun faili olabilir.²⁹⁴

Bizim de katıldığımız görüşe göre, madde metninde failin herhangi bir özelliğe sahip olması gerektiğine ilişkin yasal düzenleme bulunmadığından, madde kapsamında suçun faili herkes olabilir. Ancak kamu görevlisi olmanın, ağırlaştırıcı bir neden olarak düzenlenmemiş olması doktrinde eleştirilmiştir. Bu görüşe göre, kamu görevlisi olmak konum itibarıyla suç işlemeyi kolaylaştırabileceğinden ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmemesi eksikliklerdir. Yine aynı gerekçe ile, suçun bir meslek veya sanatın icrası kapsamında işlenmesi de ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmelidir.²⁹⁵

Doktrinde fail bakımından tartışılan bir diğer husus ise, suçun faili ile mağdurunun ayırt edici özellikleri açısından aynı gruba mensubiyetlerinin olmamasının gerekip gerekmediği hususudur. Örneğin, Hristiyan bir kimsenin aynı dine mensup bir kimseye karşı dini sebep ile duyduğu nefret nedeniyle bu suçu işleyip işleyemeyeceği ya da bir erkeğin başka bir erkeğe karşı cinsiyetinden kaynaklanan nefret sebebiyle bu suçu işleyip işleyemeyeceği doktrinde tartışılmıştır.

Doktrinde bir görüşe göre; suçun failinin mağdur ile aynı gruptan olmaması gerekmektedir.²⁹⁶ Bu görüşe göre, kanuni düzenlemenin amacı gereği fail ile mağdur farklı etnik, cinsiyet, din, renk, mezhep gibi özelliklere sahip olmalı yahut failin böyle olduğunu düşünmesi gerekmektedir. Aynı gruba, örneğin aynı mezhebe sahip failin mağdura karşı, mezhebenden kaynaklanan nefret nedeniyle ayrımcılık yapması mümkün değildir.

²⁹² Kocasakal, s. 21; Öztürk, s. 97; Demren Dönmez, s. 46; Ersoy, s. 32; Çetinkaya, s. 136.

²⁹³ Bayraktar, s. 7.

²⁹⁴ Yenidünya, s. 103; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, Genel Hükümler, s. 472.

²⁹⁵ Kocasakal, s. 21.

²⁹⁶ Özbek, Doğan, Bacaksız, s. 480; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, s. 471; Ersoy, s. 32.

Bir diğerk görüşe göre ise, mağdurun dahil olduğı grubun fail ile aynı olup olmamasının suçun oluşması bakımından etkisi olmayacağı yönündedir.²⁹⁷Bu görüşe göre, aynı dine mensup bir kişi, örneğin Yahudi bir kimse, başka bir Yahudi kişiye karşı, dininden kaynaklanan nefret nedeniyle bu suçu işleyebilir.

Bizim de katıldığımız görüşe göre, kanunun düzenleniş amacı gereğı, failin ve mağdurun ayrımcılık nedeni olan durum bakımından farklı gruplara mensubiyetinin varlığı ya da fail tarafından böyle olduğuna ilişkin bir düşünce olması gerekmektedir. Nitekim kanun, bir gruba aidiyeti yahut kişisel ve farklı bir özelliğı sebebiyle duyulan nefret saikiyle suç işlenmesini yasaklamıştır. Kanaatimizce bu durum ancak aynı gruba mensup olmayan kişiler arasında gerçekleşebilir.

Doktrinde fail kapsamında tartışılan bir diğerk husus ise, tüzel kişilerin suç nedeniyle fail olarak değerlendirilmesi durumudur. Türk Ceza Kanunu'nun 20. maddesi uyarınca tüzel kişilerin fail olması mümkün değildir. Madde kapsamında tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirine başvurulması düzenlenmediğinden ve TCK'nın da tüzel kişiler için güvenlik tedbiri uygulanmasını ayrıca düzenlenmiş olması şartına bağladığından mümkün değildir.

Doktrinde tüzel kişilerin faaliyeti kapsamında nefret ve ayrımcılık suçunun işlenebilme ihtimalinin yüksek olmasına rağmen, güvenlik tedbiri ile cezalandırılmasının düzenlenmemesi eleştirilmiştir.²⁹⁸ Bir tüzel kişinin faaliyetleri kapsamında nefret ve ayrımcılık suçunun işlenebilmesi mümkündür. Örneğin bir işyeri; işin gereğı yahut biyolojik sebepler gibi hukuka uygunluk nedeni olmaksızın, salt erkek çalışan tercih edip kadın çalışan istihdam etmekten kaçınabilir. Bu durumu salt kadın olmalarından duyduğu nefret nedeniyle ayrımcılık fiilini gerçekleştirebilir. Bu durumda dahi işyerine güvenlik tedbiri uygulanamayacaktır. Tüzel kişinin faaliyeti kapsamında bir suç işlendiğı halde, ancak fiili işleyen gerçek kişinin sorumluluğı olacaktır.

D. MAĞDUR

Kanunumuzda düzenlenen tüm suçlarda mağdur sadece gerçek kişiler olabilir, gerçek kişiler dışında kalan devlet, tüzel kişiler, kişi toplulukları gibi kurum ve kuruluşlar bir suçun mağduru değil; zarar görmüş olmaları neticesinde suçtan zarar gören olarak nitelendirilebilirler.²⁹⁹ Bir suçun işlenmesi sebebiyle hukuken korunan menfaatleri ihlal edilen kimse suçtan zarar gören

²⁹⁷ Serim Çiçek, s. 83; Bayraktar, s. 72.

²⁹⁸ Kocasakal, s. 22; Demren Dönmez, s. 47.

²⁹⁹ Özgenç, Genel Hükümler, s. 223; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, Genel Hükümler, s. 372.

olarak nitelendirilmiştir. Suçtan zarar gören kavramı mağdur kavramına göre daha geniş kapsamlıdır.³⁰⁰ Nefret ve ayrımcılık suçunun mağdurunun kim olabileceği bu kapsamda belirlenebilir.

Doktrinde bir görüşe göre, suçun mağduru, maddede sayılan ayrımcılık sebeplerinden kaynaklı nefret nedeniyle suçun maddi unsurunda sayılan temel hak ve özgürlüklerden yararlanması engellenen kişidir.³⁰¹ Mağdur, dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından ötürü duyulan nefret saikiyle ayrıma tabi tutulan kişi olarak da ifade edilebilir. Madde metninde belirtilen özelliklere sahip olmayan kişilerin bu suç kapsamında ayrımcılık fiiline maruz kalamayacağından bu suçun mağduru da olamayacaktır.³⁰²

Bir başka görüşe göre ise, suçun mağduru maddedeki seçimlik hareket kendisine uygulanan kimsedir.³⁰³ Herhangi bir özellik arz etmesi gerekmez.

Kanaatimizce nefret ve ayrımcılık suçunun mağduru, maddede sayılan ayrımcılık sebeplerinden kaynaklanan nefret nedeniyle, maddedeki seçimlik hareketlere maruz kalarak temel hakları ihlal edilen kimsedir. Bu nedenle de mağdurun, madde metninde sayılan ayrımcılık sebeplerinden birine sahip olması gerekmektedir, aksi durumda bizim de katıldığımız görüşe göre nefret ve ayrımcılığa uğramış da olmayacaktır.³⁰⁴

Doktrinde genel kabule göre, bu suçun mağduru yalnızca gerçek kişiler olabilir.³⁰⁵ Tüzel kişilerin ise suçun mağduru değil suçtan zarar gören olabileceği kabul edilmektedir. Örneğin, bir tüzel kişinin yöneticilerinin mezhep farklılığından ötürü duyulan nefret nedeniyle, tüzel kişinin kamuya arz edilmiş olan bir taşınmaz malı kiralamasının engellenmesi halinde suçun mağdurunun söz konusu mezhepsel farklılıklarından ötürü ayrımcılığa maruz kalan kişiler iken; faaliyetini yerine getirmesi engellenen ve kira sözleşmesi yapamayan tüzel kişi de suçtan zarar gören olarak nitelendirilebilecektir.³⁰⁶ Doktrinde bazı görüşlere göre;³⁰⁷ maddede sayılan ayrımcılık sebeplerinin, sadece gerçek kişilerde bulunabileceğini, bu nedenle bu suçun yalnızca

³⁰⁰ Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, Genel Hükümler, s. 373.

³⁰¹ Kocasakal, s. 22; Serim Çiçek, s. 85; Ersoy, s. 33.

³⁰² Özbek, Doğan, Bacaksız, s. 463.

³⁰³ Hafızoğulları, Özen, s. 228.

³⁰⁴ Özbek, Doğan, Bacaksız, s. 481.

³⁰⁵ Yenidünya, s. 105; Demren Dönmez, s. 48; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, s. 474.

³⁰⁶ Yenidünya, s. 105.

³⁰⁷ Kocasakal, s. 24; Özbek, Doğan, Bacaksız, s. 481.

gerçek kişilere karşı işlenebileceğini, tüzel kişilere karşı nefret duyulamayacağını kabul etmektedir.

Kanaatimizce de suçun mağduru yalnızca gerçek kişiler olabilirken, tüzel kişiler ise suçtan zarar gören olarak değerlendirilebilecektir. Bir tüzel kişinin faaliyetleri, yöneticilerinin sahip olduğu ayrımcılık sebeplerinden biri nedeniyle duyulan nefretten ötürü engellenebilir. Nitekim bu durumda tüzel kişi suçun mağduru olamasa da suçun işlenmesiyle hukuken korunan hak ve menfaatleri ihlal edilmiş olabilir.

E. SUÇUN KONUSU

Suçun konusu hakkında doktrinde genel kabul, kanuni düzenlemedeki fiilin yöneldiği eşya ya da kişinin fiziki yapısıdır.³⁰⁸ Konusu olmayan suç yoktur.³⁰⁹

Nefret ve ayrımcılık suçunun konusunun ne olduğu hususunda doktrinde madde metninde düzenlenen seçimlik hareketleri ve ayrımcılık sebeplerini temel alan iki farklı görüş mevcuttur. Doktrindeki bu görüşlerden birine göre; nefret ve ayrımcılık suçunun konusu madde metninde sayılan ayrımcılık sebeplerinden ötürü maddede anılan temel hak ve özgürlüklerden yararlanması engellenen kişidir. Bir diğer anlatımla suçun konusu dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret saikiyle ayrıma uğrayan kişidir.³¹⁰

Bir diğer görüş ise nefret ve ayrımcılık suçunun konusunu her bir seçimlik hareket bakımından ayrı ayrı belirlemek gerektiği yönündedir.³¹¹ Bu görüşe göre “*bir kişiye kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya kiraya verilmesini engelleme*” şeklinde düzenlenen ilk hareket yönünden suçun maddi konusu taşınır veya taşınmaz mal kavramıdır. “*Bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanılmasını engellemek*” şeklindeki hareket bakımından suçun maddi konusu hizmettir. Diğer seçimlik hareket olan “*bir kişinin işe alınmasını engellemek*” bendinde suçun maddi konusu işe alınmayan kişidir. Son bentte düzenlenen hareket “*bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engellemek*” bakımından ise olağan ekonomik etkinlikte bulunulması engellenen kişinin suçun maddi konusudur.

³⁰⁸ Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, Genel Hükümler, s. 375.

³⁰⁹ Özgenç, Genel Hükümler, s. 219.

³¹⁰ Ersoy, s. 33; Serim Çiçek, s. 87.

³¹¹ Meran, s. 558.

Kanaatimizce suçun maddi konusu kanuni düzenlemede fiilin yöneldiği eşya yahut suçun etkilerinin üzerinde görüldüğü varlıktır. Bu nedenle nefret ve ayrımcılık suçunun konusu da madde metninde sayılan ayrımcılık sebeplerinden ötürü maddede anılan temel hak ve özgürlüklerden yararlanması engellenen kişi olarak tanımlanabilir.

2. MANEVİ UNSUR

Kanunda kural olarak; bütün suçlarda bulunması gereken suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların bilinmesi ve istenmesi genel kast olarak tanımlanmaktadır. Suçun maddi unsurları kısmında incelenen eylemlerin gerçekleşmesi, fiilin suç teşkil etmesi için yeterli değildir. Haksızlık teşkil eden bu eylemlerle, fail arasında manevi bir bağın da kurulması gerekir.³¹² TCK madde 21/1 hükmünde kast; *“suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.”* şeklinde tanımlanmıştır. Kanunda suç olarak tarif edilmiş eylemin haksızlık teşkil ettiğine dair unsurların bilinmesi halinde fiil kasten işlenmiştir.³¹³ TCK 22. maddesinde ise taksire ilişkin düzenleme mevcuttur. Maddeye göre taksir şu şekilde tanımlanmıştır: *“Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır. Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesidir.”* Kural olarak kasten işlenen belirli haksızlıklar suç olarak tanımlanmıştır. Fakat kanun 22. madde ile bu kurala istisna getirmiş, taksirle gerçekleştirilen belirli eylemlerinde suç olarak tanımlamıştır.³¹⁴

Bazı suç tipi düzenlemelerinde salt maddi unsurların bilinmesi ve istenmesi olarak tanımlanan genel kast yeterli olmayıp, aynı zamanda suçun oluşması için kişinin genel kastla birlikte ayrıca belirli bir amaçla harekete geçmesi aranmaktadır.³¹⁵ Saik, kasttan önce gelen, kastın varlığını hazırlayan bir duygu ya da düşünce olarak tanımlanmıştır. Kural olarak saik, suçun oluşumu için aranan bir unsur değildir.³¹⁶ Ancak kanun koyucu suçun tanımında, failin eylemi gerçekleştirme amacına işaret eden bir unsura ver verebilir. Suçun temel şeklinde yahut nitelikli halinde aranan bir unsur olarak düzenlenebilir.

Nefret ve ayrımcılık suçu kasten işlenebilen bir suç olup, kanunda taksirle işlenebileceği hususunda bir düzenleme bulunmadığından taksirle işlenemez.³¹⁷ Maddenin değişiklik

³¹² Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 385.

³¹³ Özgenç, Genel Hükümler, s. 245.

³¹⁴ Özgenç, Genel Hükümler, s. 267.

³¹⁵ Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, Genel Hükümler, s. 464; Özgenç, Genel Hükümler, s. 310.

³¹⁶ Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, Genel Hükümler, s. 464.

³¹⁷ Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, Genel Hükümler, s. 474.

yapılmadan önceki halinde; nefret nedeniyle ibaresi bulunmamaktadır.³¹⁸ Madde metninde yapılan değişiklik ile³¹⁹ayırımcılık ibaresinin yanında nefret ibaresine yer verilmiştir. Böylece suç ancak nefret saikiyle işlenebilen bir suç olarak tanımlanmıştır.

Doktrinde ağırlıklı görüş nefret ve ayrımcılık suçunun da özel kastla işlenebilen suçlardan olduğu şeklindedir.³²⁰ Madde metnine 6529 Kanun numaralı Temel Hak Ve Hürriyetlerin Geliştirilmesi Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 15. maddesi ile eklenen “nefret nedeniyle” ibaresinin suçun ancak madde metninde yer alan ayrımcılık sebeplerinden kaynaklanan nefret sebebiyle işlenebileceğini bu şekliyle de kanunun suçun işlenebilmesi için belirli bir saikin varlığını aradığı kabul edilmektedir.³²¹

Doktrinde bir başka görüş ise suçun manevi unsurunda özel kastın varlığının aranmadığını suçun işlenebilmesi için genel kastın yeterli olduğunu kabul etmektedir.³²² Bu görüşe göre madde metninde belirtilen neticelere yönelmeyen hareketler madde kapsamında suç olarak değerlendirilemeyecektir. Madde metninde düzenlenen nefret saikinin kastın özel kast olarak düzenlenmesi anlamını taşımadığını, yalnızca hareketin madde metnindeki neticeye yönelmesini ifade ettiğini kabul etmektedir.³²³

Doktrinde bazı görüşlere göre madde metninde değişiklik yapılmadan önce de suçun oluşması için özel kastın varlığı arandığı yönündedir.³²⁴ Bu görüşe göre değişiklikten önceki özel kast ise, maddede yer alan sebeplerle ayrımcılık yapma saikidir.³²⁵

Doktrinde başka bir görüşe göre ise; madde metninde değişiklik yapılmadan önce suçun genel kastla işlenebilen suçlardan olduğu özel kastın aranmadığı fakat madde metnine eklenen

³¹⁸ Mülga Madde RGT: 13.03.2014 RG No:28940 Kanun No: 6529/15 “ (1) Kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi 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”.

³¹⁹ Bknz. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesinde Değişiklik Yapan 6529 Sayılı Temel Hak ve Hürriyetlerin Geliştirilmesi Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 15. Maddesi.

³²⁰ **Yenidünya**, s. 111; **Hafızoğulları, Özen**, s. 230; **Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 474.

³²¹ **Hafızoğulları, Özen**, s. 230.

³²² **Özbek, Doğan, Bacaksız**, Özel Hükümler, s. 483; **Aytekin İnceoğlu**, s. 369.

³²³ **Özbek, Doğan, Bacaksız**, Özel Hükümler, s. 483; **Ersoy**, s. 45.

³²⁴ **Kocasakal**, s. 35-36.

³²⁵ **Meran**, s. 559.

“nefret nedeniyle” ibaresinden sonra kanuni düzenlemedeki suçun gerçekleşebilmesi için özel kastın varlığının arandığı kabul edilmektedir.³²⁶

Madde metninde değişiklik yapılmasına ilişkin kanun maddesinin—gerekçesi “*Madde başlığında yapılan değişiklik, ayrımcılık ibaresinin yanında nefret ibaresine yer verilmiştir. Böylece söz konusu suçun nefrete dayalı ayrımcılık olduğuna vurgu yapılmıştır. Bu suretle söz konusu suç, ancak doğrudan kastla ve nefret saikiyle işlenebilen bir suç olarak tanımlanmıştır.*” şeklinde kaleme alınmıştır.³²⁷

Kanaatimizce madde metninde yapılan değişiklikte birlikte suçun işlenebilmesi için kastın bulunmasıyla birlikte ayrıca belli bir amaçla hareket etmesi aranmıştır. Failin kanuni tanımlamadaki fiilleri dil, din, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılıklarından ötürü duyduğu nefret nedeniyle gerçekleştirmesinin gerekliliği karşısında, kanunun saik olarak “nefret nedeniyle” hareket etmesini aradığının kabulü gerekmektedir. Yargıtay’ın görüşüne göre de nefret ve ayrımcılık suçunda yapılan değişiklikten sonra; bu suçun işlenebilmesi için genel kast yeterli değildir, failin maddede belirtilen seçimlik hareketlerden birini nefret saikiyle işlemesi gerekir.³²⁸

Doktrinde kanun metnine eklenen “nefret nedeniyle” ibaresi suçun uygulama alanını daraltması sebebiyle eleştirilmektedir.³²⁹ Nefret kavramının tespitinin zor olması, kişinin kendisinin dahi fark etmesinin kimi durumlarda imkansız olması hususu gözetildiğinde kanunun uygulama alanının daraltıldığının kabulü gerekir.

Madde metnine nefret nedeniyle ibaresi eklenmeden önceki halinde, failin nefret gibi belirlenmesi zor olan bir hisse sahip olup olmadığına bakılmaksızın ayrımcılık olarak değerlendirilen fiilleri gerçekleştirmesi ile suç tamamlanacak iken; madde bu haliyle uygulanabilirliği zor bir hal almıştır. Doktrinde bir görüşe göre; nefret ve ayrımcılık suçuna nefret kavramının eklenmesi ile, ispatı zorlaştığından normatif yapı açısından yetersiz

³²⁶ Serim Çiçek, s. 128; Sezer, s. 543.

³²⁷ (5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 122. Maddesinde Değişiklik Yapan 6529 sayılı Temel Hak ve Hürriyetlerin Geliştirilmesi Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 15. Madde “Madde ile, Türk Ceza Kanunu’nun 122’nci maddesi, başlığı ile birlikte değiştirilmektedir”.

³²⁸ Yargıtay, 18. CD. E.2018/1978, K. 2019/13554, T. 01.10.2019, <https://mevzuat.sinerjias.com.tr> (E.T:01.01.2024).

³²⁹ Kocasakal, s. 33.

kalmaktadır.³³⁰Başka bir görüşe göre ise failin taşıdığı nefret duygusunun karmaşık bir duygu olup, failin davranışlarına bakılarak ortaya çıkarılması ve ispatı oldukça zordur.³³¹

Uygulamada Yargıtay; madde metninde yapılan değişiklik ile failin maddede belirtilen seçimlik ve bağlı hareketlerden en az birini nefret saiki ile işlemesi ile suçun oluşacağını kabul etmektedir.³³²Fail, kanun metninde düzenlenen fiillerden birini gerçekleştirirken nefret duygusu ile hareket etmediğinde, suç oluşmayacaktır. Örneğin bir kişi nefret etmemesine rağmen bir kişiye sırf ırkından dolayı taşınmazını satmaz ise burada nefret saiki bulunmadığından Türk Ceza Kanunu 122. maddesi bakımından suç oluşmayacaktır.

Doktrinde tartışılan bir başka husus ise, suçun olası kastla işlenip işlenemeyeceğidir. Türk Ceza Kanunu’nu madde 21/2’de düzenlenen olası kast “*failin suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, harekete devam etmesi ve fiilin olası sonuçlarını kabullenmesi halidir*” şeklinde tanımlanmıştır.³³³ Doktrinde bazı görüşlere göre, suç tipinin gerçekleşebilmesi için özel kast arandığından suçun olası kast ile işlenebilmesi mümkün değildir. ³³⁴ Doktrindeki diğer görüşe göre ise suçun olası kastla işlenebileceğini savunmaktadır.³³⁵Bu görüşe göre, suçun işlenebilmesi için genel kastın varlığı yeterli olduğundan suç niteliği gereği olası kast ile de işlenebilir.

Kanaatimizce yukarıda da bahsettiğimiz gibi, suç tipi düzenlemesinde özellikle madde metninde yapılan değişiklikten sonra saik varlığı aranmaktadır, bu nedenle nefret ve ayrımcılık suçunun olası kastla işlenebilmesi mümkün değildir. Nitekim, kişinin bir amaç veya saikle hareket etmesinin arandığı suç tipleri olası kastla işlenemez.

Manevi unsur kapsamında hata kurumunu da ayrıca incelemek gerekmektedir. Türk Ceza Kanunu’nun 30. Maddesi’nde “*Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır.*” şeklinde düzenlenen hata nefret ve ayrımcılık suçu bakımından incelemek gerekmektedir.

³³⁰ AYTEKİN İNCEOĞLU, s. 59.

³³¹ TÜRAY, s. 92.

³³² Yargıtay 18. CD. E. 2015/26353, K. 2016/6373, T. 12.11.2016; Yargıtay 18. CD. E.2018/1978, K. 2019/13554, T. 01.10.2019, <https://mevzuat.sinerjias.com.tr> (E.T:01.01.2024).

³³³ ARTUK, GÖKÇEN, ALŞAHİN, ÇAKIR, s. 399.

³³⁴ KOCASAKAL, s. 36; YENİDÜNYA, s. 112.

³³⁵ ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ, s. 484.

Mağdurun madde metninde düzenlenen ayrımcılık sebeplerinden birine sahip olduğundan bahisle birine nefret duyan ve bu nefretle seçimlik hareketlerden birini gerçekleştiren kişinin, şayet mağdurun bu özelliğinin bulunmadığı durumda hata kurumundan yararlanıp yararlanamayacağı hususu doktrinde tartışmalıdır.

Doktrinde genel kabul failin suç oluşturan fiili bilmesi ve madde metninde aranan saikin de bulunmasıyla engelleme hareketini gerçekleştirmesi sonucunda suçun tamamlanacağı yönündedir.³³⁶ Doktrinde aksi görüşe göre ise, şayet failin mağdurda olduğunu varsaydığı ve bu nedenle madde metnindeki seçimlik hareketlerden birini gerçekleştirdiği durumda, sözde suç ya da esaslı hata ortaya çıkacağını bu sebeple de suçun oluşmayacağı yönündedir.³³⁷

Kanaatimizce de failin suç oluşturan fiili bilmesi ve özel kastının da olması durumunda suç tamamlanacaktır. Burada örneğin; bir işverenin aslında kendi ile aynı mezhepten olmadığını, nefret duyduğu başka bir mezhebe dahil olduğunu düşündüğü bir kişinin işe alınmasını engellediği durumda sonradan işe alınmayan kişinin mezhebini yanlış bildiğini öğrenmesi suçun vasfını etkilemeyecektir. Suç, işverenin şahsın dahil olduğunu düşündüğü mezhebe duyduğu nefret ile işe alınmasını engellemesi ile tamamlanmış olup, burada failin Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen hata kurumundan yararlanması mümkün değildir.³³⁸ Şahısta hata durumunda suçun konusunu oluşturan kişinin kimliğinin hukuken önem arz etmediği hallerde şahısta hata önem arz etmeyecektir. Nitekim failin mağdurda hataya düşmesi kastını ve güttüğü saiki ortadan kaldırmayacaktır.

3. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Hukuka aykırılık kavramı öğretide, gerçekleştirilmiş fiilin, kanunun düzenleniş şekli itibarıyla hukuk düzeni tarafından kabul edilmeyerek, tüm hukuk düzeni bakımından yasaklanması olarak tanımlanabilir.³³⁹ Hukuka aykırılık denildiğinde yalnızca ceza hukuku bakımından bir normun ihlali değil, tüm hukuk sistemi açısından yasaklanmış bir fiilin varlığından söz edilmektedir.

Nefret ve ayrımcılık suçunu düzenleyen TCK 122. madde kapsamında her bir seçimlik hareket bakımından somut olayın gerçekleşme şekline göre hukuka aykırılık kavramını değerlendirmek gerekmektedir. Madde metninde düzenlenen seçimlik hareketlerden herhangi biri

³³⁶ Serim Çiçek, s. 130.

³³⁷ Bayraktar, s. 73.

³³⁸ Ersoy, s. 46.

³³⁹ Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, Genel Hükümler, s. 476.

bakımından hukuka aykırılığı ortadan kaldırarak hukuken meşru bir konuma getiren hukuka uygunluk sebebinin varlığının olup olmadığı ayrı ayrı belirlenmelidir.

Gerek Ceza Kanunumuzda düzenlenen veya Türk Ceza Kanunu’umuzda düzenlenmemekle birlikte Anayasa da ya da başkaca kanunlar da düzenlenen hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı da ayrıca araştırılmalıdır.

Madde metninde ayrımcılık suçuna özel bir hukuka uygunluk sebebi düzenlenmemiştir. Genel hukuka uygunluk sebeplerinin oluşması halinde uygulanması mümkündür. Türk Ceza Kanunu’nda düzenlenen hukuka uygunluk sebeplerini ayrıntılı olarak ele almak gerekmektedir.

A. Kanun Hükmünü Yerine Getirme

Kanunun hükmünü yerine getirme hususu Türk Ceza Kanunu’nun 24/f.1 maddesinde “*Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez*” şeklinde hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlenmiştir. Kanun hükmünü yerine getirme, nefret ve ayrımcılık suçu kapsamında bir hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilebilir.

Bu kapsamda nefret ve ayrımcılık suçu kapsamında değerlendirilebilecek bazı kanun hükümleri mevcuttur. Temelde kanundaki bu düzenlemelerin gayesi pozitif ayrımcılık olup dezavantajlı grupların korunmasıdır. Anayasa’nın 50/f.1-2 maddesi “*Kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uygun olmayan işlerde çalıştırılmaz. Küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar.*” şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeden yola çıkarak birtakım iş hukuku düzenlemeleri getirilmiş olup hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilebilmektedir. Örneğin 4857 sayılı İş Kanunu’nun 30/f.4 Maddesi ³⁴⁰engelli bireyler yönünden yeraltı ve su altı işlerinde çalıştırılmayacağı hususunda bir kanun hükmü ihtiva etmektedir. Bu hüküm uyarınca gerçekleştirilen engelli bir bireyin yeraltı ve su altı işlerinde çalıştırılmayacağı hususu TCK madde 122 kapsamında kanun hükmünün yerine getirilmesi olacağından hukuka uygunluk nedeni olacaktır.

Yine 4857 sayılı İş Kanunu madde 72 hükmü,³⁴¹ kadın işçilerin maden ocakları ve kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yeraltında veya su altında çalışılacak işlerde çalıştırılması yasaklamıştır. Bu kanun hükmü de nefret ve ayrımcılık suçu bakımından hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilmelidir.

³⁴⁰ İş Kanunu m. 30/4 “*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*”.

³⁴¹ İş Kanunu madde 72 “*Maden ocakları ile kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında çalışılacak işlerde onsekiz yaşını doldurmamış erkek ve her yaştaki kadınların çalıştırılması yasaktır*”.

Bir başka düzenleme ise yine 4857 sayılı İş Kanunu'nun 73/f.2 maddesidir.³⁴² Bu madde hükmü ile kadın işçilerin belirli hallerde gece vakti çalıştırılmayacağı düzenlenmiştir. Kadın işçiler bakımından getirilen bu düzenleme de nefret ve ayrımcılık suçu bakımından hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilebilir.

Bir başka kanuni düzenleme de 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun 7. maddesinde ayrımcılık iddiasının ileri sürülemeyeceği haller sayılmıştır. Bu düzenlemeye göre; belirli şartların varlığı halinde yapılan kanuni uygulamaların eşitsizlik olarak ileri sürülemeyecektir.³⁴³ Bu madde kapsamı da niteliği uygun düştüğü ölçüde hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilmelidir.

Yine 2644 sayılı Tapu Kanunu 35. madde hükmü de nefret ve ayrımcılık suçu kapsamında hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilebilir.³⁴⁴ Bu madde ile yabancı uyruklu kişiler yönünden taşınmaz edinmelerini kısıtlayan bir hüküm düzenlenmiştir. Bu düzenleme de niteliğine uygun düştüğü ölçüde hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilmelidir.

B. İlgilin Rızası

İlgilin rızası Türk Ceza Kanunu'nun 26/2 maddesinde “*Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.*” şeklinde düzenlenmiş hukuka uygunluk nedenlerinden biridir. Bu düzenleme ile şayet mağdurun üzerinde tasarruf edebileceği bir hakkı ile sınırlı olmak kaydıyla gerçekleşen eyleme açıkça rızası mevcut ise bu eylem nedeniyle kimseye ceza verilemeyecektir. Mağdurun üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği hak kavramı, bütün hukuk düzenine hakim

³⁴² İş Kanunu m. 73/2 “Onsekiz yaşını doldurmuş kadın işçilerin gece postalarında çalıştırılmasına ilişkin usul ve esaslar Sağlık Bakanlığının görüşü alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca hazırlanacak bir yönetmelikte gösterilir”.

³⁴³ 6701 sayılı TİHEK 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 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 g) Vatandaş olmayanların ülkeye giriş ve ikametlerine ilişkin şartlarından ve hukuki statülerinden kaynaklanan farklı muamele”.

³⁴⁴ “Kanuni sınırlamalara uyulmak kaydıyla, uluslararası ikili ilişkiler yönünden ve ülke menfaatlerinin gerektirdiği hallerde Cumhurbaşkanı tarafından belirlenen ülkelerin vatandaşı olan yabancı uyruklu gerçek kişiler Türkiye’de taşınmaz ve sınırlı aynı hak edinebilirler. Yabancı uyruklu gerçek kişilerin edindikleri taşınmazlar ile bağımsız ve sürekli nitelikteki sınırlı aynı hakların toplam alanı, özel mülkiyete konu ilçe yüz ölçümünün yüzde onunu ve kişi başına ülke genelinde otuz hektarı geçemez. Cumhurbaşkanı kişi başına ülke genelinde edinilebilecek miktarı iki katına kadar arttırmaya yetkilidir”.

olan genel ilkelerden çıkarılmalıdır.³⁴⁵ Örneğin bir kimse, vücudu ve sahip olduğu malvarlığı üzerinde belirli ve sınırlı tasarruflarda bulunma yetkisine sahipken; hayatı ve şerefi üzerinde tasarrufta bulunma hakkı yoktur.³⁴⁶

Doktrinde bir görüş; ilgilinin rızasının bu suç kapsamında hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilebileceğini savunmaktadır.³⁴⁷ Bu görüşe göre, suçun seçimlik hareketlerinden birinin gerçekleşmesine mağduun rızası varsa ceza verilmeyecektir.³⁴⁸

Nefret ve ayrımcılık suçu bakımından bu hükmün uygulanıp uygulanmayacağı hususunda doktrinde bir diğer görüş ise uygulama alanı bulamayacağıdır. Nitekim ilgilinin rızası, tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olabilecektir. Bir toplumun tamamını ilgilendiren hukuki değerlerle ilgili tasarruf yetkisinden ve geçerli bir rızadan bahsedilemeyecektir.³⁴⁹ Nefret ve ayrımcılık suçunda korunan hukuki değer bireysel olarak kişinin insanlık onuru olmasının yanı sıra, bir yönüyle de toplumsal olarak kişiler arasında ayrımcılık yapılmamasıdır.³⁵⁰ Kişi insanlık onurundan vazgeçemeyeceğinden bu hususta rızasının varlığından da söz edilememelidir. Bu nedenle kişinin rızasının nefret ve ayrımcılık suçunda hukuka uygunluk nedeni olarak uygulama alanı bulamayacağı görüşüne katılmaktayız.

C. Hakkın İcrası

Hakkın kullanılması Türk Ceza Kanunu'nun 26/f.1 maddesinde “*Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez*” şeklinde düzenlenmiş hukuka uygunluk nedenlerinden biridir. Burada bahsedilen hak, madde gerekçesinde de belirtildiği üzere; kanun, tüzük, yönetmelik, genelge gibi nizamla dayanabilir veya hukuken tanınmış ve düzenlenmiş olmak kaydıyla, bir mesleğin icrasından da doğabilir. Bu düzenleme ile bir kimseye kullanma yetkisi verilen bir hakkın icrasına ilişkin fiiller de hukuka uygun sayılmaktadır.³⁵¹

Nefret ve ayrımcılık suçu bakımından da bazı hakların kullanılması hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilebilir. TCK m. 26/f.1 kapsamında değerlendirilen ilk hukuka uygunluk nedeni haklı neden kavramıdır. Anayasa Mahkemesi kararlarında haklı neden olarak; gereklilik, zorunluluk, işin özelliklerine uygunluk, kamu yararı amacı veya başka haklı bir neden, dengeli ve

³⁴⁵ Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, Genel Hükümler, s. 546.

³⁴⁶ Özgenç, Genel Hükümler, s. 376.

³⁴⁷ Gerçekler, Hasan, Yorumlu & Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Seçkin Yay, Ankara, 2022, s. 1287.

³⁴⁸ Aykotalp Özen, Kübra Gizem, Nefret ve Ayrımcılık Suçu, NKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, 2021/2, s. 436.

³⁴⁹ Erdoğan, Oğuz, Rızanın Ceza Hukuku Sorumluluğu Üzerinde Etkisi, Seçkin Yay, Ankara, 2021, s. 38.

³⁵⁰ Serim Çiçek, s. 126.

³⁵¹ Özgenç, s. 323.

makul görülebilecek ölçüler, zorunlu bir nedene veya anayasal bir gereğe dayanma gibi durumlar kabul edilmektedir.³⁵²

Doktrinde bu konuda tartışılan ilk husus temelini Anayasa'nın 48/1 maddesinin oluşturduğu sözleşme hürriyetinin hukuka uygunluk nedeni olup olmama hususudur.³⁵³ Türk hukuk sisteminde sözleşme özgürlüğü ilkesi benimsenmiş olup bu özgürlüğün sınırları da yine kanunla belirlenmiştir. Türk Borçlar Kanunu madde 26 hükmü "*Taraflar bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler*" şeklinde sözleşme özgürlüğünü düzenledikten sonra, aynı kanunun 27/1 maddesinde ise "*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür*" denilerek bu hürriyetin sınırları belirlenmiştir.

Sözleşme hürriyeti kişilerin herhangi bir sözleşmeyi yapıp yapmama, sözleşme yapacağı karşı tarafı seçme, kanunun öngördüğü sınırlar dahilinde sözleşmenin içeriğini belirleme haklarının tamamını kapsar. Türk Borçlar Kanunu'nda, sözleşme hürriyetine kanunun emredici hükümlerine aykırı olarak sözleşme yapılamayacağı, bu şekilde akdedilen sözleşmelerin ise kesin hükümsüz olacağı belirtilmiştir. Bu nedenle şayet tarafların arasında akdedilen sözleşme, Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen nefret ve ayrımcılık suçunda belirtilen hususlara aykırı bir durum oluştursa, burada sözleşme hürriyetinden bahsedilemeyecektir. Bu nedenle sözleşme özgürlüğünün hukuka uygunluk nedeni sayılması halini her somut olay bakımından ayrı ayrı değerlendirmek gerekmektedir. Aksinin kabulü halinde, örneğin bir kişinin kiralanması için emlakçı ile anlaştığı taşınmazını belirli bir mezhebe mensup kişiler tarafından kiralanmasını, bu mezhebe mensup olmasından dolayı duyduğu nefret nedeniyle engellediğinde, bu durum TCK'da açıkça suç olarak düzenlendiğinden, sözleşme hürriyeti kapsamında değerlendirilemeyecektir.³⁵⁴

4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. Maddesinde eşit davranma ilkesi "*İş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz. İşveren, esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmî süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz. İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde,*

³⁵² Kocasakal, s. 32; Serim Çiçek, s. 124.

³⁵³ Anayasa Madde 48/1 "*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir*".

³⁵⁴ Serim Çiçek, s. 122; Yenidünya, s. 108.

cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz. Aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılamaz. İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz.” şeklinde düzenlenmiştir. Bu kanun hükmü ile aynı durumdaki işçilere farklı muamele yasaklanmıştır.

Eşit davranma ilkesi, işverene işyerinde çalışan işçilere karşı eşit davranma yükümlülüğü getirirken; makul ve haklı bir nedenin varlığını ise istisna tutmaktadır. Burada makul ve haklı neden olarak bahsedilen biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler kavramı hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilebilir. Yargıtay kararlarında da esaslı nedenler ve biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça bu yükümlülüğün bulunmadığı vurgulanmıştır.³⁵⁵ Yapılan işin niteliği sebebiyle uygulanan farklı muamelenin, haklı neden olarak kabulünü somut her olayda ayrı ayrı değerlendirmek gerekmektedir. İş Kanunu 5. maddesi aynı durumdaki işçilere farklı muameleyi yasaklamıştır. Ancak işçinin objektif, subjektif, niteliklerinin gerekleri; ya da çalıştığı pozisyon, yapılan görev, meslekte kıdem gibi nesnel nedenler var ise eşit işlem borcundan söz edilemeyecektir. İşin niteliği şayet herhangi bir özelliğe sahip olmayı gerektiriyorsa, işverenin bu nitelikte birini tercih etmesi halinde haklı nedenin varlığı kabul edilmelidir.³⁵⁶ Örneğin, işverenin işyerinde çalıştırmak üzere işin niteliği gereği belirli bir dili bilme koşulu aradığı durumlar yahut belirli bir engelin varlığının işçinin aranılan iş için uygun olmadığı hallerde haklı neden kabul edilmelidir. Burada makul ve haklı neden liyakate ilişkin de olabilir. Doktrinde genel kabule göre, işverenin yapılacak iş için gerekli uzmanlıklara sahip ve uygun yetenekte kişiyi araması işverenin en doğal hakkıdır.³⁵⁷

IV. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

1. TEŞEBBÜS

Türk Ceza Kanunu’nun 35. maddesinde düzenlenen teşebbüs; bir kişinin işlemeyi kastettiği bir suç için elverişli hareketlerle icraya başlayıp da tamamlayamaması veya icra hareketleri

³⁵⁵ Yargıtay 9. HD. E. 2020/9093, K. 2021/6337, T. 17.03.2021; Yargıtay 9. HD. E.2008/27310, K. 2008/22095, T. 25.07.2008; Yargıtay 9. HD. E. 2009/33837, K. 2009/32939, T. 02.12.2009. <https://mevzuat.sinerjias.com.tr> (E.T:12.10.2023).

³⁵⁶ Kocasakal, s. 32.

³⁵⁷ Demren Dönmez, s. 43.

tamamlanmış olmakla birlikte suç tipinde ayrı bir unsur olarak belirlenmiş olan hallerde neticenin gerçekleşmemesi olarak tanımlanmıştır.³⁵⁸

Suçun teşebbüse elverişli olması hususunda, neticeye göre suçların tasnifi bakımından, nefret ve ayrımcılık suçunun sırf hareket suçu ya da neticeli suçlardan olup olmadığı hususu doktrinde tartışılmalıdır.

Doktrinde bazı görüşlere göre sırf hareket suçlarına kural olarak teşebbüs mümkün değildir.³⁵⁹ Nefret ve ayrımcılık suçu da sırf hareket suçu olup tamamlanması için kanunda tanımlanan seçimlik hareketlerden birinin yapılması yeterlidir, ayrıca bir sonucun gerçekleşmesi aranmamıştır. Hareketin gerçekleştirilmesi ile suç tamamlanır, şayet icrai hareketler parçalara bölünebiliyor ise bu takdirde teşebbüs mümkündür. Doktrinde birtakım görüşlere göre, nefret ve ayrımcılık suçu sırf hareket suçudur.³⁶⁰ Maddede belirtilen engelleme hareketinin gerçekleşmesi ile neticenin oluşup oluşmadığına bakılmaksızın suç oluşacaktır. Ancak icrai hareketler bölünebiliyor ise suça teşebbüs mümkündür. Örneğin, bir kişinin belirli bir siyasi görüşteki kişilere duyduğu nefret nedeniyle, mülkiyetindeki taşınmazın bu siyasi görüşteki kişilere kiraya verilmemesi hususunda emlakçıya bir e-posta göndermesi durumunda e-posta emlakçıya ulaşmamış ise suçun teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilebilir.³⁶¹

Yargıtay, nefret ve ayrımcılık suçunun sırf hareket suçu olduğunu, hareketin parçalara bölünebildiği durumlarda bu suça teşebbüsün mümkün olduğu görüşüne katılmaktadır.³⁶²

Doktrinde bir başka görüşe göre, nefret ve ayrımcılık suçu neticeli bir suçtur.³⁶³ Neticeli bir suç olması sebebiyle madde metninde belirtilen seçimlik hareketlerden biri gerçekleştirilmekle birlikte şayet engelleme neticesi oluşmamış ise suçun teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilecektir. Örnek vermek gerekirse, bir şirket sahibinin insan kaynakları bölümünden işyerinde bir pozisyon için, kadınlara duyduğu nefret sebebiyle; erkek bireylerin tercih edilmesini, kadınların tercih edilmemesini talep etmesine rağmen, şayet insan kaynakları birimi bu talebi

³⁵⁸ TCK m. 35/1 “Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur”.

³⁵⁹ Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, Genel Hükümler, s. 696.

³⁶⁰ Yenidünya, s. 112; Kocasakal, s. 36; Altun, s. 78; Demren Dönmez, s. 42; Özbek, Doğan, Bacaksız, Özel Hükümler, s. 481.

³⁶¹ Serim Çiçek, s. 131.

³⁶² Yargıtay 4. CD. E. 2021/11263, K. 2023/19698, T. 12.06.2023 “Sırf hareket/tehlike suçu olan nefret ve ayrımcılık suçunun oluşabilmesi için, engelleme hareketinde bir zarar doğurmasının aranmadığı, suçun oluşması için yasa maddesinde yer alan engelleme hareketinin yapılmasının yeterli olduğu, bu hareketin mağdur için somut bir tehlike arz etmesinin önemli olmadığı ve araştırılmasının gerekmediği, sadece hareketin parçalara bölünebildiği durumlarda bu suça teşebbüsün mümkün olabileceği” <https://www.lexpera.com.tr> (E.T:16.12.2023).

³⁶³ Ersoy, s. 48.

dikkate almamış ve kadın bir çalışanı bu pozisyon için işe alınmış ise engelleme neticesi gerçekleşmediğinden şirket sahibi açısından suç teşebbüs aşamasında kalacaktır.

Kanaatimizce de nefret ve ayrımcılık suçu sırf hareket suçudur. Madde metninde belirtilen seçimlik hareketlerden biri fail tarafından gerçekleştirildiği takdirde, engelleme durumunun gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmaksızın suç tamamlanır. İcra hareketleri bölünebildiği ölçüde ise bu suça teşebbüs mümkündür.

Nefret ve ayrımcılık suçunun ihmali suretle de işlenmesi mümkündür. Suçun ihmali suretle işlenen halinde ise teşebbüs mümkün değildir.³⁶⁴ İhmali hareketin gerçekleşmesi ile suç tamamlanmış olacaktır. Teşebbüse ilişkin hükümler, ihmali hareketlerle işlenen suçlara uygulanamayacaktır. Bu nedenle ihmali suça teşebbüs cezalandırılmaz. Nitekim ihmali suça teşebbüsün cezalandırılabilmesi için ihmali davranışın cezai müeyyide gerektirdiği kanun tarafından düzenlenmiş olmalıdır.³⁶⁵

TCK m. 36 hükmünde “*fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır*” şeklinde gönüllü vazgeçme düzenlenmiştir. Nefret ve ayrımcılık suçu bakımından da gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanması, her somut olay bakımından ayrı ayrı değerlendirildiğinde niteliğine uygun düştüğü sürece uygulanabilecektir.

2. İŞTİRAK

İştirak hükümleri Türk Ceza Kanunu’nun 37. 38. ve 39. maddelerinde düzenlenmiştir. Nefret ve ayrımcılık suçuna ilişkin kanunda özel bir ayırım bulunmadığından genel hükümler uygulama alanı bulacaktır. Genel hükümler kapsamında, suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri fail olarak sorumlu olur. Ayrıca başkasını suç işlemeye azmettiren kişi de işlenen suçun cezası ile cezalandırılacaktır.

Kanunda suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanılması durumu dolaylı faillik olarak nitelendirilmiştir. Buna göre suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur.³⁶⁶ Azmettiren ise, failin suç işleme hususunda henüz bir fikri olmadığı halde, ona bu suçu işlemeye karar verdirten kişidir.

³⁶⁴ Yenidünya, s. 113, Öztürk, s. 134.

³⁶⁵ Özgenç, Genel Hükümler, s. 518.

³⁶⁶ Artuk, Gökcen, Alşahin, Çakır, Genel Hükümler, s. 736.

Nefret ve ayrımcılık suçu bakımından iştirakin her hali mümkündür. Fail, dört bent bakımından da engelleme fiilini gerçekleştiren kişidir. Bu durumda fail doğrudan fail olarak nitelendirilecektir.

Dolaylı fail ile azmettirenin durumlarının farklı olduğu, dolaylı failin suça yönelttiği kişinin özgür iradesiyle hareket etmediği, bununla birlikte azmettireninse özgür iradesiyle hareket eden bir başkasını suça yönelttiği ifade edilmektedir.³⁶⁷ Örneğin bir komşunun, yan dairesinin sahibini, ırkının farklı olduğunu bildiği bir kimseye, bir Suriye ya da Afgan uyruklu kişiye kiralamaması hususunda tehdit ettiği durumda; komşu nefret ve ayrımcılık suçunun dolaylı faili olacaktır.³⁶⁸

Doktrinde bu hususta tartışılan bir husus ise, faili engelleme fiilini gerçekleştirmesi ile bu fiilin gerçekleştirilmesi yönünde politika benimseyen kişinin hukuki nitelendirmesinin ne olacağıdır. Bir görüşe göre, örneğin bir işverenin talimatı ve belirlediği şartlar çerçevesinde, işyerinde insan kaynakları müdürünün belirli ırka mensup kişileri işe almadığı durumda insan kaynakları müdürü faildir. İşverenin ise fail mi yoksa azmettiren mi kabul edilmesi hususu tartışmalıdır. Bir görüş, bu noktada işverenin azmettiren olacağı yönündedir.³⁶⁹ Bir diğer görüş ise her somut olayın özelliğine göre fail mi azmettiren mi olduğu yönünde değerlendirme yapmak gerektiğini savunmaktadır.³⁷⁰ Kanaatimizce de yukarıdaki örnekte işveren azmettiren değil, faildir.

3. İÇTİMA

Türk Ceza Kanunumuzda içtima hususunda benimsenen ana kural, gerçek içtima olarak da nitelendirilen, “kaç fiil varsa o kadar suç, kaç suç varsa o kadar ceza vardır” prensibidir.³⁷¹ Bu kural uyarınca, failin farklı fiillerle farklı kişilere karşı nefret ve ayrımcılık suçunu işlediği durumda, mağdur sayısı kadar suç oluşacaktır.³⁷²

Failin bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet verdiği durumda farklı neviden fıkri içtima söz konusu olacaktır. Türk Ceza Kanunu’nun 44. maddesi “işlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır” şeklinde düzenlenmiş olup, farklı neviden fıkri içtima halinde failin nasıl cezalandırılacağını belirtmiştir.

³⁶⁷ Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, Genel Hükümler, s. 471; Özgenç, Genel Hükümler, s. 564.

³⁶⁸ Öztürk, s. 137.

³⁶⁹ Öztürk, s. 137; Aytekin İnceoğlu, s. 376.

³⁷⁰ Kocasakal, s. 36.

³⁷¹ Özgenç, Genel Hükümler, s. 601; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, Genel Hükümler, s. 780.

³⁷² Meran, s. 530.

Doktrinde bazı görüşlere göre; fail, nefret ve ayrımcılık suçu kapsamında düzenlenen seçimlik hareketlerden birini gerçekleştirirken, aynı anda bu fiil ile başka bir suç da oluşturuyorsa fikri içtima hükümleri uygulanır.³⁷³

Bu hususta doktrinde tartışılan birkaç suç tipi vardır. Bunlardan ilki Türk Ceza Kanunu'nun 125. maddesinde düzenlenen hakaret suçudur.³⁷⁴ Örneğin bir işveren iş başvurusunda bulunan işçiye karşı “*senin gibi aşağılık şiiileri işe almıyorum*” şeklindeki beyanında hem hakaret suçunun nitelikli hali olan 125/3-b, hem de nefret ve ayrımcılık suçu oluşacaktır. Bu hususta bazı görüşlere göre, farklı neviden fikri içtima kuralı gereği daha ağır cezayı gerektiren nefret ve ayrımcılık suçundan cezalandırılmalıdır.³⁷⁵ Aksi görüşe göre ise; burada aşağılık kelimesi ile hakaret suçu, Şii mezhebinden olması sebebiyle işe alınmamasında ise nefret ve ayrımcılık suçu oluşacağından gerçek içtima uygulanarak ayrı ayrı cezalandırılacaktır.³⁷⁶ Kanaatimizce de farklı neviden fikri içtima uygulanarak daha ağır cezayı gerektiren TCK m. 122 uygulanmalıdır.

Doktrinde tartışılan diğer iki suç tipi ise, TCK m. 117/f.1’ de düzenlenen iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçu³⁷⁷ ve TCK m. 113’te düzenlenen kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi³⁷⁸ suçudur.

Bir görüşe göre, bir kişi, şayet TCK m. 122’de düzenlenen sebeplerden ötürü duyduğu nefret nedeniyle cebir veya tehdit kullanarak ya da hukuka aykırı başkaca bir fiil ile iş ve çalışma hürriyetini ihlal ederse burada hem TCK m.122’ de hem TCK m.117/1 hükmünde düzenlenen suç gerçekleşmiş olacaktır. Bu durumda farklı neviden fikri içtima hükümleri uygulanarak, daha ağır

³⁷³ Ersoy, s. 50; Yenidünya, s. 113.

³⁷⁴ TCK 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, mağduru muhatap alan sesli, yazılı veya görüntülü bir iletiyle işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkra da 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 altında biri oranında artırılır. (5) Kurul halinde çalışan kamu görevlilerine görevlerinden dolayı hakaret edilmesi halinde suç, kurulu oluşturan üyelere karşı işlenmiş sayılır. Ancak, bu durumda zincirleme suça ilişkin madde hükümleri uygulanır.”

³⁷⁵ Ersoy, s. 50; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 476; Öztürk, s. 129.

³⁷⁶ Serim Çiçek, s. 136.

³⁷⁷ 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.”

³⁷⁸ TCK m. 113/1 “Cebir veya tehdit kullanarak 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.”

cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılmalıdır.³⁷⁹ Aksi görüşe göre ise, her iki kanuni düzenleme ile; farklı hukuki değerler korunduğundan ve suç tiplerinin manevi unsurları da farklı olduğundan fikri içtima uygulanmamalı, somut olayın özelliğine göre daha özel norm olan madde uygulanmalıdır.³⁸⁰ Kanaatimizce de fail hakkında burada farklı neviden fikri içtima hükümleri uygulanarak, daha ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılmalıdır.

Doktrinde TCK m. 113'te düzenlenen kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi suçu ile nefret ve ayrımcılık suçu arasında benzer bir görüş ayrılığı mevcuttur. Bir görüşe göre, örneğin engelli bireylere karşı nefret duyan ve okulunda öğrenci olarak istemeyen bir okul müdürü, okula kaydolmak isteyen engelli bir öğrenciyi tehdit ederek okula almadığında burada hem TCK m.122 hem de TCK m. 113/f.2 hükmündeki suç oluşmuş olacaktır. Bu durumda farklı neviden fikri içtima hükümleri gereği, daha ağır cezayı gerektiren TCK m. 113'ten cezalandırılmalıdır.³⁸¹ Aksi görüşe göre ise, her iki kanuni düzenleme ile; farklı hukuki değerler korunduğundan ve suç tiplerinin manevi unsurları da farklı olduğundan farklı neviden fikri içtima uygulanmamalı, somut olayın özelliğine göre daha özel norm olan madde uygulanmalıdır.³⁸² Kanaatimizce de burada farklı neviden fikri içtima hükümleri gereği, daha ağır cezayı gerektiren TCK m. 113'ten cezalandırılmalıdır.

Failin aynı kişiye karşı nefret ve ayrımcılık suçunu oluşturacak fiili, farklı zamanlarda birden fazla gerçekleştirilmesi halinde zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır.³⁸³ Zincirleme suça ait hükümlerin uygulanması için, failin kanunun aynı hükmünü birden fazla ihlal etme noktasında genel bir planı olmalı, bir suç işleme kararı ile hareket etmiş olmalıdır. Bir kitabevi çalışanı bir Suriyeliye farklı zamanlarda birden fazla kez, ırkından duyduğu nefret nedeniyle kitap satmamışsa burada zincirleme suç hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Burada tek bir cezaya hükmedilip, bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılacaktır.

TCK m. 43/2 hükmü aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi halini düzenlemiştir. Tek bir hareketle birden fazla kişiye karşı bu eylemin gerçekleştirilmesi halinde, aynı neviden fikri içtima hükümleri uygulanacaktır. Örneğin, bir mobilyacı, LGBT+ olduğunu

³⁷⁹ Ersoy, s. 50; Yenidünya, s. 113.

³⁸⁰ Kocasakal, s. 38; Serim Çiçek, s. 136.

³⁸¹ Ersoy, s. 50; Yenidünya, s. 113.

³⁸² Kocasakal, s. 38; Serim Çiçek, s. 135.

³⁸³ Demren Dönmez, s. 50; Özbek, Doğan, Bacaksız, Özel Hükümler, s. 484.

bildiği 2 kişiye cinsel yöneliminden duyduğu nefret nedeniyle, koltuk satmıyorsa aynı neviden fikri içtima hükümleri uygulanır.

Failin farklı zamanlarda seçimlik hareketlerden önce birini, sonra bir diğer seçimlik hareketi aynı kişiye karşı, gerçekleştirdiği durumda da zincirleme suç hükümleri uygulama alanı bulacaktır.³⁸⁴ Örneğin, bir emlakçı, Alevi bir kimseye karşı mezhep farklılığından duyduğu nefret nedeniyle bir işyerini satmaz, akabinde birkaç gün sonra yine aynı gerekçe ile olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engeller ise, hareketlerin farklı zamanlarda gerçekleşmesi sebebiyle zincirleme suç hükümleri uygulanabilecektir.

Kanun koyucu suçlardan bazılarını birleştirerek yeni bir suç tipi meydana getirebilir. Bu şekilde oluşan suç tipinin ihlali halinde, bu suçu oluşturan suçlar ihlal edilmiş gibi görünse de gerçekte ihlal edilen yeni oluşturulan suç tipidir. Bileşik suç TCK m. 42 hükmünde “*Biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suça bileşik suç denir. Bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz.*” şeklinde düzenlenmiştir. Nefret ve ayrımcılık suçunun kanuni düzenlemesinde cebir veya tehdit gibi başka bir suç bileşik suç olarak düzenlenmediğinden, şayet bir kişi nefret ve ayrımcılık suçunda düzenlenen seçimlik hareketleri gerçekleştirirken, cebir veya tehdit unsurlarını kullanırsa, gerçek içtima uygulanarak ayrıca bu suçlardan da cezalandırılacaktır.³⁸⁵

V. YAPTIRIM

TCK madde 122’de düzenlenen nefret ve ayrımcılık suçunun yaptırımı kanunda bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası olarak düzenlenmiştir. Suçun takibi şikayete bağlı olmadığından re’sen soruşturma ve kovuşturma yapılır. 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun’un 11. Maddesi uyarınca görevli mahkeme asliye ceza mahkemesidir.³⁸⁶ Yetkili mahkeme ise CMK m. 12 hükmü gereği suçun işlendiği yer mahkemesidir.³⁸⁷

³⁸⁴ Kocasakal, s. 37.

³⁸⁵ Özbek, Doğan, Bacaksız, Özel Hükümler, s. 484; Yenidünya, s. 113.

³⁸⁶ 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun’un 11. Maddesi “*Kanunların ayrıca görevli kıldığı haller saklı kalmak üzere, sulh ceza hakimliği ve ağır ceza mahkemelerinin görevleri dışında kalan dava ve işlere asliye ceza mahkemelerince bakılır.*”

³⁸⁷ 5271 sayılı CMK madde 12/1 “*Davaya bakmak yetkisi, suçun işlendiği yer mahkemesine aittir.*”

Madde metninde 6529 sayılı Kanun değişikliği³⁸⁸le değişiklik yapılmadan önce suçun yaptırımı altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası şeklinde iken adli para cezası yaptırımı madde metninden çıkartılarak hapis cezasının alt ve üst sınırında arttırıma gidilmiştir. Bu değişiklikten önce madde, öğretide yaptırımın yeterli olmaması ve caydırıcılığının bulunmaması sebebiyle eleştirilmiştir.³⁸⁹

Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun 253. maddesi uyarınca uzlaşma kural olarak takibi şikayete bağlı suçlar için kabul edilmiştir. Bazı suçların ise şikayete bağlı olup olmadığına bakılmaksızın uzlaşmaya tabi olacağı kabul edilmiştir.³⁹⁰ Kanunda nefret ve ayrımcılık suçuna bu suçlar arasında yer verilmediğinden uzlaşma hükümleri uygulama alanı bulamayacaktır.

Yaptırımın alt ve üst sınırı göz önünde bulundurulduğunda hükmolunabilecek hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesi, ertelenebilmesi ya da hükmün açıklanmasının geri bırakılabilmesi kanunen mümkündür.

Son olarak suçun cezası, ilk düzenlemede altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası olarak düzenlenmişken, değişiklikten sonra ceza arttırılarak bir yıldan üç yıla kadar olarak değiştirilmiş, seçenek yaptırım olan adli para cezası da kaldırılmıştır. Bu değişiklikle birlikte, suç CMK m. 100/f.4 kapsamından çıkarıldığından, kanunun aradığı diğer tüm şartlar sağlandığında bu suç bakımından tutuklama kararı verilebilecektir.

³⁸⁸ Bknz. 6529 sayılı Temel Hak ve Hürriyetlerin Geliştirilmesi Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun madde 15.

³⁸⁹ **Demren Dönmez**, s. 53.

³⁹⁰ Bknz. CMK 253/1-b “Aşağıdaki suçlarda, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören gerçek veya özel hukuk tüzel kişinin uzlaştırılması girişiminde bulunulur: a) Soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı suçlar, b) Şikayete bağlı olup olmadığına bakılmaksızın, Türk Ceza Kanunu'nda yer alan; 1. Kasten Yaralama (üçüncü fıkra hariç, madde 86; madde 88), 2. Taksirle yaralama (madde 89), 3. Tehdit (madde 106, birinci fıkra), 4. Konut dokunulmazlığının ihlali (madde 116), 5. İş ve çalışma Hürriyetinin ihlali (madde 117, birinci fıkra), madde 119/1-c, 6. Hırsızlık (madde 141), 7. Güveni kötüye kullanma (madde 155), 8. Dolandırıcılık (madde 157) 9. Suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi (madde 165), 10. Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması (madde 234), 11. Ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması (dördüncü fıkra hariç, madde 239) suçları”.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: YAPAY ZEKANIN NEFRET VE AYRIMCILIK SUÇU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

I. GENEL OLARAK

Popülaritesi her geçen gün daha da artan ve neredeyse tüm disiplinler içerisinde kendine yer bulan yapay zekanın modern anlamda önem kazanmaya başlaması İkinci Dünya Savaşı sırasında başlamıştır. Yapay zekanın fikir babası olarak kabul edilen Alan Turing 1950 yılında “Computing Machinery and Intelligence” adında bir makale yayınlamıştır. Turing söz konusu makaleyi “Makineler düşünebilir mi?” tartışması çerçevesinde kaleme almıştır.³⁹¹ “Makine” ve “düşünme” kavramları üzerinden ele alınan bu tartışma, yapay zeka konusundaki çalışmaları günümüzde bile etkilemeye devam etmektedir.

Yapay zekâ teriminin kayıtlardaki ilk kullanımına ise 1956 yılında John McCarthy’nin düzenlediği bir çalıştayda rastlanılmaktadır.³⁹² Bu etkinliğin devamında yapay zeka çalışmaları hız kazanmış ve birçok yapay zeka programı geliştirilmiştir. Yaklaşık 70 yıldır devam eden bu modern çalışmalar sayesinde de sürücüsüz araçlardan şirket işe alımları ya da işten çıkarmalarına kadar çok çeşitli alanlarda yapay zeka kullanımlarına rastlanılmaktadır. Bu kullanımlar sonucunda Yapay Zekanın Cezai ve Hukuki Sorumluluğu üzerindeki tartışmalar kaçınılmaz duruma gelmiştir. Çalışmanın bu kısmında da yapay zekâ kullanımı sonucunda ortaya çıkan ayrımcılık faaliyetlerinin TCK m. 122 kapsamında yer alıp almayacağı değerlendirilecektir.

1. Yapay Zeka Kavramı

Yapay zekanın TCK m. 122 bakımından sorumluluğunun incelenebilmesi için ilk olarak bu kavramın tanımı yapılmalıdır. Farklı disiplinlerdeki farklı yazarlar bu kavramı farklı şekillerde ele almıştır. Yapay zeka kavramını “veri bilimi” olarak ele alan yaklaşımlar olduğu gibi³⁹³, “matematik ve mühendisliğin bir kombinasyonu” olarak değerlendiren yaklaşımlar da bulunmaktadır.

En basit şekilde kavramın içerdiği kelimeleri ayrı ayrı ele alarak “Yapay” ve “Zeka” kelimelerinin anlamlarına bakacak olursak Türk Dil Kurumu, yapay kelimesini “*Doğadaki örneklerine benzetilerek insan eliyle yapılmış veya üretilmiş; yapma, bileşimli, suni, tasni,*

³⁹¹ Turing, Alan, I. Computing Machinery and Intelligence, Mind, Vol LIX, S:236, October 1950, s. 433-460.

³⁹² McCarty et al, John, A proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence, 2, 1955, <https://jmc.stanford.edu/articles/dartmouth.pdf> (E.T:10.12.2023).

³⁹³ Rouhiainen, Lasse, Artificial Intelligence: 101 Things You Must Know Today About Our Future, Pegasus Yay, Haziran 2020, s. 20.

sentetik, doğal karşıtı”³⁹⁴ şeklinde anlamlandırmışken, zeka sözcüğünü ise “*İnsanın düşünme, akıl yürütme, öğrenme, kavramları ve nesneleri zihinde canlandırabilme, objektif gerçekleri algılama, yargılama, sonuç çıkarma, bedeni kontrol edebilme, duyguları doğru algılayabilme, değerlendirebilme, icat edebilme vb. yeteneklerinin ve becerilerinin tamamı; anlak, dirayet, feraset*”³⁹⁵ şeklinde anlamlandırmıştır. Bu iki tanımdan yola çıkarak yapay zeka kavramı “insana özgü olan zekanın taklit edilme yetisinin insanlar tarafından bilgisayarlara devredilmesi” olarak tanımlanabilir.³⁹⁶ Bu tanımda önemli olan kısımlar zekanın insana özgü bir yetenek olması ve bu yeteneğin insanlar tarafından bilgisayarlara devredilmesidir.

2. Cezai Sorumluluk Kavramı

Yapay zekanın TCK m. 122 kapsamındaki faaliyetlerini değerlendirmeye başlamadan önce cezai sorumluluğun temel ilkelerini değerlendirecek ve Türk Ceza Hukuku’nda yapay zekanın cezai sorumluluğuna genel bir bakış atacağız. Ardından Yapay Zekanın kişilik tartışmaları üzerinde durarak söz konusu suç kapsamında inceleyeceğiz.

Cezai sorumluluğun sınırlarının çizilebilmesi için ilk olarak suç kavramının tanımı yapılmalı ve sorumluluk bu tanım üzerinden belirlenmelidir. Çünkü bir fiil üzerinde yaptırım uygulayabilmek için ilk olarak o fiil suç olarak tanımlanabilmeli ve otoritenin bu fiil üzerinde yaptırımının belli olması gerekmektedir. Suç, toplumsal düzenin devamı açısından korunması gereken hukuki değerlerin bilerek ve istenerek ihlalini veya bu değerleri korumaya yönelik kurallara ilişkin özensizliği ifade eden insan davranışdır.³⁹⁷ Bu tanımdan yola çıkarak “Kusurluluk ilkesi” ve “Şahsılık ilkesi” üzerinde durmak çalışma adına daha yararlı olacaktır.

Cezai sorumluluğun temel şartı, insan davranışının iradi olarak gerçekleştirilmesidir. Buna göre insan, kendi iradesiyle gerçekleştirmediği fiil hukuka aykırı olsa bile bu fiili, iradesi dışında gerçekleştirdiği için ceza almayacaktır.³⁹⁸ Kusurluluk ilkesinin tanımı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nda ve Türk Ceza Kanunu’nda açık bir şekilde bulunmasa da bu ilkeye ilişkin düzenlemeler dolaylı yollardan bulunmaktadır.³⁹⁹

³⁹⁴ www.sozluk.gov.tr (E.T:11.12.2023).

³⁹⁵ www.sozluk.gov.tr (E.T:11.12.2023).

³⁹⁶ Doğanakaya, Alara, 21. Yüzyılda İnsan Haklarına Yönelik Yeni Bir Tehdit: Yapay Zeka, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2023, s. 32.

³⁹⁷ Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 257.

³⁹⁸ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 400.

³⁹⁹ Çamlıca, Berat, Yapay Zekanın Ceza Sorumluluğu ve Kişilik Tartışmaları, İstanbul, 2022, s. 38.

Örneğin Türk Ceza Kanunu'nun 21. maddesinin 1. fıkrasında “*Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.*” diyerek kusurluluk ilkesi yerine kastı tanımlamış ve suçun oluşması için kastın varlığını şart koşturmuştur. Aynı maddenin devam fıkrasında “*olası kast*” kavramı tanımlanmış, Türk Ceza Kanunu madde 22’de de taksir kavramı tanımlanmış ve sadece kanunun açıkça belirttiği hallerde taksirli fiillerin cezalandırılacağını belirtmiştir. Türk Ceza Kanunu madde 23 hükmünde de işlenmiş bir fiilin neticesinin kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin doğumuna sebebiyet verdiği taktirde en azından failin taksirle hareket etmiş olması şart koşulmuştur. Bu maddeler ayrı ayrı ve birlikte incelendiği zaman Kusurluluk ilkesine ilişkin doğrudan bir tanım bulunmasa da kusurluluk ilkesine hizmet ettikleri açıktır.

Doktrinde kusurluluk, bir kişinin işlediği fiil dolayısıyla kınanabilmesini ve haksızlık teşkil eden eylemin o kişiye yüklenebilmesini ifade etmektedir. Suçun maddi ve manevi unsurlarından hariç olarak, kusurluluk kavramı failin kınanabilme durumuna ilişkindir. Failin bir kusuru olmadan gerçekleştirilen tipik bir fiil suç vasfına sahip olacaktır. Ancak kınanabilirliği noktasında kusurunun olup olmadığına bakılacaktır. Kusurluluğun iki unsuru olduğunu söylemek mümkündür. Bunlar algılama ve irade yeteneğidir. Algılama yeteneği, bir hareketin toplum nazarında haksızlık teşkil eden bir fiil olduğunun bilincinde olması olarak açıklanabilir. İrade yeteneği ise, kişinin eylemi gerçekleştirirken hareketlerini serbestçe tayin edebilme olarak açıklanabilir.⁴⁰⁰

Cezai sorumluluğa ilişkin bir diğer şart da şahsilik ilkesidir. Ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi en basit tanımıyla kişinin sadece kendi işlediği fiilden dolayı sorumlu tutulması olarak tanımlanabilir.⁴⁰¹ Anayasa madde 38/7 hükmünde düzenlenen “*Ceza sorumluluğu şahsidir.*” ve TCK madde 20/1’de bulunan “*Ceza sorumluluğu şahsidir. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz.*” ifadeleri bu ilkenin Türk Hukuku’ndaki varlığının en somut göstergelerindendir. Söz konusu ilke Anayasa’nın temel hak ve ödevler başlıklı ikinci kısmının, kişinin hakları ve ödevleri başlıklı ikinci bölümünün, hakların korunması ile ilgili hükümler başlıklı alt bölümünde suç ve cezalara ilişkin esaslar başlıklı 38’inci maddesinde düzenlenmiştir. Bu bakımdan söz konusu anayasal ilkenin birden fazla temel hakla ilintili olduğu söylenebilir.

⁴⁰⁰ Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 565.

⁴⁰¹ Erman, Sahir, Başkasının Fiilinden Cezai Mesuliyet Mevzuunda Bir Deneme, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, A. Samim Gönensay’a Armağan, 1955, s. 417-418; Özbek, Doğan, Bacaksız, Ceza Hukuk Genel Hükümler, s. 217.

Buna göre kişinin kendi işlemediği bir suç yüzünden cezalandırılmasına ilişkin yasak; kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı, kişi güvenliği ve özgürlüğü, seyahat özgürlüğü gibi temel hakların yanı sıra güvenlik tedbirleri yoluyla mülkiyet hakkına müdahale edilmesine de engel olmayı amaçlamaktadır.⁴⁰²

3. Yapay Zekanın Cezai Sorumluluğu

Türk Ceza Hukuku bakımından yalnızca gerçek kişiler cezalandırılmakta, tüzel kişiler ise güvenlik tedbirlerine maruz kalmaktadır. Yapay zekanın kişiliğine ilişkin tartışmalar hala bir sonuca varmadığından ve yapay zekaya ilişkin ceza hukuku anlamında suç ve cezayı düzenleyen bir kanun bulunmadığından mevcut düzende yapay zekaların cezalandırılmaları pek mümkün gözükmemektedir.⁴⁰³

Doktrindeki bir kısım yazar, yapay zekanın hukuki kişiliğini tamamen reddetmektedir. Bu görüşü savunurken yapay zekanın “eşya” statüsünde kalması gerektiğini söylemekte olan yazarlar, bu fikirlerini temellendirirken felsefi kişilik teorisinden faydalanmaktadırlar.⁴⁰⁴ Bu teoriye göre kişilik kavramı daha çok ahlaksal nitelikteki ruh, duygu, özgür irade ve bilinç gibi kavramlar üzerinden açıklanmaktadır. Yapay zekanın kişiliğini reddeden bir başka görüş ise Roma Hukuku’ndan kalma bir kavram olan “kölelik” kavramından yola çıkarak, J. Locke’un mülkiyet anlayışı çerçevesinde her insanın ürettiğine sahip olma hakkı olduğunu,⁴⁰⁵ dolayısıyla yapay zekaya sahip varlıklarla bağdaştırarak onları “eşya” kategorisine dahil etmek gerektiğini, yapay zekalara hukuki bir statü verilemeyeceğini söylemektedir.

Bizim de katıldığımız bir diğer görüşe göre ise giderek daha da otonom hale gelen, gündelik yaşamın birçok alanında kullanılan ve insanlarla sürekli etkileşim halinde olan yapay zekanın hukuki bir statüye gereksinim duyması kaçınılmazdır. Bu sayede hem hukuki hem de cezai sorumluluklarına ilişkin soru işaretleri azalacak, belki de tamamen bitecektir. Yapay zekanın hukuk tarafından tanınması konusuna giriş yapmadan önce ilk olarak kişi ve kişilik kavramlarının üzerinde durmak gerekir.

⁴⁰² Canoğlu, Veysel Candan, Cezai Sorumluluğun Şahsiliği İlkesi, Doktora Tezi, İzmir 2021, s. 16.

⁴⁰³ Caşın, Mesut/ Al, Dursun/ Demir Başkır, Nur, Yapay Zeka ve Robotların Eylemlerinden Kaynaklanan Cezai Sorumluluk Sorunu, ABD, S:79, Haziran 2021, s. 43.

⁴⁰⁴ Chopra, Samir, White, Laurence, Artificial Agents-Personhood in Law and Philosophy, <https://www.sci.brooklyn.cuny.edu/~schopra/agentlawsub.pdf>, s. 4. (E.T:11.12.2023).

⁴⁰⁵ Locke, John, Two Treatises of Government, <https://www.yorku.ca/comminel/courses/3025pdf/Locke.pdf>, s. 115-126. (E.T:11.12.2023).

A. Felsefi Açıdan Kişi Kavramı

Felsefi açıdan kişilik kavramı hukuki açıdan kişilik kavramından farklı birçok nitelik içermektedir. Felsefi kişilik kavramı, yukarıda da belirttiğimiz üzere daha çok ruh, duygu, özgür irade ve bilinç gibi soyut kavramlar üzerinden ele alınmaktadır.⁴⁰⁶ Yapay zekanın hukuki kişiliğini reddeden ya da herhangi bir hukuki statüye ihtiyacı olmadığını düşünen yazarlar çoğunlukla fikirlerini bu bakış açısından ele almaktadır.

B. Hukuki Açıdan Kişi Kavramı

Hukukta hak ehliyetine sahip varlıklara kişi denir.⁴⁰⁷ Hak ehliyetine sahiplik denilince akla ilk gelen varlık insan olsa da hukuk için kişi, sadece insandan ibaret değildir. Hukuk, toplum hayatının gereksinimleri ve gerekçelerini göz önünde tutarak belirli nitelikteki varlık veya mal topluluklarını da kişi olarak kabul edebilir.⁴⁰⁸

Hukuki anlamda kişi kavramının maddi ve şekli olmak üzere iki karakteri vardır.⁴⁰⁹ Şekli yönden kişi, hukuk tarafından yaratılmış olan yapay bir varlıktır. Hak, borç ve sorumluluk kavramları ortaya çıktıkça hukuk düzeni tarafından bu kavramlarla ilgili “şeyler” olarak belirlemek adına kişi kavramı ortaya çıkmıştır.⁴¹⁰ Bir varlığın kişi olabilmesi için hukuk tarafından tanınmış olması kişiliğin şekli karakteri bakımından yeterlidir. Fakat kişi kavramını sadece bu karakter üzerinden değerlendirmek bizi doğru sonuca ulaştırmayacaktır. Aksi takdirde hukuk, herhangi bir şeye kişi diyebilir ve kişi dediği varlığın bu özelliği kazandığını kabul etmemiz gerekir. Bu yüzden kişi kavramının maddi karakteri karşımıza çıkmaktadır. Maddi karaktere göre hukuk düzeninin bir varlığı kişi olarak kabul edebilmesi için yukarıda da bahsettiğimiz üzere sosyal gerçekleri ve toplum gereksinimlerini göz önünde bulundurmak zorundadır.⁴¹¹

⁴⁰⁶ **Kara Kılıçarslan, Seda**, Yapay Zekanın Hukuki Statüsü ve Hukuki Kişiliği Üzerine Tartışmalar, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, 2019, s. 371.

⁴⁰⁷ **Dural, Mustafa, Ögüz, Tufan**, Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, Filiz Yay, İstanbul 2019, s. 5.

⁴⁰⁸ Bknz. TMK m. 47 “*Başlıbaşına bir varlığı olmak üzere örgütlenmiş kişi toplulukları ve belli bir amaca özgülenmiş olan bağımsız mal toplulukları, kendileri ile ilgili özel hükümler uyarınca tüzel kişilik kazanırlar. Amacı hukuka veya ahlaka aykırı olan kişi ve mal toplulukları tüzel kişilik kazanamaz*”.

⁴⁰⁹ **Jaggi, Peter**, Fragen des privatrechtlichen der Persönlichkeit, Neue Folge, Band 79, 1960, s. 145.

⁴¹⁰ **Dural, Ögüz**, s. 6.

⁴¹¹ **Dural, Ögüz**, s. 6.

4. Yapay Zekanın Hukuki Statüsüne İlişkin Görüşler

A. Yapay Zekanın Kişi Statüsünü Reddeden Görüşler

Yapay Zekaya hukuki bir statü verilmesini reddeden görüşlerden ilki bu düşüncesini, yapay zekanın otonom hale gelmesinden dolayı meydana gelen sorunların, onlara kişilik tanınarak ya da sorumluluk yüklenerek çözülemeyeceği, böyle bir şeyin ihtiyaç dahilinde olmadığı görüşüne dayandırmaktadır. Söz konusu fikri savunan yazarlara göre ortaya çıkacak sorunlar, yapay zekanın kullanıldığı alana yönelik olarak verilecek sınırlı hak ve sorumluluklarla ve sigorta benzeri sistemlerin kullanılmasıyla engellenebilecek ya da ortadan kaldırılabilir. ⁴¹² Bu görüşe göre yapay zekanın yeni bir hukuki statü elde etmesi yerine “eşya/şey” olarak kalması yeterli olacaktır. ⁴¹³ Bu sayede yapay zeka herhangi bir gerçek veya tüzel kişinin mülkiyetinde yer alacaktır. ⁴¹⁴

Yukarıda da bahsettiğimiz gibi yapay zekanın kişisel statüsünü reddeden bir diğer görüş John Locke’un mülkiyet anlayışı çerçevesinde ve türçülük anlayışı gereği, yapay zekanın kölelik statüsünde yer alacağı görüşüdür. Bu görüşe göre yapay zeka basit bir eşya olarak görülmemelidir fakat türçülük anlayışına istinaden insanla aynı tür sayılamayacağı da göz ardı edilmemelidir. ⁴¹⁵ Yapay zeka hiçbir zaman insan olmayı başaramayacak ve kölelik durumu meşru bir hal alacaktır. Bu görüşü savunan yazarlar, asla normal bir eşya olmayan fakat hiçbir zaman insanla aynı statüde de bulunamayacak olan yapay zeka için kölelik statüsünü uygun görmektedirler. ⁴¹⁶ Zira yapay zeka, insanların ürettikleri varlıklardır ve Locke’a göre her insan ürettiğine sahip olma hakkına sahiptir. Bu görüşe yapılan eleştiriler ise insanlığın yüzlerce yıllık ayıbı olan köleliğin hukuk sistemlerine tekrar dahil edilmemesi gerektiği görüşü etrafında toplanmaktadır. ⁴¹⁷

⁴¹² Kara Kılıçarslan, s. 363.

⁴¹³ Perennou, Thomas, State of the Art On Legal Issues, 2014, s. 10.

⁴¹⁴ Alexandre, Maia, The Legal Status of Artificially Intelligent Robots, 2017, <https://papers.ssrn.com/sol13/papers.cfm?abstract=12>, s. 12.

⁴¹⁵ Gültekin, Mücahit, Posthümanizm ve yeni bir ayrımcılık biçimi olarak robotlara yönelik türçülük, Antropoloji, 2023, s. 70.

⁴¹⁶ Taşdemir, Özgür/ Özbay, Ümit Vefa/ Kireçtepe, Burhanettin Onur, Robotların Hukuki ve Cezai Sorumluluğu Üzerine Bir Deneme, AÜHFD, S:69, Aralık 2020, s. 808.

⁴¹⁷ Bak, Başak, Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekanın Hukuki Statüsü ve Yapay Zeka Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk, TAAD, 2018, s. 219.

B. Yapay Zekanın Kişi Statüsünü Kabul Eden Görüşler

a. Tüzel Kişilik Görüşü

Gerçek kişi olmamasına rağmen, hukuk düzeni tarafından kişi statüsü tanınan varlıklara tüzel kişi denir. Tüzel kişi kanunda “*Başlı başına bir varlığı olmak üzere örgütlenmiş kişi toplulukları ve belli bir amaca özgülenmiş olan bağımsız mal toplulukları, kendileri ile ilgili özel hükümler uyarınca tüzel kişilik kazanırlar.*” şeklinde düzenlenmiştir.⁴¹⁸ Tüzel kişi, hukuk düzeni tarafından tanınan belirli bir amaç doğrultusunda örgütlenmiş kişi ya da mal toplulukları olarak tanımlanabilir.⁴¹⁹

Tüzel kişilerin hukuki niteliği hususunda iki ayrı yaklaşım söz konusudur. Varsayım teorisini savunan görüşe göre, sadece insanlar gerçek anlamda kişidir. İrade sahibi olmadıklarından tüzel kişileri kişi saymak mümkün değildir. Hukuk düzeni tarafından öyle sayıldığı için kişi olan tüzel kişilerin fiil ehliyeti bulunmamaktadır.⁴²⁰

Gerçeklik teorisini savunan görüşe göre ise, tüzel kişiler sosyal hayatta göz ardı edilemeyecek bir gerçeklik olduğundan tıpkı insanlar gibi hak ve fiil ehliyeti vardır.⁴²¹ Hukuk düzeninin ayrıcalık tanıdığı bu varlıkların, tıpkı gerçek kişiler gibi hak ehliyetine sahip oldukları kabul edilir.⁴²² Toplumun gereksinimlerine göre hukuk düzeni tarafından şekillendirilecek olan tüzel kişilik, hukukun en değişken yönlerinden birini göstermektedir.⁴²³ Kanaatimizce de gerçeklik teorisi uyarınca, tüzel kişiler de hak ve fiil ehliyetine sahiptir.

Tüzel kişi olarak sınıflandırılan varlıkların gerçekleştirdiği eylemlerden dolayı üçüncü kişilerin zarar görmesi durumunda hukuki ve cezai sorumlulukları bulunmaktadır.⁴²⁴ Bu görüşü savunan yazarlara göre otonom bir şekilde faaliyet gösterebilen sistemler sadece bir eşyaymış gibi muamele göremeyeceği gibi, bu sistemlerin sahiplerinin de otonom bir sistemin faaliyetlerinden sorumlu tutulması şahsılık ilkesi çerçevesinde tutarlı değildir. Nitekim otonom sistem bir makinenin çevresinde gelişen olay ve koşulları bağımsız bir şekilde görüp, değerlendirip karar vermesi ve bu kararı uygulamasıdır.

⁴¹⁸ Bknz. TMK m.47.

⁴¹⁹ **Gençcan, Ömer Uğur**, 4751 sayılı Türk Medeni Kanunu Yorumu, Yetkin Yay, Ankara, 2021, s. 482-483.

⁴²⁰ **Ayan, Mehmet, Ayan, Nurşen**, Kişiler Hukuku, Mimoza Yay, Konya, 2011, s. 156.

⁴²¹ **Zevkliler, Aydın/ Acabey, M. Beşir/ Gökyayla, Emre**, Zevkliler Medeni Hukuk, Ankara, 1999, s. 614.

⁴²² **Dural, Ögüz**, s. 215.

⁴²³ **Genderen Robert van den Hoven van**, Do We Need New Legal Personhood in the Age of Robots and AI?, s. 22.

⁴²⁴ TCK m.20 hükmü “Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamaz. Ancak, suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır”.

Örneğin bir tüzel kişi olan şirketlerin, karmaşık ve dağınık faaliyetlerinden kaynaklı sorunların üstesinden gelmek için bir sicil sistemi geliştirilmiştir. Aynı şirketler gibi oldukça kompleks yapıda olan yapay zekalar için de sicil fonksiyonunu içeren bir tüzel kişilik tanımlaması öngörülebilir.⁴²⁵

b. Elektronik Kişilik Önerisi

Avrupa Parlamentosu, 31 Mart 2016 tarihinde, yapay zeka varlıklarına yönelik kişi statüsünü öneren ilk resmi belgeyi yayınlamıştır. Bu belge içerisinde yapay zekalara kişilik verilmesi açısından birden fazla öneri yer almaktadır. Bu önerilerden biri de gerçek veya tüzel kişilerden farklı olarak yapay zeka için “*elektronik kişilik*” adı verilen yeni bir statünün oluşturulmasıdır.⁴²⁶

Aslında tam anlamıyla kendine özgü bir varlık olan ve hukuk düzeninde yeni yeni yer almaya başlayan yapay zeka adına yeni bir statü oluşturulması yerinde bir öneri sayılabilir. Zira yakın vadede gerçek kişi statüsüne ulaşamayacağı açık olan yapay zekaların eşya olarak kabul edilmesinin de birçok sakıncası bulunmaktadır. Ayrıca tüzel kişilerden farklı olarak yapay zeka sadece hukukun kendilerine çizdiği alanda hareket etmez ve yine tüzel kişilerden farklı olarak otonom bir yapay zekanın arkasında gerçek kişiler bulunmamaktadır. Tüm bunların yanı sıra yapay zekaların gerçek veya tüzel kişi olarak atfedilmesi durumunda sadece sorumluluk açısından değil hak ve yükümlülükler açısından da gerçek veya tüzel kişilerle aynı yetilere sahip olacakları anlamına gelir.⁴²⁷

Bu saydıklarımız neticesinde “elektronik kişilik” adı verilen yeni bir statünün kurulması önerilmiştir. Raporla göre yapay zekaların resmi bir sicile kaydedilerek kişi statüsü kazanması ve hukuki sorumluluklar konusunda başvurulabilecek özel bir fon oluşturulması öngörülmüştür. Bahsedilen bu öneri yapay zekanın hukuki sorumluluğu açısından bir çözüm sunsa da ceza hukuku bakımından sorumluluk problemini çözebilecek yeterlilikte değildir.⁴²⁸ Nitekim oluşturulacak bu fon ile yapay zekanın hukuki sorumluluğu çerçevesinde tazmin zararı karşılanabilecekse de cezai sorumluluğuna ilişkin herhangi bir karşılığı olmayacaktır.

⁴²⁵ **Caşın, Al, Demir**, s. 34.

⁴²⁶ “European Parliament 2014- 2019 Committee on Legal Affairs Draft Report with Recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics”, https://www.europarl.eu/doceo/document/JURI-PR-582443_EN.pdf s.12, (E.T:23.12.2023).

⁴²⁷ **Eroğlu, Merve**, Sorumluluk Hukukunda Yapay Zeka, İstanbul 2023, s. 50.

⁴²⁸ **Caşın, Al, Demir**, s. 36.

c. *Yapay İnsan Statüsü*

Ray Kurzweil, “İnsanlık 2.0” adlı kitabında, 2045’li yıllarda Teknolojik tekilliğe ulaşılacağını, bu döneme gelindiğinde bilinç ya da irade gibi insana özgü olan kavramların da makinelere aktarılarak makine ya da yapay zekaların insana eş ya da daha üstün bir kapasiteye erişeceğini öngörmektedir.⁴²⁹ Bu öngörüye göre yapay zekaların insan gibi değerlendirilmesinde herhangi bir problem olmayacaktır.

Bu düşünceye getirilen en büyük eleştiri, yapay zekalar otonom ve bilişsel olarak insandan çok daha üstün bir noktaya ulaşacağı düşünülse de insanlara özgü olan duyguların aktarılmasının mümkün olmayacağı ve doğumla başlayıp ölümle sona eren kişiliğin yapay zekalarda nasıl başlayıp nasıl biteceği hususunda toplanmaktadır.⁴³⁰

5. Yapay Zekanın Hukuki Statüsüne İlişkin Değerlendirme

Yapay zekanın gösterdiği gelişme gözle görülür derecede fazladır. Bununla birlikte ulaşabileceği seviye henüz sadece tahmin veya öngörülere konu olmaktadır. Bundan dolayı yapay zekanın hayatımızdaki yerini görmezden gelmek yerine, öngörülen hukuki ihtilaflar adına çözüm önerisi yapmak, çözümler üretmek gerekmektedir. Bu sebeple yapay zekaların hukuken bir kişi statüsüne haiz olmaları gerekmediği düşüncesine katılmak mümkün değildir.

Yapay zekaya kişilik verilmesini öngören, daha önce belirttiğimiz görüşleri de tek tek tekrar değerlendirmek gerekirse bu bahsedilen her statünün işlevsel yanları olsa da tam anlamıyla yeterli bir statünün varlığından söz etmek güçtür. Elektronik kişilik adında yeni bir statünün oluşturulması ve raporda bahsedilen maddi fonun kurulması yapay zekanın hukuki sorumluluğu açısından elverişli olsa da cezai sorumluluk konusunda pek bir çözüm sunmamaktadır. Yapay zekaya bahşedilmesi düşünülen diğer iki statü olan tüzel kişilik ve yapay insan statüsüyle yapay zekalara yüklenen sorumluluklar haricinde onlara verilen hak ve yükümlülükler konusunda belirsizlikler barındırmaktadır.⁴³¹

Tüm bu anlatılanlarla birlikte tüm ihtiyaçları karşılayacak bir hukuki statü fikri henüz bulunmamaktadır. Özellikle ceza hukukundaki kanunilik ve kusur prensipleri çerçevesinde cezai sorumluluğun yapay zekaya isnat edilmesi mümkün gözükmemektedir.⁴³² Türk Hukuku’nda da

⁴²⁹ Kurzweil, Ray, İnsanlık 2.0, Alfa Yay, Nisan 2016, s. 197.

⁴³⁰ Çamlıca, Berat, Yapay Zekanın Ceza Sorumluluğu ve Kişilik Tartışmaları, s. 61.

⁴³¹ Eroğlu, Merve, Sorumluluk hukukunda Yapay Zeka, s. 29.

⁴³² Caşın, Al, Demir, s. 41.

yapay zekaların cezalandırılabilmesiyle ilişkin bir düzenleme henüz bulunmamaktadır fakat böyle bir düzenlemenin gerekliliği kanımızca su götürmez bir gerçektir. Bu doğrultuda çalışmamızın devamında yapay zekanın cezalandırılabilmesine ilişkin bir düzenleme olduğunu/olacağını varsayarak yapay zekanın ayrımcılık faaliyeti gerçekleştirip gerçekleştiremeyeceğini, gerçekleştirebiliyorsa bu faaliyetlerinin TCK madde 122 kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini inceleyeceğiz.

6. Yapay Zeka Algoritmaları ve Ayrımcılık Faaliyetleri

Yapay zekanın temel unsuru, insanlar tarafından yazılmış olan kodlar aracılığıyla yine insanlar tarafından elde edilmiş verileri işleyerek öğrenme ve taklit yetisi sayesinde bir sonuca varmaktır.⁴³³ Yapay zekanın işlediği bu verilerin sayısı her dakika daha da artmaktadır. Yapay zeka elde ettiği bu verilerle birlikte kendi algoritmasını oluşturur. Bu oluşturduğu algoritma sayesinde insanların karar mekanizmalarına oranla daha az karmaşık süreçler sonucunda ve çok daha az bir hata payıyla sonuca ulaşmaktadır. Yapay zekalar için bilginin hammaddesi olan verilerin miktarı arttıkça hata payı da bu derecede azalmaktadır. Zira yapay zekanın gelişiminin hız kazandığı dönemlere bakacak olursak bu konudaki en önemli gelişmelerden biri verilerin depolanmasının ve saklanmasının kolaylaşmasıdır.⁴³⁴

Belirli bir problemi çözmek veya belirli bir amaca ulaşmak için tasarlanmış olan çözüm yoluna algoritma denir.⁴³⁵ Yapay zekanın hedeflenen işlevini yerine getirebilmesi için verilere ulaşabilme kapasitesi ve verileri işleyebilmek için amaca yönelik bir algoritmasının olması gerekmektedir. Tüm bunların yanında yapay zekaların kendi kendilerine gelişimini tetikleyen öğrenme yöntemleri vardır. Bunlardan ilki olan makine öğrenmesi, insanlar tarafından harici bir programlama yapılmadan yapay zekanın öğrenme yeteneğine sahip olması adına yürütülen çalışmalardır.⁴³⁶ Buna göre makineler bir nevi kendi kendini programlayacak ve kimi ilişkilendirmeler kurarak kendi programında olmayan verilere ulaşip depolamaya başlayacaktır.

Yapay zeka veyahut makineye kendi yazılımını yenileyebilen bir algoritma yaratmak ve serbest bırakılan veriler arasında bağ kurarak kendi yazılımını çözüme ulaştırmak

⁴³³ Doğanakaya, s. 34.

⁴³⁴ Birer, Gürkan Caner, Yapay Zeka, Bilim ve Teknik, 2020, S:630, s. 9.

⁴³⁵ Torun, Cumhuriyet, Algoritma Nedir, Nerelerde Kullanılır? Tubitak: <https://bilimgenc.tubitak.gov.tr/algoritma-nedir> (E.T:27.12.2023).

⁴³⁶ Çamlıca, Yapay Zekanın Ceza Sorumluluğu ve Kişilik Tartışmaları, s. 12.

amaçlanmaktadır.⁴³⁷ Makine öğrenmesinde denetimli, denetimsiz ve pekiştirmeli öğrenme yöntemleri mevcuttur.⁴³⁸ Denetimli öğrenme yönteminde oluşturulan modelle bir grup girdi değerine karşılık onlara ait hedef değerleri verilerek aralarındaki ilişkiyi öğrenmesi ve hedef değerlere en yakın çıktıların üretilmesi amaçlanır. Denetimsiz öğrenmede ise hedef değerleri olmadan sadece girdi değerleri arasındaki ilişki ortaya çıkarılmaya çalışılır. Bu ilişki sayesinde birbirine yakın değerler gruplandırılır. Yeni bir girdi bu kümelerden hangisiyle ilişkili ise o gruba ait olacaktır. Pekiştirmeli öğrenme yönteminde, hedef çıktıyı vermek için bir danışman yerine, elde edilen çıkışın verilen girişe karşılık iyi ya da kötü olarak değerlendiren bir kriter kullanılmaktadır.⁴³⁹ Günümüzde daha çok denetimli öğrenme yöntemi kullanılıyorken amaç denetimsiz öğrenme yöntemine ulaşmaktır.⁴⁴⁰ Çünkü denetimli öğrenmede kullanılan insan sayısı, denetimsiz öğrenmeye göre daha fazladır, bu sayının azaltılması amaçlanmaktadır.

İşlem gücü daha yüksek olan bilgisayarlarda kullanılan derin öğrenme yöntemi ise çok yüksek miktardaki verinin birden fazla katmandan oluşan hiyerarşik dönüşümlerle anlam kazandığı bir metottur.⁴⁴¹ Bu metot makine öğrenmesinin bir alt kümesidir. Yani her derin öğrenme bir makine öğrenmesidir fakat her makine öğrenmesi bir derin öğrenme değildir.⁴⁴² Bu metot sayesinde yapay zekanın gelişimi büyük bir ivme kazanmıştır. Yapay zekanın sosyal hayatta daha aktif duruma gelmesi bu metottan kaynaklanmaktadır. Aynı şekilde yapay zekanın cezai sorumluluğuna ilişkin sorular da bu metodun çıkmasının ardından artmaya başlamıştır.

Yapay zeka algoritmalarının çalışabilmesi için yukarıda da bahsettiğimiz üzere verilere ihtiyacımız vardır. Genellikle insanlar tarafından oluşturulan veri setleri önyargı, taraflı düşünce veya ayrımcı davranış içerebilir. Bu tür veriler, yapay zeka algoritması tarafından ayrımcı bir yaklaşımla karşılaşılmaya sebep olabilir. Söz konusu önyargılar veriler tarafından kaynaklanabileceği gibi programlamayı yapan kişi veyahut algoritmanın kendisinden de kaynaklanabilir.⁴⁴³

⁴³⁷ **Zimmerman, Evan**, Machine Minds: Frontiers in Legal Personhood, 2015, s. 7.

⁴³⁸ **Atalay, Muhammet, Çelik, Enes**, Büyük Veri Analizinde Yapay Zeka ve Makine Öğrenmesi Uygulamaları, Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C:9 S:22, 2017, s. 161.

⁴³⁹ **Atalay, Çelik**, Büyük Veri Analizinde Yapay Zeka ve Makine Öğrenmesi Uygulamaları, s. 161.

⁴⁴⁰ **Çamlıca**, Yapay Zekanın Ceza Sorumluluğu ve Kişilik Tartışmaları, s. 13.

⁴⁴¹ **Kara Kılıçarslan**, s. 368.

⁴⁴² **Çaşın, Al, Demir**, s. 17.

⁴⁴³ **Karacan, Sare**, The Right to Equality and Non-Discrimination in Artificial Intelligence: Legal Issues Challenges, and Prospects, Temmuz, 2023, s. 31.

Türk Dil Kurumu, ön yargı kavramını “*Bir kimse veya bir şeyle ilgili olarak belirli şart, olay ve görüntülere dayanarak önceden edinilmiş olumlu veya olumsuz yargı; peşin yargı, peşin fikir, peşin hüküm.*” olarak tanımlamıştır.⁴⁴⁴Tanımdan da anlaşılacağı üzere olumlu manada oluşabilse de genellikle olumsuz olarak vücut bulan ön yargıdan kaynaklanan ayrımcılığa yapay zeka kullanımı sonucunda elde edilen sonuçlarda da rastlanmaktadır. Çalışmamıza ortaya çıkan bu ayrımcılık faaliyetlerini örneklendirip değerlendirerek devam edeceğiz.

Google, Microsoft gibi büyük şirketlerin oluşturmuş oldukları yüz tanıma teknolojilerinin kullanımında hatalarla karşılaşmaktadır. Bundan dolayı bu şirketler ürettikleri bu teknolojiyi satma ya da kullanma konusunda kararsızlıklar yaşamaktadırlar.⁴⁴⁵ Söz konusu hataları içeren teknolojiyi kullanan devletler, bireyler üzerinde ayrımcı uygulamalar gösterebilir. Zira bu teknoloji erkekleri kadınlara göre, ten rengi açık erkekleri de ten rengi koyu olan erkeklerle kıyasla daha iyi tanımaktadır. Bunun sebebi de yukarıda da belirttiğimiz gibi algoritmaya girilen verilerin çoğunlukla ten rengi açık renkli olan erkeklerden oluşmasından kaynaklanmaktadır. Bu sorunlardan dolayı işe alımlardan, finansal hizmetlere kadar birçok alanda açık tenli erkekler ön plana çıkmakta, diğer bireyler dezavantajlı konumda bulunmaktadır.⁴⁴⁶ Ayrıca Birleşik Krallık Temyiz Mahkemesi, yüz tanıma teknolojisinin ayrımcı sonuçlar içerdiği yeterince araştırılmadan söz konusu teknolojiyi kullanan kolluğun dolaylı ayrımcılık faaliyetleri gerçekleştirebileceğini öne sürerek insan haklarını ihlal ettiğine karar vermiştir.⁴⁴⁷

Bir başka örnekse yapay zeka tarafından yapılan uluslararası ilk güzellik yarışmasından çıkmaktadır. Dünyanın dört bir yanından yaklaşık altı bin kişinin gönderdiği fotoğraflar yapay zeka tarafından yüz simetrisi, kırışıklıklar gibi etkenlerle birlikte değerlendirilerek kırk dört kazanan seçilmiştir. Fakat bu seçilen kırk dört yarışmacı arasında sadece bir siyahi ve altı adet uzak doğulu kişi yer almaktadır. Geri kalan otuz yedi yarışmacının tamamı Avrupa ve Kuzey Amerika kökenlidir.⁴⁴⁸

Görüldüğü üzere yapay zeka sistemleri oldukça farklı konularda ayrımcılık faaliyetleri gerçekleştirmektedir. Bu bağlamda yukarıda bahsettiğimiz üzere veri miktarının artırılması bu

⁴⁴⁴ <https://sozluk.gov.tr>. (E.T:28.12.2023).

⁴⁴⁵ Singil, Nesrin, Yapay Zeka ve İnsan Hakları, Public and Private International Law Bulletin, S:42, 2023, s.149.

⁴⁴⁶ Demirel, Arzu Pınar, Sanal Dünyada Eşitlikten Çok Uzak, Peryön, S:95, Ekim 2021, s. 12.

⁴⁴⁷ Bknz. R (Bridges) v CC South Wales& Ors davası, <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2020/08/R-Bridges-v-CC-South-Wales-ors-Judgment.pdf>. (E.T:12.12.2023).

⁴⁴⁸ Ebibli, Ömer Faruk, Hukuk Açısından Yapay Zekanın İncelenmesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2022, s. 47.

ayrımcılığı çözmek için yöntemlerden biri olsa da verilerin dengesiz ve yanlış bir düzlemde verilmesi ayrımcılığı daha da ağırlaştırabilir.⁴⁴⁹

II. TÜRK CEZA KANUNU MADDE 122 KAPSAMINDA YAPAY ZEKANIN AYRIMCILIK FAALİYETLERİ

1. GENEL OLARAK

Çalışmamızda şu anına kadar yapay zekanın tanımından, kişilik statüsüne ilişkin tartışmalardan, cezai sorumluluğuna ilişkin tartışmalardan, algoritmalarından ve yapay zekadan kaynaklı ayrımcılık faaliyetlerinden bahsettik. Çalışmamızın devamında ise yapay zekanın TCK madde 122 kapsamında bir suç işleyip işleyemeyeceği tartışılacaktır. Daha öncesinde detaylı bir şekilde açıklama yaptığımız hususlarda, yapay zeka için farklı bir durum olan kısımlar ayrıca bir daha incelenecektir, geri kalan kısımlarda ise değinmekle yetinilecektir.

2. SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Daha önce de belirttiğimiz üzere⁴⁵⁰ Türk Ceza Kanunu madde 122 hükmüyle korunmak istenen hukuki değer bireylerin eşit işlem görme hakkı kapsamında temel hak ve hürriyetlerden yararlanmasıdır. Bu amacın yanı sıra kanun koyucu, kanuni düzenleme ile toplumsal düzeni koruma, kanun metninde sayılan özelliklere sahip kişilere karşı kin ve düşmanlık gibi olguların oluşmasını veya yaygınlaşmasını da engellemek istemektedir. Bu suç ile korunan hukuki değer kapsamında şayet nefret ve ayrımcılık suçunun failin yapay zeka olduğunu varsaydığımızda, yapay zekanın duygulara sahip olduğuna dair bir veri olmadığından kin nefret ve düşmanlık gibi olgular barındıramayacaktır. Lakin bu suçun yapay zeka tarafından işlenebildiği hallerde gerçek kişiler arasında kin ve düşmanlık gibi olguların oluşmasını veya yaygınlaşmasına sebep olabilir.

⁴⁴⁹ **Eltimur, Dilara**, İnsan Haklarının Korunması Bağlamında Yapay Zeka Uygulamaları, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XII(II), s. 572.

⁴⁵⁰ Detaylı bilgi için bkz. s. 39.

3. SUÇUN UNSURLARI

A. MADDİ UNSURLAR

A. Fiil

Madde metninde ayrımcılık sebepleri ve seçimlik hareketleri ayrı ayrı sayılmıştır. Çalışmamızın daha önceki kısmında incelediğimiz bu başlıklardan sadece seçimlik hareketleri bir kez daha bu başlık altında inceleyeceğiz.⁴⁵¹ Daha önce de belirttiğimiz üzere söz konusu ayrımcılık sebeplerinden dolayı duyulan nefret sebebiyle bu maddede sayılan hareketler dışında bir fiil gerçekleştirilirse TCK m. 122'deki suç gerçekleşmeyecektir. Aynı şekilde kanun metninde sayılmayan bir ayrımcılık sebebi nedeniyle duyulan nefret yüzünden kanun metnindeki hareketlerden biri gerçekleşirse yine bu suç oluşmayacaktır.

a.a. Bir kişiye, kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya kiraya verilmesini engellemek;⁴⁵²

Yapay zeka birçok sektör gibi emlak sektöründe de değişimlere sebep olacaktır. Emlakçı ve yatırımcılar birkaç dakika içinde çok büyük miktarlarda veriye erişebilecek ve yapay zeka desteği sayesinde milyonlarca veriyi kısa sürede analiz edebilecektir. Bu sayede taşınmaz alım satımından pazarlama ve reklama kadar birçok alan yapay zeka desteğiyle farklı bir hale bürünecektir. Ayrıca yapay zeka destekli sohbet robotları sayesinde, potansiyel alıcılar hakkında bilgi sahibi olabilir.⁴⁵³ Tüm bunlarla birlikte yapay zeka özellikle alıcılarla sohbet ederken aldığı cevaplar ya da kişisel bilgiler yüzünden alıcıların puanını düşürebilir. Örneğin kendisine girilmiş olan verilerde erkeklerin daha yüksek oranda alıcı olduğunu bilen yapay zeka kadınlara satış konusunda geri adım atabilir ve buna göre bir değerlendirme yapabilir.

Henüz otonom bir hale gelmeyen ve yalnızca kendi ulaşabildiği verilerle analiz yapan yapay zekanın nefret saikiyle hareket ettiğine kanaat getirmemiz mümkün değildir. Fakat bu programlamayı yapan ya da bu algoritmayı kullanan kişinin bilinçli olarak ayrımcılık yaptığı durumlarda suç ona göre değerlendirilecektir.

⁴⁵¹ Detaylı bilgi için bkz. s. 42.

⁴⁵² Detaylı bilgi için bkz. s. 62.

⁴⁵³ Gayrimenkulün Geleceği: Yapay Zeka Sektörü Nasıl Dönüştürüyor? <https://selectestatesinternational.com/tr/> (Erişim Tarihi: 01.01.2024).

a.b. Bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasını engellemek;⁴⁵⁴

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun beşinci maddesinde ayrımcılık yasağının kapsamı şu şekilde belirtilmiştir: “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.” Bu metinde sayılan tüm faaliyetler TCK m. 122 kapsamında da kamuya arz edilmiş hizmet olarak sayılabilir.⁴⁵⁵ Yapay zekanın gelişimiyle birlikte bu söz konusu hizmetlerin çoğunda söz sahibi olmaya başlamıştır.

Örneğin 2019 tarihli bir araştırmada birçok hastane tarafından kullanılan bir yapay zeka sisteminin ırksal önyargı gösterdiği ortaya konulmuştur.⁴⁵⁶ Söz konusu sistem beyaz hastaları, siyah hastalara göre çok daha ciddi olarak algılamakta ve daha kapsamlı bir tedavi önerisinde bulunmaktadır.⁴⁵⁷ Bu durumun sebebi algoritmaya yüklenen veriler arasında beyaz hastaların daha fazla sağlık harcaması yaptığına yönelik veriler olmasıyla alakalı olduğu söylenebilir.⁴⁵⁸

Özellikle pandemi sonrasında önemli ölçüde yaygınlaşan eğitimde yapay zeka uygulamaları da ayrımcı faaliyetlere sebep olabilmektedir.⁴⁵⁹ Eğitim sürecinde kullanılan yapay zekalar sahip oldukları veriler yüzünden etnik köken, cinsiyet gibi durumlar üzerinden haksız kararlar verebilmektedir. Eğitimciler, doğru çalışma oranı yüksek olduğu kabul edilen yapay zekaların ortaya çıkardığı bu ayrımcı kararlarına uyacak ve yapay zeka üzerinden ayrımcılık faaliyeti gerçekleştirecektir. Bundan dolayı haksızlığa uğrayan öğrenciler başarısız olarak nitelendirilebilecektir.⁴⁶⁰

⁴⁵⁴ Detaylı bilgi için bkz. s. 62

⁴⁵⁵ Detaylı bilgi için bkz. s. 65.

⁴⁵⁶ Obermeyer, Ziad/ Powers, Brian/ Vogeli, Christene/ Mullainathan, Sendhil, Dissecting Racial Bias in an Algorithm Used to Manage the Health of Populations, Science, S:366, 2019, s. 448.

⁴⁵⁷ Obermeyer, Powers, Vogeli, Mullainathan, s. 450.

⁴⁵⁸ Kukul, Batuhan, Yapay Zeka Tabanlı Otonom Sistemlerde Ayrımcılık Sorunu, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2023, s. 35.

⁴⁵⁹ Kukul, s. 36.

⁴⁶⁰ Kukul, s. 37.

a.c. Bir kişinin işe alınmasını engellemek;⁴⁶¹

Bu konuda verilecek en somut örneklerden birine Amazon tarafından kullanılan bir program sebebiyet vermiştir. 2014 yılında işe alım süreçlerini daha otomatize bir hale getirmeyi amaçlayarak oluşturulan program, ayrımcılık sonucunda kadınlara kıyasla erkeklerin başvurularını tercih etmiştir.⁴⁶² Bu durum tespit edildikten sonra program kullanımdan kalkmıştır. Bu ayrımcılığın sebebi de programa yüklenen son 10 yıllık şirket verilerinde erkeklerin daha hâkim bir konumda bulunmasıdır.⁴⁶³

Bu verilerin bilinçli olarak nefret sebebiyle yüklendiği durumlarda fail olarak programın kodlayıcısının ya da kullanıcının cezalandırılması mümkün olabilecektir.

a.d. Bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engellemek;⁴⁶⁴

Kanaatimizce olağan etkinlik kavramı diğer seçimlik hareketlerin kapsamına girmeyen tüm ekonomik etkinlikleri, mal ve hizmet üretimini, her türlü alışverişi ve sözleşmeyi içermektedir.⁴⁶⁵ Kullanım alanı oldukça genişlemiş olan yapay zekanın geri kalan işlemlerde de ayrımcılık faaliyetleri gösterme olasılığı kaçınılmazdır. Örneğin işçinin performansının tespitinde, hangi işçinin sözleşmesinin devredileceği ya da hangi işçinin sözleşmesinin feshedileceği konularında da kullanılabilir.⁴⁶⁶

b. Netice

Daha önce de belirttiğimiz gibi⁴⁶⁷ kanaatimizce nefret ve ayrımcılık suçu sırf hareket suçudur. Hareketin gerçekleşmesiyle suç tamamlanır. Bu suçun yapay zekayla işlendiği durumlarda suçun ortaya çıkış anı yapay zekanın engelleme işlemini yaparken bulunduğu konuma göre belirlenmektedir. Son karar verici yapay zekaysa, suç yapay zeka karar verdiği anda oluşacaktır eğer ki yapay zekadan sonra bir karar verici daha varsa suçun oluşması için söz konusu ayrımcı faaliyetin işleme konularak engelleme hareketinin gerçekleşmesi gerekmektedir.

c. Fail

Daha önceki kısımlarda belirttiğimiz faillik tartışmalarından ziyade bu başlık altında yapay zekanın bu suç bakımından fail olup olamayacağını tartışacağız. Daha önce de bahsettiğimiz gibi

⁴⁶¹ Detaylı bilgi için bkz. s. 67.

⁴⁶² **Cataleta, Maria Stefania, Catelata, Anna**, Artificial Intelligence and Human Rights an Unequal Struggle, CFILE Journal of International Law, Journal Vol. 1, No:2, 2020, s. 46.

⁴⁶³ Yapay Zekada Ayrımcılık toplumun Aynası, Peryön Dergi, S:95, Ekim 2021, s. 8.

⁴⁶⁴ Detaylı bilgi için bkz. s.70.

⁴⁶⁵ **Yenidünya**, s. 111; **Demren Dönmez**, s. 46; **Serim Çiçek**, s. 115.

⁴⁶⁶ **Alpagut, Gülsevil, Karaca Yağcı, Aybüke**, İşyerinde Yapay Zeka Uygulaması ve Ayrımcılık, Sicil, 2023/II, S:49, s. 23.

⁴⁶⁷ Detaylı bilgi için bkz. s. 72.

yapay zekanın kişilik statüsüne ilişkin bir düzenleme Türk Hukuku'nda bulunmamaktadır. Bu yüzden kişilik tartışmalarında bahsettiğimiz görüşler üzerinden yapay zekanın bu suçun faili olma olasılığı üzerinden tartışacağız.

İlk olarak yapay zekanın kişilik statüsüne ihtiyacı olmadığını savunan düşüncelere göre bu konuyu tartışacağız. Bu düşünceye göre yapay zeka “eşya” olarak kalmalı ya da “köle” statüsünde kabul edilmelidir. Bu statülerde bulunan bir varlığın işlediği fiilden dolayı kimin sorumlu tutulacağı tartışmalıdır. Akla ilk gelen düşünce üreticiye ya da kullanıcıya sorumluluk yüklenmesidir.⁴⁶⁸Fakat bu konuda da objektif ve subjektif şahsilik ilkesiyle ilgili bir tartışma ortaya çıkmaktadır. Objektif şahsilik ilkesine göre fiilin ve failin varlığı yeterli olup failin kusurlu ya da kusursuz olması gözetilmemektedir. Subjektif şahsilik ilkesine göre ise fiil ve failin varlığının yanı sıra kusurun da bulunması gerekmektedir.⁴⁶⁹Eğer ki bahsettiğimiz gibi üretici ya da kullanıcıya sorumluluk yükleme kararına varırsak ortada kasıtlı bir ayrımcılık olmadığı sürece⁴⁷⁰subjektif nitelikteki şahsilik ilkesine aykırı bir işlem görülecektir.⁴⁷¹

Yapay zekanın kişilik statüsünü kabul eden görüşlerden ilki tüzel kişilik görüşüydü. Bu görüşe göre yapay zekalara kanun tarafından tüzel kişilik görüşü tanınabilir.⁴⁷²Bunun üzerine eğer yapay zekaların kişilik statüsüne ilişkin görüşü kabul ettiğimizi varsayacak olursak tüzel kişiliğin TCK 122 bakımından fail olup olmayacağını incelememiz gerekmektedir. 12.05.2023 tarihinde TBMM'ye sevk edilen Türk Ceza Kanunu Hükümet Tasarısı'nın 170. maddesinde “Tüzel kişiler de bu maddede yazılı suçlardan dolayı sorumludur.” ifadesi yer almaktadır.⁴⁷³ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer alan düzenlemede ise isabetsiz olarak bu şekilde bir ifade yer almamaktadır. Yani suçun mağduru ya da faili sadece gerçek kişiler olabilir.⁴⁷⁴ Türk Ceza

⁴⁶⁸ Çamlıca, s. 40.

⁴⁶⁹ Çamlıca, s. 40.

⁴⁷⁰ “Algoritmanın programı yazan kişi tarafından bilinçli olarak önyargılı veya ayrımcı unsurlar içeren verilerle donatıldığı ya da algoritmanın ayrımcı bir dille yazıldığı zamanlarda üreticinin ya da kullanıcının kusurundan bahsedilebilir”.

⁴⁷¹ Çamlıca, s. 40.

⁴⁷² Detaylı bilgi için bkz. s.100.

⁴⁷³ İlgili tasarı maddesinin tam metni şu şekildedir: Madde 170 “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: 1) 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, 2) Besin maddelerini vermeyen veya kamuya arz edilmiş bir hizmeti yapmayı reddeden, 3) kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engelleyen, kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya yediyüzellimilyon liradan ikimilyar 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 sorumludurlar”.

⁴⁷⁴ Demren Dönmez, s. 22.

Kanunu madde 20 dolayısıyla cezalandırılması mümkün olmayan tüzel kişilerin fail olarak güvenlik tedbirine maruz bırakılmalarının şartı da kanunda ayrıca düzenleme bulunmasıdır. TCK 122’de böyle bir düzenleme bulunmadığı için yapay zekayı tüzel kişi varsaydığımız durumda da kanunilik ilkesi gereğince cezalandırmak ya da güvenlik tedbirine maruz bırakmak mümkün değildir.

Yapay zekaya kişilik statüsünün verilmesi gerektiğini düşünen ve bu yazıda ele aldığımız diğer iki görüş olan “elektronik kişilik” görüşü ve “yapay insan” statüsü de bize benzer sonuç verecektir. Zira mevcut düzenlemeye göre sadece gerçek kişiler fail veya mağdur durumda olabilecekken gerçek kişilikten farklı bir statü olan elektronik kişiliğin bu suçun fail olması mümkün değildir. Yapay insan statüsünün varlığını kabul etmek de henüz insanla aynı bilişsel güce erişmiş bir yapay zeka olmadığından an itibariyle pek mümkün gözükmemektedir.

d. Mağdur

Daha önce de belirttiğimiz üzere Türk Ceza Kanunu’nda düzenlenmiş olan tüm suçların mağduru yalnızca gerçek kişiler olabilir. Gerçek kişilerin dışındaki kavramlar mağdur konumunda değil suçtan zarar gören konumunda yer alabilirler.⁴⁷⁵ Bu ilk incelemeye göre yapay zekalar hukukumuzda gerçek kişi sayılmadıkları için mağdur konumunda bulunamazlar. Bununla birlikte yapay zekaların örneğin “yapay insan” statüsünü kabul ederek insan gibi işlem görülmesi gerektiği konusunda bir düzenleme olduğunu varsayarsak mağdur olmak için gerekli olan “maddede sayılan ayrımcılık sebeplerinden kaynaklanan nefret nedeniyle, maddedeki seçimlik hareketlere maruz kalarak temel hakları ihlal edilme” şartının yapay zekalar için gerçekleşmesi pek mümkün değildir. Zira yapay zekaların “ırk, millet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep” gibi konularda farklılık göstermesi mümkün değildir. Yapay zekanın tüzel kişilik statüsünü kabul ettiğimiz durumdaysa, yapay zeka suçun mağduru olamasa da söz konusu suç yüzünden hak ve menfaatleri ihlal edilirse suçtan zarar gören konumunda bulunabilecektir.

e. Suçun Konusu

Suçun konusundaki tartışmalara çalışmamızın önceki bölümlerinde yer verilmiştir.⁴⁷⁶ Bizim de katıldığımız görüşe göre suçun maddi konusu kanuni düzenlemede fiilin yöneldiği eşya yahut suçun etkilerinin üzerinde görüldüğü varlıktır. TCK m. 122’deki suçun konusu da madde

⁴⁷⁵ Detaylı bilgi için bkz. s. 75.

⁴⁷⁶ Detaylı bilgi için bkz. s. 77.

metninde sayılan ayrımcılık sebeplerinden ötürü maddede anılan temel hak ve özgürlüklerden yararlanması engellenen kişidir. Madde metninde sayılan ayrımcılık sebepleri yapay zekanın varlığında mevcut bulunmadığı ve mevcut olmayan sebeplerden ötürü madde metnindeki hareketlerden birine maruz kalmayacağı için mevcut düzenlemelerde yapay zeka, bu suçun konusu olamaz.

B. MANEVİ UNSUR

Çalışmamızın önceki bölümlerinde TCK madde 122’de düzenlenmiş olan Nefret ve Ayrımcılık suçunun manevi unsuruna ilişkin tartışmaları ifade etmiştik.⁴⁷⁷ Bizim desteklediğimiz görüşten kısaca tekrar bahsetmemiz gerekirse bu suçun gerçekleşmesi için genel kast yeterli olmayıp ayrıca saik olarak “nefret nedeniyle” hareket edilmesi aranmaktadır. Yani bu suçun işlenmiş olması için madde metninde belirtilmiş olan hareketlerden birinin yine madde metninde sayılmış olan ayrımcılık nedenlerine karşı duyulan nefret kaynaklı olarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Fail, kanun metninde düzenlenen fiillerden birini nefret duygusu olmadan yerine getirdiğinde suç oluşmayacaktır.

Bu durumda karşımıza yapay zekanın fail olması için bir başka engel daha çıkmaktadır. Yapay zekanın söz konusu ayrımcılık faaliyetini gerçekleştirirken kasti olarak hareket etmesi ve nefret duygusunun bulunması gerekmektedir. Kanundaki diğer suçlar gibi bu suç da insan ve beşerî duygular temelli olarak düzenlenmiştir. Fakat yapay zekanın düşünme metotları insanlarınkinden daha farklıdır. Programlanmış algoritmalar üzerinden gerçekleştirilen düşünme eylemi insanların bilme, isteme ve öngörme gibi durumlardan farklılık göstermektedir. Yapay zekanın matematiksel olarak ifade edilemeyecek isteme durumunu algoritmalar üzerinden kazanması şu an pek mümkün değildir.⁴⁷⁸

Daha önce de belirttiğimiz gibi yapay zekanın kişilik statüsüne ilişkin en büyük eleştirilerden biri de asla duyguya sahip olamayacakları düşüncesidir.⁴⁷⁹ Yapay zekanın kastının olabilmesi için ilk olarak idari olarak doğruyu seçebilecek kişinin hukuk tarafından kınanan şeyi seçmiş olması gerekmektedir. Bu yüzden yapay zekanın iradesinden ve tercihindan bahsedebiliyor olmamız gerekmektedir.⁴⁸⁰ Yapay zekalar git gide otonom bir hale bürünseler de şu an elimizdeki bilgiler ışığında yapay zekalar insan ürünü olan programlama ve yazılım sayesinde karar vermektedirler.

⁴⁷⁷ Detaylı bilgi için bkz. s. 78.

⁴⁷⁸ Çamlıca, s. 42.

⁴⁷⁹ Çamlıca, s. 50.

⁴⁸⁰ Eroğlu, s. 42.

Yanlışla doğru arasında iradi bir tercih yapmak yapay zeka açısından pek anlam ifade etmemektedir.⁴⁸¹ İnsanları taklit etmek üzerine kodlanmış olan yapay zekaların, insanların duygularını da taklit etme yeteneğini kazanıp kazanamayacağı da şimdilik meçhuldür.⁴⁸² Bununla birlikte insanların ses ve mimiklerini tarayarak duyguları algılayan ve buna uygun şekilde yanıt veren teknolojiler geliştirilmeye devam etmektedir.⁴⁸³

Tüm bu söylediklerimiz ışığında insana özgü olan irade ve nefret gibi durumlar henüz yapay zekalarda deneyimlenebilen durumlar değildir. Yapay zekaların daha da otonom hale gelmesiyle birlikte insana özgü duyguları kazanacakları kabul edilse bile nefret saikinin ispatlanması en az insanlardaki nefret saikinin kanıtlanması kadar zor bir durum teşkil edecektir.

C. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Gerçekleştirilmiş fiilin, kanunun düzenleniş şekli itibariyle hukuk düzeni tarafından kabul edilmeyerek tüm hukuk düzeni bakımından yasaklanmasına hukuka aykırılık denir. Çalışmamızın önceki kısımlarında kanun maddesinde düzenlenmiş olan her bir seçimlik hareket için hukuka aykırılığın ortadan kalktığı durumlar incelenmiştir. Maddenin genel hukuka uygunluk sebepleri yapay zeka için de geçerlidir. O yüzden kısaca üstlerinden geçmekle yetinilecektir.⁴⁸⁴

Türk Ceza Kanunu madde 24/f.1’de de belirtildiği üzere “*Kanun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez.*” Anayasa’daki⁴⁸⁵, 4857 Sayılı İş Kanunu’ndaki⁴⁸⁶ 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu’ndaki⁴⁸⁷, 2644 sayılı Tapu Kanunu’ndaki⁴⁸⁸ ilgili

⁴⁸¹ Eroğlu, s. 42.

⁴⁸² Taşdemir, Özbay, Kireçtepe, s. 813.

⁴⁸³ Yücel Karamustafa, Esin, Arsan, Burcu, Yapay Zekanın Geleceği: Duygular Yapay Zekayı Nasıl Etkileyecek? , Journal of Business in the Digital Age, 5(1), 2023, s. 62.

⁴⁸⁴ Detaylı bilgi için bkzn. s. 82

⁴⁸⁵ Anayasa Madde 50 – “Kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz.

Küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar”.

⁴⁸⁶ İş Kanunu madde 30/f.4 “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”. İş Kanunu madde 72 “Maden ocakları ile kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında çalışılacak işlerde onsekiz yaşını doldurmamış erkek ve her yaştaki kadınların çalıştırılması yasaktır”. İş Kanunu madde 73/2 “Onsekiz yaşını doldurmuş kadın işçilerin gece postalarında çalıştırılmasına ilişkin usul ve esaslar Sağlık Bakanlığının görüşü alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca hazırlanacak bir yönetmelikte gösterilir”.

⁴⁸⁷ Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu madde 7- “Bu Kanun kapsamında ayrımcılık iddiasının ileri sürülemeyeceği hâller ve istisnalar şunlardır:

a) İstihdam ve serbest meslek alanlarında, zorunlu mesleki gerekliliklerin varlığı hâlinde 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.

maddeler söz konusu fiili hukuka uygun hale getirebilecek hukuki düzenlemelere örnek gösterilebilir.

Hukuka uygunluk sebeplerinden bir diğeri ise ilgilinin rızasıdır. Nefret ve ayrımcılık suçunda korunan hukuki değer kişinin kendi onurunun yanı sıra toplumsal olarak kişiler arasında da ayrımcılık yapılmasının önlenmesidir. İlgilinin rızası, kişinin üzerinde tasarruf edebileceği bir hakka ilişkin olmalıdır. Nefret ve ayrımcılık suçunda korunan değerler bu tür haklar olmadığı için ilgilinin rızasının suçu ortadan kaldıracağını söylemek mümkün değildir.⁴⁸⁹

Sözleşme hürriyetine ilişkin var olan hak, kanunun emredici hükümleri, ahlak, kamu düzeni, kişilik hakları ve imkânsızlık gibi durumlara ilişkin olarak sınırlandırılmıştır. Buna göre ayrımcılık faaliyetini sözleşme hürriyeti kapsamında hukuka uygun saymak mümkün değildir. Bununla birlikte İş Kanunu'nda bulunan eşit davranma ilkesi de haklı ve makul sebepler dışında kendine yer bulan bir ilkedir. Yani yapılan işin niteliği dolayısıyla gösterilen muamelenin haklı bir nedene sebep verip vermediği her olay bakımından ayrı ayrı değerlendirilmelidir.⁴⁹⁰

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”.

⁴⁸⁸ **Tapu Kanunu madde 35** – “Kanuni sınırlamalara uyulmak kaydıyla, uluslararası ikili ilişkiler yönünden ve ülke menfaatlerinin gerektirdiği hallerde Cumhurbaşkanı tarafından belirlenen ülkelerin vatandaşı olan yabancı uyruklu gerçek kişiler Türkiye’de taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinebilirler. Yabancı uyruklu gerçek kişilerin edindikleri taşınmazlar ile bağımsız ve sürekli nitelikteki sınırlı ayni hakların toplam alanı, özel mülkiyete konu ilçe yüz ölçümünün yüzde onunu ve kişi başına ülke genelinde otuz hektarı geçemez. Cumhurbaşkanı kişi başına ülke genelinde edinilebilecek miktarı iki katına kadar artırmaya yetkilidir

Yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri ancak özel kanun hükümleri çerçevesinde taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinebilirler. Bu ticaret şirketleri dışındakiler taşınmaz edinemez ve lehlerine sınırlı ayni hak tesis edilemez. Bu ticaret şirketleri ile yabancı uyruklu gerçek kişiler lehine taşınmaz rehni tesisinde bu maddede yer alan sınırlamalar uygulanmaz. Cumhurbaşkanı, ülke menfaatlerinin gerektiği hallerde yabancı uyruklu gerçek kişiler ile yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerinin taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinimlerini; ülke, kişi, coğrafi bölge, süre, sayı, oran, tür, nitelik, yüzölçüm ve miktar olarak belirleyebilir, sınırlandırabilir, kısmen veya tamamen durdurabilir veya yasaklayabilir”.

⁴⁸⁹ Detaylı bilgi için bkzn. s. 84.

⁴⁹⁰ Detaylı bilgi için bkzn. s. 85.

4. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

A. TEŞEBBÜS

Suçta teşebbüse ilişkin tartışmalar çalışmamızın önceki kısımlarında belirtilmiştir.⁴⁹¹ Çalışmamızın bu bölümünde kısaca değinilmekle yetinilecektir. Yargıtay nefret ve ayrımcılık suçunu sırf hareket suçu olarak tanımlamış, teşebbüsün sadece hareketin parçalara bölünebildiği durumlarda olduğu görüşündedir.⁴⁹² Bu suçun ihmali işlendiği halinde teşebbüs mümkün değildir.

Yapay zeka ile bu suçun işlendiği durumlarda teşebbüsün varlığı için, suçun ortaya çıkış anını belirlemek gerekmektedir. Bunun için yapay zekanın konumu önemlidir. Örneğin yapay zeka tarafından oluşturulan karar başka bir eyleme gerek duymadan direkt olarak işleme alınıyorsa suç, yapay zekanın verdiği karar anında oluşmuştur. Bununla birlikte eğer ki yapay zekanın verdiği karar başkaca kişiler tarafından değerlendiriliyorsa bu durumda suçun oluşması için bu değerlendirmenin sonucu beklenmelidir. Eğer ki değerlendirmenin sonucu olumsuz çıkarsa suç teşebbüs aşamasında kalacak, olumlu sonuçlanırsa da suç meydana gelmiş olacaktır.

B. İŞTİRAK

Türk Ceza Kanunu'ndaki nefret ve ayrımcılık suçu bakımından iştirakin her hali mümkündür. Madde metnindeki engelleme faaliyetlerinden birini gerçekleştiren faildir. Yapay zekanın fail olup olamayacağı hususunu yukarıda tartışmıştık.⁴⁹³

Burada dolaylı faillik durumunu yapay zeka bakımından ayrıca değerlendirmek gerekmektedir. Suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi dolaylı faildir. Dolaylı failin suça yönelttiği kişi özgür iradesiyle hareket etmemektedir. Yapay zekanın nefret ve ayrımcılık suçunu işlediği durumlarda failin kim olacağı tartışmasında da bu tanım bize yardımcı olabilir. Zira henüz otonom hale gelemeyen yapay zekalar kendi iradelerinden ziyade yazılımları ve algoritmaları sayesinde işlem görmektedir. Bu durumda nefret ve ayrımcılık suçuna sebebiyet

⁴⁹¹ Detaylı bilgi için bkzn. s. 87.

⁴⁹² Yargıtay 4. C.D 2021/11263 E. 2023/19698 K. T. 12.06.2023 kararı: “Sırf hareket/tehlike suçu olan nefret ve ayrımcılık suçunun oluşabilmesi için, engelleme hareketinde bir zarar doğurmasının aranmadığı, suçun oluşması için yasa maddesinde yer alan engelleme hareketinin yapılmasının yeterli olduğu, bu hareketin mağdur için somut bir tehlike arz etmesinin önemli olmadığı ve araştırılmasının gerekmediği, sadece hareketin parçalara bölünebildiği durumlarda bu suça teşebbüsün mümkün olabileceği” www.mwvzuat.sinerjias.com.tr (E.T:09.12.2023).

⁴⁹³ Detaylı bilgi için bkzn. s. 90.

veren algoritmayı yazan ya da kodlayan kişinin, bu fiili yaparken kastının olduğunu kabul ettiğimiz durumda bu kişi için dolaylı faillikten söz edilebilir.⁴⁹⁴

C. İÇTİMA

TCK 122 kapsamında yapay zekanın nefret ve ayrımcılık faaliyetlerine ilişkin içtima konusunda genel metinden farklı bir durum meydana gelmemektedir. Bu yüzden çalışmamızın önceki kısmında içtima bahsine ilişkin söylediklerimizle yetinilecektir.⁴⁹⁵

Bununla birlikte yapay zekanın algoritmasına girerek orda bulunan verileri değiştiren veya algoritmanın yapısını bozan fail; bu fiilini, saydığımız ayrımcılık sebeplerinden dolayı duyduğu nefret nedeniyle engelleme amacıyla yapıyorsa burada hem TCK 244/2’de yer alan “Sistemi Engelleme, Bozma, Verileri Yok Etme veya Değiştirme Suçu” hem de TCK 122’de yer alan “Nefret ve Ayrımcılık Suçu” bir arada işlemiş olacaktır. Bu durumda fail, her iki suçtan dolayı gerçek içtima uygulanarak ayrı ayrı cezalandırılacaktır.

5. YAPTIRIM

Türk Ceza Kanunu’ndaki nefret ve ayrımcılık suçunun cezası bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası olarak düzenlenmiştir. Fiziken bir varlığı olmayan yapay zekanın bir kişiliği olduğunu kabul ettiğimiz durumda bu cezadan nasıl etkileneceğini incelemek gerekmektedir.

İlk olarak tüzel kişilik düşüncesini kabul ettiğimiz zaman kanun gereği cezalandırılmayan tüzel kişiler, ayrıca kanun metninde belirtilmediği durumlarda güvenlik tedbirine dahi maruz kalmaz. Bundan dolayı yapay zekanın tüzel kişilik statüsünü kabul ettiğimiz durumda mevcut hukuki düzenimizde yaptırıma uğraması mümkün değildir. Çalışmamızın önceki kısmında da belirttiğimiz üzere kanunda tüzel kişilere yönelik düzenlemenin eksikliği giderilirse bu problem ortadan kalkacaktır.

Elektronik kişilik ve Yapay insan statüleri için de yapay hapis kavramı düşünülebilir.⁴⁹⁶ Modern hukuk sisteminde tartışılmaya başlanan bu kavram, Allagheny Şişeleme

⁴⁹⁴ Taşdemir, Özbay, Kireçtepe, Robotların Hukuki ve Cezai Sorumluluğu Üzerine Bir Deneme, s. 825.

⁴⁹⁵ Detaylı bilgi için bkz. s. 90.

⁴⁹⁶ Hallevy, Gabriel, Liability for Crimes Involving Artificial Intelligence Systems, Springer International Publishing Switzerland, 2015, s. 44.

Şirketi davasında öne çıkmaktadır.⁴⁹⁷Söz konusu davada uygulanacak yaptırım hapis cezasıdır fakat bu ceza gerçek kişiler içindir. Mahkemede de bu cezanın tüzel kişiler için kullanılması tartışılmıştır. Mahkeme bir şirketin bilinçli olmasa da etik davranması gerektiğini ve kanunlara uymak konusunda gerçek kişilerden daha farklı bir durumda olmadığı düşüncesini savunmaktadır. Mahkeme dava sonucunda sanık şirket adına 3 yıl hapis cezası ve para cezasına hükmetmiştir.⁴⁹⁸Sherman Yasası'nı esas alan mahkemeye göre kanuni düzenlemede yer alan kişi ifadesi sadece gerçek kişileri ifade etmemektedir. Bu yüzden tüzel kişiye hapis cezası verilmesi önündeki ilk engel kalkmıştır. Bunun ardından mahkeme literatürdeki hapis kavramından kastedilenin sadece kısıtlamak olduğunu kabul etmiştir. Kısıtlamanın uygulanması ise söz konusu şirketin denetim ve sıkı gözetim altında tutularak kontrol edilmesi şeklinde gerçekleşecektir.⁴⁹⁹

Bu kararı kendi hukukumuzda göre incelemek gerekirse tüzel kişilerin cezalandırılmayacağı kanunumuzda açıkça belirlenmiştir.⁵⁰⁰Bununla birlikte Amerika Birleşik Devletleri'nden daha farklı bir hukuk sistemimiz olduğu için mahkemenin ceza hukuku alanında böyle bir içtihat oluşturması da mümkün değildir.⁵⁰¹ Ayrıca bu karar tüzel kişilik için verilmiş bir karar olmasına rağmen bizim kanunumuzda tüzel kişiler için düzenlemeler mevcuttur. Fakat tüzel kişilik dışındaki bir kişilik statüsünün hukukumuz tarafından kabul edildiği varsayılırsa bu mahkemenin oluşturduğu fikir çerçevesinde yeni bir yaptırım türü oluşturularak gerçek veya tüzel kişi olmayan varlıklar için yaptırım sorunu kanun koyucu tarafından çözülebilir. Böylece yapay hapis kavramı sayesinde yapay zekaların hareket kabiliyetleri kısıtlanabileceği gibi algoritmalarının engellenmesi suretiyle derin öğrenmeden kazanacağı fayda da sınırlandırılabilir.⁵⁰²

⁴⁹⁷ U.S. v. Allegheny Bottling Company, 695 F. Supp. 856 (E.D. Va. 1988) <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/854/430/1954824/> (E.T:12.12.2023).

⁴⁹⁸Bknz. <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/1> (E.T:25.12.2023).

⁴⁹⁹ Çamlıca, Yapay Zekanın Ceza Sorumluluğu ve Kişilik Tartışmaları, s. 57.

⁵⁰⁰ Türk Ceza Kanunu madde 20/2: “Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamaz”.

⁵⁰¹ Gözler, Kemal, Hukuka Giriş, B:16, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2019, s. 155.

⁵⁰² Çamlıca, Yapay Zekanın Ceza Sorumluluğu ve Kişilik Tartışmaları, s. 58.

SONUÇ

Çalışmamızın konusunu oluşturan nefret ve ayrımcılık suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 122 inci maddesinde düzenlenmiştir. İşbu suç ile korunmak istenen hukuki değer, hem kişilerin temel hak özgürlüklerden yararlanırken madde kapsamında sayılan ayrımcılık sebeplerinden birinden dolayı duyulan nefret nedeniyle ayrımcı muameleye maruz kalmasının engellenmesi hem de gerekçede belirtildiği üzere toplum arasında bölücü faaliyetlerin engellenmesi olarak kabul edilebilir. Kanuni düzenlemenin ilk halindeki ve benzeri sebepler kavramının değişiklikle birlikte kaldırılması ise kanunilik ilkesi açısından yerinde bir düzenleme olduğu kabul edilebilir.

Nefret ve ayrımcılık suçunun nefret suçu olup olmadığı hususu çalışmamızda ayrıca değerlendirilmiştir. Kanaatimizce yukarıda da açıklandığı üzere, her ne kadar madde metnine nefret kavramı eklenmişse de nefret ve ayrımcılık suçunu bir nefret suçu olarak kabul etmek mümkün değildir. Nitekim nefret suçu olarak addedilmesi için belirlenen şartlar, nefret suçu teşkil edecek fiilin kanunda suç olarak düzenlenmesi ve bu fiilin mağdurun veya mağdurun mensubu olduğu düşünülen grubun sahip olduğu bazı ayırt edici karakteristik özelliklere duyulan nefret veya önyargı saikiyle işlenmiş olmasıdır.

Yargıtay TCK m. 122 kapsamında vermiş olduğu kararlarda nefret ve ayrımcılık suçunun nefret saikiyle işlenen ayrımcılık suçu olarak değinmiştir. Kanun ırk, devlet, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefrete dayalı ayrımcılığı suç saymıştır. Aslında kanaatimizce nefret saikiyle işlenen ayrımcılık suçu olduğunu söylemek daha doğru olacaktır. Ayrımcılık kavramı toplum içindeki farklılaşmaların mevcut olduğu her durumda eşitsizliğin kaçınılmaz bir sonucu olarak var olmuştur. Günümüzde hala eşitsizlik ve ayrımcılık tüm dünyada varlığını sürdüren sorunlardan biridir. Düzensiz göçler, kadın erkek arasındaki eşitsizlikleri, dini ve mezhepsel ayrışmalar gibi faktörler birçok toplumda ve ülkemiz özelinde bireyler arasında kutuplaşmalara ve neticesinde

ayırımcılığa sebebiyet veren nefrete sebebiyet verebilmektedir. Türk Ceza Kanunu ile getirilen düzenlemenin bu hususta bir çözüm olarak kabul edilebilir. Ancak nefret kavramı kişinin iç dünyasında meydana gelen, ispatı oldukça zor bir duygu olduğundan madde metnine eklenmesiyle birlikte maddenin kapsamının daraldığını söylemek daha doğrudur.

Hayatımızın birçok alanında kullanılmaya başlanan yapay zekanın artıları olduğu kadar eksileri de mevcuttur. Bu eksilerinden biri de hiç şüphesiz ayrımcılık faaliyetine karışabilmesidir. Yapay zekalar verilerle birlikte çalışabilmekte, bu verileri algoritması sayesinde işleyerek sonuca ulaşabilmektedir. Verilerin eksik olması, az sayıda olması, düzensiz olması gibi problemler sebebiyle yapay zekanın vardığı sonuçta ayrımcılığa rastlanabilmektedir. Örneğin bir işyerinde iş alımı için başvuruları kontrol eden bir yapay zeka, son 10 yılın verisi yüklendiği zaman son on yılda erkek çalışan sayısı daha fazla ise kadınların başvurularını geriye atacak, erkek işçilere öncelik tanıyacaktır. Böyle bir durumda oluşan ayrımcılık faaliyetinin TCK kapsamında olan “Nefret ve Ayrımcılık Suçu” kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği tartışmalıdır.

Bu tartışmanın sebeplerinden ilki yapay zekanın bir kişiliği olup olmadığı konusundadır. Doktrinde yapay zekanın kişilik statüsüne ihtiyacı olmadığını düşünen yazarlar bu düşüncesini felsefi kişilik teorisi üzerinden ele almaktadır. Duygu, bilinç gibi kavramlara asla sahip olamayacak olan yapay zekanın kişilik statüsüne ihtiyacının olmadığını, bu konudaki sorunların başka şekillerde çözülebileceğini söylemektedirler. John Locke’un mülkiyet anlayışına göre oluşturulmuş olan kölelik görüşü de yapay zekanın hukuki statüye ihtiyacı olmadığı düşüncelerinden bir diğeridir. Yapay zekanın gün geçtikçe geliştiğini ve hukuki bir statüsü olması gerektiğini savunan görüşler de tüzel kişilik görüşü, elektronik kişilik görüşü ve yapay insan görüşüdür. Yapay zekanın hukuki statüsü olduğunu savunan bu görüşlerin hepsi kendi içinde tutarlı yanlar içerse de mevcut hukuki sorunları çözmekte yeterli değildir. Kanımızca da yapay zekanın hukuki bir statüye ihtiyacı vardır fakat şu an bu tezde aldığımız görüşlerden hiçbiri bu ihtiyacı tam anlamıyla karşılamamaktadır. Kanun koyucu bu konuda gerekli çalışmaları yaparak yapay zekaya uygun bir statü oluşturmalı ve oluşan bu statü çerçevesinde yapay zekanın hukuki ve cezai sorumluluğundan bahsedebilmemiz gerekmektedir.

Yapay zekanın kişiliğini kabul ettiğimiz varsayımda çalışmamızın konusu olan Nefret ve Ayrımcılık Suçuna ilişkin tekrardan değerlendirme yapmamız gerekmektedir. Örneğin “Henüz tam otonom bir yapıya ulaşmayan yapay zekaların özgür iradelerinden bahsedilebilir mi?” veya “Bu suçun oluşması için gerekli olan unsurlardan nefret saikiyle engelleme fiili yapay zekalar

tarafından gerçekleştirilebilir mi?” sorularını cevaplamak gerekmektedir. İnsan duygularını tahmin ederek sonuç çıkaran yapay zekalar mevcutsa da şu anda yapay zekanın kendi özgür iradesi ya da duygusundan söz etmemiz mümkün değildir. Yakın gelecekte bu durumun değişeceğine dair düşünceler olsa da elimizde bu duruma ilişkin bir sonuç henüz bulunmamaktadır. Ayrıca Türk Ceza Kanunu’nda yer alan “Sadece gerçek kişiler cezalandırılır.” ifadesi dolayısıyla kanunilik ilkesi gereği de yapay zekanın cezalandırılması mümkün değildir. Çünkü yapay zekanın kişiliğinin olması gerektiğini savunan görüşe katılsak da kanımızca bu statünün gerçek kişi olmayacağı açıktır. Bu yüzden yapay zekaların cezalandırılabilmesi için oluşturulacak kişi statüsünün ilgili düzenlemelerle birlikte kanuna eklenmesi ve ona uygun yaptırımlar getirilmesi gerekmektedir.

Kanunun mevcut düzenlemesiyle yapay zekalar cezalandırılmayacağını söylemiştik. Yapay zekanın kullanıcısı ya da programlayıcısının bir ihmali ya da kastı olmadan yapay zeka bu suçu işlerse, kullanıcının ya da programlayıcının TCK kapsamında cezalandırılmasının şahsılık ilkesiyle bağdaşmayacağı düşüncesindeyiz. Bununla birlikte tam otonom hale gelmemiş olduğunu söylediğimiz yapay zekalar, veriler ve algoritmalar sayesinde çalışmaktadır. Eksik, düzensiz ya da az sayıda veri yüklenmesinin nefret saikiyle ayrımcılık amacıyla yapıldığı durumlarda ayrımcılık meydana gelirse; programcının, kullanıcının veya hackerın cezai sorumluluğundan bahsetmek mümkündür. Bu durumda iradesi olmayan yapay zekanın karar mekanizmasında değişiklik yaparak ayrımcılık faaliyeti gerçekleştirdiği için dolaylı faillik söz konusu olacak ve cezalandırılması gereken kişi, ilgili kişi olacaktır.

Yapay zekanın gelişimi inkar edilemeyecek boyutta olup ulaşabileceği konum belirsiz bir durumdadır. Gelişiminin ulaşacağı noktayı kontrol altında tutabilmek için hem küresel çapta hem de ülke çapında düzenlemeler yapılması gerekmektedir. Yapay zeka her ne kadar otonom bir yapıya kavuşacak olsa da yaratıcısı insan olacaktır. Bu yüzden en azından kısa vade için yapay zeka yazılımlarının sıkı prosedürlere bağlanması, ayrıntılı testlere sokulması ve bilgi arşivlerinin oluşturulması bazı sorunların büyümesini önleyecektir. Bu sayede yapay zeka yüzünden uğranacak mağduriyetler en azından daha kapsamlı hukuki çözümler bulunana kadar azalacaktır.

KAYNAKÇA

1. **ACAR, Feride**, Kadınların İnsan Hakları Hukuku, Bihterin Vural Dinçkol, İnsan Hakları Hukuku ve Kadın, (20-29), İstanbul 2003.
2. **AĞIRBAŞLI Şennur**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Din ve Vicdan Özgürlüğü, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ankara 2012.
3. **AĞIRBAŞLI, Şennur**, Sınırlı Ayrımcılık Yasağından Genel Eşitlik İlkesine, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.
4. **AKAR, Onur**, Ayrımcılık Yasağı Kapsamında Engellilik ve Engelli Hakları, Yüksek Lisans Tezi, MEF Üniversitesi, Aralık 2022.
5. **AKBULUT, Berrin**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara Ekim 2021, Adalet Yayınları.
6. **AKKAYA, Rukiye** İnsan Hakları Bağlamında Eşitlik İlkesi ve Cinsiyet Ayrımcılığının Önlenmesine İlişkin Bazı Düzenlemeler, Terazî Hukuk Dergisi, Yıl 2, S. 7, s. 123-131 Mart 2007.
7. **AKSOY, Hakan**, Yapay Zekalı Varlıklar ve Ceza Hukuku International Journal of Economics, Politics, Humanities & Social Sciences, Vol:4 Issue:1 2021.
8. **ALEXANDRE, Maia**, The Legal Status of Artificially Intelligent Robots, 2017.
9. **ALGAN, Bülent**, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması, Ankara 2007
10. **ALPAGUT, Gülsevil/ KARACA YAĞCI, Aybüke**, İşyerinde Yapay Zeka Uygulaması ve Ayrımcılık, Sicil, S: 49, 2023.
11. **ALTUN, Muammer**, Ayrımcılık Suçu (TCK. Md. 122), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2010.
12. **ARTUK, Mehmet Emin/ GÖKCEN Ahmet/ ALŞAHİN M. Emin/ ÇAKIR Kerim**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınları, Ankara Mart 2021.
13. **ARTUK, Mehmet Emin/ GÖKCEN, Ahmet/ ALŞAHİN, M. Emin /ÇAKIR, Kerim**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınları, Ankara Haziran 2021.
14. **ATALAY, Muhammet/ ÇELİK, Enes**, Büyük Veri Analizinde Yapay Zekâ ve Makine Öğrenmesi Uygulamaları, Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 22, 2017.
15. **AVŞAR, Bahadır / VARIŞ, Mehmet**, Sosyal Medyada Nefret Söylemi, TRT Akademi, Cilt 7, S 14, s 349- 361, Ocak 2022.
16. **AYAN, Mehmet**, Eşya Hukuku- I Zilyetlik ve Tapu Sicili, Seçkin Yayıncılık, 13. Baskı, Ankara 2016.

17. **AYAN, Mehmet/ AYAN, Nurşen**, Kişiler Hukuku, Mimoza Yay, Konya 2011.
18. **AYBAY, Rona**, “Açıklamalı İnsan Hakları Evrensel Bildirisi”, Ankara 2006,
19. **AYBAY, Rona**, İnsan Hakları Hukuku, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayıncılık, İstanbul 2015.
20. **AYKUTALP, Gizem**, Nefret ve Ayrımcılık Suçu, Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s 419- 455, 2021.
21. **AYTEKİN İNCEOĞLU, Asuman**, Türk Ceza Kanunu’nun 122. Maddesinde Düzenlenen Nefret Ve Ayrımcılık Suçunun Nefret Suçu Kavramı Çerçevesinde Değerlendirilmesi, Legal Hukuk Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 150, 2015.
22. **BAK, Başak**, Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 2018.
23. **BAKIM, Sevi**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (Aihm) Kararları Çerçevesinde Cinsiyet Ayrımcılığı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2016.
24. **BAKIRCI, Kadriye**, Uluslararası Hukuk, AB ve ABD Hukuku ile Karşılaştırmalı Çalışma Yaşamında Kadın Erkek Eşitliği Arayışı Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı ve Türkiye, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012.
25. **BAYRAKTAR, Köksal**, Nefret ve Ayrımcılık Suçu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIII, S. 1, s.55-81 2016.
26. **BİRER, Gürkan Caner**, Yapay Zeka, Bilim ve Teknik, Tübitak 2020.
27. **BULUT, İlhan**, Nefret Suçları, Adalet Yayınları, Ankara 2014.
28. **BULUT, Pınar**, Türk Ceza Kanunu’nda Ayrımcılık Suçu, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012.
29. **BÜYÜKÇALIK, Mürvet Ece**, Dolaylı Ayrımcılık Yasağı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.
30. **CANOĞLU, Veysel Candan**, Cezai Sorumluluğun Şahsiliği İlkesi, Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, İzmir, 2021
31. **CAŞIN, Mesut, AL, Dursun, BAŞKIR Nur Demir**, Yapay Zeka ve Robotların Eylemlerinden Kaynaklanan Cezai Sorumluluk Sorunu, Ankara Barosu Dergisi S.79 s. 1-74, Haziran 2021.
32. **CATALETA, Maria Stefania/ CATALETA, Anna**, Artificial Intelligence and Human Rights, an Unequal Struggle, CIFILE Journal of International Law, Journal Vol. 1, No.2, 2020.

33. **ÇAĞLAR, Selda**, “Engelli Hakları Sözleşmesinde Ayrımcılık Yasağı ve Türkiye’nin Uyum Sorunu”, TBB Dergisi, Yıl 24, S. 96, Eylül – Ekim 2011.
34. **ÇAMLICA, Berat**, Yapay Zekanın Ceza Sorumluluğu ve Kişilik Tartışmaları, İstanbul, 2022.
35. **ÇELİKEL, Aysel**, Sunuş Konuşmaları Bihterin Vural Dinçkol (Hazırlayan) İnsan Hakları ve Kadın, (5-8), İstanbul 2003.
36. **ÇETİN, Canan/ ÖZDEMİRCİ, Ata**, İnsan Kaynakları Uygulamalarında Siyasi Ayrımcılık, İstanbul, 2017.
37. **ÇETİNKAYA, Muhammed**, “Türk Hukukunda Ayrımcılık Suçu (TCK 122. Madde), Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Üniversitesi, Aralık 2012.
38. **DEMİRBAS, Timur**, “Nefret Söylemi ve Nefret Suçları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017.
39. **DEMİREL, Arzu Pınar**, Sanal Dünya da Eşitlikten Çok Uzak, Peryön, S. 95, Ekim 2021.
40. **DEMİRSOY AŞIKOĞLU Eda**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Göre Dinsel Ritüel Ve Uygulamaların Sınırlandırılması, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.13, S. 2, Kayseri 2018
41. **DEMREN DÖNMEZ, Burcu**, Ayrımcılık Suçu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi Sayı. 12, s. 10-58, 2012.
42. **DOĞAN YENİSEY Kübra**, İş Kanunu’nda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, Çalışma ve Toplum, S.11, 2006/4, S.63-81.
43. **DOĞAN, Koray/ ÖZBEK, Veli/ BACAKSIZ, Pınar**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayıncılık Ankara Eylül 2021.
44. **DOĞANKAYA, Alara**, 21. Yüzyılda İnsan Haklarına Yönelik Yeni Bir Tehdit: Yapay Zeka, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2023.
45. **DOĞRU, Osman/ NALBANT, Atilla**, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, C. 2, Legal Yayıncılık, 1.Baskı, 2016.
46. **DOĞRU,Osman/ NALBANT, Atilla**, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, C. 2, Legal Yayıncılık, 1.Baskı, 2016
47. **DONAY, Süheyl/ KAŞIKÇI, Mahmut**, Açıklamalı-Karşılaştırılmalı-Gerekçeli 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Ve Yürürlük Kanunu, Vedat Yayıncılık İstanbul 2004.

48. **DÖNER, Ayhan**, İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi, Ankara 2003.
49. **DÖNMEZER Sulhi**, Din, Vicdan Ve Kanaat Özgürlüğü, İnsan Ve Toplum Bilimleri Dergisi, Cilt: XIV, Sayı: 42, S. 1-29, 2005.
50. **DÖNMEZER, Sulhi/ ERMAN, Sahir**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, C. II, Beta Yay., İstanbul, 1997.
51. **DURAL, Mustafa, ÖĞÜZ, Tufan**, Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, Filiz Yayınevi, İstanbul, 2019.
52. **EBİBLİ, Ömer Faruk**, Hukuk Açısından Yapay Zekanın İncelenmesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2022.
53. **ELTİMUR, Dilara**, İnsan Haklarının Korunması Bağlamında Yapay Zekâ Uygulamaları, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:12, S:2, 2022.
54. **ERDOĞAN, Oğuz**, Rızanın Ceza Hukuku Sorumluluğu Üzerinde Etkisi- Ceza Hukuku Monografileri-, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
55. **EREM, Faruk/ DANIŞMAN, Ahmet/ ARTUK, Mehmet Emin**, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi 14. Baskı, Ankara, 1997.
56. **ERMAN, Sahir**, Başkasının Fiilinden Cezai Mesuliyet Mevzuunda Bir Deneme, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, A. Samim Gönensay'a Armağan, 1955.
57. **EROĞLU, Merve**, Sorumluluk Hukukunda Yapay Zekâ, İstanbul, 2022.
58. **EROL, Aslıhan**, Çalışma Hayatında Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık; Avrupa Birliği Politikaları ve Türkiye, Yüksek Lisans Tezi, Trakya Üniversitesi, 2011.
59. **ERSOY, Uğur**, Çağımızın Pandemisi: Nefret Suçları, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 35, s 111-174 Ankara 2018.
60. **ERSOY, Uğur**, Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK m.122), CHD Cilt: 12, Sayı: 34, s. 7-56. Ankara 2017.
61. **FREDMAN, Sandra**, Discrimination Law, Oxford Univercity Press, 2011
62. **GEMALMAZ, Mehmet Semih**, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, 2. Bası, İstanbul 1997.
63. **GENÇCAN, Ömer Uğur**, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu Yorumu, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2021.

64. **GENDEREN Robert Van Den Hoven Van**, Do We Need New Legal Personhood in the Age of Robots and AI?, Perspectives in Law, Business and Innovation, 2018
65. **GERÇEKER, Hasan**, Yorumlu & Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
66. **GÖZLER, Kemal**, Hukuka Giriş, 16. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2019
67. **GÖZLER, Kemal**, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin Yayıncılık, Bursa 2012.
68. **GÖZÜBÜYÜK, Şeref/ GÖLCÜKLÜ, Feyyaz**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 10. Bası, Ankara 2013.
69. **GÜLMEZ, Mesut**, İnsan Hakları Ve Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılığın Kaldırılması Ve Türkiye, Çalışma Ve Toplum Dergisi, Ankara 2009.
70. **GÜLTEKİN, Mücahit**, Posthümanizm Ve Yeni Bir Ayrımcılık Biçimi Olarak Robotlara Yönelik Türcülük, Antropoloji, 2023.
71. **GÜNDÜZ, Aslan**, Milletlerarası Hukuk, R. V. Günel (edt.), 6. Baskı, İstanbul 2013.
72. **GÜRLER, Cemalettin**, Nefret Suçları ve İş Hayatı, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 68, S 2010/1, s 259-275, Ankara 2010.
73. **HALLEVY, Gabriel**, Liability for Crimes Involving Artificial Intelligence Systems, Springer International Publishing Switzerland, 2015.
74. **HEPER, Altan**, Kültürlerarası İlişki Bağlamında İnsan Onuru, "Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar- V" Sempozyum İstanbul Barosu- HFSA Bildiriler / 2 (13-17 Eylül 2010, İstanbul), İstanbul 2012.
75. **İÇER, Zafer**, Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK m. 122), Engelli Hukuku Sempozyumu, İstanbul 2019.
76. **İÇER, Zafer**, Yapay Zeka Destekli Nöro Hukuk Sisteminde Suç ve Cezaya Yaklaşım, XI Uluslararası Eğitim Denetimi Kongresi, Aralık 2019.
77. **İNCEOĞLU, Sibel**, Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı Çerçevesinde Af, Şartla Salıverilme, Dava ve Cezaların Ertelenmesi, Anayasa Dergisi, Cilt 18, Yıl 2001.
78. **JACOBS, James B./ Potter, Kimberly**, Hate Crimes Criminal Law & Identity Politics, Oxford University Press, New York 2001.

79. **JÄGGİ, Peter**, Fragen des privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit, Neue Folge, Band 79, 1960.
80. **KABOĞLU, İbrahim**, Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar, 8. Baskı, İstanbul 2012.
81. **KAHRAMAN, Recep**, Nefret Saikinın Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Ayrımcılık Suçuna Etkisi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi, C 27, S 1 s 216-239, İstanbul Haziran 2021.
82. **KALABALIK, Halil**, İnsan Hakları Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.
83. **KARA KILIÇARSLAN, Seda**, Yapay Zekanın Hukuki Statüsü ve Hukuki Kişiliği Üzerine Tartışmalar, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, 2019.
84. **KARACAN, Sare**, The Right to Equality and Non-Discrimination in Artificial Intelligence: Legal Issues, Challenges, and Prospects, Yüksek Lisans Tezi Koç Üniversitesi, Temmuz 2023.
85. **KARADAĞ, Nergis**, Cinsel Azınlıkların Bireysel Hakları, On İki Levha Yay., İstanbul 2008.
86. **KARAMUSTAFA YÜCEL, Esin/ ARSAN, Burcu**, Yapay Zekanın Geleceği: Duygular Yapay Zekayı Nasıl Etkileyecek? Journal of Business in The Digital Age, S.5(1), 2022.
87. **KARAN Ulaş**, Avrupa Birliği Ülkelerinde Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik Kurumları, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2009.
88. **KARAN Ulaş**, Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Türk Ceza Kanunun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, sayı 73, Ankara 2007.
89. **KARAN, Ulaş**, Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi, Anayasa Yargısı Dergisi, C.31 S1,2015.
90. **KARAN, Ulaş**, Çağımızın Pandemisi: Nefret Suçları, TAAD, S.35 Ankara 2018.
91. **KARAN, Ulaş**, Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
92. **KATOĞLU, Tuğrul**, Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi, AÜHFD, Cilt 55, 2006.
93. **KAYPAK, Şafak/ KAYPAK, Mehmet Kahraman**, Türkiye'de Kadının İnsan Hakları ve Anayasal Yansıması, Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 13, S. 33, 2016.
94. **KELEŞ Burçak**, Ayrımcılık Yasağı Kapsamında Cinsiyet Ve Cinsel Yönelim, YL Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul 2019.

95. **KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler. Adalet Yayıncılık, Ankara Ekim 2020.
96. **KOCASAKAL, Ümit**, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK m.122), Ceza Hukuku Dergisi, S. 28, Ağustos 2015.
97. **KONUK, Bahar/ SÜRÜCÜ, Sinan**, Çoklu Temelde Ayrımcılık Yasağı, LHD C: 17 S: 203, 2019.
98. **KÖKEN, Enes**, Yapay Zekanın Cezai Sorumluluğu, Türkiye Adalet Akademisi, Yıl 12, S 47, Temmuz 2021.
99. **KUKUL, Batuhan**, Yapay Zeka Tabanlı Otonom Sistemlerde Ayrımcılık Sorunu, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2023.
100. **KUNTER, Nurullah**, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, İstanbul Üniversitesi Yayıncılık, İstanbul 1949.
101. **KURU, Gonca**, Ayrımcılık Yasağının Hukuk Felsefesi Açısından Temellendirilmesi, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2021.
102. **KURZWEİL, Ray**, İnsanlık 2.0, Alfa Yayınevi, Nisan 2016.
103. **LAWRENCE, Frederick**, Punishing Hate Bias Crimes Under American Law, ABD, 2002.
104. **MERAN, Necati**, Hürriyetten Yoksun Bırakma, Tehdit, Şantaj, Konut Dokunulmazlığını Bozma, Ayrımcılık, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014.
105. **MERAN, Necati**, Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Kişilere Karşı Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008.
106. **OBERMEYER, Ziad/ POWERS, Brian/ VOGELİ, Christene/ MULLAİNATHAN, Sendhil**, Dissecting Racial Bias in an Algorithm Used to Manage the Health of Populations, Science, 2019
107. Ocak 2021.
108. **ODMAN, Tefvik**, Çocuk Hakları Bağlamında Çocuk Mülteciler, Tarsus 2008.
109. **ÖNER, Mehmet Zülfü**, Türk Ceza Hukukunda Ayrımcılık Suçunun Cinsel Yönelimi Koruma Fonksiyonu, Tbbd, 2021.
110. **ÖZAR, Süleyman**, Türk Hukukunda Nefret Suçlarına -Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı Taahhütleri Çerçevesinde- Genel Bir Bakış, Türkiye Adalet Akademisi, S. 48, s.87-108., Ekim 2021

111. **ÖZBEK, Veli,/ ÖZBEK, Ceren**, “Yapay Zekânın Dâhil Olduğu Suçlar Bakımından Ceza Hukuku Sorumluluğunun Belirlenmesi”, Ceza Hukuku Dergisi, S 41, Aralık 2019
112. **ÖZDAMAR, Demet**, Cedaw Sözleşmesi, Ankara 2009
113. **ÖZEN, Muharrem /HAFIZOĞULLARI, Zeki**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, USA Yayıncılık, Ankara Ekim 2021.
114. **ÖZGENÇ, İzzet**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara Eylül 2021.
115. **ÖZTÜRK, Nurten**, Nefret Ve Ayrımcılık Suçu, Yüksek Lisans Tezi, Erzincan Üniversitesi, 2015.
116. **PÉRENNOU Thomas**, State of the Art On Legal Issues, 2014.
117. **PERRY, Barbara**, In the Name of Hate Understanding Hate Crimes, Routledge Taylor&Francis Group, London and Newyork s.3 2001.
118. **ROUHIÄINEN, Lasse**, Artificial Intelligence: 101 Things You Must Know Today About Our Future, Pegasus Yayınları, Haziran 2020.
119. **SERİM, Gökçe**, Türk Ceza Kanunu’nda Nefret ve Ayrımcılık Suçu, Seçkin Yayıncılık.
120. **SEZER, Osman**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 122. Maddesindeki Son Düzenlemeler Bağlamında Engellilik Nedeniyle Yapılan Ayrımcılığa Yönelik Değerlendirmelerimiz, Ankara Barosu Dergisi, S. 3, 2016.
121. **SINAR, Hasan**, Türk Hukukunda Nefret Suçlarına İlişkin Yasal Düzenleme Çalışmaları, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Sayı:19, 2013.
122. **SİNGİL, Nesrin**, Yapay Zekâ ve İnsan Hakları. Public and Private International Law Bulletin, İstanbul Üniversitesi Yayınevi, 2022.
123. **ŞAHİNKAYA, Yalçın**, Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Nefret Söylemi ve Karşılaştırmalı Nefret Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.
124. **ŞEN, Ersan**, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu Cilt 1 (Madde 1-Madde 140), Vedat Yayınevi, 2006.
125. **ŞİŞMAN, Yener**, Engelliler Açısından Eşitlik, Ayrımcılık Ve Eğitim Hakkı, Sosyal Politikaları Çalışma Dergisi, 2014.
126. **TANAY, Gizem**, Ayrımcılık Suçu, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, Ankara 2012.

127. **TAŞDEMİR, Özgür/ ÖZBAY, Ümit/ Vefa, KİREÇTEPE/ Burhanettin Onur**, Robotların Hukuki ve Cezai Sorumluluğu Üzerine Bir Deneme, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 69, Aralık 2020.
128. **TEZCAN, Durmuş/ ERDEM, Mustafa Ruhan /ÖNOK, Murat**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
129. **TOROSLU, Nevzat**, Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınları, Ankara 2023.
130. **TOROSLU, Nevzat/ TOROSLU, Haluk**, Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayıncılık, Ankara 2023.
131. **TURING, Alan, I.**—Computing Machinery and Intelligence, *Mind*, Volume LIX, S.236, October 1950,
132. **TÜRAY, Aras**, Nefret Suçları ve Türk Ceza Hukukundaki Güncel Gelişmeler, CHD, s. 77-95 Aralık 2014.
133. **TÜRAY, Aras**, Nefret Suçları ve Türk Ceza Hukukundaki Güncel Gelişmeler, CHD, 2014.
134. **USLU, Cennet**, “Nefret Söylemi Suçu Versus İfade Hürriyeti” Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S 38, Ekim 2013.
135. **UYAR, Lema**, Birleşmiş Milletlerde İnsan Hakları Yorumları: İnsan Hakları Komitesi ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi 1981-2006, İstanbul 2006.
136. **ÜNSAL, Burçak**, “Yapay Zekâ, Robotlar, Hukuki Düzenlemeler” İstanbul Barosu Dergisi, S. 93, s. 64-73, 2019.
137. **ÜNVER, Yener**, Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi’nin Türk Hukuku’na Etkileri, KHUKA Kasım 2005.
138. **YENİDÜNYA, Caner**, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Ayırmacılık Suçu, Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, DİSK Birleşik Metal-İş Sendikası Yayıncılık., C. 4, S. 11, s. 97-115, İstanbul 2006
139. **YILMAZ, İlay, /SÖZER, Can, / ELVER, Ecem**, Yapay Zeka İle İlgili Güncel Düzenlemeler: Avrupa Birliği Ve Amerika Birleşik Devletlerinde Alınan Aksiyonlar Işığında Bir Değerlendirme, Adalet Dergisi, S 66, , s 445-469, 2021.
140. **YÜCEL, Ensari**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa Birliği Direktiflerinde Ayırmacılık Yasağı Hukuku, Adam Akademi, 6/1 ,59-84, 2015.

141. **ZAFER, Hamide**, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75, Beta Yayıncılık, İstanbul Eylül 2021,
142. **ZEVKLİLER, Aydın/ ACABEY, M. Beşir/ GÖKYAYLA, Emre**, Zevkliler Medeni Hukuk, Ankara 1999.
143. **ZİMMERMAN, Evan**, Machine Minds: Frontiers in Legal Personhood, 2015

İNTERNET KAYNAKLARI

1. “European Parliament 2014-2019 Committee on Legal Affairs Draft Report with Recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics”, <https://www.europarl.europa.eu/> (Erişim Tarihi: 23.12.2023).
2. **ACAR, Feride**, Türkiye’de Kadınların İnsan Hakları: Uluslararası Standartlar, Hukuk ve Toplum
http://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/Books/khuku/turkiyede_kadinlarin_insan_haklari_uluslararasi_standartlar.pdf (Erişim Tarihi: 31.10.2023)
3. **CHOPRA, Samir/ WHITE, Laurence**, Artificial Agents–Personhood in Law and Philosophy <https://www.sci.brooklyn.cuny.edu/>(ET:11.12.2023)
4. Gayrimenkulün Geleceği: Yapay Zeka Sektörü Nasıl Dönüştürüyor? <https://selectestatesinternational.com/tr/> (Erişim Tarihi: 01.01.2024)
5. **HEREK, Gregory M.**, Hate Crime Against Lesbians and Gay Men, American Psychologist, (1989), Vol. 44, s. 948-955
<https://www.omeratagun.com/files/A1hm%20kararlar%C4%B1yla%20nefret%20sucu.Pdf> E.T.:11.10.2023.
6. <http://ihop.org.tr/dosya/abkurumlar.pdf>, (erişim tarihi: 12. 10. 2023)
7. <https://kazanci.com.tr/> (07.07.2023).
8. <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/1> (E.T:25.12.2023)
9. <https://www.mevzuat.sinerjias.com.tr> (E.T:24.11.2023)
10. **LOCKE, John**, Two Treatises Government,
<https://www.yorku.ca/comminel> (ET:11.12.2023)
11. **MCCARTHY, John**, A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence, S.2 1955<http://jmc.stanford.edu/> (ET:10.12.2023)

12. Sosyal Politika Kavramları Sözlüğü" (PDF). ika.org.tr. Aralık 2012. s. 6. (Erişim tarihi: 28.12.2023)
13. **ŞEN, Ersan**, Nefret ve Ayrımcılık Suçları (2). <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1867947-nefret-ve-ayirimcilik-suclari-2> (E.T.: 19.12.2023)
14. **TORUN, Cumhur** (2021, Haziran 21). Algoritma Nedir, Nereelerde Kullanılır? Tubitak: <https://bilimgenc.tubitak.gov.tr/> (Erişim Tarihi:27.12.2023)
15. Türk Dil Kurumu Resmi Web Sitesi, <http://www.tdk.gov.tr> (13.04.2023).
16. www.yasemininceoglu.com/pdf/nefret_suclari_taslagi_10.11.2012.pdf, (Erişim Tarihi: 10.11.2023)
17. Yapay Zekada Ayrımcılık Toplumun Aynası, Peryön Dergi, S 95, Ekim 2021, <https://www.peryon.org.tr/upload/files/pyarsivi/PY%2095.%20Say%C4%B1%20g%C3%BCncel.pdf> (Erişim Tarihi: 08/09/2023)