T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA TÜRK CEZA HUKUKUNDA NEFRET VE AYRIMCILIK SUÇU (TCK M. 122)

Begüm Buse KANER

2501171546

TEZ DANIŞMANI

Doç. Dr. Abdullah Batuhan BAYTAZ

İSTANBUL – 2023

ÖZ

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA TÜRK CEZA HUKUKUNDA NEFRET VE AYRIMCILIK SUÇU (TCK M. 122)

BEGÜM BUSE KANER

Çalışmamızda, eşitlik ilkesi, ayrımcılık yasağı, nefret söylemi ve nefret suçu kavramları irdelenmiş, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının Türk ceza hukukundaki görünümü olan nefret ve ayrımcılık suçu, suç genel teorisi bağlamında incelenmiş; ayrıca ayrımcılık yasağı AİHM kararları ışığında ele alınarak Mahkemenin kararlarına konu olan ayrımcılık nedenleri üzerinden AİHM'in ayrımcılık yasağına yaklaşımı ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Çalışmamızın ilk bölümünde eşitlik ilkesi, ayrımcılık yasağı, nefret söylemi ve nefret suçu kavramları ele alınmış, eşitlik anlayışı biçimleri olan maddi ve şekli eşitlik anlayışı kavramları üzerinde durulmuş, ayrımcılık türleri ve ayrımcılık nedenlerine yer verilmiş, ayrıca nefret söylemi ile ifade özgürlüğü arasındaki ilişki incelenmiştir.

İkinci bölümde ise; ayrımcılık yasağının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sistemindeki görünümü, bu kapsamda, uygulanması Sözleşme ile korunan bir başka hakka bağlı kılınan Sözleşme'nin 14. maddesi ve 14. maddeden farklı olarak otonom karakteri bulunun Ek 12 Numaralı Protokolün 1. maddesindeki düzenlemeler ile bunların Mahkemece ele alınış biçimi incelenmiştir. AİHM'in ayrımcılık yasağı bağlamında bölümde yer verilen kararları, ilgili ayrımcılık nedenlerine göre kategorize edilmiş ve Mahkemenin ayrımcılık yasağının ihlalinin tespitine yönelik uyguladığı metodoloji ile esas aldığı ölçütler ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Çalışmamızın üçüncü ve son bölümünde ise; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 122. maddesinde düzenlenen nefret ve ayrımcılık suçu, suç genel teorisi bağlamında incelenmekle suçun unsurları ayrı ayrı ele alınmıştır. Anılan maddenin

güncel halini almadan önce madde metninde yapılan yasal değişikliklere yer verilerek madde metninin mevcut hali ile karşılaştırmalı olarak değerlendirilmiştir. Bu bölümde, ayrımcılık yasağının Türk ceza hukukuna yansıması, nefret ve ayrımcılık suçu özelinde incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Ayrımcılık, Eşitlik İlkesi, Ayrımcılık Yasağı, Nefret Suçu, Nefret Söylemi.

ABSTRACT

THE CRIME OF HATRED AND DISCRIMINATION UNDER TURKISH CRIMINAL LAW (ARTICLE 122 OF TCC) IN THE LIGHT OF CASE LAW OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

BEGÜM BUSE KANER

In this study, the concepts of the principle of equality, the prohibition of discrimination, hate speech and hate crimes are scrutinized. Besides, the crime of hatred and discrimination, which is the reflection of the principle of equality and the prohibition of discrimination on Turkish criminal law, is examined in the context of the general theory of crime. In addition, the prohibition of discrimination has been discussed from the view of the European Court of Human Rights through the decisions of the Court on the basis of the reasons for discrimination.

In the first section of our study, the concepts of the principle of equality, prohibition of discrimination, hate speech and hate crimes are discussed, and the concepts of material and formal equality, as the forms of equality, are discoursed. Moreover, types of discrimination and the reasons for discrimination are included to this part. The link between the concepts of hate speech and freedom of expression is also examined under this section of our study.

In the second section; the appearance of the prohibition of discrimination under the system of the European Convention on Human Rights, in this context, the clauses of Article 14 of the Convention, which is only applicable dependent to another right guaranteed under the Convention, and the Article 1 of the Supplementary Protocol No. 12 to the Convention, which has an autonomous character unlike the Article 14 of the Convention and the implementation of the said Articles by the European Court of Human Rights are examined. The judgments of the Court, are to be analysed by categorising as to the relevant reasons for discrimination. Moreover, the methodology applied by the Court to determine the violation of the prohibition of discrimination and the criteria adopted by the Court are tried to be revealed.

In the third and last section of our study; the crime of hatred and discrimination regulated under the Article 122 of the Turkish Penal Code numbered 5237, is examined in the context of the general theory of crime and the elements of the crime are discussed seperately. Before taking its current version, the mentioned article, has been amended several times. Different versions of the said Article is discussed in a critical way comparing with the current version.

Keywords: Discrimination, The Principle of Equality, Prohibition of Discrimination, Hate Crimes, Hate Speech.

ÖNSÖZ

Hukukun temel ilkelerinden olan eşitlik ilkesi ve eşitliğin gerçekleştirilmesi amacına hizmet eden ilkelerden olan ayrımcılık yasağı, sosyal bir varlık olan insanın diğer bireyler ve devletle olan ilişkisi bağlamında son derece önemli bir yere sahiptir. Eşit olma ve ayrımcılığa maruz kalmama mücadelesi tarihin hemen her döneminde gündemde olmuş ve güncelliğini korumuştur. Ancak seyahat ve iletişim sınırlarının maksimum düzeyde ortadan kalktığı ve geçişkenliğin arttığı küreselleşen günümüz dünyasında, konunun güncelliği ve önemi gitgide artmaktadır. Zira, dil, din, ırk, milliyet, mezhep, cinsiyet, cinsel yönelim, yaş, meslek, gelir, sağlık durumu gibi pek çok özellik temelinde farklılaşan bireylerin iletişim ve seyahat hareketlerinin kolaylığı, sıklığı ve yaygınlığındaki artış, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına aykırılık hallerinde bir artış riskini de beraberinde getirmektedir. Bireysel farklılıklar ve çeşitliliğin toplumda bir tehdit unsuru değil zenginlik olarak kabul edildiği, huzur ve barışın egemen olduğu bir toplumsal yaşam için eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının vazgeçilmez rolü, çalışmamızın konusunu belirlememizdeki temel etken olmuştur.

Çalışmada karşılaşılan güçlüklerden ilki; nefret ve ayrımcılık suçunun, birkaç örnek dışında içtihatlarda uygulamasının olmayışıdır. Bu durum çalışmamıza konu suçun Türk yargı kararlarındaki biçiminin çok sınırlı şekilde ele alınabilmesini sonuçlamış, dolayısıyla bu suçun daha çok teorik kısmına odaklanılmıştır. Karşılaşılan güçlüklerden bir diğeri, AİHS'e Ek 12 No'lu Protokolün kabulünden önceki süreçte, ayrımcılık yasağına ilişkin içtihatların, AİHS'in ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddesinin koruma alanı ile sınırlı olması itibariyle, 14. maddenin özerk niteliğinden kaynaklanmaktadır. Zira anılan maddenin uygulama koşullarından olan bir başka madde ile bağlantılı şekilde ileri sürülebilmesi hususu, AİHM'in bağlantılı hakkın ihlalini tespit ettiği bazı durumlarda ayrıca 14. madde yönünden inceleme yapılma gereği duymamasına neden olmuş ve bu anlamda maddenin içtihatlardaki yerini kısmen de olsa sınırlayan bir etki yaratmıştır.

Çalışma konusu özelindeki güçlükler dışında, karşılaşılan en temel güçlük emek, zaman ve titizlik isteyen tez çalışmasını yoğun iş hayatı ile birarada yürütmek olmuştur. Bu vesileyle bu zorlu süreçte desteğiyle yanımda olanlara teşekkürü borç

bilirim. Tez çalışmamın konusu ve kapsamının belirlenmesinde yol gösteren ve fikirleri ile ışık tutan değerli hocam Prof. Dr. Adem Sözüer'e, tez çalışmamın hazırlanmasında gerek hukuki donanım ve tecrübesiyle gerekse teşvik ve motive edici yaklaşımlarıyla yardım ve desteğini esirgemeyen değerli tez danışmanım Doç. Dr. Abdullah Batuhan Baytaz'a, yüksek lisans sürecinde kendilerinden ders alma imkanı bulduğum ve akademik çalışma sürecime katkı sağlayan bütün değerli hocalarıma, yüksek lisans sürecini benden önce tamamlayan ve sürece ilişkin bütün sorularımı sabırla yanıtlayarak tecrübe ve yardımlarıyla destek olan değerli arkadaşlarım ve meslektaşlarım Abdurrahman Burak Karahan ile Muhammed Enes Bayram'a, tez sürecini benim gibi şehir dışından yürüten ve buna dair karşılaştığımız benzer zorluklarda sürekli bir dayanışma ve fikir alışverişi içinde olduğum değerli arkadaşım Sevim Çetiner'e, yine bu süreçte karşılıklı bilgi ve tecrübe paylaşımı yaparak akademik çalışma yapma zevkini birlikte yaşadığım diğer değerli arkadaşlarıma, ayrıca bu süreçte gösterdikleri, çabamı destekleyici ve yüreklendirici yaklaşımları için bütün değerli dostlarıma teşekkürlerimi sunarım.

Son fakat aynı derecede önemli olarak; yalnızca tez çalışmam sürecinde değil, hayatımın her alanında, sevgi ve desteklerini bana her zaman hissettiren ve varlıklarıyla güç veren, başta annem ve babam olmak üzere değerli aileme, bu süreçte de şefkat ve sabırla yanımda oldukları için minnet ve yürekten teşekkürlerimle, tez çalışmamı onlara armağan ettiğimi dile getirmek isterim.

Ayrımcılık yasağını konu alan çalışmamızın ön sözünü, George Orwell'in kült romanında alegorik şekilde ifade ettiği "*Bütün hayvanlar eşittir, ancak bazı hayvanlar daha eşittir.*" sözünü anımsayarak, bazı insanların daha eşit olmayıp bütün insanların gerçekten eşit olduğu ve ayrımcılığın olmadığı bir dünya temennisiyle sonlandırmak isterim.

Begüm Buse KANER

İstanbul- 2023

İÇİNDEKİLER

ÖZ ..... **ii**
ABSTRACT ..... **iv**
ÖNSÖZ ..... **vi**
KISALTMALAR LİSTESİ ..... **xii**
GİRİŞ **2**

BİRİNCİ BÖLÜM

EŞİTLİK İLKESİ, AYRIMCILIK YASAĞI VE NEFRET SUÇU İLE NEFRET SÖYLEMİ KAVRAMLARI

1. 1. Eşitlik İlkesi 4
1.1.1. Eşitlik Anlayışı Biçimleri 5
1.1.1.1. Şekli Eşitlik 5
1.1.1.2. Maddi Eşitlik 7
1.2. Ayrımcılık Yasağı 10
1.2.1. Genel olarak 10
1.2.2. Ayrımcılık Türleri 16
1.2.2.1. Doğrudan Ayrımcılık 17
1.2.2.2. Dolaylı Ayrımcılık 18
1.2.2.3. Diğer Ayrımcılık Türleri 21
1.2.2.3.1. Makul Uyumlaştırma Yapmamak 21
1.2.2.3.2. Ayrımcılık Talimatı 24
1.2.2.3.3. Taciz 24
1.2.2.3.4. Mağdurlaştırma 26
1.2.3. Ayrımcılık Nedenleri 27
1.3. Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi İlişkisi 29
1.4. Ulusal ve Uluslararası Hukukta Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağına İlişkin Bazı Yasal Düzenlemeler 30
1.4.1. Ulusal Mevzuatta Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı 30
1.4.1.1. Anayasa'da Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı 30

1.4.1.2. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı 32
1.4.1.3. 6701 sayılı İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı 33
1.4.2. Uluslararası Mevzuatta Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı 37
1.5.Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı 40
1.6. Nefret Söylemi ve Nefret Suçu Kavramları 42
1.6.1. Nefret Söylemi 42
1.6.1.1. Genel Olarak 42
1.6.1.2. Nefret Söylemi ile İfade Özgürlüğü İlişkisi 48
1.6.2. Nefret Suçu 55
1.6.2.1. Genel Olarak 55
1.6.2.2. Önyargı Saiki 62

İKİNCİ BÖLÜM

AİHS VE AİHM KARARLARI BAĞLAMINDA

AYRIMCILIK YASAĞI

2.1. AİHS Bağlamında Ayrımcılık Yasağı 67
2.1.1. AİHS 14. Maddesi Bağlamında Ayrımcılık Yasağı 67
2.1.2. AİHS'e Ek 12 Numaralı Protokol'ün 1. Maddesi Bağlamında Ayrımcılık Yasağı 70
2.2. AİHM Kararları Bağlamında Ayrımcılık Yasağı 72
2.2.1. Genel Olarak 72
2.2.2. Dil 72
2.2.2.1. Belçika Dil Davası 72
2.2.2.2. Podkolzina Davası 74
2.2.3. Cinsiyet 75
2.2.3.1. Schuler-Zgraggen Davası 76
2.2.3.2. Karlheinz Schmidt Davası 77
2.2.3.3. Petrovic Davası 77
2.2.3.4. Hülya Ebru Demirel Davası 79
2.2.3.5. Ayten Ünal Tekeli Davası 80

2.2.4. Irk- Etnik Köken 84
2.2.4.1. Timishev Davası 84
2.2.4.2. Nachova v. Bulgaristan Davası 86
2.2.5. Din 89
2.2.5.1. Hoffmann Davası 89
2.2.5.2. Thlimmenos Davası 90
2.2.6. Diğer Nedenler 92
2.2.6.1. Engellilik Hali 93
2.2.6.1.1. Botta Davası 93
2.2.6.1.2. Enver Şahin Davası 94
2.2.6.2. Cinsel Yönelim 96
2.2.6.2.1. E.B. Davası 96
2.2.6.3. Sağlık Durumu/Hastalıklar 98
2.2.6.3.1. Kiyutin Davası 98
2.2.6.4. Doğum (Nesep Bağı) 102
2.2.6.5. Çoklu Temelde Ayrımcılık 103
2.3. AİHM'in Ayrımcılık Yasağı Yorumuna İlişkin Genel Değerlendirme ... 104

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK CEZA KANUNU'NDA NEFRET VE AYRIMCILIK SUÇU:

TCK MADDE 122

3.1. Genel Olarak 107
3.2. Maddeye Yönelik Eleştiriler 108
3.3. Madde Metninde Yapılan Kanuni Değişiklikler 111
3.3.1. Madde Metninin Kanun Tasarısındaki Hali 111
3.3.2. Madde Metninde Adalet Alt Komisyonunca Yapılan Değişiklikler 111
3.3.3. Madde Metninde Adalet Komisyonunca Yapılan Değişiklikler 112
3.3.4. Kanunlaşan Madde Metni 112
3.3. Korunan Hukuki Değer 119
3.4. Suçun Temel Unsurları 123
3.4.1. Maddi Unsurlar 123

3.4.1.1. Suçun Konusu 123
3.4.1.2. Fail 125
3.4.1.3. Mağdur 129
3.4.1.4. Fiil 133
3.4.1.4.1. Bir kişiye kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya kiraya verilmesini engellemek 140
3.4.1.4.2. Bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasını engellemek 145
3.4.1.4.3. Bir kişinin işe alınmasını engellemek 149
3.4.1.4.5. Bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engellemek 158
3.4.2. Manevi Unsur 164
3.4.2.1 Genel Olarak 164
3.4.2.2. Nefret Saikine Esas Teşkil Eden Özellikler 174
3.4.3. Hukuka Aykırılık Unsuru 180
3.4.4. Nitelikli Unsurlar 185
3.4.5. Kusurluluk 186
3.4.6. Suçun Özel Görünüş Biçimleri 187
3.4.6.1. Teşebbüs 187
3.4.6.3. İçtima 191
3.4.7. Muhakeme ve Yaptırım 195
SONUÇ 199
KAYNAKÇA 214

KISALTMALAR LİSTESİ

AGİT	: Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
A.e.	: Aynı eser
A.y.	: Aynı yer
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BM	: Birleşmiş Milletler
B. No	: Başvuru numarası
Bkz.	: Bakınız
Bs.	: Basım
Bsk.	: Baskı
C.	: Cilt
CD	: Ceza Dairesi
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
Çev.	: Çeviren
Der.	: Derleyen
Dn.	: Dipnot
E.	: Esas numarası
Ed.	: Editör
F.	: Fıkra
K.	: Karar numarası
LGBT	: Lezbiyen, gey, biseksüel, transeksüel
M.	: Madde

Para.	: Paragraf
R.G.	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
Ss.	: Sayfa aralığı
T.	**:** Tarih
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TDK	: Türk Dil Kurumu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
V.	: Karşı
Vd	: Ve devamı
V.d.	: Ve diğerleri

GİRİŞ

Sosyal bir varlık olan insan, içinde bulunduğu sosyal çevreye pek çok farklı etmen temelinde bağlıdır. Toplumsal yaşam, başta güvenlik ve işbölümü olmak üzere bireylerin tek başına karşılayamayacakları ihtiyaçlarının karşılanmasına imkan sunmaktadır. Toplumsal yaşam içinde, bireylerin birbirlerine zarar verebilecek keyfi ve görece davranışlarını önlemeye, hak ve özgürlüklerinin sınırını çizerek toplumsal düzeni sağlamaya hizmet eden kurallar bütünü olan hukuk kuralları, toplumu oluşturan tüm bireyler yönünden bağlayıcı ve uyulması gereken kurallardır. Bireylerin salt insan olmaları nedeniyle, doğuştan sahip oldukları dokunulamaz ve devredilemez insan haklarının varlığı ve hukuk kurallarının herkes için bağlayıcılığı eşitlik ilkesini toplumsal yaşamın sac ayaklarından biri haline getirmektedir. Zira hukuk kurallarının uygulanması ve hukuken tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanılması bağlamında tüm bireyler eşittir. Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı insana saygı ve insan onurunun gereğidir.

Hak ve özgürlüklerden yararlanılması ve kanun önündeki statü olarak, yani hukuki anlamda tüm bireyler eşit olmasına rağmen fiili olarak bireylerin eşit olduğundan söz etmek mümkün değildir. Zira her birey belirli özellikleri noktasında birbirinden ayrılmaktadır. Cinsiyet, dil, din, ırk, cinsel yönelim, yaş, eğitim, meslek, sağlık, sosyal ve ekonomik koşullar gibi pek çok özellik yönünden bireyler farklılaşmaktadır. Ayrımcılık yasağının bu bağlamda fiili eşitsizliğe rağmen hukuki bir eşitlik sağlanması idealini gerçekleştirmeye yarayan bir araç olduğu söylenebilecektir. Bahsolunan şekildeki bireysel farklılıklara rağmen eşitliğin hukuken sağlanması ancak ayrımcılık yasağının benimsenmesiyle mümkün hale gelmektedir. Ancak şunu da belirtmekte yarar vardır ki; burada bahsolunan eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı şüphesiz herkesin her durumda eşit olması anlamına gelmemektedir. Çalışmamızın ilk bölümünde ortaya konulmaya çalışıldığı üzere burada hedeflenen; benzer durumdakilere haklı bir neden olmaksızın belirli özellikleri nedeniyle farklı muamele edilmesini önlemek ve benzerler arasında benzer bir muameleyi sağlamaktır.

Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının temel birer ilke olarak benimsenmesi birdenbire ve kendiliğinden değil, tarih boyunca farklı zaman ve toplumlarda süregelen mücadeleler sonucunda olmuştur. Toplumsal sınıfların ortaya çıkması ve toplumdaki bazı grupların belirli özelliklerine bağlı olarak diğer grup ve bireylere üstün tutulması, hak ve özgürlüklerden yararlanılması konusunda keyfi ayrımların yapılması, toplumsal barış ve huzuru bozmuştur. Temel hak ve özgürlüklerden eşit şekilde yararlanmak için verilen mücadeleler ve ödenen bedeller sonucunda bu ilkeler, başta İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi olmak üzere, devam eden süreçte Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve diğer temel uluslararası belgeler ile koruma altına alınmış ve günümüz hukuk sistemlerindeki yerini almıştır.

Çalışmamızda ayrımcılık yasağı, Türk ceza hukukundaki yansıması olan nefret ve ayrımcılık suçu özelinde ele alınırken, bunun yanı sıra ilkenin uluslararası koruma usulü olarak AİHM nezdindeki uygulanma biçimi, kararlar üzerinden ele alınarak, söz konusu ilke iki ayrı perspektif üzerinden ortaya konulmaya çalışılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

EŞİTLİK İLKESİ, AYRIMCILIK YASAĞI VE NEFRET SUÇU İLE NEFRET SÖYLEMİ KAVRAMLARI

1. 1. Eşitlik İlkesi

Hukukun genel ilkelerinden olan ve felsefi anlamda tartışmalara konu olan eşitlik ilkesi, başlı başına ayrı bir çalışmaya konu olacak kapsamda olmakla birlikte, çalışmamızın konusu ile sınırlı olarak ayrımcılık yasağı ile bağlantılı şekilde ele alınacaktır.

Eşitlik ilkesi; en temel haliyle, kanun önünde eşit olunmasını, hak ve özgürlüklerden yararlanılması bağlamında eşit haklara sahip olunmasını ifade etmektedir. Hukuk kurallarının genel ve herkesi bağlayıcı nitelikte olması ile herkese eşit davranılması eşitlik ilkesinin gereklerindendir[1]. Ancak, eşitlik ilkesi herkesin her yönden aynı kurallara tabi tutulması anlamına gelmemektedir. İlkenin özü ve amacı, esasen, aynı durumdakilerin aynı, farklı durumdakilerin ise farklı kurallara tabi tutulmasını sağlamaktır[2]. Bu bağlamda, kavramın karşılaştırmalı bir kavram ve ilke olduğunu söylemek gerekmektedir. Zira bu kavram ya da ilke, doğası ve niteliği gereği; durumlar, eylemler ile sonuçları değerlendirmek ve nitelendirmek için başka durumlar, eylemler ile sonuçları referans almaktadır[3]. Bir başka durumda uygulanan veya uygulanmayan bir hukuki kuralın, somut olayda da uygulanması gerekip gerekmediğinin tespitine yönelik olarak, diğer durumlar ile benzerlik ve farklılıklarına odaklanmakta ve bu karşılaştırılabilirlik olgusu üzerinden sonuca ulaşmaktadır[4].

Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı kavramları çoğu zaman birbirinin yerine kullanılmaktadır. Doktrinde, bu iki kavramın aynı şeyi ifade ettiği, birbirinin negatif

---

[1] Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, 21. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2021, s.154.

[2] Aynı yönde bkz. Sibel İnceoğlu, "Mahkeme Kararlarında Eşitlik İlkesi ve Ayırımcılık Yasağı", **Çalışma ve Toplum Dergisi,** S:4, 2006, s. 53.

[3] Frej Klem Thomsen, "Concept, Principle, And Norm—Equality Before The Law Reconsidered", **Legal Theory**, C: XXIV, S:2, 2018, s. 108.

[4] Sir David Edward, "Non-Discrimination as a Legal Concept", **Non- Discrimination in European Private Law**, Ed. Reiner Schulze, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011, s. 5. Benzer şekilde bkz. Oddný Mjöll Arnardóttir, **Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights**, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 2003, s. 11-12.

ve pozitif söylemi olduğu ileri sürülmektedir[5]. Ancak uluslararası sözleşmeler ve bu sözleşmelerin denetim organlarının kararları, bu iki kavramın aynı şeyi ifade ettiği yönünde değildir[6]. Kanaatimizce de, bu iki kavram birbiri ile ilişkili olmakla birlikte esasen farklı şeyleri ifade etmektedir. Adı geçen kavramları anlamlandırmadaki bu farklılık, benimsenen farklı eşitlik[7] anlayışlarından kaynaklanmaktadır. Eşitlik ilkesi, eşitliğin değerlendirme ölçütlerine göre, şekli eşitlik ve maddi eşitlik şeklinde iki ayrı eşitlik anlayışı ortaya çıkarmıştır[8].

1.1.1. Eşitlik Anlayışı Biçimleri

1.1.1.1. Şekli Eşitlik

Şekli eşitlik anlayışının kökeni Aristoteles'in benzerlere benzer muamele edilmesi gereğini benimseyen felsefi görüşlerine[9] dayanmaktadır. Bu eşitlik anlayışı, herkesin mevcut koşulları ve sahip olduklarıyla eşit olduğunu varsaymakla, ayrımcılık yapılmadığı ve bu eşitlik hali korunduğu sürece eşitliğin sağlanacağı yönündedir. Bu eşitlik anlayışında mevcut eşitsizlikler ve farklılıklar gözardı edilmektedir[10]. Bir diğer deyişle tüm bireyler özdeş kabul edilmekte ve fiili bir eşitlik hali olduğu varsayılmaktadır. Kanaatimizce, şekli eşitlik anlayışının yetersizliği tam da bu varsayımından kaynaklanmaktadır. Zira, kişiler arasında tam anlamıyla bir fiili eşitlik mümkün değildir[11]. Belirli özellikler yönünden benzer veya aynı durumda olan kişiler

---

5 Bkz. Rhona K. M. Smith, **International Human Rights Law**, 8. bs., Oxford, Oxford University Press, 2018, s. 195; Arnardóttir, **Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights**, s. 6-7; Mesut Gülmez, "İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi", **Çalışma ve Toplum Dergisi**, C:II, S:25, 2010, s. 217. Gülmez, aynı gerçeğin olumlu ve olumsuz yönlerini ortaya koyduklarından, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının bölünmez bir bütün oluşturduğunu ifade etmektedir.

6 İdil Işıl Gül, "Ayrımcılık Yasağına İlişkin Bazı Sorunlar", **Uğur Alacakaptan'a Armağan**, Der. Mehmet Murat İnceoğlu, C:II, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008, s. 340.

7 Gül, eşitliği hem bir hak hem de insan hakları hukukuna hakim temel bir ilke olarak nitelendirmektedir. Bkz. Gül, "Ayrımcılık Yasağına İlişkin Bazı Sorunlar", s. 339.

8 Eşitlik ilkesine yönelik eleştirel görüşler için bkz. Peter Westen, "The Empty İdea Of Equality", **Harvard Law Review,** C:XCV, S:3, 1982, ss. 537-596.

9 Bkz. Aristoteles, **Nikomakhos'a Etik**, Çev. Saffet Babür, 10. bs., Ankara, Bilgesu Yayıncılık, 10. bs., 2020; Aristoteles, **Politika,** Çev. Mete Tunçay, 24. bs., İstanbul, Remzi Yayınevi, 2014.

10 Ulaş Karan, "Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı: Hukuksal Çerçeve", **Ayrımcılık: Çok Boyutlu Yaklaşımlar**, Der. Kenan Çayır, Müge Ayan Ceyhan, 2. bs., İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2013, s. 137.

11 Şennur Ağırbaşlı, **Sınırlı Ayrımcılık Yasağından Genel Eşitlik İlkesine,** Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009, s. 36; İnceoğlu, "Mahkeme Kararlarında Eşitlik İlkesi ve Ayırımcılık Yasağı", s. 49-50.

başkaca özellikler yönünden farklılaşmaktadır. Hal böyle iken, muameleye konu kişilerin özdeş yahut eşit olduğu kabulüyle yola çıkmak, kişiler arasındaki farklılıkları, farklı durum ve koşullar nedeniyle farklılaşan ihtiyaçları ve farklı muamele gerekliliğini yok saymak anlamına gelmektedir[12]. Örneğin; engelli bir kişinin işe alınma yönünden engelli olmayanlarla aynı imkana sahip olması, eşitliğin mevcut olduğu izlenimini yaratmaktadır. Ne var ki; fiilen çalışılması gereken söz konusu işyerinin bir binanın dördüncü katında olduğu ve asansör de olmadığı düşünüldüğünde, her ne kadar görünüşte engelli kişilere engelli olmayanlarla eşit fırsat sağlanmış izlenimi vermekte ise de bu kişilerin sahip olduğu özellikler nedeniyle bu imkandan yararlanmaları mümkün olmayacağından eşitliğin tam anlamıyla sağlandığından söz edilemeyecektir. Bu durumda eşitliğin sağlanması için işyerinin, engelli kişilerin de çalışma hakkını kullanmalarını sağlamaya yönelik ek birtakım tedbirler alması gerekmektedir[13].

Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının aynı şeyi ifade ettiği görüşünde olanlar, şekli eşitlik anlayışından hareketle, ayrımcılık yapılmadığı sürece eşitlik halinin söz konusu olduğunu savunmaktadır[14]. Bu nedenle, bu anlayışa göre ayrımcılığın yasaklanması eşitliğin sağlanması için yeterli olup ayrıca birtakım tedbirlerin alınması zorunlu değildir[15]. Örneğin; şekli eşitlik anlayışına göre, görme engelli bir kişinin yükseköğrenime kabul edilmesi eşitliğin sağlanması bakımından yeterlidir. Şekli eşitlik anlayışı, görme engelli bu öğrencinin, engeli bulunmayan öğrencilere göre dezavantajlı konumda olması ve eğitim hakkından yararlanmak bakımından engeli bulunmayanlarla aynı veya benzer durumda olmamasıyla ilgilenmemektedir. Ne var ki, bu öğrencinin diğer öğrencilerin erişim sağladığı eğitim materyallerine ulaşamaması yahut bunlara ulaşmanın bireyin kendi imkanlarıyla sınırlı olması halinde

---

12 Karan, "Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı: Hukuksal Çerçeve", s. 137.

13 Aynı doğrultuda bkz. Karan, **A.y**.

14 Bkz. Gül, "Ayrımcılık Yasağına İlişkin Bazı Sorunlar", s. 340. Karan, "Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı: Hukuksal Çerçeve", s. 137.

15 Karan, **A.e**., s. 138; Gül, "Ayrımcılık Yasağına İlişkin Bazı Sorunlar", s. 341. Gül, şekli eşitlik anlayışında bu önlemlerin zorunlu görülmediğine dayanak olarak AİHS'e Ek 12 Numaralı Protokol'ün başlangıç kısmındaki "*ayrımcılık yapılmaması ilkesinin, Taraf Devletleri, tam ve etkin bir eşitlik sağlamak amacıyla objektif ve makul gerekçelere dayanan tedbirler almaktan alıkoymadığı*" ifadesini dayanak göstermektedir. Bkz. İdil Işıl Gül; Ulaş Karan, **Ayrımcılık Yasağı Eğitim Rehberi**, Ed.: Gökçeçiçek Ayata, Burcu Yeşiladalı, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2011, s. 5.

eşitliğin söz konusu olduğunu söylemek mümkün olmayacaktır[16]. Belirtilen hususlar, gözetilmesi ve gerçekleştirilecek muameleyi farklılaştırması gereken olgulardır.

Şekli eşitlik anlayışının ayrımcılık olarak nitelendirdiği ve yasakladığı esasen, ayrımcılık türleri bahsinde anlamı ve içeriği açıklanacak olan doğrudan ayrımcılıkla sınırlıdır[17]. Şekli eşitlik anlayışı günümüzde ağırlıklı olarak benimsenen yaklaşım olup gerek ulusal gerekse uluslararası düzenlemelerde benimsenen yaklaşımdır[18]. Şekli eşitlik ilkesi "kanun önünde eşitlik ilkesi" olarak da ifade edilmektedir.

1.1.1.2. Maddi Eşitlik

Şekli eşitlik anlayışının ideal eşitliği gerçekleştirmekte yetersizliği ve hatta eşitsizlikleri pekiştirmesi nedeniyle yeni bir eşitlik anlayışına ihtiyaç duyulduğu ifade edilmektedir. Eşitliğin sağlanması bakımından şekli eşitlik ilkesini yetersiz bulan görüş, ihtiyaç duyulan yeni eşitlik anlayışının, farklılıkları gözardı etmeyen, aksine eşitliğin farklılıkları gözeterek sağlanabileceğini benimseyen bir yaklaşım getirmesi gerektiğini savunmaktadır[19]. Maddi eşitlik anlayışının misyonu ve eşitliği yorumlama konusunda getirdiği farklı yaklaşım budur.

Maddi eşitlik anlayışı, ayrımcılığın yasaklanması ile birlikte mevcut eşitsizliklerin ortadan kaldırılması için ek tedbirler alınmasının da zorunlu olduğunu kabul etmektedir. Bu anlayış, kişilerin mevcut durum ve koşullarının eşit olmadığı gerçeğinin kabulünden yola çıktığından, eşitliğin sağlanmasında ayrımcılığın yasaklanmasının zorunlu olduğunu ancak bunun tek başına yeterli olmayacağını savunmaktadır. Zira, eşitliğin sağlanması ancak mevcut eşitsizliklerin giderilmesi ile mümkün olacabilecektir. Bu nedenle bu eşitlik anlayışı ayrımcılığın yasaklanması ile birlikte eşitliğin sağlanması için ek birtakım önlemlerin alınmasını zorunlu kabul etmektedir. Bu anlamda, ayrımcılık yasağının etkili hale getirilmesi için, geçici özel

---

16 Karan, "Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı: Hukuksal Çerçeve", s. 138.

17 Aynı yönde bkz. Gül, "Ayrımcılık Yasağına İlişkin Bazı Sorunlar", s. 341.

18 Gül , "Ayrımcılık Yasağına İlişkin Bazı Sorunlar", s. 340-341; Gül/Karan, **Ayrımcılık Yasağı Eğitim Rehberi**, s. 5.

19 Sandra Fredman, **Discrimination Law**, Oxford, Oxford University Press, 2011, s. 3-4; Gül, "Ayrımcılık Yasağına İlişkin Bazı Sorunlar", s. 342. Benzer şekilde, eşitlik uygulamasının ayrıklıkların da gözetilmesini gerektirdiği yönünde bkz. Bülent Serim, "Yasa Önünde Eşitlik İlkesi", **Amme İdaresi Dergisi**, C: XXVII, S:3, 1994, s. 13.

önlemler[20], mağdurlaştırmanın yasaklanması[21] ve ispat yükünün yer değiştirilmesi[22] gibi destekleyici hukuki araçlardan da yararlanılması gerekmektedir[23].

Ayrımcılık türleri bahsinde içerik ve anlamı açıklanacağı üzere bu anlayışın yasakladığı yalnızca doğrudan ayrımcılıkla sınırlı olmayıp dolaylı ayrımcılığı da kapsamaktadır[24].

Her ne kadar şekli eşitlik anlayışının kökeni Aristoteles'e dayandırılmakta ise de; esasen Aristoteles'in eşitliğin sağlanması için farklılıkların gözetilmesi yönündeki anlayışı, maddi eşitliğin benimsediği anlayışın kaynağı ve öncüsü niteliğindedir. Aristoteles'in eşit olmayanlara karşılıklı eşitsizikleri oranında davranılırsa eşitsizlik olmayacağı yönündeki söylemleri esasen maddi eşitlik anlayışının amaç ve yöntemi ile örtüşmektedir[25].

Maddi eşitlik ilkesini şekli eşitlik ilkesinden ayıran temel nokta, maddi eşitsizliğin yalnızca muamelenin kendisini değil, aynı zamanda bu muamelenin etki ve sonucunu esas almasıdır[26]. Şekli eşitlik anlayışında odaklanılan muamelenin kendisi olup muamelenin eşitlikçi olması tek başına yeterli iken, maddi eşitlik anlayışı ise muamele eşitlikçi olsa dahi sonucun eşitliğe uygun olup olmadığı hususunu da kendisine mesele edinmektedir.

Tarafımızca da benimsenen maddi eşitlik anlayışına göre; devletler ayrımcılık yasağı bağlamında hem negatif hem pozitif yükümlülük altındadır. Ayrımcılık yasağı kapsamında devletlerin, ayrımcılık yapmamak, kaçınmak şeklinde negatif yükümlülüğün yanı sıra, eşitsizlikleri ortadan kaldırmak adına birtakım ek tedbirler alarak dolaylı ayrımcılığın da önüne geçilmesini sağlamaya yönelik pozitif bir

---

[20] Bu kavrama ilişkin olarak çalışmamızın 1.2.2.2. numaralı "dolaylı ayrımcılık" başlığı altında yapılan açıklamalar için bkz. s. 19-20.

[21] Bu kavrama ilişkin olarak çalışmamızın 1.2.2.3.4. numaralı "mağdurlaştırma" başlığı altında yapılan açıklamalar için bkz. s. 26-27.

[22] Bu kavrama ilişkin olarak çalışmamızın 3.4.1.4. numaralı "fiil" başlığı altında yapılan açıklamalar için bkz. s. 133.

[23] Gül/Karan, **Ayrımcılık Yasağı Eğitim Rehberi**, s. 14-16.

[24] Aynı doğrultuda bkz. Gül, "Ayrımcılık Yasağına İlişkin Bazı Sorunlar", s. 342.

[25] Serim, "Yasa Önünde Eşitlik İlkesi", s. 17; Erwin Chemerinsky, "In Defense of Equality: A Reply to Professor Westen", **Michigan Law Review,** C:LXXXI, S:3, 1983, s. 578.

[26] Karan, "Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı: Hukuksal Çerçeve", s. 138.

yükümlülüğü söz konusudur[27]. Devletler, getirecekleri düzenlemelerde, insanların benzerlik ve farklılıklarını, bu kapsamda şekillenen ve farklılaşan ihtiyaçlarını dikkate almak durumundadır[28].

İnsan haklarına ilişkin düzenlemeler herkesin eşit olduğu kabulüyle yola çıkmamaktadır, zira herkes açısından fiili olarak bir eşitlik mümkün değildir. Herkese şekli şekilde eşit muamele edilmesi de her durumda fiili olarak eşitliği sağlayamamaktadır. Zira aynı koşullara sahip olmayan, benzer durumda olmayan kişilere benzer veya aynı muamele edilmesi, mevcut eşitsizliğin sürdürülmesi anlamına gelmektedir, ki bu durum eşitlik ilkesi ile bağdaşmayacaktır[29].

İnsan haklarına ilişkin düzenlemelerle amaçlanan herkesin eşit haklara sahip olduğu anlayışının kabul edilmesi ve yerleştirilmesi olup[30] burada söz konusu olan hukuksal eşitliktir[31]. Mevcut fiili eşitsizlik durumunda, haklardan eşit olarak yararlanılmasının sağlanması ise bazı durumlarda, dezavantajlı konumda olan kişiler lehine ayrık uygulamalar getiren ek önlemler alınmasını gerektirebilmektedir[32]. Eşitsizliği gidermek adına aynı durumda olmayanlara yapılan bu tür farklı muamele ayrımcılık teşkil etmemekte, tam aksine ayrımcılıkla mücadele niteliğini taşımaktadır[33]. Örneğin, toplumda dezavantajlı konumda olan bir etnik gruba mensup çocukların eğitim gördüğü okullardaki eğitim seviyesinin diğer öğrencilere göre daha düşük olması muhtemeldir[34]. Bu öğrencilerle diğer öğrenciler arasında eşitliğin sağlanması için yalnızca eşit bir muamele yeterli olmayacaktır. Zira başlangıç noktası anlamında eşit durumda olmayan bu iki sujeye aynı muamele edilmesi eşit şekilde sonuç alınmasını sağlamaya yetmeyecektir. Eşit bir sonuç alınabilmesi için; öncelikle, dezavantajlı durumda olan öğrenciler lehine olumlu birtakım ek tedbirler alınarak mevcut eşitsizliğin giderilmesi gerekmektedir[35]. Burada eşitliğin sağlanması için,

---

27 Gül/Karan, **Ayrımcılık Yasağı Eğitim Rehberi**, s. 7; Selda Çağlar, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitliğin Dar Yorumu", Ankara Barosu Dergisi, C:70, S:3, 2012, s. 83-84.

28 Ağırbaşlı, **Sınırlı Ayrımcılık Yasağından Genel Eşitlik İlkesine,** s. 36.

29 Smith, **International Human Rights Law**, s. 196.

30 Smith, **A.e.,** s. 215.

31 Çağlar, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitliğin Dar Yorumu", s. 82.

32 Karan, "Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı: Hukuksal Çerçeve", s. 139.

33 Nurten Öztürk, **Nefret ve Ayırımcılık Suçu**, Ankara, Adalet Yayınları, 2017 s. 22. Aynı doğrultuda bkz. Smith, **International Human Rights Law**, s. 196.

34 Karan, "Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı: Hukuksal Çerçeve", s. 138.

35 Karan, **A.e**., s. 138-139.

devletlerin, herkesin eğitim hakkına sahip olduğu ve eğitimde fırsat eşitliği olduğunu kabulden öteye geçen bir yükümlülüğü söz konusudur ki, bu yükümlülük bireylere fırsat eşitliğini yaratacak imkan ve ortamı sunmaktır[36]. Mevcut fiili eşitsizliği gidermek adına, dezavantajlı durumda olan kişiler lehine ayrık uygulama getirilmesinin ayrımcılık teşkil etmeyeceği bir diğer örnek; Yükseköğretim Kurumları Sınavı'nda; görme engelli adaylardan okuyucu yardımı talep eden adaylara; şekil, grafik, tablo, resim gibi görsel verilerin yer aldığı sorular ile karmaşık ifade içeren sorular sorulmamasına yönelik uygulamadır[37]. Yine, görme engelli adaylara ek süre tanınması da bu kapsamda verilebilecek örneklerdendir[38]. Burada ayrık bir uygulama bulunmakla birlikte, aynı durumda olmayanlara yapılan ve mevcut bir fiili eşitsizliği gidermeye yönelik olan söz konusu uygulamalar, ayrımcılık teşkil etmeyecektir.

1.2. Ayrımcılık Yasağı

1.2.1. Genel olarak

Ayrımcılık yasağı, insan hakları hukukunun en temel kavramlarından olup gerek ulusal mevzuatta gerekse uluslararası düzenlemelerde bu doğrultuda yer edinmiştir.

Ayrımcılığı doğrudan konu edinmeyenler de dahil olmak üzere uluslararası sözleşmelerin büyük çoğunluğu ayrımcılığı yasaklayan hükümler içermekte, bunlar içerisinde bir kısmı ise ayrımcılığın kapsamını belirlemek adına bir adım daha öteye giderek kavramın tanımını ortaya koymaktadır. Ancak kavramı tanımlayan ulusal yahut uluslararası düzenlemelerin kendi içerisinde, güvence altına alınan hak ve korunması hedeflenen sujeye bağlı olarak farklı bir ayrımcılık türü üzerinden ayrımcılığı tanımlama yoluna gittiği görülmektedir. Örneğin; kadınlara yönelik ayrımcılığı yasaklayan bir uluslararası sözleşmede, ayrımcılığa ilişkin tanım kadınlara

---

[36] Karan, "Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı: Hukuksal Çerçeve", s. 138-139. Sosyal devlet ilkesinin bir gereği olarak eşitlik ilkesinin uygulanmasında devlete düşenin, şekli eşitlikle yetinmemek ve sosyal gerçekliği dikkate alarak maddi eşitliği sağlamak olduğu yönünde bkz. Zafer Gören, "Genel Eşitlik İlkesi", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C:XXII, S.3, 2016, s. 3290.

[37] Bkz. ÖSYM, 2022 Yükseköğretim Kurumları Sınavı (YKS) Kılavuzu, s. 38, (Çevrimiçi) 2022-Yükseköğretim Kurumları Sınavı (YKS) Kılavuzu (osym.gov.tr) 30.07.2022.

[38] Bkz. ÖSYM, 2022 Yükseköğretim Kurumları Sınavı (YKS) Kılavuzu, s. 38, (Çevrimiçi) 2022-Yükseköğretim Kurumları Sınavı (YKS) Kılavuzu (osym.gov.tr) 30.07.2022.

yönelik ayrım üzerinden[39], bunun gibi engellilerin haklarına ilişkin bir sözleşmede ise engelliliğe dayalı ayrımcılık üzerinden[40], yahut ırk ayrımcılığını önlemeye yönelik bir sözleşmede ise ırk ayrımcılığı üzerinden[41] ortaya konulmaktadır. Anılan sözleşmelerdeki ayrımcılık tanımlamalarına, uluslararası mevzuatta eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına ilişkin yasal düzenlemeler başlığı altında yer verileceğinden burada anılan bölüme atıfla yetinilecektir.

Ayrımcılık, sözlük anlamıyla; "*belli insan öbeklerinin ayrımlaşmasını bilinçli bir biçimde gerçekleştirmeyi amaçlayan bir yöneltinin benimsenmesi*"ni ifade etmektedir[42]. Belirli bir suje yahut korunması hedeflenen belirli bir hak ile sınırlamaksızın en genel haliyle tanımlanacak olursa, hukuki bir terim olarak ayrımcılık; kişinin sahip olduğu belirli özellikler yahut bu özelliklere dayalı olarak belirli bir gruba mensubiyetinden kaynaklanan önyargı[43] veya varsayımlar nedeniyle, hak ve özgürlüklerden yararlanılmasına yönelik olarak kişinin eşitliğe aykırı muameleye tabi tutulması olarak tanımlanabilecektir[44]. Ayrımcılık esasen kişilerin zihnindeki "ben" ve "öteki" ayrımının bir uzantısı, yani ötekileştirmenin bir sonucudur[45].

"Eşitliğe aykırı muamele" bir muamelenin ayrımcılık teşkil edip etmeyeceği noktasında belirleyici ölçütlerdendir. Aynı durumda olanlara haklı bir neden olmaksızın farklı muamele edilmesi eşitliğe aykırı muameleyi sonuçlayabildiği gibi aynı durumda olmayan kişilere aynı şekilde muamele edilmesi de eşitliğe aykırı muameleyi sonuçlayabilmektedir. Bir diğer deyişle eşit durumdakilere farklı muamele

---

39 Bkz. Kadınlara Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi, Madde 1.

40 BM Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme, Madde 2.

41 BM Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme, Madde 1.

42 Türk Dil Kurumu Sözlüğü, https://sozluk.gov.tr/

43 Önyargının sosyal psikolojide benimsenen yaklaşımlara göre pek çok farklı tanımı olmakla birlikte en geleneksel hali ile önyargı; belirli grupların mensuplarına yönelik, belirli bir mantığı ve nedeni olmayan, irrasyonel, değişmez ve sabit, olumsuz yaklaşımlar olarak tanımlanmaktadır. Kavramın kendisinin, tıpkı ayrımcılık kavramı gibi yergi içerir olumsuz bir anlamı olduğu ifade edilmektedir. Martha Augoustinos, Katherine Jane Reynolds, "Prejudice, Racism and Social Psychology", **Understanding Prejudice, Racism and Social Conflict**, Ed.: Martha Augoustinos, Katherine Jane Reynolds, London, Sage, 2001, s. 2-3. Önyargı kavramı için ayrıca bkz. James B. Jacobs, Kimberly Potter, **Hate Crimes: Criminal Law & İdentity Politics**, Oxford University Press, 1998.

44 Benzer şekilde bkz. Smith, **International Human Rights Law**, s. 197. Aynı doğrultuda farklı ayrımcılık tanımları için bkz. Karan, "Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı: Hukuksal Çerçeve", s. 139; Öztürk, **Nefret ve Ayırımcılık Suçu**, s. 5.

45 Öztürk, **A.e.**, s. 8.

ayrımcılık teşkil edeceği gibi farklı durumdakilere eşit muamele de ayrımcılık teşkil edecektir[46]. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, her farklı muamelenin ayrımcılığı sonuçlayacağı şeklinde yanlış bir algıya kapılmamak gerektiğidir[47]. Zira farklı durumlar farklı muamele edilmesini gerektirebilmekte, hatta aksi yöndeki bir muamele ayrımcılığı sonuçlayabilmektedir.

Öncelikle, farklı muamelenin ayrımcılık teşkil edip etmeyeceğini belirlemenin kıstası olan haklı neden ölçütünün irdelenmesi gerekmektedir. Zira aynı durumdakilere farklı muamele edilmesini gerektiren haklı bir nedenin varlığı halinde farklı muamele ayrımcılık yasağının ihlali niteliğinde olmayacaktır[48].

Haklı neden, farklı muamelenin makul ve geçerli özrü olarak nitelendirilmektedir[49]. Haklı nedenin nesnellik ve genellik ilkelerine uygun olması gerekmektedir. Belirli kişi veya kişilere yönelik farklı muamele yahut keyfilik içeren farklı muamele haklı neden koşulunu karşılamayacaktır. Anayasa Mahkemesi de farklı muamelenin eşitlik ilkesine aykırılık teşkil edip etmediğini irdelediği kararlarında, haklı neden ölçütünü kullanmaktadır[50]. Bu kapsamda, örneğin, bir kadın ve bir erkeğin yahut engelli bir kişi ile engelli olmayan bir kişinin askerlik yükümü bakımından, bunun gibi zengin kişi ile orta halli bir kişinin vergi yükümü bakımından farklı düzenlemelere tabi tutulmalarının haklı bir nedenin varlığı nedeniyle eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmeyeceği değerlendirilmektedir[51].

---

[46] Karan, "Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı: Hukuksal Çerçeve", s. 139; Öztürk, **Nefret ve Ayırımcılık Suçu**, s. 13, 22; Ağırbaşlı, **Sınırlı Ayrımcılık Yasağından Genel Eşitlik İlkesine,** s. 36. Ağırbaşlı; ayrımcılığı, "*iki kişi veya durum arasında bir farklılık olmamasına rağmen farklı davranmak, kişi ya da durumlar arasında ayrım yaratmak veya farklı durumlar söz konusu olmasına rağmen benzer şekilde davranmak*" olarak tanımlamaktadır.

[47] Edward, "Non-Discrimination as a Legal Concept", s. 7.

[48] Serim, "Yasa Önünde Eşitlik İlkesi", s. 13, 20.

[49] Yılmaz Aliefendioğlu, "Eşitlik İlkesi", **Prof. Dr. İlhan Akın'a Armağan**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1999, s. 81.

[50] Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku,** s. 156. Anayasa Mahkemesi'nin kamu yararı ya da başka haklı nedenler nedeniyle yasalarla farklı uygulama getirilmesinin eşitlik ilkesine aykırılık olarak değerlendirilemeyeceği yönündeki bir kararı için bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 02/05/1991 T., 1990/28 E. 1911/11 K sayılı kararı.

[51] Anayasa Mahkemesi'nin 29.11.1966 T. , 1966/1 E., 1966/44 K. sayılı kararı. Serim, "Yasa Önünde Eşitlik İlkesi", s. 23; Aliefendioğlu, "Eşitlik İlkesi", s. 82.

Anayasa Mahkemesi uygulamasında, haklı neden kavramını farklı şekillerde yorumlayabilmektedir[52]. Statüye bağlı durumlar ya da konumlardaki özellikler veya kamu yararı Anayasa Mahkemesi'nin haklı neden olarak değerlendirdiği alt başlıklara örnek teşkil etmektedir[53]. Bunun dışında, gereklilik, zorunluluk, işin özelliklerine ve ereklerine uygunluk, dengeli ve makul görülebilecek ölçüler, adaletli ve eşit ölçüler de Anayasa Mahkemesi tarafından kullanılan ölçütlerdendir[54].

Farklı muamelenin, eşitliğe aykırı olmaması için belirli ölçütlere tabi olması gerekmektedir. Bu kapsamda, Anayasa Mahkemesi farklı muamelenin anlaşılabilir, amaçla ilgili, makul ve adil olmasını aramaktadır[55].

Ayrımcılık teşkil eden davranışın bilerek veya bilmeyerek, icrai veya ihmali surette olması sonucu etkilememektedir[56]. Ayrımcılık niyetiyle yapılmayan muamele veya düzenlemeler de ayrımcılık sonucunu doğurabilmektedir[57]. Bu kapsamda, dezavantajlı gruplardan olan kişileri koruma dürtüsü ve niyetiyle yapılan bazı farklı muameleler de ayrımcılık yaratabilmektedir[58]. Örneğin, 150'den fazla kadın çalışanın bulunduğu işyerinde kreş açılması zorunluluğu[59], çocuğa bakmanın kadının görevi olduğu yönünde ayrımcı bir yaklaşıma dayanan özel önlem niteliğindedir.

---

52 Anayasa Mahkemesi'nin haklı neden ölçütünü kararlarında ne şekilde yorumladığı ve kavramın yorumuna yönelik eleştirel bir inceleme için bkz. Çağlar, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitliğin Dar Yorumu".

53 Bu yaklaşımı benimseyen yazarlar olarak bkz. Serim, "Yasa Önünde Eşitlik İlkesi", s. 16-17; Aliefendioğlu, "Eşitlik İlkesi", s. 81.

54 Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 156.

55 Anayasa Mahkemesi'nin bu ölçütleri belirttiği kararlara örnek olarak bkz. 31/10/1991 T. 1991/24 E. 1991/40 K. sayılı kararı; 19/02/1992 T. 1991/13 E. 1992/10 K. sayılı kararı. Serim, "Yasa Önünde Eşitlik İlkesi", s. 23; Aliefendioğlu, "Eşitlik İlkesi", s. 83.

56 Karan, "Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı: Hukuksal Çerçeve", s. 139.

57 Karan, **A.e.,** s. 140-141. Ayrıca Karan'ın ayrımcılık tanımı için bkz. Ulaş Karan, "Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı", **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa**, Ed.: Sibel İnceoğlu, 2. bs, İstanbul, Beta Yayınları, 2013, s. 461.

58 Gül, "Ayrımcılık Yasağına İlişkin Bazı Sorunlar", s. 352. Bu kapsamda örnek teşkil edebilecek bir dava için bkz. Yargıtay Genel Kurulu, 03/02/1999 T. 1999/4-55 E., 1999/64 K. Bahsi geçen karara konu dava, banka kartını kaybeden görme engelli bir kişiye, görme engelli oluşu gerekçe gösterilerek yeniden banka kartı verilmemesi nedeniyle açılmış olup dava, Yargıtay Genel Kurulu tarafından ayrımcılık yönünden değerlendirilmemiş ve Borçlar Kanunu'nun sözleşmenin feshine yönelik hükümler kapsamında değerlendirilmiştir. Söz konusu olay, dezavantajlı grupları koruma dürtüsüyle yapılan ancak ayrımcılığı sonuçlayan tipik bir örnek olarak gösterilebilir niteliktedir. Aynı yönde bkz. Gül, Ayrımcılık Yasağına İlişkin Bazı Sorunlar", s. 352.

59 Bkz. Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmeliğin 13. Maddesi.

Ayrımcılık niyet ve amacıyla yapılmamasına rağmen farklı muamelenin ayrımcılık sonucunu doğurabileceği hususu, uluslararası düzenlemelerdeki ayrımcılık tanımlarında ayrımcılığın "amaç veya etkisi" şeklinde formüle edilmiştir. Buna göre ayrımcılık amacını taşıyan farklı muamelenin evleviyetle ayrımcılık sonucunu doğuracağı aşikardır. Ancak bu formülasyon ile esasen ortaya konulmaya çalışılan, ayrımcılık amacını taşımamakla birlikte ayrımcılık etkisi yaratan farklı muamelelerin de ayrımcılık teşkil edeceğidir. Bu kapsamda, gece vardiyası da olan bir işte çalışmak üzere başvuran kadınların işe alınmaması şeklindeki bir uygulama örnek gösterilebilir. Her ne kadar korumaya yönelik bir niyet ve amaç barındırsa ve bunlar bakımından ayrımcı olmasa dahi, etkisi itibariyle ayrımcı nitelikte olduğu ve kadınlara karşı ayrımcılık teşkil ettiği söylenebilecektir. İspatının oldukça güç olması ve ayrımcılık amacının ayrımcılığın unsuru olarak kabul edilmesinin ayrımcılıkla mücadelenin etkisini zayıflatacağından hareketle, ayrımcılık amacı, pek çok uluslararası denetim organı tarafından unsur olarak aranmamakta, ayrımcılık etkisi ayrımcılığın oluşması bakımından yeterli kabul edilmektedir[60].

Ayrımcılığın kaynağı devletler olabildiği gibi bireyler de olabilmektedir. Ancak insan hakları hukukunda devletin yatay ihlallerden sorumluluğu ilkesi gereğince, ayrımcılık yasağı bakımından da devletin sorumluluğu bireyler arasındaki ihlallerde de gündeme gelebilmektedir[61]. Bu anlamda devletin yükümlülüğünün, ayrımcılık yapmamak şeklindeki negatif yükümlülükle sınırlı olmayıp devletin aynı zamanda, bireyleri diğer bireylerin ayrımcı muamelelerinden korumak şeklindeki pozitif yükümlülük altında olduğu kabul edilmektedir[62].

Devletlerin eşitsizliğin ortadan kaldırılmasına yönelik pozitif yükümlülüğü iki ayrı şekilde karşımıza çıkmaktadır. Bunlardan ilki, ayrımcılığın önlenmesi ve ortadan kaldırılmasına yönelik pozitif yükümlülükler olup, ayrımcılığa yönelik etkili hak arama yolları ortaya koymak da dahil olmak üzere ayrımcılığı yasaklayan yasal düzenlemeler getirmek, kişilerin hak ve özgürlüklerden yararlanmalarına engel teşkil

---

60 Gül, "Ayrımcılık Yasağına İlişkin Bazı Sorunlar", s. 352-353.

61 İdil Işıl Gül, "Hukukta Ayrımcılık Yasağı", **Ayrımcılık: Çok Boyutlu Yaklaşımlar**, Der. Kenan Çayır, Müge Ayan Ceyhan, 2. bs., İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2013, s. 123; Karan, "Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı: Hukuksal Çerçeve", s. 140.

62 Karan, **A.y.**

eden durum ve koşulların tespiti ile bunlara yönelik önlemler almak bu tür pozitif yükümlülüklere örnek teşkil etmektedir[63].

Devletlerin eşitsizliğin ortadan kaldırılmasına yönelik pozitif yükümlülüğünün diğer türü ise ayrımcılığın geçmişten gelen etkilerini ortadan kaldırmaya yönelik olup, istihdamda kota uygulamaları, vergi indirimleri, dezavantajlı gruplardaki kişiler lehine kredi uygulamaları gibi örnekler bu kapsamdadır[64]. Ancak belirtilen ilk türdeki önlemler sürekli nitelikteki önlemler iken, ikinci tür pozitif yükümlülüklerin uygulanması geçici ve sınırlı olmalıdır. Zira bu tedbirlerin amacı ayrımcılığın geçmişten gelen etkilerini ortadan kaldırmak olduğundan, eşitliğin sağlandığı durumda bu tür tedbirlerin uygulanmasına son verilmesi gerekmektedir[65]. Aksi durum, eşitliğin bu defa diğer birtakım kişiler aleyhine bozulmasını sonuçlama riskini taşımaktadır[66].

Ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesi ilişkisinde, ayrımcılık yasağının eşitlik ilkesini gerçekleştirmedeki araçlardan biri olduğu söylenebilecektir[67]. Eşitlik ilkesi ayrımcılık yasağını da bünyesinde barındırmakla birlikte, kanaatimizce bundan çok daha kapsamlı ve geniş bir kavramdır[68].

Ayrımcılığın ortadan kaldırılmasının yollarından biri insan haklarından yararlanılması noktasında mevcut eşitsizliklerin giderilmesidir[69]. Ayrımcılığın yasaklanması, eşitliğin sağlanmasındaki en temel araçlardan olmakla birlikte eşitliği

---

63 Gül, "Ayrımcılık Yasağına İlişkin Bazı Sorunlar", s. 343.

64 Gül, **A.y.**

65 Aynı doğrultuda bkz. Gören, "Genel Eşitlik İlkesi", s. 3290.

66 Gül, "Ayrımcılık Yasağına İlişkin Bazı Sorunlar", s. 343.

67 Karan, "Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı: Hukuksal Çerçeve", s. 139. Benzer şekilde bkz. Smith, **International Human Rights Law**, s. 196. Eşitliğin ayrımcılık yasağı ile sağlanabileceği yönünde bkz. Gülmez, "İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi", s. 221; Çağlar, mutlak olarak yasaklanan nedenlere dayalı ayrımcılığın eşitliği her zaman bozacağını, bu alanların eşitlik ilkesinin çekirdek alanını oluşturduğunu ifade etmektedir. Bkz. Çağlar, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitliğin Dar Yorumu", s. 82.

68 Benzer şekilde, ayrımcılık yasağının eşitlik ilkesinin derinleştirilmiş bir alt unsuru olduğu yönünde bkz. Ağırbaşlı, **Sınırlı Ayrımcılık Yasağından Genel Eşitlik İlkesine, s**. 36. Eşitlik ilkesi ile ayrımcılık yasağı kavramlarının bir madalyonun olumlu ve olumsuz iki yüzü niteliğinde olduğu yönündeki görüş için bkz. Gülmez, "İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi", s. 221. Gülmez, bu iki kavram arasında bölünmez ve bütünsel bir ilişki olduğu, bu kavramlardan yalnızca birinin anıldığı durumda dahi diğerinin örtülü olarak gündeme geleceğini belirtmekte, hatta iki kavramı birleştirerek "ayrımcılık yasaklı eşitlik ilkesi" şeklinde tek bir kavram olarak tabir etmektedir.

69 Smith, **International Human Rights Law**, s. 215.

sağlamak konusunda tek başına yeterli olmamaktadır[70]. Eşitliğin sağlanması için bazı durumlarda ayrımcılık yapılmaması ve kaçınma şeklindeki negatif yükümlülüğün yanı sıra mevcut eşitsizliği ortadan kaldırmak ve eşitliği sağlamak adına yukarıda bahsedilen geçici özel önlemler yahut makul uyumlaştırma şeklindeki ek tedbirlere ihtiyaç duyulmaktadır[71].

1.2.2. Ayrımcılık Türleri

Ayrımcılık türlerine Türk Ceza Kanunu'nda yer verilmemiştir. Ancak ayrımcılık türleri ulusal mevzuatta 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun 4. maddesinde sayılmıştır. Buna göre; ayrı tutma, ayrımcılık talimatı verme ve bu talimatları uygulama, çoklu ayrımcılık, doğrudan ayrımcılık, dolaylı ayrımcılık, işyerinde yıldırma, makul düzenleme yapmama, taciz, varsayılan temele dayalı ayrımcılık maddede sayılan ve anılan Kanun kapsamına giren ayrımcılık türleridir. Bahsi geçen maddede ayrıca, eşit muamele ilkesine uyulması veya ayrımcılığın önlenmesi amacıyla idari ya da adli süreçleri başlatan yahut bu süreçlere katılan kişiler ile bunların temsilcilerinin, bu nedenle maruz kaldıkları olumsuz muamelelerin de ayrımcılık teşkil edeceği öngörülmüştür.

Ayrımcılık; doğrudan ayrımcılık, dolaylı ayrımcılık, dolayısıyla ayrımcılık, çoklu temelde ayrımcılık, makul uyumlaştırma yapmamak, taciz, cinsel taciz, ayrımcılık talimatı ve mağdurlaştırma gibi çok farklı biçimlerde ortaya çıkabilmektedir. Bu kapsamda, öncelikle doğrudan ayrımcılık, dolaylı ayrımcılık ve dolayısıyla ayrımcılık ele alınacak, sayılan bunun dışındaki ayrımcılık biçimlerine ise diğer diğer ayrımcılık türleri başlığı altında ayrı ayrı yer verilecektir.

---

[70] Karan, "Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı", **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa**, s. 476; Karan, "Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı: Hukuksal Çerçeve", **Ayrımcılık: Çok Boyutlu Yaklaşımlar,** s. 139. Eşitlik ilkesine ilişkin düzenlemelerin yalnızca ayrımcılığı yasaklamakla kalmayıp bunun yanı sıra taciz, mağdurlaştırma gibi ayrımcılığın farklı görünümlerine dair hükümler içerdiği ve eşitliği sağlamaya yönelik özel önlemler öngördüğüne dair bkz.Karan, "Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı", **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa**, s. 459.

[71] Benzer şekilde bkz. Öztürk, **Nefret ve Ayırımcılık Suçu**, s. 16.

1.2.2.1. Doğrudan Ayrımcılık

Doğrudan ayrımcılık, hak ve özgürlüklerden yararlanılmasına yönelik olarak, aynı veya benzer durumdaki kişilere karşı eşitliğe aykırı şekilde farklı muamele edilmesidir[72]. Burada, belirli özellikleri veya belirli bir gruba mensubiyeti nedeniyle kişilere, benzer veya eşit durumda olan diğer kişilerden farklı muamele edilmesi söz konusudur. Bu özellikler, ırk, din, dil, cinsiyet, etnik köken, engellilik gibi kalıtsal özellikler olabileceği gibi; siyasi görüş, felsefi yaklaşım gibi özellikler de olabilmektedir. Bir kişinin Afrika kökenli olduğu için bir restorana alınmaması, bir çocuğun Yahudi olduğu için bir kursa kaydının yapılmaması veya muhafazakar siyasi görüşte olduğundan bir kişinin memuriyete kabul edilmemesi yahut işe alınmaması doğrudan ayrımcılık niteliğindeki hallere örnek teşkil etmektedir. Bunun gibi aynı işyerinde istihdam edilen kadın ve erkek çalışanlara sırf cinsiyetleri nedeniyle farklı ücret ödenmesi veya aynı suçu işleyen kişilere sırf farklı ırktan oldukları için farklı cezalar verilmesi halleri de doğrudan ayrımcılığa örnek niteliğindedir[73]. Burada ayrımcılığı sonuçlayan olgu, benzer durumdakilere eşitliğe aykırı şekilde farklı muamele edilmesidir. Dolayısıyla önce farklı muameleye konu sujelerin karşılaştırılması ve durumlarının benzer olup olmadığının tespiti gerekmektedir. Aynı veya benzer durumda olduğu tespit edilen kişilere yönelik farklı bir muamele söz konusu ise bu aşamada incelenmesi gereken, neden veya amaç unsurudur. Farklı muamelenin ayrımcılığa yol açıp açmadığı, eşitliğe aykırı nitelikte olup olmadığının değerlendirilmesinde, farklı muamele için haklı ve geçerli bir amaç yahut nedenin mevcut olup olmadığının irdelenmesi gerekmektedir[74]. Zira, her farklı muamele ayrımcılığı sonuçlamayacağı gibi, aksine, farklı muamele edilmesi gereken bazı durumlarda aynı muamele yapılmasının bizatihi kendisi ayrımcılığa yol açabilecektir. Farklı muamele için haklı ve geçerli bir nedenin varlığına örnek verilecek olursa; Nelson Mandela'yı konu alan bir filmde başrol oyuncusu için verilecek ilanda

---

[72] Karan, "Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı: Hukuksal Çerçeve", s. 141; Ağırbaşlı, **Sınırlı Ayrımcılık Yasağından Genel Eşitlik İlkesine,** s. 36.

[73] Levent Korkut, **Ayrımcılık Karşıtı Hukuk**, Ankara, İnsan Hakları Gündemi Derneği, 2009, s. 46.

[74] Gül/Karan, **Ayrımcılık Yasağı Eğitim Rehberi**, s. 9-10; Öztürk, **Nefret ve Ayırımcılık Suçu,** s. 13, 22.

başvurunun yalnızca siyah kişiler ile sınırlı tutulması[75] veya bir camide yahut başka bir dine ait ibadethanede görev yapmak üzere işe alınacak kişilerin bu dine mensup kişilerden seçilmesi farklı muameleyi haklı kılan nedenlerdir[76]. Farklı muameleyi haklı kılan, geçerli ve meşru bir nedenin bulunduğu bu gibi hallerde ayrımcılığın varlığından söz edilemeyecektir.

1.2.2.2. Dolaylı Ayrımcılık

Dolaylı ayrımcılık; doktrinde, görünüşte ayrımcılık yaratmayan bir hükmün herkese aynı şekilde uygulanması nedeniyle belirli özelliklere sahip kişiler yönünden aleyhe ve eşitliğe aykırı sonuç doğurması olarak tanımlanmaktadır[77]. Bu tanımlamadan yola çıkarak, dolaylı ayrımcılığın farklı durumda olan kişilere aynı veya benzer muamele edilmesini ifade ettiği söylenebilecektir[78]. Dolaylı ayrımcılık kısaca, eşit muamele yoluyla ayrımcılık olarak da tabir edilebilmektedir[79]. Burada, belirli özelliklere sahip kişiler ya da belirli gruplar hedef alınarak farklı bir muamele söz konusu olmamakla birlikte, bir kuralın herkes için aynı şekilde uygulanması belirli özellikleri gereği belirli kişiler yönünden dolaylı şekilde haksız sonuçlar doğurmaktadır[80]. Doktrinde, polislik mesleğine giriş bakımından aranan boy ölçütü[81] dolaylı ayrımcılığa örnek olarak gösterilmekte, bu durumun görünüşte olmasa da özünde kadınlar ve bazı etnik gruplar yönünden eşitliğe aykırı muamele niteliğinde olduğu ifade edilmektedir[82]. Ancak kanaatimizce, anılan örnekte boy için aranan koşul işin niteliği gereği bu işi yapacak kişilerin taşıması aranan özelliklerden kabul edilebileceğinden ve anlamda haklı neden niteliğinde olduğundan ayrımcılık teşkil

---

75 İdil Işıl Gül/Ulaş Karan, **Ayrımcılık Yasağı: Kavram, Hukuk, İzleme ve Belgeleme**, Ed. Burcu Yeşiladalı, Gökçeçiçek Ayata, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2011, s. 21.

76 Gül/Karan, **Ayrımcılık Yasağı Eğitim Rehberi**, s. 14.

77 Gül, "Hukukta Ayrımcılık Yasağı", s. 124; Öztürk, **Nefret ve Ayırımcılık Suçu,** s. 13; Korkut, **Ayrımcılık Karşıtı Hukuk**, s. 48.

78 Karan, "Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı: Hukuksal Çerçeve", s. 141.

79 Karan, **A.y.**

80 Gül, "Hukukta Ayrımcılık Yasağı", s.124-125.

81 Bkz. Polis Çevik Kuvvet Yönetmeliği 35. maddesi

82 Karan, "Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı: Hukuksal Çerçeve", s. 142; Gül/Karan, **Ayrımcılık Yasağı Eğitim Rehberi**, s. 10. Gül, seyahat engeli olmamak koşulu içeren bir iş ilanında seyahat işin sürekli ve asli unsuru olmayıp, ender olarak yerine getirilmesi gereken bir unsuru ise bu durumda kadınlar ve engellilerin bu işe başvurma imkanı haksız yere ellerinden alınmış olacağından bunun bir dolaylı ayrımcılık teşkil edeceğini ifade etmektedir. Bkz. Gül, "Hukukta Ayrımcılık Yasağı", s.124-125.

etmemektedir. Zira, çevik kuvvet biriminde görev yapacak polislerin belirli bir fiziksel görünümde olmaları, yapılacak işin niteliğinin bir gereği olup, ayrıca kamu güvenliğini sağlamaya dair temel görevleri itibariyle bu güvenliği bozmaya yönelecek kişileri caydırıcı etki yaratacak, bunun yanı sıra, güvenliği sağlayacak yeterlilikte olduğuna dair güven duygusunu da pekiştirecektir. Bu nedenlerle, anılan örneğin dolaylı ayrımcılık teşkil ettiği yönündeki görüşe katılmadığımızı belirtmemiz gerekmektedir.

Dolaylı ayrımcılık başlığı altında değinilmesi gereken bir diğer husus, yaygın şekilde tabir edildiği üzere pozitif ayrımcılık kavramıdır. Bu kavram doktrinde çoğunluk yazarlarca pozitif ayrımcılık[83] olarak isimlendirilmekte ve ayrımcılığın bir türü olarak kabul edilmektedir[84]. Buna karşın, aynı kavram bazı yazarlarca "geçici özel önlemler" olarak isimlendirilmektedir[85]. Kanaatimizce bu kavram için geçici özel önlemler ifadesinin daha isabetli olduğu değerlendirilmektedir. Zira bahsolunan müessese, eşitsizliğin önüne geçmek adına alınan birtakım ek tedbirleri ifade etmektedir. Oysaki, tarafımızca da benimsenen tanımı itibariyle ayrımcılık, eşitliğe aykırı sonuç doğuran muameleyi ifade etmektedir. Bu nedenle, bu tedbirleri olumlu anlamda dahi olsa ayrımcılık olarak isimlendirmenin ve ayrımcılığın türü olarak nitelendirmenin ayrımcılığın tanımı ve doğası ile bağdaşmayacağı kanaatindeyiz.

Geçici özel önlem, belirli özelliklere sahip veya belirli gruplara mensup kişilerin bu özellikleri yahut bu mensubiyetleri nedeniyle mahrum kaldığı haklara kavuşmaları adına bu kişiler yönünden ayrık ve lehe uygulamalar getirmeyi amaçlamaktadır. Geçici önlemler ile, geçmişten gelen mevcut eşitsizliğin telafisine yönelik olarak, dezavantajlı durumdaki gruplar lehine bir takım uygulamalar

---

83 Pozitif ayrımcılık teriminin orijinal hali İngilizce karşılığı olan "affirmative action" olup doğru tercümesi "etkin önlemler"dir. Ne var ki Fransızcaya "discrimination positive" olarak aktarılan terim Türkçe'ye de Fransızcaya yerleşmiş halinin tercümesi olan pozitif ayrımcılık şeklinde yerleşmiş olup bu haliyle yaygın şekilde kullanılmaktadır. Gounghee Moon, "Pozitif Ayrımcılık", (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009, s. 1.

84 Bkz. Öztürk, **Nefret ve Ayırımcılık Suçu**, s. 16.

85 Gül/Karan, **Ayrımcılık Yasağı Eğitim Rehberi**, s. 16; Gül, "Hukukta Ayrımcılık Yasağı", s. 126. Gül, pozitif ayrımcılık ifadesinin esasen günlük dilde yaygın şekilde kullanıldığı, ancak tabirin ulusal ve uluslararası hukuki metinlerde "geçici özel önlemler" olarak ifade edildiğini belirtmektedir. Ataman ise, özel tedbirler olarak bilindiğini ifade ettiği kavramı "pozitif ya da onarıcı eylemler" olarak isimlendirmektedir. Bkz. Hakan Ataman, **Ayrımcılığa Karşı Bir Adım At,** Ankara, **İnsan Hakları Gündemi Derneği**, 2011, s. 7.

getirilmektedir[86]. Ancak bu önlemler, doğası gereği geçici nitelikte olup eşitsizliği gidermek bakımından kalıcı çözümler ortaya koymamaktadır. Örneğin, kadınların çalışma imkanının daha kısıtlı olması nedeniyle kadınlar lehine kota belirleyerek işe alınacak kadın çalışanların sayısının erkek çalışanlardan fazla tutulduğu durumda, geçici özel önlem niteliğinde bir uygulama mevcut olup bu durum kadınlar ve erkekler arasında fiili olarak oluşmuş eşitsizliği ortadan kaldırmaya yöneliktir[87]. Bunun gibi, elli veya daha fazla işçi çalıştırılan işyerlerinde çalışanların yüzde üçü sayısınca engelli, kamu işyerlerinde ise yüzde dördü sayısınca engelli istihdam etme zorunluluğu[88] geçici özel önlemlere örnek gösterilebilecektir.

1.2.2.3. Dolayısıyla Ayrımcılık

Dolayısıyla ayrımcılık, kişinin bizzat kendisi değil fakat bir yakını veya bağlantılı olduğu bir kişide bulunan bazı özellikler nedeniyle ayrımcılığa maruz kalmasıdır[89]. Örneğin, bir kişinin eşinin siyasi görüşü nedeniyle işyerinde uğradığı ayrımcılık, yahut eşi engelli olan bir kişinin, engelli eşi ile toplu taşıma aracına binmek istediğinde, eşinin engelli olması nedeniyle toplu taşımaya alınmaması veya kendisi Ermeni olmayan bir kişinin Ermenilerin avukatlığını yapması nedeniyle ayrımcı davranışlara maruz kalması, dolayısıyla ayrımcılık niteliğindedir. Bir kişinin, ayrımcılık mağduru bir kişi tarafından ayrımcılık faili aleyhine açtığı davada tanıklık yapması nedeniyle ayrımcılığa maruz bırakılması da dolayısıyla ayrımcılığa örnek teşkil eden bir durum olarak değerlendirilebilecektir. Zira burada, kişi bizzat taşıdığı özellikler nedeniyle değil, bu özellikleri taşıyan ve bu nedenle ayrımcılık mağduru olan bir kişiyle olan bağlantısından kaynaklı olarak ayrımcılığa maruz kalmaktadır.

Doktrinde bazı yazarlarca, bu ayrımcılık türü doğrudan ayrımcılık kapsamındaki bir ayrımcılık türü olduğu ifade edilmektedir[90]. Kanaatimizce, dolayısıyla ayrımcılıkta temel kıstas, ayrımcılığın, ayrımcılığa esas teşkil eden

---

86 Ataman, **A.y.**; Kevin Kitching, **Non-Discrimination In International Law: A Handbook For Practitioners,** London, Interights, 2005, s. 21; Gül/Karan, **Ayrımcılık Yasağı Eğitim Rehberi**, s. 16.

87 Gül, "Hukukta Ayrımcılık Yasağı", s. 126.

88 Bkz. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 30. maddesi.

89 Gül/Karan, **Ayrımcılık Yasağı Eğitim Rehberi**, s. 10, 80; Karan, "Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı: Hukuksal Çerçeve", s.7.

90 Gül/Karan**, A.y**; Karan, **A.y.**

özellikleri taşıyan kişiye değil, onunla bağlantılı olan üçüncü bir kişiye yöneltilmesidir. Fakat ayrımcılığın gerçekleşme biçimi doğrudan olabileceği gibi dolaylı da olabilecektir. Bir diğer deyişle, ayrımcılığa esas teşkil eden özellikleri taşıyan kişinin yakını veya onunla bağlantılı olan kişi, haklı bir neden olmaksızın benzer durumdakilerden farklı bir muameleye maruz kalabileceği gibi, farklı durumdakilerle aynı muameleye de maruz kalabilecektir. Bunlardan ilkinde, ayrımcılık doğrudan şekilde gerçekleşmiş iken ikincisinde dolaylı şekilde gerçekleşmiş olacaktır. Ancak her iki durumda da, ayrımcılığa maruz kalan kişi bu özellikleri bizzat kendisi değil bir yakını veya bağlantılı olduğu kişinin taşıyor olması nedeniyle ayrımcılığa maruz kaldığından, dolayısıyla ayrımcılık söz konusu olacaktır. Yani dolayısıyla ayrımcılık doğrudan veya dolaylı ayrımcılık şeklinde gerçekleşebilmektedir. Bu nedenle, dolayısıyla ayrımcılığın yalnızca doğrudan ayrımcılık şeklinde gerçekleşebileceği yönündeki görüşe katılmadığımızı ifade etmemiz gerekmektedir.

1.2.2.3. Diğer Ayrımcılık Türleri

1.2.2.3.1. Makul Uyumlaştırma Yapmamak

Makul uyumlaştırma yapmamak, ayrımcılığın görünüm biçimlerinden bir diğeridir. Makul uyumlaştırma yapma ihtiyacı, bireylerin belirli özelliklere sahip olması nedeniyle söz konusu özelliklerinin getirdiği özel ihtiyaçlarının gözetilmesi ve bu nedenle bunlara yönelik belirli düzenlemelerin yapılması gerektiği durumlarda ortaya çıkmakta olup, genel uygulamanın bu kişiler yönünden aynı şekilde uygulanması halinde makul uyumlaştırma yapmamak suretiyle ayrımcılık ortaya çıkmaktadır[91]. Makul uyumlaştırma yapma ihtiyacı, daha ziyade engelli bireyler yönünden gündeme gelmektedir[92]. Örneğin, AİHM, görme engeli nedeniyle

[91] Makul uyumlaştırma yapmamak, ilk kez BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'ye ilişkin olarak yayımlanan 5 no'lu Genel Yorum ile ayrımcılık olarak tanımlanmıştır. Gül/Karan, **Ayrımcılık Yasağı Eğitim Rehberi**, s. 12. Makul uyumlaştırma, BM Engelli Hakları Sözleşmesi'nin resmi Türkçe çevirisinde makul düzenleme olarak kavramlaştırılmış olup buna göre; anılan Sözleşme'nin 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 düzenlemeler*" olarak tanımlanmıştır.

[92] Kitching, **Non-Discrimination In International Law: A Handbook For Practitioners**, s. 21.

konservatuvara kabulü yapılmayan başvurucu tarafından yapılan bir başvuruda, devletin engelli bireylerin ayrımcılığa uğramaksızın eğitim hakkından yararlanmasını sağlamaya yönelik özel önlemler almak yönündeki yükümlülüğünü yerine getirmediği ve bu suretle ayrımcılık yasağının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır[93]. AİHM, makul surette uyumlaştırma yapmamanın da ayrımcılık teşkil edeceğine, dikkat çekmiş ve davaya konu somut olayda makul uyumlaştırma yapmamak suretiyle ayrımcılık yapıldığını tespit etmiştir[94].

AİHM nezdinde karara bağlanan bir diğer başvuruda[95], Sosyalist Federal Yugoslavya Cumhuriyeti bünyesindeki devletlerin vatandaşlarından olan başvuruculara, Slovenya'nın bağımsızlığını ilan etmesinden sonra Slovenya vatandaşlığını almak için başvuru yapmak üzere 6 aylık süre verilmiş olup, başvuruculardan bazıları sürekli mukim olmaları nedeniyle vatandaşlığı da aldıkları zannıyla, bir kısmı ise çeşitli başkaca nedenlerle başvuru süresini geçirdiğinden bu sürenin sonunda kayıtlarının silinmesi ile vatansız hale gelmiş, vatandaşlıkları olmayıp yabancı statüsünde olduklarından ülkede kalışları da yasa dışı hale gelmiş ve sınır dışı edilmişlerdir. AİHM söz konusu uygulamayı özel yaşam ve aile yaşamına müdahale bağlamında incelemiş ve başvuruculara Slovenya'da bulunan diğer yabancılara göre dezavantajlı konumda olduklarını ve bu şekilde ayrımcılığa maruz kaldıklarını değerlendirmiştir. AİHM, anılan karar ile, mevcut bir fiili eşitsizliği gidermek üzere farklı gruplara farklı muamele edilmesinin ayrımcılık teşkil etmeyeceği; aksine, ihtiyaç duyulan bu farklı muamelenin makul ve haklı bir gerekçe olmaksızın yerine getirilmemesinin başlı başına ayrımcılık yasağının ihlaline neden olacağını vurgulamıştır[96]. Uluslararası ayrımcılık hukukuna göre, devletler fiili eşitliği veya dezavantajlı ve korunmaya muhtaç grupların maddi eşitliğini sağlamaya yönelik gerekli ek tedbirleri almakla yükümlüdür.

[93] AİHM, Çam v. Türkiye, B. No: , 51500/08, 23.02.2016. ("Çam Davası")
[94] AİHM, Çam Davası, para. 67.
[95] AİHM, Kuric ve diğerleri v. Slovenya, B. No: 26828/06, 26.06.2012. ("Kuric ve diğerleri davası")
[96] AİHM, Kuric ve diğerleri davası, para. 388.

Farklı durumda olan kişilere aynı kuralın uygulanması ve makul uyumlaştırma yapılmaması belirli koşulların varlığı halinde ayrımcılığı sonuçlayacaktır[97]. Örnek üzerinden somutlaştırılacak olursa; tekerlekli sandalye kullanan bir işyeri çalışanının engellilerin erişimine elverişli nitelikteki toplu taşıma aracının yalnızca belirli bir saatte geliyor olması nedeniyle diğer çalışanlarla aynı saatte işe başlama imkanı olmadığı durumda, bu kişinin spesifik durumunu gözeten ayrık bir uygulama yapılmadığı takdirde makul uyumlaştırma yapmamak suretiyle ayrımcılık yapılmış olacaktır. Zira aksi takdirde bu kişinin söz konusu işyerinde çalışma imkanı kalmayacaktır[98].

6701 sayılı Kanun, makul uyumlaştırmayı makul düzenleme olarak isimlendirmiş ve bu yükümlülüğü, tanımların düzenlendiği 2. maddede; engellilerin hak ve özgürlüklerini tam ve diğer bireylerle eşit şekilde kullanmasını veya bunlardan yararlanmasını sağlamak üzere belirli bir durumda ihtiyaç duyulan, mali imkânlar nispetinde, ölçülü, gerekli ve uygun değişiklik ve tedbirler olarak tanımlamıştır. Buna göre, anılan Kanun makul uyumlaştırma yapma yükümlülüğünü yalnızca engelli bireylere yönelik olarak getirdiği söylenebilecektir.

Makul uyumlaştırma yapmaktaki amaç, bireylerin bir haktan eşit şekilde yararlanmasını sağlamaktır. Buna karşın; geçici özel önlemlerde ise, eşit muameleden ziyade dezavantajlı kişi veya kişiler lehine uygulama getirerek süregelen eşitsizliğin giderilmesini sağlamak amaçlanmaktadır.

Makul uyumlaştırma yapmama her durumda ayrımcılığı sonuçlamamakta, bunun için belirli koşulların varlığı aranmaktadır. Buna göre; makul uyumlaştırma yapma yükümlülüğü olan tarafın bundan yararlanacak kişinin durumundan haberdar olması, uyumlaştırmanın makul olması, imkansız olmaması ve uyumlaştırma yükümlülüğü altındaki kişi bakımından aşırı bir yük getirmemesi, uyumlaştırmanın üçüncü kişiler açısından faaliyetlerin yerine getirilmesini önemli ölçüde

---

97 Gül/Karan, **Ayrımcılık Yasağı Eğitim Rehberi**, s. 12. Gül, makul uyumlaştırma yapmamayı ayrımcılığın bağımsız bir türü olarak kabul etmektedir. Bkz. Gül, "Hukukta Ayrımcılık Yasağı", s. 126-127.

98 Anılan örnek ve makul uyumlaştırmama yapmamak suretiyle ayrımcılığa ilişkin diğer açıklamalar için bkz. Gül, "Hukukta Ayrımcılık Yasağı" s. 126-127.

güçleştirmemesi gerekmektedir. Belirtilen koşulların mevcudiyeti halinde makul uyumlaştırma yapmamak ayrımcılık teşkil edecektir[99]. Burada ayrımcılığı sonuçlayan, doğrudan ayrımcılığın tam aksine, farklı durumda olan kişilere yönelik farklı bir muamelenin mevcut olmayışıdır. Zira bu halde, kişinin belirli hak ve imkanlardan yararlanabilmesi, sahip olduğu belirli özelliklerden kaynaklı olarak kendisine farklı bir muamele yapılması halinde mümkün olabilmektedir.

1.2.2.3.2. Ayrımcılık Talimatı

Ayrımcılık talimatı, 6701 sayılı Kanun'da, bir kişinin kendi nam veya hesabına eylem ve işlemlerde bulunmaya yetkili kıldığı kişilere veya bir kamu görevlisinin diğer kişilere verdiği ayrımcılık yapılmasına yönelik talimat şeklinde tanımlanmıştır.

AİHS'te ayrımcılık talimatına özel herhangi bir düzenleme yer almamakla birlikte, bu alanla ilişkilendirilebilecek olan özel yaşam ve aile yaşamına saygı hakkı yahut işkence ve kötü muamele yasağı gibi Sözleşmedeki diğer hakların korumasından yararlanacaktır. Bu kapsamdaki ayrımcı muamele niteliğindeki davranışlar bakımından AİHM, ilişkili hakların tek başına veya ayrımcılığı yasaklayan Sözleşme'nin 14. maddesi ile birlikte ihlal edilip edilmediğini irdeleyip değerlendirecektir[100].

1.2.2.3.3. Taciz

Ayrımcılık, bireylerin sahip oldukları belirli özellikler nedeniyle, bulundukları ortamda sürekli söz konusu özelliğe vurgu yapılması, bireyin bu özelliği nedeniyle dışlanması, alay konusu yapılmasını ifade eden taciz biçiminde de ortaya çıkabilmektedir[101]. Taciz; caydırıcı, düşmanca, aşağılayıcı, küçük düşürücü, saldırgan bir ortam yaratan ve insan onuruna aykırılık amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran

[99] Gül/Karan, **Ayrımcılık Yasağı Eğitim Rehberi**, s. 12.
[100] Avrupa Konseyi, **Handbook on European Non-Discrimination Law,** s. 167. (Çevrimiçi), Handbook on European non-discrimination law – 2018 edition (coe.int), 30.11.2021.
[101] Gül, "Hukukta Ayrımcılık Yasağı", s.125; Gül, Karan, **Ayrımcılık Yasağı Eğitim Rehberi**, s. 11.

istenmeyen davranışları ifade etmektedir[102]. Muhatap birey yönünden onur kırıcı etki yaratan bir davranış, taciz amacını taşımasa dahi, taciz olarak değerlendirilecektir[103].

Tacizin bağımsız bir ayrımcılık türü olarak kabul edilmesi yakın zamanda ortaya çıkan gelişmelerdendir. Zira, öncesinde taciz, doğrudan ayrımcılık kapsamında değerlendirilmekteydi. Tacizin başlı başına bir ayrımcılık türü olarak kabul edilmesi, düşünce biçimindeki farklılaşmadan ziyade, ayrımcılığın son derece zarar verici olan bu biçimini diğerlerinden ayırmanın öneminin etkisiyle ortaya çıktığı ifade edilmektedir[104].

Taciz, 6701 sayılı Kanun'da, psikolojik ve cinsel türleri de dâhil olmak üzere bu Kanunda sayılan temellerden birisine dayanılarak, insan onurunun çiğnenmesi amacını taşıyan veya böyle bir sonucu doğuran yıldırıcı, onur kırıcı, aşağılayıcı veya utandırıcı her türlü davranış olarak tanımlanmıştır.

Maddi durumu iyi olan bir öğrencinin maddi durumu kötü olan sınıf arkadaşını okul ortamında sürekli alay konusu yapması, ekonomik durumuna alaycı şekilde vurgu yapması ve onu küçük düşürmesi, yapılan hiçbir etkinliği bu kişiyi kabul etmemesi, sosyal ortamdan dışlaması buna örnek teşkil edebilecektir. Bunun gibi, etnik kökeni sebebiyle belirtilen şekilde muamelelere maruz kalan Kürt bir bireyin de taciz yoluyla ayrımcılığa maruz kaldığından bahsedilebilecektir.

AİHS'te taciz kavramına ilişkin herhangi bir özel düzenleme yer almamakla birlikte; yukarıda ayrımcılık talimatı bahsinde belirtildiği gibi kavram, bu alanla ilişkilendirilebilecek diğer haklar kapsamında değerlendirilebilecek ve Mahkeme tarafından Sözleşme'nin 14. maddesi ile birlikte ihlal edilip edilmediği yönündeki bir incelemeye konu edilebilecektir[105].

---

[102] Kitching, **Non-Discrimination In International Law: A Handbook For Practitioners** s. 21.
[103] Gül, Karan, **A.y.** Aynı yönde bkz. Korkut, **Ayrımcılık Karşıtı Hukuk**, s. 47. Korkut da tacize konu davranış yönünden kast bulunmasa dahi tacizin oluşacağı kanaatindedir.
[104] Avrupa Konseyi, **Handbook on European Non-Discrimination Law**, s. 64.
[105] Avrupa Konseyi, **Handbook on European Non-Discrimination Law,** s. 67.

1.2.2.3.4. Mağdurlaştırma

Mağdurlaştırma, ayrımcılığa uğraması üzerine şikayette bulunan, yasal yollara başvuran kişinin veya bunu yapan ayrımcılık mağdurunu destekleyen kişinin olumsuz muameleler ile karşılaşması olarak ifade edilmektedir[106]. Mağdurlaştırma, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağını da içeren şekilde, hukuki ilkelerin uygulanmasına yönelik çabalara karşı verilen olumsuz tedbir ve tepkiler olarak da tanımlanmaktadır[107]. Bu anlamda, kavramın kapsamının eşitlik ilkesini ve ayrımcılık yasağını da ihtiva eder şekilde, ancak esasen diğer hukuki ilkeleri de kapsayan geniş bir koruma getirdiği söylenebilecektir.

6701 sayılı Kanunun, ayrımcılık türlerinin sayıldığı 4. maddesinin ikinci fıkrasında, eşit muamele ilkesine uyulması veya ayrımcılığın önlenmesi amacıyla idari ya da adli süreçleri başlatan yahut bu süreçlere katılan kişiler ile bunların temsilcilerinin, bu nedenle maruz kaldıkları olumsuz muamelelerin de ayrımcılık teşkil edeceği açıkça düzenlenmiştir. Anılan Kanun'da her ne kadar mağdurlaştırma kavramı kullanılmamış ise de, düzenlemenin içerik ve özü itibariyle mağdurlaştırmanın ayrımcılık türlerinden biri olarak kabul edildiği ve yasaklandığı anlaşılmaktadır.

Ayrımcılıkla etkin şekilde mücadele için, ayrımcılığın görünüş biçimlerinden olan mağdurlaştırmanın yasaklanması da alınması gereken önlemlerdendir. Mağdurlaştırmada doğrudan veya dolaylı yoldan bir ayrımcılık davranışı bulunmamakla birlikte, burada ayrımcılığın ortaya çıkması, takibi ve cezalandırılmasını önlemeye yönelik davranışın kendisi ayrımcılık teşkil etmektedir[108]. Burada, yalnızca ayrımcılık mağduru olduğuna dair şikayette bulunan kişi değil, buna dair şikayetle bağlantılı olarak tanıklık yapan, delil sağlayan kişilerin de ayrımcılık mağduru olması riski bulunmaktadır[109]. Bu nedenle mağdurlaştırmanın yasaklanmasına yönelik olarak alınacak tedbirlerin; esasen, süreçte yer alarak

---

106 Gül/Karan, **Ayrımcılık Yasağı Eğitim Rehberi,** s. 14.
107 Kitching, **Non-Discrimination In International Law: A Handbook For Practitioners,** s. 21.
108 Korkut, **Ayrımcılık Karşıtı Hukuk**, s. 47.
109 Gül/Karan, **Ayrımcılık Yasağı Eğitim Rehberi,** s. 14.

ayrımcılığın ortaya çıkarılmasına katkı sağlayan ve bundan kaynaklı olarak ayrımcılık mağduru olma riski bulunan kişileri de kapsaması gerekmektedir[110].

Sonuç olarak; benimsenen eşitlik anlayışına bağlı olarak, aynı durumdakilere, haklı bir neden olmaksızın farklı muamele edilmesi yahut farklı durumdakilere haklı bir neden olmaksızın aynı muamele edilmesi olarak tanımlanan ayrımcılık, ayrı ayrı yer verilen bu ayrımcılık biçimleri şeklinde tezahür edebilmektedir.

1.2.3. Ayrımcılık Nedenleri

Ayrımcılık, ayrımcılığın gerçekleştirilme biçimini ifade eden ayrımcılık türleri dışında, ayrımcılık nedenlerine göre de kategorize edilebilmektedir. Buna göre, ayrımcılık cinsiyet, ırk, etnik köken, din, mezhep, dil, engellilik durumuna dayalı olarak ortaya çıkabilmektedir. Gerek ayrımcılığa karşı uluslararası sözleşmelerde, gerekse uygulamada en yaygın şekilde ayrımcılığa konu olan nedenler sayılanlar olmakla birlikte, ayrımcılık nedenleri bunlarla sınırlı değildir. Siyasi görüş, felsefi yaklaşım ve inanış, yaş, cinsel yönelim, sosyo-ekonomik durum, cinsel ve bulaşıcı hastalıklar da dahil olmak üzere sağlık durumu gibi pek çok neden ayrımcılık nedeni olarak kendini gösterebilmektedir[111].

Ayrımcılık nedenleri doğası gereği değişken ve türeyebilir niteliktedir. Toplumlardaki sosyal gelişme ve siyasi eğilim gibi değişkenlere bağlı olarak ayrımcılık nedenleri de zamana göre değişkenlik göstermektedir. Günümüzde, Avrupa'da cinsel yönelime bağlı ayrımcılıkta önemli aşamalar kaydedilmiş ve bu nedene dayalı ayrımcılık potansiyel olarak azalma göstermiştir. Bununla birlikte, AIDS/HIV gibi bulaşıcı cinsel hastalıklara bağlı ayrım yahut albinizm gibi nedenler dönemsel olarak ayrımcılığa konu olmakta, dönemsel olarak ayrımcılıkla mücadelede belirginleşen temalar değişkenlik gösterebilmektedir.

2020 yılında Çin'de başlayan ve gitgide yayılan yeni tip koronavirüs hastalığı (COVID-19), tüm dünya ülkelerini etkisi altına almış ve Dünya Sağlık Örgütü

110 Gül/Karan, **A.y.**
111 Smith, **International Human Rights Law**, s. 214.

tarafından pandemi ilan edilmesine neden olmuştur[112]. Salgın, toplumların ekonomik ve sosyal hayatında yarattığı etkinin yanı sıra, bulaşıcı bir hastalık olarak ayrımcılığın en belirgin temalarından biri haline gelmiştir. Bu süreçte, salgın ile ilişkilendirilen belirli ırk ve milliyetlerin dışlanması ve ötekileştirilmesi ile bunlara yönelik ayrımcılık ve nefret suçlarını sonuçlayabilecek davranış kalıplarının geliştirilmesine yol açmıştır. Bu anlamda, pandeminin başlangıcında salgının menşei olarak bilinen Çin halkı ve yabancılar tarafından çoğu zaman algısal olarak Çinle ilişkilendirilen diğer Uzakdoğu halklarının ötekileştirilerek farklı muameleye tabi tutulması tehlikesi ortaya çıkmıştır. Yine salgının yoğun olarak görüldüğü İtalya, İspanya gibi ülke halkları için de benzer bir tehlike oluşmuştur. Söz konusu tehlikeye karşı, BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği tarafından çeşitli uyarı ve açıklamalarda bulunulmuştur. Salgının ilerleyen safhalarında bu durum soyut bir tehlike olmaktan öteye geçmiş olup bu süreçte belirli ırk ve milliyetlere karşı ayrımcı söylem ve davranışlar geliştirildiği görülmüştür. Bu kapsamda, günlük hayatta Çinliler, İtalyanlar, Amerikalılar, İspanyollar gibi salgınla ilişkilendirilen ırk ve milliyetlere yönelik ayrımcı söylem ve davranışlar ortaya çıkmıştır. Örneğin bu süreçte bu kişilerin ırkı nedeniyle bulaşıcı hastalık taşıdığı varsayımıyla eşitliğe aykırı şekilde diğer kişilerden farklı muamele edilmesi, bu kişilerin restoranlara veya toplu taşıma araçlarına alınmaması ayrımcılığa örnek teşkil edecektir. Salgın nedeniyle belirli ırk ve milliyetlere karşı ayrımcı söylem ve davranışlar geliştirilmesinden başka, geçmişten beri daha yaygın şekilde ayrımcılık mağduru olduğu bilinen bazı ırk ve milliyetlere yönelik ayrımcılığın ise bu süreçte pekiştirildiği örnekler de yaşanmıştır. Örneğin; Fransız basınında yer bulan COVİD-19 virüsüne karşı geliştirilen aşının önce Afrikalılar üzerinde denenmesine ilişkin beyanlar bunun tipik bir örneği niteliğindedir.

Bunun gibi, yaşanan toplumsal olaylar sonucunda belirli ırk ve milletlere karşı ayrımcı söylem ve davranışlar geliştirilmesi söz konusu olabilmektedir. Rusya-Ukrayna savaşı nedeniyle başka yerde yaşayan Ruslara karşı gerçekleştirilen ayrımcı davranışlar buna örnek teşkil etmektedir. Benzer şekilde, Holokost nedeniyle milliyet

[112] Bkz. Dünya Sağlık Örgütü'nün basın açıklamaları (Çevrimiçi) WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19 - 11 March 2020 20.04.2020.

temelinde Almanlara karşı yapılan ayrımcı davranışlar aynı kapsamda örnek gösterilebilecektir.

Ayrımcılık tek nedene dayalı olarak gerçekleşebileceği gibi çoklu nedene dayalı olarak da gerçekleşebilmektedir. Bir diğer deyişle, bu durumda birden fazla ayrımcılık nedeninin ayrımcı muameleye esas teşkil etmesi söz konusudur. Bu durum öğretide "çoklu temelde ayrımcılık" olarak isimlendirilmektedir. Bu halde, kişi sahip olduğu birden fazla özellik nedeniyle ayrımcılığa maruz kalmaktadır.

6701 sayılı Kanun'da çoklu ayrımcılık olarak geçmekte olan çoklu temelde ayrımcılık, anılan Kanunun tanımları düzenleyen 2. maddesinde, ayrımcı uygulamanın birden fazla ayrımcılık temeli ile ilişkili olması durumu olarak tanımlanmıştır.

Çoklu temelde ayrımcılık örnek üzerinden somutlaştırılacak olursa; bir kişinin hem siyah hem de kadın olduğu için işe alınmadığı durumda, çoklu temelde bir ayrımcılığın varlığından söz edilecektir[113]. Müslüman bir engelli bireyin kamu hizmetlerinden yararlanırken gördüğü ayrımcı muamele, çoklu temelde ayrımcılık niteliğinde olan bir diğer örnektir. Bu durumda kişi, hem din hem engellilik temeline dayalı olarak ayrımcılığa maruz kalmaktadır.

Çoklu temelde ayrımcılık, bir kişinin tek bir olayda birden fazla temelde ayrımcılığa maruz kalması şeklinde gerçekleşebileceği gibi, bir kişinin farklı grup ve alanlarda farklı temellerde ayrımcılığa maruz kalması şeklinde de gerçekleşebilmektedir[114].

1.3. Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi İlişkisi

Ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesinin aynı ilkenin olumlu ve olumsuz görünümü olduğu doktrinde yaygın şekilde benimsenmektedir. Ayrımcılık yasaklanan ve negatif yükümlülükler getiren bir kavram iken, buna karşın eşitlik ilkesi pozitif yükümlülükler getirmektedir. Ayrımcılık yasağının eşitliğin gerçekleştirilmesini

[113] Gül/Karan, **Ayrımcılık Yasağı Eğitim Rehberi**, s.13.
[114] Gül/Karan, **A.y**; Gül/Karan, **Ayrımcılık Yasağı: Kavram, Hukuk, İzleme ve Belgelem,** s. 21.

sağlamaya yönelik olduğu düşünüldüğünde, ayrımcılık yasağının eşitlik ilkesini güvence altına alan bir alt ilke olduğu da ifade edilmektedir[115].

Ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesi arasındaki yakın ilişki AİHS'e Ek 12 No'lu Protokole ilişkin Açıklayıcı Raporda'da ele alınmış, AİHS'in ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddesinde, eşitlik ilkesi açıkça yer almasa da[116] ikisinin iç içe geçen ilkeler olduğu ifade edilmiştir[117]. Anılan raporda; eşitlik ilkesinin benzer durumlara benzer mumele edilmesi, farklı durumlara ise farklı muamele edilmesini gerektirdiği, aksi takdirde haklı ve makul bir neden bulunmadığı sürece bu durumun ayrımcılığı sonuçlayacağı belirtilmiştir.

1.4. Ulusal ve Uluslararası Hukukta Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağına İlişkin Bazı Yasal Düzenlemeler

Ulusal ve uluslararası mevzuatta eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına ilişkin pek çok yasal düzenleme mevcut olmakla birlikte, çalışmamızın kapsamı ve sınırlılığı itibariyle bunlardan yalnızca, çalışmamızın ilgili kısımlarında tanımlama ve yorum anlamında yararlanılan en temel nitelikte olan yasal düzenlemelere yer verilecektir.

1.4.1. Ulusal Mevzuatta Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı

1.4.1.1. Anayasa'da Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı

Anayasa'da eşitlik ilkesi genel esaslar bölümünde, "kanun önünde eşitlik" başlığını taşıyan 10. maddede düzenlenmiştir. Maddenin düzenlendiği bölüm de

---

[115] Karan, "Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı", **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa**, s. 460.

[116] Madde metninde açıkça yer almamakla birlikte, AİHM eşitlik ilkesini içtihatlarında sıklıkla referans almaktadır. Bkz. AİHM, "Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" v. Belçika, B. No: 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63;2126/64, 23.07.1968. ("Belçika Dil Davası"), para. 10; AİHM, Abdulaziz, Cabales ve Balkandali v. Birleşik Krallık, B. No: 9214/80; 9473/81; 9474/81, 28.05.1985. ("Abdulaziz ve diğerleri davası"), para. 78.

[117] Bkz. Explanatory Report to the Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, CETS 177, s. 3, (Çevrimiçi) https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list2?module=treaty-detail&treatynum=177. 08.10.2022.

gözetildiğinde, eşitlik ilkesinin Anayasanın tümüne ve devlete egemen bir ilke olduğu ifade edilmektedir[118].

Madde metninde, herkesin dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayrım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu hüküm altına alınmıştır. Madde; hem ayrımcılık yasağını hem genel eşitlik ilkesini bünyesinde barındırmaktadır[119].

Ayrıma esas teşkil eden nedenler maddede örnekleme yoluyla sayılmış olup ayrımcılık nedenleri sayılanlarla sınırlı değildir. Ancak madde metninde sayılan ayrımcılık nedenlerinin çekirdek alanı oluşturduğu ve bu nedenlere dayalı bir ayrımcılığın çok daha sıkı bir denetime tabi olacağı ifade edilmektedir[120].

Ayrım nedenlerinin maddede örnekleme yoluyla sayılmış olması ve sınırlı sayma ilkesinin benimsenmemiş olması yönünden madde AİHS'in ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddesi ile benzerlik göstermektedir.

Madde metninde; kadınlar, çocuklar, yaşlılar, engelliler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı sayılmayacağı hüküm altına alınarak genel eşitlik ilkesine istisna getirilmiş olup sayılan kategoriler yönünden geçici özel önlemler alınmasına cevaz verilmiştir. Zira bu durumda, anılan tedbirler, mevcut bir fiili eşitsizliğin giderilmesine yönelik olarak alındığından eşitlik ilkesine aykırı sayılmamakta, bu tedbirlerin alınmaması fiili eşitsizliğin korunması sonucunu doğurabilmektedir[121]. Söz konusu düzenleme ile

---

[118] Bülent Tanör/Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, İstanbul, Beta Yayınları, 2009, s. 111. Tanör/Yüzbaşıoğlu, 1961 Anayasası'nda temel hak ve özgürlükler bölümünde düzenlenen eşitlik ilkesinin 1982 Anayasası'nda genel esaslar bölümünde düzenlenmiş olmasının eşitliğin bir hak olduğu gerçeğini değiştirmediğini de belirtmektedir. **A.y.**

[119] Serdar Gülener, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. Maddesi Kapsamında Ayrımcılık Yasağı", **Bireysel Başvuru İncelemeleri 1**, Ed.: Musa Sağlam; Serdar Gülener; Recep Kaplan Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2013, s. 14. Gülmez, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağını aynı ilkenin olumlu ve olumsuz yönleri olarak nitelendirdiğinden, madde ile korunan değeri "ayrımcılık yasaklı eşitlik ilkesi" olarak tabir etmektedir. Bkz. Gülmez, "İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi", s. 221. Maddenin ayrımcılık yasağı, ayrıcalık yasağı ve eşitlik yükümlülüğü şeklinde üç alt ilke içerdiği yönünde bkz. Tanör/Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, s. 112.

[120] İnceoğlu, "Mahkeme Kararlarında Eşitlik İlkesi ve Ayırımcılık Yasağı", s. 49. Ayrıca, şüpheli temeller olarak tabir edilen bazı hassas kategorilere yönelik açıklamalar için bkz. çalışmamızın ikinci bölümündeki ayrımcılık kategorilerine ilişkin s. 174-175'de yer alan açıklamalar.

[121] İnceoğlu, "Mahkeme Kararlarında Eşitlik İlkesi ve Ayırımcılık Yasağı", s. 49.

eşitliğin sağlanmasına yönelik olarak alınacak bu tür tebdirlere anayasal dayanak kazandırılmıştır[122].

1.4.1.2. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı

Eşitlik ilkesi, 5327 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümler başlıklı birinci kitabının, temel ilkeler ve tanımlar başlıklı birinci bölümünde yer alan 3. maddesinde düzenlenmiştir. Adalet ve kanun önünde eşitlik ilkesi başlığını taşıyan maddenin ikinci fıkrasında; 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 ayrım yapılamayacağı ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınamayacağı hüküm altına alınmıştır.

Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, anılan maddede tanımlanmadığı gibi, Türk Ceza Kanunu'nun tanımlar başlıklı 6. maddesinde de tanımlanmamıştır. Keza ayrımcılığın tanımı, çalışmamızın üçüncü ve son bölümünde detaylı şekilde inceleyeceğimiz, Türk Ceza Kanunu'nun nefret ve ayrımcılık suçunu düzenleyen 122. maddesinde de yapılmamıştır.

Adalet ve kanun önünde eşitlik ilkesi başlığını taşıyan 3. madde, başlık itibariyle ayrımcılık yasağını içermemekle birlikte, madde metninde eşitlik ilkesinin yanı sıra ayrımcılık yasağı da açıkça yer almaktadır. Maddenin bu yönüyle Anayasa'nın eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağını düzenleyen 10. maddesi ile benzerlik gösterdiği, kanun önünde eşitlik ilkesini ve ayrıca ayrımcılığı birlikte düzenlediği anlaşılmaktadır.

Maddede ayrımcılık sebepleri sınırlı olarak sayılmamış, örnek kabilinden sayılan ayrımcılık nedenlerinden sonra "…*veya diğer toplumsal konumları yönünden" ayrımcılık yapılamaz*." şeklindeki ifade kullanılarak sayılanlar haricinde başkaca ayrımcılık nedenlerinin de madde kapsamına dahil edilmesi sağlanmıştır. Bu yönüyle

[122] Tanör/Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, s. 112.

madde hem Anayasa'nın 10. maddesi hem de AİHS'in ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddesi ile benzerlik göstermektedir.

1.4.1.3. 6701 sayılı İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı

6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun, ayrımcılıkla mücadele başlıklı ikinci bölümünde yer alan üçüncü madde, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağını düzenlemektedir. Maddenin birinci fıkrasında, herkesin hukuken tanınmış hak ve özgürlüklerden yararlanmada eşit olduğu hüküm altına alınmıştır. Maddenin devam eden iki, üç ve dördüncü fıkralarında ise ayrımcılık yasaklanmakla, ayrımcılığın tespiti, ortadan kaldırılması ve eşitliğin sağlanmasına yönelik tedbir alma yükümlülüğü öngörülmüştür. Anılan madde ile ayrıca, ayrımcılık yasağının ihlali halinde de, konuya ilişkin görev ve yetkisi bulunan kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına, ihlalin sona erdirilmesi, sonuçlarının giderilmesi, tekrarlanmasının önlenmesi, adli ve idari yoldan takibinin sağlanması amacıyla gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü yüklenmiştir.

Maddenin ikinci fıkrasında; cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hâl, sağlık durumu, engellilik ve yaş temellerine dayalı ayrımcılık yasaklanmıştır. Buna göre; ayrımcılık nedenleri maddede sınırlı olarak sayılmış olup, sayılanlar dışındaki ayrımcılık nedenleri maddenin koruma alanı dışında kalmaktadır. Bu kapsamda; örneğin, meslek veya cinsel yönelim gibi başkaca ayrımcılık nedenleri maddenin korumasından yararlanamayacaktır. Bu yönüyle madde, çalışmamızın üçüncü bölümünde inceleyeceğimiz nefret ve ayrımcılık suçuna ilişkin TCK'nın 122. maddesi ile benzerlik göstermektedir. Buna karşın ayrımcılık nedenlerinin açık uçlu olarak sayıldığı Anayasa'nın 10. maddesi, TCK'nın 3. maddesinden bu yönüyle farklılaşmaktadır.

6701 sayılı Kanunun 5. maddesi, ayrımcılık yasağının uygulama alanı ve kapsamını açıkça belirlemiş, eğitim ve öğretim, yargı, kolluk, sağlık, ulaşım, iletişim, sosyal güvenlik, sosyal hizmetler, sosyal yardım, spor, konaklama, kültür, turizm ve

benzeri hizmetlerinden yararlanan veya yararlanmak için başvuruda bulunmuş olan yahut yalnızca bu hizmetler hakkında bilgi almak isteyen kişileri koruma altına alarak bu hizmetlerin sunulması sırasında ayrımcılık yapılmasını yasaklamıştır. Yasağın muhatabı olarak ise kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri sayılmıştır. Buna göre Kanun, anılan kurum veya kişilere, sayılan hizmetleri hiçbir kimseye ayrımcılık yapmaksızın sunmalarını emretmiştir. Ayrıca, bu hizmetlerin planlanması, sunulması ve denetlenmesinden sorumlu kişilere, engelli kişilerin ihtiyaçlarını dikkate alarak makul düzenlemelerin yapılmasını sağlama yükümlülüğü yüklenmiştir.

Anılan maddede; ayrımcılık yapılması, kamu hizmetlerinin sunulmasına yönelik olarak genel şekilde yasaklanmakla birlikte, maddenin 5. fıkrasında, ayrıca taşınır ve taşınmazların kamuya açık bir şekilde sunulmasında, bu malların edinilmesinde veya kiralanmasında, kira akdinin şartlarının belirlenmesi, kira akdinin yenilenmesi veya sona erdirilmesi, satışı ve devri süreçlerinin hiçbirinde ayrımcılık yapılamayacağı da açıkça hüküm altına alınmıştır. Bu yönüyle madde, çalışmamızın üçüncü bölümünde inceleyeceğimiz TCK'nın 122. maddesindeki nefret ve ayrımcılık suçunun kanuni tanımında sayılan tipik hareketlerle benzerlik göstermektedir.

Maddenin 4. fıkrasında ise, dernek, vakıf, sendika, siyasi parti ve meslek örgütlerine, mevzuat ve tüzüklerinde öngörülen istisnalar saklı kalmak üzere, üye olma, organlarına seçilme, üyelik imkânlarından yararlanma, üyeliğin sonlandırılması ve bunların faaliyetlerine katılma ve yararlanma bakımından ayrımcılık yapılamayacağı düzenlenmiştir.

Aynı Kanun'un 6. maddesi ise, iş veya uygulamalı iş deneyimi edinmek üzere yapılan başvurularda ayrımcılık yapılmasını yasaklamaktadır. Buna göre, işe alım ve çalışmanın sona ermesi de dahil olmak üzere işle ilgili süreçlerde ayrımcılık yapılamayacaktır. Ayrıca, gebelik annelik ve çocuk bakımı sebepleriyle bir kişinin işe alımında ayrımcılık yapılamayacağı maddenin 3. fıkrasında özel olarak düzenlenmiştir. Anılan madde, serbest meslekte istihdamı kapsadığı gibi kamu kurum ve kuruluşlarındaki istihdamı da kapsamaktadır.

6701 sayılı Kanun'da ayrımcılığın tanımı, uygulama alanı, kapsamının yanı sıra, ayrımcılık iddiasının ileri sürülemeyeceği haller de Kanunun 7. maddesinde ayrıca düzenlemeye konu edilmiştir. Böylece, maddede öngörülen koşullar çerçevesindeki farklı muamelelere kanunla cevaz verilerek sayılan istisnai hallerin bu kanun kapsamında ayrımcılık olarak nitelendirilemeyeceği ve bu yöndeki bir iddiaya konu edilemeyeceği belirlenmiştir.

Madde metninde öngörülen ilk istisna istihdam ve serbest meslek alanlarında, zorunlu mesleki gerekliliklerin varlığı hâlinde amaca uygun ve orantılı olan farklı muameledir. Örneğin, özel korumalık yapacak kişiler için aranan kaslı ve heybetli fiziki görünüm veya motorlu kuryelik yapacak kişiler için aranan fiziksel engeli bulunmama koşulu bu kapsamda değerlendirilebilecektir.

Maddede sayılan bir diğer istisna; sadece belli bir cinsiyetin istihdamını zorunlu kılan durumlardır. Bu duruma; madende çalışmak üzere işçi veya evden eve nakliye işi için hamal alımına yönelik işe alımın yalnızca erkeklerle sınırlandırılması örnek teşkil edebilecektir. Zira çalışma koşulları ve yapılacak işin niteliği itibariyle bir erkeğin fiziksel dayanıklılığını gerektiren işler olduğundan, bu durumda yalnızca erkeklerin işe alınması cinsiyete dayalı ayrımcılık olarak nitelendirilemeyecektir.

Ayrımcılık iddiasının ileri sürülemeyeceği istisnai hallerden olarak sayılan bir diğer hal, işe kabul ve istihdam sürecinde, hizmetin zorunlulukları nedeniyle yaş sınırlarının belirlenmesi ve uygulanması, gereklilik ve amaçla orantılı olması şartıyla yaşa dayalı farklı muameledir. Buna örnek olarak 14 yaşından küçük çocukların işe alınmaması hali gösterilebilir. Bu durum ayrıca İş Kanunu'nun 14 yaşından küçük çocukların hiçbir surette çalıştırılamayacağını emreden 71. maddesi hükmünün gereğidir. Bir diğer örnek bir maden ocağında çalışacak işçi alımında 18 yaşını doldurmamış çocukların işe alınmaması olabilecektir. İş Kanunu hükümlerine göre çocuk işçi ve genç işçi statüsündeki çocuklar[123] kanundaki diğer sınırlamalara uygun şekilde yasaklı olmayan işlerde çalıştırılabilecekken, yer ve sualtı işlerinde ise 18

[123] Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul Ve Esasları Hakkında Yönetmelik hükümleri uyarınca genç işçi, "15 yaşını tamamlamış ancak 18 yaşını tamamlamamış kişiyi", çocuk işçi ise "14 yaşını bitirmiş, 15 yaşını doldurmamış ve ilköğretimini tamamlamış kişi" yi ifade etmektedir.

yaşından küçüklerin çalıştırılmaları yasaklandığından, bu kategorideki bir işe 18 yaşından küçük bir işçinin alınmaması ayrımcılık teşkil etmeyecektir.

Maddede sayılan bir başka istisnai hal, çocuk veya özel bir yerde tutulması gereken kişilere yönelik özel tedbirler ve koruma önlemleridir. Bir dine ait kurumda, din hizmeti veya o dine ilişkin eğitim ve öğretim vermek üzere sadece o dine mensup kişilerin istihdamı halinde de ayrımcılık iddiasının ileri sürülemeyeceği öngörülmüştür. Bu kapsamda; bir sinagoga alınacak hahamın Yahudi olmasının aranması hali ayrımcılık olarak değerlendirilemeyecektir. 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 aranması hali de maddede sayılan istisnalardandır. Tabipler Birliği'ne yalnızca hekimlerin üye olabilmesi ayrımcılık teşkil etmemektedir. Vatandaş olmayanların ülkeye giriş ve ikametlerine ilişkin şartlarından ve hukuki statülerinden kaynaklanan farklı muamele ayrımcılık teşkil etmeyecek istisnalardan olup, buna göre yabancıların taşınmaz mülk edinmesinin kanunla ayrı koşullara bağlanması ayrımcılık olarak değerlendirilemeyecektir.

Madde metninde istisna olarak sayılan son hal ise; eşitsizlikleri ortadan kaldırmaya yönelik gerekli amaca uygun ve orantılı farklı muamelenin ayrımcılık olarak addedilemeyeceğine dair istisnadır. Esasen bu halin, makul uyumlaştırma yapma veya geçici özel önlemler gibi ek tedbirleri ifade ettiği söyelenebilecek olup, bu kapsamda anılan başlıklarda yer verdiğimiz açıklamalara atıfla yetinilecektir.

İlgili durumlar için verilen örneklerde de belirtildiği gibi esasen, istisnai olarak sayılan bu hallerin çoğu, ilgili kanunlarda ayrık düzenlemeye tabi tutulmuş olup amacına uygun şekilde uygulandığı takdirde nefret saiki bulunmadığından, amacına uygun olmadığı, kötüye kullanıldığı ve saikin bulunduğu varsayımında dahi kanun hükmünün yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni kapsamında kalacağından nefret ve ayrımcılık suçu oluşmayacaktır.

1.4.2. Uluslararası Mevzuatta Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin ilk maddesi, bütün insanların haysiyet ve haklar bakımından eşit olduğunu hüküm altına almıştır. Bildirge'nin 7. madde metni şöyledir;

> *"Herkes yasa önünde eşittir ve ayrım gözetilmeksizin yasa tarafından eşit korunma hakkına sahiptir. Herkesin bu Bildiriye aykırı her türlü ayrım gözetici işlemlere ve ayrım kışkırtıcılığına karşı eşit korunma hakkı vardır."*

Söz konusu madde, herkesin kanun önünde eşit olduğunu ve fark gözetilmeksizin kanunun korumasından eşit olarak yararlanma hakkının bulunduğunu ifade etmekle, 1. maddede zikredilen eşitlik ilkesini pekiştirmiştir. Maddenin devam eden kısmında ise, Bildirge'ye aykırı her türlü ayrımcı muamelenin yasak olduğu vurgulanmakla birlikte bu tür ayrımcı muamelelere karşı korunması bağlamında herkesin eşit olduğu belirtilmiştir.

Maddenin içerik itibariyle eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağını birlikte düzenlediği, ancak herhangi bir ayrımcılık nedeni belirtmeden genel ve kapsayıcı şekilde her türlü ayrımcılığı yasakladığı anlaşılmaktadır.

Ayrımcılık yasağı AİHS'in 14. maddesinde ve ayrıca Sözleşme'ye Ek 12 No'lu Protokol'de düzenlenmiş olup, söz konusu düzenlemeler çalışmamızın ikinci bölümünde detaylı şekilde ele alındığından burada tekrar yer verilmeyecektir.

BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 26. maddesi eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağını birlikte düzenlemiş olup madde metni şöyledir;

> "*Herkes, hukuk önünde eşittir ve hiçbir ayrımcılığa tabi tutulmaksızın hukuk tarafından eşit olarak korunma hakkına sahiptir. Hukuk bu alanda her türlü ayrımcılığı yasaklar ve herkese ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal*

veya başka bir fikir, ulusal veya toplumsal köken, mülkiyet, doğum veya başka bir statü ile yapılan ayrımcılığa karşı etkili ve eşit koruma sağlar."

Ayrımcılık nedenlerinden spesifik olarak belirli bir ayrımcılık nedenini konu alan Sözleşmeler ise ayrımcılığı bu bağlamda tanımlamaktadır. BM Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına Yönelik Sözleşme, ayrımcılığı kadınlara yönelik ayrımcılık üzerinden tanımlamaktadır. Anılan Sözleşme'nin 1. maddesi ayrımcılığı şu şekilde tanımlamaktadır:

"İşbu sözleşme bağlamında; "kadınlara yönelik ayrım", kadınların, medeni durumlarına bakılmaksızın ve kadın ile erkek eşitliğine uygun şekilde politik, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni ve diğer alanlardaki insan hakları ve temel özgürlüklerinin tanınmasını, kullanılmasını ve bunlardan yararlanılmasını zorlaştıran veya ortadan kaldıran yahut bunu amaçlayan cinsiyet temelinde yapılan her türlü ayrım, dışlama, mahrum bırakma veya kısıtlamayı ifade etmektedir."

Sözleşme'nin 4. maddesi, kadınlar ile erkekler arasındaki eşitliğin fiilen gerçekleştirilmesine yönelik alınan tedbirlerin ayrımcılık olarak nitelendirilemeyeceği, ancak bu tedbirlerin doğası ve amacı gereği geçici mahiyette olduğu ve eşitlik sağlandığı takdirde bu tür tedbirlerin sona erdirilmesi gerektiğine dikkat çekmiştir. Doktrinde yaygın şekilde pozitif ayrımcılık olarak tabir edilen, ancak katıldığımız azınlıktaki yazarlarca geçici özel önlem olarak isimlendirilen müesseseye ve buna ilişkin örneklere dolaylı ayrımcılık bahsi altında yer verilmiştir.

Ayrımcılık nedenlerinden spesifik olarak belirli bir ayrımcılık nedenini konu alan ve ayrımcılığın tanımını bu ayrımcılık nedeni özelinde tanımlayan bir diğer sözleşme BM Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına Yönelik Sözleşme'dir.

Sözleşme'nin ırk ayrımcılığını tanımlayan 1. maddesinin metni şöyledir:

"İşbu Sözleşme bağlamında "ırk ayrımcılığı" politik, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni ve diğer alanlardaki insan hakları ve temel özgürlüklerinin eşit şekilde tanınmasını, kullanılmasını ve bunlardan yararlanılmasını zorlaştıran veya ortadan kaldıran yahut bunu amaçlayan, ırk, renk, soy veya ulusal ya da etnik köken temelinde yapılan her tür ayrım, dışlama, mahrum bırakma ve kısıtlama yahut ayrıcalık tanıma anlamına gelmektedir."

Engelli haklarını konu alan BM Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme, ayrımcılığı, spesifik olarak konu edindiği engelliler özelinde tanımlamış olup buna göre; Sözleşme'nin 2. maddesi ayrımcılığı şöyle tanımlamaktadır:

"İşbu Sözleşme bağlamında "engellilik temelinde ayrımcılık" politik, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni ve diğer alanlardaki insan hakları ve temel özgürlüklerin eşit şekilde tanınmasını, kullanılmasını ve bunlardan yararlanılmasını zorlaştıran veya ortadan kaldıran yahut bunu amaçlayan, engellilik temelinde yapılan her türlü ayrım, dışlama, mahrum bırakma ve kısıtlama yahut ayrıcalık tanıma anlamına gelmektedir. Söz konusu ayrımcılık, makul uyumlaştırma yapılmasının reddedilmesi de dahil olmak üzere her türlü ayrımcılığı kapsamaktadır. "

Anılan Sözleşme'nin bir diğer maddesi, taraf devletleri, engelliliğe dayalı her türlü ayrımcılığı yasaklama ve engellilerin herhangi bir ayrımcılığa karşı eşit ve etkin bir şekilde korunmasını güvence altına almakla yükümlü kılmıştır. Ayrıca taraf devletlerin, eşitliği sağlamak ve ayrımcılığı ortadan kaldırmak üzere engellilere yönelik makul düzenlemelerin yapılması için gerekli tedbirleri almasına yönelik yükümlülüğü de maddede açıkça öngörülmüştür[124]. Bu kapsamda devletlerin, engellilere yönelik ayrımcılığa yol açacak eylemlerden kaçınmak şeklindeki negatif yükümlülüğün yanı sıra, engellilerin haklarının ayrımcılığa maruz kalmaksızın eşit şekilde korunması için gerekli yasal düzenlemeleri yapmak ve ayrıca fiili eşitsizliği ortadan kaldırmak üzere makul uyumlaştırma ve geçici özel önlemler gibi ek tedbirler

[124] BM Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme, m. 5.

almak suretiyle eşitliği sağlamak şeklindeki pozitif yükümlülük altında olduğu söylenebilecektir.

1.5. Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı

Anayasa Mahkemesi, kararlarında kanun önünde eşitlik ilkesinin aynı hukuki durumda olan kişiler yönünden olduğunu, buna karşın bu ilkenin herkesin her yönden aynı kurallara tabi tutulması anlamına gelmediğini vurgulamaktadır. Aynı durumdakilerin aynı, farklı durumdakilerin ise farklı kurallara tabi tutulması halinde eşitlik ilkesinin zedelenmeyeceği ifade edilmektedir[125]. Örneğin; Anayasa Mahkemesi, Devlet Memurları Kanunu'ndaki, bir görevin memurlar eliyle yürütülmesi halinde aslolanın aylıksız vekalet olduğu yönündeki genel kurala, dolu kadrolara atananlar yönünden istisna getirilerek bu kişilere vekalet aylığı ödeneceği yönündeki düzenlemeyi eşitlik ilkesine aykırı bularak iptaline karar vermiştir[126]. Mahkeme anılan kararında, benzerler arasında benzer muamele gereğinden hareketle, dolu kadroya vekaleten atanan memurlar ile boş kadroya vekaleten atanan memurların aynı işi yaptığı halde bunlardan ilki aylığa hak kazanırken ikincisinin kazanamamasını, eşitlik ilkesine aykırı şekilde ayrım yapılması olarak nitelendirmiştir.

Anayasa Mahkemesi tarafından benimsenen, fiili değil hukuki eşitlik anlayışıdır. Anayasa Mahkemesi, eşitliğin ancak aynı durumda olanlar açısından geçerli olduğunu, "eşitlerin eşitliği" olarak ifade etmiş, buna karşın farklı durumdakilere farklı kuralların uygulanmasının eşitliği bozmayacağı hususunu ise "eşit olmayanların eşitsizliğinin eşitlik ilkesini ihlal etmeyeceği" şeklinde ifade etmiştir[127]. Benzer durumdakilere benzer muamele edilmesi gerekmekte, ancak farklı durumdakilere farklı muamele gereği doğabilmekte ve haklı bir neden bulunduğu takdirde bu durum eşitlik ilkesine aykırı kabul edilmemektedir.

[125] Bkz. AYM, 11.09.2014 T., 2013/116 E., 2014/135 K; AYM, 05.07.2012 T., 2012/11 E., 2012/104 K.; AYM, 20.09.2012 T., 2012/65 E., 2012/128 K.; AYM, 09.02.2012 T., 2010/93 E., 2012/20 K.
[126] Bkz. AYM, 11.09.2014 T., 2013/116 E., 2014/135 K.
[127] AYM, 27/09/1988 T., 1988/7 E. 1988/27 K.

Anayasa Mahkemesi eşitlik ilkesine ilişkin kararlarında, belirtilen haklı neden ölçütünü kullanmaktadır. Aynı durumdakilere farklı muamele edilmesinin yahut farklı durumdakilere aynı muamele edilmesinin eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmemesi için haklı bir nedenin varlığı aranmaktadır[128]. Kamu yararı, Anayasa Mahkemesi içtihatlarında haklı nedenlerden biri olarak sıklıkla yer almakla birlikte, Mahkeme haklı neden kavramını somut olayın özelliğine göre yorumlayan dinamik bir anlayışı benimsemiştir[129].

Anayasa Mahkemesi'nin eşitlik ilkesine aykırı bulmadığı farklı düzenlemelere örnek olarak; Cumhuriyet savcılarının kamu adına görevleri gereği açtıkları davalar ve kanun yolu başvurularının harçtan istisna tutulmasına yönelik 492 sayılı Kanunun 13. maddesini eşitlik ilkesine aykırı bulmamıştır. Burada Anayasa Mahkemesi Cumhuriyet savcıları ile kanun yoluna başvuran diğer kişilerin hukuki durumlarının eşit olmadığına dikkat çekerek, harçtan istisna tutulmasına yönelik düzenlemenin eşitlik ilkesine aykırı olmadığını tespit etmiştir[130]. Yine Anayasa Mahkemesi'nin eşitlik ilkesine aykırı bulmadığı bir diğer farklı düzenleme, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 355. maddesinde yer alan düzenlemedir. Anayasa Mahkemesi, maddede belirtilen sürelerde beyanname verenler ile bu sürelerden sonra beyannamesini elektronik ortamda verenler yönünden öngörülen cezalar arasında orantısızlık bulunduğu ve bu durumun eşitlik ilkesine aykırı olduğu iddiasıyla yapılan başvuruyu, kuralın Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine aykırı olmadığı yönünde karara bağlamıştır[131].

Anayasa Mahkemesi, fuhşu meslek edinen kadınlara yönelik olarak gerçekleştirilen cinsel suçların daha hafif ceza yaptırımına tabi tutulmasını Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırı bulmamış ve mağdurun özel durumunu farklı muameleye esas teşkil eden haklı neden olarak değerlendirmiştir[132]. Kanaatimizce, anılan karar eşitlik ilkesi, ayrımcılık yasağı, insan onuru gibi hukukun genel ilkeleri

[128] AYM, 17.05.2012 T., 2011/37 E., 2012/69 K.
[129] Gülener, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. Maddesi Kapsamında Ayrımcılık Yasağı", s. 210.
[130] AYM, 01.11.2012 T., 2011/64 E., 2012/168 K.
[131] AYM, 13.01.2011, 2009/21 E., 2011/16 K.
[132] AYM, 12.01.1989 1988/4 E., 1989/3 K.

ile bağdaşmayan niteliktedir. Zira; cinsel suçlar, cinsel dokunulmazlığı koruma altına alan ve buna yönelik eylemleri yaptırıma tabi tutan suçlar olup, fuhşu meslek edinen bir kişiye yönelik işlenen cinsel suçlar yönünden daha hafif yaptırım öngörülmesi, fuhşu meslek edinen kişilerin cinsel dokunulmazlığının daha az korunmaya layık olduğu yahut buna yönelik bir saldırının daha az zarar doğurduğu ve daha hafif yaptırımı hakettiği yönünde bir anlayışı ifade edecektir; ki bu insan hakları bağlamında kabul edilemez bir yaklaşımdır. Anılan karar, benzer gerekçelerle doktrinde de eleştirilmiş[133] olup karara konu olan ve AYM tarafından eşitlik ilkesine aykırı bulunmayan düzenlemede, sonraki süreçte yasal değişiklik yapılarak insan hakları hukukuna aykırı olan bu yaklaşım biçimi değiştirilmiştir.

1.6. Nefret Söylemi ve Nefret Suçu Kavramları

Nefret kavramının sözlük anlamı "bir kimsenin kötülüğünü, mutsuzluğunu istemeye yönelik duygu" veya "tiksinme, tiksinti"dir[134]. Nefret söylemi ve nefret suçu kavramları ilişkili ancak farklı kavramlardır. Nefret suçu ceza kanunlarında düzenlenen suç kategorilerinden iken nefret söylemi, ifade özgürlüğü ile bağlantılı olarak ele alınmaktadır[135].

Söz konusu iki kavram yönünden de uzlaşı sağlanan bir tanım mevcut olmayıp, bu kavramlara yer veren pek çok ulusal ve uluslararası düzenleme kendi tanımını ortaya koymaktadır. Her iki kavram da aşağıda ayrı ayrı incelenecektir.

1.6.1. Nefret Söylemi

1.6.1.1. Genel Olarak

Nefret söylemi kavramı, yaygın bir kavram olmakla birlikte genelgeçer bir tanımı bulunmamaktadır[136]. Bununla birlikte; nefret söylemi, devletlerin büyük

---

133 Bkz. Tanör/Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, s. 113; Aliefendioğlu, "Eşitlik İlkesi", s. 89.

134 Türk Dil Kurumu Sözlüğü, (Çevrimiçi), https://www.tdk.gov.tr/, 01.03.2021.

135 Serra Karadeniz, Nefret Söylemi Kapsamında Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu, İstanbul, 2012, (Yayınlanmamış yüksek lisans tezi), Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 209.

136 Farklı uluslararası koruma mekanizmaları bağlamında nefret söylemine dair genel yaklaşımlar için bkz. Anne Weber, **Nefret Söylemi El Kitabı**, Çev. Metin Çulhaoğlu, Strazburg, Avrupa Konseyi Yayınları, 2009, s. 7-18. Nefret söyleminin doktrindeki farklı tanımları için bkz. Aras Türay, "Nefret

çoğunluğunun iç hukuklarında getirdikleri yasal düzenlemeler ile yasakladığı bir davranış yahut ifade biçimidir. Nefret söylemi, nefret suçuna giden sürecin ön safhası olarak da ifade edilmektedir[137]. Bir diğer deyişle, nefret söylemi nefret suçlarının oluşumuna zemin hazırlayan, önce gelen aşamadır.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi nefret söylemini; *"ırkçı nefreti, yabancı düşmanlığını, antisemitizm veya hoşgörüsüzlükle ifade edilen saldırgan milliyetçilik, ırkçılık, ayrımcılık, azınlıklara, göçmenlere ve göçmen kökenli insanlara düşmanlık da dahil olmak üzere hoşgörüsüzlüğe dayalı diğer nefret biçimlerini yayan, teşvik eden, savunan ya da haklı gösteren her türlü ifade biçimi"* şeklinde tanımlamaktadır[138].

AİHM kararlarında ise nefret söyleminin "*dinsel hoşgörüsüzlük de dahil olmak üzere yalnızca hoşgörüsüzlüğe dayalı nefreti yayan, kışkırtan, teşvik eden veya meşrulaştıran her türlü ifade biçimi*" olarak değerlendirildiği görülmektedir[139].

Nefret söylemi ile ötekileştirilen belirli bir grup yahut bu gruba mensup kişiler hedef alınmaktadır. AİHM'in belirtilen yorumundan hareketle ve hedef kitlenin de tanıma dahil edilmesi ile; nefret söylemi, "ötekileştirilen belirli bir gruba yönelik hoşgörüsüzlüğe dayalı nefreti yayan, kışkırtan, teşvik eden veya meşrulaştıran her türlü ifade biçimi" olarak tanımlanabilecektir**.**

Nefret söylemi bağlamında hedef alınan grup değişkenlik gösterebilmektedir. Bu kapsamda; dini nedenlere dayalı bir nefrette, farklı dine mensup yahut azınlık dine mensup kişiler hedef alınırken, etnik kökene dayalı nefret söyleminde hedef alınan, farklı etnik kökenden olan kişilerdir. Buna göre; nefret söylemi bakımından dil, din,

---

Söylemi ve İfade Özgürlüğü Arasındaki İlişkiye Yönelik Görüşlerin Kısa Bir Değerlendirmesi", **Suç ve Ceza: Ceza Hukuku Dergisi,** S:2, 2018, s. 140-143.

[137] Timur Demirbaş, "Nefret Söylemi ve Nefret Suçları", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:XIX, S:3, 2017, s. 2695. Aynı doğrultuda, nefret söyleminin nefret suçlarına zemin hazırladığı yönünde ve buna ilişkin olarak toplumsal olaylardan örnekler için bkz. Türay, "Nefret Söylemi ve İfade Özgürlüğü Arasındaki İlişki", s. 150-151.

[138] Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 1997 tarihli R (97) 20 sayılı Tavsiye Kararı, (Çevrimiçi) http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/doc/cm/rec(1997)020&expmem_EN.asp. 01.03.2021.

[139] Bkz. Gündüz v. Türkiye, B. No: 35071/97, 14.06.2004, para. 40 ("Gündüz Davası"); AİHM, Erbakan v. Türkiye, B. No: 59405/00, 06.07.2006, para. 56. ("Erbakan Davası").

ırk, etnik köken ve başkaca özellikler nefret söyleminin temelini teşkil edebilecek ve bu özellikleri taşıyan kişiler nefret söylemine maruz kalan kişi yahut kişi gruplarını oluşturacaktır. Nefret söylemi, ırk, dil, din, renk, etnik köken, cinsiyet, yaş, engellilik gibi temellere dayanmaktadır. Sayılan özellikler, nefret ve önyargının en yaygın şekilde hedefi olan özellikler olmakla birlikte benzer başkaca özelliklerin de bu kapsamda değerlendirilmesi mümkündür.

Nefret söylemi kavramı benzer bazı kavramlarla karıştırılabilmektedir. Bazı ifade biçimleri bir gruba yönelik hoşnutsuzluk içermekle birlikte ilk bakışta göze çarpacak kadar açık bir kötüleyici veya aşağılayıcılık içermeyebilmekte, nefret söylemi niteliğinde olmayabilmektedir. Bu nedenle nefret söyleminin kavramsal olarak ortaya konulması için belirli ölçütlerden yararlanılması gerekmektedir[140]. Buna göre, nefret söylemi belirleyici üç unsur içermektedir[141]. İlk olarak, nefret söylemi belirli karakteristik özellikleri taşıyan, bu özellikleri ile diğerlerinden ayırt edilebilir ve farklı durumda olan, özellikle de bu özellikleri nedeniyle alışılmışın dışında olan ve sorgulanan kişi ya da kişileri hedef almaktadır. İkinci olarak, anılan özellikler açıkça veya dolaylı şekilde olumsuz addedilerek belirli özellikleri nedeniyle hedef alınan grup damgalanmaktadır. Damgalanan grup üyelerinin, kurtulunması gerekli olarak değerlendirilen söz konusu özellikleri, kişilerin doğasında mevcut ve değişmez nitelikte ise damgalanan grup üyeleri tamamıyla kınama ve dışlamaya maruz bırakılmakta; şayet bu özellikler değiştirilebilir nitelikte ise, grup üyeleri, ancak söz konusu özelliklerden kurtulunması halinde kabul görecekleri yönünde bir yaklaşımla karşı karşıya bırakılmaktadır. Son olarak nefret söyleminin hedefi olan kişi veya gruplara düşmanca yaklaşılmakta, bu kişiler normal sosyal ilişkilerin dışında tutulmakta, istenmeyen unsur muamelesi görmektedir[142]. Bahsolunan unsurlardan hareketle; bir kişinin katillerin hepsinin hapsedilmesini veya idam edilmesini istediğini söylediği varsayımında, anılan söylem nefret söylemini oluşturmayacaktır. Zira belirli

---

[140] Bhikhu Parekh, "Hate speech: Is there a case for banning?", **Public Policy Research,** C: XII, S: 4, 2006, s. 214.

[141] Parekh, **A.y.**; Bhikhu Parekh**,** "Is There a Case For Banning Hate Speech"**, The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses,** Cambridge, Cambridge University Press, 2012, s. 40-41. Aynı yönde bkz. Türay, "Nefret Söylemi ve İfade Özgürlüğü Arasındaki İlişki", s. 142-143.

[142] Parekh, "Hate speech", s. 214; Parekh**,** "Is There a Case For Banning Hate Speech"**,** s. 40-41.

ve ayrık özellikleri nedeniyle spesifik bir grubu hedef almayan ve öldürme suçunu işleyen insanlara yönelik olarak, onlarda bulunan özellikler nedeniyle değil davranışları ile yol açtıkları sonuçlar nedeniyle bir yargı içermekte olup, eyleme davet etmemekte, belirli bir uygulamayı savunmaktadır[143].

Nefret söylemine ilişkin olarak dikkat edilmesi gereken noktalardan biri, nefret söyleminin her zaman şiddetle sonuçlanmayabileceğidir. Nefret söylemi, doğası gereği şiddet ve yok etme meylini içermektedir. Ancak burada esas alınması gereken bir kişi ya da gruba yönelik söylemin içeriğidir, bunun sonucunun şiddet olmaması vuku bulanı nefret söylemi olarak tanımlamaya engel teşkil etmeyecektir[144].

Nefret söylemi, kural olarak bizatihi suç teşkil etmemektedir, meğerki ilgili ülke mevzuatında ayrıca suç olarak düzenlenmiş olsun. Zira, nefret söylemi bazı ülke mevzuatlarında suç olarak düzenlenmiştir[145]. Örneğin; İngiltere, Kanada, Fransa, Danimarka, Almanya, Yeni Zelanda nefret söylemini suç olarak düzenleyen ülkelerdendir[146].

Nefret söyleminin ifade özgürlüğü ile ilişkisini ayrı bir başlık altında incelediğimizden ve bu başlık altında nefret söyleminin öncelikle kavramsal olarak tanım ve içeriğini ortaya koymaya çalıştığımızdan, ifade özgürlüğü ile ilişkisi bakımından ilgili başlık altında yaptığımız açıklamalara atıfla yetinilecektir[147]. Ancak burada, şu hususa değinmekte yarar vardır. Nefret söyleminin suç olarak düzenlenmesi, bu kavramı ifade özgürlüğü kapsamında değerlendiren bazı yazarlarca eleştirilmektedir[148]. Bu kapsamda öğretide, nefret söyleminin suç olarak düzenlenmesinde birtakım yapısal kusurlar olduğu ileri sürülmüştür[149]. Buna göre;

---

143 Parekh, "Is There a Case For Banning Hate Speech", s. 40.

144 Parekh, "Hate speech", s. 214.

145 Nefret söyleminin suç olarak düzenlenmesini eleştiren bir çalışma için bkz. Cennet Uslu, "Nefret Söylemi Suçu Versus İfade Hürriyeti", **Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, S:38, 2013, ss. 185-202.

146 Jeremy Waldron, "Dignity and Defamation: The Visibility of Hate", **Harvard Law Review**, C:CXX, 2009, s. 1597.

147 Nefret söylemi ile ifade özgürlüğü ilişkisi hakkında, çalışmamızın 1.6.2.3. "nefret söylemi ile ifade özgürlüğü ilişkisi" başlığı altındaki açıklamalar için bkz. s. 48 vd.

148 Uslu, nefret söylemini ifade özgürlüğü kapsamında değerlendiren yazarlardandır. Bkz. Uslu, "Nefret Söylemi Suçu Versus İfade Hürriyeti".

149 Uslu, **A.e**., s. 190-193.

nefret söyleminin suç olarak düzenlenmesindeki ilk yapısal kusur, mağdurun belirsizliğidir. Nefret söyleminde, mağdurun kim ya da kimler olduğunun tespitinin mümkün olmayıp belirli bir zarara maruz kalan bir kişi gösterilemediği savunulmaktadır. İkinci olarak, nefret söylemi yönünden edim ve zarar arasındaki illiyet bağının koparılması nefret söyleminin suç olarak düzenlenmesini engelleyen bir unsur olarak ileri sürülmektedir. Buna göre, nefret söylemi bakımından zararın mevcut olduğu varsayımıyla hareket edilmesinin yanlış olduğu, ayrıca söz konusu zararın mevcudiyeti, miktarı ve zarar ile nefret söylemi arasındaki ilişkinin tespitinin imkansız olduğu ifade edilmektedir. Nefret söyleminin suç olarak düzenlenmesindeki son yapısal kusur olarak ise suçun kanıtlanabilirliği sorunsalı gösterilmektedir. Zararın varlığının aranmamasının suçun kanıtlanmasını failin saiki ve niyeti ile mağdurun algısına bağlı kıldığı, bu durumda ise suçun varlığının kanıtlanmasının son derece subjektif, tartışmalı ve hatta keyfi olacağı belirtilmektedir[150].

Öğretide ileri sürülen, bahsolunan yapısal kusurlara katılmadığımızı ifade etmemiz gerekmektedir. Öncelikle, mağdurun belirsizliği hususu bir eylemin suç olarak nitelendirilmesini engelleyen bir unsur değildir. Zira ceza hukuku sistemimizde mağduru belirli bir kişi olmayan suçlar kategorisi mevcut olup, ceza kanunumuzda topluma karşı suçlar olarak kategorize edilen suç tipleri dahi mağduru belirli bir kişi olmayan suçların varlığına delalettir. İkinci olarak, zararın suçun zorunlu bir unsuru olmadığını belirtmemiz gerekmektedir. Zarar, yalnızca zarar suçları bakımından zorunlu bir unsurdur, buna karşın diğer suç türleri yönünden suçun oluşup oluşmadığının tespitinde zarar ölçütünü benimsemek doğru olmayacaktır. Nitekim, nefret söyleminin suç olarak düzenlendiği varsayımında; suç, niteliği itibariyle bir zarar suçu değil tehlike suçu olacaktır. Burada, nefret söylemine maruz kalan kişinin bir zarara uğrayıp uğramamasının suçun oluşması bakımından herhangi bir etkisi yoktur. Bu durum, nefret söyleminin doğasının tehlike suçları ile örtüştüğünü ve suçun oluşması için zarar doğması gerekmediği yönündeki görüşümüzü destekler niteliktedir. Son olarak, nefret söyleminin ispatında yaşanan güçlüklerin varlığını

[150] Uslu, "Nefret Söylemi Suçu Versus İfade Hürriyeti", s. 190-192.

kabul etmekle birlikte, söz konusu güçlüğün ispata ilişkin bir sorun olup suçun oluşup oluşmayacağını belirleyen bir husus olmadığı kanaatindeyiz.

Öğretide, nefret söyleminin suç olarak düzenlenmesine yönelik bahsi geçen yapısal kusurların yanı sıra birtakım argümantatif kusurların varlığından da bahsedilmektedir. Bu kapsamda, iyi olmaya zorlamak veya nefret edilmeme hakkı, farklılıkları ve çatışmaları reddetmek, amaçlananın tersi sonuçlar üretmek argümantatif kusurlar olarak ifade edilmiş ve eleştiri nedeni yapılmıştır[151]. Bu görüş çerçevesinde argümantatif kusur olarak sayılan başlıklardan ilkine ilişkin olarak; bireylerin özgür olmasının bizzat kendilerinin dilediği gibi olmasını ifade ettiği ve bunun doğru olanı yapmak kadar yanlış olanı yapma hakkını da kapsadığı belirtilmektedir. Buna göre, ifade özgürlüğünün amacı sadece doğru ve uygun olanı korumaktan ibaret değildir. Bu nedenle, nefret söyleminin suç olarak tanımlanması ifade özgürlüğünü tehdit eden bir yaklaşım olarak değerlendirilmektedir. Bu bağlamda dayanılan bir diğer gerekçe, ifade özgürlüğüne bir sınır getirilecekse bunun makul ve meşru bir gerekçesi olması gerektiği, ifade özgürlüğünün nefret söylemine yönelik olarak sınırlandırılabilmesi için bireylerin nefret edilmeme gibi bir hakkının mevcudiyetinden söz edilmesi gerektiğidir. Nefret söylemini ifade özgürlüğünün koruma alanı dışında tutmanın, insanlar arasındaki farklılıkları ve bu farklılıklardan doğan çatışmaları yok saymak anlamına geldiği ileri sürülmektedir. Nefret söyleminin yasaklanmasında eleştirilen bir diğer husus; yasaklama ile bu tür fikir, inanç, önyargıların benimsenmesini ve yaygınlaşmasını azaltmak amaçlanırken, yasaklamanın bunun tam aksi yönde sonuçlar doğurabileceği, ayrıca kendini barışçıl şekilde ifade edemeyen insanların bunun sonucunda şiddete başvurmasının muhtemel olduğudur[152].

Öğretide ileri sürülen bahsolunan argümantatif kusurlara da katılmadığımızı ifade etmemiz gerekmektedir. Öncelikle bireyin kendi istediği şekilde olmak ve yanlış olanı yapmak konusundaki seçim ve davranışlarının, bir başka kişinin hak ve özgürlüklerine zarar verebileceği noktada sınırlandırılması toplumsal yaşamın ve hukuk düzeninin gereğidir. Diğer tüm hak ve özgürlükler gibi, ifade özgürlüğü de

[151] Uslu, "Nefret Söylemi Suçu Versus İfade Hürriyeti", s. 193-197.
[152] Uslu, **A.y.**

belirli sınırlamalara[153] tabi olup, başkalarının saygınlığı ve haklarının korunması da ifade özgürlüğünün AİHS'in 10. maddesinde sayılan sınırlama nedenleri arasında yer almaktadır. Demokratik toplumlarda dahi, ifade özgürlüğünün sınırları olmayan bir alan olarak kabul edilmesi mümkün değildir[154]. Bir diğer argüman, söz konusu sınırlandırmanın dayanağını nefret edilmeme olarak tabir edilen hakkın mevcudiyetine bağlıyor ise de, burada ifade özgürlüğüne yönelik sınırlamalar, meşruiyetini esasen, hukukun genel ilkelerinden olan eşitlik ilkesi ve onun alt ilkesi olarak ayrımcılık yasağının sağladığı kişinin ayrımcılığa maruz kalmama hakkı ile ortaya çıkan haklar çatışmasından almaktadır. Son olarak, zararlı sonuçlara gebe bir eylemin, yasaklanması halinde başkaca zararlı sonuçlar doğurması riskinden bahisle, nefret söyleminin yasaklanmaması gerektiğini ileri süren argümana da katılmıyoruz. Zira zararlı sonuçlar doğmadan önce kural koymak suretiyle önlem alma ve hatta yaptırım öngörülmesi hukuk düzeninin temel fonksiyonlarındandır. Kaldı ki, zarar perspektifinden bakılacak olursa, nefret söyleminin sınırlandırılmaması halinde farklılıklara saygı, hoşgörü ve toplumsal barışın sağlanamaması gibi toplumsal yaşamda meydana gelmesi muhtemel etkiler çok daha zararlı sonuçlar doğurabilecektir. Sonuç olarak nefret söyleminin suç olarak düzenlenmesinde karşılaşılabilecek güçlükler olduğunu kabul etmekle birlikte, ileri sürülen bahsolunan argümantatif ve yapısal kusurların isabetli olmadığı kanaatindeyiz.

1.6.1.2. Nefret Söylemi ile İfade Özgürlüğü İlişkisi

İfade özgürlüğü demokratik bir toplumun temel unsurlarından biri[155] olup mikro perspektiften bakıldığında bireylerin, makro perspektiften bakıldığında ise toplumların gelişimi için hayati önem taşıyan bir hak ve özgürlüktür. AİHM kararlarında, ifade özgürlüğünün bireylerin gelişimi ve demokratik toplumların ilerlemesi için zorunlu olduğu açıkça ifade edilmektedir[156].

---

[153] AİHS bağlamında ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamalar Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrasında açıkça düzenlenmiştir.

[154] Aras Türay, **Nefret Söylemi Bağlamında Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2016, s. 81. Aynı doğrultuda bkz. Uğur Ersoy, "Çağımızın Pandemisi: Nefret Suçları, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, C:IX, S:35, 2018, s. 148.

[155] AİHM, Handyside v. Birleşik Krallık, B. No:5493/72, 07.12.1976, para. 49. ("Handyside Davası")

[156] Bkz. AİHM, Skalka v. Polonya, B.No:43425/98, 27.05.2003. . ("Skalka Davası")

İfade özgürlüğü bilgi ve fikir edinme ile ifadeyi açıklama özgürlüğünü bünyesinde barındırmaktadır. Burada, ifade edilmesi güvence altına alınan, yalnızca lehte yahut zararsız görülen, sıradan düşünceler değil aynı zamanda çarpıcı, rahatsız edici, aleyhte değerlendirilen haber ve düşüncelerdir[157].

İfade özgürlüğünün kullanımı belirli ilke ve koşullara tabidir. Zira, ifade özgürlüğü mutlak ve sınırsız bir hak olmayıp sınırlandırılabilir niteliktedir. İfade özgürlüğüne yönelik sınırlama nedenleri AİHS'in 10. maddesinin 2. fıkrası ile öngörülmüştür. İfade özgürlüğünün sınırlama koşullarına özet olarak yer verecek olursak; sınırlamanın kanunla getirilmiş olması, sınırlama ile getirilen meşru amaca yönelik olması, demokratik bir toplumda gerekli olması, hedeflenen amaca ulaşmada orantılı olması gerekmektedir[158].

İfade özgürlüğü ile korunan, düşüncenin kendisi olup niteliği itibariyle kişiye, zamana ve yere göre değişken ve görece bir kavram olması keyfilik riskini beraberinde getirmektedir. Söz konusu tehlike dikkate alındığında, ifade özgürlüğüne yönelik sınırlamaların titizlikle ele alınması, Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen sınırlamaların dar ve katı bir şekilde yorumlanması gerekmektedir. Devletlerin ifade özgürlüğünün gerçekleştirilmesine yönelik olarak, hem pozitif hem negatif yükümlülükleri söz konusudur. Buna göre, Devletler ifade özgürlüğünün ihlalini sonuçlayacak müdahalelerden kaçınmak şeklindeki negatif yükümlülüğün yanı sıra, ifade özgürlüğünün kullanılması ve korunması için uygun ve ortam ve koşulları sağlamak pozitif yükümlülüğü altındadır[159].

Nefret söyleminin ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususu doktrinde tartışmalıdır. Bir görüş, nefret söyleminin ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini savunurken, aksi yöndeki görüş ise nefret söyleminin ifade özgürlüğünün koruma alanına dahil olmadığını ileri

---

[157] Bkz. AİHM, Handyside Davası, para. 49; Lingens v. Avusturya, B. No: 9815/82, 08.07.1986, para. 41; AİHM, Jersild v. Danimarka, B. No:15890/89, 23.09.1994, para. 37. ("Jersild Davası")

[158] AİHS ışığında ifade özgürlüğü kısıtlamalarına ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. Özcan Özbey, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları", **TBB Dergisi,** S:106, 2013.

[159] Özbey, **A.e**., s. 46; Ersoy, "Çağımızın Pandemisi: Nefret Suçları, s. 149.

sürmektedir[160]. Bu hususa ilişkin üçüncü görüş ise karma teori olarak isimlendirilmekte olup, nefret söyleminin ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin toplum yapısına göre belirlenmesi gerektiğini ifade etmektedir[161]. Buna göre; köklü, istikrarlı ve başarılı demokrasilerde nefret söyleminin hukuki yollarla sınırlanması ihtiyacı bulunmadığı ve ifade özgürlüğünün korumasından yararlanabileceği değerlendirilirken, böyle olmayan toplumlarda ise bu tür söylemlerin sınırlandırılması gerektiği ve ifade özgürlüğünün koruma alanının dışında tutulması gerektiği değerlendirilmektedir[162].

Nefret söyleminin ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilemeyeceği yönündeki görüş, doktrinde yaygın şekilde kabul görmüş durumdadır[163]. Kanaatimizce; nefret söylemi, gerek doğası, niteliği ve etkisi itibarıyla, gerekse hukukun genel ilkelerinden olan eşitlik ilkesi ile çatışma halinde olduğu gözetildiğinde ifade özgürlüğünün koruma alanı dışında değerlendirilmesi gereken bir olgudur.

Nefret söyleminin ifade özgürlüğünün koruma alanının dışında kaldığı yönündeki görüş iki şekilde gerekçelendirilmektedir. Bunlardan ilki, nefret söyleminin hakkın kötüye kullanımı niteliğinde olduğudur, ki hukuk düzeni hakkın kötüye kullanımını korumayacaktır[164]. İkinci dayanak noktası olarak ise, nefret söylemi ile diğer hak ve özgürlüklerin çatışması nedeniyle nefret söyleminin sınırlandırılması gerektiği ifade edilmektedir[165].

---

[160] Her iki yöndeki görüşler ve bunlara ilişkin kapsamlı açıklamalar için bkz. Türay, "Nefret Söylemi ve İfade Özgürlüğü Arasındaki İlişki".

[161] Eric Heinze, "Towards a Legal Concept of Hatred: Democracy, Ontology, and the Limits of Deconstruction", **Hate, Politics and Law, Ed.** T. Brudholm, B. Johanssen, Oxford University Press, 2016, s. 97-98. Karma teoriye ilişkin değerlendirmeler için ayrıca bkz. Türay, "Nefret Söylemi ve İfade Özgürlüğü Arasındaki İlişki", s. 152-153.

[162] Heinze, **A.y.** Heinze, gelişmiş demokrasilerde çoğulculuğun ve bireysel ve toplumsal farkındalığın nefret söyleminin karşıtı görüşlerin üretilmesi ve nefret söyleminde bulunan kişi veya gruplarla araya mesafe konulması yoluyla gerekli korumanın sağlanacağı, ancak gelişmiş demokrasinin olmadığı toplumlarda ise bu korumanın kendiliğinden sağlanamayacağı ve bu tür söylemlerin tehlikeli sonuçlar doğurabileceği gerekçesiyle hukuki bir müdahalenin zorunlu olduğunu ifade etmektedir.

[163] Demirbaş, "Nefret Söylemi ve Nefret Suçları", s. 2695; Türay, "Nefret Söylemi ve İfade Özgürlüğü Arasındaki İlişki", s. 147.

[164] Hukukun genel ilkelerinden olan söz konusu ilke, AİHS'in 17. maddesinde ayrıca ve açıkça düzenleme bulmuş ve Sözleşmeden doğan hakların kötüye kullanımının korunmayacağı anılan maddede hüküm altına alınmıştır.

[165] Türay, **Nefret Söylemi Bağlamında Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu**, s. 40 vd.; Demirbaş, "Nefret Söylemi ve Nefret Suçları", s. 2695. Nefret söyleminin sınırlandırılmasında, sınırlamanın

AİHM'e göre, diğer bireylerin saygınlık ve haklarının korunması ifade özgürlüğünün sınırını teşkil etmektedir[166], ki bu noktada nefret söylemi ifade özgürlüğünün kapsamı dışında tutulmakta ve onun koruma alanından yararlanamamaktadır. AİHM'in nefret söylemi ve ifade özgürlüğü ilişkisine yönelik yaklaşımı[167], incelemeye konu ifadeleri nefret söylemi olarak nitelendirip nitelendirmediğine göre değişkenlik göstermektedir. AİHM'in, nefret söylemi olduğu ileri sürülen ifadeleri nefret söylemi olarak nitelendirdiği ve ifade özgürlüğünün kapsamı dışında kaldığı sonucuna ulaştığı içtihatları[168] bulunmakla birlikte, bunları nefret söylemi olarak nitelendirmediği ve ifade özgürlüğünün koruma alanında değerlendirdiği içtihatları[169] da mevcuttur. AİHM'in bu noktada, Sözleşme'nin 17.

subjektifliği nedeniyle karşılaşılabilecek güçlükler hakkında bkz. Türay, "Nefret Söylemi ve İfade Özgürlüğü Arasındaki İlişki", s. 149-150.

166 Bkz. AİHM, Jersild Davası, para. 31.

167 İfade özgürlüğünün kapsamı ve AİHM'in inceleme yöntemine ilişkin olarak bkz. Weber, **Nefret Söylemi El Kitabı**. AİHM'in nefret suçlarına ve nefret söylemine yaklaşımı için ayrıca bkz. Ersoy, "Çağımızın Pandemisi: Nefret Suçları", s. 147-155.

168 AİHM başvuruya konu ifadeleri nefret söylemi olarak kabul ettiği ve ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirmediği bir karar örneği için bkz. AİHM, Gündüz Davası, para. 40-41. AİHM'in homoseksüeller hakkında, homoseksüelliğini sapkın bir cinsel eğilim olduğu, toplumun özünde ahlaken yıkıcı bir etkiye sahip olduğu ve HIV virüsü ile AIDS hastalığının en temel nedenlerinden biri olduğu yönünde ifadeler içeren el ilanları dağıtan başvurucuların ulusal hukukta cezai yaptırıma tabi tutulmasının ifade özgürlüğünü ihlal etmediği ve sonuç olarak nefret söylemini ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirmediği bir diğer karar örneği için bkz. AİHM, Vejdeland ve diğerleri v. İsveç, B. No: 1813/07, 09.05.2012. AİHM anılan kararda, homoseksüeller hakkında el ilanlarındaki ifadelerin doğrudan nefrete dayalı şiddet eylemlerine çağrıda bulunmadığı ancak ciddi ve önyargılı iddialar içerdiğine, nefret suçuna teşviğin yalnızca şiddet eylemlerine veya başkaca suç oluşturan eylemlere çağrı yoluyla değil, kişilerin şahsını aşağılama ve hakaret veya toplumun belirli bir kesimiyle alay eden veya onları karalayan yoluyla da gerçekleşebileceğine, belirtilen nitelikteki söylemlerin ifade özgürlüğünün sorumsuz şekilde kullanımı anlamına gelip bununla mücadele için yetkili otoritelerce gerekli tedbirlerin alınması gerektiğine dikkat çekmiştir. Bkz. para. 54-55.

169 Nefret söylemi olduğu iddia edilen ifadelerin AİHM tarafından, nefret söylemi olarak nitelendirilmediği ve ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirildiği bir karar örneği için bkz. AİHM, Perinçek v. İsviçre, B. No:27510/08, 15.10.2015.("Perinçek Davası") Mahkeme, Perinçek Davasında özetle; başvurucunun katıldığı konferanslarda, "Osmanlı İmparatorluğu tarafından 1915 ve sonrasında Ermeni halkına karşı gerçekleştirilen bir soykırım bulunmadığı, bunun uluslararası bir yalan olduğu" yönündeki açıklamalarının nefret söylemi teşkil etmeyeceği ve ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, başvurucunun ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gereken anılan ifadeler nedeniyle cezai yaptırıma tabi tutulmasının ifade özgürlüğünü ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır. AİHM değerlendirmesinde; başvurucunun açıklamalarının kamuoyunu ilgilendiren bir hususa ilişkin olması, nefret veya hoşgörüsüzlüğe davet niteliğinde olmaması, söz konusu açıklamaların yer ve zaman bağlamındaki özellikleri, daha somut olarak ifade etmek gerekirse başvurucunun açıklamalarının Türkiye'de bulunan yahut İsviçre'de bulunan Ermenileri tehlikeye düşürmemesi ve taraflar arasında buna dair mevcut bir gerilim olmayışı, İsviçre'nin bu tür açıklamaları suç saymasını gerektiren ve uluslararası hukuktan doğan herhangi bir yükümlülüğünün olmayışı gibi hususları dikkate almıştır. AİHM tüm bu nedenlerle, başvurucunun İsviçre'de kabul gören görüşlerin aksi yöndeki söylemleri nedeniyle ulusal mahkemelerce hakkında mahkumiyet kararı verilmesini, ifade özgürlüğüne demokratik bir

maddesinde düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağını ölçüt olarak benimsediği söylenebilecektir. Buna göre; AİHM'in, Holokostun reddi veya bunun gibi bireysel ölçekte olmayan ve belirli bir ırk, milliyet veya başkaca bir özellik temelindeki kişilerin tamamının hedef alındığı söylemleri ifade özgürlüğünün kapsamı dışında değerlendirdiği ve bu tür söylemleri Sözleşme'nin 17. maddesi bağlamında hakkın kötüye kullanılması olarak yorumladığı anlaşılmaktadır[170].

AİHM'in herhangi bir ifadenin nefret söylemi teşkil edip etmediği ve buna bağlı olarak ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin tespitinde esas aldığı temel ölçütlerden biri söz konusu ifadelerin söylenmesi ile yakın bir tehlike doğup doğmadığı ve güncel bir risk bulunup bulunmadığıdır. Bu noktada AİHM'in söz konusu ifadelerin yarattığı veya yaratması muhtemel olan etkiyi belirleyici ölçüde dikkate aldığı söylenebilecektir. Erbakan davası[171] da, AİHM'in yakın tehlike ölçütünü uyguladığı kararlara örnek niteliğindedir. Başvuruya konu olay, Necmettin Erbakan'ın başbakan olduğu yıllarda yaptığı halka açık bir toplantıdaki konuşması nedeniyle halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunu işlediği iddiasıyla hakkında dava açılması ve başvurucu hakkında yaptırım uygulanmasının ifade özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasıdır. Bahsi geçen konuşmanın yapıldığı dönem o coğrafyada terör olayları meydana geldiği ve konuşma içeriğinde inananlar ve inanmayanlar şeklinde bir ayrım yapılmasının halkı din, etnik köken ve bölgeye dayalı ayrımcılıkla kin ve düşmanlığa tahrik ettiği gerekçesiyle TCK'nın 312. maddesinde düzenlenen halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçundan başvurucunun mahkumiyetine karar verilmiştir.

AİHM uygulamasında, nefret söylemi olarak nitelendirilen ve ifade özgürlüğü kapsamı dışında değerlendirilen hallere örnek verilecek olursa; "Litvanya ulusunun ancak milliyetçi bir millet olduğu takdirde ayakta kalacağı, başka bir ihtimalin

toplumda gerekli olmayan bir müdahale olarak değerlendirmiş ve 10. maddenin ihlal edildiğini tespit etmiştir. Buna karşın yine aynı kararda, Holokost gibi açıkça kabul görmüş tarihi olayların inkarı veya gözden geçirilerek düzeltilmesinin Sözleşme'nin 17. maddesi uyarınca, Sözleşme'nin 10. maddesindeki ifade özgürlüğünün koruma alanından yararlanamayacağının AİHM kararlarında istikrarlı şekilde benimsendiği ifade edilmiştir. Para. 42. Ayrıca bkz. AİHM, Lehideux ve Isorni v. Fransa, B. No:55/1997/839/1045, 23.09.1998, para. 46.

[170] Türay, "Nefret Söylemi ve İfade Özgürlüğü Arasındaki İlişki", s. 147-148.

[171] AİHM, Erbakan v. Türkiye, B. No: 59405/00, 06.07.2006. ("Erbakan Davası")

mümkün olmadığı", "Sovyet işgalci güçlerinin Yahudilerin yardımıyla Litvanya halkına yönelik soykırım ve sömürgeleştirme gerçekleştirdiği", "Polonyalıların savaşta etnik temizlik yaptığı" yönündeki ifadeleri Polonyalılar ve Yahudilere karşı nefrete teşvik edici nitelikte olduğu ve yetkili otoritelerin buna yönelik endişe taşıması ve önlem almasını gerektirecek nitelikte olduğu yönünde değerlendirmiş ve anılan ifadeler nedeniyle ulusal hukukta idari para cezası yaptırımına tabi tutulan başvurucunun ifade özgürlüğünün ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır[172]. Bir diğer deyişle, AİHM söz konusu ifadeleri nefrete teşvik edici olarak nitelendirmiş ve ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirmemiştir.

İfade özgürlüğünün sınırları dışında kalan nefret söylemlerinin önlenmesi yönünden de devletin pozitif ve negatif yükümlülüğü aynı şekilde geçerlidir. Bu bağlamda; devlet, nefret söylemi niteliğindeki söylemlerden kaçınmak ve ayrıca bu tür söylemlerin ortaya çıkması ve yaygınlaşmasının önüne geçmek yükümlülükleri altındadır[173].

Nefret söylemi ve nefret suçlarıyla etkin şekilde mücadele bakımından, tüm hukuk alanlarını kapsar şekilde orantılı ve caydırıcı yasal düzenlemeler getirilmesi önem arz etmektedir. Bu minvalde, yalnızca ceza hukuku alanında yapılacak düzenlemelerin tek başına yeterli olmayacağı, konunun çok yönlü şekilde ele alınması, medeni hukuk ve idare hukuku alanında da buna yönelik düzenlemeler getirilmesi ile bütüncül bir yaklaşım ortaya konulması gerektiği ifade edilmektedir[174]. Bunun nedeni olarak ise, ceza hukukunda mağdurun mağduriyetinin giderilmesinden ziyade faili cezalandırma amacı güdülmesine[175] karşın, medeni hukuk alanında tazminat veya

[172] AİHM, Balsyte-Lideikiene v. Litvanya, B. No: 72596/01, 04.02.2008. ("Balsyte-Lideikiene Davası")

[173] Ulaş Karan, "Nefret İçerikli İfadeler, İfade Özgürlüğü ve Uluslararası Hukuk", **Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları,** Der. Yasemin İnceoğlu, İstanbul, Ayrıntı Yayınları, 2012, s.88. AİHM'in devletlerin nefret söylemini yasaklamaya ve bu söylemlerin mağduru ve mağduru olması muhtemel olan kişileri koruma yükümlülüğünü açıkça zikrettiği bir karar örneği için bkz. Balsyte-Lideikiene Davası, para. 78.

[174] Karan, s. 60. Karan ayrıca, bu hususun, Birleşmiş Milletler, Avrupa Konseyi, Avrupa Birliği veya Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı gibi hükümetlerarası örgütler veya tarafı olduğu uluslararası sözleşmelerin denetim organları tarafından Türkiye hakkında verilen tavsiye kararlarında da vurgulanan hususlardan biri olduğunu ifade etmektedir.

[175] Ceza adalet sistemleri amaçlarına göre sınıflandırıldığında, bu amaç daha ziyade klasik cezalandırıcı adalet yaklaşımı tarafından benimsenmiş ve geçerli olmakla birlikte, onarıcı adalet anlayışı yönünden ise bunun temel amaç olduğunu söylemek mümkün değildir. Zira onarıcı adalet sisteminin

arabuluculuk gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının gündeme gelmesi ve mağdurun mağduriyetinin çeşitli yollarla giderilmesi imkanının mevcut olması gösterilmektedir. Zira, nefret suçlarında suçun mağdur ve mağdurun mensubu olduğu grup üzerinde bıraktığı etki bu suç türünü diğer suçlardan ayırt edici nitelikte olduğundan, mağdurun maddi ve manevi zararının giderilmesi nefret söylemi ve nefret suçları yönünden önem arz etmektedir[176]. Mağdurun zararının giderilmesinin nefret ve ayrımcılık karşıtı hukuki yaklaşımların odak noktalarından biri olması gerektiği ve ceza hukuku alanındaki düzenlemelerin, mağdurun zararını giderme imkanı tanıyan özel hukuk alanlarındaki yasal düzenlemelerle de desteklenmesi ve konunun çok yönlü şekilde ele alınması gerektiği yönündeki görüşe katılıyoruz. Ancak mağdurun zararının giderilmesi yalnızca özel hukuk araçlarıyla değil ceza hukuku vasıtasıyla da mümkün ve gereklidir. Bu noktada, onarıcı adalet anlayışı mağdurun ve toplumun uğradığı zararın giderilmesi ile failin yeniden topluma kazandırılmasını hedeflediğinden, onarıcı adalet anlayışının ilke[177] ve yöntemleri[178] ile mağdurun zararının giderilmesi ceza hukuku alanında da etkin şekilde gerçekleştirilebilecektir[179].

esas amacı mağdurun zararını gidermektir. Benzer şekilde bkz. Abdullah Batuhan Baytaz, "Onarıcı Adalet'e Genel Bir Bakış", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C:LXXI, S:1, 2013, s. 124. Ayrıca cezalandırıcı adalet sisteminin onarıcı adalet sisteminden farkları hakkında bkz. Baytaz, **A.e**., s. 123-125; Sercan Tokdemir, "Ceza Adaleti Sistemine Yeni Bir Yaklaşım: Tamamlayıcı Bir Sistem Olarak "Onarıcı Adalet" Mekanizması", **Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:XXI, S:1–2, 2017, s. 100-105.

176 Karan, "Nefret Suçlarından Ne Anlıyoruz", s. 60-61. Nefret söyleminin haksız fiil boyutuna ilişkin bir çalışma için bkz. Sibel Serpil Aydos/Oğuz Sadık Aydos, "Yeni Medyada Nefret Söylemi ve Nefret Söyleminden Doğan Hukuki Sorumluluk", **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:XXIII, S:2, 2019.

177 Onarıcı adaletin ilkeleri hakkında bkz. Ekrem Çetintürk, **Onarıcı Adalet ve Ceza Adalet Sisteminde Uzlaştırma,** Ankara, Adalet Yayınları, 2017, s. 10- 19; Baytaz, "Onarıcı Adalet'e Genel Bir Bakış", s. 118.

178 Onarıcı adaletin temel yöntemleri hakkında bkz. Tokdemir, "Onarıcı Adalet Mekanizması", s. 80. Tokdemir, onarıcı adaletin temel yöntemlerini arabuluculuk, zararı tazmin ve onarıcı adalet görüşmeleri olarak saymaktadır. Ayrıca onarıcı adaletin yöntemlerinden biri olarak uzlaştırma kurumu hakkında detaylı bilgi için bkz. Çetintürk, **Onarıcı Adalet ve Ceza Adalet Sisteminde Uzlaştırma.**

179 Çetintürk, **Onarıcı Adalet ve Ceza Adalet Sisteminde Uzlaştırma,** s. 7; Baytaz, "Onarıcı Adalet'e Genel Bir Bakış", s. 118. Ceza hukuku alanında mağdurun suçtan doğan zararının giderilmesine yönelik kurumlara ilişkin açıklamalar için bkz. Mahmut Koca/ İlhan Üzülmez, "Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdurun Korunması ve Mağdura Tanınan Haklar", **Hukuki Perspektifler Dergisi**, S:7, 2006, ss. 141-145.

1.6.2. Nefret Suçu

1.6.2.1. Genel Olarak

Günümüzün küreselleşen dünyasında, nefret suçu yaygın şekilde rastlanan bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Hatta nefret suçları, bazı yazarlarca çağımızın pandemisi olarak ifade edilmiştir[180]. Esasen, çok eski tarihlerden beri insanlığın karşılaştığı sorunlardan biri olmakla birlikte, hukuki anlamda bir mücadeleye ve ulusal ve uluslararası düzenlemelere konu olması yakın tarih itibariyle mümkün olmuştur[181].

Nefret suçunun pek çok farklı tanımı bulunmakla birlikte, tarafımızca da benimsenen tanıma göre, nefret suçu; temel bir suç tipinin nefret veya önyargı saikiyle işlenmiş hali olarak tanımlanmaktadır[182].

Nefret suçunun AGİT tarafından yapılan kapsamlı tanımına göre ise, nefret suçu;

> "A) *Mağdur, mülk ya da suçun hedefi B şıkkında tanımlandığı gibi bir grupla gerçek ya da varsayılan bağlantısı, ilgisi, ilişkisi, destekçisi ya da üyesi olduğu için seçilerek, mülke ya da kişiye karşı işlenen herhangi bir suçu kapsamaktadır. B) Grup üyelerinin genel özellikleri gerçek ya da varsayılan ırk, ulus ya da etnik orijin, dil, renk, din, cinsiyet, yaş, fiziksel ya da zihinselengellilik, cinsel kaynaklı ya da benzer unsurlara dayandırılabilir.*[183]"

Nefret suçu, nefret söylemindeki motivasyon ve unsurları içeren iradenin, suç teşkil eden bir eylem şeklinde dışa vurulmuş hali olarak da ifade edilebilecektir[184].

---

[180] Ersoy, "Çağımızın Pandemisi: Nefret Suçları, s. 111.

[181] Hakan Ataman, "Nefret Suçlarını Farklı Yaklaşımlar Çerçevesinden Ele Almak: Etik, Sosyo-Politik ve Bir İnsan Hakları Problemi Olarak Nefret Suçları", **Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları**, Der. Yasemin İnceoğlu, İstanbul, Ayrıntı Yayınları, 2012, s. 49-50.

[182] Ersoy, "Çağımızın Pandemisi: Nefret Suçları", s. 112. Nefret suçlarının önyargı saikiyle işlenen suç olduğu yönünde bkz. Jacobs/Potter, **Hate Crimes,** s. 21. Nefret suçunu diğer suçlardan farklı kılan özellikler için bkz. Demirbaş, "Nefret Söylemi ve Nefret Suçları", s. 2701.

[183] Combating Hate Crimes in the OSCE Region: An overview of Statistics, Legislation and National Initiatives, OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights, 2005, s. 13, (Çevrimiçi) Combating Hate Crimes in the OSCE Region: An Overview of Statistics, Legislation, and National Initiatives | OSCE. 12.12.2021.

[184] Nefret suçunun tanımlanmasında, önyargı kavramının anlamı ve failin önyargısı ile suç teşkil eden eylem arasındaki nedensellik bağının dikkate alınması gerektiği yönünde bkz. Jacobs/Potter, **Hate Crimes**, s. 40.

Buradaki suç, hırsızlık[185] veya kasten yaralama yahut başkaca herhangi bir suç tipi olarak karşımıza çıkabilmektedir. Nefret suçunun oluşması için önemli olan, eylemin ceza kanunlarında suç olarak düzenlenmiş olması ve nefret saikinin birlikte mevcudiyetidir, ki bu durum nefret suçunu nefret söyleminden ayıran temel noktadır[186]. Söz konusu suç, belirli karakteristik özellikleri taşıyan veya taşıdığı varsayılan kişi ya da kişilere karşı bu özelliklerinden ötürü duyulan önyargıya dayalı olarak, bu kişilerin özellikle hedef alınması ile işlenmektedir[187].

Nefret suçlarında, mağdurun hedef alınmasının nedeni bir gruba aidiyetini yansıtan özelliklerdir[188]. Mağdur, hedef alınmasına neden olan grubun mensubu olabileceği gibi öyle olmadığı halde söz konusu grubun mensubu sanılması nedeniyle hedef alınmış da olabilmektedir, ki bu durumun da yine nefret suçu kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir[189]. Burada kişi, belirli özellikleri taşıması veya taşımıyor olması nedeniyle söz konusu eylemlerin mağduru olmaktadır[190]. Bunun gibi kişi, tıpkı dolaylı ayrımcılıkta olduğu gibi, kendisi bir gruba aidiyeti yansıtan özellikleri bizzat taşımıyor olsa dahi, bu özellikleri taşıyan bir kişiyle olan yakınlığı veya bağlantısı nedeniyle hedef alınması da söz konusu olabilmektedir[191]. Tüm bu durumlarda, aslında hedef, yalnızca suçun mağduru olan kişi değil, aynı zamanda,

---

[185] Nefret suçu olarak karşılaşılan suç kişilere karşı suçlardan olabileceği gibi mala karşı suçlardan da olabileceğinden, suçun konusu mal olabilmektedir. Aynı yönde bkz. Ersoy, "Çağımızın Pandemisi: Nefret Suçları", s. 160.

[186] Ulaş Karan, "Nefret Suçlarından Ne Anlıyoruz", **Nefret Suçları ve Nefret Söylemi**, Ed.: Ayşe Çavdar, Aylin B. Yıldırım, İstanbul, Dink Vakfı Yayınları, 2010, s.57.

[187] Demirbaş, "Nefret Söylemi ve Nefret Suçları", s. 2698; Asuman Aytekin İnceoğlu, "Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesinde Düzenlenen Nefret ve Ayırımcılık Suçunun Nefret Suçu Kavramı Çerçevesinde Değerlendirilmesi", **Legal Hukuk Dergisi**, C:XIII, No:150, 2015, s. 43; Karan, "Nefret Suçlarından Ne Anlıyoruz", s. 57. Benzer şekilde bkz. Kellina M. Craig, "Examining Hate-Motivated Aggression: A Review Of The Social Psychological Literature On Hate Crimes As A Distinct Form Of Aggression", **Aggression and Violent Behavior**, C:VII, S:1, 2002, s. 87; Kathryn Benier, "The Harms of Hate: Comparing The Neighbouring Practices And Interactions Of Hate Crime Victims, Non-Hate Crime Victims And Non-Victims", **International Review of Victimology**, C:XXIII, S:2, 2017, s. 180. Nefret suçlarının psikolojik nedenleri ve etkileri için bkz. Craig, "Examining Hate-Motivated Aggression".

[188] Ersoy, "Çağımızın Pandemisi: Nefret Suçları", s. 123; Andres Stegbauer, "Nefret Suçunun Önlenmesinde Yargıçların Rolü", Çev. Yasemin Koç, **Nefret Suçlarıyla Mücadele Konferansları – Konuşma Metinleri,** Ankara, 2010, s.33; Biplap Basu, "Nefret Suçunun Önlenmesinde Sivil Toplumun Rolü", Çev. Yasemin Koç, **Nefret Suçlarıyla Mücadele Konferansları – Konuşma Metinleri,** Ankara, 2010, s. 38.

[189] Karan, "Nefret Suçlarından Ne Anlıyoruz", s. 57.

[190] Karan, A.e.

[191] Benzer şekilde bkz. Karan, "Nefret Suçlarından Ne Anlıyoruz?", s. 57.

önyargının ve ötekileştirmenin temelini teşkil eden özellik ya da özellikleri taşıyan diğer kişilerdir[192]. Bir diğer deyişle; nefret suçunda, mağdurun taşıdığı özellik temelinde onunla aynı gruba mensup olan diğer kişiler de hedef alınmakta ve bu kişilere de adeta gözdağı verilmektedir[193]. Bu durum, mağdurun taşıdığı özellikler nedeniyle aynı gruba mensup olan diğer bireylerin de kendilerini tehdit altında hissetmelerine neden olmaktadır[194]. Bu bağlamda nefret suçlarının etkin şekilde soruşturulması ve kovuşturulması yalnızca nefret suçuna maruz kalan mağdur yönünden değil aynı zamanda mağdurun mensubu olduğu gruba mensup olan ve söz konusu eylem nedeniyle kendilerini tehdit altında hisseden diğer grup üyeleri açısından da önem arz etmektedir. Zira, nefret suçlarının etkin şekilde soruşturulmaması ve kovuşturulmaması, devletin bu suçları tolere ettiği ve hatta bir nevi desteklediği anlamına gelmekte ve bu durumun sonucu olarak nefret suçu mağdurları ve eylemin dolaylı olarak mağduru olan ilgili grubun diğer üyelerinin, yeterince korunmadıklarını ve hatta korunmaya değer olmadıklarını hissetmesine yol açmaktadır[195]. Yani, nefret suçunda mağduriyet mağdurla sınırlı kalmayıp geniş kitlelerce hissedilmektedir. Nefret suçlarının etkisi sadece bireysel düzeyde kalmayıp bütün toplumu etkilemekte[196], hatta nefret suçlarının "çarpan etkisi" taşıdığı ve sonraki kuşaklara da aktarıldığı belirtilmektedir[197].

Nefret suçuyla etkin şekilde mücadele edilmemesi yarattığı etkilere bağlı olarak birtakım riskleri de beraberinde getirmektedir. Böylesi bir durum, nefret suçu mağdurlarının ve dolaylı mağdurların kendilerini korumakla yükümlü olan devlet

---

[192] Nefret suçunun, mağdurun mensubu olduğu grubun diğer üyelerinin davranış biçimlerini de şekillendirdiği yönünde bkz. Craig, "Examining Hate-Motivated Aggression", s. 87. Craig nefret suçlarının yalnızca mağdurun mensubu olduğu grup üyelerinin değil aynı zamanda nefret suçunun failinin mensubu olduğu grup üyelerinin davranışlarını da etkilediğini ifade etmektedir. Benzer şekilde bkz. Jacobs/Potter, **Hate Crimes,** 1998, s. 110.

[193] Craig, "Examining Hate-Motivated Aggression", s. 89-90; Demirbaş, "Nefret Söylemi ve Nefret Suçları", s. 2699; Ersoy, "Çağımızın Pandemisi: Nefret Suçları, s. 122. Benzer şekilde bkz. 6529 sayılı Temel Hak ve Hürriyetlerin Geliştirilmesi Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un Genel Gerekçesi, Yasama Dönemi:24, Sıra Sayısı: 559, (Çevrimiçi) TBMM Komisyonlar, 28.02.2021.

[194] Jacobs/Potter, **Hate Crimes,** 1998, s. 109-110; Ersoy, "Çağımızın Pandemisi: Nefret Suçları, s. 123. Stegbauer, "Nefret Suçunun Önlenmesinde Yargıçların Rolü", s. 33; Basu, "Nefret Suçunun Önlenmesinde Sivil Toplumun Rolü", s.38.

[195] Türay, "Nefret Söylemi ve İfade Özgürlüğü Arasındaki İlişki", s. 154.

[196] Nefret suçunun etkilerine yönelik bir çalışma için bkz. Benier, "The Harms of Hate".

[197] Ataman, "Nefret Suçları**"**, s.49.

kurumlarına olan güveninin azaltmakta[198], sonrasında mağdur bireylerin nefret söylemi ve suçlarının yol açtığı dışlanma ve korku gibi etkilerle kendilerini toplumdan tamamen soyutlamaları, hatta devlet eliyle cezalandırılmayan nefret suçu faillerine yönelik olarak intikam ve misilleme gibi kamu barışını bozacak müteakip eylemlere zemin hazırlamak gibi sakıncalı sonuçlar doğurabilmektedir[199].

Nefret saikinin yöneldiği, hedef alınan özelliklere göre çok çeşitli gruplar nefret suçunun mağduru olabilmektedir. Bu bağlamda en sık rastlanan özellikler, nefret söylemi başlığı altında da belirtildiği gibi; ırk, dil, din, renk, etnik köken, cinsiyet, yaş, engellilik olarak karşımıza çıkmaktadır.

Failin, mağdurun sayılan özellikleri taşıdığı yönündeki varsayımı suçun oluşması için yeterli olup mağdurun söz konusu özellikleri gerçekten taşıması aranmamaktadır[200]. Bu bağlamda, saikte hataya düşülmesi hususu, nefret ve ayrımcılık suçunun suç genel teorisi çerçevesinde incelendiği üçüncü bölümde irdeleneceğinden bu bölümde ayrıca ele alınmayacak olup ilgili kısma atıfla yetinilecektir.

Nefret saikinin ve dolayısıyla nefret suçunun mağduru olan kişilerin taşıdığı özellikler yukarıda belirtilenlerle sınırlı değildir. Ancak nefret söyleminden farklı olarak nefret suçunda mevzubahis, ceza kanununda düzenlenmiş bir suç olacağından kanunilik ilkesi gereği söz konusu özelliklerin tipiklik kapsamında sınırlandırılmış ve öngörülebilir olması gerekmektedir. Doktrinde bu sınırlandırmanın ne derecede olacağı belirlenirken, toplumun ihtiyaçlarının dikkate alınması ve bir denge gözetilmesi gerektiği ifade edilmektedir[201]. Bu bağlamda, söz konusu özelliklerin sınırlanması sırasında kapsamın fazla dar tutulması, koruma alanının fazla daralması

---

198 Besa Arifi, "Effective Prosecution of Hate Crimes as a Precondition for Their Prevention", **Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi**, C: VI, S:1, 2018, s. 2.

199 Aynı doğrultuda bkz. Aytekin-İnceoğlu, "Türk Ceza Kanununun 122. Maddesinde Düzenlenen Nefret ve Ayırımcılık Suçu", s. 47-48.

200 Tankut Taşkın Soykan, "Nefret Suçu Kavramı", **Nefret Suçlarıyla Mücadele Konferansları – Konuşma Metinleri**, Ankara, Ayrıntı Yayınları, 2010, s.47; Asuman Aytekin İnceoğlu, "Nefret Suçu Kavramı ve Türk Ceza Mevzuatı Açısından Değerlendirilmesi", **Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları**, Der. Yasemin İnceoğlu, İstanbul, Ayrıntı Yayınları, 2012, s.106; Yalçın Şahinkaya, **Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Nefret Söylemi ve Karşılaştırmalı Nefret Suçları**, Ankara, Adalet Yayınları, 2016, s.143; Ersoy, "Çağımızın Pandemisi: Nefret Suçları", s. 160; Karan, "Nefret Suçlarından Ne Anlıyoruz", s. 57.

201 Aytekin-İnceoğlu, "Nefret Suçu Kavramı", s.112; Şahinkaya, **Nefret Söylemi ve Nefret Suçları**, s.154-155.

ve nefret suçu kapsamında değerlendirilmesi gereken bazı eylemlerin yaptırımsız kalması riskini beraberinde getirmektedir. Öte yandan, sınırın fazla geniş tutulması halinde ise maddenin koruma alanının fazla genişlemesi ve bu durumun nefret suçları yönünden etkin bir uygulanma sağlanmasını engelleme ihtimali söz konusudur[202].

Doktrinde, koruma altına alınacak karakteristik özellikler üç kategoriye ayrılmaktadır. Buna göre söz konusu özellikler bakımından, evrensel olarak korunan karakteristik özellikler; sıklıkla korunan karakteristik özellikler; nadiren korunan karakteristik özellikler şeklinde üç kategorinin var olduğu kabul edilmektedir[203]. Irk, milliyet, etnik köken ve din evrensel olarak korunan karakteristik özellikler kapsamında iken[204] cinsiyet, engellilik ve cinsel yönelim ise sıklıkla korunan karakteristik özellikler kapsamındadır[205]. Nadiren korunan karakteristik özelliklere ise medeni hal, soy, zenginlik, sınıf, sosyal statü, politik görüş örnek gösterilebilecektir[206].

Nefret suçlarına yönelik yasal düzenlemeler bakımından, farklı kanun yapma teknikleri çerçevesinde farklı uygulamalar söz konusudur[207]. Bazı ülke mevzuatlarında nefret suçları ayrı bir kanunla düzenlenmektedir[208]. Yine bu kapsamda, nefret suçları, bazı ülke mevzuatlarında bağımsız bir suç türü olarak düzenlenmekte iken, bazılarında ise mevcut suç türlerinin ağırlaştırıcı unsuru olarak düzenlenmiştir[209]. AGİT'e üye ülkelerin büyük çoğunluğu nefret suçu yönünden bu ikinci tür kanun yapma tekniğini

---

202 Aytekin-İnceoğlu, "Nefret Suçu Kavramı", s.112; Şahinkaya, **Nefret Söylemi ve Nefret Suçları**, s.154-155.

203 İlhan Bulut, **Nefret Suçları**, Ankara, Adalet Yayınları, 2014, s. 102-129.

204 Bulut, **Nefret Suçları**, s. 103.

205 Bulut, **A.e.**, s. 117.

206 Bulut, **A.e.**,s. 128-129.

207 Karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemelerden örnekler için bkz. Ersoy, "Çağımızın Pandemisi: Nefret Suçları, s. 126-132.

208 Demirbaş, "Nefret Söylemi ve Nefret Suçları", s. 2700. Demirbaş, bu tür yasal düzenleme yapan ülkelere örnek olarak Amerika Birleşik Devletleri'ni göstermektedir. Ersoy ise, bu tür yasal düzenleme yapan ülkelere örnek olarak Amerika Birleşik Devletleri'nin yanı sıra İngiltere ve Çek Cumhuriyetini örnek göstermektedir. Bkz. Ersoy, "Çağımızın Pandemisi: Nefret Suçları", s. 126. Aynı yönde bkz. Bulut, **Nefret Suçları**, s.130-131.

209 Demirbaş, "Nefret Söylemi ve Nefret Suçları", s. 2700; Aytekin-İnceoğlu, "Nefret Suçu Kavramı", s. 114-115; Şahinkaya, s. 162-164. Genel eğilimin nefret suçunu ağırlaştırıcı bir neden olarak düzenlemek şeklinde olduğu yönünde bkz. Hasan Sınar, "Türk Hukukunda Nefret Suçlarına İlişkin Yasal Düzenleme Çalışmaları", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C: XIX, S:2, 2013, s. 1271.

benimsemiş olup, nefret suçunu cezayı ağırlaştıran nitelikli hal olarak yaptırıma tabi tutmaktadır[210].

Türk hukuku bakımından, mevcut durum itibariyle, nefret suçları ayrı bir kanunda düzenlenmemiştir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda teknik anlamda nefret suçu kapsamında değerlendirilecek bir suç mevcut olup olmadığı tartışmalıdır. Her ne kadar, belirli özelliklere sahip kişileri hedef alan ve düşmanlık ile kin gibi unsurları barındıran suç türleri mevcutsa da bunlar nefret suçu benzeri suçlar olarak nitelendirilmektedir[211]. Anılan suçlara örnek olarak; 5237 sayılı TCK'nın 115. maddesinde düzenlenen inanç düşünce ve kanaat hürriyetinin kullanılmasının engellenmesi suçu, TCK'nın 125. maddesinin 3/b bendinde düzenlenen dini, siyasi, sosyal, felsefi inanç, düşünce ve kanaatlerini açıklamasından, değiştirmesinden, yaymaya çalışmasından, mensup olduğu dinin emir ve yasaklarına uygun davranmasından dolayı hakaret, TCK'nın 153. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen ilgili dini inanışı benimseyen toplum kesimini tahkir maksadıyla ibadethanelere ve mezarlıklara zarar verme suçu, TCK'nın 216. maddesinde düzenlenen halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama suçu gösterilebilecektir[212].

Çalışmamızın konusu olan nefret ve ayrımcılık suçu 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 122. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme ile mevzuatta ilk kez nefret suçu kavramına yer verilmiştir[213]. Ancak her ne kadar belirtilen madde başlık ve içeriği itibariyle nefret saikine yer vermekte ise de, doktrinde, söz konusu düzenlemenin teknik anlamda bir nefret suçu olmadığı ifade edilmektedir[214]. Kanaatimizce de çalışmamıza konu anılan madde, teknik anlamda bir nefret suçu niteliğini haiz değildir. Zira, öncelikle, söz konusu düzenleme herhangi bir suç türünün nefret saiki ile işlenmesi halinde uygulanabilecek olan, tüm suç türlerini kapsayan bir düzenleme niteliğinde değildir. Söz konusu düzenleme, çalışmamızın üçüncü

---

[210] Bulut, **Nefret Suçları**, s. 132-134; Şahinkaya, **Nefret Söylemi ve Nefret Suçları**, s.162.
[211] Bkz. Ersoy, "Çağımızın Pandemisi: Nefret Suçları, s. 155.
[212] Ersoy, **A.e.,** s. 155-156, 158-159.
[213] Aytekin-İnceoğlu, "Türk Ceza Kanununun 122. Maddesinde Düzenlenen Nefret ve Ayırımcılık Suçu", s. 39-40. Aytekin-İnceoğlu, bu durumun AGİT, Avrupa Konseyi ve Avrupa Komisyonu tarafından eleştirildiğini belirtmektedir. Bkz. **A.e**., s. 39-41.
[214] Ersoy, "Çağımızın Pandemisi: Nefret Suçları", s. 112, 115; Bulut, **Nefret Suçları**, s.3. Yargıtay'ın aynı yöndeki görüşü için bkz. Yargıtay 18. CD, 30/03/2016 T. 2015/26353 E., 2016/6373 K. (Çevrimiçi) https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/, 01.03.2021.

bölümünde detaylı olarak inceleneceği üzere, tahdidi olarak saydığı belirli eylemlerin nefret saiki ile gerçekleştirilmesini suç kabul eden, bağımsız bir suç türüdür. TCK'nın 122. maddesi bağlamında, nefret saiki ortadan kalktığında, yapılan eylemler suç teşkil etmeyecektir[215], ki bu durum söz konusu maddenin teknik anlamda bir nefret suçu olmadığını ortaya koyan önemli bir husustur. Buna karşın, nefret suçu nefret saikiyle işlenen suçların kavramsal karşılığıdır. Bir diğer deyişle, nefret suçuna ilişkin yasal bir düzenleme olmaması bu kapsamdaki eylemlerin nefret suçu olarak nitelendirilmesine engel teşkil etmeyecektir[216].

Bir eylemin, nefret suçu kapsamında değerlendirilebilmesi için ön koşul, söz konusu eylemin, ceza kanunlarında suç olarak tanımlanmış olmasıdır[217]. Buna göre, suç teşkil etmeyen hukuka aykırı bir bir eylem, nefret veya önyargı saiki ile gerçekleşirilse dahi nefret suçu teşkil etmeyecektir. Ancak pek tabi, nefret söylemi başlığında belirtildiği üzere, nefret söyleminin kendisi ilgili ülke mevzuatı gereği bizatihi suç teşkil edebilir[218] yahut pek çok ulusal mevzuatta suç olarak düzenlenmiş olan hakaret suçunu oluşturabilir. Nefret suçunun aksine, nefret söyleminin varlığı temel bir suça bağlı değildir[219].

Nefret söylemi ve nefret suçu arasındaki fark örnek üzerinden açıklanacak olursa, "Suriyelileri burada barındırmayız, bunlara ev de vermeyiz iş de" şeklindeki bir söylem nefret söylemi niteliğinde olup ayrıca bir suç teşkil etmemektedir. Belirli özellikleri taşıyan kişilere yönelik olarak nefret veya önyargı saiki ile söylenen sözler nefret söylemini oluşturmak için yeterli olacak ve bunun suç teşkil etmesi aranmayacaktır. Ancak söylemin niteliği itibariyle, nefret söylemi olmasının yanı sıra bundan bağımsız olarak ayrıca bir suça vücut verebilirse de, nefret söyleminin varlığı için bu bir ön koşul değildir. Bu kapsamda örneğin; söylemin "Pis Suriyelileri barındırmayız, o hırsızlara ev de vermeyiz iş de" şeklinde olduğu varsayımında, onur,

---

215 Ersoy, "Çağımızın Pandemisi: Nefret Suçları", s. 122.

216 Bulut, **Nefret Suçları**, s.10.

217 Nefret suçunda eylemin kanunda suç olarak düzenlenmiş olması ve eylemin nefret veya önyargı saiki ile gerçekleştirilmiş olması şeklinde iki koşul aranmakta iken, nefret söyleminde bunlardan yalnızca nefret veya önyargı saiki aranmaktadır. Bkz. Şahinkaya, **Nefret Söylemi ve Nefret Suçları**, s. 22-23; Bulut, **Nefret Suçları**, s.151-152.

218 Aytekin-İnceoğlu, "Nefret Suçu Kavramı", s.107.

219 Şahinkaya, **Nefret Söylemi ve Nefret Suçları**, s. 22-23; Bulut, **Nefret Suçları**, s. 151-152.

şeref ve saygınlığı rencide edebilecek nitelikte fiil veya olgu isnat etmek ya da bu surette sövmek söz konusu olduğundan söylem, nefret söylemi olmasının yanı sıra hakaret suçunu oluşturacaktır.

Nefret suçunda nefret veya önyargı saikinin varlığı gerekli olmakla birlikte, tek başına yeterli olmayıp kanunda suç olarak düzenlenmiş bir eylemin varlığı aranmaktadır; ki bu noktada nefret suçu nefret söyleminden farklılaşmaktadır. Örneğin, eziyet suçunun, gözaltına alınan kişilere karşı sırf ateist oldukları için gerçekleştirilmesi halinde nefret suçu oluşacaktır. Benzer şekilde, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun kişinin siyah bir kişiye karşı renge dayalı nefret saiki ile gerçekleştirilmesi halinde yine nefret suçu oluşacaktır. Ancak bazı durumlarda nefret söylemi ve nefret suçu arasındaki farkın belirsizleştiği ve söz konusu kavramların değerlendirilmesinde somut olayın özelliklerinin de dikkate alınması gerektiğini ifade etmekte yarar vardır[220].

Nefret söylemi ile nefret suçu bakımından yapılan açıklamalar ışığında, iki kavram arasındaki en temel farkı kısaca vurgulamak gerekirse, nefret suçuna konu eylemin ceza kanunlarında suç olarak düzenlenmiş olması gerekmesine karşın, nefret söylemine konu eylem yönünden böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır.

1.6.2.2. Önyargı Saiki

Önyargı saiki ile ilgili açıklamalara yer vermeden önce şu hususu belirtmekte yarar vardır. Nefret söylemi ve nefret suçlarında faili buna teşvik eden iç motivasyon esasen nefretten ziyade önyargıdan kaynaklanmaktadır[221]. Bu nedenle, nefret söylemi ve nefret suçları bağlamında saik kavramını önyargı saiki olarak ifade etmek bu tür motivasyonların özünü daha isabetli ve kapsayıcı şekilde yansıttığından, nefret söylemi ve nefret suçlarını incelediğimiz bu bölümde önyargı saiki ifadesi kullanılacaktır[222]. Buna karşın, Türk Ceza Kanunu'nun 122. maddesindeki nefret ve ayrımcılık suçunu incelediğimiz üçüncü bölümde ise saik, anılan kanun maddesinde

---

220 Ersoy, "Çağımızın Pandemisi: Nefret Suçları", s. 121.

221 Benzer şekilde bkz. Jacobs/Potter, **Hate Crimes,** s. 21.

222 Nefret suçları bakımından aranan saik unsuru, AGİT tarafından da önyargı saiki olarak ifade edilmektedir. Bkz. Hate Crime Laws,:A Practical Guide, OSCE-ODIHR, 2009. (Çevrimiçi) Hate Crime Laws - A Practical Guide | OSCE. 05.11.2021.

aranan nefret unsuru nedeniyle nefret saiki olarak isimlendirilmiş ve kavramdan ilgili bölümde yasal tanıma uygun şekilde nefret saiki olarak bahsedilmektedir.

Nefret söylemi ve nefret suçlarındaki saik önyargı saiki olarak nitelendirildiği takdirde, nefret düzeyine varmayan önyargı boyutundaki motivasyonlar nefret söylemi veya nefret suçlarının oluşması için yeterli kabul edilecek iken, nefret saiki olarak nitelendirildiği takdirde önyargı boyutundaki motivasyonlar yeterli kabul edilmeyecektir. Önyargının nefret düzeyine varmamış bir ötekileştirme olduğu söylenebilecektir. Bu anlamda önyargıda, kişinin iç dünyasındaki bazı düşünce kalıplarının etkisiyle mesafeli bir tutum sergilemesi söz konusudur[223]. Nefret olgusunda ise tanımı itibariyle, ötekileştirmenin de ötesinde bir kişinin kötülüğünü istemeye yönelik duygu ve tutum söz konusudur. Buna göre, nefret saikini oluşturan her hal evleviyetle önyargı saiki kapsamında kalacaktır[224]. Buna karşılık, önyargı saikini oluşturan her hal nefret saikini oluşturmayacaktır[225], zira önyargı nefret düzeyine varmamış motivasyonları ifade etmektedir. Bu haliyle, önyargı saikinin nefret saikine göre daha kapsayıcı nitelikte olduğu söylenebilecektir[226].

Önyargı saiki, nefret suçu ve nefret söylemi kavramlarına karakteristiğini veren unsurdur. Bu nedenle önyargı saikinin ve bunun için de önyargının tanımı bu suçların tanım ve kapsamının belirlenmesi yönünden önem arzetmektedir. Önyargı kavramı ve tanımına ilişkin olarak, ayrımcılık kavramı bahsinde yapılan açıklamalara atıfla yetinilecektir. Ancak, burada şu hususu belirtmekte yarar vardır ki; önyargı kavramı niteliği itibariyle sınırları net bir şekilde çizilebilen bir kavram olmaktan uzaktır. Önyargı kavramının tanımı dar tutulduğunda ve yalnızca nefrete dayalı olarak temellendirilmiş ideolojiler bu kapsamda değerlendirildiğinde nefret suçlarının uygulama alanı daralacaktır[227]. Buna karşılık, önyargı tanımı geniş tutulduğunda ise gruplar arasındaki suçların önemli bir bölümü nefret suçu kapsamında

---

[223] Recep Kahraman, "Nefret Saikinin Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Ayırımcılık Suçuna Etkisi", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C:XXVII, S:1, 2021, s. 217.

[224] Kahraman, "Nefret Saikinin Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Ayırımcılık Suçuna Etkisi", **A.y.**

[225] Kahraman, **A.y.**

[226] Kahraman, "Nefret Saikinin Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Ayırımcılık Suçuna Etkisi", s. 217.

[227] Jacobs/Potter, **Hate Crimes**, s. 40.

değerlendirilecek ve nefret suçlarının uygulama alanı genişleyecektir[228]. Buna göre, nefret suçu kavramının içeriği ve uygulama alanı önyargı saikinin tanımlanma biçimine bağlı olarak değişkenlik gösterecektir. Bu anlamda, önyargı tanım ve kapsamının belirlenmesinde nefret suçlarının uygulama alanında yaratacağı etki de dikkate alınarak ölçülü bir yaklaşım benimsenmesi önem arzetmektedir.

Kural olarak ceza hukukunda suçun oluşması bağlamında failin saikine hukuki bir değer atfedilmemektedir; meğerki saik suçun unsuru olarak düzenlenmiş olsun[229]. Saik, suçun unsuru olarak düzenlenmemiş ise ancak temel cezanın belirlenmesi sırasında dikkkate alınabilecek bir unsurdur[230]. Nefret suçunda saik suçun unsuru olduğu ve suçun oluşması için failin önyargı saikiyle hareket etmesi arandığından, bu suçlar yönünden failin saiki suçun oluşup oluşmadığı noktasında belirleyici öneme sahip olmaktadır[231]. Bir diğer deyişle, nefret suçları yönünden kanun koyucu failin saikine hukuki bir değer atfetmektedir.

Kanaatimizce nefret suçları bağlamında önyargı saiki olarak isimlendirilmesi isabetli olan saik unsuru, doktrinde nefret saiki yahut ayrımcılık saiki olarak farklı şekillerde ifade edilmektedir. Bu saik ile işlenen suçlarda nefret, mağdurun şahsına duyulan bir şey olmayıp taşıdığı özelliklere ve bu özellikleri taşıyan aynı grubun diğer üyelerinin tamamına yönelik olduğundan, tarafımızca esasen nefretten ziyade önyargıya dayalı bir tutumdan kaynaklandığını söylemenin mümkün olduğu değerlendirilmektedir[232].

---

[228] Jacobs/Potter, **Hate Crimes,** s. 140.

[229] Mahmut Koca/İlhan Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku: Genel Hükümler**, 13. bs., Ankara, Seçkin Yayınları, 2020, s. 251; Hamide Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 8. bs., İstanbul, Beta Yayınları, 2021, s. 362. Suçun oluşmasının ancak belirli saikle gerçekleştirilmesi koşuluna bağlanan suçlar doktrinde bazı yazarlarca özel kastla işlenen suçlar olarak ifade edilmektedir. Özgenç ise, amaç ve saik kavramlarının kastın bir türü olmayıp kasttan farklı kavramlar olduğu görüşündedir. Bkz. İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. bs., Ankara, Seçkin Yayınları, 2018, s. 302.

[230] Ersoy, "Çağımızın Pandemisi: Nefret Suçları, s. 160.

[231] Aynı doğrultuda bkz. Ersoy, **A.y.**

[232] Aynı doğrultuda bkz. Jacobs/Potter, **Hate Crimes,** s. 21; Ersoy, **A.e.**, s. 112.Benzer şekilde, nefret suçlarının mutlaka nefret barındırmak zorunda olmadığı, bu suçların önyargı saiki ile de işlenebileceği yönünde bkz. Aytekin-İnceoğlu, "Türk Ceza Kanununun 122. Maddesinde Düzenlenen Nefret ve Ayırımcılık Suçu", s. 48.

Nefret suçları bakımından saikin belirlenmesine yönelik olarak kullanılan iki model söz konusudur[233]. Bunlardan ilki düşmanlık modelidir. Düşmanlık modelinde, hedef alınan karakteristik özelliklere karşı fail tarafından nefret ve düşmanlık beslenmektedir. Failin, nefret suçunu işlemesinin nedeni, mağdurun taşıdığı karakteristik özelliklere karşı duyduğu nefret ve düşmanlıktır. Bu modelin benimsenmesi halinde, nefret saikinin ispatlanması bakımından birtakım güçlüklerle karşılaşılmaktadır. Failin nefret suçu işlemesinin temelinde, duyduğu nefret ve öfkenin yattığını ispat etmek oldukça güçtür. Nefret saikinin belirlenmesi bakımından bahsi geçen düşmanlık modelini benimseyen ülkelere örnek olarak, Ukrayna, Kanada ve Belçika gösterilebilecektir[234].

Saikin belirlenmesine yönelik olarak kullanılan ikinci model ise "ayrımcı seçim saik modeli"dir[235]. Failin, mağdurda bulunan ve nefret suçunun hedefi olmasına neden olan karakteristik özelliklere karşı düşmanlık ve nefret besleyip beslemediği önem arz etmemektedir. Burada önemli olan, mağdurun söz konusu karakteristik özellikler nedeniyle hedef alınmış olması olup, ayrımcı seçim modelinde hedefin seçiminin hangi nedene dayandığı ile ilgilenilmemektedir. Ayrımcı seçim saik modelini benimseyen ülkelere örnek olarak ise Fransa, Bulgaristan ve Danimarka gösterilebilecektir[236]. Yalnızca, daha savunmasız ve daha kolay hedef olduklarını düşündüğü için kadınların eşyalarını çalan bir kişi, yahut sırf anadili konuşamadıkları için kendilerini ifade etmeleri bakımından saldırıya ilişkin olarak resmi makamlara başvurma ihtimalleri daha düşük olduğundan yabancıların eşyalarını çalan bir kişi, hedef aldığı bu karakteristik özellikleri taşıyan kişilere karşı bir düşmanlık veya nefret beslememektedir[237]. Bunun gibi, Türk bir taksicinin müşteri seçerek Türkleri taksiye almayıp yalnızca yabancı müşteri kabul etmesi halinde de düşmanlık veya nefrete dayalı bir durum söz konusu değildir. Verilen örnekler üzerinden gidilecek olursa, söz konusu eylemler ayrımcı seçim modelinin benimsenmesi halinde nefret suçu kapsamında değerlendirilecek iken, düşmanlık modelinin benimsenmesi halinde nefret

---

233 Şahinkaya**, Nefret Söylemi ve Nefret Suçları**, s. 168-171.
234 Şahinkaya**, A.e.,** s. 168-169; Bulut, **Nefret Suçları**, s. 138-140.
235 Şahinkaya**, A.e.**, s. 168-171.
236 Bulut, **Nefret Suçları**, s. 136; Şahinkaya, **Nefret Söylemi ve Nefret Suçları**, s. 169.
237 Bulut, **A.e.**,, s.137; Şahinkaya, **A.e.**, s. 169.

suçu kapsamında değerlendirilmeyecektir. Bahsi geçen iki modelin benimsenmesinin pratik etkisi, ne tür eylemlerin nefret suçu kapsamında değerlendirilip ne tür eylemlerin bu kapsamın dışında değerlendirileceği noktasında kendini göstermektedir. Ayrımcı seçim saik modeli, nefret suçlarının uygulama alanını fazla genişlettiği yönünde eleştirilmekte iken düşmanlık modeli ise nefret suçlarının uygulama alanını fazla daralttığı yönünde eleştirilmektedir[238].

[238] Ersoy, "Çağımızın Pandemisi: Nefret Suçları, s. 162. Benzer şekilde bkz. "Türk Ceza Kanununun 122. Maddesinde Düzenlenen Nefret ve Ayırımcılık Suçu", s. 59. Aytekin-İnceoğlu düşmanlık modelinin nefret suçlarında failin cezalandırılmasını zorlaştırdığı ve hükmü uygulanamaz hale getirdiğini ifade etmektedir.

İKİNCİ BÖLÜM

AİHS VE AİHM KARARLARI BAĞLAMINDA AYRIMCILIK YASAĞI

2.1. AİHS Bağlamında Ayrımcılık Yasağı

AİHS ayrımcılık yasağı bağlamında ikili bir koruma sistemi öngörmektedir. Ayrımcılık yasağı, Sözleşme'nin 14. maddesinde, sözleşmede tanınan haklar bağlamında ve bunlarla sınırlı olarak düzenlenmesinin yanı sıra, ayrıca genel bir ayrımcılık yasağı getiren Ek 12 Numaralı Protokolün 1. maddesinde düzenlenmiştir.

AİHS ayrımcılığı yasaklamakla birlikte, ayrımcılığa ilişkin bir tanım getirmemektedir[1]. AİHS'e Ek 12 Numaralı Protokol de ayrımcılık kavramına yönelik bir tanım içermemektedir.

Ayrımcılığın genel tanımı ve kavramsal olarak anlamlandırılması bakımından çalışmamızın ilk bölümünde gerekli açıklamalara yer verilmiş olup, bu bölümde AİHM'in ayrımcılık yasağını ne şekilde yorumladığı ve Sözleşme bağlamında nasıl bir koruma alanı çizdiği ayrımcılık nedenlerine göre kategorize edilen ilgili kararlar bağlamında ele alınacaktır.

2.1.1. AİHS 14. Maddesi Bağlamında Ayrımcılık Yasağı

AİHS'in 14. maddesinde[2] düzenlenen ayrımcılık yasağı yalnızca sözleşmede tanınan haklarla sınırlı bir koruma alanı getirmekte olup bu husus açıkça madde metninde belirtilmiştir. Buna göre, Sözleşme'de düzenlenmemiş olan haklar yönünden

---

1 Ayrımcılığı yasaklayan ancak ayrımcılığa ilişkin tanım getirmeyen diğer uluslararası sözleşmelere örnek olarak bkz. BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi.

2 AİHS'in 14. maddesi şu şekildedir:

> "…Bu Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır."

herhangi bir ayrımcılık yasağı iddiası maddenin koruma alanı dışında kalacaktır. Buna dayanılarak, madde bağlamındaki ayrımcılık yasağının genel eşitlik ilkesi olarak yorumlanmaması gerektiği ve uygulama alanının bu doğrultuda sınırlanması gerektiği ifade edilmektedir[3]. Maddedeki ayrımcılık yasağı bu nedenlerle sınırlı ayrımcılık yasağı olarak da tabir edilmektedir[4].

AİHS'in 14. maddesinde öngörülen ayrımcılık yasağı Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerle sınırlı olduğundan, iç hukukta yer alan ancak Sözleşme'de yer almayan bir hakka yönelik ayrımcılık iddiası bu madde kapsamında AİHM önüne taşınamayacaktır. Ancak sonrasında Sözleşme'ye ek olarak getirilen 12 No'lu Protokol genel bir ayrımcılık yasağı öngördüğünden anılan Protokolü onaylayan devletler aleyhine yapılacak başvurularda Sözleşme'de tanınmamış olsa dahi iç hukukta tanınan hak ve özgürlükler ayrımcılık iddiasına konu edilebilecektir[5].

Sözleşme'nin 14. maddesi, sözleşme ile tanınan hak ve özgürlüklerle sınırlı bir ayrımcılık yasağı getirmesi sebebiyle bu hak ve özgürlüklerden bağımsız bir hak olmayıp ancak onların tamamlayıcısı niteliğindedir[6]. Doktrinde, 14. maddenin diğer haklardan bağımsız olarak tek başına uygulanabilir olmayışı gözetilerek, mahiyeti itibariyle aksesuar görevi gördüğü ifade edilmektedir[7]. Fakat, burada incelik arz eden şu hususu belirtmekte yarar vardır; 14. madde, ancak Sözleşme'de tanınan diğer haklarla birlikte bir ihlal başvurusuna konu edilebilecek olmakla birlikte[8], ayrımcılık yasağının ihlal edilip edilmediği hususu ilgili hakkın ihlal edilip edilmediği hususundan ayrı olarak değerlendirilmektedir[9]. Bir diğer deyişle, 14. maddenin birlikte

---

3 Ağırbaşlı, **Sınırlı Ayrımcılık Yasağından Genel Eşitlik İlkesine,** s. 39-41.

4 Ağırbaşlı, **A.e.**

5 Ensari Yücel, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa Birliği Direktiflerinde Ayrımcılık Yasağı Hukuku", **Adam Akademi Sosyal Bilimler Dergisi,** s. 63.

6 AİHM, Botta v. İtalya, B. No: 153/1996/772/973, 24.02.1998. ("Botta Davası"); AİHM, Enver Şahin v. Türkiye, B. No: 23065/12, 02.07.2018, para. 30. ("Enver Şahin Davası"), AİHM, Kiyutin v. Rusya, B. No: 2700/10, 15.09.2011, para. 54. ("Kiyutin Davası")

7 Christoph Grabenwarter, **European Convention on Human Rights: Commentary,** CH Beck, Hart, Nomos, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2014, s. 343.

8 Bkz. AİHM, Botta Davası; AİHM, Emel Boyraz v. Türkiye, B. No: 61960/08, 02.12.2014, para. 40. ("Emel Boyraz Davası")

9 AİHM, Karner v. Avusturya, B. No:40016/98, 24.07.2003, para. 32 ("Karner Davası"). Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun ayrımcılık yasağının ihlal edilmesini ancak Sözleşme'de tanınan bir diğer hakkın ihlali halinde mümkün gördüğü dar yorumundan ilk kez Belçika Dil Davası ve Grandrath davasında değiştirdiği yönünde bkz. Ağırbaşlı, **Sınırlı Ayrımcılık Yasağından Genel Eşitlik İlkesine**, s. 44.

ihlal iddiasına konu edildiği hak yönünden herhangi bir ihlal tespit edilmezken, ayrımcılık yasağının ihlal edildiği sonucuna ulaşabilmektedir[10]. Bununla birlikte tam tersi durum da söz konusu olabilmektedir. Yani ihlal iddiasına konu eylem veya uygulama, ilgili hak yönünden ihlale yol açtığı halde ayrımcılık yasağına aykırılık teşkil etmeyebilmektedir. Bu nedenle 14. maddenin uygulanabilirlik yönünden, diğer haklara bağımlı karakterde olmasına rağmen, uygulanması sırasında ise otonom bir nitelik kazandığı ifade edilmektedir[11].

AİHM, Sözleşme'nin 14. maddesi bağlamında yaptığı incelemeler yönünden, bağlantılı hakkın kullanılması bakımından eşitliğe aykırı açık bir muamelenin söz konusu olduğu bazı hallerde, bağımsız olarak hakkın ihlal edildiği sonucuna ulaştığı takdirde ayrıca ayrımcılık yasağı yönünden bir inceleme yapmaya gerek duymayabilmektedir. Bu bağlamda AİHM'in, bazı kararlarında bağlantılı hak ihlalinin tespitinden sonra ayrıca 14. madde yönünden inceleme yapmadığı kararları[12] bulunduğu gibi, bağlantılı hakkın ihlalini tespit etmesine rağmen konuyu ayrıca ayrımcılık yasağı bağlamında da incelediği kararları[13] da mevcuttur. Bunun dışında; bazı kararlarda, ayrımcılık yasağına aykırılığın tespit edilmesi nedeniyle bağlantılı hak yönünden ayrıca bir inceleme yapılmaması da söz konusu olabilmektedir[14].

Sözleşmenin 14. maddesi yönünden ele alınması gereken bir diğer husus, madde metninde ayrımcılık nedenlerinin tüketici olarak değil, örnek kabilinden sayılmış olmasıdır. Madde metninde; cinsiyet, renk, ırk, din, siyasi veya diğer fikirler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, mülk, doğum nedenleri sayıldıktan sonra "gibi başkaca herhangi bir nedenle" ayrımcılık yapılmasının yasak olduğu belirtilmiştir. Bu haliyle, ayrımcılık nedenlerinin madde metninde sayılanlarla sınırlı olmadığı ve herhangi bir nedene dayalı olarak yapılacak her türlü ayrımcılığın

---

[10] Bkz. AİHM, Belçika Dil Davası; AİHM, Abdulaziz ve diğerleri davası; AİHM, Schuler-Zgraggen v. İsviçre, B. No: 14518/89, 31.01.1995. ("Schuler-Zgraggen Davası")

[11] Ağırbaşlı, **Sınırlı Ayrımcılık Yasağından Genel Eşitlik İlkesi**, s. 42-45, John Spencer/Maureen Spencer, "International Law and Discrimination", **Discrimination Law,** Ed.: Malcolm Sargeant, Pearson, 2004, s. 61. AİHM'in 14. maddenin otonom karakterini açıkça ifade ettiği bir karar için bkz. AİHM, Botta Davası, para. 39.

[12] Bkz. AİHM, Podkolzina v. Letonya, B. No: 46726/99, 09.04.2002. ("Podkolzina Davası")

[13] Bkz. AİHM, Timishev v. Rusya, B. No: 55762/00, 55974/00, 13.12.2005.("Timishev Davası")

[14] Bkz. AİHM, Thlimmenos v. Yunanistan, B. No: 34369/97, 06.04.2000.("Thlimmenos Davası"); AİHM, Hoffmann v. Avusturya, B. No: 12875/87, 23.06.1993. ("Hoffmann Davası"); AİHM, Enver Şahin Davası.

yasaklandığı madde metninden açıkça anlaşılmaktadır. Bu husus, Mahkemenin bazı kararlarında da açıkça zikredilmiştir[15].

Sözleşme'nin 14. maddesinde ayrımcılık nedenlerinin örnek kabilinden sayılmış olması, ayrımcılık nedenlerinin Sözleşme'de sayılanlarla sınırlı olmaksızın, içtihat yoluyla genişletilebilmesine imkan tanımaktadır. Ayrımcılık nedenlerinin zamansal ve coğrafi olarak çeşitlilik gösterebileceği, maddenin düzenlendiği tarih itibariyle öngörülemeyecek pek çok ayrımcılık nedeni ile karşılaşılabileceği gözetildiğinde, maddenin bu yönüyle geniş bir koruma alanı sağladığı söylenebilecektir.

AİHS'in 14. maddesi ile TCK'nın 122. maddesinin kapsamları itibariyle yapılacak karşılaştırmada; TCK'nın 122. maddesinin ayrımcılık nedenlerini tüketici olarak sayması ve bu yönden koruma alanını sınırlı tutması itibariyle 14. maddeden ayrıldığı söylenebilecektir. Öte yandan, sayılan ayrımcılık nedenleri yönünden yapılacak karşılaştırmada ise, 14. maddede örnek kabilinden sayılan ayrımcılık nedenlerinden olan cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi görüş, ırk, milliyetin 122. maddede de sayıldığı, ancak 14. maddede zikredilen bir ulusal azınlığa mensup olma, mülkiyet, doğum şeklindeki ayrımcılık nedenlerinin 122. maddede sayılan ayrımcılık nedenleri arasında yer almadığını ifade etmek gerekmektedir. 122. maddede, Sözleşme'nin 14. maddesinden farklı olarak engellilik ayrımcılık nedeni olarak zikredilmiştir. Ancak 14. maddedeki ayrımcılık nedenlerinin örnek kabilinden olması itibariyle bu durum, engelliliğin bir ayrımcılık nedeni olarak maddenin korumasından yararlanmasına engel teşkil etmemektedir.

2.1.2. AİHS'e Ek 12 Numaralı Protokol'ün 1. Maddesi Bağlamında Ayrımcılık Yasağı

AİHS'e Ek 12 No'lu Protokol'ün 1. maddesi[16], AİHS'in 14. maddesindeki sınırlı ayrımcılık yasağının aksine, genel bir ayrımcılık yasağı öngörmektedir. Bir

[15] Bkz. AİHM, Salgueiro da Silva Mouta v. Portekiz, B. No:33290/96, 21.12.1999, para. 28; AİHM, Kiyutin Davası, para. 56.

[16] AİHS Ek 12 No'lu Protokolün 1. maddesi şöyledir*:*

diğer deyişle, iç hukukta yer alan ancak Sözleşme'de yer almayan haklara yönelik ayrımcılık iddialarının da AİHS'in korumasından yararlanabilmesinin yolu açılmıştır. Süreç içerisinde AİHS'in 14. maddesinde öngörülen güvencelerin güçlendirilmesine ve daha kapsamlı bir korumaya ihtiyaç duyulmaya başlanmıştır. Avrupa Konseyi'nin Sözleşmelerin madde metninde değişiklik yapmak yerine, ihtiyaç duyulan hususları ve ek güvenceleri Protokollerle düzenleyerek Sözleşme'yi güçlendirmeye yönelik istikrarlı yaklaşımı[17] nedeniyle 14. madde metninde değişiklik yapılmaksızın Ek 12 No'lu Protokolle ayrımcılık yasağına yönelik olarak ek düzenleme getirilmiştir. Protokolle ayrımcılık yasağı mağdurlarına sağlanan yasal güvenceler güçlendirilmiştir[18]. Ancak bu durum yalnızca Protokolü onaylayan devletler açısından geçerlidir. Mevcut durum itibariyle, halen yeterince Devlet tarafından onaylanmamış durumdadır[19]. Türkiye AİHS 12 No'lu Ek Protokolü 18/04/2001 tarihinde imzalamış ancak halen onaylamamıştır[20]. Bu haliyle, ayrımcılık yasağının ihlal edildiği iddiasıyla Türkiye aleyhine AİHM'e, ancak Sözleşme'de tanınan haklara ilişkin bir ayrımcılık iddiasıyla başvurulabilecektir. Yani, Sözleşme'de tanınmamış olup da iç hukukta tanınan haklar AİHS bağlamında ayrımcılık yasağının korumasından yararlanamayacaktır.

Sözleşme'nin tamamlayıcısı niteliğinde olan ve ayrımcılık yasağı bağlamında 14. maddenin koruma alanına kıyasla çok daha kapsamlı şekilde koruma sağlayan Protokolün sağladığı ek korumadan yararlanılabilmesi için, Türkiye'nin 2001 yılında imzaladığı ancak aradan geçen süre zarfına rağmen halen onaylamadığı Ek 12 No'lu Protokolün ivedi şekilde onaylanması gerekmektedir.

Ayrımcılık nedenleri bakımından AİHS'in 14. maddesi ile Protokolün 1. maddesi arasında karşılaştırma yapmak gerekirse, her iki maddede de aynı ayrımcılık

---

1. 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.
2. Hiç kimse, 1. paragrafta belirtildiği şekilde hiçbir gerekçeyle, hiçbir kamu makamı arafından ayrımcılığa maruz bırakılamaz."

17 Spencer/Spencer, "International Law and Discrimination", s. 52.

18 Spencer/Spencer, **A.y.**

19 Bkz. AİHS'e Ek 12 No'lu Protokol imza ve onay durumu, Search in the database - Treaty Office (coe.int) (Çevrimiçi) 24.11.2022.

20 Bkz. AİHS'e Ek 12 No'lu Protokol imza ve onay durumu, Search in the database - Treaty Office (coe.int) (Çevrimiçi) 24.11.2022.

nedenleri sayılmıştır. Ek 12 No'lu Protokolün 1. maddesinde de, tıpkı AİHS 14. maddesinde olduğu gibi; cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal ve sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma, servet, doğum şeklindeki ayrımcılık nedenleri sayıldıktan sonra, "veya herhangi bir diğer statü yönünden ayrımcılık yapılması"nın yasak olduğu belirtilerek ayrımcılık nedenlerinin örnek kabilinden sayıldığı ortaya konulmuştur.

2.2. AİHM Kararları Bağlamında Ayrımcılık Yasağı

2.2.1. Genel Olarak

AİHS 14. madde metninde sayılan ayrımcılık nedenleri, bu başlık altında AİHM kararları bağlamında kategorik olarak ayrı ayrı ele alınacaktır. Ayrımcılık nedenlerine ilişkin kategoriler altında, ilgili kategorideki ayrımcılık nedeni, öne çıkan yahut konuya açıklık getiren bazı AİHM kararları ışığında incelenecektir.

2.2.2. Dil

2.2.2.1. Belçika Dil Davası

AİHM'in ayrımcılık yasağına ilişkin içtihatları arasında önemli bir yeri olan söz konusu davada[21], başvuruya konu edilen, anadilde eğitim alma hakkının sınırlanmasının eğitim hakkı ve ayrımcılık yasağını ihlal ettiği iddiasıdır.

Davaya konu olayda, Belçika'da yaşayan ve Fransızca konuşan başvurucular, Belçika'da Fransızca konuşulan bölgede oturan ancak Flamanca konuşan çocuklar için Flamanca eğitim alabilecekleri okullar bulunmasına karşın, Flamanca konuşulan bölgede oturan ancak Fransızca konuşan çocukların Fransızca eğitim alabilecekleri okullar bulunmamasının eğitim hakkı ve bununla bağlantılı olarak ayrımcılık yasağını ihlal ettiğini ileri sürmüştür.

Hükümet, söz konusu uygulamanın ulusal mevzuata uygun olduğu ve eğitim dili meselesinin devletin takdir alanı içerisinde kalan bir husus olduğu savunmasında bulunmuştur. AİHM, eğitim dilini de kapsayan şekilde nasıl bir eğitim sistemi

[21] AİHM, Belçika Dil Davası.

kuracağını belirlemenin devletlerin takdir alanında kalan bir husus olduğunu kabul etmekle birlikte, devletlerin, kurulan herhangi bir sistemin hiç kimse yönünden ayrımcılık içermemesini sağlama yükümlülüğü bulunduğuna dikkat çekmiştir[22].

AİHM, Fransızca ana dili olan çocuklar yönünden, ana dili Flamanca olan çocuklardan farklı olarak böyle bir uygulama yapılmasının ve bazı çocukların, ebeveynlerinin yerleşim yeri nedeniyle Fransızca eğitim veren okullara erişimden yoksun bırakılmasının Sözleşmeye Ek 1 Numaralı Protokolün 2. maddesinde düzenlenen eğitim hakkı ile bağlantılı olarak ayrımcılık yasağını ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır. Buna karşılık, söz konusu başvuruda eğitim hakkına aykırılık yönünden ayrıca bir ihlal bulunmamış olup, bu bağlamda ilgili dava ayrımcılık yasağının ilgili tutulduğu hak yönünden ihlal bulunmayıp yalnızca ayrımcılık yasağı yönünden ihlal tespit edilen davalar kategorisine örnek niteliğindedir[23].

AİHM'in bu davada, ayrımcılık yasağının ihlal edilip edilmediğini incelerken, farklı muameleye esas teşkil eden objektif ve makul bir neden bulunup bulunmadığı, başvurulan araç ve izlenen amaç arasında orantılılık bulunup bulunmadığı, yapılan uygulamanın amacı ve etkileri şeklindeki ölçütlerden yararlanmıştır. Bu dava yönünden ana dili Fransızca olan kişilere yönelik farklı muamelenin haklı bir nedeni olmadığı ve sadece dil temeline dayalı olan bu farklı muameleninp ayrımcılık teşkil ettiğini değerlendirmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun ayrımcılık yasağının ihlal edilmesini ancak Sözleşme'de tanınan bir diğer hakkın ihlali halinde mümkün gördüğü dar yorumunu ilk kez bu davada değiştirmiştir[24]. Bu nedenle Belçika Dil Davası, ayrımcılık yasağının AİHS bağlamında uygulama alanını genişleten ve işlerliğini artıran söz konusu yaklaşım değişikliği nedeniyle AİHM'in mihenk taşı niteliğindeki içtihatlarındandır.

---

[22] AİHM, Belçika Dil Davası, s. 30

[23] Bkz. çalışmamızın bu bölümündeki "AİHS 14. Maddesi Bağlamında Ayrımcılık Yasağı" başlığı altındaki açıklamalar.

[24] Ağırbaşlı, **Sınırlı Ayrımcılık Yasağından Genel Eşitlik İlkesi**, s. 44.

2.2.2.2. Podkolzina Davası

Davaya konu somut olayda[25], başvurucu, Letonya'da yaşayan Rusça konuşan azınlığa mensup bir Letonya vatandaşı olup parlamento seçimleri için aday olmuş ancak resmi dil olan Letonca'da yüksek düzeyde dil yetkinliği bulunmadığından aday listesinden çıkarılmıştır. Başvurucu, Sözleşme'ye Ek 1 Numaralı Protokolün 3. maddesi ile bağlantılı olarak Sözleşme'nin 14. maddesinin ihlal edildiği iddiasıyla AİHM'e başvurmuştur.

AİHM, devletlerin kurumsal sistemlerinin ve özellikle de ulusal parlamentosunun işlevini gereği gibi yerine getirmesini sağlamak hususunda menfaatleri bulunduğunu ve bunun devletlerin takdir alanı içinde kaldığını vurgulamanın yanı sıra, parlamentoya seçilerek seçmenleri temsil edecek kişilerin ana dil ve aynı zamanda parlamentonun çalışma dili olan Letonca'da yetkin dil becerilerine sahip olmalarının meşru bir amaca hizmet ettiğini değerlendirmiştir. Ancak Mahkeme, başvurucunun mevcut ve ulusal düzenlemelere uygun şekilde alınan geçerli bir dil sertifikası bulunmasına rağmen habersiz ve normal prosedürden farklı şekilde bir dil yetkinlik testine tabi tutulmasının adil olmadığı ve hukuki öngörülebilirlikten uzak olduğu, başvurucunun aday listesinden çıkarılmasının gerçekleştirilmek istenen amaçla orantılı olmadığı kanaatine ulaşmış ve bu nedenle Sözleşme'ye Ek 1 Numaralı Protokolün 3. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Her ne kadar bahse konu başvuruda ihlal tespit edilen anılan maddeyle bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının da ihlal edildiği iddiasında bulunulmuş ise de, mahkeme tespit edilen ihlal karşısında söz konusu uygulamanın Sözleşme'nin 14. maddesi yönünden ayrıca incelenmesine ve değerlendirilmesine gerek olmadığı kanaatiyle ayrımcılık yasağı yönünden herhangi bir değerlendirmede bulunmamıştır.

Söz konusu davanın özelliklerine göre, başvurucu ile birlikte aday olan ve ana dili Letonca olmayan yirmi iki kişiden yalnızca dokuzu başvurucunun tabi olduğu şekilde ikinci bir dil testine tabi tutulmuş olup, bu kişilerin geçerli ve mevcut bir dil sertifikası olduğu halde hangi sebeple yeniden ve rutin olarak uygulanan prosedürden

[25] AİHM, Podkolzina davası.

ayrılan şekilde bir dil testine tabi tutulduğunun ve söz konusu farklı muamelenin ayrımcılık yasağı yönünden irdelenmesi gereken bir husus olduğu, ayrıca Mahkemenin, dil temelindeki ayrımcılık yönünden diğer ayrımcılık temellerine kıyasla daha sınırlı sayıda içtihadı olduğundan, Mahkemece bu davada ayrımcılık yasağı yönünden ayrıca bir inceleme yapılmamasının kanaatimizce eksik kalan bir husus olduğunu belirtmemiz gerekmektedir[26].

2.2.3. Cinsiyet

Cinsiyet, Mahkemenin devletlerin takdir alanını dar olarak yorumladığı ve bu temeldeki bir farklı muamele için son derece esaslı nedenler ortaya konulmasını aradığı kategorilerin başında gelmektedir[27]. Mahkemenin bu yaklaşımını ilk kez sergilediği kararlardan olması yönüyle Abdulaziz ve diğerleri davası[28] önem arz etmektedir[29]. Adı geçen davada cinsiyetler arası farklı muamele doğrudan yasal düzenlemenin kendisinden kaynaklanmaktadır. Zira söz konusu ulusal yasal düzenleme erkek eşler için evlilik nedeniyle eşleriyle biraraya gelmek üzere göç konusunda kadın eşlere kıyasla daha sıkı koşullar öngörmektedir. Bu düzenleme için temel argüman, istatistiki olarak erkeklerin çalışma eğilimi kadınlardan fazla olduğundan bahisle, göçmen erkek eşlerin iş piyasasında yaratacağı farklı etkidir. Mahkeme, iş piyasasının korunmasının meşru bir amaç olduğunu kabul etmekle birlikte, iş piyasasında meydana gelebilecek olası farklı etkiyi son derece esaslı neden olarak kabul etmemiştir. Bahsolunan farklı muamele meşru şekilde gerekçelendirilemediğinden AİHM, Sözleşme'nin 8. maddesinde düzenlenen özel hayata ve aile yaşamına saygı hakkı ile bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. AİHM bu davada, cinsiyet temeline dayalı olarak ayrımcılık yasağının ihlal edildiğini tespit etmekle birlikte 8. maddenin ayrı ve bağımsız olarak ihlal edilmediğine karar vermiştir.

---

[26] Aynı yönde bkz. Yekbun Geylani Arslan, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Bağlamında Ayrımcılık Yasağı", (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006, s 30.

[27] Spencer/Spencer, "International Law and Discrimination", s. 56.

[28] AİHM, Abdulaziz ve diğerleri davası.

[29] Arnardóttir, **Equality and Non-Discrimination under the ECHR,** s. 142.

2.2.3.1. Schuler-Zgraggen Davası

Davaya konu somut olayda[30] başvurucu, rahatsızlığı nedeniyle işten çıkarılmış, sonrasında ise doğum yapmış bir kadın olup, bu süreçte kendisine tanınan emeklilik hakkının doğumdan sonra geri alınması nedeniyle, adil yargılanma hakkının ihlal edildiği, ayrıca cinsiyet temelinde ayrımcılığa maruz kaldığı iddiasıyla AİHM'e başvurmuştur. Başvurucunun, emeklilik hakkının geri verilmesi için açtığı yerel davada ulusal mahkeme kararını, kadınların doğumdan sonra işe geri dönmediği, rahatsız olmasaydı dahi doğum nedeniyle işten ayrılacağı varsayımına dayandırmıştır. Başvurucu ise yargılamanın, sırf kadın olması nedeniyle yapılan bir varsayıma dayandırılması ve bu gerekçeyle kendisine bir erkekten farklı muamele edilmesinin ayrımcı olduğunu öne sürmüştür.

AİHM, yerel mahkemenin cinsiyet temeline dayalı bu tür bir varsayımda bulunurken tersi yönündeki argümanları da değerlendirip varsayımın geçerliliğini sorgulama yoluna gitmediğini, mahkemenin cinsiyet temelli bu varsayımının kararının temel dayanak ve gerekçesi olduğu, bu haliyle belirleyici nitelikte olduğunu değerlendirmiş ve yalnızca cinsiyet temeline dayanılarak yapılan bu farklı muamelenin makul ve objektif bir gerekçesi olmadığından ayrımcılık yasağına aykırı bulmuştur[31].

AİHM, ayrımcılık yasağı yönünden Sözleşme'nin 6. maddesi ile bağlantılı olarak ihlal bulunduğu sonucuna ulaşırken, adil yargılama hakkının kendisi yönünden ise ihlal bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır.

AİHM, söz konusu kararda, cinsiyet eşitliğinin geliştirilmesinin Avrupa Konseyi'ne üye ülkelerin gündemindeki temel hedeflerden olduğunu vurgulayarak, bu tür bir farklı muamelenin sözleşmeye aykırı düşmemesi için son derece esaslı gerekçeler ortaya konulması gerektiğine dikkat çekmiştir.

[30] AİHM, Schuler-Zgraggen Davası.
[31] AİHM, Schuler-Zgraggen Davası, para. 66-67.

Mahkeme bu davada, tıpkı Abdulaziz ve diğerleri davasındaki gibi, cinsiyetlere toplumsal ve özel yaşamda biçilen kalıpsal ve geleneksel rollere karşı katı bir tutum sergilemiştir[32].

2.2.3.2. Karlheinz Schmidt Davası

Davaya[33] konu olayda, ilgili eyaletteki ulusal kanunlara göre erkeklerin zorunlu itfaiye hizmeti görevini yerine getirmek veya buna karşılık gelen bedeli maddi olarak ödeme yükümlülüğü altındadır. Başvurucu söz konusu yasal düzenlemenin yalnızca erkeklere yönelik olmasının ayrımcı nitelikte olduğu iddiasıyla AİHM'e başvurmuştur. Burada, ayrımcılık yasağ, Sözleşme'nin 4. maddesinde düzenlenen zorla çalıştırma ve angarya yasağı ile bağlantılı olarak incelemeye konu edilmiştir. AİHM, ilgili eyalette kadınların da itfaiye hizmetini yerine getirmek için gönüllü olabildiği, hizmeti fiili olarak yerine getiren yeterli sayıda gönüllü bulunduğu ve bu haliyle teorik olarak zorunlu olsa da uygulamada erkeklerin zorunlu olarak fiili hizmete alınması gibi bir durumun zaten söz konusu olmadığı, bu haliyle yapılan maddi ödemenin fiili hizmeti ikame eden telafi edici yönünün ortadan kalktığı ve uygulamada bu zorunlu hizmeti yerine getirmenin tek etkili yolu olduğu hususlarını da dikkate alarak, böyle bir maddi yükümlülüğün cinsiyete dayalı farklı muamele içerir şekilde yalnızca erkeklere yüklenmesinin objektif ve makul bir dayanaktan yoksun olduğu gerekçesiyle, söz konusu uygulamayı ayrımcılık yasağının ihlali olarak değerlendirmiştir. AİHM, burada ayrımcılık yasağının ilgili tutulduğu zorla çalıştırma yasağının da ihlal edildiği kanaatine ulaşmıştır.

2.2.3.3. Petrovic Davası

Eşi doğum yapmış olup çalışmaya devam etmekte olan başvurucu Bay Petrovic, eşinin doğum yapması nedeniyle çocuğun bakımı için bizzat doğum izni ödeneğinden yararlanmak üzere başvuruda bulunmuş ancak başvurusu reddedilmiştir.

---

[32] Arnardóttir, **Equality and Non-Discrimination under the ECHR,** s. 143.

[33] AİHM, Karlheinz Schmidt v. Almanya, B. No: 13580/88, 18.07.1994. ("Karlheinz Schmidt davası")

Başvurucu, ulusal mevzuata göre doğum izni ödeneğinin yalnızca anneye verilmesinin ayrımcı muamele niteliğinde olduğundan bahisle konuyu AİHM'e taşımıştır[34].

Anılan kararda, öncelikle 14. maddenin uygulanabilirliği irdelenmiştir. AİHM anılan kararda, 14. maddenin uygulanabilirliğinin Sözleşme'de tanınan bir diğer hakka bağlı olması hususuna ışık tutan ölçütler ortaya koymuştur.

AİHM, hükümetin doğum izni ödeneğinin aile yaşamına saygı hakkı kapsamında olmadığı, zira 8. maddenin taraf devletlere, ebeveynlere söz konusu finansal desteği sağlamak gibi bir pozitif yükümlülük öngörmediği ve bu nedenle ayrımcılık yasağının uygulanabilirliği olmadığı yönündeki savunmalarını reddederek başvuruyu Sözleşme'nin 8. maddesi ile bağlantılı olarak incelemiştir. Buna göre, AİHM, söz konusu aleyhe uygulama Sözleşme'de tanınan hakkın uygulanma biçimlerinden ya da şikayete konu uygulama Sözleşme'de tanınan bir hakkın uygulanması ile bağlantılı ise 14. maddenin uygulanabilir hale geleceğini belirtmiştir.[35] Mahkeme, devletin söz konusu doğum izni ödeneğini vermesinin Sözleşme'nin 8. maddesi bağlamında aile yaşamına saygı duyduğunu göstermenin bir yolu olduğu ve bu nedenle 14. maddenin uygulanabilir olduğu yönünde değerlendirmede bulunmuştur.

Mahkeme farklı muamelenin ayrımcılık teşkil edip etmeyeceği hususunu, diğer pek çok kararında belirttiği ve yine cinsiyet temelinde ayrımcılık başlığı altında yer verdiğimiz Karlheinz Schmidt kararında da zikredilen ölçütler üzerinden değerlendirmiştir. Anılan ölçütlere göre, farklı muamelenin 14. madde bağlamında ayrımcı nitelikte olduğunun söylenebilmesi için, meşru bir amacın bulunmaması veya gerçekleştirilmek istenen hedef ve kullanılan araçlar arasında orantısallık bulunmaması gerekmektedir.

Mahkeme davaya konu somut olayda, kadın ve erkek eşitliğini sağlamanın Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin temel hedeflerinden olduğuna, cinsiyetler arası farklı bir muamelenin ayrımcılık teşkil etmemesi için son derece esaslı gerekçeler ortaya konulması gerektiğine dikkat çekmekle birlikte devletlerin belirli bir noktaya

[34] AİHM, Petrovic v. Avusturya, B. No: 20458/92, 27.03.1998. ("Petrovic davası")
[35] AİHM, Petrovic davası, para. 25-29.

kadar takdir marjı bulunduğunu belirtmiştir. Devletlerin takdir marjının genişliğinin ise mevzubahis olan konuya, o konudaki süreç ve arkaplana, koşullara bağlı olarak değişkenlik gösterebileceği, Sözleşme'ye taraf devletlerde konsensus ve buna bağlı yeknesak bir uygulama olup olmadığının belirleyici etmenlerden olduğu ifade edilmiştir. Bu noktadan hareketle, devletlerin doğum nedeniyle anne ya da babaya, evde kalarak çocuğa bakabilmesi için finansal destek sağlamasının oldukça yeni bir yaklaşım ve uygulama olduğu, bu konuda pek çok devletin babalara doğum iznine ayrılma hakkını tanıdığı, ancak çok az sayıda devletin babalara doğum izni ödeneği imkanı sağladığı, bu anlamda Sözleşmeye taraf devletlerde bu konuda henüz yaygın bir eğilim bulunmadığı gerekçesiyle AİHM, bu hususun devletlerin takdir hakkının sınırları içerisinde kaldığını tespit ederek ayrımcılık yasağına aykırılık bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır.

Benimsenen ölçütlerin Karlheinz Schmidt davasındaki ölçütler olduğu ve davaların benzer nitelikte olduğu, ancak AİHM'in bu davada, anılan davadakinin aksine ayrımcılık yasağının ihlal edilmediği sonucuna ulaştığı hususu dikkat çekmektedir. Kanaatimizce burada AİHM'in farklı değerlendirmede bulunmasındaki temel etken, Petrovic davasında ebeveynlik hususuna ilişkin olan ve yerleşik uygulama olarak anne olan ebeveyne tanınan ve baba olan ebeveynlere henüz yeni tanınmaya başlamış bir sosyal güvenlik hakkı konusunda devletlerin daha geniş bir takdir alanı bulunduğu yönündeki bakış açısıdır. Zira çalışmamıza konu ayrımcılık yasağı ile sınırlı olmaksızın AİHM'in içtihatlarına genel olarak bakıldığında da, Sözleşmeye taraf devletlerde konsensus bulunmayan tartışmalı alanlarda, devletlere daha geniş takdir alanı tanıma eğiliminde olduğu anlaşılmaktadır. Mahkeme bu hususu, incelememize konu kararda ayrıca ve açıkça ifade etmiştir[36].

2.2.3.4. Hülya Ebru Demirel Davası

AİHM'in önüne gelen söz konusu davada[37] kadın olan başvurucu, TEDAŞ'ta güvenlik görevlisi olarak çalışmak üzere sınavda başarılı olmuş ve atanmış ancak

[36] AİHM, Petrovic davası, para. 38. Benzer şekilde bkz. Rasmussen v. Danimarka , B. No: 8777/79 , 28.11.1984, para. 40. ("Rasmussen Davası")

[37] AİHM, Hülya Ebru Demirel v. Türkiye, B. No: 30733/08, 19.06.2018. ("Hülya Ebru Demirel Davası")

sonrasında "erkek olma" ve "zorunlu askerlik hizmetini yapma" şartlarını karşılamadığı gerekçesiyle söz konusu göreve atanmamıştır. Başvurucunun kurumun söz konusu kararının iptali için iç hukukta yaptığı başvurular olumsuz sonuçlanmıştır.

Hükümet, söz konusu görevin zorunlu askerlik hizmetini yerine getiren erkeklere ayrılmasının, ateşli silah kullanma ve geceleyin çalışmayı gerektiren görevin niteliği nedeniyle ayrımcılık teşkil etmediğini ileri sürmüştür. Başvuran söz konusu farklı muamelenin yalnızca kadın olmasından kaynaklandığını ve bu nedenle ayrımcılık teşkil ettiğini, Türkiye'de çalışan pek birçok kadının polis memurluğu, askeri pilotluk ve ceza infaz kurumu memurluğu gibi tehlikeli işlerde çalıştığını ve bu nedenle Hükümetin görevin niteliğine yönelik savunmasının yerinde olmadığını iddia etmiştir.

Mahkeme; benzer nitelikteki Emel Boyraz davasına[38] atıfla, güvenlik görevliliği mesleğine yalnızca erkeklerin kabul edilmesinin benzer durumdaki kişilere yalnızca cinsiyete dayalı nedenlerle farklı muamele edilmesi niteliğinde olduğu, bunun ayrımcılık teşkil etmemesi için makul ve nesnel bir gerekçeye dayanması gerektiğine vurgu yaparak, somut olay yönünden ise farklı muameleyi haklı kılan meşru bir amacın bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır. AİHM bu davada, başvurucunun maruz kaldığı farklı muamelenin ayrımcı nitelikte olduğuna ve Sözleşme'nin 8. maddesi ile birlikte 14. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

2.2.3.5. Ayten Ünal Tekeli Davası[39]

Evlilik nedeniyle Türk mevzuatına göre eşinin soyadını alan, bu soyadının önüne de isteğine bağlı olarak kendi kızlık soyadını ekleyen başvurucu, yalnızca kendi kızlık soyadını kullanabilmek için dava açmış ancak Medeni Kanuna göre evli kadınların kocalarının soyadlarını kullanma zorunluluğu bulunduğundan iç hukukta

[38] Bkz. AİHM, Emel Boyraz Davası. Anılan davada, kadın olan başvurucu güvenlik görevlisi olarak kamu görevine atandıktan sonra kadın olması nedeniyle görevine son verilmiş olup Mahkeme başvurucunun kadın olması nedeniyle cinsiyet temelinde yapılan farklı muamelenin söz konusu göreve yalnızca erkeklerin alınması gerekliliğinin gerekçesinin ortaya konulamadığı, zira başvurucunun kadın olması nedeniyle görevinin gereklerini yerine getiremediğini gösterir herhangi bir durum bulunmadığı ve bu haliyle meşru bir amaç taşımadığı gerekçesiyle ayrımcılık yasağına aykırı bularak ihlal kararı vermiştir.

[39] AİHM, Ayten Ünal Tekeli v. Türkiye, B. No: 29865/96, 16.11.2004. ("Ayten Ünal Tekeli Davası")

olumlu bir sonuç alamamıştır. Başvurucu, başvurusu sırasında stajyer avukatlık yapmakta olup, kızlık soyadıyla bilinmesi nedeniyle, söz konusu soyadı değişikliğinin iş yaşantısını da olumsuz etkilediğini, evli kadınların kocalarının soyadını almaları yönündeki yasal zorunluluğun özel hayat ve aile yaşamına saygı hakkının ve bununla bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının ihlali niteliğinde olduğu iddiasıyla AİHM'e başvurmuştur.

AİHM, kadınlara yönelik söz konusu farklı muamelenin ayrımcılık teşkil edip etmediğini, ayrımcılık yasağına ilişkin inceleme yaptığı içtihatlarında ortaya koyduğu ölçütler üzerinden değerlendirmekle birlikte, konunun aile birliğini ilgilendiren toplumsal yönü de bulunması nedeniyle bu kararında olayın somut özelliklerini genel ölçütler bağlamında daha detaylı şekilde incelediği ve bazı ek ölçütler ortaya koyduğu görülmektedir. Buna göre; AİHM öncelikle her farklı muamelenin ayrımcılık niteliğinde olmadığını, eş değer ya da benzer durumdakilere farklı muamelenin ayrımcılık niteliğinde olup olmadığının tespit edilmesi gerektiğine dikkat çekmiştir. Farklı muamelenin hangi durumlarda ayrımcılık niteliğinde olacağının tespiti yönünden AİHM'in irdelediği ilk ölçüt, makul ve nesnel bir nedenin varlığıdır. Mahkeme, bu tür bir nedenin mevcut olup olmadığının ise demokratik toplumlarda geçerli olan ilkelere göre değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bununla birlikte, meşru bir amacın varlığının tek başına yeterli olmadığı hususuna dikkat etmekte yarar vardır. Zira, meşru amacın varlığı halinde dahi, şayet kullanılan yöntem ile gerçekleştirilmesi istenen amaç arasında makul bir oransal bağ yoksa bu durum ayrımcılık yasağının ihlalini sonuçlayacaktır.

Taraf Devletlerin hangi hallerde benzer durumlardakilere farklı muamele edilebileceğini belirleme hususunda bir noktaya kadar takdir hakkı bulunduğunu ancak yalnızca cinsiyete dayalı farklı bir muamelenin ayrımcılık teşkil etmemesi için son derece esaslı nedenler ortaya konulması gerektiğini Mahkeme bu kararında da yinelemiştir. Bununla birlikte AİHM, taraf devletlerde gelişen durum ve koşullar ile ortaya çıkan konsensus hususlarını da dikkate alması gerektiği konusundaki farkındalığını kararında açıkça zikretmiştir.

AİHM'in, kamusal yönü olan ve toplumun çıkarlarının korunmasını gerektiren durumlarda kamu menfaati ile bireyin Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerinin korunması arasında adil bir denge kurulması halinde nesnel bir nedene dayanan farklı muamelelerin 14. maddeye aykırılık teşkil etmeyeceğine ilişkin değerlendirmesi kamusal yönü ağır basan konularda benimsenmesi gereken yaklaşıma ışık tutmaktadır[40].

Özetlenen ölçütlerin somut olaya uygulanması bakımından ise, AİHM değerlendirmesine, evli erkeklerin yalnızca evlenmeden önceki soyadlarını kullanmalarına karşın, evli kadınların yalnızca evlenmeden önceki soyadlarını kullanamamalarının cinsiyete dayalı farklı bir muamele olduğunu tespitle başlamıştır. AİHM, aile birliğini kocanın soyadı vasıtasıyla yansıtarak kamu düzenini sağlamaya yönelik bir meşru amaç izlendiği yönündeki Hükümet savunmasını reddetmiş ve davaya konu somut olayda böyle bir farklı muameleyi haklı çıkaracak bir gerekçe olmadığına kanaat getirmiştir.

AİHM'in bahse konu kararda dikkate aldığı hususlardan biri de, Avrupa Konseyi'ne üye devletlerde yaygınlaşan şekilde, kadın ve erkeklerin evlilik soyadının seçimi konusunda eşit söz hakkına sahip olmasına yönelik eğilim ve buna ilişkin uygulama birliğinin oluşma aşamasında olmasıdır. Bu bağlamda, kadın ve erkeğin seçimine bağlı olarak eşlerden birinin soyadının benimsenmesi, her iki eşin soyadından ayrı olarak yeni bir evlilik soyadının benimsenmesi veya eşlerin soyadlarının birleştirilerek ortak bir evlilik soyadı türetilmesi şeklinde farklı uygulama biçimleri olduğu anlaşılmaktadır. Mahkeme, Türk hukukundaki yasal düzenlemenin eşlere seçim hakkı tanımadığı, Avrupa Konseyi'ne üye ülkeler arasında, Türkiye'nin eşlerin isteği bu yönde olsa dahi kadının evlilikle birlikte kendi soyadını kaybetmesi ve erkeğin soyadını almak zorunda olması yönünde bir düzenleme getiren tek ülke olduğuna dikkat çekmiştir. Ayrıca, kadınların kendi kızlık soyadlarını da eşlerinin soyadına ilaveten kullanabilmelerinin söz konusu durumu değiştirmediği, zira evliliklerinin soyadlarını etkilemesini istemeyen kadınların durumunun dikkate alınmadığını değerlendirmiştir. Aile soyadının benimsenmesi konusunda, farklı bir

[40] Benzer bir yaklaşım için bkz. AİHM, G.M.B. ve K.M. v. İsviçre, B. No: 36797/97, 27.09.2001. ("G.M.B ve K.M. Davası)

sistem benimsenmesinin doğum, evlilik ve ölüm kayıtlarının tutulması konusunda sorunlar yaratacağını kabul etmekle birlikte AİHM, kişilerin seçtikleri isme göre saygınlık ve itibarla yaşamalarını sağlamak uğruna, toplumsal olarak katlanılması gereken sıkıntının makul olduğu yönünde bir değerlendirmede bulunmuştur.

Burada tartışılması gereken hususlardan bir diğeri, meşru amaç olarak ileri sürülen aile birliğini sağlamanın başka bir yöntemle gerçekleştirmesinin mümkün olup olmadığıdır. Zira AİHM; aile birliğinin, aile soyadı olarak kadının soyadının ya da çift tarafından seçilen ortak bir soyadının kabul edilmesiyle de yansıtılabileceğini ifade etmektedir. Sonuç olarak; söz konusu davada, aile birliğini ortak bir soyadı taşıyarak sağlama yönündeki amacın cinsiyete dayalı farklı muamele için yeterli bir gerekçe teşkil etmediği ve Sözleşme'nin 8. maddesi ile bağlantılı olarak ayrımcılık yasağını ihlal ettiğine karar verilmiştir[41].

Karardaki ihlale dair sonuca katılmakla birlikte, gerekçe yönünden farklılaşan kanaatte olduğumuzu belirtmemiz gerekmektedir. Zira, kanaatimizce burada aile birliğini sağlamaya yönelik amaç meşru olmakla birlikte, tartışılması gereken husus bu tür bir uygulamanın söz konusu meşru amacı gerçekleştirmek için gerekli olup olmadığıdır. Gerekliliğin tespit edildiği varsayımında ise, amaç ile araç arasında orantılılık bulunup bulunmadığının irdelenmesi gerekmektedir. Kanaatimizce, bahse konu uygulama söz konusu meşru amacın gerçekleştirilmesi için gerekli olmadığı gibi amaç ile kullanılan araç arasında orantılılık da bulunmamaktadır. Zira Hükümet tarafından ileri sürülen aile birliğini sağlamaya yönelik amaç meşru bir amaç olmakla birlikte, söz konusu amacın gerçekleştirilmesi için izlenen yöntem ve kullanılan araç arasında bir orantılılık bulunmamaktadır. Söz konusu amacın, böyle bir farklı muameleye yol açmayan farklı yöntemlerle de gerçekleştirilmesi mümkündür. Zira aile birliğinin sağlanmasına yönelik evlilik soyadının belirlenmesi amacının, kadın ve erkeğin seçimine bağlı olarak eşlerden birinin soyadının benimsenmesi, her iki eşin soyadından ayrı olarak yeni bir evlilik soyadının benimsenmesi veya eşlerin soyadlarının birleştirilerek ortak bir evlilik soyadı türetilmesi şeklinde farklı yöntemlerle de gerçekleştirilebilmesi karşısında, kadınların cinsiyet temeline dayalı

[41] Benzer nitelikteki bir karar için bkz. AİHM, Burghartz v. İsviçre, B. No: 16213/90, 22.02.1994. ("Burghartz Davası")

olarak böyle bir farklı muameleye tabi tutulması amaç ve araç arasındaki orantılılığı aşan niteliktedir.

2.2.4. Irk- Etnik Köken

AİHM içtihatlarına göre ırka dayalı ayrımcılık, AİHM nezdinde şüpheli temellerden olup meşru bir nedene dayanması oldukça sınırlı hallerde mümkündür. Doktrinde; AİHM'in bu ayrımcılık nedeni bağlamında farklı muamelenin ayrımcılık teşkil etmemesi için son derece esaslı nedenlerin ortaya konulması gerektiğine dair benimsediği genel ölçütü daha katı şekilde uyguladığı ve adeta devletlerin bu alandaki takdir hakkını ortadan kaldıran bir yaklaşım benimsediği ifade edilmektedir[42].

AİHM ırk, renk, ulusal veya etnik kökene dayalı ayrımcılığı, içtihatlarında ırk temelinde ayrımcılık kategorisi altında değerlendirmektedir[43].

2.2.4.1. Timishev Davası

Rusya'da zorunlu göçmen olarak yaşayan bir Çeçen etnik kökenli olan başvurucu, Rusya Federasyonunda bulunan Kabardey Balkarya Cumhuriyeti'ne giriş sınırında yapılan trafik kontrolünde, Çeçen etnik kökenli kişilerin girmesine izin verilemeyeceği gerekçesiyle geçişinin engellendiği, bu suretle kendisinin Sözleşme'ye Ek 4 Numaralı Protokolün 2. maddesinde düzenlenen seyahat özgürlüğünün ve ayrıca bununla bağlantılı olarak etnik köken temelinde ayrımcılığa uğradığı iddiasıyla AİHM'e başvurmuştur.

AİHM, başvurucunun Rusya Federasyonu içindeki idari sınırlar arasında geçiş yapmasını engelleyen söz konusu uygulamanın başvurucunun seyahat özgürlüğünü kısıtladığı, sözlü bir talimatla yapılan söz konusu kısıtlamanın yasal bir dayanaktan

---

42 Ulaş Karan, "Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi", **Anayasa Yargısı Dergisi**, C. XXXII, 2015, s. 258.

43 Bkz. AİHM, Özgür Gündem v. Türkiye, B. No: 23144/93, 16.03.2000 ("Özgür Gündem Davası"); Magee v. Birleşik Krallık, B. No: 26289/12 29062/12 29891/12, 12.08.2015 ("Magee Davası"); Velikova v. Bulgaristan, B. No: 41488/98, 04.10.2000 ("Velikova Davası"). Ayrıca Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 1. maddesi de ırkçılığı tanımlarken ırk, renk, soy, ulusal veya etnik köken temellerine dayalı ayrım olarak tanımlamaktadır.

yoksun olduğunu ve bu haliyle Sözleşme'ye Ek 4 Numaralı Protokolün 2. maddesinde düzenlenen seyahat özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

Bahsi geçen hak ihlalinin yanı sıra AİHM ayrıca ayrımcılık yasağı yönünden yaptığı incelemede ise, Hükümetin, etnik kökenin hiçbir kimlik belgesinde listelenmediği, bu nedenle Rus yetkililer tarafından etnik kökenin bilinmesi ve ayrımcılık yapılmasının mümkün olmadığı yönündeki savunmasını, başvurucunun sınırı geçmesini engelleyen söz konusu sözlü talimatın gerçekten Çeçen etnik kökenli olan kişiler yönünden bir sınırlama getirdiği gibi Çeçen olduğu varsayılan kişiler yönünden de uygulanacağı yönünde değerlendirmiştir. Burada Mahkemenin değerlendirmesi, çalışmamızın üçüncü bölümünde mağdur bahsinde ele alacağımız, varsayılan özellikler konusunda, ayrımcılık nedenlerinin gerçekten bulunmasının aranmadığı ve varsayılan nedenlerin ayrımcı önyargı ve nefret saiki için yeterli olduğu yönündeki katıldığımız görüşleri destekler niteliktedir.

AİHM, başvurucunun sınırdan geçişini engelleyen söz konusu uygulamanın başka etnik kökendeki kişiler yönünden de uygulandığına dair herhangi bir iddia veya emare bulunmaması karşısında, başvurucunun seyahat özgürlüğünü kullanırken eşitliğe aykırı şekilde ve etnik köken temelinde farklı bir muameleye tabi tutulduğunu gösterdiğini ifade etmektedir.

AİHM, birbirleri ile ilgili olan ve çoğu zaman iç içe geçen ırk ve etnik köken kavramlarına bu kararda açıklık getirmiştir. Buna göre ırk; insanları, ten rengi ve yüz karakteristik özellikleri gibi morfolojik özelliklere göre alt türlere ayırmak şeklindeki biyolojik sınıflandırma düşüncesine dayanmaktadır. Etnik köken ise; kaynağını, ortak milliyet, kabile mensubiyeti, ortak inanç sistemi, ortak dil, kültürel ve ulusal kökenler ve arka planlara göre toplumsal gruplandırma yapma düşüncesinden almaktadır.

AİHM bahse konu kararında, ayrımcılığı benzer durumdaki kişilere, makul ve nesnel bir gerekçe bulunmaksızın farklı muamele edilmesi olarak tanımlamış olup bir kişinin gerçekte var olan veya varsayılan etnik kökenine dayalı ayrımcılığın ırk temelinde ayrımcılık teşkil edeceğini belirtmiştir.

İspat yükü bakımından ise Mahkeme, farklı muamelenin mevcut olduğunu ispat yükünün başvurucuda olmasına karşın, böyle bir farklı muamelenin mevcudiyetinin ortaya konulmasından sonra bunun haklı gerekçelere dayandığını ispat külfetinin ise taraf devlette olduğunu vurgulamıştır. Mahkeme, somut olayın özelliklerine göre, başvurucunun, kendisi gibi sınırı geçmek için bekleyen diğer kişilerle aynı durumda olduğu ve Çeçen etnik kökenli olanlar ile farklı etnik kökendeki kişiler arasında bu tür bir farklı muamele doğuran uygulama yönünden haklı bir gerekçe ortaya konulamadığı kanaatine ulaşmıştır.

Mahkeme somut olayı irdeleyerek yaptığı değerlendirmelerin yanı sıra, yalnızca veya belirleyici ölçüde ırk temeline dayalı bir farklı muamelenin farklı kültürlere saygı ve çoğulculuk ilkelerine göre inşa edilen modern bir toplumda hiçbir koşulda nesnel olarak gerekçelendirilemeyeceğine dikkat çekerek ırk temelinde ayrımcılık konusunda benimsediği katı uygulamasını ortaya koymuştur. Sonuç olarak AİHM, bu davada başvurucunun Sözleşme'ye Ek 4 Numaralı Protokolün 2. maddesinde düzenlenen seyahat özgürlüğü ile bağlantılı olarak ve ayrımcılık yasağına aykırı şekilde ırk temelinde ayrımcılığa maruz kaldığına karar vermiştir.

Timishev davası[44], ırk ve etnik köken kavramlarına açıklık getirerek içerik tanım ve içerik itibariyle farklılıklarını ortaya koyan, ancak haklı ve nesnel bir neden bulunmaksızın etnik köken temeline dayalı olarak yapılacak bir farklı muamelenin ırka dayalı ayrımcılık kapsamında değerlendirileceği yönündeki kabulünü ortaya koyduğu bir karar olması itibariyle önem arz etmektedir. Davanın, Sözleşme'de açıkça tanımlanmayan ayrımcılık kavramının Mahkeme nezdindeki tanımının açıkça ifade edilmesi ve ispat külfeti yönünden getirilen açıklamalar itibariyle de önem arz ettiği kanaatindeyiz.

2.2.4.2. Nachova v. Bulgaristan Davası

Başvurucular Roman etnik kökenli Bulgar vatandaşları olup dava[45], başvurucuların akrabaları olan iki ikişinin polis tarafından yakalanması sırasında

[44] AİHM, Timishev Davası.
[45] AİHM, Nachova v. Bulgaristan, B. No: 43577/98 and 43579/98, 06.07.2005. ("Nachova Davası").

öldürülmesine ilişkindir. Maktuller, ordunun bina inşasına yönelik görev yapan mensuplarından olup herhangi bir mazeret olmadan işe gelmemeleri nedeniyle hapis cezasına mahkum edilmiş ve bu cezanın infazı sırasında hapisten kaçan maktuller olup yakalanmalarına yönelik olarak polis tarafından yapılan kovalamaca sırasında olay meydana gelmiştir. Başvurucular, maktullerin ölümüne yol açan olayda Roma etnik kökenli kişilere duyulan önyargı ve düşmanca tutumun da rol oynadığından bahisle yaşam hakkıyla bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının da ihlal edildiği iddiasıyla davayı AİHM'e taşımıştır. Başvurucular ayrıca, maktullerin ölümünün soruşturulmasında, olası ırkçı yaklaşım ve saikleri araştırma yükümlülüğünün yerine getirilmediğini de ileri sürmüştür.

AİHM, yaşam hakkı yönünden yaptığı incelemede polis memurları tarafından ateşli silahların kullanımına dair olan ve en hafif suçlar için dahi ölümcül güç kullanımına cevaz veren ulusal yasal düzenlemenin Sözleşme'de öngörüldüğü şekilde kanunla korunma koşulunu sağlamadığı ve yaşam hakkının keyfi şekilde sınırlanmasına yol açtığını tespit etmiştir. Mahkeme, maktullerin silahsız olduğu, herhangi bir şiddet eğilimi göstermedikleri ve kimse için hayati tehlike yaratmadıkları, ayrıca ağır suçların failli olmadıkları, buna karşın olay yerinde dokuz fişek bulunduğu, polis memurunun ayrıca bir tabancası olduğu halde otomatik tüfeğini kullanmayı seçtiği ve tüfeği otomatik modda kullandığı hususlarını da dikkate alarak, somut olayın özelliklerine göre ateşli silah kullanılması ve firari maktullerin kaçmalarını engellemek için ateşli silahla sekiz-dokuz el ateş edilmesinin ölçüsüz güç kullanımı niteliğinde olduğu ve Sözleşme ile güvence altına alınan yaşam hakkı ile bağdaşmadığı, somut olayda Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Davaya konu somut olayda, ayrımcılık hususunu gündeme getiren durum, görgü tanıklarından birinin, maktulleri kovalayan ve ateşli silah kullanımıyla ölümlerine neden olan polis memurunun ateş etmeden önce ırkçı bazı söylemlerde bulunduğuna dair tanıklığıdır. Bu tanığın beyanına göre, polis memuru ateş ettikten hemen sonra "sizi lanet olası Romanlar" diye bağırmıştır. Mahkeme, burada, maktullerin ölümüyle sonuçlanan silahla ateş edilmesi olayında ırkçılığın rol oynayıp oynamadığını somut olayın özellikleri üzerinden irdelemiştir.

Başvuruculaların ırkçılığı gündeme getirme nedeni olarak ileri sürdüğü ilk husus, ateş eden polis memurunun nüfusun yoğun olduğu bir yerleşim bölgesinde ve üstelik otomatik modda ateş etme riskini almasıdır. Başvuruculara, göre polis memurunun kamu güvenliğini hiçe sayan böyle bir davranışta bulunmasının tek açıklanabilir nedeni ırkçı bir yaklaşım ve nefretle hareket etmesi olabileceği, benzer bir tutumu Roma etnik köken ağırlıklı olmayan bir muhitte gerçekleştirmeyeceğini belirtmiştir.

AİHM, polis memurunun ateşli silah kullanmasına yönelik ilgili ulusal yasal düzenlemenin, Sözleşme ile güvence altına alınan yaşam hakkını güvence altına almakta yetersiz ve gerekli standardı sağlamaktan son derece uzak olduğunu vurgulamakla birlikte, polis memurunun aşırı güç kullanımının iç hukuktaki yasal düzenlemelere uygun düştüğünü ve bu anlamda silah kullanımı ve güç kullanımında ırkçı saiklerle sınırın aşıldığının söylenemeyeceğini ifade etmiştir. Mahkeme, maktullerin öldürülmesinde ırkçı saiklerin etken olduğu ve ayrımcılık yasağının bu suretle ihlal edildiği iddiasını reddetmiştir. Buna karşın, başvuruculaların ileri sürdüğü bir diğer husus olan, maktullerin ölümüne yönelik olarak kamu makamlarınca yürütülen soruşturmada, ırkçılık hususunun araştırılması yönünden yükümlülüklerini yerine getirmediğini tespit etmiştir. Mahkeme, ırkçı saikler bulunduğu yönünde şüphe yaratan bu tür bir tanık beyanı ile polis memurunun şiddet eğilimi ve silahı bulunmayan iki kişiye yönelik bu orandaki bir güç kullanımı hususları ile Bulgaristan'ın Romanlara karşı önyargı ve düşmanlığına işaret eden başka olaylara ilişkin mevcut veriler de dikkate alındığında; böyle bir olgunun varlığının kamu kurumlarını harekete geçirmesi gerektiği ve derinlemesine araştırma yapma yükümlülüğü doğurduğunu belirtmiştir. Ayrımcılık bağlamında, devletin pozitif yükümlülüğü ayrımcılığın araştırılması ve tespitini de kapsamaktadır. Bu bağlamda; Mahkeme, örneğin polis memurunun geçmişi, daha önce ırkçı olaylara karışıp karışmadığı, geçmişinde bu yönde tutum gösterip göstermediği, bu denli güç kullanımının gerekip gerekmediği hususunda sorgulanması gibi araştırılabilecek ek hususlar olduğuna dikkat çekmiştir. Ancak ilgili kamu kurumlarınca ve kamu görevlilerince bu hususta derinlemesine veri toplanmadığı, ırkçı saikler bulunup bulunmadığının araştırılmadığı ve bu hususta etkin bir soruşturma yürütülmediği, bu

haliyle yaşam hakkının prosedürel yönüyle bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

2.2.5. Din

Her ne kadar bu ayrımcılık nedeni bakımından başlık olarak yalnızca din ifadesi tercih edilmiş ise de, bu durum ilgili ayrımcılık nedeninin, terminolojik olarak AİHS madde metninde yer verildiği haliyle ele alınmasından kaynaklanmaktadır. Ancak; madde metninde ayrımcılık nedenleri arasında sayılan din kavramını yorumlarken şu hususa dikkat etmekte yarar vardır; burada din temeline dayalı ayrımcılığı yalnızca farklı dine mensup olma hali olarak anlamlandırmamak gerekmektedir. Örneğin, kişinin kendi inanışı gereği hiçbir dine mensup olmadığı ve bu nedenle ayrımcılığa uğraması durumunda da, din temelinde ayrımcılık söz konusu olacaktır. Kişinin mensup olduğu din, taşıdığı dini inanç veya inançsızlık nedeniyle ayrımcılık mağduru olması hallerinin tamamının din temeline dayalı ayrımcılık kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

2.2.5.1. Hoffmann Davası

Söz konusu dava[46], Yehova şahidi olan başvurucunun çocuklarının velayetinin dini inançları nedeniyle kendisinden alınmasına ilişkindir. Başvurucu evlendiği sırada Katolik olup eşi de kendisi gibi aynı dinin mensubudur. Ancak sonrasında başvurucu Yehova şahidi olmak üzere Katolik Kilisesinden ayrılmış ve devam eden süreçte başvurucu ile eşi boşanmıştır. Müşterek çocuklarının velayeti için hem başvurucu hem de boşandığı eşi başvuruda bulunmuş, yerel mahkeme çocukların velayetini çocukların annesi olan başvurucuya vermiş ancak çocukların babasının temyizi üzerine Yüksek Mahkeme yerel mahkemenin kararını kaldırarak çocukların velayetinin başvurucunun eski eşi olan babalarına verilmesine karar vermiştir. Yüksek Mahkeme, çocukların velayetinin Yehova şahidi olan başvurucuya verilmesi halinde başvurucunun çocukları bu dini öğretinin prensiplerine göre yetiştireceği ve bu dini öğretinin kan nakline karşı olduğu, bu durumun çocukların sağlığını riske attığı, kendi özgün kuralları çerçevesinde yaşayan sosyal bir topluluk olduğu ve çocukların menfaatleri

[46] AİHM, Hoffmann Davası.

gözetildiğinde velayetlerinin babaya verilmesinin onların yararına olacağı, babalarının çocukları yetiştirmek için gerekli koşulları sağlayabilecek yeterlilikte olduğu gibi gerekçelere dayandırmıştır. Başvurucu, Yehova şahidi olması nedeniyle dini endişelerle çocukların velayetinin kendisine verilmemesinin din ve vicdan özgürlüğünü ve ayrımcılık yasağını ihlal ettiğini ileri sürmüştür.

Mahkeme öncelikle, farklı bir muamele olup olmadığını irdelemiş, bu kapsamda velayet haklarının belirli bir dini azınlık topluluğuna mensup olan başvurucuya verilmesi halinde bunun çocuklar üzerindeki olası sosyal etkileri ve kan naklinin reddi gibi sağlık açısından risk teşkil eden belirli olguların, velayetlerinin bir ebeveyne değil diğerine verilmesi konusunda çocukların menfaati gereği ağır basan tercih nedeni olabileceğini kabul etmektedir. AİHM, Yüksek Mahkemenin bunu ifade etme biçimine göre Yehova şahidi olan başvurucuya karşı dini yönden farklı bir muamele söz konusu olduğunu tespit etmiştir. Ancak AİHM tarafından, söz konusu farklı muamelenin çocukların haklarını ve sağlığını koruma amacını güttüğü anlaşıldığından meşru bir amaç taşıdığı ifade edilmiştir. Ne var ki, Mahkeme yalnızca din temeline dayalı bir farklı muamelenin kabul edilebilir olmadığı, gerçekleştirilmek istenen amaç ile izlenen yöntem arasında orantılılık bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır. Bu haliyle, AİHM, Sözleşme'nin 8. maddesi ile bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir[47]. Mahkeme, bu davada ayrımcılık yasağının ihlal edildiğini tespitle yetinmekle, çoğunluğu oluşturan içtihatlarında yaptığının aksine bağlantılı hak yönünden ayrı bir inceleme yapmaya gerek görmemiştir[48].

2.2.5.2. Thlimmenos Davası

Başvurucu, dini inancı nedeniyle askeri üniforma giymeyi reddetmiş bir Yehova şahidi olup ulusal mevzuata göre emre itaatsizlik nedeniyle hapis cezasına mahkum edilmiştir. Hapis cezasının infazından sonraki süreçte başvurucu, sözleşmeli serbest muhasebeci olarak çalışmak üzere başvurduğu pozisyona daha önce hapis

[47] Hoffmann Davası, para. 30-36. Başvurucunun çocuklarının velayetinin din temeline dayalı ayrımcılık nedeniyle kendisine verilmediği iddiasıyla başvurduğu ve AİHM'in ayrımcılık yasağı yönünden 8. madde ile bağlantılı olarak ihlal kararı verdiği benzer bir karar için bkz. AİHM, Palau-Martinez v. Fransa, B. No: 64927/01, 16.03.2004.

[48] Ağırbaşlı, **Sınırlı Ayrımcılık Yasağından Genel Eşitlik İlkesine**, s. 58-59.

cezasına mahkum olduğundan atanmamış olup başvurucu dini inancı nedeniyle mahkum olduğu hapis cezasının işe alınmasına engel teşkil etmesinin din ve vicdan hürriyetine aykırı ve bu bağlamda ayrımcılık teşkil eden nitelikte olduğu iddiasıyla AİHM'e başvurmuştur.

AİHM, geçmişteki mahkumiyeti nedeniyle aynı iş için başvuran kişilerden farklı muameleye tabi tutulmanın, belirli bir mesleğe alım konusunda koşullar belirlenmesi ile ilgili olduğunu ve bu durumun Sözleşme'de yer almayan meslek özgürlüğü hakkı kapsamında olduğunu belirtmiştir. Ancak başvurucu, burada din ve vicdan hürriyeti ile ayrımcılık yasağının ihlali olarak ileri sürdüğü hususun mesleğe seçilmek için koşullar getirilmesi değil, bu koşullar getirilirken hapis cezasına mahkum olanlar bakımından dini inançları nedeniyle işlenen suçlardan hapis cezasına mahkum olanların diğer suçlardan hapis cezasına mahkum olanlarla aynı muameleye tabi tutulmasıdır. Bir diğer deyişle, başvurucu burada farklı muameleye tabi tutulmayıp aynı muameleye tabi tutulması nedeniyle ayrımcılığa maruz kaldığını ileri sürmektedir.

AİHM, pasifizmi savunan dini inancının engel teşkil ettiği gerekçesiyle askeri üniforma giymeyi reddeden başvurucunun mahkumiyetine din ve vicdan özgürlüğünü kullanmasının neden olduğu iddiasının aksini gösteren bir olgunun mevcut olmadığını ve bu haliyle din ve vicdan özgürlüğü kapsamında ayrımcılık yasağı ile ilişkilendirilebilir olduğunu tespit etmiştir.

AİHM, ayrımcılık yasağını ele aldığı diğer kararlarında olduğu gibi bu kararda da ayrımcılığın klasik tanımına yer vermekle birlikte, bu kararında dolaylı ayrımcılık üzerinde durmuş ve dolaylı ayrımcılığın da ayrımcılık kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini açıkça ifade etmiştir. Buna göre, durum ve koşulları önemli ölçüde farklılaşan kişilerin makul ve nesnel bir gerekçe olmaksızın farklı muameleye tabi tutulmaması hali de ayrımcılık oluşturacaktır[49]. Bu anlamda, ayrımcılığın yalnızca haklı bir neden olmaksızın benzer durumlara farklı muamele edilmesi halinde değil,

[49] AİHM, Thlimmenos Davası, para. 43.

haklı bir neden olmaksızın farklı durumara benzer muamele edilmesi halinde de oluşacağını ortaya koyması bakımından bu dava önem arz etmektedir.

Farklı muameleye tabi tutmama yönünden meşru bir nedenin mevcut olup olmadığı hususunda yapılan incelemede ise, devletlerin bazı suçluları muhasebeci olarak almamakta menfaatleri bulunduğunu, ancak başvurucunun suçunun niteliği itibariyle göreviyle bağdaşmayacak veya mesleki yeterliliğini etkileyecek ahlaki bir eksiklik yaratmadığı, bu nedenle mesleğe uygun olmadığı gerekçesiyle alınmamasının isabetli olmadığı, başvurucunun farklı muameleye tabi tutulmamasının makul ve nesnel bir gerekçesi bulunmadığı ve bu nedenle kendisinden farklılaşan kişilerle aynı muameleye tabi tutulmasının ayrımcılık yasağının ihlalini sonuçladığına karar vermiştir[50]. Mahkeme, Hoffmann davasında yaptığı üzere burada da ayrımcılık yasağının ihlalini tespit ettikten sonra, bağlantılı hak yönünden ayrı bir inceleme yapmaya gerek duymamıştır.

2.2.6. Diğer Nedenler

AİHS'in 14. maddesi lafzına göre, örnek kabilinden sayılan ayrımcılık nedenlerinden sonra *"... veya diğer durumlara dayalı herhangi bir nedene dayalı ayrımcılık*" ifadesi kullanılarak sayılan örneklerden başka ayrımcılığa neden olabilecek tüm haller madde kapsamına dahil edilmiştir. Sözleşme'ye Ek 12 No'lu Protokolün 1. maddesinin lafzına göre de, madde metninde sayılan ayrımcılık nedenleri örnek kabilinden sayılmakla *"... gibi herhangi bir nedene ayrımcılık*" ifadesi kullanılmıştır. Anılan madde metinlerinde açıkça sayılmamakla birlikte içtihatlarla şekillenen ayrımcılık nedenlerinden sıklıkla karşılaşılanlar, diğer nedenler olarak bu başlık altında, yine AİHM kararlarının ilgili nedenlere göre kategorize edilmesi suretiyle ayrı ayrı ele alınacaktır.

[50] AİHM, Thlimmenos Davası, para. 46-48.

2.2.6.1. Engellilik Hali

2.2.6.1.1. Botta Davası

Botta kararı[51], Mahkemenin engellilik haline ilişkin ilk ve temel içtihatlarından olup, her ne kadar engelliler lehine ihlal tespitinde bulunulan bir karar niteliğinde olmasa da, Sözleşmenin yorumunda engelliliğe dayalı ayrımcılık konusunda bir hassasiyet yaratması açısından önem arz etmektedir[52].

Fiziksel engeli bulunan başvurucu, bir başka fiziksel engelli arkadaşıyla gittiği tatilde, engelli kişilerin plaja ve denize erişimini sağlayan rampa gibi özel teçhizatın bulunmayışı, tuvalet ve yıkanma alanlarının engellilerin kolay yararlanabileceği şekilde dizayn edilmemesi nedeniyle ulusal yasal düzenlemelere aykırı olan uygulama yönünden iç hukuk yollarını tüketmiş ve Sözleşme'nin 8. maddesinde düzenlenen özel yaşama saygı hakkının ihlal edildiği ve ayrıca engellilik temelinde ayrımcılığa maruz kaldığı iddiasıyla AİHM nezdinde başvuruda bulunmuştur.

AİHM somut olayı Sözleşme'nin 8. maddesi bağlamında incelemeye almış ancak başvuruyu 8. madde kapsamında olmadığı gerekçesiyle kabul edilemez bulmuştur. Mahkeme özel yaşamın kişinin fiziksel ve ruhsal bütünlüğünü kapsadığını, 8. maddenin öncelikli amacının, kişinin diğer insanlarla ilişkilerinde, herhangi bir dış müdahale olmaksızın, kişiliğini ortaya koyması ve kendini gerçekleştirmesini sağlamak olduğunu ifade etmiştir.

Mahkeme, davaya konu somut olayda başvurucunun şikayetinin devletin özel yaşamına yaptığı aktif bir müdahaleden kaynaklanmadığı aksine, devletin pozitif yükümlülüğünü yerine getirmediğinden bahisle ihlal iddiasında bulunduğunu, özel yaşam ve aile yaşamına saygı hakkının devletlere müdahaleden kaçınmak şeklindeki negatif yükümlülüğün yanı sıra gerekli aksiyonları almak şeklinde pozitif yükümlülükler de yüklediğini, ancak maddede belirlenen saygı kavramının tanımlanmadığını ifade etmektedir. AİHM'e göre, devletin bu tür bir yükümlülüğünün

---

51 AİHM, Botta Davası.

52 Liisa Nieminen, "Human Rights of Persons with Disabilities", **Scandinavian Studies in Law**, S:55, 2010, s. 380.

bulunup bulunmadığının genel kamu yararı ve bireyin yararı arasında kurulacak adil bir dengeye göre belirlenmesi gerekmekle birlikte, devletin belirli bir takdir alanı bulunduğu izahtan varestedir. Bununla birlikte, devletin bu tür yükümlülüklerinin olması ancak başvuruculaların talep ettiği uygulama ile özel yaşam yahut aile yaşamları arasında doğrudan ve yakın bir bağlantı olması halinde söz konusu olacaktır. Mahkeme, benimsediği bu ölçüte göre somut olay yönünden, son derece geniş ve belirlenemeyen kapsamdaki kişilerarası ilişkilere yönelik olduğunu, başvurucunun talep ettiği özel banyo ekipmanları ile özel yaşamı arasında bu tür bir doğrudan ilişkinin bulunmadığına kanaat getirmiştir.

İhlal iddiasını 8. madde yönünden kabul edilemez bulan AİHM, 14. maddenin uygulanabilirliği yönünden Sözleşme'de tanınan diğer haklara bağlı karakteristiği nedeniyle[53], ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine yönelik iddiaları da kabul edilemez bulmuştur. AİHM'in söz konusu kararı, özel yaşama saygı hakkının dar bir yorumu olup buna bağlı olarak ayrımcılık yasağının somut olay yönünden uygulanabilirliğini de ortadan kaldırmış olmakla birlikte, kararın yine de, engellilik temeline dayalı ayrımcılık yönünden en azından kategorik bir farkındalık yarattığı söylenebilecektir.

2.2.6.1.2. Enver Şahin Davası

AİHM nezdindeki bu başvuruya konu edilen husus, engellilerin eğitime erişiminin sınırlanmasının eğitim hakkı ve ayrımcılık yasağını ihlal ettiği iddiasıdır. Davaya konu olayda, başvurucu üniversite öğrencisi iken felç geçirmiş olup, o esnada öğrenim gördüğü üniversitenin çok katlı ve engellilere erişim olanağı sunmayan bir bina olması ve ayrıca fiilen bizzat katılması gereken uygulama atölyeleri olması nedeniyle, engellilerin de erişim sağlayabileceği şekilde fiziki imkan sağlanması için ilgili mercilere başvurularda bulunmuş ancak olumlu bir sonuç elde edememiştir. Başvurucu tarafından üniversiteye yapılan başvurular maddi kaynakların yetersizliği, binaların yasal duruma uygun olduğu, sorunun bir refakatçi yardımı ile çözülebileceği gibi gerekçelerle cevaplandığından etkili bir sonuç alamamıştır. Başvurucu, engelillilik hali gözetilmeksizin kendisine sağlıklı bireylerle aynı şekilde muamele

[53] Bkz. çalışmamızın ikinci bölümünde yer alan AİHS'in 14. maddesine ilişkin açıklamalar.

edilmesinin eğitim hakkını ve ayrıca ayrımcılık yasağını ihlal ettiği iddiasıyla konuyu AİHM'e taşımıştır. Mahkeme söz konusu davada, Sözleşme'nin mümkün olduğunca diğer uluslararası hukuk kurallarıyla uyumlu olarak yorumlanması gerektiğine dikkat çekmekle bu nedenle eğitim hakkı yönünden Avrupa Sosyal Şartı ve Engelli Kişilerin Haklarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi gibi hukuki belgelere atıf yapmıştır.

AİHM'in ayrımcılık yasağına ilişkin olarak içtihatlarında kullandığı meşru amaç, makul ve nesnel gerekçelendirme, kullanılan yöntem ve gerçekleştirilmek istenen amaç arasında ölçülülük gibi ölçütler bu kararda da zikredilmiştir. Ancak AİHM burada 14. madde yönünden şu hususa dikkat çekmiştir; 14. madde fiili eşitsizlikleri olan kişilere bunları gidermek için farklı şekilde muamele edilmesini yasaklamamakta, aksine bu farklılıkların gerektirdiği şekilde farklı muamele edilmemesi ve eşitsizliğin giderilmeye çalışılmaması belirli bazı hallerde 14. maddenin ihlalini sonuçlayabilmektedir. Benzer özellikler gösteren hangi hallerde ve ne ölçüye kadar farklı muamelenin gerekçelendirilebilir şekilde uygulanacağı devletlerin takdir alanındaki bir husus olup bu takdir alanının ekonomik ve sosyal stratejiler yönünden çok daha geniş olduğu kabul edilmektedir. Mahkeme ayrıca, günün değişen koşulları gereği Avrupa hukuku ve uluslararası hukukta ortaya çıkan yeni durum ve uygulamaları karşılayacak esnekliği göstermek konusuna önem verdiğini, bu kapsamda ortaya konulan yeni standartları ve yeknesaklaşan yeni uygulamaları dikkate aldığını ifade etmiştir[54]. Bu kapsamda eğitim hakkının herkesi kapsayan şekilde ve ayrımcılık yapılmaksızın, engelli kişiler için de fırsat eşitliği sağlanarak uygulanması konusunda devletlerin sorumluluğuna dikkat çekmiştir.

Somut olay yönünden Mahkeme, üniversitenin başvurucuya sunduğu, bir kişinin yardımından yararlanarak fiziki olarak imkanlara erişme önerisini Sözleşme'nin 8. maddesindeki hakkın kullanılması yönünden makul bulmamıştır. Mahkeme engelli bireylerin bağımsız ve özerk şekilde yaşama ihtiyacı olduğunu ve bunun mümkün olduğunca sağlanması adına bu kişilerin fiili durumlarının bireyselleştirilerek göz önüne alınması ve her kişi özelinde alınabilecek önlemler ve bu önlemlerin engelli bireyin güvenliği, onuru ve özerkliği üzerindeki etkileri

[54] AİHM, Enver Şahin Davası, para. 53-55.

yönünden etraflıca değerlendirilmesi gerektiğini, somut olayda üniversitece önerilen başka bir kişiye bağlı kılınan yardımın bu koşulları karşılamadığını ifade etmiştir. Hükümetin, bütçe gerekçesine dayalı savunmaları yönünden ise mahkeme, başvurucunun eğitim ihtiyaçları ve ilgili otoritelerin bunları karşılamak konusundaki sınırlı kapasitesinin birbiri ile karşılaştırmalı olarak tartılması gerektiği ve yarışan değerler olan; bireyin menfaati ve bir bütün olarak toplumun menfaati arasında adil bir denge kurulması gerektiği yönünde değerlendirmede bulunmuştur. AİHM, üniversite tarafından başvurucuya sunulan, başvuruya yardım için bir kişinin görevlendirilmesi önerisini yeterli gören yerel mahkemenin, başvurucunun engeli olmayan öğrencilerle eşit koşullarda öğrenimine devam etmesi için idareye orantısız ve aşırı külfet oluşturmayacak şekilde gerçek ihtiyaçlarını ve bu ihtiyaçlara yönelik çözüm önerilerini belirlemeye çalışmadığını tespit etmiştir. Bu bağlamda AİHM, başvurucunun engeli olmayan bireylerle eşitlik temeline dayalı şekilde eğitim hakkından yararlanması ve çatışan menfaatlar arasında adil bir dengenin kurulması için gerekli özenin gösterildiğinin kanıtlanamadığı gerekçesiyle Sözleşme'ye Ek 1 Numaralı Protokolün 2. maddesi ile bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir.

İncelenen karar itibariyle AİHM'in AİHS'in 14. maddesinde açıkça sayılan ayrımcılık nedenleri arasında yer almayan engellilik halini diğer nedenler kapsamında değerlendirdiği ve bu bağlamda bir ayrımcılık nedeni olarak ele aldığı anlaşılmaktadır[55]. AİHM'in incelenen bu kararı da, Thlimmenos davasına benzer şekilde, dolaylı ayrımcılığın ayrımcılık kapsamında kabul edildiğinin bir kez daha ortaya konulduğu bir karar olması itibariyle önem arz etmektedir.

2.2.6.2. Cinsel Yönelim

2.2.6.2.1. E.B. Davası

Davaya[56] konu somut olayda, kendisi hemşirelik okulunda öğretmenlik yapan, psikolog olan bir kadınla fiili birliktelik yaşayan başvurucu, bir çocuk evlat edinmek

[55] Aynı yönde bkz. AİHM, Kiyutin Davası, para. 57; AİHM, Glor v. İsviçre, B. No:13444/04, 06.11.2009, para. 53-56. ("Glor Davası").
[56] AİHM, E.B. v. Fransa, B. No: 43546/02, 22.01.2008. ("E.B. Davası")

için ilgili sosyal hizmetler birimine başvuruda bulunmuştur. Başvurucu, evlat edinmek için yaptığı başvurusunda cinsel yöneliminden ve partnerinden bahsetmiş olup kurumda başvuruyu değerlendirmeye yetkili uzman ve psikologlar tarafından ayrı ayrı bildirilen görüş ve raporlar sonucunda başvurucunun evlat edinme başvurusu reddedilmiştir. Başvurucunun başvurusunun reddine dair pek çok gerekçe içeren red kararında, başvurucunun evlat edinmesi halinde evlat edinilen çocuğun gelişimini güçlendirecek bir baba rol modelinin bulunmayacak olması ve başvurucunun partnerinin çocuğun hayatındaki konumunun yeterince açık olmaması da gerekçe gösterilmiştir. Buna göre, başvurucunun partneri her ne kadar başvurucunun evlat edinmesine karşı çıkmamakta ise de bu plana dahil olduğu da söylenemeyecektir. Bu durumun, evlat edinilecek çocuğun içinde yetişmesi için yeterli ve düzgün nitelikte bir aile tablosu ortaya koymadığı sonucuna ulaşılarak başvurucunun evlat edinme başvurusu reddedilmiştir.

Söz konusu idari karara karşı iç hukukta dava yoluna başvuran ancak tüm kanun yollarını tüketmesine rağmen lehine bir sonuç elde edemeyen başvurucu, özel yaşama saygı hakkının ihlali ve bu hakla bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının ihlal edildiği iddiası ile AİHM'e başvurmuştur.

AİHM, evlat edinme talebinin reddedilmesinin evlat edinilecek çocuğun sağlığı ve haklarının korunmasına yönelik meşru bir amacı olduğunu belirterek yine bir homoseksüel bireyin evlat edinmesini konu alan Frette davasına[57] atıfta bulunmuştur. Farklı muamelenin haklı bir nedeni bulunup bulunmadığı hususunda ise; Mahkeme, başvuruya konu evlat edinme meselesi yönünden Sözleşmeci devletlerin hukuk sistemlerinde bu konuda yeknesak bir uygulama bulunmadığı ve bu nedenle uzlaşı bulunmayan bu tür diğer konularda olduğu gibi Sözleşmeye taraf devletlerin bu konuda geniş bir takdir marjı bulunduğunu belirtmiştir. Bu bağlamda, bu alanda devletlere tanınan geniş takdir marjı ve dengenin sağlanabilmesi adına çocuğun yüksek yararının korunması hususları birlikte göz önünde bulundurulduğunda; evlat edinme başvurusunun reddedilmesinin orantılılık ilkesine aykırı olmadığı, hükümet tarafından sunulan gerkeçelerin haklı ve nesnel olduğu, bu nedenle davaya konu somut

[57] AİHM, Frette v. Fransa, B. No: 36515/97, 26/05/2002. ("Frette Davası")

olaydaki farklı muamelenin 14. madde bağlamında ayrımcılığa yol açmadığı osnucuna ulaşmıştır.

Mahkeme, başvurucunun ve evlat edinmeye aday olan çocuğun menfaatlerinin yarışması halinin söz konusu olduğu ve çocuğun yüksek yararının üstün tutulması gereği de gözetildiğinde, bir ya da birden fazla homoseksüel ebeveyn tarafından evlat edinilmesinin muhtemel sonuçları üzerinde bilim camiasının kendi içerisinde bölündüğü, ulusal ve uluslararası görüşlerde büyük çaplı farklılıklar olduğu ve talebi karşılamaya yeter sayıda çocuk bulunmadığı yönünde tartışmalar olduğunu ifade etmiştir.

2.2.6.3. Sağlık Durumu/Hastalıklar

2.2.6.3.1. Kiyutin Davası

Davaya konu somut olayda[58] başvurucu, Rusya'da oturma izni almaya çalışan Rus kökenli Özbek vatandaşı bir kişi olup başvuru tarihi itibariyle 8 senedir Rusya'da yaşamakta ve Rus kökenli bir eşi ve müşterek çocukları bulunmaktadır. Başvurucunun başvuruları HIV vürüsü taşıdığı gerekçesiyle reddedilmiş ve iç hukuk yollarını tüketen ancak olumlu bir sonuç elde edemeyen başvurucu, hastalık nedeniyle ayrımcılığa uğradığı ve AİHS 8. maddesi ile bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının ihlal edildiği iddiası ile AİHM'e başvurmuştur. Yürürlükteki ulusal mevzuat gereğince, HIV virüsü taşımadığını ispatlayamayan yabancılara oturma izni verilmemektedir.

Başvurucunun bir Rus vatandaşı ile evli olup müşterek bir çocukları olduğu, bu bağlamdaki ilişkisinin aile hayatını ilgilendiren bir husus olduğunu değerlendiren Mahkeme; Sözleşme'nin ayrımcılık yasağına ilişkin 14. maddesinin Sözleşme'nin 8. maddesi ile bağlantılı olarak uygulanabilir olduğunu tespit ederek davayı ayrımcılık yasağı bağlamında ele almıştır. Her ne kadar Hükümet başvurucunun Özbekistan'da ağır suçlar nedeniyle mahkum olması nedeniyle kamu düzeni için tehdit oluşturduğunu ileri sürmekte ise de, Mahkeme başvurucunun oturma iznine yönelik başvurusunun reddedilmesini bununla ilişkilendiren ve bu iddiayı doğrulayan herhangi bir bilgi ve

[58] AİHM, Kiyutin Davası.

belge mevcut olmadığını tespit etmiştir. Bu nedenle Mahkeme, başvurucunun başvurusunun reddedilme nedeninin adli sicil kaydı olmayıp HIV virüsü taşıması olduğunu değerlendirmiştir. Bu nedenlerle AİHM, ailevi nedenlerle oturma izni verilmesi talebinde bulunan başvurucunun başvuruda bulunan diğer yabancılarla aynı durumda olduğu, ancak sağlık durumu nedeniyle farklı muameleye maruz kaldığı kanaatine ulaşmıştır.

AİHM; fiziksel bir engelin, sağlık durumu veya hastalığın 14. maddede açıkça sayılan ayrımcılık nedenleri arasında yer almamasına rağmen maddede "diğer nedenler" olarak tabir edilen nedenler kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir[59]. Bir kişinin HIV'li olması halinin de maddede diğer nedenler olarak belirtilen kavram kapsamına gireceği ve ayrımcılık nedeni olarak nitelendirilebileceğini belirten Mahkeme, HIV virüsü taşıyanlara yönelik ayrımcılığa dikkat çeken BM İnsan Hakları Komisyonu'nun tavsiye kararına[60] da atıfta bulunmuştur[61].

Somut olay yönünden 8. madde ve onunla bağlantılı olarak 14. maddenin uygulanabilir olduğunu, farklı bir muamelenin söz konusu olduğunu tespit ettikten sonra Mahkeme söz konusu farklı muamelenin haklı ve makul bir şekilde gerekçelendirilip gerekçelendirilemediğini irdelemiştir. Mahkeme, bu noktada, farklı bir muamele söz konusu olduğunun ispatı yönünden ispat külfetinin başvurucu üzerinde olduğunu, ancak bu ortaya konulduktan sonra farklı muamelenin haklı ve makul bir gerekçesi olduğunu kanıtlamak yönünden ise ispat külfetinin Hükümet üzerinde olduğunu ifade etmiştir.

Mahkeme devletlerin takdir marjını kabul etmekle birlikte temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanması yönünden geçmişte ayrımcılığa maruz kalmış ve dezavantajlı gruplar söz konusu olduğunda devletlerin takdir marjının çok daha sınırlı olduğuna ve bu durumda gerekçelendirme zorunluluğunun daha ağır şekilde

[59] Benzer şekilde bkz. AİHM, Glor Davası para. 80.
[60] BM İnsan Hakları Komisyonu'nun 1995/44 sayılı ve 3 Mart 1995 tarihli 53. seansta kabul edilen Karar'ı.
[61] AİHM, Kiyutin Davası, para. 29, para. 57.

uygulanacağına dikkat çekmiştir[62]. Bu kapsamda, cinsiyet[63], cinsel yönelim[64], ırk veya etnik köken[65], engellilik hali nedeniyle ayrımcılığa maruz kalan grupların içtihatlarda ön plana çıkan dezavantajlı gruplar olduğu anlaşılmaktadır[66].

HIV virüsünün ortaya çıktığı 1980'li yıllarda hastalığın büyük çoğunlukla ölümle sonuçlanması ve virüsün bulaşma şekli ile hastalığın bilinmezliğinin de etkisiyle toplumda bir kaygı ve korkuya neden olmakta iken, sonrasında hastalığın bulaşma şeklinin tespit edilmesiyle bu korku yerini bu hastalığı taşıyan kişilere karşı önyargı, kınama ve damgalama[67] şeklindeki toplumsal davranışlara bırakmıştır. AİHM, tüm bu süreçte yoğun bir toplumsal dışlanmaya maruz kaldığı ve ayrımcılık mağduru olduklarından HIV'lı kişilerin kategorik dezavantajlı gruplar arasında yer aldığı ve devletlerin bu grubun üyesi olan kişiler yönünden de takdir marjının dar olarak yorumlanması gerektiği kanaatindedir[68].

AİHM devletlerin takdir marjı yönünden, ilgili hususta Avrupa Konseyi'ne üye devletler arasında bir uzlaşma hali mevcut olup olmadığını da dikkate almaktadır. Bu kapsamda Avrupa'da ilgili hususta bir uzlaşma söz konusu ise takdir marjını daha dar yorumlamakta ve bu durumda farklı muamelenin haklılığını ortaya koymak yönünden devletlerin daha geçerli nedenler ortaya koymasını beklemektedir[69]. Somut olay yönünden Mahkeme HIV virüsü taşıyan kişilere oturma izni verilmesine yönelik olarak Avrupa Konseyindeki farklı devletlerde mevcut uygulamaları dikkate almakla, bu kişilere oturma izni verilmesinin reddedilmesine yönelik herhangi bir uzlaşma söz konusu olmadığına dikkat çekmiştir. Buradan hareketle, AİHM, başvurucunun maruz

62 AİHM, Kiyutin Davası, para. 63.
63 Bkz. AİHM, Abdulaziz ve diğerleri davası, para. 78; AİHM, Burghartz Davası, para. 27.
64 Bkz. AİHM, Schalk ve Kopf v. Avusturya, B. No: 30141/04, 22.11.2010, para. 97 ("Schalk ve Kopf Davası"); AİHM, Smith ve Grady v. Birleşik Krallık, B. No: 33985/96 ve 33986/96, 27.12.1999, para. 90. ("Smith ve Grady Davası")
65 AİHM, D.H. ve diğerleri v. Çek Cumhuriyeti, B. No: 57325/00, 13.11.2007, para. 182 ("D.H. ve diğerleri davası"); AİHM, Timishev davası, para. 56.
66 AİHM, Kiyutin Davası, para. 63.
67 Damgalama, kişinin toplum tarafından reddedilmesine yol açan fiziksel veya davranışsal özellikleri, kişinin toplumsal kimliğini olumsuz yönde etkileyen bir etiket olarak tanımlanmaktadır. Bkz. Ataman, **Ayrımcılığa Karşı Bir Adım At,** s. 7.
68 AİHM, Kiyutin Davası, para. 64.
69 AİHM, Kiyutin Davası, para. 65.

kaldığı farklı muamelenin savunmacı devlet tarafından gerekçelendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir.

AİHM, burada hastalığın niteliği ve bulaşma biçimi itibariyle HIV'li kişilere uygulanan seyahat kısıtlamalarının bu hastalığa karşı korunmak yönünden herhangi bir etkisi olmadığını ifade etmiştir. Hastalığın havadaki zerrecikler kanalı ile solunum yoluyla bulaşan ve sadece aynı ortamda bulunmanın dahi bulaş riskini doğurduğu türden bulaşıcı hastalıklardan farkına dikkat çeken Mahkeme, HIV virüsü yönünden bulaş riskini doğuran cinsel münasebetler yahut tıbbi müdahalelerde gerekli tedbirleri alarak veya bunlardan kaçınarak kamu sağlığının bireylerin kendisi tarafından korunabilmesinin mümkün olduğunu gözetmiştir.

Söz konusu farklı muamelenin haklılığını AİHM nezdinde tartışmalı hale getiren bir diğer husus, oturma izni talep edenler yönünden HIV virüsü taşıyanlara uygulanan kısıtlamaların, göçmenler veya Rus yolcuların ülkeye giriş çıkışlarında uygulanmamasıdır. Zira Mahkeme, savunmacı Devlet tarafından ileri sürüldüğü gibi kamu sağlığına yönelik endişe ve riskler söz konusu ise, oturma izni talep edenler dışındaki ülkeye giriş çıkış yapan kişilerin hangi nedenle söz konusu uygulamaya tabi olmadığı konusunda geçerli bir neden tespit edememiştir[70].

Her ne kadar Mahkeme, Hükümet tarafından gerekçe gösterilen kamu sağlığının korunmasını meşru bir amaç olarak kabul etse de bunun haklı bir neden olmadığı kanaatindedir. Mahkeme burada, amacın meşru olduğunu kabul etmekle birlikte bu meşru amacın, başvurucunun sağlık durumu nedeniyle maruz kaldığı söz konusu farklı mumelenin kendisini meşru hale getirmeyeceğini vurgulamıştır[71]. Zira Mahkeme, HIV virüsü taşıyan bireylerin bir ülkenin topraklarında bulunmasının başlı başına kamu sağlığı için genel bir tehdit oluşturmadığı, hastalığın bulaşma türünün belirli olduğu, HIV vürüsü taşıyan kişilere oturma izni verilmemesi yönündeki ulusal uygulamanın sistematik ve genel bir uygulama olup kişilerin bireysel durumunu gözardı ettiği, başvurucunun dezavantajlı bir grubun mensubu olduğu hususlarını bir bütün halinde gözetmekle savunmacı devletin sınırlı olan takdir marjını aştığı

[70] AİHM, Kiyutin Davası, para. 69.
[71] AİHM, Kiyutin Davası, para. 66.

kanaatine varmıştır. Bu haliyle Mahkeme somut olay yönünden söz konusu uygulamanın makul ve haklı bir nedeni olmadığı ve ayrımcılık yasağının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

2.2.6.4. Doğum (Nesep Bağı)

AİHM'in Marckx davası[72] nesep bağına, bir diğer deyişle evlilik içi doğan çocuklarla evlilik dışı doğan çocuklara ilişkin olup anılan neden, maddede ayrımcılık nedenleri arasında açıkça sayılmamış olmakla birlikte, 14. maddede "diğer nedenler" ifadesi kapsamında değerlendirilen ayrımcılık nedenlerindendir.

Belçika vatandaşı olan ve evli olmayan başvurucu, evlilik dışı dünyaya gelen çocuğunun evlilik içi doğan çocuklara kıyasla miras hukuku yönünden daha dezavantajlı konumda olmasının ayrımcılık yasağına aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Belçiki miras hukukuna göre evlilik içi doğan çocuklar için yasada öngörülen hükümler evlilik dışı doğan çocuklara kıyasla çok daha avantajlı hükümlerdir. Başvurucunun çocuğu başvurucunun evli olmaması nedeniyle, kanunlara göre tanınmış gayrımeşru çocuk statüsünde olup, anılan miras hukuku hükümlerine göre evlilik içi doğan çocuklara kıyasla daha sınırlı ekonomik haklara sahip ve hukuken dezavantajlı durumdadır.

Mahkeme ilgili miras hukuku hükümleri ile geleneksel aile yapısının korunmasını güvence altına almak amacının kamu düzeni için meşru amaç olarak ileri sürülebilir olduğunu kabul etmekle birlikte, sözkonusu meşru amacın evlilik dışı ailenin haksızlığa uğratılması, evlilik dışı aile bireylerinin hukuken evlilik içi aile bireylerinden dezavantajlı duruma sokulmaması gerektiğini, söz konusu amacın bu yönde bir etki veya sonuç doğurmasının kabul edilebilir olmadığını vurgulamıştır. AİHM, davaya konu somut olayda, anılan farklı mualemenin haklı ve nesnel şekilde gerekçelendirilemediğini ve bu nedenle Sözleşme'nin 8. maddesiyle bağlantılı olarak 14. maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

[72] AİHM, Marckx v. Belçika, B. No: 6833/74, 13.06.1979. ("Marckx Davası")

Çalışmamızın ayrımcılık yasağını AİHS ve AİHM kararları ışığında incelediğimiz bu bölümünün başında, 14. maddenin ayrımcılık nedenlerini örnek kabilinden saydığına dair yaptığımız açıklamaları tekrarla, ayrımcılık nedenlerinin, ele aldığımız başlıklarla sınırlı olmadığını ve farklı muameleye esas teşkil edecek herhangi bir nedenin bu bağlamda değerlendirilebileceğini vurgulamakta yarar vardır. Bu kapsamda, örneğin; ikametgah sahibi olunup olunmaması temelinde farklı bir muamelenin ayrımcılık teşkil ettiği iddiasıyla AİHM'e yapılan bir başvuruda, AİHM, ikametgah sahibi olunmasını bir ayrımcılık nedeni olarak ele almış ve ikametgahı olanlarla olmayanlar arasında İsveç'te vergi indirimi konusunda uygulanan farklı muameleyi meşru bir amacı olmadığı gerekçesiyle, Sözleşme'ye Ek 1 Numaralı Protokolün 1. maddesi ile bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının ihlali olarak değerlendirmiştir[73].

2.2.6.5. Çoklu Temelde Ayrımcılık

Birden fazla ayrımcılık nedeninin ayrımcılığa esas teşkil etmesi olarak ifade edilebilecek olan çoklu temelde ayrımcılık kavramın ilişkin olarak çalışmamızın ilk bölümünde yer verdiğimiz açıklamalara atıfla yetinilecektir.

Çalışmamızın bu bölümünde ayrı başlıklar halinde yer verdiğimiz ayrımcılık nedenleri, veya çalışmamızın sınırlılığı nedeniyle yer verilemeyen ancak AİHS madde metnindeki diğer nedenler kapsamında değerlendirilebilecek herhangi bir ayrımcılık nedeni tek başına mevcut olabileceği gibi, bir başka ayrımcılık nedeniyle birlikte ayrımcı muameleye esas teşkil edebilmektedir. Çoklu temelde ayrımcılığın somut örneklerine AİHM kararlarında da rastlamak mümkündür. Bu bağlamda, B.S. davası[74] AİHM'in önüne gelen ve çoklu temelde ayrımcılığa dair bir başvuru olup, incelemeye konu olan ayrımcılık nedenleri etnik köken ve meslektir. AİHM, başvurucunun fahişe olarak çalışan bir Afrikalı olmasından kaynaklı kırılgan durumunun yerel mahkemelerce dikkate alınmadığını, ilgili kurumların söz konusu olaylarda ayrımcı bir muamele olup olmadığının tespiti yönünde gerekli tüm adımları atmadığını ve bu

[73] AİHM, Darby v. İsviçre, B. No: 11581/85, 23.10.1990. ("Darby Davası")
[74] AİHM B.S. v. İspanya, B. No: 47159/08, 24.07.2012. ("B.S. Davası")

nedenle Sözleşme'nin 3. maddesi ile bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

2.3. AİHM'in Ayrımcılık Yasağı Yorumuna İlişkin Genel Değerlendirme

İncelenen tüm bu AİHM kararları ışığında, AİHM'in benzer durumlara benzer şekilde muamele edilmesi ve farklı durumlara farklı şekilde muamele edilmesine yönelik bir eşitlik anlayışı benimsediği söylenebilecektir. Bu anlamda AİHM uygulaması Aristoteles'in eşitlik anlayışı ile benzer özellikler göstermektedir[75]. Mahkeme, durumlar arasında benzerlik ve farklılıkları bakımından bağlantı kuran ve farklı yahut benzer muamele gerekliliğini tespit hususunda karşılaştırılabilirliği temel hareket noktası olarak esas alan bir değerlendirme yapmaktadır. Bu anlamda AİHM, ayrımcılığın benzer durumdakilere haklı bir neden olmaksızın farklı muamele edilmesi ile gerçekleşebileceği gibi farklı durumdakilere haklı bir neden olmaksızın benzer muamele edilmesi halinde de gerçekleşebileceğini[76] kabul etmektedir.

AİHM'in 14. maddesi ayrımcılık yasağı bağlamında geniş bir koruma alanı öngörmektedir. Bunu sağlayan hususlardan biri, ayrımcılık yasağının Sözleşmedeki belirli bir hakka özgülenmeksizin Sözleşme'de tanınan bütün haklarla ilişkili şekilde uygulanmasıdır. Maddenin, ayrımcılık nedenlerini metinde sayılanlarla sınırlı tutmaması koruma alanını kapsamlı kılan hususlardan bir diğeridir. Ayrıca, ayrımcılık yasağının otonom karakteri de uygulama alanının genişliğine katkı sağlayan bir diğer etkendir. Zira 14. maddenin ileri sürülebilirliğinin ön koşulu olan ilgili hakkın ihlal edilmediği sonucuna ulaşılması 14. maddenin ihlal edilip edilmediği yönünden belirleyici olmamakta, ayrımcılık yasağı ilgili hakkın ihlal incelemesinden bağımsız şekilde bir ihlal değerlendirmesine tabi tutulmaktadır[77].

---

[75] Aynı yönde bkz. Christa Tobler, "Equality and Non-Discrimination under the ECHR and EU Law: A Comparison Focusing on Discrimination against LGBTI Persons", **Zeitschrift Für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht,** C:LIIIV, S:3, s. 529.

[76] Farklı muameleyi gerektiren farklı durumlara aynı muamele edilmesinin ayrımcılık yasağının ihlalini sonuçladığı bir örnek için bkz. AİHM, E.B. ve diğerleri v. Avusturya, B. No: 31913/07, 38357/07, 48098/07, 48777/07, 48779/07, 07.11.2013. ("E.B. ve diğerleri")

[77] Tobler, "Equality and Non-Discrimination under the ECHR and EU Law", s. 531.

AİHM farklı ayrımcılık biçimlerinin mevcudiyetini kabul etmiştir. Doğrudan ayrımcılığın yanı sıra dolaylı ayrımcılık da AİHS bağlamında ayrımcılık yasağının koruması kapsamındadır[78]. AİHM fiili eşitsizliğin giderilerek eşitliğin sağlanması adına geçici özel önlemler alınmasını ayrımcılık yasağının ihlali olarak değerlendirmemektedir[79]. Hatta AİHM'in geçici özel önlemlere izin vermekten bir adım daha öteye geçerek, bazı durumlarda bunu yükümlülük olarak yüklediği ve yerine getirilmemesini ayrımcılık yasağının ihlali olarak değerlendirdiği ifade edilmektedir[80].

AİHM'in içtihat hukukunda bir kısım ayrımcılık nedenleri yönünden devletlere oldukça dar bir takdir alanı tanıdığı, söz konusu nedenler yönünden daha katı bir yaklaşım sergilediği dikkat çekmektedir. Mahkemenin kararlarında, bu ayrımcılık nedenleri temelinde yapılacak farklı bir muamele yönünden son derece esaslı nedenler ortaya konulmasını beklediği ve taraf devletletlere yüksek bir gerekçelendirme külfeti yükleyen bir standart öngördüğü anlaşılmaktadır[81]. Mahkemenin ayrımcılık hususundaki incelemesini daha katı bir tutumla yaptığı ayrımcılık nedenleri cinsiyet, ırk, milliyet, cinsel yönelim, doğum (nesep) olarak sayılabilecektir[82]. Bunların yanı sıra engellilik de devletlerin takdir alanının oldukça sınırlı şekilde yorumlandığı kategorilerden biridir[83].

AİHM, ayrımcılık yasağının ihlali iddiasının mevcudiyeti halinde, öncelikle farklı bir muamele mevcut olup olmadığını tespit etmektedir. Farklı bir muamelenin mevcut olduğu tespit edildiği takdirde Mahkeme, söz konusu muameleleri

---

78 Tobler, "Equality and Non-Discrimination under the ECHR and EU Law", s. 532; Yücel, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa Birliği Direktiflerinde Ayrımcılık Yasağı Hukuku", s. 67. Yücel, AİHS 14. maddesine bakıldığında yalnızca doğrudan ayrımcılığı yasakladığı düşünülebilirse de esasen dolaylı ayrımcılığın da yasaklandığı ve bu hususun içtihatlarda yer aldığını belirtmiştir. Dolaylı ayrımcılığa ilişkin AİHM kararlarına örnek olarak bkz. AİHM, D.H. ve diğerleri davası; AİHM, Thlimmenos davası; AİHM, Oršuš ve diğerleri v. Hırvatistan, B. No:15766/03, 16.03.2010.

79 Uluslararası sözleşmelerin genel olarak geçici özel önlemlere izin verdiği ve bu kapsamdaki farklı uygulamaları eşit muamele ilkesinin ihlali olarak değerlendirmediği yönünde bkz. Gül/Karan, **Ayrımcılık Yasağı Eğitim Rehberi**, s. 16.

80 Tobler, "Equality and Non-Discrimination under the ECHR and EU Law", s. 532.

81 Arnardóttir, **Equality and Non-Discrimination under the ECHR,** s. 141. Aynı yönde bkz. Tobler, **A.e.**

82 Arnardóttir, **A.e.**, s. 142-155; Grabenwarter, **European Convention on Human Rights: Commentary,** s. 352-357. Bu kapsamda şüpheli temel yaklaşımını ortaya koyduğu bir örnek için bkz. AİHM, Karner Davası.

83 Grabenwarter, **A.e.,** s. 359.

karşılaştırılabilirlik ve benzerlik yönüyle ele almakta, karşılaştırılabilir durumdaki kişi veya durumlara farklı muamele edilmiş ise farklı muamelenin haklı ve nesnel bir nedeni olup olmadığı, yani söz konusu farklı muamelenin meşru şekilde gerekçelendirilebilir olup olmadığını iredelemektedir. Meşru bir amacın varlığına kanaat getirildiği takdirde ise bir sonraki aşama, söz konusu amaç ile bu amacı gerçekleştirmek için izlenen yöntem arasında orantılılık mevcut olup olmadığının tespitidir. Eğer ki; farklı muamele haklı ve nesnel bir nedene dayanıyor, meşru bir amaca hizmet ediyorsa ve amaç ile kullanılan araç arasında orantılılık da mevcutsa farklı muamele ayrımcılık teşkil etmemektedir. AİHM'in ayrımcılık yasağı bağlamında izlediği bahsolunan metodoloji, süregelen içtihatlarla istikrar kazanmış durumdadır[84].

[84] Anılan metodolojik inceleme yönteminin uygulandığı bir karar örneği için bkz. ayrımcılık nedenlerinden cinsiyet temeli başlığı altında incelediğimiz AİHM, Karlheinz Schmidt Davası. Ayrıca bkz. bu bölüm altında incelediğimiz diğer kararlar.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK CEZA KANUNU'NDA NEFRET VE AYRIMCILIK SUÇU: TCK MADDE 122

3.1. Genel Olarak

Türk Ceza Kanunu'nun 122. maddesinde düzenlenen nefret ve ayrımcılık suçunu incelediğimiz bu bölüme ilişkin olarak öncelikle şunu ifade etmemiz gerekmektedir. Söz konusu madde, henüz Tasarı halinde olduğu dönemden başlamak üzere ve Kanunlaştıktan sonra dahi pek çok kez değişikliğe uğramıştır. Bu nedenle, bu suç türüne ilişkin yararlanılan kaynaklardan bazıları maddenin önceki hallerine ilişkin olmakla birlikte, bu kaynaklardan yararlanılırken yalnızca mevcut düzenleme ile ortak olan ifadeler ve olması gerekene yönelik eleştiriler bakımından yararlanılmıştır.

Nefret ve ayrımcılık[1] suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Özel Hükümler"i düzenleyen ikinci kitabının "Kişilere Karşı Suçlar" başlıklı ikinci kısmının "Hürriyete Karşı Suçlar" başlıklı yedinci bölümü altında, 122. maddede düzenlenmiştir. Söz konusu suç, 765 sayılı TCK'da düzenlenmemiş olup Türk Ceza Hukukunda ilk kez 5237 sayılı TCK ile suç olarak düzenlenmiş ve yaptırıma bağlanmıştır.

Ayrımcılığın Ceza Kanunu'nda suç olarak düzenlenmesi, Anayasa'da güvence altına kanun önünde eşitlik ilkesini tamamlayıcı niteliktedir[2]. Ayrımcılık suçu ile, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı doğrultusunda bireylerin temel hak ve özgürlükleri

---

1 TCK madde metninde "ayırımcılık" olarak ifade edilmiş olmasına rağmen imla ve yazım kuralları açısından doğru kullanım "ayrımcılık" olduğundan çalışmamızda "ayrımcılık" terimi kullanılacaktır.

2 Necati Meran, **Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Kişilere Karşı Suçlar**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2. bs., 2008, s. 557. Benzer şekilde Demren-Dönmez de söz konusu suçu, farklı muameleye tabi olmamayı güvence altına alan değişik hukuk alanlarındaki düzenlemeleri destekleyici cezai bir düzenleme olarak değerlendirmektedir. Burcu Demren Dönmez, "Ayırımcılık Suçu", **TBB Dergisi**, S:102, 2012, s. 35.

korunmaktadır. Aslında ayrımcılığa uğramamanın kendisini de başlıbaşına bir temel hak ve özgürlük olarak değerlendiren görüşler mevcuttur[3].

Esasen 122. maddenin, çalışma hakkı, mülkiyet hakkı, sözleşme özgürlüğü, kanun önünde eşitlik ilkesi gibi Anayasa'da güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin uygulanmasını güvence altına aldığı ve bunlara aykırı fiilleri ceza hukuku bağlamında yaptırıma tabi tutma amacını güttüğü söylenebilir.

Ayrımcılıkla ilişkisini çalışmamızın ilk bölümünde ayrıntılı olarak açıkladığımız eşitlik ilkesi, TCK'nın 3. maddesi ile hüküm altına almış olup, bahsi geçen madde, Anayasanın 10. maddesinde yer alan "kanun önünde eşitlik ilkesi"nin ceza kanununda özel olarak düzenlenmiş halidir. Kanun önünde eşitlik ilkesi, TCK'nın "adalet ve kanun önünde eşitlik ilkesi" başlıklı 3. maddesinde bu kez ceza hukuku bağlamında ifade edilmiştir. Buna göre;

> *"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 ayrım yapılamaz ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınamaz."*

3.2. Maddeye Yönelik Eleştiriler

Türk Ceza Kanunu'nun adalet ve kanun önünde eşitlik başlıklı 3. maddesinin varlığından bahisle, ayrımcılığın ceza kanununda ayrıca suç olarak düzenlenmesine gerek olmadığı ileri sürülebilir ise de, her iki düzenleme ayrı ayrı irdelendiğinde isabetli bir sav olmadığı anlaşılacaktır. Zira, her iki madde ayrımcılık yasağı ile ilişkili olmakla birlikte ayrımcılık yasağı çerçevesinde gerçekleştirdikleri amaç ve işlev bakımından farklılaşmaktadır. TCK'nın 3. maddesi, Ceza Kanununun uygulanması sırasında gözetilmesi gereken ve tüm hükümleri kapsayan nitelikte bir genel ilke

[3] Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökcen/A. Caner Yenidünya, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, 3 c., 2. bs., Ankara, Adalet Yayınları, C:III, 2014, s. 4301-4302. Benzer şekilde Demren-Dönmez ve Ersoy da farklı muameleye tabi tutulmamayı temel bir hak ve özgürlük olarak nitelendirmektedir. Demren-Dönmez, "Ayırımcılık Suçu", s. 35; Uğur Ersoy, "Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK m. 122)", **Ceza Hukuku Dergisi**, C:XII, S:34, 2017, s. 31.

olarak yer alırken, 122. madde ise belirli ayrımcılık nedenlerinden kaynaklı nefretle gerçekleştirilen belirli hareketlerin suç olarak öngörüldüğü ve cezai yaptırıma bağlamaktadır. Böylece, TCK'nın 3. maddesi, 122. maddeyi ikame edebilecek nitelikte olmayıp yalnızca destekleyici nitelikte bir genel ilke ortaya koymaktadır. Bu nedenle, TCK'nın 3. maddesi ayrımcılık yasağını önlemek adına tek başına yeterli olmayacağından, bu bağlamda 122. maddenin varlığının gerekli olduğu kanaatindeyiz.

Ayrımcılığın suç olarak düzenlenmesine, ayrımcılık yasağının bireyler arasındaki ilişkilere, bir diğer deyişle özel hukuk ilişkilerine uygulanamayacağı gerekçesiyle karşı çıkan görüşler mevcuttur[4]. Bu görüşe göre, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerinde yer alan ayrımcılık yasağı, yalnızca devlet ve birey ilişkisi kapsamında uygulanabilecektir[5]. Madde hükmünün bireyleri devlet gibi davranmaya zorladığı ve bu anlamda ceza politikası açısından barışçıl değil çatışmacı bir ortam yaratabileceği ve uygulamada sıkıntılara yol açabileceği de ifade edilmektedir[6]. Ayrıca, ayrımcılık suçunun toplumumuz bakımından ihtiyaç duyulmayan bir kavram olduğu, zira Türkiye'de ayrımcılığın bulunmadığı da ileri sürülmektedir[7]. Bu görüşü savunanlar ayrıca, TCK'nın, halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama suçunu düzenleyen 216. maddesinin aynı amaca hizmet ettiğini gerekçesiyle de ayrımcılığın suç olarak düzenlenmesini eleştirmektedir. Aksi görüşte olanlar ise, ayrımcılık yasağının bireyler arasındaki ilişkilere de uygulanması gerektiği ve söz konusu yasağın ceza hukukundaki karşılığının ayrımcılık suçu olduğundan hareketle ayrımcılığın ceza kanununda suç olarak düzenlenmesinin isabetli olduğunu savunmaktadır[8]. Bu görüş ayrıca, TCK'nın 216. maddesindeki suçu oluşturan hareketler ile 122. maddede suç

---

4 Bu görüş için bkz. Ersan Şen, **Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu**, İstanbul, Vedat Yayınları, C:I, 2006, s. 510-518.

5 Şen, **A.y.**

6 İsmail Malkoç, **Açıklamalı Türk Ceza Kanunu,** C:II, Ankara, 2013, s. 2066.

7 Şen, **Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s. 510. Aksi yöndeki görüş için bkz. Muhammed Buhari Çetinkaya, "Türk Hukukunda Ayrımcılık Suçu: TCK 122. Madde", (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012, s. 57. Çetinkaya nefret ve ayrımcılık suçunun suç tipi olarak düzenlenmesinin gerekli olduğunu ifade etmekle, ülkemizin tarihi geçmişi itibariyle çeşitli halkların birararada yaşadığı imparatorluklara ev sahipliği yapmış bir coğrafyada oluşunun ayrımcılığın her dönem için potansiyel bir sorun olmasının muhtemel olduğu gerekçesiyle Şen'in anılan görüşüne karşı çıkmaktadır. Çetinkaya, ayrıca bir hukuksal değere saldırıda bulunulmamış olmasının o hukuksal değerin ceza hukuku tarafından koruma altına alınarak bu hukuki değere yönelik saldırıları yaptırıma tabi tutmasını engellemediğini belirtmektedir.

8 Bu görüş için bkz. Ulaş Karan, "Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği", **TBB Dergisi**, S:73, 2007, s.159.

oluşturduğu belirtilen hareketlerin aynı olmadığını, dolayısıyla 216. maddedeki suçun 122. maddeyi atıl kılmayacağını belirtmektedir[9]. Aynı gerekçelerle ikinci görüşe katılmakla birlikte, ayrımcılık yasağının bireyler arasındaki ilişkiye uygulanmasının yasağın amacını gerçekleştirmek adına bir zorunluluk olduğunu da ifade etmemiz gerekmektedir. Zira ayrımcılık, devlet-birey ilişkisinin yanı sıra bireyler arasındaki ilişkide de sıklıkla karşılaşılan bir toplumsal bir sorundur.

122. maddeye yönelik bir diğer eleştiri ise maddenin ifade özgürlüğüne aykırı olduğu yönündedir[10]. Bahsi geçen eleştirilere karşı ise, söz konusu suç tipi ile cezalandırılması öngörülen hareketlerin, ifade özgürlüğü kapsamındaki düşünce açıklamaları olmayıp çalışmamızın ilk bölümünde ele alındığı üzere ifade özgürlüğünün kapsamı dışında kalan hareketler olduğu ileri sürülmektedir[11]. Bu görüşü savunanlar, ifade özgürlüğünün mutlak bir hak olmayıp sınırlandırılabildiği ve hatta sınırlama nedenlerinden birinin zaten nefrete dayalı ayrımcılık olduğunu da ifade etmektedir. Kanaatimizce de, 122. madde ifade özgürlüğünün sınırlanması niteliğinde olmayıp, nefret saikiyle gerçekleştirilen ayrımcı hareketleri cezalandırmaktadır. Kaldı ki, nefret söylemi dahi ifade özgürlüğünün sınırını teşkil ediyorken[12], TCK'nın 122. maddesi ile yaptırıma bağlanan hareketlerin nefret saiki barındıran bir tutumun eyleme dönüşmüş hali niteliğinde olduğu dikkate alındığında ifade özgürlüğünün bu eylemleri kapsamadığı sonucuna evleviyetle ulaşılacaktır.

---

9 Bkz. Karan, "Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği", s. 159. TCK'nın 216. maddesi ve 122. maddesinin farklılaşan yönleri için bkz. Köksal Bayraktar, "Nefret ve Ayırımcılık Suçu", **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:XIII, S:1, 2016, s. 69-70.

10 Şen, **Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s. 510.

11 Karan, "Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği", s.159.

12 Nefret söylemi kendi içinde yumuşak nefret söylemleri ve sert nefret söylemleri olarak iki kategoriye ayrıldığı kabul edilmektedir. Bunlardan sert nefret söylemleri yasayla yasaklanan ve dava edilebilir niteliktedir. Yumuşak nefret söylemleri ise yasalara uygun ancak hoşgörüsüzlük ve ayrımcılık bağlamında endişe doğuran nitelikteki söylemlerdir. Yumuşak ve sert nefret söylemleri arasındaki eşik ülkeden ülkeye, özellikle de sosyal ve kültürel olarak korunan hassas bazı özelliklere bağlı olarak değişkenlik göstermektedir. Sert nefret söylemleri mutlak şekilde ifade özgürlüğü kapsamının dışında tutulmakta iken yumuşak nefret söylemleri ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilebilmektedir. Bkz. Fabienne H. Baider/Stavros Assimakopoulos/Sharon Millar, "Online Hate Speech in the European Union: A Discourse-Analytic Perspective", **Hate Speech In The EU And The C.O.N.T.A.C.T Project**, Ed. Stavros Assimakopoulos, Fabienne H. Baider, Sharon Millar, Springer, 2017, s. 4.

3.3. Madde Metninde Yapılan Kanuni Değişiklikler

Çalışmamıza konu madde, tasarı halinden itibaren birçok kez değişikliğe uğramış olup maddenin son halini ele almadan önce, yapılan değişikliklere yer vermekte yarar vardır.

3.3.1. Madde Metninin Kanun Tasarısındaki Hali

122. maddenin ilk hali, Dönmezer tasarısı olarak adlandırılan 2003 tarihli TCK tasarısında yer almıştır. 2003 yılında TBMM'ye sunulan Tasarının ayırımcılık başlıklı 170. maddesi şöyledir[13]:

> *"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."*

3.3.2. Madde Metninde Adalet Alt Komisyonunca Yapılan Değişiklikler

Hükümet tasarısı yukarıda yer verildiği gibi olan madde metninde Adalet Alt Komisyonunca birtakım değişiklikler yapılmıştır. Adalet Alt Komisyonu tarafından

[13] 2003 tarihli Türk Ceza Kanunu Tasarısı'nın tam metni için bkz. https://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0593.pdf (Çevrimiçi) 03.05.2020.

yapılan değişikliklerden ilki, maddede sayılan ayrımcılık nedenlerine "cinsel yönelim" ibaresinin eklenerek cinsel yönelime dayalı ayrımcılığın suç olarak düzenlenmesidir. Adalet Alt Komisyonunca yapılan bir diğer değişiklik suçun yaptırımına ilişkindir. Değişiklik ile miktar olarak öngörülen ağır para cezası yerine adli para cezası ibaresi eklenmiştir. Adalet Alt Komisyonunun madde metninde yaptığı son değişiklik ise tüzel kişilerin bu suçtan sorumlu olmasına ilişkin fıkranın madde metninden çıkarılması olmuştur.

3.3.3. Madde Metninde Adalet Komisyonunca Yapılan Değişiklikler

Adalet Komisyonu ise Adalet Alt Komisyonu tarafından kabul edilen metinde birtakım değişiklikler yapmıştır. Adalet Komisyonu, maddede sayılan ayrımcılık nedenlerinden "cinsel yönelim", "sendika", "bir etnik gruba mensupluk", "örf ve adet" ile "köken" ibarelerini madde metninden çıkarmıştır. Ancak madde metninde sayılan ayrımcılık nedenlerinden sonra "ve benzeri sebeplerle" ifadesi eklenerek madde metninde sayılan ayrımcılık nedenleri sınırlayıcı olmaktan çıkarılmış ve örnekleyici hale getirilmiştir.

3.3.4. Kanunlaşan Madde Metni

Adalet Komisyonunun son halini verdiği madde metni bu şekilde kanunlaşmıştır. Maddenin 5237 sayılı TCK'nın 122. maddesinde ayırımcılık başlığı ile kanunlaşan hali şöyledir:

> *"(1) Kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, özürlülük, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak;*
>
> *a) Bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya bir hizmetin icrasını veya hizmetten yararlanılmasını engelleyen veya kişinin işe alınmasını veya alınmamasını yukarıda sayılan hâllerden 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 adlî para cezası verilir."

TCK'nın yürürlüğe girmesinden sonra da 122. maddede birtakım değişiklikler yapılmıştır. Bunlardan ilki, 2005 yılında 5378 sayılı Kanun'un 41. maddesiyle yapılan değişiklik olup, bu değişiklikle, maddede sayılan ve ayrımcılık nedeni kabul edilen özelliklere bir yenisi eklenerek "özürlülük" bir ayrımcılık nedeni olarak kabul edilmiştir. Madde metninde yapılan bir diğer değişiklik ise 2013 yılında 6462 sayılı Kanun'un 63. maddesiyle maddedeki "özürlülük" ibaresinin "engellilik" olarak değiştirilmesi olmuştur. Kanaatimizce, yapılan bu terimsel değişiklik isabetli olmuştur[14].

3.3.5. Madde Metninin 6529 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklik Sonrası Güncel Hali

Madde metninde yapılan ve maddeye mevcut halini veren son değişiklik ise 2014 yılında 6529 sayılı Kanunla yapılmıştır[15]. Bu değişiklik ile öncelikle, ayırımcılık olan madde başlığı "nefret ve ayırımcılık" olarak değiştirilmiştir. Madde içeriğinde ise

---

[14] Aynı doğrultuda bkz. Dilek Ekmekçi, "Türk ve Fransız Ceza Kanunlarında Ayrımcılık Suçu", **Legal Hukuk Dergisi**, C:XI, S:129, 2013, s. 29.

[15] 122. maddede değişiklik yapan 6529 sayılı Kanunun 15. maddesinin gerekçesi şöyledir:

"*Madde ile, Türk Ceza Kanununun 122'nci maddesi, başlığı ile birlikte değiştirilmektedir.*

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

Ayırımcılık suçunun tanımlandığı maddede değişiklik yapılarak ayırımcılık sebepleri ile Kanunun özellikle 3'üncü maddesinde yer verilen sebepler arasında ahengin sağlanması amaçlanmıştır. Keza bu değişiklikle, ayırımcılığın dayandığı sebepler tadadi ve tahdidi olarak belirlenmiştir. Çeşitli kanunlardaki suç tanımlarında yer verilen "gibi" ibaresi ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesinin ceza hukukunun güvence fonksiyonlarından birini oluşturan belirlilik ilkesine vurgu yaparak verdiği iptal kararları ve bu kararlardaki gerekçeler gözönünde bulundurularak madde metninde ayırımcılık nedenleri bağlamında yer verilen "ve benzeri sebeplerle" ibaresi madde metninden çıkarılmıştır.

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

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

Maddede yapılan değişiklikle, ayrıca suçun cezası artırılmıştır."

gerek ayrımcılık nedenleri, gerek suçu oluşturan tipik hareketler, gerekse suça uygulanacak yaptırım yönünden değişikliğe gidilmiştir.

Bahsi geçen son değişiklik sonrası maddenin yürürlükteki hali aşağıdaki şekildedir:

> *"Nefret ve ayırımcılık*
>
> *Madde 122- (1) Dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle;*
>
> *a) Bir kişiye kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya kiraya verilmesini,*
>
> *b) Bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasını,*
>
> *c) Bir kişinin işe alınmasını,*
>
> *d) Bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını,*
>
> *engelleyen kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."*

Maddenin yukarıda yer verilen son hali incelendiğinde, öncelikle madde başlığının değiştiği görülmektedir. Madde başlığına ayrımcılığın yanı sıra nefret ibaresi eklenmiştir. Maddede anılan değişikliği yapan 6529 sayılı Kanunun 15. maddesinin gerekçesinde bu durumun buradaki ayrımcılığın nefrete dayalı bir ayrımcılık olduğunu vurguladığı ifade edilmiştir.

Maddenin içeriğine ilişkin olarak kanunlaştığı halinden farklılaşan ilk husus, ayrımcılık nedenlerine "milliyet" özelliğinin eklenmesidir. Maddenin önceki halinde örnek kabilinden sayılan ayrımcılık nedenleri, "ve benzeri sebeplerle" ifadesinin madde metninden çıkarılmasıyla birlikte maddede sayılanlarla sınırlı hale getirilmiştir[16]. Buna göre nefret ve ayrımcılık suçu, tipik

[16] Aynı yönde bkz. Mustafa Artuç, **Kişilere Karşı Suçlar**, 2. bs., Ankara, Adalet Yayınları, 2018, s. 1268. Söz konusu özelliklerin sınırlı sayıda olmadığı ve maddede sayılanlara benzemek kaydı ile engellilik, hükümlülük ve benzeri şekilde kişisel her farklılığın maddedeki ayrımcılığa konu olabileceği yönünde bkz. Zeki Hafızoğulları/Muharrem Özen, **Türk Ceza Hukuku Özel**

hareketlerin ancak maddede sayılan özelliklerden kaynaklanan nefret nedeniyle işlenmesi halinde oluşacaktır. Failin tipik hareketlerle mağdura yönelttiği nefret saiki; maddede sayılan dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığı şeklinde sayılan özelliklerden birinden kaynaklanmalıdır.

Kanaatimizce, bu durum gerek madde metninin uygulanmasını gerekse ayrımcılıkla mücadeleyi zorlaştıran bir etki yaratmaktadır. Madde bu haliyle, yalnızca belirli özelliklere sahip kişileri ayrımcılık mağduru olarak kabul etmektedir. Toplumda, madde metninde sayılanlar dışındaki özellikleri nedeniyle ayrımcılık mağduru olan çok fazla dezavantajlı, kırılgan yahut azınlık grup bulunmaktadır. Somutlaştırmak gerekirse, AİHS'in ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddesinde sayılan ayrımcılık nedenlerinden ulusal bir azınlığa aidiyet, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet ve doğum TCK'nın 122. maddesinde sayılan özellikler arasında yer almamaktadır. Yine, sıklıkla karşılaşılan ayrımcılık nedenlerinden olan gebelik ve sendika üyeliği gibi haller de madde metninde nefrete esas teşkil eden özellikler arasında sayılmamıştır. Bunlar dışında, zamanla toplumda hakim olan düşünce ve davranış kalıplarının değişmesi ile başkaca dezavantajlı ve kırılgan gruplar ortaya çıkabilmektedir. Bazı durumlarda yasal düzenlemelerin günün koşulları ve toplumun değişim hızına ayak uyduramadığı, hatta bu tür değişimlerin yeni yasal düzenlemelerin yetişemeyeceği bir hız ve biçimde ortaya çıktığı yadsınamaz bir gerçektir. "Ve benzeri sebepler" ibaresinin madde metninde yer almasının, toplumsal değişimlere ve hızına uyum sağlamayı elverişli hale getiren nitelikte olduğu ve bu yönüyle maddenin etkin şekilde uygulanmasına katkı sağlayacağı söylenebilecektir. Buna karşın, bu tür ucu açık kavramların ceza hukuku düzenlemelerinde yer alması kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmekte

Hükümler: Kişilere Karşı Suçlar, Tıpkı basım, 6. bsk., Ankara, US –A Yayınları, 2017, s. 225. Maddede sayılan özelliklerin örnekseme yoluyla sayıldığı yönündeki bir diğer görüş için bkz. Ali Parlar, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, C:I, 2. bs., Ankara, Bilge Yayınları, 2015, s. 1446. Benzer şekilde, maddede sayılanlar dışında başka ayrımcılık nedenlerine dayalı olarak gerçekleştirilen hareketlerin de nefret ve ayrımcılık suçunu oluşturacağı yönünde bir diğer görüş için bkz. Meran, **Kişilere Karşı Suçlar,** s. 422. Meran'ın anılan görüşünü ileri sürdüğü tarihin, madde metninde 6529 sayılı Kanunla 2014 yılında yapılan değişiklik öncesi döneme ilişkin olduğu anlaşılmaktadır.

ve bu nedenle eleştirilmektedir[17]. Bu tür çerçeve ibareler, kanun koyucunun tüm durumları önceden öngörmesi mümkün olmadığından, açıkça öngörülenler haricinde kalan, ancak özü itibariyle yasaklanan fiil kapsamında değerlendirilerek cezalandırılması gereken durumları da kapsamına alması ve yaptırımsız bırakmaması itibariyle cazip görünmekle birlikte, kanunilik ilkesinin sağladığı hukuki belirlilik ve hukuki güvenlik gibi güvencelere karşı risk teşkil etmektedir[18]. Keyfiliği önlemeyi amaçlayan kanunilik ilkesinin benimsenmesi halinde, bireyin korunması ön plana çıkmakta iken toplumun korunması ise ikincil mahiyette olmaktadır[19]. Bu durumda, kanun koyucunun toplumun yararı mı yahut bireyin yararını mı üstün tutacağı hususunda yapacağı tercih, kanunilik ilkesinin benimsenip benimsenmeyeceği ve buna bağlı olarak bu tür çerçeve ibarelere cevaz veren genel düzenlemeler yapılabilip yapılamayacağını belirleyecektir. Kanaatimizce, ve benzeri sebepler ibaresinin madde metninden çıkarılması her ne kadar belirtilen sebeplerle maddenin uygulama alanını daraltarak nefret ve ayrımcılığa maruz kalan bazı bireylerin maddenin korumasından yararlanamamasına neden olabilcek ise de, bu tür muğlak, açık uçlu, çerçeve niteliğindeki ifadelerin ceza kanununda yer alması halinde doğabilecek sakıncalar gözetildiğinde[20], kanunilik ilkesine bağlı kalınması daha isabetli olacaktır. Ancak kanunilik ilkesi gereği, ayrımcılık nedenlerinin maddede sayılanlarla sınırlı olmasının yaratacağı sakıncaların, toplumsal yaşamda karşılaşılan ayrımcılık nedenlerinin, ulusal ve uluslararası içtihatlar da gözetilerek süreç içerisinde madde metnine dahil edilmesi ile maddenin toplumsal değişim ve güncel duruma uyum sağlayacak şekilde güncellenmesi yoluyla bertaraf edilebileceği kanaatindeyiz. Bunun gerçekleştirilmesi bakımından, öncelikle ayrımcılık nedenlerinin ve ayrımcılık mağduru grupların

---

17 Bkz. Malkoç, **Açıklamalı Türk Ceza Kanunu**, s. 2065; Demren-Dönmez, "Ayırımcılık Suçu", s. 48; Çetinkaya, "Türk Hukukunda Ayrımcılık Suçu: TCK 122. Madde", s. 59.

18 Kanunilik ilkesi lehine ve aleyhine ileri sürülen görüşler için bkz. Abdullah Batuhan Baytaz, **Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum,** İstanbul, Oniki Levha Yayınları, 2018, s. 56 v.d.

19 Baytaz, **A.e.**, s. 56.

20 Kanunilik ilkesini, sakıncaları nedeniyle eleştiren görüşe karşı, ilkenin benimsenmesi halinde ortaya çıkacak sakıncaların, bu ilkenin benimsenmemesi ve kıyas yapılması halinde ortaya çıkacak sakıncalara yeğlenir nitelikte olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Baytaz, **A.e.,** s. 58.

tespitine yönelik veri toplanması[21] ile adli ve idare mercilerde farkındalık oluşturulmasının önemini de vurgulamakta yarar vardır.

Ayrımcılık nedeni teşkil eden özelliklerin madde metninde sınırlı olarak sayılması yöntemi benimsenecek olduğu takdirde ise, kanaatimizce madde metnine dahil edilmesi gereken birtakım özellikler söz konusudur. Özellikle yaygınlık ölçütü gözetildiğinde, tarafımızca etnik köken, servet, cinsel yönelim veya cinsiyet kimliği, hamilelik ve yaşam biçimi[22] özelliklerinin ayrımcılık nedeni olarak madde metnine dahil edilmesi gerektiği değerlendirilmektedir. Maddenin mevcut hali Kürt, Roman, Çerkes gibi etnik azınlıkta olan kişilere karşı bu özelliklerinden kaynaklı ayrımcılığı suç olarak kabul etmediğinden, ceza hukuku bağlamında ayrımcılığa karşı yasal koruma bu kişiler yönünden yetersiz kalmaktadır. Bunun gibi, LGBT olarak ifade edilen lezbiyen, gey, biseksüel, transeksüel bireylerin ceza hukuku bağlamında ayrımcılığa karşı korunması bakımından da maddenin mevcut hali yetersiz kalmaktadır.

Suçu oluşturan seçimlik hareketler kapsamında yapılan değişiklikleri inceleyecek olursak; bunlardan ilki, satımı veya devri aranan taşınır veya taşınmazın "kamuya arz edilmiş olma"sıdır. Bu ibarenin eklenmesinin, sözleşme özgürlüğü bağlamında olumlu olduğu kanaatindeyiz. "Kamuya arz edilmiş olma" şartı ilave bir koşul olduğundan suçun oluşmasını zorlaştırdığı ve bu durumun sözleşme özgürlüğü lehine bir değişiklik yarattığı söylenebilir. Zira kamuya arz edilmeyen bir taşınır veya taşınmazın satımı yahut devrine ilişkin işlemler söz konusu olduğunda, satıcının henüz dışarı yansıyan bir iradesi bulunmadığından karşı tarafı seçme veya seçmeme konusundaki iradesi ve bunun nedenleri iç dünyasına ait bir husus olarak kalmaktadır. Bu durumda satıcının seçim iradesi belirli sınırlamalara tabi olmayan bir serbesti halindedir. Ancak bu irade dışarı yansıtıldıktan, kanuni tabirle "kamuya arz edildikten" sonra satıcının iradesi ve bunu açıklayış biçimi belirli sınırlamalara tabi hale

[21] Aynı doğrultuda bkz. Aytekin-İnceoğlu, "Türk Ceza Kanununun 122. Maddesinde Düzenlenen Nefret ve Ayırımcılık Suçu", s. 61.

[22] Yaşam biçiminin bir ayrımcılık nedeni olarak açıkça sayıldığı bir yasal düzenleme örneği için bkz. Fransız Ceza Kanunu, 225/1 maddesi. (aktaran; Ekmekçi, "Türk ve Fransız Ceza Kanunlarında Ayrımcılık Suçu", s. 91.)

gelmektedir. Maddenin "a" fıkrasındaki seçimlik harekete ayrıca "kiraya vermenin engellenmesi" ifadesi eklenmiştir. Kiralamaya ilişkin olarak da ayrımcılık sıklıkla karşılaşılan bir olgudur. Bu nedenle kamuya arz edilmiş bir taşınır veya taşınmaz malın kiraya verilmesinin engellenmesinin madde kapsamına alınması tarafımızca olumlu bir değişiklik olarak değerlendirilmektedir.

Tipik hareketlerde yapılan bir diğer değişiklik, "besin maddelerini vermemek" şeklindeki tipik hareketin madde metninden çıkarılmasıdır. Ancak besin maddelerini vermemenin, değişiklikte yer alan "kamuya arz edilmiş belirli bir hizmetten yararlanmanın engellenmesi" şeklindeki seçimlik hareket kapsamında tipik hareket teşkil edebilecek ve suçu oluşturacaktır. Bu nedenle bahsi geçen değişikliğin maddenin uygulama alanı yönünden esaslı bir farklılık yaratmadığı kanaatindeyiz.

Değişiklik öncesinde, bir kişinin mağdurun maddede sayılan özelliklerine bağlı olarak "işe alınması veya alınmaması" ayrımcılık suçunu oluşturan seçimlik hareket olarak kabul edilmekte iken, değişiklikle birlikte işe alıma ilişkin olarak nefret ve ayrımcılık suçunu oluşturan hareket yalnızca "işe alınmanın engellenmesi" olarak kabul edilmiştir. Buna göre, düzenlemenin mevcut hali itibariyle, "işe alınma" tipik hareket olarak öngörülmediğinden, ayrımcılık teşkil edecek nitelikte olsa dahi bu durum nefret ve ayrımcılık suçunu oluşturmayacaktır.

Bir hizmet sunulması veya bundan yararlanılmasına ilişkin olarak ise, maddenin değişiklik öncesi halinde "hizmetin icrasını veya hizmetten yararlanılmasını engellemek" ve "kamuya arz edilmiş bir hizmeti yapmayı reddetmek" şeklinde iki ayrı seçimlik hareket öngörülmüştü. Değişiklik sonrasında ise ilgili tipik hareket "bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasını engellemek" olarak öngörülmüştür. Kanaatimizce hareket farklı şekillerde ifade edilse de öz olarak aynı şeyi yasakladığından uygulamada değişiklik yaratacak nitelikte değildir.

Maddede yapılan değişiklik itibarıyla, nefret saiki suçun oluşması için aranan unsurlardan biri olmuştur. Nefret kavramın hem suçun başlığına hem de madde metnine eklenerek suçun nefrete dayalı ayrımcılık suçu olduğu ortaya konulmuştur[23]. Nefret saiki ile ilgili açıklamalar suç tipinin incelenmesi sırasında manevi unsur başlığı altında yapılacaktır. Ancak kısaca ifade edilecek olursa, anılan değişiklikle birlikte nefret ve ayrımcılık suçu yönünden, ilk bölümde incelediğimiz saik modellerinden düşmanlık modelinin benimsendiği söylenebilecektir[24].

Değişiklikler kapsamında değineceğimiz son husus ise suçun yaptırımına dair yapılan değişikliktir. 122. maddenin kanunlaştığı ilk halinde yaptırım olarak "altı aydan bir yıla kadar hapis veya adlî para cezası" öngörülmüşken, değişiklik sonrasında bu suç için "bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası" öngörülmüştür. Ayrımcılık suçu için öngörülen yaptırımın ağırlaştırılması caydırıcılık ve ayrımcılığa yönelik haksızlık algısının pekiştirilmesi bakımından olumlu olmakla birlikte ayrımcılıkla mücadele açısından tek başına yeterli değildir. Üstelik cezaların ağırlaştırılması suç politikası bakımından her zaman olumlu da olmayabilmektedir. Zira kanunun sistematiği ve diğer suçlar için öngörülen yaptırımlar esas alındığında cezanın ölçülü ve orantılı olması bir zorunluluktur. Bunun yanı sıra infaza ilişkin politika ve düzenlemelerin kanunda öngörülen cezaların etkin şekilde uygulanması bakımından önem ve etkisinin gözardı edilemez nitelikte olduğunu da ifade etmek gerekmektedir.

3.3. Korunan Hukuki Değer

Madde gerekçesinde, bu suçla, insanlar arasında hukukun izin vermediği birtakım ayrımlar yapılarak bazı kişilerin hukukun sağladığı olanaklardan yoksun bırakılmasının cezalandırıldığı ifade edilmiştir. Korunan hukuki değer, doktrinde

---

[23] Ümit Kocasakal, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK 122)", **Ceza Hukuku Dergisi**, C:X, S:28, 2015, s. 9; Kahraman, "Nefret Saikinin Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Ayırımcılık Suçuna Etkisi", s. 226.

[24] Benzer şekilde, TCK'nın 122. maddesinde saik yönünden benimsenen modelin düşmanlık modeli olduğu yönünde bkz. Aytekin-İnceoğlu, "Türk Ceza Kanununun 122. Maddesinde Düzenlenen Nefret ve Ayırımcılık Suçu", s. 59; Aras Türay, "Nefret Suçları ve Türk Ceza Hukukundaki Güncel Gelişmeler", **Ceza Hukuku Dergisi**, C:IX, S: 26, 2014, s. 91.

ağırlıklı olarak gerekçede ifade edildiği şekliyle kabul edilmektedir[25]. Ancak bundan başka hukuki değerlerin de suçla birlikte korunduğu yönünde görüşler de mevcuttur. Bazı yazarlar bu suçla korunan hukuki değerin aynı zamanda kişilerin eşit işlem görme hakkı olduğunu belirtmektedir[26]. Benzer şekilde maddenin, eşitlik ilkesinin uygulanmasını sağlamaya yönelik bir düzenleme olduğu da ifade edilmektedir[27]. Zira 122. madde ile, Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesine aykırı şekilde keyfi ayrımlar yapılarak, bazı kişilerin iş ve çalışma hakkı ile mülkiyet hakkı gibi temel hak ve özgürlüklerden yararlanmalarının engellenmesi ceza hukuku bağlamında yasaklanmış ve yaptırıma tabi tutulmuştur[28]. Bu bağlamda bazı yazarlarca, kişilerin iş ve çalışma

---

[25] Korunan hukuki değeri madde gerekçesindeki gibi kabul eden görüşler için bkz. Ahmet Gökcen, "Hürriyete Karşı Suçlar: 5237 sayılı TCK. m. 106-122", **Makaleler ve Seminer Notları**, Ankara, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, 2005, s. 34, (Çevrimiçi) http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale.htm, 04.04.2020; Çetinkaya, "Türk Hukukunda Ayrımcılık Suçu: TCK 122. Madde", s. 63; A. Caner Yenidünya, "5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Ayırımcılık Suçu", **Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi**, C:IV, S:11, 2006, s. 102. Ancak Yenidünya bu suçla kişilerin temel hak ve özgürlükleri ile kamu barışı değerlerinin de korunduğunu ifade etmektedir; Artuk/Gökcen/Yenidünya, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, s. 4304. Ancak Artuk/Gökcen/ Yenidünya korunan hukuki değerin aynı zamanda kişilerin eşit işlem görme hakkı olduğunu da ifade etmektedir. Ayrıca bkz. Süheyl Donay/Mahmut Kaşıkçı, **Türk Ceza Kanunu: En Son Değişiklerle Açıklamalı Ve Karşılaştırmalı**, İstanbul, Beta Yayınları, 2005, s. 190; İlhan Üzülmez, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Hürriyet Aleyhine İşlenen Suçlar", **Kazancı Hukuk Dergisi**, C:V, 2005, s. 111-112. Bazı yazarlar, korunan hukuki değeri 122. madde gerekçesindeki gibi kabul etmekle birlikte korunan hukuki değere ilişkin görüşlerini yalnızca 122. madde gerekçesine değil aynı zamanda Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'nın 10. maddesi ile ilgili vermiş olduğu kararlara dayandırmakta, TCK'nın 122. maddesinin getiriliş amaçlarından birinin 10. madde ile gerçekleştirilmesi amaçlanan hususları ceza hukuku yönüyle gerçekleştirmek olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Karan, "Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği", s. 164-165; Benzer şekilde Ersoy, "Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK m. 122)", s. 31. Ancak Ersoy, suçla kişilerin eşit muamele görme hakkının teminat altına alınması, insan onurunun korunması ve kamu barışının sağlanması hukuki değerlerinin de korunduğu görüşündedir.

[26] Artuk/Gökcen/Yenidünya, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, s. 4303; Pınar Memiş, "Ayrımcılık Suçunun Özürlüler Bakımından Değerlendirilmesi", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:II, 2009, s. 73; Çetinkaya, "Türk Hukukunda Ayrımcılık Suçu: TCK 122. Madde"s. 64. Benzer şekilde bkz. Ersoy, "Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK m. 122)", s. 32; Meran, **Kişilere Karşı Suçlar**, s.557; Demren-Dönmez, "Ayırımcılık Suçu", s. 35. Demren-Dönmez temel hak ve özgürlüklerin ayrımcılık yapmadan kullanılmasının sağlanmasını da bu suçla korunan hukuki değer olarak kabul etmektedir. Aynı yönde bkz. Ekmekçi, "Türk ve Fransız Ceza Kanunlarında Ayrımcılık Suçu, s. 22-23. Bu suçla korunan hukuki değerin eşit işlem görme hakkı olduğu yönünde bkz. Malkoç, **Açıklamalı Türk Ceza Kanunu**, s. 2063. Suçla korunan hukuki değerin insanlar arasında ayrımcılık yapılmamasının sağlanmasına ilişkin ferdi ve kamusal yarar olduğu yönünde bkz. Hafızoğulları/Özen, **Özel Hükümler**, s. 225.

[27] Karan, "Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği", s. 164. Benzer şekilde maddenin eşitlik kuralının geçerliliği ve toplumsal olaylarda bu kuralın sağlanmasına yönelik bir yararı koruduğu yönünde bkz. Bayraktar, "Nefret ve Ayırımcılık Suçu", s. 71; Ekmekçi, "Türk ve Fransız Ceza Kanunlarında Ayrımcılık Suçu", s. 23.

[28] Yenidünya, "Ayırımcılık Suçu", s. 102; Artuk/Gökcen/Yenidünya, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, s. 4304-4305; Bayraktar, "Nefret ve Ayırımcılık Suçu", s. 71; Ekmekçi, "Türk ve Fransız Ceza Kanunlarında Ayrımcılık Suçu", s. 24.

hürriyeti, mülkiyet hakkı, yerleşme özgürlüğü, kamu hizmetlerinden yararlanma hakkı, ticaret hakkı gibi temel hak ve özgürlükleri[29] ile kamu barışını suçla korunan hukuki değerler olarak kabul etmektedir[30]. Bunun dışında, söz konusu madde ile toplumdaki kişilerin onurları[31], dini, etnik, mezhepsel özelliklerinin korunduğunu ileri süren görüşler de mevcuttur[32].

Doktrinde ağırlıklı olarak kabul edildiği gibi, kanaatimizce de, nefret ve ayrımcılık suçu ile korunan birden fazla hukuki değer söz konusudur[33]. Kanun koyucu, belirli özellikleri nedeniyle nefret ve ayrımcılığa maruz kalması muhtemel kişilerin mülkiyet hakkı, yerleşme özgürlüğü, çalışma özgürlüğü gibi temel hak ve özgürlüklerden mahrum bırakılmalarını önlemek adına birtakım tipik hareketler öngörmüş ve bunları yaptırıma tabi tutmuştur. Bu durumda, esasen ayrımcılık yasağı kapsamında; kişilerin haklı bir neden olmaksızın, keyfi ve eşitlik ilkesine aykırı şekilde farklı muameleye tabi tutulmama hakkı korunmaktadır. Gerek maddenin lafzı gerekse

---

[29] Memiş, "Ayrımcılık Suçunun Özürlüler Bakımından Değerlendirilmesi", s. 73. Memiş ayrıca eşit işlem görme hakkını da bu suçla korunan bir hukuki değer olarak kabul etmektedir. Benzer şekilde bkz. Donay/Kaşıkçı, **Türk Ceza Kanunu**, s. 191; Ekmekçi, "Türk ve Fransız Ceza Kanunlarında Ayrımcılık Suçu", s. 24. Ekmekçi, ayrımcılık suçunun TCK'nın hürriyete karşı suçlar bölümünde düzenlenmiş olmasını da anılan temel hak ve özgürlüklerin bu suçla korunan hukuki değerlerden olduğu yönündeki görüşüne dayanak göstermektedir.

[30] Artuk/Gökcen/Yenidünya, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, s. 4305; Bayraktar, "Nefret ve Ayırımcılık Suçu", s. 71; Ersoy, "Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK m. 122)", s. 32; Yenidünya, "Ayırımcılık Suçu", s. 102. Yenidünya'ya göre eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının Anayasanın genel esaslar kısmında düzenlendiği ve Devletin tüm kuruluşlarının uyması gereken bir temel presip olduğu gözönünde bulundurulursa bu suç, devletin görevlerini ve hukuk devleti olma idealini sağlamak yönünde bir hukuki yararı da korumaktadır. s. 101. Aytekin-İnceoğlu'na göre ise bu suçla korunan hukuki değerler, kişi özgürlüğü ve onuru, bireylerin eşit işlem görme hakkı ve kamu barışıdır. Aytekin-İnceoğlu, "Türk Ceza Kanununun 122. Maddesinde Düzenlenen Nefret ve Ayırımcılık Suçu", s. 53; Ekmekçi, "Türk ve Fransız Ceza Kanunlarında Ayrımcılık Suçu", s. 24.

[31] Ersoy, "Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK m. 122)", s. 31; Ekmekçi, "Türk ve Fransız Ceza Kanunlarında Ayrımcılık Suçu", s. 24.

[32] Bayraktar, "Nefret ve Ayırımcılık Suçu", s. 71; Benzer şekilde Özbek ve diğerlerine göre, bu suç ile kişilerin onurları, dini, etnik, mezhepsel ya da buna benzer özellikleri, mülkiyet hakkı, belli ölçüde alım-satım ve ticaret hakkı ve bazı hizmetlerden yararlanma hakları korunmaktadır. Özbek ve diğerleri, bu suçun Anayasa'nın 10. maddesinin uygulanabilirliğini sağladığını da belirtmektedir. Veli Özer Özbek/ Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 14. bs., Ankara, Seçkin Yayınları, 2019, s. 482. Benzer görüş için bkz. Nurten Öztürk, **Nefret ve Ayırımcılık Suçu**, Ankara, Adalet Yayınları, 2017, s. 96. Nefret ve ayrımcılık suçuyla korunan hukuki değerin, 6529 sayılı Kanunla yapılan değişiklik öncesinde, mevcut farklılıklar nedeniyle ayrım yapılarak kişilerin keyfi şekilde temel hak ve özgürlüklerden yoksun bırakılmasının engellenmesi iken, anılan değişiklik sonrasında korunan hukuki yararın kapsamının genişlediği ve kamu barışı ile toplumsal yaşamın da bu suçla korunan hukuki yararlardan olduğu yönünde bkz. Kahraman, "Nefret Saikinin Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Ayırımcılık Suçuna Etkisi", s. 225.

[33] Korunan hukuki değerin birden fazla olabileceği yönünde genel bilgi için bkz. Nevzat Toroslu, **Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu**, Ankara, Sevinç Yayınları, 1970, s.223.

madde gerekçesinden[34] maddenin cezalandırdığı hususun esasen ayrımcılık yasağına aykırı davranışlar olduğu anlaşılmaktadır.

Ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesine aykırı davranışla kişilerin temel hak ve özgürlüklerden yararlanmalarının engellenmesi yasaklandığından kişilerin temel hak ve özgürlükleri de koruma altında olan bir diğer hukuki değer olarak kendini göstermektedir. Maddenin TCK sistematiğinde hürriyete karşı suçlar bölümünde düzenlenmiş olması bu yorumu destekler niteliktedir[35]. Öngörülen tipik hareketler gözönünde bulundurulduğunda ise, daha spesifik bir bakış açısıyla, burada dezavantajlı ve kırılgan grupların sözleşme yapma özgürlüğünün korunduğunu söylemek mümkündür. Zira kanun koyucu, nefret ve aşırımcılık suçu ile; sahip oldukları özellikleri nedeniyle bu kişilerin kanunda sayılan ve sözleşmesel işlem niteliğinde olan işlemlerin tarafı olmaktan mahrum bırakılmalarını, daha genel anlamda ifade etmek gerekirse bu kişilerin sözleşme özgürlüğünü, ayrımcılık yasağını tamamlayacak şekilde güvence altına almıştır. Ayrıca insan onuru da bu suçla korunan hukuki değerlerden biridir. Bunun yanı sıra kamu barışı da suçla korunan bir hukuki değer olarak kendini göstermektedir. Zira nefret ve ayrımcılığın önlenmesi, kişiler özelinde temel hak ve özgürlükleri koruma amacına hizmet ettiği gibi, toplum özelinde de bölünme ve ayrışmayı önleyerek toplumsal barışın sağlanmasına hizmet etmektedir[36]. Bu nedenle kamu barışının da nefret ve ayrımcılık suçu ile korunan bir hukuki değer olduğu kanaatindeyiz.

---

[34] TCK'nın 122. maddesinin gerekçesinde; "*Madde, insanlar arasında, yürürlükteki kanun ve nizamların izin vermediği ayırımlar yapılarak, bazı kişilerin hukukun sağladığı olanaklardan yoksun hâle getirilmelerini cezalandırmaktadır...*" şeklinde ifade edilmiştir.

[35] Aynı yönde bkz. Ersoy, "Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK m. 122)", s. 31; Memiş, "Ayrımcılık Suçunun Özürlüler Bakımından Değerlendirilmesi", s. 73.

[36] Madde gerekçesinde de, "*Amaç, vatandaşlar arasında çeşitli etmenlere dayanan grup mensubiyeti nedeniyle ayrım yaptırmamaktır. Madde böylece aslında millet bireyleri arasında bölücülük yapılmasını önlemek amacını gütmektedir*" denilerek bu suçla kamu barışını korumanın da amaçlandığı ifade edilmektedir.

3.4. Suçun Temel Unsurları

3.4.1. Maddi Unsurlar

3.4.1.1. Suçun Konusu

Suçun konusu hareketin yöneldiği şeyi ifade ettiğinden, seçimlik hareketli suçlar söz konusu olduğunda suçun konusu her bir seçimlik hareket yönünden değişiklik gösterebilecektir. Nefret ve ayrımcılık suçu bakımından da kanunda seçimlik hareketler öngörüldüğünden, maddede öngörülen dört seçimlik hareketin her biri için suçun konusunun ayrı ayrı tespiti gerekmektedir[37].

Maddenin a bendinde öngörülen "bir kişiye kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya kiraya verilmesini engellemek" şeklindeki hareket bakımından suçun konusu "kamuya arz edilmiş bir taşınır veya taşınmaz maldır"[38].

Taşınır ve taşınmaz mal kavramları medeni hukuk kapsamında anlamlandırılacak olunursa, taşınır mal özüne zarar verilmeksizin bir yerden başka bir yere taşınabilen mal iken bu şekilde taşınmayan mallar ise taşınmaz olarak tanımlanmaktadır[39]. Taşınır mal TMK'nın 762. maddesi uyarınca nitelikleri itibarıyla taşınabilen maddi şeyler ile edinmeye elverişli olan ve taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmeyen doğal güçlerdir. Taşınmaz mülkiyetinin konusu olan mallar ise; TMK'nın 704. maddesi uyarınca, arazi, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ve kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümlerdir.

Maddenin b bendinde yer alan "bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasını engellemek" şeklindeki tipik hareketle işlenmesi halinde

---

[37] Benzer şekilde bkz. Ekmekçi, "Türk ve Fransız Ceza Kanunlarında Ayrımcılık Suçu", s. 24. Nefret ve ayrımcılık suçunun konusunun tek olduğu, tüm bentler yönünden suçunun konusunun dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret saikiyle ayrıma tabi tutulan kişi olduğu yönündeki farklı görüş için bkz. Ersoy, "Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK m. 122)", s. 33; Meran, **Kişilere Karşı Suçlar,** s. 418.

[38] Aynı yönde bkz. Artuç, **Kişilere Karşı Suçlar**, s. 1268. Benzer şekilde bkz. Ekmekçi, "Türk ve Fransız Ceza Kanunlarında Ayrımcılık Suçu", s. 24.

[39] Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, 15. bs., İstanbul, Filiz Yayınları, 2012, s. 10, 736.

suçun konusu ise "kamuya arz edilmiş ve yararlanılacak bir hizmettir"[40]. Bu kapsamda, bir doktorun, dini veya siyasi görüşü nedeniyle hastayı muayene etmekten kaçınması hali örnek teşkil edebilecektir[41].

Nefret ve ayrımcılık suçunu oluşturan bir diğer seçimlik hareket maddenin c bendinde düzenlenen "bir kişinin işe alınmasını engellemek" olduğundan bu hareket bakımından suçun konusu ise alım yapılacak söz konusu "işin kendisidir"[42].

Son olarak d bendinde yasaklanan tipik hareket "bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engellemek" olduğundan suçun bu seçimlik hareketle işlenmesi halinde suçun konusu "olağan bir ekonomik etkinlik" olacaktır[43].

Suçun konusu bazı yazarlarca daha tarafımızca yukarıda tespit edilenden farklı şekilde tespit edilmiştir[44]. Söz konusu görüşlerin suçun konusu olarak nitelendirdiği "kişi" unsurunun bu suç bakımından esasen suçun mağduru olması sebebiyle bu görüşlere katılmadığımızı ifade etmemiz gerekmektedir[45].

Doktrinde, nefret ve ayrımcılık suçunun kanunda öngörülen hareketlerin gerçekleştirilmesiyle tamamlanacağı zarar neticesinin aranmadığı kabul

---

40 Aynı yönde bkz. Artuç, **Kişilere Karşı Suçlar**, s. 1268.

41 Üzülmez, "Hürriyet Aleyhine İşlenen Suçlar", s. 112.

42 Maddenin bu bendi yönünden suçun konusunu işe alınmayan kimse olarak değerlendiren görüş için bkz. Artuç, **Kişilere Karşı Suçlar**, s. 1268.

43 Aynı doğrultuda bkz. Ekmekçi, "Türk ve Fransız Ceza Kanunlarında Ayrımcılık Suçu", s. 24. Ekmekçi belirtilen konuların mevcut olmaması halinde konu yokluğu sebebiyle işlenemez suçun söz konusu olacağını ifade etmiştir. Bu kapsamda Ekmekçi, örnek olarak, bütün dairelerini satmış bir müteahhidin, daha sonra, dairelerini belirli bir dine mensup olan kişilere satmayacağını açıklamasını vermekle, bu durumda müteahhidin elinde satışı yapılacak bir daire bulunmadığından nefret ve ayrımcılık suçunun oluşmayacağını belirtmektedir. Bkz. Ekmekçi, **A.y.** Maddenin d bendi yönünden suçun konusunu ekonomik etkinlikte bulunması engellenen kimse olarak değerlendiren görüş için bkz. Artuç, **Kişilere Karşı Suçlar,** s. 1268.

44 Meran eserin yayım tarihi itibarıyla, incelemesini maddenin 2005 yılında kanunlaşan ilk halini esas alarak gerçekleştirmiş olup suçun konusunu a bendi için satılması ya da devri söz konusu olan bir taşınır veya taşınmaz, yapılacak veya yararlanılacak herhangi bir hizmet veya işe alınmak üzere olan herhangi bir kişi, b bendi için besin maddeleri ya da kamuya arz edilmiş bir hizmet, c bendi için ise olağan bir ekonomik etkinlikte bulunması engellenen kişi olarak değerlendirmiştir. Bkz. Meran, **Kişilere Karşı Suçlar**, s. 563. Ersoy ise suçun konusunun dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce,felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret saikiyle ayrıma tabi tutulan kişi olduğu görüşündedir. Ersoy, "Nefret ve Ayrımcılık Suçu "Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK m. 122)", s. 33.

45 Suçun konusu ve mağdura dair genel açıklamalar için bkz. Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 213-214, 217-220.

edilmektedir[46]. Bu nedenle bu suçun tehlike suçu olduğu söylenebilecektir. Kanun maddesinde, bir zarar tehlikesinin gerçekleşip gerçekleşmediği yönünde ayrı bir araştırma yükümlülüğü öngörülmediğinden[47] soyut tehlike suçu olarak nitelendirilmelidir[48].

3.4.1.2. Fail

Madde metninde fail için herhangi bir özellik aranmadığından herkes bu suçun faili olabilir[49].

Nefret ve ayrımcılık suçunun oluşması için, failin tipik hareketi, mağdurun belirli bir özelliğinin farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle gerçekleştirmiş olması aranmaktadır. Farklılık ifadesi ile kastedilen, failin nefretine esas teşkil eden özellik yönünden mağdurdaki özelliğin faildekinden farklılığıdır. Maddenin lafzı itibariyle, bahse konu farklılığın fail ve mağdur arasındaki karşılaştırma üzerinden tanımlanmaktadır. Madde metninde yer alan "farklılık" ifadesinin 6529 sayılı Kanunla madde metnine eklenmesi ile, değişiklik öncesi dönemde doktrinde yapılan, fail ile mağdurun aynı özelliği taşıması halinde suçun oluşup oluşmayacağına dair tartışmalar[50] kanaatimizce anlamını yitirmiştir. Her ne kadar, madde metninde

---

[46] Özbek v.d., **Özel Hükümler**, s.483; Öztürk, **Nefret ve Ayırımcılık Suçu**, s.94; Kocasakal, "Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK 122)", s. 30. Zarar neticesi aramamakla birlikte Kocasakal, suçun neticeli suçlardan neticesi harekete bitişik suç niteliğinde olduğu görüşündedir. Suçu zarar suçu olarak nitelendiren karşı görüş için bkz. Bayraktar, "Nefret ve Ayrımcılık Suçu", s. 78. Bayraktar, engellemeye uğrayan kişinin yoksunluklarla karşılaşacağı ve böylelikle bir zarar ortaya çıkacağı gerekçesiyle suçu bir zarar suçu olarak nitelendirmektedir.

[47] Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 200.

[48] Özbek v.d., **Özel Hükümler**, s. 483; Kocasakal, "Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK 122)", s.31; İdil Işıl Gül, "Fiziksel Engellilerin Uluslararası Hukukta Korunması ve Uluslararası Standartların İç Hukuka Yansıması", Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, 2006, s. 243; Çetinkaya, "Türk Hukukunda Ayrımcılık Suçu: TCK 122. Madde", s. 78. Bu suçun tehlike suçu olmayıp zarar suçu olduğu yönündeki aksi görüş için bkz. Bayraktar, "Nefret ve Ayırımcılık Suçu", s. 78. Bayraktar, engellemeye uğrayan kişinin birtakım yoksunluklurla karşılaşacağı ve bu suretle zararın meydana geleceğini ifade etmektedir.

[49] Artuk/Gökcen/Yenidünya, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, s. 4312; Demren-Dönmez, "Ayırımcılık Suçu", s. 46; Yenidünya, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, s. 102; Karan, "Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği", s. 166; Ekmekçi, "Türk ve Fransız Ceza Kanunlarında Ayrımcılık Suçu", s. 25; Öztürk, **Nefret ve Ayırımcılık Suçu**, s. 97. Hafızoğulları/Özen, bu suçun failini kendisi yahut resmi veya özel bir kuruluş adına iş, mal ve hizmet sunan herkes olarak nitelendirmektedir. Hafızoğulları/Özen, **Özel Hükümler**, s. 225. Benzer şekilde Bayraktar da failin herkes olabileceğini belirtmekle birlikte, kanunda öngörülen eylemleri dikkate alarak failin işveren, çalıştıran, kamu görevlisi olabileceğini değerlendirmektedir. Bayraktar, "Nefret ve Ayırımcılık Suçu", s. 72.

[50] Bazı yazarlar, bu suçun oluşması için failin mağdurla aynı özelliği taşımaması gerektiğini ileri sürmekteydi. Bkz. Muammer Altun, "Ayrımcılık Suçu", (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi),

"farklılık" ifadesi ile kastedilenin toplum genelinde o özellik yönünden hakim eğilime göre farklılık olduğu ileri sürülebilirse de, böyle bir yorumun maddenin lafzı ve ruhuyla bağdaşmayacağı, ayrıca kanunilik ilkesine de uygun düşmeyeceği kanaatindeyiz. Zira, kanun koyucunun açıkça ifade etmediği böylesi bir durumu yorum yoluyla türetmek, kanaatimizce kıyasa varan genişletici yorum olacaktır. Bu nedenle; tarafımızca, maddedeki farklılık ifadesinin mağdur ve toplumun geneli arasındaki özellik farklılığı değil, fail ile mağdur arasındaki özellik farklılığı olarak yorumlanması gerektiği değerlendirilmektedir. Buna göre; mağdurla aynı etnik kökenden olan failin, mağdura etnik kökenine dayalı nefret nedeniyle ayrımcılık yapması halinde nefret ve ayrımcılık suçu oluşmayacakken, mezhep ya da siyasi düşünce bakımından farklı olmaları halinde, bu sebepler temelinde nefrete dayalı olarak ayrımcılık yapması halinde bu suç oluşacaktır[51]. Ancak, madde metninde her ne kadar fail ile mağdurun farklılığından kaynaklanan nefret aranmakta ise de, fail mağdurla aynı birtakım ayırt edici özelliklere sahip olabilir. Bir diğer deyişle, fail mağdurun ırksal farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle mağduru işe almıyorsa, bu durumda madde metnine göre, failin mağdur ile aynı ırksal özelliği taşımıyor olması gerekmektedir. Ancak fail ile mağdurun başkaca birtakım özelliklerinin ortak olması pek tabi mümkündür. Fail ile mağdur belirli özellikler bakımından aynı grubun mensubu iken başka bazı özellikler bakımından farklı gruplara mensup olabilir[52].

Doktrinde bu suçun failinin mağdurla aynı ayırt edici özellikleri taşımaması gerektiği[53] yahut failin öyle düşünmesi gerektiği[54] ifade edilmektedir. Esasen, nefret ve ayrımcılık karşıtı bir yasal düzenlemenin özü ve ruhuna aykırı sonuç doğurması nedeniyle bu görüşe katılmamakla birlikte, maddenin mevcut hali itibariyle bunun

---

Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010, s. 59. Aksi görüşteki yazarlar ise, fail ile mağdurun aynı özelliği taşıması halinde de suçun oluşabileceğini savunmaktaydı. Bkz. Çetinkaya, "Türk Hukukunda Ayrımcılık Suçu: TCK 122. Madde", s. 65-66.

51 Özbek ve diğerleri, **Özel Hükümler**, s. 483.

52 Grup kavramı ve sosyal hayatta gruplar ile ilgili detaylı açıklamalar için bkz. Sulhi Dönmezer, **Toplumbilim**, 12. bs., İstanbul, Beta Yayınları, 1999, s. 166. Dönmezer, kişilerin toplum içindeki birçok alt gruba aynı zamanda dahil olduğunu, insan gruplarının birbirinin içine geçmiş alt gruplardan oluştuğunu ifade etmektedir.

53 Özbek v.d., **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 483.

54 Ekmekçi, "Türk ve Fransız Ceza Kanunlarında Ayrımcılık Suçu", s. 25; Ersoy, "Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK m. 122)", s. 32. Ersoy mağdur fail ile farklı dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhepten olmasa dahi failin böyle olduğunu düşünmesi halinde de suçun oluşacağı görüşündedir.

mecburi bir koşul olduğunu belirtmemiz gerekmektedir. Zira, maddenin lafzı itibariyle; ayrımcılık ve nefret suçunun oluşması için; failin tipik hareketi, mağdurun belirli bir özelliğinin farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle gerçekleştirmiş olması aranmaktadır. Burada farklılık ifadesi madde metninde açıkça yer aldığı ve suçun unsuru olduğundan failin mağdurla aynı özelliği taşımaması gerekmektedir. Ancak; hayatın olağan akışına göre pek sık rastlanmamakla birlikte; esasen, aynı gruba mensup kişilerin de birbirlerine karşı bu özelliklere dayalı olarak maddeye konu ayrımcı eylemleri gerçekleştirmesi mümkündür. Yani, bir kişinin nefret saikini yönelttiği özellikleri bizzat taşımasının suçun oluşmasını engellememesi gerekmektedir. Örneğin, Arap bir kişinin Arapları sevmediğinden bahisle ve Arap ırkını aşağılayarak, Arapların işe alınmayacağı yönünde bir ilan vermesi halinde kişi, nefret saikini yönelttiği özelliği, somut olay yönünden Arap olma temeline dayalı saiki, kendisi de Arap olmasına rağmen aynı özelliği taşıyan diğer Arap kişilere yöneltmektedir. Bu durumda nefret ve ayrımcılık suçunun oluşması gerekmektedir. Ancak kanunun mevcut hali itibariyle fail ve mağdurun ayrımcılığa esas teşkil eden neden bağlamında farklı olması arandığından suçun bu durumda oluşmayacağı mecburi sonucu doğmaktadır. Maddenin özüne ve ruhuna aykırı şekilde uygulama alanını sınırlayan "farklılığından kaynaklanan" ifadesinin kaldırılarak, "sayılan özelliklerden kaynaklanan nefret nedeniyle" ibaresinin eklenmesinin maddenin etkinliğini azaltan olumsuz yöndeki anılan sonucu gidereceği kanaatindeyiz.

Doktrinde ileri sürülen failin mağdura yönelik nefretinin kaynağı olan ve mağdurda bulunan özelliği taşımıyor olması gerektiği yönündeki görüş, bazı yazarlarca eleştirilmektedir. Eleştiriler, aynı grup içindeki kişilerin birbirine ayrımcılık yapmayacağını söylemenin mümkün olmadığı yönündedir[55]. Ayrıca böyle bir koşul yaratmanın kanunun anlamını sınırlayacağı[56] ve kanunun öngörmediği bir sonuç doğurabileceği[57] ileri sürülmektedir. Yaptığımız eleştiriler doğrultusunda, anılan

[55] Bayraktar, "Nefret ve Ayırımcılık Suçu, s. 72; Malkoç, **Açıklamalı Türk Ceza Kanunu,** s. 2063; Çetinkaya, "Türk Hukukunda Ayrımcılık Suçu: TCK 122. Madde", s. 66. Belirtmek gerekir ki, Malkoç ve Çetinkaya bahse konu görüşlerini, "… farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle" ibaresinin 6529 sayılı Kanunla 2014 yılında madde metnine eklenmesine dair yasal değişiklik öncesinde ileri sürmüşlerdir.

[56] Bayraktar, "Nefret ve Ayırımcılık Suçu", s. 72.

[57] Malkoç, **Açıklamalı Türk Ceza Kanunu,** s. 2063. Malkoç'a göre, böyle bir koşulun varlığı kabul edildiği takdirde kadının kadına yönelik yahut bir melezin başka bir melez gruba yönelik olarak

görüşe katılmaktayız. Örneklendirecek olursak; Holokost nedeniyle Almanlara karşı nefret duyan bir Almanın Almanları işe almaması, veya bir kadın zabıtanın hemcinslerine duyduğu nefret nedeniyle pazardaki kadın tezgahtarların satış yapmasına engel olması hali failin kendisiyle aynı özelilği taşıyan mağdura bu özellik temelinde duyduğu nefret nedeniyle tipik hareketleri gerçekleştirdiği hallere örnek mahiyetindedir.

Fail başlığı altında değinilmesi gereken bir diğer husus faillik yönünden tüzel kişilerin durumudur. Maddenin 2003 tarihli Hükümet Tasarısı'ndaki halinde tüzel kişilerin de bu suçun faili olabileceği öngörülmüştü. Ancak 5237 sayılı TCK'da tüzel kişiler suçun faili olamayacağı anlayışı benimsendiğinden buna ilişkin düzenleme madde metninden çıkarılmıştır.

Tüzel kişilerin sorumluluğuna ilişkin düzenleme TCK'nın 20. maddesinde yer almaktadır. Söz konusu madde ile, tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamayacağı ancak kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımların uygulanabileceği öngörülmüştür. Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirlerinin uygulanması ise TCK'nın 60. maddesi uyarınca ancak kanunda ayrıca belirtilmesi halinde mümkündür. Bu hususu TCK'nın 122. maddesi bağlamında ele alacak olursak, tüzel kişiler şüphesiz suçun faili olarak sorumlu tutulamayacaktır. Buna karşın, kanunun cevaz verdiği üzere tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri uygulanabilecektir. Ancak bunun için Kanunda ayrıca belirtilmiş olması gerekmektedir, ne var ki 122. madde buna ilişkin herhangi bir düzenleme içermemektedir. 122. maddenin, tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri uygulanmasına ilişkin herhangi bir düzenleme içermemesi karşısında, nefret ve ayrımcılık suçunun bir tüzel kişi yararına işlenmesi halinde ilgili tüzel kişi hakkında güvenlik tedbirleri uygulanamayacaktır[58]. Bu durum, doktrinde eleştiriye konu olmuş, tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri uygulanmasına yönelik herhangi bir

ayrımcılık suçunun faili olamayacağının kabulü gerekmektedir, ki bu durum kanunun öngörmediği bir sonuç doğurabilecektir.

[58] Aynı yönde bkz. Bayraktar, "Nefret ve Ayırımcılık Suçu", s. 72; Yenidünya, "Ayrımcılık Suçu", s. 103; Demren-Dönmez, "Ayırımcılık Suçu", s. 47; Karan, Türk Ceza Kanunu'nun 122 Maddesinin Uygulanabilirliği", s. 166; Memiş, "Ayrımcılık Suçunun Özürlüler Bakımından Değerlendirilmesi", s. 74; Ekmekçi, "Türk ve Fransız Ceza Kanunlarında Ayrımcılık Suçu", s. 25; Çetinkaya, "Türk Hukukunda Ayrımcılık Suçu: TCK 122. Madde", s. 65.

düzenleme yapılmamasında isabet olmadığı değerlendirilmiştir[59]. Özel hukuk kişilerinin günümüz toplumsal ilişkilerindeki yeri gözönünde bulundurulduğunda, tüzel kişilere ilişkin bir düzenleme içermemesinin maddedeki önemli bir eksiklik olduğu[60], ayrıca madde kapsamının bu şekilde dar tutulmasının maddenin uygulanmasını zorlaştırdığı belirtilmektedir[61]. Özellikle istihdam alanında tüzel kişilerin potansiyelinin böyle bir düzenlemenin gerekliliğini ortaya koyan nitelikte olduğu ifade edilmektedir[62]. Kanaatimizce de suçu oluşturan seçimlik hareketler gözönünde bulundurulduğunda, suçun bir tüzel kişi bünyesinde işlenmesi olasılık dahilinde olduğundan tüzel kişiler bakımından maddede herhangi bir güvenlik tedbiri öngörülmemesi maddenin eksikliklerindendir.

Sonuç olarak, nefret ve ayrımcılık suçu bağlamında tüzel kişiler yönünden mevcut durumu bir örnek üzerinden açıklamak gerekirse; bir şirketin uygulamasının, belirli ırka mensup kişileri işe almamak yönünde olduğunu varsayalım. Böyle bir durumda tüzel kişi adına hareket eden gerçek kişiler ayrımcılık suçunun faili olarak cezalandırılabilecek ancak şirket hakkında herhangi bir güvenlik tedbiri uygulanamayacaktır[63].

3.4.1.3. Mağdur

Madde metninde sayılan özellikleri taşıyan herkes bu suçun mağduru olabilir[64]. Buna göre; mağdur, "dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep" özelliklerini taşıyan herhangi bir kişi olabilir. Maddede

---

[59] Karan, "Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği", s. 166; Demren-Dönmez, "Ayırımcılık Suçu", s. 47; Çetinkaya, "Türk Hukukunda Ayrımcılık Suçu: TCK 122. Madde", s. 65; Ekmekçi, "Türk ve Fransız Ceza Kanunlarında Ayrımcılık Suçu", s. 25. Ekmekçi ayrımcılık suçunu TCK ve Fransız Ceza Kanunu bakımından karşılaştırmalı olarak incelediği çalışmasında ayrıca, Fransız Ceza Kanunu'nun tüzel kişilerin cezai sorumluluğuna ve bu durumda uygulanacak yaptırımlara ilişkin düzenlemeler içerdiği yönünde tespitte bulunmuştur. Bkz., Ekmekçi, **A.y**.

[60] Çetinkaya, "Türk Hukukunda Ayrımcılık Suçu: TCK 122. Madde", s. 65.

[61] Karan, "Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği", s. 166.

[62] Demren-Dönmez, "Ayırımcılık Suçu", s. 47. Benzer şekilde Kocasakal da maddeye, TCK'nın 20. maddesi uyarınca tüzel kişinin faaliyeti kapsamında işlenmesi halinde tüzel kişilere güvenlik tedbiri uygulanacağı yönünde ilave hüküm eklenmesi gerektiğini ifade etmektedir.

[63] Yenidünya, "Ayrımcılık Suçu", s. 103; Kocasakal, s. 21-22. Nefret ve ayrımcılık suçu bakımından tüzel kişilerin cezai sorumluluğuna ilişkin benzer tespitler için bkz. Memiş, "Ayrımcılık Suçunun Özürlüler Bakımından Değerlendirilmesi", s. 74; Demren-Dönmez, "Ayırımcılık Suçu", s. 47; Çetinkaya, "Türk Hukukunda Ayrımcılık Suçu: TCK 122. Madde", s. 65.

[64] Özbek v.d., **Özel Hükümler**, s. 483; Bayraktar, "Nefret ve Ayırımcılık Suçu", s. 73; Artuk/Gökcen/Yenidünya, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, s. 4313; Öztürk, **Nefret ve Ayırımcılık Suçu**, s. 100.

sayılan özellikler sınırlayıcı olarak sayılmış olduğundan, burada sayılmayan, örneğin, sendika üyeliği, gibi başkaca nedenlere dayalı olarak maddede sayılan hareketlerin gerçekleştirilmesi, 122. madde kapsamında suç oluşturmayacaktır[65]. Bunun gibi, yaşanılan bölge, doğum yeri gibi kişiler arasında farklılık arz edebilecek pek çok neden madde kapsamı dışındadır[66].

6529 sayılı Kanunla 2014 yılında yapılan değişiklik öncesi madde metninde öngörülen ve failin mağdura nefretinin kaynağı olan özellikler tüketici olarak değil örnekleme yoluyla sayılmıştı. Zira, madde metninde belirli özellikler örnek kabilinden sayıldıktan sonra "ve benzeri sebeplerle" ifadesi yer almaktaydı. Anılan değişiklikle birlikte "ve benzeri sebeplerle" ifadesi madde metninden çıkarıldığından[67] maddenin mevcut durumu itibarıyla failin mağdura nefretinin kaynağı olabilecek özellikler maddede sayılanlarla sınırlandırılmıştır.

"Ve benzeri sebeplerle ifadesi" nin madde metninde yer aldığı dönemde, bu ifade, kanunilik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilmekteydi[68]. Söz konusu ifadenin madde metninden çıkarılma gerekçesi de "suçta ve cezada kanunilik ilkesi" ne aykırılık olmuştur. Ceza hukukunun temel ilkelerinden olan suçta ve cezada kanunilik ilkesi Anayasa Mahkemesi'nin pek çok kararına konu olmuştur. Anayasa Mahkemesi, özellikle bu ilkenin bir sonucu olan "belirlilik ilkesine" ve bunun temel hak ve özgürlükler bakımından sağladığı güvence fonksiyonuna kararlarında sıklıkla vurgu yapmaktadır. Bu kapsamda, suç ve cezaya ilişkin kuralların açık ve anlaşılır

---

65 Aynı yönde bkz. Artuk/Gökcen/Yenidünya, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, s. 4313; Bayraktar, "Nefret ve Ayırımcılık Suçu", s. 73; Orhan Ersun Civan/Eylem Baş, "Sendika Üyeliği ve Sendikal Faaliyet Nedeniyle Ayrımcılık", **5. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali: "Ayrımcılık" Tebliğler**, Ed.: Adem Sözüer, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, 2017, s. 161. Aksi yöndeki görüş için bkz. Hafızoğulları/Özen, **Özel Hükümler**, s. 225. Hafızoğulları/Özen maddede sayılan özelliklerin sınırlı olmadığı görüşünde olduğundan bu suçun mağduru olabilecek kişileri özellikleri itibarıyla sınırlandırmamakta, sayılanlara benzer şekilde kişisel her farklılığın ayrımcılığın konusu olabileceğini savunmaktadır. Hafızoğulları/Özen, mağduru; iş, mal ve hizmetten yararlanmak isteyen kimse olarak nitelendirmektedir.

66 Artuk/Gökcen/Yenidünya, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, s. 4313.

67 Söz konusu ifadenin madde metninden çıkarılmasının yerinde olduğu yönünde bkz. Öztürk, **Nefret ve Ayırımcılık Suçu**, s. 102.

68 Malkoç, **Açıklamalı Türk Ceza Kanunu**, s. 2065; Demren-Dönmez, "Ayırımcılık Suçu", s. 48; Ekmekci, "Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği", s. 29; Kocasakal, (TCK 122)", s. 19.

olması, sınırlarının belli olması, hangi eylemlerin yasaklandığının ve bunlara verilecek cezanın kuşkuya yer bırakmayacak şekilde gösterilmesi gerektiğini ifade etmektedir[69].

"Ve benzeri sebeplerle" ibaresinin madde metninde yer alması ayrıca, madde kapsamını çok fazla genişlettiği gerekçesiyle de eleştirilmekteydi. Madde kapsamında sayılan özellikler ile dahi saiki ispatlamanın güç olduğu ve sayılmayan özellikleri madde kapsamına dahil etmenin ispatı daha da güçleştirileceği belirtilmekteydi[70].

Mağdura ilişkin olarak değinilmesi gereken bir diğer husus tüzel kişilerin mağdurluk yönünden durumudur. 2003 tarihli Hükümet Tasarısı'ndaki düzenleme tüzel kişilerin de suçun mağduru olabileceği yönünde idi[71]. Tüzel kişilerin ceza hukuku bağlamında bir suçun mağduru olamayacağı, ancak suçtan zarar gören konumunda olabileceğini ifade etmek gerekmektedir[72]. Katıldığımız görüşe göre, mağdur kavramı ceza hukuku açısından yalnızca gerçek kişilere özgü bir kavramdır[73]. Buna göre, tüzel kişiler ceza hukukunda ancak suçtan zarar gören olarak değerlendirilebilir ve yargılamaya katılabilir[74]. Bu nedenlerle, Tasarıda yer alan, tüzel kişilerin bu suçun mağduru olabileceği yönündeki düzenlemenin kanunlaşmaması kanaatimizce isabetli olmuştur[75]. Nefret ve ayrımcılık suçunun mağduru gerçek kişiler olup, tüzel kişiler suçtan zarar gören konumunda olacaktır[76].

---

69 AYM, 01.11.2012 T.,, 2011/64 E., 2012/168 K; AYM, 25.02.2010 T., 2008/55 E., 2010/41 K.; AYM, 13.01.2011 T., 2009/21 E., 2011/16 K. **Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası**, (Çevrimiçi) Kararlar Bilgi Bankası | Anayasa Mahkemesi.

70 Demren-Dönmez, "Ayırımcılık Suçu", s. 49.

71 Anılan düzenlemenin metinden çıkarılmasının bir eksiklik olduğu yönündeki görüş için bkz. Ekmekçi, "Türk ve Fransız Ceza Kanunlarında Ayrımcılık Suçu", s. 27.

72 Mahmut Koca/İlhan Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 13. bs., Ankara, Seçkin Yayınları, 2020, s. 115; İzzet Özgenç, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi: Genel Hükümler**, 3. Bs., Ankara, 2006, s. 219. Aynı yönde bkz. Artuk/Gökcen/Yenidünya, **Ceza Hukuku: Özel Hükümler**, s. 472; Yenidünya, "Ayrımcılık Suçu", s. 104; Demren-Dönmez, "Ayırımcılık Suçu", s. 48; Ekmekçi, "Türk ve Fransız Ceza Kanunlarında Ayrımcılık Suçu", s. 26.

73 Artuk/Gökcen/Yenidünya, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, s. 4313; Özgenç, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi: Genel Hükümler**, s. 219. Benzer şekilde tüzel kişilerin suçun mağduru olamayacağı yönünde bkz. Koca/Üzülmez, "Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdurun Korunması ve Mağdura Tanınan Haklar", s. 141. Tüzel kişilerin de suçun mağduru olabileceğini savunan aksi yöndeki görüş için bkz. Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 204.

74 Bahri Öztürk/Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Özge Sırma/Yasemin F. Saygılar Kırıt/ Özdem Özaydın/Esra Alan Akcan/Efser Erdem, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 5. bs., Ankara, 2013, s. 240; Malkoç, **Açıklamalı Türk Ceza Kanunu,** s. 2064.

75 Aynı yönde bkz. Demren-Dönmez, "Ayırımcılık Suçu", s. 48.

76 Aynı yönde bkz. Artuç, **Kişilere Karşı Suçlar**, s. 1267. Tüzel kişilerin suçtan zarar gören, mensuplarının ise mağdur olacağı yönünde bkz. Malkoç, **Açıklamalı Türk Ceza Kanunu,** s. 2064.

Örneğin bir siyasi parti tarafından kullanılan bir binaya, başvuru ve gerekli koşullar yerine getirilmesine rağmen sırf siyasi görüş temelinde nefret nedeniyle elektrik aboneliğinin yapılmaması, yahut gayrimüslim cemaatlere ait vakıfların sırf din temelinde nefrete dayalı olarak elektrik, su ve benzeri hizmetlerden yoksun bırakılması halinde nefret ve ayrımcılık suçu oluşacak ancak söz konusu tüzel kişilikler suçun mağduru olamayacak, suçtan zarar gören olarak nitelendirilecektir. Ancak suçun mağduru ilgili tüzel kişiliğin hisse sahipleri veya üyeleri olacaktır[77]. Bir başka örnek, bir özel hukuk tüzel kişisinin hissedarlarının belirli bir ırka mensup olmalarından dolayı, tüzel kişinin olağan ekonomik faaliyetlerinin engellenmesi olabilecektir. Burada belirli bir ırka mensup olmalarından dolayı ayrımcılığa maruz kalan hisse sahipleri suçun mağduru iken, ilgili özel hukuk tüzel kişisi ise suçtan zarar gören konumunda olacaktır[78].

Mağdur bahsine ilişkin olarak; failin belirli özelliklerinden kaynaklanan nefret nedeniyle mağdura karşı kanundaki tipik hareketleri gerçekleştirdiği, ancak söz konusu özelliklerin esasen mağdurda bulunmaması halinde suçun oluşup oluşmayacağının tartışılması gerekmektedir. Bu soruna ilişkin olarak doktrinde bir görüş söz konusu özellikler mağdurda mevcut olmasa ve fail bu hususta yanılmış olsa dahi suçun oluşacağını ileri sürmektedir[79]. Bir diğer deyişle bu görüş, söz konusu özelliklerin mağdurda gerçekten bulunması halinin yanı sıra, bulunduğunun varsayılması halini de suçun oluşacağı haller arasında değerlendirmektedir. Buna karşın bazı görüşler ise mağdurun gerçekten maddede sayılan özellikleri taşımaması ve failin bu özelliklerin mağdurda olduğunu sanarak tipik hareketleri gerçekleştirmesi halinde bu suçun oluşmayacağı yönündedir[80]. Kanaatimizce burada maddenin getiriliş

---

77 Aynı yöndeki tespit için bkz. Yenidünya, "Ayrımcılık Suçu", s. 105; Demren-Dönmez, "Ayırımcılık Suçu", s. 48.

78 Yenidünya, "Ayrımcılık Suçu", s. 105; Benzer şekilde bkz. Özgenç, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi: Genel Hükümler,** s.219. Mağdur ve suçtan zarar gören ayrımına ilişkin genel açıklamalar için bkz. Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 217-220.

79 Malkoç, **Açıklamalı Türk Ceza Kanunu**, s. 2064. Malkoç ayrımcılık nedeni olan özelliklerin mağdurda gerçekten bulunmadığı ancak fail tarafından bu varsayımla hareket edildiği hallerde de suçun oluştuğunun kabulü gerektiğini ifade etmektedir.

80 Bayraktar, "Nefret ve Ayırımcılık Suçu", s. 73. Bayraktar, sorunun esaslı hata ya da varsayılan suç kuralları ile çözümleneceği görüşündedir. Söz konusu özelliklerin mağdurda bulunmaması halinde suçun oluşmayacağı yönündeki bir diğer görüş için bkz. Özbek v.d., **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 483.

amacı ve korunan hukuksal değer itibariyle ayrımcılık yasağının ve eşitlik ilkesinin ceza hukuku bakımından uygulanmasının sağlanmaya çalışıldığı gözetildiğinde, önemli olan failin bu özellikleri taşıdığını sandığı kişiye karşı, kanunda yasaklanan hareketleri söz konusu özelliklere dayalı nefret saiki ile gerçekleştirmesidir. Burada önem atfedilmesi gereken failin nefret saiki ile hareketlerini gerçekleştirmiş olmasıdır. Ayrımcılık yasağının uluslararası insan hakları hukukundaki uygulaması da bu yöndedir. Mağdur failin sandığı özellikleri taşımasa dahi, söz konusu özellikler failin nefret saiki ile gerçekleştirdiği hareketlerin nedenini teşkil etmektedir. Bu nedenle bu halde de ayrımcılığın gerçekleştiğinin kabulü gerektiği kanaatindeyiz. Mağdurun, failin kendisinde bulunduğunu sandığı özellikleri aslında taşımıyor olması hali, 122. maddenin kaleme alınış biçimi nedeniyle tartışmaya açık bir durum ortaya çıkarmaktadır. Kanaatimizce; maddenin, mağdurun sayılan özelliklerinden önce "mağdurda bulunan veya bulunduğu varsayılan özellikler" ifadesi eklenerek kaleme alınmasında yarar vardır[81]. Böyle bir değişiklik, gerek bu tür tartışmalara ve uygulamada doğabilecek tutarsızlıkları önlemek gerekse maddenin getiriliş amacı ve korunan hukuksal değer doğrultusunda daha etkin şekilde uygulanmasını sağlamak bakımından isabetli olacaktır.

3.4.1.4. Fiil

Nefret ve ayrımcılık suçu bir sırf hareket suçudur[82]. Bir diğer deyişle, suç maddede öngörülen hareketlerin gerçekleştirilmesiyle tamamlanmakta olup ayrıca bir

---

[81] Fransız Ceza Kanunu'ndaki ayrımcılığa ilişkin düzenleme, bulunan özelliklerle birlikte "varsayılan özellikleri" de madde lafzına dahil etmiştir. Bir diğer deyişle, failin mağdura yönelik ayrımcılık saikinin kaynağı olan özelliklerin mağdurda gerçekten bulunmamasının suçun oluşması açısından bir önemi olmadığı, failin bunların mağdurda bulunduğunu sanması halinde de suçun oluşacağı madde metninden açıkça anlaşılmaktadır. Fransız Ceza Kanununun ayrımcılık suçuna ilişkin 225. maddesinin Türkçe tercüme edilmiş metni için bkz. Ekmekçi, "Türk ve Fransız Ceza Kanunlarında Ayrımcılık Suçu", s. 20.

[82] Hafızoğulları/Özen, **Özel Hükümler**, s. 226; Artuk/Gökcen/Yenidünya, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, s. 4307; Demren-Dönmez, "Ayırımcılık Suçu", s. 36; Yenidünya, "Ayrımcılık Suçu", s. 107; Karan, "Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği", s. 166; Çetinkaya, "Türk Hukukunda Ayrımcılık Suçu: TCK 122. Madde", s. 85. Bu suçun neticeli bir suç olduğu yönündeki karşı görüş için bkz. Bayraktar, "Nefret ve Ayırımcılık Suçu", s. 78; Ersoy, "Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK m. 122)", s. 44. Ersoy engellemenin, seçimlik hareketler sonucu gerçekleşmesi gereken netice olduğunu ileri sürmektedir. Ayrıca, nefret ve ayrımcılık suçunu neticesi harekete bitişik suç olarak nitelendiren görüş için bkz. Bayraktar, "Nefret ve Ayırımcılık Suçu", s. 78; Kocasakal, "Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK 122)", s. 30; Memiş, "Ayırımcılık Suçunun Özürlüler Bakımından Değerlendirilmesi", s. 75; Ekmekçi, "Türk ve Fransız Ceza Kanunlarında Ayrımcılık

neticenin gerçekleşmesi aranmamaktadır. Bunun yanı sıra suç, seçimlik hareketli bir suç olup maddede sayılan seçimlik hareketlerden birinin gerçekleştirilmesi suçun oluşması için yeterlidir[83]. Bu durum tüketen-tüketilen norm ilişkinin bir gereğidir. Maddedeki seçimlik hareketlerden birden fazlasının birarada gerçekleştirilmesi halinde yine tek suç oluşacak, ancak bu durum TCK'nın 61. maddesi kapsamında temel cezanın belirlenmesi sırasında değerlendirilecektir.

Fiil bakımından yapılan bir diğer sınıflandırmaya göre bu suç aynı zamanda bağlı hareketli bir suçtur[84]. Zira kanun koyucunun suçun herhangi bir hareketle gerçekleştirilmesini yeterli bulmamış ve hangi hareketlerin bu suçu oluşturacağını açıkça düzenlemesi halinde bağlı hareketli bir suçun varlığından söz etmek gerekmektedir[85], ki nefret ve ayrımcılık suçunda bu şekilde bir düzenleme söz konusudur. Tarafımızca anılan sınıflandırma isabetli olup, nefret ve ayrımcılık aynı zamanda bağlı hareketli bir suçtur. Maddede öngörülen seçimlik hareketler dışında başka bir hareketle suçun işlenmesi mümkün değildir[86].

Suçu oluşturan fiil maddede dört seçimlik hareket olarak düzenlenmiştir. Bu seçimlik hareketler; bir kişiye kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya kiraya verilmesini engellemek, bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasını engellemek, bir kişinin işe alınmasını engellemek, bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engellemek olup[87] her bir seçimlik hareket aşağıda ayrı ayrı incelenecektir. Ancak öncelikle dört seçimlik hareket bakımından da ortak olan "engellemek" unsurunun incelenmesi

---

Suçu", s. 27. Ekmekçi'ye göre tüm suçlarda bir netice mevcuttur. Nefret ve ayrımcılık suçunda seçimlik hareketlerden birinin yapılmasıyla suç oluşacağı gibi netice de gerçekleşmektedir.

83 Hafızoğulları/Özen, **Özel Hükümler**, s. 226; Artuk/Gökcen/Yenidünya, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, s. 4307; Kocasakal, "Nefret ve Ayrımcılık Suçu", s. 24; Bayraktar, "Nefret ve Ayırımcılık Suçu", s. 77; Meran, **Kişilere Karşı Suçlar**, s. 559; Ersoy, "Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK m. 122)", s. 34; Demren-Dönmez, "Ayırımcılık Suçu", s. 35; Ekmekçi, "Türk ve Fransız Ceza Kanunlarında Ayrımcılık Suçu", s. 27; Öztürk, **Nefret ve Ayırımcılık Suçu**, s. 101.

84 Özbek v.d., **Özel Hükümler**, s. 483; Karan, "Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği", s. 166; Ersoy, "Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK m. 122)", s. 34; Kocasakal, "Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK 122)", s. 24. Nefret ve ayrımcılık suçunun serbest hareketli bir suç olduğu yönünde bkz. Artuç, **Kişilere Karşı Suçlar**, s. 1269.

85 Uğur Alacakaptan, **Suçun Unsurları**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1975.

86 Kocasakal, "Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK 122)", s. 24.

87 "*Besin maddelerini vermemek veya kamuya arz edilmiş bir hizmeti yapmayı reddetmek*" şeklindeki seçimlik hareket 6529 sayılı Kanunla yapılan değişiklik uyarınca madde metninden çıkarılmıştır.

gerekmektedir. Zira maddede öngörülen seçimlik hareketlerin hepsinin ortak noktası söz konusu fiillerin engellemek yolu ile gerçekleştirilmesidir.

Engellemek, kelimenin sözlük anlamıyla bir şeyin gerçekleşmesini veya yapılmasını önlemeyi ifade etmektedir[88]. Bu haliyle engellemek ifadesi kişi tarafından bir şeyi bizzat yapmamaktan ziyade bir başkasının yapmasını önlemek anlamını taşımaktadır. Engellemek kelimesi tercih edildiğinden maddede suçun konusunu teşkil eden hukuki işlemlerin taraflarını değil de üçüncü kişileri fail olarak kabul eden ve yaptırıma tabi tutan bir hüküm izlenimi yaratmaktadır[89]. Oysaki, madde gerekçesi ve korunan hukuksal yararlar gözönünde bulundurulduğunda maddenin konuluş amacının bu olmadığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle her ne kadar söz konusu seçimlik hareketlerin engellemek şeklinde gerçekleştirileceği ifade edilmişse de, madde bir bütün olarak değerlendirildiğinde burada kastedilenin engellemenin yanı sıra "yapmamak", "yapmayı reddetmek" olduğu anlaşılmaktadır[90]. Ancak amaca uygun yorum yoluyla ulaşılan bu sonuca doğrudan lafzi yorumla ulaşılmasında yarar olduğundan, engellemenin yanı sıra "yapmamak, yapmayı reddetmek, kaçınmak" ifadelerinin de madde metnine eklenmesi gerektiği kanaatindeyiz[91]. Zira, maddenin bu şekilde kaleme alınmış olması yanlış anlaşılmalara mahal verebilecek nitelikte olup yoruma muhtaçtır. Bu husus doktrinde de gerek eleştiriye[92] gerekse suçun fiil unsuru bakımından farklı görüşler ileri sürülmesine yol açmıştır.

Doktrinde, engellemenin, kişiyi suçun konusunu teşkil eden şeylerden tamamen mahrum bırakmak şeklinde olabileceği gibi, bunlara erişimini zorlaştırmak, kesintiye uğratmak şeklinde de olabileceği ifade edilmektedir[93]. Kanaatimizce de,

---

88 TDK, **Güncel Türkçe Sözlük**, (Çevrimiçi) https://sozluk.gov.tr/

89 Maddenin kaleme alınış tarzının üçüncü kişilerin de suçun faili olabilmesini sonuçlayacak tarzda olduğu yönünde bkz. Ekmekçi, "Türk ve Fransız Ceza Kanunlarında Ayrımcılık Suçu", s. 28.

90 Benzer şekilde bkz. Çetinkaya, "Türk Hukukunda Ayrımcılık Suçu: TCK 122. Madde", s. 72. Çetinkaya, engellemenin tamamen mahrum bırakmak şeklinde olabileceği gibi söz konusu imkandan yararlanmanın güç koşullara bağlanması, yararlanılmakta olan imkanın sonradan elden alınması, sürüncemede bırakılması ve sürdürülmesinin güç koşullara bağlanmasının da engellemek kapsamında olduğunu ifade etmektedir.

91 Benzer şekilde bkz. Ekmekçi, "Türk ve Fransız Ceza Kanunlarında Ayrımcılık Suçu", s. 28.

92 Bkz. Ekmekçi, **A.y.**

93 Yenidünya, "Ayırımcılık Suçu", s. 109; M. Emin Artuk/Ahmet Gökcen/A. Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku: Özel Hükümler**, 15. bs., Ankara, Adalet Yayınları, 2015, s. 469. Ersoy, "Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK m. 122)", s. 34; Çetinkaya, "Türk Hukukunda Ayrımcılık Suçu: TCK 122. Madde, s. 72.

engellemek tamamen mahrum bırakmak şeklinde olabileceği gibi zorlaştırmak ve makul olmayan şekilde yararlanmaya zorlamak şeklinde de gerçekleşebilecektir. Örnek üzerinden somutlaştırılacak olursa, vatmanın Kürt olduğundan bahisle ve nefret içerikli sözler söyleyerek bir çocuğu tramvaya almaması ve yalnızca tramvayın arkasına asılıp yolculuk yapabileceğini belirtmesi nedeniyle çocuğun tramvayın arkasına asılıp yolculuk yapması halinde suç oluşacaktır.

Madde bentleri özelinde ifade edecek olursak engellemek unsurunun icrai şekilde engel olmanın yanı sıra aynı zamanda kazandığı anlam, a bendi için "satmamak, devretmemek, kiraya vermemek", b bendi için "yararlandırmamak", c bendi için "işe almamak" ve d bendi için "ekonomik etkinlikte bulundurmamak" olacaktır[94]. Bu durumda anılan hareketlerin yapmamak şeklinde gerçekleştirilmesi ihmali hareket niteliğinde olacaktır.

Engelleme hareketinin icrai veya ihmali olması bakımından niteliği doktrinde tartışmalıdır. Bir kısım görüşler, maddede öngörülen seçimlik hareketlerin ancak icrai bir hareketle gerçekleştirebileceğini kabul etmektedir. Bir diğer deyişle, bu görüşü savunanlar, maddede sayılan tipik hareketlerin ihmali şekilde gerçekleştirilmesi halinde nefret ve ayrımcılık suçunun oluşmayacağını ve söz konusu hareketlerin yalnızca icrai hareketle işlenebileceğini ileri sürmektedir[95]. Buna karşın, söz konusu hareketlerin icrai şekilde gerçekleştirilebileceği gibi ihmali şekilde gerçekleştirilmesinin de mümkün olduğunu ve bu halde de nefret ve ayrımcılık suçunun oluşacağını savunan görüşler de mevcuttur[96]. Kanaatimizce fiilin icrai veya

---

94 Aynı yönde bkz. Bayraktar, "Nefret ve Ayırımcılık Suçu", s. 74. Karşı görüş için bkz. Karan, "Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği", s. 167. Karan, maddenin hareketleri yapmayan kişiyi değil, bunları engelleyen kişiyi cezalandırdığı görüşünde olup, hareketlerin düzenleniş biçiminin maddenin uygulama alanını oldukça daralttığı yönünde eleştiride bulunmaktadır.

95 Demren-Dönmez, "Ayırımcılık Suçu", s.40; Ersoy, "Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK m. 122)", s. 34. Ersoy, maddedeki düzenlemenin açık olmadığı, kanun koyucunun iradesinin bu suçun ihmali hareketle işlenebileceği yönünde olması halinde bu durumun maddede açıkça belirtilmesi gerektiğini ileri sürmektedir.

96 Hafızoğulları/Özen, **Kişilere Karşı Suçlar**, s.226; Kocasakal, "Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK 122)", s. 26; Bayraktar, "Nefret ve Ayrımcılık Suçu", s. 77; Öztürk, **Nefret ve Ayırımcılık Suçu**, s.129; Çetinkaya, "Türk Hukukunda Ayrımcılık Suçu: TCK 122. Madde", s. 72.

ihmali nitelikte olup olamayacağı sorununun, her bir seçimlik hareketin niteliğine göre ayrı ayrı tespit edilerek çözümlenmesi gerekmektedir.

Suçun fiil unsuruna ilişkin olarak şunu da belirtmek gerekmektedir ki, maddede belirtilen hareketlerin gerçekleştirildiği her durum nefret ve ayrımcılık suçunu oluşturmayacaktır. Çalışmamıza konu suçun oluşması için, söz konusu hareketlerin, suçun kanuni tanımında tabir edildiği üzere mağdurun belirli özelliklerinden kaynaklanan nefret nedeniyle gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bir diğer deyişle, bu yönde bir saikin[97] varlığı suçun oluşması için zorunludur. Bu nedenle örneğin, kanundan kaynaklanan nedenlerle maddede sayılan fiillerin gerçekleştirilmesi halinde suç oluşmayacaktır. Yabancılara taşınmaz satılmasına ilişkin sınırlamalar kanundan[98] kaynaklanmakta olup, kanunda öngörülen şartların mevcut olmaması nedeniyle yabancılara taşınmaz satılmaması nefret ve ayrımcılık suçunu oluşturmayacaktır[99]. Bunun gibi, geçici özel önlemler kapsamındaki tedbir ve uygulamalar nedeniyle maddede öngörülen fiillerin gerçekleştirilmesi de nefret ve ayrımcılık suçu kapsamında değerlendirilemeyecektir[100]. Kadınlara yönelik asgari çalışma kotaları veya işverenlerin belirli sayıda hükümlü ve engelli çalıştırma yükümlülüğü geçici özel önlemler niteliğinde tedbir ve uygulamalara örnek teşkil etmektedir[101].

Maddede öngörülen fiilleri hukuka uygun kılabilecek nedenlerin mevcut olup olmadığının her bir somut olay yönünden irdelenmesi gerekmektedir. Bahsi geçen nedenlerden biri olarak TCK'nın 26. maddesinde düzenlenen hakkın kullanılması kapsamında sözleşme özgürlüğü ileri sürülmektedir.[102]. Fakat sözleşme özgürlüğü ancak nefret saikinin mevcut olmadığı durumda söz konusu olabilecek, nefret saikinin

---

97 Madde metninde geçen nefret nedeniyle ifadesinin nefret saiki olarak anlaşılması gerektiği yönünde bkz. çalışmamızın üçüncü bölümünde 3.4.2. Manevi Unsur başlığı altında s. 167'de yer alan açıklamalar.

98 Bkz. Tapu Kanunu'nun 6302 sayılı Kanun ile değişik 35/1. Maddesi.

99 Yenidünya, "Ayırımcılık Suçu", s. 108; Özbek v.d., **Özel Hükümler**, s. 484; Demren-Dönmez, "Ayırımcılık Suçu", s. 39.

100 Yenidünya, "Ayırımcılık Suçu", s. 105. Geçici özel önlemler (yazar tarafından pozitif ayrımcılık olarak tabir edilmekle) eşitlik ilkesine aykırı olmadığı, aksine fiili eşitsizliği ortadan kaldırmaya yönelik olduğu yönünde bkz. Sibel İnceoğlu, "Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı Çerçevesinde Af, Şartla Salıverme, Dava ve Cezaların Ertelenmesi", **Anayasa Yargısı Dergisi**, C:XVII, S:1 2001, s. 49.

101 Yenidünya, "Ayırımcılık Suçu", s. 105.

102 Benzer şekilde bkz. Çetinkaya, "Türk Hukukunda Ayrımcılık Suçu: TCK 122. Madde", s. 82-83.

mevcut olması halinde ise hakkın kullanılmasında sınırın aşılması söz konusu olacağından bu durum sözleşme özgürlüğü kapsamında değerlendirilemeyecektir. Bu nedenle maddedeki fiillerin sözleşme özgürlüğü kapsamında kalıp kalmadığının tespiti önem arz etmektedir[103]. Bunun için de, öncelikle faildeki saikin tespiti gerekmektedir.

Kanunkoyucu söz konusu hareketlerin nefret saiki ile gerçekleştirilmesini yasaklayarak, bunun sözleşme özgürlüğü kapsamının dışında kaldığını ortaya koymaktadır. Dolayısıyla, failin nefret saiki ile hareket ettiği hallerde sözleşme özgürlüğünün sınırı aşılmış olacağından bu durum hakkın kullanılması kapsamında değerlendirilemeyecektir[104]. Örnek üzerinden açıklamak gerekirse; bir kimse sahibi bulunduğu taşınmazı dilediği kimseye satmakta özgür ise de, (X) mezhebindeki veya dinindeki kimselere nefreti nedeniyle taşınmazını satmayacağını açıklayarak bu fiili gerçekleştirmesi bu suçu oluşturacaktır[105].

Fiilin sözleşme özgürlüğü kapsamında olup olmadığı sorununun çözümü failin saikine bağlı olduğundan, ispat sorununa değinmekte yarar vardır. Faildeki saikin tespiti ispata ilişkin bir husus olup, burada ispat konusunda güçlüklerle karşılaşılmaktadır[106]. Örneğin, sitedeki konutların K ırkından olan kişilere, ırki özellikleri nedeniyle satılmaması halinde[107], satışın sırf bu nedenle yapılmadığını ispatlamak, failin saikini ortaya koymak nefret ve ayrımcılık suçuna ilişkin karşılaşılan önemli güçlüklerden biridir. Zira failin saiki, çoğu zaman dış dünyaya yansımayan iç dünyadaki bir husus olduğundan tespiti ve ispatı oldukça güçtür.

Ayrımcılık halinde karşılaşılan bu ispat sorunu, uluslararası hukukta belirli ölçüde çözümlenmiştir. Şöyle ki; ayrımcılık yasağının ihlal edildiği iddia edilen vakalarda, ispat külfeti ters çevrilmiş olup ayrımcılığı gerçekleştirdiği iddia edilen

---

[103] Artuk/Gökcen/Yenidünya, **Ceza Hukuku: Özel Hükümler**, s. 467; Yenidünya, "Ayırımcılık Suçu", s. 107; Demren-Dönmez, "Ayırımcılık Suçu", s. 37; Memiş, "Ayrımcılık Suçunun Özürlüler Bakımından Değerlendirilmesi", s. 76. Maddenin uygulanma koşullarının doğmasının kamuya yönelik faaliyetler yönünden daha kolay belirlenebileceği ancak özel hukuk alanındaki faaliyetler söz konusu olduğunda sözleşme özgürlüğü nedeniyle ispata ilişkin güçlüklerin artacağı yönünde bkz. Malkoç, **Açıklamalı Türk Ceza Kanunu**, s. 2064.

[104] Aynı yönde bkz. Demren-Dönmez, "Ayırımcılık Suçu", s. 79.

[105] Yenidünya, "Ayırımcılık Suçu", s. 107-108; Artuk/Gökcen/Yenidünya, **Ceza Hukuku: Özel Hükümler**, s. 468.

[106] Demren-Dönmez, "Ayırımcılık Suçu", s. 38.

[107] Demren-Dönmez, **A.y.**

kişiye yüklenmiştir.[108] Bazı kaynaklarda ispat yükünün yer değiştirilmesi[109] bazı kaynaklarda ispat yükünün paylaşılması[110] olarak isimlendirilen bu yaklaşıma göre, ayrımcılığa maruz kaldığını ileri süren kişinin, ayrımcılığın gerçekleşmiş olabileceğini düşündürecek yeterli kanıt sunması halinde, ayrımcılık yaptığı iddia edilen kişi, ayrımcılık yapmadığını ispat etmekle yükümlü tutulmaktadır. Bir diğer deyişle bir ayrımcılık vakası bulunduğunu yaklaşık olarak ortaya koyan mağdur lehine ayrımcılık karinesi getirilmektedir[111]. Ancak, ayrımcılık yasağı bakımından kabul gören ve uygulanan bahsolunan ispat kuralının ceza hukuku alanında uygulanması ve ispat külfetinin yer değiştirilmesi hususu mümkün değildir[112]. Zira, ceza ve ceza muhakemesi hukukunda masumiyet karinesi ilkesi esas alınmakta olup, suçu kesin ve şüpheye yer vermeyecek şekilde ispatlanıncaya kadar herkes masum kabul edilmektedir. Dolayısıyla, sanığa ayrımcılık yapmadığını ispatlama gibi bir külfet yüklenemeyeceğinden ceza hukukunda ayrımcılığın ispatı mağdurlar bakımından zorlu bir hal almaktadır[113]. Kanaatimizce, ayrımcılığa ilişkin vakaların yargı yoluna taşınmaması, yahut taşınsa dahi çok nadiren mahkumiyetle sonuçlanmasının nedenlerinden biri de suçun ispatının güç olmasıdır[114].

---

[108] Avrupa Konseyi, **Handbook on European Non-Discrimination Law,** s. 231. (Çevrimiçi), Handbook on European non-discrimination law – 2018 edition (coe.int), 05.12.2022. Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı bağlamında ispat külfetinin yer değiştirilmesi Türk hukukunda İş Kanunu'nun 5. maddesinde düzenlenmiştir. Herkesin iddiasını ispatla mükellef olduğu yönündeki temel hukuk kuralını tersine çeviren anılan düzenlemeye göre; işverenin eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına aykırı davrandığın işçi ispat etmekle yükümlü ise de, "*işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle*" yükümlü kılınmıştır. Ayrımcılığın ispatında yaşanan güçlük sebebiyle ispat külfetini genel kuraldan ayrılan şekilde tersine çeviren bu yaklaşımın Türk hukukundaki öncü uygulamasını yaratması nedeniyle anılan maddenin yenilikçi nitelikte olduğu söylenebilecektir. Bkz. Gül, "Hukukta Ayrımcılık Yasağı", s.131.

[109] Gül, kavramın her iki isimlendirilişini de zikretmiştir. Bkz. Gül, **A.e**., s. 122.

[110] Bkz. Avrupa Konseyi, **Handbook on European Non-Discrimination Law,** s. 231. (Çevrimiçi), Handbook on European non-discrimination law – 2018 edition (coe.int), 05.12.2022. İspat yükünün yer değiştirilmesi veya paylaşılması yaklaşımının AİHM kararlarında uygulandığı davalara örnek olarak bkz. AİHM, Nachova davası; AİHM, Timishev Davası; AİHM, D.H. ve diğerleri davası.

[111] Avrupa Konseyi, **Handbook on European Non-Discrimination Law,** s. 231. (Çevrimiçi), Handbook on European non-discrimination law – 2018 edition (coe.int), 30.11.2022; Gül/Karan, s. 14-15.

[112] Gül/Karan, **Ayrımcılık Yasağı Eğitim Rehberi**, s. 15; Gül, "Hukukta Ayrımcılık Yasağı", s. 131.

[113] Gül, **A.y.**

[114] Ayrımcılığa uğrayan birey, hukuki yollara başvurduktan sonra da ayrımcılığın faili ile aynı sosyal ortamda bulunacağından, mağdurlaştırmaya uğraması kuvvetle muhtemel olduğu ve bu nedenle hukuki mücadelenin ayrımcılık yönünden etkisiz kaldığı yönünde bkz. Gül, "Hukukta Ayrımcılık Yasağı", s. 132.

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

Maddenin a bendindeki seçimlik hareket kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılması, devri veya kiraya verilmesinin engellenmesidir. Fiilin içerik ve kapsamının ortaya konulabilmesi için, buna ilişkin olarak bentte belirtilen kavramların açıklanması gerekmektedir. Bu bağlamda, taşınır ve taşınmaz mal kavramlarının tanım ve içeriğine suçun konusu başlığı altında yer verildiğinden burada ilgili kısma atıfla yetinilecektir. Maddenin bu bendinde öngörülen bir koşul olarak kamuya arz edilme kavramının da anlamlandırılması gerekmektedir. Bent kapsamında incelenmesi gereken diğer bir kavram, tüm seçimlik hareketler için ortak olan engellemek kavramıdır. Son olarak bentte engellenmesi aranan hukuki işlemler olarak satım, devir ve kiraya vermenin anlamının belirlenmesi gerekmektedir. Bahsi geçen kavramlar, bu başlık altında sırasıyla incelenecektir.

Madde kapsamında satımı, devri, kiraya verilmesi engellenen taşınır veya taşınmaz malın kamuya arz edilmiş olması gerekmektedir. Ortada kamuya arz edilmiş bir taşınır veya taşınmaz mal olmadığı takdirde tipikliğin maddi unsurundaki eksiklik nedeniyle suç oluşmayacaktır[115]. Kamuya arz edilmiş olma kavramına ilişkin madde gerekçesinde bir açıklama bulunmamakla birlikte, kanaatimizce kamuya arz edilmiş olma madde bağlamında; "kamunun bilgisine sunma, aleniyet kazandırma"yı ifade etmektedir. Kamuya arz edilme kavramını, tarafımızla benzer şekilde yorumlayan görüşler[116] olduğu gibi farklı şekilde yorumlayan görüşler de mevcuttur. Bazı yazarlar, kamuya arz edilmiş olmayı, belirsiz sayıdaki kişilere yöneltilmiş olma[117] şeklinde yorumlarken, bazı yazarlar ise kamuya ait olma şeklinde yorumlamaktadır[118]. Kamuya

[115] Özbek v.d., **Özel Hükümler**, s. 484; Ersoy, "Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK m. 122)", s. 35.

[116] Öztürk kamuya arz edilme kavramını halka sunma olarak anlamlandırmaktadır. Öztürk, **Nefret ve Ayırımcılık Suçu,** s. 122.

[117] Ersoy, "Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK m. 122)", s. 36. Ersoyu kamuya arz edilmiş olma kavramını yorumlayışı itibariyle, teklif üzerine veya belirli sayıdaki kişiler arasında gerçekleştirilen hareketler bakımından bu suçun oluşturmayacağını belirtmektedir.

[118] Bkz. Bayraktar, "Nefret ve Ayırımcılık Suçu", s. 74. Bayraktar kamuya ait bir bina, kamu idaresinin bir kuruluşuna ait bir taşınmaz gibi şeyleri bu kapsamda değerlendirmektedir. Yazar, kamuya arz edilme kavramını kamuya ait olma olarak yorumladığından, özel hukuk tüzel kişileri ve gerçek kişilere ait taşınır ve taşınmaz malların madde kapsamına girmediğini ileri sürmektedir.

arz edilme kavramını "kamunun bilgisine sunma, aleniyet kazandırma" olarak yorumladığımızdan, kanaatimizce bir taşınır veya taşınmaz malın satımına yönelik olarak satılık yahut kiralık ilanı vermek kamuya arz edilmenin tipik örneği niteliğindedir[119].

Yukarıda fiile ilişkin genel değerlendirmeler kısmında belirttiğimiz gibi, engellemek kelimesine tek başına anlam yüklemek yerine madde ile bir bütün olarak değerlendirildiğinde, engellemek kavramının madde bağlamında aynı zamanda yapmamak anlamını kazandığı anlaşılmaktadır. Buna göre; bu bent için engellemek, aynı zamanda satmamak, devretmemek veya kiraya vermemeyi ifade etmektedir. Bir diğer deyişle failin nefret saiki ile maddede öngörülen özelliklerinden kaynaklı olarak mağdura taşınır veya taşınmaz malı satmama, devretmeme, kiraya vermemesi halinde bu suç oluşacaktır.

Maddenin bu bendinde sayılan satış, devir, kiraya verme, özel hukuk kapsamındaki hukuki işlemler olup özel hukuk bağlamında anlamlandırılması gerekmektedir[120]. Ancak satış, devir ve kira ilişkisi kamu hukuku alanında da ortaya çıkabilmektedir[121]. Örneğin, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile kamu hukukuna tâbi olan veya kamunun denetimi altında bulunan yahut kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşları yapılacak ihalelerde eşit muameleyi sağlamakla yükümlü kılınmıştır[122]. Kanun kapsamında yapılan ihaleler ile mal ve hizmet alımı yapılmaktadır[123]. Kanun bağlamında mal, satın alınan çeşitli ihtiyaç maddeleri ile taşınır veya taşınmaz mal ve hakları ifade etmektedir[124]. Hizmet ise, bundan ibaret olmamakla birlikte, çalışmamızın konusu suçun fiil unsuru ile ilişkili olarak, taşınır ve taşınmaz mal ve hakların kiralanmasını ve benzeri diğer hizmetleri ifade etmektedir[125]. Bu kapsamda örneğin, Kanunda uygulanan ihale usullerinden biri olarak açık ihale

---

[119] Aynı yönde bkz. Öztürk, **Nefret ve Ayırımcılık Suçu**, s. 114. Belirsiz kişilerin bilgisine sunma hali olmadığında kamuya arz edilmenin ve dolayısıyla tipikliğin gerçekleşmeyeceği yönündeki görüş ve örnekler için bkz. Ersoy, "Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK m. 122)", s. 35-36.

[120] Aynı yönde bkz. Hafızoğulları/Özen, **Özel Hükümler**, s. 226; Özbek v.d., **Özel Hükümler**, s. 484; Ersoy, "Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK m. 122)", s. 36.

[121] Demren-Dönmez, "Ayırımcılık Suçu", s. 37.

[122] Bkz. Kamu İhale Kanunu, m. 5.

[123] Bkz. Kamu İhale Kanunu, m. 2.

[124] Bkz. Kamu İhale Kanunu, m. 4

[125] Bkz. Kamu İhale Kanunu, m. 4

usulüne göre bir ihale yapıldığını varsayalım. Bu ihale usulüne göre tüm istekliler teklif verebilmekte ve ihaleye katılabilmektedir[126]. Ancak kamu idareleri tarafından bir isteklinin ihaleye TCK'nın 122. maddesinde sayılan özelliklere dayalı nefret nedeniyle kabul edilmemesi halinde nefret ve ayrımcılık suçu oluşacaktır[127].

Bentte düzenlenen üç hukuki işlemin de esasen mülkiyet hakkı kapsamında malike sağlanan yetkilerin kullanılması niteliğinde olduğu söylenebilecektir[128]. Zira mülkiyet hakkı sahibine maliki olunan şey üzerinde kullanma, yararlanma, tasarruf etme yetkilerini sağlayan bir mutlak haktır. Satış, bunlardan ilki olup, Türk Borçlar Kanunu'ndaki tanımı ile satış sözleşmesi; "*satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşme*"dir[129]. Buna göre, satış, söz konusu malın zilyetlik ve mülkiyetinin bedel karşılığı devredilmesini ifade etmektedir[130].

Taşınır satışı Türk Borçlar Kanunu'nda, Türk Medeni Kanunu uyarınca taşınmaz sayılanlar dışında kalan ve diğer kanunlarda taşınır olarak belirtilen şeylerin satışı olarak tanımlanmıştır. Ayrıca, ürünler, bir yapının yıkıntıları ve taş ocağından çıkarılacak taşlar gibi, taşınmazdan ayrıldıktan sonra mülkiyeti devredilecek bütünleyici parçaların satılmasının da taşınır satışı olduğu ifade edilmiştir[131].

Devir, maddede sayılan hukuki işlemlerden bir diğeridir. Devir kavramının, en genel haliyle, bir hakkın, malvarlığı değerinin, eşyanın ya da gayricismani malların hukuken ya da fiilen el değiştirmesini ifade ettiği söylenebilecektir. Zilyetliğin devri, alacağın devri, işyerinin devri, mülkiyetin devri gibi kavramlar göstermektedir ki devir kavramı özel hukuk bağlamında çok çeşitli anlamlarda kullanılmaktadır[132]. Ancak kanaatimizce, maddede devir olgusu ile kastedilen mülkiyetin devridir. Maddenin kaleme alınış biçimi itibariyle, satıştan hemen sonra devir kavramının kullanılması da kanunkoyucunun iradesinin, devir kavramını mülkiyetin devri ile sınırlı olarak

[126] Bkz. Kamu İhale Kanunu, m. 19.
[127] Öztürk, **Nefret ve Ayırımcılık Suçu**, s. 123.
[128] Ersoy, "Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK m. 122)", s. 36.
[129] Bkz. TBK m. 207.
[130] Cevdet Yavuz, **Borçlar Hukuku Dersleri: Özel Hükümler**, İstanbul, Beta Yayınları, 2012, s. 24.
[131] Bkz. TBK m. 209. Diğer satış türleri için bkz. Yavuz, **A.e**, s. 29-30.
[132] Ersoy, "Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK m. 122)", s. 37-38.

kullandığına delalet etmektedir. Devir ile kastedilenin zilyetliğin devri olduğu durumda bunun ayrıca ve açıkça belirtileceği değerlendirilmektedir. Bu nedenle, zilyetliğin devrini maddede belirtilen devir kavramına dahil etmenin kıyasa varan genişletici yorum olacağı kanaatindeyiz.

Bahsi geçen mülkiyetin devri olgusu birçok farklı sözleşme türü ile gerçekleşebilmekle birlikte bunların başında satış sözleşmesi gelmektedir. Satış ise maddenin a bendinde ayrıca öngörülen bir hukuki işlem olduğundan burada devir kavramı kapsamında değerlendirilmesi gereken mülkiyetin devri halleri kanaatimizce satış sözleşmesi dışındaki hallerdir. Satış sözleşmesi dışında mülkiyetin devrine yönelik sözleşmelere örnek olarak bağışlama ve trampa sözleşmeleri gösterilebilir[133]. Dolayısıyla bağışlama ve trampa yoluyla devir, maddedeki devir fiilinin kapsamında değerlendirilmelidir[134]. Örneğin, arabasını başka bir arabayla değiştirmek için araba pazarına giden kişinin, arabayı değiştirme için gelen kişiyle mezhebinin farklı olmasından bahisle sözleşme yapmaması halinde nefret ve ayrımcılık suçu işlenmiş olacaktır[135]. Bunun gibi işyerinin devri de bu kapsamdaki devre örnek teşkil edebilecektir[136]. İşyeri devri, taşınmaz niteliğinde olan işyeri ile birlikte içindeki taşınır malların da devrini ifade etmekle, böyle bir işlemde nefret saiki ile devretmenin engellenmesi halinde nefret ve ayrımcılık suçu oluşacaktır[137].

Devir kavramına ilişkin açıklamalarımıza son olarak, söz konusu kavramın bu suç bağlamındaki anlamına ilişkin doktrinde farklı yorumların da mevcut olduğunu eklememiz gerekmektedir[138].

Maddenin a bendindeki son hukuki işlem olan kiraya vermeye ilişkin olarak ise kira ilişkisinin tanımlanmasına ihtiyaç vardır. Kira sözleşmesi, kiraya verenin bir

---

[133] Bağışlama ve trampa sözleşmelerinin tanımı için sırasıyla bkz. TBK m. 285 ve 282. Trampa ve bağışlama sözleşmesine ilişkin açıklamalar için bkz. Yavuz, **Borçlar Hukuku Dersleri: Özel Hükümler**, s. 159-161 ve s. 163-175.

[134] Farklı görüş için bkz. Öztürk, **Nefret ve Ayırımcılık Suçu**, s. 122. Öztürk, trampa sözleşmesini madde kapsamında değerlendirmekle birlikte bağışlama sözleşmesinin madde kapsamı dışında olduğu görüşündedir.

[135] Örnek için bkz. Öztürk, **Nefret ve Ayırımcılık Suçu**, s. 122.

[136] Ersoy, "Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK m. 122)", s. 38.

[137] Ersoy, **A.e.**, s. 38.

[138] Devir kavramını tek taraflı işlemden ibaret olarak yorumlayan görüş için bkz. Bayraktar, "Nefret ve Ayırımcılık Suçu", s. 75.

şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstlendiği sözleşmedir[139]. Türk Borçlar Kanunu uyarınca, kira sözleşmesinin konusu konut ve çatılı işyerleri[140] olabileceği gibi ürün[141] ve hayvanlar[142] da kira ilişkisinin konusunu teşkil edebilecektir. Buna göre; nefret ve ayrımcılık suçunun a bendindeki seçimlik hareket taşınır veya taşınmaz bir malın kiraya verilmesinin engellenmesi olduğundan, kiraya verilmesi engellenen şey konut veya çatılı işyeri olabileceği gibi, ürün veya hayvan da olabilecektir[143].

Kamuya arz edilmiş bir taşınır veya taşınmaz malın kiraya verilmesinin engellenmesi şeklindeki seçimlik hareket maddenin bu bendine 6529 sayılı Kanunla 2014 yılında yapılan değişiklikle eklenmiş olup, anılan değişiklik öncesinde kiraya vermenin engellenmesi tipik hareketler arasında yer almamaktaydı. Bu nedenle 2014 yılındaki yasal değişiklik öncesinde kiraya vermenin maddede sayılan nedenlerle engellenmesi halinde bu suç oluşmayacaktır. Zira, anılan yasa değişikliği öncesinde madde metninde sayılan hukuki işlemler satış ve devirden ibaret olup kiraya verme işlemi madde kapsamında değerlendirilemeyecektir. Her ne kadar, kiraya vermenin devir olgusu kapsamında değerlendirilebileceği ileri sürülebilirse de, devir kavramına ilişkin açıklamalarımızda da belirtildiği gibi, maddede kastedilen devir olgusunun mülkiyetin devri ile sınırlı olarak yorumlanması gerektiği ve zilyetliğin devrini kapsamadığı kanaatindeyiz.

Doktrinde, bu bentte belirtilen fiillerin satma, devretme ve kiraya verme olması nedeniyle ipotek ve rehnedilmesi gibi işlemlerin madde kapsamında değerlendirilemeyeceği kabul edilmektedir[144]. Aynı gerekçeyle anılan görüşe katılmaktayız.

---

139 Bkz. TBK. m. 299.
140 Konut ve çatılı işyeri kirasına ilişkin hükümler için bkz. TBK m. 339-356.
141 Ürün kirasına ilişkin hükümler için bkz. TBK m. 357-378.
142 Hayvan kirasına ilişkin hükümler için bkz. TBK m. 376-378.
143 Aynı yönde bkz. Ersoy, "Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK m. 122)", s. 37.
144 Özbek v.d., **Özel Hükümler**, s. 484; Bayraktar, "Nefret ve Ayırımcılık Suçu", s. 74; Ersoy, "Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK m. 122)", s. 36.

Bu bentte öngörülen fiiller icrai şekilde gerçekleştirilebileceği gibi ihmali şekilde gerçekleştirilmesi de mümkündür[145]. Kamuya açık bir müzayedeye keyfi şekilde renk farklılığı taşıyanların alınmaması, bir kamu alım-satım ihalesinde siyasi düşünce ve felsefi inanç ayrımı yapılarak belirli kimselerin ihaleye katılmalarına engel olunması taşınır veya taşınmaz malın satılması veya devrinin ayırımcılıkla engellenmesine örnek teşkil edebilecektir[146].

Taşınır veya taşınmaz malın satışı satış sözleşmesi ile gerçekleştirileceğinden, satış sözleşmesinin genel şartlarının bulunması suçun fiil unsuru bakımından gerekli ve yeterlidir[147]. Sözleşmenin diğer şekli koşullarının yerine getirilip getirilmemesinin suçun oluşması bakımından herhangi bir etkisi olmayacaktır[148]. Örneğin, araç satışlarının noterde yapılması söz konusu taşınırların satımına ilişkin bir şekli koşuldur. Bu koşulun yerine getirilmemiş olması, taşınır satışına nefret saikiyle engel olmak şeklindeki tipik hareketin nefret ve ayrımcılık suçunu oluşturmasını engellemeyecektir. Bunun gibi taşınmazların satışının tapuda yapılması da kanundan kaynaklanan bir şekli koşuldur. Söz konusu satışın haricen yapılması halinde, nefret ve ayrımcılık suçunu oluşturan unsurlar mevcutsa satışa ilişkin şekli koşulun yerine getirilmemesinin suçun oluşması bakımından herhangi bir etkisi olmayacak ve suç oluşacaktır[149].

3.4.1.4.2. Bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasını engellemek

Maddenin b bendinde düzenlenen seçimlik hareket bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasını engellemektir. Bu seçimlik hareketle, eşit işlem görme hakkına aykırı şekilde kişilerin kamuya arz edilmiş hizmetlerden mahrum bırakılması önlenmek istenmiştir.

---

[145] Özbek v.d., **Özel Hükümler**, s. 485; Artuk/Gökcen/Yenidünya, **Ceza Hukuku: Özel Hükümler**, s. 467; Bayraktar, "Nefret ve Ayırımcılık Suçu", s. 75; Yenidünya, "Ayırımcılık Suçu", s. 107. Aksi yöndeki görüş için bkz. Demren-Dönmez, "Ayırımcılık Suçu", s. 37. Demren-Dönmez, bu fiilin yalnızca icrai hareketle işlenebileceği görüşündedir.

[146] Yenidünya, "Ayırımcılık Suçu", s. 107.

[147] Özbek v.d., **Özel Hükümler**, s. 484.

[148] Özbek v.d., **A.y.**

[149] Özbek v.d., **A.y.**

Hizmet; hukukun tanımladığı, kanuna, ahlaka ve adaba aykırı olmayan, toplumsal ekonomik değeri olan her çeşit beşeri faaliyet olarak tanımlanmaktadır[150]. Maddede yararlanılması engellenen hizmet, kamusal bir faaliyet içinde sunulmuş bir hizmet olabileceği gibi özel hukuk kişileri ya da gerçek kişilerin faaliyetleri kapsamında sunulmuş bir hizmet de olabilecektir[151]. Madde bağlamında hizmet kavramı bakımından belirleyici olan nokta, hizmetin kamuya arz edilmiş olmasıdır. Kamuya arz edilmiş olma ifadesinin, bu bent bağlamında kamunun yararlanmasına sunulmuş olma anlamını taşıdığı kanaatindeyiz. Kamuya arz edilmiş hizmet ise kamunun yararlanılmasına sunulmuş her türlü faaliyet olarak değerlendirilmelidir[152]. Örneğin, belediyeye ait bir parkın halkın yararlanmasına sunulması, yahut bir kişiye ait lokantanın herkesin hizmetine sunulması hallerinde kamuya arz edilmiş hizmet söz konusudur[153]. Bunun gibi, herhangi bir sınava hazırlanmak yahut dil öğrenmek için gidilen kurslar da bu hizmete örnek olarak gösterilebilir. Hizmetin ücret karşılığı olup olmaması herhangi bir önem arz etmemektedir[154].

Bir hizmetten yararlanmanın engellenmesi maddede arandığı gibi nefret saiki değil de hukuken haklı bir nedene dayanıyorsa, bu durumda nefret ve ayrımcılık suçu oluşmayacaktır. Örneğin, çocuklara alkollü içki satışı kanun gereğince yasak olup[155], bu kapsamda, çocuklara alkollü içki satmayan bir tekel bayi çalışanı nefret saiki ile hareket etmediği ve hukuken haklı bir neden mevcut olduğundan nefret ve ayrımcılık suçunu oluşturmayacaktır. Belediye parkına, din temeline dayalı nefret nedeniyle başörtülülerin alınmaması yahut tam tersi aynı sebeplerle başı açık olanların alınmaması ise nefret ve ayrımcılık suçunu oluşturacaktır.

Bu bent bakımından engelleme hareketi, kamu hizmetinin yerine getirilmemesi, yerine getirmekten kaçınılması olarak değerlendirilmelidir. Kamu

---

150 Hafızoğulları/Özen, **Özel Hükümler**, s. 226.

151 Bayraktar, "Nefret ve Ayırımcılık Suçu", s. 75.

152 Kamuya arz edilmiş hizmet kavramını farklı şekilde tanımlayan yazarlar mevcuttur. Hafızoğulları, Özen kamuya sunulmuş hizmet kavramını toplumda işbölümünün sonucu olarak ortaya çıkan, beşeri ihtiyacı karşılamaya yarayan, hukuka ve genel ahlaka aykırı olmayan her çeşit beşeri faaliyet olarak tanımlamaktadır. Bkz. Hafızoğulları/Özen, **Özel Hükümler**, s. 226. Özbek ve diğerleri ise, bu bent bağlamında yararlanılacak hizmeti, kamunun faydalandığı ve belli ölçüde kazanç getirici nitelikte olan hizmetler olarak nitelendirmektedir. Bkz. Özbek v.d., **Özel Hükümler**, s. 484.

153 Bayraktar, "Nefret ve Ayırımcılık Suçu", s. 75.

154 Aynı yönde bkz. Bayraktar, **A.y.**

155 Bkz. 4207 sayılı Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanun m. 2.

hizmetinden yararlanmanın tamamen engellenmesi gibi, kamu hizmetinden yararlanmanın zorlaştırılması yahut kesintiye uğratılması gibi haller de bentteki engelleme hareketi kapsamındadır[156]. Bu bağlamda makul olmayan şekilde yararlanmaya zorlama da engelleme kapsamında değerlendirilmelidir.

Doktrinde, kamuya arz edilmiş bir hizmetten yararlanmanın engellenmesi hareketinin yalnızca icrai hareketle gerçekleştirilebileceğini savunan görüşler[157] olduğu gibi, hareketin icrai olabileceği gibi ihmali nitelikte de olabileceğini savunan görüşler[158] de mevcuttur. Kanaatimizce bu bent bağlamında engelleme hareketinin icrai bir hareketle gerçekleştirilmesi mümkün olduğu gibi ihmali bir hareketle gerçekleştirilmesi de mümkündür. Örneğin, kişiyi toplu ulaşım araçlarına almayan şoför, kişiye ilaç satmayan eczacı yahut kişiyi muayene etmeyen doktor, kişinin kamuya arz edilen hizmetten yararlanmasını ihmali hareketle engellemiş olacaktır.

Nefret ve ayrımcılık suçu bir sırf hareket suçu olduğundan, suç, bu bentteki hareket bakımından kamuya arz edilmiş bir hizmetten yararlanmanın engellenmesine yönelik hareketin gerçekleştirilmesiyle oluşacak, herhangi bir neticenin gerçekleşmesi aranmayacaktır[159].

Maddenin önceki halinde yer alan "besin maddelerini vermemek veya kamuya arz edilmiş bir hizmeti yapmayı reddetmek" şeklindeki seçimlik hareket 6529 sayılı Kanunla yapılan değişiklik uyarınca madde metninden çıkarılmıştır. "Besin maddelerini vermemek" şeklindeki hareket, kamu hizmetinden yararlanmanın engellenmesi kapsamında değerlendirilebileceğinden söz konusu ifadenin çıkarılması madde kapsamını daraltmamaktadır. "Kamuya arz edilmiş bir hizmeti yapmayı reddetmek" ifadesinin madde metninden çıkarılmasının etkisi ise engellemek ifadesinin nasıl yorumlandığına bağlı olarak değişmektedir. Zira "engellemek" ifadesinin yorumlanmasına ilişkin daha önce açıkladığımız üzere, "engellemek"

---

[156] Yenidünya, "Ayırımcılık Suçu", s. 109; Demren-Dönmez, s. 40; Artuk/Gökcen/Yenidünya, **Türk Ceza Kanunu Şerhi,** s. 4310. Benzer şekilde bkz. Karan, "Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği", s. 167.

[157] Demren-Dönmez, "Ayırımcılık Suçu", s. 40.

[158] Yenidünya, "Ayırımcılık Suçu", s. 109; Özbek v.d., **Özel Hükümler**, s. 485; Artuk/Gökcen/ Yenidünya, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, s. 4310; Hafızoğulları/Özen, **Özel Hükümler**, s. 226.

[159] Aynı yönde bkz. Hafızoğulları/Özen, **Özel Hükümler**, s. 226; Demren-Dönmez, "Ayırımcılık Suçu", s. 41.

ifadesi doktrinde farklı şekillerde yorumlanmaktadır. Benimsediğimiz görüş, engellemenin madde bağlamında kazandığı anlamın "yapmamak, yapmayı reddetmek" hallerini de kapsadığını savunan görüş olduğundan[160], kanaatimizce "kamuya arz edilmiş bir hizmeti yapmayı reddetmek" ifadesinin madde metninden çıkarılması uygulama yönünden maddenin kapsamını daraltmamıştır. Zira, amaca göre yorum ile maddenin mevcut halinde bulunan "kamu hizmetinden yararlanmanın engellenmesi" şeklindeki seçimlik hareket kamuya arz edilmiş hizmeti sunmayı reddetmek halini de kapsayan niteliktedir. Bununla birlikte, yoruma bağlı olarak doğabilecek tartışmalar ve uygulama farklılıklarının önüne geçilmesi bakımından aynı sonuca doğrudan lafzi yorumla ulaşmak daha sağlıklı olacağından, anılan ifadenin madde metnindenden çıkarılmasına yönelik değişikliğin bu anlamda isabetli bir değişiklik olmadığı kanaatindeyiz.

Bugüne kadar 122. madde kapsamında yapılan yargılama sonucu mahkumiyet kararı verilen sınırlı sayıdaki hallerden biri, bu bende ilişkin olup söz konusu karar kanun değişikliği öncesindeki döneme ilişkindir. Karara konu olayda suçu oluşturan hareket, kamu hizmetinden yararlanmanın engellenmesidir. Olayda, şehir içi hizmet veren bir otobüsün şoförü, otobüse binmek isteyen ve tekerlekli sandalyedeki engelli kişiyi sırf engelli olması nedeniyle otobüse almamıştır. Israrla otobüse binmeye çabalayan engelli mağdureye "seninle mi uğraşacağım, git işine" diyerek otobüse binmesine engel olan otobüs şoförü hakkında mahkumiyet kararı verilmiştir[161]. Karara konu olayda, 122. maddede öngörülen tipik hareket gerçekleşmiş ve failin mağdurun kamu hizmeti olan ulaşımdan yararlanması engellenmiştir. Failin hareketi, mağdurun maddede sayılan özelliklerden biri olan engelliliğinden kaynaklandığından burada ayrımcılığın gerçekleştiği ortadadır. Ancak söz konusu karar, TCK'nın 122. maddesinde 6529 sayılı Kanunla yapılan yasal değişiklikten önceki döneme ilişkin bir karardır. Karar tarihi itibariyle maddenin yürürlükte olan halinde, nefret saiki aranmadığından suçun o tarih itibariyle yürürlükte olan yasal düzenlemede aranan

[160] Bu görüşteki yazarlar için bkz. Hafızoğulları/Özen, **Özel Hükümler**, s. 226.

[161] Yargıtay 4.CD., 25.09.2012 T., 2011/17515 E., 2012/18398 K., "Kamusal görev[de] olan halk otobüsüyle insan ulaştırmasında görevli olan araç şoförü sanık A.O.'nun engelli olması nedeniyle müştekinin araca binmesine kasıtlı ve eylemli olarak engel olması nedeniyle ayırımcılık suçundan TCK'nın 122/1-a maddesi gereğince suç oluşturduğu[…]" Artuk/Gökcen/Yenidünya, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, s. 4317.

koşullar itibariyle oluştuğu anlaşılmaktadır. Ne var ki, maddenin 6529 sayılı Kanunla değişik güncel halinde; nefret saiki suçun unsuru olarak yer aldığından, karara konu olayda failin nefrete dayalı olarak bu eylemi gerçekleştirdiğine dair herhangi bir veri bulunmadığı anlaşıldığından, her ne kadar tipik davranış gerçekleşmiş ise de, nefret saikinin mevcut olmadığı ve bu itibarla nefret ve ayrımcılık suçunun oluşmadığının kabul edilmesi gerekmektedir.

Maddenin bu bendiyle ilgili olarak irdelenmesi gereken bir diğer husus, tipik hareketin TCK'nın 113. maddesinde düzenlenen kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi suçunu oluşturup oluşturmayacağıdır. Anılan maddede, bir kamu faaliyetinin yürütülmesine ya da kamu kurumlarında veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarında verilen ya da kamu makamlarının verdiği izne dayalı olarak sunulan hizmetlerden yararlanılmasına cebir veya tehdit kullanılarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla engel olunması suç olarak düzenlenmiştir. TCK'nın 122. maddesindeki tipik hareketlerden olan, bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasını engellemek hareketinin, TCK'nın 113. maddesindeki, "kamu hizmetlerinden yararlanılmasına hukuka aykırı davranışla engel olmak" şeklindeki tipik hareketle örtüştüğü ve bu suçu oluşturacağı düşünülebilirse de; TCK'nın 122. maddesindeki suçun oluşması için nefret saikinin arandığı, 113. maddedeki hukuka aykırı herhangi bir nedenin bu maddede spesifik olarak belirli bir saike özgülendiği ve suçun oluşması için nefret saikinin varlığının arandığı gözetildiğinde, TCK'nın 122. maddesinin b bendinin TCK'nın 113. maddesine göre özel hüküm niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle kanaatimizce, bu durumda uygulanacak olan madde TCK'nın 122. maddesidir.

3.4.1.4.3. Bir kişinin işe alınmasını engellemek

Bir kişinin işe alınmasını engellemek şeklindeki seçimlik hareket maddenin c bendinde yer almaktadır. Düzenlemede bu seçimlik harekete yer verilerek, anayasal güvence altında olan çalışma hakkı[162], bu kez ceza hukuku bağlamında düzenlemeye

[162] Anayasa'nın "çalışma hakkı ve ödevi" başlıklı 49. maddesi, çalışmayı hem bir hak hem de bir ödev olarak düzenlemektedir.

konu olmuştur. Kanun koyucu, belirli özelliklerine dayanan nefret nedeniyle kişilerin işe alınmalarının engellenmesini nefret ve ayrımcılık suçu kapsamında düzenleyerek kişilerin çalışma hakkından mahrum bırakılmasının önüne geçmeyi amaçlamıştır.

Maddede, işe alınmanın engellenmesi ifadesi kullanılmıştır. İş, hukukun tanıdığı, toplumsal-ekonomik değeri olan, süreli veya geçici her çeşit beşeri faaliyet olarak tanımlanmaktadır[163]. Madde bağlamındaki iş kavramından yalnızca özel sektör kapsamındaki işler ve iş ilişkileri değil aynı zamanda kamu hizmetleri kapsamındaki iş ve iş ilişkilerini de anlamak gerekmektedir[164]. Bu minvalde, çalışmamızda kullandığımız, iş ilişkisi, işçi, işveren kavramlarını teknik anlamda ve yalnızca özel sektöre özgü bir anlamda değil, kamu hizmetlerindeki işin kendisi ve iş ilişkisinin taraflarını da kapsayacak şekilde kullandığımızı ifade etmek gerekmektedir.

Nefret ve ayrımcılık suçu bir sırf hareket suçu olduğundan, suçun bu bentteki tipik hareket yoluyla oluşması için, bir kişinin işe alınmasının engelllenmesi yahut işe almama hareketinin gerçekleştirilmesi yeterli olup ayrıca bir neticenin gerçekleşmesi aranmayacaktır[165]. Gerçekleştirilen hareketin maddede aranan nefret saiki ile gerçekleştirilmiş olması şüphesiz, suçun oluşması için zorunludur.

Anayasa'nın ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesine ilişkin hükümleri, herkes için bağlayıcı olmakla birlikte, söz konusu hükümlerin iş ilişkisinde de uygulanmasını sağlamaya yönelik olarak, İş Kanunu'nda özel düzenlemeler getirilmiştir[166]. Söz konusu düzenlemeler ile iş ilişkisinde ayrımcılık yasaklanarak işverenlere eşitlik ilkesine uygun davranma yükümlülüğü yüklenmiştir. Bu bağlamda İş Kanunu'ndaki temel düzenleme, İş Kanunu'nun 5. maddesinde yer almakla, dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamayacağını hüküm altına almıştır. Bunun yanı sıra, işverenin, biyolojik veya işin

---

163 Hafızoğulları/Özen, **Özel Hükümler**, s. 226.

164 Mesut Gülmez, **İnsan Hakları ve Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılığın Kaldırılması ve Türkiye**, Ankara, Belediye-İş Sendikası Yayınları, 2009, s. 683.

165 Nefret ve ayrımcılık suçunu neticeli suç olarak nitelendiren görüş, bu bentteki hareket bakımından kişinin işe alınmaması sonucunun gerçekleşmesini aramaktadır. Bkz. Meran, **Kişilere Karşı Suçlar**, s. 421.

166 İş Kanunundaki anılan düzenlemelerle eşitlik ilkesinin iş hukukunda katmanlı bir yapıya kavuşturulduğu ifade edilmektedir. Bkz. Kübra Doğan Yenisey, "İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayırımcılık Yasağı", **Çalışma ve Toplum Dergisi**, C:IV, S:11, 2006, s.64-65.

niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamayacağı öngörülmüştür. Kanun hükmü gereği, söz konusu farklı muamaleye tabi tutma yasağı, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde uygulanacaktır.

Kanun koyucu, iş ilişkisinin nitelik ve yaygınlığı itibariyle ayrımcılığın ortaya çıkma ihtimalini gözeterek işverenler bakımından eşitlik ilkesine uygun davranma yükümlülüğünü İş Kanunu'nda ayrıca ve açıkça düzenlemiştir. Söz konusu hükümlere aykırılık halinde İş Kanunu'nun 99. maddesi uyarınca idari para cezası uygulanacaktır. İşverenler bakımından nefret ve ayrımcılık suçunu oluşturacak bir hareket anılan madde gereğince aynı zamanda idari para cezasını gerektirdiğinden, burada Kabahatler Kanunu'nun içtimaya ilişkin 15. maddesi uygulama bulacaktır. Anılan madde; bir fiilin hem kabahat hem de suç olarak tanımlanması halinde, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabileceğini öngörmektedir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanacağı belirtilmiştir. Buna göre, bir işverenin hem nefret ve ayrımcılık suçunu hem de İş Kanunundaki anılan kabahati oluşturan hareketi bakımından sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanacak, ayrıca idari para cezası uygulanamayacaktır. Ancak kanunun belirttiği üzere, suçtan dolayı yaptırım uygulanamaması halinde kabahat dolayısıyla idari para cezası yaptırımı uygulanabilecektir.

Kabahat ve suç içtiması bağlamında son olarak şu hususa değinmekte fayda vardır. TCK'nın 122. maddesinin mevcut hali, nefret saikinin kaynağı olan ve mağdurda bulunan özellikleri, madde metninde sınırlı olarak saymaktadır. Buna karşın, İş Kanununun 5. maddesindeki düzenleme ise "dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı" ayırım yapılamayacağı şeklindedir. TCK'nın 122. maddesinde sayılmayan bir özelliğe dayalı nefret saiki ile gerçekleştirilen hareket suç oluşturmayacakken, İş Kanunu'nun 5. maddesinde öngörülen şekilde işverenin eşit davranma ilkesine aykırı olduğu için kabahat niteliğinde olacak ve aynı Kanunun 99. maddesindeki idari para cezası yaptırımına tabi olacaktır. Böyle bir durumda suç oluşmadığından, Kabahatler Kanununun içtimaya ilişkin 15. maddesi uygulama bulmayacaktır. Örneğin, bir

işverenin aradığı bütün niteliklere sahip olmasına rağmen sırf hamile olduğu için bir kadını işe almadığı bir olayda, 122. maddede nefret saikinin kaynağı olan ve mağdurda aranan özellikler arasında gebeliği saymadığından bu durum nefret ve ayrımcılık suçunu oluşturmayacaktır[167]. Ceza hukukunda kıyas yasağı nedeniyle bu sonuca ulaşmakla birlikte, sıklıkla karşılaşılan bir ayrımcılık nedeni olan gebeliğin madde metninde sayılan özellikler arasında yer almayışının bir eksiklik olduğu kanaatindeyiz[168]. Bundan başka; cinsel yönelim[169], cinsiyet kimliği ve etnik köken de 122. maddede sayılan özelliklerden olmayıp, bu özelliklere dayalı nefret saiki ile işe almamak şeklindeki eylem bu suçu oluşturmayacaktır. Bu özelliklerin de sıklıkla karşılaşılan ayrımcılık nedenlerinden olduğu ve maddede yer almamasının eksiklik olduğu kanaatindeyiz[170]. Cinsel yönelim ve cinsiyet kavramlarının farkı ile cinsel yönelim kavramının maddedeki ayrımcılık nedenleri arasında sayılmamasının yarattığı eksikliğe ilişkin detaylı açıklamalara çalışmamızın nefret ve ayrımcılık suçunun incelendiği bu bölümündeki manevi unsur başlığı altında saike esas teşkil eden özellikler bahsinde yer verilecek olup burada ilgili kısma atıfla yetinilecektir.

Bir kişinin işe alınmasını engellemek ifadesi madde bağlamında bir kişiyi işe almamak, işe almayı reddetmek, işe alınmamasını sağlamak, olarak değerlendirilmelidir. Burada, işverenin iş için başvuran kişileri işe almadığı her halin bu suçu oluşturmayacağı açıktır. Söz konusu hareketin nefret ve ayrımcılık suçunu oluşturması için işverenin nefret saiki ile hareket etmesi gerekmektedir; ki anılan saikin var olup olmadığının somut olayın özelliğine göre belirlenmesi gerekmektedir. Zira, bazı işlerin niteliği de iş sahibinin belirli özelliklere sahip kişileri tercih etmesinde belirleyici rol oynayabilmektedir[171]. Bunun gibi, işverenin sözleşme özgürlüğü kapsamındaki tercihleri de nefret saikine dayalı olmadığı takdirde nefret ve ayrımcılık suçunu oluşturmayacaktır. İşveren, işyerinde hedeflediği çalışma biçimine

---

[167] Örnek için bkz. Ersoy, "Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK m. 122)", s. 41. Ersoy da bu durumda bu suçun oluşmayacağını ifade etmektedir.

[168] Aynı yönde bkz. Ersoy, "Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK m. 122)", s. 42.

[169] Nefret ve ayrımcılık suçunun cinsel yönelimi koruma fonksiyonuna ilişkin bir inceleme için bkz. Mehmet Zülfi Öner, "Türk Ceza Hukukunda Ayrımcılık Suçunun Cinsel Yönelimi Koruma Fonksiyonu", **TBB Dergisi**, S:152, 2021.

[170] Aynı yönde bkz. Öztürk, **Nefret ve Ayırımcılık Suçu**, s.111-112; Ersoy, "Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK m. 122)", s. 47; Bulut, "**Nefret Suçları**", s.125; Öner, "Türk Ceza Hukukunda Ayrımcılık Suçunun Cinsel Yönelimi Koruma Fonksiyonu", s. 34.

[171] Aynı yönde bkz. Özbek v.d., **Özel Hükümler**, s. 471-472.

daha uygun gördüğü, ekibiyle daha uyumlu şekilde hareket edebileceğini öngördüğü, daha iyi anlaşacağını düşündüğü kişi olması nedeniyle başvuranlar içerisinde tercih yapabilecektir[172]. Bunun gibi, liyakat da işverenin işe alım sırasında gözeteceği hususlardan olup bu nedenle işe almamanın suçu oluşturmayacağı açıktır[173]. Bu ve bunun gibi sebepler işverenin sözleşme özgürlüğü kapsamındaki tercihi olarak değerlendirilmelidir, meğerki işveren söz konusu tercihi mağdurda bulunan belirli özelliklere dayalı nefret saiki ile yapmış olsun. Zira böyle bir saikin varlığı sözleşme özgürlüğünün sınırını aşan hal teşkil edecek, nefret ve ayrımcılık suçunu oluşturacaktır. Ancak madde gerekçesinde yer alan ve bazı yazarlarca da kullanılan "işverenlerin başvuranlar arasında beğenmediklerini işe almamasının bu kapsamda değerlendirilemeyeceği" yönündeki ifadeler doktrinde eleştirilmektedir[174]. Kanaatimizce, eleştirilerde haklılık payı vardır; gerçekten işverenin işe almamaya ilişkin olarak "beğenmeme" gibi belirsiz nedenlere sığınması sakıncalı olabilecek niteliktedir. Zira, nefret saikinin ispatlanması oldukça güç olduğundan "beğenmeme" kavramı, işverenler bakımından sığınılabilecek bir bahaneye dönüşme riskini beraberinde getirmektedir. Ancak işverenin sözleşme özgürlüğü kapsamındaki tercih hakkının da korunması gerekmektedir. Bu bağlamda, bahsi geçen riske karşı hem kişilerin çalışma hakkı hem de işverenin sözleşme özgürlüğü kapsamındaki haklarını dengelemek bakımından işe almamanın işin niteliği ya da kişide bulunması beklenen kişisel özellikler gibi somut ölçütlerle gerekçelendirilmesinde fayda olduğu kanaatindeyiz.

İşverenin eşit davranma borcu, eşitlik ilkesi için geçerli olan kurallara tabidir. Şöyle ki, eşitlik ilkesi için geçerli olduğu şekilde, işverenin eşit davranma borcu da herkesin aynı şartlara tabi tutulmasını değil, benzer durumda olanlara keyfi ve haklı olmayan nedenlerle farklı muamele edilmemesi gereğini ifade etmektedir[175]. Bununla

---

[172] Benzer şekilde bkz. Artuk/Gökcen/Yenidünya, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, s. 4311.

[173] Bayraktar, "Nefret ve Ayırımcılık Suçu", s. 76-77; Demren-Dönmez, "Ayırımcılık Suçu", s. 47.

[174] İşverenin aradığı kişisel özelliklere sahip kişiyi seçebilmesi, dilediği kişi ile çalışabilmesi gibi ifadelerin muğlak olduğu ve maddenin uygulama alanını daralttığı yönünde bkz. Karan, "Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği", s. 168. Benzer şekilde, bu tür vurguların yapılmasının mevcut düzenlemenin etkinliğini azaltacağı yönünde bkz. Ekmekçi, "Türk ve Fransız Ceza Kanunlarında Ayrımcılık Suçu", s. 22.

[175] Aynı yönde bkz. Yenisey, "İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayırımcılık Yasağı", s.66-67; E. Tuncay Senyen-Kaplan, "İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Cinsiyet Ayrımcılığı", **TBB Dergisi**, s, 226.

birlikte, farklı durumda olanlara benzer muamele edilmemesi işverenin eşit davranma borcuna aykırılık teşkil etmeyecektir. Bir örnek üzerinden açıklamak gerekirse, aynı işe başvuran bir Müslüman ve bir Hristiyan arasından, Müslümanın eğitimi, iş deneyimi, ortaya koyduğu becerilerinin daha üst seviyede ve işe uygun olduğunu varsayalım. Bu durumda, Hristiyan olan kişinin kendisine dini nedeniyle farklı muamele yapıldığı iddiası haklı görünmemektedir, zira farklı muamelenin nedeni bu iki kişinin durumlarının da farklı olmasıdır.

Bazı durumlarda belirli özelliklerin işin niteliğine uygun düşmesi nedeniyle o özellikteki kişilerin tercih edilmesi, işin niteliğinden kaynaklandığından veya nefret saiki ile yapılmadığından bu durumlarda işe alınmanın engellenmesi tipik hareketi gerçekleşse dahi manevi unsurun yokluğu nedeni ile suç oluşmayacaktır[176]. Örneğin; kadın kuaföründe epilasyon işlemlerini yapmak üzere alınacak elemanın özellikle kadınlardan seçilmesi işin niteliğinden kaynaklanmakta olup, bu durumda işe almama tipik hareketi erkek başvuranlara cinsiyetleri nedeniyle duyulan nefretten kaynaklanmayıp işin niteliğinden kaynaklanmaktadır, bu nedenle burada ayrımcılık suçu oluşmayacaktır. Aynı örneği, kadın kuaföründe temizlik veya mutfak işlerini yapmak üzere alınacak elemanlar yönünden uyarlayacak olursak bu durumda işveren kadınların bu konularda daha titiz ve düzenli olduğu düşüncesiyle kadın elemanları tercih etmek isteyebilir. Bu halde de işverenin hareketi sözleşme özgürlüğü kapsamında değerlendirilmelidir. Ancak işverenin başvuran erkeklere yönelik olarak "erkek milletinin kökünü kurutmalı, onlara iş vermeyeceksin ki açlıktan gebersin cinsi bozuklar" şeklindeki söylemi işin niteliğine ya da işverenin sözleşme özgürlüğü kapsamındaki tercihine değil nefret saikine dayandığı söylenebileceğinden, buradaki işe almama hareketi nefret ve ayrımcılık suçunu oluşturacaktır. Bazı durumlarda işin niteliğinden kaynaklı olmamasına rağmen, işveren tercihini nefret saiki olmaksızın belirli bir yönde kullanabilmektedir. Örneğin, kendisi de kadın olmasına rağmen bir işveren, kadınların gebelik ve sonrasında buna bağlı doğum izni gibi hakları nedeniyle işin sekteye uğramaması ve elemanını kesintisiz olarak çalıştırabilme mantığıyla kadın çalışanlar yerine erkek çalışanları tercih ettiğinde, hukuken bunun ayrımcı bir

[176] Benzer şekilde bkz. Şen, **Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s. 513-516; Memiş, "Ayrımcılık Suçunun Özürlüler Bakımından Değerlendirilmesi", s. 77.

muamele olduğu söylenebilecektir. Ancak, söz konusu tipik hareket mağdurun özelliklerinden kaynaklanan nefret nedeniyle gerçekleştirilmediğinden TCK'nın 122. maddesi bağlamında nefret saikinin varlığından söz edilemeyecektir. Dolayısıyla somut örnek yönünden, nefret ve ayrımcılık suçunun oluştuğunu söylemek mümkün olmayacaktır. Bunun gibi, bir erkek işverenin eşinin kıskanç yapısı nedeniyle kadın çalışanlar yerine erkek çalışanlar çalıştırmayı tercih etmesi halinde[177] de nefret saiki bulunmadığından nefret ve ayrımcılık suçu oluşmayacaktır.

Kişinin işe alınmamasının, işin ağırlığı veya çalışma koşullarının zorluğundan kaynaklanan koruyucu yaklaşıma dayalı olduğu farklı bir örnek minvalinde; bir kadının gece geç saatlerde çalışmasının kendisi için zor olacağı yahut aile düzenini olumsuz etkileyeceği düşüncesiyle kadının söz konusu işe alınmaması hali de, nefret saiki bulunmadığından nefret ve ayrımcılık suçuna vücut vermeyecektir[178]. Ancak, nefret ve ayrımcılık suçunu oluşturmayan bu eylemin, ayrımcılık ilkesinin genel esasları bağlamında birinci bölümünde ayrımcılığın amaç veya etkisi bağlamında değindiğimiz hususlara atıfla[179], ayrımcılık amacı güdülmemesine rağmen ayrımcı bir muamele niteliğinde olduğunu belirtmekte yarar vardır.

İşin niteliği gereği işe alınacak kişide belirli özellikler aranması halinde nefret ve ayrımcılık suçunun oluşmayacağına dair bir diğer örnek; dolaylı ayrımcılık başlığı altında da yer verdiğimiz çevik kuvvet birimlerinde görevlendirilecek polislerin işe alımında boy şartı aranması olabilecektir. Belirtilen bölümdeki açıklamalarımıza atıfla[180], bu durumda işin niteliği gereği belirli özelikler arandığından ve nefret saiki bulunmadığından nefret ve ayrımcılık suçunun oluşmayacağını[181] yeniden ifade etmekte yarar görüyoruz.

---

177 Örnek için bkz. Artuç, **Kişilere Karşı Suçlar,** s. 1269.

178 Özbek vd., **Özel Hükümler,** s. 485.

179 Bkz. çalışmamızın birinci bölümünde 1.2. Ayrımcılık Yasağı başlığı altında s. 14'de yer alan açıklamalarımız.

180 Bkz. çalışmamızın birinci bölümünde 1.2.2.2 Dolaylı Ayrımcılık başlığı altında s. 18'de yer alan açıklamalarımız.

181 Benzer şekilde bkz. Ersoy, "Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK m. 122)", s. 42. Ersoy, yapılacak işin niteliği gereği böyle bir kıstas getirilmesinin iyiniyet kurallarına aykırı olmadığı hallerde nefret ve ayrımcılık suçunun oluşmayacağını ifade etmektedir. Bun karşın, doktrinde; işverenin, belirli bir boy ortalamasının üzerindeki işçileri işe alacağını açıklaması halinde, uygulanacak boy ölçütünün erkeklerin bu koşulu sağlama imkanının kadınlara göre belirgin şekilde daha yüksek olduğu

Maddenin bu bendiyle ilgili olarak irdelenmesi gereken hususlardan biri; tipik hareketin TCK'nın 117. maddesinde düzenlenen iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunu oluşturup oluşturmayacağıdır. Anılan maddede, cebir veya tehdit kullanarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla, iş ve çalışma hürriyetini ihlal etmek suç olarak düzenlenmiştir. TCK'nın 122. maddesindeki tipik hareketlerden olan, bir kişinin işe alınmasını engellemek hareketinin, TCK'nın 117. maddesindeki, "cebir veya tehdit kullanarak ya da hukuka aykırı bir başka davranışla iş ve çalışma hürriyetini ihlal etmek" şeklindeki tipik hareketle örtüştüğü ve bu suçu oluşturacağı düşünülebilirse de; TCK'nın 122. maddesindeki suçun oluşması için nefret saikinin arandığı, 117. maddesindeki hukuka aykırı herhangi bir nedenin bu maddede spesifik olarak belirli bir saike özgülendiği ve suçun oluşması için nefret saikinin varlığının arandığı gözetildiğinde, TCK'nın 122. maddesinin c bendinin TCK'nın 113. maddesine göre özel hüküm niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle, bu durumda uygulanacak olan maddenin TCK'nın 122. maddesi olduğu kanaatindeyiz[182].

Bu bentte yer alan tipik harekete yönelik olarak tartışılması gereken bir diğer husus, nefret saiki ile işten çıkarmanın bu bent kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir. Maddenin mevcut hali yalnızca işe alınmanın engellenmesini seçimlik hareket olarak öngörmekte, 6529 sayılı Kanunla madde metninde yapılan değişiklik öncesi madde metninde yer alan işten çıkarılma ise maddenin mevcut halinde yer almamaktadır. Doktrinde, işten çıkarılma maddenin d bendinde öngörülen seçimlik hareket olan "olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasının engellenmesi" kapsamında değerlendirilmektedir[183]. Ancak azınlıkta

ihtimalde, cinsiyet temelinde ayrımcılık teşkil edeceği belirtilmektedir. Bkz. Yenisey, "İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayırımcılık Yasağı", s. 71.

[182] Benzer şekilde bkz. Artuç, **Kişilere Karşı Suçlar**, s. 1270. Artuç bu tipik hareket yönünden nefret saikinin varlığı halinde uygulanacak maddenin TCK'nın 122. maddesi olduğu, ancak nefret saikinin bulunmadığı durumda TCK'nın 117. maddesinin uygulanacağını ifade etmektedir. Farklı yöndeki görüşler için bkz. Artuk/Gökcen/Yenidünya, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, s. 4316; Çetinkaya, "Türk Hukukunda Ayrımcılık Suçu: TCK 122. Madde", s. 89. Farklı yöndeki görüşü savunan belirtilen yazarlar, nefret ve ayrımcılık suçunu oluşturan eylem aynı zamanda mağdurun iş ve çalışma hürriyetini hukuka aykırı bir şekilde ihlal eder ise bu durumda TCK'nın 44. maddesi gereği fikri içtima hükümlerinin uygulanması ve failin en ağır cezayı gerektiren suçtan cezalandırılması gerektiğini ifade etmektedir.

[183] Artuk/Gökcen/Yenidünya, **Ceza Hukuku: Özel Hükümler**, s. 470-471; Ekmekçi, "Türk ve Fransız Ceza Kanunlarında Ayrımcılık Suçu", s. 30; Karan, "Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği", s. 168; Öztürk, **Nefret ve Ayrımcılık Suçu**, s. 128-129.

kalan bir görüş ise işten çıkarılmanın madde kapsamında suç oluşturmayacağı yönündedir[184]. Bu görüş, her ne kadar kanun koyucunun nefret saiki ile işe almamayı suç olarak düzenlediği düşünüldüğünde daha ağır sonuçlar doğuran işten çıkarmanın evleviyetle bu suçu oluşturacağı düşünülebilirse de bu durumun ceza hukukundaki kıyas yasağına aykırı olacağı gerekçesiyle bu sonuca ulaşmaktadır. Ancak aynı görüş, bu sonucun madde ile korunan hukuksal yararı gerçekleştirmek açısından olumsuz olduğunu da kabul ederek düzenlemenin, nefret saiki ile işten çıkarma hareketini kapsam dışında bırakmasını eleştirmektedir. Kanaatimizce, ayrımcılığı oluşturan eylemlerin tek tek sayıldığı bir maddede işe almak ibaresi açıkça düzenlenmiş iken işten çıkarmanın bu kapsamda sayılmamış olması karşısında, kanunilik ilkesinin bir sonucu olarak kıyas yasağı gereği bu durum maddenin c fıkrası kapsamında değerlendirilemeyecek ise de, maddenin d fıkrasındaki olağan bir ekonomik etkinlikte bulunulmasının engellenmesi şeklindeki tipik hareket kapsamında değerlendirilebilecektir[185]. Ancak nefret saiki ile bir kişinin işten çıkarılmasının maddenin lafzı itibariyle suç oluşturmayacağı yönündeki görüşe göre, bu durum İş Kanunu'nun 5. maddesindeki eşit davranma ilkesine aykırılık teşkil edeceğinden aynı Kanunun 99. maddesi uyarınca idari para cezasına tabi olacağı belirtilmektedir[186].

Maddenin iş ilişkileri yönünden kapsamının bu denli dar tutulması doktrinde eleştirilmektedir. Madde iş ilişkisinin yalnızca başlangıç aşamasını konu edinmekte, ancak iş ilişkisinin devamı yahut sona ermesi sırasında sırasında çalışanların maruz kalabileceği ayrımcılığı önlemeye yönelik herhangi bir düzenleme içermemektedir. Bu bağlamda, çalışma şartları, ücret, mesleki eğitim, işten çıkarılma gibi hallere ilişkin olarak karşılaşılabilecek nefrete dayalı ayrımcılık halleri madde kapsamı dışında kalmaktadır[187]. Bu durumun uluslararası sözleşmeler ve AB Yönergelerinin

[184] Bkz. Ersoy, "Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK m. 122)", s. 41.

[185] Burada işten çıkarma şeklindeki tipik eylemin TCK'nın 117. maddesindeki suçu oluşturabileceği düşünülebilirse de, nefret saikinin aranması nedeniyle TCK'nın 122. maddesindeki düzenleme TCK'nın 117. maddesine göre özel hüküm niteliğinde olduğundan, maddenin d bendine ilişkin olarak ilgili başlıkta olağan ekenomik etkinlik kavramına verilen anlama ilişkin açıklamalarımız da gözetildiğinde işten çıkarma hareketinin 122. maddenin d bendindeki olağan ekonomik etkinlikte bulunulmasının engellenmesi şeklindeki tipik hareket kapsamında değerlendirilmesinin isabetli olacağı kanaatindeyiz.

[186] Ersoy, "Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK m. 122)", s. 41.

[187] Gül/Karan, **Ayrımcılık Yasağı: Kavram, Hukuk, İzleme ve Belgeleme,** s. 98.

öngördüğü düzeyde etkili olmadığı belirtilmektedir[188]. Kanaatimizce de, maddenin iş ilişkisinin yalnızca kurulması aşamasını kapsamına alan mevcut hali itibariyle, nefret ve ayrımcılık suçunun iş ilişkileri ve çalışma hakkı bağlamında sağladığı koruma oldukça yetersizdir. Maddede sayılan özelliklerine dayalı nefret nedeniyle işveren tarafından işte yükselmesi, mesleki eğitime katılması, veya çalışma koşullarının iyileştirilmesi engellenen çalışan, nefrete dayalı olarak ayrımcılığa uğramasına rağmen maddenin korumasından yararlanamayacaktır. Bu nedenlerle, madde metninin, İş Kanunu'nun eşitlik ilkesine ilişkin 5. maddesinde çizilen çerçeve doğrultusunda, iş sözleşmesinin yapılması, şartlarının oluşturulması, uygulanması ve sona ermesini kapsayan şekilde düzenlenmesinin isabetli olacağı değerlendirilmektedir.

3.4.1.4.5. Bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engellemek

Nefret ve ayrımcılık suçu bakımından son seçimlik hareket, maddenin d bendinde öngörülen, bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engellemek şeklindeki harekettir.

Bu bent bağlamında öncelikle, "olağan bir ekonomik etkinlik" kavramının anlamlandırılması gerekmektedir[189]. Madde gerekçesinde, bu kavramdan ne anlaşılması gerektiğine ilişkin herhangi bir açıklama yoktur. Bu durum kavramın belirsizliğini pekiştirmekte ve farklı yorumlara açık hale getirmektedir[190]. Bentte öngörülen hareket, bahsedilen yönü itibariyle kanunilik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir[191]. Ayrıca, söz konusu hüküm, kişilerin tüm ekonomik faaliyetlerini kapsayacak şekilde öngörülmüş olduğundan bu durum kıyasa yol açacak şekilde geniş yorum riskini beraberinde getirmektedir[192].

---

[188] Gülmez, **Ayrımcılığın Kaldırılması**, s. 684.

[189] Kavramın, olağan hayat tecrübeleri bağlamında değil maddenin lafzı ve ruhuna göre anlamlandırılması gerektiği yönünde bkz. Çetinkaya, "Türk Hukukunda Ayrımcılık Suçu: TCK 122. Madde", s. 76.

[190] Benzer şekilde bkz. Karan, "Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği", s. 168; Çetinkaya, "Türk Hukukunda Ayrımcılık Suçu: TCK 122. Madde", s. 76.

[191] Şen, **YTCK Yorumu**, s. 515. Şen, tüm iktisadi etkinlikleri kapsayacak şekilde geniş anlamlı hüküm öngörmenin isabetli olmadığını ve bireylerin iktisadi faaliyetlerine ve özel hukuk alanındaki ilişkilerine gereğinden fazla müdahale niteliğinde olduğunu ifade etmektedir.

[192] Şen, **YTCK Yorumu**, s. 515.

Olağan ekonomik faaliyet kavramının tanımlanması konusunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bir görüş, olağan ekonomik etkinlik kavramını bireyin kendi kararları çerçevesinde uygulayabileceği her türlü iktisadi muameleyi kapsayacak şekilde anlamak gerektiği yönündedir[193]. Bu görüşe göre, bireyin her türlü alışveriş ve sözleşme ilişkileri bu kapsamda değerlendirilmektedir[194]. Diğer bir görüş, ilk görüşle oldukça benzer olmakla birlikte, faaliyetin devletçe izin verilen bir faaliyet olmasını aramakta ve olağan ekonomik faaliyet kavramını, bir kişinin kendi kararları çerçevesinde yapabileceği devletçe izin verilen her türlü iktisadi faaliyet olarak tanımlamaktadır[195]. Anılan ikinci görüşteki yazarlar, ticari iş niteliğinde olup olmadığına bakılmaksızın her türlü alışveriş veya sözleşme ilişkisini bu kapsamda değerlendirmektedir[196]. Bunun nedeni, ekonomik faaliyet kavramını ticari iş olarak yorumlayıp maddenin kapsamını daraltmamaktır[197]. Zira kanun koyucunun iradesi bu kavramı ticari işle sınırlamak yönünde olsaydı doğrudan o terimi kullanacağı değerlendirilmektedir[198]. Bir diğer görüş, olağan ekonomik etkinlik kavramını, maddi ve ekonomik bir yarar sağlanmasına dayanan alışverişler ve sözleşme ilişkileri olarak tanımlamaktadır[199]. Başka bir görüş ise, olağan ekonomik etkinlik kavramını kişinin iş olarak sürdürdüğü her çeşit ekonomik faaliyet olarak yorumlamakla birlikte, hükümde kullanılan "olağan" sözünü isabetli bulmamakta ve olağan ifadesinin "mutat" olarak yorumlanması gerektiğini belirtmektedir[200]. Görüşlerden bir diğeri, olağan ekonomik etkinlik kavramını, mal veya hizmet üretmek veya bu üretime bir

---

193 Bkz. Artuk/Gökcen/Yenidünya, **Ceza Hukuku: Özel Hükümler**, s. 470; Yenidünya, "Ayırımcılık Suçu", s. 111. Olağan ekonomik etkinlik kavramını, kişinin kendi kendine karar verip uygulayabileceği ekonomik etkinlikler olarak anlamlandıran benzer bir görüş için bkz. Malkoç, **Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu**, s. 2065. Malkoç, burada önemli olan hususun bireylerin özgür olarak ekonomik faaliyet gösterebilmesi olduğunu ve bu bağlamda, faaliyetin türü veya niteliği yahut parasal yarar sağlayıp sağlamadığı hususunun önem arz etmediğini belirtmektedir.

194 Bkz. Artuk/Gökcen/Yenidünya, **Ceza Hukuku: Özel Hükümler**, s. 470.

195 Bkz. Demren-Dönmez, "Ayırımcılık Suçu", s. 45.

196 Bkz. Osman Yaşar/ Hasan Tahsin Gökcan/Mustafa Artuç, **Türk Ceza Kanunu,** 2. bs., Ankara, C:III, 2014, s. 3863; Demren-Dönmez, "Ayırımcılık Suçu", s. 45.

197 Demren-Dönmez, s. 46.

198 Demren-Dönmez, **A.y.**

199 Bkz. Özbek v.d., **Özel Hükümler**, s. 485; Benzer şekilde, olağan ekonomik etkinlik kavramını, kişinin parasal yarar sağlamasına dayanan her türlü alışveriş ya da sözleşme ilişkisi olarak tanımlayan görüş için bkz. Meran, **Kişilere Karşı Suçlar,** s. 558-559. Ersan Şen, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 115. ve 122. Maddelerine İlişkin Bir Değerlendirme", **İstanbul Barosu Dergisi,** C:LIIIX, S:2, 2005, s. 363; Parlar, **Türk Ceza Kanunu Şerhi,** s. 1446.

200 Bkz. Hafızoğulları/Özen, **Özel Hükümler**, s. 226.

şekilde katılmak ya da mal veya hizmet tüketmek olarak anlamlandırmaktadır[201]. Bir başka görüş ise olağan ekonomik etkinlik kavramını, kar amacına matuf ticari sözleşmesel etkinlik olarak yorumlamaktadır[202]. Bu görüş, hususi bir otomobilin satışının olağan ekonomik etkinlik kapsamında değerlendirilmemesi gerektiği, bu halin maddenin ilk bendinde düzenlenen seçimlik hareket kapsamına gireceğini ifade etmektedir. Anılan görüş; madde metninde, bir taşınır veya taşınmazın satılması ile devri veya bir hizmetten yararlanılması şeklindeki tipik hareketlere ayrı bir bentte yer verilmesi ve olağan ekonomik etkinliğin engellenmesi şeklindeki tipik hareketin ise bunlardan bağımsız şekilde başka bir bentte düzenlenmesinin, bunların kapsamı dışında kalan bir hal olarak değerlendirilmesi gerektiğine delalet ettiği şeklinde bir yorum getirmektedir[203].

Kanaatimizce, kişilerin yasal nitelikte olan gelir getirici yahut maddi yarar sağlayan her türlü faaliyeti, olağan ekonomik faaliyet kapsamında değerlendirilmelidir. Bu anlamda doktrinde, ekonomik etkinliğin, olağan olarak nitelendirilmesi ile hukuk düzeni ve kanunların izin verdiği faaliyetlerin kastedildiği yönündeki görüşlere[204] katılmaktayız. Bu bağlamda, yasa dışı ekonomik faaliyetler bent kapsamında olağan ekonomik kavram olarak değerlendirilemeyecek ve madde ile öngörülen korumadan yararlanamayacaktır. Ancak kanaatimizce; faaliyetin kendisinin yasal olduğu, bununla birlikte, öngörülen bazı yasal yükümlülüklerin yerine getirilmediği, usuli koşullarda bazı eksikliklerin bulunduğu hallerde bu durum söz konusu faaliyetlerin madde korumasından yararlanmasına engel teşkil etmeyecektir. Bir diğer deyişle, buradaki ölçüt faaliyetin yerine getirilişindeki aykırılıklar değil faaliyetin kendisinin yasaklanmamış olmasıdır[205]. Örnek üzerinden açıklamak gerekirse; silah kaçakçılığı, insan ticareti, uyuşturucu madde ticareti, tefecilik gibi faaliyetler yasa dışı ekonomik faaliyetlerdir[206]. Bu gibi faaliyetlerin olağan bir

[201] Bkz. Artuç, **Kişilere Karşı Suçlar**, s. 1269. Bu görüşe göre, bir kimsenin bir kitapçıdan kitap almasının ekonomiyi ilgilendiren bir faaliyet olduğu ve yalnızca kişinin belirli özellikleri nedeniyle o kişiden alışveriş yapılmamasının bu kapsamda değerlendirilebileceği ifade edilmektedir.
[202] Çetinkaya, "Türk Hukukunda Ayrımcılık Suçu: TCK 122. Madde", s. 76-77.
[203] Çetinkaya, **A.y.**
[204] Bkz. Kocasakal, "Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK 122)", s. 30; Ersoy, "Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK m. 122)", s. 43.
[205] Ersoy, "Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK m. 122)", s. 43.
[206] Ersoy, "Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK m. 122)", s. 43.

ekonomik etkinlik kavramı kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Ancak kendisi yasal olan bir ekonomik faaliyet olan tekstilcilik üzerine faaliyet gösteren bir işyerinin kanun gereği çalıştırması gerektiği halde işyeri hekimi bulundurmayışı, yahut bulundurması gereken yangın ekipmanının olmayışı veya vergisel yükümlülüklerin eksik yerine getiriliyor oluşu faaliyetin yerine getirilişindeki aykırılıklar olup bizatihi faaliyetin kendisini yasal olmaktan çıkarmayacaktır.

Maddi yarar sağlamanın olağan ekonomik etkinlik kavramının tanımlanmasında bir ölçüt olup olmadığı hususu doktrinde tartışılmıştır. Bazı yazarlar, olağan ekonomik etkinlik kavramını maddi yarar sağlayan faaliyetler olarak değerlendirirken[207], aksi görüşteki yazarlar ise maddi yarar sağlamayan faaliyetleri de bu kapsamda değerlendirmektedir[208]. Bu görüşteki bazı yazarlar, maddi yarar sağlama ölçütünü yerinde olmayan bir sınırlama olarak değerlendirmekte ve her türlü mal veya hizmet üretiminin, üretime katılmanın ve tüketimin ekonomik faaliyet olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır[209]. Olağan ekonomik faaliyet kavramını kişilerin yasal nitelikte olan gelir getirici yahut maddi yarar sağlayan her türlü faaliyeti olarak anlamlandırdığımızdan, bu görüşlerden ilkini benimsediğimizi ifade etmemiz gerekmektedir.

Gerek bireysel gerekse kurumsal her türlü olağan ekonomik faaliyetin madde kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Ekonomik faaliyet kavramı, kanaatimizce de, aynı görüşü savunanların belirttiği nedenlerle ticari iş olarak yorumlanmamalı ve kavrama kanun koyucunun kastettiğinden öte bir anlam yüklenmemelidir. Kanun koyucunun ticari etkinlik kavramını tercih etmediği ve olağan ekonomik etkinlik ifadesini kullandığı da gözönünde bulundurulduğunda[210], söz konusu etkinliğin ticari etkinliklerle sınırlandırılmaması gerektiği anlaşılmaktadır. Buna göre; bireysel olarak gerçekleştirilen, şirketleşmemiş bir emlakçılık faaliyeti

[207] Parlar, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, s. 1446; Özbek v.d., **Özel Hükümler**, s. 485. Benzer yöndeki bir diğer görüş, ekonomik faaliyet kavramını yalnızca parasal yarar sağlanmasına dayanan her türlü alışveriş ya da sözleşme ilişkisi olarak yorumlamaktadır. Bkz. Meran, **Kişilere Karşı Suçlar**, s. 422.

[208] Yaşar/Gökcan/Artuç, **Türk Ceza Kanunu**, s. 3862-3863; Bayraktar, "Nefret ve Ayırımcılık Suçu", s. 77.

[209] Yaşar/Gökcan/Artuç, **Türk Ceza Kanunu**, s. 3864; Demren-Dönmez, "Ayırımcılık Suçu", s. 46.

[210] Kocasakal, "Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK 122)", s. 30.

olağan ekonomik etkinlik kapsamında olduğu gibi[211], esnafların, avukatlık bürolarının, ticari şirketlerin, noterlerin faaliyetleri olağan ekonomik etkinlik kapsamındaki faaliyetlere örnek teşkil etmektedir. Bir pazarcının Kürt olması nedeniyle pazarda tezgah açmasına izin verilmemesi, yahut bir işyeri sahibine sırf Yahudi olması nedeniyle ruhsat verilmemesi olağan bir ekonomik etkinliğin engellenmesi suretiyle nefret ve ayrımcılık suçunu oluşturacaktır.

Doktrinde, kiraya vermek olağan ekonomik etkinlik kapsamında değerlendirilirken[212], borç veya emanet vermenin bu kavramın kapsamı dışında olduğu kabul edilmektedir[213]. Gelir getirme yahut maddi yarar sağlama, kanaatimizce olağan ekonomik etkinliğin zorunlu niteliği olduğundan, doktrinde kabul gören anılan görüşe katılmaktayız.

Bu bent bağlamında engelleme hareketinin niteliği bakımından farklı görüşler mevcuttur. Bir görüş bentteki engelleme hareketinin yalnızca icrai hareketle gerçekleştirebileceğini ileri sürmekte, gerekçesini ise maddede hareketin engellemek olarak ifade edilmesine dayandırmaktadır[214]. Katıldığımız çoğunluk görüşe göre ise, olağan bir ekonomik etkinliğin engellenmesi hareketinin icrai nitelikte olması mümkün olduğu gibi ihmali nitelikte olması da mümkündür[215]. Olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmanın engellenmesi hareketinin icrai şekline örnek olarak; kişinin işyerinin nefret saiki ile kapatılması yahut aynı saikle kişinin işten çıkarılması gösterilebilecektir. Hareketin ihmali şekilde gerçekleştiği duruma ise, kişinin

---

[211] Bu doğrultuda, kiralama ilişkisi de olağan ekonomik etkinlik kapsamında değerlendirilmektedir. Bkz. Özbek vd., **Özel Hükümler**, s. 485.

[212] Özbek v.d., **Özel Hükümler**, s. 485; Şen, **YTCK Yorumu**, s. 515.

[213] Şen, **YTCK Yorumu**, s. 515; Meran, **Kişilere Karşı Suçlar**, s. 559

[214] Bkz. Demren-Dönmez, "Ayırımcılık Suçu", s. 46. Demren-Dönmez, hareketin yalnızca icrai nitelikte olabileceğini savunması nedeniyle, gerekli ruhsatın ayrımcılık saiki ile verilmemesi halinde nefret ve ayrımcılık suçunun oluşmayacağını ileri sürmektedir. Ancak böyle bir durumda TCK'nın 257. maddesi kapsamında görevi kötüye kullanmanın ihmal suretiyle görevi kötüye kullanma suçunun oluşabileceğini belirtmektedir.

[215] Artuk/Gökcen/Yenidünya, **Ceza Hukuku: Özel Hükümler**, s. 470-471; Karan, "Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği", s. 168; Gül/Karan, **Ayrımcılık Yasağı**, s. 96; Öztürk, **Nefret ve Ayırımcılık Suçu**, s. 129; Çetinkaya, "Türk Hukukunda Ayrımcılık Suçu: TCK 122. Madde", s. 76.

ekonomik faaliyette bulunmaması için gerekli izinlerin verilmemesi örnek teşkil edebilir[216].

Olağan ekonomik etkinliğin engellenmesi hareketin niteliği itibariyle yalnızca kamu eliyle olabileceği izlenimi vermekte ise de, söz konusu engelleme bireyler tarafından da gerçekleştirilebilir. Örneğin; yukarıda yer verdiğimiz, işyeri ruhsatına ilişkin örnekte ruhsat verilmemesi kamu eliyle bir engelleme iken, mahalleli tarafından esnaf aleyhine alenen ayrımcılığa dayalı propaganda yapılması, müşterilerinin engellenmesi de olağan ekonomik etkinliğin engellenmesi niteliğindedir.

Nefret ve ayrımcılık suçunun fiil unsuru bakımından bir son değerlendirme yapacak olursak, tipik hareketlerin sınırlı olması ayrımcılık yasağının ceza hukuku anlamında uygulanmasını sınırlandırmakta ve ayrımcılıkla mücadelede yetersiz kalmaktadır[217]. Bu haliyle madde, toplumsal yaşamda karşılaşılan pek çok ayrımcılığı kapsam dışında bırakmaktadır. Örneğin; Müslümanların dini günlerinde işçilerine izin veren ancak diğer dinlere mensup işçilerine aynı imkanı tanımayan bir işverenin hareketi ayrımcılık teşkil ettiği halde madde kapsamı dışında kalmaktadır[218]. Bunun gibi, örneğin; 23 Nisan Ulusal Egemenlik ve Çocuk Bayramı için yapılan kutlama töreninde sınıftaki tüm çocuklara görev verilmesine rağmen Alevi ve Hristiyan çocuklara görev verilmemesi de ayrımcılık teşkil etmekte ancak madde kapsamı dışında kalmaktadır. Bunlar gibi, esasen ayrımcılık yasağına aykırı olan pek çok hareket maddede tipik hareket olarak sayılmadığı için madde kapsamı dışında kalmaktadır. Ancak ayrımcılık teşkil edecek çok çeşitli hareketleri maddede tek tek saymak da mümkün değildir. Bu nedenle, suçu oluşturan fiilleri tek tek saymak yerine belirli ölçütler getirerek suçun fiil unsurunu oluşturacak hareketleri bu ölçütler üzerinden öngörmenin maddenin uygulanabilirliğini artırmak ve ayrımcılıkla mücadele anlamında daha yararlı olacağı yönünde bazı görüşler ileri sürülmektedir[219].

---

[216] Artuk/Gökcen/Yenidünya, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, s. 4311.

[217] Karan, "Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği", s. 168.

[218] Bulut, "Türk Ceza Kanunu'nda Ayrımcılık Suçu", s. 154.

[219] Karan, ceza hukuku alanında ayrımcılığa ilişkin düzenleme yapmanın kanun koyucunun takdirinde olduğunu belirtmekle birlikte, nefret ve ayrımcılık suçunun fiil unsuruna ilişkin olarak, madde kapsamının bazı hareketlerle sınırlanması yerine genel bir düzenleme yapılması ya da ayrımcılık yasağının ceza hukukunun konusu olmaktan çıkarılmasının daha tutarlı olacağını ifade etmektedir. Bkz. Karan, "122. Maddenin Uygulanabilirliği", s. 168.

3.4.2. Manevi Unsur

3.4.2.1 Genel Olarak

Suçun manevi unsuru kasttır. Kast TCK'nın 21. maddesinde tanımlandığı üzere, suçun kanuni tanımındaki unsurları bilerek ve isteyerek gerçekleştirilmesini ifade etmektedir. 765 sayılı TCK zamanında kast genel kast ve özel kast olarak ikiye ayrılmakta idi. Bu ayrım 5237 sayılı TCK'da terk edilmiş olmakla birlikte doktrinde halen kullanılmaktadır.

Doktrinde 122. maddedeki suçun manevi unsuru tartışmalı olmakla birlikte kabul gören çoğunluk görüşe göre; suçun oluşması için failin kastının yanında ayrıca nefret saiki ile hareket etmiş olması gerekmektedir. Madde kapsamında; ayrımcılık, nefret ve bunun temelini teşkil eden nedenlerin saiki oluşturduğu belirtilmektedir[220]. Bu görüş, nefret ve ayrımcılık suçunun oluşması için genel kastı yeterli bulmamakta, suçun özel kastla işlenebileceğini kabul etmektedir[221]. Suçun özel kastla işlenebileceğini savunan bazı yazarlarca, suçun oluşması için failin ayrımcılık yapmak özel amacıyla hareket etmiş olması gerektiği ifade edilmektedir[222]. Bu görüşe göre, maddede belirli bir amaçla suçun işlenmiş olması gerektiği belirtilmemişse de bu suçun oluşması için ayrımcılık yapmak özel kastının gerektiği maddenin kaleme alınış biçiminden anlaşıldığı[223], madde gerekçesinin de bu yorumu destekler nitelikte olduğu ifade edilmektedir[224]. Nefret ve ayrımcılık suçunun oluşması için failin kastının yanında ayrıca nefret saikinin aranması gerektiği yönündeki görüşe katılmakla birlikte,

---

220 Bayraktar, "Nefret ve Ayırımcılık Suçu", s. 79.

221 Nefret ve ayrımcılık suçunun özel kastla işlenebileceği yönünde bkz. Hafızoğulları, Özen, **Özel Hükümler**, s. 226; Bayraktar, "Nefret ve Ayırımcılık Suçu", s. 79; Meran, **Kişilere Karşı Suçlar**, s. 559; Artuk/Gökcen/Yenidünya, **Özel Hükümler**, s. 473; Parlar, **Türk Ceza Kanunu Şerhi,** s. 1446; Şen, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 115. ve 122. Maddelerine İlişkin Bir Değerlendirme", s. 363; Yenidünya, "Ayırımcılık Suçu", s. 111; Ekmekçi, "Türk ve Fransız Ceza Kanunlarında Ayrımcılık Suçu", s. 32; Demren-Dönmez, "Ayırımcılık Suçu", s. 49; Memiş, "Ayırımcılık Suçunun Özürlüler Bakımından Değerlendirilmesi", s. 79; Şen, **YTCK Yorumu**, s. 515; Karan, "122 Maddenin Uygulanabilirliği", s. 165-166, 169. .

222 Hafızoğulları, **Özel Hükümler**, s. 226. Ayrıca, 122. maddenin hürriyete karşı işlenen suçlar başlığı altında düzenlenmesi ve anılan başlık altında düzenlenen tüm suçların insan hak ve özgürlüklerini sınırlamaya yönelmiş olmasının da suçun manevi unsurunu özel kast olarak değerlendiren görüşü desteklediği yönünde bkz. Gül, "Fiziksel Engellilerin Uluslararası Hukukta Korunması ve Uluslararası Standartların İç Hukuka Yansıması", s. 242.

223 Meran, **Kişilere Karşı Suçlar,** s. 423; Şen, **YTCK Yorumu**, s. 515; Karan, "122. Maddenin Uygulanabilirliği, s. 169.

224 Karan, **A.e.,** s. 169.

amaç ve saikin farklı kavramlar olduğu kanaatindeyiz[225]. Amaç, suç ile elde edilmesi hedeflenen yarar veya neticeyi ifade etmektedir[226]. Buna karşın; saik ise, faili suç işlemeye iten neden, iradesini buna yönlendiren temel motivasyondur[227]. Bir örnek üzerinden somutlaştırmak gerekirse; töre saikiyle işlenen kasten öldürme suçunda töre amaç olmayıp saiki oluşturmaktadır[228]. Bunun gibi, nefret ve ayrımcılık suçunda da nefret olgusu amaç olmayıp saik niteliğindedir. Bu nedenle, saikin suçun kanuni tanımında aranan unsurlardan olması nedeniyle, bu suçun özel kastla işlenebilen suçlardan olduğu yönündeki görüşe katılmakla birlikte, ayrımcılık yapmak amacıyla işlenmesi gerektiğini savunan görüşe katılmadığımızı ifade etmemiz gerekmektedir. Amacın suçun unsuru olduğu, bir diğer deyişle belirli bir amaçla işlenmesi aranan suçlarda bu durum suçun temel veya nitelikli hali bakımından açıkça madde lafzında belirtilmektedir. TCK'nın 122. maddesi yönünden böyle bir durum söz konusu olmadığından, kanun koyucunun suçun unsuru olarak düzenlemediği amaç unsurunu yorum yoluyla getirmenin kıyasa varan genişletici yorum olduğu değerlendirilmektedir. Kaldı ki; söz konusu madde bakımından, fail nefret saikiyle hareket etmiş olmasına rağmen ayrımcılık yapma amacını taşımıyor olması da mümkündür. Ayrımcılık kavramı bahsinde ayrımcılığın amaç veya etkisi olarak bahsettiğimiz hususa ilişkin açıklamalarımıza atıfla[229], bir davranışın ayrımcı etki yaratması nedeniyle ayrımcı olmakla birlikte ayrımcılık amacı taşımamasının mümkün olduğunu bir kez daha vurgulamakta yarar vardır. Tüm bu nedenlerle, kanaatimizce 122. madde bağlamında suçun oluşması için aranması gereken özel kast, amaç değil saik sebebiyledir.

---

[225] Aynı yönde bkz. James Morsch, "The Problem of Motive in Hate Crimes: The Argument against Presumptions of Racial Motivation", **Criminal Law Commons, Criminology Commons, and the Criminology and Criminal Justice Common**, C: LXXXII, S:3, s. 665 vd.; Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku:Genel Kısım**, 12. bs., İstanbul, C:II, 1999, s. 224; Aytekin-İnceoğlu, "Türk Ceza Kanununun 122. Maddesinde Düzenlenen Nefret ve Ayırımcılık Suçu", s. 44.

[226] Dönmezer/Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku: Genel Kısım,** s. 224.

[227] Morsch, "The Problem of Motive in Hate Crimes: The Argument against Presumptions of Racial Motivation", s. 665.

[228] Bkz. Aytekin-İnceoğlu, "Türk Ceza Kanununun 122. Maddesinde Düzenlenen Nefret ve Ayırımcılık Suçu", s. 44.

[229] Bkz. çalışmamızın birinci bölümünde 1.2 Ayrımcılık Yasağı başlığı altında s. 14'de yer alan açıklamalarımız.

Doktrindeki bir diğer görüşe göre ise; nefret ve ayrımcılık suçunun manevi unsuru genel kast olup failin özel kastı aranmayacaktır[230]. Bu görüş, maddede sayılan özellikleri maddi unsur kapsamında değerlendirdiği için suçun genel kastla işleneceğini savunmaktadır. Ayrıca, maddedeki fiillerin suç olarak düzenlenmesindeki amacın, kişilere karşı nefret saiki ile gerçekleştirilecek olan ayrımcılığın önüne geçmek olduğunu kabul etmekle birlikte, madde metninin kaleme alınış biçimi itibariyle suçun oluşması için genel kastın yeterli olduğunu belirtmektedir. Anılan görüş, failin kişiler arasında maddede sayılan özelliklere dayalı sebeplerle ayrımcılık yapmak şeklindeki saikinin, failin kastının özel kast olmasını değil, hareketin madde metninde yer alan neticeye yönelmesini ifade ettiğini değerlendirmektedir[231]. Aynı görüş, anılan gerekçeyle ve 122. maddedeki suçun manevi unsurunu genel kast kabul ettiğinden bu suçun olası kastla da işlenmesinin mümkün olduğunu değerlendirmektedir[232]. Ancak, suçun özel kastla işlenebileceğini savunan görüş ise saikin bu suçun temel unsuru olması sebebiyle suçun olası kastla işlenmesinin mümkün olmadığını savunmaktadır[233]. Kanaatimizce nefret ve ayrımcılık suçu ancak maddede sayılan özellikler temeline dayalı nefret saiki ile işlenebileceğinden, suçun oluşması için genel kast yeterli olmayıp bu suçun temel unsuru olan saikin varlığı da aranacaktır. Buna göre, suç kanaatimizce ancak kanunda belirtilen nefret saikiyle işlenebileceğinden, olası kastla işlenmesi mümkün değildir.

TCK'nın 21. maddesi, kasten işlenen suçlar yönünden kanundaki unsurların bilinmesi ve istenmesini yeterli kabul etmektedir. Ancak bazı suç türleri bakımından ayrıca failin belirli bir saikle hareket etmesi aranmaktadır; ki bu durumda genel kastın varlığı suçun oluşması için yeterli olmayıp ayrıca saikin de varlığı aranacaktır. TCK'da bazı suçların kanuni tanımında, genel kastın yanı sıra, suçun temel veya nitelikli şekline ilişkin ayrı bir unsur olarak maksat veya saike yer verilmiş olup bu suçların

---

230 Bkz. Malkoç, **Açıklamalı Türk Ceza Kanunu,** s. 2070; Özbek v.d., **Özel Hükümler**, s. 486. Özbek ve diğerleri, failde yer alan saikin kastın özel kasta dönüşmesini değil, aksine hareketin madde metninde yer alan neticeye yönelmesini ifade ettiğini belirtmektedir.

231 Özbek v.d., **Özel Hükümler,** s. 486.

232 Bkz. Özbek v.d., **A.y.**

233 Bkz. Artuk/Gökcen/Yenidünya, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, s. 4315; Yenidünya, "Ayırımcılık Suçu", s. 112; Memiş, "Ayırımcılık Suçunun Özürlüler Bakımından Değerlendirilmesi", s. 79; Demren-Dönmez, "Ayırımcılık Suçu", s. 49. Demren-Dönmez suçun genel kastla işlenmesi mümkün olmadığından olası kastla işlenmesinin de mümkün olmadığını belirtmektedir.

oluşması bakımından genel kast yeterli olmayıp ayrıca suçun unsuru olarak düzenlenmiş olan maksat veya saikin varlığı aranacaktır[234]. Doktrinde bu durumda saikin özel kast olarak nitelendirileceği ifade edilmektedir[235]. Nefret ve ayrımcılık suçunda da, suçun temel haline ilişkin olarak saike ayrı bir unsur olarak yer verildiğinden, genel kastın varlığı yeterli olmayıp, suçun oluşması için ayrıca kanunda belirtilen nefret saikinin varlığı aranacaktır.

Saik, failin kastından önce gelen ve kastı hazırlayan düşünce, faili harekete geçiren neden olarak tanımlanmaktadır[236]. Kural olarak, failin fiili hangi saikle işlediğinin ceza hukuku bağlamında bir etkisi olmamakla birlikte, saikin suçun temel veya nitelikli şekline ilişkin bir unsur olarak yer aldığı durumlarda saik etkili olmaktadır[237].

122. maddede failin, maddede sayılan özelliklerden kaynaklanan nefret nedeniyle belirli hareketleri gerçekleştirmesi arandığından, kanaatimizce, nefret ve ayrımcılık suçunun oluşması için failin belirli bir saikle hareket etmesinin zorunlu olduğunun kabulü gerekmektedir. Madde metninde "nefret nedeniyle" ifadesi kullanılmış ise de doktrinde bu ifadenin "nefret saiki ile" şeklinde anlaşılması gerektiği kabul edilmektedir[238]. Bu nedenle genel kastın varlığının yanı sıra, nefret ve ayrımcılık

---

[234] Aynı yönde bkz. Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler,** s. 252. TCK'da saik veya maksadın kanuni tanımda yer verildiği suçlara ilişkin örnekler için bkz. Koca/Üzülmez, **A.y.**

[235] Bkz. Alacakaptan, **Suçun Unsurları**, s. 141. Alacakaptan, saiki güdü olarak tanımlamakta ve güdünün suçun unsuru olduğu hallerde özel kast olarak isimlendirileceğini belirtmektedir. Benzer şekilde Dönmezer/Erman da saikin suçunu unsuru veya nitelikli hali olarak düzenlendiği durumda özel kastın söz konusu olacağını ifade etmektedir. Bkz. Dönmezer/Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku: Genel Kısım,** s. 226. Maksat ve saik gibi manevi unsurların suç tipinde ayrıca aranması halinin doktrinde özel kast olarak ifade edildiği yönünde bkz. Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 250.

[236] Dönmezer/Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku: Genel Kısım**, s. 226. Zafer, saiki faili harekete geçiren ve belirli bir neticeye yönelmesini sağlayan içsel nedenler olarak tanımlamaktadır. Zafer, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler,** s. 362. Koca/Üzülmez, saiki, faili haksızlık teşkil eden fiili işlemeye iten iç etken, dürtü olarak nitelendirmektedir. Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler,** s. 251. Saike ilişkin genel açıklamalar için bkz. Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 251-252. Saik kavramına ilişkin olarak ayrıca bkz. çalışmamızın birinci bölümünde önyargı saiki başlığı altında s. 62-66'da yer alan açıklamalarımız.

[237] Koca/Üzülmez, **A.e.**, s. 251; Zafer, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 322. Saikin suçun unsuru olarak düzenlenmesinin etik ve ahlaki açıdan problematik olduğu, ancak saikin faile özgülenemeyeceği ve toplumsal düzene zarar verdiği istisnai hallerde saikin ceza hukuku bağlamında dikkate alınması gerektiği, nefret söylemi ve nefret suçunun bu istisnai hallerden olduğu yönünde bkz. Aytekin-İnceoğlu, "Türk Ceza Kanununun 122. Maddesinde Düzenlenen Nefret ve Ayırımcılık Suçu", s. 47-48.

[238] Ersoy, "Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK m. 122)", s. 45.

suçunun oluşması için failin tipik hareketleri nefret saikiyle gerçekleştirmiş olması gerekmektedir.

Maddede suçun nefret saikiyle işlenmesi arandığından, nefret nedeniyle gerçekleştirilmeyen önyargıya dayalı ayrımcı muameleler madde metninde öngörülen tipik hareketi oluştursa dahi manevi unsurun oluşmaması nedeniyle suç oluşmayacaktır. Örneğin; evini kiraya vermek üzere ilan veren bir kişinin Arapların kirayı vermeden yurtdışına kaçacağı düşüncesiyle evini Araplara kiraya vermediği durumda, kişi söz konusu eylemi nefret saiki ile gerçekleştirmediğinden suç oluşmayacaktır. Bu bağlamda, maddede aranan saikin önyargı veya ayrımcılık saiki olmayıp nefret saiki olduğunun altını çizmekte yarar vardır. Ayrımcılık toplumsal yaşam içerisinde sıklıkla karşılaşılan bir olgu olmasına rağmen, her ayrımcılığın nefrete dayalı olarak gerçekleştirildiğini söylemek mümkün değildir. Bu nedenle önyargıdan çok daha yoğun ve ağır bir motivasyon olan nefret saikinin suçun unsuru olarak benimsenmesi maddenin uygulanabilirliğini oldukça sınırlamasının yanı sıra suçun niteliği gereği zaten zorlu olan ispat hususunu da daha çetrefilli bir hale sokmaktadır.

Maddenin lafzı itibariyle suçun oluşması için aranan saik nefret saiki ise de, burada cezalandırılması gereken hareketlerin ayrımcılık teşkil eden hareketler olması ve ayrımcılığın her zaman nefrete dayalı olarak değil, birçok durumda önyargıya dayalı olarak gerçekleştirilmesi nedeniyle saikin nefretle sınırlandırılmaması ve önyargı veya nefrete yahut herhangi bir nedene dayalı ayrımcı muameleleri kapsar şekilde maddenin yeniden düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Çalışmamızın ilk bölümünde nefret söylemi ve nefret suçlarının unsuru olan saiki, bunların gerçekleştirilmesindeki temel motivasyon çoğu zaman önyargı olduğundan ve önyargı saiki nefret saikini de kapsadığından, önyargı saiki olarak nitelendirmenin daha uygun olduğunu belirtmiştik[239]. Bu yöndeki açıklamalarımıza atıfla, maddenin getiriliş amacı ve sağlanmaya çalışılan kamu barışı da gözetilerek, nefret ve ayrımcılık suçu için

[239] Bkz. çalışmamızın birinci bölümünde 1.6.2.2. Önyargı Saiki başlığı altında s. 62'de yer alan açıklamalarımız.

aranan saikin nefret saiki ile sınırlandırılmaması ve maddede bu yönde bir yasal değişiklik yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere madde ile amaçlananın, "*insanlar arasında, yürürlükteki kanun ve nizamların izin vermediği ayırımlar yapılarak, bazı kişilerin hukukun sağladığı olanaklardan yoksun hâle getirilmelerini cezalandırmak*" olduğu gözetildiğinde yalnızca nefret saiki ile gerçekleştirilen hareketlerin değil ayrımcı ve önyargıya dayanan hareketlerin de madde kapsamına dahil edilmesi gerekmektedir. Bu anlamda önyargı saiki ile ayrımcılık saikini de kapsayan şekilde bir saik modeli benimsenmesinin maddenin uygulanabilirliğini artıracağı gibi mağdurlara daha geniş kapsamlı bir koruma sağlayacağı değerlendirilmektedir Bu nedenle maddenin, madde metninde sayılan özelliklerden sonra "bu özelliklere dayalı nefret, önyargı veya herhangi bir nedene dayalı ayrımcı muameleler ile" ibaresini içerecek şekilde değiştirilmesinin, maddenin amacı ve işlevi itibariyle isabetli bir değişiklik olacağı kanaatindeyiz.

Maddenin lafzına göre ve madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere, bu suçun nefret saiki ile işlenmesi gerekmektedir. Kanun, lafzi olarak nefret tabirini kullandığından buradaki saik nefretle sınırldır. Her ne kadar doktrinde bazı yazarlarca nefret saiki ile işlenen suçların, esasen nefrete değil önyargıya dayandığı gerekçesiyle bu suç yönünden de saik nefret saiki ile sınırlı olmaksızın önyargı saiki olarak geniş şekilde yorumlanmakta ise de[240]; kanaatimizce, maddenin lafzı karşısında böyle bir yorum kıyasa varan genişletici yorum olacaktır. Ancak söz konusu farklı özellikleri nedeniyle mağdura yönelen hareket gerçekten de çoğu zaman nefretten ziyade önyargıya dayanmaktadır. Fail, mağduru çoğu zaman tanımamakta, suçu oluşturan hareketi, mağdurun farklı özelliğine karşı zihninde oluşan kalıp yargılara dayalı olarak gerçekleştirmektedir. Hatta doktrinde nefret suçlarının önyargı suçları olarak da anıldığı görülmektedir[241]. Nefret suçları esasen faili suç işlemeye iten nedenin nefret veya önyargı olduğu suçlardır. Bu bağlamda nefret suçları, kategorik bir suç türü olmayıp tüm suç türlerinin nefret veya önyargı saiki ile işlenmiş hali olarak ifade edilebilecektir. Kasten öldürme suçu, kişilere karşı suçlardan hayata karşı suç

[240] Ersoy, "Çağımızın Pandemisi: Nefret Suçları", s. 112.
[241] Jacobs/Potter, **Hate Crimes,** 1998, s. 21.

kategorisindedir; ancak nefret veya önyargı saiki ile işlenmesi halinde bir nefret suçu olarak nitelendirilebilecektir. Yahut mala zarar verme suçu yine kişilere karşı suçlardan olup şerefe karşı suç kategorisindedir; ancak nefret veya önyargı saiki ile işlenmesi bu suçu nefret suçu olarak nitelendirmemizi sonuçlayacaktır. Bu nedenlerle, madde metninde saikin yalnızca nefret saiki ile sınırlanması ve çalışmamızın ilk bölümünde nefret suçlarının formüle edilmesi, sınırlarının çizilmesine yönelik olarak bahsedilen modellerden düşmanlık modelinin benimsenmesinin isabetli olmadığı kanaatindeyiz[242]. Bunun yerine, TCK'nın 122. maddesindeki nefret ve ayrımcılık suçunun, ayrımcı seçim saik modelinin benimsenerek yeniden düzenlenmesinin isabetli olacağı değerlendirilmektedir[243].

Nefret ve ayrımcılık suçu bakımından 122. madde, failin suçu oluşturan tipik hareketleri; dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle gerçekleştirmesini aramaktadır. Burada kanun hükmünden, failin, kanunda sayılan özelliklerdeki farklılıktan kaynaklanan nefretle hareket etmiş olması halinde suçun oluşacağı anlaşılmaktadır. Maddede sayılan özellikler faildeki nefretin temeli olarak nitelendirilmektedir[244].

Nefret, failin hareketinin zihinsel boyutuna ilişkindir, bu nedenle açıkça dışa vurulmadığı sürece ispatlanması oldukça güçtür[245]. Bu durum nefret ve önyargı suçlarının ispatının oldukça güç olmasını sonuçlamaktadır. Somut olayın özelliklerine göre, failin iç dünyasına ilişkin olan saik ve kastının dış dünyaya yansıyıp yansımadığı değerlendirilmelidir. Failin iç dünyasına ilişkin bu olgular dış dünyaya yansımadıkça manevi unsurun oluşmadığının kabulü gerektiği ifade edilmektedir[246]. Örneğin; bir

---

[242] Benzer şekilde bkz. Aytekin-İnceoğlu, "Türk Ceza Kanununun 122. Maddesinde Düzenlenen Nefret ve Ayırımcılık Suçu", s. 60.

[243] Ayrımcı seçim saik modelinde belirli özelliklere dayalı önyargının varlığı aranmakta iken, düşmanlık modelinde ise nefret saikinin varlığı aranmaktadır. Bkz. Aytekin-İnceoğlu, "Türk Ceza Kanununun 122. Maddesinde Düzenlenen Nefret ve Ayırımcılık Suçu", s. 59.

[244] Bayraktar, "Nefret ve Ayırımcılık Suçu", s. 79. Şen, bu hususu, failin ayrımcılık kastı ile tipik hareketi gerçekleştirmesinin yeterli görülmeyip, söz konusu ayrımcılık kastının maddede sayılan özelliklere dayalı olmasının arandığı şeklinde ifade etmektedir. Bkz. Şen, **YTCK Yorumu**, s. 515.

[245] Benzer şekilde bkz. Artuk/Gökcen/Yenidünya, **Ceza Hukuku: Özel Hükümler**, s. 473

[246] Artuk/Gökcen/Yenidünya, **Ceza Hukuku: Özel Hükümler**, A.y.; Şen, **YTCK Yorumu**, s. 515; Demren-Dönmez, "Ayırımcılık Suçu", s. 49. Somut olayın özelliğine göre, failin nefret saiki ile hareket ettiğine dair bir veri bulunmadığı takdirde, failin tercihini sözleşme özgürlüğünden

işverenin farklı pozisyonlar için işçi alımı gerçekleştireceğini varsayalım. Başvuranlar arasında bulunan fiziksel engeli olan bir kişinin motorlu kurye olarak işe alınmaması, nefret saikine değil haklı bir nedene dayanmaktadır. Zira motorlu kuryelerin yaptığı işin mahiyeti itibariyle kişinin fiziksel engeli işin niteliğine uygun düşmemektedir. Burada işverenin engeli nedeniyle kişiyi işe almaması kişinin engelliliği nedeniyle duyduğu nefretten kaynaklanmadığından nefret ve ayrımcılık suçunu oluşturmayacaktır. Ancak aynı işverenin fiziksel engeli olan bu kişiyi çağrı merkezinde boş olan pozisyon için işe almamasını değerlendirecek olursak, bu kişinin iş için aranan diğer özellikleri taşıdığı varsayımında, kişinin engeli nedeniyle işe alınmaması haklı görünmemektedir[247]. Bu durum her ne kadar ayrımcılık teşkil etse de nefret ve ayrımcılık suçunu oluşturmayabilir, çünkü bu haliyle kişinin işe alınmamasının, nefret ve ayrımcılık suçunun oluşması için aranan nefret saikinden kaynaklandığına dair bir veri bulunmamaktadır. Ancak aynı örnekte; işverenin işçiye "özürlüler evden bile çıkamamalı, benim işyerimde senin gibilere yer yok" şeklinde bir söylemde bulunduğu varsayımında, işverenin söylemi nefret saiki ile kişiyi işe almadığını ortaya koyduğu ve saiki açıkça tespit edilebildiğinden 122. maddedeki nefret ve ayrımcılık suçunun oluştuğu söylenebilecektir.

122. maddede öngörülen tipik hareketlerin suç teşkil etmesi, bu hareketlerin belirli özellikteki kişilere, bu özelliklerinden kaynaklanan nefretle gerçekleştirilmiş olması koşuluna bağlıdır. Bu haliyle maddenin lafzından, failde tipik hareketleri gerçekleştirirken bulunması gereken bir saikin arandığı anlaşılmaktadır. Zira, işverenin herhangi bir işe almama eylemini 122. madde kapsamı dışında tutan şey tam da bu saiktir. Aksi takdirde, işverenlerin maddedeki özellikleri taşıyan kişileri işe almadığı tüm hallerin, bunun gibi maliklerin taşınır veya taşınmazlarını maddedeki özellikleri taşıyan kişilere satmadığı, kiralamadığı, devretmediği tüm hallerin 122. madde kapsamında suç teşkil etmesi gerekirdi. Oysaki, maddedeki özellikleri taşısa

kaynaklanan sebeplerle yapmış olması gündeme gelebileceğinden bu hususun tespiti önem arz etmektedir. Bkz. çalışmamızın üçüncü bölümünde 3.4.3. Hukuka Aykırılık başlığı altında s. 182-185'te yer alan sözleşme özgürlüğüne dair açıklamalarımız.

[247] Ancak aynı durum AİHM nezdinde incelenecek olsa, mevcut koşullar itibariyle başvurucu ayrımcılığa maruz kaldığı iddiasına yönelik verileri ortaya koyduğundan, ispat yükünün yer değiştirilmesi kapsamında ayrımcılık yapmadığının ispatı işverene düşecektir. Bkz. çalışmamızın 3.4.1.4. numaralı "fiil" başlığı altında s. 133'te yapılan açıklamalar.

dahi, bu kişilere karşı bahsi geçen eylemlerin yapılması, yani işe alınmayışları yahut taşınmazın kendilerine satılmayışı, devredilmeyişi bakımından haklı bir neden söz konusu olabilir. Örneğin; işe alma bakımından iş ilişkisinin temeli karşılıklı güven esasına dayandığından, işverenin başvuranlar arasından birlikte daha iyi çalışacağı, daha çok güven duyacağı kişiyi işe alması, sözleşme özgürlüğü kapsamındaki tercih hakkını kullanması bakımından son derece olağan ve makul görünmektedir. Bu durumda belirli özellikleri taşıyan bu kişilere yönelik muamele nefret ve ayrımcılık suçunu oluşturmayacaktır. Bu durum aslında ne zaman farklı bir muamelenin nefrete dayalı ayrımcılık teşkil edeceği konusunun ceza hukuku bağlamında ifade ediliş şekli olarak değerlendirilebilir. Şöyle ki; farklı muamelenin hukuka aykırı olması ve ayrımcılık teşkil etmesini sonuçlayan en temel neden farklı muamelenin haklı bir nedene dayanmamasıdır. İşte TCK'nın 122. maddesi de ayrımcılık yasağı için geçerli olan bu temel prensibi dolaylı yoldan ifade etmek istemiştir. Burada failde aranan nefret saiki, belirli özelliklere sahip kişilere yönelik muamele bakımından haklı bir neden bulunmadığının bir göstergesidir. Ancak söz konusu saik, failin iç dünyasına ilişkin bir unsur olduğundan bu durum suçun sübut bulduğunun ispatını son derece güç hale getirmektedir. Buna karşın; genel kastın varlığını yeterli sayan görüşün kabulü halinde ise, her işe almama, ya da her satmama, kiraya vermeme gibi sözleşme özgürlüğü kapsamındaki bir tercih bu suçu oluşturmuş olacaktır, ki kanaatimizce bunun kabulü mümkün değildir.

Failin, nefret saikine esas teşkil eden özelliklerin mağdurda bulunduğunu sanmasına rağmen, mağdurun aslında söz konusu özellikleri taşımıyor olmasının etkisinin de saik unsuru bağlamında, hata kavramı kapsamında tartışılması gerekmektedir.

Failin, maddede sayılan özelliklerin mağdurda bulunduğunu sanarak nefret saiki ile tipik hareketleri gerçekleştirmesi halinde, söz konusu özelliklerin mağdurda bulunmamasının etkisi konusunda doktrinde görüş ayrılıkları mevcuttur. Bir görüş, bu durumun maddi unsurlarda hata olarak değerlendirilmesi gerektiği ve maddi unsurlarda hatanın kastı ortadan kaldırması nedeniyle suçun oluşmayacağını ileri

sürmektedir[248]. Bizim de katıldığımız karşı görüş ise, failin mağdurda bulunduğunu sandığı özelliklerin aslında mağdurda bulunmamasının suçun oluşmasına bir etkisi olmayacağı ve failin bu durumda da eyleminden sorumlu tutulması gerektiğini savunmaktadır[249].

İlk görüşe göre, mağdurda bulunan yahut bulunduğu varsayılan özelliklere ilişkin hata maddi unsurlar kapsamında değerlendirilmektedir. Maddi unsurlarda hatanın değerlendirilebilmesi için öncelikle maddi unsurların ortaya konulması gerekmektedir. Doktrinde suçun maddi unsurları hususunda görüş birliği olmamakla birlikte, genel kabul gören görüş fail, mağdur, suçun konusu, hareket, netice, nedensellik bağı ve nitelikli unsurları suçun maddi unsurları olarak kabul etmektedir[250]. Buna göre, suçun sayılan unsurlarındaki bir yanılgı, kural olarak suçun maddi unsurlarında hata kapsamında kastı ortadan kaldıracaktır[251].

Mağdurda bulunan yahut bulunduğu varsayılan özelliklere ilişkin hata hususunda, bizim de katıldığımız görüşe göre ise; söz konusu özellikler manevi unsura ilişkin bir kavram olan saik kapsamındaki unsurlar olduğu için, bu unsurlara yönelik bir yanılgı halinde maddi unsurlarda hata söz konusu olmayıp, saikte hata söz konusu olacaktır. Mağdurda bulunduğu varsayılan ve hatanın konusunu teşkil eden özellikler failin nefret saikine esas teşkil ettiğinden saik unsurunun tamamlayıcısı niteliğindedir. Saikte hata kastı kaldıran hallerden olmadığından failin saikte hatasının suçun oluşmasını etkilemeyeceği kanaatindeyiz. Zira; doktrinde, saik gibi manevi unsurların suç tipinde yer aldığı durumda dahi esasen suçun maddi unsurlarından sayılmadığı ve kastın bu unsurları kapsamadığı ifade edilmektedir[252]. Bu nedenle, failin bu tür

---

[248] Bkz. Bayraktar, "Nefret ve Ayırımcılık Suçu", s. 73. Bayraktar mağdurda bulunduğu varsayılan özelliklere ilişkin hata halinde suçun oluşmayacağı görüşündedir.

[249] Bkz. Aytekin-İnceoğlu, "Türk Ceza Kanununun 122. Maddesinde Düzenlenen Nefret ve Ayırımcılık Suçu", s. 49-50; Malkoç, **Açıklamalı Türk Ceza Kanunu,** s. 2064; Ersoy, "Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK m. 122)", s. 46.

[250] Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler,** s.247, 255; Sarıgül, "Ceza Hukukunda Hata Kavramı", s. 676.

[251] Bkz. Koca/Üzülmez, **A.e.**, s. 255; Sarıgül, "Ceza Hukukunda Hata Kavramı", s. 681; Dülger/Özkan/Bakdur, "Ceza Hukukunda Hata ve Hataya Bağlanan Sonuçlar", s. 231.

[252] Bkz. Barış Erman, "Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi", (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006, s. 79.

unsurlar üzerindeki yanılgısının kastı etkileyen bir husus olmadığı değerlendirilmektedir[253].

3.4.2.2. Nefret Saikine Esas Teşkil Eden Özellikler

Bu başlık altında TCK'nın 122. maddesinde nefrete esas teşkil eden özellikler olarak yer verilen özellikler sırasıyla ve ayrı ayrı ele alınacaktır. Belirtmek gerekir ki, çalışmamızın bu bölümü altındaki terimleri madde metninde belirtildiği şekilde ele aldığımızdan burada da incelenecek olan özellikler, madde metninin lafzına uygun şekilde "nefret saikine esas teşkil eden özellikler" olarak ifade edilmiştir. Ancak söz konusu nedenlerden AİHS 14. madde ve AİHS'e Ek 12 No'lu Protokolün 1. maddesinde belirtilen aynı minvaldeki özellikler çalışmamızın ikinci bölümünde, anılan Sözleşme'nin lafzıyla uygun şekilde, "ayrımcılık nedenleri" olarak ifade edilmişti.

Nefret saikine esas teşkil eden ve madde metninde sayılan özelliklerden ilki olan dil, kişiler arasında iletişimi sağlayan bir araç olarak tanımlanabilir. Örneğin; havalimanındaki bir mağaza yahut büfenin Arapça konuşan bir turiste sırf bu nedenden ötürü mal satmaması, hizmet vermemesi, 122. maddenin lafzıyla ifade edilecek olursa, dil farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle tipik hareketlerin gerçekleştirilmesi niteliğinde olacak ve nefret ve ayrımcılık suçunu oluşturacaktır.

Madde metninde sayılan ve failin nefretine esas teşkil eden bir diğer özellik olan ırk, kalıtımsal olarak ortak fiziksel ve fizyolojik özelliklere sahip insanlar topluluğu olarak tanımlanmaktadır[254]. Irka dayalı ayrım yapan ve bazı ırkları diğerine üstün tutan anlayış olan ırkçılık, pek çok farklı coğrafyada yüzyıllardır süregelen bir

---

[253] Erman, "Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi", s. 79-80. Benzer şekilde Ersoy da failin mağdurda bulunduğunu sandığı özellikler konusunda düştüğü hatanın suçun oluşmasına etkisi olmayacağını savunmaktadır. Ancak Ersoy, meselenin şahısta hata kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönünde yaklaşmakta, failin tasavvuru ile tipik olarak gerçekleşen fiilin konuları aynı değerde olduğu ve burada bir saik hatası söz konusu olduğu, failin tasavvuru gerçekleşmiş olsaydı ceza hukuku bağlamında yapılacak değerlendirme değişmeyeceğinden, failin düştüğü hatanın failin ceza sorumluluğuna bir etkisi olmayacağı gerekçesi ile bu sonuca ulaşmaktadır. Bkz. Ersoy, "Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK m. 122)", s. 46. Failin mağdurda bulunduğunu sandığı özelliğin aslında mağdurda bulunmaması halinde failin saikinde bir değişiklik olmadığı ve bu nedenle nefret suçlarının vasıflandırılmasında etkisi olmayacağı yönünde bkz. Aytekin-İnceoğlu, "Türk Ceza Kanununun 122. Maddesinde Düzenlenen Nefret ve Ayırımcılık Suçu", s. 48.

[254] TDK, Güncel Türkçe Sözlük, https://sozluk.gov.tr/.

toplumsal sorun olup ayrımcılığın sıklıkla karşılaşılan kategorilerindendir. Geleneksel olarak ayrımcılığa hedef olan bazı kırılgan gruplar ve bunların ayrımcılığa temel teşkil eden özellikleri uluslararası hukukta daha temkinli şekilde korunmaktadır[255]. "Şüpheli temeller"[256] yahut "hassas temeller"[257] olarak isimlendirilen bazı ayrımcılık temelleri bakımından, farklı muamelenin ayrımcılık teşkil etme ihtimalinin yüksek olduğuna dair bir şüphe ortaya çıkmaktadır[258]. Şüpheli temeller söz konusu olduğunda ayrımcılığın değerlendirilme yönteminde bir farklılık olmamakla birlikte, bu temeller yönünden daha dikkatli bir inceleme yapılmaktadır[259]. Irk, etnik köken, cinsiyet, din veya inanç gibi temeller bahsi geçen şüpheli ayrımcılık nedenlerinin en belirgin olanlarıdır. Bu gibi nedenlerin varlığı halinde ayrımcılığın yapılmadığına dair daha güçlü gerekçeler ortaya konması beklenmekte ve Devletlere farklı muamele bakımından daha dar bir takdir yetkisi tanınmaktadır[260]. Şüpheli temeller söz konusu olduğunda, prima facie olarak ayrımcılığın var olduğu kabul edilmekte ve ayrımcılık yapılmadığını ortaya koyan sağlam gerekçeler ortaya konulması beklenmektedir. Şüphesiz, ayrımcılık yasağına ilişkin olarak uluslararası hukukta uygulanan bu gibi ispat yöntemleri, ceza hukukuna hakim ilkeler gereği, ceza hukukunda uygulanamayacaktır. Ancak, ırk gibi şüpheli ayrımcılık kategorilerinin uluslararası hukuktaki anlayıştan hareketle daha dikkatli ve titiz bir şekilde incelenmesi mümkün ve gereklidir.

Madde metninde sayılan özelliklerden bir diğeri olan milliyet, kişi ve devlet arasındaki yasal bağ olarak nitelendirilebilir[261]. Milliyet kavramı ile ulusal veya etnik köken kavramları birbirinden farklıdır. Ancak 122. madde metninde ayrımcılık nedeni

---

[255] Karan, "Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi", s. 256-257.

[256] Karan, "Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi", s. 256; D.J. Harris. M. O. Boyle, E.P. Bates, C.M. Buckley, "Madde 14 (Sözleşmede Korunan Haklar Bakımından Ayrımcılığa Uğramama Hakkı) ve 12 No'lu Protokol (Yasayla Düzenlenen Herhangi Bir Hak Bakımından Ayrımcılık Yasağı)", **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku,** Çev. Mehveş Bingöllü Kılcı, Ulaş Karan, Ankara, 2013, s. 610; Ulaş Karan, **Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı**, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, 2017, s. 161.

[257] Bkz. Gülener, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. Maddesi Kapsamında Ayrımcılık Yasağı", s. 217.

[258] Karan, "Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi", s. 256-257.

[259] Karan, **A.e.**, s. 257.

[260] Karan, **A.y.**

[261] Bulut, **Nefret Suçları**, s. 112.

olarak etnik köken sayılmamıştır. Bu bağlamda, etnik kökene dayalı ayrımcılığın madde kapsamı dışında kaldığını ve bu durumun ayrımcılıkla mücadele bakımından bir eksiklik niteliğinde olduğunu belirtmemiz gerekmektedir[262].

TCK'nın 122. maddesine göre, failin mağdura yönelik nefretinin dayandığı özelliklerden bir diğeri renk olup, renk nedeniyle ayrımcılık ten rengi nedeniyle ayrımcılığı ifade etmektedir. Renk nedeniyle ayrımcılık ile ırka dayalı ayrımcılık aynı şeyi ifade ediyormuş izlenimi vermekte ise de esasen aynı şeyi ifade etmemektedir[263]. Örneğin, siyahi sözcüğü hangi ırktan olduğuna bakılmaksızın ten rengi siyah olan tüm kişileri kapsayacak şekilde kullanılmaktadır. Siyahilerin bu bağlamda uğrayacağı ayrımcılık ırk nedeniyle değil renk nedeniyle ayrımcılık olarak değerlendirilmelidir.

Cinsiyet 122. maddede sayılan özelliklerden olup, gerek uluslararası belgelerde gerekse ayrımcılığa ilişkin ulusal yasal düzenlemelerde, temel ayrımcılık nedenlerinden biri kabul edilmektedir. Cinsel kimliğin unsurlarından[264] olan cinsiyet kavramı tanımı bahsolunanın toplumsal cinsiyet veya biyolojik cinsiyet olmasına göre değişmektedir[265]. Biyolojik cinsiyet kişilerin doğarken sahip olduğu karakteristiklere göre bir tasnif olup kadın veya erkek cinsini ifade etmektedir[266]. Biyolojik cinsiyet

---

[262] Aynı yönde bkz. Ersoy, "Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK m. 122)", s. 48. Her ne kadar AİHM kararlarında, etnik kökeni ayrımcılık nedenlerinden ırk kapsamında değerlendiriyor ise de, iki kavram teknik olarak birbirinden farklı olduğu ve ceza hukukunda kanunilik ilkesi geçerli olduğundan, madde metninde sayılmamış olan etnik köken kavramını ırk kapsamında değerlendirmenin kanunilik ilkesi ile bağdaşmayan kıyasa varan genişletici yorum teşkil edeceği ve bu nedenle açıkça madde metninde sayılması gerektiği kanaatindeyiz. Bahsedilen yönde AİHM kararlarına örnek olarak bkz. çalışmamızın ikinci bölümünde incelediğimiz AİHM, Timishev davası.

[263] AİHM ırk, renk, ulusal veya etnik kökene dayalı ayrımcılığı ayrımcılık nedenlerinden ırk ayrımcılığı kapsamında değerlendirmektedir. Ancak ikisi farklı kavramlar olduğundan etnik köken bahsine ilişkin olarak dipnotta yaptığımız açıklamaları tekrarla kanunilik ilkesi ve gerekleri gözetilerek, TCK'nın 122. maddesi bakımından bu ayrımcılık nedeninin de yorum yoluyla değil açıkça sayılmak suretiyle madde metnine dahil edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bkz. dn. 262. AİHM'in anılan yöndeki kararlarına örnek olarak bkz. AİHM, Özgür Gündem Davası; AİHM, Magee Davası; AİHM, Velikova davası.

[264] Cinsel kimliğin unsurları için bkz. Kudret Güven, "Cinsel Kimlik Üzerinde Hak Kavramı ve Korunması: Transseksüellik ve İnterseksüellik", **Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:I, S:1, 2015, s. 134-135. Güven, cinsel kimliğin unsurlarını cinsiyet, cinsellik, cinsel yönelim olarak saymaktadır.

[265] Benzer şekilde, cinsiyet kavramının hem biyolojik hem toplumsal bir anlama sahip olduğu yönünde bkz. Burçak Keleş, "Ayrımcılık Yasağı Kapsamında Cinsiyet ve Cinsel Yönelim", (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019, s. 22.

[266] Bulut, **Nefret Suçları**, s. 118.

cinsel kimliğin fiziki kısmına ilişkindir[267]. Toplumsal cinsiyet ise, toplum tarafından biyolojik cinsiyetlere biçilen toplumsal rol, tutum ve davranışlardır[268].

Cinsiyet bahsine ilişkin olarak değinilmesi gereken husus cinsel yönelim ve cinsiyet kavramlarının farklılığıdır. Doktrinde bazı yazarlarca, cinsel yönelim kavramı cinsiyet kavramına dahil edilerek madde kapsamında değerlendirilmektedir[269]. Esasen iki kavramın farklı şeyler ifade ettiğini ve anılan görüşe katılmadığımızı belirtmemiz gerekmektedir[270]. Cinsel yönelim; cinsel kimliğin diğer unsurlarından olup kişinin duygusal, fiziksel veya cinsel olarak hangi cinse ilgi duyduğunu ifade etmektedir[271]. Bu bağlamda, transeksüel, heteroseksüel, biseksüel olma cinsiyet kavramına değil cinsel yönelime ilişkin kavramlardır[272].

Maddenin kanunlaşarak yürürlüğe girmesinden önce, Adalet Alt Komisyonu, Hükümet Tasarısında bulunmayan "cinsel yönelim" ibaresini tasarı metnine ekleyerek bir ayrımcılık nedeni olarak yer vermişti. Ancak Adalet Komisyonu tarafından madde metninden çıkarılan cinsel yönelim ibaresi maddenin mevcut halinde de ayrımcılık nedenleri arasında yer almamaktadır. Bu haliyle 122. madde, yalnızca, ayrımcılık nedenleri arasında sayılan cinsiyete dayalı ayrımcılığa karşı bir koruma sağlamaktadır. Bir diğer deyişle, maddedeki tipik hareketlerin cinsel yönelime dayalı nefret saiki ile gerçekleştirilmesi halinde maddenin mevcut hali itibariyle nefret ve ayrımcılık suçu oluşmayacaktır. Cinsel yönelim kavramının temel ayrımcılık nedenlerinden olduğu ve nefret ve ayrımcılık suçu kapsamında yer alması gerektiği görüşündeyiz. Ancak ayrımcılık nedenlerini sınırlı olarak sayan bir maddede, açıkça ifade edilmeyen bir ayrımcılık nedenini yorum yoluyla maddeye dahil etmek mümkün değildir. Zira böyle bir yorum ceza hukukunun temel ilkelerinden olan kanunilik ilkesi ve bunun sonucu

---

[267] Güven, "Cinsel Kimlik Üzerinde Hak Kavramı ve Korunması".

[268] Bulut, **Nefret Suçları**, s. 118; Keleş, "Ayrımcılık Yasağı Kapsamında Cinsiyet ve Cinsel Yönelim", s. 22. Kadın-erkek eşitliğinin farklı yasal dayanaklar bağlamında incelendiği bir örnek için bkz. Gören, Genel Eşitlik İlkesi, s. 3278 vd.

[269] Bkz. Meran, **Kişilere Karşı Suçlar**, s. 559; Kocasakal, "Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK 122)", s.23.

[270] Aynı yönde bkz. Öztürk, **Nefret ve Ayırımcılık Suçu**, s. 111; Bulut, **Nefret Suçları**, s. 118; Ersoy, "Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK m. 122)", s. 47.

[271] Bulut, **Nefret Suçları**, s. 122; Keleş, "Ayrımcılık Yasağı Kapsamında Cinsiyet ve Cinsel Yönelim", s. 22.

[272] Meran bu kavramları cinsiyet kavramı kapsamında değerlendirmektedir. Bkz. Meran, **Kişilere Karşı Suçlar**, s. 559.

olan kıyas ve kıyasa varan geniş yorum yasağına aykırı olacaktır. Bu nedenle, günümüzde sıklıkla karşılaşılan ayrımcılık nedenlerinden olan cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğinin maddede sayılan ayrımcılık nedenleri içerisinde açıkça yer alacağı şekilde maddenin yeniden düzenlenmesi kanaatimizce isabetli olacaktır.

Engellilik, 122. madde metninde nefret saikine esas teşkil eden özellikler arasında sayılan özelliklerden bir diğeri olmakla, kavram 5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanunun 3. maddesinde tanımlanmış olup bu tanımdan yararlanılabilecektir. Anılan maddede engelli kişi, *"fiziksel, zihinsel, ruhsal ve duyusal yetilerinde çeşitli düzeyde kayıplarından dolayı topluma diğer bireyler ile birlikte eşit koşullarda tam ve etkin katılımını kısıtlayan tutum ve çevre koşullarından etkilenen birey"* olarak tanımlanmıştır. Engellilik TCK'nın 122. maddesinde, 2013 yılında 6462 sayılı Kanun'un 63. maddesiyle yapılan değişiklik öncesi, özürlülük olarak ifade edilmekteydi. Bu tabirin kullanılması doktrinde eleştirilmekteydi[273]. Kanaatimizce insanlık onurunu zedeleyici nitelikte olan "özürlülük" tabiri yerine "engellilik" tabirinin kullanılması isabetli bir değişiklik olmuştur[274].

Nefret saikine esas teşkil eden özellikler arasında maddede yer verilen siyasi düşünce, devlet işlerini yönetme ve yürütme biçimine ilişkin görüşü ifade etmektedir. Bu kapsamda kişinin kendini belirli bir siyasi düşüncenin mensubu olarak nitelendirmesi yahut belirli bir partiye yakın olduğunu ifade etmesi halinde kendisine karşı sırf bu sebeple, suçu oluşturan tipik hareketlerin gerçekleştirilmesi nefret ve ayrımcılık suçunu oluşturacaktır. Daha somut bir örnek vermek gerekirse, kamuya arz edilmiş bir taşınmazın, X partisine oy verdiğini söyleyen bir kişiye, sırf bu nedenden ötürü duyulan nefret nedeniyle kiraya verilmemesi yahut satılmaması hali 122. maddedeki suçu oluşturabilecektir. Yahut Y partisinin mitinginden çıkan ve bu partinin bayrağını taşıyan kişilerin sırf bu nedene dayalı nefret nedeniyle toplu taşıma aracına alınmaması 122. madde kapsamında suç oluşturacaktır.

[273] Yenidünya, "Ayırımcılık Suçu", s. 112; Bulut, "Türk Ceza Kanunu'nda Ayrımcılık Suçu", s. 64.
[274] Aynı yönde bkz. Ekmekçi, "Türk ve Fransız Ceza Kanunlarında Ayrımcılık Suçu", s. 122; A. Caner Yenidünya, "Türk Ceza Kanunu'nda Ayırımcılık Suçu", s. 112.

122. maddede nefrete esas teşkil eden özellikler arasında sayılan felsefi inanç, inanılan yahut benimsenen felsefi yaklaşımı ifade etmektedir. Örneğin; günümüzde popüler bir yaşam felsefesi olan minimalizm veya feng shui bu kapsamda değerlendirilebilir. Bunun gibi, ateizm ve deizm gibi inanç sistemlerinin de felfefi inanç kapsamında değerlendirilmesi mümkündür.

Madde metninde nefret saikine esas teşkil eden özellikler arasında sayılmış olan din, "Tanrı'ya, doğaüstü güçlere, çeşitli kutsal varlıklara inanmayı ve tapınmayı sistemleştiren toplumsal bir kurum" olarak tanımlanmaktadır[275]. Madde metninde sayılan din özelliğini yorumlarken yalnızca farklı dine mensup olma şeklinde anlamamak gerekmektedir. Kişi kendi inanışı gereği hiçbir dine mensup olmayabilir, örneğin ateist bir kişi olabilir. Din ve vicdan hürriyeti bir dine mensup olmayı veya bir inancı benimsemeyi kapsadığı gibi, bir dine mensup olmamayı veya bir inancı benimsememeyi de kapsamaktadır[276]. Kişinin yöneldiği bir dinsellikten engellenmemesi "dine özgürlük", kişinin yönelmediği bir dine zorlanmaması ise "dinden özgürlük" olarak tabir edilmekle, din ve vicdan hürriyetinin hem pozitif hem negatif yüklemleri içeren çift yönlü bir doğası olduğu kabul edilmektedir[277]. Buna göre; herhangi bir dine mensup olmadığı için ayrımcılığa uğraması halinde bu özelliğe sahip bir kişi din temelinde ayrımcılığa uğramış olacaktır. Ancak bu durumun felsefi inanç kapsamında değerlendirilmesinin de mümkün olduğu kanaatindeyiz[278].

122. maddeye göre failin nefretine esas teşkil eden özellikler arasında yer alan mezhep, "bir dinin görüş, yorum ve anlayış ayrılıkları sebebiyle ortaya çıkan kollarından her biridir"[279]. Alevi olması nedeniyle bir kişiye karşı 122. maddedeki hareketlerin gerçekleştirilmesi mezhep temeline dayalı bir ayrımcılık olarak değerlendirilebilecektir. Bunun gibi, bir kişiye Hanefilik yahut Şafilik mezhebinden

---

[275] TDK, Güncel Türkçe Sözlük, https://sozluk.gov.tr/

[276] Hasan Vural, "Anayasada Din Özgürlüğü", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C:LXIX, S: 2, 2014, s. 259.

[277] Vural, **A.e.**, s. 259-260.

[278] Aynı yönde bkz. Gökçe Serim, Türk Ceza Kanununda Nefret ve Ayrımcılık Suçu, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020, s 112; Durmuş Tezcan/ Mustafa Ruhan Erdem/Murat Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2018, s. 63.

[279] TDK, Güncel Türkçe Sözlük, https://sozluk.gov.tr/

olması nedeniyle maddedeki tipik hareketlerin gerçekleştirilmesi, örneğin işe alınmaması, nefret ve ayrımcılık suçunu oluşturabilecektir.

Son olarak, maddede sayılmaması tarafımızca eksiklik olan ve madde metnine eklenmesi gerektiğini düşündüğümüz, nefret saikine esas teşkil eden bazı özellikleri bir kez daha vurgulayacak olursak; etnik köken, cinsel yönelim, cinsiyet kimliği, gebelik, sendika üyeliği ile gelir durumu ve servetin ayrımcılık nedeni olarak düzenlenmesi ile 122. maddenin koruması altına alınması gerektiği kanaatindeyiz[280].

3.4.3. Hukuka Aykırılık Unsuru

Nefret ve ayrımcılık suçu bakımından fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldıran ve dolayısıyla suçun oluşmasını engelleyen hukuka uygunluk nedenlerinin incelenmesi gerekmektedir. Bu suç bakımından söz konusu olabilecek hukuka uygunluk nedenleri konusunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bazı yazarlar bu suç bağlamında uygulanabilecek hukuka uygunluk nedeni olarak kanun hükmünün yerine getirilmesini kabul ederken[281], bazı yazarlar ise hakkın kullanılmasının söz konusu olabileceğini ifade etmektedir[282]. Başkaca bazı yazarlar ise, bu suç bakımından ilgilinin rızasını bu suç bakımından hukuka aykırılığı ortadan kaldıracak bir neden olarak değerlendirmektedir[283]. Ayrıca, her üç görüşün ifade ettiği hukuka uygunluk nedeninin bu suç bakımından söz konusu olabileceğini, somut olaya göre bir değerlendirme yapılması gerektiğini ifade eden bir görüş de mevcuttur[284].

Kanaatimizce; ilgilinin rızasının nefret ve ayrımcılık suçu bakımından bir hukuka uygunluk nedeni olarak uygulanması mümkün değildir[285]. Şöyle ki; ilgilinin

---

[280] Benzer şekilde bkz. Ersoy, "Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK m. 122)", s. 48. Ersoy da maddede sayılan özellikler arasında sayılmayan cinsel yönelim, gebelik ve etnik köken özelliklerinin madde kapsamına alınması gerektiği yönünde eleştiride bulunmuştur.

[281] Anılan görüş için bkz. Bayraktar, "Nefret ve Ayırımcılık Suçu", s. 79; Hafızoğulları/Özen, **Özel Hükümler**, s. 226; Özbek v.d., **Özel Hükümler**, s. 486; Bayraktar, "Nefret ve Ayırımcılık Suçu", s. 79; Ersoy, "Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK m. 122)", s. 48; Şen, **YTCK Yorumu**, s. 518. Şen kanun hükmünün yerine getirilmesi ile birlikte ayrıca amirin emrinin yerine getirilmesini de bu suç bakımından hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmektedir.

[282] Artuk/Gökcen/Yenidünya, **Ceza Hukuku: Özel Hükümler**, s. 467; Demren-Dönmez, "Ayırımcılık Suçu", s. 37-38.

[283] Artuç, **Kişilere Karşı Suçlar**, s. 1270; Yaşar/Gökcan/Artuç, **Türk Ceza Kanunu,** s. 4061.

[284] Bkz. Ekmekçi, "Türk ve Fransız Ceza Kanunlarında Ayrımcılık Suçu", s. 33.

[285] Aynı doğrultuda bkz. Ersoy, "Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK m. 122)", s. 48.

rızasının bir eylemin hukuka aykırılığını ortadan kaldırabilmesi için, bu hukuka uygunluk nedenini düzenleyen TCK'nın 26/2 maddesinde de açıkça belirtildiği üzere, öncelikle ilgilinin üzerinde tasarruf edebileceği bir hakkın söz konusu olması gerekmektedir. Nefret ve ayrımcılık suçunun kanunun sistematiğinde hürriyete karşı suçlar başlığı altında düzenlenmesi, hürriyete karşı suçların çoğu bakımından ilgilinin rızasının bir hukuka uygunluk nedeni olarak uygulanabiliyor olduğundan[286], bu suç bakımından da uygulanabileceği izlenimini yaratmaktadır. Ne var ki, nefret ve ayrımcılık suçu ile korunan hukuki değerlerden biri olan insan onuru burada ön plana çıkmaktadır. İnsan hakları hukukunun temel taşı olan insan onurunun mutlak, devredilmez ve vazgeçilmez niteliği[287] karşısında, kanaatimizce ilgilinin rızasının nefret ve ayrımcılık suçu bakımından eylemin hukuka aykırılığını ortadan kaldıramayacağının kabulü gerekmektedir[288].

Geçici özel önlemlere yönelik hukuki düzenlemelerin yerine getirilmesi de bazı yazarlarca doktrinde hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilmektedir[289]. Bunun gibi mevzuat gereği öngörülen sınırlamalar nedeniyle maddedeki hareketlerin gerçekleştirilmesinin de hukuka aykırılık teşkil etmeyeceği ileri sürülmektedir[290]. Örneğin, mevzuat gereği yabancılara taşınmaz satışı birtakım sınırlamalara tabidir. Kanun hükmü gereği bir yabancıya taşınmazın satılmamasının ayrımcılık teşkil etmeyeceği belirtilmektedir[291]. Bunun gibi, bazı işlerde çocukların, kadınların ve engellilerin çalıştırılmasını yasaklayan yahut sınırlayan İş Kanunundaki bazı hükümler[292] bu kapsamda örnek gösterilmektedir[293]. Anılan hallerin tamamının hukuka uygunluk nedenlerinden olan ve TCK'nın 24. maddesinde düzenlenen "kanun hükmünün yerine getirilmesi" bağlamında irdelenmesi gerekmektedir.

---

286 Öztürk, **Nefret ve Ayırımcılık Suçu**, s. 134.

287 İnsan onuru kavramının tarihsel süreç içindeki gelişimi için bkz. Nihat Bulut, "Eski Yunan'dan Aydınlanma Çağı'na İnsan Onuru Kavramının Gelişimine Bir Bakış", **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:XII, S:3-4, 2008, s. 2.

288 Aynı yönde bkz. Öztürk, **Nefret ve Ayırımcılık Suçu,** s. 134-135.

289 Özbek v.d., **Özel Hükümler**, s. 486; Bayraktar, "Nefret ve Ayırımcılık Suçu", s. 79.

290 Bayraktar, "Nefret ve Ayırımcılık Suçu", s. 79. Benzer şekilde Hafızoğulları ve Özen, faaliyetin yapılmasında veya hizmetin verilmesinde yasal engellerin bulunması halinde suçun oluşmayacağını ifade etmektedir. Bkz. Hafızoğulları/Özen, **Özel Hükümler**, s. 226.

291 Yenidünya, "Ayırımcılık Suçu", s. 108; Demren-Dönmez, "Ayırımcılık Suçu", s. 39.

292 Örnek olarak bkz. İş Kanunu'nun 72, 73 ve 85. maddeleri.

293 Ersoy, "Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK m. 122)", s. 48.

Kanun hükmünün yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedenlerinin nefret ve ayrımcılık suçu yönünden söz konusu olabileceği doktrinde ileri sürülmekte ise de, nefret ve ayrımcılık suçunun niteliği itibariyle anılan hukuka uygunluk nedenlerinin bu suç bakımından uygulanmasının mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Zira, suçun oluşması ve hukuka uygunluk nedeninin mevcudiyetinin tartışılabilmesi bakımından öncelikle nefret saikinin bulunması ve tipik hareketlerin bu saikle gerçekleştirilmesi gerekmektedir; ne var ki, nefret saikiyle gerçekleştirilen tipik hareketler yönünden kanun hükmünün yerine getirilmesi söz konusu olamayacaktır. Tipik hareketlerin, kanun hükmünün yerine getirilmesi nedeniyle gerçekleştirildiği durumda zaten nefret saiki bulunmadığından suç oluşmayacaktır.

Hukuken tanınan bir hak olarak sözleşme özgürlüğünden yararlanılmasının, hakkın kullanılması niteliğinde olup eylemin hukuka aykırılığını ortadan kaldırabileceği ileri sürülebilirse de, kanun hükmünün yerine getirilmesi bağlamında yapılan açıklamalar, hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni yönünden de geçerlidir. Nefret ve ayrımcılık suçunun oluşması için tipik hareketlerin nefret saikiyle gerçekleştirilmesi halinde, sözleşme özgürlüğü kapsamında değerlendirilemeyecek bir tercih motivasyonu söz konusudur. Bu hal, hukuken korunmayacağı ve hakkın sınırının aşılması söz konusu olduğundan eylem zaten sözleşme özgürlüğü kapsamı dışında kalacak, çalışmamızın konusunu teşkil eden nefret ve ayrımcılık suçu kapsamında bir eylem haline gelecektir. Bu nedenle, somut olayın özelliklerine göre, eylemin hakkın kullanılması olan sözleşme özgürlüğü kapsamında mı yoksa nefret saikine dayalı bir tercihle nefret ve ayrımcılık suçu kapsamında mı olduğunun tespiti gerekmektedir[294]. Bu bağlamda, sözleşme özgürlüğüne dayalı olarak yapılan bir tercih ile nefret saikine dayalı olarak yapılan bir tercih arasındaki farkın daha net şekilde ortaya konulması ve sözleşme özgürlüğünün sınırlarının belirlenmesi bakımından, sözleşme özgürlüğü kavramına ilişkin bazı genel açıklamalara yer verilmesinde yarar görülmektedir.

[294] Aynı doğrultuda bkz. Artuk/Gökcen/Yenidünya, **Özel Hükümler**, s. 472; Demren-Dönmez, "Ayırımcılık Suçu", s. 37-38.

Sözleşme özgürlüğü, felsefi bir görüş olan irade özgürlüğü doktrininin borçlar hukukundaki yansıması[295] olup, Anayasa'nın çalışma ve sözleşme hürriyeti başlıklı 10. maddesi ile güvence altına alınmıştır[296]. Bu anlamda anayasal bir temel hak ve özgürlük niteliğindedir. Bunun yanı sıra Borçlar Kanunu'nun 26. maddesi de sözleşme özgürlüğünü düzenlemektedir.

Sözleşme özgürlüğü kapsamında; taraflar, kanunda öngörülen sınırlar içinde olmak üzere, bir sözleşmeye ilişkin hususları belirlemekte serbestiye sahiptir. Sözleşme özgürlüğünün; kişilerin sözleşme yapıp yapmama özgürlüğü, sözleşmenin konusunu, içeriğini, şeklini ve sözleşmeye ilişkin diğer hususları belirleme özgürlüğü gibi yönleri bulunmaktadır[297]. Sözleşmenin tarafını belirlemek de sözleşme özgürlüğü kapsamındadır[298].

Sözleşme özgürlüğü kural olmakla birlikte, bazı sınırlamalara tabidir. Sözleşme özgürlüğünün taraflara sınırsız bir serbesti sağlamadığı, TBK'nın söz konusu kavramın tanımını yapan 26. maddesi hükmünden de açıkça anlaşılmaktadır. Anılan maddede tanınan serbestinin, kanunda öngörülen sınırlar çerçevesinde tanındığı görülmektedir. Kanunla sınırlamalar getirilerek sözleşme özgürlüğüne istisna teşkil eden durumlar öngörülebilmektedir[299]. Zira, hukuk düzeni, tüm haklar için geçerli olduğu gibi sözleşme özgürlüğünün de bir başkasının zararına olarak kötüye kullanımını korumamaktadır[300]. Sözleşme adaletinin sağlanması amacı,

---

[295] Hasan Erman, "Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası** , C:XXXVIII, S:1-4 , 1973, s. 602.

[296] Anılan Anayasa hükmü, ilk bakışta sözleşme özgürlüğünün yalnızca içeriğe ilişkin kısmına bir güvence getiriyormuş izlenimi vermekte ise de, bu hükmü sözleşme özgürlüğünün kapsadığı tüm alt özgürlükleri içerir şekilde yorumlamak gerektiği yönünde bkz. Mehmet Nuri Örs, "Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Emredici Hükümlere Aykırılık", (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2004, s. 12.

[297] Kemal Oğuzman/Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 2. c., 12. bs., İstanbul, Vedat Yayınları, 2014.

[298] Yenidünya, "Ayırımcılık Suçu", s. 103.

[299] 03.10.2001 tarihli 4709 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonrası Anayasa'nın genel sınırlama sebeplerine ilişkin 13. maddesinin yürürlükten kaldırıldığı, Anayasa'nın sözleşme özgürlüğünü düzenleyen 10. maddesinin ise özel sınırlama nedenleri öngörmediği, bu nedenle mevcut durum itibariyle sözleşme özgürlüğünü sınırlayan kanun hükümlerinin Anayasaya aykırı hale geldiği yönünde bkz. Örs, "Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Emredici Hükümlere Aykırılık", s. 22-24.

[300] Aynı yönde bkz. B. N. Esen, "Akit Yapmamak Hakkı", **İzmir Barosu Dergisi**, C:III, S: 4-8, 1937, s. 265-270; Örs, "Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Emredici Hükümlere Aykırılık", s. 12-13.

sözleşmelere müdahaleyi zorunlu kılmaktadır[301]. Bu kapsamda, emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, dürüstlük kuralına ve ahlaka aykırılık sözleşme özgürlüğünün sınırını teşkil eden hallerdir[302]. Bir diğer deyişle, anılan haller, sözleşme özgürlüğüne müdahaleyi gerektiren temel haller olup çeşitli kanunlarla sözleşme özgürlüğüne getirilen istisnaların konuluş nedeni bu aykırılıkları gidermek ve sözleşme adaletini sağlamaktır. Bu doğrultuda çeşitli kanunlar ile sözleşme özgürlüğüne getirilen istisnalardan biri de sözleşme yapma zorunluluğudur[303]. Sözleşme yapma zorunluluğu ile, kural olan sözleşme yapıp yapmama özgürlüğü ve hatta bununla birlikte sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğü de sınırlanmaktadır.

Çalışmamızın konusu olan TCK'nın 122. maddesi, sözleşme özgürlüğünün izah edilen nedenlere dayalı olarak kanunla sınırlandığı bir hal olarak nitelendirilebilecektir. Kanun koyucu bu madde ile, sözleşme özgürlüğünün, "eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına aykırı şekilde kişilerin temel hak ve özgürlüklerinden mahrum bırakılması" karşısında korunamayacağını ortaya koymuştur[304]. Burada sözleşme yapıp yapmama ve sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğü sınırlandırılmaktadır. 122. madde bu bağlamda, ilgili sözleşmelerin yapılmamasının kişilerin kanunda sayılan özelliklerinden kaynaklı olmasının, sözleşme özgürlüğünün sınırını aştığını ve hatta ceza hukuku kapsamında suç olarak düzenlenmesi gereken bir hareket teşkil ettiğini ifade etmektedir[305]. Örnek vermek gerekirse, taşınmaz sahibinin kişiye taşınmazını satmaması, bu kişinin mezhebi, dini veya felsefi inancı temelinde bir nefrete dayanıyor ise bu durum sözleşme özgürlüğünün sınırını aştığından sözleşme özgürlüğü kapsamında değerlendirilemeyecektir. Bu durumda kişinin

---

[301] Arzu Küçükyalçın, "Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:LIII, S:4, 2004, s. 108.

[302] Sözleşme özgürlüğünün sınırını teşkil eden hallere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Barış Demirsatan, **Türk Borçlar Hukukunda Sözleşme Yapma Zorunluluğu**, İstanbul, Filiz Yayınları, 2022, s. 17-26, 60-112.

[303] Sözleşme yapma zorunluluğu için bkz. Demirsatan, **A.e.**; Hasan Ayrancı, "Sözleşme Kurma Zorunluluğu", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:LIII, S:3, 2003.

[304] Nefret ve ayrımcılık suçu ile sözleşme özgürlüğü ilişkisi için bkz. Demirsatan, **Türk Borçlar Hukukunda Sözleşme Yapma Zorunluluğu**, s. 141-145.

[305] Söz konusu saik dış dünyaya yansımadığı sürece bunun sözleşme özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ve bu suçun oluşmayacağı yönünde bkz. Demren-Dönmez, "Ayırımcılık Suçu", s. 49.

sözleşme özgürlüğünü kullandığından bahisle TCK'nın 26. maddesindeki hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeninin uygulanması mümkün olmayacaktır.

Sözleşmenin yapılmamasının nefret saikine dayandığı hallerde, sözleşme özgürlüğü zaten hukuka uygunluk nedeni olamayacaktır. Zira, bu durumda eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı gibi emredici hukuk kurallarına aykırılık nedeniyle sözleşme özgürlüğü sınırının aşıldığı ve hakkın kötüye kullanımı teşkil eden bir hal söz konusudur, ki hukuk hakkın kötüye kullanılmasını korumamaktadır. Ancak söz konusu özellikleri taşıyan karşı taraf ile sözleşme yapılmaması, karşı tarafın taşıdığı özelliklere karşı nefret saikinden kaynaklanmadığı yahut bu durum ispatlanamadığı takdirde, sözleşme özgürlüğü kapsamında kalacak ve nefret ve ayrımcılık suçu oluşmayacaktır. Kanunda sayılan özellikleri taşıyan kişilerle her durumda sözleşme kurma gibi bir zorunluluk bulunmamakta, nitekim bu kişilerle sözleşme yapılmayan her hal de nefret ve ayrımcılık suçunu oluşturmamaktadır. Burada 122. maddedeki suçun oluşması için aranan ve önemle üzerinde durulması ve tespiti gereken husus, bu kişilerle sözleşme yapılmamasının kişilerin taşıdığı özelliklerden kaynaklanan bir nefrete dayalı olup olmadığı ve bunun ispata yarar şekilde dış dünyaya yansıyıp yansımadığıdır.

3.4.4. Nitelikli Unsurlar

Kanunda nefret ve ayrımcılık suçu için herhangi bir nitelikli hal öngörülmemiştir. Ancak kanaatimizce bu suçun nitelikli hali olarak düzenlenmesi isabetli olabilecek bazı haller söz konusudur.

Nefret ve ayrımcılık suçunun kamu görevlileri tarafından işlenmesinin suçun nitelikli hali olarak düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz[306]. Zira kamu gücünü kullanmakta olan ve kamuyu temsil eden kamu görevlisinin bu suçu işlemesi ile oluşacak haksızlık içeriği ayrı bir niteliği haiz olup yaptırımının da buna uygun düşecek şekilde farklılaşması gerekmektedir. Bir diğer deyişle, kamu görevlisinin nefret ve ayrımcılık suçunu işlemesi hali cezayı ağırlaştıran bir hal olarak düzenlenmelidir. Örnek vermek gerekirse; Taksim'de güvenliği tehlikede olan

[306] Aynı doğrultuda bkz. Kocasakal, "Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK 122)", s. 21.

homoseksüel bir kişinin polisten yardım istemesi halinde polisin "sizin gibi sapkınların yaşamaya hakkı yok" diyerek cinsel yönelimi nedeniyle bu kişiye yardım etmemesi ile bir taksicinin benzer sözlerle bu kişiyi taksisine almaması bakımından haksızlık içeriği aynı değildir[307]. Bu doğrultuda, bu iki faile uygulanacak yaptırımın da aynı olmaması gerekmektedir. Ancak bu durumda, kamu görevlisi bakımından görevi kötüye kullanma suçunun oluşması da gündeme gelebileceği ve hangi maddenin uygulanacağı yönünden tartışmaya açık bir durum ortaya çıkabileceğinden, kamu görevlisinin herhangi bir suretle görevini kötüye kullanmasının TCK'nın 122. maddesinde sayılan özellikler temelinde nefrete dayalı olarak gerçekleştirilmesi halinde TCK'nın 122. maddesinin kamu görevlisinin bu suçu işlemesi halinde uygulanacak nitelikli halini düzenleyecek fıkraya gönderme yapmak suretiyle ilgili maddede ayrıca bir düzenleme yapılmasında da yarar olduğu kanaatindeyiz.

Suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesinin, mağdurda yaratacağı etki ve fail açısından suçun işlenmesini kolaylaştırıcı yönü de gözetilerek, suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesinin cezayı ağırlaştıran nitelikli hal olarak düzenlenebileceği kanaatindeyiz.

Soyut tehlike suçu olan nefret ve ayrımcılık suçu yönünden, nitelikli hal olarak düzenlenebilecek bir diğer hal ise, somut bir tehlike veya zararın gerçekleşmesi hali olabilecektir.

3.4.5. Kusurluluk

Kişinin hareketinden ötürü cezalandırılabilmesi için kusurlu olması gerekmektedir. Bunun için kişinin kusur yeteneğinin bulunmasının yanı sıra hareketinin de iradi olması aranmaktadır[308].

---

[307] Benzer şekilde, bu suçun kamu görevlisi tarafından işlenmesi halinin suçun nitelikli hali olarak düzenlenmesi gerektiği yönünde bkz. Bulut, "Türk Ceza Kanunu'nda Ayrımcılık Suçu", s. 154. Adı geçen yazar, kamu hizmeti veren kamu görevlisinin bu suçu işlemesi ile elinde devlet erki bulunmayan bir sivilin bu suçu işlemesi halinin aynı derecede kusurlu görülmesinin hatalı bir yaklaşım olduğunu ifade etmektedir.

[308] Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 10. bs., Ankara, Beta Yayınları, 2017, s. 399; Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 248.

Cebir, tehdit, korkutma, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı gibi kusurluluğu etkileyen genel sebepler, nefret ve ayrımcılık suçu bakımından da söz konusu olabilecektir. Ancak nefret ve ayrımcılık suçu bağlamında, kanunda öngörülen seçimlik hareketlerin ihmali olarak da gerçekleştirilmesi mümkün olduğundan, kusurluluğu etkileyen genel durumların yanı sıra ihmali suçlar bakımından kusurluluk yargısına ilişkin hususların da gündeme gelebileceği dikkate alınmalıdır[309].

Kusurluluk başlığı altında değinilmesi gereken bir diğer husus, zorunluluk hali olup nefret ve ayrımcılık suçu bakımından zorunluluk halinin uygulanması kanaatimizce mümkün değildir.

3.4.6. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

3.4.6.1. Teşebbüs

Suçun kanuni tanımında netice aranıp aranmamasına göre yaptığımız suç tasnifi bağlamında, katıldığımız görüşe göre nefret ve ayrımcılık suçunun bir sırf hareket suçu olduğunu belirtmiştik. Sırf hareket suçlarına teşebbüs kural olarak mümkün değildir. Ancak icra hareketleri bölünebildiği ölçüde bu suçlara teşebbüs mümkün olmaktadır. İhmali hareketler yönünden ise suça teşebbüs mümkün olmamaktadır.

Nefret ve ayrımcılık suçunu sırf hareket suçu olarak kabul eden görüşteki yazarlardan bir kısmı, bu suça teşebbüsün icra hareketlerinin bölünebildiği ölçüde mümkün olduğunu kabul etmektedir[310]. Aksi görüşteki yazarlar ise, bu suça teşebbüsün mümkün olmadığını savunmaktadır[311]. Kanaatimizce, nefret ve ayrımcılık

---

309 İhmali suçlarda kusurluluk yargısına ilişkin hususlar için bkz. Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 414-416.

310 Bkz. Özbek vd., **Özel Hükümler**, s. 486.; Malkoç, **Açıklamalı Türk Ceza Kanunu,** s. 2071. Nefret ve ayrımcılık suçunun teşebbüse elverişli suçlardan olduğu yönündeki bir diğer görüş; failin, maddede sayılan tipik hareketleri gerçekleştirmesinden sonra sonuç alınmadan araya başkalarının girmesi ve yapılmayan hareketi yapması halinde eylemin teşebbüs aşamasında kalacağını kabul etmektedir. Bu görüş, suçun teşebbüs aşamasında kalacağı duruma; bir kimsenin Papua Yeni Gineli olan mağdura bu nedenle arabasını satmak istemediği ve ilk görüşmede bu durumu mağdura bildirdiği ancak sonra araya başkalarının girmesi ve alıcı olacak kişiyi tanıdıklarını beyanla ona kefil olmaları nedeniyle bu satımın gerçekleşmesi halini örnek göstermektedir. Bkz. Artuç, **Kişilere Karşı Suçlar**, s. 1270.

311 Bkz. Hafızoğulları/Özen, **Özel Hükümler,** s. 226.

suçu sırf hareket suçu olmakla birlikte, icra hareketleri bölünebildiği ölçüde bu suça teşebbüs mümkündür.

Nefret ve ayrımcılık suçunun neticeli suç olduğunu ileri süren görüş, bu suça teşebbüsün mümkün olduğunu savunmaktadır[312]. Anılan görüş, suçu oluşturan hareketler gerçekleştirilmesine rağmen neticenin oluşmaması halinde failin eyleminin teşebbüs aşamasında kaldığını belirtmektedir[313]. Ayrımcılık nedenlerine dayalı olarak, diğer bireylere kendisinden alışveriş yapılmaması söylenen bir kişinin ekonomik faaliyette bulunmasının engellenmesine rağmen, kişinin ekonomik faaliyetini başlatması ya da sürdürmesi hali bu kapsamda örnek gösterilmektedir[314]. Bunun gibi; failin, evi Yahudi birisine kiraya vermemesi için ev sahibini tehdit etmesine rağmen, ev sahibinin evini Yahudi birisine kiraya vermesi örneğinde, engelleme neticesi gerçekleşmediği için nefret ve ayrımcılık suçunu oluşturan eylemin teşebbüs aşamasında kaldığı belirtilmektedir[315].

Katıldığımız görüşe göre, icra hareketlerinin bölünebildiği ölçüde bu suça teşebbüsün mümkün olduğu değerlendirildiğinden, suçun icrai hareketle mi ihmali hareketle mi işlendiği, teşebbüs bahsi yönünden önem arz etmektedir. Nefret ve ayrımcılık suçu bakımından kanunda sınırlı olarak öngörülen tipik hareketlerin icrai olarak mı ihmali olarak mı gerçekleştirilebileceği hususuna fiil başlığı altında detaylı olarak yer verdiğimizden, burada ilgili kısma atıfla ve şu hususu belirtmekle yetinmekteyiz; bu suçu oluşturan seçimlik hareketler icrai şekilde gerçekleştirilebildiği gibi ihmali hareketlerle de gerçekleştirilebilmektedir. Bu kapsamda suçu oluşturan hareketin icrai şekilde gerçekleştirildiği durumda icra hareketleri bölünebildiği ölçüde bu suça teşebbüs mümkün olacaktır[316]. Ancak ihmali

---

312 Meran, **Kişilere Karşı Suçlar**, s. 560; Ersoy, "Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK m. 122)", s. 48. Bu suça teşebbüsün mümkün olduğunu savunan diğer görüşler için bkz. Şen, **YTCK Yorumu**, s. 515; Meran, **Kişilere Karşı Suçlar**, s. 560; Parlar, **Türk Ceza Kanunu Şerhi,** s. 1446.

313 Ersoy, "Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK m. 122)", s. 48.

314 Meran, **Kişilere Karşı Suçlar**, s. 560.

315 Ersoy, "Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK m. 122)", s. 48.

316 Suçu neticesi harekete bitişik suç olarak nitelendiren Bayraktar, hareketin gerçekleştirilmesi ile netice meydana gelmekle birlikte, hareketin parçalara bölünebilmesi halinde teşebbüsün mümkün olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Bayraktar, "Nefret ve Ayırımcılık Suçu", s. 78. Benzer şekilde Memiş de suçu neticesi harekete bitişik suç olarak kabul etmekle, kural olarak teşebbüsün mümkün olmadığını ancak hareket ile neticenin ayrılabildiği durumda teşebbüsün mümkün olduğunu belirtmektedir. Bkz. Memiş, "Ayrımcılık Suçunun Özürlüler Bakımından Değerlendirilmesi", s. 75.

şekilde gerçekleştirilen tipik hareketler bakımından ise teşebbüs mümkün olmayacak, suç söz konusu hareketlerin gerçekleştirilmesi ile tamamlanacaktır[317]. Örneğin; maddenin c bendinde öngörülen "kamuya arz edilmiş bir hizmetten yararlanmanın engellenmesi" seçimlik hareketi üzerinden konuyu somutlaştıralım. Fiil başlığı altında, engellemek hareketinin madde bağlamında aynı zamanda söz konusu hareketi gerçekleştirmemek anlamını da taşıdığını ifade etmiştik. Buna göre; kamuya arz edilmiş bir hizmeti yapmamak, yapmayı reddetmek de bu seçimlik hareket kapsamındadır. Bu seçimlik hareket kapsamında, eczanenin sunduğu ilaç satma hizmeti örneğini ele alalım. Eczacının, Uzak Doğulu kişiye, ırklarından kaynaklanan nefret saiki ile ilaç satmadığı durumda, fail tipik hareketi satmamak şeklindeki ihmali hareketle gerçekleştirmektedir. Ancak diğer eczacının, o sırada ilacı bu kişiye satmakta olan eczacıya, "zaten koronavirüsün sebebi bunlar, bir de ilaç mı vereceğiz, ilaç satmak yok bu Çinlilere" diyerek, mağduru kovması ve ilaç almasını engellemesi, söz konusu seçimlik hareketin icrai şekilde gerçekleştirilmiş halidir. Bu durumda icra hareketleri bölünebildiği ölçüde teşebbüs mümkün olacaktır. Aynı örnekte, fail, aynı sözleri sarf ederek mağduru eczaneden kovmasına ve ilaç almasını engellemek yönündeki hareketleri gerçekleştirmesine rağmen diğer eczacı tarafından bu kişiye ilaç satışı gerçekleştirildiği durumda ise failin eylemi teşebbüs aşamasında kalacaktır. İcra hareketlerinin bölünebilmesi nedeniyle teşebbüsün mümkün olduğu hallere bir başka örnek olarak; bir şirketin insan kaynakları müdürünün, iş başvurusu yapan Alevi bir kişiyi sırf bu nedenle işe almaması ve işe alınmadığına dair yazıyı tebliğ edilmek üzere ilgili birimlere vermesine rağmen postada bu yazıya el konulması hali gösterilebilecek olup bu halde suç teşebbüs aşamasında kalacaktır[318].

İcra hareketleri bölünebildiği ölçüde nefret ve ayrımcılık suçuna teşebbüsün mümkün olduğu yönünde bkz. Artuk/Gökcen/Yenidünya, **Özel Hükümler**, s. 474; Karan, "Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği", s. 169; Yenidünya, "Ayırımcılık Suçu", s. 112; Demren-Dönmez, "Ayırımcılık Suçu", s. 50; Öztürk, **Nefret ve Ayırımcılık Suçu**, s. 136; Çetinkaya, "Türk Hukukunda Ayrımcılık Suçu: TCK 122. Madde", s. 85-86. Benzer şekilde engelleme hareketinin aşamalara bölünebilmesi halinde teşebbüsün mümkün olduğu yönünde bkz. Özbek v.d., **Özel Hükümler**, s. 486. Bu suça teşebbüs olmayacağı yönündeki karşı görüş için bkz. Hafızoğulları/Özen, **Özel Hükümler**, s. 226.

317 Aynı yönde bkz. Artuk/Gökcen/Yenidünya, **Ceza Hukuku: Özel Hükümler**, s. 474; Karan, "Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği", s. 169; Yenidünya, "Ayırımcılık Suçu", s. 112-113; Demren-Dönmez, "Ayırımcılık Suçu", s. 50; Öztürk, **Nefret ve Ayrımcılık Suçu**, s. 136.

318 Öztürk, **A.y.**

Fail suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını önlerse, teşebbüsten cezalandırılmayacaktır. Bu bağlamda, teşebbüse ilişkin olarak verilen örneğin uyarlanması suretiyle somutlaştırılacak olursa; eczacının engelliliğe dayalı nefreti nedeniyle, engelli bir müşteriye, ilacı satın alamamasını sağlamak için yüksek fiyat söylediği varsayımında; kişinin yine de ilacı almaya karar vermesi ve eczacının ilacı normal fiyatından satması halinde, eczacının ilacın fiyatını olduğundan yüksek söylemesi engelli müşterinin ilacı almasını engellemek değil zorlaştırmak veya makul olmayan şekilde yararlanmaya zorlamak niteliğindedir. Fiil bahsinde, engelleme hareketlerine ilişkin yaptığımız açıklamalara atıfla, mahrum bırakmaksızın yalnızca zorlaştırmak şeklindeki hareketin de engellemek kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Ancak kişi, zorlaştırmaya yönelik icra hareketlerini henüz tamamlamamış durumdadır. Bu nedenle, mağdur açısından yaratılan zorluğun da söz konusu hizmetin sunulması tamamlanmadan, bir diğer deyişle icra hareketlerinin tamamlanmasından önce fail tarafından önlendiği de gözetildiğinde, failin eyleminin gönüllü vazgeçme kapsamında değerlendirilebileceği kanaatindeyiz.

3.4.6.2. İştirak

Nefret ve ayrımcılık suçuna iştirak herhangi bir özellik arz etmemekte olup genel hükümler uygulama bulacaktır[319]. Bu suç yönünden suça iştirakin her türü mümkündür[320]. Ancak iştirak bahsine ilişkin olarak şu hususa değinmekte fayda vardır. Kural olarak, TCK'nın 37. maddesi uyarınca suçun faili, maddede öngörülen seçimlik hareketler yönünden engelleme hareketini gerçekleştiren kişi olacaktır[321]. Bu suç bağlamında ise engelleme hareketi, bir başkasının yapmasına engel olmak şeklindeki icrai hareketle birlikte ihmali hareket olan bizatihi yapmamanın kendisini de ifade ettiğinden, kişinin başka herhangi bir suç söz konusu olsaydı azmettiren olması gerekirken nefret ve ayrımcılık suçunun bizzat faili olacağı hususuna dikkat

[319] Artuk/Gökcen/Yenidünya, **Ceza Hukuku: Özel Hükümler**, s. 474; Karan, "Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği", s. 170. Yenidünya, "Ayırımcılık Suçu", s. 113; Demren-Dönmez, "Ayırımcılık Suçu", s. 50; Memiş, "Ayrımcılık Suçunun Özürlüler Bakımından Değerlendirilmesi", s. 79; Karan, "Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği", s. 170.

[320] Özbek v.d., **Özel Hükümler**, s. 487; Ersoy, "Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK m. 122)", s. 49.

[321] Kocasakal, "Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK 122)", s. 37.

çekmek gerekmektedir[322]. Başka herhangi bir suçta, icrai hareketle bir kişinin gerçekleştirmesi gereken hareketi çeşitli telkinlerle engelleyerek kişinin hareketi yerine getirmemesini sağlayan kişi kural olarak azmettiren sıfatıyla suçu işlemiş olacaktır. Nefret ve ayrımcılık suçunda ise, bu tür bir engelleme hareketini yapan kişinin sıfatı fail olacaktır. Nefret ve ayrımcılık suçunun yapmamak, yapmaktan kaçınmak şeklindeki ihmali hareketlerle işlendiği varsayımında suçun işlenmesine yönelik telkinlerde bulunan ikinci bir kişi yukarıda bahsedildiği gibi yine azmettiren sıfatıyla suça iştirak etmiş olacaktır. Ancak, suçun engellemek şeklindeki icrai hareketle işlendiği varsayımında üçüncü bir kişi daha devreye girmektedir. Bu durumda azmettiren, engelleyen kişiyi bir başkasının bir şeyi yapmasını engellemeye yönelik olarak azmettirmektedir. Yani örneğin; kamuya arz edilmiş bir hizmetten yararlanılmasının engellenmesi seçimlik hareketi yönünden, yararlanmanın engellenmesi hizmeti bizzat yerine getirmemek şeklinde ihmali hareketle işlenir ise, suç hizmeti yerine getirmeyen fail ve buna azmettiren kişi olmak üzere iki kişinin iştiraki ile işlenmiş olacaktır. Oysaki, hizmetten yararlanmanın engellenmesi engellemek şeklindeki icrai hareketle gerçekleştirilecekse, burada hizmeti yerine getirmeyen fail, hizmetin yerine getirilmesini engelleyen müşterek fail ve hizmetin yerine getirilmesini engellemeye azmettiren olmak üzere üç kişinin iştiraki söz konusu olacaktır.

3.4.6.3. İçtima

Bu suç bakımından içtimaya ilişkin özel bir hüküm bulunmadığından içtimaya ilişkin genel kurallar uygulama bulacaktır.

İçtima bakımından söz konusu olabilecek bir husus zincirleme suçtur. Failin, aynı suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda bir kişiye karşı nefret ve ayrımcılık suçunu birden fazla işlemesi durumunda, TCK'nın 43. maddesinin 1. fıkrası kapsamında zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır[323]. Bu bağlamda, nefret

[322] Nefret ve ayrımcılık suçu bağlamında kararı alan ve kararı yerine getiren kişilerin sıfatının müşterek fail mi yoksa azmettiren mi olacağının somut olayın özeliklerine göre tartışılması gerektiği yönünde bkz. Kocasakal, "Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK 122)", s. 37.

[323] Meran, **Kişilere Karşı Suçlar**, s. 560; Yenidünya, "Ayırımcılık Suçu", s. 113; Özbek v.d., **Özel Hükümler**, s. 487; Demren-Dönmez, "Ayırımcılık Suçu", s. 50.

ve ayrımcılık suçunun birden fazla işlenmesi, aynı seçimlik hareketin gerçekleştirilmesiyle olabileceği gibi her defasında farklı seçimlik hareketlerin gerçekleştirilmesi yoluyla da olabilecektir[324]. Zincirleme suç söz konusu olduğunda tek bir cezaya hükmedilecek ancak ceza, kanunda öngörülen oranlar arasında bir artırıma tabi tutulacaktır[325].

Failin aynı suç işleme kararının icrası kapsamında tek bir fiili birden fazla kişiye karşı gerçekleştirmesi durumunda ise, TCK'nın 43. maddesinin 2. fıkrası kapsamında aynı neviden fikri içtima kuralı uygulama bulacaktır[326]. Aynı neviden fikri içtima kuralının uygulanacağı duruma şöyle bir örnek uygun düşmektedir. Üç Yunan gencin ilan verilen kiralık evi birlikte kiralamak üzere ev sahibiyle görüşmeye gittiğini varsayalım. Ev sahibinin "Pis Yunanları burada yaşatmayız, bende size verecek ev yok." şeklinde bir söylemde bulunması, ırka dayalı nefret nedeniyle kamuya arz edilmiş bir taşınmazın kiraya verilmesinin engellenmesi şeklindeki hareket 122. maddedeki suçu oluşturacaktır. Bu durumda ev sahibi aynı suçu tek bir fiille birden fazla kişiye karşı işlemiş olacağından TCK'nın 43. maddesinin 2. fıkrası hükmü kapsamında zincirleme suç oluşacak ve kanunda öngörülen artırım uygulanarak tek bir cezaya hükmedilecektir.

Fail birden fazla kişiye karşı, birden fazla fiille nefret ve ayrımcılık suçunu oluşturan hareketleri gerçekleştirmişse, bu durumda mağdur sayısınca suç oluşacaktır[327].

Nefret ve ayrımcılık suçunu oluşturan fiil, gerek mağdur üzerinde yarattığı etkiler gerekse hareketin niteliği itibariyle, aynı zamanda başka suçlara da vücut verebilecektir. Bu durumda sorunu TCK'nın 44. maddesi gereğince fikri içtima kuralları çerçevesinde çözerek cezai sorumluluğu belirlemek gerekmektedir[328]. Nefret

---

[324] Demren-Dönmez, "Ayırımcılık Suçu", s. 50.

[325] Bkz. TCK m. 43.

[326] Meran, **Kişilere Karşı Suçlar**, s. 423; Artuk/Gökcen/Yenidünya, **Ceza Hukuku: Özel Hükümler**, s. 474; Yenidünya, "Ayırımcılık Suçu", s. 113; Özbek v.d., **Özel Hükümler**, s. 473; Demren-Dönmez, "Ayırımcılık Suçu", s. 50.

[327] Meran, **Kişilere Karşı Suçlar**, s. 423; Yenidünya, "Ayırımcılık Suçu", s. 113; Artuk/Gökcen/Yenidünya, **Ceza Hukuku: Özel Hükümler**, s. 474; Karan, "Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği", s. 170.

[328] Yenidünya, "Ayırımcılık Suçu", s. 113; Demren-Dönmez, "Ayırımcılık Suçu", s. 50.

ve ayrımcılık suçunu oluşturan fiil, suçla korunan hukuki değerlerden biri olan insan onuruna yönelik bir ihlal niteliğinden olduğundan, suçu oluşturan fiilin aynı zamanda hakaret suçunu oluşturması söz konusu olabilecektir[329]. Bunun gibi TCK'nın 122. maddesi kapsamında suç teşkil eden fiil, aynı zamanda mağdurun vücut bütünlüğünü ihlal etmesi sebebiyle TCK'nın 86. maddesindeki yaralama suçunu oluşturabilecektir; ki bu durumun en belirgin örneği, maddenin 6529 sayılı Kanunla yapılan yasal değişiklik öncesinde yer verilen tipik hareketlerden olan, ayrımcılık nedeniyle besin, sağlık hizmeti yahut ilaç verilmemesidir[330]. Anılan hallerin, somut olayın özelliğine göre, maddenin güncel halinde tipik hareket olarak düzenlenen kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmanın engellenmesi kapsamında değerlendirilmesi mümkündür.

Örnekler çeşitlendirilebilir olmakla birlikte, kanunda gerçek içtima hükümlerinin uygulanacağına dair ayrı bir hüküm bulunmadığı sürece nefret ve ayrımcılık suçunu oluşturan eylemin ayrıca bir başka suça da vücut verdiği tüm bu hallerde fikri içtima hükümleri gereği fail bu suçlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan hüküm kurularak cezalandırılacaktır[331].

Failin, nefret ve ayrımcılık suçunu işlerken cebir veya tehdit kullanması halinde ise gerçek içtima kuralları uygulanacak, bu durumda fail nefret ve ayrımcılık suçunun yanı sıra ayrıca TCK'nın 106 ve 108. maddeleri gereği cebir ve tehdit hükümleri çerçevesinde cezalandırılacaktır[332].

Nefret ve ayrımcılık suçunu oluşturan hareketin niteliğine göre, TCK'nın 112. maddesinde düzenlenen eğitim ve öğretimin engellenmesi suçunu gündeme gelebilecektir. Bu durumu bir örnek üzerinden ele alalım. Örneğin, Afrika kökenli olan

---

329 Yenidünya, "Ayırımcılık Suçu", s. 113; Artuk/Gökcen/Yenidünya, **Özel Hükümler**, s. 474.

330 Yenidünya, **A.y.** Yenidünya nefret ve ayrımcılık suçunu oluşturan eylem ile mağdurun aynı zamanda vücut bütünlüğü ihlal edilmiş ise bu halde, gerçek içtima kurallarının uygulanacağı ve failin ayrıca kasten yaralama suçundan cezalandırılması gerektiğini ifade etmektedir. Yenidünya, **A.e.**, s. 113.

331 Aynı yönde bkz. Demren-Dönmez, "Ayırımcılık Suçu", s. 51. Nefret ve ayrımcılık suçunun yanı sıra bir başka suçun oluşması halinde bazı suçlar yönünden gerçek içtima kurallarının uygulanacağı yönündeki karşı görüş için bkz. Yenidünya, "Ayırımcılık Suçu", s. 113.

332 Özbek v.d., **Özel Hükümler**, s. 487; Yenidünya, "Ayırımcılık Suçu", s. 113; Artuk/Gökcen/Yenidünya, **Ceza Hukuku: Özel Hükümler**, s. 475; Artuç, **Kişilere Karşı Suçlar**, s. 1270. Aynı yönde bkz. Meran, **Kişilere Karşı Suçlar,** s. 560.

ancak Türkiye'de eğitim gören bir üniversite öğrencisinin renginden kaynaklanan nefret nedeniyle öğrenci yurduna alınmaması, ayrımcılık suçu yönünden öngörülen "kamu hizmetinin engellenmesi" şeklindeki seçimlik hareketi oluşturduğundan 122. madde kapsamındaki ayrımcılık suçuna vücut verecektir. Ancak, söz konusu hareket aynı zamanda 112. maddede öngörülen "hukuka aykırı davranışla öğrencilerin toplu olarak oturdukları binalara veya bunların eklentilerine girilmesine veya orada kalınmasına engel olunması" seçimlik hareketi kapsamında olduğundan 112. maddedeki suçu oluşturacaktır. Böyle bir durumda 112. madde aynı konuya ilişkin özel hüküm niteliğinde olduğundan 112. maddenin uygulanması gerekmektedir[333].

Nefret ve ayrımcılık suçunu oluşturan bir hareketin aynı zamanda özel bir kanunla öngörülen kabahat kapsamında olması haline, bir diğer deyişle suç ve kabahatin içtimaına da değinmek gerekmektedir. Bu hususa ilişkin açıklamalara fiil unsurunda seçimlik hareketlerden "bir kişinin işe alınmasını engellemek" başlığı altında yer verildiğinden burada ilgili yere atıfla yetinilecektir.

İçtima bahsinde son olarak nefret ve ayrımcılık suçunun benzer bazı suçların uygulanmasını gündeme getirip getirmeyeceği hususuna değinmekte yarar vardır. Nefret ve ayrımcılık suçuna ilişkin tipik hareketlerin benzerlik gösterdiği TCK'nın 113. ve 117. maddesindeki suçlar bakımından hangi maddenin uygulama bulacağına ilişkin olarak her bir seçimlik hareketi ayrı ayrı incelediğimiz fiil başlığı altındaki açıklamalarımıza atıfla yetiniyoruz. Ancak içtima bahsine ilişkin olarak, anılan iki madde yönünden uygulanma durumunu yeniden belirtmekte yarar vardır. Nefret ve ayrımcılık suçunun seçimlik hareketlerinden olan olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmanın engellenmesi şeklindeki tipik eylem yönünden, eylemin nefret saikiyle gerçekleştirilmesi halinde oluşacak suç nefret ve ayrımcılık suçu iken, böyle bir saik mevcut olmaksızın eylemin cebir ve tehditle gerçekleştirilmesi halinde TCK'nın 117. maddesinde düzenlenen iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunun oluşması söz konusu

[333] Aynı hareketin TCK'nın hem 112. hem de 122. maddesi kapsamında suç oluşturması halinde fikri içtima kuralları kapsamında TCK'nın 44. maddesinde öngörülen en ağır cezayı gerektiren suçtan cezalandırılmayı öngören hüküm nedeniyle TCK'nın 112. maddesinin uygulanması gerektiği yönünde bkz. Pınar Bulut, "**Türk Ceza Kanunu'nda Ayrımcılık Suçu: (Tck. Md. 122**)", (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012.

olabilecektir[334]. Nefret ve ayrımcılık suçunun bir diğer seçimlik hareketi olan bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasını engellemek hareketi bakımından ise, eylemin nefret saikiyle gerçekleştilmesi halinde nefret ve ayrımcılık suçu, nefret saiki olmaksızın gerçekleştirilmesi halinde ise TCK'nın 113. maddesinde düzenlenen kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi suçunun oluşması söz konusu olabilecektir[335].

3.4.7. Muhakeme ve Yaptırım

Nefret ve ayrımcılık suçu takibi şikayete bağlı olmayıp re'sen kovuşturulan suçlardandır. Bu suça yönelik olarak ayrı bir soruşturma ve kovuşturma usulü öngörülmemiştir. Ancak kamu görevlisinin görev kapsamında ve görevinin yerine getirilmesi sırasında bu suçu işlemesi halinde soruşturma ve kovuşturma 4483 sayılı Kanun hükümlerine göre yapılacaktır[336].

Nefret ve ayrımcılık suçunun, Ceza Muhakemesi Kanunu'na 2020 yılında giren basit yargılama ve seri yargılama usullerine tabi olup olmadığı ele alınacak olursa; TCK'nın 122. maddesi seri muhakeme usulüne tabi suçların sayıldığı CMK'nın 250. maddesinde yer almadığından bu suç seri muhakemeye tabi suçlardan değildir. Basit yargılama usulüne tabi suçlar ise CMK'nın 251. maddesi ile, ilgili suçun kanunda öngörülen cezasının üst sınırı 2 yılın altında olan suçlarla sınırlandığından, nefret ve ayrımcılık suçu basit yargılama usulüne tabi suçlardan da değildir. Buna göre, nefret ve ayrımcılık suçunun yargılaması genel hükümlere göre yapılacaktır.

Nefret ve ayrımcılık suçu kapsamında yargılama yapmakla görevli mahkeme Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun 11. maddesi uyarınca asliye ceza mahkemesidir. 6529 sayılı Kanunla 2014 yılında yapılan değişiklikten önce ise bu suç kapsamında

---

334 Artuç, **Kişilere Karşı Suçlar**, s. 1270. Bu hususa ilişkin olarak bir kişinin işe alınmasını engellemek başlığı altındaki açıklamalarımız için bkz. s. 156 ve dn. 182.

335 Bu hususa ilişkin olarak bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasını engellemek başlığı altındaki açıklamalarımız için bkz. s. 149.

336 Artuç, **Kişilere Karşı Suçlar**, s. 1271; Parlar, **Türk Ceza Kanunu Şerhi,** s. 1447. Bu yönde bir Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 18. CD., 21.02.2017 T., 2016/18866 E., 2017/1856 K.

yargılama yapmakla görevli mahkeme, anılan Kanunun 10. maddesi gereğince sulh ceza mahkemesi idi.

Manevi unsur başlığı altında, saikin hangi durumlarda ceza hukuku bağlamında etki yarattığına dair açıklamalarımıza atıfla, şu hususu belirtmek gerekmektedir. Kural olarak, saik ceza hukukunda suçun oluşması yönünden önem arz etmemekle, TCK'nın 61. maddesi uyarınca temel cezanın belirlenmesi sırasında dikkate alınan bir hususdur. Ancak temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınan hususların suçun unsurunu oluşturduğu hallerde, bunların temel cezanın belirlenmesinde ayrıca göz önünde bulundurulmayacağı yönündeki TCK'nın 61/3 maddesindeki açık hüküm karşısında, TCK'nın 122. maddesindeki nefret ve ayrımcılık suçunda saik suçun unsuru olarak düzenlenmiş olduğundan ayrıca temel cezanın belirlenmesi sırasında dikkate alınmayacaktır[337]. Ancak bu suç bir zarar suçu olmayıp tehlike suçu olduğundan, TCK'nın 61. maddesi uyarınca, temel cezanın belirlenmesinde, meydana gelen tehlikenin yarattığı etki dikkate alınacaktır.

Nefret ve ayrımcılık suçunun yaptırımı bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıdır. 6529 sayılı Kanunla 2014 yılında yapılan değişiklikten önce nefret ve ayrımcılık suçu için altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası öngörülmüştü. Ancak yapılan değişiklikle öngörülen hapis cezasının alt ve üst sınırı ile miktarı artırılmış ve seçimlik olan adli para cezası kaldırılmıştır.

Bu kapsamda, cezanın bireyselleştirilmesi kurumlarından olan, hapis cezasının ertelenmesi söz konusu olabilecektir. Nefret ve ayrımcılık suçu bağlamında sonuç ceza olarak hükmedilen hapis cezasının bir yıl veya daha az olması halinde kısa süreli hapis cezasının TCK'nın 50. maddesi uyarınca seçenek yaptırımlara çevrilmesi imkanı doğacaktır[338]. Bu durumda, diğer yasal koşulların da mevcut olması halinde kısa süreli hapis cezasının TCK'nın 50. maddesinde öngörülen seçenek yaptırımlara çevrilmesi mümkündür. Engelli bir kişiye karşı nefret ve ayrımcılık suçunun işlenmesi ve yargılama sonunda kısa süreli bir hapis cezasına hükmedilmesi halinde, diğer erteleme koşulları da mevcut ise hapis cezasının seçenek yaptırım olarak engellilere yönelik

[337] Aynı yönde bkz. Ersoy, "Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK m. 122)", s. 51-52.
[338] Bkz. TCK m. 49 f. 2.

çalışmalar yürüten bir kurumda belirli süre çalıştırmaya çevrilmesi amaca uygun ve etkin bir seçenek yaptırım olabilecektir[339].

Cezanın bireyselleştirilmesi kurumlarından bir diğeri olan, hapis cezasının ertelenmesi de söz konusu olabilecektir. Buna göre, hükmedilen sonuç cezanın iki yıl veya daha az olması halinde erteleme için kanunda öngörülen diğer koşulların da mevcut olması halinde hapis cezasının ertelenmesi mümkündür[340].

Bunun gibi sonuç cezanın miktarına göre hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanması söz konusu olabilecektir. Bunun için, öncelikle hükmedilen sonuç cezanın iki yıl veya daha az süreli hapis veya adlî para cezası olması gerekmektedir[341]. Bununla birlikte, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinde öngörülen diğer koşulların da mevcut olması gerekmektedir[342].

Etkili ve caydırıcı bir yaptırım tüm suçlar yönünden olduğu gibi nefret ve ayrımcılık suçu yönünden de önemli sonuçlar doğurmaktadır. Cezasızlık olgusu, gerek mağdur ve mağdurun mensubu olduğu grubun diğer üyeleri, gerekse fail üzerinde olumsuz sonuçlar doğurmaktadır. Şöyle ki; mağdurun maruz kaldığı ve nefret ve ayrımcılık teşkil eden eylemlerin yaptırımsız kalması; mağdur, fail ve toplumda, Devletin söz konusu eylemleri tasvip ettiği ve zira hukuk düzeninin söz konusu eylemleri cezalandırmadığı algısını yaratmaktadır. Söz konusu algı, mağdurun ve onun mensubu olduğu grubun diğer üyelerinin kendilerini korunmasız ve tehdit altında hissetmelerine ve korku duymalarına neden olarak tekrar bir mağduriyet yaratmaktadır. Fail yönünden ise, söz konusu algı, aynı eylemin tekrarlanmasında bir sakınca olmadığı, eylemin hukuk düzeni tarafından yaptırıma tabi tutulan türden bir eylem olmadığı ve yapılanın haklılığına dair bir pekiştirmeye neden olmaktadır. Bu durum, toplumda failin düşünce ve davranış kalıbını benimseyenler ile mağdurla aynı durumda hisseden diğer dezavantajlı grup üyeleri ve potansiyel nefret ve ayrımcılık suçu mağdurları arasındaki kutuplaşmayı artırmakta ve toplumsal barışı

[339] Örnek için bkz. Memiş, "Ayrımcılık Suçunun Özürlüler Bakımından Değerlendirilmesi", s. 81.
[340] Bkz. TCK m. 51.
[341] Bkz. CMK m. 231 f. 5.
[342] Bkz. CMK m. 231 f. 6.

bozmaktadır[343]. Toplumsal barış ve kamu düzeninin korunabilmesi için nefret saiki ile işlenen suçlara, bu suçların yol açtığı etkiler ile orantılı yaptırımların kararlılıkla uygulanmasının bir zorunluluk olduğu ifade edilmektedir[344]. Bu nedenle, burada kanunda öngörülen cezanın etkili bir ceza olup olmadığı bağlamında, suç için öngörülen ceza miktarından ziyade etkin şekilde soruşturulup kovuşturulması[345], yargılamanın adilane şekilde yapılması ve sonuçlandırılması, verilen cezanın infazının sağlıklı şekilde yerine getirilmesı hususları dikkatle ele alınmalı ve değerlendirilmelidir.

Son olarak; nefret ve ayrımcılıkla mücadele bağlamında, önleyicilik fonksiyonunu yalnızca cezai yaptırım yoluyla gerçekleştirmeyi beklemenin son derece yetersiz ve eksik bir yaklaşım olacağını belirtmek gerekmektedir. Zira; sosyal, ekonomik, kültürel yönleriye çok katmanlı bir yapı olan toplumun yüzleşmesi gereken nefret ve ayrımcılık olgusu ile mücadelede hukuk, araçlardan yalnızca biri olup diğer alanlar ve araçlarla desteklenmediği sürece tek başına yetersiz kalacaktır[346]. Bu anlamda, ceza kanunlarının caydırıcılık yoluyla önleyicilik anlamındaki işlevini kabul etmekle birlikte, bu tür eylemlerin önlenmesi ve mağdurların korunmasına yönelik uygulama ve çözümler getirilmesi bir ihtiyaçtır. Bu bağlamda, nefret ve ayrımcılığın azaltılması ve ortadan kaldırılması hususunda, toplumdaki ötekileştirmeye yönelik anlayış ve davranış kalıplarını ortadan kaldıracak, farklılıkları kucaklayan, hoşgörü ve karşılıklı anlayış temeline dayalı, toplumsal bağları kuvvetlendiren, bütünleştirici sosyal, politik ve kültürel politikalar uygulanmasının en etkin ve kalıcı çözüm olacağını vurgulamak gerektiği kanaatindeyiz[347].

---

[343] Benzer şekilde bkz. Karadeniz, Nefret Söylemi Kapsamında Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu, s. 5; Sınar, "Türk Hukukunda Nefret Suçlarına İlişkin Yasal Düzenleme Çalışmaları", s. 1272. Ayrıca nefret suçlarının doğrudan mağdur ve mağdurun mensubu olduğu diğer grup üyeleri olan üçüncü kişiler üzerindeki etkileri için bkz. Jacobs/Potter, **Hate Crimes,** s. 103-110.

[344] Sınar, "Türk Hukukunda Nefret Suçlarına İlişkin Yasal Düzenleme Çalışmaları", s. 1272.

[345] Nefret suçlarında etkin soruşturma ve kovuşturmanın önemi hakkında bkz. Arifi, "Effective Prosecution of Hate Crimes", ss. 1-14. Arifi, nefret suçlarında etkin soruşturma/kovuşturmayı bu suçların önlenmesinde bir ön koşul olarak nitelendirmektedir.

[346] Aynı yönde bkz. Türay, "Nefret Söylemi ve İfade Özgürlüğü Arasındaki İlişki", s. 155. Türay, nefret ve ayrımcılıkla mücadelede hukuku cephelerden yalnızca biri olarak nitelendirmektedir.

[347] Benzer şekilde bkz. Demren-Dönmez, "Ayırımcılık Suçu", s. 55; Türay, "Nefret Söylemi ve İfade Özgürlüğü Arasındaki İlişki", s. 155. TCK'nın 122. maddesinin etkin ve uygulanabilir olmadığı yönündeki değerlendirmeler için bkz. Karan, "Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği", s. 170-171.

SONUÇ

Eşitlik ilkesi, kanun önünde eşit olunmasını ve hak ve özgürlüklerden yararlanılmasında tüm bireylerin eşit olduğunu ifade etmektedir. Buradaki eşitlik fiili bir eşitlik olmayıp hukuki bir eşitliktir. Ancak eşitlik her durumda her bireye aynı şekilde muamele edilmesini gerektirmez. Esasen eşitlik, benzer durumda olanlara benzer şekilde muamele edilmesini, farklı durumda olanlara ise farklı mumele edilmesini ifade etmektedir. Aynı durumda olanlara farklı muamele yahut farklı durumda olanlara aynı muamele edilmesi eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

Eşitlik ilkesi şekli eşitlik ve maddi eşitlik olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Şekli eşitlik anlayışı, tüm bireylerin filli olarak da eşit olduğu varsayımından hareket etmektedir. Bu nedenle, şekli eşitlik anlayışı ayrımcılığın yasaklanması ile yetinirken, maddi eşitlik anlayışı eşitliğin sağlanmasının ayrımcılığın yasaklanmasının yanı sıra mevcut fiili eşitsizlikleri giderebilmek adına birtakım ek tedbirler alınarak gerçekleştirebileceği yönünde bir yaklaşımı benimsemektedir. Şekli eşitlik anlayışı, fiili eşitliğin mevcut olduğu kabulünden hareket ederek mevcut eşitsizlikleri görmezden geldiği ve yok saydığından eşitlik ilkesini gerçekleştirmek için yeterli bir yaklaşım ortaya koyamamaktadır. Kanaatimizce, eşitliğin gerçekleştirilmesi ancak, bireylerin fiili olarak eşit olmadığı gözardı edilmeksizin, farklılaşan durum ve ihtiyaçlar gözönüne alınması ile mümkündür.

Eşiklik ilkesini gerçekleştirmenin araçlarından biri olan ayrımcılık yasağı, cinsiyet, dil, din, ırk, cinsel yönelim, yaş, eğitim, meslek, sağlık, sosyo ekonomik koşullar gibi pek çok özellik yönünden birbirinden farklılaşan bireyler arasında, fiili eşitsizliğe rağmen hukuki bir eşitlik sağlanması idealini gerçekleştirmeye yönelik bir genel hukuk ilkesidir. Eşitlik ilkesi ile çoğu zaman birbirinin yerine kullanılmakta ise de birbirinden farklı kavramlardır. Ayrımcılık yasağının, eşitlik ilkesinin gerçekleştirilmesi amacına hizmet eden bir araç ilke olduğu söylenebilecektir. Ayrımcılık yasağı aynı zamanda insan onurunun gereğidir.

Ayrımcılık “kişinin sahip olduğu belirli özellikler yahut bu özelliklere dayalı olarak belirli bir gruba mensubiyetinden kaynaklanan önyargı veya varsayımlar nedeniyle, hak ve özgürlüklerden yararlanılmasına yönelik olarak kişinin eşitliğe

aykırı muameleye tabi tutulması" olarak tanımlanabilecektir. Ayrımcılık bireyin diğer bireylerle ilişkisinde meydana gelebildiği gibi bireyin devletle olan ilişkisinde de meydana gelebilir. Bir diğer deyişle, ayrımcılığın kaynağı birey veya devlet olabilmektedir.

Ayrımcılığın ayrımcılık amacıyla yapılmaması önem arz etmemektedir. Bu nedenle ayrımcılık amacı gütmeyen bazı muamele ve uygulamalar da ayrımcılığı sonuçlayabilmektedir. Mağdurun, ayrımcılığa maruz kalmasına esas teşkil eden ve kendisinde bulunduğu varsayılan özellikleri taşımaması da ayrımcılığın oluşmasını engellemeyecektir. Önemli olan, failin; eylemini, mağdurda bulunduğunu varsaydığı belirli özellikler temelinde nefret saiki ile hareket ederek gerçekleştirmesidir.

Ayrımcılık; doğrudan ayrımcılık, dolaylı ayrımcılık, çoklu temelde ayrımcılık, makul uyumlaştırma yapmamak, taciz, ayrımcılık talimatı ve mağdurlaştırma gibi pek çok farklı şekilde ortaya çıkabilmektedir.

Ayrımcılık nedenleri ayrımcılığa sebep olan özellikler olup ulusal ve uluslararası yasal düzenlemelerde en yaygın şekilde yer verilenler; cinsiyet, ırk, etnik köken, din, mezhep, dil, engellilik, cinsel yönelim temeline dayalı ayrımcılıktır. Ancak ayrımcılık nedenleri bunlarla sınırlı olmayıp, bireyin önyargı veya nefret saikine hedef olan herhangi bir özelliği ayrımcılık nedeni olarak kabul edilebilecektir.

Anayasa'da eşitlik ilkesi hem kanun önüde eşitlik ilkesi hem de ayrımcılık yasağını içeren şekilde düzenlenmiştir. Anayasa'nın 10. maddesinde sayılan ayrımcılık nedenleri sınırlı olarak değil örnekleme yoluyla sayılmıştır. Bunun dışında, ulusal mevzuatta yer alan ve çalışmamızda ele alınan düzenlemeler olan 6701 sayılı İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun 3. maddesi ile Türk Ceza Kanunu'nun 3. maddesindeki eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına ilişkin düzenlemelerde de ayrımcılık nedenleri örnekleme yoluyla sayılmıştır. Bu yönüyle anılan düzenlemeler, ayrımcılık nedenlerini sınırlı olarak değil örnek kabilinden sayan AİHS'in ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddesi ile benzerlik göstermektedir.

Uluslararası mevzuatta da ayrımcılık yasağı pek çok yasal düzenlemeye konu olmuş olup İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

bunların başında gelmektedir. Ayrımcılık yasağı, konusu ayrımcılıkla sınırlandırılmamış olan genel nitelikteki sözleşmelere konu olmasının yanı sıra, ayrımcılığı tek başına konu edinen spesifik sözleşmelere de konu olmuştur. Bu ikincisine örnek olarak, BM Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına Yönelik Sözleşme, BM Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına Yönelik Sözleşme zikredilebilecektir.

Nefret söylemi, AİHM'in içtihatlarında kullandığı ölçütlerden de hareketle, "ötekileştirilen belirli bir gruba yönelik hoşgörüsüzlüğe dayalı nefreti yayan, kışkırtan, teşvik eden veya meşrulaştıran her türlü ifade biçimi" olarak tanımlanabilecektir. Ötekileştirilen grup, din, dil, ırk, cinsiyet, cinsel yönelim, engellilik gibi belirli özellikleri nedeniyle bu söylemlere hedef alınmaktadır.

Nefret söyleminin ifade özgürlüğü kapsamında olup olmadığı hususu doktrinde tartışmalı olmakla birlikte, yaygın olarak kabul gören ve bizim de katıldığımız görüşe göre; nefret söylemi ifade özgürlüğünün kapsamında olmayıp böyle bir korumadan yararlanamayacaktır. AİHM'in, nefret söylemini ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirdiği içtihatları bulunmakla birlikte, Holokost gibi gibi bireysel ölçekte olmayan ve belirli bir ırk, milliyet veya başkaca bir özellik temelindeki kişilerin tamamının hedef alındığı söylemler bakımından ifade özgürlüğünün koruma alanı dışında olduğunu değerlendirdiği içtihatları da bulunmaktadır.

Nefret suçunun pek çok farklı tanımı olmakla birlikte, tarafımızca da benimsenen tanıma göre temel bir suç tipinin nefret veya önyargı saikiyle işlenmiş hali olarak tanımlanmaktadır. Nefret suçunun oluşması için hareketin temel bir suç tipinin kapsamında olması gerekmektedir. Bir diğer deyişle ceza kanunlarında suç olarak düzenlenmemiş bir eylem, önyargı veya nefret saiki ile gerçekleştirilse dahi nefret suçunu oluşturmayacaktır. Eylemin suç olarak düzenlenmiş olması önkoşulu, her ikisi de önyargı veya nefret motivasyonuyla gerçekleştirilen nefret suçları ile nefret söylemini birbirinden ayıran temel noktadır. Nefret söylemi, ilgili kanunlarda açıkça suç olarak düzenlenmedikçe ve başka bir suça da vücut vermedikçe, kural olarak bizatihi suç teşkil etmemektedir. Nefret suçuna konu eylem ise, nefret suçunu

oluşturmasa dahi bundan bağımsız olarak zaten başlı başına suç teşkil eden bir eylemdir.

Nefret suçlarında da, mağdurun hedef alınmasına neden olan, belirli bir gruba mensubiyeti yani taşıdığı belirli özellikler olup bu özellikler her somut olay yönünden değişkenlik gösterebilmektedir. Mağdurun hedef alınmasına esas teşkil eden özelliği taşıyan, grubun diğer üyeleri de kendilerini tehdit altında ve potansiyel hedef olarak hissettiklerinden, nefret suçları yalnızca mağduru değil, mağdurun mensubu olduğu diğer grup üyelerini ve hatta toplumun tümünü etkileyen bir olgudur.

Nefret suçlarında, hedef alınmasını sonuçlayan belirli özellikleri gerçekte taşımasa dahi, failin mağdurda bu özelliklerin bulunduğunu varsayarak eylemini bu özellikler temelinde önyargı veya nefret saiki ile gerçekleştirmesi halinde suç oluşacaktır.

Önyargı veya nefret saiki, suça karakteristiğini veren temel unsur olup, nefret suçlarında suçun unsuru olması nedeniyle, suçun oluşup oluşmadığını belirleyici niteliktedir.

Faili suç işlemeye iten neden olan saikin, iç dünyaya ilişkin doğası ve niteliği itibariyle nefret suçlarının ve ayrımcılığın ispatı güçtür. Uluslararası hukukta benimsenen, ispat yükünün yer değiştirilmesi veya paylaşılması yaklaşımı nefret suçlarının ispatında yaşanan güçlükleri kısmen de olsa hafifletmektedir. Buna göre, nefret suçu ve ayrımcılığın ispatı tamamıyla mağdur üzerinde olmayıp, ayrımcılığa maruz kaldığını ileri süren kişinin, ayrımcılığın gerçekleşmiş olabileceğini düşündürecek yeterli kanıt sunması yeterli kabul edilmekte, bu iddiaya karşılık olarak ayrımcılık yaptığı iddia edilen kişi, ayrımcılık yapmadığını ispat etmekle yükümlü tutulmaktadır.

Türk hukukunda nefret suçlarına ilişkin ayrı bir yasal düzenleme mevcut değildir. Mevzuatta nefret suçu niteliğinde değerlendirilebilecek bir suç tipi olup olmadığı hususu tartışmalı olmakla birlikte, nefret suçu benzeri suç olarak kabul edilen bazı suçlar mevcuttur. 5237 sayılı TCK'nın 115. maddesinde düzenlenen inanç düşünce ve kanaat hürriyetinin kullanılmasının engellenmesi suçu, TCK'nın 125.

maddesinin 3/b bendinde düzenlenen dini, siyasi, sosyal, felsefi inanç, düşünce ve kanaatlerini açıklamasından, değiştirmesinden, yaymaya çalışmasından, mensup olduğu dinin emir ve yasaklarına uygun davranmasından dolayı hakaret, TCK'nın 153. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen ilgili dini inanışı benimseyen toplum kesimini tahkir maksadıyla ibadethanelere ve mezarlıklara zarar verme suçu, TCK'nın 216. maddesinde düzenlenen halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama suçu bunlar arasında yer almaktadır.

Çalışmamıza konu olan nefret ve ayrımcılık suçunu düzenleyen TCK'nın 122. maddesinin nefret suçu kapsamında olup olmadığı tartışmalı olmakla birlikte, tarafımızca benimsenen görüşe göre, anılan madde teknik anlamda bir nefret suçu değildir. Zira maddede sayılan tipik eylemler, ayrımcı önyargı ve nefret saiki ile gerçekleştirilmediği durumda, bu maddeden bağımsız şekilde ayrı bir suça vücut vermemektedir. Anılan eylemlerin suç teşkil etmesi, nefret saiki ile gerçekleştirilmesine bağlıdır.

AİHS ayrımcılık yasağı yönünden ikili bir koruma sistemi getirmekte olup bunlardan ilki AİHS'in ayrımcılık yasağını düzenleyen ve doktrinde sınırlı ayrımcılık yasağı olarak tabir edilen 14. maddesidir. 14. madde, ayrımcılık yasağını Sözleşmede tanınan haklarla sınırlı olarak güvence altına almakta ve bu nedenle sınırlı bir ayrımcılık yasağı öngörmektedir. Bu nedenle 14. maddenin uygulanabilirliği Sözleşme'de tanınan diğer hakların ihlal iddiasının mevcudiyetine bağlıdır. Bu yönüyle 14. madde, esasen tamamlayıcı hak niteliğindedir. Ancak 14. maddenin ihlal edilip edilmediği yönündeki değerlendirme ise, ilgili hakkın ihlal edilip edilmediği hususundaki değerlendirmeden bağımsız olarak yapılmaktadır. İlgili hakkın ihlal iddiasının incelendiği bazı başvurularda, ayrıca ayrımcılık yasağının ihlal edilip edilmediği hususunun incelenmesi gerekli görülmeyebilmektedir. Yahut, ilgili hak ihlal edilmemesine rağmen ayrımcılık yasağının ihlal edildiği tespit edilebilmekte veya bunun tam tersi şekilde ilgili hak yönünden ihlal bulunduğu halde ayrımcılık yasağı yönünden bir ihlal bulunmadığı sonucuna ulaşılabilmektedir.

Sözleşme'ye Ek 12 No'lu Protokol de ayrımcılık yasağına ilişkin olup, burada güvence altına alınan yalnızca Sözleşmede tanınan haklarla sınırlı olmaksızın hukuken

tanınan herhangi bir haktan yararlanma konusunda ayrımcılığa maruz kalmamaktır. Ek 12 No'lu Protokol ile, ayrımcılık yasağının yalnızca Sözleşmede tanınan haklarla sınırlı olan uygulama alanı genişletilerek, hukuken tanınan herhangi bir hakkın kullanılması bağlamında ayrımcılık iddiası AİHM nezdinde ileri sürülebilir hale gelmiştir.

AİHS'in 14. maddesinde, cinsiyet, renk, ırk, din, siyasi veya diğer fikirler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, mülk, doğum şeklindeki ayrımcılık nedenleri sayıldıktan sonra "gibi başkaca herhangi bir nedenle" ayrımcılık yapılmasının yasak olduğu belirtilmiştir. Yani, Sözleşme'nin 14. maddesi ayrımcılık nedenlerini yalnızca örnek kabilinden saymıştır. Madde metninde sayılmayan ayrımcılık nedenleri de, Sözleşme'de tanınan bir hakla birlikte ileri sürüldüğü takdirde, söz konusu maddenin koruması kapsamındadır. Bu kapsamda örneğin; engellilik hali, sağlık durumu ve hastalıklar, sabıka durumu, cinsel yönelim, doğum (nesep) gibi nedenler ayrımcılık iddiasına konu olmaktadır. Herhangi bir ayrımcılık nedeni tek başına ayrımcılığa esas teşkil edebileceği gibi, birden fazla ayrımcılık nedeni temelinde, yani çoklu temelde bir ayrımcılık da söz konusu olabilmektedir.

AİHS'in 14. maddesi ile TCK'nın 122. maddesi, madde metinlerinde sayılan ayrımcılık nedenleri bakımından karşılaştırıldığında; AİHS'in 14. maddesinde örnek kabilinden sayılan ayrımcılık nedenlerinden olan cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi görüş, ırk, milliyet TCK'nın 122. maddesinde de sayıldığı, ancak 14. maddede zikredilen bir ulusal azınlığa mensup olma, mülkiyet, doğum şeklindeki ayrımcılık nedenleri 122. maddede ayrımcılık nedenleri arasında sayılmadığı anlaşılmaktadır.

AİHS bağlamında ayrımcılık nedenleri madde metninde sayılanlarla sınırlı olmadığından, çok çeşitli ayrımcılık nedenleri ayrımcılık iddiasına ve AİHM içtihatlarına konu olabilmektedir. Mahkeme; Devletlere belirli bir ölçüde takdir alanı tanımakla birlikte, ayrımcılık nedenlerinden bazıları yönünden, daha katı bir yaklaşım sergilemekte, bu nedenler söz konusu olduğunda devletlerin takdir alanını daha dar yorumlamakta ve ispat külfetini ağırlaştırmaktadır. Bu minvaldeki ayrımcılık nedenleri, doktrinde şüpheli temeller olarak isimlendirilmektedir. Bu bağlamda, AİHM; cinsiyet, ırk, milliyet, cinsel yönelim, doğum ve engellilik temellerinde

ayrımcılık iddiası olduğu takdirde, devletlerin takdir alanını oldukça sınırlı şekilde yorumlamakta ve bu nedenlere dayalı bir farklı muamelenin ayrımcılık teşkil etmemesi bakımından taraf devletlerce son derece esaslı nedenler ortaya konulmasını beklemektedir.

AİHM, ayrımcılık yasağının ihlal edilip edilmediğini incelerken, farklı bir muamele bulunup bulunmadığını, farklı muamele mevcutsa buna esas teşkil eden objektif ve makul bir neden bulunup bulunmadığı, başvurulan araç ve izlenen amaç arasında orantılılık bulunup bulunmadığını irdelemektedir. AİHM'in içtihatlarında benimsediği ölçütlere göre, farklı muamelenin 14. madde bağlamında ayrımcı nitelikte olduğunun söylenebilmesi için, meşru bir amacın bulunmaması veya gerçekleştirilmek istenen hedef ve kullanılan araçlar arasında orantısallık bulunmaması gerekmektedir. AİHM, içtihatlarında sıklıkla, her farklı muamelenin ayrımcılık teşkil etmeyeceğini vurgulamaktadır. Hatta, durum ve koşulların önemli ölçüde farklılaştığı kişiler yönünden farklı muamelenin gerekli olduğu ve aksinin ayrımcılığı sonuçlayacağı ifade edilmektedir.

Çalışmamızda incelediğimiz nefret ve ayrımcılık suçu, 765 sayılı TCK'da düzenlenmemiş olup ilk kez 5237 sayılı TCK ile Türk Ceza Hukukunda yer edinmiştir. Söz konusu suç, TCK'nın 122. maddesinde düzenlenmiştir. Madde metninde, gerek kanunlaşmadan önce gerekse kanunlaştıktan sonra pek çok kez değişikliğe gidilmiştir. Ancak maddenin mevcut hali itibariyle, ayrımcılık nedeni olan özellikler sınırlı olarak sayılmış olup bunlar "dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep"ten ibarettir.

Maddenin önceki halinde ayrımcılık nedenleri sayıldıktan sonra kullanılan "ve benzeri sebepler" ifadesi kanunilik ilkesine aykırı bulunmuş ve doktrinde eleştirilmiştir. Ceza hukukunda hakim olan ilkelerden olan kanunilik ilkesi ile bağdaşmayan açık uçlu düzenlemenin kaldırılması kanaatimizce isabetli olmuştur. Ancak maddede sayılan ayrımcılık nedenlerinin belirli süreçlerle kanun koyucu tarafından gözden geçirilerek günün koşullarına göre yaygın şekilde ayrımcılığa konu olan ve koruma getirilmesine ihtiyaç duyulan özelliklerin madde metnine eklenmesi gerekmektedir. Mevcut durumda; etnik köken, servet, cinsel yönelim veya cinsiyet

kimliği, hamilelik ve yaşam biçimi özelliklerinin ayrımcılık nedeni olarak madde metnine dahil edilmesi kanaatimizce isabetli olacaktır.

Nefret ve ayrımcılık suçuyla koruma altına alınan hukuki değer birden fazladır. Bu kapsamda; kişilerin temel hak ve özgürlükleri, madde gerekçesinde de belirtildiği gibi güvence altına alınan hukuki değerlerdendir. Bunun yanı sıra; ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesi, insan onuru, kamu barışı korunan diğer hukuki değerlerdir.

Nefret ve ayrımcılık suçunun maddi konusu maddede sayılan dört seçimlik hareketin her biri açısından farklı olup buna göre, bir kişiye kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya kiraya verilmesini engellemek şeklindeki seçimlik hareket bakımından suçun konusu, kamuya arz edilmiş bir taşınır veya taşınmaz maldır. Maddede öngörülen bir diğer seçimlik hareket olan, bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasını engellemek şeklindeki tipik hareket yönünden ise suçun konusu kamuya arz edilmiş ve yararlanılacak bir hizmettir. Bir diğer seçimlik hareket; bir kişinin işe alınmasını engellemek olduğundan bu hareket bakımından suçun konusu ise alım yapılacak söz konusu işin kendisidir. Maddede öngörülen son seçimlik hareket; bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engellemek olup suçun bu seçimlik hareketle işlenmesi halinde ise suçun konusu olağan bir ekonomik etkinlik olacaktır.

Nefret ve ayrımcılık suçu fiil yönünden yapılacak tasnife göre bir sırf hareket suçudur. Kanunda öngörülen tipik hareketlerin gerçekleştirilmesi suçun oluşması için yeterli olup bir neticenin gerçekleşmesi aranmamaktadır. Bir zarar neticesinin gerçekleşmesi aranmadığından aynı zamanda bu suç bir tehlike suçudur. Ayrıca suçun oluşması için madde metninde sayılan seçimlik hareketlerden birinin gerçekleştirilmesi arandığından bu suç bağlı hareketli bir suçtur.

Nefret ve ayrımcılık suçunun faili bakımından kanunda belirli bir özellik aranmadığından herkes bu suçun faili olabilecektir. Ancak 5237 sayılı TCK'da tüzel kişilerin suçun faili olamayacağı anlayışı benimsendiğinden tüzel kişilerin nefret ve ayrımcılık suçunun faili olması mümkün değildir. Suçtan yarar sağlayan tüzel kişiler hakkında TCK'nın 20. maddesi uyarınca güvenlik tedbirleri uygulanabileceği öngörülmüşse de, bunun için ilgili maddede ayrıca ve açıkça tüzel kişilere yönelik

güvenlik tedbirlerinin düzenlenmesi gerekmektedir. Oysaki 122. maddede buna ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Tüzel kişilerin hukuki işlem ve sözleşmelerin öne çıkan aktörlerinden olduğu gözönünde bulundurulduğunda maddedeki hareketlerin tüzel kişilerle bağlantılı olarak gerçekleştirilmesinin kuvvetle muhtemel olduğu değerlendirilmektedir. Bu nedenle, 122. maddeye tüzel kişiler hakkında uygulanacak güvenlik tedbirlerine ilişkin hüküm eklenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Kanunda sınırlı olarak sayılan özellikleri taşıyan veya taşıdığı varsayılan herhangi bir kişi nefret ve ayrımcılık suçunun mağduru olabilecektir. Türk Ceza Hukukunda benimsenen anlayış gereği tüzel kişiler bu suçun mağduru olamayacak, ancak suçtan zarar gören olabilecektir.

Nefret ve ayrımcılık suçunun manevi unsuru kasttır. Suçun özel kastla mı genel kastla mı işleneceği hususu doktrinde tartışmalıdır. Ancak, madde metninde, tipik hareketlerin dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle gerçekleştirilmesi aranmaktadır. Doktrinde ağırlıklı olarak kabul gören ve bizim de katıldığımız görüşe göre; nefret ve ayrımcılık suçu ancak maddede sayılan özellikler temeline dayalı nefret saiki ile işlenebileceğinden suçun oluşması için genel kast yeterli olmayıp bu suçun unsurlarından olan saikin varlığı da aranacaktır.

Failin saiki, ceza hukuku bağlamında kural olarak suçun oluşmasını etkilememektedir. Ancak suçun unsuru olarak düzenlendiği durumlarda saik, suçun oluşması bakımından belirleyici nitelik kazanmaktadır. Nefret ve ayrımcılık suçunun unsuru olarak düzenlendiğinden, TCK'nın 122. maddesi bağlamında saik, suçun oluşup oluşmadığı noktasında önem arz etmektedir. Bununla bağlantılı olarak, maddede sayılan özelliklerin mağdurda olmadığı ancak failin söz konusu özelliklerin mağdurda bulunduğu varsayımıyla, bu özellikler temelinde nefret saikiyle tipik hareketleri gerçekleştirdiği durumda, failin saikte hatası suçun oluşmasını engellemeyecektir. 122. maddede sayılan dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep ayrımcılık nedenleri, saik kapsamında olduğu ve saikte hata kastı ortadan kaldırmadığından nefret ve ayrımcılık suçu oluşacaktır.

Saik failin iç dünyasına ilişkin bir olgu olduğundan ve tespiti dışa yansıdığı oranda mümkün olduğundan nefret ve ayrımcılık suçunun ispatında güçlüklerle karşılaşılmaktadır. Nefret ve ayrımcılık vakalarındaki ispat güçlüğü nedeniyle uluslararası hukukta ispat yükünün yer değiştirilmesi veya paylaşılması anlayışının ceza hukuku bakımından uygulanması mümkün değildir, zira söz konusu ispat yükünü tersine çeviren söz konusu anlayış ceza hukukunda hakim olan masumiyet karinesi ile bağdaşmamaktadır.

Kanaatimizce nefret ve ayrımcılık suçu bakımından söz konusu olabilecek hukuka uygunluk nedenleri, hakkın kullanılması ve kanun hükmünün yerine getirilmesidir. Hukuken tanınan bir hak olarak sözleşme özgürlüğünden yararlanılması, hakkın kullanılması niteliğinde olup eylemin hukuka aykırılığını ortadan kaldırabilecektir. Ancak hakkın sınırının aşılması halinde, eylem sözleşme özgürlüğü kapsamı dışında kalacak, çalışmamızın konusunu teşkil eden nefret ve ayrımcılık suçu kapsamında bir eylem haline gelecektir. Bu nedenle somut olayın özelliklerine göre, eylemin hakkın kullanılması olan sözleşme özgürlüğü kapsamında mı yoksa hakkın sınırının aşılması ile nefret ve ayrımcılık suçunun kapsamında mı olduğunun tespiti gerekmektedir. Sözleşme özgürlüğü irade özgürlüğü kapsamında tanınan haklardan biri olmakla birlikte belirli sınırlamalara tabidir. Bu kapsamda, sözleşme özgürlüğü kanunun getirdiği sınırlar çerçevesinde kullanılmalıdır. Kanun koyucu, emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, dürüstlük kuralına ve ahlaka aykırılık sözleşme özgürlüğünün sınırını oluşturmakta, bu sınırı aşan ntelikteki durum ve koşullar sözleşme adaletinin sağlanması amacıyla sözleşmelere müdahale gereğini doğurmaktadır.

Sözleşmenin yapılmamasının nefret saikine dayandığı hallerde, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı gibi emredici hukuk kurallarına aykırılık nedeniyle sözleşme özgürlüğü sınırının aşıldığı ve hakkın kötüye kullanımı teşkil eden bir hal söz konusu olacağından sözleşme özgürlüğü nefret ve ayrımcılık suçu bağlamında hakkın kullanılması kapsamında değerlendirilemeyecektir. Bu bağlamda, çalışmamızın konusu olan TCK'nın 122. maddesi, sözleşme özgürlüğünün izah edilen nedenlere dayalı olarak kanunla sınırlandığı bir hal olarak nitelendirilebilecektir.

Nefret ve ayrımcılık suçu için öngörülen bir nitelikli hal mevcut değildir. Ancak kanaatimizce, bu suçun kamu görevlisi tarafından işlenmesi, birden fazla kişi tarafından işlenmesi ve somut bir tehlike veya zarar doğması halleri nitelikli hal olarak düzenlenebilecek hallerdendir.

Kusurluluk bahsi yönünden nefret ve ayrımcılık suçu bir özellik göstermemekte olup, cebir, tehdit, korkutma, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı gibi kusurluluğu etkileyen genel sebepler bu suç yönünden de uygulama bulacaktır.

Nefret ve ayrımcılık suçu, gerçekleşen seçimlik harekete göre ihmali veya icrai şekilde işlenebildiğinden, bu suça teşebbüs icrai hareketlerin bölünebildiği hallerde mümkün olacaktır. Her ne kadar sırf hareket suçlarına teşebbüs kural olarak mümkün değilse de, icrai hareketlerin bönülebildiği ölçüde teşebbüsün mümkün olduğu kabul edilmektedir. Suçun ihmali hareketle işlenmesi halinde ise, teşebbüs mümkün olmayacaktır.

Nefret ve ayrımcılık suçunda iştirak yönünden özellik arz eden bir durum mevcut olmayıp, bu suça iştirakin her türlüsü mümkündür. Ancak maddede öngörülen tüm seçimlik hareketler yönünden ortak olan fiil engellemek olduğundan, fiilin doğası ve niteliği gereği iştirak açısından önem arz eden bir durum söz konusudur. Engellemek bizzat kişinin kendisi tarafından, icrai hareketin yapılmaması suretiyle ihmali şekilde gerçekleşebileceği gibi, başkası tarafından yapılacak eylemi engellemek şeklindeki icrai hareketle de gerçekleşebilir. Bu ikincisindeki hareket, bir başka suç için azmettiren sıfatıyla suça iştiraki oluşturacak iken, bu suç bakımından asli faillik niteliğinde olacaktır.

Nefret ve ayrımcılık suçunun tek bir fiille birden fazla kişiye karşı gerçekleştirilmesi halinde zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır. Nefret ve ayrımcılık suçunu oluşturan tipik hareketlerin aynı zamanda başka bir suça vücut verdiği durumlarda fikri içtima kuralları gereği fail bu suçlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan cezalandırılacaktır. Ancak nefret ve ayrımcılık suçunu oluşturan tipik hareketlerden başka hareketlerle kanunun başka hükümlerine de aykırı davranılıyorsa gerçek içtima kuralları gereği fail her bir suçtan ayrı ayrı cezalandırılacaktır.

Nefret ve ayrımcılık suçu re'sen kovuşturulan suçlardan olup takibi şikayete bağlı değildir. Bu suç, seri muhakeme veya basit yargılama usulüne tabi suçlardan olmadığından yargılama genel hükümlere göre yürütülecektir. Yargılamayı yapmakla görevli mahkeme asliye ceza mahkemesidir.

Saik, nefret ve ayrımcılık suçunun bizzat unsurlarından olduğundan temel cezanın belirlenmesi sırasında ayrıca dikkate alınmayacaktır. Nefret ve ayrımcılık suçunun yaptırımı bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıdır. Suçun kanunda öngörülen cezasının alt ve üst sınırı itibariyle, sonuç cezanın miktarına göre hapis cezasının kısa süreli olması halinde seçenek yaptırımlara çevrilmesi, 2 yılın altında olması halinde ise, hapis cezasının ertelenmesi ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumlarının uygulanması gündeme gelebilecektir.

Nefret ve ayrımcılık suçuna ilişkin yasal düzenleme nefret ve ayrımcılıkla mücadele bağlamında gerekli olmakla birlikte, maddenin uygulanabilirliğini sağlamak ve getiriliş amacını gerçekleştirmek, nefret ve ayrımcılıkla mücadelenin etkin hale getirilmesi bakımından bazı çalışma ve yasal değişikliklerin yapılmasında yarar olduğu kanaatindeyiz. Bu bağlamda; toplumda, madde metninde sayılanlar dışındaki özellikleri nedeniyle ayrımcılık mağduru olan çok fazla dezavantajlı, kırılgan yahut azınlık grup bulunması sebebiyle öncelikle hangi dezavantajlı grupların, hangi özellikleri temelinde nefret ve ayrımcılığın mağduru olduğunun tespitine yönelik veri toplanması gerekmektedir. Buna göre, madde metninde sayılmayan ve nefret ve ayrımcılığa esas teşkil eden özelliklerin madde metnine eklenmesi gerekmektedir. Bu kapsamda toplumsal yaşamda sıklıkla karşılaşılmasına rağmen madde metninde yer almayan etnik köken, cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği, gebelik, sendika üyeliğine de madde metninde sayılan özellikler arasında yer verilmelidir. Günümüz koşullarında pandemi boyutuna varanlar da dahil türeyen pek çok salgın hastalık olduğu da gözetildiğinde, bulaşıcı hastalıkları da kapsayan şekilde sağlık durumunun da madde metnine eklenmesinde yarar olduğu kanaatindeyiz. Bunların dışında AİHS 14. madde ve AİHS'e Ek 12 No'lu Protokol'de düzenlenen ayrımcılık yasağına ilişkin düzenlemelerle uyumlu şekilde, doğum (nesep bağı) ve servet özellikleri de madde metnine eklenmelidir. Ayrıca, madde metninde din olarak ifade edilen özellik yalnızca dini inanışı kapsadığı izlenimi verdiğinden, dini inanç veya inançsızlık olarak ifade

edilmesinin isabetli olacağı kanaatindeyiz. Bunların yanı sıra, zamanla toplumda hakim olan düşünce ve davranış kalıplarının değişmesi ile başkaca dezavantajlı ve kırılgan grupların ortaya çıkması muhtemel olduğundan, toplumsal yaşamda karşılaşılan ayrımcılık nedenlerinin, ulusal ve uluslararası içtihatlar da gözetilerek süreç içerisinde madde metnine dahil edilmesi ile maddenin toplumsal değişim ve güncel duruma uyum sağlayacak şekilde güncellenmesi gerekmektedir.

Maddenin uygulanabilirliğinin sağlanması bakımından önemle vurgulamaya değer gördüğümüz bir diğer eleştirimiz, maddenin saik bakımından düşmanlık modeli benimsenerek oluşturulmuş olmasıdır. Ayrımcılığın yalnızca nefrete dayalı olarak gerçekleştirilmediği, daha ziyade önyargıdan kaynaklandığı, suçun oluşması için nefret saikinin aranmasının pek çok ayrımcılık vakasını kapsamı dışında bıraktığı gibi ispatı da oldukça güçleştirdiği gözetildiğinde, bu suç bakımından ayrımcı seçim saik modelinin benimsenmesinin bir zorunluluk olduğu kanaatindeyiz. Ayrımcı seçim saiki benimsendiği takdirde failin tipik hareketleri nefret saiki ile gerçekleştirmesi aranmayacak, belirli özelliklere dayalı önyargının varlığı suçun oluşması bakımından yeterli olacaktır.

Maddenin iyileştirilmesine yönelik bir diğer önerimiz, madde metninde yer verilen kamuya arz edilme, olağan ekonomik etkinlik, engellemek gibi muğlak kalan kavramların madde metninde açıklanması yoluyla belirsizliğin giderilmesidir. Bu durum, kanunilik ilkesinin gereklerinin yerine getirilmesi, kanun koyucunun amacının açık ve net şekilde ortaya konulması ile yorum ve uygulama farklılıklarının bertaraf edilmesi bakımından önem arz etmektedir.

Maddenin mevcut hali itibariyle tartışmaya açık ve yorum farklılıkları doğuran bir diğer husus, mağdurda bulunduğu varsayılan özelliklerin esasen mevcut olmaması halinde oluşacak hukuki durumdur. Kanaatimizce; bahse konu durumda haksızlık içeriği itibariyle bir farklılık bulunmadığı ve bu tür bir hata suçun oluşmasına etki etmeyeceğinden, suçun bu durumda da oluşacağının kabulü ile, maddenin lafzında bu durumu açık ve net şekilde ifade etmek adına, mağdurda bulunan veya bulunduğu varsayılan özellikler şeklinde bir düzenleme yapılması isabetli olacaktır.

Maddenin kanaatimizce problematik olan bir diğer yönü, madde lafzında engellemek kelimesi tercih edildiğinden, maddenin suçun konusunu teşkil eden hukuki işlemlerin taraflarını değil de üçüncü kişileri fail olarak kabul eden ve yaptırıma tabi tutan bir hüküm izlenimi yaratmasıdır. Madde gerekçesi ve korunan hukuksal yararlar gözönünde bulundurulduğunda maddenin getiriliş amacının bu olmadığı değerlendirilmekte ise de, amaca uygun yorum yoluyla ulaşılan bu sonuca doğrudan lafzi yorumla ulaşılmasında yarar olduğundan, engellemenin yanı sıra "yapmamak, yapmayı reddetmek, kaçınmak" ifadelerinin de madde metnine eklenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bir diğer husus, maddenin iş ilişkisinin yalnızca kurulması aşamasını kapsamına alması nedeniyle iş ilişkileri ve çalışma hakkı bağlamında sağladığı korumanın iyileştirilmesi gereğidir. Madde metninin, İş Kanunu'nun eşitlik ilkesine ilişkin 5. maddesinde çizilen çerçeve doğrultusunda, iş sözleşmesinin yapılması, şartlarının oluşturulması, uygulanması ve sona ermesini kapsayan şekilde düzenlenmesinin isabetli olacağı değerlendirilmektedir.

Maddenin nitelikli hali olarak düzenlenebilecek haller bağlamında önerimiz ise, suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesi halidir. Bunun gibi, kamu görevlilerinin bu suçu işlemesi halinin cezayı ağırlaştıran nitelikli hal olarak düzenlenmesidir. Ancak bu durumda, görevi kötüye kullanma suçu ile oluşacak normlar çatışmasını önlemek bakımından, bu düzenlemenin, kamu görevlisinin herhangi bir suretle görevini kötüye kullanmasının TCK'nın 122. maddesinde sayılan özellikler temelinde nefrete dayalı olarak gerçekleştirilmesi halinde TCK'nın 122. maddesinin kamu görevlisinin bu suçu işlemesi halinde uygulanacak nitelikli halini düzenleyecek fıkraya göndermede bulunmak suretiyle yapılmasının isabetli olacağı değerlendirilmektedir.

Ayrımcılık ve nefret suçlarıyla mücadelede, hukuk etkili araçlardan biri olmakla birlikte tek başına yeterli olmayıp, bireyleri toplumsal hayatın bir parçası olarak farklılıklarıyla kabul ve hoşgörü anlayışına dayalı, bütünleştirici, sosyal ve kültürel politikalarla desteklenmesi gerekmektedir.

Nefret ve ayrımcılık suçunun etkin şekilde soruşturulması ve kovuşturulması önem arz etmektedir. Bunun yerine getirilmediği durumlarda, mağdur ve mağdurun yanı sıra onunla ortak özellikleri hasebiyle aynı gruba menbup olan diğer grup üyeleri

de kendilerini tehdit altında hissedecekler ve ayrıca korunmaya değer olmadıklarını düşüneceklerdir. Kendilerine yönelik ayrımcı önyargı veya nefrete dayalı eylemlerin yaptırımsız kaldığını gören mağdurların devlet kurumlarına ve adalete olan güveni sarsılacaktır. Bu durum devam eden mağduriyetler ile mağdurlaştırmaya yol açacaktır. Öte yandan suça konu eylemi gerçekleştiren fail yönünden ise yaptırım gerektiren eyleminin cezasız kalması, yapılan eylemin haksızlığını görmezden gelen ve yok sayan bir pekiştirici mesaj vermektedir. Bu şekilde toplum içerisindeki kutuplaşmanın artması ve toplumsal barış ve huzurun bozulmasına yol açabilecektir.

Ayrımcılık ve nefret suçlarıyla mücadele konusunda ceza hukukuna ilişkin düzenlemeler gerekli olmakla birlikte bunların tek başına yeterli olduğunu söylemek mümkün değildir. Ayrıca, hukukun yanı sıra, kültürel ve sosyal politikalar yoluyla bireysel ve toplumsal farkındalık oluşturulmalı ve ayrımcılık karşıtı uygulamalarla toplumsal hayata yerleştirilmelidir.

KAYNAKÇA

Ağırbaşlı, Şennur: **Sınırlı Ayrımcılık Yasağından Genel Eşitlik İlkesine,** Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009.

Alacakaptan, Uğur: **Suçun Unsurları**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1975.

Aliefendioğlu, Yılmaz: "Eşitlik İlkesi", **Prof. Dr. İlhan Akın'a Armağan**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1999, ss. 77-96.

Altun, Muammer: "Ayrımcılık Suçu", (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010.

Arifi, Besa: "Effective Prosecution of Hate Crimes as a Precondition for Their Prevention", **Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi**, C: VI, S:1, 2018, ss. 1-14. ("Effective Prosecution of Hate Crimes")

Aristoteles: **Nikomakhos'a Etik**, Çev. Saffet Babür, 10. bs., Ankara, Bilgesu Yayıncılık, 2020.

Aristoteles: **Politika,** Çev. Mete Tunçay, 24. bs., İstanbul, Remzi Yayınevi, 2014.

Arnardóttir, Oddný Mjöll **Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights**, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 2003. **("Equality and Non-Discrimination under the ECHR")**

Arslan, Yekbun Geylani: "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Bağlamında Ayrımcılık Yasağı", (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006.

Artuç, Mustafa: **Kişilere Karşı Suçlar**, 2. bs., Ankara, Adalet Yayınları, 2018.

Artuk, Mehmet Emin; Ahmet Gökcen; Caner Yenidünya: **Ceza Hukuku: Özel Hükümler**, Ankara, Adalet Yayınları, 15. bs., 2015.

Artuk, Mehmet Emin; Ahmet Gökcen; Ahmet Caner Yenidünya: **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, 3 c., 2. bs., Ankara, Adalet Yayınları, C:III, 2014.

Ataman, Hakan: **Ayrımcılığa Karşı Bir Adım At,** Ankara, İnsan Hakları Gündemi Derneği, 2011.

Ataman, Hakan: "Nefret Suçlarını Farklı Yaklaşımlar Çerçevesinden Ele Almak: Etik, Sosyo-Politik ve Bir İnsan Hakları Problemi Olarak Nefret Suçları", **Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları**, Der. Yasemin İnceoğlu, İstanbul 2012, ss. 47-81. (" Nefret Suçları")

Augoustinos, Martha; Katherine Jane Reynolds: "Prejudice, Racism and Social Psychology", **Understanding Prejudice, Racism and Social Conflict**, Ed.: Martha Augoustinos, Katherine Jane Reynolds, London, Sage, 2001, ss. 1-23.

Aydos, Sibel Serpil; Oğuz Sadık Aydos: "Yeni Medyada Nefret Söylemi ve Nefret Söyleminden Doğan Hukuki Sorumluluk", **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:XXIII, S:2, 2019, ss. 3-35.

Aytekin-İnceoğlu, Asuman: "Nefret Suçu Kavramı ve Türk Ceza Mevzuatı Açısından Değerlendirilmesi", **Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları**, Der. Yasemin İnceoğlu, İstanbul, Ayrıntı Yayınları, 2012, ss. 103-120. ("Nefret Suçu Kavramı")

Aytekin-İnceoğlu, Asuman: "Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesinde Düzenlenen Nefret ve Ayırımcılık Suçunun Nefret Suçu Kavramı Çerçevesinde Değerlendirilmesi", **Legal Hukuk Dergisi**, C:XIII, S:150, 2015, ss. 37-66. ("Türk Ceza Kanununun 122. Maddesinde Düzenlenen Nefret ve Ayırımcılık Suçu")

Ayrancı, Hasan: "Sözleşme Kurma Zorunluluğu", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:LIII, S:3, 2003.

Baider, Fabienn H.; Stavros Assimakopoulos/ Sharon Millar: "Online Hate Speech in the European Union: A Discourse-Analytic Perspective", **Hate Speech In The EU And The C.O.N.T.A.C.T Project**, Ed. Stavros Assimakopoulos, Fabienne H. Baider, Sharon Millar, Springer, 2017, ss. 1-15.

Basu, Biplap: "Nefret Suçunun Önlenmesinde Sivil Toplumun Rolü", Çev. Yasemin Koç, **Nefret Suçlarıyla Mücadele Konferansları – Konuşma Metinleri,** Ankara, 2010, ss. 37-42.

Bayraktar, Köksal: "Nefret ve Ayırımcılık Suçu", **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:XIII, S:1, 2016, ss. 55-81.

Baytaz, Abdullah Batuhan: **Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum,** İstanbul, Oniki Levha Yayınları, 2018.

Baytaz, Abdullah Batuhan: "Onarıcı Adalet'e Genel Bir Bakış", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C:LXXI, S:1, 2013, ss. 117-129.

Benier, Kathryn: "The Harms of Hate: Comparing The Neighbouring Practices And Interactions Of Hate Crime Victims, Non-Hate Crime Victims And Non-Victims", **International Review of Victimology**, C:XXIII, S:2, 2017, ss. 179-201. ("The Harms of Hate")

Bulut, İlhan: **Nefret Suçları**, Ankara, Adalet Yayınları, 2014.

Bulut, Nihat: "Eski Yunan'dan Aydınlanma Çağı'na İnsan Onuru Kavramının Gelişimine Bir Bakış", **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:XII, S:3-4, 2008, ss. 1-12.

Bulut, Pınar: "Türk Ceza Kanunu'nda Ayrımcılık Suçu: (Tck. Md. 122)", (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012. ("**Türk Ceza Kanunu'nda Ayrımcılık Suçu")**

Centel, Nur; Hamide Zafer; Özlem Çakmut: **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 10. bs., Ankara, Beta Yayınları, 2017.

Chemerinsky, Erwin: "In Defense of Equality: A Reply to Professor Westen", **Michigan Law Review,** C:LXXXI, S:3, 1983, ss. 575-599.

Civan, Orhan Ersun; Eylem Baş: "Sendika Üyeliği ve Sendikal Faaliyet Nedeniyle Ayrımcılık", **5. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali: "Ayrımcılık" Tebliğler**, Ed.: Adem Sözüer, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, 2017, ss. 136-183.

Craig, M. Kellina: "Examining Hate-Motivated Aggression: A Review Of The Social Psychological Literature On Hate Crimes As A Distinct Form Of Aggression", **Aggression and Violent Behavior**, C:VII, S:1, 2002, ss. 85-101. ("Examining Hate-Motivated Aggression")

Çağlar, Selda: "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitliğin Dar Yorumu", **Ankara Barosu Dergisi**, C:70, S:3, 2012, ss. 41-86.

Çetinkaya, Muhammed Buhari: "Türk Hukukunda Ayrımcılık Suçu: TCK 122. Madde", (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012.

Çetintürk, Ekrem: **Onarıcı Adalet ve Ceza Adalet Sisteminde Uzlaştırma,** Ankara, Adalet Yayınları, 2017.

Değirmenci, Olgun: "Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma", **TBB Dergisi**, S:110, 2014, ss. 129-188.

Demirbaş, Timur: "Nefret Söylemi ve Nefret Suçları", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:XIX, S:3, 2017, ss. 2693-2701.

Demirsatan, Barış: **Türk Borçlar Hukukunda Sözleşme Yapma Zorunluluğu**, İstanbul, Filiz Yayınları, 2022.

Demren-Dönmez, Burcu: "Ayırımcılık Suçu", **TBB Dergisi**, S:102, 2012, ss. 9-58.

Donay, Süheyl; Mahmut Kaşıkçı: **Türk Ceza Kanunu: En Son Değişikliklerle Açıklamalı Ve Karşılaştırmalı**, İstanbul, Beta Yayınları, 2005. **("Türk Ceza Kanunu")**

Dönmezer, Sulhi; Sahir Erman: **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku: Genel Kısım**, 12. bs., İstanbul, C:II, 1999.

Dönmezer, Sulhi: **Toplumbilim**, 12. bs., İstanbul, Beta Yayınları, 1999.

Dülger, Murat; Volkan Onur Özkan; Merve Bakdur: "Ceza Hukukunda Hata ve Hataya Bağlanan Sonuçlar", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, C:XII, S:45, 2021, ss. 227-264.

Edward, Sir David: "Non-Discrimination as a Legal Concept", **Non- Discrimination in European Private Law**, Ed. Reiner Schulze, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011, ss. 3-7.

Ekmekçi, Dilek: "Türk ve Fransız Ceza Kanunlarında Ayrımcılık Suçu", **Legal Hukuk Dergisi**, C:XI, S:129, 2013, ss. 17-41.

Erman, Hasan: "Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası** , C:XXXVIII, S:1-4 , 1973, ss. 601-620.

Erman, Barış: "Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi", (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006.

Ersoy, Uğur: "Çağımızın Pandemisi: Nefret Suçları, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, C:IX, S:35, 2018, ss. 111-174.

Ersoy, Uğur: "Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK m. 122)", **Ceza Hukuku Dergisi**, C:XII, S:34, 2017, ss. 7-56.

Esen, B. N.: "Akit Yapmamak Hakkı", **İzmir Barosu Dergisi**, C:III, S: 4-8, 1937.

Fredman, Sandra: **Discrimination Law**, Oxford, Oxford University Press.

Gökcen, Ahmet: "Hürriyete Karşı Suçlar: 5237 sayılı TCK. m. 106-122", **Makaleler ve Seminer Notları**, Ankara, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, 2005.

Gören, Zafer: "Genel Eşitlik İlkesi", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi,** C:XXII, S:3, 2016, ss. 3279-3301.

Grabenwarter, Christoph: **European Convention on Human Rights: Commentary,** CH Beck, Hart, Nomos Helbing Lichtenhahn Verlag, 2014.

Gül, İdil Işıl: "Ayrımcılık Yasağına İlişkin Bazı Sorunlar", **Uğur Alacakaptan'a Armağan**, Der. Mehmet Murat İnceoğlu, C:II, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008, ss. 339-357.

Gül, İdil Işıl: "Fiziksel Engellilerin Uluslararası Hukukta Korunması ve Uluslararası Standartların İç Hukuka Yansıması", Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, 2006.

Gül, İdil Işıl: "Hukukta Ayrımcılık Yasağı", **Ayrımcılık: Çok Boyutlu Yaklaşımlar**, Der. Kenan Çayır, Müge Ayan Ceyhan, 2. bs., İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2013, ss. 117-133.

Gül, İdil Işıl; Ulaş Karan: **Ayrımcılık Yasağı Eğitim Rehberi**, Ed.: Gökçeçiçek Ayata, Burcu Yeşiladalı, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2011.

Gül, İdil Işıl; Ulaş Karan; **Ayrımcılık Yasağı: Kavram, Hukuk, İzleme ve Belgeleme**, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2011.

Gülener, Serdar: "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. Maddesi Kapsamında Ayrımcılık Yasağı", **Bireysel Başvuru İncelemeleri 1**, Ed.: Musa Sağlam; Serdar Gülener; Recep Kaplan Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2013, ss. 201-231.

Gülmez, Mesut: "İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi", **Çalışma ve Toplum Dergisi**, C:II, S:25, 2010, ss. 217-266.

Gülmez, Mesut: **İnsan Hakları ve Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılığın Kaldırılması ve Türkiye**, Ankara, Belediye-İş Sendikası Yayınları, 2009. **("Ayrımcılığın Kaldırılması")**

Güven, Kudret: Cinsel Kimlik Üzerinde Hak Kavramı ve Korunması: Transseksüellik ve İnterseksüellik", **Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:I, S:1, 2015, ss. 133-176. ("Cinsel Kimlik Üzerinde Hak Kavramı ve Korunması")

Hafızoğulları, Zeki; Muharrem Özen: **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler: Kişilere Karşı Suçlar**, Tıpkı basım, 6. bsk., Ankara, US –A Yayınları, 2017. **("Özel Hükümler")**

Harris, D.J.; M. O. Boyle; E.P. Bates; C.M. Buckley: "Madde 14 (Sözleşmede Korunan Haklar Bakımından Ayrımcılığa Uğramama Hakkı) ve 12 No'lu Protokol (Yasayla Düzenlenen Herhangi Bir Hak Bakımından Ayrımcılık Yasağı)", **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku,** Çev. Mehveş Bingöllü Kılcı, Ulaş Karan, Ankara, 2013, ss. 597-636.

Heinze, Eric: "Towards a Legal Concept of Hatred: Democracy, Ontology, and the Limits of Deconstruction", **Hate, Politics and Law, Ed.** T. Brudholm, B. Johanssen, Oxford University Press, 2016, ss. 94-112.

İnceoğlu, Sibel: "Mahkeme Kararlarında Eşitlik İlkesi ve Ayırımcılık Yasağı", **Çalışma ve Toplum Dergisi**, S:4, 2006, ss. 45-62.

İnceoğlu, Sibel: "Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı Çerçevesinde Af, Şartla Salıverme, Dava ve Cezaların Ertelenmesi", **Anayasa Yargısı Dergisi**, C:XVII, S:1 2001, ss. 41-70.

Jacobs, James B.; Kimberly Potter: **Hate Crimes: Criminal Law & İdentity Politics**, Oxford University Press, 1998. **("Hate Crimes")**

Kahraman, Recep: "Nefret Saikinin Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Ayırımcılık Suçuna Etkisi", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C:XXVII, S:1, 2021, ss. 216-238.

Karadeniz, Serra: Nefret Söylemi Kapsamında Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu, İstanbul, 2012, (Yayınlanmamış yüksek lisans tezi), Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Karan, Ulaş: "Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi", **Anayasa Yargısı Dergisi**, C. XXXII, 2015, ss. 235-306.

Karan, Ulaş: "Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı", **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa**, Ed.: Sibel İnceoğlu, 2. bs., İstanbul, Beta Yayınları, 2013, ss. 459-494.

Karan, Ulaş: "Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı: Hukuksal Çerçeve", **Ayrımcılık: Çok Boyutlu Yaklaşımlar**, Der. Kenan Çayır, Müge Ayan Ceyhan, 2. bs., İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2013, ss. 135-146. ("Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı")

Karan, Ulaş: "Nefret İçerikli İfadeler, İfade Özgürlüğü ve Uluslararası Hukuk", **Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları,** Der. Yasemin İnceoğlu, İstanbul, Ayrıntı Yayınları, 2012, ss. 81-102.

Karan, Ulaş: "Nefret Suçlarından Ne Anlıyoruz", **Nefret Suçları ve Nefret Söylemi**, Ed.: Ayşe Çavdar, Aylin B. Yıldırım, İstanbul, Dink Vakfı Yayınları, 2010, ss. 54-62.

Karan, Ulaş: "Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği", **TBB Dergisi**, S:73,

2007, ss. 147-173. (“ Türk Ceza Kanunu’nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği”)

Karan, Ulaş: **Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı**, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, 2017.

Keleş, Burçak; “Ayrımcılık Yasağı Kapsamında Cinsiyet ve Cinsel Yönelim”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bliimler Enstitüsü, 2019.

Kitching, Kevin: **Non-Discrimination In International Law: A Handbook For Practitioners,** London, Interights, 2005.

Koca, Mahmut; İlhan Üzülmez: “Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdurun Korunması ve Mağdura Tanınan Haklar”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, S:7, 2006, ss. 140-149.

Koca, Mahmut; İlhan Üzülmez: **Türk Ceza Hukuku: Genel Hükümler**, 13. bs., Ankara, Seçkin Yayınları, 2020.

Kocasakal, Ümit: “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK 122)”, **Ceza Hukuku Dergisi**, C:X, S:28, 2015, ss. 7-40. (“Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK 122)”)

Korkut, Levent: **Ayrımcılık Karşıtı Hukuk**, Ankara, İnsan Hakları Gündemi Derneği, 2009.

Küçükyalçın, Arzu: “Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C:LIII, S:4, 2004, ss. 101-124.

Malkoç, İsmail: **Açıklamalı Türk Ceza Kanunu,** C:II, Ankara, 2013.

Memiş, Pınar: “Ayrımcılık Suçunun Özürlüler Bakımından Değerlendirilmesi”**, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C:II, 2009, ss. 65-78.

Moon, Gounghee: "Pozitif Ayrımcılık", (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009.

Meran, Necati: **Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Kişilere Karşı Suçlar**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2. bs., 2008. **("Kişilere Karşı Suçlar**")

Morsch, James: "The Problem of Motive in Hate Crimes: The Argument against Presumptions of Racial Motivation", **Criminal Law Commons, Criminology Commons, and the Criminology and Criminal Justice Common**, C: LXXXII, S:3, ss. 659-689.

Nieminen, Liisa: "Human Rights of Persons with Disabilities", Scandinavian Studies in Law, S:55, 2010, ss. 376- 390.

Oğuzman, Kemal; Turgut Öz: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 2. c., 12. bs., İstanbul, Vedat Yayınları, 2014.

Oğuzman, Kemal; Özer Seliçi; Saibe Oktay-Özdemir: **Eşya Hukuku**, 15. bs., İstanbul, Filiz Yayınları, 2012.

Öner, Mehmet Zülfi: "Türk Ceza Hukukunda Ayrımcılık Suçunun Cinsel Yönelimi Koruma Fonksiyonu", **TBB Dergisi**, S:152, 2021, ss. 1-39.

Örs, Mehmet Nuri: "Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Emredici Hükümlere Aykırılık", (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2004.

Özbek, Veli Özer; Koray Doğan; Pınar Bacaksız; İlker Tepe: **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 14. bs., Ankara, Seçkin Yayınları, 2019. **("Özel Hükümler**")

Özbey, Özcan: "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları", **TBB Dergisi,** S:106, 2013, ss. 41-92.

Özbudun, Ergun: **Türk Anayasa Hukuku**, 21. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2021.

Özen, Mustafa: **Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri**, Ankara, Adalet Yayınları, 2017.

Özgenç, İzzet: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. bs., Ankara, Seçkin Yayınları, 2018.

Özgenç, İzzet: **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi: Genel Hükümler**, 3. bs., Ankara, 2006.

Öztürk, Bahri; Durmuş Tezcan; Mustafa Ruhan Erdem; Özge Sırma; Yasemin F. Saygılar Kırıt; Özdem Özaydın; Esra Alan Akcan; Efser Erdem: **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 5. bs., Ankara, 2013.

Öztürk, Nurten: **Nefret ve Ayırımcılık Suçu**, Ankara, Adalet Yayınları, 2017.

Parekh, Bhikhu: "Hate Speech: Is There A Case For Banning?", **Public Policy Research,** C: XII, S:4, 2006, ss. 213-223. ("Hate Speech")

Parekh**,** Bhikhu: "Is There a Case For Banning Hate Speech"**, The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses,** Cambridge, Cambridge University Press, 2012, ss. 37-57.

Parlar, Ali: **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, C:I, 2. bs., Ankara, Bilge Yayınları, 2015.

Sarıgül, Ali Tanju: "Ceza Hukukunda Hata Kavramı ve Suçun Maddi Unsurlarında Hatanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi", **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:XIV, S:2, 2019, ss. 663-692. ("Ceza Hukukunda Hata Kavramı")

Senyen-Kaplan, E. Tuncay: "İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Cinsiyet Ayrımcılığı", **TBB Dergisi**, ss. 225-268.

Serim, Bülent: "Yasa Önünde Eşitlik İlkesi", **Amme İdaresi Dergisi**, C: XXVII, S:3, 1994, ss. 13-25.

Serim, Gökçe: "Türk Ceza Kanununda Nefret ve Ayrımcılık Suçu, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi),

Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020.

Sınar, Hasan: "Türk Hukukunda Nefret Suçlarına İlişkin Yasal Düzenleme Çalışmaları", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C: XIX, S:2, 2013, ss. 1271-1300.

Smith, Rhona K. M.: **International Human Rights Law**, 8. bs., Oxford, Oxford University Press, 2018.

Soykan, Tankut Taşkın: "Nefret Suçu Kavramı", **Nefret Suçlarıyla Mücadele Konferansları – Konuşma Metinleri**, Ankara, Ayrıntı Yayınları, 2010, ss. 45-56.

Spencer John; Maureen Spencer: "International Law and Discrimination", **Discrimination Law,** Ed.: Malcolm Sargeant, Pearson, 2004, ss. 46-72.

Stegbauer, Andres: "Nefret Suçunun Önlenmesinde Yargıçların Rolü", Çev. Yasemin Koç, **Nefret Suçlarıyla Mücadele Konferansları – Konuşma Metinleri,** Ankara, 2010, ss. 31-36.

Şahinkaya, Yalçın: **Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Nefret Söylemi ve Karşılaştırmalı Nefret Suçları**, Ankara, Adalet Yayınları, 2016. ("**Nefret Söylemi ve Nefret Suçları**")

Şen, Ersan: "Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 115. ve 122. Maddelerine İlişkin Bir değerlendirme", **İstanbul Barosu Dergisi,** C:LIIIX, S:2, 2005, ss. 359-364.

Şen, Ersan: **Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu**, C:I, İstanbul, 2006. **("YTCK Yorumu")**

Tanör, Bülent; Necmi Yüzbaşıoğlu: **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, İstanbul, Beta Yayınları, 2009.

Tezcan, Durmuş; Mustafa Ruhan Erdem; Murat Önok: **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2018.

Thomsen, Frej Klem: "Concept, Principle, And Norm—Equality Before The Law Reconsidered", **Legal Theory**, C: XXIV, S:2, 2018, ss. 103–134.

Tobler, Christa: "Equality and Non-Discrimination under the ECHR and EU Law: A Comparison Focusing on Discrimination against LGBTI Persons", **Zeitschrift Für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht,** C:LIIIV, S:3, ss. 521-561. (" Equality and Non-Discrimination under the ECHR and EU Law")

Tokdemir, Sercan: "Ceza Adaleti Sistemine Yeni Bir Yaklaşım: Tamamlayıcı Bir Sistem Olarak "Onarıcı Adalet" Mekanizması", **Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:XXI, S:1–2, 2017, ss. 75-114. ("Onarıcı Adalet Mekanizması")

Toroslu, Nevzat: **Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu**, Ankara, Sevinç Yayınları, 1970.

Türay, Aras: **Nefret Söylemi Bağlamında Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2016.

Türay, Aras: "Nefret Söylemi Ve İfade Özgürlüğü Arasındaki İlişkiye Yönelik Görüşlerin Kısa Bir Değerlendirmesi", **Suç ve Ceza: Ceza Hukuku Dergisi,** S:2, 2018, ss. 139-160. ("Nefret Söylemi Ve İfade Özgürlüğü Arasındaki İlişki")

Türay, Aras: "Nefret Suçları ve Türk Ceza Hukukundaki Güncel Gelişmeler", **Ceza Hukuku Dergisi**, C:IX, S:26, 2014, ss. 77-95.

Uslu, Cennet: "Nefret Söylemi Suçu Versus İfade Hürriyeti", **Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, S:38, 2013, ss. 185-202.

Üzülmez, İlhan: "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Hürriyet Aleyhine İşlenen Suçlar", **Kazancı Hukuk Dergisi**, C:V, 2005, ss. 93-113. **("Hürriyet Aleyhine İşlenen Suçlar")**

Vural, Hasan: "Anayasada Din Özgürlüğü", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C:LXIX, S: 2, 2014, ss. 241-278.

Waldron, Jeremy: "Dignity and Defamation: The Visibility of Hate", **Harvard Law Review**, C:CXX, 2009, ss. 1596-1657.

Weber, Anne: **Nefret Söylemi El Kitabı**, Çev. Metin Çulhaoğlu, Strazburg, Avrupa Konseyi Yayınları, 2009.

Westen, Peter: "The Empty İdea Of Equality", **Harvard Law Review,** C:XCV, S:3, 1982, ss. 537-596.

Yavuz, Cevdet: **Borçlar Hukuku Dersleri: Özel Hükümler**, İstanbul, Beta Yayınları, 2012.

Yenidünya, A. Caner: "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Ayırımcılık Suçu", **Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi**, C:IV, S:11, 2006, ss. 97-115. **("Ayırımcılık Suçu**")

Yenisey, Kübra Doğan: "İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayırımcılık Yasağı", **Çalışma ve Toplum Dergisi**, C:IV, S:11, 2006, ss. 63-82.

Yücel, Ensari: "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ve Avrupa Birliği Direktiflerinde Ayrımcılık Yasağı Hukuku", **Adam Akademi Sosyal Bilimler Dergisi,** ss. 59-84.

Zafer, Hamide: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 8. bs., İstanbul, Beta Yayınları, 2021.

Çevrimiçi Kaynaklar

Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası, (Çevrimiçi) Kararlar Bilgi Bankası | Anayasa Mahkemesi

Avrupa Konseyi, **Handbook on European Non-Discrimination Law,** s. 167. (Çevrimiçi), Handbook on European non-discrimination law – 2018 edition (coe.int), 30.11.2022.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 1997 tarihli R (97) 20 sayılı Tavsiye Kararı. (Çevrimiçi)http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/doc/cm/rec(1997)020&expmem_EN.asp,

Combating Hate Crimes in the OSCE Region: An overview of Statistics, Legislation and National Initiatives, OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights, 2005, s. 13, (Çevrimiçi) Combating Hate Crimes in the OSCE Region: An Overview of Statistics, Legislation, and National Initiatives | OSCE.

Dünya Sağlık Örgütü'nün basın açıklamaları (Çevrimiçi) WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19 - 11 March 2020

Explanatory Report to the Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, CETS 177, s. 3, (Çevrimiçi) https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list2?module=treaty-detail&treatynum=177, 08.10.2022.

Hate Crime Laws,:A Practical Guide, OSCE-ODIHR, 2009. (Çevrimiçi) Hate Crime Laws - A Practical Guide | OSCE. 05.11.2021.

ÖSYM, 2022 Yükseköğretim Kurumları Sınavı (YKS) Kılavuzu, (Çevrimiçi) 2022-Yükseköğretim Kurumları Sınavı (YKS) Kılavuzu (osym.gov.tr) 30.07.2022

Türk Dil Kurumu Sözlüğü, (Çevrimiçi), https://www.tdk.gov.tr/, 01.03.2021.

Ulusal Tez Merkezi Veritabanı, (Çevrimiçi) Ulusal Tez Merkezi | Anasayfa (yok.gov.tr)

Yargıtay Karar Bilgi Bankası, (Çevrimiçi) https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb

6529 sayılı Temel Hak ve Hürriyetlerin Geliştirilmesi Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un Genel Gerekçesi, Yasama Dönemi:24, Sıra Sayısı: 559, (Çevrimiçi) TBMM Komisyonlar, 28.02.2021.

AİHM Kararları

AİHM, Abdulaziz, Cabales ve Balkandali v. Birleşik Krallık, B. No:9214/80; 9473/81; 9474/81, 28.05.1985.

AİHM, Ayten Ünal Tekeli v. Türkiye, B. No:29865/96, 16.11.2004.

AİHM, Balsyte-Lideikiene v. Litvanya, B. No: 72596/01, 04.02.2008.
AİHM, Botta v. İtalya, B. No: 153/1996/772/973, 24.02.1998.

AİHM B.S. v. İspanya, B. No: 47159/08, 24.07.2012.

AİHM, Burghartz v. İsviçre, B. No:16213/90, 22.02.1994.

AİHM, Çam v. Türkiye, B. No:51500/08, 23.02.2016.

AİHM, Darby v. İsviçre, B. No:11581/85, 23.10.1990.

AİHM, D.H. ve diğerleri v. Çek Cumhuriyeti, B. No: 57325/00, 13.11.2007.

AİHM, E.B. v. Fransa, B. No:43546/02, 22.01.2008.

AİHM, E.B. ve diğerleri v. Avusturya, B. No:31913/07, 38357/07, 48098/07, 48777/07, 48779/07, 07.11.2013.

AİHM, Emel Boyraz v. Türkiye, B. No:61960/08, 02.12.2014.

AİHM, Enver Şahin v. Türkiye, B. No:23065/12, 02.07.2018.

AİHM, Frette v. Fransa, B. No:36515/97, 26/05/2002.

AİHM, G.M.B. ve K.M. v. İsviçre, B. No:36797/97, 27.09.2001.

AİHM, Glor v. İsviçre, B. No:13444/04, 06.11.2009.

AİHM, Gündüz v. Türkiye, B. No:35071/97, 14.06.2004.

AİHM, Handyside v. Birleşik Krallık, B. No:5493/72, 07.12.1976.

AİHM, Hoffmann v. Avusturya, B. No:12875/87, 23.06.1993.

AİHM, Hülya Ebru Demirel v. Türkiye, B. No:30733/08, 19.06.2018.

AİHM, Jersild v. Danimarka, B. No:15890/89, 23.09.1994.

AİHM, Karlheinz Schmidt v. Almanya, B. No:13580/88, 18.07.1994.

AİHM, Karner v. Avusturya, B. No:40016/98, 24.07.2003.

AİHM, Kiyutin v. Rusya, B. No:2700/10, 15.09.2011.

AİHM, Kurić ve diğerleri v. Slovenya, B. No:26828/06, 26.06.2012.

AİHM, Lehideux ve Isorni v. Fransa, B. No:55/1997/839/1045, 23.09.1998.

AİHM, Lingens v. Avusturya, B. No:9815/82, 08.07.1986.

AİHM, Magee v. Birleşik Krallık, B. No: 26289/12 29062/12 29891/12, 12.08.2015.

AİHM, Marckx v. Belçika, B. No:6833/74, 13.06.1979.

AİHM, Nachova v. Bulgaristan, B. No:43577/98 ve 43579/98 , 06.07.2005.

AİHM, Oršuš ve diğerleri v. Hırvatistan, B. No:15766/03, 16.03.2010.

AİHM, Özgür Gündem v. Türkiye, B. No:23144/93, 16.03.2000.

AİHM, Palau-Martinez v. Fransa, B. No:64927/01, 16.03.2004.
AİHM, Perinçek v. İsviçre, B. No:27510/08, 15.10.2015.

AİHM, Petrovic v. Avusturya, B. No:20458/92, 27.03.1998.

AİHM, Podkolzina v. Letonya, B. No:46726/99, 09.04.2002.

AİHM, Rasmussen v. Danimarka, B. No:8777/79 , 28.11.1984.

AİHM, "Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" v. Belçika, B. No:1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63;2126/64, 23.07.1968.

AİHM, Salgueiro da Silva Mouta v. Portekiz, B. No:33290/96, 21.12.1999.

AİHM, Schalk ve Kopf v. Avusturya, B. No:30141/04, 22.11.2010.

AİHM, Schuler-Zgraggen v. İsviçre, B. No:14518/89, 31.01.1995.

AİHM, Smith ve Grady v. Birleşik Krallık, B. No:33985/96 ve 33986/96, 27.12.1999.

AİHM, Thlimmenos v. Yunanistan, B. No:34369/97, 06.04.2000.

AİHM, Timishev v. Rusya, B. No:55762/00, 55974/00, 13.12.2005.

AİHM, Vejdeland ve diğerleri v. İsveç, B. No:1813/07, 09.05.2012.

AİHM, Velikova v. Bulgaristan, B. No:41488/98, 04.10.2000.

AYM Kararları

AYM, 27/09/1988 T., 1988/7 E. 1988/27 K.

AYM, 12.01.1989 1988/4 E., 1989/3 K.

AYM, 25.02.2010 T., 2008/55 E., 2010/41 K.

AYM, 13.01.2011, 2009/21 E., 2011/16 K.

AYM, 09.02.2012 T., 2010/93 E., 2012/20 K.

AYM, 17.05.2012 T., 2011/37 E., 2012/69 K.

AYM, 05.07.2012 T., 2012/11 E., 2012/104 K.

AYM, 20.09.2012 T., 2012/65 E., 2012/128 K.

AYM, 01.11.2012 T.,, 2011/64 E., 2012/168 K.

AYM, 29.11.2012 T., 2011/100 E., 2012/191 K.

AYM, 11.09.2014 T., 2013/116 E., 2014/135 K.

AYM, 11.09.2014 T., 2013/116 E., 2014/135 K.

Yargıtay Kararları

Yargıtay Genel Kurulu, 03/02/1999 T. 1999/4-55 E., 1999/64 K.

Yargıtay 13. CD., 21.03.2018 T., 2016/14961 E., 2018/4095 K.

Yargıtay 18. CD., 21.02.2017 T., 2016/18866 E., 2017/1856 K.

Yargıtay 18. CD., 30/03/2016 T. 2015/26353 E., 2016/6373 K.

Yargıtay 4. CD., 25.09.2012 T., 2011/17515 E., 2012/18398 K.