

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

NEFRET VE AYIRIMCILIK SUÇU

Yüksek Lisans Tezi

Nurten ÖZTÜRK

Danışman

Yrd. Doç. Dr. Burhan Caner HACIOĞLU


Erzincan 2015


TEZ KABUL TUTANAĞI

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu alışma, Kamu Hukuku Anabilim Dalının Kamu Hukuku Bilim Dalında jürimiz tarafından **Yüksek Lisans** Tezi olarak Kabul edilmiştir.


Danışman / Jüri: Yrd. Doç. Dr. Burhan Caner HACIOĞLU


Jüri : Doç. Dr. Sabahattin YÜREKLİ


Jüri : Doç. Dr. Muhammed Emin RUHİ

NEFRET VE AYIRIMCILIK SUÇU

Nurten ÖZTÜRK

Erzincan Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü

Yüksek Lisans Tezi, Ocak 2015

Tez Danışmanı: Yrd. Doç. Dr. Burhan Caner HACIOĞLU

ÖZET

Nefret ve ayırmıcılık suçı konulu yüksek lisans tezimiz, üç ana bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, ayırmıcılık ve nefret kavramları üzerinde durulmuş; ikinci bölümde, ayırmıcılık yasağına ilişkin uluslararası sözleşmelerde yer alan hükümlere ve ulusal mevzuatta nefret ve ayırmıcılık suçı dışında ayırmıcılık yasağına ilişkin düzenlemelere yer verilmiş; üçüncü bölümde ise mukayeseli hukukta ayırmıcılık suçı düzenlemeleri ile Türk Ceza Kanunu'nun 122'nci maddesinde düzenlenen nefret ve ayırmıcılık suçı değerlendirilmeye çalışılmış, ayrıca suçun nefret suçları ile olan ilişkisi de ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Ayırmıcılık, nefret, ayırmıcılık yasağı, eşitlik, ayırmıcılık suçı, nefret suçı, nefret ve ayırmıcılık suçı.

THE CRIME OF HATRED AND DISCRIMINATION

Nurten ÖZTÜRK

Erzincan University, Institute of Social Sciences

Master Thesis, January 2015

Thesis Advisor: Asst. Prof. Dr. Burhan Caner HACIOĞLU

ABSTRACT

The thesis that entitled the crime of hatred and discrimination is composed of three main sections. The first chapter of the study focuses on the concepts of discrimination and hatred. In the second chapter of this study, not only international conventions that include non-discrimination provisions but also national non-discrimination provisions are explained. In the third chapter of this study, the crime of discrimination in comparative law and the article 122 of Turkish Penal Code are explained. Finally in this chapter, the relationship between hate crimes and the crime of hatred and discrimination is discussed.

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

İÇİNDEKİLER

TEZ KABUL TUTANAĞI.....	I
ÖZET	III
ABSTRACT	IV
İÇİNDEKİLER	V
KISALTMALAR.....	X
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL BİLGİLER, NEFRET VE AYRIMCILIK KAVRAMI, AYRIMCILIK İLE İLİŞKİLİ BAZI KAVRAMLAR.....	4
I. NEFRET ve AYRIMCILIK	4
A. Genel Olarak	4
B. Nefret Kavramı	5
C. Ayrımcılık Kavramı	7
D. Ayrımcılık Çeşitleri	9
1. Doğrudan Ayrımcılık	9
2. Dolaylı Ayrımcılık	11
3. Negatif Ayrımcılık	13
4. Pozitif Ayrımcılık	13
5. Taciz.....	15
E. Ayrımcılık ile İlişkili Bazı Kavramlar	16
1. Eşitlik	16
a) <i>Şekli Eşitlik</i>	18
b) <i>Maddi Eşitlik</i>	19

2. Farklı Muamele	19
-------------------------	----

İKİNCİ BÖLÜM

ULUSLARARASI VE ULUSAL HUKUKTA AYRIMCILIK YASAĞI.....	21
---	----

I. ULUSLARARASI HUKUKTA AYRIMCILIK YASAĞI.....	21
--	----

A. Genel Olarak	21
-----------------------	----

B. Birleşmiş Milletler Uluslararası Sözleşmeleri	22
--	----

1. Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme	23
---	----

2. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme	25
---	----

3. Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme	26
---	----

4. Kadınlara Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi	27
--	----

5. Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme	29
--	----

6. Çocuk Hakları Sözleşmesi	31
-----------------------------------	----

C. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi	32
--	----

D. Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi.....	38
--	----

E. Avrupa Birliği Yönergeleri	39
-------------------------------------	----

1. Irk Ayrımcılığı Yönergesi	43
------------------------------------	----

2. İstihdamda Eşit Muamele Yönergesi	44
--	----

II. ULUSAL HUKUKTA AYRIMCILIK YASAĞI	45
--	----

A. Anayasa'da Ayrımcılık Yasağı	45
---------------------------------------	----

B. İş Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ile İlgili Düzenlemeler	47
---	----

1. Eşit Davranma İlkesi.....	47
------------------------------	----

2. Mobbing	49
------------------	----

3. Cinsel Taciz.....	52
----------------------	----

C. Türk Ceza Kanunu'nda Ayrımcılık Yasağı ile İlgili Düzenlemeler	53
1. Adalet ve Kanun Önünde Eşitlik İlkesi.....	53
2. Cinsel Taciz Suçu.....	54
3. Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçu	56
D. Diğer Kanunlarda Ayrımcılık Yasağı ile İlgili Düzenlemeler	58
1. Türk Medeni Kanunu'nda Ayrımcılık Yasağı	58
2. Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu.....	61
3. Devlet Memurları Kanunu	62
4. 5378 Sayılı Engelliler Hakkında Kanun	63
5. Siyasi Partiler Kanunu	64
6. Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kurulu Kanunu Tasarısı Taslağı	64

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MUKAYESELİ HUKUKTA VE TÜRK CEZA KANUNU'NDA NEFRET VE AYIRIMCILIK SUÇU	69
I. MUKAYESELİ HUKUKTA AYIRIMCILIK SUÇU.....	69
A. Genel Olarak	69
B. Fransa	71
C. Rusya.....	76
D. İsveç	77
E. İspanya	79
II. TÜRK CEZA KANUNU'NDA NEFRET ve AYIRIMCILIK SUÇU	82
A. Genel Olarak	82
B. Tipiklik.....	87
C. Korunan Hukuki Değer	89

D. Suçun Unsurları	91
1. Maddi Unsurlar	91
a) Fail.....	91
b) Mağdur	94
c) Fiil	95
(1) <i>Dil, Irk, Renk, Cinsiyet, Özürlülük, Siyasi Düşünce, Felsefi İnanç, Din veya Mezhep Farklılığından Kaynaklanan Nefret</i>	95
(a) Dil	96
(b) Irk	97
(c) Renk.....	100
(d) Cinsiyet.....	102
(e) Engellilik	105
(f) Siyasi Düşünce.....	106
(g) Felsefi inanç	107
(h) Din	108
(i) Mezhep.....	110
(2) <i>Maddede Öngörülen Sebeplerle (Nefret Nedeniyle) Seçimlik Hareketlerden Birinin veya Birkaçının veya Hepsinin İşlenmesi</i>	110
(a) Kişiye Kamuya Arz Edilmiş Olan Bir Taşınır veya Taşınmaz Malın Satılmasının, Devrinin veya Kiraya Verilmesinin Engellenmesi	111
(b) Kişinin Kamuya Arz Edilmiş Belli Bir Hizmetten Yararlanmasının Engellenmesi.....	115
(c) Kişinin İşe Alınmasının Engellenmesi	117
(d) Kişinin Olağan Bir Ekonomik Etkinlikte Bulunmasının Engellenmesi	118

2. Manevi Unsur.....	121
3. Hukuka Aykırılık Unsuru ve Hukuka Uygunluk Nedenleri	123
E. Suçun Özel Görünüş Şekilleri	126
1. Teşebbüs.....	126
2. İştirak	127
3. İçtima	128
F. Nefret Suçlarıyla İlişkisi.....	131
G. Yaptırım	138
H. Yargılama.....	138
SONUÇ.....	139
KAYNAKÇA	142
İNTERNET KAYNAKLARI	155

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
AGİT	: Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı
AİHM	: Avrupa insan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa insan Hakları Sözleşmesi
Al. CK	: Alman Ceza Kanunu
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AY	: Anayasa
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
Bkz	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
CD	: Ceza Dairesi
CEDAW	: Kadınlara Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi
CERD	: Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi
CHD	: Ceza Hukuku Dergisi
çev	: Çeviren
E	: Esas
ECRI	: Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu
Edt	: Editör
EURATOM	: Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu
FCK	: Fransız Ceza Kanunu
HALDE	: Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitliği Sağlama Yüksek Otoritesi
HD	: Hukuk Dairesi

HFSA	: Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
İHEB	: İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi
K	: Karar
LGBTI	: Lezbiyen, Gay, Biseksüel, Transgender ve İnterseks
m	: Madde
Mah	: Mahkeme
TMK	: Türk Medeni Kanunu
No	: Numara
R.G	: Resmi Gazete
s	: Sayfa
S	: Sayı
T	: tarih
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCHD	: Türk Ceza Hukuku Derneği
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TDK	: Türk Dil Kurumu
UNICEF	: Birleşmiş Milletler Çocuklara Yardım Fonu
v	: Versus
vb	: ve benzeri
vd	: ve devamı

GİRİŞ

20'nci yüzyılın ortalarından itibaren insan hakları hukukunun konusu olan ayrımcılık yasağı gün geçtikçe önemini arttırmaktadır. Nitekim birçok uluslararası sözleşme ayrımcılık yasağı hükmüne yer vermekte, ayrıca ülkeler gerek anayasalarında gerekse farklı kanunlarda ayrımcılık yasağına ilişkin düzenlemeler ile bu konudaki hassasiyetlerini belirtmektedirler. Ayrımcılık ile mücadele açısından yapılan tüm bu düzenlemelere ve ayrımcılığa karşı bireyleri ve grupları korumak için hukuksal korumanın geliştirilmesi bakımından uluslararası düzeyde benzeri görülmemiş gelişmelere rağmen, dünyanın her yerinde karşılaşılan ayrımcı muameleler, ayrımcılığın geçmişten gelen ve insanlık tarihi kadar eski bir uygulama olduğunu göstermektedir.¹

Ayrımcılık sadece devlet kurumları veya kamu görevlileri tarafından yapılan bir uygulama olmayıp genel olarak sivil toplumda bireyler arasında da farklı şekillerde ortaya çıkmaktadır. İnsanlar sahip oldukları dil, ırk, renk, cinsiyet, cinsel yönelim, din, mezhep ve siyasi görüş gibi özellikleri nedeniyle eğitim, istihdam, sosyal ve sağlık hizmetlerine erişim gibi alanlarda ayrımcılığa maruz kalabilmektedir. Bu nedenlerle hem uluslararası sözleşmelerde hem de ülkelerin ulusal mevzuatlarında farklı alanlarda ayrımcılık yasağına ilişkin hükümler kurulmuştur.

Ülkemizde de farklı hukuk dallarında çeşitli kanunlar ile ayrımcılık yasağı hükmü kurulmuş olmakla birlikte, ayrıca 765 sayılı TCK'da bulunmayan ayrımcılık suçu, 5237 sayılı TCK ile ilk defa ceza hukuku sistemimizdeki yerini almıştır. Böylelikle insan hakları hukukunun en önemli sorunlarından biri olan ayrımcılık yasağı, iş hukuku, anayasa hukuku ya da medeni hukukun konusu olmakla birlikte ayrıca suç olarak düzenlenmiş ve yaptırıma bağlanmıştır.

¹Office of the High Commissioner for Human Rights in Cooperation with the International Bar Association, Human Rights in the Administration of Justice: A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers, New York and Geneva, 2003, s. 633, <http://www.ohchr.org/documents/publications/training9titleen.pdf> (20.09.2014).

5237 Sayılı Kanun yürürlüğe girdikten sonra maddede değişiklikler yapılmış olsa da maddenin nasıl uygulanacağı, hükmün nasıl yorumlanacağı tartışmalıdır. Adli Sicil Ve İstatistik Genel Müdürlüğünün yayınladığı istatistiklere² göre; ayrımcılık suçu düzenlemesi yürürlüğe girdikten sonra ilk dava 2006 yılında İstanbul'da açılmış, 2007 yılında da Ankara'da bir dava açılmıştır. Bu sayı yıllara göre artış göstermektedir. Nitekim 2008 yılında farklı illerde olmak üzere toplamda beş dava, 2009 yılında on iki, 2010 yılında altı, 2011 yılında on, 2012 yılında yedi ve 2013 yılında on dava açılmıştır.

Çalışmada, hayatın her alanında karşımıza çıkabilecek ayrımcı muameleler ile iş hukuku ve medeni hukuk alanlarının konusu olan ayrımcılık ile mücadelede 5237 sayılı TCK ile ceza hukuku alanında düzenlenen ve yeni bir suç türü olarak nitelendirdiğimiz nefret ve ayrımcılık suçu incelenmiştir.

Ayrımcılık yasağının koruduğu özellikler her geçen gün artmakta ve farklılık arz etmektedir; ancak ayrımcılığın suç olarak düzenlenmesi, suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince sınırlarının ve kapsamının belirlenmesi ihtiyacını doğurmaktadır.

Çalışma üç bölümden oluşmakta olup ilk bölümde ayrımcılık ve nefret kavramları, ayrımcılığın farklı görünüş şekilleri ifade edilmiş, ayrımcılık kavramı ile ilişkili benzer kavramlardan bahsedilmiştir. Ayrımcılık ile yakından alakalı ve insan hakları hukukunun ayrılmaz parçası olan eşitlik ilkesi, farklı muamele ve taciz açıklanmıştır.

Çalışmanın ikinci bölümünde ise, ulusal ve uluslararası hukukta ayrımcılık yasağına ilişkin düzenlemelere yer verilmiş, BM sözleşmeleri, Avrupa Konseyi ile AB hukukunda ayrımcılık yasağına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Ayrıca söz konusu hükümlere ilişkin olarak gerek AİHM gerekse önemli bazı Adalet Divanı kararlarına değinilmiştir. TCK'daki nefret ve ayrımcılık suçu dışında, ulusal hukukta ayrımcılık yasağını düzenleyen farklı kanun hükümleri değerlendirilmiştir. Bu bölümde ayrıca, ayrımcılıkla mücadele kapsamında mevzuatımız açısından önemli

² http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/ist_arsiv_2.html (20.08.2014).

bir adım olan Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kurulu Kanunu Tasarısı Taslağında yer alan düzenlemelerden bahsedilmiştir.

Çalışmanın üçüncü ve son bölümünde ise TCK'da düzenlenen nefret ve ayrımcılık suçu değerlendirilmiştir. Suçu oluşturan unsurlar, suçla korunan özellikler, ele alınmış, nefret ve ayrımcılık suçunun yürürlükteki halinden önceki madde ile karşılaştırılarak farklarına değinilmiştir. Ayrıca suçun, nefret suçlarından farkından bahsedilmiş ve son olarak, karşılaştırmalı hukukta nefret ve ayrımcılık suçuna benzer hükümlere yer veren ülke ceza kanunlarındaki hükümler incelenmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL BİLGİLER, NEFRET VE AYRIMCILIK KAVRAMI, AYRIMCILIK İLE İLİŞKİLİ BAZI KAVRAMLAR

I. NEFRET ve AYRIMCILIK

A. Genel Olarak

İnsan hakları hukukunun özellikle 2'nci Dünya Savaşı'ndan sonra üzerinde durmaya başladığı ayrımcılık ve 20'nci yüzyılın sonlarına doğru hukuken tartışılmaya başlayan nefret kavramı son yıllarda sosyoloji, felsefe, psikoloji ve hukuk alanlarında daha çok tartışılır olmuştur.

Ayrımcılık, bir bireye veya bireyin ait olduğu gruba karşı, gruba ait özellikler nedeniyle önyargılardan beslenen olumsuz tutum ve davranışlarla ilgili bir süreçtir ve bu durum insanlardan hoşlanmama, hor görme veya nefret etmeye kadar uzanan olumsuz duyguları içeren tutumlara da neden olabilir.³ Bu tutum ve davranışlar, kişilerin sahip oldukları dil, ırk, cinsiyet veya siyasi düşünce gibi özellikleri nedeniyle hukuka aykırı olarak farklı muameleye tabi tutulmalarına, başka bir deyişle ayrımcılığa maruz kalmalarına neden olmaktadır.

Ayrımcılığın da temelinde olan önyargılar, nefret suçlarının da ayırt edici unsurudur. Ayrımcılığın en şiddetli biçimi olarak değerlendirilen nefret suçlarının zihinsel ve ideolojik arka planını nefret söylemi oluşturmaktadır.⁴ Nefret söylemi, nefret suçuna giden sürecin başlangıç noktası, diğer bir ifadeyle, nefret suçunun kaynağı olan tahammülsüzlük ve hoşgörüsüzlüğün dışavurumudur.⁵ Nefret suçları, gruplara veya grupları oluşturan bireylere karşı sahip oldukları yaş, cinsiyet, renk, din, etnik köken gibi özellikleri nedeniyle işlenen her türlü suç olarak ifade

³ M. Göregenli, *Temel Kavramlar: Önyargılar, Özcü İnançlar ve Ayrımcılık*, M. Çınar(edt.), Medya ve Nefret Söylemi Kavramlar Mecralar Tartışmalar, (23-37), İstanbul 2013, s. 26.

⁴ M. Göregenli, *Nefret Söylemi ve Nefret Suçları*, M. Çınar (edt.), Medya ve Nefret Söylemi Kavramlar Mecralar Tartışmalar, (57-73), İstanbul 2013, s. 57.

⁵ Y.İnceoğlu, *Tartışmalı Bir Kavram: Nefret Söylemi*, M. Çınar(edt.), Medya ve Nefret Söylemi Kavramlar Mecralar Tartışmalar, (75-92), İstanbul 2013, s. 76.

edilmektedir. Ayrımcılık, nefret söylemi ve nefret suçları benzer özellikleri olsa da farklı kavramlardır. Ayrımcılık hukuken haklı görülemeyen farklı muamele veya fark gözetme olarak tanımlanırken nefret söylemi ve nefret suçunda böyle bir davranış yoktur.⁶

Ayrımcılık yasağı ve nefret suçlarının kapsamaları gün geçtikçe genişlemekte ve korunan özelliklerin sayısı artmaktadır. Ancak nefret nedeniyle işlenen suçlara ve ayrımcılığa karşı hukuksal korumanın artırılmasına rağmen dünyanın her yerinde farklı toplumlarda nefret suçu ve ayrımcı muamele vakıaları rapor edilmektedir.⁷

Aşağıda öncelikle nefret ve ayrımcılık kavramlarına ilişkin tanımlara yer verilecektir. Ayrıca ayrımcılık kavramı ile benzer kavramlar değerlendirilecek, ayrımcılık ve eşitlik ilkesi arasındaki ilişki ve ayrımcılığın güncel görünüşleri üzerinde durulacaktır.

B. Nefret Kavramı

Nefret suçu, yeni bir kavram olarak ceza kanunlarında yer almasına karşın bir suçun nefret saikiyle işlenmesi çok eski zamanlara uzanmaktadır. Antik çağlardan günümüze kadar uzanan zaman diliminde insanlar, kendilerinden renk, dil, din veya ulusal köken olarak farklı olanlara karşı sırf bu farklılıkları nedeniyle yaralama, öldürme veya herhangi bir şekilde saldırı fiillerini işlemişlerdir.⁸

Nefret suçlarına adını veren nefret (hate veya hatred) kelime olarak “*bir kimsenin kötülüğünü, mutsuzluğunu istemeye yönelik duygu; tiksime, tiksinti*”⁹ şeklinde tanımlanmaktadır. Ancak nefret suçlarının aslında nefret ile değil ön yargı ile alakalı olduğunu ifade etmek gerekir. Birçok ülke nefret suçuna ilişkin birbirinden

⁶ U. Karan, *Nefret Söylemi ve Yakından İlişkili Diğer Kavramlar: Ayrımcılık, Nefret Suçu ve Hakaret*, M. Çınar (edt.), Medya ve Nefret Söylemi Kavramlar Mecralar Tartışmalar, (95-125), İstanbul 2013, s. 98.

⁷ David Martin, *Discrimination Law and Employment Issues Avoiding the Pitfalls in: Age, Disability, Gender, Race, Religion, Sex and Sexual Orientation*, London 2006, s. 2.

⁸ Tom Streissguth, *Hate Crimes*, New York 2003, s. 3.

⁹ Türk Dil Kurumu Resmi Web Sitesi, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.537277c98a7e01.94033809 (13.04.2014).

farklı tanım getirirse de, ortak olan husus, suçu oluşturan hareketlerin temelinde önyargı saikinın yer almasıdır.¹⁰ Nitekim doktrinde nefret suçları bazen ön yargı suçları olarak ifade edilmektedir.¹¹ Diğer bir ifadeyle, nefret suçu deyiminden anlaşılması gereken ön yargı saikiyle işlenen suçlardır.¹² Nefret suçlarını diğer suçlardan farklı kılan husus, saikin ayrımcı yapısıdır ve nefret suçlarına ilişkin bir soruşturmada açıklığa kavuşturulacak en önemli husus, suçun işlenmesinde bu saikin etkisinin olup olmadığıdır.¹³

Sosyologların ve sosyal psikologların uzun zamandır üzerinde çalıştığı bir kavram olan ön yargının ne olduğu hususunda fikir birliği sağlanabilmiş değildir. Geniş kapsamlı, karmaşık ve açık olmayan bir kavram olan ön yargı, bazen kişinin deneyimleri sonucu oluşabileceği gibi bazen de aileden, kültürden, arkadaşlardan veya yaşanan çevreden kişiye aktarılır. Diğer bir ifadeyle, ön yargı farklı toplumlarda, farklı bireylerde başka şekillerde oluşacaktır.¹⁴

Ön yargı; kişilere, topluma, zamana göre değişen bir kavram olup her ön yargı nefret suçunu oluşturmaz; hangi ön yargıların nefret suçu kapsamında değerlendirileceği kanun koyucunun takdirindedir. Örneğin kişilere karşı zengin, fakir, başarılı, başarısız, sarhoş, uyuşturucu bağımlısı gibi ön yargılar geliştirilebilir; fakat ön yargılarla suç işlenmesi bu suçları nefret suçu haline getirmemektedir. Buna karşılık, ırksal, dini veya cinsiyete dayalı ön yargılarla hareket edilerek işlenen ve hareket ile ön yargı arasında nedensellik bağı bulunan bir suç, nefret suçunu oluşturacaktır.¹⁵

¹⁰ James B. Jacobs/Kimberly Potter, *HateCrimes, CriminalLaw& Identity Politics*, New York 1998, s. 11.

¹¹ Cemalettin Gürler, “Nefret Suçları ve İş Hayatı”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 68, S. 2010/1, s. 260.

¹²Jacobs/ Potter, s. 11.

¹³Amnesty International, *Because Of Who I AmHomophobia, TransphobiaAndHateCrimes in Europe*, Eylül 2013, s. 3.

¹⁴Jacobs/Potter, s. 14.

¹⁵Jacobs/Potter, s. 16.

C. Ayrımcılık Kavramı

Ayrımcılık, toplumsal yaşamın her alanında farklı nedenlere bağlı olarak ve farklı görünümde ortaya çıkan bir olgu olup temelinde ben ve öteki ayrımı yatmaktadır.¹⁶ Benden/bizden farklı olan diğer bir ifadeyle bize benzemeyen ötekidir ve ötekileri tanımlarken, cinsiyet, etnik köken, inanç, yerleşim birimi gibi çok farklı nitelikler kullanılabilir.¹⁷ Biz ve öteki farklılığından ortaya çıkan ötekileştirme, siyasi bir söylem olarak kullanıldığında, biz ve ötekileri arasındaki farklılığın biz lehine öteki aleyhine işleyecek bir ayrımcılığa dönüştürülmesi eğilimini ifade etmektedir.¹⁸

Eski dönemlerden günümüze kadar her tarihsel dönem ve toplumda farklı değer yargılarına göre şekillenen eşitlik anlayışının daha güçlü hale gelmesi bakımından dile getirilen ayrımcılık yasağı kavramı, yasa önünde eşitlik anlayışı ile birlikte 18'inci yüzyılda ifade edilmeye başlanmıştır.¹⁹

Hukuk literatüründe ise ayrımcılık kavramı; ilk olarak 1878 yılında Amerikan Anayasa Mahkemesi'nin Virginia/Rives kararında²⁰ kullanılmıştır. Ayrımcılık kavramına uluslararası hukuk alanında ise ilk kez, aslında devletler açısından hukuki bir bağlayıcılığı olmayan ve fakat birçok uluslararası insan hakları sözleşmesi veya antlaşmasının yapılmasında önemli rol oynayan, İnsan Hakları Evrensel Beyanname'sinde yer verilmiştir. Beyanname'nin 2'nci maddesinde;

“Herkes, ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya başka bir görüş, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet, doğuş veya herhangi başka bir ayırım gözetmeksizin bu Bildirge ile ilan olunan bütün haklardan ve bütün özgürlüklerden yararlanabilir.”

¹⁶ Kasım Karataş, Özürlülere Yönelik Ayrımcılık ve Ayrımcılıkla Savaşım, <http://www.sosyalhizmetuzmani.org/ozurluayrim.htm> (02.07.2014).

¹⁷ Kasım Karataş, <http://www.sosyalhizmetuzmani.org/ozurluayrim.htm> (02.07.2014).

¹⁸ http://hakanyilmaz.info/yahoo_site_admin/assets/docs/HYilmaz-Otekilestirme-02-%C4%B0%C3%A7erikselRapor.188160919.pdf (02.07.2014).

¹⁹ Alaaddin Şenel, “Eşitlik Kavramı ve Tarihsel Gelişimi”, *Yavuz Abadan'a Armağan*, Ankara 1969, s. 257.

²⁰ Melek Onaran Yüksel, *Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Kadın – Erkek Eşitliği*, İstanbul 2000, s. 38.

ifadesine yer verilmiştir. 7'nci maddede ise;

“Herkes yasa önünde eşittir ve ayırım gözetilmeksizin yasanın korunmasından eşit olarak yararlanma hakkına sahiptir. Herkesin bu bildiriye aykırı her türlü ayırım gözetici işleme karşı ve böyle işlemlerinin yapılacak her türlü kışkırtmaya karşı eşit korunma hakkı vardır.”

hükmü kurulmuştur.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin ayrımcılık kavramına yer verdiği bu iki önemli maddeden de anlaşılacağı üzere, beyannamede, ayrımcılığa ilişkin genel bir tanım yapılmamakla birlikte, kişilerin bu bildiriye tanınan haklardan ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya başka bir görüş, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet, doğuş veya herhangi başka bir ayırım gözetmeksizin yararlanacağı ifade edilmiştir.

İkinci bölümde daha ayrıntılı incelenecek olmakla birlikte, belirtmek gerekir ki, ayrımcılığa ilişkin hüküm içeren uluslararası metinlerde de ayrımcılığın genel bir tanımına yer verilmemiş; her sözleşme, kapsamına aldığı ayrımcılık alanı açısından ayrı bir tanım getirmiştir.

Ayrımcılık kelime anlamı olarak *“belli insan öbeklerinin ayrılaşmasını bilinçli bir biçimde gerçekleştirmeyi amaçlayan bir yöneltinin benimsenmesi”*²¹ durumunu ifade etmektedir.

Ayrımcılık bir hukuk sistemi içerisinde, eşit durumda olduğu kabul edilen kimselere bir hak ve yükümlülük açısından isteyerek veya istemeyerek, icrai veya ihmali bir davranışla eşit davranılmaması ya da eşit durumda olmayan kimselere eşit davranılması olarak tanımlanabilir.²² Yine doktrinde kabul edilen daha açık bir tanımla ayrımcılık; kişinin doğuştan kazandığı yahut kendi iradesiyle değiştirmesi mümkün olmayan veya değiştirmesi kendisinden beklenilemeyecek kişisel

²¹http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_bilimsanat&arama=kelime&guid=TDK.GTS.531b5d8b90f3f9.71803130, (08.03.2014).

²² U. Karan, *Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı: Hukuksal Çerçeve*, K. Çayır/M. Ayan Ceyhan,(Derleyenler), *Ayrımcılık Çok Boyutlu Yaklaşımlar*, (135-146), İstanbul 2012, s. 139; farklı tanımlar için bkz. Serra Karadeniz, *Nefret Söylemi Kapsamında Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu*, s. 9, www.yoktez.gov.tr (25.09.2014).

özgürlükler kapsamında koruma altına alınan özellikleri nedeniyle, benzer bir durumda bu özelliği taşımayan bir diğer kişiye kıyasla hukuken haklı görülemeyecek,olumsuz bir farklı davranışa maruz bırakılmasıdır.²³

Ayrımcılık kavramının hukuki nitelendirmesi, Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin ayrımcılık yasağını düzenleyen 26'ncı maddesi esas alınarak, İnsan Hakları Komitesi tarafından yapılmıştır. Buna göre; ayrımcılık ile“ayırma, dışlama,kısıtlama veya ırk, renk, cinsiyet, dil, din, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum, siyasi veya diğer görüşlere dayalı olarak gerçekleştirilen ve bütün hak ve özgürlüklerin herkes tarafından tanınmasını ve kullanılmasını engelleyecek veya tanınmasını ya da kullanılmasını sınırlandıracak ayrımcılık”²⁴ kastedilmektedir.

D. Ayrımcılık Çeşitleri

Ayrımcılık, farklı görünümelerde ortaya çıkmaktadır. Ayrımcılığın ilk görünümü ve uluslararası belgelerde ilk olarak yasaklanan doğrudan ayrımcılık ile sadece doğrudan ayrımcılığın yasaklanmasının ayrımcılık ile mücadelede yeterli olmadığına ortaya çıkması nedeniyle yasaklanan dolaylı ayrımcılık ve ayrımcılığın güncel görünümü olarak ortaya çıkan taciz, aşağıda ele alınacaktır.

1.Doğrudan Ayrımcılık

Doğrudan ayrımcılık, ayrımcılığın tipik görünümü olup, bir kişi veya topluluğun hak ve özgürlüklerden,aynı veya benzer durumdakilere kıyasla eşit şekilde yararlanmasını engelleyen veya zorlaştıran her türlü farklı muamele olarak tanımlanmaktadır.²⁵ Diğer bir ifadeyle, bir kişinin dini, dili, etnik kökeni veya benzer sebeplerle diğer kişilere kıyasla farklı ve olumsuz bir muameleye tabi tutulması doğrudan ayrımcılık olarak karşımıza çıkmaktadır.²⁶Doğrudan ayrımcılığa ilişkin

²³ Gaye Burcu Yıldız, “Türk İş Hukukunda Özürlülük ve Sağlık Durumuna Dayalı Ayrımcılık Yasağı”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 10, Haziran 2008, s. 80.

²⁴18 No'lu Genel Yorum, Lema Uyar, *Birleşmiş Milletlerde İnsan Hakları Yorumları: İnsan Hakları Komitesi ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi 1981-2006*, İstanbul 2006, s. 42-43.

²⁵ Levent Korkut, *Ayrımcılık Karşıtı Hukuk*, Ankara 2009, s. 46.

²⁶ İ. I. Gül, *Hukukta Ayrımcılık Yasağı*, K. Çayır/M. Ayan Ceyhan,(Derleyenler), Ayrımcılık Çok Boyutlu Yaklaşımlar, (117-134), İstanbul 2012, s. 124.

diğer bir tanım, Avrupa Birliği Konseyi tarafından 13 Aralık 2004 tarihinde yayınlanan Mal ve Hizmetlere Erişim ve Mal ve Hizmet Tedariğinde Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele İlkesinin Uygulanmasına İlişkin 2004/113/EC sayılı Yönerge’de²⁷ yapılmıştır. Söz konusu Yönerge’nin tanımlar başlıklı 2’nci maddesinin a bendine göre; bir kimsenin cinsiyete dayalı olarak kendisiyle karşılaştırılabilir durumda olanlara kıyasla daha az tercih edilir bir muameleye tabi tutulması, tutulacak olması ya da tutulma ihtimalinin olması hali doğrudan ayrımcılık olarak tanımlanmıştır. Bu tanım, Avrupa Birliği Konseyi tarafından farklı alanlarda yayınlanmış olan yönergelerde yer alan doğrudan ayrımcılık tanımlarıyla benzer nitelik taşımaktadır.²⁸ Bu yönergeler arasındaki en önemli farklılık, her yönergenin belirli ve sayılı ayrımcılık nedeni üzerinde durmasıdır.

Doğrudan ayrımcılık farklı unsurları ihtiva etmektedir. Öncelikle kişiler arasında farklı bir muamele söz konusu olmalıdır. İkinci olarak, bu durumun nedeni, kişinin sahip olduğu özellikler olmalıdır. Son olarak, doğrudan ayrımcılıkta bir kıyaslama söz konusu olup kişi veya toplulukların durumları karşılaştırılacak ve kişinin karşılaştığı muamele benzer durumda olan başka bir kimseye kıyasla insan hakları ve insan onuruyla bağdaşmayan bir muamele olmalıdır. Ancak belirtmek gerekir ki; kişiler arasında yapılan her ayırım hukuken yasaklanmamıştır; aksine bazı durumlarda kişiler arasında uygulanan farklı muameleler meşru kabul edilmektedir.

²⁷Council Directive 2004/113/EC, of 13 December 2004, Implementing the Principle of Equal Treatment between Men and Women in the Access to and Supply of Goods and Services, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:373:0037:0043:en:PDF> (12.03.2014).

²⁸İře Alma ve Mesleki Açından Eşit Muamelenin Sağlanması İçin Genel Bir Çerçeve Oluşturan Konsey Yönergesi, Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, madde 2-2-a, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0078:en:HTML>, İrk ve Etnik Kökene Bakılmaksızın Kişilere Eşit Muamele Edilmesi İlkesinin Uygulamaya Konmasına İlişkin Konsey Yönergesi, Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin, madde 2-2-a, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0043:en:HTML>, İstihdam ve Meslek Konularında Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele ve Fırsat Eşitliği İlkesinin Uygulanmasına İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konsey Yönergesi, Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (recast), madde 2-1-a, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:204:0023:0036:en:PDF> (12.03.2014).

Bu nedenle benzer veya aynı durumda olan kişilerin farklı muameleye tabi tutulmasında meşru bir amacın ya da bu muameleyi hukuken geçerli hale getiren bir sebebin olup olmadığına bakılacaktır.²⁹

Kadın ve erkek çalışanlar arasında kadınlara sırf cinsiyetleri nedeniyle daha az ücret verilmesi, fiziksel ya da ruhsal bir engeli nedeniyle bir kişiye iş verilmemesi, aynı suçu işlemiş kişilere ırkları nedeniyle farklı cezalar verilmesi³⁰ doğrudan ayrımcılığa verilecek en belirgin örneklerdendir. Ayrıca siyah bir kişinin otobüse alınmaması, bir restoranda Roman bireye hizmet verilmemesi de doğrudan ayrımcılığa örnek verilebilir.³¹

2. Dolaylı Ayrımcılık

Ayrımcılık yalnız aynı veya benzer durumda olanlara farklı muamele yapılması ile ortaya çıkmaz. Dolaylı ayrımcılık olarak adlandırılan ayrımcılık türü, görünüşte farklı muamele oluşturmayacak nitelikteve tarafsız olan bir hükmün, uygulamada belli bir gruba ait kişileri, bu gruba ait özellikleri haiz olmayan diğer kişilerle karşılaştırıldığında dezavantajlı bir konumda bırakmaktadır.³² Böylelikle ayrımcılık yasağı kapsamına sadece aynı veya benzer durumda olan kişilere karşı gerçekleştirilen farklı muamele değil, aynı muamele de girmektedir. Burada bahsi geçen aynı muamele, kişiler arasında doğrudan ayrımcılıkta olduğu gibi eşit olmayan sonuçlar yaratabilecek muameledir.

Avrupa Birliği'nin dolaylı ayrımcılık kavramının gelişiminde önemli bir rolü olmuştur. Dolaylı ayrımcılık, Birlik hukukunda ilk kez 1997 yılındaİspat Yükü Yönergesi'nin (Council Directive 97/80/EC) 2'nci maddesi ile tanımlanmıştır.³³Avrupa Birliği Konseyi tarafından 27 Kasım 2000 tarihinde

²⁹ Ulaş “Karan, Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği”, *TBB Dergisi*, Yıl 20, S. 73, Kasım- Aralık 2007, s. 154.

³⁰ Korkut, s. 46.

³¹ İ. I. Gül/U. Karan, *Ayrımcılık Yasağı, Kavram, Hukuk, İzleme ve Belgeleme*, B. Yeşiladalı, G. Ayata (eds), İstanbul 2011, s. 14.

³² Korkut, s. 46.

³³Ulaş Karan, *Avrupa Birliği Ülkelerinde Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik Kurumları*, Ankara 2009, s. 38; Yönerge'de dolaylı ayrımcılık; görünüşte tarafsız olan bir hüküm, ölçüt veya

yayınlanan İşe Alma ve Mesleki Açından Eşit Muamelenin Sağlanması İçin Genel Bir Çerçeve Oluşturulmasına İlişkin 2000/78/EC sayılı Yönerge'nin 2-2-b maddesinde dolaylı ayrımcılık, Yönerge'nin kapsamına aldığı ayrımcılık nedenleri çerçevesinde tanımlanmıştır. Bu maddeye göre; görünüşte tarafsız olan bir hüküm, ölçüt veya uygulamanın belirli bir din ya da inanç, sakatlık, yaş veya cinsel yönelime sahip olan kişilerin diğer kişilerle karşılaştırıldığında belirgin bir şekilde dezavantajlı bir duruma konulması durumunda dolaylı ayrımcılık söz konusu olacaktır.³⁴

Doğrudan ayrımcılığın yasaklanmasının istenilen amaca ulaşmada yeterli olmaması nedeniyle dolaylı ayrımcılık da yasaklanmıştır.³⁵ Dolaylı ayrımcılık ile sadece farklı muamelelerin değil, herkes için aynı şekilde geçerli ve görünüşte tarafsız olan ancak bazı kişi ve gruplar üzerinde olumsuz etki yaratan yasal düzenlemeler, uygulamalar ve tedbirlerin de ayrımcılık yasağını ihlal ettiği ifade edilmektedir.³⁶

Bir kütüphaneye kütüphaneci arandığına ilişkin bir iş ilanında “kadınlar başvuramaz” ifadesine yer verilmesi doğrudan ayrımcılığa örnektir; ancak ilanın “kütüphaneci alınacaktır, başvurucuların 1.80 cm ve üzeri uzunlukta olmaları gerekmektedir”³⁷ şeklinde olması halinde dolaylı ayrımcılık söz konusu olacaktır. Bu örnekten de anlaşılacağı üzere dolaylı ayrımcılık açıkça anlaşılmamaktadır; ancak doğrudan ayrımcılıkla aynı etkiye sahiptir.

Birleşik Krallık'ta çalışan ve İrlandalı göçmen bir işçi olan O'Flynn, oğlunun cenazesini İrlanda'da defnetmek için cenaze yardımı talep etmiş; ancak talebi bu

uygulamanın belirli bir cinsiyet grubuna ait kişilere karşı belirgin bir şekilde dezavantajlı bir uygulamaya neden olması hali olarak tanımlanmıştır; <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31997L0080&from=EN> (28.12.2014).

³⁴ Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, madde 2-2-a, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0078:en:HTML> (12.03.2014).

³⁵ Karan, *Avrupa Birliği Ülkelerinde Ayrımcılık Yasası*, s. 11.

³⁶ 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. 244-245.

³⁷ Michael Connolly, *Townshend-Smith on Discrimination Law: Text, Cases and Materials*, 2. Baskı, London 2004, s. 244.

yardımın sadece Birleşik Krallık'ta gerçekleşecek törenler için yapılması nedeniyle reddedilmiştir. Avrupa Adalet Divanı O'Flynn davasına ilişkin kararında³⁸ ulusal mevzuattaki söz konusu hükmün doğası gereği vatandaşlardan daha çok göçmenleri etkileyeceğini, hali hazırda göçmenlerin büyük bir kısmının bu hükümden etkilenmiş olmasının gösterilmesine gerek olmadığını ifade etmiş ve talebin reddinin dolaylı ayrımcılık içerdiğini hüküm altına almıştır.

3. Negatif Ayrımcılık

Toplumu oluşturan bireyler arasındaki nitelik farklılıkları ve ortalamanın altındaki bir nitelik eksikliği veya benzerlerinden farklı olmak, azınlık olmak gibi özellikler her zaman kişilerin aleyhine kullanılmıştır. Diğer bir ifadeyle, bu özellikler kişiye gerek özel hayatında, gerekse iş hayatında eşit davranılmamasına, benzerlerinin sahip olduğu haklara objektif olmayan sebeplerden dolayı sahip olamamasına neden olmaktadır.³⁹ Bu tür ayrımcılık, negatif ayrımcılık olarak tanımlanmaktadır.

Negatif ayrımcılık ile pozitif ayrımcılık birbiriyle bağlantılı iki kavramdır. Pozitif ayrımcılığın eşitliği sağlamak adına hukuk alanında kabul edilmesinin nedeni, negatif ayrımcılığın kişiler arasında uygulanmasıdır.⁴⁰ Başka bir deyişle, negatif ayrımcılığa maruz kalan kişileri korumak amacıyla pozitif ayrımcılık adı altında olumlu tedbirler alınmaktadır.

4. Pozitif Ayrımcılık

Her insanın doğuştan eşit olduğu ilkesinin ihlalini engellemek üzere hukuk alanında düzenlenen ayrımcılık yasağı⁴¹, toplum içerisinde eşitliğin sağlanması açısından tek başına yeterli değildir. Bir kişinin ırk veya etnik kökeni, dili, cinsiyeti, yaşı gibi özellikleri nedeniyle farklı muamele ile karşılaştığı durumlarda, bu kişinin

³⁸ *O'Flynn v Adjudication Officer*, Case C-237/94 [1996] ECR I-2639; Malcolm Sergeant (edt), *Discrimination Law*, Essex 2004, s. 18.

³⁹ Muammer Altun, *Ayrımcılık Suçu*, s. 12, www.yoktez.gov.tr (25.12.2013).

⁴⁰ Ahmet Demir, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı*, s. 13, www.yoktez.gov.tr (25.12.2013).

⁴¹ Göregenli, *Önyargılar, Özcü İnançlar*, s. 24.

bu özelliklerinden kaynaklanan dezavantajlarının ortadan kaldırılmasına yönelik özel önlemler, pozitif ayrımcılık⁴² olarak ifade edilmektedir.⁴³ Pozitif ayrımcılık temelinde, toplum içerisinde dezavantajlı konumda olan kesimlerin haklı çıkarılarını korumak ve başkalarına kıyasla daha kötü olan durumlarını iyileştirmek amacıyla, bu kişilere tanınan bazı ayrıcalıklı haklar, ayrımcılık yasağına aykırı değildir.⁴⁴

Birleşmiş Milletler sözleşmeleri, Avrupa Birliği antlaşmaları ve yönergeleri, eşitliğin toplum içerisinde tam olarak sağlanması için herhangi bir devletin, kişilerin sahip oldukları özellikleri nedeniyle maruz kaldıkları dezavantajlı durumu önlemek veya telafi etmek için belirli tedbirler almasının ve bu tedbirleri sürdürmesinin, eşitlik ilkesine aykırı olmadığını ifade etmektedir.

Pozitif ayrımcılık kavramı, 1970'lerde dünyada gündeme geldiğinde ilk olarak akla gelen kadınlardır.⁴⁵ Erkeklerin egemen olduğu sosyal, politik ve ekonomik alanda eşitsizliği azaltmaya yönelik kadınların eğitime katılmasının teşvik edilmesi, kadınların istihdama katılması ve kadınlara yönelik seçim kotalarının belirlenmesine ilişkin düzenlemeler yapılmıştır.⁴⁶ Belirtmek gerekir ki, Batı ülkelerinde kadınlara seçilme kotaları tanınması ve asgari oranların güvenceye alınması, kadın erkek eşitliği olarak ifade edilen klasik eşitlik anlayışına aykırı gibi görünse de, aslında fiili eşitsizliği gidermeye yönelik bir pozitif ayrımcılık tercihidir.⁴⁷

⁴² ABD'de kadınlar ve azınlıktaki gruplara yönelik eşitsizliğin ortadan kaldırılması için ortaya çıkan "affirmativeaction" yani "olumlu eylem", başka bir ifadeyle "positiveaction"(olumlu aksiyon) kavramı, Fransızcaya "discriminationpositive (pozitif ayrımcılık)" olarak çevrilmiştir. Gounghee Moon, *Pozitif Ayrımcılık*, s. 1, www.yoktez.gov.tr (25.12.2013).

⁴³ Karan, *AB Ülkelerinde Ayrımcılık Yasağı*, s. 14.

⁴⁴ Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Oğuz Sancakdar/Rifat Murat Önok, *İnsan Hakları El Kitabı*, 4. Baskı, Ankara 2011, s. 401.

⁴⁵ Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s. 402.

⁴⁶ Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s. 402.

⁴⁷ Bülent Tanör/Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 12. Bası, İstanbul 2012, s. 120.

Ülkemiz açısından ise; Anayasa'nın 10'uncu maddesinde⁴⁸, kadınlar ve erkeklerin eşit haklara sahip olduğu ve devletin bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlü olduğu hüküm altına alınmıştır. Ayrıca bu amaçla alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı olmadığı belirtilmiştir. Anayasadaki diğer bir pozitif ayrımcılık hükmü; çocuklar, yaşlılar, özürllüer, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için getirilmiş olup bu kişiler için alınacak tedbirlerin de eşitlik ilkesine aykırı sayılmayacağı ifade edilmiştir.

5. Taciz

Önceleridoğrudan ayrımcılık kapsamında değerlendirilen tacizin başlı başına bir ayrımcılık türü olarak ele alınması yeni bir gelişmedir.⁴⁹Günümüzde ayrımcılığın özel bir türü olarak kabul edilen taciz; ırk veya etnik köken, din veya inanç, yaş, engellilik ve cinsel yönelim gibi özelliklerden herhangi birisiyle ilgili olarak bir kişinin onurunu zedeleyen ve gözdağı veren, düşmanca, aşağılayıcı, küçük düşürücü ya da saldırgan bir ortam yaratmak amacı veya etkisiyle o kişi için istenmeyen bir fiil gerçekleştirilmesi olarak tanımlanmaktadır.⁵⁰

Tacizin yasaklanmasıyla amaçlanan husus, hak ve özgürlüklerden yararlanılmasının insan onuruna yaraşır bir ortamda gerçekleşmesidir.⁵¹ Uluslararası sözleşmelerde tacize ilişkin açık bir düzenleme olmamakla birlikte Avrupa Birliği İstihdamda Eşit Muamele ve Irk Ayrımcılığı yönergelerinde hangi hareketlerin taciz olarak değerlendirileceği ifade edilmiştir.⁵²

Tacize konu davranışlarla genellikle iş yerlerinde karşılaşılmakta olup kişinin görünüşüyle, kıyafetiyle veya özellikleriyle ilgili alay, utandırıcı ya da hoş

⁴⁸ Söz konusu hüküm ayrımcılık yasağının anayasal dayanağı olup AB'ye giriş sürecinde ayrımcılık yasağına ilişkin bağımsız bir hükmün anayasada düzenlenmesine ilişkin girişimler sonuçsuz kalmıştır., bkz. Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s. 401.

⁴⁹ *Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı*, Avrupa Konseyi, 2010, s. 31, http://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_non_discr_law_TUR.pdf (06.06.2014).

⁵⁰ İ. I. Gül/U. Karan, *Ayrımcılık Yasağı Eğitim Rehberi*, G. Ayata/ B. Yeşilada (edt.), İstanbul 2011, s. 11.

⁵¹ Gül/Karan, *Ayrımcılık Yasağı Eğitim Rehberi*, s. 11.

⁵² Karan, *AB Ülkelerinde Ayrımcılık Yasağı*, s. 11.

karşılanmayan şakalar veya yorumlar, mağduru ayrı tutma amaçlı düşmanca hareketler, istenmeyen fiziksel temas, cinsel amaçlı talepler, fiziksel saldırı gibi fiiller taciz olarak değerlendirilir.⁵³

İsveç Temyiz Mahkemesi, köpek yavrusu almak isteyen eşcinsel bir vatandaşa, satıcının eşcinsel kişilerin hayvanlarla ilişkisi olduğu ve kendisinin sattığı hayvanların iyiliğini düşünmek zorunda olduğundan bahisle satım işlemini gerçekleştirmediği olayda, mal veya hizmete erişim açısından doğrudan ayrımcılığın söz konusu olduğunu ve ayrıca cinsel yönelim nedeniyle satım sözleşmesinin yapılmamasının taciz oluşturduğuna karar vermiştir.⁵⁴

E. Ayrımcılık ile ilişkili Bazı Kavramlar

1. Eşitlik

Eşitlik⁵⁵, hem aritmetik ve doğa bilimlerinden ahlak ve hukuk gibi birçok bilim ve bilgi dalında hem de gündelik yaşamda şeylerin nicelik ve nitelik yönünden karşılaştırmalarında kullanılmakta olup⁵⁶ “iki veya daha çok şeyin eşit olması durumu, denklik”⁵⁷ olarak tanımlanmaktadır. Yani eşitlik kavramsal olarak yapı, değer, boyut, nicelik ve nitelik bakımından birbirinden ne artık ne de eksik olmayan iki veya daha çok şey arasında herhangi bir özellik yönünden yapılan karşılaştırma sonucu varlığı belirlenen ilişkiyi ifade eder.⁵⁸

Hukuki eşitlik ya da kanun önünde eşitlik ilkesi, gerçek anlamda eşitlik ile aynı değildir. Dolayısıyla eşitlik ilkesinden söz ederken, doğadaki hiçbir şeyin veya

⁵³ Gül/Karan, *Ayrımcılık Yasağı*, s. 18.

⁵⁴ Ombudsman Against Discrimination on Grounds of Sexual Orientation v. A.S., Case No. T-3562-06, Svea Court of Appeal, 11 February 2008; *Handbook on European non-discrimination law*, s. 32-33, http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1510-FRA-CASE-LAW-HANDBOOK_EN.pdf (10.04.2014).

⁵⁵ Eşitliğin tarihsel gelişimi için bkz; Alaeddin Şenel, *Eski Yunanda Eşitlik ve Eşitsizlik Üstüne*, Ankara 1970, s. 5 vd.; Merih Öden, *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi*, Ankara 2003, s. 48vd.

⁵⁶ Öden, s. 20.

⁵⁷ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.53f4bc25740da1.62320886 (20.08.2014).

⁵⁸ Öden, s.17.

durumun tıpatıp aynı olmadığı bilinmekte, eşitsizliğin varlığı kabul edilmektedir.⁵⁹ “Bütün insanlar eşittir” ifadesi, aslında “insanlara eşit olarak davranılmalıdır” ya da “eşit işlem yapılmalıdır” yolunda emredici ve düzenleyici bir ilkeyi vurgulamaktadır.⁶⁰ Yoksa insanların yetenek, beceri, görünüm ya da tercihleri açısından eşit olamayacağı bilinen bir gerçektir.⁶¹ Başka bir ifadeyle, insanların eşit olduğu varsayımı insanların insan onuru bakımından eşit oldukları, diğer açılardan farklılıklar taşıyabilecekleri gerçekliğine dayanmaktadır.⁶² Eşitlik, insan haklarının, hukuk devletinin ve demokratik devletin yönetimine egemen olan bir ilke olmakla birlikte insan onurunun dokunulmazlığı ve korunması açısından da bir değerdir.⁶³

Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı birbiriyle yakından ilişkili iki kavramdır. Bu iki kavramın, aynı ilkenin pozitif ve negatif görünümü olduğu genel olarak kabul görmektedir. Başka bir deyişle, eşitlik ilkesi ayrımcılık yapılmamasını ifade etmekte olup ayrımcılık yasağı ilkesinin uygulanması da eşitliği sağlayacaktır.⁶⁴ Yine ayrımcılık yasağının eşitlik idealini güvence altına alma amacıyla bir alt kavram olduğu belirtilmektedir.⁶⁵ Ayrımcılık yasağı, eşitlik ilkesinin gerçekleşmesi sağlamak için kabul edilmiş bir kavramdır.⁶⁶

⁵⁹ Sibel İnceoğlu, “Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı”, *Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi*, S. 11, 2006/4, s. 49.

⁶⁰ Öden, s. 23.

⁶¹ Nigel Ashford, *Özgür Toplumun İlkeleri*, (çev. Can Madenci), 2. Baskı, Ankara 2011, s. 33.

⁶² Yekbun Geylani Arslan, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Bağlamında Ayrımcılık Yasağı*, s.4, www.yoktez.gov.tr, (31.03.2014).

⁶³ Rukiye Akkaya, “İnsan Hakları Bağlamında Eşitlik İlkesi ve Cinsiyet Ayrımcılığının Önlenmesine İlişkin Bazı Düzenlemeler”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Yıl 2, S. 7, Mart 2007, s. 123.

⁶⁴ Li Weiwei, *Equality and Non-Discrimination Under International Human Rights Law*, Norway 2004, s.7.

⁶⁵ U. Karan, *Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*, S. İnceoğlu (edt.), İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, Ankara 2013, s. 460.

⁶⁶ Mustafa Kılıçoğlu, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Egemen Olan İlkeler ve Ayrımcılık Yasağı”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, Cilt 9, Yıl 2012, S. 36, s. 41.

Ayrımcılığın tek başına yasaklanması, eşitlik ilkesinin hayata geçirilmesi ve eşitliğin fiilen sağlanması açısından yeterli bir çözüm değildir.⁶⁷ Ayrımcılığa karşı tam anlamıyla korunma, pozitif ayrımcılık olarak adlandırılan tedbirler alınmasını gerektirmektedir. Bu suretle ayrımcı muameleye maruz kalanlar korunup fiili eşitliğin sağlanması amaçlanmaktadır.⁶⁸

Eşitlik ilkesi kendi içerisinde şekli eşitlik ve maddi eşitlik olmak üzere iki alt başlıkta incelenmektedir:

a)Şekli Eşitlik

Şekli eşitlik, bireylerin kişisel ve özel durumlarına bakılmaksızın, kanunların herkese eşit uygulanması olarak ifade edilmektedir.⁶⁹ Başka bir ifadeyle, şekli eşitlik anlayışı, eşitliğin asgari ölçüsünün “kanun önünde eşitlik” ve “kanunların eşit koruma öngörmesi” olduğunu ifade eder.⁷⁰ Bu ilke her ne kadar karşı çıkılmayacak derecede tüm bireylerin lehineymiş gibi görünse de, ilkenin geçerliliği; iki kişinin karşılaştırıldığında eşit oldukları varsayımına dayanmaktadır.⁷¹ Ancak şekli eşitlik ilkesi, aynı zamanda farklılıkların yok sayılması anlamına da gelmekte olup bu yok sayılma, beraberinde farklı kişilerin farklı ihtiyaçları olabileceğini ve bu anlamda onlara farklı yaklaşılması gerekliliğini de görmezden gelmektedir.⁷² Ayrıca şekli eşitlik, toplumda mevcut aksaklıkları gidermek ve dezavantajlı konumda olanları korumak adına alınacak tedbirleri, diğer bir ifadeyle bu kişilere karşı yapılacak pozitif ayrımcılık yükümlülüğünü içermemektedir. Şekli eşitlik anlayışının en belirgin özelliği olan benzer muamele yapılması hususunda bu benzer muamelenin

⁶⁷ Karan, *Eşitlik İlkesi*, s. 476.

⁶⁸ Karan, *Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*, s. 142.

⁶⁹ Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 14. Baskı, Bursa 2013, s. 99.

⁷⁰ Karan/Gül, *Ayrımcılık Yasağı*, s. 6.

⁷¹ Karan, *Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*, s. 137.

⁷² Karan, *Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*, s. 137.

neden olacağı eşit olmayan sonuçlar dikkate alınmadığından dolayı ayrımcılık kabul edilmemekte ve ayrımcılığın açık ve kasti olması aranmaktadır.⁷³

b) Maddi Eşitlik

Maddi eşitlik, aynı durumda olanların aynı işleme tabi tutulması, farklı durumlarda bulunan kişilerin farklı işleme tabi tutulmasıdır. Başka bir ifadeyle, eşit olmayanlara farklı kuralların uygulanması, eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmez.⁷⁴ Maddi eşitlik ilkesi, eşitliği hayata geçirmek için yapılan muamelenin kendisine ve muamelenin sonuçlarına odaklanmakta, yani eşitliğin fiilen gerçekleştirilmesini amaçlamakta ve bu özelliği ile şekli eşitlik anlayışından ayrılmaktadır.⁷⁵ Maddi eşitlik anlayışı, sonuçların eşitliği ve fırsat eşitliği olmak üzere iki farklı yaklaşımı kapsamaktadır.⁷⁶ Böylelikle maddi eşitlik ilkesi eşitsizliklerin ortadan kaldırılması ve eşitlik ilkesinin gerçekten hayata geçirilmesi için dezavantajlı durumda olan kişilere pozitif ayrımcılık yapılmasını gerektirmektedir.

2. Farklı Muamele

Farklı muamele, aynı veya benzer durumda olan bireylere yöneltilen davranışların aynı olmaması olarak tanımlanmaktadır.⁷⁷ Bu tanımdan farklı muamelenin iki unsuru ortaya çıkmaktadır: Öncelikle, durumları karşılaştırılan bireylerin aynı veya benzer özelliklere sahip olması gerekir. İkinci olarak ise, aynı veya benzer durumda olan kişilere yapılan muamele haklı bir neden olmaksızın farklılık arz etmelidir.

Aynı durumdakilere farklı muamele, ayrımcılık yasağının ihlali niteliğinde olduğu gibi, farklı durumdakilere aynı muamele de ayrımcılık yasağının ihlali niteliğindedir ve eşitsizlik yaratma, eşitsizlikleri pekiştirme ve eşitsizlikleri artırma

⁷³ Kadriye Bakırcı, *Uluslararası Hukuk, AB ve ABD Hukuku ile Karşılaştırmalı Çalışma Yaşamında Kadın Erkek Eşitliği Arayışı Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı ve Türkiye*, 2. Bası, Ankara 2012, s. 42.

⁷⁴ Gözler, s. 99.

⁷⁵ Karan/Gül, *Ayrımcılık Yasağı*, s. 12.

⁷⁶ Non-Discrimination in International Law a Handbook for Practitioners, s. 17, <http://www.interights.org/handbook/index.html> (10.02.2014).

⁷⁷ Gizem Tanay, *Ayrımcılık Suçu*, s. 62, www.yoktez.gov.tr (25.03.2014).

potansiyeline sahiptir. Farklı durumdakilere yapılan farklı muameleler, muamelenin nitelik ve ölçüsüne göre eşitsizlikleri artırabilir, eşitsizlikleri koruyabilir ya da eşitsizlikleri ortadan kaldırabilir.⁷⁸ Ancak bireyler arasındaki her farklı muamele ayrımcılık yasağının ihlali olarak değerlendirilemez. Farklı durumda olanlar arasındaki eşitsizliği ortadan kaldırmak için yapılan farklı muamele, ayrımcılıkla mücadele niteliğini haizdir.

⁷⁸ Karan/Gül, *Ayrımcılık Yasağı*, s. 13.

İKİNCİ BÖLÜM

ULUSLARARASI VE ULUSAL HUKUKTA AYRIMCILIK YASAĞI

I. ULUSLARARASI HUKUKTA AYRIMCILIK YASAĞI

A. Genel Olarak

Eşitlik ve ayrımcılık ile ilgili sorunlar insanlık tarihi boyunca karşımıza çıkmakta ise de bu kavramlar uluslararası toplumda kolay kabul edilmiş ve hukuki koruma altına alınmış kavramlar değildir. Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra düzenlenen Paris Konferansı'nda, Japonya, ırksal eşitlik ilkesinin Milletler Cemiyeti Sözleşmesi'nde yer alması için yoğun bir çalışma yapmış ve bu çalışmanın neticesinde Konferans Komisyonunun on yedi üyesinden on birinin oyunu almış ise de Birleşik Devletler Başkanı Wilson söz konusu değişikliğin başarısız olduğunu açıklamıştır.⁷⁹

İkinci Dünya Savaşı esnasında yaşanan olaylar devletlerin insan hakları ve dünya barışına yönelik tehditlere daha fazla göz yumulamayacağını ortaya koymuştur. Bu durum, 1945 yılında kabul edilen Birleşmiş Milletler Antlaşması'na *“savaş felaketinden gelecek kuşakları korumaya, temel insan haklarına, insan kişiliğinin onur ve değerine, erkeklerle kadınların ve büyük uluslarla küçük ulusların hak eşitliğine olan inancımızı yeniden ilan etmeye”* ifadeleriyle yansıtılmıştır. Ayrıca birinci maddede Birleşmiş Milletler'in amaçları arasında, ırk, cinsiyet, dil ya da din ayrımı gözetmeksizin herkesin insan haklarına ve temel özgürlüklerine saygının geliştirilip güçlendirilmesinde uluslararası işbirliğini sağlamak da sayılmıştır.

20'nci yüzyılda Birleşmiş Milletler'in öncülüğünde ayrımcılık ile mücadele açısından birçok uluslararası ve bölgesel nitelikte belge kabul edilmiştir. Aşağıda Birleşmiş Milletler tarafından hazırlanan sözleşmeler ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa Birliği yönergeleri ele alınacaktır.

⁷⁹The Right to Equality and Non-Discrimination in the Administration of Justice, s. 634, <http://www.ohchr.org/documents/publications/training9chapter13en.pdf> (20.09.2014).

B. Birleşmiş Milletler Uluslararası Sözleşmeleri

10 Aralık 1948 günü Birleşmiş Milletler Genel Kurulunca kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, tavsiye niteliğinde bir karar olması nedeniyle hukuki bağlayıcılığı haiz değildir.⁸⁰ Ancak ortaya çıktığı dönem itibariyle, uluslararası alanda geçerli ve insan hakları aracı olarak kabul edilebilen tek uluslararası belge olması nedeniyle yeni kurulan birçok devlet tarafından anayasal bir belge olarak kullanılmıştır.⁸¹ Ayrıca, çağdaş toplumlarca da insan haklarını tanımlayan bir belge olarak kabul edilmektedir.⁸² İHEB hükümlerinin Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38'inci maddesinde yer bulan uygar milletlerce tanınan ve benimsenen hukukun genel ilkelerinden sayılması gerektiği de ifade edilmiştir.⁸³

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi⁸⁴, insan haklarını tespit eden belgelerin ilk adımı olup beyannameyi hazırlayanlar ve kabul edenler, insan haklarının korunması için daha fazla çalışma yapılması gerektiği bilinciyle 1949'da İnsan Hakları Komisyonu aracılığıyla hak ve hürriyetleri tespit eden ve bunların ihlali halinde alınacak tedbirleri öngören sözleşmeler için çalışmaya başlamışlardır.⁸⁵ Netice olarak da Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme ile Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme olmak üzere iki ayrı sözleşme oluşturulmuştur.

⁸⁰ Rona Aybay, *Açıklamalı İnsan Hakları Evrensel Bildirisi*, Ankara 2006, s. 6; Beyannamenin 1'inci maddesi bütün insanların, insan onuru ve insan hakları bakımından eşit doğduğunu hüküm altına almıştır. Belirtmek gerekir ki, ancak insan onurunun korunmasının koşulsuz olması halinde özgür ve eşit bir toplumdan bahsetmek mümkün olacaktır; bkz. Altan Heper, *Kültürlerarası İlişki Bağlamında İnsan Onuru*, "Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar - V" Sempozyum İstanbul Barosu - HFSA Bildiriler / 2 (13-17 Eylül 2010, İstanbul), İstanbul 2012, s. 17.

⁸¹ Örneğin Gine, Somali ve Senegal (1963) anayasalarında İHEB'e yollamalar yapılmıştır. Yine Almanya, Nijer, Merkezi Afrika Cumhuriyeti anayasalarında da bildirinin bazı hükümleri yansıtılmıştır. Aslan Gündüz, *Milletlerarası Hukuk*, R. V. Günel (edt.), 6. Baskı, İstanbul 2013, s. 447; Ayrıca, Bosna Hersek Anayasası'nın başlangıç bölümünde de Anayasa'nın yapımında BM tarafından yapılmış birçok sözleşmenin yanında İHEB'de esinlenildiği ifade edilmiştir. http://www.ccbh.ba/public/down/USTAV_BOSNE_I_HERCEGOVINE_engl.pdf(31.05.2014)

⁸² Halil Kalabalık, *İnsan Hakları Hukuku*, Ankara 2009, s. 66.

⁸³ İlhan F. Akın, *Temel Hak ve Özgürlükler*, İstanbul 1964, s. 108.

⁸⁴ Öğretide bildiri veya bildirge terimleri de kullanılmaktadır.

⁸⁵ Gündüz, s. 456.

Aşağıda her iki sözleşme de incelenecek olup sözleşmelerin ayrımcılık yasağına ilişkin hükümlerine yer verilecektir.

1. Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme

16 Aralık 1966 tarihinde kabul edilen ve 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe giren Sözleşme'yi, ülkemiz 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalamıştır. Sözleşmeye çoğu Birleşmiş Milletler üyesi devlet taraf olmuştur. Türkiye de 7 Temmuz 2003 tarihinde Avrupa Birliği müktesebatı çerçevesinde ve insan hakları hukuku alanında yapılan çalışmalar gereğince, sözleşmeyi usulüne uygun olarak onaylamış olup onaya ilişkin karar 21 Temmuz 2003 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.⁸⁶

Ayrımcılık yasağı, kanun önünde eşitlik ve hiçbir ayırım gözetilmeksizin yasalarca eşit seviyede koruma, insan haklarının korunmasıyla ilgili temel ve genel prensiplerdir.⁸⁷ Bunun gereği olarak, Sözleşme'nin özellikle iki maddesi ayrımcılık yasağı, yasalar önünde eşitlik ve yasalarca eşit derecede korunma bakımından öne çıkmaktadır. Bunlardan ilki, "Sözleşmenin İç Hukuka Uygulanması ve Ayrımcılık Yasağı" başlıklı 2'nci maddedir:

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

Maddede ayrımcılığın tanımı yapılmamış, taraf devletlere sözleşmede tanınan haklarla sınırlı olmak üzere belirli sebeplerle ayırım yapmaksızın devletlerin bütün vatandaşları açısından bu hakları koruması ve saygı duyması yükümlülüğü getirilmiştir.

⁸⁶ <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2003/07/20030721.htm#2> (30.10.2014).

⁸⁷ Uyar, s. 40.

Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme hükümlerinin taraf devletlerce uygulanmasını denetlemek üzere bağımsız uzmanlardan oluşan İnsan Hakları Komitesi kurulmuştur.⁸⁸ Taraf devletler, insan haklarına saygı amacıyla aldıkları önlemleri ve bu alandaki gelişmeleri belirli aralıklarla hazırlayacakları raporlarla İnsan Hakları Komitesi'ne bildirmekle yükümlüdür.⁸⁹ İnsan Hakları Komitesi de, Sözleşme'de tanınan haklara işlerlik kazandırmak ve bu hakların etkin şekilde kullanılmasını sağlamak için taraf devletlerin hazırlayacağı raporlar üzerinde çalışmak ve bu çalışmalar neticesinde taraf devletlere genel yorumlar hazırlamak yetkisini haizdir.⁹⁰

İnsan Hakları Komitesi, 1989 yılında ayrımcılık yasağına ilişkin yaptığı Genel Yorum'da Sözleşme'nin ayrımcılığın tanımını yapmadığı gibi neyin ayrımcılık teşkil edeceğini de belirtmediğini ifade etmiştir.⁹¹ Sözleşme, herhangi bir tanıma yer vermemekle birlikte Komite'ye göre, Sözleşme'de belirtilen özellikler nedeniyle ayrımcılık yasaklanmış olmasına rağmen sözleşmede kullanıldığı şekliyle ayrımcılık, herhangi bir ayırma, dışlama, kısıtlama veya ırk, renk, cinsiyet, dil, din, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum veya başka durum, siyasi veya diğer görüşlere dayalı olarak gerçekleştirilen bütün hak ve hürriyetlerin herkes tarafından tanınmasını ve kullanılmasını engelleyecek veya sınırlandıracak ayrımcılığı ifade etmektedir.⁹²

Sözleşme'nin ayrımcılık yasağı, yasalar önünde eşitlik ve yasalarca eşit derecede korunma bakımından öne çıkan diğer madde 26'ncı maddedir. Buna göre;

“Herkes yasalar önünde eşittir ve hiçbir ayırım gözetilmeksizin yasalarca eşit derecede korunur. Bu bakımdan, yasalar her türlü ayrımı yasaklayacak ve ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka fikir, ulusal ya da toplumsal

⁸⁸ <http://www.ohchr.org/en/hrbodies/ccpr/pages/ccprindex.aspx> (25.06.2014).

⁸⁹ İbrahim Ö. Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar*, 8. Baskı, İstanbul 2012, s. 276.

⁹⁰ Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, 2. Bası, İstanbul 1997, s. 247.

⁹¹ Reports of Human Rights Committee Volume I, New York 1990, s. 173.

⁹² Uyar, s. 43.

köken, mülkiyet, doğum veya diğer statüler gibi, her bağlamda ayrımcılığa karşı eşit ve etkili korumayı temin edecektir.’’

Sözleşme'nin bu maddesi ile kanun önünde eşitlik ilkesi hüküm altına alınmış ve kanunların uygulanmasında ayrımcılık nedeni olacak özellikler örnekleyici olacak şekilde sayılmıştır.

2. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu tarafından Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme ile birlikte hazırlanan Ekonomik, Sosyal Ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, 16 Aralık 1966 tarihinde kabul edilmiş, ancak 3 Ocak 1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Ülkemiz tarafından 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalanmış olan Sözleşme, 10 Temmuz 2003 tarihinde onaylanmıştır.⁹³

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinde yer alan ekonomik, sosyal ve kültürel hak ve özgürlükler ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Sözleşmenin 2'nci maddesi ile genel bir ayrımcılık yasağı değil, sözleşme kapsamındaki haklar bakımından geçerli olacak bir ayrımcılık yasağı hükmü kurulmuştur. Nitekim maddenin 2'nci fıkrası;

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

şeklindedir. Yine Sözleşme'nin 3'üncü maddesi ile taraf devletlere, Sözleşme'de belirtilen bütün sosyal, ekonomik ve kültürel haklardan yararlanma hususunda kadın ve erkeklere eşit hak sağlama yükümlülüğü getirilmiştir.

Sözleşme'nin 4'üncü bölümünde yer alan maddelerle BM Ekonomik ve Sosyal Konseyine verilen izleme fonksiyonunu yerine getirmek için 28 Mayıs 1985 tarihinde, 18 bağımsız uzmandan oluşan Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar

⁹³ <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2003/08/20030811.htm#4> (30.10.2014).

Komitesi kurulmuştur.⁹⁴ Komite'nin doğrudan Sözleşme ile değil de bir Birleşmiş Milletler organı tarafından kurulmuş olması, Komiteyi Birleşmiş Milletler bünyesindeki insan hakları alanındaki sözleşmelere bağlı olarak çalışan diğer komitelerden ayırmaktadır.⁹⁵ Komite'nin görevi Sözleşmenin taraf devletlerce uygulanıp uygulanmadığının denetlenmesi olup Komite, bu amaçla taraf devletlerden rapor alır, denetler ve inceler. Ayrıca Sözleşme hükümlerinin nasıl yorumlanacağı ve taraf devletlerin ne tür tedbirler alacağını göstermek için genel tavsiyelerde bulunmaktadır.⁹⁶ Komite, bugüne kadar 21 adet genel tavsiye kararında bulunmuştur.

3. Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme

13 Ekim 1972 tarihinde imzalanan ve 3 Nisan 2002 tarihinde onaylanan Sözleşme'yi, Türkiye 13 Mayıs 2002 tarihinde onaylamış ve 16 Eylül 2002 tarihinde Sözleşme Türkiye bakımından yürürlüğe girmiştir. Sözleşme ile ırk ayrımcılığı kavramının tanımı yapılmıştır; fakat Sözleşme'de genel bir ayrımcılık tanımına yer verilmemiştir.

Sözleşme'nin 1'inci maddesinde ırk ayrımcılığı;

“siyasî, ekonomik, sosyal, kültürel veya toplumsal yaşamın herhangi bir alanında, insan hakları ve temel özgürlüklerin tanınmasını, uygulanmasını, bu hak ve özgürlüklerden yararlanılmasını ortadan kaldırmak veya zayıflatmak amacıyla ya da etkisine yönelik, ırk, renk, soy ya da ulusal veya etnik kökene dayalı her türlü ayırım, dışlama, kısıtlama ya da tercih”

olarak tanımlanmıştır. Sözleşme'nin, 2 ve devamı maddelerinde her türlü ırk ayrımı kınanmış ve taraf devletlere bu ayrımın ortadan kaldırılması için gerekli tedbirleri gecikmeden alma yükümlülüğü getirilmiştir. Ayrıca Sözleşme bireysel sorumluluğu da kabul etmekte olup bireylerin ırk ayrımı suçuna katılmaları halinde cezai sorumluluklarının olduğunu ifade etmektedir.

⁹⁴ <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CESCR/Pages/CESCRIndex.aspx> (30.08.2014).

⁹⁵ Bülent Algan, *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması*, Ankara 2007, s. 181.

⁹⁶ Algan, s. 182.

Taraf devletlerin yükümlülüklerini saymak dışında Sözleşme, Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi'ni kurmuştur. Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi (CERD), Birleşmiş Milletler tarafından taraf devletlerin özel bir insan hakları sözleşmesi altındaki sorumluluklarını yerine getirmek üzere gerçekleştirdikleri faaliyetleri izlemek ve gözden geçirmek üzere kurulmuş ilk yapıdır.⁹⁷ Komite, taraf devletlerin sundukları raporlara ilişkin öneri ve genel tavsiyelerde bulunma yetkisini haizdir. Komite en son 2013 yılında yayımladığı Irkçı Nefret Söylemi ile Mücadele başlıklı Genel Tavsiyesi ile birlikte toplamda 35 tavsiye karar yayımlamıştır.⁹⁸

Sözleşme ile taraf devletler, hiç kimseye ırk nedeniyle ayırım yapmamayı taahhüt etmekle birlikte herhangi bir birey, grup veya örgüt kaynaklı ırk ayrımcılığını yasaklayacak ve bu tür ayrımcılığa da son verecektir. Nitekim Komite'nin 20 No'lu Genel Tavsiyesi'nde de hakların kullanılması ya da olanakların sağlanması konusunda özel kuruluşların bir etkisi söz konusu ise, taraf devletlerin bu etkinin sonuçlarının ırk ayrımcılığına yol açmaması için gerekli tedbirleri almakla yükümlü olduğu ifade edilmiştir.⁹⁹ Nitekim Komite, Lakco ve Slovak Cumhuriyeti kararında, taraf devletin herhangi bir şahsın başka bir şahsa karşı ırk ayrımcılığı yapması halinde, cezai soruşturma yapma hususunda pozitif bir yükümlülüğü olduğunu ifade etmiştir.¹⁰⁰

4. Kadınlara Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi

Kadınlara Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi, 18 Aralık 1979 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulunda kabul edilmiş, 1 Mart 1980 tarihinde imzaya açılan Sözleşme 3 Eylül 1981 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁹⁷ http://www.ihop.org.tr/index.php?option=com_content&task=view&id=125 (30.08.2014).

⁹⁸ http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=6&DocTypeID=11 (30.08.2014).

⁹⁹ Birleşmiş Milletler Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi, *Genel Tavsiyeler, Türkiye Taraf Devlet Raporu*, Ankara 2010, s. 40.

¹⁰⁰ Non- Discrimination in International Law a HandbookforPractitioners, s. 21.

Türkiye ise Sözleşme'yi 1985 yılında imzalamış ve Sözleşme, 19 Ocak 1986 tarihinde yürürlüğe girmiştir.¹⁰¹

Sözleşme¹⁰² kadına karşı ayrımcılığın dünyanın her yerinde bütün toplumlarda var olduğu gerçeğini kabul etmekte ve ayrımcılığa neden olan uygulamaların tümüyle ortadan kaldırılmasını öngörmektedir.¹⁰³ Sözleşme ile kadına yönelik ayrımcılığın ne olduğu ve taraf devletlerin kadına yönelik ayrımcılık ile mücadele amacıyla alacakları tedbirler ifade edilmiştir. Sözleşme, devletleri eşitliği hukuki ve fiili alanda sağlamakla yükümlü kılmıştır. Bu özelliği ile kadın erkek eşitliğinin hayatın bütün alanlarında gerçekleşmesini sağlamak için atılan en büyük adım niteliğini taşımaktadır.¹⁰⁴ Başka bir ifadeyle Sözleşmenin amacı, kadınların insan haklarını belirlemek olmayıp taraf devletlerin kadınların kamusal ve özel alanda uğradığı her tür ayrımcılığa karşı gerekli düzenlemeleri yapmalarıdır.¹⁰⁵ Sözleşmenin ilk maddesi ile kadınlara karşı ayırım deyiminin tanımı yapılmıştır. Buna göre;

“kadınların medeni durumlarına bakılmaksızın ve kadın ile erkek eşitliğine dayalı olarak politik, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni ve diğer alanlardaki insan hakları ve temel özgürlüklerinin tanınmasını, kullanılmasını ve bunlardan yararlanılmasını engelleyen veya ortadan kaldıran veya bunu amaçlayan ve cinsiyete bağlı olarak yapılan herhangi bir ayırım, mahrumiyet veya kısıtlama” kadınlara karşı ayırım olarak kabul edilmektedir.

Sözleşme, kadınların birçok farklı alanda ayrımcılığa maruz kalabileceklerine dikkat çekerek, kadınların gerek biyolojik cinsiyetleri gerekse toplum tarafından biçilen roller temelinde doğrudan ve dolaylı ayrımcılığı tanımlamakta ve

¹⁰¹ Demet Özdamar, *Cedaw Sözleşmesi*, Ankara 2009, s. 41.

¹⁰² Öğretide, düzenlediği konular itibarıyla Sözleşme'nin, kadınların insan hakları Anayasası olduğu ifade edilmiştir, bkz.; Aysel Çelikel, Sunuş Konuşmaları, Bihterin Vural Dinçkol (Hazırlayan), İnsan Hakları ve Kadın, (5-8), İstanbul 2003, s. 6.

¹⁰³ Feride Acar, *Türkiye'de Kadınların İnsan Hakları: Uluslararası Standartlar, Hukuk ve Sivil Toplum*, http://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/Books/khuku/turkiyede_kadınların_insan_hakları_uluslararası_standartlar.pdf (09.12.2014).

¹⁰⁴ Özdamar, s. 39- 40.

¹⁰⁵ Akkaya, s. 125.

yasaklamaktadır.¹⁰⁶ Sözleşmenin devam eden hükümlerinde taraf devletlerin kadınlara karşı her türlü ayrımı kınadığı ve ayrımın önüne geçmek için gerekli tedbirleri alacağı hüküm altına alınmıştır.

Sözleşme'nin uygulanmasını incelemek ve denetlemek amacıyla 23 kadın hakları uzmanından oluşan Kadınlara Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi kurulmuştur.¹⁰⁷ Taraf devletler düzenli olarak Komiteye rapor sunmak zorundadır. Komite de taraf devletlerin Sözleşme'nin uygulanmasına yönelik hazırladıkları raporlara istinaden her bir devlete tavsiye kararları hazırlamaktadır.

Sözleşmeye Ek İhtiyari Protokol ile kadınlara uygulanan ayrımcılık ve hak ihlallerine ilişkin denetim mekanizmasında olumlu değişiklikler olmuştur. İhtiyari protokole taraf olan devletlerde, CEDAW ile korunan hakları ihlal edilen kişiler iç hukuk yollarını tükettikten sonra doğrudan CEDAW Komitesine başvurabilecektir.¹⁰⁸ Ayrıca, Protokole taraf devletlerden herhangi birinde yaygın ve sistemli kadın hakları ihlalleri varsa, Komite re'sen inceleme ve soruşturma yapma yetkisini haizdir.¹⁰⁹

5. Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme

Dünya ve Türkiye nüfusunun önemli bir bölümünü engelli kişilerin oluşturmasına rağmen hakları kullanma ve arama konusu bakımından engelliler zayıf bir grup olarak karşımıza çıkmaktadır. İnsan onuru ve doğuştan sahip olunan haklar açısından ise diğer insanlarla engelliler arasında hiçbir fark yoktur; ancak bu kuralın hayata geçirilmesi aşamasında engelliler dezavantajlı konumdadır.¹¹⁰ Engelliliğe dayalı ayrımcılığın giderilmesi için uluslararası alanda yürütülen çalışmalar

¹⁰⁶ Özdamar, s. 96.

¹⁰⁷ <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CEDAW/Pages/Introduction.aspx> (31.08.2014).

¹⁰⁸ Feride Acar, *Kadınların İnsan Hakları Hukuku*, Bihterin Vural Dinçkol, İnsan Hakları Hukuku ve Kadın, (20-29), İstanbul 2003, s. 22.

¹⁰⁹ Acar, *Kadınların İnsan Hakları Hukuku*, s. 22.

¹¹⁰ Selda Çağlar, "Engelli Hakları Sözleşmesinde Ayrımcılık Yasağı ve Türkiye'nin Uyum Sorunu", *TBB Dergisi*, Yıl 24, S. 96, Eylül – Ekim 2011, s. 150.

neticesinde Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme, birçok ülke tarafından kabul edilmiştir.

Türkiye'nin¹¹¹ de taraf olduğu ve 27 Mayıs 2009 tarihinde onaylanan Sözleşme'nin¹¹² amacı ilk maddede, engellilerin bütün insan hakları ve temel özgürlüklerinden tam ve eşit olarak yararlanmasını sağlamak olarak ifade edilmiştir. Taraf devletler de sözleşme ile engellilere yönelik her türlü ayrımcılığı en etkili şekilde ortadan kaldırmayı ve bunun için gerekli olan her türlü tedbiri almayı taahhüt etmişlerdir.

Sözleşme'nin 2'nci maddesinde engelliliğe dayalı ayrımcılığın tanımı yapılmıştır. Buna göre, *“siyasi, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni veya başka herhangi bir alanda insan hak ve temel özgürlüklerinin tam ve diğerleri ile eşit koşullar altında kullanılması veya bunlardan yararlanılması önünde engelliliğe dayalı olarak gerçekleştirilen her türlü ayırım, dışlama veya kısıtlama”* bu kapsamda değerlendirilmektedir.

Sözleşme'yehâkim olan genel ilkeler ise; kendi seçimlerini yapma özgürlükleri ve bağımsızlıkları da dâhil olmak üzere, kişilerin doğuştan sahip oldukları onura ve bireysel özerkliklerine saygı gösterilmesi, ayrımcılık yapılmaması, topluma tam ve etkili katılım ve dâhil olma, farklılıklara saygı gösterilmesi ve engelliliğin insan çeşitliliğinin ve insanlığın bir parçası olarak kabul edilmesi, fırsat eşitliği; erişilebilirlik, kadın ve erkek arasında eşitlik, engelli çocukların gelişen kapasitelerine saygı duyulması ve engelli çocukların kendi kimliklerini koruyabilmeleri için haklarına saygı duyulması olarak ifade edilmiştir.

Eşitlik ve ayrımcılık yasağı da Sözleşme'de hüküm altına alınmış olup herkesin hukuk önünde eşit olduğu ve ayrımcılığa uğramaksızın herkesin hukuk tarafından eşit korunmaya ve hukuktan eşit yararlanmaya hakkı olduğu vurgulanmıştır.

¹¹¹ Ancak Türkiye sözleşme ile birlikte kabul edilen ve bireysel başvuru hakkı tanıyan Ek İhtiyari Protokolü henüz onaylamamıştır. <http://www.un.org/disabilities/countries.asp?navid=12&pid=166> (19.05.2014).

¹¹² Sözleşmenin 3/12/2008 tarih ve 5825 sayılı Kanun ile onaylanması uygun bulunmuştur; <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2009/07/20090714-1.htm> (30.10.2014).

Sözleşme, engelliliğe dayalı ayrımcılığı yasaklayan ve bu çeşit ayrımcılığın giderilmesi için gerekli tedbirleri sıralayan¹¹³ birçok maddenin yanı sıra uluslararası belgelerde yer bulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin maddeleri de içermektedir. Yaşam hakkı, kişi özgürlüğü ve güvenliği, işkenceye veya zalimane, insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleye veya cezaya maruz kalmamak, düşünce ve ifade hürriyeti gibi hak ve hürriyetlerin yeniden onaylandığı ve engelliler açısından bu hak ve hürriyetlerin korunacağı vurgulanmıştır. Böylelikle Sözleşme, hem ayrımcılık yasağını engelliler açısından ayrıntılı şekilde düzenlemekte hem de doğrudan temel hak ve hürriyetleri kapsayan bir sözleşme niteliğinde olup bu özelliği ile hibrit bir sözleşme olarak yorumlanmıştır.¹¹⁴

6. Çocuk Hakları Sözleşmesi

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 20 Kasım 1989 tarihinde kabul edilen, Türkiye'nin de 1990 yılında Dünya Çocuk Zirvesi'nde imzalayıp 1994 yılında onayladığı Sözleşme¹¹⁵, çocuklarla ilgili tüm hak ve özgürlükleri diğer insan haklarına kıyasla genişleterek ve güçlendirerek düzenlemiştir.¹¹⁶ Böylelikle uluslararası hukuk alanında çocukların kişisel, ekonomik, siyasi, sosyal ve kültürel hakları taraf devletleri bağlayıcı bir sözleşme ile tespit edilmiştir.¹¹⁷ Sözleşme ile genel insan haklarına yönelik hükümler getirilmiş olmakla birlikte ayrıca toplumun en güçsüz ve zayıf üyeleri olan çocukların özel durumlarına ilişkin hak ve özgürlükler de koruma altına alınmıştır.¹¹⁸

Sözleşme'nin 2'nci maddesi ile sadece bu sözleşme kapsamında yer alana haklar bakımından bir ayrımcılık yasağı getirilmiştir. Nitekim maddenin ilk fıkrası;

¹¹³ Çağlar, s. 151.

¹¹⁴ Çağlar, s. 151.

¹¹⁵ <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/137-160.pdf> (11.12.2014).

¹¹⁶ Tevfik Odman, *Çocuk Hakları Bağlamında Çocuk Mülteciler*, Tarsus 2008, s. 9-10.

¹¹⁷ Ayhan Döner, *İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi*, Ankara 2003, s. 59.

¹¹⁸ Döner, s. 59.

“Taraf devletler, bu Sözleşme’de yazılı olan hakları kendi yetkileri altında bulunan her çocuğa, kendilerinin, ana babalarının veya yasal vasilerinin sahip oldukları, ırk, renk, cinsiyet, dil, siyasal ya da başka düşünceler, ulusal, etnik ve sosyal köken, mülkiyet, sakatlık, doğuş ve diğer statüler nedeniyle hiçbir ayırım gözetmeksizin tanır ve taahhüt ederler.”

hükümünü kurmuştur. Ayrımcılık yasağı hükmü, Sözleşme’de yer bulan çocukların katılım hakkı ve yüksek yararı, Sözleşme’nin 6’ncı maddesinde ifade edilen çocuğun hayatta kalması ve gelişmesi amacına ulaşmak için birbirini pekiştirmektedir.¹¹⁹

Sözleşme’nin 43’üncü maddesinin 1’inci fıkrası ile taraf devletlerin üstlendikleri yükümlülükleri yerine getirip getirmediğini tespit etmek ve kaydettikleri ilerlemeyi incelemek amacıyla Çocuk Hakları Komitesi kurulmuştur. Sözleşme’nin yargısal nitelikli bir yaptırım gücü yoktur, fakat bu boşluk Komitenin denetim mekanizması¹²⁰ ile siyasi olarak giderilmeye çalışılmıştır.¹²¹

C. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS), Avrupa Konseyi tarafından oluşturulmuş bir belge olarak üye devletlerin imzası ve onayı ile yürürlüğe girmiştir. Sözleşme ile birçok temel hak koruma altına alınmış olup aslında Sözleşme, Birleşmiş Milletler Evrensel Beyannamesinde ifade edilen hakların birçoğunu kapsamına almıştır. Ancak Sözleşme’yi Evrensel Beyanname ve diğer Birleşmiş Milletler sözleşmelerinden ayıran husus, Sözleşme’nin Avrupa İnsan Hakları

¹¹⁹Odman, s. 10.

¹²⁰ 19 Kasım 2011 tarihinde kabul edilen ve 14 Şubat 2014 tarihinde yürürlüğe giren Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’ye Ek Bireysel Başvuru Hakkı İhtiyari Protokolü ile Sözleşme, Sözleşmeye Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisine İlişkin İhtiyari Protokol ve Sözleşmeye Ek Çocukların Silahlı Çatışmaya Dahil Olmalarına İlişkin İhtiyari Protokol ile ortaya konulan bir hakkın ihlal edildiği gerekçesiyle çocuklar şikayetlerini bireysel başvuru ile doğrudan Çocuk Hakları Komitesi’ne götürebilecektir.; <http://www.cocukhaklarizleme.org/chs-bireysel-basvuru-protokolu-14-nisan-2014-itibariyle-yururluge-girdi> (19.08.2014); Türkiye ise protokolü 24 Eylül 2012 tarihinde imzalamış; ancak henüz onaylamamıştır. Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin Başvuru Usulüne İlişkin İhtiyari Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun Tasarısı meclis gündemindedir.; http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=139102 (19.08.2014).

¹²¹Odman, s. 10.

Mahkemesi (AİHM) ile üye devletler açısından bağlayıcı ve denetleyici bir mekanizma getirmiş olmasıdır. Diğer bir ifade ile AİHS sistemi içinde hak ve özgürlükler ortak güvence sistemine dayanan uluslararası yargısal denetim mekanizması ile korunmaya başlanmış, yani bireylere tanınan güvence yaptırıma bağlanmıştır. Sözleşme, böylelikle bireyleri uluslararası hukukun öznesi haline getirmiştir.¹²²

AİHS 14'üncü maddede ayrımcılık yasağını düzenlemektedir. Maddenin lafzında açıkça belirtilmemiş olsa da madde, AİHS ile koruma altına alınmış haklar ve özgürlükler açısından eşitlik ilkesini gerçekleştirmeyi amaçlamaktadır.¹²³

Aynı ya da benzer durumda bulunan kişileri haksız farklı muameleye karşı koruma getiren Sözleşme'nin 14'üncü madde, "ayrımcılık yasağı" başlığını taşımakta olup madde metni aşağıdaki 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.”

Görüldüğü gibi söz konusu sözleşme de Birleşmiş Milletler tarafından yapılan sözleşmelerde olduğu gibi sadece Sözleşme kapsamında tanınan haklar açısından ayrımcılık yasağı hükmünü kurmuştur. Bu nedenle, ayrımcılık yasağı ancak Sözleşme'nin tanıdığı bir hak ve özgürlüğe bağlı olarak ileri sürülebilecektir.¹²⁴ Ayrıca maddede ayrımcılığın tanımı yapılmamış, sadece ayrımcılık yasağına konu özellikler örnekleyici şekilde sayılmıştır. Bu nedenle ayrımcılık yasağının ihlal edildiği hususunda ileri sürülen hak sözleşme ve ek protokollerde koruma altına alınmış haklara ilişkin olmalıdır; ancak 14'üncü maddenin ihlal edilmiş sayılması için ilgili olduğu hakkın da ihlal edilmiş olmasına

¹²²A. Şeref Gözübüyük/Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin İnceleme ve Yargılama Yöntemi*, 10. Bası, Ankara 2013, s. 13-14.

¹²³Handbook on European Non-Discrimination Law, s.60;Gözübüyük/Gölcüklü, s. 400.

¹²⁴ Yasemin Özdek, *Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye*, 2004, s. 288.

gerek yoktur.¹²⁵ Mahkeme böylelikle aksi takdirde işlevsiz hale gelebilecek ayrımcılık yasağı hükmünün işlevsiz bir madde olarak kalmamasını güvence altına almıştır.¹²⁶

AİHM, yukarıda ifade edildiği gibi, 14'üncü maddenin bağımsız nitelikte olmadığını fakat özerk bir madde olarak yorumlanması gerektiğini vurgulamıştır.¹²⁷ AİHM, Sözleşme'nin 14'üncü maddesini geniş yorumlama yoluna gitmiştir ve maddeyi yorumlarken iki kriter getirmiştir. İlk olarak, sözleşme kapsamında belirtilen temel haklardan biri ihlal edilmemiş olsa da bu temel hakla birlikte değerlendirilebilecek ya da bağlantılı bir hakkın ihlalinin varlığı yeterlidir. İkinci olarak ise, 14'üncü maddenin lafzından öteye geçerek davaya konu olayın geniş kapsamda Sözleşme'de korunan hususlarla bağlantılı olmasını yeterli görmüştür.

AİHM'in E.B – Fransa davasında¹²⁸ verdiği karar bu duruma örnek niteliğindedir. Davaya konu olayı kısaca özetlemek gerekirse; başvuru 1961 doğumlu ve anaokulu öğretmeni olarak çalışan Fransa vatandaşı E.B., ülkesinde yetkili makamlara evlat edinmek için başvurmuştur. Başvuru formunda cinsel yönelimini ve birlikte yaşadığı kişinin bilgilerini de belirtmiştir. Başvurucunun bu durumunudikkate alan yetkililer başvuruyu reddetmiştir. Bunun üzerine AİHM'e başvuran başvuru, başvurusunda Sözleşme'nin 14' üncü maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağı ile birlikte Sözleşme'nin 8'inci maddesinde koruma altına alınan özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. AİHM ise başvurunun, 8'inci maddenin ihlal edildiğinin tespitine yönelik olmadığını, nitekim 8'inci maddenin kişilere aile kurma veya evlat edinmeye ilişkin doğrudan bir hak tanımadığını ifade etmiştir. Ayrıca olayda kişinin cinsel yönelimi nedeniyle

¹²⁵ Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Oğuz Sancakdar, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, 2. Baskı, Ankara 2004, s. 524; Safa Reisoğlu, *Uluslararası Boyutuyla İnsan Hakları*, İstanbul 2001, s. 127.

¹²⁶ David J. Haris/Michael O'boyle/Ed P. Bates/Carla M. Buckley, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, (çev. Mehveş Bingöllü Kılıcı, Ulaş Karan), Ankara 2013, s. 635.

¹²⁷ Özdek, s. 289.

¹²⁸ E.B. v.Fransa, Başvuru No: 43546/02Karar Sıra No: 9125 Karar Tarihi: 22.01.2008, <http://aihm.anadolu.edu.tr> (10.06.2014).

ayrımcılığa uğramasının 14'üncü maddenin ihlali olduğu yönündeki iddiaya karşılık olarak da, 14'üncü maddenin bağımsız bir ayrımcılık yasağı hükmü olmadığını belirtmiştir.¹²⁹ Ancak AİHM, AİHS'in düzenlediği bir hakla ilgili olmayan ve fakat belli bir hakkın kapsamına giren hakka ilişkin ayrımcılığın mahkemece incelenebilir olduğunun altını çizmiştir. Fransa, ulusal mevzuatında evlat edinmeyi düzenlemiş olması, başvurunun durumunu, AİHS'in 8 ve 14'üncü madde hükümleri çerçevesinde değerlendirmek için yeterlidir. AİHM, olaya ilişkin kararında, başvurunun cinsel yönelimi, evlat edinme talebinin reddinde önemli rol oynamıştır ve diğer bekâr çiftlerin evlat edinebildikleri hukuk düzeninde başvurunun bu durumu ayrımcılık yasağını ve özel hayata ve aile hayatına saygı hakkını ihlal ettiğini ifade etmiştir.¹³⁰

Sözleşme hükmünün özerk niteliği olduğunu ifade eden ve maddeyi geniş yorumlayan AİHM, madde ayrımcılık yasağına ilişkin herhangi bir istisnaya yer vermediği halde, bu yasağı mutlak bir hak olarak kabul etmemekte ve ayrımcılık yasağının objektif ve makul istisnalarının olabileceğini belirtmektedir.¹³¹

Opuz – Türkiye davasında¹³² AİHM, Türkiye aleyhine açılan birçok davada verdiği kararların aksine, ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir. Başvurucu NahideOpuz'un 15 Temmuz 2002 tarihinde yaptığı başvuru konusu olayda başvuru ve annesinin, başvurunun eşi H.O. tarafından aile içi şiddete maruz bırakılmaları, söz konusu aile için şiddetin başvurunun kötü muameleye maruz kalması, annesinin ise ölmesi ile sonuçlanması ve devletin başvuru ve annesini aile içi şiddete karşı koruyamamış olmasına ilişkin davada, CEDAW hükümlerine göre aile içi şiddetin de dâhil olduğu kadına yönelik şiddetin

¹²⁹ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 401.

¹³⁰ [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-84571#{\"itemid\":\[\"001-84571\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-84571#{\) (25.05.2014).

¹³¹ Tezcan/Erdem/Sancakdar, s. 525; Belçika Dil Davası'nda “14'üncü madde hak ve özgürlüklerin kullanılmasında her türlü farklı muameleyi yasaklamaz. (...) Bir ayırım eğer objektif ve makul bir meşrulaştırmadan yoksunsa, eşit muamele ilkesi ihlal edilmiş olur.” ifadelerine yer vermiştir., bkz. Özdek, s. 290.

¹³² Opuz v. Türkiye Başvuru No: 33401/02 Karar Sıra No: 11304 Karar Tarihi: 09.06.2009, <http://aihm.anadolu.edu.tr/> (02.07.2014).

ayrımcılığın bir türü olduğunu ve Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu'nun da bu yöndeki kararına vurgu yapmıştır. Ayrıca devletin, kadını aile içi şiddete karşı korumamasının kadınların eşit hukuki koruma hakkını ihlal ettiği ve devletin kadını korumamasının kasti olmasının şart olmadığı ifade edilmiştir.¹³³ Bu nedenlerle mahkeme Opuz kararında, cinsiyetler arasında eşit hukuki koruma bakımından ayırım yapıldığını ve 14'üncü maddenin ihlal edildiğini tespit etmiştir.

Kemal Taşkın ve diğerleri - Türkiye davasında¹³⁴, başvuruçular Kürt kökenli olup isim değişikliği için yetkili mahkemeye başvurmuştur. Başvuruçuların talep ettiği isimlerde Türk alfabesinde yer almayan x, q ve w harfleri yer almaktadır. Yerel mahkeme bu harflerin, 1353 sayılı Türk Harflerinin Kabul ve Tatbiki Hakkında Kanun'da belirtilen yirmi dokuz resmi harf arasında bulunmadığı gerekçesiyle söz konusu başvurular için dava açılmasının imkânsız olduğuna karar vermiş, Yargıtay da bu kararı onamıştır. Başvuruçular, AİHS 8'inci madde ile bağlantılı olarak 14'üncü maddenin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. AİHM ise söz konusu dönemde, Türk alfabesi kurallarına göre yazıldığı sürece Kürtçe ad ve soyadı seçimine engel teşkil edecek herhangi bir hukuki düzenleme bulunmadığı ve Kürt olmayan kişilerin Türk alfabesinde yer almayan harfler içeren bir isim yazılmasını talep ettiklerinde, Türk yetkililerin farklı karar vereceklerini düşündürecek herhangi bir unsur bulunmadığı gerekçeleriyle; 14'üncü maddenin 8'inci maddeyle bağlantılı olarak ihlal edilmediğine karar vermiştir.¹³⁵

Türkiye aleyhine başvuruçuların diğer bir davada AİHM, 24 Haziran 2003 tarihli Dertli ve diğerleri kararında terör suçları bakımından gözaltı süresinin farklı olmasının 6'ncı madde ile bağlantılı olarak 14'üncü maddeyi ihlal etmediğini ifade etmiştir.¹³⁶ AİHM, bu kararında olduğu gibi ayrımcılık yasağının ihlali konusunda

¹³³ http://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/data/Opuz_-_Türkiye_Karari_AIHM.pdf(02.07.2014).

¹³⁴ <http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/28697-05.pdf> (03.07.2014).

¹³⁵ 6529 Sayılı Temel Hak ve Hürriyetlerin Geliştirilmesi Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 16'ncı maddesi ile TCK'nın 1353 sayılı Türk Harflerinin Kabul ve Tatbiki Hakkında Kanun'un koyduğu yasaklara veya yükümlülüklerle aykırı hareket edenlere iki aydan altı aya kadar hapis cezası öngören 222'inci maddesi yürürlükten kaldırılmıştır.

¹³⁶ Tezcan/Erdem/Sancakdar, s. 526.

Türkiye aleyhine açılan birçok davada, 14'üncü maddenin ihlal edilmediğine karar verdiği¹³⁷ gibi başka birçok başvuruda ise 14'üncü madde bakımından ayrıca inceleme yapmaya gerek olmadığı sonucuna ulaşmıştır.¹³⁸

Sözleşme'nin 14' üncü maddesinin getirdiği koruma kapsamı, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'ye Ek 12 No'lu Protokol¹³⁹ ile genişlemiş ve genel bir ayrımcılık yasağı hükmü kurulmuştur. Protokolün ilk maddesi, ayrımcılığın genel olarak yasaklanması başlığını taşımakta olup madde metni aşağıdaki şekildedir:

‘Hukuken temin edilmiş olan tüm haklardan yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal ve sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma, servet, doğum veya herhangi bir diğer statü bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır.

Hiç kimse, 1. paragrafta belirtildiği şekilde hiçbir gerekçeyle, hiçbir kamu makamı tarafından ayrımcılığa maruz bırakılamaz.’

Genel bir ayrımcılık yasağı hükmü getiren 12 No'lu protokolün başlangıç kısmında taraf devletlerin bu protokolü imzalamadaki amaçlarının, herkesin hukuk önünde eşit olduğunu ve hukukun korumasından eşit olarak faydalanma hakkı bulunduğunu öngören temel ilke dikkate alınarak herkes için genel bir ayrımcılık

¹³⁷Osmanoğlu v. Türkiye Başvuru No: 48804/99 Karar Sıra No: 9136 Karar Tarihi: 24.01.2008; H.Y ve HU.Y. v. Türkiye Başvuru No: 40262/98 Karar Sıra No: 5558 Karar Tarihi: 06.10.2005; Menteş ve diğerleri v. Türkiye Başvuru No: 23186/94 Karar Sıra No: 724 Karar Tarihi: 28.11.1997; Kaya v. Türkiye Başvuru No: 22729/93 Karar Sıra No: 742 Karar Tarihi: 19.02.1998, <http://aihm.anadolu.edu.tr/> (01.07.2014).

¹³⁸Nur Radyo ve Televizyon Yayıncılığı A.Ş. v. Türkiye Başvuru No: 6587/03 Karar Sıra No: 8875 Karar Tarihi: 27.11.2007; Karatepe v. Türkiye Başvuru No: 41551/98 Karar Sıra No: 8468 Karar Tarihi: 31.07.2007; Fener Rum Erkek Lisesi Vakfı Başvuru No: 34478/97 Karar Sıra No: 7528 Karar Tarihi: 09.01.2007, <http://aihm.anadolu.edu.tr/> (02.07.2014).

¹³⁹ Protokol, 4 Kasım 2000 tarihi itibarıyla imzaya açılmış ve 1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 23 Ağustos 2014 tarihi itibarıyla sözleşmeyi onaylayan devletler; Arnavutluk, Andora, Ermenistan, Bosna Hersek, Hırvatistan, Kıbrıs, Finlandiya, Gürcistan, Lüksemburg, Karadağ, Hollanda, Romanya, San Marino, Sırbistan, Slovenya, İspanya, Ukrayna, Makedonya'dır. Türkiye ise Protokol'ü 18 Nisan 2001 tarihinde imzalamış fakat henüz onaylamamıştır.; bkz. <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=177&CM=7&DF=23/08/2014&CL=ENG> (28.08.2014).

yaşadığının AIHS aracılığıyla uygulanması olduğu ifade edilmiştir.¹⁴⁰ Başka bir ifadeyle söz konusu düzenleme ile taraf devletler artık kendi ülkelerinde bulunan herkese tüm işlemlerde hiçbir ayırım yapmadan kanun önünde eşitlik hakkı tanıma yükümlülüğü altına girmişlerdir.

AIHS'in sağladığı bireysel başvuru mekanizmasından yararlanmak isteyen bir kişinin, temel hak ve özgürlükleri maddede sayılan özellikler nedeniyle ihlal edilmiş olmalıdır. Diğer bir ifadeyle kişinin kendisiyle aynı durumda olan birinin karşılaşmadığı dezavantajlı duruma maruz kalması gerekir.

D. Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi

Bilimin hızla gelişmesi ve bunun biyoloji ve tıp alanındaki yansımalarının tehdit ettiği insan hakları ve onurunu korumak için oluşturulan ilk uluslararası hukuk belgesi; Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'dir.¹⁴¹ Sözleşme, 4 Nisan 1997 tarihinde imzaya açılmış ve 1 Aralık 1999 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye ise 4 Nisan 1997 tarihinde sözleşmeyi imzalamış, 2 Temmuz 2004 tarihinde onaylamıştır. Sözleşme, 1 Kasım 2004 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir.¹⁴²

Sözleşme, diğer Avrupa sözleşmeleri ile başlangıç bölümünde ifade edilen sözleşmeler ile bir bütün olup sözleşme hükümlerinin Anayasa 90'ncı madde hükmü ile kanun hükmünde sayılması yeterli olmayıp iç hukukta ilgili alanlarda değişiklikler yapılmalıdır.¹⁴³ Sözleşme'de on dört bölüm bulunmakta olup bölüm

¹⁴⁰ Sibel İnceoğlu, "Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı Çerçevesinde Af, Şartla Salıverilme, Dava ve Cezaların Ertelenmesi", *Anayasa Dergisi*, Cilt 18, Yıl 2001, s. 58.

¹⁴¹ Explanatory Report of the Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/164.htm> (23.08.2014).

¹⁴² <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=164&CM=&DF=&CL=ENG> (23.08.2014).

¹⁴³ Yener Ünver, *Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi'nin Türk Hukuku'na Etkileri*, http://www.medeniyet.edu.tr/KASIM_2005_KHUKA_avrupa_biyohukuk_sozlesmesinin_turk_hukukuna_etkileri.html (21.11.2014).

başlıkları; genel hükümler, muvafakat, özel yaşam ve bilgi edinme hakkı, insan genomu, bilimsel araştırma, nakil amacıyla canlı vericilerden organ ve doku alınması, insan vücudundan alınmış parçalar üzerinde tasarruf ve ticari kazanç yasağı, sözleşme hükümlerinin ihlali, sözleşme ve diğer yasal hükümler arasında ilişki, kamuya açık tartışma, sözleşmenin yorumu ve izlenmesi, protokoller, sözleşmede değişiklik yapılması ve son hükümlerdir.

Biyotıp ve genetik alanındaki ilerlemeler karşısında, aydınlatılmış hastanın rızası, ayrımcılık yasağı, sosyal adalet ile genetik verilerin korunması temel ilkeleri kabul edilmiştir.¹⁴⁴ Ayrımcılık yasağına ilişkin olarak, Sözleşme'nin konu ve amaç başlıklı ilk maddesinde, Sözleşme'ye taraf olan devletlerin, tüm insanların haysiyetini ve kimliğini koruyacağı; biyoloji ve tıbbın uygulanmasında, ayırım yapmadan herkese, bütünlüklerine ve diğer hak ve temel hürriyetlerine saygı gösterilmesini güvence altına alacakları ifade edilmiştir. Ayrımcılık yasağına ilişkin temel madde olan 11' inci maddede, ayrımcılık yapmama başlığı altında bir kimseye, genetik kalıtımından dolayı herhangi bir ayrımcılık uygulanmasının yasak olduğu hükmü kurulmuştur. Bu hüküm¹⁴⁵ ile iş yaşamında, sigorta hukuku alanında, bazı genetik özelliklere sahip kimselerin ayrımcılığa tabi tutularak, bilimsel gelişmelerden yarar yerine zarar görmelerinin önüne geçilmesi amaçlanmaktadır.¹⁴⁶

Sözleşme'nin 11'inci maddesi ayrımcılık yasağına ilişkin mevcut suç düzenlemelerine, genetik kalıtımın korunan özellikler kapsamında eklenmesi gerekmektedir.¹⁴⁷

E. Avrupa Birliği Yönergeleri

Avrupa Birliği, 28 üye devletten oluşan ulusal üstü bir örgütlenmedir.¹⁴⁸ Belçika, Fransa, Almanya, İtalya, Lüksemburg ve Hollanda ülkelerinin kurduğu

¹⁴⁴ Tuğrul Katoğlu, "Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi", *AÜHFĐ*, Cilt 55, Yıl 2006, S. 1, s. 175.

¹⁴⁵ AlvinaGojajeva, "Avrupa Biyotıp Sözleşmesi ve Türk Tıp Hukukuna Etkileri", *Sağlık Hukuku Digestası*, Yıl 1, S. 1, Ankara 2009, s. 45.

¹⁴⁶ Katoğlu, Biyotıp Sözleşmesi, s. 176.

¹⁴⁷ Ünver, *Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi*.

Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu, 1950 yılından itibaren komşu ülkeler arasında sürekli barışı sağlamak için Avrupa ülkelerini ekonomik ve siyasi olarak bir araya getirmeye başlamıştır.¹⁴⁹ 1957 yılında ise Roma Antlaşmasıyla aynı ülkeler, Avrupa Ekonomik Topluluğu ve Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu'nu(Euratom) kurmuşlardır. Böylelikle Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu, Avrupa Ekonomik Topluluğu ve Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu olmak üzere üçlü bir yapı oluşturulmuştur.

Avrupa topluluklarının temel amacı; mal, sermaye, insan ve hizmetlerin serbest dolaşımı yoluyla ekonomik kalkınmanın sağlanmasıydı. Bu nedenle başlarda sosyal ve politik konular, Topluluğun esas sorunu değildi.¹⁵⁰ Bu amaçla 1957 yılında Avrupa Ekonomik Topluluğu'nu kuran Roma Antlaşması, istihdam alanında cinsiyet ayrımcılığını yasaklayan bir hüküm içermektedir.¹⁵¹ Bu hükümler üye devletler arasında kadınlara düşük ücret verilmesi ve daha kötü çalışma koşullarının sunulması yoluyla yapılacak rekabetin önüne geçilmek istenilmiştir. AB Hukukunda ayrımcılık ile ilgili ilk düzenleme olarak kabul edilen istihdam alanında kadın ve erkek arasında eşit işe eşit ücret prensibi zamanla genişlemiş ve yapılan hukuki düzenlemeler ile ayrımcılık yasağı, AB Hukukunun genel ilkelerden biri olmuştur.¹⁵²

1992 yılında Maastricht'te imzalanan ve birlik içinde ileride kullanılacak para birimi, dış işleri ve güvenlik politikası, adalet ve içişleri konusunda yakın işbirliği için kurallar getiren Avrupa Birliği Antlaşması ile birliğin temelini oluşturan üçlü yapı, Avrupa Birliği adı altında toplanmıştır.

¹⁴⁸ Üye ülkeler; Almanya, Avusturya, Belçika, Birleşik Krallık, Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Estonya, Finlandiya, Fransa, Hollanda, İrlanda, İspanya, İsveç, İtalya, Kıbrıs, Letonya, Litvanya, Lüksemburg, Macaristan, Malta, Polonya, Portekiz, Romanya, Slovakya, Slovenya, Yunanistan ve 2013 yılında üyeliğe kabul edilen Hırvatistan'dır., http://europa.eu/about-eu/countries/index_en.htm (18.06.2014).

¹⁴⁹ http://europa.eu/about-eu/eu-history/index_en.htm (18.06.2014).

¹⁵⁰ Sargeant, s. 12.

¹⁵¹ Handbook on European Non-Discrimination Law, s. 14.

¹⁵² Karan, *AB Ülkelerinde Ayrımcılık Yasağı*, s. 34.

Avrupa Birliği, hukukun üstünlüğü¹⁵³ ilkesine dayanır. Birliğin bütün işlemleri üye ülkelerce kabul edilmiş antlaşmalarla Birliğe verilen yetkilere dayanmaktadır. Diğer bir ifadeyle, Birlik herhangi bir antlaşmayla yetkilendirilmediği konuda çalışma yürütemez ve kanun yapamaz. Birliğin almış olduğu kararlar, yaptığı kanunlar, üye devletleri bağlamaktadır. Ayrıca belirtmek gerekir ki; Birlik hukukunun sadece devletleri değil üye devlet vatandaşlarını da doğrudan bağlaması ve yaptırımlarına uyma zorunluluğu getiren bir yargı mekanizmasının varlığı gibi nedenler, Birliğin hukuki statüsünün klasik uluslararası hukuk anlayışından farklıdır ve bu sebeple ulusal üstü hukuk olarak da adlandırılmaktadır.¹⁵⁴

Avrupa Birliği'nin karar alma organı Avrupa Birliği üyesi devletlerin bakanlarından oluşan bir organ olan Avrupa Birliği Konseyidir. 1997 yılında imzalanıp 1999 yılında yürürlüğe giren Amsterdam Sözleşmesi'nin 13'üncü maddesi¹⁵⁵ vasıtasıyla ırk, cinsiyet, etnik köken, din veya dünya görüşü, engelli olma, yaş ya da cinsel eğilime dayanan ayrımcılıklara karşı, uygun görülen önlemleri oybirliği ile alma yetkisi de Konseye verilmiştir.

Avrupa Birliği hukuku kaynakları; Birlik mevzuatı ve uluslararası antlaşmalardır. Avrupa Birliği mevzuatı ise iki basamaklı bir sisteme dayanır. Birincil düzeyde ilk sırada, Birlik hukukunun kurucu antlaşmaları ve bu antlaşmalarda zaman içerisinde değişiklik yapan antlaşmalar ile bu antlaşmalara ek ve protokoller gelir.¹⁵⁶ İkincil düzeyde mevzuat¹⁵⁷ ise; tüzükler, yönergeler, kararlar, tavsiyeler ve görüşlerden oluşmaktadır.¹⁵⁸

¹⁵³Rule of law

¹⁵⁴ Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk*, 11. Bası, Ankara 2012, s. 11.

¹⁵⁵“Konsey bu Antlaşma'nın diğer hükümlerine zarar vermeksizin ve Topluluğa Antlaşma tarafından tanınan yetkilerin içinde kalarak, Komisyonun önerisi üzerine ve Avrupa Parlamentosu'na danıştıktan sonra oybirliğiyle hareket ederek, cinsiyet, ırk ve etnik köken, din veya inanç, engellilik, yaş veya cinsel konuma dayanan ayrımcılıkla mücadele etmek için uygun girişimlerde bulunabilir.”, <http://www.bumko.gov.tr/Eklenti/2843,amsterdamtrpdf.pdf?0> (13.08.2014).

¹⁵⁶ Mehmet Nuri Tapan, “Avrupa Birliği (AB) Hukukunun Kaynakları ve Ulusal Hukuka Etkileri Avrupa Adalet Divanı”, *TBB Dergisi*, 1998/3, s. 991.

¹⁵⁷ Avrupa Birliği Antlaşması ve Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın Birliğin Hukuki Tasarrufları başlıklı 288'inci maddesi ikincil mevzuatın kaynağını

Avrupa Birliği Hukukunun bir hukuk sistemi olması ve uygulanması bakımından birliğin yargı organı olan Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın içtihatları etkilidir.¹⁵⁹

Yönergeler, üye devletlerin ulusal mevzuatlarını belirli ilke ve amaçlar doğrultusunda AB hukukuna uygun hale getirmeleri için kurucu antlaşmalara bağlı kalınarak AB Bakanlar Konseyi veya çoğunlukla AB Komisyonu tarafından çıkarılan ve her üye devlet için bağlayıcı olan ikincil mevzuat türüdür.¹⁶⁰ Başka bir ifadeyle, Avrupa Birliği'nin amaçlarına ulaşması için üye devletlerin yükümlölüklerini belirten hukuki metinlerdir.¹⁶¹ Belirtmek gerekir ki, üye devletlerin belirlenen süre içerisinde yönergelerde yer alan konuları ulusal mevzuatta etkin hale getirmeleri zorunludur; ancak uygulamada şekil ve yöntem konularında üye devletlerin takdir yetkisi bulunmaktadır.¹⁶²

Yönergelerini hukuka aktarılması için belirlenen süre sonuna kadar ulusal yargı makamları önünde ileri sürölmesi mümkün değildir. Üye devletler yönergeleri belirlenen süre içerisinde tam ve doğru bir şekilde i hukuklarına aktarmadıkları

oluşturmaktadır: “Kurumlar, Birliğin yetkilerinin kullanılması için tüzük, direktif, karar, tavsiye ve görüşler kabul eder.

Tüzükler genel uygulama alanına sahiptir. Bütünüyle bağlayıcıdır ve tüm üye devletlerde doğrudan uygulanır.

Direktifler, muhatap alınan her üye devleti, ulaşılması gerekli sonuçları itibarıyla bağlar, şekil ve yöntem seçimini ise ulusal otoritelere bırakır.

Kararlar bütünüyle bağlayıcıdır. Muhatabı belirtilen bir karar, yalnızca muhatapı için bağlayıcıdır.

Tavsiye ve görüşler bağlayıcı değildir.”, <http://www.abgs.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf> (13.08.2014).

¹⁵⁸<http://www.abgm.adalet.gov.tr/ekutuphane/AVRUPA%20B%20C4%B0RL%20C4%B0C4%9E%20C4%B0%20HUKUKUNUN%20KAYNAKLARI.pdf> (13.08.2014).

¹⁵⁹ Yusuf Aksar, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I*, Ankara 2012, s. 39.

¹⁶⁰ http://ec.europa.eu/eu_law/introduction/what_directive_en.htm (13.08.2014).

¹⁶¹ Karan, *AB Ülkelerinde Ayrımcılık Yasağı*, s. 29.

¹⁶² Tapan, s. 994; http://ec.europa.eu/eu_law/introduction/what_directive_en.htm (13.08.2014).

takdirde kişiler, ulusal yargı makamları önünde yönerge hükümlerine dayanabilmektedir.¹⁶³

1 Mayıs 1999 tarihinde yürürlüğe giren Amsterdam Antlaşması'nın Avrupa Komisyonunu ayrımcılıkla mücadele açısından yetkilendirdiği 13'üncü maddenin hayata geçirilmesi amacıyla üçlü bir strateji benimsenmiştir:

- Irk ve Etnik Kökene Bakılmaksızın Kişilere Eşit Muamele Edilmesi İlkesinin Uygulamaya Konmasına İlişkin Yönerge (2000/43/EC),

- İstihdam ve Meslek Konusunda Eşit Muamele İçin Bir Genel Çerçeve Oluşturulmasına İlişkin Konsey Yönergesi (2000/78/EC),

- 13'üncü maddede sayılan tüm alanlardaki (cinsiyet ayrımcılığı hariç) ayrımcılıkla mücadele etmek üzere hazırlanan 2001-2006 Topluluk Eylem Programı (Karar 2000/750/EC). Bu program, yerini 2007-2013 yılları arasında geçerli olmak üzere "Progress" programına bırakmıştır.

1. Irk Ayrımcılığı Yönergesi

1990'lı yılların sonu ve 2000'li yılların başlarında Avrupa'da ortaya çıkan ırkçı faaliyetlerle mücadele için Avrupa Birliği tarafından alınan en büyük tedbirlerden biri "Irk ve Etnik Kökene Bakılmaksızın Kişilere Eşit Muamele Edilmesi İlkesinin Uygulamaya Konmasına İlişkin 2000/43/EC sayılı Avrupa Birliği Konseyi Yönergesi", diğer bir ifadeyle Irk Ayrımcılığı Yönergesi'dir.

Yönerge ile doğrudan ve dolaylı ayrımcılık ile tacizin tanımı yapılmış ve ırk ya da etnik köken nedeniyle yapılan doğrudan veya dolaylı ayrımcılık ya da taciz yasaklanmıştır. Yönerge, istihdam, mesleki eğitim, sosyal koruma, konut, mal ve hizmetlere erişim ile eğitim alanlarında geniş kapsamlı olarak ırk ve etnik kökene dayalı ayrımcılığı yasaklamıştır.¹⁶⁴ Yönergenin getirdiği kurallar özel sektör ya da kamu alanı fark etmeksizin kamu kurum ve kuruluşları da dâhil olmak üzere bütün

¹⁶³Karan, *AB Ülkelerinde Ayrımcılık Yasağı*, s. 29.

¹⁶⁴ Mark Bell, *Advancing EU Anti-Discrimination Law: the European Commission's 2008 Proposal for a New Directive*, s. 7, <http://www.equalrightstrust.org/ertdocumentbank/mark%20bell.pdf> (20.11.2014).

kişileri bağlamaktadır. Ayrıca devletler, ırk ya da etnik kökene dayalı ayrımcılık ile mücadele için pozitif ayrımcılık tedbirleri alabilecektir.

2. İstihdamda Eşit Muamele Yönergesi

İstihdamda Eşit Muamele Yönergesi, üye devletlerde istihdam alanında eşit muamele bakımından genel çerçeve oluşturmakla birlikte ayrıca din veya inanç, engellilik, yaş veya cinsel yönelim temelinde ayrımcılığı yasaklamaktadır.¹⁶⁵ Ayrıca üye devletlere Yönergeyi hem kamusal alanda hem de özel alanda ayrımcılığı yasaklayacak biçimde uygulama yükümlülüğü getirilmiştir.

Yönerge hükümlerinin Avrupa Adalet Divanı kararları ile yorumlanması ayrımcılık yasağı alanına yeni bir kavram olan bağlantı nedeniyle ayrımcılık kavramını katmıştır. Bağlantı nedeniyle ayrımcılık deyimi, AB literatürüne Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Coleman davasında verdiği kararlarla girmiştir ve ayrımcılık hukuku açısından önemli bir gelişme olarak nitelendirilmektedir.¹⁶⁶ Bağlantı nedeniyle ayrımcılık¹⁶⁷, ayrımcılığa karşı korunan özelliklerin kişinin kendisinde olmasa da kişinin ayrımcılığa maruz kalabileceğini ifade etmektedir. Söz konusu davada engelli bir çocuğu olan Bayan Coleman bu nedenle iş yerinde kötü muamele ile karşılaştığı ve haksız işten çıkarma tehdidine maruz kaldığını ifade etmiştir. Yerel mahkeme Adalet Divanına, İstihdamda Eşit Muamele Yönergesi hükümlerinin çalışanın kendisinde herhangi bir engel olmamakla birlikte kendisiyle ilişkisi olan başka bir bireyin engeli nedeniyle yaşadığı ayrımcılığa karşı uygulanıp uygulanamayacağı hususunda başvurmuştur. Divan ise kararında, Yönerge'nin 2/2/a maddesinde tanımlanan doğrudan ayrımcılığın sadece

¹⁶⁵ <http://www.aedh.eu/Council-Directive-2000-78-EC.html> (17.08.2014).

¹⁶⁶ European Anti- Discrimination Law Review, July 2014, Issue 18, s. 25.

¹⁶⁷ Uluslararası sözleşmelerde öğretide dolayısıyla ayrımcılık veya bağlantılı ayrımcılık olarak ifade edilen bu ayrımcılık türüne ilişkin açık hüküm bulunmamaktadır. Ancak ayrımcılık yasağının kapsadığı özellikler açısından farklı muameleye maruz kalan kişinin o gruba mensup olması beklenmemekte olup bu durum dolayısıyla ayrımcılığın ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirilmesine imkân sağlamaktadır. Ulaş Karan, "Bağlantılı ya da Dolayısıyla Ayrımcılık Yasağı", *Güncel Hukuk*, Ocak 2012/1-97, s. 10. (10-11)

bireyin kendisinde herhangi bir engel bulunması halinde söz konusu olacağına dair bir ifadenin yer almadığına dikkati çekmiştir.¹⁶⁸

Yönerge ile yasaklanan yaşa dayalı ayrımcılığa ilişkin olarak verdiği bir kararda, Adalet Divanı, ulusal mahkemenin Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın 267'inci maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen durumlarda sahip olduğu Avrupa Birliği Adalet Divanı'na ilkeyi yorumlaması için ön karar istemiyle başvurma yetkisinden bağımsız olarak, Birlik düzenlemelerine aykırı gördüğü ulusal düzenlemeyi uygulamayıp doğrudan 2000/78 sayılı Yönerge'de ifade edilen yaşa dayalı ayrımcılık yasağı ilkesini uygulamakla yükümlüdür.¹⁶⁹

II. ULUSAL HUKUKTA AYRIMCILIK YASAĞI

A. Anayasa'da Ayrımcılık Yasağı

Ayrımcılık yasağı ile ilgili ulusal mevzuattaki düzenlemelerin ilki, Anayasa'da koruma altına alınmış kanun önünde eşitlik ilkesidir. 1961 Anayasası'ndan farklı olarak 1982 Anayasası'nda eşitlik ilkesine Genel Esaslar'da yer verilmiştir, dolayısıyla Anayasa'nın tümüne ve devlete egemen bir ilke olarak düzenlenmiş olmakla birlikte bu durum eşitliğin bir hak olduğu gerçeğini değiştirmemektedir.¹⁷⁰

Genel olarak kanun önünde eşitlik ilkesi, kanunların insanlara milliyet, din, ırk, cinsiyet gibi farklı özellikleri dikkate alınmaksızın tarafsız ve eşit uygulanmasını ifade eder. Anayasa'nın 10'uncu maddesi ile de herkesin, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu ifade edilmiştir. Bu hükümle birlikte Anayasada ayrımcılık yasağına yer verilmiştir.¹⁷¹

¹⁶⁸European Anti- DiscriminationLawReview, s. 26.

¹⁶⁹İsra Torun Uzun, "Yaşa Dayalı Ayrımcılığa İlişkin Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararı", *Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi*, Yıl 2, S. 4, Ocak 2012, s. 106. (s. 91-106)

¹⁷⁰ Bülent Tanör/Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 12. Baskı, İstanbul 2012, s. 119.

¹⁷¹Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 120.

Ayrıca kadınlar ve erkeklerin eşit haklara sahip olduğu vurgulanmış ve devletin, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlü olduğu hüküm altına alınmıştır. Devletin, kadın erkek eşitliğini sağlamak amacıyla alacağı tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamayacaktır. Yine 10'uncu madde ile çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirlerin de eşitlik ilkesine aykırı sayılmayacağı ifade edilmiştir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa ayrıcalık tanınmayacağı ve devlet organları ve idare makamlarının bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunda oldukları belirtilmiştir.

Maddenin gerekçesinde, kanun önünde eşitlik ilkesinin demokrasinin üç vazgeçilmez ilkesinden birini teşkil ettiği, insanın, doğuştan, insan olması sebebiyle bir değeri olduğu ve bu nedenle herhangi bir niteliğe ve ölçüye dayanılarak insanlar arasında ayırım yapılamayacağı, kanunların uygulanması bakımından da hiçbir fark gözetilemeyeceği belirtilmektedir.

Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 10'uncu maddesine ilişkin verdiği bir kararda¹⁷², maddede hüküm altına eşitlik ilkesiyle fiili eşitlik ilkesinin değil kanun önünde eşitlik ilkesinin düzenlendiğini ifade etmiştir. "Anayasa'nın 10' uncu maddesinde yer verilen eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır. Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir.

¹⁷² AY Mah. Esas Sayısı: 2013/18 Karar Sayısı: 2013/132 Karar Günü: 14.11.2013 R.G. Tarih-Sayı: 09.05.2014-28995, <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr> (01.06.2014).

Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa, Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.”¹⁷³

B. İş Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ile İlgili Düzenlemeler

1. Eşit Davranma İlkesi

Anayasa'nın 10'uncu maddesinde koruma altına alınmış olan eşitlik ilkesinin iş hukukundaki görünümü olan, diğer bir ifadeyle ayırım yasağını iş ilişkileri açısından ele alan eşit davranma ilkesi, İş Kanunu 5'inci maddede hüküm altına alınmıştır.¹⁷⁴

“İş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz.

İşveren, esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmî süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz.

İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz.

Aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılamaz.

İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz.

İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan

¹⁷³Anayasa Mahkemesi farklı kararlarında da benzer ifadelere yer vermiştir; Esas Sayısı: 2013/74 Karar Sayısı: 2013/143 Karar Günü: 28.11.2013 R.G. Tarih-Sayı: 09.05.2014-28995, Esas Sayısı: 2011/22 Karar Sayısı: 2012/31 Karar Günü: 1.3.2012 R.G. Tarih-Sayı: 13.10.2012-28440, <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr> (01.06.2014).

¹⁷⁴ Sarper Süzek, “İşverenin Eşit Davranma Borcu”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 12, Aralık 2008, s. 25.

başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir. 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31'inci maddesi hükümleri saklıdır.

20'nci madde hükümleri saklı kalmak üzere işverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davrandığını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur.”

Maddenin ilk fıkrasında sayılan özellikler, fıkroda “ve benzeri sebepler” ibaresine yer verildiği için sınırlı sayıda değildir. Bu nedenle işveren, maddede sayılan özelliklere benzer nitelikteki başka sebepler nedeniyle de ayırım yapamayacaktır. İşverenin eşit davranma borcunu¹⁷⁵ düzenleyen bu madde hükmü, maddede yer alan açık hüküm gereğince iş ilişkisinde ve işe son vermede uygulanacaktır. Madde gerekçesinde her ne kadar işverenin işe almadan başlayarak tüm çalışma koşulları yönünden işçilerine karşı eşit davranma borcunun olduğu ifadesine yer verilmiş olsa da iş ilişkisi, işçi ile işveren arasında kurulan ilişki olarak tanımlandığından eşit davranma ilkesinin iş ilişkisi ve iş ilişkisinin sona ermesinde geçerli olduğunu belirtmek gerekir.¹⁷⁶ Yine eşit davranma ilkesine aykırı hareket edilmesi halinde öngörülen tazminat hakkı iş ilişkisi ve iş ilişkisinin sona ermesi safhaları açısından kabul edilmiştir.

¹⁷⁵ Kanun koyucunun bu maddede sadece ayrımcılık yasağını düzenlediği ve genel anlamda işverenin eşit davranma borcundan bahsetmediği görüşü için bkz. Süzek, s. 26.

¹⁷⁶ Süzek, s. 27; Karşı görüş için bkz., A. Can Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi*, İstanbul 1982, s. 154; Yenisey ise, İş K. m. 5/1'de yalnızca iş ilişkisinden bahsedilmesi ve m. 5/son'da işe alımlarda ayrımcılık hali için tazminat öngörülmemiş olması, eşit davranma ilkesinin iş ilişkisinde ve işe son vermede geçerli olacağı yönünde görüşü destekler gibi görürse de ayrımcılık yasaklarının temel hak ve özgürlüklerle doğrudan ilişkisi nedeniyle, işe alımlarda da kanunda belirtilen nedenlere dayalı olarak işverenin ayırım yapmasının yasak olduğu ifade edilmiştir. Ancak bu görüşe göre, işe alımda ayrımcılık yasağı kanunda açıkça belirtilen, cinsiyet, gebelik ve engellilik nedeniyle yapılırsa geçerlidir, İş K. m. 5/son'da işe alımlarda yapılan ayrımcılığa tazminat yaptırımının öngörülmemiş olması da maddede getirilen yasağın etkinliğini azaltmıştır.; Kübra Doğan Yenisey, “İş Kanunu'nda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, *Çalışma ve Toplum*, 2006/4, s. 67.

İş Kanunu 5'inci madde ile tanımları yapılmamakla birlikte hem doğrudan hem de dolaylı ayrımcılık yasaklanmıştır.¹⁷⁷

Yargıtay işçilik alacaklarının ve işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranıp davranmadığının konu edildiği bir davada, “İşveren kural olarak işyerinde çalışan işçilere eşit işlem yapmak, eşit çalışma koşullarını uygulamak zorundadır. İşveren, haklı bir neden olmadıkça farklı davranmama, sosyal yardım ve parasal menfaatlerinden eşit olarak yararlandırma borcu altında olup, kamu düzenine ilişkin eşit işlem borcunun re'sen gözetilmesi zorunluluğu bulunmaktadır. Farklı çalışma koşullarına tabi işçiler için eşitlik ilkesinden sözedilemez. Tam süreli iş sözleşmesi ile çalıştığı kabul edilen davacı yönünden sosyal ve parasal haklarının diğer tam süreli çalışanlara göre, haftalık çalışma süresinin oranlanmasıyla belirlenmesi eşitlik ilkesine aykırı olup, davacı ile diğer tam süreli iş akdi ile çalışanlar arasında oranlamayı haklı gösterecek objektif bir nedenin varlığı da ispat edilemediğinden davacı işçi tam süreli iş sözleşmesi kapsamında çalıştığına göre sosyal yardımlardan da tam süreli diğer işçiler gibi yararlanmalıdır. Çalışma saatlerine göre oranlama yapılmaksızın davacının işçilik alacakları miktarı belirlenerek hüküm kurulması gerekir.”¹⁷⁸ şeklinde karar vermiştir.

2. Mobbing

Aşırı şiddetle ilişkili ve yasaya uygun olmayan kalabalık anlamına gelen Mobbing, İngilizce “mob” kökünden türetilmiş olup ilk olarak hayvanlar arasındaki ilişkiyi ifade etmek üzere kullanılmıştır.¹⁷⁹ Bu kavramı ilk kez insanlar arasındaki bir ilişkiyi, çocuklardan oluşan grupların tek ve güçsüz çocuklara karşı uyguladıkları kaba ve zorbalık içeren zararlı davranışları, tanımlamak üzere İsveçli bilim adamı Peter Paul Heinemann kullanmıştır.¹⁸⁰

¹⁷⁷ Y. 9. HD. E. 2010/42692 K. 2010/32223, T. 8.11.2010, www.kazanci.com (07.07.2014).

¹⁷⁸ Y. HGK, E. 2012/9-847 K. 2013/200 T. 6.2.2013, www.kazanci.com (26.04.2014).

¹⁷⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Çözüm Önerileri Komisyon Raporu, Nisan 2011, http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/docs/komisyon_rapor_no_6.pdf, (08.08.2014), s. 5.

¹⁸⁰ Ahmet Taşkın, “Mobbingin Benzer Kavramlardan Farkı”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 28, Aralık 2012, s. 57 -58.

Kavramın günümüzde kullanıldığı alan olan iş yaşamında ise, ilk olarak 1980’li yıllarda İsveç’te yaşayan Alman çalışma psikoloğu HeinzLeymann tarafından, belli bir işyerinde çalışanlar arasında benzer tipte, uzun dönemli, düşmanca ve saldırgan davranışların varlığına dair yaptığı saptamaların sonucunda kullanılmıştır.¹⁸¹Leymann işyerlerinde karşılaşılan bazı davranışları mobbing kavramı ile açıklamakla birlikte, ayrıca bu davranışların niteliklerini, ortaya çıkış şeklini, yapılan şiddetten etkilenen kişileri ve doğabilecek psikolojik sonuçları da ifade etmiştir.¹⁸²

Çalışma hayatında psikolojik terör ya da mobbing¹⁸³, bir veya daha fazla kişi tarafından başka bir çalışana karşı sistematik olarak gerçekleştirilen ve kişiyi savunmasız ve çaresiz konuma iten düşmanca ve etik olmayan davranışlar olarak ifade edilmektedir.¹⁸⁴

Her ne kadar yeni bir olgu olmasa da ülkemiz çalışma hayatında yeni fakat her geçen gün daha fazla önem kazanan bir kavram olan mobbinge ilişkin İş Kanunu’nda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır; ancak 2012 yılında yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun İşçinin Kişiliğinin Korunması başlığı altında 417’nci maddesinde işverenin işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlü olduğu ifade edilmiştir. Madde ile işverenin bu hükme aykırı davranması hali de yaptırım altına alınmış olup işçinin kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabi kılınmıştır.

¹⁸¹ Pınar Tınaz, “İşyerinde Psikolojik Taciz: Mobbing”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, S. 10, 2006/3, s. 12.

¹⁸² Pınar Tınaz/Fuat Bayram/Hediye Ergin, *Çalışma Psikolojisi ve Hukuki Boyutlarıyla İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)*, İstanbul2008, s. 5.

¹⁸³ TDK, bezdiri kelimesini mobbingin karşılığı olarak kullanmış ve bezdiriyi; “İş yerlerinde, okullarda vb. topluluklar içinde belirli bir kişiyi hedef alıp, çalışmalarını sistematik bir biçimde engelleyip huzursuz olmasına yol açarak yıldırma, dışlama, gözden düşürme” olarak tanımlamıştır, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.53e77b5c950863.18446025 (10.08.2014).

¹⁸⁴ <http://www.leymann.se/English/12100E.HTM> (08.08.2014).

2011/2 Sayılı İşyerlerinde Psikolojik Tacizin (Mobbing) Önlenmesi konulu Başbakanlık Genelgesi¹⁸⁵ de mobbing ile mücadele kapsamında atılan önemli adımlardan biridir. Kasıtlı ve sistematik olarak belirli bir süre çalışanın aşağılanması, küçümsenmesi, dışlanması, kişiliğinin ve saygınlığının zedelenmesi, kötü muameleye tabi tutulması, yıldırılması ve benzeri şekillerde ortaya çıkan psikolojik tacizin gerek kamu kurum ve kuruluşları gerekse özel sektör işyerlerinde gerçekleştiği, çalışanların itibarını ve onurunu zedelediği, verimliliğini azalttığı ve sağlığını kaybetmesine neden olarak çalışma hayatını olumsuz etkilediği ifade edilmiştir.

Genelgede mobbingin önlenmesinin iş sağlığı ve güvenliği ile çalışma barışının geliştirilmesi açısından çok önemli olduğu ve bu nedenle alınması gerekli bazı tedbirler olduğu vurgulanmıştır. Öncelikle, psikolojik tacizle mücadelede en büyük sorumluluğun işverende olduğu belirtilmiş olup işverenlerin çalışanların tacize maruz kalmamaları için gerekli bütün önlemleri alacakları ifade edilmiştir. Ayrıca toplu iş sözleşmelerine, işyerinde psikolojik taciz vakalarının yaşanmaması için önleyici nitelikte hükümler konulmasına özen gösterileceği, psikolojik tacizle mücadele için Çalışma ve Sosyal Güvenlik İletişim Merkezi, ALO 170 üzerinden psikologlar vasıtasıyla çalışanlara yardım ve destek sağlanacağı belirtilmiştir. Son olarak, çalışanların uğradığı psikolojik taciz olaylarını izlemek, değerlendirmek ve önleyici politikalar üretmek üzere Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı bünyesinde Devlet Personel Başkanlığı, sivil toplum kuruluşları ve ilgili tarafların katılımıyla “Psikolojik Tacizle Mücadele Kurulu” kurulacağı ve işyerlerinde psikolojik tacize yönelik farkındalık yaratmak amacıyla eğitim ve bilgilendirme toplantıları ile seminerler düzenleneceği ifade edilmiştir.

Mobbinge ilişkin yapılan diğer bir çalışma ise TBMM Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonunun İşyerinde Psikolojik Taciz(Mobbing) veÇözüm ÖnerileriKomisyon Raporudur.¹⁸⁶ Raporda psikolojik tacizin tanımı, tarihi gelişimi,

¹⁸⁵<http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/03/20110319.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/03/20110319.htm> (08.08.2010).

¹⁸⁶ http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/docs/komisyon_rapor_no_6.pdf (08.08.2014).

nedenleri, ilgili ulusal ve uluslararası mevzuat, karşılaştırmalı hukukta mobbinge ilişkin düzenlemeler, uzman görüşleri ve çözüm önerileri dile getirilmiştir.¹⁸⁷

Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kanunu Tasarı Taslağı'nda da psikolojik tacize ilişkin hükümler yer almaktadır. Söz konusu Tasarı Taslağı, Avrupa Birliği yönergelerine uygun olarak pek çok Avrupa ülkesi ve Amerikan hukukunda olduğu gibi mobbing ve cinsel tacizi ayrımcılık kapsamında değerlendirmekte ve benzer esaslara tabi kılmaktadır.¹⁸⁸

3. Cinsel Taciz

Cinsel taciz, ceza hukuku kapsamında suç olarak düzenlenmekle birlikte ayrımcılığın istihdam alanında ortaya çıkan farklı bir türü olarak değerlendirilmektedir.¹⁸⁹ Cinsel taciz, iş ilişkilerinde sıklıkla karşılaşılan ve mağdurun psikolojik ve fiziksel sağlığını, iş ve sosyal hayatını olumsuz yönde etkileyen önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Uluslararası hukuk belgeleri ve özellikle Avrupa Birliği yönergelerinde cinsel tacize ilişkin tanımlamalara yer verilmiştir.

İstihdam ve Meslek Konularında Erkekler ve Kadınlar İçin Eşit Fırsatlar ve Eşit Muamele İlkesinin Uygulanması Hakkında Avrupa Parlamentosu ve Konseyin 2006/54/EC sayılı Yönergesi, işyerinde taciz ve cinsel taciz konularını ele alan önemli bir düzenleme olup Yönerge'de taciz, kişinin cinsiyeti ile ilgili onur kırma amaçlı veya böyle bir etkiye sahip aşağılayıcı, küçültücü, düşmanca ve tehditkâr bir ortam yaratan tutum; cinsel taciz ise, cinsel nitelikli sözlü, sözsüz veya fiziki, kişinin onur kırma amaçlı veya bu etkiye sahip aşağılayıcı, küçültücü, düşmanca ve tehditkâr bir ortam yaratan istenmeyen tutum olarak tanımlanmıştır.¹⁹⁰

¹⁸⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/docs/komisyon_rapor_no_6.pdf (08.08.2014).

¹⁸⁸ Arzu Arslan Ertürk, "Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kanunu Tasarı Taslağında Yer Alan Psikolojik Tacize İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 27, Eylül 2012, s. 48.

¹⁸⁹ Ulaş Karan, "Ayrımcılık Yasağının Güncel Bir Biçimi Olarak İşyerinde Cinsel Tacize Uğramama Hakkı", *Güncel Hukuk*, Eylül 2012/ 9-105, s. 10.

¹⁹⁰ Kılıçoğlu, s. 42.

Ulusal mevzuatta ise İş Kanunu, cinsel tacize ilişkin herhangi bir tanım içermemekle birlikte 24'üncü maddede, işverenin işçiye cinsel tacizde bulunması, işçinin diğer bir işçi veya üçüncü kişiler tarafından işyerinde cinsel tacize uğraması ve bu durumu işverene bildirmesine rağmen gerekli önlemlerin alınmaması, işçi bakımından haklı fesih nedeni oluşturacaktır. Ayrıca, 25'inci maddeye göre; işveren, başka bir işçiye cinsel tacizde bulunan işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilecektir. Öğretide, söz konusu hükümlerin cinsel tacizi engellemekte yetersiz olduğu, işyerinde eşitliğin sağlanması ve ayrımcılığın önlenmesi konusunda en önemli sorumluluğun işverene ait olduğu ifade edilmiş ve işyerinde cinsel tacizin önlenmesi için her şeyden önce işyerinde sağlıklı bir iletişim sistemi kurulması, her türlü hiyerarşik düzeyde sorumluluk tesis edilmesi ve işçilere bu alanda eğitim verilmesinin gerekli olduğu haklı olarak ifade edilmiştir.¹⁹¹

C. Türk Ceza Kanunu'nda Ayrımcılık Yasağı ile İlgili Düzenlemeler

1. Adalet ve Kanun Önünde Eşitlik İlkesi

Adalet ve kanun önünde eşitlik ilkesi başlığını taşıyan TCK'nın 3'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında Ceza Kanunu'nun uygulanmasında ayrımcılık yasağı hükmüne yer verilmiştir:

“ (2) Ceza Kanununun uygulamasında kişiler arasında ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, siyasal veya diğer fikir yahut düşünceleri, felsefi inanç, milli veya sosyal köken, doğum, ekonomik ve diğer toplumsal konumları yönünden ayırım yapılamaz ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınamaz. ”

Bu madde Ceza Kanunu'nun amacını açıklayan 1'inci madde gibi başlı başına uygulama alanı olmayıp doğrudan uygulamaya yönelik hükümlerin uygulanması sırasında dikkat edilmesi gereken hüküm niteliğini haizdir.¹⁹² Maddenin 2'nci fıkrası ile eşitlik ülkesi düzenlenmiştir. Anayasa'da yer verilen kanun önünde eşitlik ilkesi, Ceza Kanunu'nun uygulanması bakımından ayrıca düzenlenmiştir. Madde gerekçesinde, ceza hukuku araçlarıyla yapılan ayrımcılığın insana yönelik en

¹⁹¹ Erdem Özdemir, “İşyerinde Cinsel Taciz”, *Çalışma ve Toplum*, 2006/4, s. 91.

¹⁹² İzzet Özgenç, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi Genel Hükümler*, 2. Baskı, Ankara 2005, s. 88.

zalimane uygulamalardan biri olduğu bu nedenle Ceza Kanunu'nda bu ilkeye yer verilerek Kanun'un insancıl niteliği haiz ve insan onurunun korunmasının Kanun'un temel değeri olduğu ifade edilmiştir.¹⁹³

Uluslararası belgelerde (İHEB m. 2, 7), (AİHS m. 14) ve Anayasa'da (m. 10) ifade edilen ve genel bir hukuk ilkesi olan adalet ve kanun önünde eşitlik ilkesinin, Rus Ceza Kanunu 6'ncı maddesinden esinlenilerek TCK'da düzenlenmesi, gereksiz ve kanun yapma tekniğine aykırı olarak değerlendirilmiştir.¹⁹⁴

2. Cinsel Taciz Suçu

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ikinci kitap ikinci kısım "Kişilere Karşı Suçlar" kısmında, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar bölümünde cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı, reşit olmayanla cinsel ilişki ve cinsel taciz suçları düzenlenmiştir. Bu suçlarla korunan hukuksal değer kişilerin cinsel dokunulmazlıkları ve özgürlükleridir.¹⁹⁵ TCK 105'inci madde, cinsel taciz suçunu düzenlemiştir:

“(1) Bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında, mağdurun şikayeti üzerine, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına veya adli para cezasına hükmolunur.

(2) Bu fiiller; hiyerarşi, hizmet veya eğitim ve öğretim ilişkisinden ya da aile içi ilişkiden kaynaklanan nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle ya da aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan yararlanılarak işlendiği takdirde, yukarıdaki fıkraya göre verilecek ceza yarı oranında artırılır. Bu fiil nedeniyle mağdur; işi bırakmak, okuldan veya ailesinden ayrılmak zorunda kalmış ise, verilecek ceza bir yıldan az olamaz.”

¹⁹³ Veli Özer Özbek, *TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı Cilt 1*, 3. Baskı, Ankara 2006, s. 193.

¹⁹⁴ Mehmet Emin Artuk, *Yeni Türk Ceza Kanununun Genel Hükümlerine İlişkin Düşünceler, Yeni Türk Ceza Kanunu Sempozyumu*, 5 Mart 2005, TCHD Yayını No: 7, s. 29.

¹⁹⁵ Necati Meran, *Yeni Türk Ceza Kanununda Kişilere Karşı Suçlar*, 2. Baskı, Ankara 2008, s. 315.

Madde gerekçesinde, suçun bireyin ahlak temizliğine yönelik rahatsız edilmeyi cezalandırdığı ifade edilmiş olsa da bu suçla cezalandırılan husus bireyin cinsel özgürlük hakkının ihlalidir.¹⁹⁶ Suçun maddi unsurunu oluşturan hareket birinci fıkrada, bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz etme olarak ifade edilmiştir. Vücut dokunulmazlığını ihlal niteliği taşımayan ve mağdura rahatsızlık yaratan her türlü cinsel davranış cinsel taciz suçunu oluşturmaktadır.¹⁹⁷ Başka bir ifadeyle cinsel saldırı suçunun Kanun'da ayrıca düzenlenmiş olması nedeniyle, cinsel saldırı boyutuna ulaşmayan ve bu suretle vücut dokunulmazlığını ihlal etmeyen davranışlar cinsel taciz olarak değerlendirilmektedir.¹⁹⁸ Nitekim cinsel tacizi aşan hareketler, kanunda düzenlenmiş diğer cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar veya mevzuattaki diğer hükümlere göre değerlendirilmelidir.¹⁹⁹ Yargıtay da bedensel temas ölçütünü esas almakta olup fiziki temas içermeyen cinsel davranışlar, cinsel taciz olarak kabul edilmektedir.²⁰⁰

Cinsel taciz suçu, serbest hareketli bir suç olup²⁰¹ suçun faili kadın veya erkek herkes olabilir. Maddenin 2'nci fıkrasında cezayı ağırlaştırıcı nitelikli haller düzenlenmiş olup hiyerarşi, hizmet veya eğitim ve öğretim ilişkisinden ya da aile içi ilişkiden kaynaklanan nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle ya da aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan yararlanılarak cinsel taciz suçuna vücut verecek davranışların gerçekleştirilmesi halinde verilecek ceza yarı oranında arttırılmaktadır.

¹⁹⁶ Yener Ünver, "Ceza Hukuku Açısından Mobbing, Stalking ve Cinsel Taciz Eylemleri", *CHD*, Yıl 4, S. 11, Aralık 2009, s. 123.

¹⁹⁷ Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/R. Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 8. Baskı, Ankara 2012, s. 348.

¹⁹⁸ Handan Yokuş Sevik, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları", *TBB Dergisi*, S. 57, 2005, s. 271.

¹⁹⁹ Ünver, "Mobbing, Stalking ve Cinsel Taciz Eylemleri", s. 123.

²⁰⁰ Nur Centel, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısı'nın Değerlendirilmesi, s. 273, bkz., <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2012-99-1160> (31.08.2014).

²⁰¹ Tezcan/Erdem/Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s. 349.

3. Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçu

765 Sayılı TCK'da yer almayan sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi suçu, ne Hükümet Tasarısı'nda ne de TBMM Adalet Alt Komisyonu tarafından hazırlanan tasarılar da bulunmamaktadır. Söz konusu hüküm, TBMM Adalet Komisyonu çalışmaları sırasında kanun metnine eklenmiştir.²⁰²

TCK "Özel Hükümler" başlıklı ikinci kitabının "Kişilere Karşı Suçları" düzenleyen ikinci kısmında "Hürriyete Karşı Suçlar" başlığı altında, TCK 118'inci madde ile sendikal hakların kullanılmasının engellenmesini suç olarak düzenlemiştir:

"(1) Bir kimseye karşı bir sendikaya üye olmaya veya olmamaya, sendikanın faaliyetlerine katılmaya veya katılmamaya, sendikadan veya sendika yönetimindeki görevinden ayrılmaya zorlamak amacıyla, cebir veya tehdit kullanan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Cebir veya tehdit kullanılarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla bir sendikanın faaliyetlerinin engellenmesi halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur."

Madde metninde, sendikal hakların kullanılmasının ve sendika faaliyetinin engellenmesi fiilleri suç olarak tanımlanmış olup söz konusu suç seçimlik hareketli bir suç olarak düzenlenmiştir. Sendikanın tanımı ve kapsamı hukuk sistemlerinde farklılık göstermekle beraber yürürlükteki kanun hükümlerimize göre yorumlandığında, sendika deyiminden işçiler ve işverenler tarafından kanunda belirlenen amaçlarla oluşturulan kuruluşlar anlaşılmalıdır.²⁰³

Sendikacılığın temelini oluşturan ve ulusal ve uluslararası alanda birçok dayanağı bulunan sendika özgürlüğü her ülkenin sosyal, ekonomik ve hukuki şartlarına göre uygulamaya geçirilmekte ve korunmaktadır.²⁰⁴ Ülkemiz açısından sendika kurma hakkı, öncelikle Anayasa'nın sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler başlıklı üçüncü bölümünde aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir:

²⁰² Gökçen, Hürriyete Karşı Suçlar, s. 31.

²⁰³ Ünal Narmanlıoğlu, *İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri*, 2. Baskı, İstanbul 2013, s. 44-45.

²⁰⁴ Narmanlıoğlu, s. 8.

“Madde 51 - Çalışanlar ve işverenler, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahiptir. Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz.

Sendika kurma hakkı ancak, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâk ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebepleriyle ve kanunla sınırlanabilir.

Sendika kurma hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunda gösterilir.

İşçi niteliği taşımayan kamu görevlilerinin bu alandaki haklarının kapsam, istisna ve sınırları gördükleri hizmetin niteliğine uygun olarak kanunla düzenlenir.

Sendika ve üst kuruluşlarının tüzükleri, yönetim ve işleyişleri, Cumhuriyetin temel niteliklerine ve demokrasi esaslarına aykırı olamaz.”

Sosyal ve ekonomik haklardan sendika hakkı bu hükümlerle anayasal koruma altına alınmıştır.

Maddenin birinci fıkrasında, bir kimseye karşı cebir veya tehdit kullanılarak, bir sendikaya üye olmaya veya olmamaya, sendikanın faaliyetlerine katılmaya veya katılmamaya ya da sendikadan veya sendika yönetimindeki görevinden ayrılmaya zorlanması, suç olarak düzenlenmiştir. Bu suçun tamamlanmış şekline göre cezaya hükmedilebilmesi için, maddede belirtilen seçimlik hareketlerin gerçekleşmiş olması şartı aranmaz. Diğer bir ifadeyle bu amaçlarla, kişiye karşı cebir veya tehdit kullanılması halinde de suç tamamlanmış gibi cezaya hükmedilecektir.²⁰⁵

Maddenin ikinci fıkrasında cebir veya tehdit kullanılarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla bir sendikanın faaliyetlerinin engellenmesi ayrı bir suç olarak

²⁰⁵ Ali Hakan Evik, “Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçu”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl 5, S. 10, Güz 2006/2, s. 210.

düzenlenmiştir.²⁰⁶ Bir sendikanın faaliyetlerinin cebir veya tehditle ya da hukuka aykırı başka bir davranışla engellenmiş olması halinde, suç tamamlanmış olur.²⁰⁷

Bu suçla, anayasal ve uluslararası boyutta koruma altına alınmış sendikaların faaliyetlerini herhangi hukuka aykırı bir fiilden etkilenmeksizin mevzuatın belirlediği faaliyet çerçevesinde kalmak kaydıyla istedikleri şekilde gerçekleştirebilmeleri amaçlanmaktadır.²⁰⁸

D. Diğer Kanunlarda Ayrımcılık Yasağı ile İlgili Düzenlemeler

Türk hukuk sisteminde ayrımcılığa ilişkin tek bir mevzuat bulunmamaktadır; aksine farklı kanunlarda ayrımcılık ile ilgili düzenlemeler yapılmıştır.

1. Türk Medeni Kanunu'nda Ayrımcılık Yasağı

Medeni Kanun çeşitli maddelerle ayrımcılık karşıtı hükümler getirmiştir. Bu maddelerden sırasıyla bahsetmekte fayda vardır. Medeni Kanun'un 57'nci maddesi ile herkesin dernek kurma hakkını haiz olduğu ifade edilmiş olup dernek üyelerinin haklarının düzenlendiği ve eşitlik ilkesi başlıklı 68'inci madde hükmüne göre de; dernek üyeleri eşit haklara sahiptirler ve dernek, üyeleri arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, din ve mezhep, aile, zümre ve sınıf farkı gözetemez; eşitliği bozan veya bazı üyelere bu sebeplerle ayrıcalık tanıyan uygulamalar yapamaz. Böylelikle dernek üyeleri arasında ayırım yapılamayacağı ve dernek üyelerinin üyelikleri açısından eşit haklara sahip oldukları ifade edilmiştir. Maddede dernek üyeleri arasında sınırlı sayıda özelliğe dayanan ayrımcılık yasaklanmıştır, diğer birçok ayrımcılık yasağı hükmünden farklı olarak kanun koyucu burada ve benzeri sebepler ibaresine yer vermemiştir. Ancak Anayasa'nın genel eşitlik ilkesi burada da geçerli olacaktır.²⁰⁹

İkinci olarak, 185'inci madde ile evlilik birliğinde eşlerin durumu düzenlenmiştir. Evlilik birliği evlenmeyle kurulur ve eşler, bu birliğin mutluluğunu

²⁰⁶Evik, s. 204.

²⁰⁷ Gökçen, s. 32.

²⁰⁸Evik, s. 205.

²⁰⁹ Mesut, Gülmez; *İnsan Hakları ve Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılığın Kaldırılması ve Türkiye*, Ankara, 2009, s. 666.

elbirliğiyle sağlamak ve çocukların bakımına, eğitim ve gözetimine beraberce zen göstermekle yükümlüdürler.

Konutun seçimi, birliğin yönetimi ve giderlere katılma başlıklı 186' ncı madde ile eşlerin oturacakları konutu birlikte seçecekleri, evlilik birliğini beraber yönetecekleri ve birliğin giderlerine gleri oranında emek ve mal varlıkları ile katılacakları hükmü kurulmuştur.

Medeni Kanun'un yukarıda açıklanan hükümleri ile evlilik birliğinin reisinin koca olması uygulamasına son verilmiş; kadının, evlilik birliğini temsil, ekonomik faaliyetlerde bulunma, aile yeleri ve çocuklarla ilgili konularda erkekle aynı lde söz sahibi olmasına olanak sağlanmıştır.

Evlilik birliği kurulduğunda, kadının kendi soyadını kullanıp kullanamayacağına ilişkin olarak önceki düzenlemeden farklı olarak kadının evlenmekle kocasının soyadını alacağı; ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruyla kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabileceği ifade edilmiştir.

Kadının evlilik öncesi kullandığı soyadını evlendikten sonra da tek başına kullanması için önemli bir karar olan ve hukuk sistemimize yeni bir yöntem olan Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru neticesinde elde edilen kararı burada incelemek gerekir. Karara konu olayı kısaca özetlemek gerekirse; İstanbul Barosu'na bağlı avukat olarak çalışan başvurucu, 2005 yılında evlenmiş, ancak evlendikten sonra uzunca bir süre evlilik öncesindeki soyadını kullanmaya devam etmiş, yurt dışına çıkış işlemleri nedeniyle nüfus müdürlüğüne başvurarak evlilik öncesi soyadı ve evlilik soyadını beraber içeren kimlik belgesi almış, fakat diğer resmi işlemlerini evlilik öncesi soyadı ile yapmaya devam etmiş, bu duruma bağlı olarak yaşadığı zorluklar nedeniyle evlilik öncesi soyadının kullanılmasına izin verilmesi talebiyle açtığı dava yerel mahkemece reddedilmiştir. Başvurucu söz konusu durum nedeniyle cinsel yönden ayrımcılığa tabi tutulmak suretiyle özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmediğini ifade ederek, evli kadının evlilik öncesi soyadını tek başına kullanmasına engel olan Medeni Kanun'un 187'nci maddesine istinaden yapılan uygulama ile cinsel ayrımcılığa maruz tutularak özel hayatına ve aile hayatına saygı

gösterilmemesi nedeniyle anayasal haklarının ihlal edildiği iddiası ile ihlalin tespiti ve manevi zararın tazmini talebi ile Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmuştur. İç hukuk yollarını tüketen başvurucunun bu başvurusu kabul edilmiştir. Esas yönünden yapılan inceleme neticesinde ise Anayasa'nın 17'nci maddesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir.²¹⁰

Yukarıda ifade ettiğimiz ve Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru neticesinde verdiği karar öncesinde, AİHM'e de aynı konuyla ilgili olarak başvuruda bulunulmuştur. AİHM konuya ilişkin 2004 yılında verdiği kararda, kadının evlilik birliği kurulduktan sonra sadece evlilik öncesi kullandığı soyadını kullanamamasını, makul ve adil bir düzenleme olmadığı ve erkeğin evlilik öncesi soyadını evlendikten sonra da aynen kullanmaya devam etmesinin kadın erkek eşitliğine aykırı olduğu gerekçesiyle Sözleşme'nin 14'üncü maddesinin ihlali olarak yorumlamıştır.²¹¹

Evlilik birliğini temsilde, eşlerin yetkisi hususunda 188'inci madde hükmü ile eşlerden her birinin, ortak yaşamın devamı süresince ailenin sürekli ihtiyaçları için evlilik birliğini temsil edeceği ifade edilmiştir. Böylelikle kadın erkek ayrımı yapmadan her iki eşe de yetki tanınmıştır. Maddede bu hale bazı istisnalar getirilmiştir. Eşlerden biri ancak; diğer eş veya haklı sebeplerle hâkim tarafından yetkili kılınmışsa ya da birliğin yararı bakımından gecikmede sakınca bulunur ve diğer eşin hastalığı, başka bir yerde olması veya benzeri sebeplerle rızası alınmadığı hallerde evlilik birliğini temsil yetkisini haizdir. Ayrıca birliği temsil yetkisinin kullanıldığı hallerde, eşler üçüncü kişilere karşı müteselsilen sorumlu olacaktır. Eşlerden her biri, meslek veya iş seçimini yaparken diğer eşin iznini almak zorunda değildir; ancak eşler, meslek ve iş seçiminde ve bunların yürütülmesinde evlilik birliğinin huzur ve yararını göz önünde tutacaktır.

Son olarak aile konutu üzerinde eşlerin yetkisinden bahsetmekte fayda vardır. 194'üncü madde hükmüne göre, eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça,

²¹⁰19/12/2013 tarihli AY. Mah. Kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/amkb2013-2187.htm> (26.04.2014).

²¹¹ Başvuru No: 29865/96, 16.11.2004 tarihli karar, bkz., <http://aihmanadolu.edu.tr/> (19.05.2014).

aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz.

2. Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu

Sanayinin gelişmesi ile doğru orantılı olan sendikacılık; çalışma koşullarının ağırlaştırılması, uzun çalışma süreleri, ücretin düşük olması ve böylelikle işçinin işveren karşısında zayıf konuma düşmesi ve buna karşılık olarak işçilerin gerçekleştirdiği eylemler neticesinde uzun bir süreç neticesinde kabul görmüştür.²¹² Ülkemiz açısından ise bu alanda çıkarılan kanunlarla sendikacılık gelişmiştir.

Çalışanların sendika kurma, sendikalara üye olabilme ve sendikal faaliyet yürütebilmelerini kapsayan sendika hakkı, dernek özgürlüğünün sosyal ve mesleki alandaki ifadesidir.²¹³ Ayrıca belirtmek gerekir ki, sendika hakkı sadece çalışanların haklarını korumak ve onlara insan onuruna yaraşır bir hayat sağlamaktan ibaret olmayıp çoğulcu demokrasilerin gerçekleştirilmesi açısından da sendikaların siyasal sürece katılması suretiyle büyük önem taşımaktadır.²¹⁴

7 Ekim 2012 tarihinde yürürlükten kaldırılmış olan 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun yerine, 18 Ekim 2012 tarihinde kabul edilen 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, eşitlik ilkesi ve farklı muamele yasağına ilişkin hükümleri düzenlemiştir.

Anayasa'nın 51'inci maddesi ve bu hükme uygun olarak Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25'inci maddesi işçi ve işverenlere tanınan bireysel nitelikli sendika hakkı ve özgürlüğü²¹⁵ kapsamında on beş yaşını dolduran ve bu Kanun hükümlerine göre işçi sayılanlar, işçi sendikalarına üye olabilir. ayrıca 25'inci madde ile işçilerin işe alınmaları; belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri, belli bir sendikadaki üyeliği sürdürmeleri veya üyelikten çekilmeleri veya herhangi

²¹² Nuri Çelik, *İş Hukuku Dersleri*, 26. Baskı, İstanbul 2013, s. 421.

²¹³ İbrahim Ö. Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, 6. Baskı, Ankara 2002, s. 474.

²¹⁴ Nihat Bulut, *Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar*, İstanbul 2009, s. 155.

²¹⁵ Çelik, s. 428; Anayasa'nın 51'inci maddesi her ne kadar sendika hakkından bahsetmekte ise de söz konusu hükmün sendika özgürlüğünü de kapsadığı ifade edilmiştir, bkz.; Çelik, s. 427.

bir sendikaya üye olmaları veya olmamaları şartına bağlı tutulamayacağı hüküm altına alınmıştır. Maddenin 2'nci fıkrasında ise işverenin bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, çalışma şartları veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamayacağı ifade edilmiştir. Maddenin 3'üncü fıkrasında ise; işçilerin, sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya işverenin izni ile iş saatleri içinde işçi kuruluşlarının faaliyetlerine katılmaları veya sendikal faaliyette bulunmalarından dolayı işten çıkarılmayacağı veya farklı işleme tabi tutulamayacağı hüküm altına alınmıştır. Maddenin diğer fıkralarına ise işverenin işçiye karşı gösterdiği ayrımcı muameleye ilişkin yaptırımlar düzenlenmiştir.

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun ayrımcılık yasağına ilişkin olarak getirdiği diğer bir hüküm de kuruluşların faaliyetlerine yöneliktir.26'ncı madde hükmüne göre, kuruluşlar, faaliyetlerinden yararlanmada üyeleri arasında eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasaklarına uymakla yükümlü olup faaliyetlerinde toplumsal cinsiyet eşitliğini gözetir.

3. Devlet Memurları Kanunu

657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda da ayrımcılığı yasaklayan hüküm bulunmaktadır. Kanun'un "*Tarafsızlık ve Devlete Bağlılık*" başlıklı 7'nci maddesinde devlet memurlarının görevlerini yerine getirirken dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi ayırım yapamayacakları hüküm altına alınmıştır.

Kanun'un disiplin cezalarını ve bu cezaların hangi fiillere uygulanacağını düzenleyen 125'inci maddesi ile de görevlerini yerine getirirken ayrımcılık yapanlara uygulanacak yaptırım ifade edilmiştir. Maddenin D fıkrasının 1 bendinde fiilin ağırlık derecesine göre memurun, bulunduğu kademedeki ilerlemesinin 1 - 3 yıl durdurulması olarak tanımlanan kademe ilerlemesinin durdurulması cezası, görevlerini yerine getirirken ayrımcılık yapan memurlara karşı uygulanacak cezadır.

4. 5378 Sayılı Engelliler Hakkında Kanun

5378 Sayılı Kanun'un tanımlar başlıklı 3'ncü maddesinde engellilik, engelliliğe dayalı doğrudan ayrımcılık ve dolaylı ayrımcılık kavramları açıklanmıştır:

Maddede doğrudan ayrımcılık; engelliliğe dayalı ayrımcılık temeline dayanan ve engellinin hak ve özgürlüklerden karşılaştırılabilir durumdakilere kıyasla eşit şekilde yararlanmasını engelleyen, kısıtlayan veya zorlaştıran her türlü farklı muamele, dolaylı ayrımcılık; görünüşte ayrımcı olmayan her türlü eylem, işlem ve uygulamalar sonucunda engelliliğe dayalı ayrımcılık temeliyle bağlantılı olarak, engellinin hak ve özgürlüklerden yararlanması bakımından nesnel olarak haklılaştırılmayan dezavantajlı bir konuma sokulması olarak tanımlanmıştır.

Maddede engelli; fiziksel, zihinsel, ruhsal ve duyuşsal yetilerinde çeşitli düzeyde kayıplarından dolayı topluma diğer bireyler ile birlikte eşit koşullarda tam ve etkin katılımını kısıtlayan tutum ve çevre koşullarından etkilenen birey olarak tanımlanmıştır. Ayrıcbireyin engelliliğini ve engellilikten kaynaklanan özel ihtiyaçlarını belirleyen derecelendirmeler, sınıflandırmalar ve tanılamalarda uluslararası temel yöntemlerin esas alındığı ve engellilik durumunun tespit ve uygulama esaslarının, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ve Millî Eğitim Bakanlığının görüşleri alınarak Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, Maliye Bakanlığı ve Sağlık Bakanlığınca müştereken çıkarılan yönetmelikle belirleneceği ifade edilmiştir.

Engelliliğe dayalı ayrımcılık; siyasi, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni veya başka herhangi bir alanda insan hak ve temel özgürlüklerinin tam ve diğerleri ile eşit koşullar altında kullanılması veya bunlardan yararlanılması önünde engelliliğe dayalı olarak gerçekleştirilen her türlü ayırım, dışlama veya kısıtlama olarak tanımlanmıştır.

Bu Kanun kapsamında bulunan hizmetlerin yerine getirilmesinde; engellilerin insan onur ve haysiyetinin dokunulmazlığı temelinde, kendi seçimlerini yapma özgürlüğünü ve bağımsızlığını kapsayacak şekilde bireysel özerkliğine saygı gösterilmesinin esas olduğu, engelliliğe dayalı ayrımcılık yapılamayacağı ve ayrımcılıkla mücadelenin engellilere yönelik politikaların temel unsuru olduğu hükmü kurulmuştur. Nitekim 4'üncü madde hükmü ile doğrudan ve dolaylı

ayrımcılık dâhil olmak üzere engelliliğe dayalı her türlü ayrımcılık yasaklanmış, eşitliği sağlamak ve ayrımcılığı ortadan kaldırmak üzere engellilere yönelik makul düzenlemelerin yapılması için gerekli tedbirlerin alınacağı ifade edilmiştir. Maddede engellilerin hak ve özgürlüklerden tam ve eşit olarak yararlanmasını sağlamaya yönelik alınacak özel tedbirlerin ayrımcılık olarak değerlendirilemeyeceği ifadelerine yer verilerek pozitif ayrımcılık hükmü kurulmuştur.

5. Siyasi Partiler Kanunu

2820 Sayılı Siyasi Partiler Kanunu da çeşitli ayrımcılık yasağı hükümlerini düzenlemiştir. Öncelikle 12'nci madde ile siyasi partilerin üyeliğe kabul şartlarına yer verdikleri tüzüklerinde, başvuranlar arasında dil, ırk, cinsiyet, din, mezhep, aile, zümre sınıf ve meslek farkı gözetilen hükümler bulunamayacağı ifade edilmiştir. Kanun'un 78'inci maddesinde siyasi partilerin, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, dil, ırk, renk, din ve mezhep ayrımı yaratma amacı ile kurulamayacağı veya bu yönde çalışmalar yapamayacağı hüküm altına alınmıştır.

Kanun'un bölgecilik ve ırkçılık yasağı başlıklı 82'nci maddesinde, siyasi partilerin bölgecilik ve ırkçılık yapamayacağı ve herkesin dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu prensibine aykırı amaç güdemeyecekleri ve bu yönde faaliyette bulunamayacakları hüküm altına alınmıştır. Ayrıca siyasi partiler; herkesin dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu prensibine aykırı amaç güdemez ve faaliyette bulunamazlar (m. 83).

6. Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kurulu Kanunu Tasarısı Taslağı

Yukarıda ifade edildiği üzere Türk Hukukunda ayrımcılık yasağına ilişkin temel bir düzenleme olmayıp belirli hakların kullanımına yönelik ayrımcılığı yasaklayan hükümler farklı kanunlarda düzenlenmiştir. Ancak ayrımcılık yasağı ile ilgili temel bir yasa hazırlanmasının gerekliliği ve sivil toplum kuruluşlarının bu konudaki baskıları sonucunda bu taslak hazırlanmıştır. Kanun tasarısı ayrımcılık

yaşadığını detaylı olarak ele almış ve geniş kapsamlı bir düzenleme olmuştur. Bu nedenle taslak mevzuatımız açısından önemli bir gelişmedir.

Kanun Tasarısı'nın ilk maddesinde kanunun amacı ve kapsamı hüküm altına alınmıştır. Buna göre, kişilerin eşit muamele görme hakkının güvence altına alınması ve ayrımcılığa karşı etkili bir şekilde korunmalarının sağlanması kanunun amacı olup kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişilerin ya da bunlar adına hareket edenlerin, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, etnik köken, felsefi ve siyasi görüş, sosyal statü, medeni hal, sağlık durumu, özürlülük, yaş ve benzeri temellere dayanan, gerçek ve tüzel kişiler ile tüzel kişiliği olmayan toplulukları etkileyen davranış, uygulama, işlem ve düzenlemeleri ile yasama ve yargı organının idari eylem ve işlemleri, kanunun kapsamını oluşturur. Taslak mevcut birçok düzenlemenin aksine, ayrımcılık yasağının kapsamına giren özellikleri geniş çerçevede ele almıştır.

Ayrıca Taslak daha önce tanımlanmamış bazı kavramlara ilişkin tanımlara da yer vermektedir. Kanun'un tanımlar başlıklı 2'nci maddesinde doğrudan ayrımcılık, *“bir gerçek veya tüzel kişi ya da topluluğun, hak ve özgürlüklerden, karşılaştırılabilir durumdakilere kıyasla eşit şekilde yararlanmasını bu Kanun'da sayılan ayrımcılık temellerine dayanılarak engelleyen veya zorlaştıran her türlü farklı muamele”* olarak tanımlanmıştır. Dolaylı ayrımcılık ise, *“görünüşte ayrımcı olmayan her türlü eylem, işlem ve uygulamalar sonucunda, bu Kanun'da yasaklanan ayrımcılık temelleriyle bağlantılı olarak, bir gerçek veya tüzel kişinin veya topluluğun hak ve özgürlüklerden yararlanmasını bakımından nesnel olarak haklılaştırılmayan dezavantajlı bir konuma sokulması”* şeklinde ifade edilmiştir.

Taslak'ta ayrıca taciz, nefret söylemi, mağdurlaştırma, makul düzenleme, işyerinde yıldırma gibi kavramların da tanımı yapılmıştır.

Taslağın 3'üncü maddesinde, kanun önünde eşitlik ilkesi vurgulanmış, devlete fırsat eşitliğini sağlamak için pozitif tedbirler alma görevi yüklenmiştir. Ayrımcılık yasağının yasama, yürütme ve yargı organları ile bütün gerçek ve tüzel kişileri bağladığı ifade edilmiştir. Ayrımcılık yasağının muhataplarının ayrımcılık yasağını ihlali halinde, konuya ilişkin görev ve yetkisi bulunan kamu makamlarının, ihlali

sona erdirmek, sonuçlarını gidermek, tekrarlanmasını önlemek, adli ve idari yoldan takibini sağlamak üzere gerekli tedbirleri almakla yükümlü olduğu belirtilmiştir.

Taslak'ta Kanun'un kapsamına giren ayrımcılık türleri de sayılmıştır. Bunlar; ayrı tutma, ayrımcılık talimatı verme ve bu talimatları uygulama, çoklu ayrımcılık, doğrudan ayrımcılık, dolaylı ayrımcılık, işyerinde yıldırma, mağdurlaştırma, makul düzenleme yapmama, nefret söyleminde bulunma, taciz, varsayılan temele dayalı ayrımcılıktır. Yine Taslak'ta yer alan diğer bir hüküm ise ayrımcılığın yasaklandığı hizmet alanlarına ilişkindir. Taslağın 5'inci maddesinde eğitim ve öğretim, yargı, kolluk, sağlık, ulaşım, iletişim, sosyal güvenlik, sosyal hizmetler, sosyal yardım, spor, konaklama, kültür, turizm ve benzeri hizmetleri sunan kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve özel tüzel kişilerin, yürüttükleri faaliyetler bakımından bu hizmetlerden yararlanmakta olan veya yararlanmak üzere başvurmuş olan veya bu hizmetler hakkında bilgi almak isteyen kişi aleyhine ayrımcılık uygulayamayacağı ve söz konusu hükmün kamuya açık hizmetlerin sunulduğu alanlar ve binalara erişimi de kapsadığı ifade edilmiştir. Böylelikle gerçek kişi, özel hukuk tüzel kişisi veya kamu kurum ve kuruluşları farkı gözetmeksizin herkesin ayrımcılık yasağına uyma zorunluluğu kanuni koruma kapsamına alınmıştır.

İşe alımla ilgili olarak ayrıntılı bir ayrımcılık yasağı düzenlemesi yine Taslağın getirdiği önemli bir hükümdür. Taslak'ta ayrımcılık yasağı ayrıntılı düzenlenmiş olmakla birlikte ayrımcılık yasağı kapsamında olmayan haller de sınırlı sayıda sayılmıştır. Buna göre; istihdam ve serbest meslek alanlarında, zorunlu mesleki gerekliliklerin varlığı halinde; amaca uygun ve orantılı olan farklı muamele, sadece belli bir cinsiyetin istihdamını zorunlu kılan durumlar, işe kabul ve istihdam sürecinde, hizmetin zorunlulukları nedeniyle yaş sınırlarının belirlenmesi ve uygulanması, gereklilik ve amaçla orantılı olması koşuluyla yaşa dayalı farklı muamele, eşitsizlikleri ortadan kaldırmaya yönelik, gerekli, amaca uygun ve orantılı farklı muamele, çocuk veya özel bir yerde tutulması gereken kişilere yönelik özel tedbirler ve koruma önlemleri, bir dine ait kurumda, din hizmeti veya o dine ilişkin eğitim ve öğretim vermek üzere sadece o dine mensup kişilerin istihdamı, dernek, vakıf, sendika, siyasi parti ve meslek örgütlerinin, ilgili mevzuatlarında veya

tüzüklerinde yer alan amaç, ilke ve değerler temelinde üye olacak kişilerde belli şart ve nitelik aramaları, ayrımcılık olarak değerlendirilemeyecektir.

Ayrımcılık ile mücadele açısından önemli olan ve Avrupa Birliği Komisyonunun, AGİT'in de önemle üzerinde durduğu husus olan veri toplama açısından da Taslak'ta hüküm bulunmaktadır. Taslağın istatistik başlıklı 22'nci maddesinde; aşağıda anlatacağımız ve bu Kanun ile kurulacak olan Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kurulunun, ayrımcılıkla mücadele amacıyla hangi alanlarda resmi nitelikte istatistik toplanmasına ihtiyaç olduğuna, Türkiye İstatistik Kurumu ve diğer ilgili kurum ve kuruluşlarla birlikte karar vereceği ifade edilmiştir. Ayrıca ayrımcılık belirtilerinin tüm boyutlarını ortaya koyabilmek için gerekli olan bu istatistiksel bilgilerin, verilere sürekli ve eksiksiz şekilde erişilmesini sağlayacak bir sistem içinde toplanmasından, Resmi İstatistik Programı kapsamında Türkiye İstatistik Kurumunun sorumlu olduğu hüküm altına alınmıştır.

Son olarak belirtmek gerekir ki, Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kurulunun kurulması Taslağın getirdiği diğer bir önemli hükümdür. Kurulacak olan bu kurulkamu tüzel kişiliğine, idari ve mali özerkliğe sahip veBaşbakanlık ile ilişkili olup Kanun ve ayrımcılıkla ilgili diğer mevzuatla verilecek görevleri yerine getirir. Kurulun, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası antlaşmalar ya da kanunlarla yasaklanan her türlü ayrımcılıkla mücadele ile görevli ve yetkili olduğu da ifade edilmiştir. Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kurulunun yargı organlarına, kamu kurum ve kuruluşlarına ve ilgili kişilere talepleri üzerine görüş bildirmek, idari para cezası vermek, ayrımcı uygulamalarla ilgili düzeltici işlemleri belirleyerek ilgili kişi ve kurumlara bildirmek gibi görevleri de bulunmaktadır.

Taslağın Türk Hukuku açısından önemli bir düzenleme olduğu, büyük bir ihtiyaca cevap vereceği ancak, eğer Türkiye'de etnik ayrımcılığa kaynaklık eden anayasal ve yasal düzenlemeler ve bu düzenlemelere bağlı idari ve yargısal

uygulamalar değişmezse Kanun'un varlığının uygulamaya sirayet edemeyeceği eleştirisi yapılmıştır.²¹⁶

²¹⁶<http://www.bianet.org/bianet/toplum/120792-ayrimcilikla-mucadele-yasa-tasarisi> (14.05.2014).

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MUKAYESELİ HUKUKTA VE TÜRK CEZA KANUNU'NDA NEFRET VE AYIRIMCILIK SUÇU

I. MUKAYESELİ HUKUKTA AYIRIMCILIK SUÇU

A. Genel Olarak

Karşılaştırmalı hukukta, nefret suçları ve ayırmıcılık farklı yasal düzenlemeler ile ele alınmıştır. Bazı ülkeler ayrı bir kanun kapsamında bu suçlara yer verirken bazı ülkeler ise belirli bir kanun hükmü olarak düzenlemiştir.

Nefret suçları ve ayırmıcılığı ayrı bir kanun kapsamında düzenleyen ülkelerden biri Birleşik Krallık'tır. 1998 tarihli Suç ve Düzensizlik Kanunu (CrimeandDisorderAct), 1986 tarihli Kamu Düzeni Kanunu (PublicOrderAct) ve 2003 tarihli Ceza Adaleti Kanunu (CriminalJusticeAct) nefret suçuna ilişkin hükümler içermektedir.²¹⁷ Ayırmıcılık yasağına ilişkin olarak 2010 yılında kabul edilen Eşitlik Kanunu (TheEqualityAct) ayrıntılı hükümler içermektedir. Söz konusu kanun, ayırmıcılığı yasaklayan 1976 tarihli Irk İlişkileri Kanunu (RaceRelationsAct); 1975 tarihli Cinsiyet Ayırmıcılığı Kanunu (SexDiscriminationAct) ile1995 tarihli Engelli Ayırmıcılığı Kanunu'nu (DisabilityDiscriminationAct) yürürlükten kaldırmış, tek bir kanun altında ayırmıcılık yasağı hükümlerini düzenlemiş ve bazı hallerde ayırmıcılığa karşı korumayı genişletmiştir. Yaş, cinsiyet, ırk, cinsel yönelim, din, inanç, inançsızlık/dinsizlik ve engellilik Eşitlik Kanunu ile korunan özelliklerden bazılarıdır. Kişiler, iş ve eğitim hayatında, kamu hizmetlerinden faydalanma, bir eşya satın alma veya kiralama, tüketici sıfatını haiz olma ya da bir dernek veya özel bir kulüp üyesi olma hallerinde ayırmıcılığa karşı korunmaktadır.²¹⁸

Amerika Birleşik Devletleri de ayırmıcılık yasağı ve nefret suçlarını ayrı kanunlar çerçevesinde düzenleyen ülkelerden biridir. Gerek Anayasa gerekse özel

²¹⁷ http://lawcommission.justice.gov.uk/areas/hate_crime.htm (03.11.2014).

²¹⁸ <https://www.gov.uk/discrimination-your-rights/types-of-discrimination> (04.11.2014).

kanunlar ile eşitlik ve ayrımcılık yasağına ilişkin hükümler düzenlenmiştir. 19 ve 20'nci yüzyılda Amerikan Anayasası'nda yapılan değişiklikler ile eşitliğin sağlanması için önemli adımlar atılmasına rağmen ayrımcılık toplumda karşılaşılan büyük bir sorun olma özelliğini korumuştur.²¹⁹ 20'nci yüzyılın sonlarına doğru kabul edilen Medeni Haklar Kanunu (CivilRightsAct) ile hem özel hukuk tüzel kişileri hem de kamu kuruluşları tarafından yapılan ayrımcılık yasaklanmıştır. Sonraki dönemlerde kabul edilen, İstihdamda Yaşa Dayalı Ayrımcılık Kanunu (Age Discrimination in EmploymentAct), Eşit Ücret Kanunu (Equal Pay Act), Göç Reformu ve Kontrol Kanunu (Immigration Reform and Control Act), Genetik Bilgi Ayrımcılık Yasağı Kanunu (Genetic Information NondiscriminationAct) ayrımcılık yasağına ilişkin önemli düzenlemelerdir.

Nefret suçlarına ilişkin olarak federe devletlerde kanunlar çıkarılmış olmasına karşın federal düzeyde yapılan ilk düzenleme, 1990 yılında kabul edilen Nefret Suçu İstatistik Kanunu'dur (HateCrimeStatisticsAct).²²⁰ Söz konusu düzenlemeden sonra kabul edilen hatecrimessentencingenhancementact (nefret suçlarında cezaların ağırlaştırılması kanunu), Şiddet Suçu ve Hukuki Yaptırım Kanunu (TheViolentCrimeandLawEnforcementAct), locallawenforcementhatecrimespreventionact (nefret suçlarını önlemede yerel yasaların güçlendirilmesi yasası) nefret suçları ile mücadelede kabul edilen diğer federal kanunlardır.

Yukarıda açıklandığı üzere Birleşik Krallık ve Amerika Birleşik Devletleri ayrımcılık yasağı ve nefret suçlarını ayrı kanunlar çerçevesinde düzenlemiştir. Bununla birlikte karşılaştırmalı hukukta bazı ülkeler TCK'daki düzenlemeye benzer nitelikte ayrımcılık suçu hükümlerine yer vermiştir. Aşağıda ayrımcılık suçu ile ilgili

²¹⁹Comparativestudy of anti-discriminationandequalitylaws of the US, Canada, South AfricaandIndia, s. 15, http://ec.europa.eu/justice/discrimination/files/comparative_study_ad_equality_laws_of_us_canada_sa_india_en.pdf (17.11.2014).

²²⁰ Michael Shively, Study of LiteratureandLegislationof HateCrime in America, s. 2, <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/grants/210300.pdf> (07.12.2014).

ceza kanunlarında ayrıntılı düzenlemeye yer veren Fransa, İspanya, Rusya ve İsveç ceza kanunlarındaki hükümler değerlendirilecektir.

B. Fransa

Ayrımcılıkla mücadele için Avrupa Birliği tarafından kabul edilen yönergelerle birlikte Fransa'da da bu konuda yasal ve kurumsal olarak önemli adımlar atılmıştır. Kurumsal açıdan yapılan en önemli değişiklik 2004 yılında, herhangi bir kanunla ya da Fransa'nın taraf olduğu uluslararası bir sözleşmeyle yasaklanmış her türlü ayrımcılık üzerinde yargılama yetkisi bulunan bağımsız bir idari otorite olan Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitliği Sağlama Yüksek Otoritesinin (HALDE) kurulmuş olmasıdır.²²¹ HALDE, Fransız Sosyal Uyum Planı çerçevesinde kurulmuş ve Fransa'nın yasal ve kurumsal olarak Avrupa Birliği yönergelerine uygun hale gelmesini kesinleştirmiştir. 2011 yılında bazı parlamento üyelerinin tepkilerine rağmen çıkarılan kanun ile HALDE ve diğer ayrımcılıkla mücadele kuruluşları, yerini Haklar Savunucusu (Defender of Rights) adlı bağımsız kuruma bırakmıştır.²²² Kurum, ayrımcılık yapıldığına dair şikayetleri araştırma ve inceleme yetkisini haizdir. Fransa gerek AB mevzuatı ve kurumlarıyla gerekse ulusal kurum ve mevzuatı ile ayrımcılık ile mücadelede etkili ve kapsamlı bir yol izlemektedir.

Fransa'da 2001 yılında kabul edilen Ayrımcılıkla Mücadele Kanunu, ayrımcılıkla mücadele için ulusal alanda yapılan çalışmalardan biridir.²²³ Ancak belirtmek gerekir ki bu Kanun, Fransız İş Kanunu ve Ceza Kanunu'nda var olan ayrımcılıkla ilgili düzenlemeleri tamamlayıcı nitelik taşımaktadır.

Fransız Ceza Kanunu kişilerin şerefine karşı suçlar başlıklı 5'inci kısım 1'inci bölümde ayrımcılığı düzenlemiştir. 225-1, 225-2, 225-3 ve 225-4'üncü maddeler²²⁴, ayrımcılığa ilişkin ayrıntılı hükümler içermektedir:

²²¹http://www.ambafrance-pk.org/IMG/pdf/halde_ag.pdf (20.06.2014).

²²²http://www.loc.gov/lawweb/servlet/lloc_news?disp3_1205402682_text (04.09.2014).

²²³http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---migrant/documents/publication/wcms_201429.pdf (20.06.2014).

²²⁴^{cc} **Article 225-1:** Discrimination comprises any distinction applied between natural persons by reason of their origin, sex, family situation, physical appearance or patronymic, state of

health, handicap, genetic characteristics, sexual morals or orientation, age, political opinions, union activities, or their membership or non-membership, true or supposed, of a given ethnic group, nation, race or religion.

Discrimination also comprises any distinction applied between legal persons by reason of the origin, sex, family situation, physical appearance or patronymic, state of health, handicap, genetic characteristics, sexual morals or orientation, age, political opinions, union activities, membership or non-membership, true or supposed, of a given ethnic group, nation, race or religion of one or more members of these legal persons.

Article 225-2: Discrimination defined by article 225-1, committed against a natural or legal person, is punished by three years' imprisonment and a fine of €45,000 where it consists:

- 1° of the refusal to supply goods or services;
- 2° of obstructing the normal exercise of any given economic activity;
- 3° of the refusal to hire, to sanction or to dismiss a person;
- 4° of subjecting the supply of goods or services to a condition based on one of the factors referred to under article 225-1;
- 5° of subjecting an offer of employment, an application for a course or a training period to a condition based on one of the factors referred to under article 225-1;
- 6° of refusing to accept a person onto one of the courses referred to under 2° of article L.412-8 of the Social Security Code.

Where the discriminatory refusal referred to under 1° is committed in a public place or in order to bar the access to this place, the penalties are increased to five years' imprisonment and to a fine of €75,000.

Article 225-3: The provisions of the previous article do not apply to:

- 1° discrimination based on state of health, when it consists of operations aimed at the prevention and coverage of the risk of death, of risks for the physical integrity of the person, or the risk of incapacity to work or invalidity. However, when it is based on the consideration of predictive genetic tests relating to an illness that has not yet commenced or the genetic predisposition towards an illness, this discrimination is punished by the penalties provided for by the previous article;
- 2° discrimination based on state of health or handicap, if it consists of a refusal to hire or dismiss based on a medically established incapacity, according to either the provisions of title IV of book II of the Labour Code, or of the laws defining the statutory framework of the public service;
- 3° recruitment discrimination based on gender when the fact of being male or female constitutes the determining factor in the exercise of an employment or professional activity, in accordance with the provisions of the Labour Code or of the laws defining the statutory framework of the public service.

Article 225-4: Legal persons may incur criminal liability for the offence defined under article 225-2, pursuant to the conditions set out under article 121-2. The penalties incurred by legal persons are:

- 1° a fine, pursuant to the conditions set out under article 131-38;
- 2° the penalties enumerated under 2°, 3°, 4°, 5°, 8° and 9° of article 131-39.

The prohibition referred to in 2° of article 131-39 applies to the activity in the exercise of which or on the occasion of the exercise of which the offence was committed.”

225-1'inci maddede ayrımcılığın kapsamı belirtilmiş, 2'nci fıkra kapsamında ise tüzel kişilere yönelik ayrımcılık hüküm altına alınmıştır:

“Gerçek kişiler arasında kökenleri, cinsiyetleri, ailevi durumları, fiziksel görünüşleri, soyadları, sağlık durumları, fiziksel engelleri, genetik özellikleri, yaşam biçimleri, cinsel yönelim veya kimlikleri, yaşları, siyasi görüşleri, sendikal faaliyetleri, bir etnik gruba, topluluğa, ırka veya belirli bir dine gerçek olan veya varsayılan mensup olma veya olmama durumları sebebiyle yapılan her türlü ayırım, ayrımcılık olarak değerlendirilir.

Aynı zamanda tüzel kişiler arasında üyelerinin veya üyelerinden bazılarının kökenleri, cinsiyetleri, ailevi durumları, fiziksel görünüşleri, soyadları, sağlık durumları, fiziksel engelleri, genetik özellikleri, yaşam biçimleri, cinsel yönelim veya kimlikleri, yaşları, siyasi görüşleri, sendikal faaliyetleri, bir etnik gruba, topluluğa, ırka veya belirli bir dine gerçek olan veya varsayılan mensup olma veya olmama durumları sebebiyle yapılan her türlü ayırım, ayrımcılık olarak değerlendirilir.”

Maddede ayrımcılık nedeni olarak sayılan özelliklere, Fransız Parlamentosu, yerel otoritelerin kaynaklarını arttırmak, kamu hizmetinin bireylere daha iyi ve etkili ulaşmasını sağlamak ve kamu hizmetine yatırımı arttırmak suretiyle kamu hizmetine ulaşmada yaşanan eşitsizlikle mücadele etmek amacıyla yerleşim yerine dayalı ayrımcılığı da eklemiştir.²²⁵

Maddenin ilk fıkrasında gerçek kişilere karşı yapılan ayrımcılık tanımlanmışken ikinci fıkrasında ise tüzel kişiler arasında üyelerinin sahip olduğu ilk fıkrada sayılan özellikleri nedeniyle uygulanan farklılıkların da ayrımcılığın kapsamında olduğu belirtilmiştir. Bu yönüyle TCK, Fransız Ceza Kanunu'ndan ayrılmaktadır. Nitekim TCK açısından tüzel kişilerin suçun mağduru olması söz konusu değilken FCK'ya göre tüzel kişilerin de suçun mağduru olabilmesi mümkündür. Ayrıca maddede sayılan özellikler sınırlı sayıda olmasına rağmen geniş bir koruma alanı getirmiştir. TCK'da ise, maddenin ilk halinde ve benzeri nedenler

²²⁵<http://www.non-discrimination.net/content/media/FR-119-Residence.pdf> (17.08.2014); European Anti- DiscriminationLawReview, s. 58.

ifadesine yer verilmiş, sonrasında maddede yapılan değişiklik ile bu ifade kaldırılmış olup, koruna özellikler sınırlı sayıda olup dar kapsamlı bir koruma getirmiştir.

225-2'inci maddede ise 225-1'inci madde ile tanımlanan ayrımcılığın yasaklandığı haller ve bunlara ilişkin ceza türleri düzenlenmiştir:

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

1- Bir mal veya hizmeti vermeyi reddetmek

2- Herhangi bir olağan etkinlikte bulunulmasını engellemek

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

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

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

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

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

Madde ile TCK'daki gibi seçimlik hareketler düzenlenmiş olup, FCK seçimlik hareketler bakımından daha ayrıntılı hüküm içermektedir. TCK suçun oluşması için “engellemek” deyimini kullanmıştır; ancak FCK yalnız kişinin olağan ekonomik etkinlikte bulunmasının engellenmesi halinde kullanmış, diğer hareketler bakımından reddetmek veya bağlamak ifadelerini kullanmıştır. Bizim de katıldığımız görüşe göre, FCK'daki düzenleme daha doğru bir ifade şekli olmuştur.²²⁶ TCK ile FCK

²²⁶ Ekmekçi, s. 28.

düzenlemeleri arasındaki diğeri bir fark ise, TCK'da herhangi bir cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli hal düzenlenmemişken, FCK yukarıdaki madde ile ayrımcılık teşkil eden fiilin halka açık bir yerde veya buraya girişi engellemek suretiyle işlenmesi halinde cezanın artırılacağını hükme bağlamıştır.

225-3'üncü madde ile ayrımcılık suçunu düzenleyen hükmün uygulanmayacağı haller düzenlenmiştir:

“ Bir önceki madde hükümleri aşağıdaki hallerde uygulanmaz:

1- Ölüm riski, kişinin vücut bütünlüğüne zarar veren riskler veya iş göremezlik veya sakatlık risklerini önlemek veya karşılamak konusundaki işlemler sebebiyle yapılan sağlık durumuna dayanan ayrımcılık halinde. Bununla birlikte söz konusu ayrımcılığın henüz açıklanmamış bir hastalıkla ilgili tahmini genetik testler dikkate alınarak veya bir hastalığa genetik yatkınlık veya Kamu Sağlığı Kanunu'nun L1231-1'inci maddesinde tanımlandığı şekilde organ naklinin sağlık durumu üzerindeki etkileri dikkate alınarak yapılması halinde fiil önceki madde hükümlerine göre cezalandırılır.

2- İş Kanunu'nun 2'nci kitabının 4'üncü bölümü çerçevesinde veya kamu görevine ilişkin düzenleyici hükümler içeren kanunlar çerçevesinde tıbbi olarak sabit elverişsizlik sebebiyle işe almayı reddetme veya işten çıkarma halinde sağlık durumuna veya engele dayanan ayrımcılık halinde;

3- İşe almada, söz konusu gerekçenin esaslı ve belirleyici bir mesleki zorunluluk olması ve ayrıca amacın meşru ve zorunluluğun orantılı olması şartıyla cinsiyete, yaşa veya fiziksel görünüme dayanan ayrımcılık halinde;

4-Mal veya hizmetlere erişimde cinsel şiddet mağdurlarının korunması, özel hayatın, edep ve haya duygularının korunması, kadın-erkek eşitliğinin veya erkeklerin ya da kadınların çıkarlarının korunması, sportif organizasyonların, örgütlenme özgürlüğünün sağlanması meşru amaçlarına dayanan cinsiyete dayanan ayrımcılık halinde

5- İşe almanın reddedilmesinde kamu görevine ilişkin düzenleyici hükümlerin uygulanması suretiyle vatandaşlığa dayanan ayrımcılık halinde.”

Yukarıda ifade edilen hükümler ile ayrımcılık suçu ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Ayrıca söz konusu maddeler, hem suçta ve cezada kanunilik ilkesi ile belirlilik ilkesine uygun hem de suçun koruduğu alan açısından kapsamlı düzenlemelerdir.

225-4'üncü maddede ise, ayrımcılık suçun mağduru olabilen tüzel kişilerin, ayrımcılık suçu bakımından cezai sorumluluklarının olduğu hüküm altına alınmıştır.

Ayrıca Fransız Ceza Kanunu 2'nci bölüm yetkinin kötüye kullanılması suretiyle bireylere karşı işlenen suçlar başlıklı 2'nci kısımda;

“ 225-1'inci maddede tanımlanan ayrımcılığın bir gerçek veya tüzel kişiye karşı kamu gücüne sahip olan veya kamu hizmetiyle görevli bir kişi tarafından görevinin icrası sırasında veya icrası vesilesiyle,

1- Kanun tarafından tanınan bir hakkın kullanımını reddetmek

2- Olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmanın engellenmesi suretiyle işlenmesi halinde, fail beş yıl hapis ve 75000 Avro ile cezalandırılır.”

Bu madde ile TCK'dan farklı olarak, kamu görevlisinin işleyeceği ayrımcılık suçuna ilişkin ayrı bir hüküm kurulmuştur.

C. Rusya

Etnik kimlik, kültürel yapı ve dini inançlar bakımından oldukça zengin ve renkli bir ülke olan Rusya'da²²⁷ Anayasanın 19'uncu maddesi ile kanun ve mahkeme önünde eşitlik ilkesi hüküm altına alınmış ve devletin hak ve özgürlükleri, cinsiyet, ırk, milliyet, dil, köken, mülkiyet veya iş durumu, ikamet, dini tutum, hükümlülük, toplumsal birliklere mensubiyet veya başka herhangi bir durum farkı gözetmeksizin garanti altına aldığı ifade edilmiştir.²²⁸

²²⁷ Emin Atasoy, Rusya Federasyonu Sınırları İçinde Yer Alan Özerk Cumhuriyetlerin Etnocoğrafya Işığında Değerlendirilmesi, s. 87, http://www.turkishstudies.net/Makaleler/839658157_4atasoyemin.pdf (13.11.2014).

²²⁸ <http://www.legislationline.org/topics/country/7/topic/10/subtopic/37> (13.11.2014).

Rus Ceza Kanunu “Kişinin ve Vatandaşın Anayasal Haklarına ve Özgürlüklerine Yönelik Suçlar” başlıklı 19’uncu bölümünde yer alan insanların eşitliği ile medeni haklar ve özgürlüklerin ihlali başlıklı136’ncı madde²²⁹ ile ayrımcılığa ilişkin hüküm kurmuştur:

“Kişinin resmi pozisyonunu kullanarak cinsiyete, ırka, milliyete, dile, kökene, mülkiyete ya da resmi mevkiye, yere veya ikamete, dine bakış açısına, görüşlere, kamu kuruluşlarıyla ya da herhangi bir sosyal grupta ortaklığa bağlı olarak bir kişinin ve vatandaşın haklarını, özgürlüklerini ve meşru menfaatlerini ihlal etmesi anlamına gelen ayrımcılık,

100 bin ile 300 bin ruble arasında bir para cezasıyla veya suçu kanıtlanan kişinin bir yıl ile iki yıl arasındaki bir süreyi kapsayan ücreti/maaşı veya başka bir geliri oranındaki para cezasıyla veya azami beş yıllık bir süre için belirli makamlarda ya da faaliyetlerde bulunma hakkından mahrum bırakılarak veya azami dört yüz seksen saatlik zorunlu hizmetle veya azami iki yıllık ıslah hizmetiyle veya aynı süre için özgürlükten yoksun bırakılarak cezalandırılır.”

D. İsveç

İsveç, İkinci Dünya Savaşı'na kadar homojen bir nüfusa sahip olan bir ülke konumundayken özellikle 1960'lı yıllarda ve 1970 yılı başında nüfustaki doğal artışın, gerekli işgücünü istihdam edememesi nedeniyle, ülkeye yönelik göç teşvik edilmiştir. Netice olarak Danimarka, Norveç, İzlanda, İran, Türkiye, Finlandiya ve

²²⁹ “**Article 136.** Violation of the Equality of Human and Civil Rights and Freedoms

Discrimination, that is, violation of the rights, freedoms and legitimate interests of man and citizen based on gender, race, nationality, language, origin, property or official status, place or residence, attitude to religion, convictions, or affiliation with public associations or any social groups, made by a person through the use of the official position thereof -

shall be punishable with a fine in the amount of 100 thousand to 300 thousand roubles, or in the amount of a wage/salary or any other income of the convicted person for a period of one year to two years, or by deprivation of the right to hold specified offices or engage in specified activities for a term of up to five years, or by obligatory labour for a term of up to four hundred and eighty hours, or by corrective labour for a term of up to two years, or by deprivation of liberty for the same term.”

Lübnan gibi birçok ülkeden göç almıştır.²³⁰ Böylece İsveç, farklı kültürlerin, etnik ve dini grupların bir arada yaşadığı ve sürekli göç alan AB üyesi niteliğini haizdir. 1970'lerde farklı etnik kökenden kişiler nüfusun %6,7'sini oluştururken 2010 yılında bu oran %19,1 olmuştur. Ayrıca yapılan çeşitli araştırmalarda göçmenlerin ve İsveç'te doğmuş olsa da ailesi başka bir etnik kökenden olan kişilerin büyük oranda ırkçılık ve ayrımcılığa maruz kaldığı tespit edilmiştir. Yine Orta Doğu ve Afrika'dan gelenler ile Roman ve Yahudi bireyler İslamofobi, ırk ve din nedeniyle nefret suçlarının mağduru olmaktadır. İsveç'in bu demografik yapısı gereği İsveç hükümeti özellikle 1999 yılından sonra gerek Avrupa Birliği yönergeleri ile gerekse ulusal mevzuatta yapılan düzenlemelerle ayrımcılıkla etkin mücadele için çalışmalar yapmıştır.²³¹

AB'nin ayrımcılığı önleme konusunda yaptığı çalışmalar ve üye ülkeler açısından hazırlanan raporlar devletleri ayrımcılıkla etkin mücadele konusunda önlem almaya itmektedir. İsveç de, ayrımcılık yasağına ilişkin AB yönergelerini ulusal mevzuatında yaptığı düzenlemelerle etkin hale getirmiştir. Ayrıca 2009 yılında yürürlüğe giren Ayrımcılık Kanunu ile ayrımcılık yasağına ilişkin düzenlemeler tek bir çatı altında toplanmıştır. Söz konusu düzenlemeler dışında, Anayasa ve Ceza Kanunu da ayrımcılık yasağı ile ilgili hüküm içermektedir.

İsveç Ceza Kanunu'nun 2'nci kitabının "Kamu Düzenine Karşı Suçlar" başlıklı 16'ncı bölüm 9'uncu kısmında ayrımcılığa ilişkin madde aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir:

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

²³⁰ Mualla Bilgin, İsveç Ülke Etüdü, s. 6, <http://www.ito.org.tr/itoyayin/0008062.pdf> (24.08.2014).

²³¹ <http://www.non-discrimination.net/content/country-context-1> (24.08.2014).

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

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

Yukarıdaki fıkralarda yer alan hüküm, homoseksüel bir kimseye bu durumundan dolayı ayrımcılık yapanlara da uygulanır”²³²

İsveç Ceza Kanunu’nda ayrımcılık ile ilgili düzenleme; işe almamak, çalıştırdığı kişiye farklı muamele yapmak gibi iş hukuku ilişkilerini kapsamaktadır.²³³ Ayrımcılık yasağı kapsamında korunan özelliklerin sayısı oldukça sınırlı ise de söz konusu hüküm faillik açısından ayrıntılı düzenleme getirmiştir.

E. İspanya

Son otuz beş yılda İspanya’da büyük sosyal ve politik değişiklikler yaşanmıştır. Ülkenin sosyal yapısında meydana gelen değişikliklerin en önemlisi, etnik ve dini açıdan daha çok farklılığı içinde barındıran bir topluma

²³² “A businessman who in the conduct of his business discriminates against a person on grounds of that person's race, colour, national or ethnic origin or religious belief by not dealing with that person under the terms and conditions normally applied by the businessman in the course of his business with other persons, shall be sentenced for unlawful discrimination to a fine or imprisonment for at most one year.

The provisions of the foregoing paragraph relating to discrimination by a businessman shall also apply to a person employed in a business or otherwise acting on behalf of a businessman and to a person employed in public service or having a public duty.

A sentence for unlawful discrimination shall also be imposed on any organiser of a public assembly or gathering, and on any collaborator of such organiser, who discriminates against a person on grounds of his race, colour, national or ethnic origin or religious belief by refusing him access to the public assembly or gathering under the terms and conditions normally applied to other persons.

A sentence for unlawful discrimination shall also be imposed on any person designated in the first to third paragraphs above who, in the manner there indicated, discriminates against another on the ground that the latter has a homosexual disposition.”
<http://www.government.se/content/1/c6/02/77/77/cb79a8a3.pdf> (24.08.2014).

²³³ Dönmez, s. 28.

dönüşmesidir.²³⁴ Özellikle Fas, Romanya, Ekvador ve Kolombiya'dan aşırı göç yaşanmış ve bu göçler neticesinde toplumun yapısı değişmiştir. Söz konusu değişiklik beraberinde ayrımcı muamele yapılması tehlikesini de arttırmıştır. Bu nedenlerle, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı İspanya Anayasası'nın en temel ilkelerindedir. Ayrımcılıkla mücadele açısından ise, 1976 yılından itibaren birçok uluslararası sözleşme onaylanmış, Avrupa Birliği yönergeleri iç hukuka aktarılmıştır.²³⁵ Bunun dışında, iş hukuku ve ceza hukuku alanında da ayrımcılıkla mücadele için hükümler getirilmiştir.

İspanyol Ceza Kanunu'nun 2'nci kitabının 15'inci başlığı işçilerin haklarına karşı suçlar 314'üncü maddede;

“Her kim ideoloji, din ya da inanç, etnik bir gruba mensubiyet, ırk veya ulus, cinsiyet, cinsel tercih, aile durumu, hastalık ya da engellilik, işçilerin sendika ya da yasal temsilcisi olunması, şirketin diğer çalışanlarıyla ilişki, ya da İspanyol Devleti'nin resmi dillerinden herhangi birinin kullanımı nedeniyle herhangi bir kişiye karşı, kamu veya özel istihdamda ciddi bir ayrımcılık işler ve bu hareketi neticesinde doğan mali zarar idari talep veya ceza sonrasında telafi ederek kanun önünde eşitlik durumuna getirmezse altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ya da oniki aydan yirmi dört aya kadar para cezası ile cezalandırılır.”²³⁶

İspanyol Ceza Kanunu'nun 2'nci kitabının 21'inci başlığının 4'üncü kısmında yer alan “Anayasa ile Garanti Altına Alınmış Temel Hak ve Hürriyetlerin İcrasına İlişkin Suçlar” a ilişkin 1'inci bölüm 512'inci maddede;

²³⁴<http://www.non-discrimination.net/content/country-context> (24.08.2014).

²³⁵<http://www.non-discrimination.net/content/main-legislation-0> (24.08.2014).

²³⁶“Thosewhocommit a seriousdiscrimination in publicorprivateemployment, againstanyersondueto his ideology, religionorbelief, belongingto an ethicgroup, raceornation, gender, sexualpreference, familysituation, illnessorhandicap, duetoappointment as the legal orTradeUnionrepresentative of theworkers, duetorelationship tootherworkers at thecompany, orduetouse of any of theofficiallanguages of the Spanish State, andwho do not reinstatheimtothesituation of equalitybeforethelawafter an administrativedemandorpunishment, compensatingthefinancialdamagearisingtherefrom, shall be punishedwith a sentence of imprisonment of sixmonthstotwoyearsor a finefromtwelvetotwenty- fourmonths.”

“Her kim, mesleğini ve işini yerine getirirken bir kimseye karşı dünya görüşü, dini inancı, etnik gruba, ırka veya milliyete mensubiyeti, cinsiyeti, cinsel tercihi, ailevi durumu, hastalığı ve engelliliği nedeniyle iş vermeyi reddederse, sahip olduğu bir meslek veya sanatı veya ticareti yapma ehliyetini 1 yıldan 4 yıla kadar kaybeder”²³⁷ şeklinde düzenlenmiştir.

Ayrıca 22’nci maddede bir suçun ırkçı veya anti-Semitik nedenlerle yahut kişinin cinsiyet, cinsel yönelim ya da cinsel kimlik, ideoloji, din ya da etnik köken, ırk, inanç veya millet, hastalık veya engellilik özelliklerine dayalı ayrımcılık nedeniyle işlenmesicezayı ağırlaştırır haller arasında sayılmıştır.

Barselona Ceza Mahkemesi cinsel yönelim nedeniyle kamu hizmetine erişimde ayrımcılık konulu davada İspanya Ceza Kanunu’nun 512’nci maddesi uyarınca; kamu hizmetine erişimin engellenmesi suretiyle temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiğine karar vermiştir. Davaya konu olayda; iki transseksüel kişinin Barselona’da bir gece kulübüne girmek istemesi üzerine güvenlik görevlisi bu kişilere önce mekanın dolu olduğunu söylemiş ve fakat başka müşterilerin içeriye girmeye devam etmesi nedeniyle bu kişiler içeriye neden giremediklerini sormuş ve güvenlik görevlisi, kulüp sahibinin farklı cinsel yönelimde olan kişileri mekanda istemediğini ifade etmiştir.²³⁸

İstihdama erişim konusunda Kantabria Yüksek Mahkemesi 2005 yılında verdiği bir kararda, bir kimya şirketinin işe alımlarda uyguladığı yöntemin dolaylı cinsiyet ayrımcılığı oluşturduğunu hükme bağlamıştır.

²³⁷ “Those who, in the exercise of their professional or business activities, were to deny a person a service to which he is entitled due to his ideology, religion or belief, his belonging to an ethnic group, race or nation, his gender, sexual preference, family situation, illness or handicap, shall incur the punishment of special barring from exercise of profession, trade, industry or commerce, for a term of one to four years.”, bkz., www.legislationline.org (10.06.2014).

²³⁸ <http://www.non-discrimination.net/content/media/ES-21-Discrimination%20access%20public%20services%20to%20transsexual%20persons.pdf> (24.08.2014).

II. TÜRK CEZA KANUNU'NDA NEFRET ve AYIRIMCILIK SUÇU

A. Genel Olarak

Ayrımcılık yasağı, önceki bölümlerde de ifade ettiğimiz gibi usulüne uygun olarak onayladığımız çeşitli uluslararası belgelerle iç hukukumuzda uygulanır hale gelmiştir.

İç hukukta doğrudan uygulanır hale gelen uluslararası sözleşmelerle taraf devletlere ayrımcılık yapmama yükümlülüğü getirilmiş ve taraf devletlerin ulusal mevzuatlarında ayrımcılık yasağına ilişkin düzenlemeler yapmaları gerekliliği vurgulanmıştır. Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonunun(ECRI) Irkçılık, Yabancı Düşmanlığı, Antisemitizm Hoşgörüsüzlükle Mücadele başlıklı 1 No'lu Genel Politika Tavsiye Kararı ile ırkçılık ve ırk ayrımcılığına ilişkin ulusal mevzuatkonulu 7 No'lu Genel Politika Tavsiye Kararı'nda, üye devletlerin ırk ayrımcılığına ilişkin olarak ceza hukuku mevzuatı da dâhil olmak üzere iç hukuklarında düzenleme yapmaları gerektiği ifade edilmiştir.²³⁹

765 Sayılı TCK'da yer almayan nefret ve ayrımcılık suçu, 5237 sayılı TCK ile ceza hukuku sistemimizdeki yerini almıştır. Ceza Kanunu'nun 2'nci kısım 7'nci bölüm hürriyete karşı suçlar başlığı altında 122'inci maddede düzenlenen suç için kanun koyucu nefret ve ayrımcılık ifadesini kullanmıştır. Belirtmek gerekir ki, Türkçe dil bilgisi kuralları uyarınca terimin ayrımcılık olarak ifade edilmesi gerekmektedir. Nitekim TDK sözlüklerinde de ayrımcılık terimi yer

²³⁹Madde üzerinde 05.07.2004 tarihinde Adalet Komisyonunda yapılan görüşmelerde Adem Sözüer, maddenin TCK'da yer alıp almaması konusunda yapılan tartışmada maddenin uluslararası sözleşmelerden doğan bir yükümlülük olduğunu ve bu nedenle maddenin TCK kapsamında düzenlenmesinin zorunlu olduğunu ifade etmiştir, bkz., Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu, s. 485; Maddeye konu olacak sorunların ülkemizde yaşanmadığı ve bu nedenle böyle bir maddeye ihtiyaç olmadığı ancak uyum sürecinde Avrupa Birliği'nin ısrarı nedeniyle maddenin TCK'da yer aldığı yönündeki görüş için bkz. Ersan Şen, Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar, *Yeni Türk Ceza Kanunu Sempozyumu*, 5 Mart 2005, TCHD Yayını No: 5, s. 98.

almaktadır.²⁴⁰ Ancak “ayırıcılık” kanuni ifade olduğundan çalışmamızın bu bölümünde bu terime yer verilmiştir.²⁴¹

Yeni bir suç tipi olarak, 5237 sayılı Kanun ile düzenlenen nefret ve ayırıcılık suçunun yürürlükteki düzenlemeden önceki madde metinlerinden kısaca bahsetmek yerinde olacaktır.

Ayırıcılık suçu, 12 Mayıs 2003 tarihinde TBMM’ye sevk edilen 2003 tarihli Türk Ceza Kanunu Hükümet Tasarısı’nın 170’inci maddesinde;

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

1- Bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya bir hizmetin icrasını veya hizmetten yararlanılmasını engelleyen veya kişinin işe alınmasını veya alınmamasını yukarıda sayılan hallerden birine bağlayan;

2- Besin maddelerini vermeyen veya kamuya arz edilmiş bir hizmeti yapmayı reddeden;

3- Kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engelleyen; kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya 750 milyon liradan 2 milyar liraya kadar ağır para cezası verilir.

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

Tüzel kişiler de bu maddede yazılı suçlardan dolayı sorumludurlar.”

şeklinde yer almıştır. Söz konusu metinde sınırlı sayıda olmakla birlikte, yürürlükteki düzenlemeden farklı olarak daha fazla ayırıcılık nedenine yer verilmiştir. Diğer bir farklılık ise tüzel kişilere karşı bu suçun işlenebileceğinin kabulüdür. Yine tüzel

²⁴⁰ <http://www.tdk.gov.tr/> (10.03.2014).

²⁴¹ Benzer görüş için bkz.,Burcu Demren Dönmez, “Ayırıcılık Suçu”, *TBB Dergisi*, S. 102,Eylül- Ekim 2012, s. 11.

kişilerin bu suç işleme halinde sorumlu olacakları ifade edilmiştir. Son olarak, suçun cezası seçimlik olarak ifade edilmiş ve para cezasına da yer verilmiştir.

Adalet Alt Komisyonunda kabul edilen madde metni²⁴² ise şu şekildedir:

“Madde 124 – (1) Kişiler arasında köken, cinsiyet, cinsel yönelim, aile durumu, örf ve adet, siyasal düşünce, felsefi inanç, sendika, bir etnik gruba mensupluk, ırk, din, mezhep, nedeni ile ayırım yaparak;

a) bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya bir hizmetin icrasını veya hizmetten yararlanılmasını engelleyen veya kişinin işe alınmasını veya alınmamasını yukarıda sayılan hallerden birine bağlayan,

b) besin maddelerini vermeyen veya kamuya arz edilmiş bir hizmeti yapmayı reddeden,

c) kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engelleyen,

kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir.”²⁴³

Ayrımcılık suçuna ilişkin metin, Adalet Alt Komisyonunda değiştirilerek kabul edilmiştir. Tüzel kişilerin suçun faili ve mağduru olması hükmü madde metninden çıkarılmıştır. Ayrıca suç için belirlenen seçimlik cezalardan para cezası için, Hükümet Tasarısı’ndaki “750 milyon liradan 2 milyar liraya kadar ağır para cezası” ifadesi çıkarılmış ve adli para cezası ifadesi kullanılmıştır.

Adalet Komisyonunda da madde metninde çeşitli değişiklikler yapılmış ve bu değiştirilen metin 5237 sayılı Kanun ile birlikte kabul edilerek yürürlüğe girmiştir. Böylelikle ceza hukuku sistemimizde yer alan ayrımcılık suçuna ilişkin ilk düzenleme TCK 122’nci maddede aşağıdaki şekilde ifade edilmiştir:

²⁴² Bu maddenin anti-laik uygulamalara neden olacağı yönündeki görüş için, bkz., Mehmet Emin Artuk/Alı Rıza Çınar, *Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler*, T. Ergül (edt), Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap Makaleler, Görüşler, Raporlar, Ankara2004, s. 81.

²⁴³ Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, *Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu*, Ankara 2005, s. 483.

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

a) bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya bir hizmetin icrasını veya hizmetten yararlanılmasını engelleyen veya kişinin işe alınmasını veya alınmamasını yukarıda sayılan hallerden birine bağlayan,

b) besin maddelerini vermeyen veya kamuya arz edilmiş bir hizmeti yapmayı reddeden,

c) kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engelleyen,

kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir.’²⁴⁴

5237 Sayılı Kanun ile yürürlüğe giren ayrımcılık suçu madde metnine 1 Temmuz 2005 tarihli ve 5378 sayılı Özürlüler ve Bazı Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un 41’inci maddesiyle, “dil, ırk, renk, cinsiyet,” ibaresinden sonra gelmek üzere “özürlülük,” ibaresi eklenmiştir. Madde metninde yapılan söz konusu değişiklik olumlu bir gelişme olup engelli bireylere karşı yapılacak ayrımlara karşı da koruma sağlanmış olmaktadır.²⁴⁵

Adalet Alt Komisyonu ve Adalet Komisyonunda kabul edilen madde metinleri arasındaki farklılık, ayrımcılık nedenlerinde kendini göstermektedir. Nitekim Adalet Alt Komisyonunda kabul edilen metinde köken, cinsiyet, cinsel yönelim, aile durumu, örf ve adet, siyasal düşünce, felsefi inanç, sendika, bir etnik gruba mensupluk, ırk, din, mezhep nedenleri tahdidi olarak sayılmış ve yalnız bu özellikler nedeniyle seçimlik hareketlerin işlenmesi ayrımcılık suçu olarak düzenlenmiştir.

Adalet Komisyonunda kabul edilen ve kanunlaşan metinde ise Adalet Alt Komisyonunda kabul edilen metinde sayılan nedenler sayıca azaltılmış fakat “ve benzeri sebepler” ibaresi madde metnine eklenmiştir. Ayrıca Adalet Alt Komisyonunda kabul edilen metinden köken, cinsel yönelim, aile durumu, örf ve adet, sendika ve bir etnik gruba mensupluk çıkarılmış; ancak dil ve renk birer ayırım

²⁴⁴ Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu, s. 483.

²⁴⁵ Şen, *YTCK Yorumu*, s. 511-512.

nedeni olarak sayılmıştır. Kanun metni üzerinde yapılan görüşmelerde, Anayasa'nın 10'uncu maddesindeki düzenlemenin TCK açısından da kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir.²⁴⁶

Öğretide, 765 sayılı TCK'da yer almayan ve 5237 sayılı TCK ile hürriyete karşı suçlar başlığı altında düzenlenen ayrımcılık suçunun siyasi, toplumsal ve yönetsel yaşantımızda tartışılan, karşı çıkılan ve benimsetilmeye çalışılan bir madde olacağı eleştirisi yapılmıştır.²⁴⁷ Yine söz konusu düzenlemenin, düşünce ve ifade hürriyetine aykırı olduğu belirtilmiştir.²⁴⁸ Bu görüşe göre, maddede belirtilen sebeplerle ve fakat ortada herhangi bir şiddet çağrısı olmaksızın bir kimseye malını satmayan kişinin düşünce açıklamasının cezalandırıldığı ifade edilmiştir. Düşünce açıklamasının TCK tarafından sınırlandırılması açısından kabul edilen kıstas, kişinin ifade hürriyetini kullanarak kişilik haklarına saldırıda bulunulması, toplum tarafından önem verilen bazı değerlerin alenen aşağılanması, cebir ve tehdit çağrısı içeren açıklamaların yapılması ve kamu güvenliğinin açık ve yakın bir tehlikeyle karşı karşıya bırakılması olarak gösterilmiş olup TCK 122'nci madde kapsamında düzenlenen suçun bu kapsamda değerlendirilmesinin mümkün olmadığı ileri sürülmüştür.²⁴⁹

Düşünce hürriyeti, kişinin serbestçe fikir ve kanaat edinebilme, edindiği bu fikir ve kanaatler nedeniyle kınanmama ve bunları bütün yasal yollardan faydalanarak dışa vurabilme imkân ve serbestisi olarak tanımlanmaktadır.²⁵⁰ Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere düşünce hürriyetinin belirli bazı kurucu unsurları mevcuttur. Düşüncenin oluşturulabilmesi için kişinin serbestçe bilgi edinme, araştırma ve haber alma hakkı, düşünce hürriyetinin kurucu unsurlarının ilki olarak karşımıza çıkmaktadır. Kişinin kanaatlerinden ötürü kınanmamasını gerektiren ve

²⁴⁶Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu, s. 486.

²⁴⁷ Köksal Bayraktar, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Kişilere Karşı İşlenen Suçlar", *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi*, Yıl 2, S. 5, Nisan 2005, Avukat M. Haldun Karacabey'e Armağan, s. 225.

²⁴⁸ Ersan Şen, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu Cilt I*, İstanbul 2006, s. 510.

²⁴⁹ Şen, *YTCK Yorumu*, s. 511.

²⁵⁰ Bülent Tanör, *Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası*, İstanbul 1969, s. 15.

doğru olduğuna inandığı düşünce ve kanaatleri seçme ve benimseyebilme hakkı olarak ifade edilen kanaat hürriyeti ikinci unsurdur. Son olarak belirtmek gerekir ki; düşünce hürriyeti ancak düşünceyi açıklama özgürlüğü varsa söz konusudur. Diğer bir ifadeyle, düşünceyi ifade etme özgürlüğü olmadan düşünce özgürlüğünden bahsedilemez.

Uluslararası belgelerde koruma altına alınan ve günümüz demokrasilerinin temel unsurlarından olan düşünce hürriyeti ve bu hürriyetin hangi hallerde sınırlandırılacağı Anayasa’da ifade edilmiştir. Ceza hukuku ise ancak tehdit, basın yoluyla terör gibi suçlarla ve kişilerin bir suça azmettirilmesi veya yardım eden olarak bir suça iştirak etmeleri halinde düşünce ve ifade hürriyetine müdahale etmektedir.²⁵¹ Ayrıca belirtmek gerekir ki, Türkiye’nin de taraf olduğu Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi 20’nci madde ile ayrımcılığa, kin ve nefrete veya şiddete tahrik eden herhangi bir ulusal, ırksal veya dinsel düşmanlığın savunulmasını ifade özgürlüğünün kapsamı dışına çıkarmıştır.²⁵²

5237 Sayılı Kanun ile ilk defa ceza hukuku sistemimizde düzenlenen ayrımcılık suçu, 6529 sayılı Kanun ile değiştirilmiştir. Söz konusu değişiklik ile madde metninde dil, ırk, renk gibi sınırlı olarak sayılan farklılıklardan kaynaklanan nefret ibaresine yer verilmiştir. Böylelikle nefrete dayalı ayrımcılık vurgusu yapılmıştır. Ayrıca suçu oluşturan seçimlik hareketlerde de değişiklik yapılmış, suçun cezası arttırılmıştır.

B. Tipiklik

Suçun en önemli unsuru olarak nitelendirilen²⁵³ tipiklik unsuru, fiilin ceza kanununda yazılı tanıma uygun olmasını ifade eder.²⁵⁴ Diğer bir ifadeyle suçun

²⁵¹ Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 13. Baskı, Ankara 2013, s. 170.

²⁵² Oktay Uygun, “Nefret İfadesi ve İfade Özgürlüğü, İHEB’in 60. Yılında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunları”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2008/1, s. 9.

²⁵³ Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 17. Baskı, Ankara 2014, s. 125.

²⁵⁴ Nurullah Kunter, *Suçun Maddi Unsurlar Nazariyesi*, İstanbul 1954, s. 13; Uğur Alacakaptan, *Suçun Unsurları*, Ankara 1970, s. 29; Kayıhan İçel/İzzet Özgenç/Adem

tipiklik unsuru, işlenen fiilin ceza kanunlarında tanımlanmış olması ve fiilin bu tanıma uygun olması şartlarını ihtiva etmektedir.²⁵⁵ Doktrinde farklı kavramlarla ifade edilen ve suçun unsurları açısından değişik başlıklar altında incelen tipiklik unsuru²⁵⁶ ile suçta ve cezada kanunilik ilkesi arasında çok yakın bir bağlantı bulunmaktadır.²⁵⁷ Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin bir sonucu olan belirlilik ilkesi uyarınca suçun kanunda tanımlanmış olması gerekir.²⁵⁸ Bu tanımın da suçun failini, hareketi, suçun konusunu ve yaptırımını içermesi gerekmektedir.²⁵⁹

Ayrımcılık suçunu TCK'da düzenleyen ilk madde metni 2 Mart 2014 tarihinde kabul edilen 6529 sayılı Temel Hak ve Hürriyetlerin Geliştirilmesi Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 15'inci maddesi ile aşağıdaki gibi değiştirilmiştir:

“Nefret ve ayrımcılık

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

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

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

c) Bir kişinin işe alınmasını,

d) Bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını,

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

Sözüer/Faith S. Mahmutoglu/Yener Ünver, *İçel Suç Teorisi*, 2. Kitap, İstanbul 1999, s. 55; Koca/Üzülmez, s. 96.

²⁵⁵ Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Cilt 2, İstanbul 1989; s. 10; Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt I*, 14. Bası, İstanbul 1997, s. 362.

²⁵⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kayıhan İçel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler II*, 5. Bası, İstanbul 2013, s. 77.

²⁵⁷ Koca/Üzülmez, s. 97.

²⁵⁸ Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 7. Baskı, İstanbul 2011, s. 226.

²⁵⁹ Centel/Zafer/Çakmut, s. 226.

Yapılan bu değişiklikten önce yürürlükte bulunan madde ile yeni düzenleme arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır. Öncelikle madde başlığı nefret ve ayrımcılık olarak değiştirilmiş, ayırım nedeni olarak sayılan dil, ırk, renk gibi ifadelerin sayıldığı ve bütün seçimlik hareketler için ortak hüküm olan ilk ifadeden ve benzeri sebepler ibaresi çıkarılmış ve maddede sayılan seçimlik hareketlerin ilk fıkrada sayılan özelliklerin farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle gerçekleşmesi şartı aranmıştır.

Nefret ve ayrımcılık suçu, madde metninde tahdidi olarak sayılmış dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle yine maddede belirtilmiş seçimlik hareketlerden bir veya birkaçının işlenmesiyle oluşur. Diğer bir ifadeyle nefret ve ayrımcılık suçu, neticesi harekete bitişik suçtur.²⁶⁰

C. Korunan Hukuki Değer

Korunan hukuki deęer²⁶¹ kavramı ceza hukukunda önemli bir yere sahip olup kavramı açıklamaya yönelik olarak öğretilerde farklı görüşler ileri sürülmüş²⁶² olmakla birlikte, genel olarak kanun koyucuyu suç tipini düzenlemeye iten değer olarak ifade edilmektedir.²⁶³ Ayrıca her suçun bir hukuksal değeri koruduğu göz önünde bulundurularak gruplandırılan hukuksal değerler ceza kanunlarının özel kısımlarının tasnifinde de kullanılan unsurdur.²⁶⁴ Suçla korunan hukuki değer, doğrudan doğruya suçtan zarar gören kişi veya kişi topluluğuna aittir ve suç vasfının değişmesi ile korunan hukuki değer de farklılık gösterir.²⁶⁵ Bir suç ile tek bir hukuki değer

²⁶⁰ Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/A. Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 14. Baskı, Ankara 2014, s. 385.

²⁶¹ Öğretilerde korunan hukuki değer kavramı yerine suçun hukuki konusu deyimini de kullanılmaktadır; Nevzat Toroslu, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu*, Ankara 1970, s. 72.

²⁶² Toroslu, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu*, s.87; Yener Ünver, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Ankara 2003, s. 102.

²⁶³ Ünver, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, s. 147.

²⁶⁴ Ünver, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, s. 45.

²⁶⁵ Toroslu, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu*, s. 166.

korunabileceği gibi birden fazla değer için tek bir suç ile korunmak istenmesi de mümkündür.²⁶⁶

Anayasa'nın 10'uncu maddesinde hüküm altına alınmış olan eşitlik ilkesi ve yukarıda da ifade ettiğimiz gibi taraf olduğumuz birçok uluslararası sözleşmede yer bulan ayrımcılık yasağı çerçevesinde nefret ve ayrımcılık suçu Ceza Kanunumuzda hürriyete karşı suçlar başlığı altında düzenlenmiştir.

Madde gerekçesinde, suçun düzenlenme amacının; insanlar arasında, yürürlükteki kanun ve nizamların izin vermediği ayrımlar yapılarak bazı kişilerin hukukun sağladığı olanaklardan yoksun hale getirilmelerini cezalandırmak olduğu belirtilmiştir.²⁶⁷ Yine ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesinin Ceza Kanunu'ndaki tezahürü olan madde ile ulaşılmak istenen diğer bir amaç, vatandaşlar arasında maddede sayılan nedenlere dayanan grup mensubiyeti sebebiyle ayırım yaptırmamak ve böylece bireyler arasında bölücülük yapılmasını engellemek olarak belirtilmiştir.²⁶⁸ Öğretide madde gerekçesi olarak böyle bir ifadeye yer verilmesi eleştirilmiş olup Anayasa ve AİHS çerçevesinde ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesinin, TCK'daki tezahürü olan bu hüküm açısından böyle bir gerekçenin söz konusu hükümlerle çeliştiği ifade edilmiştir.²⁶⁹

Nefret ve ayrımcılık suçu ile korunan hukuksal değer için ne olduğu konusunda öğretide farklı görüşler ileri sürülmüştür. Öğretide kabul edilen bir görüşe göre, söz konusu düzenleme ile kişilerin onurları, sahip oldukları ve maddede sayılan dil, din, ırk gibi özellikleri, yine maddede belirtilen seçimlik hareketler kapsamında alım satım ve ticaret yapma hakları, mülkiyet hakkı ve belirli hizmetlerden yararlanma hakkı korunmaktadır.²⁷⁰

²⁶⁶ Toroslu, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu*, s. 223.

²⁶⁷ Özgenç, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi*, s. 850.

²⁶⁸ İlhan Üzülmüş, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Hürriyet Aleyhine İşlenen Suçlar", *Kazancı Hukuk, İşletme Maliye Bilimleri*, S. 5, s. 111.

²⁶⁹ Zeki Hafizoğulları/Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*, 3. Baskı, Ankara 2013, s. 224.

²⁷⁰ Veli Özer Özbek/M. Nihat Kanbur/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 4. Baskı, Ankara 2012, s. 436.

Öğretide kabul edilen çoğunluk görüşüne göre ise, kişilerin insan olmaktan kaynaklanan ve hukuken tanınan hak ve özgürlüklerden keyfi olarak yoksun bırakılmasının engellenmesi²⁷¹, bu suçta korunan hukuksal değeri oluşturur. Diğer bir ifadeyle, kişilerin doğuştan sahip oldukları haklar çerçevesinde gerek devlet önünde gerekse diğer kişiler arasında eşit muamele görme hakkı korunmaktadır.²⁷² Bizim de katıldığımız görüşe göre, suçla korunan hukuki değer, kişilerin onurları ve sahip oldukları maddede sayılan özellikler ile eşitlik ilkesine aykırı olarak kişiler arasında hukukun izin vermediği ayrımlar yapılarak bazı kişilerin sahip oldukları özellikleri nedeniyle hukukun sağladığı haklardan mahrum edilmesinin engellenmesidir.²⁷³

D. Suçun Unsurları

1. Maddi Unsurlar

a) Fail

Ceza kanununda tanımlanan tipe uygun eylem unsurunu gerçekleştiren ve fiil üzerinde hâkimiyeti bulunan kişi, fail olarak tanımlanmaktadır.²⁷⁴ Ceza hukukunun ana figürü²⁷⁵ olarak nitelendirilen fail, TCK 37'nci maddede “*Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur*” hükmü ile düzenlenmiştir.

TCK 122'nci maddede suçu oluşturan seçimlik hareketler sayıldıktan sonra “kimse” deyimini kullanıldığından suçun faili açısından herhangi bir özellik aranmış değildir; bu nedenle suçun faili herkes olabilir. Kanun koyucu suçu özgü suç olarak düzenlememiş olup suçun faili bir kamu görevlisi olabileceği gibi kamu görevlisi olmayan bir kişi de olabilir. Öğretide kabul edilen bir görüşe göre; ayrımcılık

²⁷¹ M. Emin Artuk/Ahmet Gökçen/A. Caner Yenidünya, *TCK Şerhi – Özel Hükümler*, 3. Cilt, 2009 Ankara, s. 3026; Ulaş Karan, 122. Maddenin Uygulanabilirliği, s. 165; Üzülmüş, s. 111; Ekmekçi, s. 24; Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 382; Ahmet Gökçen, *Hürriyete Karşı Suçlar* (5237 sayılı TCK. m. 106-122), s. 34, bkz., www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/117.doc (10.03.2014).

²⁷² Dönmez, s. 35.

²⁷³ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe; s. 436.

²⁷⁴ İzzet Özgenç, *Suçta İştirakin Hukuki Esası Ve Faillik*, İstanbul 1996, s. 139.

²⁷⁵ Özgenç, *Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik*, s. 139.

yapmama yükümlülüğünü ve eşitlik ilkesini uygulaması gerekenin Devlet olduğu ve bu kapsamda kamu kurum ve kuruluşlarının sorumlu olabileceği, bireyler arasında ise 216'ncı maddesinin düzenlenme amacını aşacak şekilde ayrımcılık suçu düzenlenmesi doğru değildir.²⁷⁶ Ancak bu görüş, toplumda ayrımcılığın olduğunu örtülü olarak kabul etmekle birlikte ayrımcılık yasağına uyması gerekenin sadece kamu kurum ve kuruluşları olduğunu savunması nedeniyle eleştirilmiştir.²⁷⁷ Nefret ve ayrımcılık suçunu oluşturan hareketler kamu kurum ve kuruluşları tarafından gerçekleştirilebileceği gibi sivil kişiler arasında da bu tür fiillerin işlenmesi mümkündür. Bu nedenle suçun failinin sadece kamu görevlileri değil sivil kişiler de olabilir.

Öğretide, nefret ve ayrımcılık suçu ile korunan hukuksal değer dikkate alındığında, suçun failinin mağdur ile maddede sayılan özellikler bakımından aynı gruptan olmaması gerektiği ileri sürülmüştür.²⁷⁸ Diğer bir ifadeyle fail ve mağdur, farklı din, mezhep, cinsiyet, siyasi düşünce özelliklerine sahip bir gruba ait olmalıdır. Toplumbilimde her ne kadar grup kavramının tanımı üzerinde bir uzlaşma olmasa da grup, yapı ve büyüklüğü farklılık gösterebilen sayısı az ya da çok insandan oluşmuş birlikleri ifade etmektedir.²⁷⁹ Aynı gruba mensup olan kişiler ortak bir kültürü paylaşırlar ve grup üyeleri arasında yakınlık, benzerlik ve karşılıklı ilişki söz konusudur. Günümüzde bir grubun parçası olan insanlar toplum içindeki farklı alt gruplara da dâhil bulunmaktadır.²⁸⁰ Bu görüşe göre aynı ırka mensup kişiler arasında siyasi düşünce veya mezhep farklılığı söz konusu ise ve bu farklılıktan kaynaklanan nefret nedeniyle maddede sayılan seçimlik hareketler işleniyorsa artık söz konusu suç oluşacaktır.

²⁷⁶ Şen, *YTCK Yorumu*, s. 511.

²⁷⁷ Dilek Ekmekçi, "Türk ve Fransız Ceza Kanunlarında Ayrımcılık Suçu", *Legal Hukuk Dergisi*, Cilt 11, Yıl 2013, S. 129, s. 25.

²⁷⁸ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 437.

²⁷⁹ Sulhi Dönmezer, *Toplumbilim*, 12. Bası, İstanbul 1999, s. 163.

²⁸⁰ Dönmezer, *Toplumbilim*, s. 166.

Suçun icrası sırasında seçimlik hareketlerinin niteliği gereği failin bazı özellikleri haiz olması gerekebilir.²⁸¹ Örneğin bir taşınmazın satım işleminde failin taşınmazın maliki olması ya da bu taşınmazı satma yetkisini haiz olması gerekir. Kanun koyucu nefret ve ayrımcılık suçuna konu seçimlik hareketleri “engelleyen” kimsenin suçun faili olacağını belirtmiştir. Bizim de katıldığımız görüşe göre; maddenin kaleme alınış şekli taşınır veya taşınmaz malin maliki veya hizmeti verenler dışındaki üçüncü kişilerin de suçun faili olabilmesini sonuçlayacak tarzdadır.²⁸² Ancak maddede belirtilen seçimlik hareketler kapsamında hukuksal yükümlülüğü olan kişilerin suçun faili olabileceğini kabul etmek gerekir.

Yukarıda genel açıklamalarda da ifade ettiğimiz gibi 2003 tarihli Hükümet Tasarısı’nda tüzel kişilerin de bu suçun faili olabileceği ifade edilmiştir; ancak 5237 Sayılı TCK, bir suçun failinin ancak gerçek kişiler olabileceği görüşünü benimsediğinden kanunlaşan metinden bu ifade çıkarılmıştır.

TCK 20’nci maddede ceza sorumluluğunun şahsi olduğu, tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamayacağı ve fakat güvenlik tedbiri hükümlerinin saklı olduğu belirtilmiştir. Bu hükümle bağlantılı olarak 60’ıncı maddeden bahsetmekte yarar bulunmaktadır. Bu hükme göre; bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlarda tüzel kişiler açısından da güvenlik tedbiri uygulanacaktır fakat bu hükmün uygulama alanı, kanunun ayrıca belirttiği hallerle sınırlı olmuştur. Bu nedenle nefret ve ayrımcılık suçu açısından böyle bir hükme yer verilmediği için tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirlerine başvurulması söz konusu olmayacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki, günümüz ekonomik ve sosyal hayatı açısından önemli bir yere sahip tüzel kişiler bakımından suçun yaptırımsız kalması eksik bir düzenleme olmuştur.²⁸³ Günümüzdeki gelişmeler dikkate alındığında özellikle

²⁸¹ A. Caner Yenidünya, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Ayrımcılık Suçu”, *Çalışma ve Toplum*, 2006/4, s. 103.

²⁸² Şen, *YTCK Yorumu*, s. 514; Ekmekçi, s. 28.

²⁸³ Karan, *122. Maddenin Uygulanabilirliği*, s. 166.

istihdam alanında tüzel kişilerin yararına bu suçun işlenebileceği, bu nedenle tüzel kişilerin sorumluluğuna gidilip güvenlik tedbirine başvurulmasının yerinde bir düzenleme olacağını belirtmek gerekir.²⁸⁴

b) Mağdur

Mağdur, suçun maddi konusunun ait olduğu kimse olup her suçun bir mağduru vardır.²⁸⁵ Anayasa'nın 38'inci maddesi ile TCK'nın 20'nci maddesinde hüküm altına alınan ceza sorumluluğunun şahsiliği prensibinin bir gereği olarak, 5237 sayılı TCK'nın kabul ettiği suç siyaseti bakımından, suçun mağduru ve faili yalnız gerçek kişi olabilir, tüzel kişiler ise ancak suçtan zarar gören olabilirler.²⁸⁶ Bu nedenle Hükümet Tasarısı'nda ayrımcılık suçunun mağdurunun gerçek veya tüzel kişi olabileceği ifade edilmişken kabul edilen ve kanunlaşan madde metninde tüzel kişilerin suçun mağduru olabilecekleri ifadesine yer verilmemiştir.

Nefret ve ayrımcılık suçunun mağduru, madde metninden de anlaşılacağı üzere herkes olabilir. Suçta belirtilen seçimlik hareketler açısından bir değerlendirme yapıldığında iş, mal ve hizmetten yararlanmak isteyen ve maddede tahdidi olarak ifade edilen özellikleri haiz herhangi bir kimsedir.²⁸⁷

Suçun mağdurunu belirlemek açısından belirtilmesi gereken önemli husus, suçun mağdurunun maddede nefret kaynağı olarak sayılan özelliklere sahip olmasıdır. 2 Mart 2014 tarihinde kabul edilen 6529 sayılı Kanun ile maddede yapılan değişiklikten önce mağdurun sahip olması gereken özellikler açısından bir sınırlama getirilmemişti. Başka bir ifadeyle, maddede bazı özellikler sayılmış ve fakat sonrasında “*ve benzeri sebepler*” ifadesi kullanılmıştı. Ancak yapılan değişiklikte birlikte mağdurun belirlenmesi açısından maddede sayılan özelliklerde sınırlama yapılmıştır. Madde metninde yer verilen “*ve benzeri*” ifadesi kaldırılmış ve nefret sebebi olarak sayılan ve ayrıca mağdurun belirlenmesini sağlayan özellikler

²⁸⁴ Dönmez, s. 47.

²⁸⁵ Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Ahmet Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8. Baskı, Ankara 2014, s. 283; Koca/Üzülmez, s. 108.

²⁸⁶ Ünver, *Korunan Hukuksal Değer*, s. 141.

²⁸⁷ Hafizoğulları/Özen, s. 211.

sınırlandırılmıştır. Böylelikle suç; ancak dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığı nedeniyle işlenebilecektir.

Burada belirtmek gerekir ki, suçun mağduru Türk vatandaşı olabileceği gibi bir yabancı da olabilir. Örneğin göçmenlere karşı maddede sayılan özellikler nedeniyle yine maddede sayılan seçimlik hareketlerin işlenmesi halinde nefret ve ayrımcılık suçu oluşacaktır. Ancak devletlerin yabancılar bakımından ülkeye giriş, ikamet ve çalışma gibi konularda vatandaşların sahip olduğu haklara nazaran daha farklı düzenleme yapmasına bir engel bulunmamaktadır.²⁸⁸

c) Fiil

Nefret ve ayrımcılık suçu seçimlik hareketli bir suç olup maddede sayılan hareketlerden en az birinin yine maddede sınırlı sayıda sayılan ve nefrete kaynaklık eden özellikler nedeniyle işlenmesi gerekir. Bu nedenle aşağıda öncelikle maddede sayılan özellikler incelenecek olup sonrasında seçimlik hareketler incelenecektir.

(1) Dil, Irk, Renk, Cinsiyet, Özürlülük, Siyasi Düşünce, Felsefi İnanç, Din veya Mezhep Farklılığından Kaynaklanan Nefret

Maddede suçun işlenmesi için gerekli olan nefrete kaynaklık eden farklılıklar, dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep olarak sınırlı sayıda sayılmıştır.²⁸⁹

²⁸⁸ Bülent Çiçekli, *Yabancılar Hukuku*, 3. Baskı, Ankara 2012, s. 66.

²⁸⁹ 6529 Sayılı Kanun ile madde metninden “ve benzeri sebepler” ibaresi suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle çıkarılmıştır. Böylelikle önceki düzenlemede örnekleyici şekilde sayılan ayrımcılık nedenleri artık sınırlı sayıda maddede sayılmıştır. Bu farklılıklar dışında başka herhangi bir nedenden kaynaklanan nefret nedeniyle seçimlik hareketlerin işlenmesi halinde suç oluşmayacaktır. Nitekim Anayasa Mahkemesi de birçok kararında; “Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin zorunlu sonucu olarak, suç ve cezaya ilişkin kurallar belirli olmalıdır. Hukuk devletinin de temel ilkelerinden biri olan ‘belirlilik ilkesi’, hangi eylemlerin yasaklandığının ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak biçimde gösterilmesini, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olmasını gerektirir. Kişilerin yasak eylemleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanan bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır.” hükmünü kurmuştur. AY Mah. E: 2011/64, K: 2012/168, Karar Günü: 1.11.2012 R.G. Tarih-Sayı: 13.03.2013-28586; E: 2008/55, K: 2010/41, Karar Günü: 25.2.2010 R.G. Tarih-Sayı: 21.06.2010-27619; E: 2009/21, K: 2011/16 Karar Günü: 13.1.2011R.G. Tarih-Sayı: 02.04.2011-27893, <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr> (31.08.2014). 6529 Sayılı Kanun ile “ve benzeri sebepler” ifadesinin madde metninden çıkarılması yerinde bir düzenleme olmuştur.

(a) Dil

Dil kavramı, “*insanlar arasında karşılıklı haberleşme aracı olarak kullanılan; duygu, düşünce ve isteklerin ses, şekil ve anlam bakımından her toplumun kendi değer yargularına göre biçimlenmiş ortak kurallarının yardımı ile başkalarına aktarılmasını sağlayan, seslerden örülü çok yönlü ve gelişmiş bir sistem*”²⁹⁰ olarak tanımlanmaktadır. Dil, insanların birbirleriyle iletişim kurmalarını sağlayan en temel araçtır.

İnsan topluluklarının tarih boyunca göstermiş olduğu başarılarının ve en önemlisi kültürün var olabilmesinin en temel şartı bir dilin olmasıdır ve insanlık farklı dil topluluklarına ayrılmış durumdadır.²⁹¹ Dil, kültürün hem en temel unsuru hem de kültürün koruyucusu sıfatını haizdir.²⁹² Kültürel çeşitliliğin korunması açısından, birçok devlet ve uluslararası kuruluş dünya üzerinde var olan dil çeşitliliğinin korunmasının zorunlu olduğunu ifade etmektedir. Bu husus; Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme ve Ulusal veya Etnik, Dinsel veya Dilsel Azınlıklara Mensup Olan Kişilerin Haklarına Dair Bildiri’de vurgulanmıştır. Bu amaca ulaşmanın yollarından biri de insanların dilleri nedeniyle herhangi bir ayrıma maruz kalmasının engellenmesidir. Bu nedenle, bizim de taraf olduğumuz birçok uluslararası belgede temel ayrımcılık yasağı nedenlerinden biri de, dile dayalı ayrımcılık olarak düzenlenmiştir. Dünya üzerinde insan topluluklarının konuştuğu birçok dil kendi içinde ağız, lehçe ve şive farklılıkları göstermektedir. Kabul ettiğimiz görüşe göre, dile dayalı ayrımcılık bu farklılıklara dayanılarak yapılan ayrımcılığı da kapsamaktadır.

AİHM’in dile dayalı ayrımcılık konusunda verdiği en ünlü ve önemli kararı Belçika eğitim dili davasında verdiği karardır. Dava konusu olayda; Fransızca konuşan ve çocuklarının da Fransızca eğitim almasını isteyen altı başvuruçudan beşi

²⁹⁰http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_bilimsanat&view=bilimsanat&kategoriget=terim&elimeget=dil&hngget=md (16.04.2014).

²⁹¹Walter Porzig, *Dil Denen Mucize*, (Çev. Prof. Dr. Vural Ülkü), Ankara 1995, s. 157.

²⁹²Recep Toparlı/Turan Karataş/Hanifi Vural, *Türk Dili*, 3. Baskı, Sivas 1996, s. 12.

Belçika’da Felemenkçe konuşulan bölgede, biri ise özel bölge statüsüne sahip ayrı bir idari bölgede yaşamaktadır. Başvuruculardan beşi yaşadıkları bölgede Fransızca eğitim verilmediğini; özel statülü bölgede yaşayan başvuru ise Fransızca eğitiminin yetersiz olduğunu; devletin bu bölgelerde, eğitimle ilgili yasal düzenlemelere uygun olmayan okullara maddi destek vermediğini; bu kurumlar tarafından verilen diplomaların geçerliliğini kabul etmediğini; bazı bölgelerde Fransızca eğitim verilen sınıflara çocuklarının alınmadığını ve son olarak çocukların, ailelerin yerleşim yeri nedeniyle Fransızca eğitim veren okullara kabul edilmediğini ifade etmiştir. Mahkeme, olaya ilişkin kararında, Felemenkçe eğitim veren kurumlara ne kişilerin anadillerine ne de ailelerin yerleşim yerine bakılmaksızın herkesin kabul edilmesi durumunun dile dayalı sözleşmenin 14’üncü maddesine aykırı ayrımcılık niteliği taşıyan bir muamele olduğunu ifade etmiştir.²⁹³

Dile dayalı ayrımcılık yasağı en temel ayrımcılık türlerinden olup yukarıda da izah edildiği gibi birçok uluslararası belgede ve iç hukukumuzda koruma altına alınmıştır.

(b) Irk

Irk, insan türünün kalıtsal fiziksel ve davranışsal farklılıklara göre çeşitli gruplara ayrıldığını ifade eden kavram²⁹⁴ olarak tanımlanmaktadır. 18 ve 19’uncu yüzyıl biyologları, insanların deri rengi, saç dokusu ve saç rengi gibi fiziksel özellikleri temel alınarak farklı ırklara ayrılacaklarını ifade etmiştir.²⁹⁵ Buna göre beyaz, sarı ve siyah olmak üzere başlıca üç ırk olup daha sonra bunlara Avustralya ve Amerika yerli ırkları da eklenmiştir; ancak genel kabul insanların siyah, sarı ve beyaz olmak üzere üç ırka ayrıldığı yönünde olmuş ve temel ders kitaplarında da bu yönde açıklamalara yer verilmiştir.²⁹⁶

²⁹³<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57525> (16.04.2014).

²⁹⁴<http://www.britannica.com/EBchecked/topic/488030/race> (17.04.2014).

²⁹⁵ Muhammet Emin Ruhi, *İnsan Hakları Hukuku Bağlamında Irk Ayrımcılığı Politikaları ABD ve Güney Afrika Cumhuriyeti Örnekleri*, 2. Baskı, Ankara 2013, s. 23.

²⁹⁶ Ruhi, s. 23.

Yukarıda ifade edilen insanların fiziksel özelliklerine göre yapılan sınıflandırmalar ırk ayrımcılığının ve bu yönde uygulanacak olan politikaların temelini oluşturur. Buna göre, aynı ırkın mensubu olan insanlar fiziksel görünüş, entelektüel ve manevi özellikler açısından benzerlik gösterirler.²⁹⁷ Ancak farklı ırklar arasında sahip olunan özellikler nedeniyle bir eşitsizlik yaratır ve bu durum ırklar arasında üstün ırklar ve üstün olmayan ırklar olmak üzere bir hiyerarşi bulunduğunu kanıtlamaktadır.²⁹⁸

Farklı ırk tanımlamalarının yapılmasının nedeni; insanların fiziksel açıdan birbirlerinden farklı olduğu görüşünün kabul edilmesi olup bu ayrımın bilimsel açıdan hiçbir temeli bulunmamaktadır.²⁹⁹ Nitekim 20'nci yüzyıl sonlarında yapılan genetik çalışmalar, insanların biyogenetik olarak farklı ırklara ayrıldığını yalanlamıştır.³⁰⁰

İnsanların farklı irki özelliklere sahip olduğu düşüncesinden hareketle üstün ırk -aşağı ırk ayrımı yapılmaktadır. Irk ayrımının temel özelliklerini sıralamak gerekirse; öncelikle ırk ayrımı keyfidir ve insanları nesnel olarak değerlendirmeyen sadece bir ırksal gruba dâhil olması özelliğinden hareketle onu nitelendirir. Ayrıca ırk ayrımı, eşitlik ile fırsat eşitliğini de kabul etmez.³⁰¹ Bu nedenler, ırk ayrımının dünya barışı ve insanlar arasındaki işbirliği için büyük bir tehdittir.³⁰²

Günümüzde en çok bilinen ırkçılık türleri; özellikle Avrupa ve Ortadoğu'da yaygın olan antisemitizm ve Güney Afrika'da siyahlara uygulanan ırkçı devlet politikası olan "apartheid"dır.³⁰³ Antisemitizm ile mücadele çok iyi örgütlenmiş olup genel anlamda ayrımcılıkla mücadele için de önemlidir. 2'nci Dünya Savaşı sırasında

²⁹⁷ Ayferi Göze, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, 12. Bası, İstanbul 2009, s. 363.

²⁹⁸ Ayferi Göze, *Liberal Marxiste Faşist Nasyonal Sosyalist Ve Sosyal Devlet*, 6. Baskı, İstanbul 2010, s. 183.

²⁹⁹ Ruhi, s. 23.

³⁰⁰ <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/488030/race> (17.04.2014).

³⁰¹ Enis El-Kasım, *İrkçilik ve Dünya Barışı, Siyonizm ve İrkçilik, Atatürk'ün 100. Doğum Yılına Armağan*, Ankara 1982, s. 11.

³⁰² El-Kasım, s. 11.

³⁰³ Tekin Akıllıoğlu, "İrkçilikle Mücadele Yılı Üzerine Düşünceler", *İnsan Hakları Merkezi Dergisi*, Cilt 3, S. 2, Nisan 1995, s. 15-16.

Nazilerin, üstün Aryan ırkını korumak için uyguladıkları etnik temizleme ve özellikle Yahudilere karşı gerçekleştirilen soykırımın temelinde ırkçı düşünceler yer almaktadır. Bu olay ayrımcılık ve ırkçılık ile mücadelede uluslararası alanda mücadele için atılan önemli adımlara kaynaklık etmiştir. Günümüzde neo-Nazi hareketi olarak adlandırılan ve Avrupa'da göçmen ve mültecilere karşı gerçekleştirilen şiddet içeren eylemlerin kaynağı da ırkçılıktır. Yine 20'nci yüzyılda insanlığın şahit olduğu en büyük soykırımlardan biri olan Ruanda Soykırımını da ırkçılığın ulaşabileceği boyutları gözler önüne sermiştir. Ruanda'da Alman sömürgeciliğinin başlaması ile birlikte Avrupa'da kabul gören ırk anlayışı yerli halkı oluşturan Hutu ve Tutsiler arasında yayılmaya başlamıştır. Buna göre, Tutsiler doğuştan yani ırksal üstünlükleri nedeniyle yönetici sıfatını haizken Hutular ise hizmet sınıfına aitti. Irklar arasında yapılan sıralamada Avrupalı beyaz ırk en üstte, ona en yakın ırk olan Tutsiler ikinci sırada, Tutsilerden sonra Hutular gelmekte, son sırada ise Twa halkı yer almaktaydı.³⁰⁴ Avrupalı sömürgeciler bu ayrımı özellikle eğitimde, kilisede, orduda olmak üzere birçok kurum ile sosyal hayata uygulamış ve bu ayrımcı, ırkçı politika insanlar arasında korku ve nefrete neden olmuştur.³⁰⁵ Bu anlayış 20'nci yüzyılın en iyi organize edilmiş soykırımı olarak değerlendirilen ve BM'nin engelleyemediği için hala utanç içinde olduğunu ifade ettiği³⁰⁶ yaklaşık bir milyon insanın ölümüne neden olan Ruanda Soykırımı'nın temel nedeni olmuştur. Apartheid ise Afrika'da siyahların ayrı yerlerde yaşaması, siyahlara karşı baskı ve şiddetin olması fiillerini de kapsamakta olup 1991 yılında son bulmuştur.³⁰⁷ Yine Amerika'da siyahlara (Afrikalı Amerikalılara) karşı uygulanan ayrımcı politikalar, ırk ayrımcılığının en önemli örnekleridir.

Yeni kıtaların keşfi ve sömürgeciliğin bu kıtalara yayılmasına verilecek temel örneklerden biri de Avustralya'dır. Beyaz Avrupalıların bu kıtaya gelmesi ile birlikte, kıta yerlilerine karşı ırkçı ve ayrımcı politikalar izlenmiştir. Avustralya kıtası

³⁰⁴Kenneth R. White, Scourge of Racism: Genocide in Rwanda, s. 473, <http://www.sagepub.com/jandtd6study/study/chapters/13/White.pdf> (25.09.2014).

³⁰⁵ White, s. 473-474.

³⁰⁶ http://www.bbc.co.uk/turkce/haberler/2014/04/140407_ruanda.shtml (25.09.2014).

³⁰⁷ Akıllıoğlu, s. 16.

yerlileri olan Aborjinlere karşı ırkçılık ve ırk ayrımı yapılmış olup ilk zamanlar bu kişilerin insan olmadığı fakat maymun gibi bir hayvan olduğu ileri sürülmüştür.³⁰⁸ Irkçılık ve ayrımcılık, Aborjinlerin; iş, eğitim, sağlık, barınma ve sağlık hizmetine ulaşmaları hususunda diğer Avustralyalılara kıyasla dezavantajlı konumda olmalarına neden olmuştur.³⁰⁹ UNICEF Genel Direktörü Anthony Lake, 10 Ağustos 2010 tarihli söyleminde Avustralya’da dünyaya gelen Aborijin bir çocuğun yaşam beklentisinin, diğer çocuklara göre 20 yıl daha kısa olduğunu ve yerli halklara mensup çocukların yaşamları boyunca karşılaştıkları ayrımcılık ve dışlanmanın,dezavantajlılık durumlarını daha da ağırlaştırdığını ve yoksulluk döngüsünü sürekli kıldığını ifade etmiştir.³¹⁰ Günümüzde de Aborjinlere yönelik ayrımcılığın devam ettiğini söylemek yanlış olmaz; ancak Avustralya, Yaşa Dayalı Ayrımcılık Kanunu (2004), Avustralya İnsan Hakları Komisyonu Kanunu (1986), Irk Ayrımcılığı Kanunu(1975), Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık Kanunu (1984) gibi federal kanunlar ve bu kanunlarda yapılan değişikliklerle Aborjinlere yönelik ayrımcılıkla ve genel olarak ayrımcılıkla mücadele etmektedir.³¹¹

(c) Renk

Tarihsel olarak renge dayalı ayrımcılığın gelişimine baktığımızda, cilt rengindeki farklılıklar, insanların farklı ırklardan oluştuğuna bir kanıt kabul edilmiş ve bu nedenle ayrımcılığa maruz kalan mağdur gruplar oluşmuştur.

Renge dayalı ayrımcılık, insanların sırf deri renkleri nedeniyle maruz kaldıkları farklı muameleleri ifade etmektedir. İnsanların farklı ırklara ayrıldığı belirtilirken temel alınan en önemli unsur deri renkleridir. Aslında ırk ayrımcılığı, daha çok beyazların başka insan toplulukları üzerindeki egemenliğini renk temel alınarak

³⁰⁸ <http://www.abc.net.au/news/2013-05-30/riseman-racial-slurs-have-a-history/4722082> (26.06.2014).

³⁰⁹ <http://www.creativespirits.info/aboriginalculture/people/racism-in-aboriginal-australia> (26.06.2014).

³¹⁰ <http://www.unicef.org.tr/basinmerkezidetay.aspx?id=2135> (26.06.2014).

³¹¹ <https://www.humanrights.gov.au/guide-australias-anti-discrimination-laws> (26.06.2014).

hazırlanan hukuksal ve toplumsal kurallar çerçevesinde sürdürmesini ifade etmektedir.³¹²

Renge dayalı ayrımcılık, aslında ırk ayrımının daha doğru bir ifadeyle ırkçılığın tezahürü olarak en çok farklı kökenlerden insanların yaşadığı Amerika'da yapılmıştır.³¹³ Amerika tarihine baktığımızda, Atlantik köle ticareti ve Avrupa sömürgeleştirilmesi neticesinde, beyaz Amerikalılar, kültürel geleneğin bir sorunu olarak Afrika kökenli kişilere karşı ayrımcılık yapmaya başlamıştır. Sömürgecilik neticesinde elde edilen egemenlik ve ırkçılık ile sosyal patoloji olarak ayrımcılık, toplum içinde gelenek haline gelmiştir.³¹⁴

JimCrow Kanunları Amerika'da siyahlara³¹⁵ karşı uygulanan ayrımcı politikaların en önemli örneklerindedir. Bu kanunlara göre, beyaz ve siyahların birlikte vakit geçirmeleri, arkadaşlık etmeleri yasaklanmış, toplu taşıma hizmetinden, restoranlardan veya hastanelerden yararlanmada siyah ve beyazlara yönelik ayrımcı bir politika izlenmiştir. Yine siyahlar ve beyazlar arasında evlilik yasaklanmıştır.³¹⁶ Bu kanunlar karşısında, siyahların, hak arayışı ve mücadelesi başlamıştır. Amerika'da ayrımcılığa karşı yapılan mücadelede yer alan önemli isimlerden biri, sivil itaatsizlik yöntemini savunan Afrikalı-Amerikalı Baptist papaz ve Amerikan Yurttaş Hakları Hareketi önderi olan Martin Luther King'tir.³¹⁷ King en etkili ve en

³¹² Ruhi, s. 25.

³¹³ Tuncay, s. 125.

³¹⁴ Ronald E. Hall, *An Historical Analysis of Skin Color Discrimination in America* Victimism Among Victim Group Populations, Newyork 2010, s. 6.

³¹⁵ Kanunlarda siyah kelimesi yerine negro kelimesi kullanılmıştır, <http://americanhistory.si.edu/brown/history/1-segregated/detail/jim-crow-laws.html> (04.12.2014). Negro, İspanyolca siyah anlamına gelmekte ise de zamanla ırkçı ve aşağılayıcı bir kelime olarak kullanılmaya başlanmıştır; <http://www.oxforddictionaries.com/definition/english/Negro> (07.12.2014);Günümüzde kelimenin kullanımı New York eyaletinde yasaklanmıştır, ayrıca kelimenin toplumsal alanlarda kullanılmaması için çalışmalar yürütülmektedir, <http://www.theguardian.com/world/2007/mar/01/usa.edpilkington> (07.12.2014); Ülkemizde de futbolcu Emre Belözoğlu'nun maç esnasında DidierZokora adlı futbolcuya negro diye hitap etmesi nedeniyle açılan davada mahkeme, kelimenin ırkçı temelleri olduğunu vurgulamış ve din, dil ırk, etnik köken, cinsiyet veya mezhep farkı gözeterek hakaret suçundan 2 ay 15 gün hapis cezasına hükmetmiştir; http://www.radikal.com.tr/spor/emrenin_irkciligi_kesinlesti-1217521 (07.12.2014).

³¹⁶ <http://www.ferris.edu/Jimcrow/what.htm> (04.12.2014).

³¹⁷ Ruhi, s. 130.

çok bilinen “bir hayalim var” adlı konuşmasında, bütün insanların eşit yaratıldığını vurgulamış ve dört çocuğunun derilerinin rengine göre değil, kişiliklerine göre yargılanacakları bir ülkede yaşayacakları bir hayali olduğunu dile getirmiştir.³¹⁸ Sivil itaatsizlik yöntemi kapsamında gerçekleştirilen ve uzun bir süre devam eden eylemler ile ortaya konulan direniş sonunda başarıya ulaşmış, sürecin sonucu olarak da kamusal alanda ayrımcılığı yasaklayan CivilRightsAct of 1965 kabul edilmiştir.³¹⁹

(d) Cinsiyet

Uluslararası belgelerde ve 1982 Anayasası’nda temel ayrımcılık nedenlerinden biri olarak ifade edilen cinsiyet, TCK kapsamında da nefret ve ayrımcılık suçunu oluşturacak nedenler arasında sayılmıştır. Cinsiyete dayalı ayırım, kadın erkek arasında yapılan ayırımı ifade etmektedir.³²⁰ Bu tür ayırımın mağduru, tarih boyunca çoğunlukla, hatta neredeyse daima kadınlar olmuştur.³²¹

Kadınların erkeklerle eşit haklara sahip olmasına ilişkin hareketler, 18’inci yüzyılda azınlık haklarını korumak amacıyla yapılan mücadeleler kapsamında Amerika Birleşik Devletlerinde ortaya çıkmıştır. Bu mücadeleler sonucunda yapılan hukuki düzenlemeler ile herkesin kanunların korumasından eşit yararlanacağı hükmü kurulmuş ve zamanla farkı cinslerin eşit haklara sahip olduğu ifadesi açıkça dile getirilmiştir.³²² 20’nci yüzyılda ise artık birçok uluslararası sözleşmede kadın erkek eşitliğine vurgu yapıldığı gibi, birçok batı ülkesinde de kadınların erkeklerle eşit hak

³¹⁸ Coşkun Can Aktan (edt.), *Haklar ve Özgürlükler Antolojisi*, Ankara 2000, s. 806.

³¹⁹ Ruhi, s. 132.

³²⁰ ABD’de cinsiyet değiştirmeye, transeksüelliğe ve cinsel yönelime dayalı ayrımcılık cinsiyete dayalı ayrımcılık olarak kabul edilmemektedir. Avrupa Birliği Adalet Divanı kararlarında cinsiyet değiştirmiş bireylere yönelik ayrımcılık, biyolojik olarak kadın veya erkek olmaları nedeniyle cinsiyete dayalı ayrımcılık olarak kabul edilmekte ise de cinsel yönelime dayalı ayrımcılık, cinsiyete dayalı ayrımcılık olarak kabul edilmemektedir. AB hukukunda ise cinsel yönelime dayalı ayrımcılık ayrı bir ayrımcılık nedeni olarak kabul edilmektedir., bkz., Bakırcı, s. 37-38.

³²¹ Öden, s. 324.

³²² Onaran Yüksel, s. 17.

ve fırsatlara sahip olduğunu hüküm altına alan ayrımcılık karşı kanunlar kabul edilmiştir.³²³

Kadınlara karşı ayrımcılık siyasi, sosyal ve ekonomik alanlarda karşımıza çıkmaktadır. Cinsiyet ayrımının temelinde eğitim, toplumda kadın ve erkeğe farklı görevlerin verilmesi, kadının aile hayatında üstlendiği görevler, hukuki alanda var olan cinsiyetçi düzenlemeler gibi sosyo-kültürel nedenler yer almaktadır.³²⁴

Bu başlık altında incelenmesi gereken önemli hususlardan biri cinsiyet ve cinsel yönelim farkı³²⁵ ve cinsel yönelime dayalı ayrımcılığın 122 nci madde kapsamına alınmayışıdır. Ayrımcılığın en eski türlerinden biri olan cinsiyete dayalı ayrımcılık Anayasa ve birçok kanunda yasaklanmıştır. Ancak cinsel yönelimleri veya cinsiyet kimlikleri nedeniyle yüzyıllardır ayrımcı muameleyle maruz kalan bireylerin insan hakları tam olarak korunmamaktadır.³²⁶

Amerikan Psikoloji Derneği cinsiyet ve benzer kavramlara ilişkin şu tanımları yapmıştır:

“Toplumsal cinsiyet, belli bir kültürün, kişinin biyolojik cinsiyetiyle ilişkilendirdiği tutum, duygu ve davranışları ifade eder. Toplumsal cinsiyet kimliği, kişinin kendisini erkek, kadın ya da transgender hissetmesidir. Kişinin toplumsal cinsiyeti ile biyolojik cinsiyeti uyumlu olmadığında birey, transseksüel olarak veya başka bir transgender kategorisiyle adlandırılır. Toplumsal cinsiyetin ifadesi, kişinin belli bir kültürde giyinme, iletişim kalıpları ve ilgi alanları gibi konularda cinsiyeti ifade ediş biçimidir. Kişinin toplumsal cinsiyet ifadesi, toplum tarafından belirlenmiş cinsiyet rolleri ile

³²³ Onaran Yüksel, s. 18.

³²⁴ Onaran Yüksel, s. 11-16.

³²⁵ Öğretide cinsel yönelim, cinsiyet kavramı içerisinde değerlendirilmiş ve kişinin transseksüel veya biseksüel olması nedeniyle suça konu seçimlik hareketlerin işlenmesi halinde ayrımcılık suçu oluşacağı ifade edilmiştir; Meran, s. 559.

³²⁶ Combating Discrimination on Grounds of Sexual Orientation or Gender Identity Council of Europe Standards, s. 7, http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Publications/LGBT_en.pdf (26.08.2014).

tutarlı olabilir veya olmayabilir; aynı zamanda kişinin cinsiyet kimliğini yansıtabilir veya yansıtmayabilir.

*Cinsel yönelim, bireyin cinsel yönden ve duygusal olarak ilgi duyduğu kişilerin cinsiyetini ifade eder. Cinsel yönelim kategorileri genellikle kişinin kendi cinsine ilgi duymasını (gey erkekler veya lezbiyenler), karşı cinse ilgi duymasını (heteroseksüeller) ve her iki cinse de ilgi duymasını (biseksüeller) kapsamıştır.*³²⁷

Cinsiyet ve cinsel yönelim kavramları farklı olmakla birlikte TCK'da cinsel yönelim korunan özellikler arasında sayılmamıştır. 12 Mayıs 2003 tarihinde TBMM'ye gönderilen TCK Hükümet Tasarısı'nda yer almamakla birlikte, Adalet Alt Komisyonunda kabul edilen tasarı metninde cinsiyet ile birlikte cinsel yönelim de bir ayrımcılık nedeni olarak sayılmıştır. Adalet Komisyonunda ise madde metninden cinsel yönelim ifadesi çıkarılmış, sadece cinsiyet ibaresine yer verilmiştir. Madde üzerinde 5 Temmuz 2004 tarihinde Adalet Komisyonunda yapılan görüşmelerde, cinsiyet ve cinsel yönelimin aynı kavramlar olmadığı ifade edilmiş ve fakat Anayasa'nın 10'uncu maddesinde hüküm altına alınan eşitlik ile ilgili düzenleme ile örtüşmesi için aynı ifade ayrımcılık suçunun unsuru olmuştur.³²⁸

Temel Hak ve Hürriyetlerin Geliştirilmesi Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı'na ilişkin yapılan görüşmelerde, cinsel yönelimin de ayrımcılık fiiline yol açacak nedenler arasında yer alması gerektiği, bu ifadenin Avrupa Birliği düzenlemelerinde de yer aldığı ifade edilmiş ve fakat bu öneri kabul edilmemiştir.³²⁹

6529 Sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önceki madde metninde yer verilen "ve benzeri sebeplerle" ifadesi nedeniyle açıkça maddede yer verilmeyen nedenler bakımından da ayrımcılık suçunu oluşturan hareketlerin yapılması halinde suçun

³²⁷<http://www.apa.org/pi/lgbt/resources/sexuality-definitions.pdf> (18.04.2014).

³²⁸Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu, s. 486.

³²⁹http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/Tutanak_B_SD.birlesim_baslangic_yazici?P4=22107&P5=H&page1=1&page2=153 (07.03.2014).

oluşacağı ifade edilmiştir.³³⁰ Ancak 6529 sayılı Kanun ile madde metninden “ve benzeri sebepler” ifadesi çıkarılmış, tüm tartışmalara rağmen³³¹ cinsel yönelim ibaresi de eklenmemiştir. Bu nedenle mevcut yasa kapsamında ayrımcılığa konu olacak seçimlik hareketler cinsel yönelim nedeniyle işlenirse suç oluşmayacaktır. Madde kapsamında düzenlenen hareketlerin kişilerin cinsel yönelimi nedeniyle işlenmesi sıkça karşılaşılabilecek bir sorundur. Burada bir örnek vermek gerekirse, 2 Aralık 2012 tarihinde aralarında Gökkuşğunun Kızılı üyelerinin de bulunduğu 4 kişilik grupta LGBT’ler olduğundan, söz konusu grup Kafe Pi adlı mekana alınmamıştır.³³² Kamuya arz edilmiş bir hizmetin sunulması kişilerin cinsel yönelimleri nedeniyle reddedilmiştir.

(e) Engellilik

Adalet Komisyonunda kabul edilen ve kanunlaşan madde metninde özürlülük ibaresine yer verilmemiştir; fakat 1 Temmuz 2005 tarih ve 5378 sayılı Özürlüler ve Bazı Kanun Hükmünde Kararnelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile özürlülük kavramı madde metninde sayılan ayrımcılık nedenlerinden biri olarak madde metnine eklenmiştir.

Değişiklikten önce özürlülük nedeniyle ayrımcılık yapıldığında, suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı olarak, bu durum ancak ve benzeri sebepler kapsamında değerlendirilebilecekti. Bu nedenle maddenin ilk halinde yer almayan

³³⁰ Karan, 122. Maddenin Uygulanabilirliği, s. 162.

³³¹ 6529 Sayılı Kanun’a ilişkin yapılan görüşmelerde cinsel yönelim ve bazı özelliklerin madde metninde yer almaması eleştirilmiştir: “Bir başka konu, buraya cinsel kimliği koymuyorsunuz. Cinsel kimliği niye koymuyorsunuz? Cinsel kimlik, yaş, medeni durum, fiziksel ve zihinsel engellilik, sağlık durumunu niye koymuyorsunuz? Bunlar sizin açınızdan ayrımcılık sebebi değil mi? Yani cinsel kimlikten dolayı bir kişiye karşı ayrımcılık yapıldığı zaman bu suç olmayacak, sizin getirdiğiniz düzenleme. Bu mudur özgürlük anlayışınız? "Efendim, ben kiraya vermem. Bu benim tercihim." Niye? "Cinsel yöneliminden, cinsel kimliğinden dolayı." Bunu mu diyorsunuz siz? Açık açık söyleyin.” http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/Tutanak_B_SD.birlesim_baslangic_yazici?P4=22107&P5=H&page1=1&page2=153 (07.03.2014).

³³² <http://www.kaosgl.com/sayfa.php?id=13001> (18.04.2014).

özürlülük ibaresinin değişiklikle birlikte bir ayrımcılık sebebi olarak maddeye eklenmesi isabetli olmuştur.³³³

Mevzuatta terminoloji birliğinin sağlanması, uluslararası hukuki metinlerde ve literatürde ağırlık kazanan eğilimin yansıtılması, söz konusu ifadelerle yönelik toplum nezdindeki negatif algının yok edilmesi amaçlarına ulaşmak için, mevzuatımızda yer alan sakat, özürlü ve çürük ibareleri ve türevlerinin yerine engelli ibaresinin ve türevlerinin kullanılması³³⁴ amacıyla 25 Nisan 2013 tarihinde kabul edilen 6462 sayılı Kanun ile maddedeki özürlülük ifadesi engellilik olarak değiştirilmiştir.

5378 Sayılı Kanun'un tanımlar başlıklı 3'üncü maddesinde engelli; *“Fiziksel, zihinsel, ruhsal ve duysal yetilerinde çeşitli düzeyde kayıplarından dolayı topluma diğer bireyler ile birlikte eşit koşullarda tam ve etkin katılımını kısıtlayan tutum ve çevre koşullarından etkilenen birey”* olarak, engellilik durumu ise, *“Bireyin engelliliğini ve engellilikten kaynaklanan özel gereksinimlerini, uluslararası yöntemleri temel alarak belirleyen derecelendirmeler, sınıflandırmalar ve tanılamalar”* olarak tanımlanmıştır.

Ancak belirtmek gerekir ki; engelliliğe dayalı ayrımcılık iddiasının tespitinde önemli olan husus; kanımızca ayrımcı muameleye maruz kalan kişinin kanunen engelli olup olmadığı değil; failin hareketini yönelttiği kişiyi engelli olarak algılayıp algılamadığıdır.³³⁵ 5378 sayılı Kanun kapsamına girmeyen kişiler de 122'nci madde kapsamında engelli kabul edilebilir.³³⁶

(f) Siyasi Düşünce

Bir kimsenin siyasi düşünceleri nedeniyle ayrımcılığa, farklı muameleye maruz kalması da nefret ve ayrımcılık suçunu oluşturacaktır.

³³³ Şen, *YTCK Yorumu*, s. 511-512.

³³⁴ <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0745.pdf> (19.04.2014).

³³⁵ Tanay, s. 131.

³³⁶ Şen, *YTCK Yorumu*, s. 512.

Bir kişiye karşı siyasi düşüncesi nedeniyle ayrımcı muamele yapılması çoğulcu demokrasilerde düşünce ifade özgürlüğü ile birlikte düşünülmelidir.³³⁷ Anayasa'nın 25'inci maddesi ile düşünce ve kanaat hürriyeti koruma altına alınmıştır. Buna göre herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahip olup kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz. Bu nedenle bir kimseye, siyasi düşüncesi ya da siyasi görüşü nedeniyle kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasının, devrinin veya kiraya verilmesinin engellenmesi ya da kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasının, işe alınmasının ve son olarak olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasının engellenmesi halinde nefret ve ayrımcılık suçu oluşacaktır.

Bir kimseye, Marxist düşünceyi savunması nedeniyle bir taşınmazın satılmaması hali bu suça örnek olarak verilebilir. Ayrıca siyasi düşünce nedeniyle ayrımcılığın en çok işe alımlarda ortaya çıktığı öğretilerde ifade edilmiştir.³³⁸ Örneğin, bir kimsenin üye olduğu sendika baz alınarak sahip olduğu siyasi düşünce nedeniyle işe alınmaması halinde nefret ve ayrımcılık suçu oluşacaktır.

(g) Felsefi inanç

Bir kimsenin felsefi inancı nedeniyle ayrımcılığa tabi tutulması da 122'nci madde kapsamında cezalandırılmıştır. Ancak kanun koyucu kavrama ilişkin bir açıklamaya ne maddede ne de gerekçede yer vermiş değildir. Nefret ve ayrımcılık suçunda sayılan özelliklere kaynaklık eden Anayasa'nın 10'uncu maddesinde de bu kavram tanımlanmamış ya da açıklanmamıştır; ancak öğretilerde felsefi inancın, siyasi düşünce ve hatta din ve mezhebe dayalı ayrımcılık yasağını tamamlayan geniş kapsamlı buyruk olarak değerlendirilebileceği ifade edilmiştir.³³⁹

Felsefi inanç kavramına uluslararası hukuk düzenlemelerinde rastlanılmamakla³⁴⁰ birlikte AngloSakson Hukuku'nda yer verilmiştir.

³³⁷ Öden, s. 343.

³³⁸ Tanay, s. 131.

³³⁹ Öden, s. 345.

³⁴⁰ Tanay, s. 133.

Birleşik Krallık'ta kabul edilen 2010 Eşitlik Kanunu'nda, ayrımcılığa karşı korunan özellikler arasında inanç kavramı da sayılmıştır.³⁴¹ Ayrıca söz konusu yasada inancın tanımı yapılmış ve inanç kavramının, her türlü dini ya da felsefi inancı kapsadığı ve ayrıca inanç eksikliğinin ya da yoksunluğunun da bu kapsamda değerlendirildiği ifade edilmiştir.³⁴² Bir kimsenin hümanist düşüncede olması, yani hümanizmi benimsemesi, felsefi inanca bir örnektir.³⁴³

İngiliz İş Temyiz Mahkemesi 2009 yılında Grainger davasına ilişkin verdiği kararda davacının iklim değişikliğine yönelik inancının felsefi inanç kapsamında olduğunu ve bu nedenle ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir.³⁴⁴ Davacı Grainger, iklim değişikliğini engellemek için karbon emisyonunun azaltılması gerektiği görüşünü savunan ve bu görüşü yaşam biçimine de sirayet etmiş biri olup sırf bu nedenle işten çıkarılmıştır. Mahkeme, kararda bir inancın felsefi inanç olarak kabul edilebilmesi için belirli kriterleri taşıması gerektiğini belirtmiş ve bir görüşü felsefi inanç olarak nitelendirmede kullanılacak kıstaslara bazı örnekler vermiştir. Kişinin bu inanca gerçekten sahip olduğu yaşam tarzından anlaşılmalı, inanç, bir görüş ya da mevcut bilgilere yönelik bir bakış açısı olmamalı, insan davranışı ve hayatı açısından önemli bir inanç olmalı, temel hak ve hürriyetlere aykırı olmayıp insan onuruyla bağdaşmalıdır.³⁴⁵

(h) Din

Din, “Tanrı'ya, doğaüstü güçlere, çeşitli kutsal varlıklara inanmayı ve tapınmayı sistemleştiren toplumsal bir kurum, diyanet”³⁴⁶ olarak tanımlanmıştır.

³⁴¹ <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/section/4> (17.05.2014).

³⁴² <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/section/10> (17.05.2014).

³⁴³ Linda Woodhead/Rebecca Catto, ‘Religion or belief’: Identifying Issues and Priorities, bkz., http://www.equalityhumanrights.com/uploaded_files/research/research_report_48__religion_or_belief.pdf (17.05.2014)

³⁴⁴ <http://ukhumanrightsblog.com/2010/01/18/the-grainger-case-a-double-edged-sword-for-climate-change-campaigners/> (17.05.2014).

³⁴⁵ <http://www.pureemploymentlaw.co.uk/2011/05/19/what-is-a-philosophical-belief/> (17.05.2014).

³⁴⁶ <http://www.tdk.gov.tr/> (15.05.2014).

Anayasa'nın 24'üncü maddesi ile kişilerin din ve vicdan hürriyeti koruma altına alınmıştır. Maddeye göre, “herkes, vicdan, dini inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir. Kimse, ibadete, dini ayin ve törenlere katılmaya, dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; dini inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz.”

Din ve vicdan hürriyeti, kişinin siyasal iktidar ya da kamu makamlarınca, kanunlar veya başka araçlarla herhangi bir baskıya uğramaksızın bir dine inanma veya inanmama konusunda özgür olmasını ifade eder.³⁴⁷ İnanç özgürlüğü, hiçbir tanrısal ya da dinsel inanca sahip olmama, bu nedenle kınanmama veya ayrıma tabi tutulmama güvencesini de kapsamaktadır.³⁴⁸ Dine dayalı ayrımcılığın kapsamına sadece ilahi dinler girmez. Örneğin, bir kimse, Budist, Hindu veya Şintoist olduğu için ayrımcılığa maruz kalıyorsa dine dayalı ayrımcılık söz konusudur.

BM, din ya da inanca dayalı ayrımcılığa karşı birçok ülkenin de taraf olduğu Din veya İnanca Dayanan Her Türlü Hoşgörüsüzlüğün ve Ayrımcılığın Tasfiye Edilmesine Dair Bildiri kabul etmiştir.³⁴⁹ Bildirinin ilk maddesinde herkesin düşünce, vicdan ve din hürriyetinin olduğu ifade edilmiştir. Ayrıca kişinin tek başına ya da toplu olarak dininin ya da inancının gereklerini yerine getirme hakkının da bu kapsamda olduğu belirtilmiştir.

Sözleşme'nin 2'nci maddesi dine ya da herhangi bir inanca dayalı ayrımcılığı yasaklamış, hiçbir devletin, kişinin, kurumun veya kişi topluluklarının ayrımcılık yapamayacağını vurgulamıştır. Dine dayalı ayrımcılığın, Birleşmiş Milletler Şartı'nı ihlal edeceğini ve yine birçok uluslararası sözleşmede yer bulan temel hak ve özgürlükler ile dünya barışına zarar vereceği ifade edilmiştir. Netice olarak da devletlere dine ve inanca dayalı ayrımcılığı önlemek için her türlü tedbiri alma yükümlülüğü verilmiştir.

³⁴⁷ Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar*, s. 299.

³⁴⁸ Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar*, s. 299.

³⁴⁹ <http://www.un.org/documents/ga/res/36/a36r055.htm> (18.02.2014).

(i) Mezhep

Mezhep, “Bir dinin görüş, yorum ve anlayış ayrılıkları sebebiyle ortaya çıkan kollarından her biri”³⁵⁰ olarak tanımlanmıştır. İslamiyette Sünni ve Şii mezhepleri, Hristiyanlıkta da Katolik, Ortodoks ve Protestan mezhepleri aynı din içerisinde farklı anlayışları ortaya koymaktadır. Aynı dine mensup kişilerin dini nedenlerle ayırım yapması teorik olarak pek mümkün görünmese de dinin farklı yorumları olarak ifade edilen mezhep farklılığı nedeniyle ayrımcılık yapılabilmektedir.

Alevi bir kimsenin bu nedenle kişinin işe alınmaması, Hanefi bir kişinin Şafi mezhebinden olan kimseye satmak için ilan verdiği evini satmaması, mezhebe dayalı ayrımcılığa örnek verilebilir.

(2) Maddede Öngörülen Sebeplerle (Nefret Nedeniyle) Seçimlik Hareketlerden Birinin veya Birkaçının veya Hepsinin İşlenmesi

Nefret ve ayrımcılık suçunun oluşabilmesi için maddede sayılan nefret nedenlerine dayanılarak yine madde sınırlı sayıda belirtilmiş olan seçimlik hareketlerin işlenmesi gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, bireyin sahip olduğu özelliklerinden kaynaklanan farklılık nedeniyle duyulan nefret ile gerçekleştirilen her hareket suçu oluşturmayacaktır.

6529 Sayılı Kanun’un 15’inci maddesi ile ayrımcılık suçunun oluşabilmesi için sayılmış hareketler değiştirilmiştir. Bu değişiklikten önce, çeşitli ayırım nedenlerine dayalı olarak gerçekleştirilecek hareketler üç bent halinde sayılmış olup bunlar; bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasının, devrinin veya bir hizmetin icrasının veya hizmetten yararlanılmasının engellenmesi veya kişinin işe alınmasının veya alınmamasının maddede sayılan hallerden birine bağlanması, besin maddelerinin verilmemesi veya kamuya arz edilmiş bir hizmetin icrasından kaçınılması ve son olarak kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasının engellenmesi olarak düzenlenmişti.

³⁵⁰ <http://www.tdk.gov.tr/> (15.05.2014).

6529 Sayılı Kanun ile yapılan değişiklik neticesinde maddede sayılan hareketler dört bent halinde düzenlenmiştir. Bir kişiye kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasının, devrinin veya kiraya verilmesinin, kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasının, işe alınmasının ve olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasının engellenmesi nefret ve ayrımcılık suçunun seçimlik hareketlerini oluşturmaktadır. Madde metninde bütün seçimlik hareketler açısından ortak unsur engellemek hareketidir. Engellemek; “bir şeyin yapılmasını veya gerçekleşmesini önlemek”³⁵¹ olarak tanımlanmaktadır.

Yapılan bu değişikliğin nedeni olarak gerekçede, suçu oluşturacak seçimlik hareketlerde tekrara yer verilmeyerek birbiriyle uyumlu olacak ve kıyasa yol açmayacak şekilde yeniden düzenlendiği ifadesine yer verilmiştir.

Maddenin 5237 sayılı Kanun ile düzenlenen ilk hali ve 6529 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik neticesinde yürürlükte olan hüküm, karşılaştırmalı olarak aşağıda ele alınacaktır.

(a) Kişiyeye Kamuya Arz Edilmiş Olan Bir Taşınır veya Taşınmaz Malın Satılmasının, Devrinin veya Kiraya Verilmesinin Engellenmesi

TCK 122’nci maddede hüküm altına alınan ilk hareket “*kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, özürllülük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle kişiyeye kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasının, devrinin veya kiraya verilmesinin engellenmesi*”dir.

Bu seçimlik hareketi açıklamak için taşınır veya taşınmaz mal, satış, devir ve kira kavramlarına ilişkin TCK 122’nci madde gerekçesinde herhangi bir açıklamaya yer verilmemesi nedeniyle ve suçun kapsamını belirlemek açısından bu kavramlarla ne ifade edildiğinin açıklanması gerekmektedir. Bu nedenle seçimlik harekete ilişkin açıklamalara geçmeden önce; taşınır mal, taşınmaz mal, satış sözleşmesi, devir olgusu, kira sözleşmesi kavramları açıklanacaktır.

³⁵¹http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.54902043e1ad75.27760327 (10.09.2014).

‘Eşyanın kendisine zarar vermeden bir yerden başka bir yere taşınması mümkün ise taşınır eşyadan, taşınması mümkün değil ise taşınmaz eşyadan bahsedilir.’³⁵²Hukuk düzeni taşınır taşınmaz mal ayrımını, yalnız eşyanın doğal yapısını dikkate alarak yapmayı eşyanın ekonomik yapısını ve karşıladığı ihtiyaçları da dikkate alarak yapar.³⁵³ Bu nedenle farklı hukuk sistemlerinde taşınır/taşınmaz malın kapsamı değişmekte olup TMK 704’üncü maddede taşınmaz mülkiyetinin konusu olan mallar,arazi, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ve kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler olarak sayılmıştır. 762’inci maddede taşınır mülkiyetinin konusu olan mallar hüküm altına almıştır. Otomobil, beyaz eşya ve mobilya taşınır mala verilecek örneklerdendir.

TBK 207’nci maddede satış sözleşmesinin tanımı yapılmıştır. Buna göre satış sözleşmesi, “*saticının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşmedir*”.Tanımdan da anlaşılacağı üzere, satış sözleşmesi ile satılanın sadece kullanım ve yararlanılmasının alıcıya bırakılması değil, satılanın kesin olarak alıcıya devredilmesi söz konusudur.³⁵⁴

TBK 299’uncu maddede ise kira sözleşmesine ilişkin tanıma yer vermiştir. Bu tanıma göre, kira sözleşmesi, “*kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstlendiği sözleşmedir*”. Kira sözleşmesinde kiralananın mülkiyetinin devri söz konusu olmayıp kiraya veren kira sözleşmesiyle sadece kiralananın kullanımını veya kullanımla birlikte yararlanma imkânını kiracıya vermiş olur.³⁵⁵

Öğretide, bir ipotek ve rehin işlemlerinin maddede belirtilen özelliklerden kaynaklanan nefret nedeniyle engellenmesi halinin bu suç kapsamında

³⁵² Sanem Aksoy Dursun, *Eşya Kavramı*, İstanbul 2012, s. 37.

³⁵³ A. Lale Sirmen, *Eşya Hukuku*, Ankara 2013, s. 13.

³⁵⁴ Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Özel Hükümler Cilt- I*, İstanbul 2012, s. 19.

³⁵⁵ Faruk Acar, *Kira Hukuku Şerhi (TBK M. 299-312)*, İstanbul 2013, s. 69.

değerlendirilemeyeceği ifade edilmiştir.³⁵⁶Taşınır ve taşınmazın devri borcunu doğuran bağışlama ve mal değişim sözleşmelerinin (trampa) nefret ve ayrımcılık sözleşmesinin konusunu oluşturup oluşturmayacağıın da açıklanması gerekmektedir. TBK 285'inci maddede tanımlanan bağışlama sözleşmesi, “*bağışlayanın sağlar arası sonuç doğurmak üzere, malvarlığından bağışlanana karşılıksız olarak bir kazandırma yapmayı üstlendiği sözleşmedir*”. Bu sözleşme ile bağışlayanın malvarlığından eşya, aynı hak, alacak hakkı ya da başka mal varlığı değerleri bağışlanana geçmektedir.³⁵⁷

Mal değişim sözleşmesi eski TBK'daki ifadeyle trampa sözleşmesi, TBK 282'nci maddede tanımlanmıştır. Buna göre, mal değişim sözleşmesi, “*tafaflardan birinin diğer tarafa bir veya birden çok şeyin zilyetlik ve mülkiyetini, diğer tarafın da karşı edim olarak başka bir veya birden çok şeyin zilyetlik ve mülkiyetini devretmeyi üstlendiği sözleşmedir*”. Bu sözleşme tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olup taraflar değişim konusu eşya ve hakların karşılıklı olarak devri üzerinde anlaşılır.³⁵⁸ Örneğin, arabasını başka bir araba ile değiştirmek için araba pazarına giden kimsenin istediği modelde arabayı değiştirmek için gelen şahsın mezhebinin farklı olması nedeniyle arabasını mal değiştirme sözleşmesinin konusu yapmadığı halde nefret ve ayrımcılık suçu işlenmiş olacak mıdır? Kabul ettiğimiz görüşe göre bağışla sözleşmesinin yapılmaması nefret ve ayrımcılık suçunu oluşturmazken, trampa sözleşmesinin yapılmaması söz konusu suçu oluşturabilecektir.

6529 Sayılı Kanun ile değişiklik yapılmadan önce maddenin ilk bendinde hüküm altına alınan seçimlik hareketler, kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını; bir hizmetin icrasını veya hizmetten yararlanılmasını; kişinin işe alınmasını veya alınmamasını engellemek olarak belirtilmişti.

³⁵⁶Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 438.

³⁵⁷ Murat Aydoğdu/Nalan Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, İzmir 2013, s. 344.

³⁵⁸ Gümüş, s. 239.

6529 Sayılı Kanun ile maddenin ilk bendinde yapılan değişiklik, hareket sayısını sınırlandırmak olmuştur. Diğer bir ifadeyle bent kapsamında sadece kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasının, devrinin veya kiraya verilmesinin engellenmesi suç olarak düzenlenmiştir. Ayrıca belirtmek gerekir ki; yapılan değişiklikle kamuya arz edilmiş ibaresi metne eklenmiş ve taşınmazın kiraya verilmesinin engellenmesi hareketi de bu bent kapsamında hüküm altına alınmıştır. Kamuya arz etmek, halka sunmak olarak tanımlanabilir. Bu nedenle örneğin; kişinin evini satılığa çıkardığını ilan etmesi, evinin kiralanması için emlakçı ile anlaşması hallerinde kamuya arz söz konusudur. Kişilerin diledikleri kişi ile sözleşme özgürlüğü olmakla birlikte bir kişiye karşı maddede sayılan özelliklerden kaynaklanan nefret nedeniyle bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasının, devrinin veya kiraya verilmesinin engellenmesi yaptırım altına alınmıştır.³⁵⁹

Sözleşme özgürlüğü, medeni hukukun önemli yapısal unsurlarından olmakla birlikte sözleşme adaletinin sağlanması amacıyla sözleşme özgürlüğüne müdahale de kaçınılmazdır.³⁶⁰ Emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, dürüstlük kuralına ve ahlaka aykırılık halleri sözleşme özgürlüğünün sınırlarını oluşturmaktadır.³⁶¹ Örneğin, taşınmaz sahibinin kişinin sırf mezhebi, dini veya felsefi inancı nedeniyle taşınmazını bu kişiye satmaması sözleşme özgürlüğü sınırını aşacaktır. Söz konusu seçimlik hareket ile sözleşmenin her iki tarafının da aslında sözleşme özgürlüğü korunmaktadır.

Burada belirtilmesi gereken husus, önceki madde metninde kiraya verilmenin engellenmesi açıkça yaptırım altına alınmamışken, değişiklikle birlikte bu hareket de suçun kapsamına girmiştir. Ayrıca taşınır veya taşınmaz bir malın satılması, devredilmesi veya kiraya verilmesi hem özel hukuk hem de kamu hukuku alanında olabilir. 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu 5'inci madde ile kamu idarelerine, kamu ihalelerinde eşit muameleyi sağlama yükümlülüğü getirilmiş olup her istekli ihaleye

³⁵⁹Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 385.

³⁶⁰ Arzu Küçükyağcı, "Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması", *AÜHFD*, Cilt 53, Yıl 2004, S. 1-4, s. 108.

³⁶¹Küçükyağcı, s. 112-113.

katılabilir ve teklif sunabilir. Bu nedenle kamu idarelerince yapılmış bir ihaleye maddede sayılan özellikleri nedeniyle bir isteklinin kabul edilmemesi halinde nefret ve ayrımcılık suçu oluşacaktır.

(b) Kişinin Kamuya Arz Edilmiş Belli Bir Hizmetten Yararlanmasının Engellenmesi

6529 Sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce TCK 122'nci maddenin 1'inci fıkrasının (b) bendinde yer alan seçimlik hareket, besin maddelerini vermemek veya kamuya arz edilmiş bir hizmeti yapmayı reddetmek olarak hüküm altına alınmıştır. Diğer bir ifade ile besin maddelerinin söz konusu ayırım sebeplerine dayanılarak verilmemesi veya yine bu nedenlerle kamuya arz edilmiş bir hizmetin yapılmaması, suçu oluşturmaktadır.

Bu hareket şekli yönden “vermemek” ve “reddetmek” ihmali nitelik taşımakta olup hareketin bir kez gerçekleştirilmesi suçun oluşması açısından yeterlidir, yoksa suça konu seçimlik hareketin süreklilik arz etmesi gerekmez.³⁶²

Madde metninde yapılan değişiklikle “besin maddelerini vermemek” ifadesi maddeden çıkarılmış ve kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanılmasının engellenmesi bu bent kapsamında suç olarak düzenlenmiştir. Kanun koyucu yukarıda da ifade edildiği gibi seçimlik hareketlerde yapılan bu değişikliğin nedeni olarak tekrara yer vermemeyi, hareketlerin birbiriyle uyumlu olmasını sağlamayı ve hareketlerin kıyasa yol açacak şekilde düzenlemeyi gerekçede ifade etmiştir.

Besin maddelerini vermemek hareketi, kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasının engellenmesi hareketi kapsamındadır. Bu nedenle, bir kimseye Musevi olduğu için ekmek satmayan fırın sahibi bu suçtan cezalandırılacaktır. Dini veya siyasi görüşü nedeniyle hastayı muayene etmekten kaçınan doktor da nefret ve ayrımcılık suçunu işlemiş olacaktır.³⁶³ Bir kimsenin engelliliği nedeniyle okula kabul edilmemesi halinde de söz konusu suç

³⁶² Yenidünya, s. 110.

³⁶³ Üzülmez, s. 112.

oluşabilecektir.³⁶⁴Yine bir kimsenin sırf sahip olduğu ve maddede sayılan özellikler nedeniyle halk otobüsüne alınmaması, özel hastaneye kabul edilmemesi, ilaç verilmemesi bu suç kapsamında değerlendirilecektir.³⁶⁵

Bu seçimlik hareket açısından engelleme, kişinin kamuya arz edilmiş hizmetten tamamen mahrum kılınması şeklinde olabileceği gibi yararlanmanın zorlaştırılması şeklinde de gerçekleşebilir.³⁶⁶

Yargıtay 4'üncü Ceza Dairesi verdiği bir kararda³⁶⁷, engelli kişiyi şehir içi ulaşım aracına sırf engelli olduğu için almayan otobüs şoförü hakkında TCK 122'nci madde hükmü gereğince mahkûmiyet kararı vermiştir. Karara konu olayda, engelli kişi otobüse binmek için çok defa ısrar etmiş olmasına rağmen, araç şoförü, “seninle mi uğraşacağım” diyerek kişinin araca binmesi engellemiştir. Yargıtay araç şoförünün saiki ne olursa olsun, kişiyi kasıtlı olarak araca almadığını vurgulamış ve mahkûmiyet hükmü kurmuştur.

Alkollü içecek ya da sigara gibi keyif verici maddelerin bir kimseye sırf sahip olduğu özellikler nedeniyle verilmemesinin maddenin ilk hali kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığı ifade edilmekteydi; ancak bazı hallerde hizmetten yararlanılmasının engellenmesi hareketine vücut verebileceği belirtilmekteydi.³⁶⁸ Maddenin bu haliyle alkollü içecek gibi keyif verici maddelerin bir kimsenin sahip olduğu özelliklerden duyulan nefret nedeniyle verilmemesi hali, bu suç kapsamında değerlendirilir.

³⁶⁴2011 yılında, otizmli olduğu gerekçesiyle özel bir okulun anaokulu bölümüne alınmayan Ozan Sanlısoy'un ailesi, okul yöneticileri hakkında 'ayrımcılık' davası açılması için suç duyurusunda bulunmuştur. Savcılığın 'takipsizlik' kararı vermesinin ardından, ağır ceza mahkemesine itiraz eden aile, yine ret yanıtı almıştır. Ailesi Ozan adına, Türkiye'de 'Eğitim Hakkı', 'Etkili Başvuru' ve 'Adil Yargılanma Hakkı'nın ihlal edildiği gerekçesiyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurmuş ve mahkeme davayı kabul etmiştir, <http://t24.com.tr/haber/otizm-dernekleri-federasyonu-ozanin-egitim-hakki-hepimizin-cocuklarinin-egitim-hakki,278731> (10.12.2014).

³⁶⁵Yenidünya, s. 111.

³⁶⁶Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 387.

³⁶⁷Y. 4. CD 2011/17515 E. 2012/18398 K. T. 25.09.2012, Osman Yaşar/Hasan Tahsin Gökcan/Mustafa Artuç, *Türk Ceza Kanunu*, 3. Cilt, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 4063.

³⁶⁸Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 439; Hafizoğulları/Özen, s. 225.

(c) Kişinin İşe Alınmasının Engellenmesi

6529 Sayılı Kanun ile TCK 122'nci maddede değişiklik yapılmadan önceki düzenlemenin a bendinde sayılan seçimlik hareketlerden üçüncüsü; kişinin işe alınması veya alınmaması kararının maddede sayılan ayrımcılık nedenlerinden birine bağlanmasıydı. Böylelikle kanun koyucu, hem bazı özellikleri nedeniyle belirli kişilerin işe alınmasını hem de kişilerin sahip oldukları bazı özellikleri nedeniyle işe alınmamasını suç olarak düzenlemiş bulunmaktaydı.

Anayasa'da çalışma; hem bir hak hem de bir ödev olarak 49'uncu maddede düzenlenmiştir. Hükme göre, çalışma herkesin hakkı ve ödevidir. Ayrıca maddenin ikinci fıkrası ile devlete çalışma hayatına ilişkin çeşitli görevler yüklenmiştir.

Çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri almak; devletin, çalışma hayatına ilişkin görevlerini oluşturmaktadır.

Ayrıca Anayasa'nın 50'nci maddesi ile de çalışma şartları ve bireylerin dinlenme hakkı düzenlenmiştir. Bu hükme göre kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz. Küçükler, kadınlar ile bedensel ve ruhsal yetersizliği olanların özel olarak korunacağı ifade edilmiştir. Son olarak, dinlenmenin, çalışanların hakkı olduğu ücretli hafta ve bayram tatili ile ücretli yıllık izin hakları ve şartlarının kanunla düzenleneceği hüküm altına alınmıştır.

Anayasal koruma altına alınan çalışma hakkına ilişkin olarak bir kimsenin maddede sayılan özellikler nedeniyle, daha açık bir ifadeyle keyfi olarak işe alınmaması veya kişinin sahip olduğu bu özellikleri nedeniyle işe alınması, madde kapsamında cezalandırılmıştı. Yani kişinin işe alınması açısından her türlü niteliğe sahip olmasına karşın sırf bu özellikleri nedeniyle işe alınmaması, bu suç kapsamındadır. Yoksa işveren istediği kişi ile iş sözleşmesi yapacaktır.³⁶⁹ Nitekim madde gerekçesinde de işverenin beğenmediği kişiyi işe almamasının bu suç kapsamında olmadığı, bu suçta amacın vatandaşlar arasında çeşitli nedenlere

³⁶⁹Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 388

dayanan grup mensubiyeti nedeniyle ayırım yapılmasının engellenmesi olduğu ifade edilmiştir.

6529 Sayılı Kanun ile 122'nci maddede yapılan değişikliklerden biri de söz konusu seçimlik harekete ilişkindir. Nitekim değişiklik öncesi metinde kişinin işe alınmasını veya alınmamasını yukarıda sayılan hâllerden birine bağlamak, fiili suç olarak tanımlanmışken değişiklikle birlikte kişinin işe alınmasının engellenmesi fiili cezalandırılmıştır. Kanun koyucu gerekçede, seçimlik hareketleri düzenlerken madde metninde gereksiz tekrardan kaçınıldığını ifade etmektedir.

Kişinin işe alınmasının engellenmesi seçimlik hareketi, işçi, iş ilişkisi ve işveren kavramlarıyla sınırlı tutulmamıştır. Dolayısıyla kamu hizmetlerine girme de madde kapsamında koruma altına alınmıştır.³⁷⁰ Söz konusu seçimlik hareketin koruma kapsamı oldukça dar tutulmuştur. Kamu veya özel sektörde çalıştırılacak kişinin seçilmesi aşamasıyla sınırlı tutulmuş olup bu durum uluslararası sözleşmeler ve AB yönergelerinin gerektirdiği düzeyde etkili değildir.³⁷¹ Söz konusu seçimlik harekete ilişkin olarak öğretide haklı olarak yapılan eleştirilere göre; madde metni, istihdam alanında sadece kişinin işe alınmasının engellenmesini yaptırıma tabi kılmıştır. Çalışma şartları, ücret, işten çıkarılma gibi haller açısından maddenin uygulanması söz konusu değildir.³⁷²

(d) Kişinin Olağan Bir Ekonomik Etkinlikte Bulunmasının Engellenmesi

TCK 122'nci maddenin ilk fıkrasının d bendinde “*bir kişinin olağan bir etkinlikte bulunmasının engellenmesi*” halini son seçimlik hareket olarak düzenlemiştir.

Kanun koyucu, gerek 5237 sayılı TCK ile yürürlüğe giren ilk madde metninde gerekse yürürlükte metin desuçu oluşturacak hareketler bakımından sınırlı bir düzenleme getirmiştir.³⁷³ Ancak, böyle bir düzenlemeden sonra, son hareket olarak

³⁷⁰ Mesut Gülmez, *İnsan Hakları ve Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılığın Kaldırılması ve Türkiye*, Ankara 2009, s. 683.

³⁷¹ Gülmez, *Ayrımcılığın Kaldırılması*, s. 684.

³⁷² Gül/ Karan, *Ayrımcılık Yasağı*, s. 98.

³⁷³ Benzer bir ifade için bkz. Şen, *YTCK Yorumu*, s. 514.

kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasının engellenmesi ibaresinin konulması ve bu hareketin ne olduğuna ilişkin herhangi bir tanım yapılmamış olması suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı bir düzenleme olarak ifade edilmiş ve eleştirilmiştir.³⁷⁴

Madde metninde ve gerekçede, olağan ekonomik etkinliğin ne olduğunun açıklanmaması nedeniyle bu kavramın neleri kapsadığını açıklamakta yarar vardır. Olağan ekonomik etkinlik kavramı, bir kişinin kendi kararları çerçevesinde yapabileceği maddi ve ekonomik yarar sağlanmasına dayanan her türlü iktisadi faaliyet³⁷⁵ olarak tanımlanmıştır. Başka bir ifadeyle, kişinin parasal yarar sağlamasına dayanan her türlü alış veriş ve sözleşme ilişkileri bu kapsamda değerlendirilir.³⁷⁶ Yine öğretilerde, kişinin iş olarak sürdürdüğü her türlü ekonomik etkinliğin bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği ve buradaki olağan kavramının “mutat” anlamında anlaşılmasının doğru olacağı ifade edilmiştir.³⁷⁷

Burada özellikle belirtmek gerekir ki, 6529 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce, kira ilişkisinin olağan ekonomik etkinlik olduğu konusunda öğretilerde birlik bulunmaktaydı.³⁷⁸ Nitekim kanun koyucu bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasının veya devrinin engellenmesini cezalandırmışken, kiralama konusunda açık bir hüküm kurmamıştı. Bu nedenle de tarafların karşılıklı iradesiyle gerçekleştirdiği anlaşmaya dayanan ve ekonomik niteliği haiz bir iktisadi faaliyet olan kira ilişkisinin de olağan ekonomik etkinlik kapsamında suçun korumasına dâhil olduğunu kabul etmemek mümkün değildi. Kanun koyucu, madde metninde yaptığı olumlu değişiklikle kira ilişkisinin de suçun kapsamına dâhil olduğunu açıklığa kavuşturmuş olmaktadır.

³⁷⁴Şen, *YTCK Yorumu*, s. 515.

³⁷⁵Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 439.

³⁷⁶Meran, s. 558; Buna karşılık öğretilerde kabul edilen diğer bir görüşe göre ise, böyle bir sınırlamanın yerinde olmayıp bireyin her türlü mal veya hizmet üretiminin, üretime katılmanın ve tüketimin, ekonomik faaliyet olarak kabul edilmesi gerekmektedir; Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 388; Mustafa Artuç, *Kişilere Karşı Suçlar*, Ankara 2008, s. 1055.

³⁷⁷Hafizoğulları/Özen, s. 225.

³⁷⁸Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 439; Şen, *YTCK Yorumu*, s. 515.

Bir kişinin işyerinin kapatılması, kişiye işyeri açmak ya da herhangi bir iktisadi faaliyeti yürütmek için gerekli izinlerin verilmemesi veya kişinin işten çıkarılması olağan ekonomik etkinliğe verilen örneklerdir.³⁷⁹ Kanun koyucu, kişinin işe alınmasını veya alınmamasını açıkça seçimlik hareket olarak düzenleyip cezalandırmışken, kişinin işten çıkarılmasını hüküm altına almamıştır. Olağan ekonomik etkinlik olarak nitelendirilebilecek bu hareket de suçun koruması kapsamındadır.³⁸⁰ Ancak kişiye parasal bir yarar sağlamayan borç para veya emanet vermenin bu kapsamda değerlendirilemeyeceği ifade edilmiştir.³⁸¹

Öğretide olağan etkinliğin niteliğine ilişkin farklı görüşler ortaya konulmuştur. Bizim de katıldığımız çoğunluk görüş, kişinin olağan bir ekonomik etkinliğinin engellenmesi hareketinin hem icrai hem de somut olayın özelliğine göre ihmali şekilde gerçekleştirileceğini belirtmektedir.³⁸² Örneğin kişinin iş yerinin maddede sayılan nedenlerle kapatılması halinde icrai hareket söz konusu iken, kişiye ekonomik faaliyette bulunması için gerekli izinlerin verilmemesi ihmali nitelikte bir harekettir.³⁸³ Diğer bir görüşe göre ise, kanun koyucu hareketi “engellemek” olarak dile getirdiği için bu seçimlik hareket ancak icrai şekilde işlenebilir.³⁸⁴ Bu seçimlik hareketin ancak icrai şekilde gerçekleştirileceğini belirten bu görüşe göre, bir kişiye işyeri açması için gerekli ruhsatın sırf dili, dini gibi maddede sayılan özellikleri nedeniyle verilmemesi hali bu suça vücut vermeyecek ancak görevi ihmal suçunu oluşturacaktır.³⁸⁵

³⁷⁹ Karan/Gül, *Ayrımcılık Yasası*, s. 96.

³⁸⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 388.

³⁸¹ Ersan Şen, “Yeni Türk Ceza Kanununun 115. ve 122. Maddelerine İlişkin Bir Değerlendirme”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt 79, S. 2005/2 Mart – Nisan, s. 363.

³⁸² Artuk/Gökçen/Yenidünya, *TCK Şerhi*, s. 3034, Karan, 122. Maddenin Uygulanabilirliği, s. 168, Karan/Gül, *Ayrımcılık Yasası*, s. 96.

³⁸³ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 388.

³⁸⁴ Dönmez, s. 46.

³⁸⁵ Dönmez, s. 46.

2. Manevi Unsur

TCK 21, 22 ve 23'üncü maddelerde suçun unsurlarından biri olan manevi unsurun türlerini, kast, taksir ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç, hüküm altına almıştır. 21'inci maddede ifade edildiği üzere suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Diğer bir ifade ile TCK, suçun oluşması için gerekli olan esas manevi unsurun kast olduğunu hüküm altına almıştır. Al. CK.'da, kast kavramından ne anlaşılması gerektiğine ilişkin bir tanıma yer verilmemekle birlikte kastın varlığının kabul edilebilmesi için bilme ve isteme unsurlarının mevcut olması gerekliliği ifade edilmiştir.³⁸⁶ TCK 21'inci madde ile kasta ilişkin bir tanım yapılmış olup Alman Ceza Hukuku'nda kabul edilen unsurlar hüküm altına alınmıştır. Buna göre kast, suçun kanuni tanımında yer alan unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.

Dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeden gerçekleşmesi olarak tanımlanan taksirle işlenen bir fiilden kişinin sorumlu tutulabilmesi ancak kanunun açıkça belirttiği halde mümkündür (TCK m. 22). Kast, genel kast ve özel kast olarak ikiye ayrılmaktadır. Genel kastta suçu bilerek ve isteyerek işlemek yeterli iken özel kastta, failin, kasttan önce gelen ve kastı hazırlayan düşünce olarak tanımlanan saikle hareket etmesi aranır.³⁸⁷

Son olarak neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçun da kanunda manevi unsurlar arasında düzenlenmesiyle ceza hukuku sistemimizde bugün artık kabul edilmesi mümkün olmayan³⁸⁸ neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlara ilişkin kusursuz sorumluluk terk edilmiş olmaktadır.³⁸⁹ Buna göre, “*bir fiilin kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde, kişinin bundan dolayı*

³⁸⁶BerndHeinrich, Ceza Hukuku Genel Kısım I, (edt. Yener Ünver) (Çev. Hakan Hakeri, Yener Ünver, Veli Özer Özbek, Özlem Yenerer Çakmut, Barış Erman, Koray Doğan, Ramazan Barış Atladı, Pınar Bacaksız, İlker Tepe), Ankara 2014, s. 168.

³⁸⁷Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, Cilt II*, 12. Bası, İstanbul 1999, s.226; Özbek, *TCK İzmir Şerhi*, s. 283.

³⁸⁸Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 361.

³⁸⁹Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 279.

sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir” (TCK m. 23).

6529 Sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce yürürlükte olan suçun manevi unsuru açısından öğretide farklı görüşler ileri sürülmüştür. Doktrinde kabul edilen çoğunluk görüşüne göre, ayırmacılık suçunun oluşması için genel kast yeterli değildir, failin maddede sayılan saiklerden biriyle hareket etmiş olması gerekir; bu görüşe göre ayırmacılık suçu ancak özel kastla işlenebilir.³⁹⁰ Bu durumda suçun oluşabilmesi için kişinin maddede belirtilen ayırmacılık nedenlerinden en az biriyle seçimlik hareketlerden birini gerçekleştirmesi gerekir.³⁹¹ Diğer bir ifadeyle kanun koyucu, kişinin sadece ayırmacılık kastıyla hareket etmesini yeterli görmemiş ayrıca hükümde belirtilen ayırmacılık sebeplerine dayanarak bu suçun işlenilmesini aramıştır.³⁹² Yine burada belirtmek gerekir ki bu görüşe göre, ayırmacılık suçunun manevi unsurunun gerçekleştiğinin kabul edilebilmesi için kişinin mutlaka maddede belirtilen sebeplerden en az biriyle hareket etmiş olması ve bu durumun da karar veren makam tarafından tespit edilmesi gerekmektedir.³⁹³

Maddenin ilk haline ilişkin olarak öğretide kabul edilen diğer bir görüşe göre ise; maddede suçun oluşması için özel kast aranmamış, genel kast yeterli kabul edilmiştir. Kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, özürlülük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yapması failin kastının özel kast

³⁹⁰ Ayırmacılık suçunun manevi unsurunun genel kast olmayıp özel kast olduğu yönündeki görüşler için bkz. Hafizoğulları/Özen, s. 213; İsmail Ercan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler – Özel Hükümler*, 6. Baskı, İstanbul 2011, s. 395; Artuk/Gökçen/Yenidünya, *TCK Şerhi*, s. 3038; Meran, s. 559; Şen, 122. Madde, s. 363; Dönmez, s. 49; Pınar Memiş, “Ayırmacılık Suçunun Özürsüzler Bakımından Değerlendirilmesi”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2009/2, s. 75.(65-78) Karan ise suçun manevi unsurunun özel kast olduğu konusunda net bir ifade kullanmamakla birlikte suç açısından özel kastın aranmasının suçun ispatını zorlaştırdığını ifade ederek suçun oluşması için özel kastın varlığını kabul etmiştir. bkz. Karan, 122. Maddenin Uygulanabilirliği, s. 169.

³⁹¹ Şen, *YTCK Yorumu*, s. 515.

³⁹² Şen, *YTCK Yorumu*, s. 515.

³⁹³ Şen, *YTCK Yorumu*, s. 516.

olduğunu göstermez, bu durum sadece hareketin madde metninde yer alan neticeye yönelmesini ifade etmektedir.³⁹⁴

6529 Sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle maddede sayılan ayırım nedenleri sınırlandırılmış ve “bu nedenlerden kaynaklanan nefret nedeniyle” ibaresi eklenmiştir. Saik, failin harekete geçmesine yol açan neden; kasttan önce gelen ve kastı hazırlayan bir düşünce³⁹⁵ olup kanun koyucunun bir suçun temel hali için saik öngörmesi halinde, artık suçun oluşması için özel kast gereklidir.³⁹⁶ Nefret ve ayırmacılık suçunun oluşabilmesi için failin nefret saiki ile hareket etmesi gerekmektedir. Bu nedenle bizim de katıldığımız görüşe göre suçun manevi unsuru özel kasttır. Fail, maddede sınırlı olarak sayılan dil, ırk, renk, milliyet, cinsiyet, engellilik, din, siyasi düşünce, felsefi inanç ve mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle fiili işlemiş olmalıdır.³⁹⁷ Ayrıca suçun olası kastla işlenmesi mümkün değildir.³⁹⁸

3. Hukuka Aykırılık Unsuru ve Hukuka Uygunluk Nedenleri

Hukuka aykırılık, kanuni tipe uygun bulunan fiile hukuk düzenince cevaz verilmemesi, bu fiilin meşru sayılmaması, tüm hukuk düzeni ile çelişki ve çatışma halinde bulunması olarak tanımlanmaktadır.³⁹⁹ *Hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldıran, fiili ceza kuralının amacına aykırı bir hale getirmeyen sebepler*⁴⁰⁰ hukuka uygunluk nedenleri olarak ifade edilmektedir.

5237 Sayılı TCK, hukuka uygunluk sebeplerini 765 sayılı TCK gibi hukuka uygunluk sebepleri başlığı altında düzenlememiş, hukuka uygunluk sebeplerini birinci kitap ikinci kısım ve ikinci bölümde ceza sorumluluğunu kaldıran veya

³⁹⁴ Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, s. 440.

³⁹⁵ Özgenç, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi*, s. 242.

³⁹⁶ Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 9. Baskı, Ankara 2013, 363.

³⁹⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 391.

³⁹⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 391; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 441.

³⁹⁹ Dönmezer/Erman, s. 1-2; İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s. 101.

⁴⁰⁰ Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt 2, 12. Bası, 1999 İstanbul, s. 18.

azaltan nedenler arasında düzenlemiştir. Hukuka uygunluk sebeplerinin ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan sebeplerle birlikte düzenlenmesi, öğretilerde eleştirilmiştir.⁴⁰¹ Hukuka uygunluk sebepleri fiilin hukuka aykırı olmasını engeller, niteliği gereği ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran bir neden değil, suçun oluşumunda aranan bir unsurdur. Başka bir ifadeyle hukuka aykırılık, suçun bir unsurudur.⁴⁰² Eksikliği halinde suç “hukuka aykırılık unsuru” nun eksikliği sebebiyle oluşmayacaktır.⁴⁰³

Kanundaki düzenlemeye göre hukuka uygunluk nedenleri; kanun hükmünü yerine getirme (TCK m. 24/1), meşru savunma (TCK m. 25/1), hakkın icrası (TCK m. 26/1) ve ilgilinin rızasıdır(TCK m. 26/2).

Ayrımcılık suçunun TCK'daki ilk düzenlemesine istinaden bu suçta herhangi bir hukuka uygunluk nedeninin uygulanıp uygulanamayacağı hususunda öğretilerde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Öğretilerde, ayrımcılık niteliğini haiz fiillerin zorunluluk hali altında işlenmesinin teorik olarak mümkün olduğu ancak klasik hukuka uygunluk nedenlerinin nefret ve ayrımcılık suçu bakımından uygulanmasının mümkün olmadığı ifade edilmiştir.⁴⁰⁴ Öğretilerde kabul edilen diğer bir görüşe göre ise, TCK 24'üncü maddede düzenlenen kanun hükmünü icra olayda mevcutsa, daha geniş bir ifadeyle hukuka uygun şekilde verilen amirin emri icra söz konusu ise ayrımcılık suçu oluşmayacaktır.⁴⁰⁵ Bu duruma örnek olarak da; dini inancının gereği gibi giyinen kişinin, belirli bir yere girmesi veya iş için müracaat etmesi ya da bulunduğu yerde yasak olmasına rağmen inançları doğrultusunda

⁴⁰¹ Özbek, *TCK İzmir Şerhi*, s. 331.

⁴⁰² Hukuka aykırılığın suçun unsurlarından biri olup olmadığı uzun süre tartışılmış, farklı görüşler kavramı farklı başlıklar altında incelemiş olmasına karşın günümüzde genel kabul hukuka aykırılığın suçun unsuru olduğu yönündedir; bkz. Önder, s. 147; Tuğrul Katoğlu, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, Ankara 2003, s. 127; Hukuka aykırılığın suçun unsuru olmadığı yönünde görüşler için bkz. Katoğlu, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, s. 134 -135; Türkan Yalçın Sancar, *Türklüğü, Cumhuriyeti, Meclisi, Hükümeti, Adliyesi, Bakanlıkları, Devletin Askeri Ve Emniyet Muhafaza Kuvvetlerini Alenen Tahkir Ve Tezyif Suçları*, 2. Baskı, Ankara 2006, s. 191.

⁴⁰³ Kunter, s. 41.

⁴⁰⁴ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 440.

⁴⁰⁵ Şen, *YTCK Yorumu*, s. 518.

giyinmekte veyahut davranmakta ısrarcı olması karşısında “görevin ifası” olarak bir hukuk kuralı veya geçerli bir emir bulunması halinde, görevin ifasında yetkili olanlar tarafından o bireyin girmesinin, başvurmasının ve kamu hizmetinden yararlanmasının engellenmesi hali verilmiştir.⁴⁰⁶ Bu görüşe göre, buradaki engelleme fiili, artık ayrımcılık suçu kapsamında değerlendirilemeyecektir; nitekim suçun hukuka aykırılık unsuru oluşmamıştır.

Öğretide kabul edilen bir görüşe göre ise, maddede sayılan hareketlerin genellikle ekonomik faaliyetler olması ve kişilerin sözleşme özgürlüğü kapsamında istedikleri kişilerle sözleşme yapma ya da yapmama özgürlüğünün bulunması nedeniyle, mağdurun rızasının bulunması halinde suç oluşmayacaktır.⁴⁰⁷ İlgilinin rızasının hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilebilmesi için rızanın, suç konusu üzerinde mağdurun serbestçe tasarruf hakkına sahip olması, rızaya ehliyet ve rızanın açıklanması şartlarını⁴⁰⁸ ihtiva etmesi gerekmektedir.⁴⁰⁹İlgilinin rızasının failin hareketini hukuka uygun hale getirmesi için suçun işlenmesi sırasında veya suçun işlenmesinden önce açıklanması gerekir, suçun işlenmesinden sonra mağdurun bunu kabullendiği yönündeki beyanı hareketi hukuka uygun hale getirmeyecektir.⁴¹⁰Nefret ve ayrımcılık suçu açısından özellikle değerlendirilmesi gereken husus kişinin üzerinde tasarruf edebileceği bir hakkın söz konusu olup olmadığıdır. Nefret ve ayrımcılık suçu hürriyete karşı suçlar başlığı altında düzenlenmiş olup kural olarak hürriyete karşı suçlarda ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeni olarak etkilidir.⁴¹¹Ancak nefret ve ayrımcılık suçu hürriyete karşı suçlar başlığı altında düzenlenmiş olmakla birlikte insan onuru da bu suçla korunmaktadır. İnsan onurunun devredilmez, vazgeçilmez ve mutlak⁴¹² olması

⁴⁰⁶ Şen, *YTCK Yorumu*, s. 518.

⁴⁰⁷ Artuç, s. 1056; Yaşar/Gökcan/ Artuç, s. 4061.

⁴⁰⁸ Ceza hukukunda rıza ve rızanın şartları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Meral Ekici Şahin, *Ceza Hukukunda Rıza*, 2012 İstanbul, s. 111 vd.

⁴⁰⁹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 433.

⁴¹⁰ İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s. 191.

⁴¹¹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 435.

⁴¹² Heper, s. 17.

nedeniyle ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeninin nefret ve ayırmacılık suç bakımından uygulanması mümkün görünmemektedir.

E. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

1. Teşebbüs

Failin suç izlerken izlediği yol (iter criminis); düşünce aşaması, hazırlık hareketleri, icra hareketleri ve suçun tamamlanması aşamalarını içerir.⁴¹³ Ceza kanunlarının özel kısımlarında düzenlenen suçlar, her suç için öngörülmüş olan zarar veya tehlike biçimindeki neticenin gerçekleşmesiyle tamamlanırlar.⁴¹⁴ TCK 35'inci maddede düzenlenen suça teşebbüs, failin suçun icrasına elverişli hareketlerle başladıktan sonra elinde olmayan nedenlerle icra hareketlerinin tamamlanmaması veya neticenin gerçekleşmemesi olarak tanımlanmaktadır.⁴¹⁵ Suça teşebbüs, ne bağımsız bir suç ne de cezayı hafifleten bir nedendir, cezalandırma alanını genişleten bir kavramdır.⁴¹⁶ Ceza hukukunun özel fonksiyonunun etkin biçimde gerçekleşmesi ve bozulan toplumsal barışın yeniden oluşturulmasının sağlanması, suça teşebbüsün cezalandırılmasındaki temel amaçtır.⁴¹⁷

Nefret ve ayırmacılık suçu, neticesi harekete bitişik suçtur. Bu nedenle suç, maddede belirtilen seçimlik hareketlerin hüküm altına alınmışsaiklerle yapılması ile gerçekleşir. Ancak icra hareketleri kısımlara ayrılabilirse, suça teşebbüs mümkündür.⁴¹⁸

Maddede sayılan özellikler nedeniyle bir kimseye iş yeri açması için gerekli ruhsatın verilmemesi, kişinin tedavi edilmemesi veya ilaç satılmaması hallerinde olduğu gibi suç tipinde yer verilen bazı seçimlik hareketler, ihmali hareket niteliğini haizdir. Bu kapsamda yer alan hareketler bakımından suçun teşebbüs aşamasında

⁴¹³ M. Tahir Taner, *Ceza Hukuku Umumi Kısım*, İstanbul 1949, s. 260; Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 554.

⁴¹⁴ Adem Sözüer, *Suçta Teşebbüs*, İstanbul 1994, s. 45.

⁴¹⁵ Demirbaş, s. 433.

⁴¹⁶ Centel/Zafer/Çakmut, s. 439.

⁴¹⁷ İçel, s. 243.

⁴¹⁸ Yenidünya, s. 112.

kalması mümkün değildir.⁴¹⁹ İhmali hareketin gerçekleşmesi ile birlikte suç tamamlanmış olur.

2. İştirak

TCK 37, 38 ve 39'uncu maddelerinde iştirak hükümlerine yer verilmiştir. Bu hükümlerde iştirakin türleri; faillik, azmettirme ve yardım etme olarak düzenlenmiştir.

TCK 37'nci madde ilk fıkra hükmü ile failliğin tanımı yapılmış olup buna göre; suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri fail olarak sorumlu olur. İkinci fıkrada ise başkasını suçun işlenmesi için araç olarak kullanan kişinin de fail olarak cezalandırılacağı hükmü kurulmuştur. Dolaylı faillik olarak adlandırılan bu halde, araç olarak kullanılan kişinin kusur yeteneğinin olmaması halinde, dolaylı failin cezası üçte birden yarısına kadar arttırılır.

TCK 38'inci madde ile bir başkasını suç işlemeye azmettiren kişinin suçun cezasıyla cezalandırılacağı hükmü kurulmuştur. Dolaylı fail ile azmettirenin farkı ise dolaylı faillikte araç olarak kullanılan kişi özgür iradesiyle hareket etmezken, azmettirme durumunda suçu işleyen kişinin kendi iradesiyle hareketini gerçekleştirmekte olmasıdır.⁴²⁰ Örneğin taşınmazını satılığa çıkaran kişiye karşı cebir veya tehdit kullanarak malını Kürt kökenli bireye satmasına engel olan kişi dolaylı fail olarak nefret ve ayrımcılık suçundan sorumlu olacaktır. Bir restoran sahibinin, servis elemanı olarak çalışan kişiye restoranda bulunan Roman kişilere servis yapmamasını söylemesi ve bunun üzerine bu hizmetin sunulmaması halinde restoran sahibi nefret ve ayrımcılık suçuna azmettirmeden sorumlu olacaktır.

İştirakin türleriyle ilgili olarak düzenlenen son hüküm yardım etmedir⁴²¹. TCK 39'uncu madde hükmüne göre; suç işlemeye teşvik etmek, suç işleme kararını kuvvetlendirmek, fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek,

⁴¹⁹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *TCK Şerhi*, s. 3039.

⁴²⁰ Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı, Ankara 2013, s. 433.

⁴²¹ Suça iştirakte yardım edenin sorumluluğu bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. Vesile Sonay Evik, *Suçta İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu*, 2. Baskı, İstanbul 2011, s. 187 vd.

suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek veya fiilinişlenmesinde kullanılan araçları sağlamak, suçun işlenmesinden önce veyaişlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak halleri yardım etme kapsamındadır. Yardım edenin sorumluluğu açısından kanun koyucu fail ve azmettirenle kıyasla daha hafif bir ceza öngörmüştür. Buna göre, işlenen suçun ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirmesi halinde, onbeş yıldan yirmi yıla; müebbet hapis cezasını gerektirmesi halinde, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası verilir, diğer hallerde cezanın yarısı indirilir (TCK m. 39/1).

Nefret ve ayrımcılık suçu, iştirak bakımından özellik göstermez, yukarıda ifade ettiğimiz iştirakin her türünün bu suç açısından gerçekleşmesi mümkündür. Bu nedenlegenel hükümler çerçevesinde değerlendirme yapılır.

Ceza Kanunumuz kapsamında iştirak, genel bir ağırlaştırıcı neden olarak öngörülmemiş olup aslında bir suçun tek kişiden ziyade birden fazla kişi tarafından işlenmesinin daha kolay ve tehlikeli bir durum oluşturacağı düşünülerek genel bir ağırlaştırıcı sebep olarak öngörülebilir.⁴²² Kanun'da suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesinin cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren nitelikli hal olarak düzenlendiği suçlar sınırlı olup⁴²³ nefret ve ayrımcılık suçu açısından böyle bir nitelikli hal düzenlenmiş değildir.

3. İçtima

Suçların içtimaı, tek bir fiille birden fazla hukuki yararın ya da farkı fiillerle ayrı hukuki yararların ihlal edilmiş olması olarak adlandırılır.⁴²⁴ TCK'nın suçların içtimaı bakımından benimsediği kural; “kaç fiil varsa o kadar suç, kaç suç varsa o kadar ceza verilir” şeklinde tanımlanan gerçek içtimadır.⁴²⁵ Ayrıca TCK, suçların içtimaı başlığı altında gerçek içtima kuralının istisnaları olarak, 42, 43 ve 44'üncü

⁴²²Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 509.

⁴²³ Örneğin yağma, görevi yaptırmamak için direnme, cinsel saldırı suçlarının birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi hali cezanın arttırılmasını gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmiştir.

⁴²⁴Centel/Zafer/Çakmut, s. 502.

⁴²⁵ Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 536.

maddelerde bileşik suç, zincirleme suç, aynı neviden fikri içtima ve farklı neviden fikri içtima hükümlerini düzenlemiştir. TCK 42'nci madde hükmünde, biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılanbileşik suç düzenlenmiştir. Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda, bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda zincirleme suç hükümleri uygulanır.

Failin aynı mağdura karşı nefret ve ayrımcılık suçunu oluşturacak hareketini birden fazla gerçekleştirmesi veya tek bir hareketle birden fazla mağdura karşı bu eylemin gerçekleştirilmesi halinde, zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır.⁴²⁶ Örneğin engelliler federasyonunun organize ettiği yemeğe katılan yirmi engelli kişiye buldukları restoranda çalışan şarkıcının şarkı söylememesi hali zincirleme suç hükümleri kapsamında değerlendirilecektir.⁴²⁷ Failin birden fazla kişiye birden fazla farklı fiille nefret ve ayrımcılık suçunu işlemesi durumunda mağdur sayısınınca suç gerçekleşir.⁴²⁸

Ayrımcılık teşkil eden hareketler mağdur üzerinde başka etki ve sonuçlar doğurmuş olabilir. Örneğin, yapılan ayrımcılığın insan onuruyla bağdaşmaz bir nitelik taşıması sebebiyle çoğu kez aynı zamanda hakarete ilişkin 125'inci madde hükmü de ihlal edilmiş bulunabilir. Bu ihtimalde, TCK 44'üncü madde uyarınca fikri içtima hükümleri çerçevesinde bir çözüme ulaşmak gerekmektedir.⁴²⁹

Ayrımcılık teşkil eden fiilin icrası nedeniyle mağdurun vücut bütünlüğü ihlal edilmiş ise (örneğin, ayrımcılık yaparak sağlık hizmetinin verilmemesi, besin verilmemesi, ilaç verilmemesi sebebiyle), failin ayrıca TCK 86'nci madde uyarınca cezalandırılması gerekir.⁴³⁰

⁴²⁶ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 4061.

⁴²⁷ Memiş, s. 75.

⁴²⁸ Meran, s. 560.

⁴²⁹ Yenidünya, s. 113.

⁴³⁰ Yenidünya, s. 113.

Nefret ve ayrımcılık suçu, bazı hareketler bakımından iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunun özel bir biçimi gibidir.⁴³¹ Diğer bir ifadeyle, bir kişiye kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasının, devrinin veya kiraya verilmesinin, bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasının, işe alınmasının ve olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasının engellenmesi, TCK m. 117/1 ile koruma altına alınan iş ve çalışma hürriyetini ihlal edebilecek hareketlerdir. Ancak dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle söz konusu hareketlerin işlenmesi halinde 117'nci maddeden hüküm kurulmayacak, kişi nefret ve ayrımcılık suçundan cezalandırılacaktır.⁴³²

Ayrıca belirtmek gerekir ki, kamu barışına karşı suçlar başlığı altında TCK 216'ncı maddede hüküm altına alınan halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu ile nefret ve ayrımcılık suçu farklı düzenlemelerdir. Nitekim halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik etme, halkın bir kesimini, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılama ve halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılama seçimlik hareketleri halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunu oluşturmaktadır. Söz konusu düzenleme ile kamu barışı ve kişilerin onur, şeref ve saygınlıkları korunmaktadır.⁴³³ Ayrıca halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu nefret söylemi kapsamında, ifade özgürlüğünün de sınırlandığı bir düzenlemedir.⁴³⁴ 122'nci madde hükmü ile düşünce açıklaması değil maddede başkaca hareketler cezalandırılmaktadır ve 216'ncı madde hükmü ile nefret ve ayrımcılık suçuna konu hareketlerin cezalandırılması mümkün değildir.⁴³⁵

⁴³¹ Mehmet Onat Öztürk, *İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu*, İstanbul 2006, s. 122.

⁴³² Öztürk, s. 122.

⁴³³ Aykut Ersan, "Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik veya Aşağılama", *TBB Dergisi*, Yıl 2014, S. 111, s. 79.

⁴³⁴ Karadeniz, s. 20.

⁴³⁵ Karan, 122. Maddenin uygulanabilirliği, s. 159.

Son olarak, ayrımcılık düşüncesiyle engelleme hareketi cebir, tehdit ile gerçekleşirse, fail ayrıca tehdit (m.106) ve cebir suçuna (m.108,86) ilişkin hükümler çerçevesinde cezalandırılır.⁴³⁶

F. Nefret Suçlarıyla İlişkisi

TCK'da düzenlenen ayrımcılık suçuna 6529 sayılı Kanun ile eklenen ve maddede sınırlı sayıda belirtilen nedenlere dayanan nefret ibaresi suçun nefrete dayalı ayrımcılık olduğu vurgusunu yapmış olup “nefret suçları TCK'da düzenlendi”⁴³⁷ ifadesinin kullanılması doğru olmayacaktır. Bu nedenle bu başlık altında Amerika ve Avrupa'da birçok devletin yasal düzenlemeye kavuşturduğu nefret suçu kavramından bahsedilecektir.

Nefret suçu terimi, resmi olarak ilk kez AGİT tarafından 2003 yılında Maastricht'te yapılan Bakanlar Konseyi Toplantısı'nda kullanılmıştır; ancak kavram, 1991 yılında yapılan ve katılan devletlerin önyargı, ayrımcılık, düşmanlık ya da nefrete dayalı suçlar konusundaki endişelerini dile getirdikleri Cenevre Toplantısı'nda katılımcı devletler tarafından kabul edilmiştir.⁴³⁸ Uluslararası alanda en çok kabul gören nefret suçu tanımı, AGİT tarafından yapılmış olduğundan burada AGİT hakkında kısaca bilgi vermekte yarar bulunmaktadır.

1970'lerin başında doğu ve batı arasında diyalog ve müzakereyi geliştirmek amacıyla oluşturulan Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı, 1994 yılına kadar geçirdiği kurumsallaşma sürecinin ardından, 1994 yılında Budapeşte Devlet veya Hükümet Başkanları Zirvesinde Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı (AGİT) ismini almıştır.⁴³⁹ AGİT Avrupa, Asya ve Kuzey Amerika'da olmak üzere 57 katılımcı devletin oluşturduğu bir teşkilattir. Bu ülkelerden bazıları; Türkiye, İngiltere, Almanya, Azerbaycan, Amerika Birleşik Devletleri'dir.⁴⁴⁰ AGİT, Doğu ve

⁴³⁶Artuç, s. 1056.

⁴³⁷<http://yenisafak.com.tr/gundem-haber/nefret-sucu-artik-tckda-04.03.2014-623194> (10.05.2014).

⁴³⁸HateCrimes in TheOsceRegion: IncidentsandResponsesAnnual Report for 2012, s. 10.

⁴³⁹<http://www.osce.org/who/history> (10.05.2014).

⁴⁴⁰<http://www.osce.org/who/108218> (10.05.2014).

Batı arasında diyalogu arttırmak adına özellikle güvenlik alanında çalışmaktadır; ancak güvenliği, güvenlikle ilgili diğer kuruluşlardan farklı olarak sadece askeri ve siyasi boyutuyla ele almamaktadır.⁴⁴¹ Diğer bir ifadeyle, güvenlik tehditlerinin ekonomik ve çevresel faktörlerden de gelebileceğini, ayrıca yine güvenliğin bir de insani boyutunun olduğunu ve nefret suçlarının da güvenliğin bu insani boyutuna ilişkin bir tehdit oluşturduğunu kabul etmektedir.⁴⁴² Bu nedenle AGİT, başta Demokratik Kurumlar ve İnsan Hakları Dairesi aracılığı ile taraf devletlerde nefret suçları ile mücadele etmektedir.⁴⁴³

Demokratik Kurumlar ve İnsan Hakları Dairesi; nefret suçları açısından farkındalığın artırılması, AGİT'e üye devletlerin nefret suçlarını yasal zemine kavuşturması ve sivil toplum kuruluşlarının nefret suçlarıyla etkili mücadele için çalışmalar yapmasını destekler.⁴⁴⁴ Ayrıca AGİT, nefret suçlarının önlenmesine ilişkin çalışmalarında taraf devletlerin ceza mevzuatlarında nefret saiki ile işlenen suçların cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hal olarak düzenlenmesi çağrısında bulunmakta olup taraf devletler ulusal mevzuatlarında yaptıkları düzenlemeler ile bu çağrıya olumlu cevap vermektedir.⁴⁴⁵

AGİT tarafından yapılan tanıma göre nefret suçları, “*mağdurun, mülkün ya da işlenen suçun hedefinin gerçek ya da hissedilen ırk, etnik, ulusal köken, dil, renk, din, cinsiyet, yaş, zihinsel ya da fiziksel engelli, cinsel yönelim veya diğer benzer faktörlere dayalı olarak benzer özellikler taşıyan bir grupta gerçek ya da öyle algılanan bağlantısı, ilgisi, bağlılığı, desteği ya da üyeliği nedeniyle seçildiği kişilere veya mala karşı işlenen her türlü suçtur*”.⁴⁴⁶ Bu tanıma göre nefret suçu, ön yargı

⁴⁴¹ Tankut Taşkın Soykan, Nefret Suçu Kavramı, *Nefret Suçlarıyla Mücadele Konferansları Konuşma Metinleri*, Ankara 2010, s. 45.

⁴⁴² Soykan, s. 45-46.

⁴⁴³ <http://www.osce.org/what/tolerance> (10.05.2014).

⁴⁴⁴ <http://www.osce.org/odhr/66388> (10.02.2014).

⁴⁴⁵ Hasan Sınar, “Türk Hukukunda Nefret Suçlarına İlişkin Yasal Düzenleme Çalışmaları”, *T.C Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Yıl 2013, Cilt 19, S. 2, s. 1281.

⁴⁴⁶ Ulaş Karan, *Nefret Suçlarından Ne Anlıyoruz, Nefret Suçları ve Nefret Söylemi* (edt. Ayşe Cavdar, Aylin B. Yıldırım), İstanbul 2010, s. 56.

saikiyle işlenen suçları ifade eder ve nefret suçlarını diğer suçlardan ayıran temel husus da bu ön yargı saikidir.⁴⁴⁷ Bu tanıma benzer bir tanım da 2012 yılında kurulan Nefret Suçları Yasa Kampanyası Platformu tarafından yapılmıştır. Buna göre nefret suçu, “*belirli ve ortak karakteristik özellikleri bulunan birey ve gruplara veya onların mülklerine yönelik önyargılarla işlenmiş suçları*” ifade eder.⁴⁴⁸ Platform; nefret suçlarının etnik, ulusal ve dini kimlik, cinsiyet, cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği temelli olmak üzere; sağlık durumu, zihinsel ya da fiziksel engellilik, toplumsal statü, siyasi veya felsefi görüş, eğitim durumu gibi özelliklere yönelik olarak gerçekleştirilen suçlar olduğunu belirtmiştir.⁴⁴⁹

Nefret suçunun iki önemli unsuru bulunmakla birlikte bunların ilki, ceza kanunlarında düzenlenmiş bir suç olmalı ve ikinci unsur olarak da bu suç ön yargı saikiyle işlenmelidir.⁴⁵⁰ Diğer bir ifadeyle, nefret suçunu hali hazırda ceza kanunlarında düzenlenmiş suçlardan ayıran temel unsur, bir suçun ön yargı saikiyle işlenmesidir. Yani fail korunan bazı özellikleri nedeniyle suç için bir hedef seçer.⁴⁵¹ Nefret suçunda hedef, bir veya daha fazla kişi yahut belirgin bir özelliği olup bir grup ile bağlantılı mal olabilir. Korunan özellikler ise, bir grup tarafından paylaşılan ve grup kimliğinin oluşması için vazgeçilmez olan ırk, dil, din, etnik köken, milliyet ve benzeri genel özellikleri ifade etmektedir. Örneğin, Roman kişilerin okuduğu bir okulun bölgenin yabancılardan temizlenmesi ve Romanlardan kurtulmak için ateşe verilmesi durumunda bir nefret suçu oluşur. Burada mevcut durum, nefret suçunun iki özelliğini de kapsamaktadır.

Burada özellikle belirtmek gerekir ki, nefret suçunda fail seçtiği hedefe herhangi bir kişisel husumet ya da nefret beslemese de suç oluşacaktır. Fail bu seçimini grup özelliklerini dikkate alarak yaptığından kişisel bir husumetinin olması

⁴⁴⁷HateCrimeLaws A Practical Guide, s. 16, <http://www.osce.org/odihr/36426?download=true> (10.05.2014).

⁴⁴⁸<http://imza.nefretme.org/nefret-suclari-yasasi-istiyorum/> (10.05.2014).

⁴⁴⁹<http://imza.nefretme.org/nefret-suclari-yasasi-istiyorum/> (10.05.2014).

⁴⁵⁰<http://www.legislationline.org/topics/topic/4>, (07.05.2014).

⁴⁵¹HateCrimeLaws A Practical Guide, s. 16.

gerekmez ve ayrıca fail hedefini yanlış da seçmiş olabilir.⁴⁵² Yani hedef seçilen kişinin özellikleri nedeniyle ön yargı beslenen gruba ait olması gerekmez. Örneğin, sinagogdan çıkan ve Yahudi olmayan bir turist kafilesine Yahudi diye saldırılması halinde de nefret suçu oluşacaktır.

Nefret suçu, nefret söylemi ve ayrımcılık ile karıştırılmaktadır. Ayrımcılık ve nefret söyleminde de ön yargılı saik mevcut olup bu ön yargılı saikin çıkarılması halinde ne ayrımcılıktan ne de nefret söyleminden bahsedilebilecektir.⁴⁵³ Diğer bir ifadeyle nefret söyleminde nefret saikine dayalı söylem gerçekleşmezse artık kişinin konuşmaları bu kapsamada değerlendirilemeyecektir. Yine 122'nci maddede düzenlenen nefret ve ayrımcılık suçunda, ayrımcılık suçun esasını oluşturmaktadır. Yani maddede belirtilen özelliklerden kaynaklanan nefret olmadığı sürece suç oluşmayacaktır. Oysaki nefret suçunda ön yargılı saik olmasa bile ortada yağma, hırsızlık, kasten öldürme, kasten yaralama gibi suçlar oluşacaktır.

Belirtmek gerekir ki nefret her suçta olabilir; ancak bir suçu nefret suçu yapan mağdura karşı bir ön yargı saikiyle hareket edilmesi ve suçta asıl hedefin mağdurun ait olduğu grup olmasıdır. Örneğin, bir kişinin rakibini ya da kendisine düşman bildiği birini ondan nefret ettiği için öldürmesi mümkündür; ancak bu durum suçu, nefret suçu olarak nitelendirmemiz sonucunu doğurmaz.

Yukarıda ifade edildiği gibi nefret suçlarında hedef alınan mağdurdan ziyade bu suçlarda oluşan zarar, fiziksel veya maddi zarardan öte bir zarar olup bu suçlarda asıl amaç gruba bir mesaj vermek ve topluluk içerisinde düşmanlık, korku ve şüphe oluşturmaktır.⁴⁵⁴ Diğer bir ifadeyle fail, nefret suçunu belirli tek bir kişiye karşı ya da belli bir gruba karşı işlemiş olsa da aslında bu kişi veya grubun ait olduğu geniş topluluğa zarar vermek istemektedir. Nefret suçları, toplumun farklı özellikler taşıyan üyeleri arasında uygulanması gereken eşitlik ilkesine de zarar

⁴⁵² Soykan, s. 47.

⁴⁵³ Asuman Aytekin İnceoğlu, Nefret Suçu Kavramı Ve Türk Ceza Hukukundaki Yeri, *Nefret Suçlarıyla Mücadele Konferansları Konuşma Metinleri*, Ankara 2010, s. 83.

⁴⁵⁴ Barbara Perry, *In the Name of Hate- Understanding Hate Crimes*, London 2001, s. 10.

vermektedir.⁴⁵⁵ Ayrıca bu suçların topluma etkisi diğer suçlara kıyasla daha fazladır. Bu nedenlerle, hukuk sistemi içerisinde ve özellikle ceza hukuku alanında, toplumsal barışın ve kamu düzeninin korunması amacıyla nefret suçlarının ve bu suçlarla orantılı olacak şekilde cezaların düzenlenmesi gerekmektedir.⁴⁵⁶

Türk Ceza Hukuku sisteminde nefret suçlarının durumunu tartışmadan önce karşılaştırmalı hukukta nefret suçlarının nasıl düzenlendiğini belirtmekte yarar bulunmaktadır.

AİHM, nefret suçlarına ilişkin olarak özel bir ceza hukuku mevzuatının zorunlu olmadığını belirtmekle birlikte, bu suçlarla mücadelede orantılı cezaların düzenlenmesi gerektiğini açıkça ifade etmektedir. Mahkeme; Secic – Hırvatistan davasında⁴⁵⁷ bu kuralı uygulamıştır. Kararda, devletlerin yetkili makamlarının şiddet içerikli olaylarda olayı araştırırken herhangi bir ırkçı saikle, ön yargı ya da nefretle hareket edilip edilmediğinin araştırılması konusunda ek bir görevlerinin olduğunu ifade etmiştir. Bu görevi yerine getirmede başarısız olunması ve şiddet ve vahşet içeren bu tür suçların diğer suçlar gibi olduğunun kabulünün temel hakların zarara uğratılmasına göz yumulması olarak değerlendirileceği belirtilmiştir.

Türkiye, AGİT üyesi olmakla birlikte AGİT üyesi diğer birçok devletin aksine nefret suçlarına ilişkin ceza hukuku mevzuatında kapsamlı bir düzenleme yapmamıştır. Ayrıca üye olmak için müzakere çalışmalarının yürütüldüğü Avrupa Birliği de Türkiye'yi eleştirmektedir. Nitekim Avrupa Birliği Komisyonu tarafından her yıl yayınlanan ilerleme raporlarında bu hususa yer verilmektedir.

2013 Yılı Türkiye İlerleme Raporu'nda kapsamlı bir ayrımcılıkla mücadele mevzuatı konusunda ilerleme kaydedilmediği ve mevcut yasal düzenlemenin AB müktesebatı ile uyumlu olmadığı, Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kurulunun Kurulmasına İlişkin Kanun Tasarısı'nın Başbakanlıkta beklediği, cinsel yönelime

⁴⁵⁵ Aytekin İnçoğlu, s. 85.

⁴⁵⁶ Sınar, s. 1272.

⁴⁵⁷ [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["Secic v Croatia"\],"sort":\["docnamesortAscending"\],"documentcollectionid":\["JUDGMENTS"\],"itemid":\["001-80711"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{) (13.05.2014).

veya cinsiyet kimliğine dayalı ayrımcılıkla ilgili ifadenin Tasarı'nın ilk taslağından çıkarıldığı ifade edilmiştir.⁴⁵⁸

Raporda LGBTI bireylere yönelik ayrımcılık, nefret saldırıları ve nefret söylemi üzerinde ayrıca durulmuştur.⁴⁵⁹ Buna göre, lezbiyen, eşcinsel, biseksüel, transseksüeller ve interseks bireylere (LGBTI) yönelik şiddetin devam ettiği, eşcinsellere karşı nefret saldırıları ve nefret söyleminin arttığı ifade edilmiş ve Türkiye'de LGBTI'lere yönelik on iki nefret cinayeti ile LGBTI'lere karşı bir kaç linç girişimi, işkence, tecavüz, kötü muamele, aile içi şiddet, taciz ve sanal saldırı vakasının rapor edildiği vurgulanmıştır. Bu olaylara ilişkin yapılan yargılamada haksız tahrik ilkesi yargı tarafından uygulanmış ve LGBTI'lere yönelik suç faillerinin cezalarında iyi hal nedeniyle indirimine gidildiği ifade edilmiştir. Bu nedenlerle, farklı cinsel yönelime veya cinsiyet kimliğine sahip kişilere karşı işlenen suçların soruşturulması ve kovuşturulması aşamalarındaki eksikliklerin, faillerin cezasız kalmasına yol açtığı yönünde endişelerin arttığı hususu vurgulanmıştır.

LGBTI bireylere yönelik ayrımcılık fiillerinin arttığı ifade edilmiş olup bu duruma ilişkin birçok örnek verilmiştir. Örneğin cinsel kimliklerini açığa vurmaları nedeniyle polisler, öğretmenler ve banka çalışanları işlerinden kovulmuştur. Lise ve üniversite öğrencilerinin, okuldan ayrılmaya zorlanma da dâhil olmak üzere, ayrımcılıkla karşılaştıkları rapor edilmiştir.⁴⁶⁰

Avrupa Birliği Komisyonu tarafından 2013 yılı İlerleme Raporu'nda ifade edilen eleştirilerin yanında olumlu bir açıklama Demokratikleşme Paketi olarak bilinen Temel Hak ve Hürriyetlerin Geliştirilmesi Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapan Kanun Tasarısı'na ilişkin olup bu tasarının kabulünün birçok özgürlük ve nefret ve ayrımcılığa karşı yerinde bir düzenleme olacağı ifade edilmiştir.⁴⁶¹ Söz konusu Tasarı 3 Mart 2014 tarihinde kabul edilmiş ve kanunlaşarak

⁴⁵⁸ Avrupa Komisyonu 2013 Yılı Türkiye İlerleme Raporu, s. 60, http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/2013_ilerleme_raporu_tr.pdf, (13.05.2014).

⁴⁵⁹ Avrupa Komisyonu 2013 Yılı Türkiye İlerleme Raporu, s. 60.

⁴⁶⁰ Avrupa Komisyonu 2013 Yılı Türkiye İlerleme Raporu, s. 60.

⁴⁶¹ Avrupa Komisyonu 2013 Yılı Türkiye İlerleme Raporu, s.6.

yürürlüğe girmiştir. Bu Kanun'un nefret suçlarına yönelik cezaları arttırması nedeniyle olumlu bir düzenleme olduğu ifade edilmiştir.

Raporda nefret suçlarına karşı özel bir mevzuat bulunmadığı belirtilmiş olup Türkiye'nin, azınlıkları veya benzer grupları hedef alan nefret söylemlerini ya da suçlarını engellemek ve cezalandırmak amacıyla sarf ettiği çabaları devam ettirmesi gerektiği ifade edilmiştir.⁴⁶²

Türkiye, AGİT'in bir üyesi olması ve Avrupa Birliği Komisyonunun raporlarına rağmen nefret suçları ile ilgili geniş bir düzenlemeye ceza hukuku mevzuatında yer vermiş değildir. Çalışma konusu nefret ve ayrımcılık suçu gerçek manada bir nefret suçu düzenlemesi olarak kabul edilemez. Bu anlamda nefret suçuna ilişkin yasal düzenlemeden kasıt, zaten var olan suçların ön yargı saikiyle işlenmesinin cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren nitelikli hal olarak yahut ayrı bir suç olarak ceza kanununda düzenlenmesidir.⁴⁶³ 6529 Sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle maddeye nefret ifadesi eklenilmiş ise de bu ifade ayrımcılık suçunda sınırlı sayıda belirtilen özelliklerden kaynaklanan nefreti kapsamaktadır. Ayrıca bu ibare ile ayrımcılık suçunun nefret saikiyle işleneceği hususu vurgulanmıştır.

Nefret ve ayrımcılık suçu ile birlikte TCK'da nefret ibaresine yer verilmiş olmakla birlikte nefretin tanımı yapılmamıştır. Bu hüküm dışında TCK 216'ncı maddede kin kavramına yer verilmiştir; ancak bu kavramı nefret olarak kabul etmek mümkün değildir.⁴⁶⁴ Belirtmek gerekir ki TCK'da nefret suçu düzenlemesine yer verilmemiş olup böyle bir düzenlemeye yer verilmesi halinde karşılaşılabilecek en büyük sorun suçun tanımına ilişkin olacaktır. Nitekim suçta ve cezada kanunilik ilkesi ceza hukukunun temel prensibidir.⁴⁶⁵

⁴⁶² Avrupa Komisyonu 2013 Yılı Türkiye İlerleme Raporu, s. 63.

⁴⁶³ Aytekin İnceoğlu, s. 88.

⁴⁶⁴ Hakan Hakeri, Türk Ceza Kanunu ve Nefret Suçu, *Nefret Suçuyla Mücadele Konferansları*, Ankara 2010, s. 101.

⁴⁶⁵ Hakeri, Nefret Suçu, s. 100.

G. Yaptırım

6529 Sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce, suçun yaptırımını altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası olarak belirlenmişti. Suç için seçimlik ceza öngörölmüş olup adli para cezasının alt ve üst sınırları belirtilmediğinden, bu husus genel hükümlere göre çözüme kavuşturulmaktaydı. Buna göre, adli para cezasının alt ve üst sınırı TCK 52'nci maddeye göre tespit edilmekteydi. TCK 52'nci maddede, "adli para cezası, beş günden az ve kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde yediyüzotuz günden fazla" olamaz denilmektedir.

Maddede öngörölen hapis cezası, kısa süreli olduğundan (TCK m.49/2) hâkimin hapis cezasını takdir etmesi halinde, kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlara çevrilmesi mümkündür. Ancak suç tanımında hapis cezası ile adli para cezasının seçenek cezalar olarak öngörölmesi nedeniyle, hâkim hapis cezasını tercih ettikten sonra, bunu artık adli para cezasına çeviremez (TCK m.50/2). Kısa süreli hapis cezasına seçenek diğere yaptırımlar açısından ise bir sınırlama söz konusu değildir.

6529 Sayılı Kanun ile suçun cezasının alt ve üst sınırı arttırılmış, seçenek olarak yer verilen adli para cezası da kaldırılmış, suç sadece hapis cezasının uygulanabileceğı bir suç olmuştur. Yeni hükme göre nefret ve ayrımcılık suçunu işleyen kimse bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Böylelikle suçun cezası arttırılmış olmaktadır.

H.Yargılama

Nefret ve ayrımcılık suçu şikâyete tabi bir suç değildir, suçun kovuşturması re'senyapılır. Eski düzenlemede suçun cezasının üst sınırı bir yıl olduğundan Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 10'uncu maddesi uyarınca yargılamayı yapmakla görevli mahkeme sulh ceza mahkemesi idi. Değişiklikle birlikte suçun cezasının üst sınırı üç yıl olduğundan artık yetkili mahkeme, ilgili Kanun'un 11'inci maddesi gereğince asliye ceza mahkemesidir.

SONUÇ

765 Sayılı TCK'da yer almayan nefret ve ayrımcılık suçu, ülkemizin uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülükleri nedeniyle 5237 sayılı TCK'da hürriyete karşı suçlar başlığı altında düzenlenmiştir. Kişilerin, söz konusu hüküm ile anayasal koruma altına alınan özellikleri nedeniyle bir kısım temel hak ve özgürlüklerden yararlanmasının hukuken geçerli olmayan nedenlerle engellenmesi suç olarak düzenlenmiştir.

Ayrımcılık yasağı, günümüzde insan hakları hukukunun temel konularından birini oluşturmaktadır. Uluslararası düzeyde birçok sözleşme ayrımcılık yasağı hükmü içermektedir. Birleşmiş Milletler, Avrupa Konseyi, Avrupa Birliği ve uluslararası örgütler artık insan hakları hukukunun temel ilkelerinden olan ayrımcılık yasağına ilişkin farklı hukuk dallarında düzenlemeler yapmaktadırlar. Ayrıca ayrımcılık yasağı ile bağlantılı ancak farklı bir kavram olan nefret suçuna ilişkin düzenlemeler de her geçen gün artmaktadır. Özellikle Amerika Birleşik Devletleri ve son yıllarda Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı bu konuda önemli çalışmalar yapmaktadır.

Ülkemizde de farklı hukuk dallarında ayrımcılık yasağına ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Ayrıca nefret ve ayrımcılık suçu ile ayrımcılık yasağına ilişkin ceza hukuku aracılığı ile koruma getirilmiştir. Nefret ve ayrımcılık suçu ile insan onuru, kişilerin eşit işlem görme hakkı, iş ve çalışma hürriyeti gibi pek çok değer koruma altına alınmıştır.

5237 Sayılı Kanun ile yürürlüğe giren ayrımcılık suçuna ilişkin 122'nci madde metninde yer alan "*kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak*" ifadesi suçta ve cezada kanunilik ilkesi kapsamında eleştirilmiştir. Bunun üzerine yapılan değişiklikte birlikte madde metninde yer alan söz konusu ifade "*dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle*" şeklinde değiştirilmiştir. Bu değişiklik ile birlikte nefret ve ayrımcılık suçunda korunan özellikler tahdidi olarak sayılmıştır. Yapılan değişiklik

isabetli olmakla birlikte ayrımcılık nedenlerinin her geçen gün arttığı ve farklılaştığı bir ortamda suçun kapsamınınbu kadar dar tutulması eleştirilmesi gereken bir husustur.Örneğin bir kimsenin HIV virüsü taşıması nedeniyle tedavi isteğinin reddedilmesi halinde ayrımcı bir muamele söz konusu iken nefret ve ayrımcılık suçu oluşmayacaktır. Yine cinsel yönelim, genetik özellikler ve sendika üyeliği nedeniyle kişinin ayrımcı muameleye maruz kalması halinde belirtilen özellikler maddede sayılmadığından söz konusu suç oluşmayacaktır.

Ayrımcılık yasağına ilişkin ceza hukukunda bir düzenlemeye yer vermek ifade özgürlüğü ve sözleşme özgürlüğüne müdahale edilmesi nedeniyle eleştirilmiş olsa da toplumsal ihtiyaçların böyle bir düzenlemenin yerinde olduğunu gösterdiğini düşünüyoruz. Kanunlarında ayrımcılık düzenlemesine yer veren ülkelere kıyasla TCK'da düzenlenen nefret ve ayrımcılık suçu, yürürlüğe girdikten sonra yapılan değişikliklere rağmen kapsamı dar ve farklı yorumlamalara yol açacak ve neticedekarışıklıklara neden olacak bir düzenlemedir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki farklı hukuk dalları açısından ispat yükü mağdur ve ayrımcı muameleyi yapan kişi arasında yer değiştirebilirken ceza hukuku açısından böyle bir durum mümkün değildir. Nitekim ceza hukukunun temel ilkelerinden sanığın korunması ve masumiyet karinesi göz önüne alındığında ve “iddia eden iddiasını ispatla mükelleftir” kuralı gereğince nefret ve ayrımcılık suçunun ispatı aşamasında güçlüklerle karşılaşılması muhtemeldir. Özellikle madde metnine eklenen “dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle” ibaresi ispatı daha da zorlaştırmıştır.Bu durum ayrımcılığa maruz kalan kişilerin hukuksal yollara başvurmasına da engel olabilecektir.

TCK 122'nci madde ile sadece doğrudan ayrımcılık suç olarak düzenlenmiş, ayrımcılığın diğer türleri ve güncel görünümleri koruma kapsamı dışında bırakılmıştır. Maddede herhangi bir nitelikli hale yer verilmemiştir. Maddede sayılan seçimlik hareketlerin kamu kurum ve kuruluşlarınca da gerçekleştirilmesi mümkündür. TCK birçok suç açısından suçun kamu görevlisi tarafından işlenmesinicezanın artırılmasını gerektiren nitelikli hal olarak düzenlemiştir. Nefret

ve ayrımcılık suçunda da böyle bir nitelikli hale yer verilebilir. Ancak belirtmek gerekir ki TCK 266'ncı maddede düzenlenen ve kamu görevlisi bakımından genel bir cezanın arttırılmasını gerektiren nitelikli hal olan görevi gereği olarak elinde bulundurduğu araç ve gereçlerin nefret ve ayrımcılık suçunun işlenmesi sırasında kullanılması halinde kamu görevlisi hakkında verilecek ceza üçte bir oranında arttırılacaktır.

Günümüzde ekonomik ve sosyal hayat dikkate alındığında nefret ve ayrımcılık suçunun tüzel kişinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle tüzel kişi yararına işlenmesi de mümkündür. Ancak TCK 1222'nci madde hükmünde suçun tüzel kişiler yararına işlenmesi haline yer verilmemiştir. Böyle bir düzenlemenin madde metninde yer almaması büyük bir eksikliklerdir.

Nefret ve ayrımcılık suçuna Türk Ceza Kanunu'nda yer verilmesi olumlu bir düzenlemedir. Ayrıca nefret ve ayrımcılık suçunun konu edildiği dava istatistiklerine bakıldığında yıllara göre bir artış göze çarpmaktadır. Ancak madde bu hali ile ayrımcılık yasağı ihlalleri ile etkili bir mücadelede yetersiz kalmaktadır.

KAYNAKÇA

- ACAR, Faruk; *Kira Hukuku Şerhi (TBK M. 299-312)*, İstanbul 2013.
- ACAR, Feride; “Kadınların İnsan Hakları Hukuku”, Bihterin Vural Dinçkol, İnsan Hakları Hukuku ve Kadın, (20-29), İstanbul 2003.
- ACAR, Feride; Türkiye’de Kadınların İnsan Hakları: Uluslararası Standartlar, Hukuk ve Sivil Toplum, http://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/Books/khuku/turkiyede_kadinlarin_insan_haklari_uluslararasi_standartlar.pdf (09.12.2014).
- Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu, Ankara 2005.
- AKILLIOĞLU, Tekin; “İrkçilikle Mücadele Yılı Üzerine Düşünceler”, *İnsan Hakları Merkezi Dergisi*, Cilt 3, S. 2, Nisan 1995, s. 14-18.
- AKIN, İlhan F.; *Temel Hak ve Özgürlükler*, İstanbul 1964, s. 108. İstanbul 2012.
- AKKAYA, Rukiye; “İnsan Hakları Bağlamında Eşitlik İlkesi ve Cinsiyet Ayrımcılığının Önlenmesine İlişkin Bazı Düzenlemeler”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Yıl 2, S. 7, Mart 2007, s. 123-131.
- AKSAR, Yusuf; *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I*, Ankara 2012.
- AKSOY DURSUN, Sanem; *Eşya Kavramı*, İstanbul 2012.
- AKTAN, Coşkun Can (edt.); *Haklar ve Özgürlükler Antolojisi*, Ankara 2000.
- ALACAKAPTAN, Uğur; *Suçun Unsurları*, Ankara 1970.
- ALGAN, Bülent; *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması*, Ankara 2007.
- ALTUN, Muammer; *Ayrımcılık Suçu*, s. 12, www.yoktez.gov.tr (25.12.2013).
- AYBAY, Rona; *Açıklamalı İnsan Hakları Evrensel Bildirisi*, Ankara 2006.
- ARSLAN ERTÜRK, Arzu; “Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kanunu Tasarı Taslağında Yer Alan Psikolojik Tacize İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 27, Eylül 2012, s. 47-55.

- ARSLAN, Yekbun Geylani; *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Bağlamında Ayrımcılık Yasası*, www.yoktez.gov.tr (31.03.2014).
- ARTUÇ, Mustafa; *Kişilere Karşı Suçlar*, Ankara 2008.
- ARTUK, M. Emin / GÖKÇEN, Ahmet / YENİDÜNYA, A. Caner; *TCK Şerhi – Özel Hükümler*, 3. Cilt, Ankara 2009.
- ARTUK, Mehmet Emin / ÇINAR, Ali Rıza; *Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler*, T. Ergül (edt), Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap Makaleler, Görüşler, Raporlar, Ankara 2004.
- ARTUK, Mehmet Emin / GÖKÇEN, Ahmet / YENİDÜNYA, Ahmet Caner; *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8. Baskı, Ankara 2014.
- ARTUK, Mehmet Emin; *Yeni Türk Ceza Kanununun Genel Hükümlerine İlişkin Düşünceler*, Yeni Türk Ceza Kanunu Sempozyumu, 5 Mart 2005, TCHD Yayını No: 7, s. 23-34.
- ASHFORD, Nigel; *Özgür Toplumun İlkeleri*, (çev. Can Madenci), 2. Baskı, Ankara 2011.
- ATASOY, Emin; *Rusya Federasyonu Sınırları İçinde Yer Alan Özerk Cumhuriyetlerin Etnocoğrafya Işığında Değerlendirilmesi*, s. 87, http://www.turkishstudies.net/Makaleler/839658157_4atasoyemin.pdf (13.11.2014).
- AYDOĞDU, Murat / KAHVECİ, Nalan; *Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, İzmir 2013.
- AYTEKİN İNCEOĞLU, Asuman; *Nefret Suçu Kavramı ve Türk Ceza Hukukundaki Yeri, Nefret Suçlarıyla Mücadele Konferansları Konuşma Metinleri*, Ankara 2010.
- BAKIRCI, Kadriye; *Uluslararası Hukuk, AB ve ABD Hukuku ile Karşılaştırmalı Çalışma Yaşamında Kadın Erkek Eşitliği Arayışı Cinsiyet Ayrımcılığı Yasası ve Türkiye*, 2. Bası, Ankara 2012.

- BAYRAKTAR, Köksal; “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Kişilere Karşı İşlenen Suçlar”, *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi*, Yıl 2, S. 5, Nisan 2005, Avukat M. Haldun Karacabey’e Armağan, s. 220-226.
- BELL, Mark; Advancing EU Anti-Discrimination Law: the European Commission’s 2008 Proposal for a New Directive, <http://www.equalrightstrust.org/ertdocumentbank/mark%20bell.pdf> (20.11.2014).
- BİLGİN, Mualla; İsveç Ülke Etüdü, s. 6, <http://www.ito.org.tr/itoyayin/0008062.pdf> (24.08.2014).
- BULUT, Nihat; *Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar*, İstanbul 2009.
- CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide / ÇAKMUT, Özlem; *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 7. Baskı, İstanbul 2011.
- CENTEL, Nur; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısı’nın Değerlendirilmesi, s. 273, bkz., <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2012-99-1160> (31.08.2014).
- CONNOLLY, Michael; *Townshend-Smith On Discrimination Law: Text, Cases and Materials*, 2. Baskı, London 2004.
- ÇAĞLAR, Selda; “Engelli Hakları Sözleşmesinde Ayrımcılık Yasağı ve Türkiye’nin Uyum Sorunu”, *TBB Dergisi*, Yıl 24, S. 96, Eylül – Ekim 2011, s. 149-178.
- ÇELİK, Nuri; *İş Hukuku Dersleri*, 26. Baskı, İstanbul 2013.
- ÇELİKEL, Aysel; “Sunuş Konuşmaları”, Bihterin Vural Dinçkol (Hazırlayan), *İnsan Hakları ve Kadın*, (5-8), İstanbul 2003.
- ÇİÇEKLİ, Bülent; *Yabancılar Hukuku*, 3. Baskı, Ankara 2012.
- DEMİR, Ahmet; *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı*, s. 13, www.yoktez.gov.tr (25.12.2013).
- DEMİRBAŞ, Timur; *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 9. Baskı, Ankara 2013.

- DEMREN DÖNMEZ, Burcu; “Ayrımcılık Suçu”, *TBB Dergisi*, S. 102, Eylül - Ekim 2012, s. 9-58.
- DÖNER, Ayhan; *İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi*, Ankara 2003.
- DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir; *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt I*, 14. Bası, İstanbul 1997.
- DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir; *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, Cilt II*, 12. Bası, İstanbul 1999.
- DÖNMEZER, Sulhi; *Toplumbilim*, 12. Bası, İstanbul 1999.
- EKİCİ ŞAHİN, Meral; *Ceza Hukukunda Rıza*, İstanbul 2012.
- EKMEKÇİ, Dilek; “Türk ve Fransız Ceza Kanunlarında Ayrımcılık Suçu”, *Legal Hukuk Dergisi*, Cilt 11, Yıl 2013, S. 129, s. 17 -41.
- EL-KASIM, Enis; Irkçılık ve Dünya Barışı, Siyonizm ve Irkçılık, *Atatürk'ün 100. Doğum Yılına Armağan*, Ankara 1982, s. 7-16.
- ERCAN, İsmail; *Ceza Hukuku Genel Hükümler – Özel Hükümler*, 6. Baskı, İstanbul 2011.
- ERSAN, Aykut; “Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik veya Aşağılama”, *TBB Dergisi*, Yıl 2014, S. 111, s. 77-106.
- EVİK, Ali Hakan; “Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçu”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl 5, S. 10, Güz 2006/2, s. 203-219.
- EVİK, Vesile Sonay; *Suçta İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu*, 2. Baskı, İstanbul 2011.
- GEMALMAZ, Mehmet Semih; *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, 2. Bası, İstanbul 1997.
- GOJAYEVA, Alvina; “Avrupa Biyotıp Sözleşmesi ve Türk Tıp Hukukuna Etkileri”, *Sağlık Hukuku Digestası*, Yıl 1, S. 1, Ankara 2009, s. 28- 69.

- GÖKCEN, Ahmet; Hürriyete Karşı Suçlar (5237 sayılı TCK. m. 106-122), s. 34, bkz., www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/117.doc (10.03.2014).
- GÖREGENLİ, Melek; Nefret Söylemi ve Nefret Suçları, M. Çınar (edt.), Medya ve Nefret Söylemi Kavramlar Mecralar Tartışmalar, (57-73), İstanbul 2013, s. 57.
- GÖREGENLİ, Melek; Temel Kavramlar: Önyargılar, Özcü İnançlar ve Ayrımcılık, M. Çınar (edt.), Medya ve Nefret Söylemi Kavramlar Mecralar Tartışmalar, (23-37), İstanbul 2013.
- GÖZE, Ayferi; *Liberal Marxiste Faşist Nasyonal Sosyalist ve Sosyal Devlet*, 6. Baskı, İstanbul 2010.
- GÖZE, Ayferi; *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, 12. Bası, İstanbul 2009.
- GÖZLER, Kemal; *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 14. Baskı, Bursa 2013.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref / GÖLCÜKLÜ, Feyyaz; *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin İnceleme ve Yargılama Yöntemi*, 10. Bası, Ankara 2013.
- GÜL, İdil Işıl / KARAN, Ulaş; *Ayrımcılık Yasağı Eğitim Rehberi*, G. Ayata/ B. Yeşilada (edt.), İstanbul 2011.
- GÜL, İdil Işıl / KARAN, Ulaş; *Ayrımcılık Yasağı, Kavram, Hukuk, İzleme ve Belgeleme*, B. Yeşiladalı, G. Ayata (edts), İstanbul 2011.
- GÜL, İdil Işıl; *Hukukta Ayrımcılık Yasağı*, K. Çayır/M. Ayan Ceyhan, (Derleyenler), *Ayrımcılık Çok Boyutlu Yaklaşımlar*, İstanbul 2012.
- GÜLMEZ, Mesut; *İnsan Hakları ve Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılığın Kaldırılması ve Türkiye*, Ankara, 2009.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper; *Borçlar Özel Hükümler Cilt- I*, İstanbul 2012.
- GÜNDÜZ, Aslan; *Milletlerarası Hukuk*, Reşat Volkan Günel (edt.), 6. Baskı, İstanbul 2013.
- GÜRLER, Cemalettin; "Nefret Suçları ve İş Hayatı", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 68, S. 2010/1, s. 259- 274.

- HAFIZOĞULLARI, Zeki / Özen, Muharrem; *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*, 3. Baskı, Ankara 2013.
- HAKERİ, Hakan; *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 17. Baskı, Ankara 2014.
- HAKERİ, Hakan; “Türk Ceza Kanunu ve Nefret Suçu”, Nefret Suçuyla Mücadele Konferansları, Ankara 2010, s. 100-107.
- HALL, Ronald E.; *An Historical Analysis of Skin Color Discrimination in America* Victimism Among Victim Group Populations, Newyork 2010.
- HARIS, David J. / O’BOYLE, Michael / BATES, Ed P. / BUCKLEY, Carla M. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, (çev. Mehveş Bingöllü Kılıcı, Ulaş Karan), Ankara 2013.
- HEINRICH, Bernd; *Ceza Hukuku Genel Kısım I*, Yener Ünver (edt.), (çev. Hakan Hakeri, Yener Ünver, Veli Özer Özbek, Özlem Yenerer Çakmut, Barış Erman, Koray Doğan, Ramazan Barış Atladı, Pınar Bacaksız, İlker Tepe), Ankara 2014.
- HEPER, Altan; *Kültürlerarası İlişki Bağlamında İnsan Onuru*, "Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar - V" Sempozyum İstanbul Barosu - HFSA Bildiriler / 2 (13-17 Eylül 2010, İstanbul), İstanbul 2012, s. 15-27.
- İÇEL, Kayıhan / ÖZGENÇ, İzzet / SÖZÜER, Adem / MAHMUTOĞLU, Faith S. / ÜNVER, Yener; *İçel Suç Teorisi*, 2. Kitap, İstanbul 1999.
- İÇEL, Kayıhan; *Ceza Hukuku Genel Hükümler II*, 5. Bası, İstanbul 2013.
- İNCEOĞLU, Sibel; “Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı Çerçevesinde Af, Şartla Salıverilme, Dava ve Cezaların Ertelenmesi”, *Anayasa Dergisi*, Cilt 18, Yıl 2001, s. 41-70.
- İNCEOĞLU, Sibel; “Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı”, *Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi*, S. 11, 2006/4, s. 45- 61.

- İNCEOĞLU, Yasemin; Tartışmalı Bir Kavram: Nefret Söylemi, M. Çınar (edt.),
Medya ve Nefret Söylemi Kavramlar Mecralar Tartışmalar, (75-92), İstanbul
2013.
- JACOBS, James B. / POTTER, Kimberly; *HateCrimes, CriminalLaw& Identity
Politics*, New York 1998, s. 11.
- KABOĞLU, İbrahim Ö.; *Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar*, 8. Baskı, İstanbul
2012.
- KABOĞLU, İbrahim Ö.; *Özgürlükler Hukuku*, 6. Baskı, Ankara 2002.
- KALABALIK, Halil; *İnsan Hakları Hukuku*, Ankara 2009.
- KARADENİZ, Serra; *Nefret Söylemi Kapsamında Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik
Suçu*, s. 9, www.yoktez.gov.tr (25.09.2014).
- KARAN, Ulaş; Nefret Suçlarından Ne Anlıyoruz, Ayşe Çavdar, Aylin B. Yıldırım
(edt.), Nefret Suçları ve Nefret Söylemi, İstanbul 2010.
- KARAN, Ulaş; “Ayrımcılık Yasağının Güncel Bir Biçimi Olarak İşyerinde Cinsel
Tacize Uğramama Hakkı”, *Güncel Hukuk*, Eylül 2012/ 9-105, s. 10-11.
- KARAN, Ulaş; “Bağlantılı ya da Dolayısıyla Ayrımcılık Yasağı”, *Güncel Hukuk*,
Ocak 2012/1-97, s. 10-11.
- KARAN, Ulaş; *Avrupa Birliği Ülkelerinde Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik Kurumları*,
Ankara 2009.
- KARAN, Ulaş; Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, S. İnceoğlu (edt.), İnsan Hakları
Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru
Kapsamında Bir İnceleme, Ankara 2013.
- KARAN, Ulaş; Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı: Hukuksal Çerçeve, K. Çayır/M.
Ayan Ceyhan, (Derleyenler), Ayrımcılık Çok Boyutlu Yaklaşımlar, (135-146),
İstanbul 2012.

- KARAN, Ulaş; Nefret Söylemi ve Yakından İlişkili Diğer Kavramlar: Ayrımcılık, Nefret Suçu ve Hakaret, M. Çınar (edt.), Medya ve Nefret Söylemi Kavramlar Mecralar Tartışmalar, (95-125), İstanbul 2013.
- KARAN, Ulaş; Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği”, *TBB Dergisi*, Yıl 20, S. 73, Kasım- Aralık 2007, s. 154.
- KARATAŞ, Kasım; Özürlülere Yönelik Ayrımcılık ve Ayrımcılıkla Savaşım, <http://www.sosyalhizmetuzmani.org/ozurluayrim.htm> (02.07.2014).
- KATOĞLU, Tuğrul; “Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi”, *AÜHFD*, Cilt 55, Yıl 2006, S. 1, s. 157- 193.
- KATOĞLU, Tuğrul; *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, Ankara 2003.
- KILIÇOĞLU, Mustafa; “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Egemen Olan İlkeler ve Ayrımcılık Yasağı”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, Cilt 9, Yıl 2012, S. 36, s. 37-58.
- KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Ankara 2013.
- KORKUT, Levent; *Ayrımcılık Karşıtı Hukuk*, Ankara 2009.
- KUNTER, Nurullah; *Suçun Maddi Unsurlar Nazariyesi*, İstanbul 1954.
- KÜÇÜKYALÇIN, Arzu; “Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması”, *AÜHFD*, Cilt 53, Yıl 2004, S. 1-4, s. 101-124.
- MALKOÇ, İsmail; *Açıklamalı Türk Ceza Kanunu*, 2. Cilt, Ankara 2013.
- MARTIN, David, *Discrimination Law and Employment Issues Avoiding the Pitfalls in: Age, Disability, Gender, Race, Religion, Sex and Sexual Orientation*, London 2006.
- MEMİŞ, Pınar; “Ayrımcılık Suçunun Özürlüler Bakımından Değerlendirilmesi”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2009/2, s. 65-78.

- MOON, Gounghée; *Pozitif Ayrımcılık*, s. 1, www.yoktez.gov.tr (25.12.2013).
- MERAN, Necati; *Yeni Türk Ceza Kanununda Kişilere Karşı Suçlar*, 2. Baskı, Ankara 2008.
- NARMANLIOĞLU, Ünal; *İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri*, 2. Baskı, İstanbul 2013.
- ODMAN, Tefvik; *Çocuk Hakları Bağlamında Çocuk Mülteciler*, Tarsus 2008.
- ONARAN YÜKSEL, Melek; *Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Kadın – Erkek Eşitliği*, İstanbul 2000.
- ÖDEN, Merih; *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi*, Ankara 2003, s. 20.
- ÖNDER, Ayhan; *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Cilt 2, İstanbul 1989.
- ÖZBEK, Veli Özer / KANBUR, M. Nihat / DOĞAN, Koray / BACAKSIZ, Pınar / TEPE, İlker; *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 4. Baskı, Ankara 2012.
- ÖZBEK, Veli Özer; *TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı Cilt 1, 3.* Baskı, Ankara 2006.
- ÖZDAMAR, Demet; *Cedaw Sözleşmesi*, Ankara 2009.
- ÖZDEK, Yasemin; *Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye*, 2004.
- ÖZDEMİR, Erdem; “İşyerinde Cinsel Taciz”, *Çalışma ve Toplum*, 2006/4, s. 83-96.
- ÖZGENÇ, İzzet; *Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik*, İstanbul 1996.
- ÖZGENÇ, İzzet; *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi Genel Hükümler*, 2. Baskı, Ankara 2005.
- ÖZTÜRK, Bahri / ERDEM, Mustafa Ruhan; *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 13. Baskı, Ankara 2013.
- ÖZTÜRK, Mehmet Onat; *İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu*, İstanbul 2006.
- PAZARCI, Hüseyin; *Uluslararası Hukuk*, 11. Bası, Ankara 2012.
- PERRY, Barbara; *In the Name of Hate- Understanding Hate Crimes*, London 2001.
- PORZIG, Walter; *Dil Denen Mucize*, (çev. Prof. Dr. Vural Ülkü), Ankara 1995.
- REİSOĞLU, Safa; *Uluslararası Boyutuyla İnsan Hakları*, İstanbul 2001.

- Reports of Human Rights Committee Volume I, New York 1990.
- RUHİ, Muhammet Emin; *İnsan Hakları Hukuku Bağlamında Irk Ayrımcılığı Politikaları ABD ve Güney Afrika Cumhuriyeti Örnekleri*, 2. Baskı, Ankara 2013.
- SERGEANT, Malcolm (edt); *Discrimination Law*, Essex 2004.
- SEVÜK, Handan Yokuş; “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları”, *TBB Dergisi*, S. 57, 2005, s. 243- 282.
- SHIVELY, Michael; Study of Literature and Legislation of Hate Crime in America, s. 2, <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/grants/210300.pdf> (07.12.2014).
- SINAR, Hasan; “Türk Hukukunda Nefret Suçlarına İlişkin Yasal Düzenleme Çalışmaları”, *T.C Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan*, Yıl 2013, Cilt 19, S. 2, s. 1272.
- SİRMEN, A. Lale; *Eşya Hukuku*, Ankara 2013.
- SOYKAN, Tankut Taşkın; “Nefret Suçu Kavramı”, Nefret Suçlarıyla Mücadele Konferansları Konuşma Metinleri, Ankara 2010.
- SÖZÜER, Adem; *Suçta Teşebbüs*, İstanbul 1994.
- STREISSGUTH, Tom; *Hate Crimes*, New York 2003.
- SÜZEK, Sarper; “İşverenin Eşit Davranma Borcu”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 12, Aralık 2008, s. 24-38.
- ŞEN, Ersan; “Yeni Türk Ceza Kanununun 115. ve 122. Maddelerine İlişkin Bir Değerlendirme”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt 79, S. 2005/2 Mart – Nisan, s. 359-364.
- ŞEN, Ersan; Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar, Yeni Türk Ceza Kanunu Sempozyumu, 5 Mart 2005, TCHD Yayını No: 5, s. 85-99.
- ŞEN, Ersan; *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu Cilt I*, İstanbul 2006.
- ŞENEL, Alaaddin; “Eşitlik Kavramı ve Tarihsel Gelişimi”, *Yavuz Abadan’a Armağan*, Ankara 1969, s. 241-268.

- TANAY, Gizem; *Ayrımcılık Suçu*, www.yoktez.gov.tr (25.03.2014).
- TANER, M. Tahir; *Ceza Hukuku Umumi Kısım*, İstanbul 1949.
- TANÖR, Bülent / YÜZBAŞIOĞLU, Necmi; *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 12. Baskı, İstanbul 2012.
- TANÖR, Bülent; *Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası*, İstanbul 1969.
- TAPAN, Mehmet Nuri; “Avrupa Birliği (AB) Hukukunun Kaynakları ve Ulusal Hukuka Etkileri Avrupa Adalet Divanı”, *TBB Dergisi*, 1998/3, s. 971- 1020.
- TAŞKIN, Ahmet; “Mobbingin Benzer Kavramlardan Farkı”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 28, Aralık 2012, s. 57 -71.
- TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / ÖNOK, R. Murat; *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 8. Baskı, Ankara 2012.
- TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / SANCAKDAR, Oğuz / ÖNOK, Rifat Murat; *İnsan Hakları El Kitabı*, 4. Baskı, Ankara 2011.
- TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / SANCAKDAR, Oğuz; *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, 2. Baskı, Ankara 2004.
- TINAZ, Pınar / BAYRAM Fuat / ERGİN, Hediye; *Çalışma Psikolojisi ve Hukuki Boyutlarıyla İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)*, İstanbul 2008.
- TINAZ, Pınar; “İşyerinde Psikolojik Taciz: Mobbing”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, S. 10, 2006/3, s. 13-28.
- TOPARLI, Recep / KARATAŞ, Turan / VURAL, Hanifi; *Türk Dili*, 3. Baskı, Sivas 1996.
- TOROSLU, Nevzat; *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu*, Ankara 1970.
- TORUN UZUN, İsra; “Yaşa Dayalı Ayrımcılığa İlişkin Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararı”, *Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi*, Yıl 2, S. 4, Ocak 2012, s. 91-106.
- TUNCAY, A. Can; *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi*, İstanbul 1982.

- UYAR, Lema; *Birleşmiş Milletlerde İnsan Hakları Yorumları: İnsan Hakları Komitesi ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi 1981-2006*, İstanbul 2006.
- UYGUN, Oktay; “Nefret İfadesi ve İfade Özgürlüğü, İHEB’in 60. Yılında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunları”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2008/1, s. 7-25.
- ÜNVER, Yener; “Ceza Hukuku Açısından Mobbing, Stalking ve Cinsel Taciz Eylemleri”, *CHD*, Yıl 4, S. 11, Aralık 2009, s. 101-127.
- ÜNVER, Yener; Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi’nin Türk Hukuku’na Etkileri, http://www.medeniyet.edu.tr/KASIM_2005_KHUKA_avrupa_biyo-hukuk_sozlesmesinin_turk_hukukuna_etkileri.html (21.11.2014).
- ÜNVER, Yener; *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Ankara 2003.
- ÜZÜLMEZ, İlhan; “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Hürriyet Aleyhine İşlenen Suçlar”, *Kazancı Hukuk, İşletme Maliye Bilimleri*, S. 5, s. 93-113.
- WEIWEI, Li; *EqualityandNon-Discrimination Under International Human RightsLaw*, Norway 2004.
- WHITE, Kenneth R.; Scourge of Racism: Genocide in Rwanda, s. 473, <http://www.sagepub.com/jandt6estudy/study/chapters/13/White.pdf> (25.09.2014). WOODHEAD, Linda / CATTO, Rebecca; ‘Religionorbelief’: IdentifyingIssuesandPriorities, bkz., http://www.equalityhumanrights.com/uploaded_files/research/research_report_48__religion_or_belief.pdf (17.05.2014).
- YALÇIN SANCAR, Türkan; *Türklüğü, Cumhuriyeti, Meclisi, Hükümeti, Adliyeyi, Bakanlıkları, Devletin Askeri Ve Emniyet Muhafaza Kuvvetlerini Alenen Tahkir Ve Tezyif Suçları*, 2. Baskı, Ankara 2006.
- YAŞAR, Osman / GÖKCAN, Hasan Tahsin / ARTUÇ, Mustafa; *Türk Ceza Kanunu*, 3. Cilt, 2. Baskı, Ankara 2014.

YENİDÜNYA, A. Caner; “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Ayırmıcılık Suçu”,
Çalışma ve Toplum, 2006/4, s. 97 -106.

YENİSEY, Kübra Doğan; “İş Kanunu’nda Eşitlik İlkesi ve Ayırmıcılık Yasağı”,
Çalışma ve Toplum, 2006/4, s. 63- 82.

YILDIZ, Gaye Burcu; “Türk İş Hukukunda Özürlülük ve Sağlık Durumuna Dayalı
Ayırmıcılık Yasağı”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 10, Haziran 2008, s. 80.

Amnesty International, Because of Who I am Homophobia,
TransphobiaandHateCrimes in Europe, Eylül 2013, s. 3.

İNTERNET KAYNAKLARI

Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı, Avrupa Konseyi, 2010, http://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_non_discrim_law_TUR.pdf (06.06.2014).

Avrupa Komisyonu 2013 Yılı Türkiye İlerleme Raporu, s. 60, http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/2013_ilerleme_raporu_tr.pdf, (13.05.2014).

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

Combating Discrimination on Grounds of Sexual Orientation or Gender Identity Council of Europe Standards, s. 7, http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Publications/LGBT_en.pdf (26.08.2014).

Comparative study of anti-discrimination and equality laws of the US, Canada, South Africa and India, s. 15, http://ec.europa.eu/justice/discrimination/files/comparative_study_ad_equality_laws_of_us_canada_sa_india_en.pdf (17.11.2014).

Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin, madde 2-2-a, <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0043:en:HTML>, (12.03.2014)

Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, madde 2-2-a, <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0078:en:HTML>, (12.03.2014).

Council Directive 2004/113/EC, of 13 December 2004, Implementing the Principle of Equal Treatment between Men and Women in the Access to and Supply of Goods and Services, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:373:0037:0043:en:PDF> (12.03.2014).

Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (recast), made 2-1-a, <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:204:0023:0036:en:PDF> (12.03.2014).

European Anti-Discrimination Law Review, July 2014, Issue 18.

Explanatory Report of the Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/164.htm> (23.08.2014).

Handbook on European Non-Discrimination Law, http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1510-FRA-CASE-LAW-HANDBOOK_EN.pdf (10.04.2014).

Hate Crime Laws a Practical Guide, <http://www.osce.org/odihr/36426?download=true> (10.05.2014).

Hate Crimes in the Osce Region: Incidents and Responses Annual Report for 2012. <http://www.osce.org/who/history> (10.05.2014).

<http://aihm.anadolu.edu.tr/> (19.05.2014).

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=164&CM=&DF=&CL=ENG> (23.08.2014).

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=177&CM=7&DF=23/08/2014&CL=ENG> (28.08.2014).

http://ec.europa.eu/eu_law/introduction/what_directive_en.htm (13.08.2014).

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0078:en:HTML> (12.03.2014).

http://europa.eu/about-eu/countries/index_en.htm (18.06.2014).

http://hakanyilmaz.info/yahoo_site_admin/assets/docs/HYilmaz-Otekilestirme-02-%C4%B0%C3%A7erikselRapor.188160919.pdf (02.07.2014).

[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["Secic v Croatia"\],"sort":\["docnamesortAscending"\],"documentcollectionid2":\["JUDGMENT S"\],"itemid":\["001-80711"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{) (13.05.2014).

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57525> (16.04.2014).

[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-84571#{"itemid":\["001-84571"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-84571#{) (25.05.2014).

<http://imza.nefretme.org/nefret-suclari-yasasi-istiyorum/> (10.05.2014).

http://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/data/Opuz_-_Turkiye_Karari_AIHM.pdf (02.07.2014).

http://lawcommission.justice.gov.uk/areas/hate_crime.htm (03.11.2014).

http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=6&DocTypeID=11 (30.08.2014).

<http://ukhumanrightsblog.com/2010/01/18/the-grainger-case-a-double-edged-sword-for-climate-change-campaigners/> (17.05.2014).

<http://www.abc.net.au/news/2013-05-30/riseman-racial-slurs-have-a-history/4722082> (26.06.2014).

<http://www.abgm.adalet.gov.tr/ekutuphane/AVRUPA%20B%C4%B0RL%C4%B0%C4%9E%C4%B0%20HUKUKUNUN%20KAYNAKLARI.pdf> (13.08.2014).

<http://www.abgs.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf> (13.08.2014).

http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/ist_arsiv_2.html (20.08.2014).

<http://www.aedh.eu/Council-Directive-2000-78-EC.html> (17.08.2014).

http://www.ambafrance-pk.org/IMG/pdf/halde_ag.pdf (20.06.2014).

<http://www.apa.org/pi/lgbt/resources/sexuality-definitions.pdf> (18.04.2014).

http://www.bbc.co.uk/turkce/haberler/2014/04/140407_ruanda.shtml (25.09.2014).

<http://www.britannica.com/EBchecked/topic/488030/race> (17.04.2014).

<http://www.bumko.gov.tr/Eklenti/2843,amsterdamtrpdf.pdf?0> (13.08.2014).

http://www.ccbh.ba/public/down/USTAV_BOSNE_I_HERCEGOVINE_engl.pdf
(31.05.2014)

<http://www.cocukhaklarizleme.org/chs-bireysel-basvuru-protokolu-14-nisan-2014-itibariyle-yururluge-girdi> (19.08.2014)

<http://www.creativespirits.info/aboriginalculture/people/racism-in-aboriginal-australia> (26.06.2014).

<http://www.ferris.edu/Jimcrow/what.htm> (04.12.2014).

<http://www.government.se/content/1/c6/02/77/77/cb79a8a3.pdf> (24.08.2014).

http://www.ihop.org.tr/index.php?option=com_content&task=view&id=125
(30.08.2014).

http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---migrant/documents/publication/wcms_201429.pdf (20.06.2014).

<http://www.kaosgl.com/sayfa.php?id=13001> (18.04.2014).

<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr> (01.06.2014).

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/section/4> (17.05.2014).

<http://www.legislationline.org/topics/country/7/topic/10/subtopic/37> (13.11.2014).

<http://www.leymann.se/English/12100E.HTM> (08.08.2014).

http://www.loc.gov/lawweb/servlet/lloc_news?disp3_1205402682_text (04.09.2014).

<http://www.non-discrimination.net/content/country-context-1> (24.08.2014).

<http://www.non-discrimination.net/content/media/FR-119-Residence.pdf>
(17.08.2014)

<http://www.ohchr.org/en/hrbodies/ccpr/pages/ccprindex.aspx> (25.06.2014).

<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CEDAW/Pages/Introduction.aspx> (31.08.2014).

<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CESCR/Pages/CESCRIndex.aspx> (30.08.2014).

<http://www.osce.org/what/tolerance> (10.05.2014).

<http://www.oxforddictionaries.com/definition/english/Negro> (07.12.2014).

<http://www.pureemploymentlaw.co.uk/2011/05/19/what-is-a-philosophical-belief/>
(17.05.2014).

http://www.radikal.com.tr/spor/emrenin_irkciligi_kesinlesti-1217521 (07.12.2014).

<http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/03/20110319.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/03/20110319.htm> (08.08.2010).

http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=139102 (19.08.2014).

http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/Tutanak_B_SD.birlesim_baslangic_yazici?P4=22107&P5=H&page1=1&page2=153 (07.03.2014).

<http://www.tbmm.gov.tr/komisyoin/insanhaklari/pdf01/137-160.pdf> (11.12.2014).

http://www.tbmm.gov.tr/komisyoin/kefe/docs/komisyoin_rapor_no_6.pdf
(08.08.2014).

<http://www.theguardian.com/world/2007/mar/01/usa.edpilkington> (07.12.2014).

<http://www.un.org/disabilities/countries.asp?navid=12&pid=166> (19.05.2014).

<http://www.un.org/documents/ga/res/36/a36r055.htm> (18.02.2014).

<http://www.unicef.org.tr/basinmerkezidetay.aspx?id=2135> (26.06.2014).

<http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/28697-05.pdf> (03.07.2014).

<http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0745.pdf> (19.04.2014).

https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV4&chapter=4&ang=en (10.09.2014).

<https://www.gov.uk/discrimination-your-rights/types-of-discrimination> (04.11.2014).

<https://www.humanrights.gov.au/guide-australias-anti-discrimination-laws>
(26.06.2014).

İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Çözüm Önerileri Komisyon Raporu, Nisan 2011, http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/docs/komisyon_rapor_no_6.pdf, (08.08.2014), s. 5.

Non- Discrimination in International Law a HandbookforPractitioners, <http://www.interights.org/handbook/index.html> (10.02.2014).

Office of the High Commissionerfor Human Rights in Cooperationwiththe International Bar Association, Human Rights in the Administration of Justice: A Manual on Human RightsforJudges, ProsecutorsandLawyers, New York andGeneva, 2003, s. 633, <http://www.ohchr.org/documents/publications/ training9titleen.pdf> (20.09.2014).

The Right toEqualityandNon-Discrimination in the Administration of Justice, s. 634, <http://www.ohchr.org/documents/publications/training9chapter13en.pdf> (20.09.2014).

Türk Dil Kurumu Resmi Web Sitesi, <http://www.tdk.gov.tr> (13.04.2014).

www.kazanci.com (07.07.2014).