

NEFRET VE AYIRIMCILIK SUÇU¹ (m. 122)

(Yenidünya, A. Caner, “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Ayırıcılık Suçu”, (Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, Sayı:4, 2006, s.97-115 isimli çalışmanın bir derlemesidir)

I. GENEL BİLGİLER

Nefret ve ayırıcılık suçu, TCK.’nın 122’nci maddesinde; “(1) *Dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasî düşünce, felsefî 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 ile cezalandırılır”* şeklinde düzenlenmiştir. Madde, 6529 sayılı Kanun’un 15 inci maddesiyle değişikliğe uğramış ve bugünkü halini almıştır². 6529 sayılı Kanun ile, maddede sayılan ayrımlar arasına “milliyet” de dahil edilmiş, bunun yanında maddeden “ve benzeri sebepler” ibaresi çıkarılarak, kişiler arasında farklılık oluşturan konular kanunilik unsuruna uygun tarzda sınırlandırılmıştır. Buna göre, insanlar arasında maddede sayılanlara benzer farklılıklara dayalı olarak yapılan ayırıcılığın, bu suç kapsamında mütalaa edilemeyeceği ifade edilmelidir. Ayrıca, 6526 sayılı Kanun’la ayırıcılığın, insanlar arasındaki söz konusu farklılıklardan kaynaklanan nefret nedeniyle yapılması aranmıştır.

765 sayılı TCK.’da karşılığı bulunmayan söz konusu hüküm³, 1982 Anayasası’nın 10 uncu maddesindeki “eşitlik” prensibi ve ayırıcılık yasağı çerçevesinde, bireylerin bir takım hak ve özgürlüklerini korumaktadır⁴. Esasen

¹ TCK.’nın 122’nci maddesinin “Ayırıcılık” olan başlığı, 02.03.2014 tarih ve 6529 sayılı Kanun’la “Nefret ve Ayırıcılık” olarak değiştirilmiştir.

² Değişikliğe ilişkin gerekçede; “...Madde başlığında yapılan değişiklikle, ayırıcılık ibaresinin yanında nefret ibaresine yer verilmiştir. Böylece söz konusu suçun nefrete dayalı ayırıcılık olduğuna vurgu yapılmıştır. Ayırıcılık suçunun tanımlandığı maddede değişiklik yapılarak ayırıcılık sebepleri ile Kanunun özellikle 3’üncü maddesinde yer verilen sebepler arasında ahengin sağlanması amaçlanmıştır. Keza bu değişiklikle, ayırıcılığın dayandığı sebepler tadadı ve tahdidi olarak belirlenmiştir. Çeşitli kanunlardaki suç tanımlarında yer verilen “gibi” ibaresi ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesinin ceza hukukunun güvence fonksiyonlarından birini oluşturan belirlilik ilkesine vurgu yaparak verdiği iptal kararları ve bu kararlardaki gerekçeler göz önünde bulundurularak madde metninde ayırıcılık nedenleri bağlamında yer verilen “ve benzeri sebeplerle” ibaresi madde metninden çıkarılmıştır. Bu suretle söz konusu suç, ancak doğrudan kastla ve nefret saikiyle işlenebilen bir suç olarak tanımlanmıştır. Yapılan bu değişiklikle, söz konusu suçu oluşturan seçimsel hareketler, tekrarlara yer vermeyecek, birbirleriyle uyumlu olabilecek ve kıyasa yol açmayacak şekilde, yeniden sayılmıştır..” denilmektedir.

³ Doktrinde böyle bir suç tipine yasada ihtiyaç bulunmadığı ifade edilmiştir. Buna göre, devletin ayırıcılık yasağı altında özel hukuk ilişkilerine müdahale etmesi yerinde değildir. Ayrıca toplumumuzda böyle bir suçun varlığına ihtiyaç da yoktur. Ayırıcılık yapmaması ve bireyler arasında eşitlik prensibini gözetmesi gereken devlet ve bu kapsamda kamu kurum ve kuruluşlarıdır. Bunun dışında bireyler bakımından TCK.’nın 216’ncı maddesinin düzenleme amacı ve mantığını aşan bir ayırıcılık suçu kabul edilmemelidir. Bkz. **Şen, Ersan**, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt:1, (Madde 1-Madde 140) İstanbul 2006, s.510 vd.

⁴ Bkz. **Meran, Necati**, Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2005, s.420.

bizatihi eşitlik ve ayırmacılığa maruz kalmamanın kişiler bakımından bir temel hak ve özgürlük olduğu da söylenebilir⁵.

II. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Eşitlik ilkesi, kişileri keyfi muameleye karşı koruyan, demokrasi ve hukuk devletinin önemli unsurlarından biridir⁶. Ayrıca Anayasa'nın genel esasları arasında düzenlenmesi itibarıyla, anayasal bir buyruk olarak devletin tüm kuruluşlarının uyması gereken temel prensiplerdendir⁷. Bu bakış açısıyla, 122 nci maddenin devletin bu görevlerini ve hukuk devleti olma idealini sağlamak yönünde bir hukuki yararı koruduğunu belirtmek mümkündür.

Eşitliğin, vatandaşlara tanınmış bir hak olarak ele alınması da mümkündür⁸. Zira eşitlik, bu ilkedен yararlanıanlar açısından "eşit işlem görme ya da ayırım gözetilmemesini isteme hakkını" doğurmaktadır⁹. Bu anlamda inceleme konusu suç tipi, bireylerin eşit işlem görme hakkını korumaktadır¹⁰. Yasa koyucunun ayırmacılık suçuna hürriyete karşı suçlar arasında yer vermiş olmasının temel sebeplerinden biri de budur.

Bu suçla korunan hukuki değeri belirleme açısından, "eşitlik" kavramından kısaca bahsetmek gerekir.

Eşitlik; genel anlamda eşit paylaşımı ya da eşit davranışı; haklar yönünden insanlar arasında ayırım bulunmamasını ifade eder¹¹. Ancak bu, mutlak eşitlik değildir. İnsanlar, içinde buldukları durumları, özellikleri ve ihtiyaçları açısından farklılıklar taşır¹². Bu nedenle eşitlik, aynı durum ve şartlara sahip kimselerin; haklarda ve ödevlerde, yararlar ve yükümlülüklerde, yetkilerde ve sorumluluklarda aynı kategoride değerlendirilmelerini gerektirir¹³. Nitekim Antik

⁵ TCK'nın "adalet ve kanun önünde eşitlik ilkesi" başlıklı 3üncü maddesinde de; "(1) Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur.

(2) Ceza kanununun uygulamasında kişiler arasında, ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, siyasal veya diğer fikir yahut düşünceleri, felsefi inanç, millî veya sosyal köken, doğum, ekonomik ve diğer toplumsal konumları yönünden, ayırım yapılamaz ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınmaz" denilmek suretiyle, ceza kanununun tatbikinde ayırmacılık yasağı hükmü bağlanmıştır. Benzer düzenlemeye mukayeseli hukukta Rus Ceza Kanunu'nun 4'üncü maddesinde rastlanmaktadır. Bkz. Strafgesetzbuch der Russischen Föderation. Angenommen von der Staatsduma am 24.5.1996 Gebilligt vom Föderationsrat am 5.6.1996 (deutsche Übersetzung von Friedrich-Christian Schroeder-Thomas Bednarz) Freiburg im Breisgau 1998. Hükmün eleştirisi için bkz. **Toroslu, Nevzat-Ersoy, Yüksel**, "Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı", TBB. Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, (Editör: Teoman Ergül), Ankara 2004, s.8; **Bayraktar, Köksal**, "Türk Ceza Kanunu Tasarısı'na İlişkin Genel Bir Değerlendirme ve Genel Hükümler Üzerine Birkaç Eleştiri", TBB. Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, (Editör: Teoman Ergül), Ankara 2004, s.24 vd.

⁶ **İnceoğlu, Sibel**, "Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayırmacılık Yasağı Çerçevesinde Af, Şartla Salıverme, Dava ve Cezaların Ertelenmesi", Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi'nin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, (25-26 Nisan 2001), C.:18, Ankara 2001, s.47. Anayasa Mahkemesi de çeşitli kararlarında; "Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal bir hukuk devleti olduğu açıkça belirtilmiştir. Hukuk devleti olmak, yönetilenlere hukuk güvencesini sağlar. Bu güvence, yasama, yargı ve yürütme organlarının tüm işlemlerinin hukuk kuralları içinde kalması ile gerçekleşebilir. Hukuk devletinin öğeleri arasında, yasaların kamu yararına dayanması ve eşitlik ilkesi vardır." diyerek bu hususu vurgulamıştır. AYM'nin 6.6.1991 T., 1990/35 E., 1991/13 K., sayılı kararı için bkz. AYMKD., S.:30, C.:1, Ankara 1995, s.5,6; AYM'nin 24.10.1991 T., 1991/39E., 1991/39 K. sayılı kararı için bkz. AYMKD., S.:31, C.:1, Ankara 1996, s.117,118.

⁷ **Özbudun, Ergun**, Türk Anayasa Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2002, s.137.

⁸ **Tanör, Bülent-Yüzbaşıoğlu, Necmi**, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul 2002, s.119; **Özbudun**, s.137.

⁹ **Özbudun**, s.137; ayrıca bkz. **Tuncay A.Can**, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul 1982, s.9.10.

¹⁰ Ayrıca bkz. **Meran**, s.420.

¹¹ **Aliefendioğlu, Yılmaz**, "Eşitlik İlkesi", Prof. Dr. İlhan Akın'a Armağan, İstanbul 1999, s.79.

¹² **İnceoğlu**, s.43,44; **Gosepath, Stefan**, Equality, in: <http://plato.stanford.edu/entries/equality> (18.09.2006); **Aliefendioğlu**, s.80.

¹³ **Aliefendioğlu**, s.80.

Yunan düşünürlerinden Aristo bu durumu; “eşitlere veya benzerlere eşit davranılması” şeklinde formüle etmiştir¹⁴.

Anayasanın 10 uncu maddesinde; *“Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.*

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

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

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.

*Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar*¹⁵ denilmektedir.

Bu düzenlemeden de anlaşıldığı üzere, eşitlik prensibinin içeriği esasen ayrımcılık yasağı ile doldurulmaktadır. Bu anlamda Anayasa'nın 10 uncu maddesinin 1 inci fıkrası ile TCK'nın 122'nci maddesi benzer bir sistemde kaleme alınmıştır. Bununla beraber 122'nci madde; “engelliliği” çekirdek haklar arasında zikretmiş ve bireylerin bu yönden de ayrımcılığa tabi tutulamayacağını açıkça belirtmiştir.

Böylece Anayasa eşitlik prensibini genel bir kural olarak kabul etmiş ve yasa koyucu da 122'nci maddede bu prensibe aykırı keyfi davranışların bazı tezahür şekillerini yaptırıma bağlamıştır. Eşitliğe aykırı davranış, yasada düzenlenen sebeplerle mülkiyet hakkı üzerinde tasarrufun, iş ve çalışma hakkının, kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi şeklinde gerçekleştiğinde ceza hukuku anlamında suç teşkil edecektir.

İnceleme konusu suçla korunan hukuki değeri; insanlar arasında hukukun izin vermediği nefrete dayalı ayrımlar yapılarak, bazı kişilerin yasaların sağladığı haklardan ve özgürlüklerden keyfi olarak yoksun bırakılmasının önlenmesi şeklinde belirtmek mümkündür¹⁶. Şu halde hüküm, bireylerin temel hak ve özgürlüklerini güvence altına almaktadır. Zira maddede belirtilen “insanlığın ortak mirası ile bağdaşmayan ilkel düşüncelerle”¹⁷, kişilerin iş ve çalışma, mülkiyet gibi özgürlükleri ihlal edilmektedir.

Son olarak belirtelim ki, inceleme konusu suç kamu barışını da koruyan bir nitelik arz etmektedir. Zira “ayrımcılık” teşkil eden hareketler, vatandaşlar arasında “bölücülük” yapılması anlamına da geleceğinden, burada bunun önlenmesi de amaçlanmaktadır¹⁸. 6529 Sayılı Kanun'la getirilen düzenleme ile ayrımcılığın “nefret” saikiyle yapılması aranmış, böylece toplumu oluşturan bireyler arasında belirli sebeplerle ortaya çıkan nefret hislerinin ve nefrete dayalı ayrımcılık fiillerinin önüne geçilmesi hedeflenmiştir.

¹⁴ Gosepath, Equality, in: <http://plato.stanford.edu/entries/equality> (18.09.2006).

¹⁵ 9.2.2008 tarih ve 5735 sayılı Kanun'un 1 inci maddesiyle bu fıkraya “bütün işlemlerinde” ibaresinden sonra gelmek üzere “ve her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında” ibaresi eklenmiş, bu ibare Anayasa Mahkemesi'nin 5.6.2008 tarih ve 16/116 sayılı kararı ile iptal edilmiştir.

¹⁶ Bkz. TCK.m.122'nin madde gerekçesi. Ayrıca bkz. Donay, Süheyl- Kaşıkçı Mahmut, Açıklamalı-Karşılaştırmalı-Gerekçeli 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ve Yürürlük Kanunu, İstanbul 2004, s.178; Üzülmöz, İlhan, “Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Hürriyet Aleyhine İşlenen Suçlar”, Kazancı, Sayı:5, Ocak-2005, s.111, 112.

¹⁷ Arslan, Çetin- Azizağaoğlu, Bahattin, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara 2004, s.557.

¹⁸ Ayrıca bkz. TCK.m.122'nin gerekçesi.

III. SUÇUN UNSURLARI

1. Maddi Unsurlar

A. Fiil

Ayrımcılık yasağı, keyfi ayrımlarla ilgili olarak anlaşılmalıdır. Örneğin, bir takım sosyal hakların aynı anda herkese tanınmaması ya da bazı kimselerin eşyanın tabiatından kaynaklanan nedenlerle birtakım hizmetlerden tam olarak yararlanamamaları ayrımcılık oluşturmaz¹⁹.

Bazı fiili eşitsizlikleri dengelemek ya da gidermek için getirilen ayrımlar ve farklı gruplara farklı statülerin uygulanması da eşitlik prensibine aykırı ve keyfi ayrımcılık sayılmaz. Zira bu ihtimalde, fiilen eşitsizlik durumunda bulunan ve korunması gereken gruba ayırım yaparak dengeleyici-koruyucu önlemleri almamak, eşitsizlikleri korumaktır. Bu nedenle “olumlu-pozitif ayrımcılığın” hukuka uygun olduğunu söylemek gerekir²⁰. Esasen bu halde, nefrete dayalı bir ayrımcılıktan da söz edilemez. Örneğin kadınlar için asgari çalışma kotaları konularak bu oranların güvenceye bağlanması ya da işyerlerinde hükümlü veya engelli çalıştırma yükümlülükleri klasik eşitlik anlayışını zedeler gibi gözükse de aslında fiili eşitsizlikleri gidermeye yönelik olumlu pozitif ayrımcılık tercihleridir²¹. Nefret saikiyle yapılmayan bu tür düzenlemeler veya tasarruflar, 122’nci madde kapsamında değerlendirilemez.

Anayasa Mahkemesi Anayasa’nın 10 uncu maddesiyle ilgili verdiği kararlarda belirttiğimiz bu hususlara yer vermiştir:

“... Hukuk Devleti’nin öğeleri arasında, yasaların kamu yararına dayanması ilkesi de vardır... Hukuk devletinin ana ilkelerinden birisi de eşitliktir. Sosyal hukuk devleti, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği yani gerçek adaleti ve böylece toplumsal dengeyi sağlamakla yükümlü devlet demektir. Hukuk devletinin amaç edindiği, kişiliğin korunması, toplumda sosyal güvenliğin sağlanması yolu ile gerçekleştirilebilir. Sözü edilen “sosyal hukuk devleti”, bireyin huzur ve refahını gerçekleştiren, güvence altına alan, adaletli bir hukuk düzeni oluşturup bunu sürdürmekle kendini yükümlü sayarak kişi ile toplum arasında denge kuran devlettir...”²².

“... Birtakım yurttaşların başka hükümlere bağlı tutulmaları, haklı bir nedene dayanmakta ise, böyle bir durumda kanun karşısında eşitlik ilkesinin çiğnenmiş olmasından söz edilemez. İnsanlar arasında yaradılış veya çalışma gücü veya sağlık bakımından veya nitelikçe buna eşit nedenler dolayısıyla pek çok ayırım bulunduğu apaçık bir gerçektir. Örneğin, bir kadınla bir erkeğin, sakat bir kimse ile sağlam bir kimsenin askerlik yükümü bakımından; bir zengin ile orta halli kimsenin belli bir vergi yükümü bakımından (...) başka başka hükümlere bağlı tutulmaları, eşitlik ilkesine aykırı olmaz; çünkü bu ayrı tutulma haklı nedenlerin sonucudur”²³.

¹⁹ Tanör-Yüzbaşıoğlu, s.119; Kaboğlu, İbrahim Ö., Özgürlükler Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2002, s. 21 vd.

²⁰ Bkz. İnceoğlu, s.49.

²¹ Tanör-Yüzbaşıoğlu, s.119.

²² AYMK.03.12.1992, 46/52, AYMKD., S.:31, C.:1, s.69,70.

²³ AYMK. 29.11.1966, 11/44 (Aliefendioğlu, s.82). Ayrıca bkz. AYMK 28.04.1983, 13/8, AYMKD S.:20, s.52; AYMK. 11.12.1986, 11/29, AYMKD S.:22, s.460

“...Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen kanun önünde eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme tabi tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasa karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle aynı durumda bulunan kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitlik ilkesinin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Durum ve konumlarındaki özellikler kimi kişiler ve topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilmektedir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasanın öngördüğü eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmaz. Nitelikleri ve durumları özdeş olanlar için yasalarla değişik kurallar konulamaz...”²⁴.

Anayasa Mahkemesine göre; kamu yararı ve haklı nedenin, “anlaşılabilir”, “amaçla ilgili”, “makul ve adil” olması gerekir. Buna göre; “getirilen düzenleme herhangi bir biçimde birbirini tamamlayan, birbirini doğrulayan ve birbirini güçlendiren bu üç ölçütten birine uymuyorsa, eşitlik ilkesine aykırı bir yön vardır denilebilir”²⁵.

Şu hâlde her somut olayda “keyfi ayırım”, “haklı neden” ölçütleri sorgulanmalıdır. İfade edelim ki; bu kıstasların anlamı sorgulanırken “insan onuruna saygı”, “eşit saygı görme hakkı”, “gereklilik”, “zorunluluk”, “işin özelliklerine ve ereklerine uygunluk”, “dengeli ve makul görülebilecek ölçütler”, “adaletli ve eşit ölçütler” gibi bazı ek kriterlerin de göz önünde tutulması gerekmektedir²⁶.

TCK.'nın 122'nci maddesinde de kişiler arasında yürürlükteki kanun ve diğer mevzuatın izin verdiği haller haricinde, kişiler arasında maddede sayılan farklılıklardan kaynaklanan nefret nedeniyle ayırım yapılarak, bireylerin hukukun sağladığı birtakım olanaklardan ve bazı temel hak ve özgürlüklerden yoksun hale getirilmeleri yaptırıma bağlanmıştır. Yukarıda verdiğimiz temel prensiplerin, bireyler arasındaki ilişkilerde de tatbik imkânı bulacağını ifade etmeliyiz.

Nefret ve ayrımcılık suçu, 122'nci maddede dört bent halinde sayılan davranışlardan her hangi birinin engellenmesiyle gerçekleşeceğinden, seçimlik hareketlidir. Failin, belirtilen nedenleri gözeterek engelleme hareketini gerçekleştirmesi aranır²⁷.

²⁴ AYMK. 18.06.2003, 373/67, RG.17.05.2006, Sy.:26171.

²⁵ AYMK.19.02.1992, 13/10 (Özbudun, s.138).

²⁶ Tanör-Yüzbaşıoğlu, s.120; Özbudun, s.139; Aliefendioğlu, s.87 vd.

²⁷ Meran, s.422.

Nefret ve ayrımcılık, sırf hareket suçudur. Bu itibarla suç, maddede sayılan davranış biçimlerinin “engellenmesi” ile tamamlanır.

Aşağıda bu suç tipine ilişkin her bir hareket ayrı ayrı incelenecektir²⁸.

a. Kamuya arz edilmiş olan taşınır veya taşınmaz malın satılmasının, devrinin veya kiraya verilmesinin engellenmesi

TCK.’nın 122’nci maddesinde belirtilen seçimlik hareketlerden ilki; *“dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç ve mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle; bir kişiye kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya kiraya verilmesini ... engellemek”* tir.

Engelleme hareketi, insanlar arasındaki belirli ayrımlara dayanan nefret sebebiyle kamuya arz edilmiş olan taşınır veya taşınmaz bir malın satılmasına, devrine veya kiraya verilmesine yönelik olmalıdır. Fiil, seçimlik hareketin özelliğine göre ihmali veya icrai şekilde gerçekleşebilir. Örnekle ifade etmek gerekirse, kamuya açık bir müzayedeye keyfi şekilde belirli bir ırka mensup olanların, renk farklılığı taşıyanların alınmaması, bir kamu alım- satım ihalesinde siyasi düşünce ve felsefi inanç ayırımı yapılarak belirli kimselerin ihaleye katılmalarına mâni olunması, taşınır veya taşınmaz malın satılması, devri veya kiraya verilmesinin ayrımcılıkla engellenmesidir. Öğretide, taşınır veya taşınmaz bir eşyanın rehn edilmesi, ipotek edilmesinin engellenmesi halinde kanunda açıkça satım, devir veya kiraya verilmeden bahsedildiği için, maddenin uygulanmayacağı ifade edilmektedir²⁹.

Özel hukuk alanında da bireyler arasında bizihi bu ayrımlara dayanarak kamuya arz edilmiş bir taşınır veya taşınmaz bir malın satılması, devri ya da kiraya verilmesinin engellenmesi suç kapsamında değerlendirilmelidir. Ancak bu son ihtimalde “sözleşme özgürlüğü”ne ilişkin hakkın sınırının (m.26/1) aşılmayıp aşılmadığı somut olayda önem arz edebilir. Nitekim bir kimse sahibi bulunduğu taşınmazı dilediği kimseye satmakta serbest ise de, (X) mezhebindeki veya dinindeki kimselere taşınmazını satmayacağını açıklaması suçu oluşturabilir.

Belirli bir dine yönelik eşyaların sadece o dine mensup kimselere satılması koşulunun aranması ya da mevzuatta yer alan birtakım kısıtlamalar dolayısıyla bir malın satımına müsaade edilmemesi (örneğin, yabancılara taşınmaz satımı gibi³⁰) engelleme olarak değerlendirilmez³¹.

²⁸ 6529 Sayılı Kanun’la yapılan değişiklikten önce, TCK.’nın 122 nci maddesinin 1 inci fıkrasının (b) bendinde; *“besin maddelerini vermemek veya kamuya arz edilmiş bir hizmeti yapmayı reddetmek”* seçimlik hareketler arasında sayılmıştı. Böylece besin maddelerinin söz konusu ayrımlara dayanılarak verilmemesi veya yine bu ayrımlar gözetilerek kamuya arz edilmiş bir hizmeti yapmamak bu suça vücut vermekteydi. Belirtmeyiz ki, hareketin şekli yönünden “vermemek” ile “reddetmek” hareketleri ihmali nitelik taşımaktadır. Seçimlik hareketin gerçekleşmesi için, bu yöndeki davranışların süreklilik arz etmesi gerekmez. Bir kez dahi olsa maddede belirtilen ayrımlara dayanarak besin maddelerinin verilmemesi veyahut kamuya arz edilmiş bir hizmetin yerine getirilmemesi suçun oluşumu için yeterli kabul edilir. Bu hareketlere örnek olarak; bir takım ayrımlar düşünülerek kişilere ekme satılmaması, halk otobüsüne alınmaması, özel hastaneye kabul edilmemesi, eczane tarafından ilaç verilmemesi, herkesin yemek yiyebildiği bir lokantada servis yapılmaması gösterilebilir.

²⁹ Özbek-Kanbur-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.464.

³⁰ Bu konuda bkz. Çelikel, Aysel-Gelgel, Günseli (Öztekim), Yabancılar Hukuku, 12.Bası, İstanbul 2005,s.219 vd.

³¹ Özbek-Kanbur-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.464.

Konuyla bağlantısı dolayısıyla ifade edelim ki, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 5 inci maddesinde kamu ihalelerinde eşitlik ilkesine yer verilmiştir. Böylece ihale, mevzuatta ve ihale ilanında belirtilen objektif kıstaslara göre, eşitlik prensibine uygun yürütülmelidir. Keza 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 5 inci maddesinde; saydamlık, rekabet, güvenlik, gizlilik gibi ilkelerin yanı sıra eşit muamele ilkesinden de bahsedilmektedir³². Eşitlik ilkesi kamu ihalelerini oluşturan bir diğer ilke olan rekabetin tesisi için gereklidir. İdarenin yapmış olduğu ilan çerçevesinde her istekli ihaleye teklif verme hakkına sahiptir. Bununla beraber bu kuralın istisnalarına da yer verilmiştir. Örneğin, Kamu İhale Kanununun 20'nci maddesinde belli istekliler arasında ihale usulü düzenlenmiştir. Belli istekliler arasında ihale usulü, işin özelliğinin uzmanlık veya ileri teknoloji gerektirdiği hallerde açık ihale usulünün uygulanmadığı mal ve hizmet alımlarında söz konusu olmaktadır. Bu yöntemde de eşitliğin sağlanması için KİK'nun 20'nci maddesinde ön yeterlik incelemesi usulü getirilmiştir. Belli istekliler arasında ihale yapılabilmesi için idarece öncelikle ön yeterlilik ilanı yapılmaktadır. Bu ilana bütün isteklilerin başvurma hakkı bulunmaktadır. Ancak idare bu istekliler arasından teknik yeterlilikleri ve güçlerini kabul ettiği kişiler arasında ihaleyi gerçekleştirebilir.

b. Kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmanın engellenmesi

TCK'nın 122'nci maddesinin 1 inci fıkrasının (b) bendinde belirtilen diğer bir seçimlik hareket, *"bir kimsenin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasının engellenmesi"*dir.

Bu seçimlik hareket açısından da somut olayın özelliğine göre değerlendirme yapmak gerekir. Örneğin yaz aylarında bazı otellere bekâr erkek grupların alınmaması veya eğlence yerlerine partneri olmaksızın erkeklerin girememesi ya da restoranlarda aile kısmı ayırımı yapılması esasen söz konusu hizmetlerden faydalanan diğer kimselerin menfaatleri, hak ve özgürlükleri düşünülerek getirilen ölçülü düzenlemeler olmaları halinde, işin özelliklerine uygun, haklı ve makul sayılarak münnet suçu oluşturmaz.

Buna karşılık hukukça meşru sayılabilecek haklı bir sebep olmaksızın kişiler arasında kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanılması yönünden ayırım yapılması suça vücut verir³³. Örneğin, (X) bölgesinde belirli bir inanışa, ırka, renge veya mezhebe mensup kimseleri yetkililerin yolcu otobüsüne almaması bu suça vücut verir. Görüldüğü üzere; ayırım yaparak insan onuruyla bağdaşmayacak, eşit işlem görme hakkını ihlal edecek şekilde kamuya sunulmuş bir hizmetten bazı vatandaşları mahrum etme suçunun gerçekleşmesi için yeterlidir.

Engelleme hareketi, kişinin bu tasarruflardan tamamen mahrum kılınması olabileceği gibi hizmetten faydalanmanın zorlaştırılması şeklinde de tezahür edebilir. Ayrıca engellemenin, somut olayda icrai veya ihmali bir davranışla gerçekleştirilebileceğini belirtmek gerekir³⁴.

³² Bkz. **Gözler, Kemal**, İdare Hukukuna Giriş, 4. Bası, Bursa 2006, s. 189.

³³ "Kamusal görev de olan halk otobüsüyle insan ulaştırmasında görevli olan araç şoförü sanık A.O.'nun, engelli olması nedeniyle müşterinin araca binmesine kasıtlı ve eylemli olarak engel olması nedeniyle ayırmacılık suçundan TCK'nın 122/1-a maddesi gereğince suç oluşturduğu" (**Yarg. 4.CD., 25.09.2012, 17515/18398**).

³⁴ **Özbek-Kanbur-Doğan-Bacaksız-Tepe**, s.464.

c. Kişinin işe alınmasının engellenmesi

TCK.'nın 122 nci maddedenin (c) bendinde yasaklanan hareket; “*bir kimsenin işe alınmasının engellenmesi*”dir.

İş Kanunu'nun 5 inci maddesinde “eşit davranma ilkesi”ne yer verilmiştir³⁵. Bu anlamda işverenin iş sözleşmesinden kaynaklanan borçlarından biri de eşit işlem yapma borcudur. İşveren kural olarak tüm işçilerine eşit davranmakla yükümlüdür³⁶.

İş Kanunu'nun 5 inci maddesinin 1 inci fıkrasında; “iş ilişkisinde³⁷ dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz” denmiş ve üçüncü fıkrada; “işveren, 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” hükmüne yer verilmiştir. İş Kanunu'nun 99 uncu maddesinde bu hükümlere aykırılık, idari para cezasını gerektiren bir fiil olarak düzenlenmiştir. İfade edelim ki, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 15 inci maddesinin 3 üncü fıkrası uyarınca, bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanacağından, 122 nci maddenin kapsamına giren hallerde, İş.K.m.99 tatbik edilemez.

Böylece çok sayıda işçi alınacak bir işyerinde, aranan niteliklere sahip kadınlar bulunmasına rağmen, işe alınacak işçilerin sadece erkekler arasından seçilmesi, somut olayın durumuna göre cinsiyet nedeniyle bir ayırım yapıldığını gösterebilir³⁸.

Yapılan işin niteliği de gözetilerek iş sahibinin belirli özelliklere sahip kimseleri tercih etmesi veya etmemesi mümkündür³⁹. İşveren 122'nci maddede belirtilen insan onuruyla bağdaşmayan ve nefrete dayalı olarak hareket ederek tercihini kullanmadığı sürece bu suçu işlemiş olmaz. Çünkü hükmün amacı vatandaşlar arasında nefretedeyalı ayrımcılık yapılmasını önlemektir. Yoksa işveren, aradığı kişisel özelliklere sahip ve gönlüne uyan kimselerle çalışmak serbestisine sahiptir.

d. Kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasının engellenmesi

TCK.'nın 122 nci maddesinin 1 inci fıkrasının (d) bendinde yer alan seçimlik hareket ise; “*olağan bir ekonomik etkinlikte bulunulmasının engellenmesi*”dir.

Burada olağan ekonomik faaliyeti, bir bireyin kendi kararları çerçevesinde uygulayabileceği her türlü iktisadi muameleleri kapsayacak şekilde anlamak gerekir⁴⁰. Doktrinde kiraya vermenin iktisadi faaliyet sayılabileceği, borç veya

³⁵ Bu konuda bkz. **Yenisey, Kübra Doğan**, “Kadın-Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukuku'nun Avrupa Birliği Hukuku İle Olası Uyum Sorunları”, Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Yargıç Dr. Aydın Özkul'a Armağan, 2002, Cilt:6, Sayı:4, s.31 vd.; **Tunçomağ, Kenan-Centel, Tankut**, İş Hukukunun Esasları, İstanbul, s.134 vd.; **Tuncay**, s.7 vd.; **Celik**, s.166 vd.; **Süzek, Sarper**, İş Hukuku (Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku), 2. Bası, İstanbul 2005, s.361 vd.

³⁶ **Yenisey**, s.45.

³⁷ “İş ilişkisi” kavramının, sözleşmenin kurulmasından sonraki safhayı kapsayacağı, bu sebeple işe alınmada yapılan ayrımcılığın bu fıkraya girmediği belirtilmiştir. Bkz. **Süzek**, s.363.

³⁸ **Süzek**, s.363; **Tuncay**, s.155.

³⁹ **Özbek-Kanbur-Doğan-Bacaksız-Tepe**, s.465.

⁴⁰ Ayrıca bkz. **Malkoç, İsmail**, Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu. Genel Hükümler-Özel Hükümler, Birinci Cilt, Ankara 2005, s.501.

emanet vermenin ise bu kapsamda değerlendirilemeyeceği ifade edilmiştir⁴¹. Kanımızca “olağan ekonomik faaliyet” kavramı, bireyin her türlü alış verişi ve sözleşme ilişkilerini kapsamına alır.

Doğal olarak, kişilerin bazı iktisadi faaliyetleri yerine getirmeleri izin, ruhsat gibi koşullara bağlı tutulmuş olabilir. Burada önemli olan söz konusu niteliklere sahip olunmasına rağmen, bireyin maddede sayılan ayırımlardan kaynaklanan nefret sebebiyle bu meslek ve sanatı yürütmesine engel olunmasıdır. Buna göre failin nefrete dayalı ayrımcılık yaparak işyerinin açılmasının engellenmesi veya işyerinin kapatılması halleri suç teşkil edecektir⁴².

Engelleme hareketi icrai nitelikte olabileceği gibi somut olayın özelliğine göre, ihmali nitelikte de bulunabilir. Örneğin, kişinin işyerinin bu maksatlarla kapatılması, işten çıkarılması icrai, ekonomik faaliyette bulunamaması için gerekli izinlerin verilmemesi ihmali mahiyettedir.

B. Fail

Suçun faili herkes olabilir. TCK.m.122’de failin niteliği konusunda bir sınırlandırma getirilmemiştir.

Kimi hallerde suçun gerçekleşmesi failin bir takım özellikleriyle yakından irtibatlı bulunabilir. Örneğin taşınmazını satılığa çıkaran (A), bunu kendi değerlendirmesine göre istediği kimseye satmakta özgürdür. Esasen bu onun sözleşme özgürlüğünün yani hakkını icrasının bir sonucudur (TCK.m.26/1).

Anayasa’nın 48 inci maddesinin 1 inci fıkrasında; “*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir*” denilmektedir. Sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğü de sözleşme özgürlüğünün bir tezahür şeklidir. Kural olarak herkes dilediği sözleşmeyi dilediği kimse ile yapabilir⁴³. Anayasadaki bu hüküm, sözleşme özgürlüğünden söz etmiş ancak bu sözleşmelerin taraflarına herhangi bir yükümlülük getirmemiş, bu konudaki düzenlemeleri ilgili konudaki alanlara bırakmıştır⁴⁴. Bireyler hukuk düzeninde istedikleri şekilde hukuki ilişkiler kurabilirler ancak bu “dürüstlük kuralına ve hakkaniyete uygun olma” koşuluyla sınırlandırılmıştır. Keza kamu hizmeti gören kurumlar, kamu idareleri veya müesseseleri veya bunlara bağlı teşekküller ya da imtiyaz yolu ile bu hizmetleri yürüten veya hukuki ya da fiili tekele sahip işletmeler, şartlara uygun şekilde müracaat eden kişilerle sözleşme yapmaktan kaçınamazlar⁴⁵. Kamu kuruluşlarının bu anlamda kanunen sözleşme yapmak zorunluluğundan söz edilebilir. Fiili tekel sahiplerinin de, geçerli bir sebep olmaksızın sözleşme yapmaktan kaçınmaları, hakkın kötüye kullanımı kapsamında olduğundan, bir özgürlük alanı olarak değerlendirilemez⁴⁶.

İş hukukunda da sosyal nedenlerle işverene bazı durumlarda belirli kişilerle sözleşme yapma zorunluluğu getirilmiş ve sözleşme özgürlüğü sınırlandırılmıştır⁴⁷.

⁴¹ Şen, s.514, 515; Meran, s.422; Özbek-Kanbur-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.465.

⁴² Özbek-Kanbur-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.465.

⁴³ Çelik, Nuri, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 18. Bası, İstanbul 2005, s.108,109; Yavuz, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), Yenilenmiş 3. Bası, İstanbul 2004, s.4,5.

⁴⁴ Keser, Hakan, “4857 Sayılı İK’na Göre İşverenin İş Sözleşmesi Yapma ve İş İlişkilerinde Eşit İşlem Yapma Yükümlülükleri ve Bunlara Aykırı Davranması Durumunda Karşılaşacağı Yaptırımlar”, Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Yargıç Resul Aslanköylü’ye Armağan, Cilt:7, Sayı:3, Ankara 2004, s.60.

⁴⁵ Oğuzman, Kemal- Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, İstanbul 2000, s.137, 138; Yavuz, s.4,5.

⁴⁶ Yavuz, s.4,5.

⁴⁷ Keser, s. 38.

Bu yükümlülükler örnek olarak⁴⁸ İş K.m.30'da yer alan işverenin engelli ve eski hükümlü çalıştırma zorunluluğu gösterilebilir. Yine İş K. m.30/8 malulen ayrılmak zorunda kalan işçinin maluliyeti ortadan kalktıktan sonra işveren tarafından yeniden işe alınması gerektiğinden bahsetmektedir. İş K. m.31/son'da ise askerlik ya da diğer bir kanuni ödev dolayısıyla işten ayrılan işçinin bu ödevleri yerine getirdikten sonra işveren tarafından yeniden işe alınması yükümlülüğü yer alır. Nihayet Sendikalar K.m.29/1'de işçi kuruluşlarının başkanlığında ya da yönetim kurullarında görev alanları, görevlerinin son bulması üzerine talepleri halinde işverenin işe alma zorunluluğundan söz edilmektedir.

Kişinin sözleşme özgürlüğü ile sözleşme yapma zorunluluğu ve ayırım yasağını somut hadiseye göre değerlendirmekte ve genel geçerli kurallar koymaktan kaçınmakta fayda vardır. Örneğin fırıncı (A), “ben (X) dinine mensup kimselere ekmek satmıyorum” dediğinde bu bir kamu hizmetine⁴⁹ dâhil olduğundan ve söz konusu faaliyet kamuya arz edildiğinden münnet suçun gerçekleşeceğini kabul etmek gerekir.

Bu açıdan özellikle belirtelim ki; kamu görevlileri maddede yazılı hizmet ve işlemlerle ilgili olarak bu ilkeye uygun hareket etmek zorundadırlar. Anayasa'nın 10'uncu maddesinin dördüncü fıkrasında bu prensip düzenlenmiştir.

C. Mağdur

Suçun mağduru herkes olabilir. Bu anlamda mağdur, toplumda yer alan belirli bir dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhebe dayanan özellikler taşıyan her hangi bir kimsedir.

Maddede sayılan özellikler sınırlayıcıdır. Dolayısıyla, örneğin, kişiler arasında yaşanan bölge, doğduğu yer, sendikaya üye olup olmamak gibi (ayrıca bkz. Sendikalar Kanunu m.31) nedenlerle keyfi olarak yapılan ayırımlar 122 nci madde kapsamında değerlendirilmez.

Kanımızca ceza hukukunda sadece gerçek kişiler bir suçun mağduru olabilir. Tüzel kişiler, ancak suçtan zarar gören olarak değerlendirilebilir⁵⁰. Bu açıdan suçtan zarar gören ile mağdur kavramının aynı şey olmadığını da belirtmek gerekir. Suçtan zarar gören kavramı mağdura göre daha geniştir. Bir suçun işlenmesiyle hukuken korunan menfaatleri doğrudan veya dolaylı ihlal edilen kimse suçtan zarar görendir. Bir suçun mağduru, kural olarak işlenen suç ona karşı bir haksızlık teşkil ettiğinden suçtan zarar görendir. Örneğin, bir özel hukuk tüzel kişinin hissedarlarının belirli bir ırka mensup olmalarından dolayı, tüzel kişinin olağan faaliyetleri engellenmekte ise, suç belirli bir ırka mensubiyetlerinden dolayı ayırımcılığa maruz kalan kimselere karşı (tüzel kişinin hissedarları) işlenmiştir. Ancak esas sözleşmesinde yazılı faaliyetleri yerine getirmesi engellenen ve bu suretle hukuken zarara uğrayan özel hukuk tüzel kişisi suçtan zarar görendir⁵¹ ve bu sıfatla yargılamaya katılması mümkündür (bkz. CMK.m.237)⁵².

⁴⁸ Çelik, s. 109.

⁴⁹ Bkz. Günday, Metin, İdare Hukuku, 7. Bası, Ankara 2003, s.282 vd.

⁵⁰ Koca, Mahmut-Üzülmez, İlhan, “Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdurun Korunması ve Mağdura Tanınan Haklar”, in: HPD, 2006/7, s.141.

⁵¹ Özgenç, Gazi Şerhi, s.219.

⁵² Öztürk, Bahri-Tezcan, Durmuş-Erdem, Mustafa Ruhan-Sırma, Özge-Kırıt, Yasemin F. Saygılar-Özaydın Özdem-Akcan, Esra Alan-Erdem, Efser, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2013, s.240.

2. Manevi Unsurlar

Bu suç kasten işlenebilir (m.21/1). Fail, bilerek ve isteyerek fiili işlemiş olmalıdır. Fiilin taksirli şekli (dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılıkla) cezalandırılmamıştır.

Manevi unsurlar yönünden failin belirli bir saikle (amaçla) hareket etmesi de aranmıştır⁵³. Bu açıdan fail eylemini; dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik⁵⁴, siyasî düşünce, felsefî inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle” gerçekleştirmelidir⁵⁵.

Şu halde, inceleme konusu suçun varlığı için, yukarıda açıklanan hareketler, kişilere karşı, maddede sınırlı olarak sayılan dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasî düşünce, felsefî inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle gerçekleştirilmiş olmalıdır. İfade edelim ki, suçun nefret saikiyle işlenip işlenmediğinin ispatı oldukça güçtür. Somut olayın özellikleri değerlendirilmeli ve faildeki bu düşünceler dış dünyaya açıkça yansımadağınca manevi unsurun oluşmadığı kabul edilmelidir⁵⁶. Örneğin, işveren beğenmediği kimseleri işe almaması halinde maddede öngörülen suç oluşmaz. İşe almamanın, maddenin ilk kısmında belirtilen sebeplerle gerçekleşmesi zorunludur. Yine bizatihi ticari kaygılarla bedelini tahsil edemeyeceği endişesiyle belirli inanç ve görüşte olanlara mal satılmaması bu kapsamda değerlendirilebilir⁵⁷.

Son olarak, bu suçta saik, suçun temel şeklinde aranan bir unsur olduğundan, fiilin olası kastla (m.21/2) gerçekleştirilmesi mümkün değildir⁵⁸. Doğrudan kastla işlenen bir suç tipi ihdas edilmiştir.

IV. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

1. Teşebbüs

Nefret ve ayrımcılık, sırf hareket suçudur. Bu suç, TCK'nın 122 nci maddesinde yazılı hareketlerin icrasıyla tamamlanır. İcra hareketleri kısımlarına bölünebiliyorsa, teşebbüs gerçekleşebilir (TCK.m.35). Bununla beraber suç tipinde “ihmalî” nitelik gösteren hareketler bakımından (örneğin, besin maddesinin verilmemesi) teşebbüsün mümkün olmadığı belirtilmelidir.⁵⁹

⁵³ Donay-Kaşıkçı, s.178. Öğretide bir görüşe göre suçun işlenmesi için genel kastın yeterli olduğu ifade edilmektedir. Özbek-Kanbur-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.465.

⁵⁴ Belirtelim ki, “özürlü” yerine “engelli” teriminin kullanılması daha isabetlidir. Nitekim kanun koyucu çeşitli mevzuatta yer alan özürlülük, özürlü şeklindeki ifadeleri değiştirmiştir. Buna göre 5378 sayılı “Özürlüler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması” başlıklı kanunda 25/4/2013 tarihli ve 6462 sayılı Kanunu ile yapılan değişiklikle, kanunun adı “Engelliler Hakkında Kanun” olarak değiştirilmiştir. Kanunun 3.maddesinin a fıkrasına göre engelli, “Doğuştan veya sonradan herhangi bir nedenle bedensel, zihinsel, ruhsal, duysal ve sosyal yeteneklerini çeşitli derecelerde kaybetmesi nedeniyle toplumsal yaşama uyum sağlama ve günlük gereksinimlerini karşılama güçlüğü olan ve korunma, bakım, rehabilitasyon, danışmanlık ve destek hizmetlerine ihtiyaç duyan kişiyi” ifade etmektedir.

⁵⁵ Maddenin 6529 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikten önceki halinde “ve benzeri sebeplerle” demek suretiyle maddede sayılanlar dışında, başka hususiyetler gözetilerek ayırım yapılması halinde de suçun oluşacağı kabul edilmişti. Doktrinde, bir kısım yazarlar tarafından, suçta ve cezada kanunilik prensibine aykırı bulunan bu ibare, 6529 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikle kaldırılmıştır.

⁵⁶ Bkz. Donay-Kaşıkçı, s.178.

⁵⁷ Şen, s.515, 516.

⁵⁸ Ancak öğretide inceleme konusu suçun “niteliği gereği” olası kastla işlenemeyeceği de ifade edilmiştir. Özbek-Kanbur-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.466.

⁵⁹ Özbek-Kanbur-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.466.

2. İştirak

Bu suç, iştirak bakımından bir özellik arz etmez. Genel hükümler uygulanır⁶⁰.

3. İçtima

Failin birden fazla kişiye birden fazla farklı fiille nefrete dayalı ayrımcılık yapması durumunda mağdur sayısınınca suç gerçekleşir⁶¹.

Aynı suç işleme kararının icrasıyla tek bir fiille aynı anda birden fazla kimseye nefrete dayalı ayrımcılık yapılması durumunda TCK.m.43/2 tatbik edilir⁶².

Nefrete dayalı 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 de ihlal edilmiş bulunabilir. Bu ihtimalde TCK.m.44 uyarınca, bir çözüme ulaşmak gerekmektedir.

Nefrete dayalı ayrımcılık teşkil eden fiil aynı zamanda mağdurun “hukuka aykırı bir davranışla, iş ve çalışma hürriyetini ihlal ederse” (TCK.m.117/1), iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunun da⁶³ oluşacağı kabul edilmelidir. Bu takdirde de, TCK.m.44 çerçevesinde hareket edilmelidir.

Son olarak, ayrımcılık düşüncesiyle engelleme hareketi cebir, tehdit ile gerçekleşirse, fail ayrıca tehdide (m.106) ve cebre (m.108, 86) ilişkin hükümler çerçevesinde cezalandırılır⁶⁴.

V. SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA USULÜ

Bu suçun soruşturması re’sen gerçekleşecektir. Takibi şikayete bağlı değildir. Görevli mahkeme asliye ceza mahkemesidir.

⁶⁰ Özbek-Kanbur-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.466.

⁶¹ Meran, s.423; Özbek-Kanbur-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.466.

⁶² Meran, s.423.

⁶³ Ayrıca bkz. Soyer, Sesim, “İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali İle Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçlarına İlişkin Bazı Düşünceler”, HPD., Sayı:7, Temmuz 2006, s.99 vd.

⁶⁴ Özbek- Kanbur-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.441.