

**T.C.**  
**GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ**  
**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**  
**KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**TÜRK HUKUKUNDA AYRIMCILIK SUÇU**  
**(TCK 122. MADDE)**

**YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**Muhammed Buhari ÇETİNKAYA**

**Tez Danışmanı: Doç. Dr. Ümit Kocasakal**

**ARALIK 2012**

## ÖNSÖZ

Bu çalışma 5237 sayılı TCK öncesi ceza mevzuatımızda yeri olmayan ayrımcılık suçunun yapısı ile birlikte incelenerek değerlendirilmesi amacıyla yazılmıştır. Ayrımcılık oluşturan fiillerin yasaklanmış olması tek başına ayrımcılıkla mücadele etmekte yeterli olamayacaktır. Her ne kadar kamusal makamları bağlayıcı bir şekilde var olsa da ayrımcılık yasağının ihlali kişiler arası özel münasebetlerde de yaşanabilmektedir. Kanun koyucu, bu düşüncelerle ayrımcılık oluşturan bir takım fiillere karşı yaptırımlar öngörmüştür.

Kamusal makamların bu yöndeki ihlalleri, insan hakları hukukundan kaynaklı bir tazminat sorumluluğu doğurmaktadır. Özel hukuk kişilerinin bu yöndeki ihlali eski Ceza Kanunumuz döneminde bir haksızlık olarak telakki edilmemekteydi. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu bu yöndeki bir boşluğu doldurmuş ve devlet, kişilerin birbirlerine karşı ayrımcılık yapmaması için 122. Madde ile Ceza Hukuku özelinde bir pozitif yükümlülüğü yerine getirmiştir.

Bu çalışmanın hazırlanmasında tamamlanmasında hiçbir şekilde desteğini esirgemeyen değerli danışmanım Sayın Doç. Dr. Ümit Kocasakal'a, Prof. Dr. Serap Keskin Kızıroğlu'na Doç Dr. Vesile Sonay Evik'e, sadece Galatasaray Üniversitesi'ndeki yüksek lisans eğitimim süresince değil her anlamda ve her alanda bilgi ve tecrübeleri ile desteğini her zaman hissettiğim değerli hocam Prof. Dr. Ahmet Ulvi Türkbağ'a, yüksek lisans eğitimim süresince değerli fikirlerinden sıkça yararlandığım Sayın Prof. Dr. Erdoğan Bülbül'e, Sayın Prof. Dr. Rona Aybay'a, Sayın Doç Dr. Emre Öktem'e ve birlikte yüksek lisans eğitimi aldığımız tüm değerli dostlarıma teşekkür eder, bugüne kadar hiçbir zaman kardeşlerim ve şahsıma olan güven ve inancını kaybetmemiş değerli Babam ve Annem'e saygılarımı sunarım.

## İÇİNDEKİLER

<b>ÖNSÖZ</b>	ii
<b>İÇİNDEKİLER</b>	iii
<b>KISALTMALAR</b>	v
<b>RESUME</b>	vii
<b>ABSTRACT</b>	xiv
<b>ÖZET</b>	xxi
<b>GİRİŞ</b>	1
<b>BİRİNCİ BÖLÜM: AYRIMCILIK</b>	4
<b>A- Genel</b>	4
1. Ayrımcılık Kavramı, Tarihi Gelişimi ve Türleri	4
a. Tanım	4
b. Tarihi Gelişim	6
2. Ayrımcılık Türleri ve Ayrımcılık Yasağıyla ilgili Temel Kavramlar	16
a. Doğrudan Ayrımcılık - Dolaylı Ayrımcılık	16
b. Pozitif Ayrımcılık – Negatif Ayrımcılık	18
c. Ayrımcılık Yasağı ile ilgili Temel Kavramlar	20
<b>B- Ulusal Ayrımcılık Karşıtı Hukuk</b>	22
1. Anayasa	23
a. Eşitlik	23
b. Anayasa Değişiklikleri	25
c. Anayasa Mahkemesi Kararları	27
2. Kanunlar	29
a. Medeni Kanun'da Ayrımcılık	29
b. İş Kanunu'nda Ayrımcılık	31
c. Türk Ceza Kanunu'nda Ayrımcılık	35
<b>C- Uluslararası Ayrımcılık Karşıtı Hukuk</b>	37
1. Ulusalüstü Düzenlemeler	37
a. BM Düzenlemeleri	37

<b>a.1.</b> Evrensel Bildirge	38
<b>a.2.</b> Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme	39
<b>a.3.</b> Din veya İnanca Dayalı Her Türlü Hoşgörüsüzlük ve Ayrımcılığın Kaldırılması Bildirgesi	41
<b>a.4.</b> Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi	43
<b>b.</b> Avrupa Düzenlemeleri	45
<b>b.1.</b> Avrupa Konseyi Düzenlemeleri	46
<b>b.1.1</b> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi	47
<b>b.1.2</b> Avrupa Sosyal Şartı	48
<b>b.2</b> Avrupa Birliği Düzenlemeleri	50
<b>İKİNCİ BÖLÜM: AYRIMCILIK SUÇU</b>	56
<b>A-</b> Genel	56
<b>B-</b> Suçun Unsurları	56
<b>1.</b> Kanuni Unsur	56
<b>2.</b> Suçun Hukuki ve Maddi Konusu	61
<b>3.</b> Suçun Faili	64
<b>4.</b> Suçun Mağduru	66
<b>5.</b> Maddi Unsur	67
<b>a.</b> Hareket	67
<b>b.</b> Netice	77
<b>6.</b> Hukuka Aykırılık	78
<b>a.</b> Genel	78
<b>b.</b> Hukuka Uygunluk Nedenleri	80
<b>7.</b> Manevi Unsur	83
<b>8.</b> Suçun Özel Görünüş Biçimleri	85
<b>a.</b> Teşebbüs	85
<b>b.</b> İştirak	87
<b>c.</b> İçtima	88
<b>9.</b> Yaptırım ve Usul Hükümleri	90
<b>SONUÇ</b>	95
<b>KAYNAKÇA</b>	103

**KISALTMALAR**

<b>AB</b>	<b>: Avrupa Birliği</b>
<b>ABD</b>	<b>: Amerika Birleşik Devletleri</b>
<b>AD</b>	<b>: Adalet Dergisi</b>
<b>AET</b>	<b>: Avrupa Ekonomik Topluluğu</b>
<b>A.g.e</b>	<b>: Adı Geçen Eser.</b>
<b>AİHS</b>	<b>: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi</b>
<b>AK</b>	<b>: Avrupa Konseyi</b>
<b>AMK</b>	<b>: Anayasa Mahkemesi Kararı</b>
<b>AMKD</b>	<b>: Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi</b>
<b>ASŞ</b>	<b>: Avrupa Sosyal Şartı</b>
<b>AÜHFD</b>	<b>: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi</b>
<b>AY</b>	<b>:Anayasa</b>
<b>AYM</b>	<b>: Anayasa Mahkemesi</b>
<b>Bkz</b>	<b>: Bakınız</b>
<b>BM</b>	<b>: Birleşmiş Milletler</b>
<b>C</b>	<b>: Cilt</b>
<b>CD</b>	<b>: Ceza Dairesi</b>
<b>CGK</b>	<b>: Ceza Genel Kurulu</b>
<b>CHD</b>	<b>: Ceza Hukuku Dergisi</b>
<b>CGTİHK</b>	<b>: Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun</b>
<b>CMK</b>	<b>: Ceza Muhakemesi Kanunu</b>
<b>E</b>	<b>: Esas</b>
<b>GGASS</b>	<b>: Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı</b>

<b>HD</b>	<b>: Hukuk Dairesi</b>
<b>HPD</b>	<b>: Hukuki Perspektifler Dergisi</b>
<b>HTIAOKS</b>	<b>: Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme</b>
<b>IAOKK</b>	<b>: Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi</b>
<b>ILO</b>	<b>: Uluslararası Çalışma Örgütü</b>
<b>İK</b>	<b>: İş Kanunu</b>
<b>İÜHFD</b>	<b>: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi</b>
<b>K</b>	<b>: Karar</b>
<b>KKHTAÖS</b>	<b>: Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi</b>
<b>KKHTAÖK</b>	<b>: Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi</b>
<b>M</b>	<b>: Madde</b>
<b>MK</b>	<b>: Türk Medeni Kanunu</b>
<b>No</b>	<b>: Numara</b>
<b>RG</b>	<b>: Resmi Gazete</b>
<b>s</b>	<b>: Sayfa</b>
<b>S</b>	<b>: Sayı</b>
<b>TC</b>	<b>: Türkiye Cumhuriyeti</b>
<b>TCK</b>	<b>: Türk Ceza Kanunu</b>
<b>TBMM</b>	<b>: Türkiye Büyük Millet Meclisi</b>
<b>UNESCO</b>	<b>: Birleşmiş Milletler Eğitim Bilim ve Kültür Örgütü</b>
<b>Vb.</b>	<b>: Ve Bunun Gibi</b>
<b>Vd.</b>	<b>: Ve Devamı</b>
<b>YKD</b>	<b>: Yargıtay Kararları Dergisi</b>
<b>Y</b>	<b>: Yargıtay</b>

## RESUMÉ

Cette étude est une étude portant sur le crime de Discrimination et sur la structure de ce crime qui est cité dans le Droit Pénal Turc N° 5237 et dans notre Juridiction Pénale. La notion de discrimination et les efforts portant à lutter contre la discrimination ont suivi certaines étapes bien déterminées tout au long de l'histoire. Cette étude comprend la définition de la notion de discrimination, son évolution tout au long de l'histoire et ses différentes espèces. La discrimination est une notion que nous rencontrons partout là où il y a une vie sociale des hommes.

On rencontre fatalement la discrimination même dans les sociétés qui vivent avec des similitudes congrues. Les dimensions que les communications et les transports ont acquies de nos jours, n'ont ne connaissent pratiquement pas une notion de limite.

De nos jours, la perception de distance qui se crée dans notre esprit avec la notion d'éloignement est supérieure de beaucoup à celle que nous avons dans le passé. Il n'y a aucune distance sur notre terre qui puisse être définie comme lointaine. Pendant de longs siècles, les hommes ont vécu sur terre, séparément, sans avoir aucune nouvelle et en étant totalement différent les uns des autres. Après un certain moment, les différences n'ont plus commencé à apparaître comme une richesse et une diversité à l'humanité qui a commencé à s'entrecroiser dans la globalisation et à se fondre dans le même creuset.

Le développement économique et industriel a créé certains centres d'attraction. Les gens ont commencé à s'éloigner de l'économie agricole et à émigrer vers les villes. Les sociétés qui au début avaient une culture, une religion commune et d'autres conditions à ajouter à celles –ci, ont commencé à former des centres économiques.

Les femmes ont commencé à avoir droit à la vie sociale, tout autant que les hommes et elles ont pris part à la main d'œuvre et à la population active. Suite à la révolution industrielle et à la modernisation, les femmes ont acquis une participation majeure à la vie sociale et c'est ainsi que la discrimination et les luttes entre les deux sexes à commencé à se faire sentir plus fort que dans le passé. La participation de la femme en tant que main d'œuvre dans le secteur du travail a créé une lutte entre son rôle traditionnel et son rôle dans le monde du travail.

Avec les rôles qui ont été attribués aux femmes dans un monde souverainement masculin, elles ont commencé à entrer dans le monde des affaires et à assumer un grand nombre de rôles ce qui a été la cause de plusieurs contradictions dans la vie de la femme à la maison et de la femme au travail. Dans de telles conditions, la lutte et les contrariétés entre le traditionalisme et la modernité se sont fait sentir encore plus profondément, car la femme a subi une discrimination dans son travail et ses fonctions lorsqu'on l'a obligé à travailler dans des postes difficiles par rapport à sa propre physiologie. C'est pour cela que le processus qui a porté la femme à devenir un individu jouissant de droits égaux à ceux de l'homme, est un processus qui s'est réalisé avec de grandes difficultés et même de nos jours nous ne pouvons pas dire que la femme a acquis tous les droits égaux à ceux des hommes, comme cela devrait être dans la vie sociale

On considère que le seul moyen pour que les sociétés puissent vivre ensemble, en paix, est d'obtenir l'égalité. Il faut obligatoirement abolir toute sorte d'organisation et d'application de la discrimination si l'on veut établir et maintenir des rapports économiques, sociaux, diplomatiques et autres entre les différents pays.

Avec la Révolution Française, le principe d'égalité a commencé à être un principe de base dans toutes les constitutions nationales. Ces constitutions exigent des nations de n'appliquer aucune discrimination et d'appliquer ce principe en tant qu'obligation. Tout au long du siècle qui vient de se terminer, la notion de discrimination a fait souvent parler d'elle dans les textes supranationaux.

Considérant la nature de cette notion, on s'attend à ce que les documents des droits de l'homme défendent la discrimination et obligent les nations signataires à



accepter une telle obligation. En fait il existe des documents supranationaux des droits de l'homme, de genre bien différents les uns des autres, qui contiennent une défense de discrimination, dans des domaines variés.

Parmi ces documents supranationaux il y a ceux qui ont été rédigés par les Nations Unies. La lutte contre les applications de la discrimination et la protection des groupes sujets à la discrimination ont commencé à être appliqués après la Première Guerre Mondiale grâce au Système du Monde et des Nations Unies. Parmi les différents idéaux qui ont porté à la création du système des Nations Unies il y a aussi celui qui est contre toute sorte de discrimination. Le Pacte des Nations Unies présente la lutte contre la discrimination comme un des buts principaux des Nations Unies.

A la Déclaration Universelle qui a été préparée par les Nations Unies et qui est importante du point de vue de la notion de discrimination, ont fait suite la Déclaration concernant l'Abolition de toute sorte de discrimination raciale avec la Convention qui s'en est suivie, puis la Déclaration concernant l'Abolition de toute sorte de discrimination religieuse et basée sur les croyances, la Convention pour Prévenir toute sorte de discrimination portant sur les femmes, sujets qui ont tous fait l'objet de notre étude.

L'article 122 du Code Pénal Turc qui traite du crime de Discrimination a énuméré les raisons de la discrimination. Dans cet article il semble à la suite de ces raisons « et autres raisons semblables » pour signifier que l'on peut appliquer la discrimination pour d'autres raisons aussi. Mais une description comme ça est critiquable pour une code pénale.

Les conventions supranationales qui sont une partie du droit interne selon l'Article 90 de la Constitution qui est une des sources principales qui décide qu'est que la discrimination . C'est pour cela d'ailleurs que les dispositifs européens régionaux pour lesquels la Turquie est signataire ont aussi été traités dans notre étude.

Parmi les principaux texte préparés par Conseil Européen pour lutter contra la discrimination il y a la Convention Européenne des Droits de l'Homme. L'article 14 de cette Convention défend toute sorte de discrimination. A l'Article 14 qui défend toute sorte de discrimination s'ajoute aussi le Protocole de l'Annexe 12 des droits reconnus dans la juridiction interne qui défend lui aussi la discrimination. Ainsi le Protocole Annexé élargi le contexte de l'Article 14. Un autre document du Conseil Européen, parmi tous ceux que nous avons examinés dans notre étude est la Charte Sociale Européenne. Nous avons examiné en détail la Charte Sociale Européenne et les dispositions qui défendent la discrimination dans la Charte Sociale Européenne Révisée qui élargi le contexte de la Charte Principale.

Nous pensons qu'il n'est pas possible de limiter et de définir d'une façon bien nette l'accroissement des raisons qui font naître la discrimination, tout au long de l'histoire et les le nombre inimaginable des raisons qui causent la discrimination. Cependant nous avons désiré inclure dans nos recherches, pensant que cela pourrait être illustratif, les raisons de la discrimination faite selon « les nations et la provenance sociale » et « l'appartenance à une minorité nationale » qui sont énumérées dans l'Article 14 de la Convention des Droits de l'Homme, qui possède la liste la plus détaillée, raisons qui n'ont pas été signifiées dans l'article 122 du Code Pénal Turc.

Le statut de la Turquie est celui d'un pays candidat à l'Union Européenne. Le passage de candidat à membre se fait à la suite d'une série de négociations. Actuellement la Turquie est en train de poursuivre ces négociations. La discrimination sera un des sujets qui seront traités au cours de ce processus de négociation. Parmi les organes de l'Union Européenne il y a un grand nombre de directives qui contiennent la défense de discrimination. Les pays membres doivent appliquer ces directives à leur droit interne. Pendant le processus des négociations, notre pays va appliquer les standards inclus dans ces directives à son droit interne. Et nous nous avons inclus ces directives à notre étude. Dans le droit de l'Union Européenne la discrimination a un contenu économique. Ceci est principalement dû au fait que l'Union Européenne est avant tout une formation économique.

Notre législation nationale comporte elle aussi la défense de discrimination et dans de nombreux texte on rencontre le principe d'égalité qui détermine le contenu d'une telle défense. Le 10<sup>ème</sup> article de la Constitution détermine que le principe d'égalité vis-à-vis des lois est un principe constitutionnel. Le principe d'égalité vis-à-vis de la législation qui constitue le 10<sup>ème</sup> article de la Constitution a été élargi avec les modifications apportées ultérieurement à la Constitution. Auprès de cela un grand nombre de politiques contenant des discriminations positives ont été ajoutées sur base constitutionnelle.

La jurisprudence de la Cour Constitutionnelle revêt une importance particulière pour ce qui est de la compréhension du principe d'égalité. Les interprétations du principe d'égalité par la Cour Constitutionnelle sont un des arguments les plus importants pour remplir le contenu de ce principe.

En plus de la Constitution il y a aussi le Droit Civil Turc, le Droit du Travail et le Droit Pénal Turc qui sont des lois de base contenant des dispositions concernant l'égalité et défendant la discrimination. Nous avons non seulement examiné en détail le 10<sup>ème</sup> article de la Constitution mais aussi les dispositions de toutes ces lois principales concernant l'égalité.

Après avoir étudié la notion, le développement historique et les genres de discrimination, nous avons aussi étudié la défense de discrimination contenue dans notre législation nationale et la défense de discrimination contenue dans les documents supranationaux. Après avoir examiné la notion de discrimination de cette façon, nous nous sommes penchés sur le Crime de discrimination objet de l'article 122 du Code Pénal Turc.

Un crime semblable au crime de discrimination n'avait jamais été traité dans le passé dans notre législation, jusqu'à l'entrée en vigueur de la Loi 5237 du Code Pénal Turc. Comme nous vous l'avons expliqué ci-dessus, à part la Constitution, le Droit Civil Turc, le Droit du Travail et le Droit Pénal Turc aussi contenaient des dispositions défendant la discrimination mais il n'y avait aucune sanction précise qui soit appliquée pour qui pourrait enfreindre ce genre de défense. Il était seulement question de la responsabilité d'indemnisation provenant de la juridiction des droits de

l'homme de l'Etat. Il n'existait aucune compensation pénale pour les actes de discrimination des personnes juridiques dans le droit privé. Nous pouvons affirmer que le sens de l'article 122 du Code Pénal Turc est de d'apporter l'obligation positive de ne pas enfreindre la défense de discrimination des personnes du droit privé, à côté de l'Etat. Le texte de l'article 122 du Code Pénal Turc qui régit le crime de discrimination est le suivant :

*« Les personnes qui appliquent une discrimination basée sur la langue, la race, la couleur, le sexe, les libertés, la pensée politique, la philosophie des croyances, la religion, les sectes et autres raisons semblables*

*a) empêchant ainsi la vente d'un bien mobilier ou immobilier, sa cession, la mise en œuvre d'un service ou l'usufruit d'un service ou qui empêche l'engagement d'une personne dans un emploi ou causant son engagement pour les raisons cités ci-dessus*

*b) refusant la remise de nourriture ou empêchant la remise d'un service qui est rendu publiquement*

*c) Empêchant les personnes d'avoir une activité économique*

*Seront passables d'une peine allant de six mois à un an d'emprisonnement ou d'une amende pécuniaire ».*

Le sens de la parole égalité est d'une part « le droit de recevoir un traitement égalitaire et de ne pas être soumis à la discrimination ». C'est là la valeur judiciaire qui est protégée contre le crime de discrimination qui est rédigé comme indiqué ci-dessus.

Le crime de discrimination est un crime de danger abstrait. Si les actions indiquées dans l'article se réalisent il y a un danger sur le sujet du crime et ceci est suffisant pour commettre ce crime.

N'importe qui peut commettre le crime de discrimination. L'article ne prévoit aucune qualification précise du point de vue de la personne qui commet ce crime. Les raisons de la discrimination qui sont définies dans l'article 122 du Code Pénal Turc. C'est pour cela que la victime d'un tel crime peut être dans l'article telles que les caractéristiques linguistiques, religieuses, de couleur, de liberté, de pensée

politique, de croyance philosophique, de religion, secte. Dans notre étude nous avons aussi apporté des éclaircissements au sujet des personnes commettant de crime ou de celles qui sont victimes d'un tel crime.

Le crime de discrimination peut être commis en faisant une discrimination avec les actes cités dans l'article en question ou aussi pour des raisons dans cet article. C'est pourquoi Il est possible que l'acte de discrimination qui a été commis ait été commis avec la réalisation d'un des actes optionnels cités dans l'article.

Les raisons de conformité à la juridiction citées dans le Code Pénal Turc et les raisons de conformité d'autres juridictions extraites des règlements judiciaires, peuvent faire disparaître l'élément de non-conformité à la juridiction, dans le contexte de l'article 122 du Code Pénal Turc qui régit le crime de discrimination. Ces genres de situations ont aussi été traitées dans notre recherche.

Pour pouvoir commettre le crime de discrimination il faut qu'il ait une préméditation. Il faut aussi, comme élément spirituel, qu'il y ait un motif et un but, que l'on définit comme intention particulière. Il n'y a aucune disposition qui dise que le crime de discrimination peut être commis par négligence. C'est pour cela que le crime de discrimination ne peut pas être commis par négligence.

Dans notre étude nous avons examiné dans le contexte des différents aspects et des diverses possibilités, la participation au crime, les tentatives de crime et les possibilités conventionnelles de crime. Finalement nous avons étudié les poursuites judiciaires effectuées et les sanctions appliquées. Nous avons étudié les différentes possibilités de peines à infliger à l'accusé, qui se présentent dans le cas où son crime est prouvé

## **ABSTRACT**

This study, reviews Discrimination Crime which found its place in our Penal Law with Turkish Penal Code 5237 and structure of this crime. The discrimination concept and efforts for combat against discrimination, made distinct strides within historic development process. The definition of the discrimination concept, its historic development and types are included in this study.

Discrimination is a concept that would be seen wherever the social life of mankind exists. Even within the communities living along with the similarities alike, occurrence of discrimination is predestined. Today, the extent that communication and transportation achieved, simply doesn't know the concept of limit.

Now, the perception of distance within the mind created by the notion of "distant" is many times longer than ever before. There is no distance in the world that can be called "far" anymore. Unaware of each other throughout the centuries, mankind has survived and differentiated from each other naturally. After a certain point, differences start to melt in the same pot and are globalized, and for man which started to get embedded the differences are not always considered as wealth or diversity.

Economic and industrial development had created certain attraction centers. People began to migrate to the cities by leaving the agricultural economy. Communities which were established as based on common culture, religion, sect or other reasons that may be increased, previously become economic-based.

Women began to have a voice in social life as much as men, and participated in the workforce. With the effect of industrial revolution and modernity, participation of women into the social life and taking part in the workforce market more than ever, caused the conflicts originating from sexual discrimination more than ever before.

With the participation in the workforce sector, conflict has begun between the traditional role of women, and the role in the labor market. Beside the roles casted for women by the male-dominated world, a number of roles taken by women by participating in the labor industry, caused a conflict between home and work life of women. Under these circumstances, discrimination of women in work life, or employment under heavy works when compared with their physiology, deepened the conflict between the traditional role and the roles in labor market of women, and also the conflict between traditionality and modernity. In this regard, inclusion in the labor market as an individual with equal rights, has been a painful process for women, and still, a complete equality of men and women is not achieved in social life.

To achieve equality is considered as the only way for the communities to live together in peace. Moreover, it is mandatory to end discriminatory practices and regulations in order to maintain the economic, political, diplomatic and any other relations between the countries in an harmonious way.

The principle of equality, began to take its place as a basic principle in national constitutions, together with the French Revolution. These constitutions dictate to the states, as a liability, not make any discriminations. Within the last century, the concept of discrimination has frequently appeared in the supra-national texts.

As based on the nature of the concept, the supra-national human rights instruments are expected to prohibit discrimination and impose this as an obligation on the signatory states. Yet, supra-national human rights instruments with the prohibition of discrimination are, available in many different scopes and many different types.

Documents prepared by the United Nations are the primary one of these supra-national instruments. Combat against discriminatory practices and efforts to protect high risk groups to receive or likely to receive discrimination began after the new world formed following the Second World War and the establishment of the United Nations system. One of the ideals establishing the United Nations is to prevent all

forms of discrimination. United Nations Convention indicates to combat discrimination as one of the goals of the United Nations.

Universal Declaration, The Declaration on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination and subsequent Agreement, Declaration of Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief and Convention of Prevention of All Forms of Discrimination against Women are included in detail in this study.

122<sup>nd</sup> Article of the Turkish Penal Code which is about the crime of discrimination, does list the reasons in a limited number. After the reasons listed, by stating "...and by similar reasons..." it look like regulates that the discrimination can be done with any other reasons. But such a statement can be criticized for a penal norm.

The most important one of the sources which describes the discrimination are supra-national agreements which are the part of the domestic law in accordance with 90<sup>th</sup> Article of the Constitution. In this respect, European regional arrangements which Turkey is a part of, are also included in this study.

European Convention on Human Rights is the most important one of the texts which include anti-discrimination regulations created by the Council of Europe. Convention prohibits discrimination in Article 14. While the Article 14 prohibits the discrimination in terms of making use of the rights regulated by the convention, Protocol Annex no 12 of the Convention prohibits discrimination in terms of the rights granted by the domestic law. Thus, Protocol Annex, broadened the scope of the Article 14. Another document of Council of Europe we included in the study is the European Social Charter. Anti-discrimination regulations of this Charter and the Revised European Social Charter which broadens the scope of the Charter herein have been dealt with in detail.

We consider it is impossible to list all the reasons clearly and to limit this list, in consequence of the increase of the reasons of discrimination within the historical process and the possibility of discrimination with unimagined reasons. However,



"national or social origin" and "membership of a national minority" which are not mentioned in Article 122 of the Turkish Penal Code but which are included amongst the reasons of discrimination by the European Convention on Human Rights, Article 14, containing an extensive list, are also included in this study considering that this might be enlightening.

Turkey has the EU membership candidacy status. Transition from candidacy to membership takes place after a negotiation process. Turkey currently continues negotiations. One of the issues to be on the agenda in the process of negotiating process is the prohibition of discrimination. European Union organs have many guidelines which contain the prohibition of discrimination. Member countries are required to adapt these guidelines into their domestic law. During the process of negotiations, our country shall adapt these standards into its domestic law. These guidelines are included in our study. Prohibition of discrimination has economic context in the European Union Law. European Union being an economic formation, has a significant impact on this.

Our national legislation also included the prohibition of discrimination and the principle of equality that determines its content in numerous texts. The most important one is the Article 10 of the Constitution. Article 10 of the Constitution identifies the equality before the laws as a fundamental constitutional principle. The scope of the principle of equality before the law contained in the Article 10, subsequently expanded by constitutional amendments which entered into force afterwards. In addition to these, many policies with positive discrimination content later settled on a constitutional basis.

Jurisprudence of the Constitutional Court are important in the matter of what should be understood from principle of equality. Comments of the Constitutional Court related to the principle of equality, are the most important arguments to fill up the content of this principle.

Besides Constitution, Turkish Civil Code, the Labour Code and the Turkish Penal Code are the basic law prohibiting discrimination by including the equalitarian

provisions. In addition to the review of Article 10 of Constitution, equalitarian regulations in these laws are also discussed in detail.

Prohibition of discrimination in national legislation and supra-national documents is discussed after reviewing of the concept of discrimination with; definition, historical development and types. After filling up the content of the concept of discrimination, Discrimination Crime in the Article 122 of Turkish Penal Code is reviewed.

Criminalization regulation similar to the discrimination crime was not included in our legislation, in the period prior to entry into force of Turkish Penal Code No.5237. As mentioned above, in addition to Constitution, Civil Code, the Labour Code and Turkish Penal Code also included the provisions prohibiting discrimination. Failure to comply with this prohibition, however, did not impose a sanction. There was only the compensation responsibility of the state originating from the human rights law. However, discriminatory acts of legal persons, did not have any criminal sanction. It can be said that, Article 122 of the Turkish Penal Code carries a meaning of fulfillment of a positive obligation in a way not to violate the prohibition of discrimination by the legal entities, in addition to the state. Text of Article 122 of the Turkish Penal Code which arranges discrimination, is as follows;

*By making discrimination between language, race, color, sex, disability, political opinion, philosophical belief, religion, sect or other similar grounds between the individuals, for a person who;*

*a) Prevents the sale or transfer of a movable or immovable property, or execution or use of a service, or bases the recruitment to one of the above-mentioned cases,*

*b) Does not supply nutrients or refuse to supply a service offered to public,*

*c) Prevents a person to have a normal economic activity,  
prison sentence from six months to one year or a judicial fine shall be imposed”*

On the other hand, equality means "the right to get equal treatment or not to be subjected to discrimination". This is the legal value protected by Crime of Discrimination regulated as above.

Discrimination is an abstract risk crime. The realization of acts referred to in the Article, poses a risk over the subject of the crime, and this is sufficient for completion of the crime.

Anyone could be a perpetrator of discrimination crime. Likewise, the article does not foresee a specific qualification in terms of the perpetrator of the crime. Reasons of discrimination set forth in Article 122 of the Turkish Penal Code. Therefore, victim of the crime could be anyone who has the language, race, color, sex, disability, political opinion, philosophical belief, religion, sect features listed in the article. The question of legal persons as the perpetrator or the victim of the crime, is also clarified in our study.

The crime could be committed by means of discrimination with reasons stated in the regulation or by realization of the actions specified in the Discrimination Crime regulation. In this regard, the discrimination action performed, is possible by the realization of one of the alternative acts listed in the article. These alternative actions are examined in detail.

Causes of compliance with law specified in the Turkish Penal Code and any further causes of compliance with law that could be issued by all legal order, could eliminate the illegality fact in the context of the Article 122 of the Turkish Penal Code regulating the Discrimination Crime. This situation is also included in detail in our study.

The existence of intention is a requisite for the commitment of the crime. In addition, the existence of purpose or drive described as special intention in Turkish Penal Code, as a moral factor is essential. There is no specific regulation about the Crime of Discrimination could committed in negligence. For this reason, the Crime of Discrimination cannot be committed by negligence.

In our study, criminal attempt, complicity, and joinder of crimes in terms of special appearance forms of the crime, are examined in the context of different possibilities. And finally, sanction and prosecution of the crime are discussed. In case the guilt of the crime is proven, different possibilities about the execution of the sentence to be given to the perpetrator of the crime are evaluated.

## ÖZET

Bu çalışma, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile Ceza Hukukumuzda yerini bulan ayrımcılık suçunu ve bu suçun yapısını incelemektedir. Ayrımcılık kavramı ve ayrımcılıkla mücadeleyle dair çabalar, tarihi gelişim süreci içinde belli aşamalar kaydetmiştir. Bu çalışmamızda ayrımcılık kavramının tanımı, tarihi gelişimi ve türlerine de yer verilmiştir.

Ayrımcılık insanın sosyal yaşantısının var olduğu her yerde karşımıza çıkabilecek bir kavramdır. Birbirlerine tıpa tıp benzerlikler ile birlikte yaşayan toplumlar içerisinde dahi ayrımcılığın yaşanması mukadderdir. Günümüzde iletişim ve ulaşım imkanlarının geldiği boyut adeta sınır kavramını tanımamaktadır.

Artık uzak kavramının zihinde yarattığı mesafe algısı eskisinden kat be kat daha uzundur. Dünya üzerinde uzak denebilecek mesafe kalmamıştır. Yüzyıllar boyu insanoğlu birbirinden habersiz ve doğal olarak birbirinden farklılaşarak yaşamıştır. Bir noktadan sonra aynı potada erir yani küreselleşir bir şekilde iç içe geçmeye başlayan insanoğlu için farklılıklar, her zaman bir zenginlik veya çeşitlilik olarak görülmemiştir.

Ekonomik ve sınai kalkınma belli cazibe merkezleri yaratmıştır. İnsanlar tarım ekonomisinden ayrılarak kentlere göç etmeye başlamıştır. Öncesinde ortak kültüre, dine, mezhebe ve arttırılabilecek başkaca sebeplere dayalı oluşturulan toplumlar ekonomik merkezli hale gelmiştir.

Kadınlar erkekler kadar sosyal hayatta söz sahibi olmaya başlamış, iş gücüne katılmıştır. Yine sanayi devrimi sonrası ve modernitenin etkisi ile kadınların sosyal yaşantıya, eskisinden daha fazla katılımı ve işgücü piyasasında yer edinmesi de cinsiyet ayrımından kaynaklı çatışmaların eskisinden daha fazla yaşanmasına neden olmuştur. İşgücü sektörüne katılımı ile kadının gelenekselleşen rolü ile iş

piyasadaki rolü arasında çatışma yaşanmaya başlamıştır. Erkek egemen dünyanın kadına biçtiği rollerle birlikte iş piyasasına girerek bir takım roller üstlenmesi kadının ev ve iş yaşamı arasında bir tenakuza da sebep olmuştur. Bu şartlar altında kadının iş yaşamında ayrımcılığa tabi tutulması veya kendi fizyolojisine göre zor işlerde çalıştırılması kadının geleneksel rolü ile iş piyasasındaki rolleri arasındaki tenakuzu, geleneksellikle modernlik arasındaki çatışmayı daha da derinleştirmiştir. Bu bakımdan kadının iş piyasasında eşit haklara sahip bir birey olarak yer edinmesi süreci sancılı olmuş ve hala tam anlamıyla bir kadın erkek eşitliği sosyal yaşantıda sağlanmış değildir.

Toplumların bir arada barış içinde yaşamalarının tek yolu eşitliği sağlamak olarak telakki edilmektedir. Dahası ülkeler arası ekonomik, siyasi, diplomatik ve başkaca ilişkilerin uyumlu bir şekilde sürdürülebilmesi için ayrımcı uygulama ve düzenlemelere son verilmesi mecburidir.

Eşitlik ilkesi, Fransız Devrimi ile birlikte ulusal anayasalar içerisinde bir temel ilke olarak yerini almaya başlamıştır. Bu anayasalar devlete bir yükümlülük olarak ayrımcılık yapmamayı dikte etmektedir. Son yüzyıl içerisinde ayrımcılık kavramı ulusüstü metinlerde de kendine sıkça yer edinmiştir.

Kavramın doğası gereği ulusüstü insan hakları belgelerinin ayrımcılığı yasaklaması ve imzacı devletlere bunu bir yükümlülük olarak yüklemesi beklenmektedir. Oysa ki ayrımcılık yasağını ihtiva eden çok farklı alanlarda çok farklı türde ulus üstü insan hakları belgeleri mevcuttur.

Bu ulusüstü belgelerin başında Birleşmiş Milletler nezdinde hazırlanmış belgeler gelmektedir. Ayrımcı uygulamalarla mücadele ve ayrımcılığa uğrayan ya da uğraması muhtemel risk gruplarının korunması çabaları İkinci Dünya Savaşı sonrası oluşan yeni Dünya ve Birleşmiş Milletler sisteminin kurulmasıyla başlamıştır. Birleşmiş Milletler sistemini kuran ideallerden biri de her türlü ayrımcılığın önüne geçmektir. Birleşmiş Milletler Antlaşması ayrımcılıkla mücadeleyi Birleşmiş Milletler'in amaçlarından biri olarak göstermektedir.

Birleşmiş Milletler nezdinde oluşturulan ve ayrımcılık kavramı açısından önemi haiz Evrensel Bildirge'ye, Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Bildirge ve onu takip eden Sözleşme'ye, Din veya İnanca Dayalı Her Türlü Hoşgörüsüzlük ve Ayrımcılığın Kaldırılması Bildirgesi ve Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'ne bu çalışmamızda ayrıntılı olarak yer verilmiştir.

Ayrımcılık suçunu düzenleyen Türk Ceza Kanunu 122. Madde ayrımcılık sebeplerini “ve benzeri sebeplerle” diyerek saymaktadır. Bu ifade bu sebeplerin sınırlı olmadığı yorumunu yapmaya müsaittir. Ne var ki bir ceza normu için bu ifade son derece tartışmalıdır.

Ayrımcılık karşıtı düzenlemelerle ilgili en önemli kaynaklardan biri de Anayasa 90. Madde uyarınca iç hukukun bir parçası olan uluslararası sözleşmelerdir. Bu bakımdan Türkiye'nin de taraf olduğu Avrupa bölgesel düzenlemeleri de bu çalışmamızda yer almıştır.

Avrupa Konseyi tarafından oluşturulmuş ayrımcılık karşıtı düzenlemeler içeren metinlerin başında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gelmektedir. Sözleşme 14. Maddesi ile ayrımcılığı yasaklamaktadır. 14. Madde ayrımcılığı sözleşmenin düzenlediği hakların kullanılmasında bakımından yasaklarken sözleşmeye Ek 12 No'lu Protokol iç hukukta tanınan haklar bakımından da ayrımcılığı yasaklamaktadır. Böylelikle Ek Protokol, 14. Maddenin kapsamını genişletmiştir. Çalışmamızda yer verdiğimiz bir diğer Avrupa Konseyi belgesi Avrupa Sosyal Şartıdır. Şartın ve bu şartın kapsamını genişleten Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın ayrımcılık karşıtı düzenlemeleri ayrıntılı olarak inceleme konusu yapılmıştır.

Ayrımcılık sebeplerinin tarihi süreç içerisindeki artışı ve akla bile gelebilecek sebeplerle ayrımcılık yapılabilmesi ihtimali sebebiyle bütün sebepleri net bir şekilde saymak ve bu sayıyı sınırlamanın imkansız olduğu kanaatindeyiz. Bununla beraber Türk Ceza Kanunu 122. Maddenin dile getirmediği ama en geniş listeye sahip Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 14. Maddenin ayrımcılık sebepleri arasında saydığı

“ulusal veya sosyal köken” ve “ulusal bir azınlığa mensubiyet” ayrımcılık sebeplerine de bu çalışmamızda aydınlatıcı olabileceği düşüncesiyle yer verilmiştir.

Türkiye Avrupa Birliği üyeliğine aday ülke statüsündedir. Adaylıktan üyeliğe geçiş bir müzakere süreci sonunda gerçekleşmektedir. Türkiye şu an müzakerelere devam etmektedir. Müzakere sürecinde gündeme gelecek konulardan biri de ayrımcılık yasağıdır. Avrupa Birliği organlarının ayrımcılık yasağını ihtiva eden pek çok direktifleri mevcuttur. Üye ülkelerin bu direktifleri iç hukuklarına uyarlaması gerekmektedir. Ülkemiz üyelik müzakereleri sürecinde bu direktiflerde belirlenen standartları iç hukukuna uyarlayacaktır. Bu direktiflere çalışmamızda yer verilmiştir. Ayrımcılık yasağı Avrupa Birliği Hukuku’nda ekonomik içeriklidir. Bunda Avrupa Birliği’nin her şeyden evvel bir ekonomik oluşum olmasının etkisi büyüktür.

Ulusal mevzuatımız da ayrımcılık yasağına ve onun içeriğini belirleyen eşitlik ilkesine pek çok metinde yer vermiştir. Bunların başında Anayasa’nın 10. Maddesi gelmektedir. Anayasa 10. Madde kanun önünde eşitliği temel bir anayasal ilke olarak belirlemiştir. 10. Maddede yer alan kanun önünde eşitlik ilkesinin kapsamı sonradan yürürlüğe giren anayasa değişiklikleri ile genişletilmiştir. Bunlar yanında pozitif ayrımcılık içeriğine sahip pek çok politika sonradan anayasal temele oturtulmuştur.

Eşitlik ilkesinden ne anlaşılması gerektiği konusunda Anayasa Mahkemesi içtihatları önemlidir. Anayasa Mahkemesi’nin eşitlik ilkesi ile ilgili yorumları bu ilkenin içeriğini doldurmaktaki en önemli argümandır.

Anayasa dışında Türk Medeni Kanunu, İş Kanunu ve Türk Ceza Kanunu da eşitlikçi hükümler içererek ayrımcılığı yasaklayan temel kanunlardır. Anayasa 10. Maddenin incelenmesi yanında bu temel kanunlardaki eşitlikçi düzenlemeler de ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

Ayrımcılık kavramı; tanımı, tarihi gelişimi ve türleri ile birlikte incelendikten sonra ulusal mevzuatımız ve ulusalüstü belgelerde ayrımcılık yasağı ele alınmıştır. Ayrımcılık kavramının içeriği bu şekilde doldurulduktan sonra Türk Ceza Kanunu 122. Madde ile getirilen ayrımcılık suçu incelenmiştir.



Ayrımcılık suçuna benzer bir suç düzenlemesi 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önceki dönemde mevzuatımızda yer almamaktaydı. Yukarıda da belirttiğimiz gibi Anayasa yanında Medeni Kanun, İş Kanunu ve Türk Ceza Kanunu ayrımcılığı yasaklayan hükümler içermektedir. Ne var ki bu yasaklamaya aykırı davranmak bir yaptırıma bağlanmamıştır. Sadece devletin insan hakları hukukundan kaynaklı bir tazminat sorumluluğu söz konusuydu. Fakat özel hukuk tüzel kişilerinin ayrımcı fiillerinin cezai her hangi bir karşılığı yoktu. Türk Ceza Kanunu 122. Madde, devlet yanında özel hukuk kişilerinin de ayrımcılık yasağını ihlal etmemesi yönünde bir pozitif yükümlülüğün yerine getirilmesi anlamını taşıdığı söylenebilir. Ayrımcılık suçunu düzenleyen Türk Ceza Kanunu 122. Madde metni şu şekildedir;

*“Kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, özürllük, 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.”*

Eşitlik, bir yandan "eşit işlem görme ya da ayrımcılığa tabi tutulmama hakkı" anlamına gelir. Yukarıdaki gibi düzenlemesini bulan ayrımcılık suçunun koruduğu hukuki değer budur.

Ayrımcılık suçu neticesi harekete bitişik suçlardandır ve bir soyut tehlike suçudur. Maddede belirtilen fiillerin gerçekleşmesi ile suçun konusu üzerinde bir tehlike meydana gelmektedir ve suçun tamamlanması için bu yeterlidir.

Ayrımcılık suçunun faili herkes olabilir. Keza madde suçun faili açısından belli bir vasıf öngörmemektedir. Suçun mağduru maddede sayılan dil, ırk, renk, cinsiyet,

özürlülük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep bakımından özelliklere sahip herkes olabilir. Çalışmamızda tüzel kişilerin suçun faili ya da mağduru olması hususuna da açıklık getirilmiştir.

Ayrımcılık suçu düzenlemesinde belirtilen eylemlerin yine düzenlemede sayılmış sebeplerle ayırım yapmak suretiyle gerçekleştirilmesi ile suç işlenebilir. Bu bakımdan ayrımcılık suçu maddede sayılan seçimlik hareketlerden birinin gerçekleştirilmesi ile işlenebilir. Bu seçimlik hareketler ayrıntılı olarak incelenmiştir.

Türk Ceza Kanunu'nda belirtilen hukuka uygunluk nedenleri ve hukuk düzeninin tamamından çıkarılacak başkaca hukuka uygunluk nedenleri ayrımcılık suçunu düzenleyen Türk Ceza Kanunu 122. Madde bağlamında hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldırabilirler. Bu duruma da çalışmamızda ayrıntılı olarak yer verilmiştir.

Ayrımcılık suçunun işlenebilmesi için kastın varlığı zorunludur. Bunun yanında manevi unsur olarak özel kastın varlığı şarttır. Ayrımcılık suçunun taksirle işlenebileceğine dair özel bir düzenleme mevcut değildir. Bu sebeple ayrımcılık suçu taksirle işlenemez.

Çalışmamızda suçun özel görünüş biçimleri bakımından suça teşebbüs, suça iştirak ve suçların içtimai farklı ihtimaller bağlamında ele alınıp incelenmiştir. Son olarak da suçun yaptırımı ve kovuşturması ele alınmıştır. Suçun sabit görülmesi durumunda faile verilecek cezanın infazına dair farklı ihtimaller değerlendirilmiştir.

## GİRİŞ

İnsan diğer canlılardan farklı olarak toplum içerisinde yaşayan, birbiri ile etkileşime geçen ve zamanla bu etkileşiminden dolayı ortak kültür ve değerleri paylaşarak aynılan, etkileşim içerisinde olmadığı kişiler ve topluluklar ile de farklılaşan bir canlıdır.

Farklılaşma, insanın yaşadığı coğrafyanın ve iklim şartlarının üzerinde bıraktığı etki ile gerçekleşebileceği gibi içerisinde doğup büyüdüğü çevrenin değerlerini özümsemesi ve benimsemesi suretiyle de olabilmektedir. Çoğu zaman insan içinde olduğu toplumun dili ile kendini ifade etme imkanı bulmakta ve çoğu zaman içinde yaşadığı toplumun inançları ile manevi tatmin yaşamaktadır.

Dünyanın son yüz veya yüz elli yılda gösterdiği hızlı gelişme, iletişim ve ulaşım imkanlarının fazlalığı bu farklılıkların zamanla bir biri ile karşılaşmasına birbirinin içine girmesine ve bir biri ile birlikte yaşamasına sebep olmuştur. Böyle bir kaynaşma ve günümüzün moda ifadesiyle küreselleşme içerisindeki insanoğlunun kendisinden farklı bir diğerine karşı belirli sebeplerle ayrımcılık göstermeyeceği düşünülemezdi. Bu bakımdan ayrımcılık insanoğlunun sosyal bir canlı olmasından yani doğasından kaynaklanan bir hastalığıdır.

Bir kişiye karşı sadece belli bir gruptan olması sebebiyle öfke duyulması ve o kişiye yönelik menfi tavırlar sergilenmesinin asla tasvip edilemeyecek bir davranış olması moral bir değerdir ve ahlak tarafından bu moral değere aykırı davranmak yasaklanmıştır.

İnsan hakları belgelerinin gelişim süreci incelendiğinde de görülecektir ki ayrımcılık yaşağı her dönem için fırsat eşitliğine güçlüler kadar sahip olmayanlar tarafından dile getirilmiştir. Neredeyse ayrımcılık yaşağına yer vermeyen temel haklara dair bir ulusalüstü insan hakları metni yok gibidir.

“Senden farklı olana karşı ayrımcılık yapma” şeklinde kodlanabilecek ahlak kuralı insan hakları hukuk tarafından yazılı bir hukuk kuralı haline getirilmiştir ve devletlere bu yönde pozitif ve negatif yükümlülükler yüklenmiştir.

Devlet kurumları ve bu kurumlar adına hareket eden kamu ajanları her türlü eylem ve işlemlerinde eşitlik ilkesine uygun davranmak ve ayrımcılık yapmamak mecburiyeti altındadırlar. Bu zorunluluk günümüz anayasaları tarafından da bir ilke olarak benimsenmiş ve anayasalarda temel ilkeler arasında yer edinmiştir.

1982 Anayasasının 10. Maddesi eşitlik ilkesini temel ilkeler arasında sayarak tarafı olduğu uluslararası sözleşmelerden kaynaklı yükümlülüğünü anayasa hukuku bağlamında yerine getirmiştir. Devlet kurumlarının ve görevlilerinin ayırım yapmamak yönündeki eylemi eşitlik ilkesinin ve ayrımcılık yasağının kendisine yüklediği negatif yükümlülüğün yerine getirilmesidir.

Devletlerin bizzat kendilerinin insan haklarını ihlal etmemesi ve insan onuruna yaraşmayan eylemlerde bulunmaması gerektiği gibi başkalarının da bu ihlallerde ve eylemlerde bulunmasının önüne geçmesi gerekmektedir.

Bu bakımdan devletler vatandaşları arasındaki özel hukuk münasebetlerinden kaynaklı ayrımcı muameleleri engellemek için tedbirler almak yönünde bir pozitif yükümlülük altındadırlar.

Bu bakımdan Medeni Kanun’da kadın erkek eşitliğini sağlamaya yönelik hükümler bulunmaktadır. Yine aynı doğruluda İş Kanunu işçinin herhangi bir farklılığı sebebiyle ayrımcılık görmesini engelleyici hükümler ihtiva etmektedir. Pek çok başkaca özel hukuk ilişkilerini düzenleyen yasalar anayasal bir ilke olan eşitlik ilkesinin kendi hukuk branşlarındaki tezahürlerini somutlaştırarak korumaktadır.

Bugüne kadar sürekli olarak insan hakları hukukunun inceleme konusu olan ayrımcılık kavramı ve ayrımcılık yasağı 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun yürürlüğe girmesi ile gerçek manada Ceza Hukuku’nun da inceleme alanına girmiştir. Öncesinde sadece mukayeseli hukuk incelemeleri bağlamında çok kısıtlı

olarak ilgilenilen ayrımcılık suçu Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesi ile birlikte ceza mevzuatımızın da bir parçası haline gelmiştir.

Özel hukuk ilişkilerini düzenleyen ceza hukuku disiplini dışındaki disiplinlerin konusu olan kanunlardaki eşitliği sağlayıcı ve ayrımcı eylemleri önleyici düzenlemeler Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesi ile getirilen yaptırımlar sayesinde daha bir kuvvetlenmiştir.

Türk Ceza Kanunu 122. Maddenin, yerinde ve Türkiye'nin ihtiyaç duyduğu bir düzenleme olduğu görüşünde olanlar yanında böyle bir düzenlemeye ülkemizde gereksinim olmadığı görüşünde olanlar da vardır. Ne olursa olsun Türkiye'nin Roma, Bizans ve Osmanlı gibi birçok millet, din ve mezhepten kişiyi içinde barındıran imparatorluklar coğrafyasında olduğu unutulmamalıdır.

Ayrımcılık her zaman, her devirde, her yerde insanların karşılaşabileceği bir olgudur. Bugün olmasa bile yarın muhakkak bir şekilde, bir yerde, birileri ayrımcılığa maruz kalacaktır. İstenmeyen böyle bir durumun bir gün gerçekleşebileceği öngörüsüyle bu tür haksızlıkları gerçekleştiren kişilere karşı belli ceza normlarını düzenlemek bunların hiç olmamasından elbette daha iyidir.

Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının devletler dışındaki kimseler tarafından tehlikeye atılmaması için devletlerin üzerine düşenleri yapması anlamındaki pozitif yükümlülüklerin Ceza Hukuku'ndaki görünümü olan ayrımcılık suçu düzenlemesi bizim bu çalışmamızın konusudur.

Çalışmamızın ilk bölümünde bir olgu olarak ayrımcılık; kavram, türleri, tarihi gelişimi ile birlikte ulusal ayrımcılık karşıtı hukuk ve ulusüstü ayrımcılık karşıtı düzenlemeler incelenmektedir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde Türk Ceza Kanunu 122. Madde ile getirilen ayrımcılık suçu; bir suç tipi olarak unsurlarıyla birlikte incelenmektedir.

## **BİRİNCİ BÖLÜM**

### **AYRIMCILIK**

#### **A- Genel**

Ayrımcılık, pek çok insanın günlük yaşantısında farkında olmadan ayrımcılık yapan ya da ayrımcılığa uğrayan olarak muhatap olduğu bir kavramdır. Öyle ki ifadenin kendisi yalın haliyle olumsuz bir çağrışım yapsa da olumlu olarak kullanıldığı yerler de vardır. Negatif ayrımcılık kavramından bahsederken doğrudan, ayrımcılık ifadesinin kullanılması buna karşın pozitif ayrımcılık ifadesinin bir terkip olarak tercih edilmesi, kavramın doğasındaki bu olumsuzluktan ileri gelmektedir.

Ayrımcılık kavramını değerlendirebilmenin yolu, onu başka değerler ve bu değerlerin korunmasıyla ilgili önlemlerle birlikte ele almaktır. Bunların başında adalet ve eşitlik değerleri gelmektedir. Öyle ki bu sayılan iki kavramın değeri ve kutsallığının korunması ve bu değer ve kutsallığı zedeleyici bir uygulamanın ortaya çıkmasının engellenmesine yönelik önlemler, ayrımcılık kavramının hukukçular ve başkaca sosyal bilimciler tarafından değerlendirilmesi bakımından önemlidir.

#### **1. Ayrımcılık Kavramı, Tarihi Gelişimi ve Türleri**

##### **a. Tanım**

Ayrımcılık Türkçede ayrımcı olma durumu anlamına gelmektedir.<sup>1</sup> Türk Dil Kurumu Kent Bilimleri Sözlüğü'ne göre ayrımcılık: belli insan öbeklerinin ayrılaşmasını bilinçli bir biçimde gerçekleştirmeyi amaçlayan bir yöneltinin

---

<sup>1</sup> Türk Dil Kurumu, **Türkçe Sözlük**, 10. Baskı, Ankara, TDK Yayınları, 2005, s. 164.

benimsenmesidir.<sup>2</sup> Buna göre bu yöneltiyi benimsemiş uygulamalarda bulunan kişiye ayrımcı, bu yöneltilele yapılan uygulamalara da ayrımcı uygulamalar denilmektedir.

Batı dillerinde özellikle İngilizce ve Fransızca'da ayrımcılık teriminin karşılığı olan “*discrimination*” ifadesi Latince'den yayılmıştır ve “ayırarak, seçmek, kısıtlama getirmek” gibi anlamları olan “*discriminatio*” kelimesinden türemiştir.<sup>3</sup>

Ayrımcılık sosyal hayatta biri ya da birilerinin belirli özellikleri sebebiyle diğerlerinden farklı muamelelere tabi tutuluyor olması şeklinde karşımıza çıkar. İnsanların dili, ırkı, rengi, cinsiyeti, dini, mezhebi, milliyeti, etnik kökeni ve çoğaltılabilecek sebeplerle kamu hizmetlerinden yararlanmada, özel sektör ilişkilerinde bulunmada farklı muamelelere tabi tutulması ayrımcılıktır.

Ayrımcılık bir devlet ya da toplum içerisindeki bazı kişi ya da kişi gruplarının bunlar dışındakilere tanınan bir takım hak ve ayrıcalıklardan yoksun bırakılmasıdır.<sup>4</sup> Pek çok durumda örneğin din ya da ulus esasına dayanan devletlerde kişi ya da kişi grupları ayrımcılığın mağduru olurlar. Keza toplumsal olarak ulus, din, cinsiyet ya da bir toplumun üyelerini birbirinden ayırmada kullanılan herhangi bir tanımlama yüzünden kişiler ve kişi grupları belli bir kategori ya da tasnife tabi tutulurlar.<sup>5</sup>

Ayrımcılık kavramı 1830'lu yıllardan beri kullanılan bir kavramdır. Hukuk dünyasında ilk olarak 1878 yılında bir İngiliz Mahkemesinin kararında kullanılmıştır. Kişinin mensubiyeti ya da bir özelliği onun diğerlerinden daha farklı ve olumsuz bir muamele görmesine sebep olur ki bu durum eşitlik ilkesine aykırıdır.<sup>6</sup>

Ayrımcılık terimi özellikle insan hakları bağlamında sıkça kullanılan bir terimdir. Belli insanların ya da grupların sırf sahip oldukları kimlik veya inançları nedeniyle yok sayılması, daha aşağı bir uygulamaya tabi tutulması ya da sistematik

<sup>2</sup> Türk Dil Kurumu, **Kent Bilim Terimleri Sözlüğü**, <http://tdkterim.gov.tr/bts/> (Ulaşım 09.02.2011)

<sup>3</sup> Glosbe, **Latince Türkçe Sözlük**, (Erişim 17.09.2010)

<http://tr.glosbe.com/tr/la/ayr%C4%B1mc%C4%B1l%C4%B1k>

<sup>4</sup> Ernest Ellis Cashmore, **Dictionary of Race and Ethnic Relations**, Londra, Routledge, 1988, s. 79.

<sup>5</sup> Türkkaya Ataöv, **Çatışmaların Kaynağı Olarak Ayrımcılık**, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi Yayınları No:20, 1996, s. 1.

<sup>6</sup> Melek Onaran Yüksel, **Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın – Erkek Eşitliği**, İstanbul, Beta, 2000, s. 28.

olsun olmasın hak ihlallerine maruz bırakılması ayrımcılıktır.<sup>7</sup> Ulusal ya da ulusalüstü belgelerle tanınmış haklardan faydalandırmada gruplar arasında farklılık gözetmek de sırf ayrımcı uygulama olması bakımından insan hakları hukuku bakımından bir ihlaldir ve terim insan hakları hukukunun değerlendirdiği en temel kavramlardan biridir.<sup>8</sup>

Sosyoloji bilimi de ayrımcılık kavramını kendi çalışmalarını ilgilendirir boyutta ele almaktadır. Bu bakımdan sosyoloji, toplum içerisinde devletçe sağlanan veya özel sektörde arz edilen hizmet ve ürünlere ulaşım güçlüğü çeken, belli refah ve ilerleme fırsatlarına sahip olamayan grupları ele almaktadır. Bu grupların zamanla diğerlerinden gördüğü her türlü küçültücü tavır ve engellemeler sosyoloji bakımından ayrımcılık kavramının içini dolduran unsurlardır.<sup>9</sup>

## b. Tarihi Gelişim

Yukarıda ayrımcılığın tanımını verirken bu ifadenin 1830'lu yıllardan beri kullanılmakta olduğunu ve 1878 yılında bir mahkeme kararında geçtiğini belirtmiştik. Ayrımcılık kavramı özellikle Amerikalı eğlence sanatçısı Thomas D. Rice'in, Afrika kökenli Amerikalıların, Amerikan kültürüne olan etkisini mizahi bir dille ele aldığı oyunlarında kullanılmıştır.<sup>10</sup> Kavram bugünkü manasıyla ama daha dar bir şekilde ırka dayalı aşağılayıcı önyargıları tanımlayan bir içeriğe sahiptir.

Ayrımcılık kelimesinin hayatımıza sıklıkla kullanılan bir ifade olarak girmesinde, özellikle sanayi devrimi sonrası çok kültürlü toplumların oluşmaya başlaması ve yeni kıtaların keşfi ile birlikte bu kıtalara göçün çok ırklı uluslar yaratmasının etkisi büyüktür. Sanayileşmiş ülkelerdeki ağır işleri görece işgücünün sömürgelerden bu ülkelere göçü ve yeni keşfedilen kıtalara yerleşen yerleşimcilerin

<sup>7</sup> Hakan Ataman, **Ayrımcılığa Karşı Uluslararası İnsan Hakları Mevzuatı**, Ankara, İnsan Hakları Gündemi Derneği, 2007, s. 11.

<sup>8</sup> İnsan Hakları ve Mazlumlar İçin Dayanışma Derneği, **Türkiye'de Etnik Ayrımcılık Raporu**, Ankara, Mazlumder, 2008, s. 14.

<sup>9</sup> Anthony Giddens, Mitchell Duneier, Richard P. Appelbaum, Deborah Carr, **Introduction to Sociology**. 7. Baskı, New York, W. W. Norton & Company, 2009. s. 334.

<sup>10</sup> A.g.e. s. 324.



buralarda yaşamakta olan yerli toplumlarla kaynaşması sonucu bu sosyolojik ilişkiden kaynaklı zıtlıklar, çatışmalar ortaya çıkmıştır.<sup>11</sup>

İrk ayrımcılığı şeklinde ortaya çıkan ayrımcılık, toplumların zamanla birbirleriyle etkileşmesi ve kaynaşması ile başkaca kategorilerde de söz konusu olmuştur. Ayrımcılık gören grup içerisinde ekonomik imkanlar ve eğitim imkanlarına ulaşabilip görece daha müreffeh ve eğitilmiş statüler kazanan kişiler ve gruplar ile bu gruptan olup böyle olmayanlar arasında da ayrımcılık yaşanmıştır. Örneğin geçmişte savaş ve hastalık nedeniyle sayıları iyice azalmış olan Amerikan yerlileri bugün dahi çok yoksul durumdadırlar ve ABD’de yoğun bir biçimde ayrımcılığa muhatap olmaktadır. Amerikan iç savaşı döneminde ve sonrasında devlet ve kamu otoritelerini elinde bulunduranlar bu insanların sorunlarına ve taleplerine yeterince kulak asmadıkları için, bunlar arasında kendi hedeflerini oluşturma ve bu hedefler doğrultusunda gereken adımları atma yönünde bir temayül belirlemiştir. Bu durum ayrımcılık gören grup içerisinde bir takım elitler yaratmıştır.<sup>12</sup> Ayrımcılığı doğuran zıtlıklar sadece beyazlarla yerlileri arasında değildir. Burada geleneksel yerliler ile eğitilmiş ve elit yerliler arasında da ayrımcılık yaratan bir çatışma vardır.<sup>13</sup>

Yine sanayi devrimi sonrası ve modernitenin etkisi ile kadınların sosyal yaşantıya, eskisinden daha fazla katılımı ve işgücü piyasasında yer edinmesi de cinsiyet ayrımından kaynaklı çatışmaların eskisinden daha fazla yaşanmasına neden olmuştur.<sup>14</sup> İşgücü sektörüne katılımı ile kadının gelenekselleşen rolü ile iş piyasasındaki rolü arasında çatışma yaşanmaması düşünülemezdi. Erkek egemen dünyanın kadına biçtiği rollerle birlikte iş piyasasına girerek bir takım roller üstlenmesi kadının ev ve iş yaşamı arasında bir tenakuza da sebep olmaktadır. Bu şartlar altında kadının iş yaşamında ayrımcılığa tabi tutulması veya kendi fizyolojisine göre zor işlerde çalıştırılması kadının geleneksel rolü ile iş piyasasındaki rolleri arasındaki tenakuzu, gelenekselleşme ile modernlik arasındaki

<sup>11</sup> Mark Rubin – Miles Hewstone, “Social Identity, system justification and social dominance”, **Political Sociology**, Yıl: 25 S: 6, 2004, s. 823 – 844.

<sup>12</sup> Alvin M. Joseph Jr., **Red Power: The American Indians' Fight for Freedom**, New York, American Heritage Press, 1971, s. 16 vd.

<sup>13</sup> Türkkaya Ataöv, **Çatışmaların Kaynağı Olarak Ayrımcılık**, s.8.

<sup>14</sup> Tamer Soysal , “Uluslararası Sözleşmeler Işığında 4857 Sayılı İş Kanununda Kadın İşçiyi Koruyan Hükümler”, Ankara, **Kamu – İş Dergisi**, C:8, S:4, 2006, s. 2.

çatışmayı daha da derinleştirecektir.<sup>15</sup> Bu bakımdan kadının iş piyasasında eşit haklara sahip bir birey olarak yer edinmesi süreci sancılı olmuş ve hala tam anlamıyla bir kadın erkek eşitliği sosyal yaşantıda sağlanmış değildir.

Görüleceği üzere ekonomik ve eğitimsel kazanımların ya da eksikliklerin ayrımcılık yapan grupta veya ayrımcılığa uğrayan grupta olma bakımından etkisi büyüktür. Bu bakımdan tarihsel gelişim içerisinde ırk, renk, dil, cinsiyet, din, ekonomik durum ve benzeri sebeplerden kaynaklı ayrımcılığı yaratan tavırları şu üç temelde sayabiliriz.

*Gerçekçi rekabet:* kişi ya da kişilerin kendi gruplarının menfaatlerini sürdürmesi ve kendilerinin de dahil olduğu gruplarının yiyecek, arazi, müşteri gibi maddi kaynakları edinmesini amaçlamasıdır.

*Sosyal rekabet:* kişi ya da kişilerin kıyaslanabilir diğer gruplara bağlı olarak kendi grubunun daha fazla sosyal statü ve itibar kazanmasını amaçlamasıdır.

*Rızaya dayalı ayrımcılık:* düzen ihtiyacından kaynaklanır ve sabit gruplar arası meşru statü hiyerarşisini yansıtır.<sup>16</sup>

Ayrımcı tavrın (*discriminatory behaviour*) dayandığı başlıca ayrımlar yukarıda sıralandığı gibi olsa da bu üç başlıktan kaynaklı ayrımcılığın temeli çok değişik formlarda karşımıza çıkmaktadır. Bu bakımdan aşağıda da ele alınacak ulusalüstü metinler bu ayrımcılıklara muhatap olma riski altındaki grupların tarihsel süreç içerisinde korunma ihtiyacı içine girmesinden kaynaklı olarak bir takım düzenlemeler ve önlemler ihtiva etmektedir.

Ayrımcı uygulamalarla mücadele ve ayrımcılığa uğrayan ya da uğraması muhtemel risk gruplarının korunması için önlemler alma yolunda ulusalüstü çabanın tarihi çok eskilere dayanmamaktadır. Hatta bu durumun İkinci Dünya Savaşı sonrası oluşan yeni Dünya ve Birleşmiş Milletler (BM) sisteminin kurulmasıyla başladığını

<sup>15</sup> Melek Onaran Yüksel, *Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın – Erkek Eşitliği*, s. 95.

<sup>16</sup> Mark Rubin – Miles Hewstone, *Social Identity, system justification and social dominance*, s. 825.

söyleyebiliriz. Öyle ki BM sistemini kuran ideallerden biri de her türlü ayrımcılığın önüne geçmektir.<sup>17</sup> Bu bakımdan Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın Örgütün amaçlarını belirten ilk maddesinin üçüncü paragrafına vurgu yapmak gerekmektedir. Antlaşma'nın 1/3. Maddesine göre "*insan hakları ve temel hakların herkes için ırk, cinsiyet, dil ya da din farkı gözetmeksizin geliştirilmesi*" örgütün amaçlarından biri olarak belirlenmiştir.<sup>18</sup>

Tarihsel süreç içerisinde Birleşmiş Milletler yukarıda belirtilen görevini, çeşitli risk gruplarını korumaya yönelik ya da geneli itibarıyla ayrımcılıkla mücadeleyi amaçlayan ulusalüstü metinleri (bildirge, sözleşme, vb. ) yürürlüğe koymak suretiyle yerine getirmektedir.

Kronolojik bir liste olarak sayacak olursak 1948'de imzalanan ve yirminci ülkenin onayıyla 1951 yılında yürürlüğe giren Birleşmiş Milletler Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırması Sözleşmesi, 100 sayılı ILO sözleşmesi olarak da bilinen 1951 tarihli Eşdeğer İş için Erkek ve Kadın İşçiler Arasında Ücret Eşitliği Hakkında Sözleşme, 111 sayılı ILO sözleşmesi olarak da bilinen 1958 tarihli Çalışma ve Meslek Bakımından Ayrımcılık Hakkında Sözleşme, UNESCO'nun 11. Oturumunda kabul edilen 1960 tarihli Eğitimde Ayrımcılığa Karşı Sözleşme, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 1904 sayılı kararı ile açıklanan Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin 20 Kasım 1963 tarihli bildirge, 21 Aralık 1965 tarih ve 2106 sayılı BM Genel Kurul kararı uyarınca kabul edilerek imza ve onaya açılan 19. maddesi uyarınca, 4 Ocak 1969 tarihinde yürürlüğe giren Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme, 1973 tarihli Apartheid Suçu ile Mücadele edilmesine ve Cezalandırılmasına dair Uluslararası Sözleşme, UNESCO'nun 1978 tarihli 20. Oturumunda kabul edilen Irksal Önyargı Bildirgesi, 1979'da kabul edilen ve 1981'de yürürlüğe giren Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi 1981 tarihli Birleşmiş Milletler Din veya İnanca Dayalı Her Türlü Hoşgörüsüzlük ve Ayrımcılığın Kaldırılması Bildirgesi, bu süreçte yürürlüğe girmiş ve ayrımcılığa karşı hükümler ve ayrımcılık tehlikesi altındaki risk gruplarına yönelik önlemler ihtiva etmiş ulusalüstü metinlerin başlıcalarıdır.<sup>19</sup>

<sup>17</sup> Türkkaya Ataöv, **Çatışmaların Kaynağı Olarak Ayrımcılık**, s. 2.

<sup>18</sup> Metnin tamamı için Tekin Akıllıoğlu, **İnsan Haklarının Korunması Alanında Uluslararası Temel Belgeler**, 3. B., Ankara, Bilgi Yayınevi ve S.B.F. İnsan Hakları Merkezi, 1995.

<sup>19</sup> Ian Brownlie, **Basic Documents on Human Rights**, Oxford, Clarendon Press, 1981.

Yukarıda zikredilen metinler ve aşağıda incelenecek olan bölgesel düzenlemeler yine yukarıda belirttiğimiz ayrımcı tavırlar bağlamında belli ayrımcılık sebeplerini saymaktadırlar. Bu belgelerin çoğu özellikle belli başlı ayrımcılık sebeplerini sayıp sonrasında “ve benzeri sebeplerle” gibi ucu açık ifadeler kullanmaktadır. Buradan, bu belgelerde dile getirilen ayrımcılık sebeplerinin tahdidi olmadığını öngörebiliriz. Bunun sebebi metnin ortaya çıktığı tarihsel süreçte var olan ayrımcılık sebeplerine ileride yenilerinin eklenebilecek olması ve yasaklanmamış bir kategorileşmenin ayrımcılık sebebine de dönüşebilmesi olasılığıdır.<sup>20</sup> Çoğu zaman ırk, renk, cinsiyet, dil, din, mezhep, siyasi görüş, belli bir ulusa ya da etnik kökene mensubiyet, ekonomik statü, özürllük ve çoğaltılabilecek ifadelerle sayılan ayrımcılık sebepleri ile ilgili en uzun kataloğa sahip metin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesidir.<sup>21</sup>

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. Maddesi “Ayrımcılık Yasağı” başlığını taşımaktadır ve madde “cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensupluk, servet, doğum” şeklinde 13 adet ayrımcılık sebebini saymaktadır.<sup>22</sup> Maddenin bu sayılan ayrımcılık sebeplerinden sonra “veya herhangi bir başka durum” demek suretiyle bu sebeplerin sınırlı sayıda olmadığını belirttiğini hatırlatalım.

Yukarıda örnek olarak verilen ayrımcılık sebepleri incelenirse bir kısmının doğmakla var olan, bir kısmının sonradan edinilen sebepler olduğu görülecektir. Keza tarihsel süreç incelendiğinde doğmakla var olan özelliklerin ayrımcılığa sebep olmasının tarihi, sonradan elde edilen niteliklerden kaynaklı ayrımcılığın tarihinden daha eskidir. İnsanoğlunun gelişim süreci sosyal yaşantının da doğal ya da suni yollarla düzenlenmesi ve bu sosyal sistem içerisinde herkesin bir yapıtaşı mahiyetinde roller ve statüler edinmesi demektir. İnsanoğlunun gelişim süreci devam ettikçe yeni sosyal statüler ve sonradan edinilmiş nitelikler ortaya çıkacaktır.

<sup>20</sup> Muammer Altun, **Ayrımcılık suçu**, İzmir, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 4.

<sup>21</sup> A.g.e. s. 5.

<sup>22</sup> Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda ve Türk Hukukunda Olganüstü Rejim Standartları**, 2. B. İstanbul, Beta, 1994, s. 59.

Gerçekten de bakıldığında ayrımcılığı doğuran sebeplerin sayısında tarihsel süreç içerisinde bir artış gözlenmektedir.<sup>23</sup>

Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesi ayrımcılık sebepleri olarak dil, ırk, renk, cinsiyet, özürlülük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhebi saymış ve bunlardan sonra yukarıda değindiğimiz gibi “ve benzeri sebeplerle” ifadesini kullanmıştır. Bir ceza normunun “ve benzeri sebeplerle” ifadesini kullanmasının ne derece ceza hukukunun genel ilkeleri ile bağdaştığı tartışmalıdır ve bu konuya ileride değinilecektir. Ancak madde, Türkiye'nin de taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. Maddesinden daha az sayıda bir liste vermiştir. Bununla birlikte Yenidünya'ya göre “ve benzeri sebeplerle” ifadesi, bunlar dışındaki ayrımcılık sebeplerinin de suçun manevi unsuru bakımından söz konusu olabileceğini söylemektedir.<sup>24</sup> Kanaatimizce bu yönde bir ifade suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırıdır. Ayrıca kanunun yasalaşmasından sonra yapılan bir değişiklik ile ayrımcılık sebepleri arasına özürlülük ibaresi de eklenmiştir. Sayılanlar örnek mahiyetindeyse böyle bir ibarenin eklenmesine ne gerek vardır. Eğer sınırlı sayıda “ve benzeri sebepler” denilmek suretiyle ne kastedilmektedir. Madde metninin yeniden düzenlenmesi Anayasa ve başkaca kanunlarla korunan ve taraf olunan ulusal üstü sözleşmelerde zikredilen tüm ayrımcılık sebeplerine yer verilerek “ve benzeri sebeplerle” gibi bir ifadenin kullanılmaması gerektiği görüşündeyiz. Yoksa suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince arttırılmayacak sebepler dışında anayasalarca ve ulusalüstü insan hakları sözleşmeleriyle korunan sebepler nedeniyle ayrımcılık yapılması durumunda devlet ceza hukuku yönünden böyle bir pozitif yükümlülüğü ihlal etmiş olacaktır. Biz yine de çalışmamızın birinci bölümünde TCK 122. Maddede yer almayan ama ulusal ve ulusalüstü mevzuat tarafından korunması devlet için bir pozitif yükümlülük olan ayrımcılık sebeplerini incelemekte fayda görüyoruz.

Ayrımcılık yasağını yukarıda da değindiğimiz gibi farklı açılardan düzenleyen ulusalüstü metinlerin büyük çoğunluğu Türkiye tarafından da onaylanmıştır. Türkiye'nin de taraf olduğu bu metinler iç hukukun bir parçasıdır. Anayasa'nın 90. Maddesi uyarınca da:

<sup>23</sup> Muammer Altun, **Ayrımcılık suçu**, s.6.

<sup>24</sup> Ahmet Caner Yenidünya, “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Ayrımcılık suçu”, Ankara, **Çalışma ve Toplum** - Birleşik Metal İş Ekonomi ve Hukuk Dergisi S:4, 2006, s. 112.

*“...Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.”<sup>25</sup>*

Anayasa'nın 90. Maddesi uyarınca iç hukukun bir parçası haline gelen AİHS 14. Maddede zikredilen bir takım ayrımcılık sebepleri TCK'nın 122. Maddesinde yer almamaktadır. Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesinin zikrettiği ayrımcılık sebeplerinden birini kapsamayan bir sebeple gerçekleşen ayrımcılığın, ayrımcılık sebepleri açısından en geniş listeye sahip AİHS 14. Maddede yer alması durumunda suçun manevi unsurunun gerçekleşmesi ancak yukarıda belirttiğimiz gibi bir yasa değişikliği ile mümkündür. TCK 122. Madde ayrımcılık sebeplerini sayıp “ve benzeri sebeplerle” ifadesini kullanmakta; bununla beraber Anayasa 90. Madde, AİHS 14. Maddenin doğrudan uygulanabilir olduğu yolunda bir hüküm ihtiva etmektedir.<sup>26</sup> Lakin bu durumda yasa maddesi kıyasa yol açacak şekilde geniş yorumlanmış olmaktadır.

Ayrımcılık sebeplerinin tarihi süreç içerisindeki artışı ve akla bile gelemeyecek sebeplerle ayrımcılık yapılabilmesi ihtimali sebebiyle bütün sebepleri net bir şekilde saymak ve bu sayıyı sınırlamanın imkansız olduğu kanaatindeyiz. Bununla beraber TCK 122. Maddenin dile getirmediği ama en geniş listeye sahip AİHS 14. Maddenin ayrımcılık sebepleri arasında saydığı “ulusal veya sosyal köken” ve “ulusal bir azınlığa mensubiyet” ayrımcılık sebeplerine değinmekte fayda görüyoruz.

Ulusal veya sosyal köken ile kastedilen büyük oranda o ülkede yaşayan halktan farklı bir soydan olan kişi ya da kişi gruplarıdır.<sup>27</sup> Bu açıdan ülke içerisinde belli bölgelerde yaşayan farklı bir etnik kökene sahip gruplar ile çeşitli amaçlarla o ülkeye göç etmiş ve o ülkeye entegre olmuş kişi ya da kişi grupları ayrımcılık bağlamında risk gruplarını oluştururlar. Gaygusuz - Avusturya'ya karşı davasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başvurucunun vatandaşlık sebebiyle kendisine işsizlik sigortası

<sup>25</sup> 5170 sayılı **Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun**, 22.05.2004 tarih ve 25469 sayılı Resmi Gazete.

<sup>26</sup> Ulaş Karan, “Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği”, Ankara, **TBB Dergisi**, S: 73, 2007, s. 147.

<sup>27</sup> Muammer Altun, **Ayrımcılık suçu**, s.9.

içinde acil yardım tazminatı verilmediğine ilişkin olarak yaptığı başvuru neticesinde, başvurucunun sigorta fonuna diğer vatandaşlarla aynı mevzuat ve prosedürlerle ödeme yaptığını, acil yardım tazminatı alabilmek için gereken diğer koşullara uyduğunu ve Avusturya vatandaşları ile yabancı kökenliler arasındaki bu ayrımcılığın hiçbir makul sebebinin bulunmadığını belirtmiştir. Yargılama neticesinde AİHM, Avusturya'yı AİHS 14. Maddeyi; Sözleşmeye Ek 1 no'lu Protokol'ün 1. Maddesiyle bağlantılı olarak ihlal ettiği gerekçesiyle mahkum etmiştir.<sup>28</sup>

AİHM tarafından verilen ve yukarıda zikredilen karar bir ülke içerisinde, o ülkenin genelini oluşturan halktan farklı bir kökene sahip kişilere yönelik her türlü ayrımcı uygulamanın ayrımcılık yasağı kapsamında olduğunu göstermektedir.

Toplumun genelini oluşturanlardan farklı bir etnik kökene sahip kimselere uygulanan ayrımcılık bakımından AİHM uygulamasında: hangi durumda olursa olsun, çoğulcu ve farklı kültürlerle saygı ilkeleri üzerine inşa edilmiş çağdaş demokratik bir toplumda münhasıran veya belirleyici ölçülerde olmak üzere bir kişinin etnik kökenine göre farklılaşan muamele hiçbir biçimde nesnel olarak haklı görülemez.<sup>29</sup> AİHM, Gaygusuz Avusturya'ya karşı davasında farklı muamelenin ayrımcılık değil de haklı görülebilecek bir uygulama olarak değerlendirilebilmesi için “çok ağırlıklı nedenler” bulunmasını şart koşturmuştur. Irkçılığa ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu (IHAK) 2002 Aralığında kabul edilen 7. Genel Politika Tavsiyesi'nde “çok ağırlıklı nedenler” şartının, farklı muamele açısından mümkün olduğu kadar kısıtlı biçimde yorumlanması gerektiği kanısındadır.<sup>30</sup>

<sup>28</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, **Gaygusuz Avusturya'ya karşı Davası**, Başvuru No: 17371/90, 16 Eylül 1996 tarihli karar, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=gaygusuz&sessionid=99580040&skin=hudoc-en> (erişim tarihi 14 Mart 2011)

<sup>29</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, **Timishev Rusya'ya karşı Davası**, Başvuru No: 55762/00, 13 Aralık 2005 tarihli karar, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=timishev&sessionid=99580666&skin=hudoc-en> (erişim tarihi 14 Mart 2011)

<sup>30</sup> Avrupa Konseyi Irkçılığa ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu, **Genel Politika Tavsiyesi 7**, Strazburg, 2003, s.5.

AİHS 14. Maddenin saydığı fakat TCK 122. Maddede yer almayan ve değinilmesini düşündüğümüz bir diğer ayrımcılık sebebi de ulusal bir azınlığa mensubiyettir.

Azınlık tanımının uluslararası kabul görmüş bir tanımı yoktur. Bu bakımdan her bir yer ve vaka özelinde ayrıca bir değerlendirme yapma ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Wirth azınlığı: “fiziksel ya da kültürel özelliklerinden dolayı farklı ve eşit olmayan muamelelere tabi tutuldukları toplum tarafından yalnızlaştırılmış ve bu sebepten kendilerini ayrımcılığın nesnesi olarak gören insan grubu” olarak tanımlamaktadır.<sup>31</sup> AİHS, 14. Maddedeki ayrımcılık yasağı başlığı altında ve ek 12 numaralı protokol dışında azınlık kavramından bahsetmemekte ve azınlığın ne olduğuyla ilgili bir açıklama yapmamaktadır.<sup>32</sup>

Feagin’e göre azınlık gruplar şu beş karakteristik özelliğe sahiptir. Birincisi: ayrımcılık ve tabi kılınma zorlamasına maruz kalma; ikincisi: baskın grup tarafından tasvip edilmeyen ve kendilerini diğerlerinden ayıran kültürel veya fiziksel hususiyetler; üçüncüsü: ortak kimlik ve ortak sıkıntılar noktasında bir kolektif duygu birliği; dördüncüsü: kimin gruptan olduğu kimin olmadığı noktasında sosyal olarak mutabık olunan kurallar ve beşincisi: grup içinde evlenme eğilimidir.<sup>33</sup>

1995 tarihinde Avrupa Konseyi üyesi 22 ülke tarafından imzalanan ve 1998’de yürürlüğe giren “Ulusal Azınlıkların Korunması İçin Çerçeve Sözleşme” ulusal azınlıklara mensup gerçek ve tüzel kişilerin haklarını düzenleyen ve bunları koruyucu hükümler içeren en kapsamlı antlaşmalardan biridir. Bu Sözleşmeye imzacı devletler ekonomik, sosyal, siyasal ve kültürel olarak her alanda, azınlıklara ait kişilere tam ve etkin bir biçimde eşitlik sağlayacaklar ve bu kişilerin, ve bu kişilerin kültürlerini ve kimliklerini ifade etmesi, koruması ve geliştirmesi için gerekli şartları sağlayıcı tedbirleri alacaklardır.<sup>34</sup>

<sup>31</sup> Louis Wirth, **The Problem of Minority Groups**, , The Science of Man in the World Crisis. New York, Columbia University Press, 1945 s. 347.

<sup>32</sup> Muammer Altun, **Ayrımcılık suçu**, s.10.

<sup>33</sup> Joe R. Feagin, **Racial and Ethnic Relations**, 2. Baskı, Prentice-Hall, 1984 s. 10.

<sup>34</sup> Ulusal Azınlıkların Korunması İçin Çerçeve Sözleşme, Bölüm II, Madde 4/2 [http://www.avrupakonseyi.org.tr/antlasma/aas\\_157.htm](http://www.avrupakonseyi.org.tr/antlasma/aas_157.htm) (erişim tarihi 22 Mart 2012)



Çerçeve Sözleşme hükümlerinin azınlıklara sağladığı hak ve özgürlüklerden bazıları aşağıdaki gibidir;

Ayrımcılık yapmamak; Eşitliğin etkin olarak desteklenmesi; Kültür, din, dil ve geleneklerin korunmasını ve geliştirilmesini sağlayan şartların desteklenmesi; Toplanma, dernek kurma, ifade, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü; Medyaya erişim ve medyayı kullanma; Dille ilgili özgürlükler (Azınlık dilinin özel hayatta, kamu hayatında kullanımının ve idari makamların önünde kullanımı; Kişinin kendi soy ismini azınlık dilinde kullanması; Kişiye özel bilgilerin azınlık dilinde verilmesi; Azınlık dilinde yer adları) Eğitim ile ilgili haklar (Azınlık dilinin aile içinde, toplum içinde ve idari makamlar önünde kullanımı; Özel eğitim kurumları kurma özgürlüğü) Sınır ötesi temaslar; Uluslararası ve sınır ötesi işbirliği; Ekonomik, kültürel ve sosyal hayata katılım; Kamu hayatına katılım; Zorla asimilasyonun yasaklanması.<sup>35</sup>

Sözleşme pek çok hak ve özgürlük ve bunlarla ilgili yükümlülükler getirirse de azınlığın ne olduğuyla ilgili bir tanım yapmamaktadır. Sebebi de Avrupa Konseyi'ne üye ülkeler tarafından genel kabul görmüş bir azınlık tanımının bulunmamasıdır.<sup>36</sup> Bununla beraber sözleşmenin 3. Maddesi ilk fıkrada “Ulusal azınlığa mensup her fert, böyle bir muamele görme veya görmemeyi özgürce seçme hakkına sahip olacaktır ve böyle bir seçimden ya da bu seçimle bağlantılı hakların kullanılmasından hiçbir sakınca ortaya çıkmayacaktır” ve ikinci fıkrada “Ulusal azınlıklara mensup fertler, bireysel olduğu gibi başkalarıyla topluca, işbu Çerçeve Sözleşmesinde belirtilen ilkelerden doğan hak ve özgürlükleri kullanabilirler” demek suretiyle bir ulusal azınlığa mensup bireyler gibi muamele görme konusunda bireylere özgürlük tanımıştır. Hemen belirtelim ki bu seçme hakkı keyfi olarak kullanılacak bir hak değildir. Bireyler, dil, din ya da başkaca objektif kriterlere dayalı olarak bir ulusal azınlığa mensup olduğu yönünde bir seçim yapmalıdır<sup>37</sup>

Tarihi süreç içerisinde ayrımcılığın ortaya çıkışını, ayrımcılığa neden olan tavrı ve tarihsel süreç içerisinde ortaya çıkan ayrımcılık nedenlerini ve son olarak bu nedenlerden konumuz bağlamında TCK 122. Maddenin değinmediği fakat AİHS 14.

<sup>35</sup> Avrupa Konseyi Ulusal Azınlıkların Korunması İçin Çerçeve Sözleşme Sekreteryası; **Ulusal Azınlıkların Korunması İçin Çerçeve Sözleşme Broşürü**, Strazburg, Avrupa Konseyi Yayınları, s.

1.  
<sup>36</sup> A.g.e, s. 2.

<sup>37</sup> A.g.e, s. 2.

Maddenin zikrettiği ayrımcılık sebeplerinden bahsettikten sonra ayrımcılık türlerine ve ayrımcılık kavramı ile doğrudan bağlantılı kavramlara konumuz içinde yer verilecektir.

## **2. Ayrımcılık Türleri ve Ayrımcılık Yasağıyla İlgili Temel Kavramlar**

Ayrımcılık türleri genellikle iki şekilde tasnif edilmektedir. Bunlar ayrımcılığın gerçekleştiriliş şekline bağlı olarak yapılan tasnif ve ayrımcılığın olumlu ya da olumsuz şekli göz önünde bulundurularak yapılan tasniftir. Biz de bu tasnif şekline bağlı kalarak öncelikle ayrımcılığın gerçekleştiriliş şekline göre doğrudan ve dolaylı ayrımcılığı ardından ayrımcılığın olumlu ya da olumsuz şekline göre de negatif ve pozitif ayrımcılığı inceleyeceğiz.

### **a. Doğrudan Ayrımcılık – Dolaylı Ayrımcılık**

Doğrudan ayrımcılık ırk, renk, dil, din, özürlülük, cinsiyet, yaş veya benzeri ayrımcılık sebeplerinden ötürü bir kişi ya da grubun tanınan haklardan daha az yararlandırılması ya da hiç yararlandırılmaması şeklindeki ayrımcı muamelelerle gerçekleşmektedir. Doğrudan ayrımcılık, bir kişiye, ayrımcılık sebeplerinden herhangi birisinden ileri gelecek gerekçelerle karşılaştırılabilir benzer durumlardakilere gösterilen, gösterilmiş ya da gösterilecek muamelelerin ya daha az ya hiç gösterilmemesidir. Yani doğrudan ayrımcılık belli bir kişi ya da gruba, objektif, makul ve meşru bir sebep veya amaç olmaksızın veya gözetilen amaçla yapılan muamele arasında orantılılık ilişkisi bulunmaksızın, farklı muameleler göstermektedir.<sup>38</sup>

Bu bakımdan doğrudan ayrımcılık olduğu düşünülen bir uygulamada şu iki unsurun varlığı gözetilecektir. Öncelikle karşılaştırılabilecek, benzer başkalarına uygulanan muamele ile ayrımcılık olduğu düşünülen muamelenin farklı olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir. Ayrımcılık, karşılaştırılabilecek benzer kişi ya da gruplar arasında gerçekleşebileceğinden ötürü kişi ya da grupların

---

<sup>38</sup> İnsan Hakları ve Mazlumlar İçin Dayanışma Derneği, **Türkiye’de Etnik Ayrımcılık Raporu**, s. 17.

karşılaştırılabilecek şekilde benzer olmaları gerekmektedir. Ardından farklı muameleye meşruiyet kazandıran objektif ve makul bir sebep veya amacın olup olmadığı tespit edilmelidir.<sup>39</sup> Yukarıda da belirttiğimiz gibi amacın meşruiyetinin bulunması için objektif ve makul olması ve muamele ile varılmak istenen amaç arasında orantılılık bulunması gerekmektedir.<sup>40</sup>

Örneğin kalp krizi veya başkaca bir sağlık gerekçesi olmaksızın 50 yaş ve üzeri kimselere belli hizmetlerin verilmemesi bir doğrudan ayrımcılık uygulamasıdır. Buna karşın heyecan nedeniyle sağlık sorunlarına ve hatta ölüme sebep olabilecek lunaparklardaki eğlence aletlerine belli bir yaş üzeri kimselerin bindirilmemesi uygulamasında objektif ve makul, meşru bir amacın varlığı nedeniyle ayrımcı bir uygulama olmadığı söylenebilir.

Bunların yanında çoğu zaman ayrımcılık gündelik yaşantıda farkında olmadan meydana gelebilmektedir. Bu bakımdan dolaylı ayrımcılık durumlarında ayrımcı yasaklama, sınırlandırma ya da uygulama, adil bir görüntü arz etmesine karşın, objektif ve makul sebeplerle, meşru bir amaca dayanmaksızın, ırk, renk, dil, din, özürüllük, cinsiyet ve benzeri sebeplerle bir takım kişiler için dezavantajlı bir konum yaratmaktadır. Dolaylı ayrımcılık eşit muamelenin de ayrımcı sonuçlar doğurabileceği ve eşitsizlik yaratabileceği gerçekliğinden ileri gelmektedir.<sup>41</sup>

Dolaylı ayrımcılık pek çok farklı şekilde ortaya çıkabilir. Ama tüm bu ortaya çıkış şekillerini belli durumlar altında sınıflandırırsak aşağıda belirtilen şu üç durumda dolaylı ayrımcılığın ortaya çıktığını söyleyebiliriz:

Birincisi; düzenleme veya uygulamanın eşit olmasına rağmen, aslında belli bir özellikteki kişi ya da gruplar için olumsuz ve dezavantajlı bir durumu ortaya çıkarması ve bu durumun objektif ve makul sebeplerle meşrulaştırılamaması durumudur. Bu duruma örnek bir işverenin tüm işçiler için eşit bir şekilde aynı

<sup>39</sup> İdil Işıl Gül – Ulaş Karan, **Ayrımcılık Yasağı Eğitim Rehberi**, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2011, s.9.

<sup>40</sup> A.g.e, s. 10.

<sup>41</sup> İdil Işıl Gül. **Fiziksel Engellilerin Uluslararası Hukukta Korunması ve Uluslararası Standartların İç Hukuka Yansıması**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006, s. 244.

çalışma süresini öngörmesi fakat bu durumun kadınlar için dezavantaj oluşturması durumudur.

İkincisi; düzenlemenin ya da idari işlemin orantısız olarak belli bir özellikteki kişi ya da grupların büyük bir kısmını etkilemesi, ortaya çıkan ayrımcılığın objektif ve makul sebeplerle meşrulaştırılamaması durumudur. Bu duruma örnek belediyelerin yoğun caddelerden karşıya geçiş için üstgeçitler inşa etmesi fakat bu üst geçitlerden özürülülerin yararlanamaması durumudur.

Üçüncü ve son olarak: genel bir düzenleme hazırlanırken, objektif ve makul sebeplerle meşru bir amaç olmamasına rağmen, belli özellikteki kişi ya da gruplara yönelik farklı muamelenin, genel düzenleme içinde istisna olarak sayılmayıp ihmal edilmiş olması durumudur.<sup>42</sup> Bu duruma örnek olarak kamunun sağladığı belli hizmetlerde ya da kamu hizmetine kabulde belli önkoşulların kadınlar, yabancılar veya özürülüler gibi istisnai gruplar düşünülmezsizin herkes için aynı şekilde belirlenmesi durumudur.

Dolaylı ayrımcılık doğrudan ayrımcılığa nazaran biraz daha muğlak bir görüntüye sahiptir ve tespiti zordur. Her olayda dolaylı ayrımcı bir uygulamanın olup olmadığının tespiti o olayın şartları muvacehesinde yapılmalıdır.<sup>43</sup>

Doğrudan ve dolaylı ayrımcılık tasnifinden sonra değinmemiz gereken bir diğer tasnif ayrımcılığın olumlu ya da olumsuz tarafının göz önünde bulundurulmasına göre negatif ve pozitif ayrımcılık ayrımıdır.

### **b. Pozitif Ayrımcılık – Negatif Ayrımcılık**

Negatif ayrımcılık ile kastedilen genel manasıyla ayrımcılık yani ayrımcılık denildiğinde zihinde uyananların tamamıdır. Kişilerin ya da kişi gruplarının belli bir özelliğinden kaynaklı olarak onların diğerlerine nazaran olumsuz bir muameleye tabi tutulmaları ya da yok sayılmaları negatif manada ayrımcılıktır. Konumuz bağlamında

<sup>42</sup> İnsan Hakları ve Mazlumlar İçin Dayanışma Derneği, **Türkiye’de Etnik Ayrımcılık Raporu**, s. 17.

<sup>43</sup> Mahmut Yavaşı, **Avrupa Birliği’nde Cinsiyete Dayalı Ayrımcılığın Engellenmesi**, Ankara, TÜHİS, C: 17, S: 6, 2002, s. 61.

geneli itibarıyla negatif ayrımcılık ayrıntıları ile incelendiği için burada bu konuya değinilmeyecektir.

Uluslararası terminolojide pozitif ayrımcılık teriminin karşısı olarak İngilizce “*reverse discrimination*” ve “*affirmative action*” Fransızca “*action positive*” tabirleri kullanılmaktadır. Pozitif ayrımcılık, iş piyasası, ticaret ve eğitim gibi alanlarda ırk, renk, dil, din, cinsiyet, cinsel eğilim, ulusal köken gibi sebeplerden ötürü dezavantaj yaşayabilecek gruplara yönelik özel önlemleri içeren politikalar olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>44</sup>

Pozitif ayrımcılık ilk olarak ABD’de tartışılmış ve ayrımcılığın tümüyle ortadan kaldırılmasının başarılmasına dönük araçlardan biri olarak görülmüştür. 6 Mart 1961’de ABD Başkanı John F. Kennedy pozitif ayrımcılığa dair hükümler içeren bir Başkanlık Kararnamesi yayımlamıştır.<sup>45</sup>

Ayrımcılığı, tüm ortaya çıkış halleriyle yok etmek çoğu zaman herkesin eşit şartlara ve fırsat eşitliğine ulaşması anlamına gelmemektedir. Kişi ya da kişi gruplarının ırk, renk, din, dil, cinsiyet, özürllülük gibi özelliklerinin kendileri için dezavantajlı bir durum yaratmaması için pozitif ayrımcılık anlamına gelen politikaların hayata geçilmesi zorunludur.<sup>46</sup>

BM Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi 32 No’lu Genel Tavsiyesi ile yukarıda bahsettiğimiz özellikleri sebebiyle dezavantaj yaşama riski altındaki kişi ve grupların insan haklarından ve temel hürriyetlerden diğerleri gibi tam ve eşit olarak yararlanabilmeleri için yasalar politikalar ve uygulamalar şeklinde tezahür edebilecek pozitif ayrımcılık tedbirlerinin kabul edilebileceğini dile getirmektedir.<sup>47</sup>

<sup>44</sup> ABD Başkanlık Kararnamesi No: 11246 - Eşit İş Fırsatı, ABD Ulusal Arşiv ve Kayıt İdaresi, <http://www.archives.gov/federal-register/codification/executive-order/11246.html> (erişim tarihi 05 Şubat 2010)

<sup>45</sup> ABD Başkanlık Kararnamesi No: 10925 - Eşit İş Fırsatı Komitesi Kurulması <http://www.eeoc.gov/eeoc/history/35th/thelaw/eo-10925.html> (erişim tarihi 05 Şubat 2010)

<sup>46</sup> İdil Işıl Gül – Ulaş Karan, **Ayrımcılık Yasağı Eğitim Rehberi**, s.16.

<sup>47</sup> Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi, **Genel Tavsiye 32: Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Uluslararası Sözleşmesi’nde Yer Alan Özel Önlemlerin Anlamı ve Kapsamı**, 75. oturum, Ağustos 2009.

Her ülkenin kendine özgü karakteristik yapısı vardır. Bu bakımdan pozitif ayrımcılık anlamına gelebilecek düzenlemeler ve uygulamalar, ülkeden ülkeye farklılık gösterebilmekte bir ülkede pozitif ayrımcılık olan bir uygulama başka bir ülkede negatif ayrımcılık anlamına gelebilmektedir. Örneğin bazı ülkelerde belli ırktan olanlara yönelik pozitif ayrımcılık yapılması o ırktan olanların fırsat eşitliğine kavuşmasını sağlayabilirken başka bir ülkede aynı uygulama ırklar arası ayrımcılığa sebep olmakta ve bu ülkelerin düzenlemelerinin renk körü olması zorunluluk arz etmektedir.<sup>48</sup>

Bazı ülkelerde seçimlerde kadınların temsil mekanizmalarındaki sayısının artırılması amacıyla kota uygulaması vardır. Bazı ülkelerde işverenlere, işyerinde belli oranda özürü ve eski mahkum çalıştırma zorunluluğu getirilmektedir. Ülkemizde 12 Eylül 2010 tarihinde gerçekleşen referandum neticesinde yürürlüğe giren değişiklik uyarınca Anayasa'nın 10. maddesine “Çocuklar, yaşlılar ve özürü ile harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz” ibaresi eklenmiştir.<sup>49</sup> Böylelikle çocuklar, yaşlılar ve özürü ile harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için yapılacak objektif, makul ve meşru amaca dayanan uygulamalar ayrımcılık anlamına gelmeyecektir.

Ayrımcılık türlerinden bahsettikten sonra ayrımcılık ile doğrudan ilgili bazı temel kavramlardan bahsedilmesi gerektiği inancındayız.

### c. Ayrımcılık Yasağı ile ilgili Temel Kavramlar

Ayrımcılık kişinin ya da grubun belli bir özelliğinden kaynaklı olarak diğerlerinden farklı bir muameleye tabi tutulması şeklinde doğrudan ya da dolaylı olarak gerçekleşebilir. Burada ırk, renk, dil, din, cinsiyet ve benzeri bazı ayrımcılık sebeplerinden ötürü kişi, ayrımcılığa maruz olmaktadır. Oysa ki kişinin diğerlerinden, yukarıda sayılanlar gibi bir özellikten kaynaklanan hiçbir farklılığı olmasa da kişi, bu farklılıklara sahip çok yakını olan bir başkası dolayısıyla da

<sup>48</sup> Eduardo Bonilla Silva, **Racism Without Racists: Color-Blind Racism and the Persistence of Racial Inequality in the United States**, New York, Rowman & Littlefield, 2006, s. 53–54.

<sup>49</sup> 07.05.2010 tarih ve 5982 sayılı **Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun**, Madde 1.

ayrımcılığa maruz kalabilir. Bu durumda “*dolayısıyla ayrımcılık*” kavramından söz etmek gerekmektedir.<sup>50</sup> Örnek olarak toplumun geneli ile aynı kökenden olan bir kişinin toplumda önyargı ile karşılanan başka bir kökenden biri ile evlenmesi sebebiyle ayrımcılığa maruz kalması ya da bir kişinin eşcinsel eğilimli oğlu yüzünden toplumdan dışlanması dolayısıyla ayrımcılığa örnektir. Burada kişi sayılan ayrımcılık sebeplerinden birini haiz olduğu için değil onunla bağlantılı bir başka kişinin haiz olduğu ayrımcılık sebeplerinden ötürü ayrımcılığa maruz kalmaktadır.

Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, Coleman - Attridge Law ve Steve Law’a karşı davasında verdiği kararda; özürlü bir oğlu olan işçinin, oğlunun bakım ihtiyaçlarını karşılayabilmek için daha esnek çalışma saatleri istemesinden dolayı işten çıkmaya zorlanmasına karşılık, ayrımcılık karşıtı düzenlemelerin, amaçları ve etkin bir şekilde uygulanabilmesi bakımından o kişinin yakını başka bir kişinin ayrımcılığa uğraması durumunda da mevzu bahis olacağını, yoksa ayrımcılık karşıtı düzenlemelerin amaçlarının gerçekleşmeyeceğini ve etkinliğinin azalacağını dile getirmiştir.<sup>51</sup>

AB Hukuku içerisinde ırk ya da etnik köken, din ya da inanç, yaş, özürsüzlük ve cinsel eğilim gibi sebeplerden birisiyle ilgili olarak bir kişinin onurunu kırmak ve gözdağı veren, düşmanca, aşağılayıcı, küçük düşürücü ya da saldırgan bir ortam yaratmak amacı veya etkisiyle kişiye hoşlanmadığı bir fiilde bulunması “*taciz*” olarak nitelendirilmektedir.<sup>52</sup> Yine bir takım yazarlara göre bu tip taciz mahiyetindeki davranışlar da ayrımcılığın bir çeşididir.<sup>53</sup> Her ne kadar Avrupa Konseyi (AK), ırk ayrımcılığının önlenmesi ve işyerinde eşit muameleler ile ilgili bir takım direktiflerinde tacizle ilgili düzenlemeler getirmişse de kanaatimizce taciz hukukun yasakladığı ve belli yaptırımlara bağladığı farklı bir olumsuz davranıştır.<sup>54</sup>

<sup>50</sup> İdil Işıl Gül – Ulaş Karan, **Ayrımcılık Yasağı Eğitim Rehberi**, s.10.

<sup>51</sup> Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, **S. Coleman Attridge Law ve Steve Law'a karşı kararı**, Başvuru No: C-303/06, paragraf. 48.

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=colemant%2Battridge&docid=67793&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1094305#ctx1> (erişim tarihi 17 Nisan 2012)

<sup>52</sup> İdil Işıl Gül – Ulaş Karan, **Ayrımcılık Yasağı Eğitim Rehberi**, s.11.

<sup>53</sup> Muammer Altun, **Ayrımcılık suçu**, s.14.

<sup>54</sup> Avrupa Konseyi, **İrk ve Etnik Kökenine Bakılmaksızın Kişilere Eşit Muamele Edilmesi İlkesinin Uygulanmasına Dair Direktif**, 29.06.2000 tarih ve 2000/43/EC sayı; Avrupa Konseyi, **İstihdam ve Meslekte Eşit Muamele Dair Direktif**, 27.11.200 tarih ve 2000/78/EC sayı.

Bu sebeple taciz kavramını burada ayrımcılık ile ilgili temel kavramlar bağlamında incelemeyeceğiz.

Son olarak ayrımcılık ile ilgili kavramlardan birisi olarak “*çoklu temelde ayrımcılık*” kavramına kısaca değinmekte fayda görüyoruz. Yukarıda ayrımcı tavra neden olan sebeplerden bahsetmiştik. Bu sebeplerle ilgili olarak her bir ulusal ya da uluslararası düzenleme farklı listeler içerse de en geniş listeye Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin yer verdiğini dile getirmiştik. AİHS 14. Maddenin en geniş listeyi içerse de diğer düzenlemelerdeki ayrımcılık sebeplerinin hepsini içermediğini AİHS 14. Maddede yer almayan sebeplere başkaca düzenlemelerin yer verdiğini belirtelim. Bununla beraber bu düzenlemelerin tamamı bu sebepleri sınırlı olarak saymamakta “ve benzeri sebeplerle” şeklinde ifadeler kullanarak başkaca sebeplerle de ayrımcılık yapılabileceğini düzenlemektedir.

Çoklu temelde ayrımcılık kişi ya da grubun bu belirtilen ayrımcılık sebeplerinin birkaçından farklı zamanlarda farklı sebeplerle ya da bir olayda farklı sebeplerle ayrımcılığa uğramasıdır.<sup>55</sup> Kişinin bir olayda dininden ötürü başka bir olayda ise cinsiyetinden ötürü ayrımcılığa maruz kalması ya da bir olayda hem sendika üyeliğinden hem de ırkından ötürü ayrımcılığa maruz kalması bu duruma örnektir.

Ayrımcılık türleri ve ayrımcılık ile ilgili temel kavramlar belirtildikten sonra öncelikle ülkemizdeki sonrasında uluslararası düzlemde ayrımcılık karşıtı düzenlemeler sırasıyla incelenecektir.

## **B- Ulusal Ayrımcılık Karşıtı Hukuk**

Ulusal mevzuatımız ayrımcılık ve bağlı kavramlar ile ilgili düzenlemeler ve hükümler içermektedir. Bunların başında Türkiye Cumhuriyeti Anayasası gelmektedir. Biz de kanunlar hiyerarşisinde en başta yer alan anayasadaki düzenlemeler ile ulusal ayrımcılık karşıtı hukuku ve daha sonrasında belli kanunlardaki düzenlemeleri inceleyeceğiz.

<sup>55</sup> Birleşik Taşımacılık Çalışanları Sendikası – İstanbul 1 No’lu Şube, **Ayrımcılık ve Keyfi Muamele Raporu**, 2010, s.1 <http://kentvedemiryolu.com/icerik.php?id=733> (erişim 27 Nisan 2011)



## 1. Anayasa

### a. Eşitlik

Anayasanın ayrımcılık karşıtı düzenlemelerini anayasada yer alan “eşitlik” ilkesi ve buna bağlı düzenlemeler ile birlikte okumak gerektiği inancındayız.

Hukuk tarihi bakımından değeri olan bildirimlerin ve ülke anayasalarının eşitlik veya kanun önünde eşitlik kavramından bahsetmeye başlaması 18. Yüzyıla tekabül etmektedir. Ne var ki bu kavramın yazılı metinlerden fiiliyata geçirilmesi pek mümkün olamamıştır. Fransız Devrimi’nin temel mottolarından biri olan eşitliğe (özgürlük, eşitlik, kardeşlik – *liberté, égalité, fraternité*) Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi’nde önemle vurgu yapılmasına karşın 1791 Fransız Anayasası seçme hakkından yararlanabilmeyi vergi ödeme şartına bağlamıştır.<sup>56</sup> Yine Eşitlik ilkesinin yazılı metinden fiiliyata pek geçirilemediği dönem Tanzimat ve sonrasında Meşrutiyet’e varan süreçtir. Tanzimat fermanı kanun önünde eşitlik anlamına gelebilecek dolaylı hükümler içermektedir.<sup>57</sup> Ferman ayrımcılık yapılmayacağını farklı biçimlerde dile getirmiştir. Buna karşın 1876 tarihli Kanun-i Esasi’de seçme hakkını kullanabilmek için erkek olma şartı aranmıştır.<sup>58</sup>

Türkiye Cumhuriyeti Anayasalarına baktığımızda eşitlik ilkesi ilk kez 1924 Anayasası’nda karşımıza çıkmaktadır. 1924 Anayasası’nın “Türklerin Kamu Hakları” başlıklı Beşinci Bölümünün 69. Maddesi eşitlik ilkesine ayrımcılık yasağı ile de bağlantılı olarak şu şekilde yer vermiştir:

*“Türkler kanun karşısında eşittirler ve ayrıksız kanuna uymak ödevindedir. Her türlü grup, sınıf, aile ve kişi ayrıcalıkları kaldırılmıştır ve yasaktır.”*<sup>59</sup>

<sup>56</sup> Ayferi Göze, **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**, İstanbul, 7. B, 1995, s.534-537.

<sup>57</sup> Bülent Tanör, **Osmanlı–Türk Anayasal Gelişmeleri**, İstanbul, Der, 2. B, 1995, s. 70-74.

<sup>58</sup> Sibel İnceoğlu, “Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı”, **Çalışma ve Toplum** Ekonomi ve Hukuk Dergisi, C. 4 S. 11, 2006, s. 47.

<sup>59</sup> 1924 Anayasası’nın tam metni için bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa24.htm> (erişim tarihi 28 Nisan 2012)

1961 Anayasası da eşitlik ilkesine vurgu yapan hükümler içermektedir. Hemen belirtelim ki 1961 Anayasası'nın getirdiği bir diğer yenilik de Anayasaya uygunluk denetimi yapan bir Anayasa Mahkemesi oluşturulmasıdır. Bu bakımdan eşitliğin ve ayrımcılık yasağının kişiler için gerçek bir güvence haline dönüşmesinin 1961 Anayasası ve sonrası dönem olduğu dile getirilebilir.<sup>60</sup> Gerçekten de pek çok ülkenin Anayasa Yargısının en fazla üzerinde durduğu konulardan biri eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağıdır.<sup>61</sup> 1961 Anayasası'nın Eşitlik başlıklı 12. Maddesinin 1. Fıkrası:

*“Herkes, dil, ırk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ayırımı gözetilmeksizin, kanun önünde eşittir.”* 2. Fıkrası:

*“Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.”* Hükümlerini içermektedir.<sup>62</sup> Özellikle 2. Fıkarda yer verilen hüküm eşitlik genel prensibini 1924 anayasasına benzer şekilde koruması bakımından önemlidir.<sup>63</sup>

1961 Anayasası'nın eşitlikle ilgili temel maddesi olan 12. Maddesinin konumuz bağlamında en fazla dikkat çeken yönü; bir takım ayrımcılık sebeplerine (dil, ırk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep) yer vermiş olması fakat bu sayılanlardan sonra “ve benzeri sebeplerle” gibi başkaca ayrımcılık sebepleri bakımından da açık bir ifadeye vermemiş olmasıdır.<sup>64</sup> Kanaatimizce bu ifade yer almasa dahi başkaca ayrımcılık sebeplerinin varlığı dahi gözetilmeksizin herkesin kanun önünde eşit olduğunu düşünmemek anayasanın ruhuna aykırıdır. Ne var ki bu eksiklik 1982 anayasasında giderilmiştir.

1982 Anayasası eşitlik ilkesi ile ilgili geçmiş anayasalardan daha teferruatlı bir düzenleme içermektedir. 1982 Anayasası'nın eşitlik ilkesi ile ilgili en temel maddesi olan “Kanun Önünde Eşitlik” başlıklı 10. Maddesine göre:

<sup>60</sup> Sibel İnceoğlu, **Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı**, s. 47.

<sup>61</sup> İbrahim Ö. Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku**, Ankara, İmge, 2002, s. 184 - 186.

<sup>62</sup> 1961 Anayasası'nın tam metni için bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa61.htm> (erişim tarihi 28 Nisan 2012)

<sup>63</sup> Müjdat Çakar, **1982 Anayasası ve Önceki Anayasalar**, İstanbul, 1994, s. 280.

<sup>64</sup> Bülent Tanör – Necmi Yüzbaşıoğlu, **Türk Anayasa Hukuku**, İstanbul, Yapı Kredi, 2001, s. 114 - 115.

*“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.”*

Görülebileceği üzere 1961 Anayasası düzenlemesi ile 1961 Anayasası'nın 1. ve 4. Fıkraları aynıdır. Tek fark yukarıda da değinildiği gibi 1982 Anayasası'nın bir takım ayrımcılık sebeplerinin sonuna “ve benzeri sebeplerle” ifadesini de ekleyerek bu yöndeki bir eksiği gidermiş olmasıdır. Anayasa'nın yürürlüğe girdiği tarihte 1961 Anayasası düzenlemesinden tek farkı yukarıda belirttiğimiz nüans dışında son fıkrası ile devlet organları ve idari makamlara da bir yükümlülük yüklemiş olmasıdır.

## **b. Anayasa Değişiklikleri**

1982 Anayasası'na yürürlüğe girmesinden sonraki yıllarda 2004 tarihli değişiklik ile 1. Fıkradan sonra kadın erkek eşitliğine dair 2. fıkra getirilmiştir.<sup>65</sup> Daha sonra 2010 tarihli değişiklik ile bu fıkraya “*Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.*” Hükmü getirilerek yukarıda dile getirdiğimiz kadınlara yönelik pozitif ayrımcılığa anayasal bir temel kazandırılmıştır.<sup>66</sup> Doğrudan kadın erkek eşitliğine vurgu yapan bu ifadenin oldukça geç Anayasa'ya girmiş olduğunu söyleyebiliriz. Bununla beraber Fransız ve Alman Anayasaları da kadın erkek eşitliğine vurgu yapan hükümler içermektedir. Fransız

<sup>65</sup> 07.05.2004 tarih ve 5170 sayılı yasanın 1. Maddesi.

<sup>66</sup> 07.05.2010 tarih ve 5982 sayılı yasanın 1. Maddesi.

Anayasası'nın hemen ilk maddesinde “Kanun kadınlara ve erkeklerle eşitlik sağlar...” (*La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux...*) ibaresi ile ilkenin önemine vurgu yapmaktadır. Alman Anayasa'nın 3. Maddesi de “*Erkekler ve kadınlar aynı haklara sahiptirler*” demek suretiyle eşitliğe anayasal bir temel kazandırmıştır.<sup>67</sup> 2004 yılında yapılan kadın erkek eşitliği ve 2010 yılında yapılan pozitif ayrımcılık yönündeki değişikliklerle beraber 2010 tarihli değişiklik ile Çocuklar, yaşlılar, özürllüer, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak özel tedbirlerin ayrımcılık oluşturmayacağı anayasal güvence altına alınmıştır.

1982 Anayasasının 10. Maddenin son fıkrası ile devlete yüklediği yükümlülük kanaatimizce gereksizdir.<sup>68</sup> 1961 Anayasası'nda buna benzer bir ifade yer almamaktadır. Anayasalar en başta devletler için bağlayıcıdır. Konumuz bağlamında ele alınacak olursa eşitlik ilkesini hayata geçirmek ve ayrımcılık yasağını güvence altına almak en başta devletlerin ve idari makamlarının görevi ve yükümlülüğüdür. Fıkraya 2008 yılında yapılan değişikliklerle, “bütün işlemlerinde” ibaresinden sonra gelmek üzere “*ve her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında*” ibaresi eklenmiştir.<sup>69</sup> Bu ibare Anayasa Mahkemesi tarafından daha sonra yapılan başvuru üzerine iptal edilmiştir.<sup>70</sup>

1982 Anayasasının eşitlik ilkesi ile ilgili düzenlemesi bakımından göze çarpan bir diğer husus eşitlik ilkesinin Anayasa'nın birinci kısmında yer alan “Genel Esaslar” içinde düzenlenmiş olduğudur. 1961 Anayasası'nda eşitlik ilkesine dair yukarıda belirttiğimiz madde “Temel Hak ve Ödevler” kısmında kendisine yer bulmuştur. Gerçekten madde gerekçesine bakıldığında bu farklılık, her iki anayasa koyucu unsurun mantalite farkını da göstermektedir. Eşitliğin 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 madde gerekçesinde dile getirilmektedir. 1982 Anayasasını

<sup>67</sup> Zafer Gören, **Türk-Alman İsviçre Hukukuna Göre Farklı Cinslerin Eşit Haklara Sahip Olması**, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi, No.83, 1998, s.9.

<sup>68</sup> Aynı yönde; Sibel İnceoğlu, **Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı**, s. 48.

<sup>69</sup> 09.02.2008 tarih ve 5735 sayılı yasanın 1. Maddesi.

<sup>70</sup> Anayasa Mahkemesi, 05.06.2008 tarih ve 2008/16 E, 2008/116 K. sayılı AMK.

oluşturan kurucu irade eşitlik ilkesine devletin ve anayasanın dayanaklarından biri gözüyle bakmaktadır. Her ne kadar 1982 Anayasası eşitlik ilkesine genel esaslar içinde bir temel ilke olarak yermişse de eşitliğin temel bir hak olduğu gerçeği yadsınamaz.<sup>71</sup>

### c. Anayasa Mahkemesi Kararları

Yukarıda doğrudan ayrımcılığı anlatırken; doğrudan ayrımcılık olduğu düşünülen bir uygulamada; öncelikle karşılaştırılabilecek benzer başkalarına uygulanan muamele ile ayrımcılık olduğu düşünülen muamelenin farklı olduğunun tespit edilmesi gerektiğini dile getirmiştik. Bununla beraber farklı muameleye meşruiyet kazandıran objektif ve makul bir sebep veya amacın olup olmadığı tespit edilmelidir demiştik.<sup>72</sup> Yukarıda da belirttiğimiz gibi yine tekrar etmek gerekirse amacın meşruiyetinin bulunması için objektif ve makul olması ve muamele ile varılmak istenen amaç arasında orantılılık bulunması gerekmektedir.<sup>73</sup>

Anayasa Mahkemesi yukarıda dile getirdiğimiz meşru amacı kamu yararı olarak benimsemiştir.<sup>74</sup> Ayrımcılık olduğu düşünülen düzenlemenin amacının meşru ya da Anayasa Mahkemesi'nin kriterine göre kamuya yararlı olması yeterli değildir. Yukarıda da dile getirdiğimiz gibi meşru amaç ile kullanılan araçların orantılı olması zorunludur. Araçlar orantılı değil ve meşru amaçla ya da kamu yararı ile ilgili değilse, eşitlik ilkesinin ve ayrımcılık yasağının ihlalden bahsedilir.<sup>75</sup>

Anayasa Mahkemesi'nin eşitlik ilkesini ve ayrımcılık yasağını yorumu bakımından farklı muamelenin objektif ve makul sebeplerle meşru amaç (kamu yararı) ve araçların orantılılığı kıstasları ile nasıl değerlendirdiğiyle ilgili bir örnek vermek gerekirse:

<sup>71</sup> Bülent Tanör – Necmi Yüzbaşıoğlu, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 114.

<sup>72</sup> İdil Işıl Gül – Ulaş Karan, **Ayrımcılık Yasağı Eğitim Rehberi**, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2011, s.9.

<sup>73</sup> A.g.e, s. 10.

<sup>74</sup> Erdoğan Teziç, **Türkiye'de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1972, s. 114-119.

<sup>75</sup> Sibel İnceoğlu, **Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı**, s. 51.

İlgili mevzuat<sup>76</sup> genel ve yerel seçimlerde TBMM’de grubu bulunan ve grubu bulunmasa da TBMM’de temsil edilen partilerin görsel medyada propaganda yapma sürelerini diğerlerinden daha uzun olarak öngörmüştür. Buna yönelik iptal başvurusunda başvuruyu yapanlar, bu durumun eşitlik ilkesinin ihlali ve partiler arası ayırım anlamına geldiği iddialarını öne sürmüştür. Gerçekten objektif ve makul sebeplerle meşru amacın elde edilmesini ve araçların orantılılığından yalın olarak değerlendirildiğinde bir eşitsizliğin ve fırsatlara erişim noktasında ayrımcılığın varlığı göze çarpmaktadır. AYM bu başvuru üzerine verdiği kararında: “...partilere farklı süreler tanınması haklı nedene dayandıkça eşitlik ilkesine aykırılık oluşmaz. Düzenleme, bir önceki seçimlerde öbür partilere oranla daha büyük seçmen kitlesinin güvenini kazanmış partilere avantaj sağlamaktadır. ...fark, kabul edilebilir ölçünün aşılmasıyla eşitliğe aykırı görülebilirdi. Oysa makul ölçünün aşıldığını gösterir bir durum yoktur. Propaganda konuşmalarının seçime katılma durumunda partiler için aynı olması, sonraki fazlalıkların değişkenliği, parti güçlerinin oranına göre aykırılık oluşturmamaktadır. ...aşırı olmayan ölçüler eşitliğe aykırılık savına kanıt gösterilemez. Düzenlemeyle partiler arasında bir ayırım değil büyüklüklerine göre fark yaratılmıştır” gerekçelerini dile getirmiştir.<sup>77</sup>

Görülebileceği üzere AYM bu kararında eşitsiz durumu ayrımcılık olarak değil bir farklılık olarak nitelendirmiştir. Yine kararında amacın meşruiyetini sağlayan objektif ve makul sebeplere değinmiş ve araçların orantılı olduğunu içtihat eylemiştir.<sup>78</sup>

Mevzuatımızda Anayasa Hukuku bağlamında eşitlik ve ayrımcılık yasağı ile ilgili düzenlemelere ve AYM’nin yorumuna bu şekilde yer verdikten sonra aşağıda başkaca hukuk dallarındaki duruma değinilecektir.

<sup>76</sup> 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun, madde 52.

<sup>77</sup> Anayasa Mahkemesi, 22.05.1987 Tarih 1986/17 E, 1987/11 K sayılı kararı, AYMKD, S: 23, s. 227.

<sup>78</sup> Aynı yönde Sibel İnceoğlu, **Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı**, s. 52.

## 2. Kanunlar

### a. Medeni Kanun'da Ayrımcılık

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu eşitlik ilkesi üzerine kurulmuştur. Burada özellikle üzerinde durulması gereken konu kadın erkek eşitliğidir. Örneğin belli haklardan yararlanmada ve belli yükümlülükleri üstlenmekte kanun, kadın ve erkeğe eşit ve müşterek bir düzenleme getirmektedir. Örneğin yürürlükten kalkan 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi evlilik yaşı olarak kadın erkek arasında farklılık öngörürken 4721 sayılı MK kadın ve erkek için evlilik yaşını 17 olarak belirlemiş ve aradaki eşitsiz durumu gidermiştir.<sup>79</sup>

Bunun yanında 4721 sayılı MK 743 sayılı kanunda yer alan “*Aile reisi kocadır*” hükmünün yerine “*Eşlerden her biri, ortak yaşamın devamı süresince ailenin sürekli ihtiyaçları için evlilik birliğini temsil eder*” hükmünü getirerek evlilik içinde müşterek iradeye önem tanımıştır.<sup>80</sup> Yine 4721 sayılı yasa eski düzenlemeden farklı olarak aile konutunun seçiminde eşlerin söz hakkının eşit olduğunu dile getirmiştir.<sup>81</sup> Aile konutu ile ilgili bir diğer düzenleme, eşlerin diğerinin açık rızası olmaksızın aile konutu üzerinde tasarrufta bulunamayacağı yönündedir.<sup>82</sup>

743 sayılı kanun döneminde eşler müşterek çocukların velayetini birlikte kullanmaktayken, velayetle ilgili anlaşmazlık halinde kocanın iradesine üstünlük tanınmaktaydı. 4721 sayılı MK'nın yürürlüğe girmesiyle eşler, her ikisinin de eşit söz hakkı olacak şekilde velayeti birlikte kullanmaktadırlar.<sup>83</sup>

4721 sayılı MK uyarınca eşler meslek ve iş seçiminde diğerinin iznini almak zorunda değildir.<sup>84</sup> Kanun, boşanma halinde kadının mağdur olmasını engellemek amacıyla eşlerin mülkiyetindeki mallara sahip olması kuralına dayanan mal ayrılığı rejimi yerine, evlenmeyle birlikte eşlerin elde ettiği malvarlığı değerlerini eşlerin eşit olarak paylaşması esasına dayanan edinilmiş mallara katılma rejimini ihdas

<sup>79</sup> İlhan Uluhan, “Türk Medeni Kanunu'nun Dünü Bugünü”, İstanbul, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Aralık Sayısı, 2002, s 162.

<sup>80</sup> 4721 Sayılı Türk Medeni Kanun, madde 188.

<sup>81</sup> 4721 Sayılı Türk Medeni Kanun, madde 186.

<sup>82</sup> 4721 Sayılı Türk Medeni Kanun, madde 194.

<sup>83</sup> 4721 Sayılı Türk Medeni Kanun, madde 336.

<sup>84</sup> 4721 Sayılı Türk Medeni Kanun, madde 192.

etmiştir.<sup>85</sup> Yine Kanun eski düzenlemeden farklı olarak, “*Eşler birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıkları ile birlikte katılırlar*” hükmü ile eski düzenlemede kocaya ait olan evin geçimi ve iâşesi yükümlülüğünü her iki eşe de getirmiştir.<sup>86</sup>

Medeni Kanun’un bir diğ er vurgu yaptığı eşitlik hali evlilik iç i çocuk ile soy bağı tanıma ya da hakim hükmüyle kurulmuş çocukların eşitliğidir. Evlilik dışı çocuğun soy bağı tanıma ya da hakim hükmüyle kurulmuş ise baba yönünden, evlilik dışı çocuk, evlilik iç i çocuk gibi “eşit” mirasçı olabilme hakkı kazanmaktadır.<sup>87</sup>

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu sadece bir yerde “eşitlik” ifadesine yer vermektedir. Kanunun "Dernekler" başlıklı İkinci Bölümü’nün 68. Maddesi başlığı “Eşitlik İlkesi” şeklindedir. Dernek üyelerinin eşit haklara sahip olduğunu ve zikredilen ayrımcılık sebepleriyle üyeler arasında ayrımcılık yapılamayacağı hükme bağlanmıştır. 68 Maddenin ilk fıkrasına vurgu yapmakta fayda görmekteyiz. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 68. Maddesinin ilk fıkrası şu şekildedir:

*“Dernek üyeleri eşit haklara sahiptirler. Dernek, üyeleri arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, din ve mezhep, aile, zümre ve sınıf farkı gözetemez; eşitliği bozan veya bazı üyelere bu sebeplerle ayrımcılık tanıyan uygulamalar yapamaz.”*

Yukarıda Anayasa Hukuku bağlamında eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağından bahsederken 1961 Anayasası’nın bir takım ayrımcılık sebeplerini saydığını, aynı şekilde 1982 Anayasa’sının da ayrımcılık sebeplerini saydığını fakat 1982 Anayasası’nın sayılanlardan sonra “ve benzeri sebeplerle” lafzını zikrettiğini belirtmiştik. Yine yukarıda ayrımcılık kavramının tarihi gelişiminden bahsederken pek çok ulusalüstü metnin de bir takım ayrımcılık nedenlerini saydıktan sonra “ve benzeri sebeplerle” veya buna benzer ifadeler kullandığını belirtmiştik. Kanaatimizce 4721 sayılı MK 68. Maddesinde başkaca ayrımcılık sebeplerine de imkan tanıyacak

<sup>85</sup> 4721 Sayılı Türk Medeni Kanun, madde 202.

<sup>86</sup> 4721 Sayılı Türk Medeni Kanun, madde 186.

<sup>87</sup> 4721 Sayılı Türk Medeni Kanun, madde 498.



bir ifade kullanmamayı bilinçli olarak tercih etmemiştir. Yine “ayırım” ifadesine yerine “fark” ifadesinin kullanılmasının da bilinçli bir tercih olmadığı inancındayız.<sup>88</sup>

MK 68. Madde kanunun tamamına şamil bir eşitlik ilkesinden bahsetmemektedir. Burada getirilen düzenleme dernek üyelerine, derneğin ayrımcı ve eşitlik ilkesine aykırı uygulamalarına güvence sağlama amacındadır. Ayrımcılık sebepleri görünüşte sınırlı şekilde sayılmıştır. Kanaatimizce sebepler sınırlı da sayılmış olsa derneğin başkaca sebeplerle de dernek üyeleri arasında “fark” gözetmesi 68. Maddede getirilen güvencenin ihlali anlamındadır. Keza yukarıda da dile getirdiğimiz Anayasa'nın kanun önünde eşitlik ilkesi ayrımcılık sebepleri bakımından sınırlı sayı prensibini kabul etmemiştir. Kanaatimizce maddede belirtilen sebepler örnek mahiyetindedir. Aksini düşünmek ilgili maddenin Anayasa'ya ve Türkiye'nin taraf olduğu sözleşmelere aykırılı olduğu anlamına gelecektir.<sup>89</sup>

Mevzuatımız bağlamında ayrımcılık karşıtı hukukun Medeni Hukuk'ta ne şekilde yer bulduğundan bahsettikten sonra aşağıda İş Hukuku düzenlemelerine de yer verilecektir.

### **b. İş Kanunu'nda Ayrımcılık**

Mevzuatımızda eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı ile ilgili en ayrıntılı hükümler içeren ve bu konulara kendi alanında en fazla vurgu yapan kanun hiç şüphesiz 4857 sayılı İş Kanunu'dur. Zira İK'nın temel dayanaklarından biri de işverenin güçlü işçinin ise zayıf olması ve zayıfın güçlü karşısında korunması gerekliliğidir.<sup>90</sup>

İşveren karşısında işçinin zayıf durumda olması ve işçiyi koruyan hükümler İş Kanunu'nun tümünü kapsar bir şekilde ele alınabilir. Biz bu bölümde işverenin işçiler arasında eşit davranma borcunu ve ayrımcılık yasağını ele alacağız.

4857 Sayılı İK, “Eşit Davranma İlkesi” başlıklı 5. Maddesi ile iş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere

<sup>88</sup> Mesut, Gülmez; “İnsan Hakları ve Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılığın Kaldırılması ve Türkiye”, Ankara, **Belediye İş Sendikası**, 2009, s. 666.

<sup>89</sup> Muammer Altun, **Ayrımcılık suçu**, s. 36.

<sup>90</sup> Kenan Tunçomağ – Tankut Centel, **İş Hukukunun Esasları**, İstanbul, Beta, 3. Bası, s. 133.

dayalı ayırım yapılamayacağını düzenlemektedir. Benzer bir düzenleme 1475 sayılı Yürürlükten kalkan İş Kanunu'nda bulunmamaktadır. Bu bakımdan 4857 sayılı kanun bir eksikliği gidermiş ve Anayasa'nın 10. Maddesini iş hukukuna uyarlamıştır. Bu eksikliğin giderilmesinde AB uyum süreci ve uluslararası sözleşmelerin etkisi yadsınmaz.<sup>91</sup> Belirtilen boşluğu dolduran bir düzenlemenin iş mevzuatımızda yer almadığı dönemde yüksek yargı, Anayasanın 10. maddesi ve beraberinde Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesinin 2 ve 3. Maddeleri vasıtasıyla meselelere açıklık getirmiştir.<sup>92</sup>

İş Kanunu'nun 5. Maddesinin dayanağının Anayasa'nın yukarıda da belirttiğimiz 10. Maddesi olduğu açıktır. Bununla beraber yüksek yargı kararları uyarınca Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesinin 2 ve 3. Maddeleri de İK 5. Maddeye kaynaklık etmektedir. Bunlar yanında özellikle ILO kararları ve AK direktifleri iş ilişkisinden kaynaklı eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına önem vermektedir.<sup>93</sup> 4857 sayılı İK eşitlik ve ayrımcılık yasağı ile ilgili iki yönlü bir düzenleme getirmektedir. Hem işverene işçilerine karşı eşit muamelede bulunma yükümlülüğü yüklemekte hem de bir takım ayrımcılık hallerini özel olarak yasaklamaktadır.

Yukarıda belirttiğimiz ikili yapı sayesinde eşitlik ilkesi iş kanunumuzda katmanlı bir yapıya kavuşmuştur.<sup>94</sup> 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. Maddesinin ilk fıkrasına göre dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep “ve benzeri sebeplere” dayalı ayrımcılık yasaklanmıştır. Maddenin 2. Fıkrasına göre sözleşme türü nedeniyle ayrımcılık yasaklanmıştır. Aynı şekilde maddenin 3. Fıkrasına göre cinsiyet veya gebelik nedeniyle ayrımcılık yapılamaz.

İş Kanununun eşitliğe vurgu yapan temel maddesi olan 5. Maddenin 2. fıkrasında yasaklanan sözleşme türü sebebiyle ayrımcılık konusu, aynı kanunun 12. Maddesi ile belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmeleri bakımından yine kanunun 13.

<sup>91</sup> Kübra Doğan Yenisey, “İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, **Çalışma ve Toplum**, S:4, 2006, s. 67.

<sup>92</sup> Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 28.04.2005 tarih, 2005/14932 K sayılı kararı.

<sup>93</sup> Muammer Altun, **Ayrımcılık suçu**, s. 31.

<sup>94</sup> Sarper Süzek, **İş Hukuku**, İstanbul, Beta, 2005, s. 362.

Maddesi ile kısmi süreli ve tam süreli iş sözleşmeleri bakımından çok daha teferruatlı olarak ele alınmıştır.<sup>95</sup>

4857 sayılı İK düzenlemeleri yanında 2821 sayılı Sendikalar Kanunu, 31. Maddesi ile sendikaya üye ya da yönetici olmak ya da olmamaktan veya bir başka sendikaya üye ya da yönetici olmaktan kaynaklı sebeplerle ayrımcılık yapılmasını yasaklamaktadır.<sup>96</sup>

Birçok eserde iş hukuku bakımından söz konusu olan mobbing (işyerinde psikolojik taciz) ve işyerinde cinsel taciz kavramları ayrımcılık kavramı ile birlikte ele alınmaktadır. Yukarıda ayrımcılık ile ilgili temel kavramlar bahsini incelerken tacizin hukukun yasakladığı ayrımcılıktan farklı bir fiil olduğunu, tacizin bir ayrımcılık türü olmadığını dile getirmiştik.<sup>97</sup>

Yine de konu bakımından kısaca mobbing<sup>98</sup> (işyerinde psikolojik taciz) ve işyerinde cinsel taciz kavramlarına iş hukukunda ayrımcılık karşıtı düzenlemeler başlığı altında kısaca değinmekte fayda görüyoruz.

Türk Hukuku'nda cinsel taciz ifadesi, 5237 sayılı TCK'nın 105. maddesi ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 24 ve 25. maddelerinde yer bulmaktadır. Böyle olmakla beraber İş Kanunu'nda cinsel tacizin ne olduğuna dair bir açıklama yoktur. TCK'nın 105. Maddesinde ise fiil "*Bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz*" şeklinde tanımlanmıştır.

<sup>95</sup> 4857 sayılı İş Kanunu, **Madde 12/1:** Belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçi, ayrımı haklı kılan bir neden olmadıkça, salt iş sözleşmesinin süreli olmasından dolayı belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan emsal işçiye göre farklı işleme tâbi tutulamaz.

4857 sayılı İş Kanunu, **Madde 13/2:** Kısmî süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçi, ayrımı haklı kılan bir neden olmadıkça, salt iş sözleşmesinin kısmî süreli olmasından dolayı tam süreli emsal işçiye göre farklı işleme tâbi tutulamaz. Kısmî süreli çalışan işçinin ücret ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatleri, tam süreli emsal işçiye göre çalıştığı süreye orantılı olarak ödenir.

<sup>96</sup> Kübra Doğan Yenisey, **İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı**, S:4, 2006, s. 65.

<sup>97</sup> Bkz. Bu Çalışmamızın Ayrımcılık Yasağı ile ilgili Temel Kavramlar başlığı, s. 17.

<sup>98</sup> Mobbing kelimesi kamuoyunda ve literatürde çok daha sık kullanıldığı için tercih edilmiştir. Bu kelime yerine Türkçe "Bezdirme" ifadesinin kullanılmasının daha doğru olduğu kanaatindeyiz. Türkiye Büyük Millet Meclisi – Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Çözüm Önerileri Komisyon Raporu Bezdiri ifadesini önermektedir. Rapora ulaşmak için [http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/docs/komisyon\\_rapor\\_no\\_6.pdf](http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/docs/komisyon_rapor_no_6.pdf)

Kadınların iş sektöründe yer aldığı her alanda cinsiyet ayrımcılığı ve işyerinde cinsel taciz olayları ve iddiaları söz konusu olmaktadır. İş hukuku literatürüne çok daha önce girmiş olsa da işyerinde cinsel taciz, 4857 sayılı İş Kanunu ile yasal bir düzenleme şeklinde temellendirilmiştir.<sup>99</sup> 4857 sayılı İş Kanununun 24 ve 25. maddelerinde “Ahlak ve İyiniyet Kurallarına Uymayan Haller ve Benzerleri” başlığı altında hem işveren hem de işçi için haklı sebeple fesih nedeni olarak düzenlenmiştir.

Cinsel tacizi ayrımcılığın bir türü olarak görmek doğru değildir. Bu yönde bir tacizin karşı cinse karşı gerçekleştirilmesi durumunda aynı zamanda bu fiili cinsiyet ayrımcılığı olarak görebilmek de mümkündür. Ne var ki taciz sadece karşı cinsler arasında değil hemcinsler arasında da söz konusu olabilmektedir. Beraberinde işverenin işyerinde gerçekleşen cinsel taciz olayından yana sorumlu tutulabilmesi işverenin eşit işlem yapma borcunu değil işçiyi gözetim borcunu yerine getirmemesine bağlıdır. İşverenin gözetim borcu, işçinin kişisel gelişimi için gerekli tüm tedbirleri alması, mesleki gelişim imkanları ve sosyal ve kültürel gelişimi için gereken şartları oluşturmaktır.<sup>100</sup> İşçinin kişilik haklarının korunması işverenin gözetim borcunun tam ve eksiksiz ifası ile mümkündür.<sup>101</sup>

Mobbing kavramı özellikle son yıllarda bol miktarda gündeme gelen, bir veya birçok kişi tarafından bir kişiye yönelik art niyetli davranışlarla gerçekleşen çatışmalardır. Ayrımcılık, ayrımcılık sebeplerinden biri nedeniyle ayrımcı tavra neden olan güdüyle gerçekleştirilir.<sup>102</sup> Oysa işyerinde psikolojik taciz iki veya daha fazla kişi ya da grubun anlaşmazlıklarından ileri gelen bir kavramdır. Ayrımcılığa benzer olarak psikolojik tacize sebep çatışmacı tavır, faaliyetleri engelleyen, doğal olmayan, kontrol edilmesi ve değiştirilmesi gereken davranışsal bir sapmadır.<sup>103</sup>

İş Hukuku bağlamında ayrımcılık ile ilgili düzenlemelere ve kısaca cinsel taciz ve psikolojik taciz konularına değindikten sonra şimdi Ceza Hukuku bakımından ayrımcılıkla ilgili düzenlemeleri inceleyeceğiz.

<sup>99</sup> N. Sebla Demirtaş - Cüneyt Gülabi Vurucu, “Ceza Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşyerinde Cinsel Taciz”, Ankara, TC Adalet Bakanlığı, **Adalet Dergisi AD**, S:38, s. 33.

<sup>100</sup> Öner Eyrenci - Savaş Taşkent - Devrim Ulucan, İstanbul, **Bireysel İş Hukuku**, Legal, 2006, s.147.

<sup>101</sup> Abbas Bilgili, **İş Hukuku Açısından İşyerinde Cinsel Taciz**, Adana, Karahan, 2010 s. 42.

<sup>102</sup> Ayrıntılı açıklama için bu Çalışmamızın 5. Sayfasına bakınız.

<sup>103</sup> Cengiz Çukur, **Türk Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukukta İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)**, Ankara, Uzmanlık Tezi, TBMM. 2009, s.11.

### c. Türk Ceza Kanunu'nda Ayrımcılık

Yukarıda İş Kanunu'nda ayrımcılık başlığını incelerken cinsel taciz ifadesinin 4857 sayılı İş Kanunu'nda yer aldığını lakin İş Kanunu'nun cinsel tacizin ne olduğuyula ilgili açıklama getirmediğini söylemiştik. Bunun gibi Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda, 4857 sayılı İş Kanunu'nda yer alan eşitlik ve ayrımcılık yasağı ile birlikte değerlendirilebilecek hukuki değerlerin ihlaline karşı yaptırımlar getiren kanun 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'dur. Bu bakımdan bu çalışmamızın konusu olan "Ayrımcılık Suçu" ilk kez 5237 sayılı TCK ile yasal bir düzenleme şeklinde yasal temele kavuşmuştur.<sup>104</sup>

Bu başlık altında özellikle incelenmesi gereken konu 5237 sayılı TCK'nın "Adalet ve Kanun Önünde Eşitlik" başlıklı 3. Maddesidir. Özellikle bu maddenin ikinci fıkrası konumuz bakımından önem taşımaktadır. 5237 sayılı TCK'nın 3/2 maddesi şu şekildedir.

*"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 tanınmaz."*

Fıkra metni bu haliyle Türk ceza kanunlarının temel ilkelerinden birini teşkil etmektedir.<sup>105</sup> Fıkra metni Anayasal bir ilke olan "Kanun Önünde Eşitlik" ilkesinin Türk Ceza Hukuku bakımından uyarlamasının olumsuz içeriğini belirlemektedir. Gerçekten de 3. maddenin başlığında yer verilen "kanun önünde eşitlik ilkesi" lafzı veya benzeri ifadeye fıkra metninde yer verilmemiştir. Aynı durum yukarıda incelediğimiz İş Kanunu'nun 5. Maddesi için de geçerlidir.<sup>106</sup>

Yine ulusal ayrımcılık karşıtı mevzuatımızın genelinde görülen sorunlardan birisi bu madde kapsamında da karşımıza çıkmaktadır. Anayasa'nın 10. maddesinde ve bazı düzenlemelerde ayrımcılık nedenlerine yer verildikten sonra ve benzeri

<sup>104</sup> Muammer Altun, *Ayrımcılık suçu*, s.37.

<sup>105</sup> Duygun Yarsuvat, *Türk Ceza Kanununun Temel ilkeleri", Türk Ceza Kanununun 2 Yılı, Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar*, İstanbul, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayını, 2008, s. 19.

<sup>106</sup> Muammer Altun, *Ayrımcılık suçu*, s.38.

sebeplerle ifadesi kullanılarak sayılanların örnek mahiyetinde zikredildiği belirtilmektedir. Oysaki TCK 3/2 maddesinde bu veya bunun gibi başkaca bir ifade yer almamaktadır. Ayrımcılık karşıtı düzenlemeler içeren ulusalüstü belgelerde, Anayasa'nın 10. Maddesindeki düzenlemede ve TCK 122. Madde düzenlemesindeki “ve benzeri sebeplerle” ifadesinden farklı bir şekilde “ve diğer toplumsal konular” lafzı fıkra metninde yer almaktadır.

Yarsuvat fıkra metnindeki sebeplerin sınırlı sayıda olduğu düşüncesindedir.<sup>107</sup> Kanaatimizce fıkra metninde yer alan sebepler sınırlı sayıda değil örnek mahiyetinde sayılmış sebeplerdir. Aksini düşünmek Anayasal bir ilke olan “kanun önünde eşitlik” ilkesini demokratik bir hukuk devletinde çok daha dar bir alanda kavramak anlamına gelir. Yine aksini düşünmek, fıkra da belirtilenler dışındaki sebeplerle, ceza kanunlarının uygulanmasında ayrımcılık yapılmasına hiç değilse teorik olarak imkan vermek demektir. Anayasal bir ilke olan “kanun önünde eşitlik” ilkesinin, Ceza Kanunu bakımından emredici bir norm olmadığı söylenemez. Yarsuvat'ın, Fıkra metninin Anayasa'dan daha dar bir ayrımcılık düzenlemesi getirdiği yolundaki görüşünün; bu ve benzeri ilkelerin anayasalarda düzenlenmesi ceza yasalarında yer almaması gerektiği yönündeki görüşü ile de çeliştiği kanaatindeyiz.<sup>108</sup>

TCK'nın Kanun önünde eşitlik ilkesini düzenleyen 3/2 maddesi ile ilgili değinilmesi gereken bir diğer nokta; bu çalışmamızın konusunu da oluşturan ayrımcılık suçunu düzenleyen 122. Madde metninde bizzat sayılan ayrımcılık sebepleri sayısının TCK 3/2 maddenin saydığı sebeplerden daha az olmasıdır. Bu durum da birbiri ile bu kadar ilintili iki maddenin uyumsuzluğunu ortaya çıkarmaktadır.

Bu çalışmamızın konusu TCK 122. Madde bağlamında ayrımcılık suçu olduğu için bu başlık altında söylenebilecekleri ayrımcılık suçunu incelerken daha ayrıntılı dile getireceğiz.

Ulusal ayrımcılık karşıtı hukuktan bahsettikten sonra şimdi ayrımcılık konusu ile ilgili uluslararası düzenlemelere değinilecektir.

<sup>107</sup> Duygun Yarsuvat, **Türk Ceza Kanununun Temel ilkeleri, Türk Ceza Kanununun 2 Yılı, Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar**, s. 19.

<sup>108</sup> A.g.e, s. 19 vd.

## **C- Uluslararası Ayrımcılık Karşıtı Hukuk**

Bu başlık altında öncelikle ulusalüstü düzenlemeler yani BM düzenlemeleri ardından özellikle ülkemiz iç hukuku bakımından bağlayıcı olduğundan Avrupa bölgesel düzenlemeleri ele alınacaktır.

### **1. Ulusalüstü Düzenlemeler**

#### **a. Birleşmiş Milletler Düzenlemeleri**

Ayrımcılık ile mücadele ve ayrımcılığın önüne geçilmesi Birleşmiş Milletler sisteminin yazılı kaynaklarının dayanaklarından başlıcasıdır. Örgütün amaçlarını düzenleyen BM Antlaşması'nın 1. Maddesinin 3. fıkrası Örgüt'ün amaçlarından birinin "insan hakları ve temel hakların herkes için ırk, cinsiyet, dil ya da din farkı gözetmeksizin geliştirilmesi" olduğunu beyan etmektedir. Anlaşmanın BM Örgütüne verdiği bu görev spesifik konularla ilgili spesifik hükümler içeren anlaşmaların hazırlanması olarak yerine getirilmektedir.<sup>109</sup>

BM Antlaşmasının 1. Maddesinin ayrımcılık ile ilgili görevler yükleyen 3. Fıkrası kapsamında özellikle;

1948 tarihli Birleşmiş Milletler Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırması Sözleşmesi, 1951 tarihli Eşdeğer İş için Erkek ve Kadın İşçiler Arasında Ücret Eşitliği Hakkında Sözleşme, 1958 tarihli Çalışma ve Meslek Bakımından Ayrımcılık Hakkında Sözleşme, 1960 tarihli Eğitimde Ayrımcılığa Karşı Sözleşme, Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin 20 Kasım 1963 tarihli bildirme, 1965 tarihli Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme, 1973 tarihli Apartheid Suçu ile Mücadele edilmesine ve Cezalandırılmasına dair Uluslararası Sözleşme, 1978 tarihli Irksal Önyargı Bildirgesi, 1979 tarihli Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi 1981 tarihli Birleşmiş Milletler Din veya İnanca Dayalı Her Türlü

<sup>109</sup> Türkkaya Ataöv, *Çatışmaların Kaynağı Olarak Ayrımcılık*, s. 2.

Hoşgörüsüzlük ve Ayrımcılığın Kaldırılması Bildirgesi yürürlüğe konulmuş ulusalüstü düzenlemelerdir.

### a.1. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi

Tüm bu ulusalüstü metinlerden önce elbette ki 1948 tarihli Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi gelmektedir. Evrensel Beyanname'nin hemen başlangıcında (erkekler ile kadınların hak eşitliğine olan inançlarını teyit ettiklerini...) diyerek kadın erkek eşitliğine vurgu yapılmaktadır. Yine hemen ilk maddesinde (Tüm insanlar özgür; onur ve haklar bakımından eşit doğar) diyerek eşitliği beyan etmiştir. Konumuz bağlamında bildirgenin en önemli maddesi 2. Maddedir. Özellikle maddenin ilk fıkrası ayrımcılığı tamamen yasaklaması bakımından önemlidir. Evrensel Beyannamenin 2. Maddesinin ilk fıkrası şu şekildedir.

*"Herkes; ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka bir görüş, ulusal ve toplumsal köken, doğuş ya da benzeri başka bir statü gibi herhangi bir ayırım gözetilmeksizin bu bildirmede ileri sürülen tüm hak ve özgürlüklere sahiptir"*

Evrensel Beyanname giriş kısmı 1. ve 2. Maddeleri yanında eşitlik ve ayrımcılık yasağına vurgu yapan başkaca hükümler de içermektedir. Özellikle Beyannamenin 7. Maddesi anayasalarda da yerini bulan kanun önünde eşitlik ilkesini temellendirmekte ve ayrımcılık yasağını bir ilke olarak beyan etmektedir.<sup>110</sup> Yine Evrensel Beyanname'nin 23. Maddesi iş ilişkisinden kaynaklı olarak eşitlik ve ayrımcılık yasağına dair hükümler içermektedir.<sup>111</sup>

<sup>110</sup> Evrensel Beyanname 7. Madde metni şu şekildedir:

"Herkes yasa önünde eşittir ve ayırım gözetilmeksizin yasa tarafından eşit korunmaya hakkı vardır. Herkes, bu Bildirgeye aykırı herhangi bir ayrımcılığa ve ayrımcı kışkırtmalara karşı eşit korunma hakkına sahiptir."

<sup>111</sup> Evrensel Beyanname 23. Madde metni şu şekildedir:

"1. Herkesin çalışma, işini özgürce seçme, adil ve elverişli koşullarda çalışma ve işsizliğe karşı korunma hakkı vardır.

2. Herkesin, herhangi bir ayırım gözetilmeksizin, eşit iş için eşit ücrete hakkı vardır.

3. Çalışan herkesin, kendisi ve ailesi için insan onuruna yaraşır bir yaşam sağlayacak düzeyde, adil ve elverişli ücretlendirilmeye hakkı vardır; bu, gerekirse, başka toplumsal korunma yollarıyla desteklenmelidir.

4. Herkesin, çıkarını korumak için sendika kurma ya da sendikaya üye olma hakkı vardır."



İnsan Haklarına dair tüm ulusalüstü düzenlemelerin en önemlisi olması bakımından Evrensel Beyanname'ye ve ayrımcılıkla ilgili içerdiği hükümlere değinmek gerektiğini düşündük. BM çatısı altında akdedilmiş ayrımcılık karşıtı hükümler içeren sözleşmeler çoğunlukla belli bir ayrımcılık sebebine yoğunlaşmış metinlerdir. Şimdi sırasıyla bu metinlerden önemli olanları incelenecektir.

## **a.2. Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Bildirgesi ve Sözleşmesi**

Ayrımcılıkla mücadelenin tarihiyle ırk ayrımcılığıyla mücadelenin tarihi paraleldir. Yukarıda ayrımcılığın tarihi gelişimini incelerken bu kavramın Afrika kökenli Amerikalılar ile beyaz Amerikalılar arasındaki sosyal çatışmalardan doğduğunu belirtmiştik. BM sistemi içerisinde ırk ayrımcılığına karşı ulusalüstü bir metin oluşturulması ancak 60'lı yıllarda mümkün olabilmıştır. Bu bakımdan ırk ayrımcılığıyla ilgili ilk metin Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 1904 sayılı kararı ile açıklanan Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin 20 Kasım 1963 tarihli bildirgedir. Bu bildirgeyi 21 Aralık 1965 tarih ve 2106 sayılı BM Genel Kurul kararı uyarınca kabul edilerek imza ve onaya açılan 19. maddesi uyarınca, 4 Ocak 1969 tarihinde yürürlüğe giren Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme (HTIAOKS) izlemiştir.<sup>112</sup>

HTIAOKS yüz altı oya karşılık sıfır oyla kabul edilmiştir. Sözleşme birinci maddesinde ırk ayrımcılığı ifadesinin tanımını vermektedir. Buna göre; siyasal, ekonomik, toplumsal, kültürel ya da kamu yaşamının diğer alanlarında insan haklarının ve temel özgürlüklerinin tanınmasını, bunlardan yararlanılmasını, veya uygulanmasını önleme ya da zarar verme amacını taşıyan ırk, renk, köken, ya da ulusal veya etnik kökene dayalı her türlü ayırım, dışlama, kısıtlama ya da tercih ırk ayrımcılığıdır.

HTIAOK giriş bölümünde insanların eşit haklara sahip ve özgür olarak doğduğunu, herkesin kanun karşısında eşit olduğunu ve kanun tarafından eşit korumaya sahip bulunduğunu vurgulamaktadır. Yine giriş bölümünde ırk ayrımcılığını yaratan başlıca sebeplerden biri olan sömürgeciliğin her türüne BM

<sup>112</sup> Sözleşme metni için bkz. Ian Brownlie, **Basic Documents on Human Rights**,

Örgütü'nün karşı olduğu dile getirilmektedir. Sözleşmeye taraf devletler kendi egemenlik alanında ırka dayalı her türlü ayrımcılığı yasaklamak ve egemenliği altındaki herkese ırk, renk ve ulusal veya etnik kökeni ne olursa olsun haklardan faydalandırmak ve kanun önünde eşit muamele etmek yükümlülüğü altına girmektedir.<sup>113</sup>

1966 tarihli iki BM Sözleşmesi<sup>114</sup>, bazı sivil, siyasal, kültürel ve ekonomik haklar düzenlemekle beraber ulusal, ırksal ya da dinsel çatışmaları yasaklamaktadır. Beraberinde etnik, dinsel ya da dilsel azınlıkların haklarından söz eder. Bu sözleşmelerin uluslararası ve ulusal çapta uygulanması gerekmektedir. 1966 tarihli iki BM sözleşmesi, değerlendirme raporları verme ve devlet - devlet şikâyet mekanizmasını da düzenlemektedir. Bunun yanında seçimlik protokol birey – devlet şikâyet mekanizmasını da getirmektedir.<sup>115</sup>

Aynı durum HTIAOK için de geçerlidir. Sözleşme, imzacı devletlerin yükümlülüklerini saymak yanında bir Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi ihdas etmiştir.<sup>116</sup> Burada özellikle belirtilmesi gereken nokta; Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi'nin (IAOKK), BM eliyle Devletlerin bir insan hakları metninden kaynaklanan sorumluluklarını izlemek ve denetlemek amacıyla kurulan ilk kurum olduğudur.<sup>117</sup>

IAOKK, Sözleşme'nin 8. Maddesine göre; adil coğrafi dağılım ve farklı medeniyet şekillerinin temsili, aynı zamanda başlıca hukuk sistemleri göz önünde tutularak imzacı devletler tarafından vatandaşları arasından seçilecek ve kişisel temelde görev yapacak, tarafsızlıkları ve yüksek ahlakları ile tanınan 18 uzmandan oluşmaktadır. Komite'nin üyeleri dört yıllık bir süre için seçilirler. Seçimler iki yıllık aralarla üye sayısının yarısı için yapılır. IAOKK'nın oluşumunda en dikkat edilen

<sup>113</sup> Muammer Altun, **Ayrımcılık suçu**, s. 16.

<sup>114</sup> BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ile BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi. Türkiye her iki sözleşmeyi de 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalamıştır.

<sup>115</sup> Türkkaya Ataöv, **Çatışmaların Kaynağı Olarak Ayrımcılık**, s.3.

<sup>116</sup> Uluslararası metinlerde komitenin İngilizce kısaltması olan CERD kullanılmaktadır.

<sup>117</sup> İnsan Hakları Ortak Platformu, **İrk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi**, İstanbul, İnsan Hakları Ortak Platformu, 2008, s. 1.

[http://www.ihop.org.tr/index.php?option=com\\_content&task=view&id=125](http://www.ihop.org.tr/index.php?option=com_content&task=view&id=125) (erişim tarihi 3 Mayıs 2011)

husus dünyadaki farklı coğrafi bölgeler ve aynı zamanda farklı uygarlıklar ve adalet sistemlerinin adil temsil edilmeye çalışılmasıdır.<sup>118</sup>

HTIAOS'nın 9. Maddesinin 2. fıkrası, Komite'nin taraf devletlerden alınan bilgilerin incelenmesine dayanan öneri ve genel tavsiyelerde bulunabileceğini düzenlemektedir. Bu öneri ve genel tavsiyeler, ilgili imzacı devletin yorumuyla birlikte BM Genel Kurulu'nun bilgisine sunulur.<sup>119</sup>

### **a.3. Din veya İnanca Dayalı Her Türlü Hoşgörüsüzlük ve Ayrımcılığın Kaldırılması Bildirgesi**

Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme ile ve bu sözleşmeye göre kurulan komite ile ilgili açıklamalar yapıldıktan sonra kronolojik olarak kendisinden sonra gelen bir diğer önemli metin olması itibarıyla Birleşmiş Milletler Din veya İnanca Dayalı Her Türlü Hoşgörüsüzlük ve Ayrımcılığın Kaldırılması Bildirgesi'nden bahsetmekte yarar görüyoruz.

Din veya İnanca Dayalı Her Türlü Hoşgörüsüzlük ve Ayrımcılığın Kaldırılması Bildirgesi BM Genel Kurulun 25 Kasım 1981 tarih, ve 36/35 sayılı kararıyla ilan edilmiştir. Bildirge 5 maddeden oluşmaktadır. Bildirge'nin ilk maddesi uyarınca Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğü ve bunlardan doğan haklara sahiptir. Yine ilk maddenin tanıdığı bu hak bir dini veya dilediği bir inancı benimseme ve din ya da inancını tek başına veya birlikte, açık ya da özel olarak ibadet, gözetme, uygulama ve öğretme biçiminden açıklama hürriyetini de kapsamaktadır.

Bildirge din veya inanç ile ilgili hak ve özgürlükleri ilk maddesinde belirttiikten sonra ikinci maddesi ile konumuz bakımından da önemli olarak bu sebeplere dayalı ayrımcılığı da yasaklamaktadır. Bildirgenin ikinci maddesi uyarınca hiç kimseye, dini ya da başka inançları gerekçesiyle herhangi bir devlet, kurum, grup ya da bir kimse tarafından ayrımcı muamelelerde bulunulamaz.

<sup>118</sup> A.g.e, s. 2.

<sup>119</sup> Genel tavsiye metinlerinin tamamına ulaşmak için bkz.

[http://www.ihop.org.tr/index.php?option=com\\_content&task=view&id=125](http://www.ihop.org.tr/index.php?option=com_content&task=view&id=125) (Erişim tarihi 3 Mayıs 2011)

Sözleşmenin ikinci maddesine özellikle temas etmek gerekmektedir. Keza madde devletlere ayrımcı muamelede bulunmama konusunda yükümlülük getirirken aynı zamanda uluslararası hukukun öznesi olmayan bireylere de bu yükümlülüğü yüklemektedir. Bu da kişilerin başkaca kişilere dine veya inanca dayalı sebeplerle ayrımcılık yapmaması için devletlerin bir pozitif yükümlülük altında olduğu anlamına gelir.

İnsan hakları bağlamında devletlere yüklenen pozitif yükümlülükler; devletin ulusalüstü bir belge ile bağlanması halinde o hakkı hem iç hukukunda yapacağı düzenlemelerle tanınması ve bununla beraber bireylerin o haktan faydalanması için gereken diğer yandan gerek kamu gücü gerek başkaca bireyler tarafından o haktan yararlanmasının engellenmemesi için gerekli olan önlemleri almasıdır. Pozitif yükümlülükler, negatif yükümlülüklerden farklı olarak yapmama değil yapma yönündeki olumlu yükümlülüklerdir.<sup>120</sup>

Bildirge bakımından pozitif yükümlülük ifadesi böylece din ve inanç özgürlüğü bakımından, toplumda var olan dinlerin korunmasını, o dinlere mensup kişilerin ibadetlerinin özgür ve korkusuz bir biçimde yerine getirebilmesini sağlayacak tedbirlerin devlet tarafından alınması yükümlülüğünü ifade etmektedir. Negatif yükümlülük ise müdahale etmemek yükümlülüğüdür. Devlet, dinsel inançlar karşısında yansız olup, bunları hem korumak hem de inançların sürdürülmesini özendirerek ve bunların tanınırlığını ve açıklanmasını engellemeyecek kültürel zenginliği sağlamakla yükümlüdür.<sup>121</sup>

Çoğu zaman uluslararası sözleşmeler taraf devletlere dine veya inanca dayalı meseleler karşısında karışmama yükümlülüğü yükleyerek sadece negatif yükümlülükler yüklemektedir. Oysa Bildirge kişilerin de ayrımcı muamelelerde bulunabileceğini öngörerek taraf devletlere kişilerden kaynaklı saldırıları önleyici tedbirleri alma görevi vermektedir. Bölgesel bazda bir içtihattan bahsetmek gerekirse; Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na göre söz konusu inanç veya din toplumda bir azınlığı temsil ediyor ise, devletin pozitif yükümlülüğü daha da belirgin bir hal almaktadır. Strazburg organlarının bu yöndeki düşüncesi “Düşünce

<sup>120</sup> M. Buhari Çetinkaya, “İnanç Özgürlüğü Karşısında Devletlerin Pozitif Yükümlülükleri”, İstanbul, **İdeal Hukuk Dergisi**, S: 9, 2011, s. 41

<sup>121</sup> A.g.e, s. 42.

çeşitliliğinin zulme karşı korunması, Sözleşmede yer alan hakların koruma altına alındığı demokratik toplumların temel karakteristiklerinden birini oluşturur.” şeklindedir.<sup>122</sup>

Son olarak din ve inanç özgürlüğü bağlamında ulusüstü metinlerden yola çıkarak inanç özgürlüğünün faal ve güvenceli bir şekilde kullanılabilmesi için devletlere, Bildirge'nin 2. Maddesine benzer pozitif yükümlülükler yüklendiği söylenebilir. Fakat bu durum çoğunlukla ilgili sözleşmelerin yorumlanmasından veya ulusüstü yargı mercilerinin önlerine gelen ihtilaflara bu sözleşmeleri uygulamasında gün yüzüne çıkmaktadır.<sup>123</sup> Bildirge ise bu yükümlülüğü 2. Maddesi ile doğrudan belirtmesi sebebiyle önemli bir yer tutmaktadır.

#### **a.4. Kadınlara karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi**

Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme ve Birleşmiş Milletler Din veya İnanca Dayalı Her Türlü Hoşgörüsüzlük ve Ayrımcılığın Kaldırılması Bildirgesi sonrasında değinilmesi gerektiğini düşündüğümüz bir diğer BM çatısı altında oluşturulmuş ulusüstü metin Kadınlara karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'dir.

1975 yılında Mexico-City'de gerçekleştirilen BM Birinci Dünya Kadın Konferansı kadının sosyal hayattaki yerinin kuvvetlendirilmesi ve iyileştirilmesi bakımından dönüm noktasıdır. Bu yöndeki uluslararası çabaların sonucu olarak, BM Genel Kurulu tarafından 1979 tarihinde kabul edilen KKHTAÖS Türkiye tarafından 1985 tarihinde onaylanmıştır. 2011 yılı itibarıyla Sözleşmeye taraf devlet sayısı 186'dır.<sup>124</sup>

KKHTAÖS, kadın haklarına saygı gösterilmesini ve bunlara uyulmasını öngören uluslararası bir belgedir.<sup>125</sup> KKHTAÖS'nin nihai amacı, kadın-erkek

<sup>122</sup> Hüsamettin Binici, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 9’uncu Maddesi (Düşünce, Vicdan Ve Din Özgürlüğü)” Ankara, TC Adalet Bakanlığı, **Adalet Dergisi**, S:20, 2004, s. 117.

<sup>123</sup> M. Buhari Çetinkaya, **İnanç Özgürlüğü Karşısında Devletlerin Pozitif Yükümlülükleri**, s. 40

<sup>124</sup> T.C. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı – Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, **Uluslararası Kuruluşlar – Birleşmiş Milletler**, Ankara.

<http://www.kadininstatusu.gov.tr/tr/html/165/Birlesmis+Milletler> (Erişim tarihi 14.11.2011)

<sup>125</sup> Rebecca Cook, “Reservations to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women”, Va. J. **Int'l Law**, Vol.30, 1990, s. 643; M. Semih Gemalmaz, “Kadınlara Karşı Her

eşitliğini öngören hali hazırdaki uluslararası belgelerde yer alan düzenlemeleri kuvvetlendirmek ve onlardan farklı olarak özel olarak kadınlara karşı devam eden ayrımcılıkla mücadele etmektir.<sup>126</sup> Sözleşme, kadınlara karşı ayrımcılığın niteliğini belirtip kadınlara yönelik ayrımcılığın çeşitliliğini düzenlemesi, var olan eşitsiz durumun sosyal nedenlerinin de dikkate alınması zorunluluğuna vurgu yapması bakımından kadın-erkek eşitliğini öngören önceki genel nitelikli sözleşmelerden daha ileridir.<sup>127</sup>

Sözleşmenin ilk maddesine göre kadın ayrımcılığı:

*“Medeni durumlarına bakılmaksızın ve kadın ile erkek eşitliğine dayalı olarak politik, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni ve diğer sahalardaki 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...”* anlamına gelmektedir.<sup>128</sup>

Sözleşme 5. Maddesi ile imzacı devletlere kadın ayrımcılığını ortadan kaldıracak her türlü önlemi alma pozitif yükümlülüğünü yüklemektedir. Bununla beraber taraf devletler sözleşmenin 7. Maddesi uyarınca, ülkenin politika ve kamu hayatında, kadınlara karşı ayırımı önlemek için tüm tedbirleri alacaklar ve özellikle kadınlara erkeklerle eşit şartlarla şu hakları sağlayacaklardır:

- a- Bütün seçimlerde ve halka oylamalarında oy kullanmak ve halka tarafından seçilen organlara seçilebilmek,
- b- Hükümet politikasının hazırlanmasına ve uygulanmasına katılmak, kamu görevinde bulunabilmek ve hükümetin her kademesinde kamu görevleri ifa etmek,

---

Biçimiyle Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi: Çekinceler Sorunu Işığında Haklar Analizi”, **İÜHFMC** C. LXIX, S.1 - 2, s. 142.

<sup>126</sup> Theresa Papademetriou, “International Protection of Women’s Rights”, **Revue Hellenique de Droit International**, No.1, 1996, sf. 161 - 186, s.163; M. Semih Gemalmaz, a.g.e. s. 142

<sup>127</sup> Rebecca J. Cook, “**Women’s International Human Rights Law: The Way Forward**”, **Human Rights of Women National and International Perspectives**, Rebecca J. Cook (ed.), Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1994, s. 11; M. Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, 7. Baskı, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2010, s. 609.

<sup>128</sup> 14.10.1985 tarih ve 18898 sayılı Resmi Gazete.

c- Ülkenin kamu ve politik hayatı ile ilgili hükümet dışı kuruluşlara ve derneklere iştirak etmek.

KKHTAÖS 18. Maddesi uyarınca; imzacı devletler, Sözleşmenin ülke iç hukukunda onaylanmasını takip eden bir yıl içinde ilk raporlarını, devamında her dört yılda bir dönemsel raporlarını Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi'ne (KKHTAÖK) sunmak zorundadırlar. KKHTAÖK, Sözleşmenin 17. Maddesine göre kurulmuş KKHTAÖS hükümlerinin uygulanmasını denetlemekle görevli organdır. Buna göre KKHTAÖK, kadın hakları ve ayrımcılığın ortadan kaldırılması konusunda ülkedeki gelişmeleri ve olumsuz durumları içeren ülke raporlarını görüşmekte ve ülkenin kadın hakları konusunda ulaşılmış olduğu durumla ilgili saptamalarda bulunup tavsiyeler açıklamaktadır.

Türkiye KKHTAÖS'nin onaylandığı tarihte yürürlükte bulunan Türk Medeni Kanununun evlilik ve aile hukukuna yönelik kimi hükümlerinin Sözleşme ile çelişmesi nedeniyle sözleşmenin bazı hükümlerine çekinceler koymuştur. Sonrasında kadın erkek eşitliğinin sağlanması doğrultusunda yapılan yasal düzenlemeler neticesinde 20 Eylül 1999 tarihi itibarıyla Sözleşmenin esas maddelerine ilişkin çekinceler kaldırılmıştır. Bunun yanında Türkiye KKHTAÖS 29. Maddesinin ikinci fıkrası uyarınca Adalet Divanı'nın ve Hakem Kurulu'nun yargı yetkisini kabul etmediğine dair beyanda bulunmuştur. Bu beyan hala caridir.<sup>129</sup>

## **b. Avrupa Düzenlemeleri**

Birleşmiş Milletler Düzenlemelerinden sonra incelemekte fayda gördüğümüz bir diğer ulusalüstü kaynak Avrupa Düzenlemeleridir. Bu çalışmamızda münhasıran TCK 122. Madde ile düzenlenen ayrımcılık suçunu inceliyor olmamız sebebiyle

<sup>129</sup> Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi Madde 29:

1. İki veya daha fazla Taraf Devlet arasında işbu Sözleşmenin yorum veya uygulamasından doğan ve müzakere ile çözümlenemeyen herhangi bir uyuşmazlık, birinin talebi ile hakem kuruluna götürülecektir. Taraflar tahkimname talebinden itibaren 6 ay içinde hakem kurulunun teşekkül tarzında anlaşmazlırsa, taraflardan herhangi biri uyuşmazlığı Uluslararası Adalet Divanına, Divan Statüsü uyarınca götürebilir.
2. Taraf Devletlerden her biri işbu Sözleşmenin imzalanması veya onayı sırasında veya katılma sırasında, kendisini bu maddenin birinci paragrafı ile bağlı saymadığını beyan edebilir. Diğer Taraf Devletler, böyle bir çekince koymuş olan Taraf Devlet karşısında aynı paragrafla bağlı olmayacaktır.
3. Bu maddenin 2. paragrafına göre çekince koyan her Taraf Devlet, BM Genel Sekreterine ihbarda bulunarak her zaman çekincesini geri alabilir.

ulusalüstü metinlerden bölgesel mahiyette sadece Avrupa düzenlemelerinden söz edeceğiz. Zira inceleyeceğimiz metinlerin tamamı Türkiye tarafından da onaylanmış ve yukarıda da belirttiğimiz gibi Anayasa'nın 90. Maddesi uyarınca iç hukuk kuralı halini almış metinlerdir. Türkiye için hiçbir bağlayıcılığı bulunmayan başkaca bölgesel örgütler eliyle oluşturulmuş metinlerden Ayrımcılık suçu bağlamında bahsetmekte fayda görmüyoruz. Yine de Asya, Afrika, Amerika ve başkaca bölgeler sathında kurulmuş örgütler tarafından oluşturulmuş ayrımcılık yasağına dair hükümler içeren çokça ulusalüstü insan hakları belgeleri bulunduğunu belirtelim.

Avrupa çapında kurulmuş bölgesel örgütlerden en önemlileri Avrupa Konseyi, Avrupa Birliği ve Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı'dır. Bu örgütler arasında etkileşim işbirliği ve hatta yer yer iç içelik mevcutsa da her bir örgütün kendine has çalışma alanları vardır.<sup>130</sup> Bu örgütler tarafından oluşturulmuş belgeler ayrımcılık yasağı kapsamında da hükümler içerir. Biz bu bölümde Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği tarafından oluşturulmuş belgeleri inceleyeceğiz.

### **b.1. Avrupa Konseyi Düzenlemeleri**

Avrupa kıtasının en eski bölgesel örgütü Avrupa Konseyi'dir. Avrupa Konseyi, insan haklarına ve hukukun üstünlüğüne saygı temel amacını gerçekleştirmek amacıyla kurulmuştur. Bu yönde de insan hakları alanında çok sayıda uluslararası sözleşmenin Avrupa sathında yer bulmasına öncülük etmiştir.<sup>131</sup>

Avrupa Konseyi Statüsü, Konsey'in kurucu antlaşmasıdır. Statü'nün 3. Maddesi uyarınca; Konsey'in her üyesi yargı yetkisi dahilinde herkesin insan hakları ve temel hürriyetlerinden yararlanması ilkesini kabul eder. Üye devletlerden birinin insan hakları alanında ciddi ihlaller gerçekleştirmesi, üyeliğinin askıya alınması veya kaldırılması sebebidir. Statüsü'nün 8. maddesine göre, ihlalleri gerçekleştiren Konsey üyesinin temsili askıya alınabilir ve Konsey'den çekilmesi istenebilir. Çekilme isteğinin yanıt bulmaması durumunda Bakanlar Komitesi belirli bir tarih itibarıyla ilgili üyenin Konsey üyeliği sona erdirebilir.

<sup>130</sup> İdil Işıl Gül – Ulaş Karan, **Ayrımcılık Yasağı Kavram – Hukuk – İzleme – Belgeleme**, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2011, s.60.

<sup>131</sup> A.g.e s. 61.



### b.1.1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Avrupa Konseyi tarafından oluşturulmuş ve ayrımcılık yasağına dair hükümler içeren başlıca insan hakları metni Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olarak bilinen İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Korumaya Dair Sözleşme'dir.<sup>132</sup>

1950'de kabul edilen AİHS 3 Eylül 1952 tarihinde yürürlüğe girmiştir ve Türkiye 18 Mayıs 1954 tarihinde sözleşmeyi onaylamıştır.<sup>133</sup> Daha sonra yürürlüğe giren 11 nolu Protokol ile değiştirilen ve yeniden düzenlenen sözleşme metni ise 1 Kasım 1998 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

AİHS kişisel temel hak ve özgürlükleri içermektedir.<sup>134</sup> AİHS insan haklarının başlıca bir hukuk dalı halini almasında önemli bir rol oynamıştır. Sözleşme devletler tarafından yerleştirilmesi ve gerçekleştirilmesi mecburi olan hak ve özgürlükleri düzenlemiş ve bunları koruyan yargısal kurumlar ihdas etmiştir.<sup>135</sup>

Ayrımcılık yasağı, AİHS'in tanıdığı hak ve özgürlüklerden yararlanmada özellikle cins, ırk, renk, dil, din, siyasi görüş veya diğer görüşler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensubiyet, servet, doğum veya başkaca bir sebeple ayrımcılık görmemek esası üzerine inşa edilmiştir. Yukarıda da dile getirdiğimiz gibi burada yer alan sebepler sınırlı sayı ilkesine göre sayılmış sebepler değildir. AİHS 14. Madde düzenlemesi ayrımcılığı diğer haklardan ve özgürlüklerden bağımsız bir nosyon olarak düzenlememiştir. Ayrımcılık yasağı sözleşmede yer alan haklar ve özgürlüklerden yararlandırmada ayırım gözetilmemesi esasına dayanmaktadır.<sup>136</sup>

Bu bakımdan üzerinde önemle durulması gereken konu, 1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe giren ve ayrımcılık yasağını yukarıda belirttiğimiz şekilden farklı olarak başlı başına bir insan hakkı olarak düzenleyen 12 no'lu ek protokoldür. Ek Protokol,

<sup>132</sup> Sözleşme'nin İngilizce resmi adı: *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* şeklindedir.

<sup>133</sup> 19.03.1954 tarih, 8662 sayılı Resmi Gazete.

<sup>134</sup> Melda Sur, **İş Hukukunun Uluslararası Kaynakları – Avrupa Konseyi Çerçevesinde Kabul Edilen Belgeler**, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1996, s. 5.

<sup>135</sup> Süheyl Batum, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemi Etkileri**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Basımevi, 1993, s. 25.

<sup>136</sup> Durmuş Tezcan - Ruhan Mustafa Erdem – Oğuz Sancaktar, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2004, s. 524.

AİHS’de düzenlenmeyen, ancak taraf devletlerce kendi iç hukukta tanınmış tüm hakları kapsar şekilde ayrımcılık yasağına yer vermiştir. Ek Protokol’e göre cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya başkaca görüşler, ulusal ya da sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensubiyet, servet, doğum veya başka sebepten ileri gelen bir nedenle ayırım yapmadan herkesin kanunlarda öngörülen haklardan yararlanması sağlanacaktır.<sup>137</sup> Ayrımcılık yasağının bu şekilde ihlal edilmesi durumunda da protokol kişilerin AİHM’e başvurabileceğini düzenlemektedir. Hemen belirtelim, Türkiye Ek Protokol’ü onaylamamıştır.

### **b.1.2. Avrupa Sosyal Şartı**

Avrupa Konseyi tarafından oluşturulan bir diğer bölgesel ulusalüstü düzenleme 1961 yılında kabul edilen Avrupa Sosyal Şartı’dır. ASS’ye ek üç adet seçmeli protokol yine Konsey tarafından kabul edilmiştir. Bu protokollerden ilki, ASS’ye yeni hak kategorileri kazandıran Avrupa Sosyal Şartı’na Ek Protokol’dür. İkincisi; var olan denetim mekanizmasını etkinleştirmeyi amaçlayan Avrupa Sosyal Şartı’na Değişiklik Getiren Protokol’dür. Üçüncüsü ve sonuncusu ise hakların ihlali durumunda toplu şikâyet imkanını getiren ve düzenleyen Avrupa Sosyal Şartı’na Toplu Şikâyet Sistemi Öngören Ek Protokol’dür.

ASS, özellikle sosyal eşitliğe önemle vurgu yapan ve bu bakımdan sosyal hakların genelinin bir araya toplanmak suretiyle belli kategorilerde düzenlendiği bağlayıcı ulusalüstü bir belgedir.<sup>138</sup> Temel insan hak ve özgürlükleriyle ekonomik ve sosyal kalkınma arasında doğrudan münasebetin var olduğunu öngören ASS, sosyal haklar yanında geniş ilkeler bütününe içermektedir.<sup>139</sup>

Şart’ın temel felsefesi şeklinde nitelendirilebilecek iki ana husus ASS’nin giriş bölümünde şu şekilde dile getirilmiştir. İlk paragrafta,

<sup>137</sup> İdil Işıl Gül – Ulaş Karan, **Ayrımcılık Yasağı Kavram – Hukuk – İzleme – Belgeleme**, s. 62.

<sup>138</sup> Muammer Altun, **Ayrımcılık suçu**, s. 20.

<sup>139</sup> Refik Korkusuz, **Uluslararası Belgelerde ve Türk Anayasası’nda Temel Hak ve Özgürlükler**, 1. Baskı, İstanbul, Özenk Matbaacılık, 1998, s. 82.

"İnsan haklarının ve temel özgürlüklerin gözetilmesi ve daha ileri düzeyde gerçekleştirilmesi yoluyla sosyal ve ekonomik gelişmenin sağlanması..." 3. paragrafta,

"hiçbir ırk, renk, cinsiyet, dil, siyasal görüş, ulusal soy veya sosyal köken ayrımı gözetmeksizin sosyal haklardan yararlanma hakkının sağlanması gerektiği" şeklinde beyan edilerek konumuz bakımından ayrımcılık yasağına önemle vurgu yapılmıştır.

Şart'ta yer alan hakların sayısını artıran ve kapsamını genişletip geliştiren Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı<sup>140</sup> (GGASS), ASS'nin çok daha fazla göz önünde ve çok daha fazla işler bir metin haline gelmesini sağlamıştır. ASS'de ve Avrupa Sosyal Şartı'na Değişiklik Getiren Protokol'de yer alan hakların tamamına yer veren GGASS, bunlarla yetinmemiş ve hem Şart'ta hem Ek Protokolde yer almayan kimi hak kategorilerine de yer vererek bu hakları koruma altına almıştır. Türkiye, hem ASS'ye hem GGASS'ye taraftır. Buna karşın ASS'ye Toplu Şikâyet Sistemi Öngören Ek Protokol ise henüz Türkiye tarafından imzalanmamış ve onaylanmamıştır.

Türkiye, GGASS'yi onaylarken, yıllık asgari izin ile ilgili 2. Maddeye, ücret ve yeterli yaşam düzeyi ile ilgili 4. Maddeye, örgütlenme hakkıyla ilgili 5. Maddeye ve toplu sözleşme hakkıyla ilgili 6. maddeye çekince koymuştur.

Şart her ne kadar başlangıç kısmında yukarıda da alıntılıdığımız ifadelerle ayrımcılık yasağına vurgu yapsa da genel hükümleri içerisinde ayrımcılık yasağına dair herhangi bir düzenleme içermemektedir.<sup>141</sup> Buna karşın 12 no'lu protokol öncesi AİHS 14. madde düzenlemesi ile birlikte AİHS'in tamamının bir arada okunmasına benzer şekilde ASS'nin tanıdığı haklar bakımından da kişiler arasında başlangıçta sayılanlar ve benzeri sebeplerle ayırım yapılmaması gerektiğini dile getirmek zorunludur. Nitekim Avrupa Sosyal Haklar Komitesi, ASS'nin ilk maddesinin ikinci

<sup>140</sup> Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın (*Revised European Social Charter*) Yürürlüğe Giriş Kararnamesi için bkz. 09.04.2007 tarihli ve 26488 sayılı, *Resmi Gazete*.Resmi Türkçe çevirisi için bkz. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/04/20070409.htm> ve İngilizce metni için bkz. [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Presentation/ESCCollectedTexts\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Presentation/ESCCollectedTexts_en.pdf) (erişim: 02.02.2011)

<sup>141</sup> İdil Işıl Gül – Ulaş Karan, *Ayrımcılık Yasağı Kavram – Hukuk – İzleme – Belgeleme*, s. 62.

paragrafını,<sup>142</sup> Başlangıç kısmında yer alan ayrımcılık karşıtı ifadelerle birlikte okuyarak, şu sonucu içtihat eylemiştir:

*“Komite, Şart’ın 1. maddesinin 2. paragrafını, devletler bakımından istihdam alanında, doğrudan veya dolaylı her türlü ayrımcılığı hukukun yasaklama yükümlülüğü öngörür şekilde yorumlamaktadır. Toplumsal cinsiyet veya bir ırka veya etnik gruba mensubiyet gibi bazı nedenler bakımından, daha güçlü bir koruma sağlanabilir. İşe alma ve genel çalışma koşullarıyla bağlantılı (ücret, meslek eğitimi, yükselme, nakil, işten çıkarma veya diğer olumsuz edimler) ayrımcı yasa ve düzenlemeler bu hükümle yasaklanmıştır.”<sup>143</sup>*

Yukarıda da dile getirdiğimiz gibi Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı, ASŞ'yi daha ileriye götürmüş ve daha göz önünde daha işler bir metin haline getirmiştir. Buna sebep olan vasıflarından biri ayrımcılık yasağını ASŞ'den farklı olarak genel hükümleri içerisinde de düzenlemiş olmasıdır. Pek çok ulusal ve ulusüstü metinde olduğu gibi GGASŞ de ayrımcılık sebeplerini sınırlı sayıda saymamıştır. GGASŞ'nin E maddesi ayrımcılık yasağı bakımından:

*“Bu Şartta yer alan haklardan yararlanma ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi ya da başka görüşler, ulusal ya da sosyal köken, sağlık, ulusal bir azınlığa mensubiyet, doğum ya da başka statüler gibi nedenlere dayanan hiç bir ayrımcılığa tabi olmaksızın sağlanacaktır.”* Hükümünü içermektedir.

## **b.2. Avrupa Birliği Düzenlemeleri**

Avrupa Birliği, bugün itibarıyla 27 devletten müteakbil ulusüstü bir siyasi ekonomik örgüttür.<sup>144</sup> Doksanlı yılların başına kadar Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu, Avrupa Ekonomik Topluluğu ve Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu

<sup>142</sup> Avrupa Sosyal Şartı'nın 1. maddesi 2. paragrafına göre, Akit Taraflar “işçinin serbest şekilde girilen bir işte kendi yaşamını kazanma hakkını etkili bir şekilde korumayı” taahhüt ederler.

<sup>143</sup> Avrupa Sosyal Haklar Komitesi, **Conclusions**, XVI-1, Vol. 2 (Türkiye), 01.01.2002, s. 637-640, <http://hudoc.esc.coe.int/esc2008/query.asp?language=en> (erişim tarihi: 02.11.2009)

<sup>144</sup> Alfabetik sırayla; Almanya, Avusturya, Belçika, Birleşik Krallık, Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Estonya, Finlandiya, Fransa, Hollanda, İrlanda, İspanya, İsveç, İtalya, Kıbrıs Rum Kesimi, Letonya, Litvanya, Lüksemburg, Macaristan, Malta, Polonya, Portekiz, Romanya, Slovakya, Slovenya ve Yunanistan.

şeklinde üç yapı olarak ortaya çıkan Avrupa Toplulukları, Avrupa Birliği Antlaşması olarak bilinen 1993 tarihli Maastrich Antlaşması ile Avrupa Birliği adı altında birleşmiş ve tekil bir yapı oluşturmuştur. Türkiye bugün itibarıyla AB üyesi değildir ve aday ülke statüsündedir. Adaylıktan üyeliğe geçiş bir uyum ve müzakere dönemini gerektirmektedir. Uyum ve müzakere sürecinde gündeme gelen ve gelecek konular arasında ayrımcılık yasağı da bulunmaktadır.

Ayrımcılık yasağı ve ayrımcılıkla mücadele, AB'nin ilk ortaya çıkış döneminde üzerinde durulan bir konu değildi. Ayrımcılıkla ilgili ilk düzenleme, Roma Antlaşması'nın 119. Maddesinin vurgu yaptığı kadın ve erkek arasında "eşit işe eşit ücret" ilkesidir. Birliğin öncülleri döneminde yani toplulukların ekonomik münhasır amaçlar doğrultusunda var olduğu doksanlı yılların başına kadarki dönem için ayrımcılık toplulukların ve sonrasında AB'nin çalışma alanı dışında görülmüştür. Bu alanda yapılan çalışmalar bölgesel düzeyde Avrupa Konseyi tarafından yukarıda zikredilen belgeler ve AİHS'nin denetim mekanizması olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde gerçekleştirilmiştir.<sup>145</sup>

AB hukukunda yukarıda da zikredildiği gibi sadece kadın ve erkeklerde eşit işe eşit ücret ve bununla beraber vatandaşlık temelinde vücut bulan ayrımcılık yasağının konsepti, birliğin doksanlı yıllarla beraber daha faal bir siyasi örgüt halini almasıyla daha kapsamlı hale gelmiştir.

Kadın erkek arasında eşit işe eşit ücret ve vatandaşlık temelli ayrımcılık yasağına sadece yer verilmesinin sebebi ekonomik ve pazarsal gereksinimlerden ileri gelmektedir. Ortak bir pazarın oluşturulması doğrultusunda bu iki temelde ayrımcılığın yasaklanması bir zorunluluk arz etmekteydi.<sup>146</sup>

Bugün ise ayrımcılıkla mücadele ve ayrımcılık yasağı AB hukukunun genel ilkelerinden biridir. Birlik'in kurucu antlaşmalarında bu ilke önemle vurgulanmaktadır. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın<sup>147</sup> 21. Maddesi uyarınca:

<sup>145</sup> İdil Işıl Gül – Ulaş Karan, *Ayrımcılık Yasağı Kavram – Hukuk – İzleme – Belgeleme*, s. 72.

<sup>146</sup> A.g.e. s. 72.

<sup>147</sup> Antlaşmanın İngilizce resmi adı *The Charter of Fundamental Rights* şeklindedir.

*“Cinsiyet, ırk, renk, etnik veya sosyal köken, genetik özellikler, dil, din veya inanç, siyasi veya herhangi bir başka görüş, bir ulusal azınlığın üyesi olma, mülkiyet, doğum, engellilik, yaş veya cinsel yönelim gibi temellere dayanan her türlü ayrımcılık yasaktır.”*

AB’ye üye ülkeler için bağlayıcı hukuki metinlerden biri olan Avrupa Birliği’nin İşleyişi Hakkında Antlaşma’nın 19. Maddesine göre:<sup>148</sup>

*“Konsey, bu Antlaşma’nın diğer hükümlerine dokunmaksızın ve Antlaşmalar tarafından Birliğe verilen yetki sınırları içinde kalmak koşuluyla, özel yasama usullerine uygun olarak ve Avrupa Parlamentosu’nun onayını aldıktan sonra cinsiyet, ırk ve etnik köken, din ya da inanç, engellilik, yaş ya da cinsel yönelim temelinde ayrımcılığa karşı mücadele etmek üzere uygun tedbirleri almak amacıyla oybirliği ile hareket edebilir.”<sup>149</sup>*

Yine Avrupa Birliği’nin İşleyişi Hakkında Antlaşma’nın 157. maddesinde yukarıda da belirtildiği gibi cinsiyet temelli ayrımcılık kapsamında kadın ve erkek arasında eşit işe eşit ücret ilkesine yer verilmiştir.<sup>150</sup>

Yukarıda ayrımcılıkla ilgili kaynak düzenlemeler gerek uluslararası gerek ulusal düzeyde incelenirken ayrımcılık sebeplerinin tahdidi sayılmadığını çoğu kez örnek mahiyetinde sayılan sebeplerden sonra “ve benzeri sebeplerle gibi” ifadelerin kullanıldığını dile getirmiştik. AB hukuku bu bakımdan bu yöndeki açıklamalarımıza istisnai bir mahiyet arz etmektedir.

Avrupa Birliği Hukuku’nda ayrımcılık sınırlı sayıda sayılan sebeplerle yasaktır. Yukarıda incelenen uluslararası belgelere benzer şekilde olduğu gibi “benzeri sebeplerle” şeklindeki ifadelerle sayılan sebeplerin genişletilmesi mümkün değildir. AB hukuku kesin ve net bir şekilde cinsiyet, ırk veya etnik köken, din veya

<sup>148</sup> : Eski Avrupa Toplulukları Antlaşması (ATA), Madde 13.

<sup>149</sup> Antlaşma’nın İngilizce metni için bkz.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:FULL:EN:PDF>  
(erişim 04.12.2010)

<sup>150</sup> Eski Avrupa Toplulukları Antlaşması (ATA), madde 141 aynı düzenlemeyi içermektedir.

inanç, engellilik, yaş, cinsel yönelim ve vatandaşlık sebepleriyle ayrımcılığı yasaklamaktadır.<sup>151</sup>

Vatandaşlık sebebiyle ayrımcılık yasağı bağlamında hemen şu hususu da belirtelim ki AB hukuku gereğince vatandaşlık sebebiyle ayrımcılık yasağı korumasından AB üyesi olmayan ülke vatandaşlarının yararlanması mümkün değildir. Zira bu yasak Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın 18. Maddesi ve 45 – 62. Maddelerinde düzenlenmektedir. Bu yasak çalışanların serbest dolaşımı, girişim özgürlüğü, hizmetlerin serbest dolaşımı gibi konuları özelinde düzenlenmiştir. Bu sebeple vatandaşlık sebebiyle ayrımcılık yasağı koruması AB üyesi ülkelerin vatandaşları bakımından geçerlidir.<sup>152</sup>

AB kurumları ve mekanizmaları eski Avrupa Toplulukları Atlaşması'nın 13 ve bu hükmü aynen muhafaza eden yukarıda da alıntılanmış Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın 19. Maddesi uyarınca stratejiler oluşturarak düzenlemeler getirmiştir. Özellikle Avrupa Birliği Konseyi ayrımcılık yasağı kapsamında bir dizi direktifler yayımlamıştır. AB hukukunda direktifler üye devletleri bağlayıcı özelliğe sahip düzenlemelerdir. Devletler bu direktiflerde belirtilen hususları ve çerçeveleri iç hukuk kuralı haine getirmek ve iç hukukunda aynı düzenlemeleri yapmak yükümlülüğü altındadır.<sup>153</sup>

Avrupa Birliği kurumlarının üye devletleri bağlayan ayrımcılık yasağıyla ilgili direktifleri şunlardır;

- Cinsiyet Temelli Ayrımcılık Olaylarında İspat Yüküne Dair 15 Aralık 1997 tarihli ve 97/80/EC sayılı Konsey Direktifi
- Hamile, Yeni Doğum Yapmış veya Emziren Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğini Geliştirmeyi Teşvik Eden Önlemlerin Getirilmesine Dair 19 Ekim 1992 tarihli ve 92/85/EEC sayılı Konsey Direktifi

<sup>151</sup> İdil Işıl Gül – Ulaş Karan, **Ayrımcılık Yasağı Kavram – Hukuk – İzleme – Belgeleme**, s. 72.

<sup>152</sup> A.g.e. s. 72.

<sup>153</sup> Levent Korkut, **Ayrımcılık Karşıtı Hukuk**, 1. Baskı, Ankara, İnsan Hakları Gündemi Derneği Yayınları, 2009, s. 24.

- Irk veya Etnik Kökenine Bakılmaksızın Kişilere Eşit Muamele Edilmesi İlkesinin Uygulanmasına Dair 29 Haziran 2000 tarihli ve 2000/43/EC sayılı Konsey Direktifi
- İstihdam ve Meslekte Eşit Muameleye Dair Genel Çerçeve Oluşturan 27 Kasım 2000 tarihli ve 2000/78/EC sayılı Konsey Direktifi
- İstihdam ve Meslek Konularında Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele İlkesine Dair 5 Temmuz 2006 tarihli ve 2006/54/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi
- İstihdama Erişim, Mesleki Eğitim ve Terfi ve Çalışma Koşullarında Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele İlkesinin Uygulanmasına Dair 9 Şubat 1976 tarihli ve 76/207/EEC sayılı Konsey Direktifi
- İstihdama Erişim, Mesleki Eğitim ve Terfi ve Çalışma Koşullarında Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele İlkesinin Uygulanmasına Dair 76/207/EEC sayılı Konsey Direktifini değiştiren 23 Eylül 2002 tarihli ve 2002/73/EC sayılı Konsey Direktifi
- Kadın ve Erkeklere Eşit Ücret İlkesinin Uygulanmasına İlişkin Üye Ülke Yasalarının Birbirine Yakınlaştırılmasına Dair 10 Şubat 1975 tarihli ve 75/117/EEC sayılı Konsey Direktifi
- Mal ve Hizmetlere Erişimde ve Bunların Arzında Kadın ve Erkek Arasında Eşit Muamele İlkesinin Uygulanmasına Dair 13 Aralık 2004 tarihli ve 2004/ 113/EC sayılı Konsey Direktifi
- Mesleki Sosyal Güvenlik Sistemlerinde Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele İlkesinin Yürürlüğe Konulmasına Dair 86/378/EEC sayılı Konsey Direktifini değiştiren 20 Aralık 1996 tarihli ve 96/97/EC sayılı Konsey Direktifi
- Serbest Çalışan Kadınların Annelik ve Hamilelik Süresince Korunmasına ve Tarım Dâhil Serbest Çalışma Kapasitesine Dair bir Faaliyet Yürüten Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele İlkesinin Uygulanmasına Dair 11 Aralık 1986 tarihli ve 86/613/EEC sayılı Konsey Direktifi
- Sosyal Güvenlik Konularında Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele İlkesinin Aşamalı Olarak Uygulanmasına Dair 19 Aralık 1978 tarihli ve 79/7/EEC sayılı Konsey Direktifi



- UNICE, CEEP ve ETUC Tarafından Aktolunan Ebeveyn İzni Çerçeve Sözleşmesine Dair 3 Haziran 1996 tarihli ve 96/34/EC sayılı Konsey Direktifi

Görülebileceği üzere direktiflerin büyük çoğunluğu ekonomik hayata ve eşit rekabete yönelik düzenlemeleri kapsamaktadır. Üye devletler her 5 yılda bir direktiflerdeki düzenlemelerin ne şekilde işlediği yönünde rapor vermek zorundadırlar. Ayrıca AB, ülkemiz gibi AB'ye aday ülkelerden uyum ve müzakere süreçlerinde bu direktifleri iç hukuklarına aktarmasını beklemektedir.

Avrupa Birliği mevzuatı genel manada anlaşılan bir “eşitlik” ilkesi içermemektedir. Buna karşın çerçevesi ve özgülendiği alan belirli spesifik meselelerle ilgili düzenlemelerde eşitlik ilkesine yer verilmiştir. Bu düzenlemeler yukarıda belirtildiği gibi ekonomik ve ticari meselelere dairdir. Bu düzenlemelerin amacı eşit rekabet ortamı oluşturmaktır. Buradaki eşitlikten anlaşılan budur.<sup>154</sup> Öyle görünüyor ki AB insan hakları alanında ve siyasi alanda ayrımcılıkla mücadeleyi Avrupa Konseyi düzenlemelerine ve bunların denetim mekanizmalarının içtihatlarına bırakmıştır.

Ayrımcılık kavramından, ayrımcılık yasağı ve ayrımcılıkla mücadele bağlamında ulusalüstü metinlerden ayrıntılı olarak bahsedilmesi sonrası Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesi düzenlemesi ayrıntılı olarak aşağıda incelenecektir.

---

<sup>154</sup> A.g.e. s. 27.

## İKİNCİ BÖLÜM

### AYRIMCILIK SUÇU

#### A- Genel

Türkiye’de son on yıldır temel kanunların radikal bir şekilde değiştiği ve yenilendiği söylenebilir. Bu kanunlar zamanla gelişen ihtiyaçlara yönelik güncel hükümler içermekle beraber öncesinde var olmayan yeni düzenlemeler de getirmektedir. Bunlardan birisi de 5237 sayılı Kanun ile ilk kez Ceza Hukukumuzda düzenlemesini bulan ayrımcılık suçudur.

Mukayeseli hukukta ve teorik çalışmalarda kendisine yer bulan ayrımcılık, TCK 122. Madde ile Ceza Hukuku’nda da kendisine yer edinmiştir. Ceza Kanunumuz öncesinde başkaca hukuk dalları ile ilgili olarak mevzuatımızda yer alan ayrımcılık karşıtı hükümler böylelikle ceza müeyyidesi getiren bir düzenlemenin de parçası olmuşlardır.

#### B- Suçun Unsurları

##### 1. Kanuni Unsur

Ayrımcılık suçu 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun Özel Hükümler Başlıklı İkinci Kitap’ının Kişilere Karşı Suçlar Başlıklı İkinci Kısım’ının Hürriyete Karşı Suçlar Başlıklı Yedinci Bölüm’ünde 122. Madde altında düzenlenmiştir. Maddeye göre;

*Kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, özürllülük, 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.*

Mevzuatımızda yukarıdaki suç tipine benzer bir düzenleme 5237 sayılı TCK öncesi dönemde bulunmamaktadır.<sup>155</sup> Doktrinde ayrımcılık suçunun varlığı ve uygulanabilirliği tartışılmaktadır.

Bir kısım yazarlar böyle bir suçun varlığına ihtiyaç olmadığını dile getirmektedir. Buna göre ayrımcılık sebepleri bağlamında kişiler arasında eşitlik ilkesine uygun bir biçimde ayrımcılık yapmamak ve ayrımcılık yasağına riayet etmek kamu kurumlarının ve kamusal yetkiler kullanan kişilerin ödevidir. Özel hukuk kişilerinin böyle bir sorumluluğu yoktur ve devletin ayrımcılık suçu adı altında özel hukuk ilişkilerine müdahale etmesi yanlıştır. Bu bakımdan TCK 216. Madde hükümlerinden ötede özel hukuk kişilerine bu sorumluluğu yüklemek doğru değildir.<sup>156</sup>

Şen, madde metninde yer alan ve benzeri sebepler ifadesini suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı bulmaktadır. Öte yandan Şen toplumumuzda böyle bir suç tipinin varlığına gerek olmadığı görüşündedir.<sup>157</sup> Şen'in bu görüşüne katılmıyoruz. Belli bir hukuksal değere kimsenin saldırıda bulunmamış olması o hukuksal değer için ceza hukukunca bir korunan hukuksal değer olarak addedilip ona yönelik saldırıların bir yaptırıma bağlanmasına engel değildir. Hele ki ülkemiz gibi eski imparatorluklar coğrafyasında, Roma, Bizans ve son olarak Osmanlı İmparatorluk halklarının bir arada yaşadığı bir bölgede ayrımcılık her zaman sorun oluşturmaya müsaittir.

<sup>155</sup> Caner Yenidünya, "Türk Ceza Kanunu'nda Ayrımcılık suçu", **Çalışma ve Toplum**, 2006/4 sayı, s. 99.

<sup>156</sup> Ersan Şen, **Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu**, Cilt:1, (Madde 1-Madde 140), İstanbul, Vedat Yayınevi, 2006, s.510 v.d. Aynı Yönde Veli Özer Özbek, **TCK İzmir Şerhi Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı**, 1. Cilt, 3. Baskı, İstanbul, Seçkin Yayınevi, 2006, s.828 v.d.

<sup>157</sup> A.g.e. s. 510 v.d.

TCK 122. Maddede düzenlemesini bulan suç tipi ilk olarak hukuk dünyasının gündemine 2003 tarihli Türk Ceza Kanunu Tasarısı'nın 184. Maddesi olarak gelmiştir. "Dönmezer Tasarısı" olarak da bilinen tasarının 184. Maddesinde yer alan para cezası arttırılmış ve 2003 yılında Meclis'e sevk edilen Türk Ceza Kanunu Hükümet Tasarısı'nın 170. Maddesi halini almıştır. Hükümet Tasarısı'nın 170. Maddesi aşağıdaki şekildeydi.

*"Kişiler arasında köken, cinsiyet, aile durumu, örf ve adet, siyasi 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"<sup>158</sup>*

Yukarıda belirtilen Hükümet Tasarısı düzenlemesi bir takım değişikliklerle TCK 122. Madde olarak yasalaşmıştır. İki düzenleme arasındaki en büyük fark ayrımcılık sebeplerinin Hükümet Tasarısı'nda sayılı olmasıdır. Oysa TCK 122. Maddede bu sebepler "ve benzeri sebeplerle" denilerek örnek olarak sayılmıştır. Bunun bir diğer sebebi de alt komisyon tarafından tasarının görüşülmesinde cinsel yönelim, sendika gibi ayrımcılık sebepleri üzerine yapılan tartışmalardır. Tartışmalı ayrımcılık sebeplerinin zikredilmesi yerine ucu açık tahdidi olarak algılanamayacak

<sup>158</sup> Caner Yenidünya, **Türk Ceza Kanunu'nda Ayrımcılık suçu**, s.99.

bir ibarenin kullanılması tercih edilmiştir.<sup>159</sup> TCK 122. Maddede gösterilen ayrımlar dışında, benzer sebeplerle bir ayrımcılık yapılması da bu suçun oluşumu bakımından yeterlidir görüşü ortaya atılabilir. Ne var ki biz de böyle bir ibarenin (ve benzeri sebeplerle) suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı olduğu görüşündeyiz. Meran'a göre bizzat zikredilmemiş ayrımcılık sebepleriyle gerçekleştirilen hareketler de suç kapsamındadır.<sup>160</sup>

Hükümet Tasarısı ile TCK 122. Madde arasındaki farklara yeri geldikçe değinilecektir.

Yukarıda açıklananlar yanında, ayrımcılık suçunun uygulanabilirliği de muğlaktır. TCK 122. Maddenin nasıl uygulanacağı noktasında Yargıtay'ın ortaya çıkmış herhangi bir içtihadı yoktur demek mümkündür. Yine de fikir vermesi açısından Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü istatistikleri kayda değer bilgiler vermektedir. Özel ve genel ceza kanunlarında yer alan bazı maddelerle ilgili Müdürlüğün tuttuğu istatistik formlarından birisi de "ADİS FORM: 37" isimli formdur. Bu form TCK 122. Madde ile ilgili istatistikler de sunmaktadır.

Yukarıda belirtilen formda mağdur sayıları, kovuşturmayaya yer olmadığına, görevsizlik, yetkisizlik, birleştirme, kamu davasının ertelenmesi ve kamu davası açılmasına dair kararlara ilişkin bilgilere yer verilmekte ve bu rakamlar yıllık olarak belirlenmektedir. Üçer aylık periyotlarla ilgili hukuk mercii yazı işleri müdürleri tarafından doldurulup Bakanlığa iletilen bu formlar daha sonra istatistiğe dönüştürülerek açıklanmaktadır. 2011 yılı itibarıyla TCK 122. Maddeden yargılanan toplam kişi sayısı 12 kişidir.<sup>161</sup>

TCK 122. Maddede belirtilen suçun yaptırımını Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerince "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması" kararı verilebilecek sınırdadır. Mahkemeler de bu suçla ilgili yargılamada bu kararı vermektedir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması bir nihai karar olmadığı için bu suçlarla

<sup>159</sup> Muammer Altun, **Ayrımcılık suçu**, s. 49.

<sup>160</sup> Necati Meran, **Kişilere Karşı Suçlar**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2005, s. 422.

<sup>161</sup> Ayrıntılı İstatistik için bkz.

<http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/ISTATISTIKLER/1996/2011-5237%20karar.pdf>

ilgili nihai kararlar Yargıtay'a ulaşmamaktadır. Bu sebeple bu suçun uygulamasını aydınlatacak bir Yargıtay içtihadına rastlayamamaktayız.

Mukayeseli hukukta Türk Ceza Kanunumuzda yer alan ayrımcılık suçuna benzer suçlara rastlamak mümkündür. 1995 İspanyol Ceza Kanunu'nun 2. kitabının, 21. başlığının, 4. kısmının, "Anayasa ile Garanti Altına Alınmış Temel Hak ve Hürriyetlerin İcrasına İlişkin Suçlar" başlığını taşıyan 1. bölümünde 512. Madde altında benzer suç tipinin düzenlemesi şu şekildedir.

*"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"*<sup>162</sup>

Yine 1965 İsveç Ceza Kanunu'nun 2. kitabının, "Kamu Düzenine Karşı Suçlar" başlığını taşıyan 16. bölümünün 9. paragrafında benzer suç tipine aşağıdaki şekilde yer verilmiştir.

*"Belirli bir işkolunda faaliyet gösteren bir işveren, insanları ırklarına, renklerine, milliyetlerine, etnik kökenlerine veya dini inanışlarına göre ayırma 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.*

*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.*

*Yasadışı ayrımcılığa dair hüküm; kamusal veya her hangi bir özel toplantıda kişilerin ırkları, renkleri, milliyetleri, etnik kökenleri veya dini*

<sup>162</sup> İspanyol Ceza Kanunu için bkz. Das spanische Strafgesetzbuch von 23. November 1995 nachdem Stand vom 31. Dezember 2001. Markus Hoffmann-Manuel Cancio Meliá, Mit einer Einführung von Enrique Bacigalupo, Freiburg 2002; Caner Yenidünya, **Türk Ceza Kanunu'nda Ayrımcılık suçu**, s.100.

*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 ayırimcılık yapanlara da uygulanır”<sup>163</sup>*

Yukarıdaki düzenlemelerin TCK 122. Maddeden en önemli farkı saydığı ayırimcılık sebeplerini sınırlı sayıda tutmuş “ve benzeri sebeplerle” gibi bir ifade kullanmamış olmasıdır. Bununla beraber sayılan sebepler TCK 122. Maddede sayılanlardan farklılık arz etmektedir.<sup>164</sup>

## 2. Suçun Hukuki ve Maddi Konusu

Ayırimcılık kavramından daha önce bahsetmiştik. Bu bağlamda eşitlik ilkesi ile ayırimcılık yasağı ve ayırimcılık kavramları arasındaki kuvvetli ilişkiyi açıklamıştık. Yukarıda belirtilen ayırimcılık yasağı ile ilgili uluslararası düzenlemeler ve bu düzenlemelere dair tavsiye görüşü belirten başta Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi olmak üzere uluslararası kurumlar da ayırimcılık yasağı ve eşitlik arasındaki bu ilişkiye vurgu yapmaktadır.

Bu yönüyle eşitlik ilkesi, özel hukuk gerçek ve tüzel kişilerini keyfi uygulamalara karşı koruyan, demokrasi ve hukuk devletinin vazgeçilmez bir parçasıdır.<sup>165</sup> Eşitlik ilkesi bununla beraber Anayasamızın genel esasları arasında düzenlenmesini bulmaktadır. Yani bu yönüyle anayasal bir ilke olması bağlamında başta devlet ve devlet kurumları ve onlar adına hareket eden kişilerin uyması gereken temel prensiplerendir.<sup>166</sup> TCK 122. Maddenin devletin bu görevi bakımından bir

<sup>163</sup> İsveç Ceza Kanunu için bkz. <http://wings.buffalo.edu/law/bclcl/sweden.pdf>

<sup>164</sup> Yukarıda örnek olarak verilen yabancı ceza kanunları hükümleri yanında başkaca ülkelerin ceza kanunlarında da TCK 122. Madde benzeri düzenlemeler bulmak mümkündür. Avrupa Ceza Kanunlarında benzer düzenlemeler için bkz. **Legislation to Counter Discrimination Against Persons with Disabilities**, Strazburg, Council of Europe Publishing, 2003, s. 37-38.

<sup>165</sup> Sibel İnceoğlu, "Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayırimcılık Yasağı Çerçevesinde Af, Şartla Salıverme, Davaya ve Cezaların Ertelenmesi", Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi'nin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, 25 - 26 Nisan 2001, C.18, 2001, Ankara, s.47.

<sup>166</sup> Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, 7 Baskı, Ankara, Yetkin Basımevi, 2002, s.137.

pozitif yükümlülüğü yerine getirdiği ve hukuk devleti olması bakımından ceza hukuku bağlamında bu yönde bir hukuki yararı koruduğu söylenebilir.<sup>167</sup>

TCK 122. Madde düzenlemesi özelinde, maddenin kapsamının ve korunan hukuki değer (suçun hukuki konusu) incelenmesinde Anayasa'nın 10. Maddesi kilit rol oynamaktadır. Bu bağlamda Anayasa 10. Maddeye dair görüşler ve özellikle Anayasa Mahkemesi kararları göz önünde tutulmak zorundadır. Keza TCK 122. Maddenin yasalaşma sürecinde açıkça Anayasa'nın 10. Maddesi ile olan bağ çokça zikredilmiştir. TCK 122. Maddenin hukukumuzda yer almasının nedenlerinden biri; Anayasa'nın 10. maddesi ile arzu edilen hedef ve amaçlara ceza hukuku yönüyle ulaşmaktır. TCK 122. maddede belirtilen hareketlerin gerçekleştirilmesiyle bu yönde hürriyetin ihlali, cezalandırılmayı gerektirir.<sup>168</sup>

Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı arasındaki kuvvetli bağ ve bunun yanında TCK 122. Madde ile Anayasa 10. Madde arasındaki doğrudan ilişki suçun hukuki konusunun yani suç ile korunan hukuki değer incelenmesinde Anayasa 10. Madde gerekçesinin önemini ortaya çıkarmaktadır. Bu bakımdan Anayasa 10. Madde gerekçesine korunan hukuki değer açısından yer vermekte fayda görüyoruz. Anayasa 10. Madde gerekçesi şu şekildedir.

*“Madde demokrasinin üç vazgeçilmez ilkesinin birini teşkil etmektedir. İnsanın insan olması dolayısıyla doğuştan bir değeri ve haysiyeti vardır. Bu onun tabii hakkıdır. Bu hak dolayısıyla herhangi bir niteliğe veya ölçüye dayanılarak insanlar arasında ayırım yapılamaz. İnsan arasında kanunların uygulanması açısından da hiçbir fark gözetilemez... İnsanlar arasındaki eşitliğin temellerinden birini de böylece kanunlar önünde eşitlik ilkesi sağlar. Komisyonumuz bu hakka saygı göstermenin devlet organları ve idari makamlar içinde bir görev olduğunu belirtmektedir. Devletin organları ve idari makamları, bütün işlemlerinde insanlar arasında ayırım yapmadan Devlet faaliyetlerini yürütmek zorundadırlar.”<sup>169</sup>*

<sup>167</sup> Caner Yenidünya, **Türk Ceza Kanunu'nda Ayrımcılık suçu**, s.101.

<sup>168</sup> Ulaş Karan, **Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği**, s. 164.

<sup>169</sup> Mehmet Akad, Abdullah Dinçkol, **Gerekçeli İçtihatlı 1982 Anayasası Madde Gerekçeleri ve Maddelerle İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları**, İstanbul, Alkım Yayınevi, 1998, s. 38.



Anayasa yukarıda da değindiğimiz gibi eşitlik ilkesini genel bir kural olarak belirlemiştir. Bundan yola çıkarak yasa koyucu TCK 122. Madde ile bu genel ilkeye aykırılık oluşturan bazı hareketleri suç saymıştır. Özellikle özel hukuk münasebetleriyle alakalı olan, sayılan hareketler TCK 122. Madde ile yaptırıma bağlamıştır. ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesine aykırı hareket, maddede sayılanlar veya benzeri sebeplerle mülkiyet hakkı üzerinde tasarrufun, iş ve çalışma hakkının, kamu hizmetlerinden yararlanmanın engellenmesi şeklinde gerçekleştirildiğinde ceza hukuku bağlamında ayrımcılık, ayrıca bir suça konu olacaktır.

Anayasa'nın 10. Maddesi, Yukarıda zikredilen uluslararası düzenlemeler ve TCK 122. Madde hükmü bir arada değerlendirildiğinde görülecektir ki eşitlik ilkesi başlıca ayrımcılık yasağı ile somutlaşmakta ve anlamlandırılmaktadır. Zira Anayasa'nın 10. maddesinin ilk fıkrası ve TCK 122. Madde, lafzı ve ruhu ile aynı sistematığı takip etmektedir.<sup>170</sup>

Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının somutlaştırılıp anlamlandırılmasında en önemli rehber tabii ki Anayasa Mahkemesi'nin bu içerikteki kararlarıdır. Anayasa Mahkemesi'nin eşitlik ilkesini ne şekilde yorumladığı ve ayrımcılık yasağını nasıl açıkladığı hususuna Hukuka Aykırılık bahsi incelenirken ayrıntılı olarak yer verilecektir. O yüzden burada sadece Anayasa Mahkemesi'nin eylemli bir eşitliği değil hukuksal eşitliği benimsediğini, hukuksal durumları aynı olanlar arasında haklı bir nedene dayanmayan ayırım yapılamayacağını, ancak haklı neden varsa bazı kişilerin başka kurallara bağlı tutulabileceğini içtihat ettiğini belirtmekle yetineceğiz.

Son olarak çalışmamızın konusunu oluşturan ayrımcılık suçu ile korunan hukuki değer (suçun hukuki konusu), madde gerekçesinde de belirtildiği gibi, bireylerin yürürlükteki kanun ve nizamların izin vermediği ayrımlara tabi tutulmaması ve özellikle bir durumu olan bazı kişilerin hukukun sağladığı olanaklardan yoksun hâle getirilmemeleridir.

TCK 122. Maddenin koruduğu değeri haklar ve özgürlükler perspektifinde düşünmek gerekir. Eşitliği, bireylere tanınmış bir hak olarak da görmek zaruridir. Eşitlik, diğer bir yandan "eşit işlem görme ya da ayrımcılığa tabi tutulmama hakkını"

<sup>170</sup> Caner Yenidünya, **Türk Ceza Kanunu'nda Ayrımcılık suçu**, s.102.

beraberinde getirmektedir.<sup>171</sup> Bu anlamda çalışmamızın konusu ayrımcılık suçu, bireylerin eşit işlem görme hakkını korumaktadır. Şunu da hatırlatmak gerekir ki ayrımcılık suçu, TCK’da Hürriyete Karşı Suçlar başlığı altında düzenlenmektedir.

Suçun maddi konusu ise maddede sayılan hareketlerin gerçekleştirilmesiyle oluşan ayrımcılık suçunun mağduru kişidir. Keza ayrımcılık suçu TCK’nın Özel Hükümler başlıklı ikinci kitabının “Kişiler Karşı Suçlar” Başlıklı ikinci kısmında düzenlenmektedir.

### 3. Suçun Faili

TCK 122. Madde düzenlemesi ile getirilen ayrımcılık suçunun Faili herkes olabilir. Keza madde suçun faili açısından belli bir vasıf öngörmemektedir. Yine maddede a, b ve c bentlerinde belirtilen hareketleri saydıktan sonra bu hareketleri gerçekleştiren “kimse” diyerek suçun failinin herkes olabileceğini madde metni açıkça belirtmektedir.

Tüzel kişilerin sorumluluğu ile ilgili olarak 122. Maddenin tasarındaki metnine vurgu yapmak gerekmektedir. Gerçekten de yukarıda değinildiği gibi 2003 tarihli Hükümet Tasarısı’nın ayrımcılık suçunu düzenleyen 170. Maddesinin 3. fıkrası tüzel kişilerin de maddede belirtilen suçtan sorumlu olduğunu düzenlemekteydi.

Maddenin gerekçesinde; suçu tüzel kişiler de işleyebileceklerinden maddenin son fıkrasında tüzel kişilerin de suçtan sorumlu olacağı belirtilmiş yine maddede yazılı suçlar aleyhine işlendiği tüzel kişiler de koruma altına alınmıştır denilmektedir.<sup>172</sup>

5237 sayılı TCK sistemi, tüzel kişilerin ceza sorumluluğu bakımından hükümet tasarısından çok farklı bir şekilde inşa edilmiştir. 5237 sayılı TCK uyarınca tüzel kişiler suç faili olarak cezalandırılmazlar. Bu hususu düzenleyen TCK Madde 20 şu şekildedir.

<sup>171</sup> Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 137.

<sup>172</sup> Remzi Özmen, **Notlu – Gerekçeli – Karşılaştırmalı 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2004, s.369.

*“Ceza sorumluluğu şahsidir. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz.*

*Tüzelkişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamaz, ancak suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır”*

Yukarıda da belirtildiği gibi 5237 sayılı TCK sistemine göre suçun faili olamayacak olan tüzel kişiler için hapis ve adli para cezası gibi yaptırımlar uygulanamayacak olsa da tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirleri kendilerine uygulanabilecektir. Tüzel kişiler için uygulanacak güvenlik tedbirleri, TCK. 60. Maddede düzenlemesini bulmaktadır.

Hemen belirtelim ki tüzel kişiler için güvenlik tedbirlerinin uygulanabilmesi için anılan suç tipini düzenleyen maddede ayrıca bu hususun da düzenlenmesi gerekmektedir. Zira tüzel kişilere uygulanabilecek güvenlik tedbirlerini düzenleyen TCK 60. Maddenin 4. Fıkrası *“Bu madde hükümleri kanunun ayrıca belirttiği hâllerde uygulanır”* hükmünü içermektedir.

Konumuz bakımından bu mesele değerlendirilecek olursa Ayrımcılık Suçu’nu düzenleyen TCK 122. Maddede, belirtilen hareketlerin gerçekleştirilmesiyle yarar sağlayan tüzel kişiler aleyhine güvenlik tedbirlerine hükmolunacağına dair bir hüküm bulunmamaktadır. Mesela bir ticari müessese yararına belli bir ırktan kişilerin işe kabul edilmemesi örneğinde ticari müessesenin tüzel kişiliği aleyhinde her hangi bir güvenlik tedbirine hükmolunmayacaktır. Kanaatimizce bu bir eksikliktir. Zira TCK 122. Madde düzenlemesi büyük oranda özel hukuk ilişkilerini ilgilendirmektedir. Tüzel kişilerin özel hukuk dünyasında önemli bir aktör olduğu düşünülürse tüzel kişilerin bu suçun işlenmesinde araç olarak kullanılması ve tüzel kişiliğin menfaatine ayrımcılık suçunun işlenmesi durumunda tüzel kişiye yönelik her hangi bir güvenlik tedbiri uygulanmayacaktır.

Suçun faili ile ilgili olarak değinilmesi gereken son nokta ise suç düzenlemesi gereği ortaya çıkan şu durumdur. Altun, failin suçun yöneldiği kişi ile aynı ayrımcılık sebebini oluşturabilecek bir ayırt edici özellikte olmaması gerektiği görüşünü dile getirmektedir. Maddenin getirmek istediği koruma sistemi gereği fail

mağdur ile örneğin aynı etnik kökenden veya cinsiyetten olmamalıdır.<sup>173</sup> Biz bu görüşe katılmıyoruz. Ayrımcılık sebeplerinin bir kaçı incelendiğinde küçük gruplar içinde telakki edilemeyecek ve belirgin özelliklere sahip olmayan farklılıkların var olduğu görülecektir. Genele yayılmış ve failin o gruptan olmamasının toplumsal baskı yaratacağı hallerde failin mağdura karşı bu suçu işlemesi pek ala mümkündür. Bir kadının başka bir kadına veya şirket içinde önemli bir pozisyonundaki bir özürünün başka bir özürlüye ayrımcılık yapmayacağı düşünülemez.

#### 4. Suçun Mağduru

Suç tipi düzenlemesine göre suçun mağduru 122. maddede dil, ırk, renk, cinsiyet, özürüllük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep şeklinde sayılan özelliklere sahip herkes olabilir. Madde metninde ayrımcılık sebepleri sonrası kullanılan “ve benzeri sebeplerle” gibi bir ifadenin suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı olduğu yönündeki görüşümüzü de daha evvel belirtmiştik. Kanaatimizce TCK 122. Madde gereğince ayrımcılık suçundan mağdur olmak için sayılanlar dışında başkaca her hangi bir özellik aranmamalıdır.

2003 tarihli Hükümet Tasarısının ayrımcılık suçunu düzenleyen 170. Maddesinin ikinci fıkrasında tüzel kişilerin de ayrımcılık suçunun mağduru olabilecekleri belirtilmekteydi. Bugün Ceza Hukukumuz sisteminde yalnızca gerçek kişiler bir suçtan mağdur olabilirler.<sup>174</sup> Tüzel kişileri ise Ceza Hukukumuz sisteminde suçtan zarar gören olarak telakki etmemiz gerekecektir.<sup>175</sup> Suçtan zarar gören kavramı mağdura göre daha geniş ele alınmalıdır.<sup>176</sup> Tabiatıyla mağdur da suç kendisine karşı işlendiğinden suçtan zarar görendir. Bu bakımdan mesela şirket

<sup>173</sup> Muammer Altun, **Ayrımcılık suçu**, s. 59.

<sup>174</sup> , 765 sayılı TCK 483. Madde 2. Fıkra “... siyasi bir parti yahut amme menfaatine hadim bir cemiyet veya müesseseye tecavüz ve hakarete bulunanlar, fiillerinin mahiyetine göre 480 veya 482. maddelerde yazılı cezalarla cezalandırılır” hükmünü içermektedir. Yargıtay’ın görüşü de ( Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 2007/501 E. – 2007/4319 K. sayılı kararı) 483/2. maddede sayılanlar haricindeki tüzel kişilerin suçun mağduru olamayacağı doğrudur. 5237 sayılı TCK, 765 sayılı TCK madde 483/2 benzeri bir hükme yer verilmediğinden, 5237 sayılı TCK döneminde bütün tüzel kişiler ancak suçtan zarar gören olabilirler. Aynı yönde Mine Arısoy, Hakaret, **TBB Dergisi**, Y:2007, S:72, s. 159 vd.; Nur Centel, Hamide Zafer, Özlem Çakmut, **Kişilere Karşı Suçlar**, Cilt I, Beta Yayınevi, İstanbul 2007, s. 223; Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Murat Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007, 5. Baskı, s. 417.

<sup>175</sup> Mahmut Koca, İlhan Üzülmüş, “Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdurun Korunması ve Mağdura Tanınan Haklar”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, Yıl 2006, Sayı 7, s.141.

<sup>176</sup> Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Caner Yenidünya, **5237 Sayılı Yeni TCK’ya Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Genel Hükümler I**, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2006, s. 473.

ortaklarının bir ırka mensup olmalarından dolayı, şirket tüzel kişiliğinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunması engelleniyorsa tüzel kişiliğin de suçtan zarar gören olduğu söylenebilir.<sup>177</sup> Lakin suçun mağduru bir ırka mensup olmalarından ötürü ayrımcılığa maruz kalan kişilerdir.

Suçtan zarar gören tüzel kişilik Ceza Muhakemesi Kanunu 237. Madde uyarınca bu suçtan ötürü açılmış olan kamu davasının her aşamasında davaya katılma talebinde bulunabilirler.

## 5. Maddi Unsur

### a. Hareket

TCK 122. Maddeye göre ayrımcılık suçu kişinin, kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, özürlülük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak; bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya bir hizmetin icrasını veya hizmetten yararlanılmasını engellemek veya kişinin işe alınmasını veya alınmamasını yukarıda sayılan hallerden birine bağlamak, besin maddelerini vermemek veya kamuya arz edilmiş bir hizmeti yapmayı reddetmek, kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engellemek suretiyle olur. Bu suçta belirtilen hareketlerin yine maddede sayılan sebeplerle ayırım yapmak suretiyle gerçekleştirilmesi ile suç işlenebilir. Bu bakımdan yapılmış olan ayrımcılık fiili maddede sayılan hareketlerden birinin gerçekleştirilmesi ile mümkündür.<sup>178</sup>

Bazı suçlarda ise suç tipi düzenlemesi suçun işlenmesi için alternatif hareketler öngörmektedir. Bu tip durumlarda hareketlerden herhangi birinin gerçekleştirilmesiyle suç oluşur. Bu şekilde alternatif hareketlerle düzenlenmiş suçlara da seçimlik hareketli suçlar denilmektedir.<sup>179</sup>

Ayrımcılık suçunu düzenleyen TCK 122. Madde, üç bent halinde sayılan hareketlerin herhangi birisinin gerçekleştirilmesiyle suçun işleneceğini

<sup>177</sup> İzzet Özgenç, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)**, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006, s.219.

<sup>178</sup> Ersan Şen, **Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s. 514.

<sup>179</sup> İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 159 vd.

öngörmektedir. Bunlar sırasıyla; a) Bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya bir hizmetin icrasını veya hizmetten yararlanılmasını engellemek veya kişinin işe alınmasını veya alınmamasını yukarıda sayılan hallerden birine bağlamak, b) Besin maddelerini vermemek veya kamuya arz edilmiş bir hizmeti yapmayı reddetmek ve son olarak c) Kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engellemektir.

Maddede hareketlerin alternatifleri ile birlikte düzenlenmesinden de anlaşılacağı üzere ayrımcılık suçu bir seçimlik hareketli suçtur. Failin belirtilen hareketlerden birini herhangi bir ayrımcılık sebebi ile işlemesi durumunda suç gerçekleşir.

Ayrımcılık suçunu düzenleyen TCK 122. Maddede sayılan hareketlerden ilki (a) bendinde düzenlenen; sayılan ayrımcılık sebepleriyle birlikte “Bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya bir hizmetin icrasını veya hizmetten yararlanılmasını engellemek veya kişinin işe alınmasını veya alınmamasını yukarıda sayılan hallerden birine bağlamaktır.” Engelleme kabilinden ele alınacak hareket, ayrımcılık sebepleri yanında taşınır veya taşınmaz bir malın satılmasına, devrine, bir hizmetin icrasına ya da bir hizmetten yararlanmaya yönelik olmalıdır. Yine işe alma ya da almama hareketi de ayrımcılık sebeplerinden biri nedeniyle gerçekleştirilmelidir.

İlk bentteki ilk seçimlik hareket bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini engellemektir. Gerçekleştirilecek her bir seçimlik hareketin doğasına göre hareket, ihmali ya da icrai olabilir.

Suçun özel hukuk münasebetlerine yönelik düzenleme getirdiğini belirtmiştik. Kamusal ve genele hitap eden açık artırma gibi uygulamalarda açık arttırmaya keyfi olarak belli özellikte kişilerin alınmaması durumunda suç tipinde belirtilen seçimlik hareketlerden birinin gerçekleştiği açıktır. Ne var ki zorluk bireysel özel hukuk münasebetlerinde karşımıza çıkmakta ve sözleşme hürriyeti ile ayrımcı uygulama ince bir çizgi ile birbirinden ayrılmaktadır.

Bireyler arasında var olan farklılıklardan ötürü taşınır veya taşınmaz bir malın satılmasının engellenmesi elbette suç kapsamında değerlendirilecektir. Lakin bu durumda dahi (Hukuka Aykırılık başlığı altında) açıklayacağımız gibi anayasal güvence altındaki “sözleşme özgürlüğü” ile yine yukarıda örneklerini verdiğimiz sınırlamaların varlığı ve dürüstlük kuralı titizlikle ele alınmalıdır.

Herkes mülkiyeti kendisine ait bir taşınmazı istediği kimseye satma hürriyetine sahiptir. Bununla beraber herhangi bir dine mensup kişilere taşınmazını satmayacağını beyan etmesi TCK 122. Madde mucibince ayrımcılık suçunu oluşturabilir. Örneğin belli bir toplumsal grupta özdeş eşyaların sadece o gruptan olan kimselere satılabileceği şeklindeki bir şart bu suçu oluşturmaz.<sup>180</sup> Yine yasal olarak var olan kısıtlamalar nedeniyle bir eşyanın satımına izin verilmemesi de elbette ilk bentte sayılan seçimlik hareketler bağlamında engelleme olarak nitelendirilemez.<sup>181</sup>

İlk bentte belirtilen taşınır veya taşınmaz bir malın satışının veya devrinin engellenmesi, sözleşmeler hukuku ile ilgili bir konudur. Keza bir taşınır veya taşınmaz malın satılması aynı zamanda bir satım sözleşmesini de ilgilendirmektedir. Dolayısıyla bu seçimlik hareket için ilgili sözleşmenin genel şartlarının oluşup oluşmadığına da bakılmalıdır. Kanunun bu malların satılmaları ve devri konusunda şart koştuğu mevzuattan kaynaklı işlemlerin gerçekleştirilmesi seçimlik hareketin konusu değildir.<sup>182</sup> Taşınmaz satışı işlemi ancak tapu müdürlüğünde tapu memuru önünde gerçekleştirilebilir. Ne var ki satış işleminin resmi şekli haricinde de ayrımcılık sebepleriyle taşınmazın satışının veya devrinin engellenmesi ayrımcılık suçunu oluşturacaktır.

Bir taşınır veya taşınmaz eşyanın rehin edilmesi yahut ipotek edilmesinin ayrımcılık sebepleriyle engellenmesi durumunda ise TCK 122. Madde mucibince ayrımcılık suçu oluşmaz. Zira madde satış veya devir işleminin engellenmesinden bahsetmektedir.<sup>183</sup>

<sup>180</sup> Veli Özer Özbek, **TCK İzmir Şerhi Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı**, C:2, s. 827.

<sup>181</sup> Aysel Çelikel - Günseli Gelgel (Öztekin), **Yabancılar Hukuku**, 12. Baskı, İstanbul, Beta, 2005, s.219 vd.

<sup>182</sup> Muammer Altun, **Ayrımcılık suçu**, s. 64.

<sup>183</sup> Veli Özer Özbek, **TCK İzmir Şerhi Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı**, C:2, s. 827.

Hareket unsuruyla ilgili Şu konuya da değinmek gerekmektedir. TCK 122. Maddenin ilk fıkrasının (a) bendinde sayılan seçimlik hareketlerle ilgili olarak “engellemek” ifadesi tercih edilmiştir. Böyle bir ifadenin tercih edilmiş olmasından ötürü bir taşınır ya da taşınmaz eŐyayı satmamak, devretmemek veya bir hizmeti sağlamamak suçu oluşturmaz diye düŐünülebilir. Yani satmamak hareketi değil satmayı engellemek hareketi suçu oluşturur Şeklinde yanlıŐ bir kanaate varılması mümkündür. Bu hususa, TCK 122. Madde gerekęesi, ikinci paragrafında açıklık getirmektedir. Madde gerekęesinin ikinci paragrafı Şu Şekildedir.

*“Madde suçun maddi unsurlarını iç ayrı bentte ayrı ayrı belirtmiştir. Bu fiiller, maddede sayılan ayırım nedenlerine dayanılarak **bir taşınır veya taşınmaz malın satılmaması, devredilmemesi veya bir hizmetin icra olunmaması, hizmetten yararlanmanın engellenmesi, kişinin işe alınması veya alınmamasının bu ayırım nedenlerine bağlanması, besin maddelerinin verilmemesi, kamuya arzedilmiŐ bir hizmetin yapılmasından kağınılması, kişinin herhangi bir ekonomik faaliyette bulunmasının engellenmesidir.**”*

Geręekten gerekęenin ikinci fıkrası okunduğunda maddede sayılan ayrımcılık sebepleriyle bir taşınır veya taşınmaz eŐyayı satmamak, devretmemek veya icra olunması gereken bir hizmeti icra etmemek de TCK 122. Madde mucibince ayrımcılık suçunun oluŐması için yeterlidir.<sup>184</sup>

Özellikle belirtmek istediğimiz nokta ülkemizde sıklıkla karŐılaŐılabilen Şu rnektir. Ev sahibinin kiralık evini bekarlara ya da çocuklu ailelere, erkeklere ya da hanımlara, öğrencilere ya da başkaca çoğaltılabilecek niteliklere sahip kişilere kiralamak istememesidir. Bu tür tercihler kentlerden kentlere farklılık arz edebileceği gibi aynı kent iğindeki farklı semtlerde de değişiklik gösterebilmektedir. Meskn mahallerde sadece memurlara ev kiralanmak istenirken niversite bölgelerinde öğrencilere ev kiralanmakta öğrenciler arasında da sadece hanımlar ya da erkekler Şeklinde tercih yapılabilir.

Böyle bir uygulama kanaatimizce TCK 122. Madde bağlamında ayrımcılık suçunu oluşturmaz. Çünkü ilk fıkranın (a) bendi taşınmazın satışı ve devrinin

<sup>184</sup> Ahmet Gndel, **Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması**, Ankara, 2009, s. 2730.



engellenmesinden bahsetmektedir. Satış ve devir ifadelerinin arka arkaya kullanılmasından da anlaşılacağı üzere burada devir ile kastedilen satışı yapılan taşınmazın mülkiyetinin devridir. Zaten Medeni Kanunumuz muhtelif hükümleri ile taşınmaz üzerindeki hangi hakların devredilebileceğini belirtmiştir. Bunlar arasında kiralama ilişkisine konu kullanım hakkı bulunmamaktadır. Zaten kiralanan taşınmazın kiracının kullanımına verilmesiyle ilgili olarak da Borçlar Kanunumuz 301. Maddesinde “teslim” ifadesini kullanmaktadır.<sup>185</sup> Dolayısıyla TCK 122. Madde sayılan hareketler arasında taşınmazın kiralananmamasını veya kiralananmasının engellenmesini saymadığı için sayılan ayrımcılık sebepleriyle kişi ya da kişilere taşınmazın kiralananmaması ayrımcılık suçunu oluşturmaz.

TCK 122. Maddenin ilk fıkrasının (a) bendinde belirtilen diğer bir seçimlik hareket, “bir hizmetin icrasının veya bu hizmetten yararlanmanın engellenmesi” olarak tanımlanmıştır.

Anayasa Mahkemesi’nin eşitlik ilkesiyle ilgili yorumunun mutlak eşitlik düşüncesinden yana olmadığını belirtmiştik. Maddede yer verilen bu seçimlik hareket ile ilgili olarak da somut olayın kendine özgü şartları değerlendirilmeli ve eşitsiz bir uygulama varsa uygulamanın amaca uygun makul ve ölçülü olup olmadığı tespit edilmelidir. Mesela bazı otellere bekâr erkek grupların alınmaması veya bazı mekanlara kız arkadaşı olmadan erkeklerin girememesi yahut restoranlarda ailelere özgü salon tahsisi, sigara içenler için diğerlerini rahatsız etmeyecek bir yer belirlenmesi haklar ve özgürlükler perspektifinde yapılan amaca uygun makul ve ölçülü uygulamalardır.<sup>186</sup>

Yukarıda sayılanlar dışında amaca uygun olmayan makul ve ölçülü kabul edilemeyecek bir şekilde bir kamu hizmetinin icrası veya hizmetten faydalanılması açısından ayrımcılık yapılması ile ayrımcılık suçu oluşur. Örneğin, Sadece belli bir toplumsal gruba mensup kişilere firincılık yaptırılması ve başkalarının bu işi yapmasının engellenmesi yahut sadece belli bir toplumsal gruptan olanlara ekmek

<sup>185</sup> Madde metni şu şekildedir; “Kiraya veren, kiralananı kararlaştırılan tarihte, sözleşmede amaçlanan kullanıma elverişli bir durumda teslim etmek ve sözleşme süresince bu durumda bulundurmamakla yükümlüdür. Bu hüküm, konut ve çatılı işyeri kiralalarında kiracı aleyhine değiştirilemez; diğer kira sözleşmelerinde ise, kiracı aleyhine genel işlem koşulları yoluyla bu hükme aykırı düzenleme yapılamaz.”

<sup>186</sup> Caner Yenidünya, **Türk Ceza Kanunu’nda Ayrımcılık suçu**, s.109.

satılmaması durumunda TCK 122. Madde ilk fıkra (a) bendi mucibince ayrımcılık suçu oluşur. Kısacası madde sayılan ayrımcılık sebepleri ile eşit işlem görme hakkını ve ayrımcılık yasağını ihlal edecek şekilde kamuya arz edilmiş bir hizmetten bazı toplumsal gruplara mensup kişileri mahrum etmek, suçun oluşumu bakımından yeterlidir.

Engelleme anlamında değerlendirilecek seçimlik hareket, ayrımcı uygulamanın yöneltildiği kişinin herkes gibi eşit muamele görmesi gereken bir imkandan tamamen mahrum edilmesi şeklinde gerçekleştirilebileceği gibi bu imkandan yararlanmasının güç koşullara bağlanması, yararlanmakta olduğu imkanın sonradan elinden alınması, sürüncemede bırakılması, sürdürülmesinin güç koşullara bağlanması şeklinde de gerçekleştirilebilir. Engelleme anlamındaki fiil, icrai ya da ihmali olabilir.

Ayrımcılık suçunu düzenleyen TCK 122. Maddenin ilk fıkrasının (a) bendinde belirtilen bir diğer seçimlik hareket; kişinin işe alınmasını veya alınmamasını maddede sayılan hallerden birine bağlamaktır. Burada madde hareketin olumlu ve olumsuz özelliklerine bir arada yer vermiştir. Buna göre ayrımcılık sebepleriyle yalnız belli bir toplumsal gruptan olan kişileri işe almak veya tam tersi şekilde ayrımcılık sebepleriyle belli toplumsal gruptan kimseleri işe almamak bu hareketin oluşumu açısından yeterlidir.

Kişilerin işe ne şekilde alınacakları ya da alınamayacakları ve bunlarla ilgili düzenlemeler özellikle iş hukukunu ilgilendiren mevzulardır. Yukarıda ulusal ayrımcılık karşıtı mevzuat incelenirken “Eşit Davranma İlkesine” yer veren İş Kanunu 5. Maddeye özellikle değinilmiştir. İş Kanunu 5. Madde amir hükümleri uyarınca işveren ayrımcılık yasağına harfiyen uymak ve işçiler arasında eşit işlem görmek mecburiyetindedir.<sup>187</sup> Kısaca eşit davranmak işveren için bir kanuni yükümlülüktür.<sup>188</sup>

Kişilerin işe alınması ya da alınmamasında TCK 122. Maddenin düzenlediği seçimlik hareket ile ilgili özellikle değinilmesi gereken nokta iş hukukumuzun bu

<sup>187</sup> Kübra Doğan Yenisey, “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.

<sup>188</sup> Kübra Doğan Yenisey, **Kadın-Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukuku’nun Avrupa Birliği Hukuku İle Olası Uyum Sorunları**, s. 45.

yöndeki ayrımcı muamelelere getirdiği sonuçlar ile TCK 122. Madde hükmünün çatışmasıdır. Bu düzenlemeler arasındaki çatışmaların açıklığa kavuşturulmasını bu düzenlemelere aşağıda adım adım yer vererek sağlamayı düşünüyoruz.

Buna göre ilk olarak yukarıda da belirtilen İş Kanunu 5. Maddenin ilk fıkrası şu şekildedir.

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

Yine bu bağlamda İş Kanunu 5. Maddenin üçüncü fıkrası ilk fıkradaki genel hükme göre işe alımla ilgili özel düzenleme getirerek şu hükmü içermektedir.

*“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”*

Burada özellikle üzerinde durulması gereken nokta İş Kanunu'nun işe alımla ilgili ayrımcılık yasağını TCK 122. Madde düzenlemesine göre daha bir dar tutmuş olmasıdır. Diğer bir önemle üzerinde durulması gereken nokta iş hukukunun eşit davranma ilkesine aykırılık yani 5. Madde yükümlülüklerinin ihlali halinde nasıl bir sonuç öngördüğüdür.

Yukarıda açıklananlar bağlamında İş Kanunu 99. Madde yukarıda sayılan yükümlülüklerle aykırı davranan işveren hakkında idari para cezası verileceğini düzenlemektedir. 99. Maddenin ilgili hükmü şu şekildedir.

*“Bu Kanunun;*

*a) 5 inci ve 7 nci maddelerde öngörülen ilke ve yükümlülüklerle aykırı davranan,*

*...*

*İşveren veya işveren vekiline bu durumdaki her işçi için yüzon Türk Lirası idari para cezası verilir.”*

İş Kanunu 99. Madde düzenlemesi gereğince bir kişiyi cinsiyet ayrımcılığı yaparak işe almayan işveren hakkında idari para cezası uygulanacaktır. Fakat TCK 122. Madde aynı fiili, suç oluşturan bir seçimlik hareket olarak düzenlemekte ve bir cezai müeyyide öngörmektedir. İşte yukarıda belirttiğimiz çatışma bu konuda meydana gelmektedir.

İş Kanunu 99. Madde düzenlemesi bir idari para cezası öngördüğü için bir kabahat düzenlemesidir. Bu bakımdan mevzuatta bir fiilin hem kabahat hem de ceza kanunlarında suç olarak düzenlenmesi durumunda kişiye kabahatten dolayı ceza verilmez. Keza 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun "İçtima" başlığını taşıyan 15. Maddesinin 3. Fıkrası aşağıdaki şekildedir.

*"Bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır."*

İşçi alımının gerçekleşeceği bir işyerine, istenilen özellikleri ve şartları haiz kadınlar varken sırf cinsiyet ayrımcılığıyla istenilen özellik ve şartları daha az taşıyan bir erkeğin işe alınması ayrımcılık anlamına gelecektir.<sup>189</sup> Bu durum aynı zamanda İş Kanunu 99. Maddesi düzenlemesindeki kabahati oluşturacaktır. Ne var ki aynı eylem TCK 122. Madde gereğince ayrımcılık suçunu da oluşturduğundan kişiye kabahatten dolayı ceza verilemeyecektir. Hemen belirtelim ki TCK 122. Madde uyarınca kişiye ceza verilmesini engelleyen bir kişisel cezasızlık nedeni varsa kişi bu durumda kabahatten dolayı cezalandırılacaktır.

Yine de başkaca alanlarda olduğu gibi bir özel hukuk alanı olan iş hukukunda da faaliyet konusu işin özellikleri göz önünde bulundurularak işverenin istenen özellikleri taşıyan kimseleri işe alması konusundaki özgürlüğüne devletin müdahalesi anlamına gelecek şekilde ayrımcılık suçu yorumlanmamalıdır. İşverenin TCK 122. Maddede düzenlenen suçu işlemesi insan onuruyla bağdaşmayan sebeplerle ve keyfi bir tutumla hareket etmesi ile mümkündür. Daha önce de belirttiğimiz gibi madde ile

<sup>189</sup> Sarper Süzek, **İş Hukuku (Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku)**, 2. Baskı, İstanbul, Beta, 2005, s. 363.

getirilen düzenlemenin amacı kişiler arası makul ve meşru olmayan eşitsizliğin keyfi olarak yaratılmamasıdır. Bunun dışında işveren, istediği özellikleri ve şartları taşıyan işçilerle çalışma özgürlüğüne sahiptir.<sup>190</sup> Örneğin belli işlerin yerine getirilmesi cinsiyetle doğrudan alakalı olmasa da belli işler için erkekler belli başkaca işler için de kadınlar tercih edilmektedir. Örneğin mağazalarda kasiyerlik, bürolarda sekreterlik işleri erkekler tarafından da yerine getirilebilecek işlerken bu tür işlerde kadınlar tercih edilmektedir. Sekreterlik işi için işverenin işe alımda cinsiyet şartı koyması amaca uygun makul ve meşru bir uygulamadır. Kanaatimizce de cinsiyet ayrımcılığı anlamına gelmemektedir.

Ayrımcılık suçunu düzenleyen TCK 122. Maddenin ilk fıkrasının (b) bendinde düzenlemesini bulan seçimlik hareket "besin maddelerini vermemek veya kamuya arz edilmiş bir hizmeti yapmamak" şeklinde tarif edilmiştir. Besin yahut gıda maddelerinin kanunda sayılan ayrımcılık sebepleri ve başkaca sebepler gözetilerek kişi ya da kişilere verilmemesi bu suçu oluşturmaktadır. Bunun yanında aynı bentteki bir diğer seçimlik hareket bağlamında kamuya arz edilmiş bir hizmeti yapmamak da ayrımcılık suçunun oluşumu bakımından yeterlidir.

Kanunda bu seçimlik hareketin düzenlenmesi bakımından kullanılan "vermemek" ve "reddetmek" ifadelerinden de anlaşılacağı gibi bu bentteki seçimlik hareketler ihmalidir.

Bent düzenlemesinden anlaşılacağı gibi bu seçimlik hareketin doğrudan muhatabı esnaf ve hizmet sektörüdür. Yani kişiye maddede sayılan ve başkaca ayrımcılık sebepleriyle manavdan sebze verilmemesi, fırından ekmek satılmaması, kişinin dolmuşa kabul edilmemesi, hastanenin tedavi hizmetlerinde bulunmayı reddetmesi eylemin niteliği yönünden (b) bendinde düzenlenen seçimlik hareketlerin gerçekleştirilmesidir.<sup>191</sup>

<sup>190</sup> Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Caner Yenidünya, **5237 Sayılı Yeni TCK'ya Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 425.

<sup>191</sup> İstanbul'da tekerlekli sandalyesiyle özel halk otobüsüne binmek isteyen engelli kişiyi reddeden şoför TCK 122/1-a maddesi uyarınca, 6 ay hapis cezasına çarptırılmış, bu ceza, TCK 50/1-e maddesi uyarınca '6 ay suresince e sınıfı ehliyetinin geri alınarak halk otobüsü işletim görevinin yasaklanması' kararına dönüştürülmüştür.  
<http://www.engelliler.biz/forum/hukuk/11822-tekerlekli-sandalyeli-diye-yolcuyu-otobuse-almayan-soforlere-karsi-mucadele-hukuk.html> (Erişim:12.04.2012)

Son olarak TCK 122. Maddede yer alan bir diğ er seçimlik hareket, maddenin ilk fıkrasının (c) bendinde düzenlenmesini bulmaktadır. Buna göre kişinin “olağ an bir ekonomik etkinlikte bulunmasının engellenmesi” şeklinde gerç ekleştirilecek her türlü eylem suça vücut verir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki olağ an bir ekonomik etkinlik lafzı ile ne anlaşılması gerektiğ i son derece muğ laktır. Bent metnindeki ifadelerin çok geniş kapsamlı, yoruma açık şekilde tercih edildiğ i ortadadır.

Etkinliğ in özelliğ inin ekonomik olması gerekmektedir. Bu da maddi menfaat elde etmeye yönelik, kar amacına matuf her türlü ticari sözleşmesel etkinliktir.<sup>192</sup> Artuk, Gökç en, Yenidünya’ya göre olağ an bir ekonomik etkinlik ifadesi her türlü alış veriş ve sözleşmesel ilişki anlamına gelmektedir.<sup>193</sup>

Biz yukarıdaki yazarların alış veriş ilişkisini bu kapsamda değ erlendiren görüşüne katılmamaktayız. Kanaatimizce kişinin örneğ in bir hususi otomobil satın alması TCK 122. Madde düzenlemesi içinde değ erlendirildiğ inde ekonomik etkinlik olarak kabul edilmeyecektir. Keza madde ilk fıkranın (a) bendi uyarınca kişiye otomobilin satılmasının engellenmesini ayrıca bir seçimlik hareket olarak düzenlemektedir.

Olağ an ekonomik etkinlik ifadesinin mevzuatımızda bir tanımı yoktur. Bu ifade ayrımcılık suçunu düzenleyen TCK 122. Maddede tercih edilmiştir. Dolayısıyla bu ifadenin ne anlama geldiğ i olağ an hayat tecrübeleri bağ lamında değ il maddenin bağ lamı ve ruhuna göre değ erlendirilmelidir. Alış veriş ilişkisi her halükarda Bir taşınır veya taşınmaz malın satılması, devri veya bir hizmetten yararlanılması şeklinde gerç ekleştirilir. Bunun engellenmesi ise maddenin ilk fıkrasının (a) bendinde sayılan seçimlik harekettir.

Eę er sayılanlar da madde bağ lamı içinde bir ekonomik etkinlik olsaydı ve kanun bunları örnek mahiyetinde saymış olsaydı (a) bendi sonunda bu seçimlik harekete yer verirdi. Örneğ in “Bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini

<sup>192</sup> Aynı yönde görüş için bkz. Necati Meran, **Kişilere Karşı Suçlar**, s. 422.

<sup>193</sup> Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökç en, Caner Yenidünya, **5237 Sayılı Yeni TCK’ya Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 427.

veya bir hizmetin icrasını veya hizmetten yararlanılmasını ve benzeri bir olağan ekonomik etkinlikte bulunulmasının engellenmesi...” şeklinde bir lafzı tercih ederdi. Buna karşın kişinin kar amacına matuf bir ekonomik faaliyet göstermesinin engellenmesi fıkranın (c) bendi kapsamında olağan bir etkinlikte bulunulmasının engellenmesi seçimler hareketini oluşturacaktır.

Bir kısım yazarlara göre faaliyetin parasal yarar sağlayıp sağlamamasının bir önemi bulunmamaktadır. İlk fıkranın (c) bendindeki düzenlemenin hareket noktası serbest piyasa ekonomisi anlayışı çerçevesinde kişilerin özgür bir şekilde ekonomik faaliyette bulunmalarının ayrımcılık sebepleriyle engellenmemesidir.<sup>194</sup>

Bu seçimler hareket icrai olabileceği gibi ihmali de olabilir. Kişinin ekonomik bir etkinlikte bulunması için belli ruhsatların veya belli izinlerin maddede sayılan sebeplerle verilmemesi durumunda hareket ihmaldir.<sup>195</sup>

## b. Netice

Ayrımcılık suçunda belirtilen hareketlerin gerçekleştirilmesiyle birlikte netice de gerçekleşir ve suç tamam olur. Bu sebepten suç tipi düzenlemesinden de anlaşılacağı gibi ayrımcılık suçu bir neticesi harekete bitişik suçlardandır. Neticesi harekete bitişik suçlarda suç tipi düzenlemesindeki hareketin gerçekleştirilmesiyle netice ve hareket arasındaki illiyet bağı kendiliğinden oluşur.<sup>196</sup> Ayrımcılık suçu düzenlemesi ile netice olarak bir zararın gerçekleşmesi aranmadığı için ayrımcılık suçu bir zarar suçu değil tehlike suçudur. Keza tehlike suçlarında belirtilen hareketlerin gerçekleşmesi ile suçun konusu üzerinde bir zarar doğma tehlikesi söz konusu olmaktadır.<sup>197</sup> Bir takım hukuki değerlerin daha etkin bir biçimde korunabilmesi bakımından kanun koyucu belli fiillerin gerçekleşmesi ile korunan hukuki değer ihlali için bir zararın doğmasını gerekli görmemektedir.<sup>198</sup> Kanuni tarifteki hareketlerin gerçekleşmesi ile birlikte suç oluşmuştur.

<sup>194</sup> İsmail Malkoç, **Yeni Türk Ceza Kanunu (Madde 1-178)**, C: 1, Ankara, Malkoç Kitapevi, 2008, s. 1086.

<sup>195</sup> Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Caner Yenidünya, **5237 Sayılı Yeni TCK'ya Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 427.

<sup>196</sup> Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Umumi Hükümler**, Cilt I, 4. Bası, Sulhi Garan Matbaası, 1967, İstanbul, s. 396 vd.

<sup>197</sup> Ayhan Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 2, İstanbul, Beta, 1992, s. 59.

<sup>198</sup> Vesile Sonay Daragenli, **Tehlike Suçları**, Sahir Erman'a Armağan, İstanbul, 1999, s. 183.

Somut tehlike suçlarında ortaya çıkan tehlike ile failin hareketi arasında bir illiyet bağı kurulabilmelidir.<sup>199</sup> Ayrımcılık suçu bir soyut tehlike suçu olduğundan suçun konusu üzerinde bir tehlikenin gerçekten gerçekleşip gerçekleşmediğinin araştırılmasına gerek yoktur.

## 6. Hukuka Aykırılık

### a. Genel

Ayrımcılık suçunun hukuka aykırılık unsuru bakımından sadece ceza kaidelerine olan aykırılık ile yetinmek hukuka aykırılığı ve hukuka uygunluk nedenlerini sadece ceza hukuku alanında arama yanlışlığına düşmemize sebep olabilir. Bu bakımdan görünüşte ayrımcı olan bir fiilin suç olduğu kanaatine kapılmamız mümkündür. Bu sebeple öncelikle yapılması gereken fiilin genel olarak hukuka aykırılığının tespitinin yapılması akabinde ceza hukuku bakımından bu niteliği taşıyıp taşımadığının incelenmesidir.<sup>200</sup> TCK 122. Madde düzenlemesi ayrımcılık sebepleriyle gerçekleştirilen sayılan hareketleri suç olarak düzenlemiştir. Bu bakımdan fiilin düzenlenen suç tiplerinden birine uyduğu ve “cezai hukuka aykırılık” niteliğini taşıdığı açıktır. Ne var ki ceza hukukumuz ayrımcılığın ne olduğuna dair bir açıklama getirmemekte bunu yazılı veya değil hukuk düzeninin tamamından anlamamız gerekmektedir. Böylelikle ayrımcılık gibi görünen bir fiilin gerçekten ayrımcılık olup olmadığı ve hukuka aykırılık niteliğini taşıyıp taşımadığı anlaşılabilir.

Ayrımcılık kavramından ve bu kavramın içeriğini dolduran Anayasa'nın 10. Maddesinde düzenlemesini bulan eşitlik ilkesinden ne anlaşılması gerektiği ve hangi tür ayrımcı fiillerin hukuka aykırı olduğu yönünde başlıca yol gösterici Anayasa Mahkemesi kararlarıdır.

Yukarıda da dile getirdiğimiz gibi Anayasa 10. Madde, Anayasa'nın genel esasları arasında düzenlemesini bulmaktadır. Herkesin kanun önünde eşitliği ve

<sup>199</sup> Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 61.

<sup>200</sup> Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Cilt II, 10. Baskı, Beta Yayınevi, 1994, İstanbul, s. 10.



herkese yönelik ayrımcılık yasağı bu maddenin koruması altındadır. Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa 10. Madde ile ilgili oldukça fazla sayıda kararı olduğu rahatlıkla söylenebilir. Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa 10. Madde ile ilgili kararlarının neredeyse tamamının özü; *“eylemli bir eşitlik değil hukuksal eşitliğin söz konusu olduğu, hukuksal durumları aynı olanlar arasında haklı bir nedene dayanmayan ayırım yapılamayacağı, ancak haklı neden varsa bazı kişilerin başka kurallara bağlı tutulabileceği”* görüşüdür.<sup>201</sup>

Anayasa Mahkemesi'nin bu görüşünün evrensel bir boyutunun olduğu ve ulusal üstü standartlara uyduğu bununla beraber kişiler arası ilişkilere de şamil olduğu söylenebilir. Anayasa Mahkemesi yine aynı doğrultuda hukuk devletinin temel unsurlarından olan eşitlik ilkesini *“benzer nitelik ve durumda olanlar arasında farklı uygulamaların engellenmesi, ayrı nitelik ve durumda olanların aynı kurallara bağlı tutulmasının zorunlu kılınmaması”* olarak açıklamaktadır.<sup>202</sup>

Yukarıda Ulusal Ayrımcılık Karşıtı Hukuk başlığı altında Anayasa'da ayrımcılık karşıtı düzenlemeler ve eşitlik ilkesini incelerken eşitliğin mutlak olmadığını belirtmiştik. Anayasa Mahkemesi de bu doğrultuda eşitlik ilkesinin mutlak olmadığı ve gerektiğinde bu ilkedan uzaklaşabileceğini birçok içtihadında belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin bu görüşü *“eşitlik tüm yurttaşların mutlaka her yönden, her zaman aynı kurallara bağlı tutulmaları zorunluluğunu içermez. Bir takım yurttaşların başka kurallara bağlı tutulmaları haklı bir nedene dayanmakta ise böyle bir durumda kanun önünde eşitlik ilkesine ters düşüldüğünden söz edilemez.”* Şeklinde ifadesini bulmuştur.<sup>203</sup>

Özetle mahkeme içtihatları aynı hukuksal durumda olanların aynı kurallara tabi tutulacağı ve benzer durumlara benzer çözümlerin getirilmesi gerektiği doğrultusundadır. Eğer farklı bir durum varsa ve farklı bir muamelenin gerçekleştirilmesi söz konusuysa “haklı bir neden” veya “meşru amaç” olmalıdır. Haklı nedenin daha bir somutlaşması için Mahkeme “gereklilik”, “zorunluluk”, “işin

<sup>201</sup> Ulaş Karan, **Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği**, s. 164.

<sup>202</sup> Anayasa Mahkemesi, **1988/16 E, 1988/8 K, 19.04.1988 Tarihli Kararı**, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı: 24, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara, 1989, s. 97.

<sup>203</sup> Anayasa Mahkemesi, **1981/13 E, 1983/8 K, 28.04.1983 Tarihli Kararı**, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı: 20, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara, 1984, s. 52.

özelliklerine ve gereklerine uygunluk”, “dengeli ve makul görülebilecek ölçüler” gibi farklı ölçütler ortaya koymaktadır.<sup>204</sup>

Anayasa Mahkemesi yukarıda dile getirdiğimiz meşru amacı kamu yararı olarak somutlaştırmaktadır.<sup>205</sup> Ayrımcılık olduğu düşünülen düzenlemenin amacının meşru ya da Anayasa Mahkemesi’nin kriterine göre kamuya yararlı olması yeterli değildir. Yukarıda da dile getirdiğimiz gibi meşru amaç ile kullanılan araçların orantılı olması zorunludur. Araçlar orantılı değil ve meşru amaçla ya da kamu yararı ile ilgili değilse, eşitlik ilkesinin ve ayrımcılık yasağının ihlalinden bahsedilir.<sup>206</sup>

Bu bakımdan her ne kadar Anayasa Mahkemesi kararları devlete yüklenmiş bir pozitif yükümlülük olarak eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının kapsamını belirlese de kişiler arası ilişkilerden kaynaklanabilecek ayrımcılık açısından da yol göstermektedir. Örneğin bir fırından belli bir ırka mensup kişilere ekmek satılmaması durumunda Anayasa Mahkemesi’nin koyduğu ölçüler bakımından yapılan ayrımcılığın makul ve meşru olduğu söylenemez. Böyle bir uygulamanın gerekli, zorunlu, işin özelliklerine ve gereklerine uygun ve dengeli olmadığı açıktır. Haliyle böyle bir örnekte fiilin hukuka aykırılık niteliğini taşıdığı rahatlıkla söylenebilir.

### **b. Hukuka Uygunluk Nedenleri**

TCK’nın Birinci Kitap, İkinci Kısımının “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler” başlıklı Üçüncü Bölümü ile düzenlenen sebeplerin sadece bir kısmı hukuka uygunluk sebebidir.<sup>207</sup>

Ayrımcılık suçunu düzenleyen TCK 122. Madde bağlamında her somut olayın gerçekleşme şekline bakarak gerek Ceza Kanunumuzda düzenlenen gerek düzenlenmeyen hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı ayrıca araştırılmalıdır.

<sup>204</sup> Sibel İnceoğlu, **Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı**, s. 53, 54.

<sup>205</sup> Erdoğan Teziç, **Türkiye’de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı**, s. 114-119.

<sup>206</sup> Sibel İnceoğlu, **Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı**, s. 51.

<sup>207</sup> TBMM Adalet Komisyonu, **Türk Ceza Kanunu Tasarısına İlişkin 1/593 E, 60 K sayılı, 03.08.2004 tarihli Rapor**.

Teorik olarak TCK 24 ve devamı maddelerde sayılan hukuka uygunluk nedenleri ve hukuk düzeninin tamamından çıkarılacak başkaca hukuka uygunluk nedenleri ayrımcılık suçunu düzenleyen TCK 122. Madde bağlamında hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldırılabirler. Ne var ki meşru müdafaa halinde bir kişinin başka bir kişiye dili, dini, ırkı, rengi veya başka bir sebeple ayrımcı bir fiil gerçekleştirmesi olağan hayat tecrübeleri bakımından zor görünmektedir.

TCK'nın 28. Maddesinde belirtilen cebir ve şiddet, korkutma ve tehdit ayrımcılık suçu bakımından bir hukuka uygunluk nedeni olabilir. Kişi karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya ağır ve kanunun ifadesiyle muhakkak bir korkutma veya tehdit altında ayrımcılık suçunu işlerse kişiye ceza verilmez. Örneğin kişi belli bir ırktan olan kimselere manavından meyve sebze satmaması konusunda mahallesinde bulunan ve herkesin korkup çekindiği silahlı kişilerce tehdit edilmiş olabilir. Böyle bir durumda kişiye ayrımcılık suçundan dolayı ceza verilmeyecektir. Ne var ki Bu gibi bir durumda korkutma ve tehditte bulunan kişi ayrımcılık suçunun faili olarak cezalandırılır. (TCK 28. m.)

TCK 26. Maddenin ilk fıkrası hakkın icrası nedeniyle kimseye ceza verilemeyeceğini düzenlemektedir. Bu bakımdan TCK 122. Maddenin koruduğu hukuki değer ile yarışan başkaca bir hukuki değer de kişilerin sözleşme özgürlüğüdür. Anayasa 48. Maddenin ilk fıkrası “Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir” demek suretiyle sözleşme hürriyetini anayasal bir koruma altına almıştır. Bu hakkın başkaca bir görünüş şekli de sözleşmenin tarafını serbestçe seçebilme hürriyetidir.<sup>208</sup> Yani herkes istediği alandaki istediği sözleşmeyi istediği kişi ile yapabilir ya da yapmayabilir.<sup>209</sup>

Anayasada koruma altına alınan bu özgürlük diğer başkaca haklar ve özgürlükler gibi belirli durumlarda sınırlanabilir. Bu sınırlamaların en başında hakkın kullanımının dürüstlük kuralına ve hakkaniyete uygun olması gelmektedir. Bu anlamda fiili tekel sahipleri haklı bir gerekçeye dayanmadan belirlenen şartlara uygun başvuran kişilerle sözleşme yapmaktan imtina edemezler. Bu durum açıkça

<sup>208</sup> Caner Yenidünya, **Türk Ceza Kanunu'nda Ayrımcılık suçu**, s.103.

<sup>209</sup> Cevdet Yavuz, **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**, 3. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2004, s. 4, 5.

hakkın kötüye kullanımı teşkil edeceğinden Anayasal hakkın icrası bağlamında değerlendirilemeyecektir.<sup>210</sup>

Bir başka kısıtlama; 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 işletmelerin, belirlenmiş şartlara uygun şekilde müracaat eden kişilerle sözleşme yapma zorunluluğudur.<sup>211</sup> Yani bir önceki cümlede belirtilen müesseselerin Anayasal anlamdaki sözleşme hürriyetlerinin kayıtlı olduğundan ve TCK 26. Madde bağlamında bir hakkın icrasının söz konusu olamayacağından bahsedilebilir.

Diğer bir sınırlamaya örnek; İş Hukukumuz gereği işverenin bir takım özel durumlarda bazı özelliğe sahip kişilerle sözleşme yapma zorunluluğudur.<sup>212</sup> İşverenlerin belli durumlarda belli sayıda özürlü ve eski hükümlüyü İş Kanunu 30. Madde gereği istihdam etme zorunluluğu vardır. Aynı Maddenin 8. Fıkrası maluliyet nedeniyle işten çıkmak mecburiyetinde olan kişinin maluliyetinin ortadan kalkması ile işveren tarafından işe tekrar geri alınması gerektiğini düzenlemektedir. Yine İK 30. Maddenin son fıkrası gereği askerlik ya da diğer bir kanuni ödev sebebiyle işten çıkmak durumunda kalmış kişi bu ödevler kendisi tarafından tamamlandıktan sonra işverence tekrar işe alınmak zorundadır. Yine Sendikalar Kanunu 29. Maddenin ilk fıkrası uyarınca sendika başkanlıklarında ya da yönetim kurullarında görev alan kişiler, bu görevlerini tamamladıktan sonra aynı işyerinde tekrar işe alınmayı talep edebilirler. Talep edilmesi sonrası bu kişiler işverence tekrar işe alınmak zorundadırlar.<sup>213</sup>

Bu sayılan örnekler gibi sözleşme özgürlüğüne getirilmiş sınırlamalar haricinde kişilerin özel hukuk münasebetlerini diledikleri gibi yapmaları ve TCK 122. Madde ile düzenlenen suç aracılığıyla devletin özel hukuk ilişkilerine dürüstlük kuralına

<sup>210</sup> A.g.e, s. 4, 5.

<sup>211</sup> Kemal Oğuzman – Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 3. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2000, s.137, 138.

<sup>212</sup> Hakan Keser, “4857 Sayılı İş Kanunu’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. 38.

<sup>213</sup> Nuri Çelik, **İş Hukuku Dersleri**, 18. Baskı, İstanbul 2005, s. 109.

aykırı haller dışında müdahale etmemesi gerektiği ve böyle bir hakkın kullanımının hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilmesi gerektiği görüşündeyiz.

## 7. Manevi Unsur

TCK 21. Madde ilk fıkra hükmünce; ceza kanunlarındaki suç tanımlarına uyan bir fiil sebebiyle kişinin cezalandırılabilmesi için kişinin kastının bulunması gerekmektedir. Bu bakımdan kişinin TCK 122. Madde bağlamında ayrımcılık suçundan dolayı cezalandırılabilmesi için kastının bulunması zorunludur. TCK 122. Maddede düzenlenen ayrımcılık suçu ancak kast ile işlenebilen bir suçtur.

TCK 122. Madde, gerçekleştirilecek kasıtlı hareketlerin “kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, özürlülük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak” gerçekleştirilmesini aramaktadır. Böylelikle TCK 122. Maddede düzenlenen ayrımcılık suçunun işlenebilmesi için failin özel kastının varlığı şarttır. Maddenin gerekçesi de suçun ancak belirtilen saikle işlenebileceği yönündedir.

TCK 122. Maddenin “Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar” başlığı altında düzenlenmesi ve bu başlık altında düzenlenmesini bulan suçların insan hak ve özgürlüklerine yönelik olması da bu amacın manevi unsur olarak aranmasının zorunlu olduğunu gösteren başka bir olgudur.<sup>214</sup> Özbek ise; bu fiillerin suç tipi haline getirilmesi ile güdülen amacın; failerde var olacak bu ve benzeri saikler ile birlikte gerçekleştirilebilecek ayrımcılığın önüne geçmek olduğunu söylemekte ve beraberinde TCK 122. Madde düzenlemesinin kaleme alınışı değerlendirildiğinde suçun manevi unsurunun özel kast olmadığı genel kastın yeterli olduğunu dile getirmektedir. Yine Özbek’e göre failde yer alan saik kastın özel kast haline dönüşmesine değil bundan farklı olarak hareketin, madde düzenlemesinde yer alan neticeye yönelmesini ifade etmektedir. Zaten madde düzenlemesinde belirtilen neticelere müteallik olmayan hareketler madde düzenlemesi mucibince suç oluşturmayacaktır.<sup>215</sup>

<sup>214</sup> Ulaş Karan, **Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Türk Ceza Kanunu’nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği**, s. 169.

<sup>215</sup> Veli Özer Özbek, **TCK İzmir Şerhi Türk Ceza Kanunu’nun Anlamı**, s. 829.

Ayrımcılık suçunda failin özel kastının varlığının manevi unsur olarak aranması, ispatı oldukça güç bir sorundur. Kişinin maddede yer alan hareketleri belirtilen saik ile gerçekleştirdiğinin ortaya çıkarılması oldukça zordur. Mesela ticari saiklerle gıda maddesinin bedelini tahsil edemeyecek bir esnafın malını belli gruplara satmaması durumunda ayrımcılık suçunun oluşup oluşmadığının tespiti güçleşecektir.<sup>216</sup>

Ayrımcılık suçunda manevi unsur olarak kast yanında suçun az evvel değinilen saik ile işlenmesi suçun basit halinde aranan bir unsurdur. Bu sebeple ayrımcılık suçunu oluşturacak hareketlerin olası kastla gerçekleştirilmesi mümkün değildir.<sup>217</sup>

TCK 22. Maddenin ilk fıkrası, kişinin taksiri ile gerçekleştirdiği bir fiilden dolayı cezalandırılabilmesi için kanunun o suçun taksirle de işlenebileceğini özel olarak düzenlemiş olmasını zorunlu tutmaktadır. Ceza kanunlarımızda ayrımcılık suçunun taksirle işlenebileceğine dair özel bir düzenleme mevcut değildir. Bu sebeple ayrımcılık suçu taksirle işlenemez. Zaten ayrımcılık kavramının doğası da TCK 122. Maddede düzenlenen hareketlerin taksir ile düzenlenmesine pek imkan tanımamaktadır.

Böylelikle ayrımcılık suçunun varlığı için, yukarıda hareket unsuru başlığı altında incelenen hareketler, kasıtlı olarak kişilere karşı dil, ırk, renk, cinsiyet, özürsüzlük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep nedeni ile ayrımcılık saikiyle gerçekleştirilmelidir. Yani suçun oluşumu için failin özel kastının varlığı zorunludur. Yukarıda da belirtildiği gibi bunun ispatı zordur. Somut olayın gerçekleşme şekli ve özellikleri değerlendirilmeli ve faildeki bu saikin sosyal yaşamda tezahür edip etmediğine bakılmalı, bu saik sosyal yaşama yansımada manevi unsurun gerçekleşmemesi sebebiyle faile ceza verilmemelidir.<sup>218</sup>

<sup>216</sup> Ersan Şen, **Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s. 515.

<sup>217</sup> Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Caner Yenidünya, **5237 Sayılı Yeni TCK'ya Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Genel Hükümler I**, s. 564.

<sup>218</sup> Süheyl Donay, Mahmut Kaşıkçı, **Açıklamalı-Karşılaştırmalı-Gerekçeli 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ve Yürürlük Kanunu**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2004, s. 178.

## 8. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

### a. Teşebbüs

Ayrımcılık suçunun teşebbüse konu olup olmayacağı konusunda ayrımcılık suçunun kanuni tarifine ve hareket unsuruna bakmak gerekmektedir. TCK 122. Madde düzenlemesindeki ayrımcılık suçu neticesi harekete bitişik suçlardandır. Haliyle TCK 122. Maddede ihlali ifade eden hareketlerin yapılmasıyla ayrımcılık suçu tamam olur.

Teşebbüse ilişkin 5237 sayılı TCK hükümleri 765 sayılı TCK'ya nazaran farklılık göstermektedir. 5237 sayılı TCK, 765 sayılı TCK'da yer alan eksik (nakıs) teşebbüs tam teşebbüs ayrımını yapmamaktadır. 5237 sayılı TCK 35. Madde gereğince;

*"Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur."*

Kanun icra hareketlerinin tamamlanmış olmasına ya da yarıda kalıp kalmadığına bakmaksızın her iki durumda da netice meydana gelmemişse teşebbüs hükümlerinin uygulanacağını düzenlemektedir. Oysa ki 765 sayılı TCK 61. Madde uyarınca icra hareketleri yarıda kalmış ise eksik teşebbüs söz konusu olmaktadır ve faile tam teşebbüse göre daha az ceza verilmekteydi. Ayrımcılık suçu neticesi harekete bitişik suç olduğu için 5237 sayılı TCK'da benzer bir ayırım olsaydı dahi tam teşebbüse konu olamayacaktı. Keza tam teşebbüste hareketin icra hareketlerinin tamamlanmış ama neticenin meydana gelmemiş olması gerekmektedir. Oysa neticesi harekete bitişik suçlarda icra hareketlerinin tamamlanmasıyla suç tamam olur.<sup>219</sup> Bu haliyle neticesi harekete bitişik suç olan ayrımcılık suçunu oluşturan hareketler kısımlara ayrılabilirse icra hareketlerine başladıktan sonra icra hareketlerinin yarıda kalması durumunda ayrımcılık suçu eksik teşebbüs aşamasında kalabilir. Yine hatırlatalım, kanunumuzda eksik teşebbüs tam teşebbüs ayrımı bulunmadığı için

---

<sup>219</sup> Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Umumi Kısım**, Cilt I, Dördüncü Bası, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1967, s. 474 vd.

ayrımcılık suçunun tam teşebbüse konu olamamasının bir önemi bulunmamaktadır. Ne var ki ayrımcılık suçuna teşebbüs her durumda icra hareketlerinin yarıda kalmış olmasıyla mümkün olabileceği için icra hareketlerinin neler olduğunun tespiti önemi haizdir. Bu açıdan kastın iltibasa yer vermeyecek şekilde açığa çıkarılması bakımından yapılan hareketin başlangıç alınması ve yapılan hareketle kanuni tarifteki netice arasında vazgeçme ihtimallerini bertaraf edecek derecede bir yakınlık olması icra hareketlerini belirlememizde ölçüt olarak kullanacağımız kriterlerdir.<sup>220</sup> Failin hareketine bu kriterler uyarınca icra hareketi diyebiliyorsak ve bu hareketler yarıda kalmışsa ayrımcılık suçunun teşebbüs aşamasında kaldığı söylenebilir.

Belirtmek gerekir ki ihmali olan TCK 122. Maddenin ilk fıkrasının (b) bendinde düzenlenmiş “besin maddelerini vermemek veya kamuya arz edilmiş bir hizmeti yapmayı reddetmek” hareketleri bakımından teşebbüs söz konusu olamaz.<sup>221</sup>

TCK 122. Maddede düzenlenen ayrımcılık suçu, teorik olarak teşebbüse elverişli kast ile işlenebilir bir suçtur. Failde ayrımcılık suçunu işlemek yönünde bir kast varsa ve bu suçu işlemeye yönelik icra hareketleri yarıda kalmışsa teşebbüs söz konusu olabilir. Fail ayrımcılık suçunu işlemeye bu suçu gerçekleştirmek için elverişli hareketlerle doğrudan doğruya başlamış olmalıdır. Bununla beraber suç failin elinde olmayan sebeplerle tamamlanamamış olmalıdır.

Son olarak ayrımcılık suçunun teşebbüs aşamasında kalmasıyla ilgili gönüllü vazgeçme kavramından da bahsetmekte fayda görüyoruz. İzlenen suç politikası gereği işlenmeye başlanan suçun icra hareketlerini tamamlamaktan vazgeçirmeye teşvik amacıyla gönüllü vazgeçme halinde faile ceza verilmemesi benimsenmiştir. Bu haliyle gönüllü vazgeçme bir “cezayı kaldıran şahsi sebep” olmaktadır.<sup>222</sup>

TCK 36. Madde gereği gönüllü vazgeçme halinde faile hiç ceza verilmez. Ne var ki gönüllü vazgeçme anına kadar gerçekleştirilen hareketler bağımsız bir suç oluşturuyorsa fail bu suçtan dolayı cezalandırılacaktır.

<sup>220</sup> A.g.e., s. 454 vd.

<sup>221</sup> Caner Yenidünya, **Türk Ceza Kanunu'nda Ayrımcılık suçu**, s. 112.

<sup>222</sup> Adem Sözüer, **Suç Teşebbüs**, İstanbul, Kazancı Yayınları, 1994, s. 240.



765 sayılı TCK düzenlemesinden farklı olarak TCK 36. Madde uyarınca gönüllü vazgeçme suçun icra hareketlerinin gerçekleştirilmesi aşamasında olabileceği gibi icra hareketlerinin tamamlanması sonrasında da söz konusu olabilir. 765 sayılı kanunun etkin pişmanlık veya faal nedamet olarak nitelendirdiği haller de 5237 sayılı TCK düzenlemesinde gönüllü vazgeçme olarak nitelendirilmiştir. Kısacası suçun icrası sürecindeki bütün kesitlerde gönüllü vazgeçme söz konusu olabilmekte ve fail bütün aşamalarda gönüllü olarak vazgeçebilmektedir.

Ayrımcılık suçu bakımından gönüllü vazgeçme şöyle bir özellik arz etmektedir. Yukarıda belirttiğimiz gibi ayrımcılık suçu neticesi harekete bitişik bir suçtur ve icra hareketlerinin tamamlanmasıyla netice gerçekleşir. Bu bakımdan failin icra hareketlerini tamamladıktan sonra neticenin gerçekleşmesini engelleme imkanı yoktur. Yani 765 sayılı TCK'da yer alan ayrıma göre ayrımcılık suçu tam teşebbüse konu olamayacağı için 5237 sayılı TCK'nın 36. Maddesinde belirtildiği üzere failin icra hareketleri tamamlandıktan sonra gönüllü vazgeçmesi artık olasılık dahilinde değildir. Fail ancak ayrımcılık suçunu işlemeye yönelik icra hareketlerine başladıktan sonra ama icra hareketleri tamamlanmadan önce ancak gönüllü vazgeçebilir.

## **b. İştirak**

TCK 122. Maddede düzenlenen ayrımcılık suçu birden çok kişi ile işlenebileceği gibi fail bu suçu tek başına da işleyebilir. Bu durumda suçun işlenişine katılmış olanlar, fiilin oluşumuna illi değeri oranında yaptıkları katkı nispetinde sorumlu olur ve cezalandırılırlar. Bu katkıyı yapanlar fail veya şerik olabilir.<sup>223</sup>

Ayrımcılık suçunu düzenleyen 122. Maddedeki hareketleri gerçekleştiren kişi doğrudan faildir. Bu hareket üzerinde birden fazla kişi hakimiyet kurmuş ve birlikte gerçekleştirmişlerse bu kişiler müşterek fail olarak sorumludurlar. Suçun işlenişinde bir başkasını vasıta olarak kullanan kişi ise dolaylı fail olarak cezalandırılır.

TCK 122. Madde düzenlemesindeki hareketleri gerçekleştirmemekle beraber, suça yönelik katkı anlamındaki hareketleri, suçun kanundaki tarifine uymayan diğer

<sup>223</sup> İzzet Özgenç, **Suçta İştirakın Hukuki Esası ve Faillik**, İstanbul, 1996, s. 139.

kişilerin ayrımcılık suçundan cezalandırılabilmesi ancak iştirak hükümleriyle mümkündür.<sup>224</sup> Ayrımcılık suçuna şeriklik, Ceza Kanunumuz hükümlerine göre bir kişiyi suç işlemeye azmettirme ve bir kişiye suçun işlenişinde yardım etme suretiyle olur.

Yukarıdaki açıklamalar bağlamında TCK 122. Maddede düzenlemesini bulan ayrımcılık suçunda, tarif edilen hareketlerin birden fazla kişinin katılımı veya katkısıyla gerçekleştirilmesi mümkündür. Birden fazla kişi suç tipi düzenlemesindeki hareketleri gerçekleştirebileceği gibi hareketi tek başına gerçekleştiren kişi, bir başkasının azmettirmesiyle bu hareketi gerçekleştirmiş olabilir. Bununla beraber bir ya da birden çok kişinin TCK 122. Madde tarifindeki hareketleri gerçekleştirmesine başka kişi ya da kişiler yardımlarıyla katkı vermiş olabilir. Yine TCK 41. Madde uyarınca suçun işlenişine katılan fail ya da şerik gönüllü vazgeçerse gönüllü vazgeçme hükümleri sadece kendisi bakımından uygulanır.

Sonuç olarak ayrımcılık suçuna iştirak edilmesi mümkündür. Ayrımcılık suçu iştirak bakımından herhangi bir özellik ve istisnai durum arz etmemektedir. Genel olarak iştirak hükümlerinin uygulanmasına olanak sağlayan tipte bir suçtur. İştirak halinde işlenmesi durumunda suça iştirak edenlerin, suçun işlenişine yaptıkları katkıların illi değeri değerlendirilecek ve buna göre fail veya şerik olarak TCK 37 vd. maddeleri uyarınca cezalandırılacaklardır.<sup>225</sup>

### c. İçtima

5237 sayılı TCK'nın suçların içtimaı bakımından benimsediği ilke “*kaç tane fiil varsa o kadar suç, kaç tane suç varsa o kadar ceza vardır*” şeklinde tarif edilmiştir.<sup>226</sup> Bu kural ile anlatılmak istenen gerçek içtimadır.

Ayrımcılık suçunu düzenleyen TCK 122. Madde herhangi bir başka suç uyarınca ayrımcılık suçunun bir ögesi ya da ya da daha ağır veya daha az cezayı gerektiren bir

<sup>224</sup> Mahmut Koca, İlhan Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 362.

<sup>225</sup> Ali Parlar, Muzaffer Hatipoğlu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, C:2, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008, s. 1899.

<sup>226</sup> TBMM Adalet Komisyonu, **Türk Ceza Kanunu Tasarısına ilişkin 1/593 E, 60 K sayılı, 03.08.2004 tarihli Rapor**, s. 229.

nitelikli hali olarak düzenlenmemiştir. Bu sebeple gerçek içtima kuralına istisna olarak düzenlenen “bileşik suç” düzenlemesi (TCK 42. Madde) ayrımcılık suçu bakımından uygulama alanı bulamayacaktır. Burada şu konuyu da belirtmek gerekir; ayrımcılık suçu kapsamında kişinin olağan bir ekonomik faaliyette bulunmasının engellenmesi hareketi, suç oluşturan başka bir fiil gerçekleştirilerek işlenmişse bu fiiller ayrımcılık suçunun ögesi ya da ağırlaştırıcı nedeni olmadığı için gerçek içtima kuralına istisna teşkil eden bileşik suç hükmü uygulanmayacaktır. Lakin böyle bir durumda fail örneğin hukuka aykırı bir fiille iş ve çalışma hürriyetini ihlal ederse fikri içtima hükümlerini uygulamak gerekecektir.<sup>227</sup> Aksi takdirde başta belirttiğimiz ilkedan yola çıkarak birden fazla suçun oluştuğu ve her biri için ayrı ayrı ceza verilmesini kabul etmek gerekecektir.<sup>228</sup>

Kişiye karşı ayrımcılık suçunu işlemek kararıyla örneğin farklı farklı zamanlarda besin maddelerini vermeyen kişi hakkında zincirleme suç (TCK 43. Madde) kapsamında tek bir cezadan dolayı hüküm verilecek ve cezasında artırıma gidilecektir.

Ayrımcılık suçu kapsamında gerçekleştirilen hareketler ayrımcılık yanında başka etkiler ve sonuçlar da meydana getirebilir. Ayrımcılık nihayetinde insan onuruna yönelik bir saldırı anlamını da taşımaktadır. Bazı durumlarda ayrımcılık suçu ile birlikte hakaret suçunun da işlenmesi mümkündür. Böyle bir ihtimalde de TCK. 44. Madde hükmünü uygulamak gerekecektir. Fail ayrımcılık suçu oluşturacak fiili ile birlikte hakaret suçunun nitelikli hali olan TCK 125/3-b hükmünü ve bu fiil ile aynı zamanda halkın bir kesimini alenen aşağılamışsa TCK 216/2 Madde hükmünü ihlal etmiş olabilir. Bu durumda yine TCK 44. Madde bağlamında fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerekecektir.

Fail aynı gruptan olan birden çok kişiye karşı tek bir fiille ayrımcılık suçunu işlemiş olabilir. Bu durumda da aynı neviden fikri içtimayı düzenleyen TCK 43. Madde hükmü uyarınca hareket etmek gerekecek zincirleme suçta olduğu gibi faille tek bir ceza verilecektir.

<sup>227</sup> Caner Yenidünya, **5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Ayrımcılık suçu**, s. 113.

<sup>228</sup> Necati Meran, **Kişilere Karşı Suçlar**, s. 561.

Özellikle tartışılması gereken nokta şudur. Failin bir mağdura karşı farklı zamanlarda birden fazla kez aynı suçu oluşturacak fiili işlemesi durumunda zincirleme suç vardır. Yine failin tek bir fiille birden fazla kişiye karşı aynı suçu işlemesi durumunda aynı neviden fikri içtima vardır ve zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır. Peki failin örneğin belli bir dinden olan kimselere hiçbir zaman gıda maddesini satmaması durumunda ne olacaktır?

Kanaatimizce farklı farklı kişilere karşı farklı zamanlarda aynı suçu oluşturacak fiilin gerçekleştirilmesi halinde TCK 43. Madde bağlamında zincirleme suç hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. TCK 43. Maddenin getirdiği “mağduru belli bir kişi olmayan” suçlarda da zincirleme suçun oluşacağı yönündeki istisna kanaatimizce burada uygulanamaz. Çünkü bu istisna ile kastedilen toplumu oluşturan herkesin mağdur olduğu, mağduru belirli bir kişi olmayan rüşvet, çevrenin kasten kirletilmesi, imar kirliliğine neden olma, parada sahtecilik, kıymetli damgada sahtecilik gibi suçlardır.<sup>229</sup> Oysa ayrımcılık suçu kişinin belli bir gruba mensup olmasından dolayı işlenirse de belirli bir mağdura karşı işlenmektedir.

## 9. Yaptırım ve Usul Hükümleri

Türk Ceza Kanunu'nun ayrımcılık suçunu düzenleyen 122. Maddesinin son fıkrası gereğince suçun yaptırımı altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasıdır. Madde adli para cezasını hapis cezası yanında seçenek olarak düzenlemektedir. Bu durumda hakime hapis cezası ya da adli para cezasından birine hükmetmek konusunda takdir yetkisi tanınmıştır.

Mahkeme yapılan yargılama neticesinde suçu sabit görmüşse ilk aşamada hapis cezasına mı yoksa adli para cezasına mı hükmedeceğine karar verecektir. Bu tercihin yapılmasında en başta suçlunun kişiliği dikkate alınacaktır.<sup>230</sup> Bu hususta hakim TCK'nın 61 ve 62. Maddelerini göz önüne alarak bir bireyselleştirmeye gidecektir.

<sup>229</sup> Aynı yönde görüş için bkz. İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 501.

<sup>230</sup> İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 733.

Mahkeme hapis cezası yerine adli para cezasına hükmetmeyi tercih etmişse ikinci aşamada adli para cezasının hesaplanmasında esas alınacak gün miktarı belirlenecektir. Bu hesaplamada yine TCK 61. Madde hükümlerine göre yapılacaktır.

Adli para cezasının sınırı 5560 sayılı yasanın yürürlüğe girmesinden önce 5 gün olarak belirlenmişti. 5560 sayılı yasa ile TCK 61. Maddeye 9. Fıkra olarak şu ibare eklenmiştir.

*“Adli para cezasının seçimlik ceza olarak öngörüldüğü suçlarda bu cezaya ilişkin gün biriminin alt sınırı, o suç tanımındaki hapis cezasının alt sınırından az; üst sınırı da, hapis cezasının üst sınırından fazla olamaz.”*

Buna göre 5560 sayılı yasanın yürürlüğe girdiği 06.12.2006 tarihinden önce işlenen suçlarda alt sınır 5 gün olarak belirlenecekken bu tarihten sonra işlenen suçlarda adli para cezasının alt sınırı hapis cezasının alt sınırı olan altı ay yani yüz seksen gün olarak belirlenecektir.

5378 sayılı yasa ile maddede düzenlenen ayrımcılık sebepleri arasına özürlülük ibaresi de eklenmiştir. Artuç, 5378 sayılı yasanın yürürlüğe girmesinden önce özürlülük sebebiyle yapılan ayrımcılık fiillerinin cezalandırılmayacağı görüşündedir.<sup>231</sup> Biz de bu görüşe katılmaktayız. Ayrımcılık suçunu düzenleyen TCK 122. Madde ayrımcılık sebepleri her ne kadar “ve benzeri sebeplerle” denilmek suretiyle sayılmışsa da daha önce izah ettiğimiz gibi bu sebepler dışındaki sebepleri suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereği bu listeye dahil etmemek gerekir. Zaten aksini düşünmek bir yandan da kanun koyucunun gereksiz bir düzenleme getirdiği sonucuna bizi götürür. Keza 5378 sayılı yasanın yürürlüğe girdiği 01.07.2005 tarihinden önce “özürlülük” ibaresi sebepler arasında sayılmamıştır ne var ki suç tipi düzenlemesinde “ve benzeri sebeplerle” ifadesi yer almaktadır. Ayrımcılık sebepleri sınırlı sayıda değilse 5378 sayılı yasa ile özürlülük ibaresinin yasa metnine eklenmesinin hiçbir manası yoktur. Haliyle kanaatimiz ilgili yasanın yürürlüğe girdiği tarihten önce özürlülüğü nedeniyle birisine karşı maddede sayılan hareketleri gerçekleştirerek ayrımcılık yapanlar hakkında suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereği cezaya hükmolunamayacağı yönündedir.

<sup>231</sup> Mustafa Artuç, **Kişilere Karşı Suçlar**, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2008, s. 1057.

Hapis cezasının sınırı altı ay ila bir yıl arasındadır. Kanun ayrımcılık suçunun yaptırımını olarak öngördüğü hapis cezasını 49. Maddenin ikinci fıkrası uyarınca kısa süreli olarak belirlemiştir. Bu sebeple ayrımcılık suçu nedeniyle hükmolunacak hapis cezası “kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlara” dönüştürülebilir.

Yukarıdaki paragrafta belirtilenler doğrultusunda kişinin ayrımcılık suçu sebebiyle mahkum olduğu kısa süreli hapis cezası TCK 50. Madde uyarınca; suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre; adli para cezasına, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle, tamamen giderilmesine, en az iki yıl süreyle, bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkanı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etmeye, mahkum olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanmaya, ilgili ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınmasına, belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanmaya, mahkum olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle ve gönüllü olmak koşuluyla kamuya yararlı bir işte çalıştırılmaya dönüştürülebilir.

Şu hususu özellikle belirtmek gerekmektedir ki TCK 50. Madde 2. Fıkra uyarınca adli para cezası hapis cezası yanında bir seçenek yaptırım olarak düzenlenmişse mahkeme hapis cezasına hükmettikten sonra bunu kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırım olarak artık adli para cezasına dönüştüremeyecektir. Diğer seçenek yaptırımlara dönüştürmek konusunda ise bir kayıtlama yoktur.

Hakime tanınan takdir yetkisinin kısıtlandığı bir diğer hal tekerrür halidir. TCK 58. Madde 3. Fıkra uyarınca ayrımcılık suçunda tekerrüre düşülmesi durumunda artık adli para cezasına hükmolunamayacaktır. Tekerrür halinde hakim suçluyu hapis cezası ile mahkum etmek zorundadır.<sup>232</sup>

---

<sup>232</sup> İlhan Üzülmez, “5237 Sayılı Yeni TCK’da Suçta Tekerrür ve Özel Tehlikeli Suçlular”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, Yıl 2005, Sayı 4, s. 218.

Hakimin takdir yetkisinin sınırlandırıldığı tekerrür durumunda tartışmalı olan husus zorunlu olarak hapis cezasına hükmedilmesi halinde cezanın kısa süreli seçenek yaptırımlardan adli para cezasına dönüştürülüp dönüştürülemeyeceğidir.

Bazı yazarlar hakime tanınan hapis veya adli para cezalarından birini seçme ihtiyarının tekerrür ihtimalinde mutlak şekilde kaldırılmasından bahisle, mükerrer suçluya verilecek cezanın, kısa süreli hapis cezası da olsa adli para cezasına dönüştürülemeyeceği görüşündedir.<sup>233</sup>

Bazı yazarlar ise; tekerrür ihtimalinde, mahkeme hapis cezasına takdiren değil, kanunen hükmetmek mecburiyetinde olduğundan, mahkum olunan kısa süreli hapis cezası TCK 50. Maddede sayılan seçenek yaptırımlardan adli para cezasına dönüştürülebilir görüşündedir.<sup>234</sup> Biz de bu görüşteki yazarlar ile aynı görüşü aynı gerekçelerle paylaşmaktayız. Zira aksini düşünmek kanunu sanık aleyhine kıyasa yol açacak şekilde yorumlamak anlamına gelir.

Ayrımcılık suçunu düzenleyen TCK 122. Maddenin öngördüğü yaptırım 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanun (CMK) 231. Maddesinde düzenlenen “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması” kararı verilebilecek cezalar sınırı içindedir. Buna göre mahkeme sanık daha önce kasıtlı bir suçtan mahkum olmamış, kişilik özellikleri ile tutum ve davranışlarından yeniden suç işlemeyeceği kanaatine varılmış, mağdurun veya kamunun uğradığı zarar giderilmiş ise mahkum olunan hapis cezası veya adli para cezası hükmünün açıklanmasını geri bırakabilir.

TCK 122. Maddenin öngördüğü hapis cezasının süresi bakımından cezanın ertelenmesi kurumu ayrımcılık suçu için de uygulanabilir. Hemen belirtelim ki mahkeme hapis cezası yerine adli para cezasına hükmetmeyi takdir etmişse adli para cezasının ertelenmesi olanağı bulunmamaktadır.

CMK 231. Madde 7. Fıkra uyarınca açıklanması geri bırakılan hapis cezası ertelenemez. Lakin sanık denetim süresi içinde kasıtlı suç işler veya denetimli serbestlik tedbirlerine aykırı davranır ve hüküm açıklanırsa CMK 231. Madde 11.

---

<sup>233</sup> İlhan Üzülmöz, **5237 Sayılı Yeni TCK’da Suçta Tekerrür ve Özel Tehlikeli Suçlular**, s. 218.

<sup>234</sup> Caner Yenidünya, **5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Ayrımcılık suçu**, s. 114.

Fıkra gereği açıklanan hapis cezası ertelenmek veya seçenek yaptırımlardan birine çevrilmek suretiyle yeniden hüküm ihdas edilebilir.

Ayrımcılık suçunun takibi şikayete bağlı değildir. Adli merciler tarafından resen soruşturulup kovuşturulması gerekir. Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 10. Maddesi gereği ayrımcılık suçunu yargılamakla görevli mahkeme Sulh Ceza Mahkemesi'dir.



## SONUÇ

İnsan diğer canlılardan farklı olarak toplum içerisinde yaşayan, birbiri ile etkileşime geçen ve zamanla bu etkileşiminden dolayı ortak kültür ve değerleri paylaşıp aynılaşan, etkileşim içerisinde olmadığı kimseler ve topluluklar ile de farklılaşan bir canlıdır. Bu farklılaşmalar ayrımcılık kavramını da beraberinde getirmektedir

Ayrımcılık bir devlet ya da toplum içerisindeki bazı kişi ya da kişi gruplarının bunlar dışındakilere tanınan bir takım hak ve ayrıcalıklardan yoksun bırakılmasıdır. Pek çok durumda örneğin din ya da ulus esasına dayanan devletlerde kişi ya da kişi grupları ayrımcılığın mağduru olurlar. Keza toplumsal olarak ulus, din, cinsiyet ya da bir toplumun üyelerini birbirinden ayırmada kullanılan herhangi bir tanımlama yüzünden kişiler ve kişi grupları belli bir kategori ya da tasnife tabi tutulurlar.

Ayrımcı uygulamalarla mücadele ve ayrımcılığa uğrayan ya da uğraması muhtemel risk gruplarının korunması çabalarının İkinci Dünya Savaşı sonrası oluşan yeni Dünya ve Birleşmiş Milletler (BM) sisteminin kurulmasıyla başladığını söyleyebiliriz. BM sistemini kuran ideallerden biri de her türlü ayrımcılığın önüne geçmektir. BM Antlaşması'nın 1/3. Maddesine göre "*insan hakları ve temel hakların herkes için ırk, cinsiyet, dil ya da din farkı gözetmeksizin geliştirilmesi*" örgütün amaçlarından biridir.

Ayrımcılık türleri genellikle iki şekilde tasnif edilmektedir. Bunlar ayrımcılığın gerçekleştiriliş şekline bağlı olarak yapılan tasnif (doğrudan ve dolaylı ayrımcılık) ve ayrımcılığın olumlu ya da olumsuz şekli (pozitif – negatif ayrımcılık) göz önünde bulundurularak yapılan tasniftir.

Doğrudan ayrımcılık ırk, renk, dil, din, özürlülük, cinsiyet, yaş veya benzeri ayrımcılık sebeplerinden ötürü bir kişi ya da grubun tanınan haklardan daha az

yararlandırılması ya da hiç yararlandırılmaması şeklindeki ayrımcı muamelelerle gerçekleşmektedir. Dolaylı ayrımcılık eşit muamelenin de ayrımcı sonuçlar doğurabileceği ve eşitsizlik yaratabileceği gerçekliğinden ileri gelmektedir.

Negatif ayrımcılık ile kastedilen genel manasıyla ayrımcılık yani ayrımcılık denildiğinde zihinde uyananların tamamıdır. Kişilerin ya da kişi gruplarının belli bir özelliğinden kaynaklı olarak onların diğerlerine nazaran olumsuz bir muameleye tabi tutulmaları ya da yok sayılmaları negatif manada ayrımcılıktır. Pozitif ayrımcılık ise iş piyasası, ticaret ve eğitim gibi alanlarda ırk, renk, dil, din, cinsiyet, cinsel eğilim, ulusal köken gibi sebeplerden ötürü dezavantaj yaşayabilecek gruplara yönelik özel önlemleri içeren politikalar olarak karşımıza çıkmaktadır. Kişi, hiçbir farklılığı olmasa da bu farklılıklara sahip çok yakını olan bir başkası “*dolayısıyla*” da ayrımcılığa maruz kalabilir.

Bazı yazarlara göre taciz mahiyetindeki davranışlar da ayrımcılığın bir çeşididir. Her ne kadar Avrupa Konseyi direktiflerinde tacizle ilgili düzenlemeler getirilmişse de taciz kavramını hukukun yasakladığı ve başkaca bir yaptırım öngördüğü bir fiil olması sebebiyle bu çalışmamızda incelemedik.

Bu çalışmamızda ayrımcılık karşıtı ulusal hukuka yer vererek ayrımcılık suçunun perspektifini ulusal bazda biraz daha genişletmek amacıyla çeşitli düzenlemelere yer verdik. 1982 Anayasası bu bağlamda eşitlik ilkesi ile ilgili geçmiş anayasalardan daha teferruatlı bir düzenleme içermektedir. 1982 Anayasası'nın eşitlik ilkesi ile ilgili en temel maddesi “Kanun Önünde Eşitlik” başlıklı 10. Maddesidir.

Anayasa Mahkemesi eşitlik ilkesini mutlak eşitlik olarak algılamamaktadır. Bununla beraber farklı muameleye meşruiyet kazandıran objektif ve makul bir sebep veya amacın olup olmadığı tespit edilmelidir. Bu çalışmamızda ayrıntılı bir biçimde belirttiğimiz gibi yine tekrar etmek gerekirse amacın meşruiyetinin bulunması için objektif ve makul olması ve muamele ile varılmak istenen amaç arasında orantılılık bulunması gerekmektedir. Yoksa farklı muamele Anayasa Mahkemesine göre eşitlik ilkesine aykırılık teşkil eder.

Yine ulusal mevzuatımızda 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu eşitlik ilkesi üzerine kurulmuştur. Özellikle getirilen düzenlemeler kadın erkek eşitliği üzerinedir. MK belli haklardan yararlanmada ve belli yükümlülükleri üstlenmekte kadın ve erkeğe eşit ve müşterek bir düzenlemeler içermektedir.

Mevzuatımızda eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı ile ilgili en ayrıntılı hükümler içeren ve bu konulara kendi alanında en fazla vurgu yapan kanun hiç şüphesiz 4857 sayılı İş Kanunu'dur. İşçiyi ayrımcılığa karşı koruyan hükümler İş Kanunu'nun tümünü kapsar bir şekilde ele alınabilir. Biz bu çalışmamızda işverenin işçiler arasında eşit davranma borcunu ve ayrımcılık yasağını detaylı bir şekilde incelemeyi uygun gördük. 4857 Sayılı İK, "Eşit Davranma İlkesi" başlıklı 5. Maddesi ile iş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamayacağını düzenlemektedir. Benzer bir düzenleme 1475 sayılı Yürürlükten kalkan İş Kanunu'nda bulunmamaktadır. Bu bakımdan 4857 sayılı kanun bir eksikliği gidermiş ve Anayasa'nın 10. Maddesini iş hukukuna uyarlamıştır.

Ulusal mevzuatımız bakımından ayrımcılık karşıtı düzenlemelere TCK hükümleri özelinde de değinilmiştir. Çalışmamızın konusu olan "ayrımcılık suçu" ilk kez 5237 sayılı TCK ile yasal bir düzenleme şeklinde yasal temele kavuşmuştur. Bunun yanında 5237 sayılı TCK'nın "Adalet ve Kanun Önünde Eşitlik" başlıklı 3. Maddesi de özel olarak incelenmiştir. Özellikle bu maddenin ikinci fıkrası konumuz bakımından önem taşımaktadır.

Ulusal ayrımcılık karşıtı mevzuat sonrası anayasa 90. Madde gereği iç hukukun bir parçası olan ve ayrımcılık suçunun yorumlanmasında kayda değer bir etkisi olacak ulusalüstü mevzuat da önemi haizdir. Ayrımcılık ile mücadele ve ayrımcılığın önüne geçilmesi Birleşmiş Milletler sisteminin yazılı kaynaklarının dayanaklarından başlıcasıdır. Örgütün amaçlarını düzenleyen BM Antlaşması'nın 1. Maddesinin 3. Fıkrasına göre "insan hakları ve temel hakların herkes için ırk, cinsiyet, dil ya da din farkı gözetmeksizin geliştirilmesi" Örgüt'ün amaçlarından biridir.

Yine BM hukukunda Evrensel Beyanname'nin hemen başlangıcında (erkekler ile kadınların hak eşitliğine olan inançlarını teyit ettiklerini...) diyerek kadın erkek

eşitliğine vurgu yapılmaktadır. Evrensel Bildirge'nin ilk maddesinde (Tüm insanlar özgür; onur ve haklar bakımından eşit doğar) diyerek eşitlik beyan edilmektedir. Konumuz bağlamında bildirgenin en önemli maddesi 2. Maddedir. Özellikle maddenin ilk fıkrası ayrımcılığı tamamen yasaklaması bakımından önemlidir.

Ayrımcılıkla mücadelenin tarihiyle ırk ayrımcılığıyla mücadelenin tarihi paraleldir. BM sistemi içerisinde ırk ayrımcılığına karşı ulusüstü bir metin oluşturulması ancak 60'lı yıllarda mümkün olabilmıştır. Bu bakımdan ırk ayrımcılığıyla ilgili ilk metin Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin 20 Kasım 1963 tarihli bildirge'dir. Bu bildirgeyi 4 Ocak 1969 tarihinde yürürlüğe giren Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme izlemiştir.

Din veya İnanca Dayalı Her Türlü Hoşgörüsüzlük ve Ayrımcılığın Kaldırılması Bildirgesi din veya inanç ile ilgili hak ve özgürlükleri ilk maddesinde belirttikten sonra ikinci maddesi ile bu sebeplere dayalı ayrımcılığı yasaklamaktadır.

Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nin nihai amacı, kadın - erkek eşitliğini öngören hali hazırdaki uluslararası belgelerde yer alan düzenlemeleri kuvvetlendirmek ve onlardan farklı olarak özel olarak kadınlara karşı devam eden ayrımcılıkla mücadele etmektir.

Ülkemiz açısından bağlayıcılığı olan bölgesel düzeyde Avrupa Konseyi tarafından oluşturulmuş ve ayrımcılık yasağına dair hükümler içeren başlıca insan hakları metni Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olarak bilinen İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Korumaya Dair Sözleşme'dir. AİHS 14. Madde ile ayrımcılığı diğer haklardan ve özgürlüklerden bağımsız bir nosyon olarak düzenlememiştir. Ayrımcılık yasağı sözleşmede yer alan haklar ve özgürlüklerden yararlandırmada ayırım gözetilmemesi esasına dayanmaktadır. 12 no'lu Ek Protokol, AİHS'de düzenlenmeyen, ancak taraf devletlerce kendi iç hukukta tanınmış tüm hakları kapsar şekilde ayrımcılık yasağına yer vermiştir.

Avrupa Konseyi nezdinde aktedilmiş bir diğer metin Avrupa Sosyal Şartı'dır. ASS'nin giriş bölümünde 3. Paragrafta ayrımcılık yasağına önemle vurgu yapılmıştır.

Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı, ASS'yi daha ileriye götürmüş ve daha göz önünde daha işler bir metin haline getirmiştir. Buna sebep olan vasıflarından biri ayrımcılık yasağını ASS'den farklı olarak genel hükümleri içerisinde de düzenlemiş olmasıdır.

Bölgesel düzeyde, Ülkemizin üyelik müzakerelerini yürüttüğü Avrupa Birliği'nin de ayrımcılık karşıtı düzenlemeleri bulunmaktadır. Ayrımcılıkla mücadele ve ayrımcılık yasağı AB hukukunun genel ilkelerinden biridir. Birlik'in kurucu antlaşmalarında bu ilke önemle vurgulanmaktadır. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 21. Maddesi ayrımcılık yasağına ilişkin hükümler içermektedir. Bunun yanında Avrupa Birliği kurumları üye devletleri bağlayan ayrımcılık yasağıyla ilgili pek çok direktif ortaya koymuştur. Bu direktifler bu çalışmamızda tek tek belirtilmiştir.

Son on yılda temel kanunların radikal bir şekilde değiştiği ve yenilendiği söylenebilir. Bu kanunlar zamanla gelişen ihtiyaçlara yönelik güncel hükümler içermekle beraber öncesinde var olmayan yeni düzenlemeler de getirmektedir. Bunlardan birisi de 5237 sayılı Kanun ile ilk kez Ceza Hukukumuzda düzenlemesini bulan ve bu çalışmamızın konusunu oluşturan ayrımcılık suçudur. TCK 122. Maddede yer verilen ayrımcılık suçunun düzenlemesi şu şekildedir.

*Kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, özürlülük, 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.*

Mevzuatımızda yukarıdaki suç tipine benzer bir düzenleme 5237 sayılı TCK öncesi dönemde bulunmamaktadır.

Madde metninde yer alan ve benzeri sebepler ifadesi bir kısım yazarlarca suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı bulunmaktadır. Gerçekten ayrımcılık sebepleri asla sayılmayacak kadar çoktur. Bununla beraber gelişen dünyada sosyal şartlar yeni ayrımcılık sebeplerinin doğmasına sebep olabilir. Böyle olsa da bir ceza normunun özellikle suçun manevi unsuru ile bu denli irtibatlı bir noktada belirsiz bir ifadeye yer vermiş olması kanaatimizce ceza hukukunun genel ilkeleriyle ve çalışmamızda da belirttiğimiz gibi suçta ve cezada kanunilik ilkesiyle ters düşmektedir. Bu bağlamda şunu da belirtmek lazım ki; mukayeseli hukukta 1995 İspanyol Ceza Kanunu'nun 512. Maddesinde, 1965 İsveç Ceza Kanunu'nun "Kamu Düzenine Karşı Suçlar" başlığını taşıyan 16. bölümünün 9. Paragrafında ayrımcılık suçuna benzer bir suç düzenlemesi yapılmıştır. Bu metinlerde TCK 122. Maddeye benzer şekilde "ve benzeri sebepler" gibi bir ifade bulunmamaktadır.

Ayrımcılık suçu ile korunan hukuki değer, madde gerekçesinde de belirtildiği gibi, bireylerin yürürlükteki kanun ve nizamların izin vermediği ayrımlara tabi tutulmaması ve özellikle bir durumu olan bazı kişilerin hukukun sağladığı olanaklardan yoksun hâle getirilmemeleridir. TCK 122. Maddenin koruduğu değer haklar ve özgürlükler perspektifinde düşünmek gerekir. Eşitliği, bireylere tanınmış bir hak olarak da görmek zaruridir. Eşitlik, diğer bir yandan "eşit işlem görme ya da ayrımcılığa tabi tutulmama hakkını" beraberinde getirmektedir.

TCK 122. Madde düzenlemesi ile getirilen ayrımcılık suçunun faili herkes olabilir. Keza madde suçun faili açısından belli bir vasıf öngörmemektedir. Yine maddede a, b ve c bentlerinde belirtilen hareketleri saydıktan sonra bu hareketleri gerçekleştiren "kimse" diyerek suçun failinin herkes olabileceği açıkça belirtilmektedir. Tüzel kişiler için uygulanacak güvenlik tedbirleri, TCK. 60. Maddede düzenlemesini bulmaktadır. Tüzel kişiler için güvenlik tedbirlerinin uygulanabilmesi için anılan suç tipini düzenleyen maddede ayrıca bu hususun da düzenlenmesi gerekmektedir. TCK 122. Maddede tüzel kişiler aleyhine güvenlik tedbirlerine hükmolunacağına dair bir hüküm bulunmamaktadır. Bu bakımdan bu suçtan menfaat elde eden tüzel kişilere karşı güvenlik tedbirleri uygulanamayacaktır. Kanaatimizce çalışmamızda da belirttiğimiz gibi bu bir eksikliklerdir.

TCK 122. Madde bir takım ayrımcılık sebeplerini saymıştır. Bu yüzden suçun mağduru maddede sayılan dil, ırk, renk, cinsiyet, özürlülük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep şeklinde belirtilen özellikli duruma sahip herkes olabilir.

TCK 122. Maddeye göre ayrımcılık suçu; kişinin, kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, özürlülük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak; bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya bir hizmetin icrasını veya hizmetten yararlanılmasını engellemek veya kişinin işe alınmasını veya alınmamasını yukarıda sayılan hallerden birine bağlamak, besin maddelerini vermemek veya kamuya arz edilmiş bir hizmeti yapmayı reddetmek, kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engellemek suretiyle olur. Suç tipi düzenlemesinde belirtilen hareketlerin yine maddede sayılmış sebeplerle ayırım yapmak saikiyle gerçekleştirilmesi ile suç işlenebilir.

TCK 122. Madde bağlamında her somut olayın gerçekleşme şekline bakarak çalışmamızda yer verilen hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı ayrıca araştırılmalıdır. Teorik olarak Ceza Kanunumuzda belirtilen hukuka uygunluk nedenleri ve hukuk düzeninin tamamından çıkarılacak başkaca hukuka uygunluk nedenleri ayrımcılık suçunu düzenleyen TCK 122. Madde bağlamında hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldırabilirler.

Kişinin TCK 122. Madde bağlamında ayrımcılık suçundan dolayı cezalandırılabilmesi için kastının bulunması zorunludur. Ayrımcılık suçunun işlenebilmesi manevi unsur olarak kastın bir türü olarak özel kastın varlığıyla mümkündür. Bu da madde metninde belirtilen ayrımcılık sebeplerine yönelik ayrımcılık saikiyle hareket edilmesi gerektiği anlamına gelir. Ayrımcılık suçunun taksirle işlenebileceğine dair özel bir düzenleme mevcut değildir. Bu sebeple ayrımcılık suçu taksirle işlenemez.

Bu çalışmamızda ayrıntılı bir şekilde anlattığımız gibi; TCK 122. Madde düzenlemesindeki ayrımcılık suçu neticesi harekete bitişik bir suçtur. Haliyle ayrımcılık suçu TCK 122. Maddede belirtilen hareketlerin gerçekleştirilmesiyle tamamlanır. Ancak neticesi harekete bitişik suçlarda icra hareketleri kısımlara ayrılabilirse suçun teşebbüs aşamasında kalması mümkündür. Ancak ihmalî

nitelikte işlenen TCK 122. Maddenin ilk fıkrasının (b) bendinde düzenlenmiş “besin maddelerini vermemek veya kamuya arz edilmiş bir hizmeti yapmayı reddetmek” hareketleri bakımından teşebbüs söz konusu olamaz.

TCK 122. Maddede düzenlenen ayrımcılık suçu birden çok kişi ile işlenebileceği gibi fail bu suçu tek başına da işleyebilir. Birden çok kişi tarafından işlenmesi durumunda suçun işlenişine katılmış olanlar, fiilin oluşumuna illi değeri oranında yaptıkları katkı nispetinde sorumlu olur ve cezalandırılırlar. Bu katkıyı yapanlar fail veya şerik olabilirler. Yani ayrımcılık suçuna iştirak edilmesi mümkündür. Ayrımcılık suçu iştirak bakımından herhangi bir özellik ve istisnai durum arz etmemektedir.

Yine suçun özel görünüş biçimi olması bakımından suçların içtimaı hususunda da ayrımcılık suçu, bir istisnai durum arz etmemektedir. Suçların içtimaı bakımından ortaya çıkabilecek ihtimaller bu çalışmamızda ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır.

Türk Ceza Kanunu'nun ayrımcılık suçunu düzenleyen 122. Maddesinin son fıkrası gereğince suçun yaptırımı altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasıdır. Madde adli para cezasını hapis cezası yanında seçenek olarak düzenlemektedir. Bu durumda hakime hapis cezası ya da adli para cezasından birine hükmetmek konusunda takdir yetkisi tanınmıştır. Ayrımcılık suçu nedeniyle hükmolunacak hapis cezası şartları varsa “kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlara” dönüştürülebilir. TCK 122. Maddenin öngördüğü hapis cezasının süresi bakımından verilecek cezanın, şartları varsa ertelenmesi de mümkündür. Ayrımcılık suçunun takibi şikayete bağlı değildir. Ayrımcılık suçunu yargılamakla görevli mahkeme Sulh Ceza Mahkemesi'dir



## KAYNAKÇA

ABD BAŞKANLIK KARARNAMESİ No: 10925 - Eşit İş Fırsatı Komitesi Kurulması.

<http://www.eeoc.gov/eeoc/history/35th/thelaw/eo-10925.html> (erişim tarihi 05 Şubat 2010)

ABD BAŞKANLIK KARARNAMESİ, No: 11246 - Eşit İş Fırsatı, ABD Ulusal Arşiv ve Kayıt İdaresi.

<http://www.archives.gov/federal-register/codification/executive-order/11246.html>

(erişim tarihi 05 Şubat 2010)

AKAD Mehmet, DİNÇKOL Abdullah, **Gerekçeli İçtihatlı 1982 Anayasası Madde Gerekçeleri ve Maddelerle İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları**, İstanbul, Alkım Yayınevi, 1998.

AKILLIOĞLU Tekin, **İnsan Haklarının Korunması Alanında Uluslararası Temel Belgeler**, 3. B., Ankara, Bilgi Yayınevi ve S.B.F. İnsan Hakları Merkezi, 1995.

ALTUN Muammer, **Ayrımcılık suçu**, İzmir, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010.

ANAYASA MAHKEMESİ, 22.05.1987 Tarih 1986/17 E, 1987/11 K sayılı kararı, **AYMKD**, S: 23, s. 227.

ARTUÇ Mustafa, **Kişilere Karşı Suçlar**, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2008.

ARTUK Mehmet Emin, GÖKÇEN Ahmet, YENİDÜNYA Caner, **5237 Sayılı Yeni TCK'ya Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Genel Hükümler I**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, 2006.

ARTUK Mehmet Emin, GÖKÇEN Ahmet, YENİDÜNYA Caner, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2009.

ATAMAN Hakan, **Ayrımcılığa Karşı Uluslararası İnsan Hakları Mevzuatı**, Ankara, İnsan Hakları Gündemi Derneği, 2007.

ATAÖV Türkkaya, **Çatışmaların Kaynağı Olarak Ayrımcılık**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi Yayınları No:20, Ankara, Zirve Ofset, 1996.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ, **Gaygusuz Avusturya'ya karşı Davası**, Başvuru No: 17371/90, 16 Eylül 1996 tarihli karar.

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=gaygusuz&sessionid=99580040&skin=hudoc-en> (erişim tarihi 14 Mart 2011)

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ, **Timishev Rusya'ya karşı Davası**, Başvuru No: 55762/00, 13 Aralık 2005 tarihli karar.

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=timishev&sessionid=99580666&skin=hudoc-en> (erişim tarihi 14 Mart 2011)

AVRUPA KONSEYİ İRKÇILIĞA VE HOŞGÖRÜSÜZLÜĞE KARŞI AVRUPA KOMİSYONU, **Genel Politika Tavsiyesi 7**, Strazburg, 2003.

AVRUPA KONSEYİ ULUSAL AZINLIKLARIN KORUNMASI İÇİN ÇERÇEVE SÖZLEŞME SEKRETERYASI; **Ulusal Azınlıkların Korunması İçin Çerçeve Sözleşme Broşürü**, Strazburg, Avrupa Konseyi Yayınları.

AVRUPA KONSEYİ, **İrk ve Etnik Kökenine Bakılmaksızın Kişilere Eşit Muamele Edilmesi İlkesinin Uygulanmasına Dair Direktif**, 29.06.2000 tarih

ve2000/43/EC sayı; Avrupa Konseyi, **İstihdam ve Meslekte Eşit Muameleye Dair Direktif**, 27.11.200 tarih ve 2000/78/EC sayı.

AVRUPA KONSEYİ, **Legislation to Counter Discrimination Against Persons with Disabilities**, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2003.

AVRUPA SOSYAL HAKLAR KOMİTESİ, **Conclusions**, XVI-1, Vol. 2 (Türkiye), 01.01.2002. <http://hudoc.esc.coe.int/esc2008/query.asp?language=en> (erişim tarihi: 02.11.2009)

AVRUPA TOPLULUKLARI ADALET DİVANI, **S. Coleman Attridge Law ve Steve Law'a karşı kararı**, Başvuru No: C-303/06.

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=coleman%2Battridge&docid=67793&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1094305#ctx1> (erişim tarihi 17 Nisan 2012)

AYDIN Devrim, “Suça Teşebbüs”, **AÜHFD**, C: 55, S:1, 2006.

BATUM Süheyl, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemi Etkileri**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Basımevi, 1993.

BAYRAKTAR Köksal, **Suç İşlemeğe Tahrik Cürmü**, İstanbul, İÜHF Yayını, 1977.

BİLGİLİ Abbas, **İş Hukuku Açısından İşyerinde Cinsel Taciz**, Adana, Karahan, 2010.

BİNİCİ Hüsamettin, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 9’uncu Maddesi (Düşünce, Vicdan Ve Din Özgürlüğü)” Ankara, TC Adalet Bakanlığı, “**Adalet Dergisi**”, S:20, 2004.

BİRLEŞİK TAŞIMACILIK ÇALIŞANLARI SENDİKASI – İstanbul 1 No’lu Şube, **Ayrımcılık ve Keyfi Muamele Raporu**, 2010.

<http://kentvedemiryolu.com/icerik.php?id=733> (erişim 27 Nisan 2011)

BROWNLIE Ian, **Basic Documents on Human Rights**, Oxford, Clarendon Press, 1981.

CASHMORE Ernest Ellis, **Dictionary of Race and Ethnic Relations**, Londra, Routledge, 1988.

COOK Rebacca, **Reservations to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women**, Va. J. Int'l Law, Vol.30, 1990.

COOK Rebecca J., **“Women’s International Human Rights Law: The Way Forward”**, **Human Rights of Women National and International Perspectives**, Rebecca J. Cook (ed.), University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1994.

ÇAKAR Müjdat, **1982 Anayasası ve Önceki Anayasalar**, İstanbul, 1994.

ÇELİK Nuri, **İş Hukuku Dersleri**, 18. Baskı, İstanbul 2005.

ÇELİKEL Aysel – GELGEL Günseli (Öztekin), **Yabancılar Hukuku**, İstanbul, Beta, 12.Baskı, 2005.

ÇETİNKAYA M. Buhari, “İnanç Özgürlüğü Karşısında Devletlerin Pozitif Yükümlülükleri”, İstanbul, **İdeal Hukuk Dergisi**, S: 9, 2011.

ÇUKUR Cengiz, **Türk Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukukta İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)**, Ankara, Uzmanlık Tezi, TBMM. 2009.

DARAGENLİ Vesile Sonay, **Tehlike Suçları**, Sahir Erman'a Armağan, İstanbul, 1999.

DEMİRTAŞ N. Sebla – VURUCU Cüneyt Gülabi, “Ceza Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşyerinde Cinsel Taciz”, Ankara, TC Adalet Bakanlığı, **Adalet Dergisi**, S:38.

DONAY Süheyl, KAŞIKÇI Mahmut, **Açıklamalı-Karşılaştırmalı-Gerekçeli 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ve Yürürlük Kanunu**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2004.

DÖNMEZER Sulhi, ERMAN Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Cilt 1, 12. Baskı, İstanbul, Beta, 1994.

DÖNMEZER Sulhi, ERMAN Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Cilt 2, 10. Baskı, İstanbul, Beta, 1994.

EREM Faruk, DANIŞMAN Ahmet, ARTUK Mehmet Emin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Ankara Seçkin Yayıncılık, 1997.

EYRENCİ Öner – TAŞKENT Savaş – ULUCAN Devrim, **Bireysel İş Hukuku**, İstanbul, Legal, 2006.

FEGIN Joe R., **Racial and Ethnic Relations**, 2.B. 1984, Prentice-Hall.

GEMALMAZ M. Semih, “Kadınlara Karşı Her Biçimiyle Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi: Çekinceler Sorunu Işığında Haklar Analizi”, **İÜHFMC** C. LXIX, S: 1 – 2.

GEMALMAZ M. Semih, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 7. Baskı, 2010.

GEMALMAZ Mehmet Semih, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda ve Türk Hukukunda Olganüstü Rejim Standartları**, 2. B. İstanbul, Beta, 1994.

GIDDENS Anthony, DUNEIER Mitchell, APPELBAUM Richard P., CARR Deborah, **Introduction to Sociology**. 7. Baskı, New York, W. W. Norton & Company, 2009.

GLOSBE, **Latince Türkçe Sözlük**.

<http://tr.glosbe.com/tr/la/ayr%C4%B1mc%C4%B1l%C4%B1k> (Erişim 17.09.2010)

GÖREN Zafer, **Türk-Alman İsviçre Hukukuna Göre Farklı Cinslerin Eşit Haklara Sahip Olması**, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi, No.83, 1998.

GÖZE Ayferi, **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**, İstanbul, 7. B, 1995.

GÜL İdil Işıl – KARAN Ulaş, **Ayrımcılık Yasağı Eğitim Rehberi**, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2011.

GÜL İdil Işıl – KARAN Ulaş, **Ayrımcılık Yasağı Kavram – Hukuk – İzleme – Belgeleme**, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2011.

GÜL İdil Işıl, **Fiziksel Engellilerin Uluslararası Hukukta Korunması ve Uluslararası Standartların İç Hukuka Yansıması**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006.

GÜLMEZ Mesut, “İnsan Hakları ve Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılığın Kaldırılması ve Türkiye”, Ankara, **Belediye İş Sendikası**, 2009.

GÜNDEL Ahmet, **Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması**, Ankara, 2009.

IRK AYRIMCILIĞININ ORTADAN KALDIRILMASI KOMİTESİ, **Genel Tavsiye 32: Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Uluslararası Sözleşmesi’nde Yer Alan Özel Önlemlerin Anlamı ve Kapsamı**, 75. oturum, Ağustos 2009.

İÇEL Kayıhan, AKINCI Füsün Sokullu, ÖZGENÇ İzzet, SÖZÜER Adem, MAHMUTOĞLU Fatih Selami, ÜNVER Yener, **Suç Teorisi, Suç Kavramına İlişkin Genel Bilgiler, Suçun Yapısal Unsurları, Suçun Özel Görünüş Biçimleri**, İstanbul, Beta, 3. Baskı, 2004.

İNCEOĞLU Sibel, **"Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı Çerçevesinde Af, Şartla Salıverme, Dava ve Cezaların Ertelenmesi"**, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi'nin 39. Kurulus Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, 25 - 26 Nisan 2001, C.18, 2001.

İNCEOĞLU Sibel, “Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı”, **Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi**, C. 4 S. 11, 2006.

İNSAN HAKLARI ORTAK PLATFORMU, **İrk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi**, İstanbul, İHOP, 2008.

[http://www.ihop.org.tr/index.php?option=com\\_content&task=view&id=125](http://www.ihop.org.tr/index.php?option=com_content&task=view&id=125) (erişim tarihi 3 Mayıs 2011)

İNSAN HAKLARI VE MAZLUMLAR İÇİN DAYANIŞMA DERNEĞİ, **Türkiye’de Etnik Ayrımcılık Raporu**, Ankara, Mazlumder, 2008.

JOSEPH JR. Alvin M., **Red Power: The American Indians' Fight for Freedom**, New York, American Heritage Press, 1971.

KABOĞLU İbrahim Ö., **Özgürlükler Hukuku**, Ankara, İmge, 2002.

KARAN Ulaş, **Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Türk Ceza Kanunu’nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği**, Ankara, TBB Dergisi, S: 73, 2007.

KESER Hakan, “4857 Sayılı İş Kanunu’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.

KOCA Mahmut, “YTCK’da Hukuka Uygunluk Sebepleri”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl 1, Sayı 1, 2006.

KOCA Mahmut, ÜZÜLMEZ İlhan, “Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdurun Korunması ve Mağdura Tanınan Haklar”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, Yıl 2006, Sayı 7.

KOCA Mahmut, ÜZÜLMEZ İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

KORKUSUSZ Refik, **Uluslararası Belgelerde ve Türk Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlükler**, İstanbul, Özrenk Matbaacılık, 1. Bası, 1998.

KORKUT Levent, **Ayrımcılık Karşıtı Hukuk**, İnsan Hakları Gündemi Derneği Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2009.

MAHMUTOĞLU Fatih Selami, “Kusurluluk Prensibi Açısından Azmettirenin Ceza Sorumluluğu”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C: LXIII, 2005/1-2.

MALKOÇ İsmail, **Yeni Türk Ceza Kanunu (Madde 1-178)**, C: 1, Ankara, Malkoç Kitapevi, 2008.

MERAN Necati, **Kişilere Karşı Suçlar**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2005.

OĞUZMAN Kemal – ÖZ Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 3. Baskı, 2000.

ÖNDER Ayhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 2, İstanbul, Beta, 1992.

ÖZBEK Veli Özer, **TCK İzmir Şerhi Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı**, 1. Cilt, 3. Baskı, İstanbul, Seçkin Yayınevi, 2006.

ÖZBUDUN Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, 7 Baskı, Ankara, Yetkin Basımevi, 2002.

ÖZGENÇ İzzet, **Suçta İştirakın Hukuki Esası ve Faillik**, İstanbul, 1996.

ÖZGENÇ İzzet, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 3.Baskı, 2006.



ÖZGENÇ İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 5. Bası, Ankara, Seçkin Kitabevi, 2010, s. 193.

ÖZMEN Remzi, **Notlu – Gerekeçeli – Karşılaştırmalı 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2004.

PAPADEMETRIOU Theresa, “International Protection of Women’s Rights”, **Revue Hellenique de Droit International**, No.1, 1996.

PARLAR Ali, HATİPOĞLU Muzaffer, **5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu**, C:2, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008.

RUBIN Mark – HEWSTONE Miles, **Social Identity, system justification and social dominance**, Political Sociology, Yıl: 25 S: 6, 2004.

SILVA Eduardo Bonilla, **Racism Without Racists: Color-Blind Racism and the Persistence of Racial Inequality in the United States**, New York, Rowman & Littlefield, 2006.

SOSYAL Tamer, **Uluslararası Sözleşmeler Işığında 4857 Sayılı İş Kanununda Kadın İşçiyi Koruyan Hükümler**, Ankara, Kamu – İş Dergisi, C:8, S:4, 2006.

SÖZÜER Adem, **Suçta Teşebbüs**, İstanbul, Kazancı Yayınları, 1994.

SUR Melda, **İş Hukukunun Uluslararası Kaynakları – Avrupa Konseyi Çerçevesinde Kabul Edilen Belgeler**, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1996.

SÜZEK Sarper, **İş Hukuku (Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku)**, İstanbul, Beta 2. Baskı, 2005.

ŞEN Ersan, **Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu**, Cilt:1, (Madde 1-Madde 140), İstanbul, Vedat Yayınevi, 2006.

T.C. AİLE VE SOSYAL POLİTİKALAR BAKANLIĞI – Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, Uluslararası Kuruluşlar – Birleşmiş Milletler, Ankara.

<http://www.kadininstatusu.gov.tr/tr/html/165/Birlesmis+Milletler> (Erişim tarihi 14.11.2011)

TANÖR Bülent – YÜZBAŞIOĞLU Necmi, **Türk Anayasa Hukuku**, İstanbul, Yapı Kredi, 2001.

TANÖR Bülent, **Osmanlı–Türk Anayasal Gelişmeleri**, İstanbul, Der, 2. B, 1995.

TBMM ADALET KOMİSYONU, **Türk Ceza Kanunu Tasarısına ilişkin 1/593 E, 60 K sayılı, 03.08.2004 tarihli Rapor.**

TEZCAN Durmuş – ERDEM Ruhan Mustafa – SANCAKTAR Oğuz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2004.

TEZİÇ Erdoğan, **Türkiye'de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1972.

TOROSLU Nevzat, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Ankara, Savaş Yayınları, 2005.

TUNÇOMAĞ Kenan – CENTEL Tankut, **İş Hukukunun Esasları**, İstanbul, Beta, 3. Bası.

TÜRK DİL KURUMU, **Kent Bilim Terimleri Sözlüğü**. <http://tdkterim.gov.tr/bts/>

TÜRK DİL KURUMU, **Türkçe Sözlük**, 10. Baskı, TDK Yayınları, Ankara, 2005.

ULUSAN İlhan, “Türk Medeni Kanunu'nun Dünü Bugünü”, İstanbul, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Aralık Sayısı, 2002.

ÜNVER Yener, **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, 1. Bası, Ankara, Seçkin Kitabevi, 2003.

ÜZÜLMEZ İlhan, “5237 Sayılı Yeni TCK’da Suçta Tekerrür ve Özel Tehlikeli Suçlular”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, Yıl 2005, Sayı 4.

WIRTH Louis, **The Problem of Minority Groups**, , The Science of Man in the World Crisis. New York, Columbia University Press, 1945.

YARSUVAT Duygun, **Türk Ceza Kanununun Temel ilkeleri**", **Türk Ceza Kanununun 2 Yılı, Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar**, İstanbul, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayını, 2008.

YAVAŞI Mahmut, **Avrupa Birliği'nde Cinsiyete Dayalı Ayrımcılığın Engellenmesi**, Ankara, TÜHİS, C: 17, S: 6, 2002.

YAVUZ Cevdet, **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**, İstanbul, Beta Yayınevi, 3. Baskı, 2004.

YENİDÜNYA Ahmet Caner, **5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Ayrımcılık suçu**, Ankara, Çalışma ve Toplum-Birleşik Metal İş Ekonomi ve Hukuk Dergisi S:4, 2006.

YENİSEY Kübra Doğan, “İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, **Çalışma ve Toplum**, S:4, 2006.

YENİSEY 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.

YÜKSEL Melek Onaran, **Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın – Erkek Eşitliği**, İstanbul, Beta, 2000.

## ÖZGEÇMİŞ

Muhammed Buhari Çetinkaya, 12 Ağustos 1984 tarihinde İstanbul Eminönü'nde dünyaya geldi. İlk öğrenimini memleketi Muğla'da tamamlayan Çetinkaya, orta ve lise öğrenimini yatılı olarak Nazilli (Aydın) Fatih Sultan Kolej'de tamamladı.

2002 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde lisans eğitimine başladı. 2007 yılında lisans eğitimini aynı üniversitede tamamlayıp avukatlık stajına başladı. 2008 yılında avukatlık stajını tamamlayan Çetinkaya aynı yıl Galatasaray Üniversitesi'nde Kamu Hukuku Yüksek Lisans eğitimine başladı.

Üç yıl kadar avukatlık mesleğini ifa ettikten sonra Fatih Sultan Mehmet Üniversitesi'nde Ceza Hukuku alanında akademik yaşantısına başladı. Halen aynı Üniversite'de araştırma görevlisi olarak akademik hayatını sürdürmektedir.

## TEZ ONAY SAYFASI

**Üniversite** : T.C. Galatasaray Üniversitesi  
**Enstitü** : Sosyal Bilimler Enstitüsü  
**Adı Soyadı** : Muhammed Buhari Çetinkaya  
**Tez Başlığı** : Türk Hukukunda Ayrımcılık Suçu (TCK 122. Madde)  
Delit de la discrimination en droit turc (Art. 122 de CPT)  
**Savunma Tarihi** : 23.05.2013  
**Danışmanı** : Doç. Dr. Ümit Kocasakal

## JÜRİ ÜYELERİ

**Unvanı, Adı, Soyadı**

**İmza**

**Doç. Dr. Ümit Kocasakal**

**Prof. Dr. Serap Keskin Kızıroğlu**

**Doç. Dr. Vesile Sonay Evik**



**Enstitü Müdürü**

**Prof. Dr. Sibel Yamak**

