

TÜRK HUKUKUNDA AYRIMCILIK YASAĞI VE TÜRK CEZA KANUNU'NUN 122. MADDESİNİN UYGULANABİLİRLİĞİ

Ulaş KARAN *

I. GİRİŞ

Türk hukukunda son yıllarda inanılmaz bir hızda değişim yaşanıyor ve temel kanunlar birbiri ardına yeniden yazılıyor. Yeni kanunlar arasında özellikle 2004 yılında kabul edilen ve 2005 yılında yürürlüğe giren Türk Ceza Kanunu (TCK) teorik olduğu kadar uygulamada da eleştirilerle karşılaştı. Bu süreçte bazı konular eski düzenlemelere benzer biçimde yeni kanunda da yer alırken daha önce ceza hukukunda yer almayan bazı suçlar da TCK'da kendine yer buldu. Bunlar arasında bugüne kadar ülkemizde öğretide üzerinde durulmayan ve ceza hukuku bakımından bir kaç yazar dışında inceleme konusu olmayan 122. maddede yer alan ayrımcılık suçu da bulunuyor.

122. madde ile, mukayeseli hukukta uzun yıllardır akademik ve uygulamaya yönelik çalışmaların konusu olan ayrımcılık yasağı, her ne kadar daha önce farklı hukuk dallarında Türk hukukuna girmiş olsa da ilk kez ceza hukukunun bir parçası haline gelmiştir. Bununla birlikte düzenleme üzerinde bir kafa karışıklığı söz konusudur ve 122. maddenin nasıl uygulanacağı henüz belirsizdir. Bu durumu desteklemek noktasında Yargıtay'ın bu madde ile ilgili ortaya çıkmış herhangi bir içtihadına rastlanmadığı belirtilebilir. Ancak Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü özel ve genel ceza kanunlarında yer alan bazı maddelerle ilgili özellikle istatistik toplamaktadır ve oluşturulan formlardan biri de "ADİS FORM: 37" adıyla TCK'nın 122. maddesini de içermektedir. Bu formda mağdur sayıları, kovuş-

* İstanbul Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi uzmanı

turmaya yer olmadığına, görevsizlik, yetkisizlik, birleştirme, kamu davasının ertelenmesi ve kamu davası açılmasına dair kararlara ilişkin bilgiler yer almakta ve yıllık olarak sayılar derlenmektedir. 2008 yılı başında bu suçla ilgili ortaya çıkacak istatistiklerle oldukça önemli bir konu olan ayrımcılık yasağı ile ilgili 122. madde uygulaması konusunda bazı bilgiler edinilmiş olacaktır.

Çalışmanın amacı geçmişten bugüne insan hakları hukukunun bir konusu olarak kabul edilen ve zamanla, iş hukuku ve sosyal güvenlik hukuku vs. gibi alanlarda diğer hukuk dallarının da bir parçası haline gelen ayrımcılık yasağı ile ilgili TCK'nın 122. maddesini insan hakları hukuku bağlamında ve uygulanabilirlik açısından değerlendirmektir.

II. GENEL OLARAK AYRIMCILIK YASAĞI

Türkiye ayrımcılık yasağını farklı konular bağlamında düzenleyen uluslararası insan hakları sözleşmelerinin büyük çoğunluğunu imzalamış ve usulüne uygun bir şekilde onaylamıştır. Bu sebeple taraf olunan uluslararası sözleşmeler iç hukukun bir parçası haline gelmiştir. Anayasa'nın 90. maddesinde 2004 yılında 5170 sayılı yasa ile yapılan değişiklik sonrası maddenin son fıkrasına şu cümle eklenmiştir: *"...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."*¹ Bu değişiklik sayesinde bir uyuşmazlığın yargı organı önüne geldiği durumlarda Türkiye'de yürürlükte olan yasal mevzuat içerisinde doğrudan veya dolaylı ayrımcılık içeren hükümlerin yerine, bunları yasaklayan uluslararası insan hakları sözleşmelerinin uygulanmasının yolu açılmıştır. Gerek idare gerekse yargı organları, insan hakları konulu uluslararası sözleşmelerle iç hukuktaki bir yasal düzenlemenin çatıştığı durumlarda doğrudan uluslararası sözleşme hükmünü uygulamak zorundadır. Ayrımcılık yasağını içeren maddeler uluslararası hukuk tarafından *"doğrudan uygulanabilirlik"* kriteri taşıdığı kabul edilen düzenlemelerdir ve taraf devletler tarafından derhal uygulanmaları gerekmektedir. Ayrımcılığı yasaklayan uluslararası andlaşmaları usulüne uygun bir şekilde onaylayarak iç hukukuna aktaran

¹ 5170 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun için bkz., 22.05.2004 tarih ve 25469 sayılı Resmi Gazete.

Türkiye'nin Anayasa'nın 90. maddesi gereği uluslararası insan hakları standartlarını hayata geçirmesi gerekmektedir. 90. madde düzenlemesinin bir başka anlamı da taraf olunan uluslararası andlaşmalar gereği kurulan denetim organlarının kararlarının da taraf devletler için iyniyetle yerine getirilmesi gereken kurallar olmasıdır. Uluslararası insan hakları koruma mekanizmalarının yargısal ve yarı-yargısal nitelikteki kararları iç hukukta ayrımcılık yasağı bağlamında yapılacak değerenlendirmelerde yol gösterici niteliktedir. Bu anlamda çalışmada bazı denetim organların ayrımcılık yasağına yönelik yaklaşımları, uyguladığı kriterler ve oluşturduğu standartlara da kısaca değinilecektir.

Ayrımcılık yasağı, yasa önünde eşitlik, yasalarca eşit derecede korunma gibi ilkeleri içinde bulunduran temel bir prensip olarak kabul edilmektedir.² Ayrımcılığın uluslararası sözleşmelerde doğrudan bir tanımı yapılmamış ancak birçok sözleşmede farklı bağlamlarda da olsa kendine yer bulmuştur. Bunlar arasında, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 2. maddesi, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin 2. maddesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. maddesi, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1. maddesi ve Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı'nın 2. maddesi özellikle belirtilebilir.³ Bu ve diğer sözleşmelerde taraf devletler, kendi ülkelerinde yaşayan ve yetkisi altında bulunan bütün bireylere ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka fikir, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum vb. statüler bakımından hiçbir ayırım gözetmeksizin ilgili sözleşmelerde tanınan hakları sağlamak ve bu haklara saygı göstermekle yükümlü tutulmuştur. Bu sözleşmelerde ayrımcılık yasağının kapsamında bazı farklılıklar olmasına karşın,⁴ maddelerin ortak özelliği ilgili sözleşmelerde yer alan haklar konusunda ayrımcılığı yasaklamış olmalarıdır. Ayrıca ayrımcılığı yasaklayan söz konusu maddeler genellikle kendi başlarına değil, sözleşmelerde yer alan diğer haklarla birlikte gündeme gelmektedir.

² Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, 18 No'lu Genel Yorum, paragraf 1, Genel Yorum'un Türkçe çevirisi için bkz., Lema Uyar (derleyen ve çeviren), *Birleşmiş Milletler'de İnsan Hakları Yorumları: İnsan Hakları Komitesi ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi 1981-2006*, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006, s. 40-44.

³ Nihal Jayawickrama, *The Judicial Application of Human Rights Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, s. 175.

⁴ Örneğin, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1. maddesi "ekonomik statü" ifadesine yer vermektedir.

Ayrımcılık yasağı ile ilgili olarak, hem bir hak, hem de insan hak ve özgürlüklerinden yararlanılmasına yönelik, temel bir ilke denilebilir. Çalışmanın konusu açısından, Türkiye'nin de taraf olması sebebiyle Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin yaklaşımı üzerinde özellikle durulacaktır. Türkiye için ceza hukuku bağlamında yeni bir kavram olan ayrımcılık yasağına dair düzenlemeler Sözleşme ile kurulan İnsan Hakları Komitesi'nin önünde uzun bir süredir gündeme gelmekte ve uluslararası alanda genel kabul gören standartlar ortaya konulmaktadır. Sözleşme'nin 26. maddesi kapsamında ayrımcılık yasağına, yasa önünde eşitlik ve eşit korunma hakkının negatif görünüşü şeklinde yer verilmiştir. Eşitlik ilkesinin ise ayrımcılık yasağından daha çok pozitif yükümlülük barındırdığı ifade edilmektedir.⁵ Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nde, ayrımcılık yasağına hem 2. maddede hem de 26. maddede yer vermiştir. Sözleşme'nin 2. maddesinin 1. fıkrası: *"Bu Sözleşme'ye Taraf her devlet kendi ülkesinde yaşayan ve yetkisi altında bulunan bütün bireylere ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka fikir, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum ya da başka bir statü bakımından hiçbir ayırım gözetmeksizin bu Sözleşme'de tanınan hakları sağlamak ve bu haklara saygı göstermekle yükümlüdür."* şeklindedir. Sözleşmenin 26. maddesi ise: *"Herkes yasalar önünde eşittir ve hiçbir ayırım gözetilmeksizin yasalarca eşit derecede korunur. Bu bakımdan, yasalar her türlü ayırımı yasaklayacak ve ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka fikir, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum veya diğer statüler gibi, her bağlamda ayrımcılığa karşı eşit ve etkili korumayı temin edecektir."* şeklindedir.⁶

Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi bağlamında 26. maddeye benzer şekilde eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına dair benzer düzenlemeler ise yine Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 12 No'lu Ek Protokolü'nün 1. maddesinde, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 7. maddesinde, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 24. maddesi ve

⁵ Bertram Ramcharan, "Equality and Non-Discrimination", *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights*, Columbia University Press, New York, 1981, s. 254'den aktaran, Sarah Joseph; Jenny Schultz; Melisa Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials and Commentary*, Oxford University Press, New York, 2000, s. 519; Eşitlik ve ayrımcılık yasağına ilişkin bir değerlendirme bu çalışmanın sınırlarını aşacağından dolayı bu ayırım veya benzerlik üzerinde durulmayacak ve konuya ayrımcılık yasağı bağlamında yaklaşılabacaktır.

⁶ 26. maddede yer verilen ifadelerle ilgili ayrıntılı açıklama için bkz., Nihal Jayawickrama, *a. g. e.*, s. 820-841.

Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı'nın 2. ve 3. maddelerinde de yer almaktadır.⁷ Anılan maddeler ayrımcılık yasağının getirdiği korumayı sadece ilgili sözleşme maddeleri ile sınırlı tutmamış ve hukuken tanınmış diğer hakları da kapsamına almıştır.⁸ Bu noktada uluslararası alanda başlangıçta belli haklar kapsamında gündeme gelen ayrımcılık yasağının zamanla hukuken tanınmış tüm haklar açısından söz konusu hale geldiği söylenebilir. Günümüzde ayrımcılık ile ilgili düzenlemelerin bu doğrultuda tüm haklar açısından tanınması insan hakları düşüncesinin evrimine de uygun düşmektedir.

Ayrımcılık yasağına yer veren yukarıdaki sözleşmeler aslında ayrımcılığı ayrıntılı olarak tanımlamamıştır. Bu konuda Her Türlü Irk Ayrımcılığı'nın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 1. maddesi⁹ ve Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme'nin 1. maddesi,¹⁰ sözleşmelerin ilgili oldukları konular bağlamında ayrımcılığı tanımlamıştır. Çalışma açısından önem taşıyan ve uluslararası hukukta ayrımcılık ile ilgili önemli sonuçlar doğuran kararların ortaya çıkmasını sağlayan Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ise ayrımcılığı ayrıca 26. maddesinde "*yasalar önünde eşitlik*" ve "*hukuken ayrımcılığa karşı korunma*" şeklinde düzenlemiştir. Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi bağlamında İnsan Hakları

⁷ Diğer uluslararası belgelerin bir listesi için bkz., Nihal Jayawickrama, *a. g. e.*, s. 817.

⁸ Uluslararası hukukta ayrımcılık yasağı ile ilgili özet bilgi ve belgelerin bir listesi için bkz., John Spencer, Maureen Spencer, "International Law and Discrimination", *Discrimination Law*, Malcolm Sargeant (editor), Pearson Longman, Harlow, 2004.

⁹ Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 1. maddesinde ırk ayrımcılığı, "*...siyasi, ekonomik, sosyal, kültürel veya toplumsal yaşamın herhangi bir alanında, insan hakları ve temel özgürlüklerin tanınmasını, uygulanmasını, bu hak ve özgürlüklerden yararlanılmasını ortadan kaldırmak veya zayıflatmak amacıyla ya da etkisine yönelik, ırk, renk, soy ya da ulusal veya etnik kökene dayalı her türlü ayırım, dışlama, kısıtlama ya da tercih anlamındadır...*" şeklinde tanımlanmıştır. Sözleşme'nin resmi Türkçe çevirisi için bkz., 16.06.2002 tarihli ve 24787 sayılı Resmi Gazete, <http://rega.basbakanlik.gov.tr/eskiler/2002/06/20020616.htm> (erişim:02.01.2007)

¹⁰ Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme'nin 1. maddesi kadınlara karşı ayrımcılığı, "*...siyasal, ekonomik, sosyal, kültürel, kişisel veya diğer alanlardaki kadın ve erkek eşitliğine dayanan insan haklarının ve temel özgürlüklerin, medeni durumları ne olursa olsun kadınlara tanınmasını, kadınların bu haklardan yararlanmalarını veya kullanmalarını engelleme veya hükümsüz kılma amacını taşıyan veya bu sonucu doğuran cinsiyete dayalı her hangi bir ayırım, dışlama veya kısıtlama anlamına gelir...*" şeklinde tanımlamıştır. Sözleşme'nin resmi Türkçe çevirisi için bkz., 14.10.1985 tarihli ve 18898 sayılı Resmi Gazete.

Komitesi ayrımcılık ile ilgili bir tanım yapmıştır. Komite, Sözleşme'nin 40. maddesinin 4. fıkrasında belirtilen Sözleşme hükümlerinin netleştirilmesine yönelik Genel Yorum yayınlamaktadır. Komite bu yetkisi doğrultusunda Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 26. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı ile ilgili olarak, söz konusu maddenin ve ayrımcılığın içeriğinin belirlenmesine yönelik olarak 1989 yılında ve 37. oturumunda 18 No'lu Genel Yorum'u kabul etmiştir. Anılan genel yorum "*Ayrımcılık Yasağı*" başlığını taşımaktadır ve yasalar önünde eşitlik ve hiçbir ayırım gözetilmeksizin yasalarca eşit derecede korunmanın insan haklarının korunmasıyla ilgili olarak temel ve genel prensip olduğu belirtilmektedir.¹¹ İnsan Hakları Komitesi, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin ayrımcılık terimini tanımlamadığını belirterek ayrımcılığı tanımlamıştır. Komite ayrımcılık ile "...ayırma, dışlama, kısıtlama veya ırk, renk, cinsiyet, dil, din, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum, siyasi veya diğer görüşlere dayalı olarak gerçekleştirilen ve bütün hak ve özgürlüklerin herkes tarafından tanınmasını ve kullanılmasını engelleyecek veya tanınmasını ve kullanılmasını sınırlandıracak ayrımcılığı..." kastetmektedir.¹²

Burada belirtilmesi gereken ikinci bir olgu ise, İnsan Hakları Komitesi'nin 26. madde metninde, "*her bağlamda*" ifadesine yer vererek ayrımcılığı madde metninde geçen ifadelerle sınırlı olmadığını belirtmiş olmasıdır. "*Başka bir statü*" ifadesi Komite önüne gelen her vadede ayrıca değerlendirilmiş ve içtihatlarla geliştirilmiştir.¹³ 26. madde ucu açık (*open-ended*) bir madde olarak kabul edilmektedir. Bu durum 26. madde cinsel yönelime dair ayrımcılığı içermemesine karşın özellikle eşcinsellere yönelik ayrımcılıkla ilgili kararlarda öne çıkan bir durumdur.¹⁴ Komitenin, "*Toonen v. Avustralya*" kararında, "*başka bir statü*" ifadesi kapsamında sözleşmenin 2. ve 26. maddesinde bulunan "*cinsiyet*" ibaresinin aynı zamanda cinsel yönelimi de kapsayacağı be-

¹¹ Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi 18 No'lu Genel Yorum, paragraf 1, Lema Uyar, a. g. e., s. 40.

¹² Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi 18 No'lu Genel Yorum, paragraf 7-8, Lema Uyar, a. g. e., s. 42-43.

¹³ Scott Davidson, "Equality and Non-Discrimination", *Defining Civil and Political Rights: The Jurisprudence of the United Nations Human Rights Committee*, Alex Conte; Scott Davidson; Richard Burchil, Ashgate, Aldershot, 2005, s. 172.

¹⁴ "*Pauger v. Avusturya*", (CCPR/C/44/D/415/1990), (30.03.1992) ve "*Young v. Avustralya*", (CCPR/C/78/D/941/2000), (18.09.2003), *United Nations Treaty Bodies Database*, <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf>, (erişim: 02.01.2007)

lirtilmiştir.¹⁵ Aynı şekilde çeşitli kararlarında, cinsel yönelim dışında engellilik, uyrukluk, evlilik dışı doğan çocuk da “*başka bir statü*” kapsamı içerisinde düşünülmüştür.¹⁶ TCK’nın 122. maddesinde de benzer yaklaşım sergilenmiş ve Anayasa’nın 10. maddesi ile uyum hedeflenmiştir. Ancak bu durum ileride görüleceği üzere eleştirilere de neden olmuştur.

Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi’nin 26. maddesinde yer alan ayrımcılık yasağının sınırlandırmaya tabi tutulacağı ve bu anlamda mutlak bir hak olmadığı belirtilmiştir.¹⁷ 26. madde bağlamında yer alan yasalar önünde eşitlik ve yasalarca eşit şekilde korunma ifadeleri herkese mutlak eşit ve simetrik muamele yapılmasını öngörmemektedir. Madde ile belli kişilere veya gruplara makul ve objektif kriterlere dayanılarak farklı muamele yapılabileceği öngörülmüştür. Bu kriter aşağıda görüleceği üzere Anayasa Mahkemesi tarafından da kararlarında kullanılmaktadır. Örnek olarak, görme engellilere sürücü ehliyeti verilmemesinin veya farklı gelir seviyesine sahip kişilerden farklı oranlarda vergi alınmasının farklı muamele olarak kabul edilebileceği ancak ayrımcılık teşkil etmeyeceği ifade edilmiştir.¹⁸ İnsan Hakları Komitesi ayrımcılığı yasaklarken mevcut ayrımcılığın önlenmesine yönelik olarak gerçekten gerekli olduğu durumlarda olumlu ayrımcılığı (pozitif ayrımcılık) meşru kabul etmekte ve sözleşmenin ihlali olarak görmemektedir.¹⁹ İnsan Hakları Komitesi ayrımcılık yasağının ihlali için açıkça ayrımcı bir düzenlemeyi de gerek görmemektedir. Komite kararlarında, uygulama ya da düzenlemeler iyiniyetli olsa da sonuçları itibariyle ayrımcılık teşkil edebileceği yönündedir.²⁰ Bu durum öğ-

¹⁵ “*Toonen v. Avustralya*”, (CCPR/C/50/D/488/1992), (04.04.1994), paragraf 8.7, United Nations Treaty Bodies Database, <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf>, (erişim: 02.01.2007); benzer bir Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararı için bkz., *Salgueiro Da Silva Mouta v. Portekiz*, (başvuru no: 33290/96), 21.12.1999, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en> (erişim:10.04.2007)

¹⁶ Bu başlıklar altında örnek Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi kararları için bkz., Nihal Jayawickrama, *a. g. e.*, s. 838-839; Sarah Joseph; Jenny Schultz; Melisa Castan, *a. g. e.*, s. 525.

¹⁷ Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi 18 No’lu Genel Yorum, paragraf 13, Lema Uyar, *a. g. e.*, s. 44.

¹⁸ Nihal Jayawickrama, *a. g. e.*, s. 818.

¹⁹ Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi 18 No’lu Genel Yorum, paragraf 7-8, Lema Uyar, *a. g. e.*, s. 44.

²⁰ Örnek kararlar için bkz., “*Singh Binher v. Kanada*”, (CCPR/C/37/D/208/1986), (28.11.1989), paragraf 6.1; “*Simunek v. Çek Cumhuriyeti*”, (CCPR/C/54/D/516/1992) (31/07/1995), paragraf 11.7; “*Adam v. Çek Cumhuriyeti*”, (CCPR/C/57/D/586/1994),

retide dolaylı ayrımcılık olarak kabul edilen ayrımcılık türünde gündeme gelmektedir. TCK'nın 122. maddesi ise genel olarak doğrudan ayrımcılığı yasaklamıştır. Başka bir deyişle aynı veya benzer konumda olan kişilere yapılacak eşit muamele sonucunda oluşabilecek ayrımcılığı koruma kapsamında tutmamıştır.

İnsan Hakları Komitesi'nin kullandığı kriterleri Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de kararlarında kullanmaktadır.²¹ Mahkeme kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. maddesinde yer alan benzer durumdaki kişilerin (tüzel kişilerde dahil olmak üzere) farklı muameleye karşı korunduğunu, farklı muamelenin meşru ve haklı gösterilebilir bir nedeni ve ulaşılmaya çalışılan amaç ile vasıtalar arasında orantısallık bulunmadığı takdirde ayrımcı kabul edileceğini belirtmiştir.²²

Ayrımcılık genellikle doğrudan ayrımcılık, dolaylı ayrımcılık şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Doğrudan ayrımcılık, aynı veya benzer konumda olan kişiler arasında fark yaratılmasını engellemeyi amaçlar ve bu nedenle “*şekli eşitlik*” anlayışının bir ifadesi olarak görülmektedir. Doğrudan ayrımcılığın, “*ayrımcılığın yasaklandığı nedenlerden birine dayanılarak, bir kişi veya kişi grubunun insan hak ve özgürlüklerinden, aynı veya benzer konumda olduğu diğer kişilerle eşit bir şekilde yararlanmasını ve bunları kullanmasını engelleme ya da zorlaştırma niyet veya etkisine sahip her türlü farkı, dışlamayı, sınırlamayı ya da tercihi belirttiği*” ifade edilmektedir. Bu durumda aynı veya benzer konumdaki diğer kişilerden biri veya bir kısmı bakımından daha olumsuz sonuçlar yaratan veya böyle bir sonucun ortaya çıkması ihtimalini doğuran farklı muameleler söz konusudur.²³ Doğrudan ayrımcılık içerisinde farklı unsurları barındırır. Bu anlamda ilk olarak, farklı bir muamelenin tespit edilmesi gerekmektedir. Ayrımcılık aynı veya benzer konumda olan kişiler arasında

(25.07.1996), paragraf 12.7, United Nations Treaty Bodies Database, <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf>, (erişim: 02.01.2007)

²¹ Sibel İnceoğlu, “Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı”, *Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi*, Birleşik-Metal İş Sendikası Yayını, 2006/4, Sayı: 11, İstanbul, 2006, s. 58.

²² *Lithgow ve Diğerleri v. Birleşik Krallık*, (Başvuru no. 9006/80; 9262/81; 9263/81; 9265/81; 9266/81; 9313/81; 9405/81), 08.07.1986, paragraf 177, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/default.htm> (erişim: 10.04.2007)

²³ İdil Işıl Gül, *Fiziksel Engellilerin Uluslararası Hukukta Korunması ve Uluslararası Standartların İç Hukuka Yansımaları*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2006, s. 201.

olabileceği için kişilerin konumları karşılaştırılmaktadır. İkinci olarak ise, kişilerin aynı veya benzer bir konumda oldukları ortaya konulduktan sonra, yapılan farklı muameleyi meşru kılan bir nedenin olup olmadığı değerlendirilmektedir. Meşru amaç “*nesnel, makul ve varılmak istenen amaç ile kullanılan araç arasında orantısallık*” olmalıdır. Avrupa Birliği tarafından 2000 yılında yayınlanan ve özelde ırk ayrımcılığına karşı mücadeleyi öngören 2000/43/EC Sayılı Konseyi Direktifi’ne göre “*...bir kimsenin; karşılaştırılabilir durumlarda, ırk veya etnik kökene dayalı olarak, bir diğer kişiye göre daha az tercih edilir bir muameleye tabi tutulması, şimdiye kadar tutuluyor olması veya tutulma ihtimali olması halinde doğrudan ayrımcılığın ortaya çıktığı anlaşılır.*”²⁴ Doğrudan ayrımcılık açısından bir siyahın kamu binalarına girişinin yasaklanması ya da bir restoranda Çingenelere/Romanlara servis yapılmaması bu tür ayrımcılığın tipik örneklerindedir.²⁵

Dolaylı ayrımcılık kavramı ise, sadece farklı muamelelerin değil, herkes için aynı şekilde geçerli ve görünüşte tarafsız olan, ancak bazı kişi ve gruplar üzerinde diğerlerinden farklı olarak veya diğer gruplardan daha fazla olumsuz etkiler yaratan yasal düzenleme, uygulama ve tedbirler olarak kabul edilmektedir.²⁶ Burada farklı muamele kadar aynı muamelenin de eşit olmayan sonuçlar yaratabileceği dikkate alınmakta ve muamelenin sonuçları üzerinden bir değerlendirme yapılmaktadır. Doğrudan ayrımcılıktan farklı olarak burada farklı muamelenin yasaklanması değil ayrımcı etkiler doğuran aynı muamele yasaklanmaktadır. Dolaylı ayrımcılığın unsurlarına bakıldığında ilk olarak ortada görünüşte tarafsız bir uygulama, tedbir ya da kuralın bulunması gerekmektedir. İkinci olarak ise tarafsız bir uygulama, tedbir ya da kuralın olumsuz sonuçlar doğurma veya böyle bir ihtimali yaratması durumudur. Son olarak ise tarafsız bir uygulama, tedbir ya da kuralı meşru kılacak bir nedenin bulunup bulunmadığı değerlendirilmektedir. 2000/43/EC Sayılı Avrupa Birliği Konseyi Direktifi’ne göre “*görünüşte tarafsız bir hüküm, ölçüt veya uygulamanın; bir ırk veya etnik kökene sahip kişileri, diğer kişilerle karşılaştırıldığında belirli bir açı-*

²⁴ Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin, madde 2-a, http://europa.eu.int/eur-lex/pri/en/oj/dat/2000/l_180/l_18020000719en00220026.pdf (erişim:11.04.2007)

²⁵ Scott Davidson, *a. g. e.*, s. 165.

²⁶ İdil Işıl Gül, *a. g. e.*, s. 244-250.

dan dezavantajlı konuma düşürdüğü durumlarda; bu tarafsız hüküm, ölçüt veya uygulama; meşru bir amaç ile nesnel olarak gerekçelendirilmemişse söz konusu amacı gerçekleştirmek için kullanılan araçlar uygun ve zorunlu değilse, dolaylı ayrımcılığın gerçekleştiği anlaşılır”.²⁷ Dolaylı ayrımcılığa örnek olarak ise 175 cm’nin altında boy uzunluğuna sahip olmayan kişilerin polislik mesleğine alınmaması verilebilir. Burada görünüşte bir ayrımcılık yoktur ancak kadınlar ve bazı etnik gruplar değerlendirildiğinde söz konusu kuralın dolaylı bir ayrımcılık yarattığı ortadadır.²⁸

III. TÜRK HUKUKUNDA AYRIMCILIK YASAĞI

A. Anayasa ve Diğer Yasalarda Ayrımcılık Yasağı

Ayrımcılık yasağı Türk hukukunda uzun bir süredir yer almaktadır. Öncelikle 1961 Anayasası’ndan başlayarak anayasalarda ve pek çok yasada ayrımcılığın yasaklanması ile ilgili düzenlemeler vardır. Anayasa yasalar önünde eşitliği “*Kanun önünde eşitlik*” başlığı ile 10. maddede düzenlemiştir: *Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî 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. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.*” Yine Anayasa’nın çeşitli maddelerinde farklı konularla ilgili ayrımcılığı yasaklayan düzenlemeler söz konusudur. Bunlar arasında 68. maddede siyasi partilerin tüzük ve programları ile eylemlerinde, 70. madde de ise kamu hizmetlerine girme hakkı açısından ayrımcılık yasaklanmıştır.

Yasalar düzeyinde ise kamu hizmetlerinde yararlanma hakkı bağlamında halen yürürlükte olan 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 7. maddesi kamu hizmetini alanlara yönelik ayrımcılığı yasaklamıştır. Bu eylemi gerçekleştiren memurlar için ise aynı kanunun disiplin cezalarını düzenleyen 125. maddesinin D fıkrasının I bendinde, kademe ilerleme cezası öngörülmüştür.

²⁷ Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin, madde 2-b, http://europa.eu.int/eur-lex/pri/en/oj/dat/2000/l_180/l_18020000719en00220026.pdf (erişim:11.04.2007)

²⁸ Scott Davidson, *a. g. e.*, s. 166.

Siyasi haklar ve özgürlükler bağlamında ayrımcılığı engellemek için 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nda Anayasa'nın 10. maddesi ile de öngörülen “*kanun önünde eşitlik*” ilkesi düzenlenmiştir. Kanunun 82. maddesi bölgecilik veya ırkçılığı yasaklarken, 83. maddesi siyasi partilerin ayrımcılık içeren faaliyetlerde bulunmasını yasaklamıştır. Yine kanunun 12. maddesi ile parti tüzüklerinde üye olacak kişiler için ayrımcılık içeren ifadelerle yer verilemeyeceği düzenlenmiştir. Kanunun 78. maddesi ile siyasi partilerin amaçları ve faaliyetleri ile ilgili yasaklar kapsamında ayrımcılık yine yasaklanmıştır.

Ayrımcılığın gündeme geldiği en önemli alanlardan biri olan iş yaşamında da ayrımcılığı engelleyen düzenlemeler yapılmıştır. 4857 sayılı İş Kanunu eski düzenlemenin aksine 5. maddesinde ayrımcılık yasağına yer vermiştir.²⁹ Bu düzenleme olumlu olmakla beraber söz konusu maddenin uygulaması karşılıklı bir iş ilişkisinin doğumundan itibaren geçerli olmaktadır. Ayrıca, ülkemizde dini, etnik, dilsel azınlıkların, işe girişte maruz kaldıkları/kalabilecekleri ayrımcılık bu maddenin kapsamı dışında tutulmuştur. Bu sebeple madde ancak istihdam dahilindeki kişilere karşı ortaya çıkabilecek ayrımcılık durumunda geçerli olabilecektir. İleride görüleceği üzere TCK'nın 122. maddesi ise bir iş ilişkisinin doğumdan önceki dönemde yapılabilecek bazı hareketleri cezalandırmıştır. Her iki madde de yer alan “*ve benzeri sebeplere dayalı*” ifadesi ise farklı hukuk dallarına dair olan düzenlemeler açısından aşağıda görüleceği üzere sıkıntı yaratabilecektir.

Eğitim hakkını ilgilendiren düzenlemeler arasında 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu ayrımcılıkla ilgili düzenlemelere yer vermiştir. Söz konusu kanunun 4. maddesinde “*eşitlik*” bağlamında ayrımcılık yasaklanmış, 7. maddesinde herkesin eğitim hakkı olduğu vurgulanmış ve 8. maddesinde de herkesin fırsat eşitliğine sahip olduğu ifade edilmiştir. Kanunun düzenlemesi, sadece “*sınıf, ırk, dil, din, cinsiyet, zümre ve aile*” ifadelerine yer vererek Anayasa'nın 10. maddesi düzenlemesinde ayrılmıştır.

3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun ile ayrımcılığın yayın yoluyla gerçekleşmesinin önüne geçmek için söz konusu kanunun 4. maddesinde düzenleme yapılmış-

²⁹ Bu konuda bir makale için bkz., Kübra Doğan Yenisey, “İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, *Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi*, Birleşik-Metal İş Sendikası Yayını, 2006/4, Sayı: 11, İstanbul, 2006.

tır. 4. madde de yayınların sahip olması gereken nitelikler arasında, 4 bentte ayrımcılığı ilgilendiren düzenlemelere yer verilmiştir. Bu ilkelere aykırı hareketler ise 33. madde yer alan müeyyidelere tabi tutulması öngörülmüştür.

Çok kapsamlı bir şekilde toplumsal ilişkileri düzenleyen 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda derneklerle ilgili olan maddeler arasında yer alan 68. madde dernek faaliyetleri kapsamında ayrımcılığı ortadan kaldırmak amacını taşımaktadır. Ancak maddenin kapsamı sadece bir derneğe üye olan kişiler arasında ayrımcılığı yasaklamaktadır. Ayrımcı faaliyetleri hedefleyen derneklerin kuruluşunu ya da bu şekilde faaliyetler yürüten derneklerin faaliyetlerini yasaklamamaktadır.

Korunmaya, bakıma veya yardıma muhtaç aile, çocuk, özürlü, yaşlı ve diğer kişilere götürülen sosyal hizmetlere ve bu hizmetleri yürütmek üzere kurulan teşkilatın kuruluş, görev, yetki ve sorumluluklar ile faaliyet ve gelirlerine ait esas ve usulleri düzenleyen 2828 sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu'nun 4. maddesi ile sosyal hizmetlerden yararlanacaklar arasında ayrımcılık yapılamayacağı bir takım eksikliklere karşın (cinsiyet vs.) düzenlenmiştir. Kanunun düzenlemesi yine sadece *"sınıf, ırk, dil, din, mezhep veya bölge farklılığı"* ifadelerine yer vererek Anayasa'nın 10. maddesi düzenlemesinde ayrılmıştır.

B. Türk Ceza Kanunu'nda Ayrımcılık Yasağı

Yukarıda yer alan uluslararası sözleşmeler her ne kadar ayrımcılık yasağını yer vermiş olsa da ayrımcılık yasağının ceza hukuku anlamında bir suç olarak düzenlenmesine dair bir yükümlülük içermemektedir. Her ülkenin kendi ceza politikası ve toplumsal sorunlar açısından kriminalizasyona dair farklı yaklaşımı vardır. Ancak ayrımcılık yasağının belli görünüşleri açısından bazı belgelerde ceza hukuku kapsamında düzenleme yapılması tavsiye edilmektedir. Bunlardan biri de Avrupa Konseyi Irkçılık ve Hoşgörüsüzlükle Mücadele Komisyonu'nun yayınladığı 1 No'lu ve 7 No'lu Genel Politika Tavsiye kararlarıdır. Tavsiyelerde üye devletlere ırk ayrımcılığı ile ilgili ceza hukukuna dair düzenlemelerde dahil yasal düzenleme yapılması gerektiği ifade edilmektedir.³⁰ Ayrımcılık suçu şeklinde bir suçun öngö-

³⁰ European Commission against Racism and Intolerance General Policy Recommen-

rülmüş olması devletin özel hukuk ilişkilerine müdahalesi olarak da algılanmaktadır. Dünya üzerinde bütün toplumlarda varolan ayrımcılık olgusunun Türkiye’de olmadığı savunularak ihtiyaç duyulmayan bir suçun düzenlenmiş olduğu ifade edilmektedir.³¹ Ancak ayrımcılık hayatın hemen her alanında değişik boyutlarda yaşanmaktadır. Ayrımcılığın engellenmesi noktasında ceza hukukuna konu olması tartışılabilir olsa da ayrımcılık olgusunun varlığının tamamen yadsınması mümkün değildir.

2005 yılında yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile ayrımcılıkla ilgili ilk defa bazı düzenlemeler getirmiştir. Bunların başında ise kanunun uygulanması sırasında ayrımcılığın yasaklanmasıdır. 3. maddenin 2. fıkrasında: *“Ceza Kanununun uygulamasında kişiler arasında ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, siyasal veya diğer fikir yahut düşünceleri, felsefi inanç, millî veya sosyal köken, doğum, ekonomik ve diğer toplumsal konumları yönünden ayırım yapılamaz ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınamaz.”* denilmektedir.

Bir diğer madde olan 216. maddede ayrımcılık ile bağlantılı olarak toplumda oluşabilecek kin ve düşmanlığın önüne geçmek için düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, ırkçı veya başka biçimde ortaya çıkabilecek çeşitli hakaret içeren veya şiddete yönelik, ifade ve hareketler, kamu düzeni için tehlike doğurduğu veya açık ve mevcut bir tehlikenin ortaya çıktığı durumlarda cezalandırmaktadır. Bu maddenin eski düzenlemesi genellikle düşünce ve ifade özgürlüğünü kısıtlanması yönünde kullanılmışsa da özellikle Ermeniler, Çingeneler vs. gibi etnik grupları yoğun olarak hedef alan söz ve davranışlar için de kullanılabilmesi mümkündür ve bu amaçla olumlu bir düzenleme olarak kabul edilebilir. Bu maddenin varlığı ileri sürülerek ayrıca ayrımcılık suçu şeklinde bir suçun düzenlenmesine ihtiyaç bulunmadığı ifade edilmektedir. 122. maddede yer alan suçun ifade özgürlüğüne aykırı bir durum yarattığı, bir malı satmayan kişinin ortada bir şiddet çağrısı

dation No:7 on national Legislation to Combat Racism and Racial Discrimination, 13.12.2002, s.4, http://www.coe.int/T/e/human_rights/ecri/4-Publications/ (erişim:10.04.2007); European Commission against Racism and Intolerance General Policy Recommendation No:1 Combating Racism, Xenophobia, Anti-Semitism and Intolerance, 04.10.1996, s. 4, http://www.coe.int/T/e/human_rights/ecri/4-Publications/ (erişim:10.04.2007),

³¹ Ersan Şen, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, Cilt:1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s. 510.

olmamasına rağmen cezalandırılarak ifade özgürlüğünün ihlal edildiği belirtilmektedir.³² Ancak ayrımcılık suçu ile ilgili düzenlemenin “*halkı kin ve düşmanlığa tahrik*” suçu ile bir ilgisi bulunmamaktadır. 122. madde düzenlemesi bir düşünce açıklamasını değil başka hareketleri cezalandırmaktadır ve bu hareketler ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilemeyecek hareketlerdir. Aksine bu şekilde bir durum kabul edilse dahi ifade özgürlüğü mutlak bir hak değildir. İfade özgürlüğünün sınırlanma nedenlerinde biri de bu şekilde ayrımcı ifadelerdir. Ayrıca 216. madde düzenlemesi ile 122. maddede öngörülen hareketlerin cezalandırılması imkanı da bulunmamaktadır ve bu açıdan da 216. madde düzenlemesinin varlığı öne sürülerek 122. maddeye ihtiyac duyulmadığının öne sürülmesi mümkün gözükmemektedir.

TCK’nın 153. maddesi de ayrımcılıkla yakın bağlantısı olan nefret suçları açısından ibadethanelere ve mezarlıklara zarar verme suçunu düzenlemiş ve düzenlemede “*tahkir maksadıyla zarar verme*” ağırlaştırıcı neden olarak yer almıştır. Yine TCK’nın 115. maddesinde kişilerin inanç ve düşüncelerinin açıklanması veya gereklerinin yerine getirilmesinin engellenmesi noktasında da düzenlemeler mevcuttur. Ancak çalışmanın sınırları gereği ayrımcılık ile yakın ilişkili olan nefret suçları ve kin ve düşmanlığa tahrik suçları üzerinde durulmayacaktır.

Burada belirtilmesi gereken başka bir nokta, ayrımcılık söz konusu olduğunda hukukun diğer alanlarında varolan yaklaşımların benzer bir biçimde ceza hukuku içinde benimsenmesinin mümkün olamamasıdır. Ceza hukukunun temel ilkelerinden biri sanık haklarının korunması ve masumiyet karinesidir. Ayrımcılık suçunun tam anlamıyla ispat edilemediği durumlarda cezalandırması mümkün değildir. Yine ayrımcılık söz konusu olduğunda hukukun temel ilkelerinden biri olan ispat yükü özel hukuk açısından yer değiştirebilmektedir. Ancak bu ilkenin doğrudan ceza hukukunda uygulanabilmesi mümkün değildir. Dolaylı ayrımcılık yapıldığı iddia edildiği bazı durumlarda, yapılan uygulamanın eşitsiz olduğu savunulabilir. Farklı muamele gördüğü ve ayrımcılığa uğradığını iddia eden kişi maruz kaldığı uygulamanın, bir grubu orantısız bir şekilde dezavantajlı konuma düşürdüğünü gösterebilir. Böyle bir durumda ise uygulamayı gerçekleştiren kişi, söz konusu uygulamanın meşru bir hedefi olduğunu, uygulamanın makul ve orantılı olduğunu ispatlamak durumundadır. Bu konuda örnek olarak

³² Ersan Şen, *a. g. e.*, s. 510.

bütün motosiklet kullananların kask giymesi zorunluluğu getiren bir trafik kuralı verilebilir. Bu kural kafanın bu şekilde örtülmesinin yasaklandığı örneğin Sih dini mensuplarına karşı dolaylı bir ayrımcılık anlamına gelecektir. Ancak devlet, bu uygulamanın meşru amacının sürücülerin güvenliğini sağlamak olduğunu, bu zorunluluğun mevcut tehlike dikkate alındığında uygun olduğunu ve kişinin güvenliği açısından kask giymenin mantıklı bir zorunluluk olduğunu gösterecek, bu uygulamanın haklı olduğunu savunma yoluna gidebilecektir.³³ Dolaylı ayrımcılığı içeren bu örnek bağlamında ceza hukukunda ispat yükünün yer değiştirmesi ve sanığın suçu işlemediğini ispat etmek zorunda kalması düşünülemez. Ayrıca TCK'nın 122. maddesi doğrudan ayrımcılığı düzenlediği için bu anlamda bir sorun ortaya çıkmayacaktır. Ancak ifade etmek gerekir ki, ayrımcılık suçunun ispatı genellikle zordur ve ceza kanunu dışındaki kanunlarda bu anlamda belirli şartlarda ispat yükünün yer değiştirilmesine izin verilebilmektedir. Ceza kanunlarında bu şekilde bir düzenlemenin mümkün olmaması madde ile hedeflenen korumanın zayıflamasını da beraberinde getirmektedir.

IV. TÜRK CEZA KANUNU'NUN 122. MADDESİ: AYRIMCILIK SUÇU

A. 122. Maddenin Yasalaşma Süreci ve Düzenlemesi

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ayrımcılık suçu ile ilgili düzenlemesi ile ayrımcılık başlı başına bir suç haline getirilmiştir. Madde metni biraz karışık ve kapsamı dar olsa da ayrımcılık yasağına yaklaşım bakımından geçmişe göre oldukça ileri bir bakış açısını yansıtmaktadır.

Ancak madde içeriğine bakıldığında maddenin pratikte uygulanması çok mümkün gözükmemektedir. Ayrıca öğretide de ceza kanununda böyle bir suça yer verilmiş olması eleştirilmiştir.³⁴ Aşağıda 122. maddenin unsurları ve uygulanabilirliği üzerinde durulacaktır.

³³ Bu konuda benzer bir Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi kararı için bkz., "Singh Binher v. Kanada", (CCPR/C/37/D/208/1986), (28.11.1989), paragraf 4.4.4.5; United Nations Treaty Bodies Database, <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf>, (erişim: 11.04.2007)

³⁴ Ersan Şen, s. 510 vd.

122. maddede yer alan düzenleme ilk kez “Dönmezer Tasarısı” olarak adlandırılan 2003 tarihli TCK tasarısının 184. maddesinden alınmıştır. Maddede yer alan para cezası artırılmış ve 2003 yılında TBMM’ye sevk edilen kanun tasarısının 170. maddesinde gündeme gelmiştir. Tasarı’da suç: “Kişiler arasında köken, cinsiyet, aile durumu, örf ve adet, siyasal düşünce, felsefi inanç, sendika, bir etnik gruba mensupluk, ırk, din, mezhep nedeniyle 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 750 milyon liradan 2 milyar liraya kadar ağır para cezası verilir.

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

Tüzel kişiler de bu maddede yazılı suçlardan dolayı sorumludurlar” şeklinde düzenlenmişti.³⁵

Hükümet tasarısında yer alan düzenleme Adalet Alt Komisyonu tarafından hemen hemen aynen kabul edilmiş, ancak madde metnine “cinsel yönelim” ibaresi eklenmiş ve cinsel yönelim temelli ayrımcılıkta suç haline getirilmiştir. Ayrıca ağır para cezası ve miktar yerine adli para cezası ifadesi eklenmiştir. Bu durum maddenin son halinde yer verilen “ve benzer sebepler” ifadesinin bulunmamasının bir sonucu olarak kabul edilebilir. Bir başka değişiklik ise madde metninde yer alan tüzel kişilerin sorumluluğuna dair düzenlemede yaşanmıştır. Bu düzenlemede 5237 sayılı kanunla tüzel kişilerin suç faili olarak cezalandırılması mümkün olmadığı için madde metninden çıkarılmıştır.³⁶

Adalet Komisyonu ise Alt Komisyon tarafından kabul edilen me-

³⁵ A. Caner Yenidünya, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Ayrımcılık Suçu”, *Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi*, Birleşik-Metal İş Sendikası Yayını, 2006/4, Sayı: 11, İstanbul, 2006, s. 99.

³⁶ TMMM Adalet Komisyonu TCK Görüşme Tutanakları, 106-169. Maddeler, <http://www.yayin.adalet.gov.tr/tck/106-169.maddeler.pdf> (erişim:10.04.2007)

tinde yine değişiklikler yapmış ve 122. maddenin şimdiki haline benzer bir düzenleme yapılmıştır. Adalet Komisyonu, “cinsel yönelim”, “sendika”, “bir etnik gruba mensupluk”, “örf ve adet” ve “köken” ifadelerini madde metninden çıkarmıştır. Çıkarılan ibareler üzerine yapılan tartışmaların ardından Anayasa’nın 10. madde metninde belirtilen ifadenin kullanılması tercih edilmiştir. Yine maddenin şu anki hali ile karşılaştırıldığında, tasarı nedenleri sınırlı olarak sayarak düzenlemeyi tercih ederken, yasa “ve benzeri sebeplerle” ibaresi ile maddeyi ucu açık bir hale getirmiştir. Bu anlamda metinden çıkarılan ifadelerin suç kapsamında olmadığını söylemek mümkün değildir.³⁷ 122. madde gerekçesinde de düzenlemenin amacı, “insanlar arasında, yürürlükteki kanun ve nizamların izin vermediği ayrımlar yapılarak, bazı kişilerin hukukun sağladığı olanaklardan yoksun hâle getirilmelerini cezalandırmak...” olarak ifade edilmiştir.

Madde metninde son değişiklik ise 5378 sayılı Özürlüler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un 41. maddesiyle “özürlülük” kavramının eklenmesi ile gerçekleşmiştir. Mukayeseli hukukta da 122. maddeye benzer düzenlemeler mevcuttur ancak çalışmanın sınırları doğrultusunda üzerinde durulmayacaktır.³⁸ Maddenin yürürlükteki hali 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.”

³⁷ Bu yönde bir ifade için bkz., Necati Meran, *Kişilere Karşı Suçlar*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005, s. 422.

³⁸ Finlandiya, Fransız ceza kanunlarında yer alan benzer maddeler için bkz., *Legislation to Counter Discrimination Against Persons with Disabilities*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2003, s. 37-38, Bazı ülke düzenlemeleri için bkz., A. Caner Yenidünya, *a. g. e.*, s. 99-100.

Gerek uluslararası hukukta ortaya çıkan standartlar gerekse Anayasa'nın 10. maddesinin düzenlemesi ayrımcılık yasağı ile ilgili ucu açık bir düzenlemeyi meşrulaştırmaktadır. Anayasa Mahkemesi de "... eşitlik açısından ayırım yapılmayacak hususlar madde metninde sayılanlarla sınırlı değildir. 'Benzeri sebeplerle' de ayırım yapılamayacağı esası getirilmek suretiyle ayırım yapılamayacak konular genişletilmiş ve böylece kurala uygulama açısından da açıklık kazandırılmıştır."³⁹ diyerek aynı yönelimi sergilemiştir. Bu şekildeki bir düzenleme ile 122. madde her somut olayda belli kriterlerin uygulanması ile somut hale gelecektir ve içtihatlarla yol alacaktır. Diğer bir yönden ise toplumsal yaşamda ortaya çıkan kimlik ve özelliklerin bir maddede sayılarak tüketilmesi mümkün gözükmemektedir. Maddenin düzenlemesi ile zamanla toplumsal gelişme ile ortaya çıkabilecek yeni olgulara uyum sağlanması kolaylaştırılmıştır.

Ancak yukarıda belirtilen ceza hukuku alanında geçerli olan "*suçta ve cezada kanunilik ilkesi*" gereği bu şekilde ucu açık bir düzenleme yerinde olmamıştır. Maddede "*ve benzeri sebeplerle*" ifadesine yer verilmesinin "*suçta ve cezada kanunilik ilkesi*"ne aykırı olduğu vurgulanmaktadır.⁴⁰

B. 122. Madde İncelemesi

1. Maddenin Kapsamı ve Korunan Hukuki Değer

Ayrımcılık yasağı ile eşitlik ilkesi arasında yakın bir ilişki mevcuttur. Eşitlik ilkesi bir yandan hukuk kurallarının genel olmasını başka bir deyişle şekli eşitliği diğer yandan ise kişilere eşit davranılmasını gerektirir.⁴¹ Yukarıda belirtilen ayrımcılık yasağı ile ilgili uluslararası düzenlemeler ve Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi'nin görüşü de bu bağı vurgulamakta ve açıkça ortaya koymaktadır. 122. madde düzenlemesi açısından bakıldığında maddenin kapsamının değerlendirilmesinde Anayasa'nın 10. maddesine dair yapılan yorumların ve Anayasa Mahkemesi kararlarını da göz önünde tutulması doğru olacaktır. Bu durum maddenin düzenlenişi sırasında açıkça Anayasa'ya

³⁹ Anayasa Mahkemesi Kararı, E. 1986/11, K. 1986/26, Karar tarihi 04.11.1986, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı: 22, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara, 1987, s. 314.

⁴⁰ Ersan Şen, *a. g. e.*, s. 510.

⁴¹ Sibel İnceoğlu, *a. g. e.*, s. 47.

yapılan atfın bir sonucudur. TCK'nın 122. maddesi ile Anayasa'nın 10. maddesinde hedeflenen amacın sağlanmasına yönelik bir düzenleme olduğu ve 122. maddede belirtilen hareketlerle ihlalinin cezalandırılması öngörüldüğü ifade edilebilir.⁴²

Anayasa'nın 10. madde gerekçesine göre, *"Madde demokrasinin üç vazgeçilmez ilkesinin birini teşkil etmektedir. İnsanın insan olması dolayısıyla doğuştan bir değeri ve haysiyeti vardır. Bu onun tabi 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."*⁴³ 10. madde Anayasa'da genel esaslar arasında düzenlenmiştir ve hem yasa önünde eşitliği hem de ayrımcılık yasağını öngörmektedir. Bu içeriği sahip olan 10. madde ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesi'nin oldukça fazla sayıda kararı vardır. Anayasa Mahkemesi Anayasa'nın 10. maddesinin kapsamı ile ilgili olarak, kararlarında, eylemli bir eşitlik değil hukuksal eşitliğin söz konusu olduğunu, hukuksal durumları aynı olanlar arasında haklı bir nedene dayanmayan ayırım yapılamayacağını, ancak haklı neden varsa bazı kişilerin başka kurallara bağlı tutulabileceğini vurgulamıştır. Bu yaklaşım uluslararası insan hakları standartlarıyla da uyum taşımaktadır. Mahkemeye göre hukuk devletin önemli öğelerinden biri benzer nitelik ve durumda olanlar arasında farklı uygulamayı engelleyen, ayrı nitelik ve durumda olanların aynı kurallara bağlı tutulmasını zorunlu kılmayan eşitlik ilkesidir.⁴⁴ Mahkemeye göre, *"...Özgürlüklerle ilgili olarak Anayasa'da yer alan kavramlardan birini de yasa önünde eşitlik ilkesi oluşturmaktadır. Bu kural 1982 Anayasası'nda 1961 Anayasası'na nazaran daha ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir."*⁴⁵

⁴² Necati Meran, *a. g. e.*, s. 420.

⁴³ Mehmet Akad, Abdullah Dinçkol, *Gerekçeli İçtihatlı 1982 Anayasası Madde Gerekçeleri ve Maddelerle İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları*, Alkım Yayınevi, İstanbul, 1998, s. 38.

⁴⁴ Anayasa Mahkemesi Kararı, E. 1988/16, K. 1988/8, Karar tarihi 19.04.1988, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı: 24, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara, 1989, s. 97.

⁴⁵ Anayasa Mahkemesi Kararı, E. 1986/11, K. 1986/26, Karar tarihi 04.11.1986, Ana-

Anayasa Mahkemesi kanun önünde eşitlik prensibinin mutlak olmadığı ve bazı hallerde bu ilkedен uzaklaşılabilceğini de bir çok kararında belirtmiştir. Mahkeme bu görüşünü, ve kanun önünde eşitlik ilkesi, “...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 ifade edilmiştir.⁴⁶ Mahkemeye göre, “...Eşitlik ilkesi, ortada haklı bir neden bulunmadıkça hiçbir kişiye, aileye, zümreye ya da sınıfa ayrıcalık tanınmasına mutlak engeldir...”⁴⁷

Anayasa’nın 10. maddesi ile ilgili kararlar ve 122. maddenin gerekçesi bir arada değerlendirildiğinde, suçla korunan hukuki değerin, insanlar arasında hukukun izin vermediği ayrımlar yapılarak, bazı kişilerin hukuken tanınan hak ve özgürlüklerden keyfi olarak yoksun bırakılmasının engellenmesi olarak ifade edilebilir. Mahkemeye göre, aynı hukuksal durumda olanların aynı kurallara tabi tutulacağı ve benzer durumlara benzer çözüm getirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Eğer farklı bir durum varsa ortada “haklı bir neden” bulunmalı ve bu neden “anlaşılabilir”, “amaçla ilgili” ve “makul ve adil” olmalıdır. Burada haklı neden kavramını somutlaştırmak için “gerekliklik”, “zorunluluk”, “işin özelliklerine ve gereklerine uygunluk”, “dengeli ve makul görülebilecek ölçüler” gibi değişik ifadelerle başvurmuştur. Ancak her somut durum için ayrı bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.⁴⁸

Anayasa Mahkemesi’nin kullandığı ölçütler ve uluslararası insan hakları standartları TCK’nın 122. maddesinin somut uyuşmazlıklarda uygulanmasında yol açıcı olabilecek niteliktedir. 122. madde düzenlemesi açısından vurgulanması gereken bir diğer nokta ise düzenlemenin doğrudan ayrımcılığı yasaklamış olmasıdır. Aşağıda suçun

yasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı: 22, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara, 1987, s. 314.

⁴⁶ Anayasa Mahkemesi Kararı, E. 1981/13, K. 1983/8, Karar tarihi 28.04.1983, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı: 20, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara, 1984, s. 52.

⁴⁷ Anayasa Mahkemesi Kararı, E. 1987/3, K. 1987/13, Karar tarihi 22.05.1987, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı: 23, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara, 1988, s. 269. Mahkemenin 10. madde ile ilgili 1196 yılına kadar verdiği kararların bir listesi için bkz., Mehmet Akad, Abdullah Dinçkol, *a. g. e.*, s. 61-62.

⁴⁸ Sibel İnceoğlu, *a. g. e.*, s. 53-54.

manevi unsurunda belirtileceği üzere suçun işlenmesi için özel kast gerekmektedir.

2. Ayrımcılık Suçunun Faili ve Mağduru

TCK'nın 122. maddesinde yer alan suçun faili herkes olabilir. Her ne kadar tasarıda tüzel kişilerin sorumluluğu düzenlenmişse de yukarıda belirtildiği üzere kanun genel olarak tüzel kişilerin cezalandırılmayacağını düzenlediği için (TCK 20. maddesi) tüzel kişilere karşı sadece güvenlik tedbiri öngörülmüştür. Burada düzenleme ile ilgili getirilebilecek eleştiri ise TCK'nın 60. maddesinde tüzel kişilere karşı güvenlik tedbiri uygulanabilmesi için öngörülmüş olan kanunun ilgili maddesinde bir hüküm bulunması zorunluluğudur. 122. madde düzenlemesinde bu yönde bir hüküm bulunmadığı için ayrımcılık suçunu işleyen tüzel kişilerin cezalandırılması veya güvenlik tedbirine konu olması mümkün gözükmemektedir. Ayrımcılık yasağı bağlamında hem bir suçun kanunen öngörülmesi hem de bunun kapsamının bu şekilde dar tutulmuş olması 122. maddenin uygulanmasını daha da zorlaştırmaktadır. Özellikle ayrımcılık gibi önemli bir konuda günümüzde toplumsal ilişkiler bakımından önemli bir yer tutan özel hukuk tüzel kişileri açısından suçun yaptırımsız bırakılması eksik bir düzenleme olmuştur.

Ayrımcılık suçunun mağduru madde metninden de anlaşılacağı üzere herkes olabilir. Maddede özellikle sayılanlar dışında *"başka bir nedenle"* ifadesi ile ucu açık hale getirilmiştir. Maddede belirtilen özelliklerden herhangi birini taşıyan kişi mağdur sıfatını taşıyabilir.

3. Ayrımcılık Suçunun Maddi Unsuru

Ayrımcılık suçu birden fazla hareketle gerçekleşebileceği için seçimlik hareketli bir suçtur. Failin, madde metninde belirtilen nedenleri gözeterek hareketleri gerçekleştirmesi aranmaktadır.⁴⁹ Bu suç ayrıca sırf hareket suçudur ve *"engelleme"*, *"işe alınma veya alınmama"*, *"reddetme"* hareketlerinin gerçekleşmesi ile tamamlanır.⁵⁰

Ayrımcılık suçunda yer alan seçimlik hareketlerden ilki belirti-

⁴⁹ Necati Meran, *a. g. e.*, 422.

⁵⁰ A. Caner Yenidünya, *a. g. e.*, s. 107.

len sebeplerle ayırım yaparak “taşınır veya taşınmaz malın devrini engellemektir”. Bu duruma örnek olarak madde belirtilen özelliklerden birini taşıyan kişinin kamuya açık müzayedeye alınmaması, ihaleye katılmasının engellenmesi gibi hareketler verilebilir.⁵¹ Bir başka örnek ise kişinin kendisine ait bir malı dilediği kişiye satma özgürlüğü söz konusu iken, malını madde metninde belirtilen özellikleri taşıyan bir kişiye satmaması veya devretmemesi halidir. Bu durumda da ayırmıcılık suçu oluşacaktır.

Ayırmıcılık suçunda belirtilen bir diğer seçimlik hareket, “bir hizmetin icrasının veya bu hizmetten yararlanmanın engellenmesidir”. Bu duruma örnek olarak ise özel bir işletmenin metinde yer alan sebeplerle engellenmesi veya sunulan hizmetten sadece belirli özelliklere sahip kişilerin yararlanmasına izin verilmesi verilebilir. Bu engelleme mutlak olmayıp zorlaştırma şeklinde de olabilir. Gerek yukarıdaki gerekse bu paragrafta belirtilen hareketlerin hem icrai hem de ihmali olarak gerçekleştirilebileceği belirtilmektedir.⁵² Bir diğer husus ise her iki durumda da sadece engellenmenin öngörülmüş olmasıdır. Başka bir deyişle somut durumda taşınır veya taşınmaz malı devretmeyen veya hizmeti icra etmeyen kişi değil bu durumu engelleyen kişi cezalandırılacaktır. Tek farklı nokta hizmetten yararlandırmayan kişinin cezalandırılması olmaktadır. Bu sebeplerle her iki hareketin düzenlenişi maddenin uygulanmasını oldukça dar bir kapsamda ele almıştır.

Ayırmıcılık suçunun düzenlemesinde yer alan üçüncü hareket ise, “kişinin işe alınması veya alınmamasını” içermektedir. Burada madde de yer alan özelliklerin dolaylı bir kişi ayırmıcılığa uğrayarak işe alınmamakta veya sadece belli özelliklere sahip kişi işe alınmaktadır. Bu hareket ile 4857 sayılı İş Kanunu’nun 5. maddesinde belirtilen ve iş sözleşmesinin geçerli olduğu dönemde ayırmıcılığı yasaklayan düzenlemenin iş sözleşmesinin kurulması öncesini düzenlenmekte ve cezai yaptırım öngörülmektedir. Kadın ya da erkek fark etmeksizin herkesin yapabileceği bir iş için sadece erkeklerin veya sadece kadınların alınması bu anlamda bir suç oluşturacaktır. Düzenleme bu anlamda ayırmıcılık yasağı açısından olumlu kabul edilebilir. Ancak bu noktada madde gerekçesi ve Adalet Komisyonu’nda yapılan görüşme tutanaklarında yer alan ifadeler madde ile getirilen korumayı etkisizleş-

⁵¹ a. g. e., s. 107.

⁵² a. g. e., s. 109.

tirmekte ve bir kafa karışıklığı yaratmaktadır. İşverenin gönlüne uyan kimselerle çalışabilmesi, aradığı kişisel özelliklere sahip kişiyi seçebilmesi gibi muğlak ifadelerle yapılan değerlendirmeler öngörülen korumanın kapsamını daraltmıştır.

122. maddede yer alan dördüncü hareket ise *“besin maddelerini vermeyen veya kamuya arz edilen bir hizmeti yapmamak”* düzenlenmiştir. Daha önceki düzenlemenin aksine burada engelleyen kişi değil bizzat *“vermeyen”* veya *“yapmayan”* kişi cezalandırılmaktadır. Bu hareketler ihmali nitelik taşımaktadır. Bu hareketlere örnek olarak bazı özelliklere sahip kişilere yiyecek satılmaması, hastaneye alınmaması verilebilir.⁵³

Ayrımcılık suçu bakımından madde yer alan son hareket ise *“bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engellemek”* tir. Bu hareket icrai veya ihmali olabilir ve örnek olarak bir kişinin işyerinin kapatılması, işten çıkarılması, bir kişiye gerekli izinlerin verilmemesi verilebilir. Bu hareketin lafzı düzenlemesi oldukça farklı yorumlara yol açabilecek niteliktedir ve bir açıklık taşımamaktadır. Bu durum *“suçta ve cezada kanunilik ilkesi”* açısından eleştirilmiştir.⁵⁴ Maddenin gerekçesinde de bu hareketle ilgili herhangi bir vurgu yoktur. Ancak parasal yarar sağlanmasına dayanan her türlü alışveriş veya sözleşme ilişkisi olağan ekonomik etkinlik olarak değerlendirilebileceği ifade edilmektedir.⁵⁵

Madde metninde öngörülen hareketler bir bütün olarak değerlendirildiğinde madde kapsamının dar ve sadece belli hareketlerle sınırlı tutulmuş olması ayrımcılık yasağı gibi toplumsal yaşamın her alanında karşılaşılan bir olgu ile mücadele açısından yetersiz kabul edilebilir. Yasa koyucunun ayrımcılıkla ilgili bir ceza hukuku normu oluşturması takdir yetkisi dahilindedir. Ancak aşağıda belirtileceği üzere madde kapsamının bazı hareketlerle sınırlanması yerine genel bir düzenleme yapılması ya da ayrımcılık yasağının ceza hukukunun konusu olmaktan çıkarılması daha tutarlı olacaktır.

⁵³ A. Caner Yenidünya, *a. g. e.*, s. 109.

⁵⁴ Ersan Şen, *a. g. e.*, s. 515.

⁵⁵ Necati Meran, *a. g. e.*, s. 422.

4. Ayrımcılık Suçunun Manevi Unsuru

Suç sayılan bir hareket nedeniyle kişinin cezalandırılabilmesi ancak kastın varlığı halinde mümkündür. 122. maddede yer alan ayrımcılık suçunun manevi unsuru kasttır ve taksirle işlenmesi mümkün değildir. Suç ancak bilerek ve isteyerek işlenebilir bir suçtur. Kast, özel ve genel kast olarak farklılaşabilmekte ve suçun ancak belli bir amaçla işlenmesinin öngörüldüğü durumlarda özel kast söz konusu olmaktadır. Burada amacın gerçekleşmesi şart değildir.⁵⁶ Öğretide suçun özel bir kastla, başka bir deyişle *“kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, özür-lülük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle...”* gerçekleştirilmesi gerektiği ifade edilmektedir.⁵⁷ Maddenin gerekçesi de bu yönde yorumları desteklemektedir. Ayrıca 122. maddenin kanun sistematigi içerisinde *“Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar”* başlığı altında yer almasının ve bu başlık altında yer alan tüm suçların insan hak ve özgürlüklerini sınırlamaya yönelmiş olmasının özel kast iddiasını desteklediği de belirtilmektedir.⁵⁸

Bu suçta özel kastın varlığının aranması ispatı oldukça güç bir suçun ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bu konuda örnek olarak ticari kaygılarla malın bedelinin tahsil edilemeyeceği endişesiyle belli gruplara malın satılmak istenmemesi verilmektedir.⁵⁹ Yine bu suçta, saik suçun temel şeklinde aranan bir unsur olduğu için olası kastın söz konusu olamayacağı da ifade edilmiştir.⁶⁰

5. Suçun Özel Görünüş Şekilleri, Kovuşturma ve Yaptırım

Ayrımcılık suçunda yazılı hareketler gerçekleştiği zaman suç oluşabilir ve bu anlamda icra hareketleri kısımlara bölündüğü takdirde teşebbüse elverişli bir suçtur. Ancak suç içerisinde bazı ihmali hareketlerde söz konusu olabileceği için ihmali hareketlerde teşebbüs oluşması mümkün değildir. Suç şikayete tabi bir suç değildir ve re’sen kovuşturulması gerekmektedir. 122. maddede yer alan suç sulh ceza

⁵⁶ Faruk Erem, Ahmet Danışman, Mehmet Emin Artuk, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997, s. 448.

⁵⁷ Ersan Şen, *a. g. e.*, s. 514; Necati Meran, *a. g. e.*, s. 423; A. Caner Yenidünya, *a. g. e.*, s. 112.

⁵⁸ İdil Işıl Gül, *a. g. e.*, s. 242.

⁵⁹ Ersan Şen, *a. g. e.*, s. 515-516.

⁶⁰ A. Caner Yenidünya, *a. g. e.*, s. 112.

mahkemesinin görev alanına girmektedir. İştirak bakımından genel hükümler uygulanabilir niteliktedir.⁶¹ Fail birden fazla kişiye birden fazla farklı fiille ayrımcılık yaptığı durumda mağdur sayısınca suç gerçekleşecektir. Yine aynı suç işleme kastıyla tek bir fiille aynı anda birden fazla kimseye ayrımcılık yapıldığı zamanda zincirleme suç hükümlerini düzenleyen 43. maddenin 2. fıkrası uygulanır ve tek ceza verilerek cezanın artırılması yoluna gidilecektir.⁶² Suçun cezası altı aydan bir yıla kadar hapis ya da beş günden az veya kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde yediyüzotuz güne kadar adli para cezasıdır. Hapis cezasının sınırı seçenek yaptırımlara çevrilebilmesi olanağını getirmiştir. Yine adli para cezası yerine hapis cezası tercih edildiğinde ertelenmesi mümkündür.

V. SONUÇ

Türkiye'nin de taraf olduğu uluslararası sözleşmeler gereği devletler ayrımcılığı önlemek, ortadan kaldırmak ve gerekirse tazmin etmek konusunda pozitif bir yükümlülük içerisindedir. Bu anlamda görüş-nüşte tarafsız da olsa, bir grubu ya da kişiyi dezavantajlı hale getirme amacı gütmeyen ama sonuçları itibariyle ayrımcılık yaratan yasaları ve uygulamaları da gözden geçirmek durumundadır. 122. maddede doğrudan ayrımcılık suç olarak düzenlenmiştir ve dolaylı ayrımcılık kapsam dışında tutulmuştur.

Ayrıca ayrımcılıkla ilgili düzenlemelerin genel olarak ispatı güçtür. TCK'nın 122. maddesi bir ceza hukuku düzenlemesi olduğundan dolayı ispat yükünün sanığın aleyhine yer değiştirmesi düşünülemez. Ancak maddede yer alan suçun özel kastla işlenebilen bir suç olması diğer yönleri ile beraber bu suçun ispatlanmasını açıkça kanuna aykırı hareketler dışında neredeyse imkansız hale getirmiştir.

Yasalarımızda ilk kez ayrımcılık suçu şeklinde bir suç düzenlenmiştir ve madde metninde sadece bazı hareketlerin suç sayılmış olması ve toplumsal yaşam içerisinde karşılaşılabilecek diğer bir çok durumun kapsam dışında tutulmuş olması bir eksiklik olarak göze çarpmaktadır. Maddenin yürürlükte olan halinin yukarıda belirtilen nedenlerden dolayı uygulamada gündeme gelmesi oldukça zordur ve

⁶¹ A. Caner Yenidünya, *a. g. e.*, s. 113.

⁶² Necati Meran, *a. g. e.*, s. 423.

beklenen faydayı sağlamaktan uzaktır. Bu nedenle madde metninde hareketlerin sayılması yöntemi dışında “her ne şekilde olursa olsun kişiler arasında” şeklinde bir düzenleme yapılması ayrımcılık suçunun cezalandırılmasından beklenenlerin daha kolay hayata geçirilmesini sağlayacaktır. Bir diğer değişiklik ise maddenin yürürlükten kaldırılması ve ayrımcılığın ceza hukukunun konusu olmaktan çıkarılmasıdır. Mukayeseli hukukta ayrımcılık yasağı büyük oranda ceza hukuku dışında düzenlemelere konu olmaktadır. Kanımızca tüm iyiniyete karşın ayrımcılık yasağına ilişkin 122. maddenin yukarıda belirtilen TCK’da yer almış diğer düzenlemeler haricinde 122. madde şeklinde ayrıca bir suç ihdas edilmesi ayrımcılıkla mücadele açısından uygulanabilirlik taşımamaktadır. Ayrımcılık yasağının ceza hukuku konusu olmaktan çıkarılması ayrımcılık yasağı karşısında ortaya çıkan yasal düzenlemelerin uygulanabilirliğini artıracak ve ayrımcılığa uğrayan kişilerin konumunu güçlendirecektir. Ancak ayrımcılığın ceza hukuku kapsamı dışında korunmasına dair yapılan bu öneri çalışmanın sınırlarını aşacağından dolayı değerlendirme dışında tutulmuştur.

KAYNAKÇA

- A. Caner Yenidünya, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Ayrımcılık Suçu”, *Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi*, Birleşik-Metal İş Sendikası Yayını, 2006/4, Sayı: 11, İstanbul, 2006.
- Ersan Şen, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nun 115. ve 122. maddelerine İlişkin Bir değerlendirme”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt: 79, Sayı: 2005/2, İstanbul Barosu yayını, İstanbul, 2005.
- Ersan Şen, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, Cilt:1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006.
- Faruk Erem, Ahmet Danışman, Mehmet Emin Artuk, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997.
- Haydar Erol, *Yeni Türk Ceza Kanunu*, Ankara, 2005.
- İdil Işıl Gül, *Fiziksel Engellilerin Uluslararası Hukukta Korunması ve Uluslararası Standartların İç Hukuka Yansıması*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2006.
- John Spencer, Maureen Spencer, “International Law and Discrimination”, *Discrimination Law*, Malcolm Sargeant (editor), Pearson Longman, Harlow, 2004.
- Kübra Doğan Yenisey, “İş Kanunu’nda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, *Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi*, Birleşik-Metal İş Sendikası Yayını, 2006/4, Sayı: 11, İstanbul, 2006.

- Lema Uyar (derleyen ve çeviren), *Birleşmiş Milletler'de İnsan Hakları Yorumları: İnsan Hakları Komitesi ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi 1981-2006*, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006.
- Mehmet Akad, Abdullah Dinçkol, *Gerekçeli İçtihatlı 1982 Anayasası Madde Gerekçeleri ve Maddelerle İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları*, Alkım Yayınevi, İstanbul, 1998
- Necati Meran, *Kişilere Karşı Suçlar*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005.
- Nihal Jayawickrama, *The Judicial Application of Human Rights Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002
- Sarah Joseph; Jenny Schultz; Melisa Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials and Commentary*, Oxford University Press, New York, 2000.
- Scott Davidson, "Equality and Non-Discrimination", *Defining Civil and Political Rights: The Jurisprudence of the United Nations Human Rights Committee*, Alex Conte; Scott Davidson; Richard Burchil, Ashgate, Aldershot, 2005
- Sibel Inceoğlu, "Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı", *Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi*, Birleşik-Metal İş Sendikası Yayını, 2006/4, Sayı: 11, İstanbul, 2006.

DİĞER KAYNAKLAR

- Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin, <http://europa.eu.int/eur-lex/pri/en/oj/dat/2000/L180/L18020000719en00220026.pdf> (erişim:11.04.2007)
- European Commission against Racism and Intolerance General Policy Recommendation No:1 Combating Racism, Xenophobia, Anti-Semitism and Intolerance, 04.10.1996, http://www.coe.int/T/e/human_rights/ecri/4-Publications/ (erişim:10.04.2007)
- European Commission against Racism and Intolerance General policy recommendation No:7 on national Legislation to Combat Racism and Racial Discrimination, 13.12.2002, http://www.coe.int/T/e/human_rights/ecri/4-Publications/ (erişim:10.04.2007)
- Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme, 16.06.2002 tarihli ve 24787 sayılı Resmi Gazete.
- Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme, 14.10.1985 tarihli ve 18898 sayılı Resmi Gazete.
- Legislation to Counter Discrimination Against Persons with Disabilities, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2003.
- TMMM Adalet Komisyonu TCK Görüşme Tutanakları, 106-169. Maddeler, <http://www.yayin.adalet.gov.tr/tck/106-169.maddeler.pdf> (erişim:10.04.2007)

Yargısal ve Yarı-Yargısal Kararlar

Anayasa Mahkemesi Kararları

- Anayasa Mahkemesi Kararı, E. 1981/13, K. 1983/8, Karar tarihi 28.04.1983, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı: 20, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara, 1984
- Anayasa Mahkemesi Kararı, E. 1986/11, K. 1986/26, Karar tarihi 04.11.1986, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı: 22, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara, 1987
- Anayasa Mahkemesi Kararı, E. 1987/3, K. 1987/13, Karar tarihi 22.05.1987, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı: 23, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara, 1988
- Anayasa Mahkemesi Kararı, E. 1988/16, K. 1988/8, Karar tarihi 19.04.1988, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı: 24, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara, 1989

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

- Lithgow ve Diğerleri vs. Birleşik Krallık*, (Başvuru no. 9006/80; 9262/81; 9263/81; 9265/81; 9266/81; 9313/81; 9405/81), 08.07.1986, , <http://cmis-kp.echr.coe.int/tkp197/default.htm> (erişim:10.04.2007)
- Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi Kararları*
- İnsan Hakları Komitesi kararlarına, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği'nin "Treaty Body Database" adlı elektronik veri tabanından ulaşılmıştır. <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf> (erişim tarihi: 10.04.2007)
- "Adam v. Çek Cumhuriyeti"*, (CCPR/C/57/D/586/1994), (25.07.1996)
- "Pauger v. Avusturya"*, (CCPR/C/44/D/415/1990), (30.03.1992)
- "Singh Binher v. Kanada"*, (CCPR/C/37/D/208/1986), (28.11.1989)
- "Simunek v. Çek Cumhuriyeti"*, (CCPR/C/54/D/516/1992), (31/07/1995)
- "Toonen v. Avustralya"*, (CCPR/C/50/D/488/1992), (04.04.1994)
- "Young v. Avustralya"*, (CCPR/C/78/D/941/2000), (18.09.2003)