

AYIRIMCILIK SUÇU CRIMINAL DISCRIMINATION

Burcu DEMREN DÖNMEZ*

Özet: Ayırmıcılık suçu, 5237 sayılı TCK ile yürürlüğe giren yeni bir suç tipidir. Ancak ayrımcılık kavramı, Türk hukukuna yeni giren bir kavram değildir. Başta Anayasa olmak üzere pek çok kanunda ve onaylanıp yürürlüğe girmiş uluslararası sözleşmede yer almaktadır. Her ne kadar temel hak ve özgürlükler bu düzenlemelerle korunmaya çalışılsa da, Türkiye’de halen pek çok alanda ayrımcılığın yapıldığını görmekteyiz. Bu makalede TCK’ya yeni bir suç tipi olarak giren “ayırmıcılık suçu” nu inceleyerek, toplumun ihtiyaçlarını karşılayacak bir hüküm olup olmadığını değerlendirmeye çalışacağız.

Anahtar Kelimeler: Ayrımcılık, doğrudan ayrımcılık, dolaylı ayrımcılık, temel hak ve özgürlükler, Avrupa Birliği Hukuku

Abstract: Discrimination is a new crime which has been put into effect by Turkish Penal Code (TPC) number 5237. But it is not a new conception in Turkish Law. This conception already exists in the Constitution, and in many codes and international conventions which have been legally adopted and put into force. Although the aim of these regulations is to protect fundamental rights and freedoms, still we can see discrimination in many areas in Turkey. In this article we will try to examine “criminal discrimination”, which entered the TPC as a new crime form, and try to appraise if it is able to meet the needs of the society.

Key words: Discrimination, direct discrimination, indirect discrimination, fundamental rights and freedoms, European law.

Giriş

Gelişen yüzyılımızın gerekleri dikkate alınarak hazırlanan 5237 sayılı TCK da, 765 sayılı TCK’da yer almayan yeni suç tipleri düzenlenmiştir. Bu yeni suç tiplerinden biri de madde 122’de düzenlenen

* Yrd. Doç. Dr., Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi

“ayırımıcılık” suçudur. “Ayırımıcılık” kavramı Türkiye Cumhuriyeti mevzuatına yeni girmiş bir kavram değildir. Gerek Anayasa’da gerekse İş Kanunu ve benzeri kanunlarda, usulüne göre onaylayıp iç hukuk kuralı haline getirdiğimiz temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerde yer almaktadır. Örneğin, Anayasanın 10. maddesinde (kanun önünde eşitlik) ve 70 maddesinde (kamu hizmetine girme hakkı) ayırımıcılığa ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Çerçeve yasa olan Anayasa’da, en temel insan haklarından biri olan vatandaşların eşit muameleye tabi tutulmasının düzenlenmiş olması, elbette ki olağandır. Ancak Anayasa’da yer alan düzenlemeler, devlet ile vatandaş arasındaki ilişkileri düzenlemişken, TCK m. 122’deki düzenleme ayırım gözetmemiş, vatandaşlar arasındaki ilişkileri de kapsamı içerisine almıştır.

Çağdaş dünya ülkelerinde artık insanların sadece insan olması nedeniyle sahip olduğu temel hak ve özgürlükler sıkı şekilde korunmakta ve uygulamalar da bu anlayış çerçevesinde gelişmektedir. Bireylerin temel hak ve özgürlüklerini kullanmaları bazı şart ve kurallara bağlanamaz veya şartlarla ve kurallarla sınırlandırılmaz. Önemi gereği ayırımıcılık yasağı çeşitli uluslararası sözleşmelere de konu olmuştur. Ayrıca pek çok ülke, ayırımıcılık, ırkçılık ve yabancı düşmanlığı ile mücadele edebilmek için ceza kanunlarında buna yönelik hareketleri suç olarak düzenlemiştir.

Hiç kimse dünyaya gelirken annesini, babasını, ailesini, ülkesini, ırkını, cinsiyetini seçemez. Sadece doğarız, sonra bir de bakarız ki bir kimliğimiz, bir cinsiyetimiz, bir ırkımız, ve bazı özelliklerimiz var. Bizler bunlara sahip olmayı önceden seçemeyiz. İçinde yaşadığımız devlet, eğer bir hukuk devleti ise, bize ırk, cins, dil vs. gibi herhangi bir ayırım gözetmeksizin sadece insan olduğumuz için insanca yaşama ve diğer insanlarla eşit hak ve özgürlüklere sahip olma hakkını tanır.

Günümüzde eğitilmiş gelişmiş insanların hemen hepsi ayırımıcılık yapmanın yanlış olduğunu bilir. Ancak fotoğrafı bir bütün olarak değerlendirdiğimizde, insanların çoğunun ayırımıcılık yaptığını görürüz. Toplumda ayırımıcılığın yanlış ve kötü olduğu genel bir değer yargısı olarak benimsenmiş olsa da, tek tek bireylerin hareketlerine baktığımızda, ayırımıcılığın etrafımızda ne kadar yaygın olduğunu

görmemek mümkün değildir. Örneğin bazı mesleklerde veya işyerlerinde kadınların çalıştırılması arzu edilmez veya işten çıkarmalarda ilk çıkarılanların kadınlar olması sıkça duyduğumuz haberlerdir. Benzer sorunlar eşcinseller ve sabıkalı kişiler için de geçerlidir. Ev kiralarken kişilerin evli olup olmadığının sorulması, sıkça işittiğimiz başka bir konudur. Bazı mahallelerde ev satarken veya kiralarken bile kişilerin kökenlerinin sorulması, bunların dikkate alınması, sadece kadın olduğu nedeniyle eşlerinden kötü muamele gören ve aşağılanan insanlar, kız çocuğa nazaran erkek çocukların evde daha fazla itibar görmesi ve sevilmesi gibi pek çok örnek aslında sürekli günlük hayatımızın içindedir.

Elbette ki ayrımcılığın hukuki boyutu kadar ahlaki ve etik boyutu da bulunmaktadır. Ancak çalışmamız kapsamında konuyu mümkün olduğunca TCK'daki düzenlemeleri öne çıkararak sınırlandırmaya çalışacağız. Gerçek şu ki, konunun hukuki boyutunu tam anlamıyla ortaya koymak için felsefik ve ahlaki boyutunu da değerlendirmenin gerekli olduğunun bilincindeyiz. Bu nedenle yeri geldikçe ilgili hususlara sınırlı da olsa, kendi bakış açımızla değinmeye gayret gösterdik.

Çalışmamız kapsamında öncelikle kavram ve kaynaklar hakkında bilgi verilecek daha sonra TCK'da düzenlenen ayrımcılık suçunun özellikleri açıklanarak değerlendirmesi yapılacaktır.

I- Genel Olarak Kavram

Kavram hakkında genel bir değerlendirme yapmak için öncelikle terminolojik olarak kavramı değerlendirmenin uygun olacağını düşündük. Ancak, terminolojik bakımdan konuyu değerlendirmek için yaptığımız çalışmalarda öncelikle Türk Dil Kurumu tarafından hazırlanan sözlükte bu yazım şekliyle kelimenin yer almadığını gördük. Sözlükte yer alan sözcük 'ayırıcılık' kelimesiydi¹. Ancak TCK'da ne yazık ki Türkçe yazım kurallarına uygun olmayarak 'ayırıcılık' olarak ifade edilmiştir. Çalışmamızın kapsamı, TCK bakımından 'ayırıcılık suçunu' açıklamak olduğu için, biz de kavramı TCK'nın kullanıldığı şekliyle kullanacağız.

1 <http://tdkterim.gov.tr/bts/>, erişim tarihi: 09. 03. 2012

Hukuki bir tanım yapmak gerekirse ayırmıcılık, insanlara karşı önyargı veya düşmanlık duyguları nedeniyle farklı davranmak olarak değerlendirilebilir². Bu kapsamda yapılan her ayırmıcılık ahlak dışı olmakla birlikte hukuka aykırı bir hareket olmayabilir³. Örneğin bir kimse bazı ırktan kişileri veya dini inançtan olan kişileri eş olarak seçmeyebilir. Çünkü bu gruplara karşı önyargısı olabilir. Burada yapılan davranış da aslında ayırmıcılıktır, ancak bu davranış ahlak dışı olarak kabul edilebilirse de hukuka aykırı bir hareket olarak değerlendirilemez.

Ayırmıcılık, kendi içerisinde doğrudan ayırmıcılık ve dolaylı ayırmıcılık olarak ikiye ayrılır. Doğrudan ayırmıcılık, ayırmıcılığın en basit şeklidir. Bir kişinin diğer bir kişiye sahip olduğu koruma altında olan temel özellikleri (cinsiyet, ırk, vs. gibi) nedeniyle daha az değerli gibi davranmasıdır. Örneğin bir iş ilanında *“kütüphaneci aranıyor, kadınlar başvuramaz”* yazması doğrudan ayırmıcılık kapsamındadır⁴. Doğrudan ayırmıcılık, aynı veya benzer durumda olan kişiler arasında fark yaratılmasıdır⁵. Yukarıda verdiğimiz örnekte de görüldüğü üzere liyakat özellikleri aynı olmakla birlikte sadece kadın olmak nedeniyle bireylerin işe alınmaması doğrudan ayırmıcılıktır. Eşitler arasında farklı muamele yapılmaktadır.

Dolaylı ayırmıcılık ise, doğrudan ayırmıcılık ile izlenen amaca farklı yollarla ulaşılmasıdır. Örneğin, *“kütüphaneci aranıyor, kadınlar başvuramaz”* ilanı doğrudan ayırmıcılık oluştururken, *“kütüphaneci aranıyor, başvuracak adayların 1. 80 ve üzeri olması gerekliliği bulunmaktadır”* denilerek kadınların fiziksel özellikleri nedeniyle bu işe alınmama-ları mümkün hale getirilmektedir. Bu da doğrudan ulaşılacak istenen amaca, dolaylı olarak ulaşmayı sağlar. Diğer bir ifade ile sadece yasalarla ayırmıcılık konusunda yasaklar düzenlemek yeterli değil-

2 Connolly Michael., *Discrimination Law*, 1st. Ed., London Sweet & Maxwell Ltd. 2006, s. 1

3 Alexander Larry., *“What makes wrongful discrimination wrong? Biases, preferences, stereotypes and proxies”* University of Pennsylvania Law Review, November 1992, vol. 141:149, s. 201

4 Connolly M., *Discrimination Law*, s. 59

5 Karan Ulaş, Avrupa Birliği Ülkelerinde Ayırmıcılık Yasağı ve Eşitlik Kurumları, s. 9 <http://ihop.org.tr/dosya/ab-kurumlar.pdf>, erişim tarihi: 27. 04. 2012

dir⁶. Dolaylı ayrımcılık ile, görünüşte herkes için aynı ve tarafsız olduğu düşünülen ancak bazı kişi ve gruplar üzerinde farklı muamele yaratacak olan uygulamalar, yasal düzenlemeler ve tedbirler kast edilmektedir⁷. Doğrudan ayrımcılıktan farklı olarak, ayrımcı etki sonucunu doğuran her türlü muamele yasaklanmaktadır. Bunun dış görüntüsünün nasıl olduğu önem taşımaz, netice bakımından değerlendirme yapılır.

TCK m. 122/1’de kavram, kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, özgürlük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yapılarak, bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını devrini veya hizmetin yararlanılmasını engellemek veya kişinin işe alınması veya alınmaması; besin maddelerini vermemek veya kamuya arz edilmiş bir hizmeti yapmayı reddetmek, kişinin olağan bir etkinlikte bulunmasını engellemek olarak ifade edilmiş, açıkça ayrımcılık kavramı tanımlanmamıştır. Kanunda ayrımcılık yapma sebeplerinin örnekleyici olarak sayılmış olması, suçta ve cezada kanunilik ilkesi (TCK m. 2) ile çelişmektedir⁸. Bu yaklaşım, ulusal ve uluslararası düzenlemelerde konunun niteliği gereği ucunun açık olarak düzenlenmiş olmasından kaynaklanmış olabilir. Ancak düzenleyici nitelik taşıyan kuralların iç hukuka aktarılmasında TCK’nın genel ilkeleri ve uygulamalarının gözönünde bulundurulması gerekir.

Suçun maddi unsurunu oluşturan hareketler seçimlik ve sınırlayıcı olarak sayılmıştır. Aslında ayrımcılık yapısı ve kapsamı gereği çok geniştir. Fakat kanun koyucu TCK’daki düzenleme bakımından sınırlı bir koruma getirmeyi tercih etmiştir. Uygulamada dikkat edilmesi gereken bir başka konu, seçimlik hareketlerin değerlendirilmesi noktasında ortaya çıkacaktır. Bu değerlendirmelerde sadece görünüşte ayrımcılık ile sınırlı kalınmamalıdır. Diğer bir ifade ile, doğrudan veya dolaylı olarak maddede belirtilen saiklerle ilgili seçimlik hareketlerin gerçekleştirilmiş olması, ayrımcılık suçunun kapsamı içerisinde değerlendirilmelidir.

6 Connolly M., *Discrimination Law*, s. 127-128

7 Karan Ulaş, Avrupa Birliği Ülkelerinde Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik Kurumları, s. 9 <http://ihop.org.tr/dosya/ab-kurumlar.pdf>, erişim tarihi: 27. 04. 2012

8 Benzer görüş için bkz. Öztürk Bahri, Erdem Mustafa R., *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2011, 11. baskı, s. 48

II- Kaynakları

1- Ulusal Kaynaklar

A. Anayasa

Değiştirilmesi gündemde olan 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyetinin insan haklarına saygılı, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti olduğu belirtilmektedir. İnsan haklarına saygılı demokratik, sosyal bir hukuk devletinde bireylerin keyfi muamelelerden korunması en önemli temel gerekliliklerden biridir. Zira Anayasa Mahkemesi de pek çok kararında⁹ Türkiye'nin bir hukuk devleti olduğunu vurgulamıştır.

Hukuk devleti ilkesinin¹⁰ üzerine oturduğu üç temel unsur bulunmaktadır. Bunlar, insan haklarının korunması, adaletin sağlanması ve güvenliğin oluşturulmasıdır. Yasama, yürütme ve yargı organları, kuvvetler ayrılığı esasına dayanan bu sistemde, bu üç temel unsuru sağlamak adına, birbirlerinin yetki alanlarına müdahale etmeden, Anayasa'ya, Türkiye'nin imzalayarak yürürlüğe soktuğu uluslararası antlaşmaların getirdiği yükümlülöklere ve diğer kanunlara bağlı ka-

9 Anayasa Mahkemesi 01. 02. 1996, 1995/20 E., 1996/4 K. RG. Sayı 22713, 31. 07. 1996 "...Hukuk devleti ilkesinin ögeleri arasında yasaların kamu yararına dayanması, kuralların herkes için konulması, kamu düzeninin kurulması ve korunması amacına yönelik bu kurallarda, adalet ve hakkaniyet ölçütlerinin de göz önünde tutulması gerekliliği bulunmaktadır. " Şen Ersan., 1962-1997 Anayasa Mahkemesi Kararlarında Ceza Hukuku, Ceza Özel Hukuku, Ceza Yargılaması Hukuku, Ceza İnfaz Hukuku, Beta, İstanbul 1998, s. 13; "...Hukuk devleti olmak, yönetilenlere hukuk güvencesi sağlar. Bu güvence yasama, yargı ve yürütme organlarının tüm işlemlerinin hukuk kuralları içerisinde kalması ile gerçekleşebilir. Hukuk devletinin ögeleri arasında, yasaların kamu yararına dayanması ve eşitlik ilkesi vardır. " AYM. 6. 6. 1991 T., 1990/35 E., 1991/13 K. Bkz. Yenidünya Caner. " 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Ayırmıcılık Suçu", Çalışma ve Toplum Dergisi, 2006/4, s. 100

10 Hukuk devleti ile ilgili detaylı açıklama için bkz. Özbudun Ergun., *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2010, s. 123 vd. ; Demir Fevzi., Bakıcı Zeynel., Çınarlı Serkan., *Etkin Demokratik Hukuk Devleti*, Orion Yayıncılık, İzmir 2011, s. 23 vd. ; Teziç Erdoğan ., *Anayasa Hukuku*, Beta Yayıncılık, İstanbul 1996, s. 137; Demir Fevzi., *Anayasa Hukuku*, 7. baskı, İzmir 2009, s. 313 vd., Erdoğan Mustafa, *Anayasa Hukuku*, Orion Yayıncılık, 6. baskı, Ankara 2011, s. 71 vd. ; Tanör Bülent., Yüzbaşıoğlu Necmi., *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, Yapı Kredi Yayınları, 2. baskı, İstanbul 2001 s. 99 vd. ; Gözler Kemal., *Anayasa Hukukuna Giriş Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku*, Ekin yayıncılık Bursa 2007, s. 209 vd. ; Öztürk Bahri., Tezcan Durmuş., Erdem Mustafa R, Sırma Özge., Saygılar Yasemin., Alan Esra., *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı*, Seçkin yayıncılık Ankara 2009, s. 105 vd.

olarak hareket etmek mecburiyeti altındadırlar. Bu çerçevede ayrımcılığın engellenmesi, gerekli tedbirlerin alınması ve gerektiğinde etkili yaptırımların uygulanması, hukuk devleti olduğunu ifade eden bir devletin asli görevleri arasında yer alır.

Temel ilke olan hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen "eşitlik" ilkesi çerçevesinde, bireylerin ayrımcılığa tabi olmadan kanun önünde eşit olmaları güvence altına alınmıştır. Eşitlik, kural olarak eşit paylaşımı veya eşit davranışı gerektirir; haklar ve özgürlükler konusunda insanlar arasında ayrım yapılmaması olarak değerlendirilir¹¹. Maddenin ilk fıkrası özellikle ayrımcılık yasağı üzerinde yoğunlaşmaktadır. Ayrımcılık yasağının içeriği keyfi ayrımlarla sınırlı olarak değerlendirilmeli, mutlak anlamda anlaşılmamalıdır. Örneğin, sosyal güvenlik, sigorta gibi hakların herkese aynı anda tanınmaması veya bazılarının bunlardan yararlanamaması ayrımcılık olarak kabul edilmez¹². Çünkü, bazı haklardan yararlanmak için belli koşulların yerine getirilmiş olmasının beklenmesi mümkündür. Zira insanlar içinde bulundukları koşullar, özellikleri ve ihtiyaçları bakımından farklılıklara sahiptir¹³. Yine bazı fiili eşitsizlikleri dengelemek veya gidermek amacıyla farklı düzenlemelerin veya uygulamaların yapılması eşitliğe aykırı, ayrımcı yaklaşımlar şeklinde değerlendirilmez. Örneğin kadınlara verilen doğum izinleri, süt izinleri, (çocuğun rahatsızlığı ve benzer nedenlerle verilen) mazeret izinleri gibi. Toplum içerisindeki eşitsizlikleri ve adaletsizlikleri gidermek amacıyla uygulanan pozitif ayrımcılık da ayrımcılık yasağını ihlal etmez¹⁴. Kısaca eşitlik ilkesinden kast edilen, aynı durum ve şartlara sahip olan kişilerin haklardan yararlanma ve ödevleri üstlenme bakımından, yetki ve sorumluluk çerçevesinde aynı sınıfta değerlendirilmesidir¹⁵. Buna karşılık Anayasa'nın 10. maddesinin 1. fıkrasında ifade edilen özellikler, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din mezhep ve benzeri sebeplerle ayrım yapılması Anayasaya aykırıdır; böyle bir anlayışla yapılan kanunlar da elbette ki Anayasa'ya aykırı olacaktır¹⁶.

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

12 Tanör B., Yüzbaşıoğlu N., s. 114

13 Yenidünya C., s. 101

14 Tanör B., Yüzbaşıoğlu N., s. 114

15 Yenidünya C., s. 101; Aliefendioğlu Y., s. 80;

16 Özbudun E., s. 151

Anayasa, devletin eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlü olduğunu açıkça ifade etmiş, devlet organları ve idare makamlarının bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun hareket etmek zorunda olduklarını belirtmiştir. Buna Anayasa hukukunda *eşitlik yükümlülüğü* adı verilmektedir¹⁷. Ancak Anayasa'daki bu düzenleme devlet organları veya idare ile bireyler arasındaki ilişkiye yöneliktir. Diğer bir ifade ile, kanun önünde eşitlik ilkesinin uygulanması bakımından korunan ve gözetilen devlet organları veya idari makamlarla karşı karşıya gelen bireylerdir. Bireyler arasındaki ilişki bu kapsamda değerlendirilmez. Bu itibarla hukuk devleti ilkesi, Anayasa madde 10'da düzenlenen kanun önünde eşitlik ilkesinden daha geniş bir düzenleme alanına sahiptir ve TCK'da düzenlenen ayırmıcılık suçuna ilişkin düzenlemenin kaynağı durumundadır. Zaten Anayasa Mahkemesi de eşitlik ilkesine aykırılığın, aynı zamanda hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturduğunu kabul etmektedir¹⁸. Buna karşılık öğretideki bazı yazarlar, eşitlik ilkesinin düzenlendiği yer itibariyle devlet yönetimine egemen olan bağımsız bir temel ilke olduğunu, hukuk devleti ilkesinin bir parçası gibi düşünülerek temel hak şeklinde nitelendirilmesinin yerinde olmadığını ifade etmektedirler¹⁹.

Yasama organı gerekli iç düzenlemeleri yaparak bireylerin sadece devlet ile olan ilişkilerini değil, birbirleri ile olan ilişkilerini de düzenleyebilir. Her ne kadar bireyler arası ilişkilerde sözleşme serbestliği ilkesi hakimse de, hukukta iyiniyet kuralı esastır ve hiç bir hak kötüye kullanılamaz. Bu çerçevede bireylerin özel hayatlarına, bireysel tercihlerine müdahale etmeden, ancak aynı zamanda bireyler arasındaki ilişkilerin de kötüye kullanılmasını engelleyecek düzenleme ve uygulamaların yapılabilmesi mümkündür. TCK m. 122'de düzenlenen ayırmıcılık suçu, bu amaca hizmet eden ve kaynağını Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerinden alan, TCK'ya kazandırılmış yeni düzenlemelerden biridir.

17 Tanör B., Yüzbaşıoğlu N., s. 115

18 Any. Mah. 8. 10. 1991 tarih, E. 1991/34, K. 1991/34 RG. 12. 12. 1991; 19. 7. 1991 tarih, E. 1991/15, K. 1991/22, RG. 31. 7. 1991 Tanör B., Yüzbaşıoğlu N., s. 115

19 Gözler K., s. 212; Özbudun E., s. 150 *Yazara göre, kanun önünde eşitlik ilkesinin hukuki mahiyeti tartışmalıdır. Bu ilkenin hukuk devleti kavramı içinde mevcut olduğu düşünülebileceği gibi temel bir hak ya da devlet yönetimine egemen bağımsız bir ilke olarak da değerlendirilmesi mümkündür.*

Ayrıca Anayasa'nın 90. maddesine 2004 yılında 5170 sayılı yasa ile eklenen son fıkra çerçevesinde, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda, uluslararası andlaşma hükümlerinin esas alınacağı düzenlenmiştir. Bu düzenleme sayesinde temel hak ve özgürlüklere ilişkin düzenleme getiren uluslararası andlaşmalar kanunlardan üstün tutulmuş ve çatışma halinde öncelikle uygulanır hale gelmiştir. Devletin tüm organları bu hususa dikkat etmek ve uluslararası metinlerdeki düzenlemelerin doğrudan uygulanırılığına imkan tanımakla yükümlüdür. Bu kapsamda ayrımcılığı yasaklayan ve usulüne uygun olarak kabul edilen ve iç hukuka dahil edilen uluslararası andlaşmaların hükümleri, getirdiği standartlar günlük hayata geçirilmelidir. Konuya ilişkin uluslararası andlaşmaları aşağıda yeri geldikçe ayrıca değerlendireceğiz.

Yeni Anayasa yapma çalışmalarının sürdüğü bu günlerde mevcut Anayasa'da var olan düzenlemelerin ayrımcılık yasağı konusunda geliştirilmesinde fayda olduğunu düşünmekteyiz. Örneğin AIHS ek 12 nolu²⁰ protokolde ayrımcılığın genel olarak yasaklanmasına ilişkin 1. maddeye benzer bir düzenlemenin Anayasa'ya alınması bu anlamda faydalı olacaktır.

Sonuç olarak, mevcut Anayasa'nın yukarıda açıkladığımız hükümlerinin TCK m. 122'de yer alan "*ayrımcılık*" suçunun temel kaynaklarından biri olduğunu ve TCK'daki düzenlemeyi yorumlarken birlikte değerlendirilmesi gerektiğini belirtmeliyiz. Ancak yeni anayasa konunun daha kapsamlı düzenlenmesi faydalı olacaktır.

B. TCK'nın Kanunlaşma Süreci

TCK'da yer alan düzenlemenin ayrıntılarını aşağıda detaylı olarak açıklayacağımız için bu başlık altında sadece düzenlemenin kanunlaşma sürecindeki gelişimini ve mevcut halini, karşılaştırmak suretiyle açıklamayı uygun gördük.

20 Madde 1

Ayrımcılığın genel olarak yasaklanması

1. Hukuken temin edilmiş olan tüm haklardan yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal ve sosyal köken veya herhangi bir diğer statü bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır.
2. Hiç kimse, 1. paragrafta belirtildiği şekilde hiç bir gerekçeyle, hiçbir kamu makamı tarafından ayrımcılığa maruz bırakılamaz.

765 sayılı TCK'da, ayırmıcılık ile ilgili bir düzenleme yoktu. Kanunun yürürlükte olduğu süre içinde konu ile ilgili yaşanan sorunlar, 1982 Anayasası ve ilgili uluslararası sözleşmeler, İş hukuku ve diğer mevzuat kapsamında değerlendirilerek çözülmeye çalışılmıştır. Aslında burada hemen belirtmekte yarar gördüğümüz bir husus, bu dönem içerisinde böyle bir suçun düzenlenmemiş olmasının ciddi bir sıkıntı yaratmamış olmasıdır. Örneğin eski ve yeni iş hukuku alanında konuya ilişkin yapılan düzenlemeler 5237 sayılı TCK'nın çok daha ötesindedir. Bu konu ileride yeri geldikçe detaylandırılacaktır.

Ayırmıcılık suçu, 12. 05. 2003 tarihinde TBMM'ye sevk edilen 2003 tarihli Türk Ceza Kanunu Hükümet Tasarısı'nın 170. maddesinde; *"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. "*denilmektedir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan düzenleme, Hükümet tasarısındaki düzenlemeden bazı yönleriyle farklılık göstermektedir. Buna göre; (TCK m. 122) *"(1) Kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet,özürlülük²¹, siyasî 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 ki-*

21 "özürlülük" deyimi, 1. 7. 2005- 5378 sayılı kanunun 41. maddesi ile eklenmiştir.

şinin işe alınmasını veya alınmamasını yukarıda sayılan hâllerden birine bağlayan,

- b) *Besin maddelerini vermeyen veya kamuya arz edilmiş bir hizmeti yapmayı reddeden,*
- c) *Kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engelleyen,*

Kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir."

İki düzenlemeyi kıyaslayacak olursak, hükümet tasarısındaki metinde ayrımcılık sayılan hallerin yasa tekniğine ve kanunilik ilkesini uygun olarak sınırlandırılarak belirtildiği; buna karşılık, TCK'da bu hallerin örnekleyici olarak belirtildiğini görmekteyiz²². Diğer bir ifade ile, TCK m. 122'de sayılan ayrımlar dışında kalan benzer nitelikteki ayrımlar da bu suçun kapsamı içerisine girecektir, ancak bu durum ceza kanunlarının belirlilik ve açıklık taşıması gerekliliğine tamamen ters düşmektedir. Benzer nitelikteki ayrımlar kapsamında, tasarıda yer alıp, kanun hükmünde belirtilmemiş olan aile durumu, örf adet, sendika, köken ve etnik bir gruba mensup olmak değerlendirilebilir. Başka bir ifade ile tasarıda sınırlı olarak sayılmış ancak sonra kanun metnine girmemiş durumlar, 've benzeri sebeplerle ayırım yapılarak' ifadesi kullanılarak aslında yine kapsam içerisine girmiştir. Bunlara ek olarak, AIHS ek 12 numaralı protokolde ifade edilen, servet, doğum, ulusal bir azınlığa mensup olma, ulusal veya sosyal köken veya herhangi bir diğer statü nedeniyle ayrımcılık gözetilmesi de benzeri sebepler arasında değerlendirilebilir.

Diğer önemli bir fark ise, suçun mağduru ve faili bakımından karşımıza çıkmaktadır. Hükümet tasarısındaki metinde, suçun faili gerçek kişiler ve tüzel kişiler olarak ifade edilmiştir; aynı şekilde mağdur da gerçek veya tüzel kişi olabilir. Buna karşılık 5237 sayılı TCK bakımından suçun mağduru ve faili ancak gerçek kişi olabilir. Tüzel kişilere ilişkin düzenlemelere yer verilmiş değildir. Bu konu aşağıda ayrıca değerlendirilecektir.

Yukarıda da görüldüğü üzere, hükümet tasarısı bir takım önemli değişikliklere uğramış ve yasanın bugünkü haline dönüşmüştür.

22 Benzer görüş için bkz. Yenidünya C., s. 97

2- Uluslararası Kaynaklar

Yukarıda da açıkladığımız üzere Anayasa m. 90/son'a göre temel hak ve özgürlüklere ilikin hükümler içeren usulüne uygun olarak onaylanıp yürürlüğe konulmuş olan uluslararası sözleşmeler iç hukuk kuralı haline gelmiş ve kanun üstü konuma kavuşmuştur. Bu itibarla bu sözleşmelerde yer alan düzenlemeler hakkında bilgi vermek yerinde olacaktır. Aşağıda bazı önemli sözleşmeler bakımından konu üzerinde durulacaktır. Genel düzenleme yapan sözleşmelerdeki düzenlemeler daha detaylı incelenecek; buna karşılık özel düzenleme yapan sözleşmelerle ilgili olarak sadece ilgili tanımlar üzerinde durulacaktır.

Türkiye, ayrımcılık yasağına yer veren pek çok uluslararası sözleşmeyi usulüne uygun olarak onaylamış ve iç hukuk kuralı haline getirmiştir. Ayrımcılık yasağına yer veren uluslararası sözleşmelere baktığımızda, aslında hiç birinin ayrıntılı olarak ayrımcılığı tanımlamadığını görmekteyiz. Genel olarak hepsi, bir takım nedenler belirtmiş ve benzeri sebeplerle ayrımcılık yapılmasını yasaklamıştır, gerekli tedbirlerin alınması hususunda sözleşmecî devletlere pozitif yükümlülükler getirilmiştir. Bu husus, aşağıda sözleşmeler hakkında bireysel değerlendirmeler yapılırken de görülecektir. Kendi konuları kapsamında kalmak üzere ayrımcılığa ilişkin tanım getiren düzenlemeler *"Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme"*²³ ve *"Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme"*²⁴ de yer almaktadır. Ancak, gerek 'Her Türlü Irk Ayrımcılığın Önlenmesine İlişkin Sözleşme' de gerekse *"Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme"* de sadece düzenleme konusu ayrımcılık kavramları tanımlanmıştır. Bunlar yukarıda da ifade ettiğimiz üzere genel tanımlar değildir, sadece özel olarak kendi kapsamlarında değerlendirilebilirler.

Tanımlar bakımından üzerinde duracağımız bir başka tanım da Sözleşmede tanım olarak yer almamasına karşın Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi kapsamında kurulan İnsan Hakları Komitesi'nin, ayrımcılığa ilişkin yapmış olduğu tanımdır. Ancak bu konu aşağıda ilgili sözleşme kapsamında değerlendirileceği için tekrardan kaçınmak için burada ayrıca üzerinde durmayacağız.

23 <http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4750.html> erişim tarihi: 20. 04. 2012

24 http://www.unicef.org/turkey/cedaw/_gi18.html erişim tarihi: 04. 07. 2012

Uluslararası Sözleşmeler, Anayasa m. 90/son kapsamındaki açık düzenleme itibariyle TCK m. 122 uygulaması bakımından da oldukça önemlidir. Zira TCK m. 122’de ayrımcılık tanımlanmamıştır. Sadece maddede sayılan nedenler ve benzeri nedenlerle ayrımcılık yapılması yasaklanmıştır. Kavramın belirlenmesi ve gerekçelendirilmesi bakımından uluslararası sözleşmeler kapsamında yapılan tanımların ve düzenlemelerin dikkate alınması yerinde olacaktır.

A. Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi

Türkiye’nin de imzaladığı²⁵ Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi’nin 2(1). maddesine göre *“bu sözleşmeye taraf her devlet, bu sözleşmede tanınan hakları ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya diğer bir fikir, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet, doğum veya diğer bir statü gibi herhangi bir nedenle ayrımcılık yapılmaksızın, kendi toprakları üzerinde bulunan ve egemenlik yetkisine tabi olan bütün bireyler için güvence altına almayı bu ve haklara saygı göstermeyi taahhüt eder”*; 2(2)’ye göre, Sözleşmede tanınan hakları kendi mevzuatında veya uygulamasında henüz tanımamış olup da bu Sözleşmeye Taraf Devletler, kendi anayasal usullerine ve bu Sözleşmenin hükümlerine uygun olarak, Sözleşmede tanınan hakları uygulamaya geçirmek için gerekli olan tedbirleri veya diğer önlemleri almayı taahhüt ederler. Yine aynı sözleşmenin 2(3). maddesine göre, sözleşmeye taraf devletlerin ilgili yükümlülüklerini yerine getirmeye yönelik taahhütleri arasında;

- a) Bu Sözleşme’de tanınan hakları veya özgürlükleri ihlal edilenlere, ihlal fiili *resmi sıfatlarıyla hareket eden kişilerden başka kimseler tarafından işlense dahi, etkili bir hukuki yola* başvurma hakkı sağlamak;
- b) Bu tür bir hukuki yola başvurmak isteyen kişinin hakkının yetkili yargısal, idari ve yasama organları veya devletin hukuk sisteminin öngördüğü başka bir yetkili makamı tarafından karara bağlanmasını sağlamak ve *yargısal hukuki yollara başvurma imkanını geliştirmek*;

25 Türkiye, insan hakları ve demokratikleşme konusunda evrensel normları belirleyen en önemli uluslararası belgelerden biri olarak kabul edilen *“Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi”*ni 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalamıştır. Bugüne kadar BM üyesi 188 ülkeden 144’ünün imzaladığı Sözleşme, TBMM’de onaylandıktan sonra yürürlüğe girecektir.

- c) Bu gibi hukuki yolların tanınması halinde, yetkili makamlar tarafından bu hukuki yolların işletilmesini sağlamak.

TCK m. 122, bu anlamda hukuki bir yol olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak etkili bir hukuki yol olup olmadığı tartışmalıdır. Bu nokta, aşağıda anlatacağımız hususlar gözetildiğinde daha da iyi anlaşılacaktır.

Yine aynı sözleşmenin 3. maddesinde cinsiyet eşitliği düzenlenmiş, sözleşmeye taraf devletler sözleşmede yer alan bütün kişisel ve siyasi hakların kullanılmasında farklı cinsiyetlere eşit haklar sağlamayı taahhüt etmiştir.

Sözleşme'nin 26. maddesinde hukuk önünde eşitlik düzenlenmiştir. İlgili düzenlemeye göre *"Herkes, hukuk önünde eşittir ve hiç bir ayırmıcılığa tabi tutulmaksızın hukuk tarafından eşit olarak korunma hakkına sahiptir. Hukuk bu alanda her türlü ayırmıcılığı yasaklar ve herkese ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya başka bir fikir, ulusal veya toplumsal köken, milliyet, doğum veya başka bir statü ile yapılan ayırmıcılığa karşı etkili ve eşit koruma sağlar."*

Türk Ceza Kanunu bakımından yeni bir kavram olan ayırmıcılık, ilgili Sözleşme ile kurulan İnsan Hakları Komitesi'nin uzun süredir ele aldığı bir kavramdır. Komite yaptığı değerlendirmelerle uluslararası alanda kabul gören standartları oluşturmaya çalışmaktadır²⁶. Komite, ayırmıcılık kavramının *"...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 ayırmıcılığı..."* ifade ettiğini belirtmiştir²⁷. İnsan Hakları Komitesi, 26. maddede her türlü ayırmıcılığın yasaklandığını, madde metninde sayılan sebeplerle sınırlı kalmadığını, hatta yapılan sayımın yanında 'veya başka bir statü ile yapılan' ifadesini eklediğini ve bu sebeple Komite önüne gelen her başvurunun ayrıca değerlendirilmiş ve karar bağlanmış olduğunu belirtmiştir. Bu yaklaşımdan da görüleceği üzere 26. maddenin kapsamı oldukça geniştir. Hatta herhangi bir sınır çizilmemiş, ucu açık bırakılmıştır²⁸.

²⁶ Karan U., s. 149

²⁷ Karan U., s. 151

²⁸ Karan U., s. 151; 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 Burchill, Ashgate, Aldershot, 2005, s. 172

B. AİHS

AİHS m. 14'e göre *"Bu sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma özellikle, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi başka bir durum bakımından hiç bir ayırım yapılmadan sağlanır"*²⁹.

Maddede de belirtildiği üzere, ayrımcılık yasağı, AİHS ile tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma bakımından herhangi bir ayırma tabi olmadan herkes tarafından yararlanmayı garanti altına almaktadır. Maddede cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, azınlık mensubiyeti, servet, doğum gibi sebeplerle ayırma tabi tutulma sınırlayıcı olarak değil, örnekleyici sebepler olarak ifade edilmiştir³⁰.

Sözleşme'de düzenlenen hakların Sözleşmeci Devlet tarafından insanlar arasında hiç bir ayırma tabi kılınmadan herkese karşı yerine getirilmesini düzenleyen bu madde aslında diğer hükümlerle birlikte yorumlanması gereken bir maddedir. Çünkü ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. madde, Sözleşmede ve ek protokollerde tanınan ve güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin herkes tarafından kullanılabilmesi için getirilmiş bir hükümdür³¹. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu durumu ilk kez Belçika-Dil Davasında³² dile getirmiştir. Mahkeme'ye göre, her ne kadar 14. madde tek başına bir garanti getirmese de Sözleşme'deki diğer hak ve özgürlüklerin garanti altına alınabilmesi için ilgili diğer maddelerle bağlantılı olarak değerlendirilmesi gerekir. Sözleşmedeki hakların ve özgürlüklerin kullanılması bakımından 14. madde dikkate alınır.

Sözleşme'nin 14. maddesi ile, ayrımcılık açıkça yasaklanmıştır. Bu madde, Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından aynı ya da benzer durumda bulunanların farklı uygulamalara tabi tutulmasını engellemektedir³³.

29 Çeviri için bkz. Gölcüklü Feyyaz., Gözübüyük Şeref., *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 3. bası, Ankara 2002, s. 452

30 Tezcan Durmuş, Erdem Mustafa R., Sancakdar Oğuz, Önok Murat, *İnsan Hakları El Kitabı*, Seçkin yayıncılık Ankara 2011, s. 400

31 Gölcüklü F., Gözübüyük Ş., s. 400; Tezcan D., Erdem M. R., Sancakdar O., s. 400; Janis Mark W., Kay Richard S., Bradley Anthony W., *European Human Rights Law Text and Materials*, Oxford University Press, 3. baskı, 2008, s. 457

32 *Belçika Dil Davası* (No 2), 23 Temmuz 1968, 1 E. H. R. R. 252, parag. 9

33 Gölcüklü F., Gözübüyük Ş., s. 400

AİHS madde 14'te yer alan ayırmıcılık yasağı, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 26. maddesi³⁴ ve 12. Ek Protokol³⁵ hükümleri ile tam olarak örtüşmemektedir. Ancak bu durum 14. maddenin etkisiz olduğu anlamına gelmez³⁶.

Her ayırım m. 14 kapsamında değerlendirilmez. Örneğin çocukların veya kadınların korunması amacıyla getirilen koruyucu düzenlemeler ayırmıcılık yasağı kapsamına girmezler. Burada ifade edilen ayırım yasağı, eşit durumda olanlara eşit davranılmaması nedeniyle ortaya çıkmaktadır. Pek çok mahkeme kararında³⁷ da belirtildiği üzere yasaklanan ayırım, *"objektif ve makul bir nedenden mahrum bulunan"* diğer bir ifade ile meşru amaca yönelik olmayan, güdülen amaçla kullanılan araç arasında makul bir oran ilişkisi bulunmayanlardır. Açıkça belirtmek gerekirse, farklı durumda veya konumda olan kişilerin farklı statü ya da işleme tabi tutulmaları ayırmıcılık olarak tanımlanmaz³⁸.

Önceki dönemlerde AB uyum süreci çerçevesinde, Anayasanın 10. maddesinde düzenlenen kanun önünde eşitlik ilkesinin yanında, ayırmıcılık yasağının doğrudan Anayasa'da düzenlenmesi girişimleri sonuçsuz kalmıştır³⁹. Ancak yeni anayasa çalışmaları kapsamında

34 Hukuk önünde eşitlik m. 26, *"Herkes, hukuk önünde eşittir ve hiç bir ayırmıcılığa tabi tutulmaksızın hukuk tarafından eşit olarak korunma hakkına sahiptir. Hukuk bu alanda her türlü ayırmıcılığı yasaklar ve herkese ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi veya başka bir fikir, ulusal veya toplumsal köken, milliyet, doğum veya başka bir statü ile yapılan ayırmıcılığa karşı etkili ve eşit koruma sağlar."*

35 Zira Ek 12 Nolu Protokol, hukuken temin edilmiş olan tüm haklardan yararlanma bakımından ayırmıcılık yasağını düzenleyerek oldukça geniş bir düzenleme getirmiştir.

"Madde 1:

Ayırmıcılığın Genel Olarak Yasaklanması

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

2. Hiç kimse, 1. paragrafta belirtildiği şekilde hiç bir gerekçeyle, hiç bir kamu makamı tarafından ayırmıcılığa maruz bırakılamaz."

36 Janis M. W., Kay R. S., Bradley A. W., s. 457; Livingstone Stephen, "Article 14 and the Prevention of Discrimination in the European Convention on Human Rights", *European Human Rights Law Review* 1997, s. 25-34, parag. 26

37 *Marckx/Belçika*, 13. 6. 1979, A 31, parag. 33; *Abdulaziz, Cabales & Balkandali v. Birleşik Krallık*, 28. 5. 1985, A 94, parag. 72 parag. 78; *Lithgow et autres/İngiltere*, 8. 7. 1986, A 102, parag. 177,181-183.

38 Gölcüklü F., Gözübüyük Ş., s. 400; Tezcan D., Erdem M. R., Sancakdar O., s. 400

39 Tezcan D., Erdem M. R., Sancakdar O., s. 401

ayrımcılık yasağının Anayasal dayanak kazanması yerinde olacaktır. TCK'da "ayrımcılık" suçunun düzenlenmiş olması, mevcut Anayasa'daki düzenlemeyi desteklese de, anayasal düzenlemenin sadece devlet veya idari makamlar ile vatandaş arasındaki ilişkiye yönelik olması nedeniyle eksik bir düzenleme olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Zaten kabul edilip yürürlüğe girmesi halinde, AİHS Ek 12 nolu protokol, her türlü yasal haktan faydalanma bakımından daha geniş anlamda koruyucu bir düzenleme getirecektir. Bu çerçevede konuya ilişkin yeni anayasal düzenlemenin, her türlü yasal hakkı kapsar nitelikte olması gerektiğini düşünmekteyiz.

C. Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme

1 Ekim 1972'de New York'ta imzalanan Sözleşme 03. 04. 2002 tarihinde 4750 sayılı kanun ile onaylanmış ve 16. 02. 2002 tarihli 224787 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Sözleşme'nin 1. maddesinin 1. fıkrasında "ırk ayrımcılığı" terimi, "siyasî, ekonomik, sosyal, kültürel veya toplumsal yaşamın herhangi bir alanında, insan hakları ve temel özgürlüklerin tanınmasını, uygulanmasını, bu hak ve özgürlüklerden yararlanılmasını ortadan kaldırmak veya zayıflatmak amacına ya da etkisine yönelik, ırk, renk, soy ya da ulusal veya etnik kökene dayalı her türlü ayırım, dışlama, kısıtlama ya da tercih anlamındadır"⁴⁰, şeklinde tanımlanmıştır.

Sözleşme ayrımcılığa ilişkin yasakları ve sözleşmeciler devletlerin yükümlülüklerini özellikle ırk ayırımı bakımından değerlendirdiği için daha özel niteliktedir. Ancak bir tanım yaptığı için özel olarak burada ifade etme gereği duyduk.

D. Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme

Bu sözleşme de Irk Ayrımcılığı Sözleşmesi gibi özel nitelik taşıyan uluslararası bir sözleşmedir⁴¹. Bu Sözleşme'nin 1. maddesinde kadınlara karşı ayrımcılık kavramı tanımlanmıştır. Kadınlara karşı ayrımcılığın tanımı "siyasal, ekonomik, sosyal, kültürel, kişisel veya diğer alanlarda-

40 <http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4750.html> erişim tarihi: 20. 04. 2012

41 <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/18898.pdf&main=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/18898.pdf> erişim tarihi: 20. 04. 2012

ki 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” olarak yapılmıştır⁴².

Sözleşme’nin 2. maddesinde taraf devletler kadınlara karşı ayrımcılığın her biçimini yasaklayıp, her türlü vasıta ile ve hiç vakit kaybetmeden kadınlara karşı ayrımcılığı tasfiye etme politikası izlemeyi kabul etmiş ve bu amaçla çeşitli taahhütlerde bulunmuştur.

3- Mukayeseli Hukuk

a. Ceza Mevzuatlarında Ayrımcılık Suçuna Yer Veren Ülkeler

Mukayeseli hukuka baktığımızda ayrımcılık suçuna benzer düzenlemelerin başka Avrupa ülkelerinin ceza kanunlarında da yer aldığını görebiliyoruz.

Örneğin İsveç Ceza Kanunu’nun 2. kitabının “Kamu Düzenine Karşı Suçlar” başlıklı 16. bölümünün 9. paragrafında⁴³;

42 8. 3. 2012 tarih ve 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunun 2. maddesinde “*kadına yönelik şiddet*” kadınlara, yalnızca kadın oldukları için uygulanan veya kadınları etkileyen cinsiyete dayalı bir ayrımcılık ile kadının insan hakları ihlaline yol açan ve bu kanunda şiddet olarak tanımlanan her türlü tutum ve davranış olarak belirtilmiştir. Görüldüğü üzere, 20. 03. 2012 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren kanunda tanımlar yapılırken “*Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme*” de yer alan esaslar temel kaynaklardan olmuştur. Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesine Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi de bu kaynaklardan bir tanesidir.

43 <http://legislationline.org/documents/section/criminal-codes> ; erişim tarihi: 22. 05. 2012

“A businessman who in the conduct of his business discriminates against a person on grounds of that person’s race, colour, national or ethnic origin or religious belief by not dealing with that person under the terms and conditions normally applied by the businessman in the course of his business with other persons, shall be sentenced for *unlawful discrimination* to a fine or imprisonment for at most one year. The provisions of the foregoing paragraph relating to discrimination by a businessman shall also apply to a person employed in a business or otherwise acting on behalf of a businessman and to a person employed in public service or having a public duty.

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

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

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

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

Yukarıdaki fıkralarda yer alan hüküm, homoseksüel bir kimseye bu durumundan dolayı ayırimcılık yapanlara da uygulanır” şeklinde düzenlenmiştir⁴⁴. Bu son fıkra, 1987 yılında 610 sayılı Kanun’la ilave edilmiştir.

Yine İspanyol Ceza Kanunu’nun 2. Kitabının 21. başlığının 4. kısmında yer alan “Anayasa ile Garanti Altına Alınmış Temel Hak ve Hürriyetlerin İcrasına İlişkin Suçlar” a ilişkin 1. bölüm 512. maddede⁴⁵;

“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”⁴⁶ şeklinde düzenlenmiştir.

gathering under the terms and conditions normally applied to other persons. A sentence for unlawful discrimination shall also be imposed on any person designated in the first to third paragraphs above who, in the manner there indicated, discriminates against another on the ground that the latter has a homosexual disposition. (Law 1987:610)”

44 Yenidünya C., “5237 sayılı TCK’da Ayırimcılık Suçu”, s. 100

45 <http://www.google.com.tr/search?q=spanish%20penal%20code&ie=utf-8&oe=utf-8&aq=t&rls=org.mozilla:tr:official&client=firefox-a&source=hp&channel=np> erişim tarihi: 22. 05. 2012

Article 512: “Those who, in the exercise of their professional or business activities, were to deny a person a service to which he is entitled due to his ideology, religion or belief, his belonging to an ethnic group, race or nation, his gender, sexual preference, family situation, illness or handicap, shall incur the punishment of special barring from exercise of profession, trade, industry or commerce, for a term of one to four years.”

46 Yenidünya C., “5237 sayılı TCK’da Ayırimcılık Suçu”, s. 99-100

Hem İsveç Ceza Kanunu'nda hem de İspanyol Ceza Kanunu'nda ayrımcılık ile ilgili suç tipleri iş hukuku ilişkileri esas alınarak düzenlenmiştir. Ayrımcılık yaparak işe almamak, çalıştırdığı kişiye farklı muamele yapmak gibi. Bu anlamda yapılan düzenlemeler aslında iş hukuku mevzuatını desteklemektedir. Oysa ki Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenleme, bu düzenlemelerden çok daha geniştir ve genel niteliklidir. Sadece işe almamak değil, bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya bir hizmetten yararlanılmasını engellemek, besin maddelerini vermemek, kişinin olağan ekonomik etkinlikte bulunmasını engellemek şeklinde çeşitlendirilmiştir.

b. Ayrı Bir Ayrımcılık Mevzuatı ile Düzenleme Yapan Ülkeler

Bu başlık altında öncelikle Birleşik Krallık'taki düzenlemeler üzerinde duracağız. Birleşik Krallık'ta yer alan düzenlemelere baktığımızda, ayrımcılık hukuku (*discrimination law*) adı altında bir bilim alanı oluşturulduğu ve ayrımcılığın konusuna ve türüne göre değişik kanunlarda, değişik düzenlemelerin yapılmış olduğunu görmekteyiz. Bunun temel nedeni, Birleşik Krallık'ın çok uluslu bir devlet yapısına sahip olması ve sömürgecilik dönemi nedeni ile ülkenin sömürgeleştirdiği yer insanlarına kendi pasaportunu vermiş olmasıdır. Çok uluslu bir yapının ve çeşitli farklı kökenden gelen insanların birarada yaşaması, ayrımcılık ile ilgili sorunları da beraberinde getirmektedir. Nitekim sadece Birleşik Krallık değil, benzer yapıda olan diğer ülkelerde de ayrımcılığa ilişkin mevzuatları ulus devlet olanlara göre daha geniştir.

Birleşik Krallık mevzuatında, yerel yasal düzenlemeler (*statutory law ve common law*) kadar Avrupa Birliği Hukuku, Adalet Divanı tarafından verilmiş yargı kararları da oldukça önemli bir yere sahiptir. Ayrıca, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1998 tarihli İnsan Hakları Kanunu ile iç hukuka adapte edilmesi neticesinde gelişen uygulamalar da büyük önem taşımaktadır⁴⁷.

Konuya ilişkin temel yerel düzenlemelerden bazıları şunlardır: 1976 tarihli Irk İlişkileri Kanunu (*Race Relations Act 1976*); 1975 tarihli Cinsiyet Ayrımcılığı Kanunu (*Sex Discrimination Act 1975*); 1970 tarihli

47 Connolly M., s. 15-57

Eşit Ücret Kanunu (*Equal Pay Act 1970*) ve 1995 tarihli Engelli Ayrımcılığı Kanunu (*Disability Discrimination Act 1995*). Bu düzenlemeler iş alanında yaşanan ayrımcılıklar kadar; mal satımı, hizmet ilişkileri, fırsat eşitliği, eğitim, iskan, mülkiyet, idari makamların faaliyetleri gibi diğer alanlarda da yapılan ayrımcılıkları kapsar. Ayrıca, Avrupa Birliği hukukunun gerektirdiği iş hukuku kapsamında din ve inanç⁴⁸, cinsiyet⁴⁹, yaş⁵⁰ nedeniyle yapılan ayrımcılıklara ilişkin yasal düzenlemeler de bulunmaktadır⁵¹.

Yukarıda ifade ettiğimiz yazılı düzenlemeler, nerede ise ayrımcılıkla ilgili her detayı tek tek değerlendirmiştir. Çünkü Birleşik Krallık'ta ayrımcılık, kendine özgü mevzuatı bulunan ayrı bir bilim dalıdır. Bu nedenle Birleşik Krallık ile ilgili açıklamalarımızda sadece konuya ilişkin yasal düzenlemelerin adlarını vermekle yetindik.

Sonuç olarak Birleşik Krallık mevzuatına baktığımızda ayrımcılık hukukuna ilişkin çok kapsamlı düzenlemelerin ve uygulamaların olduğunu ifade edebiliriz. Yukarıda da açıkladığımız üzere farklı ırktan gelen pek çok insanın bir arada yaşaması bu düzenlemelerin yapılmasını zorunlu hale getirmiştir. Britanya adası içindeki ırk farklılıklarının yanında, ayrıca sömürgecilik döneminde İngiliz sömürgesi olan pek çok ülke vatandaşına Birleşik Krallık pasaportunun verilmiş olması, ülke içerisindeki kozmopolit yapıyı ve ayrımcılığı arttırmıştır. Bunun doğal sonucu olarak ortaya çıkan ve yaşanan sıkıntıları çözmek amacıyla ciddi düzenlemeler yapılmıştır.

Federal Almanya'da da Birleşik Krallık'ta olduğu gibi, ayrımcılığa ilişkin özel bir mevzuat bulunmaktadır. Kamu çalışanları ve kamu hizmeti gibi kamu hukuku ile ilgili alanlarda eşitlikle ilgili temel güvenceleri içeren hukuki düzenlemeler bulunmaktadır. İş hukukunda genel bir ayrımcılık yasağı öngören düzenleme ve içtihatlar bulunmaktadır. Engellilik, cinsel eğilim, din ve inanç alanlarında çeşitli normlar kabul edilmiştir. 2006 yılında ayrımcılık ile ilgili yeni bir kanun (*Gesetz zur Umsetzung Europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung-General Equal Treatment Act*) kabul edilmiş ve

48 2 Aralık 2003'te yürürlüğe girmiştir.

49 1 Aralık 2003'te yürürlüğe girmiştir.

50 1 Ekim 2006'da yürürlüğe girmiştir.

51 Connolly M., s. 15

daha önce kabul edilmiş olan Genel Eşit Muamele Kanunu (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*), Askerlere Eşit Muamele Kanunu (*Soldaten und Soldatinnengleichbehandlungsgesetz*) ve diğer bazı kanunlarda değişiklikler yapılmış, ayrımcılık yasağı konusunda yasal düzenlemeler yenilenmiştir⁵².

2006 yılında kabul edilen Genel Eşit Muamele Kanununun en önemli getirilerinden biri 25. maddesi ile Federal Alman Ayrımcılık Karşısı Ajansı kurmuş olmasıdır. Ajans, Federal Aile İlişkileri, Vatandaşlık, Kadınlar ve Gençlik Bakanlığı bünyesinde kurulmuştur. Görevleri bakımından idareden bağımsız, kendi kanunu ile bağlı bir kuruluştur. Ajans, bireylerin ayrımcılık yasağına karşı haklarının korunmasında destek sunma, temel haklar konusunda bilgilendirme, diğer hukuki kurumlarca hukuki yardım sunulmasını sağlama, taraflar arasında arabuluculuk yapma, genel olarak kamuoyunu bilgilendirme, ayrımcılığın önlenmesi için harekete geçme, bilimsel çalışmalar yapma ve 4 yılda bir ayrımcılıkla ilgili rapor sunma görevlerini yürütmektedir⁵³.

Federal Almanya’da ayrımcılık ile ilgili görev yapan kuruluşlar bunlardan ibaret değildir. Federal ve federe yönetimlerde ayrımcılık ile ilgili çalışmalar yapan, hükümete ve diğer kamu kurumlarına tavsiyelerde bulunan, raporlar yayınlayan, ayrımcılık mağdurlarına bireysel tavsiyelerde bulunmak gibi görevleri yerine getiren Yabancıların Entegrasyonu Temsilcisi, Alman Etnik Kökenine Sahip Göçmenler, Ulusal Azınlıklar ve Engelliler Temsilcileri veya Alman İnsan Hakları Enstitüsü gibi kurumlar da bulunmaktadır⁵⁴.

4- Avrupa Birliği Hukuku Kapsamında Ayrımcılık

Avrupa Birliği dahilinde olan tüm devletlerin mevzuatlarında ayrımcılık yasağına ilişkin değişik düzenlemeler bulunmaktadır. Bu ülkelerden bazıları konuyu ceza hukuku kapsamında da değerlendirmiştir. Birliğin temel ilkelerinden biri, üye ülkelerde iş ve sermaye hareketliliğinin sağlanması ve bu amaçla gerek sermayenin gerekse iş gücünün Birlik içerisinde ayırım yapılmaksızın hareket etmesinin

52 Karan U., “Avrupa Birliği Ülkelerinde Ayrımcılık Yasağı...”, s. 82

53 Karan U., Avrupa Birliği Ülkelerinde Ayrımcılık Yasağı..., s. 85

54 Karan U., Avrupa Birliği Ülkelerinde Ayrımcılık Yasağı..., s. 85

sağlanmasıdır. Bu da ancak ayrımcılık yapılmaması ile mümkün olabilir. Oysa ki, son yıllarda Avrupa'da ırkçılık ve yabancı düşmanlığı sürekli artmaktadır. Avrupa Birliği'ne üye olan devletlerin ceza hukuklarındaki konuya ilişkin düzenlemelerin birbirinde farklılık teşkil etmesi, ayrımcılık ile mücadele edilmesini her geçen gün zorlaştırmaktadır. Yukarıda mukayeseli hukuk kapsamında bazı ülkeler bakımından yaptığımız açıklamalar da da görüleceği üzere yeknesaklık oluşturulamamıştır. Bu nedenle Avrupa Birliği düzeyinde de ayrımcılık ile ilgili düzenlemeler yapılmaya başlanmıştır⁵⁵. Ancak bunlar değişik alanlarda ve farklı düzenlemeler ile gerçekleştirilmektedir. Örneğin ırkçılık ile yabancı düşmanlığı ile mücadele (Lizbon Antlaşması m. 67/3), istihdamda eşit muamele (2000/78/EC) gibi farklı farklı direktiflerde düzenleme altına alınmaktadır. Zira Avrupa Birliği'nin doğrudan uygulanabilir ceza hukuku kuralı koyma yetkisi bulunmamakta, bunun doğal sonucu olarak, Birlik organlarının da kriminal bir cezaya hükmetme yetkisi bulunmamaktadır. Bu durum Avrupa Birliği Adalet Divanı ve üye ülke yargı organları kararlarında ve öğretide de dile getirilmekte ve vurgulanmaktadır. Üye devletlerin ceza hukukuna ilişkin yetkilerini Birliğe devretmedikleri, Avrupa Birliği'nin doğrudan suç tipleri yaratma ve cezaya hükmetme yetkisinin bulunmadığı konusunda genel bir görüş birliği bulunmaktadır. Çünkü Avrupa Birliği ceza hukuku alanında hukuk yaratma yetkisine sahip değildir ve ceza hukukuna ilişkin yaptırım uygulama yetkisi de bulunmamaktadır⁵⁶.

Bununla birlikte, Avrupa Birliği'nin direktif çıkarma yetkisi bulunmaktadır. Kural olarak, direktiflerin muhatabı olan üye Devletler, iç hukukta düzenleme yapmadıkça, Direktifin iç hukuka doğrudan bir etkisi olmaz. Antlaşma tüzükler için açık olarak belirttiği doğrudan etkiyi direktifler için öngörmemiştir⁵⁷. Bununla birlikte üye ülkelerin ilgili direktifleri iç hukukun bir parçası haline getirme zorunluluğu bulunmaktadır⁵⁸. Bunun şekli ve metodu üye ülkenin

55 Erdem Mustafa R., 'Avrupa Birliği'nde Ayrımcılık, Irkçılık ve Yabancı Düşmanlığı ile Ceza Hukuku Yoluyla Mücadele', *Fasikül Hukuk Dergisi*, yıl. 3, sayı. 16, Mart 2011, s. 61

56 Erdem Mustafa R., s. 8

57 Özkan Işıl., *Avrupa Birliği Kamu Hukuku*, Seçkin yayıncılık, Ankara 2011, s. 102

58 Hartley Trevor C., *The Foundations of European Union Law*, Oxford University Press, 7th ed., 2010, s. 229

bizzat kendi takdirine bırakılmıştır. Verilen süre içerisinde direktifin iç hukuk kuralı haline getirilmemesi halinde, İlgili devlet Birlik hukukundan kaynaklanan görevlerini yapmamış olur. Böyle bir durumda milli yargıç, direktifi uygulayabilir. Nitekim *Sace*⁵⁹ ve *Van Duyn*⁶⁰ kararlarında direktiflerin doğrudan etkisi kabul edilmiştir⁶¹. *Grad* kararında⁶², direktiflerin iç hukuka aktarılması için öngörülen sürenin sona ermesi ile direk etki oluşacağı ve iç hukuka doğrudan etki edeceği ifade edilmiştir.

Direktifleri yaşama geçirmeyen üye devletlere Avrupa Birliği'nin yaptırım uygulama imkanı bulunmaktadır. Ancak bu direktifleri uygulama zorunluluğu kamu kurumlarına aittir; özel kurumlar bakımından böyle bir bağlayıcılık bulunmamaktadır⁶³. Çünkü her iki tarafın da özel kişi olduğu durumlarda doğrudan etki söz konusu olmaz⁶⁴. Bununla birlikte özel bir kurumun direktife aykırı uygulaması nedeniyle birey herhangi bir zarara uğrarsa, zarar nedeniyle devlete tazminat davası açma hakkına sahip olmaktadır.

Direktiflerden farklı olarak Avrupa Birliği Konseyi'nin konuya ilişkin çıkardığı çerçeve kararlar da bulunmaktadır. Bu kapsamda Konsey'in 06. 12. 2008 tarihinde yürürlüğe giren Irkçılık ve Yabancı Düşmanlığının Belirli Türleri ve İfade Biçimleri ile Ceza Hukuku Yoluyla Mücadele Hakkında Çerçeve kararı (*On Combating Certain Forms and Expressions of Racism and Xenophobia by means of Criminal Law*⁶⁵) önem taşımaktadır. Üye devletlerin söz konusu çerçeve kararı 28. 11. 2010 tarihine kadar iç hukuklarına aktarmaları gereklidir. Ancak gördüğümüz kadarı ile üye devletlerin ancak bazıları bu yükümlülüklerini yerine getirmiş durumdadır. İlgili çerçeve karar ile ırkçılık ve yabancı düşmanlığı ile bağlantılı suçların etkin, uygun ve caydırıcı

59 17. 12. 1970, 33/70 Rec, 1213

60 04. 12. 1974, 41/74, Rec. 1337; 1974 ECR, 1346

61 Özkan I., s. 102; Bozkurt Enver, Özcan Mehmet, Köktaş Arif, *Avrupa Birliği Hukuku*, Asil Yayın, 5. baskı, Ankara 2011, s. 167

62 *Grad v. Finanzamt Traunstein*, 9/70, (1970) ECR., 825

63 Nyssens Harold, Lackhoff Klaous, "Direct Effect of Directives in Triangular Situations" *European Law Review*, 1998- 2, No. 5, s. 402

64 Weatherill Stephen, Beaumont Paul, *EU Law*, 3rd. Ed., Penguin, 1999, s. 401; Steiner Josephine, Woods Lorna, *Twigg-Flesner Christian EU Law*, Oxford Univ. Press, 9th ed., 2006, s. 104; Nyssens H., Lackhoff K., s. 397-413

65 COUNCIL FRAMEWORK DECISION 2008/913/JHA of 28 November 2008, L 28/55

cezalarla yaptırım altına alınması amaçlanmıştır (madde 3/1). Ayrıca 3. maddenin 2. fıkrasında birinci madde kapsamına giren hareketlerin cezalarının sınırları da belirtilmiştir. Buna göre ceza asgari 1 yıl azami 3 yıl hapis cezası olabilir.

Görüldüğü üzere çerçeve karar ile, üye devletlerin iç hukukuna, ceza hukukuna doğrudan etki yaratacak bir düzenleme yapılmış ve konu üzerindeki takdir yetkileri sınırlandırılmıştır. Kural olarak çerçeve kararlar mevzuatın uyumlulaştırılması için kullanılır. Bunlar hedef yönünden bağlayıcı olmakla birlikte milli mahkemelerde ileri sürülebilecek bağımsız haklar sağlamazlar⁶⁶. Buna karşılık yukarıda ifade ettiğimiz karar, uyumlulaştırma kapsamında doğrudan ceza hukuku üzerinde etki yaratmıştır. Uyumlulaştırma sürecinde ceza hukukunun bir araç olarak kullanılması tartışmalı bir durumdur⁶⁷. Yukarıda da bahsettiğimiz üzere üye ülkelerin bu konu üzerinde çekinceleri bulunmaktadır.

Son olarak ayrıca belirtmeliyiz ki, 13 Aralık 2007 tarihinde Lizbon'da imzalanan ve 1 Aralık 2009 tarihinde yürürlüğe giren Lizbon Antlaşması⁶⁸, AB Temel Haklar Şartı'nı hukuki olarak bağlayıcı hale getirmiştir⁶⁹. Temel Haklar Şartının III. Bölüm 20-23. maddelerinde 20. maddede kanun önünde eşitlik, 21. maddede ayrımcılık yapmama⁷⁰, 22. maddede kültür, din, dil çeşitliliği ve 23. maddede kadın ve erkek arasındaki eşitlik düzenlenmiştir. Lizbon Antlaşması ile bu düzenlemeler artık üye devletlerin iç hukukunda tam bir hukuki bağlayıcılığa kavuşmuştur.

66 Çerçeve Kararların hukuki niteliği hakkında detaylı bilgi için bkz. Özkan I., Avrupa Birliği Kamu Hukuku, s. 118 vd.

67 Erdem Mustafa Ruhan., 'Avrupa Birliği'nde Ayrımcılık, Irkçılık ve Yabancı Düşmanlığı ile Ceza Hukuku Yoluyla Mücadele', s. 15

68 Lizbon Antlaşması için detaylı bilgi için bkz. Topal Emre, "Lisbon Antlaşması ile Avrupa Birliği'nde Yasama Niteliğindeki İşlemler ve Yasa Yapım Süreçlerine Getirilecek Değişikliklere Genel Bir Bakış", *Yasama Dergisi* sayı 9, Mayıs-Haziran-Temmuz-Ağustos 2008, s. 17-34

69 <http://www.mfa.gov.tr/lizbon-antlasmasi.tr.mfa> ; erişim tarihi: 9. 08. 2012

70 Madde 21: Ayrımcılık yapmama

- 1- Cinsiyet, ırk, renk, etnik veya köken, genetik özellikler, dil, din veya inanç, siyasi veya diğer her türlü düşünce, bir ulusal azınlığa mensubiyet, server, doğum, sakatlık, yaş veya cinsel eğilime dayalı her türlü ayrımcılık yasaktır.
- 2- Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşmanın ve Avrupa Birliği Antlaşmasının uygulama alanı kapsamında ve bu Antlaşmaların özel hükümlerine hâlel gelmemek kaydıyla, milliyet esasına dayalı her türlü ayrımcılık yasaktır.

III- Ayırmıcılık Suçunun Unsurları

1- Korunan Hukuksal Yarar

Gerekçede, ‘bu suç ile insanlar arasında yürürlükteki kanun ve nizamların izin vermediği ayrımlar yapılarak bazı kişilerin hukukun sağladığı olanaklardan yoksun hale getirilmelerinin cezalandırıldığı’ belirtilmiştir. Suçun amacının ise, vatandaşlar arasında çeşitli etmenlere dayanan grup mensubiyeti nedeniyle ayırım yaptırmamak ve millet bireyleri arasında bölücülük yapılmasını önlemek olduğu ifade edilmiştir.

Türkiye Cumhuriyeti de Anayasası’nın 2. maddesinde ifade edildiği üzere, bir hukuk devletidir. Yine Türkiye’nin de imzalamış olduğu Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin 13. maddesine göre, ‘herkesin insan haklarından ve ana hürriyetlerden faydalanmasını kolaylaştırmak’ için önlemler almak Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun görevleri arasında yer almıştır. Birleşmiş Milletlerin bu misyonu günümüzde uluslararası hukukun temel kavramlarından biri olmuştur⁷¹.

AIHS m. 14 kapsamında da ayırmıcılık yasağı düzenlenmiştir. Buna göre, “*bu Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi başka bir durum bakımından hiçbir ayırmıcılık yapılmadan sağlanır*”. Temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasında ayırmıcılık yapılmasının engellenmesi, sözleşmeciler devletlere yüklenen önemli bir ödevdir. Ayrıca, ek 12 nolu Protokol ayırmıcılığı genel olarak yasaklayan temel bir düzenleme getirmiş ve hukuken temin edilmiş olan tüm haklardan yararlanma bakımından her türlü ayırmıcılığı yasaklamıştır.

Yukarıda da açıklandığı üzere Türkiye’nin de imzaladığı Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 2. maddesine göre Türkiye ayırmıcılığın engellenmesi konusunda çeşitli taahhütlerde bulunmuştur.

Yine aynı sözleşmenin 3. maddesinde cinsiyet eşitliği düzenlenmiş sözleşmeye taraf devletlerin sözleşmede yer alan bütün kişisel ve siyasi hakların kullanılmasında farklı cinsiyetlere eşit haklar sağlamayı taahhüt etmiştir.

71 Öztürk B., Tezcan D., Erdem M. R, Sırma Ö., Saygılar Y., Alan E., s. 86

Elbetteki Türkiye'nin konuya ilişkin olarak imzaladığı uluslararası sözleşmeler bunlardan ibaret değildir. Yukarıda bunları ifade etmiştik. Türkiye gerek imzaladığı uluslararası sözleşmeler ile gerekse Anayasası ile temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasında ayrımcılık yapmayacağını ifade etmiş; bunun doğal bir gereği olarak da TCK'da "ayırıcılık" suçu düzenleme altına alınmıştır. Ancak düzenlemenin ne kadar yeterli olduğu konusu tartışmalıdır. Bu husus yeri geldikçe ilgili bölümlerde açıklanacaktır.

Ayrımcılık suçu, TCK'da ikinci kitap ikinci kısım yedinci bölümde "hürriyete karşı suçlar" başlığı altında düzenlenmiştir. Bu kapsamda temel bir hak ve özgürlük olan farklı muameleye tabi olmamak hakkının korunması söz konusudur. Farklı muameleye tabi olmamak amacıyla değişik hukuk alanlarında yapılmış olan düzenlemeler, cezai bir düzenleme ile desteklenmiştir⁷².

Tüm bu açıklamaların ışığı altında sonuç olarak suç ile korunan hukuksal yararı, kişilerin sadece insan olması nedeniyle hukuk düzeni tarafından tanınan hak ve özgürlükleri hiç bir ayırım yapılmaksızın kullanmalarının sağlanması ve gerek devlet makamları önünde, gerekse bireyler arasında eşit muamele görme hakkının korunması olarak ifade edebiliriz⁷³.

2- Maddi Unsurlar

A. Fiil

TCK m. 122'de suçun maddi unsurunu oluşturan hareketler seçimlik olarak belirtilmiş ve 3 bent altında toplanmıştır. Failin madde- de belirtilen saiklerle bu hareketlerden yalnızca birini gerçekleştirmesi yeterlidir⁷⁴. Birden fazla hareketin somut olayda birlikte gerçekleşmesi halinde de yine tek suç oluşur. Bunlar yer aldığı bendler kapsamında aşağıda ayrı ayrı değerlendirilecektir.

72 Benzer yönde görüş için bkz. Özbek Veli Ö., Kanbur Nihat, Doğan Koray, Bacaksız Pınar, Tepe İlker, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010, s. 480

73 Benzer görüş için bkz. Artuk Emin, Gökçen Ahmet, YeniDünya Caner, *TCK Şerhi*, Turhan Kitapevi, 3. cilt, Ankara 2009, s. 3023

74 Suçun bağlı hareketli bir suç olduğunu ifade eden farklı görüş için bkz. Özbek V. Ö., Kanbur N., Doğan K., Bacaksız P., Tepe İ., s. 480

Ayırmıcılık suçu salt hareket suçudur. Seçimlik hareketin yapılması ile tamamlanır. Ayrıca bir neticenin doğmuş olması aranmaz. Diğer bir ifade ile, maddede belirtilen “engelleme”, “işe almama veya alınma”, “reddetme” hareketlerinin yapılmasıyla tamamlanır⁷⁵.

Ayırmıcılık suçu, TCK m. 122/1- a ve c bendleri kapsamında (a bendinde yer alan işe almama hariç) seçimlik hareketler bakımından ancak icrai hareketle işlenebilir. Buna karşılık TCK m. 122/1-b bendi, suçun seçimlik hareketini gerçek ihmali hareket olarak düzenlemiştir. 5237 sayılı TCK, gerçek ihmali suçlar dışında kalan görünüşte ihmali suçlar bakımından sadece kasten öldürme (TCK m. 83), kasten yaralama (TCK m. 88) ve işkence suçu (TCK m. 94/5) bakımından suçun ihmali hareketle işlenebileceğini açıkça düzenlemiş ve bu bağlamda, ihmali hareketin icrai harekete eşdeğer sayılabileceği durumların 3 suç ile sınırlı tutmuş olmasından dolayı; görünüşte ihmali, TCK’nın özel bölümünde ve yan ceza kanunlarında yer alan diğer suçlar bakımından tipik hareket olarak kabul edilmemiştir. Aksini kabul, tipikliği genişletici bir etki oluşturur. Genel hükümler kapsamında da, icrai hareketle işlenebilen suçların ihmali hareketle işlenebileceğine dair özel bir düzenleme yer almamaktadır. Oysa ki Alman Ceza Kanunu’nda (m. 13/1) olduğu gibi Türk Ceza Kanunu’nda da bu konuya ilişkin genel bir düzenleme yapılması gereklidir⁷⁶. Bu düzenleme yapılmadığı sürece yukarıda açıkladığımız gerekçelerle ayırmıcılık suçunun birinci fıkranın (a) ve (c) bentlerinde sayılan seçimlik hareketlerinin (a bendinde yer alan işe almama hariç) sadece icrai hareketle işlenebileceği kanaatindeyiz. Ancak öğretilerde bu konuda farklı görüşte bulunanlar da bulunmaktadır⁷⁷.

⁷⁵ Yenidünya C., s. 107

⁷⁶ Öztürk B., Erdem M. R., *Uygulamalı Ceza Hukuku*, s. 179; Koca Mahmut, Üzülmüş İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, 3. bası, Ankara 2010, s. 369; Zafer Hamide, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Beta, İstanbul 2010, s. 161; Hakeri Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin, 11. baskı, Ankara 2011, s. 141 “Hakeri daha önceki yayınlarında bütün suçların garantörsel ihmali suç şeklinde işlenebileceğini savunmuşsa da son basısında bu görüşünü değiştirmiş ve genel hüküm eksikliği nedeniyle TCK’da sadece açık olarak ifade edilen yukarıda bizim de sözünü ettiğimiz suçlar bakımından icrai hareketin ihmali harekete eş değer olarak kabul edileceğini ifade etmiştir.” Özgenç İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009, s. 218 “Özgenç’e göre de TCK Genel Hükümler’de ihmali suçlar ile ilgili genel bir düzenlemenin yapılması gereklidir. Böyle bir düzenleme olmadan icrai hareketle işlenebilen suçların ihmali hareketle işlenebileceğinin kabulü kanunilik ilkesi ile çelişir”.

⁷⁷ Farklı görüş için bkz. Yenidünya C., s. 107

a. Birinci bent kapsamına giren hareketler

Birinci bent kapsamına giren hareketler şunlardır: Bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını veya devrini engellemek; bir hizmetin icrasını veya hizmetten yararlanılmasını engellemek; kişinin işe alınmasını veya alınmamasını engellemektir. Maddede belirtilen (kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, özürlülük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle) saiklerle ayırım yapılarak bu hareketlerden birinin gerçekleşmesi suçun oluşması bakımından yeterli olacaktır. Bu bent altında 3 seçimlik hareketten bahsedildiği için her bir seçimlik hareketi ayrı başlık altında değerlendirmek yerinde olacaktır.

aa- Bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını veya devrini engellemek

Bir taşınır veya taşınmaz malın maddede belirtilen ve benzeri saiklerle satılmasını veya devrinin engellenmesi bu başlık altında açıklayacağımız ilk harekettir. Tipik hareket yukarıda da açıkladığımız üzere ancak icrai bir hareket olabilir⁷⁸.

Bir taşınır veya taşınmazın maddede belirtilen saiklerle ayırım yapılarak satılmasının veya devrinin engellenmesi özel hukuk alanında olabileceği gibi kamu hukuku alanında da olabilir. Kamu hukuku kapsamında gerçekleşen sözleşmelerin şartları genellikle ilgili kanunlar çerçevesinde (örneğin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu) açık bir şekilde düzenlenmektedir. Buna karşılık özellikle özel hukuk alanında gerçekleşecek sözleşmeler bakımından “sözleşme özgürlüğü” ne ilişkin sınırın dikkatlice belirlenmesi gerekir. 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 04. 02. 2011 tarih ve 6098 sayılı yeni Borçlar Kanunu’nun 26. maddesine göre “ *taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler*”. Yine aynı Kanun’un 27. maddesinin birinci fıkrasında sözleşme özgürlüğünün sınırları belirtilmiştir. Buna göre “ *kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür*”. O halde sözleşme özgürlüğünün sınırı ne zaman aşılabacak ve ilgili hareket ne zaman ayırimcılık suçu kapsamına girecektir? TCK m.

78 Farklı görüş için bkz. Özbek V. Ö., Kanbur N., Doğan K., Bacaksız P., Tepe İ., s. 482

26/1'de 'hakkın kullanılması' ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran bir neden olarak düzenlenmiştir. Şimdi soruyu bir de şöyle soralım. Hakkın kullanımı hukuka uygunluk nedeni bakımından 'sözleşme özgürlüğü hakkı' nın sınırı ne zaman aşılacak yada yapılan hareket ne zaman sözleşme özgürlüğü kapsamında değerlendirilmeyecektir? İşte bütün bu hususların dikkatlice somut olay bakımından değerlendirilmesi ve tespit edilmesi gerekir⁷⁹.

Bu noktada yaşanacak bir başka sorun da ispat konusunda olacaktır. Çünkü ilgili hareketin sözleşme özgürlüğü kapsamına girmemesi için TCK m. 122'de belirtilen saiklerle yapılmış olması gerekir. Ancak böyle bir ayırımın yapıldığını ispatlamak her zaman kolay olmayacaktır. Örneğin, (K) ırkından gelmesi nedeniyle o site içerisinde yer alan konutların bu kişilere satılmaması. Ancak bu hususun ispatlanması büyük bir sorun teşkil edecek, yazılı veya bilimsel delillerle bu hususların açıklığa kavuşması nerede ise mümkün olmayacaktır. Zira bu tür ayrımcılıklar genellikle dolaylı yollardan yapılır. Yazılı olarak metin haline getirilmezler. Çünkü bu tarz ifadeler kat malikleri yönetim planlarına yazılmaz veya ilgili inşaat firması bu tarz yaklaşımlarını açıkça ortaya koymaz. Günlük hayatta en sık karşılaştığımız hallerden bir tanesi homoseksüel kişilere taşınmaz satmama şeklinde görülmektedir. Fuhuş ile uğraşan veya taşkın hareketlere sahip bir kişinin ilgili site veya apartman içerisinde sıkıntı oluşturabileceği düşünülerek ev satılmaması ayrımcılık olarak mı değerlendirilmeli yoksa sözleşme özgürlüğü kapsamında da mı değerlendirilecektir? Genellikle toplumsal önyargılar fiili durumların önüne geçmekte ve sosyal hayatımıza etkilemektedir. Değer yargılarımız, korkularımız, bireysel tercihlerimizin şekillenmesinde büyük bir rol oynamaktadır. İşte bu noktada ortada bir suç oluşup oluşmadığının tespitini yapmak, hakimler için oldukça güç olacaktır. Genel olarak sadece cinsel tercihleri nedeniyle kişilere karşı ayrımcılık yapıp yapılmadığı somut olay bakımından mutlaka ispatlanmalıdır, aksi halde bu suçun oluştuğundan bahsetmek mümkün olmayacaktır. Zaten aşağıda da görüleceği üzere, ilgili suçtan dolayı mahkumiyet kararı verilen dava sayısı neredeyse yok denecek kadar azdır.

79 Artuk Emin, Gökçen Ahmet, Yenidünya Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Turhankitapevi, Ankara 2011, s. 355

Mevzuatta yer alan kısıtlamaların uygulanması ayrımcılık suçu kapsamında değerlendirilmez. Örneğin yabancılara taşınmaz satımı ile ilgili getirilen sınırlamalar bu kapsamda olacaktır. Bu çerçevede bir malın satımının veya devrinin engellenmesi ayrımcılık suçu olarak nitelendirilmeyecektir⁸⁰.

ab- Bir hizmetin icrasını veya bu hizmetten yararlanmayı engellemek

TCK m. 122'nin birinci fıkrasında düzenlenen diğer seçimlik hareket, bir hizmetin icrasını veya bu hizmetten yararlanmayı engellemektir. Elbetteki bu engellemenin hukukça meşru sayılabilecek haklı bir nedene dayanmaması gerekir. Gerçekleştirilen hizmetin özelliklerine uygun, haklı ve makul sınırlamalar bu suçun oluşmasını engeller ve tipik hareket gerçekleşmiş sayılmaz. Örneğin 4207 sayılı Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanun'un 2. maddesine⁸¹ 19. 01. 2008 tarih ve 5727 sayılı Kanun'un

80 Yenidünya C., s. 108

81 **Tütün Ürünlerinin Yasaklanması**

Madde 2 - (Değişik madde: 19/01/2008-5727 S. K. /3. mad)

(1) Tütün ürünleri;

a) Kamu hizmet binalarının kapalı alanlarında,
b) Koridorları dahil olmak üzere her türlü eğitim, sağlık, üretim, ticaret, sosyal, kültürel, spor, eğlence ve benzeri amaçlı özel hukuk kişilerine ait olan ve birden çok kişinin girebileceği (ikamete mahsus konutlar hariç) binaların kapalı alanlarında,
c) Taksi hizmeti verenler dahil olmak üzere karayolu, demiryolu, denizyolu ve havayolu toplu taşıma araçlarında,
ç) Okul öncesi eğitim kurumlarının, dershaneler, özel eğitim ve öğretim kurumları dahil olmak üzere ilk ve orta öğrenim kurumlarının, kültür ve sosyal hizmet binalarının kapalı ve açık alanlarında,
d) Özel hukuk kişilerine ait olan lokantalar ile kahvehane, kafeterya, birahane gibi eğlence hizmeti verilen işletmelerde, tüketilemez.

(2) Ancak;

a) Yaşlı bakım evlerinde, ruh ve sinir hastalıkları hastanelerinde, cezaevlerinde,
b) Şehirlerarası veya uluslararası güzergâhlarda yolcu taşıyan denizyolu araçlarının güvertelerinde, tütün ürünleri tüketilmesine mahsus alanlar oluşturulabilir. Bu alanlara onsekiz yaşını doldurmamış kişiler giremez.

(3) Otelcilik hizmeti verilen işletmelerde, tütün ürünleri tüketen müşterilerin konaklamasına tahsis edilmiş odalar oluşturulabilir.

(4) Açık havada yapılan her türlü spor, kültür, sanat ve eğlence faaliyetlerinin yapıldığı yerler ile bunların seyir yerlerinde tütün ürünleri kullanılamaz. Ancak bu tesislerde, tütün ürünlerinin tüketilmesine mahsus alanlar oluşturulabilir.

(5) Bu Kanunun tütün ürünleri tüketilmesine tahsis edilen kapalı alanlarının koku

3. maddesi ile yapılan değişiklik kapsamında kapalı mekanlarda sigara içilmesi bazı istisnalar dışında yasaklanmıştır. Sigara kullanan bir kişinin kapalı mekanda sigara içmesi mümkün olmayacağı için kapalı mekandaki hizmetten bu sebeple faydalanamayacaktır. Bu gibi hallerde yapılan engellemeler, ayırmıcılık suçu olarak değerlendirilmeyecektir.

Ancak yapılan ayırım hiç bir hukuki haklı gerekçeye dayanmıyorsa, ilgili hareket ayırmıcılık suçunun oluşmasına sebep olur. Örneğin, dini inançları nedeniyle restoran işleten bir kişinin başı açık gelen bir kadını, restorana girmesinin engellenmesi; terör olayları nedeniyle farklı etnik kökenli TC. vatandaşlarına yönelik ayırım yapıp sadece farklı etnik kökenden oldukları için yemek vermemek amacıyla restorandan çıkartılmaları bu suçu oluşturur. Bu örnekleri çoğaltmak mümkündür. Dini inanış, renk, cinsiyet, mezhep, ırk gibi gerekçelerle yapılan insan onuruyla bağdaşmayacak davranışlarla kamuya sunulmuş hizmetlerden bazı insanların faydalanmasını engellemek, bu suçun oluşmasına neden olacaktır.

Engelleme hareketi ancak icrai bir hareket olabilir. Bu nedenle yukarıda verdiğimiz örneklerin hepsi icrai hareketlidir. Diğer bir ifade ile, hükümde ifade edilen sebeplerle hizmetten yararlandırmamanın ihmal suretiyle gerçekleştirilmesi halinde suç oluşmaz. Bu takdirde yukarıda verdiğimiz örnekleri yemek vermemek şeklinde değiştirdiğimizde suçun oluşmayacağını söylemek durumdayız. Bu sonuç, suç ile korunan hukuksal yarar ve maddi unsuru birlikte değerlendirdiğimizde sıkıntı yaratmaktadır. Ancak TCK'nın konuya ilişkin yaklaşımı açıkça ortadadır. Sadece bu suç tipi bakımından değil, başka suçlar bakımından da benzer sıkıntıların doğması söz konusu olabilmektedir. Bu sıkıntıların giderilebilmesi için TCK'nın genel hükümleri düzenleyen ilgili kısmına en kısa zaman içerisinde ek bir düzenlemenin yapılması gereklidir.

ve duman geçişini önleyecek şekilde tecrit edilmesi ve havalandırma tertibatı ile donatılması gerekir.

- (6) Bu Kanunun uygulanmasında "tütün ürünü" ibaresi tüttürme, emme, çiğneme ya da buruna çekerek kullanılmak üzere üretilmiş, hammadde olarak tamamen veya kısmen tütün yaprağından imal edilmiş maddeyi ifade eder.

Ayrımcılık suçu salt hareket suçudur. Bu nedenle maddede belirtilen gerekçelerle hizmetten yararlandırılmanın engellenmesi yeterlidir. İlgili hareket nedeniyle mağdurun ayrıca bir zarara uğraması gerekmez.

İlgili hareket, ayırım yapılan kişinin bu hizmetlerden tamamen faydalanmasını engellemek şeklinde ortaya çıkabileceği gibi ilgili hizmetin alınmasının zorlaştırılması şeklinde de olabilir. Çünkü zorlaştırmak da engellemenin bir çeşitidir. Nitekim ilgili hizmetten faydalanmak isteyen kişinin bu hizmeti almasının zorlaştırılması, çoğu zaman mağdurun bu hizmeti almaktan vazgeçmesine neden olabilmektedir. Bu nedenle zorlaştırmının da engelleme içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz⁸². Ancak bu zorlaştırma hareketinin de icrai nitelik taşıması gerekecektir.

ac- Bir kişinin işe alınması veya alınmamasını birinci fıkrada sayılan hallerden birine bağlanması

TCK m. 122'nin birinci fıkrasının (a) bendinde sayılan üçüncü seçimlik hareket, bir kişinin işe alınması veya alınmaması kararının maddede sayılan ve örnekleyici olarak bildirilen sebeplerden birine bağlanmasıdır. İşe almak icrai bir hareket iken işe almamak fiili ihmali bir hareket olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu anlamda işe almamak, gerçek ihmali hareket olarak değerlendirilecektir.

Bu seçimlik hareketin tespiti bakımından yapacağımız değerlendirmelerde Anayasa ve İş Kanununun ilgili maddelerini de dikkate almalıyız. Anayasa'nın 10. maddesinin 1. fıkrasında herkesin, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu; 2004 yılında 5170 sayılı Kanun ile yapılan ekleme ile kadınlar ve erkeklerin eşit haklara sahip olduğu, devletin bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamamakla yükümlü olduğu ifade edilmiştir. İkinci fıkraya 2010 yılında 5982 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile yapılan ekleme ile bu maksatla alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamayacağı ifade edilmiştir. Anayasa'nın bu maddesine uygun olarak düzenlenen 2003 tarihli 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinde eşit davranma

82 Benzer görüş için bkz. Yenidünya C., s. 109

ilkesi düzenlenmiştir. Bu kapsamda m. 5/1'e göre "*iş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz*". Bu hükümde de TCK'daki düzenlemeye benzer bir şekilde "*benzer sebeplerle*" ifadesi kullanılmış ve örnekleyici bir tanım yapılmıştır. Bu nedenle ayırım yapma yasağı sadece sayılan sebeplerle sınırlı tutulmamış benzer nedenleri de kapsam içerisine almıştır⁸³.

Bu ilke işverene, işyerinde çalışan işçilere makul ve haklı bir neden olmadıkça farklı davranmama borcu getirdiği için işverenin davranış özgürlüğünü kısıtlamaktadır. İşverenin keyfi ayırım yapmasını yasaklamaktadır. Eşit davranma ilkesi tüm işçilere hiç bir farklılık gözetilmeksizin aynı uygulamaların yapılmasını değil, eşit durumdaki işçilerin farklı işleme tabi tutulmasını önlemeyi amaçlar⁸⁴.

İş Kanunu'nun m. 5/3'e göre işveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz. Örneğin, çok sayıda işçi alınacak bir işyerinde, aranan niteliklere sahip kadınların da olmasına rağmen işe alınan işçilerin tamamen erkek olanlardan seçilmesi veya hamile olan kadınların işe alınmaması gibi hallerde ayırmıcılık yapılması söz konusu olacaktır. Gerek İş Kanunu m. 5/3, gerekse TCK m. 122/1-a'da durum yasaklanmış ve TCK kapsamında bu durum suç haline getirilmiştir. İş Kanunu m. 5/6'da ise tazminat sorumluluğu düzenlenmiştir. Konuya ilişkin bir başka düzenleme de Sendikalar Kanunu m. 1'de yer almaktadır. 31/1'e göre, işçilerin işe alımlarının belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri ya da belli bir sendikadaki üyeliği muhafaza veya üyelikten istifa etmeleri koşuluna bağlı tutulamayacağı hükme bağlanmıştır.

İş Kanunu'nun m. 99/1-a'da bu kanunun 5. maddesinde öngörülen ilke ve yükümlülüklerle aykırılık halinde işveren veya işveren vekiline idari para cezası verileceği düzenlenmektedir. Diğer bir ifade ile İş Kanunu eşit davranma ilkesine aykırılığı ve de bu bağlamda ayırmıcılık yapılmasını kabahat olarak düzenlemektedir. Konuya ilişkin TCK m. 122'deki düzenleme ise ayırmıcılık yapılarak bir kişinin işe alınması veya

83 Süzek Sarper, *İş Hukuku*, Beta, 2. bası, İstanbul 2005, s. 362

84 Tuncay A. Can., *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982, s. 5

alınmaması kararı verilmesini ayrımcılık suçu olarak düzenlemiştir. 5326 sayılı Kabahatler Kanunu m. 15//’e göre, bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmışsa, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanır. Bu çerçevede, eğer bir işveren ayrımcılık yaparak bir kişiyi işe almamış veya yine ayrımcılık yaparak bir takım kişileri işe almış ise, bu takdirde İş Kanunu m. 99, İş Kanunu m. 5/3 ile bağlantılı olarak uygulanmayacak TCK m. 122’den hareket edilerek ilgili işlemler yapılacaktır. Kısaca İş Kanunu m. 5’te yer alan hallerin TCK m. 122 kapsamına girmesi halinde, İş Kanunu m. 99 artık uygulanmayacaktır. Ancak burada hemen belirtmekte yarar var ki, TCK m. 122’de düzenlenen ayrımcılık yaparak işe almama veya alma fiillerinin kapsamı İş Kanunu m. 5’te yapılan düzenlemeden çok daha geniştir. Zira İş Kanunu m. 5/3’te sadece cinsiyet ayrımı ve gebelik ile sınırlı bir düzenleme yapılmıştır.

Liyakata ilişkin hususlar dikkate alınarak gerçekleştirilen farklı uygulamalar bu madde kapsamında değerlendirilmez. Zira yerine getirilecek işin gerektirdiği uzmanlıklara sahip olunmasını aramak her işverenin hakkıdır. Maddede yasaklanan ayrımcılık keyfi olarak yapılandır.

Son olarak üzerinde duracağımız husus, işe alınmış olan kişilerin daha sonra haklarında öğrenilen bilgiler üzerine ayrımcılık yapılarak işten çıkarılmasıdır. Bu gibi hallerde işe alınmama kapsamında değerlendirilebilecek midir? TCK m. 2/son da kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinde kıyasa yol açacak biçimde genişletici yorum yapılamayacağı açıkça ifade edildiği için bu soruya olumsuz yanıt vermemiz gerekecektir. Bu gibi hallerde İş Kanunu’nun 5. maddesinde öngörülen ilke ve yükümlülükler aykırılıktan hareket edilerek m. 99/1-a’daki idari para cezasının uygulanması söz konusu olacaktır. Aslında işten çıkarma işe almamaktan çok daha ağır bir durumdur. Hatta bu işten çıkarmanın ayrımcılık yapılarak gerçekleştirilmiş olmasını ispatlamak TCK m. 122/1-a bendi kapsamındaki işe almamak eyleminin ispatlanmasına göre daha kolay olabilecektir. Daha ağır nitelikte olan bir hareketin kabahat olarak düzenlenmiş daha hafif veya aynı düzeyde kabul edebileceğimiz bir hareketin suç olarak düzenlenmiş olması pek de isabetli bir yaklaşım olmamıştır. Bu durum eşitlik ilkesine de aykırıdır. Zira ayrımcılık yaparak bir takım kimseleri işe almayan kişi suç işlemekle itham edilirken, ayrımcılık yaparak işten çıkarma sadece idari para cezası ile cezalandırılacaktır.

b. İkinci bent kapsamına giren hareketler

İkinci grup kapsamına giren hareketler ise şunlardır: Besin maddelerini vermemek veya kamuya arz edilmiş bir hizmeti yapmayı reddetmektir.

Kanun koyucu açık olarak ‘vermemekten’ ve ‘reddetmekten’ bahsettiği için ikinci bend kapsamına giren hareketler, gerçek ihmali suç olarak düzenlenmiştir.

Bu noktada öncelikle besin maddelerini vermeyi reddetmek üzerinde durulacaktır. Maddenin lafzında ilgili hareketin mahiyeti biraz bulanık kalmıştır. Çünkü besin maddelerini kimin vermemesi halinde böyle bir sorumluluğun söz konusu olacağı açık olarak ifade edilmemiştir. Elbette ki, hiç kimsenin sahip olduğu besin maddelerini bir başkası ile paylaşması gerektiğine ilişkin bir zorunluluk hukuken getirilemez. Burada besin maddesinin verilmemesinden anlaşılmaması gereken, besin maddesi satan kişilerin maddede sayılan sebeplerle ayırmıcılık yaparak kişilere satmamasıdır. Aksi takdirde *“farklı etnik kökenden geldiğim için komşum bana yemek vermedi, ekmeğini benimle paylaşmadı”* gibi gerekçelerle gelen iddiaların hepsini değerlendirme kapsamına almak gerekir ki, böyle bir yaklaşımın kabul edilmesi mümkün değildir. Burada besin maddesi sağlamak, satmak, dağıtmak ile hukuken yükümlü olan kişilerin ayırmıcılık saiki ile hareket edip, bu maddeleri vermemesi, suçun maddi unsuru olan hareketi oluşturacaktır. Örnek olarak, bir bakkalın besin maddelerini maddede belirtilen sebeplerle ayırım yaparak satmaması, fırının ekmek vermemesi, kasabın et satmaması, manavın sebze veya meyve satmaması gibi. Özellikle eşcinsellere yönelik, toplumda gözle görülen bir ayırmıcılığın varlığı bu alanda çok yaygındır. Besin maddesi vermemenin yanında pek çok semtte bu kişilerin tartaklandığı, aşağılandığı ve dövüldüğü herkesce bilinmektedir. Günümüzde pek çok çağdaş gelişime rağmen toplumun ciddi bir kesiminde insanın insan olduğunu unutan yaklaşımlar sıkça sergilenmektedir. Üzülerek ifade ediyoruz ki, bazı kişiler en temel ihtiyaç maddesi olan besin maddelerini bile insanlara vermekten kaçınacak kadar acımasız olabilmektedir. Devletin gerek uluslararası yükümlülükleri gerekse anayasal düzenlemeler nedeniyle TCK m. 122’de ayırmıcılık suçunu düzenlemiş olması sevindirici bir yaklaşım olarak değerlendirilebilirse de, düzenlemenin etkisi aşağıda da tartıştığımız üzere gerçekten amaç hizmet edecek niteliklere sahip değildir.

Kamuya arz edilmiş bir hizmetin ayrımcılık nedeniyle yapılmasının reddedilmesine örnek olarak da bir lokantanın yemek vermeyi reddetmesi, özel hastanenin hastayı kabul etmemesi, eczanenin ilaç vermemesini örnek göstermek mümkündür⁸⁵.

Suçun işlenmesi için, besin maddelerinin verilmemesi veya kamuya arz edilmiş hizmetin yapılmaması yeterlidir. Ayrıca bir neticenin meydana gelmesi gerekli görülmemiştir. Ancak ilgili hizmetin yapılmaması nedeniyle veya besin maddesinin verilmemesi nedeniyle ayrıca bir netice doğmuş ve bu da ayrı bir suçun konusunu oluşturmuş ise, bu takdirde fikri içtima kuralları çerçevesinde hareket edilmelidir. Örneğin fail ayrımcılık nedeniyle mağdura ilaç vermemiş ve mağdur da başka açık nöbetçi eczane bulamadığı için çok ağır bir iç kanama geçirmişse, burada hem ayrımcılık suçu hem de doğrudan veya olası kastla yaralama (TCK m. 88) suçu oluşur. Tek hareket ile birden fazla kanun hükmü ihlal edildiği için fikri içtima kuralları çerçevesinde fail, en ağır cezayı gerektiren suç dikkate alınarak cezalandırılmalıdır.

c. Üçüncü bent kapsamına giren hareketler

Üçüncü bent kapsamında düzenlenen hareket, kişinin olağan bir ekonomik faaliyette bulunmasını engellemektir. Hareketin kapsamının anlaşılabilmesi için öncelikle 'olağan ekonomik faaliyet' kavramının açıklanması gerekir. Olağan ekonomik faaliyet, bir kişinin kendi kararları çerçevesinde yapabileceği devletçe izin verilen her türlü iktisadi faaliyet olarak açıklanabilir. Bu kapsamda ticari iş niteliğinde olsun olmasın, her türlü alışveriş veya sözleşme ilişkisi ekonomik faaliyet olarak tanımlanabilir⁸⁶. Çünkü Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 3. maddesi gereğince ticari iş, TTK'da düzenlenene hususlarla bir ticari işletmeyi ilgilendiren her türlü işlem ve fiillerdir⁸⁷. Ancak TTK kapsamında olmayan Borçlar hukuku kapsamında gerçekleştirilen de pek çok ekonomik faaliyet söz konusudur. Örneğin kira sözleşmesi de olağan ekonomik faaliyet kapsamında değerlendirilmelidir⁸⁸. Bu anlamda ayrımcılık

85 Yenidünya C., s. 111

86 Yaşar Osman., Gökcan Hasan T., Artuç Mustafa, *Türk Ceza Kanunu*, Adalet Yayıncılık, c. 3, Ankara 2010, s. 3863

87 Arkan Sabih., *Ticari İşletme Hukuku*, Bankacılık ve Ticaret H. Araş. E, 15. bası, Ankara 2011, s. 64

88 Özbek V. Ö., Kanbur N., Doğan K., Bacaksız P., Tepe İ., s. 483

suçu ile ilgili değerlendirme yaparken daha geniş anlamda konunun değerlendirilmesi gerekecektir. Zira aksi halde kanun koyucu 'ekonomik faaliyet' yerine sadece 'ticari faaliyet' ifadesini kullanabilirdi.

Ekonomik faaliyetleri sadece parasal değer taşıyan faaliyetlerle sınırlandırılması gerektiği öğretide bazı yazarlarca savunulmuştur⁸⁹. Buna karşılık bazı yazarlar ise, böyle sınırlamanın yerinde olmaya-
cağını, her türlü mal veya hizmet üretiminin, üretime katılmanın ve tüketimin ekonomik faaliyet olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmişlerdir⁹⁰. Biz de bu son görüşün daha yerinde olduğunu düşünmekteyiz.

Kanunkoyucu üçüncü bent kapsamında da hareketi 'engellemek' olarak dile getirdiği için ekonomik faaliyette bulunmak ancak icrai bir hareketle engellenebilecektir⁹¹. Bu nedenle örneğin bir kişinin ekonomik faaliyette bulunmasını engellemek amacıyla maddede belirtilen saiklerle gerekli ruhsatın verilmemesi, ayırmıcılık suçu kapsamında değerlendirilmeyecektir. Ancak böyle bir durumda görevi kötüye kullanma suçunun ihmali hareketle işlenmesi; eski tabiriyle görevi ihmal suçu; oluşabilir (TCK m. 257/2).

B. Fail

Suçun faili açısından herhangi bir özellik aranmış değildir. Bu nedenle suçun faili herkes olabilir. Suçun faili kamu görevlisi olabileceği gibi kamu görevlisi olmayan bir kişi de olabilir. Kanunkoyucu bu suçu özgü suç olarak düzenlememiştir.

Bu noktada tartışılması gereken husus, tüzel kişilerin bu suçun faili olup olamayacağıdır. Zira, bir tüzel kişinin verdiği hizmetten kişiler arasında ayırım yapılarak bireylerin faydalanmasını engellenmesi halinde veya kişinin işe alınması veya alınmaması bakımından işin liyakat gerekliliklerinin dışında bir ayırım yapılarak işçi alım politikasının belirlenmesi durumunda tüzel kişi bu eylemden dolayı sorumlu tutulabilecek midir?

89 Meran Necati, *Kişilere Karşı Suçlar*, Seçkin Yayıncılık, 2005, s. 422

90 Yaşar O., Gökcan H. T., Artuk M., s. 3864; Artuk E., Gökcan A., Yenidünya C., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2011, s. 359

91 Farklı görüş için bkz. Artuk E., Gökcan A., Yenidünya C., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 359

Maddenin lafzına baktığımızda, ilgili suçu işleyen gerçek kişiden bahsedildiğini görmekteyiz. Tüzel kişilere ilişkin herhangi bir açıklama, madde metninde yer almadığı gibi ilgili kısma ilişkin tüzel kişilere yönelik güvenlik tedbiri uygulanmasını öngören herhangi bir ortak hüküm de bulunmamaktadır. Zira 60. maddenin 4. fıkrası gereğince tüzel kişiler hakkında uygulanacak güvenlik tedbirleri, ancak kanunun ayrıca belirttiği hallerde söz konusu olabilir. Bu nedenle tüzel kişi hakkında ayrıca bir güvenlik tedbirinin uygulanması mümkün olmayacaktır.

Tüzel kişilere ilişkin herhangi bir düzenlemenin yapılmamış olması ilgili suç bakımından yerinde olmamıştır. Zira toplumda, bazı tüzel kişilerce özellikle işe alımlarda bu tür ayrımların yapıldığına ilişkin kanaatler çok yaygındır. Oysa ki 2003 tarihli Hükümet Tasarısı m. 170/3'te tüzel kişilerin de maddede yazılı suçlardan sorumlu olacağı belirtilmişti. Bu düzenlemenin tüzel kişilerin suçtan sorumluluğu yerine güvenlik tedbirine tabi tutulacağı şeklinde değiştirilerek kanuna alınmış olması daha yerinde bir yaklaşım olabilirdi. Özellikle istihdam konusunda tüzel kişilerin oluşturduğu potansiyel düşünüldüğünde, böyle bir düzenlemenin ne kadar gerekli olduğu daha da net görülebilir.

Sonuç olarak, 5237 sayılı TCK kapsamında ayrımcılık suçunun faili sadece gerçek kişiler olabilir. Eğer bir tüzel kişinin faaliyeti söz konusu ise, ceza sorumluluğu, tüzel kişi adına hareket eden gerçek kişilere ait olacaktır. İlgili tüzel kişi özel hukuk tüzel kişisi olabileceği gibi kamu hukuku tüzel kişisi de olabilir.

E. Mağdur

Suçun mağduru, dil, ırk, renk, cinsiyet, özürlülük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayrıma tabi tutulan grup içerisinde bulunan kişilerdir. Mağdurun Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olup olmamasının bir önemi bulunmamaktadır. Ancak özellikle taşınmazların satılması bakımından, yabancılara ilişkin yapılan yasal sınırlamalara ilişkin düzenlemeler saklıdır. Yabancı kişilerin taşınmaz alımlarına ilişkin devlet tarafından getirilen sınırlamalar ve uygulamalar TCK m. 122 kapsamında değerlendirilmeyecektir.

Madde ayırım yapılmasına ilişkin gerekçeleri sınırlayıcı olarak belirtmemiş, 've benzeri durumların kullanılarak kendisine karşı ayırım-

cılık yapılan kimse' demek suretiyle örnekleyici bir tanım yapmıştır. Böyle bir durumda mahkeme, kanundaki metinde sayılan ayrımlar dışında benzeri bir durumdan hareket edip suçun oluşup oluşmadığını incelerken örf ve adetten faydalanacaktır. Bu durum da, örf ve adete dayalı olarak ceza normu yaratılamayacağı gereğini içeren kanunilik ilkesi bakımından sıkıntılı bir durumun doğmasına neden olacaktır. Zira maddenin düzenlemesi yukarıda da belirttiğimiz üzere, kanunilik ilkesi ile çelişmektedir⁹².

Hükümde ifade edilen ayrımların gözetilmediği bir grup içerisinde yer alan kişiler, bu suçun mağduru olamazlar. Örneğin liyakat şartlarına uymadığı gerekçesiyle işe alınmayan bir kişi kendisine karşı ayırimcılık suçunun işlendiğini ileri süremez.

2003 tarihli Hükümet Tasarısı'nda, gerçek kişilerin yanında tüzel kişilerin de suçun mağduru olabileceği ifade edilmişti. Yerinde olmadığını düşündüğümüz bu düzenlemenin kanun metni içerisine alınmaması yerinde olmuştur. Zira ceza muhakemesi hukukunda sadece gerçek kişiler suçun mağduru olabilirler, tüzel kişiler ise suçtan zarar gören olarak değerlendirilirler⁹³. CMK m. 237 kapsamında suçtan zarar gören tüzel kişi, davaya katılma hakkına sahiptir. Bu çerçevede TCK m. 122 kapsamında haklı bir menfati, diğer bir ifade ile suçun işlenmesi ile hukuken korunan menfaati doğrudan veya dolaylı olarak ihlal edilen tüzel kişi yargılamaya katılan sıfatı ile katılabilir. Ancak suçun mağduru, ilgili tüzel kişiliğin hisse sahipleri veya üyeleri olacaktır⁹⁴.

3- Manevi Unsur

Ayırimcılık suçu bakımından kanunkoyucu, failin suçun objektif unsurlarını belirli bazı saiklerle gerçekleştirmesini aramıştır. Bu nedenle

92 Benzer yönde görüş için bkz. Özbek V. Ö., Kanbur N., Doğan K., Bacaksız P., Tepe İ., s. 483

93 "Suçun mağduru suçtan doğan ceza ilişkisinin tarafı iken suçtan zarar gören ancak hukuk ilişkisinin tarafıdır ve iddiası esas itibarıyla yalnızca hukuksal nitelik taşımaktadır. Bu durumda mağduri dar anlamda suçtan zarar görmeyi ifade eder, buna karşılık bir kimsenin haklı bir çıkarı, işlendiği iddia edilen suç ile zedelenmişse bu zedelenme onun fiilin kovuşturulmasını isteme yolundaki isteğini haklı görülebilecek duruma getiriyorsa bu kişi geniş anlamda suçtan zarar görendir." Öztürk B., Tezcan D., Erdem M. R., Sırma Ö., Saygılar Y., Alan E., s. 223-224

94 Benzer görüş için bkz. Yenidünya C., s. 105

suç, ancak özel kast ile işlenebilir⁹⁵. Suçun genel kast ile işlenmesi mümkün olmadığı için olası kast ile işlenmesi de mümkün olmayacaktır.

Suçun dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık nedeniyle işlenebilmesi de mümkün değildir. Zira bu suçun taksir kusur şekli ile işlenebileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Zaten failin hareketinin kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, özürlülük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle gerçekleştirilmesi arandığından suçun dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranarak işlenebilmesi, fiili olarak da pek mümkün gözükmemektedir.

Madde içerisinde bazı saikler sayıldıktan sonra ‘ve benzeri sebeplerle’ denilmiş olması, kapsamı ciddi şekilde genişletmiştir. Ayrıca maddede belirtilen saiklerin dahi, somut olay bakımından gerçekleştiğini ispatlamak oldukça güç iken, sayılmayanların tespit edilmesi ve ispatlanması oldukça sıkıntılıdır. Somut olayda faildeki düşünceler dış dünyaya yansımadağı sürece, sadece tipik hareketlerin yapılmış olması suçun oluşması bakımından yeterli olmayacaktır⁹⁶.

Ayrıca sözleşme serbestliği ilkesi ile de çelişen bir durum söz konusudur. Örneğin, bireyler taşınır veya taşınmaz mallarını istedikleri kişilere satmak veya devretmek konusunda özgürdürler. Belirtilen saiklerle de olsa malikin malını satıp satmama konusundaki özgürlüğü ile ayrımcılık yasağı nasıl birlikte değerlendirilecektir? Bize göre kanunkoyucunun bu düzenleme ile korumaya çalıştığı husus, özellikle bireylerin onur ve şereflerinin incitilmesinin ve zedelenmesinin engellenmesidir. Bir kişi farklı etnik kökten gelmesi nedeniyle bir kişiye malını satmak istemeyebilir, ancak bunu o kişiyi kırarak inciterek yapıyorsa ayrımcılık suçundan bahsetmek mümkün olacaktır. Yoksa kişi böyle bir saikle hareket etmiş olmasına rağmen, dış dünyaya bu saikini yansıtmamış ise, o takdirde ayrımcılık suçunun işlendiğini ifade etmemiz mümkün olmayacaktır. Zira bunun ispatı da mümkün olmayacaktır. Belki yerine göre başka bir suçun işlenmiş olabilmesi, somut olay bakımından ayrıca tartışılabilir.

95 Öğretideki bazı yazarlar suçun **genel kast** ile işlenebileceğini ancak olası kastla işlenmesinin mümkün olamayacağını ifade etmektedirler. Farklı görüşler için bkz. Özbek V. Ö., Kanbur N., Doğan K., Bacaksız P., Tepe İ., s. 483-484

96 Benzer görüş için bkz. Artuk E., Gökçen A., Yenidünya C., Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 359

4. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

A- Teşebbüs

Ayrımcılık suçu yukarıda da çeşitli defalar belirttiğimiz üzere salt hareket suçudur. Bu nedenle hareketin belirtilen saiklerle yapılması ile gerçekleşir. Ancak icra hareketleri kısımlara ayrılabilir, teşebbüs gerçekleşebilir.

Suç tipinde bazı hareketler ihmalî hareket olarak düzenlenmiştir. Bu kapsamda yer alan hareketler bakımından suçun teşebbüs aşamasında kalması mümkün değildir. İhmalî hareketin gerçekleşmesi ile birlikte suç tamamlanmış olur⁹⁷.

B- İştirak

Ayrımcılık suçu, iştirak bakımından özellik göstermez. Genel hükümler çerçevesinde değerlendirme yapılır. Suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesi, suçun nitelikli hali olarak düzenlenmiş değildir. Bu nedenle konuya ilişkin özel bir değerlendirme yapılmayacaktır.

C- İctima

Bu suç bakımından zincirleme suç hükümlerinin uygulanması mümkündür. Failin değişik zamanlarda, aynı mağdura yönelik aynı suç işleme kararı ile birden fazla bu suçu işlemesi, (ister aynı seçimlik hareketi, isterse farklı seçimlik hareketleri gerçekleştirsin) halinde TCK m. 43/1 uygulanacaktır. Failin tek bir hareketle birden fazla kişiye karşı ayrımcılık suçunu işlemesi halinde ise, TCK m. 43/2 kapsamında zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır.

Failin hareketi aynı zamanda mağdur üzerinde başka etki ve sonuçlar da doğurmuş ve farklı suç tiplerinin oluşmasına neden olmuşsa, bu takdirde TCK m. 44 çerçevesinde fikri ictima hükümleri uygulanacak, en ağır cezayı gerektiren suç ile fail cezalandırılacaktır. Örneğin fail, maddede sayılan saiklerle ayırım yaparak ilgili hareketi yerine getirirken faile hakaret etmiş de olabilir. Örneğin failin *“hain pis komünist, sana ev filan satmıyorum”* demesi halinde, hem TCK m. 122 kapsamında

97 Benzer görüş için bkz. Artuk E., Gökçen A., Yenidünya C., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 362

ayırımcılık suçu, hem de TCK m. 125/3-b kapsamında hakaret suçunun nitelikli hali oluşur. Bu durumda TCK m. 44 uyarınca fikri içtima yapılmak suretiyle sorun giderilir.

Örnekleri çoğaltmak mümkündür. Örneğin eczacının ilaç satmaması nedeniyle mağdurun sağlığının bozulması söz konusu olmuşsa, yine TCK m. 44 uyarınca, kasten yaralama ve ayırımcılık suçu dikkate alınarak, en ağır ceza ile cezalandırılan suç esas alınıp ceza tayin edilecektir. Bu konuda gerçek içtima hükümlerinin uygulanacağını kabul eden görüşler de bulunmaktadır⁹⁸. Ancak kanun koyucu, ayırımcılık suçu ile birlikte ilgili hareketin kasten yaralama suçuna da sebebiyet vermiş olması halinde, diğer bazı başka suçlarda olduğu gibi gerçek içtima hükümlerinin uygulanacağına ilişkin özel bir düzenleme getirmediği için, bu görüşe iştirak etmiyoruz. Ancak fail, ayırımcılık suçuna ek olarak ayrıca kasten yaralama suçunu ayrı bir hareketle işlemişse, o takdirde zaten gerçek içtima kurallarının uygulanacağı kuşkusuzdur. Örneğin fail, ayırımcılık suçu kapsamında mağdurun bir hizmetten yararlanmasını engellemek için ayrıca cebir veya tehdit kullanmışsa, bu suçlardan dolayı da gerçek içtima kuralları çerçevesinde cezalandırılması gerekecektir⁹⁹.

5- Yaptırım ve Kovuşturma

TCK m. 122’de düzenlenen ayırımcılık suçunun yaptırımı altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası olarak belirlenmiştir. Suçun yaptırımı hapis cezası veya adli para cezası olmak üzere seçimlik ceza kapsamında düzenlenmiştir.

Adli para cezasının alt ve üst sınırları belirtilmediği için, adli para cezasının verilmesinin uygun bulunması halinde, TCK m. 52 hükmü kapsamında uygulama yapılacaktır. Buna göre, *“adli para cezası, beş günden az ve kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde yedi yüz otuz günden fazla olamaz”*.

Hakimin hapis cezasının uygulanmasını takdir etmesi halinde, her ne kadar kısa süreli hapis cezaları adli para cezasına çevrilebiliyor ise de, hakim seçimlik yaptırım olarak adli para cezasını uygulamayı

98 Artuk E., Gökçen A., Yenidünya C., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 363

99 Artuk E., Gökçen A., Yenidünya C., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 363

tercih etmediği için, artık kısa süreli hapis cezasını adli para cezasına çeviremez (TCK m. 50/2). Ancak hapis cezasının diğer seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesi mümkündür¹⁰⁰. Bu konuda herhangi bir sınırlama kanunkoyucu tarafından düzenlenmemiştir¹⁰¹.

Suçun tekrerrüri halinde, TCK m. 58 gereğince artık seçimlik yaptırımların düzenlendiği suçlarda hakim adli para cezası uygulama imkanı ortadan kalkmaktadır. Hakim kural olarak kısa süreli hapis cezasını uygulamak zorundadır. Bu durumda da yine hapis cezasının adli para cezasına çevrilmesi imkanı ortadan kalkacaktır. Öğretideki bazı yazarlar burada hakim takdir yetkisinden kaynaklanan bir durum olmadığı için, kısa süreli hapis cezasının adli para cezasına çevrilebileceğini ifade etmektedirler. Gerekçe olarak, tekrerrür hükümlerinin hakim adli para cezası verme konusundaki takdir yetkisini, teorik olarak ortadan kaldırdığını belirtmektedirler¹⁰². Ancak biz bu görüşe katılmamaktayız¹⁰³. Zira burada kanunkoyucu, failin suç işleme iradesini kırmaya yönelik tedbir almaktadır. Aksi yönde yaklaşım sergilemiş olsaydı, zaten böyle bir sınırlama getirmezdi. Bu nedenle, hakim tekrerrür halinde uyguladığı hapis cezasının seçenek yaptırımlar kapsamında adli para cezasına çevrilmesini kabul etmek kanunun amacı ile ters düşmekte ve çelişki yaratmaktadır.

TCK m. 51 kapsamındaki şartların oluşması halinde hapis cezasının ertelenmesi mümkündür. Ancak adli para cezasının tercih edilmesi halinde erteleme yapılması mümkün olmaz. Bu itibarla erteleme yerine seçenek yaptırımların uygulanması belki çok daha faydalı bir yaklaşım olabilecektir.

Suçun karşılığı olan ceza, altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası olarak düzenlenmiştir. Buna rağmen suçun takibi şikayete bağlanmamıştır, re'sen kovuşturmaya tabidir. Suçun muhakemesini yapmakla görevli mahkeme sulh ceza mahkemesidir (5235 sk. m. 10).

100 Öztürk B., Erdem M. R., *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Seçkin yayıncılık, 11. bası, Ankara 2011, s. 371; Koca Mahmut, Üzülmüş İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin yayıncılık, 3. bası, Ankara 2010, s. 502

101 Benzer yönde bkz. Yenidünya C., s. 114

102 Yenidünya C., s. 114; Özbey Özcan, "Suçta Tekerrür ve Mükerrirlere Özgü Güvenlik Tedbirleri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, s. 88, 2010, s. 94

103 Benzer görüş için bkz. Üzülmüş İ., "5237 Sayılı Yeni TCK'da Suçta Tekerrür ve Özel Tehlikeli Suçlar", *Hukuki Perspektifler Dergisi* 2005/4, s. 218

Ayrıca suçun karşılığı gelen yaptırımların miktarı da azdır ve suç karşılığı ceza miktarı, CMK m. 231/5’de düzenlenen hükmün açıklanmasının geriye bırakılması kapsamı içerisindedir. Ola ki, hükmün okunmasının geriye bırakılması şartları gerçekleşmedi, bu takdirde de cezanın ertelenmesi mümkündür. Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde, suçun ciddi bir yaptırım getirmediğini söylemek mümkün olacaktır.

Sonuç olarak, maddenin uygulanabilirliği tartışmalıdır¹⁰⁴. Hükmün gerek genel önleme gerekse özel önleme bakımından caydırıcılık taşıdığını söylemek ne yazık ki mümkün değildir.

Sonuç

Giriş kısmında da belirttiğimiz üzere, ayrımcılık kavramı TC mevzuatına yeni girmiş bir kavram değildir. Konunun önemi gereği, 5237 sayılı TCK m. 122’de “*ayırıcılık*” suçu ayrıca düzenlemiştir. Gerek ulusal kaynaklar gerekse Türkiye’nin usulüne göre onaylayıp yürürlüğe koyduğu uluslararası kaynaklar dikkate alındığında, ayrımcılık konusunda pek çok düzenlemenin mevzuatımızda var olduğunu görmekteyiz. Bu kapsamda TCK m. 122’de yer alan suç tipi, diğer düzenlemelerin yanında fazla bir ağırlığa sahip bulunmamaktadır. Ayrımcılık kavramı son derece geniş bir kavram olduğu ve çeşitli nedenlerle yapılması mümkün olduğu için genelde yaklaşım, her hukuk alanının konuyu kendi içerisinde değerlendirmesi şeklinde ortaya çıkmıştır. Bu alanda yukarıda da ifade ettiğimiz gibi çeşitli düzenlemeler ve gerekli olduğu düşünüldüğü noktalarda yaptırımlar, değişik kanunlarda yer almaktadır.

TCK m. 122’de yer alan “*ayırıcılık*” suçunu öncelikle terminojik açıdan eleştirme gereği duyduk. Zira esas ifadenin “*ayırıcılık*” olarak ifade edilmesi icap ederdi. İlgili suç tipinin adı Türk Dil kurallarına uygun olarak ifade edilmemiştir.

Maddenin lafzı değerlendirildiğinde, suçun özel kast suçu olduğu ve suçun işlenebilmesi için, maddede belirtilen saiklerle maddi unsuru oluşturan seçimlik hareketlerin gerçekleştirilmesi gereklidir. Ancak

104 Benzer görüş için bkz. Karan U., “*Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Türk Ceza Kanunun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği*”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, sayı 73, 2007, s. 146

ilgili saiklerden sadece bazıları maddede açık olarak belirtilmiş, geri kalan kısmı “*ve benzeri sebeplerle ayırım yapmak*” denilerek, örnekleyici olarak ifade edilmiştir. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi çerçevesinde kanunkoyucunun örnekleyici saiklerle suçun işlenebileceğini kabul etmiş olması, suçun belirlenmesinde muğlaklık yartmış ve kanunilik ilkesinin bir gereği olan açıklık ve belirlilik sağlanamamıştır. Bu hususun da ceza genel teorisi ile uyuşması mümkün değildir.

Suçun maddi unsuru, seçimlik hareketlerden oluşmuş; bazıları icrai bazıları ise ihmali hareket olarak düzenlenmiştir. Bu anlamda TCK m. 122’de yer alan ayırmıcılık suçu, bazı seçimlik hareketleri bakımından icrai, bazıları bakımından ise, gerçek ihmali suç olarak düzenlenmiştir. Ancak amacı gereği düzenlemenin gerçekten etki doğurabilmesi için icrai hareketle işlenmesi gereken bazı seçimlik hareketlerin ihmali olarak işlenebilmesinin mümkün olabilmesi gereklidir. Bu husustaki sıkıntı da ancak, genel hükümlerde ihmali hareketin icrai hareket gibi cezalandırılabilmesine imkan veren bir düzenlemenin yapılması halinde giderilecektir. Zaten konuya ilişkin tartışmaları yukarıda açıkça ifade ettiğimiz için burada bunlara tekrar değinmeyeceğiz.

Suçun özel kast suçu olması ve ilgili saiklerin örnekleyici olarak belirtilmiş olması ispata ilişkin ciddi sorunları da gündeme getirmektedir. Zira suçun karşılığı gelen yaptırımların miktarı da azdır. Bu itibarla TCK m. 122’deki düzenlemenin uygulamada gösterdiği etkinlik (caydırıcılık), yetersizdir. Bu görüşümüzü TC. Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü tarafından hazırlanan adli istatistiklerdeki veriler de doğrulamaktadır. İlgili istatistiklere göre 5237 sayılı TCK’nın 2005 yılında yürürlüğe girmesinden itibaren TCK m. 122’den 2006¹⁰⁵ yılında açılan dava sayısı bir, karara bağlanan dava sayısı ise sıfırdır; 2007 yılında açılan dava sayısı ve karara bağlanan dava sayısına ilişkin hiç bir bilgi girişi yoktur; 2008 yılında açılan dava sayısı¹⁰⁶ 6, karara bağlanan dava sayısı¹⁰⁷ 2, ancak her iki karar da beraat

105 http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/ISTATISTIKLER/1996/ac_cik/2006%20ACILAN%20KARAR_CEZA/FORM10TCK_TUR_2006.pdf erişim tarihi: 13. 04. 2012

106 http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/ISTATISTIKLER/1996/ac_cik/2008_4.pdf erişim tarihi: 13. 04. 2012

107 http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/ISTATISTIKLER/1996/ac_cik/2008_2.pdf erişim tarihi: 13. 04. 2012

ile sonuçlanmıştır; 2009 yılında açılan toplam dava sayısı¹⁰⁸ 27, karara bağlanan dava sayısı¹⁰⁹ 9, bunlardan biri mahkumiyet, 3'ü beraat ve 5'i diğer yollarda sonuçlandırılmıştır; 2010 yılında açılan toplam dava sayısı¹¹⁰ 8, karara bağlanan dava¹¹¹ sayısının 14, mahkumiyet sayısının sıfır, beraat sayısının 12 ve diğer şekilde sonuçlananların sayısının 4 olduğunu görüyoruz. 2011 yılı istatistikleri henüz yayımlanmadığı için 2011 yılına ilişkin bilgileri bu çalışma içerisinde değerlendiremedik. Ancak 2005 yılından bu yana TCK m. 122'nin uygulanmasının sonuçlarını değerlendirdiğimizde, bu güne kadar ayrımcılık suçundan dolayı sadece bir mahkumiyet kararının verilmiş olduğunu görmekteyiz. Bu durum hükmün nerede ise yok denecek kadar az bir uygulama kabiliyeti olduğunu gözler önüne sermektedir.

Oysa ki, konuya ilişkin diğer kanunlarda yer alan düzenlemeler çok daha etkili ve caydırıcı nitelik taşımaktadır. Bu noktada ayrımcılık suçu adı altında yeni bir suç tipinin varlığının gerekliliği gerçekten tartışmalıdır. Suç tipindeki unsurların daha net ve açık olarak düzenlenmesi ve belki yaptırımların daha caydırıcı olması veya konuya ilişkin uygulanabilecek seçenek yaptırımların etkinleştirilmesi sayesinde, hüküm işlerlik kazanabilir ve kendisinden beklenen yararı uygulamaya kazandırabilir.

Sonuç olarak, her gün gözle gördüğümüz, ancak bilmek görmek ve konuşmak istemediğimiz bir konu olan ayrımcılık ile mücadelenin daha etkin yapılabilmesi için, uygulamayı etkinleştirmek kadar toplumda yaşayan insanlar arasında sevgi bağlarını kuvvetlendirmek, bölücü değil toplayıcı ve bütünleştirici politikalar uygulamak ve bireyler arasındaki ilişkilerde saygılı davranmayı sağlayacak sosyal, eğitici ve siyasi politikaların hayata geçirilmesi gereklidir. Daha iyi bir yaşam için sadece hukuk kurallarını geliştirmek yeterli değildir. Bunların diğer tüm alanlarda da olduğu gibi, sosyal ve siyasi politikalarla desteklenmesi önemlidir.

108 http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/ISTATISTIKLER/1996/CEZA_5237_2009.PDF, erişim tarihi: 13. 04. 2012

109 http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/ISTATISTIKLER/1996/CEZA_5237_KARAR_2009.PDF, erişim tarihi: 13. 04. 2012

110 <http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/ISTATISTIKLER/1996/5237acilan2010.pdf>, erişim tarihi: 13. 04. 2012

111 <http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/ISTATISTIKLER/1996/5237kararverilen2010.pdf>, erişim tarihi: 13. 04. 2012

KAYNAKLAR

- Alexander Larry, “ *What makes wrongful discrimination wrong? Biases, preferences, stereotypes and proxies*” *University of Pennsylvania Law Review*, November 1992, vol. 141:149
- Aliefendioğlu Yılmaz, “Eşitlik İlkesi”, Prof. Dr. İlhan Akın’a Armağan, İstanbul 1999, s. 7796
- Arkan Sabih, *Ticari İşletme Hukuku*, Bankacılık ve Ticaret H. Araş. E., 15. bası, Ankara 2011, s. 64
- Artuk Emin, Gökçen Ahmet, YeniDünya Caner, *TCK Şerhi*, Turhan Kitapevi, 3. cilt, Ankara 2009
- Artuk Emin, Gökçen Ahmet, Yenidünya Caner, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Turhan Kitapevi, Ankara 2011
- Bozkurt Enver, Özcan Mehmet, Köktaş Arif, *Avrupa Birliği Hukuku*, Asil Yayın Dağıtım, Ankara 2011
- Connoly Michael, *Discrimination Law*, London Sweet & Maxwell Ltd., 1st ed., 2006
- Demir Fevzi, *Anayasa Hukuku*, Orion, 7. baskı, İzmir 2009
- Demir Fevzi, Bakıcı Zeynel, Çınarlı Serkan, *Etkin Demokratik Hukuk Devleti*, Orion, İzmir 2011
- Erdem Mustafa R., ‘Avrupa Birliği’nde Ayırmıcılık, Irkçılık ve Yabancı Düşmanlığı ile Ceza Hukuku Yoluyla Mücadele’, *Fasikül Hukuk Dergisi*, yıl. 3, sayı. 16, Mart 2011, s. 626
- Erdoğan Mustafa, *Anayasa Hukuku*, Orion, 6. baskı, Ankara 2011
- Gölcüklü Feyyaz, Gözübüyük Şeref, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan kitapevi, 3. bası, Ankara 2002
- Gözler Kemal, *Anayasa Hukukuna Giriş Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Yayıncılık, Bursa 2007
- Hakeri Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, 11. baskı, Ankara 2011
- Hartley Trevor C., *The Foundations of European Union Law*, Oxford University Press, 7th ed., 2010

- Janis Mark W., Kay Richard S., Bradley Anthony W., *European Human Rights Law Text and Materials*, Oxford University Press, 2008
- Karan Ulaş, "Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Türk Ceza Kanununun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, sayı 73, 2007, s. 146173
- Karan Ulaş, Avrupa Birliği Ülkelerinde Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik Kurumları, <http://ihop.org.tr/dosya/abkurumlar.pdf>, erişim tarihi: 27. 04. 2012
- Koca Mahmut, Üzülmez İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, 3. bası, Ankara 2010
- Livingstone Stephen, "Article 14 and the Prevention of Discrimination in the European Convention on Human Rights", *European Human Rights Law Review* 1997, s. 2534
- Meran Necati, *Kişilere Karşı Suçlar*, Seçkin Yayıncılık, 2005
- Nyssens Harold, Lackhoff Klaous, "Direct Effect of Directives in Triangular Situations" *European Law Review*, 1998 2, No. 5
- Özbek Veli Ö., Kanbur Nihat, Doğan Koray, Bacaksız Pınar, Tepe İlker, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010
- Özbey Özcan, "Suçta Tekerrür ve Mükerrerlere Özgü Güvenlik Tedbirleri", *TBB*, s. 88, 2010, s. 55105
- Özbudun Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2010
- Özgenç İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009
- Özkan Işıl, *Avrupa Birliği Kamu Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2011
- Öztürk Bahri, Erdem Mustafa R., *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Seçkin yayıncılık, 11. bası, Ankara 2011
- Öztürk Bahri, Tezcan Durmuş, Erdem Mustafa R, Sırma Özge, Saygılar Yasemin, Alan Esra, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009
- Scott Davidson., "Equality and NonDiscrimination", *Defining Civil and Political Rights: The Jurisprudence of the United Nations Human Rights Committee*, Alex Conte, Scott Davidson, Richard Burchill, Ashgate, Aldershot, 2005

- Steiner Josephine, Woods Lorna, *TwiggFlesner Christian EU Law*, Oxford Univ. Press, 9th ed., 2006
- Süzek Sarper, *İş Hukuku*, Beta, 2. bası, İstanbul 2005
- Tanör Bülent, Yüzbaşıoğlu Necmi, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, Yapı Kredi Yayınları, 2. baskı, İstanbul 2001
- Tezcan Durmuş, Erdem Mustafa R., Sancakdar Oğuz, Önok Mustafa, *İnsan Hakları El Kitabı*, Seçkin, Ankara 2011
- Teziç Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, Beta, İstanbul 1996
- Topal Emre, "Lisbon Antlaşması ile Avrupa Birliği'nde Yasama Niteliğindeki İşlemler ve Yasa Yapım Süreçlerine Getirilecek Değişikliklere Genel Bir Bakış", *Yasama Dergisi* sayı : 9, Mayıs Haziran Temmuz Ağustos 2008, s. 1734
- Tuncay A. Can., *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982
- Üzülmez İlhan, "5237 Sayılı Yeni TCK'da Suçta Tekerrür ve Özel Tehlikeli Suçlar", *Hukuki Perspektifler Dergisi* 2005/4
- Weatherill Stephen, Beaumont Paul, *EU Law*, 3rd. Ed., Penguin, 1999
- Yaşar Osman., Gökcan Hasan T., Artuç Mustafa, *Türk Ceza Kanunu*, Adalet Yayıncılık, c. 3, Ankara 2010
- Yenidünya Caner, "5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Ayrımcılık Suçu", *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2006/4
- Zafer Hamide, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Beta, İstanbul 2010