

T.C  
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI  
AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU PROGRAMI  
YÜKSEK LİSANS TEZİ

**AYRIMCILIK SUÇU**  
**(TCK. Md. 122)**

**Muammer ALTUN**

Danışman

**Prof. Dr. Veli Özer Özbek**

2010

**YÜKSEK LİSANS**  
**TEZ/ PROJE ONAY SAYFASI**

2006800526

**Üniversite** : Dokuz Eylül Üniversitesi  
**Enstitü** : Sosyal Bilimler Enstitüsü  
**Adı ve Soyadı** : Muammer ALTUN  
**Tez Başlığı** : Ayrımcılık Suçu (TCK m.122)

**Savunma Tarihi** : 17.08.2010  
**Danışmanı** : Prof.Dr.Veli Özer ÖZBEK

**JÜRİ ÜYELERİ**

**Ünvanı, Adı, Soyadı**

**Üniversitesi**

Prof.Dr.Veli Özer ÖZBEK

DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ

Doç.Dr.Oğuz ŞİMŞEK

DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ

Doç.Dr.Hacı CAN

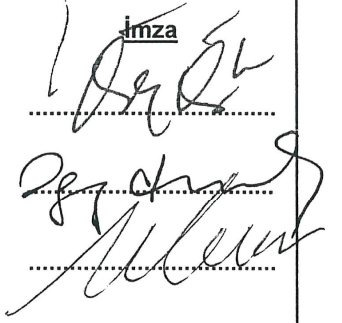
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ

Oybirliği (A)

Oy Çokluğu ( )

Muammer ALTUN tarafından hazırlanmış ve sunulmuş "**Ayrımcılık Suçu (TCK m.122)**" başlıklı Tezi( ) / Projesi( ) kabul edilmiştir.

**Prof.Dr. Utku UTKULU**  
Enstitü Müdürü

**imza**  


## Yemin Metni

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “**Ayrımcılık Suçu (TCK-122)**” adlı çalışmanın, tarafımdan, bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

.../.../.....

Muammer ALTUN

İmza

## ÖZET

Yüksek Lisans Tezi

Ayrımcılık Suçu

Muammer ALTUN

Dokuz Eylül Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Avrupa Birliği Hukuku

Anayasa'nın 10 uncu maddesi hükmüne göre "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

Eşitlik ilkesi, kişileri keyfi muameleye karşı koruyan, demokrasi ve hukuk devletinin önemli unsurlarından biridir. Ayrıca Anayasa'nın genel esasları arasında düzenlenmesi itibarıyla, anayasal bir buyruk olarak devletin tüm kuruluşlarının uyması gereken temel prensiplerdendir. Bu bakış açısıyla, 122 nci maddenin devletin bu görevlerini ve hukuk devleti olma idealinin sağlamak yönünde bir hukuki yararı koruduğunu belirtmek gerekir. Eşitliğin, vatandaşlara tanınmış bir hak olarak ele alınması da mümkündür. Zira eşitlik, bu ilkedен yararlanıanlar açısından "eşit işlem görme ya da ayırım gözetilmemesini isteme hakkını" doğurmaktadır. Bu anlamda inceleme konusu suç tipi, bireylerin eşit işlem görme hakkını korumaktadır. Yasa koyucunun ayrımcılık suçuna hürriyete karşı suçlar arasında yer vermiş olmasının temel sebeplerinden biri de budur.

Çalışma, 2 bölüm ve sonuç kısmından oluşmaktadır.

Birinci bölümde, ayrımcılık kavramının tanımı, ayrımcılığın nedenleri, uluslararası hukukta ayrımcılık düzenlemeleri, Avrupa Birliği Hukukunda ayrımcılık, Türk Hukukunda ayrımcılık konularıyla incelenmektedir.

İkinci bölümde, TCK da ayrımcılık suçunun tanımı, benzer suçlarla mukayesesi, suçun unsurları, ayrımcılık suçuna teşebbüs, iştirak ve içtima gibi konular ile usul hükümlerinin ayrımcılık suçu açısından özellik arz eden durumları incelenmektedir. Çalışma, suçla ilgili genel değerlendirmelerin yer aldığı sonuç kısmı ile tamamlanmaktadır.

**Anahtar kelimeler:** Ayrımcılık, ayrımcılık yasağı, eşitlik, ayrımcılık suçu.

**ABSTRACT**  
**Master Thesis**  
**The Crime of Discrimination**  
**Muammer ALTUN**  
**Dokuz Eylül University**  
**Institute of Social Sciences**  
**Department of Public Law**  
**European Law**

According to the provisions of Article 10 of the Constitution, "Everyone is equal in front, of law without discrimination of language, race, color, sex, political opinion, philosophical belief, religion, denomination and similar reasons. The principle of equality, protecting people against arbitrary treatment, democracy and the rule of law is one of the important elements. This principle,being arranged between the general principles of the constitution, is also one of the basic principles that all agencies must comply. Through this perspective, it is significant to state that 122nd article has legal benefit to provide rule of law and this mission of the state. It is also possible to think that equality is a right granted to the citizens. Equality raises "equal right to ask to see or not to be discriminatory". In this sense, the crime type of investigation, maintains the right to equal treatment of individuals. This is the main cause of why lagislator puts discrimination between the crimes against freedom.

This study is composed of 2 sections and results section.

In the first part, the definition of discrimination is examined under the issues of "the causes of discrimination", "discrimination in international law, regulations", "discrimination in European Union Law", discrimination in Turkish law. In the second part, definition of the crime of discrimination in Turkish Penalty Code, comparison with similar crimes, the criminal elements of discrimination, enterprise, affiliates, and assembly issues such as the procedural provisions of discrimination crimes in terms of features offered to the situation is examined. The study is concluded with the results section that includes overall assessment.

**Key words:** discrimination, prohibition of discrimination, equality, the crime of discrimination.

AYRIMCILIK SUÇU (TCK-122)	
TEZ ONAY SAYFASI.....	II
YEMİN METNİ .....	III
ÖZET .....	IV
ABSTRACT.....	V
İÇİNDEKİLER .....	VI
KISALTMALAR.....	VIII
GİRİŞ .....	1

## İÇİNDEKİLER BİRİNCİ BÖLÜM

### AYRIMCILIK KAVRAMI VE HUKUKİ GELİŞİMİ, ULUSLARHUKUKTA AYRIMCILIK VE TÜRK HUKUKUNDAKİ AYRIMCILIK İLE İLGİLİ DÜZENLEMELER

I. AYRIMCILIK VE HUKUKİ GELİŞİMİ.....	3
A. Ayrımcılık Kavramı .....	3
B. Ayrımcılık Nedenleri .....	4
C. Ayrımcılık Çeşitleri .....	11
1. Doğrudan Ayrımcılık-Dolaylı Ayrımcılık .....	11
2. Negatif Ayrımcılık - Pozitif Ayrımcılık.....	12
3. Taciz .....	14
II. ULUSLARARASI ALANDA AYRIMCILIK İLE İLGİLİ DÜZENLEMELER.....	15
A. Birleşmiş Milletler Teşkilatı' nın Düzenlemeleri.....	15
1. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi.....	15
2. Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine .....	15
İlişkin Sözleşme (KKHTAÖS) .....	15
B. Avrupa Konseyi'nin Düzenlemeleri .....	18
1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) .....	18
2. Avrupa Sosyal Şartı .....	20
III. AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA AYRIMCILIK.....	21
IV. TÜRK HUKUKUNDAKİ AYRIMCILIK DÜZENLEMELERİ .....	26
A. Anayasa' da Ayrımcılık.....	26
B. İş Hukukunda Ayrımcılık .....	30
1. Eşit Davranma İlkesi .....	31
2. Mobbing ve Cinsel Taciz .....	32
C. Medeni Kanunda Ayrımcılık .....	36

D. Türk Ceza Kanunundaki Ayrımcılık İle İlgili Düzenlemeler .....	37
1. Adalet ve Kanun Önünde Eşitlik İlkesi .....	38
2. Cinsel Taciz Suçu .....	39
3. Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi .....	42
<b>İKİNCİ BÖLÜM</b>	
<b>TURK CEZA KANUNUNDA AYRIMCILIK SUÇU, SUÇLA KORUNAN HUKUKİ MENFAAT, SUÇUN MADDİ UNSURLARI, SUÇUN HUKUKA AYKIRILIK UNSURU, MANEVİ UNSUR, SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ, YAPTIRIM VE KOĞUŞTURMA</b>	
<b>TÜRK CEZA KANUNUNDA AYRIMCILIK SUÇU .....</b>	<b>47</b>
<b>I. GENEL AÇIKLAMALAR .....</b>	<b>47</b>
<b>II. SUÇLA KORUNAN HUKUKİ MENFAAT .....</b>	<b>51</b>
<b>III. SUÇUN MADDİ UNSURLARI .....</b>	<b>54</b>
1. Genel Olarak .....	54
2. Suçun Hukuki Konusu.....	55
<b>B. Fail ve Mağdur .....</b>	<b>58</b>
1. Fail .....	58
2. Mağdur .....	61
<b>C. Eylem.....</b>	<b>62</b>
1. Taşınır veya taşınmaz malın satılması veya devrinin engellenmesi.....	63
2. Bir Hizmetin İcrasının Veya Bu Hizmetten Yararlanmanın Engellenmesi .....	66
3. Kişinin İşe Alınması veya Alınmamasının Birinci Fıkrafta Sayılan Hallerden Birine Bağlanması .....	67
5. Besin Maddelerini Vermemek veya Kamuya Arz Edilmiş Bir Hizmeti Yapmayı Reddetmek	68
6. Kişinin Olağan Bir Ekonomik Etkinlikte Bulunmasının Engellenmesi ...	69
7. Benzeri Sebepler Kavramı.....	70
<b>V. SUÇUN HUKUKA AYKIRILIK UNSURU .....</b>	<b>72</b>
<b>VI. MANEVİ UNSUR.....</b>	<b>75</b>
<b>VII. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ.....</b>	<b>77</b>
A. Teşebbüs.....	77
B. İştirak.....	80
<b>VIII. YAPTIRIM VE KOĞUŞTURMA.....</b>	<b>85</b>
<b>SONUÇ .....</b>	<b>87</b>

## Kısaltmalar

<b>AB</b>	: Avrupa Birliği
<b>ABD.</b>	:Ankara Barosu Dergisi
<b>AD</b>	: Adalet Dergisi
<b>AET</b>	: Avrupa Ekonomik Topluluğu
<b>AGE.</b>	: Adı Geçen Eser.
<b>AİHS</b>	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
<b>ALM. CK</b>	: Alman Ceza Kanunu
<b>AME İHS</b>	: Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi
<b>AMK</b>	: Anayasa Mahkemesi Kararı
<b>AMKD</b>	: Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
<b>ANY.</b>	:Anayasa
<b>AÜHFD.</b>	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>AÜSBFD</b>	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
<b>AYM</b>	: Anayasa Mahkemesi
<b>BK.</b>	: Borçlar Kanunu
<b>BKZ.</b>	: Bakınız
<b>BM</b>	: Birleşmiş Milletler
<b>BMS</b>	:Birleşmiş Milletler Sözleşmesi
<b>C.</b>	: Cilt
<b>CD.</b>	: Ceza Dairesi
<b>CGK</b>	: Ceza Genel Kurulu
<b>CHD.</b>	: Ceza Hukuku Dergisi
<b>ÇİK</b>	: Cezaların İnfazı Hakkında Kanun
<b>CMK</b>	: Ceza Muhakemesi Kanunu
<b>CMUK</b>	: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
<b>DEÜHFD.</b>	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>DN.</b>	: Dipnot
<b>E.</b>	: Esas
<b>E.U.</b>	: Europaeische Union (Avrupa Birliği)
<b>ETCK.</b>	: 765 Sayılı (Eski) Türk Ceza Kanunu
<b>HD.</b>	: Hukuk Dairesi
<b>HPD.</b>	: Hukuki Perspektifler Dergisi
<b>İBD.</b>	: İstanbul Barosu Dergisi



<b>İÜHFM.</b>	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
<b>K.</b>	: Karar
<b>KHK.</b>	: Kanun Hükmünde Kararname
<b>KKHTAÖS</b>	: Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi
<b>KRŞL</b>	: Karşılaştırınız
<b>M.</b>	: Madde
<b>NO.</b>	: Numara
<b>RG.</b>	: Resmi Gazete
<b>s.</b>	: Sayfa
<b>S.</b>	: Sayı
<b>T.C.</b>	: Türkiye Cumhuriyeti
<b>TCK</b>	: Türk Ceza Kanunu
<b>TMK.</b>	: Türk Medeni Kanunu
<b>V.</b>	: Versus
<b>VB.</b>	: Ve Benzeri
<b>VD.</b>	: Ve Devamı
<b>YKD</b>	: Yargıtay Kararları Dergisi
<b>YKD.</b>	: Yargıtay Kararları Dergisi
<b>YRG.</b>	: Yargıtay
<b>YTCK</b>	: Yeni Türk Ceza Kanunu

## GİRİŞ

Türk hukukunda son yıllarda hızlı bir değişim yaşıyor. Temel kanunlar birbiri ardına yeniden yazılıyor. Yeni kanunlar arasında özellikle 2004 yılında kabul edilen ve 2005 yılında yürürlüğe giren Türk Ceza Kanunu (TCK) teorik olduğu kadar uygulamada da eleştirilerle karşılaştı. Bu süreçte bazı konular eski düzenlemelere benzer biçimde yeni kanunda da yer alırken daha önce ceza hukukunda yer almayan bazı suçlar da TCK' da kendine yer buldu.

Bunlar arasında bugüne kadar ülkemizde öğretilerde üzerinde durulmayan ve ceza hukuku bakımından bir kaç yazar dışında inceleme konusu olmayan 122. maddede yer alan ayrımcılık suçu da bulunuyor. 122. madde ile mukayeseli hukukta uzun yıllardır akademik ve uygulamaya yönelik çalışmaların konusu olan ayrımcılık yasağı, her ne kadar daha önce farklı hukuk dallarında Türk Hukukuna girmiş olsa da ilk kez ceza hukukunun bir parçası haline gelmiştir. Bununla birlikte düzenleme üzerinde bir kafa karışıklığı söz konusudur ve 122. Maddenin nasıl uygulanacağı henüz belirsizdir. Bu durumu destelemek noktasında Yargıtay'ın bu madde ile ilgili ortaya çıkmış herhangi bir içtihadına rastlanmadığı belirtilebilir. Ancak Adalet Bakanlığı Adli sicil ve istatistik genel müdürlüğü özel ve genel ceza kanunlarında yer alan bazı maddelerle ilgili özellikle istatistik toplamaktadır ve oluşturulan formlardan biri de "adis form: 37" adıyla TCK'nin 122. Maddesini de içermektedir. Bu formda mağdur sayıları, kovuşturmayaya yer olmadığına, görevsizlik, yetkisizlik, birleştirme, kamu davasının ertelenmesi ve kamu davası açılmamasına dair kararlara ilişkin bilgiler yer almakta ve yıllık olarak sayılar derlenmektedir.

2008 yılı açıklanan istatistiklere göre 6 dava açılmış olup bu davalardan 8 erkek sanık yargılanmış, mağdur sayısına bakıldığında 5 i erkek, 2 si kadın 1 ide tüzel kişi olmak üzere toplam 8 kişidir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi ayrımcılık suçu hapis cezası ile sonuçlanmıyor. Basında da yer alan bilgiler çerçevesinde ilk defa İstanbul'da tekerlekli sandalyesiyle binmek istediği özel halk otobüsünün şoförü tarafından "seninle uğraşamam" denilerek reddedilen engelli Teslime Tabacı verdiği hukuk mücadelesini kazanmış. Ayrımcılık başlığı altında düzenlenen TCK 122/1-a maddesi uyarınca, şoför Abdulvahap Oran'a 6 ay hapis cezası veren mahkeme heyeti, bu cezayı, TCK 50/1-e maddesi uyarınca `6 ay suresince e sınıfı ehliyetinin geri alınarak halk otobüsü işletim görevinin yasaklanması` kararına dönüştürdü.

Çalışmamızda da belirttiğimiz gibi özellikle ayrımcılık nedenleri arasına “özürlülük” kavramının ilave edilmesi isabetli olmuştur.

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

Çalışmamız iki bölümden oluşmaktadır.

Birinci bölümde ayrımcılık kavramının tanımı hukuki gelişimi, ayrımcılık nedenleri, ayrımcılık çeşitleri, uluslararası alanda ayrımcılık ile ilgili düzenlemeler, Avrupa Birliği Hukukunda ayrımcılık düzenlemeleri ve Türk Hukukunda ayrımcılık düzenlemeleri başlıkları altında incelenmiştir.

İkinci bölümde ise TCK ' da ayrımcılık suçu, genel olarak değerlendirilmiş, mukayeseli hukukta ayrımcılık suçundan, suçla korunan hukuki menfaatten, suçun maddi unsurlarından, suçun hukuka aykırılık unsurlarından, suçun manevi unsurlarından, suçun özel görünüş hallerinden, yaptırım ve koğuşturmasından bahsedilmiş olup sonuç bölümüyle çalışmamız sonlandırılmıştır.

## BİRİNCİ BÖLÜM

### I. AYRIMCILIK VE HUKUKİ GELİŞİMİ

#### A. Ayrımcılık Kavramı

Ayrımcılık, toplumlarda sıklıkla karşılaşılan bir davranış biçimidir. Aşağıda öncelikle ayrımcılık kavramı tanımlanarak, etkileşim içinde olduğu diğer kavramlarla ilişkilendirilecektir. Daha sonra, ayrımcılık kavramı kaynakları ve türleri açısından incelenecektir.

Ayrımcılık kavramı hukuk literatüründe ilk kez 1878 yılında Anglosakson hukukunda ve bir mahkeme kararında telaffuz edilmiştir. Genel olarak, kişinin bir gruba mensup olması veya bir niteliği nedeniyle diğerlerine nazaran farklı muamele görmesi ve mağdur edilmesi "ayrımcılık" olarak tanımlanır<sup>1</sup>.

Ayrımcılık, kavram olarak ayırt etmek anlamına gelmektedir. Ayrımcılık; insanların cinsiyet, dil, din, renk, ırk ya da etnik köken gibi nedenlerle farklı muameleye tabi tutulmasıdır. İşe almada, ücret ödemede, okula kabul etmede ya da çeşitli kamu olanaklarından yararlandırmada kişilere karşı adı geçen faktörlere göre farklı uygulamaların gerçekleştirilmesidir<sup>2</sup>.

Bir diğer anlatımla ayrımcılık; ırk, dini inançlar, renk, cinsiyet, bedensel ve zihinsel sakatlık, evlilik statüsü, aile statüsü, gelir kaynakları, yaş, soy ya da cinsel tercihlerine dayalı olarak, kasıtlı olup olmadığına bakılmaksızın kişi ya da gruplar üzerinde olumsuz etkiye yol açan adil olmayan her tür davranış ya da uygulama olarak tanımlanabilir<sup>3</sup>.

Sözlük anlamı, bir kimseyi herhangi bir niteliği sebebiyle mağdur etmek anlamına gelen ayrımcılık, bir devletin ya da toplumun bazı üyelerinin, ötekilere sağlanan belli hak ve/veya ayrıcalıklardan yoksun bırakılmasıdır. Ayrımcılık kavramı uluslararası hukuk alanında ilk olarak azınlıkların haklarının korunması konusunda gündeme gelmiştir. Bugün için uluslararası hukukta ayrımcılık yasağı, genel bir

<sup>1</sup> Melek Onaran YÜKSEL, **Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın-Erkek Eşitliği**, (İstanbul 2000), s.28.

<sup>2</sup> Ömer DEMİR/ Mustafa ACAR, **Sosyal Bilimler Sözlüğü**, Vadi Yayınları, 3.Baskı, Ankara, 2002, s.54

<sup>3</sup> **"Stereotyping, prejudice and discrimination"**

<http://www.albertahumanrights.ab.ca/StereotypePrejDiscrim.pdf> (21.03.2010).

hukuk ilkesi olarak benimsenmektedir. Her ne kadar bazı toplumlar, eşit muameleye gerek duymamakta ve makul bir düzeyde kaldığı sürece sınıflandırmayı sanki kabul etmekteyseler de, bu tür ayrımcılık, her zaman olmasa da çoğu durumda, ulusal ve/veya uluslar arası çatışmaların kaynağı olmaktadır. Bazı toplumların anayasal sistemleri ve organları, grupların bir bölümünün üstünlüğüne, diğer bazılarının ise daha alt düzeyde olduğu varsayımına yaslanıp uygulanmaktadır. Zamanla, ayrıcalıklı olanlar daha da ayrıcalıklı duruma gelirken, haklardan yoksun kalanların durumu daha da kötüleşmektedir. Bu durumda, egemen grup ayrıcalık, seçenek ve bağışlıklarını korumak için, çatışmayı yoğunlaştırarak daha fazla baskıya başvurabilir. Böylece belirlenen düşmanlıklar, kanlı karşılaşmalar da dahil olmak üzere, farklı biçimlerdeki çatışmaları yansıtabilir. Artık çatışma ayrımcılığının sona ermesine dek sürme eğilimi gösterecektir<sup>4</sup>.

Bu itibarla, gerek ulusal gerekse uluslar arası düzeyde bireylere tanınan hak ve özgürlüklerin ayırım yapılmaksızın uygulanması için çeşitli kurallar getirilmiştir.

Ayrımcılık kendini değişik şekillerde gösterebilir. En sık rastlanana ise cinsiyete ve ırka dayanan ayrımcılıktır. Bundan başka renk, dil, din, servet, doğum vb. şekilde ayrımcılık görülmektedir. Fakat bu belirleme sınırlı değildir. İşgücü piyasalarında ayrımcılık; işgücü piyasasında benzer insan sermayesine sahip bireylere, yaş, cinsiyet ve ırklarına dayalı olarak farklı davranılması<sup>5</sup> biçiminde tanımlanabilir.

Bir sonraki konu başlığında ayrımcılığı ortaya çıkaran nedenlerine konumuzla ilgili olması sebebiyle kısaca değinilmiştir.

## **B. Ayrımcılık Nedenleri**

AİHS'nin 14. maddesinde tanınan haklar "özellikle" kelimesi ile başlayıp, "herhangi başka bir durum bakımından" ibaresiyle sona erdiğinden, ayrımcılık nedenleri konusundaki sayım sınırlayıcı olmayıp, örnek niteliğindedir. Değişik insan hakları belgelerinde (örneğin; AİHS, Ame. İHS, BMS, vs.) düzenlenen ayrımcılık yasağına ilişkin özellikli normlar (yani genel ayrımcılık yasağını düzenleyen normlar) dikkate alındığında, gerçekleştirilmesi olası, ama yasaklanmış ayrımcılık nedenleri

<sup>4</sup> Ataöv, **Türkkaya, Çatışmaların Kaynağı Olarak Ayrımcılık**, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, No. 20,s. 1.

<sup>5</sup> Ömer Faruk ÇOLAK/ Şenol ALTAN, "**Sex Discrimination In The Banking Sector:The Case Of Turkey**", Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 7, Sa: 2, 2003, s.203.

olarak sayılan unsurların toplamı 17'dir. Bunlar ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi görüş, diğer görüş, ulusal köken, sosyal köken, mülkiyet, doğum, diğer statü, ekonomik statü, herhangi diğer sosyal koşul, ulusal azınlıkla bağ, etnik köken ve herhangi diğer faktör ayrımcılıklarıdır. Ancak, hiçbir belgede bu 17 yasağın tümüne yer verilmemiştir. Bu belgeler arasında, AİHS (md.14), sıraladığı "13" neden ile en uzun listeyi içeren genel ayrımcılık yasağı normu örneğidir<sup>6</sup>.

Ayrımcılık yasağı üzerinde durulduğunda dikkat edilmesi gereken en önemli unsur, ayrımcılık teşkil edecek hareketin olası dayanakları (örneğin ırk, renk, cinsiyet, vb.) gösterilmekle birlikte, bunların sınırlı sayıda, başka deyişle belirtilenlerden ibaret olarak sayılmamış olduklarıdır<sup>7</sup>. Nitekim konuyu düzenleyen bütün normlarda, ayrımcılık temellerine örnek oluşturan olası kategoriler sıralandıktan sonra "... ya da başka bir statü gibi..." ifadesine yer verilmek suretiyle, sayılanların dışında kalan başka nedenlerle yapılabilecek olası ayrımcılık da bu kesin yasağın başlığı altına sokulmuştur. Dolayısıyla ilgili kişiye, makul olmak kaydıyla, kayda değer bir takdir payı kalmaktadır.

Örneğin, bir kişinin fiziksel özelliklerinden hareketle, diyelim ki bedensel engelli olup olmamasına bakılarak, ayrımcı bir siyaset izleniyor olabilir. Gerçi, engelli haklarına ilişkin özellikli belgelerde (örneğin; BM Engelli Kişilerin Haklarına Dair Beyanname, BM Engelliler İçin Fırsat Eşitliği Konusunda Standart Kurallar) bu konu da düzenlenmiştir ama yukarıda örnek norm olarak verilen belgelerde "engelli olup olmama" sayılmamıştır. Bu belgeler esas alınacak olsa ve engelli haklarına ilişkin belgelerden haberdar olunmasa bile, konu üzerinde çalışırken engelliliğe dayalı bir farklı uygulama ya da anlayış tarzıyla karşılaşıldığında, bunu da ayrımcılık yasağı içinde değerlendirmenin engeli bulunmamaktadır.

Olası ayrımcılık nedenlerini soyutlayarak sınıflandırmak gerekirse, bunların bir bölümünün "doğal özelliklere" (renk, cinsiyet gibi), diğer bölümünün ise doğmakla içine girilen ve içinde yaşanan, dolayısıyla "edinilmiş niteliklere" (ulusal köken,

---

<sup>6</sup> Mehmet Semih Gemalmaz, "**Ulusal üstü İnsan Hakları Hukukunda ve Türk Hukukunda Olağanüstü Rejim Standartları**", Beta Basım Yay. 2. bs., İstanbul, Kasım 1994, s. 59.

<sup>7</sup> James and others davası. Ayrıca bkz.

<http://cmiskp.echr.coe.int/tpk197/portal.asp?sessionId=57159009&skin=hudoc-en&action=request>  
(erişim tarihi:22.07.2010)

siyasi görüş, din gibi) ilişkin olduğu görülmektedir<sup>8</sup>. Ulusal üstü insan hakları belgelerinde, kronolojik bir değerlendirme ışığında, genel ayrımcılık yasağı normlarındaki nedenler alanında belirgin bir artış gözlenmektedir. Gemalmaz, haklar ve özgürlüklerin nicelik ve nitelik olarak genişlemesi ve koruma mekanizmalarının etkinleşmesi konusundaki gelişmelere rağmen, bu alanda ilk standartlardan öteye pek geçilmemiş olmasını, bir eksiklik işareti olmaktan çok, ilk ölçütlerin yeterince ayrıntılı oluşunun belirtisi olarak değerlendirmektedir<sup>9</sup>.

Konumuz olan TCK. Madde 122 de düzenlenen ayrımcılık suçu başlığı altında ayrımcılık nedenlerini "Kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, özürllülük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak..." derken ayrımcılık nedenlerini sınırlı tutmuş olup ve benzeri sebeplerle diyerek yoruma açık ayrımcılık nedenleri bırakmıştır. Bu sebepten AIHS' de düzenlenen 13 ayrımcılık nedenini konumuza da ışık tutması sebebiyle kısaca tanımlama gereği duyulmuştur.

**Cinsiyet;** sözleşmeye göre, sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanmada cinsiyet ayrımının yapılması yasaklanmıştır. İnsanlık tarihinde cinsiyet ayrımı, hemen daima kadınlar aleyhine işlemiştir<sup>10</sup>. Bu konuda daha çok kadın hakları üzerinde durulmaktadır. Çünkü birçok ihlal kadın hakları alanında yaşanmaktadır. Kadın hakları gibi temelde coğrafi olmayan konular her ne kadar potansiyel çatışma anlamında tehlike yaratmıyorsa da, dikkate çeken konular olarak sivrilmektedir<sup>11</sup>.

Türkiye aleyhine ayrımcılık yasağıyla sonuçlanan tek ihlal kararı Ayten Ünal Tekeli kararıdır<sup>12</sup>. Bu kararda mahkeme Türkiye'nin cinsiyete dayalı ayrımcılık yaptığına karar vermiştir<sup>13</sup>.

**İrk;** İrkçilik, günümüz dünyasından yeni biçimlerde sürmektedir. Bu nedenle bireysel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasına veya ihlal edilmesine yol açmaktadır.

<sup>8</sup> Gemalmaz, "Ders Kitaplarının İnsan Hakları Ölçütleri Açısından Taranmasında İşlev Görebilecek Hukuk Kavramlarına İlişkin Örnekler", Ders Kitaplarında İnsan Hakları Projesi, (Çevrimiçi) [www.tarihvakfi.org.tr/dkih/metinler.asp](http://www.tarihvakfi.org.tr/dkih/metinler.asp), 09.11.2006.

<sup>9</sup> Mehmet Semih Gemalmaz, "Ulusal üstü İnsan Hakları Hukukunda ve Türk Hukukunda Olağanüstü Rejim Standartları", Beta Basım Yay. 2. bs., İstanbul, Kasım 1994, s.60.

<sup>10</sup> Merih Öden, "Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi", Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s. 324.

<sup>11</sup> Ataöv, s. 2.

<sup>12</sup> Başvuru no. 29865/96, Mahkemenin 16.11.2004 tarihli kararı. RG, 08.05.2005, sy. 25809.

<sup>13</sup> Avukat Ayten Tekeli Ünal'ın 10 yıl önce kızlık soyadını kullanmak için başlattığı hukuk mücadelesi noktalandı. Bir kadın olarak ayrımcılığa uğradığı gerekçesiyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne (AIHM) başvuran Ünal'ın bu başvurusu haklı bulunmuştu. Türkiye'nin kararı temyiz etme hakkını kullanmaması üzerine mahkeme, Ayten Tekeli Ünal'ın lehine sonuçlandı.

Ayrıca bkz. [http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/29865\\_96.pdf](http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/29865_96.pdf) (erişim tarihi:22.07.2010)

İnsan türünü ırk açısından bilimsel savlarla sınıflandırma çabaları 18 yüzyılda başlamıştır. Öne sürülen insan ırklarının sayısı ve kapsamı o zamandan beri çok değişmiş ve ırkların sınıflandırılmasında keyfi davranılmıştır. Değişik ad ve kavramlarla anılsalar da bunların çoğu ortak özellikler taşır ve bunun sonucunda üç büyük ırk bulunduğu görülür :

1) Beyaz Irk

2) Siyah Irk

3) Sarı Irk

Bunlar Linne'nin türleri sınıflandırma anlayışı çerçevesinde, yani tip denilen örnekler bir araya getirilerek belirlenmiştir. Başlıca ırklar, dünyanın keşfi ve sömürge fetihleri sırasında Batı Afrika ve Uzakdoğu halklarının görülmesi ve bunların sınıflandırmayı yapanların mensup olduğu Avrupa halklarıyla karşılaştırılması sonucunda ortaya çıkan aykırılıklara dayanarak belirlenmiştir. İnsanların ırk olarak sınıflandırılması, açıkça ya da üstü kapalı olarak, genetik bakımdan insanları çeşitlendiren özellikleri sınıflandırmaya dayanır.

AİHS Sözleşmesine göre, sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanmada ırka dayalı ayırımın yapılması yasaklanmıştır. Bu bağlamda, Komisyona yapılan bir başvuruda, İngiliz Hükümeti Uganda, Kenya ve Tanzania'dan sınır dışı edilen İngiliz pasaportu taşıyan Afrikalı zencileri ülkeye kabul etmeyi reddetmiştir. Şikâyetçiler, İngiltere'ye giriş yapmaktan edilmelerinin, ırka dayalı bir uygulama olarak Sözleşmenin 14. maddesine aykırı olduğunu iddia etmişlerdir. Sözleşme, kişilerin ülkeye giriş ve yerleşme hakkını güvence altına almakla beraber, somut olayda Komisyon, ırk ayırımına dayalı bazı uygulamaların Sözleşmenin 14 ve 3. maddelerine aykırı olduğunu belirtmiştir<sup>14</sup>.

**Renk**, Sözleşmeye göre, sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanmada insanın rengine dayalı ayırımın yapılması yasaklanmıştır. Günümüz dünyasında buna rastlanmamakla beraber geçmişte siyah ve beyaz insanlar arasında yapıldığı bir gerçektir.

**Dil**, insanın duygu ve düşüncelerini belirtmesini ve insanlar arasında iletişimi sağlayan eklemli ve sesli bir göstergeler sistemidir. Bu iletişim sesli veya sözlü

---

<sup>14</sup> Şeref Ünal. "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi – İnsan Haklarının Uluslar arası İlkeleri", TBMM Kültür Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları No: 89, TBMM Basımevi, Ankara 2001, s. 315.



olmayan başka gereçlerden de yararlanılarak kurulabilir. Örneğin sözlü dilin görsel düzeye aktarılması olan; yazı ve sağır-dilsiz dili gibi. Bunlarda daima konuşulan bir kelimeye tekabül eder. Dilin ortaya çıkması insan kültürüne olağanüstü bir karmaşıklık kazandıran belirleyici bir aşama olmuştur. Dil sayesinde insanlar simgeler kullanabilmekte, yani sese dayalı işaretler aracılığıyla ve bu işaretlerin cümleler halinde düzenlenmesiyle düşüncelerini ifade edebilmekte ve iletebilmektedirler.

14. madde, dil farklılığı dolayısıyla ayırım yapmayı da yasaklamıştır. Bu konuyla ilgili olarak Belçika ile ilgili yapılan bir başvuruda<sup>15</sup> AİHM verdiği kararda Belçika hükümetinin Sözleşmenin 14. maddesini ihlal ettiğini kararlaştırmıştır. Olayda, Fransızca konuşan bir grup aile, çocuklarının Brüksel çevresindeki okullara kabul edilmediği için Komisyona başvurmuştur. Belçika makamları o bölgedeki okullara, bölgede ikamet eden ailelerin çocuklarının kaydedilmesine izin vermiştir. Ancak, Flamanca konuşan ailelerden bu koşulu yerine getirmeleri istenmemesine rağmen Fransızca dilinin yayılmasının engellenmesi için bunun sadece Fransızca konuşan ailelerden talep edilmesini Komisyon, sert ve eğitim hakkında ayırım yapan bir uygulama olarak değerlendirmiş ve Sözleşmeye aykırı bulmuştur<sup>16</sup>.

**Din**, genellikle doğaüstü, kutsal ve ahlaki öğeler taşıyan, çeşitli ayin, uygulama, değer ve kurumlara sahip inançlar ve ibadetler bütünü. Zaman zaman inanç sözcüğünün yerine kullanıldığı gibi, bazen de inanç sözcüğü din sözcüğünün yerinde kullanılır. Din tarihine bakıldığında, birçok farklı kültür, topluluk ve bireyde din kavramının farklı biçimlere sahip olduğu görülür. Arapça kökenli bir sözcük olan din sözcüğü, köken itibarıyla "yol, hüküm, mükâfat" gibi anlamlara sahiptir<sup>17</sup>.

AİHM, Hoffman v. Avusturya davasında<sup>18</sup>, bir kadının Yehova' nın Şahitleri mezhebine mensup olması dolayısıyla, boşanma sonucu çocukların velayetinin, salt kadının bu dini inancına dayanılarak, babaya verilmesini, Sözleşmenin 8 ve 14. maddelerine aykırı bulmuştur<sup>19</sup>.

<sup>15</sup> Belçika Dil Davası v. Belçika, Başvuru no. 1474/62, 1677/62 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, Mahkemenin 23.07.1963 tarihli kararı.

<sup>16</sup> Ünal, s. 315.

<sup>17</sup> [http://tr.wikipedia.org/wiki/Din#cite\\_note-Encyclopedia-0](http://tr.wikipedia.org/wiki/Din#cite_note-Encyclopedia-0) (erişim tarihi:22.07.2010)

<sup>18</sup> Başvuru no. 12875/87, Mahkemenin 23.06.1993 tarihli kararı.

<sup>19</sup> Ünal, s. 315 - 316.

**Siyasal veya Diğer Kanaatler**, 14. maddenin yasakladığı diğer bir konu, kişilerin siyasi veya başka düşünceleri yönünden dolayısıyla ayırım yapmaktır.

Maraşlı v. Türkiye kararında<sup>20</sup>, başvuran tarafından siyasi fikir nedeniyle ayrımcılığa maruz kalındığı ileri sürülmüştür. Olayda, başvuran İstanbul'da haftalık yayınlanan Newroz isimli gazetede 'Kürdistan: Avrupa'nın Ortak Bir Sömürgesi Olacak mı?' başlıklı yazdığı makale nedeniyle hapis cezasına çarptırıldığını, siyasi fikirleri sebebiyle ayrımcılığa maruz kaldığını ve bunun 10. madde bağlamında ele alındığında 14. maddeye aykırı olduğunu iddia etmiştir. Mahkeme, 10. maddenin ihlal edildiğini dikkate alarak şikayeti 14. madde çerçevesinde incelemenin gerekli olmadığını karar vermiştir.

**Ulusal veya Sosyal Köken**, Bu başlık altında etnik gruplar incelenmektedir.

**Etnik grup**; içinde yaşadığı toplum ile bütünleşmemiş, ayrı bir kimlik sahibi olmayı sürdüren, farklı bir soydan olan topluluktur. Bir topluluğun yaşantısının nesnel görüntüleri onları büyük topluluktan farklı kılıyorsa "etnisite" den söz edilir. Topluluğun ayrı bir etnik grup olduklarına (içinde yaşadıkları büyük kütleden ayrı olduklarına) inanmaları etnisitenin en önemli unsurudur ve etnisitenin başlangıç noktası, farklı soya mensubiyet şuurudur.

**Kimlik** bir ferdin ya da toplumun tanınmasını sağlayan özellikleri ifade eder. Etnik grup (topluluk) ile millet (toplum) birbirinden nasıl ayrılır? Ayrımlar çok net olmasa da etnik gruplar genellikle daha özel ve yerel; milletler ise daha genel ve kapsayıcı yapılardır. Yani etnik grup milletlere göre daha dar tanımlanmaktadır. Etnik grup olmak için tamamen ortak bir takım özel nitelikleri paylaşmak gerekir. Yani etnisite, devlet millet statüsüne erişememiş bir tür azınlık ya da mahalli topluluk olarak tanımlanabilir. Etni (kavim), ortak bir kökenden gelen ve homojen bir kültüre, özellikle homojen bir dile sahip olan bir halk topluluğudur. Yani etniğe bir bakıma minyatür bir ulus da denebilir. Söz konusu kavramın son yıllardaki ele alınışı kuramsal bir evrime tekabül etmekte ve böylece etni yerine etnik topluluk ya da topluluklar deyiminin kullanılması tercih edilmektedir<sup>21</sup>.

Mahkeme Timishev v. Rusya Kararında<sup>22</sup> Rusya Federasyonuna bağlı Kabardino-Balkaria Özerk Cumhuriyetinde bulunan Nalçik kasabasında yaşayan

<sup>20</sup> Başvuru no. 40077/98, Mahkemenin 09.02.2005 tarihli kararı. Ayrıca bkz.

[http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/40077\\_98.pdf](http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/40077_98.pdf) (22.07.2010)

<sup>21</sup> <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/madde14.htm> (erişim tarihi;22.07.2010)

<sup>22</sup> Başvuru no. 55762/00, 55974/00, Mahkemenin 13.03.2006 tarihli kararı.

başvurucu, Çeçen kökenli olması nedeniyle ayrımcılığa maruz kaldığını ve seyahat özgürlüğünün engellendiğini ve 14. maddenin ihlal edildiğini iddia etmiş, Mahkeme ise başvurusunun Çeçen kökenli olmasından dolayı 4 nolu Protokolün 2. maddesi<sup>23</sup> ile birlikte ele alındığından 14. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

**Ulusal Bir Azınlığa Mensupluk**, Azınlık, kavram olarak, belli bir topluluk içinde farklılıklar gösteren ve başat-olmayan gruba verilen isimdir. Bu anlamda hemen her devlette etnik, dilsel, dinsel, kültürel, ırksal, cinsel azınlıklar bulunmaktadır. Sosyolojik bir olgu olarak azınlık kavramının tanımlanmasında belirleyici olan "başat olmama" niteliğidir. Bir toplulukta başat olmama ise, grubun iktidar konumuna uzaklığı ile ilişkilidir.<sup>24</sup>

AİHS metninde azınlık kavramının kullanıldığı hükümler Ayrımcılık Yasağı başlıklı 14. madde ve AİHS' ye ek 12 notu protokoldür. Ulusal azınlıklara yapılan bu göndermeler dışında, Sözleşme'de ne bir ulusal azınlık tanımı ne de azınlıklarla ilgili başka bir gönderme bulunmaktadır.

Azınlık grupları, AİHM önünde, Sözleşmedeki hakların kullanımında kendi grupları ile çoğunluk veya diğer azınlık grupları arasında farklı muamelede bulunulduğunu iddia etmek yoluyla, ayrımcılığın mahkeme önünde tespit edilmesini sağlayabilirler.

Ayrımcılığın nedenlerinden bahsettikten sonra konumuz paralelinde ayrımcılığın nasıl yapıldığına ve ayrımcılık çeşitlerine yer verilmiştir.

---

<sup>23</sup> AİHS'nin Ek 4 nolu Protokolünün "Serbest dolaşım özgürlüğü" başlıklı 2. Maddesinde:

1. Bir devletin ülkesi içinde usulüne uygun olarak bulunan herkes, orada serbestçe dolaşma ve ikametgâhını seçebilme hakkına sahiptir.

2. Herkes, kendi ülkesi de dahil, herhangi bir ülkeyi terk etmekte serbesttir.

3. Bu haklar, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlık ve ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda, zorunlu tedbirler olarak ve yasayla öngörülmuş sınırlamalara tabi tutulabilir.

4. Bu maddenin 1. fıkrasında sayılan haklar, belli yerlerde, yasayla konmuş ve demokratik bir toplumda kamu yararının gerektirdiği sınırlamalara tabi tutulabilir."

<sup>24</sup>Öztañ Ece. "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Azınlıklar"

<http://www.sbu.yildiz.edu.tr/eceyayinlar/ece2.doc> (erişim tarihi:22.07.2010)

## C. Ayrımcılık Çeşitleri

İlk olarak ayrımcılık çeşitlerinden doğrudan ve dolaylı ayrımcılık tanımlarına yer verilecektir.

### 1. Doğrudan Ayrımcılık-Dolaylı Ayrımcılık

Ayrımcılık sınıflandırma bakımından genellikle doğrudan ayrımcılık, dolaylı ayrımcılık şeklinde ikiye ayrılmaktadır.

**Doğrudan ayrımcılık**, kural ve uygulamaların net olarak bazı bireyleri sadece belli bir grubun üyeleri olmaları nedeniyle dışlaması ya da tercih etmesi nedeniyle oluşan duruma verilen addır. Örneğin; barınma ihtiyacını gidermek için çoğunlukla beyazların yaşadığı bir bölgede ev kiralamak isteyen bir zencinin; çok sayıda kiralık evin olduğu bir sezonda aracı kurumlar tarafından bölgede boş ev olmadığının söylenerek dışlanması durumu doğrudan ayrımcılık uygulamasıdır<sup>25</sup>. Doğrudan ayrımcılık açısından bir siyahın kamu binalarına girişinin yasaklanması ya da bir restoranda Çingenele/Romanlara servis yapılmaması bu tür ayrımcılığın tipik örneklerindedir<sup>26</sup>. Bu anlamda, doğrudan ayrımcılık; kişilerin cinsiyet, ırk vb. özelliklerini esas alarak ayrımcı muameleye uğraması durumunda ortaya çıkmaktadır.

Çalışma hayatında doğrudan ayrımcılık ise; kişilerin işe kabul, terfi, performans değerlendirme aşamalarında cinsiyet, ırk, etniklik gibi özelliklerine bağlı olarak ayrımcı uygulamalara maruz kalmalarıdır. Örneğin; işverenlerin ırk ayrımcılığından ötürü özel istihdam bürolarından siyahi işçi istemedikleri, sağır ya da kısmen görme engelli işçileri de bu engellerinden ötürü geri çevirdikleri görülmektedir. Bu açıdan bakıldığında doğrudan ayrımcılık, kişiye ya da gruba cinsiyet, ırk ve özürlü olmasına bağlı olarak diğerlerine davranıldığından farklı davranılmasını ifade etmektedir<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> Manuela Tomei, "**Çalışma Hayatında Ayrımcılık ve Eşitlik: Kavramsal Bir Değerlendirme**", Çev: Şerife Geniş, Sendikal Notlar, Petrol İş Yayınları, Sy.24, Kasım 2004, s.59.

<sup>26</sup> Scott Davidson, "**Equality and Non-Discrimination, Defining Civil and Political Rights**": The Jurisprudence of the United Nations Human Rights Committee, Ashgate, 2005, s. 164.

<sup>27</sup> John Stredwick. "**An Introduction to Human Resource Management**", Bath Press, First Edition, Oxford, 2000, s.66.

**Dolaylı ayrımcılık;** aynı şartlara sahip olanlar arasında birinin diğerine oranla daha olumsuz tesir yapan nesnel bir ayrımcılık olup, bunun kesin sınırlarını çizmek her olayda zor olmaktadır<sup>28</sup>. Bu bağlamda, dolaylı ayrımcılık uygulamalarının tespiti güçleşmektedir.

Dolaylı ayrımcılık kavramı, doğrudan ayrımcılığın yasaklanmasının istenilen amacın gerçekleşmesi için yeterli olmadığına ortaya çıkmasının bir sonucudur. Doğrudan ayrımcılık düşüncesinin altında, kişilere karşı yapılan muamelenin aynı olduğu sürece ortada bir eşitlik veya ayrımcılık sorunu olmayacağı düşüncesi yatmaktadır. Ancak, kişiler ve kişi grupları arasındaki mevcut ekonomik, sosyal, fiziksel vs. özelliklerden doğan farklılıkların göz ardı edilerek yapılacak aynı muamele farklı sonuçlar doğurabilmektedir. Bu sebeple, dolaylı ayrımcılık kavramı, farklı muamele kadar, aynı muamelenin de eşit olmayan sonuçlar yaratmaya elverişli olduğu düşüncesi sonucu ortaya çıkmıştır<sup>29</sup>.

Dolaylı ayrımcılığa örnek olarak ise 175 cm' in altında boy uzunluğuna sahip olmayan kişilerin polislik mesleğine alınmaması belirtilebilir. Burada görünüşte bir ayrımcılık yoktur ancak kadınlar ve bazı etnik gruplar değerlendirildiğinde söz konusu kuralın dolaylı bir ayrımcılık yaratacağı ortadadır<sup>30</sup>.

Doğrudan ve dolaylı ayrımcılıktan sonra ayrımcılık çeşitlerinden negatif ayrımcılık-pozitif ayrımcılığa konumuzla ilgili yönleriyle değinilmiştir.

## 2. Negatif Ayrımcılık - Pozitif Ayrımcılık

**Negatif ayrımcılık;** toplumun bireyleri arasındaki nitelik farklılıkları ve ortalamanın altındaki bir nitelik eksikliği veya benzerlerinden farklı olmak, azınlık olmak, doğuştan gelen biyolojik ve genetik farklılıklara sahip olmak hep kişilerin aleyhine kullanılmıştır. Özellikle cinsiyet söz konusu olduğunda, kadın ve erkeğe hukukun olduğu kadar sosyal ve ekonomik nedenlerin de yüklediği bir takım sorumlulukların paylaşılması söz konusudur. İşte bu sorumlulukların getirdiği dezavantajlar, kişiye gerek özel hayatında, gerekse iş hayatında eşit

<sup>28</sup> Mahmut Yavaş. "Avrupa Birliği'nde Cinsiyete Dayalı Ayrımcılığın Engellenmesi", TÜHİS, C. 17, Sa:6, Kasım 2002, s. 61.

<sup>29</sup> İdil Işıl Gül. "Fiziksel Engellilerin Uluslararası Hukukta Korunması ve Uluslararası Standartların İç Hukuka Yansması", Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2006, s. 244

<sup>30</sup> Scott Davidson, age, s. 166

davranılmamasına, benzerlerinin sahip olduğu haklara objektif olmayan sebeplerden dolayı sahip olamamasına neden olmaktadır. İşte iş hayatında işverenin eşit davranma zorunluluğu, işverene biri olumsuz, diğeri olumlu iki yükümlülük getirmektedir. Bu olumsuzluk, haklı neden olmadıkça ayırım yapmama, eşit davranma yükümlülüğüdür<sup>31</sup>. Bu tür ayrımcılık negatif ayrımcılık olarak kabul edilmektedir. Yani, kişinin objektif olmayan bir takım nedenlerden dolayı diğerlerinin sahip olduğu haklardan yararlandırılmaması, dışlanmasıdır.

**Pozitif ayrımcılık** ise, negatif ayrımcılıktan mağdur olanları korumak amacıyla çeşitli politikalar üretilmiş olup yasalar çıkarılmıştır. Meşru olarak görülebilecek olan bu ayrımcılığın hukuki sınırları genişleyerek olumlu (pozitif) ayrımcılık (affirmative action) ortaya çıkmıştır. Yani, haklı nedenlerin varlığı halinde ayırım yapma yükümlülüğü<sup>32</sup> örneğin, sözleşme yapma özgürlüğü ve tarafların eşitliğine ilişkin ilkeler, özel hukuk alanında, taraflar arasında bir dengenin sağlanılmasında yeterli görülebilmektedir. Ancak, bilindiği üzere bu ilkenin içeriği, İş Hukuku açısından taraflar arasında adil bir dengenin kurulabilmesi için yeterli görülmemektedir. Çünkü, işçilerin pazarlık güçlerinin bireysel bağlamda az olması nedeniyle, pazarlık süreci içinde ancak mesleki örgütleri aracılığı ile yer alabilmeleri halinde bu alanda gerçek bir dengenin kurulabileceğine inanılır. Olumlu ayrımcılık düşüncesi de, işte böyle bir anlayışa dayalıdır. Pozitif ayrımcılık; din, dil, renk, ırk, sağlık durumu, sosyal statü, cinsiyet gibi birçok nedenden dolayı yapılabilir. Cinsiyet nedeniyle yapılan pozitif ayrımcılık iş hayatında sıkça karşılaşılan bir ayrımcılık uygulamasıdır. Kadın çalışanların sıkça seyahatlere gönderilmemesi, çok riskli görevlerin kadın çalışanlara verilmemesi, aile düzenini olumsuz etkileyebilecek görevlere kadın yönetici atanmaması gibi pozitif ayrımcılık uygulamalarını şirketlerde görmek mümkündür. Avrupa Birliği ve özellikle Kuzey Avrupa ülkelerinde; siyasal parti ve sendikaların yönetiminde, işyeri (işçi) kurullarında kadınlar için kota konulması, bir üst göreve yükseltilmede ya da mesleki eğitim olanaklarından yararlandırılmada kadınlara öncelik tanınması olumlu ayrımcılık uygulamalarına örnek olarak gösterilebilir<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> Hamdi Mollamahmutoğlu. " **İş Hukuku**", (Ankara, 2004), 422.

<sup>32</sup> Mollamahmutoğlu, s. 422

<sup>33</sup> Ömer Zühtü Altan. "**Cinsiyetler Arasında Eşit Davranma, Avrupa Birliğinin Sosyal Politikaları ve Türkiye Semineri**", 16-19 Mayıs 1997, Çimento Müstahsilleri İşverenleri Sendikası, (Ankara, 1997), s. 164.

### 3. Taciz

Taciz, ayrımcılığın özel bir türü olarak kabul edilmektedir. Ancak, uluslararası sözleşmelerde taciz ile ilgili açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Avrupa Birliği hukuku Irk Ayrımcılığı ve İstihdamda Eşit Muamele Direktifleri ile tacizi, ırk veya etnik köken, din veya inanç, yaş, engellilik ve cinsel yönelim gibi “... *nedenlerden her hangi birisiyle ilgili, bir kişinin değerine zarar vermek ve aşağılayıcı, düşmanca, onur kırıcı, hakaret edici veya saldırgan bir ortam yaratmak amacıyla veya bu sonucu doğuracak şekilde mağdur tarafından istenmeyen bir fiil gerçekleştiğinde...*” taciz oluşacağını belirtmiştir. Bu şekilde taciz olarak değerlendirilen davranışlarında ayrımcılık oluşturduğu kabul edilmektedir. Ayrıca taciz kavramının üye devletlerin ulusal hukuklarına ve uygulamalarına göre tanımlanabileceği de ifade edilmiştir.

Taciz ile ilgili konular örneğin bir kişinin çalıştığı işyerinde söz konusu olabilmekte ve görünüşle, kıyafetle veya kişinin özellikleri ile ilgili alay, utandırıcı ya da hoş karşılanmayan şakalar veya yorumlar, mağduru ayrı tutma amaçlı düşmanca hareketler, istenmeyen fiziksel temas, cinsel amaçlı talepler ve fiziksel saldırı gibi fillerden oluşabilmektedir. İş ilişkisi dışında ise öğretmen veya doktor gibi taciz edilen kişi ile bir iş, hizmet veya profesyonel ilişki içerisinde olan kişi tarafından gerçekleştirilebilmektedir. Yine benzer olarak polis veya diğer yetkililerce ırkçı, cinsellik veya engellilik ile ilgili istismar veya haksız müdahale gibi davranışlarda taciz olarak değerlendirilebilmektedir. Direktiflerde yer alan tanımlama ile istenmeyen davranışın onur kırıcı etki doğuracak şekilde veya bu amaçla yapılması öngörülmüştür. Bu durumda amacın taciz etmek olmadığı hallerde dahi sonuç itibarıyla bu şekilde bir etki doğuruyorsa yine tacizin ortaya çıkacağı belirtilmektedir. Onur kırıcı davranışın nasıl belirleneceği bir takım sorunlara yol açabilecek gibi görünse de bu durum her somut olayda tarafların ve olayın özellikleri bağlamında değerlendirilmektedir<sup>34</sup>.

---

<sup>34</sup> Karan, s. 11-12.

## II. ULUSLARARASI ALANDA AYRIMCILIK İLE İLGİLİ DÜZENLEMELER

Uluslar arası alanda ayrımcılıkla ilgili düzenlemeleri Birleşmiş Milletler Teşkilatının düzenlemeleri ve Avrupa Konseyi nin düzenlemeleri başlıkları altında incelenecektir.

### A. Birleşmiş Milletler Teşkilatı' nın Düzenlemeleri

#### 1. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi

1948 yılında Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilen<sup>35</sup> İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin başlangıç kısmında, erkeklerle kadınların hak eşitliğinden bahsedilmektedir. 1. maddede; "Tüm insanlar özgür; onur ve haklar bakımından eşit doğar.", 2. madde de ise; "Herkes; ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka bir görüş, ulusal ve toplumsal köken, doğuş ya da benzeri başka bir statü gibi herhangi bir ayırım gözetilmeksizin bu bildirmede ileri sürülen tüm hak ve özgürlüklere sahiptir", ifadesi yer alır. Herkes yasa önünde eşittir ve ayırım gözetilmeksizin yasa tarafından eşit korunma hakkı vardır. Herkes, bu bildirmeye aykırı herhangi bir ayrımcılığa ve ayırım kışkırtıcılığına karşı eşit korunma hakkına sahiptir, (m.7). "Herkesin çalışma, işini özgürce seçme, adil ve elverişli koşullarda çalışma ve işsizliğe karşı korunma hakkı vardır. Herkesin herhangi bir ayırım gözetilmeksizin eşit iş için eşit ücrete hakkı vardır," (m.23), hükümleri ayrımcılığa ilişkin hükümlerdir.

Bu metnin bir bağlayıcılığı ve yaptırımı olmadığı kabul edilse de, uluslararası toplumda kazandığı prestij, yüklenen anlam ve birçok anayasaya kaynaklık etmesi, siyasal ve moral bağlayıcılığının ötesinde dolaylı ve göz ardı edilmeyecek hukuksal bağlayıcılık kazandırmıştır<sup>36</sup>.

#### 2. Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesine İlişkin Sözleşme (KKHTAÖS)

18 Aralık 1979 tarihinde kabul edilen sözleşme, Türkiye tarafından 1985 tarihinde onaylanmış ve 14.10.1985 tarih ve 18898 sayılı Resmi Gazetede

<sup>35</sup> Türkiye Metni, 6 Nisan 1949'da kabul etmiş ve 27 Mayıs 1949 tarih ve 7217 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır. Metin için bkz. Adem İLHAN, Kamu Görevlisi olarak Memurun Hakları, Ankara 2003, s. 274.

<sup>36</sup> Münci Kapani. "Kamu Hürriyetleri",Ankara, 1993. s.62



yayınlanmıştır<sup>37</sup>. Bu sözleşmenin amacı, kadınları toplumun her kesimde korumak ve yaşadıkları sosyal çevrede cinsiyetleri nedeniyle uğradıkları mağduriyetleri gidermektir.

Sözleşmenin birinci maddesinde "kadınlara karşı ayrımcılık" kavramı, tanımlanmıştır; "erkeklerle kadınların eşitliği temeli üzerinde ve medeni durumlarına bakılmaksızın siyasal, ekonomik, toplumsal, kültürel, kişisel ya da bir başka alanda kadınların insan hakları ve temel özgürlüklerinin tanınmasını, bu hak ve özgürlükleri kullanmalarını ve bunlardan yararlanmalarını zedelemek ya da kaldırmak amacıyla cinsiyet temeli üzerinde yapılan herhangi bir ayırım, dışlama ya da kısıtlama anlamına gelir."

İkinci maddede ise, taraf devletlerin kadınlara karşı her türlü ayrımcılığı ortadan kaldırmak için dikkat etmeleri gereken hususlardan bahseder. Sözleşmenin 5(a) maddesinde "uygun önlemleri taraf devletler alacaktır" ifadesine yer verilmiş ve şöyle devam edilmiştir; "Her iki cinsten birinin aşağılığı veya üstünlüğü fikrine veya kadın ile erkeğin kalıplaşmış rollerine dayalı önyargıları, geleneksel ve diğer bütün uygulamaların ortadan kaldırılmasını sağlamak amacıyla kadın ve erkeklerin toplumsal ve kültürel kalıplarını değiştirmekten bahsedilmektedir. Kadın-erkek hak ve fırsat eşitliğinin sağlanması için, istihdam ve eğitim alanı dışında, politik ve kamusal alanda yapılması gerekenlere de yer verilmiştir (m. 7).

### **3. Her Çeşit İrk Ayrımının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Milletlerarası Sözleşme**

21 Aralık 1965'te BM Genel Kurulu tarafından kabul edilmiştir. Sözleşmenin girişinde bütün insanların eşit haklara sahip ve hür olarak doğduğuna, kanun karşısında eşit olduğuna ve eşit hukuki korumaya sahip bulunduğuna ve BM'nin sömürgeciliğin her çeşidine karşı olduğuna, ırk ayrımına dayalı üstünlük anlayışının yanlışlığına dikkat çekilmektedir. Bu sözleşmede, sözleşmeye taraf ülkelerin ırk ayrımı temeline dayalı her türlü ayrımcılığı yasaklaması ve ortadan kaldırması ve ülkesinde yaşayan herkese ırk, renk veya milli veya etnik kökeni ne olursa olsun sayılan haklardan faydalandırılması ve kanun önünde eşit işlem yapılması öngörülmektedir. Sözleşmede temel haklar, ekonomik, sosyal ve kültürel haklar,

---

<sup>37</sup> Tam metin için bkz. İlhan, 390

siyasi haklar alanında ırk ayırımına dayalı ayrımcılığın yasaklanması öngörülmektedir. Bu manada halk sağlığı, tıbbi bakım, sosyal güvenlik ve sosyal hizmetler alanında da ırk ayırımına dayalı farklı işlem yapılmaması öngörülmektedir (m. 5)<sup>38</sup>.

#### **4. Din veya İnanca Dayalı Her Türü Hoşgörüsüzlük ve Ayrımcılığın Kaldırılması Bildirisi**

25 Kasım 1981 tarihli bildirinin başlangıcında, tüm insanların niteliğinde bulunan onur ve eşitliğin Birleşmiş Milletler antlaşmasının temel ilkelerinden biri olduğunu ve tüm üye devletlerin Örgütte işbirliği içinde ırk, cinsiyet, dil ve din ayrımı gözetmeksizin herkes için insan hakları ve temel özgürlüklerin evrensel olarak saygı görüp gözetilmesini geliştirip özendirmek üzere birlikte ve ayrı ayrı eylemde bulunmak üzere bu bildiri yayınlanmıştır.

Bildirinin 1. maddesine göre, herkesin düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkı vardır. Bu hak, bir dini ya da dilediği bir inancı benimseme ve din ya da inancını tek başına ya da topluca, açık ya da özel olarak ibadet, gözetme, uygulama ve öğretme biçiminde açıklama özgürlüğünü de içerir (f.1). Hiç kimseye, bir dini ya da dilediği bir inancı benimseme özgürlüğünü zedeleyecek baskıda bulunulamaz (f.2).

İkinci madde de ise, hiç kimsenin, dini ya da başka inançları gerekçesiyle herhangi bir devlet, kurum, grup ya da bir kimse tarafından ayrımcılığa tabi tutulamayacağından bahsediyor. Bu bildirgenin amaçları bakımından "din ya da inanca dayalı hoşgörüsüzlük ve ayrımcılık" sözü, "din ya da inanca dayalı olarak insan hakları ve temel özgürlüklerin eşitlik temeli üzerinde taşınmasını, kullanılmasını ve bunlardan yararlanılmasını önlemek ya da zedelemek amaç ya da sonucuyla herhangi bir ayırım, dışlama, kısıtlama ya da üstün tutmada bulunmak anlamına gelir", ifadesine yer verir. Sözleşmenin 4. maddesi ise, Tüm devletler, kişisel ekonomik, siyasal, toplumsal ve kültürel yaşamın her alanında insan hakları ve temel özgürlüklerin tanınması, kullanılması ve bunlardan yararlanılması bakımından din ya da inanç gerekçesiyle yapılan ayrımcılığı önlemek ve kaldırmak için her türlü etkin önlemi alır (f.1). Tüm devletler, gerekli olduğu her durumda böyle bir ayrımcılığı yasaklamak için yasalar çıkarmak ya da kaldırmak üzere her türlü

---

<sup>38</sup> Kadir Arıcı. "Sosyal Güvenlik Dersleri", Ankara, 1999, s.330

çabada bulunur ve bu konuda din ya da başka inançlara dayalı hoşgörüsüzlükle savaşmak üzere tüm uygun önlemleri alır (f.2), hükümleri yer alır.<sup>39</sup>

## B. Avrupa Konseyi'nin Düzenlemeleri

### 1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)

3 Eylül 1952'de yürürlüğe giren sözleşmeyi Türkiye 18 Mayıs 1954'te onaylamıştır<sup>40</sup>. 11. Protokol ile değiştirilen ve yeniden düzenlenen sözleşme metninin yürürlüğe giriş tarihi 1 Kasım 1998'dir<sup>41</sup>.

İnsan hakların ve temel özgürlüklerin korunmasına ilişkin sözleşme klasik hak ve hakim olan anlayışa göre, ekonomik ve sosyal haklar hukuki olmaktan çok ahlaki ve siyasal ağırlıklı anlayışlara bağlı olup, değişik ülkelerde farklı düzeylerde tanınmaktadır. İşte bu nedenlerle Avrupa Konseyi çerçevesinde akdedilen, temel bir değer taşıyan Avrupa İnsan Hakları sözleşmesi genel olarak münhasıran klasik, kişisel temel hak ve özgürlükleri içermektedir<sup>42</sup>. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi insan haklarının gerçek bir hukuk disiplini haline gelmesini sağlamıştır. Sözleşme gerçekleştirilmesi zorunlu hak ve özgürlüklere yer vermiş, aynı zamanda bu hakları koruyan "yargısal kurumlar" ve "ortak bir güvence sistemi" de getirmiştir<sup>43</sup>.

Ayrımcılık yasağı, AİHS ile tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma bakımından özellikle cins, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, milli veya sosyal menşee, milli bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi durum nedeniyle hiçbir ayırıma tabi tutulmamayı ifade etmektedir. Buradaki sayım sınırlı değil, örnekleyicidir<sup>44</sup>. Sözleşmenin 14. maddesi, metninden de anlaşılacağı üzere, devletlere sadece Sözleşmede öngörülen hak ve özgürlüklere ilişkin olarak ayırım yapmama yükümlülüğünü getirmektedir<sup>45</sup>.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin konumuzla ilgili olan tarafı 14. maddedir. Buna göre; bu sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma;

<sup>39</sup> Murat Turpçu. " **Avrupa Birliği Hukukunda İşyerinde Ayrımcılık**, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara,2004, s.19

<sup>40</sup> RG,19.03.1954, 8662

<sup>41</sup> Tam Metin için bkz. İlhan, 280

<sup>42</sup> Melda Sur: **İş Hukuku'nun Uluslararası Kaynakları** (İzmir, 1995), s.5

<sup>43</sup> Süheyl Batum. "**Avrupa İnsan ,Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemi Etkileri**", İstanbul, 1993, 25 vd.

<sup>44</sup> Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancaktar, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İşığında Türkiye' nin İnsan Hakları Sorunu**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2004, s.524

<sup>45</sup> Safa Reisoğlu, **Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları**, İstanbul, 2001, s. 126.

cinsiyet, ırk, renk, din, siyasal veya diğerkanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi başka bir durum bakımından hiçbir ayrımcılık yapmadan sağlanır.

### **a. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 12 Nolu Protokolde Ayrımcılık Yasağı**

Sözleşmeye ek 12 Numaralı Protokol ile yasalar önünde eşitlik ilkesi<sup>46</sup> düzenlenmiştir.

Bu Protokolün başlangıç bölümünde şöyle denilmektedir: "Metnin altında imzası bulunan Avrupa Konseyi üyesi Devletler, tüm insanların hukuk önünde eşit oldukları ve hukuk tarafından eşit derecede korunma hakkına sahip oldukları temel ilkesinden hareketle; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi aracılığıyla ayrımcılığın genel olarak yasaklanmasını birlikte yerine getirerek, herkesin eşit olmasını sağlamak için yeni tedbirler alma kararlılığından olarak; Ayrımcılık yapılmaması ilkesinin, alınacak tedbirlerin objektif ve makul bir gerekçeye dayanması şartıyla, Taraf Devletleri tam ve etkin bir eşitlik sağlamak üzere tedbir almaktan alıkoymadığını vurgulayarak aşağıdaki hususlarda anlaşmışlardır."

Bu düzenlemeye göre taraf devletler artık kendi ülkelerinde bulunan herkese tüm işlemlerde hiçbir ayırım yapmadan yasa önünde eşitlik hakkı tanıma yükümlülüğü altına girmişlerdir. Sözleşmenin 14. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağı ile ilgili kapsama alanını genişletici nitelikte bir gelişme Sözleşmeye ek 12 nolu Protokol ile yaşanmaktadır<sup>47</sup>. Bu yeni Protokol ile ayrımcılık yasağı sadece Sözleşmedeki haklarla sınırlı olmaktan çıkarılıp "her türlü" alana genişletilmiştir<sup>48</sup>.

Protokolün "Genel Olarak Ayrımcılığın Yasaklanması" başlıklı 1. maddesi;

"1- Yasalarda öngörülen bütün hakların kullanımı cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya başka görüş, ulusal veya sosyal köken, ulusal azınlık, mülkiyet veya diğerkanaatlerine bakılmaksızın korunacaktır.

<sup>46</sup> Eşitlik ilkesinin ayrıntılı bakınız. Sibel İnceoğlu, **Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı**, Çalışma ve Toplum-Birleşik Metal İş Ekonomi ve Hukuk Dergisi, Birleşik Metal İş Sendikası Yayınları, 2006/4, S. 11, s. 47.

<sup>47</sup> 04.11.2000 tarihinde imzalanmış bulunan ek 12 nolu protokolü Türkiye de imzalamıştır.

<sup>48</sup> Karakuş, s. 300.

2- Hiç kimse kamu otoriteleri tarafından 1. fıkrada belirtilen şekilde ayrımcılığa tabi tutulamaz" hükmünü taşımaktadır.

Böylece, artık ulusal yasalarla kabul edilen her haktan yararlanma durumunun hiçbir şekilde ayrımcı bir uygulamaya konu olamayacağı hüküm altına alınmış ve ayrımcılık yasağının kapsamını genişletilmiştir<sup>49</sup>. Bu Protokolün getirilişinin amacı, sözleşmenin 14. maddesinin sınır çerçevesini aşmaktır<sup>50</sup>.

## 2. Avrupa Sosyal Şartı

Avrupa Sosyal Şartı<sup>51</sup>, eşitlik vurgusu bütününe hakim olan ve sosyal hakların genelini bir araya toplanıp ele alındığı ilk bağlayıcı uluslararası belgedir. Temel insan hak ve özgürlükleriyle ekonomik ve sosyal gelişme arasında doğrudan ilişki kurulduğu bu belge, geniş bir sosyal hak ve ilkeler bütününe içermektedir<sup>52</sup>. Avrupa Sosyal Şartı'nın giriş bölümünde, Şart'ın temel felsefesi olarak nitelendirilen iki ana konu vurgulanmıştır. Giriş bölümünün ilk paragrafında, "İnsan haklarının ve temel özgürlüklerinin gözetilmesi ve daha ileri düzeyde gerçekleştirilmesi yoluyla sosyal ve ekonomik gelişmenin sağlanması.." denilerek sosyal ve ekonomik gelişmenin sağlanması yolunun, insan hak ve özgürlüklerinin gerçekleştirilmesinden geçtiği belirtilmiştir. 3. paragrafta ise, "hiçbir ırk, renk, cinsiyet, dil, siyasal görüş, ulusal soy veya sosyal köken ayrımı gözetmeksizin sosyal haklardan yararlanma hakkının sağlanması gerektiği" ifade edilmiş, sosyal haklardan yararlanma şartı doğrudan eşitlik ilkesine dayandırılmıştır.

Avrupa Sosyal Şartı'nın giriş bölümünde, Şart'ın temel felsefesi olarak nitelendirilen iki ana konu vurgulanmıştır. Giriş bölümünün ilk paragrafında, "...insan haklarının ve temel özgürlüklerinin gözetilmesi ve daha ileri düzeyde gerçekleştirilmesi yoluyla sosyal ve ekonomik gelişmenin sağlanması..." denilerek sosyal ve ekonomik gelişmenin sağlanması yolunun, insan hak ve özgürlüklerinin gerçekleştirilmesinden geçtiği belirtilmiştir. 3. paragrafta ise, "hiçbir ırk, renk, cinsiyet, dil, siyasal görüş, ulusal soy veya sosyal köken ayrımı gözetmeksizin sosyal haklardan yararlanma hakkının sağlanması gerektiği" ifade edilmiş, sosyal haklardan yararlanma şartı doğrudan eşitlik ilkesine dayandırılmıştır.

<sup>49</sup> Tezcan / Erdem / Sancakdar, s. 88.

<sup>50</sup> Özdek, s. 289.

<sup>51</sup> 26.02.1965 tarihinde yürürlüğe giren Antlaşma, Türkiye Cumhuriyeti tarafından 16.06.1989 tarihinde onaylanmıştır. [R.G. 14. Kasım 1986-20312]

<sup>52</sup> Refik Korkusuz, **Uluslararası Belgelerde ve Türk Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlükler**, İstanbul 1998, s. 82.

### III. AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA AYRIMCILIK

Avrupa Birliği 27 üye devletten oluşan ulusal üstü bir hükümetler arası örgüttür<sup>53</sup>. 1951 yılında Fransa, Almanya, İtalya, Belçika, Lüksemburg ve Hollanda tarafından kurulan Avrupa Kömür ve Çelik topluluğu ve aynı ülkelerin 1957 yılında Roma Antlaşması ile kurduğu Avrupa Ekonomik Topluluğu ve Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu şeklinde üç yapı olarak ortaya çıkan Avrupa Toplulukları 1993 yılında yürürlüğe giren Maastricht Antlaşması olarak da anılan Avrupa Birliği Antlaşması ile günümüzde Avrupa Birliği adı altında tek çatı haline gelmiştir. Günümüzde Avrupa Birliği'nin yetki alanı bu üçlü yapıyı aşan bir çerçeve haline gelmiş durumdadır. Avrupa Birliği üye devletler tarafından egemenlik yetkilerinin belli alanlarda Birliğe devredilmesi sonucunda yasama yetkisine sahip bulunmaktadır. Birlik yetkilerini kurucu antlaşmalarla çizilen sınırlar içinde kullanmaktadır. Avrupa Birliği hukuku, üye ülkelerin ulusal hukuklarından ayrı ve bağımsız niteliktedir. Avrupa Birliği hukuku üye devletlerin dışında Birliğin kendi organları ile kural koyma yetkisinin olması, Birlik hukukunun sadece devletleri değil üye devlet vatandaşlarını da doğrudan bağlaması ve zorunlu ve yaptırımlarına uyma zorunluluğu getirilen bir yargı mekanizmasının varlığı gibi nedenlerle klasik uluslararası hukuk anlayışından farklıdır ve bu sebeple ulusal üstü hukuk olarak da adlandırılmaktadır<sup>54</sup>.

Avrupa Birliği'nin temel karar alma organı Avrupa Birliği Konseyi'dir. Birlik Üyesi ülkelerin devlet başkanları veya başbakanları tarafından oluşturulan organ Avrupa Birliği'nin başlıca politikalarını belirlemek üzere yılda iki kez toplanmaktadır. Avrupa Komisyonu ise, hukuki düzenlemeleri, politikaları ve eylem programlarını öneren ve Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Birliği Konseyi'nin kararlarını uygulamaktan sorumlu olan organdır. Avrupa Parlamentosu, Avrupa Komisyonu'na bilgi veren ve hukuki düzenlemelere dair teklifleri gözden geçiren ve Birlik üyesi ülkelerin vatandaşları tarafından seçilen temsilcilerden oluşan bir organdır. Avrupa Toplulukları Adalet Divanı ise Birlik hukukunu ve kurucu antlaşmaları yorumlama yetkisine sahip olan organdır. Divan, Avrupa Birliği antlaşmalarının ve mevzuatının yorumlanmasıyla ilgili uyuşmazlıkları karara bağlamakta ve içtihatlar yoluyla Birlik vatandaşları için standartları belirlemektedir. Divan, Avrupa Birliği üyeleri üzerinde

<sup>53</sup> Bu ülkeler, Almanya, Avusturya, Belçika, Birleşik Krallık, Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Estonya, Finlandiya, Fransa, Hollanda, İrlanda, İspanya, İsveç, İtalya, Güney Kıbrıs Rum Kesimi, Letonya, Litvanya, Lüksemburg, Macaristan, Malta, Polonya, Portekiz, Romanya, Slovakya, Slovenya ve Yunanistan'dan oluşmaktadır.

<sup>54</sup> Hüseyin Pazarıcı. "Uluslararası Hukuk, Turhan Kitabevi", Ankara, 2006, s.10-11

yargı yetkisine sahiptir ve Avrupa Birliği hukukundan saptığı tespit edilen iç hukuk organlarının kararları iptal edebilmektedir. Divan, her bir üye ülkeden gelen bağımsız yargıçlardan oluşmaktadır<sup>55</sup>.

Ayrımcılığın önlenmesi Avrupa Birliği hukukunun genel ilkelerinden biridir ve Birlik kurucu antlaşmalarında da ifadesini bulmuştur. Avrupa Toplulukları Antlaşması'nın 13. maddesinde şu hüküm yer alır:

“Konsey, bu Antlaşmanın diğer hükümlerine dokunmaksızın ve topluluk hakkında kendisine devredilen yetki sınırları içinde kalmak koşuluyla, Komisyon'dan gelen bir teklif üzerine ve köken, din ya da inanç, engellilik, yaş ya da cinsel yönelim temelinde ayrımcılığa karşı mücadele etmek üzere uygun tedbirleri almak amacıyla oybirliği ile hareket edebilir”.

Avrupa Birliği'nin hazırlamış olduğu AB Temel Haklar Bildirgesi 2000 yılında ilan edilmiş ve Lizbon Antlaşmasının 2009' da yürürlüğe girmesiyle diğer Avrupa Birliği antlaşmalarıyla aynı yasal değeri kazanmıştır. AB Temel Haklar Bildirgesi'nin 21. maddesinin ilk fıkrasında ayrımcılık ile ilgili bir düzenleme içermektedir:

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

Topluluk Antlaşması'nda yer verilen kural doğrudan bir ayrımcılık yasağı içermemekle birlikte, ayrımcılığa karşı önlem almaya olanak tanıyan bir yetkilendirme hükmüdür. AB organları 13. maddeden hareketle bugüne kadar bir dizi strateji oluşturmuş ve hukuki düzenlemede bulunmuştur. Avrupa Birliği'nin ayrımcılık alanındaki hukuki düzenlemeleri direktifler ile yapılmaktadır. Birlik hukuk sisteminde direktifler ikincil ve bağlayıcı düzenlemelerdir. Devletler direktifleri kendi iç hukuk sistemlerine aktarmakla yükümlüdür. Her devlet kendi hukuk sisteminin özelliklerine göre bu aktarma faaliyetini gerçekleştirir<sup>56</sup>.

---

<sup>55</sup> Avrupa Birliği hakkında Türkçe özet bilgi için bakınız, Avrupa Komisyonu Türkiye Delegasyonu web sitesi, [http://www.avrupa.info.tr/Bir\\_Bakista\\_AB.html](http://www.avrupa.info.tr/Bir_Bakista_AB.html) (erişim: 10.04.2010)

<sup>56</sup>Levent Korkut, “**Ayrımcılık Karşısı Hukuk**”, İnsan Hakları Gündemi Derneği, Ankara, 2009, s. 24.

Avrupa Birliği hukukunda ayrımcılıkla ilgili direktifler aşağıda sıralanmıştır:

- Kendi Namına İstihdam Olan Kadın ve Erkeklere Eşit Muamele Direktifi (1986/613/EC)
- Hamilelik Direktifi (1992/85/EC)
- Ebeveyn İzni Direktifi (1996/34/EC)
- Yarı Zamanlı İş Akdi ile alışanlar Direktifi (1997/81/EC)
- Belirli Zamanlı İş Akdine Bağlı Olarak alışanlar Direktifi (1999/70/EC)
- İstihdam ve Meslek Sahibi Olma Konularında Erkek ile Kadınlara Eşit Fırsatlar Tanınması ve Eşit Muamelede Bulunulması İlkelerinin Uygulanmasına Dair Direktif (2006/54/EC)
- Irk ve Etnik Kökene Bakılmaksızın Kişilere Eşit Muamelede Bulunulması İlkesinin Uygulanmasına İlişkin Direktif (2000/43/EC)
- İstihdam ve İş Konusunda Eşit Muamele İçin Bir Genel ereve Oluşturulmasına İlişkin Direktif (2000/78/EC)
- İşe Alınma, mesleki Eğitim ve İşte Ykselmede ve alışma Koşullarında kadın ve Erkek için Eşit Muamele İlkesinin Yrrle Konulmasına Dair 76/207/EEC sayılı Direktifi Değiştiren 2002/73/EC sayılı Direktif,
- Kadın ve Erkek Arasında Mal ve Hizmetlere Erişimde Eşit Muamele İlkesinin Uygulanmasına Dair 2004/113/EC sayılı Direktif,
- 75/117/EEC, 76/207/EEC, 86/378/EEC ve 97/80/EC sayılı Direktifleri Birleştiren İstihdam ve Meslek Konularında Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele İlkesine Dair 2006/54/EC sayılı Direktif (Değişiklik),

Direktifler, hem kamu hem de özel sektörde gerçek ve tüzel kişilerin ayrımcılık uygulamalarını yasaklar. Özel bir şahsa ait işletme, büyük bir özel sektör firması, bir belediye ya da merkezi devlete bağlı bakanlık birimleri ya da kamu kuruluşları ayrımcılık yapılmaması konusunda aynı sorumluluğa sahiptir. Direktifler gerçek kişileri, yani bireyleri ayrımcılığa karşı korur.

Direktiflerin kapsamında bulunan konularda belli istisnalar da kabul edilmiştir. Irk Ayrımcılığı ve İstihdam ereve Direktifleri'ne göre bir işveren, işin doğası ya da yapılacak işin koşulları nedeniyle, yani "açık bir mesleki gerekliliğin" varlığı durumunda ırk ya da etnik köken, engellilik, din ya da inanç, cinsel yönelim ve yaş bakımından belli kişileri tercih edebilir. Ancak bu seçimin yapılmasında meşru bir amaçla hareket edilmiş olması ve mesleki gereklilik ile yapılan seçim arasında bir



orantılık olması gerekir. Örneğin salt erkek oyuncuların istihdam edilmesi gereken bir tiyatro oyunu için kadınların alınmaması bir ayrımcılık oluşturmaz<sup>57</sup>.

Ayrımcılık direktifleri, derneklere ve meşru bir çıkarı savunan diğer sivil toplum örgütlerine ayrımcılık mağdurlarını destekleyebilme ve onlar adına yasal başvurularda bulunabilme olanağı tanır. Direktifler ayrıca devletlere sivil toplumla kamu kuruluşları arasında diyalog geliştirilmesi, ayrımcılık alanı ile ilgili bilgilerin kamuya sunulması yükümlülüğünü getirmektedir. Devletlerin bir başka yükümlülüğü de ayrımcılığın önlenmesine ilişkin ulusal mevzuatın ihlal edilmesi durumunda uygulanacak yaptırımları belirlemektir. Ayrımcı uygulamalar için getirilecek yaptırımlar, mağdurların kişisel zararlarını giderecek düzeyde ve sorumlular ile diğer kişilerin gelecekte benzer davranışlardan kaçınmalarını sağlayacak şekilde etkili, orantılı ve caydırıcı olmalıdır. Devletler direktiflerin uygulanması ile ilgili faaliyetlerini her beş yılda bir AB'ye rapor etmek zorundadır<sup>58</sup>.

Avrupa Birliği'nin kurucu anlaşmaları topluluk hukukunun tamamında uygulanmaya yönelik genel bir eşitlik ilkesi öngörmemiştir. Ancak eşitlik ilkesine maddi uygulama alanı belirlenmiş bazı metinlerde rastlanılmaktadır. Bu düzenlemelerde eşitliğe ilişkin açıklamalar tamamen ekonomik dünyaya ilişkin olup, temel amaç rekabet özgürlüğüne dayalı bir alan yaratmaktır<sup>59</sup>.

Eşitlik ilkesi, Avrupa Birliği İdare Hukuku'nda yerini almış bir ilkedir. Eşitlik ilkesi, her ne kadar bir genel hukuk prensibi olarak kabul edilmekteyse de Avrupa Birliği İdare Hukuku'nun yazılı kaynakları arasındaki yerini Avrupa Birliği kurucu anlaşmaları hükümleri aracılığıyla baştan bu yana almış bulunmaktadır. Avrupa Birliği anlaşmalarının üye devletlerin uygulamalarında ayrımcılık yapmamalarının emreden düzenlemeleri ile eşitlik ilkesi Avrupa Birliği idari hukukunun bir parçasıdır<sup>60</sup>. Avrupa Toplulukları Mahkemesi kararlarında eşitlik ilkesine artan bir önem verilerek üye ülkeler arasında eşitlik uygulaması, topluluğun ana temellerinden biri haline getirilmiştir<sup>61</sup>. Eşitlik ilkesi ekonomik hürriyetlerin gelişimi ile temel ilkelere saygının aynı seviyede gittiği bir sosyal ve hürriyet alanının oluşturulmasını amaçlayan Avrupa hukukunun gelişimindeki ilerlemeye eşlik

---

<sup>57</sup> Korkut, S. 22-26

<sup>58</sup> Korkut, s.27

<sup>59</sup> Meltem Kutlu Gürsel,, "**Kamu Görevine Girişte Kadın - Erkek Eşitliği Konusunda Bir Değerlendirme**", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 4, sy. 2, s. 37.

<sup>60</sup> Nusret İlker Çolak, **Avrupa Birliği Uyum Sürecinde İdari Reformlar İngiltere ve Türkiye**, Ankara 2005, s. 174 - 175.

<sup>61</sup> Kutlu Gürsel, s.37.

etmektedir<sup>62</sup>. Buraya kadarki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere Avrupa Birliği hukukunda öngörülen eşitlik ilkesi da ayırım gözetmeme ilkesine daha yakın bir anlam içermektedir<sup>63</sup>.

Avrupa Birliği Direktifleri, Türkiye'nin Birlik üyeliğine geçiş aşamasında olması nedeniyle önem taşır. Aşağıda değinileceği gibi 2003 yılında yürürlüğe giren İş Kanunu, direktifleri iç hukuk sistemine kısmen taşımıştır. Bir sonraki konuda Türk Hukukunda ayrımcılık ile ilgili düzenlemelere yer verilmiştir.

---

<sup>62</sup> Hasan Tunç- Ender Ethem Atay, "**Kamu Hukukunda Eşitlik İlkesi**", Türk Hukuk Dünyası, y. 1, sy. 1, Mayıs 2000, s.58.

<sup>63</sup> Kutlu Gürsel, s. 37

## IV. TÜRK HUKUKUNDAKİ AYRIMCILIK DÜZENLEMELERİ

### A. Anayasa' da Ayrımcılık

Türkiye Cumhuriyetinin kurulduğu günden bu yana anayasa tarihine baktığımız zaman, eşitlik ilkesinin ilk kez 1924 Anayasasında hükme bağlandığını görmekteyiz. 1924 Anayasasının 69.maddesine göre; "Türkler kanun karşısında eşittirler ve ayrıksız kanuna uymak ödevindedir. Her türlü kişi, sınıf,aile ve kişi ayrıcalıkları kaldırılmıştır ve yasaktır." Yine madde 87 de kadın erkek tüm Türklerin ilköğretimden geçmeleri hükme bağlanmıştır<sup>64</sup>.

1961 Anayasasında ise madde 12 "Herkes, dil, ırk ,cinsiyet, siyasi, düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ayrımı gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz." hükmü ile eşitlik genel prensibini açıkça benimsemiştir<sup>65</sup>.

*Eşitlik ilkesi, 1982 Anayasası'nın 10. maddesinde düzenlenmiştir. 10. maddede yer alan düzenlemeye göre; “ Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.*

Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.

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

1982 Anayasası'nın 10. maddesinde yer alan bu düzenlemenin ilk fıkrası ile 3. fıkrası benzer içerikle 1961 Anayasası'nın 12. maddesinde yer almıştır. Yalnızca 1982 Anayasası'nda bulunan ve yasa koyucu ve uygulayıcılarının muhatap alındığı son fıkra ile ilgililer, eşitlik ilkesine uymakla yükümlü kılınmışlardır. 2. fıkrada kadın ve erkek eşitliğine ilişkin özel hüküm ise, Avrupa Birliği müktesebatına uyum çerçevesinde 2004 yılında yapılan değişiklik ile Anayasa'ya girmiştir<sup>66</sup>.

<sup>64</sup> Müjdat Çakar, **1982 Anayasası ve Önceki Anayasalar**, (İstanbul: 1994), s. 280.

<sup>65</sup> Çakar, s.215.

<sup>66</sup> Sibel İnceoğlu, **Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı**, Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, C. 4 S. 11, 2006, s. 48.

10. maddenin birinci fıkrası iki konuya dikkat çekmektedir. Birinci fıkrada hem genel olarak herkese uygulanacak olan yasa önünde eşitlik ilkesi yer almakta, hem de dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplere dayanarak ayırım yapılmamasını özel olarak belirtmektedir.

Altı çizilerek belirtilen sebepler eşitlik ilkesinin çekirdek alanıdır. Anayasa bu özelliklere dayalı bir sınıflandırmanın diğer özelliklere dayalı sınıflandırmalara göre çok daha sıkı bir denetim altında tutulacağını vurgulamaktadır. Bu tür sebeplere dayalı bir sınıflandırmanın fiili eşitsizlik durumunda bulunan ve koruma gerektirebilecek grubun (kadınlar ya da dil veya ırk farklılığı olan gruplar gibi) bu eşitsiz konumunu dengelemek amacıyla yapılması mümkündür (olumlu-pozitif ayrımcılık), olumlu ayrımcılık eşitlik ilkesine aykırılık olarak anlaşılmamalıdır, çünkü tersi bir durum fiili eşitsizliği korumak anlamına gelebilir. Ayrıca, 2004 değişikliği ile kadınlara yönelik olumlu ayrımcılığı teşvik eden bir fikir daha eklenmiştir. Devlet kadın erkek eşitliğinin yaşama geçmesini sağlama yükümlülüğünü de üstlenmiştir. Diğer bir deyişle bu konuda pozitif yükümlülüğü vardır.

Üçüncü fıkrada ise hiçbir kimseye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz denilerek, ayrıcalık (imtiyaz) yasağı getirilmektedir. Bu hüküm için de, olumlu ayrımcılık açısından yukarıda belirtilenler tekrarlanabilir. Örneğin fiili eşitsizlik içinde yer alan bazı kesimlere sosyal hakları öncelikli olarak tanımak ayrıcalık yaratmak anlamına gelmez, olumlu ayrımcılık mümkündür<sup>67</sup>.

Bu konuda Alman ve Fransız Anayasalarına baktığımızda, kadın erkek eşitliği ilkesinin doğrudan doğruya somut olarak anayasada açık bir şekilde yer aldığını görmekteyiz. Alman Anayasa'nın 3. Maddesine göre "Erkekler ve kadınlar aynı haklara sahiptirler". Fransız Anayasası'nın başlangıcında ise "Yasa her alanda kadına erkekle eşit haklar sağlar" ifadesi ile ilkeye anayasal bir değer kazandırmış olmaktadır. Bu ilkenin anayasal bir değer taşımasının önemi her alanda kadın ve erkek arasında ayırım yasağının anayasal kural olarak kabul edilmesidir<sup>68</sup>.

<sup>67</sup> Bülent Tanör—Necmi Yüzbaşıoğlu, **Türk Anayasa Hukuku**, Yapı Kredi yay., İstanbul 2001, s. 115.

<sup>68</sup> Zafer Gören, **Türk-Alman İsviçre Hukukuna Göre Farklı Cinslerin Eşit Haklara Sahip Olması**, Dokuz Eylül Üniversitesi, No.83, Ankara 1998, s.9.

Anayasada 10.maddesi dışında, eşitlik temelli ve ayrımcılığı engelleyen, diğer hükümler şunlardır:

Madde 12: "Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilemez, vazgeçilemez temel hak ve hürriyetlere sahiptir."

Madde 17: "Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir."

Madde 41: "Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar."

Madde 42:"Kimse, eğitim ve öğretim hakkından yoksun bırakılamaz."

Madde 49: "Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir. Devlet, çalışanların, hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları korumak, çalışmayı desteklemek ve işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak için gerekli tedbirleri alır. Devlet, işçi-işveren ilişkilerinde çalışma barışının sağlanmasını kolaylaştırıcı ve koruyucu tedbirler alır."

Madde 50: "Kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz. Küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar. Dinlenmek, çalışanların hakkıdır. Ücretli hafta ve bayram tatili ile ücretli yıllık izin hakları ve şartları kanunla düzenlenir."

Madde 55: Ücret emeğin karşılığıdır. Devlet, çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli tedbirleri alır. Asgari ücretin tespitinde ülkenin ekonomik ve sosyal durumu göz önünde bulundurulur.

Madde 60: "Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir."

Madde 70: "Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir. Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilmez."

1982 Anayasasınının 49. maddesinde, kadın-erkek bütün insanlar için vazgeçilmez olan çalışma hakkı güvence altına alınmıştır: Söz konusu maddede

"Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları korumak, çalışmayı desteklemek ve işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak için gerekli tedbirleri alır" denilmektedir.

Anayasamızın 70. maddesi kadın-erkek herkesin eşit şartlar altında işe girmesini, kadın ve erkek arasında bir ayırım yapılmamasını güvence altına almaktadır. Söz konusu maddede "Her Türk kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir. Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilmez" hükmü yer almaktadır.

Kanun önünde eşitlik ilkesinin hukuki mahiyetin tartışmalıdır. Bu ilkenin hukuk devleti kavramı içinde mevcut olduğu düşünüleceği gibi, bir temel hak ya da devlet yönetimine egemen bağımsız bir temel ilke olarak da değerlendirilmesi mümkündür. Eşitlik ilkesinin, bu ilkedен yararlanıanlar açısından bir temel hak, yani eşit işlem görmeyi ya da ayırım gözetilmemesini isteme hakkını doğurduğu kuşkusuzdur. Ancak eşitlik, aynı zamanda, muhatapları yani devlet organları ve idare makamları açısından da anayasal bir buyruk, devlet yönetimine egemen temel bir ilkedir<sup>69</sup>.

Kanun önünde eşitlik ilkesi, hukuksal durumu aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemler değil hukuksal eşitlik öngörölmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağılı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeye, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağılı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağılı tutulursa Anayasada öngörölen eşitlik ilkesi zedelenmez<sup>70</sup>.

Ayrıca 2010 yılında yapılan değişiklikler çerçevesinde anayasada pozitif ayrımcılığı yer verilmiştir. Anayasa'nın onuncu maddesi şöyledir:

"Madde 10. – Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

(Ek: 7.5.2004-5170/1 md.)Kadınlara ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.

<sup>69</sup> Ergun, Özbudun. " **Türk Anayasa Hukuku**",10.b,Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s.147

<sup>70</sup> Anayasa Mahkemesinin 2000/85 E. 2004/61 K. 13.05.2004 tarihli ilanı

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

Yapılan ve 12 Eylül'de oylanacak değişiklikte yukarıdaki maddenin ikinci fıkrasının sonuna "Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz." cümlesi ve aynı maddeye ikinci fıkradan sonra gelmek üzere "Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz." fıkrası eklenmektedir. Böylelikle kadınlara, çocuklara, yaşlılara, özürlülere, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimlerine, malul ve gazilere pozitif ayrımcılık<sup>71</sup> sağlanmış olacaktır.

## B. İş Hukukunda Ayrımcılık

10 Haziran 2003 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu genel olarak işverenler ve işçiler arasında çalışma şartlarına ilişkin tarafların hak ve sorumluluklarını düzenleyen temel kanun niteliğindedir ve iş hukukunun da merkezinde yer almaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu eski yasada yer almayan "eşit davranma İlkesi"ni yürürlüğe koyarak bu alanda önemli bir eksikliği gidermiştir. 1982 Anayasasının 10. maddesinde yer alan cinsiyet ayrımcılığı ilkesi eski iş kanununda da kendine yer bulsa da; eşit davranma ilkesi ile daha geniş kapsamlı bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır.

Ayrımcılık yasağına ilişkin düzenlemelerde ne zaman ve hangi konulara dayalı ayrımcılık yapılamayacağı yasada özellikle bazı ayrımcılık türleri açısından ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir. Genel ayrımcılık yasağına ilişkin madde 5/1'de "iş ilişkisinde" ayırım yasaklanmışken, cinsiyet ve gebelik nedeniyle ayrımcılık "iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde" yasaklanmıştır (madde 5/3). Konunun önemi nedeniyle cinsiyet nedeniyle ücret ayrımcılığı ayrı bir fıkroda düzenlenmiştir<sup>72</sup>.

İş kanunu açısından ayrımcılığı eşit davranma ilkesi ve psikolojik taciz (mobing) ve cinsel taciz başlıkları altında konumuzla ilgili olması nedeniyle incelenmiştir.

<sup>71</sup> Pozitif ayrımcılık ilgili bilgilere yukarıda s. 13 de yer verilmiştir.

<sup>72</sup> Kübra Doğan Yenisey. "İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı" s. 67. <http://www.calismatoplum.org/sayi11/yenisey.pdf> (Erişim tarihi; 05.08.2010)

## 1. Eşit Davranma İlkesi

İş ve sosyal güvenlik hukukunda "eşit işlem", "işlem eşitliği", "eşit davranma ilkesi", "eşit işlem yapma borcu" gibi değişik terimlerle anlatılan ve tanımlanan ilke, kamu hukukundaki genel eşitlik ilkesinin yada anayasalarda "kanun önünde eşitlik" olarak yer alan ilkenin bu alana uyarlanmış, anlamı ve içeriği bu hukuk dalına özgülenmiş biçimindedir. Ancak bu özgüllük, kuşkusuz, anayasal eşitlik yükümlülüğünün iş ilişkilerinde uygulanmayacağı anlamına gelmez<sup>73</sup>.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. Maddesinde işverenin işçilere karşı eşit davranma yükümlülüğü oldukça geniş bir biçimde düzenlenmiştir. Kaynağını İnsan Hakları Sözleşmesi, Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) ve AB tüzük ve yönergeleriyle (75/117, 76/207, 79/7, 86/613, 86/378 sayılı Yönerge gibi) Anayasa'nın 10. Maddesinden alan "Eşit Davranma İlkesi" başlıklı 5. Maddeye göre; "İş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz." Bu düzenleme, işverene eşit davranma yükümlülüğü getirirken "benzeri sebeplere dayalı ayırım"dan söz ederek her türlü ayrımcılığı da yasaklamıştır. Aynı maddede iş ilişkisinde ya da sona ermesinde bu hükme aykırı hareket edilmesi halinde işçinin dört aylık ücreti kadar tazminat, ayrıca yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebileceği öngörülmüştür.

İş Yasası'nda öngörülen "eşit davranma ilkesi" nin iç hukuktaki dayanağı, eşitlik ilkesini "ayrımcılık yasaklı" içeriğiyle açıkça ve "genel olarak" düzenleyen Anayasa'nın 10. maddesidir. İş Yasası'nın 5. maddesindeki düzenleme, kamusal ve özel işverenleri de bağlayan 10. maddedeki anayasal ilkenin, iş hukukunun konusunu oluşturan "bağımlı çalışma"dan doğan ilişkilere İş Yasası'yla düzenlenen bir bölümüne özgülenmiş biçimindedir.

5. madde konusunda, şu noktayı bir kez daha vurgulamakta yarar görüyorum: Başlığı "eşit davranma ilkesi" olan, ancak içeriğinde genel olarak iş ilişkilerinde ayrımcılık yasağının yanı sıra, kimi esnek iş sözleşmesi biçimlerine bağlı olarak çalışan işçilere yönelik farklı işlemler ile cinsiyete dayalı farklı işlemleri ayrıca yasaklayan 5. maddenin, eşit davranma ilkesinin, yani iş ilişkileri alanında eşitlik ilkesinin yalnızca "olumsuz" yönünü kapsayan ayrımcılık yasağına karşı güvence sağladığı düşünülmemelidir. Amacı, Avrupa Birliği hukukunda benimsenen yaklaşı-

---

<sup>73</sup> Gülmez, s. 585.



ma koşut biçimde, eşit davranma ilkesini uygulamada eylemli olarak gerçekleştirmek olan 5. madde, işveren için, ilk beş fıkrasında özel olarak öngördüğü ayrımcılık ve farklı işlem yasaklarının dışında, eşit davranma yükümlülüğü de içermektedir. Başka bir anlatımla, eşitlik ve ayrımcılık yasağı arasındaki yaşamsal bağlantıyı göz ardı etmeyen 5. maddenin, ilkeyi aynı zamanda olumlu ve olumsuz yönleriyle güvenceye aldığına kuşku yoktur ve salt ayrımcılık yasaklarına indirgenmesi düşünülemez. Anayasa'nın 10. maddesindeki düzenlemeye benzer bir dille, 5. maddenin pozitif metninde yer almayan yasa önünde eşitlik ilkesi, eşit işlem (davranma) ilkesi olarak İş Yasası bağlamında da geçerlidir ve özgül ayrımcılık yasaklarının yanı sıra, iş ilişkisinin her aşamasında işvereni bağlar. Kaldı ki, Anayasa'nın 10. maddesinin gvencelediği bu ilke, herkesi bağlayan üstün bir anayasal ilke olarak, aynı zamanda olumlu ve olumsuz yönleriyle, özel ve kamusal kesimlerde, işçi- işveren ve devlet-kamu görevlileri ilişkilerinde de geçerlidir<sup>74</sup>.

Öte yandan, gerek Anayasa'nın 10. maddesinin ve gerekse İş Yasası'nın 5. maddesinin, iş hukukunda çoğu kez göz ardı edilen i hukukumuzla bütünleşmiş ve doğrudan uygulanması gereken ulusal üstü insan hakları sözleşmelerinden doğan dayanaklarının bulunduğu da unutulmamalıdır. Daha açık bir deyişle, iş hukuku yazınında anayasal eşitlik ilkesi ile eşit işlem ilkesi arasında kurulan "genellik-özellik" ilişkisinin, aynı zamanda ulusal iş hukuku ve ulusal üstü insan hakları hukuku bağlamında da kurulması, ulusal hukukun aykırı kuralları ile düzenleme yapmadığı alanlarda, daha ileri hak ve güvenceler öngören uluslararası hukukun doğrudan uygulanması gerektiği anımsanmalı ve anımsatılmalıdır<sup>75</sup>.

## 2. Mobbing ve Cinsel Taciz

Latince "kararsız kalabalık" anlamına gelen "mobile vulgus" sözcüklerinden türeyen "mob" sözcüğü, İngilizce kanun dışı şiddet uygulayan düzensiz kalabalık veya "ete anlamına gelmektedir. "Mob" kökünün İngilizce eylem biçimi olan "mobbing" ise, psikolojik şiddet, kuşatma, taciz, rasahatsız etme veya sıkıntı verme anlamına gelmektedir<sup>76</sup>.

---

<sup>74</sup> Gülmez, s.587.

<sup>75</sup> Gülmez, s. 588.

<sup>76</sup> Oxford Advanced Learner's Dictionary, s.819.

Mobbing kavramı ilk olarak 1960'lı yıllarda, hayvan davranışlarını inceleyen Avusturyalı Etnolog Konrad Lorenz tarafından kullanılmıştır. Lorenz, büyük bir hayvan tehdidine karşı daha küçük hayvan gruplarından gelen karşı tepkiyi (kazların tilkiyi kaçırmaları gibi) ifade etmek amacı ile kullanmıştır<sup>77</sup>. İş yerinde yaş, ırk, cinsiyet gibi herhangi bir biçimde ayrımcılık yapmak genelde bu kavram altında incelenmez. Bu kavram içinde belirtilen türde bir saik olmaksızın, taciz, aşağılama, dışlama, rahatsız etme, haksız suçlamalar yönelterek kişinin onur ve saygılığını zedeleme ve kötü davranma gibi haksız tutumlar ifade edilir<sup>78</sup>.

Kanaatimizce işyerinde belirli bir işçiye ya da bir grup işçiye karşı işveren veya yöneticiler ya da diğer işçiler tarafından yapılan psikolojik taciz de yukarıda belirtilen anlamda eşitlik ilkesine aykırıdır. Çünkü psikolojik tacize uğrayan işçi ya da işçilere karşı, psikolojik taciz ne şekilde yapılırsa yapılsın, ayrımcılık yapılmış olmaktadır. Bu ayrımcılığın işveren ya da yöneticiler yerine başka işçiler tarafından yapılması sonucu etkilememektedir.

Psikolojik taciz başka işçiler tarafından yapılırsa bile, işveren gözetim borcu gereği bunu önlemekle yükümlüdür, aksi takdirde hukuki sonucuna katlanmak zorundadır. İşyerinde psikolojik tacize uğrayan işçi, İş Kanununun 5. Maddesindeki ispat yükümlülüğünü yerine getirme koşuluyla aynı maddede öngörülen 4 aylık ücret tutarı kadar tazminat talep edebilir. İşçi sendikal ayrıma tabi tutulmuşsa ayrıca 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. Maddesine göre en az bir yıllık ücreti tutarında tazminat isteyebilir. İşçinin bu haklardan yararlanabilmesi için iş sözleşmesinin sona ermesi ya da devam etmesi önemli değildir<sup>79</sup>.

Cinsel taciz<sup>80</sup>, tüm ülkelerde olduğu gibi Türkiye'de de son derecede yaygın ve ciddi bir sorundur; mağdurları genellikle kadınlardır. Mağdurların psikolojik ve fiziksel sağlığı, toplumsal ve ekonomik yaşamı, işteki verimliliği ve yükselmesi üzerinde son derece yıkıcı etkileri olan cinsel taciz, hukuksal olarak da mağdurların kişilik haklarının, çalışma hak ve özgürlüklerinin ihlalidir ve kadınlara yönelik olduğu

<sup>77</sup> Davenport, N.: Schwartz R. D., Eliot, G. P., "Mobbing, İşyerinde Duygusal Taciz", (Çev: O.C. Önersoy), Sistem Yayıncılık, İstanbul, Ocak 2003. s. 85.

<sup>78</sup> Ayşe Altıparmak, Deniz Küzeci. "Türk Hukukunda Yeni Bir Kavram: İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)", THD 2009, sy:35, s.48.

<sup>79</sup> Yenisey, s.63

<sup>80</sup> Cinsel taciz ile ilgili tanım ve ayrıntılı bilgilere "cinsel taciz suçu" başlıklı konumuzda ayrıntılı yer verilmiştir.

zaman cinsiyete dayalı, eşcinsellere yönelik olduğu zaman ise cinsel tercihe dayalı ayrımcılık oluşturur<sup>81</sup>.

Türk Ceza Kanununun 105. Maddesinde cinsel tacize ilişkin açık bir düzenleme yer almaktadır. Anılan maddenin birinci fıkrasına göre, “bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında, mağdurun şikayeti üzerine, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına veya adli para cezasına hükmolunur.” aynı maddenin ikinci fıkrasında ise, “bu fiiller;... aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan yararlanılarak işlendiği takdirde, yukarıdaki fıkraya göre verilecek ceza yarı oranında arttırılır. Bu fiil nedeniyle mağdur, işi bırakmak... zorunda kalmış ise, verilecek ceza bir yıldan az olamaz” denilmektedir. Bu düzenlemeye göre cinsel taciz, cinsel amaçlı olarak yapılan taciz eylemidir. Cinsel taciz amaç açısından psikolojik tacizden tamamen ayrı bir olgudur. Psikolojik tacizde amaç genellikle mağdurun işyerinden kovulmasını ya da ayrılmasını sağlamaktır. Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi'nin “istihdam ve iş yaşamında kadınlar ve erkekler arasında fırsat eşitliği ve eşit davranma ilkesi” başlığını taşıyan 5 Temmuz 2006 tarihli yönerge'sinin (2006/54/ce) 2/1-d bendine göre ise, “cinsel taciz, kişinin onurunu zedelemeyi; bilhassa, yıldırıcı, düşmanca, aşağılayıcı, küçültücü ya da rencide edici bir ortam yaratmayı amaçlayan veya bu sonucu doğuran; bedensel, sözlü veya sözlü olmayan, cinsel arzu içeren tüm davranışları ifade eder.” Yine bu yönergenin 2/1-c bendine göre ise, “taciz, kişinin onurunu zedelemeyi; yıldırıcı, düşmanca, aşağılayıcı, küçültücü ya da rencide edici bir ortam yaratmayı amaçlayan veya bu sonucu doğuran cinsiyete dayalı arzulanmayan tüm davranışları ifade eder.” Kısacası, psikolojik tacizin “cinsiyete dayalı arzulanmayan tüm davranışlar” olduğu açıkça belirtilmiştir. Yönerge üye devletlerin 15 Ağustos 2008 tarihine kadar iç hukuklarını bu yönerge hükümlerine uyumlu hale getirmelerini öngörmüştür<sup>82</sup>.

Öte yandan iş kanununun işçi açısından haklı fesih hakkını düzenleyen 24/II-b bendinde; işverenin işçiye cinsel tacizde bulunması, (d) bendinde ise işçinin diğer bir işçi ya da üçüncü kişiler tarafından işyerinde cinsel tacize uğraması ve bu durumu işveren bildirmesine karşın gerekli önlemlerin alınmaması durumunda işçinin haklı fesih hakkının doğacağı öngörülmüştür. Bu düzenlemede açıkça cinsel tacizden söz edilmiş ve işçi açısından haklı fesih nedeni olduğu belirtilmiştir. Ayrıca, cinsel tacizin üçüncü kişiler tarafından yapılması durumunda işveren gerekli

<sup>81</sup> Kadriye Bakırcı, “İşyerinde Cinsel Taciz ve Türk İş Hukukuna İlişkin Çözümler”, Kamu-İş, 2000, Cilt: 5, Sayı: 3, s. 437-438.

<sup>82</sup> Sebahattin Şen, “Psikolojik Taciz ve İş Kanunu Boyutu”, s. 60-61.  
<http://www.ceis.org.tr/dergiDocs/makale311.pdf> (erişim tarihi:05.08.2010)

önlemleri almazsa işçi açısından yine haklı fesih hakkı doğacağı da vurgulanmıştır. Psikolojik tacizde ise eylemin işveren, yöneticiler ya da işyerinde çalışan diğer işçiler tarafından gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Literatürde kural olarak üçüncü kişilerin yapmış oldukları eylem psikolojik taciz olarak değerlendirilmemektedir. Bu tür eylemlerin Ceza Kanunu kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

İş Kanununun işveren açısından haklı fesih hakkını düzenleyen 25/II-c bendinde de, işçinin işverenin bir başka işçisine cinsel tacizde bulunması işveren açısından haklı fesih nedeni olarak kabul edilmiştir. İşverenin bir başka işçisine psikolojik taciz uygulayan işçi ya da işçiler ise, İş Kanununun iş güvencesine ilişkin hükümleri (m. 18 vd) kapsamında değerlendirilebilir ve “işçinin davranışlarından doğan sebeplerle” iş sözleşmeleri geçerli nedenle sona erdirilebilir.<sup>74</sup> Bir başka ifadeyle, işveren, işyerinde bir başka işçiye psikolojik tacizde bulunan işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle değil, bildirim önelerine uyarak sona erdirebilir<sup>83</sup>.

Sonuç olarak; ayrımcılığın gündeme geldiği en önemli alanlardan biri olan iş yaşamında da ayrımcılığı engelleyen düzenlemeler yapılmıştır. 4857 sayılı İş Kanunu eski düzenlemenin aksine 5. maddesinde ayrımcılık yasağına yer vermiştir. Bu düzenleme olumlu olmakla beraber söz konusu maddenin uygulaması karşılıklı bir iş ilişkisinin doğumundan itibaren geçerli olmaktadır. Ayrıca, ülkemizde dini, etnik,dilsel, azınlıkların, işe girişte maruz kaldıkları/kalabilecekleri ayrımcılık bu maddenin kapsamı dışında tutulmuştur. Bu sebeple madde ancak istihdam dahilindeki kişilere karşı ortaya çıkabilecek ayrımcılık durumunda geçerli olabilecektir. İleride görüleceği üzere TCK'nın 122. maddesi ise bir iş ilişkisinin doğumdan önceki dönemde yapılabilecek bazı hareketleri cezalandırmıştır. Her iki madde de yer alan “*ve benzeri sebeplere dayalı*” ifadesi ise kanunilik ilkesi açısından sorun yaratabilecektir. Bu konuya ayrıntılı olarak ileriki sayfalarda “*ve benzer sebepler*” başlığı altında değinilmiştir.Gerçek boyutu bilinmeyen iş yerinde mobbing (psikolojik taciz) çalışma yaşamında ciddi sorunlar oluşturmakta çözüm bulunabilmesi için daha fazla dikkat ve çaba gerekmektedir.Mobbing ve cinsel taciz durumlarında mağdur mobbing olgusunu çok iyi tanıyan uzmanlara başvurup, onlardan yardım almalı, hedef olunan psikolojik tacizin, başkaları tarafından da fark edilmesi sağlanmalı ve yaşananların, gerektiğinde çeşitli kişilere, birimlere, merkezlere anlatılabileceği olanağı daima akılda tutulmalıdır.

---

83 S. Şen, s.62.

### C. Medeni Kanunda Ayrımcılık

22 Kasım 2001'de kabul edilen Medeni Yasa'nın "Dernekler" başlıklı ikinci bölümünde yer alan "eşitlik ilkesi" başlıklı 68. madde, dernek üyelerinin haklar yönünden eşit olduğunu ve sınırlı biçimde sayılan nedenlere dayalı olarak üyeler arasında "fark" gözetilemeyeceğini öngörmüştür:

"Dernek üyeleri eşit haklara sahiptirler. Dernek, üyeleri arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, din ve mezhep, aile, zümre ve sınıf farkı gözetemez; eşitliği bozan veya bazı üyelere bu sebeplerle ayrıcalık tanıyan uygulamalar yapamaz. Her üyenin, derneğin faaliyetlerine ve yönetimine katılma hakkı vardır. Dernekten çıkan veya çıkarılan üye, dernek malvarlığında hak iddia edemez."

Bu kurallar, dernek üyelerini dernek yönetiminin ayrımcı ve eşitlik ilkesine aykırı uygulamalarına karşı korumayı amaçlamaktadır. Üyeler arasında ayrımcılık gözetme yasağının nedenleri sınırlı biçimde sayılmıştır. Örneğin üyeler; yurttaşlık, yaş, cinsel yönelim, siyasal ya da ideolojik görüş, ulusal ya da sosyal köken gibi nedenlere yer verilmemiştir ve dolayısıyla olası ayrımcı / fark gözetici uygulamalara karşı korumadan yoksun bırakılmıştır. Ancak, Anayasa'nın "herkes"i yasa önünde eşit sayan ve ayrımcılık nedenleri konusunda bir sınırlama içermeyen 10. maddesi kuralı, dernek üyeleri için de uygulanır. Yine dernek de, anayasal eşitlik yükümlülüğüyle bağlıdır. Nedenlerin "örnek olarak" sayılmamış olması, Anayasa'nın yanı sıra, kanımca uluslararası sözleşmelerle de uyumsuzluk içindedir.<sup>84</sup>

Medeni Yasa'nın "evliliğin genel hükümlerini düzenleyen üçüncü bölümünde, eşler arasında eşitliği sağlamaya yönelik kurallar bulunmaktadır. Eşlerin, "birlikte", "beraberce" ya da "elbirliği" ile üstlendiği yükümlülüklerden kimileri şunlardır:

"Eşler, bu birliğin mutluluğunu elbirliğiyle sağlamak ve çocukların bakımına, eğitim ve gözetimine beraberce özen göstermekle yükümlüdürler" (m. 185/2);

"Eşler oturacakları konutu birlikte seçerler"; Birliği eşler beraberce yönetirler (m. 86/1 ve 2).

Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruyla kocasının soyadı

---

<sup>84</sup> Mesut, Gülmez; **İnsan Hakları ve Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılığın Kaldırılması ve Türkiye**, Belediye İş Sendikası, Ankara, 2009, s. 666

önünde önceki soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir" (m. 187);

Eşlerden her biri, ortak yaşamın devamı süresince ailenin sürekli ihtiyaçları için evlilik birliğini temsil eder (m. 188/1);

Eşlerden her biri, meslek veya iş seçiminde diğerinin iznini almak zorunda değildir. Ancak, meslek ve iş seçiminde ve bunların yürütülmesinde evlilik birliğinin huzur ve yararı göz önünde tutulur (m.192/1);

Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, eşlerden her biri diğeri ve üçüncü kişilerle her türlü hukukî işlemi yapabilir (m. 193);

Eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz.

Rızayı sağlayamayan veya haklı bir sebep olmadan kendisine rıza verilme-  
yen eş, hâkimin müdahalesini isteyebilir;

Aile konutu eşlerden biri tarafından kira ile sağlanmışsa, sözleşmenin tarafı olmayan eş, kiralayana yapacağı bildirimle sözleşmenin tarafı hâline gelir ve bildirimde bulunan eş diğeri ile müteselsilin sorumlu olur (m. 194/1,2, 3, 4);

Eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanması asıldır (m.202).

#### **D. Türk Ceza Kanunundaki Ayrımcılık İle İlgili Düzenlemeler**

26 Eylül 2004 tarihinde kabul edilen 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK), bir yandan içerdiği kuralların uygulanmasıyla sınırlı olan, bir yandan da Anayasa ve İş Yasası ile 2821 ve 4688 sayılı sendikal yasaların güvenceye aldığı eşitlik ilkesi ile "ayrımcılık yasağı konularındaki kurallara aykırı hareketleri yaptırımlara bağlayan düzenlemeler yapmıştır. Özellikle, "cinsel özgürlüğü" korumak amacıyla "cinsel taciz" ve "ayrımcılık" suçları, ilk kez ceza hukuku alanında yasal düzenleme konusu olmuştur.

Konumuz ayrımcılık suçu olduğundan Türk Ceza Kanununda ayrımcılık ile ilgili düzenlemelere yer verilmiştir. Türk Ceza Kanununda yer alan ayrımcılık ile ilgili

düzenlemeleri adalet ve kanun önünde eşitlik ilkesi, cinsel taciz suçu ve sendikal hakların engellenmesi başlıkları altında incelenmiştir.

## 1. Adalet ve Kanun Önünde Eşitlik İlkesi

Ceza Yasası, "*Adalet ve Kanun Önünde Eşitlik İlkesi*" başlıklı 3. maddesinin aşağıdaki 2. fıkrasında<sup>85</sup> yasanın uygulanması açısından, nedenlerini sınırlı biçimde saydığı ayrımcılık yapma ve ayrıcalık tanıma yasakları getirmiştir:

1) Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur.

(2) *Ceza Kanununun uygulamasında* kişiler arasında ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, siyasal veya diğer fikir yahut düşünceleri, felsefi inanç, millî veya sosyal köken, doğum, ekonomik ve *diğer toplumsal konuları* yönünden ayırım yapılamaz ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınmaz."

3. maddesinin 1. fıkrasında ceza ve güvenlik önlemlerinin fiilin ağırlığıyla "orantılı" olmasını öngören Ceza Yasası'nın ayrımcılık ve ayrıcalık yasağı konusundaki 2. fıkrasıyla ilgili ilk nokta, maddenin başlığında yer alan "kanun önünde eşitlik ilkesi" nin, İş Yasası'nın 5. maddesinde de olduğu gibi, fıkra metninde ayrıca belirtilmemiş olmasıdır. Böylece, Ceza Yasası önünde eşitlik ilkesinin olumsuz içeriği düzenlenmiştir. Bundan, yasa önünde eşitlik ilkesinin düzenlenmediği sonucu çıkarılamaz. Ceza Yasası, yasa önünde eşit olan kişilere, aralarında ayırım ve ayrıcalık gözetmeksizin uygulanacaktır.

İkinci nokta, ayrımcılık ve ayrıcalık yapma yasağının, yalnızca Ceza Yasası'nın uygulamasıyla sınırlı tutulmuş olmasıdır. Başka bir anlatımla, kişiler arasında sayılan nedenlere dayalı ayrımcılık ve ayrıcalık yasağı, yalnızca Ceza Yasası'nın uygulanmasında gözetilecek, yasa herkese ayırım gözetmeksizin uygulanacaktır.

Üçüncü nokta da, ayrımcılık nedenlerinin, örnek olarak mı, yoksa sınırlı biçimde mi sayıldığı konusuyla ilgilidir. Gerçekten, 2. fıkrada kullanılan "ve *diğer toplumsal konular*" sözcükleri, gerek ayrımcılık yasağına ilişkin uluslararası

---

<sup>85</sup> "Gerçekte bu (yani adalet ve kanun önünde eşitlik ilkesi) gibi hükümlerin Anayasa'larda yer alması, Ceza Kanunlarında da bulunmaması gerek(tiği)" görüşünü ileri sürerek ilkenin içeriğine ilişkin bir açıklama yapmayan *Yarsuvat*, bu konuda, henüz "uygulamada herhangi bir karar" bulunmadığını belirtmektedir. Duygun Yarsuvat, "Türk Ceza Kanununun Temel ilkeleri", **Türk Ceza Kanununun 2 Yılı, Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar**, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayını, İstanbul, Nisan 2008, s. 19).

belge ve sözleşmelerdeki düzenlemelerde ve gerekse örneğin İş Yasası'nın 5. maddesinin 1. fıkrasında ve özellikle de aşağıda değinilen 122. maddede kullanılan "ve benzeri sebepler" sözcüklerinden farklıdır. Bu iki farklı anlatımın "eşanlımlı" olmadığı düşünülmesi ve dolayısıyla fıkrada sayılmayan "engel", "cinsel yönelim"<sup>86</sup> ve "yaş" gibi nedenlere dayalı ayrımcılık yapılmasına olanak tanınması durumunda, ayrımcılık yasaklı yasa önünde eşitlik ilkesinin uygulama alanı daraltılmış, yasa belirtilenler dışında başka bir nedene dayalı ayırım gözetici işlemlere başvurulabilmesine olanak tanınmış olacaktır. Bunun, maddenin güvenceye almak istediği "adalet ve yasa önünde eşitlik ilkesi" ile bağdaştığı söylenemez. Kaldı ki, anayasal yasa önünde eşitlik ilkesi, tüm hukuk düzeni için geçerli olduğundan, Ceza Yasası'nın uygulanmasında da uygulanır.

Dördüncü nokta ise, yasaklanan ayrımcılık nedenlerinin, aykırı davranışları yaptırıma bağlayan 122. maddede yer alanlardan daha geniş olmasıdır. Örneğin, "millî veya sosyal köken, doğum, ekonomik ve diğer toplumsal konum" gibi uluslararası sözleşmelerde yer alan nedenlere de yer verilmiştir. Ancak, belirtildiği gibi, 122. madde yasaklanan ayrımcılık nedenlerini "tüketici" olmaksızın saydığından, bu nedenleri de kapsamaktadır<sup>87</sup>.

## 2. Cinsel Taciz Suçu

Ceza Yasası, "**cinsel dokunulmazlığa karşı suçlardan** birini oluşturan "**cinsel taciz**"<sup>88</sup>i, eleştiriye açık biçimde, tanımını vermeksizin<sup>88</sup>ve genel bir anlatımla "cinsel amaçlı" demekle yetinerek, 105. maddesinde seçenekli bir cezai yaptırıma bağlamıştır. Önceki Ceza Yasası'nın özel bir kuralla düzenlemediği cinsel taciz<sup>89</sup>,

---

<sup>86</sup> Örneğin, "3'üncü maddede yer alan Adalet ve Kanun Önünde Eşitlik ilkesini düzenleyen hüküm, bazı kavramlara yer vermediği için, söz gelimi cinsel eğilim konusunda suç tanımları ortaya çıkabilecektir" diyen Yarsuvat'ın, 2. fıkrada yasaklanan ayrımcılık ve ayrıcalık nedenlerinin sınırlı olduğunu düşündüğü anlaşılmaktadır. **Yarsuvat,... Karşılaşılan Sorunlar. s. 19.**

<sup>87</sup> Gülmez, s.677-678

<sup>88</sup> Cinsel taciz suçunun yasa tanımlanmamasını "uygun" bulan *Artuka* göre, "bu hususun Yargıtay içtihatları tarafından tamamlanması gereklidir" (Mehmet Emin Artuk, "Cinsel Taciz Suçu(TCK.M.105)", **Çalışma ve Toplum**, 2006/4, Sayı 11, s. 35).

<sup>89</sup> Cinsel taciz suçunun, 765 sayılı önceki TCK'nın 421. maddesinde yer alan "söz atma ve sarkıntılıkta bulunma" suçuna "karşılık olarak düzenlenmiş" olduğu belirtilmektedir (Artuk,...Cinsel Taciz,s. 30. *Yokuş Sevük*, cinsel tacizin, öğretide " birey ve bireylerin edep ve iffetlerine yönelik rahatsız edici nitelikte hareketler" biçiminde tanımlandığı aktarıldıktan sonra, şu tanımlı vermektedir:

"Cinsel taciz, bir kimsenin cinsel arzularını tatmin için bir başkasını, cinsel dokunulmazlığına yönelik ancak vücut dokunulmazlığını ihlali niteliği taşımayan bir başka deyişle cinsel saldırı boyutuna ulaşmayan davranışlarla rahatsız edilmesidir." (Handan Yokuş Sevük, "5237 Sayılı Türk Ceza



kişinin bedenine dokunmaksızın, "cinsel amaçlı" değişik davranışlarla işlenebilen bir suçtur ve bu yönüyle "cinsel saldırı" suçundan<sup>90</sup> ayrılır.

Cinsel tacizin, "karşı" yada "aynı" cinsiyetler arasında ve / yada tarafından yapılması yönünden bir fark gözetmeyen ve 2. fıkrası 5377 sayılı ve 29 Haziran 2005 tarihli yasayla değiştirilen 105. maddeye göre:

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

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

105. maddenin gerekçesinde de açıklandığına göre, Ceza Yasası anlamında cinsel taciz, "*kişinin vücut dokunulmazlığının ihlali niteliği taşımayan cinsel davranışlarla gerçekleştirilebil(en)*" bir eylemdir. Buna karşılık, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlardan biri olarak 102. maddede cezai yaptırıma bağlanan "cinsel saldırı" suçu, "cinsel davranışlarla bir kimsenin *vücut dokunulmazlığını(n) ihlâl ed(ilmesi)*"dir ve bu eylemde bulunan kişi, "mağdurun şikâyeti üzerine, iki yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır"<sup>91</sup>.

Gerekçe ayrıca, cinsel taciz suçunun "tipik eylem unsuru" nu, "mağdurun cinsel yönden *ahlak temizliğine* yönelik olarak rahatsız edilmesi" biçiminde belirtmiştir. "Ceza Hukukunun ahlak normlarının bekçiliğini yapma ödevi bulunmadığını" vurgulayarak gerekçenin bu anlatımına haklı bir eleştiri yönelten *Ünver'* e göre, bu gerekçelendirme "korunan hukuksal değerlerin bireyin cinsel özgürlüğü oluşu olgusu ile çelişmektedir." Gerekçedeki bu anlatımın "dikkate alınmaması" nı isteyen yazar,

---

Kanunu'nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 57, Mart-Nisan 2005, s. 271 ve 280).

<sup>90</sup> Koruduğu hukuksal değerlerin "kişinin bireysel cinsel tercih hak ve özgürlüğü" olduğu kabul edilen ve cinsel dokunulmazlığın da, "kişilerin vücudu üzerinde gerçekleştirilecek cinsel davranışlarla ihlal edilebileceği" belirtilmiştir. H. Yokuş Sevük, s. 246.

<sup>91</sup> *Hakeri'* ye göre, "bir kimseye dokunmak veya cinsel ilişki kurmak şeklindeki hareketler cinsel saldırı suçunu oluştururken, bir kimseye dokunmaksızın cinsel amaçlı olarak taciz edilmesi cinsel taciz suçunu oluşturmaktadır" (Hakan Hakeri, **Sorularla Ceza Hukuku**, TBB Yayını, Eylül 2005, Ankara, s. 192).

cinsel taciz suçunda "tipik eylemin bireyin vücudu ile temas etmeyen ve cinsel özgürlüğüne haksız müdahale niteliindeki hareketler olarak anlaşılmalıdır"<sup>92</sup>."

105. madde, "cinsel amaçlı" tacizi 1. fıkrasındaki "basit hali" ile şikayete bağlı olan ve 2. fıkrasındaki "nitelikli hali" ile de şikayete bağlı olmayan bir suç olarak (seçenekli) bir yaptırıma bağlamış, eylemin bazı durumlarda işlenmesini de cezanın yarı oranında artırılmasını gerektiren "ağırlaştırıcı neden" olarak düzenlemiştir. Bunlar; ast-üst ilişkileri, hizmet ilişkileri (örneğin işçi-işveren yada müdür-sekreter ilişkileri), eğitim ve öğretim (öğretmen-öğrenci) ilişkileri yada aile içi ilişkiler gibi nüfuzun kötüye kullanılmasına elverişli ortamlardan yada eylemi işleyen ile mağdurun aynı işyerinde (örneğin 4857 ve 4688 sayılı yasalar anlamında işyerinde) çalışmasından kaynaklanan kolaylıklardan yararlanmadır. Mağdurun, cinsel taciz nedeniyle işini bırakmak, okuldan yada ailesinden ayrılmak zorunda kalması durumunda, cezanın alt sınırının bir yıl olması öngörülmüştür.

Ceza Yasası, cinsel taciz eyleminin işlenebileceği "yerler" ve eylemi gerçekleştirecek "kişiler" açısından herhangi bir sınırlama getirmemiştir. Cinsel amaçlı taciz, işçilerin, kamu görevlilerinin ve / yada başka nitelikteki kişilerin çalıştıkları işyerinde, işletmede, kamu kurum ve kuruluşlarında, değişik nitelikteki başka örgütlerin (sendika, dernek, vakıf, meslek kuruluşu gibi örgütlerin) merkez yada şubelerinde işlenmiş olabilir. Kanımca, maddenin sağladığı korumanın, suçun nitelikli biçimine ilişkin 2. fıkrasından hareketle, bir hiyerarşik yapı yada düzenin yahut geniş anlamda bir "hizmet ilişkisi" nin bulunduğu tüm yerlerdeki cinsel amaçlı taciz eylemlerini kapsadığı söylenebilir. Ancak, korumanın bununla sınırlı olmadığını eklemekte yarar vardır. Örneğin, İş Yasası'nın 4. maddesi gereği uygulama alanı dışında tutulan işler ve iş ilişkileri de, 105. maddenin koruması kapsamındadır.

---

<sup>92</sup> Korunan temel hukuksal değer yönünden cinsel saldırı ve cinsel taciz suçları arasındaki temel farkı belirten Ünver'e göre cinsel taciz suçu, "*vücut dokunulmazlığını ihlal etmeden* gerçekleştirilen cinsel davranışları cezalandırır." "Bu suç, kişinin vücut dokunulmazlığını korumamakta, *vücut dokunulmazlığını (...) ihlal eden hareketleri önlemeye* veya vücut bütünlüğü hukuksal değerinin ihlalini önlemeye yönelik olmayıp, *bireylerin özgür cinsel tercihleri hukuksal değerini korumayı* amaçlamaktadır. Cinsel özgürlük sadece vücut üzerinde gerçekleştirilen davranışlarla ihlal edilmez, vücutla temas olmadan da ihlal edilebilir" . Yener Ünver, "Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar", **Türk Ceza Kanununun 2 Yılı, Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar**, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayını, İstanbul, Nisan 2008, s. 331. Ünver'e göre; Yazara göre yasa koyucu; bir yandan, madde 102'deki basit ve nitelikli "cinsel saldırı" suçunun korumayı amaçladığı hukuksal değer, madde gerekçesinde, "bu suçun kişilerin cinsel dokunulmazlığının *kişilerin vücudu üzerinde cinsel davranışlarda bulunması* suretiyle ihlal edilerek işlendiğine işaret etmiş" olduğunu; öte yandan ise, cinsel tacize ilişkin 105. madde gerekçesinde, "korunan hukuksal değere ayrıca değinmeyerek aynı hukuksal değer ihlal edildiğine işaret ederek korunmak istenen hukuksal değer aynı ve fakat bu değer ihlal biçimlerinden taciz suçu ile korunan şeklinin *vücut dokunulmazlığını ihlal niteliği taşımayan* cinsel davranışlarla tacizin gerçekleştirileceğine değinerek, *vücutla temas etmemekle birlikte mağdura yönelik her tür cinsel davranışın* bu suça vücut vereceğini belirtmiştir" (s. 330).

Öte yandan, cinsel taciz suçunun eylemci ve mağdurlarının, aynı zamanda karşı yada aynı cinsiyetten kişiler olması olanaklıdır. Başka bir anlatımla, "fail veya mağdurdan her ikisi de bayan veya erkek veya her biri farklı cinsten kişi olabilir"<sup>93</sup>.

### 3. Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi

5237 Sayılı TCK 118. maddede sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi suçu şöyle düzenlenmiştir: "(1) Bir kimseye karşı bir sendikaya üye olmaya veya olmamaya, sendikanın faaliyetlerine katılmaya veya katılmamaya, sendikadan veya sendika yönetimindeki görevinden ayrılmaya zorlamak amacıyla, cebir veya tehdit kullanan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır./ (2) Cebir veya tehdit kullanılarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla bir sendikanın faaliyetlerinin engellenmesi halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur."

Yukarıda belirttiğimiz düzenlemenin ilk fıkrasıyla bireysel (olumlu ve olumsuz) sendika özgürlüğünün ve ikinci fıkrasıyla da toplu sendika özgürlüğünün güvence altına alınmaya çalışıldığı görülmektedir<sup>94</sup>. Sendika özgürlüğü, işçi ve işverenler arasında ayırım gözetilmeksizin ve bir izne bağlı olmaksızın işçi ve işverenlerin kendi isteklerine göre örgütlenebilme veya mevcut örgütlere katılabilme özgürlüğü şeklinde tanımlanabilir<sup>95</sup>. Kişisel açıdan, sendika hürriyeti bireylere sendika kurma ve sendikaya girebilme ve sendikadan kendi arzusu ile çıkabilme hakkını tanımaktadır; bu bireysel sendika özgürlüğüdür. Sendikalar kendilerine yaşam veren gerçek kişilerin dışında ve onlardan ayrı olarak bir kişilik kazanmakta ve faaliyet göstermektedir, işte sendikaların kendi varlık amaçlarını gerçekleştirebilmeleri ve çalışma şartlarını değiştirebilmeleri ise kolektif sendika özgürlüğüdür<sup>96</sup>.

---

<sup>93</sup> Ünver, , "suç(un) ancak özel kastla işlenebilir(eceğini)", "suçun manevi unsurunun gerçekleşmesi için, failin bir kimseyi taciz eylemini 'cinsel amaçlı olarak' taciz etmesinin) gerekli" olduğunu, "suç(un) genel kastla veya taksirle işlenemez(yeceğini)" belirtmekte, Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin bu suça ilişkin 2006 tarihli kararlarında "taciz suçuna vücut verdiği kabul edilen eylemler(in), mağdura cinsel organını gösterme, cinsel içerikli telefon mesajları gönderme, mağdureye 'çok güzelsin, seni öpmek istiyorum' demesi gibi eylemler" olduğunu belirtmektedir (Ünver, s.331- 332).

Cinsel taciz suçunun "fail" ve mağdurunun, erkek veya kadın olabileceğini belirten *Artuk'a* göre de, bu suç, "erkek veya kadın tarafından işlenebilir." (...) Mağdur faille farklı cinsten olabileceği gibi, aynı cinsten de olabilir" Artuk, Cinsel Taciz... s. 35.

<sup>94</sup> Tankut Centel, , "Yeni Türk Ceza Kanununda Çalışma Yaşamına İlişkin Düzenlemeler", Çimento İşveren Dergisi, Eylül 2005, Sayı 5, Cilt 19, s. 10.

<sup>95</sup> Duygun, Yarsuvat, **Çalışma Ceza Hukuku**, İstanbul 1978, s. 23.

<sup>96</sup> Yarsuvat, Çalışma..., s. 24-25.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 118'inci madde düzenlemesi, iş ve çalışma hürriyeti ile bağlantılı bir hürriyeti garanti altına almıştır. Maddenin gerekçesine göre birinci fıkra, bir kimseye karşı cebir veya tehdit kullanılarak bir sendikaya üye olmaya veya olmamaya, sendikanın faaliyetlerine katılmaya veya katılmamaya ya da sendikadan veya sendika yönetimindeki görevinden ayrılmaya zorlanmasını suç olarak kabul etmiştir. Yine gerekçede ifade edildiği üzere bu suçun tamamlanmış şekline göre ceza verilebilmesi için, cebir veya tehdide maruz kalan kişinin sendikaya üye olması veya üye olmaktan vazgeçmesi, sendikanın faaliyetlerine katılması veya katılmaktan vazgeçmesi ya da sendikadan veya sendika yönetimindeki görevinden ayrılması gerekmemektedir, bu amaçlarla kişiye karşı cebir veya tehdit kullanılması yeterlidir. Bu suçla ilgili olarak madde gerekçesinde bu suçun teşebbüs suçu niteliğinde olduğu da belirtilmiştir. Ancak bu ifade tarzı, suç genel teorisinde teşebbüs suçu olmadığı, sadece suça teşebbüsten ya da teşebbüs halinde kalan suçtan bahsedilebileceği gerekçesiyle eleştirilmiştir<sup>97</sup>.

Bu hüküm, kişilerin sendikaya üye olmaktan alıkonulması veya üyesi buldukları sendikadan ayrılmaları amacıyla kullanılan cebir veya tehdit niteliğindeki fiillerin cezalandırılmasını amaçlamaktadır<sup>98</sup>. TCK m. 118/2 cebir veya tehdit kullanılarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla bir sendikanın faaliyetlerinin engellenmesini ayrı bir suç olarak tanımlamıştır. Bu düzenlemeyle bir tüzel kişinin hareket serbestisini ifade eden faaliyet serbestisinin engellenmesi suç haline getirilmiştir<sup>99</sup>. Doktrinde TCK m. 118'in sendika kurma hakkının engellenmesini kapsar şekilde düzenlenmemiş olması eksiklik olarak görülmüş ve eleştirilmiştir<sup>100</sup>.

Kanun koyucu, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda, 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda bulunmayan 118'inci madde hükmünü getirmekle sendika özgürlüğünü ayrıca korumak istemiştir; TCK 117'nci maddesinde bireysel çalışma özgürlüğünü, 118'inci maddesinde de Devlet'in güvenliğini ve varlığını korumak istemiştir<sup>101</sup>. Türk Ceza Kanunu'nun 117'nci maddesi "İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali" başlığı altında,

<sup>97</sup> Duygun Yarsuvat, , "Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 117 ve 118. maddelerinde Yer Alan İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali, Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçları", Sicil Dergisi, Eylül 2007, Sayı 7, s. 143.

<sup>98</sup> Sesim Soyer, "İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali ile Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçlarına İlişkin Bazı Düşünceler", Hukuki Perspektifler Dergisi, Temmuz 2006, Sayı 7, s. 100.

<sup>99</sup> Üzülmöz, 2005, s. 109.

<sup>100</sup> Soyer, s. 101; Üzülmöz, 2005, s. 109.

<sup>101</sup> Yarsuvat, Yeni..., s. 142.

çalışanlar ve çalıştıranları içine alan, iş kurmayı ve işte çalışmayı korumak amacıyla geniş kapsamlı bir düzenleme getirmiştir; bu sebeple sendika özgürlüğü, çalışma özgürlüğünün bir uzantısı olarak görülmelidir<sup>102</sup>.

Sendikalar Kanunu m. 31/1'de; "İşçilerin işe alınmaları, belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri veya belli bir sendikadaki üyeliği muhafaza veya üyelikten istifa etmeleri veya sendikaya girmeleri veya girmemeleri şartına bağlı tutulamaz" denmiştir. Bu düzenlemenin ceza hükmü Sendikalar Kanunu'nun 59'uncu maddesinin 3'üncü bendinde bulunmaktadır. Doktrinde 5237 Sayılı TCK m. 118/1 düzenlemesiyle Sendikalar Kanunu'nun sendikal güvencelere ilişkin ceza hükümlerinin yarıştığı ve hatta çatıştığı söylenmektedir. Öte yandan, iş sözleşmesine sendikaya üye olunamayacağı, üye olduğu takdirde işe son verileceğine ilişkin bir hüküm konulması durumunda, bu hükmün TCK m. 118/1 anlamında tehdit niteliğinde sayılıp sayılamayacağı da tartışma konusu yapılmaktadır<sup>103</sup> ve böyle bir sözleşme hükmü tehdit kabul edildiği takdirde TCK m. 118/1'in esas alınması gerektiği ve Sendikalar Kanunu m. 59/bent 3'teki düzenlemenin dolaylı olarak yürürlükten kalkmış olacağı söylenmektedir<sup>104</sup>. Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, hükümlerin çatışmasını önlemek amacıyla TCK m. 118/1 hükmüne, "Sendikalar Kanunu'nun 31'inci maddesi hükmü saklıdır" şeklinde bir fıkra eklenmesi gerektiğini savunmaktadır<sup>105</sup>. Bizim de katıldığımız görüşe göre bu yorumlar isabetli değildir. Türk Ceza Kanunu'nun 118'inci maddesinin 1'inci fıkrasında bir sendikaya üye olmaya veya olmamaya, sendikanın faaliyetlerine katılmaya veya katılmamaya, sendikadan veya sendika yönetimindeki görevinden ayrılmaya zorlamak amacıyla cebir veya tehdit kullanılması cezalandırılmaktadır; ancak Sendikalar Kanunu'nun 31'inci maddesinin 1'inci fıkrasında, işçilerin işe alınmalarının, belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri veya belli bir sendikadaki üyeliği muhafaza veya üyelikten istifa etmeleri veya sendikaya girmeleri veya girmemeleri şartına bağlı tutulamayacağı belirtilmektedir. Bu iki hükmün uygulama alanları farklıdır; zira Sendikalar Kanununun 31'inci maddesinde farklı durumlar öngörülmüş ve cebir veya tehdidin kullanılması aranmamıştır. Aynı şekilde iş sözleşmesine sendikaya üye olunamayacağı, üye olduğu takdirde işe son verileceği yolunda hüküm konulması kanuna aykırılık

---

<sup>102</sup> Yarsuvat, Yeni..., s. 142.

<sup>103</sup> Centel, s. 10; Yarsuvat, Yeni..., s. 143: İşe alınan işçinin sendikalı olması veya olmaması konusunda tehdit edildiğinin açık olduğunu söyler.

<sup>104</sup> Centel, s. 10.

<sup>105</sup> TİSK-Güncel. "TİSK'in 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa İlişkin Görüş ve Değişiklik Önerileri", <http://www.tisk.org.tr/hukuk/yazdir.asp?nadir=guncel&nasil=sayfa&id=9>, (Erişim Tarihi: 14.07.2010)

nedeniyle geçersiz olsa da, salt kanuna aykırı bir hükmün sözleşmeye konulması tehdit kabul edilemez<sup>106</sup>.

5237 Sayılı TCK m. 118/1'deki "sendikanın faaliyetlerine ... Katılmamaya" sözcüklerinin "iş saatleri dışında sendikanın faaliyetlerine ... Katılmamaya" şeklinde düzeltilmesi gerektiği söylenmiş; yoksa mesai saatleri içinde dahi işçiye sendikanın faaliyetlerine katılması için izin verilmemesinin suç sayılacağı belirtilmiştir<sup>107</sup>. Bu eleştiri de yerinde değildir; çünkü işverenin sendikal faaliyetlere katılmaya izin vermemesi değil, izin vermemeyi cebir ve tehdit kullanmak suretiyle gerçekleştirmesi cezalandırılmıştır<sup>108</sup>.

Türk Ceza Kanunu'nun 117'nci maddesinin 1'inci fıkrasındaki suç, iş ve çalışma hürriyetinin kısıtlanmasıyla ilgilidir ve genel niteliktedir. TCK m. 117/1 bakımından kanunda öngörülen ceza 6 aydan 2 yıla kadar hapis veya adli para cezasıdır. Bu suçun TCK 118'inci maddede yer alan sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi suçundan farkı, takibin mağdurun şikâyetine bağlı olmasıdır. TCK m. 117/1'e giren bir halde mağdurun şikâyeti bulunmazsa TCK 118'inci maddenin uygulanabilirliği tartışılabilir<sup>109</sup>. Öte yandan kişilerin sendikal haklarının ihlali, cebir veya tehdit dışında hukuka aykırı başka bir davranışla gerçekleştirilebilir. Türk Ceza Kanunu'nun 118'inci maddesinin 1'inci fıkrası cebir veya tehdit kullanmaktan bahsetmesine rağmen hukuka aykırı başka bir davranıştan söz etmez; ancak kişilerin hukuka aykırı davranışla sendikal haklarının ihlali, onların iş ve çalışma hürriyetlerinin de ihlali sonucunu doğuracağından TCK 118'inci maddeden ceza verilemese de mağdurun şikâyeti halinde TCK m. 117/1'den ceza verilebilir<sup>110</sup>.

Her ne kadar, hükümet tasarısında "sendikal" ayırım düzenlenmiş ve sonra çıkartılmış olsa da; 122 inci madde de "ve benzeri" sebeplerle ayırım yaparak... derken ayrımcılık sebeplerinin arasına sendikayı eklemek mümkün görünmemektedir. Doktrinde Centel; Anılan hükümde "ve benzeri sebeplerle"

---

<sup>106</sup> Soyer, s. 105106.

<sup>107</sup> Centel, s. 10-11.

<sup>108</sup> Soyer, s. 106; Sendikalar Kanunu m. 31/5'te, işçilerin, iş saatleri dışında veya işverenin rızası ile iş saatleri içinde işçi sendika ve konfederasyonlarının faaliyetlerine katılmalarından dolayı işten çıkartılmayacaklarının belirtilmesinin, işverenin iş saatleri içinde işçiye sendikal faaliyetlere katılması için izin vermeme hakkının olduğunu gösterdiğini ve bu durumda zaten hukuka aykırılık olmadığını belirtmektedir.

<sup>109</sup> Yarsuvat, Yeni... s. 143.

<sup>110</sup> M. Öztürk, s. 121.

sözcüklerine yer verilmek suretiyle, haksız ayırım nedenlerinin sınırlı (tüketici) nitelikte sayılmadığı belirtilmek istenmiştir. Bu durumda, hemen akla, sendikal nedenlerin belirtilen haksız ayırım nedenleri içine girip girmediği gelecektir. Ancak, TCK m. 122/a hükmündeki anlatım ve orada sayılan nedenler, aynen Ay. m. 10'da belirtilmiş nedenlerdir. Anayasa, sendika hak ve özgürlüğünü ise, ayrı olarak Ay. m. 51'de düzenlemiştir. Yine, sendikal nedenle ayırım yasağına ilişkin ceza düzenlemesi; yasal düzeyde, Sendikalar Kanunu m. 31/l ile onun yaptırımını içeren m. 59/bent 3'de ele alınmıştır. Bu nedenle, işe almada sendikal ayırım yasağının, TCK m. 122/a kapsamında yer almadığını kabul etmek doğru olur. Kaldı ki, suçta kanunilik ilkesi de; anılan nedenlerin daha dar kapsamlı olarak ele alınmasını, yani genel nitelikteki ayırım nedenleri içine ayrı ve özel olarak düzenlenmiş bir haksız ayırım nedeninin katılmamasını zorunlu kılmaktadır<sup>111</sup>.

---

<sup>111</sup> Centel, s.10-11.

## İKİNCİ BÖLÜM

### TÜRK CEZA KANUNUNDA AYRIMCILIK SUÇU

#### I. GENEL AÇIKLAMALAR

Ayrımcılık suçu konumuza geçmeden önce ayrımcılık suçunun yasalaşması ve düzenlemesine konumuzla doğrudan ilgisi olması nedeniyle kısaca açıkladık.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ayrımcılık suçu ile ilgili düzenlemesi ile ayrımcılık başlı başına bir suç haline getirilmiştir. Madde metni biraz karışık ve kapsamı dar olsa da ayrımcılık yasağına yaklaşım bakımından geçmişe göre oldukça ileri bir bakış açısını yansıtmaktadır. Ancak madde içeriğine bakıldığında maddenin pratikte uygulanması çok mümkün gözükmemektedir<sup>112</sup>. Ayrıca öğretide de ceza kanununda böyle bir suça yer verilmiş olması eleştirilmiştir. E. Şen' e göre; Devletin, ayrımcılık yasağı altında özel hukuk ilişkilerine müdahale etmesi doğru olmamıştır. 122. maddenin birinci fıkrasında yer alan “ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak” ifadesi “suçta ve cezada kanunilik” prensibine aykırıdır. “ Ve benzeri sebepler” gibi sözlerin “suçta kanunilik” ilkesiyle bağdaşabilir bir tarafı bulunmamaktadır. Bunun yanında ayrımcılık suçunun düzenlenmesine gerek yoktur, çünkü toplumumuzda bu şekilde bir suçun düzenlenmesine ihtiyaç duyulmamaktadır. Ülkede ayrımcılık sorunu varmış gibi bir durum ortaya koyan 122. madde, düşünce ve yayma hürriyetine de aykırı düşmektedir<sup>113</sup>.

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

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

---

<sup>112</sup> Karan, s.160.

<sup>113</sup> Şen, s.510.



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

c) Kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engelleyen, Kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya 750 milyon liradan 2 milyar liraya kadar ağır para cezası verilir.

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

Tüzel kişiler de bu maddede yazılı suçlardan dolayı sorumludurlar” şeklinde düzenlenmişti<sup>114</sup>.

Hükümet tasarısında yer alan düzenleme Adalet Alt Komisyonu tarafından hemen hemen aynen kabul edilmiş, ancak madde metnine “cinsel yönelim<sup>115</sup>” ibaresi eklenmiş ve cinsel yönelim temelli ayrımcılıkta suç haline getirilmiştir. Ayrıca ağır para cezası ve miktar yerine adli para cezası ifadesi eklenmiştir. Bu durum maddenin son halinde yer verilen “ve benzer sebepler” ifadesinin bulunmamasının bir sonucu olarak kabul edilebilir. Bir başka değişiklik ise madde metninde yer alan tüzel kişilerin sorumluluğuna dair düzenlemede yaşanmıştır. Bu düzenlemede 5237 sayılı kanunla tüzel kişilerin suç faili olarak cezalandırılması mümkün olmadığı için madde metninden çıkarılmıştır<sup>116</sup>. Kanaatimizce, 122. madde de cinsel yönelim kavramına yer verilmemesi yerinde olmamıştır. Çünkü cinsiyet ile cinsel yönelim aynı şeyler değildir. “Ve benzer sebepler” ifadesinin içinde cinsel yönelim değerlendirilebilecek olsa da hükümet tasarısındaki gibi açık bir ifadeyle ayrımcılık nedeni olarak kalmalıydı.

Adalet Komisyonu ise Alt Komisyon tarafından kabul edilen metinde yine değişiklikler yapmış ve 122. maddenin şimdiki haline benzer bir düzenleme yapılmıştır. Adalet Komisyonu, “cinsel yönelim”, “sendika”, “bir etnik gruba mensupluk”, “örf ve adet” ve “köken” ifadelerini madde metninden çıkarmıştır. Çıkarılan ibareler üzerine yapılan tartışmaların ardından Anayasa’nın 10. madde

---

<sup>114</sup> Yenidünya, s. 99.

<sup>115</sup> **Cinsel yönelim** bireyin cinsel dürtülerinin yöneldiği doğrultu anlamında kullanılır. Bu doğrultu genellikle bireyin cinsel açıdan çekici bulunduğu kişilerin cinsine dayanarak sınıflandırılır. En sık kullanılan cinsel yönelim sınıfları düzcinsellik (heteroseksüellik, karşı cinsten kişilere cinsel ilgi duyma), eşcinsellik (homoseksüellik, aynı cinsten kişilere ilgi duyma), ve çiftcinselliktir (biseksüellik, her iki cinsten kişilere ilgi duyma). [http://tr.wikipedia.org/wiki/Cinsel\\_y%C3%B6nelim#cite\\_note-0](http://tr.wikipedia.org/wiki/Cinsel_y%C3%B6nelim#cite_note-0) (erişim tarihi: 22.07.2010).

<sup>116</sup> **Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu**, T.C. Adalet İşleri Dairesi Başkanlığı, Ankara, 2005, s. 483-486

metninde belirtilen ifadenin kullanılması tercih edilmiştir. Yine maddenin şu anki hali ile karşılaştırıldığında, tasarı nedenleri sınırlı olarak sayarak düzenlemeyi tercih ederken, yasa “ve benzeri sebeplerle” ibaresi ile maddeyi ucu açık bir hale getirmiştir. Bu anlamda metinden çıkarılan ifadelerin suç kapsamında olmadığını söylemek mümkün değildir<sup>117</sup>. 122. madde gerekçesinde de düzenlemenin amacı, “insanlar arasında, yürürlükteki kanun ve nizamların izin vermediği ayırımlar yapılarak, bazı kişilerin hukukun sağladığı olanaklardan yoksun hâle getirilmelerini cezalandırmak...” olarak ifade edilmiştir<sup>118</sup>.

Madde metninde son değişiklik ise 5378 sayılı Özürlüler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un 41. maddesiyle “özürlülük” kavramının eklenmesi ile gerçekleşmiştir. Maddenin yürürlükteki hali şu şekildedir:

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

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

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

c) Kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engelleyen,

Kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya adlî para cezası verilir.”

Gerek uluslararası hukukta ortaya çıkan standartlar gerekse Anayasa’nın 10. maddesinin düzenlemesi ayrımcılık yasağı ile ilgili ucu açık bir düzenlemeyi meşrulaştırmaktadır. Anayasa Mahkemesi de “... eşitlik açısından ayırım yapılmayacak hususlar madde metninde sayılanlarla sınırlı değildir. ‘Benzeri sebeplerle’ de ayırım yapılamayacağı esası getirilmek suretiyle ayırım yapılamayacak konular genişletilmiş ve böylece kurala uygulama açısından da açıklık kazandırılmıştır.”<sup>119</sup> diyerek aynı yönelimi sergilemiştir. Bu şekildeki bir

<sup>117</sup> Necati Meran, **Kişilere Karşı Suçlar**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005, s.422. Şen, s.510-511.

<sup>118</sup> Karan, s. 162.

<sup>119</sup> Anayasa Mahkemesi Kararı, E. 1986/11, K. 1986/26, Karar tarihi 04.11.1986, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı: 22, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara,1987, s. 314.

düzenleme ile 122. madde her somut olayda belli kriterlerin uygulanması ile somut hale gelecektir ve içtihatlarla yol alacaktır. Diğer bir yönden ise toplumsal yaşamda ortaya çıkan kimlik ve özelliklerin bir maddede sayılarak tüketilmesi mümkün gözükmemektedir. Maddenin düzenlemesi ile zamanla toplumsal gelişme ile ortaya çıkabilecek yeni olgulara uyum sağlanması kolaylaştırılmıştır. Ancak yukarıda belirtilen ceza hukuku alanında geçerli olan “suçta ve cezada kanunilik ilkesi” gereği bu şekilde ucu açık bir düzenleme yerinde olmamıştır. Maddede “ve benzeri sebeplerle” ifadesine yer verilmesinin “suçta ve cezada kanunilik ilkesi”ne aykırı olduğu vurgulanmaktadır<sup>120</sup>.

122 inci maddeye sonradan eklenen bir kavramının isabetli olduğunu da belirtmek gerekir. 5237 sayılı Kanunun “Ayrımcılık” başlıklı 122 inci maddenin birinci fıkrasına, 01.07.2005 kabul ve 07.07.2005 yürürlük tarihli 5378 sayılı Özürlüler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un 41 inci maddesiyle “özürlülük” kavramı eklenmiştir. Kanun koyucu, ayrımcılık yasağını genişletmiş ve özürlü insanları da içine alacak şekilde düzenleme yapmıştır. 122 nci maddenin en olumlu yanı, sonradan da olsa madde metninin içine “özürlülük” kavramını almak olmuştur<sup>121</sup>.

Ceza Kanununun uygulamasında kişiler arasında, ırk , dil , din, mezhep, milliyet renk, cinsiyet, siyasal veya diğer fikir yahut düşünceleri, felsefi inanç , milli veya sosyal köken, doğum, ekonomik ve diğer toplumsal konumları yönünden, ayırım yapılamaz ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınmaz” denilmek suretiyle, ceza kanununun tatbikinde ayrımcılık yasağı hükme bağlanmıştır. Benzer düzenlemeye Rus Ceza Kanunu’nun 4 üncü maddesinde rastlanmaktadır<sup>122</sup>. Başka ülkelerde de benzer düzenlemelere rastlanmaktadır<sup>123</sup>.

<sup>120</sup> Özbek, s.828-829. Şen, s. 510.

<sup>121</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Şen s.511-512.

<sup>122</sup> Mehmet Emin Artuk, Ali Rıza Çınar, “**Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler**”, Türkiye Barolar Birliği. Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, (Editör: Teoman Ergül), Ankara, 2004, s.72

<sup>123</sup> 1995 İspanyol CK.’nın 2 nci kitabının, 21 inci başlığının, 4 üncü kısmının, “Anayasa ile Garanti Altına Alınmış Temel Hak ve Hürriyetlerin İcrasına İlişkin Suçlara dair 1 inci bölümünde 512 nci maddede:

“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” denilmektedir. Yenidünya, s.99.

1965 İsveç Ceza Kanunu’nun 2 nci kitabının, “Kamu Düzenine Karşı Suçlara ilişkin 16 nci bölümünün 9 uncu paragrafında da;

“Belirli bir işkolunda faaliyet gösteren bir işveren, insanları ırklarına, renklerine, milliyetlerine, etnik kökenlerine veya dini inanışlarına göre ayırma tabi tutarak, diğer kişiler ile girdiği iş ilişkilerinde

## II. SUÇLA KORUNAN HUKUKİ MENFAAT

Anayasa'nın 10 uncu maddesi hükmüne göre "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

Eşitlik ilkesi, kişileri keyfi muameleye karşı koruyan, demokrasi ve hukuk devletin önemli unsurlarından biridir<sup>124</sup>. Ayrıca Anayasa'nın genel esasları arasında düzenlenmesi itibarıyla, anayasal bir buyruk olarak devletin tüm kuruluşlarının uyması gereken temel prensiplerden biridir<sup>125</sup>. Bu bakış açısıyla, 122 nci maddenin devletin bu görevlerini ve hukuk devleti olma idealini sağlamak yönünde bir hukuki yararı koruduğunu belirtmek gerekir<sup>126</sup>.

Eşitliğin, vatandaşlara tanınmış bir hak olarak ele alınması da mümkündür. Zira eşitlik, bu ilkedен yararlanımlar açısından "eşit işlem görme ya da ayırım gözetilmemesini isteme hakkını" doğurmaktadır<sup>127</sup>. Bu anlamda inceleme konusu suç tipi, bireylerin eşit işlem görme hakkını korumaktadır. Yasa koyucunun ayrımcılık suçuna hürriyete karşı suçlar arasında yer vermiş olmasının temel sebeplerinden biri de budur.

Ayrımcılık suçuyla korunan hukuki değeri belirleme açısından, "eşitlik" kavramından kısaca bahsetmek gerekir.

Eşitlik; genel anlamda eşit paylaşımı ya da eşit davranışı; haklar yönünden insanlar arasında ayırım bulunmamasını ifade eder. Ancak bu, mutlak eşitlik değildir. İnsanlar, içinde buldukları durumları, özellikleri ve ihtiyaçları açısından farklılıklar taşır. Bu nedenle eşitlik, aynı durum ve şartlara sahip kimselerin; haklarda ve ödevlerde, yararlarda ve yükümlülüklerde, yetkilerde ve sorumluluklarda aynı kategoride değerlendirilmelerini gerektirir<sup>128</sup>. Nitekim Antik Yunan düşünürlerinden

---

uyguladığı normal şart ve koşullarının altında muamele ederse, bu hukuka aykırı ayrımcılık dolayısıyla para cezası veya bir yıla kadar hapis cezasına mahkûm edilir. İsveç CK'nın 1999 şekli için bkz. <http://wings.buffalo.edu/law/bclc/sweden.pdf> (18.06.2010).

<sup>124</sup> Sibel İnceoğlu, "Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı Çerçevesinde Af, Şartla Salıverme, Dava ve Cezaların Ertelenmesi", Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi'nin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, (25-26 Nisan 2001), C.:18, Ankara 2001, s.47.

<sup>125</sup> Ergun Özbudun, "Türk Anayasa Hukuku", 7 Baskı, Ankara 2002, s.137.

<sup>126</sup> Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Ahmet Caner Yenidünya, "Ceza Hukuku Özel Hükümler", 9 Baskı, Ankara, 2008, s.418

<sup>127</sup> Özbudun, s.137.

<sup>128</sup> Yılmaz Aliefendioğlu, "Eşitlik İlkesi", Prof. Dr. İlhan Akın'a Armağan, İstanbul 1999, s.79-80.

Aristo bu durumu; "eşitlere veya benzerlere eşit davranılması" şeklinde formüle etmiştir<sup>129</sup>. Eski Yunan'da eşitlik "vatandaşlar arası eşitlik", "bilgeler arası eşitlik" gibi eşitsizliğin eşitlik sözcüğü ile ifade edildiği sınırlı bir eşitlik olmuştur<sup>130</sup>.

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

Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz.

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

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

Anayasa eşitlik prensibini genel bir kural olarak kabul etmiş ve yasa koyucu da 122 nci maddede bu prensibe aykırı keyfi davranışların bazı tezahür şekillerini yaptırıma bağlamıştır. Eşitliğe aykırı davranış, yasada düzenlenen veya benzeri sebeplerle mülkiyet hakkı üzerinde tasarrufun, iş ve çalışma hakkının, kamu hizmetlerinden yararlanmanın engellenmesi şeklinde gerçekleştiğinde ceza hukuku anlamında suç teşkil edecektir. Ayrımcılık suçu kamu barışını da koruyan bir nitelik arz etmektedir. Zira "ayrımcılık" teşkil eden hareketler, vatandaşlar arasında "bölücülük" yapılması anlamına da geleceğinden, burada bunun önlenmesi de amaçlanmaktadır<sup>131</sup>.

Madde ile ayrımcılık; "discrimination" nedeni ile çıkar sağlamaya yönelik bazı eylemleri yaptırıma bağlanmaktadır. Burada bireyler arasında yürürlükteki yasa ve

<sup>129</sup> Gosepath, Equality, in: <http://plato.stanford.edu/entries/equality> (18.06.2010).

<sup>130</sup> Alaeddin Senel, "Eşitlik Kavramı ve Tarihsel Gelişmesi", Yavuz Abadan'a Armağan, AÜSBF yay., Ankara 1969, s.257.

<sup>131</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.419

düzenlemelerin izin vermediği ayrımlar yaparak, fiilin yönelik olduğu kişilerin bazı temel hak ve özgürlüklerinden yoksun kılınmaları hali düzenlenmektedir<sup>132</sup>.

Ayrımcılık suçuyla korunan hukuki değer; insanlar arasında hukukun izin vermediği ayrımlar yapılarak, bazı kişilerin yasaların sağladığı haklardan ve özgürlüklerden keyfi olarak yoksun bırakılmasının önlenmesi şeklinde belirtmek mümkündür . Şu halde hüküm, bireylerin temel hak ve özgürlüklerini güvence altına almaktadır. Zira maddede belirtilen "insanlığın ortak mirası ile bağdaşmayan ilkel düşüncelerle" , kişilerin iş ve çalışma, mülkiyet gibi özgürlükleri ihlal edilmektedir<sup>133</sup>.

Bir sonraki sayfada suçun maddi unsurlarına yer verilmiştir.

---

<sup>132</sup> Süheyl Donay, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, 1 Baskı, Beta Yay. İstanbul, 2007, s.193

<sup>133</sup> Çetin Arslan, Bahattin Azizağaoğlu. "**Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi**", Ankara 2004, s.557.

### III. SUÇUN MADDİ UNSURLARI

#### 1. Genel Olarak

Suçun konusu ifadesinden ne anlaşılması gerektiği, bu terime yüklediğimiz anlama göre değişecektir. Eğer suçun konusunu "hukukun ya da hakkın ihlali" olarak değerlendirirsek, bu durumda suçun konusunun hukuken korunan yarar-değer" olarak kabul edilmesi gerekecektir. Ancak suçun konusunu hareket olarak kabul edersek, bu durumda hareketin nedensel bağlantıyla etki ettiği değer in cismani değeri (obje) suçun konusu olarak karşımıza çıkacaktır<sup>134</sup>.

Günümüz ceza hukukunda "hukuksal değer" ile "hareketin objesi" arasında bir ayırım yapılması gerektiği kabul edilmektedir<sup>135</sup>. Nitekim suçun hukuki konusu yani suçun korumayı amaçladığı hukuksal değer ile maddi konusu aynı kavramları ifade etmezler<sup>136</sup>. Suçun maddi konusu, suçun oluşumuna neden olan fiilin üzerinde icra edildiği nesne ya da insandır<sup>137</sup>. Bu nesne ya da insan üzerinde işlenen fiil aracılığı ile suçun hukuki konusu yani suçla korunan hukuksal değer ihlal edilir. Suçun maddi konusunu ancak cismani yeti olan eşyalar oluşturabilirler. Cismani yeti olmayan ve duyu organlarıyla algılanamayan şeyler suçun maddi konusunu oluşturamazlar<sup>138</sup>. Hukuksal değer ise, toplumsal düzenin manevi değeri olup<sup>139</sup>, bu değerler toplumsal düzen açısından korunması gereken, uyulması zorunlu olan, manevi, soyut ve ideal değerlerdir<sup>140</sup>. Bu sebeple hukuki değer (menfaat), yasa koyucuyu suç tipini düzenlemeye iten soyut menfaati ifade eder<sup>141</sup>. Bir suçla tek bir hukuksal değer korunabileceği gibi, birden fazla hukuksal değer in korunmak istenmesi de mümkündür<sup>142</sup>. Suçla korunan hukuksal yarar (değer) ile suçun oluşumuna ilişkin hareketin üzerinde gerçekleştiği obje (nesne - kişi) birbirlerinden

<sup>134</sup> Yener Ünver. "Ceza Hukuku ile Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer", Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s.127.

<sup>135</sup> Ünver, s.126.

<sup>136</sup> Veli Özer Özbek, TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, C.1, 3.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s.148.

<sup>137</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, 5237 Sayılı Yeni TCK.'ya Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Genel Hükümler s.469,Özbek, TCK İzmir Şerhi, s.148.

<sup>138</sup> Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005, s.463. Yazar, suçun maddi konusu bakımından "şeyi" tabiatçı yaklaşımdan hareketle sadece cisim olan bir varlık olarak kabul etmekte, cisim olmayan ve sadece düşünce gücü ile algılanabilen şeylerin, suçun maddi konusunu değil, ancak hukuki konusunu oluşturabileceğini belirtmiştir. Bkz. s.463.

<sup>139</sup> Ünver, s.133, Mahmut Koca. "Yağma Cürümleri", Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s.78.

<sup>140</sup> Ünver, s.130,

<sup>141</sup> Özbek, TCK İzmir Şerhi, s. 148.

<sup>142</sup> Nevzat Toroslu. "Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu", Ankara, 1970, s.288.

farklı olmakla birlikte, suçun doğası gereği birbirleriyle yakın ilişki içerisinde olan kavramlardır<sup>143</sup>.

## 2. Suçun Hukuki Konusu

Yukarıda da belirttiğimiz üzere suçun hukuki konusunu ihlal edilen hak, menfaat ve değer oluşturur ve bu hak, menfaat ve değerlerin korunması kanun koyucuyu söz konusu ihlal yönündeki fiilleri suç olarak düzenlemeye yöneltir.

Ayrımcılık yasağı, keyfi ayrımlarla ilgili olarak anlaşılmalıdır. Örneğin, bir takım sosyal hakların aynı anda herkese tanınmaması ya da bazı kimselerin eşyanın tabiatından kaynaklanan nedenlerle bir takım hizmetlerden tam olarak yararlanamamaları ayrımcılık oluşturmaz<sup>144</sup>.

Anayasa' nın 10. maddenin birinci fıkrası iki konuya dikkat çekmektedir. Birinci fıkrada hem genel olarak herkese uygulanacak olan yasa önünde eşitlik ilkesi yer almakta, hem de dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç din, mezhep ve benzeri sebeplere dayanarak ayırım yapılmamasını özel olarak belirtmektedir.

Altı çizilerek belirtilen sebepler eşitlik ilkesinin çekirdek alanıdır. Anayasa bu özelliklere dayalı bir sınıflandırmanın diğer özelliklere dayalı sınıflandırmalara göre çok daha sıkı bir denetim altında tutulacağını vurgulamaktadır. Bu tür sebeplere dayalı bir sınıflandırmanın fiili eşitsizlik durumunda bulunan ve koruma gerektirebilecek grubun (kadınlar ya da dil veya ırk farklılığı olan gruplar gibi) bu eşitsiz konumunu dengelemek amacıyla yapılması mümkündür (olumlu-pozitif ayrımcılık), olumlu ayrımcılık eşitlik ilkesine aykırılık olarak anlaşılmalıdır, çünkü tersi bir durum fiili eşitsizliği korumak anlamına gelebilir. Ayrıca, 2004 değişikliği ile kadınlara yönelik olumlu ayrımcılığı teşvik eden bir fıkra daha eklenmiştir. Devlet kadın erkek eşitliğinin yaşama geçmesini sağlama yükümlülüğünü de üstlenmiştir. Diğer bir deyişle bu konuda pozitif yükümlülüğü vardır<sup>145</sup>.

Örneğin kadınlar için asgari çalışma kotaları konularak bu oranların güvenceye bağlanması ya da işyerlerinde hükümlü veya özürlü çalıştırma yükümlülükleri klasik eşitlik anlayışını zedeler gibi gözükse de aslında fiili

<sup>143</sup> Ünver, s.136.

<sup>144</sup>İbrahim Özden Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku**, 6. Baskı, Ankara 2002, s. 21 vd.

<sup>145</sup> İnceoğlu, s.49



eşitsizlikleri gidermeye yönelik olumlu pozitif ayrımcılık tercihleridir<sup>146</sup>. Bu tür düzenlemeler yapılması veya tasarruflarda bulunulması 122 nci madde kapsamında değerlendirilemez<sup>147</sup>.

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

"... Hukuk Devleti'nin öğeleri arasında, yasaların kamu yararına dayanması ilkesi de vardır... Hukuk devletinin ana ilkelerinden birisi de eşitliktir. Sosyal hukuk devleti, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği yani gerçek adaleti ve böylece toplumsal dengeyi sağlamakla yükümlü devlet demektir. Hukuk devletinin amaç edindiği, kişiliğin korunması, toplumda sosyal güvenliğin sağlanması yolu ile gerçekleştirilebilir. Sözü edilen "sosyal hukuk devleti", bireyin huzur ve refahını gerçekleştiren, güvence altına alan, adaletli bir hukuk düzeni oluşturup bunu sürdürmekle kendini yükümlü sayarak kişi ile toplum arasında denge kuran devlettir"<sup>148</sup>.

" Anayasa'nın (eşitlik) başlığını taşıyan 12. maddesinin ikinci fıkrasında "Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz." denilmektedir. Bu maddenin birinci fıkrasında ise (Herkes dil. ırk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ayırımı gözetilmeksizin kanun önünde eşittir." hükmü yer almıştır. Bu maddenin birinci fıkrasında anlatılan kanun karşısında eşitlik ilkesi, ikinci fıkrasında hükme bağlanan hiçbir kişiye veya topluma imtiyaz tanınamayacağı hükmü ile, bugün için, bir bütün meydana getirmektedir. Gerçekten, ikinci fıkra, bir tek kişiye veya birtakım topluluklara, aynı durumda bulunan yurttaşlardan daha çok veya daha geniş hak ve yetkiler tanımak yoluyla Kanun karşısında eşitlik ilkesinin çiğnenmesini yasak etmekle birinci fıkra hükmünü başka bir yönden açıklamaktadır. Şunu da belirtmek gerekir ki, Kanun karşısında eşitlik demek, bütün yurttaşların haşinin, her yönden aynı hükümlere bağlı tutulmaları demek değildir. Bir takım yurttaşların başka hükümlere bağlı tutulmaları haklı bir nedene dayanmakta ise, böyle bir durumda Kanun karşısında eşitlik ilkesinin çiğnenmiş olmasından söz edilemez. İnsanlar arasında yaradılış veya çalışma gücü veya sağlık bakımından veya nitelikçe buna eşit nedenler dolayısıyla pek çok ayırım bulunduğu açık bir gerçektir. Örneğin, bir kadınla bir erkeğin, sakat bir kimse ile sağlam bir kimsenin,

<sup>146</sup> Tanör-Yüzbaşıoğlu, s. 119.

<sup>147</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.421.

<sup>148</sup> AYMK.03.12.1992, 46/52 , <http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=template&id=26&lang=0> (Erişim tarihi:05.07.2010)

askerlik yükümü bakımından, bir zenginle bir orta halli kimsenin belli bir vergi yükümü bakımından çok başarılı bir öğrenci ile orta başarılı bir öğrencinin başarılı öğrencilere ödenmesi gerekli bir yardım parası alacağı bakımından; başka başka hükümlere bağlı tutulmaları, eşitlik ilkesine aykırı olamaz; çünkü bu ayrı tutma, haklı nedenlerin sonucudur." <sup>149</sup> .

"....Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen kanun önünde eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme tabi tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasa karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle aynı durumda bulunan kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitlik ilkesinin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Durum ve konularındaki özellikler kimi kişiler ve topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasanın öngördüğü eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmaz. Nitelikleri ve durumları özdeş olanlar için yasalarla değişik kurallar konulamaz." <sup>150</sup> .

Yine Anayasa Mahkemesine göre; kamu yararı ve haklı nedenin, "anlaşılabilir", "amaçla ilgili", "makul ve adil" olması gerekir. Buna göre; "getirilen düzenleme her hangi bir biçimde birbirini tamamlayan, birbirini doğrulayan ve birbirini güçlendiren bu üç ölçütten birine uymuyorsa, eşitlik ilkesine aykırı bir yön vardır denilebilir" <sup>151</sup> .

Şu halde her somut olayda "keyfi ayırım", "haklı neden" ölçütleri sorgulanmalıdır. İfade edelim ki; bu kıstasların anlamı sorgulanırken "insan onuruna saygı", "eşit saygı görme hakkı", "gereklilik", "zorunluluk", "işin özelliklerine ve ereklerine uygunluk", "dengeli ve makul görülebilecek ölçütler", "adaletli ve eşit ölçütler" gibi bazı ek kriterlerin de göz önünde tutulması gerekmektedir <sup>152</sup> .

TCK.'nın 122 nci maddesinde de kişiler arasında yürürlükteki kanun ve diğer mevzuatın izin verdiği haller haricinde ayırım yapılarak, bireylerin hukukun sağladığı bir takım olanaklardan ve bazı temel hak ve özgürlüklerden yoksun hale getirilmeleri

---

<sup>149</sup> AYMK. 03.12.1966, 11/44, <http://www.anayasa.gov.tr/index.php?!=template&id=26&lang=0> (Erişim tarihi:05.07.2010)

<sup>150</sup> AYMK. 18.06.2003, 373/67, <http://www.anayasa.gov.tr/index.php?!=template&id=26&lang=0> (Erişim tarihi:05.07.2010)

<sup>151</sup> Özbudun, s.138.

<sup>152</sup> Özbudun, s.139.

yaptırıma bağlanmıştır. Yukarıda verdiğimiz temel prensiplerin, bireyler arasındaki ilişkilerde de tatbik imkânı bulacağını ifade etmeliyiz<sup>153</sup>.

## B. Fail ve Mağdur

### 1. Fail

TCK.m.122'de failin niteliği konusunda bir sınırlandırma getirilmemiştir. 2003 Hükümet Tasarısında (m.170/3) tüzel kişilerin de maddede yazılı suçlardan sorumlu olduğu belirtilmişti. Gerekçesinde ise, bu suçu tüzel kişilerde işleyebileceklerinden maddenin son fıkrasında tüzel kişilerin sorumlu olacağı belirtilmiş, ayrıca maddede yazılı suçlar aleyhine işlendiği takdirde ceza sorumluluğunun aynı şekilde olacağı belirtilerek, tüzel kişiler de ceza himayesi altına alınmış olmaktadır<sup>154</sup>.

Ceza Hukukunda, fail, tipik hareketi kısmen veya tamamen gerçekleştiren kişidir<sup>155</sup>. Diğer bir ifadeyle, Kanun'da suç olarak öngörülen bir fiili işleyen kişiye suçun faili adı verilmektedir. Türk Ceza Kanunu bakımından hareket ve kusur yeteneğine sadece gerçek kişiler sahip olabileceğinden, suçun faili sadece gerçek kişiler olabilir. Dolayısıyla hareket ve kusur yeteneklerine sahip olmadıkları için tüzel kişiler suçun faili olamazlar<sup>156</sup>. Ancak tüzel kişiler, bizzat bir suç işlemedikleri halde kendisi için hareket eden gerçek kişiler sayesinde ceza sorumluluğuna sahip olabileceklerdir<sup>157</sup>. Ceza hukukunda bir kişinin fail olma yeteneğine sahip kabul edilmesi için, insan olması ve yaşayan bir kişi olması gereklidir<sup>158</sup>. Çünkü ceza hukukunda hareket yeteneği insana özgü bir özelliktir. Hayvanların veya ölmüş kişilerin hareket yeteneği bulunmaz<sup>159</sup>. Kanunun, suçu işleyen bakımından herhangi bir özellik aramadığı suçlar genel olarak herkes tarafından işlenebilir<sup>160</sup>. Ancak bazen kanun suçun herkes tarafından işlenebilmesi mümkün olmayan suçlar ihdas edebilir. Bu suçlar tarif edilirken suçun failinin, belli şahsi özellikleri de belirtilmektedir. Söz konusu suçlarda sadece kanuni tarifte belirtilen niteliklere sahip

<sup>153</sup> Artuk ve diğerleri, s.422.

<sup>154</sup> Remzi Özmen, **Notlu-Gerekçeli-Karşılaştırmalı 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu**, Seçkin Yay. Ankara, 2004, s.369.

<sup>155</sup> Tanım için bkz. Bahri Öztürk / Mustafa Ruhan Erdem, **Ceza Hukuku Genel Hükümler ve Özel Hükümler (Kişilere ve Mala Karşı Suçlar)**, 4. Bası, (Turhan Kitabevi), Ankara 2005., s. 114; Hafizoğulları, [www.abchukuk.com/makale/makale308.html](http://www.abchukuk.com/makale/makale308.html) (Erişim tarihi: 11.12.2009).

<sup>156</sup> "Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamaz. Ancak, suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır". (TCK m.20/II)

<sup>157</sup> Timur Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2. Baskı, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2005, s. 202.

<sup>158</sup> Demirbaş, s.411-412.

<sup>159</sup> Artuk/ Gökçen / Yenidünya, 5237 sayılı s.452.

<sup>160</sup> Artuk/ Gökçen / Yenidünya, 5237 sayılı... s.452-453.

olan kişiler o suçun faili olabilirler. Bu tür suçlara özgü (mahsus) suçlar denir<sup>161</sup>. Dolayısıyla faili ancak, bazı sıfat veya özelliklere sahip olan suçlar mahsus (özgü) suçlardır<sup>162</sup>. Sonuç olarak bir suçun failinin kimler olabileceği belirlenirken suç tipine ilişkin düzenlemede, herhangi bir fazlaca sıfat ya da özellik aranıp aranmadığına bakılacaktır. Bu değerlendirme sonucu o suç tipinin herkes tarafından ya da sadece belirli nitelikleri taşıyan kişilerin işleyebileceği anlaşılır.

Bu açıklamalardan hareketle suçun faili herkes olabilir. Ancak maddenin getirmeye istediği koruma sistemi gereği suçun failinin mağdur ile ayırt edici özellikleri bakımından aynı gruptan olmaması gerekir. Bir başka deyişle fail ile mağdurun mantıken farklı etnik, cinsiyet, renk, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep vb. özelliklere sahip olmaları gerekir. Örneğin aynı etnik kökene sahip olan failin mağdura karşı etnik kökeni nedeni ile böyle bir ayrımcılık yapması yasanın ulaşmaya çalıştığı amaç bakımından mümkün değildir. Ancak aynı etnik kökenden olsalar bile mezhep ya da siyasi düşünce bakımından farklılıklar bulunması halinde bu suç işlenebilecektir. Suçun mağduru bakımından kanunda herhangi bir özellik aranmış değildir. Dolayısıyla herkes bu suçun mağduru olabilir. Mağdurun madde metninde belirtilen özellikleri dolayısı ile böyle bir ayrıma tabi tutulması gerektiği için metinde belirtilen özelliklerin mağdurda mevcut olması gerekmektedir. Bir başka deyişle madde metninde belirtilen özellikler kendisinde bulunmayan kişi ayrımcılık fiillerine maruz kalmış sayılmayacağından bu suçun mağduru da olamaz<sup>163</sup>.

5237 sayılı TCK. sisteminde ise, tüzel kişilerin suç faili olarak cezalandırılmaları mümkün değildir. konuyla ilgili TCK' nın 20 nci maddesi; "(1) ceza sorumluluğu şahsidir. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz.

(2) Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımını uygulanamaz, ancak suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır" şeklinde kaleme alınmıştır<sup>164</sup>.

Suç faili olamayan tüzel kişiler hakkında ceza (hapis ve adli para cezası) uygulanamaz ise de, güvenlik tedbirlerinin tatbiki mümkündür. Tüzel kişiler hakkında uygulanacak güvenlik tedbirleri, TCK.'nın 60 ncı maddesinde düzenlenmiştir. Anılan maddenin 4 üncü fıkrasında; "Bu madde hükümleri kanunun ayrıca belirttiği hâllerde uygulanır" denilmektedir. Ayrımcılık suçuna ilişkin TCK.m.122'de, bu fiilin yararına işlendiği tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanacağına dair bir hüküm

<sup>161</sup> İzzet Özgenç, **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, İstanbul, 1996, s.165. Hakan Hakeri, **Ceza Hukuku**, 5.Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2007, s.110.

<sup>162</sup> Demirbaş, s.413.

<sup>163</sup> Özbek, s.826.

<sup>164</sup> Yenedünya, s.102.

bulunmamaktadır. Bu sebeple, örneğin, bir şirketin genel politikası olarak belirli bir ırka mensup kimseler işe alınmadığında, tüzel kişinin temsilcilerinin veyahut idarecilerinin ayrımcılık suçundan cezalandırılması mümkün olmakla birlikte, şirket hakkında her hangi bir güvenlik tedbiri uygulanması söz konusu değildir<sup>165</sup>.

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

Anayasa'nın 48 inci maddesinin 1 inci fıkrasında; "Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir" denilmektedir. Sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğü de sözleşme özgürlüğünün bir tezahür şeklidir. Kural olarak herkes dilediği sözleşmeyi dilediği kimse ile yapabilir<sup>166</sup>. Anayasadaki bu hüküm, sözleşme özgürlüğünden söz etmiş ancak bu sözleşmelerin taraflarına herhangi bir yükümlülük getirmemiş, bu konudaki düzenlemeleri ilgili konudaki alanlara bırakmıştır<sup>167</sup>.

Bireyler hukuk düzeninde istedikleri şekilde hukuki ilişkiler kurabilirler ancak bu "dürüstlük kuralına ve hakkaniyete uygun olma" koşuluyla sınırlandırılmıştır. Keza kamu hizmeti gören kurumlar, kamu idareleri veya müesseseleri veya bunlara bağlı teşekküller ya da imtiyaz yolu ile bu hizmetleri yürüten veya hukuki ya da fiili tekele sahip işletmeler, şartlara uygun şekilde müracaat eden kişilerle sözleşme yapmaktan kaçınamazlar<sup>168</sup>. Kamu kuruluşlarının bu anlamda kanunen sözleşme yapmak zorunluluğundan söz edilebilir. Fiili tekel sahiplerinin de, geçerli bir sebep olmaksızın sözleşme yapmaktan kaçınmaları, hakkın kötüye kullanımı kapsamında olduğundan, bir özgürlük alanı olarak değerlendirilemez<sup>169</sup>.

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

<sup>165</sup> Yenidünya, s.103.

<sup>166</sup> Nuri Çelik, **İş Hukuku Dersleri**, Yenilenmiş 18. Bası, İstanbul 2005, s.108.

<sup>167</sup> **Hakan Keser**, "4857 Sayılı İK'na Göre İşverenin İş Sözleşmesi Yapma ve İş İlişkilerinde Eşit İşlem Yapma Yükümlülükleri ve Bunlara Aykırı Davranması Durumunda Karşılaşacağı Yaptırımlar", Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Yargıç Resul Aslanköylü'ye Armağan, Cilt:7, Sayı:3, Ankara 2004, s.60.

<sup>168</sup> Kemal Oğuzman, Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 3. Bası, İstanbul, 2000, s.137-138.

<sup>169</sup> Cevdet Yavuz, **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**, Yenilenmiş 3. Bası, İstanbul 2004, s.4,5.

etmek gerekir. Bu açıdan özellikle belirtelim ki; kamu görevlileri maddede yazılı hizmet ve işlemlerle ilgili olarak bu ilkeye uygun hareket etmek zorundadırlar. Anayasa'nın 10'uncu maddesinin dördüncü fıkrasında bu prensip düzenlenmiştir<sup>170</sup>.

## 2. Mağdur

Mağdur, kadre uğramış, haksızlığa uğramış kişi anlamına gelen bir terimdir. Ceza hukuku terminolojisinde ise mağdur denilince, bir suçun konusunun ait olduğu kişi veya kişiler anlaşılır<sup>171</sup>. Genel olarak suçun mağduru suçla korunmak istenen hukuki yararın sahibi olan gerçek ya da tüzel kişilerdir<sup>172</sup>.

Suçun mağduru bakımından kanunda herhangi bir özellik aranmış değildir. Dolayısıyla herkes bu suçun mağduru olabilir. Mağdurun madde metninde belirtilen özellikleri dolayısı ile böyle bir ayrıma tabi tutulması gerektiği için metinde belirtilen özelliklerin mağdurda mevcut olması gerekmektedir. Bir başka deyişle madde metninde belirtilen özellikler kendisinde bulunmayan kişi ayrımcılık fiillerine maruz kalmış sayılmayacağından bu suçun mağduru da olamaz<sup>173</sup>.

Günümüzde, artık her suçun mağdurunun devlet olduğu anlayışı terk edilmekte ve suçun asıl mağdurunun o suça maruz kalmış olan kişi olduğu kabul edilmektedir. Hatta devlet dahil, tüzel kişilerin suçun mağduru olamayacağı, ancak gerçek kişilerin mağdur olabileceği haklı olarak savunulmaktadır<sup>174</sup>.

Mağdur, TC. vatandaşı olabileceği gibi, TC. vatandaşı olmayan kimseler de olabilir<sup>175</sup>. Ceza hukukunda sadece gerçek kişiler bir suçun mağduru olabilir. Tüzel kişiler, ancak suçtan zarar gören olarak değerlendirilebilir<sup>176</sup>. Bu açıdan suçtan zarar gören ile mağdur kavramının aynı şey olmadığını da belirtmek gerekir. Suçtan zarar gören kavramı mağdura göre daha geniştir<sup>177</sup>. Bir suçun işlenmesiyle hukuken korunan menfaatleri doğrudan veya dolaylı ihlal edilen kimse suçtan zarar görendir. Bir suçun mağduru da, kural olarak işlenen suç ona karşı bir haksızlık teşkil ettiğinden suçtan zarar görendir. Örneğin, bir özel hukuk tüzel kişisinin

<sup>170</sup> Artuk ve diğerleri, s. 428

<sup>171</sup> Veli Özer Özbek, Pınar Bacaksız, **CMK İzmir Şerhi, Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı**, Ankara, 2005, s.894.

<sup>172</sup> Veli Özer Özbek, M. Nihat Kanbur, Pınar Bacaksız, Koray Doğan, İlker Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yay. 1. Bası, Ankara, 2010, s.200.

<sup>173</sup> Özbek, s.826.

<sup>174</sup> Özbek, Bacaksız, CMK İzmir Şerhi, s.895.

<sup>175</sup> Mustafa Artuç, **Kişilere Karşı Suçlar**, Adalet Yay. Ankara, 2008, s.1053.

<sup>176</sup> Mahmut Koca, İlhan Üzülmüş, **"Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdurun Korunması ve Mağdura Tanınan Haklar"**, in: HPD, 2006/7, s.141.

<sup>177</sup> Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, A. Caner Yenidünya, **5237 Sayılı Yeni TCK.'ya Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Genel Hükümler I**, 2. Bası, Ankara 2006, s.473.

hissedarlarının belirli bir ırka mensup olmalarından dolayı, tüzel kişinin olağan faaliyetleri engellenmekte ise, suç belirli bir ırka mensubiyetlerinden dolayı ayrımcılığa maruz kalan kimselere karşı (tüzel kişinin hissedarları) işlenmiştir. Ancak esas sözleşmesinde yazılı faaliyetleri yerine getirmesi engellenen ve bu suretle hukuken zarara uğrayan özel hukuk tüzel kişisi suçtan zarar görendir<sup>178</sup>. CMK. m. 237 göre; Mağdur, suçtan zarar gören gerçek ve tüzel kişiler ile malen sorumlu olanlar, ilk derece mahkemesindeki kovuşturma evresinin her aşamasında hüküm verilinceye kadar şikâyetçi olduklarını bildirerek kamu davasına katılabilirler.

### C. Eylem

Ayrımcılık suçu maddede sayılan ayırım sebeplerine dayanılarak, bir taşınır veya taşınmaz malın satılmaması, devredilmemesi veya işe alınması veya alınmamasının bu ayırım sebeplerine bağlanması, besin maddelerinin verilmemesi, kamuya sunulmuş bir hizmetin yerine getirilmesinden kaçınılması veya kişinin herhangi bir iktisadi faaliyette bulunmasının engellenmesidir .Elbette bu suçun maddi unsurunun oluşabilmesi için, 122 nci maddede gösterilen sebeplerden herhangi birisine dayanılmak suretiyle ayırımın yapılması, yani hükümde sayılan sebeplerden dolayı bireye farklı muamele yapılması ve bu farklı muamelenin de maddede üç bent halinde sayılan hallerden birisinin gerçekleşmesi zorunludur<sup>179</sup>.

Maddede geçen dil teriminden insanların konuşmakta kullandıkları dili, ırk teriminden mensup oldukları milleti ve milliyeti, renk teriminden teninin rengini, cinsiyet teriminden kadın ya da erkek olmasını, siyasi düşünce teriminden kişilerin siyasi fikirlerini, felsefi inanç teriminden felsefi yorumlardan hangini benimsedikleri, din teriminden hangi dine mensup oldukları, mezhep teriminden de din içindeki farklı yollardan, tarzlardan hangisine mensup olduklarını anlamak gerekir. Maddeye 7.7.2005 tarihinde yayımlanan 5378 sayılı yasayla eklenen özürlü<sup>180</sup> teriminden ise, doğuştan veya sonradan herhangi bir nedenle bedensel, zihinsel, ruhsal, duyuşsal ve sosyal yeteneklerini çeşitli derecelerde kaybetmesi nedeniyle toplumsal yaşama uyum sağlama ve günlük ihtiyaçlarını karşılama güçlükleri olan korunma, bakım,

<sup>178</sup> İzzet Özgenç, „Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, (Genel Hükümler), 3.Baskı, Ankara 2006, s.219.

<sup>179</sup> Şen, s.514.

<sup>180</sup> 5237 sayılı Kanunun “Ayrımcılık” başlıklı 122. maddenin birinci fıkrasına, 01.07.2005 kabul ve 07.07.2005 yürürlük tarihli 5378 Özürlüler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 41. maddesiyle “özürlülük” kavramı eklenmiştir.

rehabilitasyon, danışmanlık ve destek hizmetlerine ilgi duyan ve hastalığı en hafifinden en ağırına kadar kendisinde görülen kimselerdir<sup>181</sup>.

Ayrımcılık suçu, 122 nci maddede üç bent halinde sayılan hareketlerden her hangi birinin icrasıyla gerçekleşeceğinden, seçimlik hareketlidir. Failin, belirtilen nedenleri gözeterek bu hareketleri gerçekleştirmesi aranır<sup>182</sup>. Ayrımcılık, sırf hareket suçudur. Bu itibarla "engelleme", "işe alınma veya alınmama", "reddetme" hareketlerinin yapılmasıyla tamamlanır<sup>183</sup>.

Aşağıda ayrımcılık suçuna ilişkin her bir hareket ayrı ayrı incelenecektir.

### **1. Taşınır veya taşınmaz malın satılması veya devrinin engellenmesi**

TCK.'nın 122 nci maddesinde belirtilen seçimlik hareketlerden ilki; "kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, özürlülük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak ... bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini... engellemektir".

Engelleme hareketi, maddede belirtilen saiklerle veya benzeri sebeplerle taşınır veya taşınmaz bir malın satılmasına veya devrine yönelik olmalıdır. Fiil, seçimlik hareketin özelliğine göre ihmalî veya icrai şekilde gerçekleşebilir. Örnekle ifade etmek gerekirse, kamuya açık bir müzayedeye keyfi şekilde belirli bir sosyal sınıfa mensup olanların, renk farklılığı taşıyanların alınmaması, bir kamu alım- satım ihalesinde siyasi düşünce ve felsefi inanç ayırımı yapılarak belirli kimselerin ihaleye katılmalarına mani olunması, taşınır veya taşınmaz malın satılması veya devrinin ayrımcılıkla engellenmesidir<sup>184</sup>.

Burada önemli olan taşınır veya taşınmaz malın kişiye maddede belirtilen özelliklere sahip olması nedeniyle satılmasının veya devredilmesinin engellenmesidir. Ancak fail sadece belirtilen özelliklere sahip olan kişiye değil hiçbir kimseye o malın satılmasını veya devrini engellemekte ise (başka suçlar oluşabilir ise de) ayrımcılık suçu oluşmayacaktır. Bunun gibi haklı görülebilecek sebepler suçun oluşmasını engelleyecektir. Örneğin mevzuatta yer alan bazı özel düzenlemeler nedeniyle satım veya devrin yapılmaması (yabancıların taşınmaz mal

<sup>181</sup> Artuç, s.1054.

<sup>182</sup> Necati Meran, **Kişilere Karşı Suçlar**, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s.558.

<sup>183</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.422.

<sup>184</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya,, s.423.



satın almalarının kural olarak mümkün olmaması (bir dine ait çok önemli bir eşyanın-örneğin Hz. İsa'ya ait olan Asa'nın sadece o dine mensup olan kişilere satılmak istenmesi) halinde bu suç oluşmayacaktır<sup>185</sup>. Burada failin gerçekleştirdiği engelleme eyleminin niteliği ve türü önemli değildir. Taşınır veya taşınmaz malın satılmaması sonucuna ulaşılmış olması ve bu sonucun maddede sayılan ayırım nedenlerine dayandırılmış olması gerekir<sup>186</sup>.

Bir taşınır veya taşınmaz malın satılması satım sözleşmesi ile olacağı için bu sözleşmelerin genel şartlarının oluşması gerekli ve yeterlidir. Kanunun bu malların devirleri ve satılmaları konusunda aradığı tüm prosedüre uygun yapılmasının aranması beklenemez. Örneğin taşınmazlara ilişkin satım sözleşmeleri tapu dairesinde yapılmalıdır. Ancak bu satımın haricen yapılması yani kanunun aradığı tüm şartlar yerine getirilmese de sayılan özellikler nedeniyle engellenmesi halinde de suç oluşacaktır. Kanaatimizce bir taşınır ya da taşınmazın ipotek edilmesinin veya rehnedilmesinin, sayılan özelliklerden dolayı engellenmesi halinde bu madde uygulanamayacaktır. Çünkü kanun açıkça satılmadan veya devirden bahsetmiştir<sup>187</sup>.

Maddi unsurla ilgili önemli bir hususa yer vermek gerekir. Buna göre, maddenin "a" bendinde bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya bir hizmetin icrasını engelleyen kişinin cezalandırılacağı belirtildiğinden, taşınır veya taşınmaz malı satmayan, devretmeyen veya bir hizmeti maddede öngörülen sebeplerden herhangi birisinden hareketle yerine getirmeyen kişinin cezalandırılmayacağı düşünülebilir. Bir başka ifadeyle, satışı, devri yapmayan veya hizmeti yerine getirmeyen değil, bunları engelleyen kişinin fail olacağı iddia edilebilir. Ancak madde gerekçesinin ikinci paragrafına<sup>188</sup> bakıldığında, maddede sayılan ayırım nedenlerine dayanmak suretiyle bir taşınır veya taşınmaz malı satmayan, devretmeyen veya icra olunması gereken bir hizmeti icra etmeyen kişinin de cezalandırılması öngörülmüştür.

---

<sup>185</sup> Veli Özer Özbek, **TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı (Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı)**, Cilt 2, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s.827.

<sup>186</sup> Meran, s.558.

<sup>187</sup> Özbek, s.827.

<sup>188</sup> Ahmet Gündel, **Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması**, Ankara, 2009, s.2730. Madde gerekçesinin ikinci paragrafında suçun maddi unsurlarını üç ayrı bentte ayrı ayrı belirtmiştir. Bu fiiller, maddede sayılan ayırım nedenlerine dayanılarak bir taşınır veya taşınmaz malın satılmaması, devredilmemesi veya bir hizmetin icra olunmaması, hizmetten yararlanmanın engellenmesi, kişinin işe alınması veya alınmamasının bu ayırım nedenlerine bağlanması, besin maddelerinin verilmemesi, kamuya arz edilmiş bir hizmetin yapılmasından kaçınılması, kişinin herhangi bir ekonomik faaliyette bulunmasının engellenmesidir.

Özel hukuk alanında da bireyler arasında bizatihi bu ayrılıklara dayanarak taşınır veya taşınmaz bir malın satılmasının engellenmesi suç kapsamında değerlendirilmelidir. Ancak bu son ihtimalde "sözleşme özgürlüğü" ne ilişkin hakkın sınırının (TCK.m.26/1) aşılp aşılmadığı somut olayda önem arz edebilir. Nitekim bir kimse sahibi bulunduğu taşınmazı dilediği kimseye satmakta serbest ise de, (X) mezhebindeki veya dinindeki kimselere taşınmazını satmayacağını açıklaması suç oluşturabilir.

Belirli bir dine yönelik eşyaların sadece o dine mensup kimselere satılması koşulunun aranması ya da mevzuatta yer alan bir takım kısıtlamalar dolayısıyla bir malın satımına müsaade edilmemesi (örneğin, yabancılara taşınmaz satımı gibi<sup>189</sup>) engelleme olarak değerlendirilmez.

Konuyla bağlantısı dolayısıyla ifade edelim ki, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 5 inci maddesinde kamu ihalelerinde eşitlik ilkesine yer verilmiştir. Böylece ihale, mevzuatta ve ihale ilanında belirtilen objektif kıstaslara göre, eşitlik prensibine uygun yürütülmelidir. Keza 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununun 5 inci maddesinde; saydamlık, rekabet, güvenlik, gizlilik gibi ilkelerin yanı sıra eşit muamele ilkesinden de bahsedilmektedir<sup>190</sup>. Eşitlik ilkesi kamu ihalelerini oluşturan bir diğer ilke olan rekabetin tesisi için gereklidir. İdarenin yapmış olduğu ilan çerçevesinde her istekli ihaleye teklif verme hakkına sahiptir. Bununla beraber bu kuralın istisnalarına da yer verilmiştir. Örneğin, Kamu İhale Kanununun 20 nci maddesinde belli istekliler arasında ihale usulü düzenlenmiştir. Belli istekliler arasında ihale usulü, işin özelliğinin uzmanlık veya ileri teknoloji gerektirdiği hallerde açık ihale usulünün uygulanamadığı mal ve hizmet alımlarında söz konusu olmaktadır. Bu yöntemde de eşitliğin sağlanması için KİK'nun 20 nci maddesinde ön yeterlik incelemesi usulü getirilmiştir. Belli istekliler arasında ihale yapılabilmesi için idarece öncelikle ön yeterlilik ilanı yapılmaktadır. Bu ilana bütün isteklilerin başvurma hakkı bulunmaktadır. Ancak idare bu istekliler arasından teknik yeterlilikleri ve güçlerini kabul ettiği kişiler arasında ihaleyi gerçekleştirebilir<sup>191</sup>.

---

<sup>189</sup> Bu konuda bkz. Aysel Çelikel, Günseli Öztekin Gergel, **Yabancılar Hukuku**, 12. Bası, İstanbul, 2005, s. 219 vd.

<sup>190</sup> Bkz. Kemal Gözler, **İdare Hukukuna Giriş**, 4. Bası, Bursa, 2006, s.189.

<sup>191</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.423

## 2. Bir Hizmetin İcrasının Veya Bu Hizmetten Yararlanmanın Engellenmesi

TCK'nin 122 nci maddesinin 1 inci fıkrasının (a) bendinde belirtilen diğer bir seçimlik hareket, "bir hizmetin icrasının veya bu hizmetten yararlanmanın engellenmesi" dir. Bu seçimlik hareket açısından da somut olayın özelliğine göre değerlendirme yapmak gerekir. Örneğin yaz aylarında bazı otellere bekâr erkek grupların alınmaması veya eğlence yerlerine partneri olmaksızın erkeklerin girememesi ya da restoranlarda aile kısmı ayırımı yapılması, sigara içen-içmeyen ayırımı yapılması esasen söz konusu hizmetlerden faydalanan diğer kimselerin menfaatleri, hak ve özgürlükleri düşünülerek getirilen ölçülü düzenlemeler olmaları halinde, işin özelliklerine uygun, haklı ve makul sayılarak inceleme konusu suç oluşturmaz.

Buna karşılık hukukça meşru sayılabilecek haklı bir sebep olmaksızın kişiler arasında bir kamu hizmetinin icrası veya hizmetten faydalanma bakımından ayırım yapılması suça vücut verir. Örneğin, (X) bölgesinde sadece (Y) şehri doğumlu kimselerin yolcu taşımacılığı yapabileceğini söyleyerek kişinin otobüs işletmesinin engellenmesi ya da belirli bir inanişâ, ırka, renge veya mezhebe mensup kimseleri yetkililerin yolcu otobüsüne almaması bu suça vücut verir. Görüldüğü üzere; ayırım yaparak insan onuruyla bağdaşmayacak, eşit işlem görme hakkını ihlal edecek şekilde kamuya sunulmuş bir hizmetten bazı vatandaşları mahrum etme suçun gerçekleşmesi için yeterlidir. Engelleme hareketi, kişinin bu tasarruflardan tamamen mahrum kılınması olabileceği gibi hizmetten faydalanmanın zorlaştırılması, bir hizmetin icrasına başlandıktan sonra bunun kesintiye uğratılması, güçlükle sürdürülmesi şeklinde de tezahür edebilir. Ayrıca engellenmenin, somut olayda icrai veya ihmali bir davranışla gerçekleştirilebileceğini belirtmek gerekir<sup>192</sup>.

---

<sup>192</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.424

### 3. Kişinin İşe Alınması veya Alınmamasının Birinci Fıkroda Sayılan Hallerden Birine Bağlanması

TCK.'nın 122 nci maddesinin (a) bendinde sayılan üçüncü hareket; bir kimsenin işe alınması veya alınmaması kararının maddede örneklendirilen hallerden birine dayandırılmasıdır. Kanun koyucu iki hususu bir arada düzenlemiştir:

- a) Ayrımcılık yaparak keyfi şekilde sadece belirli özelliklere sahip kişilerin işe alınması ya da,
- b) Bu düşünceyle bir takım kimselerin işe alınmaması. Kanımızca her iki hareket de madde kapsamında suç teşkil eder.

İş Kanunu'nun 5inci maddesinde "eşit davranma ilkesine yer verilmiştir. Bu anlamda işverenin iş sözleşmesinden kaynaklanan borçlarından biri de eşit işlem yapma borcudur. İşveren kural olarak tüm işçilerine eşit davranmakla yükümlüdür.

İş Kanunu'nun 5 inci maddesinin 1 inci fıkrasında; "iş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz" denmiş ve üçüncü fıkroda; "işveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz" hükmüne yer verilmiştir. Ancak "iş ilişkisi" kavramının, sözleşmenin kurulmasından sonraki safhayı kapsayacağı, bu sebeple işe alınmada yapılan ayrımcılığın bu fıkraya girmediği belirtilmiştir<sup>193</sup>.

İş Kanunu'nun 99 uncu maddesinde bu hükümlere aykırılık, idari para cezasını<sup>194</sup> gerektiren bir fiil olarak düzenlenmiştir. İfade edelim ki, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 15 inci maddesinin 3 üncü fıkrası uyarınca, bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanacağından, 122 nci maddenin kapsamına giren hallerde, İş.K.m.99 tatbik edilemez<sup>195</sup>.

<sup>193</sup> Sarper Süzek, **İş Hukuku (Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku)**, 2. Bası, İstanbul, 2005, s. 361.

<sup>194</sup> İdari para cezası olarak, İşveren veya işveren vekiline ayrımcılık yaptıkları durumda her işçi için elli milyon lira para cezası verilir.

<sup>195</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 425.

Böylece çok sayıda işçi alınacak bir işyerinde, aranan niteliklere sahip kadınlar bulunmasına rağmen, işe alınacak işçilerin sadece erkekler arasından seçilmesi, somut olayın durumuna göre cinsiyet nedeniyle bir ayırım yapıldığını gösterebilir<sup>196</sup>.

Cinsiyet bakımından ayırım yapılmasından anlaşılması gereken, bir kurum ya da kuruluşa çalışacak eleman alınması sırasında yalnızca bayan çalıştırılması gereken bir bölüme erkek eleman alınmaması değildir. Ancak çalışılması gereken bölümde cinsiyetin öneminin bulunmamasına ve başka bir nedeni olmamasına rağmen kadın ya da erkek veya transseksüel, heteroseksüel, heteroseksüel ya da biseksüel bir kimsenin sadece bu özelliği gerekçe gösterilerek işe alınmaması ayrımcılık suçunu oluşturacaktır. İşe almamanın başka bir gerekçesinin bulunması durumunda ise, ayrımcılık suçunun oluştuğundan söz edilemez<sup>197</sup>.

Yapılan işin niteliği de gözetilerek iş sahibinin belirli özelliklere sahip kimseleri tercih etmesi veya etmemesi mümkündür. İşveren 122 nci maddede belirtilen insan onuruyla bağdaşmayan ve keyfi amaçlarla hareket ederek tercihinin kullanmadığı sürece bu suçu işlemiş olmaz. Çünkü hükmün amacı vatandaşlar arasında keyfi ayrımcılık yapılmasını önlemektir. Yoksa işveren, aradığı kişisel özelliklere sahip ve gönlüne uyan kimselerle çalışmak serbestisine sahiptir<sup>198</sup>.

## **5. Besin Maddelerini Vermemek veya Kamuya Arz Edilmiş Bir Hizmeti Yapmayı Reddetmek**

TCK.'nın 122 nci maddesinin 1 inci fıkrasının (b) bendinde yer alan seçimlik hareket ise; "besin maddelerini vermemek veya kamuya arz edilmiş bir hizmeti yapmamaktır". Böylece besin maddelerinin söz konusu ayırımlara dayanılarak verilmemesi veya yine bu ayırımlar gözetilerek kamuya arz edilmiş bir hizmeti yapmamak bu suça vücut verir.

Hareketin şekli yönünden "vermemek" ile "reddetmek" hareketleri ihmali nitelik taşımaktadır. Seçimlik hareketin gerçekleşmesi için, bu yöndeki davranışların süreklilik arz etmesi gerekmez. Bir kez dahi olsa maddede belirtilen ayırımlara

---

<sup>196</sup> Süzek, s. 363.

<sup>197</sup> Meran, s.559.

<sup>198</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya s.425.

dayanarak besin maddelerinin verilmemesi veyahut kamuya arz edilmiş bir hizmetin yerine getirilmemesi suçun oluşumu için yeterlidir.

Bu seçimlik hareketlere örnek olarak; bir takım ayrımlar düşünülerek kişilere ekmek satılmaması, halk otobüsüne alınmaması<sup>199</sup>, özel hastaneye kabul edilmemesi, eczane tarafından ilaç verilmemesi gösterilebilir. Besin maddelerinin verilmemesi veyahut kamuya arz edilmiş hizmetin yapılmaması dolayısıyla ayrımcılık dışında başka suçlar da gerçekleşebilir. Örneğin, eczane tarafından belirli ayrımlara dayanarak ilaç satılmayan mağdurun, bu nedenle sağlığı da bozulmuşsa, kasten yaralamaya ilişkin hükümler (TCK.m.86)<sup>200</sup> ayrıca tatbik edilir<sup>201</sup>.

## 6. Kişinin Olağan Bir Ekonomik Etkinlikte Bulunmasının Engellenmesi

TCK.'nın 122 nci maddesinin 1 inci fıkrasının (c) bendinde yer alan seçimlik hareket ise; "olağan bir ekonomik etkinlikte bulunulmasının engellenmesidir".

Diğer kavramlar anlaşılır olmakla birlikte (c) bendindeki "olağan bir ekonomik etkinlik" ifadesinden ne anlaşılması gerektiği açık değildir. Meran göre; ifade soyut ve geniş olarak seçilmiştir. Bununla birlikte kişinin parasal yarar sağlamasına dayanan her türlü alışveriş ya da sözleşme ilişkisi olağan ekonomik etkinlik olarak değerlendirilmelidir. Ancak kişiye parasal bir yarar sağlamayan ödünç para veya emanet vermek vb. etkinlikler olağan ekonomik faaliyet olarak değerlendirilmez<sup>202</sup>. Malkoç' a göre; bu görüş kısmen benimsenebilir olmakla birlikte, bu ifade kişinin

<sup>199</sup> Basında da yer alan bilgiler çerçevesinde ilk defa İstanbul'da tekerlekli sandalyesiyle binmek istediği özel halk otobüsünün şoförü tarafından `seninle uğraşamam` denilerek reddedilen engelli Teslime Tabacı verdiği hukuk mücadelesini kazanmış olup, ayrımcılık başlığı altında düzenlenen TCK 122/1-a maddesi uyarınca, şoför Abdulvahap Oran'a 6 ay hapis cezası veren mahkeme heyeti, bu cezayı, TCK 50/1-e maddesi uyarınca `6 ay suresince e sınıfı ehliyetinin geri alınarak halk otobüsü işletim görevinin yasaklanması` kararına dönüştürdü. Ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.engelliler.biz/forum/hukuk/11822-tekerlekli-sandalyeli-diye-yolcuyu-otobuse-almayan-soforlere-karsi-mucadele-hukuk.html> (erişim tarihi:05.08.2010)

<sup>200</sup> TCK. 86. maddesi ile Kasten yaralama suçunu düzenlemiştir. (1) Kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Kasten yaralama suçunun;

- Üstsoya, altsoya, eşe veya kardeşe karşı,
- Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı,
- Kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle,
- Kamu görevlisinin sahip bulunduğu nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle,
- Silâhla,

İşlenmesi hâlinde, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

<sup>201</sup> Artuk ve diğerleri, s.426.

<sup>202</sup> Meran, s. 422.

mendi kendine karar verip uygulayabileceği ekonomik etkinlikleri olarak kabul edilebilir. Zira faaliyetin parasal yarar sağlayıp sağlamaması şeklinde bir ayırım tatmin edici görünmemektedir. Zira burada esas hareket noktası bireylerin özgür olarak ekonomik faaliyet gösterebilmesidir. Önemli olan, faaliyetin türü veya niteliği değil, bu hakkın kullanılıp kullanılmamasıdır<sup>203</sup>. Doktrinde kiraya vermenin iktisadi faaliyet sayılabileceği, borç veya emanet vermenin ise bu kapsamda değerlendirilemeyeceği ifade edilmiştir<sup>204</sup>. Artuk-Gökçen-Yenidünya' ya göre "olağan ekonomik faaliyet" kavramı, bireyin her türlü alış veriş ve sözleşme ilişkilerini kapsamına alır.

Doğal olarak, kişilerin bazı iktisadi faaliyetleri yerine getirmeleri izin, ruhsat gibi koşullara bağlı tutulmuş olabilir. Burada önemli olan söz konusu niteliklere sahip olunmasına rağmen, bireyin bizatihi ırk, din, dil, mezhep gibi ayrımlar sebebiyle bu meslek ve sanatı yürütmesine engel olunmasıdır. Engelleme hareketi icrai nitelikte olabileceği gibi somut olayın özelliğine göre, ihmali nitelikte de bulunabilir. Örneğin, kişinin işyerinin bu maksatlarla kapatılması, işten çıkarılması icrai, ekonomik faaliyette bulunamaması için gerekli izinlerin verilmemesi ihmali mahiyettedir<sup>205</sup>.

## 7. Benzeri Sebepler Kavramı

Madde ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak demek suretiyle maddenin uygulanmasını oldukça genişletmiştir. Ancak bunun kanun yapma tekniğine ve kanunilik ilkesinin belirlilik güvencesine uygun olduğunu söylemek mümkün değildir. Bir spor kulübünün taraftarı olmak veya bir sendika üyesi olmak bu madde bakımından ayırımcılığa neden olacak bir özellik midir? Örneğin İzmir Karşıyaka' da sandviç yemek isteyen bir Göztepe taraftarına bu besin maddelerinin verilmemesi halinde Özbek' e göre maddenin uygulanmasını bu kadar genişletmek doğru değildir. Birinci fıkrada sayılan özellikler evrensel manada ayırımcılık olduğu kabul dilen özelliklerdir. Bu sebepleri mümkün olduğunca sınırlı sayıda kabul etmek yerinde olacaktır<sup>206</sup>.

Artuç' a göre, kanunda belirtilen nedenlerin yanında madde de "ve benzeri sebepler" terimi yer aldığından bu sayma sınırlandırıcı değil, örneklendirici

<sup>203</sup> İsmail Malkoç, **Yeni Türk Ceza Kanunu (Madde 1-178)**, C.1, Malkoç Kitapevi, Ankara, 2008, s. 1086.

<sup>204</sup> Şen, s. 514-515.

<sup>205</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.427.

<sup>206</sup> Özbek, s.829.

niteliktedir. Örneğin, maddede yer almamasına karşın, servet, ulusal veya sosyal köken bu kapsamda değerlendirilebilir<sup>207</sup>. Her ne kadar Artuç' a göre, "ve benzeri sebepler" kavramı örneklendirici nitelikte olup madde yer almamasına karşın, servet, ulusal veya sosyal köken de ayrımcılık nedeni olarak değerlendirilse de; bu görüş "suçta ve ceza da kanunilik ilkesine"<sup>208</sup> aykırıdır. Kanaatimizce de; ayrımcılık suçunun oluşabilmesi için gerekli sebepleri somut kavramlarla 122. madde de göstermiştir. Ancak ayrımcılık suçunu oluşturacak sebeplerden sonra "ve benzeri" kavramına yer vermek suretiyle "suçta ve cezada kanunilik ilkesi" ihlal edilmiştir. Kanun koyucu 122. Maddede, kişiler arasında dil, renk, ırk, cinsiyet, özürlülük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep sebeplerinden en az birisine dayanan failin, hükümde gösterilen konularda ayrımcılık yapmasını suç saymakla "kanunilik ilkesine" uygun hareket etmiş olsa da, maddenin devamında "ve benzeri sebepler" kavramını kullanarak kanunilik ilkesinin ihlaline<sup>209</sup> yol açabilecek bir düzenleme getirmiştir. Sonuç olarak "ve benzeri sebepler" düşünülüğünde kavramın soyut olması, uygulamada keyfi hareket edebilme imkanı yaratacak, ayrıca kanunilik ilkesine aykırı bir düzenleme olduğu için madde metninde yer alan " ve benzeri sebepler" kavramının yürürlükten kaldırılması gerektiği kanaatindeyim.

---

<sup>207</sup> Artuç, s. 1054.

<sup>208</sup> Suçta ve cezada kanunilik ilkesi mutlaklıdır. TCK. 2. maddesinde düzenlenmiştir.

#### **Suçta ve cezada kanunilik ilkesi**

Madde 2- (1) Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz.

(2) İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz.

(3) Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.

<sup>209</sup> Özbek'e göre kanunilik ilkesinin anlamı şudur: Yasada gösterilmeyen bir fiil suç oluşturamaz (nullum crimen sine lege); suçta ancak yasadaki gösterilen ceza uygulanabilir (nulla poena sine lege). Böylece hakim, eylemleri suç sayma ve cezalandırma yetkisi sınırlandırılmış, bir yerde keyfilik önlenmiş olur. Diğer yandan, bireyler de hangi eylemlerin suç teşkil ettiğini önceden öğrenme ve buna göre davranma olanağına kavuşurlar; bu da onlar için güvence demektir. Özbek ve diğerleri. s.65.



## V. SUÇUN HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

5237 s. YTCK, hukuka uygunluk sebeplerini 765 s. TCK gibi hukuka uygunluk sebepleri başlığı altında düzenlememiştir. YTCK düzenlemesinde hukuka uygunluk sebepleri birinci kitap ikinci kısım ve ikinci bölümde ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler arasında düzenlemiştir. Hukuka uygunluk sebeplerinin bu bölümde ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler ile birlikte düzenlenmesi kanımızca doğru olmamıştır. Çünkü öncelikle belirtmeliyiz ki hukuka uygunluk sebepleri fiilin hukuka aykırı olmasını engeller, niteliği gereği ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran bir neden değildir. İkinci olarak hukuka uygunluk sebeplerinin kusurluluğu ortadan kaldıran haller ile aynı kategoride değerlendirilmesi mümkün değildir. Suçun yapısallığı bakımından ilgili oldukları unsurlar farklıdır<sup>210</sup>.

Hukuka aykırılık, hukukun genel olarak yapılmasını ya da uyulmasını istediği taleplerin (emir ve yasakların) aksine olarak fiil hakkında ifade edilen “negatif değer” hükmüdür<sup>211</sup>. Söz konusu aykırılık sadece ceza hukukunun değil bütün hukuk düzeninin aykırılıktır<sup>212</sup>. Dolayısıyla ceza hukuku dışında da söz konusu fiili hukuka uygun kılan bir neden varsa hukuka aykırılıktan söz edilemeyecektir<sup>213</sup>. Kanuni tipe uygun fiil aynı zamanda hukuka da aykırı olmalıdır. Hukuka aykırılık özelliği de arz etmeyen bir fiil suça ilişkin kanuni tipe uygun olsa da suç oluşmayacaktır. Kanunda belirtilen hukuka uygunluk sebeplerinin bulunmadığı bir fiil hukuka aykırı olmaya devam edecektir<sup>214</sup>. Ancak söz konusu hukuka aykırılık gerek ceza kanununda gerekse ceza kanununun dışında başka düzenlemelerde bulunan bazı sebeplerle ortadan kaldırılıyor<sup>215</sup> ise hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bu sebeplere “hukuka uygunluk nedenleri” denilir<sup>216</sup>. Kanundaki tipe uygun yapılan fiil karine olarak hukuka aykırıdır<sup>217</sup>. Dolayısıyla onun hukuka uygunluğunun değerlendirilmesi gerekir.

---

<sup>210</sup> Fusun, Akıncı-Sokullu. “**Suç Siyaseti Bağlamında, Yeni Türk Ceza Kanununun Genel Değerlendirilmesi**”, Yeni Türk Ceza Kanununun Getirdikleri, Kazancı Hukuk, İşletme ve Maliye Bilimleri, S.5, Ocak 2005, s.14, DOĞAN Koray, **Göçmen Kaçakçılığı Suçu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005, s.131.

<sup>211</sup> Özbek, İzmir Şerhi C.1. s.151.

<sup>212</sup> M. Emin Artuk / Ahmet Gökçen / Ahmet Caner Yenidünya .“ **Ceza Hukuku Genel Hükümler – I**” Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002. s.467.

<sup>213</sup> Demirbaş...2005. 235.

<sup>214</sup> İçel, Suç Teorisi... s.92.

<sup>215</sup> Faruk Erem. “ **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, C.I, Genel Hükümler**”, 10.Baskı, Ankara, 1973. s.32–33.

<sup>216</sup> Sulhi Dönmezer. “**Genel Ceza Hukuku Dersleri**”, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2003, s. 148.

<sup>217</sup> İçel, Suç Teorisi... s.92.

5237 Sayılı TCK' da hukuka uygunluk sebepleri, kusurluluğu kaldıran ya da azaltan sebepler ile birlikte TCK' nın Genel Hükümleri'nin İkinci Bölümünde "Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler" başlığı altında düzenlenmiştir. Bu düzenleme şekli doktrinde haklı olarak eleştirilmekte ve hukuka uygunluk sebepleri ile kusurluluğu kaldıran ya da etkileyen sebeplerin ayrı bir başlık altında düzenlenmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>218</sup>. Nitekim hukuka uygunluk sebepleri kanunda kusurluluğu ortadan kaldıran ya da azaltan sebepler olarak belirtilen cebir ve şiddet, korkutma ve tehdit, sağır ve dilsizlik, hata, haksız tahrik, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı gibi nedenlerden farklı olarak kusurluluğu değil, fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaktadır. Dolayısıyla hukuka uygunluk sebepleri ile ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler farklı iki unsur olarak nitelendirildiği için Kanun sistematüğinde aynı başlık altında düzenlenmesi her iki kurumun yapısına aykırıdır<sup>219</sup>. Düzenleme, bazı sebeplerin hukuka uygunluk sebebi mi yoksa kusurluluğu etkileyen bir sebep mi olduğu sorunu ortaya çıkarmaktadır.

YTCK, beş farklı hukuka uygunluk nedeni düzenlemiştir<sup>220</sup>. Bunlar sırasıyla kanun hükmünü yerine getirme (YTCK m.24/1) meşru savunma (YTCK m.25/1) zorunluluk hali (YTCK m.25/2) hakkın kullanılması (YTCK m.26/1) ve ilgilinin rızasıdır (YTCK m.26/2). Tipe uygun ve kusurlu olarak işlenen fiil, gerek YTCK' de belirtilen hukuka uygunluk nedenleri varsa gerekse diğer başka kanunlarla getirilen hukuka uygunluk nedenleri mevcutsa, hukuka aykırı sayılmayacak ve faile ceza verilmeyecektir.

Ayrımcılık suçu açısından, ayrımcılığa yönelik fiillerin zorunluluk hali altında işlenmesi teorik olarak mümkün görünse de klasik hukuka uygunluk nedenlerinin bu madde bakımından uygulanması mümkün gözükmemektedir<sup>221</sup>. Doktrinde Şen; Eğer YTCK 24 md. kapsamına giren kanun hükmünü veya hukuka uygun şekilde verilen amirin emrini icra anlamında bir hukuka uygunluk sebebi somut durumda varsa, bu halde suçun oluştuğundan da bahsedilmeyecektir. Kanunun 24. maddesine göre, kanunun hükmünü, geniş, manada hukuk kurallarının gereklerini

<sup>218</sup> Özbek, İzmir şerhi C. I, s.331.

<sup>219</sup> Özbek, İzmir şerhi C. I, s.332.

<sup>220</sup> Aynı yönde Demirbaş, s.245, Artuk / Gökçen / Yenidünya ve Özbek, YTCK 'nın dört hukuk uygunluk nedeni düzenlediğini kabul etmektedir. Bkz. ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, 5237 sayılı... s.486. Özbek'e göre; YTCK'nın sadece kanun hükmünü yerine getirme, meşru savunma, hakkın kullanılması ve ilgilinin rızasını hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlediğini belirtmekte, amirin emrini ifa ile zorunluluk halini ise mazeret sebebi – kusurluluğu ortadan kaldıran nedenler olarak düzenlediğini ileri sürmektedir. Bkz. ÖZBEK, İzmir Şerhi, s.151.

<sup>221</sup> Özbek, C. 2...s.829.

yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan kişinin fiili suç sayılmayacak ve bu fiil nedeniyle sorumlu tutulmayacaktır.

Örneğin, dini inancının gereklerine uygun şekilde giyindiğini söyleyen bireyin, belirli bir yere girmesi veya iş için müracaat etmesi ya da bulunduğu yerde yasak olmasına rağmen inançları doğrultusunda giyinmekte veyahut davranmakta ısrar etmesi, “görevin ifası” olarak bir hukuk kuralı veya geçerli bir emir bulunması halinde, görevin ifasında yetkili olanlar tarafından o bireyin girmesi, başvurusu ve kamu hizmetinden yararlanması engellenebilecektir. İşte bu engelleme fiili, 122. maddede düzenlenen “ayırıcılık” suçu kapsamına girmeyecektir, çünkü suçun “hukuka aykırılık” unsuru oluşmamıştır.

Herkes, din ve vicdan hürriyeti kapsamında istediği gibi inanmakta serbesttir. Hiç kimse dini inancından dolayı ayırıcı muameleye tabi tutulamaz. İşte bu kapsama, o devlette görev yapan kamu görevine girme ve kamu görevi yaparken sahip olunması gereken hak ve yetkiler bakımından ayırım yapılmamalıdır. Ancak devlet, vatandaşlara sunduğu hizmetler açısından “tarafsızlık” ve “eşitlik” ilkelerine göre hareket etmek zorundadır. Bu sebeple, vatandaşların doğrudan doğruya devletin sunduğu hizmetlerden faydalandıkları veya otorite ile karşı karşıya geldikleri alanlarda kamu görevlilerinin dini, siyasi, felsefi inanç ve görüşlerini yansıtan sembolleri, giysileri ve unsurları taşımaları yasaklanabilir. İşte bu yasaklama, “eşitlik” ilkesine aykırı düşmedikçe, yani dini, siyasi, felsefi, inanç ve görüşler arasında ayırım yapılmadıkça, hukuka aykırı sayılmayacaktır. 122. madde esas olarak, vatandaşlar arasında çeşitli sebeplere dayanan ayırım yapılmasını ve bu kapsamda etnik guruba mensupluk, ırk, din, mezhep sebepleriyle bireyler arasında ayırım yapılmasının, yani bölücülüğe başvurulmasının önlenmesini amaçlamıştır.

Şen’ e göre; söz konusu madde bu amaca hizmet etmekten uzaktır. Bu hükümden beklenen yararın aksine, Ülkede mevcut bulunmayan bir sorunu körükleyebilecek, doğmasına, hatta ayırıcılık sorunun artmasına yol açabilecektir. Bu şekilde hükümler düzenleyerek, olmayan veya gündeme getirilmek istenmeyen bir sorunu bireylerin zihinlerine işlemek yanlış olmuştur<sup>222</sup>.

---

<sup>222</sup> Şen, s.518-519.

## VI. MANEVİ UNSUR

Ceza sorumluluğu bakımından en temel koşul, insan davranışının iradi olarak gerçekleştirilmesidir. İradi olmayan davranış hukuka aykırı olsa bile failin bundan sorumluluğunun olması mümkün değildir<sup>223</sup>. İşlenen fiil ile fail arasındaki bu sübjektif bağlantı, suçu oluşturan haksızlığın kusurluluk unsurunu oluşturmaktadır<sup>224</sup>. Fiilin fail hesabına bir kusur olarak kaydedilebilmesi için bir manevi bağlantının bulunması gereklidir<sup>225</sup>. İşte kusurluluk bu manevi bağı oluşturur. Failin ancak cezalandırılacak fiil bakımından kusurlu olması aranır ve failde kusur ancak yaptığı eylem bakımından sonuç doğurur<sup>226</sup>. YTCK üç tür kusur düzenlemiştir. Bunlar; kast, taksir ve netice sebebiyle ağırlaşmış suç hükümleridir. YTCK kastı m.21'de, taksiri ise m.22'de tanımlamış, m.23'de ise netice sebebiyle ağırlaşmış suçtan kaynaklanan sorumluluğu düzenlemiştir.

Suçun manevi unsuru kasttır (TCK.m.21/1). Öğretide kast, bilmek ve istemek olarak tanımlanır<sup>227</sup>. Fail, bilerek ve isteyerek fiili işlemiş olmalıdır. Bu suç taksirle (dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılıkla) işlenemez. Ayrıca ceza normunda belirli bir saikle (amaçla) hareket edilmesi de aranmıştır<sup>228</sup>. Fiilin taksirli şekli (dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılıkla cezalandırılmamıştır<sup>229</sup>. Ayrımcılık suçu taksirle işlenemez. YTCK m.22/2'ye göre; "Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanunî tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesidir." Aynı maddenin birinci fıkrasında ise kişinin taksirden dolayı cezalandırılabilmesi için ancak kanunda açık bir hüküm bulunması gerektiği düzenlenmiştir. YTCK m.21/1'e göre ise; "Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır." Görüldüğü üzere bir suç kural olarak ancak kasten işlenebilecektir. Taksirden dolayı sorumluluk istisnadır ve kanunun açıkça o fiilin taksirle işlenmesini de cezalandıracağı yönünde bir hükme ihtiyaç vardır. Öğretide suçun ancak özel kastla işleneceği ileri sürülmüş<sup>230</sup> buna gerekçe olarak da failin kişiler arasında

<sup>223</sup> Nur Centel, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2002, s.304., s.304, Kayıhan İçel/ Füsün Sokullu-Akıncı / İzzet Özgenç / Adem Sözüer/ Fatih Selami Mahmutoğlu/ Yener Ünver, Suç Teorisi, İkinci Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2000. S. 198.

<sup>224</sup> İçel, Suç Teorisi... s.198.

<sup>225</sup> Artuk/ Gökçen / Yenidünya, 5237 Sayılı... s.549.

<sup>226</sup> ÖZBEK, İzmir Şerhi, s.155.

<sup>227</sup> Özbek ve diğerleri, s.238.

<sup>228</sup> Süheyl Donay, Mahmut Kaşıkçı, **Açıklamalı-Karşılaştırmalı-Gerekçeli 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yürürlük Kanunu**, İstanbul, 2004, s. 178.

<sup>229</sup> Artuk/ Gökçen / Yenidünya, Ceza Özel....s. 429.

<sup>230</sup> Ayrımcılık suçunun manevi unsurunun özel kast olduğu yolundaki görüşler için bkz. Şen, 514, Yenidünya, 111-112, Meran, 423. Karan ise suçun manevi unsurunu özel kastın oluşturduğunu kesin olarak belirtmemekle beraber, bu suçta özel kast aranmış olmasının fiilin ispatı bakımından sorun

ayrımcılık yapması bakımından sahip olduğu saik gösterilmiştir. Aynı şekilde 122 nci maddenin gerekçesinde de suçu tipinde belirtilen ayrımcılık niteliğindeki hareketlerin “maddenin birinci fıkrasında gösterilen saiklere bağlı olarak gerçekleştireceği ve bunlara kişilere karşı kökenleri, cinsiyetleri, aile durumları, örf ve adetleri, kişilerin değişik felsefi inançları, ayrı bir etnik gruba mensup bulunmaları, farklı ırk, din, mezhep mensubu bulunmaları nedeni ile gerçekleştirilmiş olacağı” belirtilerek bu açıklamaların ayrımcılık suçunun manevi unsuru bakımından özel kast fikrini güçlendirdiği ileri sürülmüştür<sup>231</sup>. Özbek’e göre; bu fiillerin suç tipi haline getirilmesindeki amaç failerde bulunacak bu türlü Saikler sonucu yapılacak ayrımcılığın önüne geçmek ise de madde metninin kaleme alınış şekline bakıldığında suçun manevi unsurunun özel kast olmadığı genel kastın yeterli olduğu görülecektir. Nitekim failde yer alan saik kastın özel kast haline dönüşmesine değil aksine hareketin metinde yer alan neticeye yönelmesini ifade etmektedir. Zaten madde metninde belirtilen neticelere yönelmeyen hareketler madde kapsamında suç olarak değerlendirilmeyecektir<sup>232</sup>.

Ayrımcılık suçunun varlığı için, yukarıda açıklanan hareketler, kişilere karşı kökenleri, cinsiyetleri, aile durumları, örf ve adetleri, değişik felsefi inançları, engelleri, ayrı bir etnik gruba mensup bulunmaları, farklı ırk, din, mezhep mensubu olmaları nedeni ile gerçekleştirilmiş olmalıdır. İfade edelim ki, suçun anılan saiklerle işlenip işlenmediğinin ispatı oldukça güçtür. Somut olayın özellikleri değerlendirilmeli ve faildeki bu düşünceler dış dünyaya açıkça yansımadağça manevi unsurun oluşmadığı kabul edilmelidir<sup>233</sup>. Örneğın, işverenin beğenmediğı kimseleri işe almaması halinde maddede öngörülen suç oluşmaz. İşe almamanın, maddenin ilk kısmında belirtilen (veya benzer) sebeplerle gerçekleşmesi zorunludur. Yine bizatihi ticari kaygılarla bedelini tahsil edemeyeceğı endişesiyle belirli inanç ve görüşte olanlara mal satılmaması bu kapsamda değerlendirilebilir<sup>234</sup>. Son olarak, bu suçta saik, suçun temel şeklinde aranan bir unsur olduğundan, fiilin olası kastla (TCK.m.21/2) gerçekleştirilmesi mümkün değildir<sup>235</sup>.

---

oluşturacağını ifade ederek özel kast aranacağı sonucuna varmıştır.Bkz. Karan, 169. Aynı yönde Yenidünya, 112.

<sup>231</sup> Karan, s. 169

<sup>232</sup> Özbek, s.829.

<sup>233</sup> Donay-Kaşıkkı, s.178.

<sup>234</sup> Şen, s.515.

<sup>235</sup> Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 564.

## VII. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

### A. Teşebbüs

İcra hareketlerine fail tarafından başlanılmış olmasına karşın, fail dışında gerçekleşen nedenlerle tamamlanamayan suçlara teşebbüs halinde kalmış suçlar denir. Suç tipleri kural olarak tamamlanmış suçlara ilişkin cezai düzenlemeleri barındırmaktadırlar. Dolayısıyla eğer ceza kanunlarında teşebbüse ilişkin bir düzenleme olmasaydı, teşebbüs aşamasında kalan fiillerin cezalandırılması mümkün değildi<sup>236</sup>. Bir suçun teşebbüs aşamasında kalıp kalmadığı her suç tipinin özelliğine ve gerçekleşen somut olaya göre belirlenir<sup>237</sup>.

Failin suçu işlerken izlediği yolun (iter criminis – suç yolu) dört aşaması bulunmaktadır. Bunlar; düşünme safhası, hazırlık hareketleri, icra hareketleri ve suçun tamamlanmasıdır<sup>238</sup>. Buna göre fail önce suç işlemeye yönelik düşünsel faaliyette bulunur. Bu aşama ceza hukuku hükümlerinin uygulanma alanı dışında kalır. Bunun ardından suçun işlenmesine yönelik hazırlıkların yapılması aşamasıdır. Fail bu aşamada bilgi ve araç gereç toplamakta ve suçun işleniş biçimine ilişkin değerlendirmeler yapmaktadır. Kanunda ayrıca belirtilmemişse hazırlık hareketleri cezalandırılmazlar<sup>239</sup>. Failin fiilini işlemeye yönelik olarak elverişli hareketlere başlamasına icra hareketleri aşaması denilir. Failin hareketleri bu aşamayı tamamlayamaz ve dördüncü aşama olan neticenin gerçekleşmesi aşamasına varamazsa bu durumda teşebbüs ortaya çıkacaktır. Teşebbüsün ceza kanunlarında açıkça cezalandırılacağına ilişkin düzenlemelerin bulunması halinde fail teşebbüs halinde kalan hareketlerinden dolayı cezalandırılabilir. Fakat bu cezalandırma

<sup>236</sup> Adem Sözüer, **Suç Teşebbüs**, Kazancı Hukuk Yayınları No.134, Ankara, 1994, s.46, Özbek, İzmir Şerhi... s.441.

<sup>237</sup> Veli Özer Özbek, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Teşebbüs ve Kusurluluğa İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi**, Kazancı Hukuk, İşletme ve Maliye Bilimleri, Hakemli Dergi, S.5; Ocak 2005, s.16 vd.

<sup>238</sup> Artuk/ Gökçen / Yenidünya, 5237 sayılı ...s.740–741, Öztürk / Erdem'e göre, bu dört aşamaya ek olarak suçun sona ermesi aşaması bulunmaktadır Bahri. Öztürk / Mustafa Ruhan Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku**, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005, s.203–204. Soyaslan ise suç yolunun beş aşamasının bulunduğunu belirtmektedir. Bu aşamalar, suç fikri, bunun tezahürü, hazırlık hareketleri, icra hareketleri ve tamamlayıcı hareketlerdir. Doğan Soyaslan, **Teşebbüs Suçu**, Kazancı Hukuk Yayınları No.131, Ankara, 1994, s.3. Sözüer ise belirttiğimiz dört aşamaya beşinci olarak –nihai amaca ulaşılması- aşamasını eklemektedir. Bkz. Sözüer, s.157.

<sup>239</sup> Kaçakçılıkla Mücadele ve Gümrük mevzuatı kapsamında olan kaçakçılık suçlarında teşebbüs aşamasında kalan fiiller, suç tamamlanmış gibi cezalandırılmaktadır. Bu tür suçlara teşebbüs fiilleri bakımından ayrıntılı bilgi için bkz, Sahir Erman, **Kaçakçılık Kanunu Şerhi**, Kervan Yayınları, Hukuk Serisi, No.3, İstanbul, s.72–74.

suçun tamamlanmış şekline göre daha az bir ceza olacaktır. Bu oran ise ceza kanunlarında yer almaktadır.

Ayrımcılık, sırf hareket suçudur. Bu suç, TCK.'nın 122 nci maddesinde yazılı hareketlerin icrasıyla tamamlanır. Bu sebeple, ancak icra hareketleri kısımlarına bölünebiliyorsa, teşebbüs gerçekleşebilir (TCK.m.35). Bununla beraber suç tipinde "ihmalî" nitelik gösteren hareketler bakımından (örneğin, besin maddesinin verilmemesi) teşebbüs mümkün değildir<sup>240</sup>.

Failin fiilini işlemeye yönelik olarak elverişli hareketlere başlamasına icra hareketleri aşaması denilir. Failin hareketleri bu aşamayı tamamlayamaz ve dördüncü aşama olan neticenin gerçekleşmesi aşamasına varamazsa bu durumda teşebbüs ortaya çıkacaktır. Teşebbüsün ceza kanunlarında açıkça cezalandırılacağına ilişkin düzenlemelerin bulunması halinde fail teşebbüs halinde kalan hareketlerinden dolayı cezalandırılabilir<sup>241</sup>. Fakat bu cezalandırma suçun tamamlanmış şekline göre daha az bir ceza olacaktır. Bu oran ise ceza kanunlarında yer almaktadır.

Teşebbüse ilişkin hükümler 765 s. TCK ile 5237 s. YTCK'de farklı düzenlenmiştir. YTCK teşebbüs bakımından 765 s. TCK'den farklı olarak eksik ve tam teşebbüs ayırımını kaldırmıştır. YTCK m.35'e göre; "Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçta elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur. (m.35/1)<sup>242</sup>".

Teşebbüs hükümlerinin uygulanabilmesinin ilk şartı suç tipinin teşebbüse müsait olmasıdır<sup>243</sup>. Teşebbüse ilişkin diğer şartlar ise, failde suç işleme kastının

<sup>240</sup> Yenidünya, s.112

<sup>241</sup> Özbek, İzmir Şerhi, s.442, Artuk /Gökçen/Yenidünya, s.740-742.

<sup>242</sup> 765 s.TCK m.61 (EKSİK TEŞEBBÜS); "Bir kimse işlemeği kasdeyletiği bir cürmü vesaiti mahsusa ile icraya başlayıp da ihtiyarında olmayan esbabı mâniadan dolayı o cürmün husulüne muktazi fiilleri ikmal edememiş ise kanunda yazılı olmayan yerlerde fiil, ölüm cezasını müstelzim olduğu takdirde müteşebbis hakkında on beş seneden 20 seneye ve müebbet ağır hapis cezasını müstelzim olduğu takdirde on seneden on beş seneye kadar ağır hapis cezası hükmolunur. Sair hallerde o cürüm için kanunen muayyen olan ceza, yarısından üçte ikisine kadar indirilir." m.62 (TAM TEŞEBBÜS); "Bir kimse işlemeği kastettiği cürmün icrasına taallük eden bütün fiilleri bitirmiş, fakat ihtiyarında olmayan bir sebepten dolayı o cürüm meydana gelmemiş ise kanunda yazılı olmayan yerlerde fiil ölüm cezasını müstelzim olduğu takdirde müteşebbis hakkında yirmi seneden aşağı olmamak üzere muvakkat ağır hapis ve müebbet ağır hapis cezasını müstelzim olduğu takdirde on beş seneden yirmi seneye kadar ağır hapis cezası hükmolunur. Sair hallerde o cürüm için kanunen muayyen olan ceza altıda birinden üçte birine kadar indirilir."

<sup>243</sup> Teşebbüs niteliğindeki hareketlerin ayrı ve bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmesi halinde bu suçta teşebbüs söz konusu olamayacaktır. YTCK m.35 hükmü gereği taksirle işlenen bir suçta teşebbüs mümkün değildir. Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlara teşebbüs hükümleri uygulanamaz.

bulunması, suçun icrasına elverişli hareketler<sup>244</sup> ile doğrudan doğruya başlanması gereklidir. Teşebbüsün bir diğer şartı ise failin işlemeyi kastettiği suçu elinde olmayan nedenlerden dolayı tamamlayamamasıdır.

Teşebbüsle birlikte gönüllü vazgeçmeden de bahsetmek gerekir.5237 sayılı YTCK m.36 gönüllü vazgeçmeyi düzenlemektedir. Madde hükmüne göre; "Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır<sup>245</sup>."

Görüldüğü gibi YTCK gönüllü vazgeçme maddesi altında 765 s. TCK döneminde doktrinde faal nedamet - aktif pişmanlık olarak kabul edilmiş olan hali de düzenlemiştir. Gönüllü vazgeçme -ihtiyariyle vazgeçme 765 s. TCK m.61/2'de düzenlenmişti. Hükme göre; "müteşebbis, cürümün ef'ali icraiyesinden ihtiyariyle vazgeçtiği, fakat tamam olan kısım esasen bir suç teşkil ettiği halde ancak o kısma mahsus ceza ile cezalandırılır."

Yukarıda verilen bilgiler çerçevesinde ayrımcılık suçu teşebbüse elverişlidir. Ayrımcılık, sırf hareket suçudur. Bu suç, TCK'nın 122, maddesinde yazılı hareketlerin icrasıyla tamamlanır. Bu sebeple, ancak icra hareketleri kısımlarına bölünebiliyorsa, teşebbüs gerçekleşebilir. Bununla beraber suç tipinde suç tipinde "ihmalî" nitelik gösteren hareketler bakımından (örneğin, besin maddesinin verilmemesi) teşebbüs mümkün değildir<sup>246</sup>. Kişinin herhangi bir ekonomik faaliyette bulunmasının engellenmesine (ayrımcılık nedenleri ileri sürülerek kendisinden alışveriş yapılmamasının söylenmesi, malının kötülenmesi vb) rağmen ekonomik faaliyetini başlatması ya da sürdürmesi, patronun verilmemesini söylenmesine karşılık besin maddelerinin çalışanlar tarafından verilmesi, kamuya arz edilmiş bir hizmetin yapılmasından kaçınılmasına rağmen mağdurun hizmeti almayı başarması durumunda failin eyleminin teşebbüs aşamasında kaldığından söz edilir. Bunun yanında YTCK' nın 36. maddesi uyarınca fail suçun icra hareketlerinden gönüllü

---

Kanaatimizce ihmalî suçlar ile şekli suçlara (sırf hareket suçları-neticesiz suçlar) teşebbüs kural olarak mümkün olmaz. İhmal suretiyle icra suçlarına ve hareketin bölünebildiği şekli suçlara ise teşebbüs mümkündür. Özbek, İzmir Şerhi, s.444-445.

<sup>244</sup> Elverişli hareket ifadesi YTCK ile getirilmiştir. 765 s. TCK'de ise elverişli vasıtaların kullanılması düzenlenmişti. Özbek, İzmir Şerhi, s.445.

<sup>245</sup> Madde gerekçesinde; icra hareketlerinin bitmesinden sonra gönüllü vazgeçmenin kabulü için, vazgeçenin suçun tamamlanmasını önlemek bakımından ciddi bir çaba göstermesi gerektiği belirtilmiştir.

<sup>246</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 431.



vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz<sup>247</sup>.

## B. İştirak

Suç tipleri bazı istisnalar dışında, bir kişi tarafından ihlal edileceği göz önünde bulundurulmak suretiyle belirlenmiştir. Nitekim kanun maddesinde suç tipi ile ilgili olarak “her kim”, “bir kimse” gibi terimlerin kullanılması bu nedendir. Bu anlamda kanun suç tipini ihlal eden kişiyi suçun faili olarak kabul eder. Ancak bazen suç tipleri birden fazla kişi tarafından birlikte hareket etmek suretiyle ihlal edilmiş olabilir. Bu durumda mevcut suç tiplerinden yararlanılarak bir sonuca ulaşmak mümkün olmaz. O halde diğer katılanları da konu alan hükümlere ihtiyaç bulunur. İşte bu durumu ifade eden kuruma “iştirak” denir<sup>248</sup>.

YTCK asli-fer'i fail ayrımını görünüşte de olsa kaldırmış, ancak kanaatimizce cezanın faile göre belirleneceği konusunda ise açık bir düzenleme getirmemiştir. Bu yönüyle 765 s. TCK m.64 vd. ile ikilik sistemini benimsemişken YTCK'nin ikilik sistemi ve cezanın faile göre belirlenmesi sistemleri arasında karma bir sistem benimsediği söylenebilir<sup>249</sup>.

Ayrımcılık suçuna iştirak olanaklıdır. Bu suça iştirak bir özellik arz etmez. Bu nedenle suça fail, azmettiren veya yardım eden düzeyinde iştirak mümkündür<sup>250</sup>. Suçu müşterek fail olarak birlikte işlemek de olanaklıdır. Bu durumda YTCK' nın 37<sup>251</sup>. maddesi uygulanır. Bir kimseye karşı ayrımcılık suçunu işlemesi için faili azmettirmek suretiyle suça iştirak edilebileceği gibi, ayrımcılık suçunun işlendiği sırada yardım eden olarak da suça katılmak olanaklıdır. Bu durumda YTCK' nın 38<sup>252</sup>. veya 39<sup>253</sup>. maddesi cezanın belirlenmesi sırasında gözetilmelidir.

---

<sup>247</sup> Meran, s. 560.

<sup>248</sup> Özbek, İzmir Şerhi, s.463.

<sup>249</sup> Özbek İzmir Şerhi, s.465.

<sup>250</sup> Ali Parlar, Muzaffer Hatipoğlu, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu**, Seçkin Yay. 2. Cilt, Ankara, 2008, s. 1899.

<sup>251</sup> Suç olan eylemi birlikte gerçekleştiren kişiler için TCK md. 37 uygulanır.

Faillik;

**Madde 37-** (1) Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur.

(2) Suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur. Kusur yeteneği olmayanları suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişinin cezası, üçte birden yarısına kadar artırılır.

<sup>252</sup> TCK Kanunu 38. maddesinde suça azmettirme durumunu düzenlemiştir.

**Madde 38:**

(1) Başkasını suç işlemeye azmettiren kişi, işlenen suçun cezası ile cezalandırılır.

### C. İçtima

Suçların çokluğu (içtması) bakımından genel hükümler uygulanacaktır. Kanun koyucu bir suç tipi ihdas ederken aynı zamanda bir hukuki değeri – menfaati korumaktadır. Dolayısıyla suçun işlenmesine yönelik her fiil ayrı bir suçun oluşumuna sebep olur. Söz konusu suç tipinin işlenmesine ilişkin tek fiille birden fazla hukuki değer ihlal edilmiş veya birden fazla eylemle aynı korunan hukuki değer ihlal edilmiş olması suçların çokluğu (içtması) olarak tanımlanır. Bu tür a tipik durumlar için YTCK’ de getirilen özel hükümler, Bileşik Suç – Zincirleme Suç ve Fikri İçtimadır<sup>254</sup>.

Aynı suç işleme kararıyla bir tek eylemle birden fazla kişiye karşı gerçekleştirilen ayrımcılık suçu nedeniyle zincirleme suça ilişkin TCK’ nın 43. Maddesi uyarınca tek ceza verilir ve aynı madde hükmü uyarınca cezanın arttırılması yoluna gidilir. Kişinin herhangi bir ekonomik faaliyette bulunmasının engelleme eylemi ayırım yapmak amacıyla ancak , cebir veya tehdit kullanarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla gerçekleştirilmiş ise, biri diğerinin ögesi ya da ağırlaştırıcı nedeni olmaması nedeniyle YTCK’ nın 42. maddesinde öngörülen bileşik suçu hükmü uygulanamaz. Failin birden fazla hareketi vardır. Ayrımcılık ve CK’ nın 117. Maddesinde düzenlenen iş ve çalışma hürriyetini ihlal<sup>255</sup> olmak üzere birden fazla suç oluşur ve gerçek içtima hükümleri uygulanır<sup>256</sup>.

---

(2) Üstsoy ve altsoy ilişkisinden doğan nüfuz kullanılmak suretiyle suça azmettirme halinde, azmettirenin cezası üçte birden yarısına kadar artırılır. Çocukların suça azmettirilmesi halinde, bu fıkra hükmüne göre cezanın artırılabilmesi için üstsoy ve altsoy ilişkisinin varlığı aranmaz.

(3) Azmettirenin belli olmaması halinde, kim olduğunun ortaya çıkmasını sağlayan fail veya diğer suç ortağı hakkında ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi yıldan yirmi beş yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine on beş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezasına hükmolunabilir. Diğer hallerde verilecek cezada, üçte bir oranında indirim yapılabilir.

<sup>253</sup>Ayrımcılık suçunun işlenmesine yardım edildiğinde yardım edene karşı madde 39 uygulanacaktır.

**Madde 39-** (1) Suçun işlenmesine yardım eden kişiye, işlenen suçun ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirmesi halinde, on beş yıldan yirmi yıla; müebbet hapis cezasını gerektirmesi halinde, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde cezanın yarısı indirilir. Ancak, bu durumda verilecek ceza sekiz yılı geçemez.

(2) Aşağıdaki hallerde kişi işlenen suçtan dolayı yardım eden sıfatıyla sorumlu olur:

a) Suç işlemeye teşvik etmek veya suç işleme kararını kuvvetlendirmek veya fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek.

b) Suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek veya fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak.

c) Suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak.

<sup>254</sup> Özbek, TCK İzmir Şerhi, s.457 vd.

<sup>255</sup> Ayrıca bkz. Sesim Soyer, “İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali İle Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçlarına İlişkin Bazı Düşünceler”, HPD., Sayı :7, Temmuz 2006, s.99 vd.

<sup>256</sup> Meran, s. 561.

Ayrımcılığa ilişkin TCK 122'nci madde görünüş itibariyle, bazı fiiller bakımından iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunun özel bir biçimi gibidir. Maddede sayılan "bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasının, devrinin veya bir hizmetin icrasının veya hizmetten yararlanılmasının engellenmesi veya bir kişinin işe alınmasının veya alınmamasının ayrımcılık sayılacak nedenlerle gerçekleşmesi ya da kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasının engellenmesi" iş ve çalışma hürriyetini de ihlal edebilecek nitelikte fiillerdir.

Türk Ceza Kanunu'nun 122'nci maddesinin düzenlemesi karşısında bu saydığımız eylemlerin "dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak" işlenmesi halinde TCK 117'nci madde tatbik imkânı bulamayacak ve TCK 122'nci maddeden ceza vermek gerekecektir. Doktrinde belirtildiği gibi TCK 122'nci madde düzenlemesi olmasaydı, bu maddede sayılan fiiller hukuka aykırı davranışla da işlenebilen iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunu meydana getirecektir<sup>257</sup>. Aynı suç işleme kararının icrasıyla tek bir fiille aynı anda birden fazla kimseye ayrımcılık yapılması durumunda TCK.m.43/2 tatbik edilir. Failin, aynı mağdura karşı bu eylemin gerçekleştirilmesi veya tek bir hareketle birden fazla mağdura karşı bu eylemin gerçekleştirilmesi halinde zincirleme suç<sup>258</sup> hükümleri uygulanacaktır<sup>259</sup>.

Ayrımcılık teşkil eden hareketler mağdur üzerinde başka etki ve sonuçlar doğurmuş olabilir. Örneğin, yapılan ayrımcılığın insan onuruyla bağdaşmaz bir nitelik taşıması sebebiyle çoğu kez aynı zamanda hakarete<sup>260</sup> ilişkin 125 inci madde de ihlal edilmiş bulunabilir. Bu ihtimalde TCK.m.44 uyarınca, bir çözüme ulaşmak gerekmektedir. Bu suçun işlenmesi sırasında fail başka suçları da işlemişse örneğin, madde sayılan mensubiyetlerinden dolayı mağduru aşağılamışsa suçun işleniş biçimine göre 125/3-b, halkın bir kesimini alenen aşağılamışsa unsurların varlığı halinde 216/2<sup>261</sup> veya 3., bu ayırım nedenlerinden dolayı hileli davranışlarla ihaleye

---

<sup>257</sup> M. Öztürk, s.122.

<sup>258</sup> Zincirleme suç ile ilgili hükümler, TCK'nın 43'üncü maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, "(1) Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır. Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır. Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da, birinci fıkra hükmü uygulanır. Kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında bu madde hükümleri uygulanmaz".

<sup>259</sup> Artuç, s.1056.

<sup>260</sup> Hakaret suçu TCK 125. maddesinde "Bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden ya da yakıştırmalarda bulunmak veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran" şeklinde düzenlenmiştir.

<sup>261</sup> Halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama

fesat karıştırmışsa 235/2<sup>262</sup>. maddelere uyan suçlardan dolayı gerçek içtima kuralları uyarınca cezalandırılması gerekir<sup>263</sup>.Ayrımcılık teşkil eden fiilin icrasından ötürü mağdurun vücut bütünlüğü ihlal edilmiş ise (örneğin, ayrımcılık yaparak sağlık hizmetinin verilmemesi, besin verilmemesi, ilaç verilmemesi sebebiyle), failin ayrıca TCK.m.86<sup>264</sup> uyarınca cezalandırılması gerekir<sup>265</sup>.

---

**Madde 216-** (1) Halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik eden kimse, bu nedenle kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Halkın bir kesimini, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılayan kişi, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (3) Halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılayan kişi, fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olması halinde, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

<sup>262</sup> **İhaleye fesat karıştırma**

**Madde 235-** (1) Kamu kurum veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin ihaleler ile yapım ihalelerine fesat karıştıran kişi, beş yıldan on iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Aşağıdaki hallerde ihaleye fesat karıştırılmış sayılır:

a) Hileli davranışlarla;

1. İhaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek,

2. İhaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olmayan kişilerin ihaleye katılmasını sağlamak,

3. Teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olduğu halde, sahip olmadığından bahisle değerlendirme dışı bırakmak,

4. Teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olmadığı halde, sahip olduğundan bahisle değerlendirmeye almak.

b) Tekliflerle ilgili olup da ihale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamak.

c) Cebir veya tehdit kullanmak suretiyle ya da hukuka aykırı diğer davranışlarla, ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye, ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek.

d) İhaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında açık veya gizli anlaşma yapmaları.

<sup>263</sup> Parlar/Hatipoğlu, s. 1900.

<sup>264</sup> TCK. 86. maddesi ile Kasten yaralama suçunu düzenlemiştir. (1) Kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Kasten yaralama suçunun;

a) Üstsoya, altsoya, eşe veya kardeşe karşı,

b) Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı,

c) Kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle,

d) Kamu görevlisinin sahip bulunduğu nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle,

e) Silâhla,

İşlenmesi hâlinde, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

<sup>265</sup> Yenidünya, s. 113.

Bir ekonomik etkinlikte bulunmayı engelleme eylemi, kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri bir nedenle ayırım yapmak amacıyla gerçekleştirilirse ayrımcılık suçu, kişiler arasında bu şekilde bir ayırım yapmadan iş ve çalışma hürriyetinin cebir veya tehditle engellenmesi halinde iş ve (TCK.m.117/1)<sup>266</sup>, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunun da oluşacağı kabul edilmelidir<sup>267</sup>. Bu takdirde de, TCK.m.44<sup>268</sup> çerçevesinde hareket edilmelidir. Ayrımcılık suçu, cebir veya tehdit kullanılmadan işlenen bir suçtur. Suç işlenirken cebir veya tehdit kullanılırsa aynı zamanda TCK.'nın 106 ve 108. madde uyarınca gerçek içtima hükümleri uygulanacaktır.

---

<sup>266</sup> TCK. 117 maddesi İş ve çalışma hürriyetinin ihlali başlıklı düzenlemesinde;

(1) Cebir veya tehdit kullanarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla, iş ve çalışma hürriyetini ihlâl eden kişiye, mağdurun şikâyeti hâlinde, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir.

(2) Çaresizliğini, kimsesizliğini ve bağıllığını sömürmek suretiyle kişi veya kişileri ücretsiz olarak veya sağladığı hizmet ile açık bir şekilde orantısız düşük bir ücretle çalıştıran veya bu durumda bulunan kişiyi, insan onuru ile bağdaşmayacak çalışma ve konaklama koşullarına tâbi kılan kimseye altı aydan üç yıla kadar hapis veya yüz günden az olmamak üzere adli para cezası verilir.

(3) Yukarıdaki fıkrada belirtilen durumlara düşürmek üzere bir kimseyi tedarik veya sevk veya bir yerden diğer bir yere nakleden kişiye de aynı ceza verilir.

(4) Cebir veya tehdit kullanarak, işçiyi veya işverenlerini ücretleri azaltıp çoğaltmaya veya evvelce kabul edilenlerden başka koşullar altında anlaşmalar kabulüne zorlayan ya da bir işin durmasına, sona ermesine veya durmanın devamına neden olan kişiye altı aydan üç yıla kadar hapis cezası verilir.

<sup>267</sup> Artuç, s. 1056.

<sup>268</sup> Fikrî içtima TCK. madde 44; İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır.

## VIII. YAPTIRIM VE KOĞUŞTURMA

TCK. m.122'de düzenlenen suçun yaptırımını altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasıdır. Görüldüğü gibi hapis veya adli para cezası şeklinde seçimlik yaptırım düzenlenmiştir. Adli para cezasının alt sınırı 5560 sayılı Yasanın yürürlüğe girdiği 19.12.2006 tarihinden önce işlenen suçlarda 5 gün, bu tarihten sonra işlenen suçlarda TCK' nın 61/9. maddesi uyarınca 180 gündür. Ayrıca maddeye 5378 sayılı Kanunla eklenen özürsüzlük nedeniyle ayrımcılık yapılması durumunda değişiklik yapan Kanun yürürlüğe girdiği 07.07.2005 tarihinden önceki eylemler suç oluşturmayacaktır<sup>269</sup>.

Hapis cezasının yasa da öngörülen sınırı dikkate alındığında, kısa süreli olması dolayısıyla (TCK. m.49/2), kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlara çevrilmesi olanaklıdır. Ancak suç tanımında hapis cezası ile adli para cezasının seçenek olarak öngörülmesi dolayısıyla, hâkim hapis cezasını tercih ettikten sonra, bunu artık adli para cezasına çeviremez (TCK. m.50/2). Diğer tedbirlere hükmetme konusunda ise, bir sınırlama yoktur (TCK.m.50). Tekerrür halinde (TCK. m.58), adli para cezası ile hapis cezası seçimlik ise, hâkimin takdir yetkisi sınırlandırılmış olup, hâkim hapis cezasına hükmetmek zorundadır<sup>270</sup>. Bu ihtimalde, Yenidünya'ya göre hâkim takdiren değil, kanunen hapis cezasını uygulamak durumunda kaldığından, kısa süreli (TCK.m.49/2) hapsin (altı aydan bir yıla kadar) adli para cezasına çevrilmesi olanaklıdır<sup>271</sup>.Hâkim, seçimlik cezalardan adli para cezasını tercih edebilir. Bununla beraber, suç tipinde adli para cezası, hapis cezasına seçimlik olarak düzenlendiğinde, takdiri açıdan hapis cezasının alt ve üst sınırı gözetilerek gün biriminin belirlenmesi kanımızca yerinde olacaktır. Böylece para cezasının ödenmemesi halinde tatbik edilecek tazyik hapsinin süresi (CGTİHKm.106) bakımından dengesiz ve adaletsiz sonuçların ortaya çıkması engellenmiş olur<sup>272</sup>.

<sup>269</sup> Artuç, s.1057.

<sup>270</sup> İlhan Üzülmöz, , "5237 Sayılı Yeni TCK' da Suçta Tekerrür ve Özel Tehlike Suçlar", HPD, 2005/4, s. 218.

<sup>271</sup> Üzülmöz' e göre ise, burada hakime tanınmış olan hapis veya adli para cezalarından birini seçme imkanı mutlak şekilde kaldırıldığına göre, mekerrire verilecek ceza kısa süreli de olsa adli para cezasına çevrilemez. Bkz. Üzülmöz, s. 218.

<sup>272</sup> TCK. Kanununun 61. maddesine sekizinci fıkradan sonra gelmek üzere bir fıkra eklenmesi ve diğer fıkralar buna göre teselsül ettirilmiştir. (Ek: 6.12.2006 – 5560/1 md.) Adli para cezasının seçimlik ceza olarak öngörüldüğü suçlarda bu cezaya ilişkin gün biriminin alt sınırı, o suç tanımındaki hapis cezasının alt sınırından az; üst sınırı da, hapis cezasının üst sınırından fazla olamaz.

Faile hapis cezası verildiği takdirde TCK' nını 53/1. maddesindeki<sup>273</sup> hak yoksunlukları uygulanacaktır. Kamu görevini kötüye kullanarak ayrımcılık suçunu işleyen kimseye, verilen cezanın yarısından bir katına kadar da TCK' nın 53/5 maddesi<sup>274</sup> uyarınca hak yoksunluğuna karar verilecektir<sup>275</sup>.

Son olarak hapis cezasının miktarı yönünden TCK.'nın 51 inci maddesine göre cezanın ertelenmesi imkânı da bulunmaktadır. Hâkim seçimlik yaptırımlardan adli para cezasını tercih etmişse, adli para cezası ertelenemez (m.51).

Ayrımcılık suçu takibi şikâyete bağlı suçlardan değildir, re'sen takibi gerekir. Adli görevle ilgili olarak ayrımcılık söz konusu olursa, fail hakkında soruşturma genel hükümlere göre yürütülecek, kamu görevlisi idari görevi sırasında bu suçu işlerse, hakkında soruşturma 4483 sayılı<sup>276</sup> Yasa hükümlerine göre yapılacaktır. Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanununun 10 uncu maddesi uyarınca yargılamayı yapmakla görevli mahkeme sulh ceza mahkemesidir<sup>277</sup>.

---

<sup>273</sup> TCK Kanunu Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma başlığında;

Madde 53- (1) *Kişi, kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak;*

a) *Sürekli, süreli veya geçici bir kamu görevinin üstlenilmesinden; bu kapsamda, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliğinden veya Devlet, il, belediye, köy veya bunların denetim ve gözetimi altında bulunan kurum ve kuruluşlarca verilen, atamaya veya seçime tabi bütün memuriyet ve hizmetlerde istihdam edilmekten,*

b) *Seçme ve seçilme ehliyetinden ve diğer siyasi hakları kullanmaktan,*

c) *Velayet hakkından; vesayet veya kayımlığa ait bir hizmette bulunmaktan,*

d) *Vakıf, dernek, sendika, şirket, kooperatif ve siyasi parti tüzel kişiliklerinin yöneticisi veya denetçisi olmaktan,*

e) *Bir kamu kurumunun veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tabi bir meslek veya sanatı, kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra etmekten,*

*Yoksun bırakılır.*

<sup>274</sup> TCK madde 53/5; Birinci fıkrada sayılan hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla hapis cezasına mahkûmiyet halinde, ayrıca, cezanın infazından sonra işlemek üzere, hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir. Bu hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla sadece adli para cezasına mahkûmiyet halinde, hükümde belirtilen gün sayısının yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir. Hükmün kesinleşmesiyle icraya konan yasaklama ile ilgili süre, adli para cezasının tamamen infazından itibaren işlemeye başlar.

<sup>275</sup> Artuç, s. 1057.

<sup>276</sup> 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun. Ayrıntılı bilgi için bkz.

[http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=1.5.4483&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=\(erişim tarihi:18.07.2010\)](http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=1.5.4483&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=(erişim tarihi:18.07.2010))

<sup>277</sup> Artuç, s. 1057.

## SONUÇ

Yukarıda incelediğimiz konunun yaptırıma bağlanmasıyla insanlar arasında hukukun izin vermediği ayrımlar yapılarak, bazı kişilerin anayasada güvenceye alınmış bir kısım temel hak ve özgürlüklerden keyfi olarak yoksun bırakılması önlenmek istenmiştir. Madde aslında; temel hak ve hürriyetlerden çalışma hakkı, mülkiyet hakkı, yerleşme özgürlüğü gibi temel hakların ayrımcılık yapılarak ortadan kaldırılmasına yönelik eylemleri engellemek ve yaptırıma bağlamak amacını gütmektedir. Bu şekilde sadece ayrımcılık cezalandırılmamakta, bunun madde de yer alan şekillerde kişilerin bazı temel hak ve hürriyetlerini kısıtlama amaçlı olan ve fiili sonuçlar doğuran yansımaları cezalandırmaktadır. Amacı kamu barışının korunması olan ayrımcılık suçu 765 sayılı yasada yer almazken ilk defa 5237 sayılı yasa yer verilmiştir.122. maddede yer alan düzenleme ilk kez “Dönmezer Tasarısı” olarak adlandırılan 2003 tarihli TCK tasarısının 184. maddesinden alınmıştır. Maddede yer alan para cezası artırılmış ve 2003 yılında TBMM’ye sevk edilen kanun tasarısının 170. maddesinde gündeme gelmiştir. Tasarı’da suç: “Kişiler arasında köken, cinsiyet, aile durumu, örf ve adet,siyasal düşünce, felsefi inanç, sendika, bir etnik gruba mensupluk, ırk, din,mezhep nedeniyle ayırım yaparak;

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

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

c) Kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engelleyen,Kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya 750 milyon liradan 2 milyar liraya kadar ağır para cezası verilir.

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

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

Hükümet tasarısında yer alan düzenleme de ise Adalet Alt Komisyonu tarafından hemen hemen aynen kabul edilmiş, ancak madde metnine “cinsel yönelim” ibaresi eklenmiş ve cinsel yönelim temelli ayrımcılıkta suç haline getirilmiştir. Cinsel yönelim bireyin cinsel dürtülerinin yöneldiği doğrultu anlamında kullanılır. Bu doğrultu genellikle bireyin cinsel açıdan çekici bulunduğu kişilerin cinsine dayanarak sınıflandırılır. En sık kullanılan cinsel yönelim sınıfları düz cinsellik



(heteroseksüellik, karşı cinsten kişilere cinsel ilgi duyma), eşcinsellik (homoseksüellik, aynı cinsten kişilere ilgi duyma), ve çift cinselliktir (biseksüellik, her iki cinsten kişilere ilgi duyma). Günümüzde cinsel yönelim farklılıklarına sık rastlanmasının yanında kanundan doğrudan ayrımcılık nedeni olarak yer almamıştır. Cinsel yönelimi ne olursa olsun özünde insan olan, her vatandaş gibi insan onuruna yakışan haklara ve kanuni korumalara layıktır. Kanaatimizce, 122. madde de cinsel yönelim kavramına yer verilmemesi yerinde olmamıştır. Çünkü cinsiyet ile cinsel yönelim aynı şeyler değildir. Günümüz de en çok ayrımcılık yapılan nedenlerden birisi kişilerin cinsel yönelimidir. “Ve benzer sebepler” ifadesinin içinde cinsel yönelim değerlendirilebilecek olsa da hükümet tasarısındaki gibi açık bir ifadeyle ayrımcılık nedeni olarak kalmalıydı. “Ve benzeri sebepler” ibaresinin “kanunilik” ilkesi ile bağdaşmadığı doktrinde kabul gören bir görüştür ve bu görüşte haklılık payı yüksektir.

Ayrıca ağır para cezası ve miktar yerine adli para cezası ifadesi eklenmiştir. Bu durum maddenin son halinde yer verilen “ve benzer sebepler” ifadesinin bulunmamasının bir sonucu olarak kabul edilebilir. Bir başka değişiklik ise madde metninde yer alan tüzel kişilerin sorumluluğuna dair düzenlemede yaşanmıştır. Bu düzenlemede 5237 sayılı kanunla tüzel kişilerin suç faili olarak cezalandırılması mümkün olmadığı için madde metninden çıkarılmıştır. Adalet Komisyonu ise Alt Komisyon tarafından kabul edilen metinde yine değişiklikler yapmış ve 122. maddenin şimdiki haline benzer bir düzenleme yapılmıştır. Adalet Komisyonu, “cinsel yönelim”, “sendika”, “bir etnik gruba mensupluk”, “örf ve adet” ve “köken” ifadelerini madde metninden çıkarmıştır. Çıkarılan ibareler üzerine yapılan tartışmaların ardından Anayasa’nın 10. madde metninde belirtilen ifadenin kullanılması tercih edilmiştir. Yine maddenin şu anki hali ile karşılaştırıldığında, tasarı nedenleri sınırlı olarak sayarak düzenlemeyi tercih ederken, yasa “ve benzeri sebeplerle” ibaresi ile maddeyi ucu açık bir hale getirmiştir. Bu anlamda metinden çıkarılan ifadelerin suç kapsamında olmadığını söylemek mümkün değildir. 122. madde gerekçesinde de düzenlemenin amacı, “insanlar arasında, yürürlükteki kanun ve nizamların izin vermediği ayırımlar yapılarak, bazı kişilerin hukukun sağladığı olanaklardan yoksun hâle getirilmelerini cezalandırmak...” olarak ifade edilmiştir.

Gerek uluslararası hukukta ortaya çıkan standartlar gerekse Anayasa’nın 10. maddesinin düzenlemesi ayrımcılık yasağı ile ilgili ucu açık bir düzenlemeyi meşrulaştırmaktadır. Anayasa Mahkemesi de “eşitlik açısından ayırım yapılmayacak hususlar madde metninde sayılanlarla sınırlı değildir. ‘Benzeri sebeplerle’ de ayırım

yapılamayacağı esası getirilmek suretiyle ayırım yapılamayacak konular genişletilmiş ve böylece kurala uygulama açısından da açıklık kazandırılmıştır.” diyerek aynı yönelimi sergilemiştir. Bu şekildeki bir düzenleme ile 122. madde her somut olayda belli kriterlerin uygulanması ile somut hale gelecektir ve içtihatlarla yol alacaktır. Diğer bir yönden ise toplumsal yaşamda ortaya çıkan kimlik ve özelliklerin bir maddede sayılarak tüketilmesi mümkün gözükmemektedir. Maddenin düzenlemesi ile zamanla toplumsal gelişme ile ortaya çıkabilecek yeni olgulara uyum sağlanması kolaylaştırılmıştır. Ancak yukarıda belirtilen ceza hukuku alanında geçerli olan “suçta ve cezada kanunilik ilkesi” gereği bu şekilde ucu açık bir düzenleme yerinde olmamıştır. Maddede “ve benzeri sebeplerle” ifadesine yer verilmesinin “suçta ve cezada kanunilik ilkesi” ne aykırı olduğu vurgulanmaktadır.

Diğer kavramlar anlaşılır olmakla birlikte (c) bendindeki “olağan bir ekonomik etkinlik” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği açık değildir. İfade soyut ve geniş olarak seçilmiştir. Bununla birlikte doktrinde; kişinin parasal yarar sağlamasına dayanan her türlü alışveriş ya da sözleşme ilişkisi olağan ekonomik etkinlik olarak değerlendirilmelidir. Ancak kişiye parasal bir yarar sağlamayan ödünç para veya emanet vermek vb. etkinlikler olağan ekonomik faaliyet olarak değerlendirilmez. Zira faaliyetin parasal yarar sağlayıp sağlamaması şeklinde bir ayırım tatmin edici görünmemektedir. Burada esas hareket noktası bireylerin özgür olarak ekonomik faaliyet gösterebilmesidir. Önemli olan, faaliyetin türü veya niteliği değil, bu hakkın kullanılıp kullanılmamasıdır. Doktrinde kiraya vermenin iktisadi faaliyet sayılabileceği, borç veya emanet vermenin ise bu kapsamda değerlendirilemeyeceği ifade edilmiş, "olağan ekonomik faaliyet" kavramı, bireyin her türlü alışveriş ve sözleşme ilişkilerini kapsar denilmiştir. Ancak kanun yapma tekniğine suçta ve cezada kanunilik ilkesine uygun değildir. Çünkü olağan bir ekonomik etkinlik ifadesi açık bir ifade olmamakla birlikte uygulamada zorluklar olacaktır.

122 inci maddeye sonradan eklenen bir kavramının isabetli olduğunu da belirtmek gerekir. 5237 sayılı Kanunun “Ayrımcılık” başlıklı 122 inci maddenin birinci fıkrasına, 01.07.2005 kabul ve 07.07.2005 yürürlük tarihli 5378 sayılı Özürlüler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un 41 inci maddesiyle “özürlülük” kavramı eklenmiştir. Kanun koyucu, ayrımcılık yasağını genişletmiş ve özürlü insanları da içine alacak şekilde düzenleme yapmıştır. 122 nci maddenin en olumlu yanı, sonradan da olsa madde metninin içine “özürlülük” kavramını almak olmuştur.

Kanun metnine bakıldığında, ayrımcılık yasağı, keyfi ayrımlarla ilgili olarak değerlendirilmelidir. Bu açıdan bir takım sosyal hakların aynı anda herkese tanınamaması ya da bazı kimselerin eşyanın tabiatından kaynaklanan nedenlerle bir takım hizmetlerden tam olarak yararlanamamaları bu kapsamda değerlendirilemez. Bir davranışın gerek kamusal alanda gerekse de özel hukuk ilişkilerinde ayrımcılık oluşturup oluşturmadığı saptanırken Anayasa Mahkemesi'nin eşitlik prensibine ilişkin kararlarında yer verdiği "keyfi ayırım", "haklı neden", "insan onuruna saygı", "eşit saygı görme hakkı", "gereklilik", "zorunluluk", "işin özelliklerine ve ereklerine uygunluk", "dengeli ve makul görülebilme", gibi kriterlerin göz önünde tutulması yerinde olacaktır. Bu açıdan özel hukuk ilişkilerinde çoğu kez sözleşme özgürlüğünün sınırlarının aşılmadığı irdelenirken, belirtilen ölçütlerle bağdaşmayan "ayrımcılık teşkil eden hareketlerin" sınırı aştığını kabul etmek gerekir. Türkiye'nin de taraf olduğu uluslararası sözleşmeler gereği devletler ayrımcılığı önlemek, ortadan kaldırmak ve gerekirse tazmin etmek konusunda pozitif bir yükümlülük içerisindedir. Bu anlamda görünüşte tarafsız da olsa, bir grubu ya da kişiyi dezavantajlı hale getirme amacı gütmeyen ama sonuçları itibariyle ayrımcılık yaratan yasaları ve uygulamaları da gözden geçirmek durumundadır. 122. Maddede doğrudan ayrımcılık suç olarak düzenlenmiştir ve dolaylı ayrımcılık kapsam dışında tutulmuştur. Ayrıca ayrımcılıkla ilgili düzenlemelerin genel olarak ispatı güçtür. TCK'nın 122. maddesi bir ceza hukuku düzenlemesi olduğundan dolayı ispat yükünün sanığın aleyhine yer değiştirmesi düşünülemez. Ancak maddede yer alan suçun özel kastla işlenebilen bir suç olması diğer yönleri ile beraber bu suçun ispatlanmasını açıkça kanuna aykırı hareketler dışında neredeyse imkânsız hale getirmiştir. Yasalarımızda ilk kez ayrımcılık suçu şeklinde bir suç düzenlenmiştir. ve madde metninde sadece bazı hareketlerin suç sayılmış olması ve toplumsal yaşam içerisinde karşılaşılabilecek diğer birçok durumun kapsam dışında tutulmuş olması bir eksiklik olarak göze çarpmaktadır. Maddenin yürürlükte olan halinin yukarıda belirtilen nedenlerden dolayı uygulamada gündeme gelmesi oldukça zordur ve beklenen faydayı sağlamaktan uzaktır.

Bu nedenle madde metninde hareketlerin sayılması yöntemi dışında "her ne şekilde olursa olsun kişiler arasında" şeklinde bir düzenleme yapılması ayrımcılık suçunun cezalandırılmasından beklenenlerin daha kolay hayata geçirilmesini sağlayacaktır. Bir diğer değişiklik ise maddenin yürürlükten kaldırılması ve ayrımcılığın ceza hukukunun konusu olmaktan çıkarılmasıdır. Mukayeseli hukukta ayrımcılık yasağı büyük oranda ceza hukuku dışında düzenlemelere konu olmaktadır. Kanımızca tüm iyi niyete karşın ayrımcılık yasağına ilişkin 122.

maddenin yukarıda belirtilen TCK' da yer almış diğer düzenlemeler haricinde 122. madde şeklinde ayrıca bir suç ihdas edilmesi ayrımcılıkla mücadele açısından uygulanabilirlik taşımamaktadır. Ayrımcılık yasağının ceza hukuku konusu olmaktan çıkarılması ayrımcılık yasağı karşısında ortaya çıkan yasal düzenlemelerin uygulanabilirliğini artıracak ve ayrımcılığa uğrayan kişilerin konumunu güçlendirecektir.

Suç; 122 nci maddede üç bent halinde sayılan hareketlerden her hangi birinin icrasıyla gerçekleşeceğinden, seçimlik hareketlidir. Failin, belirtilen nedenleri gözeterek bu hareketleri gerçekleştirmesi aranır. Aynı zamanda bu suç, sırf hareket suçudur. Bu itibarla "engelleme", "işe alınma veya alınmama", "reddetme" hareketlerinin yapılmasıyla tamamlanır. İcra hareketlerinin yarıda kalması halinde teşebbüsten bahsedilir.

Doktrinde özel kastla mı işlenebileceği ya da genel kastın yeterli olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, suçun ancak özel kastla işleneceği ileri sürülmüş buna gerekçe olarak da failin kişiler arasında ayrımcılık yapması bakımından sahip olduğu saik gösterilmiştir. Aynı şekilde 122 nci maddenin gerekçesinde de suçu tipinde belirtilen ayrımcılık niteliğindeki hareketlerin "maddenin birinci fıkrasında gösterilen saiklere bağlı olarak gerçekleştireceği ve bunlara kişilere karşı kökenleri, cinsiyetleri, aile durumları, örf ve adetleri, kişilerin değişik felsefi inançları, ayrı bir etnik gruba mensup bulunmaları, farklı ırk, din, mezhep mensubu bulunmaları nedeni ile gerçekleştirilmiş olacağı" belirtilerek bu açıklamaların ayrımcılık suçunun manevi unsuru bakımından özel kast fikrini güçlendirdiği ileri sürülmüştür. Diğer görüşe göre; bu fiillerin suç tipi haline getirilmesindeki amaç failerde bulunacak bu türlü saikler sonucu yapılacak ayrımcılığın önüne geçmek ise de madde metninin kaleme alınış şekline bakıldığında suçun manevi unsurunun özel kast olmadığı genel kastın yeterli olduğu yönündedir. Nitekim failde yer alan saik kastın özel kast haline dönüşmesine değil aksine hareketin metinde yer alan neticeye yönelmesini ifade etmektedir. Zaten madde metninde belirtilen neticelere yönelmeyen hareketler madde kapsamında suç olarak değerlendirilmeyecektir. Kanaatimizce suçun genel kastla işlenmesi gerekir. Ayrıca özel kastla ayrımcılık suçunun ispatlanması zordur. Hareketin kanunda yer alan neticeye yönelmesi yeterlidir.

Ayrıca; ayrımcılık teşkil eden hareketler mağdur üzerinde başka etki ve sonuçlar doğurmuş olabilir. Örneğin, yapılan ayrımcılığın insan onuruyla bağdaşmaz bir nitelik taşıması sebebiyle çoğu kez aynı zamanda hakarete ilişkin 125 inci madde de ihlal edilmiş bulunabilir. Bu ihtimalde TCK.m.44 uyarınca, bir

çözümüne ulaşmak gerekmektedir. Bu suçun işlenmesi sırasında fail başka suçları da işlemişse örneğin, madde sayılan mensubiyetlerinden dolayı mağduru aşağılamışsa suçun işleniş biçimine göre 125/3-b, halkın bir kesimini alenen aşağılamışsa unsurların varlığı halinde 216/2 veya 3. bu ayırım nedenlerinden dolayı hileli davranışlarla ihaleye fesat karıştırmışsa 235/2. maddelere uyan suçlardan dolayı gerçek içtima kuralları uyarınca cezalandırılması gerekir. Ayrımcılık teşkil eden fiilin icrasından ötürü mağdurun vücut bütünlüğü ihlal edilmiş ise (örneğin, ayrımcılık yaparak sağlık hizmetinin verilmemesi, besin verilmemesi, ilaç verilmemesi sebebiyle), failin ayrıca TCK.m.86 uyarınca cezalandırılması gerekir.

Son olarak, ayrımcılık suçunun iyi niyetle ve kamu barışını korumak için düzenlendiğini ancak yeterli olmadığı kanaatindeyiz. Çünkü yasada eksiklikler mevcuttur. Olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmak ve “ve benzer sebeplerle” ifadelerle yasanın amaçlanan hedefe ulaşamayacağı, yeni bir düzenlemeyle eksik olan ayrımcılık nedenlerinin yukarıda bahsettiğimiz nedenlerin yasaya konulması” ve benzer sebeplerle” ifadesinin kanunilik ilkesiyle bağdaşmadığından yasadan çıkartılarak ya da ve benzer sebepler ne ise o yönde nedenlerin yasaya eklenmesi gerekmektedir.

## KAYNAKÇA

**AKINCI-SOKULLU**, Füsün. "Suç Siyaseti Bağlamında, Yeni Türk Ceza Kanununun Genel Değerlendirilmesi", Yeni Türk Ceza Kanununun Getirdikleri, Kazancı Hukuk, İşletme ve Maliye Bilimleri, S.5, Ocak 2005.

**ALTAN**, Ömer Zühtü. "Cinsiyetler Arasında Eşit Davranma, Avrupa Birliğinin Sosyal Politikaları ve Türkiye Semineri", 16-19 Mayıs 1997, Çimento Müstahsilleri İşverenleri Sendikası, (Ankara, 1997).

**ALTIPARMAK** , Ayşe, Deniz Küzeci. "Türk Hukukunda Yeni Bir Kavram: İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), THD 2009, sy:35, s.48.

Anayasa Mahkemesi Kararları

<http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=template>

["http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=template&id=26&lang=0"](http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=template&id=26&lang=0)

["http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=template&id=26&lang=0?id=26"](http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=template&id=26&lang=0?id=26)

["http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=template&id=26&lang=0"](http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=template&id=26&lang=0)

["http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=template&id=26&lang=0"](http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=template&id=26&lang=0)

(ErişimTarihi:05.07.2010).

**ARICI**, Kadir. "Sosyal Güvenlik Dersleri",Ankara,1999, s.330.

**ARSLAN**, Çetin, Bahattin Azizağaoğlu."Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi" Ankara 2004.

**ARTUÇ**, Mustafa. "Kişilere Karşı Suçlar", Adalet Yay. Ankara, 2008.

**ARTUK** Mehmet Emin / **GÖKCEN** Ahmet / **YENİDÜNYA** Ahmet Caner. " Ceza Hukuku Genel Hükümler – I" Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002.

**ARTUK**, Mehmet Emin / **GÖKÇEN** Ahmet / **YENİDÜNYA** Ahmet Caner. "Ceza Hukuku Özel Hükümler", 9 Baskı, Ankara, 2008.

**ARTUK**, Mehmet Emin, "Cinsel Taciz Suçu(TCK.M.105)", Çalışma ve Toplum, 2006/4, Sayı 11, s. 35).

**ARTUK**, Mehmet Emin, **ÇINAR** Ali Rıza. "Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler", Türkiye Barolar Birliği. Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar,(Editör:Teoman Ergül), Ankara,2004.

**ARTUK**, Mehmet Emin, **GÖKÇEN** Ahmet, **YENİDÜNYA** Ahmet Caner. "Ceza Hukuku Özel Hükümler", Ankara, 2007.

**ARTUK**, Mehmet Emin-**GÖKCEN**, Ahmet-**YENİDÜNYA**, A. Caner. "5237 Sayılı Yeni TCK.'ya Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Genel Hükümler I", 2. Bası, Ankara 2006.

**BAKIRCI**, Kadriye "İşyerinde Cinsel Taciz ve Türk İş Hukukuna İlişkin Çözümler", Kamu-İş, 2000, Cilt: 5, Sayı: 3, s. 437-438.

**BATUM**, Süheyl. "Avrupa İnsan ,Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemi Etkileri", İstanbul, 1993.

**ÇAKAR**, Müjdat. "1982 Anayasası ve Önceki Anayasalar", İstanbul, 1994.

**ÇELİK**, Nuri. "İş Hukuku Dersleri", Yenilenmiş 18. Bası, İstanbul 2005.

**ÇELİKEL**, Aysel, Günseli Öztekin Gergel."Yabancılar Hukuku",12. B., İstanbul,2005.

**CENTEL**, Nur. "Türk Ceza Hukukuna Giriş", 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2002.

**CENTEL**, Tankut. "Yeni Türk Ceza Kanununda Çalışma Yaşamına İlişkin Düzenlemeler", Çimento İşveren Dergisi, Eylül 2005, Sayı 5, Cilt 19, s. 10.

**ÇOLAK**, Nusret İlker. "Avrupa Birliği Uyum Sürecinde İdari Reformlar İngiltere ve Türkiye", Ankara 2005.

**ÇOLAK**, Ömer Faruk/ **ALTAN**, Şenol. "Sex Discrimination In The Banking Sector:The Case Of Turkey", Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.7, S. 2, 2003.

**DAVENPORT**, N.: Schwartz R. D., Eliot, G. P., Mobbing, İşyerinde Duygusal Taciz, (Çev: O.C. Önersoy), Sistem Yayıncılık, İstanbul, Ocak 2003.

**DEMİR**, Ömer/ Mustafa **ACAR**. "Sosyal Bilimler Sözlüğü", Vadi Yayınları, 3.Baskı, Ankara, 2002.

**DEMİRBAŞ** Timur. "Ceza Hukuku Genel Hükümler", 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara,2005.

**DEMİRBAŞ**, Timur. "Ceza Hukuku Genel Hükümler", 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005.

**DOĞAN** Koray. "Göçmen Kaçakçılığı Suçu", Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005.

**DONAY**, Süheyl, **KAŞIKÇI** Mahmut. "Açıklamalı-Karşılaştırmalı-Gerekçeli 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yürürlük Kanunu", İstanbul, 2004.

**DONAY**, Süheyl. "Türk Ceza Kanunu Şerhi", İstanbul 2007.

**DÖNMEZER**, Sulhi. "Genel Ceza Hukuku Dersleri", Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2003.

**EREM**, Faruk. "Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, C.I, Genel Hükümler", 10.Baskı, Ankara, 1973.

**ERMAN** Sahir. "Kaçakçılık Kanunu Şerhi", Kervan Yayınları,Hukuk Serisi, No.3, İstanbul, 1973.

**GEMALMAZ**, Mehmet Semih, "Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda ve Türk Hukukunda Olağanüstü Rejim Standartları", Beta Basım Yay., 2. bs., İstanbul, Kasım 1994.

**GÖKÇEN**, Ahmet, "Hürriyete Karşı Suçlar. "Legal Hukuk Der., Ağustos 2005, Sayı 32, C.3.

Gosepath,Equality,in:<http://plato.HYPERLINK>  
["http://plato.stanford.edu/entries/equality"](http://plato.stanford.edu/entries/equality)stanfordHYPERLINK  
["http://plato.stanford.edu/entries/equality"](http://plato.stanford.edu/entries/equality).edu/HYPERLINK  
["http://plato.stanford.edu/entries/equality"](http://plato.stanford.edu/entries/equality)entriesHYPERLINK



["http://plato.stanford.edu/entries/equality"/](http://plato.stanford.edu/entries/equality/)[HYPERLINK](#)  
["http://plato.stanford.edu/entries/equality"](http://plato.stanford.edu/entries/equality)equality (18.06.2010).

**GÖZLER**, Kemal. "İdare Hukukuna Giriş", 4. Bası, Bursa, 2006, s.189.

**GÖZÜBÜYÜK**, Abdullah Pulat. "Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi", İstanbul,1988, C.2, s.609.

**GÜL**,İdil Işıl. "Fiziksel Engellilerin Uluslararası Hukukta Korunması ve Uluslar arası Standartların İç Hukuka Yansıması", (Yayınlanmamış Doktora Tezi) Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2006.

**GÜLMEZ**, Mesut. "İnsan Hakları ve Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılığın Kaldırılması ve Türkiye, Belediye İş Sendikası", Ankara, 2009.

**GÜNDEL**, Ahmet. "Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması", Ankara, 2009.

**GÜRSEL**, Kutlu Meltem."Kamu Görevine Girişte Kadın-Erkek Eşitliği Konusunda Bir Değerlendirme", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c.4,sy.2,2002.

**HAKERİ**, Hakan. " Sorularla Ceza Hukuku", TBB Yayını, Eylül 2005, Ankara, s. 192.

<http://cmiskp.echr.coe.int/tpk197/portal.asp?sessionId=57159009&skin=hudoc-en&action=request> (erişim tarihi:22/07/2010).

<http://tr.wikipedia.org/wiki/Irk> (erişim tarihi;22/07/2010).

<http://wings.buffalo.edu/law/bclc/sweden.pdf> (18.06.2010).

<http://www.engelliler.biz/forum/hukuk/11822-tekerlekli-sandalveli-diye-yolcu-yu-otobuse-almayan-soforlere-karsi-mucadele-hukuk.html> (erişim tarihi:05.08.2010).

<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/madde14.htm> (erişim tarihi;22/07/2010).

[http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=1.5.4483&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=\(18.07.2010\)](http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=1.5.4483&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=(18.07.2010)).

[http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/29865\\_96.pdf](http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/29865_96.pdf) (erişim tarihi:22/07/2010).

**İÇEL**,Kayıhan / **AKINCI-SOKULLU**, Füsun / **ÖZGENÇ**, İzzet / **SÖZÜER**, Adem / **MAHMUTOĞLU** Fatih Selami / **ÜNVER** Yener. "Suç Teorisi", İkinci Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2000.

**İNCEOĞLU**, Sibel. "Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı Çerçevesinde Af, Şartla Salıverme, Dava ve Cezaların Ertelenmesi", Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi'nin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, (25-26 Nisan 2001), C.18, Ankara 2001, s.47.

**İNCEOĞLU**, Sibel. "Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı", Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, C.4 S.11, 2006.

**KABOĞLU**, İbrahim Özden. "Özgürlükler Hukuku", 6. Baskı, Ankara, 2002.

**KAPANİ**, Münci. "Kamu Hürriyetleri", Ankara, 1993.

**KARAN**, Ulaş. "Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Türk Ceza Kanunu' nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.73, Kasım-Aralık 2007.

**KESER**, Hakan. "4857 Sayılı İK' na Göre İşverenin İş Sözleşmesi Yapma ve İş İlişkilerinde Eşit İşlem Yapma Yükümlülükleri ve Bunlara Aykırı Davranması Durumunda Karşılaşacağı Yaptırımlar", Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Yargıç Resul Aslanköylü'ye Armağan, Cilt:7, Sayı:3, Ankara 2004.

**KOCA**, Mahmut. "Yağma Cürümleri", Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.

**KORKUSUZ**, Refik. "Uluslararası Belgelerde ve Türk Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlükler", İstanbul, 1998.

**KORKUT**, Levent. "Ayrımcılık Karşıtı Hukuk, İnsan Hakları Gündemi Derneği",Ankara, 2009.

**MALKOÇ**, İsmail. "Yeni Türk Ceza Kanunu (Md.1-178)", C.1, Malkoç Kitapevi, Ankara, 2008.

**MERAN**, Necati. "Kişilere Karşı Suçlar", Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005.

**MOLLAMAHMUTOĞLU**, Hamdi. "İş Hukuku", Ankara 2005.

**MOLLAMAHMUTOĞLU**, Hamdi. "İş Hukuku", Ankara, 2004.

**ÖDEN**, Merih. "Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi", Yetkin Yay., Ankara 2003.

**ÖĞUZMAN**, Kemal / **Öz** Turgut. "Borçlar Hukuku Genel Hükümler", 3. Bası, İstanbul, 2000.

**Oxford Advanced Learner's Dictionary.**

**ÖZBEK**, Veli Özer / **KANBUR** M. Nihat / **BACAKSIZ** Pınar / **DOĞAN** Koray / **TEPE** İlker. "Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler", Seçkin Yay. 1. Bası, Ankara, 2010.

**ÖZBEK**, Veli Özer. "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Teşebbüs ve Kusurluluğa İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi", Kazancı Hukuk, İşletme ve Maliye Bilimleri, Hakemli Dergi, S.5,Ocak 2005.

**ÖZBEK**, Veli Özer. "TCK İzmir Şerhi, Türk Ceza Kanununun Anlamı", C.1, 3.Baskı, Seçkin Yay. 2006.

**ÖZBEK**, Veli Özer. "TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı (Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı)", Cilt 2, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008.

**ÖZBUDUN**, Ergun, "Türk Anayasa Hukuku",10.b,Yetkin Yay. Ankara, 2009.

**ÖZBUDUN**, Ergun. "Türk Anayasa Hukuku", 7 Baskı, Ankara, 2002.

**ÖZMEN**, Remzi, "Notlu-Gerekçeli-Karşılaştırmalı 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu", Seçkin Yay. Ankara, 2004.

**ÖZMEN**, Remzi, "Notlu-Gerekçeli-Karşılaştırmalı 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu",Seçkin Yayıncılık, Ankara,2004.

**ÖZTÜRK**, Mehmet Onat, “İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu”, İstanbul 2006.

**ÖZTÜRK**, Bahri / **ERDEM**, Mustafa Ruhan. “Ceza Hukuku Genel Hükümler ve Özel Hükümler (Kişilere ve Mala Karşı Suçlar)”, 4. Bası, (Turhan Kitabevi), Ankara 2005.

**ÖZTÜRK**, Bahri / **ERDEM**, Mustafa Ruhan. “Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku”, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005.

**PARLAR**, Ali, **HATİPOĞLU**, Muzaffer. “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu”, Seçkin Yay. 2. Cilt, Ankara, 2008.

**REISOĞLU**, Safa. “Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları”, İstanbul, 2001.

**ŞEN**, Ersan, “Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu”, Cilt:1, (Md. 1- 140) İstanbul, 2006.

**ŞENEL** Alaeddin, "Eşitlik Kavramı ve Tarihsel Gelişmesi", Yavuz Abadan'a Armağan, AÜSBF yay., Ankara 1969.

**SEVÜK**, Handan Yokuş. "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 57, Mart-Nisan 2005, s. 271 ve 280).

**SOYASLAN**, Doğan. “Teşebbüs Suçu”, Kazancı Hukuk Yay. No.131, Ankara, 1994.

**SOYER**, Sesim. “İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali ile Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçlarına İlişkin Bazı Düşünceler”, Hukuki Perspektifler Dergisi, Temmuz 2006, Sayı 7.

**SÖZÜER**, Adem, “Suça Teşebbüs”, Kazancı Hukuk Yayınları No.134, Ankara, 1994.

Stereotyping, prejudice and discrimination  
<http://www.albertahumanrights.ab.ca/StereotypePrejDiscrim.pdf> (21.03.2010).

**STREDWICK**, John. “An Introduction to Human Resource Management”, Bath Press, First Edition, Oxford, 2000.

**SUR**, Melda. "İş Hukuku"nun Uluslararası Kaynakları", İzmir, 1995.

**SÜZEK**, Sarper. "İş Hukuku (Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku)", 2. B.İstanbul,2005.

**TANÖR**, Bülent—Necmi Yüzbaşıoğlu. "Türk Anayasa Hukuku", Yapı Kredi Yay.İstanbul, 2001.

**TEZCAN**, Durmuş / Erdem, Ruhan Mustafa / Sancakdar, Oğuz. "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye' nin İnsan Hakları Sorunu", Ankara, Seçkin Yayınları, 2004.

**TİSK**-Güncel, "TİSK'in 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa İlişkin Görüş ve Değişiklik Önerileri" <http://www.tisk.org.tr/hukuk/yazdir.asp?nedir=guncel&nasil=sayfa&id=9> (Erişim Tarihi: 14.07.2010).

**TOMEI**, Manuela. "Çalışma Hayatında Ayrımcılık ve Eşitlik-Kavramsal Bir Değerlendirme", Çev.Şerife Geniş, Petrol İş Yayınları, Sendikal Notlar, S.24,Kasım, 2004.

**TOROSLU**, Nevzat. "Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu", Ankara, 1970.

**TUNÇ**, Hasan / Atay, Ender Ethem. "Kamu Hukukunda Eşitlik İlkesi", Türk Hukuk Dünyası, yay. 1, sy. 1, Mayıs 2000.

**TUNÇOMAĞ**, Kenan, /Tankut, Centel. "İş Hukukunun Esasları", İstanbul 2008.

**TURPÇU**, Murat. "Avrupa Birliği Hukukunda İşyerinde Ayrımcılık", (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi Gazi) Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara,2004, s.19.

**ÜNAL**, Şeref. "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi – İnsan Haklarının Uluslar arası İlkeleri", TBMM Kültür Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları No: 89, TBMM Basımevi, Ankara 2001.

**ÜNVER** Yener, Ceza Hukuku ile Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.

**ÜNVER**, Yener, "Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar", Türk Ceza Kanununun 2 Yılı, Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayını, İstanbul, Nisan 2008, s. 331.

**ÜZÜLMEZ**, İlhan, "Yeni Türk Ceza Kanununda Hürriyet Aleyhine İşlenen Suçlar", Kazancı Hukuk, İşletme ve Maliye Bilimleri, Sayı 5, İstanbul 2005.

**ÜZÜLMEZ**, İlhan, "Yeni Türk Ceza Kanununun Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar Sistemi Çerçevesinde Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları", Ankara, 2007.

**ÜZÜLMEZ**, İlhan. "5237 Sayılı Yeni TCK' da Suçta Tekerrür ve Özel Tehlike Suçları", HPD, 2005/4, s. 218.

**YARSAVUT**, Duygun. "Çalışma Ceza Hukuku", İstanbul, 1978.

**YARSAVUT**, Duygun. "Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 117 ve 118. maddelerinde Yer Alan İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali, Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçları", Sicil Dergisi, Sayı 7, Eylül, 2007.

**YARSUVAT**, Duygun. "Türk Ceza Kanununun Temel ilkeleri", Türk Ceza Kanununun 2 Yılı, Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayını, İstanbul, Nisan 2008, s. 19.

**YAŞAR**, Osman. "Uygulamada ve Öğretide Hürriyet Aleyhinde İşlenen Suçlar", Ankara, 2001.

**YAVAŞI**, Mahmut. "Avrupa Birliği'nde Cinsiyete Dayalı Ayrımcılığın Engellenmesi", TÜHİS, C. 17, Sa:6, Kasım 2002.

**YAVUZ**, Cevdet. "Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)", 3. Bası, İstanbul 2004.

**YENİDÜNYA**, Ahmet Caner. "5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Ayrımcılık Suçu", Çalışma ve Toplum-Birleşik Metal İş Ekonomi ve Hukuk Dergisi, Birleşik Metal İş Sendikası Yayınları, 2006/4.

**YENİSEY** Kübra Doğan. “İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı” s. 67.  
<http://www.calismatoplum.org/sayi11/yenisey.pdf> (Erişim tarihi; 05.08.2010).

**YÜKSEL**, Melek Onaran. “Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın-  
Erkek Eşitliği”, İstanbul, 2000.