

## **5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NDA AYIRIMCILIK SUÇU(\*)**

Yrd. Doç. Dr. A. Caner YENİDÜNYA(\*\*)

### **ABSTRACT**

In the this type of crime, the prevention of being sold or turnover of movable or real property or the prevention of execution or use of service or to connect conditions below mentioned whether or not hiring one person or not to give nutrition goods or to refuse a service offered to public or the prevention someone from normal economic activity are sanctioned thereby discriminating among person the means of language, race, colour, sex, disability, political thought, religious belief, religion, sectarian or other similar reasons.

The legally protected interest of this crime is mixing quality. Especially it can be said the prevention someone from the fundamental rights and freedoms thereby illegally discrimination.

This crime is optional act crime because the crime is completed thereby execution one of acts regulated as three sub-sections in the art.122 of Turkish Penal Code. Otherwise it is only act crime because of completed thereby the execution of one of acts of the prevention, whether or not hiring, refusal. It is not required a result apart from act in this crime.

While the acts in the article are interpreted, it is required whether or not going beyond the limit of the conformity reason to law especially the execution of right the freedom of contract. In this point, it is required considering the criteria of “arbitrary discrimination”, “rightful reason”, the respect of honour of mankind”, “the right of being respect equal”, “necessity”, “obligation”, “the conformity to purposes and specialties of the business”, “being balanced and reasonable in the decisions of the Constitutional Court. The mental element of this crime is intent (dolus). It is regulated the purpose of perpetrator as an element.

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

---

(\*) Bu çalışma; 20 Nisan 2006 tarihinde, Marmara Üniversitesi Haydarpaşa Kampusunda düzenlenen “İş İlişkisinde Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasası” konulu seminerde sunulan tebliğ metni esas alınarak hazırlanmıştır. Makalenin hazırlanmasındaki katkılardan dolayı sevgili eşim Stj. Av. Esra YENİDÜNYA'ya teşekkür ederim.

(\*\*) M.Ü. Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

## 1- Giriş

Ayrımcılık suçu, Türk Ceza Kanunu'nun ikinci kitabının ikinci kısmının hürriyete karşı suçlara ilişkin 122 nci maddesinde düzenlenmiştir<sup>1</sup>. Maddede; “(1) *Kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, özjürlülük<sup>2</sup>, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak;*

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

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

*Kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir”* denilmektedir<sup>3</sup>.

---

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

<sup>2</sup> 01.07.2005 tarih ve 5378 sayılı Kanununun 41 inci maddesi ile hükme ilave edilmiştir.

<sup>3</sup> TCK'nın “adalet ve kanun önünde eşitlik ilkesi” başlıklı 3 üncü maddesinde de; “(1) Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur.

(2) Ceza kanununun uygulamasında kişiler arasında, ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, siyasal veya diğer fikir yahut düşünceleri, felsefi inanç, millî veya sosyal köken, doğum, ekonomik ve diğer toplumsal konuları yönünden, ayırım yapılamaz ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınmaz” denilmek suretiyle, ceza kanununun tatbikinde ayrımcılık yasağı hükme bağlanmıştır. Benzer düzenlemeye mukayeseli hukukta Rus Ceza Kanunu'nun 4 üncü maddesinde rastlanmaktadır. Bkz. Strafgesetzbuch der Russischen Föderation. Angenommen von der Staatsduma am 24.5.1996 Gebilligt vom Föderationsrat am 5.6.1996 (deutsche Übersetzung von Friedrich-Christian Schroeder-Thomas Bednarz) Freiburg im Breisgau 1998. Hükmün eleştirisi için bkz. **Toroşlu, Nevzat-Ersoy, Yüksel**, “Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı”, TBB. Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, (Editör: Teoman Ergül), Ankara 2004, s.8; **Bayraktar, Köksal**, “Türk Ceza Kanunu Tasarısı'na İlişkin Genel Bir Değerlendirme ve Genel Hükümler Üzerine Birkaç Eleştiri”, TBB. Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, (Editör: Teoman Ergül), Ankara 2004, s.24 vd.; **Artuk, Mehmet Emin-Çınar, Ali Rıza**, “Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler”, TBB. Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, (Editör: Teoman Ergül), Ankara 2004, s.72.

## *Türk Ceza Kanunu'nda Ayrımcılık Suçu*

765 sayılı TCK.'da karşılığı bulunmayan söz konusu hüküm, 1982 Anayasası'nın 10 uncu maddesindeki "eşitlik" prensibi ve ayrımcılık yasağı çerçevesinde, bireylerin bir takım hak ve özgürlüklerini korumaktadır<sup>4</sup>. Esasen bizatili eşitlik ve ayrımcılığa maruz kalmamanın kişiler bakımından bir temel hak ve özgürlük olduğu da söylenebilir.

Türk ceza hukukunda bu suç tipine benzer hükme ilk kez 12.05.2003 tarihinde meclise sevk edilen 2003 tarihli Türk Ceza Kanunu Hükümet Tasarısı'nda rastlanmaktadır. Nitekim Tasarı'nın 170 inci maddesinde; "*Kişiler arasında köken, cinsiyet, aile durumu, örf ve adet, siyasal düşünce, felsefi inanç, sendika, bir etnik gruba mensupluk, ırk, din, mezhep nedeniyle ayırım yaparak;*

*1- Bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya bir hizmetin icrasını veya hizmetten yararlanılmasını engelleyen veya kişinin işe alınmasını veya alınmamasını yukarıda sayılan hallerden birine bağlayan;*

*2- Besin maddelerini vermeyen veya kamuya arz edilmiş bir hizmeti yapmayı reddeden;*

*3- Kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engelleyen; kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya 750 milyon liradan 2 milyar liraya kadar ağır para cezası verilir.*

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

*Tüzel kişiler de bu maddede yazılı suçlardan dolayı sorumludurlar" denilmektedir.*

Hükümet Tasarısı'ndaki düzenleme bir takım değişikliklerle 122 nci maddeye alınmıştır. Ancak fark edileceği üzere, "ayrımcılık" sayılan haller Hükümet Tasarısı'nda sınırlandırılmışken, TCK.'da örnek kabilinden belirtilmiştir. TCK.'nın 122 nci maddesinde gösterilen ayrımlar dışında, benzer sebeplerle bir ayrımcılık yapılması da bu suça vücut verir. İki düzenleme arasındaki diğer farklara, ileride yeri geldikçe temas edeceğiz.

Bu çalışmada, TCK.m.122'de düzenlenen ayrımcılık suçunun unsurları ve arz ettiği özellikler incelenecektir.

## **2- Mukayeseli Hukuk**

Mukayeseli Hukukta ayrımcılık suçuna ilişkin düzenlemelere rastlanmaktadır. Örneğin, 1995 İspanyol CK.'nın 2 nci kitabının, 21 inci başlığının, 4 üncü kısmının, "Anayasa ile Garanti Altına Alınmış Temel Hak ve Hürriyetlerin İcrasına İlişkin Suçlar"a 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,

<sup>4</sup> Bkz. **Meran, Necati**, *Kişilere Karşı Suçlar*, Ankara 2005, s.420.

### *Türk Ceza Kanunu'nda Ayrımcılık Suçu*

sahip olduğu bir meslek veya sanatı veya ticareti yapma ehliyetini 1 yıldan 4 yıla kadar kaybeder” denilmektedir<sup>5</sup>.

Yine 1965 İsveç Ceza Kanunu'nun 2 nci kitabının, “Kamu Düzenine Karşı Suçlar’a ilişkin 16 ncı bölümünün 9 uncu paragrafında da<sup>6</sup>;

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

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

Yasadışı ayrımcılığa dair hüküm; kamusal veya her hangi bir özel toplantıda kişilerin ırkları, renkleri, milliyetleri, etnik kökenleri veya dini inançlarından dolayı toplantıya girişini engelleyen toplantının organizatörleri veya onlara yardım edenler hakkında da tatbik edilir.

Yukarıdaki fıkralarda yer alan hüküm, homoseksüel bir kimseye bu durumundan dolayı ayrımcılık yapanlara da uygulanır<sup>7</sup> denilerek bu suç tipine yer verilmiştir.

### **3- Korunan Hukuki Değer**

Eşitlik ilkesi, kişileri keyfi muameleye karşı koruyan, demokrasi ve hukuk devletinin önemli unsurlarından biridir<sup>8</sup>. Ayrıca Anayasa'nın genel esasları

<sup>5</sup> İspanyol CK. için bkz. Das spanische Strafgesetzbuch von 23. November 1995 nach dem Stand vom 31. Dezember 2001. Markus Hoffmann-Manuel Cancio Meliá, Mit einer Einführung von Enrique Bacigalupo, Freiburg 2002.

<sup>6</sup> İsveç CK.'nın 1999 şekli için bkz. <http://wings.buffalo.edu/law/bclc/sweden.pdf> (18.09.2006).

<sup>7</sup> Bu fıkra, İsveç CK.'na 1987 yılında 610 sayılı Kanunla ilave edilmiştir.

<sup>8</sup> **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. Anayasa Mahkemesi de çeşitli kararlarında; “..Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal bir hukuk devleti olduğu açıkça belirtilmiştir. Hukuk devleti olmak, yönetilenlere hukuk güvencesini sağlar. Bu güvence, yasama, yargı ve yürütme organlarının tüm işlemlerinin hukuk kuralları içinde kalması ile gerçekleşebilir. Hukuk devletinin öğeleri arasında, yasaların kamu yararına dayanması ve eşitlik ilkesi vardır.” diyerek bu hususu vurgulamıştır. AYM.'nin 6.6.1991 T., 1990/35 E., 1991/13 K., sayılı kararı için bkz. AYMKD., S.:30, C.:1, Ankara 1995, s.5,6; AYM.'nin 24.10.1991 T., 1991/39E., 1991/39 K. sayılı kararı için bkz. AYMKD., S.:31, C.:1, Ankara 1996, s.117,118.

## *Türk Ceza Kanunu'nda Ayrımcılık Suçu*

arasında düzenlenmesi itibarıyla, anayasal bir buyruk olarak devletin tüm kuruluşlarının uyması gereken temel prensiplerdedir<sup>9</sup>. Bu bakış açısıyla, 122 nci maddenin devletin bu görevlerini ve hukuk devleti olma idealini sağlamaya yönelik bir hukuki yararı koruduğunu belirtmek gerekir.

Eşitliğin, vatandaşlara tanınmış bir hak olarak ele alınması da mümkündür<sup>10</sup>. Zira eşitlik, bu ilkedeki yararlananlar açısından “eşit işlem görme ya da ayırım gözetilmemesini isteme hakkını” doğurmaktadır<sup>11</sup>. Bu anlamda inceleme konusu suç tipi, bireylerin eşit işlem görme hakkını korumaktadır<sup>12</sup>. 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<sup>13</sup>. Ancak bu, mutlak eşitlik değildir. İnsanlar, içinde buldukları durumları, özellikleri ve ihtiyaçları açısından farklılıklar taşır<sup>14</sup>. Bu nedenle eşitlik, aynı durum ve şartlara sahip kimselerin; haklarda ve ödevlerde, yararlarında ve yükümlülüklerde, yetkilerde ve sorumluluklarda aynı kategoride değerlendirilmelerini gerektirir<sup>15</sup>. Nitekim Antik Yunan düşünürlerinden Aristo bu durumu; “eşitlere veya benzerlere eşit davranılması” şeklinde formüle etmiştir<sup>16</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.

<sup>9</sup> **Özbudun, Ergun**, Türk Anayasa Hukuku, 7 Baskı, Ankara 2002, s.137.

<sup>10</sup> **Tanör, Bülent-Yüzbaşıoğlu, Necmi**, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul 2002, s.119; **Özbudun**, s.137.

<sup>11</sup> **Özbudun**, s.137; ayrıca bkz. **Tuncay A.Can**, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul 1982, s.9.10.

<sup>12</sup> Ayrıca bkz. **Meran**, s.420.

<sup>13</sup> **Aliefendioğlu, Yılmaz**, “Eşitlik İlkesi”, Prof. Dr. İlhan Akın’a Armağan, İstanbul 1999, s.79.

<sup>14</sup> **İnceoğlu**, s.43,44; **Gosepath, Stefan**, Equality, in: <http://plato.stanford.edu/entries/equality> (18.09.2006); **Aliefendioğlu**, s.80.

<sup>15</sup> **Aliefendioğlu**, s.80.

<sup>16</sup> **Gosepath**, Equality, in: <http://plato.stanford.edu/entries/equality> (18.09.2006).

## *Türk Ceza Kanunu'nda Ayrımcılık Suçu*

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 “özgürlüğü” 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 yaptırma 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.

İnceleme konusu suçla korunan hukuki değeri; insanlar arasında hukukun izin vermediği ayrımlar yapılarak, bazı kişilerin yasaların sağladığı haklardan ve özgürlüklerden keyfi olarak yoksun bırakılmasının önlenmesi şeklinde belirtmek mümkündür<sup>17</sup>. Şu halde hüküm, bireylerin temel hak ve özgürlüklerini güvence altına almaktadır. Zira maddede belirtilen “insanlığın ortak mirası ile bağdaşmayan ilkel düşüncelerle”<sup>18</sup>, kişilerin iş ve çalışma, mülkiyet gibi özgürlükleri ihlal edilmektedir.

Son olarak belirtelim ki, inceleme konusu suç kamu barışını da koruyan bir nitelik arz etmektedir. Zira “ayrımcılık” teşkil eden hareketler, vatandaşlar arasında “bölücülük” yapılması anlamına da geleceğinden, burada bunun önlenmesi de amaçlanmaktadır<sup>19</sup>.

### **4- Suçun Faili**

Suçun faili herkes olabilir. 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.

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 yaptırımı uygulanamaz, ancak suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır*” şeklinde kaleme alınmıştır.

<sup>17</sup> Bkz. TCK.m.122'nin madde gerekçesi. Ayrıca bkz. **Donay, Süheyl- Kaşıkçı Mahmut**, Açıklamalı-Karşılaştırmalı-Gerekçeli 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ve Yürürlük Kanunu, İstanbul 2004, s.178; **Üzülmez, İlhan**, “Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Hürriyet Aleyhine İşlenen Suçlar”, Kazancı, Sayı:5, Ocak-2005, s.111, 112.

<sup>18</sup> **Arslan, Çetin- Azizağaoğlu, Bahattin**, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara 2004, s.557.

<sup>19</sup> Ayrıca bkz. TCK.m.122'nin gerekçesi.

### *Türk Ceza Kanunu'nda Ayrımcılık Suçu*

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 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.

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

Anayasa'nın 48 inci maddesinin 1 inci fıkrasında; “Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir” denilmektedir. Sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğü de sözleşme özgürlüğünün bir tezahür şeklidir. Kural olarak herkes dilediği sözleşmeyi dilediği kimse ile yapabilir<sup>20</sup>. Anayasadaki bu hüküm, sözleşme özgürlüğünden söz etmiş ancak bu sözleşmelerin taraflarına herhangi bir yükümlülük getirmemiş, bu konudaki düzenlemeleri ilgili konudaki alanlara bırakmıştır<sup>21</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>22</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>23</sup>.

<sup>20</sup> Çelik, Nuri, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 18. Bası, İstanbul 2005, s.108,109; Yavuz, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), Yenilenmiş 3. Bası, İstanbul 2004, s.4,5.

<sup>21</sup> Keser, Hakan, “4857 Sayılı İK'na Göre İşverenin İş Sözleşmesi Yapma ve İş İlişkilerinde Eşit İşlem Yapma Yükümlülükleri ve Bunlara Aykırı Davranması Durumunda Karşılaşacağı Yaptırımlar”, Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Yargıç Resul Aslanköylü'ye Armağan, Cilt:7, Sayı:3, Ankara 2004, s.60.

<sup>22</sup> Oğuzman, Kemal- Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, İstanbul 2000, s.137, 138; Yavuz, s.4,5.

<sup>23</sup> Yavuz, s.4,5.

### *Türk Ceza Kanunu'nda Ayrımcılık Suçu*

İş hukukunda da sosyal nedenlerle işverene bazı durumlarda belirli kişilerle sözleşme yapma zorunluluğu getirilmiş ve sözleşme özgürlüğü sınırlandırılmıştır<sup>24</sup>. Bu yükümlülükler örnek olarak İş K.m.30'da yer alan işverenin özürsüz ve eski hükümlü çalıştırma zorunluluğu gösterilebilir. Yine İş K. m.30/8 malulen ayrılmak zorunda kalan işçinin maluliyeti ortadan kalktıktan sonra işveren tarafından yeniden işe alınması gerektiğinden bahsetmektedir. İş K. m.31/son'da ise askerlik ya da diğer bir kanuni ödev dolayısıyla işten ayrılan işçinin bu ödevleri yerine getirdikten sonra işveren tarafından yeniden işe alınması yükümlülüğü yer alır. Nihayet Sendikalar K.m.29/1'de işçi kuruluşlarının başkanlığında ya da yönetim kurullarında görev alanları, görevlerinin son bulması üzerine talepleri halinde işverenin işe alma zorunluluğundan söz edilmektedir.

Kişinin sözleşme özgürlüğü ile sözleşme yapma zorunluluğu ve ayırım yaşağını 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<sup>26</sup> dâhil olduğundan ve söz konusu faaliyet kamuya arz edildiğinden münnet suçun gerçekleşeceğini kabul etmek gerekir.

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

### **5- Suçun Mağduru**

Suçun mağduru herkes olabilir. Bu anlamda mağdur, toplumda yer alan dil, ırk, renk, cinsiyet, özürsüzlük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri özellikler taşıyan her hangi bir kimsedir.

Maddede sayılan özellikler yukarıda da belirttiğimiz gibi sınırlayıcı değildir. Örneğin, kişiler arasında yaşanan bölge, doğduğu yer, sendikaya üye olup olmamak gibi (ayrıca bkz. Sendikalar Kanunu m.31) nedenlerle keyfi olarak yapılan ayrımlar da 122 nci madde kapsamında değerlendirilir.

2003 Hükümet Tasarısı'nda (m.170/2) tüzel kişilerin de bu suçun mağduru olabilecekleri belirtilmiştir.

Kanımızca ceza hukukunda sadece gerçek kişiler bir suçun mağduru olabilir. Tüzel kişiler, ancak suçtan zarar gören olarak değerlendirilebilir<sup>27</sup>. Bu açıdan suçtan zarar gören ile mağdur kavramının aynı şey olmadığını da belirtmek

<sup>24</sup> Keser, s. 38.

<sup>25</sup> Çelik, s. 109.

<sup>26</sup> Bkz. Günday, Metin, İdare Hukuku, 7. Bası, Ankara 2003, s.282 vd.

<sup>27</sup> Koca, Mahmut-Üzülmez, İlhan, “Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdurun Korunması ve Mağdura Tanınan Haklar”, in: HPD, 2006/7, s.141.



gerekir. Suçtan zarar gören kavramı mağdura göre daha genişletir<sup>28</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 kişinin 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>29</sup> ve bu sıfatla yargılamaya katılması mümkündür (bkz. CMK.m.237)<sup>30</sup>.

## **6- Maddi Unsur**

### **A- Genel açıklamalar**

Ayrımcılık yasağı, keyfi ayrımlarla ilgili olarak anlaşılmalıdır. Örneğin, bir takım sosyal hakların aynı anda herkese tanınamaması ya da bazı kimselerin eşyanın tabiatından kaynaklanan nedenlerle bir takım hizmetlerden tam olarak yararlanamamaları ayrımcılık oluşturmaz<sup>31</sup>.

Yine bazı fiili eşitsizlikleri dengelemek ya da gidermek için getirilen ayrımlar ve farklı gruplara farklı statülerin uygulanması da eşitlik prensibine aykırı ve keyfi ayrımcılık sayılmaz. Zira bu ihtimalde, fiilen eşitsizlik durumunda bulunan ve korunması gereken gruba ayırım yaparak dengeleyici-koruyucu önlemleri almamak, eşitsizlikleri korumaktır. Bu nedenle “olumlu-pozitif ayrımcılığın” hukuka uygun olduğunu söylemek gerekir<sup>32</sup>. Örneğin kadınlar için asgari çalışma kotaları konularak bu oranların güvenceye bağlanması ya da işyerlerinde hükümlü veya özürülü çalıştırma yükümlülükleri klasik eşitlik anlayışını zedeler gibi gözükmese de aslında fiili eşitsizlikleri gidermeye yönelik olumlu pozitif ayrımcılık tercihleridir<sup>33</sup>. Bu tür düzenlemeler yapılması veya tasarruflarda bulunulması 122 nci madde kapsamında değerlendirilemez.

---

<sup>28</sup> Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Yenidünya, A. Caner, 5237 Sayılı Yeni TCK'ya Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Genel Hükümler I, 2. Bası, Ankara 2006, s.473.

<sup>29</sup> Özgenç, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, (Genel Hükümler), 3.Baskı, Ankara 2006, s.219.

<sup>30</sup> Öztürk, Bahri-Erdem, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2006, s.288,289.

<sup>31</sup> Tanör-Yüzbaşıoğlu, s.119; Kaboğlu, İbrahim Ö., Özgürlükler Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2002, s. 21 vd.

<sup>32</sup> Bkz. İnceoğlu, s.49.

<sup>33</sup> Tanör-Yüzbaşıoğlu, , s.119.

### *Türk Ceza Kanunu'nda Ayrımcılık Suçu*

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>34</sup>.

"... 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 apaçık bir gerçektir. Örneğin, bir kadınla bir erkeğin, sakat bir kimse ile sağlam bir kimsenin askerlik yükümü bakımından; bir zengin ile orta halli kimsenin belli bir vergi yükümü bakımından (...) başka başka hükümlere bağlı tutulmaları, eşitlik ilkesine aykırı olmaz; çünkü bu ayrı tutulma haklı nedenlerin sonucudur"<sup>35</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>36</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>37</sup>.

<sup>34</sup> AYMK.03.12.1992, 46/52, AYMKD., S.:31, C.:1, s.69,70.

<sup>35</sup> AYMK. 29.11.1966, 11/44 (Aliefendioğlu, s.82). Ayrıca bkz. AYMK 28.04.1983, 13/8, AYMKD S.:20, s.52; AYMK. 11.12.1986, 11/29, AYMKD S.:22, s.460

<sup>36</sup> AYMK. 18.06.2003, 373/67, RG.17.05.2006, Sy.:26171.

<sup>37</sup> AYMK.19.02.1992, 13/10 (Özbudun, s.138).

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>38</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 yaptırımı bağlanmıştır. Yukarıda verdiğimiz temel prensiplerin, bireyler arasındaki ilişkilerde de tatbik imkânı bulacağını ifade etmeliyiz.

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>39</sup>.

Ayrımcılık, sırf hareket suçudur. Bu itibarla “engelleme”, “işe alınma veya alınmama”, “reddetme” hareketlerinin yapılmasıyla tamamlanır.

Aşağıda ayrımcılık suçuna ilişkin her bir hareket ayrı ayrı incelenecektir.

### **B- Taşınır veya taşınmaz malın satılması veya devrinin engellenmesi**

TCK.’nın 122 nci maddesinde belirtilen seçimlik hareketlerden ilki; “kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, özürllük, 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 ihmali 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.

Özel hukuk alanında da bireyler arasında bizatihi bu ayrımlara 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) aşılmış aşılmadığı somut olayda önem arz edebilir. Nitekim bir kimse sahibi bulunduğu taşınmazı dilediği kimseye satmakta serbest

---

<sup>38</sup> Tanör-Yüzbaşıoğlu, s.120; Özbudun, s.139; Aliefendioğlu, s.87 vd.

<sup>39</sup> Meran, s.422.

ise de, (X) mezhebindeki veya dinindeki kimselere taşınmazını satmayacağını açıklaması suçu oluşturabilir.

Belirli bir dine yönelik eşyaların sadece o dine mensup kimselere satılması koşulunun aranması ya da mevzuatta yer alan bir takım kısıtlamalar dolayısıyla bir malın satımına müsaade edilmemesi (örneğin, yabancılara taşınmaz satımı gibi<sup>40</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 kısıtlamalara 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>41</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 uygulanmadığı mal ve hizmet alımlarında söz konusu olmaktadır. Bu yöntemde de eşitliğin sağlanması için KİK'nun 20 nci maddesinde ön yeterlik incelemesi usulü getirilmiştir. Belli istekliler arasında ihale yapılabilmesi için idarece öncelikle ön yeterlilik ilanı yapılmaktadır. Bu ilana bütün isteklilerin başvurma hakkı bulunmaktadır. Ancak idare bu istekliler arasından teknik yeterlilikleri ve güçlerini kabul ettiği kişiler arasında ihaleyi gerçekleştirebilir.

### **C- Bir hizmetin icrasının veya bu hizmetten yararlanmanın engellenmesi**

TCK'nın 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

---

<sup>40</sup> Bu konuda bkz. **Çelikel, Aysel-Gelgel, Günseli (Öztekin)**, Yabancılar Hukuku,12.Bası, İstanbul 2005,s.219 vd.

<sup>41</sup> Bkz. **Gözler, Kemal**, İdare Hukukuna Giriş, 4. Bası, Bursa 2006, s. 189.

olmaları halinde, işin özelliklerine uygun, haklı ve makul sayılarak inceleme konusu suçu 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 inaniş, 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 engellenenin, somut olayda icrai veya ihmali bir davranışla gerçekleştirilebileceğini belirtmek gerekir.

#### **D-Kişinin işe alınması veya alınmamasının birinci fıkrada 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 5 inci maddesinde “eşit davranma ilkesi”ne yer verilmiştir<sup>42</sup>. Bu anlamda işverenin iş sözleşmesinden kaynaklanan borçlarından biri de eşit işlem yapma borcudur. İşveren kural olarak tüm işçilerine eşit davranmakla yükümlüdür<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup> Bu konuda bkz. **Yenisey, Kübra Doğan**, “Kadın-Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukuku'nun Avrupa Birliği Hukuku İle Olası Uyum Sorunları”, Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Yargıç Dr. Aydın Özkul'a Armağan, 2002, Cilt:6, Sayı:4, s.31 vd.; **Tunçomağ, Kenan-Centel, Tankut**, İş Hukukunun Esasları, İstanbul, s.134 vd.; **Tuncay**, s.7 vd.; **Çelik**, s.166 vd.; **Süzek, Sarper**, İş Hukuku (Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku), 2. Bası, İstanbul 2005, s.361 vd.

<sup>43</sup> **Yenisey**, s.45.

## *Türk Ceza Kanunu'nda Ayrımcılık Suçu*

İş Kanunu'nun 5 inci maddesinin 1 inci fıkrasında; “iş ilişkisinde<sup>44</sup> dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz” denmiş ve üçüncü fıkrada; “işveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz” hükmüne yer verilmiştir. İş Kanunu'nun 99 uncu maddesinde bu hükümlere aykırılık, idari para cezasını gerektiren bir fiil olarak düzenlenmiştir. İfade edelim ki, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 15 inci maddesinin 3 üncü fıkrası uyarınca, bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanacağından, 122 nci maddenin kapsamına giren hallerde, İş.K.m.99 tatbik edilemez.

Böylece çok sayıda işçi alınacak bir işyerinde, aranan niteliklere sahip kadınlar bulunmasına rağmen, işe alınacak işçilerin sadece erkekler arasından seçilmesi, somut olayın durumuna göre cinsiyet nedeniyle bir ayırım yapıldığını gösterebilir<sup>45</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 tercihini 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.

### **E- Besin maddelerini vermeyen veya kamuya arz edilmiş bir hizmeti yapmayı reddeden**

TCK'nın 122 nci maddesinin 1 inci fıkrasının (b) bendinde yer alan seçimlik hareket işe; “besin maddelerini vermemek veya kamuya arz edilmiş bir hizmeti yapmamaktır”. Böylece besin maddelerinin söz konusu ayrımlara dayanılarak verilmemesi veya yine bu ayrımlar 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 ayrımlara dayanarak besin maddelerinin verilmemesi veyahut kamuya arz edilmiş bir hizmetin yerine getirilmemesi suçun oluşumu için yeterlidir.

<sup>44</sup> “İş ilişkisi” kavramının, sözleşmenin kurulmasından sonraki safhayı kapsayacağı, bu sebeple işe alınmada yapılan ayrımcılığın bu fıkraya girmediği belirtilmiştir. Bkz. **Süzek**, s.363.

<sup>45</sup> **Süzek**, s.363; **Tuncay**, s.155.

Bu seçimlik hareketlere örnek olarak; bir takım ayrımlar düşünülerek kişilere ekmek satılmaması, halk otobüsüne alınmaması, 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) ayrıca tatbik edilir.

#### **F- Kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engellemek**

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

Burada olağan ekonomik faaliyeti, bir bireyin kendi kararları çerçevesinde uygulayabileceği her türlü iktisadi muameleleri kapsayacak şekilde anlamak gerekir<sup>46</sup>. Doktrinde kiraya vermenin iktisadi faaliyet sayılabileceği, borç veya emanet vermenin ise bu kapsamda değerlendirilemeyeceği ifade edilmiştir<sup>47</sup>. Kanımızca “olağan ekonomik faaliyet” kavramı, bireyin her türlü alış veriş ve sözleşme ilişkilerini kapsamına alır.

Doğal olarak, kişilerin bazı iktisadi faaliyetleri yerine getirmeleri için, ruhsat gibi koşullara bağlı tutulmuş olabilir. Burada önemli olan söz konusu niteliklere sahip olunmasına rağmen, bireyin bizzatı 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.

#### **7- Suçun Manevi Unsuru**

Suçun manevi unsuru kasttır (TCK.m.21/1). 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>48</sup>. Bu açıdan fail eylemini; “kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, özür-

---

<sup>46</sup> Ayrıca bkz. **Malkoç, İsmail**, Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu. Genel Hükümler-Özel Hükümler, Birinci Cilti, Ankara 2005, s.501.

<sup>47</sup> **Şen**, s.514, 515; **Meran**, s.422.

<sup>48</sup> **Donay-Kaşıkcı**, s.178.

lülük<sup>49</sup>, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle.”<sup>50</sup> gerçekleştirmelidir. Kanun koyucu “ve benzeri sebeplerle” demek suretiyle maddede sayılanlar dışında, başka hususiyetler gözetilerek ayırım yapılması halinde de suçun oluşacağını kabul etmiştir<sup>51</sup>.

Şu halde inceleme konusu suçun 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 yansımakla manevi unsurun oluşmadığı kabul edilmelidir<sup>52</sup>. Örneğin, işverenin beğenmediği 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 edemeyeceği endişesiyle belirli inanç ve görüşte olanlara mal satılmaması bu kapsamda değerlendirilebilir<sup>53</sup>.

Son olarak, bu suçta saik, suçun temel şeklinde aranan bir unsur olduğundan, fiilin olası kastla (TCK.m.21/2) gerçekleştirilmesi mümkün değildir<sup>54</sup>.

## **8- Suçun Özel Görünüş Şekilleri**

### **A- Teşebbüs**

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

---

<sup>49</sup> Özürlülük kavramının tanımı 1.7.2005 tarih ve 5378 sayılı Kanununun 3 üncü maddesinde yapılmıştır. Buna göre özürlü; “doğuştan veya sonradan herhangi bir nedenle bedensel, zihinsel, ruhsal, duyuşsal ve sosyal yeteneklerini çeşitli derecelerde kaybetmesi nedeniyle toplumsal yaşama uyum sağlama ve günlük gereksinimlerini karşılama güçlükleri olan ve korunma, bakım, rehabilitasyon, danışmanlık ve destek hizmetlerine ihtiyaç duyan kişiyi” ifade eder. Kanımızca kavramı ifade etmek üzere, “özürlü” yerine “engelli” teriminin kullanılması daha isabetli olurdu.

<sup>50</sup> Ayrıca bkz. **Gökçen, Ahmet**, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü (TCK.m.312/2), Ankara 2001, s.81 vd.

<sup>51</sup> Bir düşünceye göre “ve benzeri sebepler” ibaresi suçta ve cezada kanunilik prensibine aykırıdır. Bkz. **Şen**, s.510.

<sup>52</sup> Bkz. **Donay-Kaşıkcı**, s.178.

<sup>53</sup> **Şen**, s.515, 516.

<sup>54</sup> Bkz. **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, s.564.



## *Türk Ceza Kanunu'nda Ayrımcılık Suçu*

beraber suç tipinde “ihmalî” nitelik gösteren hareketler bakımından (örneğin, besin maddesinin verilmemesi) teşebbüs mümkün değildir.

### **B-İştirak**

Ayrımcılık suçu, iştirak bakımından bir özellik arz etmez. Genel hükümler uygulanır.

### **C-İçtima**

Failin birden fazla kişiye birden fazla farklı fiille ayrımcılık yapması durumunda mağdur sayısınınca suç gerçekleşir<sup>55</sup>.

Aynı suç işleme kararının icrasıyla tek bir fiille aynı anda birden fazla kimseye ayrımcılık yapılması durumunda TCK.m.43/2 tatbik edilir<sup>56</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 ilişkin 125 inci madde de ihlal edilmiş bulunabilir. Bu ihtimalde TCK.m.44 uyarınca, bir çözüme ulaşmak gerekmektedir.

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.

Ayrımcılık teşkil eden fiil aynı zamanda mağdurun “hukuka aykırı bir davranışla, iş ve çalışma hürriyetini ihlal ederse” (TCK.m.117/1), iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunun da<sup>57</sup> oluşacağı kabul edilmelidir. Bu takdirde de, TCK.m.44 çerçevesinde hareket edilmelidir.

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

## **9-Yaptırım ve Kovuşturma**

TCK. m.122’de düzenlenen suçun yaptırımı 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 ve üst sınırı belirtilmemiştir. Bu durumda adli para cezasının alt ve üst sınırı 52’nci maddeye göre tespit edilecektir. 52’nci maddede, “adli para cezası, beş günden az ve

<sup>55</sup> Meran, s.423.

<sup>56</sup> Meran, s.423.

<sup>57</sup> Ayrıca bkz. **Soyer, Sesim**, “İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali İle Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçlarına İlişkin Bazı Düşünceler”, HPD., Sayı:7, Temmuz 2006, s.99 vd.

### *Türk Ceza Kanunu'nda Ayrımcılık Suçu*

kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde yediyüzotuz günden fazla” olamaz denilmektedir.

Hapis cezasının yasada 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>58</sup>. Bu ihtimalde, kanımızca hâkim taktiren 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>59</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 (CGTİHK.m.106) bakımından dengesiz ve adaletsiz sonuçların ortaya çıkması engellenmiş olur<sup>60</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).

Bu suçun kovuşturması re’sen gerçekleşecektir. 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>58</sup> **Üzülmez İlhan**, “5237 Sayılı Yeni TCK’da Suçta Tekerrür ve Özel Tehlikeli Suçlular”, in: HPD, 2005/4, s. 218.

<sup>59</sup> **Üzülmez**’e göre ise, burada hâkime tanınmış olan hapis veya adli para cezalarından birini seçme imkânı mutlak şekilde kaldırıldığına göre, mükerrire verilecek ceza kısa süreli de olsa adli para cezasına çevrilemez. Bkz. **Üzülmez**, s.218.

<sup>60</sup> Nitekim TCK.’nın 61 inci maddesinde, bu hususta bir değişiklik yapılması da düşünülmektedir. Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan “*Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı*”nda, 5237 sayılı TCK’nın 61 inci maddesine sekizinci fıkradan sonra gelmek üzere bir fıkra eklenmesi ve diğer fıkraların buna göre teselsül ettirilmesi öngörülmüştür. Sözü geçen fıkra; “*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*” denmektedir. Bkz. T.C. Adalet Bakanlığı, Temel Ceza Kanunlarında Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı, 2006, s.431.

## **10- Sonuç**

Yukarıda incelediğimiz eylemin yaptırımı 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.

Bu itibarla suç tipinde bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin ve (“ayrımcılığın” toplum barışına yönelik tehlikeleri de nazara alınarak) kamu barışının korunduğunu belirtmeliyiz.

Ayrımcılık yasağı, keyfi ayrımlarla ilgili olarak değerlendirilmelidir. Bu açıdan bir takım sosyal hakların aynı anda herkese tanınmaması 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 aşıp aşılmadığı irdelenirken, belirtilen ölçütlerle bağdaşmayan “ayrımcılık teşkil eden hareketlerin” sınırı aştığını kabul etmek gerekir.

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

Suçun manevi unsuru kasttır. Ayrıca burada kastın varlığı dışında failin saiki (amacı) da önem arz eder. Keza fail eylemini; “kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, özürllülük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle..” gerçekleştirmelidir.

Bu suçta saik, suçun temel şeklinde aranan bir unsur olduğundan, fiilin olası kastla (TCK.m.21/2) gerçekleştirilmesi mümkün değildir.

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

Son olarak, suçun haksızlık içeriği ile yaptırımı nazara alındığında, 122 nci maddenin etkin ve caydırıcı bir düzenleme olmaktan uzak bulunduğu belirtilmelidir.

*Türk Ceza Kanunu'nda Ayrımcılık Suçu*

---