



# AYRIMCILIĞA KARŞI

## İ.K. DAVASI IŞIĞINDA TÜRK CEZA KANUNU'NUN 122. MADDESİ ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME

TOPLUM VE HUKUK ARAŞTIRMALARI VAKFI  
EŞİT HAKLAR İÇİN İZLEME DERNEĞİ



HRANT DİNK VAKFI  
SIVİL TOPLUMU  
GÜÇLENDİRME  
HİBE PROGRAMI  
2019-2021



**TOHAV**  
Toplum ve Hukuk Araştırmaları Vakfı  
Foundation for Society and Legal Studies



Bu proje Avrupa Birliği tarafından desteklenmektedir.



**ISBN: 978-605-69301-5-7**

**Hazırlayan:** Ulaş Karan  
**Çevirmen:** Osman İşçi

**Grafik Tasarım:** Ecem AKAR

Bu inceleme raporu, Toplum ve Hukuk Araştırmaları Vakfı (TOHAV) ve Eşit Haklar İçin İzleme Derneği (EŞHİD) tarafından ortak olarak yürütülen Ayrımcılığın Önlenmesinde Başvuru Mekanizmalarının Kullanılmasının Desteklenmesi Projesi kapsamında hazırlanmıştır. Projeyi yürüten kurumlarca belirlenmiş olan aşağıdaki dava ayrımcılık yasağına ilişkin uluslararası ve ulusal mevzuat, uygulama ve bu alanda ortaya çıkmış literatür ışığında değerlendirilmiştir.

---

<sup>1</sup> Doç. Dr., İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi



İ.K. Davası Işığında Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesi Üzerine Bir Değerlendirme  
İstanbul, 2021

**Basım Yeri:** Berdan Matbaacılık  
Davutpaşa Caddesi, Güven İş Merkezi,  
C Blok, No: 215/216 Topkapı/İstanbul

**İletişim:**

Telefon: +90 (533) 658 76 14  
E-posta: info@ayrimciligakarsi.org

**Toplum ve Hukuk Araştırmaları Vakfı(TOHAV)**

Kuloğlu Mah. Turnacıbaşı Sk.  
Fikret Tüner İş Hanı No:39 K.3  
Beyoğlu/İstanbul

**Eşit Haklar İçin İzleme Derneği(ESHİD)**

Gümüşsuyu Mh. Ağa Çırağı Sk.  
Pamir Apt. No:7 D:1 34437  
Beyoğlu/İstanbul



**TOHAV**  
Toplum ve Hukuk Araştırmaları Vakfı  
Foundation for Society and Legal Studies



Bu yayın Hrant Dink Vakfı Hibe Programı kapsamında Avrupa Birliği desteği ile hazırlanmıştır. İçeriğin sorumluluğu tamamıyla Toplum ve Hukuk Araştırmaları Vakfına aittir ve Avrupa Birliği'nin ve/veya Hrant Dink Vakfı'nın görüşlerini yansıtmamaktadır.

# İÇİNDEKİLER

## I. DAVANIN ÖZETİ

5

## II. DEĞERLENDİRME

9

### A. AYRIMCILIK KAVRAMI

9

### B. AYRIMCILIK YASAĞININ KİŞİ BAKIMINDAN KAPSAMI

10

#### 1. Ayrımcılığa Karşı Korunan Kişi Bakımından

10

#### 2. Ayrımcı Muameleyi Gerçekleştiren Kişi Bakımından

17

### C. AYRIMCILIK YASAĞININ KONUSU BAKIMINDAN KAPSAMI

18

### D. AYRIMCILIK YASAĞININ GÜNCEL BİÇİMLERİ

22

#### 1. Doğrudan Ayrımcılık

22

#### 2. Çoklu Temelde Ayrımcılık

23

#### 3. Ayrımcılık Talimatı

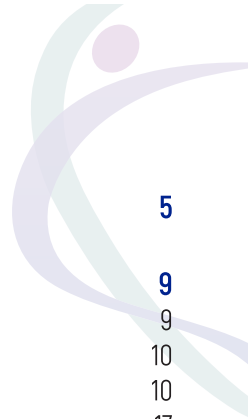
24

### E. AYRIMCILIK YASAĞINDA UYGULANACAK YAPTIRIMLAR

26

## III. SONUÇ

34



## I. DAVANIN ÖZETİ

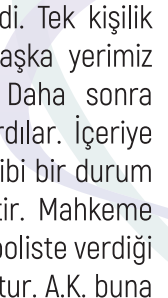
Ayrımcı muameleye maruz kalan İ.K., daha önce cinsiyet geçiş süreci sonunda nüfus kaydı düzeltilmiş ve kadın kimliğine sahip olmuştur. 26.12.2013 tarihinde arkadaşı H.M.M.B. ile birlikte İstanbul ili Beyoğlu ilçesi sınırları içerisinde bulunan Galatasaray Hamamı'na gitmiştir. Hamamın işletme müdürü olan A.K. tarafından İ.K.'ya "içeri kesinlikle giremeyeceği ve kendi hamamlarına gitmesi" söylemiştir. İ.K. o dönem kullanılan pembe renkli nüfus cüzdanını göstermesine rağmen hamamdan içeri alınmamıştır.

Yaşanan bu olay üzerine İ.K. vekili Av. E.K. tarafından 17.01.2014 tarihinde Türk Ceza Kanunu (TCK) md. 122 (nefret ve ayrımcılık suçu) uyarınca soruşturma ve dava açılması için İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunulmuştur. Bunun üzerine İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından 2014/8576 No.lu soruşturma başlatılmıştır. A.K. soruşturma kapsamında polis tarafından alınan ifadesinde yabancı bir kişinin 26.12.2013 tarihinde gelip rezervasyon yaptırdığını ve kendisinin bunun üzerine bir kişilik rezervasyon yaptığını ancak bu kişinin İ.K. ile birlikte gelmesi üzerine boş yerleri olmadığını belirttiğini, bunun üzerine İ.K. ve H.M.M.B. tarafından hakarete maruz kaldığını, bu kişileri görünüşleri nedeniyle değil işyeri dolu olduğu için hamama müşteri olarak almadığını beyan etmiştir.

İ.K. tarafından 24.02.2014 tarihinde polis tarafından müşteki olarak alınan ifadesinde ise 26.12.2013 tarihinde Galatasaray Hamamı'na giderek fiyat sorduğunu, arkadaşıyla geleceğini belirterek rezervasyon yaptırdığını, aynı gün saat 18.30 gibi H.M.M.B. ile tekrar hamama gittiğinde hamamın kapalı olduğu, hamamın turistlere kapatıldığı belirtilerek içeri alınmadıklarını, işletme müdürü olan A.K. ile konuştuklarında kendisinin hamama alınmaması için direktif verdiğini, bu kişinin kendi hamamlarına gidin dediğini belirterek A.K. ve hamamın sahibinden şikayetçi olduğunu ifade etmiştir.

İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından açılan 2014/8576 No.lu soruşturmada verilen 2014/30358 No.lu ve 28.04.2014 tarihli kararlar kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilmiştir. İ.K. vekili Av. E.K. tarafından 10.06.2014 tarihinde bu karara karşı Ağır Ceza Mahkemesi'ne itiraz edilmiştir. Bakırköy 4. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından 02.07.2014 tarihinde verilen 2014/670 D. İş sayılı kararlar itiraz kabul edilmiş ve kovuşturmayaya yer olmadığı kararı kaldırılmıştır. Bu karar üzerine İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığınca yeni bir soruşturma açılmış ve bu soruşturma kapsamında 16.07.2014 tarihli ve 2014/10818 No.lu iddianame düzenlenerek A.K.'nın cinsiyet ayrımcılığı nedeniyle TCK md. 122(1)(a) ve md. 53(1)(2)'den cezalandırılması talep edilmiştir.

İstanbul 42. Asliye Ceza Mahkemesi'nde 2014/230 E. sayılı dosyada görülen davanın 13.11.2014 tarihli ilk duruşmasında mağdur İ.K. ve sanık A.K. dinlenmiştir. Sanık A.K. ifadesinde "Ben Galatasaray hamamında çalışıyorum. Yetkilisiyim. Müşteri karşılama ile ilgileniyorum. Olay tarihinde Paskalya tatili nedeniyle yoğunluk vardı. Rezervasyon ile



çalışıyorduk. Müşteki yanında yabancı uyruklu bir bayan ile birlikte geldi. Tek kişilik yerimiz olduğunu söyledik. Misafirlerini ağırlayabileceğimizi söyledik. Başka yerimiz olmadığı için kendilerini kabul edemeyeceğimizi söyledik. Ayrıldılar. Daha sonra hakkımızda şikayetçi olmuşlar. Daha sonra gelip hamamın camlarını kırdılar. İçeriye girmeye çalıştılar. Müştekinin cinsiyetinden dolayı hamama almamız gibi bir durum söz konusu değil. Yoğunluk nedeniyle alamadık.” şeklinde ifade vermiştir. Mahkeme hâkimi tarafından hazırlıktaki ifadesi okunmuş ve duruşmadaki ifadesiyle poliste verdiği ifade arasında kısmen uyuşmazlık olması nedeniyle sanığa soru sorulmuştur. A.K. buna ilişkin olarak “[b]enim hazırlıktaki ifademde doğrudur, sabahleyin müşteri gelip bir kişilik rezervasyon yaptırdı, daha sonra geldiğinde yanında bir kişi daha vardı ve kendisine tek kişilik yer olduğunu söyledim ve biraz önce anlattığım şekilde olaylar gelişti. Rezervasyon yaptıran kişi yabancı uyruklu kişi değildi. Yanlış anlaşılabilir. Müştekinin beyanlarını kabul etmiyorum. Bana kimliğini çıkartıp gösterdi. Ben cinsiyet değiştirdiği için hamama almama gibi bir durum söz konusu değil.” şeklinde beyanda bulunmuştur.

Davanın ilk duruşmasında dinlenen müşteri İ.K. ise “olay günü sabahleyin arkadaşım H.M.M.B. ile birlikte Galatasaray hamamına gidip, öğleden sonra geleceğimizi söyledim, yer olup olmadığını sordum, gelebilirsiniz dediler. Öğleden sonra H.M.M.B. ile birlikte hamama gittik. Ancak ‘içerisi dolu, sizi alamayız’ dediler. Bende sanıkla konuştum. Bana ‘sizin gibi dönmeleri almıyoruz, kendi hamamımıza gidin, sadece arkadaşınızı alabiliriz’ dedi. Sabahleyin gidip bir kişilik rezervasyon yaptırmam gibi bir durum söz konusu değildir. Ben yaklaşık 20 yıl kadar önce ameliyatla cinsiyet değiştirdim. Kadın oldum ve pembe kimlik aldım. Geçiş sürecimi tamamladım ve İstanbul LGTT dayanışma derneğinde başkanım. Hak ihlali ve nefret söylemleri üzerine çalışıyoruz. Ayrımcılık yapılırca şikayetçi oldum.” şeklinde ifade vermiştir.

Sanık A.K. müdafî Av. K.G. tarafından mahkemeye sunulan tarihsiz savunma dilekçesinde yargılamaya konu iddialar reddedilmiş, müşteri ve yanındaki arkadaşının sadece bir kişilik yer olduğu için hamama alınmadıkları belirtilmiştir. Av. K.G. tarafından sunulan savunma metninde “müşteki ve yanında bulunan sevgilisi (Müşteki beyanlarına göre), müvekkilin beyanından sonra sevgilisi olduğunu söylemesi karşısında zaten söz konusu kişilerin hamama alınması mümkün değildir. Ahlaki bakış açımız geleneklerimi ve işyeri prensipleri açısından iki sevgilinin işyerine alınması söz konusu değildir.” ifadelerine yer vermiştir.<sup>2</sup> Savunma dilekçesi ekinde sunulan bir gazete haberinde ise hamamın işletmecisi olan C.C. tarafından “Daha önce benzer sıkıntılar yaşadığımız için böyle bir karar aldık. Personele, müşterilere nahoş teklifler yapıldı. Bunların önüne geçmek için radikal kararlar aldık. Cinsiyet ayrımcılığı yaptığımızdan değil. Dışarıda onlarla sohbet de ederim, yemek de yerim. Ama işletmenin geleceğini düşünmek zorundayım. Bizim gibi kurumsal kimliği olan Cağaloğlu, Çemberlitaş, Süleymaniye hamamları da transları

---

<sup>2</sup> Yazım yanlış ve koyu renk yazılmış harfler söz konusu dilekçeden aynen aktarılmıştır.

almıyor. Ağa Hamamı eskiden alıyordu ama maddi manevi sıkıntı yaşadığı için artık almıyor onları. Gece kulüpleri de kapıdan müşteri çeviriyor. Müşteri seçmek bizim en doğal hakkımız. Kurumsal kimliğimizden ödün vermeyeceğiz." ifadelerinin kullanıldığı görülmektedir.<sup>3</sup>

29.01.2015 tarihinde yapılan ikinci duruşmada H.M.M.B. ve M.Ş. tanık olarak dinlenmiştir. H.M.M.B. ifadesinde "İ.K. arkadaşım olur. Biz hamama gitmeye karar verdik. Gidip fiyatlarını ve açık olduğu saatleri öğrendik. Daha sonra hamama girmek için girdiğimizde kapıdaki bayan hamamın kapalı olduğunu söyledi. Biz itiraz ettik. O sırada hamama başka gelenlerde olmuştu. Onlar rahat bir şekilde hamama girmişlerdi. Biz müdür olan sanık A.K.'nın yanına gittik. Neden hamama almadıklarını sorduk. Sanık bize 'siz buraya giremezsiniz, emri ben verdim' dedi. İ.K. 'Benim pembe kimliğim var. Neden beni içeri almıyorsunuz' diye itiraz etti. Ancak sanık bağırarak İ.K.'yı içeri almayacağını söyledi. Bana da 'yalnızca siz içeri girebilirsiniz' dedi. İ.K.'ya da 'sen kendi hamamına git gir, buraya giremezsin' dedi." şeklinde beyanda bulunmuştur. Savunma tanığı M.Ş. ise "Galatasaray Hamam'ında ben oda görevlisi olarak çalışıyorum. Odaların boş olup olmadığını A.K. Bey'e bildiriyorum. O da ona göre müşteri alıyor. Olay günü de çok yoğunluk. Randevuyla alıyorduk. 7 kişilik bayan bölümünde sadece 1 kişilik boş yerimiz vardı. Müştekiye, görevli arkadaşlar yer olmadığını bildirdiler. Ben erkekler bölümünde görevliyim. Ancak kadınlar bölümünden de telefonla boş olup olmadığı bana bildiriliyor. Ona göre de ben A.K. Bey'e durumu bildiriyorum. Müşteki ikinci kez gelip sanıkla konuştuğu sırada ben oradaydım. Sanığın 'siz dönmesiniz, o nedenle almıyorum' gibi bir söz söylediğini duymadım. A.K. Bey bir kişilik yer olduğunu, yanındaki bayanı alabileceğini söyledi. Müşteki de bu kişinin sevgilisi olduğunu, birlikte hamama girmek istediklerini söyledi." şeklinde ifade vermiştir.

İstanbul 42. Asliye Ceza Mahkemesi 29.01.2015 tarihli ikinci duruşmada tanık ifadelerinin alınmasının ardından sanık A.K.'nın TCK md. 122(1)(a) uyarınca 3.000 TL adli para cezası ile cezalandırılmasına karar vermiş ve "belirlenen cezanın miktarı, sanığın adli sicil kaydında yer alan ilamın silinme şartlarının gerçekleştiği anlaşıldığından sanık sabıkasız kabul edilerek, duruşmadaki olumlu tutum ve davranışları ile yeniden suç işlemeyeceği hususunda mahkememize kanaat gelmiş olması ve şartların gerçekleşmesi nedeniyle" hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına (HAGB) hükmedilmiştir. Gerekçeli karara bakıldığında Evrensel İnsan Hakları Bildirisi md. 2 ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) md. 14'e atıf yapılarak "Bütün bu duruma göre de, sanığın, yıllar önce cinsiyet değişikliği yaparak kadın olan ve kendisine kadın kimliği verilen müştekiye cinsiyet ayrımı yaparak üzerine atılı ayrımcılık suçunu işlediği kanaatine varıldığından sanığın atılı suçtan cezalandırılmasına, ancak sanık lehine yasal şartların gerçekleşmesi nedeniyle CMK 231/5 maddesi uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar

<sup>3</sup> Hürriyet, "Hamam transa haram", 12.01.2014, <https://www.hurriyet.com.tr/dunya/hamam-transa-haram-25549485> (erişim:06.02.2021).

vermek ve aşağıdaki şekilde hüküm kurmak gerekmiştir.” ifadeleri ile hüküm kurulduğu görülmektedir.

İstanbul 42. Asliye Ceza Mahkemesi'nin E. 2014/230, K. 2015/19 sayılı ve 29.01.2015 tarihli kararında verilen HAGB kararına karşı sanık A.K. mdafı tarafından itiraz edilmiş ve tarihsiz itiraz dilekçesinde “Olay dolu olan hamama gelen iki müşteriden birisinin alınmamasından başka bir şey değildir. Hamamda görevli bir işçi olan sanığın keyfi hareket etme yetkisi olmadığı gibi ayrımcılık yapacak kadar entelektüel bilgiside bulunmamaktadır. Öte yandan; müvekkilin beyanından sonra sevgilisi olduğunu söylemesi karşısında zaten söz konusu kişilerin hamama alınması mümkün değildir. Ahlaki bakış açımız geleneklerimi ve işyeri prensipleri açısından iki sevgilinin işyerine alınması söz konusu değildir. Bu durum Ayrımcılık olarak görülemez.” ifadelerine yer verilmiştir.<sup>4</sup> Söz konusu itiraz İstanbul 42. Asliye Ceza Mahkemesi tarafından 16.02.2015 tarihinde verilen ek karar ile reddedilmiştir. İtirazı inceleyen İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından verilen 2015/95 D. İş No.lu ve 18.02.2015 tarihli karar ile itiraz reddedilmiş ve sanık A.K. hakkında verilen hüküm kesinleşmiştir.

---

<sup>4</sup> Yazım yanlışları ve koyu renk yazılmış harfler söz konusu dilekçeden aynen aktarılmıştır.



## II. DEĞERLENDİRME

### A. Ayrımcılık Kavramı

Bu rapora konu olan ceza davası bir ayrımcı muamele ile ilgili olduğu için yapılacak bir değerlendirmeye öncelikle ayrımcılık kavramının tanımlanması ile başlanmıştır. Yapılacak tanım çerçevesinde mağdur İ.K.'nın karşılaştığı farklı muamelenin ayrımcılık oluşturup oluşturmadığı değerlendirilecektir. Ayrımcılık kavramı etimolojik olarak nesnelere arasında fark gözetmek, ayırt edici özelliklerine dayanarak nesnelere arasında farklılaştırma veya ayırım anlamına gelmektedir.<sup>5</sup> Ancak kavram günümüzde hukuk alanında büyük oranda belirli bir gruba mensup kişi veya kişileri diğer kişilerle karşılaştırıldığında haksız muamele edilmesi anlamında olumsuz bir içerikte kullanılmaktadır.<sup>6</sup> Kavram bugün sadece ayırma anlamında değil bir hiyerarşi ortaya koyma ve bu hiyerarşi içerisinde bazı kişilerin daha olumsuz muamele edilmesi anlamına gelmektedir.<sup>7</sup> Ayrımcılığı, icrai veya ihmali biçimde, bir hukuk sisteminde eşit durumda olduğu düşünülen kişiler arasında bir hak veya yükümlülükle ilgili olarak geçerli bir neden olmaksızın eşit davranılmaması veya bir hukuk sisteminde eşit durumda olmadığı düşünülen kişiler arasında bir hak ve yükümlülükle ilgili olarak geçerli bir neden olmaksızın eşit davranılması olarak tanımlamak mümkündür.

Ayrımcılığın çeşitli uluslararası sözleşmelerde ortaya çıkmış normatif ve içtihadî tanımları bulunmaktadır. Normatif olarak en güncel tanıma göre ayrımcılık "başkalarıyla eşitlik temelinde olarak, siyasi, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni yahut herhangi bir başka alandaki tüm insan haklarının ve temel özgürlüklerinin tanınmasını, bunlardan yararlanılmasını ya da bunların kullanılmasını zayıflatmak yahut kaldırmak amacını taşıyan yahut etkisini doğuran engellilik temelindeki herhangi bir fark gözetme, dışlama yahut kısıtlama tam ve diğerleri ile eşit koşullar altında kullanılması veya bunlardan yararlanılması önünde engelliliğe dayalı olarak gerçekleştirilen her türlü ayırım, dışlama veya kısıtlama" olarak tanımlanmıştır.<sup>8</sup> İchtihatlarla ortaya çıkan ve en yaygın benimsenen tanım ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından ortaya konulmuştur. Buna göre bir muameledeki farklılık, makul ve nesnel bir nedene dayanmıyorsa, meşru bir amaç izlemiyorsa veya başvuru yöntemi ile gerçekleştirilmek istenen amaç arasında makul bir orantılilik ilişkisi bulunmuyorsa ayrımcılık oluşacaktır.<sup>9</sup>

Türkiye'de ise ayrımcılık kavramına dair mevzuattaki tanımların oldukça sınırlı olduğunu söylemek gerekiyor. Yukarıdaki tanıma benzer yegâne tanım Engelliler Hakkında

<sup>5</sup> Danièle Lochak, "The Notion of Discrimination and Its Place in the Conventional International Law and in the Case Law", Proceedings of the 7th International Colloquy on the European Convention on Human Rights, Council of Europe, N. P. Engel, Strasbourg, 1994, s. 133.

<sup>6</sup> A Dictionary of Law, Oxford University Press, Reading, 1997, s. 145.

<sup>7</sup> Lochak, s. 133.

<sup>8</sup> Engelli Kişilerin Hakları Sözleşmesi, md. 2.

<sup>9</sup> AİHM, Rasmussen v. Denmark, Appl. No. 8777/79, 28.11.1984, para. 38.

Kanun'da yer almaktadır.<sup>10</sup> Engelliler Hakkında Kanun md. 3'de yer alan tanım ayrımcılığı engellilik temelinde tanımlamıştır. Engelliliğe dayalı ayrımcılık "[s]iyasi, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni veya başka herhangi bir alanda insan hak ve temel özgürlüklerinin tam ve diğerleri ile eşit koşullar altında kullanılması veya bunlardan yararlanılması önünde engelliliğe dayalı olarak gerçekleştirilen her türlü ayırım, dışlama veya kısıtlama" olarak tanımlanmıştır. Ayrımcılıkla ilgili en kapsamlı yasal düzenleme olan Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nda (TİHEK Kanunu) ise ayrımcılığın bir tanımı yapılmamış, onun yerine ayrımcılığın farklı biçimleri ayrı ayrı tanımlanmıştır.<sup>11</sup> Bu şekilde bir tutum ayrımcılığın farklı biçimlerinin Türkiye hukukunda ilk defa tanımlanması bakımından olumlu olsa da yasada ayrımcılığa dair temel nitelikte bir tanım yapılmaması önemli bir eksiklik olarak göze çarpmaktadır.

Anayasa Mahkemesi (AYM) de bireysel başvuru kararlarında ayrımcılık yasağını AIHM kararlarına gönderme yaparak benzer doğrultuda tanımlamıştır. AYM'ye göre "[a]ynı durumdaki kişilere farklı muamele, meşru bir amaca dayalı olmadığı ve izlenilen yol ile varılmaya çalışılan hedef arasında makul bir orantılılık ilişkisi kurulmadığında ayrımcılık söz konusu olmaktadır."<sup>12</sup> Mahkeme bir ayrımcılık iddiasının "başvurucunun kendisiyle benzer durumdaki başka kişilere yapılan muamele ile kendisine yapılan muamele arasında bir farklılığın bulunduğunu ve bu farklılığın meşru bir temeli olmaksızın sırf ırk, renk, cinsiyet, din, dil, cinsel yönelim vb. ayrımcı bir nedene dayandığını makul delillerle" ortaya koyduğu takdirde ciddiye alınabileceğini belirtmiştir.<sup>13</sup>

İncelemeye konu edilen ceza davasında gündeme gelen muamele ortaya çıkan bu tanımlar ışığında değerlendirildiğinde şüphesiz ayrımcı bir muamele niteliğindedir. Aşağıda üzerinde daha ayrıntılı olarak durulacağı üzere, mağdur İ.K.'nın bir hamamdan hizmet almak isteyen diğer kişilerle aynı durumda olduğu, buna rağmen farklı muamele gördüğü, bu farklı muamelenin mağdurun cinsel yönelim ve/veya cinsiyet kimliğine dayalı gerçekleştirildiği ve bu farklı muamelenin meşru bir amacının bulunmadığı görülmektedir.

## **B. Ayrımcılık Yasağının Kişi Bakımından Kapsamı**

### **1. Ayrımcılığa Karşı Korunan Kişi Bakımından**

Ayrımcılık yasağı söz konusu olduğunda gündeme gelen konulardan biri bu yasağın hangi grupları koruma altına aldığıdır. Ayrımcılık yasağı kimlerin hangi ölçüte göre eşit olması gerektiğini ortaya koymaktadır. Bu nedenle aşağıda sırasıyla hem ayrımcılığın hangi temellerde yasaklandığı, başka bir deyişle ayrımcılığa karşı hangi grupların

<sup>10</sup> Engelliler Hakkında Kanun (5378 sayılı), 07.07.2005 tarihli ve 25868 sayılı Resmi Gazete.

<sup>11</sup> Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu (6701 sayılı), 20.04.2016 tarihli ve 29690 sayılı Resmi Gazete.

<sup>12</sup> AYM, Ayla (Şenses) Kara Kararı, B. No. 2013/7063, 05.11.2015, para 44.

<sup>13</sup> AYM, Sadıka Şeker Kararı, B. No. 2013/1948, 23.01.2014, para 59; Kamil Çakır Kararı, B. No. 2013/997, 15.10.2014, para 45.

koruma gördüğü hem de hangi kişilerin farklı muameleden sorumlu tutulabileceği üzerinde durulacaktır.

Normatif düzenlemelere bakıldığında ayrımcılığın çoğunlukla bazı geleneksel ayrımcılık temelleri bakımından yasaklandığı görülmektedir. Ayrımcılığın yasaklandığı temeller Avrupa'da mezhep çatışmaları sonucunda özellikle din veya inanç temelinde başlamış ve zaman içerisinde birçok temeli barındırır hale gelmiştir.<sup>14</sup> Dolayısıyla değer yargılarının değiştiği noktada yeni ayrımcılık temelleri gündeme gelebilmektedir. Bu durum ayrımcılık yasağı kavramının diğer insan hakları gibi dinamik bir kavram olduğunu da ortaya koymaktadır. Yüzyıl önce şu an için hukuken tanınan ayrımcılık temellerinden neredeyse hiçbiri tanınmazken, ileride belki de bazı ayrımcılık temellerinin ortadan kalkabilecek ve yerine başka ayrımcılık temellerinin geçebilecektir.<sup>15</sup>

Ayrımcılık yasağına dair mevcut hukuki düzenlemeler yapıları itibariyle açık uçlu ve sınırlı modeller olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.<sup>16</sup> Eşitlik ilkesine dair düzenlemelerde herhangi bir temele yer verilmezken ayrımcılık yasağı ile ilgili düzenlemelerde açıkça bazı temellere yer verilmektedir. Örneğin ABD Anayasası'na Ek 14. Değişikliğin ilk maddesi verilebilir. Anılan maddede hukuken eşit korunma ilkesi düzenlenirken eyaletlerin yargı yetkisi altında olan herkese hukuken eşit koruma sağlayacağına yer verilmiştir.<sup>17</sup> Ayrımcılık yasağında ise sınırlı yaklaşımda belirli ayrımcılık temelleri sınırlı olarak sayılmaktadır ve genişletilmesi mümkün olmamaktadır. Açık uçlu yaklaşımda ise, kişi bakımından kapsam açısından ilk olarak belirli ayrımcılık temelleri sayılabilmektedir ancak liste açık uçlu bırakılmaktadır ve içtihatlarla listenin genişletilebilmesi mümkün olabilmektedir. Genel nitelikli insan hakları sözleşmelerinin büyük çoğunluğu bu yaklaşımı benimsemiştir.<sup>18</sup> Bu noktada yargı organlarının inisiyatifi öne çıkmaktadır. Yargı organları sayılan ayrımcılık temelleri ile olumlu anlamda bağlıdır. Yargı organları burada daraltıcı bir yorum yapamayacaklar ve ancak listenin genişletilmesi yönünde bir inisiyatif kullanmaları mümkün olabilecektir.

Bu olumlu yöne rağmen ortaya çıkan bir sorun "ayrımcılık hiyerarşisi"dir. İchtihatlarda hukuki düzenlemelerde belirtilen ayrımcılık temellerinde farklı muamelenin meşruiyet

<sup>14</sup> Ayrımcılık temellerini ile ilgili tarihi bilgi için bakınız, E. W. Vierdag, *The Concept of Discrimination in International Law*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1973, s. 84 vd.

<sup>15</sup> Karl Josef Partsch, "Fundamental Principles of Human Rights: Self-Determination, Equality and Non-Discrimination", *The International Dimensions of Human Rights*, Karel Vasak (ed.), Vol. 1, UNESCO, Greenwood Press, Connecticut, 1982, s. 73.

<sup>16</sup> Anne, F. Bayefsky, "The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law", *Human Rights Law Journal*, Vol. 11, No. 1-2, 1990, s. 5.

<sup>17</sup> "No State shall make or enforce any law which ... deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws." ABD Anayasası için bakınız, <http://www.usconstitution.net/const.html> [erişim:06.02.2021]

<sup>18</sup> Bakınız, *Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme*, md. 2, *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme*, md. 2, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, md. 14, *Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı*, md. E.

alanını iyice daraltırken, içtihat yoluyla tanınan ayrımcılık temellerinde meşruiyet alanını genişletebilmektedir. Bu açıdan hukuk kuralları ile açık uçlu düzenlemelerin tek başına kabulü yeterli olamamaktadır ve bunun yanında tüm ayrımcılık temellerinin eşit düzeyde önem taşıdığına dair vurguların yapılması gerekmektedir. Ayrımcılık temellerinin açık uçlu olarak bırakıldığı durumda mevcut bir farklı muamelenin ayrımcılık oluşturup oluşturmadığına dair yapılacak denetimde söz konusu temelin ilgili maddenin kapsamına girip girmediği, diğer bir deyişle kişi bakımından kapsamı içerisinde olup olmadığı bir ölçüde değerlendirme konusu olmaktan çıkmaktadır.<sup>19</sup>

Bu şekilde temellerin açıkça tanınmış olması belirtilen temelerde ayrımcılığın fiilen mevcut olduğunun bir kabulü niteliğindedir. Bu sebeple başta uluslararası sözleşmeler olmak üzere mevzuatta açıkça belirtilmiş olmalarının belirtilen temelerde ayrımcılığın hukuken meşru görülmediğine dair açık bir mesaj anlamı taşımaktadır. Ayrımcılık yasağına dair bir düzenlemede ayrımcılık temellerinin mümkün olduğunca kapsamlı biçimde sayılmasının belirtilen ayrımcılık temellerinin hukuken ayrımcılık yasağının bir parçası haline geldiğinin yazılı hukuk kuralları ile kabulü açısından bir anlamı bulunmaktadır. Mevcut ayrımcılık yasağı ile ilgili hukuki düzenlemelerde ayrımcılık temellerinin açık uçlu biçimde düzenlenmiş olması düzenlemelerde değişiklik yapılmasını büyük ölçüde gereksiz kılmaktadır. Bu konuda yargı organlarının güncel gelişmeleri izleyerek ilgili düzenlemelerde belirtilmemiş ayrımcılık temellerini ayrımcılık yasağı kapsamına sokmaları mümkündür.

Uluslararası mevzuata bakıldığında AİHS md. 14 "açık uçlu" yaklaşımı benimsediği<sup>20</sup> ve maddede yer alan yasaklar ve taraf devletlerin yükümlülükleri bu sayılanlarla sınırlı olmadığı görülmektedir.<sup>21</sup> Mahkeme kararlarına bakıldığında md 14'de açıkça sayılmamış olmasına karşın örneğin yaş,<sup>22</sup> engellilik,<sup>23</sup> babalık,<sup>24</sup> medeni hal,<sup>25</sup> sendika üyeliği<sup>26</sup> ve cinsel yönelim<sup>27</sup> gibi ayrımcılık temellerini madde kapsamında değerlendirmiştir. Herhangi bir temelde farklı muamelenin, uluslararası insan hakları hukuku kapsamında geleneksel olarak yasaklanan temeller arasında yer alsın ya da almasın md. 14 kapsamında potansiyel olarak incelenmesi mümkündür.<sup>28</sup>

---

<sup>19</sup> Bayefsky, s. 5.

<sup>20</sup> Bayefsky, s. 5.

<sup>21</sup> AİHM, James and Others v. The United Kingdom, Appl. No.8793/79, 21.02.1986, para 74.

<sup>22</sup> AİHM, Schwizgebel v. Switzerland, Appl. No. 25762/07, 10.06.2010.

<sup>23</sup> AİHM, Pretty v. The United Kingdom, Appl. No.2346/02, 29.04.2002.

<sup>24</sup> AİHM, Weller v. Hungary, Appl. No.44399/05, 31.03.2009.

<sup>25</sup> AİHM, Petrov v. Bulgaria, Appl. No.15197/02, 22.05.2008.

<sup>26</sup> AİHM, Danilenkov and Others v. Russia, Appl. No.67336/01, 30.07.2009.

<sup>27</sup> AİHM, Salgueiro da Silva Mouta v. Portekiz, Appl. No.36290/96, 21.12.1999; Frette v. France, Appl. No.36515/97, 26.02.2002; S. L. v. Austria, Appl. No.45330/99, Judgment 09.01.2003; Karner v. Austria, Appl. No.40016/98, 24.07.2003; E.B. v. France, Appl. No.43546/02, 22.01.2008.

<sup>28</sup> Olivier De Schutter, The Prohibition of Discrimination under European Human Rights Law, Relevance for EU Racial and Employment Equality Directives, European Commission, Luxembourg, 2005, s. 13.

Türkiye’de ise Anayasa md 10 ile düzenlenen eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının kişi bakımından kapsamına ilişkin olarak hem ayrımcılığa karşı korunan kişi hem de ayrımcı muameleyi gerçekleştiren kişi açısından geniş bir yaklaşım benimsenmiştir. Bu durum madde metninde yer alan “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.” ifadesinin bir sonucudur. Madde metninde yer alan “herkes” ve “benzeri sebepler” ifadeleri ayrımcılığa karşı korunan kişi bakımından açık-uçlu yaklaşımın benimsendiğini ortaya koymaktadır.

Her ne kadar uluslararası sözleşmelerde veya mevcut yasal düzenlemelerde cinsel yönelim temelinde ayrımcılık açıkça yasaklanmamış olsa da AYM tarafından bireysel başvuru usulünde verilen kararlara bakıldığında Mahkeme’nin md. 10’da yer verilmemiş ayrımcılık temellerine, özellikle cinsel yönelim ifadesine açıkça yer verildiği göze çarpmaktadır.<sup>29</sup> Bununla birlikte Mahkeme bu kararlarda Anayasa md. 10’da yer alan “benzeri sebepler” ifadesinin kapsamına dair ya da cinsel yönelimin bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilmeyeceğine dair herhangi bir açıklamada bulunmamıştır. Kararlarda dolaylı ifadelerle cinsel yönelim temelinde ayrımcılığın Anayasa md. 10’nun koruma alanında olduğu kabul edilmiştir.<sup>30</sup> Mahkeme, “Anayasa’nın 10. maddesi eşitlik ilkesinden faydalanacak kişi... konusunda bir sınırlama getirmemiştir.”<sup>31</sup> diyerek açık uçlu yaklaşımı benimsediğini açıkça ortaya koymuştur. Ancak belirtmek gerekir ki 15.02.2021 tarihine değin AYM’nin cinsel yönelim ayrımcılığına hükmettiği herhangi bir kararı bulunmamaktadır.

Yasal düzenlemelere bakıldığında ise Türkiye’de ayrımcılık yasağına dair yasal düzenlemelerde farklı temellere yer verilmiştir ve sayılan temellerin açık-uçlu veya sınırlı olup olmadığı bağlamında farklı yaklaşımlar ortaya çıktığı görülmektedir. Bazı düzenlemeler sınırlı yaklaşımı benimserken, diğer düzenlemeler açık-uçlu yaklaşımı benimsemiştir. Ayrıca mevzuatta belirtilen ayrımcılık temelleri de farklılaşabilmektedir ve bu konuda bir standardın mevcut olmadığı görülmektedir. Cinsel yönelim ayrımcılığına yer vermemek ise tüm yasal düzenlemelerin ortak noktasını oluşturmaktadır.

2016 yılında yürürlüğe giren ve ayrımcılık yasağı alanındaki en önemli yasal düzenleme haline gelen TİHEK Kanunu md. 3’de ise ayrımcılık “cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hâl, sağlık durumu, engellilik ve yaş temellerine dayalı” olarak yasaklanmıştır. Kanun’da uluslararası

<sup>29</sup> Ör. AYM, Sadıka Şeker Kararı, B. No. 2013/1948, 23.01.2014; Ahmet Şancı Kararı, B. No. 2012/29, 05.11.2014.

<sup>30</sup> AYM, Sadıka Şeker Kararı, B. No. 2013/1948, 23.01.2014, para 60; Mehmet Çetinkaya ve Maide Çetinkaya Kararı, B. No. 2013/1280, 28.05.2014, para 46.

<sup>31</sup> AYM, Gülbü Özgüler Kararı, B. No. 2013/7979, 11.11. 2015, para 42.

standartların aksine ayrımcılık temelleri bakımından sınırlı yaklaşım benimsenmiştir. Bu durum Anayasa md. 10'a aykırıdır ve belki de bizzat kendisinin ayrımcı nitelikte olduğu söylenebilir. Kanun'da yer alan ayrımcılık temellerinin sayısı görece geniş ve Anayasa md. 10'da açıkça sayılan temellerden daha fazla olsa ve Türkiye hukukunda belki de ilk kez "etnik köken" temelinde ayrımcılık açıkça yasaklansa dahi açık uçlu bir düzenleme yapılmaması günümüzde kabul gören genel yaklaşımla bağdaşmamaktadır. Kanun'un amaçlarından birisi Avrupa Birliği (AB) hukukuna uyumdur<sup>32</sup> ve AB hukukunda sınırlı yaklaşımın benimsendiği doğrudur. Ancak bu noktada AB hukukuna da aykırı bir durum ortaya çıkmıştır. AB hukukunda ayrımcılığın yasaklandığı temellerden birisi olan "cinsel yönelim" temeli veya "cinsiyet kimliği" ifadesi bilinçli olarak kapsam dışında bırakılmıştır.<sup>33</sup> Bu eksiklik AB hukukuna uyum amacı ile de tutarlılık taşımamaktadır. Mevcut düzenleme her bakımdan amacı ile çelişmektedir.

Bu incelemeye konu olan mahkeme kararında gündeme gelen TCK md. 122 bakımından ise ayrımcılık yasağının kişi bakımından kapsamı açısından geçmişte açık-uçlu bir yaklaşımı benimserken,<sup>34</sup> maddede 2014 yılında yapılan son değişiklik ile sınırlı yaklaşıma dönüldüğü görülmektedir.<sup>35</sup> TCK md. 122 2004 yılında kabul edilmeden önce TBMM'ye sunulan Bakanlar Kurulu Tasarısında yer alan ilk düzenleme Adalet Alt Komisyonu tarafından hemen hemen aynen kabul edilmiş, hatta madde metnine "cinsel yönelim" ibaresi eklenmiş ve metinde bazı değişiklikler yapılmıştır.<sup>36</sup> Adalet Komisyonu ise Adalet Alt Komisyon tarafından kabul edilen metinde değişiklikler yapmış ve "cinsel yönelim", "sendika", "bir etnik gruba mensupluk", "örf ve âdet" ve "köken" ifadelerini madde metninden çıkarmıştır.

Madde metninde ilk olarak "[k]işiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, özürllülük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak..." ifadesi kullanılmış ve bazı hareketler suç olarak düzenlenmiştir. O dönem maddede yer alan ayrımcılık temellerinin sınırlandırıcı değil örnek verici nitelikte olduğu ve madde metninde yer almamasına rağmen, örneğin, servet, ulusal veya sosyal köken gibi temelleri de kapsayabileceği bazı yazarlarca vurgulanmıştır.<sup>37</sup> Madde metninde yapılan

<sup>32</sup> Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Tasarısı (1/596) ile Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu ve İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu Raporları, s. 6, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss149.pdf> (erişim:06.02.2021)

<sup>33</sup> Bakınız, ECRI Türkiye Raporu (Beşinci İzleme Dönemi), 04.10.2016, para 14, <https://rm.coe.int/fifth-report-on-turkey/16808b5c81> (erişim:06.02.2021)

<sup>34</sup> Mehmet Emin Artuk; Ahmet Gökçen; Ahmet Caner Yenidünya, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Özel Hükümler, Madde 76-131, 3. Cilt, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s. 3037.

<sup>35</sup> Maddede son değişiklik 6529 sayılı Temel Hak ve Hürriyetlerin Geliştirilmesi Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun md. 15 ile gerçekleştirilmiştir. Bakınız, 13.03.2014 tarihli ve 28940 sayılı Resmî Gazete.

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

<sup>37</sup> Osman Yaşar; Hasan Tahsin Gökcan; Mustafa Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt III, Madde 86-16, Adalet Yay., Ankara, 2010, s. 3863. Cinsel yönelimi de kapsayabileceğine dair görüş için bakınız, Necati Meran, Kişilere Karşı Suçlar, Seçkin Yay., Ankara, 2005, s. 422.

ilk değişiklikle, "özürlülük" kavramı madde metnine eklenmiş, bu kavram daha sonra "engellilik" olarak değiştirilmiştir.<sup>38</sup> Maddede 2014 yılında yapılan son değişiklikler sonrasında "dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep" ifadeleri ile yalnızca sayılan gruplar bakımından ayrımcılık yasaklanmış olmaktadır. Nitekim Yargıtay da "Yasa koyucu burada açık bir şekilde on koruma grubu belirlemiş ve bu on koruma grubuna yönelik seçimlik ve bağlı hareketleri suç olarak düzenlenmiştir. Suç ve Cezada Kanunilik İlkesi gereği bu on koruma grubu dışındaki bir gruba nefret saikiyle de olsa ayrımcılık yapılması durumunda (...) ayrımcılık suçu oluşmayacaktır." diyerek bu tür bir yaklaşım sergilemiştir.<sup>39</sup> Dolayısıyla TCK md. 122, cinsiyet kimliği veya cinsel yönelim gibi temellerde ayrımcı fiiller madde kapsamında koruma görmemektedir.<sup>40</sup>

TCK md. 122'nin bu hali ayrımcılığa uğrayan kişiler arasında bir hiyerarşı yaratmaktadır ve bazı gruplara yönelik ayrımcı muameleleri kapsam dışında bırakmaktadır. Madde ile getirilen korumanın ayrımcılığa uğrayan diğer tüm gruplar açısından da sağlanması gerekmektedir. Maddeye başka ayrımcılık temellerinin eklenmesi ile md. 122 oldukça sınırlı bir düzeyde de olsa hemen her gruba yönelik koruma sağlayabilecek ve maddenin mevcut halinin ortaya çıkardığı eksiklikler bir ölçüde giderilebilecektir.

Bu inceleme raporuna konu olan davaya bakıldığında, suç tarihinin 26.12.2013 olduğu görülmektedir. Suç tarihi itibarıyla TCK md. 122'ye göre "[k]işiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, özürlülük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle" ayırım yapılması yasaklanmıştı. Anılan düzenlemede cinsel yönelim ve/veya cinsiyet kimliği yer almamaktadır. Dolayısıyla somut olayda maddenin uygulanması ancak "benzeri sebepler" ifadesinin cinsel yönelim ve/veya cinsiyet kimliğini kapsayacak şekilde genişletilmesi ile mümkün olacaktır. Bu tür bir yoruma ceza hukukundaki kanunilik ilkesi ile bağdaşmadığı yönünde eleştiriler getirilmesi olasıdır ve bu nedenle de yargı organlarınca bu tür bir yorumun sergilenmesini beklemek gerçekçi gözükmemektedir.

Öte yandan incelemeye konu davanın karar tarihi ise 29.01.2015'tir ve anılan tarihte TCK md. 122'nin yürürlükteki metnine göre ayrımcılık suçunun ancak "[d]il, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle" işlenmesi mümkündür. Maddenin bu halinde ne "cinsel yönelim" ne de "cinsiyet kimliği" ifadeleri yer almamaktadır. Maddenin yürürlükteki halinde "benzeri sebeplerle" ifadesi de artık yer almadığı için belirtilen ifadelerin yorum

<sup>38</sup> Bakınız, Kanun ve Kanun Hükmündeki Kararnamelerde Yer Alan Engelli Bireylere Yönelik İbareleri Değiştirilmesi Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (6462 Sayılı), 03.05.2013 tarihli ve 28636 sayılı Resmi Gazete.

<sup>39</sup> Yargıtay, 18. CD., E. 2015/26353, K. 2016/6373, 30.03.2016.

<sup>40</sup> Bakınız, ECRI Türkiye Raporu (Beşinci İzleme Dönemi), 04.10.2016, para 4, <https://rm.coe.int/fifth-report-on-turkey/16808b5c81> (erişim:06.02.2021)

yoluyla madde kapsamına alınması olanaklı gözükmemektedir. Kararı veren mahkemenin iddianamedeki hatalı nitelendirmeyi sürdürerek bu hususu göz ardı ettiği, mağdur İ.K.'nin yüz yüze kaldığı ayrımcı muameleyi "cinsiyet" temelli bir muamele olarak değerlendirdiği görülmektedir. Halbuki somut durumda mağdur kadın olduğu için değil hem cinsiyet geçiş sürecini tamamlamış bir kişi hem de dava dosyasındaki bazı belgelerden anlaşıldığı kadarıyla lezbiyen olduğu için hamama alınmamıştır. Nitekim sanık A.K.'nin mağdur İ.K.'ya yönelik "sadece arkadaşınızı alabiliriz" ifadesi İ.K.'nın arkadaşı H.M.B.B.'nin kadın olduğu dikkate alındığında ayrımcı muamelenin cinsiyet temelinde gerçekleştirilmediğini ortaya koymaktadır.

Belirtilenlere ek olarak TCK md. 122'nin 2014 sonrası metnine göre ayrımcı muamele ancak "nefret nedeniyle" gerçekleştirildiğinde bu suç oluşabilecektir. Karara bakıldığında ise sanık açısından bu tür bir önyargının mevcut olduğu söylenebilirse de karar metninde bu hususun tartışılmadığı görülmektedir. Maddenin yeni halinde ceza artırıldığı için eski düzenleme sanığın lehine gibi gözükse de maddenin yeni halinin cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği temelinde ayrımcı muameleyi suç olmaktan çıkardığı için (bu durum elbette geçmişte madde metninde yer verilen "benzeri sebeplerle" ifadesinin belirtilen temelleri içerdiği savının doğruluğunun kabulü halinde geçerlidir) sanığın lehine olduğu görülmektedir. Bu husus da yine kararı bir ölçüde hukuka aykırı hale getirmektedir.

Söz konusu kararın verildiği tarihte kararı veren mahkeme tarafından muamelenin cinsel yönelim ve/veya cinsiyet kimliği bağlamında değerlendirilmesi durumunda bir mahkûmiyet kararı verilmesi hukuken mümkün değildir. Ayrıca bu tür bir hukuki engelin aşıldığı varsayılsa dahi bu kez de failin söz konusu fiili bu gruplara duyduğu "nefret nedeniyle" işlediği kararda tartışılmadığı için olası bir mahkûmiyet kararının kanun yolu incelemesinde bozulacağını öngörmek mümkündür. Nitekim somut olayda hükmün açıklanmasının geri bırakılması (HAGB) kararı verildiği için karar istinaf veya temyiz incelemesine konu edilmeksizin kesinleşmiştir. Bu tür bir olasılıkta cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği temelli ayrımcılıkla ilgili yargının geneline hâkim olan önyargı yanında belirtilen hukuki sebeplerle beraat kararı verilmesi yönünde bir karar çıkma olasılığı yüksek görünmektedir. Nitekim Yargıtay'ın bu konuda yayınlanmış açık kaynaklardan erişilebilen tek kararı olan 18. Ceza Dairesi'nin 30.03.2016 tarihli kararında yer alan "[b]u suç sadece kasıtlı işlenebilen bir suçtur. Ancak genel kast yeterli değildir. Ayrıca failin maddede belirtilen seçimsel ve bağlı hareketlerden en az birini nefret saiki ile işlemesi gerekir. (...) [Y]apılan değişiklik ile ayrımcılık niteliğindeki hareketlerin nefret saiki ile işlenmesi manevi unsur olarak eklenmiştir." ifadeleri bu görüşü destekler niteliktedir.<sup>41</sup> Karar, ayrımcı bir muameleye yaptırım uygulanması bakımından olumlu görülmele birlikte belirtilen açılardan hukuka uygun gözükmemektedir ve bu durum madde metninde kapsamlı değişikliği gidilmesine dönük bir ihtiyacı açıkça ortaya koymaktadır.

<sup>41</sup> Yargıtay, 18. CD., E. 2015/26353, K. 2016/6373, 30.03.2016.



## 2. Ayrımcı Muameleyi Gerçekleştiren Kişi Bakımından

Ayrımcılık yasağı şeklinde bir kavramın kabulü ile birlikte gündeme gelen en önemli sorulardan birisi ayrımcılık yasağının "kim tarafından gerçekleştirilen ayrımcılığı yasakladığı" sorusudur. Devletler yalnızca insan hakları ihlallerinden kaçınma yükümlülüğü altında değildir, kişileri diğer kişilerin ihlallerinden koruma şeklinde de bir yükümlülük altındadır. Geçmişte daha çok devlet ve kişiler bakımından gündeme gelen insan hakları günümüzde sosyal ilişkilerin çeşitlenmesi ve gelişmesi ile yatay ilişkileri de gündemine almıştır. Ayrımcılık, günümüzde sadece devlet kaynaklı olarak değil kişiler arasında gerçekleşebilir bir olgu olarak kabul edilmektedir. Ayrımcılık yasağının aynı zamanda gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri arasında da geçerli olduğuna dair yaklaşım görece yeni bir yaklaşımdır. Örneğin 1940 yılında Kanada Yüksek Mahkemesi tarafından verilen bir kararda, bir kişinin siyahları kendi işlettiği bara almamasını bu kişinin işletme açısından kişisel tercihi olarak değerlendirmiş ve bu duruma hukuken müdahale edilemeyeceğini vurgulamıştır.<sup>42</sup>

Türkiye'de Anayasa md. 10 ayrımcı muameleyi gerçekleştiren kişi açısından, kamu makamları veya gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri açısından bir farklılık öngörmemiştir. Bu durumun anlamı Anayasa'da getirilen korumanın kapsamının ayrımcı muameleyi gerçekleştiren kişi bakımından geniş olmasıdır. Anayasa md. 11'de yer verilen Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesi kapsamında, "Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır." Dolayısıyla Anayasa'da "Genel Esaslar" bölümünde düzenlenen eşitlik ilkesinin sayılan organlar, kuruluşlar ve kişiler açısından da geçerli olduğu açıktır.

AYM'ye göre de "Anayasa'nın 10. maddesi eşitlik ilkesinden faydalanacak kişi ve ilkenin kapsamı konusunda bir sınırlama getirmemiştir. Anayasa'nın 11. maddesi... hükmü uyarınca Anayasa'nın 'genel esaslar' bölümünde düzenlenen eşitlik ilkesinin sayılan organlar, kuruluşlar ve kişiler açısından da geçerli olduğu açıktır."<sup>43</sup> Bu yaklaşımla birlikte ayrımcılık yasağının kişiler arasında ortaya çıkan ilişkiler bağlamında yatay etkiye sahip olduğunun AYM tarafından da benimsendiği ortaya çıkmaktadır. Bu durumun anlamı özel hukuk ilişkilerinde eşitlik ilkesinin sözleşme özgürlüğü veya mülkiyet hakkı gibi haklarla sınırlandırılmamasıdır.

Anayasa haricinde yasalar düzeyinde de ayrımcı muameleyi gerçekleştiren kişiler açısından geniş bir yaklaşım benimsendiği söylenebilir. Öncelikle Türkiye hukukunda ayrımcı muameleyi gerçekleştiren kişiler bakımından gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri arasında bir ayrıma gidilmemiştir. Bu alandaki temel düzenleme olan TİHEK Kanunu md. 3, "Ayrımcılık yasağı bakımından sorumluluk altında olan gerçek ve özel hukuk tüzel kişileri" ifadesi ile bu noktada tereddüde yer bırakmamıştır ve bu kişileri

<sup>42</sup> Kanada Yüksek Mahkemesi, *Christie v. York Corporation*, [1940] SCR 139, Karar tarihi: 09.12.1939.

<sup>43</sup> AYM, Tuğba Arslan Kararı, B. No. 2014/256, 25.06.2014, para 110, 111. Ayrıca bakınız, Gülbu Özgüler Kararı, B. No. 2013/7979, 11.11. 2015, para 42.

"yetki alanları içerisinde bulunan konular bakımından ayrımcılığın tespiti, ortadan kaldırılması ve eşitliğin sağlanması için gerekli tedbirleri almakla yükümlü" tutmuştur.

Dolayısıyla kamuya bir hizmet arz eden özel bir şirketin veya gerçek kişinin sunduğu hizmeti kişiler arasında ayırım yaparak sunması günümüzde ayrımcılık yasağının ihlali kabul edilmektedir. Yasalar çerçevesinde gündeme gelen bir diğer düzenleme TCK md. 122'dir. Ayrımcı muameleden sorumlu olan kişi bakımından kapsam ile ilgili olarak TCK md. 122'ye göre ayrımcılık suçunun faili herkes olabilecektir. Suçun faili kamu görevlisi olabileceği gibi kamu görevlisi olmayan kişiler de olabilir.<sup>44</sup> Böylece yukarıda ifade edilen ayrımcılık yasağının özel hukuk ilişkilerinde de geçerli olması durumu ile birlikte bir yaptırım da öngörülmüş olmaktadır. Dolayısıyla ceza hukuku alanında ayrımcılık suçunun faili açısından bir sınır bulunmamaktadır ve ayrımcı muameleyi gerçekleştiren herkes ilgili maddeye göre sorumlu tutulabilecektir.

Sanık A.K. müdafî tarafından dava dosyasına sunulan gazete haberine göre hamamın işletmecisi C.C. tarafından kullanılan "müşteri seçmek bizim en doğal hakkımız. Kurumsal kimliğimizden ödün vermeyeceğiz." ifadesi<sup>45</sup> oldukça eski ve günümüzde hukuken geçerli kabul edilmesi mümkün olmayan bir yaklaşımı yansıtmaktadır. Somut olayda mağdur İ.K.'nın hamama alınmaması ile ortaya çıkan ayrımcı muameleyi gerçekleştiren işletme müdürü ve hamamın sahibinin ayrımcı muameleden hukuken sorumlu olduğu tartışmasızdır.

### **C. Ayrımcılık Yasağının Konu Bakımından Kapsamı**

Ayrımcılığın konu bakımından kapsamı, hangi farklı muamelelerin ayrımcılık oluşturacağı sorusunun yanıtını oluşturmaktadır. Burada da kişi bakımından kapsam da olduğu gibi konu bakımından sınırlama getirmeyen açık uçlu yaklaşımla belirli konulara özgülenmiş bir koruma öngören sınırlı yaklaşım şeklinde iki farklı yaklaşım benimsenmiştir. Açık uçlu yaklaşımı benimseyen bazı uluslararası sözleşmeler belirli ayrımcılık temellerinde ancak neredeyse her konuda ayrımcılığı yasaklarken (ör. IAOKS, KKAOKS ve EHS) diğerleri geniş bir ayrımcılık temelleri listesi ile birlikte konu bakımından da geniş bir kapsam öngörmektedir (ör. MSHS, ÇHS ve AİHS/Protokol No. 12). Ayrımcılık yasağı açısından uluslararası sözleşmelerde benimsenen yaklaşımlardan bir diğer ise sınırlı yaklaşımdır. Konu bakımından sınırlı bir yaklaşım benimsendiği takdirde yalnızca ilgili düzenlemelerde yer alan hak ve özgürlükler açısından ayrımcılık yasağı güvence altına alınmaktadır. Elbette iki yaklaşımdan en doğrusu hem kişi hem de konu bakımından geniş bir ayrımcılığın benimsenmesidir.

<sup>44</sup> Yaşar; Gökcan; Artuç, s. 4058.

<sup>45</sup> Hürriyet, "Hamam transa haram", 12.01.2014, <https://www.hurriyet.com.tr/dunya/hamam-transa-haram-25549485> (erişim:06.02.2021).

Ayrımcılık yasağı söz konusu olduğunda Türkiye bağlamında en çok gündeme gelen sözleşme AİHS'dir. AİHM içtihatlarında Sözleşme md. 14'ün, Sözleşme'nin ve Protokollerin diğer maddi hükümlerini tamamladığını, md. 14'ün bağımsız bir varlığının olmadığını, maddi hükümlerle korunan hakların ve özgürlüklerin kullanılmasıyla bağlantılı olarak bir sonuç doğuracağını ifade etmiştir. Mahkeme, md. 14 ile ilgili olarak, maddi hükümlerin ihlal edilmiş olmasının zorunlu olmadığını ve maddenin bu çerçevede özerk bir anlama sahip olsa bile, başvuru konusu olaylar bir veya birden fazla maddi hükmün kapsamına girmedikçe, maddenin uygulanma imkânı olmayacağını belirtmiştir.<sup>46</sup> Mahkeme'nin bu yaklaşımı md. 14'ün bağımsız olarak kullanılamayacağı ve Sözleşme'de yer alan diğer hak ve özgürlüklerle bir şekilde ilişki içerisinde olması gerektiğini göstermektedir.<sup>47</sup> Buna ek olarak bir işlem veya eylem kendi başına Sözleşme'deki hak ve özgürlüklere uygun olabilmesine rağmen md. 14 ile birlikte okunduğunda ayrımcı nitelikte olduğu gerekçesiyle Sözleşme'deki bir hakkı ihlal edebilecektir.<sup>48</sup>

AİHM'nin kararlarında her ne kadar AİHS'de yer almayan hakların ayrımcılık yasağının getirdiği korumadan yararlanamayacağı sıklıkla vurgulanmış olsa da, Mahkeme'nin md. 14'e bir ölçüde özerk bir anlam kazandırdığı söylenebilir.<sup>49</sup> AİHM zaman içerisinde verdiği bir dizi kararlar, elbette söz konusu kararların kendine özgü koşullarını da göz önünde tutarak, örneğin sosyal güvenlik hakkını, mülkiyet hakkı bağlamında,<sup>50</sup> çalışma hakkını ise, özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı kapsamında<sup>51</sup> değerlendirerek bu konuda daha esnek bir yaklaşım benimsemiştir. Dolayısıyla AİHS md. 14'ün konu bakımından sağladığı koruma lafzi olarak sınırlı olsa da zaman içerisinde içtihatlarla konu bakımından kapsamın genişletildiği söylenebilir.

Anayasa md. 10'da ise, konu bakımından herhangi bir sınırlama öngörülmediği için Anayasa'da yer alan tüm hak ve özgürlükler bağlamında ayrımcılık yasağı gündeme gelebilecektir. AYM'ye göre md. 10 ayrımcılık yasağı kapsamında korunacak kişiler ve korumanın konu bakımından kapsamı konusunda bir sınırlama getirmediğini kabul etmektedir.<sup>52</sup> Ancak bunun için Mahkeme'ye göre "(...) yapılan bir bireysel başvurunun esasının incelenebilmesi için, kamu gücü tarafından müdahale edildiği iddia edilen hakkın Anayasa'da güvence altına alınmış olmasının yanı sıra Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye'nin taraf olduğu ek protokollerinin kapsamına da girmesi

<sup>46</sup> AİHM, Abdulaziz, Cabales ve Balkandali v. The United Kingdom, Appl. No.9214/80, Judgment 25.05.1985, para 71.

<sup>47</sup> P. Van Dijk; G.J.H. Van Hoof; ArjenVan Rijn; Leo Zwaak, (ed.), Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Intersentia, Antwerpen, Oxford, 2006, s. 1029.

<sup>48</sup> AİHM, Case 'Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium', Application Nos. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, 23.07.1968, para. 9.

<sup>49</sup> Frédéric Edel, The Prohibition of Discrimination under the European Convention on Human Rights, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2010, s. 21.

<sup>50</sup> AİHM, Gaygusuz v. Austria, Appl. No.17371/90, 16.09.1996; Stec and Others v. The United Kingdom, Appl. No.33985/96, 12.04.2006, Luczak v. Poland, Appl. No.77782/01, 27.11.2007.

<sup>51</sup> AİHM, Sidabras and Dziautas v. Lithuania, Appl. No.55480/00, 59330/00, 27.07.2004; Rainys and Gasparavicius v. Lithuania, Appl. No.70665/01; 74345/01, 07.04.2005; Bigaeva v. Greece, Appl. No.26713/05, 28.05.2009.

<sup>52</sup> AYM, Gülbu Özgüler Kararı, B. No. 2013/7979, 11.11. 2015, para 42.

gerekir.”<sup>53</sup> AYM ayrımcılık yasağına dair yayınlanmış ilk bireysel başvuru kararında şu görüşü ortaya koymuştur: “Başvurucunun, Anayasa’nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesi ve Sözleşme’nin 14. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağı[nın]... ihlal edildiğine yönelik iddialarının, bahsi geçen maddelerdeki ifadeler dikkate alındığında, soyut olarak değerlendirilmesi mümkün olmayıp, mutlaka Anayasa ve Sözleşme kapsamında yer alan diğer temel hak ve özgürlüklerle bağlantılı olarak ele alınması gerekir (...) [A]yrımcılık yasağı... bağımsız nitelikte koruma işlevine sahip olmayıp, temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasını, korunmasını ve başvuru yollarını güvence altına alan tamamlayıcı nitelikte haklardandır...”<sup>54</sup> Mahkeme’ye göre ayrımcılık yasağının herhangi bir başka hakla ilişkilendirilmeksizin ileri sürülebilmesi mümkün değildir.<sup>55</sup> Mahkeme ne yazık ki bu yaklaşımını 15.02.2021 tarihi itibarıyla hala sürdürmektedir.

Halbuki Anayasa md. 10 ile birlikte ayrımcılığın konu bakımından kapsamı açısından Anayasa metninden kaynaklanan bir sınırlama olmadığı görülmektedir. Dolayısıyla Anayasa açısından geniş açık uçlu yaklaşımın benimsendiği tespiti yapılabilir. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi’nin özellikle bireysel başvuru usulünde md. 10’un getirdiği korumayı AİHS ile eşitlemeye yönelik yaklaşımı ayrımcılığa karşı daha düşük düzeyde bir koruma sağlanması anlamına gelmektedir. Bu durum bu incelemeye konu ayrımcı muamele nedeniyle AYM’ye bir bireysel başvuru yapıldığı takdirde, mağdur İ.K.’nın maruz kaldığı muamele doğrudan bireysel başvuruya konu olabilecek bir hakkın maddi kapsamında yer almadığı için olası bir başvurunun konu bakımından yetkisizlik kararı ile kabul edilemez bulunması çok büyük olasılıktır.

Kanunlar düzeyinde ise TİHEK Kanunu’nun bu konuda diğer önemli düzenlemesi ise oldukça uzun bir metne sahip olan md. 5’tir. “Ayrımcılık yasağının kapsamı” başlıklı madde hemen her alanda ve konuda ayrımcılığı yasaklamaktadır.<sup>56</sup> TCK md. 122 ise bazı fiilleri suç olarak düzenlemiştir. Ayrımcılığı başlı başına bir suç haline getiren md. 122’nin gerekçesinde düzenlemenin amacı, “insanlar arasında, yürürlükteki kanun ve nizamların izin vermediği ayrımlar yapılarak, bazı kişilerin hukukun sağladığı

<sup>53</sup> AYM, Kamil Çakır Kararı, B. No. 2013/997, 15.10.2014, para 40.

<sup>54</sup> AYM, Onurhan Solmaz Kararı, B. No. 2012/1049, 26.03.2013, para 33-35.

<sup>55</sup> AYM, Hüseyin Sezen Kararı, B. No. 2013/1793, 18.09.2014, para 58.

<sup>56</sup> TİHEK Kanunu, md. 5: “Eğitim ve öğretim, yargı, kolluk, sağlık, ulaşım, iletişim, sosyal güvenlik, sosyal hizmetler, sosyal yardım, spor, konaklama, kültür, turizm ve benzeri hizmetleri sunan kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri, yürüttükleri faaliyetler bakımından bu hizmetlerden yararlanmakta olan veya yararlanmak üzere başvurmuş olan ya da bu hizmetler hakkında bilgi almak isteyen kişi aleyhine ayrımcılık yapamaz. Bu hüküm kamuya açık hizmetlerin sunulduğu alanlar ve binalara erişimi de kapsar... Kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, gerçek kişiler, özel hukuk tüzel kişileri ve bunlar tarafından yetkilendirilenler, taşınır ve taşınmazları kamuya açık bir şekilde sunarken bu malları edinmek veya kiralamak isteyenler ile bunlar hakkında bilgi almak isteyenler aleyhine, bunların kiralanması, kira akdinin şartlarının belirlenmesi, kira akdinin yenilenmesi veya sona erdirilmesi, satışı ve devri süreçlerinin hiçbirinde ayrımcılık yapamaz. Dernek, vakıf, sendika, siyasi parti ve meslek örgütlerine, ilgili mevzuatlarında veya tüzüklerinde belirtilen istisnalar dışında üye olma, organlarına seçilme, üyelik imkânlarından yararlanma, üyeliğin sonlandırılması ve bunların faaliyetlerine katılma ve yararlanma bakımından, hiç kimse aleyhine ayrımcılık yapamaz.”

olanaklardan yoksun hâle getirilmelerini cezalandırmak..." olarak ifade edilmiştir. Bu şekilde bir düzenlemenin koruduğu hukuki menfaatin "insanlığın ortak kültür mirasıyla bağdaşmayan ilkel düşüncelerle, anayasal hakların sağladığı olanakların kötüye kullanılması suretiyle, iş-çalışma ve mülkiyet özgürlüğünün çiğnenmesinin" engellenmesi olduğu belirtilmiştir.<sup>57</sup>

TCK md. 122'de yer alan ayrımcılık suçu birden fazla hareketle gerçekleşebileceği için seçimlik hareketli bir suçtur. Failin, madde metninde belirtilen nedenleri gözeterek hareketleri gerçekleştirmesi aranmaktadır.<sup>58</sup> Ayrımcılık suçunda yer alan seçimlik hareketlerden ilki "[d]il, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle" ayırım yaparak "bir kişiye kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya kiraya verilmesini" engellemektir. Bu duruma örnek olarak madde belirtilen özelliklerden birini taşıyan kişinin kamuya açık müzayedeye alınmaması, ihaleye katılmasının engellenmesi gibi hareketler verilebilir. Ayrımcılık suçunda ikinci seçimlik hareket ise "bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasını" engellemektir. Bu duruma örnek olarak ise kamuya ait veya gerçek ya da özel hukuk tüzel kişisine ait bir işletmenin belirtilen sebeplerle bir kamu hizmetinden yararlanmayı engellemesi veya bu kişilerin sunulan hizmetten sadece belirli özelliklere sahip kişilerin yararlanmasına izin vermeleri verilebilir. Ayrımcılık suçunun düzenlenmesinde yer alan üçüncü hareket ise, "kişinin işe alınmasını" engellemektir. Örneğin kadın ya da erkek fark etmeksizin herkesin yapabileceği bir iş için sadece erkeklerin veya sadece kadınların alınması bu anlamda bir suç oluşturacaktır. Ayrımcılık suçu bakımından madde yer alan son seçimlik hareket ise "bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını" engellemektir. Tüm bu hareketler dikkate alındığında maddenin uygulama alanının sınırlı olduğu görülmektedir ve bu durum maddede yalnızca kişi bakımından değil aynı zamanda konu bakımından da değişikliğe gidilmesi yönünde bir ihtiyaca işaret etmektedir.

Bu incelemeye konu yargılamaya bakıldığında TCK md. 122'nin kapsamının dar olmasını herhangi bir olumsuz sonuç ortaya çıkarmadığı görülmektedir. Mağdur İ.K.'nın hamama alınmamasının TCK md. 122(1)(b) kapsamında, "bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasının engellenmesi" niteliğinde olduğu kuşkusuzdur. Ancak Mahkeme kararına bakıldığında TCK md. 122(1)(a)'dan (bir kişiye kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya kiraya verilmesinin engellenmesi) mahkûmiyet kararı verildiği görülmektedir. Bu durumda Mahkemenin TCK md. 122'nin 2014 değişikliği öncesindeki halini uyguladığı görülmektedir. Ayrıca sanığa verilen cezanın da aynı şekilde maddenin eski haline göre belirlendiği

<sup>57</sup> Çetin Arslan; Bahattin Azizağaoğlu, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Asil Yay., Ankara, 2004, s. 557.

<sup>58</sup> Hareketlerle ilgili geniş bilgi için bakınız, Özbek, s. 826 vd.; Artuk; Gökçen; Yenidünya, s. 3029 vd.; A. Caner Yenidünya, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Ayrımcılık Suçu", Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, Birleşik-Metal İş Sendikası Yay., Cilt 4, Sayı: 11, İstanbul, 2006, s. 107 vd.

görülmektedir. Eski düzenlemenin sanığın lehine olması nedeniyle bu durum hukuka uygun gözükmemektedir. Ancak yukarıda da belirtildiği gibi maddenin yürürlükteki hali suçun unsurları bakımından sanığın lehine olan düzenleme niteliğindedir ve bu durumda sanığın cezalandırılmasını engellemektedir.

## D. Ayrımcılık Yasağının Güncel Biçimleri

### 1. Doğrudan Ayrımcılık

Ayrımcılık sınıflandırma bakımından öncelikle doğrudan ayrımcılık, dolaylı ayrımcılık şeklinde ikiye ayrılmaktadır.<sup>59</sup> Doğrudan ayrımcılık kısaca, ayrımcılığın yasaklandığı temellerden (dil, ırk vs.) birine "doğrudan" dayalı olarak, bir kişi veya grubun haksız olarak farklı muameleye uğraması olarak tanımlanabilir. Burada aynı veya benzer konumdaki diğer kişilerden biri veya bir kısmı bakımından daha olumsuz etki veya böyle bir sonucun ortaya çıkması ihtimalini doğuran farklı muameleler söz konusudur. Doğrudan ayrımcılık farklı biçimlerde ortaya çıkabilmektedir. İlk olarak norm düzeyinde gerçekleşebilmektedir ve bu noktada bir hukuki düzenlemenin kapsamına bir grubun alınmaması ya da o grubun açıkça ilgili hukuki düzenlemenin kapsamının dışında tutulması söz konusu olmaktadır. Örneğin bir hukuki düzenlemede veya toplu iş sözleşmesinde erkekler ve kadınlar için farklı ücretler öngörülmesi doğrudan ayrımcılık oluşturacaktır. İkinci durumda ise mevcut herhangi bir doğrudan ayrımcılık içermeyen bir normun uygulanırken, bir kişiye, mensubu olduğu veya olduğu düşünüldüğü grup dolayısıyla farklı muamele yapılması durumudur. Örneğin yabancıları veya kadınları işe almak istemeyen bir şirketin bu gruplara mensup kişilerin karşılamaları zor olan ölçütler öngörmesi belirtilen ikinci duruma girmektedir. İlk durumda normun kendisi belirli bir gruba yönelik olarak ayrımcılığa yol açarken, ikinci durumda ise ayrımcı olmayan bir normun uygulaması hem belirli bir gruba yönelik hem de somut olarak belirli bir gruba mensup bir kişiye yönelik ayrımcılığa yol açmaktadır.

Anayasa'da doğrudan ve dolaylı ayrımcılığın tanımları yer almasa dahi Anayasa md. 10'un doğrudan ayrımcılığı zımni olarak yasaklamaktadır. Mevzuatta doğrudan ayrımcılık kavramına yer veren kanunlar ise İş Kanunu, Engelliler Hakkında Kanun ve TİHEK Kanunu ile sınırlıdır. TİHEK Kanunu md. 2 doğrudan ayrımcılığı "Bir gerçek veya tüzel kişinin, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden karşılaştırılabilir durumdakilere kıyasla eşit şekilde yararlanmasını bu Kanunda sayılan ayrımcılık temellerine dayanılarak engelleyen veya zorlaştıran her türlü farklı muamele" olarak tanımlanmıştır. İncelemeye konu davada bir kişinin cinsel yönelimi ve/veya cinsiyet kimliği nedeniyle farklı muamele görmesi söz konusudur ve bu tanım esas alındığında söz konusu fiilin doğrudan ayrımcılık oluşturduğu görülmektedir.<sup>60</sup>

<sup>59</sup> Ayrımcılığın günümüzde hukuken kabul edilmiş birçok türü bulunmaktadır. Ancak bu incelemede, incelemeye konu ayrımcı muamele ile birlikte ortaya çıkan türleri üzerinde durulmuştur.

<sup>60</sup> Bu nedenle dolaylı ayrımcılık kavramı çerçevesinde bir değerlendirme yapılmamıştır.

## 2. Çoklu Temelde Ayrımcılık

Somut durumda mağdur İ.K.'nın hem cinsel yönelimi hem de cinsiyet kimliği nedeniyle ayrımcılığa uğradığı görülmektedir. Bu durum ise doğrudan ayrımcılık yanında ayrımcılığın bir başka türü, çoklu temelde ayrımcılığı gündeme getirmektedir. Mevcut uluslararası veya ulusal düzenlemelerde ayrımcılık temelleri teker teker sayılmış olmasına karşın ortaya çıkan ayrımcı muameleler bazen birden fazla ayrımcılık temelini içinde barındırabilmektedir. Hatta bazı durumlarda ayrımcılık temelleri iç içe de geçebilmektedir. Örneğin bugün ayrımcılığın bir türü olarak kabul edilebilecek antisemitizm söz konusu olduğunda ırk veya etnik köken temelinde ayrımcılık ile din veya inanç temelinde ayrımcılık iç içe geçebilmektedir.<sup>61</sup> Bazı durumlarda ise ayrımcı muameleler birden fazla ayrımcılık temelini bir araya gelmesi ile mağdurlar üzerinde daha fazla olumsuz sonuç doğurabilmektedir. Örneğin ırk veya etnik kökeni, nedeniyle ayrımcı muamelelere maruz kalan bir grubun üyesi olan bir kadının aynı zamanda kadın olmaktan kaynaklı cinsiyet temelinde ayrımcılığa uğradığı durumlarda ikinci bir mağduriyet daha ortaya çıkabilmektedir.

Çoklu temelde ayrımcılıkta ilk olarak bir kişi birden fazla temelde ayrımcılığa uğramaktadır. Ancak söz konusu vakalar farklı zamanlarda gerçekleşmektedir ve her vakada tek temelde ayrımcılık gündeme gelmektedir. "Katma ayrımcılık"<sup>62</sup> (additive discrimination) olarak da adlandırılan bu türde, bir kişinin kimliğini oluşturan birden fazla özellik çerçevesinde farklı özellikler açısından farklı zamanlarda ayrımcılığa uğraması söz konusudur. Çoklu temelde ayrımcılığın ikinci bir türü ise "bileşik ayrımcılık" (compound discrimination) olarak adlandırılmaktadır. Burada belirli bir vakada bir kişinin birden fazla ayrımcılık temelinde ayrımcılığa uğramasıdır. Çoklu ayrımcılıktan farklı olarak burada farklı zamanlarda değil aynı anda birden fazla temelde gerçekleşen ayrımcılık söz konusudur. Çoklu temelde ayrımcılığın son türü ise "kesişen ayrımcılık" (intersectional discrimination) olarak anılmaktadır. Bu türde bir kişi kişisel kimliğinin bir parçası olan farklı temellerde aynı anda ayrımcılığa uğramaktadır. Ancak söz konusu ayrımcılık çoklu ayrımcılıkta olduğu gibi farklı zamanlarda değil aynı anda gerçekleşmektedir ve bileşik ayrımcılıkta olduğu gibi iki ayrı temelde değil iç içe geçmiş tek temelde gerçekleşmektedir. Burada bu temellerin ayrılması mümkün olamamaktadır.

Ayrımcılığın birden fazla temelde gerçekleştiği çoklu temelde ayrımcılığa dair bir tanım Türkiye hukukuna yeni girmiştir. Bu konuda yakın zamana kadar tek düzenleme Engelliler Hakkında Kanun md. 4(h)'de yer almıştır. Anılan bentte "[e]ngeli olan kadın ve kız çocuklarının çok yönlü ayrımcılığa maruz kalmaları önlenerek hak ve özgürlüklerden yararlanmalarının sağlanması esastır." Görüldüğü üzere öncelikle terim olarak "çok yönlü" ifadesi tercih edilmiştir. Düzenleme yalnızca engellilik ve cinsiyet temellerinde

<sup>61</sup> Vierdag, s. 129-130.

<sup>62</sup> Sarah Hannett, "Equality at the Intersections: The Legislative and Judicial Failure to Tackle Multiple Discrimination", Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 23, No. 1, Oxford University Press, 2003, s. 68.

çoklu temelde ayrımcılığı gündeme getirmektedir. Bu durum diğer ayrımcılık temellerinin tümü kapsam dışında olduğu için oldukça yetersizdir. TİHEK Kanunu md. 2 çoklu temelde ayrımcılığı "çoklu ayrımcılık" olarak ifade etmiş, "[a]yrımcı uygulamanın birden fazla ayrımcılık temeli ile ilişkili olması durumu" olarak tanımlamıştır. Bu tanım oldukça kısa ve yetersiz gözükmektedir.

Somut duruma bakıldığında sanık tarafından kullanılan "sizin gibi dönmeleri almıyoruz, kendi hamamımıza gidin" şeklindeki sözlerin<sup>63</sup> ve hamamın işletmecisi tarafından dile getirilen "müşteri memnuniyeti açısından hamama transseksüelleri almıyoruz. Transseksüellerle ilgili olarak daha önce birtakım sıkıntılar yaşadık. Müşterilerimiz şikayetçi oldu. Bu yüzden genel olarak transseksüelleri almak istemiyoruz hamama. Kendilerine de bunu kibar bir dille ifade ediyoruz." şeklindeki sözlerin ve "Daha önce benzer sıkıntılar yaşadığımız için böyle bir karar aldık. Personele, müşterilere nahoş teklifler yapıldı. Bunların önüne geçmek için radikal kararlar aldık. Cinsiyet ayrımcılığı yaptığımızdan değil. Dışarıda onlarla sohbet de ederim, yemek de yerim. Ama işletmenin geleceğini düşünmek zorundayım. Bizim gibi kurumsal kimliği olan Cağaloğlu, Çemberlitaş, Süleymaniye hamamları da transları almıyor. Ağa Hamamı eskiden alıyordu ama maddi manevi sıkıntı yaşadığı için artık almıyor onları. Gece kulüpleri de kapıdan müşteri çeviriyor. Müşteri seçmek bizim en doğal hakkımız. Kurumsal kimliğimizden ödün vermeyeceğiz." şeklindeki sözlerinin<sup>64</sup> cinsiyet kimliği; sanık avukatının dava dosyasında bulunan iki tarihsiz dilekçesindeki "müvekkilin beyanından sonra sevgilisi olduğunu söylemesi karşısında zaten söz konusu kişilerin hamama alınması mümkün değildir. Ahlaki bakış açımız geleneklerimi ve işyeri prensipleri açısından iki sevgilinin işyerine alınması söz konusu değildir." ifadesinin ise cinsel yönelim temelinde ayrımcılık anlamına geldiği görülmektedir. Bu durumda mağdur İ.K.'nın belirli bir vakada bir kişinin birden fazla ayrımcılık temelinde ayrımcılığa uğraması anlamına gelen çoklu temelde ayrımcılık türlerinden birleşik ayrımcılığa maruz kaldığı görülmektedir. Aşağıda üzerinde durulacağı üzere bu durum sanığa daha ağır bir yaptırım uygulanmasını gerektirirken sanığa alt sınırdan ceza verilmiştir.

### 3. Ayrımcılık Talimatı

Somut durumda son olarak ayrımcılık yasağının güncel biçimlerinden ayrımcılık talimatı gündeme gelmektedir. Ayrımcılık talimatının yasaklanması, gelecekte ayrımcılığa yol açabilecek bir fiilin öncülünün yasaklanması anlamına gelmektedir. Ayrımcılık yasağı genel olarak, ayrımcı muameleden sorumlu olan kişilerin sorumluluğu ile ilgili iken, ayrımcılık talimatı ayrımcı muameleyi doğrudan gerçekleştiren kişileri değil ancak ayrımcı muamele açısından müşterek fail olarak kabul edilebilecek kişilerin

<sup>63</sup> Hürriyet, "Hamamda Kriz", 08.01.2014, <https://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/hamamda-kriz-25517449> (erişim:06.02.2021)

<sup>64</sup> Hürriyet, "Hamam transa haram", 12.01.2014, <https://www.hurriyet.com.tr/dunya/hamam-transa-haram-25549485> (erişim:06.02.2021).



sorumluluğu ile ilgilidir. Bu açıdan ayrımcı muamelede “üçüncü taraf” olarak kabul edilebilecek kişilerin sorumluluğunu gündeme getirmektedir.<sup>65</sup>

Türkiye hukukunda ayrımcılık talimatına dair açık tek düzenleme TİHEK Kanunu'nda yer almıştır. Ayrımcılık talimatı md. 2'de “Bir kişinin kendi nam veya hesabına eylem ve işlemlerde bulunmaya yetkili kıldığı kişilere veya bir kamu görevlisinin diğer kişilere verdiği ayrımcılık yapılmasına yönelik talimatı” olarak tanımlanmıştır. Mevcut tanım kamu görevlisi olsun olmasın herkes için geçerli olması bakımından olumludur. Ancak gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişilerinin birbirleri arasında “kendi nam veya hesabına eylem ve işlemlerde bulunmaya yetkili kıldığı” kişilere yönelik ayrımcılık talimatının yasaklanması ve bu tür yetkilendirmenin olmadığı durumda ayrımcılık talimatını ayrımcılık oluşturmayacak olması önemli bir eksiklik olarak göze çarpmaktadır.

TİHEK Kanunu'nda yer alan bu düzenleme haricinde ceza hukuku alanında ayrımcılık talimatı bağlamında bir dizi farklı düzenleme göze çarpmaktadır. Bu konuda ilk düzenleme, TCK md. 37'de yer alan faillğe dair düzenlemedir. Kanun'da suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişinin de fail olarak sorumlu tutulacağı belirtilmiştir. Dolaylı faillik olarak adlandırılan bu durumda dolaylı fail suçun icra hareketlerini gerçekleştiren kişi ile onun davranışı üzerinde hâkimiyet kuran ve arka planda duran kişidir. Dolaylı fail suçu kendisi işlemiş gibi sorumlu olacaktır.<sup>66</sup>

TCK'da diğer bir düzenleme ise azmettirme ile ilgili md. 38'dir ve başkasını suç işlemeye azmettiren kişinin işlenen suçun cezası ile cezalandırılacağı öngörülmektedir. Bu iki düzenlemeden ilkinde failin suça yönelttiği kişi özgür iradesiyle hareket etmemekte ve araç konumunda bulunmaktadır. Azmettirme halinde ise özgür iradesiyle hareket eden bir başkasını suç işlemeye yöneltmekte ve yönlendirmektedir. Azmettirme suç işleyen kişinin, azmettiren kişinin yönlendirmesi gerçekleşmeseydi suçu işlemeyecek olması halinde söz konusu olmaktadır. Azmettirilen kişinin zaten suç işleme niyetinde olduğu durumda bu kişinin niyetini destekleyen ve güçlendiren hareketler azmettirme değil TCK md. 39'da düzenlenen suç işleme kararını güçlendirme veya suça teşvik gündeme gelecektir.<sup>67</sup> Dolayısıyla TCK'da ayrımcılıkla ilgili olarak düzenlenmiş olan ayrımcılık suçunun işlenmesi için bir kişiyi araç olarak kullanan veya azmettiren kişinin o suçtan dolayı sorumlu tutulması mümkündür.

---

<sup>65</sup> Tufyal Choudry, “Instructions to Discriminate and Victimisation”, Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law, Dagmar Schiek; Lisa Waddington; Mark Bell (eds.), Hart Publishing, Cornwall, 2007, s. 561.

<sup>66</sup> Nur Centel; Hamide Zafer; Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta Yay., İstanbul, 2011, s. 511; Artuk; Gökçen; Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s. 773-774.

<sup>67</sup> Centel; Zafer; Çakmut, s. 513. Aynı yönde bakınız, Bakınız, ECRI Türkiye Raporu (Beşinci İzleme Dönemi), 04.10.2016, para 4, <https://rm.coe.int/fifth-report-on-turkey/16808b5c81> (erişim:06.02.2021).

A.K. müdafî tarafından mahkemeye verilen tarihsiz savunma dilekçesi ekinde sunulan bir gazete haberinde hamamın işletmecisi olan C.C. tarafından “[d]aha önce benzer sıkıntılar yaşadığımız için böyle bir karar aldık. Personele, müşterilere nahoş teklifler yapıldı. Bunların önüne geçmek için radikal kararlar aldık. Cinsiyet ayrımcılığı yaptığımızdan değil. Dışarıda onlarla sohbet de ederim, yemek de yerim. Ama işletmenin geleceğini düşünmek zorundayım. Bizim gibi kurumsal kimliği olan Cağaloğlu, Çemberlitaş, Süleymaniye hamamları da transları almıyor. Ağa Hamamı eskiden alıyordu ama maddi manevi sıkıntı yaşadığı için artık almıyor onları. Gece kulüpleri de kapıdan müşteri çeviriyor. Müşteri seçmek bizim en doğal hakkımız. Kurumsal kimliğimizden ödün vermeyeceğiz.” ifadeleri kullanılmıştır.<sup>68</sup> İncelemeye konu somut olayda hamamın işletmecisi olan kişinin gazetede yayınlanan ifadesinde sanığa transseksüelleri hamama almama yönünde talimat verdiği görülmektedir. Ancak yapılan yargılamada sanık müdafî tarafından sunulan gazete kupüründeki bu ifadeler mahkeme tarafından dikkate alınmamış ve hamamın işletmecisi hakkında TCK md. 37 uyarınca dava açılması sağlanmamıştır. Halbuki somut durumda bir değil iki kişinin sanık olarak söz konusu davada yargılanmış olması gerekmektedir. Ayrıca söz konusu gazete haberindeki beyanda yer alan “[b]izim gibi kurumsal kimliği olan Cağaloğlu, Çemberlitaş, Süleymaniye hamamları da transları almıyor. Ağa Hamamı eskiden alıyordu ama maddi manevi sıkıntı yaşadığı için artık almıyor onları. Gece kulüpleri de kapıdan müşteri çeviriyor.” ifadesi yalnızca Galatasaray Hamamı için değil diğer tarihi hamamlarda da ayrımcı muamele yapılması yönünde bir talimatın söz konusu olduğu belirtilmiştir. Bu durumda bu hamamlara alınmayan her trans açısından TCK md. 122 ve bu suçla bağlantılı olarak TCK md. 37 kapsamında cezai sorumluluğuna gidilmesi mümkündür.

## E. Ayrımcılık Yasağında Uygulanacak Yaptırımlar

Diğer tüm insan haklarında ihlallerinde olduğu gibi ayrımcılık yasağının ihlali halinde de mağdurlara giderim, farklı muameleden sorumlu kişiler için ise çeşitli yaptırımların öngörülmesi zorunludur. Ayrımcılık yasağı ile ilgili uluslararası düzenlemelerde ayrımcılık yasağının ihlali halinde öngörülebilen yaptırımların etkili, caydırıcı ve orantılı olması gerektiği ifade edilmektedir. Konuya dair uluslararası düzenlemelerin iç hukukta doğrudan bir etki doğurması mümkün değildir. Bu noktada iç hukukta yaptırımlarla ilgili gündeme gelecek düzenlemelerde uluslararası standartlar göz önünde tutulmalıdır. Yaptırımın her somut olayda bu bağlamda ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir.

Ayrımcılık yasağı açısından en etkili ve uygun yaptırımın ceza veya tazminat olup olmadığı şüphesiz her somut durumda tartışılabilir. Ceza hukuku alanındaki yaptırımlar

<sup>68</sup> Hürriyet, “Hamam transa haram”, 12.01.2014, <https://www.hurriyet.com.tr/dunya/hamam-transa-haram-25549485> (erişim:06.02.2021).

veya cezalandırma amacı güden tazminatlar (punitive compensation) mağduru sürecin dışında bırakılmaktadır. Ayrıca bazı durumlarda bu yaptırımların gerçekten etkili olmadığı söylenebilir. Yaptırımlarla ilgili olarak yalnızca bir tür yaptırıma odaklanılmadan farklı yaptırım türlerine aynı anda yer veren ve somut olayın özelliklerine özgü yaptırım belirlenmesinin önünü açan bir yaklaşım daha olumlu gözükmektedir.

Buna ek olarak, ayrımcılık büyük ölçüde bazı tekil olaylarla birlikte düşünülen ve çoğunlukla kötü niyetle ilişkilendirilen bir kavramdır. Ancak ayrımcılığın yalnızca kötü niyete bağlı olarak ortaya çıkmamaktadır. Ayrıca ayrımcılığın ortaya çıkması tekil bir olayla gerçekleşmemektedir ve çoğunlukla toplumsal yaşam içerisinde, tarihsel ve toplumsal bağlamlarda gerçekleşmektedir. Ayrımcı muamelelerin mağduru olan kişiler bu mağduriyeti hayatlarında bir kez değil birden çok kez yaşamaktadır. Dolayısıyla ayrımcılığın ortaya çıkardığı sonucun söz konusu grubun veya kişinin özelliklerine göre farklılaşacağı ve bu nedenle de ayrımcı muameleye yönelik ortaya konulacak tepkinin de farklılaşacağını kabul etmek gerekmektedir. Özellikle cinsel yönelim ve/veya cinsiyet kimliği temelli ayrımcılığa uğrayan kişiler açısından hukuk düzeninin göstereceği tepki mevcut dezavantajla orantılı olmalıdır.

Türk hukukunda ayrımcılık yasağı bağlamında Anayasa'da siyasi partilerin kapatılması; ceza hukuku alanında hürriyeti bağlayıcı ceza, adli para cezası veya diğer tür yaptırımlar; borçlar hukuku alanında sözleşmenin geçersizliği ve sözleşmesel ilişkiden ya da haksız fiilden kaynaklanan madde ve/veya manevi tazminat; iş hukukunda iş sözleşmesinin veya toplu iş sözleşmesinin geçersizliği, iş sözleşmesinin feshi, işe iade, maddi ve manevi tazminat ve son olarak idare hukuku alanında maddi ve manevi tazminat ile disiplin cezaları veya idari para cezalarından oluşan idari yaptırımlar gündeme gelmektedir.

Bu incelemede üzerinde durulan TCK md. 122, 2005 yılında yürürlüğe girmiş, 2014 yılında kabul edilen 6529 sayılı Kanun md. 15 ile kapsamlı bir biçimde değişikliğe uğramıştır.<sup>69</sup> Bu değişiklik ile madde başlığı "Nefret ve ayrımcılık" haline gelmiş, ayrımcılığın yasaklandığı nedenler "dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığı" olarak düzenlenmiş, "benzeri sebeplerle" ifadesi madde metninden çıkarılmış, suç yalnızca doğrudan kastla ve nefret saikiyle işlenebilen bir suç haline getirilmiş,<sup>70</sup> suçta gündeme gelen seçimlik hareketler yeniden kaleme alınmış ve son olarak adli para cezası kaldırılmış ve suçun cezası artırılmıştır.<sup>71</sup> Maddenin başlığının

<sup>69</sup> Bakınız, Temel Hak ve Hürriyetlerin Geliştirilmesi Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (6529 sayılı), 13.03.2014 tarihli ve 28940 sayılı Resmi Gazete.

<sup>70</sup> Yargıtay, 18. CD., E. 2015/26353, K. 2016/6373, 30.03.2016.

<sup>71</sup> Bakınız, Temel Hak ve Hürriyetlerin Geliştirilmesi Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı, s. 10, <https://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0869.pdf> (erişim:06.02.2021)

"Ayrımcılık" iken "Nefret ve ayrımcılık" olarak değiştirilmesi ile iki ayrı suç tipinin madde içerisinde ayrı ayrı düzenlendiği şekilde bir izlenim yaratılsa da, sonuç olarak "nefret saikiyle ayrımcılık" şeklinde yeni bir suç ortaya çıkmıştır.<sup>72</sup> Madde ile ilgili yapılan son değişiklikle birlikte ayrımcılık suçunun "farklılıktan kaynaklanan nefret nedeniyle" işlenmesi aranmaktadır.

Yasa koyucunun ayrımcılıkla ilgili bir ceza hukuku normu oluşturması elbette takdir yetkisi dâhilindedir. Md. 122 metninde sadece bazı hareketlerin suç sayılmış olması, suçun ancak belirli gruplara mensup kişilere yönelik işlenebilmesi, toplumsal yaşam içerisinde karşılaşılabilecek diğer birçok durumun kapsam dışında tutulmuş olması ve suçun ancak bir gruba yönelik nefret ile birlikte işlenebilecek olması önemli eksiklikler olarak göze çarpmaktadır.

Ayrıca ayrımcılık yasağı söz konusu olduğunda hukuk yargılaması ve idari yargılamada ispat yükünün paylaşılması gündeme gelebilse de TCK md. 122'de düzenlenen ayrımcılık suçu söz konusu olduğunda bu farklı ispat rejiminin ceza hukuku alanında aynen benimsenmesi mümkün değildir. Ceza hukukunda ispat yükünün yer değiştirmesi ve sanığın suçu işlemediğini ispat etmek zorunda kalması düşünülemez. Sanık hakları ve masumiyet karinesi bu tür bir yaklaşımın önünde haklı bir engel oluşturmaktadır. Ayrımcılık suçunun ispat edilemediği durumlarda cezalandırılması mümkün değildir. Nitekim bu incelemeye konu davada mahkûmiyet kararına yol açan husus büyük ölçüde sanık, sanık müdafisi ve hamamı işleten kişinin sözleri ve savunmaları olmuştur.

TCK md. 122 ile ayrımcılık suçu şeklinde bir suç ilk kez düzenlenmiş olmasına rağmen, maddenin yürürlükte olan halinin yukarıda belirtilen nedenlerden dolayı uygulamada gündeme gelmesi oldukça zordur ve beklenen faydayı sağlamaktan uzaktır. Nitekim md. 122'nin aşağıda görülebileceği gibi bugüne kadar ki uygulaması da bu tür bir yorumu haklı çıkarmaktadır. Maddenin yürürlükten kaldırılması ve ayrımcılığın ceza hukukunun konusu olmaktan çıkarılması bu noktada atılabilecek ilk olası adımdır. Ayrımcılık yasağına ilişkin bu şekilde bir suç ihdas edilmesinin ayrımcılıkla mücadele açısından uygulanabilir olmadığı görülmüştür.

---

<sup>72</sup> Hürriyet, "Hamam transa haram", 12.01.2014, <https://www.hurriyet.com.tr/dunya/hamam-transa-haram-25549485> (erişim:06.02.2021).

## Ceza Mahkemelerinde TCK md. 122 Uyarınca Yıl İçinde Karara Bağlanan Davalardaki Suç ve Sanık Sayıları<sup>73</sup>

Yıl	ıkan Dava Sayısı	Mahkumiyet	Beraat	Diğer Kararlar <sup>74</sup>
2005	8	0	7	1
2006	7	0	4	3
2007	12	1	11	0
2008	2	0	2	0
2009	10	1	4	5
2010	14	0	10	4
2011	12	0	9	3
2012	16	1	13	2
2013	17	1	11	5
2014	8	0	6	2
2015	15	0	13	2
2016	10	2	7	1
2017	8	0	6	2
2018	15	7	7	1
2019	18	0	16	2
<b>Toplam</b>	<b>172</b>	<b>13</b>	<b>126</b>	<b>33</b>

İkinci bir olasılık ise maddenin bazı değişikliklerle yürürlükte kalmaya devam etmesidir. Rakamlar ayrımcılıkla mücadelede TCK md. 122'nin etkili olmaktan uzak olduğunu göstermektedir. Buna rağmen, ceza hukukunda bu tip bir suça yer verilmesinin ayrımcılığın hukuken meşru kabul edilmediğine dair topluma verilen bir mesaj olması bakımından önem taşıdığı söylenebilir. Bununla birlikte madde metnine "dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep" yanında diğer bazı temellerin yanı sıra "cinsiyet kimliği" ve "cinsel yönelim" gibi ifadelerin eklenmesi gerekmektedir. Ceza hukuku alanında bu tür bir düzenleme yapılmış olsa dahi

<sup>73</sup> Bakınız, Adli Sicil İstatistik Genel Müdürlüğü, Adalet İstatistikleri Yayın Arşivi, <https://adlisicil.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/adalet-istatistikleri-yayin-arsivi> (erişim:06.02.2021)

<sup>74</sup> Diğer kararlar yetkisizlik, görevsizlik, birleştirme, davanın düşmesi vs. gibi kararlar ile CMK md. 223'de sayılan ve yukarıda belirtilmeyen hükümlerden oluşmaktadır.

ayrımcılıkla mücadele açısından ceza hukuku dışında özel hukuk ve idare hukuku açısından yine kapsamlı düzenlemeler yapılması gerekmektedir.

Tüm bunlara ek olarak ceza hukuku kapsamında mağdurun zararının giderilmesi mümkün olamamaktadır. Bu alanda yalnızca sanığa yaptırım uygulanabilmektedir. Ceza hukuku ile bağlantılı bir giderim yolu ise dolaylı olarak uzlaşma kurumu ile ortaya çıkabilmektedir. Türkiye hukukunda uzlaşma kurumu Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 253, 254 ve 255. maddelerinde düzenlenmiştir.<sup>75</sup> CMK md 253(17)'ye göre uzlaşma sonucunda hukuka uygun olmak ve tarafların özgür iradelerine dayanması kaydıyla bir edim kararlaştırılabilmektedir. Bu edimin giderim niteliğinde bir tazminat olarak kararlaştırılması mümkündür. Böyle bir durumda ceza hukuku bağlamında doğrudan olmamakla birlikte dolaylı olarak bir giderim imkânı ortaya çıkmaktadır. Ancak uzlaşma kurumuna her suç için başvurulamamaktadır. CMK md. 253'e göre soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlar ile şikâyete bağlı olup olmadığına bakılmaksızın, TCK'da yer alan bir dizi suçta uzlaşmaya gidilmesi mümkündür. TCK md. 122'deki ayrımcılık suçu şikâyete tabi bir suç olmadığı için uzlaşmaya gidilmesi mümkün değildir. Bu durumda mağdur İ.K.'nın suçtan kaynaklanan maddi ve/veya manevi zararı için hukuk mahkemelerinde tazminat davası açmak dışında bir seçeneği bulunmamaktadır. Uygulamada bu tür bir davaya dair somut bir örnek göze çarpmamaktadır.

TCK md. 122'de düzenlenen suç asliye ceza mahkemelerinin görev alanına girmektedir.<sup>76</sup> Suçun cezası maddenin ilk halinde altı aydan bir yıla kadar hapis ya da adli para cezası iken 2014 yılında yapılan değişiklikte bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası olarak değiştirilmiştir.<sup>77</sup> TCK md. 49(2)'ye göre bir yıl veya daha az süreli hapis cezaları kısa süreli hapis cezası olarak kabul edilmektedir. TCK md. 122'den bir yıl veya daha az süreyle hapis cezasına çarptırılan kişinin cezası mahkeme tarafından, suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özellikler dikkate alınarak TCK md. 50'ye göre seçenek yaptırımlara çevrilebilecektir. Şüphesiz bu noktada takdir mahkemeye aittir. TCK md. 50'de öngörülen ilk seçenek yaptırım adli para cezasıdır.<sup>78</sup> Öngörülebilecek adli para cezasının miktarı ise, TCK md. 61(9)'a göre, 365 günden az, 1095 günden fazla olamayacaktır.<sup>79</sup> TCK md. 52(2)'ye göre adli para cezalarında miktar günlük en az 20 ve en fazla 100 TL arasında belirlenebilmektedir. TCK adli para cezasının devlet hazinesine

<sup>75</sup> Ceza Muhakemesi Kanunu (5271 Sayılı), 17.12.2004 tarihli ve 25673 sayılı Resmi Gazete.

<sup>76</sup> Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun (5235 Sayılı), md 11. 07.10.2004 tarihli ve 25606 sayılı Resmi Gazete.

<sup>77</sup> Temel Hak ve Hürriyetlerin Geliştirilmesi Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (6529), md. 15. 13.03.2014 tarihli ve 28940 sayılı Resmi Gazete.

<sup>78</sup> TCK, md. 52/1: "Adli para cezası, beş günden az ve kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde yediyüzotuz günden fazla olmamak üzere belirlenen tam gün sayısının, bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ile çarpılması suretiyle hesaplanan meblağın hükümlü tarafından Devlet Hazinesine ödenmesinden ibarettir."

<sup>79</sup> TCK, md. 61/9: "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."

ödenmesini öngörmektedir ve sanık tarafından ödenen meblağ hiçbir koşulda mağdura aktarılmamaktadır. Bu nedenle adli para cezasına hükmedildiği durumda bu uygulama ayrımcı muamelenin faili açısından bir yaptırım anlamına gelirken, muamelenin mağduru bakımından herhangi bir giderim anlamına gelmemektedir.

TCK md. 50'de yer alan diğer seçenek yaptırımlar ise "mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle, tamamen giderilmesi"; "en az iki yıl süreyle, bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkanı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etme"; "mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanma"; "sağladığı hak ve yetkiler kötüye kullanılmak suretiyle veya gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılarak suç işlenmiş olması durumunda; mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, ilgili ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınmasına, belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanma"; "mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle ve gönüllü olmak koşuluyla kamuya yararlı bir işte çalıştırılma" olarak ifade edilmiştir. Maddede öngörülen "mağdurun... uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle, tamamen giderilmesi" şeklindeki yaptırım ayrımcılık mağdurları bakımından giderim sağlamaya uygun belki de tek seçenek yaptırım olarak göze çarpmaktadır. Adli para cezası ve diğer seçenek yaptırımlar yalnızca failin cezalandırılmasına odaklanırken, zararın giderilmesi şeklindeki yaptırım hem yaptırım hem de giderim anlamına gelmektedir. Bu nedenle TCK md. 122 nedeniyle verilen mahkûmiyet kararlarında seçenek yaptırımlar gündeme geldiğinde tazmine odaklanan TCK md. 50(1)(b) en uygun yaptırım olarak göze çarpmaktadır.

Seçenek yaptırımlar yanında TCK md. 122 kapsamında verilen hapis cezalarının ertelenmesi de mümkündür. TCK md. 51'e göre md. 122'den dolayı verilen bir mahkûmiyet kararında verilen hapis cezasının süresi iki yıl veya daha az süreli ise<sup>80</sup> ve sanık daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezasına mahkûm edilmemiş ve suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaatin olduğu durumda cezanın ertelenmesi mümkündür. Erteleme olanağı hapis cezasına karar verildiğinde söz konusu olmaktadır ve adli para cezasına çevrildiği durumda ertelenmesi mümkün değildir. Mahkeme tarafından erteleme mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi koşuluna bağlı tutulabilecektir. Bu tür bir durumda öngörülen koşul yerine getirilmediğinde, hükümlü koşulu yerine getirene kadar cezanın infaz kurumunda çektirilmesine karar verebilecektir. Yine hükümlünün denetim süresi içinde kasten bir

<sup>80</sup> Hürriyet, "Hamam transa haram", 12.01.2014, <https://www.hurriyet.com.tr/dunya/hamam-transa-haram-25549485> (erişim:06.02.2021).

suç işlemesi veya kendisine yüklenen yükümlülükler, hâkimin uyarısına rağmen, uymamakta ısrar etmesi hallerinde; ertelenen cezanın kısmen veya tamamen infaz kurumunda çektirilmesine karar verilebilecektir.

TCK md. 51 kapsamında md. 122'de düzenlenen suçtan dolayı bir hapis cezasına hükmedildiği durumda, mahkeme tarafından cezanın ertelenmesine karar verildiği takdirde, duruma göre ertelemenin mağdurun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi koşuluna bağlı tutulması en uygun adım olarak gözükmektedir. Bu şekilde bir uygulama ile kişiye hem yaptırım uygulanabilecek hem de ayrımcı muamelenin mağduru için bir giderim yolu açılmış olacaktır.

Son olarak ise CMK md. 231(5)'e göre sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilecektir. TCK md. 122'den verilebilecek bir cezanın bu sınırlar içerisinde kalması çok büyük ihtimaldir. Bu durumda, md. 231(6)'daki sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması, mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması, suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi gerekmektedir. Bu durumda sanık beş yıl süreyle denetim altında tutulmakta ve bu süre içerisinde kasten yeni bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülükler aykırı davranması halinde hüküm açıklanmaktadır.

Yukarıda belirtilenler ışığında ayrımcılık suçunun cezası alt sınırdan veya alt sınırdan biraz uzaklaşarak verildiği durumlarda hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının, ceza verildiği takdirde bu cezanın seçenek yaptırımlara çevrilmesinin veya cezanın ertelenmesinin mümkün olduğu görülmektedir. Bu şekilde somut olayın özelliklerine göre hapis cezası veya adli para cezası yerine farklı yaptırımların gündeme gelmesi mümkün gözükmektedir. Ayrımcılık yasağının kendine özgü özellikleri nedeniyle bu şekilde esnek bir yaklaşımın benimsenmesi olumlu olmuştur. Ancak suçun cezasının etkili ve caydırıcı kabul edilmesi mümkün değildir.<sup>81</sup> Seçenek yaptırım veya cezanın ertelenmesi tercih edildiği durumda hükümlülerin hürriyeti bağlayıcı cezanın infazına geçilmesi çoğunlukla mümkün olmamakta ve mağdurun zararının karşılanması şeklinde bir koşul öngörülmediği takdirde ise mağdur bakımından ayrımcı muamelenin doğurduğu sonuçların ortadan kaldırılması söz konusu olamamaktadır. Bu nedenle yargı organlarının failin sadece cezalandırılması yerine mağdurun da zararının giderilmesine odaklanarak yukarıda belirtilen TCK md. 50(1)(b) veya md. 51(2)'nin

<sup>81</sup>Yenidünya, s. 115.



uygulanması daha uygun bir çözüm olarak gözükmektedir. Ancak yaptırımlarla ilgili bu tür bir yaklaşıma dair tartışmanın anlamlı olabilmesi TCK md. 122'den dolayı ceza davası açılması ve faillerin cezalandırılmasına bağlıdır. Yukarıda da görüldüğü gibi madde geçmişte çok az uygulamaya geçmiş ve 2014 yılı sonunda yapılan değişiklikle beraber uygulanma ihtimali daha da azalmıştır.

Belirtilenler ışığında incelemeye konu davada, çoklu temelde ayrımcılığın ağırlaştırıcı etkisinin göz ardı edilerek sanık hakkında en alt sınırdan ceza verildiği, söz konusu cezanın adli para cezasına çevrildiği, sanık tarafından gerçekleştirilen söz konusu fiilin yargılama boyunca inkâr edildiği dikkate alınmadan duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verildiği görülmektedir. Bu durumda ortaya çıkan ayrımcı muamele ile orantılı, etkili ve caydırıcı nitelikte bir cezanın uygulandığını söylemek mümkün değildir.

Somut durumda ayrımcı muameleyi gerçekleştiren kişiler gerçek kişiler olmasına rağmen hamamın tüzel kişiliğine dönük de yaptırım uygulanması düşünülebilir. TCK md. 122 ile gerçek kişilerin cezalandırılabilmesi tartışmasızdır. Ancak tüzel kişiler bakımından bunu söylemek mümkün değildir. Türkiye'de tüzel kişilerin gerçek kişiler gibi ceza sorumluluğu bulunmamaktadır. TCK md. 20'ye göre tüzel kişilere ceza yaptırımı uygulanması mümkün değildir ve ancak suç dolayısıyla TCK'da öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımların uygulanması mümkündür. Güvenlik tedbirleri ise TCK md. 60'da "faaliyet izni iptali" ve "müsadere" olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla tüzel kişiler bir kişi gibi cezai sorumluluk sahibi olmamakla birlikte ceza hukuku anlamında yine de sorumlu olabilmektedir. Öte yandan TCK md. 60(1)'e göre "Bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkûmiyet halinde, iznin iptaline karar verilir." İncelemeye konu davada mağdur İ.K.'nın hamama alınmaması ile ortaya çıkan ayrımcı muamelenin "tüzel kişi yararına" olduğunu söylemek mümkün değildir. Dolayısıyla somut durumda TCK md. 122 uyarınca verilen bir mahkûmiyet kararı nedeniyle hamamın faaliyet izninin iptali hukuken mümkün değildir. Diğer yandan, TCK md. 60(4)'e göre tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri ancak kanunun ayrıca belirttiği hallerde uygulanabilecektir. TCK md. 122'de bu yönde bir düzenleme olmadığı için yine tüzel kişiye bir yaptırım uygulanamayacaktır.

### III. SONUÇ

Bu raporda İstanbul 42. Asliye Ceza Mahkemesi'nde görülen E. 2014/230, K. 2015/19 sayılı dava incelemeye konu edilmiştir. Söz konusu dava, 26.12.2013 tarihinde bir kadın arkadaşı ile birlikte İstanbul ili Beyoğlu ilçesi sınırları içerisinde bulunan Galatasaray Hamamı'na hamamın işletme müdürü tarafından cinsel yönelimi ve/veya cinsiyet kimliği nedeniyle içeri alınmayan ve bu şekilde ayrımcı bir muameleye maruz bırakılan İ.K.'nın yaptığı şikâyet üzerine açılmış ve sanığın TCK md. 122'den mahkumiyeti ile sonuçlanmıştır. Yukarıda da belirtildiği gibi TCK md. 122 uygulamada oldukça nadir gündeme gelen bir dava olduğu için söz konusu dava ayrımcılık yasağı bağlamında hem mevcut mevzuat hem de uygulama bakımından önemli bir örnektir. Ayrımcı muamelenin gerçekleştirildiği ve buna ilişkin görülen davada mahkeme tarafından verilen kararın tarihi görece eski olsa da TCK md. 122 yürürlükte olduğu için halen güncelliğini bir ölçüde korumaktadır.

İ.K.'nın maruz kaldığı muamelenin makul ve nesnel bir nedene dayanmayan, diğer bir deyişle meşru bir amaç izlemeyen ve başvuru yöntem ile gerçekleştirilmek istenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisinin bulunmadığı bir farklı muamele niteliğinde olduğu kuşkusuzdur. Mağdur İ.K. bir hamamdan hizmet almak isterken, farklı muamele görmüş ve içeri alınmamış, bu farklı muamelenin mağdurun cinsel yönelim ve/veya cinsiyet kimliğine dayalı gerçekleştirilmiş ve bu farklı muamelenin günümüzde hukuken meşru kabul edilebilecek meşru bir amacı bulunmamaktadır. Ancak bu tespite rağmen Türkiye'deki mevcut mevzuatın söz konusu muameleyi ayrımcılık olarak kabul edip etmediği ve bu fiilin TCK md. 122 bakımından cezalandırılabilir olup olmadığının ayrıca üzerinde durulması gerekmektedir.

Somut olayda İ.K.'nın maruz kaldığı muamelenin hukuken ayrımcılık olarak kabul edilebilmesi için İ.K.'nın maruz kaldığı farklı muamelenin dayandığı cinsel yönelim ve/veya cinsiyet kimliğinin ayrımcılık yasağının kişi bakımından kapsamı içerisinde yer alıp yer almadığı yanıtlanmalıdır. Öncelikle bu temeller Anayasa md. 10'da açıkça belirtilmemekle birlikte Anayasa Mahkemesi'nin verdiği kararlarla madde metninde yer alan "herkes" ve "benzeri sebepler" ifadesi ile birlikte madde kapsamında görülmüştür. Ancak kanunlar düzeyinde, TCK md. 122'de dahil olmak üzere cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği temelinde ayrımcılığı yasaklayan herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Buna rağmen Anayasa md. 10'un doğrudan uygulanabilir bir anayasa hükmü olması nedeniyle bu konuya dair herhangi bir yasal düzenlemenin bulunmaması durumunda dahi cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği temelinde ayrımcılık hukuken yasaklanmış durumdadır.

Fakat bu durum hukuka aykırı olduğu kabul edilen ayrımcı muamelelerin ceza hukuku alanında yaptırıma tabi tutulmasına tek başına izin vermemektedir. Ceza hukukunda geçerli olan ve Anayasa md. 38 ile de korunan suç ve cezaların kanuniliği ilkesi cinsel

yönelim ve cinsiyet kimliği temelinde ayrımcılık açıkça suç olarak düzenlenmediği takdirde cezai yaptırım uygulanmasını olanaksız kılmaktadır. Nitekim yukarıda da belirtildiği üzere somut olayda uygulanan TCK md. 122 cinsel yönelim veya cinsiyet kimliği temelinde ayrımcılığı yasaklamamaktadır. Bu sebeple mevcut durumda uygulama alanı bulması mümkün değildir. İ.K.'ya yönelik ayrımcı muameleyi cezalandıran mahkeme kararında ayrımcı muamelenin cinsiyet temelinde gerçekleştirildiği kabul edilmiştir ki böyle bir tespitin somut durumda hatalı bir tespit olduğu görülmektedir. Bu durum TCK md. 122'ye "cinsel yönelim" ve "cinsiyet kimliği" ifadelerinin eklenmesi gerekliliğini ortaya koymaktadır. Ayrıca madde metninde suç tarihinden sonra yürürlüğe giren değişikliklerle beraber ayrımcı muamelenin ancak "nefret nedeniyle" gerçekleştirildiğinde bu suç oluşabilecektir. İncelemeye konu karara bakıldığında sanık açısından bu tür bir önyargının mevcut olduğu söylenebilirse de karar metninde bu hususun tartışılmadığı görülmektedir. Bu hususlar söz konusu kararın verildiği tarihte kararı veren mahkeme tarafından muamelenin cinsel yönelim ve/veya cinsiyet kimliği bağlamında değerlendirilmesi durumunda bir mahkûmiyet kararı verilmesini hukuken olanaksız hale getirmektedir.

İncelemeye konu olayda ayrımcı muamele bir gerçek kişi tarafından gerçekleştirilmiştir. Günümüzde kamuya bir hizmet arz eden özel bir şirketin veya gerçek kişinin sunduğu hizmeti kişiler arasında ayırım yaparak sunması günümüzde ayrımcılık yasağının ihlali kabul edilmektedir. Anayasa md. 10'da koruma altına alınan ayrımcılık yasağı Anayasa md. 11 ile birlikte değerlendirildiğinde sadece yasama, yürütme ve yargı organları için değil gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri açısından da geçerli olduğu ortaya çıkmaktadır. Buna ek olarak TCK md. 122'de düzenlenen suç da sadece kamu görevlileri tarafından değil diğer gerçek kişiler tarafından da işlenebilen bir suçtur. Dolayısıyla sanık A.K. müdafisi tarafından dava dosyasına sunulan gazete haberine göre hamamın işletmecisi C.C. tarafından kullanılan "müşteri seçmek bizim en doğal hakkımız. Kurumsal kimliğimizden ödün vermeyeceğiz." ifadesine hukuken bir gerçeklik tanımak mümkün değildir. Somut olayda mağdur İ.K.'nın hamama alınmaması ile ortaya çıkan ayrımcı muameleyi gerçekleştiren işletme müdürü ve hamamın sahibinin ayrımcı muameleden ceza hukuku bağlamında sorumluluğuna gidilmesi hukuka uygun gözükmemektedir.

Ayrımcılığın konu bakımından kapsamı bağlamında yapılacak bir değerlendirmede Anayasa md. 10'un bu konuda bir sınır öngörmediği görülmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin bu maddeyi bu konuda yalnızca bireysel başvuruya konu olabilen haklarla sınırlı olarak uygulamasına hukuken geçerlilik tanımak mümkün değildir. Ancak bu tür bir sınırlı yaklaşımın sadece bireysel başvuru bakımından geçerli olduğu, diğer mahkemeler bakımından ayrımcılık yasağının her alanda uygulanması anayasal bir gerekliliktir. Öte yandan, TCK md. 122(1)(b)'de düzenlenmiş suç oluşturan hareketlerden birisi "bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasının engellenmesi" suçudur. Somut durumda İ.K.'nın kamuya arz edilmiş bir hizmetten yararlanması

engellenerek belirtilen maddede yer alan fiil gerçekleştirilmiş olmaktadır. Bu nedenle mevcut durumda TCK md. 122'nin uygulama alanı bulması hukuka uygun gözükmemektedir. Her ne kadar kararda sanık A.K. bakımından md. 122(1)(a) uygulandığı belirtilse de 2014 değişikliği öncesinde "bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasının engellenmesi" suçu md. 122(1)(a)'da yer almaktaydı ve bu durum sanık lehine olan engellenmesi" suçu md. 122(1)(a)'da yer almaktaydı ve bu durum sanık lehine olan maddenin eski halinin uygulandığını göstermektedir. Ancak yukarıda kişi bakımından kapsamlı ilgili olarak belirtildiği gibi maddenin yürürlükteki hali suçun unsurları bakımından sanığın lehine olan düzenleme niteliğindedir ve madde halihazırda ne yazık ki bu tür bir ayrımcı muamelenin cezalandırılmasını engellemektedir.

Somut olayda tipik bir doğrudan ayrımcılık söz konusudur. Bunun yanında İ.K.'nin hem cinsel yönelim hem de cinsiyet kimliği temelinde ayrımcılığa uğradığı dikkate alındığında çoklu temelde ayrımcılığın bir türü olan "katma ayrımcılık" olgusunun ortaya çıktığı söylenebilir. Bunun yanında hamamın işletmecisi olan C.C. tarafından transların hamama alınmaması yönünde çalışanlara bir talimat verildiği görülmektedir ve bu nedenle somut olayda ayrımcılık talimatının mevcudiyetinden söz edilebilir. Ancak incelemeye konu yargılama yalnızca C.C.'nin çalışanı olan A.K. hakkında yürütülmüştür ve C.C. bakımından TCK'nın ilgili hükümleri uygulanmamıştır.

Ayrımcılık yasağı ile ilgili uluslararası düzenlemelere göre ayrımcılık yasağının ihlali halinde öngörülecek yaptırımlar etkili, caydırıcı ve orantılı olmalıdır. TCK md. 122'ye ilişkin resmi verilere bakıldığında söz konusu maddeden 2005-2019 yılları arasında açılan 172 davada yalnızca 13 (bunlardan 7 tanesi 2018 yılında verilmiştir) mahkûmiyet kararı verildiği (toplam dava sayısının yalnızca %7.5'ini oluşturmaktadır) görülmektedir. Bu durum maddenin etkili bir yaptırım olmadığını göstermektedir. Ayrıca madde metninde "cinsiyet kimliği" ve "cinsel yönelim" gibi ifadelerin yer almaması ayrımcılığa en fazla uğrayan gruplardan ikisi açısından ceza hukuku yaptırımlarının uygulanmasını engellemektedir. Öte yandan, md. 122'de öngörülen yaptırımın bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası olarak öngörülmesi çoğunlukla somut olayda olduğu gibi adli para cezası veya mahkûmiyet kararı yerine hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesine ya da mahkûmiyet kararı verildiğinde de cezanın ertelenmesine yol açmaktadır. Belirtilen nedenlerle mevcut yaptırımın hem teorik olarak hem de uygulamada etkisiz olduğu açıktır. Buna ek olarak bu tür durumlarda gündeme gelebilecek olan tüzel kişilere yönelik "faaliyet izni iptali" ve "müsadere" şeklindeki güvenlik tedbirlerinin TCK md. 122 bağlamında uygulanması hukuken mümkün değildir.



## AN ASSESSMENT OF ARTICLE 122 OF TURKISH CRIMINAL CODE UNDER THE LIGHT OF İ. K. CASE

FOUNDATION OF SOCIETY AND LEGAL STUDIES  
ASSOCIATION FOR MONITORING EQUAL RIGHTS



**TOHAV**  
Toplum ve Hukuk Araştırmaları Vakfı  
Foundation for Society and Legal Studies



This project is supported by the European Union.



**ISBN: 978-605-69301-5-7**

**Preparer:** Ulaş Karan

**Translator:** Osman İşçi

**Graphic Design:** Ecem AKAR

This review has been prepared within the scope of the Project on Supporting the Use of Application Mechanisms to Eliminate Discrimination, jointly carried out by the Foundation for Society and Legal Studies (TOHAV) and the Association for Monitoring Equal Rights (EŞHİD). The case illustrated below is chosen by the institutions carrying out the project and has been evaluated in the light of international and national legislation, practice, and literature on the prohibition of discrimination.

---

<sup>1</sup> Assoc. Prof., Faculty Member, Istanbul Bilgi University, Faculty of Law



An Assessment of Article 122 of Turkish Criminal Code Under The Light Of İ. K. Case  
İstanbul, 2021

**Place of Publication:** Berdan Matbaacılık  
Davutpaşa Caddesi, Güven İş Merkezi,  
C Blok, No: 215/216 Topkapı/İstanbul

**Contact:**

Phone: +90 (533) 658 76 14

E-mail: info@ayrimciligakarsi.org

**Toplum ve Hukuk Araştırmaları Vakfı(TOHAV)**

Kuloğlu Mah. Turnacıbaşı Sk.  
Fikret Tüner İş Hanı No:39 K.3  
Beyoğlu/İstanbul

**Eşit Haklar İçin İzleme Derneği(ESHİD)**

Gümüşsuyu Mh. Ağa Çırağı Sk.  
Pamir Apt. No:7 D:1 34437  
Beyoğlu/İstanbul



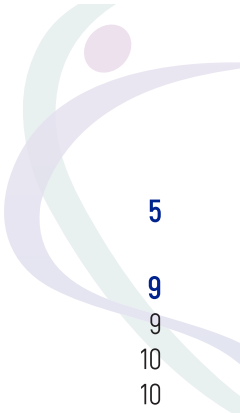
**TOHAV**  
Toplum ve Hukuk Araştırmaları Vakfı  
Foundation for Society and Legal Studies



Bu yayın Hrant Dink Vakfı Hibe Programı kapsamında Avrupa Birliği desteği ile hazırlanmıştır. İçeriğin sorumluluğu tamamıyla Toplum ve Hukuk Araştırmaları Vakfına aittir ve Avrupa Birliği'nin ve/veya Hrant Dink Vakfı'nın görüşlerini yansıtmamaktadır.

# CONTENTS

<b>I. SUMMARY OF THE CASE</b>	<b>5</b>
<b>II. ASSESSMENT</b>	<b>9</b>
A. THE CONCEPT OF DISCRIMINATION	9
B. SCOPE OF THE PROHIBITION OF DISCRIMINATION IN TERMS OF INDIVIDUALS	10
1. In terms of the Person Protected Against Discrimination	10
2. In terms of the Person Conducted the Discriminatory Treatment	17
C. SCOPE OF THE PROHIBITION OF DISCRIMINATION IN TERMS OF ITS SUBJECT	19
D. CURRENT FORMS OF THE PROHIBITION OF DISCRIMINATION	22
1. Direct Discrimination	22
2. Multiple Discrimination	23
3. Discrimination Order	25
E. Sanctions to be Applied in the Prohibition of Discrimination	27
<b>III. CONCLUSION</b>	<b>34</b>





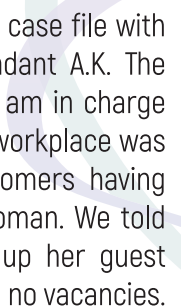
## I. SUMMARY OF THE CASE

İ.K., who has been subjected to discriminatory treatment, had previously had a sex reassignment process and the gender marking on her identity card was changed as female. On 26.12.2013, she went to Galatasaray Public Bath (Hamam) in Beyoğlu district of Istanbul with her friend H.M.M.B. A.K., the operating manager of the bath, told İ.K. that “she absolutely was not allowed to enter and should go to their own baths.” Although İ.K. showed her pink identity card [previously in Turkey, men had blue and women had pink ID cards - translator] that was current at that time, she was not allowed into the bath.

Upon this incident, E.K., attorney of İ.K., filed a complaint to the Chief Public Prosecutor’s Office in İstanbul requesting for an investigation pursuant to Article 122 of Turkish Criminal Code (TCC) (hate and discrimination crime). Upon this, the Chief Public Prosecutor’s Office in Istanbul initiated an investigation with the number 2014/8576. A.K., in his statement taken by the police within the scope of the investigation, stated that a person, whom he didn’t know, came on 26.12.2013 and made a reservation. [According to A.K.’s allegations,] although the reservation was made for only one, another person came with İ.K. and he [A.K.] stated that they did not have vacancies, upon which, İ.K. and H.M.M.B. insulted him. Finally, he stated that he did not accept these persons as customers in the bathhouse not because of their appearances, but because the workplace was at full capacity.

In the statement taken by the police on 24.02.2014 as a complainant, İ.K stated that she went to Galatasaray Bath on 26.12.2013 and asked the prices. [According to her allegations,] she made a reservation telling that she would come with a friend. They went to the bath on the same day, but they were not allowed in being told that the bath was allocated for [foreign] tourists. A.K., the director of the enterprise, gave instructions to ensure that they would not be allowed in. That person told them to go to their own bath. Thus, İ.K. filed a complaint about the owner of the bath.

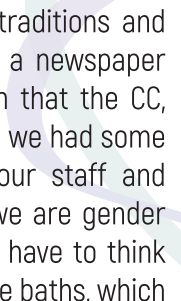
The Chief Public Prosecutor’s Office in Istanbul completed the investigation no. 2014/8576 and decided that there was no need for a prosecution with its decision no. 2014/30358, dated 28.04.2014. Attorney of İ.K., Atty. E.K. filed an objection with the Assize Court against this decision on 10.06.2014. Bakırköy 4th Assize Court accepted the objection and abolished the decision of non-prosecution with its decision no. 2014/670 (miscellaneous number) on 02.07.2014. Upon this decision, the Chief Public Prosecutor’s Office in Istanbul initiated a new investigation and with an indictment issued within the scope of this investigation on 16.07.2014 with the number 2014/10818, demanded that A.K. be punished for gender discrimination according to Article 122 (1) (a) and Article 53 (1) (2) of the Turkish Criminal Code.



Istanbul 42nd Criminal Court of First Instance, in the first hearing of the case file with docket no. 2014/230 on 13.11.2014, heard the victim İ.K. and the defendant A.K. The defendant A.K., in his statement said, "I work in the Galatasaray bath. I am in charge there. I am handling customer welcoming. At the time of the event, the workplace was very busy due to the Easter holidays. We were accepting only customers having reservation. The complainant came together with a foreign national woman. We told her that we had only one vacancy. We told her that we could put up her guest meanwhile. We told them that we could not accept them because we had no vacancies. They left. We learned later that they filed a complaint against us. Then they came back and broke the windows of the bath. They tried to break in. It is not the case that we did not allow them in the bath because of the gender of the complainant. We could not accept them because the workplace was very busy." The statement s/he has given in the preparatory phase was read by the court judge and the defendant was asked about the partial disagreement between her/his statements at the hearing and at the police station. On this point, A.K. said, "The testimony I gave in the preparatory phase is accurate too. The complainant came in the morning and made a reservation for one person. Later on, she came and there was another person accompanying her. I told her that we had only one vacancy. And the events unfolded as I have just described. The person who has made the reservation was not the one who was a foreign national. There was a misunderstanding apparently. I do not accept the statements of the complainant. She showed me her ID. It is not the case that we did not allow her into the bath because of her sex change."

The complainant İ.K., who was heard at the first hearing of the case, said "On the day of the incident, in the morning, I went to Galatasaray bath with my friend H.M.M.B. and told them that we would come in the afternoon. I asked if they had vacancies and they told us that we could come. In the afternoon, we went to the bath together with H.M.M.B. But they said, "There is no vacancy, we cannot take you." Then I talked with the defendant. He said to me, 'We don't accept dudes [transsexuals] like you, go to your own bath, we can only allow your friend in.' It is not the case that I went there in the morning and made a reservation for one person. I had a sex reassignment surgery 20 years ago. I became a woman and obtained a 'pink ID.' I have completed my transition period and I am the president of the Istanbul LGBTT solidarity association. We focus on violations of rights and hate speech. I filed a complaint against him because he acted in a discriminatory manner."

Attorney of the defendant A.K., Atty. K.G., in her/his defense petition (no date) rejected the allegations which initiated the trial and stated that the complainant and her friend were not taken into the bath because there was only one vacancy. Atty. K.G., in the defense s/he had presented to the trial, said, "The complainant and her partner (according to the statements of the complainant) [sentence uncompleted - tr.] after the statement of the client, who said that she was her partner, it is not possible to allow



these people into the bath. Because of our moral point of view, our traditions and workplace principles, we cannot allow two partners into the bath.<sup>2</sup> In a newspaper article presented in the attachment to the defense petition, it is seen that the CC, business manager of the bath, has said, "We made this decision because we had some problems like this before. There were unwelcome offers made to our staff and customers. We made radical decisions to prevent these. It's not that we are gender discriminatory. I am a person who chats and dine out with them. But I have to think about the future of the business. Cağaloğlu, Çemberlitaş, and Süleymaniye baths, which also have a corporate brand, do not accept trans people either. Ağa Bath used to accept them, but because of financial and moral difficulties they no longer do this. Nightclubs either don't accept customers sometimes. Choosing the customer is our most natural right. We will not compromise our corporate brand."<sup>3</sup>

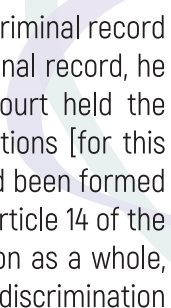
In the second hearing held on 29.01.2015, H.M.M.B. and M.Ş. were heard as witnesses. H.M.M.B., in her statement, said "İ.K. is my friend. We decided to go to the public bath. We went there and learned about the prices and the opening hours. Later, when we went there to enter the bath, the lady at the door told us that the bath was closed. We objected. Meanwhile, other people were coming to the bath. They could easily go in. We went to the defendant A.K., who is the director of the place. We asked why they did not allow us in the bath. The defendant told us, 'You cannot enter here, I gave this order'. İ.K. objected, 'I have a pink ID. Why don't you let me in?' However, the defendant shouted to us and said that he would not let İ.K. in. And he told me, 'only you can go in'. He said to İ.K., 'you go to your own bath [for transexuals], you cannot enter here.'" Defense witness M.Ş. stated, "I am responsible for the chambers in the Galatasaray Bath. I inform Mr. A.K. of the vacancies in the chambers. He accepts customers accordingly. We were very busy on the day of the incident. We were receiving people who had made appointments. We had only one vacancy in the women's chamber, which can accommodate 7 persons. Our colleagues informed the complainant that there was no free place in. I work in the men's chamber. However, they inform me of the vacancies at women's chamber on telephone. And I inform Mr. A.K. accordingly. I was there when the complainant came for the second time to talk to the defendant. I have not heard the defendant to say something like 'You are a dude, that's why I don't allow you in'. Mr. A.K. told that there was free place for only one person and that he could take the lady with her. The complainant said that this person was her lover and they wanted to take a bath together."

Istanbul 42nd Court of First Instance took the witness statements at the second hearing dated 29.01.2015 and sentenced the defendant A.K. to a punitive fine of 3,000 TL pursuant to 122 (1) (a) of TCC, then deferred the announcement of the verdict, "on the

---

<sup>2</sup>Verbatim quotation from the petition including misspellings and bold types.

<sup>3</sup> Hürriyet [newspaper], "Hamam, transa haram" [Hamam is forbidden to transexuals] 12.01.2014, <https://www.hurriyet.com.tr/dunya/hamam-trance-haram-25549485> [access: 06.02.2021].



grounds that the amount of the fine allowed to delete the record in the criminal record of the defendant thereby allowing to considered him as having no criminal record, he displayed positive attitudes and behaviors during the hearing, the court held the opinion that he will not commit a crime again, and the required conditions [for this deferral] were fulfilled." The reasoned decision show that the decree had been formed referring to Article 2 of the Universal Declaration of Human Rights and Article 14 of the European Convention on Human Rights (ECHR): "Considering the situation as a whole, since it is concluded that the defendant committed the alleged crime of discrimination by making gender discrimination against the complainant, who had changed sex and received a female identity card years ago, it is decided to sentence the defendant because of the alleged crime, but since the legal conditions in favor of the defendant were fulfilled, it is decided to defer the announcement of the verdict as per Article 231/5 of Criminal Procedures Law."

The attorney of the defendant A.K. appealed the decision to defer the announcement of the verdict by the 42nd Criminal Court of First Instance in Istanbul, docket no. 2014/230, decree no 2015/19 with a petition stating, "It is all about not to accept one of the two customers who came when the bathhouse was full. The defendant, who is a worker in the bath, does not have the authority to act arbitrarily and, furthermore, does not have enough intellectual background to commit discrimination [against the complainant.] On the other hand, after the client had stated that she was her partner, it is not possible to allow these people into the bath. In terms of our moral point of view, our traditions and workplace principles, it is impossible to allow two partners into the bath. This situation cannot be seen as discrimination."<sup>4</sup> The appeal was rejected by the 42nd Criminal Court of First Instance in Istanbul with an additional decision made on 16.02.2015. Examining the objection, the 14th Assize Court in Istanbul rejected the appeal with its decision dated 18.02.2015, miscellaneous number 2015/95 the verdict about the defendant A.K. was finalized.

---

<sup>4</sup> Verbatim quotation from the petition including misspellings and bold types.

## II. ASSESSMENT

### A. The Concept of Discrimination

Since the criminal case discussed in this review is about a discriminatory treatment, this assessment begins with a definition of the concept of discrimination. Within the framework of the definition to be made, it will be evaluated whether the different treatment faced by the victim İ.K. constitutes a discrimination. The concept of discrimination, etymologically, means differentiating between objects, making a differentiation or distinction between objects based on their distinctive features.<sup>5</sup> The contemporary legal use of the concept, however, has a negative content and refers to unfair treatment of a person or persons belonging to a particular group vis-à-vis other people.<sup>6</sup> The concept today refers to not only an act of separation, but also of establishment of a hierarchy and of treating some people within this hierarchy more negatively.<sup>7</sup> It is possible to define the discrimination as, due to commission or omission, not to treat equally the persons, who are considered to be in equal positions in a legal system in terms of a right or obligation without a valid reason, or to treat equally the persons, who are considered to be unequal in a legal system in terms of a right or obligation, without a valid reason.

There are normative and jurisprudential definitions of discrimination that have emerged in various international conventions. According to the most up-to-date definition, discrimination is "any distinction, exclusion or restriction on the basis of disability which has the purpose or effect of impairing or nullifying the recognition, enjoyment or exercise, on an equal basis with others, of all human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural, civil or any other field."<sup>8</sup> The most widely adopted definition arising from jurisprudences was introduced by the European Court of Human Rights [ECtHR]. According to this, discrimination will arise if the difference in a treatment is not based on a reasonable and objective reason, does not pursue a legitimate purpose, or if there is not a reasonable relationship of proportionality between the applied method and the intended purpose.<sup>9</sup>

We can say that, legislation in Turkey has quite limited definitions of the concept of discrimination. The only definition akin to the foregoing is included in the Law on

---

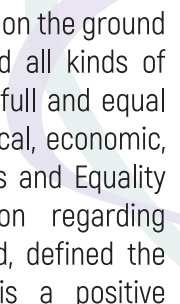
<sup>5</sup> Danièle Lochak, "The Notion of Discrimination and Its Place in the Conventional International Law and in the Case Law", Proceedings of the 7th International Colloquy on the European Convention on Human Rights, Council of Europe, NP Engel, Strasbourg, 1994, p. 133.

<sup>6</sup> A Dictionary of Law Oxford University Press, Reading, 1997, p. 145.

<sup>7</sup> Lochak, p. 133.

<sup>8</sup> Convention on the Rights of Persons with Disabilities, art. 2.

<sup>9</sup> ECtHR, Rasmussen v. Denmark, Appl. No. 8777/79, 28.11.1984, para. 38.



on Disabled People.<sup>10</sup> Law on Disabled People, Art. 3 defines discrimination on the ground of disability. Discrimination based on disability is defined as “any and all kinds of discrimination, exclusion, or restriction based on disability against the full and equal use or enjoyment of human rights and fundamental freedoms in political, economic, social, cultural, civil, or any other field.” The Law on The Human Rights and Equality Institution of Turkey (TİHEK), the most comprehensive legislation regarding discrimination, has not provided a definition of discrimination; instead, defined the different forms of discrimination separately.<sup>11</sup> Thus, although it is a positive development that different forms of discrimination had been defined in Turkey's laws for the first time, it is a striking and important deficiency that the law does not include a basic definition in terms of discrimination.

The Constitutional Court of the Republic of Turkey (AYM) in its decisions on individual applications, has also defined the prohibition of discrimination in a similar way by referring to the ECtHR decisions. According to the Constitutional Court, “[d]iscrimination occurs when different treatment of persons in the same situation is not based on a legitimate aim and when a relationship of reasonable proportionality has not been established between the path followed and the objective to attain.”<sup>12</sup> The Court notes that an allegation of discrimination can be taken into account when the applicant can display “with reasonable evidence that there was a difference between how the other persons were treated in a similar situation and how s/he was treated and that this difference was based on a discriminatory ground such as race, color, gender, religion, language, sexual orientation, etc.”<sup>13</sup>

An assessment of the treatment in the criminal case in question in the light of these definitions, will surely show that the treatment had a discriminatory nature. As will be covered in more detail below, it is seen that the victim İ.K. was in the same situation as other people who wanted to get service from a public bath, yet she was treated differently, this different treatment was conducted based on the sexual orientation and/or gender identity of the victim, and this different treatment did not have a legitimate purpose.

## **B. Scope of the Prohibition of Discrimination in terms of Individuals**

### **1. In terms of the Person Protected Against Discrimination**

One of the issues raised about the prohibition of discrimination is the question that which groups are protected by this ban. The prohibition of discrimination reveals who should be equal according to which criteria. Therefore, it will be discussed below,

---

<sup>10</sup> Law on Disabled People (5378), Official Gazette date: 07.07.2005, no: 25868.

<sup>11</sup> Law on The Human Rights and Equality Institution of Turkey (No. 6701), Official Gazette date: 20.04.2016, no: 29690.

<sup>12</sup> AYM, Ayla (Şenses) Decision, Appl. No. 2013/7063, 05.11.2015, para 44.

<sup>13</sup> Constitutional Court, Sadıka Şeker Decision, Appl. No. 2013/1948, 23.01.2014, para 59; Kamil Çakır Decision, Appl. No. 2013/997, 15.10.2014, para 45.

respectively, the grounds on which discrimination is prohibited, in other words, which groups are protected against discrimination and which persons can be held responsible for different [discriminatory] treatment.

Considering the normative regulations, it is seen that discrimination is mostly prohibited in terms of some traditional grounds of discrimination. The prohibition of discrimination was established on the grounds of religion and belief as a result of sectarian conflicts in Europe and over time it included many other grounds.<sup>14</sup> Therefore, new grounds of discrimination may be introduced when value judgments change. This reveals that the concept of non-discrimination is a dynamic concept like other human rights. As almost there was no legally recognized grounds of discrimination a century ago, perhaps some grounds of discrimination may disappear and be replaced by others in the future.<sup>15</sup>

Current legal regulations on the prohibition of discrimination are divided into two -- open-ended and limited models -- in terms of their structures.<sup>16</sup> While the regulations on the principle of equality do not specify any grounds, certain grounds are explicitly included in the regulations on the prohibition of discrimination. For example, the 14th Amendment to the US Constitution, 1st Article. This article regulates the principle of equal protection before law and stipulates that the states will provide equal protection to everyone under their jurisdiction.<sup>17</sup> The limited approach to the prohibition of discrimination, on the other hand, makes a limited list of certain discrimination grounds which cannot be extended. The open-ended approach also may list certain grounds of discrimination in terms of scope, but the list is left open-ended and it is possible to expand the list with case law. The vast majority of general human rights conventions has adopted this approach.<sup>18</sup> At this point, the initiative of the judicial bodies comes to the fore. Judicial bodies are positively bound with the aforementioned grounds of discrimination. Here, judicial bodies cannot make a narrowing interpretation but they can only take an initiative to expand the list.

Despite this positive situation, a problem arises: "discrimination hierarchy." Case law can narrow down the legitimacy field of different treatment on the grounds of

---

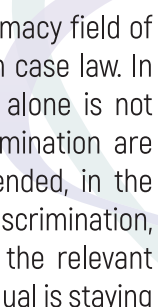
<sup>14</sup> For historical information on grounds of discrimination see EW Vierdag, *The Concept of Discrimination in International Law* Martinus Nijhoff, The Hague, 1973, p. 84 and others.

<sup>15</sup> Karl Josef Partsch, "Fundamental Principles of Human Rights: Self-Determination, Equality and Non-Discrimination", *The International Dimensions of Human Rights*, Karel Vasak (ed.), Vol. 1, UNESCO, Greenwood Press, Connecticut, 1982, p. 73.

<sup>16</sup> Anne, F. Bayefsky, "The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law", *Human Rights Law Journal*, Vol. 11, No. 1-2, 1990, p. 5.

<sup>17</sup> "No State shall make or enforce any law which ... deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.," For the US Constitution, see, <http://www.usconstitution.net/const.html> [access: 06.02.2021]

<sup>18</sup> See, International Covenant on Civil and Political Rights, art. 2, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, art. 2, European Convention on Human Rights, art. 14, European Social Charter (Revised), art. E.



discrimination specified in legal regulations, but it may broaden the legitimacy field of different treatment on the grounds of discrimination recognized through case law. In this respect, the adoption of legal norms and open-ended regulations alone is not sufficient, it is also necessary to emphasize that all grounds of discrimination are equally important. When the grounds of discrimination are left open-ended, in the check to be made on whether an actual different treatment constitutes discrimination, the issue of whether the ground in question falls within the scope of the relevant article, in other words, whether it is within this scope in terms of the individual is staying out of the assessment.<sup>19</sup>

Such a clear recognition of the grounds means acknowledging that discrimination on specified grounds actually exists. For this reason, their being clearly stated in the legislation, especially in international conventions, conveys a clear message that discrimination is not considered legally legitimate on the stated grounds. In a regulation on the prohibition of discrimination, listing the grounds of discrimination as comprehensively as possible will make a sense when the stated grounds of discrimination have become a part of the prohibition of discrimination legally through the written legal norms. The fact that the grounds of discrimination are left open-ended in the current legal regulations regarding the prohibition of discrimination renders it unnecessary to make changes in the regulations. Judicial bodies may follow the current developments and include the grounds of discrimination not specified in the relevant regulations within the scope of the prohibition of discrimination.

Considering the international legislation, ECHR Art. 14 adopted an “open-ended” approach<sup>20</sup> and the prohibitions and obligations of the state parties are not limited to those listed.<sup>21</sup> Considering the court decisions, although it is not explicitly listed in article 14, particular grounds of discrimination such as age,<sup>22</sup> disability,<sup>23</sup> fatherhood,<sup>24</sup> marital status,<sup>25</sup> union membership,<sup>26</sup> and sexual orientation<sup>27</sup> were evaluated to be within the scope of the article. Whether or not different treatment on a ground is among the grounds conventionally prohibited under international human rights law, it is possible to potentially examine it under Article 14.<sup>28</sup>

---

<sup>19</sup> Bayefsky, p. 5.

<sup>20</sup> Bayefsky, p. 5.

<sup>21</sup> ECHR, *James and Others v. The United Kingdom*, Appl. No.8793/79, 21.02.1986, para 74.

<sup>22</sup> ECtHR, *Schwizgebel v. Switzerland*, Appl. No. 25762/07, 10.06.2010.

<sup>23</sup> ECtHR, *Pretty v. The United Kingdom*, Appl. No.2346/02, 29.04.2002.

<sup>24</sup> ECtHR, *Weller v. Hungary*, Appl. No.44399/05, 31.03.2009.

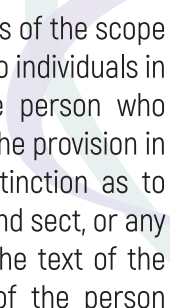
<sup>25</sup> ECtHR, *Petrov v. Bulgaria*, Appl. No.15197/02, 22.05.2008.

<sup>26</sup> ECtHR, *Danilenkov and Others v. Russia*, Appl. No.67336/01, 30.07.2009.

<sup>27</sup> ECtHR, *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, Appl. No.36290/96, 21.12.1999; *Frette v. France*, Appl. No.36515/97, 26.02.2002; *SL v. Austria*, Appl. No.45330/99, Judgment 09.01.2003; *Karner v. Austria*, Appl. No.40016/98, 24.07.2003; *EB v. France*, Appl. No.43546/02, 22.01.2008.

<sup>28</sup> Olivier De Schutter, *The Prohibition of Discrimination under European Human Rights Law, Relevance for EU Racial and Employment Equality Directives*, European Commission, Luxembourg, 2005, p. 13.





Turkey, in Article 10 of its Constitution, adopted a broad approach in terms of the scope of the principle of equality and prohibition of discrimination with regard to individuals in terms of both the person protected against discrimination and the person who perpetrated the discriminatory treatment. This situation is the result of the provision in the text of the article “Everyone is equal before the law without distinction as to language, race, color, sex, political opinion, philosophical belief, religion and sect, or any such grounds.” The expressions “everyone” and “any such grounds” in the text of the article indicate that an open-ended approach is adopted in terms of the person protected against discrimination.

Although discrimination on the ground of sexual orientation is not explicitly prohibited in international conventions or current legal regulations, considering the decisions made by the Constitutional Court on the individual applications, it is striking that the Court included the grounds of discrimination not listed in 10, especially with the expression “sexual orientation.”<sup>29</sup> However, the Court, in these decisions, did not make any point about the expression of “any such grounds” in the Article 10 of the Constitution or about whether sexual orientation can be considered within this scope. The indirect expressions in the decisions accept that discrimination on the ground of sexual orientation is under the protection of Article 10 of the Constitution.<sup>30</sup> The court clearly demonstrated that it adopts an open-ended approach with its statement “Article 10 of the Constitution has not imposed any restrictions on the person ... who will benefit from the principle of equality.”<sup>31</sup> However, it should be noted that the Constitutional Court did not have any rulings on sexual orientation discrimination until 15.02.2021.

As regards the legal arrangements, the regulations in Turkey included different grounds related to the prohibition of discrimination and it is seen that there are different approaches regarding whether the listed grounds are [to be interpreted as] open-ended or limited. Some regulations take the limited approach, while others adopt an open-ended approach. In addition, the grounds of discrimination specified in the legislation may differ and it is seen that there is no standard in this regard. What is common in all legal arrangements, however, is that they do not refer to sexual orientation discrimination.

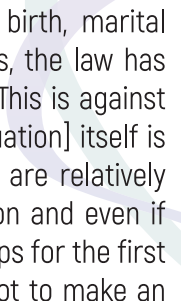
TİHEK (Human Rights Institution of Turkey) Law, which came into force in 2016 and became the most important legal regulation in prohibition of discrimination, prohibits discrimination in its Article 3 on the grounds of “gender, race, color, language, religion,

---

<sup>29</sup> E.g., Constitutional Court, Sadıka Şeker Decision, Application No. 2013/1948, 23.01.2014; Ahmet Şancı Decision, Appl. No. 2012/29, 05.11.2014.

<sup>30</sup> Constitutional Court, Sadıka Şeker Decision, Appl. No. 2013/1948, 23.01.2014, para 60; Mehmet Çetinkaya and Maide Çetinkaya Decision, Appl. No. 2013/1280, 28.05.2014, para 46.

<sup>31</sup> Constitutional Court, Gülbu Özgüler Decision, Appl. No. 2013/7979, 11.11. 2015, para 42.



belief, sect, philosophical and political opinion, ethnic origin, wealth, birth, marital status, health status, disability, and age.” Unlike international standards, the law has adopted a limited approach in terms of the grounds of discrimination. This is against Article 14 of the Constitution and even it is possible to say that [this situation] itself is discriminatory. Even if the grounds of discrimination listed in the Law are relatively large and clearly more than those listed in Article 10 of the Constitution and even if discrimination on the ground of “ethnic origin” is clearly prohibited perhaps for the first time in Turkey, it is incompatible with the mainstream approach that not to make an open-ended regulation. One of the aims of the law is harmonization with European Union (EU) law<sup>32</sup> and it is true that EU law has adopted a limited approach. However, at this point, a situation contrary to the EU law has emerged. The ground of “sexual orientation” or the expression of “gender identity”, which is one of the grounds on which discrimination is prohibited in the EU law, has been deliberately excluded from the scope.<sup>33</sup> This omission, however, is not consistent with the aim of harmonization with the EU law. The current arrangement contradicts its purpose in all respects.

And in terms of article 122 of TCC, which is discussed in this paper, there used to be an open-ended approach in terms of the scope of the prohibition of discrimination for persons,<sup>34</sup> however, with the last amendment made in the article in 2014, it is seen that there is a return to the limited approach.<sup>35</sup> The first arrangement in the Council of Ministers Draft submitted to the Parliament before its adoption in 2004 was almost adopted verbatim by the Parliamentary Sub-Committee of Justice, even the phrase “sexual orientation” was added to the text of the article with some other changes in the text.<sup>36</sup> On the other hand, the Justice Committee made changes in the text adopted by the Justice Sub-Committee and removed the expressions “sexual orientation”, “trade union”, “being from an ethnic group”, “customs and traditions”, and “origin” from the text of the article.

Firstly, the article used the expression “discriminating among the persons on the basis of language, race, color, gender, disability, political opinion, philosophical belief, religion, sect and on any such grounds ...” in the text and criminalized particular actions. At that time, some authors emphasized that the grounds of discrimination in the article were

---


<sup>32</sup> Draft Law on Human Rights Institution of Turkey (1/596) and Reports of the Parliamentary Committee on Equality of Opportunity for Women and Men and the Human Rights Inquiry Committee, p. 6, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss149.pdf>

<sup>33</sup> See, ECRI Report on Turkey (Fifth Monitoring Period), 10/04/2016, para 14, <https://rm.coe.int/fifth-report-on-turkey/16808b5c81> (access: 06.02.2021)

<sup>34</sup> Mehmet Emin Artuk; Ahmet Gökçen; Ahmet Caner Yenidünya, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Special Provisions, Articles 76-131, Volume 3, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, p. 3037.

<sup>35</sup> The last amendment to the article was made with article 15 of the Law No. 6529 on the Amendment of Various Laws for the Development of Fundamental Rights and Freedoms. See the Official Gazette date: 13.03.2014, no. 28940.

<sup>36</sup> Turkish Parliament Justice Committee, Records of the meeting on TCC, Articles 106-169. <http://www.yayin.adalet.gov.tr/tck/106-169.maddeler.pdf> (access: 10.04.2007).



not restrictive but exemplary and although they were not included in the text of the article, grounds such as wealth, national, or social origin could also be covered by this article.<sup>37</sup> With the first change in the text of the article, the concept of “handicap” [özürlülük] was added to the text and this concept was later changed to “disability” [engellilik].<sup>38</sup> After the last amendments made in the article in 2014, discrimination is prohibited only in terms of the groups listed as follows: “language, race, nationality, color, gender, disability, political opinion, philosophical belief, religion, or sect”. As a matter of fact, also according to the Court of Cassation, “The legislator has clearly identified ten protected groups here and criminalized optional and dependent actions towards these ten protected groups. In accordance with the Principle of Legality in Crime and Punishment, if a group other than these ten protection groups is discriminated, even with the motive of hate (...) the crime of discrimination will not occur.”<sup>39</sup> Therefore, Art. 122 of TCC, does not bring about protection against the discriminatory acts on grounds such as gender identity or sexual orientation.<sup>40</sup>

Art. 122 of TCC, as it is now, creates a hierarchy among discriminated persons and excludes discriminatory act towards particular groups from its scope. The protection brought with the article, however, should be enjoyed by all the other groups. By adding other grounds of discrimination, article 122, would be able to provide protection, albeit at a very limited level, for almost every group and the deficiencies caused by the current version of the article could be overcome to some extent.

Considering the case discussed in this review report, it is seen that the date of the crime is 26.12.2013. As of the date of the crime, according to article 122 of TCC, “discriminating among the persons on the basis of language, race, color, gender, disability, political opinion, philosophical belief, religion, sect and on any such grounds” is prohibited. This regulation does not include sexual orientation and/or gender identity. Therefore, the article in the concrete case can only be applied if the expression “any such grounds” is expanded to include sexual orientation and/or gender identity. It is possible to criticize such an interpretation for that it is incompatible with the principle of legality in the criminal law and therefore it does not seem realistic to expect that judicial bodies will make an interpretation in this way.

On the other hand, date of the decision for the case in question is 29.01.2015 and on that date, according to Article 122 of TCC the crime of discrimination can only be committed

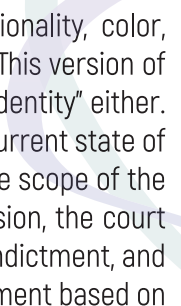
---

<sup>37</sup> Osman Yaşar; Hasan Tahsin Gökcan; Mustafa Artuç, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Volume III, Articles 86-16*, Adalet Yay., Ankara, 2010, p. 3863. For the view that it may also include sexual orientation, see Necati Meran, *Kişilere Karşı Suçlar*, Seçkin Yay., Ankara, 2005, p. 422.

<sup>38</sup> See, Law on Amending Certain Laws and Decree Laws for the Purpose of Changing the Expressions Referring to Persons with Disabilities (No. 6462), Official Gazette No. 28636, date: 03.05.2013.

<sup>39</sup> Supreme Court, 18th Criminal Chamber, Docket No. 2015/26353, Decision No. 2016/6373, 30.03.2016.

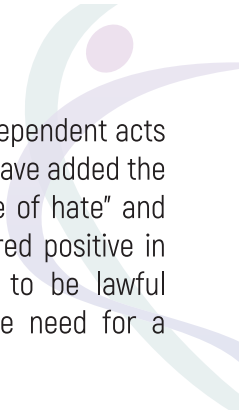
<sup>40</sup> See, ECRI Report on Turkey (Fifth Monitoring Period), 04/10/2016, para 4, <https://rm.coe.int/fifth-report-on-turkey/16808b5c81> (access: 06.02.2021)



“with the hate on the grounds of differences of language, race, nationality, color, gender, disability, political opinion, philosophical belief, religion, or sect.” This version of the article does not contain expressions “sexual orientation” or “gender identity” either. Since the expression “on any such grounds” is no longer included in the current state of the article, it does not seem possible to include this expression within the scope of the article by means of interpretation. It is seen that, while making its decision, the court ignored this issue, maintained the erroneous qualification made by the indictment, and regarded the discriminatory treatment faced by the victim İ.K. as a treatment based on “sex”. However, in the concrete case, the victim was not allowed in the bath not because she was a woman, but both because she had already completed the gender transition process and because she was, as understood from some documents in the case file, a lesbian. As a matter of fact, the defendant A.K. told the victim İ.K. “We can only accept your friend” and, considering that İ.K.’s friend H.M.B.B. is a woman, this shows that discriminatory treatment was not conducted on the grounds of gender.

Besides, according to Article 122 of TCC in its version in 2014, this crime can only occur when discriminatory treatment is committed “out of hate.” When we look at the decision, it can be said that there is such a prejudice in terms of the defendant, but it is seen that this issue was not discussed in the text of the decision. Although the previous arrangement seems to be in favor of the defendant since the penalty was increased in the new version of the article, the new version is apparently in favor of the defendant too since it decriminalizes discriminatory treatment on the grounds of sexual orientation and gender identity (this is of course valid if the argument that ‘the expression “on any such grounds” in the previous version of the article implied the grounds in question’ is hold to be correct.) This point also renders the decision unlawful to a certain extent.

At the time of the decision in question, it is not legally possible to convict the defendant if the court evaluates the treatment to be in the context of sexual orientation and/or gender identity. In addition, even if it is assumed that such a legal obstacle has been overcome, it is possible to foresee that a possible conviction will be reversed in the legal remedy since the decision has not discussed the point that the perpetrator had committed the act out of his “hate” against these groups. As a matter of fact, since the court has decided the deferment of the announcement of the verdict in the concrete case, the decision became final without being subject to appeal or cassation review. If that would happen, it seems highly probable that an acquittal decision would have been made because of the legal reasons explained above as well as the prejudice prevalent in the judiciary regarding discrimination on the grounds of sexual orientation and gender identity. As a matter of fact, the only decision of the Court of Cassation on this subject that is accessible through open sources is the decision of the 18th Criminal Chamber dated 30.03.2016 stating “this is a crime that can only be committed intentionally. However, general intent [dolus generalis] is not enough. In addition, the



perpetrator needs to have committed at least one of the optional and dependent acts specified in the article out of motive of hate. (...) The amendment made have added the moral element of perpetrating the discriminatory acts with the motive of hate" and these statements support this view.<sup>41</sup> Although the decision is considered positive in terms of sanctioning discriminatory treatment, it does not appear to be lawful considered from the perspectives above and this clearly reveals the need for a comprehensive change in the text of the article.

## **2. In terms of the Person Conducted the Discriminatory Treatment**

The acceptance of a concept in the form of prohibition of discrimination brings about one of the most important questions, namely "the discrimination conducted by whom is prohibited?" States do not only have the obligation to avoid human rights violations, but also the obligation to protect individuals from violations by others. Human rights, which was discussed mostly in terms of states and individuals in the past, now puts horizontal relations on its agenda as social relations diversified and developed. Discrimination is now accepted as a phenomenon that can happen not only as a result of the state's acts but also between individuals. The approach that the prohibition of discrimination also applies to relations between natural persons and private law legal entities is a relatively new approach. For example, a decision made by the Canadian Supreme Court in 1940 had considered a person's not accepting black people to her/his bar as her/his personal preference in terms of business and emphasized that laws could not address this situation.<sup>42</sup>

Turkey's Constitution, in its article 10, did not provide any difference in terms of the person perpetrating discriminatory treatment be it public authorities, natural persons, or private law legal entities. This means that the scope of the protection provided in the Constitution is broad in terms of the person that has conducted the discriminatory treatment. Constitution, in its Art. 11, provides the principle of supremacy and binding force of the Constitution stating "The provisions of the Constitution are fundamental legal rules binding upon legislative, executive and judicial organs, and administrative authorities and other institutions and individuals." Therefore, it is clear that the principle of equality regulated under the "General Principles" section of the Constitution also applies to the listed organs, institutions and individuals.

According to the Constitutional Court, "Article 10 of the Constitution does not make a limitation in terms of the person who will benefit from the principle of equality and of the scope of the principle. It is clear that the principle of equality regulated in the 'general principles' section of the Constitution with the provision of Article 11 of the

---

<sup>41</sup> The Court of Cassation, 18th Criminal Chamber, Docket No. 2015/26353, Decision No. 2016/6373, 30.03.2016.

<sup>42</sup> Canadian Supreme Court, *Christie v. York Corporation*, [1940] SCR 139, Decision date: 09.12.1939.

Constitution ... also applies to the aforementioned organs, institutions and individuals."<sup>43</sup> This approach shows that the prohibition of discrimination is cross-cutting the relationships between individuals, and the Constitutional Court also adopts this approach. This means that the principle of equality in private law relations cannot be restricted by rights such as the freedom of contract or the right to property.

It can be said that a wide approach has been adopted in terms of those who conduct discriminatory treatment not only in Constitution but also in laws. First of all, Turkish law did not make a distinction between natural persons and private law legal entities in terms of the performers of the discriminatory treatment. TİHEK (Human Rights Institution of Turkey) Law, which is the basic regulation in this field, with its Article 3, leaves no place for doubt using the statement "Real and private law legal entities who are responsible in terms of the prohibition of discrimination" and "oblige" these persons "to take the necessary measures to identify and eliminate discrimination and to ensure equality in terms of the issues within their jurisdiction."

Therefore, today, when a private company or a real person providing a service to the public makes a discrimination among people providing its services, it is considered to be a violation of the prohibition of discrimination. As to legal arrangements, another important piece of law is TCC Art. 122. Regarding the scope in terms of the person responsible for discriminatory treatment, according to TCC Art. 122, anyone can be the perpetrator of the discrimination crime. The perpetrator of the crime can be a public official or another person.<sup>44</sup> Thus, a sanction is stipulated in conjunction with the fact that the prohibition of discrimination explained above is also valid in private law relations. Therefore, there is no limit in terms of the perpetrator of discrimination in the field of criminal law, and anyone who commits discriminatory treatment can be held responsible according to the relevant article.

According to the newspaper report presented to the case file by C.C., the defendant A.K.'s defense counsel, the operator of the bath used the words "Choosing the customer is our most natural right. We will not compromise on our corporate identity."<sup>45</sup> And this reflects an approach that is quite outdated and cannot be considered legally valid today. In the present incident, it is undisputed that the manager of the business and the owner of the bath, who conducted the discriminatory treatment that occurred when the victim İ.K. was not admitted to the bathhouse, are legally responsible for discriminatory treatment.

---

<sup>43</sup> Constitutional Court, Tuğba Arslan Decision, Appl. No. 2014/256, 25.06.2014, para 110, 111. See also, Gülbu Özgüler Decision, Appl. No. 2013/7979, 11.11. 2015, para 42.

<sup>44</sup> Yaşar; Gökcan; Artuç, p. 4058.

<sup>45</sup> Hürriyet [newspaper], "Hamam, transa haram" (Hamam is forbidden to transexuals) 12.01.2014, <https://www.hurriyet.com.tr/dunya/hamam-trance-haram-25549485> (access: 06.02.2021).

### C. Scope of the Prohibition of Discrimination in terms of its Subject

The scope of discrimination in terms of subject gives the answer to the question of which different treatment would constitute a discrimination. Here too there are two different approaches as is the case in the issue of scope for persons: an open-ended approach that does not limit the subject, and a limited approach that brings a protection specific to certain subjects. While some international conventions adopt an open-ended approach prohibiting discrimination on certain grounds of discrimination but on almost any subject (e.g. ICERD, IAOKS and CRPD), others provide a broad list of grounds for discrimination, as well as a broad scope in terms of the subject (e.g. ICCPR, CRC and ECHR / Protocol No. 12). Another approach adopted in international conventions in terms of non-discrimination is the limited approach. If a limited approach is adopted in terms of the subject, the prohibition of discrimination is secured only in terms of the rights and freedoms specified in the relevant regulations. Of course, the best of the two approaches is to adopt a wide [definition of] discrimination in terms of both person and subject.

For Turkey, the agreement most referred to in terms of prohibition of discrimination is ECHR. The case law of the ECtHR states that Convention's art. 14 is complementary to the other substantive provisions of the Convention and the Protocols, art. 14 does not have an independent existence, and it would have a consequence in connection with the exercise of the rights and freedoms protected by substantive provisions. The Court, in relation to Art. 14, stated that the violation of the substantive provisions was not a necessary condition and that, even if the article had an autonomous sense within this framework, the article would not be applicable unless the events in the application fall within the scope of one or more substantive provisions.<sup>46</sup> This approach of the Court indicates that art. 14 cannot be used independently and must be in some way related to the other rights and freedoms stipulated in the Convention.<sup>47</sup> In addition, although a procedure or action may be in accordance with the rights and freedoms in the Convention on its own, when read in conjunction with art. 14, it may violate a right in the Convention on the grounds that it is discriminatory.<sup>48</sup>

Although the recent decisions of the ECtHR emphasized that rights not included in the ECHR cannot benefit from the protection provided by the prohibition of discrimination, it can be said that the Court lent an autonomous sense to art. 14 to a certain extent.<sup>49</sup>

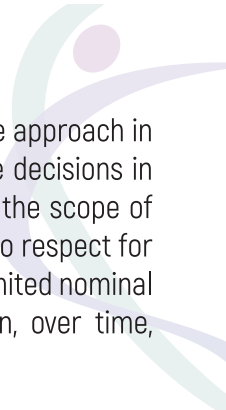
---

<sup>46</sup> ECtHR, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. The United Kingdom*, Appl. No.9214/80, Judgment 25.05.1985, para 71.

<sup>47</sup> P. Van Dijk; GJH Van Hoof; ArjenVan Rijn; Leo Zwaak, (ed.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Intersentia, Antwerpen, Oxford, 2006, p. 1029.

<sup>48</sup> ECtHR, Case 'Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium', Application Nos. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, 23.07.1968, para. 9.

<sup>49</sup> Frédéric Edel, *The Prohibition of Discrimination under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2010, p. 21.



A series of decisions given by the ECtHR over time adopted a more flexible approach in this regard, clearly taking into account the specific circumstances of the decisions in question, and for example, considered the right to social security within the scope of the right to property<sup>50</sup> and the right to work within the scope of the right to respect for private and family life.<sup>51</sup> Therefore, although art. 14 of ECHR is providing a limited nominal protection in terms of the subject, it can be said that the jurisdiction, over time, expanded the scope in terms of the subject.

Since the Constitution's Art. 10, does not impose a limit in terms of the subject, the prohibition of discrimination may come to the fore in the context of all rights and freedoms stipulated by the Constitution. The Constitutional Court acknowledges that art. 10 does not impose any limitation on the persons to be protected under the prohibition of discrimination and on the scope of protection in terms of the subject<sup>52</sup> However, according to the Court "[...] in order to examine the grounds of an individual application, the right that is allegedly intervened by the public authority should be enshrined in the Constitution as well as falling within the scope of European Convention on Human Rights and the Additional Protocols, to which Turkey is a party."<sup>53</sup> The Constitutional Court stated the following opinions in its first individual application decision regarding the prohibition of discrimination: "The applicant's claims that the prohibition of discrimination, as stipulated by Article 10 of the Constitution and Article 14 of the convention, was violated cannot possibly be evaluated in isolation and, considering the statements in mentioned articles, they should be considered in connection with other fundamental rights and freedoms within the scope of the Constitution and the Convention (...) [T]he prohibition of discrimination... does not have an independent protection function, but is one of the complementary rights that guarantee the exercise, protection and remedies for fundamental rights and freedoms..."<sup>54</sup> According to the Court, it is not possible to invoke the prohibition of discrimination without associating it with any other right.<sup>55</sup> Unfortunately, as of 15.02.2021, the court still maintains this approach.

Art. 10 of the Constitution, however, implies that there is no limitation arising from the text of the Constitution related to the scope of discrimination in terms of subject. Therefore, it can be stated that a broad and open-ended approach has been adopted by the Constitution. However, especially in the individual application procedure, the

---

<sup>50</sup> ECtHR, *Gaygusuz v. Austria*, Appl. No.17371/90, 16.09.1996; *Stec and Others v. The United Kingdom*, Appl. No.33985/96, 12.04.2006, *Luczak v. Poland*, Appl. No.77782/01, 27.11.2007.

<sup>51</sup> ECHR, *Sidabras and Dziutas v. Lithuania*, Appl. No.55480/00, 59330/00, 27.07.2004; *Rainys and Gasparavicius v. Lithuania*, Appl. No.70665/01; 74345/01, 07.04.2005; *Bigaeva v. Greece*, Appl. No.26713/05, 28.05.2009.

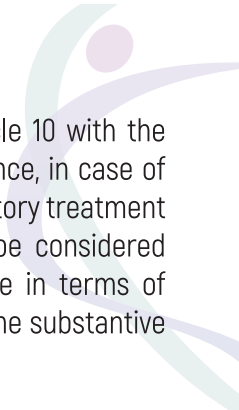
<sup>52</sup> Constitutional Court, *Gülbu Özgüler Decision*, Appl. No. 2013/7979, 11.11. 2015, para 42.

<sup>53</sup> Constitutional Court, *Kamil Çakır Decision*, Appl. No. 2013/997, 15.10.2014, para 40.

<sup>54</sup> Constitutional Court, *Onurhan Solmaz Decision*, Appl. No. 2012/1049, 26.03.2013, para 33-35.

<sup>55</sup> Constitutional Court, *Huseyin Sezen Decision*, Appl. No. 2013/1793, 18.09.2014, para 58.





Constitutional Court's approach of equating the protection of the Article 10 with the ECHR amounts to a lower level of protection against discrimination. Hence, in case of an individual application to the Constitutional Court due to the discriminatory treatment discussed in the paper, it is fairly possible that the application will be considered inadmissible and the court will make a decision of rejection of venue in terms of subject since the treatment given to the victim İ.K. does not fall within the substantive scope of a right that can be subject of an individual application.

At the level of laws, on the other hand, another important regulation in this respect is article 5 of TİHEK (Human Rights Institution of Turkey) Law, which is quite lengthy. The article titled "The scope of the prohibition of discrimination" prohibits discrimination in almost every field and subject.<sup>56</sup> Also article 122 of TCC criminalized some acts. The justification of article 122 that makes discrimination a crime in itself states the purpose of the regulation as "to punish the deprivation of some people from the opportunities provided by the law by making unlawful distinctions between people according to law and order..." It has been stated that the legal interest protected by such a regulation is to prevent "the violation of the freedom of work and property by abusing the opportunities provided by the constitutional rights with primitive ideas incompatible with the common cultural heritage of humanity."<sup>57</sup>

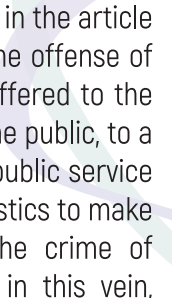
The crime of discrimination regulated in article 122 of TCC is an optional crime of commission since it can take place as a result of more than one act. The perpetrator is sought to act by taking into account the grounds stated in the text of the article.<sup>58</sup> The first of the optional acts included in the offense of discrimination is preventing a person from "sale, transfer or lease of movable or immovable property" offered to public "because of [her/his] racial, lingual, religious, sexual, political, philosophical belief or opinion, or for being supporters of different sects." Acts exemplifying this situation

---

<sup>56</sup> TİHEK Law, art. 5: "Public institutions and organizations providing services such as education and training, judiciary, law enforcement, health, transportation, communication, social security, social services, social assistance, sports, accommodation, culture, tourism, etc., professional organizations having the nature of a public institution, real persons and private law legal entities cannot discriminate against the person benefiting from these services in terms of the activities they carry out, or the persons who has applied for benefiting from these services or who wants to obtain information about these services. This provision includes access to areas and buildings where public services are provided. Public institutions and organizations, professional organizations having the nature of a public institution, real persons, private law legal entities, and those authorized by them, while making public movable and immovable properties, cannot discriminate against the persons, who want to acquire or lease these properties and those who want to obtain information about them, in any of the processes such as their leasing, deciding the conditions for leasing contract, renewal or termination of leasing contract, sales, and transfer. Nobody can be discriminated against in terms of being a member, being elected to organs, benefiting from membership opportunities, terminating membership, and participating in and benefiting from the activities of associations, foundations, trade unions, political parties, and professional organizations, save for the exceptions specified in their relevant legislation or statutes."

<sup>57</sup> Çetin Arslan; Bahattin Azizağaoğlu, Commentary on the New Turkish Penal Code, Asil Pub., Ankara, 2004, p. 557.

<sup>58</sup> For detailed information on movements, see Özbek, p. 826 et al; Artuk; Gökçen; Loquat, p. 3029 et al.; A. Caner Yenidünya, "The Offense of Discrimination in the Turkish Penal Code No. 5237", Journal of Labor and Society, Economy and Law, Birleşik-Metal İş Union Pub., Volume 4, Issue: 11, Istanbul, 2006, p. 107 et al.



could be not allowing a person having one of the characteristics specified in the article to participate in a tender or public auction. The second optional act in the offense of discrimination is preventing a person from “benefiting from a service” offered to the public. An example of this situation could be an enterprise belonging to the public, to a real person, or to a private law legal entity, which prevents the use of a public service on the specified grounds or allows only persons having certain characteristics to make use of the service provided. The third act in the regulation on the crime of discrimination is preventing “employment” of a person. For example, in this vein, employing only men or only women for a job that anyone can do regardless of gender will constitute a crime. The last optional act included in the article in terms of the offense of discrimination is to prevent “a person to perform an ordinary economic activity.” Considering all these acts, it is seen that the applicable area of the article is limited and this points to the need to make amendments in the article not only in terms of persons but also in terms of subject.

Considering the trial discussed here, the limited scope of article 122 of TCC does not appear to cause any negative consequences. There is no doubt that not to allow the victim İ.K. into the bathhouse falls within the scope of Article 122 (1) (b) of TCC: preventing a person from “benefiting from a service” offered to the public. However, the court decision shows that, the court sentenced [the perpetrator] for Article 122 (1) (a) [preventing sale, transfer, or lease of movable or immovable property]. In this case, the Court is seen to have applied the unchanged version of article 122 before the amendment in 2014. In addition, it is seen that the sentence passed on the defendant is determined according to the previous version of the article. Since the old regulation was in favor of the defendant, this situation seems to be lawful. However, as stated above, the current version of the article is in favor of the defendant in terms of the elements of the crime and this prevents the punishment of the defendant.

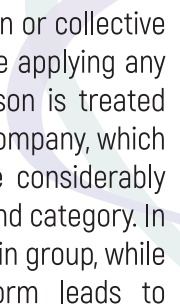
## **D. Current Forms of the Prohibition of Discrimination**

### **1. Direct Discrimination**

In terms of classification, discrimination is primarily divided into two as direct discrimination and indirect discrimination.<sup>59</sup> Direct discrimination can be briefly defined as the unfairly and different treatment of a person or group based on one of the grounds that discrimination is prohibited (language, race, etc.). At this point, there are different treatments that cause one or some of the other persons in the same or similar position a more adverse effect or the possibility of such a result. Direct discrimination may occur in different ways. First of all, it may occur at the norm level, and at this point; a group is not included in the scope of a legal regulation or that group is clearly excluded from the scope of the relevant legal regulation/s. For instance,

---

<sup>59</sup> Ayrımcılığın günümüzde hukuken kabul edilmiş birçok türü bulunmaktadır. Ancak bu incelemede, incelemeye konu ayrımcı muamele ile birlikte ortaya çıkan türleri üzerinde durulmuştur.



stipulating different wages for men and women in a legislative regulation or collective bargaining agreement will directly create discrimination. Secondly, while applying any existing norms, which do not include any direct discrimination, a person is treated differently because of the group s/he belongs to. For example, when a company, which does not want to hire foreigners or women, sets conditions that are considerably difficult for people belonging to these groups to meet, falls into the second category. In the first category, the norm per se causes discrimination against a certain group, while in the second category, the practice of a non-discriminatory norm leads to discrimination both against a particular group and concretely towards a person belonging to a certain group.

Even though the definitions of direct and indirect discrimination are not regulated in the Constitution, Article 10 implicitly prohibits direct discrimination. Laws that include the concept of direct discrimination in the legislation are as follows: the Labor Law, the Law on the Disabled and the TİHEK Law. Art. 2 of TİHEK Law defines the direct discrimination as "all kinds of different treatment that prevents or makes it difficult for a natural or legal entity to enjoy equal legally recognized rights and freedoms compared to those in a comparable situation." In the present case, which this report assesses, there is a different treatment of a person due to his sexual orientation and/or gender identity, and based on this definition, it is seen that the act in question constitutes direct discrimination.<sup>60</sup>

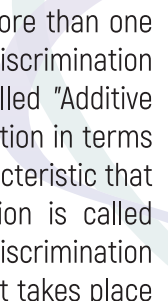
## 2. Multiple Discrimination

In the concrete case, it is seen that the victim İ.K. is subjected to discrimination due to both his sexual orientation and gender identity. This fact leads to another type of discrimination namely multiple discrimination besides the direct discrimination. Although the bases of discrimination are listed one by one in the existing international or national regulations, the discriminatory treatments that arise can sometimes contain more than one discrimination basis. In some cases, the bases of discrimination may even be intertwined. For example, in the case of anti-Semitism, which can be considered as a type of discrimination today, discrimination on the basis of race or ethnic origin and discrimination on the basis of religion or belief can be intertwined.<sup>61</sup> In some cases, discriminatory treatment may have more negative consequences on victims resulting from the combination of more than one discrimination basis. For example, when a woman who is a member of a group subjected to discriminatory treatment due to her race or ethnic origin, faces discrimination on the basis of gender, a second victimization may occur.

---

<sup>60</sup> For this reason, no evaluation has been made within the framework of the concept of indirect discrimination.

<sup>61</sup> Vierdag, p. 129-130.



First of all, multiple discrimination causes a person discrimination on more than one basis. However, the cases in question take place at different times and discrimination on a single basis occurs in each case. In this type, which is also called "Additive discrimination"<sup>62</sup>, it is possible for a person to be subjected to discrimination in terms of different characteristics within the framework of more than one characteristic that constitutes his/her identity. The second type of multiple discrimination is called "compound discrimination." This is where a person subjected to multiple discrimination in a given case. Unlike multiple discrimination, there is discrimination that takes place on more than one basis at the same time, not at different times. The last type of multiple discrimination is called "intersectional discrimination". In this type, a person is subjected to simultaneous discrimination on different grounds that are part of his/her personal identity. However, the discrimination in question occurs at the same time, not at different times as in the case of multiple discrimination, and occurs on a single intertwined basis, not on two separate grounds as in the case of compound discrimination. It is not possible to separate these bases here.

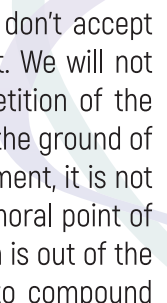
A definition of multiple discrimination on the multiple grounds has entered into the law in Turkey in a recent period. Until recently, the only regulation on this issue was present in Article 4 (h) of the Law on Disabled Persons. The paragraph in question states "It is essential to prevent women and girls who are subject to multiple discrimination and to ensure that they benefit from their rights and freedoms." As can be seen, the term "multiple" is preferred in this paragraph. The regulation brings up multiple discrimination only on the grounds of disability and gender. This framework is considerably insufficient since all other grounds of discrimination are out of scope. This definition seems rather short and insufficient.

In the concrete situation, it is observed that the following expressions causes discrimination on the ground of gender "We do not accept dudes like you, go to our own bath." and the owner of the bath's words "We do not admit transsexuals to our bath for customer satisfaction. We have had some problems with transsexuals before. Our customers complained [about these people]. That's why we generally don't want to admit transsexuals to the bath. We express this issue to them in a polite way."<sup>63</sup> and "We made such a decision because we had similar problems in the past. There were unwelcome offers made to our staff and customers. We made radical decisions to prevent such incidents. It's not that we are gender discriminatory. I am a person who chats and dine out with them. But I have to think about the future of the business. Cağaloğlu, Çemberlitaş, and Süleymaniye baths, which also have a corporate brand, do not accept trans people either. Ağa Bath used to accept them, but because of financial

---

<sup>62</sup> Sarah Hannett, "Equality at the Intersections: The Legislative and Judicial Failure to Tackle Multiple Discrimination", Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 23, No. 1, Oxford University Press, 2003, p. 68.

<sup>63</sup> Hürriyet, "Hamamda Kriz", 08.01.2014, <https://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/hamamda-kriz-25517449> [access: 06.02.2021]



and moral difficulties it no longer does accept them. Nightclubs either don't accept customers sometimes. Choosing the customer is our most natural right. We will not compromise our corporate brand."<sup>64</sup>; and the expressions in the two petition of the defendant's lawyer in the case file with no date causes discrimination on the ground of sexual orientation "Since she says she has a lover after the client's statement, it is not possible for the said people to be admitted to the bath. In terms of our moral point of view, traditions and workplace principles, admitting two lovers to the bath is out of the question." In this case, it is observed that the victim İ.K. is subjected to compound discrimination, one of the types of multiple discrimination, which means that a person is discriminated against more than one basis in a given case. As it will be emphasized below, this situation requires a heavier sanction against the accused, while the defendant is given the minimum penalty.

### 3. Discrimination Order

In the concrete case, the discrimination order-one of the current forms of the prohibition of discrimination-becomes a relevant issue. The prohibition of a discrimination order means the prohibition of the precursor of an action that could lead to discrimination in the future. While the prohibition of discrimination is generally related to the responsibility of those responsible for a discriminatory treatment, the discrimination order concerns the responsibility of those who may be considered joint perpetrators of the discriminatory treatment rather than directly perpetrators of discriminatory treatment. In this respect, it brings up the responsibility of those who can be accepted as "third parties" in a discriminatory treatment.<sup>65</sup>

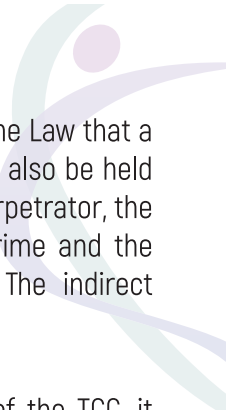
The only and clear regulation on discrimination orders is available in the TİHEK Law. Discrimination order is defined in Article 2 that states "the order of a person to discriminate against those he has authorized to act in his capacity or on his behalf, or to other persons by a public official". The existing definition is positive since it is applied to everyone, whether they are public officials or not. However, there is a serious deficiency in the provision since the prohibition of the discrimination order against the persons "authorized to act in their capacity or on his behalf" between real persons and private law legal entities and the fact that the discrimination instruction would not constitute discrimination in the absence of such authorization.

Apart from this regulation in the TİHEK Law, in the context of discrimination order, there are a number of different regulations in the field of criminal law. The first regulation is

---

<sup>64</sup> Hürriyet, "Hamam transa haram", 12.01.2014, <https://www.hurriyet.com.tr/dunya/hamam-transa-haram-25549485> (access: 06.02.2021).

<sup>65</sup> Tufyal Choudry, "Instructions to Discriminate and Victimisation", Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law, Dagmar Schiek; Lisa Waddington; Mark Bell (eds.), Hart Publishing, Cornwall, 2007, s. 561.



is about being a perpetrator that is a subject in Article 37. It is stated in the Law that a person who uses another person as a tool in committing the crime shall also be held responsible as the perpetrator. In this case, which is called an indirect perpetrator, the indirect perpetrator is the person who performs the actions of the crime and the person who dominates his behavior and stands behind the scene. The indirect perpetrator shall be responsible as if he committed the crime himself.<sup>66</sup>

Another regulation is about solicitation that is regulated in article 38 of the TCC, it prescribes that the person who solicits for committing a crime shall be punished with the punishment of committing the crime. In the first of these two regulations, the person directed to crime by the perpetrator does not act with his free will and is in the position of a tool. In the case of solicitation, the person directs and orders another person who acts with his free will to commit a crime. The solicitation becomes an issue if the perpetrator would not have committed the crime if there had been no instruction in this respect. In cases where the solicited person already intends to commit a crime, the actions that support and reinforces the intention of this person are not solicitation but falls into the category of encouragement of a person to commit a crime as regulated by Article 39.<sup>67</sup> Therefore, it is possible that the person who uses or solicits another person to commit the crime of discrimination, which is regulated in the TCC, can be held responsible for that crime.

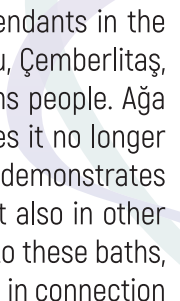
In a newspaper article presented in the attachment of the defense petition, with no date, filed by the lawyer of AK to the court, CC, the owner of the bath says “We made such a decision because we had similar problems in the past. There were unwelcome offers made to our staff and customers. We made radical decisions to prevent such incidents. It’s not that we are gender discriminatory. I am a person who chats and dine out with them. But I have to think about the future of the business. Cağaloğlu, Çemberlitaş, and Süleymaniye baths, which also have a corporate brand, do not accept trans people either. Ağa Bath used to accept them, but because of financial and moral difficulties it no longer does accept them. Nightclubs either don’t accept customers sometimes. Choosing the customer is our most natural right. We will not compromise our corporate brand.<sup>68</sup> In the concrete incident which the report assesses, it is seen in the statement published in the newspaper that the owner of the bath instructed the defendant not to admit transsexuals into the bath. However, the newspaper presented by the defendant’s lawyer was not taken into consideration by the court and a court case against the bath owner was not opened under Article 37 of the TCC. In fact, in the

---

<sup>66</sup> Hürriyet, “Hamam transa haram”, 12.01.2014, <https://www.hurriyet.com.tr/dunya/hamam-transa-haram-25549485> (erişim:06.02.2021).

<sup>67</sup> Hürriyet, “Hamam transa haram”, 12.01.2014, <https://www.hurriyet.com.tr/dunya/hamam-transa-haram-25549485> (erişim:06.02.2021).

<sup>68</sup> Hürriyet, “Hamam transa haram”, 12.01.2014, <https://www.hurriyet.com.tr/dunya/hamam-transa-haram-25549485> (erişim:06.02.2021).



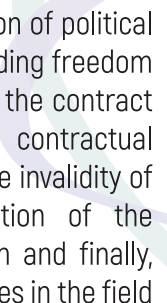
concrete case, not one yet two persons should have been tried as defendants in the case. Moreover, the following statement from the newspaper: “Cağaloğlu, Çemberlitaş, Süleymaniye baths, which also have corporate brand do not accept trans people. Ağa Bath used to accept them, but because of financial and moral difficulties it no longer does accept them. Nightclubs either don't accept customers sometimes” demonstrates that there is a discrimination order not only in the Galatasaray Bath but also in other historical baths. In this respect, for any trans-individual who is admitted to these baths, it is possible to expand criminal liability within the scope of Article 122 and in connection with this provision also within the scope of Article 37 of the TCC.

### **E. Sanctions to be Applied in the Prohibition of Discrimination**

As in the case of all other human rights violations, in case of violation of the prohibition of discrimination it is obligatory to compensate the victims, and various sanctions must be prescribed for those responsible for different treatment. In international regulations on the prohibition of discrimination, it is stated that the sanctions to be prescribed in case of violation of the prohibition of discrimination must be effective, deterrent and proportionate. It is not possible for international regulations on the subject to have a direct effect on domestic law. At this point, international standards should be taken into account in the regulations that shall be brought up regarding sanctions in the domestic law. The sanction must be assessed separately in each concrete case.

Whether punishment or compensation is the most effective and appropriate sanction in terms of non-discrimination can undoubtedly be discussed in each concrete case. Sanctions in the field of criminal law or punitive compensation exclude the victim from the process. Moreover, it can be said that these sanctions are not really effective in some cases. As regards sanctions, an approach that gives place to different types of sanctions at the same time without focusing on only one type of sanction and paves the way for determining sanctions specific to the characteristics of the concrete event seems more positive.

In addition to that, discrimination is a concept that is thought in conjunction with some singular events and is often associated with bad faith. However, discrimination is not a result of bad faith only. Furthermore, discrimination does not occur as a result of a single event; and it usually occurs in social life and in historical and social contexts. People who are victims of discriminatory treatment experience this victimization not once but more than once in their lives. Thus, it is necessary to admit that the result of discrimination will differ according to the characteristics of the group or person in question, and therefore the response to the discriminatory treatment will also differ. The response of the legal system must be proportional to the existing disadvantage, particularly in terms of people who are subjected to discrimination based on sexual orientation and/or gender identity.



In the context of the prohibition of discrimination in Turkish law; dissolution of political parties in the Constitution; penalties, punitive fines or other sanctions binding freedom in the field of criminal law; in the field of obligations law, the invalidity of the contract and the material and/or non-pecuniary damages arising from the contractual relationship or tort; in labor law, administrative sanctions consisting of the invalidity of the employment contract or collective labor agreement, termination of the employment contract, reinstatement, material and moral compensation and finally, material and moral compensation and disciplinary penalties or punitive fines in the field of administrative law are brought up to agenda.

Article 12 of the TCC, which this assessment report focuses on, has entered into force in 2005, and was substantially amended through Article 15 of Law No 6529 that was adopted in 2014.<sup>69</sup> With this amendment, the title of the article has become "hate and discrimination", the reasons for which discrimination is prohibited have been arranged as "language, race, nationality, color, gender, disability, political opinion, philosophical belief, religion or sect difference", the expression "for similar reasons" the crime has been made into a crime that can only be committed by direct intent and motivation of hate,<sup>70</sup> the optional actions that came to the fore in the crime were rewritten, and finally, the judicial fine was abolished and the punishment of the crime was increased.<sup>71</sup> Although the title of the article was changed from "discrimination" to "hate and discrimination", an impression was created that two different types of crime were regulated separately within the article, as a result, a new crime emerged as "discrimination with the motive of hate."<sup>72</sup> With the last amendment to the article, it is sought that the crime of discrimination is committed "due to hatred resulting from being different".

Certainly, it is within the discretion of the legislator to establish a criminal law norms related to discrimination. Article 122 of the Law amount to significant deficiencies since the fact that only certain acts are considered as crimes, that the crime can only be committed against persons belonging to certain groups, that many other situations that may be encountered in social life are excluded from the scope and that the crime can only be committed with hatred towards a group.

Moreover, even though the burden of proof in the civil and administrative proceedings might become relevant when there is an issue of discrimination is brought up at the agenda, within the scope of Article 122 of the TCC, it is not possible to fully adopt this

---

<sup>69</sup> See, Law on Amendments to Various Laws for the Improvement of Fundamental Rights and Freedoms (No. 6529), Official Gazette No. 28940, dated 13.03.2014.

<sup>70</sup> Court of Cassation, the 18th Chamber, E. 2015/26353, K. 2016/6373, 30.03.2016.

<sup>71</sup> See, Draft Law Amending Various Laws to Improve Fundamental Rights and Freedoms, p. 10, <https://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0869.pdf> [access: 06.02.2021]

<sup>72</sup> Court of Cassation, the 18th Chamber, E. 2015/26353, K. 2016/6373, 30.03.2016.



different proof regime in the field of criminal law. It is unthinkable that there is a shift in the burden of proof in the criminal law and the defendant to prove that he has not commit the crime. The rights of the accused and the presumption of innocence constitute a justifiable obstacle to such an approach. In cases where the discrimination crime cannot be proved, it is not possible to be punished. In fact, the issue that led to the conviction in the case subject to this assessment report was mostly the statements and defenses of the defendant, the defendant's lawyer and the person who runs the bath.

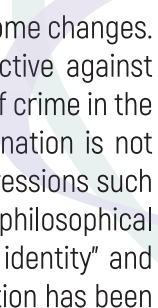
Although a crime in the form of discrimination has been regulated by Article 122 for the first time, it is very difficult to bring the current version of the article to the agenda due to the reasons stated above; it is far from providing the expected benefits. Indeed, as can be seen below, Article 122's practice to date justifies such an interpretation. Abolishing the article and removing discrimination from being a subject of criminal law is the first possible step at this point. It was observed that establishing such a crime regarding the prohibition of discrimination is not applicable in terms of combating discrimination.

### Number of Crimes and Suspects Concluded by Assize Courts under Article 122 of the TCC during a Year <sup>73</sup>

Year	Number of Cases Filed	Conviction	Acquittal	Other Decisions <sup>74</sup>
2005	8	0	7	1
2006	7	0	4	3
2007	12	1	11	0
2008	2	0	2	0
2009	10	1	4	5
2010	14	0	10	4
2011	12	0	9	3
2012	16	1	13	2
2013	17	1	11	5
2014	8	0	6	2
2015	15	0	13	2
2016	10	2	7	1
2017	8	0	6	2
2018	15	7	7	1
2019	18	0	16	2
<b>Total</b>	<b>172</b>	<b>13</b>	<b>126</b>	<b>33</b>

<sup>73</sup> See, General Directorate of Criminal Statistics, Justice Statistics Publication Archive, <https://adlisicil.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/adalet-istatistikleri-yayin-arsivi> (access: 06.02.2021)

<sup>74</sup> Other decisions include: lack of jurisdiction, lack of competence, combining with other cases, dropping of the case, etc. and provisions that are not listed above yet present in Article 223 of the CCP.



The second possibility is that the article will continue to be in effect with some changes. The figures demonstrate that Article 122 of TCC is far from being effective against discrimination. Nevertheless, it can be said that the inclusion of this type of crime in the criminal law is important as it is a message to the public that discrimination is not considered legitimate from the legal perspective. On the other hand, expressions such as "language, race, nationality, color, gender, disability, political opinion, philosophical belief, religion or sect" as well as some other grounds such as "gender identity" and "sexual orientation" need to be added to the article. Even if such a regulation has been made in the field of criminal law, it is necessary to make comprehensive arrangements in terms of private law and administrative law apart from the criminal law in terms of fighting against discrimination.

In addition to all these points, it is not possible to compensate the damage of the victim within the scope of criminal law. In this field, sanctions can be imposed on the accused only. A remedy related to the criminal law may occur indirectly with the mediation institution. Turkey mediation institution law is regulated in articles 253, 254 and 255 in the Code of Criminal Procedure (CCP).<sup>75</sup> According to Art. 253 (17) of the CCP, If the public prosecutor establishes that the mediation has been achieved with the free will of the parties, and the subject of the contract is in conformity with law, then he shall put his seal and signature under the report. It is possible that this mediation can be decided in the form a compensation. In such a case, an opportunity occur indirectly, although not directly, within the context of criminal law. However, it is not possible to apply to the mediation institute for every crime. According to Article 253 of the CCP, it is possible to settle the investigation and prosecution of the crimes related to the complaint and a series of crimes included in the TCC, regardless of whether they are subject to complaint or not. Given the fact that, the crime of discrimination is not a crime subject to complaint under Article 122, it is not possible to reach a mediation. In this respect, the victim İ.K. has no other option than to file a claim for damages in the civil courts for the material and/or moral damage caused by the crime. In practice, there is no concrete example of such a case.

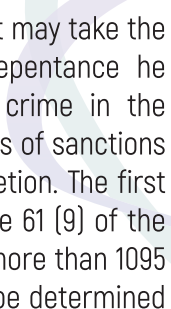
The crime regulated in Article 122 falls under the jurisdiction of the criminal courts of first instance.<sup>76</sup> While the punishment of the crime was from six months to one year imprisonment or judicial fine in the original version of the article, it was amended in 2014, became an imprisonment from one year to three years.<sup>77</sup> Under Article 49 (2) of TCC, sentences of imprisonment of one year or less, are considered short-term imprisonment. As regards the punishment of the person who is sentenced to

---

<sup>75</sup> The Code of Criminal Procedure (No. 5271), Official Gazette dated 17.12.2004 and No. 25673.

<sup>76</sup> Law on the Establishment, Duties and Powers of Judicial Courts of First Instance and Regional Courts of Justice (No. 5235) Article 11, Official Gazette dated 07.10.2004 and No. 25606.

<sup>77</sup> Law on Amendments in Various Laws in Order to Improve Fundamental Rights and Freedoms (6529), Art. 15. Official Gazette dated 13.03.2014 and No. 28940.



imprisonment for one year or less under Article 122 of the TCC, the court may take the personality of the criminal, his social and economic status, the repentance he expresses during the trial process and the characteristics of the crime in the commitment of the crime into account and may impose it in other forms of sanctions under Article 50 of the TCC. Undoubtedly, this issue at the court's discretion. The first option, prescribed by Article 50, is the punitive fine.<sup>78</sup> According to Article 61 (9) of the TCC, the prescribed punitive fine cannot be less than 365 days and not more than 1095 days.<sup>79</sup> According to Article 52 (2) of the TCC, punitive fines amount can be determined between a minimum of 20 and a maximum of 100 TL per day. The TCC stipulates that the punitive fine should be paid to the state treasury and the amount paid by the defendant is not transferred to the victim under any circumstances. Hence, the imposed punitive fine means a sanction for the perpetrator of discriminatory treatment yet it does not mean any compensation for the victim of the treatment.

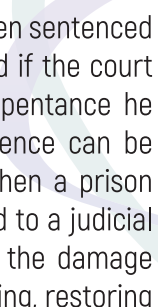
Under Article 50 of TCC, other alternative sanctions are defined as follows “the complete elimination of the damage suffered by the victim or the public by returning, making it before the crime or compensating”; “At least two years to attend an educational institution with the possibility of accommodation, in order to enable the acquisition of a profession or art”; “Prohibition from going to certain places or doing certain activities for a period of half to one times the sentence”; “In case of committing a crime by abusing the rights and powers provided or by acting contrary to the obligation of attention and care required; the withdrawal of the relevant license and license documents, prohibition from doing a certain profession and art for a period of half to one fold of the sentence”; “working in a job that is beneficial to the public for a period of half to one times the sentence and on the condition that it is voluntary”. The sanction prescribed in the article, such as “the complete remedy of the damage suffered by the victim... by returning it, making it before the crime, or compensating it” stands out as the only option appropriate to provide compensation for the victims of discrimination. While punitive fines and other alternative sanctions focus solely on punishing the perpetrator, the sanction in the form of redress means both sanctions and reparations. Therefore, as regards to sanctions in convictions under Article 122 of the TCC, Article 50 (1) (b) seem the most appropriate ones.

Apart from alternative sanctions, it is also possible to postpone prison sentences under Article 122 of TCC. Under Article 51 of the TCC, if the duration of the imprisonment

---

<sup>78</sup> Article 52/1 of the TCC: “Administrative fine is an amount payable to the State Treasury and is calculated by multiplying the full number of days subject to penalty with the amount fixed for per day. The quantified days may not be less than five and more than seven hundred thirty days unless otherwise is provided in the law.”

<sup>79</sup> Article 61/9 of the TCC: “For crimes for which administrative fine is an optional punishment, the minimum limit of the day unit related to this penalty is less than the minimum limit of the imprisonment penalty in that definition of crime; the upper limit cannot be higher than the upper limit of the prison sentence.”



sentence for a conviction under Article 122<sup>80</sup> and the defendant has not been sentenced to more than three months' imprisonment due to a deliberate crime, and if the court has a conviction that he will not commit a crime again due to the repentance he showed during the trial process after committing the crime, the sentence can be postponed by the court. The possibility of postponement is available when a prison sentence is declared, and it is not possible to postpone it if it is converted to a judicial fine. Postponement by the court may be subject to the condition that the damage suffered by the victim or the public is completely compensated by returning, restoring the crime or compensating. In such a situation, when the prescribed condition is not fulfilled, the court may decide that the convict must serve sentence in the execution institution until the condition is fulfilled. Similarly, in cases where the convict deliberately commits a crime during the probation period or insists on not complying with the obligations imposed on him, despite the judge's warning; it may be decided that the suspended sentence will be served partially or completely in the execution institution.

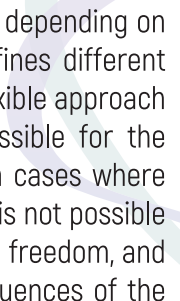
Within the scope of Article 51, in the event that a prison sentence is imposed for the crime regulated in Article 122, if the court decides to postpone the sentence, it seems the most appropriate step to keep the postponement subject to the condition that the damage suffered by the victim is completely compensated by returning the damage suffered by the victim, by making it pre-crime or compensating. With such a practice, both sanctions will be imposed on the person and a way of compensation will be opened for the victim of discriminatory treatment.

Finally, according to Article 231 (5) of CCP, if the sentence at the end of the trial for the charges to the accused is a prison sentence of two years or less or a punitive fine; the court may decide to postpone the announcement of the verdict. It is very likely that a sentence under Article 122 of TCC will fall into these limits. In this case, the defendant must have no sentence under Article 231(6) and be convicted of an intentional crime before, the court has reached the conclusion that he will not commit a crime again, taking into account the personality characteristics of the accused and his attitude and behavior during the trial, it must be removed completely by bringing or compensation. In this case, the defendant is kept under probation for five years and the verdict is announced if he deliberately commits a new crime or breaches the obligations regarding the probation measure.

In the light of the above mentioned points, it is seen that in cases where the sentence of the crime of discrimination is given by deviating from the minimum limit, it is possible to defer the announcement of the verdict, to turn this penalty into alternative

---

<sup>80</sup> The maximum limit of this period is three years for persons who were below the full age of eighteen or above the age of sixty-five on the commission date of offense. See Article 51(1) of the TCC.



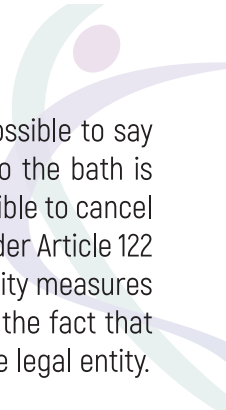
sanctions or to postpone the penalty. In this way, it seems possible that depending on the facts of the concrete case, instead of imprisonment or punitive fines different sanctions may be brought up at agenda. It is positive to adopt such a flexible approach for the peculiarities of the non-discrimination. However, it is not possible for the punishment of the crime to be considered effective and deterrent.<sup>81</sup> In cases where alternative sanction or postponement of the punishment is preferred, it is not possible for convicts to proceed with the execution of the punishment restricting freedom, and unless a condition is prescribed to compensate the victim, the consequences of the discriminatory treatment for the victim cannot be eliminated. Therefore, the judiciary bodies focus on eliminating the damage of the victim instead of just punishing the perpetrator, the exercising of Articles 50 (1) (b) or 51 (2) of the TCC appears to be a more appropriate solution. However, the debate on such an approach to sanctions can be meaningful, providing that filing a criminal case and punishing the perpetrators are sentenced under Article 122 of the TCC. As it is seen above, the article was applied in a very limited number in the past and with the amendment made at the end of 2014, the possibility of its application decreased much more.

In the light of the aforementioned points in the concrete case that is assessed by this report, it is observed that the announcement of the verdict was postponed by considering the defendant was sentenced from the minimum limit by ignoring the aggravating effect of multiple discrimination, the penalty in question was converted to a punitive fine, and the act of the defendant was denied during the trial, taking into account his attitude and behavior at the hearing. In this case, considering the nature of discriminatory treatment, it is not possible to say that the punishment that is proportional treatment, effective and deterrent.

In the concrete case, sanctions may also be imposed on the legal entity of the bath although the persons who perpetrate discriminatory treatment are real persons. It is indisputable that real persons could be punished by Article 122 of the TCC. However, it is not possible to say that legal entity can be punished by the same article, too. There is no criminal liability of legal entities in Turkey as real persons. According to Article 20 of the TCC, it is not possible to impose penal sanctions on legal entities. Yet, it is possible to impose sanctions in the form of security precautions, which are prescribed in the TCC. Article 60 of the TCC defines security measures as "cancellation of operating license" and "confiscation". Therefore, legal entities do not have criminal liability like a person yet these entities can still be responsible in terms of criminal law. On the other hand, according to Article 60 (1) of the TCC, "In case of conviction of a crime through participation of the organs or representatives of a legal entity subject to special law and operating under the license granted by a public institution or misuse of authorization conferred upon by this license, the court may decide cancellation of this

---

<sup>81</sup>Yenidünya, p. 115.



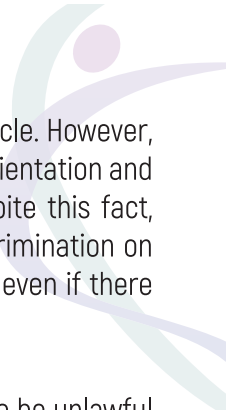
license.” In the present case, which is the topic of this report, it is not possible to say that the discriminatory treatment namely not admitting the victim İ.K. to the bath is “useful for the legal entity.” Thus, in the concrete case, it is not legally possible to cancel the operating license of the bath resulting from a conviction of a crime under Article 122 of the TCC. On the other hand, according to Article 60 (4) of the TCC, security measures for legal entities can be applied in cases specified by the law only. Given the fact that there is no such regulation in Article 122, no sanction can be applied to the legal entity.

### **III. CONCLUSION**

This report assesses the court case E. 2014/230 [Docket No.], K. 2015/19 [Decision No.] that was tried before the 42. the Criminal Court of First Instance in İstanbul. The court case in question was launched upon the complaint filed by İ. K., who was not admitted to the Galatasaray Bath, located within the borders of Beyoğlu district of Istanbul province, on 26.12.2013 due to her sexual orientation and/or gender identity and was subjected to discriminatory treatment in this way; and resulted in the conviction of the defendant under Article 122 of the TCC. As stated above, since Article 122 of the TCC is rarely brought up in practice, the case in question forms an important example in terms of both current legislation and practice in the context of prohibition of discrimination. Although both the discriminatory treatment, which is the subject of the court case, and the court’s decision date is relatively old, article 122 of the TCC is in force that is to say it is still up to date.

There is no doubt that the treatment, which İ.K. was subjected to, is a different treatment and is not based on a reasonable and objective reason; in other words, it does not pursue a legitimate purpose and does not have a reasonable relationship of proportionality between the applied method and the intended purpose. While the victim İ.K. tried to get service from the bath, she was treated differently and was not admitted to there; this different treatment was carried out based on the sexual orientation and/or gender identity of the victim, and this different treatment does not have a legitimate purpose that can be accepted legally today. Having said that there is another point to think about; whether the existing legislation in Turkey accepts the treatment in question is accepted as discrimination as well as it is possible to punish a perpetrator under Article 122 or not.

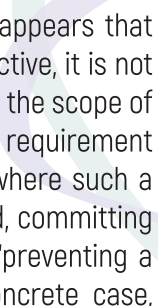
In the present case, in order to accept the treatment, which the İ.K. was subjected to, as legally discriminatory, the following question must be answered: whether the sexual orientation and/or gender identity, for which İ.K. was subjected to the different treatment, is within the scope of the prohibition of discrimination in terms of the individual. Although it is not explicitly stated in Article 10 of the Constitution, it is observed that the Constitutional Court judgements, which use the terms “everyone” and



"similar reasons", indicate that it is considered within the scope of the article. However, there are no provisions prohibiting discrimination on the basis of sexual orientation and gender identity at the level of law including Article 122 of the TCC. Despite this fact, Article 10 of the Constitution is a provision that is applicable so that discrimination on the ground of sexual orientation and gender identity is legally prohibited even if there is no relevant legal regulation in this respect.

Yet, this fact alone does not allow the discriminatory treatment deemed to be unlawful to be sanctioned in the field of criminal law. The principle of legality crimes and punishments, which is effective in the field of criminal law and under the protection of Article 38 of the Constitution, makes it impossible to impose criminal sanctions unless discrimination on the basis of sexual orientation and gender identity is clearly regulated as a crime. In fact, as stated above, Article 122 of the TCC does not prohibit discrimination on the basis of sexual orientation or gender identity. Thus, it is impossible to have an opportunity to be applied under the current circumstances. The court decision, which punished the discriminatory treatment against İ.K., accepted that the discriminatory treatment was carried out on the basis of gender. Yet, it appears to be a wrong determination in the concrete case. This fact demonstrates that the terms "sexual orientation" and "gender identity" must be added to Article 122 of the TCC. Furthermore, due to the change in the text of the article-entered into force after the incident-a crime can only occur when discriminatory treatment is committed based on "hate". Considering the decision, it can be said that there is such a prejudice in terms of the defendant, yet it is seen that this issue was not discussed in the text of the decision. These considerations make it legally impossible to issue a conviction in the event that the treatment was evaluated in the context of sexual orientation and/or gender identity by the court that made the decision at the time of the decision.

In the present case, which is the subject of this report, discriminatory treatment was carried out by a real person. If a private company or a real person providing a service to the public makes a discrimination among people in its services, it is considered to be a violation of the prohibition of discrimination. Considering Article 10, which prohibits discrimination, and Article 11 of the Constitution, it becomes evident that it is valid not only for the legislative, executive and judicial organs but also for real persons and private law legal entities. In addition, the crime regulated in Article 122 is also a crime that can be committed not only by public officials but also by other real persons. Thus, according to the newspaper report presented to the court case file by the defendant A. K.'s lawyer; it is not possible to legally recognize the statement, (Choosing the customer is our most natural right. We will not compromise our corporate brand.) which was made by C.C., the owner of the bath. In the present case, in the context of criminal law, it is legally appropriate that the manager of the enterprise and the owner of the bath to take responsibility for discriminatory treatment result from not admitting the victim İ. K. to the bath.



As regards an assessment of the context of the discrimination type, it appears that Article 10 of the Constitution has no limit on this issue. From legal perspective, it is not possible to accept the Constitutional Court's approach to rights that limits the scope of article to individual applications only. Having said that it is a constitutional requirement for other courts to apply the prohibition of discrimination in all areas, where such a limited approach is valid only for individual application. On the other hand, committing one of the criminal acts regulated in Article 122 (1) (b) is the crime of "preventing a person from using a certain service offered to the public". In the concrete case, preventing İ.K. from benefiting from a service offered to the public amounts to committing one of acts regulated by the above-mentioned article. Therefore, it seems that applying Article 122 of the TCC is legally appropriate. While it is stated that Article 122(1)(a) was applied to the defendant A. K., the act of "preventing someone from using a certain service offered to the public" had been regulated under article 122(1)(a) before the amendment in 2014. This fact indicates that the former version of a provision in favor of the defendant was applied to him. However, as stated above regarding the scope in terms of the person, the current version of the article is in favor of the defendant as regards the elements of the crime, and the article unfortunately prevents such discriminatory treatment from being punished.

There is a typical direct discrimination in the concrete case. Moreover, considering the fact that İ.K. was subjected to discrimination on the ground of both her sexual orientation and gender identity, it can be said that the phenomenon of "additive discrimination", which is a type of discrimination on multiple grounds, emerges. Furthermore, it is observed that CC, who runs the bath, gave an order to the employees not to allow trans people to be taken into the bath, and therefore, the existence of a discrimination order can be mentioned in the concrete case. However, the proceedings, which is subject of this report, were conducted only against AK, who was an employee of C.C., and the relevant provisions of the TCC were not applied C.C.

According to international regulations on the prohibition of discrimination, the sanctions to be imposed in case of violation of the prohibition of discrimination must be effective, deterrent and proportionate. The official data on Article 122 of the TCC, show that among the 172 cases filed between 2005 and 2019, only 13 convictions (7 of them were given in 2018) were given (only 7.5% of the total number of cases). This fact demonstrates that the article is not an effective sanction. Moreover, the absence of expressions such as "gender identity" and "sexual orientation" in the text of the article prevents the implementation of criminal law sanctions for two of the groups that suffer from discrimination at the highest level. On the other hand, Article 122 of the TCC prescribes imprisonment from one to three years often leads to a decision to postpone the announcement of the verdict instead of a punitive fine or a conviction, or to postpone the sentence even if there is a verdict. In the light of these facts, it is clear



that the existing sanction is ineffective both theoretically and in practice. In addition, it seems that applying security measures such as “cancellation of license” or “confiscation” is not legally possible under Article 122 of the TCC.

