

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**NEFRET SUÇLARI BAĞLAMINDA NEFRET VE AYIRIMCILIK SUÇU
(TCK M. 122)**

Yüksek Lisans Tezi

Mehmet Atıl ABACIOĞLU

ANKARA – 2020

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**NEFRET SUÇLARI BAĞLAMINDA NEFRET VE AYIRIMCILIK SUÇU
(TCK M. 122)**

Yüksek Lisans Tezi

Mehmet Atıl ABACIOĞLU

**DANIŞMAN
Prof. Dr. Türkân YALÇIN**

ANKARA – 2020

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	i
KISALTMALAR.....	iv
GİRİŞ.....	1
I. NEFRET SUÇU KAVRAMI VE TANIM SORUNU – TARİHSEL GELİŞİMİ – NEFRET SUÇUNUN GEREKLİLİĞİNİ AÇIKLAYAN GÖRÜŞLER.....	4
A. KAVRAM.....	4
1. NEFRET SUÇU KAVRAMININ TARİHSEL GELİŞİMİ.....	4
a. Genel Olarak.....	4
b. Amerika Birleşik Devletleri.....	5
c. Avrupa.....	12
2. TANIM SORUNU.....	17
a. Genel Olarak.....	17
b. Teorik Tanımlar.....	18
c. Uluslararası ve Ulusal Belgelerdeki Tanımlar.....	21
3. NEFRET SUÇUNUN UNSURLARI.....	23
a. Temel Suç.....	23
b. Saik.....	25
b1. Genel Olarak.....	25
b2. Nefret ve Önyargı Kavramları.....	27
b3. Nefret Suçları Açısından Nefret ve Önyargı Kavramlarının Değerlendirilmesi.....	32
4. NEFRET SUÇUNDA SAİK MODELLERİ.....	39
a. Genel Olarak.....	39
b. Düşmanlık Modeli.....	40
c. Ayrımcı Seçilim Modeli.....	42
B. NEFRET SUÇUNUN CEZA KANUNLARINDA DÜZENLENMESİNİN GEREKLİLİĞİNİ AÇIKLAYAN GÖRÜŞLER.....	43
1. SEMBOLİK MESAJ.....	43
2. ZARAR.....	46
a. Mağdurun Uğradığı Zarar.....	46
a1. Psikolojik Zarar.....	46

a2. Fiziksel Zarar	48
b. Toplumun Uğradığı Zarar.....	50
3. KUSURLULUK.....	51
C. NEFRET SUÇUNUN CEZA KANUNLARINDA DÜZENLENME	
BİÇİMLERİ.....	53
1. BAĞIMSIZ BİR SUÇ TİPİ OLARAK	53
2. AĞIRLAŞTIRICI NEDEN OLARAK	54
3. CEZANIN BELİRLENMESİ İLKELERİNDE	55
D. NEFRET SUÇLARI İLE KORUNAN GRUPLAR	56
1. GENEL OLARAK	56
2. GRUP KAVRAMININ TEMEL ÖZELLİKLERİ.....	58
a. Temel veya Değiştirilemez Özellikler	58
b. Tarihsel ve Sosyal Bağlam	59
3. KORUNACAK GRUPLARIN SEÇİMİ.....	62
a. Politik Tercih	62
b. Bilimsel Yöntem.....	67
4. NEFRET SUÇU YASALARIYLA KORUNAN GRUPLAR.....	71
a. Genel Olarak.....	71
b. Çekirdek Gruplar	72
b1. Irk.....	72
b2. Milliyet ve Milli Köken	76
b3. Din ve İnanç.....	77
b4. Etnik Köken	80
b5. Cinsiyet ve Cinsel Yönelim	83
c. Diğer Gruplar	87
II. NEFRET VE AYIRIMCILIK SUÇU (TCK M. 122).....	91
A. GENEL OLARAK.....	91
B. SUÇUN HUKUKİ KONUSU	95
C. FAİL, MAĞDUR VE MADDİ KONU.....	98
1. FAİL	98
2. MAĞDUR.....	99
3. MADDİ KONU.....	101
D. SUÇUN UNSURLARI	102
1. SUÇUN MADDİ UNSURU	102

a. Genel Olarak	102
b. Seçimlik Hareketler	105
b1. Genel Olarak	105
b2. Bir Kişiyeye Kamuya Arz Edilmiş Olan Bir Taşınır veya Taşınmaz Malın Satılmasının, Devrinin veya Kiraya Verilmesinin Engellenmesi.....	106
b3. Bir Kişinin Kamuya Arz Edilmiş Belli Bir Hizmetten Yararlanmasının Engellenmesi	108
b4. Bir Kişinin İşe Alınmasının Engellenmesi	109
b5. Bir Kişinin Olağan Bir Ekonomik Etkinlikte Bulunmasının Engellenmesi 110	
c. Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Bulunmaması.....	111
2. SUÇUN MANEVİ UNSURU	115
a. Genel Olarak	115
b. Dil, Irk, Renk, Cinsiyet, Engellilik, Siyasi Düşünce, Felsefi İnanç, Din veya Mezhep Farklılığından Kaynaklanan Nefret	119
E. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ	128
1. TEŞEBBÜS	128
2. İŞTİRAK	129
3. SUÇLARIN İÇTİMAİ	130
a. Zincirleme Suç	130
b. Fikri İçtima	133
c. Bileşik Suç	134
F. YAPTIRIM VE MUHAKEME USULÜ	135
1. YAPTIRIM	135
2. MUHAKEME USULÜ	137
SONUÇ	139
KAYNAKÇA.....	144
ÖZET	164
ABSTRACT	165

KISALTMALAR

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AGİT	: Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜİF	: Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi
AÜDTCF	: Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih Coğrafya Fakültesi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
B. No.	: Bireysel Başvuru Numarası
BJS	: Bureau of Justice Statistics
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CD.	: Ceza Dairesi
CGK	: Ceza Genel Kurulu
CHD	: Ceza Hukuku Dergisi
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
Çev.	: Çeviren
Der.	: Derleyen
E.	: Esas Numarası
ECRI	: European Commission against Racism and Intolerance
Ed.	: Editor
ENAR	: European Network Against Racism
E.T.	: Erişim Tarihi
GÜHFD	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD.	: Hukuk Dairesi

HMSO	: Her Majesty's Stationery Office
ICERD	: Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme
K.	: Karar Numarası
KAOS GL	: Kaos Gey ve Lezbiyen Kültürel Araştırmalar ve Dayanışma Derneği
LGBT	: Lezbiyen, Gay, Biseksüel, Transseksüel
m.	: Madde
Md.	: Madde
M.Ö	: Milattan Önce
No.	: Number
NSDAP	: National Socialist German Worker's Party
ODIHR	: Office for Democratic Institutions and Human Rights
OSCE	: Organization for Security and Co-operation in Europe
RMCM	: Ruanda Milletlerarası Ceza Mahkemesi
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
T.	: Tarih
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TDK	: Türk Dil Kurumu
UN	: United Nations
vb.	: Ve benzerleri
Vol.	: Volume
Yar.	: Yargıtay
Yay.	: Yayınevi

GİRİŞ

İnsanlık tarihi incelendiğinde, farklı isimlerle ve farklı özelliklere dayanarak yapılmış olsa da, “biz” ve bizden olmayan “öteki” ayrımını içeren hiyerarşik yapı, her toplumun sosyal hayatını belirleyen temel sistem olarak göze çarpar. Bu ayrımın ilk örneğine M.Ö 14. ve 15. yüzyıllarda, deri rengine dayalı olan ve astlık-üstlük hiyerarşisine sahip bir sistem kuran Mısır’da rastlanmıştır. Mısırlılar, kendilerini en üstün insan topluluğu olarak görmüş ve “rot” adını verdikleri kırmızı renk vücuda sahip üstün bir ırk olarak tanımlamışlardır. İlişki içerisinde oldukları diğer insanları ise Asyalı, zenci ve beyazlar olarak adlandırmış, öteki olarak tanımlanan bu grupları şiddet yoluyla köleleştirmişlerdir. Benzer şekilde M.Ö 200 yıllarında oluşturulmuş belgelere göre, Çin’de de insanlar solgun menekşe, sarı, siyah ve benzeri şekillerde ayrılarak hiyerarşik bir şekilde gruplandırılmışlardır.

Bu örneklerden de görülebileceği üzere, “biz – öteki” ayrımının ve temelini buradan alan nefret ve şiddetin izleri, neredeyse insanlığın toplu olarak yaşamaya başladıkları tarihlere kadar sürülebilir. Bu şiddetin *normal* ve aynı zamanda *yasal* olduğu süreç 20. yüzyılın başına kadar devam etmiştir. 1900’lü yıllarda *öteki* olarak görülen gruplara dahil olan bireylerin gelişen eşitlik ve hak bilinciyle birlikte, bu talepleri dile getirdikleri kitlesel eylemler başlamıştır. Bu eylemler sonucunda nefrete karşı eşitliğe dayanan bir koruma mekanizmasının hukuken geliştirilmesi zorunlu hale gelmiştir.

İlk olarak ayrımcılık yasalarıyla başlayan bu süreç soykırım, insanlığa karşı suç ve nefret söyleminin ulusal ve uluslararası belgelerde düzenlenmesi ile devam etmiştir. Bu kanunlaştırma hareketinin son halkasını nefret suçları oluşturmaktadır. Kavramsal olarak 1960’lı yıllarda Amerika Birleşik Devletleri’nde tartışılmaya başlanan nefret suçları, ilk olarak 1981 yılında bu devlette düzenleme konusu olmuştur. Bu tarihten itibaren hızla yayılarak, 2018 itibariyle 68 devletin ceza kanununda yer bulmuştur.

Nefret ve nefret suçu kavramları Türkiye gündemine, ilk olarak demokratikleşme paketi adıyla da bilinen 2014 tarihli 6529 sayılı Kanun'un 15. maddesiyle, Türk Ceza Kanunu (TCK)'nın 122. maddesinde yapılan değişiklikle girmiştir. Anılan Kanunla TCK'nın 122. maddesinin "*Ayrımcılık*" olan başlığı "*Nefret ve Ayrımcılık*" şeklinde değiştirilmiş, madde metnine de nefret ibaresi eklenmiştir. Değişiklik, medya tarafından sıklıkla nefret suçunun TCK'da düzenlendiği şeklinde haber yapılmıştır.

Bu çalışmanın da temel amacını, TCK'nın 122. maddesinin nefret suçu bağlamında değerlendirilmesi ve nefret suçu öğretisinin bu düzenlemenin geliştirilmesinde ve uygulanmasında sağlayabileceği faydaların araştırılması oluşturmaktadır. Düzenlemenin ayrımcılık suçuyla bağdaştırılarak incelenmesinin örnekleri olmasına rağmen, nefret suçu çerçevesinden ele alınarak yapılan ayrıntılı bir inceleme yoktur. Ancak nefret suçu ile ilgili tartışmalar ve teoriler, madde metninde yer alan nefret teriminin ceza hukukundaki anlamının ve yerinin tespit edilmesinde önemli katkılar sunabilecek niteliktedir. Aynı zamanda etkin bir nefret suçu düzenlemesinin nasıl olması gerektiği hakkındaki görüşler, TCK'nın 122'nci maddesinin yorumunda ve geliştirilmesinde yol gösterici nitelikte olacaktır.

Bu amaç doğrultusunda ilk kısım nefret suçu kavramı için genel bir çerçeve oluşturulmasına ayrılmıştır. Bu çerçeve oluşturulurken, özellikle etkin bir nefret suçu düzenlemesinde bulunması gereken hususlar tartışılmıştır.

İlk olarak nefret suçunun tanımı yapılmış, devamında ise ayırıcı unsurları açıklanmıştır. Daha sonra nefret suçunun demokratik bir hukuk devletinin ceza kanununda, ayrı bir suç tipi olarak ya da cezayı ağırlaştırıcı bir neden olarak yer alamayacağı yönünde yapılan eleştirilere yönelik olarak oluşturulmuştur ve nefret suçunun ceza kanununda düzenlenmesinin gerekliliğini açıklayan görüşlere yer verilmiştir.

Gerekliği ve temeli açıkladıktan sonra birinci kısmın diğer başlıkları, ceza kanununda etkili ve uygulanabilir bir nefret suçu düzenlemesinin yapılabilmesini sağlayacak temel özelliklerin açıklanmasına ayrılmıştır. Nefret suçu düzenlemesinin etkinliğini sağlayacak en önemli iki etken, korunacak grupların ve failin saikinin hangi koşullarda cezalandırılacağının doğru olarak tespit edilmesi olduğundan, bu başlıklar detaylı bir şekilde açıklanmaya çalışılmıştır. Son unsur olarak nefret suçunun ispat problemi ve çözümleri tartışılmıştır.

İkinci kısım ise ilk kısımda oluşturulan ereve doğrultusunda TCK m. 122'nin incelenmesinden oluşmaktadır. Suç inceleme yöntemine uygun olarak, 122. maddenin tüm unsurları nefret suçu açısından değerlendirilmiştir. İlk kısımda özellikle korunan gruplar hakkında verilen bilgiler Türkiye dışındaki ülkelerde yayınlanan istatistiklere ve çalışmalara dayandırılmıştır. Bu kısımda ayrıca Türkiye'deki sosyolojik çalışmaları, istatistikleri ve yargı kararlarını esas alan açıklamalara da yer verilmiştir.

Son olarak suçun özel görünüş şekilleri olan teşebbüs, iştirak ve içtima incelenerek, nefret ve ayrımcılık suçu hakkındaki olumlu ve olumsuz değerlendirmelerimizi içeren sonuç kısmıyla çalışma tamamlanmıştır.

I. NEFRET SUÇU KAVRAMI VE TANIM SORUNU – TARİHSEL GELİŞİMİ – NEFRET SUÇUNUN GEREKLİLİĞİNİ AÇIKLAYAN GÖRÜŞLER

A. KAVRAM

1. NEFRET SUÇU KAVRAMININ TARİHSEL GELİŞİMİ

a. Genel Olarak

Ceza hukuku alanında nefret suçu kavramı ilk olarak 1980’li yılların ortalarında gündeme gelmiştir. Ancak bu gelişmeye yol açan nefrete dayalı bireysel ya da kitlesel şiddet olayları uzun yıllar boyunca yaşanmıştır. Nefrete dayalı şiddetin ve toplumu oluşturan gruplar arasında yapılan ayrımcılığın *normal* olarak algılanmaktan çıkarak, toplum güvenliği için tehlike oluşturan ve ceza hukuku yoluyla önlenmesi gereken bir *sorun* olduğunun kabulü ise bu süreç içerisinde yaşanan olayların sonucunda ırk, cinsiyet, cinsel yönelim gibi konularda artan toplumsal bilincin bir ürünüdür.¹

Nefret suçları kavramının gelişmesinin yolunu açan ve bu yöndeki toplumsal bilinci oluşturan tarihsel süreç ve olaylar, her devlet için farklı şekilde gerçekleşmiştir. Bu farklılık devletlerin ceza kanunlarında yer alan nefret suçu düzenlemelerini de etkileyerek, korunan gruplar ve saik gibi konularda farklı yaklaşımlar içeren düzenlemelerin ortaya çıkmasına neden olmuştur.²

Bu nedenle devletlerin kendilerine özgü, tarihsel süreç içerisinde oluşan sosyal dinamiklerinin ve toplumu oluşturan gruplar arası ilişkilerinin incelenmesi, o devletin

¹ James B. **JACOBS**/ Kimberly **POTTER**, Hate Crimes Criminal Law & Identity Politics, Oxford University Press, New York 2001, s. 3, 4.

² Barbara **PERRY**, In the Name of Hate: Understanding Hate Crimes, Routledge, London 2001, s. 2.

nefret suçu yasalarını anlayabilmek için önemli bir başlangıç noktasıdır. Aynı zamanda bu inceleme, tarihsel süreçlerin ve sosyal yapının nefret suçları yasaları üzerindeki doğrudan etkisinin anlaşılmasını kolaylaştıracaktır.³

Bu kısımda Amerika Birleşik Devletleri (ABD) ve Avrupa’da nefret suçunun tarihsel gelişimi incelenecektir. ABD’nin seçilme nedeni, nefret suçu kavramının ilk defa ortaya çıktığı ve tartışıldığı devlet olmasıdır. Bu durum ABD’de nefret suçu konusunda kapsamlı bir öğretinin ortaya çıkmasını sağlamıştır.⁴

Avrupa’nın seçilmesinin nedeni ise, Avrupa Birliği tarafından Türkiye’nin üyelik sürecinde yayınlanan ilerleme raporlarında, TCK’da nefret suçlarına karşı etkin bir korumaya yer verilmemesiyle ilgili eleştirilerin, TCK m. 122’nin düzenlenmesinde etkili olmasıdır.⁵

b. Amerika Birleşik Devletleri

ABD’de nefret suçlarının tarihsel gelişimi üç ayrı döneme ayrılarak incelenmektedir. İlk dönem Amerikan İç Savaşı’nın sona ermesini takip eden 1860’lı yıllarda yürürlüğe giren kanunları içerir. Ancak bu kanunları tam olarak anlayabilmek için Amerikan İç Savaşı’nın ve bu kanuni düzenlemelere neden olan sosyal koşulların gözden geçirilmesi gerekir. ABD’de iç savaş öncesi dönemde Protestanlık ve beyaz ırka dahil olmak sosyal hayattaki üstünlüğü belirleyen temel unsurlardır. Bu özellikleri taşıyan

³ Alke **GLET**, “*The German Hate Crime Concept: An Account of the Classification and Registration of Bias-Motivated Offences and the Implementation of the Hate Crime Model Into Germany’s Law Enforcement System*”, *Internet Journal of Criminology (Electronic Journal)*, 2009, s. 2, https://pdfs.semanticscholar.org/b910/0239ddc0b2ef13b7a0cb4be1375767483de0.pdf?_ga=2.63596463.1463459649.1575987773-2035528908.1574976564, (E.T. 11.08.2019).

⁴ PERRY, *In the Name*, s. 2, 3.

⁵ Köksal **BAYRAKTAR** ve diğerleri, *Özel Ceza Hukuku*, C. III, Oniki Levha Yay., İstanbul 2018, s. 347, 351.

bireyler ekonomik hayatı yönetmektedirler ve aynı zamanda hukuki olarak da üstün haklara ve ayrıcalıklara sahiplerdir.⁶

Bu tanımlamanın dışında kalan Afrika kökenli siyahiler ve Hristiyan olmayanlar vatandaş sayılmamaktadır ve köle statüsündedir. Hukuken mal olarak kabul edilen bu bireyler yasal sahipleri ve köle tacirleri tarafından alınıp satılmaktadırlar. Bu konuda 1701 tarihli “Zencilerin⁷ ve Kölelerin Daha İyi Organizasyonu ve Yönetilmesi Yasası” ile 1705 tarihli “Kölelik Yasası” iyi birer örnektir.⁸

1696 tarihli yasa, ırk temelli bir kölelik sistemi düzenlemiştir. Afrika kökenlilerin haklarının kısıtlanmasını ve tüm hareketlerinin köle sahibinin onayına bağlanmasını öngörmüştür. Aynı zamanda Afrika kökenlilerin işledikleri suçlara sert cezalar getirmiş ve cezalandırma sırasında bir Afrikalı kölenin sahibi tarafından öldürülmesini, ceza hukuku bağlamında mazeret sebeplerinden saymıştır. Benzer şekilde 1705 tarihli yasa da siyahileri, Amerikan yerlilerini, melezleri ve Hristiyan olmayanları (sonradan Hristiyanlığı kabul etseler dahi) açık bir şekilde köle olarak tanımlamış ve bir önceki kanunda belirtilen uygulamalara tabi olduklarını düzenleyerek, köleleri mal statüsünde saymıştır.⁹

1860 yılında, kayıtlara göre, toplam nüfusun %32'sine denk gelen 1.775.515 Afrika kökenli Amerikalının köle olarak çalıştırıldığı tespit edilmiştir. 1750 yılından

⁶ Kamban **NAIDOO**, “*The Historical Prosecution of Hate Crimes in the United States of America*”, Fundamina, Vol. 23(2), 2017, s. 22.

⁷ Anılan Yasanın başlığında ve metninde geçen *negro* kelimesinin Türkçe karşılığı olarak zenci kelimesi kullanılmıştır. Ancak burada belirtmek gerekir ki negro kelimesi Afrika kökenlileri ve siyahileri aşağılamak için kullanılır ve kölelik dönemine atıf yapan bir anlama sahiptir.

⁸ Lauric Hennenon **HOOPER**, “*The 1701 "Act for the Better Ordering of Slaves": Reconsidering the History of Slavery in Proprietary South Carolina*”, The William and Mary Quarterly, Vol. 64(2), 2007, s. 397–399.

⁹ HOOPER, s. 397-400.

itibaren ise yaklaşık olarak 10 milyon Afrikalının köle olarak ABD'ye getirildiği hesaplanmıştır. Bu süreçte getirilen Afrikalı kölelerin, çeşitli araştırmalarda %15 ila %25'inin yolculuklar sırasında; %30 ila %40'lık kısmının ise kötü barınma, beslenme nedeniyle hastalıktan veya köle sahiplerinin uyguladığı şiddet sonucu öldüğü belirtilmiştir.¹⁰

Bu sosyal koşullar içerisinde, 1861 yılında kölelik sisteminin devam etmesini isteyen güney eyaletleri ile köleliği kaldırmak isteyen kuzey eyaletleri arasında iç savaş başlamıştır. 1865 yılında kuzey eyaletlerinin galibiyetiyle sona eren iç savaşın bitimiyle birlikte, ilk olarak Anayasa'nın 13. maddesiyle kölelik kaldırılmıştır. Daha sonra 1868 yılında Amerika'da doğan ya da vatandaşlığa kabul edilen tüm bireylere Amerikan vatandaşlığı hakkını tanıyan Anayasa'nın 14. maddesi; 1870 yılında ırkı, rengi fark etmeksizin herkese oy hakkı tanıyan Anayasa'nın 15. maddesi ve son olarak yerel otoritelerin beyazlar tarafından siyahi vatandaşlara karşı işlenen suçları soruşturmada isteksizlik göstermesi üzerine ırk, renk, din ve ulusal köken fark etmeksizin adil yargılanma ve eşit hukuki koruma hakkı tanıyan 1870 tarihli İnfaz Kanunu yürürlüğe girmiştir.¹¹

ABD'de eşitlik ilkesinin kısıtlı olarak da olsa ilk defa düzenlendiği bu yasalar, yeni bir medeni haklar modelinin de temelini atmıştır. Ancak dikkat edilmelidir ki bu yasalar eşitliğin kapsamını sadece ırk, din, renk ve ulusal kökenle kısıtlı olarak düzenlemiştir. Savaşın çıkış nedenleri ve savaşan taraflarla örtüşen bu grupların seçilmesi, sosyal ve tarihî bağlamın ayrımcılık ve nefreti önleme amacıyla yürürlüğe sokulan yasalara etkisini göstermektedir. Örneğin belirtilen yasalar aynı dönemde siyasi haklara ve mülkiyet hakkına sahip olmayan kadınları içermemektedir. Aynı zamanda cinsiyet,

¹⁰ İstatistikler ve detaylı listeler için bkz. <https://slavevoyages.org/voyage/database>, (E.T. 14.04.2019).

¹¹ Tom **STREISSGUTH**, Hate Crime, Facts on File, New York 2003, s. 9-12.

cinsel yönelim, etnik köken ve benzeri gruplar eşitliği düzenleyen yasaların koruma alanı içerisinde yer almamaktadır.¹²

Kadınların siyasi haklarını kazanmaları 1920 yılında Amerikan Anayasasının 9. maddesinde yapılan bir değişiklikle mümkün olmuştur. Mülkiyet hakkı konusunda 1970 yılına kadar parça parça tanınan haklar olsa da, eşit haklara sahip olamamışlardır.¹³ Görüleceği üzere ayrımcılık ve nefret suçlarının temelini oluşturan eşitlik ilkesi konusunda yaşanan gelişmeler 200 yıllık bir süreç içerisinde gerçekleşmiş ve belirli bir seviyeye ulaşabilmiştir. Tüm bu gelişmeler de yıllara yayılan sosyal hareketlerin ve mücadelelerin sonucunda gerçekleşmiştir.

1968 yılına kadar çıkarılan yasalar eşitlik ilkesine yönelik haklar tanımlamış ancak bu hakların korunmasına yönelik ceza hukuku anlamında bir düzenleme getirmemiştir. İncelenecek *ikinci dönem*, eşitlik ilkesinin ceza hukuku anlamında korunmasına yönelik ilk düzenleme olan Medeni Haklar Yasası'nın yürürlüğe girdiği 1968 yılı ile başlamaktadır.¹⁴

1960'lı yıllar ABD'de *medeni haklar hareketinin* ortaya çıktığı dönemdir. *Medeni haklar hareketi*, ABD'deki dezavantajlı durumda bulunan grupların maruz kaldıkları muamelelerle ilgili düşüncelerde köklü bir değişiklik yaratmış ve "*kimlik siyaseti*" kavramını ortaya çıkarmıştır. Bu hareket, çalışma şartları, üniversiteye kabul gibi kamusal ve özel hizmetlerde azınlık grupların mağduriyetini ve dezavantajlı konumlarını, grup aidiyetleri nedeniyle maruz kaldıkları şiddeti, yaygın protesto eylemleriyle gündeme

¹² STREISSGUTH, s. 12.

¹³ 1619–1998 yılları arasında kadınlara tanınan haklar ve yasal dayanakları için bkz. <http://wlh.law.stanford.edu/wp-content/uploads/2011/01/cunnea-timeline.pdf> (E.T. 10.01.2018).

¹⁴ Kamban NAIDOO, "*The Origins of Hate-crime Laws*", Fundamina, Vol. 22(1), 2016, s. 55.

taşımıştır. Irk (siyahilerin maruz kaldıkları polis şiddeti), cinsiyet (aile içi şiddet ve cinsel saldırı), cinsel yönelim (gay-bashing¹⁵), engellilik (merhamet cinayetleri¹⁶) protesto hareketlerinin temel grup karakteristiklerini oluşturmuştur. Korunması gereken grupları genişletmesinin yanında, ceza hukuku anlamında pozitif bir korumanın talep edilmesi, hareketin konumuz açısından önemli noktasını oluşturur.¹⁷

Bu hareketin sonucu olarak, belirli gruplara yönelik önyargı saikini açıkça madde metninde belirten ilk ceza yasaları olan 1964 ve 1968 tarihli Medeni Haklar Yasaları yürürlüğe girmiştir. Bu yasalar, “ırkı, rengi, dini, ulusal kökeni, cinsiyeti nedeniyle, bir kimsenin federal haklarını kullanmasını, şiddet veya şiddet tehdidi kullanarak engellemeyi” bir yıla kadar hapis ve adli para cezasıyla cezalandırılan bir suç olarak düzenlemiştir.

Aksini savunan görüşler olsa da, bu suç bir ayrımcılık suçu olup, nefret suçu yasaları için bir katalizör görevi görmüştür. Tanımlar kısmında açıklanacağı üzere ceza hukuku anlamında bir nefret suçu yasasının içermesi gereken temel suçları ve bu suçlara öngörülen ceza artırımını içermemektedir. Ancak bu kanunlar belirli gruplara yönelik yapılan ayrımcılığı bir suç olarak düzenleyerek, bu gruplara karşı önyargı saikiyle işlenen

¹⁵ *Gay-bashing* kavramının Türkçe karşılığı bulunamamıştır. Kavram homoseksüel bireylere, cinsel yönelimleri nedeniyle uygulanan her türlü fiziksel, kültürel ve manevi şiddeti ifade etmektedir. Detaylı açıklama için bkz. Peter **NARDI**/ Ralph **BOLTON**, “*Gay-Bashing: Violence and Aggression Against Gay Men and Lesbians*”, *Advances in Psychology*, Vol. 76, 1991, s. 350, 351.

¹⁶ *Mercy killing* kavramının Türkçe karşılığı olarak merhamet cinayetleri kullanılmıştır. Kavram engelli, hasta, ileri yaşta veya benzeri durumlardaki bireylerin, fail tarafından onları “*bu durumdan kurtarmak*” ve “*acılarına son vermek*” için öldürülmesini anlatmak için kullanılmaktadır. Örnek olaylar ve detaylı bilgi için bkz. Jeffrey G. **SHERMAN**, “*Mercy Killing and The Right to Inherit*”, *University of Cincinnati Law Review*, Vol. 61, 1991, s. 804-808.

¹⁷ William J. **KROUSE**, Report for Congressional Research Service, Hate Crime Legislation, 2010, s. 3, 4, https://www.everycrsreport.com/files/20100115_RL33403_b5e87c3a5c3dfbaec18976a64b156a0ca3d26a6a.pdf (E.T. 04.05.2018).

suçların cezalandırılmasının yolunu açmıştır. Nefret suçlarının ortaya çıkışı da bu bağlamda, anlatılan medeni haklar paradigmasını ceza hukuku yoluyla genişletme girişimi olarak görülmektedir.¹⁸

Üçüncü dönem ise, ilk nefret suçu yasasının yürürlüğe girdiği 1981 yılında başlar. 1960 yıllarında başlayan medeni haklar hareketi, birçok sivil toplum örgütünün kurulmasını, var olanların üye sayılarını ve güçlerini arttırarak sosyal problemler hakkında söz sahibi konuma gelmelerini sağlamıştır. 1980 yılında da bir sivil toplum örgütü olan *Anti-Defamation League* tarafından ilk defa taslak olarak bir nefret suçları yasası hazırlanmıştır. Bu yasa bir yıl içerisinde, benzer bir içerikle Oregon ve Washington eyaletleri tarafından yürürlüğe koyulmuştur. Bu yasalar nefret suçunu “*ırk, renk, din, ulusal köken ve cinsiyete dayalı olarak işlenen ve ceza kanununda düzenlenmiş suçlar*” olarak kabul ederek, bu suçlar için ceza artırımını öngörmüştür.¹⁹

Eyalet seviyesinde ilk nefret suçu yasaları 1981 yılında yürürlüğe konulmuş olmasına rağmen nefret suçunu tanımlayan federal düzeydeki ilk yasa 1990 yılında çıkarılan “*Nefret Suçları İstatistik Yasası*”dır. Bu yasayla nefret suçu; ırk, din, engellilik, cinsel yönelim ve etnik kökene dayalı olarak işlenen suçlar şeklinde tanımlanmış ve bu suçların istatistiklerinin tutulması zorunluluğu getirilmiştir. Ancak bu yasa istatistik toplama amaçlı olduğundan, nefret suçlarını sadece tanımlamış, bu suçlara herhangi bir cezai yaptırım öngörmemiştir.²⁰

Bu saiklerle işlenen suçların kapsamlı bir şekilde cezalandırılmasını öngören federal düzeydeki ilk yasa ise 2009 yılında yürürlüğe girmiştir. Bu yasanın çıkarılmasına

¹⁸ JACOBS/ POTTER, s. 27, 28.

¹⁹ David L. HUDSON JR., *Hate Crimes*, Chelsea House Publishers, New York 2009, s. 12-14.

²⁰ HUDSON JR., s. 14-16.

neden olan olaylar 1998 yılında gerçekleşmiştir. Üniversitede eşcinsel olduğunu açıklayan ve LGBT'nin etkin bir üyesi olan Matthew Shepard, kendisini eve bırakmayı teklif eden iki kişi tarafından ıssız bir alana götürülerek saatlerce işkence ve şiddete maruz kalmış, sonrasında haç benzeri çitlere asılarak bırakılmıştır. On sekiz saat sonra bulunarak hastaneye kaldırılan Shepard, 6 gün komada kaldıktan sonra hayatını kaybetmiştir. Çarmıha germe, homoseksüelliğin günah olduğunun ve çarmıha gerilen Shepard'ın günahından arındırıldığıının sembolüdür.²¹

İkinci olay ise, 1998 yılında James Byrd isimli bir Afrika kökenli Amerikalının, Texas'ta kaçırılarak önce dövülmesi, bir kamyonun arkasına bağlanarak yerde uzun bir süre sürüklenmesi ve vurularak öldürülmesidir. Bu iki olayın gerçekleştiği eyaletlerde nefret suçu yasalarının bulunmaması nedeniyle, bu olaylar sadece kasten insan öldürme suçu olarak cezalandırılmıştır ve bu durum uzun süre devam eden tepkilere neden olmuştur.²²

Bu olaylardan 11 yıl sonra, mağdurların adını taşıyan "*Matthew Shepard and James Byrd, Nefret Suçlarını Önleme Yasası*" yürürlüğe girmiştir. Bu yasa "*mağdurun gerçek ya da algılanan ırkına, rengine, ulusal kökenine, cinsiyetine, cinsel yönelimine, cinsel kimliğine veya engelliliğine duyulan önyargı nedeniyle işlenen şiddet suçlarına ve bir yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlara*" ceza artırımını öngörerek, federal düzeyde ilk nefret suçu yasası olmuştur.²³

²¹ Jennifer **PETERSON**, *Murder, The Media and The Politics of Public Feelings*, Indiana University Press, Indiana 2011, s. 1.

²² PETERSON, s. 1.

²³ Matthew **TROUT**, "*Federalizing Hate Crime: Constitutional and Practical Limitations to the Matthew Shepard and James Byrd, Jr. Hate Crimes Prevention Act of 2009*", *American Criminal Law Review*, Vol. 52, 2015, s. 132.

c. Avrupa

Avrupa açısından nefret suçlarının temelini oluşturan iki uluslararası sözleşme bulunmaktadır. Bu sözleşmeler 1948 tarihli *İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi* ve 1950 tarihli *İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi*'dir. Ancak bu iki Sözleşme'nin incelemesine geçmeden önce, bu sözleşmelerin oluşumuna yol açan gelişmelere değinmek gerekir.²⁴

Yukarıda bahsi geçen iki sözleşme, II. Dünya Savaşı'nın büyük bir kısmı Avrupa'da olmak üzere dünyada yarattığı yıkımın etkisiyle ortaya çıkmıştır. Savaşın başlama nedenlerinin başında Nasyonal Sosyalist Alman İşçi Partisi (NSDAP)'nin ırkçı ideolojileri gelmektedir. NSDAP'ın yönetim programının 4. maddesi "*Sadece Yurttaş Vatandaş olabilir. Herhangi bir mezhebe bağlı olmamak koşuluyla sadece Alman kanından olanlar Yurttaş olabilir. Bu nedenle Yahudiler Yurttaş olamazlar.*" ve 5. maddesi "*Vatandaş olmayanlar Almanya'da sadece misafir olarak yaşayabilmelidir ve Yabancılar yasasına tabi olmalıdır.*" şeklindedir. Bu maddeler ırkçılığa ve din ayrımcılığına dayanan parti ideolojisini açıkça tanımlamaktadır.²⁵

Alman kanından gelen saf Aryan ırkın üstünlüğünü temel alan bu ideoloji aynı zamanda öjeni teorisini de içinde barındırır. Öjeni fikri 1900'lü yıllarda ortaya çıkmıştır. Sakat, hasta, sağlıksız insanların ve ceninlerin ayrılarak veya yok edilerek, insan ırkının ıslah edilmesi amacını taşımaktadır. Nazi ideolojisinde de saf Alman ırkını korumak için, bu ırka tehdit olarak görülen grupların yok edilmesi yani öjenik bir uygarlık kurma ideali vardır. Bu ideoloji çerçevesinde savaş boyunca Yahudiler, Romanlar, Polonyalılar,

²⁴ Jon **GARLAND**/ Neil **CHAKRABORTI**, "*Divided by a Common Concept? Assessing the Implications of Different Conceptualizations of Hate Crime in the European Union*", *European Journal of Criminology*, Vol. 9(1), 2012, s. 44, 45.

²⁵ Ahmet **ASKER**, "*Nazi Irk Tasnifinde Türkler ve Ortadoğu Halkları*", *Çağdaş Türkiye Tarihi Araştırmaları Dergisi*, S. 25, 2012, s. 80.

engelliler, akıl hastaları, homoseksüeller ve itiyadi suçlular başta olmak üzere, saf Aryan ırkına tehdit olduğu düşünülen gruplara mensup yaklaşık 8.5 milyon insan toplama kamplarında öldürülmüştür. Genel olarak *Yahudi Soykırımı* adıyla bilinse de, çok daha geniş çaplı ve farklı gruplara mensup bireylerin hedef olarak seçildikleri belirtilmelidir.²⁶

İkinci Dünya Savaşı'nda yaşanan bu soykırımın bir daha tekrarlanmaması için eşitlik ilkesini ilk defa uluslararası alanda tanımlayan İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi hazırlanmıştır. Birleşmiş Milletler tarafından hazırlanan Beyanname'nin 1. maddesi "*Bütün insanlar hür, haysiyet ve haklar bakımından eşit doğarlar. Akıl ve vicdana sahiptirler ve birbirlerine karşı kardeşlik zihniyeti ile hareket etmelidirler.*" ve 2. maddesi "*Herkes, ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi veya diğer herhangi bir kaide, milli veya içtimai menşe, servet, doğuş veya herhangi diğer bir fark gözetilmeksizin işbu Beyanname'de ilan olunan tekmil haklardan ve bütün hürriyetlerden istifade edebilir.*"²⁷ şeklinde eşitlik ilkesini tanımlamıştır.²⁸

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nden iki yıl sonra da Avrupa Konseyi tarafından, bu beyannameyi esas alan İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi hazırlanmıştır. Bu Sözleşme'nin "ayrımcılık yasağı" başlıklı 14. maddesi, "*Bu Sözleşmede düzenlenen haklardan ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal ya da başka görüş, ulusal ya da toplumsal köken, bir ulusal azınlığa mensup olma, mülkiyet, doğum ya da diğer statüler gibi*

²⁶ H. B. Liddel **HART**, İkinci Dünya Savaşı Tarihi (Çev. Kerim BAĞRIAÇIK), Türkiye İş Bankası Kültür Yay., İstanbul 2018, s. 288-301.

²⁷ İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin Türkçe metni için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/203-208.pdf> (E.T. 04.08.2018).

²⁸ Johannes **MORSINK**, The Universal Declaration of Human Rights: Origins, Drafting and Intent, University of Pennsylvania Press, Philadelphia 1999, s. 44.

herhangi bir temelde ayrımcılık yapılmaksızın, güvence altına alınacaktır."²⁹ şeklinde eşitlik ilkesini ve ayrımcılık yasağını tanımlayarak, Avrupa Birliği ülkeleri ve kurumları açısından nefret suçlarının temelini oluşturmuştur.³⁰

Bu temel daha sonraki dönemlerde birçok sözleşmeyle de pekiştirilmiştir:

- 1997 yılında imzalanan Amsterdam Antlaşması'nın 13. maddesi: "*...cinsiyet, ırk ve etnik köken, din veya inanç, engellilik, yaş veya cinsel yönelime dayanan ayrımcılıkla mücadele etmek için uygun girişimlerde bulunabilir.*", Lizbon Antlaşması'nın 5/b maddesi "*Politikalarını ve aktivitelerini tanımlarken ve uygularken, Birlik cinsiyet, ırksal veya etnik köken, din veya inanç, engellik, yaş ve cinsel yönelime dayanan ayrımcılıkla mücadele etmeyi amaçlar.*" şeklindedir.

- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2000 yılında imzalanan 12 numaralı ek protokolünün 1. maddesi: "*Hukuken temin edilmiş olan tüm haklardan yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal ve sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma, servet, doğum veya herhangi bir diğer statü bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır.*"³¹ şeklindedir.

Ancak bu ilkenin ve tanınan hakların ceza hukuku anlamında korunması ve bu kapsamda nefret suçlarıyla ilgili tartışmalar 2003 yılında gündeme gelmiştir. Avrupa'da nefret suçu terimi resmî olarak ilk defa Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı tarafından

²⁹ İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin Türkçe metni için bkz.

<https://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/891a2--Insan-Haklari-ve-Temel-Ozgurluklerin-Korunmasina-Iliskin-Sozlesme.pdf> (E.T. 12.01.2019).

³⁰ GARLAND/ CHAKRABORTI, Divided, s. 45.

³¹ Fabio **MARCELLI**, Hate Crime and Hate Speech in Europe: Comprehensive Analysis of International Law Principles, EU-wide Study and National Assessments, s. 8-12, <https://sosracismo.eu/wp-content/uploads/2016/07/Hate-Crime-and-Hate-Speech-in-Europe.-Comprehensive-Analysis-of-International-Law-Principles-EU-wide-Study-and-National-Assessments.pdf> (E.T. 01.04.2019).

dile getirilmiştir. 2003 yılında gerçekleşen 11. Bakanlar Konseyi toplantısında “...ırkçı, zenofobik ve anti-semitik internet propagandalarıyla artabilecek nefret suçlarıyla mücadele için çaba gösterilmesi” kararı alınmıştır. Ancak toplantının sonuç bildirgesinde nefret suçları tanımlanmamıştır. Sadece nefret suçlarıyla mücadele edilmesi gerektiği yönünde bir tavsiye kararı alınmıştır.³²

2008 yılında ise bu konudaki ikinci gelişme olan “Ceza hukuku yoluyla ırkçılık ve yabancı düşmanlığı ile mücadeleye ilişkin Avrupa Birliği Çerçeve Kararı” alınmıştır. Bu kararın üçüncü maddesi nefret suçlarıyla ilgili bir açıklama içermektedir: “1. ve 2. maddede belirtilenlerin dışında kalan suçlar için Üye Devletler ırkçı ve zenofobik motivasyonun ağırlaştırıcı bir neden olarak sayılması ya da bu motivasyonların cezanın belirlenmesi sürecinde mahkemeler tarafından değerlendirilmesi için gerekli önlemleri almalıdır.” Bu maddeyle Avrupa Birliği düzeyinde nefret suçları ilk defa yasal bir zemine kavuşmuştur.³³

Son olarak 2009 yılında Avrupa Bakanlar Konseyi tarafından “Nefret Suçlarıyla Mücadele” kararı yayınlanmıştır. Kararda nefret suçlarının, ayrımcılığın ve hoşgörüsüzlüğün radikalleşmeyi ve terör faaliyetlerini tetikleyebileceğinden bahsedilerek, Birleşmiş Milletler tarafından yayınlanan Global Terörle Mücadele Stratejileri kapsamında nefret suçlarının önemine değinilmiştir. Nefret suçları bu kararda “önyargı saikiyle işlenen suçlar” olarak tanımlanmıştır.³⁴

³² Jon **GARLAND**/ Corinne **FUNNEL**, Defining Hate Crime Internationally: Issues and Conundrums, in Internalization of Hate (Ed. Jennifer **SCHWEPPE**/ Mark Austin **WALTERS**), Oxford University Press, New York 2016, s. 16.

³³ Kay **GOODAL**, “Conceptualizing ‘Racism’ in Criminal Law”, Legal Studies, Vol. 33(2), 2013, s. 218.

³⁴ Avrupa Bakanlar Konseyi 04.12.2009 tarih ve 9/09 sayılı kararı.

Görülebileceği üzere alınan kararlarda sadece ırk ve zenofobi açıkça belirtilmiştir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, Avrupa açısından ırk teriminin anlamının ABD’den farklı olmasıdır. ABD’de ırk terimi siyah ve beyazların deri renklerine atf yapılarak anlaşılırken, Avrupa açısından milliyet, etnik ve ulusal kökeni de içerecek şekilde kullanılmaktadır. Bu farkın nedeni tarihsel süreçlerin farklı gelişiminden kaynaklanmaktadır. İkinci Dünya Savaşı’nda yaşanan soykırımın etkileri olarak – ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesinin kapsamı birçok grubu kapsasa da- nefret suçları özellikle din, ırk ve yabancı düşmanlığı odaklı ortaya çıkmaktadır.³⁵

Bu durum, İkinci Dünya Savaşı’yla başlayan ve Neonazi hareketleri gibi oluşumlarla etkisini hâlâ devam ettiren sürecin bir sonucudur. Örneğin AB Bakanlar Konseyi tarafından 2008 yılında nefret söylemi ve suçlarıyla ilgili oluşturulan bir Çerçeve Kararda “soykırımın ve insanlığa karşı suçların inkarı ve önemsizleştirilmesi”nin üye devletlerin ceza kanunlarında bir suç olarak düzenlenmesi gerektiği özel olarak belirtilmiştir.³⁶

Avrupa Birliği’ni oluşturan ülkelerin hukuk sistemleri incelendiğinde, nefret suçu yasalarıyla en çok korunan grup karakteristiklerinin etnik köken (19 ülke), ırk (17 ülke) ve din (13 ülke) olduğu görülmektedir. Bunun yanında Almanya, Çek Cumhuriyeti, Avusturya, İsveç ve İtalya’da “anti-semitik” nefret suçları da ayrı bir kategoridir. Sadece

³⁵ Lilla **FARKAS**, *The Meaning of Racial or Ethnic Origin in EU Law: Between Stereotypes and Identities*, 2017, s. 39-44, https://ec.europa.eu/newsroom/just/document.cfm?action=display&doc_id=43228 (E.T. 01.03.2019).

³⁶ Arturs **KUCS**, “*Denial of Genocide and Crimes against Humanity in the Jurisprudence of Human Rights Monitoring Bodies*”, *Journal of Ethnic and Migration Studies*, Vol. 40(2), 2014, s. 302.

Avrupa Birliği düzeyinde değil, ÷lkeler bazında da İkinci Dünya Savaşı'nın nefret suçu düzenlemeleri üzerindeki etkileri bu şekilde gör÷lmektedir.³⁷

2. TANIM SORUNU

a. Genel Olarak

Nefret suçunun genel olarak kabul görmüş bir tanımı yapılamamıştır. Aynı şekilde nefret suçunun hangi unsurlardan oluştuğu ve bu unsurların üzerinde uzlaşa sağlanmış tanımları da henüz net olarak belirlenememiştir. Bu durumun nedenlerinden ilki nefret suçunun içerisinde yer alan nefret, önyargı gibi kavramların belirsizliğidir. Sosyal psikoloji, psikanalitik ve sosyoloji gibi birçok alanda bu kavramlar çalışılmış ancak ne oldukları ya da nasıl oluştukları konusunda kesin bir sonuca varılamamıştır.³⁸

İkinci neden nefret suçu kavramının çok boyutlu olmasıdır. Sosyal gerçekliği açıklamaya çalışılan kriminoloji ve sosyoloji, yasakoyuculara yol gösterme amacı taşıyan uluslararası belgeler ve mevcut nefret suçu yasaları farklı noktalara öncelik vermektedir.³⁹

Üçüncü neden tarihçe bölümünde de anlatılmaya çalışılan, nefret suçunun toplumsal olaylar ve toplumların tarihi ve kültürleriyle son derece sıkı bir bağı bulunmasıdır. Bu durum, her devletin nefret suçu yasasının farklı içeriklere sahip olması sonucunu doğurmaktadır.⁴⁰

³⁷ GARLAND/ CHAKRABORTI, *Divided*, s. 47.

³⁸ Paul IGANSKI, *Hate Crime and the City*, The Policy Press, Bristol 2008, s. 2-4.

³⁹ PERRY, *In the Name*, s. 3.

⁴⁰ PERRY, *In the Name*, s. 4.

Nefret suçunun bir suç kategorisi mi yoksa bir suç tipi mi olduğu konusunda dahi uzlaşma bulunmamaktadır. Nefret suçunu; insanlığa karşı suç, soykırım, nefret söylemi ve ayrımcılığı içeren bir suç kategorisi olarak kabul eden görüşler vardır.⁴¹

b. Teorik Tanımlar

Nefret suçlarıyla ilgili teorik tanımlar çoğunlukla sosyoloji ve kriminoloji alanlarında yapılmıştır. Nefret suçu mağdurlarının ve faillerinin özellikleriyle suçun bu bireyler üzerindeki etkilerini esas alan tanımlar göze çarpmaktadır. İlk olarak nefret suçu konusunda yapılacak tanımların içermesi gereken önemli noktaları belirleyen *Bowling*, bu noktaları ırkçı şiddet üzerinden anlatmıştır: *“İrkçi şiddeti anlamak için dinamik ve değişken süreçlerin analizini yapmak gerekir. Bu analiz, süreçte yer alan tüm aktörler arasındaki sosyal ilişkileri; fiziksel şiddetin, tehditin, korkutmanın sürekliliğini; bu sürekliliğe eşlik eden tarihsel bağlamı; uygun ve uygun olmayan davranışları belirleyen sosyal yapıyı yakalayabilmelidir.”*⁴².

Bu anlatımdan anlaşılacağı üzere tanımların odak noktasını nefret ve suç terimlerinin anlamlarının tespit edilmesi değil, nefreti ve suçu doğuran tarihsel süreçlerin ve toplumsal yapıların analizinin oluşturması gerektiği belirtilmiştir. Suç kavramı yerine uygun ve uygun olmayan davranış kıstası koyularak geniş kapsamlı bir analiz yapma olanağı sağlanmıştır.⁴³

Wolfe ve *Copeland* tarafından 1994 yılında yapılan ilk dönem tanımlarından biri ise nefret suçunu, *“toplumun çoğunluğu tarafından genel olarak değerli görülmeyen,*

⁴¹ GARLAND/ FUNNEL, s. 35.

⁴² Benjamin **BOWLING**, *“Racial Harassment and the Process of Victimization”*, British Journal of Criminology, Vol. 33(2), 1993, s. 238.

⁴³ PERRY, In the Name, s. 8.

birçok alanda ayrımcılığa uğrayan ve uğradıkları sosyal, politik, ekonomik eşitsizliklere müdahale etmesi gereken kurumlara ulaşmasına izin verilmeyen gruplara yönelik şiddet” şeklinde açıklamaktadır.⁴⁴ Bu tanım mağdurlar hakkında bir açıklama sunsa da, nefret suçunun mağdur, fail ve dahil oldukları grup üzerindeki etkilerine, nefret suçunu ortaya çıkaran neden ve mekanizmalara yer vermemesi nedeniyle eleştirilmiştir.⁴⁵

Petrosino tarafından yapılan tanım ise mağdur grupların özelliklerine odaklanmaktadır. *Petrosino* nefret suçlarının hedef aldığı mağdurların ortak özelliklerini “(a) *Mağdurların büyük bir kısmı toplumun çoğunluğu oluşturanlardan farklı ırk veya etnik azınlık gruplarının üyeleridir... (b) mağdurların büyük bir kısmı politik ve ekonomik açıdan toplumun kalan kısmına göre güçsüz konumdadır... ve son olarak, (c) mağdurlar fail tarafından yaşam kalitesine bir tehdit olarak algılanmaktadır*” şeklinde tespit ettikten sonra, nefret suçunu “*azınlıkların ırksal veya etnik kimlikleri nedeniyle mağduriyeti*” olarak tanımlamıştır.⁴⁶

Bu tanım nefret suçlarını, toplum içerisindeki güç dengesizliği yüzünden azınlık gruplara dahil bireylerin günlük hayatın her anında yaşadığı baskının, önyargının ve marjinalleştirmenin bir uzantısı olarak ele almıştır. Ancak özellikle azınlıkları sadece ırk ve etnik kökene dayalı olarak ele alması nedeniyle eleştirilmiştir. Tanımın eleştirildiği bir diğer nokta ise nefret suçlarının, azınlıkların güçsüz ve ikincil konuma getirilmelerinde

⁴⁴ Lois **COPELAND**/ Leslie **WOLFE**, *Violence Against Women as Bias Motivated Hate Crime: Defining the Issues*, in *Women and Violence* (Ed. Miranda **DAVIES**), Zed Books, London 1994, s. 201.

⁴⁵ Nathan **HALL**, *Hate Crime*, Routledge, New York 2013, s. 68.

⁴⁶ Carolyn **PETROSINO**, “*Connecting the Past to the Future: Hate Crime in America*”, in *Hate and Bias Crime: A Reader* (Ed. Barbara **PERRY**), Routledge, London 2003, s. 10.

ve bu sosyal düzenin devamlılığının sağlanmasında nasıl bir rol oynadığını açıklamamasıdır.⁴⁷

Son olarak, bu konuda sıklıkla atıf yapılan *Perry*, “*Nefret suçu... genellikle damgalanmış ve ötekileştirilmiş gruplara yönelen şiddet ve tehditlerdir. Belirtildiği şekliyle, verili bir sosyal düzeni karakterize eden kırılmalı hiyerarşik ilişkileri sürekli olarak yenilemeyi hedefleyen baskı ve iktidar mekanizmasıdır. Aynı anda hem failin dahil olduğu grubun tehdit altındaki (gerçek yada hayali) hegemonyasını yeniden kurmayı ve mağdurları dahil olduğu grubun “makbul” kimlik tanımını yeniden yaratmayı hedefler.*” açıklamalarına yer vererek, *Wolfe* ve *Copeland*’ı temel alan ancak daha geniş kapsamlı bir tanım yapmıştır.⁴⁸

Bu tanımdan görülebileceği üzere, sosyal düzenin toplumu alt-üst şeklinde gruplara ayıran hiyerarşik yapısının sonucu olan nefret suçları, aynı zamanda var olan bu düzeni korumayı ve sürekli olarak yeniden yaratmayı hedeflemektedir. Neden ve amaçlara yer vermesinin yanında *Perry*, mağdurları bireysel olarak değil grup olarak ele almaktadır. Bahsedilen şekilde nefret suçlarının nedenleriyle amaçlarına da yer vererek ve odak noktasını bireylerden gruplara kaydırarak, tanımı bir adım daha ileriye taşımıştır.⁴⁹

Kriminoloji ve sosyoloji alanındaki bu ve benzeri tanımlar ile açıklamalar, nefret suçunun neden, sonuç ve etkilerini ortaya çıkararak, yapılacak politik ve hukuki müdahalelere yol göstermeyi amaçlamaktadır. Bu kapsamda, hem yasakoyuculara yasaların içeriğini ve sınırlarını belirleme hususunda hem de idari kurumlara sosyal

⁴⁷ Jon **GARLAND**/ Neil **CHAKRABORTI**, *Hate Crime Impact, Causes and Responses*, Sage Publication, California 2009, s. 4, 5.

⁴⁸ PERRY, *In the Name*, s. 10.

⁴⁹ GARLAND/ CHAKRABORTI, *Hate*, s. 4, 5.

politikaların oluşturulmasında yardımcı olmaktadır. Ancak ceza kanununda yer alan bir düzenlemenin nefret suçu düzenlemesi olup olmadığının tespit edilebilmesi için bir kriter ortaya çıkarmamaktadır. Benzer hukuki değerleri koruyan ayrımcılık, soykırım, nefret söylemi gibi suç tiplerinden farkını ortaya koyabilmek için de yeterli değildir.⁵⁰

Nefret suçlarını ceza kanunlarında çizilen çerçeveye bağlı olmadan, nefret saikiyle işlenen tüm suçları ya da daha geniş ele alan tanımlarda ise incitici tüm davranışları kapsamına alan bu açıklamalar, özellikle ileride açıklanacak korunacak grupların seçimi konusunda büyük önem taşımaktadır. Ancak çalışmamızın nihai amacı bir ceza kanunu düzenlemesinin incelenmesi olduğundan bu tanımları esas almak olanaksızdır.

Örnekleri de verilen sosyolojik-kriminolojik tanımlar, kullanılan terimler açısından da ceza hukukundan ayrılmaktadır. Örneğin suç yerine şiddet, uygun olmayan davranış gibi ceza hukukunda karşılığı olmayan terimlerin kullanılması, bu alandaki tanımların ceza hukuku açısından yapılacak bir değerlendirmede kullanılmasını özellikle kanunilik ilkesi açısından zorlaştırmaktadır.⁵¹

c. Uluslararası ve Ulusal Belgelerdeki Tanımlar

Bu başlıkta, ceza kanunlarında yer alan ya da uluslararası kuruluşlar tarafından ceza kanunlarında yapılacak nefret suçu düzenlemelerine yol gösterme amacını taşıyan tanımlara yer verilecektir. Bu tanımlarda da soruşturma ve kovuşturma süreçlerine yönelik farklı tanımlar göze çarpmaktadır.

⁵⁰ Barbara **PERRY**, “Where Do We Go From Here? Researching Hate Crime”, Internet Journal of Criminology (Electronic Journal), 2003, s. 6, 7, <https://tandis.odihr.pl/bitstream/20.500.12389/19382/1/01262.pdf> (E.T. 14.12.2018).

⁵¹ PERRY, Where Do We, s. 7, 8.

İlk olarak soruşturma evresinde yer alan kurumlara ve görevlilere yönelik yapılan tanımlara yer verilmelidir. Soruşturma sürecinde nefret suçu ve nefret olayı şeklinde ikili bir ayırım yapılarak, mağduru esas alan bir yaklaşım benimsenmiştir. Nefret olayı bu bağlamda “*mağdur ya da bir başkası tarafından, belirlenmiş gruplara yönelik bir düşmanlık ya da önyargıyla işlendiğine inanılan hareketler*” şeklinde tanımlanmaktadır. Nefret olayının içeriği nefret suçuna oranla geniş kapsamlıdır. Nefret suçu ise “*mağdur ya da üçüncü bir kişi tarafından, korunan gruplara yönelik bir önyargı ya da düşmanlık nedeniyle işlendiği düşünülen suçlar*” şeklinde tanımlanmıştır. İki tanımın ortak özelliği, mağdurların veya tanıkların gerçekleşen eylemle ilgili düşüncelerine odaklanmasıdır.⁵²

Mağdurlar veya tanıklar tarafından düşmanlık ya da önyargı nedeniyle gerçekleştirildiği düşünülen tüm eylemler, eğer bir suç oluşturuyorsa nefret suçu, oluşturmuyorsa nefret olayı olarak kayıt altına alınmaktadır. Soruşturma sürecinde özellikle güvenlik güçlerine yol göstermek için yapılan bu tanımlar, soruşturma sürecinin başlangıcında maddi gerçekten çok mağdur ve tanıkların algısına önem vermektedir. Bu nedenle mümkün olan en geniş içerikte olacak şekilde yapılmaktadır.⁵³

İkinci olarak, ceza kanunlarının incelenmesinden ortaya çıkan veya uluslararası kuruluşlar tarafından nefret suçu yasaları hazırlanırken kullanılması için oluşturulmuş tanımlar bulunmaktadır. Bu tanımlarda bir nefret suçu yasasında bulunması gereken ortak özellikler tespit edilmiştir. Nefret suçu bu bağlamda “*nefret veya önyargı saiki ile işlenmiş ve daha önceden ceza kanunlarında düzenlenmiş suç*” olarak tanımlanmaktadır.⁵⁴

⁵² IGANSKI, s. 37, 38.

⁵³ IGANSKI, s. 38.

⁵⁴ **OSCE/ ODIHR**, Hate Crime Laws A Practical Guide, 2009, s. 16, <https://www.osce.org/odihr/36426?download=true> (E.T. 16.08.2018).

Sadece zorunlu olarak bulunması gereken unsurları içeren bu tanım, nefret suçunun diğer suçlardan farkını ortaya çıkarmaktadır. Saik, nefret suçunu diğer suçlardan farklı kılan unsurdur. Bu şekilde, nefret veya önyargı saikiyle işlenen ve ceza kanunlarında önceden düzenlenmiş herhangi bir suç nefret suçu haline gelebilir. Takip eden başlıkta detaylı şekilde unsurları açıklanacak olan ve çalışmamızın kalanında temel olarak kabul edilecek nefret suçu tanımı bu olacaktır.⁵⁵

3. NEFRET SUÇUNUN UNSURLARI

a. Temel Suç

Ceza kanunlarında yer alan nefret suçu düzenlemelerinde daha önceden kanunlarda bulunan suç ya da suç tipleri seçilerek, nefret saikiyle işlenmesi nedeniyle öngörülen ceza ağırlaştırılmaktadır. Bu seçilen suçlara "temel suç" adı verilir. Nefret suçu, bağımsız bir suç veya ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmesi fark etmeksizin, önceden kanunen düzenlenmiş suç ya da suçları esas almaktadır.⁵⁶

Temel suçların seçiminde ise farklı ceza kanunları incelendiğinde birçok farklılık göze çarpmaktadır. Bu seçimde devletlerin nefretle işlenen suçlara yönelik elde ettikleri istatistikler, toplumu oluşturan gruplar arasındaki nefretin yaygınlığı gibi kriterler önem taşımaktadır. Diğer bir önemli kriter de devletlerin etkin bir şekilde soruşturma ve kovuşturmasını gerçekleştirebileceği sayıda temel suç, nefret suçu kapsamına alması gerekliliği nedeniyle ortaya çıkmaktadır. Devletler bu doğrultuda, yargı sisteminin ve

⁵⁵ OSCE/ ODIHR, Hate Crime Laws, s. 17.

⁵⁶ OSCE/ ODIHR, Prosecuting Hate Crimes, 2014, s. 19, <https://www.osce.org/odihr/prosecutorsguide?download=true> (E.T. 04.07.2018); Kadir ERYILMAZ, Önyargıların Toplumsal İnşası ve Önyargı Temelli Suçlar, Kriminoloji Yazıları (Der. Türkân YALÇIN SANCAR) içinde, Savaş Yay., Ankara 2015, s. 114.

güvenlik güçlerinin etkin olarak karşılık verebileceği kapsamda temel suça yer vermiştir.⁵⁷

Temel suçlar olması gerekenden daha dar kapsamda seçildiğinde, nefretle işlenen birçok suç koruma kapsamı dışında kalacaktır. Olması gerekenden geniş kapsamlı seçildiğinde de hem etkin bir soruşturma imkânını ortadan kaldıracak hem de kanunun meşruluğu yönünde toplumda olumsuz bir görüş oluşacaktır. Nefret suçunun “*kimlik siyaseti*”ni yani bireylerin kendilerini ait hissettikleri ideolojik değerleri ilgilendiren politik yönü de göz önünde bulundurulduğunda, etkin bir uygulama için yapılacak seçimin önemi ortaya çıkmaktadır.⁵⁸

Amerika Birleşik Devletlerinde eyaletlere göre farklılıklar göstermekle beraber kasten insan öldürme, kasten yaralama, mala zarar verme, işkence ve eziyet suçlarının ortak olarak nefret suçu düzenlemelerinde yer aldığı görülmektedir. *Federal Cezanın Belirlenmesi İlkelerinde* ise tüm suçların, belirlenen gruplara yönelik bir nefret nedeniyle işlendiği tespit edildiğinde daha ağır cezalandırılması gerektiği belirtilmiştir.⁵⁹

Avrupa Birliği ülkeleri incelendiğinde ise ortak bir seçim göze çarpmamaktadır. Fransız Ceza Kanununda yağma, kasten insan öldürme, tehdit, kasten yaralama, işkence, ölüye/mezara saygısızlık, mala zarar verme ve hırsızlık suçları temel suç olarak yer almaktadır. Nefret suçunu İngiltere, İskoçya, Galler ve Kuzey İrlanda tüm suçlar için

⁵⁷ **United Kingdom Law Commission**, Hate Crime: Should the Current Offences Be Extended?, Law Com No. 348, 2014, s. 7-14, https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jxou24uy7q/uploads/2015/03/lc348_hate_crime.pdf (E.T. 21.01.2019).

⁵⁸ Valerie **JENNES**/ Ryken **GRATTET**, “*Examining the Boundaries of Hate Crime Law: Disabilities and the ‘Dilemma of Difference.’*”, The Journal of Criminal Law and Criminology, Vol. 91(3), 2001, s. 668, 669.

⁵⁹ **JACOBS/ POTTER**, s. 31.

genel ağırlaştırıcı neden olarak düzenlemiştir.⁶⁰ Almanya’da ise açık bir nefret suçu düzenlemesi yoktur, ancak hakimin cezanın belirlenmesinde ırkçılığa ve yabancı düşmanlığına dayanan nefreti göz önünde bulundurması gerektiği düzenlenmiştir.⁶¹

Avrupa Birliği kurumları tarafından yayınlanan ve yol gösterici nitelikteki kılavuzlarda da hangi temel suçlara yer verilmesi gerektiği konusunda sosyal ve tarihsel bağlama vurgu yapılarak, her ülkenin kendi koşullarına göre uygun seçimi yapması teşvik edilmektedir.⁶²

b. Saik

b1. Genel Olarak

Saik, nefret suçlarını ceza kanunlarında bulunan diğer suç tiplerinden ayıran aslî unsurdur ve nefret suçu kavramıyla ilgili literatürde yer alan tartışmaların da odak noktalarından biridir. Bu nedenle öncelikle saik kavramının çeşitli tanımlarına yer vererek, sonrasında nefret suçları özelinde saik kavramını açıklamak yerinde olacaktır.

Saik, suç tipinde belirtilen neticeyi gerçekleştirmeye yönelik, kişinin içsel aleminde oluşan ve hareketle ilgili kararın alınmasındaki etkidir. Saik kasttan önce gelen ve kastı hazırlayan düşüncedir.⁶³ Benzer şekilde saik failin harekete geçmesine yol açan neden olarak da tanımlanmıştır.⁶⁴ Saik bir kimseyi suç işlemeye iten neden, çıkar ya

⁶⁰ **Oxford Pro Bono Publico**, Comparative Hate Crime Research Report: A Report Prepared For the Hungarian Civil Liberties Union, 2014, s. 14, 32, 44, <http://ohrh.law.ox.ac.uk/wordpress/wp-content/uploads/2014/05/Oxford-Pro-Bono-Publico-Comparative-Hate-Crime-Research-Report-April-2014.pdf> (E.T. 11.04.2018).

⁶¹ GLET, s. 4.

⁶² OSCE/ ODIHR, Prosecuting, s. 17.

⁶³ Veli Özer **ÖZBEK** ve diğerleri, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yay., Ankara 2019, s. 263.

⁶⁴ Timur **DEMİRBAŞ**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yay., Ankara 2019, s. 377.

da his olarak da anlaşılmaktadır.⁶⁵ Örneğin failin arkadaşlarını etkilemek için başkasına ait lüks bir arabayı çalmasında, arkadaşları etkilemek faili hırsızlık suçunu işlemeye yönelten motivasyon yani saiktir. Benzer şekilde düşmanlık, namus, töre, kıskançlık gibi faili suç işlemeye yönelten birçok neden olması mümkündür. Ancak suç tipinde ya da ağırlaştırıcı/ hafifletici nedenlerde özel olarak yer verilmediği sürece saik, suçun unsurları arasında yer almaz.⁶⁶

Bu yönüyle saik, suçun manevi unsurunun bir türü olan kasttan farklıdır. Kast, suç tipinde yer alan hareket ve neticenin bilinmesi ve istenmesi yani suç işleme iradesiyken, saik suçu oluşturan hareketi gerçekleştirmeye bireyi yönlendiren motivasyondur. Örneğin failin ateş etmeyi ve aralarında kan davası bulunan mağduru öldürmeyi bilmesi, istemesi kastı oluştururken, faili ateş etmeye ve mağduru öldürmeye iten kan davası saiktir.⁶⁷

Nefret suçlarında saik, suçun temel unsurlarından biridir. Suçun belirli bir gruba duyulan nefret ya da önyargı saikiyle işlenmesi ya da mağdurun fail tarafından belirli bir gruba mensup olması nedeniyle seçilmesi, o suçu nefret suçu haline getirmektedir. Asli unsur olmasına rağmen nefret suçlarında saikin ne olması gerektiği konusunda görüş ayrılıkları bulunmaktadır.⁶⁸

İlk olarak nefret suçu ismiyle ortaya çıkmış olsa da, aslında nefret suçlarının çok az bir bölümünün nefret gruplarına mensup bireyler tarafından işlendiği çeşitli araştırmalara dayanarak öne sürülmüştür.⁶⁹ Bu nedenle nefret suçlarının aslında nefret saikiyle değil, gündelik yaşamda sıradan insanlar tarafından önyargı saikiyle işlendiği

⁶⁵ Hakan **HAKERİ**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yay., Ankara 2019, s. 301.

⁶⁶ Nevzat **TOROSLU**/ Haluk **TOROSLU**, Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yay., Ankara 2019, s. 223, 224; İzzet **ÖZGENÇ**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yay., Ankara 2019, s. 310, 311.

⁶⁷ **HAKERİ**, s. 301.

⁶⁸ **IGANSKI**, s. 2-4.

⁶⁹ **IGANSKI**, s. 2.

görüşü ortaya atılmıştır. Bu görüş hem suç tipinin isminin önyargı suçları olarak değiştirilmesinin hem de saik olarak önyargının tercih edilmesinin daha doğru olacağını savunmuştur.⁷⁰

Bu tartışmanın ortaya konulabilmesi için öncelikle nefret ve önyargı kavramları kısaca açıklanarak, sonrasında bu kavramların nefret suçuyla ilişkisi ve birinin tercih edilmesinin suç tipi üzerinde meydana getireceği değişiklikler tartışılacaktır.

b2. Nefret ve Önyargı Kavramları

Nefret ve önyargı kavramlarının kesin ve üzerinde uzlaşmış bir tanımı yoktur. Ancak insanın dış dünyayı algılama- tanımlama yöntemini ve bu amaçla kullandığı bilişsel düşünüş şemalarını açıklayarak, nefret ve önyargının bu süreçteki yerini ve oluşum aşamalarını tespit etmek mümkündür. Bu sayede de nefret ve önyargının farkları ortaya çıkacaktır.⁷¹

İnsanın dış dünyayı algılama ve tanıma biçimlerini açıklamak için *sınıflandırma* ve *kalıpyargı (stereotype)* kavramlarından faydalanmak gerekir. İnsan dış dünyada karşılaştığı her uyarıyı tek tek yeniden değerlendirmek yerine, belirli gruplar oluşturarak bu uyarıyı sınıflandırır. Örneğin sosyal hayatta etnik, ırksal, dinsel ve benzeri gruplar oluşturur ve yeni karşılaştığı bireyleri çeşitli ayırt edicilere dayanarak oluşturduğu bu grupların bir ya da birkaçına dahil eder.⁷²

⁷⁰ JACOBS/ POTTER, s. 11.

⁷¹ David Matthew **LAMBERT**, A Study of the Concept of Prejudice with Particular Reference to Geography Education, London 1995, s. 17-21 (Yayımlanmamış Doktora Tezi).

⁷² Hanife Andaç **DEMİRTAŞ MADRAN**, Temel Beklenti Etkisi: Kendini Gerçekleştiren Kehanet, Ayrımcılık Çok Boyutlu Yaklaşımlar (Der. Kenan **ÇAYIR**/ Müge **AYAN CEYHAN**) içinde, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., İstanbul 2012, s. 30, 31.

Örneğin çevremizde gördüğümüz insanlardan çekik gözlü olanları Uzak Doğulu, Uzak Doğulu olanlardan daha beyaz tenli olanları Japon olarak sınıflandırırız. Bu sınıflandırma yoluyla artık gördüğümüz her çekik gözlü ve daha beyaz tenli insanı, tanımadan Japon olarak tanımlarız. Böylece çevresinde yer alan bireyler hakkında öngörüde bulunabilme imkânı ortaya çıkar. Yeni karşılaştığı bir bireyi önceden oluşturduğu sosyal sınıflardan bir ya da birkaçına dahil ederek kolayca tanınabilir hale getirir.⁷³

Sınıflandırmadan sonraki süreçte, bu sınıflara ait çeşitli genellemeler oluşturulur. Genellemeler zihnimizde sınıflara atfedilen davranış kalıplarını, inançları ve beklentileri içeren bilişsel şemalar meydana getirir. Bu bilişsel şemalar yoluyla belirli bir sınıfa dahil olduğunu düşündüğümüz bireyin; tanımamamıza rağmen belirli yönde davranacağına ya da belirli özelliklere sahip olacağına ilişkin beklenti ve inançlarımız oluşur. Örneğin “Japonlar çalışkandır.” ya da “Japonlar soğuk insanlardır.”. Artık karşılaştığımız her Japonun, hiç tanimasak dahi çalışkan ve soğuk olduğuna dair bir inancımız vardır. İşte sınıflara atfedilen bu davranış kalıpları, nitelikler, inanç ve beklentiler *kalıpyargı*lardır. Kalıpyargılar zeki, temiz şekilde olumlu yönde olabileceği gibi tembelle, pis şekilde olumsuz yönde de olabilir.⁷⁴

Oluşturduğumuz kalıpyargıya bir duygulanım ya da zihinsel bir olgu olan tutum eklendiğinde ise *önyargı* ortaya çıkar. Önyargı, bu konudaki literatürün kurucularından olan Allport tarafından da “*hatalı ya da esnek olmayan bir genellemeye dayalı antipati*” şeklinde tanımlanmıştır. Örneğin “Japonlar çalışkandır ve bu yüzden onları severim/

⁷³ Murat **PAKER**, Psikolojik Açıdan Önyargı ve Ayrımcılık, Ayrımcılık Çok Boyutlu Yaklaşımlar (Der. Kenan **ÇAYIR**/ Müge **AYAN CEYHAN**) içinde, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., İstanbul 2012, s. 42, 43.

⁷⁴ Melek **GÖREGENLİ**, Temel Kavramlar: Önyargı, Kalıpyargı ve Ayrımcılık, Ayrımcılık Çok Boyutlu Yaklaşımlar (Der. Kenan **ÇAYIR**/ Müge **AYAN CEYHAN**) içinde, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., İstanbul 2012, s. 23, 24.

onlardan hoşlanırım.” bir önyargıdır. Önyargılar olumlu olabileceği gibi aynı zamanda Japonlar tembeldir ve onları sevmem/onlardan hoşlanmam/nefret ederim.” şeklinde olumsuz da olabilir.⁷⁵

Aynı zamanda önyargının yoğunluğunda da farklılıklar olabilir. *Allport* bu yoğunluk farklılıklarını yol açtığı eylemlere göre beş ayrı kategoriye ayırmıştır. İlk kategori ve en hafif önyargı sadece konuşmalarda dile getirilen *yabancı karşıtlığı*dır. İkinci kategori, önyargının güçlenmesi sonucu, önyargı beslenen gruptan *çekinme/uzak durma*dır. Üçüncü kategori, önyargı duyulan gruptaki bireylerin dezavantajlı konumda bulunması için sosyal ve siyasi haklarından yararlanmalarını engellemeye çalışarak yapılan *ayrımcılıktır*. Dördüncü kategori bireylere din, ırk, cinsel yönelim ve benzeri nedenlerle yapılan *fiziksel saldırı*dır. Son kategori ise linç, katliam ve soykırım yoluyla grubun *imhası*dır.⁷⁶

Görülebileceği gibi önyargı geniş kapsamlı bir terimdir. Hem olumlu hem de olumsuz içerikte olabilen önyargı kavramı, en basit hareketlerden, soykırıma kadar birçok eylemin temelinde yönlendirici olmaktadır.⁷⁷

“Nefret” ile ilgili yapılan tanımlamalar ise genelde öfke, sevgi gibi başka kavramlarla yapılan karşılaştırmalara dayanır. *Allport*'a göre “*öfke devam eden bir aktivitenin engellenmesine dayanan geçici bir duygusal durumdur; nefret ise bir duygu değil, sürekli bir duygusal tutumdur. Nefret bir insana veya gruba karşı saldırgan dürtülerin kalıcı bir organizasyonudur. Sürekli olarak hissedilen acıdan ve suçlayıcı*

⁷⁵ PAKER, s. 42.

⁷⁶ Hakan **ATAMAN**, Nefret Suçlarını Farklı Yaklaşımlar Çerçevesinden Ele Almak: Etik, Sosyo-Politik ve Bir İnsan Hakları Problemi Olarak Nefret Suçları, Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları (Der. Yasemin **İNCEOĞLU**) içinde, Ayrıntı Yay., İstanbul 2012, s. 63.

⁷⁷ JACOBS/POTTER, s. 11.

*düşüncelerden meydana geldiği için bireyin zihinsel yaşamında inatçı bir yapı meydana getirir.*⁷⁸“⁷⁹

Nefretin önyargıdan ayrılan ilk özelliği sürekli olarak saldırgan ve agresif bir tutumu beraberinde getirmesidir. Nefret sahibi, nefret duyduğu hedefine zarar verebilmek için sürekli olarak bir boşluk arar. Ve bu düşünce bireyin zihinsel yaşamında büyük bir yer kaplar. Bu yönüyle nefret en güçlü duygusal tutumlardan biridir.⁸⁰

Benzer bir tanım *Kernberg* tarafından da yapılmıştır: “*Nefret, hiddet ve öfkenin aksine kronik ve değişmez, kompleks agresif bir histir... Nefretin birincil amacı nefret edilen nesnenin yok edilmesidir.*”⁸¹ Bu iki tanımın ortak noktaları nefretin sürekliliği ve zarar vermeyi, yok etmeyi amaçlamasıdır. Önyargı kavramı ise çok daha geniş kapsamlıdır ve nefret de dahil olmak üzere hiddet, öfke, sevme gibi farklı yoğunluklarda birçok duygu ve duygusal tutumu da içermektedir. Önyargıda, nefret kalıpyargılara eklenen duygulanımların sadece bir kısmını oluşturmaktadır.⁸²

⁷⁸ Metinde *duygusal durum* İngilizce *emotion* teriminin, *duygusal tutum* ise İngilizce *sentiment* teriminin karşılığı olarak kullanılmıştır. *Duygusal durum*, olaylara verilen geçici, kısa süreli tepkilerdir. *Duygusal tutum* ise genellikle mantık ve rasyonellikten bağımsız geliştirilen, duygu ve inançlardan kaynaklanan güçlü, değişmez davranış kalıplarıdır. Detaylı açıklama için bkz. Dylan **EVANS**, *Emotion: The Science of Sentiment*, Oxford University Press, New York 2001.

⁷⁹ Gordon Willard **ALLPORT**, *Nature of Prejudice*, Addison-Wesley, Reading 1979, s. 363.

⁸⁰ Robert J. **STENBERG**/ Karin **STENBERG**, *Nature of Hate*, Cambridge University Press, Cambridge 2008, s. 16.

⁸¹ Otto F. **KERNBERG**, *The Psychopathology of Hatred, In Rage, Power and Agression* (Ed. Robert A. **GLICK**/ Steven P. **ROOSE**), Yale University Press, London 1993, s. 63, 69.

⁸² **HALL**, s. 80.

Nefret, tanımlardan da görüldüğü gibi önyargının aksine sadece olumsuz bir duygusal tutumdur. Önyargı ise belirtildiği gibi hem olumlu hem olumsuz nitelikte olabilmektedir. Bu yönüyle de nefret, önyargıya göre kısıtlı bir içeriğe sahiptir.⁸³

Bu açıklamalara paralel olarak nefret, yoğun şiddet içeren hareketlerin açıklanmasında kullanılmıştır. Daha önce sözü edilen *Bryd* ve *Shepard* olaylarında olduğu gibi, yoğun şiddet ve sembolik mesajlar içeren eylemler ile soykırım gibi şiddet eylemlerinin açıklanmasında nefret kavramına başvurulmaktadır. Ancak benzeri şekilde yoğun şiddet içermeyen eylemler ise çoğunlukla önyargı kavramıyla ilişkilendirilmektedir. Bu durum nefret hakkında belirtilen agresif dürtülerin yoğunluğunun, davranış olarak dış dünyaya yansıdığı yarattığı sonuçları göstermektedir.⁸⁴

Nefret kavramının resmî olarak tanımlandığı tek metin ise Avrupa Konseyi tarafından, “*Bilgisayar sistemleri ile işlenen ırkçı ve yabancı düşmanlığı niteliği taşıyan eylemlerin suç haline getirilmesi hakkında Siber Suçlar Sözleşmesine Ek Protokol*” için yayınlanan açıklayıcı raporda yer almaktadır. Bu raporda nefret “*aşırı (yoğun) hoşlanmama veya düşmanlık*”⁸⁵ şeklinde tanımlanmıştır. Bu metinde de yapılan açıklamalarla paralel şekilde nefretin yoğunluğuna vurgu yapılmıştır.

⁸³ ATAMAN, s. 56.

⁸⁴ IGANSKI, s. 2.

⁸⁵ **Council of Europe**, Explanatory Report to the Additional Protocol to the Convention on Cybercrime, concerning the criminalisation of acts of a racist and xenophobic nature committed through computer systems, 2003, s. 3, <https://rm.coe.int/16800d37ae> (E.T. 29.10.2018).

Önyargı kavramının tam bir tanımını veren resmî metin bulunamamıştır. Ancak önyargının nasıl oluştuğunu ya da işlevini ve sonuçlarını açıklayan metinler mevcuttur. Yapılan açıklamalar önyargı ile ilgili yaptığımız açıklamalara paralel niteliktedir.⁸⁶

b3. Nefret Suçları Açısından Nefret ve Önyargı Kavramlarının Değerlendirilmesi

Jacobs ve Potter nefret suçu sayılabilecek suçları, saikin yoğunluğuna ve saik ile gerçekleştirilen hareket arasındaki nedensellik bağının yoğunluğuna göre dört kategoriye ayırmıştır.⁸⁷

I- Yoğun Önyargı/ Güçlü Nedensellik

II- Yoğun Önyargı/ Güçsüz Nedensellik

III- Hafif Önyargı/ Güçlü Nedensellik

IV- Hafif Önyargı/ Güçsüz Nedensellik”

Ancak kategorilerin açıklanmasına geçmeden önce belirtmeliyiz ki burada bahsedilen nedensellik, suç teorisinde belirtilen hareket ile netice arasındaki bağ değil, nefret veya önyargı saikinin hareketin gerçekleştirilmesine olan katkısıdır. Güçlü ve güçsüz nedensellik, nefret veya önyargının failin harekete geçmesindeki veya hareketi gerçekleştirme yöntemindeki etkisinin yoğunluğunu ifade etmektedir.⁸⁸

⁸⁶ Örnek metinler için bkz. **European Union Agency for Fundamental Rights**, Making Hate Crime Visible in the European Union: Acknowledging Victim's Rights, 2012, https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2012_hate-crime.pdf (E.T. 12.10.2018); **European Union Agency for Fundamental Rights**, Racism, Discrimination, Intolerance and Extremism: Learning from Experiences in Greece and Hungary, 2013, https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2013-thematic-situation-report-3_en_1.pdf, (E.T. 12.10.2018).

⁸⁷ JACOBS/ POTTER, s. 23.

⁸⁸ JACOBS/ POTTER, s. 22.

I- Yoğun Önyargı/ Güçlü Nedensellik: Nefret gruplarına üye veya üye olmamakla beraber mağdurun dahil olduğu gruba karşı nefret besleyen bireylerin işledikleri suçlardan oluşmaktadır. Burada yoğun önyargı ile nefret aynı anlamda kullanılmıştır. Bu grupta yer alan failler suçu işlerken aşırı şiddet kullanmakta ve mağdurun ölümüne ya da ciddi şekilde yaralanmasına neden olmaktadır. Suçun işlenme yöntemi de çoğunlukla sembolik öğeler içermektedir. Tarihçe bölümünde anlatılan *Bryd* ve *Shepard* olayları, bu grupta yer alan suçlara birer örnektir. Nefret suçları arasında medyada sıklıkla yer alan ve gündeme gelen suçlar genellikle bu kategoride yer alanlardır.⁸⁹

II- Yoğun Önyargı/ Gücsüz Nedensellik: Yoğun önyargı sahibi faillerin, suç işleme motivasyonlarını tek başına veya etkili bir şekilde önyargılarının oluşturmadığı suçlardır. 1986 yılında hapisneden kaçan *David Dawson*'un, hırsızlık için evlerine girdiği *Musevi Richard* ve *Madeline Kishner*'i öldürmesi bu kategoriye giren suçlara iyi bir örnektir. Kovuşturma aşamasında savcılık mahkemeye, *David Dawson*'un "*Beyaz Aryan Kardeşliği*" isimli nefret grubunun üyesi olduğunu kanıtını sunmuştur. Ancak mahkeme, bu üyeliğin işlenen suçta herhangi bir etkisinin olmadığına, *Dawson*'un hırsızlık sırasında eve gelen *Kishner* çiftini yakalanmamak için öldürdüğüne hükmetmiştir. Bu kategoride yer alan suçlar, nefret sahibi bir birey bulursa dahi, işlenen suç ile nefret arasında güçlü bir nedensel ilişki bulunmadığından nefret suçu kapsamında kabul edilmemiştir.⁹⁰

III- Hafif Önyargı/ Güçlü Nedensellik: Nefret gruplarının üyesi veya bu gruplarınkine benzer ideolojisi olmayan faillerin işledikleri suçları kapsamaktadır. Bu grupta bulunan failler çoğunlukla kendilerinin dahi farkında olmadıkları, belirli ölçüde bilinçdışı önyargılara sahiplerdir. ABD'nin New Jersey eyaletinde 19 yaşındaki bir kişi, alkol aldıktan ve esrar kullandıktan sonra bir sinagogun duvarına svastika çizerek "*Hitler*

⁸⁹ JACOBS/ POTTER, s. 23, 24.

⁹⁰ JACOBS/ POTTER, s. 24-35.

Şahane” yazmış ve yol kenarında bulunan bir Hristiyan kilisesinin duvarına satanistlerin sembolü olan pentagram işaretini çizmiştir. Soruşturma ve kovuşturma sürecinde de failin Hristiyan ya da Musevilerden nefret ettiğine dair hiçbir delil bulunamamıştır. Burada, Musevilerden veya Hristiyanlardan nefret etmemesine rağmen, heyecan arayışında suç işleyen failin hedef seçiminde önyargıları etkili olmuştur.⁹¹

IV- Hafif Önyargı/ Güçsüz Nedensellik: Bu suçlar, bir tartışma ya da anlık öfke patlaması gibi ani gelişen anlık durumların sonucudur. Bu grupta yer alan faillerin, suçu işleme motivasyonlarında, anlık tartışmaların ve öfke patlamasının etkisi, önyargıya göre öndedir. Suç mağdurunu seçmelerinde önyargının etkisi ikincil niteliktedir.⁹²

Nefret suçu düzenlemesinde, nefretin saik olarak seçilmesi, “*III ve IV numaralı suçların*” kapsam dışında kalmasına neden olur. Bu tür düzenlemelerde, failin belirli gruptan nefret ettiğinin ve hareketini belirli gruba duyduğu nefretin etkisiyle gerçekleştirdiğinin kanıtlanması gerekir. Bu nedenle sadece “*I*” numaralı suçlar bu tür düzenlemelerin kapsamındadır.⁹³

Düzenlemede önyargının saik olarak seçilmesi durumunda “*IV*” numaralı suçlar da kapsama alınmış olur. Önyargı, nefreti de kapsayan geniş bir kavram olduğundan suç tipinin kapsamı genişletilerek, ispat standardı düşürülür. Failin, belirli gruba karşı nefret besleyip beslemediğinin kanıtlanması yerine, önyargının kanıtlanması gerekir. Bu durumda nefret suçunun cezalandırılması için gereken ispat standardı düşürülmüş olur.⁹⁴

⁹¹ JACOBS/ POTTER, s. 25, 26.

⁹² JACOBS/ POTTER, s. 26, 27.

⁹³ Nergis **KULAKSIZOĞLU MERCAN**, Nefret Suçları, İstanbul 2015, s. 96, 97 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

⁹⁴ **KULAKSIZOĞLU MERCAN**, s. 96, 97.

Nefret veya önyargının tercihinin suç tipinin kapsayacağı hareketler üzerinde yarattığı bu değişimi, nefret suçuyla ilgili toplanmış olan istatistikler ışığında değerlendirmek gerekir. *Iganski* nefret suçlarının çoğunluğunun, nefret gruplarına üye olan ya da onların ideolojilerine sahip failler tarafından işlenen, önceden tasarlanmış ve bu nefretin dışı vurumu olan yoğun şiddet içerikli suçlar olmadığını iddia etmiştir. *Iganski*'ye göre nefret suçlarının çoğunluğu sıradan insanlar tarafından *gündelik suçlar* olarak işlenmektedir. Gündelik suçlardan kast edilen medyada yer alacak kadar dikkat çekici yönü olmayan (şiddet içeriğinin azlığı, organize olmaması, nefret gruplarıyla ilişkisinin bulunmaması gibi) suçlardır.⁹⁵ İstatistikler de bu tespiti destekler niteliktedir:⁹⁶

⁹⁵ IGANSKI, s.13-19.

⁹⁶ İstatistikler için bkz. **BJIS**, <https://www.bjis.gov/index.cfm?ty=pbdetail&iid=4614> (E.T. 10.10.2019).

	Kuvvet kullanımı ya da şiddet içerenler olaylar	Tüm olayların sayısı
Etnik Azınlıklara Yönelik	%33.1	703
Beyazlara Yönelik	%42.2	322

	Etnik azınlıklara karşı	Beyazlara karşı
Çantamı çekti ya da yakaladı	%5.9	%5.5
Beni çekti ya da yakaladı	%35	%31.5
Yumruk ya da tokat attı	%35	%42.5
Tekmeledi	%16.8	%26
Bir silahla vurdu	%10.9	%20.5
Cinsel saldırıda bulundu	%0.9	%3.1
Sözlü tacizde bulundu	%44.1	%33.9
Diğer	%15.0	%8.7
Kuvvet kullanımı ya da şiddet içeren olayların sayısı	220	127

	Etnik azınlıklara karşı	Beyazlara karşı
Hafif ve küçük morluk	%6.7	%9
Ciddi ve yaygın morluk	%4	%8.1
Çizikler	%2.4	%3.7
Kesikler	%4.6	%4.7
Kırık kemikler	%0.6	%0.6
Kırık burun	%0.4	%0
Kırık/ kayıp dişler	%0.3	%0.3
Yamulmuş dişler	%0.1	%0.9
Bilinç kaybı ya beyin sarsıntısı	%1	%0.6
Diğer	%0.9	%1.2
Tüm olayların sayısı	703	322

2002- 2005 yıllarını içeren istatistiklerde görüleceği üzere, işlenen nefret suçlarının çok azı nefret ve nefretin bir yansıması olan yoğun şiddet kullanımını içermektedir. Suçların büyük çoğunluğu Iganski'nin *gündelik suçlar* olarak isimlendirdiği şiddet içermeyen ya da basit seviyede şiddet içeren suçlardan oluşmaktadır.⁹⁷

Benzer bir sonuç, *BJS* tarafından 2003 ve 2011 yılları ile 2004- 2015 yılları arasında gerçekleşen nefret suçları mağduriyet istatistiklerinde de elde edilmiştir. Bu istatistiklerde nefret suçları, şiddet içerenler ve malvarlığına karşı olanlar ve şiddet suçları

⁹⁷ IGANSKI, s. 16-22.

da basit şiddet içeren suçlar – yoğun şiddet içeren suçlar olarak ayrılmıştır. 2004- 2015 yılları arasında işlenen nefret suçlarının %89'unun şiddet içerdiği ve bu suçların %61.7'sinin basit saldırı olduğu ortaya çıkmıştır. 2006 – 2015 yılları arasında işlenen nefret suçlarında silah kullanma oranı ise %23.7 olarak tespit edilmiş, bu suçlardan da %4.5'nin ateşli silahlarla işlendiği belirtilmiştir. İşlenen suçların %78.2'sinde mağdur herhangi bir fiziksel zarar görmemiştir.⁹⁸

2003 – 2011 yılları arasında yapılan çalışmada da, benzer şekilde işlenen nefret suçlarının %88'inin şiddet suçları ve bu suçların %61'inin basit saldırı olduğu ortaya çıkmıştır. Bu yıllar arasında işlenen nefret suçlarının %23'ünde silah kullanıldığı belirtilmiştir. İşlenen suçların %79'unda mağdur herhangi bir fiziksel zarar görmemiştir.⁹⁹

Nefret suçlarının büyük bir kısmı güçlü bir nefretin tezahürü değil, bilinçli ya da bilinçsiz önyargıların dışa vurulmasıdır. İşlenen suçların çoğunluğu, “III” ve “IV” numaralı kategorilere uymaktadır. Önyargı kavramı bu nedenle nefret suçlarıyla ilgili sosyal gerçekliği daha iyi karşılamaktadır.¹⁰⁰

Bu tespitlere paralel olarak nefret teriminin kullanımının, nefret suçlarının nefret gruplarıyla sınırlı olarak uygulanmasına yol açacağı eleştirileri de önyargının kullanımını savunan görüşlerde belirtilmiştir.¹⁰¹ Nefret suçlarının büyük çoğunluğunun nefret gruplarıyla ilişkili olmayan failler tarafından işlendiği ve nefret gruplarının artmasıyla

⁹⁸ **BJS**, Hate Crime Victimization 2003-2011, <https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/hcv0311.pdf> (E.T. 04.05.2019).

⁹⁹ **BJS**, Hate Crime Victimization 2004-2015, <https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/hcv0311.pdf> (E.T. 04.05.2019).

¹⁰⁰ Megan **SULLAWAY**, “*Psychological Perspectives on Hate Crime Laws*”, *Psychology, Public Policy, and Law*, Vol. 10(3), 2004, s. 251-254.

¹⁰¹ Görüşler için bkz. HALL, s. 11-12; Jack **LEVIN**/ Jack **MCDEVITT**, *Hate Crimes Revisited: America's War on Those Who Are Different*, Westview Press, Boulder 2002, s. 14-22.

nefret suçları arasında anlamlı bir bağ bulunmadığı yönündeki istatistikler, bu görüşlerin dayanaklarıdır.¹⁰²

Son olarak bu konuda nefret suçu faillerinin ve nefret gruplarının, sahip oldukları ideolojiler hakkındaki değişen görüşlerine yer verilmelidir. Nefret grupları ve nefret suçu failleri, kendilerini özellikle son 20 yıl içinde artan bir şekilde, belirli bir gruba karşıtlıkla değil, bir grubun üstünlüğü üzerinden tanımlamaktadırlar. Belirli bir gruba duyulan nefret üzerinden değil, bir grubun üstün olduğu yönünde bir önyargıyı temel ideolojileri olarak belirtmektedirler.¹⁰³

Köleliği savunan bir Amerikalı kadının bu konuda yaptığı açıklamalar anlatmak istediğimiz duruma iyi bir örnektir: “*Elbette nefret etmiyorum. Eskiden, değer verdiğim siyahi bir bakıcım vardı. Güneyde büyüdüğüm ve ömrüm boyunca burada yaşadığım için problemi anlıyorum. Zenciler mevcut durumlarında (köle olarak) kalsalar daha mutlu olacaklar. Kuzeyli baş belaları zencileri anlamıyorlar.*”¹⁰⁴

Bu örnekte görülebileceği üzere, ifadenin sahibi birey kendini bir nefret sahibi veya ırkçı olarak görmemektedir. Siyahileri sevdiğini belirterek, siyahilerin köleliğe uygun olduğunu ve dolayısıyla beyazların üstünlüğünü savunan bir önyargıyı dile getirmektedir. *Allport* bu durumu *sevgi önyargısı* olarak adlandırmıştır.¹⁰⁵

Buna benzer olarak *Ku Klux Klan*, *Klanlar Kardeşliği* gibi ABD'nin en eski nefret grupları dahi artık kendilerini siyahi karşıtı olarak değil, beyaz üstünlüğünü savunan

¹⁰² Michael **JENDRYKE**/ Stephen C. **MCCLURE**, “*Mapping crime – Hate crimes and hate groups in the USA: A spatial analysis with gridded data*”, *Applied Geography* (Electronic Journal), Vol. 111, 2019, s. 1, 2, <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S014362281831004X> (E.T. 20.06.2019).

¹⁰³ JACOBS/ POTTER, s. 13.

¹⁰⁴ ALLPORT, s. 26.

¹⁰⁵ ALLPORT, s. 25.

gruplar olarak tanımlamaktadırlar. Bu değişim siyahilerden nefretten, beyazların üstün ırk olduğuna dair bir önyargıya geçiştir. Nefret suçlarının bu değişimi ve sosyal gerçekliği daha iyi karşılayabilmesi için önyargının tercih edilmesi, bu durum nedeniyle de mantıklı görünmektedir.¹⁰⁶

4. NEFRET SUÇUNDA SAİK MODELLERİ

a. Genel Olarak

Nefret suçları, *Hall*'ün yaptığı dışında, sembolik ve işlevsel suçlar¹⁰⁷ şeklinde ikili bir ayrıma daha tabi tutulmuştur. Bu ikili ayırmada nefret suçu failinin, suçu işlemedeki motivasyonu ve suçla ulaşmak istediği amaç göz önünde bulundurulmuştur. Sembolik nefret suçları, sosyal hayatın işleyişine yönelik, mağdurların sembolize ettikleri gruplar ve değerler nedeniyle seçildikleri suçlardır. Bu tür suçlar, mağdurun dahil olduğu gruba ve genel olarak topluma bir mesaj iletmek amacıyla işlenirler. Bu suçluların hareketi gerçekleştirmedeki motivasyonları nefret veya önyargıdır. Amaçları da bu nefretin dışavurumu olan mesajı iletmektir.¹⁰⁸

ABD'de 1890 ile 1940 yılları arasında Afrika kökenli Amerikalıların beyazlar tarafından linç edildikleri bir dizi olay yaşanmıştır. Bu olaylarda öldürülen Afrika kökenli Amerikalıların cesetleri, hem bu ideolojiyi paylaşan beyazları cesaretlendirmek hem de Afrika kökenli Amerikalılara bu bölgelerde istenmediklerinin mesajını vermek için sokaklarda çeşitli yerlere asılarak sergilenmiştir. Aynı şekilde Bryd ve Shepard

¹⁰⁶ JACOBS/ POTTER, s. 13.

¹⁰⁷ *Symbolic crimes/ actuarial crimes* ayrımının tarafımızca yapılan çevirisinde, Türkçe karşılık olarak *sembolik suçlar/ işlevsel suçlar* kullanılmıştır.

¹⁰⁸ Richard **BERK** and others, Thinking More Clearly about Hate-Motivated Crimes, In Hate Crimes: Confronting Violence Against Lesbians and Gay Men (Ed. Gregory **HEREK/ Kevin BERRILL**), Sage Publications, California 1992, s. 127, 128.

olaylarında da benzer amaç ve motivasyon mevcuttur. Bu ve benzeri örnekler sembolik nefret suçlarıdır.¹⁰⁹

İşlevsel suçlarda da sembolik suçlara benzer şekilde fail, mağduru belirli bir gruba mensup olduğu için seçmektedir. Ancak işlevsel suçlarda failin motivasyonu nefret ya da önyargılar değildir ve sembolik mesaj verme amacı yoktur. Burada fail, mağdurun dahil olduğu grupla ilgili bir önyargısı ya da kalıpyargısına dayalı olarak, hareketi o gruba mensup bir mağdur üzerinde gerçekleştirmesinin yararına olacağını düşünür.¹¹⁰

Hırsızlık yapmak isteyen bir failin, Yahudilerin zengin olduğuna dair gözlemine ya da inancına dayalı olarak, suçu bir Yahudi'nin evine girerek işlemesi, işlevsel suçun bir örneğidir. Burada failin Yahudi nefreti ya da Yahudilere mesaj verme amacı yoktur. Ancak suçun mağduru, Yahudi olması nedeniyle seçilmektedir.¹¹¹

Nefret suçlarında saik ile hareket arasındaki ilişkiyi değerlendiren düşmanlık ve ayrımcı seçim modelleri de bu ayrımı temel alarak oluşturulmuştur.^{112 113}

b. Düşmanlık Modeli

Nefret suçlarında düşmanlık modeli, sembolik suçları temel alır. Düşmanlık modelinde nefret suçu, failin korunan bir gruba karşı önyargısı ya da nefreti tarafından motive edildiği ya da suçu işlerken önyargı ya da nefretini sergilediği suçlardır.

¹⁰⁹ Manfred **BERG**, *Popular Justice: A History of Lynching in America*, Rowman & Littlefield Publishers, Washington 2015, s. 90-95.

¹¹⁰ BERK and others, s. 128.

¹¹¹ BERK and others, s. 128.

¹¹² Bu modeller devam eden başlıklarda incelenecek olan *düşmanlık* ve *ayrımcı seçim*dir. *Düşmanlık modeli* İngilizce *animus model* teriminin, *ayrımcı seçim modeli* ise İngilizce *discriminatory selection model* teriminin Türkçe karşılığı olarak kullanılmıştır.

¹¹³ JENNES/ GRATTEY, *Examining*, s. 687.

Düşmanlık modelinde, failin korunan gruba karşı nefret ya da önyargı sahibi olması ve işlediği suç, nefret veya önyargısı arasında bir bağ bulunması gerekir.¹¹⁴

Ancak düşmanlık modeli içerisinde kalan kanuni düzenlemeler de üçe ayrılmaktadır. İlk kategoride “suçun korunan gruba karşı duyulan nefret tarafından motive edilmesi”ne açıkça yer verilen düzenlemeler bulunur. Bu düzenlemelere göre, bir nefret suçunun oluşabilmesi için iki unsurun kanıtlanması gerekir. Birinci unsur failin korunan gruba karşı nefretinin varlığıdır. İkinci unsur suçun, bu nefret nedeniyle işlendiğinin ispatıdır.¹¹⁵

Avustralya Kuzey Bölgesi Ceza Kanunu’nun genel ağırlaştırıcı nedenler içerisinde “suç bir grup insana duyulan nefretten motive olunarak işlendiyse”¹¹⁶ düzenlemesi, bu tür nefret suçu düzenlemelerine bir örnektir.

İkinci kategoride ise saiki nefretten farklı ve daha düşük bir eşik olan önyargı olarak belirleyen düzenlemeler bulunmaktadır. Bu tür düzenlemelere örnek olarak Güney Afrika Ceza Kanunu’nun 75. maddesi örnek olarak gösterilebilir. Madde, belirli temel suçların “...dayanan önyargılarla motive edilmiş...” olması halinde ceza artırımını düzenlemektedir.¹¹⁷

¹¹⁴ Frederik M. LAWRENCE, “*The Punishment of Hate: Toward a Normative Theory of Bias-Motivated Crimes*”, Michigan Law Review, Vol. 93(2), 1994, s. 334.

¹¹⁵ OSCE, Prosecuting, s. 50, 51.

¹¹⁶ Northern Territory of Australia Sentencing Act, 1995, section 6A(e), <https://legislation.nt.gov.au/en/Legislation/SENTENCING-ACT-1995> (E.T. 10.07.2018).

¹¹⁷ James CHALMERS/ Fiona LEVERICK, A Comparative Analysis of Hate Crime Legislation A Report to the Hate Crime Legislation Review, 2017, s. 46, https://consult.gov.scot/hate-crime/independent-review-of-hate-crime-legislation/supporting_documents/495517_APPENDIX%20%20ACADEMIC%20REPORT.pdf (E.T. 02.04.2018).

Üçüncü kategoride yer alan düzenlemeler ise, ispat standardı olarak suçun işlenmesi sırasında önyargının gösterilmesini ya da sergilenmesini, nefret suçunun oluşması için yeterli kabul eden düzenlemelerdir. İngiltere Crime and Disorder Act 28. kısım 1. madde ile İskoçya Offences (Aggravation by Prejudice) Act 1. madde 2. fıkra ile 2. madde 2. fıkra bu düzenlemelere örnektir.¹¹⁸

c. Ayrımcı Seçilim Modeli

Ayrımcı seçilim modeli ise işlevsel suçları temel alarak oluşturulmuştur. Bu modele göre nefret suçunun oluşması için mağdurun korunan gruba mensubiyeti nedeniyle seçilmiş olması yeterlidir. Bu seçilimin yanı sıra nefret veya önyargının bulunması ya da kanıtlanması gerekmez. Sadece failin mağduru, grup mensubiyeti nedeniyle hedef aldığı kanıtlanması nefret suçunun oluşması için yeterlidir.¹¹⁹

Kadınların çantalarında değerli eşyalar taşıdığına inandığı için kadınları hedef alan bir yankesici ya da daha kısıtlı hareket kapasiteleri nedeniyle zor kaçabileceklerine inandığı için engellileri hedef alan bir saldırgan, bu model altında sayılan nefret suçlarına birer örnektir.¹²⁰

Düşmanlık modeline göre nefret suçu sayılan her suç, ayrımcı seçilim modeline göre de nefret suçu olacaktır. Ancak ayrımcı seçilim modeline göre nefret suçu sayılan her suç, düşmanlık modelinin kapsamına girmeyecektir. Yukarıda verilen örneklerde yankesicinin ırkçı bir suçlu olarak nitelendirilip cezalandırılmasının, nefret suçlarının özüne uymayacağı da savunulmuştur. Bu tür suçların nefret suçu olarak değil, ancak

¹¹⁸ CHALMERS/ LEVERICK, s. 42.

¹¹⁹ GOODAL, s. 223, 224.

¹²⁰ Lu-In WANG, “The Transforming Power of Hate: Social Cognition Theory and The Harms of Bias-related Crimes”, California Law Review, Vol. 71(1), 1997, s. 72.

planlayarak ve tasarlayarak işlenen suçlar olması nedeniyle ceza artırımına tabi tutulması gerektiği ifade edilmiştir.¹²¹

Ayrımcı seçim modelini tercih eden nefret suçu düzenlemeleri kısıtlı sayıdadır. Wisconsin Ceza Kanunu'nun 939.645 sayılı paragrafının 1. fıkrasının (b) bendi “...*suçun mağdurunu, zarar verilecek mülkü, mağdurun ya da mülkün sahibinin ırkı, dini, rengi, engelliliği, cinsel yönelimi, milliyeti veya soyu nedeniyle kasten seçerse...*”¹²² cümlesiyle ayrımcı seçim modelini tercih eden nefret suçu düzenlemesine bir örnektir.¹²³

B. NEFRET SUÇUNUN CEZA KANUNLARINDA DÜZENLENMESİNİN GEREKLİLİĞİNİ AÇIKLAYAN GÖRÜŞLER

1. SEMBOLİK MESAJ

Durkheim ve ondan sonra gelen tüm sosyal bilimcilerin de belirttiği şekilde ceza hukuku, belirli davranış formlarını bir suç tipi olarak inşa ederek, onlara yeni bir normatif tanımlama kazandırır. Suç tipleri ve cezalandırma sistemi, düzenlediği davranışın kabul edilemezliğini işaret eden ahlaki kodlamalar taşır ve “iyi” ile “kötü” olan arasında yeni sınırlar çizer, mevcut olanları pekiştirir. Bu yolla ceza hukuku davranışa yeni bir statü kazandırır.¹²⁴

Nefret suçu yasaları da benzer şekilde, ceza yasalarının nefret saikiyle ihlal edilmesini ceza artırımı yoluyla görünür bir sosyal problem haline getirir. Sadece yasal/yasadışı olanı belirlemekle kalmaz, aynı zamanda iktidar ilişkileri, toplumsal kimlik

¹²¹ GOODAL, s. 228-230.

¹²² Madde metni için bkz. <https://docs.legis.wisconsin.gov/statutes/statutes/939/IV/645/1/b> (E.T. 02.11.2019).

¹²³ CHALMERS/ LEVERICK, s. 41.

¹²⁴ Yasemin IŞIKTAÇ/ Umut KOLOŞ, Hukuk Sosyolojisi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., İstanbul 2017, s. 172.

ve ahlakla ilgili mesajlar da taşır. Temel suça ceza artırımı ekleyerek, nefretin tek başına, ayrı bir ahlaki yanlış olduğunu ve kınanması gerektiğini belirtir. AGİT'in belirttiği şekliyle; nefret suçları “*hem eşitliğin toplumsal değerini ifade eder, hem de bu değerlerin gelişimini destekler*”¹²⁵. Nefretin tek başına yanlış olduğunu vurgulayarak, saygı, eşitlik ve hoşgörü gibi toplumsal değerleri pekiştirir.¹²⁶

Nefret suçları, sembolik değerini cezalandırmanın topluma verdiği kınama mesajına borçludur. Nefret suçu, nefret saikini cezalandırarak, bu suçun faillerini ahlaki olarak eksik kişiler şeklinde kodlar ve “*kim olmamız gerektiğinin görünür hatırlatıcıları*” işlevine büründürür.¹²⁷

Nefret suçları sadece failleri ahlaki ihlalciler olarak kodlamakla kalmaz. Bunun yanında korunan grupların toplum tarafından algılanışını değiştirir. Nefret suçları azınlık ve çoğunluk grupları eşit seviyede korusa da, uygulamada çoğunlukla dışlanmış ve güçsüz durumdaki azınlıklara yönelmektedir. Toplum tarafından “*tehlikeli, suçlu ve sapkın öteki*” olarak görülen bu grupların, “*savunmasız ve hukuki korumaya muhtaç*” olduğu mesajını vererek, bu gruplara yönelik toplumsal algının normalleşmesine katkıda bulunur.¹²⁸

Bu görüşe getirilen eleştirisi ise, ceza hukukuna ve nefret suçuna atfettiği önemin sadece teorik düzeyde kaldığı yönündedir. Toplumsal gruplar arasında tarihsel süreçte oluşan nefretin ve genel olarak nefret duygusunun ceza yasaları yoluyla değiştirilmesinin

¹²⁵ OSCE/ ODIHR, Hate Crime Laws, s. 7.

¹²⁶ Andrew E. **TASLITZ**, “*Condemning the Racist Personality: Why the Critics of Hate Crimes Legislation Are Wrong*”, Boston College Law Review, Vol. 40, 1999, s. 750, 751.

¹²⁷ Bennett **WEISBURD**/ Brian **LEVIN**, “*On the Basis of Sex: Recognizing Gender-Based Bias Crime*” Stanford Law & Policy Review, Vol. 25(5), 1994, s. 26, 27.

¹²⁸ JACOBS/ POTTER, s. 64, 65.

mümkün olmadığı belirtilmektedir. Ceza hukukunun rolünün bu şekilde toplumu dönüştürmek olmadığına altı çizilmektedir.¹²⁹

Bu eleştirilere katılmadığımızı belirtmek isteriz. Ceza hukuku, devletler açısından ikili bir işlev görür. İlk işlevi, toplumu ve bireyi cezalar vasıtasıyla korumaktır. İkinci işlevi, toplumsal yapıyı değiştirmek ve geliştirmektir.¹³⁰ Hukuki iktidar, kabul ettiği değerlere tabi *öznel*er yaratır. Davranışları şekillendirir ve meşrulaştırır. Hukuk bu yönüyle, toplumsal değerleri ve davranış kodlarını değiştirme yetisine sahiptir. Bu yeti ayrımcılığı ve nefreti önlemeye yönelik pozitif bir değişim için kullanabileceği gibi, ataerkil sistemin yeniden yaratılması gibi negatif bir yönde de kullanılabilir.¹³¹

Kanımızca nefret suçlarının demokratik bir hukuk devletinin temel değerlerinden biri olan eşitlik ilkesine yönelik vereceği olumlu mesajlar ve bu mesajları ceza artırımı yoluyla hem görünür kılması hem de pekiştirmesi yapılan düzenlemelerin gerekçesi olarak kabul edilebilecek niteliktedir. Töre ve namus cinayetleri, kan davaları gibi toplumun uzun süreler boyunca yerel kültürünün bir parçası olmuş uygulamaların, ceza hukuku tarafından suç olarak düzenlendikten sonra azalması ve yanlış olarak algılanmaya başlanması bu görüşü desteklememizin nedenlerinden biridir.

¹²⁹ Heidi M. HURD, “*Why Liberals Hate Hate Crime Legislation*”, Law and Philosophy, Vol. 20(2), 2001, s. 224.

¹³⁰ TOROSLU/ TOROSLU, s. 20, 21.

¹³¹ Türkân YALÇIN, Türk Ceza Hukukunda Kadın, Savaş Yay., Ankara 2019, s. 53, 54.

2. ZARAR

a. Mağdurun Uğradığı Zarar

a1. Psikolojik Zarar

Sıklıkla savunulan ikinci görüş, ceza artırımını mağdurun uğradığı travmanın ve psikolojik zararın daha fazla olmasıyla savunmaktadır. Zarar teorisyenlerinden Lawrence “nefret suçu... mağdura sadece fiziksel olarak değil, kimliğinin özüne de saldırır. Bu nedenle nefret suçları diğer suçlara göre mağdurda abartılı bir savunmasızlık ve kırılabilirlik hissi yaratır. Bu şekilde nefret suçu mağdurları sıklıkla depresyon, anksiyete bozuklukları ve derin bir toplumdaki izolasyon hissi gibi psikolojik semptomlar gösterirler.”¹³² cümleleriyle bu görüşü ilk savunanlardan biridir. Ayrıca nefret suçu mağdurlarının bu suçla damgalandıklarını ve yoğun bir aşağılanma ve özgüven kaybı yaşadıklarını da belirtmiştir.

Bu görüşü savunan diğer teorisyenler de bu listeye yeni psikolojik semptomlar eklemişlerdir: kendini suçlama, kişilerle ilişkiden kaçınma, uyku problemleri, intihar düşünceleri, baş ağrıları, saldırının tekrarlanacağına dair duyulan yoğun korku vb. Bu yönde yapılan birçok empirik çalışma mevcuttur.¹³³

Bu görüşün ceza artırımını savunan temel düşüncesi şu şekildedir: nefret suçu faileri daha ağır cezayı hak ederler çünkü daha fazla kusurludurlar; daha fazla kusurludurlar çünkü daha büyük bir kötülük yapmışlardır; daha büyük bir kötülük yapmışlardır çünkü daha büyük bir manevi zarara neden olmuşlardır.¹³⁴

¹³² Frederick M. **LAWRENCE**, Punishing Hate Bias Crimes Under American Law, Harvard University Press, Cambridge 2002, s. 40, 41.

¹³³ **LAWRENCE**, Punishing, s. 41.

¹³⁴ Paul H. **ROBINSON**, “Hate Crimes: Crimes of Motive, Character or Group Terror?”, Annual Survey of American Law, Vol. 1992/1993, 1993, s. 612.

Bu görüşe getirilen ilk eleştiri, görüşü destekleyen empirik araştırmalara yöneliktir. Tüm şiddet suçları mağdurlarda psikolojik travmaya neden olmaktadır. “Nefrete dayalı şiddetin neden olduğu etkili duygusal değişimler, diğer şiddet suçu mağdurlarıninkine benzer görünmektedir.” şeklinde sonuçlara ulaşılan empirik araştırmalar da yapılmıştır. Görüleceği üzere birbiriyle çatışan bu araştırmalar, psikolojik zararın büyüklüğünün nasıl ölçüldüğu ve nasıl belirlendiği konusunda şüpheler yaratmaktadır.¹³⁵

Burada sorulması gereken soru, “şiddet içeren nefret suçları, motivasyonu farklı olan birebir benzer şiddet suçlarından daha fazla psikolojik zarara neden olur mu” olmalıdır. *Jacobs* ve *Potter*, nefret suçuyla neden olunan psikolojik travmalar arasındaki ilişkiyi inceleyen araştırmaları gözden geçirerek, bu çalışmalardaki benzer metodolojik problemlere dikkat çekmişlerdir. İncelenen çalışmaların sadece nefret suçlarının mağdurlarda yarattığı travmalara odaklandığını, ancak benzer şiddet suçlarının mağdurlarıyla karşılaştırma yapmadığını tespit etmişlerdir. Bu şekilde yapılan araştırmalara dayanarak nefret suçu mağdurlarının uğradıkları zararla ilgili bir sonuca ulaşılamayacağını belirtmişlerdir.¹³⁶

Empirik araştırmalarda bulunan metodolojik problemler dışında, bu görüş fiziksel zarar konusunda da belirtilene benzer şekilde nefretin tek başına daha fazla psikolojik zarara yol açmadığı, zarara yol açanın mağdurun bu yöndeki algısı olduğu yönünde eleştirilmiştir. Nefret saikiyle yapılan bir saldırı, mağdur tarafından kendisine yönelik bir nefret suçu olarak algılanmadığı sürece normalin üzerinde bir psikolojik zarara neden olmaz (tam tersi şekilde nefret saiki taşımayan bir failin hareketi de mağdur tarafından

¹³⁵ Arnold **BARNES**/ Paul H. **EPHROSS**, “*The Impact of Hate Violence on Victims: Emotional and Behavioral Responses to Attacks*” *Social Work*, Vol. 39(3), 1994, s. 250.

¹³⁶ **JACOBS**/ **POTTER**, s. 81-85.

kendisine yönelik bir nefret suçu olarak algılanarak daha fazla psikolojik zarara neden olabilir). Bu durumda ceza artırımında hukuk sisteminin mağdur tarafından algılanan nefret unsuruna yer vermesi gerekir. Ancak böyle bir durum, mağdur tarafından nefret suçu olarak algılanmayan bir fiilin daha fazla zarara neden olmamasına rağmen daha ağır cezalandırılmasına; benzer şekilde nefret saiki taşımayan bir failin de hareketinin mağdur tarafından nefret suçu olarak algılanması nedeniyle daha ağır cezalandırılmasına neden olacaktır.¹³⁷

Görüldüğü üzere psikolojik zarara dayanan görüşler de nefret suçlarında ceza artırımını gerekçelendirmede yeterli değildir. Nefret saikiyle işlenen suçlarla psikolojik zarar arasında bir bağ kurmak için yeterli empirik çalışma olsa dahi, her nefret suçunun daha fazla zarara neden olduğu görüşü her olayda geçerli olmayacaktır.

a2. Fiziksel Zarar

Ceza artırımını zararlarla gerekçelendiren “zarar teorilerinin” ilki fiziksel zararı esas alır. Nefret suçlarının faillerinin, başka saiklerle suç işleyen faillelere göre mağdurlara daha büyük fiziksel zararlar verdiklerini ve bu nedenle daha ağır cezalandırılmaları gerektiğini iddia ederler. Örneğin *Lawrence*, “zarar... bir suçun ağırlığını belirlemenin kalbidir.”¹³⁸ diyerek daha fazla fiziksel zararın daha fazla cezaya yol açması gerektiğini savunmuştur.

Örneğin, *Fetzer ve Pezzella*, nefret suçları mağdurları ile yaptıkları karşılaştırmalı çalışmada “nefret saikiyle işlenen suçların, diğer suçlara oranla fiziksel saldırı içerme

¹³⁷ H. Richard UVILLER, “Review Article: Making It Worse: `Hate` as An Aggravating Factor in Criminal Conduct”, *Ethnic and Racial Studies*, Vol. 23(4), 2000, s. 764.

¹³⁸ LAWRENCE, *Punishing*, s. 73.

ihhtimali çarpıcı biçimde daha yüksektir. Nefret saikiyle işlenen saldırılarda mağdur diğer saldırılara oranla daha ciddi fiziksel zarara uğramaktadır.” sonucuna ulaşmıştır.¹³⁹

Bu iddia Weisburd ve Levin tarafından yapılan istatistiksel bir araştırmada ortaya çıkan “nefret suçları... diğer suçlara oranla dört kat daha fazla saldırgan davranış içermektedir.” ve “nefret suçları... diğer suçlara oranla iki kat daha fazla fiziksel zarara ve dört kat daha fazla mağdurun hastaneye yatmasına neden olmaktadır.” sonuçlarıyla da paraleldir.¹⁴⁰

Nefret suçunda ceza artırımını bu şekilde gerekçelendiren görüşe yönelik birçok eleştiri yapılmıştır. Bir analogi yapılarak bu görüşün isabetli olmadığı savunulmuştur: “İlk olarak kötü huylu insanlar tarafından işlenen suçlar daha fazla saldırgan hareket içerir. İkinci olarak kötü huylu insanlar tarafından yapılan saldırılar iki kat daha fazla fiziksel zarara neden olur ve dört kat daha mağdurun hastaneye yatma olasılığı vardır. Bu durumda kötü huylu insanların işledikleri suçlar daha ağır cezalandırılmalıdır.”¹⁴¹

Bu analogiyle anlatılmak istenen nefretin tek başına bir zarar olmadığı, zarara yol açanın failin eylemlerinin olduğudur. Nefreti tek başına ceza artırımının ve fiziksel zararın kriteri olarak kullanmak doğru bir yaklaşım değildir. Nefret saikiyle işlenen suçların hepsi saldırı içermemektedir ve nefret saikiyle hareket etmesine rağmen daha az fiziksel zarara yol açan failer de vardır. Aynı şekilde herhangi başka bir motivasyonla

¹³⁹ Matthew D. **FETZER**/ Frank S. **PEZZELLA**, “The Nature of Bias Crime Injuries: A Comparative Analysis of Physical and Psychological Victimization Effects”, Journal of Interpersonal Violence, Vol. 34(18) , 2019, s. 3886, 3887.

¹⁴⁰ WEISBURD/ LEVIN, s. 23.

¹⁴¹ Heidi M. **HURD**, “Punishing Hatred and Prejudice”, Stanford Law Review, Vol. 56(5), 2004, s. 1087.

suç işlemesine rağmen son derece ciddi fiziksel zararlara yol açan failer de bulunmaktadır.¹⁴²

Görülebileceği üzere, her suçun ve failin neden olduğu fiziksel zararı tek olarak, bireyselleştirerek değerlendirmek yerine, bir “grup” fail hakkında genelleme yaparak ceza artırımını savunmak tutarlı bir gerekçe değildir. Aynı şekilde, nefret suçları ve fiziksel zarar konusunda yapılan istatistiksel çalışmalar son derece az sayıdadır.¹⁴³ Ve nefret suçları ile fiziksel zararın arasında anlamlı bir artış ilişkisi saptayamayan çalışmalar da mevcuttur.¹⁴⁴

Sonuç olarak, nefret suçlarının daha fazla fiziksel zarara neden olduğu ön kabulüyle yola çıkarak, ceza artırımını savunmak mümkün görünmemektedir. Hem her olayın ceza hukuku anlamında bireysel olarak değerlendirilme gerekliliği ve ortaya çıkan zararın her olay için ayrı ayrı tespit edilmesi hem de bu yolla cezanın bireyselleştirilmesi gerektiğinden, bu görüşler yeterli ve mantıklı bir açıklama sunmamaktadır.

b. Toplumun Uğradığı Zarar

Nefret suçlarına ayrı düzenleme getirilmesini savunanların değindikleri bir diğer nokta ise nefret suçlarının, toplumu oluşturan gruplar arası çatışma ve misilleme riskini artırmasıdır. Nefret suçlarının koruduğu grupların çok çeşitli olduğu göz önüne

¹⁴² HURD, Punishing, s. 1090.

¹⁴³ PERRY, In the Name, s. 137.

¹⁴⁴ Brendan LANTZ/ Joonggon KIM, “Hate Crimes Hurt More, But So Do Co-Offenders: Separating the Influence of Co-Offending and Bias on Hate-Motivated Physical Injury”, Criminal Justice and Behaviour (Electronic Journal), 2018 <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/0093854818810314?journalCode=cjb> b (E.T. 12.02.2019).

alındığında, bu hususun genel olarak; ırksal, etnik ve dinî gruplar arasında ortaya çıkacağı aşikardır.¹⁴⁵

Bu görüşün de ortaya birçok problem çıkarabileceği belirtilebilir. Örneğin, nefret suçuna maruz kalan bireyin dahil olduğu grup, ani bir tepkiden ziyade bunu misilleme fırsatı olarak görür ve harekete geçerse, faile daha ağır bir kusur atfedilebilir mi veyahut, misilleme riski fazla olan gruplara karşı işlenen suçlar, bu riskin daha düşük olduğu gruplara karşı işlendiğinde daha mı az ceza söz konusu olacaktır. Bu durumlar cezalandırmanın şahsiliği ilkesini tehlikeye atabilir. Ayrıca kusuru, fiili işleyen bireyden alarak korunan gruplara kaydırma riski taşır.¹⁴⁶

Burada daha makul olan savunma, misilleme veya çatışma riskinden ziyade; toplumu oluşturan gruplar arası güvensizlik, şüphe, uyumsuzluk yaratma riskini bertaraf ederek toplumsal barışın korunmasının hedeflendiğidir. Ancak tam tersi nefret suçlarına daha ağır cezaların öngörülmesi, bu kapsamda korunan gruplara pozitif ayrımcılık yaratılması, gruplar arası güvensizlik duygusunu daha da körükleme riskini taşımaktadır.¹⁴⁷

3. KUSURLULUK

Suçun işlendiğinin sabit olması üzerine, suça verilecek cezanın failin kusurluluğu oranında belirlenmesi, ceza hukukunun genel kabul gören ilkesidir. Bu nedenle kasten işlenen suçlar, taksirle işlenen suçlara göre daha ağır cezalandırılır. Çünkü fail kasıtlı

¹⁴⁵ LAWRENCE, Punishing, s. 42, 43.

¹⁴⁶ JACOBS/ POTTER, s. 87.

¹⁴⁷ JACOBS/ POTTER, s. 88.

suçlarda, işlediği suçun neticelerini bilmekte ve istemektedir. Dolayısıyla daha ağır kusurludur.¹⁴⁸

Nefret suçlarına daha ağır ceza verilmesini savunanlar, nefretle işlenen suçların faillerinin benzer fiilleri, önyargı temelli işlemeyenlere göre, ahlaken daha bozulmuş olduklarını ve bu nedenle daha kusurlu olduklarını savunmaktadırlar. Ancak bu savunma önyargı motivasyonu ile işlenen suçların, örneğin, aç gözlülük, güç hırsı, şehvet ve intikam gibi saiklerle işlenen suçlara nazaran neden daha ağır cezalara çarptırılması gerektiği konusunda yetersiz kalmaktadır.¹⁴⁹

Örneğin bir kişiyi cinsel yönelimi ya da ırkı nedeniyle öldüren bir faille; karısını hayat sigortasını alabilmek için öldüren bir faili, ahlaken, aşağı veya yukarı konumlandırmak ve birine özel düzenleme getirmek ne kadar doğrudur. *Jeffrey Murphy*'nin de belirttiği gibi "*belki de tüm saldırılar, ırksal temelli olsun ya da olmasın, içinde aşağılama ve küçük düşürme motivasyonu taşır, bu nedenle aynı ölçüde kötücüdür.*"¹⁵⁰

Burada ortaya çıkan başka bir sorun; önyargı nedeniyle suç işleyen failerin neden mesela soğukkanlılıkla suç işleyen birine göre daha ağır yaptırımlara maruz kalması gerektiği noktasındadır. Failin bu önyargıya kendi rızasıyla sahip olmadığı, ailesinin, yetiştiği çevrenin zorlamasıyla benimsetildiği ve bu nedenle tasarlayarak ya da soğukkanlılıkla bu suçu işleyen bireye nazaran daha ağır cezalandırılması değil, tam tersine bunun bir hafifletici neden olarak kabul edilmesi gerektiği öne sürülmüştür.¹⁵¹

¹⁴⁸ LAWRENCE, Punishing, s. 45, 46.

¹⁴⁹ HURD, Why, s. 224, 225.

¹⁵⁰ Jeffrie G. MURPHY, "Bias Crimes: What Do Haters Deserve?", Criminal Justice Ethics, Vol. 11(2), 1992, s. 23.

¹⁵¹ HURD, Why, s. 222.

C. NEFRET SUÇUNUN CEZA KANUNLARINDA DÜZENLENME BİÇİMLERİ

1. BAĞIMSIZ BİR SUÇ TİPİ OLARAK

Nefret suçu, ceza kanunlarında önyargının/nefretin temel bir unsur olarak bulunduğu ayrı bir suç tipinin ve kanun maddesinin yaratılması yoluyla yer alabilir. Bu tür düzenlemelerde, saikin kanıtlanması suç tipinin oluşması için zorunlu bir unsurdur. Saikin kanıtlanmadığı durumlarda bu suç tipi oluşmaz.¹⁵²

Nefret suçunun ceza kanunlarında bağımsız bir suç tipi olarak düzenlendiği durumlar iki biçimde ortaya çıkar. İlk tür düzenlemelerde, ceza kanununda var olan suç tipi ya da tipleri, önyargı ya da nefret saikiyle işlenmesi unsuruyla birleştirilerek, yeni bir kanun maddesi ve suç tipi ihdas edilir. Bu yeni maddenin belirlediği ceza, ceza kanununda zaten var olan suçun cezasından ağır olur.¹⁵³

Bu tür nefret suçu düzenlemelerine, İngiltere Crime and Disorder Act'in 28-32'nci maddeleri gösterilebilir. Bu maddeler, *ırksal ve dinî ağırlaştırılmış saldırı ile ırksal ve dinî ağırlaştırılmış mala zarar* başlıklarını taşımaktadır. Bu suçlar, İngiltere Ceza Kanunu'nda yer alan saldırı ve mala zarar suçlarının, ırka ve dine dayanan nedenlerle işlenmesini yeni bir suç tipi haline getirmiştir.¹⁵⁴

İkinci tür düzenlemeler ise az sayıdadır ve bu çalışma kapsamında kabul ettiğimiz nefret suçu tanımına birer istisnadırlar. Bu kategori altında yer alan ikinci tür nefret suçu düzenlemelerinde, daha önce ceza kanununda bir suç tipi olarak cezalandırılmayan yeni

¹⁵² Gail **MASON**, *Legislating Against Hate*, in *The Routledge International Handbook on Hate Crime* (Ed. Nathan **HALL**), Routledge, New York 2015, s. 60, 61.

¹⁵³ **MASON**, *Legislating*, s. 61, 62.

¹⁵⁴ Madde metinleri için bkz. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/37/part/II/crossheading/raciallyaggravated-offences-england-and-wales> (E.T. 12.8.2019).

eylemler yaratılarak, bu eylemlerin nefret/önyargı saikiyle gerçekleştirilmesi unsuru eklenerek yeni bir bağımsız suç tipi ve kanun maddesi yaratılmaktadır. Bu tür suçlarda saik unsuru bulunsa da temel suç bulunmamaktadır. Yeni yaratılan eylemler, ceza kanununda önceden yer alan bir suç tipinden tamamen bağımsız ya da bir kısmının örtüştüğü içerikte olabilir. Bu düzenlemeler altında yer alan eylemler, nefret veya önyargı saiki olmadan gerçekleştirildiğinde her zaman ayrı bir suç oluşturmamaktadır.¹⁵⁵

Bu tür düzenlemelere örnek olarak İskoçya Ceza Kanunu'nun 50-A maddesi gösterilebilir. Madde, ırksal ağırlaştırılmış taciz başlığını taşımaktadır ve ortalama bir insan tarafından taciz olarak nitelendirilebilecek bir hareketin, ırka dayanan bir kin ya da kötü niyetle gerçekleştirilmesini cezalandırmaktadır. İskoçya Ceza Kanunu'nda ayrı bir taciz suç tipi bulunmamaktadır. Ancak bu madde kapsamında sayılan taciz seviyesine ulaşan hareketler, aynı zamanda İskoçya Ceza Kanunu'nda bulunan toplum düzenini bozma, tehditkar veya istismarcı hareketler suçlarını da oluşturabilecek niteliktedir. Ancak 50-A maddesi bu suçlara göre daha fazla sayıda hareketi kapsamaktadır.¹⁵⁶

2. AĞIRLAŞTIRICI NEDEN OLARAK

Nefret suçunun ceza kanununda ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmesi durumunda, temel suç için verilecek cezanın alt veya üst sınırının, nefret veya önyargı saiki nedeniyle artırılması zorunluluğu doğar. Nefret suçu kanunlarının çoğunluğu ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmiştir. Bu tür düzenlemeler de iki kategoriye ayrılır.¹⁵⁷

¹⁵⁵ CHALMERS/ LEVERICK, s. 45.

¹⁵⁶ **Scottish Government**, One Scotland: Hate Has No Home Here Consultation on Amending Scottish Hate Crime Legislation, 2018, s. 51, http://www.stonewallscotland.org.uk/sites/default/files/stonewall_scotland_-_response_to_hate_crime_consultation.pdf (E.T. 04.01.2018).

¹⁵⁷ OSCE, Prosecuting, s. 28.

Birinci kategori, nefret suçunun genel ağırlaştırıcı neden olarak düzenlendiği ceza kanunlarını içerir. Bu düzenlemeler, ceza kanununda yer alan tüm suçların, nefret ve önyargı saikiyle işlenmesi durumunda alt veya üst sınırının artırılmasını öngörür. Örneğin Finlandiya Ceza Kanunu'nda, genel ağırlaştırıcı nedenler içerisinde yer almış, “*suçun ırk, renk, milliyet veya etnik köken, din veya inançlar, cinsel yönelim veya engellilik veya benzer nedenlerle işlenmesi*” halinde cezanın artırılacağı düzenlenmiştir.¹⁵⁸

İkinci kategori ise nefret suçunun bir ya da birkaç suç tipinde özel ağırlaştırıcı neden olarak düzenlendiği ceza kanunlarını içerir. Bu durumda, nefret ya da önyargı saikinin önce temel şeklinin oluşup oluşmadığı değerlendirilecek, sonraki aşamada ise bu saiklerle işlenmesi durumunda suçun ağırlaştırılmış halinden ceza verilecektir. Örneğin Ukrayna Ceza Kanunu'nun 121. maddesinin 1. fıkrası kasten ağır yaralama eylemini 5-8 yıl arası hapis cezasıyla cezalandırmıştır. İkinci fıkra ise suçun ırk, milliyet ve dinî tahammülsüzlük nedeniyle işlenmesi durumunda 7-10 yıl arası hapis cezası öngörmüştür.¹⁵⁹

3. CEZANIN BELİRLENMESİ İLKELERİNDE

Son olarak, nefret suçları, mahkeme temel suçun işlendiğini sabit gördükten sonra, ceza miktarını belirlemede yol gösterici olan ilkeler arasında yer alabilir. Bu tür düzenlemelerde nefret veya önyargı saiki, cezanın alt ve üst sınırını veya cezanın verileceği suçun madde veya fıkrasını değiştirmemektedir. Ancak alt ve üst sınırlar

¹⁵⁸ **Finlandiya Ceza Kanunu**, 1889, 6. kısım, m. 5(4), <https://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/1889/en18890039.pdf> (E.T. 07.09.2018).

¹⁵⁹ **Ukrayna Ceza Kanunu**, 2001, 2. özel kitap, 2. kısım, m. 121, <https://www.legislationline.org/documents/action/popup/id/16257/preview> (E.T. 07.09.2018).

arasında verilecek cezanın üst sınıra yaklaştırılarak veya üst sınırdan verilmesine olanak sağlamaktadır.¹⁶⁰

Örneğin Birleşik Krallık Ceza Adaleti Yasası (2003), ceza verilirken göz önüne alınacak hususlar arasında, suçun 145. maddede ırka ve 146. maddede engellilik ve cinsel yönelime dayalı düşmanlık nedeniyle işlenmesine yer vermiştir. Bu kanuna göre, mahkeme temel suçun varlığını ve sonrasında belirtilen nedenlerle işlendiğini tespit ederse cezayı üst sınırdan vererek, bu nedenlerin bulunduğu dair kanıtları açıklamalıdır.¹⁶¹

D. NEFRET SUÇLARI İLE KORUNAN GRUPLAR

1. GENEL OLARAK

İşlenen suçların büyük bir kısmının temelinde nefret veya önyargıların bulunduğu söylenebilir. Örneğin, çok çalıştırmasına rağmen düşük maaş veren patronuna kendi üzerinden para kazandığı ve zengin olduğu için nefret besleyen bir failin, patronunu öldürmesinde olduğu gibi birçok suçun temelinde kişisel ya da bir gruba karşı nefret veya önyargı bulunabilir.¹⁶²

Ancak bir suçu nefret suçu haline dönüştüren herhangi bir önyargı ya da nefret değil, nefret suçu yasalarında belirtilen belirlenmiş gruplara karşı olan önyargı ve nefrettir. Nefret suçu yasaları, toplumları oluşturan gruplardan bazılarını belirleyerek, bu gruplara karşı işlenen suçları koruma kapsamına alır.¹⁶³

¹⁶⁰ United Kingdom Law Commission, s. 44, 45.

¹⁶¹ Madde metinleri için bkz. http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/44/pdfs/ukpga_20030044_en.pdf (E.T. 08.07.2018).

¹⁶² HURD, Why, s. 226.

¹⁶³ MASON, Legislating, s. 60.

Özellikle kent hayatının gelişmesi ve kentlerin nüfusunun artmasıyla beraber, bireyler arası iletişim, kişilik dışı, anonim ve ikincil nitelikte ilişkilere dönüşmüştür. Bu tür iletişim, bireylerin sahip oldukları statüler ve roller aracılığıyla gerçekleşir. Bireyler birbirlerini örneğin mesleklerine, dini inançlarına, gelir düzeylerine ve benzeri statülerine ve bu statülere ait ayırıcı işaretlere göre tanırlar. Ve bu tanımadan sonra, birbirleriyle bu statülere sosyal olarak atfedilmiş davranış kalıplarından oluşan rollere göre iletişim kurarlar.¹⁶⁴

Kent hayatının uzmanlaşma ve işbölümüne dayalı karmaşık yapısı nedeniyle de bireyler, birçok statüye sahiptir ve bu statüye sahip olan insanların oluşturduğu gruba da dahildir. Örneğin bir birey mesleği nedeniyle öğretmenlerden oluşan, dini nedeniyle Hristiyanlardan oluşan, gelir düzeyi nedeniyle zenginlerden oluşan, ırkı nedeniyle beyazlardan oluşan ve sayılamayacak derecede çeşitli bir çok gruba dahildir. Her grubun kendine özgü davranış kalıpları ve değerleri vardır.¹⁶⁵

Toplumunu oluşturan grupların bu kadar çeşitli ve sayıca fazla olması nedeniyle, nefret suçlarının bütün grupları koruma altına alması imkânsızdır. Bu durum, toplumu oluşturan gruplardan bazılarının tercih edilerek koruma kapsamına alınmasını zorunlu kılmaktadır.¹⁶⁶

Tercihin hangi kriterlere göre yapıldığı veya yapılması gerektiği de nefret suçu hakkında belirlenmesi gereken en önemli unsurlardan biridir. Bu tercih, nefret suçlarının taşıdığı sembolik mesajın amacına ulaşabilmesi için hayati öneme sahiptir.

¹⁶⁴ Richard **SENNETT**, Kamusal İnsanın Çöküşü (Çev. Serpil **DURAK**/ Abdullah **YILMAZ**), Ayrıntı Yay., İstanbul 2013, s. 405-415.

¹⁶⁵ SENNET, s. 417-425.

¹⁶⁶ CHALMERS/ LEVERICK, s. 52.

2. GRUP KAVRAMININ TEMEL ÖZELLİKLERİ

a. Temel veya Değiştirilemez Özellikler

Grup kavramı, ortak bir özellik taşıyan bireylerin oluşturduğu insan topluluğu olarak tanımlanabilir. Nefret suçları açısından da, grup kavramı aynı şeyi ifade etmekle birlikte sorun, hangi ortak özellikleri taşıyan grupların koruma kapsamına alınabileceği sorusunun cevaplanmasında ortaya çıkar. Toplumunu oluşturan çeşitli gruplar arasında seçim yapılabilmesi için bir kriter ortaya koyulması gerekir.¹⁶⁷

Bu soruya verilen cevaplardan ilki, koruma kapsamına alınabilecek grubun ayırıcı özelliğinin, bireylerin kendini tanımladığı, öz benliğinin bir parçası olan *temel* niteliklerine ilişkin olanlarıyla sınırlandırılması gerektiğidir. Koruma kapsamı, bireyin kimliğinin kurucu bir parçası olan ve hareketleriyle düşüncelerine yön veren özelliklerine ilişkin gruplarla sınırlandırılmıştır. Mavi gözlü insanlar gibi rastgele bir araya getirilmiş bir grubu değil; din, cinsiyet gibi bireyin temel niteliklerinden oluşan grupları koruma kapsamına almaktadır.¹⁶⁸

Ancak bu kritere; bireyin kimliğinin temel bir parçası olarak görebileceği zenginlik, meslek gibi özelliklerin de korunan gruplardan olabileceği kadar geniş bir ölçüt belirlediği ve bu durumun da nefret suçunun kapsamını, sembolik önemini kaybettirecek kadar genişletebileceği yönünde eleştiriler yapılmıştır.¹⁶⁹

İkinci olarak belirlenen ölçüt ise grubun karakteristik özelliğinin, bireyin doğuştan gelen ve değiştirilmesi imkânsız ya da değiştirilmesi olağanüstü derecede zor ve maliyetli

¹⁶⁷ LAWRENCE, Punishing, s. 12.

¹⁶⁸ Alexander **BROWN**, “The ‘who?’ question in the hate speech debate: part 1: consistency, practical, and formal approaches”, Canadian Journal of Law and Jurisprudence, Vol. 29(2), 2016, s. 308.

¹⁶⁹ Mohamad **AL-HAKIM**, “Making a home for the homeless in hate crime legislation”, Journal of Interpersonal Violence, Vol. 30(10), 2015, s. 1762.

olduğu özellikleriyle sınırlandırılmasıdır. Bu kriter zenginlik, meslek gibi grupları koruma kapsamının dışına çıkarmakla beraber; ırk, cinsiyet, renk gibi özellikleri de kapsam içerisinde tutmaktadır.¹⁷⁰

Söz konusu ölçüt din gibi karakteristik özellikleri de dışarıda bırakma riskini barındırmaktadır. Nefret suçlarından korunmak için bireyin dinini değiştirebileceği veya gizleyebileceği yönündeki bir görüş, bu kriter kapsamında dinin nefret suçlarının dışında kalmasına neden olabilecektir. Değiştirilemez teriminin yerine “seçilmemiş” kriterini öneren görüşler de bulunmakla beraber, dinin sonradan seçilen bir kimlik olması, bu kriterin kullanımına da getirilen eleştiridir. Hukuk tarafından, bireyin belirli bir dine mensup olmasını, dinî görüşün değiştirilmemesinin ya da saklanmamasının, nefret suçu yasasının koruma kapsamından çıkarılma nedeni olduğu mesajının verilmesi, nefret suçlarıyla verilmek istenen mesajın tam tersi yönde bir sonuç ortaya çıkaracaktır.¹⁷¹

b. Tarihsel ve Sosyal Bağlam

Nefret suçunun temeline, gruplar arasındaki çatışmaların tarihini ve toplumun hiyerarşik yapısı ile toplumsal normları koyan görüşler vardır. Bu görüşler öncekilerin aksine, grubun karakteristik özelliğinin niteliğine değil; grubun toplumun tarihi ve kültürel yapısı içerisindeki yerine odaklanmaktadır.¹⁷²

Bu kapsamdaki görüşlerden ilki, korunacak grupların tarihsel olarak nefret suçlarına ve ayrımcılığa yoğun olarak maruz kalmış olanlarla sınırlandırılmasıdır. Bu tercihin nedenini *Jennes ve Grattet* “uzun tarihsel süreçler boyunca yaşanan gruplar arası çatışmalar ve ayrımcılık, toplumda önemli eşitsizliklerin ve güç dengesizliğinin

¹⁷⁰ Michael **BLAKE**, “*Geeks and Monsters: Bias Crimes and Social Identity*”, *Law and Philosophy*, Vol. 20(2), 2001, s. 125.

¹⁷¹ BROWN, Part I, s. 303-309.

¹⁷² OSCE, *Hate Crime Laws*, s. 38.

bulunduğu bir yapı meydana getirir. Bu yapıdaki eşitsizliklerin korunması için gücü elinde bulunduran gruplar sıklıkla şiddet ve şiddet tehdidine başvururlar."¹⁷³ şeklinde açıklamışlardır. Bu temele göre, nefret suçunun kaynağı tarihte yaşanan çatışmalardır ve bu nedenle korunacak grupların, bu çatışmalardan çıkarılması gerekir.

Reidy ise bu tercihin nedenini toplumların ahlaki sorumluluğuyla açıklar. *Reidy*'e göre grupların sistematik bir şekilde şiddet ve tehditle baskılanması, devletin veya hükümetin katkısı olmadan başarılmaz. Vatandaşların ve devletin kolektif eylemleriyle bu baskılanma oluşur. Bu nedenle, tarihsel olarak oluşturulan eşitsiz yapının değiştirilmesinde devlet ve toplumların özel bir ahlaki sorumluluğu vardır. Bu sorumluluğun gerçekleştirilmesinin yollarından biri de tarihsel olarak dezavantajlı konuma getirilmiş gruplara özel bir korunma sağlanmasıdır. Bu nedenle nefret suçlarıyla korunacak gruplar, tarihsel süreçte baskılanmaya maruz kalmış gruplar olmalıdır.¹⁷⁴

Ancak bu yaklaşımda da eleştirilen nokta, korunacak grupları gerekenden daha kısıtlı hale getirmesidir. Uzun bir tarihsel sürece dayanması, yeni tarihlerde tanımlanmış, yakın tarihlerde nefret suçu mağduru olmuş ya da oluşmuş grupların tamamen dışlanması sonucunu doğuracaktır. Yaş, cinsel yönelim ve benzeri kimlikler bu duruma örnek olarak gösterilebilir.¹⁷⁵

İkinci görüş ise, korunacak grupları toplumsal normlardan farklı ve bu farklılık nedeniyle nefret suçu mağduru olma ihtimali yüksek olan gruplarla sınırlandırır. Bu görüş tarihsel olarak bir baskılanma sürecine bakılmaksızın, mevcut toplumsal yapı içerisindeki grupların durumuna odaklanır. Mevcut toplumsal yapı içerisinde, hangi grupların nefret

¹⁷³ Valerie **JENNES**/ Ryken **GRATTET**, *Making Hate A Crime From Social Movement to Law enforcement*, Russel Sage Foundation, New York 2004, s. 124.

¹⁷⁴ David A. **REIDY**, "*Hate crimes, Oppression and Legal Theory*", *Public Affairs Quarterly*, Vol. 16(3), 2002, s. 264-267.

¹⁷⁵ AL-HAKIM, s. 1771.

suçlarına daha açık durumda bulunduğunu tespit ederek, bu grupları koruma kapsamına alır.¹⁷⁶

Bu görüş, diğerlerinin aksine yaşlılık ve evsizlik gibi karakteristik özelliklerin de koruma kapsamına alınmasına olanak sağlar. Burada temel alınan nefret suçuyla verilmek istenen sembolik mesajdan daha çok, mevcut durumda nefret suçlarının önlenmesidir. Ancak bu görüş de ilk olarak, korunacak grubu nefret suçuna açık, “zayıf ve çaresiz” olarak tanımladığı için eleştirilmiştir. Bu, nefret suçlarıyla verilmek istenen mesajla çelişmektedir. Örneğin yaşlılarla yapılan bir çalışmada yaşlıların, nefret suçu mağduru olarak tanımlanmaktan rahatsız oldukları sonucuna ulaşılmıştır.¹⁷⁷

İkinci olarak ayrımcı seçilim modeliyle beraber uygulanması durumunda, nefret suçlarını, sembolik gücünü kaybettirecek derecede genişleteceği yönünde eleştirilmiştir. Örneğin yaşlı olduğu için karşı koyamayacağı düşünülerek, bir yaşlının hırsızlık suçunun mağduru olarak seçilmesinin nefret suçu olarak değil, nitelikli hırsızlık suçu olarak cezalandırılması gerekir. Bu tür durumların *savunmasız gruplar* oldukları iddiasıyla nefret suçunun kapsamına alınması, nefret suçunu olması gerekenden daha geniş bir içeriğe sahip hale getirir.¹⁷⁸

Son olarak bu görüşün eleştirildiği nokta, genel olarak korunan ırk, din gibi gruplarla, bu gruplara göre toplumsal olarak daha antipatik bulunan ve kabul görmeyen grupları aynı koruma kapsamına dahil etmesidir. Bu eleştiriye örnek olarak Avustralya’da görülen iki davada mahkemenin, nefret suçlarını pedofili faillerini korunacak gruplar arasına alarak genişletmesi gösterilmiştir. Mahkeme pedofili faillerinin korkutma, tehdit

¹⁷⁶ GARLAND/ CHAKRABORTI, *Divided*, s. 49.

¹⁷⁷ Hannah MASON-BISH, “*Examining Boundaries of Hate Crime Policy: Considering Age and Gender*”, *Criminal Justice Policy Review*, Vol. 24(3), 2011, s. 297.

¹⁷⁸ Ivan HARE, “*Legislating Against Hate—The Legal Response to Bias Crimes*”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 17(3), 1997, s. 433.

ve şiddete karşı savunmasız bir grup olduğu gerekçesiyle, bu gruba karşı işlenen kasten yaralama eyleminin nefret suçu olduğuna hükmetmiştir.¹⁷⁹

Bu durumun da, pedofililere toplum içerisinde saygı ve tolerans gösterilmesi gerektiği şeklinde bir mesaj vererek, “çocuklarla cinsel ilişkiye giren yetişkinlere bir derecede meşruluk” kazandırdığı eleştirisinin hedefi olmuştur.¹⁸⁰

3. KORUNACAK GRUPLARIN SEÇİMİ

a. Politik Tercih

Grup özellikleri konusunda birçok kriter bulunmaktadır. Bu kriterlerin hepsinin güçlü ya da zayıf yönleri vardır. Ancak bu kriterlerden hangisinin tercih edileceği ve tercih edilen kriteri sağlayan gruplar arasında yapılacak tercih de tartışılması gereken bir diğer konudur. Bu konuda iki farklı anlayış söz konusudur.

Bu anlayışlardan ilki, korunacak grupların yasama sürecinde gerçekleşen iktidar ilişkilerinin sonucunda ortaya çıkmasıdır. Ancak bu anlayışı açıklamadan önce iktidar kavramından ve yasama sürecindeki iktidar ilişkilerinden ne anladığımızın açıklanması gerekir.

Burada iktidar kavramı, günlük hayatta anlaşıldığı şekliyle devlet ya da hükümet gibi kurumsal yapılardan çok daha geniş bir içeriktedir. İktidar, bireyden başlayarak mikro ve makro düzeyde tüm özneler arasında var olan, süreklilik arz eden bir ağ

¹⁷⁹ Gail MASON, “*Victim Attributes in Hate Crime Law: Difference and The Politics of Justice*”, British Journal of Criminology, Vol. 54(2), 2014, s. 169, 170.

¹⁸⁰ MASON, Victim, s. 174.

ilişkisidir. İktidar, tüm özneler arasında gerçekleşen sürekli iletişim yoluyla yayılan ve bu süreçte değişen ve değiştiren bir ilişkidir.¹⁸¹

Bu kapsamın yanı sıra, iktidar klasik anlamda var olan özne nesne ilişkisinin de dışındadır. İktidar uygulayan ve iktidara tabi olan ikiliği yerine, özneler arası bir ilişkidir. İktidar ilişkisinde yer alan her öznenin, özgül ağırlığı oranında ilişkiyi değiştirme ve ilişkiye etki etme imkânı vardır. İktidar uygulayan ve iktidar uygulanan yerine, dinamik ve değişken bir süreç söz konusudur.¹⁸²

Bu anlattıklarımızı yasama süreci üzerinden somutlaştırmamız mümkündür. Bir yasama sürecinde yasayı kabul ederek yürürlüğe sokan parlamento ve vekiller, parlamentoda yer alan partiler, çıkarılacak yasadaki çıkarları etkilenecek baskı grupları, yasayı değerlendirerek seçimde oy kullanacak vatandaşlar gibi birçok özne vardır. Bu öznelerin her birinin güçleri oranında çıkarılacak yasayı değiştirme ve dolayısıyla bu yasanın arkasında işleyen iktidar ilişkisini etkileyebilme ihtimali mevcuttur.¹⁸³

Yasama sürecinde yer alan bu iktidar ağı, nefret suçları açısından özel bir öneme sahiptir. Nefret suçları, toplumun kırılma noktalarında yer alan grupları korumayı ve toplumun genel davranış normlarıyla kabullerine uymayan bireyleri hedef alan nefreti önlemeyi amaçladığından, nefret suçlarının yasalaşma sürecinde iktidar özneleri arasında büyük oranda güç dengesizliği bulunur. Toplumsal hiyerarşinin alt noktalarında bulunan ve bu nedenle ekonomik, siyasi ve toplumsal hayatta dezavantajlı bulunan gruplar, çoğunlukla bu iktidar ilişkisinin sonucunda yürürlüğe koyulacak yasayla korunması gereken gruplardır. Korunacak grupların tek başına bu iktidar ağının sonucunda ortaya

¹⁸¹ Michel **FOUCAULT**, Hapishanenin Doğuşu (Çev. Mehmet Ali **KILIÇBAY**), İmge Yay., İstanbul 2019, s. 44-48.

¹⁸² **FOUCAULT**, s. 45-54.

¹⁸³ William J. **CHAMBLISS**/ Robert B. **SEIDMAN**, Law, Order and Power, Addison-Wesley, Reading 1971, s. 44, 45.

çıkması, sıklıkla nefret suçu mağduru olan ancak bu iktidar ilişkisinde yeterince güçlü bir konum işgal etmeyen grupların yasanın kapsamı dışında bırakılmasına neden olacaktır.¹⁸⁴

Schweppe, nefret suçlarında grup seçiminin önemini “*Yasama, belli grupları belirleyerek, seçtiği grupların diğerlerinden daha fazla korunmayı hak ettiği mesajını iletir. Bu, yasamanın belirli mağdur tiplerini kanuni korumaya –cezalandırma evresinde fail üzerinde büyük bir etkiye sahip olan kanuni korumaya- daha layık olarak sınıflandırdığı anlamına gelir. Yasama failler arasında, belirli faillerin hareketlerinin otomatik olarak cezasının artırılacağı bir ayırım yaratırken, bunu eşitlik ilkesini göz önünde bulundurarak ve büyük bir dikkatle yapmalıdır.*”¹⁸⁵ diyerek açıklamıştır.

Ancak tercihin tamamen iktidar ilişkilerinin ürünü olması, eşitlik ilkesinin göz ardı edilmesi durumunda, kapsam dışında bırakılan nefret suçu mağduru grupların korunmaya değer olmadığı, ikinci sınıf vatandaşlar olarak kategorize edildiği algısı oluşacaktır. Yasamanın, dışarıda bırakılan grupların maruz kaldığı nefret suçlarını “*hak edilmiş*” olarak gördüğü mesajı, nefret suçlarının taşıdığı sembolik mesajın tam aksi olarak, nefret suçu yasasıyla iletilecektir.¹⁸⁶

Bu anlattığımız duruma örnek olarak ABD’de 1990 yılında yürürlüğe giren “*Nefret Suçları İstatistik Yasası*”nın Senato’da kabul edilmiş süreci gösterilebilir. Yasanın görüşüldüğü süreçte, Amerikan Senatosu’nda yasa kapsamında sayılacak grupların hangileri olacağıyla ilgili oturumlar yapılmıştır. Bu oturumlara katılan gay ve lezbiyen gruplar, yasanın çıkarılması yönünde faaliyetler yürüten sekiz büyük sivil toplum

¹⁸⁴ JACOBS/ POTTER, s. 67.

¹⁸⁵ Jennifer **SCHWEPPE**, “*Defining Characteristics and Politicizing Victims: A Legal Perspective*”, *Journal of Hate Studies*, Vol. 10(1), 2012, s. 187.

¹⁸⁶ Alexander **BROWN**, “*The ‘Who?’ Question In The Hate Speech Debate: Part 2: Functional and Democratic Approaches*”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. 30(1), 2017, s. 27, 28.

kuruluşunun da desteğini alarak, cinsel yönelimin yasa metnine eklenmesini sağlamıştır. Bu oturumlarda ve bu dönemde yapılan istatistiksel çalışmalarda, cinsel yönelimin nefret suçu mağduru olan gruplar arasındaki yeriyle ilgili bir veri sunulamamıştır.¹⁸⁷

Bunun yanında, yasa metnine, Senato'nun muhafazakar vekillerinin –gay ve lezbiyenleri destekledikleri algısı yaratmamak için- baskılarıyla şu madde eklenmiştir:

“1. Amerikan aile yaşamı Amerikan toplumunun temelidir.

2. Federal politikalar Amerikan ailesinin refahını, finansal güvenliğini ve sağlığını desteklemelidir.

3. Okullar Amerikan ailesinin kritik önemini azaltacak şekilde eğitim vermemelidir.

...bu yasada yer alan hiçbir şey... homoseksüelliği teşvik edici ya da cesaretlendirici şekilde yorumlanamaz.”¹⁸⁸

Aynı süreçte, kadın haklarını savunan sivil toplum kuruluşları da cinsiyetin yasa kapsamına alınması için talepte bulunmuştur. Ancak cinsel saldırı ve aile içi şiddetle ilgili istatistiklerin ABD’de mevcut yasalar uyarınca toplandığı gerekçesiyle, yasanın çıkarılmasını savunan sekiz büyük sivil toplum kuruluşundan destek görememiştir. Oturumlarda cinsiyet temelli nefret suçlarının, işlenen nefret suçları içerisinde büyük bir yer kapladığıyla ilgili istatistikler var olmasına ve sunulmasına rağmen, cinsiyet yasa metnine eklenmemiştir. Bu durum, ABD’de nefret suçları yasalarında yer almak için grupların birbiriyle yarışması gerektiği ve nefret suçlarının önyargılı faillere

¹⁸⁷ JACOBS/ POTTER, s. 69, 70.

¹⁸⁸ J. M. FERNANDEZ, “Bringing Hate Crime into Focus - The Hate Crime Statistics Act of 1990, Pub. L. No. 101-275”, Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, Vol. 26(1), 1991, s. 278.

ağırlaştırılmış cezalar vermek için değil, belirli kimlik gruplarının stratejik pozisyonunu ve moralini yükseltmek için çıkarıldığı şeklinde eleştirilmiştir.¹⁸⁹

Bu süreçte de görülebileceği üzere grup seçimlerinin, yasama sürecinde yer alan iktidar ağlarının sonucu olarak ortaya çıkması, yasal korunmanın sağlanması konusunda eşitsiz sonuçlar yaratabilmektedir. Benzer bir süreçle korunacak grupların seçimini savunan “*ideal mağdur*” yaklaşımına da burada yer vermek gerekir.

İdeal mağdur yaklaşımı, nefret suçlarıyla korunacak gruplar için üç özellik belirlemiştir. Grubun sahip olması gereken *ilk özellik*, toplumda gruba dahil olan bireylerin “*ciddi bir mağduriyet yaşadığına*” dair inancın olmasıdır. Engelliliğin nefret suçu yasalarında nadiren korunmasının nedeni olarak bu özelliği taşımaması gösterilmiştir.¹⁹⁰

Ancak bu özellik, grubun yaygın ve çok sayıda nefret suçunun mağduru olmasıyla karıştırılmamalıdır. Bu kriter gerçekte var olan mağduriyete değil, toplumda bu yönde bir algı olup olmadığına odaklanır. Ve hatta grubun yaygın şekilde suç mağduru olması istenmeyen bir durumdur. Çünkü yaygın suç mağduru olan grubun nefret suçlarının korumasına dahil edilmesi, diğer grupların “mağduriyetinin ve ahlaki taleplerinin gücünü” zayıflatır. Örneğin cinsiyetin, nefret suçlarına dahil edilmemesinde bu durum etkili olmuştur.¹⁹¹

İkinci özellik, grubun uğradığı zararı hak etmediğine, mağdurun zarara riskli ve ahlak dışı davranışları nedeniyle uğramadığına ilişkin toplumda bir inanç olmasıdır. Böylece grubun üyelerinin masumiyeti ve saygıdeğerliği, diğer gruplar ve toplum

¹⁸⁹ JACOBS/ POTTER, s. 72-74.

¹⁹⁰ Martha C. NUSSBAUM, *Hiding from Humanity: Disgust, Shame, and the Law*, Princeton University Press, New Jersey 2006, s. 49.

¹⁹¹ JACOBS/POTTER, s. 78.

tarafından kolayca kabul edilmelerini sağlar. Cinsel yönelimin nefret suçları yasalarında yer almasının zor ve uzun süreçler sonucu gerçekleşmesi ancak hâlâ ırk ve etnik kimliğe göre çok az sayıda yasada korunmasının nedeni olarak bu durum gösterilmiştir.¹⁹²

Son özellik ise, grubun toplumun kalanından izole olmamasıdır. Bu özellik, grubun toplumun kalanıyla yakın ilişkiler içerisinde bulunması sonucu, yaşadıkları sorunların “toplumun ve insanlığın ortak sorunu” olarak algılanmasını sağlar. Örneğin transseksüel bireyler, çoğunlukla toplumdan dışlanarak yaşadıkları için “*anormal, tehlikeli ve canavar gibi*” algılanmaktadır. Bu algı da transseksüelliğin nefret suçları yasalarının çoğunluğunda yer almamasının nedeni olarak gösterilmektedir.¹⁹³

Görüleceği üzere, ideal mağdur yaklaşımı politik tercih olarak nitelendirdiğimiz durumlara açıklama getirmekte ve bu tercihler için genel bir çerçeve sunmaktadır. Nefret suçuyla ilgili istatistiklere yer vermek yerine, kabul edilebilir olan ve olmayan ayrımıyla ilgili kriterler belirlemektedir. Ancak hangi grubun kabul edilir olduğunu belirlemek, subjektif ve değer temelli bir işlem olduğundan, yine bir politik tercihi gerektirmektedir.¹⁹⁴

b. Bilimsel Yöntem

Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki, iktidar hayatın her yönünü kuşatır. Günümüzde, iktidar ilişkisinin var olmadığı her hangi bir alan yoktur. Bu nedenle bilimsel

¹⁹² Valerie **JENNESS**, “*Managing Differences and Making Legislation: Social Movements and The Racialization, Sexualisation and Gendering of Federal Hate Crime Laws in The US*”, *Social Problems*, Vol. 46(4), 1999, s. 559-561.

¹⁹³ Andrew A. **SHARPE**, “*Foucault's Monsters, the Abnormal Individual and the Challenge of English Law*”, *Journal of Historical Sociology*, Vol. 20(3), 2007, s. 395-397.

¹⁹⁴ Gail **MASON**, “*The Symbolic Purpose of Hate Crime Law: Ideal Victims and Emotion*”, *Theoretical Criminology (Electronic Journal)*, 2013, s. 18, <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/1362480613499792?journalCode=tcr> a (E.T. 04.02.2018).

yöntemle kastımız, iktidarın olmadığı bir seçim süreci değildir. Bilimsel yöntem, korunacak grup seçiminde dikkate alınacak temel noktanın iktidardan bilimsel verilere kaydırılmasıdır. Bu yöntem, iktidar ilişkilerinin içine, dikkate alınması zorunlu bir unsur olarak bilimsel verilerin eklenmesi yoluyla, korunacak grup seçiminde yukarıda belirtilen keyfiliğin önlenmesi amacını taşır.¹⁹⁵

Bilimsel verilerin dahil olduğu bilginin de bir iktidar kaynağı olduğu kabul edilse dahi, bu yöntemde amaç iktidar ağı içerisinde bilimsel verilerin konumunu güçlendirerek, korunacak gruplar arasında yapılacak seçimde, en önemli kriter olmasını sağlamaktır.

Bu yöntemde istatistik biliminin ve kriminolojinin bir arada kullanımı zorunlu bir unsurdur. İlk olarak nefret suçu mağduriyetiyle ilgili kapsamlı ve tek tipleştirilmiş istatistiklerin toplanması gerekir. Birleşmiş Milletler, Avrupa Birliği ve ABD tarafından son yıllarda bu amaca yönelik birçok düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemelerin amacı nefret suçlarıyla ilgili gerçek durumu tespit ederek, bu suçları önleyecek şekilde yasaların revize edilmesidir. AGİT, 2014 tarihli *Nefret Suçları Veri Toplama ve İzleme Mekanizmaları: Uygulama İlkeleri*'nde, toplanan verilerin korunmuş grupların seçimi için dikkate alınmasını özellikle tavsiye etmiştir.¹⁹⁶

Örneğin 2015 yılında Avrupa Birliği Konseyi'nin 2013 tarihli "Nefret Suçlarıyla Mücadele" raporunda¹⁹⁷ ve AGİT 10/05 numaralı, 2005 tarihli kararında¹⁹⁸ nefret

¹⁹⁵ JENNESS/ GRATTE, Examining, s. 671-676.

¹⁹⁶ OSCE, Hate Crime Data-Collection and Monitoring Mechanisms: A Practical Guide, 2014, s. 43, <https://www.osce.org/odihr/datacollectionguide?download=true> (E.T. 21.08.2019).

¹⁹⁷ Council of European Union, *Council Conclusions on Combating Hate Crime In The European Union*, Bruxelles 2013, https://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/jha/139949.pdf (E.T. 21.09.2018).

¹⁹⁸ OSCE, Decision No. 10/05, Ljubljana 2005, <https://www.osce.org/mc/17462?download=true> (E.T. 21.09.2018).

suçlarıyla ilgili istatistik toplama çabalarının artırılmasını ve güçlendirilmesini tavsiye etmiştir. İstatistiklerin toplanmasının, nefret suçları yasalarının ve uygulanmasının geliştirilmesindeki önemini vurgulamıştır. Aynı zamanda istatistik toplama ilkelerini belirleyen ve toplama araçlarını içeren birçok karar ve direktif yayınlanmıştır.¹⁹⁹

Ancak istatistikler tek başına nefret suçlarıyla ilgili gerçek durumun ortaya çıkarılması için yeterli değildir. Bunun nedeni, özellikle belirli gruplara karşı işlenen nefret suçlarının kaydedilme oranının düşüklüğüdür. Şikâyet edilmeme ya da şikâyete rağmen işlem yapılmaması gibi nedenlerle resmî kayıtlara girmeyen bu suçlar, karanlık alan ya da siyah sayılar olarak adlandırılır.²⁰⁰

Örneğin Stonewall Vakfı'nın LGBT'lerle yaptığı bir araştırmada, nefret suçu mağduru olanların olayı polise ya da resmî bir kuruluşa haber verme oranı, %29 olarak tespit edilmiştir. Bunun nedenleri olarak güvenlik kuvvetlerine olan güvensizlik ve güvenlik güçlerinin şikâyetleri işleme koyma konusundaki isteksizlikleri gösterilmiştir.²⁰¹

AGİT tarafından Polonya'da yapılan bir araştırmada ise, nefret suçu mağduru olan 269 kişiden sadece 19'unun polise şikâyette bulunduğu ortaya çıkmıştır. Bu durumun

¹⁹⁹ Karar ve Direktifler için bkz. <https://www.facingfacts.eu/timeline-of-the-international-framework-on-hate-crime-reporting-recording-and-data-collection/> (E.T. 21.09.2018).

²⁰⁰ Timur **DEMİRBAŞ**, Kriminoloji, Seçkin Yay., Ankara 2016, s. 91.

²⁰¹ Chaka L. **BACHMANN**/ Becca **GOOCH**, LGBT In Britain Hate Crime and Discrimination, 2017, s. 12, https://www.stonewall.org.uk/system/files/lgbt_in_britain_hate_crime.pdf, (E.T. 04.12.2018).

nedenleri arasında olayın şikâyet etmeye degecek önemde olmaması ya da sıradan olması birinci sırada yer almıştır.²⁰²

Kanaatimizce bir diğer neden, nefret suçu mağdurlarının aynı zamanda bu suçları yaratan sosyal hiyerarşiyeye ekonomik ve kişisel olarak bağımlılıklarıdır. Bu ilişki gardiyanla hükümlü arasındakine benzer. Hükümlü, gardiyan kendisine karşı suç işlese dahi ihbar edemez. Çünkü ihbar etmesi durumunda, gardiyanın daha ağır eylemlerine maruz kalacağını bilir.²⁰³ Nefret suçu mağduru gruplar da, toplumdaki dezavantajlı konumları nedeniyle hükümlünün, devlet ve sosyal hiyerarşinin avantajlı grupları ise gardiyanın yerinde düşünülebilir.

Görülebileceği üzere, nefret suçlarında korunacak grupların doğru verilere dayanarak seçilebilmesi için kriminolojinin deney, katılarak gözlem, anket gibi karanlık alan araştırma yöntemlerinden faydalanılması bir zorunluluktur. Bu yolla ancak nefret suçlarının gerçek boyutu ve sayısı ortaya çıkarılabilir.²⁰⁴

Nefret suçu konusunda yukarıda örnekleri verildiği gibi istatistiklerin toplanması ve kullanılması konusunda artan bir çaba vardır. Bu şekilde bilimsel bir yöntemle yapılacak tercihte sıklıkla ve artan şekilde nefret suçu mağduru olan LGBT'lerin, kadınların koruma kapsamı dışında bırakılması imkânı ortadan kalkacaktır. Aynı zamanda var olan nefreti önlemeye yönelik isabetli yasalar yürürlüğe konabilecektir.²⁰⁵

²⁰² OSCE, Survey on the nature and scale of unreported hate crimes against members of selected communities in Poland, 2018, s. 4, 5, <https://www.osce.org/odihr/412445?download=true> (E.T. 22.04.2019).

²⁰³ Füsün SOKULLU AKINCI, Kriminoloji, Beta Yay., İstanbul 2016, s. 84.

²⁰⁴ DEMİRBAŞ, Kriminoloji, s. 94-97.

²⁰⁵ Jeremy D. KIDD/ Tarynn WITTEN, “*Transgender and Transsexual Identities: The Next Strange Fruit— Hate Crimes, Violence and Genocide Against the Global Trans Communities*” Journal of Hate Studies, Vol. 31(6), 2008, s. 62, 63.

Ancak istatistiklere dayanan bu yöntemle seçilecek grupların, toplumda kabul görmeyerek, toplum gözünde nefret suçunun meşruluğunu ve sembolik mesajını yok edeceği yönünde eleştiriler yapılmıştır. Özellikle ideal mağdur yaklaşımını kabul edenler tarafından, grup seçiminin toplumsal yapı ve kültür göz önünde bulundurulmadan yapılmasının, yasanın uygulanmasını zorlaştıracağı iddia edilmiştir. Avustralya'da mahkemelerin homoseksüellere karşı işlenen nefret suçlarında, ırksal ve dinsel önyargıdan kaynaklanana göre ceza artırımını çok daha az uyguladıkları tespit edilmiştir. Bunun, örneğin gay bir bireyin barda bir erkeğe cinsel içerikli teklifte bulunması gibi durumlarda, bu teklifin failin gerçekleştirdiği homofobik şiddetin nedeni sayılarak, suçun nefret suçu olarak değerlendirilmemesi gerektiğine ilişkin benzer gerekçelerden kaynaklandığı görülmüştür. Bu ve benzeri örnekler, seçilen grubun toplumsal yapıda ve kültürde kabul görmemesi durumunda, nefret suçu yasasının etkinliğini yitireceğine örnek olarak gösterilmektedir.²⁰⁶

4. NEFRET SUÇU YASALARIYLA KORUNAN GRUPLAR

a. Genel Olarak

AGİT tarafından üye 57 ülkenin nefret suçu yasaları incelenerek yapılan araştırmada, gruplar, nefret suçları yasalarında korunma sıklıklarına göre üç kategoriye ayrılmıştır. Sıklıkla korunan gruplar *çekirdek gruplar* olarak adlandırılmıştır. Çekirdek gruplar ırk, milliyet/milli köken, etnik köken, cinsiyet/cinsel yönelim ve din olarak tespit edilmiştir.²⁰⁷

²⁰⁶ Gail MASON/ Andrew DYER, "A Negation of Australia's Fundamental Values: Sentencing Prejudice Motivated Crime", Melbourne University Law Review, Vol. 36(3), 2013, s. 879-890.

²⁰⁷ OSCE, Hate Crime Laws, s. 40.

Chalmers ve *Leverick* tarafından yapılan ABD'nin belli eyaletleri ve Avustralya, Kuzey Afrika, Kanada gibi farklı kıtalardan ülkelerin nefret suçları yasalarının incelemesinde de benzer sonuçlara ulaşılmıştır. Bu çalışmada ırk, milliyet/milli köken, etnik köken, cinsiyet/cinsel yönelim ve din, nefret suçlarının “çekirdek bileşenleri” olarak adlandırılmıştır.²⁰⁸

Ancak birçok nefret suçu yasasında yer almasına rağmen, korunan grupların kapsamaları ve tanımları konusunda belirsizlikler vardır. Yasalarda ve resmî metinlerde tanımlamalara yer verilmemesi ve tarihsel ve kültürel olarak grupların birbirinden ayırlamayacak kadar iç içe geçmiş olması bu belirsizliğin nedenlerindedir. ENAR'ın yayınladığı Genel Politika Belgeleri'nde bu durum şu şekilde özetlenmiştir:

*“Din veya inanç, genellikle ırkçılığın gerekçelerindedir ve ırkçı motivasyonları saklamak için kullanılır. Bu gerçek, ırkçı eylemlerin faillerinin zorunlu olarak milliyet, kültür veya dini geçmiş arasında ayırım yapmadığı gerçeğiyle birlikte düşünülmelidir.”*²⁰⁹

Bu zorluğa rağmen, nefret suçlarının temel bir unsuru olarak korunacak grupların tanımlanması ve sınırlarının belirlenmesi, nefret suçları yasalarıyla korunan alanın da sınırlarını belirleyeceğinden önemlidir.

b. Çekirdek Gruplar

b1. Irk

Irk terimi, insanların biyolojik, fiziksel ve davranışsal özelliklerine göre kategorize edilerek, oluşturulan farklı grupları ifade etmektedir. İlk olarak 17. yüzyılın

²⁰⁸ CHALMERS/ LEVERICK, s. 52, 53.

²⁰⁹ ENAR, General Policy Paper No 1: Fighting Religious Discrimination, 2005, s. 34, <https://rm.coe.int/compilation-of-ecri-s-general-policy-recommendations-march-2018/16808b7945> (E.T. 22.04.2019).

ortalarında ortaya çıkan ırk terimi, bu yıllarda yaşanan bilimsel devrimin ve sömürgecilik hareketlerinin bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Bu süreçte yeni kıtaların keşfi ve farklı fiziksel özelliklerde insanlarla karşılaşılması, bilim insanlarını bu konuda çalışmalar yapmaya yöneltmiştir.²¹⁰

İnsanları *deri renklerine*, *saçlarının* (kıvrık/düz), *dudaklarının* (içeri kıvrık/dışarı kıvrık) ve *burunlarının yapısına* (düz/ yuvarlak) ve benzer fiziksel kriterlere göre değerlendirerek ırklara ayıran birçok çalışma, 17. yüzyıldan itibaren yayınlanmıştır. Örneğin ırk terimini ilk defa kullanan *François Bernier*, insanları dört gruba ayırmıştır. İlk grup, siyaha yakın deri renkleri nedeniyle Avrupa, Kuzey Afrika, Orta Doğu ve Yerli Amerikan ırkı; ikinci grup burunlarının ve dudaklarının yapısı nedeniyle Sahra-Altı Afrika ırkı; üçüncü grup beyaz deri renkleri nedeniyle Doğu, Güneydoğu ve Merkez Asya ırkı; son olarak ayılları anımsatan yüz hatları nedeniyle Lapp ırkıdır.²¹¹

Benzer şekilde *Georgius Hornius* tarafından 1666 yılında yapılan ilk çalışmalardan birinde de, insanlar, deri renklerine göre siyah, beyaz ve sarı olmak üzere üç farklı ırka ayırmıştır. Genel olarak kabul gören ırk ayrımı ise *Blumenbach* tarafından yapılan Amerikalı (kızıl), Malayalı (kahverengi), Etiyopyalı (siyah), Moğol (sarı) ve Kafkasyalı (beyaz) şeklindeki beşli ayrımdır.²¹²

İrk, fiziksel ve biyolojik özelliklere göre yapılan bir ayrımı ifade etse de, bu ayrım üzerine sosyal olarak inşa edilen inançlar ve görüşler, nefret suçlarının temelini oluşturur. Özellikle 19. yüzyıldan başlayarak, ırklara çeşitli sosyal değerler ve özellikler atfedilmesi

²¹⁰ Thomas F. GOSSETT, *Race: The History of An Idea In America*, Oxford University Press, New York 1997, s. 25, 26.

²¹¹ GOSSETT, s. 32, 33.

²¹² Scott MACEACHERN, *The Concept of Race in Contemporary Anthropology*, 2012, s. 41, <https://pdfs.semanticscholar.org/b775/27a7ca8c15a5d29328fd903360e0fe7b6879.pdf> (E.T. 18.10.2018).

sonucu, ırklar arasında hiyerarşik bir yapı oluşturulmuştur. Irkların arasında zekâ, zihinsel yetiler ve kültürel gelişmişlik gibi konularda, biyolojik temele bağlı olarak farklar bulunduğu dair yapılan bilimsel araştırmalar da bu hiyerarşik yapının gerekçelerini oluşturmuştur.²¹³

Örneğin *Gratiolet*, siyahilerin beyin yapıları nedeniyle mental olarak gelişmelerinin kısıtlı olduğu ve bu nedenle alt ırk oldukları; *Morton* ise farklı ırklardan bireylerin kafataslarıyla yaptığı çalışmalar sonucu beyazların en yüksek entelektüel donanım bahşedilen ayrıcalıklı ırk olduğu; siyahilerin ise neşeli, tembel, entelektüel olarak insanlığın en düşük noktasında buldukları sonucuna ulaşmıştır.²¹⁴

Bu ve benzeri çalışmalarla bilimsel olarak da gerekçelendirilen, ırkları alt ve üst olarak hiyerarşik bir yapıda yeniden anlamlandıran sosyal inşa süreci, siyahilerin köleleştirilmesinden, Yahudi soykırımına kadar birçok olayın temel sebebi olmuştur. Bu hiyerarşik yapı şiddetin yanında, siyahilerin kamu hizmetlerinden yararlanmalarını, ırklar arası evlilikleri yasaklayan Jim Crow Yasaları örneğinde görüleceği gibi kanuni düzenlemelerde de yer bulmuştur.²¹⁵

Bu hiyerarşik yapının bilimsel temelleri günümüzde yanlışlanmış olsa da, önyargılar ve etkileri devam etmektedir.²¹⁶ ABD Adalet Bakanlığı tarafından 2017²¹⁷ ve 2018²¹⁸'de yayınlanan istatistiklerde, ırk, etnik köken ve soy temelli nefret suçlarının,

²¹³ Özge ÜNLÜTÜRK, “*İrk Kavramının Tarihsel Gelişimi ve Adli Antropolojide Kullanımı*”, AÜDTCF Antropoloji Dergisi, S. 29, 2015, s. 99, 100.

²¹⁴ ÜNLÜTÜRK, s. 98, 99.

²¹⁵ Benjamin P. BOWSER, “*Racism: Origin and Theory*”, Journal of Black Studies, Vol. 48(6), 2017, s. 580, 581.

²¹⁶ Erica HOWARD, “*Race and Racism – Why does European Law have Difficulties with Definitions?*”, International Journal of Comparative Labour Law & Industrial Relations, Vol. 24, 2008, s.10.

²¹⁷ <https://www.justice.gov/hatecrimes/2017-hate-crime-statistics> (E.T. 05.06.2019).

²¹⁸ <https://www.justice.gov/hatecrimes/hate-crime-statistics> (E.T. 05.06.2019).

işlenen tüm nefret suçları arasında 2017’de %58.1, 2018’de ise %59,6 ile ilk sırada yer aldığı ortaya çıkmıştır. AGİT tarafından yayınlanan 2018 nefret suçu istatistiklerinde de nefret suçlarının %35’inin ırk ve zenofobi temelli işlendiği ortaya çıkmıştır. 2018 yılında kayda geçen 5.735 nefret olayının 1.825 tanesi ırk ve zenofobi temelli işlenmiştir.²¹⁹

Bu tarihsel geçmiş ve nefret suçları istatistiklerinde ortaya çıkan yüksek oranlar, ırkın, nefret suçu yasalarının büyük çoğunluğunda korunan bir grup olarak yer almasını sağlamıştır.²²⁰ Aynı şekilde Avrupa Konseyi ilk defa 2000 yılında Irkçılığa Karşı Avrupa Konferansı’nda ırkçılık ve yabancı düşmanlığı nedeniyle işlenen suçlarla uluslararası düzeyde mücadele edilmesi gerektiğini belirtmiş, sonrasında Konsey 2008 tarihinde “*Ceza hukuku yoluyla ırkçılık ve yabancı düşmanlığı ile mücadeleye ilişkin Avrupa Birliği Çerçeve Kararı*”nı yayınlamıştır. 1965 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nda “*Her Türü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme*” kabul edilerek, 1969 yılında yürürlüğe girmiştir.²²¹

Nefret suçu yasalarında ve uluslararası metinlerde ırk kavramı tanımlanmamıştır. Yukarıda anılan iki temel uluslararası metinde ırkçı ve yabancı düşmanlığı saikiyle işlenen suçlarla ceza hukuku yoluyla etkin bir mücadele için yapılması gereken yasal değişiklikler yer almasına rağmen, ırk kavramı tanımlanmamıştır.²²²

ICERD’nin 1. maddesinde ırka dayalı ayrımcılık “*ırk, renk, soy, etnik ve milli kökene dayalı yapılan ayırım, dışlama...*” şeklinde tanımlanmıştır. Irk ayrımcılığı

²¹⁹ http://hatecrime.osce.org/sites/default/files/documents/Website/Infographics/2018-key-findings_FINAL.pdf (E.T. 05.06.2019).

²²⁰ CHALMERS/ LEVERICK, s. 52.

²²¹ Mustafa Ruhan **ERDEM**, “*Avrupa Birliği’nde Ayrımcılık, Irkçılık ve Yabancı Düşmanlığı ile Ceza Hukuku Yoluyla Mücadele*”, Fasikül Hukuk Dergisi, S. 16, 2011, s. 7, 12.

²²² HOWARD, s. 27, 28.

açısından ırk kavramının içine renk, soy, etnik ve milli köken de dahil edilmiştir.²²³ Irkçılığa ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu (ECRI) da ırkçılığı “...bir insanın ya da topluluğun, diğer bir insan ya da topluluktan ırk, renk, dil, din, milliyet, etnik ya da milli köken nedeniyle üstün olduğu inancı...”²²⁴ olarak tanımlamıştır. Benzer şekilde ırk kavramının tanımlandığı yasalarda da, kavram genişletilerek ele alınmıştır. Örneğin Birleşik Krallık Eşitlik Yasası’nın 9. paragrafında “*Irk (a) renk (b) milliyet (c) etnik ve milli kökeni kapsar.*” şeklinde bir tanım yapılmıştır.²²⁵

Ceza kanununda ırk tanımına yer veren tek ülke Slovakya’dır. Slovakya Ceza Kanunu ırkı “*bireylerin biyolojik farklılıklarıyla karakterize edilen insan grupları*” olarak tanımlamıştır. Etnik kökeni de ırktan farklı şekilde “*ortak tarihleri, diğerlerinden ayrılan kültürel özellikleri (temel olarak dil), ortak gelenekleri, algıları ve farklı yaşam tarzlarıyla tarihsel olarak bir araya gelmiş insan grupları*” olarak tanımlamıştır.²²⁶

b2. Milliyet ve Milli Köken

Milliyet kavramı, ırk, etnik köken gibi benzerlerine göre çok daha net bir tanıma sahiptir. Kavram *Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi* 2(a) maddesinde “...kişinin etnik kökenini ifade etmeyen kişi ile Devlet arasındaki yasal bir bağ...” şeklinde tanımlanmıştır. Milliyet kavramı resmî olarak vatandaşlık bağıyla bağlı bulunan devleti ifade etmektedir.²²⁷

²²³ Sözleşme metni için bkz. <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/cerd.aspx> (E.T. 10.08.2018).

²²⁴ **ECRI**, General Policy Recommendation No. 7, www.coe.int/t/e/human_rights/ecri/1-ecri/3-general_themes/1-policy_recommendations/Recommendation_N7 (E.T. 05.12.2018).

²²⁵ FARKAS, s. 62.

²²⁶ FARKAS, s. 65.

²²⁷ Sözleşme metni için bkz. <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2008-77-445> (E.T. 10.12.2018).

Milli köken ise bir insanın doğduğu ya da atalarının yaşadığı ülke anlamındadır. Bir insanın milliyeti ile milli kökeni aynı olabileceği gibi farklı da olabilir. Örneğin Türkiye vatandaşlığına geçen ve Suriye’den gelen mültecilerin durumunda, bireyin milliyeti Türkiye vatandaşlığı olacaktır. Ancak milli kökeni Suriye’dir. Milli köken; kültür, fiziksel görünüş, dil, aksan gibi birçok farklı özelliği bünyesinde barındırır.²²⁸

Hem Avrupa Birliği hem de ABD’de milliyet ve milli kökene dayanan nefret suçu istatistikleri ayrı bir kategori olarak değil, ırk ve etnik kökenin içerisinde sayılmaktadır. Bu nedenle milliyet/milli köken temelli nefret suçlarıyla ilgili ayrı bir istatistik bulunamamıştır.

b3. Din ve İnanç

Din, en genel haliyle *“Tanrı’ya, doğüstü güçlere, çeşitli kutsal varlıklara inanmayı ve tapınmayı sistemleştiren toplumsal bir kurum, diyanet”*²²⁹ olarak tanımlanmıştır. Bu tanımın içerisine artık unutulmuş olan animizm, totemizm, natürizm gibi ilkel dinlerin, eski Yunan, Mısır, Roma’da görüldüğü gibi kurucusu olmayan geleneksel dinlerin ve Hristiyanlık, İslamiyet, Budizm gibi dünya dinlerinin hepsinin girmesi mümkündür.²³⁰ İnanç ise *“1-) Bir düşünceye gönülden bağlı bulunma 2-) İnanılan şey, görüş, öğreti”*²³¹ şeklinde tanımlanmıştır. Hümanizm, pasifizm, vetejeryanlık birer inanç örneği olarak gösterilebilir.

Din ve inanç AİHS’in 9. maddesi ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin 2. maddesiyle korunan hak ve özgürlüklerdendir. *“Ceza hukuku yoluyla ırkçılık ve yabancı düşmanlığı ile mücadeleyle ilişkin Avrupa Birliği Çerçeve Kararı”*nda, nefret söylemi ve

²²⁸ HOWARD, s. 18.

²²⁹ <https://sozluk.gov.tr/?kelime=D%C4%B0N> (E.T. 21.10.2018).

²³⁰ Günay TÜMER, *“Çeşitli Yönleriyle Din”*, AÜİF Dergisi, C. 28(1), 1987, s. 231.

²³¹ <https://sozluk.gov.tr/?kelime=%C4%B0NAN%C3%87> (E.T. 10.04.2018).

nefret suçlarına karşı korunması için, ceza hukuku yoluyla önlem alınması gereken gruplar arasında din sayılmıştır. Bu metinlerde din veya inanç kavramları tanımlanmamıştır.²³²

Bu konuda genel kriterleri belirleyen AİHM olmuştur. AİHM'in din ve inanç konusunda belirlediği kriterler şu şekildedir:

“1- İnananları, inanç veya dine gerçekten bağlı olmalıdır.

2- Mevcut bilgiye dair bir görüş ya da bakış açısı değil, bir inanç olmalıdır. (Örneğin aynı cinsiyetten olan çiftlerin çocukları üzerinde negatif etki yarattığı yönündeki araştırmalar nedeniyle bu çiftlerin çocuk evlat edinmemesine yönelik bir tutum inançtan ziyade görüştür. Ancak bu görüş Hristiyanlığın bir parçası olarak bireyde oluşsaydı inanç olurdu.)

3- Belirli seviyede ciddiyet, önem, inananların arasında yakınlık ve uyum ihtiva etmelidir.

4- Demokratik toplum içerisinde saygıyı hak eden bir konumda olmalıdır. İnsan onuruyla ve başkalarının temel hak ve hürriyetleriyle çelişmemelidir. Başkalarına işkence yapılmasını ya da insanlık dışı cezalandırılmaları içeren inançlar, kalan kriterleri sağlasalar bile korumaya değer değillerdir.

5- Felsefik inançlar dini inançlar kadar inananları arasında yakınlık ve uyum barındırmayabilirler. Bu inançların başkalarıyla paylaşılması gerekmez. Bireyin tüm

²³² HOWARD, s. 23.

hayatını yönetmese dahi inançlar korunabilirler. İnançların tam teşekküllü bir düşünce sistemi olması gerekli değildir."²³³

Ancak görülebileceği gibi AİHM içtihatlarıyla belirlenen bu kriterler genel niteliktedir ve her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmelidir. AİHM önüne gelen çeşitli davalarda Alevilik, Budizm, çeşitli *Hristiyan tarikatları*, *Taoizm*, *İslamın çeşitli mezhepleri*, *Hinduizm* gibi eski ya da büyük dünya dinlerini; *Mormonizm*, *Neo-Paganizm*, *Yehova Şahitleri*, *Raelizm Hareketi* gibi yeni ya da görece yeni dinleri, din kavramı altında saymıştır. Burada belirtilmelidir ki AİHM, mezhep ve tarikatların da bu kapsamda olduğunu kabul etmektedir. İnanç konusunda ise AİHM önüne gelen çeşitli davalarda *Scientology Kilisesi'ni*, *pasifizmi*, *askeri hizmete ilkeli şekilde karşıtlığını*, *kürtaj karşıtlığını*, *veganlığı*, *hümanizmi* inanç olarak kabul etmiştir.²³⁴

AİHM, herhangi bir *dini inanca sahip olmamayı (ateizm)* da din kavramının içerisinde kabul etmektedir.²³⁵ Ateizme benzer inanışlar olan *agnostizm*, *kuşkuculuk* ve *dinle ilgisiz olma* da din kavramı altında değerlendirilmektedir.²³⁶

Din ve inanç kavramı konusunda AİHM tarafından belirlenen kriterlerin, somut olaylara uygulanmasıyla kavram son derece geniş bir içeriğe sahip olmuştur. Din ve inanç

²³³ **Council of Europe**, Overview of The Court's Case-Law on Freedom of Religion, s. 6, 7, https://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_religion_ENG.pdf (E.T. 10.12.2018).

²³⁴ Belirtilen davalar için bkz. https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_9_ENG.pdf, s. 9, 10 (E.T. 11.09.2019).

²³⁵ *Union des Athées v. France*, Commission's Report, 1994, s. 79, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-47477%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-47477%22]}) (E.T. 12.09.2018).

²³⁶ *Kokkinakis v. Greece*, 1993, s. 31, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57827%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57827%22]}) (E.T. 12.09.2019).

kavramının geniş yorumlanmasıyla, Avrupa Birliği ve üye ülkeler açısından din temelli nefret suçları konusunda yasal olarak kapsamlı bir koruma alanı oluşturulmuştur.²³⁷

ABD Adalet Bakanlığı tarafından 2017²³⁸ ve 2018'de²³⁹ yayınlanan istatistiklerde, din ve inanç temelli nefret suçları, işlenen tüm nefret suçları arasında 2017'de %22, 2018'de ise %18,7'lik yere sahiptir. AGİT tarafından yayınlanan 2018 nefret suçu istatistiklerinde²⁴⁰ de nefret suçlarının %54'ünün din ve inanç temelli işlendiği ortaya çıkmıştır. 2018 yılında kayda geçen 5.735 nefret olayının 3.065 tanesi din ve inanç temelli işlenmiştir. Din ve inanç temelli nefret suçları, 2018 yılında Avrupa Birliği'nde en çok işlenen nefret suçu kategorisi olmuştur.

b4. Etnik Köken

Etnik köken, ırk kavramıyla benzer şekilde sosyal olarak inşa edilmiş bir yapı olduğundan, kesin olarak tanımlanması zor bir kavramdır. Nefret suçları yasalarının büyük bir kısmında korunan gruplar arasında yer almasına rağmen, bu yasalarda ve uluslararası antlaşmalar ile direktiflerde etnik köken tanımlanmasından kaçınılmıştır.²⁴¹

Teoride kabul gören tanımlardan birine göre etnik grup *“paylaşılan geçmişin anıları ve akrabalık, din, dil, paylaşılan bölge, milliyet veya fiziksel görünüm gibi grubun kimliğini tanımlayan bir veya daha fazla sembolik unsur üzerine yoğunlaşmış, gerçek*

²³⁷ **Avrupa Konseyi**, EU Guidelines on The Promotion and Protection of Freedom of Religion or Belief, Lüksemburg 2013, s. 2, <https://eeas.europa.eu/sites/eeas/files/137585.pdf> (E.T. 12.09.2019).

²³⁸ <https://www.justice.gov/hatecrimes/2017-hate-crime-statistics> (E.T. 05.06.2019).

²³⁹ <https://www.justice.gov/hatecrimes/hate-crime-statistics> (E.T. 05.06.2019).

²⁴⁰ http://hatecrime.osce.org/sites/default/files/documents/Website/Infographics/2018-key-findings_FINAL.pdf (E.T. 05.06.2019).

²⁴¹ **ECRI**, “Ethnic” Statistics and Data Protection in The Council of Europe Countries Study Report, Strazburg 2007, s. 27, <https://ec.europa.eu/migrant-integration/?action=media.download&uuid=29B1BAB0-07A3-821C-40CAAE81482D3D28> (E.T. 12.10.2018).

veya varsayılan ortak bir kökene sahip, geniş bir popülasyona sahip kollektivite” olarak tanımlanmıştır.²⁴²

Ruanda Milletlerarası Ceza Mahkemesi’nin (RMCM) verdiği kararlarda da etnik kökenin anlamını tespit etmemize yarayacak tanımlar yapılmıştır. RMCM bir kararında etnik grubu “*genelde aynı dili konuşan ve/veya aynı kültüre sahip kişilerin oluşturduğu grubu tanımlamak için kullanılır*” şeklinde tanımlamıştır. Bir başka kararda da “*Etnik grup, mensuplarının aynı dili ve kültürü paylaştığı veya kendisini diğerlerinden farklı gören ya da suçların faileri de dahil diğerleri tarafından öyle tanımlanan gruplardır*” açıklamasına yer vermiştir.²⁴³

Etnik kökenin içeriğini belirleyebilmek için tanım ve kararlardan çıkarabileceğimiz, bir etnik grubun sahip olması gereken temel özellikler: *ortak geçmiş, ortak köken ve din, dil vb. gibi ortak kültürel değerlerdir*. Etnik kökenin tanımlanabileceği benzer özellikler BM tarafından da belirtilmiştir: “...*Geniş bir tanımlamayla, etnik köken, din, dil gibi belirli kültürel ortak özelliklere, ortak bir tarih anlayışına ve ortak bölgesel kökene (bölgesel ya da ulusal) dayanmaktadır... Etnik grupların tanımlanabileceği temellerden bazıları etnik milliyet (başka bir deyişle vatandaşlık bağıyla bağlı bulunan ülkeden farklı bir ülke veya ulusal köken), ırk, renk, dil, din, kıyafet, yeme ve giyinme alışkanlıkları, soy veya bu özelliklerin çeşitli kombinasyonlarıdır...*”²⁴⁴

²⁴² Martin **BULMER**, The ethnic group question in the 1991 census of population, In Ethnicity In The 1991 Census, Vol. 1 (ed. David **COLEMAN**/ John **SALT**), HMSO, London 1996, s. 38.

²⁴³ Kararlar ve açıklamaları için bkz. Timuçin **KÖPRÜLÜ**, Soykırım Suçu, Ankara 2008, s. 118-123 (Yayımlanmamış Doktora Tezi).

²⁴⁴ **UN**, Principles and Recommendation for Population and Housing Censuses Revision 3, 2017, Paragrah 2.116, https://unstats.un.org/unsd/demographic-social/Standards-and-Methods/files/Principles_and_Recommendations/Population-and-Housing-Censuses/Series_M67rev3-E.pdf (E.T. 20.10.2018).

Bu tanımlardan, etnik kökeni benzer kavramlar olan ırk, milliyet ve milli kökenden ayıran özellikleri tespit etmek mümkündür. Milliyet, birey ile devlet arasında kurulan hukuki bir bağıdır ve bu yönüyle etnik kökenden tamamen farklıdır. Milli köken ise bireyin doğduğu ya da atalarının yaşadığı ülkeyi belirten, coğrafi alanla sınırlı bir kavramdır. Ancak etnik köken, milli kökenin de dahil olduğu birçok özelliği içeren bir kavramdır. Bireyin doğduğu ya da atalarının yaşadığı ülke dışında, kabul ettiği kültürel değerler de etnik köken kavramının içerisinde yer almaktadır. Örneğin ABD vatandaşı olan ve ABD’de yaşayan, Mısır’da doğmuş olan, ebeveynleri Latin bir bireyi düşünelim. Bu bireyin milliyeti ABD, milli kökeni ise Mısır olacaktır. Ancak bireyin kendini Latin kültürüne ait hissetmesi durumunda, etnik kökeni Latin olacaktır.²⁴⁵

İrk ise insan grupları arasında deri rengi, dudak ve saçın yapısı gibi fiziksel ve biyolojik özelliklere dayanan bir ayrımdır. Etnik kökendenyse gruplar arası ayrımı oluşturan temeller ortak tarih, coğrafya ve kültürel özelliklerdir. Etnik köken konusunda temel vurgu kültürel özelliklerdedir.²⁴⁶

AB hukukunda ise etnik köken ve ırk arasındaki ilişki daha karmaşık bir durumdur. AB kurumları, hem bilimsel bir temele dayanmadığı için hem de İkinci Dünya Savaşı’nda yaşanan ırka dayalı soykırım nedeniyle, resmî metinlerde ırk terimini kullanmaktan kaçınmaktadır. Bu kaçınmanın nedeni ırk teriminin resmî metinlerde kullanılmasının, insanların farklı türlere ayrıldığına dair ırkçı teorilerin kabul edilmesiyle eşdeğer olacağına dair kabuldür. Bu nedenle etnik köken kavramının ırkı da kapsayacak şekilde tanımlanması yolunda çalışmalar yapılmaktadır. Ancak bu şekilde etnik kökeni

²⁴⁵ HOWARD, s. 18.

²⁴⁶ FARKAS, s. 61.

yeniden tanımlayan resmî bir metin olmadığından, AB açısından da mevcut durumda ırk ve etnik kökenin farklı kavramlar olduğu söylenebilir.²⁴⁷

Etnik köken tanımlandıktan sonra, nefret suçları istatistiklerinde etnik kökenin yeri tespit edilmelidir. Daha önce de belirtildiği gibi istatistiklerde ırk, etnik köken ve milli köken tek bir kategori olarak ele alınmıştır. Bu nedenle etnik kökenin, ırk ve milli kökenle beraber ABD’de 2017 ve 2018 yıllarında en fazla nefret suçu mağduru olan gruplar olduğu söylenebilir.²⁴⁸

Bu konuda, Roma ve Sinti topluluklarıyla, anti-semitizmle ilgili verilere bakılabilir. Aslında bu iki grup da etnik kökene dayanan gruplar olmasına rağmen, Avrupa Birliği açısından nefret suçu istatistikleri ayrıca kayıt altına alınmaktadır. 2018 yılında anti-semitik toplam nefret suçları arasında %34’lük, Roma ve Sinti topluluklarına karşı işlenen nefret suçları ise %1,5’lik bir orana sahiptir. Görülebileceği üzere AB’de etnik köken temelli nefret suçları büyük bir orana sahiptir ve farklı etnik gruplar arasında, nefret suçu mağduru olma oranında büyük farklar vardır.²⁴⁹

b5. Cinsiyet ve Cinsel Yönelim

Cinsiyet “*Bireye, üreme işinde ayrı bir rol veren ve erkekle dişiye ayırt ettiren yaradılış özelliği, eşey, cinslik, seks*”²⁵⁰ şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanım aslında biyolojik cinsiyetin tanımıdır. Bireylerin doğumlarında sahip oldukları cinsel organlara göre belirlenen biyolojik cinsiyet, *kadın* ve *erkek* olarak iki çeşittir. AİHM de özellikle hemcins evliliklerle ilgili kararlarında sıklıkla biyolojik cinsiyete atıfta bulunarak,

²⁴⁷ HOWARD, s. 13, 14.

²⁴⁸ <https://www.justice.gov/hatecrimes/2017-hate-crime-statistics>, (E.T. 05.06.2019).

²⁴⁹ http://hatecrime.osce.org/sites/default/files/documents/Website/Infographics/2018-key-findings_FINAL.pdf (E.T. 05.06.2019).

²⁵⁰ <https://sozluk.gov.tr/?kelime=C%C4%B0NS%C4%B0YET> (E.T. 19.12.2018).

evliliklerin farklı biyolojik cinsiyetteki bireyler arasında gerçekleştirilmesi zorunluluğunun, devletlerin egemenlik alanında kaldığına hükmetmektedir.²⁵¹

Ancak ırk kavramındaki açıklamalara benzer olarak, nefret suçları açısından üzerinde durulması gereken asıl konu biyolojik cinsiyet üzerine sosyal olarak inşa edilen toplumsal cinsiyettir.²⁵² Nefret suçlarıyla ilgili direktiflerin ve yasaların çoğunluğunda da toplumsal cinsiyet terimi kullanılmaktadır. Toplumsal cinsiyet, kadın veya erkek olmaya toplumsal olarak bağlanan davranış kalıpları ve normlardır. Başka bir anlatımla kadınlar ve erkekler için bir toplumda “*kabul edilebilir, uygun*” olan ve olmayan davranışların, değerlerin tamamını ifade etmektedir. Bu nedenle biyolojik cinsiyetin aksine, her toplumda ve tarihte farklı içeriklere sahip olmuştur.²⁵³

Toplumsal cinsiyet *uygun olanın* sınırını çizmekle beraber aynı zamanda kadın ve erkek arasında hiyerarşik bir yapı da oluşturmaktadır. Ekonomik, sosyal ve politik hayatta, erkek veya kadın diğerine bağımlı duruma getirilerek, üzerinde uygulanacak daha ileri tahakküme olanak sağlayan hiyerarşik bir yapı oluşturulur. Bu yapı sınırlı sayıdaki istisnai örnek hariç olmak üzere erkeğin kadın üzerindeki tahakkümü şeklindedir.²⁵⁴

²⁵¹ *Schalk and Kopf v. Austria*, 2010, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-99605%22%5D%7D> (E.T. 19.12.2018).

²⁵² *Biyolojik cinsiyet* kavramı İngilizce *sex*, *toplumsal cinsiyet* ise İngilizce *gender* kavramının karşılığı olarak kullanılmıştır. Kavramlar ve aralarında ilişki hakkında detaylı bilgiler için bkz. Yıldız **ECEVİT**, *Toplumsal Cinsiyet Sosyolojisine Başlangıç*, Toplumsal Cinsiyet Sosyolojisi içinde, Anadolu Üniversitesi Yay., Eskişehir 2011, s. 2-25; YALÇIN, s. 24-28.

²⁵³ **Council of Europe**, *Compass: Manual for Human Rights Education with Young People*, <https://www.coe.int/en/web/compass/gender> (E.T. 24.12.2018); toplumsal cinsiyetin dönemsel olarak değişen görünümünün detaylı anlatımı için bkz. Cemal Bâli **AKAL**, *İktidarın Üç Yüzü*, Dost Kitabevi Yay., Ankara 2014, s. 211-311; Fatmagül **BERKTAY**, *Tarihin Cinsiyeti*, Metis Yay., İstanbul 2003.

²⁵⁴ Michael D. **SMITH**, “*Patriarchal Ideology and Wife Beating: A Test of a Feminist Hypothesis*”, *Violence and Victims*, Vol. 5(4), 1990, s. 257, 258.

Bu hiyerarşik yapıya bir örnek olarak iş hayatı gösterilebilir. Toplumsal ve bireysel algıda işler “*erkek işleri*” ve “*kadın işleri*” olarak ayrılmaktadır. Erkekler ve kadınlar bazı işler için doğal olarak *uygundur*. “*Kadının yeri*” ev işleri, besleme, çocuk yetiştirme, eşi için cinsel partner ve yoldaş olmasıdır. “*Erkeğin yeri*” ise kongre binasının, ofislerin, dükkanların koridorlarında *sert* işler yaparak, *sert* kararlar vermek ve evine para getirmektir.²⁵⁵

Kadınların ve erkeklerin bu şekilde toplumsal hayatın her yanını saran toplumsal cinsiyet normlarına *uygun davranmaları* beklenir. Cinsiyet temelli nefret suçlarının mağdurları da genellikle toplumsal cinsiyetin sınırını çizdiği normlara uygun davranmayan bireylerdir. Bu suçlar, mevcut hiyerarşik yapıyı korumayı, güçlendirmeyi ve sürdürmeyi, aynı zamanda toplumsal cinsiyet normlarından *sapmış* bireyi *uygun olana* geri döndürmeyi amaçlar.²⁵⁶

ABD’ye Kore’den gelen mülteci bir erkeğin işlediği nefret suçunu anlatışı buna iyi bir örnektir:

“*Kore’de eşim benim için hep kahvaltı hazırlardı... Şimdi işe gitmek için hazırlanmakla çok meşgul olduğunu söyleyerek hazırlamıyor. Bu durumdan şikayet ettiğimde bana kendi kahvaltımı hazırlamamı söylüyor... Bunun için ona çok kızgındım, kavga etmeye ve ona vurmaya başladım.*”²⁵⁷

²⁵⁵ PERRY, In The Name, s. 87, 88; toplumsal cinsiyet ve buna bağlı roller hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Serpil **SANCAR**, Erkeklik, Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları içinde, Anadolu Üniversitesi Yay., Eskişehir 2011, s. 169-186; Aksu **BORA**, Kadınların Sınıfı Ücretli Ev Emeği ve Kadın Öznelliğinin İnşası, İletişim Yay., İstanbul 2018.

²⁵⁶ PERRY, In The Name, s. 86; toplumsal cinsiyet ve kadına yönelik şiddet arasındaki ilişki için bkz. Gülriz **UYGUR/ İrem ÇAĞLAR**, Şiddet, Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları içinde, Anadolu Üniversitesi Yay., Eskişehir 2011, s. 118-132.

²⁵⁷ Yen **ESPIRITU**, Asian American Women and Men, Sage, California 1997, s. 75.

Bu olayda eşinin Kore’de boyun eğdiği patriarkal yapıya, ABD’de devam etmemesi, nefret suçu mağduru olmasına neden olmuştur. Buradaki temel amaç mevcut toplumsal cinsiyet normlarının dışına çıkan eşin tekrar *uygun davranmaya* başlamasını sağlamaktır. Nefret suçlarında failin hedefi çok kısıtlı örnekler dışında biyolojik cinsiyete değil toplumsal cinsiyete bağlı olarak oluşmaktadır.²⁵⁸

Cinsel yönelim ise biyolojik ve toplumsal cinsiyet kavramlarından farklı bir anlama sahiptir. Cinsel yönelim, bireyin duygusal veya cinsel olarak etkilendiği ya da duygusal veya cinsel ilişkide bulunduğu kişinin cinsiyetine göre yapılan bir ayrımdır. Tanımlanmış üç cinsel yönelim vardır: Kişinin kendi cinsiyetinden birine cinsel/duygusal olarak yönelmesi *homoseksüellik*, karşı cinsiyetten birine yönelmesi *heteroseksüellik* ve her iki cinsiyete de yönelmesi *biseksüelliktir*.²⁵⁹

Cinsel kimlik ise bireyin kendini erkek, kadın veya başka bir toplumsal cinsiyete ait hissetmesine ilişkin içsel algısıdır. Cinsel yönelimden farklı olarak bireyin duygusal/cinsel olarak ilgi duyduğu kişinin cinsiyetine değil, bireyin kendisiyle ilgili algısına dayalıdır. Bireyin biyolojik cinsiyetiyle kendini ait hissettiği toplumsal cinsiyet aynı olabileceği gibi farklı da olabilir. Kendini karşı cinsten biri olarak tanımlayan kişi *transseksüeldir*.²⁶⁰

Cinsel yönelim veya cinsel kimlik temelli nefret suçları için de toplumsal cinsiyet kavramıyla yaptığımız açıklamalar geçerlidir. Cinsel yönelim ya da cinsel kimlik temelli nefret suçları, bireylerin heteroseksizmin koyduğu normlardan *sapmalarına* yönelik bir

²⁵⁸ Helena L. **ALDEN**/ Karen F. **PARKER**, “Gender Role Ideology, Homophobia and Hate Crime: Linking Attitudes to Macro-Level Anti-Gay and Lesbian Hate Crimes”, Deviant Behaviour, Vol. 26(1), 2004, s. 321, 322.

²⁵⁹ Joanna **PERRY**/ Paul **FRANEY**, Policing Hate Crime Against LGBTI Persons: Training for A Professional Police Response, s. 21, <https://rm.coe.int/hate-crimes-against-lgbti/168073dd37> (E.T. 28.12.2018).

²⁶⁰ **PERRY**/ **FRANEY**, s. 22.

tepkidir. Heteroseksüelliğe dayalı mevcut toplumsal yapıyı korumaya, güçlendirmeye yönelik verilen mesajlardır.²⁶¹

Cinsiyet, cinsel yönelim ve cinsel kimlik temelli nefret suçları istatistiklerde de büyük bir orana sahiptir. ABD Adalet Bakanlığı tarafından yayınlanan 2017 nefret suçu istatistiklerinde²⁶² işlenen tüm nefret suçları içerisinde cinsiyet temelli nefret suçları %0,6; cinsel yönelim temelli nefret suçları %15,9; cinsel kimlik temelli nefret suçları ise %1,7; 2018 istatistiklerinde²⁶³ ise aynı sırayla %0,7, %16,7 ve %2,2 oranındadır. Avrupa Birliği tarafından 2018 yılında yayınlanan istatistiklerde²⁶⁴ ise üç kategori bir arada değerlendirilmiş ve işlenen tüm nefret suçları içerisinde oranı %16,4 olarak tespit edilmiştir.

c. Diğer Gruplar

Nefret suçu yasaları kapsamında korunan diğer grup karakteristikleri *dil, engellilik, yaş, evsizlik, siyasi düşünce, HIV/AIDS, intersex, meslek, albinoluk, medeni hal, askerlik*dir.²⁶⁵ Ancak bu grupların hepsinin tanımlanması, çalışmamızın kapsamını aşacağından, bu gruplardan sadece TCK'nın 122. maddesinde de sayılanlar kısaca açıklanacaktır.

“Dil”, TDK tarafından “*İnsanların düşündüklerini ve duyduklarını bildirmek için kelimelerle veya işaretlerle yaptıkları anlaşma, lisan, zaban*”²⁶⁶ şeklinde tanımlanmıştır.

²⁶¹ ALDEN/ PARKER, s. 326.

²⁶² <https://www.justice.gov/hatecrimes/2017-hate-crime-statistics>, (E.T. 05.06.2019).

²⁶³ <https://www.justice.gov/hatecrimes/hate-crime-statistics>, (E.T. 05.06.2019).

²⁶⁴ http://hatecrime.osce.org/sites/default/files/documents/Website/Infographics/2018-key-findings_FINAL.pdf (E.T. 05.06.2019).

²⁶⁵ CHALMERS/ LEVERICK, s. 54, 55.

²⁶⁶ <https://sozluk.gov.tr/?kelime=dil> (E.T. 18.12.2018).

AİHM, dili bir kültürel hak olarak saymış, AİHS'in ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. maddesinin koruması altında olduğunu kabul etmiştir.²⁶⁷

Dünyada unutulmuş olanlar da dahil olmak üzere yaklaşık 6,500 farklı dil bulunduğu tahmin edilmektedir. Bu çeşitlilik, dünyadaki kültürel çeşitliliğin bir yansımasıdır. Çünkü dil bir iletişim kurma aracı olarak kültürlerin oluşturulmasında ve aktarılmasında önemli bir rol oynamaktadır. Bu önemi nedeniyle dil, *Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme ve Dinsel veya Dilsel Azınlıklara Mensup Olan Kişilerin Haklarına Dair Bildiri* başta olmak üzere, birçok uluslararası antlaşmayla koruma altına alınmıştır.²⁶⁸

Ancak dilin tek başına nefret suçuna neden olabilmesi düşük bir ihtimaldir. Nefret suçları açısından dilin önemi aslında etnik kökenin, milliyetin, milli kökenin, dinin dışsal bir göstergesi olmasıdır. AİHM de bu ilişkiyi, verdiği bir kararda “...*Etnik kökenin objektif kanıtları ortak dil, dinî inanç ve kültürel veya geleneksel kökenlerdir...*”²⁶⁹ şeklinde vurgulamıştır.²⁷⁰

Engellilik, yetilerindeki bir kayıp veya eksilme nedeniyle günlük hayat aktivitelerinde veya sosyal hayata katılımında kısıtlılıklar yaşamak olarak tanımlanmıştır. Engellilere karşı nefret suçlarının temelinde diğer insanlara bağımlı oldukları, eğitilemez oldukları, çalışma hayatına katılamayacakları ve bu nedenle üretken olmadıkları için

²⁶⁷ *Khurshid Mustafa and Tarzibachi v. Sweden*, 2008, <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-90234&filename=001-90234.pdf> (E.T. 18.12.2018).

²⁶⁸ Nurten ÖZTÜRK, *Nefret ve Ayrımcılık Suçu*, Adalet Yay., Ankara 2017, s. 102.

²⁶⁹ *Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina*, 2009, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-96491%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-96491%22]}) (E.T. 18.12.2018).

²⁷⁰ European Commission, s. 8.

ekonomiye zarar verdikleri vb. irrasyonel önyargılar yatmaktadır. Bunun yanında kendilerini daha zor savunabilecekleri için işlenecek suçun mağduru olarak seçilmeleri şeklinde oluşan nefret suçu örnekleri de vardır.²⁷¹

AİHM 2012 yılında verdiği bir kararda, fiziksel engeli ve öğrenme güçlüğü bulunan bir bireyin, süreklilik arz eden fiziksel saldırıya ve sözlü tacize maruz kaldığı olayda, olayı öğrenen güvenlik güçlerinin somut adımlar atmadığını tespit etmiştir. Bu olayda devleti, engelli bireyi süreklilik arz eden taciz ve şiddetten etkin bir şekilde koruyamadığı için sorumlu bulmuştur. Engellilik temelli nefret suçlarıyla, devletin ceza hukuku ve etkin politikalar yoluyla mücadele etmesi gerektiğini belirtmiştir.²⁷²

Nefret suçuyla ilgili 2018 yılında yapılan çalışmalarda da, engellilik temelli nefret suçlarında artış yaşandığı tespiti yapılmıştır. Bir sivil toplum kuruluşu olan *United Charity*, yaptığı istatistiki çalışmada engellilik temelli nefret suçlarının 2019 yılında bir önceki yıla göre %12, 2016/2017 yılına göre ise %54 arttığını ortaya koymuştur.²⁷³ *Leonard Cheshire Vakfı* tarafından yapılan bir araştırmada da benzer şekilde, engellilik temelli nefret suçlarının 2017/2018 ve 2018/2019 arasındaki bir yıllık süreçte %21 oranında arttığı ortaya çıkarılmıştır.²⁷⁴

Son olarak ise “siyasi düşünce” kavramının açıklanması gerekmektedir. Siyasal düşünce kavramı, düşünce ve ifade özgürlüğünü düzenleyen AİHS’in 10. maddesi

²⁷¹ OSCE, Hate Crime Against People With Disabilities, <https://www.osce.org/odihr/hate-crime-against-people-with-disabilities?download=true> (E.T. 12.10.2018).

²⁷² *Dordevic v. Croatia*, 2012, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%5B%5D%22%7D> (E.T. 20.10. 2018).

²⁷³ <https://www.unitedresponse.org.uk/Blog/disability-hate-crime-rises-prosecutions-and-charges-drop-2019-statistics-interview> (E.T. 20.10.2018).

²⁷⁴ https://www.leonardcheshire.org/about-us/press-and-media/press-releases/disability-hate-crime-rising-few-cases-make-it-court?utm_medium=social_organic&utm_source=facebook&utm_campaign=hate_crime&utm_content=hate_crime_press_release_9_oct_2019 (E.T. 20.10.2018).

kapsamında korunmaktadır. Siyasi düşünce, devlet yönetimi ya da kamusal meselelerle ilgili görüşlerdir. AİHM de çeşitli davalarda bu kapsamda sendika ve siyasi parti üyeliğini²⁷⁵, siyasilerin, siyasi partilerin ve uyguladıkları politikaların eleştirilmesini²⁷⁶, Komünizmi²⁷⁷ politik görüş saymıştır. Politik görüşün sınırı demokratik toplumun ve insan haklarının korunmasıdır.²⁷⁸

²⁷⁵ *Redfearn v. The United Kingdom*, 2012, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-114240%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-114240%22]}) (E.T. 21.11.2018).

²⁷⁶ *Partidul Comunistilor (Nepeceristi) and Ungureanu v. Romania*, [https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{%22itemid%22:\[%22003-1257413-1309773%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{%22itemid%22:[%22003-1257413-1309773%22]}) (E.T. 21.11.2018).

²⁷⁷ *German Communist Party (KPD) v. Germany*, <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-110191&filename=001-110191.pdf> (E.T. 21.11.2018).

²⁷⁸ *Zdanoka v. Latvia*, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-72794%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-72794%22]}) (E.T. 21.10.2018).

II. NEFRET VE AYIRIMCILIK SUÇU (TCK M. 122)

A. GENEL OLARAK

“...abim geldi, bir zincir çıkardı. Ayağıma bağladı... O zincirle sekiz buçuk ay yaşadım evin içinde... Tam yavaş yavaş her şey düzeliyor, zincirler çıktı. Bunlar meğer toplanıp infaz kararımı vermişler... Silahını çıkardı, tam sıkacakken, eniştem kurtardı”²⁷⁹

Bu sözler, transseksüel olduğunu ailesine açıklayan Öykü'nün, bu açıklamadan sonra ailesinden gördüğü sistematik şiddetin kendisi tarafından anlatımıdır. Bu ve benzeri birçok nefret suçu, dünyanın diğer ülkelerinde olduğu gibi Türkiye’de de işlenmektedir. Türkiye’de işlenen nefret suçlarıyla ilgili yapılan istatistiki çalışmalar da bu durumu doğrulamaktadır.²⁸⁰

Nefret suçlarının var olmasına rağmen, TCK’ya nefret suçu kavramının girmesi çok yeni tarihlidir. TCK’nın 122. maddesinin “*Ayrımcılık*” olan başlığı, 13 Mart 2014 tarihinde yürürlüğe giren 6529 sayılı Kanununun 15. maddesiyle “*Nefret ve Ayrımcılık*” olarak değiştirilmiştir. Bu değişiklikte mevzuatta ilk defa nefret suçu kavramı yer almıştır.²⁸¹

Öncelikle düzenlemenin yürürlüğe girdiği tarihten, 2014 yılına kadar yapılan değişikliklerden söz etmek, maddenin son halini anlamak açısından yararlı olacaktır. Madde ilk olarak 12 Mayıs 2003 tarihinde TBMM’ye sunulan *Türk Ceza Kanunu Hükümet Tasarısı*’nın 170. maddesinde *Hürriyete Karşı Suçlar* bölümünde, “*Ayrımcılık*” başlığıyla yer almıştır ve madde metni şu şekildedir:

²⁷⁹ Esra AÇIKGÖZ/ Hakan ALP, “Biz de İnsanız Yavrum Ya!” Nefret Suçları: Vakalar, Tanıklıklar, İletişim Yay., İstanbul 2015, s. 169.

²⁸⁰ Örnek bir istatistik için bkz. Homofobi ve Transfobi Temelli Nefret Suçları Raporu 2018, http://www.kaosgldernegi.org/resim/yayin/dl/nefret_suclari_raporu_2018_web.pdf (E.T. 04.04.2019)

²⁸¹ BAYRAKTAR ve diğerleri, s. 347.

“Kişiler arasında köken, cinsiyet, aile durumu, örf ve adet, siyasal düşünce, felsefi inanç, sendika, bir etnik gruba mensupluk, ırk, din, mezhep nedeniyle ayırım yaparak;

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

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

3- Kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engelleyen,

kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya 750 milyon liradan 2 milyar liraya kadar ağır para cezası verilir.

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

Tüzel kişiler de bu maddede yazılı suçlardan dolayı sorumludurlar.”²⁸²

Hükümet Tasarısı'nın metninde ya da başlığında nefret sözcüğüne yer verilmemiştir. Tasarı metni ayırıcılık suçunun tipik bir örneğidir. 170. maddenin gerekçesinde de, madde ile kişiler arasında hukukun izin vermediği ayırımların yapılmasını engellemenin amaçlandığı belirtilmiştir. Gerekçede ve madde metninde ayırıcılığa karşı korumanın hangi gruplarla sınırlı olduğu belirtilmiş, ancak bu gruplara yönelik önyargı ya da nefretin varlığı aranmamıştır.

Düzenleme Adalet Alt Komisyonu'nda görüşülmüş ve madde metninde bazı değişiklikler yapılmıştır. Maddede sınırlı sayıda sayılan gruplar arasına *cinsel yönelim* eklenmiştir. “750 milyon liradan 2 milyar liraya kadar ağır para cezası” ibaresi adli para cezası olarak değiştirilmiştir. Son olarak tüzel kişilerin ayırıcılık suçundan sorumlu olduğuna dair bölüm metninden çıkarılmıştır.²⁸³

²⁸² <https://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0593.pdf> (E.T. 04.05.2018).

²⁸³ **Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı**, Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu, Ankara 2005, s. 483-486.

Bu değişiklikler yapılarak Adalet Komisyonu'na gönderilen madde metni, Adalet Komisyonu'ndaki görüşmeler sonucu, yine değişiklikler yapılarak 5237 sayılı TCK'da şu şekilde yer almış ve yürürlüğe girmiştir:

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

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

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

c) Kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engelleyen,

kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası verilir.”

Yürürlüğe giren madde metninde yapılan ilk değişiklik, korunan grupların değiştirilmesi ve “*ve benzeri sebepler*” ibaresinin eklenmesi olmuştur. Bu ekleme korunacak grupları sınırlı sayıda olmaktan çıkarmıştır. Bu durumun kanunların belirliliği ilkesine aykırılık teşkil ettiği iddia edilmiştir.²⁸⁴

“*Ve benzeri sebepler*” ibaresine yer vererek, korunan grupları tahdidi olarak saymayan nefret suçu yasası örnekleri vardır. Örneğin Avustralya Kuzey Bölgeleri Ceza Kanunu, nefret suçunu düzenleyen maddede korunan grupları sadece “*bir insan grubunu*” şeklinde belirtmiştir. Benzer şekilde Avustralya Viktorya Bölgesi Ceza Kanunu'nda da sadece “*ortak karakteristikleri paylaşan herhangi bir insan grubu*” ifadesine yer verilmiştir. Bu tercihin nedeni olarak, nefret suçu yasalarının içeriğinin sosyal hayatın değişken dinamiklerine sıkı sıkıya bağlı olması ve nefret suçu mağduru olan grupların da bu dinamiklere göre değişme ihtimalinin bulunması gösterilmiştir. Korunacak grupların

²⁸⁴ Pınar **BULUT**, Türk Ceza Kanunu'nda Ayrımcılık Suçu (TCK. Md. 122), İstanbul 2012, s. 62 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

tahdidi olarak sayılmamasıyla, yeni grupların, bu değişkenliği kolayca karşılayacak şekilde kanunun kapsamına dahil edilmesi mümkündür.²⁸⁵

765 sayılı TCK'da yer almayan bu maddenin yürürlüğe girmesiyle tartişılan bir nokta da ifade özgürlüğüne bir aykırılık oluşturup oluşturmadığıdır. İfade özgürlüğüne aykırılık oluşturduğunu savunan görüşler, düşünce açıklamasının ancak kişisel haklara saldırıda bulunulduğu, toplum için önem arz eden değerlerin aşağılandığı, şiddet çağırısı içerdieği, kamu güvenliğine açık ve yakın tehlike arz ettiği durumlarda kısıtlanabileceğini ve maddede sayılan hareketlerin bu kapsamda olmadığını öne sürmüştür.²⁸⁶

Nefret suçları hakkında da benzer tartişmalar mevcuttur. Nefretin veya önyargının bir karakter özelliği olduğu ve karakteri nedeniyle bir bireyin cezalandırılmasının, ifade özgürlüğüne aykırılık teşkil edeceği yönünde görüşler ileri sürülmüştür.²⁸⁷

Nefret suçu düzenlemeleriyle demokratik toplum düzeninin temel değerlerinden olan eşitlik ilkesi korunmaktadır. Dolayısıyla eşitlik ilkesini korumak ve grup aidiyetine dayanan eşitsiz muameleler nedeniyle bireylerin haklarının zarar görmesini önlemek demokratik toplumun gereklerindedir. AİHM de bu gerekliliği “...hoşgörü ve tüm insanların eşit haysiyetine saygı; demokratik, çoğulcu bir toplumun temellerini oluşturur. Dolayısıyla, ilkesel olarak bazı demokratik toplumlarda hoşgörüsüzlük temelinde nefreti yayan, teşvik eden, yücelten ya da gerekçelendiren tüm ifade türlerine karşı yaptırımlar getirmek ve hatta bu ifade türlerini engellemek zorunlu görülebilir...”²⁸⁸ şeklinde ifade

²⁸⁵ CHALMERS/ LEVERICK, s. 53.

²⁸⁶ Ersan şEN, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu C. I, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006, s. 510, 511.

²⁸⁷ HURD, Why, s. 217, 218.

²⁸⁸ *Erbakan v. Turkey*, 2006, <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf?library=ECHR&id=001-121147&filename=CASE%20OF%20ERBAKAN%20v.%20TURKEY%20-%20%20%205BTurkish%20Translation%5D%20by%20the%20Turkish%20Ministry%20of%20Foreign%20Affairs.pdf> (E.T. 12.11.2018).

etmiştir. Aynı zamanda, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi de ayrımcılığa, kin ve nefrete veya şiddete teşvik eden ulusal, ırksal veya dinsel düşmanlığı da ifade özgürlüğü kapsamında çıkarmıştır.²⁸⁹

Düzenleme yürürlüğe girdikten sonra, iki değişiklik daha yapılmıştır. İlk olarak 2005 tarihli ve 5378 sayılı Kanununun 41. maddesiyle, korunan grup özelliklerine “*özürlülük*” eklenmiştir. Daha sonra 2013 tarihli ve 6462 sayılı Kanununun 1. maddesinin 63-a bendiyle “*özürlülük*” ifadesi “*engellilik*” olarak değiştirilmiştir. Son olarak 6529 sayılı Kanunla madde metnine ve başlığına “*nefret*” ibaresi eklenmiş, suçu oluşturan hareketlerde değişiklik yapılmıştır. Aynı kanunla suç için öngörülen adli para cezası kaldırılarak, hapis cezasının alt sınırı bir yıla üst sınırı ise üç yıla çıkarılmıştır. Bu değişikliklerle madde, yürürlükteki halini almıştır.

B. SUÇUN HUKUKİ KONUSU

Suçun hukuki konusu, ceza normuyla korunan ve suçun işlenmesi sonucu ihlal edilen hukuki menfaat ya da yararadır.²⁹⁰ Kanunkoyucuyu suçu düzenlemeye yönelten hukuki değerdir.²⁹¹ Suçun işlenmesi ile zarar gören hukuki menfaat veya yarar mağdura aittir.²⁹² Suç oluşturan her fiil, her zaman bir hukuki değer ihlalidir. Bir suç tipi, bir veya birden fazla hukuki değeri koruyabilir. Suçların, TCK’nın özel kısmında belirli bölümler altında tasnifi de, önce pasif süjeye, sonra korudukları hukuki değere yani hukuki konularına göre yapılmıştır.²⁹³

²⁸⁹ ÖZTÜRK, Nefret, s. 92.

²⁹⁰ Faruk EREM, “Suçun Konusu ve Hümanist Doktrin”, AÜHFD, C. 25(1-2), 1968, s. 12.

²⁹¹ Yener ÜNVER, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuki Değer, Seçkin Yay., Ankara 2003, s. 147.

²⁹² Nevzat TOROSLU, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Savaş Yay., Ankara 2019, s. 166.

²⁹³ DEMİRBAŞ, Ceza, s. 564.

Nefret ve ayrımcılık suçu, TCK'nın ikinci kitabının, *Kişilere Karşı Suçları* düzenleyen ikinci kısmının, *Hürriyete Karşı Suçlar* başlığını taşıyan yedinci bölümünde düzenlenmiştir. Bu bölüm altında düzenlendiği için nefret ve ayrımcılık suçunun hukuki konusunun “devletçe kabul ve tanzim edilen hürriyet düzeni” olduğu öne sürülmüştür. Bu görüş, hürriyete karşı suçların, ferdî bir hakka karşı işlenen fiiller olmadığını ve bu suçlarla esas olarak devletin hürriyetçi düzeninin zedelendiğini kabul eder.²⁹⁴ Bu görüşe katılmadığımızı belirtmek isteriz. Klasik biçimde anlaşılan sistematik yorum yönteminde, norm, kanunda yer aldığı *kısım ve bölüme* uygun olarak yorumlanır.²⁹⁵ Nefret ve ayrımcılık suçu, *Kişilere Karşı Suçlar* kısmında düzenlendiği için, suçun mağduru kişiler olabilir. Dolayısıyla, suçun hukuki konusu devlete değil kişilere ait belirli hukuki yararlar olmalıdır.²⁹⁶

Doktrinde bir başka görüş, suçun hukuki konusunun farklı muameleye tabi tutulmama hakkı olduğunu kabul eder. Bir başka deyişle hukuki konu, hukukun izin vermediği ayrımlar yapılarak ve keyfi olarak, kişilerin kanunlarla tanınan haklardan ve özgürlüklerden yoksun bırakılmasıdır. Farklı muameleye tabi tutulmama hakkı, Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesinden doğmaktadır.²⁹⁷

Bizim de katıldığımız görüş ise, suçla, farklı muameleye tabi tutulmama hakkının yanında başka hukuki yararların da korunduğunu kabul eder. Bu yararlar kişi onuru²⁹⁸,

²⁹⁴ BAYRAKTAR ve diğerleri, s. 352.

²⁹⁵ Türkân YALÇIN SANCAR, “Ceza Hukukunda Sistemik Yorum ve Uluslararası Sözleşmelerin Değeri”, TBBD, S. 1, 1999, s. 34.

²⁹⁶ Burcu Demren DÖNMEZ, “Ayrımcılık Suçu”, TBBD, S. 12, 2014, s. 35.

²⁹⁷ DEMREN DÖNMEZ, s. 35; Ulaş KARAN, “Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği”, TBBD, S. 73, 2007, s. 165; Zeki HAFIZOĞULLARI/ Muharrem ÖZEN, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, US-A Yay., Ankara 2017, s. 225.

²⁹⁸ Veli Özer ÖZBEK ve diğerleri, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yay., Ankara 2019, s. 469.

mülkiyet hakkı ile iş ve çalışma özgürlüğü²⁹⁹, kamu barışı³⁰⁰, alım-satım ve ticaret hakkı ile bazı hizmetlerden yararlanma hakkıdır³⁰¹. Yargıtay'a göre suçun hukuki konusu "*İnsanlar arasında ayırım yapılması engellenerek kişilerin hukuken geçerli hak ve özgürlüklerden keyfi olarak yoksun bırakılmasının önlenmesi*"dir.³⁰² Biz farklı muameleye tabi tutulmama hakkının yanında mülkiyet hakkıyla iş ve çalışma özgürlüğünün, bu suçun hukuki konusunu oluşturduğunu kabul ediyoruz.

Nefret suçu düzenlemelerinin temeli de, daha önce açıklamaya çalıştığımız gibi eşitlik ilkesine dayanır. Bu düzenlemelerin amaçlarından biri de toplumu oluşturan gruplar arasında oluşabilecek çatışmaları önleyerek, kamu barışını korumaktır. Bu yönüyle TCK'nın 122. maddesiyle, nefret suçu düzenlemeleri arasında paralellik vardır. Ancak eşitlik ilkesinin ve kamu barışının yanında nefret suçu düzenlemeleri genellikle *yaşam hakkı, vücut bütünlüğü ve dokunulmazlığı ile mülkiyet hakkını* korumayı amaçlar. Nefret suçu düzenlemelerinin çoğunluğunda temel suçlar olarak kasten öldürme, kasten yaralama, mala zarar verme yer alır.³⁰³

Nefret ve ayrımcılık suçunda düzenlenen seçimlik hareketler, iş ve çalışma özgürlüğüyle ekonomik haklara ilişkindir. Bu nedenle, hukuki konu açısından nefret suçu düzenlemeleriyle, nefret ve ayrımcılık suçu arasında büyük bir farklılık vardır.

²⁹⁹ M. Emin **ARTUK** ve diğerleri, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yay., Ankara 2019, s. 382; Ümit **KOCASAKAL**, "5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK m. 122)", CHD, S. 28, 2015, s. 21.

³⁰⁰ Uğur **ERSOY**, "Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK m.122)", CHD, C. 12(34), 2017, s. 48; Dilek **EKMEKÇİ**, "Türk ve Fransız Ceza Kanunlarında Ayrımcılık Suçu", Legal Hukuk Dergisi, S. 129, 2013, s. 24.

³⁰¹ **ÖZBEK** ve diğerleri, Özel, s. 469.

³⁰² **Yar. 18. CD.**, E. 2018/1978, K. 2019/13554, T. 21.05.2019.

³⁰³ **JACOBS/ POTTER**, s. 31.

C. FAİL, MAĞDUR VE MADDİ KONU

1. FAİL

Ceza kanununda yer alan suçlar, kural olarak herkes tarafından işlenebilir. Ancak bazı suçlarda, failin belli hukuki ya da fiili durumda bulunması aranabilir. Bu suçlar *özgü suç* olarak adlandırılır. Özgü suçlarda, düzenlemede belirtilen niteliklere sahip olmayanlar, suçun faili olamazlar.³⁰⁴

Nefret ve ayırmacılık, herkes tarafından işlenebilen bir suçtur yani özgü suç değildir. Madde metninde yer alan bazı hareketler açısından, failin belirli vasıflara sahip olması gerektiği iddia edilmiştir. Örneğin taşınmazın satışının engellenmesi hareketini ancak taşınmazın maliki ya da satış işlemine hukuken yetkili bir kişinin gerçekleştirebileceği söylenmiştir.³⁰⁵ Ancak madde metninde bu konuda bir ayırım yapılmadığı için, malik olmasa dahi maddede sayılan özelliklere dayalı nefret nedeniyle taşınmazın satışını engelleyen herhangi bir kişinin bu suçun faili olabileceğini kabul etmek gerekir.³⁰⁶

Doktrinde savunulan bir başka görüşte de, aynı korunan gruba mensup olan kişilerin, birbirlerine karşı bu suçu işlemeyecekleri belirtilmiştir. Bu görüşe göre suçun oluşması için faille mağdurun farklı grup kimliklerine sahip olması zorunludur.³⁰⁷ Ancak madde metninde, sadece belirli özellikleri taşıyan kişilere karşı nefretin varlığı aranmıştır. Bireyin mensubu olduğu gruptan nefret etmesi sıklıkla karşılaşılmasa da mümkündür. Bu

³⁰⁴ Türkân YALÇIN/ Timuçin KÖPRÜLÜ, Ceza Hukuku Genel Hükümler Uygulamalı Çalışmaları, Savaş Yay., Ankara 2020, s. 156.

³⁰⁵ A. Caner YENİDÜNYA, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Ayırmacılık Suçu”, Çalışma ve Toplum, S. 2016/4, 2016, s. 103; ÖZTÜRK, Nefret, s. 98.

³⁰⁶ ŞEN, s. 514; EKMEKÇİ, s. 28.

³⁰⁷ ÖZBEK ve diğerleri, Özel, s. 437; Süheyl DONAY, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Beta Yay., İstanbul 2007, s. 193.

nedenle, fail nefret saikiyle, kendisinin de dahil olduğu gruptan bir kişiye karşı maddede sayılan hareketleri gerçekleştirirse, nefret ve ayırmacılık suçunun oluşacağı kabul edilmelidir.³⁰⁸

Nefret ve ayırmacılık suçunun faili, gerçek veya tüzel kişiler olabilir. TCK'ya göre failin tüzel kişiler olamayacağını kabul eden görüşler vardır.³⁰⁹ Biz, tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanabildiğinden (TCK m. 20/2), TCK'nın tüzel kişileri fail olarak kabul ettiğini savunan görüşe katılıyoruz.³¹⁰

2. MAĞDUR

Suçun pasif süjesi olarak da adlandırılan mağdur, ceza normuyla korunması amaçlanan ve suçun gerçekleşmesiyle ihlal edilen hukuki menfaat ya da yararın sahibidir.³¹¹ Tüzel kişilerin mağdur sıfatını haiz olması konusu tartışmalıdır. Bir tarafta, suçun mağduru kavramının sadece gerçek kişilerle sınırlı olduğunu, tüzel kişilerin ancak suçtan zarar gören olabileceğini savunan görüşler vardır.³¹² Mağdurdan daha geniş bir kavram olan suçtan zarar gören, doğrudan ya da dolaylı olarak hukuki menfaati ihlal edilen kişidir. Örneğin insan öldürme suçunda, öldürülen kişi mağdur iken, öldürülen kişinin desteğinden yoksun kalan çocukları, eşi suçtan zarar görendir.³¹³ Diğer tarafta ise, bizim de katıldığımız tüzel kişilerin hak ve fiil ehliyetine sahip olduğu için mağdur

³⁰⁸ ERSOY, s. 48; BAYRAKTAR ve diğerleri, s. 355; BULUT, s. 85.

³⁰⁹ Bu görüşler için bkz. DEMİRBAŞ, Ceza, s. 495; ÖZBEK ve diğerleri, Genel Hükümler, s. 211; Pınar MEMİŞ, “Ayırmacılık Suçunun Özürlüler Bakımından Değerlendirilmesi”, GÜHFD, S. 2, 2009, s. 74.

³¹⁰ TOROSLU/ TOROSLU, s. 112, 113; YALÇIN/ KÖPRÜLÜ, s. 156.

³¹¹ Zeki HAFIZOĞULLARI/ Muharrem ÖZEN, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, US-A Yay., Ankara 2019, s. 229; Tuğrul KATOĞLU, “Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları”, AÜHFD, C. 61(2), 2012, s. 661.

³¹² Bu görüşler için bkz. ÜNVER, Hukuki Değer, s. 141.

³¹³ Muhammet AÇIKGÖZLÜ, Ceza Hukuku Açısından Teori ve Uygulamada Mağdur Kavramı, Adil Yay., Ankara 2000, s. 15.

sıfatına sahip olacaklarını savunan görüş vardır.³¹⁴ Pasif süje, tüzel kişiliğe sahip olmayan insan toplulukları da olabilir.³¹⁵

Nefret ve ayrımcılık suçunun mağdurunun sadece gerçek kişiler olabileceği ileri sürülmüştür. Bu görüş, maddede sayılan ırk, din vb. özelliklerin insana özgü olduğunu, tüzel kişilerin bu özelliklere sahip olamayacağı için mağdur sıfatını kazanamayacağını savunur.³¹⁶ Bu durumda tüzel kişiler nefret ve ayrımcılık suçunda ancak suçtan zarar gören olabilir.³¹⁷ Bu görüşe katılmadığımızı belirtmek isteriz. Örneğin Ermenilerin oluşturduğu bir vakfa, Ermenilere duyulan nefret nedeniyle bina kiralanmaması durumunda, vakıf mağdur olarak kabul edilmelidir. Burada fail, nefret nedeniyle vakfa ait hukuki bir yararı ihlal eder.

Gerçek kişilerin tümü nefret ve ayrımcılık suçunun mağduru olabilir. Burada tartışma konusu olan nokta mağdurun, 122'nci maddede sayılan özelliklere sahip olmasının zorunlu olup olmadığıdır. Bu özelliklere sahip olmayan kişilerin, nefret ve ayrımcılık suçunun mağduru olamayacağı savunulmuştur.³¹⁸

Bu durumu, Japonlardan nefret eden şirket sahibinin, bir İngiliz'in iş başvurusunu eşi Japon olduğu için reddetmesi örneği üzerinden somutlaştırabiliriz. *İnceoğlu*, bu durumda saikin yani nefretin yöneldiği kişinin mağdur, işe alınmayan kişinin suçtan zarar gören olacağını savunmaktadır.³¹⁹ Suçun hukuki konusu bireylerin iş ve çalışma

³¹⁴ KATOĞLU, s. 672-676; Sulhi DÖNMEZER/ Sahir ERMAN, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku C. II, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., İstanbul 1978, s. 492, 493; TOROSLU/ TOROSLU, s. 115.

³¹⁵ TOROSLU/ TOROSLU, s. 116; YALÇIN/ KÖPRÜLÜ, s. 157.

³¹⁶ BAYRAKTAR ve diğerleri, s. 356; DEMREN DÖNMEZ, s. 47; KOCASAKAL, s. 24.

³¹⁷ ERSOY, s. 49; YENİDÜNYA, s. 103.

³¹⁸ ÖZBEK ve diğerleri, Özel, s. 483.

³¹⁹ BAYRAKTAR ve diğerleri, s. 356.

özgürlüğüyle, mülkiyet ve farklı muameleye tabi tutulmama hakkıdır. Bu olayda, farklı muameleye tabi tutulan, iş ve çalışma özgürlüğü ihlal edilen kişi işe alınmayandır ve mağdur olduğu kabul edilmelidir.³²⁰

3. MADDİ KONU

Suçun maddi konusu, suçun üzerinde işlendiği ve kanunen dikkate alınan şey ya da kişidir.³²¹ Suçun maddi konusunu, fiziki veya maddi bir yapıya olan varlıklar oluşturabilir. Tüzel kişiler, tüzel kişiliği olmayan insan toplulukları gibi cismani varlığı olmayan şeyler maddi konu olamaz.³²²

Her suçun bir maddi konusu olması zorunlu değildir. Bazı suçlarda maddi konu bulunmayabilir.³²³ Suçun tamamlanması için bir neticenin meydana gelmesinin gerekmediği sırf hareket suçlarında kural olarak maddi konu bulunmaz.³²⁴

Nefret ve ayrımcılık suçu, sırf hareket suçu olduğu için genellikle maddi konusunun bulunmayacağını söylemek isabetli olacaktır. Örneğin Kızılay'da çalışan ve eşcinsellerden nefret eden bir kişinin, yardım için vermesi gereken çadırı, ihtiyaç sahibi eşcinsel olduğu için vermemesi şeklinde gerçekleşen nefret ve ayrımcılık suçunda maddi konu yoktur. Çadır maddi konu değil, suça konu olan şeydir.

³²⁰ HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, Özel, s. 225.

³²¹ EREM, Suçun Konusu, s. 14

³²² YALÇIN/ KÖPRÜLÜ, s. 110, 111.

³²³ Her suçun bir maddi konusunun bulunduğu yönündeki karşı görüş için bkz. İzzet ÖZGENÇ, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), Seçkin, Ankara 2005, s. 215; KOCA/ ÜZÜLMEZ, s. 116.

³²⁴ YALÇIN/ KÖPRÜLÜ, s. 157.

D. SUÇUN UNSURLARI

1. SUÇUN MADDİ UNSURU

a. Genel Olarak

Ceza hukuku doktrininde, suçun unsurları konusunda çok farklı görüşler vardır. Bizim kabul ettiğimiz görüşe göre suç, maddi ve manevi unsurdan oluşur. Maddi unsuru oluşturan fiil, pozitif ve negatif unsurları içerir. Hareket, netice ve bu ikisi arasındaki nedensellik bağı pozitif unsurun içeriğini oluşturur. Negatif unursa hukuka uygunluk nedeninin bulunmamasıdır.³²⁵

Nefret ve ayrımcılık suçunun pozitif unsurunun incelenmesinde sadece harekete yer verilmiştir. Bunun nedeni nefret ve ayrımcılık suçunun sırf hareket suçu olmasıdır. Sırf hareket suçlarında netice yoktur. Dolayısıyla hareketle netice arasındaki nedensellik bağının da incelenmesi mümkün değildir. Sırf hareket suçlarında hareketin tamamlanması ve hukuka uygunluk nedeninin bulunmamasıyla maddi unsur oluşur.³²⁶

Nefret ve ayrımcılık suçunu oluşturan dört hareket belirlenmiştir. Bu hareketler seçimlik olup, hareketlerden birinin gerçekleştirilmesiyle, nefret ve ayrımcılık suçunun pozitif unsuru tamamlanır.³²⁷ TCK'nın 122'nci maddesinde düzenlenen seçimlik hareketler, nefret suçları açısından yapacağımız değerlendirmede önemli bir yere sahiptir.

AGİT'in nefret suçunu, ceza kanunlarında var olan bir suçun cezasının nefret veya önyargı saikiyle işlenmesi halinde artırılması şeklinde tanımladığını belirtmiştik. Yargıtay da nefret ve ayrımcılık suçuyla ilgili verdiği kararlarda AGİT'in bu tanımını esas almıştır. Bu tanım uyarınca yaptığı değerlendirmede, 122'nci maddede TCK'da var

³²⁵ TOROSLU/TOROSLU, s. 126, 128, 136.

³²⁶ Uğur ALACAKAPTAN, Suçun Unsurları, Ankara 1975, s. 49.

³²⁷ HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, Özel, s. 226.

olan bir suçta (*temel suç*) yer verilmediğini belirtmiştir. Bu nedenle, nefret ve ayrımcılık suçunun, seçimlik hareketlerin belirli gruplara karşı “*nefret*” saikiyle gerçekleştirilmesi öngörülmesine rağmen, bir nefret suçu düzenlemesi olmadığı sonucuna varmıştır.³²⁸

Yargıtay’ın bu görüşüne katılmakla birlikte, nefret suçlarıyla ilgili açıklamalarımız ışığında, temel suçta yer vermemesine rağmen nefret suçu düzenlemesi olarak kabul edilen bazı suçların da var olduğu söylenmelidir. Özellikle İskoçya Ceza Kanunu’nda yer alan “*harassment*” suçu, TCK’nın 122’nci maddesiyle benzer nitelikler taşımaktadır ve *harassment* suçunun bir nefret suçu düzenlemesi olduğunu kabul eden görüşler vardır.³²⁹

Harassment suçunda, daha önce İskoçya Ceza Kanunu’na göre suç oluşturmayan iki hareketin, belirli gruplara karşı önyargı saikiyle gerçekleştirilmesi cezalandırılmaktadır. Düzenlemede yer verilen hareketlerin, İskoçya Ceza Kanunu’nda yer alan başka suçları oluşturma ihtimali vardır. *Harassment* suçunda, bu hareketlerin oluşturabileceği diğer suçlara göre daha ağır bir ceza öngörülmüştür. Önyargı saikine yer verilmesi ve hareketlerin oluşturabileceği diğer suçlara oranla daha ağır bir ceza öngörmesi nedeniyle *harassment* suçunu, nefret suçu düzenlemesi olarak kabul eden görüşler vardır.³³⁰

Nefret ve ayrımcılık suçunda yer verilen dört seçimlik hareketin de, TCK’da düzenlenen başka suçları oluşturma ihtimali vardır. Özellikle “*bir kişinin işe alınmasının ve olağan bir etkinlikte bulunmasının engellenmesi*” hareketleri, TCK’nın 117’nci

³²⁸ **Yar. 18. CD.**, E. 2015/26353, K. 2016/6373, T. 12.11.2016.

³²⁹ CHALMERS/ LEVERICK, s. 7-12.

³³⁰ CHALMERS/ LEVERICK, s. 7-12.

maddesinde düzenlenen *iş ve çalışma hürriyetinin ihlali* suçunun özel bir biçimi olarak görülebilir.³³¹

Aynı zamanda *iş ve çalışma hürriyetinin ihlali* suçu için öngörülen ceza *altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası* iken, nefret ve ayrımcılık suçuna bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Görülebileceği üzere, bir hareketin iki suçu da oluşturması durumunda, nefret ve ayrımcılık suçunda öngörülen ceza daha ağırdır. Bu iki özellik nedeniyle *harassment* suçu ile nefret ve ayrımcılık suçu benzerlik gösterir.

Ancak bu iki suç arasında önemli bir fark bulunmaktadır. *Harassment* suçunda yer verilen hareketler, kişinin vücut dokunulmazlığı ve bütünlüğünü korumaya yöneliktir. TCK'nın 122. maddesinde düzenlenen seçimlik hareketlerse, ekonomik haklara ilişkindir. *Harassment* düzenlemesini nefret suçu kabul eden görüşler, temel suça yer verilmesinden farklı olarak nefret/önyargı saikine ve hukuki konuya önem vermektedir. Daha önce belirttiğimiz gibi nefret suçlarıyla genellikle yaşam hakkı, vücut dokunulmazlığı ve bütünlüğü korunmaktadır.³³² Bu yönüyle *harassment* suçunun bir nefret suçu düzenlemesi olduğu kabul edilse dahi, TCK'nın 122. maddesinde yer verilen hareketler nedeniyle, nefret ve ayrımcılık suçu bir nefret suçu düzenlemesi kabul edilmeyecektir.

Son olarak AGİT'in nefret suçu tanımının genel olarak kabul gördüğü belirtilmelidir. Uluslararası kuruluşların yaptığı diğer tanımlar ve devletlerin ceza kanunlarında yer alan nefret suçu düzenlemeleri, AGİT'in yaptığı tanımla paraleldir.³³³

³³¹ M. Onat ÖZTÜRK, *İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu*, Legal, İstanbul 2006, s. 122.

³³² JACOBS/ POTTER, s. 31; CHALMERS/ LEVERICK, s. 7-12.

³³³ Timur DEMİRBAŞ, "*Nefret Söylemi ve Nefret Suçları*", Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, C. 19, 2017, s. 2699; Füsun SOKULLU AKINCI, "*Hate Crimes*", *Annales De La Faculte'de Droit d'Istanbul*, Vol. 58, 2009, s. 104.

TCK'nın 122. maddesinde yer verilen hareketler, hem AGİT'in tanımına hem de açıkladığımız diğer görüşlere göre nefret suçuyla örtüşmemektedir.

b. Seçimlik Hareketler

b1. Genel Olarak

Seçimlik hareketlerin ayrı ayrı açıklanmasına geçmeden önce engellemek kavramının anlamının belirlenmesi gerekir. “*Engelleme*” seçimlik hareketlerin ortak noktasıdır. Nefret ve ayrımcılık suçunda engelleme bir netice değildir. Engelleme hareketin bir parçasıdır. Engellemek hem ihmali hem de icrai olarak gerçekleştirilebilir. Bir kişiye maddede belirtilen saikle ruhsat verilmemesi, ihmalî; var olan ruhsatın iptal edilmesi ise icrai harekete örnektir.³³⁴

Nefret ve ayrımcılık suçunda engelleme hareketinin bir zarar doğurması aranmamıştır. Bu nedenle suç, *tehlike suçudur*. Tehlike suçlarında, hareketin suçun konusu için gerçek bir zarar tehlikesi ortaya çıkarması aranıyorsa, *somut tehlike suçu* söz konusudur. Suç tipinde düzenlenen hareketin yapılmasının yeterli görüldüğü ve tehlikenin var olup olmadığının araştırılmasının gerekmediği suçlar, *soyut tehlike suçlarıdır*.³³⁵ Nefret ve ayrımcılık suçunda, düzenlemede belirtilen engelleme hareketinin yapılması yeterlidir. Bu hareketin, mağdur için somut bir tehlike arz etmesi önemli değildir ve araştırılması gerekmez. Bu yüzden nefret ve ayrımcılık suçu, *soyut tehlike suçudur*.³³⁶

³³⁴ ARTUK ve diğerleri, Özel, s. 385; HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, Özel, s. 226; YENİDÜNYA, s. 109; BAYRAKTAR ve diğerleri, s. 365; ÖZTÜRK, Nefret, s. 119.

³³⁵ YALÇIN/ KÖPRÜLÜ, s. 183.

³³⁶ BAYRAKTAR ve diğerleri, s. 366; ÖZBEK ve diğerleri, Özel, s. 470; KOCASAKAL, s. 31.

Son olarak maddede dört bent halinde sayılan hareketler seçimliktir. Suçun diğer unsurlarının varlığı halinde, hareketlerden birinin yapılmasıyla suç oluşur. Birden fazla seçimlik hareketin yapılması durumunda da tek suç oluşur.

b2. Bir Kişiyeye Kamuya Arz Edilmiş Olan Bir Taşınır veya Taşınmaz Malın Satılmasının, Devrinin veya Kiraya Verilmesinin Engellenmesi

İlk seçimlik hareketin kapsamının belirlenmesi için önce *kamuya arz edilmiş taşınır – taşınmaz mal* kavramının içeriğinin tespit edilmesi gerekir. Kamu “*bir ülkedeki halkın bütünü, halk, amme*” demektir.³³⁷ Bu nedenle seçimlik hareketin oluşması için ilk şart; taşınır ya da taşınmaz malın, satılacağı, devredileceğinin ya da kiraya verileceğinin herkese açık olarak duyurulmasıdır.³³⁸ Örneğin kadınlardan nefret eden bir kişiye, evini satılığa çıkarmadığı halde bir kadının satın alma teklifi sunması ve reddedilmesi durumunda, seçimlik hareket oluşmayacaktır. Bunun nedeni evin satışının kamuya arz edilmiş olmamasıdır. Aynı olay, emlakçıya satılmak üzere ilan verilmiş bir ev için yaşınsaydı, seçimlik hareket tamamlanır ve suç oluşurdu.

Taşınır – taşınmaz mal ayrımı için ise eşya hukukunda yapılan tanım şöyledir: “*Eşyanın kendisine zarar vermeden bir yerden başka yere taşınması mümkün ise taşınır, mümkün değil ise taşınmaz eşyadır.*”³³⁹ Ayrım, eşyanın fiziki tabiatına göre yapılmıştır. Örneğin ev, arazi birer taşınmaz iken; bisiklet, tekne birer taşınırdır.

Burada tartışılması gereken nokta fikrî mülkiyettir. AYM bir kararında fikri mülkiyeti, “*Mülkiyet hakkının konusunu, maddî ve gayrimaddî mallar oluşturmaktadır. Taşınır ve taşınmaz mallar, maddî mallar kapsamında iken, fikri ve sınaî mülkiyet hakları*

³³⁷ <https://sozluk.gov.tr/?kelime=kamu> (E.T. 21.11.2018).

³³⁸ BAYRAKTAR ve diğerleri, s. 358; ÖZBEK ve diğerleri, Özel, s. 484.

³³⁹ Lale SİRMEN, Eşya Hukuku, Yetkin Yay., Ankara 2019, s. 12, 13.

gayrimaddî mallar kapsamında yer almaktadır”³⁴⁰ şeklinde tanımlamıştır. Bu kararda taşınır ve taşınmaz mülkiyetinin, fikri mülkiyetten farklı olduğu açıkça ortaya koyulmuştur. Fikri mülkiyet, bu nedenle seçimlik hareketin kapsamında değildir.³⁴¹

Türk Borçlar Kanunu’nda (TBK) satış sözleşmesi ve kira sözleşmesi tanımlanmıştır. TBK’nın 207’nci maddesinde, satış sözleşmesi “*satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşme*” şeklinde tanımlamıştır. 299’uncu maddede de kira sözleşmesi “*kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstlendiği*” sözleşme olarak tanımlanmıştır. Satış ve kira sözleşmeleri iki tarafa karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerdir. Kira sözleşmesi, satış sözleşmesinden farklı olarak mülkiyetin devrini içermez.³⁴²

Devir ise mevzuatta tanımlanmamıştır. Öğretide de devrin anlamının açıklanmasına fazla yer verilmemiştir. Devir ile sadece mülkiyetin devrinin kastedildiği, zilyetliğin devrinin ise bu kapsamda sayılamayacağı belirtilmiştir.³⁴³ Maddede devrin bir edim karşılığı yapılması gerektiğiyle ilgili bir şart da yoktur. Bu nedenle devir borcunun bağış, trampa, satış sözleşmesinden doğması önemli değildir. Her halükarda, devir borcunun doğmasının veya ifasının, maddede belirtilen saiklerle engellenmesi, hukuka uygunluk nedeni de bulunmuyorsa, nefret ve ayırmacılık suçunun maddi unsurunu

³⁴⁰ **AYM**, E. 2004/81, K. 2008/48, T. 31.01.2008.

³⁴¹ **BAYRAKTAR** ve diğerleri, s. 357.

³⁴² Fikret **EREN**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yay., Ankara 2019, s. 28, 316.

³⁴³ **BAYRAKTAR**, s. 358, 359.

oluşturacaktır.³⁴⁴ Maddede sadece devir ve satıştan bahsedildiği için, rehin ve ipoteğin maddede sayılan saiklerle engellenmesi, 122. maddeye göre suç oluşturmayacaktır.³⁴⁵

b3. Bir Kişinin Kamuya Arz Edilmiş Belli Bir Hizmetten Yararlanmasının Engellenmesi

Hizmet kavramının yargı kararlarında ya da mevzuatta tanımı yapılmamıştır. Öğretide, hizmet “*kanuna, genel ahlak ve adaba aykırı olmamak kaydı ile toplumsal-ekonomik değeri olan hukukun tanımladığı her çeşit beşeri faaliyet*”³⁴⁶ şeklinde tanımlanmıştır. Benzer şekilde engellenen hizmetin “*kamunun faydalandığı ve belli ölçüde gelir getiren nitelikte*” olması gerektiği belirtilmiştir.³⁴⁷ Son olarak hizmet, “*özel hukuk alanında tanımlanan iş görme edimi*” ile sınırlı şekilde tanımlanmıştır.³⁴⁸

Hizmetin kamu ya da özel sektör tarafından sunulması arasında bir ayırım yapılmamıştır. Bu nedenle belediye görevlisinin nefret saikiyle bir kişinin çöplerini toplamaması ya da bu kişinin evinin çevresini özellikle temizlememesi, hizmetten yararlanılmasının engellenmesidir.³⁴⁹

Hizmetten yararlanılmasını zorlaştırmanın da engelleme sayılması gerektiği öne sürülmüştür.³⁵⁰ Ancak bizim de katıldığımız görüşe engelleme tamamen hizmetten mahrum kalma anlamındadır. Bu nedenle zorlaştırma ancak hareket parçalara bölünebiliyorsa teşebbüs hükümleri kapsamında değerlendirilebilir. Hareket parçalara

³⁴⁴ ÖZTÜRK, Nefret, s. 122.

³⁴⁵ ÖZBEK ve diğerleri, Özel, s. 484.

³⁴⁶ HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, Özel, s. 226.

³⁴⁷ ÖZBEK ve diğerleri, Özel, s. 484.

³⁴⁸ BAYRAKTAR ve diğerleri, 361.

³⁴⁹ KOCASAKAL, s. 27.

³⁵⁰ ARTUK ve diğerleri, Özel, s. 387; DEMREN DÖNMEZ, s. 41.

bölünemiyorsa, engelleme hareketi icra edilmediği için nefret ve ayırimcılık suçu oluşmayacaktır.³⁵¹

b4. Bir Kişinin İşe Alınmasının Engellenmesi

İşe alınmanın engellenmesi ile ilgili tartışılması gereken ilk husus iş kavramının içeriğidir. İş sözleşmesi, İş Kanunu'nun 8. maddesine göre “*bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşme*”dir. Ancak iş kavramının bu tanımla sınırlı olarak anlaşılması, kamu hizmetlerine alımın seçimlik hareketi oluşturmayacağı anlamına gelir. Bu nedenle bizim de katıldığımız görüşe göre, işe alımın engellenmesinin, kamu hizmetlerine alınmayı da kapsayacak şekilde yorumlanması gerekir.³⁵² İş, “*hukukun tanıdığı, toplumsal-ekonomik değeri olan, sınavlı veya sınavsız kazanılan, süreli veya geçici her çeşit beşeri faaliyet*”³⁵³ olarak da tanımlanmıştır.

Belirtilmesi gereken bir diğer nokta ise, seçimlik hareketin sadece işe alımın engellenmesiyle sınırlandırılmış olmasıdır. İş ilişkisinin sona erdirilmesi veya devam eden iş ilişkisinde ayırimcı uygulamalar yapılması kapsama dahil değildir.³⁵⁴ Örneğin kadınlara duyulan nefret nedeniyle çalışanın iş akdinin feshi veya çalışana düşük maaş verilmesi, nefret ve ayırimcılık suçunu oluşturmayacaktır.

³⁵¹ BAYRAKTAR ve diğerleri, s. 363; ÖZBEK ve diğerleri, Özel, s. 484.

³⁵² BAYRAKTAR ve diğerleri, s. 363; ÖZTÜRK, Nefret, s. 377.

³⁵³ HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, Özel, s. 226.

³⁵⁴ İdil İŞİL GÜL, Fiziksel Engellilerin Uluslararası Hukukta Korunması ve Uluslararası Standartların İç Hukuka Yansıması, İstanbul 2006, s. 302 (Yayımlanmamış Doktora Tezi).

b5. Bir Kişinin Olağan Bir Ekonomik Etkinlikte Bulunmasının Engellenmesi

Olağan ekonomik etkinlik kavramı mevzuatta tanımlanmamıştır. Öğretide ekonomik etkinlikle ilgili farklı görüşler vardır. Genel kabul, ekonomik etkinliğin maddi yarar sağlayan ve hukuka uygun her türlü faaliyet olarak anlaşılması yönündedir.³⁵⁵ Kavram, sadece iş olarak sürdürülen ekonomik etkinliklerle sınırlı şekilde de tanımlanmıştır. Bu görüşte, sadece mesleki faaliyette bulunmayı engellemek, olağan ekonomik etkinliğin engellenmesi olarak kabul edilir.³⁵⁶

Ekonomik etkinliğin anlamını belirlemek için maddi yararın geçerli bir ölçüt olmadığını savunanlar da vardır. Bu görüşe göre, ekonomik etkinliğe tüketici ya da üretici olarak katılan herkesin, maddi yarar sağlama amacına bakılmadan, seçimlik hareket kapsamında değerlendirilmesi gerekir.³⁵⁷ Bu duruma örnek olarak ırka dayalı nefret nedeniyle bir kitapçıdan alışveriş yapılmaması gösterilmiştir. Bu görüşe göre, kitapçının olağan ekonomik faaliyete katılımının engellendiği kabul edilmelidir.³⁵⁸ Bu örnekte, olağan etkinlikte bulunmanın engellendiğine katılmıyoruz. Kitap almamak değil; kitapçı açmanın ya da insanların alışveriş yapmasının engellenmesi durumunda suç oluşacaktır. Bireyin, bir işletmeden alışveriş yapmamayı tercih etmesi, sözleşme özgürlüğü kapsamındadır. Bu nedenle hukuka aykırı değildir.

Öğretide, iş ilişkisinin sonlandırılmasının³⁵⁹ bu seçimlik hareket kapsamında değerlendirileceği kabul edilmiştir. Ancak ekonomik etkinliğin bu şekilde geniş

³⁵⁵ ÖZBEK ve diğerleri, Özel, s. 485; ARTUK ve diğerleri, Özel, s. 388; DEMREN DÖNMEZ, s. 45.

³⁵⁶ HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, Özel, s. 226.

³⁵⁷ BAYRAKTAR ve diğerleri, s. 363; KARAN, Türk Hukukunda, s. 168.

³⁵⁸ ARTUÇ, s. 1055.

³⁵⁹ İdil İŞİL GÜL/ Ulaş KARAN, Ayrımcılık Yasağı Kavramı, Hukuk, İzleme ve Belgeleme, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., İstanbul 2001, s. 96.

yorumlanması eleştirilmiştir. Eleştirinin nedeni, bu şekilde yapılacak bir yorumun, olağan ekonomik etkinliğin engellenmesinin anlamını, 122. maddenin (a) ve (b) bentlerinde düzenlenen tüm hareketleri de içerecek kadar genişletmesidir.³⁶⁰

c. Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Bulunmaması

Hukuka aykırılık suçun unsurlarından değildir. Hukuka aykırılık, suçun özü veya varoluş sebebidir. Yasalar, kanunkoyucunun iradesinin yansımasıdır ve izin verilenle verilmeyen fiiller arasına çektiği sınırdır. Dolayısıyla, ceza normunun yasak veya emrine aykırı fiil, bu fiile hukuk düzeninde izin veren başka bir norm bulunmuyorsa suç teşkil eder.³⁶¹

Bu bağlamda, hukuka uygunluk nedenleri, ceza kanununda yasaklanan hareketi meşrulaştırır, hukuka aykırılığın ortaya çıkmasını engeller. Hukuka uygunluk nedenlerinin bulunması halinde, fiil en başından itibaren hukuka uygundur. Hukuka uygunluk nedenleri “*genel*” ve “*objektif*” niteliktedir. Hukuka uygunluk nedeninin varlığı halinde fiil, failin bu nedeni bilip bilmemesi değerlendirilmeden hukuka aykırı olmaktan çıkar. Hukuka uygunluk nedenlerinin etki göstermesi için, objektif bir değerlendirmeyle olayda mevcut olup olmadığı araştırılır. Fail açısından sübjektif bilme unsurunun varlığı aranmaz.³⁶²

Hukuka uygunluk nedenlerinin etkisi sadece ceza hukukuyla sınırlı değildir. Hukukun bütünselliği gereği, hukuka uygunluk nedenleri fiili tüm hukuka uygun hale getirir. Bu nedenle genel bir etkiye sahiptir.³⁶³

³⁶⁰ BAYRAKTAR ve diğerleri, s. 364.

³⁶¹ TOROSLU/ TOROSLU, s. 117, 118.

³⁶² ALACAKAPTAN, Suçun Unsurları, s. 98; YALÇIN/ KÖPRÜLÜ, s. 218.

³⁶³ Doğan SOYASLAN, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yay., Ankara 2018, s. 347.

TCK sistematüğinde, hukuka uygunluk nedenleri “*cezayı azaltan ve kaldıran nedenler*” başlığı altında düzenlenmiştir. Hukuka aykırılık, kusurluluğı kaldıran, isnat yeteneğini etkileyen ve cezayı azaltan nedenlerin aynı başlık altında düzenlenmesi eleştirilmiştir.³⁶⁴ TCK’da “*kanun hükmünün yerine getirilmesi (m. 24/1), amirin emrinin yerine getirilmesi (m. 24/2,3,4), hakkın kullanılması (m. 26/1), ilgilinin rızası (m. 26/2), meşru savunma (m. 25/1), zorunluluk hali (m. 25/2)*” hukuka uygunluk nedenleri düzenlenmiştir.

Bazı yazarlar, nefret ve ayırmıcılık suçunda, pozitif ayırmıcılık düzenlemelerinin icrası hariç, klasik hukuka uygunluk nedenlerinin uygulanmasının mümkün olmadığını savunmaktadırlar.³⁶⁵ Ancak mevzuatta bu yönde bir düzenleme bulunmadığı için, hukuka uygunluk nedenleriyle ilgili genel kuralların, nefret ve ayırmıcılık suçu açısından uygulanacağı baskın olan görüştür.³⁶⁶

Mevzuat açısından bir engel bulunmasa da, kanımızca 6529 sayılı Kanunla madde metnine nefret ibaresinin eklenmesiyle pratikte hukuka uygunluk nedenlerinin uygulanabileceğı olayların gerçekleşmesi çok zordur. Bir kişinin hem maddede sayılan gruplardan nefret etmesi, hem de bu nefreti nedeniyle seçimlik hareketleri yapması ve aynı zamanda hareketlerin hukuka uygunluk nedenlerinden birine sahip olması imkânsız olmasa da, çok düşük bir olasılıktır.

Konuyla ilgili verilen örnekler, erkeklerin kadınlar matinesine alınmaması³⁶⁷ ve yasak olmasına rağmen dini inançları doğrultusunda giyinmeye devam eden bireyin kamu

³⁶⁴ Bahri ÖZTÜRK/ Mustafa Ruhan ERDEM: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Seçkin Yay., Ankara 2012, s. 195.

³⁶⁵ ÖZBEK ve diğerleri, Özel, s. 486.

³⁶⁶ YAŞAR ve diğerleri, s. 4061; BAYRAKTAR ve diğerleri, s. 372.

³⁶⁷ BAYRAKTAR ve diğerleri, s. 373.

hizmetinden yararlanmasının engellenmesidir.³⁶⁸ Ancak burada dikkat edilmelidir ki engelleme hareketlerini gerçekleştirenler aynı zamanda, sırasıyla erkeklerden ve belirli dini inançtan nefret etmeli ve bu nefret nedeniyle hareketi yapmalıdırlar. Nefretin eksikliği halinde suç, hukuka uygunluk nedeninin olup olmadığına ilişkin bir açıklamaya gerek kalmadan oluşmayacaktır.

İncelediğimiz suç açısından önem arz eden ilk hukuka uygunluk nedeni *hakkın kullanımı*dır. Hakkın kullanımında, nefrete dayalı ayrımcılık niteliğindeki hareketin, bir hak olup olmadığının tespiti son derece zordur. Her somut olay için ayrı ayrı değerlendirme yapılmalıdır.³⁶⁹ AİHM hareketin hukuken izin verilebilir olduğunun tespitinde “*hedef ile araç arasındaki ölçülülüğü*” ile “*objektif ve makul bir nedene dayanma*” kriterlerini koymuştur. Bu kriterleri değerlendirirken, ayrımcı uygulamanın haklı kabul edilebilmesi için ciddi derecede önem arz eden gerekçeler aramaktadır ve haklılık kavramını dar yorumlamaktadır.³⁷⁰ Benzer şekilde AYM de “*gereklilik*”, “*zorunluluk*”, “*işin özelliklerine ve ereklerine uygunluk*”, “*dengeli ve makul görülebilecek ölçüler*”, “*adaletli ve eşit ölçüler*” unsurlarını değerlendirmektedir.³⁷¹

Kanaatimizce bu kriterler ışığında, nefret ve ayrımcılık suçunda hakkın kullanımının, bir hukuka uygunluk nedeni olarak uygulanması mümkün değildir. Çünkü bu hukuka uygunluk nedeninde sübjektif hakkın varlığı ilk şarttır. Bunun yanında hakkın kaynağını yaratan normun sınırları içerisinde kalınarak, kötü niyetle kullanılmaması gerekir.³⁷² Nefret ve ayrımcılık suçunun oluşması için ise seçimlik hareketlerin nefret

³⁶⁸ ŞEN, s. 518.

³⁶⁹ BAYRAKTAR ve diğerleri, s. 373; ARTUK ve diğerleri, Özel, s. 384.

³⁷⁰ Sevi BAKIM, “*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) Kararları Çerçevesinde Cinsiyet Ayrımcılığı*”, Prof. Dr. Cevdet YAVUZ’a Armağan, İstanbul 2012, s. 3202.

³⁷¹ Sibel İNCEOĞLU, “*Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasası*”, Çalışma ve Toplum, S. 4, 2006, s. 54.

³⁷² YALÇIN/ KÖPRÜLÜ, s. 222, 223.

nedeniyle gerçekleştirilmesi gerekir. Dolayısıyla ayrımcı hareketin yapılması bir hak olsa dahi, bu hak nefret nedeniyle ve kötü niyetle kullanıldığı için hukuka uygunluk nedeni yaratmayacaktır.

Nefret ve ayrımcılık suçunda, hakkın kullanımının uygulanabileceği kabul edilse dahi, hak kavramının AİHM'inkine benzer şekilde dar yorumlanması gerekir. Çünkü eşitlik ilkesi, insan onuru ve saygınlığı gibi demokratik hukuk devletinin temel unsurlarını koruyan nefret ve ayrımcılık suçunun uygulama alanı, 6529 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonrası son derece daralmıştır. Bu nedenle hakkın kullanımı ve benzeri suçun uygulama alanını daha da daraltacak konularda dar yorumun tercih edilmesi yerinde olacaktır.

Değerlendireceğimiz ikinci hukuka uygunluk nedeni ilgilinin rızasıdır. Bu konuda iki farklı görüş vardır. Birinci görüş ilgilinin rızasının nefret ve ayrımcılık suçunda uygulanamayacağını savunmaktadır. Bu görüş, suç tipiyle insan onurunun korunduğu ve insan onurunun bireyin üzerinde tasarruf edemeyeceği bir hak olduğu için rızasının geçerli olmayacağını temel almıştır.³⁷³ İnsan onurunun üzerinde tasarruf edilemeyecek bir hukuksal değer olduğunu savunan yazarlar³⁷⁴ olduğu gibi, tasarruf edilebileceğini kabul eden görüşler³⁷⁵ de vardır.³⁷⁶

Bu konuda diğer bir sorun, incelediğimiz suç gibi birden fazla hukuki değeri koruyan suçlarda, hangi değer rıza açısından değerlendirileceğidir. Bu konuda iki farklı

³⁷³ ÖZTÜRK, Nefret, s. 134.

³⁷⁴ Yener ÜNVER, “*Ceza Hukuku Felsefi Açısından İnsan Onuru ve Mevzuatımız*”, CHD, S. 7, 2008, s. 81.

³⁷⁵ Sahir ERMAN, Hakaret ve Sövme Suçları, İstanbul Üniversitesi Fen Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Prof. Dr. Nazım Terzioğlu Basım Atölyesi, İstanbul 1989, s. 171; Ayhan ÖNDER, Ceza Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, s. 260.

³⁷⁶ Bu konuda detaylı açıklamalar için bkz. Meral EKİCİ ŞAHİN, Ceza Hukukunda Rıza, Oniki Levha Yay., İstanbul 2012, s. 355-360.

görüş vardır. İlk görüş, rıza açısından, normun öncelikle koruduğu değeri esas almaktadır. Diğer görüş, korunan hukuki değerlerin hepsinin rıza açısından değerlendirilmesi gerektiğini ve birinin üzerinde tasarruf edilemeyecek bir hak olması halinde rızanın geçersiz olacağını kabul etmektedir.³⁷⁷

Bu açıklamalar ışığında, kanaatimizce suçun hukuki konusu insan onuru olarak kabul edilirse, rıza geçersiz sayılmalıdır. Ancak bizim de katıldığımız görüş, suçun hukuki konusunu farklı muameleye tabi tutulmama hakkı ve belirli ekonomik haklar olarak kabul etmektedir. Farklı muameleye tabi tutulma hakkının, üzerinde tasarruf edilebilecek bir hak olduğunu düşünüyoruz. Düzenlenen seçimlik hareketlerle de ekonomik haklar korunduğundan, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde ilgilinin rızası geçerli sayılmalıdır.³⁷⁸

2. SUÇUN MANEVİ UNSURU

a. Genel Olarak

Modern ceza hukukunun temelinde, insanların irade özgürlüğüne sahip oldukları kabulü yer alır. Bu kabul, failin iradi şekilde hareket edip etmediğinin değerlendirilmesini zorunlu kılar. Manevi unsur, bu değerlendirmenin yapıldığı unsurdur. Manevi unsorda failin fiil ile arasında var olan psikolojik bağ değerlendirilir.³⁷⁹

TCK'nın 21. maddesi uyarınca “suçun oluşması kastın varlığına” bağlanmıştır. Bu düzenlemeyle kanunkoyucu, suçun manevi unsurunun kast olduğunu belirten genel bir kural koymuştur. TCK m. 21’de kast, “suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların fail tarafından bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir” şeklinde tanımlanmıştır. Fail,

³⁷⁷ Görüşler için bkz. EKİCİ ŞAHİN, s. 118-120.

³⁷⁸ YAŞAR ve diğerleri, s. 4061; BAYRAKTAR ve diğerleri, s. 372; Mustafa ARTUÇ, Kişilere Karşı Suçlar, Adalet Yay., Ankara 2018, s. 1056.

³⁷⁹ DÖNMEZER/ ERMAN, s. 201-204.

suçun icrası sırasında maddi unsurları biliyorsa ve iradesini bu maddi unsurlara yöneltmişse, kasten hareket etmiş olur.

Kastın, doğrudan kast ve dolaylı (olası) kast olmak üzere iki türü vardır. Suçun maddi unsurları, özellikle fiilin sebep olacağı neticeler fail açısından kesinlik derecesindeyse doğrudan kast vardır. Dolaylı kastta da fail neticeyi öngörmektedir. Ancak fail, neticenin gerçekleşeceğini kesinlik derecesinde değil, olasılık ya da muhtemel olarak görmektedir. Sonuca rıza göstermekte, olmaması için çaba sarf etmemektedir.³⁸⁰

Nefret ve ayrımcılık, kasten işlenebilen bir suçtur. TCK m. 22/1 uyarınca, kanunda taksirle işlenebileceği açıkça öngörülmeleyen suçlar, ancak kasten işlenebilir. TCK'nın 122'nci maddesinde suçun taksirle işlenebileceğine yer verilmemiştir.

Manevi unsur konusunda önem arz eden bir diğer nokta saik konusudur. Saik, kural olarak suçun unsurları içerisinde değerlendirilmez. Bu genel kurala istisna oluşturacak şekilde, ceza kanununda bazı suçların temel şeklinde ya da nitelikli hallerinde saik bir unsur olarak düzenlenmiştir. Saikin, bu şekilde bir unsur olarak düzenlendiği hallerde “*özel kast*”ın varlığı kabul edilir. Özel kastta, failin maddi fiili bilinçli ve iradi şekilde gerçekleştirmesinin yanında, özel bir amaçla hareket etmesi gereklidir.³⁸¹ Ancak özel kastın doğrudan kastın bir türü olması nedeniyle, genel kast ve özel kast ayrımının gereksiz olduğunu ifade eden görüşler de vardır.³⁸²

³⁸⁰ YALÇIN/ KÖPRÜLÜ, s. 298.

³⁸¹ ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku Genel, s. 310, 311.

³⁸² ÖZBEK ve diğerleri, Genel, s. 262.

Özel kastın suçun temel halinde bir unsur olarak öngörülmesi halinde, faile ceza sorumluluğunun yüklenebilmesi için failin öngörülen saikle hareket etmiş olması gerekir. Bu tür düzenlemeler açısından saik suçun manevi unsurunun bir parçasıdır.³⁸³

2015 yılında TCK'nın 122. maddesinde yapılan değişiklikle, madde metnine “*nefret*” ibaresi eklenmiştir. Bu değişiklikten sonra, seçimlik hareketlerin ancak *dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle* gerçekleştirilmesi halinde suç oluşacaktır. Diğer bir deyişle, suçun manevi unsuru artık *özel kasttır*.³⁸⁴

2015 değişikliyle madde metnine açıkça “*nefret*” ibaresini eklenmesiyle, suçun manevi unsurunun gerçekleşebilmesi için, öncelikle failin maddede belirtilen gruplara yönelik nefretinin ve sonrasında bu nefret saikiyle seçimlik hareketlerin gerçekleştirildiğinin kanıtlanması gerekecektir.

122. maddenin, nefret suçuyla benzerlik taşıyan yönü özel kast konusundadır. Nefret saikinin arandığı bir ayrımcılık suçu düzenlemesi bulunmamaktadır. Ayrımcılık suçlarında özellikle son yıllarda *ayrımcı seçim modelini* tercih eden kanunlar yürürlüğe sokulmaktadır.³⁸⁵

Nefret suçlarında ise nefret saiki, suçun temel unsurları hakkındaki tartışmaların odağında yer almaktadır. Nefret suçu yasalarında saikin açıkça nefret olarak belirlendiği örnekler mevcuttur. Bu yönüyle nefret, nefret suçlarının temel unsurları arasında yer

³⁸³ ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku Genel, s. 250.

³⁸⁴ Bu yöndeki görüşlerden örnekler için bkz. ARTUK ve diğerleri, Özel, s. 391; HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, Özel, s. 226; Nefret ve ayrımcılık suçunun manevi unsurunun genel kast olduğunu kabul eden görüş için bkz. ÖZBEK ve diğerleri, Özel, s. 486.

³⁸⁵ OECD, The Price of Prejudice: Labour Market Discrimination on the Grounds of Gender and Ethnicity Legal and Institutional Framework in Force in 2007, 2007, s. 3-280, <https://www.oecd.org/els/emp/40881200.pdf> (E.T. 12.12.2018).

alabilir. Nefret suçu kanunları arasında ayrımcı seçim modelini tercih edenlerin sayısı kısıtlıdır, genellikle düşmanlık modeli tercih edilmektedir.³⁸⁶

122. maddede saik olarak nefrete açıkça yer verilmesiyle artık düşmanlık modelinin tercih edildiği kabul edilmelidir. Nefret ve önyargı arasındaki farkları içeren açıklamalarımızla birlikte göz önünde bulundurulduğunda, nefret ve ayrımcılık suçu seçimlik hareketler açısından ayrımcılık suçuyla; saik açısından nefret suçlarıyla benzer özellikler taşımaktadır. 6529 sayılı Kanunun gerekçesinde de bu durum açıkça belirtilmiştir.³⁸⁷

“Diğer yandan, nefret suçu günümüzde mücadele edilmesi gereken en önemli olgulardan biri olarak uluslararası gündemde yerini almıştır... Bu kapsamda Türk ceza adalet sistemine daha uygun olacak şekilde 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda düzenlenen ayrımcılık suçuyla birlikte nefret suçu da düzenlenmektedir.”

Yargıtay da TCK'nın 122. maddesini “nefrete dayalı ayrımcılık” şeklinde nitelendirmektedir.³⁸⁸ Ancak bu karma düzenleme, suçu uygulanması imkânsız bir hale getirmiştir. Nefret suçunda ispatlanması son derece zor olan nefret saikinin tercih edilmesinin nedeni, bu suçun nefret gruplarıyla sınırlı olarak düşünülmesindedir. Bu şekilde düşünülen fail profilinin hem suçun işlenmesi sırasında sembolik mesajlar bırakma hem de nefret gruplarıyla ilişkisinin kanıtlanabilme ihtimali yüksektir. Ancak nefret ve ayrımcılık suçunun nefret suçlarıyla bağdaşmayan seçimlik hareketlerinde, bu ihtimal son derece düşüktür.³⁸⁹

³⁸⁶ OSCE, Hate Crime Law, s. 48.

³⁸⁷ <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=144816&pkanunnumarasi=6529> (E.T. 14.04.2019).

³⁸⁸ **Yar. 18. C.D.**, E. 2015/26353, K. 2016/6373, T. 12.11.2016.

³⁸⁹ GÜL/ KARAN, s. 95, 96.

b. Dil, Irk, Renk, Cinsiyet, Engellilik, Siyasi Düşünce, Felsefi İnanç, Din veya Mezhep Farklılığından Kaynaklanan Nefret

Nefret ve ayırimcılık suçuyla korunan grupların önemli bir kısmı daha önce açıklanmıştır. Bu nedenle kavramlar tekrar açıklanmayacak, sadece tartışmalı noktalara ve yerel mahkeme kararlarına yer verilecektir. TCK'nın 122. maddesinde seçilen gruplar, çekirdek gruplarla örtüşmemektedir. Çekirdek gruplar arasında açıkladığımız etnik köken ve cinsel yönelime TCK'nın 122. maddesinde yer verilmemiştir. Bu tercih, suçun kapsamını önemli derecede daraltmıştır.

Bu konuda tartışılması gereken ilk nokta ırkın, etnik kökeni; cinsiyetin cinsel yönelimi kapsayacak şekilde anlaşılmasının suçta kanunilik ilkesine aykırılık oluşturup oluşturmayacağıdır.

Kanunilik ilkesi TCK'nın 2. maddesinde *“(1)Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. (2)Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz.”* şeklinde düzenlenmiştir. Bu madde ile düzenlenen aslında biçimsel kanunilik ilkesidir. Öze ilişkin kanunilik ilkesi, TCK'da kabul edilmediğinden, kısaca kanunilik ilkesi terimini kullanacağız.³⁹⁰

Kanunilik ilkesi, ceza hukukunun esasını kanunların oluşturduğu kabulüne dayanır. Kanunen açıkça suç sayılmayan veya ceza öngörülme-yen fiiller cezalandırılmaz. Suç için kanunda öngörülenden daha ağır cezalara hükmedilemez. Kanunda düzenlenmeyen bir fiil, kıyas yoluyla ya da örf-adete dayanarak suç haline getirilemez.

³⁹⁰ Öze ilişkin kanunilik ilkesi için bkz. YALÇIN/ KÖPRÜLÜ, s. 39.

Bu şekilde tanımlanabilecek kanunilik ilkesinden çıkan sonuçlardan biri kanunların belirliliği ilkesidir.³⁹¹

Kanunların belirliliği ilkesi gereği, ceza kanunları genel veya anlamı belirsiz ifadeler içermemelidir. Suç teşkil eden fiiller ve karşılığında öngörülen cezalar anlaşılabilir olmalıdır. Bu sayede bireyler hareketlerini gerçekleştirmeden önce, yaptıklarının suç oluşturup oluşturmadığını bilebilirler. Diğer yandan, belirsizliğin neden olabileceği, devletin keyfi uygulamalarından korunurlar.³⁹²

Kanaatimizce, nefret ve ayırmacılık suçunda korunan özelliklerin belirlilik ilkesi gereği kanunda tanımlanmaları yerinde olacaktır. Daha sonra da belirteceğimiz şekilde, yargı kararlarında ırk ve etnik köken anlamları dışında kullanılmıştır. Bu durum ırkın teorik anlamıyla yargı kararları arasında farklılık oluşmasına neden olarak, belirsizlik yaratmaktadır. Etnik kökene ya da cinsel yönelime dayanan nefret nedeniyle örneğin işe alımda ayırmacılık yapılmasının, nefret ve ayırmacılık suçunu oluşturup oluşturmadığı bireyler tarafından önceden bilinebilmelidir. Bu nedenle korunan özelliklerin anlamlarıyla, sınırları açık ve belirli hale getirilmelidir. Bu açıklığı örneğin ırk kavramını kanunen etnik kökeni içerecek şekilde tanımlayarak sağlayan devletler vardır. Avrupa Birliğinde bu yönde çalışmalar bulunmaktadır.³⁹³

İkinci olarak, korunan özellikler kıyas yasağı ve genişletici yorum açısından değerlendirilmelidir. Kıyas, hakkında uygulanacak kanun hükmü bulunmayan bir hukuki sorunun, benzer sorunlara uygulanan kanun hükümlerine dayanarak çözümlenmesidir.³⁹⁴

³⁹¹ Uğur **ALCAKAPTAN**, İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi, Ankara Hukuk Fakültesi Kriminoloji Enstitüsü Yay., Ankara 1958, s. 6.

³⁹² ALCAKAPTAN, İngiliz Ceza, s. 10, 11.

³⁹³ FARKAS, s. 70-72.

³⁹⁴ Nur **CENTEL** ve diğerleri, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta Yay., İstanbul 2017, s. 94.

Kıyastan farklı olarak genişletici yorumda var olan kanunun anlamının tespit edilmesi amaçlanır. Genişletici yoruma, kanunda açıkça yazılı olmayan ancak kanunun ruhuna ve mantığına göre kapsamında olması gereken bir olayla karşılaşıldığında başvurulur. Kanun yorumlanarak, metinde açıkça yazılı olmamasına rağmen, olaya uygulanır.³⁹⁵ TCK'nın 2. maddesinde yer alan “*kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.*” düzenlemesiyle kıyas yasaklanmış ve sınırlı da olsa genişletici yoruma izin verilmiştir.

Cinsiyet ve ırk, teorik olarak cinsel yönelim ve etnik kökenden tamamıyla farklı kavramlardır. Bu nedenle TCK'nın 122. maddesinin etnik köken ve cinsel yönelimi kapsayacak şekilde uygulanmasının kanunilik ilkesine aykırılık oluşturacağını düşünüyoruz. Etnik köken ve cinsel yönelime dayalı nefret nedeniyle seçimsel hareketlerin gerçekleştirilmesi, TCK'nın 122. maddesi kapsamında cezalandırılmaz. Aksi takdirde kanunen yasaklanmamış bir fiilin suç haline getirilmesi söz konusu olacaktır. Bu kavramların anlamlarında bir belirsizlik olmadığı için genişletici yorum yöntemine başvurulması da mümkün değildir.

Cinsel yönelim ve etnik kökenin düzenlemeden çıkarılması çok yanlıştır. Nefret ve ayırmacılık suçu, normun ihlalini cezalandırarak korunacak grupları görünür kılmayı ve bu sayede toplum nezdindeki negatif algılarını değiştirmeyi de hedefler. Bu nedenle, sıklıkla bu suçun mağduru olan gruplara açıkça madde metninde yer verilmesi gerekir.

TBMM Genel Kurulu'nda, 6529 sayılı “*Temel Hak ve Hürriyetlerin Geliştirilmesi Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*” görüşülürken, 122. maddede yapılacak değişiklikler tartışılmıştır. Bu tartışmalarda “*cinsel yönelim*”, “*yaş*”

³⁹⁵ ALACAKAPTAN, İngiliz Ceza, s. 12, 13.

ve “*etnik kökenin*” eklenmesi önerilmiş ancak “*toplumdaki genel kabulleri dikkate alarak kapsamın genişletilmesi*” kabul edilmemiştir³⁹⁶. Bu nedenle kanunkoyucunun iradesinin de, bu grupların düzenleme kapsamında korunmaması yönünde olduğu kabul edilebilir.

Bu noktada, korunan grupların tanımları ve kapsamlarıyla ilgili yargı kararlarının incelenmesi yararlı olacaktır. Yargıtay CGK 1998 tarihli bir kararında ırkı “*genetik açıdan koşullandırılmış, kuşaktan kuşağa geçen bedensel özelliklere sahip birey toplulukları*” şeklinde tanımlamıştır.³⁹⁷ Ancak aynı kararda Yargıtay CGK, *Türkleri ve Kürtleri* farklı ırklar olarak nitelendirmiştir. Yargıtay 8. CD. de 2000 yılında verdiği bir kararda, Türklüğü ve Kürtlüğü irksal ayırım olarak kabul etmiştir.³⁹⁸ AYM’nin 2011 tarihinde verdiği bir kararın karşı oy gerekçesinde ırkın “*kalıtımsal olarak ortak fiziksel ve fizyolojik özelliklere sahip olan topluluklar*” olduğu belirtilmiştir.³⁹⁹ Doktrinde de, ırkın daha önce yaptığımız açıklamalara paralel olarak, biyolojik özelliklere göre yapılan bir ayırım olduğu kabul edilmektedir.⁴⁰⁰

Görülebileceği üzere yargı kararlarında birlik yoktur. Irkı, etnik kökeni kapsayacak şekilde geniş yorumlayan yargı kararları da vardır. Doktrinde ve yargı kararlarında biyolojik farklılığa dayanan teorik ırk tanımını kabul eden görüşler de bulunmaktadır. Bu nedenle nefret ve ayırmacılık suçunun metnine, etnik köken sözcüğünün ya da ırkı etnik kökeni kapsayacak şekilde tanımlayan bir ifadenin eklenmesi yerinde olacaktır.

³⁹⁶ <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=144816&pkanunnumar=asi=6529> (E.T. 12.04.2019).

³⁹⁷ **Yar. CGK**, E. 1998/247, K. 1998/335, T. 27.10.1998.

³⁹⁸ **Yar. 8 CD.**, E. 2000/13093, K. 2000/13957, T. 05.07.2000.

³⁹⁹ **AYM**, E. 2009/47, K. 2011/51, T. 17.03.2011.

⁴⁰⁰ Ahmet **GÖKCEN**, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü (TCK m.312/2), Liberal Düşünce Topluluğu Avrupa Komisyonu, İstanbul 2001, s. 104; KÖPRÜLÜ, s. 377.

Etnik köken konusunda belirtilmesi gereken diğer bir nokta, 2003 yılında TBMM'ye sunulan tasarıda yer almasına rağmen, kanunlaşarak yürürlüğe giren metinde yer almamasıdır. Bu durum nefret ve ayrımcılık suçunun kanunlaştırılmasında, politik tercihin etkili olduğunu gösterir. Bu kanaatimizin nedeni yapılan çalışmalarda, etnik kökene dayalı nefret suçlarının ve ayrımcılığın Türkiye'de bir sorun olduğunun belirtilmesidir.⁴⁰¹ Bu sorunu somutlaştırmak adına, etnik kökene karşı var olan önyargının bireyleri yönlendirdiği şu üç olaya yer verebiliriz:

“1- Erzurum'daki bir sağlık ocağında bir doktor itişen hastalara, “Pis Kürtler! Hepiniz PKK'lısınız! Hepinizi öldürmek gerekir!”

2- İzmir'de Türkçü Toplumcu Budun Derneği “Kürt nüfus azaltılsın, Kürtleri kısırlaştırın” kampanyası başlattı.

3- Denizli Çivril'de köylüler, “Kürtler çoğalıyor, biz kovmazsak köyü ele geçirecekler.”⁴⁰²

Manisa'nın Selendi ilçesinde 2010 yılında yaşanan olaylar da bu önyargının benzer bir sonucudur. Selendi'de kalabalık bir grup yılbaşını takip eden günlerde 75 Roman'ın ev ve araçlarını tahrip etmiştir. Romanlara karşı linç girişiminde bulunulmuştur. Bu olaylar sırasında “Selendi bizimdir bizim kalacak”, “Burası Selendi buradan çıkış yok”, “Çingenerler buradan gitsin” sloganları atılmıştır.⁴⁰³

Tartışılması gereken bir diğer önemli nokta, cinsel yönelimin korunacak gruplar arasında yer almamasıdır. Cinsel yönelim, Adalet Alt Komisyonu'nda madde metnine eklenmiş ancak yürürlüğe giren maddede yer almamıştır. Cinsiyet ve cinsel yönelim konusunda, ırkla etnik köken kavramları arasındaki ilişkiye benzer bir durum söz

⁴⁰¹ Örnek bir araştırma için bkz. Türkiye'de Irk veya Etnik Köken Temelinde Ayrımcılığın İzlenmesi Raporu, https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/02/24/Irk_veya_Etnik_Koken_Izleme_Raporu.pdf (E.T. 10.02.2019).

⁴⁰² Baskın **ORAN**, Maksimum Rezillik: Nefret Suçu ve Nefret Suçunun Önkoşulu: Nefret Söylemi, Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları (Der. Yasemin **İNCEOĞLU**) içinde, Ayrıntı Yay., İstanbul 2012, s. 42.

⁴⁰³ KULAKSIZOĞLU MERCAN, s. 139, 140.

konusudur. Bu nedenle ırk ve etnik kökenle ilgili yaptığımız açıklamalar bu konuda da geçerlidir.

Cinsel yönelimle ilgili yargı kararlarına bakıldığında, *cinsiyet, cinsel yönelim ve cinsel kimliğin* farklı kavramlar olduğunun kabul edildiği görülmektedir. AYM bireysel başvuru sonucu verdiği bir kararda ayırmacılığı, “*nesnel ve makul bir gerekçe olmaksızın, konuyla ilgili olarak benzer durumda olan kişilere farklı muamele edilmesi olarak tanımlamakta ve din, siyasi görüş, cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği gibi bir bireyin kişiliğinin unsurları olan ve kişisel tercihler temeline dayanarak veya cinsiyet, ırk, engellilik ve yaş gibi hiçbir şekilde tercih yapılamayacak kişisel özellikler temeline dayanarak fırsatlar sunulmasını ya da fırsatlardan mahrumiyetin reddi*”⁴⁰⁴ olarak tanımlamıştır.

AYM ayırmacılık konusunda cinsel yönelimi korunan gruplar arasında saymıştır. Aynı zamanda cinsiyet, cinsel yönelim ve cinsel kimliğin farklı kavramlar olduğunu kabul etmektedir. Bu kararın karşı oy yazısında yer alan cinsiyet, cinsel yönelim ve cinsel kimlik kavramları, daha önce yer verdiğimiz teorik tanımlarla paralel şekilde açıklanmıştır.

AYM 2017 tarihli bir kararında cinsiyet ve cinsel yönelim arasındaki ilişkiyi “*Cinsel yönelim ayrımcılığı cinsiyetle ilgili toplum çoğunluğunca benimsenen cinsiyete dayalı tercihler, toplumsal ve kültürel varsayımlar, beklentiler ve normlara aykırı davrananlara yöneldiğinden cinsel yönelimin cinsiyet ayrımcılığıyla hiç ilgisi olmadığı söylenemez. Şunu da eklemek gerekir ki, cinsiyet ayrımcılığının kökeninde kadınlara dönük ayrımcılıkla mücadelenin yatması, örneğin bazı mesleklerden erkeklerin dışlanmasının da cinsiyet ayrımcılığıyla mücadele kapsamında görülmesini*

⁴⁰⁴ **AYM**, Tuğba ARSLAN, B. No. 2014/256, T. 25.06.2014.

engellememiştir. Benzer şekilde cinsiyet ayrımcılığı sadece kadın ve erkeğin biyolojik özellikleri ve toplumsal rollerinden türeyen ayrımcılığı değil cinsel yönelim kaynaklı ayrımcılığı da kapsayabilmektedir.”⁴⁰⁵ şeklinde açıklamıştır. Kararda görülebileceği üzere AYM ayrımcılık açısından cinsiyetin cinsel yönelimi kapsayabileceğini kabul etmiştir.

Yargıtay 7. HD. de verdiği bir kararda cinsel yönelim kavramını LGBT’ler olarak kabul etmiştir.⁴⁰⁶ Cinsel yönelimin tanımını yapan Yargıtay Ceza Dairesi kararına ulaşamamıştır.

Cinsel yönelime karşı önyargı içeren mahkeme kararları da vardır. Örneğin Yargıtay 5. CD. verdiği bir kararda⁴⁰⁷ “aynı cins insanların birlikteliğinin” müstehcenlik suçunu oluşturacağına hükmetmiştir. Yargıtay 7. HD. de cinsel yönelimin kapsamını belirlediği kararın devamında “cinsel kimlik veya yönelimin kişilerin kendi istemleri ile seçtikleri bir olgu olmadığı, doğuştan veya yetiştirilme tarzından kaynaklanan ve kişilerin istemeden karşılaştıkları bir olgu olduğunu” belirtmiştir.

Mahkeme kararlarında örneklenen cinsel yönelime karşı önyargılar toplumsal algıda mevcuttur. KAOS GL tarafından 2017 yılında anket yapılan 93 LGBT bireyin, nefret söylemi de dahil olmak üzere cinsel yönelim nedeniyle mağduru oldukları suç sayısı 267 olarak tespit edilmiştir.⁴⁰⁸ 2018 yılındaysa anket yapılan 48 LGBT bireyin, cinsel yönelim nedeniyle mağduru oldukları 62 suç işlenmiştir.⁴⁰⁹ “2011 Türkiye

⁴⁰⁵ AYM, E. 2015/68, K. 2017/166, T. 29.11.2017.

⁴⁰⁶ Yar. 7. HD., E. 2008/4109, K. 2008/5196, T. 25.11.2008.

⁴⁰⁷ Yar. 5. CD., E. 2010/10110, K. 2011/4610, T. 10.06.2011.

⁴⁰⁸ KAOS GL, 2017 Yılında Türkiye’de Gerçekleşen Homofobi ve Transfobi Temelli Nefret Suçları Raporu, KAOS GL, Ankara 2018, s. 7-9.

⁴⁰⁹ KAOS GL, 2018 Yılında Türkiye’de Gerçekleşen Homofobi ve Transfobi Temelli Nefret Suçları Raporu, KAOS GL, Ankara 2019, s. 7-9.

Değerler Araştırması’nda, anketlere cevap verenlerin %87’si “*kiminle komşu olmak istemezsiniz?*” sorusuna “*eşcinseller*” yanıtını vermiştir.⁴¹⁰

Türkiye’de LGBT bireylere karşı kuvvetli, yaygın bir önyargı ve nefret vardır. Bu durum, LGBT bireylerin cinsel yönelim nedeniyle suç mağduru olmaları konusunda da kendini göstermektedir. Bu nedenle, nefret ve ayrımcılık suçunda politik tercihi işaret eden ikinci unsur, cinsel yönelimin yürürlükteki madde metninde bulunmamasıdır.

Nefret ve ayrımcılık suçunda korunan diğer gruplarla ilgili sorun oluşturacak bir nokta görülmediğinden, sadece yargı kararlarında yer alan tanımları verilecektir. Yargıtay CGK tarafından *din* “*Kutsal varlıklara bağlılık ve inanç*”⁴¹¹, *mezhep* “*dinin içindeki anlayış aykırılıkları*”⁴¹² olarak tanımlanmıştır. Yargıtay CGK’nın 2013 tarihinde verdiği bir kararda yaptığı *din* tanımı da “*bir topluluğun sahip olduğu kutsal kitap, peygamber ve yaratıcı kavramını da genellikle içinde bulunduran inanç sistemi ve bu sisteme bağlı olarak yerine getirmeye çalıştığı ahlaki kurallar bütünü*”⁴¹³ şeklindedir. Yargıtay *din* kavramını geniş yorumlamaktadır. Yehova Şahitleri hakkında verdiği bir kararda “*Yehova Şahitliği ister müstakik bir din veya mezhep veya tarikat, isterse dinsel topluluk olarak kabul edilsin, herhalde bir dini görüş ve düşünce sistemidir ve bu itibarla Anayasa’nın teminatı altındadır.*”⁴¹⁴ sonucuna varmıştır. Bu karardan hareketle nefret ve ayrımcılık suçunda da *din* kavramının geniş yorumlanması gerektiği kabul edilmelidir.

Siyasi düşünce kavramı yargı kararlarında tanımlanmamıştır. Ancak AİHM’in kararlarına paralel olarak siyasi düşünce sayılmayan ve ifade özgürlüğü kapsamında

⁴¹⁰ <https://bau.edu.tr/icerik/1269-2011-turkiye-degerler-arastirmasi-sonuclari-aciklandi> (E.T. 12.10.2018).

⁴¹¹ **Yar. CGK**, E. 2007/8-244, K. 2008/92, T. 29.04.2008.

⁴¹² **Yar. CGK**, E. 2007/8-244, K. 2008/92, T. 29.04.2008.

⁴¹³ **Yar. CGK**, E. 2012/15-1398, K. 2013/112, T. 02.04.2013.

⁴¹⁴ **Yar. CGK**, E. 1985/9-596, K. 1986/293, T. 26.05.1986.

korunmayan fikirlerin sınırı çizilmiştir. Demokratik rejimi veya temel hak ile özgürlükleri tehlikeye sokan, şiddet çağrısı yapan siyasi düşünceler ifade özgürlüğü kapsamının dışında sayılmıştır.⁴¹⁵ Nefret ve ayrımcılık suçunda da bu kriterlere paralel olarak siyasi düşüncenin tanımlanması gerektiği kanaatindeyiz. Felsefi inanç kavramının bir tanımı yapılmamıştır ve bu konuda mahkeme kararına da ulaşamamıştır. Doktrinde felsefi inancın siyasi düşünce, din ve mezhebi tamamlayan geniş içerikte bir kavram olduğu belirtilmiştir.⁴¹⁶

Renk, ırkları belirleyen temel göstergelerden biridir. Bu nedenle ırk kavramı için yaptığımız değerlendirmeler, renk konusunda da geçerlidir. Dil konusundaysa belirtilmesi gereken nokta AİHM'in⁴¹⁷ aksine Yargıtay'ın anadilde eğitim verilmemesini ayrımcılık olarak kabul etmemesidir.⁴¹⁸

Türkiye'de nefret suçu ya da ayrımcılıkla ilgili istatistikleri toplayan ve yayınlayan resmî kurum yoktur. Sivil toplum örgütlerinin yayınladığı çok sınırlı sayıda istatistik vardır. 2016 yılında yürürlüğe giren 6701 sayılı Kanunla, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu kurulmuştur. Kanununun 21. maddesiyle Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'nun, Türkiye İstatistik Kurumuyla beraber ayrımcılıkla mücadele amacıyla istatistiklerin toplanması ve yayınlanması için çalışmalar yapacağı öngörülmüş olsa da, ayrımcılıkla ilgili kapsamlı istatistiksel çalışmalar yayımlanmamıştır.⁴¹⁹

⁴¹⁵ **AYM**, E. 2008/1, K. 2008/2, T. 30.7.2008.

⁴¹⁶ Merih **ÖDEN**, *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi*, Yetkin Yay., Ankara 2003, s. 345.

⁴¹⁷ Karar için bkz. *Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium v. Belgium*, 1968, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57525%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57525%22]}) (E.T. 12.4.2019).

⁴¹⁸ **Yar. 9. HD.**, E. 2004/28345, K. 2004/24792, T. 15.09.2004.

⁴¹⁹ Ümran **GÜNEŞ**, “*Türkiye’de İnsan Haklarının Korunmasına İlişkin Ulusal İnsan Hakları Kurumları: Kamu Denetçiliği Kurumu ve Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu*”, *Trakya Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 20(1), 2018, s. 182, 183.

E. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

1. TEŞEBBÜS

Bir suçun işlenmesi, failin zihninde suç fikrinin oluşmasından başlayarak, suçun tamamlanmasına kadar devam eden bir süreçtir. Suçun işlenmesindeki bu sürece “suç yolu” denir. Suç yolu üç aşamadan oluşur. Birinci aşama failin suç işleme fikrini zihninde oluşturarak, işleyeceği suç için düşünsel hazırlık yapmasıdır. İkinci aşama, failin zihninde oluşturduğu suçu gerçekleştireceği hareketleri yapmaya başlamasıdır. Üçüncü ve son aşama ise suçun neticesinin gerçekleşmesidir.⁴²⁰

İkinci aşamada fail, işleyeceği suç için hazırlık hareketlerini yapar ve ardından icra hareketlerine başlar. Teşebbüs, icra hareketlerine başlandığı andan itibaren ortaya çıkabilir. Teşebbüs, “suç yolunda ilerleyen failin elinden gelenleri yaptığı halde, engel nedenler dolayısıyla istediği amaca ulaşamaması veya hareketleri yine engel nedenlerle bitirememesi”sidir.⁴²¹ 5237 sayılı TCK’nın 35’nci maddesinde de teşebbüs “...işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise...” şeklinde tanımlanmıştır.

Teşebbüs için suç tipinin teşebbüse elverişli olması, suç işleme kastının varlığı, suçun icrasına doğrudan doğruya başlanması ve failin elinde olmayan nedenlerle suçu işlemeyi tamamlayamaması gerekir. Taksirle işlenen ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlara teşebbüs mümkün değildir. Sırf ihmali suçlara ve sırf hareket suçlarındaysa ancak hareketin parçalara bölünebilmesi halinde teşebbüs mümkündür.⁴²²

⁴²⁰ Faruk **EREM**, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler C. I, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., Ankara 1973, s. 135.

⁴²¹ Sulhi **DÖNMEZER**, Genel Ceza Hukuku Dersleri, Bahçeşehir Üniversitesi Yay., İstanbul 2003, s. 119.

⁴²² YALÇIN/ KÖPRÜLÜ, s. 433.

Nefret ve ayrımcılık suçu, sırf hareket ya da diğerk bir ismiyle şekli suçtur. Bu nedenle, nefret ve ayrımcılık suçuna, sadece hareketin parçalara bölünebildiği durumlarda teşebbüs mümkündür.⁴²³

Nefret ve ayrımcılık suçunu, ayrı ayrı hareket bazında değerlendirdiğimizde, ihmali hareketlerin söz konusu olabileceği görölmektedir. Bir görüş, hareketin yapılmamasıyla suç tamamlanacağı için, ihmali hareketlerde suça teşebbüsün mümkün olmadığını kabul etmektedir.⁴²⁴ Örnek olarak, hastanın tedavi edilmemesi veya hastaya ilaç verilmemesi gösterilmiştir.⁴²⁵ Bizim de katıldığımız görüş, ihmal suretiyle icrai hareketlerin parçalara bölünebildiğini; bu nedenle de bu tür ihmali hareketlere teşebbüsün mümkün olduğunu savunmaktadır.⁴²⁶

2. İŞTİRAK

Ceza kanunlarında, suçlar genellikle tek failli olarak düzenlenir. Ancak istisnai olarak kanunun, birden çok kişinin suçu işlemesini şart koştuğu çok failli suçlar da vardır.⁴²⁷ Çok failli suçlara, “zorunlu iştirak”, “zorunlu olarak çok failli suçlar” da denilmektedir.⁴²⁸

Kanunda tek failli olarak düzenlenmiş bir suçun, birden çok kişi tarafından işlenmesi mümkündür. Bu durum *iştirak* olarak adlandırılır. TCK'nın 37'nci maddesinde ve devamında suça iştirak kurumu düzenlenmiştir. TCK'da iştirak “*faillik (doğrudan*

⁴²³ Gizem **TANAY**, Ayrımcılık Suçu, Ankara 2012, s. 155 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

⁴²⁴ M. Emin **ARTUK** ve diğerkleri, Türk Ceza Kanunu Şerhi, C. 3, Adalet Yay., Ankara 2014, s. 30-39.

⁴²⁵ ÖZTÜRK, Nefret, s. 136.

⁴²⁶ BAYRAKTAR ve diğerkleri, s. 366.

⁴²⁷ DEMİRBAŞ, Ceza, s. 496.

⁴²⁸ Bkz. Türkân **YALÇIN SANCAR**, Çok Failli Suçlar, Seçkin Yay., Ankara 1998, s. 31.

faillik, dolaylı faillik, birlikte faillik)” ve *“suç ortaklığı (azmettirme, yardım etme)”* olmak üzere iki ana başlık altında düzenlenmiştir.

Nefret ve ayrımcılık suçu, tek failli bir suç olarak düzenlenmiştir. TCK’da düzenlenmiş iştirak ile ilgili genel kurallara istisna oluşturabilecek ya da bu konuda önem arz eden bir yönü bulunmamaktadır. Genel hükümler çerçevesinde değerlendirme yapılır.

3. SUÇLARIN İÇTİMAI

a. Zincirleme Suç

Zincirleme suç, TCK’nın 43. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre zincirleme suç *“bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla veya aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi”*dir. Zincirleme suçun objektif ve sübjektif olmak üzere iki unsuru vardır. Ancak unsurların açıklanmasına geçmeden önce iki önemli noktadan bahsedilmelidir.

Zincirleme suçun hukuki niteliği konusunda iki farklı görüş vardır. İlk görüş işlenen birden fazla suçun, zincirleme suç kapsamında bağımsız suçlar olma özelliğini yitirdiğini ve gerçek anlamda tek suç haline geldiğini kabul eder. İşlenen birden çok suç zincirleme suç kapsamında *“gerçek bir birlik”* oluşturur. Bu nedenle, zincirleme suç parçalara ayrılamaz.⁴²⁹ Zincirleme suçun gerçek bir birlik oluşturduğu ve tek suç olduğunun kabulü durumunda, zincirleme suçlarda ceza artırımının neden yapıldığı açıklanamaz.⁴³⁰

⁴²⁹ Söz konusu görüşü açıklayan ancak katılmayan değerlendirmeleri için bkz. Türkân **YALÇIN SANCAR**, *“Yeni Türk Ceza Kanunu’nda ‘Zincirleme Suç’”*, TBBD, S. 70, 2007, s. 248.

⁴³⁰ Türkân **YALÇIN SANCAR**, *Müteselsil Suç*, Seçkin Yay., Ankara 1995, s. 53.

Bizim de katıldığımız ikinci görüşe ise, işlenen suçlar ayrı ayrı bağımsızlıklarını sürdürür ancak zincirleme suç hükümleri gereği tek suç gibi değerlendirilir. İşlenen suçlar arasında zincirleme suç hükümleri gereği yapılan değerlendirme “*farazi bir birlik*” meydana getirir. Cezanın tespiti (TCK m. 43/1), dava zamanaşımı (TCK m. 66/6) ve yetkili mahkemenin belirlenmesi (CMK m. 12/2) dışında, suçlar bağımsızlıklarını korur.⁴³¹

Bir diğer tartışılması gereken konu, madde metninde yer verilen fiil kavramıdır. Fiil, hareket, netice ve bu ikisi arasındaki nedensellik bağından oluşur. Sırf hareket suçlarında netice bulunmadığından tipik hareket veya ihmali davranışın, neticeli suçlarda ise neticenin sayısı fiil sayısını belirler. Tek bir fiille birden fazla neticenin meydana getirilmesi ve suçun işlenmesi mümkün değildir. Bu nedenle zincirleme suç düzenlemesinde yer alan “*aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi*”ni, “*aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir hareketle işlenmesi*” şeklinde anlamak gerekir.⁴³²

Aksi görüşe göre ise, gerçekleştirilen fiil ve işlenen suçun sayısı hareketin sayısına bağlıdır. Bu nedenle madde metninde yer alan fiil kavramının kullanımı doğrudur.⁴³³ Bizim ilk görüşe katıldığımızı belirtmek isteriz.

Zincirleme suçun objektif şartları birden çok suçun bulunması, aynı suçun farklı zamanlarda aynı kişiye ya da tek bir hareketle birden fazla kişiye karşı işlenmesidir. Sübjektif şart ise birden fazla aynı suçun tek bir suç işleme kararıyla icra edilmesidir.⁴³⁴

⁴³¹ TOROSLU/ TOROSLU, s. 367; YALÇIN/ KÖPRÜLÜ, s. 473, 474.

⁴³² TOROSLU/ TOROSLU, s. 364; YALÇIN/ KÖPRÜLÜ, s. 475.

⁴³³ ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku Genel, s. 629-633; Mahmut KOCA/ İlhan ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yay., Ankara 2019, s. 533.

⁴³⁴ TOROSLU/ TOROSLU, s. 363-365; YALÇIN/ KÖPRÜLÜ, s. 474, 475; HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, Genel, s. 361.

Tek bir suç işleme kararının, suç işleme kastından farklı olduğu genel olarak kabul edilse de tanımlanması son derece zordur. Bu zorluk suç işleme kararının fail ile fiil arasında soyut bir psikolojik bağ olmasındandır. Failin iç dünyasına ait bir zihinsel bir sürecin açıklanmasını gerektirir.⁴³⁵

Bir görüşe göre bu kavram “*birden çok suç işleyerek bir amaca ulaşmaya ilişkin, genel bir karar ve başlangıç programını*”⁴³⁶ ifade etmektedir. Benzer şekilde, “*kanunun aynı hükmünü birkaç defa ihlal etmek konusunda kurulan genel bir plan, genel niyet*”⁴³⁷ olarak da tanımlanmıştır. Tanımların ortak noktalarını alarak, kavramı bir amaca yönelik değişime açık, esnek ve genel bir karar veya plan olarak tanımlayabiliriz.

Nefret ve ayrımcılık suçu açısından zincirleme suç hükümlerinin uygulanması mümkündür. İlk olarak nefret ve ayrımcılık suçu, tek hareketle birden fazla kişiye karşı aynı anda işlenebilir.⁴³⁸ Örneğin bir şirkette personel alımında tek yetkili olan müdürün, siyahilere duyduğu nefret nedeniyle, siyahi beş kişinin işe alınmasını öngören tek bir belgeyi imzalamaması durumunda, müdür tek bir hareketle, beş kişiye karşı nefret ve ayrımcılık suçu işlemiş olacaktır. Zincirleme suç hükümleri gereği müdürün işlediği beş adet nefret ve ayrımcılık suçu, cezası arttırılarak tek bir suç gibi cezalandırılacaktır.

Benzer şekilde, nefret ve ayrımcılık suçunun aynı kişiye karşı farklı zamanlarda işlenmesi de mümkündür.⁴³⁹ Örneğin, ekmek almak için art arda beş gün marketine gelen

⁴³⁵ YALÇIN/ KÖPRÜLÜ, s. 475.

⁴³⁶ YALÇIN/ KÖPRÜLÜ, s. 476.

⁴³⁷ Sulhi **DÖNMEZER/** Sahir **ERMAN**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku C. II, Der Yay., İstanbul 2019, s. 667.

⁴³⁸ Osman **YAŞAR** ve diğerleri, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu C. III, Adalet Yay., Ankara 2014, s. 4061; **BAYRAKTAR** ve diğerleri, s. 375.

⁴³⁹ **YAŞAR** ve diğerleri, s. 4061; **BAYRAKTAR** ve diğerleri, s. 374.

komşusuna, Süryanilerden nefret ettiği için, ekmek satmayan bir kişinin işlediği beş ayrı nefret ve ayrımcılık suçu tek suç gibi cezalandırılacaktır.

Son olarak belirtmelidir ki, nefret ve ayrımcılık suçunda öngörülen farklı seçimlik hareketlerin, aynı kişiye farklı zamanlarda tek suç işleme kararının icrası olarak gerçekleştirilmesi durumunda da zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır. Bu bağlamda farklı seçimlik hareketlerin yapılması aynı suçun işlenmesi olarak kabul edilir.⁴⁴⁰

b. Fikri İçtima

Fikri içtima, TCK'nın 44. maddesinde "*işlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren...*" şeklinde yer alır. Bu düzenlemeden, fikri içtimanın iki şartı olduğu anlaşılmaktadır. Birinci şart tek bir fiil olması; ikinci şart tek bir fiille birden fazla, farklı ceza normunun ihlal edilmesidir. Fiil ve hareket ile gerçek birlik ve farazi birlik konularındaki görüş ayrılıkları, fikri içtima konusunda da mevcuttur.

Fikri içtimayı, aynı nev'iden fikri içtima ve farklı nev'iden fikri içtima şeklinde ikiye ayırarak inceleyen yazarlar da vardır. Bu görüşün temelinde, bir fiille birden fazla kişiye hakaret edilmesi durumunda tek suçun oluştuğu ve bu tek suçun ayn'ı neviden fikri içtima gereğince cezasının artırıldığı kabulü vardır. Ayn'ı neviden fikri içtima, TCK'nın 43. maddesinin ikinci fıkrasını, farklı nev'iden fikri içtima ise 44. maddesini ifade etmektedir.⁴⁴¹

Ancak bizim de katıldığımız görüşe göre, bir hareketle birden fazla kişiye hakaret edilmesinde, kanunun aynı maddesi mağdur sayısınca ihlal edilerek, birden çok suç

⁴⁴⁰ KOCASAKAL, s. 37; DEMREN DÖNMEZ, s. 50; BAYRAKTAR ve diğerleri, s. 374.

⁴⁴¹ ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku Genel, s. 632, 633; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 537, 538.

oluşmaktadır. Bu nedenle TCK'nın 43. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları zincirleme suç, 44. madde ise fikri içtimayı düzenlemektedir.⁴⁴²

Nefret ve ayırmacılık suçunda yer alan seçimlik hareketlerin, özellikle TCK'da yer alan iş ve çalışma hürriyetinin ihlali⁴⁴³ ve kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi suçlarını da oluşturma ihtimali vardır.⁴⁴⁴ Bu durumda, kanun maddelerinin olaya uygulanması sonucu ortaya çıkan somut cezalardan, daha ağır olanı esas alınmalıdır.⁴⁴⁵

Ancak Japonlardan nefret eden bir bireyin, Japon ev arkadaşını odasına kilitleyerek, iş görüşmesini kaçırmamasını sağladığı bir olayda fikri içtima hükümleri uygulanmaz. Burada iki farklı hareket ve iki farklı suç vardır. Nefret ve ayırmacılık suçu ile kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarını oluşturan iki farklı hareket olduğundan gerçek içtima hükümleri uygulanır. Benzer bir durum nefret ve ayırmacılık suçunun işlenmesi sırasında veya işlenmesi için cebir, tehdit ve hakaret⁴⁴⁶ suçlarının gerçekleştirilmesinde de söz konusudur.⁴⁴⁷

c. Bileşik Suç

Bileşik suçun tanımı, TCK m. 42'de "*biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suç*" şeklinde yapılmıştır. Farklı suçların bir araya gelerek yeni bir suç tipi oluşturmaları bileşik suçun ilk türüdür. İkinci tür, bir

⁴⁴² DÖNMEZER/ ERMAN, s. 681; YALÇIN/ KÖPRÜLÜ, s. 476, 477; HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, Genel, s. 358.

⁴⁴³ ÖZTÜRK, İş, s. 122; MEMİŞ, s. 80; YENİDÜNYA, s. 113.

⁴⁴⁴ BAYRAKTAR ve diğerleri, s. 375; ÖZTÜRK, Nefret, s. 139.

⁴⁴⁵ YALÇIN/ KÖPRÜLÜ, s. 478; TOROSLU/ TOROSLU, s. 371.

⁴⁴⁶ Hakaret suçu ile nefret ve ayırmacılık suçu arasında fikri içtima uygulanabileceği görüşü için bkz. ARTUK ve diğerleri, Özel, s. 392; MEMİŞ, s. 80.

⁴⁴⁷ ARTUK ve diğerleri, Özel, s. 392; DEMREN DÖNMEZ, s. 51; KOCASAKAL, s. 37.

suçun başka bir suçta ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmesidir. Bileşik suçlarda, birleşen suçlar bağımsız niteliklerini kaybeder. Bileşik suç, kendini meydana getiren suçlara bölünemez.⁴⁴⁸

TCK m. 122’de düzenlenen nefret ve ayırmıcılık bir bileşik suç değildir. Ağırlaştırıcı neden ya da unsur olarak başka bir suçun içerisinde yer almamaktadır.

F. YAPTIRIM VE MUHAKEME USULÜ

1. YAPTIRIM

TCK’da yaptırımlar güvenlik tedbirleri ve cezalar olarak ikiye ayrılmaktadır. Bu ikili ayırım Alman ceza hukukunda “*iki izlilik*” olarak adlandırılmaktadır.⁴⁴⁹ Hapis cezaları ise süreli hapis cezaları, müebbet hapis cezası ve ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası olarak üçe ayrılmaktadır (TCK m. 46/1). Kısa süreli hapis cezaları bir yıl ve daha az süreli hapis cezalarıdır (TCK m. 49/2) ve suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre seçenek yaptırımlara çevrilebilir (TCK m. 50/1).

Nefret ve ayırmıcılık suçunda öngörülen ceza, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıdır. Bu durumda, nefret ve ayırmıcılık suçunda alt sınır olan bir yıl hapis cezasına hükmedilmesi durumunda, cezanın seçenek yaptırımlara çevrilmesi mümkündür. Ancak seçenek yaptırımlara çevirme konusunda, suçlunun kişiliği göz önünde bulundurulacağı, nefret ve ayırmıcılık suçunun oluşması için de failin maddede sayılan gruptan nefret etmesinin suçun cezalandırılabilmesi için kanıtlanması gereken bir unsur olduğu beraber

⁴⁴⁸ YALÇIN/ KÖPRÜLÜ, s. 479.

⁴⁴⁹ M. Emin ARTUK, “*Güvenlik Tedbirleri*”, GÜHFD, C. 12(1), 2008, s. 465.

düşünülmelidir. Bu durumda değerlendirilmesi gereken, seçenek yaptırımların, nefret sahibi bireyin ıslahı yönünde bir etki yaratma olasılığıdır.

ABD'nin Kaliforniya eyaletinde, “*Fourth Reich Skinheads*” isimli nazi ideolojisini taşıyan bir nefret grubunun 18 yaşından küçük dört üyesinin, yapılan yargılama sonucunda nefret suçu işledikleri kararı verilmiştir. Failler hakkında, işledikleri suçun mağdurlarıyla ve mağdurların dahil olduğu gruptan temsilcilerle buluşmayı, eyalet cezaevine geziyi, “*Schindler'in Listesi*” filmini izlemeyi, farklı ırklardan ve etnik kökenlerden gençlerle iletişim kurulmasını, Simon Wiesenthal Merkezi'ni ziyaretten oluşan üç günlük bir programa ve 6 aylık “*çeşitlilik ve hoşgörü eğitim programı*”na katılımı içeren bir yaptırıma hükmedilmiştir. Mahkeme, bu yaptırımla, faillere dünyayı algılamanın farklı yollarını ve alternatif, toplum yararına tercihleri öğretmeyi amaçladığını belirtmiştir.⁴⁵⁰

Benzer bir görüşte de, nefret suçlarında ceza artırımını yerine, seçenek yaptırımlara hükmedilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bunun nedeni olarak da ancak nefret ve önyargıların faillerin zihninden silinmesine yönelik yaptırımlarla, gelecekte işlenecek suçların önlenebileceği; bu sayede de nefret suçları problemine kalıcı bir çözüm bulunabileceği gösterilmiştir. Seçenek yaptırım olarak, ıslah edici eğitim programlarına zorunlu katılım önerilmiştir. Eğitimin süresi failin yaşına, mağdur gruba ve fiile göre belirlenecektir. Eğitim çalışma saatlerinde olmayacak ve çevrimiçi dersler şeklinde de yapılabilecektir. Son olarak eğitim programı, başarılı olunması gereken sınavları da içerecektir. Eğitim programının yanında, mağdur grupla beraber kamu hizmetine hükmedilecektir. Bu yolla mağdur grupla fail arasında bir bağ kurulacaktır. Örnek olarak LGBT nefreti nedeniyle suç işleyen bir failin, bir “*onur yürüyüşü*”nün hazırlığında

⁴⁵⁰ Annie STEINBERG and others, “*Youth Hate Crimes: Identification, Prevention, and Intervention*”, American Journal of Psychiatry, Vol. 160, 2003, s. 985.

çalışması, yürüyüşe katılması ve LGBT gençlere yönelik bir “*alo intihar hattı*”nda çalışması verilmiştir.⁴⁵¹

Son olarak denetimli serbestlik süresince İskoçya’da 12 günlük, psikiyatrla bire bir “*Ayrımcılık Karşıtı Farkındalık Eğitimi*”ne, İngiltere’de eğitimcilerle bire bir “*Tekrar Düşün*” programına, ABD’nin San Diego eyaletinde suça sürüklenen çocukların “*Hoşgörüye Giden Yollar*” programına katılım, nefret suçları failleri için bir zorunluluk olarak düzenlenmiştir. Bu programlarda fail ve ailesinin psikiyatrlarla görüşmesi, mağdur gruplardan bireylerle toplantılar yapılması, mağdur gruplar hakkında tarihi ve sosyolojik bilgiler içeren eğitimler ve benzeri içerikler belirlenmiştir.⁴⁵²

Kefaret amacını ön planda tutan ceza artırımına alternatif olarak seçenek yaptırımlarda ıslah amacı güdülmektedir. Bu yönüyle suçta tekrar oranını düşürmek, failin sahip olduğu önyargı ve nefreti mağdur grupla kurulacak iletişimle yok etmeyi amaçlayan seçenek yaptırımlar, bu yönüyle uzun vadeli ancak kalıcı bir çözüm önerisi sunmaktadır. Ancak seçenek yaptırımlar yeni tarihli olduğu için başarı oranıyla ilgili istatistikler henüz oluşturulamamıştır.⁴⁵³

2. MUHAKEME USULÜ

TCK’ya göre, madde metninde açıkça şikâyet şartı öngörülmeleyen suçların soruşturması ve kovuşturması şikâyete tabi değildir. Nefret ve ayrımcılık suçunda şikâyet şartı öngörülmemiştir. Bu nedenle, nefret ve ayrımcılık suçunun soruşturma ve kovuşturması yetkili makamlarca re’sen yapılır.

⁴⁵¹ Laura MELI, “*Hate Crime and Punishment: Why Typical Punishment Does Not Fit The Crime*”, Illinois Law Review, Vol. 112, 2014, s. 963, 964.

⁴⁵² Paul IGANSKI/ David SMITH, Rehabilitation of Hate Crime Offenders: Research Report, 2011, www.hatecrimescotland.org (E.T. 27.12.2018).

⁴⁵³ MELI, s. 965, 966.

Uzlaştırmayı dzenleyen CMK m. 253/1-c bendi “*mağdurun veya suçtan zarar gorenin gercek veya ozel hukuk tuzel kişisi olması koşuluyla, suça suşuklenen çocuklar bakımından ayrıca, uşt sınırı uę yılı geemeyen hapis veya adli para cezasını gerektiren suçları*” şeklindeir. Bu dzenleme uyarınca, nefret ve ayırmcılık suçu sadece suça suşuklenen çocuklar bakımından uzlaştırma kapsamındadır.

Ceza davalarında görevli mahkeme, CMK m. 3/1 uyarınca, 2004 tarihli 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun tarafından belirlenmiştir. Bu kanuna göre sulh ceza mahkemeleri *iki yıla kadar* (iki yıl dahil) hapis cezaları ve bunlara *bağlı adli para cezaları* ile *bağımsız olarak hükmedilecek adli para cezalarına* ve *güvenlik tedbirlerine* ilişkin hükümlerin uygulanması ile (m. 10), ağır ceza mahkemeleri *ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis* ve *on yıldan fazla hapis cezalarını* gerektiren suçlarla ilgili dava ve işlere bakmakla (m. 12), asliye ceza mahkemeleri sulh ceza ve ağır ceza mahkemelerinin görevleri dışında kalan dava ve işlere bakmakla (m. 11) görevlidir.

Mahkemelerin görevleri belirlenirken, 5235 sayılı Kanununun 14. maddesi uyarınca suçu için öngörülen cezanın üst sınırı esas alınır. Nefret ve ayırmcılık suçu için öngörülen ceza 1 ila 3 yıl arasındır. Bu bilgiler ışığında, nefret ve ayırmcılık suçu için görevli mahkeme asliye ceza mahkemesidir.

Yer bakımında yetkide ise genel kurala göre davaya bakma yetkisi suğun işlendiği yer mahkemesindedir (CMK m. 12/1). Yetkinin belirlenmesinde, teşebbüs aşamasında kalan suçlarda son icra hareketinin yapıldığı, kesintisiz suçlarda kesintinin gercekleştiği ve zincirleme suçlarda son suğun işlendiği yer mahkemesi yetkilidir (CMK m. 12/2). Yer bakımında yetki konusunda, nefret ve ayırmcılık suçu genel kuraldan ayrılan bir özellik göstermemektedir.

SONUÇ

İnsan, kolayca tanımak ve anlamlandırmak için çevresindeki nesnelere ve canlıları kategorize eder. Bu yolla, çevresindekileri teker teker ve tekrar tekrar tanımak yerine, geniş bir kategorinin üyesi olarak algılar. Bu işleme, insanlar ve insanların oluşturduğu gruplar da tabii tutulur. Irk, etnik köken ve benzeri kavramlar, bu işlem sonucu yaratılan kategorilerdir. İnsan grupları arasında bu şekilde ayrımlar yapıldıktan sonra kategorilerin sosyal inşa süreci başlar. Gruplara davranış kalıpları, toplumsal değerler ve statüler atanır. Herkes bir veya birkaç gruba dahildir ve bu grubun bir üyesinden beklenen şekilde davranmalıdır. Sosyal inşa, tarihsel olaylar ve kültürel aktarım yoluyla, gruplar arasındaki kalıplaşmış güç dengesizliklerine dayanan bir toplum yaratır.

Örneğin kadın sadece fiziksel özellikleri nedeniyle erkekten farklı değildir. Toplumsal yapının kadına uygun gördüğü konumu ve beklediği davranışlar yönünden farklıdır. *Kadın kadın gibi(!) , erkek de erkek gibi(!) davranmalıdır.* Benzer şekilde, LGBT birey biyolojik cinsiyetine atfedilen kalıpların arkasına saklanmalı ve bunların ardında kalarak, cinsel yönelimini gizlemelidir. Görünür olduğu andan itibaren, sadece var olmasıyla dahi *toplumsal yapının düşmanı* haline gelir. Beyazların üstünlüğüne inanan ırkçı bireylere göre, siyahiler *alt insandır* ve doğumlarından itibaren potansiyel suçlulardır. “*Tehlikeli öteki*” olan bu bireyler, devlet ve toplum tarafından sürekli kontrol altında tutularak, *itaatkâr ve uyumlu* hale getirilmelidir.

Bu ve benzeri gruplar çizilen toplumsal sınırı ve normu, bazen sadece var olmakla, ihlal ettiği takdirde mevcut iktidar yapısına bir tehdit oluşturur. Bu tehdit, çeşitli yollarla bertaraf edilerek iktidar onarılmalı ve yeniden yaratılmalıdır. Nefret suçları da tam olarak bu noktada ortaya çıkar. Nefret suçları mevcut hiyerarşik toplumsal yapıyı korumanın ve sürekli olarak yeniden yaratmanın yöntemlerinden biridir.

Grup kimliği nedeniyle mağdurun hedef alındığı nefret suçları, mağdurun dahil olduğu gruba ve topluma sembolik bir mesajdır. Yer verebildiğimiz kısıtlı sayıda örnekte de görülebileceği gibi, nefret suçu hedef alınan grubun toplumda istenmediğinin ve her üyesinin suç tehdidi altında olduğunun bir işaretidir. Bu yönüyle hem kamu güvenliğinin hem de eşitlik ilkesinin ağır bir ihlalidir.

Bu nedenle, 1970’li yıllardan itibaren, devletler nefret suçlarıyla ceza hukuku yoluyla mücadele için kanuni düzenlemeler yapmaya başlamıştır. Ancak nefret suçlarının, tarihsel olaylarla meydana gelmiş yerleşik toplumsal yapının ve kültürün bir sonucu olması, ceza hukuku düzenlemelerini tartışmaların ve belirsizliklerin odağı haline getirmiştir.

Nefret suçu, devletlerin ceza kanunları arasında farklılıklar bulunsa da, uluslararası belgelerde üzerinde uzlaşılmış bir tanıma sahiptir. Nefret suçu, mağdurun belirli bir gruba aidiyet nedeniyle seçildiği suçlardır. Ceza hukuku anlamında bir nefret suçu düzenlemesi de bu tanıma paralel olarak, ceza kanununda var olan bir suçun belirli gruplara karşı nefret veya önyargı saikiyle işlenmesi halinde cezasının artırılmasıdır. Nefret suçlarında cezası artırılan temel suçlar çoğunlukla hukuki konusu yaşam hakkı ve vücut bütünlüğu olan suçlardır. Ancak bu tanımları oluşturan unsurlar incelendiğinde teoride birçok görüş ayrılığının ve pratik farklı uygulamaların olduğu görülmektedir.

Tartışmaların odaklandığı ilk nokta nefret suçu düzenlemelerinde saikin seçimiyle ilgilidir. *Nefret, önyargı ve mağdurun ayrımcı seçilimi* olmak üzere üç farklı görüş vardır. Düzenlemede saik nefret olarak seçilirse, ispat standardının çok yükseğe çekilmesi nedeniyle, nefret suçu kapsamında cezalandırılabilcek olay sayısı kısıtlı olacaktır. Nefret suçlarının, çoğunluğunun önyargı saikiyle işlenmesi göz önünde bulundurulduğunda, suçun kapsamı sosyal gerçeklikle uyumsuz olacaktır.

Saik olarak, failin önyargısı ya da nefreti olmasa da, mağduru grup aidiyeti nedeniyle seçmesinin düzenlenmesi durumunda da, nefret suçlarının kapsamı çok fazla genişleyecektir. Kanaatimizce, tanımlanması konusunda sorunlar yaşansa da, saik olarak önyargının seçilmesi bu iki soruna da çözüm olacaktır. Bu nedenle suç ismi olarak da *önyargı suçları(bias crime)* tercih edilmelidir.

Tartışmaların ikinci odak noktası da nefret suçu düzenlemeleriyle korunacak grupların seçimidir. Toplumlarda ve bireylerin zihninde kurumsallaşmış yapılar olan gruplara karşı nefret ve önyargılar, ceza hukuku politika ilişkisi kapsamında düşünüldüğünde korunacak grupların seçimini zorlaştırmaktadır. İncelediğimiz nefret suçu düzenlemelerinde, korunacak grupların çoğunlukla iktidar ilişkilerinin sonucu olan politik tercihlerle belirlendiği yönünde bir kanaat edindik. Bu nedenle alternatif bir yöntem olarak, bilimsel verilerin korunacak grupların seçiminde temel alınması, nefret suçu düzenlemelerinin eşitlik ilkesini ve nefret/ önyargının kınanması gereken bir değer olduğunu vurgulayan sembolik mesajının iletilmesi için daha isabetli olacaktır.

Seçilen grup kimliklerinin ceza hukuku terminolojisinde yeri olmaması da bu konudaki bir diğer sorundur. Irk, etnik köken, cinsiyet, din gibi kavramlar günlük hayatta sıklıkla kullanılsa da, bir ceza hukuku normunda yer aldığı anda anlamlarını tespit etmek son derece zordur. Ancak bu tespitin yapılması, düzenlemenin kapsamını belirleyeceği için de elzemdir. Özellikle ırk, etnik köken, din ve cinsiyet tanımlarının ceza kanunlarında yapılması yerinde olacaktır.

Bu çerçevede, nefret ve ayırimcılık suçunun, 6529 sayılı Kanunun gerekçesinde aksi belirtilmiş olsa da, bir nefret suçu düzenlemesi olmadığı belirtilmelidir. Maddede Türk Ceza Kanunu'nda yer alan bir suçun cezasının ağırlaştırılması söz konusu değildir. Temel suç yoktur. Bunun yanında nefret suçlarıyla genellikle yaşam hakkı ve vücut

bütünlüğü korunmasına rağmen, nefret ve ayrımcılık suçundaki seçimlik hareketler iş ve çalışma özgürlüğü ve ekonomik haklarla ilgilidir.

Ancak nefret ve ayrımcılık suçu klasik bir ayrımcılık suçu da değildir. Ayrımcılık suçunu düzenleyen kanun maddelerinin hiçbirinde nefret saik olarak seçilmemiştir. Bu nedenle nefret suçları ile ilgili tartışmalar, nefret ve ayrımcılık suçu için önemlidir. TCK'nın 122'nci maddesi bu nedenlerle nefret suçlarındaki saikin, ayrımcılık suçlarındaki seçimlik hareketlerin alınmasıyla oluşturulan karma bir suçtur.

Bu karma nitelik suçu uygulanamaz hale getirmiştir. Nefret suçu düzenlemelerinde temel suç olarak seçilen insan öldürme, yaralama suçlarında dahi nefretin ispatlanmasının zor olması sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. Kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasının, devrinin veya kiraya verilmesin, kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmanın, işe alınmanın, olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmanın engellenmesi seçimlik hareketlerinde ise nefret saikinın kanıtlanması imkânsıza yakındır. Bu nedenle 6529 sayılı Kanun ile TCK'nın 122. maddesinde yapılan değişiklikler yerinde olmamıştır.

Eleştirilmesi gereken ikinci nokta ise, kanunlaşma sürecinde yer almasına rağmen, yürürlüğe giren düzenlemede etnik kökene ve cinsel yönelime korunan gruplar arasında yer verilmemesidir. Genişletici yorum yöntemiyle ırkın etnik kökeni, cinsiyetin cinsel yönelimi kapsayacağı kabul edilemez. Nefret ve ayrımcılık suçunda cinsel yönelimin ve etnik kökenin ismen bulunması, sembolik mesaj açısından da önem taşımaktadır. Bu grupların, kanunlaşma sürecinde bulunmasına rağmen, yürürlüğe giren metinden çıkarılması, bu grupların suç kapsamında korunmamasının tercih edildiği şeklinde bir mesajın iletilmesi tehlikesini ortaya çıkarmıştır. Bu, düzenlemeyle verilmek istenen mesajın tam tersidir.

Son olarak belirtmelidir ki, nefret ve ayrımcılık suçunda yer alan seçimlik hareketlerin de anlamları belirsizdir. 122'nci madde uyarınca görülen dava sayısı da son derece az olduğundan, uygulamada da bu konuda yol gösterebilecek kararlar verilememiştir. Bu nedenlerle nefret ve ayrımcılık suçunun, 6529 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki metnine döndürülerek, TCK'da ayrı bir nefret suçu düzenlemesi yapılması ya da genel ağırlaştırıcı neden olarak nefret suçlarına yer verilmesi gerekmektedir.

Bilindiği gibi Türkiye'de nefret suçları işlenmektedir. Toplum oluşturulan belirli gruplara karşı önyargılar ve nefretin de örneklerini görmek mümkündür. Eşitlik ilkesi ve ifade özgürlüğü demokratik hukuk devletinin temel değerlerindedir. Bireyleri grup aidiyetleri nedeniyle uğradıkları ayrımcılıktan ve şiddetten korumak uluslararası belgelerde de belirtildiği şekilde devletin görevlerindedir. Bu korumanın en etkili yöntemi de ceza hukukudur. Bu nedenle nefret suçlarının TCK'da düzenlenmemiş olması büyük bir eksikliklerdir.

KAYNAKÇA

AÇIKGÖZ Esra/ ALP Hakan: “Biz de İnanız Yavrum Ya!” Nefret Suçları: Vakalar, Tanıklıklar, İletişim Yay., İstanbul 2015.

AÇIKGÖZLÜ Muhammet: Ceza Hukuku Açısından Teori ve Uygulamada Mağdur Kavramı, Adil Yay., Ankara 2000.

ADALET BAKANLIĞI YAYIN İŞLERİ DAİRESİ BAŞKANLIĞI: Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu, Ankara 2005.

AKAL Cemal Bâli: İktidarın Üç Yüzü, Dost Kitabevi Yay., Ankara 2014.

ALACAKAPTAN Uğur: Suçun Unsurları, Ankara 1975.

ALACAKAPTAN Uğur: İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi, Ankara Hukuk Fakültesi Kriminoloji Enstitüsü Yay., Ankara 1958.

ALDEN Helena L./ PARKER Karen F.: “*Gender Role Ideology, Homophobia and Hate Crime: Linking Attitudes to Macro-Level Anti-Gay and Lesbian Hate Crimes*”, *Deviant Behaviour*, Vol. 26(1), 2004, s. 321-343.

AL-HAKIM Mohamad: “*Making a home for the homeless in hate crime legislation*”, *Journal of Interpersonal Violence*, Vol. 30(10), 2015, s. 1755-1781.

ALLPORT Gordon Willard: *Nature of Prejudice*, Addison-Wesley, Reading 1979.

ARTUÇ Mustafa: *Kişilere Karşı Suçlar*, Adalet Yay., Ankara 2018.

ARTUK Mehmet Emin: “*Güvenlik Tedbirleri*”, *GÜHFD*, C. 12(1), 2008, s. 461-492.

ARTUK Mehmet Emin/ GÖKÇEN Ahmet/ YENİDÜNYA Ahmet Caner: *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, C. 3, Adalet Yay., Ankara 2014.

ARTUK Mehmet Emin/ GÖKÇEN Ahmet/ ALŞAHİN Mehmet Emin/ ÇAKIR Kerim: *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Adalet Yay., Ankara 2019.

ASKER Ahmet: “*Nazi Irk Tasnifinde Türkler ve Ortadoğu Halkları*”, Çağdaş Türkiye Tarihi Araştırmaları Dergisi, S. 25, 2012, s. 79-99.

ATAMAN Hakan: Nefret Suçlarını Farklı Yaklaşımlar Çerçevesinden Ele Almak: Etik, Sosyo-Politik ve Bir İnsan Hakları Problemi Olarak Nefret Suçları, Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları (Der. İNCEOĞLU Yasemin) içinde, Ayrıntı Yay., İstanbul 2012.

BACHMANN Chaka L./ GOOCH Becca: LGBT In Britain Hate Crime and Discrimination, 2017, s. 12.
https://www.stonewall.org.uk/system/files/lgbt_in_britain_hate_crime.pdf.

BAKIM Sevi: “*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) Kararları Çerçevesinde Cinsiyet Ayrımcılığı*”, Prof. Dr. Cevdet YAVUZ’a Armağan, İstanbul 2012, s. 3192-3218.

BARNES Arnold/ EPHROSS Paul H.: “*The Impact of Hate Violence on Victims: Emotional and Behavioral Responses to Attacks*”, Social Work, Vol. 39(3), 1994, s. 247-251.

BAYRAKTAR Köksal/ KESKİN KIZIROĞLU Serap/ ZAFER Hamide/ YILDIZ Ali Kemal/ ALTUNÇ Sinan/ AKYÜREK Güçlü/ EROĞLU ERMAN Fulya/ ERMAN Barış/ EVİK Ali Hakan/ AYTEKİN İNCEOĞLU Asuman/ AKSOY RETORNAS Eylem/ SINAR Hasan: Özel Ceza Hukuku C. III, Oniki Levha Yay., İstanbul 2018.

BERG Manfred: Popular Justice: A History of Lynching in America, Rowman & Littlefield Publishers, Washington 2015.

BERK Richard A./ BOYD E. A./ HAMNER K. M.: Thinking More Clearly about Hate-Motivated Crimes, in Hate Crimes: Confronting Violence Against Lesbians and

Gay Men (Ed. **HEREK** Gregory; **BERRILL** Kevin), Sage Publications, California 1992.

BERKTAY Fatmagül: Tarihin Cinsiyeti, Metis Yay., İstanbul 2003.

BLAKE Michael: “*Geeks and Monsters: Bias Crimes and Social Identity*”, Law and Philosophy, Vol. 20(2), 2001, s. 121-139.

BORA Aksu: Kadınların Sınıfı Ücretli Ev Emeği ve Kadın Öznelliğinin İnşası, İletişim Yay., İstanbul 2018.

BOWLING Benjamin: “*Racial Harassment and the Process of Victimization*”, British Journal of Criminology, Vol. 33(2), 1993, s. 231-250.

BOWSER Benjamin P.: “*Racism: Origin and Theory*”, Journal of Black Studies, Vol. 48(6), 2017, s. 572-590.

BROWN Alexander: “*The ‘who?’ question in the hate speech debate: part 1: consistency, practical, and formal approaches*”, Canadian Journal of Law and Jurisprudence, Vol. 29(2), 2016, s. 275-320.

BROWN Alexander: “*The ‘who?’ question in the hate speech debate: part 2: functional and democratic approaches*”, Canadian Journal of Law and Jurisprudence, Vol. 30(1), 2017, s. 23-55.

BULMER Martin: The Ethnic Group Question in the 1991 Census of Population, In Ethnicity In The 1991 Census Vol. 1 (Ed. **COLEMAN** David / **SALT** John), HMSO, London 1996.

BULUT Pınar: Türk Ceza Kanunu’nda Ayrımcılık Suçu (TCK. Md. 122), İstanbul 2012, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi.

CENTEL Nur/ ÇAKMUT Özlem/ ZAFER Hamide: Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta Yay., İstanbul 2017.

CHALMERS James/ LEVERICK Fiona: A Comparative Analysis of Hate Crime Legislation A Report to the Hate Crime Legislation Review, 2017, https://consult.gov.scot/hate-crime/independent-review-of-hate-crime-legislation/supporting_documents/495517_APPENDIX%20%20ACADEMIC%20REPORT.pdf.

CHAMBLISS William J./ SEIDMAN Robert B.: Law, Order and Power, Addison-Wesley, Reading 1971.

COPELAND Lois/ WOLFE Leslie: Violence Against Women as Bias Motivated Hate Crime: Defining the Issues, In Women and Violence (Ed. **DAVIES** Miranda), Zed Books, London 1994.

DEMİRBAŞ Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yay., Ankara 2019.

DEMİRBAŞ Timur: Kriminoloji, Seçkin, Ankara 2016.

DEMİRBAŞ Timur: “Nefret Söylemi ve Nefret Suçları”, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, C. 19, 2017, s. 2693-2701.

DEMİRTAŞ MADRAN Hanife Andaç: Temel Beklenti Etkisi: Kendini Gerçekleştiren Kehanet, Ayrımcılık Çok Boyutlu Yaklaşımlar (Der. **ÇAYIR** Kenan; **AYAN CEYHAN** Müge) içinde, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., İstanbul 2012.

DEMREN DÖNMEZ Burcu: “Ayrımcılık Suçu”, TBBD, S. 12, 2014, s. 10-58.

DONAY Süheyl: Türk Ceza Kanunu Şerhi, Beta Yay., İstanbul 2007.

DÖNMEZER Sulhi: Genel Ceza Hukuku Dersleri, Bahçeşehir Üniversitesi Yay., İstanbul 2003.

DÖNMEZER Sulhi/ ERMAN Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku C. II, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., İstanbul 1978.

ECEVİT Yıldız: Toplumsal Cinsiyet Sosyolojisine Başlangıç, Toplumsal Cinsiyet Sosyolojisi içinde, Anadolu Üniversitesi Yay., Eskişehir 2011.

EKİCİ ŞAHİN Meral: Ceza Hukukunda Rıza, Oniki Levha Yay., İstanbul 2012.

EKMEKÇİ Dilek: “*Türk ve Fransız Ceza Kanunlarında Ayırıcılık Suçu*”, Legal Hukuk Dergisi, S. 129, 2013, s. 17-41.

ERDEM Mustafa Ruhan: “*Avrupa Birliği’nde Ayırıcılık, Irkçılık ve Yabancı Düşmanlığı ile Ceza Hukuku Yoluyla Mücadele*”, Fasikül Hukuk Dergisi, C. 3, S. 16, 2011, s. 6-15.

EREM Faruk: “*Suçun Konusu ve Hümanist Doktrin*”, AÜHFD, C. 25(1-2), 1968, s. 12-33.

EREM Faruk: Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler C. I, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., Ankara 1973.

EREN Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yay., Ankara 2019.

ERMAN Sahir: Hakaret ve Sövme Suçları, İstanbul Üniversitesi Fen Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Prof. Dr. Nazım Terzioğlu Basım Atölyesi, İstanbul 1989.

ERSOY Uğur: “*Nefret ve Ayırıcılık Suçu (TCK m.122)*”, CHD, C. 12(34), 2017, s. 7-56.

ERYILMAZ Kadir: Önyargıların Toplumsal İnşası ve Önyargı Temelli Suçlar, Kriminoloji Yazıları (Der. YALÇIN SANCAR Türkân) içinde, Savaş Yay., Ankara 2015.

ESPIRITU Yen: Asian American Women and Men, Sage, California 1997.

EVANS Dylan: Emotion: The Science of Sentiment, Oxford University Press, New York 2001.

- FARKAS Lilla:** The Meaning of Racial or Ethnic Origin in EU Law: Between Stereotypes and Identities, 2017, https://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=54924.
- FERNANDEZ J. M.:** “*Bringing Hate Crime into Focus - The Hate Crime Statistics Act of 1990, Pub. L. No. 101-275*”, Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, Vol. 26(1), 1991, s. 261-293.
- FETZER Matthew D./ PEZZELLA Frank S.:** “*The Nature of Bias Crime Injuries: A Comparative Analysis of Physical and Psychological Victimization Effects*”, Journal of Interpersonal Violence, Vol. 34(18) , 2019, s. 3864-3887.
- FOUCAULT Michel:** Hapishanenin Doğuşu (Çev. Mehmet Ali **KILIÇBAY**), İmge Yay., İstanbul 2019.
- GARLAND Jon/ CHAKRABORTI Neil:** Hate Crime Impact, Causes and Responses, Sage Publication, California 2009.
- GARLAND Jon/ CHAKRABORTI Neil:** “*Divided by a Common Concept? Assessing the Implications of Different Conceptualizations of Hate Crime in the European Union*”, European Journal of Criminology, Vol. 9(1), 2012, s. 38-51.
- GARLAND Jon/ FUNNEL Corinne:** Defining Hate Crime Internationally: Issues and Conundrums, in Internalization of Hate (Ed. **SCHWEPPE** Jennifer/ **WALTERS** Mark Austin), Oxford University Press, New York 2016.
- GLET Alke:** “*The German Hate Crime Concept: An Account of the Classification and Registration of Bias-Motivated Offences and the Implementation of the Hate Crime Model Into Germany’s Law Enforcement System*”, Internet Journal of Criminology (Electronic Journal), 2009, https://pdfs.semanticscholar.org/b910/0239ddc0b2ef13b7a0cb4be1375767483de0.pdf?_ga=2.63596463.1463459649.1575987773-2035528908.1574976564.

GOODAL Kay: “*Conceptualizing ‘Racism’ in Criminal Law*”, *Legal Studies*, Vol. 33(2), 2013, s. 215-238.

GOSSETT Thomas F.: *Race: The History of An Idea In America*, Oxford University Press, New York 1997.

GÖREGENLİ Melek: Temel Kavramlar: Önyargı, Kalıpyargı ve Ayrımcılık, Ayrımcılık Çok Boyutlu Yaklaşımlar (Der. ÇAYIR Kenan/ AYAN CEYHAN Müge) içinde, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., İstanbul 2012.

GÜNEŞ Ümran: “*Türkiye’de İnsan Haklarının Korunmasına İlişkin Ulusal İnsan Hakları Kurumları: Kamu Denetçiliği Kurumu ve Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu*”, *Trakya Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 20(1), 2018, s. 165-186.

HAFIZOĞULLARI Zeki/ ÖZEN Muharrem: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar*, US-A Yay., Ankara 2017.

HAFIZOĞULLARI Zeki/ ÖZEN Muharrem: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, US-A Yay., Ankara 2019.

HAKERİ Hakan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yay., Ankara 2011.

HALL Nathan: *Hate Crime*, Routledge, New York 2013.

HARE Ivan: “*Legislating Against Hate—The Legal Response to Bias Crimes*”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 17(3), 1997, s. 415-439.

HART H. B. Liddel: *İkinci Dünya Savaşı Tarihi* (Çev. Kerim BAĞRIACIK), Türkiye İş Bankası Kültür Yay., İstanbul 2018.

HOOPER Lauric Henneton: “*The 1701 ‘Act for the Better Ordering of Slaves’: Reconsidering the History of Slavery in Proprietary South Carolina*”, *The William and Mary Quarterly*, Vol. 64(2), 2007, s. 395-418.

HOWARD Erica: “*Race and Racism – Why does European Law have Difficulties with Definitions?*”, International Journal of Comparative Labour Law & Industrial Relations, Vol. 24, 2008, s. 5-29.

HUDSON JR. David L.: Hate Crimes, Chelsea House Publishers, New York 2009.

HURD Heidi M.: “*Why Liberals Hate Hate Crime Legislation*” Law and Philosophy, Vol 20(2), 2001, s. 215-232.

HURD Heidi M.: “*Punishing Hatred and Prejudice*”, Stanford Law Review, Vol. 56(5), 2004, s. 1081-1146.

IGANSKI Paul: Hate Crime and the City, The Policy Press, Bristol 2008.

IGANSKI Paul/ SMITH David: Rehabilitation of Hate Crime Offenders: Research Report, 2011, www.hatecrimescotland.org.

IŞIKTAÇ Yasemin/ KOLOŞ Umut: Hukuk Sosyolojisi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., İstanbul 2017.

İŞİL GÜL İdil: Fiziksel Engellilerin Uluslararası Hukukta Korunması ve Uluslararası Standartların İç Hukuka Yansıması, İstanbul 2006, Yayımlanmamış Doktora Tezi.

İŞİL GÜL İdil/ KARAN Ulaş: Ayrımcılık Yasağı Kavram, Hukuk, İzleme ve Belgeleme, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., İstanbul 2001.

İNCEOĞLU Sibel: “*Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı*”, Çalışma ve Toplum, S. 2006/4, 2006, s. 45-62.

JACOBS James B./ POTTER Kimberly: Hate Crimes Criminal Law & Identity Politics, Oxford University Press, New York 2001.

JENDRYKE Michael/ MCCLURE Stephen C.: “*Mapping crime – Hate crimes and hate groups in the USA: A spatial analysis with gridded data*”, Applied

Geography (Electronic Journal), Vol. 111, 2019,
<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S014362281831004X>.

JENNES Valerie/ GRATTEET Ryken: “*Examining the Boundaries of Hate Crime Law: Disabilities and the ‘Dilemma of Difference.’*”, The Journal of Criminal Law and Criminology, Vol. 91(3), 2001, s. 653-698.

JENNES Valerie/ GRATTEET Ryken: Making Hate A Crime From Social Movement to Law enforcement, Russel Sage Foundation, New York 2004.

JENNESS Valerie: “*Managing Differences and Making Legislation: Social Movements and The Racialization, Sexualisation and Gendering of Federal Hate Crime Laws in The US*”, Social Problems, Vol. 46(4), 1999, s. 548-571.

KAOS GL: 2017 Yılında Türkiye’de Gerçekleşen Homofobi ve Transfobi Temelli Nefret Suçları Raporu, KAOS GL, Ankara 2018.

KAOS GL: 2018 Yılında Türkiye’de Gerçekleşen Homofobi ve Transfobi Temelli Nefret Suçları Raporu, KAOS GL, Ankara 2019.

KARAN Ulaş: “*Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Türk Ceza Kanunu’nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği*”, TBBD, S. 73, 2007, s. 146-173.

KATOĞLU Tuğrul: “*Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları*”, AÜHFD, C. 61, S. 1, 2012, s. 657-693.

KERNBERG Otto F.: The Pyschopathology of Hatred, In Rage, Power and Agression (Ed. GLICK Robert A. / ROOSE Steven P.), Yale University Press, London 1993.

KIDD Jeremy D./ WITTEN Tarynn: “*Transgender and Transsexual Identities: The Next Strange Fruit— Hate Crimes, Violence and Genocide Against the Global Trans Communities*” Journal of Hate Studies, Vol. 31(6), 2008, s. 31-63.

KOCA Mahmut/ ÜZÜLMEZ İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, Ankara 2019.

KOCASAKAL Ümit: “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Nefret ve Ayırmacılık Suçu (TCK m. 122)”, CHD, C. 10, S. 28, 2015, s. 7-40.

KÖPRÜLÜ Timuçin: Soykırım Suçu, Ankara 2008, Yayımlanmamış Doktora Tezi.

KROUSE William J.: Report for Congressional Research Service, Hate Crime Legislation, 2010,

https://www.everycrsreport.com/files/20100115_RL33403_b5e87c3a5c3dfbaec18976a64b156a0ca3d26a6a.pdf .

KUCS Arturs: “Denial of Genocide and Crimes against Humanity in the Jurisprudence of Human Rights Monitoring Bodies”, Journal of Ethnic and Migration Studies, Vol. 40(2), 2014, s. 301-319.

KULAKSIZOĞLU MERCAN Nergis: Nefret Suçları, İstanbul 2015, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi.

LAMBERT David Matthew: A Study of the Concept of Prejudice with Particular Reference to Geography Education, London 1995, Yayımlanmamış Doktora Tezi.

LANTZ Brendan/ KIM Joonggon: “Hate Crimes Hurt More, But So Do Co-Offenders: Separating the Influence of Co-Offending and Bias on Hate-Motivated Physical Injury”, Criminal Justice and Behaviour (Electronic Journal), 2018, <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/0093854818810314?journalCode=cjbb>.

LAWRENCE Frederick M.: Punishing Hate: Bias Crime Under American Law, Harvard University Press, Cambridge 2002.

LAWRENCE Frederik M.: *“The Punishment of Hate: Toward a Normative Theory of Bias-Motivated Crimes”*, Michigan Law Review, Vol. 93(2), 1994, s. 320-381.

LEVIN Jack/ MCDEVITT Jack: *Hate Crimes Revisited: America’s War on Those Who Are Different*, Westview Press, Boulder 2002.

MACEACHERN Scott: *The Concept of Race in Contemporary Anthropology*, 2012, <https://pdfs.semanticscholar.org/b775/27a7ca8c15a5d29328fd903360e0fe7b6879.pdf>.

MARCELLI Fabio: *Hate Crime and Hate Speech in Europe: Comprehensive Analysis of International Law Principles, EU-wide Study and National Assessments*, <https://sosracismo.eu/wp-content/uploads/2016/07/Hate-Crime-and-Hate-Speech-in-Europe.-Comprehensive-Analysis-of-International-Law-Principles-EU-wide-Study-and-National-Assessments.pdf>.

MASON Gail/ DYER Andrew: *“A Negation of Australia’s Fundamental Values: Sentencing Prejudice Motivated Crime”*, Melbourne University Law Review, Vol. 36(3), 2013, s. 871-914.

MASON Gail: *“The Symbolic Purpose of Hate Crime Law: Ideal Victims and Emotion”*, Theoretical Criminology (Electronic Journal), 2013, <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/1362480613499792?journalCode=tcra>.

MASON Gail: *“Victim Attributes in Hate Crime Law: Difference and The Politics of Justice”*, British Journal of Criminology, Vol. 54(2), 2014, s. 161-179.

MASON Gail: *Legislating Against Hate*, in *The Routledge International Handbook on Hate Crime* (Ed. Nathan HALL), Routledge, New York 2015.

MASON-BISH Hannah: *“Examining Boundaries of Hate Crime Policy: Considering Age and Gender”*, Criminal Justice Policy Review, Vol. 24(3), 2011, s. 297-316.

MELI Laura: “*Hate Crime and Punishment: Why Typical Punishment Does Not Fit The Crime*”, Illinois Law Review, Vol. 1, 2014, s. 921-966.

MEMİŞ Pınar: “*Ayrımcılık Suçunun Özürlüler Bakımından Değerlendirilmesi*”, GÜHFD, S. 2009/2, 2009, s. 65-78.

MORSINK Johannes: *The Universal Declaration of Human Rights: Origins, Drafting and Intent*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia 1999.

MURPHY Jeffrie G.: “*Bias Crimes: What Do Haters Deserve?*”, Criminal Justice Ethics, Vol. 11(2), 1992, s. 20-23.

NAIDOO Kamban: “*The Historical Prosecution of Hate Crimes In The United States of America*”, Fundamina, Vol. 23(2), 2017, s. 21-38.

NAIDOO Kamban: “*The Origins of Hate-crime Laws*”, Fundamina, Vol. 22(1), 2016, s. 53-66.

NARDI Peter/ BOLTON Ralph: “*Gay-Bashing: Violence and Aggression Against Gay Men and Lesbians*”, Advances in Psychology, Vol. 76, 1991, s. 349-400.

NUSSBAUM Martha C.: *Hiding from Humanity: Disgust, Shame, and the Law*, Princeton University Press, New Jersey 2006.

ORAN Baskın: Maksimum Rezillik: Nefret Suçu ve Nefret Suçunun Önkoşulu: Nefret Söylemi, Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları (Der. İNCEOĞLU Yasemin) içinde, Ayrıntı Yay., İstanbul 2012.

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

ÖNDER Ayhan: *Ceza Hukuku Dersleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992.

ÖZBEK Veli Özer/ DOĞAN Koray/ BACAKSIZ Pınar: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yay., Ankara 2019.

ÖZBEK Veli Özer/ DOĞAN Koray/ BACAKSIZ Pınar: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yay., Ankara 2019.

ÖZGENÇ İzzet: Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), Seçkin, Ankara 2005.

ÖZGENÇ İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yay., Ankara 2019.

ÖZTÜRK Bahri/ ERDEM Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Seçkin Yay., Ankara 2012.

ÖZTÜRK Mehmet Onat: İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu, Legal, İstanbul 2006.

ÖZTÜRK Nurten: Nefret ve Ayrımcılık Suçu, Adalet Yay., Ankara 2017.

PAKER Murat: Psikolojik Açından Önyargı ve Ayrımcılık, Ayrımcılık Çok Boyutlu Yaklaşımlar (Der. ÇAYIR Kenan/ AYAN CEYHAN Müge) içinde, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., İstanbul 2012.

PERRY Barbara: “Where Do We Go From Here? Researching Hate Crime”, Internet Journal of Criminology (Electronic Journal), 2003, <https://tandis.odihr.pl/bitstream/20.500.12389/19382/1/01262.pdf>.

PERRY Barbara: In the Name of Hate: Understanding Hate Crimes, Routledge, London 2001.

PERRY Joanna/ FRANEY Paul: Policing Hate Crime Against LGBTI Persons: Training for A Professional Police Response, <https://rm.coe.int/hate-crimes-against-lgbti/168073dd37>.

PETERSON Jennifer: Murder, the Media and the Politics of Public Feelings, Indiana University Press, Indiana 2011.

PETROSINO Carolyn: Connecting the Past to the Future: Hate Crime in America, In Hate and Bias Crime: A reader (Ed. PERRY Barbara), Routledge, London 2003.

- REIDY David A.:** *“Hate crimes, Oppression and Legal Theory”*, Public Affairs Quarterly, Vol. 16(3), 2002, s. 259-285.
- ROBINSON Paul H.:** *“Hate Crimes: Crimes of Motive, Character or Group Terror?”*, Annual Survey of American Law, Vol. 1992/1993, 1993, s. 605-616.
- SANCAR Serpil:** Erkeklik, Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları içinde, Anadolu Üniversitesi Yay., Eskişehir 2011.
- SCHWEPPE Jennifer:** *“Defining characteristics and politicizing victims: a legal perspective”*, Journal of Hate Studies, Vol. 10(1), 2012, s. 173-198.
- SENNETT Richard:** Kamusal İnsanın Çöküşü (Çev. Serpil **DURAK/** Abdullah **YILMAZ**), Ayrıntı Yay., İstanbul 2013.
- SHARPE Andrew A.:** *“Foucault's Monsters, the Abnormal Individual and the Challenge of English Law”*, Journal of Historical Sociology, Vol. 20(3), 2007, s. 384-403.
- SHERMAN Jeffrey G.:** *“Mercy Killing and The Right to Inherit”*, University of Cincinnati Law Review, Vol. 61, 1991, s. 803-876.
- SİRMEN Lale:** Eşya Hukuku, Yetkin Yay., Ankara 2019
- SMITH Michael D.:** *“Patriarchal Ideology and Wife Beating: A Test of a Feminist Hypothesis”*, Violence and Victims, Vol. 5(4), 1990, s. 257-273.
- SOKULLU AKINCI Füsün:** *“Hate Crimes”*, Annales De La Faculte'de Droit d'Istanbul, Vol. 58, 2009, s. 101-117.
- SOKULLU AKINCI Füsün:** Kriminoloji, Beta Yay., İstanbul 2016.
- SOYASLAN Doğan:** Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yay., Ankara 2018.
- STEINBERG Annie/ BROOKS Jane/ REMTULLA Tariq:** *“Youth Hate Crimes: Identification, Prevention, and Intervention”*, American Journal of Psychiatry, Vol. 160, 2003, s. 979-989.

STENBERG Robert J./ STENBERG Karin: Nature of Hate, Cambridge University Press, Cambridge, Cambridge 2008.

STREISSGUTH Tom: Hate Crime, Facts on File, New York 2003.

SULLAWAY Megan: “*Psychological Perspectives on Hate Crime Laws*”, Psychology, Public Policy, and Law, Vol. 10(3), 2004, s. 250-292.

SÜZEK Sarper: İş Hukuku, Beta Yay., Ankara 2019.

ŞEN Ersan: Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu C. I, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006.

TANAY Gizem: Ayrımcılık Suçu, Ankara 2012, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi.

TASLITZ Andrew E.: “*Condemning the Racist Personality: Why the Critics of Hate Crimes Legislation Are Wrong*”, Boston College Law Review, Vol. 40, 1999, s. 739-785.

TOROSLU Nevzat/ TOROSLU Haluk: Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yay., Ankara 2019.

TOROSLU Nevzat: Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Savaş Yay., Ankara 2019.

TROUT Matthew: “*Federalizing Hate Crime: Constitutional and Practical Limitations to the Matthew Shepard and James Byrd, Jr. Hate Crimes Prevention Act of 2009*”, American Criminal Law Review, Vol. 52(1), 2015, s. 131-153.

TÜMER Günay: “*Çeşitli Yönleriyle Din*”, AÜİF Dergisi, C. 28(1), 1987, s. 214-267.

UVILLER H. Richard: “*Review Article: Making It Worse: `Hate` as An Aggravating Factor in Criminal Conduct*”, Ethnic and Racial Studies, Vol. 23(4), 2000, s. 761-777.

UYGUR Gülriz/ ÇAĞLAR İrem: Şiddet, Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları içinde, Anadolu Üniversitesi Yay., Eskişehir 2011.

ÜNLTÜRK Özge: “*Irk Kavramının Tarihsel Gelişimi ve Adli Antropolojide Kullanımı*”, AÜDTCF Antropoloji Dergisi, S. 29, 2015, s. 93-116.

ÜNVER Yener: Ceza Hukuku Yoluyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin Yay., Ankara, 2003.

ÜNVER Yener: “Ceza Hukuku Felsefi Açısından İnsan Onuru ve Mevzuatımız”, CHD, S. 7, 2008, s. 41-82.

WANG Lu-In: “*The Transforming Power of Hate: Social Cognition Theory and The Harms of Bias-related Crimes*”, California Law Review, Vol. 71(1), 1997, s. 48-85.

WEISBURD Bennett/ LEVIN Brian: “*On the Basis of Sex: Recognizing Gender-Based Bias Crime*” Stanford Law & Policy Review, Vol. 25(5), 1994, s. 21-38.

YALÇIN Türkân: Türk Ceza Hukukunda Kadın, Savaş Yay., Ankara 2019.

YALÇIN Türkân/ KÖPRÜLÜ Timuçin: Ceza Hukuku Genel Hükümler Uygulamalı Çalışmaları, Savaş Yay., Ankara 2020.

YALÇIN SANCAR Türkân: “*Yeni Türk Ceza Kanunu’nda ‘Zincirleme Suç’*”, TBBD, S. 70, 2007, s. 244-259.

YALÇIN SANCAR Türkân: “*Ceza Hukukunda Sistemik Yorum ve Uluslararası Sözleşmelerin Değeri*”, TBBD, S. 1999/1, 1999, s. 23-38.

YALÇIN SANCAR Türkân: Çok Failli Suçlar, Seçkin Yay., Ankara 1998.

YALÇIN SANCAR Türkân: Müteselsil Suç, Seçkin Yay., Ankara 1995.

YAŞAR Osman/ GÖKCAN Hasan Tahsin/ ARTUÇ Mustafa: Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu C. III, Adaley Yay., Ankara 2014.

YENİDÜNYA A. Caner: “*5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Ayırmıcılık Suçu*”, Çalışma ve Toplum, S. 2016/4, 2016, s. 97-116.

ÇEVİRİMİÇİ KAYNAKLAR

Avrupa Bakanlar Konseyi, 04.12.2009 tarihli ve 9/09 sayılı kararı.

Avrupa Konseyi, EU Guidelines on The Promotion and Protection of Freedom of Religion or Belief, Lüksemburg 2013,
<https://eeas.europa.eu/sites/eeas/files/137585.pdf>.

BJS, Hate Crime Victimization 2004-2015,
<https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/hcv0311.pdf>.

BJS, Hate Crime Victimization 2003-2011,
<https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/hcv0311.pdf>.

BJS, <https://www.bjs.gov/index.cfm?ty=pbdetail&iid=4614>.

Council of Europe, Compass: Manual for Human Rights Education with Young People,
<https://www.coe.int/en/web/compass/gender>.

Council of Europe, Explanatory Report to the Additional Protocol to the Convention on Cybercrime, concerning the criminalisation of acts of a racist and xenophobic nature committed through computer systems, 2003, <https://rm.coe.int/16800d37ae>.

Council of Europe, Overview of The Court's Case-Law on Freedom of Religion,
https://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_religion_ENG.pdf.

Council of European Union, *Council Conclusions on Combating Hate Crime In The European Union*, Bruxelles 2013,
https://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/jha/139949.pdf.

ECRI General Policy Recommendation No. 7, www.coe.int/t/e/human_rights/ecri/1-ecri/3-general_themes/1-policy_recommendations/Recommendation_N7.

ECRI, “Ethnic” Statistics and Data Protection in The Council of Europe Countries Study Report, 2007, <https://ec.europa.eu/migrant-integration/?action=media.download&uuid=29B1BAB0-07A3-821C-40CAA81482D3D28>.

ENAR, General Policy Paper No 1: Fighting Religious Discrimination, 2005, <https://rm.coe.int/compilation-of-ecri-s-general-policy-recommendations-march-2018/16808b7945>.

European Union Agency for Fundamental Rights, Making Hate Crime Visible in the European Union: Acknowledging Victim’s Rights, 2012, https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2012_hate-crime.pdf.

European Union Agency for Fundamental Rights, Racism, Discrimination, Intolerance and Extremism: Learning from Experiences in Greece and Hungary, 2013, https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2013-thematic-situation-report-3_en_1.pdf.

KAOS GL, Homofobi ve Transfobi Temelli Nefret Suçları Raporu 2018, http://www.kaosgldernegei.org/resim/yayin/dl/nefret_suclari_raporu_2018_web.pdf.

<http://hatecrime.osce.org>.

<http://tbddergisi.barobirlik.org.tr>.

<http://wlh.law.stanford.edu/line>.

<http://www.legislation.gov.uk>.

<https://docs.legis.wisconsin.gov>.

<https://ec.europa.eu>.

<https://slavevoyages.org>.

<https://sozluk.gov.tr>.

<https://www.echr.coe>.

<https://www.facingfacts.eu>.

<https://www.justice.gov>.

<https://www.leonardcheshire.org>.

<https://www.ohchr.org>.

<https://www.unitedresponse.org.uk>.

<https://www2.tbmm.gov.tr>.

<https://www.tbmm.gov.tr>.

<https://bau.edu.tr>.

<https://www.oecd.org>.

<https://www.ombudsman.gov.tr>.

Northern Territory of Australia Sentencing Act, 1995, section 6A(e),

<https://legislation.nt.gov.au/en/Legislation/SENTENCING-ACT-1995>.

OSCE, Decision No. 10/05, Ljubljana 2005,

<https://www.osce.org/mc/17462?download=true>.

OSCE, Hate Crime Against People With Disabilities, [https://www.osce.org/odihr/hate-](https://www.osce.org/odihr/hate-crime-against-people-with-disabilities?download=true)

[crime-against-people-with-disabilities?download=true](https://www.osce.org/odihr/hate-crime-against-people-with-disabilities?download=true).

OSCE, Hate Crime Data-Collection and Monitoring Mechanisms: A Practical Guide,

2014, <https://www.osce.org/odihr/datacollectionguide?download=true>.

OSCE, Prosecuting Hate Crimes, 2014,

<https://www.osce.org/odihr/prosecutorsguide?download=true>.

OSCE, Survey on the nature and scale of unreported hate crimes against members of selected communities in Poland, 2018, <https://www.osce.org/odihr/412445?download=true>.

OSCE/ ODIHR, Hate Crime Laws A Practical Guide, 2009, <https://www.osce.org/odihr/36426>.

Oxford Pro Bono Publico, Comparative Hate Crime Research Report: A Report Prepared For the Hungarian Civil Liberties Union, 2014, <http://ohrh.law.ox.ac.uk/wordpress/wp-content/uploads/2014/05/Oxford-Pro-Bono-Publico-Comparative-Hate-Crime-Research-Report-April-2014.pdf>.

Scottish Government, One Scotland: Hate Has No Home Here Consultation on Amending Scottish Hate Crime Legislation, 2018, http://www.stonewallscotland.org.uk/sites/default/files/stonewall_scotland_-_response_to_hate_crime_consultation.pdf.

Ukrayna Ceza Kanunu, 2001, 2. özel kitap, 2. kısım, madde 121, <https://www.legislationline.org/documents/action/popup/id/16257/preview>.

UN, Principles and Recommendations for Population and Housing Censuses Revision 3, 2017, Paragraph 2.116, https://unstats.un.org/unsd/demographic-social/Standards-and-Methods/files/Principles_and_Recommendations/Population-and-Housing-Censuses/Series_M67rev3-E.pdf.

United Kingdom Law Commission, Hate Crime: Should the Current Offences Be Extended?, Law Com No. 348, 2014, https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jxsou24uy7q/uploads/2015/03/lc348_hate_crime.pdf.

ÖZET

Nefret suçları, failin mağduru ırk, din, cinsiyet gibi belirli özellikleri nedeniyle seçtiği suçlardır. Bu nedenle nefret suçları, kamu barışı ve güvenliği için büyük bir tehdittir. Bu tehdidin önlenmesi amacıyla birçok devlet ceza kanunlarında nefret suçunu düzenlemiştir. Bu çalışmada, nefret suçunun unsurlarının ve genel özelliklerinin tespit edilmesi sonucu oluşturulan kavramsal çerçevede, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 122'nci maddesinde düzenlenen “*Nefret ve Ayırmacılık Suçu*”nun değerlendirilmesi amaçlanmıştır.

Çalışmamız iki bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde ilk olarak, çeşitli tanımların incelenmesiyle nefret suçunun temel özellikleri belirlenmiştir. Sonra, nefret suçunun ceza kanunlarında düzenlenmesinin gerekliliğini açıklayan görüşlere yer verilmiştir. Son olarak, nefret suçunun tespit ettiğimiz temel özellikleri (*temel suç, saik ve korunacak gruplar*) incelenmiştir. İkinci bölüm nefret suçları açısından, nefret ve ayırmacılık suçunun değerlendirilmesine ayrılmıştır. Bu bölümde suçun unsurlarıyla fail, mağdur, hukuki ve maddi konu, maddi ve manevi unsur, özel görünüş biçimleri, yaptırım ve muhakeme usulü incelenmiştir.

ABSTRACT

Perpetrators of hate crimes chooses their victims based on certain characteristics such as race, religion and gender. Therefore hate crimes are a major threat to public peace and security. In order to prevent this threat, many states have regulated hate crimes in their criminal laws. In this study, it is aimed to evaluate the “Crime of Hate and Discrimination” regulated in Article 122 of the Turkish Penal Code, through a conceptual framework constructed by identifying the elements and general characteristics of hate crime.

Our study consists of two parts. In the beginning of the first part, the basic characteristics of hate crime are determined through examination of various definitions. And then, the views explaining the necessity of regulating hate crime in criminal laws were examined. And finally, we examined the basic crime, motive and groups that needs to be protected, all of which we considered as main concepts of the study. the second part is reserved for the evaluation of crime of hate and discrimination in Turkish penal code in regards to the crimes in general. in this section; we examined concepts such as the perpetrator, victim, legal and material subject of the crime, moral and material elements of the crime, attempt, privity, conseil, identified punishment in the penal code and criminal procedure.