

T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANA BİLİM DALI

NEFRET SUÇUNUN CEZA HUKUKUNDAKİ YERİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Şura Nur PELİT

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Pınar KARTAL

EYLÜL 2022

ÖNSÖZ

Tez danışmanlığımı büyük bir nezaketle üstlenerek bu süreçte nezaket ve güler yüzünü benden esirgemeyen, bilgi ve tecrübesini benimle paylaşan; tez konumun seçilmesinde ve sistematığının belirlenmesindeki yol gösterici destekleri için saygıdeğer hocam Prof. Dr. Pınar Kartal'a,

Bu süreçte aklıma gelen her soruyu sorabildiğim, her konuda danışabildiğim imkanı sağlayacak anlayışı bana gösterdiği ve son olarak da tez jürimde yer alma nezaketini gösterdiği için saygıdeğer hocam Prof. Dr. Mahmut Koca'ya,

Tez jürimde yer alma nezaketini göstererek tezime değerli görüş ve eleştirileri ile katkıda bulunan sayın hocam Prof. Dr. Vesile Sonay Evik'e,

Motive edici bir çalışma ortamı sunmak suretiyle Almanca eserlerden yararlanabilmemde büyük katkıları olan ve bu nedenle minnettar olduğum sayın hocalarım Prof. Dr. Ahmet Gökçen, Prof. Dr. İbrahim Subaşı, Dr. Ekrem Solak ve Dr. Melike Şentürk Tur'a,

Destekleri için kürsü hocalarım; Dr. Derya Tekin ve Dr. Kübra Tunç'a ve çalışma arkadaşlarım; Arş. Gör. Şölen Çakıroğlu, Arş. Gör. Ebuzer Zengin ve Arş. Gör. Ahsen Akdemir'e,

Yüksek lisans eğitimim sürecinde, yurtiçi burs programı kapsamında beni maddi olarak destekleyen Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu'na, (TÜBİTAK)

Misafirperverlikleri için Galatasaray Üniversitesi, Türk-Alman Üniversitesi, Medeniyet Üniversitesi ve Würzburg Üniversitesi kütüphane çalışanlarına,

İnsanlığın ortak mirası olan bilimsel bilgiye bu hakkını teslim ederek bilimin metalaşmasının engellenmesinde üstlendiği rol için Alexandra Elbakyan'a,

Tezimi okuma nezaketinde bulunup değerlendirme ve önerileriyle katkıda bulunan değerli arkadaşlarım Arş. Gör. Feride Açıkalın ve Arş. Gör. Nisanur Önay'a,

Destek ve güzel dostlukları ile hayatımda oldukları için her zaman kendimi çok şanslı hissettiğim sevgili Esra, Meral, Rümeyza, Zeynep'e ve özellikle de yurt dışında olduğum süreçte tez savunmasına kadar tüm can sıkıcı evrak işlerini büyük bir özveriyle halleden sevgili Şüheda'ya,

Hayatımdaki her aşamada olduğu gibi bu süreçte de manevi destek ve sonsuz anlayışlarıyla yanımda duran sevgili babam ve anneme,

Bu sürecime en yakından tanıklık edip bana katlanan ve neşeli varlığıyla bu süreci renklendiren sevgili kardeşim Tufan'a

içten teşekkürlerimi sunuyorum.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	ii
İÇİNDEKİLER.....	iii
KISALTMALAR	vii
RÉSUMÉ.....	ix
ABSTRACT	xiii
ÖZET.....	xvii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

NEFRET SUÇU KAVRAMI ve NEFRET SUÇU DÜZENLEMELERİ

I. NEFRET SUÇU KAVRAMI	4
A. Genel Olarak	4
B. Tanım.....	6
1. Nefret Kavramı.....	6
a. Tanım.....	6
b. Nefret Kavramı ile Bağlantılı Olarak Ön Yargı Kavramı.....	7
aa. Ön Yargı Tanımı	7
bb. Nefret ve Ön Yargı Kavramları Arasındaki İlişki	9
2. Nefret Suçu Kavramının Tanımlanması	10
a. Uluslararası Ölçekte Yapılan Tanımlar	11
b. Türk Hukukunda Yapılan Tanımlar	14
c. Doktrinde Yapılan Tanımlar	15
d. Değerlendirme	18
C. Nefret Suçu Kavramı ile İlişkili Kavramlar.....	18
1. Nefret Söylemi	19
a. Tanım.....	19
b. Nefret Suçu Kavramı ile Benzerlik ve Farklılıklar.....	21
2. Ayrımcılık	23
a. Tanım.....	23
b. Nefret Suçu Kavramı ile Benzerlik ve Farklılıklar.....	25
D. Tarihçe	27
II. ULUSLARARASI DÜZENLEMELERDE NEFRET SUÇU	31

A. Genel Olarak	31
B. Birleşmiş Milletler Düzeyinde Nefret Suçu	33
1. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (Universal Declaration of Human Rights, 1948).....	33
2. Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (International Covenant on Civil and Political Rights, 1976)	34
3. Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme (International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination) (1969):.....	36
4. Birleşmiş Milletler Bünyesindeki Ayrımcılıkla İlgili Diğer Sözleşmeler ..	37
C. Avrupa Konseyi Düzeyinde Nefret Suçu	38
1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (European Convention on Human Rights, ECHR).....	38
2. Irkçılığa ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu (European Commission against Racism and Intolerance/ECRI)	43
3. Siber Suçlar Sözleşmesi İnternet Aracılığıyla İşlenen Irkçı ve Yabancı Düşmanlığı Niteliğindeki Eylemlerin Cezalandırılmasına İlişkin Protokol.....	44
D. Avrupa Güvenlik ve İş Birliği Teşkilatı (AGİT) (The Organization for Security and Co-operation in Europe, OSCE).....	45
E. Avrupa Birliği (AB) (European Union, EU) Düzeyinde Nefret Suçu	47
F. Uluslararası Ceza Mahkemesi (International Criminal Court, ICC) ve Roma Statüsü (Rome Statute) Bağlamında Nefret Suçu.....	49
III. ÇEŞİTLİ ÜLKE HUKUKLARINDA NEFRET SUÇU.....	51
A. Genel Olarak	51
B. Nefret Suçunun Ayrı Bir Suç Tipi Olarak Düzenlenmesi: Birleşik Krallık ...	52
C. Nefret Suçunun Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi Kapsamında Değerlendirilmesi: Almanya	55
D. Nefret Suçunun Nitelikli Hal Olarak Düzenlenmesi: Fransa	59

İKİNCİ BÖLÜM

NEFRET SUÇU KAVRAMININ SUÇ TEORİSİ BAKIMINDAN YAPISAL ANALİZİ VE KAVRAMIN TÜRK CEZA KANUNU BAĞLAMINDA İNCELENMESİ

I. NEFRET SUÇU KAVRAMININ SUÇ TEORİSİ BAKIMINDAN YAPISAL ANALİZİ.....	63
A. Genel Olarak	63
B. Tipiklik	64
1. Tipikliğin Maddi Unsurları	64
a. Fiil.....	64

b. Fail.....	65
c. Mağdur.....	66
d. Konu	68
e. Netice	69
f. Nedensellik Bağı ve Objektif İsnadiyet	69
2. Tipikliğin Manevi Unsurları	71
a. Kast.....	72
b. Taksir	73
c. Diğer Manevi Unsur Türleri.....	74
C. Hukuka Aykırılık	77
D. Kusurluluk	78

II. NEFRET SUÇUNA İLİŞKİN TÜRK HUKUKUNDAKİ MEVCUT DURUMUN TÜRK CEZA KANUNU KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ.....81

A. Adalet ve Kanun Önünde Eşitlik İlkesi (TCK m. 3).....	82
B. Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Suçlar.....	83
1. Soykırım Suçu (TCK m. 76) ve İnsanlığa Karşı Suç (TCK m. 77)	83
2. İnanç, Düşünce ve Kanaat Hürriyetinin Kullanılmasını Engelleme Suçu (TCK m. 115).....	84
3. Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK m.122)	84
4. Hakaret Suçu (TCK m.125)	87
5. İbadethanelere ve Mezarlıklara Zarar Verme Suçu (TCK m.153).....	88
6. Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik ve Aşağılama Suçu (TCK m. 216).....	88
7. Suçun Kadına Karşı İşlenmesinin Cezayı Ağırlaştırıcı Nitelikli Hal Olarak Öngörüldüğü Suç Tipleri.....	89
C. Nefret Saikin Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi Hükümü Kapsamında Değerlendirilmesi (TCK m. 61).....	90
D. İncelenen Hükümlerin Nefret Suçuyla Mücadele Bakımından Değerlendirilmesi.....	92

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

NEFRET SUÇUNA CEZA HUKUKU YAKLAŞIMI: NEFRET SUÇUNUN CEZA KANUNLARINDA DÜZENLENİP DÜZENLENMEYECEĞİ SORUNU

I. GENEL OLARAK	98
II. SAİK UNSURU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRMELER	99
A. Lehe Görüşler.....	99
B. Aleyhe Görüşler	101
C. Görüşümüz.....	101

III. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRMELER.....	103
A. Lehe Görüşler.....	103
B. Aleyhe Görüşler	104
C. Görüşümüz.....	106
IV. İKİNCİLLİK İLKESİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRMELER	108
A. Ceza Hukukunda İkincillik İlkesi.....	108
B. Nefret Suçu Düzenlemelerinin Meşruiyeti Tartışmalarında İkincillik İlkesi 109	
C. Görüşümüz.....	111
V. BELİRLİLİK İLKESİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRMELER.....	113
A. Nefret Kavramının Belirlenmesi Sorunu.....	113
1. “Nefret” Kavramının İçeriğinin Belirlenmesi Sorunu.....	114
2. Farklı Düzenleme Modelleri	116
a. Düşmanlık Modeli	117
b. Ayrımcı Seçim Modeli.....	118
B. Korunan Karakteristik Özelliklerin Belirlenmesi Sorunu	120
VI. MUHAKEME SÜRECİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRMELER	123
A. Nefret Saikinın İspatlanması Sorunu.....	124
B. Nefret Suçuna Temel Oluşturan Fiilin Nefret Saiki Olmaksızın Halihazırda Suç Oluşturması Sebebiyle Nefret Suçu Hükümlerinin Uygulama Bulmaması Sorunu	127
SONUÇ.....	129
KAYNAKÇA.....	132

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ADL	: Anti Defamation League
AGİT	: Avrupa Güvenlik ve İş Birliği Teşkilatı
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
BM	: Birleşmiş Milletler
C.	: Cilt
CD	: Ceza Dairesi
CERD	: Committee on the Elimination of Racial Discrimination
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
DEÜ	: Dokuz Eylül Üniversitesi
E.	: Esas
ECRI	: European Commission against Racism and Intolerance
Ed.	: Editör / Editor
K.	: Karar
Karş.	: Karşılaştırınız
m.	: Madde
MÜHFHAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
No.	: Numara
ODIHR	: Office for Democratic Institutions and Human Rights
OSCE	: Organization for Security and Co-operation in Europe
s.	: Sayfa
S.	: Sayı

ss.	: Sayfalar
SBE	: Sosyal Bilimler Enstitüsü
StGB	: Strafgesetzbuch
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TCK	: Türk Ceza Kanunu
UN	: United Nations
UPR	: Universal Periodic Review
v.	: Versus
Ve diğ.	: Ve diğerleri
Y.	: Yıl
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
§	: Paragraf
§§	: Paragraflar

RÉSUMÉ

Cette étude, intitulée « La place du crime de haine dans le droit pénal », porte sur le concept de crime haineux du point de vue du droit pénal. Le choix de ce sujet a été motivé par la tendance croissante à inclure des réglementations sur les crimes de haine dans les codes pénaux nationaux. Cette tendance oblige des États comme la Turquie, qui n'incluent pas encore un crime de haine général dans leur code pénal, à prendre une décision. Cette situation peut conduire à un processus législatif hâtif sans examen rigoureux dans le cadre des principes prévalant dans la discipline du droit pénal. Ce risque est également valable actuellement et très important pour la Turquie, où le plan d'action pour les droits de l'homme préparé par l'organe exécutif en 2021 envisage une réglementation dans le code pénal turc concernant les crimes de haine comme cible. Avant de se demander comment le crime de haine sera réglementé dans le code pénal, il convient de répondre à la question de savoir quelle sera l'approche pénale du crime de haine. Pour cette raison, bien que la nécessité de lutter contre les crimes de haine soit acceptée, cette étude évalue l'acceptation générale de cette nécessité par le droit pénal.

L'étude vise à évaluer le concept de crime de haine au regard des principes prévalant en droit pénal d'une manière appropriée à la technique du droit pénal, libre de toute justification politique et émotionnelle. Dans le cadre de cet objectif, l'étude sera menée en trois chapitres intitulés "Le concept de crime de haine et de réglementation des crimes de haine", "Analyse structurelle du concept de crime de haine en termes de théorie du crime et analyse du concept dans le contexte". du Code pénal turc » et « Approche pénale des crimes de haine : le problème de savoir si les crimes de haine peuvent être réglementés dans les lois pénales ».

Dans la première partie, le concept de crime de haine ; les définitions faites au niveau international, les définitions faites au niveau national, les définitions faites dans la littérature académique seront définies sur la base des définitions de la littérature nationale et internationale. Cette définition sera renforcée en mettant l'accent sur les similitudes et les différences entre les termes « discours de haine » et « discrimination », qui sont des concepts liés au crime de haine. De plus, dans cette section, le processus d'émergence du concept dans son parcours historique, qui est important pour la compréhension, sera évoqué. Après la définition et l'historique du concept, les réglementations créées par les institutions internationales concernant les crimes de haine (Nations Unies, Conseil de l'Europe, Organisation européenne de sécurité et de coopération, Union européenne) et les modalités de réglementation des crimes de haine dans les lois pénales nationales des différents pays seront examinés. À cette fin, les codes pénaux du Royaume-Uni, de la France et de l'Allemagne ont été choisis comme sujet d'examen, car ils contiennent différentes formes de réglementation des crimes de haine.

Dans une deuxième partie, les enjeux qui diffèrent selon le type de crime de haine seront analysés par une analyse structurelle basée sur la théorie du crime. Dans cette revue; éléments matériels du crime (acte, auteur, victime, sujet, résultat, lien de causalité et attribution objective); éléments mentaux de la typicité (intention,

négligence, motif); Une évaluation sera faite en termes d'illégalité et de culpabilité. Dans la dernière partie de cette section, la situation actuelle du droit turc concernant les crimes de haine sera évaluée dans le contexte du Code pénal turc. Dans ce sens, premier TCK m. 3, le principe de justice et d'égalité devant la loi, types de crimes pouvant être qualifiés de crimes de haine (TCK art. 76, TCK art.77, TCK art. 115, TCK art. 122, TCK art. 125, TCK art. 153 et TCK art. 216) l'état d'être commis contre une femme, qui aggrave la peine existant pour certains crimes (article 81, TCK art. 86, TCK art. 94, TCK art. 96 et TCK art. 106); la disposition relative à la détermination de la peine (article 61 du TCK) sera examinée dans le cadre de la notion de crime de haine. Dans cette section, le système de collecte de données concernant les crimes de haine sera également évalué. Enfin, les dispositions examinées seront évaluées sous l'angle de la lutte contre les crimes de haine. Dans cette évaluation, les décisions et rapports sur la Turquie rédigés par des institutions internationales en matière de lutte contre les crimes de haine (Comité des Nations Unies pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, Examen périodique universel des Nations Unies, Rapports nationaux de l'Union européenne, Commission européenne du Conseil de l'Europe contre racisme et intolérance) sera également pris comme base. Ainsi, l'état actuel du Code pénal turc sur le sujet sera évalué de manière exhaustive avant la dernière section dans laquelle l'approche pénale du crime de haine sera discutée.

Dans la dernière section, la question de savoir si la réglementation des crimes de haine doit ou non être incluse dans les lois pénales sera examinée sous divers points de réserve. Ces points de réserve sont; Le problème de la régulation du motif en droit pénal, la régulation du motif de haine en termes de liberté d'expression, le problème de la régulation du crime de haine en termes de principe de subsidiarité, le problème de la régulation conformément au principe de certitude, et enfin le problème de la preuve de la haine motif. Les arguments de ceux qui soutiennent qu'il devrait y avoir une réglementation des crimes de haine et de ceux qui s'y opposent seront discutés dans le cadre de ces points de réserve. Pour cette raison, pour chaque sujet de discussion déterminé, des opinions en faveur et contre la réglementation des crimes de haine seront exprimées et leurs évaluations seront incluses.

Le concept de crime de haine est un concept relativement nouveau depuis près de cinquante ans. Pour la première fois, la réglementation des crimes de haine a été incluse dans certaines lois pénales d'État aux États-Unis et, jour après jour, la réglementation des crimes de haine a commencé à être intégrée dans d'autres lois pénales nationales. Les progrès rapides dans la réglementation des crimes de haine dans la loi, malheureusement, ne sont pas présents dans l'élaboration du cadre conceptuel du type de crime signifié par cette expression. Malgré près d'un demi-siècle d'existence terminologique, il n'existe pas encore de définition convenue du crime de haine. Pour cette raison, les définitions qui sont invariantes sont souvent évitées dans l'enseignement et les modèles de définitions qui permettent des définitions de différentes manières sont inclus. De telles définitions, suffisantes au regard des travaux académiques, sont insuffisantes pour intégrer la notion dans les lois pénales. Dans cette incertitude, les facteurs suivants jouent un rôle : l'incertitude concernant le niveau de préjudice qui joue un rôle dans la commission du crime, l'incertitude quant aux types de crimes qui seront qualifiés de crimes de haine, l'incertitude quant aux

caractéristiques qui seront protégées dans le cadre de la crimes de haine, incertitude sur le lien de causalité entre le préjugé de l'auteur envers le trait caractéristique de la victime et le crime commis. Bien qu'il soit possible de déterminer dans une certaine mesure ce qu'il convient d'entendre du terme crime de haine en se référant aux concepts de discours de haine et de discrimination, la certitude souhaitée ne peut pas non plus être obtenue de cette manière.

Les crimes de haine sont étroitement liés au principe d'égalité et à l'interdiction de la discrimination, car ils correspondent à des situations où la victime est la cible d'un crime simplement en raison de ses caractéristiques. Cela a amené la lutte contre les crimes de haine à être considérée comme une lutte pour les droits de l'homme. Pour cette raison, les crimes de haine sont devenus l'agenda des mécanismes internationaux de protection des droits de l'homme tels que les Nations Unies et le Conseil de l'Europe. Dans les accords juridiquement contraignants préparés au sein de ces institutions et dans les recommandations émises par les sous-unités créées, figurent des déclarations concernant la lutte contre les crimes de haine. Cependant, cet ensemble d'obligations et de recommandations ne prévoit souvent que des "dispositions légales" et rarement par le biais du droit pénal (par exemple, la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, la Convention sur la cybercriminalité, le Protocole sur la répression des actes racistes et xénophobes Actes Commis via Internet). Même en envisageant une lutte par le biais du droit pénal, des réglementations permettant de tenir compte du motif de haine dans la pratique du droit pénal suffisent. Au-delà de cela, les déterminations concernant la forme de réglementation (telle que la peine aggravée, le type de crime) ne sont pas prises dans la mesure du possible.

Par conséquent, si la lutte contre les crimes de haine est un objectif internationalement accepté, la manière dont cette lutte se déroulera est une question laissée à la discrétion des législateurs. En d'autres termes, la nécessité de lutter contre les crimes de haine ne doit pas être interprétée comme la nécessité de modifier le code pénal en soi. La réglementation des crimes de haine en droit pénal est une question qui doit être évaluée et tranchée sous la direction des principes du droit pénal et dans le cadre de la structure spécifique de cette discipline. Une évaluation doit être faite dans le cadre de la discipline pénale, loin des attitudes réactives, hâtives et populistes. Avant la question de savoir comment le crime de haine sera réglementé dans le code pénal, il convient de répondre à la question de savoir si le crime de haine sera réglementé dans le code pénal dans les limites de la discipline du droit pénal.

Dans le cadre de cette étude, cinq aspects différents sont évalués afin de répondre à la question en question. Comme nous le verrons en détail dans les sections pertinentes, les points de discussion concernant la réglementation des crimes haineux sont axés sur la détermination de ces cinq rubriques différentes. En conséquence, en raison de l'existence d'un motif de haine, qui est le trait caractéristique des réglementations sur les crimes de haine, il est considéré comme nécessaire de procéder à une évaluation concernant la réglementation du motif de l'auteur en droit pénal. À cet égard, il a été conclu que les réglementations sur les crimes de haine devraient également être évaluées dans le cadre de la liberté d'expression en raison du contenu de la motivation haineuse. En outre, le principe de certitude et le principe de

subsidiarité, qui font partie des principes qui dominent le droit pénal, ont été évalués comme les principes qui devraient être inclus dans le champ du débat sur la légitimité des réglementations sur les crimes de haine. En plus de ces évaluations dans le cadre du droit pénal matériel, en raison de l'importance de la preuve de la motivation haineuse, des évaluations concernant la poursuite de ces crimes ont été jugées nécessaires et incluses dans le champ de l'examen.



ABSTRACT

This study, titled “The Place of Hate Crime in Criminal Law”, focuses on the concept of hate crime from a criminal law perspective. The selection of this topic was driven by the increasing tendency to include hate crime regulations in national penal codes. This trend compels states such as Turkey, which do not yet include a general hate crime in their penal code, to make a decision. This situation may lead to a hasty law-making process without a rigorous examination within the framework of the principles prevailing in the discipline of criminal law. This risk is also currently valid and very important for Turkey, where the Human Rights Action Plan prepared by the executive body in 2021 envisages a regulation in the Turkish Penal Code regarding hate crimes as a target. Before the question of how the hate crime will be regulated in the penal code, the question of what the criminal law approach to hate crime will be should be answered. For this reason, although the necessity of combating hate crime is accepted, this study evaluates the general acceptance of this necessity through criminal law.

The study aims to evaluate the concept of hate crime in terms of the principles prevailing in criminal law in a way that is appropriate to the criminal law technique, free from all political and emotional justifications. Within the framework of this purpose, the study will be conducted in three chapters titled “The Concept of Hate Crime and Hate Crime Regulations”, “Structural Analysis of the Concept of Hate Crime in terms of Crime Theory and Analysis of the Concept in the Context of the Turkish Criminal Code” and “Criminal Approach to Hate Crime: The Problem of Whether Hate Crime Can Be Regulated in Criminal Laws”.

In the first part, the concept of hate crime; definitions made at the international level, definitions made at the national level, definitions made in the academic literature will be defined based on the definitions in the national and international literature. This definition will be reinforced by emphasizing the similarities and differences between the terms "hate speech" and "discrimination", which are related concepts to hate crime. In addition, in this section, the process of emergence of the concept in its historical course, which is important for understanding, will be mentioned. After the definition and history of the concept, the regulations created by international institutions regarding hate crime (United Nations, Council of Europe, European Security and Cooperation Organization, European Union) and the ways in which hate crime is regulated in the national penal laws of various countries will be examined. For this purpose, the Penal Codes of the United Kingdom, France and Germany have been chosen as the subject of examination, since they contain different forms of hate crime regulation.

In the second part, the issues that differ for the type of hate crime will be analyzed by structural analysis based on the crime theory. In this review; material

elements of crime (act, perpetrator, victim, subject, result, causal link and objective attribution); mental elements of typicality (intent, negligence, motive); An evaluation will be made in terms of illegality and culpability. In the last part of this section, the current situation in Turkish law regarding hate crime will be evaluated in the context of the Turkish Penal Code. In this direction, first TCK m. 3, the principle of justice and equality before the law, types of crimes that can be considered hate crimes (TCK art. 76, TCK art.77, TCK art. 115, TCK art. 122, TCK art. 125, TCK art. 153 and TCK art. 216) the state of being committed against a woman, which aggravates the punishment existing for some crimes (Article 81, TCK art. 86, TCK art. 94, TCK art. 96 and TCK art. 106); the provision of determining the penalty (Article 61 of the TCK) will be examined within the framework of the concept of hate crime. In this section, the data collection system regarding hate crime will also be evaluated. Finally, the examined provisions will be evaluated in terms of the fight against hate crime. In this evaluation, decisions and reports about Turkey made by international institutions in terms of combating hate crimes (United Nations Committee on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, United Nations Universal Periodic Review, European Union Country Reports, Council of Europe European Commission Against Racism and Intolerance) will also be taken as a basis. Thus, the current state of the Turkish Penal Code on the subject will be comprehensively evaluated before the last section in which the criminal law approach to hate crime will be discussed.

In the last section, the question of whether or not hate crime regulations should be included in the penal laws will be examined in terms of various reservation points. These reservation points are; The problem of regulating motive in criminal law, regulation of hate motive in terms of freedom of expression, problem of regulation of hate crime in terms of subsidiarity principle, problem of regulation in accordance with the principle of certainty, and finally the problem of proving hate motive. The arguments of those who argue that there should be hate crime regulations and those who oppose these regulations will be discussed within the framework of these reservation points. For this reason, for each discussion topic determined, opinions in favor of and against hate crime regulations will be expressed and their evaluations will be included.

The concept of hate crime is a relatively new concept for nearly fifty years. For the first time, hate crime regulation was included in some state penal laws in the United States and day by day, hate crime regulation began to be made in other national penal laws. The rapid progress in regulating hate crime in law, unfortunately, is not present in drawing the conceptual framework of the type of crime meant by this expression. Despite its nearly half a century of terminological existence, there is no agreed definition of hate crime yet. For this reason, definitions that are invariant are often avoided in the teaching and template definitions that allow definitions in different ways are included. Such definitions, which are sufficient in terms of academic works, are insufficient to include the concept in criminal laws. In this uncertainty following factors play a role: uncertainty regarding the level of prejudice that plays a role in the commission of the crime, uncertainty about which types of crimes will qualify as hate crimes, uncertainty about which characteristic features will be protected within the scope of hate crimes, uncertainty about the causal link between the perpetrator's

prejudice towards the characteristic feature of the victim and the crime committed. Although it can be determined to a certain extent what should be understood from the term hate crime by referring to the concepts of hate speech and discrimination, the desired certainty cannot be achieved in this way either.

Hate crimes are closely related to the principle of equality and the prohibition of discrimination, as they correspond to situations where the victim is targeted for crime simply because of his or her characteristics. This has caused the fight against hate crimes to be seen as a struggle for human rights. For this reason, hate crimes have become the agenda of international human rights protection mechanisms such as the United Nations and the Council of Europe. In the legally binding agreements prepared within these institutions and in the recommendations issued by the sub-units created, there are statements regarding the fight against hate crimes. However, this set of obligations and recommendations often only provides for "legal provisions" and rarely through criminal law (for example, the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, the Cybercrime Convention, Protocol on the Punishment of Racist and Xenophobic Acts Committed via the Internet). Even in envisaging a fight through criminal law, regulations that allow the hate motive to be taken into account in criminal law practice are sufficient. Going beyond this, determinations regarding the form of regulation (such as aggravated sentence, type of crime) are not made as far as can be determined.

As a result, while the fight against hate crimes is an internationally accepted goal, how this fight will take place is a matter left to the discretion of the legislators. In other words, the necessity of combating hate crimes should not be interpreted as the necessity of making a change in the penal code per se. The regulation of hate crimes in criminal law is an issue that needs to be evaluated and decided under the guidance of the principles of criminal law and within the framework of the specific structure of this discipline. An evaluation should be made within the scope of criminal law discipline, away from reactive, hasty and populist attitudes. Before the question of how the hate crime will be regulated in the penal code, the question of whether the hate crime will be regulated in the penal code should be answered within the boundaries of the criminal law discipline.

Within the scope of this study, five different aspects are evaluated in order to answer the question in question. As will be discussed in detail in the relevant sections, the discussion points regarding hate crime regulations are focused on in the determination of these five different headings. Accordingly, due to the existence of hate motive, which is the characteristic feature of hate crime regulations, it is considered a necessity to make an assessment regarding the regulation of the perpetrator's motive in criminal law. In connection with this, it was concluded that hate crime regulations should also be evaluated within the scope of freedom of expression due to the content of hate motivation. In addition, the principle of certainty and the principle of subsidiary, which are among the principles that dominate the criminal law, have been evaluated as the principles that should be included in the scope of the debate on the legitimacy of hate crime regulations. In addition to these evaluations within the scope of substantive criminal law, due to the importance of proof of hate motivation,

evaluations regarding the prosecution of these crimes were considered necessary and included in the scope of the review.



ÖZET

“Nefret Suçunun Ceza Hukukundaki Yeri” başlıklı bu çalışma, nefret suçu kavramına ceza hukuku perspektifinden bir bakışı konu edinmektedir. Bu konunun seçiminde, ulusal ceza kanunlarında nefret suçu düzenlemelerine yer verme yönünde artan eğilim rol oynamıştır. Bu eğilim, Türkiye gibi ceza kanununda henüz genel nitelikte bir nefret suçu içermeyen devletleri bir karar vermeye zorlamaktadır. Bu durum, bu konuda ceza hukuku disiplinine hakim ilkeler çerçevesinde titiz bir inceleme yapılmadan aceleci bir yasa yapım sürecine neden olabilmektedir. Bu risk, 2021 yılında yürütme organı tarafından hazırlanan İnsan Hakları Eylem Planı’nda nefret suçuna yönelik Türk Ceza Kanunu’nda düzenleme yapılacağına bir hedef olarak öngörüldüğü Türkiye için de güncel olarak geçerlidir ve oldukça önem taşımaktadır. Nefret suçunun ceza kanununda ne şekilde düzenleneceği sorusundan önce, nefret suçuna ceza hukuku yaklaşımının ne şekilde olacağı sorusu cevaplandırılmalıdır. Bu nedenle nefret suçuyla mücadelenin gerekliliği kabul edilmekle birlikte, bu çalışmada bu gerekliliğin ceza hukuku yoluyla olması yönündeki genel kabul değerlendirilmektedir.

Çalışma, nefret suçu kavramını, tüm politik ve duygusal gerekçelerden arınmış bir şekilde ceza hukuku tekniğine uygun bir yolla ceza hukukuna hakim ilkeler bakımından değerlendirmeyi amaçlamaktadır. Bu amaç çerçevesinde çalışma, “Nefret Suçu Kavramı ve Nefret Suçu Düzenlemeleri”, “Nefret Suçu Kavramının Suç Teorisi Bakımından Yapısal Analizi ve Kavramın Türk Ceza Kanunu Bağlamında İncelenmesi” ve “Nefret Suçuna Ceza Hukuku Yaklaşımı: Nefret Suçunun Ceza Kanunlarında Düzenlenip Düzenlenmeyeceği Sorunu” başlıklı üç bölüme ayrılmıştır.

İlk bölümde nefret suçu kavramı; uluslararası düzeyde yapılan tanımlar, ulusal düzeyde yapılan tanımlar, akademik literatürde yapılan tanımlar ulusal ve uluslararası literatürdeki tanımlar esas alınmak suretiyle tanımlanacaktır. Bu tanımlama, nefret suçuyla ilişkili kavramlar olan “nefret söylemi” ve “ayrımcılık” ile olan benzerlik ve farklılıkları vurgulanmak suretiyle pekiştirilecektir. Ayrıca bu bölümde kavramın anlaşılmasında önem arz eden tarihi seyri içinde ortaya çıkma sürecine de değinilecektir. Kavrama ilişkin tanım ve tarihçenin ardından nefret suçuyla ilgili uluslararası kurumlar nezdinde oluşturulan düzenlemeler (Birleşmiş Milletler, Avrupa Konseyi, Avrupa Güvenlik ve İş Birliği Teşkilatı, Avrupa Birliği) ve devamında nefret suçunun çeşitli ülkelerin ulusal ceza kanunlarında düzenlenme şekilleri incelenecektir. Bunun için farklı düzenleme şekillerini içermeleri dolayısıyla Birleşik Krallık, Fransa ve Almanya Ceza Kanunları inceleme konusu olarak seçilmiştir.

İkinci bölümde nefret suçu türü için farklılık gösteren hususlar suç teorisine göre yapısal analiz edilmek suretiyle incelenecektir. Bu incelemede; tipikliğin maddi unsurları (fiil, fail, mağdur, konu, netice, nedensellik bağı ve objektif isnadiyet); tipikliğin manevi unsurları (kast, taksir, saik); hukuka aykırılık ve kusurluluk bakımından bir değerlendirme yapılacaktır. Bu bölümün son kısmında nefret suçuna ilişkin Türk hukukunda mevcut durum Türk Ceza Kanunu bağlamında değerlendirilecektir. Bu doğrultuda ilk olarak TCK m. 3’te yer alan adalet ve kanun önünde eşitlik ilkesi, nefret suçu olarak değerlendirilebilecek suç tipleri (TCK m. 76,

TCK m.77, TCK m. 115, TCK m. 122, TCK m. 125, TCK m. 153 ve TCK m. 216) bazı suçlar için mevcut olan (TCK m. 81, TCK m. 86, TCK m. 94, TCK m. 96 ve TCK m. 106) cezayı ağırlaştıran kadına karşı işlenme nitelikli hali; cezanın belirlenmesi hükmü (TCK m. 61) nefret suçu kavramı çerçevesinde incelenecektir. Bu bölümde ayrıca nefret suçuna ilişkin veri toplanması sistemi değerlendirilecektir. Son olarak incelenen hükümlerin nefret suçuyla mücadele bakımından değerlendirilmesi yapılacaktır. Bu değerlendirmede, nefret suçlarıyla mücadele bakımından uluslararası kurumlar tarafından Türkiye hakkında verilen kararlar ve raporlar (Birleşmiş Milletler Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi, Birleşmiş Milletler Evrensel Periyodik İnceleme, Avrupa Birliği Ülke Raporları, Avrupa Konseyi Irkçılığa ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu) da esas alınacaktır. Böylece nefret suçuna ceza hukuku yaklaşımı tartışmasının yapılacağı son bölümden önce Türk Ceza Kanunu'nun konuyla ilgili mevcut hali kapsamlı bir şekilde değerlendirilmiş olacaktır.

Son bölümde, ceza kanunlarında nefret suçu düzenlemelerine yer verilip verilmemesi sorunu, çeşitli çekince noktaları bakımından incelenecektir. Bu çekince noktaları; ceza hukukunda saike ilişkin düzenleme yapılması sorunu, ifade özgürlüğü bakımından nefret saikinin düzenlenmesi sorunu, ikincilik ilkesi bakımından nefret suçu düzenlemesi yapılması sorunu, belirlilik ilkesine uygun şekilde düzenleme yapılması sorunu ve son olarak nefret saikinin ispatı sorunu olarak belirlenmiştir. Nefret suçu düzenlemelerinin olması gerektiğini savunanlar ile bu düzenlemelere karşı çıkanların argümanları bu çekince noktaları çerçevesinde ele alınacaktır. Bu nedenle belirlenen her bir tartışma başlığı için nefret suçu düzenlemeleri lehine olan görüşler ile aleyhine olan görüşler ifade edilerek bunlara ilişkin değerlendirmelere yer verilecektir.

Nefret suçu kavramı, yaklaşık elli yıllık görece yeni bir kavramdır. İlk kez Amerika Birleşik Devletleri'nde bazı eyalet ceza kanunlarında nefret suçu düzenlemesine yer verilmiş ve gün geçtikçe diğer ulusal ceza kanunlarında da nefret suçu düzenlemesi yapılmaya başlanmıştır. Nefret suçunun kanunda düzenlenmesine yönelik söz konusu hızlı ilerleme ne yazık ki bu ifadeyle kastedilen suç türünün kavramsal çerçevesinin çizilmesinde mevcut değildir. Yarım yüzyıla yaklaşan terminolojik varlığına rağmen nefret suçunun henüz üzerinde uzlaşılmış bir tanımı bulunmamaktadır. Bu nedenle öğretilerde çoğu kez değişmez nitelikte tanımlardan kaçınılmakta ve farklı şekillerde tanımlara imkan veren şablon nitelikte tanımlara yer verilmektedir. Akademik eserler bakımından yeterlilik arz eden bu tür tanımlamalar, kavrama ceza kanunlarında yer verebilmek için yetersiz kalmaktadır. Bu belirsizlikte; suçun işlenmesinde rol oynayan saikin ön yargının hangi düzeyinde olması gerektiğine ilişkin belirsizlik, hangi suç tiplerinin nefret suçu olarak nitelendirileceğine ilişkin belirsizlik, nefret suçları kapsamında hangi karakteristik özelliklerin koruma göreceğine ilişkin belirsizlik, failin mağdurun karakteristik özelliğine yönelik sahip olduğu ön yargı ile işlenen suç arasında sebep-sonuç ilişkisine ilişkin belirsizlik rol oynamaktadır. Her ne kadar nefret söylemi ve ayrımcılık kavramlarına referans verilerek nefret suçu ifadesinden ne anlaşılması gerektiği belli ölçüde ortaya koyulabilse de istenen belirlilik bu yol ile de sağlanamamaktadır.

Nefret suçları, mağdurun, sırf karakteristik özelliği dolayısıyla suça hedef alındığı durumlara karşılık geldiğinden eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı ile yakından ilgilidir. Bu durum, nefret suçlarıyla mücadelenin, insan hakları mücadelesi olarak görülmesine sebep olmuştur. Bu nedenle nefret suçları, Birleşmiş Milletler ve Avrupa Konseyi gibi uluslararası insan haklarını koruma mekanizmalarının gündem maddesi haline gelmiştir. Bu kurumlar bünyesinde hazırlanan hukuken bağlayıcı anlaşmalarda ve oluşturulan alt birimler nezdinde çıkarılan tavsiye kararlarda nefret suçlarıyla mücadeleye yönelik ifadeler mevcuttur. Ancak bu yükümlülük ve tavsiyeler bütünü pek çok kez sadece “hukuken mücadeleyi” ve nadiren ceza hukuku yoluyla mücadeleyi (örneğin; Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme, Siber Suçlar Sözleşmesi İnternet Aracılığıyla İşlenen Irkçı ve Yabancı Düşmanlığı Niteliğindeki Eylemlerin Cezalandırılmasına İlişkin Protokol) öngörmektedir. Ceza hukuku yoluyla mücadele öngörülmesinde dahi nefret saikinin ceza hukuku uygulamasında dikkate alınmasına imkan veren düzenlemeler yeterli olmaktadır. Bunun ötesine geçilerek düzenlemenin şekline ilişkin belirlenimler (nitelikli hal, temel suç tipi gibi) tespit edilebildiği kadarıyla yapılmamaktadır.

Sonuç olarak nefret suçlarıyla mücadele edilmesi uluslararası düzeyde kabul edilen bir amaç olmakla birlikte, bu mücadelenin ne şekilde gerçekleşeceği hususu, kanun koyucuların takdirine bırakılmış bir meseledir. Diğer bir ifadeyle nefret suçlarıyla mücadele edilmesi gerekliliği kendiliğinden ceza kanununda bir değişiklik yapılması gerekliliği olarak yorumlanmamalıdır. Ceza hukukunda nefret suçlarına ilişkin düzenleme yapılması durumu ceza hukukunda geçerli ilkeler yol göstericiliğinde ayrıca bu disiplinin kendine özgü yapısı çerçevesinde değerlendirilip karar verilmesi gereken bir husustur. Tepkisel, aceleci ve popülist tutumlardan uzak ceza hukuku disiplini kapsamında bir değerlendirme yapılmalıdır. Nefret suçunun ceza kanununda ne şekilde düzenleneceği sorusundan önce nefret suçunun ceza kanununda düzenlenip düzenlenmeyeceği sorusu ceza hukuku disiplini sınırları içinde cevaplandırılmalıdır.

Bu çalışma kapsamında söz konusu sorunun cevaplandırılması için beş farklı açıdan değerlendirme yapılmaktadır. İlgili bölümlerde detaylarına değinileceği üzere bu beş farklı başlık belirlenmesinde nefret suçu düzenlemelerine yönelik tartışma noktalarına odaklanılmıştır. Buna göre nefret suçu düzenlemelerindeki karakteristik özellik olan nefret saikinin varlığı nedeniyle failin saikinin ceza hukukunda düzenlenmesine yönelik değerlendirme yapılması bir gereklilik olarak görülmüştür. Bununla bağlantılı olarak nefret saikinin içeriği nedeniyle nefret suçu düzenlemelerinin ifade özgürlüğü kapsamında da değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır. Ayrıca ceza hukukuna hakim ilkelerden olan belirlilik ilkesi ve ikincillik ilkesi nefret suçu düzenlemelerinin meşruiyetine yönelik bir tartışmada inceleme kapsamına alınması gereken ilkeler olarak değerlendirilmiştir. Maddi ceza hukuku kapsamındaki bu değerlendirmelerin yanında nefret saikinin ispatının taşıdığı önem nedeniyle bu suçların muhakemesine yönelik değerlendirilmeler de gerekli olarak görülmüş ve inceleme kapsamına dahil edilmiştir.

GİRİŞ

Nefret kavramı insanlık tarihi kadar eskidir. Tüm tezahür şekilleriyle beraber insan yaşamında her zaman etkisini göstermiştir. Bazen sadece hissedilen bir duygu ya da zihinde tutulan bir yargı olarak insanın iç dünyasında kalan nefret, bazı durumlarda eylemlere kaynaklık etmesi suretiyle somutlaşmakta ve dış dünyaya yansımaktadır. İnsanlık, söz konusu dış dünyaya yansıma haline; tarih boyunca soykırımlar, terör eylemleri, savaşlar ve şiddet olayları gibi acı tecrübeler olarak tanıklık etmiştir. Günlük hayatta çokça karşılaşılan, nispeten küçük boyuttaki şiddet olaylarından büyük soykırımlara kadar geniş kapsamlı bir eylemler dizisine kaynaklık eden bu kavramın, suç teşkil eden fiillerin saiki olması durumu, bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır.

Nefret kavramının ceza hukuku disiplini kapsamına girmesi, 20. yüzyılın ikinci yarısında “nefret suçu (*hate crime*)” ifadesiyle gerçekleşmiştir¹. İnsanların temel ve değiştirilemez özellikleri dolayısıyla mevcut olan grup mensubiyetleri temelinde suç mağduru haline getirilmesi, failin ceza sorumluluğunda değişiklik yapmak suretiyle ceza hukukunda karşılık bulan bir durum olarak ilk olarak Amerika Birleşik Devletleri’nde düzenlenmiş ve bu yaklaşım diğer ulusal ceza kanunlarında da kabul görmeye başlamıştır². Bu hızlı gelişimde; bir kişinin sırf ırk, din, dil, etnik köken gibi karakteristik özellikleri nedeniyle suç mağduru olması halinin eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı ile olan sıkı ilişkisinin, nefret suçlarıyla mücadeleyi, uluslararası insan haklarını koruma mekanizmalarının gündemine taşımalarının rolü büyüktür. Bugün içinde bulunulan durumda, bir nefret suçu düzenlemesine sahip olmayan her devlet, nefret suçlarıyla ilgili ceza kanunlarında özel bir düzenleme yapıp yapmama hususunda bir karar vermektedir.

¹ James B. Jacobs / Kimberly Potter, **Hate Crimes: Criminal Law & Identity Politics**, Oxford: Oxford University Press, 2001, s. 4

² Frank S. Pezzella, **Hate Crime Statutes A Public Policy and Law Enforcement Dilemma**, SpringerBriefs in Criminology, Cham: Springer International Publishing, 2017, s. 3

Meseleye Türk ceza kanunu açısından bakıldığında, ilerleyen bölümlerde inceleneceği üzere, halihazırda “nefret” ifadesi Türk Ceza Kanunu metninde yer almakta (TCK m.122) ve nefret suçu düzenlemelerine ilişkin birden fazla yasa teklifi Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu önünde bulunmaktadır³. Bunun yanında ceza kanununda nefret suçu düzenlemesi yapılmasına ilişkin İnsan Hakları Eylem Planı⁴ kapsamında yürütme organının bağlayıcı olmayan taahhütleri bulunmakta ve bu konuya ilişkin öğretide tartışmalar yapılmaktadır.

Gerek ulusal ve gerekse uluslararası gündemde yer bulmasına rağmen nefret suçu kavramı hala birçok yönden belirsizlik içermektedir. Öyle ki, bu belirsizlikler, kavramın tanımlanması aşamasında dahi giderilebilmiş değildir. Avrupa Güvenlik ve İş Birliği Teşkilatı’nın oluşturduğu bir suçun nefretle veya ön yargıyla işlenmesi şeklindeki şablon ifade, çalışmanın ilgili bölümlerinde değinileceği üzere gerek Yargıtay kararlarında ve doktrinde atıf yapılmak suretiyle ulusal düzeyde ve gerekse Birleşmiş Milletler, Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği gibi uluslararası kurumlar tarafından hazırlanan belgelerde yer verilmek suretiyle uluslararası düzeyde kabul görmekle birlikte; nefret kavramından ne anlaşılması gerektiği, her suç tipinin bu kapsamda incelenip incelenemeyeceği, hangi karakteristik özelliklerin bu kapsama dahil edileceği, işlenen suçla nefret arasındaki amaçsallık bağının ne ölçüde olması gerektiği gibi birçok soru üzerinde uzlaşılacak cevapları beklemektedir. Soruların ne şekilde cevaplanacağı meselesi, nefret suçu kavramının kapsamı ve bu suçlardan doğacak ceza hukuku sorumluluğunun miktarı üzerinde belirleyici etkiye sahip olduğundan büyük önem taşımaktadır.

Nefret suçunun ne şekilde düzenleneceği ile ilgili söz konusu sorular önemli olmakla birlikte nefret suçunu ceza hukuku bağlamında ele alan bir çalışma için başlangıç noktasını oluşturmamaktadır. Nefret suçunun ne şekilde düzenleneceği meselesinden önce nefret suçunun ceza kanunlarında düzenlenip düzenlenmeyeceği sorusu sorulmalıdır. Nefret suçu düzenlemelerinin uluslararası düzeyde yaygın olarak kabul görmesi durumunun, sorulması gereken bu sorunun üzerini örttüğü kanaatindeyiz.

³ Söz konusu veri, TBMM resmi internet sitesindeki “Kanun Teklifleri Sorgu Formu” kısmında “nefret” kelimesi aratılarak elde edilmiştir. Söz konusu yasa tekliflerine ulaşmak için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/Yasama/Kanun-Teklifleri-Sonuc> (Erişim Tarihi: 01.06.2022)

⁴ **İnsan Hakları Eylem Planı (2021-2023)** R.G., 31470, 30.04.2021, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/04/20210430-9.pdf> (Erişim Tarihi: 15.04.2022)

Anılan sebeplerle “Nefret Suçunun Ceza Hukukundaki Yeri” adını verdiğimiz bu çalışmada, nefret suçlarıyla ceza hukuku yoluyla mücadele edilmesi durumu, hukuki bir değerlendirmeye tabi tutulacaktır. Çalışmamızın amacı, somut bir kanun metni önerisi oluşturmaktan çok, nefret suçuna ilişkin kuralların ceza hukuku normu olarak düzenlenmesi durumunu incelemek ve bu suretle nefret suçunun ceza hukukundaki yerinin belirlenmesi aşamasına dikkat çekmektir.

Nefret suçlarına ceza hukuku yaklaşımıyla ilgili tartışmaların yapılabilmesi, ancak kavramın tanımlanması ve mevcut hukuki düzenlemelerde ne şekilde düzenlendiğinin incelenmesi halinde mümkündür. Bu sebeple çalışmamızın ilk bölümünde öncelikle nefret suçu kavramına yönelik ileri sürülen farklı tanımlara yer verilecektir. Bu kapsamda uluslararası düzeydeki kurumlar nezdinde kabul gören tanımlar, ulusal ve uluslararası doktrinde ileri sürülen tanımlar incelenecek ve ardından nefret suçu kavramının ortaya çıkış sürecine değinilecektir. Bölümün devamında nefret suçunun uluslararası düzenlemelerde ve çeşitli ülke hukuklarında (Birleşik Krallık, Fransa ve Almanya) ne şekilde düzenlendiği incelenecektir. Ülke seçiminde her üç devletin nefret suçu düzenlemesinin farklı düzenleme metotlarına karşılık gelmesi rol oynamıştır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde nefret suçlarının diğer suçlardan ayırt edici özelliklerini görebilmek amacıyla bu suç türü, genel bir incelemeye tabi tutulacaktır. İnceleme metodu olarak suç genel teorisine göre analiz esas alınacaktır. Ayrıca bu bölümde Türkiye Cumhuriyeti bakımından Türk Ceza Kanunu hükümleri, istatistik toplanmasına yönelik düzenlemeler ve uluslararası kurumların Türkiye’ye yönelik tavsiyeleri yönlerinden detaylı bir durum değerlendirilmesi yapılacaktır.

Nihayet son bölümde, nefret suçunun ceza kanununda düzenlenip düzenlenmeyeceği sorunu; belirlilik ilkesi, ifade özgürlüğü, saikin ceza hukukunda düzenlenmesi, ikincillik ilkesi ve ispat meselesi olmak üzere farklı noktalar üzerinden değerlendirilecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

NEFRET SUÇU KAVRAMI ve NEFRET SUÇU DÜZENLEMELERİ

I. NEFRET SUÇU KAVRAMI

A. Genel Olarak

Nefret suçu kavramının ceza hukuku disiplininde ne şekilde ele alınacağı meselesi, ön mesele olarak bu kavramın tanımlanmak suretiyle sınırlarının belirlenmesini gerektirir. Ulusal ve uluslararası düzenlemelere konu olan nefret suçu olgusunu ceza hukuku alanına dahil etmek ve kavrama ceza hukuku düzenlemelerinde yer vermek için kavram, ceza hukukunda geçerli olan belirlilik ilkesine uygun şekilde tanımlanmalıdır. Nefret suçlarına ilişkin 1980li yıllardan itibaren ülkelerin ceza hukuku mevzuatlarında düzenleme yapılmasına⁵ rağmen bu kavramın ulusal ve uluslararası ölçekte üzerinde uzlaşılmış bir genel geçer tanımı bulunmamaktadır. Aynı durum, Türk ceza hukuku mevzuatı açısından da geçerlidir. Nefret ifadesi, ilk olarak 2014 tarihinde 6529 sayılı Kanun⁶ ile TCK m.122'de⁷ yapılan değişiklikle TCK m.122'de düzenlenen suç için gerekli saik olarak Türk Ceza Kanunu'nda yer bulmasına rağmen kanunda nefret saikinin tanımı yapılmamıştır. Kanunun genel gerekçesinde⁸ nefret suçlarının günümüzde mücadele edilmesi gereken en önemli olgulardan biri olduğu vurgulanmasına karşılık nefret kavramıyla kastedilenin ne olduğu yönünde bir açıklık bulunmamaktadır. Nefret saikinin sınırlarına yönelik

⁵ Nathan Hall, **Hate Crime**, 2. Baskı, London: Routledge, 2013, s. 25

⁶ 6529 sayılı Temel Hak ve Hürriyetlerin Geliştirilmesi Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, R.G. 13.03.2014, S. 28940

⁷ **5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, m.122:**

(1) Dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle;

a) Bir kişiye kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya kiraya verilmesini,

b) Bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasını,

c) Bir kişinin işe alınmasını,

d) Bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını,

engelleyen kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

⁸ 6529 sayılı Temel Hak ve Hürriyetlerin Geliştirilmesi Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Dönem: 24, Yasama Yılı: 4, Sıra Sayı No: 71, <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlamo=144816&pkanunnumarasi=6529> (Erişim Tarihi: 02.03.2022)

belirsizlik, nefret suçu oluşturan fiillerin kesin bir biçimde belirlenmesine de engel olmaktadır.

Nefret suçu, nefretin eyleme dönüştüğü ve suça neden olduğu bir aşamadır ve bu aşama öncesinde nefret saiki, ifade olarak nefret söylemi şeklinde veya suç oluşturmayan eylem olarak ayrımcılık şeklinde dış dünyada tezahür edebilir. Nefretin dış dünyaya yansıma şekilleri, içerdikleri şiddetin yoğunluğuna bağlı olarak farklılık göstermektedir. Nefret suçu kavramının ilk ortaya çıktığı ABD’de⁹ nefret suçu düzenlemelerine yönelik öncü çalışmalarda bulunan Karalama Karşıtı Birlik¹⁰, nefretin tezahür şekillerini şiddet yoğunluğu gittikçe artan ve Nefret Piramidi (*Pyramid of Hate*)¹¹ olarak isimlendirilen bir piramit şeklinde şematize etmiştir. Nefret Piramidi’nde ilk basamakta, bir gruba karşı ön yargılı tutuma sahip olunması durumu bulunmakta; ikinci basamakta bu tutumun ifadelere yansımaları-nefret söylemi- yer almakta, üçüncü basamakta bu tutumun ayrımcı davranışlara kaynaklık etmesi bulunmakta, sonraki basamakta söz konusu tutumun şiddet içerikli suçların işlenmesine kaynaklık etmesi yer almakta ve nihayet piramit, soykırım fiilleriyle zirveye ulaşmaktadır. Diğer bir deyişle nefret piramidinde; nefret suçunun, nefret söylemi ve ayrımcı davranışlarla birlikte bir nefretin dış dünyaya tezahür şekillerinden biri olduğu vurgulanmaktadır. Bu durum, nefret suçlarının bu olguyla ilgili olarak nefret söylemi ve ayrımcılık kavramlarına referansla tanımlanmasını gerekli kılmaktadır.

Çalışmanın bu bölümünde, yukarıda anılan gerekçelerle nefret suçu kavramı, ulusal ve uluslararası literatürden referansla tanımlanacak, kavramın ilgili kavramlarla arasındaki ilişki benzerlik ve farklılıkların vurgulanmasıyla ortaya koyulacaktır. Ardından nefret suçlarının uluslararası düzenlemelerde ve çeşitli ülke hukuklarında ne şekilde düzenlendiği incelenecektir.

⁹ Hall, **Hate Crime**, s.25

¹⁰ İng. *Anti-Defamation League (ADL)*; antisemitizm, aşırı ve düşmanca olaylara karşı nefret karşıtı bir organizasyon olarak 1913’te ABD’de kurulmuştur. Faaliyetlerindeki antisemitizm vurgusu yanında örgütün amacı, küresel düzeyde tüm gruplara karşı ön yargı, ayrımcılık ve nefretin sona erdirilmesidir. Örgüt, aşırı ve düşmanca türlerinden biri olarak gördüğü nefret suçlarını tanımlaması ve nefret suçlarını da içeren ön yargılı tutumdan soykırıma giden nefret piramidini literatüre kazandırması sebepleriyle nefret suçu literatüründe önemli bir yere sahiptir. Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.adl.org/who-we-are> (Erişim Tarihi: 12.04.2022)

¹¹ Bahsedilen Nefret Piramidi için bkz. <https://www.adl.org/sites/default/files/documents/pyramid-of-hate.pdf> (Erişim Tarihi: 12.03.2022)

B. Tanım

1. Nefret Kavramı

a. Tanımı

Nefret suçu¹², en temel anlatımla bir suçun nefret saikiyle işlenmesini ifade eder. İsim tamlaması şeklindeki ifadenin tamlayanı olan nefret ifadesi, bir duyguyu yansıtır. Türk Dil Kurumu’na¹³ göre bu duygu, bir kimsenin kötülüğünü, mutsuzluğunu istemeye yöneliktir. Kelime, Arapça kökenli olup “kaçınma, kaçışma, kaçışan grup” anlamındaki *nfr* kökünden gelmektedir. Kelime, dilimize Arapçadan geçmesine rağmen Türkçedeki bugünkü kullanımında anlam değişikliğine uğramıştır. Bu nedenle nefret kelimesi, çalışma konumuzu ilgilendiren “Bir şeyi veya bir kimseyi beğenmemekten, kötü bulmaktan ileri gelen şiddetli itici duygu, iğrenç bulup tiksime” şeklindeki anlamını Türkçede kazanmıştır¹⁴. Nitekim nefret kelimesi, Osmanlıca Türkçesi sözlüklerin tespit edebildiğimiz tümünde Arapçadaki anlamı olan “ürkütüp kaçırma” ile günümüz Türkçesindeki “tiksinme, iğrenme” anlamını içerir şekilde iki maddede tanımlanmaktadır¹⁵.

Nefret suçu ifadesinin kendisinden çevrildiği İngilizce karşılığı olan “*hate crimes*” ifadesindeki *hate* kelimesi, Eski İngilizce’deki *hatian* fiilinden gelmektedir. Türkçe’deki tanımla benzer şekilde, “aşırı düşmanlık beslemek, şiddetli bir tiksinti duymak ve düşman gibi davranmak” olarak tanımlanmaktadır¹⁶. *Hate*, günümüzde de korku, öfke veya incinmeden kaynaklanan yoğun düşmanlık ve tiksinti duyma hali anlamında kullanılmaktadır¹⁷.

Nefret, insanın içinde bulunabileceği sayısız psikolojik hallerden birine karşılık gelmektedir. Ancak anlık ve geçici bir duygu niteliğinde değildir. Nefret, bir kişiye veya bir insan sınıfına yönelik saldırgan ve devamlı nitelikte dürtüler düzenidir. Bu nedenle kişinin zihni-duygusal yaşamında inatçı bir yapı niteliğindedir¹⁸. Diğer bir

¹² İng. Hate crime; Alm. Hasskriminalität; Fr. Crime de Haine

¹³ Şükrü Haluk Akalın, **Türkçe Sözlük**, Ankara: Türk Dil Kurumu Yayınları, 2011, s.1761

¹⁴ İlhan Ayverdi, **Asırlar boyu tarihi seyri içinde Misalli Büyük Türkçe Sözlük**, İstanbul: Kubbealtı, 2011.

¹⁵ Şemseddin Sami, **Kamûs-ı Türkî**, İstanbul: İdeal, 2014.; İsmail Parlatır, **Osmanlı Türkçesi Sözlüğü**, Ankara: Yargı, 2012.; Ali Nazima / Faik Reşad, **Mükemmel Osmanlı Lügati**, Ankara: Türk Dil Kurumu Yayınları, 2002.; Mehmet Kanar, **Örneklî Etimolojik Osmanlı Türkçesi Sözlüğü** İstanbul: Derin, 2003.; Ferit Devellioğlu, **Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat** Ankara: Aydın Kitabevi, 2013.

¹⁶ Online Etymology Dictionary, <https://www.etymonline.com/word/hate>, (Erişim Tarihi: 12.07.2022)

¹⁷ Online Merriam Webster Dictionary, <https://www.merriam-webster.com/dictionary/hate>, Erişim Tarihi: 12.07.2022).

¹⁸ Gordon W. Allport, **The Nature of Prejudice**, New York: Doubleday Anchor Books, 1958, s.341

ifadeyle, diğer negatif duygulardan farklı olarak nefret, devamlılık arz eden bir niteliğe sahiptir. Nefreti anlık bir tutum olmaktan öteye taşıyan ve onu diğer negatif duygular arasında kendine has kılan şey, yöneldiği kişiye yönelik olumsuz duyguların yoğunluğundan kaynaklanmaktadır¹⁹.

Nefret, insanın kendi içinde oluşturduğu bir tutumdan ibaret değildir. Daima söz konusu tikslenme duygusunun yöneltileceği bir hedef gerektirir²⁰. Nefretteki bu yönelik olma hali, nefretin mutlaka dış dünyaya yansımaları gerektiği şeklinde anlaşılmamalıdır. Nefretin içerdiği yoğun olumsuz duygular, her zaman dış dünyada karşılık bulmayabilir. Nefretin hedefe yönelik olması, her koşulda bu hedefe yönelik somut bir hareketin var olmasını gerektirmez. Çalışmamızda, bir gruba yönelik duyulan nefretin kişinin iç dünyasının ötesine taşarak suç niteliğinde bir fiil işlenmesine kaynaklık etmesi hali incelenmektedir.

Nefret kavramının duygu niteliğinde olması, kavramın ceza hukukunda ele alınmasını zorlaştırmaktadır. Bu nedenle nefret suçunun değişken ve çoğu zaman kontrol edilemez bir duygu niteliğindeki nefret durumu temelinde tanımlanması yerine failin mağdurun ait olduğu gruba yönelik ön yargısının işlediği suça kaynaklık etmesinin yeterli olduğu kabul edilmektedir²¹. Fail, mağduru, sahip olduğu grup aidiyeti nedeniyle suç hedefi olarak seçmekle söz konusu gruba karşı ön yargılı tutumunu fiile dökmüştür²². Bu nedenle ön yargı kavramı ve kavramın nefret kavramıyla olan ilişkisi aşağıda detaylı olarak incelenecektir.

b. Nefret Kavramı ile Bağlantılı Olarak Ön Yargı Kavramı

aa. Ön Yargı Tanımı

Duyguların kontrol edilmesi insan açısından oldukça zordur ve sıklıkla imkansızdır. Bu nedenle bir insanın hükmedemeyeceği bir alanda gerçekleşen durumlar için hukuki sorumluluğu gündeme gelmez. Ancak duygunun eyleme temel alınması durumu farklıdır. Burası, sorumluluğun başlangıç kısmıdır. Nefret suçu olgusunun kavramsallaştırılmasında failin duygusu ve suç oluşturan eylemi arasındaki ilişkinin ele alınış şekli önemlidir. Bu doğrultuda, doktrinde, failin nefret duygusunu

¹⁹ Pezzella, s. 4

²⁰ Allport, s. 341

²¹ OSCE/ODIHR, **Hate Crime Laws: A Practical Guide**, Warsaw: OSCE/ODIHR, 2009, s.16

²² Stephen Mathis, "Motive, Action, and Confusions in the Debate over Hate Crime Legislation", **Criminal Justice Ethics**, C. 37, S. 1, 2018, s. 2

merkeze alan “nefret suçu” kavramı yerine, mağdur olarak seçilen kişinin ait olduğu gruba yönelik ön yargılı olma halinin ön planda olduğu “ön yargı suçu” kavramının kullanılması tercih edilmektedir²³.

Ayrıntıları ileriki bölümlerde açıklanacağı gibi nefret duygusunun duyguya yönelik olması suç için gerekli olan eyleme yönelik vurguyu göz ardı etmesi nedeniyle ceza sorumluluğunu ölçüsüz şekilde genişlettiği gerekçesiyle nefret kavramı ceza hukuku bakımından uygun görülmemektedir²⁴. Bu düşünce mağdurun seçilmesinde, ön yargıya dayalı seçme eylemine yapılan vurgu sebebiyle ön yargı kavramının kullanılmasının ceza hukuku açısından daha uygun olacağı düşüncesine dayanmaktadır²⁵. Buna göre fail, suç işlediği mağdurun ait olduğu gruba karşı nefret duygusuna sahip olmamasına rağmen bu gruba karşı sahip olduğu ön yargıdan hareketle o kişiye karşı bir suç işlemektedir. Nefret suçları ifadesi yerine ön yargı suçları²⁶ ifadesinin kullanılmasının sebebi budur.

Türk Dil Kurumu; ön yargıyı, bir kimse veya bir şeyle ilgili olarak belirli şart, olay ve görüntülere dayanarak önceden edinilmiş olumlu veya olumsuz yargı olarak tanımlamaktadır²⁷. Bu tanım, çalışmamıza, bir topluluk hakkında sahip olunan birtakım bilgilere göre oluşturulmuş değerlendirme yargıları şeklinde uyarlanabilir. Ön yargılar, nitelik olarak olumlu olabilmekle birlikte sıklıkla gerekçesiz ve kalıplaşmış bir genellemeye bağlı olarak hoşlanmama şeklinde meydana gelmektedir²⁸. Örneğin “Almanlar sıkıcıdır” cümlesi bir ön yargı içermektedir. Literatürde ön yargının bilişsel ve duygusal iki bileşenden oluştuğu ifade edilmektedir²⁹. Bilişsel bileşen olan kalıp yargı³⁰, ön yargı konusu kişi veya topluluğa ilişkin edinilen nesnel bilgiden ziyade, geçmiş deneyimlere dayanan öznel bir bilgi edinim süreci sonunda sahip olunan ve yanlışlanabilen bir fikre dayanmaktadır³¹.

²³ OSCE/ ODIHR, **Hate Crime Laws: A Practical Guide**, s.16; Heidi M. Hurd / Michael S. Moore, “Punishing Hatred and Prejudice”, **Stanford Law Review**, C. 56, S. 5, s. 1127; Mathis, s. 2; Hall, s. 80; Pezzella s. 4; Ön yargı suçu şeklinde kanuni düzenlemelerden örnekler için bkz. 118-120; Yukarıda değinilen Nefret Suçu Piramidi’nde de her bir basamağın ön yargıyla ilişkili olarak adlandırılması, nefret suçu olgusunun ön yargıyla olan sıkı ilişkisinin kanıtı niteliğindedir, bkz. 11. dipnot

²⁴ Hurd / Moore, s. 1127; Mathis, s. 2; Hall, **Hate Crime**, s. 80; Pezzella s. 4

²⁵ Mathis, s. 2

²⁶ İng. Bias Crime; Alm. Vorurteils kriminalität

²⁷ <https://sozluk.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 12.03.2022)

²⁸ Allport, s.10

²⁹ Kenan Çayır / Müge Ayan Ceyhan, **Ayrımcılık Çok Boyutlu Yaklaşımlar**, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi, 2012. s.42; Allport ss. 12-13.

³⁰ İng. Stereotype; Terim sosyolojide “stereotip” olarak adlandırılır ve bir insanın belirli bir toplumsal grup hakkındaki kanıları olarak tanımlanır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Massimo Borlandi / Raymond Boudon / Mohamed Cherkoui / Bernard Valade, **Sosyolojik Düşünce Sözlüğü**, İstanbul: İletişim, 2011, s.569

³¹ Çayır / Ayan Ceyhan, s. 23

Kalıp yargılar, bir gruba yönelik tercih edilen davranışlar için meşruiyet sağlarlar. Bu yönüyle kalıp yargı, kişinin sahip olduğu ön yargı için bir gerekçe zemini oluşturur.³² Bu nedenle kalıp yargılar, çoğu zaman olumsuz anlamda kullanılan ön yargılı tutumlara ve dahası bu tutumların temel olduğu ön yargılı davranışlara sebep olabilir.³³ Çalışma konusunu ilgilendiren durum, ön yargı suçları ifadesindeki tamlanan konumundaki suç ifadesinden dolayı, sosyal gruplara yönelik ön yargıların suç niteliğinde davranışlara temel olması durumudur. Nefret suçunun temel suç bileşeni, suç niteliğinde olmayan nefret olayları (*hate incidents*) ile nefret suçlarını (*hate crime*) farklılaştıran husustur³⁴.

bb. Nefret ve Ön Yargı Kavramları Arasındaki İlişki

Ön yargılı tutumlar, dış dünyada farklı davranışlar olarak tezahür edebilir. Bu davranışlar, ön yargılı olunan topluluktan kaçınma şeklinde olabileceği gibi topluluk üyelerine karşı sözlü veya fiziksel saldırı şeklinde olabilir. *Allport*, nefret ve ön yargının sistematik olarak tanımlanmasında öncü rol oynayan³⁵ “Ön Yargının Doğası” (*The Nature of Prejudice*) adlı eserinde, ön yargılı tutumdan kaynaklı davranışları içerdiği şiddet yoğunluğuna göre şu şekilde sınıflandırmaktadır: Grubu hedef alan karşıt sözler sarf etme; grup üyeleriyle muhatap olmaktan kaçınma; hastane, okul, iş yeri gibi sosyal hayatın çeşitli alanlarında ayrımcı davranışlarda bulunma; grup üyelerine fiziksel saldırıda bulunma; soykırım. Sayılan beş aşama içinde ön yargının en şiddetli tezahürlerinden olan fiziksel saldırıda bulunma ve soykırım aşamalarında, ön yargı genelde yoğun bir duygu durumu altında dış dünyaya yansımaktadır³⁶. Söz konusu duygu, diğer duyguların yanında nefret de olabilmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki ön yargılı tutumun davranışa dönüştüğü beş aşamanın hiçbirinde nefret duygusu olmayabilir³⁷.

Nefret ve ön yargı kavramlarından hangisi tercih edilirse edilsin; nefret suçlarında ön yargı/nefretin yöneltildiği şey, mağdurun suç hedefi olarak seçilmesine yol açan ırk, din, dil gibi özellikleridir. Bu karakteristik özelliklere karşı anlık bir tutum olmaktan öteye geçen, yoğun bir hoşlanmama ve düşmanlık duygusunun mevcudiyeti

³² Allport, ss. 198-199.

³³ Robert J. Stenber / Karin Stenber, *The Nature of Hate*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008, s. 199

³⁴ Thomas Brudholm, “Hate Crimes and Human Rights Violations”, *Journal of Applied Philosophy* C: 32, S: 1, 2015, s.85

³⁵ Stenber / Stenber, s. 43

³⁶ Allport, s. 15

³⁷ Stenber / Stenber, s. 45

nefretin; gruba yönelik sahip olunan kalıp yargılara dayanan olumsuz tutumlar ise ön yargının varlığına işaret etmektedir. Bir gruba karşı duyulan nefrete çoğu zaman o gruba yönelik sahip olunan ön yargı eşlik etse de nefretin, içerdiği olumsuz duyguların yoğunluğu dolayısıyla, sadece bir tutumdan ibaret olan ön yargıdan farklı olduğu ifade edilmektedir³⁸.

Nefretin kendine has ve yoğun bir duygusal duruma karşılık gelmesi nedeniyle bir kişinin salt grup aidiyeti temelinde suçun hedefi haline getirilmesi hallerinin tümünün nefret niteliğinde olduğu söylenemez³⁹. Bu nedenle nefret suçu ile kastedilen olgu, nefret saikiyle fiil işlenmesi hallerinin yanında, mağdurun suç hedefi olarak seçilmesindeki ayrımcı davranış olarak dış dünyaya yansıyan ön yargılı olma hallerini de kapsar. Diğer bir deyişle, bir kişinin ırk, renk, dil ve din gibi özellikleri sebebiyle suçun mağduru olarak seçilmesi, söz konusu grup özelliklerine yönelik ön yargının dış dünyaya yansıtılmış halidir. Mağdurun seçilmesindeki ayrımcı davranış, ön yargıyı kendiliğinden içermesine rağmen bu davranışın her koşulda nefret saikinden kaynaklandığı söylenemez⁴⁰. Nefret suçunun tanımlanması bakımından nefret ve ön yargı kavramları noktasındaki farklılaşma, çalışmamızın son bölümünde belirlilik ilkesi bağlamında yeniden değerlendirilecektir. Nefret suçu ifadesinin daha çok ön yargıyla ilişkili olması ve her koşulda nefret duygusuyla ilişkilendirilememesine rağmen, doktrindeki yaygın kullanım nedeniyle⁴¹ çalışma boyunca nefret suçu ifadesi kullanılacaktır.

2. Nefret Suçu Kavramının Tanımlanması

Nefret suçu kavramı, ceza kanununda yer alan belli bir suç tipine karşılık gelmekten ziyade ceza kanununda yer alan farklı suç tiplerinin nefret saikiyle işlenmesiyle oluşan bir suç türüdür⁴². Diğer bir deyişle, ceza kanununda halihazırda suç olarak düzenlenen fiillerin belli bir nitelik taşıması -nefret saikiyle işlenmesi- halinde oluşmaktadır. Mevcut suç tiplerinin hangi durumda nefret suçu olarak nitelendirilebileceği hususu, nefret suçu kavramının tanımlanmasını gerektirmektedir.

³⁸ Pezzella, s. 4

³⁹ OSCE/ ODIHR, **Hate Crime Laws: A Practical Guide**, s.18

⁴⁰ Mathis, s.13

⁴¹ Hall, **Hate Crime**, s. 80

⁴² Füsün Sokullu-Akıncı, "Hate Crimes", *Annales de La Faculté de Droit d'Istanbul XLI*, S: 58, 2009, s.102 ; OSCE/ ODIHR, **Hate Crime Laws: A Practical Guide**, s.16; Jennifer Schweppe, "What is a Hate Crime?", *Cogent Social Sciences C*: 7, S: 1, 2021, s. 5

Nefret suçlarının uluslararası ve ulusal mevzuatta bir tanımı olmadığı gibi doktrinde yapılan tanımlar üzerinde de bir ittifak sağlandığı henüz söylenememektedir⁴³. Bu nedenle nefret suçunun tanımlanması problemi, nefret suçuna yönelik hukuki düzenlemelerin yapılması sürecinde karşılaşılan en büyük problemlerden birini oluşturmaktadır. Bu problem, nefret veya ön yargı ifadelerinden hangisinin kullanılacağı, nefret veya ön yargının yöneldiği sosyal gruplardan hangilerinin düzenlemelere konu olacağı, hangi suç tiplerinin işlenmesi sırasındaki nefret veya ön yargıların bu kapsama dahil edileceği gibi bu çalışmanın ileriki bölümlerinde detaylı inceleneceği birçok alt-problemi içermektedir.

a. Uluslararası Ölçekte Yapılan Tanımlar

Tanıma yönelik karmaşa, uluslararası kurum tavsiyeleriyle aşılmaya çalışılmaktadır. Üzerinde bir uzlaşma olmasa da Avrupa Güvenlik ve İş Birliği Teşkilatı (AGİT)'nin yaptığı tanım, doktrinde, geniş kapsamlı olması nedeniyle bu suç türünün tarifinde esas alınmaktadır⁴⁴. AGİT, Avrupa'da güvenliğin bütün boyutlarıyla tesisi amacıyla çalışmalar yapan bölgesel bir kuruluştur ve 1970'li yılların başında soğuk savaş döneminde bölgesel güvenliğin ve iş birliğinin sağlanması amacıyla kurulmuştur. Nefret suçu konusundaki çalışmalarıyla toplum içi güvenliğin insani boyutuna odaklanmaktadır⁴⁵. Nefret suçuyla etkin mücadele için kurum katılımcı devletlere tavsiye niteliğinde rehberler yayınlamaktadır.⁴⁶ Bu rehberlerde AGİT, nefret suçunu ceza kanunlarında yer alan suçların ön yargı saikiyle işlenmesi olarak

⁴³ Hall, *The Nature of Hate*, s. 1

⁴⁴ Uğur Ersoy, "Çağımızın Pandemisi Nefret Suçları", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S:35, 2018 s. 124

⁴⁵ AGİT (OSCE-Organization for Security and Cooperation in Europe) güvenliğe üç boyutlu şekilde (siyasi-askeri, ekonomi-çevre, insani) yaklaşmakta ve her üç kol açısından da güvenliğin tesisi için ilke, norm ve standartlar geliştirmektedir. İnsani boyutu insan haklarına saygı ve demokratik kurumların işlemesi şeklinde yorumlayan AGİT'e göre bu boyut, güvenliğin uzun süreli tesisi için oldukça önemlidir ve bu nedenle kurumun askeri güvenlikle sınırlı geleneksel güvenlik anlayışını aşan geniş kapsamlı güvenlik anlayışına dâhildir. Bu amaçla 1991 yılında AGİT Demokratik Kurumlar ve İnsan Hakları Ofisi (ODIHR-Office for Democratic Institutions and Human Rights) oluşturulmuştur. AGİT bünyesindeki ofis, çalışma temalarından birini "Hoşgörü ve Ayrımcılık" olarak belirlemiş ve bu doğrultuda çalışma konusu için önem arz eden nefret suçlarıyla mücadele için katılımcı devletlere yol gösterici tavsiye niteliğinde rehberler yayınlamakta, nefret suçlarının izlenmesi amacı yıllık olarak demokrasi ve insan hakları yönünden bölgesel bir portre sunan raporlar düzenlemekte ve katılımcı devletler özelinde düzenli aralıklarla raporlar hazırlamaktadır. ODIHR bünyesinde kurulmuş olan Hoşgörü ve Eşit Muamele Bilgilendirme Sistemi (Tolerance and Non-Discrimination Information System-TANDIS) nefret suçları alanındaki gelişmelerin takip edilmesi amaçlanmaktadır. Türkiye, AGİT'in kurucu üyeleri arasındadır. Detaylı bilgi için: <https://www.osce.org> (Erişim Tarihi: 12.03.2022)

⁴⁶ Kurumun nefret suçları hakkında yayınladığı rehberlerin tümü için bkz. <https://www.osce.org/odihr/guides-related-to-hate-crime> (Erişim Tarihi: 12.03.2022)

tanımlamaktadır⁴⁷. Bu temel tanım, yine AGİT’in hazırladığı diğer rehberlerde⁴⁸ şu şekilde detaylandırılmaktadır:

“A) Mağdur, suçun işlendiği yer veya suçun konusunun B şikkında tanımlanan bir grupta gerçek veya algılanan ilişki, ilgi, bağlantı, destek veya üyelik sebebiyle seçildiği kişiye veya mal varlığına yönelik suçlar

B) Üyelerin gerçek veya algılanan ırk, milliyet, etnik köken, dil, renk, din, cinsiyet, yaş, zihinsel veya fiziksel engellilik, cinsel yönelim veya benzeri belli bir ortak karakteristiğe sahip olduğu grup.”

Bu tanım, nefret suçlarının ceza kanunlarında mevcut suç tiplerini temel alan yapısıyla nefret suçunun belli bir suç tipi olmaktan ziyade bir suç türü olduğu kabulünü içerir⁴⁹. Esasında bu kabul, AGİT tarafından açık bir şekilde vurgulanmaktadır⁵⁰. Temel suç⁵¹a eklenilen nefret saiki veya ön yargı nefret suçuna vücut vermekle birlikte, buradaki nefret veya ön yargının sınırları tanımın B şikkında çizilmiştir. Aksi halde, suç işlenmesinde failin mağdura karşı çoğu zaman nefret duygusuyla hareket ettiği gerçeğinden hareketle tüm suç tiplerinin nefret suçu türü kapsamında inceleneceği yanılgısına düşülebilir. B şikkı, ön yargının seçili karakteristikler etrafında toplanan gruplara yönelik ve grubun sahip olduğu bu karakteristik sebebiyle olması gerektiği yönünde bir sınır çizmektedir. Daha açık bir ifadeyle, suçun işlenmesi bir bireye yönelik kişisel bir nefret duygusundan ziyade, o bireyin korunan karakteristiklerden birini taşıması nedeniyle bir grup aidiyeti olması, o gruba yönelik ön yargı geliştiren fail tarafından suçun hedefi olarak seçilmesine yol açmaktadır.

Birleşmiş Milletler (*United Nations, UN*), organları vasıtasıyla aldığı kararlarda nefret suçuna ilişkin resmi bir tanım yapmamaktadır. Bu konuda tespit edebildiğimiz kadarıyla değinilebilecek tek tanım, Birleşmiş Milletler bünyesinde hazırlanan bir raporda mevcuttur. Söz konusu rapor, doğrudan nefret suçları temasına odaklanılmasa da bu kavrama yönelik bir tanıma yer verilmektedir. Buna göre, istatistiklerin ulusal düzeyde toplanması süreçlerinin güçlendirilmesi ve bu konuda global standartlar sağlanması amacıyla oluşturulan⁵² Birleşmiş Milletler İstatistik Birimi (*United Nations Statistics Division*), Suçların İstatistiki Amaçlarla Uluslararası Sınıflandırılması (*International Classification of Crimes for Statistical Purposes*)

⁴⁷ OSCE / ODIHR, *Hate Crime Laws: A Practical Guide*, s. 16

⁴⁸ OSCE/ODIHR, *Hate Crimes in the OSCE Region: Incidents and Responses Annual Report for 2006*, s. 9

⁴⁹ Sokullu / Akıncı, s. 102

⁵⁰ OSCE/ODIHR, *Hate Crime Laws: A Practical Guide*, s.16

⁵¹ Base offence

⁵² Detaylı bilgi için bkz. <https://unstats.un.org/home/about/> (Erişim Tarihi: 05.06.2022)

tutulan ulusal suç istatistiklerinin uluslararası tutarlılığını ve karşılaştırılabilirliğini sağlamak amacıyla geliştirilmiş bir şablondur. Bu belgede nefret suçu; ırk, din, etnik köken, cinsel yönelim ve engellilik gibi mağdurun karakteristiği, fail tarafından kendisine atfedilen nitelikleri, inançları ve değerleri nedeniyle hedef alındığı suçları ifade etmektedir⁵³.

İnsan haklarına ilişkin meselelerle hukuk yoluyla mücadelede etkili bir bölgesel örgüt olan Avrupa Birliği (*European Union*) bünyesinde hazırlanan hukuki düzenlemelerde de nefret suçlarına ilişkin bir tanım bulunmamaktadır⁵⁴. Bununla birlikte, örgüt bünyesinde hazırlanan dokümanlarda⁵⁵ nefret suçlarıyla ilgili Irkçılık ve Yabancı Düşmanlığının Belirli Türleri ve İfade Şekilleri ile Ceza Hukuku Yoluyla Mücadele Hakkında Çerçeve Kararı'na⁵⁶ atıf yapılmaktadır. Söz konusu kararda nefret suçu kavramı yerine ırkçılık ve yabancı düşmanlığı (*racism and xenophobia*) kavramı kullanılsa da belli karakteristik özellikler temelinde bir kişiye karşı suç işlenmesi şeklindeki nefret suçu tanımına paralel bir tanım yapılmaktadır. Buna göre ırkçı ve yabancı düşmanı saiklerle suç işlenmesi durumu failin cezalandırılmasında dikkate alınması gereken bir husus olarak düzenlenmiştir (m. 3). Irk ve yabancı düşmanlığı ifadeleri, terminolojik bir tercih olup; ırk, renk, din, etnik köken ve milliyet karakteristik özelliklerini de barındırmaktadır (m. 1).

⁵³ United Nations Office on Drugs and Crime, **International Classification of Crime for Statistical Purposes Version 1.0** Vienna: United Nations Office on Drugs and Crime, 2015, https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/statistics/crime/ICCS/ICCS_English_2016_web.pdf. s.99 (Erişim Tarihi: 12.04.2022)

⁵⁴ Communication From the Commission to the European Parliament and the Council :A more inclusive and protective Europe: extending the list of EU crimes to hate speech and hate crime, COM/2021/777 final, 09.12.2021, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=COM:2021:777:FIN> (Erişim Tarihi: 04.04.2022)

⁵⁵ European Union Agency for Fundamental Rights, **Making hate crime visible in the European Union: acknowledging victims' rights**, Fundamental Rights Agency, 2012 <<http://fra.europa.eu/en/publication/2012/making-hate-crime-visible-european-union-acknowledging-victims-rights>>. (Erişim Tarihi: 17.04.2022); Communication From the Commission to the European Parliament and the Council :A more inclusive and protective Europe: extending the list of EU crimes to hate speech and hate crime, COM/2021/777 final, 09.12.2021, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=COM:2021:777:FIN> (Erişim Tarihi: 04.04.2022)

⁵⁶ Avrupa Birliği Konseyi, 28.11.2008, *Council Framework Decision 2008/913/JHA of 28 November 2008 on Combating Certain Forms and Expressions of Racism and Xenophobia by means of Criminal Law*, No: 2008/913/JAI, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32008F0913> (Erişim Tarihi: 04.04.2022)

b. Türk Hukukunda Yapılan Tanımlar

“Nefret” ifadesi Türk Ceza Kanunu’nda 2014’ten beri yer almasına rağmen nefret saikinden ve nefret suçundan ne anlaşılması gerektiğiyle ilgili kanunda ve ilgili madde gerekçesinde bir tanım bulunmamaktadır⁵⁷. “Nefret” ifadesinin kullanıldığı nefret ve ayrımcılık suçunun yer aldığı TCK m.122’nin genel gerekçesinde⁵⁸ nefret suçlarında hedefin mağdurdan ziyade mağdurun üyesi olduğu sosyal grup olduğu vurgusu, nefretin bir gruba yönelik olduğu kabulünün varlığına işaret etmekteyse de hangi karakteristik özelliklere sahip grupların koruma bulduğu, nefret ifadesinden ne anlaşılması gerektiği konusunda bir belirlenim söz konusu değildir.

Mevzuattaki bu boşluk nedeniyle Yargıtay, verdiği kararlarda nefret suçu tanımı yapmaktadır. Yargıtay, bir kararında doğrudan AGİT tanımını kullanmıştır⁵⁹. Tespit ettiğimiz diğer iki kararda ise, karşı oylarda Yargıtay üyeleri bu konuda AGİT’e benzer bir tanım yapmaktadır:

“Nefret suçu; bir kişiye, veya gruba veya bunların mallarına karşılık, cinsiyet, ırk, dil, din gibi mağdurların sahip oldukları temel özellikler nedeniyle duyulan nefret, ön yargı saiki ile işlenen suçlardır...Nefret suçunda Ceza Yasalarında eylem zaten suç olarak düzenlenmiştir. Fail, suç olarak yaptırma bağlanan eylemi ön yargı saiki ile işlediği zaman suç nefret suçuna dönüşmektedir. Yani eylem ön yargı saiki ile işlenmemiş olsa da yine temel şekli suç olarak kanunda düzenlenmiştir”⁶⁰

Mevzuattaki tanım eksikliğini aşmaya yönelik TBMM’ye sunulan kanun tekliflerinde bu eksiklik vurgulanmakta ve nefret suçu tanımlarına yer verilmektedir⁶¹. Bu konu hakkında en son verilen kanun teklifinin genel gerekçesinde nefret suçları, TCK’da yer alan bir suçun, mağdurun belli bir gruba aidiyetinden kaynaklanan nefret

⁵⁷ Ersoy, “Çağımızın Pandemisi Nefret Suçları”, s. 112

⁵⁸ 6529 sayılı Temel Hak ve Hürriyetlerin Geliştirilmesi Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Dönem: 24, Yasama Yılı: 4, Sıra Sayı No: 71, <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlamo=144816&pkanunnumarasi=6529> (Erişim Tarihi: 02.03.2022)

⁵⁹ “Nefret suçu: Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı’nın (AGİT) tanımına göre; Mağdurun mülkün yada işlenen bir suçun hedefinin, gerçek veya hissedilen ırk, ulusal ya da etnik köken, dil, renk, din, cinsiyet, yaş, zihinsel yada fiziksel engellilik, cinsel yönelim veya diğer benzer faktörlere dayalı olarak benzer özellikler taşıyan bir gruba gerçek ya da öyle algılanan bağı, bağlılığı, aidiyeti, desteği ya da üyeliği nedeniyle seçildiği, kişilere veya mala karşı suçları da kapsayacak şekilde işlenen her türlü suçtur.” 18. Ceza Dairesi 2015/26353 E., 2016/6373 K.; 18. Ceza Dairesi 2018/1978 E., 2019/13554 K.

⁶⁰ 18. Ceza Dairesi 2015/33232 E., 2016/18820 K., Karşı oy; 18. Ceza Dairesi 2015/997 E., 2015/580 K. Karşı oy

⁶¹ Söz konusu veri, TBMM resmi internet sitesindeki “Kanun Teklifleri Sorğu Formu” kısmında “nefret” kelimesi aratılarak elde edilmiştir. Söz konusu yasa tekliflerine ulaşmak için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/Yasama/Kanun-Teklifleri-Sonuc> (Erişim Tarihi: 01.06.2022)

duygusuyla ya da ön yargıyla işlenmiş olması şeklinde tanımlanmaktadır⁶². Bu tanım açık bir şekilde AGİT tanımıyla uyumaktadır. Nefret suçu düzenlemeleriyle ilgili verilen diğer kanun tekliflerinde de nefret suçu için AGİT rehberlerindeki tanımın Türkçe çevirisine yer verildiği görülmektedir⁶³. Teklifler henüz komisyon aşamasındadır ve tekliflerdeki AGİT'in nefret suçu tanımına yapılan bu vurgunun kanunlaşma sürecinde korunup korunmayacağı henüz belli değildir.

c. Doktrinde Yapılan Tanımlar

Nefret suçunu konu edinen monografik nitelikteki temel akademik eserlerde kavram, şu şekilde tanımlanmaktadır:

Lawrence, bu konuda şu tanımlı yapmaktadır: Ön yargı suçu, ön yargı kaynaklı suç işlenmesidir. Yazar, her nefret motivasyonunun ön yargı suçuna mahal vereceği şeklindeki algıya sebep olabileceği endişesiyle burada nefret suçu ifadesi yerine ön yargı suçu ifadesini tercih etmiştir⁶⁴.

Jacobs ve Potter'a göre resmi olarak tanınmış ön yargı motivasyonlarıyla işlenen suç davranışları nefret suçlarını oluşturmaktadır. Yazarların resmi olarak tanınmış ifadesinden maksadı, ırka ve dine yönelik gibi sadece belli ön yargı çeşitlerinin yasal düzenlemelere yansımalarıdır. Bu nedenle nefret suçu tanımı, toplumdaki güç dengelerinden soyutlanmış olarak yapılamaz⁶⁵.

Gerstenfeld, nefret suçlarını, tamamen ya da kısmen mağdur grup ilişkisi nedeniyle işlenen suçlar olarak tanımlamaktadır⁶⁶.

Hall, nefret olaylarını (*hate incidents*), nefret suçlarından (*hate crime*) ayırmakta ve nefret suçlarının hukuk düzeninde suç olarak düzenlenen fiilleri içerdiğini kabul etmektedir. Yazar, nefretten daha geniş bir kavram olan ön yargı kavramının kullanılmasını önermekle birlikte, suç ile ön yargı arasındaki nedensellik bağının önemine dikkat çekmektedir. Nedensellik bağının önemi nedeniyle, suçun ön

⁶² 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi, 2/3997, 06.12.2021, <https://www.tbmm.gov.tr/Yasama/KanunTeklifi/305263> (Erişim Tarihi: 01.06.2022)

⁶³ Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Teklifi, 2/2308, 21.10.2019, <https://www.tbmm.gov.tr/Yasama/KanunTeklifi/258553> (Erişim Tarihi: 01.06.2022); Türk Ceza Kanununda ve Basın Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi, 2/3157, 21.10.2020, <https://www.tbmm.gov.tr/Yasama/KanunTeklifi/281107> (Erişim Tarihi: 01.06.2022)

⁶⁴ Frederik M. Lawrence, **Punishing Hate Bias Crimes under American Law** Harvard University Press, 2002 s.9

⁶⁵ Jacobs / Potter, **Hate Crimes: Criminal Law & Identity Politics**, s.11

⁶⁶ Phyllis B. Gerstenfeld, **Hate Crimes: Causes, Controls, and Controversies**, 4. Baskı, Thousand Oaks: SAGE, 2018, s.11

yargı dışındaki saiklerle işlenmesi halinde *Hall*'a göre artık ortada bir ön yargı suçu yoktur⁶⁷.

Pezzella, nefret suçu tanımının sadece belli karakteristik özellikleri kapsayacak ve bazı karakteristik özellikleri dışlayacak şekilde düzenlenmesini eleştirmekte ve grup üyeliği nedeniyle bir kişiye karşı şiddet eylemlerinde bulunulması hallerinin tümünü kapsayan bir tanım yapmaktadır⁶⁸.

Nefret suçunun birçok farklı düzenleme şekli olduğundan dolayı kavramı detaylı ve sabit bir şekilde tanımlamak yerine nefret suçu olarak nitelendirilme için gereken olmazsa olmaz şartları saymanın daha doğru olacağını savunanlar da bulunmaktadır⁶⁹. Örneğin *Brudholm*⁷⁰, nefret suçu için dört adet olmazsa olmaz şart belirlemiştir:

1. “Nefret suçunu oluşturan fiiller, ceza hukuku anlamında suçtur.
2. Bu suçu, diğer suçlardan farklı kılan husus, bir suçun neden işlendiği temelinde bir belirlenim içermesidir. Bu, düzenlemenin türüne göre nefret veya ön yargı olabilir.
3. Nefret suçlarında nefret veya ön yargı ile suç arasında bir nedensellik bağı vardır.
4. Nefret suçları, korunan karakteristikleri taşıyan gruplara karşı işlenebilen suçlardır.”

Nefret suçu için tek ve değişmez bir tanım vermek yerine yasa koyucuların kendi iç hukuklarına göre üzerinde değişiklikler yapabileceği boşluklu tanımlar oluşturma yönündeki görüş bugün de savunulmaktadır. Örneğin *Schweppe*⁷¹, nefret suçlarını şu şekilde tarif etmektedir:

1. “Hukuk düzeninde suç olarak düzenlenmiş bir fiil
2. Fiilin işlenmesindeki nefret unsuru
3. Nefret unsurunun mağdurun gerçek veya öyle algılanan özelliklerine karşı işlenmesi”

Nefret suçlarına yönelik farkındalığın artması ve uluslararası kurumların düzenleme yapılması konusundaki tavsiyeleri üzerine Türk ceza hukuku doktrininde

⁶⁷ Hall, *Hate Crime*, ss. 12-18

⁶⁸ Pezzella, s. 6

⁶⁹ Anti-Defamation League, Hate Crimes Law Model Legislation, <https://www.adl.org/sites/default/files/documents/assets/pdf/combating-hate/Hate-Crimes-Law.pdf> (Erişim Tarihi: 14.04.2022)

⁷⁰ Brudholm, “Hate Crimes and Human Rights Violations”, ss. 85-88

⁷¹ Schweppe, s. 3

de nefret suçu konusunda çalışmalar yapılmakta ve bu çalışmalarda nefret suçu ifadesi tanımlanmaktadır.

Demirbaş'a göre nefret suçları, mevzuatta yer alan bir suç tipinin bir ön yargı veya nefret saikiyle işlenmesidir. Yazara göre de iki unsurdan oluşan nefret suçlarının ilk unsurunu ceza kanununda var olan bir suç tipi, diğer unsurunu da mağdurun belli bir gruba aidiyetinden kaynaklanan nefret saikiyle ya da ön yargı ile işlenmiş olmasıdır. Burada diğer tanımlardan farklı olarak, ön yargının saik niteliğinde olmadığı gerekçesiyle tanımda “nefret saiki” veya “ön yargı” ifadesinin kullanılmış olmasıdır⁷².

Sokullu-Akıncı'ya göre nefret suçları, ön yargı saikiyle işlenen suçlardır. Yazara göre nefret suçları özel bir suç tipi değildir, mala veya kişiye karşı işlenen herhangi bir suç tipi nefret suçu olabilir. Buradaki ön yargı saiki, ırk, etnik köken, din, engellilik, cinsiyet, cinsel yönelim temelindeki farklılıktan kaynaklanan ön yargıyı ifade eder⁷³.

Sınar'a göre nefret suçları, faili suç işlemeye yönelten bir saikin etkisi altında işlenen suçlardır ve bu saik, mağdura ait aidiyet olgusu nedeniyle mağdurun hedef seçilmesinden kaynaklanmaktadır⁷⁴.

Ersoy'a göre nefret suçları, temel bir suç tipinin nefret veya ön yargı saikiyle işlenmesidir⁷⁵.

Aytekin İncoğlu'na göre nefret suçları, mağdurun temel ve değiştirilemez nitelikte belli bazı özellikleri sebebiyle işlenen suçlardır ve iki unsurdan oluşmaktadır. Bunlar; suç oluşturan fiilin işlenmesi ve bu suçun mağdurun sahip olduğu veya sahip olduğu düşünülen ayırt edici karakteristik özellikler sebebiyle sahip olunan ön yargı saikiyle işlenmiş olmasıdır⁷⁶.

⁷² Timur Demirbaş, “Nefret Söylemi ve Nefret Suçları”, **D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan C: 19, S: Özel Sayı, 2017, ss.2699-2700

⁷³ Sokullu-Akıncı, s.102

⁷⁴ Hasan Sınar, “Türk Hukukunda Nefret Suçlarına İlişkin Yasal Düzenleme Çalışmaları”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan C: 19, 2013, s.1272

⁷⁵ Ersoy, “Çağımızın Pandemisi Nefret Suçları”, s. 112

⁷⁶ Asuman Aytekin İncoğlu, “Nefret Suçu Kavramı ve Türk Ceza Mevzuatı Açısından Değerlendirilmesi” **Nefret Söylemi Ve/Veya Nefret Suçları**, Ed. Yasemin G. İncoğlu, İstanbul: Ayrıntı, 2012, s.104

d. Değerlendirme

Mevzuat ve doktrinde yapılan nefret suçu tanımlarına bakıldığında nefret suçunun belirli bir suç tipinden ziyade suç türü olduğu⁷⁷ ve ceza kanunlarında mevcut olan suç tiplerinin işlenmesinde belli bir saikle hareket edilmesi halinde vücut bulacağı hususundaki uzlaşma fark edilmektedir. Bu saik, mağdurun gerçek veya öyle algılanan karakteristik özelliğine yönelik nefret veya ön yargı saiki olarak tanımlanmakla birlikte nefret veya ön yargı kavramlarından hangisinin esas alınacağı ve hangi karakteristik özelliklerin bu kapsama dahil edileceği konularında tanımlar farklılaşmaktadır. Kanaatimize göre nefret suçu, mağdura karşı mağdurun gerçek veya öyle algılanan temel ve değişmez bir karakteristik özelliğine yönelik ön yargı sebebiyle mevzuatta yer alan suç tiplerinden birinin işlenmesi şeklindedir. Bununla birlikte, nefret suçu ifadesinin yaygın kullanımı nedeniyle çalışmanın devamında söz konusu ifadenin kullanılması tercih edilmektedir.

Son olarak belirtmek gerekir ki çok boyutlu bir kavram olan nefret suçu, sosyal bilimlerin diğer alanlarında ceza hukuku doktrininden farklı şekilde tanımlanabilmektedir.⁷⁸ Ancak hukuk disiplini dışında yapılan tanımlar, bu çalışmanın kapsamı dışındadır.

C. Nefret Suçu Kavramı ile İlişkili Kavramlar

Nefret suçu ifadesindeki nefret kavramının hukuk disiplinine ilk girişi 2. Dünya Savaşı sonrası nefret söylemi ifadesiyle olmuştur⁷⁹. Nefret söylemi niteliğindeki fiiller, nefret suçu fiilleriyle zaman zaman aynılaşırsa da nefret suçu oluşturan eylemlerin mutlaka nefret söylemi niteliğinde olduğu veya tersi durum söylenemez. Bunun gibi nefret suçu fiillerinin temelde ayrımcı davranışlar olduğu söylenebilir ancak bu durum, ayrımcılık ve nefret suçu kavramlarının tam anlamıyla örtüştüğü anlamına gelmez. Ön yargılı tutumun dış dünyaya yansıtılarak davranışa dönüştüğü halleri temsil eden bu üç kavram⁸⁰ -nefret söylemi, ayrımcılık, nefret suçu- çakışma noktaları olsa da farklı davranış kümelerine karşılık gelmektedir. Çalışmanın bu bölümünde, nefret suçu

⁷⁷ Gerekli açıklama için bkz. s. 10

⁷⁸ Hukuk disiplini dışındaki tanımlar için örnek olarak bkz. Barbara Perry, **In the Name of Hate: Understanding Hate Crimes**, New York-London: Routledge, 2001, s. 3

⁷⁹ Eric Heinze, "Hate Speech and the Normative Foundations of Regulation", **International Journal of Law in Context**, Cambridge University Press, C. 9, S. 4, 2013 s. 591

⁸⁰ Allport, s. 15

kavramı ile yakından ilgili nefret söylemi ve ayrımcılık kavramlarına değinilecek ve bu kavramların birbirleriyle olan benzerlik ve farklılıkları vurgulanacaktır.

1. Nefret Söylemi

a. Tanım

Anayasada düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti⁸¹ olarak güvence altına alınan ve ifade özgürlüğü kavramıyla ülkemizin yargı yetkisini kabul ettiği Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)⁸² kapsamında da koruma bulan ifade özgürlüğü, demokratik toplum düzeninde farklı düşüncelerin özgürce ifade edilebilmesi vurgusuyla günümüz çok kültürlü modern toplumlarının temel değerlerine hizmet eden özgürlüklerden biridir. Ancak bu hak gerek Anayasada gerekse ülkemizin yargı yetkisini kabul ettiği Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde mutlak bir hak olarak düzenlenmemiştir. Çok çeşitli yaşam tarzlarını içinde barındıran çok kültürlü toplumlarda demokratik toplumun temel unsuru olan ifade özgürlüğü hakkının yine bu toplum türünün diğer temel unsurları olan düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkı veya ayrımcılığa uğramama hakkı gibi başka haklarla dengelenmesi gerekmektedir⁸³. İlgili maddelerde yer aldığı üzere başkalarının hak ve özgürlükleri ve toplum düzeninin korunması amaçları doğrultusunda temel hak ve özgürlüklerden faydalanmada eşitliği zedeleyici etkisi nedeniyle nefret söylemi ifade özgürlüğü kapsamında koruma görmemektedir⁸⁴.

⁸¹ **Anayasa m. 26:** Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet Resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir.

Bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.

⁸² **AİHS m. 10:** 1. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir.

2. Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir.

⁸³ Anne Weber, **Nefret Söylemi El Kitabı**, Strasbourg: Avrupa Konseyi Yayınları, 2009, s.1

⁸⁴ Nefret söylemi, AİHS'in temel ilkelerini inkar edici nitelikteyse ifade özgürlüğü hakkının kötüye kullanılması olarak AİHS m. 17 kapsamında değerlendirilmekte (Pavel Ivanov v. Russia, 35222/04, 20.02.2007) ; bu nitelikte değilse

Nefret söylemi niteliğindeki ifadeler, kişilerin kendilerine karşı ayrımcılık yapılmamasını ve din, düşünce ve inanç hürriyetlerine saygı duyulmasını isteme hakları kapsamında hukuk düzenince koruma bulmadığı gibi bazen hukuki sorumluluk veya ceza sorumluluğu gerektiren fiil olarak düzenlenmektedir. Her ne kadar hukuk düzenlerinde nefret söylemlerine ilişkin düzenleme yapılması yönünde bir eğilim olsa da nefret söyleminin ne anlama geldiği hususunda üzerinde fikir birliği sağlanmış bir tanım bulunmamaktadır⁸⁵.

Uluslararası alanda yapılan nefret söylemi tanımlarında sıklıkla Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 30.10.1997 tarihinde nefret söylemi hakkında üye devletlere tavsiye niteliğindeki kararının kapsam maddesinde yaptığı tanıma atıf yapılmaktadır⁸⁶. Buna göre nefret söylemi kavramı; ırksal nefret, yabancı düşmanlığı, anti-Semitizm veya saldırgan milliyetçilik ve etnomerkezcilik, azınlıklara, göçmenlere ve göçmen kökenli insanlara karşı ayrımcılık ve düşmanlık şeklinde ifade edilen hoşgörüsüzlük de dahil olmak üzere hoşgörüsüzlüğe dayalı diğer nefret türlerini yayan, teşvik eden, destekleyen ve meşru gösteren tüm ifade şekillerini kapsamaktadır⁸⁷.

Avrupa Konseyi bünyesinde ırkçılık, ayrımcılık ve yabancı düşmanlığı ile mücadele için 1993 yılında kurulmuş bağımsız bir yapı olan Irkçılığa ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu üye devletlere yönelik aldığı 15 numaralı tavsiye kararında nefret söylemini; ırk, renk, dil, din ve inanç, milliyet veya milli ve etnik köken, nesep, yaş, engellilik, cinsiyet, toplumsal cinsiyet, cinsel kimlik veya cinsel yönelimi kapsayan tüketici olmayan karakteristikler temelinde belli bir insan veya grubu karalama, nefret ve kötülemeyi savunma, teşvik etme ve kışkırtma ve aynı zamanda her türlü taciz, aşağılama, olumsuz damgalama veya tehdit veya tüm bu

nefret söylemine yapılan müdahale, AİHS m.10/2 kapsamında ifade özgürlüğüne meşru müdahale olarak (Sürek v. Turkey, No.1, 26682/95, 08.08.1999) kabul edilmektedir.

European Court of Human Rights, ECHR Hate Speech Factsheet, 2022, https://www.echr.coe.int/documents/fs_hate_speech_eng.pdf (Erişim Tarihi: 19.03.2022);

⁸⁵ Weber s. 3.; Aras Türay, *Nefret Söylemi Bağlamında Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu*, Ankara: Seçkin, 2016, s. 28; Yalçın Şahinkaya, *Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Nefret Söylemi ve Karşılaştırmalı Nefret Suçları*, Ankara: Adalet, 2016, s. 7 ; Elena Mihajlova, Jasna Bacovska, ve Tome Shekerdjiev, *Freedom of Expression and Hate Speech*, Skopje: OSCE, 2013. s. 25

⁸⁶ Şahinkaya, s. 73

⁸⁷ Recommendation No: 97(20) of the Committee of Ministers to Member States on "Hate Speech" 30.10.1997 https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=0900001680505d5b (Erişim Tarihi: 19.03.2022)

ifadelerin meşrulaştırılması niteliğindeki belli ifadelerin bir veya daha fazla kez kullanımı şeklinde tanımlamaktadır⁸⁸.

Avrupa Konseyi'nin yargı organı olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), bazı kararlarında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin yukarıda verilen tanımına atıf yapmakla birlikte⁸⁹ özerk kavramlar doktrinine bağlı kalarak kesin bir tanım yapmaktan kaçınmaktadır⁹⁰.

AGİT, ifade özgürlüğü ve nefret söylemleri arasındaki ilişkiyi incelediği raporda⁹¹ nefret söylemini; ırk, din, etnik köken, ulusal köken, cinsiyet, cinsel yönelim, sınıf/sosyal köken, fiziksel veya zihinsel engellilik temelinde nefreti teşvik etmek için tasarlanmış her tür ifade olarak tanımlamaktadır⁹². Rapora göre nefret söyleminde hedef, ırk, din, etnisite, milliyet gibi kişinin kimliğinin temel unsurlarından olan ortak karakteristik bir özelliğe sahip bir gruba ilişkilendirilen kişi veya kişilerdir. Bu tanım, hedef alınan kişi ve hedef alınma sebebi temellerinde nefret suçu tanımıyla benzerlik göstermektedir.

Birleşmiş Milletler, soykırıma giden yolda bir aşama olduğu düşüncesiyle nefret söylemine karşı daha etkin bir mücadele için Mayıs 2019 tarihinde "BM Nefret Söylemi Strateji ve Eylem Planı"⁹³ yayınlamıştır. Bu plana göre nefret söylemi, bir kişiye veya gruba kimlikleri diğer bir deyişle din, etnik köken, uyruk, ırk, renk, soy, cinsiyet veya diğer kimlik faktörlerine dayalı olarak saldıran veya aşağılayıcı veya ayrımcı bir dil kullanımı içeren konuşmada her türlü iletişim, yazı veya davranış olarak tanımlanmaktadır.

b. Nefret Suçu Kavramı ile Benzerlik ve Farklılıklar

Bir önceki başlıkta yer verilen tanımlar; korunan karakteristik özelliklerin neler olacağı ve ifadenin niteliği konusunda bazı farklılıklar içerse de tümü temel olarak belli bir karakteristik özelliğe sahip bir gruba olan ilişkisi sebebiyle bir kişinin hedef

⁸⁸ ECRI General Policy Recommendation No.15 on Combating Hate Speech 08.12.2015 <https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-no-15-on-combating-hate-speech/16808b5b01> (Erişim Tarihi: 19.03.2022)

⁸⁹ Direkt olarak bu tavsiye kararına atıf yapılan karar için bkz. Gündüz v. Türkiye, Başvuru No: 35071/97, 4 Aralık 2003, §22

⁹⁰ Şahinkaya, s.8

⁹¹ <https://www.osce.org/files/f/documents/1/e/116608.pdf> (Erişim tarihi: 12.05.2022)

⁹² Mihajlova / Bacovska / Shekerdjiev, s.25

⁹³ United Nations Strategy and Plan of Action on Hate Speech, https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/advising-and-mobilizing/Action_plan_on_hate_speech_EN.pdf (Erişim tarihi: 12.05.2022)

alınması, hedef alınan kişiye bu özellik temelinde nefret dolu, saldırgan, aşağılayıcı tarzda bir ifadenin yöneltilmesi unsurlarını içermektedir. *Parekh*'ten aktaran *Türay* da, nefret söylemlerinin değişen tanımları olmakla birlikte şu üç temel unsuru olduğunu ifade etmektedir:

- “1. Söylemin bir gruba yönelik belli özellikleri sebebiyle oluşturulması
2. Hedef gruba olumsuz olarak nitelendirilen özelliklerin atfedilmesi suretiyle hedef grubun damgılanması
3. Olumsuz özellikler sebebiyle grubun toplumdaki mevcudiyetinin istenmemesi ve düşmanlığa maruz kalmalarının meşrulaştırılması”⁹⁴

Dikkat edilecek olursa ilk iki özellik bakımından nefret söylemiyle nefret suçları ortaklık göstermektedir. Her ikisi de ön yargı beslenen bir karakteristik özellik sebebiyle söz konusu karakteristik özelliği taşıyan belli bir gruba karşı yöneltilmektedir. Esasında üçüncü unsur da her iki kavram için ortak olmakla birlikte bu unsurun tezahür şekli farklılık göstermektedir. Nefret söyleminde “hoş karşılamama” yöneltmiş ifadenin içeriğindeki söz, yazı, resim, sembol gibi işaretlerle belirtilirken nefret suçlarında “hoş karşılamama” iletisini taşıyan davranış, ceza kanununda suç olarak düzenlenmiş bir fiildir. Diğer bir deyişle nefret söyleminin yasaklayıcı normun muhatabı olmasının sebebi; aşağılayıcı, nefret dolu veya nefrete teşvik edici, saldırgan ifadelerin bizatihi kendisidir. Örneğin nefret söyleminin bir suç olarak düzenlendiği durumda söz konusu ifadeler, suç tipinin gerçekleşmesi için var olması gereken bir unsur olacaktır. Ancak nefret suçunu ayırt eden durum; temel suçun ön yargıyla işlenmesi şeklindeki eklemli yapısı sebebiyle nefret saiki olmaksızın da söz konusu davranışın halihazırda bir suç olması sebebiyle ceza hukuku normu tarafından düzenleniyor olmasıdır⁹⁵.

Ancak bu iki kavram farklı yerlerde konumlandırılarak gerçekleşme biçimleri bakımından birbirlerinin ardılı olaylar şeklinde oluştukları göz ardı edilmemelidir. Nefret söylemi, yukarıda bahsedilen nefret piramidinde ön yargılı tutumların ön yargı davranışlarına dönüştüğü ilk basamağı oluşturmaktadır ve bu suretle yine bir ön yargı

⁹⁴ Aras Türay, *Nefret Söylemi Bağlamında Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu*, (Aktaran); Michael Herz., *The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses*, Ed. Péter Molnár, Cambridge: Cambridge University Press, 2012, ss. 40-41.

⁹⁵ OSCE/ODIHR **Hate Crime Laws: A Practical Guide**, s. 34; Bu farklılık bir Yargıtay kararının karşı oy yazısında da benzer şekilde ifade edilmiştir: “Nefret suçunda Ceza Yasalarında eylem zaten suç olarak düzenlenmiştir. Fail suç olarak yaptırma bağlanan eylemi önyargı saiki ile işlediği zaman suç nefret suçuna dönüşmektedir. Yani eylem önyargı saiki ile işlenmemiş olsa da yine temel şekli suç olarak yasada düzenlenmiştir. Ancak nefret söyleminde ise söylem yasalarda suç olarak düzenlenmiştir. Söylemin ifade özgürlüğü içinde kalıp kalmadığı ayrıca değerlendirilmelidir.” Yargıtay 18. CD. 2015/33232 E. 2016/188204 K, Karşıoy

davranışı olan üst basamakta yer alan nefret suçlarının oluşmasında etkili bir rol oynamaktadır. Nefret söylemlerinin nefret suçlarını tetikleyici rolü, muhakeme sürecinde nefret suçlarındaki nefret/ön yargı saikinın ispatlanmasında kullanılabileceği yorumuyla AGİT tarafından da kabul görmektedir⁹⁶.

2. Ayrımcılık

a. Tanım

Nefret suçu kavramıyla benzerlik gösteren bir başka kavram da ayrımcılıktır. Türk hukukunda 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile ilk defa suç olarak düzenlenen kavramın temeli, kanun önünde eşitlik ilkesini düzenleyen Anayasanın 10. maddesi oluşturmaktadır.

Ayrımcılık, nefret söylemi ve nefret suçu gibi ön yargının davranışa yansıma şekillerinden biridir ve ayrımcılığa nefret piramidinde de nefret söylemi ve nefret suçu gibi nefretin davranışa dönüştüğü basamaklarda yer verilmektedir⁹⁷.

Ayrımcılık, haklardan faydalanmada ve yükümlülüklerde insanlar arası eşitlik idealinin sağlanmasında bertaraf edilmesi gereken bir sorun olarak görülmektedir. Bu nedenle eşitliğin varlığı, öncelikle ayrımcılığın yokluğuyla mümkündür. Ayrımcılığın yokluğu şeklindeki tanım, şekli eşitlik kavramına karşılık gelmekte ve şekli eşitliğin eşitliğin soyuttan öte fiiliyatta da sağlanmasını hedefleyen maddi eşitlik idealiyle desteklenmesi gerekmektedir. Bu nedenle eşitliğin iki farklı yönü olduğu ifade edilmektedir⁹⁸.

Bu anlamda ayrımcılığın önlenmesi eşitliğin sağlanmasında bir aşamadır. Ayrımcılık, isteyerek veya istemeyerek, icrai veya ihmali biçimde, bir hukuk sisteminde eşit durumda olduğu düşünülen kişilere, bir hak veya yükümlülükle ilgili olarak meşru bir neden olmaksızın eşit davranılmaması veya bir hukuk sisteminde eşit durumda olmadığı düşünülen kişiler arasında bir hak ve yükümlülükle ilgili olarak geçerli bir neden olmaksızın eşit davranılmasıdır⁹⁹. Buradaki meşru veya geçerli bir

⁹⁶ OSCE/ODIHR, **Hate Crime Laws: A Practical Guide** s. 26; Mihajlova / Bacovska / Shekerdjiev, s. 35

⁹⁷ Nefret piramidi için bkz. **Anti-Defamation League, “Pyramid of Hate”**, (Erişim Tarihi: 20.03.2022), <https://www.adl.org/sites/default/files/documents/pyramid-of-hate.pdf>.

⁹⁸ İdil Işıl Gül / Ulaş Karan / Burcu Yeşilada / Ayata Gökçeççek **Ayrımcılık yasağı: kavram, hukuk, izleme ve belgeleme**, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi, 2011, s.7

⁹⁹ Çayır/Ayan Ceyhan, s.139

neden vurguları, hak ve özgürlüklerden faydalanmada eşitlere karşı farklı uygulamaların ancak objektif ve nesnel bir temelde olması halinde ayrımcılık yasağına aykırılık oluşturmayacağına işaret eder¹⁰⁰. Örneğin işe giriş için üniversite mezuniyet diploması şartı koşulan bir işe başvuran kişinin bu diplomaya sahip olmaması nedeniyle başvurusunun reddedilmesi makul ve nesnel bir gerekçeye dayanan farklı bir işlemdir ve ayrımcılık oluşturmaz. Ancak kişinin evli olduğundan sık sık izin kullanabileceği düşüncesiyle bir kişinin iş başvurusunun reddedilmesi durumunda kişi medeni hali temelinde ayrımcılığa maruz kalmaktadır. Ayrımcı davranışlar toplum düzeninin tesisi için medeni hukuk, iş hukuku gibi özel hukuk düzenlemelerine ve nadiren de olsa ceza hukuku düzenlemelerine konu olabilmektedir.

İnsanlar arası eşitlik ilkesine dayalı demokrasinin tesisi için taşıdığı önem dolayısıyla ayrımcılık yasağına doğrudan veya eşitlikle ilgili düzenlemelerle dolaylı olarak gerek uluslararası gerekse ulusal mevzuatta geniş kapsamlı olarak yer verilmektedir. Birleşmiş Milletler nezdinde İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (İHEB) m. 2’de hak ve özgürlüklerden faydalanmada ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka türden kanaat, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğuş veya başka türden statü temelinde ayrımcılık yapılamayacağı ve m. 7’de ise yasa önünde eşitlik ve ayrımcılığa karşı eşit korunma hakkı herkes için geçerli olacak şekilde ifade edilmektedir¹⁰¹. Bununla birlikte, BM nezdinde farklı sözleşmelerle cinsiyet temelinde ayrımcılık, engellilere yönelik ayrımcılık, ırka dayalı ayrımcılık gibi ayrımcılığın farklı boyutları yasaklanmaktadır¹⁰². Avrupa Konseyi bünyesinde de gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 14. maddesinde cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum veya herhangi başka bir duruma dayalı ayrımcılık tıpkı İHEB’deki gibi tüketici olarak sayılmayan karakteristik özellikler temelinde yasaklanmaktadır¹⁰³. Sözleşmenin bu

¹⁰⁰ Nesnel ve makul bir gerekçe olmaksızın farklı muamele edilme şeklindeki tanımı esas alan Anayasa Mahkemesi ve AİHM kararları için bkz. Anayasa Mahkemesi, Tuğba Arslan, (2014/256, 25/6/2014), para.113; AİHM, Willis/Birleşik Krallık (36042 / 97, 2002) para. 48

¹⁰¹ <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights> (Erişim Tarihi: 20.03.2022)

¹⁰² Her Türlü ırk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme (1965); Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Sözleşme (1966) 2. Ve 26. madde; Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Sözleşme (1966)2. madde; Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (1979); İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Kültürcü Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme (1984); Çocuk Haklarına Dair Sözleşme (1989); Göçmen İşçiler ve Ailelerinin Haklarına İlişkin Sözleşme (1990); Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme (2006); Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına İlişkin Sözleşme (2006). Türkiye yukarıda yer alan sözleşmelerin Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına İlişkin Sözleşme hariç tümü için taraf ülke konumundadır.

¹⁰³ https://www.echr.coe.int/documents/convention_eng.pdf (Erişim Tarihi: 20.03.2022)

maddesindeki ayrımcılığın sözleşmedeki hak ve özgürlüklerden yararlanma konusundaki korumasını “hukuken temin edilmiş tüm haklardan yararlanma” ifadesiyle genişleten 12 numaralı Protokol¹⁰⁴ de ayrımcılığın önlenmesinde öneme sahiptir.

Ayrımcılıkla ilgili ulusal mevzuata bakıldığında Anayasanın 10. maddesinde dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin herkesin kanun önünde eşit olduğu şeklindeki düzenleme, esasında eşitlik ilkesine yer vermekle birlikte ayrımcılık yasağıyla da yakından ilgilidir. Bu maddeye sırasıyla cinsiyetler arası eşitlik ile çocuklar, yaşlılar, engelliler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri, malul ve gaziler için öngörülen düzenlemelerle 2004 ve 2010 yıllarında eklemeler yapılmıştır¹⁰⁵. Kanuni düzenlemeler çerçevesinde ayrımcılık, Türk hukukunda farklı boyutlarıyla İş Kanunu, Devletler Memurları Kanunu gibi mevzuat düzenlemelerine konu olmaktadır. Bu alandaki genel bir düzenleme ilk defa Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu’nun (TİHEK)¹⁰⁶ yürürlüğe girmesiyle 2016 yılında olmuştur. Bu kanunla ayrımcılık Türk mevzuatında ilk kez tanımlanmış, ayrımcılık yasağı cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hâl, sağlık durumu, engellilik ve yaş temelinde açıkça ifade edilmiş ve bu yasağın ihlali durumunda idari yaptırımlar öngörülmüştür. Ayrımcılık fiilleri için idari yaptırımlar öngören bu kanunun yanında bazı ayrımcılık fiilleri ceza tehdidiyle ceza kanununda yasaklanmıştır. “Nefret ve Ayrımcılık” başlıklı TCK m.122’de bazı ayrımcılık fiilleri için ceza yaptırımı öngörülerek bu fiiller suç olarak düzenlenmiştir. Bu bilgiler ışığında ayrımcılık yasağının Türk hukukunda özel hukuk yaptırımları, idari yaptırımlar ve ceza hukuku yaptırımlarıyla düzenleme altına alındığı sonucuna ulaşılmaktadır.

b. Nefret Suçu Kavramı ile Benzerlik ve Farklılıklar

Nefret suçları, mağdurun gerçek veya öyle algılanan grup karakteristiği dolayısıyla hedef alınması sebebiyle ayrımcı davranışlardır. Çünkü ayrımcılıkta da

¹⁰⁴ https://www.echr.coe.int/Documents/Library_Collection_P12_ET5177E_ENG.pdf Protokol, 1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye Protokol’ü 18 Nisan 2001 tarihinde imzalamış olsa da henüz onaylamamıştır.

¹⁰⁵ Anayasanın bu maddesi hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Kenan Çayır ve Müge Ayan Ceyhan, s. 274; Yazar, Anayasanın bu maddesinin ilk fıkrasında varsayımsal eşitliğin düzenlendiği; ikinci fıkrasında belli bir eşitsizlik temeli hakkında öngörülen devletin pozitif yükümlülüğü ile varsayımsal eşitlikle yetinilmeyip eylemli eşitliğin hedeflendiği; üçüncü fıkrasıyla ise devlete pozitif yükümlülük yüklemek yerine sadece bir takdir yetkisi tanındığını savunmaktadır.

¹⁰⁶ 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu, R.G. 20/04/2016, S. 29690

belli bir karakteristiğe sahip bir grup hakkında sahip olunan ön yargıdan hareketle bir kişi o gruba aidiyeti sebebiyle ayrımcılığa maruz kalmaktadır¹⁰⁷. Ancak ayrımcı davranışların, hukuk düzeninde suç olarak düzenlenen bir fiil oluşturması zorunluluğu yoktur. Ancak takip edilen suç politikası gereği TCK m.122’de olduğu gibi suç olarak düzenlenebilir. Ayrımcı davranışların suç olarak düzenlenmesi durumunda dahi nefret suçu kavramıyla birebir örtüştüğü söylenemez. Çünkü bu durumda, nefret suçlarından farklı olarak ayrımcı davranışa temel olan bir gruba karşı sahip olunan ön yargı, suçun kanuni tanımında yer alıp tipikliğe ait bir unsur olmaktadır. Örneğin TCK m.122’de *“Dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle”* düzenlemesinde yer alan nefret saiki, suçun saik unsurunu oluşturmakta olup, bu unsurun yokluğu veya varlığının kanıtlanamaması halinde suçun manevi unsurunun eksik olması sebebiyle bu suç oluşmayacaktır. Ancak nefret suçunda, temel suç ve nefret saiki şeklindeki eklemli yapı sebebiyle nefret saiki olmaksızın da mevcut fiil, suç niteliğini korumaktadır¹⁰⁸. Bu nedenle örneğin ten rengine duyulan nefret sebebiyle o ten rengine sahip birinin öldürülmesi halinde nefret unsurunun varlığından bağımsız olarak öldürme fiili kasten öldürme suçuna karşılık geldiğinden kasten öldürme suçunun ten rengine duyulan nefret sebebiyle işlenmesi nitelik itibarıyla bir nefret suçudur. Ancak örneğin aynı nefretle söz konusu ten rengine sahip birine kamuya arz edilmiş taşınmaz bir malın kiralanmaması halinde nefretin yokluğu halinde sırf kiraya vermeme fiili suç oluşturmadığından ortada nefret suçu bulunmamaktadır.

Öte yandan nefret suçu düzenlemeleri ve ayrımcılık yasağı eşitlik ilkesine hizmet etmesi nedeniyle ortak bir noktada buluşmaktadır. Ayrımcılık yasağının soyut olarak düzenlenmesi şekli eşitliğin sağlanmasına hizmet etmektedir. Nefret suçu düzenlemelerinde ise, toplumda genelde azınlık grubu üyesi olup dezavantajlı konumda bulunan kişilerin bu aidiyetleri sebebiyle suç mağduru olarak seçilmesi sorununa odaklanılması nedeniyle maddi anlamda eşitliğin sağlanması idealine hizmet edilmektedir.

¹⁰⁷ Benzer görüşte: Kenan Çayır ve Müge Ayan Ceyhan. s.121 Yazar, ayrımcılıkla ilgili tüm uluslararası sözleşmelerde yapılan tanımlarda temelde iki unsura vurgu yapıldığını ifade etmektedir: kişinin gerçekten sahip olduğu veya sahip olduğunun varsayıldığı bir niteliği nedeniyle gerçekleşmesi ve bu niteliklerin her birine bağlanan ve olumsuz olan bazı varsayımların varlığı

¹⁰⁸ Aynı yönde bkz. Brudholm. s. 85. Yazar, ayrımcılıkta ön yargıya dayalı ayrımcılık olmaksızın fiillerin suç oluşturmayacağı ve hukuka aykırı olmayacağından insan hakları örgütleri tarafından nefret suçlarının ayrımcılığın şiddetli bir tezahürü olarak nitelendirilmesine karşı çıkmaktadır.

D. Tarihçe

Nefret saikiyle suç işlenmesinin hukuk disiplininde karşılık bulmasının elli senelik geçmişine karşın nefret suçu kavramında temsilini bulan nefret olaylarının insanlık tarihindeki yeri bir hayli, öyle ki “insanın, insana karşı, insanlık dışı muamelesinin tarihi”¹⁰⁹ kadar eskidir. Nefret suçu kavramının ortaya atılması ve hukuki düzenlemelerde karşılık bulması 20. yüzyılın sonlarında Amerika Birleşik Devletleri (ABD)’nde başlamış ve devamında da bunun ülke suç politikası özelinde bir tercihten ziyade modern çok kültürlü toplumlarında toplum düzeni ve barışı için bir gereklilik olarak görülmeye başlamasıyla birlikte nefret suçları uluslararası düzenlemelerde de yer bulmuştur¹¹⁰. Bugün nefret saikiyle suç işlenmesi, Kıta Avrupası hukuk sistemleri de dahil olmak üzere birçok ülkenin ulusal ceza kanunlarında karşılık bulmanın yanında nefret suçuyla mücadele bir insan hakları mücadelesi olarak görüldüğünden uluslararası insan hakları kurumları, devletlere pozitif yükümlülükler öngörmektedir¹¹¹. Bu yükümlülükler ceza hukuku da dahil hukuki düzenlemeler yapma ve ülke sınırlarında gerçekleşen nefret suçlarıyla ilgili istatistikler toplama şeklinde olabilmektedir.

Nefret olaylarının uzun tarihine rağmen nefret suçlarının neden 20. yüzyılın ikinci yarısında yasal düzenlemelere konu olmaya başladığı irdelenmesi gereken bir sorudur. Bu soru, içerisinde coğrafi bir kısıtlama barındırmaktadır çünkü nefret suçu kavramının ve bunu konu alan hukuki düzenlemelerinin ilk ortaya çıktığı yer ABD’dir. Bu nedenle nefret suçlarının nasıl ortaya çıktığı sorusu ABD özelinde bir incelemeyi gerektirmektedir.

“Nefret suçu” kavram olarak “*hate crimes*” şeklinde ilk kez 1985’te Federal Meclis’e verilen ülkede gerçekleşen nefret suçlarıyla ilgili istatistik tutulmasına yönelik bir kanun teklifinde ifade edilmişken¹¹² bu kavram kullanılmaksızın nefret suçu oluşturan eylemlerin tarif edilmesi suretiyle yasaklandığı hukuk metinlerinin yürürlük tarihi biraz daha eskidir. Esasında bu düzenlemelerin, yeni bir olguyu düzenlemediği aksine o dönem Amerikan toplumundaki ayrımcılık ve ön yargıyla mücadele konusunda artan hassasiyetin suç ve ceza alanına yansımalarından ibaret

¹⁰⁹ “*Man’s inhumanity to man*” Pezzella, s. 3

¹¹⁰ Şahinkaya, s. 74

¹¹¹ Brudholm, s. 83

¹¹² Jacobs /Potter, **Hate Crimes: Criminal Law & Identity Politics**, s. 4

olduğu ifade edilmektedir¹¹³. Buna göre nefret suçu düzenlemeleri, toplumdaki gruplar arasında artan düşmanlığa tepki olarak ortaya çıkmaktan ziyade halihazırda var olan suç problemlerini ırk, milliyet, cinsiyet gibi kimlikler arasındaki tartışma olarak yeniden yorumlamaktadır¹¹⁴.

Belirli grupların nefrete dayalı suç hedefi haline getirilmesini o dönemdeki insanlar arası ilişkilerin kimlikler temelinde yorumlanmaya başlaması ve kimliğe dayalı eşit davranılma taleplerinin yaygınlaşması durumlarıyla açıklamak, söz konusu hassasiyetin nereden kaynaklandığı sorusunu gündeme getirmektedir. Bunu 1960'lardaki Sivil Haklar Hareketi (*Civil Rights Movement*) ve devamındaki kimlik politikalarıyla açıklayan görüşler¹¹⁵ olduğu gibi nefret suçlarının geçmişini çok daha önceye, Amerikan İç Savaşı sonrası anayasallaşma ve köleliğin kaldırılması dönemine dayandıran görüşler¹¹⁶ de mevcuttur.

1950 ve 1960'lı yıllardaki siyahilere kamusal alanda eşitlik ve özgürlük isteğiyle ortaya çıkan Sivil Haklar Hareketinin¹¹⁷ oluşturduğu aktivizm ortamı ayrımcılıkla mücadelenin kamuoyunda daha görünür hale gelmesini sağlamıştır. Hareketin ten rengine dayalı ayrımcılığa karşı mücadele amacıyla çıkmasına rağmen bu alanda yasal bir dizi iyileşmeyi içeren 1954-1968 yılları arasındaki sivil haklar düzenlemeleri sadece siyahilere yönelik değildir. Örneğin 1964 Sivil Haklar Kanunu¹¹⁸ (*Civil Rights Act of 1964*) kamu alanlarındaki ayrımcılığı sadece siyahiler için değil; ırkı, dini ve cinsiyeti farklı olanlar için de yasaklamaktadır. Sivil haklar hareketi, toplumdaki çeşitli özellikleri sebebiyle azınlık oluşturan grupların, içinde bulundukları dezavantajlı konumların devlet tarafından tanınması ve eşit haklar, statü ve korumaya sahip olmak için çalışmalarına ve kamuoyu oluşturmalarına sebep olmuştur¹¹⁹. Kendi taleplerinin resmi olarak tanınması için lobicilik de dahil kamuoyu oluşturma faaliyetleri “kimlik politikaları” (İng. *identity politics*) denilen bireylerin ırk, din, toplumsal cinsiyet gibi karakteristiklere dayanan birbirleriyle yarışma halindeki grupların üyeleri olarak birbirleriyle ilişki kurma ortamının¹²⁰ oluşmasına

¹¹³ Hall, *Hate Crime*, s. 20

¹¹⁴ Jacobs/Potter, *Hate Crimes: Criminal Law & Identity Politics*, s. 5

¹¹⁵ Hall, *Hate Crime*, s.23

¹¹⁶ Brian Levin, “From Slavery to Hate Crime Laws: The Emergence of Race and Status-Based Protection in American Criminal Law”, *Journal of Social Issues* C: 58, S: 2, 2002, s.230

¹¹⁷ Sivil haklar hareketi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.adl.org/education/resources/backgrounders/civil-rights-movement> (Erişim Tarihi: 14.04.2022)

¹¹⁸ 1964 Sivil Haklar Kanunu için bkz. <https://www.archives.gov/milestone-documents/civil-rights-act> (Erişim Tarihi: 14.04.2022)

¹¹⁹ Hall, *Hate Crime*, s.24

¹²⁰ Jacobs / Potter, *Hate Crimes: Criminal Law & Identity Politics*, ss. 5-6.

sebebiyet vermiştir. Ayrımcılık ve nefret suçlarına karşı hassasiyetin artmasında Amerikan toplumuna özel bu sebeplerin yanında dönemin Holokost gibi acı tecrübelerin yaşandığı 2. Dünya Savaşı sonrası döneme tekabül ettiği de göz ardı edilmemelidir.

Açıklanan politik ortamda 1954-1968 yılları arasında sivil haklarla ilgili iyileştirmeler içeren federal düzeyde bir dizi kanun yürürlüğe girmiştir. Bunların sonuncusu olan 1968 Sivil Haklar Kanunu¹²¹, ırk, din, renk ve etnik kökene dayalı yaralama veya aşağılama fiilleriyle ilgili şiddet kullanımını yasaklayan hükmü nedeniyle nefret suçu düzenlemelerinin öncüsü olarak kabul edilmektedir¹²². Bu saptamayla beraber, eyalet ölçeğinde ilk nefret suçları yasası doktrinde, 1978 yılında Kaliforniya Ceza Kanunu'nun 190.2 bölümüne yapılan ekleme olarak kabul edilmektedir¹²³. Bu bölümde kasten öldürme suçunun bir kişiye karşı mağdurun ırkı, rengi, dini, milliyeti ve memleketi sebebiyle işlenmesi halinde şartlı tahliye imkanının kaldırılmasıyla failin daha ağır bir yaptırıma tabi olması düzenlenmektedir¹²⁴. Kaliforniya'yı takiben diğer eyaletlerde de buna benzer düzenlemeler yapılmaya başlanmıştır. Bu dönemde eyalet ceza kanunlarında nefret suçuyla ilgili yapılan düzenlemelerde Karalama Karşıtı Birlik'in 1981¹²⁵ yılında ortaya koyduğu nefret suçu modeli¹²⁶ örnek alınmıştır.

Federal düzeyde ilk nefret suçu düzenlemesi, nefret suçu tanımı yapan ve bu suçlara ilişkin Adalet Bakanlığı nezdinde düzenli olarak veri toplanıp istatistikler oluşturulmasını öngören 1990 tarihli *The Hate Crime Statistics Act of 1990*'dır. Buna göre nefret suçları, gerçek veya öyle algılanan ırk, din, cinsel yönelim ve etnisite temelli ön yargı içeren fiillerdir¹²⁷. 1994 yılında yürürlüğe giren *Violent Crime Control and Law Enforcement Act* içeriğine dahil olan *Violence Against Women Act* ile toplumsal cinsiyet nefret suçunda korunan karakteristiklerden biri haline

¹²¹ Sivil Haklar Kanunu 1968 (*Civil Rights Act of 1968 18 U.S.C. § 245*) <https://www.justice.gov/usao-ma/civil-rights/civil-rights-offenses> (Erişim Tarihi: 14.04.2022)

¹²² Kamban Naidoo, "The Historical Prosecution of Hate Crimes in the United States of America", *Fundamina* 23, (01 Ocak 2017), s. 29

¹²³ Hall, *Hate Crime*, s. 27

¹²⁴ California Section 190.2
https://leginfo.ca.gov/faces/codes_displaySection.xhtml?lawCode=PEN§ionNum=190.2 (Erişim Tarihi: 13.04.2022)

¹²⁵ Hall, *Hate Crime*, s. 28

¹²⁶ Karalama Karşıtı Birlik'in model nefret suçu düzenlemesi için bkz. <https://www.adl.org/sites/default/files/documents/assets/pdf/combating-hate/Hate-Crimes-Law.pdf> (Erişim Tarihi: 14.04.2022)

¹²⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.ojp.gov/ncjrs/virtual-library/abstracts/hate-crime-statistics-act-0> (Erişim Tarihi: 15.04.2022)

gelmiştir¹²⁸. Yine bu kanuna dahil olan *Hate Crimes Sentencing Enhancement Act* ile ırk, din renk, etnik köken, toplumsal cinsiyet, cinsel yönelim ve bir yenilik olarak engellilik temelinde nefret suçu işlenmesi halinde uygulanacak ceza yaptırımlarının miktarının hakim tarafından yüzde otuza kadar arttırılması öngörülmüştür. Ardından kilise ve ibadet alanlarına yönelik nefret suçlarının artışa geçmesi sebebiyle 1996 tarihinde the *Church Arson Prevention Act* ile bu tür olaylar için daha fazla ceza öngörülmüştür. 2009 yılında ise *Matthew Shepherd and James Byrd Junior Hate Crimes Prevention Act* ile cinsel yönelimin nefret suçları kapsamına alınmasıyla nefret suçlarında korunan karakteristik özelliklerin genişletilmesi yönünde bir değişiklik yapılmıştır. Son olarak *COVID-19 Hate Crimes Act* ile COVID-19 pandemisi döneminde Asya kökenlilere karşı ülkede artan nefret suçlarının daha hızlı ve daha etkin soruşturulması için yargılama usulüne ilişkin düzenlemeler getirilmiştir¹²⁹.

Nefret suçuyla mücadele ABD'nin ardından uluslararası kurumların gündemlerinde de yer bulmaya başlamıştır. Bu bağlamda 2003 yılında gerçekleşen Avrupa Güvenlik ve İş Birliği Teşkilatı Bakanlar Konseyi¹³⁰ toplantısında alınan kararla birlikte nefret suçlarıyla mücadele AGİT'in mücadele alanlarından biri olarak belirlenmiş ve 2009 yılında gerçekleşen Bakanlar Konseyi¹³¹ toplantısında alınan kararla katılımcı devletlere nefret suçlarıyla ilgili hukuki düzenleme yapmaları yönünde tavsiye niteliğinde kararlar alınmıştır. AGİT'in yanı sıra Avrupa Konseyi de kendi bünyesinde ayrımcılık ve hoşgörüsüzlükle daha etkin mücadele için 1993 yılında Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu (*European Commission Against Racism and Intolerance*)'nu oluşturmuş ve ayrımcılık yasağına Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer vermiştir. Sözleşmenin yargı organı olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de kendisine yapılan bireysel başvurular üzerine verdiği kararlarda nefret suçlarına karşı bireylerin etkin korunması yönünde devletin pozitif yükümlülüğü olduğunu kabul etmektedir¹³². AGİT ve Avrupa Konseyi'nin yanında Avrupa Birliği de 2008 yılında Irkçılık ve Yabancı Düşmanlığı ile Mücadele Çerçeve

¹²⁸ Hall, *Hate Crime*. s.26

¹²⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.justice.gov/hatecrimes/laws-and-policies> (Erişim Tarihi: 15.04.2022)

¹³⁰ Maastricht Ministerial Council Meeting of 2003; Toplantı sonrası açıklanan belge için bkz. <https://www.osce.org/files/f/documents/a/0/40533.pdf> (Erişim Tarihi: 15.04.2022)

¹³¹ Ministerial Council Meeting of 2009; Toplantı sonrası açıklanan belge için bkz. <https://www.osce.org/files/f/documents/d/9/40695.pdf> (Erişim Tarihi: 15.04.2022)

¹³² Nachova and Others v. Bulgaria, Judgement of the European Court of Human Rights, No: 43577/98, 06.07.2005, Menson and Others v. UK, Judgement of the European Court of Human Rights, No: 47916/99, 06.05.2003, Identoba and Others v. Georgia, Judgement of the European Court of Human Rights, No: 73235/12, 12.08.2015, Secic v. Croatia, Judgement of the European Court of Human Rights, No: 40116/02, 31.05.2007

Kararı (*Framework Decision on Combating Racism and Xenophobia*)¹³³ yayınlayarak üye devletlere nefret suçlarıyla ilgili ceza kanunlarında düzenlemeler yaparak arttırılmış cezalar öngörülmesini yükümlülük olarak yüklemiştir.

Uluslararası kurumların nefret suçlarıyla ilgili tavsiye niteliğinde veya bağlayıcı kararlar alması, devletlerin iç hukuklarında nefret suçlarıyla ilgili düzenlemeler yapmasında itici bir rol oynamıştır. Bu anlamda nefret suçlarının ceza kanununda karşılık bulması örneğin İngiltere için 1998 yılında, Fransa içinse 2003 yılında gerçekleşmiştir¹³⁴.

Nefret suçlarının uluslararası kurumlar ve belirli ülkeler açısından ulusal ceza kanunlarında ne şekilde ele alındığıyla ilgili ikinci bölümde daha detaylı bir inceleme yapılacaktır.

II. ULUSLARARASI DÜZENLEMELERDE NEFRET SUÇU

A. Genel Olarak

Nefret suçu kavramının yeniliğine karşın kavramın karşılık geldiği olaylar özellikle ırk ve din temelli savaşların yaşandığı tarih boyunca var olagelmıştır. Nefret suçlarının hukuki düzenlemelerde karşılık bulması ulusal düzeyde ceza hukuku düzenlemeleriyle 1980'li yıllarda başlamış ve bu tarihten itibaren giderek daha fazla devlet, ceza kanunlarında nefret saikiyle suç işlenmesi durumu için özel düzenlemelere yer vermiştir. Ulusal düzeyde ABD'de başlayan bu akımın Avrupa'ya sıçrayarak İngiltere ile Almanya ve Fransa gibi Kıta Avrupası hukuk düzenlerinde de karşılık bulması nefret suçlarının ülkelerin ulusal suç politikalarına bağlı bir husus olmaktan öte 2. Dünya Savaşı sonrası Birleşmiş Milletler, Avrupa Konseyi, Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı gibi ulusal veya bölgesel insan hakları örgütlerinin nefret suçlarını bir insan hakları sorunu olarak kabul etmeleri ve ülkeleri bu yönde düzenleme yapmaları için teşvik etmesinin yarattığı atmosferin bir sonucudur¹³⁵.

Nefret suçlarının gerçekleştirilme şekilleri itibariyle insan onuru, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağını ihlal edici nitelikte olması, nefret suçlarının insan hakkı ihlali,

¹³³ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32008F0913> (Erişim Tarihi: 15.04.2022)

¹³⁴ İlhan Bulut, **Nefret Suçları**, Ankara: Adalet, 2014, ss. 69-73.

¹³⁵ Şahinkaya, s. 74

nefret suçlarıyla mücadelenin de bir insan hakları mücadelesi olarak değerlendirilmesine yol açmıştır. Nefret suçlarının devlet dışı aktörler tarafından işlenmesi sebebiyle bir insan hakkı ihlali olup olmadığı konusunda doktrinde tartışmalar mevcut olsa da¹³⁶ uluslararası insan hakları örgütleri nefret suçlarını bir insan hakkı ihlali olarak kabul etmektedirler. Örneğin AGİT, nefret suçlarını ciddi insan hakkı ihlali oluşturduğunu ifade ederek¹³⁷ teşkilat bünyesinde nefret suçlarıyla mücadele için çalışan biriminin adında -Demokratik Kurumlar ve İnsan Hakları Ofisi (*Office for Democratic Institutions and Human Rights*)- insan hakları vurgusuna yer vermektedir. Nefret suçlarında, ihlalin özel kişiler tarafından gerçekleştirilmesi, insan hakkı ihlallerinin muhatabı olan devletin ihlal yapmama şeklindeki negatif yükümlülüğüyle alakalı olmamakla birlikte özel kişiler tarafından yapılan ihlaller karşısında devletin pasif kalmama şeklindeki pozitif yükümlülüğüyle bir hayli alakalıdır. İnsan haklarının asıl ihlalcisi devlet olmakla beraber bu hakların korunması sadece devletin kendisinin bu haklara tecavüz etmemesi ile sağlanmaz¹³⁸. Devletin pozitif yükümlülüğünün kaynağı, devlet organlarının ihmallerinin özel kişiler tarafından ihlal edilme şeklinde ortaya çıkan hak ve özgürlüklerin yetersiz korunması durumuna dayanmaktadır. Bu yükümlülüğün özel kişiler tarafından gerçekleştirilen insan hakkı ihlallerinin gerçekleşmesinin önlenmesi ve önlemlerin bu ihlalleri engelleyemediği haller için gerekli yaptırımlara hükmetme şeklinde iki görünümü mevcuttur¹³⁹. Nefret saikiyle suç işlenmesinin önlenmesi de devletin pozitif yükümlülüğü kapsamında incelenmelidir. Devletlerin nefret saikini oluşturan ayrımcılık ve hoşgörüsüzlüğe karşı uluslararası insan hakları sözleşmelerinden kaynaklanan ceza hukuku da dahil olmak üzere yeterli koruma ve etkin mücadele önlemlerini kapsayan pozitif yükümlülükleri bulunmaktadır¹⁴⁰.

Anılan sebeplerle çalışmanın bu bölümünde, uluslararası (Birleşmiş Milletler) ve bölgesel ölçekte (Avrupa Konseyi, Avrupa Birliği, Avrupa Güvenlik ve İş Birliği Teşkilatı) insan hakları kurumlarının nefret suçlarını ilgilendiren düzenlemelerine değinilecektir. Ardından farklı düzenleme metotlarına örnek olmaları sebebiyle

¹³⁶ Bu görüşün temel dayanağı, devlet gücü kullanmayan ve devlete atfedilemeyecek özel kişilerin davranışlarının bireyleri güçlü devlet mekanizmasına karşı korumak amacıyla ortaya çıkan insan haklarıyla bağdaşmamasıdır. Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. Brudholm, ss. 82- 97

¹³⁷ Brudholm, s. 83

¹³⁸ Mustafa Erdoğan, *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*, 2. Baskı, Ankara: Orion, 2011, s. 119

¹³⁹ Olivier de Schutter, *International Human Rights Law: Cases, Materials, Commentary*, 2. Baskı, United Kingdom: Cambridge University Press, 2014, s. 427

¹⁴⁰ Şahinkaya, ss. 32-33

Birleşik Krallık, Fransa ve Almanya Ceza Kanunlarındaki nefret suçu düzenlemeleri incelenecektir.

B. Birleşmiş Milletler Düzeyinde Nefret Suçu

Birleşmiş Milletler (BM, *United Nations, UN*), temel insan hakları ve özgürlüklerinin uluslararası düzeyde korunmasının sağlanması amacıyla uluslararası bir kurum olarak 1945 yılında kurulmuştur¹⁴¹. Birleşmiş Milletler Anlaşması'nın (BM Şartı, *UN Charter*) örgütün amaçlarını belirlediği ilk maddesinde, eşitlik ilkesinin sağlanması ve ırk, cinsiyet, dil, din temelinde ayrımcılığın önlenmesi örgütün kuruluş amaçlarından biri olarak belirlenmiştir¹⁴².

Kurulduğu yıldan bu yana insan haklarının tanınması ve bu konuda asgari standartların belirlenmesi konusunda çabaları kapsamında örgüt; birçok uluslararası sözleşmenin imzalanmasına aracılık etmiş, bu sözleşmelerin uygulanması için denetim mekanizmaları öngörmüş ve bünyesinde organlar oluşturmuştur¹⁴³. Böylece genel bir ifade olan “insan haklarının korunması” kavramının içeriği ayrıntılandırılarak somutlaştırılmaya çalışılmıştır¹⁴⁴. BM düzeyindeki bu faaliyetler kapsamında nefret suçlarıyla mücadele için spesifik bir sözleşme akdedilmemiş olsa da eşitlik ilkesinin tesisi ve ayrımcılığın önlenmesi ile ilgili düzenlemeler, nefret suçlarıyla mücadele bakımından önem taşımaktadır. Bu nedenle aşağıda BM örgütü bünyesinde oluşturulmuş nefret suçlarıyla ilişkilendirilebilecek sözleşme bölümlerine değinilecektir.

1. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (*Universal Declaration of Human Rights, 1948*)¹⁴⁵

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi BM Genel Kurulu'na oylama sonucunda kabul edilmiş bir karardır. Bu nedenle teknik hukuk alanında tavsiye niteliğindedir¹⁴⁶.

¹⁴¹ De Schutter, s. 14

¹⁴² UN Charter m.1, <https://www.un.org/en/about-us/un-charter/full-text> (Erişim tarihi: 02.04.2022)

¹⁴³ Abdurrahman Eren, **Ulusal İnsan Hakları Kurumları Uluslararası Standartlara Uygunluğun Yorum İlkeleri**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2012, s.62

¹⁴⁴ Rona Aybay, **İnsan Hakları Hukuku**, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2015, s. 45

¹⁴⁵ Bildirge, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 10 Aralık 1948 tarihli 217 A (III) sayılı kararıyla ilan edilmiştir. <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights> (Erişim Tarihi: 10.02.2022)

¹⁴⁶ Aybay, s. 47

Ancak bugün doktrinde, bildiride yer alan kuralların bir uluslararası hukuk teamülü oluşturduğu ve uluslararası hukukta kaynak olarak kullanılabileceği ifade edilmektedir¹⁴⁷.

Bildirgede; insanların insan onuru ve haklara sahip olmada eşit olarak doğdukları (m.1); ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka türden kanaat, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğuş veya başka türden statü gibi herhangi bir ayırım gözetilmeksizin bildirgede yer alan tüm haklardan yararlanacağı (m. 2) belirtilmektedir. Ayrıca, kanun önünde eşitliğin vurgulandığı m.7’de yer alan “*Herkes, bu Bildirgeye aykırı herhangi bir ayrımcılığa ve ayrımcı kışkırtmalara karşı eşit korunma hakkına sahiptir*” ifadesi, nefret suçları işlenmesi suretiyle tezahür eden ayrımcılığa karşı mağdurların korunması için gereken önlemlerin alınmasına işaret eden bir madde olarak yorumlanabilir. Ancak, bu önlemin mutlaka ceza hukuku normu normları ihdas edilmesi şeklinde yapılması gerektiğine dair herhangi bir saptama bulunmamaktadır. Bildirgenin konumuz bakımından önemi, nefret suçu düzenlemelerinin düzenlenmesi gerektiği yönündeki düşüncelere temel dayanak teşkil eden insan onuru, eşitlik ve ayrımcılıktan korunma gibi temel değerlerin uluslararası ölçekte geniş katılımlı bir kararda yer verilmesi zeminini oluşturmasından kaynaklanmaktadır.

2. Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (International Covenant on Civil and Political Rights, 1976)¹⁴⁸

İnsan Hakları Evrensel Bildirisi’nin insan hak ve özgürlüklerinin korunmasına ilişkin içerdiği prensiplerin üye devletlerin onayına sunulacak hukuken bağlayıcı uluslararası sözleşmelere dönüştürme amacıyla Birleşmiş Milletler bünyesinde bir dizi insan hakları sözleşmeleri oluşturulmuştur. Bunlardan hukuken bağlayıcı niteliği ve sözleşmenin uygulanmasını sağlamak üzere bağımsız uzmanlardan oluşan bir izleme

¹⁴⁷ De Schutter, s. 18

¹⁴⁸ Sözleşme, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun 16 Aralık 1966 tarihli 2200 A (XXI) sayılı kararıyla kabul edilmiş, 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir. <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights> (Erişim Tarihi: 10.02.2022) ; RG, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, 18.06.2003, s. 25142; Sözleşme, Türkiye bakımından sözleşmenin onaylanmasına ilişkin belgelerin Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği’ne teslim edilmesiyle 23.12.2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir. <https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/tr/content/117-medeni-ve-siyasi-haklara-iliskin-uluslararası-sozlesme/> (Erişim Tarihi: 14.04.2022)

komitesi içermesi -İnsan Hakları Komitesi (*Human Rights Committee, HRC*)- nedeniyle en önemlilerinden biri BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'dir.

Sözleşme bünyesinde yaşama hakkı (m. 6), özgürlük ve güvenlik hakkı (m. 9), düşünce, vicdan ve din özgürlüğü (m. 18) ve ifade özgürlüğü (m.19) gibi temel hak ve özgürlüklere yer verilmekte; bu hak ve özgürlüklerin üye devletler tarafından ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya diğer bir fikir, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet, doğum veya diğer bir statü gibi herhangi bir nedenle ayrımcılık yapılmaksızın, kendi toprakları üzerinde bulunan ve egemenlik yetkisine tabi olan bütün bireyler için güvence altına alması yönündeki yükümlülüğü kabul edilmekte (m. 2/1); ve hukuk önünde eşitlik ilkesine açık bir şekilde yer verilmektedir (m. 26).

Her ne kadar sözleşmede “nefret suçu” ibaresi açık bir şekilde geçmese de m.20/2'ye göre taraf devletler, ayrımcılık, düşmanlık ya da şiddet tahriki oluşturan ulusal, ırk ve dinsel nefretin her türlü savunulmasını kanunla yasaklamakla mükellef kılınmışlardır. Burada yasaklanması gereken durum, nefret söylemine karşılık gelse de düzenleme, nefret suçlarının “nefret saiki” unsurunu hedef alması bakımından konumuz için önemlidir. Ancak maddede sadece yasaklamanın kanun yoluyla yapılması gereği düzenlenmekte, yasağın ihlali halinde öngörülecek yaptırımın mutlaka ceza yaptırımı olması aranmamaktadır.

Sözleşmede taraf devletler için getirilen söz konusu yükümlülüklerin önemi, Sözleşme'nin, uygulanmasını sağlamak üzere uygulama mekanizmaları içermesinden kaynaklanmaktadır. İnsan hakları alanında uzman kişilerden oluşan İnsan Hakları Komitesi (m. 28); taraf devletlerden Sözleşmede tanınan hakları uygulamaya geçirmek için aldıkları tedbirler hakkında raporlar isteyebilir (m. 40), taraf devletlerin üstlendiği yükümlülükleri yerine getirmediği yönündeki diğer devlet şikayetlerini (m. 41) ve bireysel başvuruları (Sözleşmeye Ek 1. Protokol) inceler.

3. Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme (*International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*) (1969)¹⁴⁹:

Genel nitelikteki insan hakları sözleşmelerinin yanında BM bünyesinde insan haklarıyla ilgili tematik sözleşmeler de nefret suçlarını ilgilendiren hükümler içerebilmektedir. Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin, ismindeki "ırk" ifadesine rağmen ırk yanında renk, soy, etnik veya ulusal kökene dayalı ayrımcılıkları da kapsamına alması (m.1) ve sözleşmenin uygulanmasını sağlamak üzere özel bir denetim mekanizması (m.8) içermesi sözleşmenin taraf devletlere öngördüğü yükümlülöklere yakından bakmayı gerektirmektedir.

Sözleşme bünyesinde taraf devletlere bir dizi yükümlölölük öngörölmüştür. Bu çerçevede devletin, tüm kamu makamları, ulusal veya yerel kamu kuruluşlarının ırk ayrımcılığı (ırk, renk, soy, etnik ve ulusal köken) oluşturacak herhangi bir eylem ve uygulamaya girişmeme şeklinde negatif yükümlölölüğünün (m. 1/a) yanında kişiler, gruplar veya örgütler tarafından yapılan ırk ayrımcılığını, şartların gerektirmesi halinde yasa çıkarak, gerekli her türlü vasıtayı kullanarak yasaklama ve buna son verme şeklinde (m. 1/d) pozitif yükümlölölüğü de vardır. Pozitif yükümlölölük kapsamında "İrkçi üstünlöğe ya da nefrete dayalı tüm fikirlerin yayılmasını, ırk ayrımcılığını teşviki herhangi bir ırka ya da başka bir renk ya da etnik kökene mensup bir gruba yönelik şiddet eylemlerini ya da bu tür eylemleri teşviki ve ayrıca ırkçı eylemleri finanse etmek dahil bu eylemlere her türlü yardım sağlama..." fiillerinin suç olarak düzenlenmesini öngörölmektedir (m. 4/a). Bunun anlamı, ırkçı propaganda ve faaliyetlerle mücadelenin herhangi bir yasal düzenlemeyle değöl; ceza hukuku düzenlemeleriyle yapılması gerektiğidir.

¹⁴⁹ Sözleşme, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 21.12. 1965 tarihli 2106 A (XX) sayılı kararıyla kabul edilmiş, 04.01.1969 tarihinde yürürlöğe girmiştir.

<https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-convention-elimination-all-forms-racial> (Erişim Tarihi: 14.04.2022)

RG., Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğı Hakkında Kanun, 09.04.2002, S. 24721; Sözleşme Türkiye bakımından sözleşmenin onaylanmasına ilişkin belgelerin Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliğı'ne teslim edilmesiyle 16.10.2002 tarihinde yürürlöğe girmiştir. <https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/tr/content/116-her-turlu-irk-ayrimclgnn-ortadan-kaldrlmasna-iliskin-uluslararası-sozlesme/> (Erişim Tarihi: 14.04.2022)

Sözleşme bünyesinde, sözleşmenin uygulanmasını sağlamak üzere tarafsız uzmanlardan oluşturulan (m. 8) Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi (*Committee on the Elimination of Racial Discrimination, CERD*); taraf devletlerin Sözleşme hükümlerinin uygulanmasını sağlamaya ilişkin aldıkları yasal, yargısal, idari ve diğer bütün tedbirleri içeren Devlet raporlarına ilişkin öneriler ve genel nitelikte tavsiyelerde bulunur (m. 9). Ayrıca taraf devletlerden birinin sözleşme ihlali yaptığı iddiasıyla başlatılan devlet şikayeti (m. 11) ve bireysel şikayet (m.14) mekanizmalarının yürütülmesinde rol oynar.

4. Birleşmiş Milletler Bünyesindeki Ayrımcılıkla İlgili Diğer Sözleşmeler

Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ve Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin akdedilmesinin ardından Birleşmiş Milletler bünyesinde yoğun bir sözleşme akdetme dönemi başlamıştır. Bu sözleşmelerden İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde ortaya koyulan temel değerlere dayalı olarak oluşturulması ve sözleşme hükümlerinin uygulanmasını sağlamak için uzmanlardan meydana gelen organ yoluyla izleme mekanizması içermesi nedeniyle dokuz sözleşme “temel insan hakları sözleşmesi” olarak kabul edilmektedir¹⁵⁰ Bu sözleşmelerden her biri, ayrımcılığın önlenmesi amacıyla ayrımcılığın dayandığı cinsiyet, engellilik gibi farklı temellere özel olarak oluşturulmuştur. Konumuz bakımından önem arz eden sözleşmelere Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme¹⁵¹, Çocuk Haklarına İlişkin Sözleşme¹⁵² ve Engelli Haklarına İlişkin Sözleşme¹⁵³ örnek olarak verilebilir. Bu sözleşmelere taraf devletlerin sözleşmeler kapsamındaki yükümlülükleri, ayrımcılıkla mücadele mevzuatının oluşturulması yönünde pozitif yükümlülükler içerse de söz konusu karakteristik özellikler sebebiyle suç işlenmesi için ceza kanunlarında özel düzenlemeler yapılmasını gerektirmemektedirler.

¹⁵⁰De Schutter, s.19; Söz konusu sözleşmelerin listesi için bkz. <https://guides.ll.georgetown.edu/c.php?g=273364&p=6066284> (Erişim Tarihi: 31.05.2022)

¹⁵¹ Sözleşme, Sözleşme, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 19.12. 1979 tarihli 34/180 sayılı kararıyla kabul edilmiş, 01.03.1980 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

¹⁵² Sözleşme, Sözleşme, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 20.11. 1989 tarihli 44/25 sayılı kararıyla kabul edilmiş, 02.09.1990 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

¹⁵³ Sözleşme, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 13.12.2006 tarihli ve A/RES/61/106 sayılı kararıyla kabul edilmiş ve 03.05. 2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

C. Avrupa Konseyi Düzeyinde Nefret Suçu

İkinci Dünya Savaşı sonrasında Avrupa kıtasında insan haklarının korunması, çoğulcu demokrasi ve hukuk devleti ilkelerinin uygulanması amaçlarıyla 03.08.1949 tarihinde Avrupa Konseyi Statüsü'nün yürürlüğe girmesiyle kurulmuş Avrupa Kıtası'na özgü bölgesel nitelikte bir uluslararası bir örgüttür¹⁵⁴. Türkiye, kendisine yapılan çağrı üzerine 13.04.1950'de konseye üye olmuştur¹⁵⁵. Temel hak ve özgürlüklerin tanınması ve hukukun üstünlüğünün sağlanması için¹⁵⁶, Konsey bünyesinde hukuki bağlayıcılığı olan belgelerin yanında üye ülkelere yol gösterici nitelikte politika ve ilkeler de belirlenmiştir¹⁵⁷. Nefret suçlarını ilgilendiren hukuki bağlayıcılığı olan belgeler; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (*European Convention on Human Rights/ECHR*) ile Bilişim Sistemleri Aracılığıyla İşlenen Irkçı ve Yabancı Düşmanı Eylemlerin Suç Haline Getirilmesi için Avrupa Siber Suçlar Sözleşmesi'ne Ek Protokol (*Additional Protocol to the Convention on Cybercrime, concerning the criminalisation of acts of a racist and xenophobic nature committed through computer systems*); tavsiye niteliğindeki temel belgeler ise Konsey bünyesindeki Irkçılığa ve Hoşgörüsüzlüğe karşı Avrupa Komisyonu (*European Commission against Racism and Intolerance/ECRI*) tarafından çıkarılan genel politika tavsiye kararlarıdır.

1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (*European Convention on Human Rights, ECHR*)

1950'de imzaya açılan ve 03.09.1953'te yürürlüğe giren¹⁵⁸ AİHS, insan haklarının korunması amacıyla Avrupa Konseyi bünyesinde oluşturulmuş çok taraflı bir uluslararası antlaşmadır. Sözleşme bünyesinde bireysel başvuru ve devletler arası başvuru şeklindeki denetim mekanizmalarıyla sözleşmeye taraf ülkelerde yaşayan bireylerin sözleşmede yer alan temel hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınmaktadır. Taraf devletler, yetki alanları içinde bulunan herkesin sözleşmede yer alan temel hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlamayı taahhüt ederler (AİHS m.1). Bu taahhütler salt siyasi nitelikte değildir ve devletlerin taahhütlere uymalarının

¹⁵⁴ Aybay, s. 96

¹⁵⁵ Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, 2. Baskı, İstanbul: Beta, 1997, s. 259

¹⁵⁶ Avrupa Konseyi Statüsü (*Statute of the Council of Europe*), 3. Madde <https://rm.coe.int/1680306052> (Erişim Tarihi: 17.04.2022)

¹⁵⁷ Şahinkaya, s. 70

¹⁵⁸ Türkiye bu sözleşmeyi 10 Mart 1954 tarihinde onaylamış-taraf olmakla üstlendiği yükümlülükler 18.05.1954'te yürürlük kazanmış, bireysel başvuru hakkını 28.01.1987'de, mahkemenin yargı yetkisini ise 1989'da kabul etmiştir.

yargı yoluyla denetim suretiyle sağlamak için devamlı bir mahkeme (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi/AİHM) bulunmaktadır (AİHS m.19). Mahkeme denetimi için devletlerin ayrıca mahkemenin yetkisini tanımaları gerekmez, Avrupa Konseyi üyesi her devlet, AİHS'e taraf olmak zorundadır ve AİHS'in onaylanmasıyla AİHM'in yargı yetkisi kabul edilmiş olur¹⁵⁹. AİHM'in gerçek kişi, hükümet dışı kuruluş veya kişi grupları tarafından yapılan bireysel başvurular (AİHS m.34) ile sözleşmecî devletler tarafından yapılan devletlerarası başvurular (AİHS m.33) hakkında verdiği kesinleşmiş kararları üye devletler için bağlayıcıdır ve bu kararlara uyulmasını sağlamak üzere Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi yetkilendirilmiştir (AİHS m.46). AİHS'in bağlayıcılığı taraf devletler açısından olup devlet dışındaki gerçek ve tüzel kişilerin AİHS ve ek Protokoller kapsamındaki bir hakkı ihlal etmeleri halinde bunlar için AİHS bağlamında bir sorumluluk doğmamaktadır¹⁶⁰. Bununla birlikte sözleşmenin ilk maddesindeki hak ve özgürlükleri güvence altına alma yönündeki yükümlülük kapsamında taraf devletlerin saygı duyma şeklindeki negatif yükümlülük yanında kişileri, üçüncü kişilerin fiillerinden korumaya yönelik pozitif yükümlülükleri olduğu AİHM içtihatlarıyla vurgulanmakta ve bu korumanın kapsamı mahkeme tarafından geliştirilmeye devam edilmektedir¹⁶¹.

AİHS'in nefret suçları ile doğrudan ilgili olan hükmü, ayrımcılık yasağının düzenlendiği 14. maddesidir. Söz konusu maddedeki "Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır." ifadesi ile 14. madde ihlalini başvuruya konu edilen olayın Sözleşme'de yer alan bir hak kapsamına girmesi şartına bağlı tutmaktadır¹⁶². AİHM'in şimdiye kadar verdiği nefret suçlarıyla ilişkilendirilebilecek kararları; m. 2'deki "yaşama hakkı"; m.3'teki "işkence yasağı"; m. 8'deki "özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı" kapsamına giren fiillerle m.14'te düzenlenen "ayrımcılık yasağı"nın ihlal edildiği yönündedir. Anılan maddeler açısından pozitif yükümlülüğün görünüm şekli; devlet organlarının 14. maddede korunan karakteristiklerden biri temelinde ayrımcılık iddiasının varlığı halinde bunun ortaya çıkarılmasını sağlamak üzere etkin bir

¹⁵⁹ Aybay, s.124; Bu sistem sözleşmenin ilk akdedildiği zamanlarda söz konusu olmayıp, sonradan 11. Protokol kapsamında yürürlüğe girmiştir.

¹⁶⁰ Aybay, s.126

¹⁶¹ David Harris / Michael O'Boyle / Ed Bates / Carla Buckley., **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, Ankara: Avrupa Konseyi Yayınları, 2013, ss.19-21

¹⁶² Harris / O'Boyle / Bates / Buckley, s. 600

soruşturma yapması ve özel kişiler tarafından gerçekleştirilen ön yargı temelli ayrımcı davranışların önlenmesi olarak iki şekildedir¹⁶³. Bunların nasıl yerine getirileceği hususu, üye devletlerin takdir yetkisindedir ve AİHM içtihatlarında üye devletler nefret suçlarıyla ilgili ayrı bir yasal düzenleme yapmaları yönünde yükümlü tutulmamaktadırlar.¹⁶⁴ Ayrımcılığın sözleşmedeki hak ve özgürlüklerin ötesinde hukuken temin edilmiş tüm haklardan yararlanma bakımından yasaklanması ise Ek 12 Numaralı Protokol¹⁶⁵ ile olmuştur.

İlgili sözleşme maddelerinin nasıl yorumlandığıyla ilgili önem arz eden AİHM içtihatlarına göre¹⁶⁶, AİHS’te düzenlenen hak ve özgürlükleri ihlal eden bir fiille ilgili olarak ırkçı saik iddialarının varlığı halinde taraf devletler “herhangi bir ırkçı saiki ortaya çıkarmak ve etnik nefret ve ön yargının söz konusu olaylarda bir rol oynayıp oynamadığını ortaya koymak için tüm makul adımları atmak”¹⁶⁷ şeklinde özel bir soruşturma yükümlülüğüne sahiptir. Örneğin nefret suçları literatüründe sıklıkla atıf yapılan *Nachova ve diğerleri-Bulgaristan* davasında¹⁶⁸, iki Roman kökenli Bulgar vatandaşının polis tarafından öldürülmesi olayında, fiilin ırkçı saikle işlendiği yönündeki iddialar hakkında bu nedensellik ilişkisinin tespiti için etkin bir soruşturma yapma yükümlülüğünün 14. maddeden kaynaklanan usuli bir yükümlülük olduğu açıkça ifade edilmiştir. Öldürme esnasında failin mağdura yönelik ırkçı nitelikte “Allah belanı versin çingene” ifadesine ve orantısız güç kullanılması gibi bulgulara rağmen muhtemel ırksal ön yargının ortaya çıkarılması için yetersiz soruşturma yapılması nedeniyle davada 14. maddenin usuli yönden ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Bu yükümlülük, gerek devlet organlarının yaptığı ihlallerde gerekse özel kişiler tarafından gerçekleştirilen ihlaller açısından mevcuttur¹⁶⁹. Örneğin *Menson ve diğerleri-Birleşik Krallık* kararında¹⁷⁰ ırkçı bir çete tarafından siyahi birinin öldürülmesi davasında Mahkeme, ırkçı saikle gerçekleştirilen saldırılarda toplumun

¹⁶³ European Union Agency for Fundamental Rights, **Handbook on European Non-Discrimination Law** (Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2018), (Erişim Tarihi: 12. 04. 2022) <https://data.europa.eu/doi/10.2811/58933>. s.85

¹⁶⁴ OSCE/ODIHR, **Hate Crime Laws: A Practical Guide**, s. 27

¹⁶⁵ 01.04.2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, protokolü imzalamış olsa da henüz onaylamamıştır.

¹⁶⁶ Örnek kararlar için bkz. *Secic v. Croatia*, Judgement of the European Court of Human Rights, No: 40116/02, 31.05.2007; *R.B. v. Hungary*, Judgement of the European Court of Human Rights, No: 64602/12, 12.04.2016; *Nachova and Others v. Bulgaria*, Judgement of the European Court of Human Rights, No: 43577/98, 06.07.2005

¹⁶⁷ *Harris / O' Boyle / Bates / Buckley*, s. 626

¹⁶⁸ *Nachova and Others v. Bulgaria*, Judgement of the European Court of Human Rights, No: 43577/98, 06.07.2005, ss. 160-168.

¹⁶⁹ *Harris*, s. 626

¹⁷⁰ *Menson and Others v. UK*, Judgement of the European Court of Human Rights, No: 47916/99, 06.05.2003, p. 13-14.; Yine bir ırkçı grup tarafından gerçekleştirilen ırkçı saldırılar için üye devlet hakkında verilen ihlal kararı için bkz. *Secic v. Croatia*, Judgement of the European Court of Human Rights, No: 40116/02, 31.05.2007, par. 66

ırkçılığı kınadığı ve devletin ırkçı saldırı tehditlerine karşı azınlıkları koruması yoluyla güven ortamının tesisi için devletin bu saikleri ortaya çıkaracak etkin bir soruşturma yapması gerektiği ifade edilmiştir.

AİHM'in sonraki kararlarında bu yükümlülük sadece ırkçı ön yargıya dayalı saikler için değil; din nefreti, siyasi kanaat, homofobi, engellilik ve cinsiyet ayrımcılığı motivasyonu ile hareket edilmesi hallerini de kapsayacak şekilde genişletilmiştir.¹⁷¹ Örneğin Identoba ve diğerleri-Gürcistan kararında¹⁷² Identoba isimli sivil toplum kuruluşunun Uluslararası Homofobi Karşıtlığı gününde düzenlediği barışçıl yürüyüş sırasında üyelerin fiziksel şiddete maruz kalması durumunda, kötü muameledeki muhtemel cinsel yönelime dayalı ön yargının varlığına yönelik eksik araştırma mahkemeyi 14. Maddenin usulen ihlal edildiği sonucuna götürmüştür. Esasında bu karar, korunan karakteristiklerin cinsel yönelimi de kapsayacak şekilde genişlemesi yönündeki öneminin yanında AİHM'in nefret suçlarıyla ilgili tutumunu özetlemesi bakımından da önem arz etmektedir. Buna göre;

“AİHS m. 2 ve m. 3'ün ihlalinin belli gruplara karşı bir ön yargıyla işlenmesi iddiasının varlığı halinde, bu iddiayı araştırmak için öngörülen özel etkin soruşturma yapma yükümlülüğü, somut olayın şartlarına göre “yaşam hakkı” ve “işkence yasağı”ndan doğan usuli yükümlülük kapsamında olabileceği gibi, “ayrımcılık yasağı”ndan doğan usuli yükümlülük kapsamında da incelenebilir (par. 63).

-Devlet otoritesinin ayrımcı ön yargı saikiyle gerçekleştirilen şiddet fiillerine karşı bireylere yeterli koruma sağlama yükümlülüğü bulunmaktadır. Olayda, LGBT bireylere yönelik toplumdaki şiddetli ön yargının varlığına rağmen gösteriye sınırlı sayıda polisin eşlik etmesi ve bunların saldırılar başladıktan çok sonra olaya müdahale etmeleri sebebiyle söz konusu pozitif yükümlülük ihlal edilmiştir (par. 72-74).

Devletin pozitif yükümlülüğünün yukarıda ifade edilen maddi anlamdaki görünüm şekli yanında ön yargı saikli saldırıların etkin bir şekilde soruşturulması şeklinde usuli bir görünüm şekli de mevcuttur. Bir şiddet fiilindeki muhtemel ayrımcı saiki araştırma yönündeki etkin soruşturma yükümlülüğü mümkün olan en iyi şekilde soruşturmak şeklinde olup olayın her şartta tamamen aydınlatılması şeklinde bir

¹⁷¹European Union Agency for Fundamental Rights, “Unmasking Bias Motives in Crimes: Selected Cases of the European Court of Human Rights”, 2018, s. 2 https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2018-unmasking-bias-motives-paper_en.pdf (Erişim Tarihi: 02.02.2022)

¹⁷² Identoba and Others v. Georgia, Judgement of the European Court of Human Rights, No: 73235/12, 12.08.2015

zorunluluk içermemektedir. Bu yükümlülüğün içeriği delillerin toplanarak muhafaza altına alınması için tüm makul önlemleri almak ve şüpheli durumları örtmeden gerekçeli, tarafsız ve bağımsız kararlar vermekten ibarettir. Ön yargı saikiyle işlenen şiddet eylemlerinin bu saik olmaksızın işlenen şiddet eylemleriyle aynı kefeye koymak, bu fiillerin temel insan haklarını yıkıcı etkisi dolayısıyla sahip olduğu özellikli duruma kör kalmak anlamına gelmektedir (par. 67)”

Bu kararı önemli yapan kısım, o dönemde Gürcistan’da cinsel yönelim farklılığına dayalı olarak suç işlenmesinin cezayı ağırlaştıran nitelikli hal olarak düzenlenmesidir (par. 29). Mahkeme, bu durumu koruma şeklindeki pozitif yükümlülüğün yerine getirilmesi için olmazsa olmaz bir şart olarak ifade etmemekte, bu düzenlemeyi sadece bu saiklerin ortaya çıkarılması için gereken soruşturmanın etkinliğinin sağlanması için destekleyici bir unsur olarak görmektedir.

Belirtmek gerekir ki, yakın zamanlı AİHM içtihatlarına yapılan atıflarla Mahkeme’nin nefret suçlarına ilişkin yaklaşımı ortaya konulmaya çalışılsa da sözleşmenin “günün koşullarıyla yorumlanması gereken yaşayan bir belge”¹⁷³ olma niteliği unutulmamalıdır. Mahkeme, verdiği kararlarda yaptığı dinamik yorumlarla Sözleşmede yer alan hakların kapsamını genişleterek onlara yeni boyutlar kazandırmaya devam etmektedir¹⁷⁴. Ancak yine de nefret suçlarıyla ilgili mevcut pozitif yükümlülüklerin ceza hukuku yoluyla mücadeleyi gerektirecek kadar genişlemesi sözleşmenin yorumlanmasındaki ilkelerden olan “takdir alanı doktrini” sebebiyle bizce mümkün gözükmemektedir. Takdir alanı doktrini, üye devletlerin kendi ülkeleriyle ilgili mevzularda uluslararası bir yargıçtan daha iyi bir konumda olması sebebiyle Sözleşmedeki hak ve özgürlüklerden yararlanmanın kapsamını belirlerken belli bir takdir alanının olduğunu ifade eden doktrindir¹⁷⁵. Mahkeme, sözleşme tarafı devletlerin nefret suçuyla mücadele etmesi gerekliliğini belirterek bu mücadelenin ne şekilde yapılacağının belirlenmesini taraf devletlerin yasa koyucularının takdirine bırakacaktır. Bu nedenle Sözleşme maddeleri, ceza kanununda nefret suçu düzenlemesi yapılması şeklinde yasa koyuculara yönelik pozitif bir yükümlülük olarak yorumlanamayacak olsa da, yasa uygulayıcılara yönelik ön yargı saikli fiillere ayrı muamele etme yükümlülüğü pekala istatistik tutulmasına yönelik

¹⁷³ Harris / O’ Boyle / Bates / Buckley, s. 7

¹⁷⁴ Aybay, s. 122

¹⁷⁵ . Ayrıntılı bilgi için bkz. Harris / O’ Boyle / Bates / Buckley. ss.12-14.

kanunların yapılmasının talep edilmesi suretiyle yasa koyuculara yönelik olacak şekilde de genişleyebilir.

2. Irkçılığa ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu (*European Commission against Racism and Intolerance/ECRI*)

Avrupa Konseyi nezdinde 1993 yılında insan haklarının ayrımcılık ve hoşgörüsüzlüğe karşı korunması amacıyla oluşturulan kurumlardan biri olan Irkçılığa ve Hoşgörüsüzlüğe karşı Avrupa Komisyonu, Konseyin yapısı içinde yer almakla birlikte örgütün diplomatik ve bürokratik birimlerinin dışında kalmakta ve özerk nitelik taşımaktadır¹⁷⁶. Komisyonun faaliyetleri üye devletler için herhangi bir bağlayıcılığa sahip olmayıp bu faaliyetlerin fonksiyonu; Konsey'e üye devletlerde ırkçılık, yabancı düşmanlığı, hoşgörüsüzlük gibi konulara dikkat çekmek ve bu konularda kamuoyu oluşturmaktan ibarettir. Bu bağlamda nefret suçlarıyla mücadele de Komisyonun mücadele alanlarından birini oluşturmaktadır. Komisyon nefret suçlarına ilişkin üye devletlere yönelik tavsiye niteliğinde “*Genel Politika Tavsiyeleri*” (*General Policy Recommendations/GPRs*) yayınlamakta ve ayrıca ırkçılık ve hoşgörüsüzlükle alakalı üye devletler özelinde ülke izleme raporları oluşturmaktadır¹⁷⁷. 1996-2016 yılları arasında bugüne kadar yayınlanan toplam on altı tavsiye kararı mevcuttur¹⁷⁸. Irkçı ve yabancı düşmanlığı içeren suçların nitelikli hal olarak düzenlenmesi veya cezanın belirlenmesi safhasında dikkate alınması suretiyle daha fazla cezalandırılması; bu suçların re'sen soruşturulması özenle soruşturulmasının sağlanması yönündeki tavsiyeler içeren 1 numaralı Politika Tavsiye Kararı¹⁷⁹ ile suçların ırkçı saiklerle işlenmesi halini cezayı ağırlaştıran nitelikli hal olarak düzenlenmesi yönünde tavsiye içermesi(par.21) sebebiyle 7 numaralı Politika Tavsiye Kararı¹⁸⁰ nefret suçları bakımından önem arz etmektedir. 7 numaralı Politika Tavsiye Kararında, korunan gruplar bakımından sadece dil, din, renk etnik köken veya milliyeti sebebiyle birini aşağılamak ve tehdit etmenin suç olarak düzenlenmesi gerektiğini ön gören bölümde belirlenim yapılmış(par.18). Bu bölüm haricinde

¹⁷⁶ Aybay, s.109

¹⁷⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://rm.coe.int/leaflet-ecri-2019/168094b101> (Erişim Tarihi: 20.04.2022)

¹⁷⁸ ECRI bünyesinde oluşturulan tüm Genel Politika Tavsiye Kararları için bkz., *Compilation of ECRI's General Policy Recommendation*, Strasbourg: 2014 <https://tandis.odhr.pl/bitstream/20.500.12389/20988/1/06661.pdf> (Erişim Tarihi: 20.04.2022)

¹⁷⁹ ECRI General Policy Recommendation, N°1, 04.10.1996

¹⁸⁰ ECRI General Policy Recommendation, N°7, 13.12.2002 (Değişiklik: 07.12.2017)

korunan özellikler tek tek sayılmamış, genel nitelikteki “ırk ve yabancı düşmanlığı” ifadesi kullanılmıştır.

Komisyon, izleme ve raporlama görevi çerçevesinde Türkiye hakkında sonuncusu 2016’da olmak üzere beş rapor hazırlamıştır¹⁸¹. Bu raporlar, Türkiye’nin nefret suçlarıyla mücadele açısından konumunu irdelemek açısından önemlidir. Ancak bu inceleme, çalışmanın sistematığı açısından yürürlükteki mevzuata ilişkin değerlendirmelerin yer aldığı çalışmanın ikinci bölümünde yapılacaktır¹⁸².

3. Siber Suçlar Sözleşmesi İnternet Aracılığıyla İşlenen İrkçi ve Yabancı Düşmanlığı Niteliğindeki Eylemlerin Cezalandırılmasına İlişkin Protokol¹⁸³

2001 yılında kabul edilen Avrupa Siber Suçlar Sözleşmesi¹⁸⁴, ne ek 2003 yılında kabul edilen protokol, 01.03.2006 yılında yürürlüğe girmiştir¹⁸⁵.

Protokolün amacı, bilgisayar sistemleri aracılığıyla işlenen ırkçı ve yabancı düşmanı niteliğindeki fiillerin protokolü onaylayan ülkelerin iç hukuklarında suç sayılmasının sağlanmasıdır (madde 1). Bu amaçla taraf devletler için; ırk, renk, etnik köken, din ve milliyeti temelinde bir grup aidiyeti olan kişinin bu aidiyeti sebebiyle kendisine karşı bir suç işleneceğinden bahisle bilgisayar sistemleri aracılığıyla tehdit edilmesi (madde 4); alenen aşağılanması (madde 5) fiillerinin ülkelerin ceza kanunlarında suç olarak düzenlenmesi yönünde yükümlülükler öngörülmektedir. Tehdit ve hakaret suçlarının halihazırda suç olarak düzenlendiği hukuk düzenleri için söz konusu maddelerdeki “ırkçı ve yabancı düşmanı saik” ifadeleri; yasa koyuculara mevcut suçların bu saiklerle işlenmesi hallerinin ceza kanunlarında karşılık bulacak şekilde düzenlenmesi anlamına gelmektedir ve bu durum söz konusu maddelerle

¹⁸¹Bu başvurulara ulaşmak için bkz. <https://www.coe.int/en/web/european-commission-against-racism-and-intolerance/turkey> (Erişim Tarihi: 20.04.2022)

¹⁸² Bkz. s. 95

¹⁸³ CoE, Additional Protocol to the Convention on Cybercrime, Concerning the Criminalisation of Acts of a Racist and Xenophobic Nature Committed through Computer Systems, Strasbourg, 28.01.2003, <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treaty-num=189>

¹⁸⁴ CoE, Convention on Cyber Crime, Budapest, 23.11.2001, <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treaty-num=185>

¹⁸⁵ Avrupa Siber Suçlar Sözleşmesi Türkiye için 01.01.2015’ten beri yürürlükte olmasına karşın Türkiye, sözleşmeye ek protokolü 19.04.2016’da imzalamış olsa da henüz onaylamamıştır.

getirilen yükümlülüğün aslında nefret suçu düzenlenmesi yapılması yönünde bir yükümlülük olduğu şeklinde yorumlanabilir.

D. Avrupa Güvenlik ve İş Birliği Teşkilatı (AGİT) (*The Organization for Security and Co-operation in Europe, OSCE*)

Soğuk savaşın etkisinin devam ettiği Avrupa’da doğu bloğu ülkelerle batı bloğu ülkeler arasında güven ortamının sağlanması için 01.08.1975 tarihli Helsinki Nihai Senedi¹⁸⁶ ile kurulan örgüt; günümüzde Türkiye, ABD, Rusya ve Almanya ile İngiltere’nin de dahil olduğu 57 katılımcı devlete sahiptir. Askeri ve siyasi boyut, ekonomik ve çevresel boyut ile insani boyut olmak üzere Avrupa’da güvenlik ve iş birliği üç boyutta yürütülmektedir¹⁸⁷. Bu anlamda güvenliğin çok boyutlu tesisinden maksat, geleneksel siyasi-askeri güvenlik vurgusundan öte ekonomik ve insani boyutlarda da güvenliğin tesisini ifade etmektedir. Örgüt; nefret suçlarını, güvenliğin insani boyutta tesisi için mücadele edilmesi gereken bir alan olarak görmektedir.

AGİT’in kurulması kurucu bir antlaşmaya dayalı olmadığı için üye devletlere kurucu antlaşmaya dayalı yükümlülükler getirmediği gibi çalışma konusunu ilgilendiren nefret suçlarını kapsayan güvenliğin insani boyutuyla ilgili örgüt kapsamında verilen taahhütlerin yerine getirilmesini sağlamak için herhangi bir bağlayıcı sözleşme veya şikayet mekanizması bulunmamaktadır.¹⁸⁸ Bununla birlikte AGİT’in temel karar organı olan ve katılımcı devletlerin dış işleri bakanlarından oluşan Bakanlar Konseyi bünyesinde örgütün güvenliğin tesisi misyonuna hizmet eden ve katılımcı devletlerin karar konusu hususla ilgili taahhütlerini içeren kararlar alınmaktadır. Bu kararların hukuki bağlayıcılığı olmasa da üye devletlerin taahhüt konusunu yerine getirmek için söz vermiş olması sebebiyle siyasi ağırlığı bulunmaktadır¹⁸⁹. Bu nedenle örgüt bünyesinde alınan nefret suçlarıyla mücadeleyle ilgili kararlar nefret suçlarının ulusal mevzuatlarda karşılık bulmasında etkin bir rol oynamaktadır.

¹⁸⁶ “Örgütün temel belgesi, Avrupa’da güvenlik ve istikrarı sağlamak için yapılan bir dizi konferans sonucu oluşmuştur. Ancak bu belge kurucu bir antlaşma niteliğinde değildir. Bu nedenle AGİT; kurucu bir antlaşmaya dayalı olarak oluşturulmuş bir uluslararası örgüt değildir.” Eren, s.138

¹⁸⁷ Eren, s.138

¹⁸⁸ Eren, ss.138-140

¹⁸⁹ Şahinkaya, s.77

AGİT Bakanlar Konseyi'nin nefret suçlarıyla mücadele çerçevesinde aldığı ilk karar, ve nefret suçlarının bir mücadele alanı olarak ilk kez ifade edildiği 2003 tarihinde Maastricht Bakanlar Konseyi Toplantısı'nda alınan karardır¹⁹⁰. Bu kararla birlikte, nefret suçlarıyla kanunlar yoluyla mücadelenin önemi vurgulanmış; üye devletlere işlenebilen ceza kanunlarındaki hoşgörüsüzlük ve ayrımcılık dolayısıyla mevcut suç tiplerini bildirmesi istenmiş ve en önemlisi de devletlerin kendi ülkelerinde işlenen nefret suçlarıyla ilgili veri toplama ve istatistikler oluşturarak AGİT ile bu istatistikleri paylaşma yönünde bir misyon yüklenmiştir¹⁹¹. Bu kararın ardından Bakanlar Konseyi'nin 2006'da aldığı kararla¹⁹² üye devletlerden toplanan nefret suçu istatistiklerinin kamuya açık olarak internet ortamında yayınlanması için Hoşgörü ve Ayrımcılık Yasağı Bilgilendirme Sistemi (*Tolerance and Non-Discrimination Information System-TANDIS*) oluşturulmuştur. Bugün hala aktif olan sistem; katılımcı devletler, sivil toplum ve hükümetler arası kuruluşlardan katılımcı devletlerde işlenen nefret suçlarıyla ilgili tüm veri ve istatistikleri içermesi itibariyle devletlerin bir nevi nefret suçları karnesini oluşturmaktadır¹⁹³. Bakanlar Konseyi kararında ayrıca devletlerin nefret suçlarıyla ilgili istatistik paylaşımları yönündeki taahhütlerini yerine getirmeleri gerektiği vurgulanmıştır. Nefret suçunu konu edinen en kapsamlı Bakanlar Konseyi Kararı, veri toplanmasının ötesinde taahhütler içeren 2009 yılındaki karardır¹⁹⁴. Kararda, nefret suçları, ön yargı saikiyle işlenen suçlar şeklinde ilk kez bir Bakanlar Konseyi kararında tanımlanmış (par. 5) ve nefret suçlarının toplumda sadece azınlık oluşturan gruplara karşı değil, çoğunluk üyelerine karşı da işlenebileceği vurgulanmıştır (par. 11). Tanım ve kapsamla ilgili ifadelerin yanında karar; nefret suçlarına ilişkin özel yasal düzenlemeler yapılması ve suçların ağırlığı itibariyle nefret suçlarına daha fazla ceza uygulanması maddesiyle yasa koyucuya; soruşturma ve yargı makamlarının nefret saikli suçlar hakkında eğitilmesi ile mağdurların nefret suçlarını ihbar etmesinin teşviki edilmesi suretiyle istatistiklerin mümkün olduğunca gerçekte uyuşmasının sağlanması maddeleriyle yasa uygulayıcılarına yönelik taahhütler de içermektedir (par. 14-15).

¹⁹⁰ OSCE/ ODIHR, **Hate Crime Laws: A Practical Guide**, s. 7

¹⁹¹ OSCE Ministerial Council in Maastricht 4/03, 02.12.2003 <https://www.osce.org/files/f/documents/a/0/40533.pdf> (Erişim Tarihi: 16.04.2022)

¹⁹² OSCE Ministerial Council Decision in Brussels 13/06, 05.12.2006 <https://www.osce.org/files/f/documents/a/2/23114.pdf> (Erişim Tarihi: 16.04.2022)

¹⁹³ Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://tandis.odihp.pl/about.jsp> (Erişim Tarihi: 17.04.2022)

¹⁹⁴ OSCE Ministerial Council Decision in Athens 9/09, 02.12.2009 <https://www.osce.org/files/f/documents/d/9/40695.pdf> (Erişim Tarihi: 17.04.2022)

Bakanlar Konseyi nezdinde alınan kararların yanında AGİT'e bağlı idari yapılardan biri olarak 1991 yılında kurulan ve AGİT'in güvenliğinin insani boyutuna ilişkin taahhütlerin yerine getirilmesinden sorumlu olan temel organı¹⁹⁵ Demokratik Kurumlar ve İnsan Hakları Ofisi (ODIHR) nefret suçlarıyla mücadelede önemli bir role sahiptir. Ofisin misyonu, nefret suçlarıyla ilgili farkındalık oluşturmaktır. Bu amaç doğrultusunda ofis, nefret suçlarına ilişkin düzenlemelerin nasıl yapılacağı hususunda katılımcı devletlerin yasa koyucularına, nefret saikinın tespiti ile ilgili soruşturma ve yargı makamlarına, nefret suçu mağdurlarıyla kurulacak diyaloglara ilişkin polis teşkilatı üyelerine yönelik rehberler hazırlamaktadır. Ayrıca her yıl katılımcı devletlerin resmi makamlarından ve sivil toplum kuruluşlarından ülkelerinde işlenen nefret suçlarıyla ilgili bilgi ve veri toplayarak nefret suçlarının raporlanmasına özgülenmiş internet sayfasında¹⁹⁶ bu bilgileri yayınlamaktadır. Bu istatistiklerin yayınlanmasını öngören Bakanlar Konseyi Kararından (*OSCE Ministerial Council Decision in Brussels 13/06*) bu yana her yıl bu raporlar yayınlanmaktadır¹⁹⁷.

E. Avrupa Birliği (AB) (*European Union, EU*) Düzeyinde Nefret Suçu

Avrupa Birliği, mevcut yirmi yedi üye devletiyle beraber önemli bir bölgesel örgüttür. Örgütün; ekonomik ve siyasi bir birlik olmasından kaynaklanan özelliklerinin yanında konumuz açısından asıl önemi, bünyesinde insan hakları alanına ilişkin çok sayıda normatif standart üretilmesinden kaynaklanmaktadır¹⁹⁸

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı (*Charter of Fundamental Rights*); üye devletlerin cinsiyet, ırk, renk, etnik veya sosyal köken, genetik özellikler, dil, din veya inanç, siyasi veya diğer her türlü düşünce, bir ulusal azınlığa mensubiyet, servet, doğum, sakatlık, yaş veya cinsel eğilime dayalı her türlü ayrımcılığı önlemek bakımından üye devletlere pozitif bir yükümlülük yüklemektedir (m. 21). Bu maddeyle birlikte Temel Haklar Şartı'nda yer verilen diğer hakların tanınması ve bu hakların ihlalinin önlenmesi için Avrupa Birliği bünyesinde 2007 yılında oluşturulan Temel Haklar Ajansı (*Fundamental Rights Agency*) kurulmuştur. Ajansın çalışma gündem maddelerinden biri de nefret suçudur. Temel Haklar Ajansı bünyesinde,

¹⁹⁵ Eren, s.140

¹⁹⁶ İnternet sitesi için bkz. <https://hatecrime.osce.org/index.php/> (Erişim Tarihi: 17.04.2022)

¹⁹⁷ OSCE/ODIHR , **Annual Report 2021** (Poland: OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights (ODIHR), 2022), s. 36

¹⁹⁸ Gemalmaz, s. 258

işlenen nefret suçlarına ilişkin veri toplanması veya bu suçlardaki nefret saikinin ortaya çıkarılması gibi uygulamada yaşanan sorunlara yönelik rehberler hazırlanmaktadır¹⁹⁹. Aynı zamanda Ajans, hazırladığı yıllık raporlar ile üye devletlerin yasal düzenlemelerinin arz ettiği durumu; nefret suçlarıyla mücadele dahil ırkçılık, yabancı düşmanlığı bakımından ortaya koymaktadır²⁰⁰.

İrkçılık ve Yabancı Düşmanlığının Belirli Türleri ve İfade Şekilleri ile Ceza Hukuku Yoluyla Mücadele Hakkında Çerçeve Kararı²⁰¹, üye devletlere mücadelenin ceza hukuku yoluyla yapılması gerektiğini ifade etmesi bakımından konumuz için önem taşımaktadır. Çerçeve karar olarak öngörülmüş olması nedeniyle, Avrupa Birliği Antlaşması (*Treaty on European Union*) m. 34'te düzenlendiği şekliyle üye devletlerin ulusal hukuklarında doğrudan bir etkiye sahip olmamakla birlikte bağlayıcı bir karaktere sahiptir²⁰². Çerçeve karar (*framework decision*), artık yürürlükten kaldırılmış bir hukuki işlem türü olsa da konumuzu oluşturan 2008/913/JHA künyeli çerçeve karar, bugün hala yürürlüktedir²⁰³. Kararda; ırkçı veya yabancı düşmanı saiklerin cezayı arttıran nitelikli hal olarak düzenlenmesi ya da cezayı belirlerken hakime, bu saikleri dikkate alma imkanı tanınması yönünde birbirlerine alternatif iki hedef belirlenmektedir. Başka bir bakışla, cezanın belirlenmesi aşamasında bu türden saikleri dikkate almaya imkan veren mekanizmaların varlığı karar kapsamında yeterli görülmektedir. Bu nedenle karar, nefret suçlarıyla ilgili mutlaka özel bir düzenlenme yapılması gerektiği yönünde yorumlanmamalıdır. Çerçeve kararlar, üye devletler için bir hedef ortaya koyar; o hedefe ne şekilde ulaşılacağı -gereken yasal düzenlemenin türü ve içeriği- ise devletlerin takdirine bırakılır²⁰⁴. Ayrıca belirtmek gerekir ki her ne kadar kararda terminolojik olarak “ırkçılık ve yabancı düşmanlığı (racism and xenophobia)” ifadesi kullanılsa da kavram; ırk, renk, din, soy, ulusal ve etnik köken nedeniyle işlenen tüm suçları kapsamaktadır (m. 1/a). İrkçılık ve yabancı düşmanlığı ifadesi, Avrupa Birliği tarafından yapılmış terminolojik bir tercihten ibarettir.

¹⁹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://fra.europa.eu/en/themes/hate-crime> Erişim Tarihi: 02.04.2022)

²⁰⁰ Temel haklar Ajansı bünyesinde oluşturulan yıllık raporlar için bkz. <https://fra.europa.eu/en/content/annual-fundamental-rights-reports-past-editions> (Erişim Tarihi: 02.04.2022)

²⁰¹ Avrupa Birliği Konseyi, 28.11.2008, *Council Framework Decision 2008/913/JHA of 28 November 2008 on Combating Certain Forms and Expressions of Racism and Xenophobia by means of Criminal Law*, No: 2008/913/JAI, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32008F0913> (Erişim Tarihi: 04.04.2022)

²⁰² Athina Giannakoula, “Framework Decisions under the Lisbon Treaty: Current Status and Open Issues”, *European Criminal Law Review* C: 7, S: 3 (2017)

²⁰³ Giannakoula. s.286

²⁰⁴ Bahadır Yakut, “Post-Lisbon Criminal Law Competency of the European Union”, *Marmara Journal of European Studies* C: 17, S: 1-2, 2009, s.6

Son olarak, 09.12.2021’de Avrupa Birliği’nin İşleyişi Hakkında Antlaşma (*Treaty on the Functioning of the European Union*)²⁰⁵ m. 83’te yer alan suçları nefret söylemi ve nefret suçlarını da kapsayacak şekilde değiştirilmesini öneren tebliğ, Avrupa Komisyonu bünyesinde kabul edilmiştir. Söz konusu tebliğe ilişkin yasama süreci tamamlandığı takdirde, bir önceki paragrafta değinilen saikler dışındaki saikler de AB düzeyinde nefret suçları kapsamına alınması gereken saikler olarak kabul görecektir²⁰⁶. Süreç henüz tamamlanmamış olsa da nefret suçunun söz konusu maddede yer alan terörizm, insan kaçakçılığı gibi hassasiyet gerektiren ve bu nedenle üye devletlere bu suçların düzenlenmesine yönelik asgari standartlar getirilen sınırlı sayıdaki suçlar arasına²⁰⁷ (*Euro-crimes*) alınmasının gündeme gelmiş olması bile birliğin nefret suçuna yaklaşımını ortaya koyması bakımından önemlidir.

F. Uluslararası Ceza Mahkemesi (*International Criminal Court, ICC*) ve Roma Statüsü (*Rome Statute*) Bağlamında Nefret Suçu

Uluslararası Ceza Mahkemesi, uluslararası nitelik taşıyan ağır suçların yargılanması amacıyla 11.07.2002 tarihinde yürürlüğe giren uluslararası bir anlaşma niteliğindeki Roma Statüsü ile kurulmuştur²⁰⁸. Türkiye, Roma Statüsü’ne taraf değildir.

Mahkemenin yetkisi, uluslararası toplumun tümünü ilgilendiren en ağır suçlarla sınırlıdır. Mahkemenin yargı yetkisine sahip olduğu suçlar; Roma Statüsü’nün 5. Maddesinde soykırım suçu, insanlığa karşı suç, savaş suçları ve saldırı suçu olarak belirlenmiştir. Anılan suç tipleri kapsamında mahkemenin yargı yetkisi, asli nitelikte değildir (m. 10). Bu suçların soruşturulması ve kovuşturulmasında Uluslararası ceza Mahkemesi’nin taraf devletlere göre ikincil konumda olduğu bu durum, “tamamlayıcılık ilkesi” olarak adlandırılmaktadır²⁰⁹.

²⁰⁵ Anlaşma metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT> (Erişim Tarihi: 02.05.2022)

²⁰⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/combating-discrimination/racism-and-xenophobia/combating-hate-speech-and-hate-crime_en (Erişim Tarihi: 01.06.2022)

²⁰⁷ Peter Csonka / Oliver Landwehr, “10 years after Lisbon. How ‘lisbonised’ is the substantive criminal law in the EU?“, *Eucrim: the European Criminal Law Associations’ forum*, C. 4, 2019, s. 263

²⁰⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://diabgm.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/uluslararasi-ceza-mahkemesi-ucm28022020101834> (Erişim Tarihi: 20.08.2022)

²⁰⁹ Durmuş Tezcan / Mustafa Ruhan Erdem / Murat Önok, *Uluslararası Ceza Hukuku*, 6. Baskı, Ankara: Seçkin, 2021, s. 371

Nefret suçunun doğrudan düzenlenmediği statüde, Mahkeme'nin yargı yetkisine giren dört suçtan soykırım suçu ve insanlığa karşı suç tipleri nefret suçuyla ilişkilendirilebilir.

Roma Statüsü m. 6'da düzenlenen soykırım suçu; *“belli bir ulusal, etnik, ırki ya da dini bir grubu tamamen ya da kısmen yok etmek amacıyla”* belli fiillerin işlenmesi ile oluşmaktadır. Bir kişi veya grubun, o kişi veya grubun belli korunan özellikleri nedeniyle suç hedefi haline getirilmesi, soykırım suçu ile nefret suçu bakımından ortaktır. Bunun yanında, soykırım suçunu oluşturan fiiller; grup üyelerini öldürmek (Roma Statüsü m. 6-a) ve grup üyelerine ciddi bedensel zarar vermek (Roma Statüsü m. 6-b) fiillerinde olduğu gibi belli bir gruba karşı işlenmeseler dahi suç niteliğindedir. Ancak soykırım suçunun oluşabilmesi için, bu fiillerin hedef alınan grubu tamamen ya da kısmen yok etme maksadıyla işlenmesi gerekir²¹⁰. Tamamen ya da kısmen yok etme maksadıyla suç işlenmesi ile nefret saikiyle suç işlenmesi tümüyle örtüşen durumlara karşılık gelmemektedir. Nefret saikinin, mutlak şekilde tamamen ya da kısmen yok etme maksadı taşıdığı söylenemez.

Roma Statüsü m. 7'da düzenlenen insanlığa karşı suç; *“herhangi sivil bir nüfusa karşı yaygın veya sistematik bir saldırının parçası olarak”* belli fiillerin işlenmesi ile oluşmaktadır. Burada suçun mağdurunun belli bir gruba aidiyeti aranmayıp mağdur, herhangi bir sivil nüfus olabilmektedir. Bunun yanında, insanlığa karşı suçu oluşturan fiiller; grup üyelerini öldürmek (Roma Statüsü m. 7/1-a) ve cinsel saldırı (Roma Statüsü m. 7/1-b) fiillerinde olduğu gibi belli bir gruba karşı işlenmeseler dahi suç niteliğindedir. Ne var ki, bu fiillerin insanlığa karşı suç tipine karşılık gelmesi, yaygın ve sistematik bir saldırının parçası olarak işlenmelerine bağlıdır. Nefret suçunda ise, işlenen fiilin sistematik bir saldırının parçası olması gerekmez.

İnsanlığa karşı suç oluşturan fiillerden biri, ırk ayrımcılığı (apartheid) suçu olarak ifade edilmiştir (m. 7/1-j). Irk ayrımcılığı, bir kişiye karşı ırk temelinde suç işlenmesi anlamıyla nefret suçu tanımıyla bir ölçüde örtüşse de, ırk ayrımcılığının m. 7/2-h'da yer alan tanımındaki *“sistematik hakimiyet ve baskı kurmaya yönelik kurumsal bir rejim çerçevesinde ve bu rejimi koruma amacıyla işlediği”* ifadesi, Roma Statüsü'nde yer alan ırk ayrımcılığı fiilinin bir nefret suçu düzenlemesi olarak kabul edilemsini engellemektedir.

²¹⁰ Tezcan / Erdem / Önok, *Uluslararası Ceza Hukuku*, s. 411

Sonuç olarak Roma Statüsü'nde bağımsız bir nefret suçu düzenlemesine yer verilmemiştir. Mahkemenin yargı yetkisi kapsamındaki soykırım ve insanlığa karşı suç, nefret suçuyla örtüşen taraflarının varlığına rağmen, nefret suçundan farklılaşan unsurlara sahiptir.

III. ÇEŞİTLİ ÜLKE HUKUKLARINDA NEFRET SUÇU

A. Genel Olarak

Nefret suçlarıyla mücadele, bir insan hakları sorunu olarak uluslararası ve bölgesel düzeydeki insan hakları koruma mekanizmalarının gündeminde olmasının yanında, devletlerin ulusal suç politikalarının da gündeminde. Ulusal ceza kanunlarında yapılan değişikliklerle, nefret suçlarıyla ceza hukuku yoluyla mücadele edilmesinin önü açılmaktadır. Nefret suçlarının ceza kanunlarında düzenlenmesinde tek tip bir düzenleme şekli bulunmamaktadır. Devletler, takip ettikleri suç politikaları gereği farklı düzenleme şekillerine yer vermektedir. Bunlar; ceza kanununda suç olarak düzenlenmiş fiillerin nefret saikiyle işlenmesinin ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmesi, cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hal olarak düzenlenmesi veya işlenen bir suç nedeniyle verilecek cezanın belirlenmesi aşamasında hakim tarafından göz önünde bulundurulacak hallerden biri olarak düzenlenmesi şeklinde olabilmektedir²¹¹. Bu farklı düzenleme modellerinin ortak yanı, nefret saikiyle işlenen fiilin ceza kanunlarında halihazırda suç olarak düzenleniyor olması ve fiilin nefret saikiyle işlenmesi halinin, söz konusu suç dolayısıyla verilecek cezada artırımı gidilmesi sonucuna yol açmasıdır.

Bu bölümde çeşitli ülkelerin ceza kanunlarında nefret suçlarının ne şekilde düzenlendiği incelenecektir. İnceleme konusu olarak Birleşik Krallık, Almanya ve Fransa seçilmiştir. Bu seçimde söz konusu üç ülkenin nefret suçlarına yaklaşımlarının ve ceza kanunlarında yer alan nefret suçu düzenlemelerinin üç farklı düzenleme modeline karşılık gelmesi etkili olmuştur. Buna göre; Alman Ceza Kanunu'nda nefret saiki cezanın belirlenmesi aşamasında hakim tarafından göz önünde bulundurulacak bir husus olarak düzenlenmekte, Fransız Ceza Kanunu'nda cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hal olarak düzenlenmekte ve Birleşik Krallık'ta ise hem bağımsız suç tipi hem de

²¹¹ OSCE / ODIHR, *Hate Crime Laws: A Practical Guide*, ss. 32-37.

cezaayı ağırlaştıran nitelikli hal olarak düzenlenmektedir. Bu kapsamda inceleme; nefret suçu düzenlemelerinin bu çalışmanın yazıldığı tarih itibarıyla yürürlükteki halleri, günümüze gelene kadar geçirmiş olduğu önemli değişiklikler, bu düzenlemelere yönelik doktrinde yer alan görüşler ve uluslararası kurumların söz konusu düzenlemelere yönelik değerlendirmelerine değinmek suretiyle yapılacaktır.

B. Nefret Suçunun Ayrı Bir Suç Tipi Olarak Düzenlenmesi: Birleşik Krallık

İngiltere ve özellikle başkent Londra, tarih boyunca aldığı göç alan bir konuma sahip olması²¹² nedeniyle farklı kimlikler temelinde çeşitliliğin mevcut olduğu bir yer olarak var olagelmıştır. İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra, yirminci yüzyılın ikinci yarısında toplumda özellikle ırkçılık temelinde ön yargıya dayalı olarak azınlık gruplara yönelik şiddet olaylarının artmasının ardından²¹³ İngiliz Hükümeti, ırkçı eylemlerin karşısında olduğunu ifade ederek ırkçı şiddetle mücadeleyi hükümet politikası kapsamına alsada bu dönemde ırkçı olaylara karşı polis araştırmasının daha sistemli ve özenli hale getirilmesi için önlem alınmasından öte yasal bir düzenleme yapılmamıştır²¹⁴.

Nefret suçlarıyla ilgili yapılan ilk düzenleme niteliğindeki 1998 yılında “Suç ve Düzensizlik Yasası” (*Crime and Disorder Act, CDA 1998*) kapsamında ırkçı saikle ağırlaştırılmış (*racially aggravated offences*) dokuz yeni suç düzenlenmiş (par. 28-30) ve ayrıca, herhangi bir suçun ırkçı saikle işlenmesi halinde cezanın arttırılmasını öngören bir hükme yer verilmiştir.²¹⁵ Irk ile sınırlı kapsam; din (2001, *Anti-terrorism, Crime and Security Act*), engellilik ve cinsel yönelim (2003, *Criminal Justice Act*) ve transseksüel kimlik (2012, *Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act*) karakteristiklerinin de koruma kapsamına dahil edilmesi suretiyle genişletilmiştir²¹⁶.

İngiliz hukukunda şu an yürürlükte olan nefret suçu düzenlemeleri; nefret suçlarını ayrı bir suç tipi olarak düzenleyen hükümler (Suç ve Düzensizlik Yasası, par. 28-32, *Crime and Disorder Act*) ve nefret saikinın temel cezanın belirlenmesi

²¹² Mehmet Zülfi Öner, “İngiltere Hukukundan Nefret Suçları”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S: 116 (Ocak 2015), s. 92

²¹³ Hall, *Hate Crime*, s.32

²¹⁴ Erik Bleich, “Hate Crime Policy in Western Europe: Responding to Racist Violence in Britain, Germany, and France”, *American Behavioral Scientist*, C: 51, S: 2 (01 Ekim 2007), s.150

²¹⁵ Bleich, s.153

²¹⁶ Law Commission, “Hate Crime Laws: Final Report” (Crown, 2021), https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1041169/Hate-crime-report-accessible.pdf, s.1 (Erişim Tarihi:10.05.2022)

aşamasında cezayı ağırlaştıran bir unsur olarak hakim tarafından dikkate alınması gerektiğini düzenleyen hükümler (Cezalandırma Yasası, par. 66, *Sentencing Act*) olmak üzere iki çeşittir²¹⁷.

İngiliz kanun koyucusu, “Suç ve Düzensizlik Yasası”nda yer alan hükümde, nefret suçunun ayrı bir suç tipi olarak düzenlendiği bir model tercihinde bulunmaktadır. Nefret suçu düzenlemeleri çeşitleri arasında kanun koyucular tarafından çok tercih edilmeyen bu modele göre; nefret saiki, suçun kanuni tanımına dahil edilerek suçun manevi unsuru haline getirilir²¹⁸. Kanuni düzenlemede nefret suçundaki nefret saikine karşılık gelecek şekilde “düşmanlık (*hostility*)” ifadesi kullanılmıştır. Yasanın ilgili kısmında öncelikle düşmanlık saikinin ne anlama geldiği açıklanmakta (par. 28) ve devamında da bu saikin suçun kanuni tanımına dahil edildiği ağırlaştırılmış vücut bütünlüğüne karşı suç (par. 29), ağırlaştırılmış mala zarar verme suçu (par. 30), ağırlaştırılmış kamu düzenine karşı suç (par. 31) ve ağırlaştırılmış taciz suçu (par. 32) tiplerine yer verilmektedir²¹⁹. Nefret suçlarının subjektif unsurunu oluşturan kısmıyla (saik, ön yargı, düşmanlık) ilgili özel bir tanım maddesi içermesi itibarıyla par. 28 önemlidir. Buna göre, madde kapsamındaki iki korunan karakteristik grup olan ırksal ve dini grup kavramlarından ne anlaşılması gerektiği açıkça ifade edilmiştir (par. 28/4 ve 28/5). Faili suç işlemeye yönelten düşmanlık saiki, mağdurun bu gruplara mensubiyetinden kaynaklanabileceği gibi aynı zamanda bu gruplarla mevcut bağlantısından da kaynaklanabilir (par. 28/2). Bu nedenle, bu suçların mağduru olabilmek için mutlaka koruma kapsamındaki gruplara mensup olunmasına gerek yoktur. Aynı zamanda, mağdurun karakteristiğine ilişkin faildeki algının gerçekte örtüşüp örtüşmediğinden bağımsız olarak fail, bu saiki nedeniyle sorumlu tutulacaktır. Bu düzenlemeyi özgün hale getiren kısım ise nefret suçunun subjektif unsurunun ispat edilmesine dair bir kısım içermesidir (par.28/1). Şayet fail; suçun işlenmesi sırasında veya hemen öncesinde veya sonrasında, mağdurun ırksal veya dini bir gruba üyeliğine (veya varsayılan üyeliğine) dayalı olarak düşmanlık gösterirse bu durumda sorumluluk için failin tamamen veya kısmen nefret saikiyle hareket ettiğinin ispatlanmasına gerek yoktur. Subjektif bir karakter gösteren saikin ispatının zorluğundan dolayı getirilen bu alternatif, par. 29-32 kısmında düzenlenen suçlar hakkında açılan davaların çoğunda

²¹⁷ Law Commission, s.13

²¹⁸ OSCE/ODIHR, **Hate Crime Laws: A Practical Guide**, s.33

²¹⁹ Kanun metni için bkz. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/37/part/II> (Erişim Tarihi: 16.05.2022)

“düşmanlık saiki” yerine düşmanlık gösterilmesi durumuna ilişkin deliller kullanıldığından uygulamada da karşılık bulmuştur²²⁰.

Bu konudaki diğer bir düzenleme, cezanın belirlenmesi aşamasındadır. “Cezalandırma Yasası” (*Sentencing Act 2020*), “Cezanın Ağırlığı ve Belirlenmesi (*Seriousness and Determining Sentence*)” başlıklı bölümünde yer alan ve mevcudiyeti halinde hakimin cezayı ağırlaştırmasını şart koşan “Düşmanlık (*Hostility*)” başlıklı par.66’yı içermektedir. Din, ırk, engellilik, cinsel yönelim ve transseksüel kimlik özelliklerine dayalı olarak bu gruplara mensubiyeti olan-ya da fail tarafından öyle algılanan- bir kişiye karşı suç işlenirken düşmanlık gösterilirse veya düşmanlık saikiyle suç işlenirse ceza hakim tarafından arttırılır²²¹. Hükmün önemi, cezanın arttırılıp arttırılmayacağı noktasında hakime herhangi bir takdir alanı bırakmamasından kaynaklanmaktadır. “Suç ve Düzensizlik Yasası”nda olduğu gibi düşmanlık saikinin ispatına alternatif olarak düşmanlık gösterilmesinin ispatlanması hükmün uygulama bulması için yeterli görülmektedir. Hakim bakmakta olduğu davada bu hüküm nedeniyle artırım yaptığını halka açık duruşmada ilan etmelidir. Halka açık duruşmada ilan şartı, söz konusu düzenlemenin halka yönelik mesaj niteliğini vurgulamaktadır. Bunun yanında hükümde “Suç ve Düzensizlik Yasası”nda olduğu gibi, transseksüel kimlik gibi korunan karakteristik özelliklerden ne anlaşılması gerektiği açık bir şekilde tanımlanmaktadır. Ayrıca çifte değerlendirme yasağı gereği “Suç ve Düzensizlik Yasası”nda mevcut nefret suçu tiplerinden biri söz konusuysa düşmanlık nedeniyle cezalandırma aşamasında par. 66 kapsamında cezada bir daha artırım yapılamayacaktır (par. 66/3).

İngiliz hukukunda nefret suçuna yönelik iki çeşit düzenleme olması (bağımsız suç tipi olarak nefret suçları-cezanın belirlenmesi aşamasında nefret saiki) nedeniyle İngiltere, karşılaştırmalı hukukta özgün bir örnek oluşturmaktadır. Düzenleme kapsamındaki korunan karakteristik özelliklerin tanımlarına açık bir şekilde kanun metninde yer verilmesi, özellikle belirlilik ilkesi bakımından diğer devletlere örnek olabilir. Bunun yanında saikin ispatıyla ilgili getirdiği alternatifli ispat imkanı, nefret saikinin ispatının zorluğu problemi bakımından etkili bir çözüm niteliğindedir.

²²⁰ Law Commission, s. 19

²²¹ Hükmün için bkz. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2020/17/group/SECOND/part/4/chapter/3/enacted> (Erişim tarihi: 25.05.2022)

C. Nefret Suçunun Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi Kapsamında Değerlendirilmesi: Almanya

İrkçılık, yabancı düşmanlığı ve hoşgörüsüzlük kavramları Almanya’da anti-Semitizm ve Nazi dönemi uygulamalarıyla ilişkili olarak ortaya çıkmıştır. Bu nedenle Almanya’nın nefret suçlarına yaklaşımını bu geri planda değerlendirmek gerekir²²². 2. Dünya Savaşı sonrasında endüstrileşmenin yarattığı iş gücü ihtiyacı sebebiyle farklı yerlerden Almanya’ya gerçekleşen büyük işçi göçleri²²³ ülkede etnik çeşitliliğin artmasına sebep olmuş²²⁴ ve artan etnik çeşitlilik, ırkçı şiddet olaylarını gündeme getirmiştir. İrkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu’nun Almanya için hazırladığı son raporda vurgulandığı üzere aşırı sağcı ve Neo-Nazi grupların şiddet eylemleri 2020 yılı itibariyle artmaya devam etmektedir²²⁵.

Nefret suçu kavramı *-Hasskriminalität-* terim olarak resmi şekilde ilk kez 2001 yılında Federal Kriminal Dairesi (*Bundeskriminalamt, BKA*)²²⁶ tarafından tutulan polis istatistiklerinde²²⁷ ülke genelinde işlenen “politik saikli suçlar (*Politisch motivierte Kriminalität, PMK*)” için ayrı bir veri toplama sistemi oluşturulmasıyla kullanılmaya başlanmıştır²²⁸. Nefret suçu, Federal Kriminal Dairesi tarafından grup ön yargısı saikiyle işlenen suçlar olarak tanımlanmaktadır²²⁹. Nefret suçlarının politik saikli suçlar kapsamında kabul edilmesinden dolayı her ne kadar ilk bakışta aksine bir izlenim olsa da failin fiili işlemesindeki sebebi oluşturan ön yargısının sadece politik görüş veya ırkla ilgili olmasına gerek yoktur. Milliyet, etnik kimlik, renk, din, engellilik, sosyal durum, dış görünüş, cinsiyet, cinsel kimlik ve cinsel yönelim temelli

²²² Bleich, “Hate Crime Policy in Western Europe”, s.153

²²³ 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**, 2009, https://www.internetjournalofcriminology.com/_files/ugd/b93dd4_87744cd433c84bf3981395a2f13f6444.pdf.

²²⁴ Bleich, “Hate Crime Policy in Western Europe”. s.153

²²⁵ ECRI Report on Germany (6th Monitoring Cycle) 17.03.2020, par.65; Almanya hakkındaki tüm ECRI raporlarına ulaşmak için bkz. <https://www.coe.int/en/web/european-commission-against-racism-and-intolerance/germany> (Erişim tarihi: 27.04.2022)

²²⁶ Federal Kriminal Dairesi, Federal İçişleri Bakanlığı’na bağlı olarak çalışan federal kriminal polis teşkilatıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. https://www.bka.de/DE/DasBKA/dasBKA_node.html (Erişim Tarihi: 24.04.2022)

²²⁷ Glet, s. 2.

²²⁸ Deutscher Bundestag, **Wissenschaftliche Dienste, Politisch motivierte Kriminalität – Begriffserklärungen**, 2018 <https://www.bundestag.de/resource/blob/647624/2d351a991d45c5a93fe8e114a157a34e/WD-7-060-19-pdf-data.pdf>. (Erişim Tarihi: 30.04.2022)

²²⁹ Bundesministerium des Inneren, Bundeskriminalamt, **Politisch motivierte Kriminalität im Jahr 2020 Bundesweite Fallzahlen** (04 Mayıs 2021), https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/2021/05/pmk-2020-bundesweite-fallzahlen.pdf?__blob=publicationFile&v=4. S.7 (Erişim Tarihi: 30.04.2022)

ön yargılar sebebiyle işlenen suçlar da nefret suçu olarak nitelendirilmektedir²³⁰. Bu doğrultuda Federal Kriminal Dairesi tarafından yayınlanan ülkede işlenen politik saikli suçlara ilişkin 2020 yılı raporunda da ırkçı ve yabancı düşmanı saiklerle işlenen suçlar yanında cinsiyet, cinsel yönelim, engellilik gibi diğer karakteristik özelliklere ilişkin de istatistikler sunulmakta ayrıca örneğin “din” gibi geniş başlıklar İslam düşmanlığı (*Islamfeindlich*) ve Hristiyan düşmanlığı (*Christenfeindlich*) gibi alt kategorilere ayrılmıştır²³¹. Sonuç olarak nefret suçu tanımında geniş bir korunan karakteristik özellik listesine yer verilmesi ve yapılan bu geniş tanıma riayet edilerek istatistikler tutulması, nefret suçlarını “politik saikli suçlar” üst başlığı altında kabul eden sistemin terminolojik olarak sorunlu olduğuna yönelik eleştirileri²³² belli ölçüde hafifletebilir. Nitekim nefret suçları kapsamına farklı karakteristik özellikler temel alınarak alt kategoriler eklenmesi Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu’nun 2017 yılına ait Almanya’ya ilişkin raporunda da olumlu bir gelişme olarak karşılanmaktadır²³³. Ancak yine de nefret suçunun politik saikli suçların bir türü olarak kabul edilmesi, özellikle suç soruşturmasında nitelemeyi yapacak polislerin nefret suçuna yönelik algısının çok dar olabilmesine ve dolayısıyla da ırk ve yabancı düşmanlığı temelli nefret suçu kategorileri dışındaki suçların nefret suçu olarak nitelendirilmemesine yol açabilecektir²³⁴.

Alman yasa koyucusu, toplumda gerçekleşen nefret olaylarına karşı ceza kanununda ayrı bir nefret suçu düzenlemesi yapmak yerine bu saiklerin cezanın belirlenmesi aşamasında dikkate alınması yönünde tercihte bulunmaktadır. Doktrinde Alman Ceza Kanunu (*Strafgesetzbuch, StGB*)²³⁵’ndaki mevcut düzenlemelerin nefret suçuyla mücadele için uygulanabilir ve yeterli olduğu, maddi ceza hukukunda nefret suçlarıyla ilgili herhangi bir boşluğun olmadığı yönünde görüşler mevcuttur²³⁶.

“Cezaların Belirlenmesindeki Esaslar” başlıklı Alman CK § 46’da²³⁷:
“Mahkeme, cezanın belirlenmesi sırasında failin lehinde ve aleyhinde olan şartları

²³⁰ https://www.bka.de/DE/UnsereAufgaben/Deliktsbereiche/PMK/PMKrechts/PMKrechts_node.html (Erişim Tarihi: 24.04.2022)

²³¹ Bundesministerium des Inneren, Bundeskriminalamt s. 8

²³² UN Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD), Concluding observations on the combined nineteenth to twenty-second periodic reports of Germany, 15 May 2015.

²³³ ECRI Conclusions on the Implementation of the Recommendations in Respect of Germany, 28.02.2017 par. 2

²³⁴ Glet, s.12

²³⁵ Bundan sonra, Alman CK

²³⁶ Dieter Kugelman, “Möglichkeiten effektiver Strafverfolgung bei Hasskriminalität Rechtsgutachten” (Antidiskriminierungsstelle des Bundes, 2015), s. 19 (Erişim Tarihi: 10. 03. 2022) https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/Rechtsgutachten/rechtsgutachten_hasskriminalitaet.pdf?__blob=publicationFile&v=3.

²³⁷ Alman Ceza Kanunu (*Strafgesetzbuch*) <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/> (Erişim Tarihi: 28.04.2022)

birbirleri ile karşılaştırır ve tartar. Özellikle şunlara dikkat edilir: Failin saikleri ve amaçları, ...”²³⁸ ifadesi yer almaktadır. Alman Ceza Kanunu’nun nefret suçlarıyla ilgili düzenlemesi olarak kabul gören maddenin ilk hali yukarıdaki gibidir ve bu haliyle hakim, nefret saiki veya ön yargıyı failin fiili işlerken sahip olduğu saiki (*Beweggründe*) ve amacı (*Ziele*) kapsamında değerlendirmesi suretiyle cezayı üst sınıra yaklaştırarak vermesine imkan tanımaktadır. Maddedeki genel ifade ırkçı saikleri kapsamına alsa da ceza kanununda ırkçılıkla ilgili açık bir düzenleme yapılması yönünde BM Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi²³⁹ ve Avrupa Konseyi Irkçılık ve Hoşgörüsüzlükle Mücadele Komisyonu raporları neticesinde maddede, 12.06.2015 tarihinde bir değişiklik yapılmış²⁴⁰ ve failin saikleri ve amaçları ifadesinden sonra gelmek üzere “özellikle de ırkçı, yabancı düşmanı ve diğer insanlık dışı sebeple (*besonders auch rassistische, fremdenfeindliche oder sonstige menschenverachtende*)” ifadesi eklenmiştir. Bu değişiklik ECRI tarafından olumlu karşılanırsa da maddenin uygulanmasının hakimlerin takdirine bağlı olması ve bu konuda istikrar kazanmış bir uygulama olmaması ECRI tarafından eleştirilmiştir²⁴¹. Alman kanun koyucusu son olarak bu maddede 30.03.2021’de bir değişiklik daha yapmış²⁴² ve anti-Semitizm ifadesini de maddeye ekleyerek ifadeyi “ırkçı, yabancı düşmanı, anti-Semitik ve diğer insanlık dışı sebeple (*besonders auch rassistische, fremdenfeindliche, antisemitische oder sonstige menschenverachtende*)” son haline getirmiştir.

Bu değişiklikler; ırkçı, yabancı düşmanı ve anti-Semitik saiklerin cezanın belirlenmesinde dikkate alınmasını mümkün kılıcı bir fonksiyona sahip değildir. Değişikliklerden önce de sadece “failin saiki ve amacı” ifadesi bu saikleri kapsamına almaktadır. Örneğin ECRI, nefret suçlarının transfobik ve homofobik saiklerle işlenmesi durumunun ırkçı saikler gibi madde metninde açıkça ifade edilmese de Alman CK § 46 kapsamında cezayı ağırlaştırdığını ve dolayısıyla Alman ceza hukuku

²³⁸ Feridun Yenisey / Gottfried Plagemann, çev., **Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB)**, İstanbul: Beta, 2015.

²³⁹ UN Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD), Concluding observations on the combined nineteenth to twenty-second periodic reports of Germany, 15 May 2015, CERD/C/DEU/CO/19-22, <https://www.refworld.org/docid/55c880f24.html> (Erişim Tarihi: 30.04.2022) par.7

²⁴⁰ Gesetz zur Umsetzung von Empfehlungen des NSU-Untersuchungsausschusses des Deutschen Bundestages (GVGuStGBÄndG) m.2; 01.08.2015 tarihinde yürürlüğe girmiştir. <https://www.buzer.de/gesetz/6165/al144297-0.htm> (Erişim Tarihi: 22.04.2022)

²⁴¹ ECRI Report on Germany (6th Monitoring Cycle) 17.03.2020, par. 71

²⁴² Gesetz zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität (ReHaKrBG) m.1; 03.04.2021 tarihinde yürürlüğe girmiştir. <https://www.buzer.de/gesetz/6165/al144297-0.htm> (Erişim Tarihi: 22.04.2022)

sisteminde karşılık bulduğunu kabul etmektedir²⁴³. Alman CK § 46’da yapılan değişikliklerin amacı, davaya bakan hakim, bu maddenin uygulanmasında muhtemel ırkçı, yabancı düşmanı ve anti-Semitik saiklere karşı daha özenli davranmaya sevk etmektir. Mevcut sistemde bir değişiklik yaratmak yerine sadece hakim ve kamuoyuna bir mesaj fonksiyonu gören değişikliklerin gereksiz olduğu yönünde eleştiriler yapılsa da²⁴⁴ bu değişiklikler meclisten geçerek yasalaşmıştır²⁴⁵.

Alman Ceza Kanununda yapılan değişikliklerin akabinde kovuşturma ve soruşturma aşamaları için hazırlanan kılavuzlarda, yasa değişikliğiyle kanuna eklenen saiklere karşı özel bir önem gösterilmesi konusunda yargı makamlarına ve polisler için yönelik ifadeler yer verilmiştir²⁴⁶. Saiklerin cezayı ağırlaştırıcı etkisi, Fransız Ceza Kanunu (*Code pénal*)’daki gibi²⁴⁷ nitelikli hal olarak değil, cezanın belirlenmesi aşamasında gündeme geldiğinden bu saikler doğrudan cezanın artırılması sonucunu doğurmamaktadır. Bu madde bakımından istikrar kazanmış bir uygulama yoktur ve yargı makamları Alman CK § 46’yı zaman zaman uygulamayabilmektedir²⁴⁸. Dahası § 46 özelinde bir istatistik tutulmaması²⁴⁹ Alman CK § 46’nın nefret saiklerini içerir yapısının uygulamaya ne ölçüde yansıtıldığının denetlenmesini engellemektedir.

Her suç tipi için uygulama bulabilecek Alman CK § 46 hükmü yanında, nefret saiki, “cinayet”²⁵⁰ olarak nitelendirilen ve Alman CK § 211’de düzenlenen suç tipi açısından da cezayı ağırlaştıran bir etki doğurabilir. Söz konusu madde, Alman CK § 212’de yer alan kasten öldürme suçunun failinin öldürme fiilini işlerken belli birtakım saiklerle hareket etmesi halinde uygulama bulan bir nevi nitelikli halini oluşturmaktadır. Alman CK § 212’ye göre “*Katil, öldürme zevki, cinsel güdülerini tatmin etme, sırf maddi menfaat ve sair ilkel saik nedeniyle...bir insanı öldüren kişidir*”²⁵¹. Maddedeki “*Sair ilkel saik (aus niedrigen Beweggründen)*” kavramı tipikliğin manevi unsuru olarak düzenlenmektedir²⁵². Söz konusu nitelikli halin uygulanması için hakim fiilin işlenmesinde var olan saikleri tespit etmesi ve bunlar

²⁴³ ECRI Report on Germany (6th Monitoring Cycle) 17.03.2020, par. 27

²⁴⁴ Kugelman, s.18

²⁴⁵ Bkz. 242. dipnot

²⁴⁶ Kugelman, s. 6

²⁴⁷ Fransa için detaylı bilgi için “Fransa” başlığına bakınız.

²⁴⁸ ECRI Report on Germany (6th Monitoring Cycle) 17.03.2020, par. 71

²⁴⁹ Kugelman, s. 6

²⁵⁰ Yenisey / Plagemann, s.285; Yazarlar; § 211’deki cinayet suçunun TCK’daki karşılığını nitelikli kasten öldürme hallerinin düzenlendiği TCK m.82, § 212’deki kasten öldürme suçunun TCK’daki karşılığını kasten öldürme suçunun düzenlendiği TCK m.82 olarak ifade etmektedirler.

²⁵¹ Yenisey / Plagemann, s. 285

²⁵² Jörg Eisele / Bernd Heinrich, **Strafrecht Besonderer Teil**, Stuttgart: W. Kohlhammer, 2020, par. 26, s.13

arasında baskın olan saikin²⁵³ “ilkel” olup olmadığına karar vermesi gerekir²⁵⁴. Saik, toplumda geçerli genel ahlak yargılarına göre aşağılık olarak nitelendirildiği takdirde ilkel bir saik olarak değerlendirilir²⁵⁵. Bu doğrultuda nefret (*Hass*)²⁵⁶ ve yabancı düşmanlığı (*Fremdenfeindlichkeit*)²⁵⁷ ilkel saik niteliğinde olduğundan kasten öldürme suçunun bu saiklerle işlenmesi halinde, öldürme fiili bu saik olmaksızın da Alman CK § 212 kapsamında suç oluşturacağından nefret suçu oluşacaktır.

D. Nefret Suçunun Nitelikli Hal Olarak Düzenlenmesi: Fransa

Endüstrileşmenin getirdiği iş gücü ihtiyacıyla iki dünya savaşı sırasında yaşanan kayıplar neticesinde Fransa, 2. Dünya Savaşı sonrası yoğun bir göç dalgası yaşamıştır. Özellikle Kuzey Afrika ülkeleri ve Fransa’nın Afrika’daki kolonilerinden gelen göçler neticesinde Fransa’nın demografik yapısı azınlıkları içerecek şekilde büyük ölçüde değişmiş²⁵⁸ ve bütün bu süreç boyunca toplumda artan etnik çeşitlilik eş zamanlı olarak ırkçı şiddet olaylarını gündeme getirmiştir²⁵⁹. Fransız kanun koyucusu, bu olaylara kayıtsız kalmamış ve Fransız Ceza Kanunu (*Code pénal*)’nda²⁶⁰ yapılan değişikliklerle ayrımcılığı suç olarak düzenlemekle kalmayıp (m. 225-1/225-4) ırkçılık başta olmak üzere suçların belirli saiklerle işlenmesini cezayı ağırlaştıran nitelikli hal olarak kabul etmiştir (m. 132/76)²⁶¹.

Fransız Ceza Kanunu’nun “İnsan Onuruna Karşı Suçlar” bölümü, m. 225-1 ile m.225-4 arasında ayrıntılı bir şekilde düzenlenen ayrımcılık suçu ile başlamaktadır. Maddede öncelikle korunan karakteristik özellikler sayılmak suretiyle geniş kapsamlı bir ayrımcılık tanımı yapılmaktadır. Buna göre; “*cinsiyet, medeni durum, hamilelik durumu, fiziksel görünüş, ekonomik durumdan kaynaklı savunmasızlık, soyadı, ikamet yeri, sağlık durumu, engellilik, genetik özelliği, cinsel yönelim, yaş, siyasi düşünce,*

²⁵³ Eisele / Heinrich, par.32 s.16

²⁵⁴ Helmut Satzger / Wilhelm Schluckebier, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 5. bs (München: Carl Heymanns, 2021). § 211, par.25, s. 1547

²⁵⁵ Gunther Arzt / Ulrich Weber / Bernd Heinrich / Eric Hilgendorf, *Strafrecht Besonderer Teil*, 2. Baskı, Bielefeld: Ernst und Werner Gieseking, 2009, par.67 s.68

²⁵⁶ Eisele/Heinrich, par.38 s.18; Nefretin ilkel saik olarak nitelendirildiği mahkeme kararı için bkz. Bundesgerichtshof, BGH 3 StR 425/11, 01.03.2012; Bundesgerichtshof, BGH NStZ 691, 2012; Bundesgerichtshof, BGH NStZ 20, 2000

²⁵⁷ Arzt / Weber / Heinrich / Hilgendorf, par.72 s.72

²⁵⁸ <https://minorityrights.org/country/france/> (Erişim Tarihi: 10.04.2022)

²⁵⁹ Bleich, s.13

²⁶⁰ Bundan sonra: Fransız CK

²⁶¹ Madde metinlerine ulaşmak için

https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070719/LEGISCTA000006165298/#LEGISCTA000006165298 (Erişim tarihi: 27.04.2022)

kendilerini Fransızca dışında bir dilde ifade etme yeteneği, etnik grup, milliyet, din, ırk sendikal faaliyetleri, cinsel tacize uğramış olma” gibi geniş kapsamlı karakteristikler bu madde bağlamında koruma bulmaktadır. Söz konusu karakteristik özelliklere sahip olması nedeniyle bir kimseye karşı mal ve hizmet sunulmaması, herhangi bir ekonomik etkinliğinin engellenmesi, işe alınma ve işten ayrılmasının engellenmesi veya bir mal veya hizmet tedariki ile staj veya iş teklifinin sayılan özelliklerden birine dayalı bir koşula tabi tutulması eylemleri hapis cezasını gerektiren bir suç olarak düzenlenmektedir. Fransız CK’da düzenlenen ayrımcılık suçu, Türk Ceza Kanunu m. 122’de düzenlenen “Nefret ve Ayrımcılık” suç tipiyle korunan karakteristik özellikler ve yasaklanan fiiller açısından benzerlik göstermektedir. Ancak gerek koruma kapsamındaki karakteristik özelliklerin ve gerekse ayrımcılık oluşturan fiillerin daha fazla olması nedeniyle ayrımcılıkla mücadele bakımından Türk Ceza Kanunu’ndaki ayrımcılık suçundan daha geniş bir koruma alanına sahiptir. Buna rağmen m. 225-1 ile m. 225-4’te düzenlenen ayrımcılık suçu Fransız yargı sisteminde yeterince uygulama bulmadığı için “İrkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu”nun periyodik olarak yayınladığı ülke raporlarında ırkçılıkla mücadele bakımından yetersiz bulunmuş ve Fransız Ceza Kanunu’nda yeni bir düzenleme yapılması yönünde tavsiyeler verilmiştir²⁶².

Fransız otoriteleri, başlangıçta, ırkçı şiddetle mücadele için yeni bir yasa yapmak yerine mevcut yasaların uygulanmasının sağlanması yönünde bir politika takip etmiş ve bu tavsiyeler karşısında pasif bir tutum sergilemiş olsa da²⁶³ 04.02.2003 tarihinde yürürlüğe giren bir maddeyle (m. 132-76) ceza kanununda AGİT’in nitelendirmesiyle Fransa’daki ilk nefret suçu düzenlemesine²⁶⁴ yer verilmiştir. Madde, kanun sistematığında “Yaptırımlar Rejimi (*Du régime des peines*)” kısmında “Cezaların Ağırlaştırılmasına, Azaltılmasına ve Cezalardan Muafiyete Yol Açan Belli Durumlara İlişkin Tanımlar (*De la définition de certaines circonstances entraînant l’aggravation, la diminution ou l’exemption des peines*)” başlığı altında düzenlenmektedir²⁶⁵. Düzenlemede bir kişiye karşı gerçek veya öyle algılanan etnik grup, milliyet, ırk ve din temelinde bir gruba mevcut aidiyeti veya aidiyetinin olmaması sebebiyle suç işlenmesi durumunda cezanın artırılması öngörülmektedir²⁶⁶.

²⁶² <https://rm.coe.int/second-report-on-france/16808b5727> s.6 (Erişim Tarihi: 27.04.2022)

²⁶³ <https://rm.coe.int/second-report-on-france/16808b5727> s.6 (Erişim Tarihi: 27.04.2022)

²⁶⁴ OSCE / ODIHR, **Hate Crime Laws: A Practical Guide**, s.47

²⁶⁵ <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006070719/> (Erişim Tarihi: 25.04.2022) Bu maddenin yürürlük tarihi 4.02.2003’tür.

²⁶⁶ <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGIARTI000006417500/2003-02-04/> (Erişim tarihi: 27.04.2022)

Söz konusu cezayı ağırlaştıran hal; başlangıçta sadece işkence, kasten öldürme, mala zarar verme ve cebir suç tipleri için söz konusuyken kapsamın genişletilmesi yönündeki ECRI tavsiyeleri²⁶⁷ neticesinde 09.03.2004 tarihi itibarıyla tehdit, hırsızlık ve yağma suçları da kapsam dahiline alınmış²⁶⁸ ve nihayet 27.01.2017 tarihi itibarıyla ceza kanununda yer alan hapis cezasını gerektiren tüm suçlar için geçerli hale getirilmiştir²⁶⁹. Ayrıca cinsel kimlik, cinsiyet ve cinsel yönelimi sebebiyle bir kişiye karşı suç işlenmesi de ayrı bir maddede cezayı ağırlaştıran nitelikli hal olarak düzenlenmiştir (m.132/77). Irk, din, etnik köken ve milliyet (m.132/76) ile cinsiyet kimliği ve cinsel yönelim (m.132/77) sebepleriyle bir kişiye karşı suç işlenmesi tüm suçlar için cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hal olarak düzenlenmeden önce 2017 yılına kadar bu nitelikli haller sadece bazı suç tipleri için geçerli olacak şekilde o suç tipinin düzenlendiği maddede ifade edilmiştir. 29.01.2017 tarihi itibarıyla kasten öldürme (m.221-4), mezarlıklara ve ölüye saygısızlık (m.225-17), cinsel saldırı suçu (m.222-23) gibi yukarıda sayılan karakteristik özellikler sebebiyle işlenmenin nitelikli hal olarak düzenlendiği suçlarda söz konusu nitelikli hali düzenleyen fıkralar yürürlükten kaldırılmıştır²⁷⁰.

İçişleri Bakanlığı bünyesindeki İç Güvenlik İstatistik Departmanı; ülke genelinde ırk, din, etnik grup ve milliyet sebebiyle işlenen suçlarla ilgili veri toplamakta ve resmi istatistikler yayınlamaktadır²⁷¹. Bunun yanında İnsan Hakları Danışma Komisyonu (*Commission nationale consultative des droits de l'homme*, CNCDH),²⁷² Bakanlık bünyesinde oluşturulan resmi istatistiklerin yanında sivil toplum kuruluşları tarafından toplanan veriler ve oluşturulan istatistiklerden de yararlanarak 1990'dan beri ırkçılık, yabancı düşmanlığı ve Anti-Semitizm saikli davalar hakkında sayı ve bilgiler içeren yıllık raporlar yayınlamaktadır.

Sonuç olarak Fransa, ceza kanununda nefret suçu niteliğinde düzenlemelere yer vermektedir. Bu düzenlemelerde korunan karakteristik özellikler ırk, din, etnik köken,

²⁶⁷ <https://rm.coe.int/fifth-report-on-france/16808b572d> par.9 (Erişim Tarihi: 27.04.2022)

²⁶⁸ <https://rm.coe.int/third-report-on-france/16808b5729> par.15 (Erişim Tarihi 27.04.2022)

²⁶⁹ Ministère de la Justice France, **Preventing Racism and Intolerance Handbook of Practices to Better Fight Against Racism and Intolerance** 2019, https://www.gouvernement.fr/sites/default/files/contenu/piece-jointe/2019/03/handbook_of_practices_print_appendix-compressed.pdf, ss.21-22.

²⁷⁰ Ülkelerin ceza kanunlarındaki nefret suçu niteliğindeki düzenlemelere yer veren "Legislationonline" internet sitesinde Fransa ile ilgili sayfadaki bilgiler ne yazık ki güncel yasal mevzuatı yansıtmamaktadır. Bu nedenle bu yazının yazıldığı Nisan 2022 itibarıyla bağlantısını kopyaladığımız sayfa yürürlükteki mevzuat çerçevesinde güncellenmeye muhtaçtır: <https://www.legislationline.org/documents/id/15731> (Erişim tarihi: 27.04.2022)

²⁷¹ Ministère de la Justice France, s. 29

²⁷² Bağımsız idari otorite olarak 1947'de kurulan örgüt, insan hakları ve insancıl hukuk ile ilgili hükümet ve meclise tavsiyeler vermektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.cncdh.fr/fr/presentation-french-nhri> (Erişim tarihi: 27.04.2022)

milliyet, cinsiyet, cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği olup bu özellikler sebebiyle suç işlenmesi, hapis cezasını gerektiren tüm suçlar için cezayı ağırlaştıran nitelikli hal olarak düzenlenmektedir. Failin mağdura karşı nefret ve düşmanlıkla hareket etmesi aranmadan karakteristik özelliği sebebiyle mağdur edilmesi yeterli olarak öngörülmüştür.



İKİNCİ BÖLÜM

NEFRET SUÇU KAVRAMININ SUÇ TEORİSİ BAKIMINDAN YAPISAL ANALİZİ VE KAVRAMIN TÜRK CEZA KANUNU BAĞLAMINDA İNCELENMESİ

I. NEFRET SUÇU KAVRAMININ SUÇ TEORİSİ BAKIMINDAN YAPISAL ANALİZİ

A. Genel Olarak

Her hukuk düzeninde takip edilen suç politikasına göre haksızlık oluşturan insan davranışlarından bazıları seçilerek ceza yaptırımına tabi tutulmak suretiyle suç olarak düzenlenir. Bu çalışmada haksızlık niteliğindeki fiil türlerinden birinin hukuk düzenimizde suç olarak düzenlenmesine gerek olup olmadığı tartışılmaktadır. Bu tartışmanın yapılabilmesi nefret suçunu farklı kılan özelliklerin ne olduğunun ortaya koyulmasını gerektirmektedir. İnceleme, suç genel teorisine göre suçun yapısal analizi yöntemi doğrultusunda yapılacak ve nefret suçu, suçun unsurları ve kusurluluk açısından değerlendirilecektir.

Belirtmek gerekir ki çalışma konusu haksızlığın ceza hukuku normu olarak düzenlenmesinde tek tip bir usul yoktur ve hukuk düzenleri arasında da düzenleme farklılıkları görülebilmektedir. Nefret suçunun nefret saikinin suçun manevi unsuru kapsamına dahil edildiği ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmesi; nefret saikinin varlığının suçun temel şekli için gerekli olmayıp varlığı halinde cezayı ağırlaştıran nitelikli hal oluşturmaları; nefret saikinin suçun işlendiğinin tespitinden sonra cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi aşamasında hakimın takdir yetkisini kullanırken dikkate alacağı unsurlardan biri olarak düzenlenmesi olarak düzenlenebilmesi mümkündür²⁷³. Bu bölüm başlıklarında sözü edilen düzenleme şekillerinden herhangi biri öncelenmeden suçun unsurları ve kusurluluk için genel başlıklar tercih edilmiş;

²⁷³ OSCE / ODIHR, *Hate Crime Laws: A Practical Guide*, ss. 32-37.

düzenleme şekilleri açısından farklılaşan noktalar bu genel başlıklar altında ifade edilmiştir.

B. Tipiklik

Suç genel teorisi, hukuki bir kavram olarak suçun ne olduğunu unsurlara bölmek suretiyle inceler. Suçun unsurları normalde bir bütünlük arz eden suçun bilimsel incelenmesinin gerekli kıldığı bir ayrımdır²⁷⁴.

Haksızlık oluşturan fiillerden hangilerinin suç oluşturduğunu saptama konusundaki işlevine rağmen suçun kaç unsuru olduğu ve bu unsurlardan ne anlaşılması gerektiği hususunda doktrinde görüş farklılıkları mevcuttur²⁷⁵. Nefret suçunun incelenmesinde bu çalışmada takip edilecek sıralama; Türk Ceza Kanunu'na uygun olacak şekilde suçun unsurları altında maddi ve manevi unsurlarla hukuka aykırılık unsuru, kusurluluk başlığı altında kusurla ilgili değerlendirmeler şeklinde olacaktır.

1. Tipikliğin Maddi Unsurları

Maddi unsurlar, fiilin dış dünyadaki görünüm şeklini oluşturmaktadır²⁷⁶. Bu kapsamda suçun maddi unsurları; fiil, fail, mağdur, konu, netice, nedensellik bağı ve objektif isnadiyettir. Nefret suçu, söz konusu unsurlar bakımından ayrı ayrı incelenecektir.

a. Fiil

Fiil, “belirli bir amaca yönelen, kişinin isteği ve iradesine bağlı, dış dünyada etki doğuran icrai yahut ihmali bir insan davranışdır”²⁷⁷.

²⁷⁴ Sulhi Dönmezer / Sahir Erman / Köksal Bayraktar / Serap Keskin Kızıroğlu / Hamide Zafer / Pınar Memiş Kartal / Hasan Sınar / Barış R. Erman / Fulya Eroğlu / Murat R. Önok, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C. 2, 15. Baskı, , İstanbul: Der, 2021, ss. 1-8.

²⁷⁵ Türk ceza hukuku öğretisindeki görüşlerin sistemli bir incelemesi için bkz. Hakan Karakehya / Asena Kamer Usluadam, “Türk Ceza Hukuku Öğretisinde Suçun Manevi Unsuru Bağlamında Suç Genel Teorisine İlişkin Görüşler”, **Journal of Penal Law and Criminology** C: 3, S: 2, 2015.

²⁷⁶ M. Emin Artuk / Ahmet Gökçen / M. Emin Alşahin / Kerim Çakır, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 15. Baskı, Ankara: Adalet, 2021, s.197

²⁷⁷ Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 300; Mahmut Koca / İlhan Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Ankara: Seçkin, 2021, s.101; İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 16. Baskı, Ankara: Seçkin, 2020, s. 179. Belirtmek gerekir ki kabul edilen suç teorisiyle bağlantılı olarak doktrinde fiilin tanımıyla ilgili farklı görüşler mevcuttur. Klasik suç teorisine taraftar yazarlara göre yukarıda verilen fiil tanımındaki fail ile fiil arasındaki manevi bağa işaret eden kısımları kusurlulukla birlikte değerlendirilen suçun

İnsan davranışının belli bir amaca yönelik olması ona fiil vasfını kazandırır²⁷⁸. Buna göre fiil, insandan kaynaklanmalı, irade ürünü olmalı ve dış dünyada tezahür etmelidir²⁷⁹.

Nefret suçu, halihazırda suç oluşturan fiilin nefret saikiyle işlenmesini ifade etmektedir. Bu suç türünde hedef grup hakkındaki düşünceler, duygular ve hedef gruba yönelik davranışlardan oluşan bütüncül bir yapı olan ön yargının davranış boyutu²⁸⁰ suç oluşturan fiil şeklinde dış dünyada tezahür etmektedir. Diğer bir deyişle; kişinin ırk, renk, din dil temelinde farklılık gösteren gruplara yönelik ön yargısı, dış dünyaya suç şeklinde tezahür etmeden cezalandırılmamaktadır. Kimsenin düşüncesinden dolayı cezalandırılmayacağı konusundaki ilke (*cogitationis poenam nemo patitur*) gereği salt ön yargılar ceza hukukunun konusunu oluşturmamaktadır. Mağdurun suç hedefi olarak seçilmesi şeklindeki ayrımcı davranışla dış dünyaya yansıyan ön yargılı tutumlar ceza hukukunun konusu haline gelmektedir²⁸¹.

Belirtmek gerekir ki nefret suçundaki temel suçun fiil unsuru bakımından yapılacak açıklamalar burada değinilmeyi gerektirecek herhangi bir farklılık arz etmemektedir.

b. Fail

Fail, TCK m. 37’de “suçun kanuni tanımında yer alan fiili ...gerçekleştiren kişi...” olarak tanımlanmaktadır²⁸². Belli bir gayeye yönelik irade ile harekete edebilme yeteneği insana özgü olduğundan²⁸³ ve TCK m. 20’de tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımını uygulanamayacağı açıkça belirtildiğinden Türk ceza hukuku isteminde bir suçun faili ancak gerçek kişiler olabilir. Bu sistemde tüzel kişilerin hareket yeteneği olmadığından tüzel kişilerin fail olmasından da bahsedilemeyecektir²⁸⁴.

Nefret suçu bakımından failin, nefret saikiyle bir suç işlemesi gerekmektedir. Nefret suçunun gerek bir suç tipi olarak gerekse belli suç tipleri için cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hal olarak düzenlenmesi durumunda suç herkes tarafından işlenebilir. Bu

manevi unsurları kapsamına dahil edilir. Fiil ise irade unsuru olmaksızın dış dünyada açığa vurulan ve insandan çıkan iş olarak manevi unsurdan bağımsız şekilde hareket ve neticeden oluşan yapı olarak tanımlanarak mekanik bir fiil tanımı kabul edilmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Dönmezer / Erman / Bayraktar / Zafer / Memiş Kartal / Sınar / Erman Eroğlu / Önok, ss. 80 vd.

²⁷⁸ Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.180

²⁷⁹ Koca/Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, ss.104-105

²⁸⁰ Sternberg ve Sternberg, *The Nature of Hate*, s.199

²⁸¹ Mathis, s. 2

²⁸² TCK m. 37 f. 1

²⁸³ Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.366

²⁸⁴ Zeynel Temel Kangal, *Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu*, İstanbul: Seçkin, 2013, s. 124

şekilde suçun herkes tarafından işlenebilmesi halinde suç, genel suç olarak adlandırılmaktadır²⁸⁵. Bu nedenle nefret suçu, failin niteliğine göre özgü nitelikte olmayıp genel suç kapsamındadır. Failin, nefret saikiyle bir suçu işlemesi yeterli olup mağdurun korunan karakteristik özelliği nedeniyle dahil olduğu gruba aidiyeti olmaması gibi olumsuz bir şart da mevcut değildir. Kanunlarında nefret suçu düzenlemelerine yer veren hukuk düzenleri de failin toplumda çoğunluk ya da azınlık addedilen gruba aidiyetinin nefret suçunun işlenmesi için herhangi bir farklılık arz edeceği düzenlemeler yapmamaktadırlar²⁸⁶.

Ancak belirtmek gerekir ki nefret suçunun ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmesi halinde bu suçların kamu görevlisi tarafından işlenmesinin nitelikli hal olarak düzenlenmesi gerektiğini savunan görüşler mevcuttur²⁸⁷. Bu durumda nefret suçuna ilişkin düzenleme, temel hali herkes tarafından işlenebilmekle birlikte nitelikli şekli yalnızca özel faillik vasfı taşıyanlar tarafından işlenebilen görünüşte özgü suç niteliğinde olur²⁸⁸.

Türk ceza hukukunda tüzel kişilerin hareket yeteneği olmadığı için nefret suçu faili de sadece gerçek kişiler olabilir. Hareket yeteneğine sahip olmasına rağmen kusur yeteneği olmayan çocuk, akıl hastası gibi kişilerin nefret saikiyle harekete edip edemeyeceği hususunda özellikle akran zorbalığı kapsamında nefret suçunun işlenebildiği göz önüne alındığında kategorik olarak çocukların veya akıl hastalarının bu saikle harekete edemeyeceği söylenemez. Bu kişilerin işledikleri nefret suçu nedeniyle oluşacak ceza sorumlulukları ise kusurluluk bağlamında ayrıca değerlendirilir.

c. Mağdur

Mağdur, suçla ihlal edilen varlık ya da menfaatin sahibi olan ve yaşayan her gerçek kişidir²⁸⁹. Ancak gerçek kişiler bir suçun mağduru olabilir. Tüzel kişiler, devlet ve kişi toplulukları suçun mağduru değil ancak suçtan zarar gören kişi olabilirler²⁹⁰.

²⁸⁵ Koca/Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 114

²⁸⁶ Gail Mason, "Legislating against Hate", **The Routledge International Handbook on Hate Crime**, ed. Nathan Hall vd., Oxon: Routledge, 2015, s. 63

²⁸⁷ Türk Ceza Hukuku Derneği, "Nefret Söylemi ve Nefret Suçu Çalıştay Grup Raporları", Çalışma Grubu: Kavramsal Çerçeve, **Suç ve Ceza Ceza Hukuku Dergisi**, S: 3-4, 2016, s.6

²⁸⁸ Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 368; Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 17. Baskı, Ankara: Seçkin, 2017, s.189

²⁸⁹ Öztürk/ Erdem, s.190

²⁹⁰ Koca/Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 117

Tipiklikte ayrıca belirtilmediği sürece suç, herhangi bir kişiye karşı işlenebilir ancak çocuğun cinsel istismarı (TCK m.103) ve kamu görevlisine karşı direnme (TCK m. 269) suçlarında olduğu gibi bazı suçlarda mağdurun özel sıfatı tipikliğinin unsurlarından biri olabilmektedir. Mağdurun, nefret suçu düzenlemesindeki korunan karakteristik özelliğe sahip veya o korunan karakteristik özelliğe sahipmiş gibi algılanmasından dolayı mağdur açısından bir özelleştirme mevcuttur. Mağdur, diğer suç tiplerinde olduğu gibi kim olduğundan ziyade, neyi temsil ettiği üzerinden suç hedefi olmaktadır²⁹¹. Nefret suçundaki bu durum, belli bir özelliğe sahip olan veya sahip olduğu düşünülen herhangi birinin mağdur edilebilirliği olarak tanımlanan “mağdurun değişebilirliği (*victim interchangeability*)” kavramıyla açıklanmaktadır²⁹². Buna göre mağdurun kişiliği önemli değildir, sadece faile göre “öteki”ni temsil etmesi, saldırılara hedef olması için yeterli olmaktadır²⁹³.

Mağdurun temsil ettiği şeyden kasıt, mağdurun karakteristik özelliklerini taşıdığı gruptur. Bu nedenle hangi karakteristik özelliklerin koruma kapsamına alınacağı meselesi, nefret suçu düzenlemelerinde merkezi bir öneme sahiptir. Bu problemin çözümünde mevzuatlarında nefret suçu düzenlemesine yer veren ülkeler arasında üzerinde uzlaşmış bir korunan karakteristik özellikler listesi bulunmamaktadır²⁹⁴. Bu durum, her ülkenin toplumsal yapısındaki kendine özgü dinamiklerden kaynaklanmaktadır. Tam da bu sebeple AGİT, nefret suçu düzenlemelerinin nasıl yapılacağına ilişkin hazırladığı rehberde, korunan karakteristik özelliklerin seçimiyle ilgili kriterler belirlemiş ancak takdirin en nihayetinde her devletin yasa koyucusunda olduğunu belirtmiştir²⁹⁵. Doktrinde haklı olarak koruma kapsamına alınacak karakteristik özelliklerin seçimi sürecinin toplumsal gruplar arasında bir ön yargı hiyerarşisi (*prejudice hierarchy*) oluşturabileceği yönünde²⁹⁶ eleştiriler dile getirilmektedir.

Mağdurun karakteristik özelliğinin bu kadar ön planda olduğu bu durumda, failin buna yönelik algısıyla gerçek durumun bağdaşmaması ihtimalinin

²⁹¹ OSCE/ODIHR, **Hate Crime Laws: A Practical Guide**, s.17

²⁹² Jack McDewitt vd., “Consequences for Victims: A Comparison of Bias and Non-Bias Motivated Assaults”, **American Behavioral Scientist** C: 45, S: 4, 2001, s. 710

²⁹³ Perry, **In the Name of Hate: Understanding Hate Crimes**, s. 29

²⁹⁴ Hall, **Hate Crime**, s. 187

²⁹⁵ OSCE/ODIHR, **Hate Crime Laws: A Practical Guide**, s. 38

²⁹⁶ Andras L. Pap, “Neglect, Marginalization, and Abuse: Hate Crime Legislation and Practice in the Labyrinth of Identity Politics, Minority Protection, and Penal Populism”, **Nationalities Papers** C: 2, S: 49, 2021, s. 225 ; Pezzella, s. 59; Neil Chakraborti / Jon Garland, **Hate Crime Impact, Causes and Responses**, 2. Baskı, London: SAGE, 2015, s. 8

değerlendirilmesi gerekmektedir. Örneğin, fail milliyeti dolayısıyla bir kişiye saldırdığında mağdurun gerçekte o milliyetten olmadığı anlaşılırsa failin nefret suçu işlediği gerekçesiyle sorumlu tutulabilip tutulamayacağı sorusu cevaplandırılmalıdır. Failin, mağdur aslında o karakteristiğe sahip olmamasına rağmen sahip olduğu inancıyla harekete etmesi halinde de failin saik nedeniyle nefret suçundan sorumluluğu devam edecektir²⁹⁷. Türk hukukunda benzer bir durum için saikten sorumluluğun devam edeceği ifade edilmektedir. Buna göre, töre saikiyle kasten adam öldürme suçunda (TCK m. 82/1-k) failin saikinin önemine binaen mağdurun kimliğinde yanılma halinde de töre saikiyle işlenme nitelikli halinin uygulanmaya devam edeceği kabul edilmektedir²⁹⁸.

Nefret suçu düzenlemeleri de mağdurun gerçek kimliğinden ziyade failin saiki odaklı şekilde düzenlenmektedir²⁹⁹. Bir önceki bölümde incelendiği üzere örneğin İngiltere'deki "Suç ve Düzensizlik Kanunu" m. 28'de yer alan "...mağdurun bir gruba üyeliği veya öyle algılanan üyeliği temelindeki düşmanlık..." ve Fransız Ceza Kanunu m. 132-76'daki "...gruplarına üyeliği veya fail tarafından zannedilen üyeliği..." ifadeleriyle failin mağdurun grup aidiyeti hakkındaki varsayımının gerçeğe bağdaşmadığı hallerde de nefret suçundan sorumlu olunacağı açık bir şekilde kabul edilmiştir.

d. Konu

Tipik hareketin üzerinde icra edildiği insan veya şey suçun konusunu oluşturmaktadır³⁰⁰.

Nefret suçu açısından suçun konusu için değişiklik gösteren herhangi bir husus söz konusu değildir. Temel suçun konusu nefret suç türü için de suçun konusunu oluşturacaktır. Belirtmek gerekir ki nefret suçunda, nefret saikiyle işlenen temel suçun genel olarak suçun konusunun insan bedeni olduğu vücut dokunulmazlığına yönelik suçlar akla gelse de nefret suçu, bu suçlardan ibaret değildir. Suçun konusunun eşya

²⁹⁷ Ulaş Karan, "Nefret Suçlarından Ne Anlıyoruz?", *Nefret Suçları ve Nefret Söylemi*, İstanbul: Hrant Dink Vakfı Yayınları, 2010, s. 57

²⁹⁸ Salih Zeki İskender, *Öğreti ve Yargısal Kararlar Işığında Töre Saikiyle İnsan Öldürme Suçu(Namus Cinayetleri)*, Ankara: Yetkin, 2011, s. 134

²⁹⁹ OSCE/ODIHR, *Hate Crime Laws: A Practical Guide*, s. 51

³⁰⁰ Koca / Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 118

olduğu malvarlığına yönelik suçlar da nefret saikiyle işlendiğinde nefret suçu niteliği kazanırlar³⁰¹.

e. Netice

Hareketin dış dünyada meydana getirdiği değişiklik tipikliğin maddi unsurlarından neticeyi meydana getirmektedir³⁰². Nefret suçuna temel olan suç tipine göre netice; mağdurun ölmesi ya da yaralanması veya malın zarar görmesi olabilir. Bunun yanında konut dokunulmazlığını ihlal, tehdit gibi fiilin gerçekleştirilmesinin tipikliğin oluşması için yeterli olduğu suç tipleri de nefret suçu olarak işlenebilir. Nitekim nefret suçu tanımına yer verilen bir Yargıtay kararında, dava konusu olay, suçun kanuni tanımında neticenin yer almadığı hakaret suçuna ilişkindir³⁰³. Dolayısıyla netice bakımından nefret suçu için özellik arz eden bir husus bulunmamaktadır.

Belirtmek gerekir ki burada netice, suçun kanuni tanımında unsur olarak yer verilen neticedir³⁰⁴. Bu nedenle, ileriki bölümlerde ayrıntılı değinileceği üzere nefret suçu düzenlemelerinin meşruiyetini sağlamak üzere ileri sürülen bu suçların işlenmesiyle meydana gelen zararın fazla olduğu yönündeki düşünce ile buradaki netice karıştırılmamalıdır. Bir suç, işlenmesi suretiyle mağdurda yol açtığı zararın fazlalığı veya toplumda oluşturduğu tehlikenin boyutu sebebiyle nefret suçu olarak düzenlenebilir³⁰⁵. Ancak düzenleme gerekçesinin böyle olması, nefret suçunu her koşulda neticeli suç haline getirmez.

f. Nedensellik Bağı ve Objektif İsnadiyet

Failin, dış dünyada meydana gelen değişiklikten sorumlu tutulabilmesi için söz konusu değişikliğin failin fiilinden kaynaklanması ve faile objektif olarak isnat edilebilmesi gerekmektedir³⁰⁶. Bu nedenle fail, meydana gelmesine katkı sunduğu

³⁰¹ Bulut, s. 84

³⁰² Koca/Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 129

³⁰³ Yargıtay 18. CD. 2015/997 E., 2015/580 K.

³⁰⁴ Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 339

³⁰⁵ OSCE/ODIHR, **Hate Crime Laws: A Practical Guide**, s. 23

³⁰⁶ Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 340

hiçbir değişiklikten nedensellik bağı ve objektif isnadiyet temelinde bir değerlendirme yapılmaksızın sorumlu tutulamaz.

Nefret suçunda nedensellik bağı, iki alt tespiti içinde barındırmaktadır. Bunlardan ilki, temel suç için yapılan nedensellik bağı değerlendirmesidir. Nefret suçu için söz konusu nedensellik bağı herhangi bir özellik arz etmez. Bu suç türü için farklılık gösteren husus, nefret ile işlenen suç arasındaki nedensellik bağının tespiti şeklinde ifade edilebilecek diğer alt tespitten kaynaklanmaktadır. Suçun maddi unsurunu oluşturan nedensellik bağı kavramından ayırt etmek maksadıyla failin işlediği suçun mağdurun grup aidiyeti ile ilişkili olduğunu ifade etmek için, nedensellik bağı kavramı yerine amaçsalılık bağı kavramı kullanılacaktır.

Bir suçun işlenmesinde salt nefretin varlığının tespiti nefret suçundan sorumluluk için yeterli değildir³⁰⁷. Kanun koyucu tarafından kanuna alınmak suretiyle resmi olarak tanınan nefret ile işlenen fiil arasında sebep-sonuç ilişkisinin varlığı tespit edilmelidir³⁰⁸. Fiilin ne ölçüde failin ön yargısından kaynaklanması gerektiği ise tartışmalı bir meseledir³⁰⁹. Fiilin diğer başka motivasyonların yanında ön yargıdan kaynaklanmasının yeterli olup olmadığı, aksi halde, fiilin başka saikler olmaksızın sadece ön yargıdan kaynaklanmasının gerekip gerekmediği soruları cevaplandırılmalıdır. Amaçsalılık bağının yoğunluğu ile ilgili bu sorular, daraltıp genişletmek suretiyle nefret suçlarındaki sorumluluk dairesi üzerinde ciddi değişikliklere yol açan farklı cevap olasılıklarını içermektedir³¹⁰. Nefret suçunda nefret duygusunu içersin ya da içermesin ön yargının işlenen suça temel teşkil etmesi gerekmektedir. Ancak ön yargının işlenen suça ne ölçüde temel teşkil edeceği sorusu, amaçsalılık bağının tespiti bakımından önemlidir³¹¹. Önemi sebebiyle bu konuya, nefret suçu kavramının belirlilik ilkesi bakımından incelendiği çalışmamızın son bölümünde yeniden dönülecektir.

³⁰⁷ Shirin Afsous, "Proving Hate: The Difficulties of Successfully Prosecuting Bias Motivated Crimes", *Suffolk Journal of Trial & Appellate Advocacy* C: 22, S: 2, 2016, s.287

³⁰⁸ Jacobs/Potter, *Hate Crimes: Criminal Law & Identity Politics*, s. 21

³⁰⁹ Hall, *Hate Crime*, s. 13

³¹⁰ Jacobs /Potter, "Hate Crimes: A Critical Perspective", *Crime and Justice-a Review of Research* 22 (01 Ocak 1997), s. 9

³¹¹ Hall, *Hate Crime*, s.13

2. Tipikliğin Manevi Unsurları

Suçun salt maddi unsurlarının gerçekleşmesi suçun oluşması ve failin cezai sorumluluğu bakımından yeterli görülmemektedir. Objektif sorumluluğun reddedilmesi anlamına gelen manevi unsur olmaksızın failin cezalandırılmaması düşüncesi ceza hukuku düzenlemelerinde yaygın olarak modern dönemle birlikte kabul görmüştür³¹².

Manevi unsurdan ne anlaşılması gerektiği kabul edilen kusur anlayışına göre farklılık gösterebilmektedir. Cezai sorumluluğun doğması için failin kusurlu olması gerektiği “kusursuz suç ve ceza olmaz” ilkesiyle günümüz ceza hukuku düzenlerinde kabul edilse de kusurun içeriği konusunda psikolojik teori ve normatif teori olarak adlandırılan ve Türk doktrinde de temsil farklı görüşler öne sürülmüştür. Psikolojik teoriye göre kusurluluk, fail ile netice arasındaki manevi bir nedensellik bağlantısı, psikolojik bir bağıdır³¹³. Teori, fiili hareket ve neticeden ibaret gören doğal hareket teorisi temeline dayanır ve fail ile gerçekleşen netice arasında psikolojik bağı kabul etmesiyle cezai sorumluluğu objektif sorumluluktan içerdiği iradilik unsuruyla kusur sorumluluğu alanına taşır. Teoriye göre kusurun kast ve taksir olmak üzere iki çeşidi bulunmaktaysa da teorinin psikolojik bağı kurarken sadece iradi alanda yaptığı araştırmanın taksiri açıklamak için yetersiz olduğu sebebiyle eleştirilmiştir³¹⁴. Normatif teori ise failin kusurunu, fail ile netice arasındaki psikolojik bağdan çok normda vücut bulan yükümlülöklere aykırı hareket etme iradesine dayandırır. Hukuka aykırı neticenin iradiliği yani basit psikolojik bağ, kusurluluğu nitelendirmekten uzak olup kusuru ortaya çıkaran husus netice ile fail arasındaki ilişkiden ziyade norm ile fail arasındaki ilişkidir³¹⁵. Bu teoride kast ve taksir haksızlık alanında incelenen ve suçun oluşması için gerekli olan manevi unsur türleridir. Kusur ise suç işlendiği belirlendikten sonra fail hakkında hukuka aykırı hareket etme iradesi sebebiyle yapılan kınama yargısıdır³¹⁶.

³¹² Hakan Karakehya, **İradilik Unsuru Bağlamında Ceza Hukukunda Kast**, Ankara: Savaş, 2010, ss.7-11

³¹³ Dönmezer / Erman / Bayraktar / Keskin Kızıroğlu / Zafer / Memiş Kartal / Sınar / Erman / Eroğlu / Önok, s. 448

³¹⁴ Eleştiriler ve bu eleştiriler doğrultusunda teoride yapılan revizeler için bkz. Dönmezer / Erman / Bayraktar / Keskin Kızıroğlu / Zafer / Memiş Kartal / Sınar / Erman / Eroğlu / Önok, ss. 449-450.

³¹⁵ Kayıhan İçel, **Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Subjektif Sorumluluk**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1967, ss.14-15

³¹⁶ Koca/Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, ss.146-148

Çalışmanın bu kısmında suçun oluşması için tipiklik ve hukuka aykırılık unsurlarının gerçekleşmesi gerektiği ve bu suç dolayısıyla failin cezai sorumluluğunun gündeme gelebilmesi için failin kusurlu olması gerektiği şeklindeki ayrıma uygun olarak bir inceleme yapılacaktır. Bunun için manevi unsur bölümünde subjektif tipiklik unsuru olarak kast ve taksire yer verilecek, kusur ise suçun unsurları dışında incelenecektir. Buna göre suçun manevi unsurları kısmında sırasıyla kast, taksir ve amaç-saik türlerine yer verilecektir.

a. Kast

Kast, kural olarak her suçun zorunlu bir unsurudur³¹⁷. Kastın haksızlığın oluşmasında üstlendiği bu fonksiyon, TCK m.21/1’de “*Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır*” ifadesiyle düzenleme bulmuştur. Buna göre ceza kanunlarındaki suç tiplerinin tümü kural olarak kast manevi unsuruyla işlenebilecektir.

Kast, TCK m.21 f.1 c.2’de suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi olarak tanımlanmaktadır. Kastın bilme ve isteme unsurlarının belli bir fiildeki görünüm şekline göre kast, doğrudan ve olası kast olmak üzere iki türdür. Doğrudan kastta, fail ika edeceği fiiliyle suçun maddi unsurlarının kesin olarak gerçekleşeceğini bilmekte ve bunu irade etmektedir. Olası kastta ise muhtemel olarak addedilen tipikliğin gerçekleşmesi irade edilmemekte ancak tipikliğin gerçekleşmesine razı olunmakta yani tipikliğin gerçekleşmesi kabullenilmektedir³¹⁸. Kanunda yer alan suç tanımlarında doğrudan kast veya olası kastla işleme yönünden bir ayrım yapılmamakta ise de doktrinde “özel kast” olarak adlandırılan³¹⁹ suç tanımında suçun belli bir amaç veya saikle işlenmesinin açıkça belirtildiği hallerde suç ancak doğrudan kastla işlenebilir. Özel kast, birinci dereceden doğrudan kastın farklı bir yansımasıdır. Özel kastın olduğu her durumda fail, neticeyi öngörmüş ve istemiştir. Bu nedenle birinci dereceden doğrudan kastla hareket etmiştir³²⁰. Nefret suçu düzenlemelerinde bir suçun bir gruba yönelik sahip olunan nefret saikiyle işlenmesi arandığından nefret suçunun olası kastla işlenmesi mümkün değildir.

³¹⁷ Koca/Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.147

³¹⁸ Koca/Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.173

³¹⁹ Veli Özer Özbek / Koray Doğan, / Pınar Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12. Baskı, Ankara: Adalet, 2021, s. 266

³²⁰ Karakehya, **İradilik Unsuru Bağlamında Ceza Hukukunda Kast**, ss. 78-79.

Suçun kanuni tanımındaki unsurlardan maksat, dar anlamda tipikliği oluşturan suçun maddi unsurları ile nitelikli şekline ait hususların tümüdür³²¹. Nefret suçu düzenlemeleri için bu suçların ister temel bir suç tipi isterse mevcut suç tipleri için nitelikli hal olarak düzenlenmesi durumunda mağdurun sahip olduğu grup karakteristik özelliğinin fail tarafından bilinmesinin gerekip gerekmediği diğer bir ifadeyle mağdurun ait olduğu karakteristik özelliğin kast kapsamında olması gerekip gerekmediği ortaya koyulmalıdır. Konunun önemi bu hususta faildeki bilgisizliğin kastın kapsamındaki bir hususun varlığı konusunda düşülen hata halinde uygulanan TCK m. 30/1 veya TCK m. 30/2 hükümlerinin uygulanmasına yol açıp açmayacağı sorusu için belirleyici olmasından kaynaklanmaktadır. Mağdur, suçun maddi unsurlarından olduğundan mağdurun niteliğine ilişkin bilgi kastın kapsamındadır. Suç tipinde mağdurla ilgili verilen bilgiler ile ilgili düşülen hata iki şekilde ortaya çıkabilir: Mağdurun mevcut karakteristik özelliğinin fail tarafından bilinmemesi veya olmayan karakteristik özelliğin fail tarafından var zannedilmesi. Nefret suçu düzenlemelerinin ayırt edici özelliği bir kişiye karşı grup karakteristiğine yönelik ön yargı veya nefret sebebiyle suç işlenmesidir. Bu nedenle burada mağdurun belli bir grup karakteristiğine sahip olması suçun maddi unsurlarından birini oluşturmamaktadır. Örneğin fail, bir dine duyduğu ön yargı sebebiyle dış görünümünden o dine inandığını düşündüğü bir kişiyi yaraladığında ön yargı dolayısıyla kasten öldürme suçu işlemiş olur. Ancak, toplumun çoğunluğu tarafından düşmanlık beslenen dini bir azınlık üyesine karşı failin rakip futbol takımı formasını üzerinde gördüğü için kasten yaralama suçunun işlenmesi durumunda ise mağdur, korunan karakteristik özelliğe sahip olsa dahi bu hususun fail tarafından bilinip bilinmemesinden bağımsız olarak kasten yaralama suçu nefret suçu olarak nitelendirilemeyecektir. Örneklerden anlaşılacağı üzere nefret suçu için belirleyici olan mağdurun karakteristik özelliğine sahip olması veya failin bunu bilmesinden ziyade suç oluşturan fiilin bu karakteristik özellik sebebiyle işlenip işlenmediğidir.

b. Taksir

Taksir, TCK m.22/2’de “dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesi” olarak tanımlanmaktadır. Haksızlığın gerçekleştiriliş şekli olarak

³²¹ Koca / Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.161

taksir, bir suçun taksirle işleneceğinin kanunda açıkça öngörülmesi halinde cezai sorumluluğa yol açabilir.

Nefret suçundaki mağdurun ait olduğu gruba yönelik nefret sebebiyle işlenme durumu, tipikliğin gerçekleşmesinin olası kasttaki gibi muhtemel olarak öngörülmesi veya basit taksirdeki gibi öngörülmemesi durumlarıyla bağdaşan bir niteliğe sahip değildir.

c. Diğer Manevi Unsur Türleri

Nefret suçu açısından manevi unsur başlığı altında kast ve taksirden başka maksat ve saike değinilmelidir. Maksat ve saik, tipikliği gerçekleştirme iradesi olan kasttan ayrı olarak fiil ile fail arasındaki manevi bağın daha yoğun hallerini oluşturmaktadırlar. Saik; kişiyi suç işlemeye sevk eden his³²², haksızlık teşkil eden fiili işlemeye iten iç etken,³²³ kişinin içsel aleminde oluşan hareketi yönlendiren hareketle ilgili kararın alınmasındaki etken kastın ortaya çıkmasında motor işlevi gören kastı hazırlayan düşünce³²⁴, bir fiili gerçekleştirirken faili harekete geçiren motivasyon,³²⁵ suç tipindeki hareketin yapılmasına ilişkin kararın alınmasındaki etken³²⁶ olarak tanımlanmaktadır. Tüm bu tanımların ortak yanı, failin iç dünyasındaki karar alma sürecine atıf yapmaları ve bu kararın suç oluşturan davranışın sebebinin oluşturmalarıdır. Arapça kökeni olan sevk (sawk)³²⁷ kelimesine atıf yapılarak faili suç işlemeye sevk eden güdü³²⁸ olarak tanımlanması, fiilin işlenmesi sonucunu doğuran içsel sebep anlamını tam bir şekilde yansıttığı için önemlidir.

Saik, doktrinde kastın bir türü veya unsuru olmadığı kabul edilmekle birlikte bazı yazarlarca “özel kast” olarak nitelendirilmekte ve bu manevi unsur türüne “Kast” başlığı altında yer verilmektedir³²⁹. Ancak saikin kast gibi ancak kasttan ayrı haksızlığın sübjektif unsuru olduğu ve bu sebeple “özel kast” ifadesinin saikle kast

³²² Hakan Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 22. Baskı, Ankara: Adalet, 2019, s. 301

³²³ Koca/Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 252

³²⁴ Özbek / Doğan / Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 266

³²⁵ Karakehya, **İradilik Unsuru Bağlamında Ceza Hukukunda Kas**, s. 75

³²⁶ İskender, s. 111

³²⁷ <https://www.nisanyansozluk.com/kelime/saik> (Erişim Tarihi: 06.04.2022)

³²⁸ Saik, doktrinde “güdü” olarak da isimlendirilmektedir. Bkz. Ayhan Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, c. II-III, 2. Baskı, İstanbul: Beta, 1992, s. 280

³²⁹ Dönmezer / Erman / Bayraktar / Keskin Kızıroğlu / Zafer / Memiş Kartal / Sınar / Erman / Eroğlu / Önok, s. 474; Karakehya, **İradilik Unsuru Bağlamında Ceza Hukukunda Kast**, s.78

arasındaki bu ilişkiyi yanlış bir şekilde yansıttığı düşüncesiyle bu ifadenin kullanılması eleştirilmektedir³³⁰.

Bir fiilin ceza hukukunun konusunu oluşturabilmesi için fiilin işlenmesi fail tarafından irade edilmeli ve bu irade bir hareketle dış dünyada belirmelidir³³¹. Dış dünyada bir hareketle belirmeyen bir düşünce, niyet veya istek ne kadar kötü olursa olsun failin bunlardan ceza sorumluluğu yoktur. Ceza sorumluluğu için failin suçu gerçekleştirme iradesi yeterli olup bunun dışında failin bu fiili gerçekleştirirken nasıl bir motivasyonla hareket ettiği veya kötü niyetli olup olmadığı ceza sorumluluğunun tespitinde önemsizdir³³².

Ancak bazı durumlarda, failin özel bir saikle hareket etmiş olması ceza sorumluluğunun belirlenmesinde belirleyici olmaktadır. Türk ceza hukuku sisteminde bu belirleyicilik; suçun oluşması için gerekli bir manevi unsur olarak, örneğin “*Aşağıdaki fiillerin, siyasal, felsefi, ırki veya dini saiklerle toplumun bir kesimine karşı bir plan doğrultusunda sistemli olarak işlenmesi*” ifadesiyle TCK m.77’de düzenlenen insanlığa karşı suçlarda; suçun nitelikli şeklinin oluşması için gerekli bir manevi unsur olarak, örneğin “*Töre saikiyle*” ifadesiyle TCK m.82/1-k’da düzenlenen kasten öldürme suçunun nitelikli halinde veya suçun işlendiğinin tespitinden sonra TCK m.61/1-g’de yer alan “*Failin güttüğü amaç ve saiki*” ifadesiyle temel cezanın belirlenmesi aşamasında olmak üzere üç farklı şekilde olmaktadır.

Saik gibi tipikliğin diğer sübjektif unsurlarından olan maksat ise failin tipe uygun fiilinin takip ettiği hedef veya amaçtır³³³. Suçun işlenmesi için failin o suçu işlemeyi irade etmesi yeterli o suçu işlemekle elde etmeyi arzuladığı hedefinin cezai sorumluluk açısından bir önemi olmamaktadır. Ancak bazı durumlarda failin suç işlemekten maksadı ceza sorumluluğunun belirlenmesinde belirleyici olmaktadır. Türk ceza hukuku sisteminde bu belirleyicilik; suçun oluşması için gerekli bir manevi unsur olarak, örneğin “*kendisine veya başkasına yarar sağlamak maksadıyla*” ifadesiyle TCK m.141’de düzenlenen hırsızlık suçunda; suçun nitelikli şeklinin oluşması için gerekli bir manevi unsur olarak, örneğin “*Bir hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla*” ifadesiyle TCK m.144/1-b’de düzenlenen hırsızlık suçunun nitelikli halinde veya suçun işlendiğinin tespitinden sonra TCK m.61/1-g’de yer alan

³³⁰ Koca/Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, ss. 250-251; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 300

³³¹ Dönmezer / Erman / Bayraktar / Keskin Kızıroğlu / Zafer / Memiş Kartal / Sınar / Erman / Eroğlu / Önok, s. 77

³³² Özbek / Doğan / Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 252

³³³ Koca/Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 251

“*Failin güttüğü amaç ve saiki*” ifadesiyle temel cezanın belirlenmesi aşamasında olmak üzere üç farklı şekilde olmaktadır.

Nefret suçunda faili suç işlemeye yönelten sebep, bir gruba karşı failin sahip olduğu ön yargı veya duyduğu nefrettir. Bu nedenle nefret suçu düzenlemeleri, kast manevi unsuru dışında diğer sübjektif haksızlık unsurlarından olan saike yer vermektedir. Nefret suçunun ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmesi durumunda saik, suç tipinin oluşması için gerekli manevi unsur niteliğinde olacağından nefret saikinin olmaması durumunda bu suç nedeniyle manevi unsur yokluğundan herhangi bir ceza sorumluluğu doğmaz. Nefret saikinin temel bir suçun nitelikli hali olarak düzenlenmesi halinde kasten öldürme suçunda töre saikinin tespit edilememesi durumunda olduğu gibi ceza sorumluluğu sadece suçun temel şeklinden olacaktır.

Nefret suçunun ayırt edici özelliklerinden birinin failin suç işlemeye yönelten özel bir sebep yani saikle hareket etmiş olduğu belirlendikten sonra burada saikten ne anlaşılması gerektiği sorusu cevaplandırılmalıdır. Bir kişinin ırkı nedeniyle öldürülmesi durumunda failin tetiği çekmesindeki sebebin mutlaka o ırka karşı duyduğu nefret olmasının gerekip gerekmediği, aksi halde, birinin sırf ırkı sebebiyle kasten öldürme suçunun hedefi olması kasten öldürme suçunun nefret suçu olarak nitelendirilmesi için yeterli olup olmadığı soruları cevaplandırılmalıdır. Diğer bir deyişle, nefret suçunun tespitinde kişinin grup aidiyeti sebebiyle mağdur edilmesinden öte failin bu mağdur seçiminin altında yatan sebep incelenecek midir? Bu sorulara verilen yanıtlara göre nefret suçu bakımından farklı düzenleme modelleri oluşmuştur. Buna göre fail tarafından salt grup aidiyeti sebebiyle yapılan seçimin yeterli olması ayrımcı saik modeline; bu seçimin nedeninin bu gruba duyulan nefrete dayanmasının da aranması düşmanlık saiki modeline karşılık gelmektedir³³⁴. Nefret suçu düzenlemesine sahip olan hukuk düzenlerinin genel olarak tercihi, “by reason of” ifadesi kullanılarak failin fiiliyle mağdurun korunan karakteristiği arasında bir nedensellik bağının olmasını yeterli görmektir. Bunun dışında nedensellik bağının dayandığı duygunun nefret duygusu olması aranmamaktadır³³⁵. Yukarıda verilen örnek; failin tetiği aynı kişiye karşı bir derbi maçı öncesinde karşı takım lehine Kürtçe tezahüratlar etmesi üzerine çekmesi şeklinde biraz değiştirildiğinde ise saikten ne anlaşılması gerektiği sorusunun bir fiilin gerçekleştirilmesinde birden fazla saik olması şeklindeki bir diğer boyutu ortaya çıkar. Bu örnekte öncekinden farklı olarak failin

³³⁴ Lawrence, **Punishing Hate Bias Crimes under American Law**, s. 35

³³⁵ OSCE/ODIHR, **Hate Crime Laws: A Practical Guide** s. 48

mağduru seçmesinde mağdurun ırkı yanında karşı takım taraftarı olması da etkili olmaktadır. Dolayısıyla kasten öldürme suçunun saiki, mağdurun korunan bir karakteristik özelliğinin yanında korunmayan bir grup aidiyetine de -futbol takımı taraftarlığı- dayanmaktadır. Bu durumda kasten öldürme suçunun nefret suçu olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği sorusu cevaplandırılmalıdır. Bu sorunun cevabı, nefret suçunun ne şekilde düzenleneceğine karar verecek kanun koyucunun takdirindedir. Kanun koyucu, nefret suçu olarak nitelendirilmeyi, fiilin münhasıran nefret saikine dayalı işlenmesine bağlı tutulabilir. Nitekim kasten öldürme suçunun TCK m. 82/1-j'de düzenlenen kan gütme saikiyle işlenmesi nitelikli halinin uygulanabilmesi için Yargıtay kararlarında, failin münhasıran bu saikle hareket etmesini şart olarak aramakta ve failin başka bir saikle hareket ettiğinin tespit edilmesi halinde bu nitelikli hal uygulama bulmamaktadır³³⁶. AGİT, katılımcı devletlere saiki ispatlamanın zorluğu ve çoğu olayda birden fazla saikin bir arada bulunması sebepleriyle birden çok saiki mümkün kılan nefret suçu düzenlemeleri yapmalarını tavsiye etmektedir³³⁷. Doktrinde de failin münhasıran nefret saikiyle hareket etmesinin aranmaması gerektiği ve bunun yerine mevcut saikler arasında temel ve esas saikin nefret saiki olmasının nefret suçu nitelendirmesi için yeterli olduğu savunulmaktadır³³⁸.

C. Hukuka Aykırılık

İşlenen fiil, bir suçun kanuni tarifindeki maddi ve manevi unsurları bünyesinde barındırıyorsa ortada tipik bir haksızlık mevcuttur ancak bu aşamada henüz suçun varlığından bahsedilemez. Suçun oluşması için, fiil tüm hukuk düzeni bakımından bir değerlendirmeye tabi tutularak o fiilin işlenmesinin bütün hukuk sistemine aykırı olup olmadığı araştırılır³³⁹. Ceza normunun yasakladığı bir fiilin işlenmesine izin vererek onun hukuka aykırı olmasını önleyen kurallara “hukuka uygunluk sebepleri” denir³⁴⁰.

³³⁶ Yargıtay CGK. 1-228/69, 30.03.2010, Yargıtay 1. CD. 4166/7673, 01.12.2008; Hasan Tahsin Gökcan / Mustafa Artuç, **Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi**, C. 2, Ankara: Adalet, 2021, s. 3014; M. Emin Artuk / Ahmet Gökçen / Caner Yenidünya, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, C. 2, 2. Baskı, Ankara: Adalet, 2014, s. 3043

³³⁷ OSCE/ODIHR, **Hate Crime Laws: A Practical Guide**, s. 55

³³⁸ Lawrence, **Punishing Hate Bias Crimes under American Law**, s.10; Jacobs/Potter, **Hate Crimes: Criminal Law & Identity Politics**, s. 146; Aynı yönde bkz. Bulut, s.182, Yazar görüşünü, baskın ve belirleyici saikin nefret saiki olması gerektiği şeklinde ifade etmektedir.

³³⁹ Koca/Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 266

³⁴⁰ Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 483

Tipik fiili hukuk düzeninde hukuka uygun hale getiren herhangi bir sebep bulunmaması halinde hukuka aykırılık unsurunun mevcudiyetiyle suç oluşur.

Hukuka uygunluk sebeplerinin uygulanması için failin bu sebeplerin somut olayda var olduğunun bilincinde hareket etmesinin gerekip gerekmediği hususu tartışmalıdır. Bir görüşe göre hukuka uygunluk sebebinin salt varlığı failin bunu bilip bilmemesinden bağımsız olarak hukuka uygunluk sebebinin olayda uygulanması için yeterlidir³⁴¹. Diğer görüşe göre ise fail fiilini hukuka uygun hale getiren durumun varlığını bilmeli ve bu hukuka uygunluk nedeninin tanınma amacı doğrultusunda hareket etmelidir³⁴². Bu çalışmada tipik haksızlığın maddi unsurların yanında manevi unsurları da içerdiği kabul edildiğinden haksızlık alanında yer alan hukuka aykırılıkla ilgili hususların-hukuka uygunluk sebepleri- haksızlığın gerçekleştiriliş şekli olan kastın kapsamında olması gerektiği sonucuna varılmaktadır. Bu nedenle bir kişiye karşı sahip olduğu grup karakteristiği sebebiyle suç işlenmesi durumunda fail hukuka uygunluk nedeninin tanınma amacı doğrultusunda hareket etmediğinden somut olayda herhangi bir hukuka uygunluk sebebi bulunsa dahi fail bu hukuka uygunluk sebebinden faydalanamaz. Bu nedenle nefret saikinın varlığı ile hukuka uygunluk sebepleri birbirleriyle bağdaşmaz bir özellik gösterirler. Hukuka uygunluk sebeplerinin gerçekleşmesi halinde, bu sebeplerin, failin buna ilişkin bilgisinden bağımsız olarak uygulanması gerektiği düşüncesine göre ise, fail nefret saikiyle hareket ediyor olsa dahi, fiilini hukuka uygun hale getiren bir sebep varsa, o fiil için uygulama bulacaktır.

D. Kusurluluk

Kusur, failin ceza sorumluluğunun doğması için zorunlu bir unsurdur ancak yukarıda ayrıntılarına değinildiği üzere kusurluluğun kapsamı psikolojik ve normatif görüşlerden hangisinin benimsendiğine göre değişebilmektedir. Bu çalışmada takip edilen sistematığe göre kusur, suçun işlendiğinin tespitinden sonra failin bu suç

³⁴¹ Zeki Hafizoğulları / Muharrem Özen, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: US-A Yayıncılık, 2017, s. 212; Aynı yönde bkz. Dönmezer / Erman / Bayraktar vd. s. 253; Kayhan İçel, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul: Beta, 2021, s. 315

³⁴² Koca / Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 270; Aynı yönde bkz. Artuk /Gökçen / Alşahin / Çakır, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 660

nedeniyle kınanıp kınanamayacağının tespiti için işlenen fiilin fail bakımından değerlendirilmesi aşamasına karşılık gelmektedir³⁴³.

Kusurluluk fiile özgüdür ve sadece belli bir fiile göre saptanabilir³⁴⁴. Bunun anlamı, failin yaşayış biçiminin kusurun belirlenmesinde önem arz etmemesidir. Örneğin failin sahip olduğu sosyal medya hesabında belli bir azınlık gruba karşı ayrımcı ifadeler kullanması veya bu azınlığa düşmanlık besleyen bir derneğe üye olması bu azınlık gruba üye birine karşı işlediği bir kasten yaralama suçunda yapılacak kusurluluk değerlendirilmesinde dikkate alınmayacaktır. Failin münhasıran kasten yaralama fiilini işlerken norma aykırı irade oluşturduğunun bilincinde hareket etmesi gerekli ve yeterlidir.

Bir kişinin işlediği fiili sebebiyle kınanabilmesi yani onun hakkında kusur yargısında bulunulabilmesi için kişinin kusur yeteneğine sahip olması, haksızlık bilincinin olması ve kusurluluğu kaldıran hallerin somut olayda gerçekleşmemiş olması gerekir³⁴⁵. Kusur yeteneği, haksızlığı anlayabilme ve bu anlayışa göre davranabilme³⁴⁶ şeklinde açıklanabilecek algılama yeteneği ve irade yeteneğinin varlığı durumunda gündeme gelir. Algılama yeteneği, failin işlediği fiilin içinde yaşamış olduğu toplumda ne anlama geldiğinin bilincinde olmasını ifade eder.³⁴⁷ İrade yeteneği ise failin sahip olduğu algıya dayalı olarak hareketlerini yönlendirebilme yeteneğidir. Nefret suçunda bir kişinin korunan karakteristiği sebebiyle suç hedefi haline getirilmesi kararının kınanabilmesi için failin mevcut karakteristiği ve bu karakteristik üzerinden belirlenen grup aidiyetini anlayabilmesi gerekir. Bu algılamadaki eksiklik, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını yeterince algılayamama anlamına geleceğinden örneğin akıl hastaları veya yaşça küçüklerin nefret suçu için kusurlu hareket edip edemeyecekleri sorusunu gündeme getirir. Burada nefret suçu açısından akıl hastalığının ya da yaşça küçüklüğün algılama yeteneğine olan etkileri sebebiyle kesin olarak kusur yeteneğini ortadan kaldırdıkları şeklinde tümdenci bir yaklaşımın doğru olmadığı ve bu konudaki değerlendirmenin somut olay bazında yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Nefret suçunda kusurluluğu

³⁴³ Koca/Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 310; Artuk/Gökçen / Alşahin / Çakır, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 572

³⁴⁴ Dönmezer / Erman / Bayraktar ve diğ., s.456; Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 572

³⁴⁵ Koca/Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 314

³⁴⁶ Hakeri, s.383

³⁴⁷ Artuk/Gökçen / Alşahin / Çakır, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.574; Koca / Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 314

etkileyen diğerk bir hal olan haksız tahrik açısından bakıldığında kişinin haksız bir fiilin kendisinde meydana getirdiğı hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında kalarak irade yeteneğinin etkilendiğı bu durumun³⁴⁸ nefret saikiyle işlenen suçlarda uygulama bulup bulmayacağı sorusu cevaplandırılmalıdır. Haksız bir fiilin meydana getirdiğı şiddetli elem veya hiddet etkisi altında hareket eden kişinin aynı anda nefret saikiyle hareket etmesinin mümkün olmadığı söylenebilir. Nitekim örneğin kasten öldürme suçunun nitelikli hallerini oluşturan kan gütme saiki ve töre saikiyle suçun işlendiğı durumlarda haksız tahrik oluşturan bir durumun varlığı halinde bu nitelikli hallerin uygulama bulmayacağı kanun gerekçesinde açıkça ifade edilmiştir³⁴⁹. Kanımızca bu durum kasten öldürme suçunda kan gütme ve töre saikiyle işlenmesi nitelikli hallerinin uygulama bulması için failin münhasıran bu saiklerle hareket etmiş olması gerektiğı yönündeki Yargıtay'ın yerleşik uygulamasından kaynaklanmaktadır. Nefret suçu düzenlemesinin nefret saikinin tek değil ama temel saik olması gerektiğı şeklinde yapılması halinde haksız tahrik hükümleri nefret suçu açısından da uygulama bulabilecektir.

Failin kusur yeteneğinin ve haksızlık bilincinin varlığı ile kusurluluğı kaldıran hallerin gerçekleşmediğı tespit ediliyorsa kusurluluk mevcuttur. Kusurluluğun tespiti ile failin eyleminden ötürü kınanabileceğı belirlendikten sonra failin ne ölçüde kınanabileceğı kusur kavramıyla belirlenir. Kusur, kusurluluğun yoğunluğunun niceliksel ölçüsünü oluşturur³⁵⁰. Nefret suçu düzenlemelerinin yapılması gerektiğini savunanlar görüşlerinin meşruiyetini nefret suçu faillerinin daha kusurlu olmalarına dayandırmaktadır³⁵¹. Buna göre nefret saiki nedeniyle fail daha fazla kusurlu olduğundan temel suçun cezasına ek olarak ceza bu kusurla orantılı olarak arttırılmalıdır. Saik, failin kusurunu ortaya koyması bakımından önemlidir³⁵². Nicelik olarak değerlendirilebilir kusurun yoğunluğunu arttıran nefret saikinın varlığı kusurla orantılı ceza ilkesi gereğı cezanın belirlenmesinde bu nedenle dikkate alınmalıdır.

³⁴⁸ Koca / Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 358

³⁴⁹ “(i) bendine göre; yerleşmiş Yargıtay kararlarında da kabul edildiğı üzere, kan gütme saikiyle öldürme hâlinde ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmedilmesi, fiilin sadece kan gütme saikine bağılı olarak işlenmiş olması hâlinde söz konusu olabilecektir. Ancak, belirtilmelidir ki, haksız tahrikin koşullarının bulunduğu hâllerde, bu bent hükmü uygulanamaz. Nihayet, (j) bendine göre; töre saikiyle öldürme hâlinde ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmedilecektir. Ancak, bu hükmün uygulanabilmesi için, somut olayda haksız tahrikin koşullarının bulunmaması gerekir.” Artuk / Gökçen / Yenidünya, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, s. 3043; Burada (i) ve (j) bentleri, TCK m. 81’de düzenlenen kasten öldürme suçunun TCK m. 82’de yer alan kan gütme saiki (TCK m. 82/1-j) ve töre saikiyle (TCK m. 82/1-k) işlenmesi hallerine karşılık gelmektedir. 7406 sayılı Türk Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (R.G. s. 31848, 27.05.2022) nedeniyle bent numaralarında değişiklik oluşmuştur.

³⁵⁰ Özbek / Doğan / Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 359

³⁵¹ OSCE/ODIHR, **Hate Crime Laws: A Practical Guide**, s. 23

³⁵² Koca / Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.710

Ancak temel cezanın belirlenmesinde hakimin cezayı takdir ettiği zaman dikkate alınmanın yetip yetmeyeceği ve bununla bağlantılı olarak nefret suçuyla ilgili haksızlıkla ilgili aşamada düzenleme yapılması gerekip gerekmediği hususuna son bölümde geri dönecektir.

II. NEFRET SUÇUNA İLİŞKİN TÜRK HUKUKUNDAKİ MEVCUT DURUMUN TÜRK CEZA KANUNU KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

2005 yılında yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'da, nefret suçu, ne İngiltere örneğinde olduğu gibi temel bir suç tipi olarak düzenlenmiştir ne de Fransa örneğinde olduğu gibi suçun belli karakteristik özellikler sebebiyle işlenmesi hali birden fazla suç tipi için geçerli olacak şekilde genel bir cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hal oluşturmaktadır. Ancak bu durum nefret saikiyle suç işlenmesi hallerinin ceza hukuku sisteminde hiçbir şekilde dikkate alınmadığı anlamına gelmemektedir. Bu konuda genel veya özel nitelikte hükümler yerine karma bir model benimsenmektedir³⁵³. Karma modelden kasıt, bu saiklerin ayrıca ve özel olarak düzenlenmesi yerine birçok saiki kapsamına alan düzenlemelerde saiklerden biri olarak değerlendirilebiliyor oluşudur. Nefret suçu literatüründe TCK bağlamında nefret suçu olarak incelenen maddeler, m. 115 (inanç, düşünce ve kanaat hürriyetinin kullanılmasını engelleme); m.122 (nefret ve ayrımcılık); m. 125 (hakaret), m. 153 (ibadethanelere ve mezarlıklara zarar verme) ve m.216 (halkı kin ve düşmanlığa tahrik ve aşağılama) hükümlerinden oluşmaktadır³⁵⁴. Bu hükümlerin temelinde eşitlik ilkesi yatmaktadır. Anayasanın 10. maddesi ile TCK m. 3'te ifade edilen bu temel prensip, aşağıda incelenen suçlarda öncelikle korunan hukuki değeri ifade etmektedir. Bu nedenle bu suç tipleri incelenmeden önce kısaca TCK m. 3 bağlamında eşitlik ilkesine değinilecek ve devamında belirtilen suç tipleri bakımından bir değerlendirme yapılacaktır.

³⁵³ Şahinkaya, s.191

³⁵⁴ Bkz. Veli Özer Özbek / Koray Doğan / Pınar Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 16. Baskı, Ankara: Seçkin, 2021, s.479; Demirbaş, s. 2700; Bulut., ss.166-175; Sokullu-Akıncı. ss.112-116; Şahinkaya, ss.192-212

A. Adalet ve Kanun Önünde Eşitlik İlkesi (TCK m. 3)

“Adalet ve kanun önünde eşitlik ilkesi” başlıklı maddenin ilk fıkrasında işlenen fiilin ağırlığı ile orantılı cezaya hükmolunması gerekliliği ve ikinci fıkrasında da ceza kanunun uygulanmasında kişiler arasında “ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, siyasal veya diğer fikir yahut düşünceleri, felsefi inanç, milli veya sosyal köken, doğum, ekonomik ve diğer toplumsal konumları yönünden” kişiler arasında ayrımcılık yapılamayacağı vurgulanmaktadır. Anayasanın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesi, 5237 sayılı TCK ile Türk ceza hukuku mevzuatına dahil olan TCK m. 3 hükmü ile³⁵⁵ birlikte ilk kez ceza kanununda yer almıştır. Bu düzenleme ile, yasa uygulayıcıların mevcut yasa hükümlerinin uygulanmasında eşitlik ilkesine uymaları gerektiğinin bir kez daha altı çizilmiştir. Hüküm, ayrımcılık yasağına yer vermesi ve korunan karakteristik özellikler listesi içermesi nedeniyle nefret suçunun düzenlenmesi bakımından önem taşımakla birlikte hükmün muhatabının yasa uygulayıcılar olması ve bir suç tipinden ziyade soyut bir ilkeye yer vermesi nedeniyle nefret suçu bakımından uygulanma kabiliyeti taşıyan bir hüküm olarak nitelendirilmesini engellemektedir. Çünkü hükmün başlı başına uygulanma kabiliyeti yoktur ve yalnızca, diğer hükümlerin uygulanmasında göz önünde bulundurulması gereken bir düzenleme niteliği taşımaktadır³⁵⁶.

Hükmün ilk fıkrasında, işlenen fiilin ağırlığı ile orantılı ceza uygulanması gerekliliği vurgulanmaktadır. Esasında işlenen fiilin ağırlığının cezanın belirlenmesinde dikkate alınması gerekliliği TCK m. 61 kapsamında halihazırda düzenleniyor olsa da TCK m. 3/2’nin kapsamı, sadece temel cezanın belirlenmesi aşamasında uygulanan TCK m. 61’in aksine, fail hakkında takdiri indirim nedeni de dahil olmak üzere tüm artırım ve indirim maddelerinin uygulanması itibarıyla bu hükümden çok daha geniştir³⁵⁷. Olayın mağdurda yarattığı etki derecesi ve mağdurun sosyal durumu itibarıyla zararı daha derin bir şekilde hissetmesi fiilin ağırlığına işaret eden sebepler olarak³⁵⁸ nefret suçu bakımından önem arz etmektedirler.

³⁵⁵ Hasan Tahsin Gökcan / Mustafa Artuç, **Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi**, C. 1, Ankara: Adalet, 2021, s. 53

³⁵⁶ İzzet Özgenç, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)**, 2. Baskı, Ankara: Seçkin, 2005, s. 8

³⁵⁷ Gökcan / Artuç, s.55

³⁵⁸ Gökcan / Artuç, s.56

B. Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Suçlar

1. Soykırım Suçu (TCK m. 76) ve İnsanlığa Karşı Suç (TCK m. 77)

Bu maddeler çerçevesinde soykırım ve insanlığa karşı suç tiplerinde TCK'da halihazırda suç oluşturan kasten öldürme ve kasten yaralama gibi fiillerin belirli şekillerde işlenmeleri suç olarak düzenlenmektedir. Diğer bir deyişle, soykırım suçunda, suçun maddi unsurunu oluşturan hareketler TCK bağlamında suç niteliği taşımaktadır. Soykırım suçunun oluşması için söz konusu suçların suçların “*Bir planın icrası suretiyle, milli, etnik, ırki veya dini bir grubun tamamen veya kısmen yok edilmesi maksadıyla, bu grupların üyelerine karşı*” işlenmesi gerekir. Soykırım suçunun, çalışmanın başında bahsedilen nefret piramidinin en üstünde yer alması nedeniyle bu suçtaki hedef grubu yok etme maksadının nefret ve ön yargının en şiddetli tezahürü olduğu söylenebilir³⁵⁹. Ayrıca mağdurun kişiliği yüzünden değil, belli bir gruba aidiyeti nedeniyle özellikle hedef alındığı³⁶⁰ düşünüldüğünde soykırım suçunun nefret suçuyla benzer özellikleri mevcuttur. Ancak maddi unsuru oluşturan fiillerin belli bir planın icrası suretiyle işlenmesi gerekliliği dolayısıyla soykırım suçu nefret suçundan farklılaşmaktadır. Nefret suçunda yok etme amacına yönelik bir planın varlığı aranmamaktadır. TCK m. 77’de düzenlenen insanlığa karşı suçlar da maddi unsur olarak kasten öldürme, kasten yaralama, cinsel saldırı, işkence ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma gibi suç tiplerini bünyesinde barındırmakta ve manevi unsur olarak bu fiillerin belli saiklerle -felsefi, dini, ırki veya siyasal saiklerle- işlenmesini gerektirmektedir. Bu suretle nefret suçu ile benzerlik göstermektedir. Oldukça dar kapsamlı olsa da korunan karakteristik özelliklerin sayılması ve suçun manevi unsuru olarak ayrımcılık saikine³⁶¹ yer verilmesi yönlerinden nefret suçuna benzer bir yapıya sahiptir. Suçun oluşması için maddi unsuru oluşturan suçların “bir plan doğrultusunda sistemli olarak işlenmesi” gerekliliği, insanlığa karşı suçları nefret suçundan ayırmaktadır. Çünkü insanlığa karşı suç tipinde fiilin sistematik bir saldırının parçası olması gerekliliği nedeniyle fail, fiilin diğer gerçekleşen fiillerle bağlantısının bilincinde olarak bu fiili işlemelidir³⁶².

³⁵⁹ Bkz. 11. Dipnot

³⁶⁰ Durmuş Tezcan / Mustafa Ruhan Erdem / R. Murat Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Ankara: Seçkin, 2021, s. 71

³⁶¹ Köksal Bayraktar / Vesile Sonay Evik / Gülşah Kurt, **Özel Ceza Hukuku: Cilt-1, Uluslararası Suçlar**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 84

³⁶² Tezcan / Erdem / Önok, s. 88

2. İnanç, Düşünce ve Kanaat Hürriyetinin Kullanılmasını Engelleme Suçu (TCK m. 115)

İnanç, düşünce ve kanaatlerin engellenmesi suçu, doğrudan bir nefret suçu düzenlemesi olmasa da nefret suçu şeklinde işlenebilir. Bunun nedeni suç tipini oluşturan bir kimseyi dini, siyasi, sosyal, felsefi inanç, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya veya değiştirmeye zorlama ya da bunları açıklamaktan, yaymaktan menetme (TCK m. 115/1); dini inancın gereğinin yerine getirilmesini veya dini ibadet veya ayinlerin bireysel ya da toplu olarak yapılmasını engelleme (TCK m.115/2) ve son olarak da bir kimsenin inanç, düşünce veya kanaatlerinden kaynaklanan yaşam tarzına ilişkin tercihlerine müdahale etme veya bunları değiştirmeye zorlama (TCK m. 115/3) fiillerinin çoğunlukla mağdurun korunan karakteristiğine yönelik ön yargı veya nefret saikine dayalı olarak işlenmesidir. Ayrıca maddenin ilk fıkrasının maddi unsur olarak cebir veya tehdide; ikinci ve üçüncü fıkralarının cebir, tehdit veya hukuka aykırı başka bir davranışa yer vermesi nedeniyle söz konusu saiklerin olmaması durumunda dahi fiiller halihazırda; cebir veya tehdit suçunu veya hukuka aykırı başka bir davranış olarak örneğin mala zarar verme suçunu oluşturmaktadır.

Bu suçla korunan hukuki değerin din, vicdan ve kanaat hürriyetine³⁶³ olması, bu suç tipini ihlal eden fiillerin mağdurlarının belli bir din, inanç ve kanaate sahip olmaları nedeniyle fail tarafından mağdur olarak seçildiklerinin göstergesidir. Ancak TCK m.115'in kanuni tarifine bakıldığında söz konusu suçun mutlaka ön yargı veya nefret saikiyle işlenmesi gerekmediği sonucuna ulaşılabilir³⁶⁴. Farklı saiklere müsait kanuni tarife rağmen, AGİT, Türkiye'ye ilişkin güncel raporunda TCK 115'i bir nefret suçu düzenlemesi olarak kabul etmektedir³⁶⁵.

3. Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK m.122)

Nefret ve ayrımcılık suçu, kanuni tanımında “nefret” kelimesini içermesi nedeniyle çalışmamız bakımından önem arz etmektedir. Öğretide söz konusu suç tipinin nefret suçu niteliğinde olduğunu savunan görüşler mevcuttur³⁶⁶. Türkiye, Her Türlü Irk Ayrımcılığının Önlenmesi Komitesi gibi uluslararası denetim

³⁶³ Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 18. Baskı, Ankara: Adalet, 2019, s. 446

³⁶⁴ Bulut, s. 169

³⁶⁵ <https://hatecrime.osce.org/turkey> (Erişim Tarihi: 10.04.2022)

³⁶⁶ Özbek/ Doğan/ Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 479

mekanizmalarına sunduğu raporlarda söz konusu hükmü nefret suçu olarak nitelendirmekte³⁶⁷ ve AGİT'e sunduğu ülkede işlenen nefret suçlarına ilişkin istatistiklerde TCK m.122'ye dayalı verileri paylaşmaktadır³⁶⁸. Bununla birlikte hükmün nefret suçu olmaktan ziyade nefret saikinin suçun unsuru olarak düzenlendiği bir ayrımcılık suçu olduğu yönünde görüşler de mevcuttur³⁶⁹.

Hüküm, ilk olarak 5237 sayılı Kanunda “Ayrımcılık” suçu olarak düzenlenmiş olup 765 sayılı TCK'da karşılığı bulunmamaktadır. Madde, 02.03.2014 tarih ve 6529 sayılı “Temel Hak ve Hürriyetlerin Geliştirilmesi Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” ile değişikliğe uğrayarak; nefret saiki suçun unsuru haline getirilmiş, mevcut karakteristik özelliklere “milliyet” eklenmiş; “ve benzeri ayırım sebepleri” ifadesinin kaldırılması ile korunan karakteristik özellikler maddede sayılanlar ile sınırlı hale getirilmiş ve son olarak suçun cezası arttırılmıştır. TCK m.122'nin son halinde korunan karakteristik özellikler bakımından TCK m.3/2 ile büyük ölçüde örtüşse de TCK m.3/2 ile yasaklanan doğum ve ekonomik ve diğer toplumsal konuma dayalı ayrımcılık, TCK m.122 kapsamına dahil edilmemiştir. Ayrıca cinsel yönelimin nefret suçu düzenlemelerine sahip ülkelerin yasal düzenlemeleri kapsamında sıklıkla korunan karakteristik özellik olarak düzenlenmesine³⁷⁰ rağmen Türk kanun koyucusu tarafından hüküm kapsamına alınmaması; siyasi düşünce gibi nefret suçu düzenlemelerinde nadiren koruma bulan³⁷¹ karakteristik özelliğin ise hüküm kapsamında olması dikkat çekicidir. Esasında hükmün ilk kez yer verildiği 2003 tarihli TCK tasarısının 170. maddesine Adalet Alt Komisyonu'nda düzenlenmesi sırasında maddeye “cinsel yönelim” karakteristiği

³⁶⁷ Türkiye, Komisyon'a (CERD) sunduğu raporlarında TCK m.122'de yer alan ayrımcılık suçuna 6529 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle eklenen “nefret” ibaresiyle nefret suçlarının da TCK m.122 kapsamına alındığı yönünde ifadelerle yer vermektedir:

UN International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, Concluding observations on the combined fourth to sixth periodic reports of Turkey, CERD/C/TUR/CO/4-6, 26.01.2017, Information received from Turkey on follow-up to the concluding observations <https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2021/09/27/G1702997.pdf> (Erişim Tarihi: 20.04.2022) par.30

³⁶⁸ OSCE / ODIHR Hate Crime Reporting Turkey <https://hatecrime.osce.org/turkey> (Erişim Tarihi: 20.04.2022)

³⁶⁹ Asuman Aytekin İnceoğlu, “Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesinde Düzenlenen Nefret ve Ayrımcılık Suçunun Nefret Suçu Kavramı Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, **Legal Hukuk Dergisi** C: 13, S: 150, 2015, s. 54 ; Bulut, s.170; Ersoy, “Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK M.122)”, **Ceza Hukuku Dergisi** C: 12, S: 34, 2017, s.10; Ümit Kocasakal, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK m. 122)”, **Ceza Hukuku Dergisi** C: 10, S: 28 (Ağustos 2015) s. 32; Aras Türey, “Nefret Suçları ve Türk Ceza Hukukundaki^[1] Güncel Gelişmeler”, **Ceza Hukuku Dergisi**, S: 26 (Aralık 2014) s. 92

³⁷⁰ OSCE/ODIHR, **Hate Crime Laws: A Practical Guide**, s. 43

³⁷¹ OSCE/ODIHR, **Hate Crime Laws: A Practical Guide**, s. 44

eklenmesine rağmen metin kabul edilip Adalet Komisyonu önüne geldiğinde cinsel yönelim ibaresi metinden çıkarılmıştır³⁷².

Maddede ayrımcılık temelleri konusunda yapılan sınırlamanın yanında ayrımcı fiiller bakımından da bir sınırlama mevcuttur³⁷³. Eşitliğe aykırı davranış, yasada düzenlenen sebeplerle mülkiyet hakkı üzerinde tasarrufun, iş ve çalışma hakkının, kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi şeklinde gerçekleştiğinde ceza hukuku anlamında suç oluşturacaktır³⁷⁴. Maddede yer alan seçimlik hareketler, suç niteliğinde olmayıp korunan karakteristik özelliklere dayalı farklılıktan kaynaklanan nefret nedeniyle işlenmeleri durumunda fiil bu suç bakımından tipik olmaktadır. Bu nedenle TCK m.122, temel suçun belli bir saikle işlenmesi şeklindeki eklemli nefret suçu tanımına uymamaktadır. Nefret saiki, suçun temel şeklinde aranan bir unsur olduğundan³⁷⁵ bu saikin yokluğu halinde TCK m.122’de düzenlenen suç oluşmayacak ve bunun yanında işlenen fiiller de bizzatı suç teşkil etmeyecektir. Esasında söz konusu hükmün nefret suçu oluşturmadığını savunanların dayandıkları düşünce tam olarak burasıdır. Bu görüşe katılmakla birlikte, TCK m.122’de sayılan fiillerin örneğin TCK m. 117 bakımından da maddi anlamda tipik olması durumunda TCK m.122’nin nefret suçu niteliğine bürünebileceğini düşünmekteyiz. Yargıtay kararına konu olan bir olayda, Ayasofya ve civarında seyyar fotoğrafçılık yapan sanığın, aynı yerde fotoğrafçılık yapan müşterinin eylemini engellemeye yönelik fiilini Mahkeme, tehdit etmek suretiyle iş ve çalışma hürriyetinin engellenmesi dolayısıyla TCK m. 117 bakımından tipik olabileceği şeklinde değerlendirmiştir³⁷⁶. Söz konusu suçun cezası, altı aydan iki yıla kadar hapistir. Aynı fiilin mağdurun örneğin ırkı veya etnik kökeni nedeniyle işlenmesi durumunda ise fiil, TCK m. 117’de düzenlenen suçun yanında nefret ve ayrımcılık suçu bakımından da tipik hale gelecek, farklı neviden fikri içtima kuralları gereği (TCK m.44) sanık hakkında TCK m.122 ihlali nedeniyle soyut cezanın alt ve üst sınırları bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası olarak artacaktır.

Bu sebeple TCK m.122’nin nefret suçu olmadığı şeklindeki kategorik görüşe katılmıyoruz. TCK m.122, genel nitelikte bir nefret suçu düzenlemesi değildir ancak

³⁷² Ersoy, “Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK M.122)”. s. 7

³⁷³ Pınar Memiş, “Ayrımcılık Suçunun Özürlüler Bakımından Değerlendirilmesi”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S: 2 (2009) s. 72

³⁷⁴ M. Emin Artuk / Ahmet Gökçen / Caner Yenidünya, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, C. 3, Ankara: Adalet, 2014. s. 4304

³⁷⁵ Artuk / Gökçen / Yenidünya. s. 4315

³⁷⁶ Yargıtay 4. CD., 07.05.2012, 2010/11975, 2012/10591 Artuk / Gökçen / Yenidünya. s. 4250

bazı durumlarda aynı fiil için nefret saiki nedeniyle fazla ceza verilmesi sonucuna yol açabilmektedir. Madde kapsamındaki fiillerin TCK m.117’de olduğu gibi başka suç tiplerini de oluşturması halinde söz konusu suçun cezası, TCK m.122’deki cezadan daha hafifse, farklı neviden fikri içtima kuralları gereği TCK m.122 uygulanacak ve böylece nefret saiki, faile daha fazla ceza verilmesine sebep olma yönünde bir fonksiyon görecektir.

AGİT, Türkiye’ye ilişkin nefret suçu raporunda hükmün AGİT’in nefret suçu tanımına uymadığı gerekçesi ile TCK m.122’yi inceleme dışı tutmaktadır³⁷⁷. Bu dışlamanın sebebi, kanaatimizce hükümdeki fiillerin örneklerde belirttiğimiz üzere nefret saiki olmaksızın da suç oluşturma olasılıklarının yanında suç oluşturmama olasılıklarının da mevcut olmasından kaynaklanmaktadır.

4. Hakaret Suçu (TCK m.125)

Bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat etme ve sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldırma fiilleri bu madde kapsamında hakaret suçu olarak düzenlenmektedir. Söz konusu fiillerin “*dini, siyasi, sosyal, felsefi inanç, düşünce ve kanaatlerini açıklamasından, değiştirmesinden, yaymaya çalışmasından, mensup olduğu dinin emir ve yasaklarına uygun davranmasından dolayı*” işlenmesi hali ise cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hali oluşturmaktadır. (TCK m.125/3-b) Söz konusu nitelikli hal, tabiatı gereği nefret saikini içinde barındırmakta olduğundan³⁷⁸ ve söz konusu saikin yokluğu durumunda dahi fail, hakaret suçunun temel şeklinden sorumlu olacağından TCK m.125/3-b nefret suçu şeklinde işlenebilen suç tiplerine örnek niteliğindedir. Ancak burada, nefret suçu düzenlemelerindeki bir kişinin koruma kapsamında kalan gruplara “salt mensubiyeti” nedeniyle suç hedefi olması halinden ziyade bir kişinin bu mensubiyeti dolayısıyla girdiği düşüncelerini yaymaya çalışma, emir ve yasaklara uygun davranma gibi faaliyetleri nedeniyle hedef seçilmesi söz konusudur.

³⁷⁷ <https://hatecrime.osce.org/turkey?year=2018> (Erişim Tarihi: 20.04.2022)

³⁷⁸ Bulut, s.171

5. İbadethanelere ve Mezarlıklara Zarar Verme Suçu (TCK m.153)

İbadethanelere ve mezarlıklara zarar verme suçu, AGİT 2020 Türkiye raporunda³⁷⁹ nefret suçu niteliği kabul edilen iki suç tipinden birini oluşturmaktadır. Mala zarar verme suçunun özel bir şekli niteliğindeki hüküm³⁸⁰ kapsamında ibadethane ve mezarlık yerlerinin ve yapılarının yıkılması, bozulması, kırılması, bozulması veya kirletilmesi suretiyle buralara zarar verilmesi yasaklanmaktadır. Çalışma bakımından önem taşıyan son fıkrada ise önceki fıkralardaki fiillerin “*ilgili dini inancı benimseyen toplum kesimini tahkir maksadıyla işlenmesi*” hali cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hal olarak düzenlenmektedir. Tahkir, Arapça hakaret kökünden gelmekte olup³⁸¹ aşağılama, onur kırma anlamlarına sahiptir³⁸². Onur kırma amacıyla işlenme, ön yargı/nefret saikini de içinde barındıran geniş bir ifadedir³⁸³. Nitelikli hal, sadece “din” karakteristiği temelinde yapılan tahkir amaçları için geçerlidir. Ön yargı veya nefreti kapsayan tahkir amacı olmaksızın da fiillerin ilk iki fıkra kapsamında suç oluşturması nedeniyle fıkra, saik ve temel suçtan oluşan nefret suçu tanımına uymaktadır.

6. Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik ve Aşağılama Suçu (TCK m. 216)

AGİT, Türkiye’ye ilişkin yıllık nefret suçu raporlarında 2018 yılına kadar bu hükme yer verirken son iki yıldır bu hükmün nefret suçu niteliğinden ziyade nefret söylemi niteliğinde olduğunu ifade etmekte ve Adalet Bakanlığı’nın bu maddeye ilişkin kendisine sunduğu istatistiklere Türkiye’de işlenen nefret suçlarına ilişkin oluşturduğu yıllık raporunda yer vermemektedir.

TCK m. 216/1’de “sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini” ve TCK m.216/2’de “sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına” ifadeleriyle korunan karakteristik özelliklerin

³⁷⁹ <https://hatecrime.osce.org/turkey/?year=2020> (Erişim Tarihi: 21.04.2022)

³⁸⁰ Artuk / Gökçen / Yenidünya, s.5070

³⁸¹ Ayverdi, s. 3034

³⁸² Akalın, s. 2243

³⁸³ Asuman Aytekin İnceoğlu, “Nefret Suçu Kavramı ve Türk Ceza Mevzuatı Açısından Değerlendirilmesi”, *Nefret Söylemi Ve/Veya Nefret Suçları*, ed. Yasemin G. İnceoğlu, İstanbul: Ayrıntı, 2012, s. 117

sayılması yolunda bir tercihte bulunulmaktadır. Bu şekilde karakteristik özelliklerin sayılması metodu, günümüz nefret suçu düzenlemeleriyle benzerlik içermektedir.

TCK m. 216/1 kapsamında fiil, kin ve düşmanlığa alenen tahrik etmedir ve bu haliyle nefret söyleminin bir görünümüdür³⁸⁴. TCK m.216/2 ve TCK m.216/3 fıkralarında ise fiil, alenen aşağılamadır. Aşağılama, hakaret suç tipini oluşturduğu takdirde söz konusu hükümlerin nefret suçu olarak nitelendirilebilmesi mümkün olabilir. Ancak aşağılama, her zaman hakaret suçu (TCK m.125) bakımından tipik olmayabilir³⁸⁵. Bu durumda, aşağılama fiili ön yargı/nefret saikiyle işlense dahi ortada temel bir suç bulunmamaktadır.

7. Suçun Kadına Karşı İşlenmesinin Cezayı Ağırlaştırıcı Nitelikli Hal Olarak Öngörüldüğü Suç Tipleri

12.05.2022 tarihinde kabul edilen 7406 sayılı Türk Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun³⁸⁶ ile TCK'da yer alan bazı suç tipleri için kadına yönelik işlenme hali, cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Kasten öldürme (TCK m.81), kasten yaralama (TCK m. 86), işkence (TCK m. 94), eziyet (TCK m. 96) ve tehdit (TCK m. 106) suç tipleri için getirilen cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hal, söz konusu suç tiplerinin her biri için öngörülen ceza miktarının alt sınırını yukarıya çekmesi şeklinde etki doğurmaktadır. Söz konusu düzenlemelerin cinsiyet temelinde bir kişiye karşı suç işlenmesi şeklindeki yapısı nedeniyle bu düzenlemelerin, bir tür nefret suçu düzenlemesi olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği sorusu cevaplandırılmalıdır. Aşağıda detaylı olarak inceleneceği üzere, nefret suçu düzenlemeleri türlerinden biri olan ayrımcı seçim modelinde, bir kişiye karşı korunan karakteristik özelliği sebebiyle suç işlenmesi söz konusu olmaktadır. Kadına karşı suç işlenmesi halinde uygulama bulacak nitelikli haller, ayrımcı seçim modeline bir örnek oluşturup oluşturmayacağı hususunda, kanaatimizce, “Kadına karşı suç işleme” ve “kadına karşı kadın olması nedeniyle suç işleme” kavramları farklılık arz etmektedir. TCK'daki düzenlemeler, “kadına karşı suç işleme” kavramına karşılık gelmektedir. Dolayısıyla nefret suçundaki kişinin hedef olmasından ziyade grubun hedef olmasından dolayı mevcut olan ve suçun korunan karakteristik odaklı işlendiği

³⁸⁴ Türey, *Nefret Söylemi Bağlamında Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu*, s. 256

³⁸⁵ Aytekin İnceoğlu, s.118; Özge Apış, “Nefret Suçları Kavramı Kapsamında Halkın Belli Bir Kesimini Alenen Aşağılama Suçunun İHAM Kararları Bakımından Değerlendirilmesi”, *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C: 7, S: 13, 2019, s. 312; Karş. Bulut, ss. 173-174

³⁸⁶ 7406 sayılı Türk Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun R.G. s. 31848, 27.05.2022

vurgusunu mümkün kılan “mağdurun değişebilirliği (*victim interchangeability*)” durumu, bu nitelikli haller için söz konusu değildir³⁸⁷. Kadınlara karşı işlenen herhangi bir suçun nefret suçu anlamında değerlendirilebilmesi için failin kadın düşmanlığı saiki ile hareket etmesi gerekir³⁸⁸.

C. Nefret Saikinın Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi

Hükmü Kapsamında Değerlendirilmesi (TCK m. 61)

Cezanın belirlenmesi kanun koyucu tarafından bir suç tipi için ceza yaptırımının türünü ve miktarını belirlemesi şeklinde soyut belirleme ile hakim tarafından her olay bakımından sonuç cezaya ulaşmak için yapılan somut belirleme şeklinde gerçekleşir³⁸⁹. İşlenen suçun ifade ettiği haksızlık içeriği bakımından cezanın belirlenmesi sürecinde önce temel ceza belirlenir. Bir suçun kanuni tanımında tek ve maktu bir ceza öngörüldüğü hallerde temel ceza kanun koyucu tarafından belirlenmiştir. Soyut cezanın alt ve üst sınırlar belirlenmek suretiyle ifade edildiği durumlarda ise hakim, TCK m.61/1’de yer alan sınırlı sayıdaki yedi ölçütü göz önünde bulundurmak suretiyle temel cezayı takdir eder³⁹⁰. Takdir yetkisi; cezanın belirlenmesi sürecindeki ilkelerden biri³⁹¹ olup hakimin takdir yetkisinin sınırları, temel cezanın belirlenmesi bakımından bu belirlemede uygulanacak kriterlerin kanun koyucu tarafından sayılması suretiyle çizilmiştir³⁹². TCK m. 61/1-g’de yer alan “*failin güttüğü amaç ve saiki*” ifadesi dolayısıyla failin fiili işlerken sahip olduğu saik de bu kapsamda temel cezanın belirlenmesinde hakim tarafından dikkate alınacak hususlardan birini oluşturmaktadır. Ön yargı ve nefret saiki, suçun temel veya nitelikli şekline ait bir unsur olarak düzenlenmese dahi hakim bu hüküm kapsamında temel cezanın belirlenmesinde söz konusu saiki dikkate alarak üst sınıra yaklaşan ceza belirleyebilir. Ancak çifte değerlendirme yasağı gereği söz konusu saik veya amacın ilgili suçun temel veya nitelikli şekline ilişkin bir unsur olmaması gerekir³⁹³. TCK m.61’in³⁹⁴ 765

³⁸⁷ Chakraborti / Garland, *Hate Crime Impact, Causes and Responses*, s. 86

³⁸⁸ Bulut, s.120

³⁸⁹ Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 2206

³⁹⁰ Özgenç, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)*, ss.724-725

³⁹¹ Erdal Yerdelen, *Cezanın Belirlenmesi (Türk ve Alman Uygulaması)*, Ankara: Adalet, 2013, s.100

³⁹² Yerdelen, s.102

³⁹³ Özgenç, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)*, s.727

³⁹⁴ 5237 sayılı TCK m.61/1: *Hakim, somut olayda;*

- a) Suçun işleniş biçimini,
- b) Suçun işlenmesinde kullanılan araçları,
- c) Suçun işlendiği zaman ve yeri,

sayılı TCK'daki karşılığı olan 29. maddede³⁹⁵ “gibi hususları göz önünde bulundurmak suretiyle” ifadesine yer verilerek buradaki ölçütler sınırlandırılmamıştır. Ancak nefret ve ön yargının halihazırda “saik” kriteri kapsamında değerlendirilebileceğinden kriterlerin tüketici olarak sayılması yolundaki tercihin nefret suçu bakımından bir etkisi olmamıştır.

Hükümdeki kriterlerin fonksiyonu, hakime takdir yetkisini kullanırken nesnel ve öznel ölçütler³⁹⁶ sunmak olduğundan bir olaydaki ön yargı veya nefret saikinın hakim tarafından dikkate alınıp alınmadığının denetimi ancak ve ancak hükmün gerekçesine bakılarak yapılabilir.

Gerekçe, bir yargı kararının o karara ne şekilde ulaşıldığını gösteren unsurdur ve bir kararın meşruiyetini sağlama fonksiyonuna sahip olması dolayısıyla gerekçeli karar hakkı adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilmektedir³⁹⁷. Mahkemelerin her türlü kararının gerekçeli olması gerektiği Ceza Muhakemesi Kanunu’nda düzenlenmektedir (CMK m. 34) ve aynı zamanda anayasal bir zorunluluktur (AY m.141/3).³⁹⁸ Mahkumiyet hükmünün gerekçesinde gösterilmesi gereken hususlardan biri de CMK m.230/1-c’de yer alan “*Türk Ceza Kanununun 61 ve 62 nci maddelerinde belirlenen sıra ve esaslara göre cezanın belirlenmesi*” ifadesi gereği hakimın cezayı belirlerken takdir yetkisini nasıl kullandığı ile ilgili hususlardır. Buna göre nefret saikinın tespiti halinde hakim üst sınıra yakın bir ceza takdir ederken gerekçeli kararında söz konusu nefret saiki nedeniyle yukarı sınırdan ceza tayini yaptığını ifade etmelidir. Yargıtay da temel cezanın belirlenmesinde kanuni ve yeterli gerekçenin gösterilmesi gerektiğini vurgulamaktadır³⁹⁹. Ne var ki Yargıtay’ın temel

-
- d) Suçun konusunun önem ve değerini,
 - e) Meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını,
 - f) Failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını,
 - g) Failin güttüğü amaç ve saiki,

Göz önünde bulundurarak, işlenen suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirler.

³⁹⁵ **765 sayılı TCK m.29/8:** (Ek: 21/11/1990 - 3679/2 md.) *Hakim, iki sınır arasında temel cezayı, suçun işleniş biçimi, suçun işlenmesinde kullanılan araç, suç konusunun önem ve değeri, suçun işlendiği zaman ve yer, fiilin diğer özellikleri, zararın veya tehlikenin ağırlığı, kastın veya taksirin yoğunluğu, suç sebepleri ve saikleri, failin amacı, geçmişi, şahsi ve sosyal durumu, fiilden sonraki davranışı gibi hususları gözönünde bulundurmak suretiyle takdirini kullanarak belirler. Cezanın asgari haddten tayini halinde dahi takdirin sebepleri kararda mutlaka gösterilir.*

³⁹⁶ Artuk / Gökçen / Yenidünya, s.2209

³⁹⁷ M. Nedim Bekri, “Gerekçeli Karar Hakkı”, *Ankara Barosu Dergisi*, S: 3 (2014). s. 208

³⁹⁸ Belirtmek gerekir ki TCK m.61’in eski kanundaki karşılığında gerekçe göstermeyle ilgili özel bir düzenleme öngörülmekteydi: “*Cezanın asgari halden tayini halinde dahi takdirin sebepleri mutlaka kararda gösterilir.*” Bu hükmün yeni TCK’ya alınmaması her türlü karar için gerekçe gösterme zorunluluğunun öngörüldüğü bir hukuk sisteminde TCK m.61 bakımından bu zorunluluğun kaldırıldığı şeklinde yorumlanamaz. Aynı yönde bkz. Yerdelen, s.71, 318. dipnot

³⁹⁹ Gökcan / Artuç, s. 2181 m. 61, 2. dipnot; 18. CD. 10/12/2018, 2016/18564-2018/16755

cezanın belirlenmesi sırasında salt yasada gösterilen terimlerin kullanılmasının yeterli sayılmasına ilişkin isabetli olmayan kararları da mevcuttur⁴⁰⁰. Ancak gerekçe oluşturulurken “takdire”, “sanığın amacı”, “suç işleme şekli” gibi soyut ifadelerle yetinilmemesi gerekir ve bu nedenle TCK m.61 bağlamında sadece kanunda yer alan sözcüklerin yinelenmesi ile gerekçe gösterme zorunluluğunun yerine getirilmiş olduğu söylenemez⁴⁰¹.

Hükmün yeterli gerekçeyi içermemesi, mutlak bozma sebebi oluşturmaktadır (CMK m.289/1-g). Bu düzenleme, TCK m. 61’e dayalı takdir yetkisinin kullanıldığı hallerde yeterli gerekçenin oluşturulması yönünde bir uygulamanın sağlanması bakımından önem arz etmektedir. Özellikle ön yargı/nefret saiki iddiasını içeren davalarda verilen hükümlerin bu iddialara ilişkin yeterli gerekçe içermemesi durumunda kullanılabilir.

D. İncelenen Hükümlerin Nefret Suçuyla Mücadele Bakımından Değerlendirilmesi

Nefret suçuna ilişkin Türk ceza hukuku mevzuatı incelendikten sonra doktrinde konuya ilişkin ileri sürülen görüşler değerlendirilirse; öğretide nefret saikinin TCK’da yer alan tüm suç tipleri için cezayı ağırlaştıran bir nitelikli hal olması gerektiğine yönelik görüşler⁴⁰²; her bir suç tipi için ayrı ayrı cezayı ağırlaştıran nitelikli hal olarak düzenlenmesini savunan görüşler⁴⁰³ ve nefret saiki kavramının “Tanımlar” başlıklı TCK m.6’da tanımlandıktan sonra bu saike TCK m.61/1’de açıkça yer verilmesi gerektiğini savunan görüşler mevcuttur⁴⁰⁴.

⁴⁰⁰ Yerdelen, s. 68

⁴⁰¹ İrmak Koruculu, **Türk Ceza Hukukunda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi**, Ankara: Seçkin, 2022. s. 155

⁴⁰² Sokullu-Akıncı. s. 117

⁴⁰³ Bulut, s. 181; Yazara göre kasten öldürme, kasten yaralama, işkence, eziyet, cinsel saldırı, tehdit ve hakaret suç tiplerinin nefret saikiyle işlenmesi söz konusu suçların kanuni tariflerinde cezayı ağırlaştıran nitelikli hal olarak düzenlenmelidir.

⁴⁰⁴ Türk Ceza Hukuku Derneği, “Nefret Söylemi ve Nefret Suçları Çalıştay Grup Raporları, II. Çalışma Grubu: Hukuksal Çerçeve, **Suç ve Ceza Ceza Hukuku Dergisi**, S: 3-4, 2016, ss. 7-12. Çalıştay grubunda; saiki kavramının TCK m.6’da tanımlandıktan sonra bu saike TCK m.61/1’de açıkça yer verilmesi gerektiği görüşü Yargıtay 19. Ceza Dairesi üyesi Dr. İhsan Baştürk ve Prof. Dr. Timur Demirbaş tarafından; her bir suç tipi için ayrı ayrı nitelikli hal olarak öngörülmesi gerektiği görüşü Prof. Dr. Fatih Selami Mahmutoglu tarafından; suç tipleri için nitelikli hal olarak öngörülmenin yanında TCK m.61’de de buna ilişkin bir düzenleme yapılması gerektiği görüşü Prof. Dr. Mustafa Ruhan Erdem tarafından savunulmuştur. Çalışmanın sonucunda ise; nefret saikinin bazı suç tipleri bakımından nitelikli hal olarak düzenlenmesine; nefret saikinin tanımının TCK m.6’ya dahil edilmesine ve TCK m.61 uyarınca temel cezanın belirlenmesinde bu saikin dikkate alınmasına karar verilmiştir.

Türkiye’de nefret suçuna yönelik tartışmalar, sadece akademik tartışma düzeyinde kalmamaktadır. TBMM’de nefret suçuyla ilgili TCK’da düzenleme yapılmasını öngören ve halihazırda komisyon aşamasında olan sekiz yasa teklifi mevcuttur⁴⁰⁵. 2021 yılında verilmiş ve halihazırda Meclis Adalet Komisyonu’nda olan nefret suçu düzenlemesini konu edinen son teklifte⁴⁰⁶, TCK m. 6’da nefret saikinın tanımının yapılması ve bu saikin varlığının bazı suç tipleri için cezayı ağırlaştıran nitelikli hal olarak düzenlenmesi öngörülmektedir. Komisyon aşamasındaki diğer tekliflerde ise, nefret saikinın tüm suçlar için cezayı ağırlaştıran nitelikli hal olarak düzenlenmesi⁴⁰⁷ ve TCK m. 216’nın kapsamının korunan karakteristik özellikler bakımından veya somut tehlike şartı kaldırılacak şekilde genişletilmesi⁴⁰⁸ öngörülmektedir.

Nefret saikiyle işlenen suçlar, TCK m.61’de yer alan “failin güttüğü amaç ve saiki” kriteri sayesinde mevcut Türk ceza hukuku sisteminde halihazırda cezayı ağırlaştırıcı bir etki doğurmaktadır. Dolayısıyla Türk ceza hukuku mevzuatının nefret saikiyle işlenen suçlara tümüyle kayıtsız kaldığı söylenemez. Zaten TCK m.61’in nefret ve ön yargı suçları ile mücadele bakımından yetersiz bir mekanizma sunduğuna yönelik argümanlar, bu maddenin uygulaması ile alakalıdır. Bu argümanlardan ilki, TCK m.61’in kanunda cezası üst sınırdan belirlenmiş suç tipleri için cezayı arttırıcı bir etki doğurmadığından uygulanma kabiliyetini yitirmesi temeline dayanmaktadır⁴⁰⁹. Bizce bu durum, Türk ceza hukuku sisteminde nefret saikine dayalı TCK m.61 uygulamasına özgü bir problem değildir. Suç tipinde üst hadden ceza belirlenmesi durumunda, nitelikli hal olarak düzenlenen saikler dahi cezayı arttırıcı bir etki doğuramamaktadır. Örneğin kasten öldürme suçunun, töre saikiyle kadına karşı işlenmesi durumunda kadına karşı işlenme (TCK m.82/f) ve töre saikiyle işlenme (TCK m. 82/k) kasten öldürme suçunun ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırma sonucuna yol açan seçimlik nitelikli halleridir. Cezanın arttırılmasını gerektiren aynı fıkra kapsamındaki birden fazla nitelikli halin bir arada gerçekleştiği

⁴⁰⁵ Söz konusu veri, TBMM resmi internet sitesindeki “Kanun Teklifleri Sorgu Formu” kısmında “nefret” kelimesi aratılarak elde edilmiştir. Söz konusu yasa tekliflerine ulaşmak için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/Yasama/Kanun-Teklifleri-Sonuc> (Erişim Tarihi: 01.06.2022)

⁴⁰⁶ 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi, 2/3997, 06.12.2021, <https://www.tbmm.gov.tr/Yasama/KanunTeklifi/305263> (Erişim Tarihi: 01.06.2022)

⁴⁰⁷ Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Teklifi, 2/2308, 21.10.2019, <https://www.tbmm.gov.tr/Yasama/KanunTeklifi/258553> (Erişim Tarihi: 01.06.2022)

⁴⁰⁸ Türk Ceza Kanununda ve Basın Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi, 2/3157, 21.10.2020, <https://www.tbmm.gov.tr/Yasama/KanunTeklifi/281107> (Erişim Tarihi: 01.06.2022)

⁴⁰⁹ Bulut, s. 167

bu durumda, bu nitelikli haller nedeniyle cezada sadece bir kez artırım yapılırken birden fazla nitelikli halin varlığı TCK m.61 kapsamında ceza belirlenirken makas üst sınıra yaklaştırılacak şekilde hakim tarafından dikkate alınır⁴¹⁰. Verilen örnekte bir kez artırım yapılması halinde halihazırda ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası limitine ulaşıldığından TCK m. 61 nedeniyle artırım mümkün olmaz. TCK m.61’in nefret saikiyle işlenen suçlarda yeterince uygulanmadığına yönelik diğer argüman⁴¹¹ ise haklı bir eleştiri olmakla birlikte, bu problemin çözümü, doğrudan kanunda değişiklik yapmak olmamalıdır.

Yürürlükteki maddelerin etkili bir şekilde uygulanmaması sorunu, yürürlükteki mevzuatın yetersiz olması sorunu ile karıştırılmamalıdır. Örneğin, transfobik saikle işlenen suçlar bakımından, temel cezanın belirlenmesinde hakim “saik” olarak dikkate alabilmesine imkan sağlamaları itibariyle aynı düzenleme şekline sahip Türk Ceza Kanunu ve Alman Ceza Kanunu; Irkçılığa ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu (ECRI) tarafından farklı şekilde değerlendirilmektedir. ECRI her iki ülke hakkında yayınladığı raporlarda, Türk Ceza Kanunu’nun transfobik saikli suçlarla mücadele bakımından yetersiz olduğunu⁴¹² ifade ederken; TCK m. 61’in karşılığı olan Alman Ceza Kanunu § 46’nın tatmin edici olduğunu⁴¹³ söylemektedir. Bu farklılık, her ülkenin yargı uygulamalarının farklılığına dayanmaktadır. Sadece uygulamaya işlerlik kazandırmak için kanun değişikliği yapılması, üzerinde düşünülmesi gereken bir meseledir.

Uluslararası kurumların nefret suçu alanında maddi ceza hukuku yönünden Türkiye’ye yönelik tavsiyeleri, nefret suçu yasal mücadele veya ceza hukuku yoluyla mücadele edilmesi gerektiğinden ibarettir. Birleşmiş Milletler Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi (*Committee on the Elimination of Racial Discrimination, CERD*)⁴¹⁴, Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşmenin uygulanması ile ilgili en son izleme dönemleri olan 4. ve 6. dönemler için Türkiye’nin hazırladığı devlet raporuna yönelik hazırladığı sonuç gözlemlerinde, nefret saikiyle suç işlenmesi halinde, faile işlediği fiile uygun ceza

⁴¹⁰ Koca / Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 715

⁴¹¹ Bulut, s. 167

⁴¹² ECRI Report on Turkey (5th Monitoring Cycle) 29.06.2016, par. 9

⁴¹³ ECRI Report on Germany (6th Monitoring Cycle) 17.03.2020, par. 27

⁴¹⁴ Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme kapsamında öngörülen taraf devletlerin sözleşme hükümlerinin uygulanmasını sağlamaya ilişkin aldıkları yasal, yargısal, idari ve diğer bütün tedbirleri bildiren devlet raporu hazırlama yükümlülüğü (m. 9) doğrultusunda devletler Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi’ne belirlenmiş izleme dönemleri için devlet raporu sunmaktadır.

verilmesi gerektiği ifade edilmiş ancak bu dengenin nasıl bir mekanizmayla (nitelikli hal, bağımsız suç tipi gibi) sağlanacağı yönünde özel bir belirlenim yapılmamıştır⁴¹⁵.

Avrupa Birliği'ne aday ülke statüsündeki Türkiye'nin Kopenhag Kriterleri'ne uyum konusundaki durumunu yıllık olarak değerlendiren ülke raporları da ülkedeki insan hakları, azınlık haklarının değerlendirmesi ve Avrupa'da geçerli olan mevzuat hükümlerine Türk ceza mevzuatının uyumlu hale getirilmesi⁴¹⁶ bakımından konumuz için önem taşımaktadır. Türkiye'ye ilişkin 2021 yılında yayınlanan en son raporda; nefret suçuna ilişkin mevzuatın uluslararası standartlarla uyumlu olmadığı açıkça ifade edilmekte ve bunun için AİHS 12 No.lu Protokol'ün ve Avrupa Konseyi Siber Suçlar Sözleşmesi'nin İhtiyari Protokolü'nün onaylanması gereğine işaret edilmektedir. Bunun yanında cinsel yönelim, etnik köken, yaş ve toplumsal cinsiyet kimliklerinin korunan karakteristik özellikler kapsamına alınması gereği ifade edilmektedir⁴¹⁷.

Avrupa Konseyi Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu'nun Türkiye'ye yönelik hazırladığı raporlar, nefret suçu bakımından ceza hukuku mevzuatına yönelik daha net belirlemeler içermesi itibarıyla önem arz etmektedir⁴¹⁸. En son hazırlanan 2016 yılına ait raporda⁴¹⁹; mevcut hükümler (TCK m. 122, m. 125 ve m. 216) kapsamında korunan karakteristik özelliklere etnik köken, renk, dil, vatandaşlık, cinsel yönelim ve toplumsal cinsiyet kimliği dahil edilmeli (par.11), ırkçı saikle işlenen tehdit eylemleri açık bir şekilde cezalandırılmalı (par. 6), TCK m.216'da yer alan suç tipinin "kamu düzeni açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde" cezalandırılmasına yönelik şartı kaldırmalı ve ayrıca kin ve düşmanlığa tahrikin yanında ayrımcılık ve şiddete tahrik eylemleri de madde kapsamına dahil edilmeli (par. 4), TCK m. 122'de yer alan dar nefret suçu tanımı, kamu görevi ve özel meslek icra edilirken uygulanan tüm ayrımcılık fiillerini kapsayacak şekilde genişletilmeli (par. 8-47) ve her ne kadar TCK m.61/1 kapsamında failin saiki ve amacı cezanın belirlenmesi aşamasında dikkate alınabilirse de ırkçı ve homofobik/transfobik

⁴¹⁵ Concluding observations on the combined 4th to 6th periodic reports of Turkey : Committee on the Elimination of Racial Discrimination, CERD/C/TUR/CO/4-6, 11.06.2016 <https://digitallibrary.un.org/record/821788> (Erişim tarihi: 30.05.2022) par. 23-24.

⁴¹⁶ Kayıhan İçel, "Kopenhag Kriterleri Bağlamında Türk Ceza Hukuku", *Anayasa Yargısı Dergisi* 17, 2000, s. 402

⁴¹⁷ European Commission, Turkey 2021 Report SWD(2021) 290 final/2, 19.10.2021, s.38

⁴¹⁸ Komisyon bünyesinde Türkiye hakkında ilki 1998 ve sonuncusu da 2016 yılında olmak üzere toplamda beş rapor yayınlanmıştır. Bir rapor dönemi ortalama beş yıl sürdüğünden yeni raporun yakın zamanda çıkması beklenmektedir. Türkiye hakkında oluşturulan tüm raporlar için bkz. <https://www.coe.int/en/web/european-commission-against-racism-and-intolerance/turkey> (Erişim Tarihi: 10.04.2022)

⁴¹⁹ ECRI Report on Turkey (fifth monitoring cycle), CRI(2016)37, 29.06.2016 <https://rm.coe.int/fifth-report-on-turkey/16808b5c81> (Erişim tarihi: 12.04.2022)

saikleri açık bir şekilde ifade edilmediğinden söz konusu saikler, her bir suç tipi için cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hal olarak düzenlenmelidir (par. 9).

Uluslararası kurumların tavsiyeleri, ceza hukukunda geçerli ilkeler bakımından değerlendirilmiş teorik bir değişiklik önerisi sunmaktan ziyade, gerçekleşen sorunların çözülmesine odaklanmaktadır. Örneğin transfobik/homofobik saiklerin tüm suçlar için cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hal olarak düzenlenmesi tavsiyesinin yanında renk ve dil karakteristik özelliklerinin neden sadece bazı suç tipleri bakımından (TCK m. 122, m. 125, m. 216) koruma altına alınmasının öngörüldüğü sorusuna ilişkin bu tavsiyelerin yer aldığı ECRI Türkiye Raporu, herhangi bir açıklama içermemektedir. Devletlerin nefret suçuyla mücadelede pozitif yükümlülüklerinin içeriğinin doğru bir şekilde belirlenebilmesi için, nefret suçlarına ilişkin detaylı bir istatistik oluşturulması gerekir. Uluslararası kurumların tavsiyelerinde de geniş yer bulan nefret suçu istatistikleri oluşturma yükümlülüğü; nefret suçu olma olasılığı mevcut olan olaylara ilişkin hedef alınan karakteristik özelliklere ilişkin veriler de dahil olmak üzere gerekli verilerin toplanmasına imkan veren standart suç raporlama formları oluşturulması, polis raporundaki suçlardan kaçının soruşturma ve kovuşturma aşamalarına geldiği ve bunlardan kaçının mahkumiyetle sonuçlandığına dair veri toplanmasını içermektedir.⁴²⁰

Sonuç olarak uluslararası kurumların tavsiyeleri, nefret suçlarıyla mücadele edilmesi, bu yönde kamuya açık istatistikler oluşturulması ve bu saikle işlenen fiillerin yargı makamı önüne getirilmesi amaçlarını içermekle birlikte bu amaca yönelik aracın belirlenmesi devletlerin takdir yetkisine bırakılmaktadır. Mücadelenin etkinliğinin sağlanması hedef gösterilmekle birlikte mutlaka suçun temel şekli veya nitelikli hali olarak öngörülmesini gerektiren içeriğe dair kesin belirlenimler yapılmamaktadır. Kanaatimizce sorulması gereken asıl soru, nefret suçuna ilişkin ceza kanununda düzenleme yapılması gerekip gerekmediğidir. Nefret suçuna ilişkin tartışmalar ne yazık ki bu kısmı atlayarak doğrudan “ne şekilde düzenleme yapılması gerektiği” sorusuna odaklanmakta ve bu da aceleci bir kanun yapım sürecine yol açmaktadır. Bu

⁴²⁰ ECRI General Policy Recommendation No. 1, “Combating racism, xenophobia, antisemitism and intolerance”, adopted 4 October 1996 (Strasbourg: Council of Europe, 1996), <http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/gpr/en/recommendation_n1/Rec01en.pdf>. (Erişim Tarihi: 17.04.2022); European Union Agency for Fundamental Rights, **Making hate crime visible in the European Union: acknowledging victims' rights**, Fundamental Rights Agency, <<http://fra.europa.eu/en/publication/2012/making-hate-crime-visible-european-union-acknowledging-victims-rights>>. (Erişim Tarihi: 17.04.2022); OSCE/ODIHR **Hate Crime Data-Collection and Monitoring Mechanisms a Practical Guide**. ss.11-25; OSCE/ODIHR **Hate Crime Data-Collection and Monitoring Mechanisms a Practical Guide**. ss.11-25.

sebeple çalışmamızın son bölümünde, nefret suçlarına ceza hukuku yaklaşımı, farklı yönlerden irdelenecektir.



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

NEFRET SUÇUNA CEZA HUKUKU YAKLAŞIMI: NEFRET SUÇUNUN CEZA KANUNLARINDA DÜZENLENİP DÜZENLENMEYECEĞİ SORUNU

I. GENEL OLARAK

Uluslararası kurumların tavsiyeleri ve bu doğrultuda şekillenen kamuoyunun da etkisiyle dünyada artan eğilim ceza kanunlarında nefret suçu düzenlemelerine yer verilmesi yönünde olsa da⁴²¹ bu bölümde inceleneceği üzere öğretide nefret suçu düzenlemeleri aleyhine görüşler azımsanmayacak boyuttadır⁴²². Nefret suçu, temel suçla korunan hukuki değer yanında belli bir kişinin kimliğini oluşturan karakteristik özelliğini hedef alması sebebiyle diğer suçlardan farklı bir özellik göstermektedir. Ancak bu farklılığın nefret suçu düzenlemesini haklı kılıp kılmayacağı ve dahası bir ceza hukuku müdahalesini gerektirip gerektirmeyeceği irdelenmesi gereken bir sorudur. Nefret suçunun gösterdiği karakteristik özellikler, bunlara ilişkin ceza kanununda mutlaka bir değişiklik yapılması gerektiği sonucunu doğurmaz.

Bu bölümde cevabını aradığımız nefret suçunun ceza kanunlarında düzenlenip düzenlenmeyeceği sorunu, nefret suçu niteliğindeki fiillerle mücadele edilmesi gerekliliği kabulüyle birlikte bu mücadelenin tek yolunun ceza kanununda bir düzenleme yapılması olmadığı kabulünü de içermektedir. Nefret suçunun ceza kanununda ne şekilde düzenleneceği ile ilgili tartışmalardan önce bu düzenlemelerin meşruluğunun irdelenmesi Türkiye gibi henüz bağımsız bir nefret suçu düzenlemesine sahip olmayan bir ülke için önemlidir. Söz konusu sebeplerle, bu bölümde, nefret suçunun ceza hukuku düzenlemesine konu edilip edilmemesi ile ilgili farklı çekince noktalarına değinilmek suretiyle bir inceleme yapılmaktadır. Bu çekinceler; saikin ceza hukukunda düzenlenmesi sorunu, ifade özgürlüğünün ihlal edilmemesi sorunu,

⁴²¹ Communication From the Commission to the European Parliament and the Council :A more inclusive and protective Europe: extending the list of EU crimes to hate speech and hate crime, COM/2021/777 final, 09.12.2021, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=COM:2021:777:FIN> (Erişim Tarihi: 04.04.2022)

⁴²² Jacobs / Potter, s. 90; Hall, **Hate Crime**, s. 168; Maja Anna Serafin, “Hate Crimes Auf der Suche nach einer adäquaten Reaktion des Strafrechts”, **Architektur des Sicherheitsrechts (ArchiS)**, Freiburg im Breisgau: Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 2019, s. 66

ikincillik ilkesi ile bağdaşma sorunu, belirlilik ilkesi ile bağdaşma sorunu ve ispat sorunları olarak beş madde olarak sınıflandırılmaktadır. Belirtmek gerekir ki tartışmanın canlılığını bozmama kaygısıyla çalışmamızda nefret suçu lehine ve aleyhine görüşler şeklinde bir başlıklandırma yerine görüşlerin çatışma noktaları üzerinden bir başlıklandırma tercih edilmektedir.

II. SAİK UNSURU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRMELER

A. Lehe Görüşler

Nefret suçunu diğer suçlardan ayıran en önemli unsur, failin saikidir⁴²³. Temel bir suçun varlığı ile beraber nefret suçunun iki unsurundan birini oluşturan nefret saikinden ne anlaşılması gerektiği ile ilgili bir tespit bulunmamaktadır⁴²⁴. Bu konuda ilk bölümde değinildiği üzere failin mağdurun grup aidiyetine yönelik ön yargısı nedeniyle veya failin mağdurun ait olduğu gruba duyduğu nefret nedeniyle mağdura karşı suç işlemesi şeklinde iki farklı anlayış mevcuttur⁴²⁵. Kanun koyucu tarafından hangi düzenleme şekli tercih edilirse edilsin bu yönde düzenleme yapılmasının sebebi, failin nefret saikinden kaynaklanan daha fazla kusur ve zarar olduğu yönündeki düşüncedir⁴²⁶. Nitekim Türkiye’de geniş kapsamlı bir katılımı sivil toplum örgütleri tarafından hazırlanan Nefret Suçları Yasa Taslağı⁴²⁷,’nda yasanın genel gerekçesi olarak, bir kişinin belli özellikleri sebebiyle failin psikik dünyasında oluşan suç kastı, sıradan suç kastından daha yoğun bir kusurluluğa işaret ettiği ve bu nedenle nefret saikinin daha ağır bir yaptırımla karşılanması gerektiği ifade edilmektedir⁴²⁸. Yasa taslağındaki ifadelerden anlaşılacağı üzere, nefret suçu failinin fazla kusurunun ağırlığının sebebi, failin nefret duygusu veya sadece ön yargısı temelinde mağduru grup mensubiyetinden dolayı suç hedefi haline getirmesinden kaynaklanmaktadır⁴²⁹.

⁴²³ OSCE/ODIHR **Hate Crime Laws: A Practical Guide**, s. 11

⁴²⁴ Hurd / Moore s. 1127; Mathis, s. 2

⁴²⁵ Lawrence, **Punishing Hate: Bias Crimes Under American Law**, s. 29

⁴²⁶ Jacobs/Potter, **Hate Crimes: Criminal Law & Identity Politics**, ss. 79-80

⁴²⁷ Nefret Suçları Yasa Taslağı, Nefret Suçları Yasa Kampanyası Platformu, Sosyal Değişim Derneği <https://studylibtr.com/doc/836622/nefret-suclari-yasa-taslagi> (Erişim Tarihi: 12.10.2021)

⁴²⁸ Frederick M Lawrence, “The Punishment of Hate: Toward a Normative Theory of Bias-Motivated Crimes”, **Michigan Law Review** C: 93, S: 2 (Kasım 1994). s. 355

⁴²⁹ Pezzella, s. 46

Saik, kusuru ağırlaştırmakta ve bu da kusurlu fiil nedeniyle verilecek cezayı ağırlaştıracak bir düzenlemeyi mecbur kılmaktadır⁴³⁰.

Nefret suçu failinin saiki nedeniyle daha fazla cezalandırılması gerektiği düşüncesinin kusurun fazla olması dışındaki diğer sebebi, nefret suçu işlenmesiyle ortaya çıkan zararın bu saik olmadan işlenen suçlara göre daha fazla olduğu temelinde açıklanmaktadır⁴³¹. Söz konusu zararın fazlalığının ilk sebebi mağdurun değiştiremeyeceği bir karakteristik özelliği sebebiyle hedef alınmasının mağdurda yarattığı psikolojik zarardır⁴³². Grup aidiyeti, kişiliğin bir parçasını oluşturduğundan nefret suçunda mağdur, kişisel bir husumete veya fail ile mağdur arasındaki herhangi bir ilişkiye dayanmamakta, mağdur sırf “öyle var oluşu (*so-sein*)” sebebiyle hedef olmaktadır⁴³³. Kişinin hayatı üzerindeki kontrol duygusunun baltalanması nedeniyle bireysel otonomisine ve insan onuruna verilen zarar; diğer suçlardaki mağdurluk deneyiminden çok daha fazla depresyon, kaygı, çaresizlik ve tecrit duygularına yol açacaktır⁴³⁴. Zararın fazlalığının dayandığı ikinci temel ise “nefret suçlarının topluluk etkisi”⁴³⁵ veya “ortak mağdurluk (*Mitopfer*)”⁴³⁶ sorunu olarak ifade edilen zararın kapsamına dayalı genişliktir. Bir kişinin grup aidiyeti nedeniyle hedef alınması, grubun herhangi bir üyesinin de söz konusu suçun hedefi olabileceği anlamına geldiğinden sadece mağdurda değil grubun diğer üyeleri arasında da tedirginlik yaratmaktadır. Nefret suçu düzenlemeleri lehine olarak öne sürülen argümanlarda, genel olarak zararın bu iki yönüne odaklanılırken; mağdura ve mağdurun mensubu olduğu gruba verilen zararın yanında, toplumdaki diğer savunmasız gruplara ve kamu barışının bozulduğu gerekçesiyle toplumun tümüne de zarar verildiği ve dolayısıyla zararın dört boyutlu olduğunu söyleyenler de vardır⁴³⁷.

⁴³⁰ Carissa Byrne Hessick, “Motive’s Role in Criminal Punishment”, Southern California Law Review, C. 80, S. 1, 2006. ss. 89-151. s. 112

⁴³¹ Pezzella, s. 29

⁴³² OSCE/ODIHR **Hate Crime Laws: A Practical Guide**, s. 20

⁴³³ Serafin, ss.15-16

⁴³⁴ Lawrence, “The Punishment of Hate: Toward a Normative Theory of Bias-Motivated Crimes”, s. 367

⁴³⁵ OSCE/ODIHR, **Hate Crime Laws: A Practical Guide**, s. 20

⁴³⁶ Serafin, s. 17

⁴³⁷ Mohamad Al-Hakim, “Making Room for Hate Crime Legislation in Liberal Societies”, **Criminal Law and Philosophy** C: 4, S: 3 (Ekim 2010), s. 356; Pezzella s. 33

B. Aleyhe Görüşler

Nefret suçunun kendine özgü yapısını ortaya koyan yukarıdaki özellikleri, nefret saiki unsurundan kaynaklanmaktadır. Ancak saikin, tipikliğin manevi unsuru olarak kabul edilip edilemeyeceği hususu tartışmalıdır. Türk hukukunda da taraftar bulan saikin suçun manevi unsuru olarak düzenlenemeyeceği görüşüne göre, saikin suç tipinde yer alması, ahlakla ceza hukuku arasındaki sınırı ahlak lehine genişletmektedir⁴³⁸. Ceza hukuku, failin kişiliğiyle ilgili nefret ve ön yargı gibi inanç ve duygularıyla ilgilenmemeli, ceza sorumluluğunun belirlenmesinde sadece dış dünyaya yansıyan fiil esas alınmalıdır⁴³⁹. Bu görüşe göre, saikin sadece failin içsel durumunu konu edinmesi nedeniyle gösterdiği sübjektif özellik, cezalandırmayı gerektiren bir içeriğe sahip değildir çünkü hukukun değil etiğin inceleme alanını oluşturmaktadır. Saikin mevcut hale geldiği iradenin oluşum süreciyle iradenin dışsallaşmasına karşılık gelen kast ise saikten farklılık arz etmektedirler⁴⁴⁰. Belirtmek gerekir ki burada karşı çıkılan durum, saike kusurun değerlendirilmesi aşamasında yer verilmesi olmayıp suç tipine ilişkin bir unsur olarak yer verilmesidir. İradenin şekillenmesi süreci, cezanın belirlenmesi sürecinde dikkate alınabilecektir⁴⁴¹.

Nefret suçu düzenlemelerinde temel suça göre daha fazla ceza verilmesinin sebebinin failin saiki olduğu yönündeki kabule karşı⁴⁴² daha fazla cezalandırılma sebebinin işlenen fiille dışa vurulan saik olduğu düşüncesi ileri sürülmüştür⁴⁴³. Buna göre fiil ve saik tümüyle birbirinden bağımsız olarak düşünülemez. Saikin fiile içkin olduğu yönündeki bu itiraza karşı, nefret suçunda ön yargı/nefret olmaksızın temel suçun halihazırda cezalandırıldığı bu nedenle öngörülen fazla cezanın işlenen fiilden tamamen bağımsız olarak ön yargı/nefret temeline dayandığı ileri sürülmüştür⁴⁴⁴.

C. Görüşümüz

Belirtmek gerekir ki bir fiili işlerken failin belli bir saike sahip olma halini hukuk düzenimiz kural olarak yasaklamamaktadır. Diğer bir ifadeyle saik kural olarak

⁴³⁸ Mehmet Cemil Ozansü, **Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk**, Ankara: Seçkin, 2007, ss.138-139

⁴³⁹ Hurd / Moore, s. 1127

⁴⁴⁰ Ozansü, s.138

⁴⁴¹ Ozansü, s.139

⁴⁴² Hurd / Moore, ss. 1128-1129

⁴⁴³ Mathis, s. 7

⁴⁴⁴ Hurd / Moore, ss. 1128-1129

fiilin haksızlık unsuru bakımından herhangi bir önem taşımamaktadır. Ancak kanun koyucu, kural olarak sadece kusura dayalı olarak cezanın belirlenmesi aşamasında dikkate alınan saiki, bazı durumlarda haksızlık kapsamına dahil edebilmektedir. Bu şekilde haksızlık alanına dahil edilip cezaya müstehak bir nitelik taşır hale getirme, ihlal edilen hukuki değerin niteliği ve haksızlığın işlenme şekli ve yoğunluğu ile ilgilidir⁴⁴⁵. Bu kapsamda temel suçun işlenmesinde tezahür eden ön yargı/nefret saiki nedeniyle temel suç, suçun işlenme şekli bakımından mağdurun grup karakteristiği üzerinden mağdurun toplumdaki varlığını hedef alan bir nitelik taşır hale gelmektedir. Grup aidiyetinin insanın kişiliğini oluşturan temel bir parçası niteliğinde olması nedeniyle nefret suçu, insan onuru kavramıyla yakından ilgilidir⁴⁴⁶. Söz konusu saikin niteliğine göre haksızlık unsuruna dahil edilebileceğini düşünmekteyiz. Buradaki saikin kötülüğüne dair yapılan değerlendirme, hakim tarafından cezanın belirlenmesi aşamasında yapılabileceği gibi kanun koyucu tarafından haksızlığın içeriğinin belirlenmesi aşamasında da yapılabilir. Diğer bir deyişle, saikin bir değerlendirmeye tabi tutulmadan haksızlık alanına dahil edilmesinin kategorik olarak reddedilmesini uygun bulmuyoruz.

Saikle ilgili olarak Yargıtay; *“Saikler prensip itibarıyla, hukukun dışında kalırlar. Sosyal ilişkilerin ve dışa vurmuş hareketlerin disiplini olan hukuk, ceza normunun ihlaline etki yapmadıkça, failin zihni ve ruhi durumu ile uğraşmaz...Bir suç işlendiği zaman, failin öngörü ve irade ile hareket etmiş olması yeter. Bu iradesini şu veya bu şekilde kullanmak hususunda etkin olan saiklere kanun değer vermişse, mesele yoktur”*⁴⁴⁷ ifadeleriyle saikin ceza normunun ihlaline etki etmesi durumunda kanun koyucu tarafından düzenleme yapılırken dikkate alınabileceğini vurgulamaktadır. Nitekim Türk hukukunda da saik, ikinci bölümde incelendiği üzere haksızlığın kast ve saik haricinde diğer sübjektif unsurlarından biri olarak nitelendirilmekte ve kan gütme saiki (TCK m.82/1-j) ve töre saikinde (TCK m.82/1-k) olduğu gibi suçun kanuni tanımında saike yer verilmektedir. Saikin ceza hukukuna dahil edilip edilmemesiyle ilgili tartışmalar bugün geline nokta geride bırakılmıştır ve günümüzde ceza kanunları saikle ilgili düzenlemeler içermektedir⁴⁴⁸. Bu nedenle bir suçta saikin haksızlık alanına dahil edilemeyeceği argümanına dayalı olarak nefret suçu

⁴⁴⁵ Serkan Meraklı, **Ceza Hukukunda Kusur**, 2. Baskı, Ankara: Seçkin, 2020, s. 43

⁴⁴⁶ Pap, s. 227

⁴⁴⁷ YCGK, E. 1985/83, K. 1985/330, T. 03.06.1985 Aktaran: **Burak Kılıç, Suçun Manevi Unsuru Olarak Amaç ve Saik** (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Hacı Bayram Üniversitesi, 2020). s.33

⁴⁴⁸ David A. Reidy, “Hate Crimes, Oppression, and Legal Theory”, **Public Affairs Quarterly** C: 16, S: 3 (Temmuz 2002). s. 265

düzenlemelerine karşı çıkılması, tartışmayı ana meseleden saptırmak için kullanılan değersiz bir görüş olarak değerlendirilmektedir⁴⁴⁹.

III. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRMELER

A. Lehe Görüşler

Kan gütme saikiyle ilgili bir Yargıtay kararında, söz konusu saik ile kasten öldürme suçunun işlenmesinin suçun temel şeklinden ayrılarak daha fazla cezalandırılmasının sebebi öç almak şeklinde beliren ahlaka aykırı düşünce ve tutkunun fiilin işlenmesinde etken olması olarak ifade edilmektedir⁴⁵⁰. Benzer bir yaklaşım nefret suçu düzenlemesine taraftar olanlar bakımından da söz konusudur. Buna göre nefret suçundaki bir kimsenin grup aidiyeti sebebiyle mağdur edilmesi durumu, insanlar arası eşitlik idealine zarar vermekte ve insan onuru ile herkesin kendi maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkına müdahale oluşturmaktadır⁴⁵¹. Nefret suçu düzenlemeleri lehine olan argümanlar içinde “Temel Değerler Argümanı (*fundamental values argument*)” olarak isimlendirilen bu düşünceye göre nefret suçunu diğer suçlardan farklı kılan husus, modern çoğulcu toplumlardaki demokratik ortamın temel dayanağını oluşturan hoşgörü ve ayrımcılık yasağı ilkelerini hedef almasından kaynaklanmaktadır⁴⁵². Ten rengi, herhangi bir dine mensubiyet veya konuşulan dil gibi özellikler nedeniyle hedef alınma, kişiliğe ait bu özelliklerin eşit koruma göremeyecek kadar değersiz olduğu mesajını taşımaktadır⁴⁵³. Bu mesaja karşılık, nefret suçu düzenlemeleri, söz konusu mağdurlara yönelik hukuki koruma sağlayarak eşitliğin yeniden tesisinde etkin bir rol oynamaktadır⁴⁵⁴.

Toplumda mevcut sosyal gerilimleri vurgulayan özelliği sebebiyle nefret suçları, sosyal gruplar arasındaki çatışmaları arttırma ve bu suretle kamu düzeni ve barışını

⁴⁴⁹ Kent Greenawalt, “Reflections on Justifications for Defining Crimes by the Category of Victim”, **Annual Survey of American Law**, S: 3, 1992, s. 625; Yazar, saikle ilgili argümanı “kırmızı ringa balığı (*red herring*)” olarak isimlendirmektedir. Dikkat dağıtıcı safsata argümanlar için kullanılan kavramla ilgili detaylı bilgi için bkz. <https://evrimagaci.org/kimizi-sazan-tahrik-safsatasi-red-herring-229> (Erişim Tarihi: 02.06.2022)

⁴⁵⁰ YGCK 4.6.1973 1/32/458 ; İlhan Akbulut, **Yeni Türk Ceza Kanunumuza Göre Kan Gütme Saiki ile Adam Öldürme (Yargıtay İçtihatları ile)**, İstanbul: Kazancı Hukuk, 2006, s. 17

⁴⁵¹ OSCE/ODIHR, **Hate Crime Laws: A Practical Guide**, s. 19

⁴⁵² Reidy, s. 266

⁴⁵³ Pezzella, s. 7

⁴⁵⁴ Hall, **Hate Crime**, s. 168

zedeleme yönünde ciddi bir tehlike içermektedir⁴⁵⁵. Toplumdaki bireyler arası eşitliğin sağlanması ve ayrımcılık yasağının uygulanması ve bu sayede toplumdaki gruplar arası güven ve uyum ilişkisinin sağlanması amaçlarıyla nefret suçu düzenlemeleri nefret suçu işlenmesiyle bozulan kamu düzeninin yeniden tesisine hizmet etmektedir⁴⁵⁶. Nefret suçlarının ihlale yöneldiği söz konusu hukuksal değerleri koruyabilmek için nefret suçu düzenlemeleri ile bu fiillere daha fazla ceza yaptırımını uygulanmalıdır.

B. Aleyhe Görüşler

Nefret saikini oluşturan “öteki” ne yönelik ön yargı, hoşgörüsüzlük ve düşmanlığın temel suçun daha fazla cezalandırılmasına yol açmasını; temel suçun cezasına eklenen cezanın aslında failin hedef aldığı gruba yönelik düşüncelerinden kaynaklandığını ve bu nedenle de ifade özgürlüğünü ihlal ettiğini savunan düşünceler mevcuttur⁴⁵⁷. Buna göre failin saikinin içeriğine göre saikler arasında bir derecelendirme yapılarak bazı saiklerin daha fazla kınama ve dolayısıyla daha fazla ceza gerektirdiğinin kabulü, insanların farklı düşüncelere sahip olabileceklerini göz ardı eden bir görüştür⁴⁵⁸. Belirtmek gerekir ki nefret suçu düzenlemelerine bu düzenlemelerin ifade özgürlüğünü ihlal ettiği gerekçesiyle karşı olanlar⁴⁵⁹, saiki ceza hukuku alanının dışına itmekte, sadece saikin içeriğine dayalı bir ayırım yapılması suretiyle failin sahip olduğu ön yargının kanun koyucu tarafından “kötü” olarak nitelendirilmesine karşı çıkmaktadırlar. Nefret suçu düzenlemelerine temel oluşturan ayrımcılığa uğramama hakkı, ayrımcı değerlendirme ve görüşlerden veya irrasyonel sebeplere dayalı davranışlardan muaf olma hakkını içermemektedir⁴⁶⁰.

Bu görüşe karşı, nefret suçu düzenlemelerinde düşüncenin değil düşüncenin davranışla dış dünyaya tezahür etmesinin yasaklandığı ve hatta salt ifadenin hedef alındığı nefret söylemlerine yönelik yasalarda dahi düşüncenin değil somut iletişim şekillerine yönelik bir kısıtlama olduğu⁴⁶¹ ileri sürülmektedir. Dış dünyaya yansıyan

⁴⁵⁵ OSCE/ODIHR, **Hate Crime Laws: A Practical Guide**, s. 20

⁴⁵⁶ Lawrence, “The Punishment of Hate: Toward a Normative Theory of Bias-Motivated Crimes”. s.347

⁴⁵⁷ Susan Gellman, “Hate crime laws are thought crime laws”, **Annual Survey American Law**, S: 509 (1993 1992), s. 515

⁴⁵⁸ Alon Harel / Gideon Parchomovsky, “On Hate and Equality”, **The Yale Law Journal** C: 109, S: 3 (Aralık 1999), s. 513

⁴⁵⁹ Gellman, s. 515; Reidy s. 169

⁴⁶⁰ Reidy, s. 169

⁴⁶¹ Şahinkaya, s.13

davranışın kaynağı kişinin karakteri olsa da dış dünyaya yansımaları itibariyle artık sorumluluğun konusu haline geldiğinden nefret suçunda cezanın ağırlaşması, failin zihniyeti nedeniyle değil, bu zihniyetin fiile dökülmesi sebebiyledir⁴⁶². Temel suçun cezasının arttırılmasının sebebi, nefret veya ön yargının suç işleme kastına dönüşmesi suretiyle davranışa dökülmesidir⁴⁶³. Esasında ifade özgürlüğünün geniş şekilde koruma bulduğu ABD'nin⁴⁶⁴ beklenenin aksine ilk bölümde ele alındığı üzere nefret suçu düzenlemelerinin öncüsü olması, ifade özgürlüğü tartışmaları bakımından önemlidir; çünkü bu düzenlemeler ifade özgürlüğünü içeren ABD Anayasası Birinci Değişiklik bakımından çok sayıda eleştiriye konu olmuştur⁴⁶⁵.

ABD Yüksek Mahkemesi, nefret suçu literatüründe sıklıkla atıf yapılan *Wisconsin v. Mitchell*⁴⁶⁶ davasında, Wisconsin Yüksek Mahkemesi'nin ayrımcı saik nedeniyle uygulanan fazla ceza dolayısıyla ifade özgürlüğünün ihlal edildiği yönündeki kararına karşın, oy birliğiyle, ırkçı saikle işlenen suçlara ilişkin ceza artırımı yapan hükmün Birinci Değişiklik ve dolayısıyla ifade özgürlüğünü ihlal etmediği sonucuna ulaşmıştır. Birinin sırf ten rengi dolayısıyla darp edildiği olayda mahkeme, iki yıl olan cezanın ırk temelli saik nedeniyle beş yıla çıkarılmasını anayasaya uygun bulmuştur. Kararın gerekçesinde bir kişinin soyut düşünceleriyle suç işlenmeye sevk eden düşünceleri arasında bir ayırım yapılmakta ve bu suretle esasında yukarıda ifade edilen davranış/düşünce farklılığı argümanı savunulmaktadır.

Esasında böyle bir argümanın sebebi, Wisconsin v. Mitchell davasını, Yüksek Mahkeme'nin bu davadan sadece bir yıl önce verilen *R.A.V. v. City of St. Paul*⁴⁶⁷ davasından ayırmak istemesidir çünkü mahkeme söz konusu davada korunan karakteristik özelliklerin hedef alındığı bazı fiilleri ifade özgürlüğünü ihlal eder nitelikte bulmuştur. İnsanları ırki renk ve mezhep temelinde hedef alan söz ve sembollerin kullanılmasını yasaklayan düzenlemenin konu edildiği davada, bu şekilde ön yargıya dayalı olarak ifadenin içeriği temelinde-sadece belli kişilere yönlendirilmiş haldeki ifadeler- ifadeler arasında ayırım yaparak kanun koyucu tarafından “makbul

⁴⁶² Al-Hakim, ss.354-355; Mathis, s. 16

⁴⁶³ Martha Craven Nussbaum, *Hiding from Humanity: Disgust, Shame, and the Law*, Princeton, NJ: Princeton Univ. Press, 2004, ss. 294-295.

⁴⁶⁴ Hall, *Hate Crime*, s. 179

⁴⁶⁵ Erik Bleich, “The Rise of Hate Speech and Hate Crime Laws in Liberal Democracies”, *Journal of Ethnic and Migration Studies* 37, sy 6 (Temmuz 2011): 917-34,

⁴⁶⁶ Wisconsin v. Mitchell, 508 U.S. 476 (1993) <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/508/476/> (Erişim tarihi: 20.01.2022)

⁴⁶⁷ R.A.V. v. City of St. Paul, 505 U.S. 377 (1992) <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/377/> (Erişim tarihi: 20.01.2022)

olmayan” ifadeler belirlenmesinin Birinci Değişikliği ihlal ettiği hükmüne varılmıştır. Bu davadan farklı olarak Wisconsin v. Mitchell davasında belirli bir mağdurun seçilmesi ile ortaya çıkan somut davranışı hedef alınmakta ve aslen failin düşünceleri ve kanaati ile ilişkili özel kusurundan değil mağdurun bazı kimlik özelliklerine göre seçilmesi fiilinin toplum bakımından arz ettiği soyut tehlikeden dolayı daha fazla ceza uygulanmaktadır⁴⁶⁸.

C. Görüşümüz

Bir düşüncenin sözle veya herhangi bir suretle ifade edilmesi dış dünyaya tezahür etme itibarıyla fiil niteliği taşımaktadır⁴⁶⁹. Bu doğrultuda bir suçun işlenmesi sırasında ırkçı sözlerin sarf edilmesi veya bir kişinin grup aidiyeti nedeniyle suç hedefi olarak seçilmesi düşüncenin dış dünyaya yansımaya karşılık gelen iki farklı ifade şeklidir. Herkes, toplumda belli kesimlere karşı nefret, sevgi, tikslenme gibi belli hisler besleyebilir ve bazı ön yargılara sahip olabilir. Ancak bu kanaatlerin ifade edilmesi toplum bakımından tehlike arz ettiği noktada ifade hürriyetine sınırlandırmalar getirilmesi mümkündür. Çünkü düşünce ve kanaat hürriyeti, toplum hayatını ilgilendirdiği andan itibaren hukukun sahasına girer ve toplum yaşayışının gerektirdiği bazı sınırlamalara bağlı olabilir⁴⁷⁰. Bu nedenle örneğin çalışma konumuzla yakından ilişkili nefret söylemleri ifade özgürlüğü kapsamında koruma bulmamaktadır⁴⁷¹. Dahası, bugün geline nokta nefret söylemlerine yönelik sınırlandırmanın ceza hukuku yaptırımlarıyla yapılabileceği düşüncesi ulusal ve uluslararası düzeyde kabul görmektedir. Örneğin çalışmamızın ilgili bölümünde nefret söylemi tanımına yer verdiğimiz Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin 1997 tarihli kararında⁴⁷² üye devletlerin her somut olayda yargı organlarının ifade hürriyeti ile başkalarının şöhret ve haklarının korunması ile insan onuruna saygı haklarını uzlaştırmasına imkan verecek şekilde ceza hukuku düzenlemeleri yapmaları tavsiye edilmektedir. Söz konusu somut olay değerlendirmesi, kanuni düzenlemelere, ifadenin toplum düzeni

⁴⁶⁸ Öykü Didem Aydın, *Üç Demokrasi Düşünce Özgürlüğü ve Ceza Hukuku-I Amerika Birleşik Devletleri Örneği*, Ankara: Seçkin, 2004, s. 416

⁴⁶⁹ Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 182

⁴⁷⁰ AYM, E. 1963/16, K. 1963/83, 08.04.1963, içinde: Ulaş Karan, *İfade Özgürlüğü Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 2*, Ankara: Avrupa Konseyi Yayınları, 2018, s. 63

⁴⁷¹ Weber, ss. 2-4

⁴⁷² Recommendation No. R (97) 20 of the Committee of Ministers to member states on “hate speech” adopted on 30 October 1997
<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680505d5b>
 (Erişim Tarihi: 20.03.2022)

bakımından somut tehlike oluşturmamasının aranması şeklinde yansımış⁴⁷³ ve Türk kanun koyucusu, nefret söylemini, “kamu barışını bozmaya elverişlilik” ve “kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlike” şartlarının gerçekleşmesi ile ceza yaptırımına müstehak kılmıştır(TCK m.216). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, nefret söylemlerine ilişkin kararlarında; ifadelerin AİHS’in temel kavramlarını inkar etme anlamında olması halinde hakları kötüye kullanma yasağı (AİHS m.17), sözleşmenin temel kavramlarını kaldırmaya eğilimli olmadığı durumlarda da ifade özgürlüğünün sınırlandırılması (AİHS m.10/2) kapsamında değerlendirerek ifade özgürlüğünden yararlanamayacağını kabul etmektedir⁴⁷⁴. Anayasa Mahkemesi de ifade özgürlüğünü kullanan kişiler için hürriyeti bağlayıcı ceza öngörülmemesi gerektiğini ancak “demokratik bir toplumda şiddet çağrısı veya nefret söylemi gibi çoğulcu demokrasiyi ortadan kaldırmayı amaçlayan ifadeler” söz konusu olduğunda bu ilkeden ayrılınabileceği kanaatindedir⁴⁷⁵. Dolayısıyla nefret söylemi niteliğindeki ifadelere yapılan müdahaleler, günümüz demokrasilerinde ifade özgürlüğü kapsamında koruma bulmamakta ve bu amaçla yapılan müdahalelerin ceza hukuku yoluyla yapılması dahi ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin kategorik olarak orantısız olduğu anlamına gelmemektedir. Nefret söylemlerine ilişkin bu açıklamaların konumuz bakımından önemi, nefret suçundaki saikin çoğu zaman suçun işlenmesinde sarf edilen nefret söylemi niteliğindeki bir ifade ile ispatlanıyor olmasından kaynaklanmaktadır⁴⁷⁶. Irksal, dini, etnik ve benzeri sebeplerle kamu barışını tehdit edici ifadeler bakımından ifade özgürlüğünün yasaklanabileceğinin öngörülmesi, liberal demokrasiler bakımından olağandır⁴⁷⁷. Nitekim AGİT de ifade özgürlüğü bakımından nefret suçu düzenlemelerine getirilen eleştirilere üye devletlerin halihazırda ifade özgürlüğünü kısıtlayıcı yasalara sahip olması dolayısıyla ifade özgürlüğü bakımından nefret suçu düzenlemeleriyle ilgili bir tartışma yapılmasının gereksiz olduğu yönünde cevap vermektedir⁴⁷⁸. Anılan sebeplerle, failin fiilinin ön yargı/nefret saikinden kaynaklanması durumunda daha fazla ceza yaptırımının öngörülmesi, failin ifade özgürlüğünü ihlal edici bir etki doğurmamaktadır.

⁴⁷³ Aydın, s. 421

⁴⁷⁴ Söz konusu kararlar için bkz. ECHR Factsheet Hate Speech, Şubat 2022 https://www.echr.coe.int/documents/fs_hate_speech_eng.pdf (Erişim tarihi: 24.05.2022)

⁴⁷⁵ Karan, **İfade Özgürlüğü Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 2**, s. 42; AYM, Sinem Hun, 2013/5356, 08.05.2014

⁴⁷⁶ OSCE/ODIHR **Hate Crime Laws: A Practical Guide**. s.26

⁴⁷⁷ Erik Bleich, “The Rise of Hate Speech and Hate Crime Laws in Liberal Democracies”, **Journal of Ethnic and Migration Studies** C: 37, S: 6 (Temmuz 2011).

⁴⁷⁸ OSCE/ODIHR, **Hate Crime Laws: A Practical Guide**. s. 26

IV. İKİNCİLLİK İLKESİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRMELER

A. Ceza Hukukunda İkincillik İlkesi

Nefret suçunun hukuksal değerleri ihlal edici nitelikte bir tehlike oluşturduğu kabulü, bu olaylara ceza hukuku müdahalesini doğrudan meşru hale getiren bir etkiye sahip değildir⁴⁷⁹. Ceza hukuku, her türlü hukuksal değer her hangi bir şekilde ihlal edilmesine karşılık veren bir mekanizma değildir. İçerdiği ağır yaptırımlar nedeniyle sadece toplumsal yaşamın sürdürülebilmesi için gereken asgari düzenlemeler ceza hukukunun konusunu oluşturur. Esasında hak ve özgürlükleri sınırlamanın sınırlarından biri olan anayasal ölçülülük ilkesi, hukuksal değerlerin korunmasında, bu koruma daha hafif müdahale araçlarıyla yapılabiliriyorsa bu araçları tercih etmeli ve doğrudan ağır yaptırımlara yönelmemelidir⁴⁸⁰. Geniş bir düzenleme yetkisine sahip kanun koyucuyu sınırlayan bu ilkenin ceza hukukundaki karşılığı ikincillik (=talîlik, yardımcılık) ilkesidir. Buna göre ceza hukuku, hukuksal değeri ihlal eden davranışı önlemek bakımından diğer hukuk dallarının yetersiz kaldığı ve söz konusu değer bir ceza hukuku normuyla korunmasının kaçınılmaz olduğu durumlarda devreye girer⁴⁸¹. Bunun sebebi, ceza hukukunun, anayasaların güvenceye aldığı temel hak ve özgürlükleri en esaslı bir biçimde sınırlandırıyor olmasıdır⁴⁸². Toplumun sosyal açıdan zararlı davranışla rahatsız edilmesinin önlenmesi hedefine ceza hukukundan daha az müdahaleci diğer araçlarla da ulaşılabilir⁴⁸³. Hukuk düzenine ait tüm araçların sosyal problemlerin çözülmesinde kullanılabileceği bir durumda öncelik ceza yaptırımı dışındaki araçlara verilmeli ve bu nedenle hukuksal değerlerin korunmasında cezaların fonksiyonu yardımcı nitelik taşımalıdır⁴⁸⁴. Bu nedenle cezalar, sosyal politikanın son çaresi (=ultima ratio) olarak adlandırılmaktadır⁴⁸⁵.

⁴⁷⁹ Jacobs / Potter, s. 90

⁴⁸⁰ Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 20. Baskı, (Ankara: Yetkin, 2020) ss. 114-115

⁴⁸¹ Yener Ünver, **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, Ankara: Seçkin, 2003, s. 692

⁴⁸² İçel, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.57

⁴⁸³ Claus Roxin, “Ceza Hukukunun Bir Geleceği Var mıdır?”, içinde **Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 5 Suç Politikası**, Çev. Yener Ünver, Ankara: Seçkin, 2006, s.61

⁴⁸⁴ Claus Roxin / Luis Greco, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 5. Baskı, München: C.H. Beck, 2020, s. 86 par. 97

⁴⁸⁵ “ultima ratio der Sozialpolitik” Roxin / Greco. s.86 par.97

B. Nefret Suçu Düzenlemelerinin Meşruiyeti Tartışmalarında İkincillik İlkesi

Ultima ratio prensibi, nefret saikiyle suç işlenmesi durumları için cezalandırılabilirliğin alanını genişleten düzenlemeler yapılıp yapılmayacağı sorusu için incelenmesi gereken bir ceza hukuku ilkesidir. Nitekim nefret suçuyla ilgili akademik çalışmalarda da bu ilke temelinde incelemeler yapılmaktadır⁴⁸⁶. *Ultima ratio* ilkesi açısından nefret suçu düzenlemeleri ile ilgili iki temel tavır bulunmaktadır: İlk görüşe göre, devlet, nefret suçu problemi ile mücadele için ön yargıları ortadan kaldırma amacıyla zorunlu eğitim müfredatında değişiklikler yapmalı, bu yöndeki sivil toplum faaliyetlerinin desteklenmesi gibi ceza sorumluluğunu arttırma dışındaki önlemlerin yanında ceza kanununda da bu yönde değişiklikler yapılmalıdır⁴⁸⁷. Diğer bir deyişle bu görüşte, nefret suçunun ayırıcı özelliği olan failin saikinin fiilin haksızlık içeriğini arttırdığı bu nedenle ceza hukuku müdahalesini gerektirdiği kabul edilmekte ancak, esas hedef olarak ceza hukuku müdahalesini gerektirecek olayların oluşmasının önlenmesi için gerekli müdahalelerin yapılması gerektiği benimsenmektedir. Nitekim Fransa’da, Fransız Ceza Kanunu’nda yapılan cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hal düzenlemesinin yanında nefret suçunun temel sebebi olarak görülen ayrımcılıkla mücadele için zorunlu eğitim müfredatında değişiklikler yapılmıştır⁴⁸⁸.

Nefret suçuyla mücadelede ceza hukukunun müdahalesini gerekli gören ancak bunun diğer hukuki değer koruma yollarından sadece biri olması gerektiğini savunusu, dolaylı olarak *ultima ratio* ilkesinin nefret suçuyla ilgili ceza hukukunda yapılan düzenlemelerin diğer mücadele araçlarını engelleyici bir etkisi olmamasına dayanmaktadır. Çünkü, gerçekten de belirli hukuksal değerlerin ceza hukukunun koruması altına alınmış olması, yapılacak diğer hukuksal koruma düzenlemelerini bloke etmez⁴⁸⁹. Cezanın arttırılması mücadelede kısa vadede etkin bir yol sunarken;

⁴⁸⁶ Serafin, s.66; Kugelman s.13;

⁴⁸⁷ Belirtmek gerekir ki Ünver, *ultima ratio* ilkesi ile ikincillik ilkesini eş anlamlı olmadığını savunmakta ve iki ilke arasında şöyle bir ayırım yapmaktadır: “*Ultima ratio* ilkesinde hukuk araçları arasında bir tercih yapılmakta ceza hukuku, diğer hukuk dalları içerisinde yaptırımlarının ağırlığı dolayısıyla en son başvurulabilecek ilke olarak görülmektedir. Oysa ikincillik ilkesi, ceza hukuku diğer hukuk kuralları ve diğer toplumsal kurum mücadele yöntem ve araçlarına ilişkindir. *Ultima ratio*’da henüz pozitif bir düzenleme müdahalesi bulunmamaktadır.” Ünver, s. 702

⁴⁸⁸ Bleich, “Hate Crime Policy in Western Europe”. s.159

⁴⁸⁹ Ünver, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, s. 697

mücadelenin uzun vadede başarıya ulaşması için nefret suçunu ortaya çıkaran farklılıklar hakkındaki kurumsal ve kültürel kabullerle savaşılmalıdır⁴⁹⁰. *Ultima ratio* ilkesi nedeniyle ceza hukukunda düzenleme yapılamayacağını savunanlara göre ise bu düzenlemelerin grup aidiyetlerinin ve bu aidiyetleri nedeniyle mağdur haline getirilmenin hukuk düzenince tanındığının göstergesi olma kaygısıyla ihdas edildiğinden son çare ilkesiyle bağdaşmaz çünkü, ceza hukuku hukuksal değer ihlalden bağımsız olarak topluma mesaj verilecek bir yer değildir⁴⁹¹. Bizce bu görüşün temelinde hukuksal değer ihlalini ceza yaptırımının koşulu olarak görülmesi ve bu doğrultuda hukuksal değerle ilişkili olmayan suç olamayacağının kabulü yatmaktadır⁴⁹².

Esasında bu görüş, nefret suçu düzenlemeleri lehine ileri sürülen bu düzenlemelerin toplumdaki eşitlik idealinin sağlanması bakımından güçlü bir mesaj niteliğinde olduğu düşüncesine⁴⁹³ yönelik oluşturulmuş karşıt-görüşdür. Nefret suçu düzenlemesi taraftarları, bu düzenlemelerle ön yargı/nefret saikiyle suç işlenmesinin toplum tarafından güçlü bir şekilde kınandığını düşünmektedir⁴⁹⁴. Bu düzenlemeler, gerçekleşen nefret olaylarına karşı toplumdaki bilinci artırır⁴⁹⁵. Nefret suçları mağdurlara “toplumdaki yerlerini” hatırlatıcı nitelikte mesaj içeren davranışlar olduğundan nefret suçu düzenlemeleri de bu saiklerin tolere edilemeyeceği yönünde yine mesaj niteliğinde düzenlemelerdir⁴⁹⁶. Nefret saiklerini hedef alan ceza hukuku düzenlemelerinin sembolik olduğunu gösteren en belirgin örnek, Alman Ceza Kanunu § 46’da yapılan değişikliktir. Alman kanun koyucusu failin saikinin cezanın belirlenmesi aşamasında dikkate alınmasına imkan veren söz konusu maddede 30.03.2021’de değişiklik yaparak⁴⁹⁷ maddeyi “ırkçı, yabancı düşmanı, anti-Semitik ve diğer insanlık dışı sebep” şeklinde örnek niteliğinde saiklerin sayıldığı son haline getirmiştir. Değişiklikten önce de örnek olan sayılan saikler bu madde kapsamında değerlendirilebiliyor olmasına rağmen metinde açık bir şekilde ifade etme yönünde bir tercihte bulunulmuştur. Nitekim var olan sistemde bir değişiklik yaratmak yerine

⁴⁹⁰ OSCE/ODIHR, *Hate Crime Laws: A Practical Guide*, s. 22

⁴⁹¹ Jacobs / Potter, s. 90

⁴⁹² Ünver, s. 699

⁴⁹³ Hall, *Hate Crime*, s. 168

⁴⁹⁴ Serafin, s. 66; OSCE/ODIHR, *Hate Crime Laws: A Practical Guide*, s. 35

⁴⁹⁵ OSCE/ODIHR, *Hate Crime Laws: A Practical Guide*, s. 22

⁴⁹⁶ Perry, s. 5

⁴⁹⁷ Gesetz zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität (ReHaKrBG) m.1; 03.04.2021 tarihinde yürürlüğe girmiştir. <https://www.buzer.de/gesetz/6165/al144297-0.htm> (Erişim Tarihi: 22.04.2022)

sadece hakime ve kamuoyuna bir mesaj fonksiyonu gören değişikliklerin gereksiz olduğu yönünde eleştirilere maruz kalmıştır⁴⁹⁸.

C. Görüşümüz

İkincillik ilkesi bakımından yapılacak bir değerlendirme, basit bir “*ultima ratio* ilkesine uygunluk/aykırılık” değerlendirmesi değildir. Çünkü ceza normunun yardımcılığı ilkesi, bağlayıcı bir kural olmaktan öte suç politikasının belirlenmesine yönelik yol gösterici mahiyettedir ve bu nedenle sınırları yasa koyucu tarafından belirlenir⁴⁹⁹. Bunun anlamı, başka çarelerin yetersiz olması dolayısıyla son çarenin devreye sokulmasındaki “yetersizlik” değerlendirmesinin en nihayetinde yine yasa koyucu tarafından yapılıyor olmasıdır. Bu durum, özellikle daha az mücadeleci bir araçla aynı başarının elde edilip edilemeyeceği konusunda şüphe varsa ortaya çıkar; çünkü kanun koyucu, bu şüphe hakkında karar vermek için gereken takdir yetkisine sahiptir⁵⁰⁰. Ancak nefret suçu hakkında düzenleme yapma konusunda kanun koyucuya hakkını teslim ettiğimiz tam bu noktada nefret suçu düzenlemeleri tartışmalarında da sıklıkla vurgulanan yasal popülizm tehlikesi gündeme gelmektedir. Tehlikenin başlıca dayanağı, ceza hukukunun toplumsal sorunları hızlı ve güvenilir bir şekilde çözmenin bir aracı olarak görülmesi ve bu nedenle de kamuoyunun düşüncelerini kendi lehine çekmeye istekli ve hazır olan parlamentoların suç olmaktan çıkarma ile seçim kazanmanın imkansızlığının bilincinde olması olarak ifade edilmektedir⁵⁰¹. Söz konusu tehlikenin nefret suçu düzenlemelerinde özel önem taşımasının sebebi ise, nefret suçunun korunan karakteristik özelliklerin sayılması şeklindeki toplum kesimleriyle doğrudan ilişkilendirilebilecek kendine özgü bir yapı arz etmesidir. Bu noktada Jacobs/Potter’ın nefret suçu düzenlemelerinin kökeni olan ABD’deki bu konuda düzenleme yapılmasının sebebini açıkladığı eleştiri niteliğindeki görüşlerine değinilmelidir. Buna göre nefret suçunun yasal düzenlemelerde özel olarak düzenlemeye başlanmasının sebebi, nefret saikiyle hareket eden faillerin cezalandırılmıyor olması değil, o dönemde artışa geçen kimlik politikalarıdır. Nefret suçu düzenlemeleri, tabandan gelen bir talepten ziyade menfaat gruplarının lobi faaliyetlerinin ve politik kaygılarla onlara kayıtsız kalamayan politikacıların ürünleri

⁴⁹⁸ Kugelman, s.18

⁴⁹⁹ Roxin / Greco, s.88 par.101

⁵⁰⁰ Roxin / Greco, s.88 par. 101

⁵⁰¹ Eric Hilgendorf, “Der Strafgedanke 1975-2005”, içinde **Alman – Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku -Das Strafrecht im deutsch-türkischen Rechtsvergleich**, c. 1, İstanbul: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2010, ss.186-191

niteliğindedir⁵⁰². Belirtmek gerekir ki nefret suçu düzenlemelerinin ilk ortaya çıkışı için ileri sürülen bu eleştiri, eskimiş bir eleştiri değildir. Nefret suçu düzenlemelerinin toplumdaki farklı kimlik gruplarının resmi olarak tanınmasında bir araç konumuna indirgenemeyeceği çekincesi öğretide bugün de ileri sürülmektedir⁵⁰³.

Kamuoyunun yükselen tansiyonunun düşürülmesi için hukuki değerin korunmasıyla hiçbir bağlantısı olmayan hükümlerle ceza sorumluluğunun sınırlarının genişletilmesi ceza hukukunu “*ultima ratio*” halinden “*prima ratio*” haline getirir⁵⁰⁴. Toplumda tarih boyunca mağdur edilmiş azınlık grupların haklarının teslim edileceği yer, ceza kanunları olmamalıdır. Bu nedenle, maddi eşitliği sağlamak üzere toplumda dezavantajlı grup üyelerine nefret suçu düzenlemeleri sayesinde ceza hukuku yoluyla daha fazla koruma imkanı sunulması gerektiğine yönelik görüşler⁵⁰⁵, ceza hukukunun kusur ilkesi gibi en temel ilkelerinden sapma anlamına geldiği için tehlikelidir. Nefret suçu failleri için daha fazla cezalandırma öngörmek suretiyle eşitlik ilkesinin gözetildiğine yönelik görünürlük kazandırmak,⁵⁰⁶ düzenleme yapılmasının sebebi haline getirilemez. Ceza kanunlarının görünürlüğünün fazla olması nedeniyle nefret suçu düzenlemelerinin yapılmasında söz konusu saikin toplumdaki barış ortamını bozma tehlikesi taşıması yönündeki bu düzenlemeleri hukuki değer koruması ile ilişkilendirme çabaları ise cezanın belirlenmesi aşamasını yok sayan bir varsayım ile hareket etmektedir. Hakim, bu aşamada somut olay bakımından meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını ve failin saikini dikkate alarak bir cezaya hükmetmektedir. Bunun anlamı, nefret suçu düzenlemelerinin toplum barışı için arz ettiği tehlike zaten ceza kanunun mevcut haliyle değerlendirme konusu yapılmaktadır. Failin işlediği temel suçun gerektirdiği ceza sınırlarının failin aleyhine olacak şekilde dışına taşılmasının gerektiğinin kabulü bizce aceleci bir yaklaşımdır. Çünkü bu şekilde tehlikelilik değerlendirmesi, somut olay değerlendirmesine bırakılmadan yasa koyucunun genel ve soyut kural yapma yetkisine emanet edilmektedir. O halde işlenen her nefret suçu için cezanın arttırılması, işlenen her nefret suçunun toplum barışı için tehlikeli olduğu varsayımına dayanır. Halbuki bu bir olasılık değerlendirmesidir. Bu doğrultuda nefret suçu düzenlemeleri için tehlikelilik bakımından “toptancı” bir

⁵⁰² Jacobs/Potter, *Hate Crimes: Criminal Law & Identity Politics*, s. 65

⁵⁰³ Pap, s. 227

⁵⁰⁴ Hilgendorf, ss.185-186

⁵⁰⁵ Harel / Parchomovsky, s. 509; Esasında yazarlar da bu görüşün kabulünün ceza sorumluluğunu haksızlık ve kusura dayandıran modern kabulden (*wrongfulness and culpability paradigm*), adil bir ceza hukuku korunmasının sağlanması kabulüne (*fair protection paradigm*) doğru sapma anlamına geldiğini kabul etmektedirler.

⁵⁰⁶ Harel / Parchomovsky, s. 538

yaklaşım güdülmesinin somut olay adaletini zedeleyici bir özellik arz ettiği yönündeki düşüncelere⁵⁰⁷ katılıyoruz. “Ceza hukuku sadece önemli hukuksal değerleri ve bu değerlerin ciddi ihlal biçimlerinde sahneye çıkan bir toplumsal kontrol mekanizmasıdır⁵⁰⁸”. Hukuksal değerler bakımından bir inceleme yapıldığında suçun işlenişi ile dışa vurulan saikle toplumsal barışın bozulacağı yönündeki varsayım, bu ikisi arasındaki zayıf nedensellik bağıını göz ardı eden bir varsayımdır.

V. BELİRLİLİK İLKESİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRMELER

Hak ve hürriyetlere en fazla etkisi olan hukuk disiplini olan ceza hukukunda, kişi hak ve hürriyetlerini güvence altına almaya yönelik kabul edilen prensiplerden biri olan belirlilik ilkesi⁵⁰⁹, nefret suçu düzenlemeleri bakımından özel önem arz etmektedir. Gerek Anayasada (m. 38) ve gerekse TCK’da (m. 2) yer verilen suçta ve cezada kanunilik ilkesinin sonuçlarından biri olan ve suç ve cezaların belirsizliği yasağı olarak da ifade edilen⁵¹⁰ ilkeye göre, suç oluşturan fiiller ve bunların karşılığı olarak öngörülen yaptırımlar kanunda açık ve anlaşılır şekilde düzenlenmelidir. Nefret suçunun ceza kanununda düzenlenmesi belirlilik ilkesi açısından iki açıdan ihlal tehlikesi oluşturmaktadır: Nefret kavramının belirlenmesi sorunu ve korunan grup karakteristiklerinin belirlenmesi sorunu. İlke, her iki sorun bakımından ayrı ayrı incelenecektir.

A. Nefret Kavramının Belirlenmesi Sorunu

Suçları tespit eden kanun hükümlerinin tanımları belli olmalı, yani açık ve seçik nitelik göstermeli, farklı anlamlara gelen, belirsiz ve çok kapsamlı terimler kullanılmamalıdır⁵¹¹. Bu kapsamda yasa metinlerinde oldukça geniş, kişiden kişiye farklı anlamlara gelebilecek kavramların kullanılması, hem maddenin uygulanmasında çelişkilere yol açacak hem de hakime geniş bir takdir hakkı vermesi ve hatta hangi

⁵⁰⁷ Serafin, s. 48

⁵⁰⁸ Ünver, s. 693

⁵⁰⁹ Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 130

⁵¹⁰ Koca / Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 60

⁵¹¹ Kayıhan İçel / Süheyl Donay, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım*, C: 1, 5. Baskı, İstanbul: Beta, 2006, s. 82

davranışların suç sayılacağını hakime bırakması nedeniyle kuvvetler ayrılığı ilkesiyle de bağdaşmayacaktır⁵¹².

Çalışmamızın başlığında da yer alan “nefret suçu” ifadesinin ilk ortaya çıktığı dönemden bu yana kavramın tanımlanmasına yönelik tartışmalar sürmekle birlikte henüz kavramın ne anlama geldiği hususunda öğretide bir uzlaşma mevcut değildir⁵¹³. Söz konusu ifadenin belirlilik ilkesine uygun bir şekilde tanımlanmasında, nefret suçunu diğer suçlardan ayırt edici özellikler olan saikten ne anlaşılması gerektiğinin ve saikin yöneltileceği kişi gruplarının hangileri olacağının belirlenmesi hususları önem taşımaktadır. Bu nedenle nefret suçu düzenlemeleri yapılmasıyla belirlilik ilkesinin ihlaline yol açabilecek hususlar; nefret/ön yargı kavramlarının içeriğinin ve korunan karakteristik özelliklerin belirlenmesi olarak incelenecektir.

1. “Nefret” Kavramının İçeriğinin Belirlenmesi Sorunu

“Nefret suçu” ifadesinin yaygın kullanımına karşılık genelde nefret suçu düzenlemeleri, soyut nefret kavramı yerine “ön yargı” veya “düşmanlık” gibi daha esnek ve nefret kavramı kadar keskin olmayan kavramlara yer vermektedir⁵¹⁴.

Nefret/ ön yargı suçunun objektif unsuru olarak ceza kanununda yer alan bir suç işlenmeli ve sübjektif unsur olarak ise bu suç ön yargı/nefret temelinde işlenmelidir. Ön yargının nefret saiki boyutuna varmasının aranıp aranmayacağı ise tartışmalıdır⁵¹⁵. Çünkü nefret ve ön yargı kavramları birbirleriyle örtüşmemekte, bir kişinin grup aidiyeti sebebiyle suça hedef olduğu her ön yargı temelli davranışın, her koşulda nefret içerdiği söylenemez⁵¹⁶. Yoğun bir duygusal durum olan nefretin failin ön yargısına içkin olup olmayacağı konusunda açık bir belirlenim bulunmamaktadır⁵¹⁷.

Ön yargının nefret boyutuna varmasının aranıp aranmayacağı hususundaki belirsizlik, bu kavramlar arasında bir tercih yapıldığında dahi devam etmektedir. Geçtiğimiz yüzyılda yaşanan soykırımlara temel oluşturan, gerçekleştirilen terör eylemlerinin altında yatan ve aslında suç oluştursun ya da oluşturmamasın işlenen her şiddet eyleminin altında yatmakta olan ortak duygu, nefrettir. Bu kadar geniş

⁵¹² Koca / Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 62

⁵¹³ Hall, **Hate Crime**, s. 34

⁵¹⁴ Mason, s. 60

⁵¹⁵ OSCE/ ODIHR, **Hate Crime Laws: A Practical Guide**, s.18; Mason, s. 61

⁵¹⁶ Mathis, s. 13

⁵¹⁷ Pezzella, s. 4

yelpazedeki fiiller için kullanılan ve güçlü bir hoşlanmama duygusu olarak ifade edilen nefretin ne anlama geldiği, bu amaçla ileri sürülen pek çok teoriye rağmen henüz tam olarak belirlenebilmiş değildir⁵¹⁸. Mağdura karşı duyulan nefretle işlenen her suç, nefret suçu oluşturmaz, bu niteleme için söz konusu nefretin etnik, dini vb. bir gruba karşı sahip olunan ön yargı ile ilişkilendiriliyor olması gerekir⁵¹⁹. Ancak ön yargıyla yakın ilişkisine rağmen, bu ön yargının hangi düzeydeki hoşlanmama duygusuyla beraber nefret suçu bağlamındaki nefret haline geleceği sorusu; belirlenmesi zor bir alana işaret etmektedir. Nefret suçu düzenlemelerinde nefretin sebebinin ırk, renk gibi korunan karakteristik özelliklere dayalı farklılığa dayanması gerektiği hususundaki belirlenim, nefret kavramından ne anlaşılması gerektiği ile ilgili herhangi bir cevap içermemektedir.

Suçun işlenmesine yol açan ön yargının nefret düzeyine ulaşmasının aranmadığı durumda da ön yargıdan ne anlaşılması gerektiği sorusu cevaplandırılmalıdır. İnsanların ön yargıyla yaklaştığı kişilerle ya da gruplarla arasına fiziksel ya da sosyal bir mesafe koymasına yol açan bir tutum olarak tanımlanan ön yargı⁵²⁰; hedef kişi veya grup hakkındaki düşünceler, duygular ve kişinin hedef grup veya kişilere karşı eylemlerinden oluşan davranışlar olmak üzere üç bileşenli bir yapı göstermektedir⁵²¹. Bu şekilde düşünsel, duygusal ve davranışsal bileşenlerden oluşan ön yargı, insan hayatının bir parçası olmakla birlikte; ön yargı suçlarında hedef alınan ön yargı durumu; düşünsel bileşenin sırf mağdurun grup aidiyetinden kaynaklanması ve davranışsal bileşenin söz konusu hukuk düzeninde suç teşkil etmesi durumudur. Bu haliyle ön yargı, şüphesiz kapsam olarak nefret kavramından daha geniştir⁵²² ancak; bu genişlik kavramın anlam sınırlarını silikleştirmektedir. Suçun işlenmesinde grup ön yargısı dışında etkenlerin de rol oynaması durumunda suçun hala ön yargı suçu olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği meselesi⁵²³ veya nefret suçu literatüründe tartışıldığı üzere evsizler gibi insan topluluklarına yönelik ön yargının da nefret suçu kapsamına alınıp alınmayacağı meselesi⁵²⁴ söz konusu sınırlara yönelik meselelerden sadece birkaçıdır. Sonuç olarak, ön yargı kavramının tanımı üzerinde oynanmak

⁵¹⁸ Sternberg/Sternberg, s. 50; Nefretin ne anlama geldiği ile ilgili ileri sürülen teorilerin ayrıntılı bir incelemesi için bkz. ss.18-50.

⁵¹⁹ Lawrence, **Punishing Hate: Bias Crimes Under American Law**, s. 9

⁵²⁰ Ersoy, "Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK M.122)", s. 11

⁵²¹ Sternberg ve Sternberg s.199

⁵²² OSCE/ODIHR, **Hate Crime Laws: A Practical Guide**, s.18

⁵²³ Lawrence, **Punishing Hate Bias Crimes under American Law**, s.10; Jacobs/Potter, **Hate Crimes: Criminal Law & Identity Politics**, s.146

⁵²⁴ Chakraborti/ Garland, **Hate Crime Impact, Causes and Responses**, s. 98; Pap, s. 224

suretiyle kavramın kapsamı daraltılıp genişletilebilir. Bu niteliği nedeniyle ön yargı kavramı, şekilsiz (amorf, *amorphous*) bir kavram olarak nitelendirilmektedir⁵²⁵.

2. Farklı Düzenleme Modelleri

“Nefret Suçu” ifadesinin yaygın kullanımına rağmen nefret suçu düzenlemelerinin hedef aldığı şey, suçu işlerken oluşan nefret duygusu değildir. Çünkü salt nefret duygusunun varlığı, hemen hemen tüm suçların işlenmesinde mevcut olduğundan nefret suçunu ayrıcalıklı kılan bir nitelik taşımamaktadır. Bu nedenle bu ifadeyle kastedilen bir suçun nefret ve düşmanlıkla işleniyor olması değil, kişinin temel ve değiştirilemez karakteristik özellikleri nedeniyle suç hedefi haline getiriliyor olmasıdır. Korunan karakteristik özelliğin mağdurun seçilmesinde etkin olması ortaksa da bu seçimin failin korunan karakteristik özelliğe nefret duymasından, kin ve düşmanlık beslemesinden kaynaklanmasının gerekip gerekmediği nefret suçunun düzenlenme şekline göre farklılık arz etmektedir.

Bazı düzenleme modelleri, mağdurun korunan karakteristik özelliği nedeniyle seçilmesini ön yargının tezahürü olarak görmekte ve yeterli saymaktayken bu seçimin nefret ve düşmanlık saiklerine dayanması gerektiğini zorunlu kılan düzenleme modelleri de mevcuttur⁵²⁶. Salt seçim eyleminin varlığı veya nefrete dayalı seçimin zorunlu olması konusu, hangi fiillerin nefret suçunu oluşturacağını ve bununla bağlantılı olarak da tanımının belirlenmesi bakımından önem arz etmekle birlikte bu konuda henüz bir uzlaşma söz konusu değildir⁵²⁷. Buradaki tartışmalar, salt teorik nitelikte değildir çünkü model konusundaki tercih, nefret suçu kapsamına giren fiiller kümesini ya bu düzenlemelerle hedef alınan fiillerin tümünü kapsamayacak şekilde daraltmakta ya da bu kapsamda olmaması gereken fiilleri de içerir şekilde genişletmektedir. Bizce burada hangi düzenlemenin tercih edileceği meselesi, sadece yasa koyucunun takdiri meselesi olarak görülmemelidir. Çünkü her iki model arasında sadece düzenlenme açısından dahi kapsama girecek fiiller bakımından orantısız bir darlık/genişlik problemi varken buradaki belki de daha büyük problem, düzenlemelerin somut olaya uygulanması aşamasında ortaya çıkar.

⁵²⁵ Jacobs/Potter, *Hate Crimes: Criminal Law & Identity Politics*, ss. 27-28.

⁵²⁶ Pezzella, s. 4

⁵²⁷ OSCE/ ODIHR, *Hate Crime Laws: A Practical Guide*, s.18; Mason. s.61

Kanun koyucunun mağdurun korunan karakteristik özelliği sebebiyle seçilmesini yeterli görmesi halinde, “nefret suçu” ifadesinin yaygın olarak kabul görmesi nedeniyle somut olaydaki nefret ve düşmanlık ifadesinin yokluğu hakimi söz konusu hükmü uygulamaktan alıkoyabilir. Nitekim uygulamada gerçek nefret suçunun düşmanlık ve nefret içeren olaylar olarak algılanmasından ötürü, yasa uygulayıcılar önlerine gelen ön yargı temeline dayanan bir olayı “nefret suçu” olarak etiketlememektedirler⁵²⁸. Korunan karakteristiğe duyulan nefretin varlığı yönündeki bir düzenleme tercihinde de söz konusu saikin ispatının zorluğu, bu hükmün hakim tarafından yok sayılmasına yol açabilir. Nitekim nefret suçu gibi kapsamı muğlak kavramlarda yargı uygulamasının ceza kanunlarının öngörülebilirliği güvencesini tehdit edecek şekle bürünmesi, töre saiki hakkındaki Yargıtay uygulaması dolayısıyla doktrinde eleştirilere maruz kalmaktadır. Buna göre, bu şekilde derin sosyal kökeni olan toplumsal hadiselerle ilişkin belirsiz kavramların suçun unsuru haline getirilmesi, ilişkin olduğu toplumsal sorunu çözemediği gibi kavrama ilişkin yargı yorumunun değişkenlik göstermesi sebebiyle belirlilik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır⁵²⁹. Aşağıda nefret suçundaki ön yargının niteliği üzerinden doktrinde yapılan en yaygın ayırım⁵³⁰ esas alınarak bir inceleme yapılacaktır.

a. Düşmanlık Modeli⁵³¹

Düşmanlık modeli olarak isimlendirilen model; fiilin korunan karakteristik özelliğe duyulan nefret veya düşmanlık nedeniyle işlenmesini esas aldığından gerçek anlamda nefret suçu ifadesine karşılık gelmektedir. Faili suç işlemeye yönelten sebep, “öteki”ne duyulan nefreti, düşmanlığı gösterme ve “öteki”ni tahkir etmedir. Bu nedenle salt “öteki” olduğu nedeniyle bir kişiye karşı suç işleme durumu, nefret suçu nitelenmesi bakımından yeterli değildir. Örneğin herhangi bir milliyete karşı kin besleyen bir kişinin o milliyete mensup birine ait olduğunu bildiği park halindeki otomobilin camlarını parçalaması halinde temel suçu mala zarar verme olan bir nefret suçu söz konusuysa; aynı fiili o kişinin zengin olup arabanın yenisini kolayca alabileceği düşüncesiyle işlemesi halinde ortada bir nefret suçu yoktur. Verilen örnekte

⁵²⁸ Lu-In Wang, “The Complexities of Hate”, *Ohio State Law Journal* C: 60, S: 3 (1999), s. 815

⁵²⁹ Mahmut Koca / İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 7. Baskı, Ankara: Adalet, 2020, s.128

⁵³⁰ Mason, s. 62

⁵³¹ Belirtmek gerekir ki burada bahsedilen ayırımın isimlendirilmesi ilk kez “*racial animus model*” ve “*discriminatory selection model*” olarak Lawrence tarafından yapılmıştır. Söz konusu kavramsallaştırma, AGİT tarafından da benimsenmiştir. Ancak AGİT, ırk korunan karakteristiğine atıf içeren “*racial animus*” yerine daha genel bir ifade olan “*hostility*(=düşmanlık)” kavramını tercih etmektedir. Lawrence, “The Punishment of Hate: Toward a Normative Theory of Bias-Motivated Crimes”. s.334; OSCE/ODIHR, *Hate Crime Laws: A Practical Guide*. s. 47

de açık olduğu üzere, bir kişinin sahip olduğu karakteristik nedeniyle hedef olarak seçilmesi pek çok farklı sebebe dayanabilir. Nefret ve düşmanlık, bu sebeplerden sadece biridir. Askerlik eğitimi almadığından karşılık veremeyeceği düşüncesiyle bir Yehova şahidinin kasten yaralama suçunun hedefi haline getirilmesi veya dil bilmediği ve bu nedenle derdini anlatamayacağı düşüncesiyle bir siyahinin hırsızlık suçunun hedefi haline getirilmesi gibi nefret suçu düzenlemelerinin varlık sebepleriyle ilgisi olmayan saiklerin nefret suçu olarak değerlendirilmesinin önüne geçmesi itibarıyla düşmanlık modeli iyi bir ayıklama mekanizması sunmaktadır. Bu nedenle bazı kanun koyucular, nefret saikinin varlığını, nefret suçundan dolayı cezanın arttırılması için şart olarak öngörmektedirler: Örneğin Belçika Ceza Kanunu m. 377bis532, ırk, renk, etnik köken, milliyet, medeni hal, cinsel yönelim, dini ve felsefi inanç gibi korunan karakteristik özellikleri sebebiyle bir kişiye karşı nefret, düşmanlık ve tahkir suretiyle işlenmesini cinsel saldırı suçu için cezayı arttıran nitelikli hal olarak düzenlemektedir. İngiltere’de ise Suç ve Düzensizlik Yasası (Crime and Disorder Act) m.2 8’e göre kasten yaralama ve mala zarar verme gibi suçların mağdurun ırkı veya dinine yönelik düşmanlık saikiyle işlenmesi ya da suç işlenmesi sırasında veya hemen öncesinde ya da sonrasında mağdura ırkı veya dini sebebiyle düşmanlık gösterilmesi durumu, cezayı ağırlaştıran durumlar olarak düzenlenmektedir.

Düşmanlık modeli, nefret suçunu nefret duygusuyla ilişkilendiren yaygın kanaate uymakla birlikte ispat noktasında bazı zorlukları beraberinde getirmektedir⁵³³. Söz konusu zorluğun temelinde bir duygu olarak nefretin suçun soruşturması aşamasında nasıl delillendirileceği ve suçun kovuşturması aşamasında ne şekilde ispatlanacağı hususları bulunmaktadır. Kavram halihazırda yeterince darken ve bu kapsamda incelenmesi gereken pek çok fiili kapsam dışı bırakmışken bir de ispatın zorluğundan kaynaklanan uygulama sırasındaki sınırlamalar⁵³⁴, düzenlemelerle hedeflenen mücadelenin istenen ve öngörülen boyuta ulaşamamasına yol açacaktır.

b. Ayrımcı Seçim Modeli

Nefret suçu düzenlemesi olarak nitelendirilip bu suçtan sorumluluğun kin veya düşmanlığın varlığından bağımsız olarak öngörüldüğü düzenlemeler de vardır. Ayrımcı seçim modeli olarak adlandırılan modele göre failin mağduru, neden ırk, din,

⁵³² https://www.legislationline.org/download/id/9628/file/BELG_CC_fr.pdf (Erişim Tarihi: 10.05.2022)

⁵³³ OSCE/ODIHR, **Hate Crime Laws: A Practical Guide**, s. 47

⁵³⁴ Wang, s.801

milliyet, cinsel yönelim gibi korunan karakteristik özellikler temelinde seçtiği önemli değildir, sadece korunan karakteristik özellikler temelinde seçmesi yeterlidir⁵³⁵. Buradaki korunan karakteristik özellikler “nedeniyle” işlenme vurgusu nedeniyle model, “*because of*” veya “*by reason of*” modeli olarak da isimlendirilmektedir⁵³⁶. Düşmanlık saiki modelinde de ayrımcı saik modelinde de suç failin bir gruba yönelik ön yargısına dayanmaktadır diğer bir deyişle ön yargı saiki, düşmanlık saiki modeli veya ayrımcı seçim modeli olarak görülebilir⁵³⁷. Bu bir derecelendirme problemidir. Eşik, kanun koyucu tarafından, ön yargıya nefret duygusunun eşlik ettiği düzeye veya öncesindeki hedef seçme aşamasına çizilebilir. Örneğin Fransız kanun koyucusu, Fransız Ceza Kanunu m. 132-76’de⁵³⁸ yer alan düzenlemede bir kişiye karşı gerçek veya öyle algılanan etnik grup, milliyet, ırk ve din temelinde bir gruba mevcut aidiyeti veya aidiyetinin olmaması sebebiyle suç işlenmesi durumunu cezayı arttıran bir nitelikli hal olarak düzenlemekle ön yargı açısından eşiği, mağdurun seçilmesi aşamasına çekmektedir. ABD’de de federal düzeydeki nefret suçu düzenlemesi (18 U.S.C. § 249)⁵³⁹ de ırk, renk, din gibi korunan karakteristik özellikler nedeniyle “*because of*” işlenme ifadesini kullanarak ön yargının nefret boyutuna varmasını aramamaktadır.

Ayrımcı seçim modelinde, ön yargının varlığının tespiti, saikin içeriğinden çok mağdurun hedef alınması şeklinde dış dünyaya tezahür eden davranışa bağlandığından nefret suçu düzenlemelerine yönelik ifade özgürlüğünün ihlal edildiği yönündeki çekinceleri bir ölçüde bertaraf edebilir. Nitekim çalışmamızın ilgili kısmında değindiğimiz *Wisconsin v. Mitchell* davasında, Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin ifade özgürlüğünü ihlal etmediğini kabul ettiği Wisconsin nefret suçu düzenlemesi, mahkumiyet için nefret veya düşmanlığın varlığını şart koşmamaktadır. Bu karar nedeniyle ayrımcı saik modeli, nefret suçu düzenlemelerinin ifade özgürlüğü testinden geçebilmeleri için yasa koyucular bakımından bir bilet olarak görülmeye

⁵³⁵ Lawrence, “The Punishment of Hate: Toward a Normative Theory of Bias-Motivated Crimes”, s. 324

⁵³⁶ OSCE / ODIHR, **Hate Crime Laws: A Practical Guide**, s. 48; Belirtmek gerekir ki bu kavramsallaştırma Lawrence tarafından ilk kez yapıldığında ayrımcı seçim modeli, “mağdurun kasıtlı olarak seçilmesi” durumunu anlatmakta bu nedenle salt korunan karakteristikten dolayı seçilmeyi ifade eden “*by reason of*” veya “*because of*” modelleri ayrımcı saik modeli kapsamı dışında incelenmekteydi. Ancak AGİT, “*because of*” modelini de ayrımcı saik modeli kapsamında incelemektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Lawrence, “The Punishment of Hate: Toward a Normative Theory of Bias-Motivated Crimes”, s. 340

⁵³⁷ Lawrence, “The Punishment of Hate: Toward a Normative Theory of Bias-Motivated Crimes”. ss.363-368

⁵³⁸ <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006070719/> (Erişim Tarihi: 25.04.2022) Bu maddenin yürürlük tarihi 4.02.2003’tür.

⁵³⁹ <https://corpuslegalis.com/us/code/title18/hate-crime-acts> (Erişim Tarihi: 25.04.2022)

başlanmıştır⁵⁴⁰. Ayrıca ayrımcı seçim modeli, failin nefret veya düşmanlık saikinın ispatlanmasını gerektirmediği için yasa uygulayıcılar için ispatı daha kolay kılmaktadır⁵⁴¹.

Ayrımcı seçim modeli, ön yargının tespiti için objektif bir test⁵⁴² sunuyor olsa da aslında burada karakteristik özellik nedeniyle mağdurun hedef alınması davranışının varlığı failin ön yargılı olduğu varsayımına yol açmaktadır. Sadece mağdurun belli bir gruba mensubiyeti dolayısıyla suç işlenmesi halini nefret suçundan sorumluluk için yeterli görmek, aslında ceza sorumluluğu için daha düşük bir eşik kabul edildiği anlamına gelmektedir⁵⁴³. Ön yargı değerlendirmesini failin zihninden kopararak fiilin sonucuna-mağdurun seçimi- bağlaması nedeniyle model, kusur sorumluluğunu failin kontrol edebileceği alanının dışına doğru genişletmesi temelinde eleştirilmektedir⁵⁴⁴. Ayrımcı davranışın failin saiki için delil olması, nefret suçu düzenlemelerinin failin saikinden çok mağdurda oluşan zarar üzerinden tanımlanmasına ve dolayısıyla ceza hukukunda olmaması gerektiği şekilde “sonuç odaklı” sorumluluk değerlendirmesinin olmasına yol açmaktadır⁵⁴⁵.

B. Korunan Karakteristik Özelliklerin Belirlenmesi Sorunu

Nefret, düşmanlık ya da ön yargının varlığı bir suçu nefret suçu haline getirmemektedir. Nefret suçu için önemli olan, söz konusu nefret, ön yargı ya da düşmanlığın korunan bir karakteristik nedeniyle bir gruba yönelik olmasıdır⁵⁴⁶. Buna göre korunan grup karakteristikleri kanun koyucu tarafından takdir edilerek kanunda belirtilir. Bu belirleme, ırk, renk, din, dil gibi korunan karakteristik özelliklerin kanun metninde tek tek sayılması şeklinde olabileceği gibi “toplumdaki savunmasız gruplar” gibi birden fazla karakteristiğin dahil olabildiği tarifler şeklinde olabilir⁵⁴⁷.

Nefret suçunun düzenlenmesine ilişkin talepler çoğunluktan ayıran grup kimliklerinin onları ön yargı temelli şiddete uğramaya eğilimli hale getirdiğini yasa

⁵⁴⁰ Thomas Streissguth, **Hate Crimes Bibliography, Library in a Book**, New York: Facts on File, 2003, s. 28

⁵⁴¹ OSCE/ODIHR, **Hate Crime Laws: A Practical Guide**, s. 48

⁵⁴² K Naidoo / Mg Karels, “Prosecuting ‘Hate’: An Overview of Problem Areas Relating to Hate Crimes and Challenges to Criminal Litigation”, **Journal for Juridical Science C**: 41, S:1 (07. 07. 2016), s.74

⁵⁴³ Mason, s.62

⁵⁴⁴ Pezzella, s.58

⁵⁴⁵ Lawrence, “The Punishment of Hate: Toward a Normative Theory of Bias-Motivated Crimes”. s.65

⁵⁴⁶ Hall, **Hate Crime**, s. 9

⁵⁴⁷ Pap, s. 227

koyucuları başarılı bir şekilde ikna eden azınlık gruplardan gelmiştir⁵⁴⁸. Ancak nefret suçu düzenlemelerinde, azınlık grupların çoğunluk gruplara karşı korunması temelinde bir ayırım yapılmamaktadır. Eşitlik ilkesini ihlal etmeyecek şekilde korunan karakteristik özellikler temelinde genel bir ayırım yapılmaktadır⁵⁴⁹. Örneğin nefret suçu düzenlemelerinin yapılmaya başlandığı döneme ait *Wisconsin v. Mitchell* davasında⁵⁵⁰; dava konusu edilen düzenlemede “siyahi olmasından dolayı” ifadesi değil, “ırkından dolayı” ifadesi kullanılmıştır. İlk nefret suçu düzenlemelerinin yapılmaya başlandığı söz konusu davanın görüldüğü dönemde siyahilerin nefret suçu hedefi olmalarındaki kırılğan konumlarına karşılık beyaz tenlilerin de mağduru olabileceği şekilde düzenleme yapılması önemlidir. Nitekim kasten yaralama suçunun siyahi biri tarafından beyaz tenli birine karşı işlenmesine ilişkin *Wisconsin v. Mitchell* davası bu sayede bir nefret suçu davası niteliğine sahip olmuştur.

Belirtmek gerekir ki, nefret suçu düzenlemelerinin ortaya çıkış amaçlarıyla çelişir halde azınlık gruplara karşı kullanılmasına imkan verir şekilde düzenlenmesi eleştirilse de bugün nefret suçlarının azınlık grup üyelerinin çoğunluk grup üyelerine veya diğer azınlık grup üyelerine karşı işleyebileceği kabul edilmektedir⁵⁵¹. Esasında herkesin birden fazla kimliğinin olduğu bir ortamda azınlık/çoğunluk ayrımının yapılması anlamsızdır. Örneğin kişi, bir toplumda, dini nedeniyle azınlık konumda olabilirken ırkı nedeniyle çoğunluk oluşturan bir gruba mensup olabilir.

Hangi karakteristik özelliklerin koruma kapsamına alınacağı sorusunun tek tip ve değişmez bir cevabı yoktur. Her devletin kendi toplumsal özelliklerine göre bu belirlemeyi yapması gerekmektedir⁵⁵². Yasa koyucuların eğilimi, bu belirlemede halihazırda ırk, renk, din, dil gibi özelliklerin tek tek sayıldığı düzenlemeler içeren insan hakları ve özellikle de ayrımcılıkla mücadele mevzuatını örnek alma yönündedir⁵⁵³. Ayrıca literatürde koruma kapsamına dahil edilecek karakteristik özelliklerin tespiti için yasa koyucuya yardımcı olabilecek birtakım kriterler belirlenmiştir. Söz konusu belirlemede ülkenin toplumsal tarihinde derinlere inen bölünmeler ve anlaşmazlıklar esas alınmalı⁵⁵⁴, sahip olunması nedeniyle üyelerinin

⁵⁴⁸ Jacobs /Potter, **Hate Crimes: Criminal Law & Identity Politics**, s. 66

⁵⁴⁹ Mason, s.63

⁵⁵⁰ *Wisconsin v. Mitchell*, 508 U.S. 476 (1993) <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/508/476/> (Erişim tarihi: 20.01.2022)

⁵⁵¹ Jon Garland, **Responding to Hate Crime: The Case for Connecting Policy and Research**, Ed. Neil Chakraborti / Jon Garland, Great Britain: Policy Press, 2014, ss. 262-264

⁵⁵² OSCE / ODIHR **Hate Crime Laws: A Practical Guide**, s.38

⁵⁵³ Mason, s. 64

⁵⁵⁴ Sokullu-Akıncı, s.105

toplumda sıklıkla şiddet hedefi haline getirildiği özelliklere yer verilmelidir⁵⁵⁵. Bu konudaki sistemli bir belirleme ise Lawrence tarafından şu şekilde yapılmaktadır: İlk aşamada karakteristiği taşıyan kişiler arasında bir grup bilincinin var olup olmadığı irdelenmelidir. Aynı özelliğe sahip olan insanlar, tesadüfi bir topluluk oluşturuyorsa bu aşamada elenmelidir. Böylece ilk kriter, mavi gözlü insanlar grubu ile aynı dine mensup insanlar arasında ayırım yapmayı mümkün kılacak mekanizmayı sunmaktadır. İkinci aşamada ise, bu bilince sahip gruplardan ülkenin toplumsal tarihinde derin sosyal bölünmelere karşılık gelenler belirlenmelidir⁵⁵⁶. Bu kriter sayesinde her örgütlü grubun koruma kapsamına alınmasının önüne geçilmiş olmaktadır. AGİT, nefret suçlarına ilişkin hazırladığı rehberde, Lawrence’ın belirlediği kriterlere paralel olacak şekilde, grup kimliği olarak nitelendirilebilecek, güncel sosyal problemlerde veya geçmişte yaşanan baskı, zulüm ve ayrımcılık eylemlerine hedef olmuş ve tarihi temeli bulunan değiştirilemez ve temel karakteristik özelliklerin korunan grup karakteristiği olarak belirlenmesi gerektiği yönünde tavsiyelere yer vermektedir⁵⁵⁷.

Belirtmek gerekir ki korunan grup karakteristiklerinin belirlenmesi meselesi, yasa koyucunun takdirinde olsa da bu takdirin anayasal sınırları içinde kullanılması gerekmektedir. Ayrımcılıkla mücadele amacıyla yapılacak düzenlemenin karakteristik özellik seçimi aşamasındaki tutumdan dolayı ayrımcılık oluşturan bir mekanizma haline gelmesinin önlenmesi isteği zaman zaman yasa koyucuları, yasal metinlerde, “gibi” ve “ve benzeri” gibi tüm grupların dahil edilmesini sağlayacak ifadeler kullanmalarına yol açabilmektedir. Bu şekilde sınırları net olmayan bir belirlenim, öngörülebilir bir nitelik arz etmeyeceğinden ceza hukukunda belirlilik ilkesine aykırılık oluşturur. Örneğin Türk kanun koyucusu, TCK m.122’de yer alan nefret ve ayrımcılık suçu için “ve benzeri ayırım sebepleri” ifadesine yer vererek korunan karakteristiklere set çekmeyen bir düzenleme tercihinde bulunmuş ancak bu düzenleme şeklinin belirlilik ilkesini ihlal ettiği yönündeki çok sayıda eleştirinin⁵⁵⁸ ardından 2014 yılında yapılan kanun değişikliği ile kanunda sınırlı sayıda karakteristik özellik koruma bulmuştur.

Korunan karakteristik özelliklerin sayılması şeklindeki yönteme alternatif olarak önerilen düzenlemeler de belirlilik ilkesine aykırı bir nitelik taşıyabilmektedir. Mağdur grupların grup karakteristikleri temelinde sayılmasının, halihazırda nefret suçlarına

⁵⁵⁵ OSCE / ODIHR, **Hate Crime Laws: A Practical Guide**, s. 40

⁵⁵⁶ Lawrence, **Punishing Hate: Bias Crimes Under American Law**, ss.12-15.

⁵⁵⁷ OSCE / ODIHR, **Hate Crime Laws: A Practical Guide**, s.38

⁵⁵⁸ Ersoy, “Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK M.122)”, s. 20

hedef olmaları nedeniyle ötekileştirilen grupları nefret suçu düzenlemelerine dahil etmeyerek bir kez daha ötekileştirdiği (*marginalise the marginalised*)⁵⁵⁹ eleştirisine dayanan bu görüşe göre, yasal düzenlemelerde nefret suçu mağdurları için tüm grupların koruma kapsamına alınmasına imkan veren “hassas ve kolay incinebilir” (*vulnerability*) gibi ifadeler kullanılmalıdır⁵⁶⁰. Bu şekilde grup kimlikleri üzerinden yapılan statik nitelikteki belirlenim, gotikler gibi alternatif alt kültür gruplarını da kapsayacak şekilde esnekleştirilebilir⁵⁶¹. Biz, ayrımcılık yasağını ihlal etmemek için önerilen geniş kapsamlı “kırılganlık”, “şiddete uğramaya yatkınlık” gibi kavramların kullanılmasının ceza kanununun uygulanması bakımından öngörülebilir bir çerçeve çizmediğini düşünüyoruz. Söz konusu kavramların esnek yapısı, hangi grupların kırılgan ya da hassas gruplar olduğunun belirlenmesinde uygulama farklılıklarına yol açabilir. Bu nedenle söz konusu belirlenim; ceza hukuku düzenlemelerinin belirlilik ilkesi gereği herhangi bir duraksamaya, kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olma⁵⁶² niteliği ile bağdaşmamaktadır.

VI. MUHAKEME SÜRECİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRMELER

Nefret suçu düzenlemeleriyle ilgili değinilmesi gereken son problem, muhakeme süreciyle ilgilidir. Bu sorunların ulaştığı boyut o derecedir ki nefret suçu düzenlemelerinin literatürdeki en önemli muhaliflerinden *Jacobs/Potter* tarafından, nefret suçu düzenlemelerinin ihdas edilmesinin uygulamayı keşfedilmemiş sulara fırlattığı⁵⁶³ şeklinde veciz olarak ifade edilmektedir. Bu alanda yasal düzenlemelerin varlığının nefret suçlarıyla mücadeleyle olan katkısı en nihayetinde bu hükümlerin etkin bir şekilde uygulanmasına bağlıdır. Bu nedenle ceza kanununda nefret suçu düzenlemelerine yer verilmesi savunusunu içeren argümanların, bu hükümlerin uygulanma kabiliyeti bakımından incelenmesi gerekmektedir. Söz konusu inceleme, nefret saikinın ispatlanması sorunu ve nefret suçuna temel oluşturan fiilin nefret saiki olmaksızın halihazırda suç oluşturması sebebiyle nefret suçu hükümlerinin uygulama bulmaması sorunu olarak iki başlık altında yapılacaktır.

⁵⁵⁹ Neil Chakraborti, “Framing the Boundaries of Hate Crime”, içinde **The Routledge International Handbook on Hate Crime**, ed. Nathan Hall vd., Oxon: Routledge, 2015, s.18

⁵⁶⁰ Pap, s.227; Chakraborti/Garland, **Hate Crime Impact, Causes and Responses**, ss. 99-100.

⁵⁶¹ Chakraborti/ Garland, **Hate Crime Impact, Causes and Responses** , s.153

⁵⁶² Hakeri, s.11

⁵⁶³ Jacobs /Potter, **Hate Crimes: Criminal Law & Identity Politics**. s.110

A. Nefret Saikinın İspatlanması Sorunu

Nefret suçu düzenlemelerinin temel suç veya nitelikli hal olarak düzenlendiği durumlarda saik, manevi tipikliğe ait bir unsurdur ve muhakeme aşamasında varlığı ispatlanamadığı takdirde düzenlemenin türüne göre manevi unsur yokluğundan suç oluşmaz veya saikin yer aldığı nitelikli hal fail için uygulanmaz.

İspat, maddi olayın oluş biçiminin çözülerek gerçeğe ulaşılmasıdır⁵⁶⁴. Ceza muhakemesi sürecinde ispatın aracı muhakemeye dahil edilen delillerdir⁵⁶⁵. Delil, ceza uyumsuzluğunun konusu olan olayı temsil eden, olayın mahkeme önünde canlandırılmasına yarayan araçtır⁵⁶⁶. Ceza muhakemesinde geçerli serbest delil ilkesi gereği, bir husus her türlü delille ispat edilebilir⁵⁶⁷. Bu nedenle bir nefret suçu işlendiği iddiasının muhakeme sürecinde aydınlatılması her türlü delil ile ispatlanabilir.

Fail, çoğu zaman nefret suçunu işlerken saikini ortaya koyan ifadeler kullanır⁵⁶⁸. Örneğin kasten yaralama suçunu işlerken sarf edilen “Bu renginle burada yaşamayı hak etmiyorsun” sözü renk temelinde ön yargıyı ispat eder. Bazı durumlarda ise temel suçu oluşturan fiilin işleniş şekli, saikin varlığını ispatta delil niteliği taşıyabilir⁵⁶⁹. Örneğin Yahudi birine ait olduğu bilinen arabanın muhtelif yerlerine Nazi sempaticizantlığı anlamına gelen işaretler kazınması durumunda mala zarar verme temel suçunun nefret saiki ile işlendiği zarar verme fiilinin işleniş şeklinden ispat edilebilir.

Ancak saikin varlığı her zaman bu kadar açık olmayabilir. Son örnekte, aynı failin aynı saikle Nazi sempaticizantlığı işaretlerini kullanmadan arabaya zarar vermesi durumunda söz konusu saik nasıl ortaya çıkarılacağı sorusu cevaplanması gereken bir sorudur. Bu tür, saikin açık olmadığı ve daha titiz bir araştırmayı gerektirdiği durumlarda AGİT, “ön yargı göstergeleri (*bias indicators*)” olarak adlandırdığı kriterlerin varlığı halinde soruşturma makamlarının işlenen suçu muhtemel nefret suçu (*possible hate crime*) olarak isimlendirmesini ve saikin ispatlanmasında bir ön adım olarak kullanılmasını tavsiye etmektedir. Buna göre mağdurun kendisine karşı işlenen suçun nefret suçu olduğu yönündeki algısı, faille mağdurun mensubu olduğu grupların

⁵⁶⁴ Metin Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesinde İspatın Ölçütü Olarak Vicdani Kanaat**, 2. Baskı, İstanbul: İslık, 2015, s. 111

⁵⁶⁵ Ahmet Gökçen / Murat Balcı / M. Emin Alşahin / Kerim Çakır, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 5. Baskı, Ankara: Adalet, 2021, s. 274

⁵⁶⁶ Nur Centel / Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 18. Baskı, İstanbul: Beta, 2020, s. 256

⁵⁶⁷ Feridun Yenisey / Ayşe Nuhoglu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 9. Baskı, Ankara: Seçkin, 2021, ss. 525-526; Centel / Zafer, s.256

⁵⁶⁸ OSCE/ODIHR, **Hate Crime Laws: A Practical Guide**, s. 52

⁵⁶⁹ OSCE/ODIHR, **Hate Crime Laws: A Practical Guide**, s. 52

ilişkileri (tarihi düşmanlık durumu, suçun işlendiği bölgedeki konumları vs), olayın gerçekleştiği yerin veya suçun konusunun ya da suçun işlendiği zamanın mağdur veya failin mensubu olduğu grup için taşıdığı önem, failin radikal ırkçı vs gruplarla olan ilişkisi, failin daha önce nefret suçu işleyip işlemediği nefret saikinın ispatında önem taşıyan faktörlerdir⁵⁷⁰. Failin mevcut fiilini nefret saikiyle işleyip işlemediğinin ispatı, muhakeme konusu fiil özelinde yapılır. Fiil ceza hukuku gereği failin hayat tarzının kötülüğü, failin işlemiş olduğu fiil bakımından mutlaka kusurlu sayılmasını gerektirmez⁵⁷¹. Failin yaşayış şekli, işlediği mevcut fiilini nefret saikiyle işlendiğini kabul etmeyi haklı kılmaz. Bu nedenle ispat faaliyetinde, failin düşünceleri okunamayacağına ve geçmiş yaşamı ve geçmişte ifade ettiği düşünceleri göz önüne alınamayacağına göre önemli olan, saikin somut olayın işleniş biçiminden, fiilin dış dünyaya çıkışından anlaşılır olmasıdır⁵⁷². Nefret suçuyla ilgili yargılamalar, failin arkadaşlıkları, belli gruplarla bağlantıları, mizah anlayışı gibi durumların doğruluğunun sorgulandığı yargılamalara dönüşme tehlikesini taşımaktadır⁵⁷³.

Anılan zorluklardan dolayı kanun koyucular bazen nefret suçu düzenlemesini yaparken ispatla ilgili ek kurallar getirebilmektedirler. Örneğin Fransız Ceza Kanunu, m. 132/76'da, bir suçun işlenmesi öncesi, işlenmesi sırasında veya işlenmesi sonrası şeref ve saygınlığı incitici herhangi bir söz, yazı, görüntü, obje veya eylemin varlığı nefret suçunun sübjektif unsurunun varlığının ispatı için yeterli görülmektedir. İngiltere'de ise Suç ve Düzensizlik Yasası m. 28'de saikin varlığı bakımından sübjektif ve objektif alternatiflerden oluşan ikili bir ispat mekanizması sunulmaktadır. Buna göre nefret suçundan sorumluluk için, yargılama aşamasında ya failin düşmanlık saiki kanıtlanmalı (sübjektif ispat) veya failin fiilin işlenmesi sırasında veya fiil işlenmeden hemen önce veya hemen sonra failin mensubiyeti nedeniyle düşmanlık gösterilmiş olmalıdır (objektif ispat). Söz konusu düşmanlık gösterme; bazı işaretler içeren kıyafetlerin giyilmesi veya bazı şarkıların söylenmesi şeklinde olabilmektedir⁵⁷⁴. Nefret saikinın failin salt davranışlarından yola çıkılması suretiyle ispatının zorluğu, Türk ceza hukuku doktrinde de nefret ve ayrımcılık suç tipi (TCK m.122) bakımından teslim edilmektedir⁵⁷⁵. Bizce ispatın zorluğu meselesi, sadece nefret

⁵⁷⁰ OSCE / ODIHR, **Preventing and Responding to Hate Crimes: a Resource Guide for NGOs in the OSCE Region** (ODIHR, 2009). ss.21-25

⁵⁷¹ Koca / Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 54

⁵⁷² Aydın, s. 419

⁵⁷³ Jacobs/Potter, **Hate Crimes: Criminal Law & Identity Politics**, s. 109

⁵⁷⁴ Bleich, "The Rise of Hate Speech and Hate Crime Laws in Liberal Democracies". s. 926; Law Commission. s. 17

⁵⁷⁵ Kocasakal, s.35; Türey, "Nefret Suçları ve Türk Ceza Hukukundaki Gelişmeler". s.92

saikinın ispatının objektif olarak zorluğu meselesinden kaynaklanmamaktadır. Zorluğun bir diğer sebebi, delil toplama faaliyeti sırasında polisin suçu “nefret suçu” olarak kategorize edebileceği mekanizmanın olmaması nedeniyle saikin ispatına yönelik herhangi bir delil toplama faaliyetine de girilmemesidir. Nitekim nefret suçlarına ilişkin delil toplama faaliyetinde, olayla ilk elden muhatap olan polisin nefret suçlarına ilişkin yaklaşımı oldukça önemlidir. Bu yaklaşımın gereken ciddiyette olmaması durumunda halihazırda saikten kaynaklanan ispat zorluğu daha da artmaktadır⁵⁷⁶.

Failin ırk, renk, dil, din gibi korunan karakteristik özelliklere duyduğu ön yargı nedeniyle suçu işlediğinin ispatı, her türlü kuşkudan arınmış bir şekilde olmalıdır. Ceza hukukunda şüpheden sanık yararlanır ilkesi (*in dubio pro reo*) gereği gerçekleşme şekli kuşkulu ve tam olarak aydınlatılamamış olaylar ve iddialar sanığın aleyhine yorumlanarak mahkumiyet hükmü kurulamaz.⁵⁷⁷ Bu ilke gereği, ayrımcılık mevzuatında ispat zorluğunun aşılması için öngörülen karine yoluyla ispatın mümkün kılınması⁵⁷⁸ ve ispat yükünün tersine çevrilmesi ceza muhakemesi alanında uygulanamaz niteliktedir. Ancak ceza yargılamasında sübut noktasındaki herhangi bir şüpheden yararlanabilmesi için sanığın herhangi bir ispat külfeti sorunu bulunmamaktadır.⁵⁷⁹ Bu nedenle nefret suçu düzenlemeleri uygulanırken karşılaşılan saikin ispatının zorluğu sorunu, ispat külfetinin faile yüklenmesi suretiyle aşılamaz.⁵⁸⁰

Esasında uygulama bakımından sorun, nefret saikinın ispat edilmesi halinde de bitmemektedir. Daha önce verilen kişinin ırkı nedeniyle arabasına zarar verilmesi örneğinde örneğinde, failin arabayı seçmesinde araba sahibinin Yahudi olmasının yanında, yüksek model arabaya binen zenginlere duyduğu öfkenin de rol oynaması halinde kişinin nefret suçundan sorumluluğunun devam edip etmeyeceği sorusu

⁵⁷⁶ Jacobs/Potter, **Hate Crimes: Criminal Law & Identity Politics**, s. 8

⁵⁷⁷ Cumhuriyet Şahin / Neslihan Göktürk, **Ceza Muhakemesi Hukuku II**, 12. Baskı (Ankara: Seçkin, 2022), s.20

⁵⁷⁸ İspat yükünün tersine çevrilmesi Türk ayrımcılık hukuku mevzuatında da mümkündür. Örnek olarak Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu ve İş Kanunu’nun uygulama alanları bakımından söz konusu özel ispat usulü mevcuttur:

TİHEK m. 21: Münhasıran ayrımcılık yasağının ihlali iddiasıyla Kuruma yapılan başvurularda, başvuranın iddiasının gerçekliğine ilişkin kuvvetli emarelerin ve karine oluşturan olguların varlığını ortaya koyması hâlinde, karşı tarafın ayrımcılık yasağını ve eşit muamele ilkesini ihlal etmediğini ispat etmesi gerekir

İş Kanunu m. 5/7: 20 nci madde hükümleri saklı kalmak üzere işverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davrandığını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur.

<https://www.mevzuat.gov.tr> (Erişim Tarihi: 01.02.2022)

⁵⁷⁹ Şahin / Göktürk, s. 21

⁵⁸⁰ James Morsch, “The Problem of Motive in Hate Crimes: The Argument against Presumptions of Racial Motivation”, **Journal of Criminal Law and Criminology** C: 82, S: 3 (1991), s. 673

cevaplandırılmalıdır. Fiilin işlenmesinde birden fazla saikin rol oynadığı bu gibi durumlar, “karışan saikler (*mixed motive*)”⁵⁸¹ olarak adlandırılmaktadır. Bazı kanun koyucular, İngiltere örneğinde olduğu gibi bu konuda açıkça düzenleme yapmaktadırlar. Suç ve Düzensizlik Yasası m. 28’e göre fiilin kısmen düşmanlık saikiyle işlenmesi sorumluluk için yeterlidir. Kanun metninde bu hususta herhangi bir belirlenim olmadığı takdirde bu konudaki seçim, yargılama aşamasına bırakılmakta bu da hakimlerin farklı tercihlerinin uygulama farklılıklarına yol açmasına neden olmaktadır.

B. Nefret Suçuna Temel Oluşturan Fiilin Nefret Saiki Olmaksızın Halihazırda Suç Oluşturması Sebebiyle Nefret Suçu Hükümlerinin Uygulama Bulmaması Sorunu

Nefret suçu düzenlemelerinin uygulanması ile ilgili tek soru işareti bu suçların nasıl ispatlanacağı meselesi değildir. Bu düzenlemelerin uygulama bulup bulmayacağı sorusu da göz ardı edilemeyecek bir sorun olarak belirmektedir. Nefret suçu, ön yargılı tutumların suç işleme şeklinde dış dünyaya yansımaları durumuna karşılık gelmektedir⁵⁸². Söz konusu ön yargının yokluğu durumunda dahi, ortada suç oluşturan bir haksızlık mevcuttur⁵⁸³. Diğer bir deyişle, ön yargı ve nefret saikinin olayda mevcut olmaması veya ispatlanamaması durumunda, failin halihazırda işlediği suç temelinde ceza sorumluluğu devam etmektedir. Bu nedenle nefret /ön yargı saikiyle işlendiği yönünde şüphe olan bir olayda, saikin varlığı ispatlanamasa dahi, failin ceza sorumluluğu tümüyle ortadan kalmamaktadır. Sadece ön yargı ve nefret saikinden olan sorumluluğu ortadan kalkar.

Nefret saiki ispatlanamadığında dahi failin temel suçtan ceza sorumluluğunun gündeme geliyor olması, uygulamacıları, saikin ispatı için tüm imkanları seferber etmekten alıkoyabilme tehlikesi doğurur. Nefret suçlarının ispatında, failin yasada korunan grup karakteristiğine yönelik nefretin varlığının yanında, işlenen suçla bu nefret arasındaki nedensellik bağının varlığı da ispatlanmalıdır⁵⁸⁴. Nefret saikinin

⁵⁸¹ OSCE/ODIHR- International Association of Prosecutors, **Prosecuting Hate Crimes a Practical Guide**, Warsaw: ODIHR, 2014, s. 63

⁵⁸² Sternberg / Sternberg, s. 199

⁵⁸³ Brudholm, “Hate Crimes and Human Rights Violations”, ss. 85-88

⁵⁸⁴ Afsous, s. 287

ispatıyla ilgili zorluklar, yasa uygulayıcılarının iç güdüsel olarak nefret saikinin varlığına dair tüm belirtileri yok saymalarına ve sadece temel suçla ilgili ceza sorumluluğunun belirlenmesine ve ispatlanmasına odaklanmalarına yol açabilir⁵⁸⁵. Saikten bağımsız olarak failin ceza sorumluluğunun mevcut olması, saikin ispatı sürecinin gereken ciddiyette yürütülmemesine yol açabilir.

Nefret suçu düzenlemelerinin yapılması, tek başına, nefret suçlarıyla mücadele edilmesini sağlamaz. Bu düzenlemelerin hedeflenen mücadelede etkin bir rol oynayabilmesi, hakimlerin bu hükümleri uygulamaya istekli olmasına bağlıdır⁵⁸⁶. Çünkü temel suçun işlenmesine yönelik kastın varlığını ortaya koyan hakimnin bunun yanında bu kastı hazırlayan düşüncenin nefret/ön yargı saiki olduğunu ispatlama faaliyetine girmesi zor bir sürecin başlangıcını oluşturmaktadır⁵⁸⁷. Bu sürecin başlaması, yasa uygulayıcıların nefret suçu düzenlemelerini uygulama konusundaki isteklerine bağlıdır⁵⁸⁸. Çünkü ön yargı/nefret kavramlarının sınırları çizilmesi zor belirsiz içerikleri ve bu saiklerin çoğu zaman işleme anında kullanılan sözcükler ve yapılan hareketlere bağlı olarak ortaya çıkması; süreci, yasa uygulayıcıların bu suçlara yönelik yaklaşımlarına bağımlı kılmaktadır. Yasa uygulayıcıların herhangi bir suça nazaran nefret suçlarına yaklaşımlarını özellikli kılan husus, nefret suçlarında saike dayalı bir değerlendirme yapılmasıdır⁵⁸⁹.

Nefret suçu düzenlemelerinin uygulanmasının diğer suçlara göre soruşturma makamının ve polisin daha incelikli bir araştırma yapmasını gerektiren yapısı⁵⁹⁰, söz konusu makamların önlerine gelen bir suçu nefret suçu olarak sınıflandırmaları bakımından bir isteksizliğe yol açmaktadır. Nefret saiki şüphesi olan bir suçun soruşturma aşamasında nefret suçu kapsamında incelenmemesi, saikin ispatı noktasında gündeme gelecek birçok zorluktan kurtulma anlamına gelmektedir⁵⁹¹. Failin halihazırda işlemiş olduğu temel suçtan ceza sorumluluğunun mevcudiyeti, işlenen bir suçta nefret/ön yargı saikinin varlığı şüphesinin göz ardı edilmesi yönündeki tutumun yasa uygulayıcılar nezdinde daha az sakıncalı olarak kabul edilmesine yol açmaktadır.

⁵⁸⁵ Pezzella, s. 68

⁵⁸⁶ Andreas Stegbauer, "Nefret Suçlarının Önlenmesinde Yargıçların Rolü", **Nefret Suçlarıyla Mücadele Konferansları Konuşma Metinleri**, Ed. Hakan Ataman Ankara: İnsan Hakları Gündemi Derneği, 2011, s. 32

⁵⁸⁷ Lawrence, "The Punishment of Hate: Toward a Normative Theory of Bias-Motivated Crimes", s.364

⁵⁸⁸ Hall, **Hate Crime**, s. 126

⁵⁸⁹ Hall, **Hate Crime**, s. 128

⁵⁹⁰ Afsous, s. 291

⁵⁹¹ Hall, **Hate Crime**, s. 131

SONUÇ

Bu çalışma kapsamında nefret suçu kavramı, ceza hukuku perspektifinden bir incelemeye tabi tutulmuştur. Ceza kanunlarında nefret suçu düzenlemelerine yer verilmesi yönündeki ön kabul nedeniyle literatürde, daha çok, bu düzenlemenin nasıl yapılacağı sorusuna odaklanılması ve ceza hukuku müdahalesinin meşruluğunun sorgulanmaması, bu çalışmanın çıkış noktası olmuştur. Bu nedenle çalışmada, nefret suçlarıyla mücadele edilmesi gerektiği kabul edilmekle birlikte, bu mücadelenin ceza hukuku yoluyla yapılması durumu irdelenmiştir. Bu anlamda çalışma, nefret suçuna ceza hukuku yaklaşımının ceza hukukuna hakim ilkeler bakımından değerlendirilmesine dikkat çekmek amacıyla oluşturulmuştur. Bu amaç doğrultusunda; ilk bölümde kavramın tanımlanmasına ve kavramın ulusal ve uluslararası mevzuatta ne şekilde ele alındığına yönelik bilgilere, ikinci bölümde nefret suçunu farklı kılan özelliklerin suç genel teorisine göre incelenmesi ile Türk Ceza Kanunu bakımından değerlendirmelere yer verilmiştir. Nihayet son bölümde, nefret suçunun ceza kanunlarında düzenlenmesi meselesi incelenmiştir. Bu inceleme; nefret suçu düzenlemelerine yönelik literatürde ifade edilen belli çekince noktaları esas alınmak suretiyle belirlenen ilkeler doğrultusunda yapılmıştır.

Kavramın tanımlanması meselesi, kavrama ilişkin birçok tartışmanın odak noktasında bulunmaktadır. Grup mensubiyeti temelli karakteristik özelliklere duyulan ön yargıyla suç işlenmesi şeklindeki AGİT tanımının literatürde kabul gören tanım olduğu tespit edilmiştir. Ancak bu tanım, içerikten yoksun bir şablon niteliğinde olup; korunan karakteristik özelliklerin belirlenmesi sorunu, ön yargının tanımlanması sorunu, ön yargı ile işlenen suç arasındaki nedensellik bağlantısının yoğunluğu konusu şeklindeki tanım kapsamında sorulması gereken sorulara cevap vermekten uzaktır. Söz konusu sorulara verilen cevapların farklılığı, ceza sorumluluğunu aşırı şekilde genişletme ve daraltma tehlikesini barındırdığından kavramın tanımlanma bakımından arz ettiği belirsizlik, ceza kanunlarında kavrama yer verilmesi bakımından ciddi sorunlara gebe dir. Bu kapsamda kasten öldürme suçunda “töre saiki” açısından

Yargıtay’ın mevcut uygulama farklılıklarının hukuk güvenliği bakımından arz ettiği tehlike, nefret suçu kavramı için de muhtemel görülmektedir.

Ceza kanununda nefret suçu düzenlemesi yapılması gerektiği düşüncesinin en temel dayanaklarından olan uluslararası mevzuattaki eğilimin bu yönde olduğu argümanını doğru bir şekilde analiz etmek maksadıyla ikinci bölümde, bu konuda bağlayıcı uluslararası anlaşmalar, uluslararası mekanizmalar bünyesinde oluşturulan birimlerin tavsiyeleri detaylı bir incelemeye tabi tutulmuştur. Türkiye’ye yönelik tavsiyelerin de tarandığı bu bölümde, nefret suçlarıyla mücadele edilmesi yönünde yükümlülükler, nefret suçlarıyla hukuk yoluyla mücadele edilmesi yönündeki yükümlülükler ve nefret suçlarıyla ceza hukuku yoluyla mücadele edilmesi yönünde yükümlülükler tespit edilmiştir. Ancak bu yükümlülüklerin hiçbirinin ceza kanununda yeni bir temel suç tipi veya cezayı ağırlaştıran nitelikli hal düzenlenme şeklinde içeriğe dair bağlayıcı bir yükümlülük içermediği sonucuna varılmıştır. Farklı devletlerin nefret suçlarına ceza hukuku yaklaşım biçimlerine yönelik uluslararası değerlendirmelerin de incelenmesi sonucunda bu konuda asıl önem arz eden hususun nefret suçlarıyla etkin mücadelenin sağlanması olduğu, bu mücadelenin nasıl sağlanacağını ise devletlerin takdir yetkilerine bırakıldığı sonucuna varılmıştır.

Nefret suçuna yönelik ceza hukuku disiplininde soru sorma noktasını, “Nasıl düzenlenmeli?” çizgisinden “Düzenlenmeli mi?” çizgisine doğru geri çekmenin önerildiği bu çalışmada, nefret saikinin her somut olay bakımından cezanın belirlenmesi aşamasında dikkate alınması mekanizmasının düzenleme açısından yeterli olduğu kanaatine varılmıştır. Bu doğrultuda nefret suçunun işlenme şekline göre içerdiği tehlikelilik bakımından, toplum barışı hukuksal değerini ihlal edebileceği ancak, yasada genel ve soyut her olaya uygulanabilecek bir düzenleme yapılması suretiyle bu ihlalin kesin olarak gerçekleşeceğinin varsayılmasının ceza sorumluluğunu failin aleyhine olacak şekilde genişleteceği düşünülmektedir. Düzenleme şekline göre bazen failin mağduru karakteristik özelliğine dayalı olarak suç hedefi haline getirdiği her durum için failin, mağdurun karakteristik özelliğine yönelik ön yargısı olduğu varsayılmaktadır. Ön yargının mevcudiyetine yönelik bu varsayım, halihazırda zayıf olan failin saiki ile kamu barışı hukuksal değerinin ihlali arasındaki nedensel ilişkiyi iyice silikleştirmektedir. Anılan sebeplerle, somut olayın gerçekleşme biçimine göre failin saikinin cezanın ağırlaşmasında hakimın takdirine dayalı olarak dikkate alınması; nefret suçunun gerçekleşme şekilleri bakımından ihtiyaç duyulan esnek bir uygulama imkanını sağladığı sonucuna varılmıştır. Bu

meselenin hakimın takdirine bırakılmasının mücadeleyi etkisizleştireceğine yönelik düşüncelere, kanun hükümlerinin uygulanma sorunlarının doğrudan kanun değişikliği yapılması suretiyle çözülebileceği ön kabulünü taşıdığı için katılmamaktadır.

Bu anlamda Türk Ceza Kanunu m. 61 kapsamında, nefret suçunun somut olayda gerçekleşme şekline göre yol açtıkları neticeler bakımından “meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı” ve failin sahip olduğu ön yargı bakımından “failin güttüğü amaç ve saiki” hükümlerinin etkili bir şekilde uygulanması halinde yeterli bir ceza hukuku düzenlemesi olduğu sonucuna varılmıştır.



KAYNAKÇA

KİTAPLAR

- AKALIN Şükrü Haluk, **Türkçe Sözlük** Ankara: Türk Dil Kurumu Yayınları, 2011.
- AKBULUT İlhan, **Yeni Türk Ceza Kanunumuza Göre Kan Gütme Saiki ile Adam Öldürme (Yargıtay İçtihatları ile)**. İstanbul: Kazancı Hukuk, 2006.
- ALLPORT Gordon W., **The Nature of Prejudice**, New York: Doubleday Anchor Books, 1958
- ARTUK M. Emin / GÖKCEN Ahmet / ALŞAHİN M. Emin / ÇAKIR Kerim **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 15. Baskı, Ankara: Adalet, 2021.
- _____ **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 18. bs. Ankara: Adalet, 2019.
- ARTUK M. Emin / GÖKCEN Ahmet / YENİDÜNYA Caner, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, C. 2, 2. Baskı, Ankara: Adalet, 2014.
- _____ **Türk Ceza Kanunu Şerhi**. C. 3, 2. Baskı, Ankara: Adalet, 2014.
- ARZT Gunther / ULRİCH Weber / HEINRICH Bernd / HILGENDORF Eric, **Strafrecht Besonderer Teil**. 2. Baskı, Bielefeld: Ernst und Werner Gieseking, 2009.
- AYBAY Rona, **İnsan Hakları Hukuku**, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2015.
- AYDIN Öykü Didem, **Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü ve Ceza Hukuku-I Amerika Birleşik Devletleri Örneği**, Ankara: Seçkin, 2004.
- AYVERDİ İlhan, **Asırlar boyu tarihi seyri içinde Misalli Büyük Türkçe Sözlük**, İstanbul: Kubbealtı, 2011.
- BAYRAKTAR Köksal / EVİK Vesile Sonay / KURT Gülşah, **Özel Ceza Hukuku: Cilt-1, Uluslararası Suçlar**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016.
- BORLANDI Massimo / BOUDON Raymond / CHERKOUİ Mohamed / VALADE Bernard, **Sosyolojik Düşünce Sözlüğü**, İstanbul: İletişim, 2011.
- BULUT İlhan, **Nefret Suçları**. Ankara: Adalet, 2014.
- CENTEL Nur / ZAFER Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 18. Baskı, İstanbul: Beta, 2020.

CHAKRABORTI Neil / GARLAND Jon, **Hate Crime Impact, Causes and Responses**, 2. Baskı, London: SAGE, 2015.

_____ (Ed.) **Responding to Hate Crime: The Case for Connecting Policy and Research**, Great Britain: Policy Press, 2014.

ÇAYIR Kenan / AYAN CEYHAN Müge, **Ayrımcılık Çok Boyutlu Yaklaşımlar**, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi, 2012.

DE SCHUTTER Olivier, **International Human Rights Law: Cases, Materials, Commentary**. 2. Baskı, United Kingdom: Cambridge University Press, 2014.

DEVELLIOĞLU Ferit, **Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lugat**, Ankara: Aydın Kitabevi, 2013.

DÖNMEZER Sulhi / ERMAN Sahir / BAYRAKTAR Köksal / KESKİN KIZIROĞLU Serap / ZAFER Hamide / MEMİŞ KARTAL Pınar / SINAR Hasan / ERMAN R. Barış / EROĞLU Fulya / ÖNOK R. Murat, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C. 2, 15. Baskı, İstanbul: Der, 2021.

EISELE Jörg / HEINRICH Bernd, **Strafrecht Besonderer Teil**, Stuttgart: W. Kohlhammer, 2020.

ERDOĞAN Mustafa, **İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku**, 2. Baskı Ankara: Orion, 2011.

EREN Abdullah, **Ulusal İnsan Hakları Kurumları Uluslararası Standartlara Uygunluğun Yorum İlkeleri**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2012.

FEYZİOĞLU Metin, **Ceza Muhakemesinde İspatın Ölçütü Olarak Vicdani Kanaat**, 2. Baskı, İstanbul: Işık, 2015.

GEMALMAZ Mehmet Semih, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**. 2. Baskı, İstanbul: Beta, 1997.

GERSTENFELD Phyllis B., **Hate Crimes: Causes, Controls, and Controversies**. 4. Baskı, Thousand Oaks: SAGE, 2018.

GÖKCAN Hasan Tahsin / ARTUÇ Mustafa, **Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi**, C. 1, Ankara: Adalet, 2021.

GÖKCAN Hasan Tahsin / ARTUÇ Mustafa, **Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi**, C. 2, Ankara: Adalet, 2021.

GÖKCEN Ahmet / BALCI Murat / ALŞAHİN M. Emin / ÇAKIR Kerim, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 5. Baskı, Ankara: Adalet, 2021.

GÜL İdil Işıl / KARAN Ulaş / YEŞİLADALI Burcu / GÖKÇEÇİÇEK Ayata, **Ayrımcılık yasağı: kavram, hukuk, izleme ve belgeleme**, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi, 2011.

HAFIZOĞULLARI Zeki / ÖZEN Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: US-A Yayıncılık, 2017.

HAKERİ Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 22. Baskı, Ankara: Adalet, 2019.

HALL Nathan, **Hate Crime**. 2. Baskı, London: Routledge, 2013.

HARRIS David / O'BOYLE Michael / BATES Ed / BUCKLEY Carla, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, Ankara: Avrupa Konseyi Yayınları, 2013.

HERZ Michael, **The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses**. Ed. Péter Molnár, Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

İÇEL Kayıhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul: Beta, 2021.

_____, **Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Subjektif Sorumluluk**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1967.

İÇEL Kayıhan / DONAY Süheyl, **Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım**, C. 1, 5. Baskı, İstanbul: Beta, 2006.

İNCEOĞLU Yasemin, **Nefret Söylemi Ve/Veya Nefret Suçları**, 1. Baskı, İstanbul: Ayrıntı, 2012.

İSKENDER Salih Zeki, **Öğreti ve Yargısal Kararları Işığında Töre Saikiye İnsan Öldürme Suçu(Namus Cinayetleri)**, Ankara: Yetkin, 2011.

Jacobs James B. / POTTER Kimberly, **Hate Crimes: Criminal Law & Identity Politics**, Oxford: Oxford University Press, 2001.

KANAR Mehmet, **Örnekli Etimolojik Osmanlı Türkçesi Sözlüğü**, İstanbul: Derin, 2003.

KANGAL Zeynel Temel, **Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu**, İstanbul: Seçkin, 2013.

KARAKEHYA Hakan, **İradilik Unsuru Bağlamında Ceza Hukukunda Kast**, Ankara: Savaş, 2010.

KARAN Ulaş, **İfade Özgürlüğü Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 2**. Ankara: Avrupa Konseyi Yayınları, 2018.

KOCA Mahmut / ÜZÜLMEZ İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Ankara: Seçkin, 2021.

_____ **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 7. Baskı, Ankara: Adalet, 2020.

KORUCULU Irmak, **Türk Ceza Hukukunda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi**, Ankara: Seçkin, 2022.

LAWRENCE Frederik M., **Punishing Hate: Bias Crimes under American Law**, Harvard University Press, 2002.

MERAKLI Serkan, **Ceza Hukukunda Kusur**, 2. Baskı, Ankara: Seçkin, 2020.

MIHAJLOVA Elena / BACOVSKA Jasna / SHEKERDIJEV Tome, **Freedom of Expression and Hate Speech**, Skopje: OSCE, 2013.

NAZİMA Ali / REŞAD Faik, **Mükemmel Osmanlı Lügati**, Ankara: Türk Dil Kurumu Yayınları, 2002.

NUSSBAUM Martha Craven, **Hiding from Humanity: Disgust, Shame, and the Law**. NJ: Princeton Univ. Press, 2004.

OZANSÜ Mehmet Cemil, **Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk**, Ankara: Seçkin, 2007.

ÖNDER Ayhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, C. II-III, 2. Baskı, İstanbul: Beta, 1992.

ÖZBEK Veli Özer / DOĞAN Koray / BACAKSIZ Pınar, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12. Baskı, Ankara: Adalet, 2021.

_____ **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 16. Baskı, Ankara: Seçkin, 2021.

ÖZBUDUN Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, 20. Baskı, Ankara: Yetkin, 2020

ÖZGENÇ İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 17. Baskı, Ankara: Seçkin, 2021

_____ **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)**, 2. Baskı, Ankara: Seçkin, 2005.

ÖZTÜRK Bahri / ERDEM Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 17. Baskı, Ankara: Seçkin, 2017.

PARLATIR İsmail, **Osmanlı Türkçesi Sözlüğü**, Ankara: Yargı, 2012.

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

PEZZELLA Frank S., **Hate Crime Statutes A Public Policy and Law Enforcement Dilemma**, SpringerBriefs in Criminology, Cham: Springer International Publishing, 2017.

ROXIN Claus /GRECO Luis, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 5. Baskı, München: C.H. Beck, 2020.

SAMİ Şemseddin, **Kamûs-ı Türkî**, İstanbul: İdeal, 2014.

SATZGER Helmut / SCHLUCKEBIER Wilhelm, **Strafgesetzbuch Kommentar**, 5. Baskı, München: Carl Heymanns, 2021.

STERNBERG Robert J. / STERNBERG Karin, **The Nature of Hate**, Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

STREISSGUTH Thomas, **Hate Crimes Bibliography, Library in a Book**, New York: Facts on File, 2003.

ŞAHİN Cumhuri / GÖKTÜRK Neslihan, **Ceza Muhakemesi Hukuku II**, 12. Baskı, Ankara: Seçkin, 2022.

ŞAHİNKAYA Yalçın, **Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Nefret Söylemi ve Karşılaştırmalı Nefret Suçları**, Ankara: Adalet, 2016.

TEZCAN Durmuş / ERDEM Mustafa Ruhan / ÖNOK R. Murat, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Ankara: Seçkin, 2021.

_____, **Uluslararası Ceza Hukuku**, 6. Baskı, Ankara: Seçkin, 2021.

TÜRAY Aras, **Nefret Söylemi Bağlamında Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu**, Ankara: Seçkin, 2016.

ÜNVER Yener, **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, Ankara: Seçkin, 2003.

WEBER Anne, **Nefret Söylemi El Kitabı**, Strasbourg: Avrupa Konseyi Yayınları, 2009.

YENİSEY Feridun / NUHOĞLU Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 9. Baskı, Ankara: Seçkin, 2021.

YENİSEY Feridun / PLAGEMANN Gottfried, **Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB)**, İstanbul: Beta, 2015.

YERDELEN Erdal, **Cezanın Belirlenmesi (Türk ve Alman Uygulaması)**, Ankara: Adalet, 2013.

MAKALELER

- AFSOUS Shirin. “Proving Hate: The Difficulties of Successfully Prosecuting Bias Motivated Crimes”, **Suffolk Journal of Trial & Appellate Advocacy** C: 22, S: 2, 2016, ss. 273-91.
- AL-HAKİM Mohamad, “Making Room for Hate Crime Legislation in Liberal Societies”. **Criminal Law and Philosophy** C: 4, S: 3, Ekim 2010, ss. 341-58.
- APIŞ Özge, “Nefret Suçları Kavramı Kapsamında Halkın Belli Bir Kesimini Alenen Aşağılama Suçunun İHAM Kararları Bakımından Değerlendirilmesi”. **Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** C: 7, S:13, 2019, ss. 301-46.
- BEKRİ M. Nedim, “Gerekçeli Karar Hakkı”, **Ankara Barosu Dergisi**, S: 3 2014, ss. 205-28.
- BLEICH Erik, “Hate Crime Policy in Western Europe: Responding to Racist Violence in Britain, Germany, and France”, **American Behavioral Scientist** C: 51, S:2 ,01 Ekim 2007, ss. 149-65.
- “The Rise of Hate Speech and Hate Crime Laws in Liberal Democracies”. **Journal of Ethnic and Migration Studies** S: 37, C: 6 Temmuz 2011, ss. 917-34.
- BRUDHOLM Thomas. “Hate Crimes and Human Rights Violations”. **Journal of Applied Philosophy** C:32, S: 1, 2015, ss. 82-97.
- CHAKRABORTI Neil, “Framing the Boundaries of Hate Crime”, **The Routledge International Handbook on Hate Crime**, Ed. HALL Nathan / CORB Abbee / GIANNASI Paul / GRIEVE John G. D., Oxon: Routledge, 2015, ss. 13-24.
- CSONKA Peter / LANDWEHR Oliver, “10 years after Lisbon. How “lisbonised” Is the substantive criminal law in the EU?“, **Eucrim: the European Criminal Law Associations’ forum**, C. 4, 2019, ss. 261–267.
- DEMİRBAŞ Timur, “Nefret Söylemi ve Nefret Suçları”. **D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan**, C: 19, Özel Sayı, 2017, ss. 2693-2701.

ERSOY Uğur, “Çağımızın Pandemisi Nefret Suçları”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, S: 35, 2018, ss. 111-74.

_____, “Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK M.122)”. **Ceza Hukuku Dergisi**, C:12, S. 34, 2017, ss. 7-56

GARLAND Jon, “Conclusions”, **Responding to Hate Crime: The Case for Connecting Policy and Research**, Ed. CHAKRABORTI Neil / GARLAND Jon, Great Britain: Policy Press, 2014.

GELLMAN Susan, “Hate crime laws are thought crime laws”. **Annual Survey American Law**, S: 509, 1992-1993.

GIANNAKOULA Athina, “Framework Decisions under the Lisbon Treaty: Current Status and Open Issues”. **European Criminal Law Review**, C:7, S:3, 2017, ss. 275-88.

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**, 2009.

_____, “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**, 2009.

GREENAWALT Kent Greenawalt. “Reflections on Justifications for Defining Crimes by the Category of Victim”. **Annual Survey of American Law**, S: 3, 1992, ss. 617-28.

HAREL Alon / PARCHOMOVSKY Gideon, “On Hate and Equality”, **The Yale Law Journal** C: 109, S: 3, Aralık 1999, ss. 507-39. <https://doi.org/10.2307/797410>.

HEINZE Eric, “Hate Speech and the Normative Foundations of Regulation”, **International Journal of Law in Context, Cambridge University Press**, C. 9, S. 4, 2013 ss. 590-617

HESSICK, Carissa Byrne, “Motive’s Role in Criminal Punishment”, **Southern California Law Review**, C. 80, S. 1, 2006. ss. 89-151

HILGENDROF Eric, “Der Strafgedanke 1975-2005”, **Alman – Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku -Das Strafrecht im deutsch-türkischen Rechtsvergleich**, C: 1, İstanbul: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2010, ss. 155-77.

HURD Heidi M. / MOORE Michael S., “Punishing Hatred and Prejudice”, **Stanford Law Review**, C. 56, S. 5, ss. 1081-1146.

İÇEL Kayıhan, “Kopenhag Kriterleri Bağlamında Türk Ceza Hukuku”. **Anayasa Yargısı Dergisi** C: 17, 2000, ss. 402-8.

İNCEOĞLU Asuman Aytekin, “Nefret Suçu Kavramı ve Türk Ceza Mevzuatı Açısından Değerlendirilmesi”, **Nefret Söylemi Ve/Veya Nefret Suçları**, ED. Yasemin G. İnceoğlu, İstanbul: Ayrıntı, 2012.

————— “Türk Ceza Kanunu’nun 122. Maddesinde Düzenlenen Nefret ve Ayrımcılık Suçunun Nefret Suçu Kavramı Çerçevesinde Değerlendirilmesi”. **Legal Hukuk Dergisi** C: 13, S:150, 2015, ss. 37-66.

JACOBS James / POTTER Kimberly, “Hate Crimes: A Critical Perspective”, **Crime and Justice-a Review of Research**, C: 22, 01 Ocak 1997, ss. 1-50.

KARAKEHYA Hakan / USLUADAM Asena Kamer, “Türk Ceza Hukuku Öğretisinde Suçun Manevi Unsuru Bağlamında Suç Genel Teorisine İlişkin Görüşler”. **Journal of Penal Law and Criminology**, C: 3, S: 2, 2015, ss. 1-24.

KARAN Ulaş, “Nefret Suçlarından Ne Anlıyoruz?”, **Nefret Suçları ve Nefret Söylemi**, Ed. Ayşe Çavdar / Aylin B. Yıldırım, İstanbul: Hrant Dink Vakfı Yayınları, 2010.

KOCASAKAL Ümit, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK m. 122)”. **Ceza Hukuku Dergisi** C: 10, S: 28 ,Ağustos 2015, ss. 7-40.

LAWRENCE Frederick, “The Punishment of Hate: Toward a Normative Theory of Bias-Motivated Crimes”. **Michigan Law Review** C: 93, S: 2, Kasım 1994, ss. 320-81.

LEVIN Brian, “From Slavery to Hate Crime Laws: The Emergence of Race and Status-Based Protection in American Criminal Law”. **Journal of Social Issues** C: 58, S: 2, 2002, ss. 227-245

MASON Gail, “Legislating against Hate”, **The Routledge International Handbook on Hate Crime**, Ed. HALL Nathan / CORB Abbee / GIANNASI Paul / GRIEVE John G. D., Oxon: Routledge, 2015, ss. 59-69.

MATHIS Stephen, “Motive, Action, and Confusions in the Debate over Hate Crime Legislation”, **Criminal Justice Ethics**, C. 37, S. 1, 2018. ss. 1-20

- McDEVITT Jack / BALBONI Jennifer / GARCIA Luis / GU Joann,
“Consequences for Victims: A Comparison of Bias and Non-Bias
Motivated Assaults”. **American Behavioral Scientist** C: 45, S: 4,
2001, ss. 697-713.
- MEMİŞ Pınar, “Ayrımcılık Suçunun Özürlüler Bakımından Değerlendirilmesi”.
Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 2, 2009, ss.
69-82.
- MORSCH James, “The Problem of Motive in Hate Crimes: The Argument against
Presumptions of Racial Motivation”. **Journal of Criminal Law and
Criminology** C: 82, S: 3, 1991, ss. 659-89.
- NAIDOO Kamban, “The Historical Prosecution of Hate Crimes in the United States
of America”. **Fundamina**, C: 23, 01 Ocak 2017, ss. 21-38.
- NAIDOO Kamban / KARELS Mg, “Prosecuting ‘Hate’: An Overview of Problem
Areas Relating to Hate Crimes and Challenges to Criminal Litigation”.
Journal for Juridical Science C: 41, S: 1, 07 Temmuz 2016, ss. 65-
82.
- ÖNER Mehmet Zülfü, “İngiltere Hukukunda Nefret Suçları”. **Türkiye Barolar
Birliği Dergisi**, S: 116, Ocak 2015, ss. 85-112.
- PAP Andras L., “Neglect, Marginalization, and Abuse: Hate Crime Legislation and
Practice in the Labyrinth of Identity Politics, Minority Protection, and
Penal Populism”. **Nationalities Papers** C: 2, S: 49, 2021, ss. 221-39.
- REIDY David A., “Hate Crimes, Oppression, and Legal Theory”, **Public Affairs
Quarterly** C:16, S: 3 Temmuz 2002, ss. 259-85.
- ROXIN Claus, “Ceza Hukukunun Bir Geleceği Var mıdır?”, **Karşılaştırmalı Güncel
Ceza Hukuku Serisi 5 Suç Politikası**, Çev. Yener Ünver, Ankara:
Seçkin, 2006, ss. 55-70.
- SERAFIN Maja Anna, “Hate Crimes Auf der Suche nach einer adäquaten Reaktion
des Strafrechts”, **Architektur des Sicherheitsrechts (ArchIS)**,
Freiburg im Breisgau: Max Planck Institut für ausländisches und
internationales Strafrecht, 2019.
- SCHWEPPE Jennifer, “What is a Hate Crime?” **Cogent Social Sciences** C: 7, S: 1,
2021.
- SINAR Hasan, “Türk Hukukunda Nefret Suçlarına İlişkin Yasal Düzenleme
Çalışmaları”. **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk
Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan**, C:19, 2013,
ss. 1271-1300.

SOKULLU- AKINCI Füsün, “Hate Crimes”. **Annales de La Faculté de Droit d’Istanbul** C: XLI, S: 58 2009, ss. 101-17.

STEGBAUER Andreas, “Nefret Suçlarının Önlenmesinde Yargıçların Rolü”. **Nefret Suçlarıyla Mücadele Konferansları Konuşma Metinleri**, Ed. Hakan Ataman, Ankara: İnsan Hakları Gündemi Derneği, 2011, ss. 31-37.

TÜRAY Aras, “Nefret Suçları ve Türk Ceza Hukukundaki Güncel Gelişmeler”, **Ceza Hukuku Dergisi**, S. 26, Aralık 2014, ss. 77-95.

Türk Ceza Hukuku Derneği, “Nefret Söylemi ve Nefret Suçları Çalıştay Grup Raporları” II. Çalışma Grubu: Hukuksal Çerçeve, **Suç ve Ceza Ceza Hukuku Dergisi**, S: 3-4, 2016, ss. 7-12.

Türk Ceza Hukuku Derneği, “Nefret Söylemi ve Nefret Suçu Çalıştay Grup Raporları”, I. Çalışma Grubu: Kavramsal Çerçeve, **Suç ve Ceza Ceza Hukuku Dergisi**, S: 3-4, 2016, ss. 1-6.

WANG Lu-In, “The Complexities of Hate”, **Ohio State Law Journal** C: 60, S: 3 ,1999, ss.800-900.

YAKUT Bahadır, “Post-Lisbon Criminal Law Competency of the European Union”. **Marmara Journal of European Studies** C: 17, S: 1-2 2009, ss. 1-52.

TEZLER

KILIÇ Burak, **Suçun Manevi Unsuru Olarak Amaç ve Saik**, Ankara Hacı Bayram Üniversitesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2020.

İNTERNET KAYNAKLARI

Anti-Defamation Leage, “Pyramid of Hate” (Erişim 20. 03. 2022)
<https://www.adl.org/sites/default/files/documents/pyramid-of-hate.pdf>.

Anti-Defamation Leage, Hate Crimes Law Model Legislation,
<https://www.adl.org/sites/default/files/documents/assets/pdf/combating-hate/Hate-Crimes-Law.pdf> (Erişim Tarihi: 14.04.2022)

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi **Recommendation No: 97(20) of the Committee of Ministers to Member States on “Hate Speech”** 30.10.1997
https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=0900001680505d5b (Erişim Tarihi: 19.03.2022)

Bundesministerium des Inneren, Bundeskriminalamt, **Politisch motivierte Kriminalität im Jahr 2020 Bundesweite Fallzahlen**,

https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/2021/05/pmk-2020-bundesweite-fallzahlen.pdf?__blob=publicationFile&v=4. (Erişim Tarihi: 04. 05. 2021)

California Section 190.2
https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes_displaySection.xhtml?lawCode=PEN§ionNum=190.2 (Erişim Tarihi: 13.04.2022)

Communication From the Commission to the European Parliament and the Council A more inclusive and protective Europe: extending the list of EU crimes to hate speech and hate crime, COM/2021/777 final, 09.12.2021, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=COM:2021:777:FIN> (Erişim Tarihi: 04.04.2022)

Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste. **Politisch motivierte Kriminalität–Begriffserklrungen**, 2018. (Erişim Tarihi: 30. 04. 2022) <https://www.bundestag.de/resource/blob/647624/2d351a991d45c5a93fe8e114a157a34e/WD-7-060-19-pdf-data.pdf>.

ECRI **Compilation of ECRI's General Policy Recommendation**, Strasbourg: 2014 <https://tandis.odihr.pl/bitstream/20.500.12389/20988/1/06661.pdf> (Erişim Tarihi: 20.04.2022)

ECRI **Conclusions on the Implementation of the Recommendations in Respect of Germany, 28.02.2017**, <https://rm.coe.int/interim-follow-up-conclusions-on-germany-5th-monitoring-cycle/16808b568a> (Erişim Tarihi: 19.03.2022)

ECRI **General Policy Recommendation, No.1 on Combating Racism, Xenophobia, Antisemitism and Intolerance, 04.10.1996** <https://www.coe.int/en/web/european-commission-against-racism-and-intolerance/recommendation-no.1> (Erişim Tarihi: 19.03.2022)

ECRI **General Policy Recommendation No.15 on Combating Hate Speech 08.12.2015** <https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-no-15-on-combating-hate-speech/16808b5b01> (Erişim Tarihi: 19.03.2022)

ECRI **Report on France (2nd Monitoring Cycle) 27. 06. 2000**, <https://rm.coe.int/second-report-on-france/16808b5727> (Erişim Tarihi: 27. 04. 2022)

ECRI **Report on France (3rd Monitoring Cycle) 15. 02. 2015**, <https://rm.coe.int/third-report-on-france/16808b5729> (Erişim Tarihi: 27. 04. 2022)

ECRI **Report on France (5th Monitoring Cycle) 01.03.2016**,

<https://rm.coe.int/fifth-report-on-france/16808b572d> (Erişim Tarihi: 27. 04. 2022)

ECRI **Report on Germany (6th Monitoring Cycle) 17.03.2020**,
<https://www.coe.int/en/web/european-commission-against-racism-and-intolerance/germany> (Erişim tarihi: 27.04.2022)

ECRI **Report on Turkey (fifth monitoring cycle), CRI(2016)37, 29.06.2016** <https://rm.coe.int/fifth-report-on-turkey/16808b5c81>
(Erişim tarihi: 12.04.2022)

European Commission, **Turkey 2021 Report SWD(2021) 290 final/2, 19.10.2021**
<https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/system/files/2021-10/Turkey%202021%20report.PDF> (Erişim tarihi: 24.04.2022)

European Court of Human Rights, **Factsheet Hate Speech**, February 2022
https://www.echr.coe.int/documents/fs_hate_speech_eng.pdf (Erişim tarihi: 24.05.2022)

European Union Agency for Fundamental Rights, **Handbook on European Non-Discrimination Law**, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2018. <https://data.europa.eu/doi/10.2811/58933>.
(Erişim tarihi: 12. 04. 2022)

European Union Agency for Fundamental Rights, **Making hate crime visible in the European Union: acknowledging victims' rights**, Fundamental Rights Agency, 2012
<<http://fra.europa.eu/en/publication/2012/making-hate-crime-visible-european-union-acknowledging-victims-rights>>. (Erişim Tarihi: 17.04.2022)

European Union Agency for Fundamental Rights, **Unmasking Bias Motives in Crimes: Selected Cases of the European Court of Human Rights**, Vienna, 2018. <https://fra.europa.eu/en/publication/2018/unmasking-bias-motives-crimes-selected-cases-european-court-human-rights>
(Erişim tarihi: 02. 02. 2022)

European Union Council Framework Decision 2008/913/JHA of 28 November 2008 on Combating Certain Forms and Expressions of Racism and Xenophobia by means of Criminal Law, No: 2008/913/JAI, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32008F0913>
(Erişim Tarihi: 04.04.2022)

İnsan Hakları Eylem Planı (2021-2023) R.G., 31470, 30.04.2021, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/04/20210430-9.pdf>
(Erişim Tarihi: 15.04.2022)

KUGELMANN Dieter, **Möglichkeiten effektiver Strafverfolgung bei Hasskriminalität Rechtsgutachten**, Antidiskriminierungsstelle des

Bundes, 2015. (Erişim Tarihi: 10. 03. 2022)

https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/Rechtsgutachten/rechtsgutachten_hasskriminalitaet.pdf?__blob=publicationFile&v=3.

Law Commission, **Hate Crime Laws: Final Report** Crown, 2021 (Erişim Tarihi: 10.05.2022)

https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1041169/Hate-crime-report-accessible.pdf.

Maastricht Ministerial Council Meeting of 2003
<https://www.osce.org/files/f/documents/a/0/40533.pdf> (Erişim Tarihi: 15.04.2022)

Ministère de la Justice France, **Preventing Racism and Intolerance Handbook of Practices to Better Fight Against Racism and Intolerance**, 2019.

https://www.gouvernement.fr/sites/default/files/contenu/piece-jointe/2019/03/handbook_of_practices_print_appendix-compressed.pdf. (Erişim Tarihi: 10.05. 2022)

Online Etymology Dictionary, <https://www.etymonline.com/word/hate>, (Erişim Tarihi: 12.07.2022)

Online Merriam Webster Dictionary, <https://www.merriam-webster.com/dictionary/hate>, Erişim Tarihi: 12.07.2022).

OSCE Ministerial Council in Maastricht 4/03, 02.12.2003 <https://www.osce.org/files/f/documents/a/0/40533.pdf> (Erişim Tarihi: 16.04.2022)

OSCE Ministerial Council Decision in Brussels 13/06, 05.12.2006 <https://www.osce.org/files/f/documents/f/a/23114.pdf> (Erişim Tarihi: 16.04.2022)

OSCE Ministerial Council Decision in Athens 9/09, 02.12.2009 <https://www.osce.org/files/f/documents/d/9/40695.pdf> (Erişim Tarihi: 17.04.2022)

OSCE / ODIHR, **Annual Report 2021**, (Erişim Tarihi: 10. 03. 2022) https://www.osce.org/files/f/documents/c/a/514462_0.pdf.

OSCE / ODIHR, **Hate Crime Data-Collection and Monitoring Mechanisms a Practical Guide** Warsaw: 2014 (Erişim Tarihi: 10. 03. 2022) <https://www.osce.org/files/f/documents/3/a/124533.pdf>.

OSCE / ODIHR, **Hate Crime Laws: A Practical Guide**, Warsaw: 2009 (Erişim Tarihi: 10.03.2022) <https://www.osce.org/odihr/36426>

OSCE/ODIHR, **Hate Crime Reporting Turkey**, 2020, <https://hatecrime.osce.org/turkey?year=2020> (Erişim Tarihi:

21.04.2022)

OSCE/ODIHR, **Hate Crimes in the OSCE Region: Incidents and Responses Annual Report for 2006**, (Erişim Tarihi: 10.03.2022)
<https://www.osce.org/odihr/26759>

OSCE / ODIHR, **Preventing and Responding to Hate Crimes: a Resource Guide for NGOs in the OSCE Region**, Warsaw: 2009 (Erişim Tarihi: 10.03.2022) <https://www.osce.org/odihr/39821>

OSCE / ODIHR, International Association of Prosecutors. **Prosecuting Hate Crimes a Practical Guide**, Warsaw: 2014 (Erişim Tarihi: 10. 03. 2022)
<https://www.osce.org/odihr/prosecutorsguide>

Sivil Haklar Kanunu 1964 <https://www.archives.gov/milestone-documents/civil-rights-act> (Erişim Tarihi: 14.04.2022)

Sivil Haklar Kanunu 1968 (Civil Rights Act of 1968 18 U.S.C. § 245)
<https://www.justice.gov/usao-ma/civil-rights/civil-rights-offenses>
 (Erişim Tarihi: 14.04.2022)

Sosyal Değişim Derneği Nefret Suçları Yasa Kampanyası Platformu, **Nefret Suçları Yasa Taslağı** <https://studylibtr.com/doc/836622/nefret-suçları-yasa-taslağı> (Erişim Tarihi: 12.10.2021)

UN Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD), **Concluding observations on the combined nineteenth to twenty-second periodic reports of Germany, 15 May 2015**,
<https://www.refworld.org/docid/55c880f24.html> (Erişim Tarihi: 10.05.2022)

United Nations Office on Drugs and Crime, **International Classification of Crime for Statistical Purposes Version 1.0**, Vienna: 2015.
https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/statistics/crime/ICCS/ICCS_English_2016_web.pdf. (Erişim Tarihi: 12. 04. 2022)

UN International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, **Concluding observations on the combined fourth to sixth periodic reports of Turkey**, CERD/C/TUR/CO/4-6, 26.01.2017, Information received from Turkey on follow-up to the concluding observations
<https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2021/09/27/G1702997.pdf> (Erişim Tarihi: 20.04.2022)

UN International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, Report of the Working Group on the Universal

Periodic Review Turkey A/HRC/44/14, 24.03.2020
<https://www.refworld.org/publisher,CERD,,TUR,,,0.html> (Erişim
tarihi: 20.04.2022)

<https://diabgm.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/uluslararası-ceza-mahkemesi-ucm28022020101834>

<https://www.osce.org>

<https://unstats.un.org>

<https://www.ojp.gov>

<https://www.justice.gov/hatecrimes/laws-and-policies>

<https://www.nisanyansozluk.com/kelime/saik>

<https://ec.europa.eu/>

<https://www.legislation.gov.uk>

<https://www.bka.de>

<https://www.buzer.de>

<https://minorityrights.org>

<https://www.legifrance.gouv.fr>

<https://www.justice.gov>

<https://www.mevzuat.gov.tr>

<https://www.adl.org>

<https://mevzuat.tbmm.gov.tr>

<https://sozluk.gov.tr>

<https://www.tbmm.gov.tr>

<https://www.legislationline.org>

<https://www.ojp.gov>

<https://www.un.org>

. <https://www.ohchr.org>

<https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr>

<https://guides.ll.georgetown.edu>

<https://hatecrime.osce.org>

<https://fra.europa.eu>

<https://eur-lex.europa.eu>

<https://www.gesetze-im-internet.de>

<https://www.cncdh.fr/>

<https://digitallibrary.un.org>

<https://www.ab.gov.tr>

www.resmigazete.gov.tr

<https://evrimagaci.org/kirmizi-sazan-tahrik-safsatasi-red-herring-229>

<https://corpuslegalis.com/us/code/title18/hate-crime-acts>

KARARLAR

AİHM, Gündüz v. Türkiye, (35071/97, 4 Aralık 2003)

AİHM, Identoba and Others v. Georgia, (73235/12, 12.08.2015)

AİHM, Menson and Others v. UK, (47916/99, 06.05.2003)

AİHM, Nachova and Others v. Bulgaria, (43577/98, 06.07.2005)

AİHM, Secic v. Croatia, (40116/02, 31.05.2007)

AİHM, Willis v. Birleşik Krallık (36042 / 97, 2002)

Anayasa Mahkemesi, E. 1963/16, K. 1963/83, 08.04.1963

Anayasa Mahkemesi, Sinem Hun, 2013/5356, 08.05.2014

Anayasa Mahkemesi, Tuğba Arslan, (2014/256, 25/6/2014)

Bundesgerichtshof, BGH 3 StR 425/11, 01.03.2012

Bundesgerichtshof, BGH NStZ 691, 2012

Bundesgerichtshof, BGH NStZ 20, 2000

Yargıtay 1. CD. 4166/7673, 01.12.2008

Yargıtay 18. CD. 2015/26353 E., 2016/6373 K

Yargıtay 18. CD. 2018/1978 E., 2019/13554 K.

Yargıtay 18. CD. 2015/33232 E., 2016/18820 K.,

Yargıtay 18. CD. 2015/997 E., 2015/580 K.

Yargıtay 4. CD., 07.05.2012, 2010/11975 E., 2012/10591 K.

Yargıtay CGK, E. 1985/83, K. 1985/330, T. 03.06.1985

Yargıtay CGK 4.6.1973 1/32/458

Yargıtay CGK. 1-228/69, 30.03.2010,

US Supreme Court, R.A.V. v. City of St. Paul, 505 U.S. 377 (1992)

US Supreme Court, Wisconsin v. Mitchell, 508 U.S. 476 (1993)

ÖZGEÇMİŞ



TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : T.C. GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
Enstitü : SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
Hazırlayanın Adı Soyadı : Şura Nur PELİT
Tez Başlığı : Nefret Suçunun Ceza Hukukundaki Yeri
Savunma Tarihi : 13/09/2022
Danışman : Prof. Dr. Pınar KARTAL

JÜRİ ÜYELERİ:

Unvan, Ad-Soyadı

İmza

Prof. Dr. Pınar KARTAL

Prof. Dr. Mahmut KOCA

Prof. Dr. Vesile Sonay EVİK

Prof. Dr. Ulun AKTURAN
Enstitü Müdürü