

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

İKİNCİ DAİRE

PERİNÇEK –İSVİÇRE DAVASI

(Başvuru no: 71510/08)

KARARIN ÇEVİRİSİ

STRAZBURG

17 Aralık 2013

*İşbu karar AIHS'nin 44/2 maddesinde belirtilen koşullar çerçevesinde kesinleşecektir.
Şekli düzeltmelere tabi olabilir.*

Perinçek–İsviçre davasında,

Guido Raimondi, Başkanlığında

Yargıç Peer Lorenzen,

Yargıç Dragoljub Popović,

Yargıç András Sajó,

Yargıç Nebojša Vučinić,

Yargıç Paulo Pinto de Albuquerque,

Yargıç Helen Keller

ve Daire Kâtibi Stanley Naismith mevcudiyetinde,

12 Kasım 2013 tarihinde toplanan AIHM’nin İkinci Dairesi bu tarihte izleyen kararı vermiştir.

USUL

1. İsviçre Konfederasyonu aleyhine açılan (27510/08) başvuru numaralı davanın temelinde, Türk vatandaşı olan Doğu Perinçek’in (başvuran) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına ilişkin Sözleşme’nin (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi - Sözleşme) 34. maddesi uyarınca yapmış olduğu başvuru bulunmaktadır.

2. Başvuran Ankara Barosu avukatlarından M. Cengiz tarafından temsil edilmiştir. İsviçre Hükümet’i ise (Hükümet), Ajan Vekili sıfatıyla, Federal Adalet Bürosu Avrupa Hukuku ve Uluslararası Alanda İnsan Haklarının Korunması biriminde görevli Adrian Scheidegger tarafından temsil edilmiştir.

3. Başvuran, özellikle, farklı etkinlikler sırasında, alenen, Ermeni soykırımını “uluslararası yalan” olduğunu beyan etmesinden dolayı İsviçre Mahkemeleri tarafından haksız bir biçimde mahkûm edildiğini ileri sürmüştür.

4. 10 Eylül 2010 tarihinde başvuru Hükümet’e tebliğ edilmiştir. Sözleşme’nin 29§1 maddesinin öngördüğü üzere, ilgili dairenin kabuledilebilirlik ve esas hakkında aynı anda hükme varmasına karar verilmiştir.

5. Türk Hükümeti, Sözleşme’nin 36§1 maddesinin kendisine tanıdığı müdahil olma hakkına dayanarak, 15 Eylül 2011 tarihinde görüşlerini iletmiştir.

OLAYLAR

I. DAVANIN KOŞULLARI

6. Başvuran 1942 doğumludur ve Ankara’da ikamet etmektedir.

7. Başvuran hukuk doktorudur ve Türkiye İşçi Partisi Genel Başkanı’dır. Başvuran, 7 Mayıs, 22 Temmuz ve 18 Eylül 2005 tarihlerinde sırasıyla Lozan, (Vaud Kantonu), Opfikon (Zürich Kantonu) ve Köniz’de (Bern Kantonu) farklı konferanslara katılmış ve bu

konferanslar sırasında, 1915 yılında ve izleyen yıllarda Osmanlı İmparatorluğu tarafından Ermeni halkına karşı işlenen her türlü soykırımın varlığını aleni bir şekilde reddetmiştir. Ermeni soykırımı fikrini de “uluslararası yalan” olarak nitelendirmiştir. Başvuranın söylemleri farklı bağlamlarda gerçekleşmiştir: Başvuran, Lozan’da düzenlenen bir basın toplantısı sırasında (Türkçe olarak), 1923 Lozan Antlaşması’nın yıldönümü çerçevesinde düzenlenen bir konferans sırasında Opfikon’da ve partisinin toplantısı vesilesiyle Köniz’de konuşma yapmıştır.

8. 15 Temmuz 2005 tarihinde, İsviçre-Ermenistan Derneği, yukarıda sözü edilen konuşmalarının içerdiği nedeniye başvuran hakkında şikâyetle bulunmuştur.

9. 9 Mart 2007 tarihli bir kararla, Lozan Sulh Ceza Mahkemesi, başvuranı İsviçre Ceza Kanununun mükerrer 261. maddesinin 4. fıkrası uyarınca ırk ayrımcılığı suçundan suçlu bulmuş ve başvuranı iki yıl tecil edilmek üzere 100 İsviçre Frank’ı para cezasına çevrilen 90 günlük hapis cezasına ve 3.000 İsviçre Frank’ına (yaklaşık 2.500 Avro) dönüştürülen 30 günlük hapis cezasına mahkûm etmiş ve İsviçre-Ermeni Derneğine 1.000 İsviçre Frank’ı (yaklaşık 850 Avro) ödemesine karar vermiştir. Lozan Sulh Ceza Mahkemesi, Ermeni soykırımının gerek İsviçre kamuoyu bakımından, gerek daha genel anlamda gerçek bir olay olduğunu tespit etmiştir. Mahkeme, farklı parlamenter faaliyetlere (özellikle Buman’ın tezine; bkz. aşağıda 16. paragraf), hukuki yayınlar ile federal ve kantonal siyasi makamların farklı beyanlarına atıfta bulunmuştur. Ayrıca, Mahkeme, Avrupa Konseyi¹ ve Avrupa Parlamentosu gibi farklı uluslararası kuruluşlar tarafından sözkonusu soykırımın tanındığını belirtmiştir. İlaveten Mahkeme, başvuran tarafından izlenen amaçların ırkçı amaçlarla eşdeğer olduğu ve tarihi tartışma niteliği taşımadığı sonucuna varmıştır.

10. Başvuran, sözkonusu karara karşı istinaf başvurusunda bulunmuştur. Başvuran öncelikle bu kararın iptal edilmesini ve özellikle Ermeni sorununa ilişkin olarak araştırmaların durumu ve tarihçilerin tutumu hakkında ek soruşturma yapılmasını talep etmiştir.

11. 13 Haziran 2007 tarihinde, Vaud Kantonu Ceza İstinaf Mahkemesi, sözkonusu karara karşı başvuranın yapmış olduğu temyiz başvurusunu reddetmiştir. İstinaf Mahkemesi’ne göre, İsviçre Ceza Kanunu’nun mükerrer 261. maddesinin 4. fıkrasının kabul edildiği tarihte, Yahudi soykırımı gibi, Ermeni soykırımı da İsviçre Kanun koyucusu tarafından gerçekliği tanınan tarihi bir olaydı. Dolayısıyla, mahkemelerin, soykırımın mevcudiyetini kabul etmek için tarihi çalışmalara başvurmaları gerekmiyordu. İstinaf Mahkemesi, başvuranın, Ermenilerin uğradığı kıyım ve tehcirleri inkâr etmeksizin olayların soykırım olarak tanımlanmasını reddetmekle yetindiğini vurgulamıştır.

12. Başvuran, sözkonusu karara karşı cezai bakımından Federal Mahkeme’ye temyiz başvurusunda bulunmuştur. Başvuran, özellikle, hakkında verilen kararın, kendisinin

¹ Parlamenter Meclisinin bazı üyeleri dışında Avrupa Konseyi kendi adına Ermeni soykırımını tanımamıştır (bkz, aşağıda 29. paragraf).

beraatı ve hukuki ve cezai bakımdan her türlü mahkûmiyetinin iptali yönünde tashihini talep etmiştir. Başvuran, içerik olarak, başvuran, her iki kanton mahkemesinin de, gerek İsviçre Ceza Kanunu’nun mükerrer 261. maddesinin 4. fıkrasının uygulanması açısından, gerek 1915 olaylarının soykırım olarak nitelendirilmesine imkân veren olaylara koşullarının gerçekliğine ilişkin olarak, yeterli bir soruşturma yapılmadıklarını ileri sürerek, temel haklarının ihlali açısından da şikâyetçi olmaktadır.

13. Federal Mahkeme, ilgili kısımları aşağıda sunulan 12 Aralık 2007 tarihli bir kararla(ATF * 6B_398/2007), başvuranın başvurusunu reddetmiştir.

“3.1 Ceza Kanunu’nun mükerrer 261. maddesinin 4. fıkrası, aleni olarak sözle, yazıyla, resimle, davranışla, fiili yollarla ya da başka herhangi bir biçimde, bir şahsı veya bir grubu, ırkları, etnik aidiyetleri ya da dinleri nedeniyle, insanlık onurunu zedeleyecek biçimde aşağılayan ve ayıran ya da aynı nedenle bir soykırımı veya insanlığa karşı işlenmiş diğer suçları inkâr eden, kabaca küçülten ya da haklı göstermeye çalışan kişinin davranışını cezalandırır. Yasada, (“bir soykırım” şeklinde belirtisiz tamlama kullanılarak) kaleme alınış tarzıyla, hiçbir belirli tarihsel olaya özellikle gönderme yapılmadığı, sözcük anlamı ve dilbilgisi açısından ilk incelemede, görülmektedir. O halde, yasa, Nazi rejimi tarafından işlenmiş soykırımdan başka soykırımların inkârını da cezalandırma kapsamı dışında tutmamakta; Ermeni soykırımının inkârını da, cezaî bakımdan açıkça ırk ayrımcılığı fiili şeklinde nitelendirmemektedir.

3.2 Ceza Kanunu’nun mükerrer 261. maddesinin 4 fıkrası İsviçre’nin 21 Aralık 1965 tarihli “Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin 1965 tarihli Uluslararası Sözleşme”ye (RS 0.104) katılması sırasında kabul edilmiştir. Federal Konsey’in yasa tasarısı metni, başlangıçta kaleme alınan haliyle, soykırım inkârına açık hiçbir atıfta bulunmuyordu (bkz. FF 1992 III s. 326). Revizyonizm suçunun, bu meyanda Holokost’un inkârının, mükerrer 261. madde taslağının 4. fıkrasında yer alan “bir ölünün anısını onursuzlaştırma” suçu kapsamına, suç oluşturuşu unsur olarak, eklenmesi öngörülüyordu. (İsviçre’nin “Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin 1965 tarihli Uluslararası Sözleşme”ye katılması ve Ceza Kanunu’nun bununla ilintili olarak gözden geçirilmesi hakkında Federal Konsey’in 2 Mart 1992 tarihli mesajı; FF 1992 III s. 265 ve devamı, özellikle s. 308) Bu mesaj, 1915 olaylarına özellikle atıfta bulunan hiçbir unsur içermemektedir.

Parlamentodaki görüşmeler sırasında, Ulusal Konsey’in Hukuk İşleri Komisyonu, Ceza Kanunu’nun 261. maddesinin 4. fıkrasına “[...] veya aynı nedenle soykırım veya insanlığa karşı başka suçları kabaca küçülten ya da haklı çıkaran” ifadesinin eklenmesini önermiştir. Komisyon’un Fransız dili raportörü Ulusal Konsey üyesi Comby, Almanca ve Fransızca metinler arasında bir karışıklık olduğunu ve tabiatıyla sadece Holokost’tan değil, tüm soykırımlardan bahsedildiğini

** ÇEVİRMENLERİN NOTU: Federal Mahkeme kararında geçen kısaltmaların karşılıkları aşağıdaki gibidir.

ATF: Arrêt du Tribunal Fédéral. Federal Mahkeme Kararı;

BO/CN: Bulletin Officiel, Conseil National. İsviçre Parlamentosunun alt kamarasının tutanaklarının yer aldığı yayın.

BO/CE: Bulletin Officiel, Conseil des Etats. İsviçre Parlamentosunun üst kamarasının tutanaklarının yer aldığı yayın.

CP: Code Pénal, Ceza Kanunu

FF: Feuille Fédérale; İsviçre resmi gazetesi.

LTF: Loi sur le Tribunal Fédéral-Federal Mahkeme Yasası

RS: Recueil Systématique; İsviçre’de yürürlükteki bütün mevzuatın derlendiği düstür.

belirtmiştir (BO/CN 1992 II s. 2675 vd.). Bununla birlikte, Komisyon'un taslağı, Ulusal Konsey tarafından teklif edildiği şekliyle, kabul edilmiştir (BO/CN 1992 II s. 2675 vd.). Devletler Konseyinde, sözkonusu Konseyin Hukuk Komisyonu'nun Ceza Kanunu'nun mükerrer 261. maddesinin 4. fıkrasındaki düzenlemenin Ulusal Konsey tarafından kabul edilen haliyle onaylanması teklifine karşı Küchler önerisi gündeme getirilmiştir. Bununla birlikte, bu öneri, "veya aynı nedenle, soykırımı veya inkârcılığa yönelik başka suçları haklı çıkarmaya çalışan veya kabaca küçümseyen" ifadelerin varlığını sorgulamıştır (BO/CE 1993 96; bu teklifin içeriğine ilişkin olarak bkz. ATF 123 IV s. 202 değerlendirme 3 c. sayfa 208, ayrıca aynı yerde Poncet önerisi). Sözkonusu öneri, tartışmalar sırasında Ermeni soykırımının inkârcılığına daha geniş atıfta bulunulmaksızın, kabul edilmiştir. Ulusal Konsey Hukuk Komisyonu, uyumsuzlukların giderilmesi sırasında, Bay Comby aracılığıyla, meydana gelebilecek tüm soykırımları kastederek "bir soykırımdan" bahsedilmesini önerdiği 4. fıkra dışında, Devletler Konseyi tarafından getirilen değişikliklerin benimsenmesini önermiştir. Fransızca raportör, birçok kişinin Kürtlerden veya başka halklara karşı katliamlardan, örneğin Ermenilerden, bahsettiğini ve tüm bu soykırımların göz önünde bulundurulması gerektiğini kaydetmiştir (BO/CN 1993/ s. 1075 vd.). Aynı zamanda, soykırımın tanımı ile bir Türk vatandaşının Ermeni dramından ne şekilde bahsedeceğine ve Komisyon'un gözünde bu maddenin tek bir soykırımı değil, ama tüm soykırımları hedef alması gerektiğine, özellikle Bosna-Hersek zikredilerek, kısaca değinilmiştir (BO/CN 1993/ s. 1077. Grandelmeier'in müdahalesi). Sonuç olarak, Ulusal Konsey 4. fıkranın metnini şu şekilde kabul etmiştir: "[...] başka bir tarzda, bir kişinin veya bir kişiler grubunun ırk, etnik, din aidiyeti nedeniyle insanlık onurunu ihlal eder veya aynı nedenle bir soykırımı kabaca küçümser veya meşru göstermeye kalkışrsa" (BO/CN 1993 /s. 1080). Parlamento çalışmalarının devamında, Devletler Konseyi Fransızca metne "bir soykırım" ifadesine ilişkin basit bir yazım değişikliği getirerek tutumunu korumuş ve Ermeni soykırımının inkârı konusu yeniden gündeme getirilmeden Ulusal Konsey Devletler Konseyi'nin kararına katılmıştır (BO/CN 1993/ s. 1300, 1451; BO/CE 1993 /s. 452,579).

Ceza Kanunu'nun mükerrer 261. maddesi 4. fıkrasının münhasıran Nazi suçlarını değil, aynı zamanda başka soykırımları da kapsamına almakta olduğu, bu hazırlık çalışmalarından açıkça görülmektedir.

[...]

3.4 Buna mukabil, incelenen kararın önerdiği gibi hazırlık çalışmaları cezai normun yasa koyucunun bunu yazarken göz önünde bulundurduğu sadece bazı belirli soykırımları hedef aldığı şeklinde yorumlanamaz.

3.4.1 Holokost'la ilgili inkârcı ve revizyonist görüşlerle mücadele iradesi, Ceza Kanunu'nun mükerrer 261. maddesi 4. fıkrasının hazırlanmasında gerçekten merkezi bir unsur oluşturmuştur. Bununla birlikte, Federal Mahkeme içtiğinde şuna karar vermiştir: Holokost'un inkârı, anılan fıkarda cezalandırılan fiili objektif olarak gerçekleştirmektedir. Zira, burada kanıtlandığı genel kabul gören bir tarihsel olgu sözkonusudur (von der Allegemenheit als wahr erwiesene anerkannte historische Tatsache: ATF 129 IV 95 değerlendirme 3.4.4, s. 104 vd.) ve bu kararda yasa koyucunun tarihsel iradesine atıfta bulunulmamıştır. Birçok yazar, aynı yönde, bunun ceza mahkemeleri açısından göz önünde bulundurulması gereken bir olgu (Vest, Delikte gegen den öffentlichen Frieden, No 93. s. 157), tartışılmaz bir tarihsel olgu (Rom, age. s. 140) veya şüphe götürmez bir niteleme ("soykırım") olduğunu ifade etmektedir (Niggli, Discrimination raciale, n. 972, sf. 295, bu soykırımın sadece hukuk kuralının yaratılmasına kaynak teşkil ettiğini belirtmektedir; aynı yönde: Guyaz op.cit. sf. 305). Sadece, nadir birkaç ses yasa koyucunun olayı tarihsel olarak tanıma iradesine değinmektedir (bkz.: Ulrich Weder, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kommentar [Andreas Donatsh Yayınevi.], Zurich 2006, Art. 261 bis al.4, sf.327;

Chaix/Bertossa, age.sf.184).

3.4.2 Öte yandan, yasa koyucunun kuralın oluşturulması sırasında hangi soykırımları göz önünde bulundurduğunu araştırmaya yönelik yaklaşım öncelikle lafzi yoruma (bkz. Yukarıdaki değerlendirme 3.1) ters düşmektedir. Lafzi yorum, kanun koyucunun metinde kısıtlayıcı olmayan bir ifade kullanarak, Fransa tarafından kabul edilmiş olan “hafıza” yasalarından farklı bir yaklaşım benimsediğini açıkça göstermektedir (13 Temmuz 1990 tarihli 90-615 sayılı Gayssot yasası, 21 Mayıs 2001 tarihli 2001-434 sayılı Taubira yasası, 29 Ocak 2001 tarihli 2001-70 sayılı 1915 Ermeni soykırımının tanınmasına dair yasa). Demek ki, Ceza Kanununun mükerrer 261. maddesinin 4. fıkrasında Holokost’un cezalandırılması keyfiyeti, kanun koyucunun ceza kuralını yazdığı anda özel olarak inkârcılığı ve revizyonizmi hedef alma niyetinden ziyade bu konuda kendisinin de mutlaka katıldığı çok geniş bir oydaşmanın mevcudiyetine ilişkin tespitine dayanmaktadır. Dolayısıyla, Ermeni soykırımı konusunda kanun koyucunun böyle bir niyetle hareket edip etmediğini araştırmaya da gerek bulunmamaktadır (aksi yönde görüş için: Niggli, Rassendiskriminierung, 2. baskı., Zurich 2007, No.1445 vd., s. 447 vd.). Ancak, bu noktada, metnin bazı unsurlarının parlamenterler tarafından uzun uzadıya tartışılmış olmasına karşın, 1915 olaylarının bu bağlamda hiç müzakere edilmediğini ve sonuçta 4. fıkranın aşırı ölçüde sınırlayıcı yorumuna imkân vermeyen yeni bir Fransızca versiyonunun kabulünün gerekçesi olarak sadece iki konuşmacı tarafından öne sürüldüğünü -Almanca metin böyle bir yoruma müsait değildi- belirtmek gerekir.

3.4.3 Hem doktrin hem de içtihat, Holokost’un açık, karşı çıkılamaz ve tartışılmaz niteliğinden hareketle bunun ceza davalarında kanıtlanmasına gerek olmadığı sonucuna varmışlardır (Vest, age.; Schleiminger, agy., 261bis CP, n.60). Mahkemelerin bu konuda tarihçilerin çalışmalarına başvurmalarına gerek yoktur (Chaix/Bertossa, agy; yayınlanmamış karar: 68.688/2001 değerlendirme 2.1). Holokost’un inkârının cezalandırılmasında bu şekilde belirlenen esas, sonuç olarak, diğer soykırımların inkârı sözkonusu olduğunda yargıcın izlemesi gereken yöntemi de tayin etmektedir. O halde, sorulacak ilk soru temyiz eden tarafından inkâr edilen olaylarla ilgili olarak benzer bir oydaşmanın mevcut olup olmadığıdır.

4. Bu şekilde sorulan soru olaydan kaynaklanmaktadır. Soru, Osmanlı İmparatorluğu’na atfedilen katliamların ve tehcirlerin soykırım olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğinden ziyade, kamuoyu ve tarihçiler topluluğunun bu nitelendirmeye ilişkin genel kanaatiyle ilgilidir. Sulh Ceza Mahkemesi tarafından izlenen yöntemi bu çerçevede anlamak gerekmektedir. Sulh Ceza Mahkemesi, görevinin tarih yazmak değil, bu soykırımın “bilinip bilinmediğini, tanınıp tanınmadığını”, hatta “kanıtlanmış” olup olmadığını araştırmak (karar, değerlendirme II, s.14) ve bu son olgusal nokta hakkında kanaatini oluşturmak olduğunu vurgulamıştır (karar, değerlendirme II, sf. 17). Bu değerlendirme, Kanton İstinaf Mahkemesi kararının da ayrılmaz parçasını oluşturmaktadır (Kanton İstinaf Mahkemesi kararı, değerlendirme B, s. 2).

4.1. Esasa ilişkin böyle bir tespit Federal Mahkemeyi bağlar [...]

4.2. Belirleyici olguyla ilgili olarak, Sulh Ceza Mahkemesi, kanaatini siyasi nitelikteki tanıma açıklamalarının mevcudiyetine dayandırmasının yanı sıra, bunların menşesinde bulunan kurum kanaatlerinin uzmanların görüşleri (özellikle 29 Ocak 2001 tarihli yasayla ilgili olarak Fransa Ulusal Meclisi’ne görüş veren yüz kişilik tarihçi grubu) veya kuvvetli sav ve belgeler içerdiği ifade edilen raporlar (Avrupa Parlamentosu) temelinde oluştuğunu da ayrıca vurgulamıştır. Sulh Ceza Mahkemesi, değerlendirmesinde ayrıca, siyasi tanımların varlığına istinat etmenin ötesinde, toplum içinde 1915 olaylarının soykırım olarak nitelendirilmesi hususunda, geniş bir bilimsel

mutabakata dayanan ve siyasi açıklamalarla ifadesini bulan, geniş bir uzlaşının mevcut olduğu tespitinde bulunmaktadır. Aynı yönde, Ulusal Konsey’in Ermeni soykırımını resmen tanıması öncesinde yapılan oturumda, “Der Volkermord an den Armeniern und die Shoah” (BO/CN 2003 20017; Lang’ın müdahalesi) başlığı altında yayımlanan uluslararası araştırma metinlerine de atıfta bulunulmuştur. Nihayet, Ermeni soykırımı, Uluslararası Ceza Hukuku’nun genel literatüründe, soykırımlar hakkındaki araştırmalar bağlamında takdim edilen “klasik” örneklerden biridir (bkz. Marcel Alexander Niggli, Rassendiskriminierung, n.1418 vd. s.440 ve aktarılan çok sayıda atıf ; n.1441 s.446 ve atıflar).

4.3. Temyiz eden tarafın öne sürdüğü argümanlar, soykırımın varlığını veya 1915 olaylarının hukuken soykırım olarak nitelendirilmesini reddetmeye yönelik olduğundan, bu çerçevede özellikle uluslararası bir mahkemenin veya uzman komisyonların bu yönde bir kararı bulunmadığını, Ceza Kanunu’nun 264. maddesinde veya 1948 BM Sözleşmesinde öngörülen objektif ve sübjektif koşulları karşılayan açık ve reddedilemez kanıtların mevcut olmadığını, halen uluslararası düzeyde tanınan üç soykırım bulunduğunu ileri sürdüğünden, bunlar ihtilafın çözümü açısından değer taşımamaktadır. Zira, öncelikle belirlenmesi gereken husus; 1915 olaylarının soykırım olarak nitelendirilmesine dair esasa ilişkin tarihsel tartışmanın Ceza Kanunu’nun mükerrer 261. maddesi 4. fıkrasının uygulanmasına yönelik ceza yargılamasının dışında tutulmasını sağlayacak kadar genel bir oydaşmanın, özellikle tarihsel açıdan, mevcut olup olmadığıdır. Temyiz eden tarafın, Kanton İstinaf Mahkemesi’ne başvurusunda aynı olgular ve talep ettiği soruşturma tedbirleriyle bağlantılı olarak öne sürdüğü geçersizlik iddiasını incelememiş olmasından dolayı Kanton Mahkemesinin keyfi davrandığı yönündeki eleştirisi için de aynı husus geçerlidir. Dolayısıyla, temyiz eden tarafın iddiasının, münhasıran bu oydaşmanın tespitiyle bağlantılı olduğu ölçüde, incelenmesi gerekmektedir.

4.4. Temyiz eden taraf, soruşturmanın, Ermeni sorunuyla ilgili olarak tüm dünyada sürdürülen araştırmaların mevcut durumu ve tarihçilerin hâlihazırdaki tutumu incelenerek, tamamlanmasını talep etmiş olduğunu kaydetmektedir. Ayrıca, 1915 olaylarının soykırım olarak nitelendirilmesi hususunda bir yandan devletler diğer yandan tarihçiler arasında görüş birliği veya mutabakat bulunmadığını düşündüğü, yazdıklarının farklı yerlerinde ortaya çıkmaktadır. Ancak, kendi kanaatini Kanton Mahkemesi’nin kanaatine karşı koyarken iddiası tükenmektedir. Sulh Ceza Mahkemesinin tespit ettiği oydaşmanın mevcut olmadığını kanıtlayacak hiçbir sahih unsur ortaya koyamamaktadır. Bu durum sözkonusu tespitin keyfilikliğini kanıtlamak açısından daha da geçerlidir.

Vakıa, temyiz eden taraf, birçok devletin Ermeni soykırımının mevcudiyetini tanımayı reddettiğini belirtmektedir. Bununla birlikte, bu noktada, Ocak 2007’de BM’de oylanan ve Holokost’un inkârını kınayan 61/L-53 sayılı kararın bile 192 devletten ancak 103’ünün oyunu aldığını hatırlatmak gerekmektedir. Bazı devletlerin uluslararası düzeyde Holokost’un inkârını kınadıklarını açıklamayı reddettikleri olgusunun tespiti, tek başına, bu eylemlerin soykırım niteliği hakkında çok geniş bir oydaşma bulunduğu gerçeğini yeniden tartışmaya açmak bakımından yeterli değildir. Oydaşma, ittifak demek değildir. Bazı devletlerin, bir soykırımın varlığını alenen kınamama veya soykırımın inkârını kınayan bir karara katılmama tercihleri, bu devletlerin sözkonusu tarihsel olayların nasıl nitelendirilmesi gerektiğine ilişkin gerçek kanaatlerinden bağımsız siyasi mülahazalardan kaynaklanabilir ve bu konuda, özellikle bilimsel toplulukta mevcut mutabakatın yeniden tartışmaya açılması bakımından yeterli bir neden oluşturmaz.

4.5. Temyiz eden taraf aynı zamanda kendi kanaatine göre İsviçre’nin bir yandan Ermeni soykırımının mevcudiyetini kabul ederken diğer yandan Türkiye ile ilişkilerinde bir Tarihçiler

Komisyonu kurulmasına destek vermesini bir çelişki olarak gördüğünü ileri sürmektedir. Ona göre bu, soykırımın kanıtlanmadığını göstermektedir.

Oysa ne Federal Konsey'in Ermeni soykırımının resmi bir açıklamayla tanımayı müteaddit defalar reddetmesinden ne de Türk makamları nezdinde uluslararası bir uzmanlar komisyonu oluşturulmasını desteklemeye yönelik bir yaklaşımı benimsemesinden hareketle soykırım nitelendirmesinin keyfi olduğu sonucunu çıkarmak mümkün değildir. Federal Konsey tarafından açıkça ifade edilen iradeye göre, bu yaklaşımın amacı Türkiye'yi geçmişi hakkında kolektif bir hafıza çalışması yapmaya yönlendirmektir (BO/CN 2001 168: Federal Konsey üyesi Deiss'in Zisyadis'in önergesine yanıtı; BO/CN 2003 2021 s.: Federal Konsey üyesi Calmy-Rey'in Vaudroz'un "1915 Ermeni soykırımının tanınması" başlıklı önergesine yanıtı). Bu diyaloga açılım yaklaşımı soykırımın varlığının inkârı gibi yorumlanamaz ve Federal Konsey'in uluslararası bir araştırma komisyonu oluşturulmasını desteklediğine dair açıklamanın aynı yaklaşımdan hareket etmediğini gösteren hiçbir husus yoktur. Bundan, toplumda ve özellikle bilim camiasında 1915 olaylarının soykırım olduğundan, bu oydaşmayı tespit etmiş olmanın keyfi olduğu sonucuna varılmasını gerektirecek düzeyde bir şüphe bulunduğu çıkarımını yapmak, genel anlamda mümkün değildir.

4.6. Hal böyle iken, temyiz eden taraf, Sulh Ceza Mahkemesinin 1915 olaylarının soykırım olarak nitelendirilmesi konusunda genel ve özellikle bilimsel bir oydaşma bulunduğu tespitini yaparken neye göre keyfiliğe düştüğünü göstermemektedir. Dolayısıyla, kanton mahkemeleri de temyiz eden tarafın bu noktada tarihsel ve hukuksal bir tartışma açmaya yönelik yaklaşımına katılmayı haklı olarak reddetmiştir.

5. Sübjektif bağlamda, Ceza Kanununun mükerrer 261. maddesinin 1. ve 4. fıkralarında cezalandırılan suç kasti bir tutumun mevcudiyetini farz etmektedir. Federal Mahkeme, ATF 123 IV 202, değerlendirme 4, s. 210 ve ATF 124 IV 121 değerlendirme 2b s.125'de bu kasti tutumun ırk ayrımcılığından kaynaklanan saiklerle tayin edilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Doktrinde tartışılan bu sorun daha sonra Federal Mahkeme tarafından ATF 126 IV 20 değerlendirme 1d. özellikle s.. 26 ve ATF 127 IV 203, değerlendirme 3 s. 206'da açık bırakılmıştır. Göreceğimiz üzere bu davada da bu soru açık bırakılabilir.

5.1 Kasıt ile ilgili olarak Asliye Ceza mahkemesi, hukuk doktoru ve politikacı, olan, kendisine yazar ve tarihçi diyen temyiz edenin, günün birinde tarafsız bir komisyon Ermeni soykırımı gerçekten yaşanmıştır dese bile tutum değiştirmeyeceğini açıklayarak, bilinçli olarak hareket ettiğini kaydetmiştir. Temyiz eden tarafın içsel iradesine ilişkin bu tespitler esasla ilgilidir (ATF 110 IV 22, değerlendirme 2, ATF 77, değerlendirme 1c, ATF 109 IV 47 değerlendirme 1, 104 IV 36 değerlendirme 1 ve atıf). Dolayısıyla, Federal Mahkeme, bu noktada [bir önceki mahkemenin kararıyla] bağlıdır (LTF, Md. 105, fıkra 1). Esasen, temyiz eden, bu hususta hiçbir şikâyetle bulunmamaktadır. Esasla ilgili bu tespitlerin keyfi olduğunu veya anayasa yahut sözleşmeler düzeyindeki haklarının ihlal edildiğini kanıtlamaya kalkışmamaktadır. Dolayısıyla, bu sorunu incelemeye mahal yoktur (LTF, Md. 106 fıkra 2). Ayrıca, temyiz edenin niyetiyle ilgili olarak dışsal unsurlardan hareketle sonuç çıkaran kanton mahkemelerinin bu hususta Federal hukuktaki niyet kavramını göz ardı etmesi gibi bir durum da söz konusu değildir (bkz. ATF 130 IV 58 değerlendirme 8.4. s. 62).

5.2 Temyiz eden tarafın saiklerine gelince; Asliye Ceza Mahkemesi bunların ırkçı ve milliyetçi nitelikte olduğunu ve tarihsel tartışma alanına ait olmadığını belirlemiş, bu meyanda özellikle, Ermenileri Türk halkına saldıran taraf olarak takdim ettiğini ve iki kardeşiyle birlikte tarihsel

olarak Ermenilerin soykırımın başlatıcısı, teşvik edicisi, sürükleyicisi olan [Talat] Paşa'ya bağlılığını ifade ettiğini vurgulamıştır (mahkeme kararı, değerlendirme II. s 17 vd.).

Ermeni toplumunun kendisini 1915 olaylarının izlerini taşıyan tarihiyle bilhassa özdeşleştiren bir halk yahut ta en azından bir etni oluşturduğu hususuna kimse itiraz etmemektedir (kavram açısından bkz. Niggli, Rassendiskriminierung, 2. baskı n. 653 s. 208). Bunun sonucu olarak, temyiz eden tarafça Ermeni soykırımının inkârı ve Ermeni halkının saldırgan olarak takdimi bu toplumun üyelerinin kimliğine bir saldırı teşkil etmektedir (Schleiminger, age., CP mükerrer 261. m. n.65 ve Niggli'ye yapılan atıf). Asliye Ceza Mahkemesi, ırkçılıkla bağlantılı saiklerin mevcudiyetini tespit etmiş, ayrıca temyiz eden tarafın yaklaşımının tarihsel tartışma alanıyla ilgisi olmadığını belirlemiştir. Temyiz edenin haklarında herhangi bir şikâyetle bulunmadığı, (LTF, m.106 f. 2) esasa ilişkin bu tespitler Federal Mahkemeyi bağlamaktadır (LTF, md. 105 fıkra 1). Bunlar, milliyetçiliğin de ötesinde ırk ayrımcılığından ve bu meyanda etnik ayrımcılıktan kaynaklanan saiklerin mevcudiyetini yeterince göstermektedir. Dolayısıyla, bu konuda aşağıdaki 6. değerlendirmede sözü edilen doktrin tartışması konusunda bir sonuca varmak elzem değildir. Bunun ötesinde, temyiz eden taraf bu noktada Federal hukukun uygulanmasına ilişkin herhangi bir şikâyet de gündeme getirmemektedir.

6. Temyiz eden taraf, kanton mahkemelerinin Ceza Kanununun mükerrer 261. maddesinin 4. fıkrasını yorumlaması bağlamında AİHS'nin 10. maddesinin teminatı altındaki ifade özgürlüğünü öne sürmektedir.

Ancak, Winterthur/Unterland savcılığına verdiği ifadenin (23 Temmuz 2005) incelenmesinden anlaşılmaktadır ki, temyiz eden taraf, Glatbrugg'da topluluk içinde konuşurken "İsviçre halkına ve Ulusal Konseyine, işlemiş oldukları hatayı (Ermeni soykırımının tanınması) düzeltmelerine yardımcı olmak" amacını taşımaktaydı. Öte yandan, bir soykırımın inkârını cezalandıran hükmün varlığını bilmekteydi ve günün birinde tarafsız bir komisyon Ermeni soykırımının filhakika gerçekleştiğini açıklayacak olsa bile hiçbir zaman tutumunu değiştirmeyeceğini açıklamıştı (mahkeme kararı, değerlendirme II, s.17). Bu unsurlardan hareketle temyiz eden tarafın, Ermeni soykırımını "uluslararası yalan" olarak tanımlarken ve 1915 olaylarının soykırım olarak nitelendirilmesini açıkça inkâr ederken, İsviçre'de bir cezaya çarptırılabilceğini bildiği sonucuna varılabilir. O halde, temyiz edilen taraf öne sürmüş olduğu yasanın öngörülmezliği hususunda kendi lehine bir netice sağlayamaz. Bu unsurlardan ayrıca temyiz eden tarafın esas amacının, tahrik yöntemiyle kendi tezlerini İsviçre yargı makamları nezdinde teyit ettirmeye çalışmak, bunu da bu sorunun kendi kimlikleri açısından merkezi bir yeri olan Ermeni toplumunun aleyhine gerçekleştirmek olduğu sonucu çıkarılabilmektedir. Temyiz edenin mahkûmiyeti bu anlamda kendilerini 1915 soykırımının hafızasıyla özdeşleştiren Ermeni toplumunun onurunu korumayı amaçlamaktadır. Bir soykırımın inkârının yasaklanması Federal Meclis tarafından 9 Mart 2000'de onaylanan, New York'ta 9 Aralık 1948 tarihinde imzalanan Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nin birinci maddesi anlamında soykırımların önlenmesi bakımından bir tedbir oluşturmaktadır (RS 0.311.11).

7. Temyiz edenin ne katliamların ne de tehcirlerin varlığını inkâr ettiğini tespit etmek gerekmektedir (bkz. yukarıdaki değerlendirme A). Bunları da, ihtiyatlı bir şekilde yaklaşılacak olsa dahi insanlığa karşı işlenen suçlar dışında bir vasıflandırmaya tabi tutmak mümkün değildir (Niggli, Discrimination raciale, n. 976. s. 262). Oysa bu suçları, savaş hukuku veya sözde güvenlik nedenleriyle dahi olsa, haklı göstermek de Ceza Kanunu'nun mükerrer 261. maddesinin 4. fıkrasının hükmü altına girer ki, bu açıdan mütalaa edildiğinde de ve bu olayların soykırım şeklinde nitelendirilmesi hususundan bağımsız olarak, temyiz eden tarafın, Ceza Kanununun mükerrer 261.

maddesinin 4. fıkrasının uygulanması suretiyle mahkûm edilmesi, ne sonuçları bakımından keyfi gözükmemekte ne de federal hukukun bir ihlâlini oluşturmaktadır.”

II. İLGİLİ İÇ VE ULUSLARARASI HUKUK VE UYGULAMA

A. İlgili iç hukuk ve uygulama

14. Irk ayrımcılığının cezalandırılmasına ilişkin Ceza Kanununun mükerrer 261. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir:

“Bir kişiye veya bir gruba karşı ırksal, etnik veya dini aidiyetleri nedeniyle alenen kin veya ayrımcılığa teşvik eden kişi;

bir ırkın, bir etnik grubun veya bir dinin mensuplarını sistemli bir biçimde aşağılamayı ve küçümsemeyi amaçlayan bir ideolojinin alenen propagandasını yapan kişi;

aynı amaçla propaganda faaliyetlerini düzenleyen, destekleyen veya bunlara katılan kişi;

alenen sözle, yazıyla, resimle, davranışla, fiilî yollarla ya da başka herhangi bir biçimde, bir şahsı veya bir grubu, ırkları, etnik aidiyetleri ya da dinleri nedeniyle insanlık onurunu zedeleyecek biçimde aşağılayan veya ayrımcılık yapan ya da aynı nedenle bir soykırımı veya insanlığa karşı işlenmiş diğer suçları inkâr eden, kabaca küçümseyen ya da haklı göstermeye çalışan kişi; ırksal, etnik veya dini aidiyetleri nedeniyle bir kişi ya da bir gruba topluma yönelik bir hizmeti sağlamayı reddeden kişi en fazla üç yıl özgürlüğü kısıtlayıcı cezaya veya para cezasına çarptırılır.”

15. “Soykırım” başlıklı 264. maddesinde Ceza Kanunu sözkonusu suçu şu şekilde tanımlamaktadır:

“Ulusal, ırksal, dini veya etnik bir grubun tamamını veya bir kısmını yok etme kastıyla aşağıdaki eylemleri gerçekleştiren kişi müebbet veya en az on yıl özgürlüğü kısıtlayıcı ceza ile cezalandırılır:

a. bir grubun üyelerini öldürmek veya fiziksel veya zihinsel bütünlüklerine ciddi surette zarar vermek;

b. grubun üyelerini, grubun fiziksel varlığının tamamen veya kısmen ortadan kalkmasına neden olacak yaşam koşullarına tabi tutmak;

c. grup içinde doğumları engelleme amacı taşıyan bir emir vermek veya tedbir almak;

d. bir grubun çocuklarını cebren başka bir gruba nakletmek veya naklettirmek.

Bu fiilleri yurtdışında gerçekleştirmiş olup, İsviçre’de bulunan ve iade edilmesi mümkün olmayan kişi de cezalandırılır. Mükerrer 6. Madde Ch.4 geçerlidir.

366. maddenin 2. fıkrasının b bendinde, Sorumluluğa ilişkin 14 Mart 1958 tarihli Yasanın 14. ve 15. maddelerinde ve siyasi güvencelere ilişkin 26 Mart 1934 tarihli Yasanın 1. ve 4. maddelerinde düzenlenen soruşturma iznine ilişkin hükümler soykırıma uygulanmaz.”

16. Dominique Buman tarafından 18 Mart 2002 tarihinde Ulusal Konseye sunulan ve Ulusal Konsey tarafından 67’ye karşı 107 oyla 16 Aralık 2003 tarihinde kabul edilen 02.3069 sayılı önerge şu şekilde düzenlenmiştir.

“Ulusal Konsey 1915 Ermeni soykırımını tanımaktadır. Ulusal Konsey, Federal Konsey’den bunu not etmesini ve tutumunu olağan diplomatik yollarla bildirmesini talep eder.”

17. Bern-Laupen Mahkemesi, 14 Eylül 2001 tarihli bir kararla, başvuran ve 11 Türk vatandaşı hakkında Ceza Kanununun mükerrer 261. maddesi anlamında soykırımı inkâr suçundan beraat kararı vermiştir. Mahkeme, sanıklarda ayrımcılık niyeti olmadığına kanaat getirmiştir. Bern Kantonu İstinaf Mahkemesi ve ardından 7 Kasım 2002 tarihinde Federal Mahkeme, sözkonusu karar hakkındaki istinaf ve temyiz başvurularını kabuledilemez ilan etmiştir.

B. Uluslararası hukuk ve uygulama

18. 9 Aralık 1948 tarihli Soykırım Suçunun Önlenmesine ve Cezalandırılmasına dair Sözleşme’nin ilgili maddeleri şu şekilde düzenlenmiştir:

Madde 1

Akit Devletler, ister barış zamanında isterse savaş zamanında işlensin, önlemeyi ve cezalandırmayı taahhüt ettikleri soykırımın uluslararası hukuka göre bir suç olduğunu teyit eder.

Madde 2

İşbu Sözleşme bakımından, ulusal, etnik, ırksal veya dinsel bir grubu, grup olarak, kısmen veya tamamen ortadan kaldırmak amacıyla işlenen aşağıdaki fiillerden her hangi biri, soykırım suçunu oluşturur:

- a) Gruba mensup olanların öldürülmesi;
- b) Grup mensuplarının fiziksel veya zihinsel bütünlüklerine ciddi surette zarar verilmesi;
- c) Kasten tamamen veya kısmen fiziksel varlığının ortadan kalkmasına neden olacak yaşam koşullarına tabi tutmak;
- d) Grup içerisinde doğumları engellemek amacıyla tedbirler almak;
- e) Gruba mensup çocukları cebren başka bir gruba nakletmek;

Madde 3

Aşağıdaki eylemler cezalandırılır:

- a) Soykırım;
- b) Soykırımda bulunulması için işbirliği yapmak;
- c) Soykırımda bulunulmasını doğrudan ve aleni surette kışkırtmak;
- d) Soykırımda bulunmaya teşebbüs etmek;
- e) Soykırıma iştirak etmek;

Madde 5

Akit Devletler, bu Sözleşme'nin hükümlerine etkililik kazandırmak ve özellikle soykırımdan veya üçüncü maddede belirtilen fiillerden suçlu bulunan kimselere etkili cezalar verilmesini sağlamak için, kendi Anayasalarında öngörülen usule uygun olarak gerekli mevzuatı çıkarmayı taahhüt eder.

19. 8 Ağustos 1945 tarihli Londra Anlaşmasına ekli Uluslararası Askeri Mahkeme Statüsü'nün 6. Maddesi barışa karşı işlenen suçların (a fıkrası), savaş suçlarının (b fıkrası) insanlığa karşı işlenen suçların (c fıkrası) cezalandırılmasını öngörmektedir. İlgili kısım şu şekilde düzenlenmiştir:

Madde 6

“İzleyen eylemler veya içlerinden herhangi biri, Mahkemenin yargısına tabi suçlardır ve bireysel yükümlülüğünden doğarlar.”

(...)

c) İnsanlığa “karşı suçlar”: savaştan önce veya savaş süresince, bu Mahkeme'nin yetkisi kapsamına giren bir suçun akabinde veya bu suçla bağlantılı olarak gerçekleştirilmiş olan, iç hukukta suç teşkil etsin veya etmesin öldürme, imha, köleleştirme, tehcir veya diğer herhangi bir insanlık dışı fiil ve bütün sivil halklara karşı siyasi, ırksal ya da dini nedenlerden dolayı yapılan zulümler.”

20. 17 Temmuz 1998 tarihinde kabul edilen ve 1 Temmuz 2002 tarihinde İsviçre bakımından yürürlüğe giren Uluslararası Ceza Divanının Roma Statüsünde yer alan hükümler şu şekildedir:

Madde 5: Mahkemenin yetkisi kapsamındaki suçlar

1. Mahkemenin yargı yetkisi uluslararası toplumun tamamını etkileyen en ağır suçlarla sınırlıdır. İşbu Statü uyarınca Mahkeme izleyen suçlar bakımından yetkilidir:

- a) soykırım suçu;
- b) insanlığa karşı suçlar;
- c) savaş suçları;

d) saldırı suçu

2. Mahkeme, saldırı suçu üzerindeki yargı yetkisini, suçu tanımlayacak ve bu husustaki Mahkeme'nin yargı yetkisini kullanmasına ilişkin koşulları belirleyecek olan 121 ve 123. maddelere uygun bir hüküm kabul edildiğinde kullanacaktır. Böyle bir hüküm, Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin ilgili hükümleri ile uyumlu olmalıdır.

Madde 6: Soykırım suçu

“İşbu Statünün amaçları bakımından, ulusal, etnik, ırksal veya dinsel bir gruba, kısmen veya tamamen ortadan kaldırmak amacıyla işlenen aşağıdaki fiillerden her hangi biri soykırım suçu anlamına gelir,:

- a) Gruba mensup olanların öldürülmesi;
- b) Grup mensuplarının fiziksel veya zihinsel bütünlüklerine ciddi surette zarar verilmesi;
- c) Kasten tamamen veya kısmen fiziksel varlığının ortadan kalkmasına neden olacak yaşam koşullarına tabi tutmak;
- d) Grup içerisinde doğumları engellemek amacıyla tedbirler almak;
- e) Gruba mensup çocukları cebren başka bir gruba nakletmek;

Madde 7: İnsanlığa karşı işlenen suçlar

İşbu Statünün amaçları bakımından, insanlığa karşı işlenen suçlar herhangi bir sivil halka karşı yaygın veya sistematik saldırıların bir parçası olan ve bilinçli şekilde işlenmiş aşağıdaki eylemler anlamına gelir:

- a) öldürme;
- b) imha;
- c) köleleştirme;
- d) tehcir veya nüfusun cebren nakli;
- e) uluslararası hukukun temel kurallarını ihlal ederek, hapsetme veya fiziksel özgürlükten başka biçimlerde mahrum etme;
- f) işkence;
- g) ırza geçme, cinsel kölelik, zorla fuhuş, zorla hamile bırakma, zorla kısırlaştırma veya benzer ağırlıkla diğer cinsel şiddet şekilleri;
- h) her hangi bir tanımlanabilir grup veya topluluğa karşı, bu paragrafta atıf yapılan herhangi bir eylemle veya Mahkemenin yetki alanındaki herhangi bir suçla bağlantılı olarak, üçüncü paragraf

uyarınca siyasi, ırki, ulusal, etnik, kültürel, dinsel, cinsel veya evrensel olarak uluslararası hukukta kabul edilemez diğer nedenlere dayalı zulüm;

i) kişilerin cebren ortadan kaybolması;

j) ırkçılık suçu;

k) kasıtlı olarak ciddi acılara ya da bedensel veya zihinsel veya fiziksel sağlıkta ciddi hasara neden olan benzer nitelikteki diğer insanlık dışı eylemler;

(...)”

21. Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesinin Birinci Derece Dairesi *Savcı-Akayesu*, no: ICTR-96-4-T davasında, 2 Eylül 1998 tarihinde, soykırım suçunun ayırt edici özelliğini belirtmiştir.

“498. Soykırım, özel kasıt veya *dolus specialis* taşıması bakımından diğer suçlardan farklılık arz eder. Özel kasıt, failin, açıkça, suç teşkil eden sonuca erişme amacı taşımasını gerektiren ve suç oluşturuıcı unsur olarak açık ve istenen bir niyettir. Dolayısıyla soykırım suçu için özel kasıt ulusal, etnik, ırksal veya dini bir grubu tamamen veya kısmen, grup olarak, yok etme niyetini barındırır.”

22. Ayrıca aynı davada, sözkonusu mahkeme, Mahkeme Statüsünün cezalandırılmasını düzenlediği diğer suçlarla soykırım suçunu kıyaslamıştır (hakiki içtima):

“469. Statü göz önüne alındığında, Birinci Derece Dairesi, Statüde öngörülen suçların - soykırım, insanlığa karşı suçlar ve Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokol II’nin ortak 3. Maddesinin ihlalleri- farklı suç unsurlarını kapsadığı ve özellikle de cezalarının farklı çıkarları koruma amacını taşıdığı inancındadır. Dolayısıyla aynı olaylarla ilgili olarak bu suçların ayrı ayrı dikkate alınmasının temeli bulunmaktadır. Nitekim duruma göre, bir sanık tarafından işlenen suçların boyutunu yansıtmak amacıyla sözkonusu suçların birden fazlası için mahkûmiyet kararı alınması gerekebilir. Örneğin, etnik bir gruba mensup savaş esirlerinin öldürülmesi emrini, sözkonusu grubu ortadan kaldırma niyetiyle veren bir general, mutlaka insanlığa karşı işlenen bir suç olmamasına rağmen hem soykırım hem ortak 3. maddenin ihlallerinden suçlanacaktır. Soykırım ve ortak 3. maddenin ihlallerinden dolayı mahkûm edilmesi, sanık generalin davranışının karşılığını bütünüyle verecektir.

470. Buna karşılık, Birinci Derece Dairesi, soykırım, insanlığa karşı suçlar veya Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokol II’nin ortak 3. maddesinin ihlallerinden birinin diğerinden önemsiz olduğunu düşünmemektedir. Mahkeme Statüsü bir kurallar hiyerarşisi oluşturmamakta ve her üç suça da eşit yaklaşmaktadır. Soykırım suçunun en ağır suç olduğu düşünülse dahi Statüde hiçbir şey, insanlığa karşı işlenen suçların veya Ek Protokol II ile ortak 3. madde ihlallerinin her koşulda soykırım suçuna yardımcı mahiyette olduğunu ve buna göre ikincil suçlar oluşturduğunu söyleme imkânı sağlamaz. Söylendiği üzere, ki bu bağlantılı bir argümandır, sözkonusu suçlar farklı suç unsurlarını içerir. Tekrar etmek gerekirse, bu değerlendirme, aynı olaylardan dolayı sözkonusu suçlardan birden fazla mahkûmiyet verilmesine imkân sağlar.”

23. Uluslararası Adalet Divanı (UAD), *Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesinin Uygulanmasına dair* 26 Şubat 2007 tarihli Bosna-Hersek c. Sırbistan-Karadağ kararında şunu hatırlatmıştır (UAD, 2007 Düsturu) :

“8) Soykırım işleme kastı meselesi

186. Mahkeme, Sözleşme’nin II. maddesinde tanımlandığı şekliyle soykırımın hem “fiiller” hem de “kasıt” içerdiğini belirtmektedir. İzleyen eylemlerin manevi unsurlar içerdiği belirlenmiş bir husustur:

“a) Gruba mensup olanların öldürülmesi;

b) Grup mensuplarının fiziksel veya zihinsel bütünlüklerine ciddi surette zarar verilmesi;

c) Kasten tamamen veya kısmen fiziksel varlığının ortadan kalkmasına neden olacak yaşam koşullarına tabi tutmak;

d) Grup içerisinde doğumları engellemek amacıyla tedbirler almak;

e) Gruba mensup çocukları cebren başka bir gruba nakletmek;” –

“Öldürme”, “grup mensuplarının fiziksel veya zihinsel bütünlüklerine ciddi surette zarar verilmesi” gibi bir kasıt taşımak zorundadır. II. maddenin c) ve d) fıkralarında sözkonusu manevi unsurlar, “kasten” ve “amacıyla” sözcüklerinden açıkça, “tabi tutmak” ve “tedbirler” sözcüklerinden de zımnen anlaşılmaktadır. Aynı şekilde, cebren nakil de kasıtlı, istenmiş fiiller gerektirmektedir. Sözkonusu eylemler, Uluslararası Hukuk Komisyonu’na göre, doğaları gereği, bilinçli, kasıtlı veya amaçlanan eylemlerdir (1996 tarihli Barışa ve İnsanlığın Güvenliğine Karşı İşlenen Suçlar Yasası tasarısının 17. maddesine ilişkin yorum, Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun 1996 tarihli raporu, Uluslararası Hukuk Komisyonu Yıllığı cilt II, ikinci kısım, sayfa 47, paragraf 5).

187. II. madde, sözkonusu manevi unsurlara bir başkasını eklemektedir. II. madde, “[korunan] bir grubu..., grup olarak tamamen veya kısmen, ortadan kaldırma niyetinin” ortaya konmasını gerektirmektedir. Örneğin, a) fıkrası uyarınca, gruba mensup üyelerin öldürülmesi, yani sözkonusu kişilere karşı yasadışı kasıtlı bir cinayetin ortaya konması yeterli değildir. Ayrıca, açık bir şekilde tanımlanan ilave kastın da ortaya konmuş olması gerekmektedir. Sözkonusu ilave kasıt çoğunlukla özel kasıt veya *dolus specialis* olarak nitelendirilmektedir. Grup üyelerinin, sözkonusu gruba mensup olmaları nedeniyle veya eylemin failinin ayrımcı niyeti nedeniyle, hedef olmaları yeterli değildir. Buna ek olarak, II. maddede öngörülen eylemlerin, grubun grup olarak tamamen veya kısmen ortadan kaldırılması kastıyla, işlenmiş olması gerekmektedir. Burada “grup olarak” ifadesi, korunan grubun ortadan kaldırılması niyetini vurgulamaktadır.

188. Eski Yugoslavya Ceza Mahkemesi (bundan sonra “EYCM” veya “Mahkeme” olarak atıfta bulunulacaktır) Birinci Derece Dairesinin Kuprešić ve diğerleri davasında yaptığı gibi, soykırım suçunun, ilintili diğer suç teşkil eden eylemler özellikle insanlığa karşı işlenen suçlar ve zulüm ile karşılaştırıldığında, kastın özelliği açık biçimde ortaya çıkmaktadır: “Zulümde gerekli olan manevi unsur, soykırımda gereken manevi unsurdan daha az olmasına rağmen alışılmış insanlığa karşı işlenen suçlara kıyasla daha katıdır. Bu bağlamda Birinci Derece Dairesi, insanlığa karşı işlenen bir

suç olarak zulmün soykırımla aynı türden gelen bir suç olduğunun altını çizmek istemektedir. Her iki durumda da belirli bir gruba mensup ve bu aidiyetleri nedeniyle hedef olan kişilere karşı işlenen suçlar sözkonusudur. İki durumda da önemli olan ayrımcılık niyetidir: etnik, ırksal veya dini (ve zulüm bakımından ayrıca siyasi görüşler nedeniyle de) özellikleri nedeniyle insanlara saldırıda bulunmak. Zulüm sözkonusu olduğunda, ayrımcılık niyeti farklı insanlık dışı şekillere dönüşebilir ve öldürme dâhil çok sayıdaki eylemler aracılığıyla kendini gösterebilirken, soykırım için gereken kastın, mağdurların mensup oldukları grubun bütünüyle veya kısmen ortadan kaldırılmasını da beraberinde getirmesi gerekmektedir. Manevi unsur sözkonusu olduğunda, soykırım için, aşırı zulmün en insanlık dışı şekli denilebilir. Başka bir ifadeyle, zulüm, bir grubu tamamen veya kısmen ortadan kaldırmak amacıyla kasıtlı ve istenen eylemleri içeren aşırı bir şekle dönüştüğünde zulmün soykırım oluşturduğu değerlendirilebilir (IT-95-16-T, 14 Ocak 2000 tarihli karar, 636. paragraf).”

24. Birleşmiş Milletler’in Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına ilişkin Uluslararası Sözleşmesi 21 Aralık 1965 tarihinde New York’ta kabul edilmiştir. İsviçre, anılan Sözleşmeyi 29 Kasım 1994 tarihinde onaylamış ve Sözleşme, İsviçre açısından 29 Aralık 1994 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme’nin 2. ve 3. maddeleri izleyen şekildedir:

Madde 2

“1.Taraf Devletler ırk ayrımcılığını kınar ve uygun her imkânla ve gecikmeden, ırk ayrımcılığının her türünün ortadan kaldırılması ve tüm ırklar arasında bu anlayışın geliştirilmesi politikası izlemeyi üstlenir ve bu amaçla,

a) Her Taraf Devlet, bireylere, birey gruplarına ya da kurumlara karşı hiçbir ırk ayrımcılığı eyleminde veya uygulamasında bulunmamayı ve ulusal ya da yerel tüm kamu yetkilileri ile kamu kurumlarının bu yükümlülüğe uygun hareket etmelerini sağlamakla yükümlüdür.

b) Her Taraf Devlet, herhangi bir kişi veya teşkilat tarafından ırk ayrımcılığını teşvik etmemek, savunmamak ve desteklememekle yükümlüdür.

c)Her Taraf Devlet, yerel ulusal ve hükümet politikalarını gözden geçirmek, nerede bulunursa bulunsun, ırk ayrımcılığına yol açan ve ırk ayrımcılığını devam ettiren yasaları veya düzenlemeleri değiştirmek, kaldırmak veya geçersiz kılmak amacıyla etkin önlemler almalıdır.

d)Her Taraf Devlet, koşullar gerektirdiği takdirde yasal düzenlemeler yapmak dâhil, tüm uygun yöntemlerle, herhangi bir birey, grup veya örgüt kaynaklı ırk ayrımcılığını yasaklamak ve bu tür ayrımcılığa son vermekle yükümlüdür.

e) Her Taraf Devlet, gerektiğinde, bütünleşme amaçlı örgüt ve hareketler ile ırklar arasındaki engelleri kaldırmaya yönelik diğer araçları teşvik etmek ve ırkçı bölünmeyi güçlendirebilecek hususları ortadan kaldırmakla yükümlüdür.

2. Taraf Devletler koşullar gerektirdiğinde, belli ırk gruplarının ve bunlara mensup bireylerin, insan haklarından ve temel özgürlüklerden tamamen ve eşit şekilde yararlanabilmelerini güvence altına almak amacıyla, bu gruplar ve bireylerin uygun gelişimlerini ve korunmalarını sağlamak için, sosyal, ekonomik kültürel ve diğer alanlarda özel ve somut önlemler alacaktır. Bu önlemler, alınıp

amaçları gerçekleştikten sonra, hiçbir şekilde, farklı ırk grupları için eşit olmayan ve ayrı haklar sağlanması sonucunu doğurmayacaktır.

Madde 3

Taraf Devletler, ırkçı dışlamayı ve ırk ayrımcılığını (apartheid) özellikle kınarlar ve kendi yargı yetkileri dâhilindeki topraklarda bu nitelikteki tüm uygulamaları önlemek, yasaklamak ve ortadan kaldırmakla yükümlüdürler.”

25. Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi 16 Aralık 1966 tarihinde New York'ta kabul edilmiştir. İsviçre, anılan Sözleşmeyi 18 Haziran 1992 tarihinde onaylamış, Sözleşme, İsviçre açısından 18 Eylül 1992 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme'nin 19. ve 20. maddeleri şu şekildedir:

Madde 19

“1. Herkes, kimsenin müdahalesi olmaksızın istediği düşünceye sahip olma hakkına sahiptir.

2. Herkes, düşüncelerini açıklama hakkına sahiptir. Bu hak, herkesin, ülkesel sınırlara bağlı olmaksızın her çeşit bilgiyi ve fikri, sözlü, yazılı ya da basılı biçimde, sanat eserleri biçiminde ya da kendi seçeceği herhangi bir başka biçimde araştırma, edinme ve iletme özgürlüğünü de içerir.

3. Bu maddenin 2. fıkrasında öngörülen hakların kullanılması, özel bazı görev ve sorumlulukları da beraberinde getirir. Dolayısıyla, bunlara bazı sınırlamalar da konulabilir. Ancak, bu sınırlamaların yasalarda öngörülmüş olması ve;

(a) Başkalarının haklarına ve şöhretine saygı bakımından;

(b) Ulusal güvenliğin, kamu düzeninin ya da kamu sağlığı ve genel ahlakın korunması bakımlarından gerekli olması zorunlu olmalıdır.

Madde 20

“1. Her türlü savaş propagandası yasalarla yasaklanır.

2. Ulusal, ırksal ya da dinsel nefretin ayrımcılık, düşmanlık ya da şiddete kışkırtma şeklini alacak biçimde savunulması yasalarla yasaklanır.”

26. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi'nin 102. oturumunda (2011) Sözleşme'nin 19. maddesiyle ilgili olarak 34 sayılı Genel Yorumu kabul edilmiştir. Bu kararın mevcut davayı ilgilendiren paragrafları şu şekildedir:

İfade özgürlüğü

“9. On dokuzuncu maddenin 1. paragrafı uyarınca, “Herkes, kimsenin müdahalesi olmaksızın, istediği düşünceye sahip olma hakkına sahiptir”. Sözleşme, bu hak için ne istisnai bir durum, ne de bir sınırlama getirmektedir. İfade özgürlüğü, kişinin hangi nedenle olursa olsun düşüncesini özgürce değiştirme hakkını da kapsar. Hiç kimse, gerçek, tasarladığı, varsaydığı düşüncesinden dolayı, Sözleşmedeki herhangi bir hakkından mahrum bırakılamaz. Siyasi, bilimsel, tarihi, ahlaki ya da dinsel her türlü görüş güvence altındadır. Bir düşünceye sahip olmanın cezai yaptırıma tabi

tutulması 19. maddenin 1. paragrafı ile bağdaşmaz². Bir kimsenin, görüşlerinden dolayı, taciz, hırpalanma, utandırma, karalama, yakalanma, tutuklama, yargılama veyahut mahkûmiyet gibi muamelelere maruz kalması 19. maddenin 1. paragrafının ihlaline neden olur³.

10. Bir kimsenin bir düşünceye sahip olması ya da olmaması amacıyla her türlü zorlayıcı tedbire başvurulması yasaklanmıştır.⁴ Herkesin düşüncelerini açıklama özgürlüğü zorunlu olarak aynı zamanda düşüncelerini açıklamama özgürlüğünü de içerir.

İfade özgürlüğü

11. Söz konusu maddenin 2. paragrafı, taraf Devletlerin, herhangi bir devlet sınırı olmaksızın, araştırma, edinme ve yayma da dâhil olmak üzere, bilgileri ve fikirleri ifade özgürlüğü çerçevesinde güvence altına almasını zorunlu kılar. Bu hak, 19. ve 20. maddelerin 3. paragrafında yer alan hükümler saklı kalmak kaydıyla, her türlü bilgi ve görüşteki iletişimi sağlama ve bir başkasına aktarmayı kapsar.⁵ Siyasi söylemleri⁶, kişisel meseleleri⁷ ve kamusal meseleler⁸ hakkındaki yorumları, seçim kampanyasını⁹, insan hakları üzerine tartışmayı¹⁰, gazeteciliği¹¹, kültürel ve sanatsal ifadeyi¹², eğitimi¹³ ve dini içerikli söylemi¹⁴ içerir. Ticari tanıtım da buna dâhil olabilir. 2. paragrafın uygulama alanı ağır biçimde incitici¹⁵ olarak nitelendirilebilecek ifadeleri de içerebilir, ancak bu ifadeler 19. ve 20. maddenin 3. paragrafı gereğince sınırlamaya tabi tutulabilir.

(...).

19. maddenin 3. paragrafının uygulanması

(...)

28. Üçüncü paragrafta yer alan kısıtlamanın meşru gerekçelerinden ilki başkalarının haklarına veya namına saygıdır. “Haklar” ifadesi Sözleşme ile tanınan temel hakları ve daha genel anlamıyla uluslararası insan hakları hukukundaki haklar ifade eder. Örneğin ifade özgürlüğü 25. madde ile tanınan oy kullanma hakkının korunması ya da 17. madde ile getirilen hakların güvence altına alınması bakımından sınırlandırılabilir (bkz. 37. parag.)¹⁶. Bu kısıtlamalar ihtiyatla yorumlanmalıdır: seçmenler tehdit unsuru oluşturan veyahut zorlayıcı bir tedbir niteliğindeki ifadelerle karşı meşru olarak korunacaksa, benzer kısıtlamalar siyasi bir tartışmaya, zorunlu olmayan bir seçimi boykot çağrısına engel olmamalıdır¹⁷. “Başkası” ifadesi ile bireysel ya da bir

² Bkz. 8 Kasım 1996 tarihli 550/1993 no’lu *Faurisson-Fransa* kararında yapılan saptamalar.

³ Bkz. 26 Mart 1986 tarihli 157/1983 no’lu *Mpaka-Nsusu-Zaire* ve 8 Temmuz 1994 tarihli 414/1990 no’lu *Mika Miha-Ekvator Ginesi* kararlarında yapılan saptamalar.

⁴ Bkz. 15 Temmuz 2003 tarihli 878/1999 no’lu *Kang-Kore Cumhuriyeti* kararında yapılan saptamalar.

⁵ Bkz. 18 Ekim 1990 tarihli 359/1989 ve 385/1989 no’lu *Ballantyne, Davidson ve McIntyre-Kanada* kararında yapılan saptamalar.

⁶ Bkz. 414/1990 no’lu *Mika Miha-Ekvator Ginesi* kararında yapılan saptamalar.

⁷ Bkz. 31 Mart 2005 tarihli 1189/2003 no’lu *Fernando-Sri Lanka* kararında yapılan saptamalar.

⁸ 17 Temmuz 2006 tarihli 1157/2003 no’lu *Coleman-Avustralya* kararında yapılan saptamalar.

⁹ Nihai Yorumlara ilişkin Japonya’nın raporu.

¹⁰ Bkz. 20 Ekim 2005 tarihli 1022/2001 no’lu *Velichkin-Belarus* kararında yapılan saptamalar.

¹¹ Bkz. 19 Mart 2009 tarihli 1334/2004 no’lu *Mavlonov ve Sa’di-Özbekistan* kararında yapılan saptamalar.

¹² Bkz. 16 Mart 2004 tarihli 926/2000 no’lu *Shin-Kore Cumhuriyeti* kararında yapılan saptamalar.

¹³ Bkz. 18 Ekim 2000 tarihli 736/1997 no’lu *Ross-Kanada* kararında yapılan saptamalar.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Bkz. 8 Temmuz 2004 tarihli ve 927/2000 no’lu *Svetik-Belarus* kararında yapılan saptamalar.

¹⁷ *Ibid.*

topluluğun üyesi olarak diğer kişiler kastedilmektedir¹⁸. Böylelikle örneğin dini bir inancı¹⁹ ya da etnik kökeni²⁰ ile tanımlanan bir toplulukla ilgili olabilir.

(...).”

27. 34 Sayılı Genel Yorumun ilişkin takip eden paragraf hususi olarak tarihi olaylara ilişkin düşünce özgürlüğünün cezai yaptırıma tabi tutulması sorununa değinmektedir:

“49.Tarihi olaylara ilişkin düşüncelerin ifade edilmesine cezai müeyyide getiren yasalar, Sözleşme’nin Taraf Devletlere düşünce ve ifade özgürlüğüne riayet edilmesi hususunda getirmiş olduğu yükümlülüklerle bağdaşmamaktadır²¹. Sözleşme geçmişte meydana gelen olaylarla ilgili yanlış düşüncelerin dile getirilmesini veya yanlış yorumlanmasının genel olarak yasaklanmasına imkân vermemektedir. Düşünce özgürlüğüne hiçbir şekilde kısıtlama getirilmemeli, ifade özgürlüğüyle ilgili sınırlamalarda ise 3. paragrafta izin verilen veya 20. madde ile öngörülen amaçların dışına çıkılmamalıdır.”

28. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi 30 Ekim 1997 tarihinde “*Nefret söylemi*” başlıklı 97/20 sayılı Tavsiye Kararını kabul etmiştir:

“Avrupa Konseyi Tüzüğü’nün 15b maddesinde yer alan hükümler uyarınca Bakanlar Komitesi;

Avrupa Konseyi’nin amacının üyeleri arasında, ortak mirasları olan ideal ve ilkeleri gerçekleştirmek ve korumak üzere, daha güçlü bir birliğe ulaşmak olduğunu dikkate alarak,

Avrupa Konseyi’ne üye Devletlerin Devlet ve Hükümet Başkanlarının 9 Ekim 1993 tarihinde Viyana’da imzalamış oldukları Bildiriyi hatırlatarak;

Viyana Bildirisinin ırkçılık, yabancı düşmanlığı, Yahudi düşmanlığı ve hoşgörüsüzlüğün yeniden ortaya çıkması üzerine alarm sinyali verdiğini anımsatarak; bu bildirinin ırksal kini, şiddeti, ayrımcılığı teşvik edici her türlü ideoloji, siyaset ve uygulamaya karşı ve farklı ırksal, etnik, ulusal, dini ya da sosyal gruplar arasında endişeleri ve gerginliği artırıcı her türlü eylem ve söyleme karşı harekete geçme taahhüdünü içerdiğini hatırlatarak,

29 Nisan 1982 tarihli ifade ve haber alma özgürlüğüne ilişkin Beyanda yer aldığı üzere, ifade ve haber alma özgürlüğüne derinden bağlı olduğunu bir kez daha ifade ederek;

Viyana Bildirisi’nin ve 4. Avrupa Kitle İletişim Aracı Politikaları Konferansı’nda (7-8 Aralık 1994, Prag) kabul edilen “Demokratik Bir Toplumda Medyalar Hakkında Bildiri”nin uzantısı olarak, demokratik güvenliği, kültürel uyumu ve çoğulcu yapıyı zora sokan, ırksal nefreti, yabancı düşmanlığını ve Yahudi düşmanlığını ve her çeşit hoşgörüsüzlüğü teşvik eden her türlü ifadeyi kınayarak;

¹⁸ Bkz. 18 Ekim 2000 tarihli 736/1997 no’lu *Ross-Kanada* kararında yapılan saptamalar.

¹⁹ Bkz. 8 Kasım 1996 tarihli 550/1993 no’lu *Faurisson-Fransa* kararında Avusturya’nın Nihai Yorumlara ilişkin raporu (CCPR/CO/78/ISR).

²⁰ Slovakya’nın (CCPR/CO/78/SVK) ve İsrail’in (CCPR/CO/78/ISR) Nihai Yorumlara ilişkin raporu.

²¹ Bkz. “*hafıza yasaları*” olarak bilinen yasalarla ilgili 550/1993 no’lu *Faurisson-Fransa* kararı. Bkz. aynı zamanda Macaristan’ın (CCPR/C/HUN/CO/5) nihai yorumlara ilişkin raporu, parag.19.

Bu tür düşüncelerin medya aracılığıyla yayılmasının daha derin bir etki yaratacağını ve daha büyük zarara yol açacağını not ederek;

Savaş sırasında ve diğer silahlı çatışmaların yaşandığı hallerde, toplumda gerginliği artırıcı etki yaratması dolayısıyla sözü edilen ifade biçimlerine karşı daha acil biçimde tedbir alınması gerektiğini kaydederek;

Bu tür ifade biçimleri nedeniyle medyanın büyük çoğunluğunun kınanamayacağını kabul ederken, hükümetlerin ve üye devletlerin düşünce ve ifadelerin dile getiriliş biçimlerini hakkaniyete uygun değerlendirmeleri gerektiği hususunu dikkate alarak;

Avrupa Sınırötesi Televizyon Sözleşmesi'nin 7. maddesinin 1. paragrafına ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine ve organlarının anılan Sözleşme'nin 10. ve 17. maddelerine ilişkin yerleşik içtihadına uygun olarak;

Birleşmiş Milletler'in Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına ilişkin Uluslararası Sözleşmesi ile Bakanlar Komitesi'nin Irksal, Ulusal, Dini Nefrete Karşı Alınması Gereken Önlemlere İlişkin (68) 30 sayılı Tavsiye Kararı ışığında;

İşbu Sözleşmeyi tüm üye Devletlerin imzalayıp, onaylayarak kendi ulusal mevzuatlarında uygulamaya geçirmediikleri saptamasında bulunarak;

Demokrasiyi savunma gerekçesiyle demokrasinin temeline zarar verme riskinden kaçınarak ırkçılık ve hoşgörüsüzlükle mücadele ile ifade özgürlüğünün korunması arasında bir denge kurulması gerektiğinin bilinciyle;

Medyanın bağımsızlığının ve özerkliğinin korunması gerektiğinin bilincinde olarak;

Üye Devletlerin hükümetlerine şu tavsiyelerde bulunmaktadır:

1. İşbu Bildirinin ekinde yer alan ilkelere dayanarak, nefret söylemine karşı gerekli tüm tedbirlerin alınmasını sağlamak;

2. Bu tür tedbirlerin, bu olgunun sosyal, ekonomik, siyasi, kültürel ve diğer kökenleriyle mücadele edecek genel bir yaklaşım çerçevesine oturtulmasını temin etmek;

3. Henüz gerçekleşmemiş olduğu takdirde, Bakanlar Komitesi'nin Irksal, Ulusal, Dini Nefrete Karşı Alınması Gereken Önlemlere İlişkin (68) 30 sayılı Tavsiye Kararı uyarınca, Birleşmiş Milletler'in Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına ilişkin Uluslararası Sözleşmesini imzalamak, onaylamak ve iç hukukta etkin bir biçimde hayata geçirmek;

4. Kendi mevzuatları ve iç uygulamalarını gözden geçirerek, bunların mevcut Bildirinin ekinde yer alan ilkelerle uyumlu olmasını temin etmek.

(...)"

29. Ermeni halkına uygulanan kısımlar, Avrupa Konseyi açısından birçok kez tartışma konusu edilmiştir. Örneğin, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin yirmi kadar üyesi

24 Nisan 2013 tarihli bir Açıklamayla (no: 542, Belge 13192) aşağıdakileri ifade etmişlerdir:

Ermeni soykırımının tanınması

“[Bu yazılı beyanın bağlayıcılığı imza sahipleri ile sınırlıdır]

Soykırımların tanınması, insan onuruna saygı ve insanlığa karşı işlenen suçların engellenmesine katkı sağlama amaçlı bir eylemdir.

Osmanlı İmparatorluğu tarafından Ermeni halkına uygulanan soykırım gerçeği, kanıtlanmış, tanınmış, ve medyada yer alan raporlarla, tanıkların beyanlarıyla, yasalarla, Birleşmiş Milletler, Avrupa Parlamentosu ve aralarında İsveç, Litvanya, Almanya, Polonya, Hollanda, Slovakya, İsviçre, Fransa, İtalya, Belçika, Yunanistan, Kıbrıs ve Rusya Federasyonu’nun da bulunduğu Avrupa Konseyi’ne üye Devletlerin parlamentoları ve Amerika Birleşik Devletleri’nin Temsilciler Meclisi ve 43 Eyaleti, Şili, Arjantin, Venezuela, Kanada, Uruguay ve Lübnan parlamentoları tarafından kabul edilmiş ve vurgulanmıştır.

Beyana imza atan Parlamenterler Meclisi üyeleri, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi’nin tüm üyelerinden XX. yüzyıl başında Osmanlı İmparatorluğu’nda Ermenilere ve diğer Hristiyanlara karşı gerçekleştirilen soykırımın tanınması için gerekli önlemleri almalarını talep ederek, bunun yapılmasının, insanlığa karşı işlenen bu menfur suçun olası benzer bir eylemle Türk makamları tarafından tanınmasına önemli etkisi olacağını ve sonuç itibarıyla Türkiye ile Ermenistan arasındaki ilişkilerin normalleşmesini sağlayarak barışa, güvenliğe ve bölgesel istikrara katkıda bulunacağını ifade etmişlerdir.

C. Karşılaştırmalı hukuk ve uygulamaları

30. Savunmacı Hükümet tarafından AIHM’ye sunulan 19 Aralık 2006 tarihli karşılaştırmalı bir çalışmada (görüş 06-184), İsviçre Karşılaştırmalı Hukuk Enstitüsü (*ISDC, Swiss Institute of Comparative Law*) tarafından 14 Avrupa ülkesinin (Almanya, Avusturya, Belçika, Danimarka, İspanya, Finlandiya, Fransa, İrlanda, İtalya, Lüksemburg, Norveç, Hollanda, Birleşik Krallık ve İsveç), ayrıca ABD ve Kanada’nın insanlığa karşı işlenen suçların ve özellikle soykırımın inkârının cezalandırılması hususundaki mevzuatı incelenmiştir. Söz konusu çalışmanın özeti aşağıdadır:

“İnsanlığa karşı işlenen suçların inkârı ve soykırım üzerine farklı ülkelerde yapılan çalışma değişken durumları ortaya koymuştur.

İspanya, Fransa ve Lüksemburg’da bu tür suçların inkârını yasaklayıcı geniş ölçekli bir tutum kabul edilmiştir. İspanyol mevzuatı, etnik, ırksal ve dini bir grubun tümünün veya bir bölümünün yok edilmesini amaçlayan eylemlerin genel anlamıyla inkârını düzenlemektedir. Bu eylemin faili bir yıldan iki yıla kadar hapis cezasına çarptırılmaktadır. Fransa ve Lüksemburg’da mevzuat, 8 Ağustos 1945 tarihli Londra Anlaşması’na ek Nürnberg Askeri Mahkemesi Statüsü’nün 6. maddesinde tanımlandığı şekliyle, insanlığa karşı işlenen suçların inkârını düzenlemektedir(...). Lüksemburg’da, insanlığa karşı işlenen suçların inkârı suçunun maddi uygulama alanının sınırlandırılması, soykırım suçlarının inkârını düzenleyen özel bir hüküm yoluyla telafi edilmiştir.

Soykırımın inkârı suçu, insanlığa karşı işlenen suçların inkârıyla aynı cezai yaptırıma tabi ise de [sekiz günden altı aya kadar hapis cezası ve/veya 251 Avrodan 25.000 Avroya kadar para cezası], soykırımın tanımı, İkinci Dünya Savaşı sırasında işlenen suçlarla sınırlı kalmayan, genel ve soyut nitelikli 8 Ağustos 1985 tarihli Lüksemburg yasasıyla yapılmıştır. Fransa'daki uygulama alanı sınırlı Fransız düzenlemeleri eleştirilmiştir. Bu bağlamda, Ermeni soykırımının varlığının inkâr edilmesinin cezalandırılmasını amaçlayan bir yasa tasarısının ilk aşamada Fransa Ulusal Meclisi tarafından 12 Ekim 2006 tarihinde kabul edildiğinin altını çizmekte yarar bulunmaktadır. Bu durumda, sadece Lüksemburg ve İspanya'nın kendi mevzuatlarında, genel ifadelerle ve belli tarihi olaylarla sınırlı kalmaksızın, soykırım suçlarının inkârını suç saydıkları görülmektedir. Ayrıca, şimdiye kadar hiçbir genel olarak tüm insanlığa karşı işlenen suçların inkârını suç saymamıştır.

Bu bağlamda, metinlerin incelenmesinden, aralarına Fransa'nın da dâhil edilebileceği bir grup ülkenin yalnızca İkinci Dünya Savaşında işlenmiş suçların inkârını suç saydığını söylemek mümkündür. Almanya, nasyonal-sosyalist rejim sırasında ulusal, dini veya etnik bir grubun tümünün veyahut bir bölümünün yok edilmesi amacıyla işlenen suçları alenen ya da bir toplantı sırasında tümüyle inkâr edenleri veya küçümseyenleri beş yıla kadar hapis veya para cezasıyla cezalandırmaktadır. **Avusturya,** nasyonal-sosyalist rejim sırasında soykırım ya da insanlığa karşı işlenen suçları, görüşleri çok sayıda kişi tarafından öğrenilecek şekilde inkâr eden, kabaca küçümseyen kişileri on yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırmaktadır. Aynı tutumu izleyen **Belçika** hukuku, Alman nasyonal-sosyalist rejimi tarafından işlenen soykırımı inkâr eden, küçümseyen, haklı gösteren ve tasvip edenleri sekiz günden bir yıla kadar hapis cezasına çarptırmaktadır.

Diğer ülkelerde hukukta bu tür özel cezaların yokluğunda, yargı, inkârın cezai yaptırıma tabi tutulması amacıyla içtihatla bulunmuştur. Özellikle, Hollanda Yüksek Mahkemesi, Ceza Kanunu'na ayrımcılığı yasaklayan suçların insanlığa karşı işlenen suçların inkârını cezalandırmak için de uygulanması gerektiğini kaydetmiştir. Ayrıca, bu ülkede inkârcılığı suç sayarak cezalandırılmasını öngören yasa tasarısı halen incelenmektedir. Kanada'da, İnsan Hakları Mahkemesi, Kanada İnsan Hakları Yasasında yer alan başkasını nefret ve hor görmeye maruz bırakma suçundan yararlanarak, inkârcı bir internet sitesinin içeriği hakkında mahkûmiyet kararı vermiştir. Amerika Birleşik Devletleri'nde, ülkenin tarihi ve kültürel açıdan insan haklarını son derece katı biçimde koruyan yapısı dolayısıyla, yargıçların tutumu daha belirsizdir. Ancak, genel bir uygulama olarak, onur kırıcı söylemlerin mağdurlarının, haklı olarak fiziksel bütünlüklerine karşı bir tehdit hissettiklerinde, tazminat elde edebildiklerini not etmek gerekir.

Öte yandan, insanlığa karşı işlenen suçların inkârının cezalandırılmasının yasalarda doğrudan öngörülmediği bir dizi ülke de mevcuttur. Bu ülkelerin bazılarında bu tür vakalar nitelendirilirken kimi kez daha genel suç tanımları sorgulanabilmektedir. **İtalyan hukuku soykırım suçlarını övgüyü cezai yaptırıma tabi tutmaktadır, fakat övgü ile, indirgeme ve inkâr suçları arasındaki sınır son derece zayıftır. Norveç hukuku, ayrımcılık ve husumet içeren her türlü beyana cezai yaptırım uygulamaktadır. Böyle bir suça ilişkin cezanın inkârcılığa uygulanması öngörülebilir.** Üst mahkemenin şu ana dek bu mesele hakkında görüş bildirme imkânı olmamıştır. **Diğer ülkelerde, örneğin, Danimarka ve İsveç'te esas hâkimleri, ayrımcılık içeren veyahut kini teşvik eden beyanlara ilişkin cezai yaptırımların inkârcılığa uygulanabilirliğini denetlemeyi kabul etmiştir. Ancak, önlerine gelen davalarda suçların sabit olduğu sonucuna varmamışlardır. Finlandiya'da, siyasi iktidar, bu tür hükümlerin inkârcılığa uygulanamayacağı yönünde karar almıştır. Son olarak, Birleşik Krallık ve İrlanda hukukları inkârcılığı değerlendirmemektedir."**

31. Bu çalışmanın 2006’da yayımlanmasının ardından Fransa ve İspanya’da önemli gelişmeler kaydedildi. Fransa bakımından, bu ülkenin, 29 Ocak 2001 tarihinde, tek bir maddeyle, 1915 yılında meydana gelen olayları soykırım olarak tanıyan yasayı (yasa no: 2001-70) kabul ettiğini hatırlatmak gerekir:

Madde 1

“Fransa 1915 Ermeni soykırımını alenen tanımaktadır.”

32. 23 Ocak 2012 tarihinde yasayla tanınmış olan soykırımların varlığının inkârını cezalandırmaya yönelik yasa kabul edilmiştir:

Madde 1

“İfade özgürlüğü hakkındaki 29 Temmuz 1881 tarihli yasanın mükerrer 24 maddesinin ilk fıkrasının yerini, aşağıdaki şekilde kaleme alınmış olan beş fıkra alır:

“Münhasır olmayacak şekilde aşağıda belirtilen belgelerle tanımlanan;

1.) 17 Temmuz 1998 tarihinde Roma’da kabul edilen Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü’nün 6, 7 ve 8. paragrafları,

2.) Ceza Kanunu’nun 211-1 ve 212-1 maddeleri,

3.) 8 Ağustos 1945 tarihli Londra Anlaşması’na ekli Uluslararası Askeri Mahkeme Statüsü’nün 6. maddesi,

ve yasayla, Fransa’nın imzaladığı ve onayladığı veya Fransa’nın katıldığı uluslararası bir anlaşmayla, veya Avrupa Birliği’nin ya da uluslararası bir kuruluşun kararıyla tanınmış, ya da bir Fransız mahkemesi tarafından bu şekilde nitelendirilmiş soykırım suçlarını, insanlığa karşı işlenen suçları ve savaş suçlarını aleni olarak savunan, inkâr eden ya da önemsiz gösteren kişiler 24. Maddenin altıncı fıkrasında öngörülen cezalara çarptırılırlar.

Madde 2

“Basın özgürlüğü hakkındaki 29 Temmuz 1881 tarihli Yasa’nın 48-2 maddesi şu şekilde değiştirilmiştir:

1. “tehcir edilenler” sözcüğünün ardından şu sözcükler eklenmiştir: “, veya soykırım suçlarının, savaş suçlarının, insanlığa karşı işlenen suçların veya düşmanla işbirliği suçlarının diğer bütün mağdurları”.

2. “övme” sözcüğünden sonra “soykırımlar,” sözcüğü eklenmiştir.

33. 28 Şubat 2012 tarihinde Fransa Anayasa Konseyi bu yasayı şu gerekçelerle Anayasa’ya aykırı bulmuştur:

“1.Başvuran milletvekilleri ve senatörler, **Kanunla tanınan soykırımların varlığının inkârının cezalandırılmasını amaçlayan Yasayı** Anayasa Konseyi’ne sevk etmişlerdir;

2. Sevk edilen yasanın 1. maddesi, 29 Temmuz 1881 tarihli Basın Özgürlüğü Kanunu’na bir “24 ter maddesi” eklemektedir. Söz konusu madde, hangi ifade ve iletişim araçlarıyla yapılsa yapılsın, Ceza Kanunu’nun 211-1. maddesinde tanımlanmış ve Fransız Kanununca bu şekilde kabul edilmiş olan soykırım suçlarından birinin veya birçoğunun varlığını, hakaretamiz bir şekilde tartışmış veya hafife indirgemiş olanlara 1 yıl hapis ve 45 bin Avro para cezası verilmesini öngörmektedir. Başvuru konusu yasanın 2. maddesi, 29 Temmuz 1881 tarihli aynı Yasa’nın 48-2. maddesini değiştirmekte ve belirli derneklere tanınan davada taraf olma ehliyetinin kapsamını, bilhassa bu yeni suç tanımının ihdas edilmesi sonucunu verecek şekilde, genişletmektedir.

3. Müracaatta bulunanlara göre, davaya konu yasa, 1789 tarihli İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi’nin 11. maddesinde ilan edilmiş ifade ve iletişim özgürlüğünü, bu Bildirge’nin 8. maddesinden kaynaklanan suçların ve cezaların kanuniliği ilkesini ihlal etmekte; bu yasanın hükümleri, bir taraftan sadece Fransız kanunları tarafından tanınmış soykırımları, diğer taraftan insanlığa karşı işlenen diğer suçları dışarıda bırakacak şekilde soykırımları cezalandırarak, eşitlik ilkesini de göz ardı etmektedir. Başvuru sahibi milletvekilleri ayrıca, yasa koyucunun, 1789 tarihli Bildirge’nin 16. maddesinde ilan edilmiş kuvvetler ayrılığı ilkesini ve kendi yetkisini ihlal ettiğini iddia etmektedirler. 1789 tarihli Bildirge’nin 8. maddesinde ilan edilmiş olan cezaların gerekliliği ilkesi, araştırma özgürlüğü ve Anayasa’nın 4. maddesinden kaynaklanan, partilerin özgürce faaliyet göstermesine dair ilke de aynı şekilde ihlal edilmiş olmaktadır.

4. Bir taraftan 1789 tarihli Bildirge’nin 6. maddesinde yer alan “Yasa, genel iradenin ifadesidir...” hükmü uyarınca, kanunların konusu hakkında anayasal değeri olan diğer kuralların bütünü gibi Anayasada öngörülmüş özel hükümler saklı kalmak üzere, bir yasanın kural bildirme niteliğine sahip olması ve bunu müteakip normatif bir içerikle donatılması gerekmektedir.

5. Diğer taraftan, 1789 Bildirgesi’nin 11.maddesinde, “Düşüncelerin ve inançların serbest iletimi insanın en değerli haklarındanıdır. Bu nedenle, her yurttaş serbestçe konuşabilir, yazabilir ve yayımlayabilir. Ancak, bu özgürlüğün yasada belirlenen kötüye kullanılması hallerinden sorumlu olur.” hükmü yer almaktadır. Anayasa’nın 34. maddesi de “Kanun, ...kamu özgürlüklerinin kullanılması için vatandaşlara tanınan medeni haklar ve temel garantiler hakkındaki kuralları belirler.” hükmünü içermektedir. Bu esaslar çerçevesinde, konuşma, yazma, yayınlama özgürlüğü ve serbestçe iletişim kurma hakkı konusunda yasa koyucuya kurallar koyma yetkisi verilmiştir. Aynı şekilde, bu amaçla, yasa koyucuya, üçüncü kişilerin haklarına ve kamu düzenine halel getiren iletişim ve ifade özgürlüğünün kötüye kullanılmasının cezalandırılmasını ihdas etme yetkisi de tanınmıştır. Bunun yanında, iletişim ve ifade özgürlüğü, bu özgürlüğün kullanılmasının demokrasinin bir şartı ve diğer hak ve özgürlüklere saygının garantilerinden biri olduğu kadar değerlidir. Bu özgürlüğün kullanılmasına yönelik müdahalelerin gerekli, istenen amaca uygun ve ölçülü olması gerekmektedir.

6. Bir soykırım suçunu tanımayı amaçlayan bir yasama hükmü, kanunlara verilen kural yapıcı bir içeriğe hiçbir zaman sahip değildir. Ayrıca, sevk edilen kanunun 1. maddesi, Fransız kanunlarıyla bu şekilde tanınmış bir veya birçok soykırım suçunun varlığını küçümsemeyi veya tartışmayı cezalandırmaktadır. Yasa koyucu, bu şekilde, kendince tanıdığı ve nitelendirdiği suçların hukuki tasnifinin ve varlığının tartışılmasını böyle cezalandırarak iletişim ve ifade özgürlüğünün kullanılmasına Anayasa’ya aykırı bir müdahalede bulunmuştur. Bu nedenle, diğer hukuki itirazları incelemeye ihtiyaç duymaksızın, sevk edilen kanunun 1. maddesinin Anayasa’ya aykırı ilan

edilmesi gerekmektedir. Bu maddenin ayrılmaz parçası olan 2. maddenin de aynı şekilde Anayasa'ya aykırı ilan edilmesi gerekmektedir.

Karar:

Madde 1: Kanunla tanınmış soykırımların varlığının inkârının cezalandırılmasını amaçlayan kanun, Anayasa'ya aykırıdır.

Madde 2. İşbu karar, Fransız Cumhuriyeti Resmi Gazetesi'nde yayımlanacaktır.
(...)"

34. İspanya'da da aynı şekilde önemli gelişmeler meydana gelmiştir. Gerçekten de, Anayasa Mahkemesi 7 Kasım 2007 tarihli bir kararla (no:235/2007) Ceza Kanunu'nun 607. maddesinin 2. fıkrasının 1. bendinde düzenlenen soykırımın "inkârı" suçunun Anayasa ile bağdaşmadığı sonucuna varmıştır.

35. Ceza Kanunu'nun 607. maddesiyle soykırım suçu düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin 235/2007 sayılı Kararından önce bu hüküm şu şekildeydi:

"1. ulusal, etnik, ırksal ve dini bir grubun tümünün ya da bir bölümünün yok edilmesinin amaçlanması aşağıdaki cezai müeyyidelere tabidir:

-Bu grubun üyelerinden birini öldürenler, on beş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezasına çarptırılır;

(...)

- Bu grubun üyelerinden birine cinsel istismarda bulunan veya 149. maddede belirtildiği şekilde eziyet eden on beş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezasına çarptırılır;

(...)

2. "İşbu hüküm uyarınca, önceki paragrafta tarif edilen suçları inkâr eden veya haklı gösteren veya sözkonusu suçları oluşturan eylemleri gerçekleştiren rejim veya kurumları aklamayı amaçlayan düşünce veya doktrinlerin her türlü araçla yayılması bir yıldan iki yıla kadar hapis cezasına çarptırılır."

36. Anayasa Mahkemesi'nin 235/2007 sayılı Kararı sonucu, soykırımın yalnızca "inkârı" artık cezalandırılmamaktadır. Dolayısıyla, 607. maddenin 2. fıkrası şu şekilde değiştirilmiştir:

"İşbu hüküm uyarınca, önceki paragrafta tarif edilen suçları haklı gösteren veya sözkonusu suçları oluşturan eylemleri gerçekleştiren rejim veya kurumları aklamayı amaçlayan düşünce veya doktrinlerin her türlü araçla yayılması bir yıldan iki yıla kadar hapis cezasına çarptırılır."

37. Anayasa Mahkemesi, 235/2007 sayılı Kararında, bir yanda birtakım olaylar hakkındaki bakış açısının yalnızca ifade edilmesi, bu olayların meydana gelmediğinin, ya da bir soykırım olarak nitelendirilebilecek şekilde gerçekleşmediklerinin belirtilmesi olarak

anlaşılabilecek soykırımın “inkârı” ile, diğer yanda belli bir soykırım suçunun varlığının mutlak bir inkârını değil, ancak göreceleştirilmesini veya yasadışı olduğunun inkârını içeren “haklı gösterme” arasında bir ayırım yapmaktadır. Cezalandırılan fiillerin belirli bir grubun mensuplarına karşı şiddetin doğrudan tahrik edilmesini veya soykırım suçlarının mağdurlarının küçük görülüp, aşağılanması içermesi halleri için kanun koyucu Ceza Kanunu’nun soykırımın tahrik edilmesi, planlanması ve önerilmesine (*la provocación, la conspiración y la proposición*) ilişkin 615. maddesi ile soykırımın savunulması kavramıyla bağlantılı cezalar öngörmüştür. Ceza Kanunu’nun 607. maddesinin 2. fıkrasıyla öngörülen cezanın soykırımı savunma suçu için öngörülen cezadan daha hafif olması, kanun koyucunun nitelikli bir suçu tarif etmeyi öngörmüş olmadığını göstermektedir.

38. Anayasa Mahkemesi, ayrıca, 607. maddenin 2. fıkrasıyla cezalandırılan fiillerin “nefret söylemi” oluşturup oluşturmadığı sorusuna yanıt aramıştır. Soykırım suçunun yalnızca inkâr edilmesinin vatandaşlara, belirli bir ırktan gelenlere veya inanca sahip olanlara karşı doğrudan şiddeti teşvik etmek anlamına gelmediği sonucuna varmıştır. Yalnızca belli olayların gerçekleşmiş olup olmadığına ilişkin sonuçlar yayımlayarak, bunlar hakkında veya bunların yasadışı niteliğine ilişkin bir değer yargısında bulunmamanın, Anayasa’nın 20. maddesinin 1. fıkrasının b. bendiyle güvence altına alınan bilimsel özgürlük kapsamına girdiğini ve bu özgürlüğün ifade ve haber alma özgürlüklerine göre daha güçlü biçimde korunduğunu belirtmiştir. Son olarak, bu tutumunun tarih araştırması yapılması ihtiyacından kaynaklandığını, tarih araştırmalarının özünde tartışmalı ve tartışılabilir olduğunu, zira bunların mutlak kesinliğinin ortaya çıkarılması mümkün olmayan sav ve değer yargıları üzerine bina edildiğini kaydetmiştir [Mahkeme tarafından yapılan özet çeviri].

39. İsviçre Karşılaştırmalı Hukuk Enstitüsü tarafından yapılan incelemede soykırımın inkârını genel bir cezai müeyyideye tabi tutan tek ülke olarak belirlenen Lüksemburg’un durumunun da ele alınması uygun olacaktır. Ceza Kanunu’nun ilgili hükümleri şu şekildedir:

Madde 457-3

“1. (...) kişi sekiz günden iki yıla kadar hapis cezasına ya da 251 Avrodan 25.000 Avroya kadar para cezasına veyahut bu cezalardan yalnızca birine çarptırılır.

2. Ceza Kanunu’nun mükerrer 136. maddesince tanımlanan soykırımların ya da ikinci mükerrer 136. ve dördüncü mükerrer 136. maddeleri ile tanımlanan ve bir Lüksemburg mahkemesi veya uluslararası mahkeme tarafından tanınmış olan insanlığa karşı işlenen suçların, savaş suçlarının bir ya da birden fazlasını yadsıyan, küçümseyen, haklı çıkaran ya da inkâr eden kişi aynı cezalara veya bu cezalardan birine çarptırılır.”

Mükerrer 136. Madde

“Ulusal, etnik, ırksal, ya da dini bir grubun tamamını veya bir bölümünü ortadan kaldırmaya yönelik aşağıdaki fiillerden biri soykırım suçu olarak kabul edilir:

1. Gruba mensup olanların öldürülmesi;
 2. Grup mensuplarının bedensel veya zihinsel bütünlüklerine ciddi surette zarar verilmesi;
 3. Grubu fiziksel varlığını bütünüyle veya kısmen ortadan kaldıracak yaşam koşullarına kasten tabi tutmak;
 4. Grup içinde doğumları engellemek amacıyla tedbirler almak;
 5. Gruba mensup çocukları zorla bir başka gruba nakletmek.
- Soykırım suçunun cezası müebbet haptir.”

HUKUK

I. SÖZLEŞMENİN 10. MADDESİ'NİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

40. Sözleşme'nin 10. maddesine atıfta bulunan başvuran, kamuoyu önünde Ermeni soykırımının hiçbir zaman olmadığını dile getirmesinden dolayı kendisini mahkûm eden İsviçre mahkemelerinin ifade özgürlüğü hakkını ihlal ettiklerini savunmaktadır. Başvuran, bilhassa İsviçre Ceza Kanunu'nun mükerrer 261. maddesinin 4. fıkrasının yeterli bir öngörülebilirlik derecesinde olmadığını, mahkûmiyet kararının meşru bir amacı gütmeyeceğini, mağduru olduğunu ifade ettiği ifade özgürlüğü kısıtlamasının “demokratik bir toplumda gereklilik” arzetmediğini ileri sürmüştür. Sözleşme'nin 10. maddesi şu şekildedir:

“1. Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir alma ve verme özgürlüğünü de içerir. Bu madde, devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine bağlı tutmalarına engel değildir.

2. Kullanılması görev ve sorumluluk yükleyen bu özgürlükler, demokratik bir toplumda zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için yasayla öngörülen bazı biçim koşullarına, sınırlamalara ve yaptırımlara bağlanabilir.”

41. Hükümet bu iddiaya karşı çıkmaktadır.

A. Kabuledilebilirlik hakkında

1. Sözleşme'nin 17. maddesinin uygulanabilirliğine dair

a. Genel ilkeler

42. Mahkeme, 17. maddenin kendisine, başvuru sürecinin taraflarından birinin Sözleşme hükümlerinden birine hukukun suiistimali amacıyla atıfta bulunduğunu değerlendirdiği takdirde başvuruyu kabuledilemez ilan edebileceğini hatırlatır. Bu madde şu şekildedir:

“Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbiri, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesine veya burada öngörüldüğünden daha geniş ölçüde sınırlamalara uğratılmasına yönelik bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkını sağlar biçimde yorumlanamaz (...).”

43. Mahkeme, savunmacı hükümetin başvurunun Sözleşme’nin 17. maddesinin uygulanması alanına girdiğini savunmadığı saptamasını yapmaktadır. Mahkeme bununla birlikte başvuranın söylemlerinin sözü edilen madde hükümleri uyarınca, ifade özgürlüğünün korunması kapsamı dışında tutulması gerekip gerekmediğini inceleyecektir.

44. Mahkeme, öncelikle, “17. maddenin bir topluluğa veya kişiye Sözleşmede yer alan hak ve özgürlüklerin yok edilmesine veya burada öngörüldüğünden daha geniş ölçüde sınırlamalara uğratılmasına yönelik bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma imkânı tanımamayı amaçladığını; böylece kimsenin Sözleşme’nin hükümlerinden burada belirtilen hak ve özgürlüklerin yok edilmesi amacıyla yararlanamaması gerektiğini (...)” hatırlatır (*Lawless-İrlanda, 1 Temmuz 1961, § 7, A serisi no:3*).

45. Mahkeme, bilhassa “Sözleşme’nin dayanağını oluşturan değerlere karşı yöneltilen söylemlerin”, 17. madde uyarınca, 10. maddenin korumasından hariç tutulduğuna hükmetmiştir (Bkz. *Lehideux ve Isorni-Fransa*, 23 Eylül 1998, § 53 ve 47, *Kararlar ve Derlemeler 1998-VII*, ya da *Orban vd.-Fransa no: 20985/05, § 34, 15 Ocak 2009*). Mahkeme, *Garaudy-Fransa* (no: 65831/01, 2003-IX (derlemeler)), kararında, Musevi cemaatine karşı Naziler tarafından sistemli olarak işlenen suçların insanlığa karşı suç oluşturduğu hususuna yazılı eserinde karşı çıkan bir yazarın mahkûmiyetine ilişkin olarak ilgilinin 10. madde hükümlerine dayalı olarak yapmış olduğu şikâyeti Sözleşme’nin hükümleriyle *ratione materiae* [konu itibarıyla] uyumsuzluk nedeniyle reddetmiştir. Mahkeme, kararın gerekçesinde, başvuranın kitabının büyük bir bölümündeki üslubunun ve genel olarak “amacının” koyu bir inkârcılık olduğu ve bunun Sözleşme’nin temel değerleri olan adalet ve barış kavramlarına ters düştüğü saptamasıyla; başvuranın ifade özgürlüğü hakkını, 10. maddeyi amacından saptırmaya çalışarak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin lafzına ve ruhuna aykırı olarak kullanmaya yeltendiği sonucuna varmıştır. Mahkeme, ifade özgürlüğünün sırasıyla İslamofobi ve Yahudi düşmanlığı amaçlarıyla kullanıldığı *Norwood-Birleşik Krallık* (no: 23131/03, 16 Kasım 2004) ve *Ivanov-Rusya* (no: 35222/04, 20 Şubat 2007) kararlarında da aynı sonuca varmıştır.

46. Mahkeme, ırkçılığa dayalı her türlü ayrımcılıkla ve bunun her şekilde ortaya konulmasıyla mücadele edilmesinin büyük önemini anımsatır (*Jersild-Danimarka*, 23 Eylül 1994, § 30, A serisi no: 298). Mahkeme, bu bağlamda, kine teşvik etmenin, belli bir şiddet eylemine veya herhangi bir suçun işlenmesine çağrıda bulunmayı gerektirmediğini değerlendirmektedir. Halkın bir bölümüne veya belli gruplarına hakaret edilmesi, küçük düşürücü veya karalayıcı sözlerin sarf edilmesi, ayrımcılığın teşvik edilmesi; yetkili

mercilerin, sorumsuz, halkın bu bölümlerinin veya gruplarının saygınlığını zedeleyici ve hatta güvenliğini tehdit edici bir ifade özgürlüğünden ziyade, ırkçı bir söylemle mücadeleyi tercih etmesi için yeterlidir. Dini, etnik ya da kültürel önyargılara dayalı kini ve husumeti teşvik edici siyasi söylemler sosyal barışı ve demokratik Devletlerin siyasi istikrarını tehlikeye düşürür (*Féret-Belçika* no: 15615/07, § 73, 16 Temmuz 2009).

47. Mahkeme, *Leroy-Fransa* (no:36109/03, 2 Ekim 2008) davasında, ihtilaf konusu ifadenin, Sözleşme'nin 17. maddesi uyarınca 10. maddenin koruma alanından çıkarılması gereken yayınlar kapsamına girmediğine hükmetmiştir. Bir yandan, başvuranın tartışmalı olsa da bir karikatür olarak mizahi bir biçimde verilen temel mesajı -Amerikan emperyalizminin yıkılması- temel hakların inkârını reddetmeye yönelik değildi ve ırkçılık, Yahudi düşmanlığı ve İslamofobi (yukarıda bahsi geçen *Garaudy* ve *Ivanov* kararları) gibi Sözleşme'nin temelini oluşturan değerleri hedefleyen görüşlerle eşdeğer değildi. Öte yandan, ulusal mahkemelerin terörü övdüğüne hükmetmiş olmasına rağmen, Mahkeme, ihtilaf konusu karikatürün ve beraberindeki yorumun, terör eylemini 10. maddeyle güvence altına alınan basın özgürlüğünden yararlandırılmayacak kadar mutlak bir biçimde övmediğini değerlendirmiştir (§ 27). Son olarak, 11 Eylül 2001 saldırıları mağdurlarının anısına sözkonusu yayın yoluyla yapılan karalama, Sözleşme'nin 10. maddesinin tanıdığı, mutlak olmayan hak ışığında incelenmelidir. Mahkeme, bu hüküm çerçevesinde benzer söylemlerin içeriğini daha önce de ele almıştır (Bkz. *Kern-Almanya* (karar), no: 26870/04, 29 Mayıs 2007).

48. Mahkeme, son olarak, *Molnar-Romanya* ((karar) no: 16637/06, 23 Ekim 2012) başvurusunda, etnik gruplar arasında husumet, ayrımcılık ve anarşi ortamı yaratmaya yönelik görsel malzemelerle (afişler) propaganda yapmaktan mahkûm edilen bir kişinin durumunu değerlendirmiştir.

Mahkeme, bu davada, başvuranın evinde ele geçirilen afişleri adigeçenin görüşlerini farklı mesajlar verme yoluyla dile getirmesi olarak değerlendirmiştir. Bazı mesajlar içerik olarak çarpıcı olmasa da, diğerleri özellikle Romanya bağlamında toplumda gerginlikleri canlı tutabilecek düzeydeydi. Mahkeme, bu bağlamda, roman ve homoseksüel azınlıklara göndermede bulunulan mesajlara özel bir önem atfetmişti. İçerikleri itibarıyla bu mesajlar, sözkonusu azınlıklara karşı kini tahrik etmeyi, kamu düzenini ciddi anlamda bozmayı amaçlamakta ve Sözleşme'nin ve demokratik bir toplumun temel değerlerine karşı gelmekteydi. Başkalarının haklarına tecavüz oluşturan bu tür eylemler demokrasi ve insan hakları ile bağdaşmamaktaydı. Dolayısıyla, 17. maddenin hükümleri doğrultusunda, başvuran Sözleşme'nin 10. maddesinin sağladığı güvenceleri öne sürememeliydi.

b. Bu ilkelerin mevcut duruma uygulanması

49. Savunmacı Hükümetin bu yönde bir talebi olmamakla birlikte, Mahkeme bu konudaki yerleşik içtihadı ışığında, başvuranın söylemlerinin Sözleşme'nin 17. maddesi uyarınca 10. maddenin uygulama alanından çıkarılıp çıkarılmayacağını inceleyecektir. Yukarıda bahsi geçen kararlardan, Mahkeme'nin çok nadiren bu hükmü işlettiği ortaya çıkmaktadır.

50. Türk Hükümeti, mevcut başvurunun esasen İsviçre Hükümeti’nin de uygulanmasını talep etmediği 17. madde uyarınca kabuledilemez ilan edilmemesi gerektiğini değerlendirmektedir.

51. Mahkeme, başvuranın kimi söylemlerinin kışkırtıcı olabileceğini kabul etmektedir. Başvuranın saikleri ulusal mahkemeler tarafından “milliyetçi” ve “ırkçı” olarak nitelendirilmiştir (Federal Mahkeme’nin kararı, 5.2 sayılı değerlendirme, yukarıdaki 13. paragraf). İhtilaf konusu olayları değerlendiren başvuran bilhassa konferanslarında “uluslararası yalan” kavramına değinmiştir. Mahkeme, öncelikle, inciten, şok eden veya endişe uyandıran düşüncelerin de 10. maddeyle güvence altına alındığını anımsatmakta, başvuranın sözü edilen yıllarda katliam ve tehcirlerin varlığını inkâr etmemesinin önemli bir unsur olduğunu vurgulamaktadır. Başvuran, buna karşın, meydana gelen bütün bu olayların hukuki bağlamda “soykırım” olarak nitelendirilmesine karşı çıkmaktadır.

52. Yukarıda atıfta bulunulan içtihattan (44 ila 50. paragraflar), belli ifadelerin 17. madde kapsamına girip girmediğine ilişkin hoşgörülebilirlik sınırının, bunların kini ve şiddeti teşvik edip etmediği sorusuyla çizildiği ortaya çıkmaktadır. Mahkeme, 1915 olaylarının hukuki bağlamda “soykırım” olarak nitelendirilmesine karşı çıkılmasının kendi başına Ermeni halkına karşı kinin teşvik edilmesi anlamına gelmediğini değerlendirmektedir. Esasen, kine teşvik İsviçre Ceza Kanunu’nun mükerrer 261. maddesinin 1. fıkrası (bkz. yukarıdaki 14. paragraf) uyarınca ayrı bir suç olarak tanımlanmış olduğundan, başvuran bu suçtan ne kovuşturmaya tabi tutulmuş ne de cezalandırılmıştır. Başvuranın sözü edilen olayların mağdurlarını hor görücü ifadeler kullandığı da belirlenmemiştir. Mahkeme, bu durumda, başvuranın, hassas ve pek de hoşagitmeyen konuları tartışma hakkını kötüye kullanmadığı kanaatindedir. Bu hakkın serbestçe kullanılması, ifade özgürlüğünün temel unsurlarından biri olup, demokratik, hoşgörülü ve çoğulcu toplumu totaliter veya dikta yönetimlerinden ayırmaktadır.

53. Kuşkusuz, Asliye Ceza Mahkemesi, başvuranın kendisinin, sözkonusu mahkemenin Ermeni soykırımının öncü, kışkırtıcı ve itici güçlerinden biri olarak değerlendirdiği Talat Paşa’ya bağlılığını ifade etmiş olmasını dikkate almıştır. Mahkeme, bu vahşetlerin failleriyle bu şekilde özdeşleşmenin, bir ölçüde, Osmanlı İmparatorluğu’na gerçekleştirilen fiillerin haklı çıkarılması girişimi olarak değerlendirilmesini dışlamamaktadır (Bkz. bu anlamda, İspanya Anayasa Mahkemesi’nin kararı, no: 235/2007, yukarıdaki 38. İla 40. paragraflar). Bununla birlikte, Mahkeme, başvuranın, İsviçre Ceza Kanunu’nun mükerrer 261. maddesinin 4. fıkrası uyarınca, soykırımı “haklı çıkarmaya” çalışmak suçundan kovuşturmaya tabi tutulmadığını ve cezalandırılmadığını dikkate alarak, bu sorunun yanıtını aramak durumunda olmadığını değerlendirmektedir.

54. Yukarıdaki hususlar dikkate alındığında, başvuranın ifade özgürlüğü hakkını Sözleşme’nin lafzına ve ruhuna aykırı amaçlarla kullanmadığı ve dolayısıyla 10. maddeyi amacının dışına çekmediği kanısındadır. Dolayısıyla Sözleşme’nin 17. maddesinin uygulanmasına yer yoktur.

2. Kabuledilebilirliğe ilişkin sonuçlar

55. Sözleşme'nin 35 § 3 a) maddesi çerçevesinde, 10. maddeyle ilgili şikâyetin dayanaktan yoksun olmadığını kaydeden Mahkeme, ayrıca başka açılardan bakıldığında da kabuledilemezlik unsuru bulunmadığını tespit eder. Bu nedenle şikâyet kabuledilebilir niteliktedir.

B. Esasa dair

1. Bir müdahalenin varlığı

56. Mahkeme, başvuranın ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahale olduğuna ilişkin olarak taraflar arasında bir ihtilaf bulunmadığını gözlemlemektedir. Mahkemenin kendisi de dava konusu mahkûmiyetin kuşkusuz, başvuranın ifade özgürlüğü hakkını kullanmasına bir “müdahale” teşkil ettiğini değerlendirmektedir.

2. Müdahalenin haklı bir gerekçeyle dayanıp dayanmadığı

57. Böyle bir müdahale, Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen koşulları karşılamadığı takdirde, anılan maddenin ihlâlini teşkil edecektir. Bu itibarla, sözkonusu müdahalenin, yasayla öngörülüp öngörülmediğini, sözkonusu 2. fıkra da sayılan meşru bir amacı gözetip gözetmediğini ve “demokratik bir toplumda gereklilik” arz edip etmediğini tespit etmek gerekmektedir.

a. “Yasayla öngörülen”

i. Tarafların savları

- Başvuran

58. Başvuran, İsviçre Ceza Kanunu'nun mükerrer 261. maddesinin 4. fıkrasının “Yahudi soykırımı” veya “Ermeni soykırımı” olup olmadığını belirtmeksizin bir “soykırımın” inkârını öngördüğünü ileri sürmekte ve birinci derecede Bern-Laupen Mahkemesi tarafından görülen davada Federal Mahkeme'nin kendisine isnat edilen aynı suçtan beraatına karar verdiğini hatırlatmaktadır (yukarıdaki 17. fıkra). Başvuran, bu durumda, aynı yasanın şimdiki başvuruya konu bir başka davada farklı sonuçları olmasını öngöremeyeceğinin altını çizmektedir. Başvuran, son olarak, sözkonusu yasa hükmünü eski Adalet Bakanı ve İsviçre Hükûmeti'nin üyesi C.B.'nin 2006 Ekim ayında Türkiye'yi ziyareti sırasında eleştirdiğini kaydetmektedir.

-Hükümet

59. Hükümet, başvuranın mahkûmiyetinin İsviçre Ceza Kanunu'nun mükerrer 261. maddesinin 4. fıkrasına dayandığını ve yasanın bir bütün olarak Federal Yasalar sistemli derlemesinde ve resmi derlemesinde yayımlandığını kaydetmektedir. Hükümet, Federal

Konseynin yasa tasarısında cezai müeyyidenin kapsamını Holokost'un inkârıyla sınırlı tutmayı öngörmüş olduğunu, fakat yasama erkinin bunu benimsemediğini belirtmektedir. Buna göre, Parlamento sözkonusu hükmün uygulama alanını genel olarak soykırımın ve/veya insanlığa karşı işlenen suçların inkârına, küçümsemesine, haklı çıkarma girişiminde bulunulmasına genişletmiştir (Bkz. bu bağlamda, Federal Mahkeme'nin 12 Aralık 2007 tarihli kararı, mülahaza 3.2). Ulusal Konsey'in yasa tasarısı görüşmelerinde Komisyon raportörü, değiştirilen hüküm uyarınca Ermeni katliamlarının da "soykırım" olarak sayılması gerektiğini ifade etmiştir.

60. Hükümet, Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesini onaylarken, İsviçre'nin 21 Aralık 1965 tarihli Birleşmiş Milletler Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Sözleşmesini imzaladığında, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 20 § 2 maddesinde yer alan esasları dikkate alacak cezai bir hükme çekince koyarak "ulusal düzeyde yapılan her türlü kin, ırkçı ya da dinsel içerikli çağrının ayrımcılık ve husumet suçunu oluşturduğu ve bu tür bir şiddetin kanunla yasaklanması" gerektiği yönünde cezai bir hüküm ekleyerek yasayı çıkardığını savunmaktadır. Ceza Kanunu'nun mükerrer 261 maddesinin yürürlüğe girmesiyle birlikte sözkonusu çekince geri alınabilmiştir.

61. Hükümet, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin nefret söylemine ilişkin, ırksal nefreti, yabancı düşmanlığını, Yahudi düşmanlığının ve her türlü hoşgörüsüzlüğü kınayan 30 Ekim 1997 tarih ve (97) 20 sayılı Tavsiye Kararının da aynı çerçevede yer aldığını değerlendirmektedir.

62. Hükümet ayrıca yirmiden fazla ulusal parlamentonun 1915 ve 1917 yılları arasında meydana gelen tehcir ve kıyımların 1948 Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi anlamında soykırım oluşturduğunu kabul ettiğini kaydetmektedir. Ayrıca, Avrupa Parlamentosu 15 Kasım 2000 tarihinde Türkiye'nin Birinci Dünya Savaşı sırasında Ermenilere karşı işlenen soykırımı alenen tanıması çağrısında bulunmuştur.

63. Uluslararası düzeydeki bu gelişmeler ışığında ve İsviçre Ceza Kanununun mükerrer 261 maddesinin 4. fıkrasının lafzı çerçevesinde başvuran beyanlarının İsviçre'de cezai bir yaptırıma tabi tutulacağını öngörebilirdi. Hükümet 20 Eylül 2005 tarihli duruşma sırasında başvuranın soykırımı inkâr etmediğini, zira soykırımın hiçbir zaman meydana gelmediğini, kendisinin uluslararası bir yalanla mücadele ettiğini söylediğini ilave etmektedir.

64. Hükümet, Ceza Kanununun mükerrer 261. maddesinin 4. fıkrasının yeterli bir açıklıkla hazırlandığını, öte yandan başvuran tarafından inkâr edilen olayların her halükarda yine mükerrer 261. maddenin 4. fıkrasında atıfta bulunulan insanlığa karşı suçlardan olduğunu (Federal Mahkeme'nin 12 Aralık 2007 tarihli kararı, 7. mülahaza, yukarıdaki 13. fıkra) değerlendirmektedir.

- *Müdahil üçüncü taraf olarak Türk Hükümeti*

65. Türk Hükümeti de başvuran gibi, sözkonusu tedbirin başvuran bakımından öngörülebilir olmadığını savunmaktadır. Başvuranın İsviçre kamuoyundaki oydaşma çerçevesinde değil, uluslararası hukuka veya İsviçre hukukuna dayalı olarak mahkûm edilmeyi beklemiş olabileceğini değerlendirmektedir. Buna göre başvuranın ifade özgürlüğüne getirilen bu kısıtlamanın yeterli bir yasal dayanağı bulunmamaktaydı.

- *Mahkeme'nin değerlendirmesi*

- *Uygulanabilir ilkeler*

66. Mahkeme yerleşik içtihadı uyarınca “yasayla öngörülen” sözcüklerinin yalnızca dava konusu tedbirin iç hukukta bir dayanağı olmasını değil, aynı zamanda bahse konu yasanın anlaşılabilir ve etkileri öngörülebilir nitelikte olmasını da içerdiğini anımsatır (Bkz. diğer birçok karar arasında, *Vgt Verein gegen Tierfabriken-İsviçre*, no: 24699/94, § 52, Mahkeme 2001-VI; *Rotaru-Romanya* [BD], no: 28341/95, § 52, Mahkeme 2000-V; *Gaweda-Polonya* no: 26229/95, § 39, Mahkeme 2002-II ve *Maestri-İtalya* [BD], no: 39748/98, § 30, Mahkeme 2004-I). Bununla birlikte, ulusal mercilere, özellikle mahkemelere iç hukuku yorumlamak ve uygulamak düşer (Kopp-İsviçre 25 Mart 1998, § 59, Derleme 1998-II ve *Kruslin-Fransa*, 24 Nisan 1990, § 29, A serisi n° 176-A).

67. “Yasayla öngörülen” ifadesinin gereklerinden biri öngörülebilirliktir. Ancak vatandaşın kendi davranışlarını düzenlemesini mümkün kılmaya yetecek kesinlikle ifade edilmiş kurallara “yasa” olarak addedilebilir; vatandaşın, gerektiğinde bilgililerden yardım almak suretiyle, durumun kendine has koşullarına göre belli bir fiilden kaynaklanabilecek sonuçları öngörebilmesi gerekmektedir. Yasalar mutlak bir kesinlikle öngörülebilir olmak durumunda değildir: böylesi bir kesinliğin mümkün olmadığı tecrübeyle sabittir. Ayrıca, çok arzulanabilir olsa dahi, kesinlik bazen aşırı katılığı beraberinde getirir; oysa hukuk durum değişikliklerine uyum sağlamak zorundadır. Bu nedenle birçok yasa, az çok muğlak ifadeler kullanmakta, bunların yorumu ve hayata geçirilmesi uygulamaya bağlı olmaktadır (*Rekvényi-Macaristan* [BD], n° 25390/94, § 34, Mahkeme 1999-III; *Sunday Times-Birleşik Krallık (n° 1)*, 26 Nisan 1979, § 49, A serisi n° 30 ve *Kokkinakis-Yunanistan*, 25 Mayıs 1993, § 40, A serisi n° 260-A).

68. İç mevzuatın kesinlik düzeyi - ki bu mevzuat hiçbir zaman her seçeneği öngöremez – ilgili kanunun içeriğine, düzenlemesi beklenen alana ve hitap ettiği kimselerin sayısına ve statüsüne bağlıdır (Bkz. yukarıda bahsi geçen *Rekvényi kararı*, § 34 ve *Vogt-Almanya kararı*, 26 Eylül 1995, § 48, A Serisi no: 323). *Anayasal hükümlerin genel niteliği dikkate alındığında, bu hükümlerin gerektirdiği belirginlik olağan mevzuatın gerektirdiğinden daha alt düzeyde olabilmektedir* (Bkz. bahsi geçen *Rekvényi kararı*, § 34).

- Yukarıda bahsi geçen ilkelerin mevcut duruma uygulanması

69. Davanın mevcut koşullarında başvuranın anlaşılabilir bir metne, yani Ceza Kanununun mükerrer 261. maddesinin 4. fıkrasına göre mahkûm edildiği hususunda bir ihtilaf bulunmamaktadır (yukarıdaki 14. paragraf). Buna karşın, başvuran bu hükmün

Mahkemenin istediği belirginlik ve öngörülebilirlik düzeyinde olmadığını savunmaktadır. Bu çerçevede Mahkeme, davanın somut koşulları altında, başvuranın İsviçre’de bir konferans sırasında yapmış olduğu beyanlar nedeniyle kovuşturmayaya tabi tutulacağını, hatta sözkonusu hüküm nedeniyle mahkûm edileceğini öngörebilip öngöremeyeceğini incelemek durumundadır.

70. Federal Mahkemeye göre sözü edilen hükmün kelimesi kelimesine ve dilbilimsel açıdan incelenmesi sonucu belli herhangi bir tarihi olaya göndermede bulunmadığı ortaya çıkmaktadır. Gerçekten de Ceza Kanununun mükerrer 261. maddesinin 4. fıkrası “bir” soykırımdan ve “insanlığa karşı işlenen diğer suçlar”dan bahsetmektedir. Buna göre yasanın Nazi rejiminin uyguladığı soykırımın dışındaki soykırımların inkârının önlenmesini dışlamadığı, öte yandan Ermeni soykırımının aleni inkârının cezai bakımdan ırkçı bir ayrımcılığı teşkil ettiği gibi açık bir hüküm de içermemektedir (Bkz. mülâhaza 3.1, Federal Mahkemenin kararı, yukarıda 13. fıkra). Aynı sonuca bu hükmün tarihi açıdan yorumlanmasından da varmak mümkündür (Bkz. mülâhaza 3.2 Federal Mahkemenin kararı, yukarıdaki 13. fıkra).

71. Mahkeme Ceza Kanunu’nun mükerrer 261. maddesinin 4. fıkrasında yer alan “soykırım” kavramının Sözleşme’nin 10 § 2 maddesinin gerektirdiği kesinlik hususunda şüphe uyandırabileceğini değerlendirmektedir. Mahkeme yine de mevcut başvurunun özel koşullarında böylesi bir cezai yaptırımın başvuran için öngörülebilir olduğu kanısındadır. Hukuk doktoru ve bilgili bir siyasi şahsiyet olan başvuranın, İsviçre Ulusal Konseyi’nin 2002 yılında Ermeni soykırımını alenen tanımış olması doğrultusunda (yukarıda 16. madde) İsviçre’de bu tür söylemlerde bulunmasının cezai bir yaptırıma tabi tutulacağından şüphe etmesi gerekirdi. Öte yandan, başvuranın kendisi İsviçre’de soykırımın alenen inkârına ilişkin hükmün mevcudiyetinden haberdar olduğunu kabul etmekte ve buna ilaveten “*bağımsız bir komisyon bir gün Ermeni soykırımının gerçekten var olduğunu doğrulasa bile tutumunu değiştirmeyeceğini*” ifade etmektedir (Bkz. mülâhaza 6, Federal Mahkemenin kararı). Bu nedenle Mahkeme, Federal Mahkemenin mevcut başvurunun koşullarında, Ermeni soykırımını “uluslararası yalan” olarak nitelendiren başvuranın İsviçre topraklarında cezai yaptırıma maruz kalacağını bildiği yönündeki görüşüne katılmaktadır (aynı yerde).

72. Mahkeme bahse konu müdahalenin Sözleşme’nin 10. maddesinin ikinci paragrafı gereğince “yasayla öngörülme” koşulunu karşıladığı sonucuna varmaktadır.

b. Meşru amaç

73. Hükümet başvuranın mahkûmiyetinin birçok meşru amaç taşıdığını, bunların başında mağdurların onur ve haysiyetinin gözetilmesinin geldiğini, zira başvuranın mağdurları alenen emperyalist güçlerin maşası olarak nitelendirdiğini, Türklerin de yalnızca kendi yurtlarını bu güçlere karşı koruduklarını ifade ettiğini savunmaktadır. Hükümet başvuranın kamuoyu önünde açıklamalarından dolayı mahkûm edilmesinin 10. maddenin 2. fıkrası uyarınca kamu düzeninin korunmasını da amaçladığını eklemektedir.

74. Türk Hükümeti başvuranın mahkûmiyet kararının 10. maddenin 2. fıkrasında sayılan meşru amaçlardan hiçbirini hedeflemediğini değerlendirmektedir. Buna göre Savunmacı Hükümet her halükarda sözkonusu tedbirin kamu düzeni için belli ve somut bir tehlikenin önlenmesi için gerekli olduğunu hiçbir şekilde ispat edememiştir.

75. Mahkeme, dava konusu tedbirin başkalarının haklarının, yani 1915 yılından itibaren Ermeni halkına karşı Osmanlı İmparatorluğu tarafından uygulanan vahşetin mağdurlarının ailelerinin ve yakınlarının onurunun korunması amacının gözetilmesini sağlamış olabileceğini değerlendirmektedir. Buna karşın, Hükümetin başvuranın ifadelerinin kamu düzeni açısından “ciddi” bir tehlikeyi oluşturduğu savı yeterince gerekçelendirilmemiştir.

c. Demokratik bir toplum için gereklilik

i. Tarafların savları

- Başvuran

76. Başvuran ifade özgürlüğüne getirilen kısıtlamanın, izlenen ırk ayrımcılığının ve yabancı düşmanlığının önlenmesi amaçlarıyla orantılı olmadığını ileri sürmektedir. Başvuran 1948 Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi’nin 6. maddesini dayanak alarak yalnızca, hukuki bir terim olan “soykırım”ın gerçekleşip gerçekleşmediği sorusunun yanıtının yalnızca bir mahkeme kararıyla verilebileceğini savunmaktadır.

77. Başvuran dava konusu tedbirin demokratik bir toplum için gereklilik oluşturmadığını ve yapmış olduğu açıklamalar nedeniyle mahkûm edilmesinin hiçbir sosyal ihtiyacı karşılamadığını belirtmekte, ifade özgürlüğünün kısıtlanmasının başkalarının, onur ve haklarının yani bu dava bağlamında Ermeni cemaatinin saygınlığı korunması bakımından gerekli olmadığını altını çizmektedir. Ayrıca başvurana göre kendisini mahkûm eden İsviçre “Ermeni soykırımı” savını reddeden Türk toplumunun onurunu zedelemiştir.

78. Başvuran, söylemlerinin iç hukuktaki mahkemeler tarafından milliyetçi ve ırkçı olarak değerlendirilmesini kabul etmemektedir. Tezinin uluslararası hukuktan özellikle de 1948 Sözleşmesi’nden esinlenen hukuki nitelikli bir tez olduğu hususunda ısrar etmektedir.

79. Mahkeme’nin Holokost’un inkârına değin vermiş olduğu birçok kararına atıfta bulunan başvuran, buradaki esas farkın Holokost’un Nürnberg Mahkemesi tarafından insanlığa karşı işlenmiş bir suç olarak kabul edilmesinden ileri geldiğini dile getirmektedir. Ayrıca başvurana göre Mahkeme, bu davalarda tarihi gerçekliği ispat edilmiş olayların sözkonusu olduğunu bildirmiştir. Buna göre *Lehideux ve Isorni-Fransa* (23 Eylül 1998, §55, Derleme 1998-VII) başvurusunda Mahkeme, her ülkenin kendi tarihini açıkça ve serinkanlılıkla tartışmaya açmak için çaba sarf etmesi gerektiğini ifade etmiş, 10.

maddenin ihlal edildiği kanısına vardığı bu davada Mareşal Petain'i olumlu tasvir eden başvuruların yazılı yayını korumuştur.

Başvuran, *Giniewski-Fransa* (No: 64016/00, AİHM 2006-I) davasında da benzer sonuca varıldığını ifade etmektedir. Söz konusu başvurunun temelinde, başvuranın bir dogmanın etkileri ve Holokost'un nedenleriyle ilişkisi hakkında geliştirmek istediği bir tezi içeren bir yayının bulunmaktadır. Buna göre bu davada Mahkeme ayrıca, başvuranın bu düşünceyi bir gazeteci ve tarihçi sıfatıyla ifade etmek istediğini, demokratik bir toplumda, insanlığa karşı suç teşkil eden vahim olayların nedeninin serbestçe tartışılabilmesi gerektiğini belirtmiştir (§ 51).

Başvuran, Mahkeme'nin aynı davada, kimilerini inciten, şok eden veya endişe uyandıran çıkarımları ve ifadeleri içeren beyanların veya yazılı metinlerin bu özelliklerinden dolayı ifade özgürlüğü kapsamından çıkmadığını dile getirdiğini kaydetmiştir (§ 52; bkz, ayrıca *De Haes ve Gijssels-Belçika*, 24 Şubat 1997, § 46, *Derleme* 1997-I).

80. Başvuran Federal Mahkemenin kararının temelinde, Ermeni soykırımının İsviçre kamuoyu nezdinde ve uluslararası planda açıkça kanıtlanmış bir olay olarak kabul edildiği olgusunun yattığını hatırlatmaktadır. Ancak, bu mesele hakkında farklı görüşler olabileceğinin bilincinde olan sözkonusu mahkemenin yargıçlarının “oydaşma, ittifak demek değildir” formülüyle çözüm üretmeye çabaladıklarını ifade etmektedir (anılan kararın 4.4. sayılı değerlendirmesi). Başvuran, Federal Mahkemenin bu yolla bu tezi savunanları veya bu doğrultuda çalışma yapanları görmezden geldiği veyahut en azından küçümsediği çıkarımında bulunmakta, “oydaşma” kavramının sonuçları bakımından değişime açık, karşı fikir üretmeye, sınamalara ve sürekli ilerlemeye açık olan bilimsel alanlarda dikkatli kullanılması gerektiğini savunmaktadır.

81. Başvuran, 1915'deki trajik olayların “soykırım” olarak nitelendirilemeyeceği görüşünde olan birçok kimsenin kendisine destek verdiğini vurgulamaktadır (bu noktada yaklaşık yirmi kadar kişinin ismini saymaktadır). Buna göre bu kişiler savlarını gerekçelendirmişlerdir; fakat Federal Mahkeme tarihi yazmanın kendisine düşmediğini söylemekle yetinerek bu kişilerin görüşlerini dikkate almamıştır. Başvuran son olarak Federal Mahkemenin, Federal Konseyin Ermeni soykırımı varlığını resmi bir beyanla tanımamış olmasından, “soykırım” nitelemesinin keyfi olduğu çıkarımında bulunulamayacağı görüşünün gerekçesine dikkat çekmektedir (anılan kararın 4.5. sayılı değerlendirmesi).

82. Başvuran bununla birlikte “Ermenistan Cumhuriyeti ile Türkiye Cumhuriyeti Arasındaki İlişkilerin Geliştirilmesine Dair” 10 Ekim 2009 tarihinde Zürih'te imzalanan Protokol'e (henüz yürürlüğe girmemiştir) atıfta bulunmaktadır; bu Protokolle iki Devletin hükümetlerarası bir komisyon ve alt komisyonlar oluşturarak iki ulus arasında karşılıklı güvenin sağlanması amacıyla tarihi nitelikte bir diyalog başlatmak, mevcut sorunların tespit edilmesi, çözüm önerilerinde bulunulması amacıyla tarihi dosyaların ve arşivlerin tarafsız olarak incelenmesi hususunda mutabakat sağlanmıştır. Başvurana göre, tarihi

olayları tartışmaya açacak komisyonların oluşturulmasına gerek duyulmuş olmasından “olayların açıkça kanıtlanmış” olduğunun söylenemeyeceği sonucu çıkmaktadır.

83. Başvuran “soykırımın” uluslararası bir suç olarak açık biçimde tanımlandığını savunmaktadır. Buna göre bu suçun günümüzdeki hukuki temeli 1948 Sözleşmesi’nin 2. maddesi olup, burada sıralanan fiillerden birinin gerçekleşmiş olması ve ayrıca bunun “ulusal, etnik, ırksal veya dini bir grubun tamamının ya da bir bölümünün ortadan kaldırılması amacıyla” *dolus specialis* (özel kasıt) yapılmış olması gerekmektedir. Uluslararası Adalet Divanı (UAD) 26 Şubat 2007 tarihli *Soykırım suçunun önlenmesi ve cezalandırılması Sözleşmesi’nin uygulanması* (Bosna Hersek-Sırbistan ve Karadağ) davasında “soykırım” kavramına açıklık getirmiştir. Başvurana göre bu davada UAD, örneğin bir grubun veya grubun bir kısmının bir yeri terk etmeye zorlanmasının savaş suçunu veyahut insanlığa karşı işlenen suç oluşturduğunun altını çizmiş fakat “soykırım” suçu oluşması için gerekli unsurları taşıyor olabileceğini kaydetmiştir. Yine Başvurana göre UAD, soykırım iddiasını kanıtlamanın başvuran tarafa düştüğünü ve bunun için ispat düzeyinin yüksek olması gerektiğini anımsatmıştır.

84. Başvuran ayrıca Fransız Ulusal Meclisinin, eski Meclis Başkanı Bernard Accoyer (raportör) tarafından 18 Kasım 2008 tarihinde sunulan hafıza konularına ilişkin bilgilendirme raporuna (1262 sayılı) atıfta bulunmaktadır. Bu belgeye göre yasama erki, tarihi bazı olayların savlanması hususunda mahkemelerin görevini ikame etmek durumunda değildir. Raportör, tarihi olayları yargılamanın Fransa Anayasası ile bağdaşmadığını, bunun düşünce ve ifade özgürlüğüne, aynı zamanda tarihin bilimsel temellerine zarar vereceğini, Fransız vatandaşları arasında bölünmeye yol açacağını, diplomatik sorunlara yol açacağını dile getirmiştir. Raportör, Fransa Anayasa Konseyi eski Başkanı Robert Badinter’e göre “Ermeni soykırımı”nın varlığını inkâr eden kişilerin cezalandırılması Fransız Anayasası’nın 34. maddesine aykırıdır.

85. Başvuran, İstanbul doğumlu ve Paris Üniversitesi’nde Profesör Stefan Yerasimos’a atıfta bulunarak “hukuk” ve “tarih” arasındaki farkı görmenin önem taşıdığını, hukukun amacının olayları kanıtlamak ve yargılamak, tarihinkisinin ise olayları herhangi bir değer yargısında bulunmaksızın açıklamak olduğunu vurgulamaktadır. Başvurana göre bu durumda yetkili mahkemelere tarihi olayları uluslararası hukuk çerçevesinde, karşıt belgelere dayanarak farklı görüşleri de dikkate alarak nitelendirmek düşmektedir. Meselelerin derinlemesine incelenmesinden sonra kimileri özür dilemeyi veya başka önlemler alma, diğerleri de farklı şekilde tepki gösterme ihtiyacı hissedecektir. Başvuran kişisel kanaatlerin “standartlaştırılmasının” ve “prangaya vurulmasının” hiç kimsenin işine yaramayacağını, tam tersine bu yolla bireylerin kişisel bakış açılarının gelişemeyeceğini vurgulamaktadır.

86. Bütün bu unsurlara dayalı olarak, başvuran Sözleşme’nin 10. maddesinin ihlal edildiğini savunmaktadır.

-Hükümet

87. Hükümet bir müdahalenin gerekliliği ile ilgili olarak, İsviçre mahkemelerinin görevinin uluslararası kamu hukukunca uluslararası suç sayılan olayları, bu olayların kanıtlanmış olduğunu farz ederek, başvuranın inkâr edip etmediğini ya da küçümseyip küçümsemediğini yargıladığını ifade etmektedir. Mahkemelerin bu amaçla yalnızca siyasi beyanları dikkate almadığını, aynı zamanda bu beyanların sağlam argümanlarla desteklenip gerekçelendirilmiş olduğu düşünülen uzman görüşlerini ve raporlarını temel aldığını değerlendirdiğini kaydetmektedir. Buna göre Mahkemeler, ayrıca toplum nezdinde 1915-1917 yılları arasında meydana gelen olayların soykırım olarak nitelendirilmesine ilişkin geniş bir oydaşmanın var olup olmadığını, şayet varsa bu oydaşmanın geniş ölçekli bilimsel bir oydaşmaya dayanıp dayanmadığını incelemiştir. Hükümete göre Mahkemeler, uluslararası ceza hukukunun genel literatüründe, özelde de soykırımlar hakkında yapılan araştırmalarda Ermeni soykırımının “klasik” olarak nitelendirilebilecek örneklerden birisi olarak takdim edildiğini kaydetmişlerdir (Federal Mahkemenin kararı, değerlendirme 4.2, yukarıdaki 13. paragraf). Bu nedenle Hükümet, ne kanton mahkemelerinin 1915-1917 yılları arasında yaşanan tehcir ve kısımları soykırım ve tarihi gerçekliği ispat edilmiş olgu olarak nitelendirmesinde, ne de Federal Mahkemenin genel bir oydaşmanın mevcut olduğunun tespit edilmiş olmasında keyfilik bulunmadığını ve bu saptama ile tarihsel bir komisyonun kurularak diyalog ortamı yaratılması arasında bir çelişki olmadığını kaydetmesinde bir kusur bulunabileceğini ifade etmektedir (Federal Mahkemenin kararı, değerlendirme 4.4 - 4.6).

88. Başvuranın tutumuna gelince Hükümet, Ermenileri aleni olarak Türk halkına saldırmakla suçladığını, geniş çaplı bir oydaşmanın bulunduğu bir konuyu “uluslararası yalan” olarak nitelendirdiğini, Amerika Birleşik Devletlerini, Avrupa Birliğini ve “Führer” i aynı düzeye indirgediğini belirtmektedir. Üstelik ilk derece mahkemesine göre başvuranın Talat Paşa’ya bağlılığını dile getirdiği, oysa Talat Paşa’nın söz konusu olayların meydana gelmesi kapsamında belirleyici bir rol oynadığını kaydetmektedir. Federal Mahkeme’nin de belirttiği üzere, Ermeni toplumunun kendisini özellikle bahis konusu olaylarla tanımladığını ve başvuranın tezlerinin bu toplumun mensuplarının kimliklerine tecavüz oluşturduğunu kaydetmiştir (Federal Mahkemenin kararı, değerlendirme 5.2).

89. Hükümet, bahis konusu unsurların, başvuranın amaçlarının ırkçı ve milliyetçi niteliğini kanıtlamak için yeterli olduğunu, gerçekleştirilen fiillere yeniden itibar kazandırmaya çalıştığını ve bu fiillerin mağdurlarını tarihi çarptırmakla suçladığını değerlendirmektedir. Hükümete göre bu dava Mahkeme’nin *Jersild-Danimarka* (23 Eylül 1994, A serisi no: 298) kararından farklılık göstermektedir. Söz konusu davada başvuran tartışma konusu beyanları kendisi yapmamıştı (§ 31) ve gerçekleştirdiği röportajın ırkçı fikirlerin yayılmasını amaçladığı sonucuna varılması maddi anlamda mümkün değildi (§ 33).

90. Hükümet öte yandan, başvuranın günün birinde bağımsız bir komisyon bahse konu olayların soykırım olduğunu doğrulasa bile kendi görüşünün değişmeyeceği yönündeki beyanını dikkate almaktadır. Hükümet buna göre başvuranın savunduğu tezlerin tarihi bir araştırmaya eşdeğer bir çalışma olmadığını kaydetmektedir. Tam tersine, bu tezler ırkçılık

ve hoşgörüsüzlükle mücadelenin temelini oluşturacak değerleri tartışmaya açmaktadır. Bu tezler haklara, özellikle de mağdur yakınlarının haklarına tecavüz oluşturmakta, Sözleşme ile ilan edilerek güvence altına alınan hoşgörü, toplumsal barış ve ayrımcılığın ortadan kaldırılması değerlerine karşı gelmektedir.

91. Hükümet ayrıca başvuranın düşüncesini halka açık biçimde dile getirilmesine engel olunmadığını ve aynı türden toplantıların düzenlendiğini ifade etmektedir. Buna ilaveten Ceza Kanunu'nun mükerrer 261. maddesinin 4. Fıkrası, üç yıla kadar hürriyetten yoksun bırakma ve 3.000 İsviçre Frangı üzerinden 360 gün para cezasına dönüştürülebilir hapis cezası (Ceza Kanunu'nun 34. maddesi) öngörmesine karşın, başvurana uygulanan cezanın, tecil edilen 100 İsviçre Frangı üzerinden 90 gün para cezasına dönüştürülebilen hapis cezası ile 3.000 Frank para cezası olduğuna, bu cezalardan birincisinin de tecil edildiğine dikkat çekmektedir. Bu çerçevede Hükümet, başvurana uygulanan cezai yaptırımın, izlenen meşru amaçlarla orantısız olarak kabul edilemeyeceğini kaydetmektedir.

92. Hükümete göre bütün bu mülahazalar ışığında, ulusal mahkemeler bu davada kendilerine tanınan takdir yetkisi sınırını aşmamışlardır ve 10. madde ihlal edilmemiştir.

- Üçüncü müdahil taraf Türk Hükümeti

93. Başvuruya üçüncü müdahil taraf olan Türk Hükümeti esasen, başvuranın 1915 yılında Osmanlı İmparatorluğu'nun eski topraklarında kıyımların ve tehcirlerin meydana geldiğini hiçbir zaman inkâr etmediğini hatırlatmanın önem taşıdığını belirtmektedir. Hükümete göre başvuran buna karşılık, sadece bu olayların uluslararası hukuk ve İsviçre hukuku bağlamında “soykırım” olarak nitelendirilmesine itiraz etmektedir. Türk Hükümetine göre 1915 yılında meydana gelen olayların hukuki yönüne ilişkin süregelen tartışma ile “gerçekliği açıkça kanıtlanmış tarihi olayların” yadsınması arasında fark bulunmaktadır. Türk Hükümeti, halen tartışma konusu olan kimi tarihi olaylarla, bunların yorumlanması hususunda hakem sıfatıyla hükme varmanın Mahkeme'nin görevi olmadığını hatırlatarak (Bkz. diğerleri arasında, *Lehideux ve Isorni-Fransa* kararı, 23 Eylül 1998, § 47, Derleme 1998-VII), 1915 yılı olaylarının hâlihazırda tarihçiler arasında süregelen bir tartışma konusunu teşkil ettiğini belirtmektedir.

94. Üçüncü müdahil taraf müdahalenin demokratik bir toplumda gereklilik arz etmediği kanısındadır. Başvuranın, olayın hukuki bağlamda soykırımın olmadığına inanan tek kişi olmaktan uzak olduğunu savunmaktadır. Üçüncü müdahil taraf bu bağlamda, İngiltere Hükümeti temsilcilerinden birinin İngiliz Parlamentosunda 8 Mart 2008 tarihinde yöneltilen bir soruya karşılık verdiği cevaptan alıntı yapmaktadır: “Hükümetin bu konudaki tutumu uzun bir süre önce belirlenmiştir. Hükümet, bu tarihi trajik olaydan büyük üzüntü duymaktadır ve 1915-1916 yılları kıyımlarının bir trajedi olduğunu kabul etmektedir. Buna karşın, ne hükümetimiz ne de seleflerimiz, bahsi geçen olayların Birleşmiş Milletler 1948 Soykırım Sözleşmesi'nde tanımlandığı şekliyle soykırım olarak kabul edilmesi konusundaki kanıt unsurlarının, yeterli düzeyde tartışma götürmez olduğu hususunda ikna olmuş değildir” (*British Year Book of International Law* cilt. 79, 2008, s.706-707'den yapılan alıntı Mahkeme kâtipliği tarafından Fransızcaya tercüme edilmiştir).

95. Türk Hükümeti diğer hiçbir Avrupa Konseyi üyesi Devlette “Ermeni soykırımının” inkârı nedeniyle ırk ayrımcılığı suçundan veya diğer bir suçtan cezai mahkûmiyet meydana gelmediğini savunmaktadır. Hükümet, hiçbir Devletin yasalarının “Ermeni soykırımının” inkârının cezai yaptırıma tabi tutulmasını öngörmediğini, İsviçre haricinde yalnızca iki Avrupa ülkesinin, Lüksemburg ve İspanya’nın, genel olarak soykırımın inkârını önleyici yasal düzenlemeler getirdiğini ifade etmektedir. Üçüncü müdahil tarafa göre bu durum, Mahkeme’nin Sözleşme’nin 10. maddesinin 2. fıkrasına ilişkin yerleşik içtihadı uyarınca “zorunlu bir toplumsal gerekliliği” karşılamadığını açıkça göstermektedir. Müdahil tarafa göre ayrıca, İsviçre’nin 1915 yılında eski Osmanlı İmparatorluğu topraklarında meydana gelen olaylara ilişkin, bu olayların hukuki bağlamda “soykırım” olduğuna karşı çıkan beyanları ırk ayrımcılığı olarak değerlendirerek, bu tür söylemlerde bulunan kişilerin cezalandırılmasında “zorunlu bir toplumsal gereklilik” doğuracak tarihi bir geçmişi bulunmamaktadır. Türk Hükümeti son olarak, başvuranın bir yandan cezai yaptırıma uğrarken, diğer yandan görüşünü kamuya açık biçimde beyan etmesine ve benzer diğer toplantıların düzenlenmesine engel olunmamasının böylesi bir ihtiyacın varlığını çürüten bir kanıt olduğunu vurgulamaktadır.

96. Türk Hükümeti başvuranın ifade özgürlüğüne karşı yapılan müdahalenin izlenen amaç ile orantılı olduğundan şüphe duymaktadır. Her türlü ırkçı yapıya ve gösteriye karşı mücadele edilmesinin hayati önem taşıdığını hiçbir şekilde yadsımamaktadır. Ancak, başvuranın tespitlerinin İsviçre’deki Ermeni cemaatine karşı şiddeti, husumeti ve ırkçı kini teşvik edici bir amaç gütmeye inmektedir. İsviçre mahkemelerinin yaptığı gibi, başvuranın 1915 yılında meydana gelen olayların hukuki anlamda “soykırım” olarak nitelendirilmesini reddetmesinden, hiçbir surette ırkçı veya milliyetçi gerekçeler ya da ırksal ve etnik değerlendirmelere dayalı bir ayrımcılık çıkarımı yapılamaz. Türk Hükümeti bu bağlamda, Holokost’un inkârı günümüzde Yahudi düşmanlığını körükleyici temel nedenlerden sayılsa da, 1915 olaylarının “soykırım” olduğunun inkârının aynı sonucu doğurmasının mümkün olmadığını değerlendirmektedir. Hükümete göre böyle bir hukuki nitelendirmeyi reddetmek, Ermeni toplumuna karşı kine neden olmak ya da kini teşvik etmek anlamına gelmez. Türk Hükümetine göre son olarak, Holokost’tan sorumlu olan nasyonal sosyalist rejimle ilgili durumun aksine, başvuranın herhangi bir hükümetin itibarını yeniden kazandırmak gibi bir amacı da yoktur.

97. Tüm bu saptamalar ışığında, Türk Hükümeti 10. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmaktadır.

ii. Mahkeme’nin takdiri

-Uygulanabilir ilkeler

α) Genel olarak

98. İfade özgürlüğünün kullanılmasına karşı belli bir müdahalenin gerekliliğini değerlendirme imkânı sağlayan genel ilkeler *Stoll-İsviçre* kararında (Başvuru no:

69698/01, § 101, AİHM 2007-V) özetlenmiş, daha yenilerde ise *İsviçre Raelien Hareketi-İsviçre*, (Başvuru no: 16354/06, §48 AİHM 2012 ve *Animal Defenders International-Birleşik Krallık* (Başvuru no: 48876/08, § 100, 22 Nisan 2013) kararlarında hatırlatılmıştır:

“i. İfade özgürlüğü, demokratik bir toplumun temelini oluşturan ana unsurlardan ve demokratik toplumun ilerlemesi ve her bireyin gelişmesi için vazgeçilmez şartlardan birini teşkil etmektedir. Sözleşme’nin 10. maddesinin 2. paragrafı saklı kalmak koşuluyla, ifade özgürlüğü sadece hüsnekabul gören veya zararsız veya ilgi çekmeyen “bilgiler” ve “fikirler” için değil, inciten, şok eden veya endişe uyandıran fikir ve bilgiler için de geçerlidir: bu çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin bir gereğidir ki bunlar olmadan “demokratik bir toplum” olmaz. Sözleşme’nin 10. maddesinde tanımlandığı şekliyle ifade özgürlüğü istisnalara tabi olsa da, bunlar dar bir çerçevede yorumlanmalı ve ifade özgürlüğüne getirilen kısıtlamanın gerekliliği ikna edici bir biçimde ortaya konmalıdır (...).

ii. Sözleşme’nin 10. maddesinin 2. paragrafı bağlamında “gereklilik” kavramı “zorunlu bir toplumsal gerekliliğe” işaret etmektedir. Sözleşmeci Devletler, böyle bir ihtiyacın varlığına hükmetmek için belli bir takdir payından yararlanmaktadırlar, ancak bağımsız bir mahkeme tarafından alınmış olsalar da, hem yasa hem de uygulanan kararlara ilişkin olarak takdir payı Avrupa düzeyinde bir denetime tabidir. Dolayısıyla Mahkeme, bir “kısıtlama”nın, Sözleşme’nin 10. maddesinin güvence altına aldığı ifade özgürlüğü ile bağdaşıp bağdaşmadığı hususunda karar vermede son merci olarak yetki sahibidir.

iii. Mahkeme’nin görevi hiçbir şekilde, bu denetimi yerine getirirken, yetkili ulusal mahkemelerin yerini almak değil, ancak sözkonusu mahkemelerin takdir yetkileri uyarınca aldıkları kararları, Sözleşme’nin 10. maddesi açısından denetlemektir. Buradan, Mahkeme’nin görevinin, Savunmacı Devletin bu yetkiyi iyi niyetle, titizlikle ve makul bir şekilde kullanıp kullanmadığını araştırmakla sınırlı olduğu sonucu çıkmamaktadır: davanın bütünü ışığında ihtilaf konusu müdahalenin, “izlenen meşru amaçla orantılı” olup olmadığının ve müdahaleyi haklı kılmak için ulusal makamlar tarafından belirtilen gerekçelerin “uygun ve yeterli” (...) olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir. (...) Bunu yaparken Mahkeme, ulusal makamların, olaylarla ilgili makul bir değerlendirmeye dayandıklarını ve Sözleşme’nin 10. maddesi ile belirlenen ilkelere uygun kurallar uyguladıklarına ikna olmalıdır.”

β) Tartışmaya ve tarihi araştırmaya ilişkin

99. Ayrıca Mahkeme, tarihi bir gerçeğin araştırılması ifade özgürlüğünün ayrılmaz bir parçası iken, tarihçiler arasında halen devam eden bir tartışmaya ait tarihi meseleler hakkında hüküm vermenin kendisine düşmediğini hatırlatmaktadır (Bkz. *mutatis mutandis*, *Chauvy ve diğerleri*, sözü edilen karar § 69 ve *Lehideux ve Isorni*, sözü edilen karar § 47). Buna karşın, mevcut davada, ihtilaf konusu tedbirlerin izlenen amaçla orantılı olup olmadığının incelenmesi Mahkeme’nin görevidir (*Monnat-İsviçre*, başvuru no: 73604/01 §57, AİHM 2006-X).

100. Devamla, Sözleşme’nin 10. maddesinin 2. Fıkrasının, siyasi söylemle veya kamuyu ilgilendiren konularında ifade özgürlüğüne yönelik kısıtlamalara pek mahal bırakmadığını hatırlatmak uygun olacaktır (*Wingrove, Birleşik Krallık*, 25 Kasım 1996, § 58 Derleme 1996-V, *Lingens-Avusturya*, 8 Temmuz 1986, § 42, seri A no:103; *Castells-*

İspanya, 23 Nisan 1992, § 43, seri A no: 236 ve *Thorgeir Thorgeirson-İzlanda*, 25 Haziran 1992 § 63, seri A no: 239).

101. Ayrıca Mahkeme, denetim yetkisini kullanırken, ihtilaf konusu müdahalenin, başvuranın suçlandığı konuşmanın içeriği ve yapıldığı bağlam dâhil olmak üzere davanın bütünü ışığında incelemesi gerektiğini hatırlatmaktadır (sözü edilen *Lingens* § 40 ve sözü edilen *Chauvy ve diğerleri* § 70).

102. Sözleşme’nin 10. maddesinin, inciten, şok eden veya endişe uyandıran bilgi ve fikirleri güvence altına aldığına dair yukarıda bahsi geçen ilke, mevcut davada olduğu tarih alanında, yani “kesinliğin pek mümkün olmadığı” (bkz. sözü edilen *Monnat* kararı § 63) ve “günümüzde halen tartışmaya açık” (sözü edilen *Lehideux ve Isorni* kararı § 55) bir alanda yapılan bir tartışma için de geçerlidir.

103. Mahkeme, tarihi meselelerle ilişkin tartışmalarla ilgili olarak, zamanın geçmesi nedeniyle, belli söylemlere karşı daha birkaç yıl önce uygulanan katı tutumun, aradan yıllar geçtikten sonra aynen uygulanmasının uygun olmayacağını daha önce belirtme fırsatı bulmuştur. Bu tutum, her ülkenin kendi tarihinin açıkça ve huzur içinde tartışılması için sarf etmesi gereken gayretlere yardımcı olmaktadır (sözü edilen *Monnat* kararı § 64 ve sözü edilen *Lehideux ve Isorni* kararı § 55; bkz ayrıca *mutatis, mutandis, Plon Yayınları-Fransa*, başvuru no: 58148/00, § 53, AİHM 2004-IV; bu son kararda, Mahkeme, bir yasağın, örneğin bir kitabın yasaklanmasının ifade özgürlüğü ile bağdaşıp bağdaşmadığını değerlendirmek için geçen zamanın dikkate alınması gerektiğine ilişkin ilkesini hatırlatmıştır).

104. Müdahalenin “orantılılığı” ile ilgili olarak, Mahkeme, hükmedilen cezaların niteliği ve ağırlığının da dikkate alınacak unsurlar olduğunu hatırlatmaktadır (bkz, örneğin sözü edilen *Chauvy ve diğerleri* § 78).

γ) Nefret söylemi, şiddete övgü ve Ermeni sorununa ilişkin olarak Türkiye aleyhinde açılan davalardaki içtihat

105. Çok sayıda davada, bu bağlamda Türkiye’ye karşı yapılan başvurularda, başvuranlar, nefrete veya şiddete teşvik eden konuşmalar yapmaları nedeniyle aldıkları mahkûmiyetlerinden şikâyetçi olmaktadır. Aşağıda sadece hâlihazır dava ile ilintili bazı örneklere yer verilmektedir.

106. *Erdoğdu ve İnce-Türkiye* davasında ([Büyük Daire] başvuru numaraları, 25067/94 ve 25068/094, AİHM 1999-IV), başvuranlar, birinin yazı işleri müdürü diğerinin gazetecisi olduğu dergi yoluyla bölücü propaganda yapmaktan mahkûm edilmişlerdir (§48). Mahkeme, derginin, Türk Devleti’nin Kürt sorununa ilişkin tutumlarındaki olası değişiklikler hakkında görüşlerini belirten bir Türk sosyologla yapılan röportajı yayımladığını tespit etmiştir. Mahkeme, röportajın analitik bir nitelik taşıdığına ve şiddete teşvik edebilecek hiçbir kısım içermediğine kanaat getirmiştir. Söz konusu davada, ulusal

makamların, kendileri açısından her ne kadar rahatsızlık verici olsa da, kamuoyunun, Türkiye’nin Güneydoğusundaki durumun kendisine farklı bir bakış açısından aktarılmasına ilişkin hakkını yeterince dikkate almadıkları sonucuna varmıştır.

Mahkeme’ye göre, başvuruları mahkûm etmek için İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi tarafından ileri sürülen gerekçelerin, amaca uygun olmalarına rağmen, ifade özgürlüğüne yapılan müdahaleyi haklı kılmaya yetecek nitelikte olduğu kanaatine varılması mümkün değildi (§52).

107. *Gündüz-Türkiye* (Başvuru no: 35071/97, AIHM, 2003-XI) davasında başvuran, ulusal mahkemeler tarafından “nefret söylemi” olarak nitelendirilen beyanlarından dolayı cezaya çarptırılmıştır. Uluslararası sözleşmeler ve kendi içtihadı ışığında Mahkeme, bütün insanların eşit saygınlığına gösterilen hoşgörü ve saygının, demokratik ve çoğulcu bir toplumun temelini oluşturduğunu özellikle vurgulamıştır. Dolayısıyla ilke olarak, demokratik toplumlarda “formaliteleri”, “koşulları”, “kısıtlamaları”, veya “müeyyideleri” izlenen meşru amaçla orantılı olmak kaydıyla, hoşgörüsüzlüğe (dini hoşgörüsüzlük de dâhil olmak üzere) dayalı nefreti teşvik eden, öven ya da haklı gösteren her türlü ifadeye yaptırım uygulanması ve hatta bunların önlenmesi gerekli görülebilir (§40).

Mahkeme, sözkonusu televizyon programının, bir tarikatın, halkın büyük bir kısmının dikkatini çeken müritlerinin tanıtımına ayrıldığını gözlemlemiştir. Mahkeme’ye göre, başvuranın söylemleri uzlaşmaz bir tutum ve laiklik ve demokrasi ilkeleri gibi modern Türkiye’nin kurumlarına karşı derin bir memnuniyetsizlik sergilemekteydi. Bununla birlikte, bağlamları içerisinde incelendiğinde sözkonusu söylemler ne bir şiddet çağrısı ne de dini hoşgörüsüzlüğe dayalı bir nefret söylemi olarak kabul edilebilecek nitelikteydi (§48). Şeriatın kurulması için şiddet çağrısı yapmadan şeriat düzenini savunmayı “nefret söylemi” olarak değerlendirmenin mümkün olmadığına karar verilmiştir.

108. *Erbakan-Türkiye* davasında (başvuru no: 59405/00, 6 Temmuz 2006), başvuran, halka açık bir konuşmada, özellikle nefrete ve dini hoşgörüsüzlüğe teşvik eden söylemlerde bulunmaktan suçlu bulunmuştur (§ 59). Mahkeme, tanınmış bir siyasetçi tarafından halka açık bir toplantı sırasında ifade edilen sözlerin –bunlar şayet gerçekten dile getirilmiş ise- daha çok, özellikle dini değerler etrafında şekillenmiş bir toplum anlayışını ifşa ettiğini, bu tür sözlerin, farklı grupların karşı karşıya geldiği günümüz toplumlarını şekillendiren çoğulculukla bağdaşmasının zor olduğunu kaydetmiştir (§ 62). Her türlü hoşgörüsüzlükle mücadelenin, insan haklarının korunmasının ayrılmaz bir parçası olduğunu belirten Mahkeme, halka hitaben yaptıkları konuşmalarda, siyasetçilerin, hoşgörüsüzlüğü besleyebilecek nitelikteki her türlü sözden kaçınmalarının çok büyük bir önem arz ettiğini değerlendirmiştir (§ 64).

Mahkeme buna karşın, demokratik bir toplumda siyasi tartışma özgürlüğünün temel niteliği göz önüne alındığında, başvuran hakkında kovuşturma başlatılması gerekliliğini meşru kılmak için ileri sürülen gerekçelerin, Mahkemeyi başvuranın ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin “demokratik bir toplumda gerekli” olduğuna ikna etmek için yeterli olmadığı sonucuna ulaşmıştır.

109. *Dink-Türkiye* (başvuru numaraları: 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 ve 7124/09, 14 Eylül 2010) davasında, başvuran, “Türklüğü” tahkirden suçlu bulunmuştur. Mahkeme, öncelikle, başvuranın dava konusu makaleler dizisinin incelenmesinden, başvuranın söylemlerinin, “zehir” olarak tanımladığı kavramın, Ermenilerdeki “Türk algısı” olduğu ve aynı zamanda Ermeni diasporasının 1915 olaylarının bir soykırım olduğunu Türklere kabul ettirme girişiminin “saplantılı” niteliğini açıkça ortaya koyduğunu belirtmiştir. Mahkeme, Fırat Dink’in sözkonusu saplantının, Ermenilerin kendilerini her zaman “kurban” olarak hissetmelerine neden olduğunu, Ermeni diasporasının üyelerinin hayatlarını zorlaştırdığını ve kimliklerini sağlıklı temeller üzerine kurmalarına engel olduğunu savunduğu tespitinde bulunmuştur. Mahkeme, Hükümet’in tezinin aksine, sözkonusu ifadelerin, “Türkleri” hiçbir şekilde hedef almadığı ve nefret söylemi ile bağdaştırılamayacağı sonucuna ulaşmıştır (§128).

Mahkeme, Türk siyasi yaşamında oynadığı rol çerçevesinde başvuranın, Ermeni azınlığına ilişkin sorunları ele alan Türkçe ve Ermenice yayım yapan iki dilli bir gazetenin gazetecisi ve yazı işleri müdürü sıfatıyla kendini ifade etmesini de göz önüne almıştır. Fırat Dink, 1915 olaylarının inkârı olarak değerlendirdiği tutumlara karşı duygularını ifade ettiğinde, sadece, demokratik bir toplumda tartışmasız kamu yararı içeren bir mesele hakkında fikir ve görüşlerini iletmekteydi. Mahkeme, böyle bir toplumda, belli bir önemi haiz tarihi olaylara ilişkin tartışmaların özgürce yapılabilmesinin mutlak önem taşıdığına hükmetmiştir. Ayrıca Mahkeme, “tarihi bir gerçeğin araştırılmasının ifade özgürlüğünün ayrılmaz bir parçası olduğunu” ve kamuoyunda devam eden bir tartışmadan kaynaklanan tarihi temelli bir sorun hakkında “hakemlik yapmanın kendisine düşmediğini” hatırlatmaktadır. Ayrıca, Mahkeme’ye göre Fırat Dink tarafından kaleme alınan makaleler, hiçbir şekilde, “nedensizce saldırgan” veya hakaret içeren bir nitelik taşımamış ve halkı ne kine ne de saygısızlığa teşvik etmiştir (içtihadı atıflarla § 135).

Dolayısıyla, Fırat Dink’i “Türklüğe” hakareten suçlu ilan etmek, hiçbir “zorunlu toplumsal ihtiyaçla” bağdaşmamıştır.

110. Diğer davalardan farklı olması rağmen, Cox-Türkiye (başvuru no: 2933/03, 20 Mayıs 2010), davasından da bahsetmek uygun olacaktır. Başvuru, 1980’li yıllarda, iki Türk üniversitesinde eğitim veren bir Amerikan vatandaşı tarafından yapılmıştır. Başvuran, öğrenciler ve meslektaşlarının önünde “Türkler, Kürtleri asimile etmişlerdir” ve “Ermenileri sınır dışı etmişler ve katletmişlerdir” dediği için 1986 yılında Türkiye’den sınır dışı edilmiş ve Türkiye’ye girişi yasaklanmıştır. Başvuran iki kere daha sınır dışı edilmiştir. 1996 yılında başvuran, yasağın kaldırılması amacıyla dava açmış ancak dava reddedilmiştir.

Mahkeme, başvuranın yalnızca Türkiye’de değil uluslararası düzeyde de hararetli tartışmalara neden olan Ermeni ve Kürt sorunlarına ilişkin tartışmalı beyanları nedeniyle ülkeye dönüş yapamadığını tespit etmiştir.

Bununla birlikte Mahkeme, ulusal mahkemelerin gerekçesinden hareketle başvuranın görüşlerinin, Türkiye’nin ulusal güvenliğine nasıl bir zararı olduğunun belirlenmesine

imkân olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Ayrıca Mahkeme, “ihtilaf konusu durumun, başvuranın temel bir hakkını kullanması alanına girmediğini” kabul etmemiştir. Başvuranın bir suç işlediğinin hiçbir zaman ifade edilmemesi ve Türkiye açısından zararlı bir eylemde açıkça yer aldığının hiçbir zaman gösterilmemesinden dolayı, ulusal mahkemeler tarafından ileri sürülen nedenler, başvuranın ifade hakkına yapılan müdahale için yeterli ve yerinde gerekçeler olarak kabul edilmemiştir.

-İlkelerin mevcut davaya uygulanması

111. Mahkeme, öncelikle, ne 1915 yılından itibaren Osmanlı İmparatorluğu’nun elleriyle Ermeni halkına uygulanan katliamların ve tehcirlerin gerçek olup olmadığı hususunda ne de Ceza Kanunu’nun mükerrer 261. maddesinin 4. fıkrası uyarınca, sözkonusu olayların “soykırım” olarak nitelendirilmesinin mümkün olup olmadığı hususunda karar verme durumunda olduğunun belirtilmesinin önem taşıdığı kanaatindedir. Ulusal hukukun yorumlanması ve uygulanması ilk başta ulusal makamların, özellikle mahkemelerin görevidir (bkz, diğerleri meyanında, yukarıda bahsi geçen *Lehideux ve Isorni*, § 50). Mahkeme’nin görevi yalnızca, takdir payları uyarınca yetkili ulusal mahkemeler tarafından alınan kararların Sözleşme’nin 10. maddesi açısından denetimini yapmaktır.

Başvuranın mahkûmiyetinin “zorunlu bir sosyal ihtiyaç” nedeniyle verilip verilmediğinin incelenmesi için, bir yandan üçüncü kişilerin, yani kıyım mağdurlarının aile ve yakınlarının onurunun korunması gerekliliği, diğer yandan başvuranın ifade özgürlüğü arasında bir denge kurulması gerekmektedir. Özellikle, dava koşullarının bütünü ışığında, ihtilafli müdahalenin izlenen meşru amaçla orantılı olup olmadığı ve ihtilaf konusu müdahaleyi gerekçelendirmek için ulusal makamlar tarafından ileri sürülen nedenlerin yerinde ve yeterli olup olmadığı hususunun incelenmesi uygun olacaktır.

a) Başvuranın konuşmasının niteliği ve mahkemelerin yararlandığı takdir payı

112. Mahkeme, 1915 yılında ve izleyen yıllarda meydana gelen olayların “soykırım” olarak tanınması hususunun kamuoyunu önemli ölçüde ilgilendiren bir alan olduğu hususunda ihtilaf bulunmadığını kaydetmektedir. Başvuranın konuşmaları, ihtilafli ve hararetli bir tartışma bünyesinde gerçekleşmiştir. Başvuran tarafından yapılan konuşmanın niteliği ile ilgili olarak, Mahkeme, başvuranın hukuk doktoru ve İşçi Partisi Genel Başkanı olduğunu hatırlatmaktadır. Üstelik başvuran, kendisini tarihçi ve yazar olarak görmektedir. Ulusal makamların başvuranın konuşmalarını tarihselden çok “milliyetçi” ve “ırkçı” olarak nitelendirmelerine rağmen (Federal Mahkeme’nin kararı, değerlendirme 5.2, yukarıda 13. paragraf) özellikle, birinin, 1923 yılında imzalanan Lozan Antlaşması’nın yıldönümü vesilesiyle düzenlenen bir konferans sırasında yapılmış olmasının da gösterdiği gibi, başvuranın konuşmalarının ve tezlerinin esası tarihi bir çerçevededir. Ayrıca, başvuran, iki Devlet, yani bir tarafta Türkiye, diğer tarafta halkı kıyım ve tehcirlerden mağdur olan Ermeni tarafı arasındaki bir mesele hakkında siyasetçi olarak konuşma yapmıştır. Bir suçun nitelendirilmesi ile ilgili olduğundan meselenin hukuki bir boyutu da bulunmaktadır.

Buradan hareketle, Mahkeme, başvuranın konuşmasının hem tarihi, hem hukuki, hem de siyasi nitelik taşıdığı kanaatindedir.

113. Yukarıda söylenenler ve özellikle başvuranın konuşmasının taşıdığı kamu yararı göz önüne alındığında, Mahkeme, ulusal makamların takdir payının kısıtlı olduğu kanaatindedir.

β) Başvuranın mahkûmiyetini gerekçelendirmek amacıyla ulusal mahkemeler tarafından kabul edilen yöntem: “oydaşma” kavramı

114. Söz konusu olayların hukuki değerlendirmesine ilişkin olarak, İsviçre Mahkemeleri ve Savunmacı Hükümet tarafından sunulan esas gerekçe, toplum içinde, özellikle de bilim camiasında mevcut olduğu izlenimi bulunan “genel bir oydaşmaya” dayanmaktadır. Mahkeme, iç hukukun uygulanmasının ve yorumlanmasının ilk başta ulusal makamların, özellikle mahkemelerin görevi olduğuna itiraz etmemektedir (*Winterwerp-Hollanda*, 24 Ekim 1979 tarihli karar, seri A no:33, § 46). Bununla birlikte Mahkeme, ulusal mahkemeler tarafından “oydaşma” kavramının kullanılması hususunda aşağıda izleyen hususları eklemenin uygun olacağı kanaatindedir.

115. İsviçre Federal Mahkemesi’nin kendisi de, ihtilaf konusu müdahalenin hukuki niteliği hususunda toplum bünyesinde görüş birliği bulunmadığını kabul etmiştir. Başvuran ve Türk Hükümeti, Savunmacı Devlet’in de itiraz etmediği, farklı görüşler bildiren çok sayıda kaynak göstermiştir. Başvuran ve Türk Hükümetine göre, “genel bir oydaşma”dan söz edilmesi çok güçtür. Mahkeme, İsviçre siyasi kurumları arasında bile bir görüş farklılığı bulunduğunu hatırlatarak söz konusu görüşü paylaşmaktadır: Ulusal Konsey yani federal parlamentonun alt kanadı, resmi olarak Ermeni soykırımını tanıırken, İsviçre Federal Konseyi müteaddit defalar resmi tanımayı reddetmişlerdir (bkz, Federal Mahkeme kararının 4.2 ve 4.5 maddeleri, yukarıda 13. paragraf). Keza, günümüzde, yalnız yaklaşık yirmi ülkenin (dünyadaki yüz doksandan fazla ülkeden) Ermeni soykırımını tanıdığı oldukları da görülmektedir. Bu tanıma, bazen, İsviçre’de olduğu gibi söz konusu Devletlerin hükümetlerince değil, yalnızca parlamentolarından veya bu parlamentonun kamaralarından biri tarafından gerçekleştirilmiş olabilmektedir (bkz., bu bağlamda Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi üyelerinden bazılarının 24 Nisan 2013 tarihli beyanları, yukarıda 29. paragraf).

116. Ayrıca, başvuran ile birlikte Mahkeme de, “soykırımın” kesin bir biçimde tanımlanan hukuk kavramı olduğu kanaatindedir. Günümüzde 1948 Sözleşmesi’nin 2. maddesi (yukarıdaki 18. paragraf) uyarınca Devletlerin sorumluluğunu gerektiren, özellikle Roma Statüsü’nün 5. maddesi (yukarıdaki 20. paragraf) uyarınca da, kişisel sorumluluğu doğuran uluslararası düzeyde düzenlenmiş yasadışı bir olgu söz konusudur. Uluslararası Adalet Divanının ve Ruanda İçin Uluslararası Ceza Mahkemesinin içtihadı (yukarıdaki 21-23. paragraflar) uyarınca, soykırım suçunun oluşması için, yalnızca hedef alınan grubun üyelerinin bu gruba üye olmaları nedeniyle hedef alınmaları değil, aynı zamanda işlenen fiillerin, kısmen veya bütünüyle, grup olarak yok etmek (*dolus specialis*) amacıyla gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir. Dolayısıyla dar bir şekilde tanımlanan, ayrıca

kanıtlanması zor olan hukuki bir kavram söz konusudur. Mahkeme, başvuranın mahkûmiyetini meşru kılmak için, İsviçre mahkemelerinin atıfta bulunduğu “genel oydaşmanın” söz konusu çok özel hukuki hususları kapsadığına ikna olmamıştır.

117. Her halükarda, doğası itibariyle tarihi araştırmanın tartışmalı ve tartışmaya açık olması ve nihai sonuçlara ulaşmaya veya nesnel ve kesin gerçekleri ifade etmeye pek imkân vermemesi nedeniyle, mevcut başvurudakine benzer olaylara ilişkin olarak bir “genel oydaşma”, özellikle de bilimsel bir oydaşma olabileceği bile kuşkuludur (bkz, bu anlamda, İspanya Anayasa Mahkemesi’nin 235/2007 sayılı kararı, yukarıda 38-40. paragraflar). Bu bağlamda, işbu dava, Holokost suçlarının inkârına ilişkin davalardan açıkça ayrılmaktadır (bkz, örneğin, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi tarafından görülen *Robert Faurisson- Fransa*, 8 Kasım 1996, tebliğ no: 550/1993, doc. CCPR/C/58/D/550/1993 (1996)). İlk olarak, söz konusu davalarda başvuranlar yalnızca bir suçun hukuki niteliğine itiraz etmemiş, bazen gaz odalarının mevcudiyeti gibi çok somut tarihi olguları inkâr etmişlerdir. İkinci olarak, söz konusu başvuranların mevcudiyetlerini inkâr ettikleri suçlara ilişkin mahkûmiyetlerin, 8 Ağustos 1945 tarihli Londra Antlaşması’na ekli (Nürnberg) Uluslararası Askeri Mahkemesi Statüsü’nün 6. maddesinin (c) fıkrası (yukarıda 19. paragraf) ile sarih bir hukuki temeli bulunmaktaydı. Son olarak, başvuranlar tarafından tartışmaya açılan fiillerin gerçekleştiğinin uluslararası bir mahkeme tarafından açık bir biçimde saptandığı değerlendirilmiştir.

118. Sonuç olarak, Mahkeme, mahkûmiyeti temellendirmek amacıyla ulusal mahkemeler tarafından benimsenen yöntemin şüpheli olduğu kanaatindedir.

γ) Zorunlu bir sosyal ihtiyacın bulunup bulunmadığı hususunda

119. Mahkeme, Sözleşme’nin 17. maddesinin uygulanması bağlamında yaptığı değerlendirmede, başvuranın sözlerinin, nefret ve şiddeti teşvik edebilecek nitelikte olmadığını kanıtladığı kanaatindedir (yukarıda 51-54. paragraflar). Ayrıca Mahkeme, Holokost’un inkârının bugün antisemitizmin asıl itici gücü olduğuna dair Türk Hükümeti’nin görüşünü paylaşmaktadır. Zira Mahkeme, bu olgunun halen güncel olduğunu ve uluslararası toplumun bunun karşısında kararlılık ve ihtiyat göstermesi gerektiği kanaatindedir. Buna karşılık 1915 yılında ve izleyen yıllarda meydana gelen trajik olayların “soykırım” olarak nitelendirilmesinin reddinin aynı etkilere sahip olacağını söylemek mümkün değildir.

120. İsviçre Hükümeti tarafından Mahkeme’ye sunulan İsviçre Karşılaştırmalı Hukuk Enstitüsü’nün yukarıda sözü edilen 19 Aralık 2006 tarihli çalışması, (yukarıda 30. paragraf), incelenen 16 ülke arasından, yalnızca ikisinin, yani Lüksemburg ve İspanya’nın, münhasıran Nazi rejimi tarafından işlenen suçların değil, soykırımın inkârını genel olarak suç saydığını göstermektedir. Görünüşe göre diğer tüm Devletler, böyle bir mevzuat düzenlemenin “zorunlu sosyal ihtiyacını” hissetmemişlerdir. Bu bağlamda Türk Hükümeti gibi Mahkeme de, İsviçre Hükümeti’nin, bir kişiyi yalnızca 1915 yılında ve izleyen yıllarda eski Osmanlı İmparatorluğu topraklarında meydana gelen olayların, hukuki açıdan “soykırım” olarak nitelendirmesine karşı çıkan beyanlarına dayanarak, ırk ayrımcılığı

suçundan cezalandırılması için İsviçre’de neden diğer ülkelerden daha güçlü bir sosyal ihtiyaç bulunduğunu kanıtlayamadığı kanaatindedir.

121. Ayrıca, sözkonusu çalışmanın yayınladığı 2006 yılından itibaren iki önemli gelişme meydana gelmiştir. Öncelikle 7 Kasım 2007 tarihli bir kararla (no: 235/2007), İspanya Anayasa Mahkemesi, Ceza Kanunu’nun 607. maddesinin 2 ikinci fıkrasının birinci bendi (yukarıda 36 ve 38. paragraflar) ile düzenlenen soykırım “inkârının” suç sayılmasını Anayasaya aykırı bulmuştur. Mahkeme, bir soykırım suçunun varlığının yalnızca inkâr edilmesinin doğrudan şiddeti teşvik oluşturmayacağını ve belli olayların meydana gelmiş veya gelmemiş olması hususunda, sözkonusu olaylar ve yasadışı olup olmadıkları hakkında değer yargısında bulunmadan yalnızca sonuçlar yayınlamanın, bilimsel özgürlüğün güvencesi altında olduğunu değerlendirmiştir (*ibid*).

122. Bilahare, Fransa Anayasa Konseyi, yasa ile tanınan soykırımların varlığının inkârının cezalandırılmasını öngören yasanın Anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir (yukarıda 33. paragraf). Mahkeme, “ifade ve iletişim özgürlüğünün, bu özgürlüğün kullanılmasının demokrasinin bir şartı ve diğer hak ve özgürlüklere saygının güvencelerinden biri kadar değerli olduğunu, bu özgürlüğün kullanılmasına yönelik yapılan müdahalelerin gerekli, istenen ve izlenen amaçla orantılı olması gerektiğini (değerlendirme 5)” ve “bu şekilde kendince tanıdığı ve nitelendirdiği suçların varlığına ve hukuki niteliğine yapılan inkârı cezalandırarak, yasa koyucunun, ifade ve iletişim özgürlüğünün kullanılmasına yönelik anayasaya aykırı bir müdahalede bulunduğunu belirterek (değerlendirme 6)” sözkonusu cezai müeyyidenin, özellikle ifade ve araştırma özgürlüğüne aykırı olduğuna hükmetmiştir.

123. Sözkonusu hususlar Mahkeme açısından resmen bağlayıcı içtihatlar oluşturmaya bile, sözkonusu iki gelişmeye duyarsız kalması mümkün değildir. Bu bağlamda Mahkeme, Fransa’nın 2001 tarihli bir yasa ile Ermeni soykırımını açıkça kabul ettiğini hatırlatmaktadır (yukarıda 31. paragraf). Mahkeme, Anayasa Konseyinin kararının, soykırım gibi bazı olayların resmen tanınmasıyla, resmi görüşe karşı çıkan bazı kişilere karşı cezai yaptırım uygulanmasının anayasaya aykırı olması hususları arasında, ilke olarak tutarsızlık olmadığını çok net bir biçimde gösterdiği görüşündedir. Büyük bir çoğunlukla Parlamentoları aracılığı ile Ermeni soykırımını tanımış olan devletler, ifade özgürlüğünün temel amaçlarından birinin, genel menfaate ilişkin olup, tamamen kanıtlanmamış olan konular hakkında tartışmayı canlı tutabilecek nitelikteki azınlık görüşlerinin korunması olduğunun bilincinde olarak cezai yaptırım öngören kanunların kabul edilmesinin gerekli olmadığını değerlendirmiştir.

124. Ayrıca Mahkeme, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi’nin, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 19. maddesi anlamında fikir ve ifade özgürlüğüyle ilgili olarak 2011 yılında yayınladığı 34 sayılı Genel Yorumu çerçevesinde, “Tarihi olaylara ilişkin düşüncelerin ifade edilmesine cezai müeyyide getiren yasalar[ın] Sözleşme’nin Taraf Devletlere (...) getirmiş olduğu yükümlülüklerle bağdaşma[dığını]” (Genel Yorumun 49. paragrafı; yukarıdaki 27. paragraf) belirttiğini hatırlatmaktadır. Komite “Sözleşme[nin] geçmişte meydana gelen olaylarla ilgili yanlış düşüncelerin dile getirilmesini veya yanlış

yorumlanmasının genel olarak yasaklanmasına imkân verme[diğine].” (*ibid*)” olan inancını da kaydetmiştir.

125. Son olarak, mevcut dava konusunun, bir kişinin Ermeni olayları bağlamında, Ceza Kanunu’nun mükerrer 261. maddesine dayanarak hakkında mahkûmiyet verildiği ilk karar olduğunun hatırlatılması da uygun olacaktır. Ayrıca, 14 Eylül 2001 tarihinde, Bern-Laupen Bölge Mahkemesi tarafından, on bir Türk vatandaşı ile birlikte başvuran hakkında, aynı hüküm kapsamında yapılan soykırımın inkârının reddi suçlamasından, sanıkların ayrımcılık yapma niyetinin bulunmamasından dolayı beraat kararı verilmiştir.

126. Yukarıdaki hususlar dikkate alındığında, Mahkeme, başvuranın mahkûmiyetinin “zorunlu bir sosyal ihtiyacı” karşıladığından kuşku duymaktadır.

δ) Tedbirin izlenen amaçla orantılı olması

127. Ayrıca Mahkeme, bir müdahalenin orantılı olup olmadığının belirlenmesi sözkonusu olduğunda, çarptırılan cezaların niteliği ve ağırlığının dikkate alınacak unsurlar olduğunu hatırlatmaktadır (bkz, örneğin yukarıda bahsi geçen *Chauvy ve diğerleri-Fransa*, § 78). Ayrıca Mahkeme, cezai müeyyidelerin, eleştirilerin ifade edilmesine engel olmaya neden olabilecek bir çeşit sansür oluşturmamasını gözetlemelidir. Kamuyu ilgilendiren bir tartışmada böyle bir müeyyideye başvurulması, toplumun hayatını ilgilendiren meselelerin kamuoyu önünde tartışılmasına yapılabilecek katkıları engelleme tehlikesi taşımaktadır (bu anlamda, yukarıda bahsi geçen *Stoll*, § 154). Bu hususa ilişkin olarak, mahkûmiyetin kendisinin, çarptırılan cezanın hafif olmasından daha çok önem taşıdığı da vakidir (bkz, örneğin, yukarıda bahsi geçen *Jersild* § 35 veya *Lopes Gomes da Silva-Portekiz*, Başvuru no: 37698/97, § 36, AİHM 2000-X).

128. Mevcut davada, başvuran, her günü 100 İsviçre Frangı para cezasına çevrilen 90 günlük hapis cezasına mahkûm edilmiş, ceza iki yıl tecil edilmiş; başvuranın, 30 gün hapis cezasına çevrilebilecek 3000 İsviçre Frangı para cezası ve İsviçre-Ermenistan Derneğine 1000 İsviçre Frangı manevi tazminat ödemesine karar verilmiştir. Mahkeme, içlerinden biri özgürlüğü kısıtlayıcı cezaya çevrilebilen sözkonusu cezaların ağırlığının göreceli olmasına rağmen, yine de yukarıda tanımlanan caydırıcı etkileri olabileceği kanaatindedir.

ε) Sonuçlar

129. Yukarıdaki hususları ve özellikle karşılaştırmalı hukuk unsurlarını dikkate alan Mahkeme, başvuranın mahkûm edilmesini haklı göstermek için, ulusal makamlar tarafından ileri sürülen gerekçelerin tümünün yerinde olmadığına ve bütünlük içerisinde değerlendirildiğinde yetersiz olduğuna kanaat getirmektedir. Ulusal mahkemeler özellikle, başvuranın mahkûm edilmesinin ne “zorunlu bir sosyal ihtiyacı karşıladığını” ne de demokratik bir toplumda 1915’e ve izleyen yıllara dayanan zulümlerden mağdur olanların torunlarının onur ve duygularını korumak amacıyla gerekli olduğunu gösterebilmiştir. Ulusal mahkemeler, mutlak bir kamu yararı niteliği taşıyan bir tartışmanın parçası olan hâlihazır davadaki kısıtlı takdir paylarını aşmıştır.

130. Bu itibarla Sözleşme’nin 10. maddesi ihlal edilmiştir.

II. SÖZLEŞME’NİN 7. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

131. İsviçre Ceza Kanunu’nun 261. maddesinin 4. fıkrasının çok muğlak olduğuna kanaat getiren başvuran, mahkûmiyetinin ayrıca Sözleşme’nin 7. maddesiyle düzenlenen “kanunsuz ceza olmaz” ilkesini de ihlal ettiğini ileri sürmektedir.

132. Sözleşme’nin 7. maddesi kapsamında yapılan şikâyet, özellikle ihtilaflı müdahalenin yasal temelini mevcudiyetine ilişkin olarak, Sözleşme’nin 10. maddesi kapsamında yapılan şikâyet açısından, Mahkeme tarafından incelenen hususlardan (yukarıdaki 66-72 paragraflar) farklı hiçbir sorunu ortaya koymamaktadır. Ayrıca sözkonusu şikâyet davanın taraflarına tebliğ edilmemiştir.

133. Dolayısıyla, Sözleşme’nin 7. maddesi kapsamında yapılan şikâyetin ne kabuledilebilirlik ne de esas bakımından ayrıca incelenmesi gerekmektedir.

III. DİĞER SÖZLEŞME İHLALİ İDDİALARI HAKKINDA

134. Sözleşme’nin 6. maddesine atıfta bulunan başvuran, İsviçre Hükümet’i tarafından kendisine vize verilmemesinden ve dolayısıyla hukuki süreç boyunca avukatıyla görüşmemesinden de şikâyetçi olmaktadır. Ayrıca başvuran, Lozan Bölge Mahkemesi’nin ve İsviçre Federal Mahkemesi’nin, kendisinin sunmuş olduğu bazı belgeleri incelememiş olmalarından da şikâyetçi olmaktadır. Üstelik sözkonusu mahkemelerin hiçbir gerekçe göstermeden Bern-Laupen Bölge Mahkemesi’nin bir kararını göz önüne almamaları nedeniyle (14 Eylül 2001 tarihli bir karar, yukarıdaki 17. paragraf) “kanıtların değerlendirilmesinde büyük bir hata” işlenmiştir.

135. Son olarak, başvuran, Sözleşme’nin 14, 17 ve 18. maddelerine atıfta bulunmaktadır. Başvurana göre, İsviçre mahkemeleri, kararlarında kendisi hakkında ayrımcı terimler kullanmıştır.

136. Mahkeme, yeterince ortaya konduğu ve anlaşılır olduğu ölçüde, sözkonusu şikâyetlerin mesnetten yoksun olduğu ve/veya Sözleşme’nin 35 maddesinin 1. fıkrasının öngördüğü üzere ulusal mahkemeler nezdinde yapılmadığı kanaatindedir.

137. Sözkonusu şikâyetlerin açıkça dayanaktan yoksun olduğu ve Sözleşme’nin 35. maddesinin 3. fıkrasının (a) bendi ve 4. fıkrası uyarınca reddedilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.

IV. SÖZLEŞME’NİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI HAKKINDA

138. Sözleşme’nin 41. maddesinin hükümleri uyarınca,

“ Eğer mahkeme bu Sözleşme veya Protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve Yüksek Sözleşmeci Tarafın iç hukuku bu ihlalin sonuçlarını tamamen ortadan kaldırma imkânı sağlamıyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde zarar gören taraf lehine adil bir tatmin ödenmesine hükmeder.”

A. Tazminat

139. Başvuran, sözkonusu zararın nedenini belirtmeksizin 20.000 Avro maddi tazminat talep etmektedir. Ayrıca maruz kaldığı manevi zarar için 100.000 Avro talep etmektedir.

140. Savunmacı Hükümet, özellikle 3000 İsviçre Frangı para cezasını ve İsviçre-Ermenistan Derneğine ödemesine hükmedilen 1000 İsviçre Frangı tutarındaki meblağı fiilen ödediğini göstermemiş olduğu göz önüne alındığında, başvuranın gerçekten bir maddi zarara uğradığını kanıtlamadığını ileri sürmektedir. Manevi tazminat ile ilgili olarak, Hükümet, yalnızca Sözleşme’nin 10. maddesinin ihlal edildiği tespitinin adil tatmin oluşturacağı kanaatindedir.

141. Mahkeme de Savunmacı Hükümet gibi, başvuranın maddi tazminat talebini yeterince temellendirmediği değerlendirmesinde bulunmaktadır.

142. Manevi tazminat ile ilgili olarak, Mahkeme, mevcut dava koşullarının tamamı ışığında, ihlal tespitinin, Sözleşme’nin 10. maddesine aykırı olarak hükmedilen mahkûmiyetin başvuranı uğratabileceği haksızlığı gidermek için yeterli olacağı kanaatindedir.

143. Tazminat olarak hiçbir meblağın ödenmesine gerek olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

B. Yargılama masraf ve giderleri

144. Başvuran, kendisinin, avukatının ve uzmanların seyahatleri nedeniyle yapılan masraf ve giderler için 20.000 Avro talep etmektedir.

145. Hükümet öncelikle, talebin yeterince temellendirilmemesi nedeniyle başvurana bu başlık altında hiçbir ödeme yapılmasına gerek olmadığını ileri sürmektedir. İkinci seçenek olarak, 9.000 İsviçre Frangının ulusal mahkemeler ve Mahkeme nezdindeki yargılama için yapılan masraf ve giderlerinin tamamını karşılayacağı görüşündedir.

146. Mahkeme içtihadına göre, bir başvuran yargılama masraf ve giderlerinin geri ödemesini ancak gerçekliği, gerekliliği ve oranlarının makul yapısı ortaya konduğu süreçte elde edebilir (*Philis-Yunanistan (no: 1)*, 27 Ağustos 1991, § 74, seri A no: 209). Mevcut davada, sahip olduğu belgeleri ve içtihadını göz önüne alan Mahkeme, başvuranın talebini yeterince temellendirmediği kanaatine varmaktadır. Dolayısıyla Mahkeme talebi reddetmektedir.

147. Yargılama masraf ve giderleri için hiçbir miktarın ödenmesinin gerekli olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

BU GEREKÇELERE DAYALI OLARAK, MAHKEME,

1. Oybirliği ile, başvurunun, Sözleşme'nin 10. maddesi kapsamında yapılan şikâyetle ilişkin kısmının kabuledilebilir, Sözleşme'nin 6, 14, 17 ve 18. maddeleri kapsamında yapılan şikâyetlere ilişkin kısmının kabuledilemez olduğuna;

2. İkiye karşı beş oyla, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğine;

3. Oybirliği ile, Sözleşme'nin 7. maddesi kapsamında yapılan şikâyetin kabuledilebilirliğine ve esasına ilişkin olarak ayrıca bir inceleme yapılmasının gerekli olmadığına;

4. İkiye karşı beş oyla, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiği tespitinin başvuranın maruz kaldığı tüm manevi zararlar için yeterli adil tatmini oluşturduğuna;

5. Oybirliği ile, adil tatmine ilişkin geri kalan talebin reddedilmesine karar vermiştir.

İşbu karar Fransızca olarak düzenlenmiş ve Mahkeme'nin iç tüzüğünün 77. maddesinin 2. ve 3. fıkralarına uygun olarak 17 Aralık 2013 tarihinde yazılı olarak bildirilmiştir.

Mevcut karar ekinde Sözleşme'nin 45. maddesinin 2. fıkrası ve İçtüzüğün 74. maddesinin 2. fıkrası uyarınca aşağıdaki ayrı görüşler yer almaktadır:

- Yargıç Raimondi ve Yargıç Sajò'nun ortak mutabık oy görüşleri
- Yargıç Vučinić ve Yargıç Pinto de Albuquerque'nun kısmen ayrı oy görüşleri

YARGIÇLAR RAIMONDI VE SAJÒ’NUN MUTABİK OY GÖRÜŞÜ(Tercüme^{*})

İnsan hakları mahkemeleri yargıçlarının, özel ahlaki bir yükümlülük olarak önlerine gelen davanın ilgilendirdiği kişilere karşı kendi tutumlarını açıklamalarını gerektiren durumlar vardır. Mevcut dava da bunlardan biridir.

Ermenilere karşı neden özel bir yükümlülüğümüz var? Zira bir halkın bir hükümetin desteğiyle yok edilmesi her zaman özel bir dikkat gerektirir ve bu hepimize belli sorumluluklar yüklemektedir. Ermeni halkı 1915 yılından 1917 yılına kadar tarifi imkânsız acılar çekti. Geçmişte yaşanan haksızlıkların ve acıların hiçbir surette tam olarak tanınmadığı ve telafi edilmediği için *Mets Yegherrn*’den (*Büyük Suç*) sonraki beşinci kuşağın bile üzerinde etkileri kısmen devam etmektedir.

Ermeni toplumunun birçok mensubu bu davada çoğunluğun tutumu karşısında belki de kendilerini terk edilmiş, hatta ihanete uğramış hissedeceklerdir. Belki bir kez daha geçmişte Ermeni cemaatlerine uygulanan kıyımlar dikkate alındığında kendilerine hak ettikleri anlayışın ve saygının gösterilmediği sonucuna varacaklardır. Bu tepkiyi tahmin ettiğimiz için burada kendimizi ifade etmeye çabalayacağız.

Birçok Ermeni *Büyük Suç*’u tam anlamıyla kabul etmek için onu koşulsuz olarak soykırım olarak nitelendirmek gerektiğine inanıyor. Bununla birlikte, tarihi gerçeği ortaya çıkarmanın hukuka ve hele mahkemelere hiç düşmediği haklı olarak sıkça söylenir. Bu, yargıcın tarihi sorumlulukları belirlemesini engellemez. Bunun için kaçınılmaz olarak tarihe bakması gerekecektir; ancak tarih, olgulardan fazlasını barındırır. Sözü edilen dönem, ondan önceki dönemde meydana gelen kıyımlar (bilhassa Hamidiye katliamları) ışığında incelendiğinde, Osmanlı İmparatorluğu’nun Ermeni vatandaşlarının, yüz binlerce (tahminler 600.000 ile 1.500.000 arasında değişmektedir) kişinin ölümü veya ıstıraplarıyla sonuçlanan ve Ermenilerin ayrı bir toplum olarak yok edilmesine neden olmaya yüz tutan bir Devlet politikasına maruz kaldıklarını ortaya koyan (mevcut bağlamda fazlaca hukuki bir ifadeyle) yeterli delilin olduğuna kani olmuş durumdayız. Bu olayları tetikleyen etkenlerin hala tartışmalı olduğu doğrudur. Bununla birlikte, yine de Devletin eyleminin – ya da duruma göre eylemsizliğinin – korkunç bir trajedinin, çocukların ve masumların ölümünün kaynağını oluşturması hiçbir surette haklı gösterilemez.

Bize olayları tanımlamak ve nitelendirmek düşmektedir ve işte bu aşamada hukuk, “*the moral truth*” [sübjektif gerçek; Fransızca metinde İngilizce olarak kullanılmıştır] ve tarih karşı karşıya gelmektedir. Raphael Lemkin’in (*Axis Rule in Occupied Europe, 1944*)

* İşbu bölüm ve müteakip bölüm Fransızcadan başka bir dilde kaleme alınmış olup Mahkeme tarafından, Fransızca olan karara ek oluşturmak için Fransızcaya çevrilmiştir. Mevcut Türkçe çeviri Fransızcasından yapılmıştır.

soykırım kelimesini türettiğinde, kafasında 1915 yılı katliam ve tehcirlerinin olduğunu biliyoruz. Bu terimin günlük dilde sözü edilen olayları nitelendirmek için kullanımı oldukça yaygındır ve hiçbir yaptırıma tabi değildir. *Dink* kararını da bu bakış açısıyla değerlendiriyoruz.

Buna mukabil soykırımın inkârı ve tarihin belli bir dönemindeki olayları resmen soykırım olarak tanımakla ilgili olarak, birçok ülke belli olaylara ilişkin ifadeleri müeyyideye tabi tutmak hususunda sözkonusu belli olayları ve uluslararası yargının bunlarla ilgili değerlendirmesini temel almakta, başka ülkeler ise soykırımın çağdaş hukuktaki tanımını dikkate alarak kendi iç hukukunda hangi soykırımların inkârının cezai müeyyideye tabi tutulacağını özel hükümlerle düzenlemektedir.

Bu kısıtlı tanım ifade özgürlüğü bağlamında çok büyük önem taşıyan hukuki güvenlik ihtiyacına karşılık gelmektedir. Zira, Ermeniler – modern soykırım anlayışının yerleşmesinden evvel çok büyük haksızlığa uğramış diğer toplumlarla aynı şekilde ya da 1948’den sonra siyasi gerekçelerle bir kenara bırakılanlar gibi – ek bir haksızlığa maruz kalmıştır: Büyük Suç 1915 yılında, soykırım teriminin geliştirilmesinden ve buna ilişkin içtihadın oluşturulmasından evvel vuku bulmuştur. Bu nedenle Bazı ülkeler Ermeni soykırımına özel olarak atıfta bulunan ve inkâr edilmesine cezai yaptırım öngören özel yasalar kabul ettiler.

İsviçre bunu yapmamıştır. İsviçre Federal Mahkemesi bu davadaki sorunu soykırım tanımını Büyük Suç’u da içine alacak biçimde genişleterek, “genel olarak kabul görmüş” bir soykırımın sözkonusu olduğunu ifade etmek suretiyle aşmaya karar vermiştir. Hukuki bir kavramın bu şekilde genişletilmesi ceza hukukunda sorun yaratır. Bu hâlihazır başvurunun koşullarında, Mahkeme’mizin Sözleşme çerçevesinde koruması gereken ifade özgürlüğünün gerekleri ile bağdaşmamaktadır.

İfade özgürlüğü hakkının ihlal edilip edilmediğini belirlemek için Mahkeme’nin ifadeye yönelik müdahalenin kesin, somut ve öngörülebilir bir yasa ile yapıldı yapılmadığını denetlemesi gerekir. Zira soykırımın tanımı uluslararası hukukta açıktır ve halkın genel olarak kabul ettiği kavramlara göndermede bulunmamaktadır. Elbette, ceza hukuku kavramları bile belirli ölçüde sağduyu ile yorumlanmaya açıktır; ancak burada bir söylemin suç unsurunu oluşturması söz konusudur. Federal Mahkemenin yorumu fazla geniş kapsamlıdır, zira bu yorumun benimsenmesi halinde bir konuşmacı hangi görüşlerinin müeyyideye tabi tutulacağını bilemeyecektir, bu da caydırıcı bir etki yaratacaktır. Üstelik İsviçre hukuku bilimsel bir araştırma kapsamında veyahut sanatsal performansta dile getirilen söylemlere de özür veya istisna getirmemektedir.

İç mevzuatın ulaşması gereken belirginlik düzeyi önemli bir ölçüde sözkonusu metnin kendisine, kapsayacağı alana ve hitap ettiği kişilerin sayısı ve statüsüne bağlıdır (Bkz. *Hashman ve Harrup – Birleşik Krallık* [BD], n° 25594/94, § 31, AİHM 1999-VIII, ve *Groppera Radio AG vd.- İsviçre*, 28 Mart 1990, A serisi n° 173, s. 26, § 68).

Bu başvuruda, başvuran dile getirmiş olduğu sözlerin cezai bir yaptırım gerektirdiğini

öngöremezdi. Daha öncesinde benzer beyanlar için soruşturmalar başlatılmıştı fakat bunların sahipleri beraat etmişti ve bu noktada, en azından ilk derece mahkemeleri bakımından Federal Mahkeme tarafından daha sonra öne sürülen, soykırımın genel olarak kabul görmüş anlamına ilişkin karinenin aşikâr olmadığı çıkarımını yapabiliriz. Aynı şekilde, İsviçre Parlamentosu’nun iki kamarası Büyük Suçun soykırım olup olmadığı konusunda hemfikir değildir.

Mahkeme genel olarak ihtilaf konusu müdahalenin yasa ile öngörülmediği kanısına vardığında yapılan şikâyeti daha fazla inceleme gereği duymaz. Ancak mevcut davada daha ileri gidilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

Mevcut davada, Mahkeme ifade özgürlüğünün sınırlamasının amacını Büyük Suç sırasında yaşamını yitirenlerin onurunu korumak olarak yorumlamıştır. Fakat bu amaç en iyi ihtimalle ikinci sıradadır ve orantılılık incelemesinde ihlalin ağır basmasına neden olmaktadır: hayatta olmayanların anısına saygı gösterilmesi, ne kadar önemli olursa olsun, günümüzde yaşayan bir konuşmacının, bilimsel araştırma kapsamında dile getirdiğini ifade ettiği sözlerin cezalandırılmasına neden olamaz.

Öte yandan İsviçre Hükümeti soykırımın inkârının cezalandırılmasının kamu düzeninin korunması amacını güttüğünü öne sürmüştür ki, bu kanaatimizce davanın koşullarında itiraz kabul etmez bir durumdur. Mahkeme, yapılan müdahalenin amacının, ancak davayı kendisinin incelediği aşamada, yani *a posteriori* [sonradan] bildirildiğinde ihtiyatla davranmalıdır. Ancak hâlihazır davada durum böyle değildir: soykırımla ilgili hüküm, İsviçre’nin Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme’den (1965) ileri gelen yükümlülükleri kapsamında Ceza Kanununa dercedilmiştir.

Son olarak, bu tutumunu desteklemek amacıyla Federal Mahkeme şunu ifade etmiştir: “temyiz edenin mahkûm edilmesiyle kimliklerini 1915 soykırımının anısında bulan Ermeni toplumu mensuplarının insan onurunun korunması amaçlanmaktadır”. Bir ulusun veya ulusal bir topluluğun ulusal bir trajediye dayanan kimlik oluşumu hakkında bir kanaate varma hakkımız olmasa bile, bazı sözlerin belirli bir kesimin kimliğine karşı saldırı oluşturduğu gerekçesiyle cezai yaptırıma konu edilmesi son derece rahatsız edicidir (Bkz. bu bağlamda Mahkeme’nin özellikle *Dink* kararında Türklükle ilgili saptamaları). Bu bir tartışma konusudur (Bkz. bu bağlamda Hrant Dink’in *Dink* davasındaki eleştirel tutumu).

Federal Mahkeme bu noktayı geliştirmemiştir. İnsan onuru insan haklarının oluşumunda temel bir değer olarak sayılsa da, insan onurunu korumak adına hakların kısıtlanmasının sağlayacağı katkı muğlaktır. Bireyin ait olduğu grubun insanlığının yadsınması veya küçültülmesi kuşkusuz insan onuruna tecavüz oluşturabilir: bireyin, insanlığın bir parçası olmadığı iddia edilen belli bir gruptan olması nedeniyle bu grup dışındaki herhangi bir bireyin aksine insanlığa ait olmadığının söylenmesi böyle bir durumdur. Ancak Talat Paşa ve yandaşları tarafından bir kıyım planı hazırlandığını inkâr etmenin bu anlamda Ermeni toplumunun mensuplarının onuruna nasıl bir zarar verdiğini anlamak oldukça güçtür. Bunun istisnası, böyle bir beyanın Ermeni kimliğinin soykırıma bağlı bileşeninin bir

sahtecilikten ibaret olduğu şeklinde anlaşılmasıdır. Oysa başvuranın hukuki nitelermeye itiraz etmesinden çıkarılabılen tabii anlam bu değildir. Her halükarda İsviçre makamlarının açıklamalara atfettikleri anlam da bu olmamıştır.

Başvuranın dile getirmiş olduğu düşünceler saygısız hatta hakaret içerikli olsa da bahse konu grubun insanlığını küçültmemektedir. Elbette, inkâra dayalı fikir ve düşünceler toplumun belirli bir kesiminin tarihi gerçekleri ve koşulları dikkate alındığında kini ve şiddeti teşvik ettiği ve mutlak bir tehlike oluşturduğu takdirde suç oluşturabilir. Fakat İsviçre’de bu unsurların hiçbirisi mevcut değildi.

Aslında bu başvuruda başvuranın ifade özgürlüğüne karşı yapılan müdahalenin ve bunu öngören kanunun birincil amacı ırk ayrımcılığı temeline oturtulmaktadır (“ırk” ifadesini burada milliyeti de kapsadığı şekilde anlamak gerekmektedir; aynı şekilde soykırım yalnızca etnik bir grubu değil, dini veya ulusal bir topluluğu da hedefleyebilmektedir). Bu davada yorumlandığı haliyle hukuki yaklaşım, bir toplumun yok edilmesine ilişkin hukuki nitelermeyi reddeden her türlü söylemin ırkçı ya da ırk ayrımcılığı nitelikli olduğu veya bir ayrımcılık fiili olarak değerlendirildiği şeklindedir. Hukuk çerçevesinde bu tür kayıtsız şartsız bir suçlamada bulunulması, söylemin ifade özgürlüğü kapsamına giren boyutlarının incelenmesini imkânsız kılmaktadır: bilimsel yaklaşım çerçevesinde ama saygısızca ifade edilmiş olsalar bile, bu sözler otomatik olarak ırk ayrımcılığı fiiline dönüşmektedir.²²

Mahkeme, haklı olarak, 17. madde açısından incelemeyi resen (*sponte sua*) yapmaya karar vermiştir. Soykırımın inkârının (1915 olaylarını da kapsayan veya zımnen yapıldığı düşünülen) koşulsuz biçimde suç olarak sayılması, bu inkârın hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirildiği anlamına gelmektedir (bkz, bu bağlamda, aşağıda sözü edilen *Faurisson* davasındaki Fransız Mahkemelerinin tutumu: Fransız mahkemeleri, revizyonist beyanların söylem değil saldırı oluşturduğu değerlendirmesinde bulunmuştur). Mahkeme’nin 10. ve 17. maddeler bağlamındaki içtihadı göz önüne alındığında böyle bir konuşma, yalnızca teoride şok etkisi yaratıcı değil aynı zamanda fiilen de yıkıcı bir nitelik taşımaktadır. Mahkeme, 17. madde kapsamında bir kötüye kullanma tespit ettiğinde, bu tespitini, 10. maddenin totaliter amaçların etkisindeki gruplar tarafından ileri sürüldüğünde (*Vajnai – Macaristan*, başvuru no: 33629/06) ve konuşma fiilinin kendisinin de yıkıcı bir potansiyel taşıdığına yapmıştır.

²² Söz konusu yaklaşımın olası sonucu için bkz. Bernard Lewis davası: Le Monde gazetesinde yayımlanan bir röportajda Lewis şunları söylemiştir: “ Osmanlı Hükümeti’nin Ermeni halkını ortadan kaldırmayı amaçladığına dair bir kararına veya bir planına ilişkin ciddi hiçbir kanıt bulunmamaktadır (...).” Lewis 21 Haziran 1995 tarihinde (hukuk yargısı kararı, Paris Asliye Hukuk Mahkemesi) Medeni Kanunun 1382. maddesi uyarınca, kendisini “inkarcılıkla” suçlayan davacı kuruluşlara bir Frank tazminat ödemeye mahkûm edilmiştir. Mahkeme, kararında aşağıdaki hususları belirtmiştir: “tezinin aleyhindeki unsurların üzerini örterek (...) nesnellik ve ihtiyat yükümlülüklerini ihmal etmiştir; sözleri, Ermeni toplumunun acısını haksız biçimde canlandırmaya müsaittir ve tazminat ödenmesini haklı kılmaktadır.”

Ceza hukukunda bir söylemin kayıtsız şartsız suç olarak yorumlanması, 17. maddenin temelini oluşturan görüşleri yansıtmaktadır ve özünde sorunlara gebe dir. Zira başka hususlar meyanında, ceza hukukunun mutlak yapısı çerçevesinde bazı sözlerin ifade edilmesi bizzat suç teşkil ettiğinde, söylemin ifade özgürlüğü kapsamındaki boyutlarının incelenmesi ve orantılılık değerlendirilmesinde bulunulması artık pek mümkün olmamaktadır.

Robert Faurisson–Fransa (tebliğ no: 550/1993, BM sayı no: CCPR/C/58/D/550/1993 (1996)) davasındaki tespitlerinde Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Nürnberg Uluslararası Askeri Mahkemesi’nin değerlendirmelerinin ve kararının tartışma konusu yapılmasını fiilen suç haline getiren Gayssot Yasası’nın hükümlerinin uygulanmasının BM Sözleşmesi ile bağdaşmayan kararlar veya tedbirler almaya neden olabileceğini açıkça kabul etmiştir.

İşbu davada, başvuran, tarihsel bir soruna ilişkin bilimsel görüşünü ifade etmiştir. Federal Mahkeme, biraz daha farklı bir yorumu dikkate almış görünmektedir: “kasıt ile ilgili ilgili olarak Asliye Ceza mahkemesi, hukuk doktoru ve politikacı olan, kendisine yazar ve tarihçi diyen temyiz edenin, günün birinde tarafsız bir komisyon Ermeni soykırımı gerçekten yaşanmıştır dese bile tutum değiştirmeyeceğini açıklayarak, bilinçli olarak hareket ettiğini kaydetmiştir” Bizim görüşümüze göre, başvuran, mahkeme önünde ileri sürdüklerini kanıtlamak için bilimsel argümanlardan yararlanmaya çalışmıştır ancak söylemleri başta bilimsel bir tartışma bağlamında ifade edilmemişti. Kendi tezleri ile bağdaşmayan araştırma sonuçlarının tamamını göz ardı ettiğinden, tutumu da gerçek anlamda bilimsel değildi. İhtilaf konusu söylemler, İsviçre Parlamentosunun (yasamaya ilişkin) politikasını etkilemek amacıyla kamu yararına sahip siyasi bir tartışmada kaydedilmiştir. Bununla birlikte sözkonusu davanın incelenmesinde araştırma özgürlüğünün önemli olduğu hususunda hemfikiriz.

Federal Mahkeme, başvuranın katliamların gerçekliğine itiraz etmediğini ve “inkârcılığının” aslında sözkonusu olaylar için başka bir neden ileri sürme gayreti içerdiğini kabul etmiş görünmektedir: “Temyiz edenin ne katliamların ne de tehcirlerin varlığını inkâr ettiğini tespit etmek gerekmektedir. Bunları da, ihtiyatlı bir şekilde yaklaşılabilecek olsa dahi insanlığa karşı işlenen suçlar dışında bir vasıflandırmaya tabi tutmak mümkün değildir. Oysa bu suçları, savaş hukuku veya sözde güvenlik nedenleriyle dahi olsa, haklı göstermek de Ceza Kanunu’nun mükerrer 261. maddesinin 4. fıkrasının hükmü altına girer.” Başvuranın malum trajik olayların “Ermeni saldırısına” dayandığına ilişkin savlarının ciddi biçimde rahatsız edici olduğu kanaatindeyiz. Bazı koşullarda (bkz, aksine bir örnek olarak, *Fàber–Macaristan*, başvuru no: 40721/08, 24 Temmuz 2012), inkârcı söylemle birleşen bu tür ifadeler, kesin ve yakın bir tehlike arz edecek şekilde kine teşvik oluşturabilir ve böylece Mahkeme’nin cezai müdahalenin orantılılığına hükmetmesine temel oluşturan kıstasla bağdaşabilir (*Gül ve diğerleri–Türkiye*, başvuru no:4870/02, §42, 8 Haziran 2010).

Mevcut davada, bununla birlikte, hiçbir şey, sözkonusu söylemin doğrudan, ayrımcı bir kine teşvik oluşturduğunu göstermemektedir. Başvuranın kullanmış olduğu ifadelerden dolayı cezalandırılması İsviçre gibi demokratik bir toplumda gerekli miydi? Mahkeme’nin

1915 olaylarının hukuki nitelendirilmesinin reddinin, başlı başına Ermeni halkına karşı kine teşvik edecek nitelikte olmadığına dair yaklaşımını paylaşmaktayız.

Faurisson davasında, revizyonist söylemin okuyucuları Yahudi düşmanı davranışlara sürükleyeceği hususu ifade edilmiştir. Mevcut davada aksine, başvuranın, Ermeni karşıtı duygulardan daha çok siyasi görüşlerine uygun olarak emperyalist karşıtı düşüncelerini dile getirdiği söylenebilir: “soykırım yalanı” olarak adlandırdığı şeyi Ermenilerin kendilerinden çok uluslararası emperyalizme atfetmektedir.

İlke olarak, kine teşvikin, kimliği belli kişilere karşı yürütülmesi gerekmektedir ve bundan belli bir gruba yönelik bir çeşit tahkir anlamı çıkarılmaz. *Faurisson* davasında, Elizabeth Evatt ve Eckart Klein, David Kretzmer’in de katıldığı mutabık görüşte aşağıdaki şekilde bir istisnai olasılık²³ belirtilmiştir: “Yine de ırkı, dini veya ulusal kökeni nedeniyle bir kişinin ayrımcılığa yönelik teşvike karşı korunması hakkının, teşvike dair kesin, açık bir yasa ile tam anlamıyla güvence altına alınamadığı koşullar oluşabilir (...). Sosyal ve tarihi özel bir bağlamda, teşvikin tam yasal tanımını karşılamayan bazı beyanlar, belirli bir ırksal, dini veya ulusal gruba yönelik tahrik sistemi çerçevesinde ifade ediliyorsa bunun bir örneğini oluşturabilir. Keza, etkileri açık tehditten daha tehlikeli olmasına rağmen, düşmanlık ve kin yayma amacı taşıyan kişiler, ırkçı teşvike karşı cezalandırılmayan zımnî ifade şekilleri kullandıklarında da aynı durum oluşabilir.”

Benzer koşulların mevcudiyetinin sözkonusu davada açıkça gösterilmesi gerektiği kanaatini taşımaktayız. Benzer koşulların yokluğunda, “inkârcılığa” yaklaşıp dahi başvuranın konuşmasının cezalandırılması, müdahalenin gerekliliği kıstasını karşılamamaktadır; dolayısıyla, hâlihazır davada hükmedilen cezai müeyyide orantısızdır. Yasanın meşru amacına, amacı ne olursa olsun tartışma konusu yapılamayan yasal bir dogmadan ziyade daha az katı bir hükümle ulaşılabilirdi.

²³ Burada niyetimiz, adigeçenlerin sözkonusu dava hakkındaki görüşlerini tasdik etmek değildir.

YARGIÇLAR VUČINIČ VE PINTO DE ALBUQUERQUE’NİN KISMİ AYRI OY GÖRÜŞÜ*

(Tercüme)

1. *Perinçek* davası, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin (Mahkeme) hiçbir zaman incelememiş olduğu iki hukuki meseleyi ele almaktadır: Ermeni Soykırımı’nın uluslararası alanda tanınması ve sözkonusu soykırımın inkârının suç sayılması. Böylesine derin sorunların Büyük Daire kararı gerektirdiğine inanmakla birlikte, işbu görüşün kısıtlı sınırları içerisinde mümkün olduğunca kapsamlı bir biçimde bu hususları inceleme arzusundayız. Başvuranın yapmış olduğu şikâyetin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (Sözleşme) 17. maddesi kapsamında kabuledilebilirliğine ilişkin ciddi kuşkularımız olmasına rağmen Sözleşme’nin 10. maddesi kapsamında başvuran tarafından ileri sürülen hukuki argümanların tamamını değerlendirmek amacıyla şikâyetin esas bakımından incelenmesine razı olduk. İhtilaf konusu beyanlar ilk bakışta (*prima facie*) Sözleşme’nin temelini oluşturan değerlere aykırı oldukları izlenimi verseler de, bunu bahane ederek sıkıntılı hukuki sorunlara eğilmekten kaçınma isteğinde değiliz. Her halükarda, konuyu iyice değerlendirdikten sonra hâlihazır davada Sözleşme’nin 10. maddesinin ihlal edilmediği sonucuna ulaşmaktayız. Buna karşın Sözleşme’nin 7. maddesi kapsamında yapılan şikâyetin ayrıca incelenmesine gerek olmadığı hususunda hemfikiriz.

Ermeni soykırımının uluslararası alanda tanınması

2. 16 Aralık 2003 tarihinde Ulusal Konsey tarafından açıklanan resmi bir beyanla, Savunmacı Devlet, 1915 yılında Osmanlı İmparatorluğu altındaki Ermeni halkının maruz kaldığı olayları “soykırım”²⁴ olarak tanımıştır. Sözkonusu resmi tutuma uygun olarak, Sulh Ceza Mahkemesi, Ceza İstinaf Mahkemesi ve Federal Mahkeme, Ermeni soykırımının, İsviçre Ceza Kanunu’nun mükerrer 261. maddesinin 4. fıkrasının lafzına uygun olarak Devlet ve İsviçre toplumu tarafından kabul edilen tarihi bir olgu olduğu değerlendirmesinde bulunmuşlardır. Dolayısıyla sözkonusu mahkemeler, İsviçre toplumunda, Ermeni soykırımının inkârının cezalandırılmasının hukuki bir temelini olduğuna hükmetmişlerdir. Sözkonusu sonuç keyfi bir nitelik taşımamaktadır.

3. Ermeni soykırımını tanıyan yalnızca İsviçre değildir: soykırım, bizzat Türk Devleti tarafından, o tarihteki tüzel kişiler, kurumlar ve hükümetler tarafından, bilahare dünyanın

* ÇEVİRMENLERİN NOTU: Ülkemizin yakın tarihine atıflarda bulunan bu metinde terim ve unvanlara ilişkin yanlışlar veya belirsizlikler bulunmaktadır. Örneğin 1919’da geçerli olan Osmanlı Ceza Kanunname-i Hümayununa “Türk Ceza Kanunu”, Boğazlıyan Kaymakamı Mehmet Kemal Bey’e ve Diyarbakır Mutasarrıfı Behramzade Nusret Bey’e “Vali”, Erzincan Jandarma Dairesi Yazıcılığı görevinde bulunmuş olan otelci, Hafız Abdullah Avni’ye “Jandarma Komutanı” denmektedir. Bu yanlışların bir kısmı metin kaleme alındığı dilden Fransızca’ya çevrilirken de yapılmış olabilir. Bu metni değerlendirecek okuyucuların bu yanlış ve belirsizlikleri kendileri de görmeleri için bunlar düzeltilmemiştir. Terim ve unvanlarda yanlışlık tespit edilmeyen yerler tercüme edilirken dönemin terimleri kullanılmaya çalışılmıştır.

²⁴ Sözkonusu tarihten önce de yasa koyucu, Ermeni soykırımının, Ceza Kanunu’nun mükerrer 261. maddesinin 4. fıkrası ile öngörülen yeni suçun uygulanması gereken bir duruma örnek olduğunu ifade etmiştir (bkz, Federal Meclis’in Resmi Bülteni-Ulusal Konsey 1993, sayfa 1076).

dört bir yanındaki uluslararası kuruluşlar, ulusal ve bölgesel yönetimler ve ulusal mahkemeler tarafından tanınmıştır.

4. Sözkonusu trajik olaylardan kısa bir süre sonra, Türk Devleti’nin bizzat kendisi Ermeni “kıyımlarını” tanımış ve sorumlulardan bazılarını mahkemeye sevk etmiştir. Türkiye’nin bu takdire şayan pişmanlığı iki türden yargılamaya dönüşmüştür. En önemli ceza davası, Osmanlı İmparatorluğu’nun eski Sadrazamı Talat Paşa’nın, eski Harbiye Nazırı Enver Paşa’nın, eski Bahriye Nazırı Cemal Paşa’nın, eski Maarif Nâzırı Nazım Bey’in ve diğer eski bakanlar ile İttihat ve Terakki Cemiyeti’nin üst düzey sorumlularının Divan-ı Harb-i Örfî mahkemelerinde yargılanması olmuştur; bu davada sanıklardan bazıları gıyabında (*in absentia*) yargılanmıştır. Divan-ı Harb-i Örfî mahkemesi, kararını 5 Temmuz 1919 tarihinde vermiş ve “kıyım ve tehcirlerin, İttihat ve Terakki Cemiyeti Merkez Komitesi²⁵ tarafından alınan kararların sonucu olduğuna dair” iddianamede yer alan nitelendirmeye uygun olarak, çok sayıda sanığı aralarında Ermeni “kıyımının” da olduğu farklı suçlardan ölüm cezasına mahkûm etmiştir. Sözkonusu mahkûmiyetlerin ve çarptırılan cezaların yasal temeli, Türk Ceza Kanunu’nun* 45. ve 55. maddeleriydi.

5. İkinci tip ceza davası, onlarca sanık hakkında açılan çok sayıdaki davayı içermektedir: partinin bölgesel yöneticilerine karşı açılan dava (8 Ocak 1920 tarihinde alınan karar), Yozgat sancağındaki kıyım ve tehcirlerle ilişkin dava (8 Nisan 1919 tarihinde, eski Vali Mehmet Kemal Bey ölüm cezasına mahkûm edilmiştir), Trabzon vilayetindeki kıyım ve tehcirlerle ilgili dava (22 Mayıs 1919 tarihli bir karar ile diğerleri meyanında Cemal Azmi Bey ve Nail Bey idam cezasına mahkûm edilmiştir), Büyük Dere’deki kıyım ve tehcirlerle ilişkin dava (24 Mayıs 1919 tarihinde alınan karar), Harput Vilayetindeki kıyım ve tehcirlerle ilişkin dava (13 Ocak 1920 tarihli bir karar, diğerleri meyanında, Teşkilat-ı Mahsusa’nın eski Başkanı ve İttihat partisinin Merkez Komitesi üyesi Bahattin Şakir idam cezasına mahkûm edilmiştir), Urfa’daki kıyım ve tehcirlerle ilişkin dava (20 Temmuz 1920 tarihli bir karar ile, eski Vali Behramzade Nusret Bey ölüm cezasına mahkûm edilmiştir) ve Erzincan’daki kıyım ve tehcirlerle ilişkin dava (27 Temmuz 1920 tarihli bir karar, diğerleri meyanında Jandarma eski Komutanı Abdullah Avni ölüm cezasına mahkûm edilmiştir). Mehmet Kemal Bey, Behramzade Nusret Bey ve Abdullah Avni Bey’in cezaları infaz edilmiştir.

6. Türk Devleti’nin daha sonra bazı sanıklar hakkındaki cezai hükümleri ortadan kaldırması, o dönemde yürürlükte olan uluslararası hukuk kurallarına uygun olarak verilen sözkonusu kararların uluslararası geçerliliğini tartışma konusu yapmamaktadır²⁶. Zira,

²⁵ bkz., Ermeni halkına yönelik, planlı toplu ölümlerin, sistematik işkencenin ve tehcirlerin varlığını doğrulayan Türk Askeri Mahkemesi tarafından bir araya getirilen unsurlara ilişkin olarak Vahakn Dadrian’ın kaynak metni (“The documentation of World War I Armenian Massacres in the proceedings of the Turkish Military Tribunal” in Int. J. Middle East Stud. 23 (1991), s. 549-576) ile *Journal of Political and Military Sociology*’nin (22. Sayı no:1,1994) özel sayısı ve *Revue d’Histoire de la Shoah*’ın özel sayısı (no:177-178,2003).

* Bkz. bir önceki sayfadaki “Çevirmenlerin Notu”

²⁶ Los Angeles Examiner’a 1 Ağustos 1926 tarihinde yayımlanan bir mülakat veren Mustafa Kemal’in bizzat kendisi, kesin dille yaptığı bir açıklamada, “yaşadıkları yerlerden kitleler hâlinde acımasızca sürülen ve katledilen Hristiyan tebaamızın hayatlarının hesabının sorulması gereken kişiler olan eski Jön Türkler Partisinin sözkonusu üyeleri, Cumhuriyetçi kuralları çiğnemişlerdir” şeklinde bir ifadede bulunmuştur.

uluslararası camia olaylardan haberdar olunca, Fransa, İngiltere ve Rusya 15 Mayıs 1915 tarihinde ortak bir beyanla vakit kaybetmeden resmi tepkilerini belirtmişler ve sözkonusu beyanda üç ülke, Türklerin Ermenilere yönelik olarak “insanlığa ve uygarlığa karşı işledikleri suçlar”dan bahsederek “bu kıyımlardan sorumlu olan Osmanlı Hükümeti’nin bütün üyelerinden ve görevlilerinden” hesabının sorulması gerektiğini dile getirmişlerdir. Sözkonusu tepkiyi, özellikle binlerce Ermeni’nin maruz kaldığı “sessiz acılar”dan ve “korkunç felaket”ten duyulan üzüntünün dile getirildiği 9 Şubat 1916 tarihli Amerikan Temsilciler Meclisi ve Senatosu’nun ortak kararıyla ve Osmanlı Hükümeti’nin topraklarındaki Ermenilere muamelesinin “savaşın ortaya koyduğu kural ve teamüller ile insanlığın temel yasalarını” ihlal ettiği sonucuna ulaşan ve sözkonusu eylemlerden sorumlu olan Osmanlı memurları hakkında kovuşturma açılması gerektiğini ifade eden savaş suçlarının faillerinin sorumluluğu ve cezaların uygulanmasına ilişkin 1919 tarihli Komisyon raporuyla işlenen kıyımların siyasi ve diplomatik bakımdan tanınması izlemiştir. Bilahare, İngiltere, Fransa, İtalya, Japonya, Ermenistan, Belçika, Yunanistan, Hicaz, Polonya, Portekiz, Romanya, Slovenler, Hırvatlar ve Sırp Devleti, Çekoslovakya ve Türkiye tarafından 10 Ağustos 1920 tarihinde imzalanan Sevr Antlaşmasının 226, 227 ve 230. Maddeleri, “Türkiye’de bulunan bir mahkeme nezdinde yürütülen her türlü dava ve kovuşturmaya bakılmaksızın” Müttefik Güçlere, savaş yasalarına ve teamüllerine aykırı eylemlerde bulunmakla suçlanan kişileri askeri mahkemeler önünde yargılama hakkını, Türk Devletine ise “1 Ağustos 1914 tarihi itibarıyla Türk İmparatorluğu’nun parçası olan topraklar üzerinde savaş durumu süresince işlenen kıyımların” sorumlularını Müttefiklere teslim etme yükümlülüğünü düzenlemekteydi. Sevr Antlaşması hiçbir zaman yürürlüğe girmemiş olsa da, uluslararası hukuk teamülünün o dönemdeki durumuna uygun olan bu hükümler, bireysel sorumluluklar doğuran uluslararası bir suçun işlendiğini kabul etmekteydi. Lozan Antlaşması ile sonuçlanan sonraki müzakerelerde cezai sorumluluk ilkesi öngörülmemiş olmasına rağmen, tarihi olgunun kendisi, yani Osmanlı İmparatorluğu Devleti’nin politikası çerçevesinde “insanlık yasalarına” aykırı bir biçimde işlenen “kıyımlar” 15 Mayıs 1915 tarihli ortak Deklarasyona uygun olarak Sevr Antlaşmasının²⁷ imzalayıcıları tarafından kabul edilmiştir. Sevr Antlaşması’nın 230.

Elbette, sözkonusu muamelelere karşı çıkan hatta Ermenileri kurtaran Türkler de vardır (bkz, “Turks who saved Armenians: an Introduction” zoryanistitute.org internet sitesinde). Örneğin, çok sayıda Ermeni’nin hayatını kurtaran Halep ve Konya Valisi bir gün şöyle demiştir: “Maalesef, meseleyi inkâr ve çarpıtmaya imkân yok. Maksat imhaydı ve imha edildiler. Yine gizleme ve saklaması mümkün değildir ki, bu kararı İttihat ve Terakki yöneticileri aldı ve sonuçta kamuoyu da kabul etti.” 1917 ve 1918 yıllarında Osmanlı İmparatorluğu’nun Dahiliye Nazırı Mustafa Arif, şu beyanda bulunmuştur. “Maalesef, savaş sırasında yöneticilerimiz, eşkıyalık ruhuyla en kanlı haydutları gölgede bırakacak biçimde tehcir kanununu uygulamışlardır. Ermenileri imha etmeye karar vermişler ve imha etmişlerdir.” Ayan Meclisi Başkanı, Ahmet Rıza, 21 Ekim 1918 tarihinde, Ermenilerin toplu ölümlerinin “resmi” olarak onaylanan bir suç olduğunu kabul etmiştir. Daha yakın tarihte ise Türk İnsan Hakları Derneği tarafından yapılan 24 Nisan 2006 tarihli cesur ve net beyanı aktarabiliriz.

²⁷ Osmanlının soykırımcı politikası dünyaya olayların doğrudan tanıkları aracılığı ile aktarılmıştır. Amerika Birleşik Devletlerinin 1913-1916 yılları arasındaki Osmanlı İmparatorluğu nezdindeki Büyükelçisi Henry Morgenthau şunları ifade etmiştir: “Geçmişteki büyük kıyımlar ve zulümler, 1915 yılında Ermeni ırkına uygulanan acılarla kıyaslandığında neredeyse önemsiz görülebilir (...) Türk makamları sözkonusu tehcir emirini verdiklerinde özü itibarıyla ve sadece bütün bir ırkı ölüme mahkum etmiştir; tamamen bilinçliydi ve benimle yaptıkları konuşmalarda yöneticiler, sözkonusu olayı hiçbir zaman gizlemeye çalışmamışlardı (...) tek gerekçeleri, soğukkanlılıkla hesaplanan bir Devlet politikasıydı.” Kont Wolff Metternich, Osmanlı İmparatorluğu nezdindeki Almanya Büyükelçisi, Almanya Şansölyesine 10 Temmuz 1916 tarihinde şu

maddesi, en azından XX. yüzyılın başından beri anlaşıldığı şekilde “insanlığa karşı suçlar” kavramını içeren²⁸ Nürnberg Sözleşmesinin 6 c) maddesinin ve Tokyo Sözleşmesinin 5 c) maddesinin inkâr edilemez kaynağıdır.

7. Bilahare sonuçlanan 24 Nisan 1923 tarihli Lozan Antlaşması, ne savaş suçlarına, ne cezalara ilişkin hükümler, ne de savaş süresince işlenen kıyımlara ilişkin bir atıf içermektedir. Ancak ilgili dönem süresince (1 Ağustos 1914 tarihinden 20 Kasım 1922 tarihine kadar) meydana gelen ve “açıkça siyasi olaylara bağlı olduğu” kaydedilen tüm suçlar için sırasıyla Türk Hükümeti ve Yunan Hükümeti tarafından “tam ve mutlak bir af” tanınmasına ilişkin “Genel Affa İlişkin Açıklamayı” beraberinde getirmiştir. Açıklamanın üçüncü maddesinin kişisel ve maddi kapsamı, doğal olarak, ve esasen Açıklamanın tamamı gibi, Türk İmparatorluğu’nun Ermeni halkına uygulamış olduğu kıyımları içermemektedir. Her halükarda, 15 Mayıs 1915 tarihli ortak deklarasyonda tasvir edildiği şekli ile “insanlığa ve uygarlığa karşı suçlar” genel af kapsamına giremez ve antlaşmalar hukuku ve uluslararası teamül hukukunun²⁹ ortaya koyduğu ilke uyarınca soykırım ve

telgrafi ilemiştir: “ Ne bizim, Amerika Birleşik Devletleri Büyükelçisi’nin, Papa temsilcisinin itirazları, ne Müttefik Devletlerin tehditleri, ne dünyanın yarısını temsil eden Batı kamuoyu, Ermeni ırkının ortadan kaldırılması yoluyla Ermeni sorununun çözümünün peşinde olan Türk Hükümetini ikna edememiştir.” Trabzon’daki İtalya Konsolosu Giacomo Gorrini, 25 Ağustos 1915 tarihinde verdiği röportajında şunları dile getirmiştir: “ Ermeniler bir vilayetten diğerine farklılık gösteren muamelelere maruz kalmaktadırlar. Her yerde şüpheliydiler ve gözetleniyorlardı ancak “Ermeni vilayetlerinde” kıyımdan da kötü, gerçek bir ortadan kaldırmanın hedefi oldular”. İstanbul’da bulunan Danimarkalı diplomat Carl Ellis Wandel, 4 Eylül 1915 tarihinde “Türklerin karanlık emelleri: Ermeni halkını ortadan kaldırma” ile ilgili uzun ve detaylı bir rapor hazırladı. Sözkonusu tanıklıklar, Milletler Cemiyeti Mülteciler Yüksek Komiseri Fridtjof Nansen tarafından da teyit edildi. Nansen şunları söyledi: “ Ortadan kaldırma planının tamamı, sorunların kaynağı olabilecek halkın üst bir katmanının ortadan kaldırılmasını amaçlayan, soğukkanlılıkla hesaplanan siyasi bir tedbirdir; buna ayrıca aç gözlülüğün de eklenmesi gerekir.” Winston Churchill de aynı yönde şunları ifade etmiştir: “ Türk Hükümeti, utanmadan, bir alçaklık olan Küçük Asya’daki Ermenilerin kıyım ve tehcirle girişmiş ve sonuçlandırmıştır. Sözkonusu ırkın Küçük Asya’da ortadan kaldırılması, bu ölçekteki bir fiil ne kadar tamamlanabilirse o kadar tamamlanmıştır.” (diğer belgeler için bkz, armenocide.de ve genocide-museum.arm).

²⁸ Sevr Antlaşmasının 226. ve 227. maddeleri gibi, Versailles Antlaşmasının 228.ve 229. maddeleri, Saint-Germain en Laye Antlaşmasının 176. ve 177. maddeleri, Trianon Antlaşmasının 157. ve 158. maddeleri ve Neuilly-sur-Seine Antlaşmasının 118. ve 119. maddeleri Nürnberg Sözleşmesinin 6 b) maddesinin kaynağıdır, Versailles Antlaşması’nın 227. maddesi Nürnberg Sözleşmesi’nin 6 a) maddesinin kaynağıdır.

²⁹ Soykırım ve insanlığa karşı suçlar hakkındaki kovuşturmaların zamanaşımına uğramamasına ilişkin olarak, bkz, aralarında İsviçre’nin de yer aldığı 122 taraf Devlet’in olduğu Uluslararası Ceza Divanının Roma Statüsü’nün (1998) 29. maddesi, Savaş Suçları ve İnsanlığa Karşı Suçların Zamanaşımına Uğramaması Sözleşmesi (1968, 54 taraf Devlet), İnsanlığa Karşı Suçların ve Savaş Suçlarının Zamanaşımına Uğramamasına ilişkin Avrupa Sözleşmesi (1974, 7 taraf Devlet) ve “Ağır Uluslararası İnsan Hakları Hukuku İhlalleri ve Ciddi Uluslararası İnsancıl Hukuk İhlalleri Mağdurlarının Çözüm ve Tazminat Hakkına Dair Temel Prensipler ve Kurallara” dair Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun 16 Aralık 2005 tarihli 60/147 sayılı kararın 6. Paragrafı. BM Genel Sekreteri Kofi Annan, 23 Ağustos 2004 tarihli “Çatışmaya Maruz ve Çatışma Sonrasındaki Toplulukların Geçiş Dönemleri Süresince Hukuk Devletin ve Adaletin İdaresinin Yeniden Hayata Geçirilmesi” başlıklı raporunda, barış anlaşmaları ile Güvenlik Konseyi tarafından kabul edilen kararların ve görevlerin “ her türlü soykırım eylemi ve savaş ve insanlığa karşı işlenen suçlar için genel af imkanı sağlayan her türlü tedbirini kınanmasını” teklif etmiştir (§64 c). Konuya ilişkin olarak 12 Ekim 2011 tarihli izleme raporunda sözkonusu tavsiyeyi yinelemiştir (§§ 12 ve 67). Soykırım eylemleri veya insanlığa karşı suçlar için genel affın yasaklanmasına dair, ayrıca bkz, BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, Çatışmadan çıkan toplumlarda Devlet’in hukuk araçları: Genel Aflar, 2009, HR/PUB/09/01; İnsan Hakları Komitesi, Sözleşmeye Taraf Devletlere Getirilen Genel Hukuki Yükümlülüğün Niteliği hususunda 31 sayılı Genel Gözlem (2004), §18; ile uluslararası mahkemelerin sürekli uygulaması (Sierra Leone için özel Mahkeme, Savcı–Morris Kallon (dava no: SCSL-2004-15-AR72(E)), Savcı – Brima Bazzy Kamara (dava no: SCSL-2004-16-AR72(E)), Appeals Chamber Decision on challenge to jurisdiction: Lomé

insanlığa karşı suçların zorlayıcı ve telafi edilemez niteliği dikkate alındığında zaman aşımına tabi olmaz.

8. Bilahare Ermeni soykırımı gerçeği çok sayıda uluslararası kuruluş tarafından tanınmıştır; özellikle Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin 51 parlamenter tarafından yapılan 24 Nisan 1998 tarihli beyanıyla; 63 parlamenter tarafından yapılan 24 Nisan 2001 tarihli beyanıyla; 26 parlamenter tarafından yapılan 24 Nisan 2013 tarihli beyanıyla; Avrupa Parlamentosunun 18 Haziran 1987, 15 Kasım 2000, 28 Şubat 2002 ve 28 Eylül 2005 tarihli kararlarıyla; MERCOSUR'un (Güney Amerika Devletlerini bir araya getiren Güney Amerika Ortak Pazarı) 19 Kasım 2007 tarihli kararıyla; Türk-Ermeni Uzlaşma Komisyonunun talebi üzerine hazırlanan 10 Şubat 2003 tarihli bağımsız muhtırasıyla Geçiş Dönemi Adaleti Uluslararası Merkezince; 20 Temmuz 2002 tarihli beyanıyla Avrupa Genç Hristiyanlar Birliğince (UCJG); 16 Mayıs 1998 tarihli kararıyla İnsan Hakları Liginde; 13 Haziran 1997 tarihli kararıyla Soykırım Araştırmacıları Birliğince; 24 Nisan 1986 tarihli sürgün kararında Kürdistan Parlamentosu tarafından; 7 Kasım 1989 tarihli beyanıyla *Union of American Hebrew Congregations* tarafından; 2 Temmuz 1985 tarihli raporuyla (Birleşmiş Milletler) Ayrımcılığın Önlenmesi ve Azınlıkların Korunması Alt Komisyonu tarafından; 10 Ağustos 1983 tarihli beyanıyla Dünya Kiliseler Konseyi tarafından ve 28 Mayıs 1948 tarihli raporunda Birleşmiş Milletler Savaş Suçları Komisyonu tarafından.

9. Ermeni soykırımı, çok sayıdaki ülkelerin ulusal mahkemeleri tarafından da tanınmıştır. Amerika Birleşik Devletleri'nde, 10 Aralık 2010 tarihli kararında, (*Movsesian–Victoria Versicherung AG* davası) Dokuzuncu Temyiz Mahkemesi, “Ermeni soykırımı ifadesinin kullanımını Eyaletlere açıkça yasaklayan federal bir politika bulunmadığını” ifade etmiştir; Birinci Temyiz Mahkemesi, 11 Ağustos 2010 tarihinde, aynı davada 10 Haziran 2009 tarihinde Massachusetts Bölge Mahkemesi'nin, eğitimcilere yönelik olarak insan hakları ile ilgili ders programlarının kaynağı olarak “Ermeni soykırımından” söz edilmesi hakkını tanımasını onaylamıştır. District of Columbia Temyiz Mahkemesi, 29 Ocak 1993 tarihli kararında (*van Krikorian-Departement of State* davasında) Amerika Birleşik Devletleri'nin devlet politikasının uzun zamandan beri Ermeni soykırımını tanımak olduğunu ifade etmiştir. Avrupa'da, Paris'te bir mahkeme, 1 Haziran 1995 tarihli kararında, Bernard Lewis'i Ermeni soykırımını inkâr etmekten mahkûm etmiştir; hatta daha da dikkat çekici olarak, bir Berlin Mahkemesi, (bizzat yaşadığı) katliamların travmasına bağlı geçici bunama nedeniyle Osmanlı Sadrazamı Talat Paşa'yı öldüren Soghomon Tehlirian hakkında beraat kararı vermiştir.

Accord Amnesty (13 Mart 2004, §§ 67-73), ve Savcı–Anto Furundžija (dava no: IT-95-17/1-T, 10 Aralık 1998 tarihli karar § 155) ; İnter Amerikan Uluslararası Mahkemesi, Almonacid–Arellano vd.- Şili (26 Eylül 2006 tarihli karar, § 114) ve Velásquez-Rodríguez davası (29 juillet 1988 tarihli karar § 172), ve İnter Amerikan İnsan Hakları Komisyonu, Alicia Consuelo Herrera vd.–Arjantin (Rapor 28/92, 2 Ekim 1992), Santos Mendoza vd– Uruguay (Rapor 29/92, 2 Ekim 1992), Garay Hermosilla–Şili (Rapor 36/96, 15 Ekim 1996), Las Hojas katliamı davası (–El Salvador, Rapor 26/92, 24 Eylül 1992) ve Ignacio Ellacuria vd.–El Salvador (Rapor 136/99, 22 Aralık 1999) ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Okkalı–Türkiye davasında AIHS'nin 3. maddesinin ihlallerinin genel affına karşı ilkesel tutumu (başvuru no: 52067/99, 13 Ekim 2006, § 76)).

10. Son olarak, Ermeni Soykırımı aşağıdaki Devletler ve bölgesel hükümetler tarafından tanınmıştır: Almanya (15 Haziran 2005 tarihli Parlamento kararı), Arjantin (18 Mart 2004 ve 15 Ocak 2007 tarihli yasalar), Belçika (26 Mart 1998 tarihli Senato kararı), Kanada (13 Haziran 2002 tarihli Senato kararı ve 23 Nisan 1996 ve 21 Nisan 2004 tarihli Avam Kamarası kararları), Şili (5 Haziran 2007 tarihli Senato kararı), Kıbrıs (24 Nisan 1975, 29 Nisan 1982 ve 19 Nisan 1990 tarihli Temsilciler Meclisi kararları), Amerika Birleşik Devletleri (9 Nisan 1975, 12 Eylül 1984 ve 11 Haziran 1996 tarihli Temsilciler Meclisi kararları)³⁰ Fransa (29 Ocak 2001 tarihli yasa)³¹, Yunanistan (25 Nisan 1996 tarihli Parlamento kararı), İtalya (16 Kasım 2000 tarihli Meclis kararı), Lübnan (11 Mayıs 2000 tarihli Parlamento kararı, 3 Nisan 1997 tarihli Millet Meclisi kararı), Litvanya (15 Aralık 2005 tarihli Meclis kararı), Hollanda (21 Aralık 2004 tarihli Parlamento kararı), Polonya (19 Nisan 2005 tarihli karar), Rusya (14 Nisan 1995 tarihli Duma kararı), Slovakya (30 Kasım 2004 tarihli karar), İsveç (11 Mart 2010 tarihli Parlamento kararı), Uruguay (20 Nisan 1965 tarihli Senato ve Temsilciler Meclisi kararı ve 26 Mart 2004 tarihli yasa), Vatikan (10 Ocak 2000 Papa Jean-Paul II ve Katolikos Karekin II'nin ortak beyanı), Venezuela (14 Temmuz 2005 tarihli Ulusal Meclis kararı); Amerika Birleşik Devletleri'nin 43 Eyaleti; Bask Bölgesi, Katalonya, Balear Adaları (İspanya); Galler, İskoçya, Kuzey İrlanda (Birleşik Krallık); Yeni Güney Galler (Avustralya).

Soykırımı inkâr suçunun hukukiliği

11. Ermeni soykırımı, uluslararası toplum ve Savunmacı Devlet tarafından tanınmış olduğundan, başvuranın ifade özgürlüğüne yapılan müdahale yasaldı; zira Ermeni soykırımının inkâr edilmesinin suç teşkil ettiği İsviçre Hukukunda yeterince ortaya konmuş ve ilgili yasanın hükmü fazla geniş veya muğlak olmayacak şekilde belirtilmiştir.

12. İsviçre Ceza Kanununun mükerrer 261. maddesinin 4. paragrafı, hukukilik ilkesine riayet etmektedir, zira “soykırım veya insanlığa karşı suçlar” İsviçre Ceza Kanununda ve uluslararası hukukta belirtilen suçlara atıfta bulunmaktadır ve sözkonusu suçlar, hem İsviçre Hukukunda hem de uluslararası hukukta özellikle Soykırımı ilişkin Sözleşme’de ve

³⁰ 24 Nisan 2012 tarihinde, Başkan Barack Obama şunları beyan etmiştir: “Bugün, XX. yüzyılın en ağır kıyımlarından biri olan Meds Yeghern’i anıyoruz. Böylece, Osmanlı İmparatorluğu’nun son günlerinde acımasızca katledilen ya da ölüm yürüyüşüne zorlanan 1.5 milyon Ermeni’nin anısını onurlandırıyoruz (...) 1915 yılında meydana gelenlerle ilgili olarak görüşümü her zaman söyledim. Görüşüm değişmemiştir.” 28 Nisan 2008 tarihinde Başkan şunları ifade etmişti: “Ermeni halkına uygulanan zulümleri soykırım olarak tanımamız zaruridir.” 20 Nisan 1990 tarihinde, Başkan George Bush şunları kaydetmiştir: “Tüm dünya Ermenilerinin Osmanlı İmparatorluğu yöneticilerinin ellerinde 1915-1923 yılları arasında maruz kaldıkları korkunç acıların [anısını paylaşmaktayız]. Amerika Birleşik Devletleri, mağdurların acılarını dindirmek amacıyla diplomatik ve özel düzeyde girişimlerde bulunmuş ve insanlığa karşı bu suça karşı çıkmıştır.” Başkan Bush’tan önce, Başkan Ronald Reagan 22 Nisan 1981 tarihinde şunları ifade etmiştir: “Öncesinde Ermeni soykırımı, sonrasında Kamboçya soykırımı ve çok sayıdaki diğer insanlara uygulanan çok sayıdaki zulümler gibi, Holokost, bizim için hiçbir zaman unutmamız gereken bir derstir.” Başkan Jimmy Carter 16 Mayıs 1978 tarihinde şunları söylemiştir: “Halkın çoğunluğu genelde, 1916 yılından önce Ermeni halkının tamamen ortadan kaldırılması amacıyla yürütülen bir çaba olduğunu, bunun belki de bir grubun yaşadığı en kötü dramlardan birini olduğunu – ve bu fiiller için bir Nürnberg Davası açılmadığını bilmemektedir.”

³¹ Cumhurbaşkanı François Mitterrand şunları beyan etmiştir: “Maruz kaldığınız soykırımın izlerini silmek mümkün değildir” Cumhurbaşkanı Charles de Gaulle ise şunları ifade etmiştir: “Zamanın Türk Hükümeti tarafından barışçıl halkınızı ortadan kaldırma amacıyla yapılan kıyımın mağdurlarının önünde saygı ile eğiliyorum.”

Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü'nde³² yeterince belirtilmiştir. Söz konusu suç ayrıca ortak bir Avrupa kuralına da tekabül etmektedir³³. Üstelik İsviçre yasama erkinin, soykırımın ve insanlığa karşı suçların inkârına ilişkin hükmünde kullandığı hukuki yöntem meçhul değildir ve 1. fıkrasında daha genel bir biçimde “suçtan”, mükerrer 1. fıkrasında ise soykırım suçundan bahseden İsviçre Ceza Kanununun 259. maddesi (“suça veya şiddete alenen teşvik”) için kullanılan yöntemle karşılaştırılabilir. Daha da önemlisi, İsviçre Ceza Kanununun mükerrer 261. maddesinin 4. paragrafı, cezalandırılabilir fiilleri ayrımcı gerekçelere yani ırk, etnik köken veya dine dayalı ayrımcılıkla işlenen fiillerle kısıtlı tutan önemli bir sınırlandırmayı (*aus einem dieser Gründen/pour la même raison/aynı nedenden dolayı*) kapsamaktadır.³⁴

13. Söz konusu sonuç Ermeni soykırımının inkârı durumunda ziyadesiyle geçerlidir zira İsviçre Ceza Kanununun mükerrer 261. maddesinin 4. fıkrasının, XX. yüzyılın başında Türkiye’de Ermenilere uygulanan kıyım ve tehcirlerin hukuki niteliği³⁵ ile ilgili olarak

³² İsviçre Hukukunun incelemelerinde bu hususu ortaya konmuştur. (Niggli, Rassendiskriminierung, Ein Kommentar zu Art. 261. bis StG und Art. 171c MStG, 2 Auflage, 2007, no 1363 ; Vest, Zur Leugnung des Völkermordes an den Armeniern 1915, in AJP 2000, pp. 66-72 ; Aubert, Irk Ayrımcılığına ilişkin madde ve Federal Anayasa, in AJK, 9/1994 ; Dorrit Mettler, annotation 63 to article 261. biz, in Niggli/Wiprächtinger, Strafrecht II, 3 auflage, 2013).

³³ Andora Ceza Kanununun 458. maddesinde, Ermeni Ceza Kanunun 397/1 maddesinde, milliyetçi-sosyalizmin yasaklanmasına ilişkin Avusturya Ceza Kanununun 3h/1 maddesinde, (1992 yılında düzenlenmiş, 1947), 23 Mayıs 1995 tarihli Belçika yasasının 1. maddesinde (1999 tarihinde düzenlenen), Çek Ceza Kanununun 405. maddesinde, 13 Temmuz 1990 tarihinde düzenlendiği şekli ile 29 Temmuz 1881 tarihli Fransız yasasının mükerrer 24. maddesinde, Alman Ceza Kanununun 130/3 maddesinde, Macaristan Ceza Kanununun 269 c) maddesinde, Hırvatistan Ceza Kanununun 325/4 maddesinde, Lihtenştayn Ceza Kanununun 283. maddesinde, Litvanya Ceza Kanununun 170/2 maddesinde, Malta Ceza Kanununun 82 B maddesinde, Lüksemburg Ceza Kanununun 457/3 maddesinde, Makedonya Ceza Kanununun 407-a maddesinde, Karadağ Ceza Kanununun 370/2 maddesinde, 18 Aralık 1998 tarihli Ulusal Hafıza Enstitüsüne ilişkin Polonya Kanununun 55. maddesinde, Slovak Ceza Kanununun 422 (d) maddesinde, Slovenya Ceza Kanununun 297/2 maddesinde, Portekiz Ceza Kanununun 242/ 2 b) maddesinde; 13 Mart 2002 tarihli 31 numaralı Romanya Acil Durum Yönetmeliği'nin 5. ve 6. maddelerinde soykırımın inkarına ilişkin cezai hükümler bulunmaktadır. İtalya'da 9 Ekim 1967 tarihli 962 sayılı yasanın 8. maddesi, soykırıma övgüyü cezalandırmaktadır. İspanya Ceza Kanununun 607/1 maddesinin günümüzdeki versiyonu münhasıran soykırımın haklı kılınmasından bahsetmektedir. Son olarak, Bazı Avrupa ülkelerinde, özel bir ceza hükmü bulunmamaktadır ancak mahkemeler kine ve düşmanlığa teşvike ilişkin daha genel bir hüküm uygulamaktadırlar: Bu durum özellikle, bir soykırımın inkarına ilişkin olaylara Ceza Kanununun 137c ve 137d maddelerinin uygulandığı Hollanda için geçerlidir (27 Ekim 1987 tarihli *Hoog Raad* kararı).

³⁴ İsviçre’de bulunan üniversitelerin bir kısmı soykırımın inkar edilmesinin yalnızca mağdurların anısına saldırıda bulunmakla kalmayıp aynı zamanda hayatta kalanlara yönelik zımnen bir ayrımcılığa teşvik oluşturmaktadır (sözü edilen no 36 ; Niggli, Es gibt kein Menschenrecht auf Menschenrechtsverletzung, in Völkermord und Verdrängung, 1998, p. 87 ; Niggli/Exquis, Recht, Geschichte und Politik, in AJP 4/2005, 436).

³⁵ Nitekim Federal Mahkeme, soykırımın inkarı ile ilgili olarak yerleşik bir içtihat uygulamaktadır (bkz, 5 Aralık 1997 tarihli (BGE 123 IV 202), 30 Nisan 1998 tarihli (BGE 124 IV 121), 3 Kasım 1999 tarihli (BGE 126 IV 20), 7 Kasım 2002 tarihli (BGE 124 IV 121), 16 Eylül 2010 tarihli (no: 6B.297/2010) ve 24 Şubat 2011 (başvuru no: 6B 1024/2010)): Federal Mahkeme, dava konusu cezai hükmün Holokost dışındaki soykırımlara uygulandığı kanaatindedir çünkü söz konusu hüküm, “yaygın bir görüş birliğine” göre, soykırım olarak değerlendirilen tüm olaylara yöneliktir ve suçla korunan hukuki değerlerin (geschützte Rechtsgüter) iki hükmü bulunmaktadır: bir yandan söz konusu değerler doğrudan insani saygınlığı ve kamu güvenliği (öffentliche Sicherheit) ile toplumsal barış ve düzeni kapsamakta diğer yandan mağdur halkın üyesinin her birinin güvenliği ve onurunu da dolaylı olarak içermektedir. İşbu görüşten uzak olarak getirilen açıklamalar göz önüne alındığında, söz konusu yorum keyfi değildir.

İsviçre Devleti'nin ve ulusal hukukun resmi tutumu hakkında Ulusal Konsey'in hiçbir şüpheye mahal bırakmayan 16 Aralık 2003 tarihli beyanına uygun olarak yorumlanması gerekmektedir. Oysa hem sözkonusu cezai düzenleme, hem Ulusal Konsey'in beyanı kamuoyuna mal olmuştu ve bizzat kendisinin de teslim ettiği üzere başvuran tarafından bilinmekteydi.

Soykırımı inkâr suçunun orantılılığı

14. Yasal olmanın yanı sıra, bir kişinin ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin haklı olması için iki ölçüte uygun olması gerekmektedir: gerekli olması ve izlenen amaçla orantılı olması. Müdahaleyi sözkonusu iki ölçüt açısından incelediğinde, Mahkeme'nin, dava konusu ceza kararının desteklenmesi için ileri sürülen gerekçelerin yerinde ve yeterli olup olmadığını ve müdahalenin zorunlu bir sosyal ihtiyacı karşılayıp karşılamadığını denetlemesi gerekmektedir.

15. Ulusal mahkemelerin kararlarının, Sözleşme'nin 10. maddesinden doğan Devletin takdir payını kısıtlayan negatif yükümlülükler kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Üstelik halka açık siyasi nitelikli bir konuşmadaki ifadeler bakımından Devletler ilke olarak kısıtlı bir takdir payına sahiptir. Bununla birlikte, insanlık tarihinin trajik olayları, Devletin takdir payını genişleten³⁶ ifade özgürlüğünün ilgili makamlar tarafından sınırlandırılmasını haklı kılabilen yerinde bir etken olarak değerlendirilebilir. Yapmakta olduğumuz değerlendirmenin gereklilikleri açısından başvuranın sözlerinin Sözleşme'nin 10. maddesinin korumasına tabi olduğunu varsaysak bile, bu ifade şekli kamu düzeninde sıkıntılara, bir başkasının haklarına tecavüze veya başka tür bir müdahaleye ya da suça yönelik açık ve mevcut bir tehlikenin kaynağı olduğunda, örneğin şiddete ve düşmanlığa teşvik edecek biçimde gerçekleştirildiğinde, artık bu korumanın kapsamında olamaz³⁷. Genel olarak, sözkonusu davaya geniş bir takdir payının uygulanması gerekmektedir.

16. Soykırımı inkârın cezalandırılması ifade özgürlüğü ile bağdaşmaktadır ve sözkonusu ceza, Avrupa'daki insan haklarının korunması sistemi çerçevesinde de kabul edilmiştir. Esasen Sözleşmeye Taraf olan Devletlerin ırkçılığı, yabancı düşmanlığını veya etnik hoşgörüsüzlüğü teşvik eden konuşma ve toplantıları ve sözkonusu fikirlerin her şekilde yayılmasını yasaklama ve bunları savunan her türlü grup, dernek veya partiyi fesh etme zorunlulukları bulunmaktadır. Sözkonusu zorunluluğun, tüm Devletler açısından zorlayıcı olan uluslararası hukuk teamülünün bir ilkesi ve hiçbir ulusal veya uluslararası hukuk kuralının karşı gelemeyeceği zorunlu bir norm olarak tanınması gerekmektedir³⁸. Avrupa Konseyi bünyesinde soykırımın inkârı ırkçılık, yabancı düşmanlığı, etnik kökene dayalı hoşgörüsüzlük ya da nefret söyleminin ağır bir şekli olarak değerlendirilmektedir. Nitekim

³⁶ bkz, Faber-Macaristan kararında (başvuru no: 40721/08, 24 Temmuz 2012) Yargıç Pinto de Albuquerque'in ayrı görüşü

³⁷ Mouvement Raelien Suisse-İsviçre (başvuru no: 16354/06, 13 Temmuz 2012) kararında Yargıç Pinto de Albuquerque'in açık ve mevcut tehlike kavramına ilişkin ayrı görüşü

³⁸ bkz, Vona-Macaristan kararında Yargıç Pinto de Albuquerque'in ayrı görüşü (başvuru no: 35943/10, 9 Temmuz 2013).

Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesine Ek Protokol'ün 6. maddesi soykırımın, örneğin Holokost'un³⁹ inkârını ve 8 Ağustos 1945 Londra Anlaşması ile kurulan Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi'nin veyahut ilgili uluslararası kuruluşlarca tesis edilmiş ve taraf Devletin yetkisini tanıdığı tüm diğer uluslararası mahkemelerce alınan nihai kararlarla kabul edilmiş olan bir soykırımın inkârının⁴⁰ suç olarak düzenlenmesini gerektirmektedir. Mevcut başvuruda olduğu gibi, soykırımın inkârının meydana geldiği Devletin yargı organlarının yanı sıra bir anayasal kurumu tarafından da tanındığı hallerde bu yükümlülük daha fazladır.

17. Üstelik Avrupa Birliği Konseyi'nin Irkçılık ve Yabancı Düşmanlığının Bazı Şekil ve Tezahürleriyle Ceza Hukuku Kapsamında Mücadele Edilmesine ilişkin 2008/913/JAI sayılı Çerçeve Kararı, Uluslararası Ceza Mahkemesinin Statüsünün 6, 7 ve 8. maddelerinde tanımlandığı üzere soykırımın, insanlığa karşı suçların ve savaş suçlarının ve Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi Yasasının 6. maddesinde tanımlanan suçların aleni olarak savunulmasını, inkâr edilmesini veya kabaca sıradanlaştırılmasını, bu davranış, ırk, renk, din, soy, ulusal ya da etnik kökene atıfla tanımlanan bir grubun üyelerine karşı kini ve şiddeti teşvik etme riskini beraberinde getirecek şekilde sergilendiğinde cezai yaptırıma tabi tutulmasını gerektirmektedir. Çerçeve Kararı üye Devletlere Kararın kabulü sırasında veya sonrasında yapacakları bir beyanla yukarıda bahsi geçen suçların inkârını veya kabaca sıradanlaştırılmasını kendi ulusal yargılarının ve/veya bir uluslararası yargı merciinin kesinleşmiş kararıyla tanınmış olması halinde ya da münhasıran uluslararası bir yargı merciinin kesinleşmiş kararıyla tanınmış olması halinde uygulayacaklarını bildirme imkânını tanımaktadır.

18. Böylelikle, Avrupa insan haklarının korunması sistemi içinde soykırımın inkârı izleyen yollardan herhangi biriyle tanınmış olan soykırım fiillerini kapsamaktadır: 1) 8 Ağustos 1945 tarihli Londra Anlaşması ile kurulan uluslararası Askeri Mahkeme, 2) diğer bütün uluslararası mahkemeler, 3) soykırımın yapıldığı veyahut inkârın gerçekleştiği Devletin mahkemeleri veya 4) soykırımın meydana geldiği ülkenin veya inkârının gerçekleştiği Devletin her türlü anayasal kurumu, örneğin Devletin başkanı, ulusal meclisi veya hükümeti. Ayrıca, devletler, bu alandaki takdir yetkilerini kullanarak, 5) bu ya da başka bir devletin⁴¹ anayasal, ulusal ya da uluslararası yargı organı tarafından daha evvel

³⁹ STE no:189. Şu da bir gerçek ki Savunmacı Hükümet Ek Protokol'ü yalnızca imzalamış, fakat onaylamamıştır, yalnızca bu durum Avrupa Konseyi normlarına aykırı olarak kabul edilemez, zira bu protokol halen yürürlüktedir ve 20 Devlet tarafından onaylanmıştır. Devletlerin 6 § 1 maddesine çekince koyma hakkı vardır, fakat bu hak tek başına bu hükmün uluslararası hukukun geleneksel normunu yansıttığı anlamına gelmemektedir. Başka bir ifadeyle, soykırımın varlığını inkâr etmenin yasaklanması ırkçı, yabancı düşmanlığı ve hoşgörüsüzlük söylemini zorlayıcı cezalandırıcı tedbire henüz girmemiştir. Bununla birlikte, en azından Avrupa'da soykırımın inkârının cezalandırılması uluslararası bir yükümlülüktür ve bu yükümlülük de bir evrim niteliğindedir.

⁴⁰ Esasen Nürnberg davasında hiçbir sanığın soykırım suçundan suçlu bulunmadığı da bir gerçektir. Bu durumda soykırım suçuna "uluslararası Askeri mahkemenin zorlayıcı ve nihai kararı" şeklinde yapılan atıf aslında o tarihte genel olarak anlaşıldığı şekliyle soykırım kavramına –yani insanlık yasalarına karşı işlenmiş bir suç– yapılan bir gönderme olup, bilahare Soykırım Sözleşmesinde düzenlenmiştir.

⁴¹ Mahkeme'nin tabiriyle "kanıtlanmış tarihi bir olay" (Bkz. *Lehideux ve Isorni-Fransa*, 23 Eylül 1998, n° 24662/94, § 47, Derleme 1998-VII ve *Garaudy-Fransa (karar)*, n° 65831/01, AIHM 2003-IX).

yapılan bir açıklama veyahut alınan bir karar olmasa bile, soykırımın işlendiğine ilişkin sosyal bir oydaşma bulunduğu anda soykırımın inkârını cezalandırabilirler. Bu beş durumda da soykırımın inkârı şiddete, kine, ayrımcılığa teşvik ettiği takdirde buna cezai yaptırım uygulanması zorunlu sosyal bir ihtiyacın karşılanmasına karşılık gelmektedir.

19. İspanya Anayasa Mahkemesi, Anayasal olarak kabul ettiği soykırımın inkârı ile, Anayasaya aykırı olarak gördüğü, soykırımın haklı gösterilmesi, küçümsemesi, göreceleştirilmesi arasında ayırım yapmaktadır. Bu ayırım Avrupa Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi’ne Ek Protokole olduğu gibi 2008/913/JHA sayılı⁴² çerçeve karara da aykırıdır. Gerçekte basit inkâr, küçümseme veya haklı gösterme arasındaki ayırım dilbilimsel açıdan yapaydır ve bu başvuruda soykırımın inkârının Ermeniler tarafından yapıldığı iddia edilen “saldırıları” karşı bir “tepki” olduğunun ifade edilmiş olması gibi işinin ehli bir konuşmacının kolaylıkla özenli ve örtmeceli bir söylemle üstesinden gelebileceği bir husustur. Üstelik burada temel nokta böylesi bir ayırımın etik bir geçerliliğinin olmayışıdır, zira tasvip etmek kadar soykırımı inkâr etmek de mağdurları ve ailelerini küçük düşürmekte, kıyıma uğrayan kişilerin anısına saygısızlık anlamına gelmekte, katliamın sorumlularını aklamakta ve böylece ciddi şekilde kine ve ayrımcılığa teşvik oluşturmakta, bu ölçüde, mağdur halkın mensuplarına karşı ayrımcılık ve şiddet içerikli tutumların sergilenmesi yolunu açmaktadır.⁴³ İspanya Anayasa Mahkemesi’nin yargıçlarının çoğunluğunun yaptığı değerlendirmenin aksine bilimsel araştırma ve haber alma özgürlüğü ihtilaf konusu ayırımı meşru kılmak açısından ileri sürülemez. Şayet öyle olsaydı, tarihin ve bilimsel araştırmanın arkasına sığınan art niyetli bir konuşmacının ırkçılığın, yabancı düşmanlığının ve ayrımcılığın savunuculuğunu yapması da kolaylıkla mümkün olurdu⁴⁴. Yalın tabiriyle *Elie Wiesel’in* ifade ettiği gibi inkârcılığa göz yummak kurbanları “ikinci kez öldürmektir”. Türk İnsan Hakları Derneği’nin 24 Nisan 2006 tarihli açıklamasında dile getirdiği üzere, “inkâr soykırımın bileşenidir ve sonucu soykırımın devam etmesidir. Soykırımın inkârı bizzat insan haklarının ihlalidir”.

Soykırımın inkârının cezalandırılması gerekliliği

⁴² Bkz. Anayasa Mahkemesi’nin 7 Kasım 2007 tarih ve 235/2007 sayılı dört güçlü ayrı oy görüşlü kararı. Öncelikle İspanya’nın sözü edilen Ek Protokol’ü henüz imzalamadığını, aldığı kararlarda bunu uygulamadığını ve Anayasa Mahkemesi kararının 2008/913/JHA sayılı çerçeve kararından önce çıktığını söylemek gerekir. *L’Abogado del Estado* (Savcı) ve *le Fiscal General des Estado* (Başsavcı) oyçokluğuyla alınan kararda aksi yönde görüş bildirmiştir. Savcı’nın da dediği gibi soykırımın basit anlamıyla inkârı ağır nitelikli suçların “doğrudan teşviki” (*impulso directissimo*) olabilmektedir ve bu “karine ne mantık dışı ne aşırıdır, tarihi acılardan edinilen deneyimlerin ürünüdür”. Başsavcının da not ettiği üzere inkâr şiddet kaynağını oluşturabilecek ciddi tarihi olayları “kabullenme ve unutma ortamının” (*un clima de aceptacion y olvido*) temelidir.

⁴³ Bkz. bu anlamda Federal Almanya Anayasa Mahkemesi’nin 13 Nisan 1994 (1 BvR 23/94, § 34), 25 Mart 2008 (1 BvR 1753/03, § 43) ve 9 Kasım 2011 tarihli (1 BvR 461/08, § 22), “Auschwitz yalanı” (*Auschwitzlüge*) davası ile ilgili ifade özgürlüğünü korumayan kararı; Kanada Yüksek Mahkemesi’nin *R.-Keegstra* (1996, 3 S.C.R. 667) kararında sanığın Yahudi karşıtı beyanlarının ve bilhassa Holokost’u inkârının Kanada Ceza Kanunu’nun 319 § 2 maddesi kapsamında kine dayalı ırkçılık propagandası yapma suçuna girdiği kabul edilmiştir ; Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi’nin 35 sayılı ce 26 Eylül 2013 (§ 14) tarihli genel tavsiye kararı. Komitenin soykırım ya da insanlığa karşı işlenmiş diğer suçlara karşı ulusal veya uluslararası mahkemede almış olduğu nihai bir kararı bulunmadığının altını çizmek gerekir.

⁴⁴ İyi niyetli bir konuşmanın gerekli unsurlara dayandığı bilimsel bilginin yayınlanması doğal olarak savunmanın soykırım alanındaki bilimsel söylem ile ilgili bir aracını oluşturabilir.

20. Fransa Anayasa Konseyi, “soykırım suçunu “tanıma” amacıyla yasama erki tarafından düzenlenen bir hükmün, kendi başına yasanın sahip olması gereken normatif etkiye sahip olamayacağını” değerlendirmiştir⁴⁵. Başka bir ifadeyle, soykırım yasama tarafından şeklen kabul edildiğinde gereklilik ilkesinin ihlali sözkonusu olmaktadır. Bu görüş, “hafıza” yasaları olarak anılan yasalar konusunun tarihçileri ilgilendirdiği ve hukuki (yani normatif) bir etkileri olmadığı sonucunu doğurduğunda yanlıştır; zira bir olgunun hukuken soykırım olarak nitelenmesinin hem ceza hem hukuk yargısı bakımından sonuçları olacaktır. Bu görüş ayrıca, hafıza yasalarının, yargıçların yetki alanına girerek kanun koyucunun güçler ayrılığı ilkesini çiğnediği anlamına geldiği takdirde de yerinde değildir; zira soykırım gibi bir olayı hukuken nitelemek bunu belirli bir kişiye ya da bir gruba yüklemek anlamına gelmez; bu görev yargıçlara düşer. Bu değerlendirme, *a fortiori* devletin diğer erklerinin üyeleri, örneğin Devlet Başkanı ya da Hükümet tarafından yapılan resmi beyanlar için de geçerlidir. Yasama erki, Devlet başkanı ya da hükümet bir olayın hukuki niteliği konusunda resmi açıklamalarda bulunabilir veya yasalar onaylayabilir, fakat bu onların bir konunun yasallığı veya bir kimsenin suçlu olup olmadığı hususunda yargıda bulunduğu anlamına gelmez⁴⁶.

21. Bununla birlikte, soykırımın inkârına cezai yaptırım uygulanması, soykırımın önlenmesi hakkındaki Sözleşme’nin, Devletlere soykırım suçunu önleme yükümlülüğü getiren 1. maddesinin ruhunun ve lafzının tam olarak hayata geçirmek ve Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun BM’nin tüm üye Devletlerine “*Tarihi bir olay olarak Holokost’un kısmen ya da bütünüyle her türlü inkârını ve bu yöndeki her türlü faaliyetini kayıtsız şartsız reddetmeye*” çağıran 26 Ocak 2007 tarihli tavsiye kararını uygulamak için gerekli devlet politikasına tekabül etmektedir⁴⁷. En azından XX. yüzyıl boyunca halkların

⁴⁵ Fransa Anayasa Konseyi, 28 Şubat 2012 tarihli karar.

⁴⁶ Anayasa Konseyi 28 Şubat 2012 tarihli kararında şunu eklemiştir: “yasama erki, ifade ve iletişim özgürlüğünün kullanımında anayasaya aykırı bir müdahalede bulunmuştur”. Bu kısa beyan ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini ispat etmeye yetmemektedir. Konsey soykırımın inkârına cezai müeyyide getirilmesinin ceza politikasının amaçlarını dikkate alarak ifade özgürlüğüne yönelik getirilen sözkonusu kısıtlamanın orantılılığının yerinde olup olmadığı konusunda tek bir kelime etmemiştir.

⁴⁷ Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi *Chaplinsky-New Hampshire* (315 U.S. 568, 1942) kararından beri “meydan okuyucu sözler” ve “belirtici tutum” sorununu ve hakaret ve tehdit içerikli (örneğin bir bayrağa saygısızlık etmek veya haç işareti yakmak) konularını birçok kez ele almıştır. *Cohen-California* (403 U.S. 15, 1971) kararında, “Fuck the draft” ifadesinin Anayasal korumaya giren bir söylem olduğu zira hiç kimsenin bu yola başvuran kişinin ceketinde yer alan kelimelerin doğrudan kendisine karşı bir hakaret olarak görmeyeceğini ve bu ifadenin kullanımının özünde şiddete yol açmadığı sonucuna varılmıştır: mahkeme “meydan okuyucu sözler” bağlamında anayasaya aykırı bir durumun sözkonusu olmadığına kanaat getirmiştir. *Street-New York* (394 U.S. 576, 1969) kararında Yüksek Mahkeme, bayrak hakkında şok etkisi yaratan görüşlerin “meydan okuyucu sözler” olarak nitelendirilemeyeceğine karar vermiştir. Bayrak yakma konusu ile ilgili olarak, ise, bunun Brandenburg ilkesine göre yasadışı bir eylemin ivedi tehdidini oluşturmadığını kaydetmiştir (*Texas-Johnson*, 491 U.S. 397, 1989). *R.A.V.-City of St. Paul* (505 U.S. 377, 1992), kararında haç işareti yakmak veya bir kamu malı veya özel mülk üzerine Nazi gamalı haç çizmenin üçüncü şahıslarda ırksal, dinsel, inançsal, dinsel kökenine veya cinsiyete dönük bir öfke, korku ve gücenme duyguları yaratsa da bunları cezalandırmanın anayasal olmadığını, zira suçlamanın fazla geniş çaplı olduğunu, “meydan okuyucu sözlerin” yanısıra güvence kapsamındaki söylemlerin de cezalandırıldığını ifade etmiştir. Buna karşın *Virginia - Black* (538 U.S. 343, 2003) kararında haç yakanların yakın bir tehlikeyi işaret eden suçu işlediğine ve Devletin bu konuda caydırıcı bir karar alması gerektiğini kaydederek yerleşik içtihadından kısmen dönmüştür. Bununla birlikte haç işareti yakan kimsenin bu yolla yıldırıcı etki yaratan bir yol izlemediğine ilişkin ispat yükünün sanığa ait olamayacağı sonucuna varmıştır. Yargıç Thomas ayrı oy

tümüyle ortadan kaldırılmasına yönelik korkunç planların uygulanması için onca kanın döküldüğü Avrupa kıtası topraklarında soykırımın inkârı tehdit unsuru yaratan, şok edici ve “meydan okuyan sözler” (*fighting words*) olarak güvence altında tutulmayı hak etmeyen bir söylem oluşturmaktadır⁴⁸. Ayrıca, Ermeni soykırımının inkârına ilişkin özel durumda, bazı ülkelerde savunmasız bir azınlık konumunda olan Ermenilerin, aynı kaderi paylaşan diğer azınlık grupları gibi kimi kez maruz kaldıkları kin ve ayrımcılığa gerekirse cezai hükümlerden de yararlanarak set çekmek için özel bir ihtimam ve korumadan yararlandırılmaları konusunda ilave bir zorunluluk bulunmaktadır.

22. Mahkeme’nin *Garaudy* kararında da dile getirdiği üzere, kurbanların kendilerini suçlayarak tarihi çarpıtmak onlara karşı “en sert ırkçı karalama ve kine teşvik etme yollarından biridir” ve “kamu düzeninin ciddi şekilde bozulmasına yol açar” ve başkalarının haklarının ihlaline neden olur⁴⁹. Bu mülahaza Ermeniler için de uygulanmalıdır. Osmanlı İmparatorluğunun uyguladığı soykırım politikasına maruz kalan bir Ermeni’nin çektiği acılar Nazi soykırımı politikasını yaşayan bir Yahudi’ninkinden daha az değerli değildir. *Hayots Tseghaspanutyun*’u (Հայոց Յեղասպանութիւն) veya *Meds Yeghern*’i (Մեծ Եղեռն) inkâr etmek Holokost’u inkâr etmekten daha az tehlikeli değildir.

Avrupa normlarının dava olaylarına uygulanması

23. Soykırımın inkârı suçunun unsurları *actus reus* (suçun maddi unsuru) açısından olduğu gibi *mens rea* (suçun manevi unsuru) açısından da kanıtlanmıştır. *Actus reus* bakımından başvuran “uluslararası yalan” olarak nitelediği Ermeni soykırımını aleni

görüşünde haç yakma işinin süregelen bir tehdit olduğuna işaretle ilk etapta güvence kapsamına alınabilecek bir hareket olarak değerlendirilemeyeceğini savunmuştur. Kesin bir bakış açısıyla ele alındığında, İsviçre Federal Mahkemesinin soykırımın inkârı hakkındaki görüşü Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi’nin oyçokluğuyla aldığı *Virginia–Black* kararı ve Kanada Yüksek Mahkemesinin *R-Keegstra* kararına uygundur.

⁴⁸ Bkz. İrkçılığa ve Hoşgörüsüzlüğe karşı Avrupa Komisyonu’nun (ECRI) Ermenilerin durumu hakkında Türkiye dördüncü raporu (2011, 90-91 ve 142) ve ECRI’nin Azerbaycan (2011, § 101) ve Gürcistan üçüncü raporu (2010, § 74) ve Türkiye hakkındaki üçüncü raporu (2005, 35 ve 89-93). Bu çerçevede çoğunluğun cezai yaptırım ihtiyacının zamanla yönündeki değerlendirmesine katılmamaktayız. Soykırımın inkârının cezai müeyyideye tabi tutulması gerekliliği Fransa Anayasa Konseyince olduğu gibi İspanya Anayasa Mahkemesi tarafından da oyçokluğuyla reddedilmiştir, fakat ayrı oy görüşü bildiren yargıçlar ve *Fiscal General* (Başsavcı) Avrupa’da süregelen ırkçı ve yabancı düşmanlığı hareketlerin soykırımın inkârının cezalandırılmasını meşru kılmak için yeterli bir gerekçe olduğunu değerlendirmişlerdir.

⁴⁹ Yukarıda bahsi geçen *Garaudy* kararı ve İnsan Hakları Komitesinin, *Robert Faurisson-Fransa*, 8 Kasım 1996 tarih ve 550/1993 sayılı tebliği. İnsan Hakları Komitesi’nin 34 sayılı genel görüşünün 49. paragrafı ne İnsan Hakları Komitesi’nin önceki içtihadını ne de Mahkeme’nin içtihadını yansıtmaktadır. Ayrıca geçmişte işlenmiş bir suçu meşru saymanın veya savunmanın suç unsurunu oluşturduğu ve mutlak surette cezalandırılması gerektiği düşüncesini ele almamış, netice itibarıyla “yanlış bir düşüncenin ifadesi” ve “geçmişte meydana gelen olayların doğru yorumlanmaması” olarak değerlendirmiştir. Bu ifadeler muğlak ve yanıltıcıdır. Komitenin bu hususlarla bir suçun varlığı hakkında bilinçli olarak yanlış beyanlarda bulunmayı kastetmediği şüphesizdir. Öyle olsaydı, bir katilin savunulmasını, yaptıklarının haklı çıkarılmasını, hatta Nazi soykırımının bilinçli olarak inkârını ifade özgürlüğü kapsamında ele alacaktı. Maalesef yanlış bir biçimde kaleme alınmış olan bu paragraf, yeniden gözden geçirilmediği sürece mutlak biçimde Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi’nin 19. maddesinin 3. paragrafı ve 20. maddesine uygun olarak yorumlanmak durumundadır. Bu tam da İrk Ayrımcılığının Giderilmesi Komitesinin sözü edilen 35 sayılı genel tavsiye kararında yaptığı iştir.

olarak inkâr etmiş, Ermeni halkını Türk Devletine saldırmakla itham etmiş ve 1919 yılında sıkıyönetim mahkemesi tarafından Ermeni halkına yönelik yapılan “kıyımlardan” suçlu bulunan Sadrazam Talat Paşa’nın düşüncelerini benimsediğini dile getirmiştir. Objektif olarak değerlendirildiğinde ifadeleri bu soruna ilişkin demokratik bir tartışmaya katkı sağlamamakta; aksine, azınlık konumundaki bir topluluğa karşı hoşgörüsüzlüğü ve kini teşvik eder niteliktedir. Esasen başvuran sözünü ettiği kırımların boyutu ve amacı ile ilgili olarak hiçbir ispat edici analiz ve unsur sunmadığı gibi, bağımsız bilimsel bir komisyon dahi kurulmuş olsa soykırımın varlığını tanımayacağını ifade etmiştir.

24. İç hukuktaki yetkili mahkemeler *mens rea* ile ilgili olarak başvuranın gerekçesinin “ırkçı” ve “milliyetçi” (Kararın 52. paragrafı) olduğunu, bu söylemin bilimsel, tarihi ya da siyasi herhangi bir amacı içermediğini değerlendirmiştir. Başvuran bu şekilde hareket ederek, önceden tasarlanmış bir biçimde bu açıklamayı yapmak ve ulusal hukuka meydan okumak üzere gittiği yabancı bir ülkedeki hukuki çerçeveyi küçümselediğini birçok kez göstermiştir. Osmanlı İmparatorluğu’nun uyguladığı rejimi inkâr yoluyla aklamaya çalışarak, beyanlarıyla hoşgörüsüzlüğün, ayrımcılığın ve şiddetin artırılmasının temelini atmıştır.

25. Başvuranın gerekçeleri, ancak kendisini dinleyen, delilleri derleyen iç hukuktaki mahkeme tarafından tespit edilebilecek esasa ilişkin bir husustur. Başvuranın “ırkçı” bir gerekçeden esinlenildiğine ilişkin saptanmış gerçek Mahkeme’yi (AİHM’yi) bağlamaktadır ve Mahkemenin bu gerçeği değiştirmesi mümkün değildir. Oysa bu husus hayati önemi haizdir. Buna göre başvuranın amacı yalnızca Ermeni soykırımını inkârını etmek değil, aynı zamanda mağdurları ve dünyayı tarihi olayları saptırmakla suçlamak, Ermenileri saldırgan olarak kabul ettirerek Osmanlı soykırım politikasını meşru müdafaa olarak göstermek, Türk Devleti tarafından Ermeni halkına uygulanan zulmü ve acıları küçümsemek, bilinçli olarak kin dolu ve “ırkçı” görüşlerle İsviçre Ermenilerini karalayıp, hakaret etme⁵⁰. Başvuran “uluslararası yalan”, “tarihi yalanlar” ve “emperyalist yalanlar” ifadeleriyle açık bir biçimde ifade özgürlüğünün kabul edilebilir sınırlarını aşmıştır, zira bu sözler mağdurları yalancılıkla suçlamaktadır⁵¹. Bu çerçevede, başvuran Garaudy ile aynı kabul edilemez *dolus* (özel kasıt) ile hareket etmiştir. Hatta kendini Türk askeri yargı makamlarına göre Ermeni soykırımının tahrikçisi olan Talat Paşa ile özdeşleştirmesiyle daha da infial yaratıcı bir tutum sergilemiştir⁵².

⁵⁰ Çoğunluğun kararın 52. paragrafında “başvuranın bahse konu olayların mağdurlarını küçümseyici sözler sarf ettiği söylenemez” şeklindeki görüşünü benimseyemeyiz. Bu beyan hiçbir kanıtı içermediği gibi, iç hukukun temellendirdiği olaylara da aykırıdır. Burada çoğunluk başvuranı şahsen dinleme ve sorgulama olanağı bulmadan niyetini takdir ederek esas mahkemesi gibi davranmaktadır.

⁵¹ Bkz. başvuranın savcı önünde (23 Temmuz 2005), sorgu hakimi karşısında (20 Eylül 2005) ve ceza mahkemesi önünde (8 Mart 2007), vermiş olduğu ve dava dosyasında yer alan beyanları. 20 Nisan 1999 tarihli *Witzsch -Almanya* kararında (n° 41448/98), Mahkeme Naziler tarafından kitlesel imha cinayetlerine ilişkin olarak “tarihi yalanlar” ifadesinin¹⁰, maddenin güvencesi kapsamında değerlendirilemeyeceği sonucuna varmıştır. Mahkeme bu gerekçeyi *Schimaneck-Avusturya* (n° 32307/96, 1 Şubat 2000) ve 13 Aralık 2005 tarihli *Witzsch-Almanya* (n° 7485/03) kararlarında da teyit etmiştir.

⁵² Bu önemli olgu Federal Mahkeme tarafından (12 Aralık 2007 tarihli kararın 5.2 kısmında) ve savunmacı hükümetin Mahkeme’ye sunmuş olduğu görüşlerinde^(§25) vurgulanmıştır. Başvuranın beyanlarının konusunun sözü edilen olaylar değil, hukuki nitelermeleri olduğu savını kabul edemeyiz. Bu sav sağduyuya aykırıdır. Başvuran yalnızca olayların hukuki nitelermesine karşı çıkmamış, aynı zamanda Ermenilere

26. Olaylar iç hukuktaki mahkemeler tarafından yeterli açıklıkla ortaya konulduğundan ve soykırımın inkârının cezalandırılmasına ilişkin hükümler yasal, izlenen amaçlarla orantılı ve Avrupa Konseyi, Avrupa Birliği, Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi, Almanya Anayasa Mahkemesi, Amerika Birleşik Devletleri ve Kanada Yüksek Mahkemeleri tarafından belirlenen ilkeler ışığında gerekli olduğuna göre geriye, başvuranın halka açık siyasi bir toplantı sırasında yaptığı konuşma çerçevesinde ifade özgürlüğü ve iddia edilen kamu yararı dikkate alındığında verilen cezanın başvuranın iddia ettiği gibi aşırı olup olmadığını belirlemek amacıyla orantılılığını incelemek kalmaktadır.

27. Medeni bir dünyada, suç mağdurlarını yermenin, küçük düşürmenin, suç işleyenleri temize çıkarma gayretinde olmanın, atıfta bulunulan olaylar 70 yıl önce (Yahudi soykırımı) veya 90 yıl önce (Ermeni soykırımı) meydana gelmiş olsa bile kini ve ayrımcılığı teşvik etmenin kamu yararını içeren bir yanı yoktur. Üstelik Ermeni soykırımının inkârına cezai müeyyide getiren Savunmacı Devletin mahkemeleri tarafından izlenen ceza politikasının amaçları – Federal Mahkeme’nin kullandığı tabiri tekrarlırsak başvuranın “kışkırtıcı” yaklaşımı karşısında kamu düzeninin bozulmasını engellemek ve kurbanlar ile genel olarak Ermeni halkının saygınlığının ve onurunun korunması – Sözleşme’nin 10 maddesinin 2. fıkrası uyarınca ifade özgürlüğüne yönelik bir kısıtlamanın yapılması bakımından yerinde etkenlerdir. Orantılılığın sınanması amacıyla tüm etkenlerin bir denge içinde olup olmadıkları tartıldığında, Devletin müdahalesinin amacı, zaman-mekân unsuruna göre büyük ölçüde ağır basmaktadır^{*53}

28. Son olarak, verilen cezanın ağırlığı dikkate alındığında bunun hiçbir surette orantısız olduğu söylenemez. Başvuran iki cezaya çaptırılmıştır: 90 gün karşılığı tecil edilmiş para cezası ve 30 gün özgürlükten mahrumiyete dönüşebilen 2.500 Avro para cezası. Başvuran, sabit olunan suçtan üç yıla kadar hapis cezasına çaptırılabilen hapse mahkûm edilmemiştir. Adı geçen İsviçre’de ne tutuklanmış ne de hapse girmiştir. İsviçre mahkemeleri bu ciddi davada genel caydırıcı ve önleyici etki yaratması bakımından daha ağır cezalar uygulayabilecekken itidal göstermiştir.

Sonuç

29. “Soykırım” terimini bulan ve Soykırımın Önlenmesi Sözleşmesine ilham kaynağı olan Raphael Lemkin 1949 yılında CBS’in kendisiyle yaptığı söyleşide şunları ifade etmiştir: “Soykırımla ilgilenmeye başladım çünkü Ermenilerin başına gelmişti ve akıbetleri Versailles Konferansında tümüyle görmezden gelinmişti: cellatları soykırım suçunu işlemiş ancak cezalarını çekmemişlerdi.” XX. yüzyılın başında Ermeni toplumuna karşı girişilen

uygulanan kıyımı Türk tarafının savaşta kaybettikleriyle aynı planda tutmuş ve Emeni saldırısı karşısında meşru müdafaada bulunduğunu öne sürerek Talat Paşa’nın soykırım politikasını desteklemiştir.

⁵³ Bir söylemin siyasi bir bağlam veya toplantı çerçevesinde ele alınmış olması tabii ırkçı ve ayrımcı bir nitelik taşımasını etkilemez. Bkz. sözü edilen *Vona-Macaristan kararında Yargıç Pinto de Albuquerque’nin ayrı oy görüşü* ve *Féret-Belçika* (n° 15615/07, §§ 75-76, 16 Temmuz 2009) kararları ve Irk Ayrımcılığının Giderilmesi Komitesinin tebliğleri n° 34/2004 (§ 7.5), 43/2008, (§ 7.6) et 48/2010 (§ 8.4).

planlı katliamlar, sistemli işkence ve programlı tehcir, Hristiyanlığın taammüden ortadan kaldırılması onlarca yıldır bir çeşit “unutulmuş soykırım” olarak değerlendirilmektedir. Fakat işbu görüşün yazarları bu soykırımı unutmamaktadır. Dolayısıyla soykırımın inkârına cezai yaptırım uygulanmasının ve başvuranın Savunmacı Devletin yürürlükte bulunan yasaları ile tam uyumlu biçimde Ermeni soykırımının varlığının inkâr ettiği için cezalandırılmasının Sözleşme’nin 10. maddesinin ihlaline neden olmadığını değerlendiriyoruz.