

PERİNÇEK (İSVİÇRE'YE KARŞI) DAVASI (AİHM, 17 ARALIK 2013)

(PERİNÇEK v. SWITZERLAND CASE (ECHR, 17 DECEMBER 2013))

Prof. Dr. Hüseyin PAZARCI

Öz: Bu makale AİHM Perinçek İsviçre'ye Karşı davasının yasal dayanaklarına ve özellikle de bu davanın Mahkeme'nin Büyük Dairesi'ne gönderilmesi olasılığına odaklanmaktadır. Makale ilk olarak Perinçek İsviçre'ye Karşı detaylarına girmekte, Perinçek'i yargılamak için kullanılan İsviçre yasaları ve AİHM'nin dava konusunda karar vermek için kullandığı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni açıklamaktadır. Bundan sonra ise davanın Büyük Daire'ye gönderilmesiyle ilgili süreci detaylandırmaktadır. Davanın Büyük Daire'ye gönderilip gönderilmeyeceğine karar veren hâkim kurulunun senede birkaç defa toplandığını ve bu yüzden bu sürecin zaman alacağını belirtmektedir. Makale, Mahkeme'de davaların gönderilme oranının sadece yaklaşık %5 olduğunu ve göndermelerin genelde davanın istisnai bir durum teşkil ettiğine kanaat getirildiğinde gerçekleştiğini belirtmektedir. Perinçek İsviçre'ye Karşı davasına gelindiğinde ise, gönderme kararının davanın istisnai bir durum teşkil edip etmediği kanaatine, yani davanın yüksek profilli veya genel önemde ciddi bir sorunu temsil etmesi yönünde alınabilecek karara bağlı olduğunu belirtilmektedir. Bu sebeple makale, davanın gönderilme olasılığı çerçevesinde davaya müdahil olan Türkiye'ye hukuki argümanlarını titizlikle hazırlamasını ve her türlü olasılığı göz önünde bulundurması tavsiyesinde bulunmaktadır.

Anahtar kelimeler: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, AİHM, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Sözleşme, Büyük Daire, Perinçek-İsviçre davası, soykırım, İsviçre, Türkiye

Abstract: This article focuses on the legal basis of the ECtHR Perinçek v. Switzerland case and especially on the likelihood of the case being referred to the Grand Chamber of the Court. It first elaborates on the details of the Perinçek v. Switzerland case, and gives explanations on the Swiss laws used to prosecute Perinçek, and the European Convention on Human Rights through which the ECtHR come to a judgment. The article then elaborates on the process that can lead to a case being referred the Grand

Chamber. It indicates that the panel of judges that decides on referrals convenes only a few times a year, meaning that the referral process will take time. It indicates that the referral average in the Court is only around 5%, and that referrals are usually made when a case is deemed to be exceptional. In terms of the Perinçek v. Switzerland case, the article points out that the case being referred to the Grand Chamber depends on whether the panel of five judges deems it to be exceptional in the sense of it being a high profile case or a case with a serious issue of general importance. As such, the article advises the Turkish government that intervened as a third party to thoroughly prepare its legal arguments and consider all possibilities in preparation for a possible reexamination of the case.

Keywords: *European Court of Human Rights, ECtHR, European Convention on Human Rights, the Convention, Grand Chamber, Perinçek v. Switzerland, genocide, Switzerland, Turkey*

GİRİŞ:

Doğu Perinçek'in İsviçre'de 7 Mayıs 2005'te Lozan'da, 22 Temmuz 2005'te Opfikon'da ve 18 Eylül 2005'te Kőniz'de katıldığı çeşitli toplantılarda 1915 ve sonrasında Osmanlı İmparatorluğunca Ermenilere karşı yapıldığı ileri sürülen soykırımın varlığını kamu önünde inkâr ettiği gerekçesiyle, daha ilk konuşması üzerine, 15 Temmuz 2005'te İsviçre-Ermenistan Derneğince mahkemeye başvurulmuştur.

Lozan Polis Mahkemesi, birinci derece mahkemesi olarak davaya bakmıştır. Mahkeme, 9 Mart 2007'de, Perinçek'i İsviçre Ceza Yasasının 261 bis maddesi, 4. fıkrası uyarınca, ırkçı ayrımcılık yaptığı gerekçesiyle suçlu bulmuştur.

Perinçek bu karara, bir üst derece mahkemesini oluşturan Vaud Kantonal Mahkemesi önünde itiraz etmiştir. Vaud Kantonal Mahkemesi 13 Haziran 2007'de bu başvuruyu reddederek ilk derece mahkemesinin kararını yerinde bulmuştur.

Vaud Kantonal Mahkemesinin bu kararı üzerine Perinçek en yüksek ulusal yargı organı olan Federal Mahkemeye başvurarak kararın düzeltilmesini ve mahkûmiyetinin kaldırılmasını istemiştir. Federal Mahkeme de 12 Aralık 2007'de bu başvuruyu reddetmiştir.

D. Perinçek İsviçre ulusal yargısının kararının kesinleşmesi üzerine, 19 Haziran 2006'de, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (AİHS) 34. maddesi uyarınca, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) başvurmuştur. Türk Hükümeti de, AİHS'nin 36. maddesi 1. fıkrası uyarınca davaya müdahil olma hakkını kullanarak, AİHM'ye 15 Eylül 2011'de görüşlerini bildirmiştir. AİHM'nin yedi kişilik bir Dairesi 17 Aralık 2013'te kararını vermiştir.

AİHM ilgili Dairesinin Perinçek Davasında verdiği kararın kesinleşmesi için Sözleşmenin 44. maddesinin 2. fıkrasında aranan koşullardan birinin yerine gelmiş olması gerekmektedir. Bu koşullardan bir tanesi de karardan üç ay içerisinde davanın Büyük Daireye gönderilmesinin istenmemiş olmasıdır. Sözleşmenin "Büyük Daireye gönderme" başlığını taşıyan 43. maddenin 1. fıkrası, karardan üç ay içerisinde dava taraflarından her birinin davanın Büyük Daireye gönderilmesini isteyebileceğini öngörmektedir. İsviçre 17 Mart 2014 tarihinde Perinçek Davasının Büyük Daireye gönderilmesini istemiş bulunmaktadır. İsviçre Adalet Bakanlığının başvurusunda isteminin gerekçesi olarak İsviçre'de yürürlükte olan ırkçılığa karşı mücadele yasasına ilişkin "hareket alanının saptanmasının sağlanması" biçiminde belirtilmektedir.

Bu gelişmeler karşısında, çalışmamızın I. Bölümünde İsviçre yargı organlarının Perinçek Davasına yaklaşımları ve kararları özetlenecektir. Çalışmamızın II. Bölümünde AİHM'nin davaya bakan Dairesinin kararı özetlenecektir. Çalışmamızın III. Bölümünde ise Perinçek Davasının, İsviçre ulusal yargı kararları ve AİHM Dairesi kararı göz önünde tutularak, bundan sonraki olası gelişmeler üzerine değerlendirmede bulunulmaya çalışılacaktır.

I. BÖLÜM: İSVİÇRE YARGI ORGANLARI ÖNÜNDE PERİNÇEK DAVASI

İsviçre'nin Lozan Polis Mahkemesi davayı İsviçre Ceza Yasasının 261 bis maddesi, 4. fıkrası çerçevesinde ele almıştır. Anılan madde ırkçı ayrımcılığı cezalandırmakta olup tarafımızdan yapılan Türkçe çevirisi şöyledir:

“Bir ırk, bir etnik köken ya da bir dine mensubiyetleri nedeniyle bir kişi ya da gruba karşı nefreti ya da ayrımcılığı kamu önünde körükleyen kişi; Bir ırkın, etnik kökenin ya da dinin üyelerini aşağılayan ya da sistematik bir biçimde gözden düşürmeye çalışan bir ideolojiyi kamuya yayan kişi; Aynı niyetle propaganda eylemleri düzenleyen ya da özendiren ya da bu eylemlerde yer alan kişi; Bir kişi ya da grubu ırk, etnik mensubiyet ya da dini nedeniyle, kamu önünde söz, yazı, imge, davranış (geste), zor kullanma yolları (voies de fait) ya da başka herhangi bir yolla insan onuruna zarar verecek biçimde aşağılayan ya da ayırım gözetken ya da aynı nedenle soykırımı ya da insanlığa karşı başka suçları inkâr eden, kabaca küçülten ya da haklı göstermeye (justifier) çalışan kişi; ırk, etnik köken ya da dinsel mensubiyetleri nedeniyle bir kişi ya da gruba kamunun kullanımına açık bir hizmeti reddeden kişi, en çok üç yıllık özgürlüğü kısıtlama cezası ya da para cezası ile cezalandırılır.”

Lozan Polis Mahkemesi Ermeni soykırımının İsviçre kamuoyunda olduğu gibi daha genel bir biçimde doğrulanmış bir olgu olduğu saptaması yaparak D. Perinçek'i mahkûm etmiştir. Mahkeme Perinçek'in 90 gün ve 100 İsviçre frangı cezaya çarptırılmasına ve iki yıllık bir erteleme ile de 3000 İsviçre frangı ceza ile İsviçre-Ermenistan Derneğine 1000 İsviçre frangı zarar-giderim (tazminat) ödemesine karar vermiştir. Mahkeme bu kararında Perinçek'i İsviçre Ceza Yasasının 261 bis maddesi,4. fıkrası çerçevesinde ırksal ayrımcılıktan suçlu bulmaktadır. Mahkemenin Ermeni soykırımının tanınması olgusunu da, İsviçre kantonal ve federal parlamenter işlemlerine, hukuk yayınlarına ve İsviçre siyasal makamlarının çeşitli bildirimleri yanında Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisinin bazı üyelerinin ve Avrupa Parlamentosunun tanınmasına bağlamaktadır. Mahkeme ayrıca, D. Perinçek'in ırkçı amaçlarla

hareket ettiği ve davranışının tarihsel bir tartışmadan kaynaklanmadığı kanısına varmaktadır.

D. Perinçek Lozan Polis Mahkemesinin bu kararına karşı Vaud Kantonal Mahkemesine başvurmuş ve kararın iptalini istemiştir. Perinçek Mahkemeden ayrıca Ermeni sorununda tarihsel verilerin durumu ve tarihçilerin tutumu konusunda tamamlayıcı bir soruşturma yapmasını da istemiştir.

Vaud Kantonal Mahkemesi 13 Haziran 2007'de Perinçek'in isteğini reddetmiştir. Kantonal Mahkemeye göre, Ceza Yasasının 261 bis maddesinin 4.fıkrasının kabulü sırasında, Yahudi soykırımı gibi Ermeni soykırımı da İsviçre yasama organınca tarihsel bir veri olarak tanınmaktadır. Dolayısıyla Mahkemenin bunun varlığı için tarihçilerin çalışmalarına başvurmasına gerek yoktur. Mahkeme ayrıca Perinçek'in yalnızca soykırım nitelmesini reddetme ile yetindiğini ve Ermenilerin katliamının ve tehcirinin varlığını söz konusu etmediğini bildirmektedir.

Vaud Kantonal Mahkemesinin başvuruyu reddetme kararı üzerine Perinçek İsviçre Federal Mahkemesine başvurarak kararın düzeltilmesini ve mahkûmiyetinin kaldırılmasını istemiştir. Perinçek başvurusunda özetle 261 bis maddesinin kendisine uygulanması ve temel haklarının çiğnenmesi çerçevesinde 1915 olaylarının soykırım olarak nitelenebilmesi için maddi verilerin yeteri kadar soruşturulmadığı üzerinde durmaktadır.

İsviçre Federal Mahkemesi de 12 Aralık 2007 de Perinçek'in başvurusunu reddetmiştir. Federal Mahkemeye göre 261 bis maddesi, 4.fıkrası, bir kişi ya da gruba karşı ırk, köken ya da dinsel mensubiyetleri nedeniyle insan onurunu aşağılayıcı ya da ayrımcı bir yaklaşımın benimsenmesini ya da soykırımın ya da insanlığa karşı suçların kabaca küçültülmesini ya da haklı çıkarılmasını suç saymakta ve genel bir biçimde soykırım terimini kullanarak Ermeni soykırımı dâhil hiçbir soykırımı bu hükmün dışında bırakmamaktadır. Anılan mahkeme 261 bis maddesinin kabulü sırasındaki tutanak ve gerekçeleri de inceleyerek maddenin yalnızca Nazi suçlarını değil, öteki soykırım suçlarının inkârını da kapsadığı sonucuna varmaktadır.

Bununla birlikte, Federal Mahkeme 261 bis maddesindeki soykırım teriminin genel niteliğine rağmen, gerçekte Yahudi soykırımı (Holokost) üzerinden yasanın ele alındığını ve iki milletvekilinin söz alması dışında Ermeni soykırımının özel olarak ele alınmadığını kabul etmektedir. Bu çerçevede de, Yahudi soykırımının gerek İsviçre içtihadında gerek öğretisinde açık bir biçimde ortaya çıkmış olması ve kabulü nedeniyle mahkemelerin bu olaylarda tarihçilerin çalışmasına başvurma gereği duymadığını belirtmektedir. Böylece Mahkeme aynı oydaşmanın (consensus) Perinçek'in inkâr ettiği olaylar

bakımından da sağlanıp sağlanmadığının bilinmesi gerektiğini değerlendirmektedir. Bu çerçevede Mahkeme için sorun Osmanlı İmparatorluğuna atfedilen katliam ve tehcirin soykırım olarak nitelendirilmesinden çok, kamuda ve tarihçiler topluluğu bünyesinde genel olarak bu nitelendirmenin yapılıp yapılmadığı olmaktadır. Federal Mahkeme sonuçta yaptığı değerlendirmede önceki mahkemelerin değerlendirmelerinin bir tarih yapmak değil, böyle bir soykırımın tanınıp tanınmadığını saptamak olduğunu bildirmektedir. Bu vesileyle önceki mahkemelerin bu konudaki yaptığı saptamaların Federal Mahkemeyi de bağladığına hükmetmektedir.

Federal Mahkeme bu çerçevede Perinçek'in özellikle Lozan Polis Mahkemesinin saptadığı oydaşmanın varlığına karşı hiç bir somut kanıt gösteremediğini belirtmektedir. Mahkeme Perinçek'in birçok devletin Ermeni soykırımının varlığını tanımayı reddettiği tezini, siyasal gerekçelerden kaynaklanabileceğinin altını çizerek, bu iddianın bilimsel topluluk bünyesindeki oydaşmayı çürütemeyeceğini bildirmektedir. Perinçek'in 2009 yılında İsviçre'nin Türkiye ile Ermenistan arasında bir tarihçiler komisyonu kurulmasını benimsemek suretiyle bir soykırımın varlığının saptanmadığını üstü kapalı kabul ettiği gerekçesine ise Federal Mahkeme, Federal Konseyin Türkiye'yi geçmişine ilişkin bir ortak hafıza çalışmasına götürme gerekçesiyle bu yaklaşımı benimsediğini belirtmektedir. Mahkeme bu olayın özellikle bilimsel toplulukta soykırım konusunda yeterli bir kuşku bulunduğunu da göstermediği görüşündedir. Federal Mahkeme böylece Perinçek'in Lozan Polis Mahkemesinin keyfi karar verdiğine ilişkin tezini kanıtlayamadığını ve Kantonal Mahkemenin de tarihsel-hukuksal bir incelemeye haklı olarak girmedikinin altını çizmiştir.

Federal Mahkeme, 261 bis maddesi, 4.fikrasının kasıtlı bir davranış aradığını belirterek bu kastın ırkçı ayrımcılık nedeninden kaynaklanması gerektiğini bildirmektedir. Federal Mahkeme Perinçek'in hukuk doktoru olduğunu ve Kantonal Mahkeme önünde tarafsız bir komisyon Ermeni soykırımının varlığını kesin olarak saptasa bile tutumunu değiştirmeyeceğini açıklaması üzerinde durarak, Perinçek'in bilinçli davrandığını kabul etmektedir. Federal Mahkeme, Kantonal Mahkeme ile hemfikir bir şekilde, Perinçek'in Ermenilerin Türk halkının saldırgan olduğunu ileri sürdüğü ve Talat Paşa Komitesi üyeliğine de atıf yaparak ırkçı ve milliyetçi nedenlerle hareket ettiği ve tutumunun tarihsel tartışmalardan kaynaklanmadığı görüşünü kabul etmektedir. Mahkeme için özellikle Ermeni halkının saldırgan gösterilmesi bu topluluğun üyelerinin kimliğine zarar verici olup milliyetçilik dışında ırkçı ayrımcılık niteliği taşımaktadır.

Federal mahkeme, ayrıca, 261 bis maddesi, 4. fıkranın yorumlanmasında, AIHS'nin ifade özgürlüğünü garanti eden 10. maddesini göz önünde

tutmaktadır. Ancak Mahkeme, AİHS'nin 10. maddesini göz önünde tutarak da, Perinçek'in "uluslararası yalan" olarak nitelediği soykırımı inkârı ile İsviçre yasalarına aykırı davrandığını bildiği sonucunu çıkarmaktadır. Mahkeme bu çerçevede Perinçek lehine yasanın öngörülebilirliğinin noksanlığı gerekçesinin söz konusu olamayacağını kabul etmektedir. Mahkeme böylece Perinçek'in "provokatör" tutumu ile Ermeni toplumu üyelerinin kimlikleri için merkez rolü oynayan bir konuda İsviçre yargısını Ermeni toplumu aleyhine kendi görüşleri yönünde etkileme girişiminde bulunduğu kanısına varmaktadır. Perinçek'in mahkûmiyeti, Mahkeme için, Ermeni toplumunun onurunu koruma amacı gütmektedir. Mahkeme için, ayrıca, soykırımın inkârının cezalandırılması, 1948 Soykırımın Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi uyarınca, soykırımların önlenmesi önlemini oluşturmaktadır. Federal Mahkemeye göre, Perinçek'in katliam ve tehciri reddetmemek suretiyle, anılan eylemler soykırım olarak nitelendirilemese bile, insanlığa karşı suçları oluşturmakta olup 261 bis maddesi kapsamında yer almaktadır.

İsviçre Federal Mahkemesi soykırım konusunda İsviçre ulusal hukukunu incelediğinde Ceza Yasasının 264. maddesinde soykırım suçunu kabul ettiğini belirtiyor. Bununla birlikte, Mahkeme İsviçre içtihadına atıf yaparak, 14 Eylül 2001 tarihinde Berne-Laupen Mahkemesinin daha önce Türk vatandaşlarını soykırım inkârı suçundan dolayı, ayrımcılık niyetinin noksanlığı nedeniyle, beraat ettirdiğini ve bu kararın Beren Kantonal Mahkemesi ve 7 Kasım 2002'de Federal Mahkeme tarafından onaylandığını da kabul etmektedir.

İsviçre Federal Mahkemesi, sonra, uluslararası hukuk ve uygulamasının incelenmesine geçmektedir. Mahkeme, 1948 Soykırımın Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi ile başlayıp çeşitli antlaşma ve uygulamaları bu açıdan gözden geçirmektedir. Federal Mahkeme, ikinci olarak, Nürnberg Uluslararası Askeri Mahkemesinin Statüsünü 8 Ağustos 1945 Londra Sözleşmesi eki olduğunu bildirerek 6. Maddesinde barışa karşı suçlar, savaş suçları ve insanlığa karşı suçları cezalandırdığını belirtmektedir. Mahkeme,

Perinçek'in mahkûmiyeti, Mahkeme için, Ermeni toplumunun onurunu koruma amacı gütmektedir. Mahkeme için, ayrıca, soykırımın inkârının cezalandırılması, 1948 Soykırımın Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi uyarınca, soykırımların önlenmesi önlemini oluşturmaktadır. Federal Mahkemeye göre, Perinçek'in katliam ve tehciri reddetmemek suretiyle, anılan eylemler soykırım olarak nitelendirilemese bile, insanlığa karşı suçları oluşturmakta olup 261 bis maddesi kapsamında yer almaktadır.

üçüncü olarak, 17 Temmuz 1998'de imzalanan Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Sözleşmesinin 5. Maddesinin soykırım, barışa karşı suç, savaş suçu ve insanlığa karşı suçları sayarak Mahkeme yetkisine girdiğini ve 6. Maddesinde soykırım ve 7. Maddesinde insanlığa karşı suçların tanımını yaptığını bildirmektedir. Federal Mahkeme, dördüncü olarak, Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesinin 2 Eylül 1998 tarihli Akayesu Davası kararında belirttiği gibi soykırım suçunun gerçekleşmesi için bir ulusal, etnik, ırksal ya da dinsel grubun yok edilmesi özel kastının (dolus specialis) bulunması gerektiğinin altını çizmektedir. Federal Mahkeme, Ruanda Mahkemesinin ayrıca, soykırım suçunun insanlığa karşı suç ve savaş suçuna göre farklarını açıkladığını bildirerek aynı eylemin birkaç değişik suç için hukuksal dayanak oluşturabileceğini belirtmektedir.

İsviçre Federal Mahkemesi, uluslararası uygulama değerlendirmesini, beşinci olarak, Uluslararası Adalet Divanının Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesinin Uygulanması (Bosna-Hersek, Sırbistan-Karadağ'a Karşı) Davasına ilişkin 26 Şubat 2007 tarihli kararı ile sürdürmektedir. Federal Mahkeme, Divanın bu kararında yok etme kastının açıkça var olması gerektiği üzerinde durduğunu ve Eski Yugoslavya Ceza Mahkemesinin Kupreskic kararından anlaşıldığı gibi, bu kastın ve öteki koşulların soykırımı insanlığa karşı suçtan ayırdığının altını çizdiğini bildirmektedir.

İsviçre Federal Mahkemesi, altıncı olarak, İsviçre'nin de 1994'te onayladığı 21 Aralık 1965 tarihli Her Türlü Irk Ayrımcılığının Önlenmesi Sözleşmesine atıfta bulunarak, anılan sözleşmenin 2. ve 3. maddelerinin ırkçı ayrımcılığı yasakladığını bildirmektedir.

İsviçre Federal Mahkemesi, yedinci olarak, İsviçre'nin de 1992'de onayladığı 6 Aralık 1966 tarihli BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesini ele almaktadır. Anılan Sözleşmenin 19. maddesi ifade özgürlüğünü tanımakta, ancak 3. fıkrasında özgürlüğe iki alanda yasayla istisnalar getirilebileceğini de kabul etmektedir. Bu istisnaların birincisi, başkasının hakları ve ününe saygı gösterilmesi gereği olmaktadır. İkinci grup istisna ise, ulusal güvenlik, kamu düzeni kamu sağlığı ya da kamu ahlakının korunması olmaktadır. Anılan Sözleşmenin 20. maddesi ile getirilen iki de yasak bulunmaktadır. Bunların birincisi savaş propagandası yasağı, ikincisi de ayrımcılık, düşmanlık ya da siddete çağrı yapan ulusal, ırksal ya da dinsel nefret çağrısı yasağı olmaktadır.

İsviçre Federal Mahkemesi yine BM İnsan Hakları Komitesinin BM'nin belirtilen Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin 19. maddesi ile ilgili 2011'deki 102. döneminde kabul ettiği 34. sayılı Genel Görüşünde (observation), düşünce özgürlüğünün korunması gerektiğini; bunun

sınırlanmasının kabul edilmediğini; bütün görüşlerin içeriği ne olursa korunduğu; bir düşüncenin suç olarak cezalandırılmasının ve bu konuda çeşitli baskılarda bulunulmasının 19. maddenin, 1. fıkrasına aykırı düştüğünü hatırlattığını bildirmektedir. Anılan Komite bu görüşünde, Sözleşmenin 19. madde, 2. fıkrası uyarınca, ifade özgürlüğünün de, 3. fıkradaki istisnalar ve 20. maddedeki yasaklar dışında, tamamen serbest olduğunu bildirmektedir. Komite anılan görüşünde, 19. maddenin 3. fıkrasında istisnalara ilişkin önlemlere de ihtiyatla yaklaşılması gerektiğini bildirmektedir.

İsviçre Federal Mahkemesi daha sonra kararında BM İnsan Hakları Komitesinin tarihsel verilere ilişkin fikir açıklamaları için cezai yaptırımlar sorunuyla ilgili olarak bu tür yaptırımlarla ilgili olarak bu tür yaptırımların Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesine aykırı olduğunu, Sözleşmenin genel yasaklamalara izin vermediğini ve 20. maddenin 3. fıkrası dışındaki yasaklar dışında yasak getirilemeyeceğini bildirdiğini belirtmektedir.

İsviçre Federal Mahkemesi, bundan sonra Avrupa Konseyi'nin Bakanlar Komitesinin 30 Ekim 1997'de 97/20 "Nefret Söylemi" adlı kararıyla üye devletlere nefret söylemi ile mücadele etmelerini, eğer henüz taraf değillerse BM Her Türlü Irk Ayrımcılığının Önlenmesi Sözleşmesine taraf olmalarını, ulusal mevzuat ve uygulamalarını bu konuda uygun duruma getirmelerini tavsiye ettiğini hatırlatmaktadır. Bu vesileyle Federal Mahkeme Avrupa Konseyi bünyesinde yirmi civarı Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi üyesinin 24 Nisan 2013 tarihli bir bildiri ile Ermeni soykırımını tanıdığına dikkat çekmektedir.

İsviçre Federal Mahkemesi insanlığa karşı suç ve soykırım inkârı konusunda uluslararası hukuk ve uygulama düzeyinde durumu inceledikten sonra 14 Avrupa devleti ve ABD ve Kanada'nın ulusal mevzuat ve uygulamalarını inceleme yoluna gitmektedir. Bu amaçla İsviçre Mukayeseli Hukuk Enstitüsünün 19 Aralık 2006'da gerçekleştirdiği bir rapora başvuran Federal Mahkeme anılan ülkelerde durumun çok tartışmalı olduğu sonucuna varmaktadır. Bu çerçevede Mahkeme, İspanya, Fransa ve Lüksemburg'un bu konuda inkârın yasaklanması ile ilgili olarak katı bir tutum benimsediklerini bildirmekle birlikte, yalnızca İspanya ve Lüksemburg'un genel bir biçimde soykırımın inkârını cezalandırdıklarının görüldüğünü belirtmektedir. Buna karşılık mahkeme, Fransa'yı da buraya ekleyerek Almanya, Avusturya ve Belçika gibi ülkelerin yalnızca İkinci Dünya Savaşı sırasında gerçekleştirilen eylemlerin inkârını suç saydığına işaret etmektedir. Mahkeme, ayrıca, Hollanda, Kanada gibi ülkelerin yasalarında özel hükümler içermemekle birlikte, genel bir takım hükümlere dayanarak mahkemelerin bu tür eylemlerin inkârını suç saydığını bildirmektedir. Mahkeme, ABD'nin de daha esnek olmakla birlikte, zarar-giderime karar vermek suretiyle bu tür inkârları bazı

koşullarda cezalandırma yoluna gittiğini belirtmektedir. Öte yandan, Federal Mahkeme, İtalya, Norveç, Danimarka, İsveç gibi ülkelerde ise, daha esnek birtakım hükümlere dayanarak nefret çağrışımı inkârların suç sayılabileceğinin kabul edildiğine işaret etmektedir. Mahkeme, buna karşılık, İngiltere ve İrlanda'da inkâr suçundan söz edilmediğini bildirmektedir.

İsviçre Federal Mahkemesi, İsviçre Mukayeseli Hukuk Enstitüsünün raporundan sonra, bu konuda Fransa ve İspanya'da önemli gelişmelere rastlandığını bildirmektedir. Fransa'da, 20 Ocak 2001'de bir yasa ile 1915'te gerçekleştirilen Ermeni soykırımı tanındıktan sonra, 23 Ocak 2012'de Millet Meclisi'nin (Assemblée Nationale) kabul ettiği bir yasa ile soykırımın, insanlığa karşı suçların ve savaş suçlarının övülmesini, inkârını ya da kamuda kabaca bayağılaştırılmasını suç saymıştır; ancak bu yasa Fransız Anayasa Konseyi'nin 28 Şubat 2012 tarihli kararıyla Anayasaya aykırı bulunmuştur. Fransız Anayasa Konseyi'nin kararı anılan yasağı öz olarak düşünce ve ifade özgürlüğü ilkelerine aykırı bulmuştur. İspanya'ya gelince, Anayasa Mahkemesin 7 Kasım 2007 tarihli bir kararında bir olayla ilgili olarak görüş içeren soykırımın inkârı ile soykırımı aklama anlamına gelen ve bir gruba karşı teşvik eden durumları ayırarak ikincileri suç saymış ve birincileri düşünce özgürlüğü çerçevesinde değerlendirmiştir. Soykırım inkârını genel bir biçimde cezalandıran Lüksemburg olup, İsviçre Mukayeseli Hukuk Enstitüsü de Lüksemburg örneğinden esinlenmiş ve İsviçre Federal Mahkemesi bunu göz önünde tutmuştur.

II. BÖLÜM: AİHM ÖNÜNDE DAVA VE AİHM'İN DEĞERLENDİRMESİ

İsviçre ulusal mahkemelerinin özetlenen kararları ve gerekçelerine karşı D. Perinçek AİHM'ne başvurarak İsviçre'nin AİHS'nin 10. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğü ilkesine aykırı davrandığını ileri sürmüştür. Perinçek'e göre, İsviçre'nin dayandığı Ceza Yasasının 261 bis maddesi, 4.fıkrası yeterince öngörülebilirlik (prévisibilité) içermediği gibi, mahkûmiyet kararı da meşru bir amaç güden bir gerekçeye dayanmamaktadır. Bu çerçevede Perinçek demokratik bir toplumda ifade özgürlüğünü engellemenin gerekli olmadığını bildirmektedir.

D. Perinçek'in iddiasına İsviçre Hükümetinin karşı çıkması üzerine AİHM öncelikle Perinçek'in başvurusunun kabul edilebilir (recevable) olup olmadığını değerlendirme yoluna girmiştir. Bu amaçla AİHM'nin ilk değerlendirmesi, İsviçre'nin bu gerekçeyi ileri sürmemesine rağmen, konuyu re'sen ele alarak, AİHS'nin 17. maddesi çerçevesinde Perinçek'in sözlerinin ifade özgürlüğünün aşılması yoluyla hakkın suiistimali (abus de droit) sonucunu doğurup doğurmadığı konusunda olmuştur.

Sorun, İsviçre Hükümetinin Perinçek'in sözlerinin düşünce ve ifade özgürlüğünü aşan ve AİHS'nin koruduğu değerler olan haklara ve özgürlüklere aykırı düşüp düşmediğine ilişkindir. Bu çerçevede AİHM var olan içtihadının temelini oluşturan özellikle Lawless Davası¹, Garaudy Davası², Norwood Davası³, Ivanov Davası⁴ gibi davalardaki kararları uyarınca, AİHS'nin 10. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğüne dayanarak AİHS'nin sözüne ve ruhuna aykırı hareket edilemeyeceği sonucuna varmaktadır. AİHM Jersild Davası⁵ kararına da dayanarak, amacın her türlü biçimdeki ırk ayrımcılığına karşı mücadele olduğunu ve bunun mutlaka şiddet içermesi gerektiğini belirtmektedir. AİHM için bu sözlerle bir gruba hakaret edilmesi ya da bu grubun gülünç düşürülmesi ya da ayrımcılığın teşvik edilmesi yeterlidir.

AİHM, başlıcaları belirtilen içtihadı çerçevesinde, Perinçek'in sözlerinin AİHS'nin 17. maddesi uyarınca 10. maddedeki ifade özgürlüğünün korunmasının dışında kalıp kalmadığının araştırılması gerektiği sonucuna varmaktadır. AİHM bu vesileyle Türk Hükümetinin müdahil sıfatıyla, İsviçre Hükümetinin de 17. maddeye dayanmamasını ileri sürerek, Mahkemenin anılan maddeyi başvurunun kabul edilmezliği gerekçesi olarak değerlendirmemesi gerektiği iddiasının da altını çizmektedir.

AİHM Perinçek'in sözlerine ilişkin yaptığı değerlendirmede bunların bazılarını ve özellikle "uluslararası yalan" sözünü "provokatif" olarak değerlendirmesine rağmen, inciten, şoke eden ve endişelendiren görüşlerin de AİHS'nin 10. maddesi kapsamında korunduğunu bildirmektedir. Mahkeme ayrıca Perinçek'in katliam ve tehcir olduğunu reddetmediğini ve yalnızca soykırım hukuksal nitelendirmesine karşı çıktığının altını çizmektedir. AİHM bu çerçevede bilinmesi gereken Perinçek'in sözlerinin tolere edilebilir nitelikte olup olmadığı ve 17. madde çerçevesinde bu söylemin kin ve şiddete itip itmediği olduğunu bildirmektedir. Mahkeme Perinçek'in söyleminin 1915 olaylarının soykırım nitelendirmesinin kapsamına girmediği görüşü çerçevesinde Ermeni halkına karşı kine teşvik oluşturmadığı kanısına varmaktadır. Mahkeme ayrıca Perinçek'in İsviçre Ceza Yasasının 261 bis maddesinin ayrı bir suç olarak değerlendirildiği nefret suçu nedeniyle yargılanmadığını bildirmekte, dolayısıyla Perinçek'in ifade özgürlüğünün sınırları içinde kaldığına karar vermektedir. AİHM için sonuçta Perinçek 10. maddeyi aşan ve 17. madde kapsamına sokulabilecek bir söylemde bulunmamıştır ve başvurusu kabul edilebilir niteliktedir.

1 *Lawless v. Ireland (no.3)* (Karar), Dava No. 332/57, AİHM, (1 Temmuz 1961), 7. paragraf.

2 *Garaudy v. France* (Karar), Dava No. 65831/01, AİHM, (7 Temmuz 2003).

3 *Norwood v. the United Kingdom* (Karar), Dava No. 23131/03, AİHM (16 Kasım 2004).

4 *Pavel Ivanov v. Russia* (Karar), Dava No. 35222/04, AİHM (20 Şubat 2007).

5 *Jersild v. Denmark* (Karar), Dava No. 15890/89, AİHM (23 Eylül 1994), 30. paragraf.

Öze ilişkin olarak ise, AİHM İsviçre'nin mahkûmiyet kararının ifade özgürlüğüne müdahale olarak ele alınması gerektiğini düşünmektedir. Mahkeme için böyle bir müdahalenin 10. maddeye aykırı düşmemesi için 2. fıkrasındaki koşulları yerine getirmesi gerekmektedir. Bu çerçevede, müdahalenin “yasa tarafından öngörülmesi”nin ve bu fıkra da belirtilen meşru amaçlardan birini ya da birkaçını gerçekleştirmeyi hedeflemesinin ve bu amaçları “bir demokratik toplumda gerçekleştirmenin gerekli” olmasının bilinmesi zorunludur.

Suç oluşturmanın bir yasa ile öngörülmesi koşuluyla ilgili olarak Perinçek, İsviçre Ceza Yasasının 261 bis maddesi, 4. fıkrasında genel bir biçimde soykırımın inkârından söz edildiğini ve Ermeni soykırımı gibi bir nitelendirme bulunmadığını; Berne-Laupen

Mahkemesinin aynı tür başka eylemler için herhangi bir mahkûmiyet kararı vermediğini ve eski bir İsviçre Hükümeti üyesince de anılan hükmün eleştirildiğini, dolayısıyla bu koşulun yerine gelmediğini iddia etmiştir. Buna karşılık, İsviçre Hükümeti, yasanın Mecliste tartışılması sırasında Komisyon raportörünün bu yasanın Ermeni soykırımını da kapsadığını bildirdiğini belirtmiştir. İsviçre Hükümeti ayrıca İsviçre'nin 1965 tarihli **Her Türlü Irk Ayrımcılığının Önlenmesi** Sözleşmesine taraf olurken 20. madde, 2. fıkrasında öngörülen ulusal, ırkçı ya da dinsel nefreti ulusal yasa ile önleyeceğini ifade ettiğini bildirmiştir. Yine, İsviçre Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 30 Ekim 1997 kararı ile getirdiği yasaklamalara bu yasa ile uyduğunu bildirmiştir. İsviçre, öte yandan, yirmiden fazla devletin meclislerinin 1915-1917 olaylarını soykırım olarak kabul ettiğini ve Avrupa Parlamentosunun da 15 Kasım 2000'de Türkiye'ye Ermeni soykırımının kabulü için çağrıda bulunduğunu öne sürmüştür. İsviçre Hükümeti, bütün bu veriler ışığında ve 261 bis maddesi uyarınca Perinçek'in eyleminin İsviçre'de mahkûmiyet getireceğini öngörmüş olması gerektiğini ve İsviçre yasının yeterince açık olduğunu savunmaktadır. İsviçre Hükümeti, soykırım nitelemesi geçerli olmasa bile, 261 bis maddesinin her durumda insanlığa karşı suçu da kapsadığını ve Perinçek'in söyleminin bu kapsama girdiğini ileri sürmektedir.

Türk Hükümeti de müdahale hakkının kullanımı sırasında Perinçek'in İsviçre kamuoyundaki oydaşmaya dayalı olarak mahkûmiyetinin öngörülebilir olmadığı tezini ileri sürmüştür.

AİHM ileri sürülen tezleri değerlendirirken, içtihadını da hatırlatarak, “yasa tarafından öngörülmüş” olma koşulunun yalnızca iç hukukta bir dayanak bulması ile sınırlı olmadığını, ilgili yasanın kalitesini de kapsadığını, dolayısıyla yasanın taraflara açık ve sonuçlarında öngörülebilir olması

gerektiğine karar vermiştir. Ancak, mahkemeye göre, bu öngörülebilirliğin de kesin sonuç verici olması koşulu yoktur. Belirtilen bu verilerin eldeki davaya uygulanmasında Perinçek 261 bis maddesinin gerekli netliği ve öngörülebilirliği içermediğini ileri sürmektedir. AİHM, İsviçre yasasında “*bir soykırım*” teriminin kullanılması nedeniyle, AİHS'nin 10. madde, 2. fıkrasında aranan netlik konusunda kuşku uyandırabileceğini kabul etmekle birlikte, Perinçek'in hukuk doktoru ve siyaset adamı olması nedeniyle Ermeni soykırımını “*uluslararası yalan*” olarak sunarken cezai yaptırımını öngörebileceği sonucuna varmaktadır. Sonuçta AİHM İsviçre'nin tutumunun AİHS'nin 10. madde, 2. fıkrasında aranan “*yasa tarafından öngörülme*” koşuluna uygun düştüğüne karar vermektedir.

Anılan 10. madde, 2. fıkra çerçevesinde aranan ikinci koşul olan mahkûmiyetin meşru amaçlarla gerçekleştirilmesi koşulunun değerlendirilmesine gelince, İsviçre Hükümeti mahkûmiyet kararının özellikle başkasının ününün ve haklarının korunması meşru amacını güttüğünü savunmaktadır. Bu çerçevede İsviçre Hükümeti Perinçek'in Ermenileri emperyalist güçlerin aracı olarak nitelendirmesini ve Türklerin ülkesini savunduğu görüşünü mağdurların onurunu yaraladığını ileri sürmekte ve aynı zamanda 10. madde, 2. fıkrada aranan düzenin savunması koşulunu da yerine getirdiğini bildirmektedir. Müdahil Türk Hükümeti ise, mahkûmiyetin hiçbir meşru amaç taşımadığı ve kamu güvenliğine karşı özel ve somut bir tehlikenin bertaraf edilmesine hizmet edildiğinin İsviçre tarafından kanıtlanamadığını bildirmektedir. Bütün bu iddialar karşısında AİHM, mahkûmiyetin Ermenilerin onurunu koruyarak başkasının haklarını koruma amacına yönelik olduğuna, buna karşılık Perinçek'in söylemi ile kamu düzenini ağır bir biçimde tehdit ettiğinin gösterilemediğine karar vermektedir.

Anılan 10. madde, 2. fıkra çerçevesinde aranan üçüncü koşul olan cezalandırmanın “*demokratik bir toplumda gerekli olması*” koşulunun değerlendirilmesinde ise, Perinçek ifade özgürlüğünün kısıtlanmasının ırkçı ayrımcılık ve zenofobinin önlenmesi amacı ile orantılı olmadığını ve 1948 Soykırım Sözleşmesinin 6. maddesine göre eğer bir soykırım varsa bunun bir mahkeme tarafından saptanması gerektiğini bildirmektedir. Perinçek ayrıca mahkûmiyetinin zorunlu bir toplumsal gereksinime cevap vermediğini; mahkûmiyetin Ermeni toplumunun onuru için gerçekleştirilmesi durumunda ise, Ermeni soykırımını reddeden Türk toplumunun onurunu zedeleyeceğini ileri sürmektedir. Perinçek yine sözlerinin İsviçre mahkemelerince milliyetçi ve ırkçı olarak görülmesini reddetmekte ve tezinin yalnızca 1948 Sözleşmesinin hukuksal nitelemesinden kaynaklandığını bildirmektedir. Öte yandan Perinçek, AİHM içtihadında Holokost'un inkârının cezalandırılması konusunda, Holokost'un Nüremberg Mahkemesi tarafından insanlığa karşı suç olarak nitelendirilmesi ve buradaki tarihsel verilerin açıkça saptanmış

bulunması nedeniyle farklı bir durumda bulunduğunu ileri sürmektedir. Perinçek, İsviçre Federal Mahkemesinin kararını İsviçre kamuoyunda bir oйдаşma bulunduğu iddiasına dayandırması konusunda kamuoyunda bir görüş birliği bulunmadığını belirtmekte ve bu çerçevede 10 Ekim 2009'da Türkiye ile Ermenistan arasında imzalanan ve halen yürürlüğe sokulmamış iki protokolde de olayları araştırmak için bir hükümetler arası komisyon kurulmasının öngörülmesini de anılan tarihsel olayların açıkça ortaya konulmadığını gösterdiğini bildirmektedir.

Yine Perinçek, soykırımın 1948 Sözleşmesinin 2. maddesine dayalı iyi tanımlanmış bir uluslararası suç olduğunu, var olabilmesi için bir etnik, ırksal ya da dinsel grubu kısmen ya da tamamen yok etme kastının (dolus specialis) arandığını belirtmektedir. Perinçek bu vesileyle Uluslararası Adalet Divanının 26 Şubat 2007 tarihli **Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesinin Uygulanması** (Bosna-Hersek, Sırbistan ve Karadağ'a Karşı) **Davasında** soykırım suçunu tanımladığını ve bir grubun bir yerden sürülmesinin savaş suçu ya da insanlığa karşı suç oluşturabileceğini ve soykırım oluşturan öğelere sahip olamayabileceğini bildirdiğinin altını çizmektedir. UAD'na göre soykırım suçunu ileri süren tarafın bunun kanıtlarını da sunması gerekmektedir.

Perinçek ayrıca Fransız Meclisinde Ermeni soykırımını inkâr suçuna ilişkin çalışmalar sırasında Raportör Bernard Accoyer'nin tarihsel olayların değerlendirilmesinin yasama organının görevi olmadığını ve yasamanın mahkemelerin yerine geçemeyeceğini bildirdiğini ve aynı yönde bir görüşün Fransız Anayasa Konseyi eski başkanı Robert Badinter tarafından da ifade edildiğini açıklamaktadır. Perinçek yine Prof. Stefan Yerasimos'un hukuk ve tarih arasında bir ayırım yapmak gerektiği, birincisinin bir şeyi kanıtlamak ve yargılamak amacını güderken, ikincisinin değer yargısı taşımadan bir şeyleri açıklamak amacını güttüğünü hatırlatmaktadır. Bu nedenlerle Perinçek insanların kişisel inançlarını bir örneklığe indirgemek gerekmediğini ve AİHS'nin 10. maddesine söyleminde bir aykırılık bulunmadığını savunmaktadır

Anılan üçüncü koşulla ilgili olarak İsviçre Hükümeti ise, ulusal mahkemelerinin Perinçek'in 1915-1917 olaylarını inkâr ettiği ya da küçümsediği üzerinde durduğunu ve mahkemelerinin bu olayların değerlendirilmelerini uzman görüşlerine ve raporlarına dayandığını bildirmektedir. İsviçre Hükümeti ayrıca mahkemelerinin bu konuda geniş bir bilimsel oйдаşma olması üzerinde durduğunu savunmaktadır. İsviçre Hükümetine göre, Perinçek'in Ermenileri Türk halkının saldırganı olarak nitelmesi ve Ermeni soykırım konusunu "uluslararası yalan" olarak ifade etmesi Perinçek'in ırkçı ve milliyetçi saiklerle hareket ettiğini göstermektedir.

İsviçre Hükümeti ayrıca birinci derece mahkemesinin Perinçek'i Ermeni soykırımının başaktörü olarak kabul ettiği Talat Paşa taraftarı olarak değerlendirdiğini belirtmektedir. İsviçre Hükümeti Perinçek'in, aksi tarafsız bir komisyonca gösterilse bile yine de bu eylemlerin soykırım olmadığı görüşünü değiştirmeyeceği ifadesinin bir tarihsel sorgulama çalışmasına benzemediğinin altını çizmektedir. Bu veriler ışığında İsviçre Hükümeti ulusal mahkemelerinin AİHS'nin 10. maddesinin değerlendirme sınırlamalarını aşmadığı görüşünü savunmaktadır.

Davaya müdahil olan Türk Hükümetine gelince, Perinçek'in 1915'te katliam ve tehciri inkâr etmediğini, yalnızca uluslararası hukuk ve İsviçre hukuku çerçevesinde “soykırım” hukuksal nitelemesini reddettiğini ileri sürerek, olayların tartışılan hukuksal nitelemesi ile “açıkça saptanmış tarihsel olaylar”ın varlığı arasında önemli bir farkın bulunduğu dikkat çekmiştir. Türk Hükümeti ayrıca demokratik bir toplumda bir cezalandırma önleminin gerekli olmadığına, birçok kişinin bu olayların soykırım olmadığına inandığını bildirmiştir. Türk Hükümeti bu yönde İngiliz Hükümetinin 8 Mart 2008'de Meclisinde bir soru üzerine verdiği cevabı örnek göstermektedir. Türk Hükümeti ayrıca, İsviçre dışında Avrupa Konseyinin hiçbir ülkesinde “Ermeni Soykırımı'nın” inkârı nedeniyle cezai mahkûmiyete karar verilmediğini ve İsviçre, Lüksemburg ve İspanya dışında da genel olarak soykırım inkârının yasalarla cezalandırılmasının öngörülmediğini belirtmektedir. Bütün bu veriler Türk Hükümeti için bu yönde zorunlu bir toplumsal gereksinimin var olmadığını göstermektedir. İsviçre'nin Perinçek kararı, Türk Hükümeti için, izlenen amaçla da orantılı değildir; zira Perinçek'in sözleri şiddet ve nefrete çağrı içermemektedir. Dolayısıyla, Türk Hükümetinin görüşüne göre, Perinçek'in sözlerinde AİHS'nin 10. maddesine aykırılık yoktur.

İsviçre'nin Perinçek kararı, Türk Hükümeti için, izlenen amaçla da orantılı değildir; zira Perinçek'in sözleri şiddet ve nefrete çağrı içermemektedir. Dolayısıyla, Türk Hükümetinin görüşüne göre, Perinçek'in sözlerinde AİHS'nin 10. maddesine aykırılık yoktur.

Tarafların görüşlerini alan AİHM'nin değerlendirmesi aşağıdaki gibi özetlenebilecektir:

AİHM'ne göre, uygulanacak genel ilkeler ifade özgürlüğünün kullanılmasında bir müdahale gereğinin değerlendirilmesi konusunda Stroll Davası⁶ ile özetlenmiş olup, daha sonra Mouvement raélien Suisse Davası⁷ ve Animal

⁶ *Stroll v. Switzerland* (Karar), Dava No. 69698/01, AİHM, (10 Aralık 2007), 101. paragraf.

⁷ *Mouvement raelien Suisse v. Switzerland* (Karar), Dava No. 16354/06, AİHM, (13 Temmuz 2012), 48. paragraf.

Defenders International Davası⁸ ile tekrarlanmaktadır. Özetle belirtilirse, öncelikle, ifade özgürlüğü demokratik bir toplumun temellerinden biridir ve AİHS'nin 10. maddesinin 2. fıkrası hükümleri istisna oluşturmak üzere, yalnızca saldırgan olmayan ya da önemsiz olan bilgi ve görüşler değil, inciten, şoke eden ya da endişelendiren bilgi ve görüşler için de bu ilke geçerlidir. Bu çerçevede istisnalar dar yorumlanmalıdır. İkinci olarak, istisnaların uygulanması “zorunlu bir toplumsal gereksinime” dayanmalıdır. Bu çerçevede AİHM 10. maddede getirilen kısıtlamaları ifade özgürlüğü ile bağdaşık bağdaşmadığını denetlemektedir. Üçüncü olarak, AİHM bu denetleme görevi sırasında ulusal mahkemelerin yerine geçmemekte, yalnızca onların kararlarını 10. madde çerçevesinde incelemekte ve bu kararlarda değerlendirilen önlemlerin “izlenen meşru amaçla orantılı” olup olmadığına bakmaktadır

AİHM'ye göre, anılan genel ilkeler çerçevesinde tarihsel sorunlara bakarken tarihsel gerçeğin ifade özgürlüğünün bir parçası olduğu araştırılmalıdır, Mahkeme tarihçiler arasındaki tartışmalarda hakemlik yapmaz, yalnızca alınan önlemlerin izlenen amaçla uygun olup olmadığını değerlendirir. AİHM bu çerçevede siyasal ya da genel menfaati ilgilendiren söylemlerin kapsamında ifade özgürlüğüne kısıtlama getirilmesine yer olmadığını hatırlatmaktadır. Yine AİHM'ye göre 10. madde tarihsel tartışmalarda “kesinliğin olanaklı olmadığı alanlarda” bilgi ve görüşleri de korumaktadır. Mahkeme için tarihsel olayların yıllar geçtikten sonra aynı katılıkla değerlendirilmediği görülmüştür.

AİHM daha sonra içtihadında nefret söylemi ve şiddetin övülmesine ve Ermeni sorununa ilişkin söylemler konularında Türkiye'ye karşı açılan davaları da kabul ettiğini gösteren örnekler vermektedir. Bu çerçevede AİHM Erdoğan ve İnce Davasına⁹ atıfta bulunarak Kürt sorununda ayrılıkçı propaganda yapmaları nedeniyle İstanbul Mahkemesinin verdiği kararı, söylemin analitik bir nitelik taşıdığı ve şiddete çağrı yapmadığı gerekçesiyle ifade özgürlüğü ilkesine aykırı bulmuştur. AİHM'nin bu konuda atıfta bulunduğu ikinci dava Gündüz Davası¹⁰ olmuştur. Bu davada da AİHM yetkili Türk mahkemesinin nefret söylemi gerekçesiyle ilgili mahkûm eden kararını şiddete çağrı içermemesi nedeniyle Sözleşmeye aykırı bulmuştur. AİHM'nin atıfta bulunduğu üçüncü dava Erbakan Davası¹¹ olmuştur. Erbakan'ın nefrete ve dinsel hoşgörüsüzlüğe çağrıda bulunduğu gerekçesiyle yargılanmasını, AİHM siyasilerin hoşgörüsüzlüğe çağrısı besleyen sözlerden kaçınması gerektiği uyarısında bulunmasına rağmen, ifade özgürlüğüne müdahalenin

8 *Animal Defenders International v. The United Kingdom* (Karar), Dava No. 48876/08, AİHM (22 Nisan 2013), 100. paragraf.

9 *Erdoğan and İnce v. Turkey* (Karar), Dava No. 25067/94 ve 25068/94, AİHM, (8 Temmuz 1999).

10 *Gündüz v. Turkey* (Karar), Dava No. 35071/97, AİHM, (14 Haziran 2004).

11 *Erbakan v. Turkey* (Kararın basın bildirgesi), Dava No. 59405/00, AİHM, (6 Temmuz 2006).

“demokratik bir toplumda gerekli” olması açısından yeterli bulmadığını bildirerek, AİHS’ne aykırı bulmuştur. AİHM’nin atıfta bulunduğu dördüncü dava Dink Davası¹² olmuştur. Türk mahkemesince Türklüğü gözden düşürmeye çalışmak nedeniyle suçlu bulunan Ermeni kökenli Türk vatandaşı Dink’in, Ermenilerin Türk algılamasının bir “*zehir*” olduğunu ve Ermenileri sürekli kendilerini “*mağdur*” sayarak 1915 olaylarının soykırım olduğunun Türklerce tanınması amacına ittiğini ve bunun kimliklerini sağlıklı temeller üzerine geliştirmelerine engel olduğunu ifade eden sözlerini AİHM hiçbir nefret söylemi içermediği gerekçesiyle sözleşmeye aykırı bulmamıştır. AİHM bu davada Dink’in sözlerinde Türklüğü gözden düşürmeye yönelik bir öge görmediği gibi mahkûmiyetinin “*zorunlu bir toplumsal gereksinme*” sonucu olmadığına da karar vermiştir. AİHM’nin atıfta bulunduğu beşinci dava ise Cox Davası¹³ olmuştur. Türkiye’de üniversitelerde görev yaptığı sırada “Türklerin Kürtleri asimile ettiği” ve “Ermenileri ülkeden sürdüğü ve katlettiği” sözleri nedeniyle sınırdışı edilen Cox’un Türk mahkemeleri önünde açtığı davanın reddedilmesi üzerine AİHM Cox’un hem Türkiye’de hem de uluslararası düzeyde tartışmalı olan bu açıklamalarından ülkenin ulusal güvenliğine aykırı olduğunu saptamanın olanaksız olduğuna ve Cox’un ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamanın yeterince desteklenemediğine karar vermiştir.

Türkiye’ye karşı açılan davalar da dâhil içtihadında kabul ettiği ilkelerin Perinçek Davasında uygulanmasında, AİHM öncelikle, 1915 katliam ve tehcir olaylarının gerçekliği ve İsviçre Ceza Yasasının 261 bis maddesi, 4. fıkrası çerçevesinde, bu olayların hukuksal olarak “*soykırım*” biçiminde nitelendirilmesi konularında karar vermesinin söz konusu olmadığını bildirmektedir. AİHM bu vesileyle, ulusal hukuku uygulamak ve yorumlamak görevinin ilk elde ulusal makamlara ve özellikle mahkemelere düştüğünü hatırlatarak, AİHM’nin görevinin yalnızca AİHS’nin 10. maddesi çerçevesinde ulusal mahkemelerin kararlarını denetlemek olduğunu bildirmektedir. Ulusal mahkemelerin kararlarının bu amaçla değerlendirilmesinde de, Perinçek’in mahkûmiyetinin “*zorunlu bir toplumsal gereksinmeden*” doğup doğmadığının bilinmesi gerektiği kanısını taşımaktadır. AİHM, bu amaçla olayların mağdurlarının ailelerinin ve yakınlarının onurunun korunmasının gerekliliği ile başvuranın ifade özgürlüğünün korunması arasındaki dengeye dikkat edilmesi gerektiğine işaret etmektedir. AİHM için bu çerçevede özellikle müdahalenin güdülen meşru amaca uygunluğunun oranı ve ulusal makamların öngördüğü cezayı doğrulayıcı gerekçelerin uygun ve yeterli olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir.

12 *Dink v. Turkey* (Kararın basın bildirgesi), Dava No. 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 ve 7124/09, AİHM, (14 Eylül 2010).

13 *Cox v. Turkey* (Karar), Dava No. 2933/03, AİHM, (20 Ağustos, 2010).

AİHM belirttiği bu ilkeler ışığında 1915 olaylarının “soykırım” olarak nitelendirilmesinin kamuoyunda büyük bir ilgi uyandırdığı konusunda hiçbir itiraz ileri sürülmediğinin altını çizerek, D. Perinçek’in de bu çerçevede hareket ettiğini ima etmekte ve Perinçek’in hukukçu ve siyasetçi kimliği ile sözlerinin yer aldığı toplantıların konularını (1923 Lozan Antlaşması) da göz önünde tuttuğunda, sözlerinin tarihsel, hukuksal ve siyasal olduğunu değerlendirmektedir. Bu çerçevede, özellikle konunun kamuoyunda gördüğü ilgi nedeniyle, AİHM ulusal mahkemelerin Perinçek’in sözleri konusunda değerlendirme marjının dar olduğuna karar vermiştir.

Daha sonra İsviçre mahkemelerinin öne sürdüğü temel gerekçe olan, toplumda ve özellikle bilimsel toplumda olayların değerlendirilmesinde “*genel oydaşmanın*” varlığı ile ilgili olarak AİHM, bu konuda ilk değerlendirmenin ulusal mahkemelerce yapılacağını kabul etmekle birlikte, “*oydaşma*” kavramının değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. İsviçre Federal Mahkemesinin bile toplumda olayların hukuksal nitelendirilmesinde bir oybirliği olmadığını kabul etmesi ve Perinçek ile Türk Hükümetinin bir “genel oydaşmadan” söz edilemeyeceğini ileri sürmesi karşısında AİHM bu görüşü paylaştığını bildirmektedir. Zira AİHM için de, ne İsviçre’de ne de dünyada (190 devlet üzerinden yalnızca 20 devletin soykırım görüşünü paylaşmasına atıf yaparak) bu konuda bir görüş birliği vardır.

Değerlendirmesinde AİHM, ayrıca, “*soykırımın*” iyi tanımlanmış bir kavram olduğunu, günümüzde hem devletlerin (1948 Sözleşmesinin 2. maddesi uyarınca) hem de kişilerin (özellikle Roma Sözleşmesinin 5. maddesi uyarınca) sorumluluğunu gerektirdiğini bildirmektedir. **Mahkeme, UAD’nın ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesinin içtihadının soykırım suçunun gerçekleşmesi konusunda yok etme kastı gibi özel bir kastı (*dolus specialis*) aradığını ve bunun kanıtlanmasının çok zor olduğunu belirtmektedir.** AİHM için İsviçre mahkemelerinin “*genel oydaşma*” bulunduğu gerekçesi Perinçek’in mahkûmiyet kararı için bu irdelemenin yerine getirilmediği kanısı uyanmaktadır.

Öte yandan, AİHM olaylar üzerinde bir “*genel oydaşma*”nın varlığının da kuşkulu olduğu kanısını taşımaktadır. Mahkeme için, İspanyol Anayasa Mahkemesinin 2007’deki kararından da anlaşılacağı gibi, tarihsel araştırmalar tartışmalı olup, kesin ve objektif gerçeklere götüren bir sonuca varmamaktadır. AİHM’ne göre, Ermeni soykırımı olayı Yahudi soykırımı Holocauste’un inkârı suçundan farklılıklar göstermektedir. Örneğin, Robert Faurisson Olayında BM İnsan Hakları Komitesinin 8 Kasım 1996 tarihli kararında da görüleceği gibi, aralarında üç fark bulunmaktadır. Birincisi, Yahudi soykırımı ile ilgili olarak hukuksal niteleme inkârında bulunmadığı gibi, olayların gerçekliği de inkâr edilmemiştir. İkincisi, Nazilerin

cezalandırılması Nüremberg Uluslararası Askeri Mahkemesinin Statüsüne dayandırılmıştır. Üçüncüsü de, tarihsel olaylar bir uluslararası mahkeme tarafından değerlendirilmiştir. Oysa Perinçek davasında aynı verilere rastlanmamakta olup AİHM İsviçre ulusal mahkemelerince başvuru yöntemi kuşkuyla değerlendirmektedir.

Yine AİHM, Türk Hükümetinin ileri sürdüğü Holokost'un inkârının günümüzde Yahudi düşmanlığının (antisemitizm) motoru olduğu görüşünü paylaştığını bildirmekte ve Perinçek'in sözlerinin nefrete ya da şiddete iten bir nitelik taşımadığını bildirmektedir. Dolayısıyla, AİHM'nin gözünde, 1915 olaylarının “soykırım” olarak nitelendirilmesinin reddinin halen etkileri görülen Holokost'un inkârının yansımalarını göstermeyeceği yönündedir. AİHM ayrıca 16 Avrupalı ülke arasında yalnızca Lüksemburg ve İspanya gibi iki ülkenin, Naziler tarafından işlenen suçlarla sınırlı olmadan, soykırım suçunu genel olarak cezalandırdığını saptamaktadır. AİHM için bu durum da İsviçre'de öteki ülkelerden daha fazla bir toplumsal gereksinme olduğunun İsviçre tarafından kanıtlanmasını gerektirmektedir ki bu yapılamamıştır. AİHM yine, İspanyol Anayasa Mahkemesinin basit bir soykırım inkârının doğrudan bir şiddete teşvik sayılamayacağını ve olayların varlığına ilişkin varılan sonuçların değer yargısı verilmeden yayınının bilimsel özgürlüğün kapsamına gireceğini bildirdiğini aktarmaktadır. AİHM Fransız Anayasa Konseyinin yasayla tanınan soykırımların varlığının reddedilmesinin cezalandırılmasının Anayasaya aykırı düştüğü görüşünü hatırlatarak, bunun özellikle demokrasilerde geçerli olan ifade ve görüş özgürlüğüne aykırı düştüğünü belirttiğini bildirmektedir. AİHM için, Fransız Anayasa Konseyinin kararının gösterdiği gibi, bazı olayların soykırım olarak resmi kabulü ile bu resmi görüşü kabul etmeyen kişilerin cezalandırılmasının anayasaya aykırılığı arasında bir çelişki yoktur. Zira Ermeni soykırımını tanıyan devletlerin büyük çoğunluğu ifade özgürlüğünün azınlıkların görüşlerini koruma amacına bağlı olarak tamamen kanıtlanamayan konularda cezalandırma yasalarının kabulünü gerekli görmemiştir. Öte yandan, AİHM BM İnsan Hakları Komitesinin 2011'deki 34 sayılı görüşünü hatırlatarak, **Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin** tarihsel olaylara ilişkin görüş ifadelerinin cezalandırılmasına izin vermediği kanısına dikkat çekmektedir. AİHM ayrıca, Perinçek kararının İsviçre'de Ermeni soykırımı konusunda cezalandırmayı kabul eden ilk karar olduğunu ve 2001'de Berne-Laupen Mahkemesinin bu tür bir davada zanlılarda ayrımcılık niyetinin bulunmadığına karar verdiğini hatırlatmaktadır. Bu veriler karşısında AİHM Perinçek'in mahkûmiyet kararının “zorunlu bir gereksinmeden” doğduğu konusunda kuşku olduğunu bildirmektedir.

AİHM en sonunda uygulanan yaptırımların ağırlığının ve niteliğinin de müdahalenin orantınlığı açısından değerlendirilmesi gereken bir öge olduğuna karar vermektedir. Mahkeme bu çerçevede bu tür yaptırımların topluluğun

yaşamını ilgilendiren kamusal tartışmalar sorunlarına katılmadan vazgeçirici olabileceğine dikkat çekmektedir.

Belirtilen bütün bu verilerin ışığında AİHM İsviçre makamlarında ileri sürülen tüm gerekçelerin yerinde olmadığına ve genelinde yetersiz kaldığı sonucuna varmaktadır. Mahkeme özellikle Perinçek'in mahkûmiyetinin demokratik bir toplumda “zorunlu bir gereksinmeye” cevap verdiğinin gösterilemediğini ve dolayısıyla dar bir değerlendirme marjına sahip İsviçre mahkemelerinin bunun dışına çıktığını bildirerek AİHS'nin 10. maddesinin çiğnendiğine karar vermektedir. AİHM yetkili dairesi karar hükmünde de, davanın özüne ilişkin olarak iki oya karşı beş oyla AİHS'nin 10. maddesinin çiğnendiği kararını bildirmektedir.

AİHM'nin bu kararına İtalyan yargıç Raimondi ile Macar yargıç Sajo'nun, uluslararası yargı hukukunda bir kararın sonucunu paylaşan fakat tüm gerekçelerini paylaşmayan yargıçların karara eklemesine izin verilen, Türkçe adıyla kişisel görüşlerinin, ortak görüş olarak eklendiği görülmektedir. AİHM kararına karşı oy veren ve uluslararası yargı hukukunda karşı görüş olarak adlandırılan, Karadağlı Vucinic ile Portekizli yargıç Pinto'nun, “kısmen” ortak karşı görüşünün ayrıca karara eklendiği görülmektedir.

Yargıçlar Raimondi ve Sajo ortak kişisel görüşlerinde,¹⁴ özetle vicdani (moral) nedenlerle bir açıklamada bulunma gereğini duyduklarını belirtmektedir. Anılan yargıçlar Ermenilerin deyimini ile Mets Yegherra (büyük suç/felaket)'un açtığı yaraların unutulmaması gerektiğinin altını çizerek, bunun etkilerinin günümüzde beşinci kuşak Ermeniler üzerinde sürdüğünü bildirmektedir. Ancak anılan yargıçlar, özetle hukuksal güvenlik (belirlilik) nedeniyle ifade özgürlüğü bakımından soykırımın iyice belirlenmiş olması gereğine değinerek, İsviçre'nin Ermeni soykırımı için bunu yapmadığı kanısına varmaktadır. Yargıçlar bu nedenle İsviçre Federal Mahkemesinin yorumunda çok geniş davrandığına inanmaktadır; zira bu anlayışla hareket edildiği takdirde, İsviçre hukuku bilimsel araştırma ve artistik faaliyetler için de hiç bir istisna ya da özür tanımamaktadır. Bu da, bu davada, bazı istisnaların var olduğuna inanan Perinçek'in sözlerinin cezalandırılabilceğini öngörmediğini göstermektedir. Nitekim önceden aynı tür bir davada zanlılar serbest bırakılmıştır. AİHM, İsviçre'nin Perinçek'i cezalandırmasını değerlendirirken bunun bir yasa ile öngörülmüş olmasını olumlu karşılarken, anılan yargıçlar, Mahkemenin bu veriyi ölçüt almasının da yeterli olmadığını, bu yolla ölümlerin anılarına saygının sağlanmasının, yaşayan bir kişinin bilimsel araştırma çerçevesindeki söyleminden belki de daha önemli olamayacağını düşünmektedir. Başka bir deyişle, anılan yargıçlar yasanın amacını da

14 *Affaire Perinçek c. Suisse* (Kararın eki), Dava No. 27510/08, AİHM, (17 Aralık 2013). ss. 55-61.

değerlendirmeye katmanın uygun olacağına işaret etmekte. Anılan yargıçlar, ayrıca, İsviçre Federal Mahkemesinin Ermeni topluluğunun üyelerinin insanlık onurunu koruması gerekçesini bazı kişilerin kişiliğine saldırı oluşturduğu biçimde değerlendirmesini de çok şaşırtıcı bulmakta ve bunun bir tartışma konusunu oluşturduğunu bildirmektedir. Yargıçlar saygısız ve hatta sataşkan sözlerin bir grubun insanlığını küçültmeyeceğini ve nefret ve şiddete sevk etmedikçe cezalandırılmayacağını; bu öğelerin hiçbirisinin bu olayda bulunmadığını belirtmektedir.

Öte yandan anılan yargıçlar, İsviçre'de Perinçek davasında ırkçı ayrımcılığın esas alındığını ve bir halka karşı girişilen eylemlerin hukuksal nitelendirmesinin reddinin ırkçı ya da ırk ayrımcı olarak değerlendirildiğini göstermektedir ki, böyle bir koşulsuz suçlama hukukta ifade özgürlüğünün değerlendirilmesini olanaksız kılmaktadır. Yargıçlar, son kertede Perinçek'in sözlerine verilen cezanın orantısız olduğu sonucuna varmaktadır.

Yargıç Vucinic ile yargıç Pinto'nun "kısmen" karşıt görüşlerine gelince¹⁵, bu yargıçlar Perinçek davasının AİHM'nin hiç ele almadığı iki temel hukuksal sorunu ortaya çıkardığını bildirmektedir. Bu iki sorun şunlardır: i) Ermeni soykırımının uluslararası tanınması; ii) Bu soykırımın inkârının cezalandırılması.

Anılan yargıçların görüşüne göre bu genişlikte sorunlar Büyük Dairenin kararını gerektirmektedir. Ancak ele alınan Küçük Daire kararı çerçevesinde de anılan yargıçlar AİHS'nin 10. maddesine bir aykırılık olmadığı sonucuna varmaktadır.

Yargıçlar Vucinic ve Pinto'ya göre, İsviçre Ermeni soykırımının uluslararası tanınması konusunda yalnız değildir. Onlara göre, Ermeni soykırımı bizzat Türk devleti, çağdaş önemli kişiler, kurumlar ve hükümetler ve uluslararası örgütler, ulusal ve bölgesel yönetimler ve dünyanın dört bir yanındaki ulusal mahkemeler tarafından tanınmaktadır.

Anılan yargıçlara göre, Türk Devleti, katliamlardan kısa süre sonra bir askeri mahkemede Talat Paşa, Enver Paşa, Cemal Paşa ve Nazım Bey de dâhil İttihat ve Terakki Partisinin eski bakanlarını ve ileri gelenlerini Osmanlı ceza yasasına dayanarak yargılamıştır. Mahkeme 5 Temmuz 1919 tarihli kararında Ermeni "katliamı" da dâhil olarak birçok kişiyi idama mahkûm etmiş ve "Ermenilerin katliamının ve tahribinin İttihadın Merkez Komitesinin kararından kaynaklandığını" ifade etmiştir.¹⁶ Yargıçlar Türk Devletinin

15 AİHM, *Affaire Perinçek c. Suisse*, ss. 62-80.

16 Anılan yargıçlar bu atıfta Vahakn Dadrian'ın topladığı belgelere başvurulmasını bildirmektedir.

Ermeni soykırımını tanıdığını bildirdiklerini ikinci grup ulusal yargı kararı olarak ise, 1919-1920 arası Yozgat, Trabzon, Büyük Dere, Urfa, Erzincan vb. yerlerdeki Ermenilere karşı yapılan eylemlerin yargılanması ve sorumluların cezalandırılması kararlarını vermektedir. Anılan yargıçlar, 15 Mayıs 1915'te Fransa, İngiltere ve Rusya'nın ortak bildirisine, 9 Şubat 1916 tarihli Amerikan Senatosu ve Temsilciler Meclisinin ortak bildirisine ve 10 Ağustos 1920 tarihli yürürlüğe hiç girmemiş olan Sevr Antlaşmasına dayanarak dönemin uluslararası yapılageliş (teamül) hukukunun bir uluslararası suçun işlenmesinin kişilerin sorumluluklarını gerektirdiğini kabul ettiğini bildirmektedir. Yargıçlar, ayrıca Lozan Antlaşmasında kişilerin cezai sorumluluğunun kabul edilmemesine rağmen, 15 Mayıs 1915 tarihli Fransa, İngiltere ve Rusya ortak bildirisine uygun olarak Sevr Antlaşmasının imzacılarının Osmanlı İmparatorluğu devlet politikası çerçevesinde katliamların gerçekleştirildiğinin kabul edildiğini bildirmektedir. Yargıçlar, Sevr Antlaşmasının 230. maddesinin Nüremberg ve Tokyo mahkemeleri statülerinin "*insanlığa karşı suç*" konusunda öncüsü olduğunu belirtmektedir. Öte yandan, anılan yargıçlar 1923 Lozan Antlaşmasının parçasını oluşturan **Genel Affa İlişkin Bildiri ve Protokolü** ele alarak 1 Ağustos 1914- 20 Kasım 1922 tarihleri arasında siyasal olaylarla açıkça bağlantısı bulunan suçlar bakımından Türk ve Yunan hükümetlerinin genel af ilan ettiğini bildirerek bunu yorumlamaktadır. Onların yorumuna göre, anılan Bildirinin III. maddesi kişiler ve maddi açıdan Ermeni "*katliamını*" kapsamamaktadır. Yargıçlar için her durumda 15 Mayıs 1915 ortak bildirisinde belirtildiği biçimiyle "*insanlığa ve uygarlığa karşı suçlar*" uluslararası yapılageliş hukuku ve antlaşmalar hukuku uyarınca soykırım ve insanlığa karşı suçların bağlayıcı ve ilga edilemez niteliği göz önünde tutularak, affedilemeyecektir. Yargıçlar bunun hukuksal dayanağı olarak da 1998 Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsünün 29. maddesini, 1974 **Savaş ve İnsanlığa Karşı Suçların Süre Aşımına Uğramazlığı Avrupa Sözleşmesini** ve 16 Aralık 2005 tarihli BM Genel Kurulunun kabul ettiği **İnsan Haklarının Korunması ve Uluslararası Hukuk Temel İlkeleri ve Yönergeleri** Kararının 6. paragrafını göstermektedir.

Anılan yargıçlar, yine, Ermeni soykırımının birçok uluslararası örgüt tarafından tanındığını bildirmekte; ancak bunlar arasında hükümetler arası ve hükümetler dışı uluslararası örgütler arasında herhangi bir ayırma bulunmadan bunları sıralamaktadır. Ermeni soykırımını tanıdığı bildirilen hükümetler arası örgütlerin organlarının kararları şunlardır: Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi (belirli sayıda parlamenterin kişisel katılımı: 24 Nisan 1998 -51 kişi-, 24 Nisan 2001 -63 kişi-, 24 Nisan 2013 -26 kişi-); Avrupa Parlamentosu (18 Haziran 1987, 15 Kasım 2000, 28 Şubat 2002, 28 Eylül 2005); Latin Amerika Devletleri Örgütü MERCOSUR Parlamenter kararı (14 Kasım 2007). Bunun dışında, hükümetler-dışı uluslararası örgütlerden ise

şunların adı verilmektedir: Adalete Geçiş İçin Uluslararası Merkez; Gençler Hristiyan Birlikleri Avrupa Birliği (UCJG); İnsan Hakları Ligi; Association of Genocide Scholars; sürgündeki Kürt Parlamentosu; Union of American Hebrew Congregations; Kiliseler Ekümenik Konseyi. Ayrıca, anılan yargıçlar bunlara BM Ayrımcı Önlemlerle Mücadele ve Azınlıkların Korunması Alt-Komisyonunun 2 Temmuz 1985 Raporunu ve BM Savaş Suçları Komisyonunun 28 Mayıs 1948 Raporunu eklemiştir.

Karşıt görüş yargıçları, ayrıca, Ermeni soykırımının birçok ülkenin ulusal mahkemelerince tanındığını da bildirmektedir. Yargıçlar, bu çerçevede, bazı Amerikan mahkemelerinin “*Ermeni soykırımı*” deyimini yasaklayan bir ABD federal politikası olmadığını bildirirken, bir Paris mahkemesinin de 1 Haziran 1995’te Prof. Bernard Lewis’i Ermeni soykırımını inkâr ettiği için mahkûm ettiğini ve bir Berlin mahkemesinin 3 Haziran 1921’de Talat Paşa’yı öldüren Ermeni Soghomon Tehlirian’ı “*katliam travması nedeniyle geçici bir çılgınlık*” gerekçesine bağlayarak serbest bıraktığı örneklerini vermektedir.

Karşıt görüş yargıçları Ermeni soykırımının birçok devlet tarafından tanındığını bildirmektedir. Yargıçlar şu devletleri saymaktadır: Almanya (15 Haziran 2005 Parlamento kararı); Arjantin (18 Mart 2004 ve 15 Ocak 2007 yasaları); Belçika (26 Mart 1998 Senato kararı); Kanada (13 Haziran 2002 Senato, 23 Nisan 1996 ve 21 Nisan 2004 Avam Meclisi kararları); Şili (5 Haziran 2007 Senato kararı); “Kıbrıs” (24 Nisan 1975, 29 Nisan 1982 ve 19 Nisan 1990 Temsilciler Meclisi kararları); A.B.D.(9 Nisan 1975, 12 Eylül 1984 ve 11 Haziran 1996 Temsilciler Meclisi kararları); Fransa (29 Ocak 2001 yasası), Yunanistan (25 Nisan 1996 Parlamento kararı); İtalya (16 Kasım 2000 Milletvekilleri Meclisi kararı); Lübnan (11 Mayıs 2000 Parlamento kararı ve 3 Nisan 1997 Milletvekilleri Meclisi kararı); Litvanya (15 Aralık 2005 Meclis kararı); Hollanda (21 Aralık 2004 Parlamento kararı); Polonya (19 Nisan 2005 Parlamento kararı); Rusya (14 Nisan 1995 Duma kararı); Slovakya (30 Kasım 2004 kararı); İsveç (11 Mart 2010 Parlamento kararı); Uruguay (20 Nisan 1965 Senato ve Temsilciler Meclisi kararı ve 26 Mart 2004 yasası); Vatikan (10 Ocak 2000’de Papa ve Katolikos Karekin II ortak bildirisi); Venezuela (14 Temmuz 2005 Millet Meclisi kararı). Anılan yargıçlar bölgesel hükümetler olarak ise şunları saymaktadır: ABD’nin 43 Eyaleti, Bask Ülkesi, Katalonya, Balear Adaları, Galler Ülkesi, İskoçya, Kuzey İrlanda, Güney Yeni Galleri (Avustralya).

Sayılan bütün bu veriler karşısında karşıt görüş yargıçları, Ermeni soykırımının uluslararası toplum ve Türk Devletince tanındığının altını çizerek, yeteri kadar varlığı saptanan bu konuda İsviçre tarafından Perinçek’in ifade özgürlüğüne ilişkin müdahalenin hukuka uygun olduğuna kanaat getirmektedir. Yargıçlara göre, İsviçre Ceza Yasasının 261 bis

maddesi, 4. fıkrası ile yasallık ilkesine uymaktadır; zira “soykırım ve insanlığa karşı suç” deyiimi hem İsviçre ceza yasasında hem de, özellikle Soykırım Sözleşmesi ve Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü çerçevesinde, uluslararası hukukta tanımlanan suçlara gönderme yapmaktadır. Yargıçlar için, 261 bis maddesinin 4. fıkrası üstelik cezalandırılacak eyleme ırk ayrımcı niyetler atfetmek suretiyle cezalandırılacak eylemin tanımına önemli bir sınır getirmektedir.

Anılan yargıçlar, soykırımın inkârının cezalandırılmasının orantılılık ilkesine de uygun olduğu kanaatini taşıdıklarını bildirmektedir. Nitekim yargıçlar ifade özgürlüğüne müdahalenin yasal olması yanında daha iki ölçüte cevap vermesi gerektiğine dikkat çekmekte ve bu iki ölçütün birinin bu müdahalenin gerekli olması ve ötekinin de amaca uygun olması olduğunu bildirmektedir. AİHM anılan iki ölçüte uygunluğu değerlendirmek konusunda birinci ölçüt için önlem alınmasının uygun ve yeterli olmasını, ikinci ölçüt için ise bu önlemin zorunlu bir toplumsal gereksinmeye cevap vermesini aramaktadır. Anılan yargıçlar önlem alınması konusunda devletin değerlendirme marjının darlığı ile ilgili olarak insanlık tarihinin trajik olayları konusunda devletin değerlendirme marjının daha geniş tutulması gerektiği kanısını taşımaktadır. Nitekim onların görüşünde, soykırımın inkârının cezalandırılması ifade özgürlüğü ile uyumlu olup, Avrupa insan haklarının korunması düzenince özellikle istenmektedir. Zira AİHS tarafı devletler ırkçılık, zenofobi ve etnik tolerans noksanlığını yasaklamak zorundadır. Çünkü bu uluslararası yapılageliş (teamül) hukukunun bir gereği olup, hiçbir ulusal ya da uluslararası hukuk kuralı buna karşı gelemeyecektir. Yargıçlar bu tezlerinin dayanağı olarak Avrupa Konseyi çerçevesinde yürürlüğe girmiş, ancak Türkiye tarafından onaylanmamış bir tek **Siberkriminalite Antlaşmasını** gösterebilmektedir. Yargıçlar bu örneğe ayrıca AB Konseyinin 2008/913/JHA sayılı **Irkçılık ve Zenofobonin Bazı Biçimlerine Karşı Mücadele Çerçeve Kararının** soykırım ve insanlığa karşı suçların övülmesini, soykırımın reddini ve kamuoyunda kabaca sıradanlaştırılmasının yasaklanmasını da eklemektedir. Anılan yargıçlar için insan haklarının korunması Avrupa düzeni şu durumlarda tanınan soykırımın inkârını suç saymaktadır: i) 1945 Londra Antlaşması ile kurulan Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi kararı; ii) Herhangi bir uluslararası yargı kararı; iii) Soykırımın gerçekleştirildiği ya da soykırım inkârının olduğu Devlet yargı kararı; iv) Başkan, Millet Meclisi ya da Hükümet gibi anayasal kurumlarca soykırımın tanınması. Bunlara ek olarak yargıçlar, soykırımın işlendiği gerçeği üzerinde toplumsal bir oydaşmanın bulunduğu devleti de eklemektedir.

Anılan yargıçlar için, İspanyol Anayasa Mahkemesinin anayasaca kabul edilen soykırımın inkârı ile anayasaya aykırı düşen soykırımın küçültülmesi ya da aklanması ayırımı, Siberkriminalite (cybercriminalité) Sözleşmesi Ek

Protokolü ile AB Konseyinin 2008/913/JHA Çerçeve Kararına aykırı düştükleri için kabul edilemez. Zira soykırımın inkârı ya da aklanması mağdurların ailelerini aynı ölçüde yaralamaktadır. Böyle bir eylemin bilimsel araştırma ya da bilgilendirme arkasına da saklanması kötü niyetlileri bunları kullanmaya itebilecektir.

Daha sonra soykırım inkârının cezalandırılması gereksinmesini ele alan karşıt görüşlü yargıçlar, soykırım suçunun tanınması için bir yasanın varlığının gerekli olduğu anlayışına karşı çıkmaktadır. Onlara göre bu anlayış çerçevesinde tarihsel olaylara ilişkin yasaların tarihçilere bırakılması gereği karşısında bu tür yasaların hukuksal etkileri olmayacaktır. Bütün bu nedenlerle, anılan yargıçlar için soykırımın inkârı bir devlet politikasının varlığını gerektirmekte olup, devletlere soykırımı önleme yükümü getiren Soykırım Sözleşmesinin 1. maddesinin ve B.M. Genel Kurulunun 26 Ocak 2007 tarihli kararının gereğini devletler yerine getirmelidir.

Anılan yargıçlar, AİHM'nin Garaudy Davasında belirttiği gibi, mağdurları tarihi tahrif etmekle suçlamak “onlara karşı ırkçı küçümsemenin en katı biçimlerinden biri ve onlar bakımından kine teşvik” demek olduğunu kabul etmekte ve bunu kamu düzenini de bozucu nitelikte değerlendirmektedir. Yargıçlara göre bu gerekçe yalnızca Yahudiler için değil Ermeniler için de geçerlidir.

En sonunda Avrupa normlarının davadaki olaylara uygulanmasını ele alan karşıt görüş yargıçları, burada suçun maddi ögesini oluşturan suç fiili (actus reus) ile suçun psikolojik ögesini oluşturan suç işleme bilinci(mens rea)'nın varlıklarının kanıtlandığı kanısındadır. Yargıçlar bu çerçevede, birinci öge lehinde Perinçek'in Ermeni soykırımının bir “uluslararası yalan” olduğunu ve Talat Paşa'nın görüşlerini benimsediğini belirten sözleri üzerinde durarak, bunların “kolay yaralanabilen bir azınlığa” karşı tolerans yokluğuna ve kine ağır bir teşvik oluşturduğunu bildirmektedir. Yargıçlar, ikinci ögeye ilişkin olarak ise, İsviçre ulusal mahkemelerinin Perinçek'in “ırkçı” ve “milliyetçi” amaçlarla hareket ettiğini saptadığını göstermektedir. Bu vesileyle anılan yargıçlar zanlının amacının belirlenmesinin bir olgu olduğunu ve bunun yalnızca ulusal mahkemece saptanabileceğini ileri sürmektedir.

Bütün bu veriler karşısında karşıt görüş yargıçları için, Perinçek Davasında İsviçre ulusal mahkemeleri tarafından saptanan olayların gerçekliği ve soykırımın inkârını düzenleyen hükümlerin yasallığı, amaca orantılılığı ve başta Avrupa Konseyi ve A.B. olmak üzere Avrupa'da kabul edilen ilkeler çerçevesinde, AİHS'nin 10. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen sınırlamalara uygundur. Yargıçlar 20. yüzyıl başında “unutulmuş soykırım” olarak değerlendirilen Ermeni soykırımını unutmadıklarını belirterek Perinçek'in

cezalandırılmasının AİHS'nin 10. maddesine aykırı düşmediği sonucuna varmaktadır.

III: BÖLÜM: PERİNÇEK DAVASININ OLASI GELİŞMELERİ

AİHS'nin 43. maddesinin 1. fıkrası uyarınca İsviçre Perinçek Davası kararının Büyük Daireye gönderilmesini istemiş bulunmaktadır. Bu çerçevede ilk aşamada sorun anılan davaya Büyük Dairenin bakıp bakamayacağı sorunudur. Zira 43. maddenin 1. fıkrasında dava taraflarından her birinin davanın Büyük Daireye gönderilmesini isteyebilmesi, bunun “*istisnai durumlarda*” yapılabileceği koşuluna bağlı tutulmuştur.

Böyle bir davada “*istisnai durumun*” bulunup bulunmadığı konusunun değerlendirilmesini ise, 43. maddenin 2. fıkrası uyarınca, Büyük Daire bünyesinde oluşturulan beş yargıçlı bir kurul gerçekleştirecektir. Söz konusu kurul, yine 43. madde 2. fıkra gereğince, dava “**Sözleşme ve Protokollerinin yorumuna ya da uygulanmasına ilişkin ciddi bir sorun doğuruyorsa ya da genel nitelikli ciddi bir konu teşkil ediyorsa**” davanın Büyük Daireye gönderilmesi istemini kabul edebilecektir.

Perinçek Davası kararının anılan beş yargıçlı kurul tarafından Büyük Daireye gönderilip gönderilmeyeceğinin değerlendirilmesinden önce, bu yargıçlar kurulunun nasıl çalıştığına ve Büyük Daireye gönderilen dava sayısına ilişkin genel bilgiler eldeki davayı değerlendirmemize ışık tutacaktır.

Öncelikle beş yargıçlı kurul, Büyük Daireye seçilen 17 yargıç arasından seçilmektedir. Anılan kurul sürekli toplantı durumunda olmayıp, genellikle 8-9 haftalık aralıklarla toplanmakta ve her seferinde 45-60 arası istemi incelemektedir.¹⁷ Kurul yılda genellikle 6 kereden fazla toplanmamaktadır.¹⁸ Dolayısıyla, kurulun Perinçek Davası ile ilgili toplanıp karar alması bir kaç ayı bulabilecektir.

Beş yargıçlı kurulun bir davanın Büyük Daireye gönderilmesi istemlerini Büyük Daireye havale etme oranına gelince, 11 Sayılı Protokolün 1 Kasım 1998’de yürürlüğe girdiği tarihte uygulanmaya başlayan usul çerçevesinde, Ekim 2011’e kadar anılan kurul 2129 istemi ele almış ve bunlardan yalnızca 110 istemi Büyük Daireye göndermiştir.¹⁹ Bu oran bu konudaki toplam istemlerin %5.16’sını oluşturmaktadır.²⁰ Bu veri de, beş yargıçlı kurulun

17 ECHR, *The general practice followed by the Panel of the Grand Chamber when Deciding on request for referral in accordance with article 43 of the Convention*, Ekim 2011, s.13.

18 ECHR, *The general practice...*

19 ECHR, *The general practice...*

20 ECHR, *The general practice...*

gerçekten AİHS'nin 43. maddesiyle belirtilen “*istisnai durumlarda*”, davaları yeniden incelemesi için Büyük Daireye sevk ettiğini göstermektedir.

Ele alınan Perinçek Davasının Büyük Daireye gönderilip gönderilmeyeceğini belirleyebilme amacıyla, AİHS'nin 43.maddesinin 2. fıkrasındaki koşullar çerçevesinde durumun incelenmesi gerekmektedir. AİHM adına gerçekleştirilen ve anılan kurulun uygulamalarını inceleyen bir AİHM belgesine göre, kurul günümüze kadar şu tür davaları Büyük Daireye göndermiştir: i) Yerleşmiş içtihadını etkileyen ve değiştiren davalar; ii) İchtihadının geliştirilmesi için uygun olan davalar; iii) Var olan içtihadındaki ilkelerin aydınlatılmasının uygun olacağı davalar; iv) Dairenin uygun bulunduğu içtihadın geliştirilmesinin Büyük Daire tarafından yeniden incelenmesi gereği duyulan davalar; v) “*Yeni*” sorunlara ilişkin davalar; vi) “*Genel önemde ciddi bir sorunu*” ortaya koyan davalar; vii) “*Yüksek profilli*” diye adlandırılan ve devletler için ciddi sorunlara yer veren davalar.²¹ Beş yargıçlı kurulun Büyük Daireye gönderdiği belirtilen dava türlerinin ilk beşi, 43. maddede belirtilen “Sözleşme ve Protokollerinin yorumuna ya da uygulanmasına ilişkin ciddi bir sorun doğuran” davalarla ilgilidir. Buna karşılık son iki tür dava ise, 43. maddede belirtilen “*genel nitelikli ciddi bir konu teşkil*” eden davalarla ilgilidir.

Beş yargıçlı kurulun uygulamalarının ışığında, Perinçek Davası öncelikle ilk beş tür dava kapsamı çerçevesinde Büyük Daireye gönderilmesi olasılıklarının incelenmesi gerekli olmaktadır. Bu konudaki kesin takdir ilgili kurula ait olmakla birlikte, Perinçek Davasında yedi yargıçlı daire kararının özetlenen içeriğinin incelenmesinden Sözleşmenin ve Protokollerin yorum ya da uygulanmasında “ciddi bir sorun” doğuracak nitelikte olmadığını söylemek olanaklı görünmektedir. Zira AİHM Dairesi kararını sıkı tutmuş ve öncelikle, İsviçre Hükümetinin bir isteği bulunmamasına rağmen, Perinçek'in başvurusunun AİHS'nin 17. maddesi çerçevesinde başvuru hakkının suistimalini (abus de droit, abuse of right) oluşturup oluşturmadığını dahi değerlendirmiştir. İlgili AİHM Dairesi böyle bir hakkın suistimali durumuyla karşılaşmış olmadığını Perinçek'in sözlerini AİHM'nin yerleşmiş içtihadı çerçevesinde, özellikle Lawless Davası, Garaudy Davası, Norwood Davası, Ivanov davası ve Jersild Davası kararları uyarınca, ciddi bir değerlendirmeye tabi tutmuş ve başvurusunun hakkın suistimali niteliği taşımadığına karar vermiştir. Burada AİHM'nin yerleşmiş içtihadı çerçevesinde hareket ettiği ortaya çıkmaktadır.

AİHM ilgili dairesinin davanın özüne ilişkin değerlendirmesine gelince, mahkeme yerleşmiş içtihadı çerçevesinde konuyu ele almaktadır. Nitekim

21 ECHR, *The general practice...*, ss. 6-11.

İlgili Daire İsviçre'nin Perinçek'i cezalandırmasının AİHS'nin 10. maddesindeki ifade özgürlüğüne aykırı düşmemesi için anılan maddenin istisnaları öngören 2. fıkrasındaki koşulların yerine getirilmesi gerektiğini bildirmektedir. İlgili daire, bu çerçevede, devletlerin suç oluşturması ve cezalandırma yoluna gidebilmesi için bunun bir yasa ile öngörülmesi koşulunu, İsviçre Ceza Yasasınının 261 bis maddesinin 4. fıkrasını ciddi bir biçimde irdelene yoluna gitmiştir. İsviçre Ceza Yasasınının anılan hükmünde Ermeni soykırımından açıkça söz edilmemesine rağmen bir cezalandırmanın öngörülebilirliği (prévisibilité) konusunda mahkeme sonuçta İsviçre'nin bu koşulu yerine getirdiğine karar vermiştir.

AİHM ilgili Dairesinin öze ilişkin olarak incelediği ikinci istisna koşulu İsviçre mahkemelerinin verdiği mahkûmiyet kararının meşru amaçlarla verilmiş olmasıdır. Bu konuda İsviçre Hükümeti savunmasında ulusal mahkemelerinin kararlarının başkasının haklarını ve ününü koruma meşru amacını güttüğünü belirtmektedir. İsviçre Hükümeti, özellikle Perinçek'in Ermenileri emperyalist güçlerin aracı olarak bildirmesini, Ermeni toplumun onurunu yaraladığı ve bu yolla kamu düzenini ağır bir biçimde tehdit ettiği üzerinde durmaktadır. AİHM bu konunun irdelenmesinde, İsviçre Mahkemelerinin kararlarının Ermeni onurunu koruma amacına yönelik olduğunu kabul etmekle birlikte, Perinçek'in söyleminin kamu düzenine ağır tehdit oluşturduğunun İsviçre tarafından gösterilemediğine karar vermektedir.

AİHM ilgili Dairesinin öze ilişkin olarak incelediği üçüncü istisna koşulu ise, İsviçre Mahkemelerinin Perinçek'i cezalandırmasının "demokratik bir toplumda gerekli olması" noktasında olmaktadır. İsviçre Hükümetinin, ulusal mahkemelerinin Perinçek'in 1915-1917 olaylarını inkâr ettiği ya da küçümsediği, oysa bu konuda geniş bir bilimsel oydaşmanın (consensus) bulunduğunu saptadığı iddiası ile birlikte Perinçek'in ırkçı ve milliyetçi saiklerle hareket ettiği iddiası karşısında AİHM değerlendirmesini yine yerleşik içtihadı üzerine kurmaktadır. AİHM bu çerçevede başta **Stoll Davası** kararı olmak üzere **Mouvement raélien Suisse Davası** ve **Animal Defenders International Davası** kararlarındaki ifade özgürlüğünün kullanılmasında kabul edilen ilkelere başvurmaktadır. AİHM içtihadına göre, ifade özgürlüğü demokratik toplumun temellerinden biridir ve inciten, şoke eden ya da endişelendiren bilgi ve görüşler için de bu ilke geçerlidir. Bu çerçevede AİHM'ne göre ifade özgürlüğüne getirilecek sınırlamalar dar bir biçimde yorumlanmalıdır. Ayrıca, AİHM'ne göre ifade özgürlüğüne istisnaların "zorunlu bir toplumsal gereksinmeye" dayanması gerekmektedir. Yine, AİHM'ne göre, kendisi ulusal mahkemelerin yerine geçmemekte, yalnızca ulusal mahkemelerin değerlendirmelerinin AİHS'nin 10.maddesine uygun olup olmadığına bakmaktadır. Mahkeme bu denetleme görevi sırasında ulusal

mahkemelerin verdiği cezaların “izlenen meşru amaçla orantılı” olup olmadığını değerlendirmektedir. AİHM ilgili Dairesi, belirtilen bu genel ilkeler çerçevesinde tarihsel sorunlara bakarken tarihçiler arasındaki tartışmalarda hakemlik yapmadığını hatırlattıktan sonra, siyasi ya da genel menfaati ilgilendiren söylemlerde 10. madde kapsamında ifade özgürlüğüne kısıtlama getirilmesine yer olmadığını bildirmektedir.

AİHM ilgili Dairesi, Perinçek Davasında ifade özgürlüğünün nefret söylemi ve şiddetin övülmesini kapsamadığını ve bu konularda Türkiye'ye karşı açılan genellikle siyasi içerikli davalardan örnekler vererek yerleşik içtihadını açıklamaktadır.

Bu çerçevede, **Erdoğan ve İnce Davası, Gündüz Davası, Erbakan Davası, Dink Davası ve Cox Davası** üzerinden AİHM ilgili Dairesi bu davalarda şiddete çağrı bulunmadığına, ifade özgürlüğünün “demokratik bir toplumda gerekli” olduğuna, mahkûmiyetin “zorunlu bir toplumsal gereksinme” olmadığına dayanarak ilgili kişilerin ifade özgürlüklerinin sınırlandırılmasını uygun bulmamıştır.

AİHM ilgili Dairesi temel verileri belirtilen içtihadında kabul ettiği ilkelerin Perinçek Davasına uygulanmasında görevinin ne 1915 katliam ve tehcir olaylarının gerçekliği ne de İsviçre Ceza Yasası çerçevesinde bu olayların hukuksal olarak “soykırım” biçiminde nitelendirilmesi olduğunu bildirmektedir. Görevinin AİHS'nin 10. maddesi çerçevesinde ulusal mahkeme kararlarını denetlemek olduğunu bildiren Mahkeme, Perinçek'in sözlerinin, tüm bağlamı içinde değerlendirildiğinde, tarihsel, hukuksal ve siyasi nitelikte olduğu kanısına varmaktadır. Ermeni olaylarının soykırım olduğu konusunda bilimsel toplulukta “genel oйдаşmanın” varlığına ilişkin Mahkeme, İsviçre ve 190 devletten yalnızca 20 devletin soykırım görüşünü paylaşması nedeniyle, dünyada bu konuda bir görüş birliği olmadığını düşünmektedir. Ayrıca Mahkeme, soykırım suçunun iyi tanımlanmış bir kavram olduğunu ve suçun varlığı için bir toplumu yoketme özel kastının (dolus specialis) arandığını belirterek, İsviçre mahkemelerinin “genel oйдаşmaya” dayandırdığı Perinçek'in mahkûmiyetinin bu irdelemeyi yerine getirmedığıne karar vermektedir. Öte yandan, Mahkeme Ermeni soykırımının Yahudi soykırımı ile kıyaslanamayacağını bildirmiştir; çünkü Yahudi soykırımında ne olaylar ne de olayın hukuksal niteliği inkâr edilmiştir. Yine, Yahudi soykırımı Nüremberg Uluslararası Askeri Mahkemesinin Statüsüne dayandırılmış ve bu uluslararası mahkeme durumu değerlendirmiştir. Oysa Perinçek Davasında aynı verilere rastlanmamaktadır. AİHM ilgili Dairesi, bu arada, 2001'de Berne-Laupen Mahkemesinin Ermeni soykırımı konusundaki aynı tür bir davada zanlılarda ırk ayrımcılığı niyetinin bulunmadığına karar verdiğini hatırlatarak, Perinçek'in İsviçre mahkemelerince mahkûmiyet

kararının “zorunlu bir gereksinmeden” doğduğu konusunda kuşkuludur. AİHM ilgili Dairesi uygulanan yaptırımların ağır ve müdahalenin de orantılı olmadığı görüşü taşımaktadır. Mahkeme özellikle Perinçek’in mahkûmiyetinin “zorunlu bir gereksinmeye” cevap verdiğinin gösterilemediğini belirterek AİHS’nin 10. maddesinin çiğnendiğine karar vermektedir. AİHM ilgili Dairesinin Perinçek kararı, yukarıda özetlediğimiz temel ilkeler ve Mahkemenin yaklaşımı çerçevesinde incelendiğinde, AİHM’nin yerleşmiş içtihadını uyguladığı ortaya çıkmakta ve beş yargıçlı kurulun, bu içtihadı etkilediği ve değiştirdiği gerekçesiyle davayı Büyük Daireye göndermesi olasılığı bulunmamaktadır.

AİHM ilgili Dairesinin Perinçek kararının beş yargıçlı kurul tarafından, içtihadının geliştirilmesi gerekçesiyle Büyük Daireye gönderilmesi olasılığı da zayıf görünmektedir. Zira AİHM yerleşik içtihadını en ince ayrıntılarına kadar değerlendiren Dairenin, ifade özgürlüğü konusunda cezalandırmanın “demokratik bir toplumda gerekli” olması temel koşuluna bağlaması ve söylemin ırkçı ve ayrımcı amaçlarla kin ve nefret içermesini arayarak, tarihsel, hukuksal ve siyasal değişik söylemlerin kendiliğinden bu nitelikte değerlendirilemeyeceğini bildirmesi, ifade özgürlüğü konusunda bir yenilik gereğini ortaya çıkarmamaktadır.

AİHM ilgili Dairesinin Perinçek kararının beş yargıçlı kurul tarafından, var olan içtihadındaki ilkelerin aydınlatılmasının uygun olacağı bir dava olması gerekçesiyle Büyük Daireye gönderilmesi olasılığı da zayıf görünmektedir. Zira bu tür göndermeler birtakım temel ilkelerin anlamlarının açık olmaması varsayımına dayanmaktadır. Oysa Perinçek Davasında AİHM ilgili Dairesinin ifade özgürlüğü konusunda dayandığı ilkeler içtihadın değişik kararlarında tekrar tekrar değerlendirilmiş olup, yeni bir aydınlatmaya gerek bırakmamış görünmektedir.

AİHM ilgili Dairesinin Perinçek kararının beş yargıçlı kurul tarafından, Dairenin uygun bulunduğu içtihadın geliştirilmesinin Büyük Daire tarafından yeniden incelenerek değerlendirilmesi gerekçesiyle, Büyük Daireye gönderilmesi olasılığı da özde yok görünmektedir. Zira bu gerekçeyle bir kararın Büyük Daireye gönderilebilmesi için öncelikle yedi yargıçlı Dairenin AİHM içtihadında bir geliştirmede bulunması, bir tür yenilikler eklemesi gerekmektedir. Oysa ilgili Dairenin Perinçek kararı özetinde bildirdiğimiz gibi, Mahkeme ifade özgürlüğü konusunda yerleşmiş içtihadta kabul edilen ilkeleri uygulamış ve hiçbir yeni geliştirmede bulunmamıştır.

AİHM ilgili Dairesinin Perinçek kararının beş yargıçlı kurul tarafından, “yeni” sorun oluşturması gerekçesiyle, Büyük Daireye gönderilmesi olasılığı ise yine kuvvetli bir olasılık olarak görünmemektedir. Zira yeni olma ögesi “Ermeni

soykırımı” konusunun AİHM’ne ilk gelişi olarak değerlendirilirse bile, AİHM’nin daha önce Yahudi soykırımına ilişkin kararlarının varlığı bu sorunu özünde yeni yapmamaktadır. Üstelik Perinçek Davasında sorunun özü ifade özgürlüğü olduğuna göre, bu konudaki yerleşik içtihat çerçevesinde “Ermeni soykırımı” sorunu da konuya bir yenilik niteliği ekler görünmemektedir.

Perinçek Davasının beş yargıçlı kurul tarafından, 43. maddenin 2. fıkrasında belirtilen, davanın “*genel nitelikli ciddi bir konu teşkil*” etmesi durumunda Büyük Daireye gönderilmesine gelince, AİHM uygulamaları, daha önce de bildirdiğimiz gibi, bunun ya “*genel önemde ciddi bir sorunu*” ortaya koyan davalar ya da devletler için “*yüksek profilli*” sorunlara yer veren davalar için söz konusu olabileceğini göstermektedir.

AİHM ilgili Dairesinin Perinçek kararının beş yargıçlı kurul tarafından, “*genel önemde ciddi bir sorunu*” ortaya koyan bir dava olması gerekçesiyle, Büyük Daireye gönderilmesi olasılığı zayıf bir olasılık olarak görünmemektedir. Zira her ne kadar yalnızca Lüksemburg ve İspanya genel olarak soykırımın reddi durumunda bir yaptırım öngörüyorsa da, bazı Avrupalı devletlerin “*Ermeni soykırımını*” tanımış bulunmaları AİHM kararının bu ülkelerde önemli hukuksal ve siyasal etkiler yaratması sonucu doğurabilecektir. Nitekim Ermeni Avukatlar ve Hukukçular Fransız Derneği AFAJA tarafından 21 Ocak 2014 tarihli İsviçre Büyükelçisine sunulan notta, Perinçek davasının uluslararası toplumu, Avrupa Konseyi üyesi devletleri ve Avrupa sivil toplumunu ilgilendirdiğine dikkat çekerek, İsviçre’nin davanın Büyük Daireye gönderilmesini istemesi gerektiğini bildirmiştir. Anılan dernek sorunun özünün demokratik toplumlarda soykırım ve insanlığa karşı suçların inkârının cezalandırılmasının ilkesini ve kapsamını ilgilendirdiği kanısı taşımaktadır. Anılan derneğin iddialarının yanında Ermeni diasporası kuruluşlarından birçoğunun değişik yollarla bu tür görüş ve önerilerini beş yargıçlı kurulun dikkatine taşıyacağı da kuşkusuzdur. Ermeni kuruluşlarından başka, Perinçek davasında karşı oy veren ve karşıt görüşlerini karara ekleyen Karadağlı yargıç Vucinic ile Portekizli yargıç Pinto’ya göre de, “*bu genişlikteki sorunlar*” Büyük Dairenin kararını gerektirmektedir. Anılan yargıçlar Perinçek Davasının AİHM’nin hiç ele almadığı iki temel hukuksal sorunu ortaya çıkardığını belirterek, bunların birincisinin Ermeni soykırımının uluslararası tanınması ve ikincisinin de bu soykırımın inkârının cezalandırılması olduğunu bildirmektedir.

Perinçek Davasında sorunun özü ifade özgürlüğü olduğuna göre, bu konudaki yerleşik içtihat çerçevesinde “Ermeni soykırımı” sorunu da konuya bir yenilik niteliği ekler görünmemektedir.

AİHM ilgili Dairesinin Perinçek kararının beş yargıçlı kurul tarafından,

“yüksek profilli” sorunlara yer veren bir dava olduğu gerekçesiyle, Büyük Daireye gönderilmesi olasılığı da, bir önceki durum gibi, zayıf bir olasılık olarak görünmemektedir. AİHM uygulamaları belgesinde bu nitelikteki davaların tarihsel, jeopolitik ya da dinsel sorunlarla ilgili olduğu ya da medyanın istisnai düzeyde dikkatini çeken olaylara ya da suçlara ilişkin olduğunu bildirmesi dikkat çekicidir.²² Bu anlayışla hareket edildiği takdirde beş yargıçlı kurulun Perinçek Davasını Büyük Daireye göndermesi olasılığı vardır.

Perinçek Davasının Büyük Daireye gönderilmesi olasılıklarının yukarıdaki değerlendirilmeleri çerçevesinde, AİHS'nin 43. maddesinin 2. fıkrası uyarınca “Sözleşmenin ve Protokollerin yorumuna ve uygulanmasına ilişkin ciddi bir sorun” doğurma olasılığına bağlı olarak Perinçek Davasının Büyük Daireye gönderilmesi durumu zayıf olmakla birlikte, davanın “genel nitelikli ciddi bir konu teşkil” etmesi olasılığına bağlı olarak Perinçek Davasının Büyük Daireye gönderilmesi durumu zayıf görünmemektedir. Bu nedenle, AİHM ilgili Dairesinin özellikle yerleşmiş içtihadı uygulamasına bakarak Türk tarafının her olasılığa karşı hazırlıklı olması gerekmektedir. Bu çerçevede, Türk tarafınca Davanın Büyük Daireye gönderilmesine karşı olan hukuksal tezlerini bir an önce hazırlayarak beş yargıçlı kurulun da bir biçimde bu görüşlerden haberdar olmasını sağlamak düşünülebilecektir.

Beş yargıçlı kurulun Perinçek Davasını Büyük Daireye gönderme kararı vermesi durumunda yeni bir yargılama süreci başlayacaktır. Büyük Daire kendisine gönderilen bir davada ne yedi yargıçlı Dairenin kararı ile ne de beş yargıçlı kurulun gönderme kararı ile bağlıdır. Madde 43'ün lafzi ve ruhu çerçevesinde Büyük Daire, önceki Dairenin kararıyla bağlı olmadan davanın tümünü yeniden incelemek yetkisine sahiptir. Bu çerçevede Büyük Daire davaya, yalnızca öz (esas) itibariyle değil, davanın kabul edilebilirliği (recevabilité) itibariyle de değerlendirme yetkisine sahiptir.²³ Böylece, Büyük Daire davaya ilişkin her türlü yeni veriyi inceleme, önceki Dairenin üzerinde karar vermeye değer bulmadığı herhangi bir değerlendirmeye yetkili olup, uygun görürse davayı kayıttan düşürme ya da dostça çözüme götürülmesini saptama yönünde karar verebilecektir.²⁴

Büyük Daire belirtilen yetkileri çerçevesinde, Perinçek Davasının önüne gönderilmesi durumunda kabul edilebilirlik sorununu da inceleyebilecektir.²⁵ Bu konuda, AİHS'nin 35.maddesinin 4.fıkrasında yaralan “Mahkeme işbu maddeye göre kabul edilemez bulduğu her başvuruyu reddeder. Yargılamanın

22 ECHR, *The general practice...*, s.10-11

23 Bknz. Frederic Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme* (Paris: PUF, 9 eme ed. 2008), s.721.

24 Sudre, *Droit européen...*, ss. 721-722.

25 Sudre, *Droit européen...*, s. 701.

her aşamasında bu karar verilebilir” hükmü uyarınca öğreti (doktrin) Büyük Dairenin bu yetkisinden kuşku duymamaktadır.²⁶ Bu çerçevede, Büyük Dairenin davaya yeniden bakması durumunda, Türk tarafının Perinçek'in AİHM'ne başvurusunun kabul edilebilirliğinin ele alınması olasılığını da göz önünde tutması ve davaya bu açıdan da hazır olması uygun olacaktır.

Öte yandan, Sözleşme 35.maddesi hükmü uyarınca kabul edilebilirlik incelemesini kişisel başvurular bakımından düzenlemekle birlikte, devlet başvuruları bakımından da, AİHS'nin 32.maddesi 2.fıkrası uyarınca, *“Mahkemenin yargı yetkisinin olup olmadığı hakkında ihtilaf durumunda, karar mahkemeye aittir”* demek suretiyle, Mahkemenin yetkisine itiraz da olanaklı görünmektedir. İsviçre'nin Perinçek Davasının Büyük Daireye gönderilmesi istemine gerekçe olarak Ceza Yasasının 261. maddesi, 4. fıkrasını nasıl uygulaması gerektiği konusunda kendisine yol gösterilmesini istemesi göz önünde tutularak, İsviçre'nin bu istemi ile Büyük Dairenden bir davayı yeniden incelemesini değil de bir görüş bildirmesini istediğinin Türk tarafınca ileri sürülmesi düşünülebilecektir. Böyle bir görüş bildirme isteği AİHS'nin 47. maddesi uyarınca Bakanlar Komitesine ait olup, ayrıca ifade özgürlüğü gibi Sözleşmenin I. Bölümünde yer alan hak ve özgürlüklere ilişkin olarak Bakanlar Kurulunca bile istenememektedir. Perinçek Davasında davanın özü D. Perinçek'in İsviçre mahkemelerince mahkûmiyeti ile ilgili olup, Büyük Daire öze ilişkin olarak ancak bu mahkûmiyetin AİHS'ne uygun olup olmadığına karar vermekle görevli olup, İsviçre'nin herhangi bir yasa hükmünü nasıl uygulayacağı sorunu ile karar verme görev ve yetkisine sahip değildir. Dolayısıyla İsviçre'nin bu isteminin, Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle, reddinin istenmesi hukuk mantığına aykırı düşmeyebilecektir. Türk tarafının bu noktayı da derinlemesine değerlendirmesi uygun olacaktır.

Perinçek Davasının Büyük Dairede görülmesi sırasında önümüze çıkan bir başka sorun da üçüncü kişilerin davaya müdahil olmasıdır. AİHS'nin 36. maddesi 1. fıkrası uyarınca Büyük Daire önündeki davaya da, vatandaşının başvuran taraf olması durumunda, bir Devlet müdahil olma hakkına sahiptir. Nitekim Türkiye yedi yargıçlı Daire önünde Perinçek Davasına müdahil olarak katıldığı gibi, Büyük Daire önünde de müdahil olacağını bildirmiştir. Ermeni sorununun konuları ve kapsamı göz önünde tutulduğunda Türkiye'nin bu tutumunu sürdürmesi zorunlu görünmektedir.

Ancak, Perinçek Davasına Büyük Daire önünde müdahil olunması konusunda Türk tarafının yeni bir sorunla karşılaşması da söz konusudur. Zira davalara müdahil olma konusunu düzenleyen AİHS'nin 36. maddesinin 2. fıkrası, Mahkeme Başkanının, *“adaletin doğru sağlanabilmesi amacıyla”*

26 Sudre, *Droit européen...*, s. 701.

Sözleşmeye taraf üçüncü devletleri de müdahil olmaya davet edebileceğini öngörmektedir. Bu davet yazılı görüş sunma ya da duruşmalarda taraf olma hakkının tanınması biçiminde gerçekleşebilecektir. Böyle bir olanağın başta Ermenistan olmak üzere “*Ermeni soykırımını*” tanıyan, kınayan ve yaptırımlar uygulayan AİHS tarafı birçok devleti ilgilendirmesi söz konusudur.

Dolayısıyla müdahil olma çağrısı, yetkisi bu davada Büyük Daire Başkanına tanındığına göre, Türk Hükümetinin bu konuda bir politika oluşturarak uygulaması gerekli olacaktır. Eğer Mahkeme Başkanı bazı üçüncü devletlere müdahil olma çağrısı yaparsa, Türk Hükümeti hukuk açısından bir “*cephe genişlemesi*” ile karşı karşıya kalacağı gibi, siyasal açıdan da izleyeceği stratejiyi iyice oluşturması gerekecektir. Zira en başta Büyük Daire önünde duruşmalara gidilmesi durumunda büyük bir “*Ermeni soykırımı*” propagandası ile karşılaşılması kesindir. Dolayısıyla, Türk Hükümeti olabilirse duruşma yapılmasına ilişkin tutumunu önceden belirlemeli ve ayrıca AİHM önünde ya da dışında Ermeni sorununa ilişkin propagandayı karşılayabilecek önlemleri almalıdır.

Büyük Dairenin Perinçek Davasının özüne (esasına) geçmesi durumunda ise, önceden yedi yargıçlı Daire önünde kullanılan tezler, olağan olarak, yine taraflarca Büyük Daire önünde de ileri sürülecektir. Ancak, karşı tarafın tezlerinde getirebileceği farklar, öteki tarafın tezlerinde de birtakım farklılaşmaları getirebilecektir. Böylece, özellikle “*Ermeni soykırımı*” tezini benimsemiş üçüncü devletlere Mahkeme Başkanı tarafından davaya müdahil olarak katılmaları çağrısında bulunulması durumunda, davanın ifade özgürlüğünden çok genel olarak Ermeni sorununa çekilmesi olasılığı da kuvvetli görünmektedir. Nitekim bu yönde bazı işaretlere ilk Daire kararına karşı oy veren yargıçların karşı görüşlerinde de rastlanmaktadır. Anılan iki yargıcın daha önce AİHM önünde hiç ele alınmayan iki hukuksal sorun olarak Ermeni soykırımının uluslararası tanınması ve bu soykırımın inkârının cezalandırılması konularının Büyük Daire önünde daha da geliştirilmesi beklenmelidir.

Karşıt görüş yargıçlarının ileri sürdükleri tezlerden biri olan Ermeni soykırımının bizzat Türk Devleti tarafından da tanınmış olduğu tezi büyük olasılıkla daha geliştirilerek Büyük Daire önüne getirilecektir. Anılan yargıçların, Osmanlı Devletinin mahkemelerinin 1919-1920’lerde verdiği kararlarla bazı Türk yetkilileri ve eylem zanlılarını idama kadar varan cezalarla cezalandırılmasını Türk Devletinin de Ermeni soykırımını tanıdığı biçiminde değerlendirmesi olgusal ve hukuksal açıdan kolaylıkla cevaplanacak niteliktedir. Zira en başta, Osmanlı mahkemeleri ilgili zanlıları “*soykırım*” nedeniyle değil, katliam ya da cinayeti ya da başka benzer suçlar nedeniyle yargılamıştır. Çünkü ilk kez, 1944’te Lemkin tarafından ortaya

atılan soykırım kavramı 1915 ve 1920'li yıllarda hukukta yer bulmamaktadır. Oysa yine hukukun genel ilkelerinden biri olan ilkeye göre, “*kanunsuz suç ve ceza olmaz*”. Dolayısıyla 1940'lı yıllarda kabul edilmesi yoluna gidilen soykırım suçu o tarihlerde yoktur. Anılan yargıçların görüşlerindeki ikinci hukuksal kusur ise, söz konusu hukuka aykırı eylemler Osmanlı Devleti bünyesinde işlenmiş olup, Osmanlı'nın ardılı (halefi) olan Türkiye Cumhuriyeti Devletini bağlayamaması olmaktadır. Zira Prof. Charles Rousseau'nun devletlerin ardıl (halef) olması konusunda ortaya koyduğu gibi, sonraki devletin birçok konuda önceki devlete ardıl olmasına rağmen, hukuka aykırı eylemler ve işlemler (*actes illicites*) bakımından sonraki devletin önceki devlete ardıl olması ve bu eylemlerin sorumluluğunu yüklenmesi uluslararası hukukta kabul görmemektedir.²⁷

Perinçek Davasında karşıt görüş yargıçları ayrıca, 15 Mayıs 1915'te Fransa, İngiltere ve Rusya'nın Ermenilere karşı yapılan eylemleri kınayan ortak bildirisine, A.B.D. Senato ve Temsilciler Meclisi'nin 9 Şubat 1916'daki ortak bildirisine ve daha da ilginç olanı hiç bir zaman yürürlüğe girmemiş 10 Ağustos 1910 tarihli Sevr Anlaşmasına dayanarak, uluslararası hukukun soykırımın cezalandırılması konusunda bağlayıcılık getirdiğini ileri sürmektedir. Ayrıntısına burada girmeden bu tür hukuksal işlemlerin uluslararası hukuk düzeyinde hukuksal bağlayıcı niteliğe sahip olmaması nedeniyle, Türkiye'yi bağlamayacağını bildirmekle yetinelim. Anılan yargıçlar için, yukarıda özet olarak belirttiğimiz için burada ayrıntısına giremeyeceğimiz Lozan Antlaşması hükümleri çerçevesinde bile, Ermeni sorunu konusunda Türkiye'nin sorumluluğu söz konusu edilebilecektir. Bütün bu tür tezlerin Türk tarafınca ciddi bir biçimde cevaplanması gerekmektedir.

Anılan yargıçlar, yine, yukarıda görüşlerini özetlediğimiz çeşitli uluslararası örgütlerin kararları ile “*Ermeni soykırımını*” tanıdıklarını bildirerek bu soykırımın gerçekliğini savunmaktadır. Yargıçlar, öte yandan, karşıt görüş özetinde verdiğimiz çeşitli devletlerin ulusal yargı organlarıncaya da parlamentolarınca “*Ermeni soykırımının*” tanındığını ve bazılarıncaya cezalandırılması öngörüldüğünü bildirerek, uluslararası toplumun bu soykırımı tanımasına ve ifade özgürlüğüne ilişkin olarak İsviçre'nin cezalandırmaya gitmesinin hukuka aykırı olmadığına karar vermektedir. Büyük Daire önünde Türk tarafının bütün bu olasılıkları hesaba katarak hazırlıklı olması ve uygun tezlerini önceden hazırlaması gerekli olacaktır.

27 Charles Rousseau, *Droit international public, Tome III* (Paris: Sirey, 1977), ss. 504-511.

SONUÇ:

Bir makale boyutları içinde, yalnızca bir bölümünü ele alabildiğimiz, Perinçek Davası ve olası gelişmeleri önümüzde ki ay ve yıllarda Ermeni sorununun bütün yönlerinin hem AIHM hem de dünya kamuoyu önünde ele alınması sonucunu doğuracaktır. Bu vesileyle Türk Dışişleri Bakanlığı başta olmak üzere Türk makamlarının Ermeni sorunu konusunda tarihsel, hukuksal, siyasal ve izlenecek yollarla ilgili bir bütün olarak hazırlıklı olması önem taşımaktadır. Özellikle 1915'in yüzüncü yılı olan 2015'te Perinçek Davasının Büyük Daire önünde görüşülmesi olasılığının da kuvvetli bir olasılık olduğunu unutmamak gerekmektedir.

KAYNAKÇA:

Kaynakça

Affaire Perinçek c. Suisse (Karar Eki). Dava No. 27510/08. AİHM. (17 Aralık 2013).

Animal Defenders International v. The United Kingdom (Karar). Dava No. 48876/08. AİHM. (22 Nisan 2013).

Cox v. Turkey (Karar). Dava No. 2933/03. AİHM. (20 Ağustos, 2010).

Dink v. Turkey (Kararın basın bildirgesi). Dava No. 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 ve

7124/09. AİHM. (14 Eylül 2010).

Erbakan v. Turkey (Kararın basın bildirgesi). Dava No. 59405/00. AİHM. (6 Temmuz 2006).

Erdođdu and İnce v. Turkey (Karar). Dava No. 25067/94 ve 25068/94. AİHM. (8 Temmuz 1999).

Gündüz v. Turkey (Karar). Dava No. 35071/97. AİHM. (14 Haziran 2004).

Garaudy v. France (Karar). Dava No. 65831/01. AİHM. (7 Temmuz 2003).

Jersild v. Denmark (Karar). Dava No. 15890/89. AİHM. (23 Eylül 1994).

Mouvement raelien Suisse v. Switzerland (Karar). Dava No. 16354/06. AİHM. (13 Temmuz 2012).

Lawless v. Ireland (no.3) (Karar). Dava No. 332/57. AİHM. (1 Temmuz 1961).

Norwood v. the United Kingdom (Karar). Dava No. 23131/03. AİHM. (16 Kasım 2004).

Pavel Ivanov v. Russia (Karar). Dava No. 35222/04. AİHM. (20 Şubat 2007).

Rousseau, Charles (1977). *Droit international public*. Tome III, Paris: Sirey.

Sudre, Frederic (2008). *Droit européen et international des droits de l'homme*. Paris: PUF, 9 eme ed.

Stroll v. Switzerland (Karar). Dava No. 69698/01. AİHM. (10 Aralık 2007).

