

AIHM'İN PERİNÇEK KARARI: "SOYKIRIM İNKÂRI"/İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ İKİLEMİNİN AŞILABİLİRLİĞİ

(REASONS BEHIND THE RELOCATION OF ARMENIANS)

Dr. Deniz AKÇAY

Avrupa Konseyi Daimi Temsilciliği
E. Uzman Hukukçu

Öz: *Bu çalışmada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Perinçek kararının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin düşünce özgürlüğüne ilişkin 10. Maddesi bağlamında nasıl "soykırım inkârı" ve ifade özgürlüğü arasındaki ikileme detaylı ve tutarlı bir açıklık getirdiği tartışılmaktadır. Perinçek kararı, 1915 olaylarının "soykırım" tabusundan kurtarılarak uluslararası planda tartışılabilmesi bakımından önemli bir kazanımdır. Öte yandan görüleceği üzere AIHM içtihadı temelinde "olağanüstü" bir özellik taşıyamamakta, karardaki tüm gerekçeler yerleşik AIHM içtihadına dayandırılmakta, konuya ilişkin belli başlı uluslararası düzenleme ve uygulamalar dikkate alınmıştır. Mahkeme ayrıca bu kararla ifade özgürlüğünün negatif sınırını da çizmekte, soykırım/inkâr/suç paradigmasının yerine tarihsel-siyasal söylem/kamu yararı işlevi paradigmasını ikame etmiş bulunmaktadır. Perinçek kararında zaman kavramına yapılan atfın benzer diğer kararlara göre çok daha uzun olması her türlü zaman itibarıyla yetki sorunsalının ötesinde, tarihin serbestçe ve sınırsızca tartışılması hakkının önemini ve gereğini de ortaya koymaktadır. Bu karar, Ermeni soykırım iddialarının tek yanlı olarak ve ilgili tüm taraflara eşit tartışma imkânı tanınmaksızın tek yönlü tartışılmasına ve taraflardan sadece birine âdeta bir "unutma vecibesi"nin empoze edilmesine devam edilmesi yerine, herhangi bir tarih olayı gibi her yer ve ortamda serbestçe araştırılmasına, incelenmesine ve tartışılmasına imkân sağlamaktadır.*

Anahtar Kelimeler: *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Perinçek-İsviçre Davası, ifade özgürlüğü, nefret söylemi*

Abstract: *This article examines the way in which the ECHR's Perinçek decision sheds light on the dilemma between "genocide denial" and freedom of expression in relation to Article 10 of the European Convention of Human Rights concerning freedom of thought, expression and information. The Perinçek decision is imperative for enabling discussions*

around the events of 1915 in the international arena and for freeing such discussions from the “genocide taboo”. On the other hand, the ECHR decision does not have an “extraordinary” attribute to it. In this sense, the facts found in this decision are grounded on already existing ECHR opinions which take into account relevant international regulations and practices. Moreover, by means of this decision, the court has identified restrictions to freedom of expression and has replaced the genocide/denial/crime paradigm with a historical-political discourse/ public interest paradigm. The reference to the concept of time in the Perinçek decision, which extends over a longer period of time in comparison to other similar cases, reveals the necessity and significance of the right to discuss history liberally and without any restrictions. In short, this decision has established the right to research, discuss, and assess Armenian genocide claims in any setting by all interested parties, freely and with no constraints, without imposing a one-sided discussion or the notion of the “obligation to forget”.

Keywords: *European Court of Human Rights, European Convention on Human Rights, Perinçek v. Switzerland, freedom of speech, hate speech*

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) Büyük Dairesi'nin 15 Ekim 2015 tarihli *Perinçek* kararıyla İsviçre Federal Mahkemesi'nin başvuranı, 1915 olaylarının bir Ermeni soykırımı olarak tanımlanamayacağı yolundaki ifadelerininin İsviçre Ceza Kanunu'nun (İCK) soykırımın inkârını düzenleyen mükerrer 261/4. maddesindeki suçu işlemiş olduğu gerekçesiyle cezalandırmasının, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) düşünce özgürlüğüne ilişkin 10. maddesine aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.¹ Büyük Daire kararıyla, AİHM'in daha önce 17 Aralık 2013 tarihli Daire düzeyindeki ihlâl kararı² da çok daha ayrıntılı gerekçelerle teyit edilmiş bulunmaktadır.³

Büyük Daire önündeki prosedüre, başvuran ve dâvalı İsviçre Hükûmeti dışında, Türkiye, Fransa ve Ermenistan Hükûmetleri ve ayrıca çok sayıda sivil toplum kuruluşu da müdahil sıfatıyla katılmış, Ermenistan Hükûmeti'ne de ayrıca duruşmada görüşlerini açıklama hakkı tanınmıştır.⁴

Karar on lehte yedi aleyhte oy ile alınmıştır. Dâvalı hükûmetin AİHM yargıcı Helen Keller de, daha önce Daire düzeyindeki tutumunu yineleyerek ihlâl doğrultusunda oy kullanan yargıçlar arasında yer almıştır.⁵ Kısmen lehte kısmen aleyhte oy kullanmış olan Alman yargıç Angelica Nussberger ise, karara eklenen ayrı görüşünde, ihlâl lehine oy kullanmış olduğunu, ancak Mahkeme'nin ihlâl kararını dayandırdığı bazı gerekçelerine katılmadığı açıklamasında bulunmuştur.⁶

Perinçek kararı, İsviçre Federal Mahkemesi'nin "Ermeni soykırımını" inkâr ettiği gerekçesiyle başvurana uyguladığı İsviçre Ceza Kanunu'ndaki (İCK) mükerrer 261/4. maddesindeki hükmün yorumuna getirdiği açıklığın ötesinde, tüm AİHS'ne taraf olan devletlerin konu hakkındaki tutumları açısından da

1 *Perinçek c. Suisse* (no. 27510/08), [GC], arrêt du 15 octobre 2015.

2 *Perinçek c. Suisse* (no. 27510/08), arrêt du 17 décembre 2013.

3 *Perinçek*, s. 120.

4 Association Suisse-Arménie, Fédération des Associations turques de Suisse romande, Conseil de Coordination des organisations arméniennes de France (CCAF), Association turque des droits de l'homme, le Centre Vérité, Justice, Mémoire et l'Institut pour l'étude du génocide et des droits de l'homme, Ligue internationale contre le racisme et l'antisémitisme « LICRA », Centre de la protection internationale, un groupe d'universitaires français et belges. Başvuranın Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olması nedeniyle Türkiye Cumhuriyeti Hükûmeti AİHS'nin 36/1. maddesinde öngörülen müdahale hakkını kullanarak prosedüre katılmış, diğer hükûmet ve kuruluşlar ise AİHS'nin 36/2. maddesindeki düzenleme uyarınca **müdahil olma talebinde bulunma hakkını** kullanarak ve AİHM'in **izni** ile prosedüre katılmışlardır.

5 Keller'in Büyük Daire aşamasındaki prosedüre katılmamasına yönelik Ermenistan Hükûmeti'nin talebi Büyük Daire Başkanı tarafından reddedilmiştir, *Perinçek* 2015, par. 5. İsviçre Hükûmeti'nin duruşma yapılmaması ya da yapılsa gizlilik kuralına uyulması yolundaki iki talebi de Mahkeme tarafından reddedilmiştir. *ibid.* par.6

6 *Perinçek, Opinion partiellement concordante, partiellement dissidente de la juge Nussberger*, s. 122-125.

geniş ve kalıcı sonuçları olabilecek nitelikler taşımaktadır. Olası sonuç ve yansımalarına değinilmeden önce, kararın olgusal dayanakları ile AİHM'in bunlara ilişkin hukuksal değerlendirmelerini özetlemekte yarar bulunmaktadır.

Başvuran, 2005 yılında İsviçre'nin Bern, Lozan ve Zürih şehirlerinde düzenlenen üç konferansta özetle, Türklerle Ermenilerin yüzyıllar boyunca bir arada barış içinde yaşamış olduklarını, ancak, Birinci Dünya Savaşı sırasında, Osmanlı Devleti'nin düşmana karşı mücadele verdiği bir dönemde, Ermenilerin yabancı güçlerin kışkırtmalarıyla Ruslarla işbirliği yapmaya itildiklerini ve bu ortamda maruz kaldıkları katliam ve tehcirin soykırım olarak tanımlanamayacağı, soykırım iddiasının bir emperyalist yalandan ibaret olduğu görüşünü savunmuştur.

“İsviçre Ermenistan Derneği”nin şikâyeti üzerine Lozan Polis Mahkemesi'nde başlayan yargılama sürecinde başvuranın ifadeleri, İsviçre'nin Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 21 Aralık 1965 tarih ve 2106 A sayılı kararıyla kabul edilip 4 Ocak 1969'da yürürlüğe giren “*Her Türlü Irk Ayrımcılığının Tasfiye Edilmesine Dair Irk Ayrımlarına İlişkin BM Sözleşme*”sini onaylaması çerçevesinde İCK'ya eklediği ve “*alenen, sözlü, yazılı, resim, hareket, fiili yollar ya da başka bir biçimde bir soykırımı inkâr eden, kaba bir biçimde küçümseyen veya haklı gösteren*” kişilerin en çok üç yıl hürriyeti kısıtlayan bir cezaya veya para cezasına mahkûm edilmesini öngören hüküm çerçevesinde değerlendirilmiş ve sonuçta, başvuran, İsviçre hukukunda kısa süreli hapis cezasının alternatifini oluşturan 90 günlük bir para cezasına mahkûm edilmiştir. Başvuranın, Lozan mahkemesi'nin kararının iptal edilmesi yolundaki talebi reddedildikten⁷ sonra, temyiz başvurusunda bulunduğu İsviçre Federal Mahkemesi ilk derece mahkemesinin kararını 12 Aralık 2007 tarihinde onaylamıştır.⁸

Mahkûmiyet kararının İsviçre'de kesinleşmesinden sonra, başvuranın, 2008 yılında AİHM'e yaptığı başvuruyu inceleyen yedi üyeli Daire'nin 17 Aralık 2013 tarihli kararında, İsviçre Hükûmeti'nin, başvuranın maruz kaldığı mahkûmiyetin hukuka uygunluğunu kanıtlama doğrultusunda AİHM'e sunmuş olduğu gerekçelerin, ifade özgürlüğü kısıtlamalarının demokratik bir toplum açısından gerekli olması kistasına uymadığı saptanarak, İsviçre'nin AİHS'nin ifade özgürlüğü ile ilgili 10. maddesini ihlâl ettiği sonucuna varılmıştır.⁹

İsviçre Hükûmeti'nin, Daire kararının Büyük Daire tarafından yeniden incelenmesi yolundaki talebinin, AİHS'nin 43/2. maddesi uyarınca oluşan beş üyeli bir kurul tarafından kabul edilmesi üzerine, Daire kararının, AİHS'nin

7 Perinçek, par.23-24.

8 Perinçek, par. 26.

9 Perinçek 2013 yukarıda zikredilen karar, par.129 ve 130.

43/1. maddesi uyarınca, açıklandığı tarihten itibaren üç ay içinde kesinlik kazanması önlenmiş, başvuru dosyası Daire kararıyla birlikte Büyük Daire'ye intikal etmiştir.

Ermeni iddialarının tartışılmasında ve, özellikle, 1915 olaylarının tarihsel bakımdan özgürce incelenebilmesinde belirleyici bir katkı sağlayabileceği kabul edilmesi gereken *Perinçek* kararı, ayrıca, AİHM'in ifade özgürlüğüne ilişkin içtihat zincirine de ifade özgürlüğünün genel olarak hangi kısıtlara göre sınırlandırılabilirliği konusunda da yerleşik içtihadının doğrultusunda önemli yorumlar ekleyen bir karar niteliğini taşıdığı kabul edilmelidir.

Bu çerçevede, özellikle, Büyük Daire'nin madde itibarıyla yetkisi konusunda izlediği yaklaşım, başvurunun esasına ilişkin değerlendirmeleri, AİHM kararının "kurumsal" statüsü ve içtihadı değeri, karara yöneltilen eleştiriler ve kararın geleceğe dönük önemi üzerinde durulacaktır.

I. *Perinçek* kararında ön meseleler ve esasa ilişkin incelemenin temel parametreleri

AİHM Büyük Dairesi, başvurunun esasına girmeden önce iki "ön mesele" yi aydınlatmakta yarar görmüştür:

1. AİHM'in madde itibarıyla (*ratione materiae*) yetkisi ve soykırım

Mahkeme, başvurunun esasını incelemeyen önce, başvuru konusunun özelliklerini dikkate alarak, madde itibarıyla yetkisinin sınırlarını hatırlatmak ihtiyacını duymuştur. Bu çerçevede AİHM'nin 19 ve 32/1. maddelerine atıfla yetkisinin "*Bu Sözleşme ve protokolleri gereği Yüksek Sözleşmeciler Tarafından yüklenilen taahhütlere uyulmasını sağlamak*" ve "*..bu Sözleşme ve Protokollerinin yorumu ve uygulanmasına ilişkin tüm sorunları*" incelemek şeklinde belirlenmiş olduğuna işaret etmiş, ayrıca bu normatif referansa, Uluslararası Yugoslavya Ceza Mahkemesi, Uluslararası Ceza Mahkemesi veya Lahey Adalet Divanı gibi cezai ya da başka nitelikte bir yetkisinin bulunmadığını da belirtmiştir.¹⁰

Ermeni iddialarının tartışılmasında ve, özellikle, 1915 olaylarının tarihsel bakımdan özgürce incelenebilmesinde belirleyici bir katkı sağlayabileceği kabul edilmesi gereken Perinçek kararı, ayrıca, AİHM'in ifade özgürlüğüne ilişkin içtihat zincirine de ifade özgürlüğünün genel olarak hangi kısıtlara göre sınırlandırılabilirliği konusunda da yerleşik içtihadının doğrultusunda önemli yorumlar ekleyen bir karar niteliğini taşıdığı kabul edilmelidir.

¹⁰ *Perinçek*, par. 101.

Mahkeme, ayrıca, Osmanlı İmparatorluğu yönetimindeki Ermeni halkının 1915 yılından itibaren maruz kaldığı “kitlesel katliam ve tehcirin” (*massacres et déportations massives/massacres and mass deportations*) uluslararası hukuk anlamında soykırım olarak nitelenip nitelenemeyeceğini belirtmek zorunda olmadığını (*n'est pas tenue de dire/not required to determine*), bu konuda hukuken bağlayıcı herhangi bir (*dans un sens ou dans l'autre/one way or the other*) sonuca ulaşması noktasında yetkili olmadığını da vurgulamıştır.¹¹

Bu şekilde Büyük Daire, daha ilk baştan, yetkisinin, sadece İsviçre Federal Mahkemesi'nin başvuran hakkındaki mahkûmiyet kararıyla Sözleşme'nin ifade özgürlüğüne ilişkin 10. maddesinin ihlâl edilip edilmediği sorunsalıyla sınırlı olduğu mesajını vermek istemiştir.

Aslında, 17 Aralık 2013 tarihli Daire kararında da AİHM'in “tarihçiler ortamında devam etmekte olan bir tartışmanın konusunu oluşturan tarihi sorunlarda hakemlik yapma durumunda olmadığı”¹² belirtilmiş olmakla birlikte, soykırım konusunda yetkili olabilecek yargı organları hakkında herhangi bir ipucu vermemiş, yargı yetkisinin konu ve kapsamını belirleyen Sözleşme'nin 19. ve 32. maddelerini de zikretmemiştir.

Ayrıca, yetkiye ilişkin AİHS maddelerine atıfta bulunmaksızın, tarafların kendisinden 1915 olaylarının gerçekliğini araştırmasının ve bu olayların “soykırım” olarak nitelendirilmesinin yerindeliğini incelemesinin istenmediğini (*elle n'est pas amenée à se prononcer/it is not required to determine..*) belirtmiş olmakla, soykırım konusunun Daire tarafından bir yetki (*jurisdiction/jurisdition*) sorunu olarak değil, talebe bağlı olarak incelenebilecek bir konu olarak algılanmış olduğunu da düşündürmektedir.¹³

Büyük Daire'nin Daire'ye göre yetki konusunda, daha açık ve özellikle bu konuda hangi koşullarla yetkisinin var sayılabileceğini belirtmesinin, “Ermeni soykırımı”nın tarihsel bir gerçek olduğunun kanıtlanmasına çalışılan Portekiz ve Montenegro yargıçlarının Daire kararına eklenen onyediy sayfalık kısmî karşı görüşleri¹⁴ bakımından da anlam ve önem taşıdığı söylenebilir.

2. AİHM yetkisinin AİHS'nin 17. maddesi açısından değerlendirilmesi

Ermeni “soykırımının” gerçekliği “açıkça saptanmış” (*clairement établi*) bir tarihsel olay olup olmadığını araştırma konusunda Sözleşme hükümleri

11 Perinçek, par. 102

12 Perinçek, 2013, par. 99.

13 Perinçek, 2013, par. 111.

14 Perinçek 2013, *Opinion en partie dissidente des Juges Vucinic et Pinto de Albuquerque*, s. 63-80.

açısından madde itibarıyla (*ratione materiae*) yetkisiz olduğunu vurgulayan AİHM, başvurunun esasına girmeden önce ne başvuranın, ne de dâvalı Hükûmetin gündeme getirmedeği AİHS'nin 17. maddesinin Perinçek başvurusuna uygulanıp uygulanmayacağını re'sen incelemeyi uygun görmüştür.

Sözleşme'de düzenlenen hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmasını önlemeye yönelik AİHS'nin 17. maddesine göre:

"Bu Sözleşme'deki hiçbir hüküm, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerinin yok edilmesi veya bunların Sözleşme'de öngörülmüş olandan daha geniş ölçüde sınırlandırılmalarını amaçlayan bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma konusunda herhangi bir hak verdiği biçimde yorumlanamaz."

Söz konusu maddenin Sözleşme'nin giriş bölümü ışığında da yorumlanmasında yarar bulunmaktadır. Nitekim, Sözleşme'nin dayandığı temel değer ve ilkelerin belirlendiği giriş bölümünün dördüncü paragrafında Taraf Devletlerin *"..dünyada barış ve adaletin asıl temelini oluşturan ve korunması öncelikle, bir yandan gerçekten demokratik bir siyasal rejime, diğer yandan da insan hakları konusunda ortak bir anlayış ve ortaklaşa saygı esasına bağlı olan bu temel özgürlüklere derin bağlılıklarını .."* bir kez daha tekrarladıkları kaydedilmiştir.

Sözleşme'deki hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmasının Sözleşme'nin siyasal temelindeki demokratik rejimi de tehlikeye atabileceği fikrinden hareketle, gerek AİHM, gerek daha önce Avrupa İnsan Hakları Komisyonu uygulamasında özellikle antisemit, ırkçı, Nazi rejimini savunan, Yahudi soykırımını inkâr eden, şiddete teşvik eden söylemlerle ilgili başvuruların esasına girmeden kabul edilemez bulmuştur.¹⁵

Mahkeme'nin, başvuranın, "Ermeni soykırımı"nın bir uluslararası yalandan ibaret olduğu tezini savunmasının demokratik bir rejimi ya da bu rejimin dayandığı değerleri tehdit edecek nitelikte olup olmadığı tartışmasını gündeme getirmesi, özellikle dâvalı İsviçre Hükûmeti'nin bu yönde bir savunmada bulunmamış olması dikkate alındığında, ilginç bir yaklaşım sayılabilir. Kaldı

¹⁵ Örneğin, genel olarak, ırkçı söylemlerle ilgili *Glimmerveen et Hagenbeek c. Pays Bas*, no.8348/78,8406/78, Déc. de la Commission 11octobre 1979, DR 18 s. 187 ; Nazi rejimini övme ile ilgili *Kühnen v. Germany*, no.12194/86, Déc., DR 56 s. 213; Yahudi soykırımının bayağılaştırılması *Garaudy c. France*, no.65831/01 [Déc] 24 juin 2003 ; ırkçı söylemlerle ilgili Müslümanlara karşı ırkçı söylemlerle ilgili *Norwood v. UK*, no. 2813/03, 16. novembre 2004 ; Yahudi düşmanlığı ile ilgili *Pavel Ivanov v. Russia*,35222/04 [Déc],20 February 2007 ; Kuzey Afrika kökenlilere karşı ırkçı söylemlerle ilgili *Seurot c. France*, no.57383/00[Déc], 18 mai 2014.

ki, ifade özgürlüğünün hangi gerekçelerle sınırlandırılabilirliği konusunda klasikleşmiş *Handyside* kararında açıkça ifade özgürlüğünün sadece bilgilendirme veya fikirlerin serbestçe dolaşımı açısından değil, "... *Devleti ya da halkın herhangi bir kesimini incitecek, korkutacak ya da kaygılandırarak*" ifadeler açısından da AİHS'nin 10. maddesindeki güvencelerden yararlanacağı kabul edilmiştir.¹⁶

AİHS'nin 17. maddesinin uygulanmasında da Büyük Daire'nin metodolojik bakımdan Daire'nin yaklaşımından ayrılmış olduğu görülmektedir: Daire, İsviçre Hükûmeti'nin, başvurunun 17. madde çerçevesinde kabul edilemez bulunması talebinde bulunmadığına işaret ettikten¹⁷ sonra başvuranın ifadelerinin nefret söylemi ve şiddete teşvik niteliğini taşımadığına dikkat çekerek¹⁸ başvuranın ifade özgürlüğünden yararlanma hakkını kötüye kullanmamış olduğunu kabul etmiş ve 17. maddeden kaynaklanabilecek bir gerekçe ile başvurunun dayanaktan yoksun sayılamayacağı sonucuna varmıştır.¹⁹ Diğer bir deyişle, Daire, 17. maddedeki "hakkın kötüye kullanılması" kavramını kendi inisiyatifıyla bir kabul edilebilirlik koşulu olarak değerlendirmiş ve bu maddeyi "otonom" bir incelemeye tâbi tutmuştur.²⁰

Büyük Daire ise, yeniden 17. maddeye atıfta bulunmakla birlikte, başvuranın kullanmış olduğu ifadelerin nefret söylemi veya şiddeti tahrik edecek nitelikte olup olmadığı sorununun baştan çözümlenemeyeceğine işaret etmiş, bu problemin ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin demokratik bir toplum açısından gerekli olup olmadığı incelemesi ile kesiştiğini kabul ederek 17. madde incelemesini esasa bağlamış²¹ ve ancak 10. madde kapsamındaki ayrıntılı değerlendirmesini tamamladıktan sonra 17. maddenin uygulanmasına "mahal bulunmadığına" karar vermiştir.²²

Yaklaşımları farklı olmakla birlikte, gerek Daire'nin gerek Büyük Daire'nin, başvuru konusunu denetim mekanizmasının ötesinde, Sözleşme'nin temel "felsefesini" oluşturan demokratik değerler açısından da âdeta bir "sigorta" konumundaki 17. maddenin uygulanıp uygulanmayacağı sorunsalına değinmesi, önemli bir başvuruda tarafların ileri sürmediği bir argümanı

16 "...not only to "information" or "ideas" that are favourable received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb the State or any sector of the population." *Handyside v. United Kingdom*, Application no. 549/72, judgment of 7 December 1976, par. 49

17 *Perinçek* 2013 kararı, par. 43

18 *ibid.* par. 52.

19 *ibid.* par.54, 55.

20 Louis -Marie LE ROUZIC, *Négationnisme, génocide et abus de droit*, RDLF 2014, chronique no.11

21 *Perinçek*, par. 115.

22 *Perinçek*, par.282:"Il s'ensuit également qu'il n'y a pas lieu d'appliquer l'article 17 de la Convention".

incelemek suretiyle sonuçta alınacak karara yöneltilebilecek eleştirilerin önünü almak kaygısıyla hareket etmiş olduğu düşünülebilir.²³ Bu şekilde, Perinçek başvurusunun Nazi propagandası, ırkçı nefret, Yahudi düşmanlığı içeren söylem kategorilerindeki başvurulardan farklı olduğu, 17. madde dolayısıyla başvurunun kabul edilemez bulunmasına yol açabilecek bir içeriğinin bulunmadığı mesajı da baştan verildiği gibi, bu değerlendirmenin ayrıca "doğrulanmasının" da yapılacağı mesajı verilmiş bulunmaktadır.

Nitekim, Mahkeme'nin *Perinçek* kararından beş gün sonra açıkladığı Fransa aleyhindeki *M'Bala M'Bala* kararında, başvuranın, mizahi nitelikte bir gösteri sırasında kullandığı ifadelerin antisemit nitelikte olduğu ve tarihi gerçekliği kabul edilen bazı olayların sanatsal bir kılıf altında inkâr etmeye çalıştığı gerekçeleriyle başvurusu 17. madde gereğince kabul edilemez bulunmuştur.²⁴

Sonuçta AİHM, Perinçek başvurusunda, 17. madde gibi siyasal, hukuksal ve kültürel ilkelerin aksiyolojik değerlendirmesini de kaçınılmaz olarak gerektirecek yaklaşım yerine, ifade özgürlüğünün hangi koşullarda sınırlandırılabilirliğini öngören AİHS'nin 10. maddesindeki içeriği açık, pozitif hukuk parametrelerinin değerlendirilmesine ağırlık vermeyi tercih etmiştir.

2. Perinçek başvurusunun esası: İfade özgürlüğünün sınırlandırılmasında uyulması gereken parametreler

AİHS'nin ifade özgürlüğüne ilişkin 10. maddesine uygulanabilecek sınırlamalar maddenin ikinci paragrafında ayrıntılı biçimde sıralanmış olduğu gibi, AİHM içtihatları da bu kıstasların ne şekilde uygulanması gerektiği konusunda önemli açıklayıcı yorumlar getirmiştir.

10. maddenin ikinci fıkrasına göre:

"...Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlâkın,

23 17. maddenin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda yapılan ayrı oylamada dört yargıç 17. maddenin uygulanması gerektiği yolunda karşı oy kullanmış ve bu konudaki görüşlerini ayrıca karara eklemişlerdir, *Perinçek*, s.131-133.

24 *M'Bala M'Bala c. France*, [Déc], no. 25239/13, décision du 20 octobre 2015, kararın 40. paragrafına göre *".. la Cour souligne que si l'article 17 de la Convention a en principe été jusqu'à présent appliqué à des propos explicites et directs, qui ne nécessitaient aucune interprétation, elle est convaincue qu'une prise de position haineuse et antisémite caractérisée, travestie sous l'apparence d'une production artistique, est aussi dangereuse qu'une attaque frontale et abrupte.."*

başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir.”

Yerleşik AİHM içtihatlarının geliştirdiği inceleme şemasına göre, ifade özgürlüğüne yapılan bir müdahalenin AİHS'nin 10. maddesinin ikinci fıkrasındaki üç genel kriterin **tamamına** uygun olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir: a) Müdahalenin kanunla öngörülmüş olması (*prévue par la loi/prescribed by law*), b) Müdahalenin maddenin ikinci fıkrasında belirtilen amaçlardan birine ya da birkaçına uygun olması, b) Müdahalenin demokratik bir toplum için gerekli olması. Bu üç parametre *Perinçek* kararında büyük bir titizlikle ve, özellikle, çok sayıda alt parametreler de dikkate alınarak “eksiksiz” tanımlanabilecek derecede irdelenmiştir.

a) Müdahalenin yasa ile öngörülmüş olması

Başvuranın ifade özgürlüğüne yapılan müdahale sonucunda mahkûm edilmiş olması, ilk bakışta, İCK'nın mükerrer 261. maddesinin 4. fıkrasına dayanması bakımından müdahalenin yasallığı açık olmakla birlikte, AİHM içtihadına göre, ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamanın **şekli** bakımdan yasaya dayanması yeterli olmayabilir: Yasaya uygunluk kıstası, ayrıca, ulusal düzenlemenin, olayın cereyan biçimi çerçevesinde doğurabileceği sonuçların önceden tahmin edilebilmesini de gerektirmektedir.²⁵

Bu kriterle ilgili olarak, müdahil Türk Hükûmeti, İsviçre mahkemelerinin soykırım anlayışlarının aslında 1915 olaylarının soykırım oluşturup oluşturmadığı konusundaki bir değerlendirmesinin sonucu değil, İsviçre toplumundaki bu konuda oluşan bir kanaate dayandığı argümanını işlemiştir.²⁶

AİHM bu konuda, başvuranın, özellikle İsviçre Ulusal Konseyi'nin (*Conseil national*) daha önce 1915 olaylarını soykırım olarak tanımış olduğunu da dikkate alarak, ifadelerinin İCK'nın 261/4. maddesindeki hüküm gereğince cezai sorumluluğuna yol açabileceğini öngörmüş olmasının beklenebileceği varsayımıyla, kanunilik koşuluna uyulmuş olduğunu kabul etmiştir.²⁷

Alman yargıç Nussberger ise, karara eklenen kısmen karşı kısmen açıklayıcı görüşünde, AİHS'nin ihlâl edildiği yolunda oy kullanmış olduğunu

²⁵ *Perinçek*, par. 131 ; *Sunday Times v. United Kingdom* (no.1), judgment of 26 April 1979, par. 48-49.

²⁶ *Perinçek*, par. 129.

²⁷ *Perinçek* , par. 138.

vurguladıktan sonra, İCK'nın 261/4. maddesinin kaleme alışı şeklinin İsviçre mahkemelerinin hangi olayların soykırım sayılıp sayılmayacağı konusunda yetkili olup olmadığına açık olmadığını savunmuştur. Yargıca göre, bu eksiklik nedeniyle bir uluslararası mahkemenin kararı ya da ulusal ve uluslararası planda bilimsel veya siyasal bakımdan oluşan bir görüş birliğine dayanacak durumda olmayan İsviçre Federal Mahkemesi, tarihsel nitelikte genel bir "consensus" gerekçesine atıfta bulunmakla yetinmek zorunda kalmıştır. Bu şekilde Alman yargıç, sözkonusu İCK maddesinin cezai nitelikte bir yaptırımı haklı gösterip gösteremeyeceği soru ve, hatta, kuşkusunu da gündeme getirmiştir.²⁸

b) Müdahalenin Sözleşme'de belirtilen meşru bir amaca uygun olması

AİHM, ifade özgürlüğüne getirilebilecek sınırlamanın meşru bir amaca dayanıp dayanmadığını, AİHS'nin 10/2. maddesinde sayılan meşru amaçlardan İsviçre Hükûmeti'nin savunmasında üzerinde durduğu kamu düzeninin korunması ve başkalarının şöhret ve haklarının korunması kıstasları açısından incelemiştir.²⁹

aa) Kamu düzeninin korunması

Sözleşme'nin İngilizce metnindeki "prevention of disorder" kavramı ile Fransızca metnindeki "défense de l'ordre" kavramlarının farklı olduğuna da dikkat çeken AİHM, insan haklarının korunmasına yönelik bir denetim sisteminde iki farklı versiyonu birbirine yaklaştıracak en uygun yorumun sözkonusu kavramların en dar anlamlarında (*leur sens le moins large/ the less extensive meaning*) kullanılmasını gerektirdiği sonucuna varmıştır.³⁰

Kararda, İsviçre Hükûmeti'nin AİHM'e sunduğu görüşlerde değindiği kamu düzeni riski argümanının, daha önce başvuruları yargılamış olan mahkemelerce gündeme getirilmemiş olduğuna işaret edilmiş, Strazburg'daki prosedür aşamasında ileri sürülen bu "meşru" amacın gerçekliğinin başvuranın

Kararda, İsviçre Hükûmeti'nin AİHM'e sunduğu görüşlerde değindiği kamu düzeni riski argümanının, daha önce başvuruları yargılamış olan mahkemelerce gündeme getirilmemiş olduğuna işaret edilmiş, Strazburg'daki prosedür aşamasında ileri sürülen bu "meşru" amacın gerçekliğinin başvuranın konferanslarının cereyan ettiği ortam açısından kanıtlanamadığı için "kamu düzeninin korunması" gerekçesi ikna edici bulunmamıştır.

²⁸ Perinçek, *Opinion partiellement concordante et partiellement dissidente de la juge Nussberger*, s. 125.

²⁹ Perinçek, par.143.

³⁰ Perinçek, par. 151.

konferanslarının cereyan ettiği ortam açısından kanıtlanamadığı için “kamu düzeninin korunması” gerekçesi ikna edici bulunmamıştır.³¹

bb) Başkalarının haklarının korunması

Mahkeme, bu başlık altında, 1915 olaylarının doğrudan mağdurlarıyla onların neslinden gelenlerin haysiyet (*dignité/dignity*) ve kimliklerinin (*identité/identity*) korunması argümanı kapsamında, İsviçre Federal Mahkemesi’nin özellikle diaspora Ermenileri’nin kimliklerini “Ermenilerin bir soykırımı maruz kaldıkları” fikri üzerinde inşa etmiş oldukları yolundaki argümanını kabul etmekle birlikte, başvuranın ifadelerinin Ermenileri aşağılayıcı, onları haysiyetlerinden mahrum edecek, insanlıklarını küçümseyecek nitelikte olmadığına işaret etmiştir.

Öte yandan, başvuranın “Ermenilerin emperyalist güçlerin” âleti oldukları, “Türk ve Müslüman halkların katliamına katıldıkları” yolundaki ifadeleri dolayısıyla, ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamanın Ermenilerin korunması çerçevesinde meşru bir amaç sayılabileceğini kabul etmiştir.³²

3. Müdahalenin demokratik toplum açısından gerekli olması

İfade özgürlüğüne getirilecek sınırlamaların demokratik toplum değer ve ilkelerinin korunması açısından gerekli olması kıstası, kararda ayrıntılı biçimde irdelenmiştir. Bu bölümün “giriş”inde, AİHM, ifade özgürlüğüne getirilecek sınırlamaların dar biçimde yorumlanması gerektiği, AİHM’in ulusal makamların yetki alanına müdahale etme gibi bir görevinin bulunmadığına işaret edilmiş, yetkisinin, ulusal makamlarca yapılan müdahalenin zorlayıcı bir toplumsal gereksinim (*besoin social impérieux/pressing social need*) gerekçesiyle izah edilip edilemeyeceğini, güdülen meşru amaçla orantılı olup olmadığını ve dâvalı hükûmetin, bu çerçevede ileri sürdüğü gerekçelerin uygun ve yeterli olup olmadığını denetlemekten ibaret olduğu belirtilmiş, ayrıca devletin siyasal söylemi sınırlandırabilme marjının daha dar olduğu vurgulanmıştır.³³

Bu “uyarılardan” sonra, Büyük Daire, İsviçre’nin ulusal yargı makamlarının,

31 *Perinçek*, par. 154; aksine örnek: *Castells v. Spain*, Judgment of 23 April 1992 par. 39. Ancak, müdahalenin demokratik toplum kriteri açısından zorunlu olmadığı gerekçesiyle ihlâl kararı verilmiştir. *ibid.* par. 43.

32 *Perinçek*, par. 156-157.

33 *Perinçek*, par.196,197.

İCK'daki hükmün uygulanmasında, AİHS'nin ifade özgürlüğüne ilişkin 10. maddesi ile kişinin özel yaşamı ve ailesinin korunması hakkına ilişkin AİHS'nin 8. maddesi arasında dengeli bir yaklaşım izleyip izlemediğinin araştırılması kapsamında, a) İfadelerin niteliği, b) İfadelerin kullanıldığı ortam (*contexte/context*), c) Zaman faktörü, d) Yüksek Akit Taraflar arasında 1915 olaylarının soykırım olarak tanımlanması konusunda bir "consensus" oluşup oluşmadığı e) İsviçre'nin uluslararası yükümlülükleri nedeniyle soykırım inkârına yaptırım uygulama yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı f) Uygulanan cezanın ağırlığı, parametrelerini ayrı ayrı irdelemiştir.

a) İfadelerin niteliği

Mahkeme'ye göre, başvuranın aleni toplantılarda, kitap, gazete ya da televizyon programlarında tarihsel olaylar hakkında kullandığı ifadeler, toplumu ilgilendiren konular olarak kabul edilmelidir.³⁴ Başvuranın ifadeleri tarihsel ve hukuksal içerikte olmakla birlikte, aleni bir toplantı sırasında açıklanmış olması, başvuranın tarihçi veya hukukçu olarak değil, bir siyaset adamı olarak hareket etmiş olduğunu göstermekte, söylemin şiddete, nefrete veya hoşgörüsüzlüğe kışkırtmaya dönüşmemesi kaydıyla korunmasında kamu yararı bulunmaktadır.³⁵

Büyük Daire, başvuranın, 1915 olayları bağlamında Ermeniler aleyhine bir nefret söylemi geliştirmediğini, Ermenileri "yalancı" olmakla suçlamadığını, hakaret sayılacak sözcükler kullanmamış olduğunu, Ermenilerin Türklerle asırlar boyunca yanyana barış içinde yaşamış oldukları ve her ikisinin de emperyalist komploların mağduru olduğu görüşünü savunmuş olduğunu dikkate almıştır.³⁶

Bununla da yetinmeyen Mahkeme, başvuranın ifadelerinin kullanıldığı ortam koşullarında nefrete ve hoşgörüsüzlüğe teşvik olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini de incelemiş, ancak, Yahudi soykırımını inkâr eden söylemlerden farklı olarak, başvuranın doksan yıl önce meydana gelen olaylar hakkında İsviçre'de savunduğu tezlerin ortam kıstası bakımından otomatik olarak ırkçı ve demokrasi karşıtı sayılmayacağını ve buna dair yeterli kanıt bulunmadığını da kaydetmiştir.

Kararda, ayrıca, başvuranın Talât Paşa komitesine üyeliğinin 1915 olaylarının

³⁴ *Perinçek*, par. 230.

³⁵ *Perinçek*, par. 231.

³⁶ *Perinçek*, par. 233 ; *Seurot*, yukarıda zikredilen karar, par. 40; *Giniewski c.France*, no. 64016/00 , arrêt du 31 janvier 2006, par. 45-49.

soykırım niteliğini taşıdığı yolundaki – ve bu hususun İsviçre mahkemeleri tarafından incelenmediğine de dikkat çekilen- tezin reddedilmesi çerçevesinde anlaşılması gerektiği, Ermenileri aşağılamaya ve aleyhlerine nefreti kışkırtmaya yönelik olduğunu gösterecek kanıt bulunmadığı belirtilmiştir.³⁷

Sonuçta, AİHM, başvuranın ifadelerinin “sert” (*virulents/virulent*) ve başvuranın da görüşlerinde tâvizsiz (*intransigent/intransigent*) olduğunu kaydetmekle birlikte, ifadelerinin, nefret, şiddet veya hoşgörüsüzlük çağrısı içermediğini vurgulamış³⁸, kamu yararı bulunan bir sorunla bağlantılı olması nedeniyle AİHS’nin 10. maddesindeki güvencelerden yararlandırılması gerektiğine ve bu bakımdan İsviçre makamlarının ifade özgürlüğünün sınırlandırılması konusundaki takdir yetkilerinin sınırlı olduğuna işaret etmiştir.³⁹

b) İfadelerin kullanıldığı ortam

Mahkemeye göre, ifade özgürlüğünün kısıtlanmasının, “zorlayıcı bir toplumsal gereksinime” dayanıp dayanmadığının araştırılması, olayların cereyan ettiği ortamın (*contexte*) koşullarının da incelenmesini gerektirmektedir. Bu noktada, kararda, Ermeni soykırımı iddialarıyla Yahudi soykırımı (*Holocauste*) arasında önemli bir farka dikkat çekilmektedir : Almanya, Avusturya, Belçika ve Fransa gibi ülkelerde, Yahudi soykırımının inkârının cezalandırılması, bu soykırımın kesinlikle saptanmış bir “olaya” dayanmasından çok, tarihsel geçmişlerinin deneyimiyle bu tür inkârın arkasında tarafsız bir tarihsel araştırma kılıfı altında daima antidemokratik ve antisemit bir ideolojinin gizlenmesi ve bu konuda sözkonusu ülkelerin taşıdıkları ahlâki sorumluluk duygusuyla izah edilmelidir.⁴⁰

Buna karşılık, karara göre, 1915 ve sonraki yıllarda, Osmanlı İmparatorluğunda meydana gelen olaylar ile İsviçre arasında, bu ülkede, bir Ermeni cemaatinin bulunmasının ötesinde, doğrudan bir bağlantı bulunmadığı gibi, başvuranın ifadelerini kullandığı dönemde İsviçre’de gergin bir ortamın hâkim olduğu veya sözkonusu ifadelerin orada yaşayan Türkler ile Ermeniler arasında ciddi sürtüşmelere yol açtığı da söylenemez.⁴¹

Kararda, ayrıca, başvuranın ifadelerinin Türkiye’deki Ermeniler aleyhine

37 *Perinçek*, par. 234.

38 *Perinçek*, par. 239.

39 *Perinçek*, par. 241.

40 *Perinçek*, par 243.

41 *Perinçek*, par. 243-244.

bir"nefret" söylemine yol açtığı yolundaki iki sivil toplum kuruluşunun iddialarının isabetini ortaya koyacak bir kanıtın bulunmadığına dikkat çekilmiş,⁴² Hrant Dink cinayetinden sonra, Türkiye'de bazı "aşırı milliyetçi" çevrelerin (*cercles ultranationalistes/ultranationalist circles*) Ermeni cemaati aleyhindeki gösterilerinin (*hostilité manifestée/hostility*) başvuranın İsviçre'deki ifadelerinin sonucu olduğuna ilişkin iddianın da kanıtlanamadığı belirtilmiştir.⁴³

c) Zaman faktörü

Mahkeme'ye göre, başvuranın ifadelerinin doksan yıl önce cereyan etmiş olaylarla bağlantılı olması hem içeriğinin ulusal makamlarca denetiminin daha dikkatli yapılmasını gerektirmekte hem de yapılan müdahalenin demokratik toplum için zorlayıcı gereksinim sayılma özelliğini azaltmaktadır.⁴⁴

d) İfadelerin Ermeni cemaatinin üyelerinin haklarına hanel getirip getirmediği

AİHM, başvuranın ifadelerinin Ermeni cemaati üyelerinin haklarına tecavüz edip etmediği tartışmasını, sözkonusu grubun üyelerinin haysiyet ve kimlikleri açısından olmak üzere iki kıstas temelinde yürütmüştür: Ermeni cemaati üyelerinin haysiyeti bakımından AİHM, başvuranın saldırgan sayılabilecek ifadelerinin Ermenilere yönelik olmayıp, emperyalist güçleri hedef aldığına, "Ermenilerin Türkleri ve Müslümanları öldürdükleri" yolundaki sözlerinin ise Ermenilerin katledilmeyi hakettikleri ya da yok edilmelerini gerektirdiği anlamını taşımadığına, kaldı ki, aradan geçen zamanın bu sözlerin Ermeniler için özellikle yaralayıcı (*offensantes/so wounding*) sayılamayacağına işaret etmiştir.⁴⁵

Öte yandan, Ermenilerin ulusal kimliğine yönelik saldırı iddiası açısından da, karara göre, ulusal kimliği ilgilendiren özellikle hassas tarihi olayların tartışma konusu edilmesinin, tek başına, yönelik olduğu kişilerin kimliğini ağır biçimde inciteceği varsayılamaz. Başvuranın, katliam ve tehirci inkâr etmemiş olduğu da gözönünde bulundurularak, Ermeni cemaatinin haysiyet ve kimliğine tecavüz edildiği iddiası reddedilmiştir.⁴⁶

⁴² *Perinçek*, par.246.

⁴³ *Perinçek*, par. 247

⁴⁴ *Perinçek*, par. 249, 250.

⁴⁵ *Perinçek*, par. 252.

⁴⁶ *Perinçek*, par. 253.

aa) 1915 olaylarının “soykırım” olarak tanımlanmasında “consensus” oluşmuş mudur ?

Kararda, genel olarak, soykırım ve diğer tarihsel olayların inkârının farklı değerlendirildiğine dikkat çekildikten sonra, İsviçre'nin soykırımın inkârında, söylemin nefret ve şiddeti kışkırtıcı içeriğinin bulunmadığı durumlarda bile inkârı reddetmekle uluslararası inkâr uygulaması yelpazesinin en aşırı ucunda yer aldığına işaret edilmiştir. Ayrıca, soykırım inkârına ilişkin her ulusal düzenlemenin farklı faktörlere dayandığı gözönünde bulundurularak, mukayeseli hukuk araştırmasının AİHM'in ulaşacağı sonucu fazla etkileyemeceğine de dikkat çekilmiştir.⁴⁷

bb) Müdahalenin İsviçre'nin uluslararası yükümlülüklerine dayandırılması

Başvuranın ifadelerine getirilen kısıtlamanın İsviçre'nin uluslararası yükümlülüklerinin ve özellikle BM Her Türlü Ayrımcılığın Tasfiye Edilmesi Sözleşmesi'nin 4. maddesinin gereği olduğu yolundaki İsviçre argümanını da, AİHM, sözkonusu maddenin gerek açıkça gerek zımnın soykırım inkârının cezai nitelikte bir norm konusu edilmesini öngörmemiş olduğu gerekçesiyle reddetmiştir.⁴⁸

Bu çerçevede, Mahkeme, anılan BM Sözleşmesi'nin 4. maddesinin, “*ırk üstünlüğü veya nefretine dayanan fikirlerin yayılması, ırk ayrımına teşvik veya ırk, veya renk ya da diğer bir etnik kökene yönelik her türlü şiddet olaylarını ya da bu tür fiillere tahrik*” fiillerinin cezalandırılmasını öngördüğünü vurgulamıştır. Kararda ayrıca, İsviçre'nin bu çerçevede gerçekleştireceği düzenlemelerin aynı Sözleşme'nin 5. maddesindeki düşünce, vicdan ve din özgürlüğü (5/d/vii) ile fikir ve ifade özgürlüğü (5/e/viii) hakkının anılan maddenin giriş fıkrasındaki “*(T)araf Devletlerin...her türlü ırk ayrımcılığını yasaklamayı ve tasfiye etmeyi, ve herkesin ırk, renk veya ulusal veya etnik köken ayrımcılığına maruz kalmadan ...*” vicdan ve din özgürlüğü (5/d/vii) ile fikir ve ifade özgürlüğü (5/d/viii) haklarının da yer aldığı hakların kullanılmasında “*hukuk önünde eşitlik hakkını güvence altına almayı öngörmüş ..*” olduğunun gözardı edildiğine dikkat çekilmiştir.⁴⁹

Mahkeme ayrıca, BM Soykırım Sözleşmesi'nin I/c maddesinin sadece “*doğrudan ve âlenen soykırım işlemeye teşvik*” fiilini düzenlediği, BM Medeni

47 Perinçek, par. 256-257.

48 Perinçek, par.260.

49 Perinçek, par. 261.

ve Siyasi Haklar Andlaşmasının 20/2. maddesinin de soykırımın inkârını değil, "Ayrımcılığa, kin ve nefrete, veya şiddete teşvik eden herhangi bir ulusal, ırksal veya dinsel düşmanlığın savunulmasının" yasaklanmasını düzenlediğini belirtmiştir.⁵⁰

Kararda, soykırım inkârının "soyut" biçimde cezalandırılması konusunda bir uluslararası örf ve âdet kuralının da oluşmadığı, BM İnsan Hakları Komitesi, BM Ayrımcılığın Tasfiye Edilmesi Komitesi, BM İfade Özgürlüğü'nün Geliştirilmesi ve Korunması BM Özel Raportörü, Demokratik ve Adil bir Uluslararası Düzenin Geliştirilmesi BM Bağımsız Uzmanı'nın görev alanlarında kabul edilen deklarasyon ve tavsiye kararlarında da soykırım inkârının cezalandırılması konusunda norm sayılabilecek açıklıkta bir düzenlemenin öngörülmediği kaydedilmiştir.⁵¹

e) Cezanın ağırlığı

Bu parametre açısından da, Mahkeme, İsviçre mahkemeleri tarafından başvurana uygulanan İCK'nın mükerrer 261. maddesindeki yaptırımın bir ceza normu niteliğinde olmasının tek başına ciddiyet (*gravité de l'ingérence/severity of the interference*) arzettiğini belirtmiştir.⁵²

Büyük Daire kararının sonuç gerekçeleri

İfade özgürlüğüne AİHS'nin 10/2. maddesi uyarınca getirilebilecek "meşru" sınırlamaları tüm hukuksal, siyasal ve toplumsal özellikleri bakımından eksiksiz bir değerlendirmeye tabi tutan AİHM, başvuranın ifadelerinin kamu yararını ilgilendirdiğini, nefret veya hoşgörüsüzlüğe çağrı niteliğini taşımadığını, ifadelerin kullanıldığı ortamda kuvvetli bir gerginliğe yol açmadığını, İsviçre'nin tarihsel geçmişiyle ilgili olmadığını, ceza niteliğinde bir yaptırımı gerektirecek derecede Ermeni cemaatinin mensuplarının haysiyetine dokunmadığını, İsviçre'yi bu nitelikteki ifadeleri cezalandırmaya zorlayacak bir uluslararası yükümlülüğünün bulunmadığını, mahkûmiyet kararının başvuranın İsviçre'deki yaygın görüşlerden farklı bir görüş açıklamasında bulunmasına dayandığı izlenimini uyandırdığını, müdahalenin cezai nitelikte bir mahkûmiyet gibi ağır bir şekil almış olduğunu dikkate alarak, Ermeni cemaatinin haklarının korunması açısından müdahalenin demokratik bir toplumda zorunlu olmadığı sonucuna varmıştır.⁵³

50 Perinçek, par. 264-265.

51 Perinçek, par.266-267.

52 Perinçek, par. 273.

53 Perinçek, par. 280,

II. *Perinçek* kararının kurumsal ve içtihadi geleceği

Perinçek kararının “geleceğinin” bir yandan, AİHM’in herhangi bir ihlâl kararı olarak tabi olacağı statü, diğer yandan da önemli bir içtihat olarak yansımalarının ne olabileceği açılarından değerlendirilmesinde yarar bulunmaktadır.

1. *Perinçek* kararının “kurumsal statüsü”

Perinçek kararının herhangi bir AİHM ihlâl kararı gibi bağlayıcı olması niteliği dolayısıyla Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi (AKBK) tarafından denetlenecek bir icra edilme sürecine tabidir. Öte yandan, diğer Taraf Devletlerin uygulamasını da etkileyebilecek bir hukuksal sorunla ilgili önemli Büyük Daire kararlarının haiz olduğu ve yine AİHM içtihatlarına dayanan bir “**yorum/referans kaynağı oluşturma**” (*res interpretata*) statüsü bulunmaktadır.

a) *Perinçek* kararının İsviçre Hükûmeti tarafından icra edilmesinin denetlenmesi

AİHM kararı tüm diğer ihlâl kararları gibi herşeyden önce AİHS’nin 46. maddesinde öngörülen denetim mekanizmasına tabidir. Buna göre:

“1. *Yüksek Akit Taraflar, taraf oldukları dâvalarda Mahkeme’nin verdiği kesinleşmiş kararlara uymayı taahhüt ederler.*

2. *Mahkeme’nin kesinleşen kararı, icrasını denetleyecek olan Bakanlar Komitesi’ne gönderilir”.*

Genel olarak, AİHM kararlarının icrasında karara uymak için alacakları önlemler konusunda dâvalı Taraf Devletlerin belirli bir takdir yetkileri bulunmaktadır. *Perinçek* kararında tazminata hükmedilmediği için ayrıca kararın açıklanmasından itibaren üç ay içinde tazminatın ödenmesi yükümlülüğü bulunmamaktadır.

Ancak, kararı “icra etme” kavramı tazminatın ödenmesi ile sınırlı olmayıp, gerektiğinde, ihlâlin tekrarlanmaması için alınması öngörülen önlemlerin de Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Direktörlüğü’nün (İHGĐ) aracılığıyla Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi (AKBK) üyelerinin bilgisine sunulması gerekmektedir. Bu genel şema, binlerce mahkeme kararının AKBK’da teker

teker görüşüldüğü ve icra edilme aşamalarının bu organca belirlendiği anlamına gelmemektedir. AKBK'nın teknik imkânsızlıkları nedeniyle kararların icrası süreci, büyük ölçüde, ilgili devletin yetkili makamları ile İHGD Sekreteryası arasındaki temas ve yazışmalarla ilerlemektedir. Ancak, ilgili dâvalı devlet ile İHGD arasında önemli bir anlayış farkı olduğu ve/veya kararın içeriğinin kapsamlı önlemler alınmasını gerektirdiği durumlarda, AİHM kararı, AKBK'nın gündemine girmekte ve bu kurulun gizlilik kuralına tâbi toplantılarında görüşülmektedir. Bu aşamaya gelindiğinde ise, AİHM kararının icrası için ilgili Devlete yapılacak "siyasi baskı"nın derecesi AİHM kararının gördüğü siyasi "destek" ve "benimseme" ile orantılı olabilir. Şöyle ki, AİHM kararıyla saptanan ihlâlin bir an önce giderilmesi gerektiği kanaatinin ağırlık kazanması halinde, ilgili Devletten alması istenecek önlemlerin kapsamı da genişleyebilecek ve önlemlerin biran önce alınması için yapılacak "siyasi baskı" da artabilecektir. Tam aksine, kararın vardığı sonucun diğer AKBK üyeleri tarafından yeterli destek görmemesi durumunda, AKBK'nın asgarî sayılabilecek bir icra ile yetinip, kararı gündemden düşürmesi beklenebilir. Diğer bir deyişle, AKBK denetimi aşamasında, hukuksal ve kurumsal kaygılarla birlikte, siyasal yaklaşımların da ön plana çıkabileceği açıktır.

Bir AİHM kararının icra edilmesi, ilk planda, kararın ulusal dile çevrilmesi- ki Fransızca ve İngilizce olarak kaleme alınmış olan *Perinçek* kararı açısından bu tür bir yükümlülük yoktur- kararın öneminin belirtildiği ve ihlâlin tekrarlanmaması için dikkat edilmesi gereken hususların da yer aldığı açıklayıcı bir metinle yetkili makamların dikkatine sunulması gibi önlemleri kapsamaktadır.

İhlâlin bir yasa ya da bir idari düzenlemeden kaynaklandığı durumlarda ise benzer ihlâllerin tekrarlanmaması için yasanın veya idarî tasarrufun değiştirilmesi ya da tamamen iptal edilmesi gerekmektedir.

AKBK'daki görüşmeler gizli olmakla birlikte, AİHM kararların icrasının tamamlandığını saptayan nihai AKBK kararları (*final resolutions/résolutions finales*) ile denetimin önemli aşamalarını saptayan AKBK ara kararlarına (*interim resolutions/résolutions intérimaires*) ve AKBK toplantılarında görüşülecek raporlara internet üzerinden erişilebilir.

Perinçek kararının açıklandığı 15 Ekim 2015 günü yayınlanan Federal Adalet Ofisi'nin bildirisinde, İsviçre'nin "*en geç altı ay içinde*" AKBK'na sunacağı bir raporla kararın ne şekilde "uygulanmasının" öngörüldüğü, özellikle, *Perinçek* olayındaki Sözleşme ihlâline benzer ihlâllerin yinelenmemesi için alınacak önlemlere yer verileceği belirtilmiştir. Aynı bildiride, İsviçre'nin altı aylık süre içinde kararın uygulanması konusunda tam olarak "hesap verecek" (*rendre*

compte) durumunda olmaması halinde, alınmasını öngördüğü önlemler hakkında “en azından” (*au moins*) bağlayıcı bir plan sunmak “zorunda” kalacağı açıklanmıştır.⁵⁴

Kapsamlı bir icra şemasının “vaat edildiği” bildiriye karşılık, İsviçre Hükûmeti’nin 2 Şubat 2016 tarihinde *Perinçek* kararının icrası çerçevesinde İHGD’ne ilettiği “Eylem Bilançosu” (*Bilan d’Action*) sınırlı boyutlarda kalmaktadır.⁵⁵ AİHM kararının da özetlendiği sözkonusu icra planında:

- Bireysel önlemler açısından, 19 Ekim 2015 tarihinde Federal Mahkeme ile diğer doğrudan ilgili makamların karar hakkında bilgilendirildiği ve aynı çerçevede olmak üzere, *Perinçek*’in 29 Ocak 2016 tarihinde Federal Mahkeme’ye başvurarak federal yasanın 122. maddesi uyarınca muhakemesinin iadesini istemiş olduğu,
- Genel önlemler kapsamında ise, *Perinçek* kararının AİHM’in içtihatları ile ilgili Raporda İsviçre’nin üç resmi dilinde yayınlanmış olduğu ve sözkonusu Raporun tüm kanton ve federal makamlara iletiildiği, İsviçre Hükûmeti’nin, sözkonusu kararın, yerleşik uygulamaya uyarak, mahkemeler tarafından tam olarak dikkate alınacağı fikrinden hareket ettiğine işaret edilerek başka bir önlem alınmasının öngörülmediği (*aucune autre mesure n’est envisagée*) belirtilmiştir.

İsviçre Hükûmeti, AİHM kararının icrası çerçevesinde izlenmesine karar verdiği icra planını, AİHM’in İCK’nın mükerrer 261. maddesinin AİHS’nin 10. maddesine aykırı olduğu yolunda bir saptamada bulunmamış olduğu, sözkonusu maddenin yeterli bir yasal temel oluşturduğunu kabul etmiş olduğu, anılan maddenin sadece *Perinçek* olayındaki uygulamasını eleştirmiş olduğu, kararın sözkonusu maddenin ihtiyatlı biçimde uygulanmasını gerektiriyorsa da, bazı durumlarda cezalandırmanın ifade özgürlüğüne uygun olacağı konusunda olanak sağladığı şeklinde savunmuştur.

Görüldüğü üzere, İsviçre Hükûmeti, AİHM kararını aslında yetkili makamların bilgisine sunmaktan ve sözkonusu makamların kararı gerektiği gibi uygulayacaklarına “güvenmekten” öteye gidecek bir önlem alınmasını tasarlamamaktadır.

Oysa, bu yaklaşımın kararın icrası bakımından hem yetersiz olabileceği hem de asıl önemlisi kararın dikkat çektiği bazı hususları gözardı ettiği söylenebilir:

⁵⁴ Office Fédéral de la Justice <http://www.bj.admin.ch>

⁵⁵ DH-DD(2016)157 12/02/2016 *Bilan d’action: Perinçek c. Suisse* (Grande Chambre arrêt du 15 octobre 2015, Berne, le 2 février 2016).

- Mahkeme, genellikle, ifade özgürlüğüne getirilen kısıtlamaların kaynağında yasal bir düzenlemenin bulunduğu başvurularda kanunilik kriterine uyulmuş olduğunu kabul etmekle birlikte, bu saptama, kesinlikle, Sözleşme'nin ihlâl edilmediğinin garantisini oluşturmamaktadır. Çok sayıda başvuruda kanunilik ilkesine kısa bir cümle ile uyulduğunun saptanmış olmasına karşılık, 10. maddenin ikinci paragrafındaki meşru amaç ve demokratik toplum açısından zorunluluk kriterlerine aykırı olduğu gerekçesiyle AİHS'nin ihlâl edilmiş olduğu sonucuna varılabilmektedir.⁵⁶ Nitekim, *Perinçek* kararında da Mahkeme, açıkça İÇK'nın mükerrer 261/4 maddesinin Sözleşme'ye uygunluğunu müdahalenin zorunlu olup olmadığı başlığı altında inceleyeceğini açıkça vurgulamıştır.⁵⁷ Bu bakımdan, Mahkeme'nin, müdahalenin İsviçre mevzuatındaki bir yasaya dayandığı için kanunilik ilkesine uyulmuş olduğu yolundaki saptamasından hareketle, İsviçre Hükûmeti'nin sözkonusu yasal düzenlemenin değiştirilmesine gerek olmadığı sonucunu çıkarmaması, en azından, "zorlayıcı toplumsal gereksinim" kıstası ile bağlantılı parametrelerin yetersiz veya dayanaksız bulunduğu AİHM kararından sonra, İÇK'nın mükerrer 261/4. maddesinin ifade özgürlüğünün korunması açısından gerekli güvencelerden yoksun olabileceğini değerlendirmesi gerekirdi.
- Yine kanunilik ilkesiyle ilgili olarak, Alman yargıç Nussberger'in karara eklenen kısmen lehte kısmen aleyhte görüşünde de, özellikle, İÇK'nın **mükerrer 261/4. maddesinin hangi fiillere uygulanacağına açık olmadığı**, maddenin hangi olayın soykırım oluşturduğu konusunda yargıcı "görevlendirdiği" yolundaki ayrıntılı eleştirel görüşleri⁵⁸ de anılan maddenin uygulamasının ihlâl riskine karşı "güvence" öngörmediğini ortaya koymaktadır. Hatta Nussberger'e göre yasadaki düzenlemenin belirsizliği nedeniyle ifade özgürlüğü maddi (*material*) bakımdan değil, usuli (*procedural*) bakımdan ihlâl edilmiştir.⁵⁹
- Aslında, kanunilik kıstasının Perinçek başvurusunda yetersiz kaldığı, en açık biçimde, bizzat Mahkeme tarafından kararın 261. paragrafında izah edilmiştir. Bu paragrafta Mahkeme, herşeyden önce BM Her Türlü Ayrımcılığın Tasfiye Edilmesi Sözleşmesi'nin, soykırım inkârını değil,

56 Örneğin, *Couderc, Hachette-Philipacchi c. France* (no.40454/07),[GC], arrêt du 10 novembre 2015,par. 79 ; *Fressoz et Roire c. France*,(29183/95 [GC], arrêt du 21 janvier 1999, par. 42; *Case of Vajnai v. Hungary* (33629/06, judgment of 8 July 2008, par. 30-31 ; *Ceylan v. Turkey*,(23556/94), judgment of 8 July 1999, par. 25.

57 *Perinçek*, par.139.

58 Yargıç Nussberger'in yukarıda zikredilen görüşü . *Perinçek*, s. 125

59 *ibid.*

ırk üstünlüğüne dayanan veya ırk temelinde nefret söylemi oluşturan fikirlerin yayılmasını, ırk ayrımına teşvik edilmesini veya ırk, renk, etnik kökene dayalı bir gruba yönelik şiddet hareketlerinin veya bu tür fiilleri işlemeye tahrik edilmesini cezayı gerektirecek bir eylem olarak tanımlamış olduğunu kaydetmiştir. Mahkeme, aynı paragrafta -yukarıda da belirtilmiş olduğu üzere- İsviçre'nin, anılan Sözleşme'yi onaylama prosedürü çerçevesinde, Sözleşme'nin 4. maddesindeki fiillerin cezalandırılmasında aynı Sözleşme'nin 5. maddesini de dikkate almayı öngörmüş olduğuna işaret etmiştir. Kararda, ayrıca, AK üyesi devletlerin BM Sözleşmesi'nin gerektirdiği düzenlemeleri gerçekleştirmeye davet eden AKBK'nın 48(30) sayılı Kararı⁶⁰ uyarınca da İsviçre'nin Sözleşme'nin 4. maddesini, 5. maddesindeki ifade özgürlüğünün korunmasına ilişkin kaydı da gözönünde bulundurarak, uygulama hakkını saklı tutmuş olduğuna dikkat çekmiştir.

Kararın bu açık ve ayrıntılı saptamalarına rağmen, İsviçre'nin, Mahkeme'nin yasal bir normun varlığını saptamakla şekli biçimde uyulmuş olduğunu kabul ettiği kanunilik kıstasını öne sürerek, karardaki soykırım inkârının ancak nefret söylemi niteliğini taşıması ya da şiddete teşvik unsurları içermesi halinde cezalandırılabileceği yolundaki mesajı gözardı ettiği söylenebilir. Ayrıca, İsviçre Hükûmeti'nin de geçmişte BM Sözleşmesi'nin 4. maddesinin, 5. maddesindeki ifade özgürlüğünün korunması gereği ışığında uygulanacağı yolundaki açıklamaları da dikkate alınır, kararın icrasını denetlemekle görevli AKBK'nın İsviçre'nin kanunilik kıstasına uyulduğu, dolayısıyla İÇK'nın mükerrer 261/4. maddesinin aynen “korunabileceği” yolundaki tezini “sorgulaması” uygun olacaktır.

b) *Perinçek kararının “res interpretata” değeri*

AİHM kararlarının icra edilmesi yükümlülüğü, ilgili dâvalı Devlete ait olmakla birlikte, özellikle önemli konularda içtihat oluşturabilecek AİHM kararlarının tüm Taraf Devletlerin yetkili makamlarının ve özellikle mahkemelerinin dikkate alması gereken yorumlar içerdiği kabul edilmektedir.

Res interpretata olarak bilinen bu ilke, AİHM'in geleceğinin şekillendirilmesi ve özellikle çok yüksek sayılara ulaşan bireysel başvuruların denetim sistemini felce uğratmasının engellenmesi amacıyla AİHS'ne taraf Avrupa Konseyi üye

60 31 Ekim 1968 tarihli sözkonusu 68(30) sayılı Bakanlar Komitesi Kararı Avrupa Konseyi üyesi devletlerinin BM Her Türlü Ayrımcılığın Tasfiye Edilmesi Sözleşmesi'ni dikkate alarak ırk ve dinsel ayrımcılığa teşvikle mücadele çerçevesinde gerekli önlemleri almaları öngörülmekteydi.

ülkelerinin İsviçre'nin Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi başkanlığı sırasında 18-19 Şubat 2010 tarihlerinde düzenledikleri Interlaken Üst Düzey Konferansı'nın sonunda kabul edilen Bildiri metninde de yer almıştır.⁶¹ Aslında ilkeye, daha önce de 1978 de AİHM'in İngiltere aleyhindeki İrlanda devlet başvurusuna ilişkin kararında da atıfta bulunulmuştu.⁶²

Res interpretata ilkesi, *Perinçek* kararındaki olgusal ve hukuksal özelliklere benzer veçheler taşıyan dâvalarda veya *Perinçek* başvurusundaki sorunsal gündeme getiren ifade özgürlüğünün kısıtlanmasına yol açabilecek yasa tasarılarında, diğer AİHS'ne Taraf Devletlerin yargı ve yasama organlarının Mahkeme kararını dikkate almalarını gerektirmektedir. Bu çerçevede, "dikkate almak", referans AİHM kararıyla mutlaka aynı sonuca ulaşmak şeklinde değil, ifade özgürlüğüne getirilen veya getirilmesi öngörülen sınırlamanın, *Perinçek* kararının dayandırıldığı gerekçelerin ışığında Sözleşme'ye uygunluğunun değerlendirilmesi şeklinde anlaşılmalıdır.

III. *Perinçek* kararının Ermeni iddialarının "geleceği" açısından olası etkileri ve önemi

Gerek Daire, gerek Büyük Daire düzeyinde İsviçre Hükûmeti aleyhine alınan ihlâl kararının içtihadı değerinin yüksek olduğu söylenebilir: Soykırım inkârcılığı alanındaki çalışmalarıyla tanınan bir yazara göre, "*uzun ve kapsamlı müzakereler sonucunda alınan Büyük Daire kararı önemli bir otorite olma vasfını uzun süre koruyacaktır*".⁶³ Hollandalı bir yazar ise *Perinçek* kararıyla Mahkeme'nin, ifade özgürlüğünün demokrasinin önşartı olup olmadığını sorgulayan (*questioning*) Avrupa Konseyi'nin düzenlemiş olduğu konferanstan tam bir gün sonra, demokrasinin, resmi makamlar veya halkın bir kısmı tarafından paylaşılan görüşlerden farklı görüşlerin dile getirilebilmesini

61 Interlaken Bildirisi'nin Eylem Planı'ndaki « *res interpretata* » ilkesi : « *...taking into account the Court's developing case-law with a view to considering the conclusions to be drawn from a judgment finding a violation of the Convention by another State where the same problem of principle exists within their own legal system ;...* » şeklinde belirlenmiştir. Konu hakkında ayrıca : Andrew DRZEMCZEWSKI, *Quelques Réflexions sur l'Autorité de la Chose Interprétée par la Cour de Strasbourg*, Mélanges en l'Honneur de Jean-Paul Costa, 2011, pp. 243-248.

62 *Ireland v. the United Kingdom*, Judgment of 18 January 1978 par. 154. « The Court's judgments in fact serve not only to decide those cases brought before the Court but, more generally, to elucidate, safeguard and develop the rules instituted by the Convention, thereby contributing to the observance by the States of the engagements undertaken by them as Contracting Parties ».

63 Nicolas HERVIEU, « *Négation du génocide arménien : Quelques conséquences après la décision de la Cour européenne des Droits de l'Homme* », TV Info ile 17 Ekim 2015'te yapılan röportaj. Diğer bir yazara göre, karar şüphesiz ünlü bir karar olarak kalacaktır « *...demeurera sans doute célèbre* » Thomas HOCHMANN, *Négationnisme du génocide arménien : défauts et qualités de l'arrêt Perinçek contre Suisse*, *Revue des Droits et Libertés Fondamentaux*, 2015, Chronique no.27.

güvence altına alması gerektiği konusunda güçlü bir mesaj (*robust statement*) verdiğini vurgulamıştır.⁶⁴

1. Perinçek kararındaki gerekçelerin uluslararası düzenlemeler bakımından “savunulabilirliği”

Büyük Daire, daha önce, Daire'nin incelemiş olduğu temel parametreleri daha da çeşitlendirerek derinleştirmiş ve, sonuçta, başvuranın ifadelerinin, ifade özgürlüğünden yararlanma hakkı ile üçüncü kişilerin haysiyetlerinin korunması gibi karşıt sayılabilecek iki değer arasında oluşması gereken dengenin sarsılmasına yol açmış olmadığını saptamıştır. Bu çerçevede, Ermeni “soykırımı”nın inkârını Yahudi soykırımının inkârından farklı bir ilkesel analize tâbi tutmuştur. Ermeni “soykırımı”nın inkârı, nefret söylemi ve/veya şiddete teşvik içerikli olmadığı sürece AİHS değerlerinin “jandarması” konumundaki Sözleşme'nin 17. maddesi gereği reddedilmesinin ya da ifade özgürlüğünün korunmasına ilişkin Sözleşme'nin 10. maddesinden yararlanamamasının sözkonusu olmaması gerekecektir. Benzer bir analiz yapmadan ifade özgürlüğüne yapılacak müdahalelerle ilgili AİHM'e yapılacak olası başvuruların ihlâl kararıyla sonuçlanması riski yüksektir.

Mahkeme, Ermeni “soykırımı”nın inkârı ile Yahudi soykırımının inkârı arasında kesin bir çizgi çekerken⁶⁵ - genellikle kabul edildiğinin aksine - Yahudi soykırımının tarihsel gerçekliğinin saptanmış olduğu argümanından çok, her türlü tarihsel araştırma ve değerlendirmeden bağımsız olarak Yahudi soykırımını inkârın temelinde antidemokratik, ırkçı bir ideolojinin gizlendiğini kalıcı bir veri olarak vurgulayarak, bu kategorideki söylemi sürekli bir risk olarak değerlendirmiş, bu konuda âdeta bir “postülat” yaratmıştır. Buna karşılık, böyle bir “postülat”la ilişkilendirilmesi mümkün olmayan 1915 olaylarının ırksal/ulusal/dinsel nefret ve şiddete teşvik unsurları içermeyen tarih araştırmalarının ve genel olarak bu nitelikteki söylemlerin engellenmesine yönelik söylem ve faaliyetlerin cezalandırılması gerektiği iddiası da dayanaktan yoksun bırakılmıştır.⁶⁶

64 « *Just one day after the closing of the Council of Europe conference questioning whether freedom of expression still is a precondition for democracy, the Grand Chamber of Strasbourg made a robust statement that a democratic society must safeguard the right to express opinions that diverge from those of the authorities or any sector of the population.*” Dirk VOORHOOF, *Criminal conviction for denying the Armenian genocide in breach with freedom of expression, Grand Chamber confirms*, in Strasbourg Observers Blog, October 21, 2015.

65 15.10.2015 tarihli *Tribune de Genève* gazetesine göre, Büyük Daire kararının, Yahudi soykırımı ile Ermeni « soykırımı » na farklı yaklaşımların sergilenmesine son verileceğini uman İsviçre'deki Ermeni cemaatinde bir « gerileme » (*revers*) olarak algılanmış ve öfke ile karşılanmıştır.

66 *Perinçek* Daire kararını değerlendiren bir İtalyan araştırmacıya göre AİHM, Yahudi soykırımının tek olduğu (*unicità*) ve Yahudi halkının soykırımı uğramasıyla Avrupa kıt'asında bir ulusalüstü insan hakları sisteminin kurulması arasındaki bağın bilincine kavuşmuş (*cogliere la consapevolezza*) benzemektedir » Giulio Enea VIGEVANI, *Radici della costituzione e repressione della Shoah*, Associazione Italiana Costituzionalisti, 4/2014 s. 206-207. Son kararın da bu değerlendirmeyi daha ayrıntılı gerekçelerle doğruladığı açıktır.

AİHM kararı, titizlikle ve derinlemesine incelenen AİHS'nin 10. maddesindeki ifade özgürlüğünü sınırlandırabilme koşullarının başvuruda gerçekleşmediğini yerleşik içtihatları ışığında saptamasının ötesinde, soykırım ve insanlık aleyhindeki suçların inkârına ilişkin uluslararası hukuk kurallarıyla da uyum içindedir. Kararın ilk bölümünde ayrıntılı olarak zikredilen sözleşme ve uluslararası örgüt uygulamalarından hiçbirisi soykırım inkârını soyut ve mutlak biçimde cezalandırılacak bir fiil olarak tanımlamamakta, aksine, bu belgelerin bir kısmına ilişkin denetim mekanizmaları da, geçmişteki olayların araştırılmasını engellemenin uluslararası hukuka aykırı olacağına açıkça dikkat çekmiştir:

- 1948 Soykırımın Önlenmesi Sözleşmesi soykırımın inkârı konusunu öngörmemektedir. Sözleşme'nin III. maddesine göre cezalandırılması gereken fiiller arasında ifade özgürlüğü alanıyla irtibatlandırılabilir tek fiil maddenin c) bendinde "*Soykırım işlemeye doğrudan ve aleni surette kışkırtmak*" olarak belirlenmiştir. Bu çerçevedeki söylemsel faaliyetin ifade özgürlüğü hakkından yararlanacak niteliği bulunmadığı gibi, ceza hukuku bakımından bir "suça azmettirme" ve hatta, duruma göre, bir "suça iştirak" olarak nitelendirilmesi gerekecektir.
- Londra Anlaşması'na eklenen ve Nazi rejimi suçlularının yargılanması ve kişisel sorumluluklarının belirlenmesi ile görevli Uluslararası Askeri Mahkeme'nin Statüsünde soykırım ve insanlık aleyhindeki suçların genel olarak inkârı düzenlenmemiştir.
- Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü'ne göre inkâr veya ifade özgürlüğü ile bağlantılı herhangi bir suç tarifi yer almamaktadır.
- Ruanda'da 1994 yılında soykırım işleyen ve insancıl hukuku ihlâl edenleri yargılamakla görevli Ruanda Uluslararası Mahkemesi'nin Statü'sünde de inkâr suçu öngörülmemektedir.
- BM Her Türlü Ayrımcılığın Tasfiye Edilmesi Sözleşmesi'nin 4. maddesinde "suç olarak cezalandırılması" istenen fiiller arasında "soykırım inkârı" veya ayrımcı muamelelerle bağlantılı bir "inkâr" suçu yer almamaktadır. Madde ırkçı propaganda ve faaliyetlerin yasaklanmasını düzenlemektedir.
- Medeni ve Siyasi Haklar Andlaşması'nda inkâr suçu öngörülmemiştir. Andlaşmanın uygulanmasını izlemekle görevli Komite'nin 2011 yılında Andlaşma'nın düşünce ve ifade özgürlüğü ile ilgili 19 ve 20. maddelerinin yorumu konusunda kabul ettiği 34 no.lu Görüş'te, özellikle, siyasal, bilimsel, tarihsel, ahlaki veya dinsel görüşlerin Andlaşma ile korunduğu,

bu özgürlüklere getirilecek sınırlamalarda, kanunilik, meşru amaç, gereklilik ve orantılılık ilkelerine uyulmasının ötesinde, müdahale konusu ifade açıklamasıyla tehdit arasında “doğrudan ve derhal bağlantı kurulması” gerektiği belirtilmiştir.⁶⁷ Aynı Görüş’te, tarihsel olaylar hakkındaki düşünce açıklamalarının cezalandırılmasının Andlaşma’ya aykırı olduğu, geçmişte cereyan etmiş olaylar hakkındaki yanlış fikirler veya olayların yanlış biçimde yorumlanmasının da **genel olarak** yasaklanmasının Andlaşma ile bağdaşmadığı vurgulanmıştır.⁶⁸

- Avrupa Konseyi sözleşmelerinden olan Sibernetik Suçluluk Sözleşmesi’ne Ek Protokol’ün 6. maddesi internet aracılığıyla işlenen soykırım ve insanlık aleyhindeki suçların inkârı ya da kaba biçimde azımsanmasının cezalandırılmasını öngörmüştür. Bununla birlikte, sözkonusu maddenin birinci fıkrasına göre, inkâr suçu **ancak**, Nazi rejimi suçlularının yargılanması amacıyla 1945’te kurulan Uluslararası Askerî Ceza Mahkemesi’nin görev alanına giren suçlar **ya da** uluslararası sözleşmelerle kurulan ve ilgili devlet tarafından yargı yetkisi tanınmış olan başka bir uluslararası yargı organı tarafından gerçekliği saptanmış olan suçlar açısından öngörülebilir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında, Taraf Devlete, inkâr suçunun oluşmasını ırk, renk, soy, ulusal, etnik veya dinsel bakımdan belirlenen bir kişi veya grup aleyhine nefret, ayrımcılık ya da şiddete teşvik kasdıyla işlenmiş olması koşuluna tâbi tutma olanağını tanımaktadır. Hatta Taraf Devlet çekince getirerek birinci fıkrayı uygulamama olanağına da sahiptir.⁶⁹
- AİHM kararının da atıfta bulunduğu Avrupa Birliği’nin 2008/913/JAI kodlu Çerçeve Kararıyla cezalandırılması öngörülen fiillerin tanımlanmasında özellikle iki referans kaynak üzerinde durulmuştur:

1) Irk, renk, din, ulusal veya etnik kökenine göre tanımlanan bir grup ya da böyle bir gruba mensup bir kişi aleyhine **Uluslararası Ceza Mahkemesi**

67 « ...establishing a direct and immediate connection between the expression and the threat » CCPR/C/GC34, par. 35.

68 « Laws that penalize the expression of opinions about historical facts are incompatible with the obligations that the Covenant imposes on State Parties in relation to the respect of freedom of opinion and expression. The Covenant does not permit a general prohibition of expression of an erroneous opinion or an incorrect interpretation of past events » *ibid.* par. 49.

69 1 Şubat 2016 tarihi itibarıyla 47 Avrupa Konseyi üyesinden 24’ü sözkonusu sözleşmeyi onaylamış olmakla birlikte, Danimarka, Finlandiya ve Norveç 6. maddedeki çekince olanağını kullanarak, bu maddeyi uygulamayacaklarını, Litvanya, Montenegro, Hollanda (Protokolü **sadece Avrupa kıt’asındaki ülkesi** açısından onaylamış), Polonya ve Ukrayna anılan maddeyi ancak söylemin nefret, şiddete teşvik ya da ayrımcılık gibi unsurların da gerçekleşmesi halinde cezalandırmayı öngördüklerini kayda geçirmişlerdir. Fransa’nın bu maddeye ilişkin açıklamasında ise maddenin 1. fıkrasındaki “başka bir uluslararası yargıdan” Fransa’nın bu niteliğini tanımış olduğu uluslararası mahkemelerin kasedilmesi gerektiği belirtilmiştir

Statüsü'nün 6-8. maddelerinde belirtilen soykırım, insanlık aleyhindeki suçlar ve savaş suçlarının alenen inkârı veya kaba biçimde bayağılaştırılmasının sözkonusu grup veya kişi aleyhine **şiddet veya nefrete yol açması riskinin** bulunduğu durumlar.

- 2) Yukarıdaki fiillerin Nazi rejimi suçlarının cezalandırılmasını düzenlemiş olan Uluslararası Askerî Mahkeme'nin Şartı'na eklenen 8 Ağustos 1945 tarihli Londra Anlaşmasıyla belirlenmiş olan suçların inkârı ya da kaba biçimde bayağılaştırılmasının birinci şıkta belirlenen grup veya kişi aleyhine **şiddet veya nefrete yol açması riskinin** bulunduğu durumlar.

Görüldüğü üzere, iki farklı kaynak referans zikredilmiş olmakla birlikte, suçun gerçekleşmesi açısından aranan **ortak** koşul, ifadenin şiddet veya nefrete yol açması riskidir.

Öte yandan, aynı maddenin 2. fıkrasına göre, üye Devletler, 1. fıkradaki fiilleri, **sadece** kamu düzenini bozma riski bulunduğu veya tehdit edici olduğu, küfür ya da hakaret niteliğini taşıdığı durumları kapsayacak şekilde cezalandırmayı öngörebilirler. Ayrıca 4. fıkrada da üye Devletlere sözkonusu inkâr fiillerini ancak bir ulusal yargı organının ve/veya bir uluslararası yargı ya da sadece bir uluslararası yargı organı tarafından nihai bir kararla tanınmış olması koşuluna tabi tutma olanağı tanınmaktadır. Bu bakımdan, AB Çerçeve Kararı, soykırımın saptanmış olduğu durumlarda bile, "inkâr" suçunu soyut ve genel bir biçimde değil, AİHS'nin 17.ve 10. maddeleriyle ilgili AİHM içtihatlarının nefret söylemi (*hate speech*)ve şiddete teşvik durumlarındaki temel yaklaşımını benimsemiş olduğu söylenebilir.⁷⁰

Yukarıdaki örnekler, belli başlı uluslararası düzenlemelerin ve AB Çerçeve Kararı'nın genel bir inkâr suçu öngörmediğini ortaya koymaktadır. İnkâr suçunun öngörüldüğü uluslararası belgelerde ise cezalandırmanın ifade özgürlüğü hakkıyla bağdaştırılması koşulu aranmaktadır. Avrupa Konseyi çerçevesindeki sözleşme ise ancak Nazizm ya da bir uluslararası mahkeme tarafından saptanmış soykırımlara uygulanmaktadır. Ancak, cezalandırmayı nefret söylemi ve şiddete teşvik koşuluna tabi tutmak ve hatta çekince ile uygulanmasını bertaraf etmek mümkündür.

Ulusal alandaki uygulamalarda da herhangi bir yeknesaklığın bulunduğu söylenemez: İsviçre Hükûmeti'nin savunması çerçevesinde Mahkeme'ye

70 Paolo Lobba, *Criminaliser le négationnisme au-delà de l'Holocauste, Liberté pour l'Histoire*, janvier 2013.

sunduğu ondört Avrupa ülkesi ile ilgili 2006 yılına ait araştırmanın incelenmesinden inkâr suçunun cezalandırılmasında ortak bir tutum bulunmadığı ortaya çıkmaktadır. Mahkeme de, 2006 yılına ait sözkonusu araştırma hakkında o tarihten sonra özellikle Fransa ve İspanya’da yasal durumun değiştiğine dikkat çekmiştir.⁷¹

2. “Soykırım” inkârına ilişkin Fransız uygulamasındaki bellibaşlı “merhaleler”

Bu çerçevede, özellikle, Fransız mevzuatının, genel olarak, soykırım ve insanlık aleyhine suçların cezalandırılması konusunda geçirdiği merhalelerin hatırlatılmasında yarar bulunmaktadır:

- 13 Temmuz 1990 tarihli Gayssot kanunu ile 29 Temmuz 1881 tarihli Basın Kanunu’na bir madde eklenerek, 8 Ağustos 1945 tarihli Londra Anlaşmasıyla Nazi suçlularını yargılamakla görevli Uluslararası Askerî Mahkeme’nin Statüsü’nün 6. maddesinde belirlenen insanlık aleyhindeki suçların cezalandırılması öngörülmüştür.⁷²
- 29 Ocak 2001 tarihli bir yasa ile Fransa, “1915 Ermeni soykırımını” alenen tanımıştır.
- 18/11/2008 tarihli ve 1262 sayılı Bernard Acoyer raporunda, “hafızanın korunması” (*lois mémorielles*) yasalarının Fransız Anayasası’na aykırı olduğu görüşü savunulmuştur. Raporda atıfta bulunulan eski Adalet Bakanı Robert Badinter’e göre “*Fransız Anayasa’sının 34. maddesi Parlamento’ya tarihsel bir olay hakkında görüş beyanında bulunmaya izin vermemekte*” ve bu nedenle Anayasa’ya aykırıdır.⁷³ Aynı raporda, Badinter’in, ünlü anayasa ve idare hukuku profesörü Georges Vedel’e atıfla sözkonusu “yasanın” 34. maddeye aykırılığı ötesinde kuvvetler ayrılığı ilkesine de aykırı olduğuna işaret etmiş olduğu da hatırlatılmıştır.⁷⁴
- Fransız Ulusal Meclisi 12 Ekim 2006 tarihinde 19 oya karşı 106 oyla “Ermeni soykırımının” inkârına ağır cezalar getiren bir yasa kabul etmiştir.

71 *Perinçek*, par.90-91.

72 Anayasa Konseyi’ne yapılan bu başvuru ile ilgili olarak : Marie Boëton, *La contestation des crimes contre l’humanité devant le Conseil Constitutionnel*, La Croix 7/10/ 2015; Marie Boëton , *Le négationnisme passé au crible de la Constitution*, La Croix,8/12/2015.

73 “ .. *parce qu’à l’évidence, l’article 34 de la Constitution ne permet pas au Parlement de se prononcer ainsi sur un évènement historique*” Rapport d’information No.1262 du 18/11/2008, Président M. Bernard ACOYER www.assemblee-nationale.fr/13/rap-info/i1262.asp

74 Yukarıda zikredilen rapor.

Ancak yasa Fransız Senatosu'na iletilmeden önce bloke edilmiştir. Daha sonra milletvekili Jean-Jacques Hyest'in 4 Mayıs 2011'de Senato'ya sunduğu kabul edilmezlik itirazının 74'e karşı 196 oyla kabul edilmesi üzerine yasa önerisinin oylamaya sunulması engellenmiştir.

- Fransız Ulusal Meclisi'nin 22 Aralık 2011 tarihli yasa tasarısı ile "Ermeni soykırımını" inkâr edenlerin bir yıl hapis cezası ve 45000 Euro para cezasına mahkûm edilmesi öngörülmüştü. Ancak, Ulusal Meclis'ten 75 milletvekili ve Senato'dan 82 senatör, sözkonusu tasarının normatif değeri olamayacağı ve ayrıca sadece soykırımlarla ilgili inkâra yönelik olduğu ve diğer insanlık aleyhine suçları kapsamadığı için "eşitlik" ilkesiyle bağdaşmadığı gerekçeleriyle Fransız Anayasa Konseyi'ne (Conseil Constitutionnel) başvurmuştur.
- Anayasa Konseyi, 28 Şubat 2012 tarih ve 647 sayılı Kararıyla "*Yasa ile tanınmış soykırımların varlığının inkârını*⁷⁵ cezalandırmaya yönelik Yasa" tasarısının Anayasa'ya aykırı olduğu sonucuna varmıştır.⁷⁶ Konsey, ifade özgürlüğünün önem ve değerini vurguladıktan sonra, ifade özgürlüğüne getirilecek sınırlamaların güdülen amaç açısından zorunlu, uygun ve orantılı olması gerektiğini ve özellikle, bir soykırımını tanıyan yasanın gerekli normatif bir değeri olamayacağını, yasa koyucu, daha önce kendisinin suç olarak tanımlamış olduğu bir durumun inkârını suç olarak tanımlamakla ifade özgürlüğünü ihlâl etmiş olduğunu saptamış, yasa tasarısının, gerek suç tanımlanmasıyla ilgili birinci maddesinin gerek bu suçlarla ilgili dâvalara bazı derneklerin, özellikle, bu yeni ceza normunun sonuçlarını değerlendirebilmek (*pour tirer les conséquences de cette nouvelle incrimination*) açısından müdahil olmalarına imkân sağlayan ikinci maddesinin de Anayasa'ya aykırılığına karar vermiştir.
- Anayasa Konseyi'nin 8 Ocak 2016 tarihli kararı ise Nazi tezlerine yakınlığı ile tanınan Vincent Reynouard'ın Basın Kanunu'nun mükerrer 24. maddesinin sadece Nazi rejiminin işlemiş olduğu insanlık aleyhindeki suçların inkârını cezalandırmasının, başka devletlerin işlediği insanlık aleyhindeki suçların ise cezalandırılmamasının eşitlik ilkesine aykırı olduğu yolundaki iddiası, Yargıtay tarafından "öncelikli bir anayasaya uygunluk sorunu" (*Question prioritaire de constitutionnalité*) olarak değerlendirilerek Anayasa Konseyi'ne iletilmiştir.

75 Aslında yasada kullanılan sözcük "*contestation*" olup, "tanımama", "tartışma" anlamını da taşımaktadır ki, inkârdan çok daha geniş kapsamlı olabilir.

76 « *La loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi est contraire à la Constitution* », Décision no.2012-647 DC.

Türk, Ermeni ve diğer bazı sivil toplum kuruluşlarının da müdahil olarak katıldıkları prosedür sonucunda kabul edilen Anayasa Konseyi kararında, Nazi suçlarının inkârının cezalandırılmış olmasının bazı ağır antisemit ve ırkçı söylemlerin cezalandırılmasını amaçladığı, tarih hakkındaki tartışmaların yasaklanmasının bu düzenlemenin konusu ve sonucu olmadığı, ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamanın güdülen amaç açısından zorunlu, uygun ve orantılı olduğu vurgulanmıştır.⁷⁷

Kararda, Fransız veya uluslararası bir yargı tarafından gerçekliği saptanmış insanlık aleyhindeki suçlar ile diğer bir yargı organı veya yasa tarafından insanlık aleyhine suç olarak tanınmış fiiller arasında fark olduğuna işaret edilmiş, farklı nitelikteki durumlara farklı düzenlemeler getirmiş olmasının 1789 İnsan Hakları Bildirisi'nin 6. maddesindeki kanun önündeki eşitlik ilkesine aykırı sayılamayacağı gerekçesiyle Gayssot kanununun kapsamına giren İkinci Dünya Savaşı sırasında işlenen insanlık aleyhine suçların özü itibarıyla ırkçı, antisemit ve yabancı düşmanı olduğunu da dikkate alarak, 13 Temmuz 1990 tarihli Gayssot kanunu açısından eşitlik ilkesine aykırılık iddiasını reddetmiştir.⁷⁸

Görüldüğü üzere, *Perinçek* kararından önce de, Fransız anayasa hukukunda, Yahudi soykırımını dışında diğer soykırım ve insanlık aleyhine suçlar bakımından ifade özgürlüğünün korunmasına belirli bir öncelik tanındığı, Anayasa Konseyi'nin de bu konuda hem Fransız anayasa hukukunun özelliklerini hem de ifade özgürlüğünün Fransız kamu hukukundaki önemini dikkate alarak titizlikle davrandığı söylenebilir.

Öte yandan, internette yayınlanan bir haberden, *Perinçek* kararından sonra Fransa'daki Ermeni derneklerin nezdindeki girişimini de dikkate alan Başkan François Hollande'ın 29 Ocak 2016 tarihinde eski AIHM Başkanı Jean Paul Costa'yı "tartışılmayacak" bir yasa tasarısı hazırlamakla görevlendirdiği anlaşılmaktadır. Bu aşamada bu tür bir "çalışmanın" içeriği ve özellikle "âkibetinin" ne olabileceği kestirilememektedir.

Costa'nın, *Perinçek* olayında ifade özgürlüğü hakkının ihlâl edildiği önce Daire, sonra da Büyük Daire düzeyinde saptandıktan ve, ayrıca, Fransız Anayasa Konseyi'nin de "Ermeni soykırımını" tanıyan yasanın "inkârın"

77 Décision no. 2015-512 QPC du 8 janvier 2016 « ...les dispositions contestées visent à lutter contre certaines manifestations particulièrement graves d'antisémitisme et de haine raciale...n'ont ni pour objet ni pour effet d'interdire les débats historiques.. »

78 Ibid. « Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que les dispositions de l'article 24 bis de la loi du 29 juillet 1881 qui ne méconnaissent aucun droit ou liberté que la Constitution garantit doivent être déclarées conformes à la Constitution ».

cezalandırılması açısından normatif değerden yoksun olduğunu saptamasından sonra, hazırlayabileceği yasa tasarısının yasallaşmasının da zor olabileceği düşünülebilir.

Bu çerçevede, Fransız tarihçilerinin hafıza yasaları hakkındaki genellikle olumsuz, yargılayıcı tavırlarının da gözardı edilmemelidir. Tarihin bir "din" olarak algılanmaması gerektiği, tarihçinin rolünün bir olayı yüceleştirmek (*exalter*) ya da yargılamaktan ibaret olmadığı, tarihin "hafıza" (*mémoire*) ile özdeşleşmediğinin vurgulandığı "*Liberté pour l'Histoire*" derneğinin 12 Aralık 2005 tarihli çağrısı⁷⁹ tarihçiler arasında önemli bir yankı bulurken, aynı derneğin başkanı ünlü tarihçi Pierre Nora tarafından 2008 yılında organize edilen Blois çağrısı (*Appel de Blois*) 49 ülkede 1374 tarihçi/entellektüel imzası toplamıştır.

Blois çağrısında, özellikle, tarihin geçmişe dönük olarak "ahlâkileştirilmesi" (*moralisation*) riskinden endişe duyulduğu, özgürlüğe önem veren bir devlette hiçbir makamın tarihsel gerçeği tanımlama yetkisinin (*autorité*) bulunmadığı vurgulanmış, siyasi kurumlardan hafıza yasalarıyla geçmiş hakkında Devlet gerçekleri ihdas etmemeleri istenmiştir.⁸⁰

Dernek başkanı Nora, ayrıca, dernek adına yayınladığı 5 Kasım 2015 tarihli bildirisinde de *Perinçek* kararından memnuniyet duyulduğunu açıklamıştır.⁸¹

Resmî gerçekler ilân eden hafıza yasaları, özellikle tarihçiler ve aydınlar tarafından, bu tür yasaların, ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasının ötesinde, belirli "ayrıcalıklı" hafızalara dokunulmazlık sağlamakla tek taraflı "kutsamalara" da yol açtığı, "dondurulmuş" bir tarih anlayışına yol açtığı ve ulusları birbirine yaklaştıracığına ayrılıklarını "ebedileştirmeye" yaradığı şeklinde eleştirilmektedir.⁸²

3. *Perinçek* kararına yöneltilen belli başlı eleştiriler

1915 olaylarının "soykırım" niteliğini taşıdığı konusunda "consensus" olduğu, başvuranın ifadelerinin Ermenilerin haysiyet ve kimliklerine hakaret sayılması gerektiği yolundaki argümanların yer aldığı bazı müdahil Hükümet ve sivil toplum kuruluşu ile birlikte, karara eklenen yedi yargıcın karşı görüşlerindeki

79 *Liberté pour l'Histoire*, appel du 12 décembre 2005.

80 *Liberté pour l'Histoire*, appel du 13 octobre 2008.

81 *Affaire Perinçek*, Communiqué de Pierre Nora, président de *Liberté pour l'Histoire* du 5 novembre 2015.

82 Kenneth BERTRAMS et Pierre Olivier DE BROUX, *Du Négationnisme au Devoir de Mémoire*, Revue de Droit de l'Université de Bruxelles, vol. 35,2007, s.125.

eleştirilerin⁸³ esasen Büyük Daire kararıyla yanıtlanmış olduğu ve sözkonusu argümanların gerçekliği ve yerindeliği kanıtlanmadığı için Mahkeme tarafından reddedildiği gözönünde bulundurularak, ayrıca ve tekrar yanıtlanmasında lüzum görülmemektedir.

Buna karşılık, *Perinçek* kararına teknik, metodolojik ve aksiyolojik bakımdan yöneltilen bazı eleştirilerin belirli bir destek görmüş olduğu ve hatta ihlâl lehine oy kullanmış olan Alman yargıç Nussberger tarafından da bu tür eleştirilerin bir ölçüde paylaşıldığı da⁸⁴ gözardı edilmemelidir.⁸⁵

Bu kategorideki eleştiriler, özellikle, Büyük Daire'nin İCK düzenlemesi ile başvuranın ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin değerlendirilmesinde zaman, ortam (*facteur temporel/contexte*), coğrafi faktörlerini de dikkate almış olmasında odaklanmaktadır. Yedi yargıcın karşı görüşlerinde, bu faktörlere yapılan atfın insan haklarının evrenselliği ilkesi ile bağdaşmadığı ileri sürülmekte, özellikle de, gerçekliği tartışmasız olan Holocauste'un da 20-30 yıl sonra inkâr edilmesinin mümkün olabileceğini ima eden bir soru ile polemik bir tırmanma beklentisi eğilimi de sergilenmektedir.⁸⁶

Özellikle ifade özgürlüğü ile ilgili başvurularda, başvuru konusu ifadeler ile bu ifadelerin dayandığı olaylar arasında geçen zamanın uzunluğunun 10. maddenin ikinci fıkrasındaki "gereklilik" kıstasına uyulup uyulmadığı açısından değerlendirilmesi Mahkeme'nin ilk kez *Perinçek* başvurusunda kullandığı bir inceleme parametresi değildir: Örneğin, İkinci Dünya Savaşı sırasında Almanlarla işbirliği yaptığı suçlamasıyla mahkûm edilmiş olan Mareşal Pétain'in, aslında Nazilerin Fransız halkı üzerindeki baskısını hafifletmek saikiyle hareket ettiğinin (*ikili oyun politikası/politique du double jeu*) iddia edildiği ve Pétain dâvasının yeniden açılarak Pétain'in rehabilitasyonunun istendiği bir gazete ilânından dolayı mahkûm edilmiş olmalarının konu edildiği Lehideux ve Isorni başvurusunda, Mahkeme, müdahaleye yol açan yazının *Le Monde* gazetesinde yayınlanmasından kırk yıl önce meydana gelen olaylara dayandığını dikkate alarak, başvuranların bu yazıdan dolayı cezalandırılmış olmalarını, yazılarının Nazi işgali sırasında

83 Yedi yargıcın karşı görüşlerinde, başvuranın tarihsel gerçeği tartışmasız olan Ermeni "soykırımı" tezini itibarsızlaştırmaya çalıştığı ve bir halka hakaret etmek saiki (*animus*) ile ırkı, hatta şiddete teşvik sayılabilecek bir tutum sergilediği argümanı işlenmektedir. *Perinçek*, s. 127.

84 *Perinçek*, Nussberger'in yukarıda zikredilen kısmen lehte kısmen aleyhte görüşü, s. 124.

85 Daniel KURI, *La Question du Génocide des Arméniens à l'épreuve de la Grande Chambre de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Commentaire sur l'arrêt du 15 octobre 2015; Christos L. Angelopoulos, "La Grande Chambre en quête d'un nouveau modus operandi ?", *Revue des Droits de l'Homme* <http://revdh.revues.org/1727>; Thomas HOCHMANN, yukarıda zikredilen makalesinde bu eleştirileri bir ölçüde paylaşmaktadır.

86 *Perinçek*, s.128.

Fransız halkının çekmiş olduğu acıları canlandıracak ve yazıda savunulan tezin doğruluğu tartışılır nitelikte olsa bile, ifade özgürlüğüne bir müdahale olarak değerlendirilmiştir.⁸⁷

İsviçre'nin, İkinci Dünya Savaşı sırasında müttefik saflarında yer aldığı yolundaki resmi tezlerin gerçeği yansıtmadığı, aslında İsviçre'nin Nazi Almanyası ile yakınlaşmaya çalışmış olduğu, Nazi parası aklamış olduğu ve sahipsiz kalan Yahudi servetlerine el koyduğu suçlamalarının yer aldığı "*L'honneur perdu de la Suisse*" (İsviçre'nin kaybolan onuru) adlı bir televizyon programının yayınlanmasının engellenmesine ilişkin İsviçre aleyhindeki *Monnat* kararında, Mahkeme, başvurunun gündeme getirdiği olayların sözkonusu televizyon programından elli yıl önce cereyan ettiğini dikkate alarak, halkı bilgilendirmeye yönelik bu tür bir yayının halk arasında tartışmalara yol açmış olduğunu kabul etmekle birlikte, alınan müdahale önlemlerinin 10. maddeyi ihlâl edildiğine karar vermiştir.⁸⁸

Fransa aleyhindeki *Orban* kararında da, Mahkeme, anılarında, Cezayir savaşı sırasında terörist yöntemler kullananlara işkence ve yargısız infaz uygulanmak zorunda kaldığını anlatan General Aussaresses'in kitabını yayınlayan başvuranların cezalandırılmasını, kitabın yayınlandığı tarihten kırk sene önce meydana gelen olayların mağdurların acılarını canlandıracak nitelikte olsa bile tarih araştırmasına bir katkı niteliğinde sayılması gerektiğinden ifade özgürlüğünün ihlâl edildiğine karar vermiştir.⁸⁹

Perinçek kararında karşı oy kullanmış olan yedi yargıcın zamanaşımı ile ilgili "argümanları" ise iki açıdan bir kavram karışıklığı olarak değerlendirilmelidir: Birincisi, "zamanaşımı" kavramı AİHM'in zaman itibarıyla yetkisiyle (*ratione temporis*) ilgili olup, AİHM'in başvurunun bu bakımdan yetkili olup olmadığının araştırılmasında odaklanmaktadır. Oysa, *Perinçek* başvurusunun dayandığı olay kesinlikle soykırım iddiasıyla değil, İCK'nın mükerrer 261. maddesinin *Perinçek*'e uygulanmasından dolayı İsviçre'nin AİHS'nin 10. maddesini ihlâl edip etmediği konusu ile bağlantılıdır. Bu bakımdan, ayrıca, başvuru konusu ile ilgili olmayan bir "veri" açısından zamanaşımı kavramının tartışılması da sözkonusu olmamalıdır.

İkincisi, AİHM, zaman itibarıyla yetkisini, başvuru konusu suçun zamanaşımına tabi olup olmadığı açısından değil, ilgili Taraf Devletin Sözleşme ile "bağlandığı" tarih itibarıyla incelemektedir. Örneğin, İkinci Dünya Savaşının başlarında Katyn katliamı ile ilgili Rusya aleyhindeki

87 *Lehideux et Isorni c. France*, arrêt du 23 septembre 1998, par. 55.

88 *Monnat c. Suisse*, 73604/01, arrêt du 21 septembre 2006, par. 64.

89 *Orban c. France*, 20985/05, arrêt du 15 janvier 2009, par. 52.

Janowiec kararında AİHM, bazı menfur (*odieux/heinous*) cinayetlerin vahameti, (*gravité/gravity*) Taraf Devletleri zamanaşımına tâbi tutmamaya sevk etmiş olmakla birlikte, “Sözleşme’nin değerleri” (*Convention values/valeurs de la Convention*) kıstasının Sözleşme’nin kabul edildiği (*adoption*) 4 Kasım 1950 tarihinden önce cereyan etmiş olaylar bakımından uygulanamayacağı sonucuna varmıştır.⁹⁰

Bu çerçevede, Litvanya aleyhindeki *Vasiliauskas* kararında, Mahkeme, 1953 yılında Sovyet rejimine karşı koyan “partizanların” öldürülmesinden dolayı soykırım işlediği iddiasıyla yargılanan başvuranın, “siyasi bir grubun” tamamen veya kısmen yok edilmesinin 1948 BM Soykırım Sözleşmesi’nde soykırım olarak düzenlenmemiş olduğu halde, daha sonra yorum ve uygulama yoluyla Sözleşme kapsamına dahil edilmesi sonucunda 2004 yılında soykırım suçundan mahkûm edilmesinin, “.. işlendiği zaman uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir eylem veya ihmalden suçlu bulunan bir kimsenin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel değildir” kuralının yer aldığı AİHS’nin “Kanunsuz suç olmaz” başlıklı 7/2. maddesinin gerektirdiği suç ve cezanın öngörülebilirliği ilkesine aykırı olduğunu dikkate alarak, ihlâl edildiğine karar vermiştir.⁹¹

Görüldüğü gibi, geçen “zaman” ve “zamanaşımı” kavramları, AİHM içtihadında otomatik ve soyut biçimde uygulanmamakta, her olayın özelliklerine göre değerlendirilen yorum ve uygulama ilkeleri olarak kabul edilmektedir : Örneğin, zaman kavramı, *Janowiec* kararında AİHM’in zaman itibarıyla (*ratione temporis*) yetkisi açısından ele alınırken, *Vasiliauskas* kararında bir yetki kuralı olarak değil, “Kanunsuz suç olmaz” ilkesinin düzenlendiği AİHS’nin 7. maddesiyle bağlantılı olarak esasa ilişkin bir kavram olarak değerlendirilmiştir.

Perinçek kararında, ihlâlın gerçekleşip gerçekleşmediğinin araştırılmasında “ortam” (*context*) ile ilgili faktörlerin de yer almasına ilişkin eleştiriler ise “(G)örev ve sorumluluklar da yükleyen” ibaresiyle başlayan 10. maddenin ikinci fıkrasında ifade özgürlüğünün kısıtlanmasında öngörülebilecek gerekçelerin arasında ulusal güvenlik, kamu güvenliği, kamu düzeni, sağlık, ahlâk gibi ortamla bağlantılı çok sayıda parametre öngördüğünü gözardı etmektedir. Kaldı ki, hiçbir derogasyona açık olmayan yaşam hakkı ve işkence yasağından farklı olarak, Sözleşme’nin özel ve aile hayatına saygı hakkı, düşünce, vicdan ve din, ifade, toplantı, dernek kurmak gibi hak ve özgürlüklere

90 *Janowiec and Others v. Russia*, [GC], 5508/07 and 29520/09, judgment of 21 October 2013, par. 151.

91 *Vasiliauskas v. Lithuania*, [GC], 35343/05, judgment of 20 October 2015, par. 184-186.

ilişkin kısıtlamalarda da benzer gerekçelere yer vermiş olduğu görülmektedir. Bu kategorideki hakların kullanılmasının, başta kamu düzeni olmak üzere 10. maddenin ikinci fıkrasında öngörülen diğer kısıtlama gerekçelerinin toplumsal etki/tepki yansımaları olabileceği açıktır. Bu bakımdan, ifade özgürlüğünün Sözleşme'ye uygun olarak sınırlandırılmış olup olmadığı değerlendirilmesi kesinlikle "ortam" koşullarının incelenmesini gerektirmektedir. Aksi takdirde, verilecek ihlâl kararlarının aslında Sözleşme'ye aykırı olması ve, hatta, ihlâl kararlarının yargıçların siyasi ön yargılarına dayandırıldığı kuşkusunun doğması kaçınılmaz görünmektedir. Doğal olarak, bu tür olumsuz bir gelişmenin AİHS denetim mekanizmasına duyulan güveni ve mekanizmanın otoritesini de sarsacağı açıktır.

Büyük Daire'nin *Perinçek* kararında zaman/yer/ortam koşullarını dikkate almasını eleştiren yedi yargıcın karşı görüşlerinde, bu yaklaşımın insan haklarının evrenselliği, herkese karşı dermeyan edilebilirliği (*erga omnes*) ilkesiyle bağdaşmadığı da ileri sürülmektedir.⁹² Oysa, belirli yetki kurallarına uyarak yargısal bir denetimde bulunmak zorunda olan Mahkeme, kuruluşundaki Sözleşme'de öngörülen hak ve özgürlüklerin dâvalı devlet tarafından uygulanmasının ihlâl yol açmış olup olmadığını, ancak Sözleşme'nin lâfzına, ruhuna ve yerleşik içtihadına uyulmuş olup olmadığını incelemek suretiyle saptayabilir.

AİHM'in Sözleşme'nin 19. ve 32. maddelerinde belirtilen amaç ve yetki esasları gözönünde bulundurulduğunda, *Perinçek* olayında, "insan haklarının evrenselliği" ilkesinden yararlanması gereken, İsviçre'nin başvuranı cezalandırma hakkının değil, başvuranın AİHS'nin 10. maddesine dayanan ifade özgürlüğü hakkının olduğu açıktır.

Ayrıca, bir Akit Devletin başvuranın ifade özgürlüğüne uygulamış olduğu müdahalenin AİHM gibi kırk yedi Devletin taraf olduğu bir yargısal mekanizma tarafından denetlenmesinin de âdil yargılamanın evrensel önem ve itibarından yararlanmak durumunda olduğu kabul edilmelidir. Bu bakımdan evrensellelikle ilgili eleştirinin, bu ilkedен yararlanacak süje ve konuların hiyerarşisini tam olarak belirleyemediği söylenebilir.

SONUÇ

Perinçek kararı, 1915 olaylarının "soykırım" tabusundan kurtarılarak uluslararası planda tartışılabilmesi bakımından önemli bir kazanım

92 *Perinçek*, s.128.

sayılmalıdır.⁹³ Geniş yankılara yol açmış olmakla birlikte, karar kesinlikle AİHM içtihadı temelinde “olağanüstü” bir özellik taşımamaktadır. Karardaki, tüm gerekçeler yerleşik AİHM içtihadına dayandırılmış, konuya ilişkin bellibaşlı uluslararası düzenlemeler ve uygulamalar da ayrıca dikkate alınmıştır. Bu noktada, karara ciddi sayılabilecek bir eleştiri de yöneltilememiştir.

Bir yandan, ifade özgürlüğünün negatif sınırını çizerek, başvuranın söyleminin nefret söylemi niteliğini taşımadığını ve şiddete teşvik edici bir içeriğinin bulunmadığını saptayan Mahkeme, diğer yandan da, aynı söylemin kamu yararı açısından önemi bulunan bir siyasi söylem niteliğini taşıdığını kabul etmekle hakkın basit bir kullanılmasının ötesinde kullanılmasının gerekli ve yararlı olduğu mesajını da vermiş bulunmaktadır. Bu şekilde soykırım/inkâr/suç paradigmasının yerine nefret söylemi ve şiddete teşvik niteliğini taşımamak kaydıyla tarihsel-siyasal söylem/kamu yararı işlevi paradigmasını ikame etmiş bulunmaktadır.

Öte yandan, *Perinçek* kararı, daha geniş bir planda, Mahkeme'nin başvuru taraflarının tarihe/geçmişe dayalı argümanlarının etkisinde kalmaksızın ihlâl iddialarının incelenmesinde, Sözleşme hükümlerini pozitif ve aktüel parametreler temelinde değerlendirme doğrultusundaki içtihadını da doğrulamaktadır. Örneğin, statüsünde komünist bir rejimin öngörüldüğü açık olan bir siyasi partinin tescil talebinin reddedilmesine ilişkin bir başvuruda, Mahkeme, Romanya halkının totaliter komünist rejim sırasında maruz kaldığı baskıları ve çektiği acıları ileri sürerek, tescil talebinin reddedilmiş olmasının Sözleşme'ye uygunluğunu savunan Romanya Hükûmeti'nin ülkenin tarihine dayanan argümanlarını yeterli bulmamıştır.⁹⁴

Perinçek kararındaki zaman kavramına yapılan atfın benzer diğer kararlara göre çok daha uzun olması her türlü zaman itibarıyla yetki sorunsalının ötesinde, tarihin serbestçe ve sınırsızca tartışılması hakkının önemini ve gereğini de ortaya koymaktadır.

Öte yandan, eski komünist rejimlere âdeta bir “unutma vecibesi” (*devoir d'oubli*) yükleyerek, bu rejimler zamanında suç işlemiş olanlara itibarlarının

93 Nicolas HERVIEU'nun 1 Aralık 2015'te info@eu-Logos.org da yayınlanan bir yorum yazısında *Perinçek* kararının Fransa'da “Ermeni soykırımı”nın inkârının cezalandırılmasının savunucularının tezlerini önemli ölçüde kırılanlaştırdığını (*considérablement fragilise*) belirtmiş, özellikle, Fransız Anayasa Konseyi'nin bu yöndeki bir tasarımı 2012'de reddetmesinden sonra, o içtihadı güçlendirmiş olan *Perinçek* kararının dikkate alınmayıp yeni bir yasa tasarısının yeniden reddedilmesi riski bulunduğuna işaret etmiştir.

94 *Partidul Comunistilor (Neprecistici) et Ungureanu c. Roumanie*, 46626/99, arrêt du 3 février 2005, par. 58

geri verilmesindeki gecikmeleri gündeme getiren başvuruları ihlâl kararlarıyla sonuçlandırmasını ilgili Taraf Devletlerin tarihlerinin acı tecrübeleri ile izah edilmesi gereken takdir yetkilerine bir müdahale olarak değerlendirmiş olan Fransız Profesör Flauss'un eleştirisi⁹⁵ *Perinçek* kararı açısından kesinlikle geçerli değildir: Tam aksine, bu karar, Ermeni soykırım iddialarının tek yanlı olarak ve ilgili tüm taraflara eşit tartışma imkânı tanınmaksızın tek yönde tartışılmasına ve taraflardan sadece birine âdeta bir "unutma vecibesi"nin empoze edilmesine devam edilmesi yerine, herhangi bir tarih olayı gibi her yer ve ortamda serbestçe araştırılmasına, incelenmesine ve tartışılmasına imkân sağlamaktadır.

95 Jean-François FLAUSS, *L'Histoire dans la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme 2006, s. 15.

KAYNAKÇA

Birincil Kaynaklar

Case of Vajnai v. Hungary (33629/06, judgment of 8 July 2008.

Castells v. Spain, Judgment of 23 April 1992.

Ceylan v. Turkey,(23556/94), judgment of 8 July 1999.

Conseil Constitutionnel, Décision no. 2015-512 QPC du 8 janvier 2016.

Conseil Constitutionnel, Décision no.2012-647 DC du février 2012.

Couderc, Hachette-Philipacchi c. France (no.40454/07),[GC], arrêt du 10 novembre 2015.

Fressoz et Roire c. France,(29183/95 [GC], arrêt du 21 janvier 1999.

Garaudy c. France, no.65831/01 [Déc] 24 juin 2003.

Giniewski c.France, no. 64016/00, arrêt du 31 janvier 2006.

Glimmerveen et Hagenbeek c. Pays Bas, no.8348/78,8406/78, Déc. de la Commission 11octobre 1979, DR 18.

Handyside v. United Kingdom, Application no. 549/72, judgment of 7 december 1976.

Ireland v. the United Kingdom, Judgment of 18 January 1978 par. 154.

Janowiec and Others v. Russia, [GC], 5508/07 and 29520/09, judgment of 21 october 2013.

Kühnen v. Germany, no.12194/86, Déc., DR 56

Lehideux et Isorni c. France, arrêt du 23 septembre 1998.

M'Bala M'Bala c. France, [Déc], no. 25239/13, décision du 20 octobre 2015.

Monnat c. Suisse, 73604/01, arrêt du 21 septembre 2006.

Norwood v. UK, no. 2813/03, 16. novembre 2004.

Orban c.France, 20985/05, arrêt du 15 janvier 2009.

Partidul Comunistilor (Neperecisti) et Ungureanu c. Roumanie, 46626/99, arrêt du 3 Février 2005.

Pavel Ivanov v. Russia,35222/04 [Déc],20 february 2007.

Perinçek c. Suisse (no. 27510/08), [GC], arrêt du 15 octobre 2015.

Perinçek c. Suisse (no. 27510/08), arrêt du 17 décembre 2013.

Seurot c. France, no.57383/00[Déc], 18 mai 2014.

Sunday Times v. United Kingdom (no.1), judgment of 26 april 1979.

Vasiliauskas v. Lithuania, [GC], 35343/05, judgment of 20 october 2015.

İkincil Kaynaklar

Affaire Perinçek-Communiqué de Pierre Nora, président de Liberté pour l'Histoire", *Liberté Pour l' Histoire*, 5 Novembre 2015.

Assemble Nationale, *Rapport d'information No.1262*, 18 novembre 2008, Président M. Bernard Acoyer. www.assemblee-nationale.fr/13/rap-info/i1262.asp

Bertrams, Kenneth. et De Broux, Pierre Olivier. "Du Négationnisme au Devoir de Mémoire", *Revue de Droit de l'Université de Bruxelles*, vol. 35, 2007.

Boëton, Marie. "Le négationnisme passé au crible de la Constitution," *La Croix*, 8 décembre 2015.

Boëton, Marie. *La contestation des crimes contre l'humanité devant le Conseil Constitutionnel*, La Croix, 2015.

Drzemczewski, Andrew. *Quelques Réflexions sur l'Autorité de la Chose Interprétée par la Cour de Strasbourg*, Mélanges en l'Honneur de Jean-Paul Costa, 2011.

Flauss, Jean-François. "L'Histoire dans la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme," *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme* 2006.

Giannopoulos, Christos L. "La Grande Chambre en quête d'un nouveau modus operandi ?", *La Revue des Droits de l'Homme*, novembre, 2015. <http://revdh.revues.org/1727>

Hochmann, Thomas. "Négationnisme du génocide arménien : défauts et qualités de l'arrêt Perinçek contre Suisse," *Revue des Droits et Libertés Fondamentaux*, 2015, Chronique no.27.

Kuri, Daniel. “La Question du Génocide des Arméniens à l’épreuve de la Grande Chambre de la Cour Européenne des Droits de l’Homme, Commentaire sur l’arrêt Perişek c/ Suisse du 15 Octobre 2015.”, *Université de Limoges*, 15 Octobre 2015.

Le Rouzic, Louis – Marie. “Négationnisme, génocide et abus de droit, ” *Revue des Droits et Libertés Fondamentaux*, 2014, chronique no.11.

Liberté pour l’Histoire, appel du 12 décembre 2005.

Liberté pour l’Histoire, appel du 13 octobre 2008.

Lobba, Paolo. *Criminaliser le négationnisme au-delà de l’Holocauste*, *Liberté pour l’Histoire*, janvier 2013.

Vigevani, Giulio Enea. “Radici della costituzione e repressione della Shoah,” *Associazione Italiana Costituzionalisti*, vol.4, april, 2014.

Voorhoof, Dirk. “Criminal conviction for denying the Armenian genocide in breach with freedom of expression, Grand Chamber confirms,” *Strasbourg Observers Blog*, October 21, 2015.

İnternet Sitesi

Office Fédéral de la Justice. <http://www.bj.admin.ch>