

AVRUPA BİRLİĞİ'NİN İRKÇILIK VE YABANCI DÜŞMANLIĞI İLE MÜCADELE İLE SOYKIRIMININ VE İNSANLIĞA KARŞI SUÇLARIN İNKÂRININ CEZALANDIRILMASINA İLİŞKİN ÇERÇEVE KARARI

(FRAMEWORK DECISION ON COMBATING CERTAIN FORMS
AND EXPRESSIONS OF RACISM AND XENOPHOBIA
BY MEANS OF CRIMINAL LAW)

Pulat TACAR
Emekli Büyükelçi

Öz: Avrupa Birliği Konseyi, 28 Kasım 2008 tarihinde Irkçılık ve Yabancı Düşmanlığı ile Mücadele ile Soykırımının ve İnsanlığa Karşı Suçların İnkârının Cezalandırılmasına İlişkin Çerçeve Kararı'nın kabul etmiştir. Böylece insanlığa karşı suçları ve savaş suçlarını, ya da Nürnberg Mahkemesi Sözleşmesi'nin 6ncı maddesinde tanımlanan suçları alenen bağışlamak (göz yummak), inkâr etmek ya da kabaca küçümsemek cezalandırılabilir kılınmıştır. AB üye ülkelerinden ceza kanunlarını bu karara göre güncellemeleri istenmiştir. Çerçeve Kararı'nın opsiyonel bir bölümü, AB üye ülkesine, daha önce hakkında ulusal veya uluslararası bir kazıyeyi muhakeme - res judicata- (kesin hüküm) bulunup bulunmadığına bakılmaksızın bir suçun inkârının cezalandırılabilmesi seçeneği tanımaktadır. 1948 yılında, ulusal mahkemeler “evrensel yargı yetkisi” verilmesi önerisi tartışılmış ancak Soykırımı Sözleşmesi Hazırlık Konferansı sırasında reddedilmiştir. Nitekim söz konusu “evrensel yargı yetkisi” bir ulusal mahkemeye, kendi yetki alanı-sınırları dışında gerçekleşmiş bazı tartışmalı olayların faillerini yargılama ve bu olayları “soykırımı” olarak niteleme yetkisi verecekti. Bu haliyle Çerçeve Kararı, AB üye ülkelere Soykırımı Sözleşmesi'nin, faillerin yargılanması yetkisini, söz konusu ihlallerin gerçekleştiği ülke mahkemeleri veya uluslararası bir ceza mahkemesi ile sınırlandırmasına ilişkin 6ncı maddesini ihlal etme yönünde teşvik ve irşat etmektedir. Sonuç olarak, Çerçeve Kararı aynı zamanda tarihsel olaylar üzerinde çalışmalar yürüten –akademisyenler de dâhil olmak üzere- kişilerin ifade özgürlüğünü zedeleyebilecektir.

Anahtar Kelimeler: *Irkcılık ve Yabancı Düşmanlığı ile Mücadele ile Soykırımının ve İnsanlığa Karşı Suçların İnkârının Cezalandırılmasına İlişkin Çerçeve Kararı, Avrupa Birliği, 1948 Soykırımı Sözleşmesi, ifade özgürlüğü, Nürnberg Yargılamaları*

Abstract: *The European Union Council adopted on 28 November 2008 a Framework Decision on Combating Certain Forms and Expressions of Racism and Xenophobia by means of Criminal Law. Publicly condoning, denial or trivialization of genocide, crimes against humanity or war crimes, as well as crimes defined in Article 6 of the Charter of the Nurnberg Tribunal are made punishable. The E.U. Member States are requested to amend their criminal law accordingly. An optional element of the Framework Decision gives the opportunity to the E.U. Member State to punish the denial of a crime regardless of the existence of an underlying national or international res judicata. In 1948, a proposal to grant “universal competence” to national tribunals was discussed and rejected during the Preparatory Conference of the Genocide Convention. The -so called- “universal competence” allows a national court to characterize as genocide and judge the suspects of some -disputed- events which have occurred outside of its national territory. As such, the Framework Decision may guide or encourage the E.U. Member State to violate the Article VI of the Genocide Convention which restricts the competence of judging the suspects to national courts of the country in which the violations occurred; or to an international penal tribunal. As a result, the Framework Decision may also infringe the freedom of expression of persons -including the academics- who work on historical events.*

Keywords: *Framework Decision on Combating Certain Forms and Expressions of Racism and Xenophobia by means of Criminal Law, European Union, 1948 Genocide Convention, freedom of expression, Nurnberg Tribunal*

1. Giriş

Fransa Anayasa Konseyi, Fransız Parlamentosu tarafından 2012 Ocak ayında kabul edilen, Ermeni soykırımını yadsıyanların mahkûm edilmesine dair kanunu anayasaya ve düşüneyi ifade özgürlüğüne aykırı olduğu gerekçesi ile iptal etti. 2012 yılında seçilen Fransa Cumhurbaşkanı François Hollande, aynı tasarıyı yeniden Parlamento gündemine taşıyacaklarını açıklamıştı. 6 Nisan 2013 tarihinde basına yansıyan haberlerde¹, Fransa'nın bu alanda - orta yol sayılabilecek- yeni bir yasal düzenleme yapacağı ve bunun Avrupa Birliği Konseyi'nin Irkçılık ve Yabancı Düşmanlığı ile Mücadele ve Soykırımı ile İnsanlığa Karşı Suçların İnkârının Cezalandırılmasına ilişkin Çerçeve Kararından esinleneceği belirtiliyor. Yazılanlar doğru ise, tasarıda “Ermeni soykırımı” terimi bulunmayacakmış; sadece “soykırımının inkârından” söz edilecekmiş.

Soykırımı suçu 1948 Soykırımının Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi ile hukuken² uluslararası suç olarak tanınmıştı. İkinci Dünya Savaşı sırasında Yahudilere ve Romanlara karşı işlenen kırım (Holokost) “insanlığa karşı suç” olarak Nürnberg Mahkemesi tarafından cezalandırılmıştı. Böylece -Soykırımı Sözleşmesi onaylanmadan önce işlenmiş olan- Holokost suçu, “varlığı mahkeme kararı ile saptanmış tartışılmaz bir tarihsel gerçek” niteliğini kazanmıştı. Holokost'un inkâr edilmesi pek çok ülkede ceza yasalarına ya da özel yasalara konulan hükümlerle cezalandırılmaktaydı.

Son yıllarda, İkinci Dünya Savaşı'nda işlenen Holokost suçu dışında diğer soykırımı ve insanlığa karşı suçlarının ve savaş suçlarının inkârının da cezalandırılmasına ilişkin yasal düzenleme çalışmaları hızlandı. Bu bağlamda, hangi olaydan söz edildiği açıklanmadan, soykırımı veya insanlığa karşı suçun inkârı -İsviçre örneğinde olduğu gibi genel bir ifade ile- cezalandırma kapsamına alındı. Benzer şekilde, Sovyetler Birliği'nin boyunduruğundan kurtulan ülkelerin yasama meclisleri Demir Perde döneminde ülkelerinde yapılan katliam ya da insan hakları ihlallerini insanlığa karşı suç olarak niteleyen kararlar aldılar.

Bu çerçevede, Avrupa Birliği 2008 yılında bir Çerçeve Kararı kabul ederek, Irkçılık ve Yabancı Düşmanlığı Suçları ile Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nde anılan Uluslararası Suçların İnkârının Cezalandırılması konusunda, AB üyesi devletlerin yasaları arasında uyumlaştırma (*harmonizasyon*) sağlamak istedi.

1 *Hürriyet Gazetesi*, 5 Nisan 2013, Arzu Çakır Morin'in haberi

2 1948 Sözleşmesi'nin Giriş Bölümü, tarihin her döneminde soykırımı suçu işlendiğini vurgulamıştır.

AB dışındaki kimi ülkeler de hukuk sistemlerinde, inkâr suçu kavramına yer verdiler, ancak, bunlardan bir bölümü çelişkili uygulamalar içine girdi. Örneğin İsviçre: 09.03.2007 tarihinde İsviçre'nin Lozan Mahkemesi ve 19.06.2007 tarihinde Vaud Kantonu Mahkemesi Doğu Perinçek'i Ermeni soykırımı savını reddetmek suretiyle ırk ayrımcılığı yapmaktan mahkûm etti; bu mahkûmiyet İsviçre Federal Mahkemesi tarafından 12.12.2007 tarihinde onaylandı. Ancak, bu karardan bir kaç yıl önce, İsviçre'nin Bern-Laupen mahkemesi Ermeni soykırımı savını reddeden 17 Türk vatandaşını aklamıştı.³

Aslında, Doğu Perinçek, Birinci Dünya Savaşı'nın ilk yıllarında Osmanlı Ermenilerinin can ve mal kayıplarına uğradıklarını (*latince:actus reus'u*) yadsımamış, o eylemlerin 1948 Soykırımının Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nin öngördüğü soykırımı çerçevesine girmediğini, özel kasıt (Roma Hukuku diliyle *dolus specialis*) ögesinin, yani suçun (*latince:mens rea*) denilen -kasıtlı ilgili manevi- ögesinin var olduğunun hukuken saptanmadığını, "Ermeni soykırımı iddiasının yalan olduğu" söylemi ile vurgulamıştı. Doğu Perinçek 1915-1916 olaylarının soykırımı olduğuna dair yetkili bir yargı kararı bulunmadığını, gerçekte Osmanlı yurttaşı çeşitli etnik ve dinsel gruplar arasında karşılıklı katliam yapıldığını belirtmişti. Doğu Perinçek, mahkûmiyet kararına karşı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde dava açtı; Türk Hükümeti de davaya katılma hakkını kullandı⁴; AIHM önündeki dava bu makalenin yazıldığı tarihte sonuçlanmamıştı.

2. Irkçılık ve Yabancı Düşmanlığı Alanında Bazı Uygulama ve Söylemlerle Mücadele Konusunda AB Çerçeve Kararı

Avrupa Birliği Konseyi, yaklaşık sekiz yıl süren bir müzakere süreci sonucunda hazırlanabilen "Irkçılık ve Yabancı Düşmanlığı ile Mücadele" konulu 2008/913/JHA sayılı Çerçeve Kararı'nı 28 Kasım 2008 tarihinde kabul etti. AB Konseyi bir ay daha beklemiş olsaydı, AB Lizbon Anlaşması yürürlüğe girecekti ve Çerçeve Kararı düzenlemeleri Lizbon Anlaşması tarafından öngörülmediği için, Çerçeve Kararı dosyası ya arşive kalkacak ya

3 Aynı İsviçre mahkemesi hukuken kesinleşmiş olan Srebrenitsa soykırımı suçunu inkâr edenlere dava açmadı. Örneğin, 2010 yılında, İsviçre'de La Nation gazetesine yazan iki kişi, Bosna'da yaşanmış olan (ve Eski Yugoslavya Ceza Mahkemesi tarafından soykırım sayılan, ayrıca, 27 Şubat 2007 tarihinde Uluslararası Adalet Divanının nihai kararı ile kesin olarak soykırım olduğu teyid edilen) Srebrenitsa soykırımının "bir sözde katliam" olduğunu belirtti. Bunun üzerine, -SPM-Société des Peuples Menacés) (Tehdit altındaki Halklar Derneği) ile "Track Inpunity Always" (Cezasız Bırakma Eylemini Daima İzle) Girişimi o iki kişi aleyhine suç duyurusunda bulundu. Perinçek'in mahkûm edildiği Vaud kantonundaki savcı yardımcısı Jean Treccani ise, 08.03.2011 tarihinde Pe10.009990-jtr sayılı kararla, anılan eylemde "ırkçı saik bulunmadığı" gerekçesi takipsizlik kararı verdi. Bunun üzerine anılan dernekler, 19 Nisan 2010 tarihinde "İsviçre Srebrenitsa Soykırımını inkâr ediyor" başlıklı bir bildiri yayımladılar. İsviçre yargısının bu davranışı ve çelişkileri, ırkçı öğeler içeren tehlikeli- bir emsaldir. Bu yaklaşım yayılma eğilimi de taşıyabilir.

4 Pulat Tacar, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde Doğu Perinçek-İsviçre Davası. Bir Düşüncüyü İfade Özgürlüğü Sorunu ve Adil Bellek Talebi" Kaynak Yayınları, 2012

da yeniden -örneğin bir AB Direktifi olarak- başka hukuksal şekil ve içerikte gündeme gelebilecekti.

AB Konseyi, daha önce 1996 yılında, Irkçılık ve Yabancı Düşmanlığı konusunda bir Ortak Eylem Planı'nı kabul etmişti⁵. Bu ortak eylem planı ceza yasaları arasında uyum sağlama konusunda istenilen sonucu verememişti. Bir kısım AB ülkesinin -örneğin, Fransa'nın ve Avusturya'nın- ceza kanunu Yahudi kırımının (Holokost'un) inkârını cezalandırmayı zaten öngörüyordu. Diğer ülkeler inkâr suçunu “nefret uyandırıcı söylem” veya “ırk ayrımcılığı” başlığı altında dolaylı olarak ele alıyorlar.

Çerçeve Kararı taslağı, hazırlık safhasında AB çerçevesinde sivil toplum örgütleri, akademisyenler ve medya tarafından yeterince tartışılmadı.

Çerçeve Kararı taslağı, hazırlık safhasında AB çerçevesinde sivil toplum örgütleri, akademisyenler ve medya tarafından yeterince tartışılmadı.

Ancak, Çerçeve Kararı'nın bazı maddelerinin ifade özgürlüğüne aykırı olduğu ve özellikle bilimsel araştırmaları engellediği eleştirileri yaygındı. Bu eleştirileri karşılamak için, Çerçeve Kararı metnine pek çok “hafifletici” hüküm yerleştirildi; bunları aşağıda irdeleyeceğiz. Ancak bu “garantiler” bile anılan Karar'ın iptalini isteyen odakları tatmin etmedi. İtirazlar daha ziyade Avrupa'nın sağcı kesimlerinden kaynaklanmaktaydı⁶. “*Liberté pour l'Histoire*” (Tarihe Özgürlük Girişimi) etrafında toplanmış olan akademisyen, tarihçi ve diğer liberal aydın çevreler de eleştirilere katıldılar⁷.

3. AB Çerçeve Kararı'nda Irkçılık ve Yabancı Düşmanlığı Suçları ve Bu Suçları İnkâr Edenlerin Cezalandırılması⁸

AB Çerçeve Kararı'nın bu araştırmamızda değinilen maddelerinin çevirilerine dipnotlarda yer verdik⁹. Bu maddelerle ilgili görüşlerimiz aşağıda sunulmuştur.

5 Joint Action/96/443/JHA.15 July 1996,O.J.L 185, 24.07.1997 (Joint Action)

6 Lars Hedegaard, Trykkefrieðsselskabet (İsveç) “A call for the abolition of all hate speech and blasphemy laws” March, 2009. Bu bildiriye eleştirilen hususlar arasında “Kararın dine özel koruma sağlaması” da geliyor: “Din ile ideoloji arasındaki ayırım nasıl yapılacak? Din olduğunu ileri süren her ideoloji otomatik olarak eleştiriyeye ve alay edilmeğe karşı korunacak mı?”

7 “Tarihe Özgürlük Girişimi Blois Çağrısı” hakkında bakınız Pulat Tacar, *AlHM nde Doğu Perinçek İsviçre Davası-Bir Düşünceyi İfade Özgürlüğü Sorumu ve Adil Bellek Talebi*. Kaynak Yayınları,2012, ss.220-223.

8 EU Council Framework Decision 2008/913/JHA. 28 November 2008 on combatting certain forms and expression of racism and xenophobia by means of criminal law. =J. 328/55,6.12.2008

9 Madde 1

Her Üye Devlet, aşağıda yazılı kasıtlı davranışların cezalandırılmasını sağlamak için gereken önlemleri alacaktır:
a)Irk, renk, din, soy veya ulusal ya da etnik kökeni ile tanımlanan bir insan grubuna ya da o grubun bir mensubuna yönelik şiddet kullanımı veya nefret çağrısı alenen kışkırtmak;

I. Suç sayılan eylemler

Çerçeve Kararı'nın 1. maddesi suç sayılan ve cezalandırılması talep edilen eylemleri sıralıyor: bunlar, Irk, renk, din, soy veya ulusal ya da etnik kökeni ile tanımlanan insan grubuna veya gruba mensup bir kişiye şiddet kullanımını veya nefret çağrısını alenen kışkırtmak; (Şiddet kullanımının ve nefret çağrısının bir gruba mensup tek bir bireye yöneltilmesi cezalandırma için yeterli sayıldığıнын altını çizmemli)

Irk, renk, din, soy veya ulusal ya da etnik kökeni ile tanımlanan bir insan grubuna ya da o grubun bir mensubuna yönelik olan ve Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nün 6, 7 ve 8. maddelerinde tanımlanan soykırımını, insanlığa karşı suçları ve savaş suçlarını, aşağıda anılacak davranışların *şiddeti* körükleyebilecek veya nefreti celbedebilecek biçimde yapılması şartıyla, alenen (bağışlamak-göz yummak), inkâr etmek ya da kabaca küçümsemektir.

II. Irkçılık ve yabancı düşmanlığının “ciddi biçimi” ile mücadele edileceği

Karar'ın Giriş bölümünün 6. fıkrasını ayrıca ele almalıyız. AB ülkeleri burada “ırkçılığın ve yabancı düşmanlığının özellikle ciddi biçimleri ile mücadelenin öngördüğünü” vurguluyorlar. Bu ifadeden, ırkçılık ve yabancı düşmanlığı ile mücadelenin yüzeysel gözüken ve “hafif” sayılabilecek bazı biçimlerinin hoşgörülebileceği sonucu çıkmaz mı? Gerekçe olarak, “*Üye Devletlerin özellikle bu alandaki kültürel ve hukuksal geleneklerinin bir ölçüde farklı olduğu, bu açıdan, ceza yasalarının tam uyumlaştırılmasının hâlihazırda mümkün olamayacağı*” belirtilmiştir¹⁰. Irkçılığın ve yabancı

b) (a) fıkrasında belirtilen bir eylemi, duyurmak ya da broşür, resim veya başka malzemeler dağıtarak yapmak;

c) *Irk, renk, din, soy veya ulusal ya da etnik kökeni ile tanımlanan bir insan grubuna ya da o grubun bir mensubuna yönelik olan ve, Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsünün 6,7 ve 8. maddelerinde tanımlanan soykırımını, insanlığa karşı suçları ve savaş suçlarını, - aşağıda anılacak davranışların şiddeti körükleyebilecek veya nefreti celbedebilecek biçimde (in a manner likely to incite violence or hatred) yapılması şartıyla- alenen - gözyummak, inkâr etmek ya da kabaca küçümsemek (publicly condoning, denying or grossly trivialising ...)* ;

d) *Irk, renk, din, soy veya ulusal ya da etnik kökeni ile tanımlanan bir insan grubuna ya da o grubun bir mensubuna yönelik olan ve 8 Ağustos 1945 tarihli Londra Anlaşmasının ekimi oluşturan Uluslararası Askeri Mahkeme Senedinin 6 maddesinde tanımlanan suçları, aşağıda anılacak davranışların şiddeti körükleyebilecek veya nefreti celbedebilecek biçimde yapılması şartıyla- alenen bağışlamak, inkâr etmek ya da kabaca küçümsemek.*

Madde 2.

Üye Devletler, 1. fıkraya bağlamında ya sadece kamu düzenini bozması muhtemel olan davranışları ya da tehdit, küfür veya hakaret içeren bir eylemi cezalandırmayı tercih edebilirler.

10 Para 6. “Member States acknowledge that combatting racism and xenophobia requires various kinds of measures in a comprehensive framework and may not be limited to criminal matters. This Framework Decision is limited to combatting particularly serious forms of racism and xenophobia by means of criminal law. Since the member States cultural and legal traditions are, to some extent, different, particularly in this field, full harmonisation of criminal laws is currently not possible”

düşmanlığının “ciddi biçiminin” ne olduğunu, herhalde AB ülkelerinin savcı ve yargıçları takdir yetkilerini kullanarak yorumlayacaklar¹¹. Böylece, savcı veya yargıç isterse İsviçre/Perinçek örneğinde görüldüğü gibi - ırkçılığı çağrıştıracak hiç bir söz ya da davranış bulunmamasına rağmen- zanlıyı ırkçı ilan edebilecektir. Özetle, bir çeşit “kurtla kuzu öyküsü” tekrarlanabilecektir.

III. Korunan grupların sayısının artırılması

Çerçeve Kararı'nın Giriş bölümünün 10 maddesine göre, “*Üye devletler, ulusal yasalarında, ırk, renk, din, nesil veya ulusal ya da etnik köken dışında, örneğin sosyal statü veya siyasal inançlarıyla tanımlanan gruplara yönelik suçları da kapsayan hükümler kabul edebileceklerdir.*” Bu kural, üye devletlere, Soykırımı Sözleşmesi ile korunan grupların çerçevesini genişletme imkânını tanıyor. Soykırımı suçu söz konusu olduğunda, Soykırımı Sözleşmesi uzun müzakereler sonunda bu çerçeveyi daraltmıştı: sadece “*ulusal, etnik, ırksal ve dinsel*” gruplar koruma altına alınmıştı. Uluslararası Ceza Divanı'nı kuran Roma Statüsü'ndeki “İnsanlığa Karşı Suçlar” tanımında ise, “herhangi bir sivil grup” biçiminde daha geniş bir kapsama alanı var¹². Çerçeve Kararı, yukarıda altı çizili olarak belirttiğimiz grupları da koruma alanına alarak, 1948 Sözleşmesi'nin alanını res'en genişletmiştir. Bunun sonucunda, siyasal gruplara soykırımı suçu işlendiğini yadsıyan kişi de inkâr suçu işlemiş sayılabilecektir.

IV. Kasıt ve aleniyet

Çerçeve Kararı'nda suç teşkil eden davranışın kasıt içermesinin ve eylemin aleniyetinin gerekli olduğu belirtilmiştir. Ayrıca, **inkâr eylemi -tek başına-ceza vermek için yeterli değildir**. Eylemin cezalandırılması için *şiddetli alenen körükleyebilecek veya nefreti celbedebilecek biçimde yapılması* icab ediyor; kararda sayılan suçlardan “*küçümseme* fiilinin” “**kabaca**” yapılması koşulu da getirilmiştir. Yani, kapalı kapılar ardında, az sayıda kişinin duyabileceği şekilde ve –tabii- **nazik bir biçimde yapılacak “küçümseme”** yargı tarafından hoşgörülebilir, cezalandırılmayabilecektir.

Bu bağlamda Soykırımı Sözleşmesi'nin ve bu Sözleşme'yi uygulamaya

11 Mesela: Almanca “Kümmeltürke” (Kimyon Türk) diye seslenmek, “Fransızca Tête de Turc” (Türk Kellesi) benzetmesini yapmak herhalde hafif bir aşağılama sayılacaktır. (*Tête de Turc: köy panayırlarında, köy gençlerinin, göbek bölümüne yumruk atarak güçlerini denedikleri ve sarığını düşürmeğe çalıştıkları bir kukla / manometredir*) Buna mukabil KRY'de kimilerinin giydiği, “En iyi Türk – Ölü Türktür” sloganı yazan T-shirt, herhalde (KRY dışında) şiddet kullanımını körükleyen eylem çerçevesine girer.

12 Uluslararası Ceza Divanı'nı kuran Roma Statüsü'nün 7 maddesi ise bir eylemin insanlığa karşı suç sayılması için, “herhangi bir sivil gruba, saldırma bilinci ile yöneltilen sistematik saldırı” olması gerekir.

koyan Bosna/Sırbistan davası kararının, bir eylemin soykırımı sayılması için özel kasıt içermesi gerektiğinin altını çizdiğini burada tekrarlayalım. Çerçeve Kararı'nın yazılış biçimi ise, sadece kasıt ögesini içermekte, latince *dolus specialis* denilen özel kasıt unsurunu ihmal etmektedir.

V. Göz yummak (*condoning*) eylemini uygulamada arka plana atan değişiklik

Burada -sorgulayarak- altını çizmek istediğimiz husus, Çerçeve Kararı'nın 1(4) maddesinin, 1 (c) ve (d) maddesinden farklı yazılmış bulunmasıdır. Bu konuya açıklık kazandıralım: cezalandırılacak davranışlar, Çerçeve Kararı'nın 1 (c) ve 1 (d) maddelerinde alenen bağışlamak veya göz yummak (*condoning*); inkâr etmek ya da kabaca küçümsemek olarak belirtilmiştir. Çerçeve Kararı'nın aşağıda dipnotta verilen ve yetkili mahkeme ile ilgili 4. madde metninde ise sadece “inkâr etmek ve kabaca küçümsemek” eylemleri metinde kalmış, göz yummak (İngilizcesi: *condoning*) metinden çıkarılmıştır.

Her kelimesi uzun yıllar müzakere edilen bir metinde “göz yummak” fiilinin sehven unutulmuş olması mümkün değildir. Bu değişiklik, büyük olasılıkla, Çerçeve Kararı'nın metnine itirazları karşılamak için önerilen bir uzlaşma formülüdür. Metni müzakere edenler, sadece isteyen üye devlete kendi ceza yasasında “göz yummak” fiilini de cezalandırma olanağını tanımak istemiş olabilirler; bu nedenle 1(c) ve 1 (d) maddelerine bunu yazmışlar. Ancak, daha aşağıda 4. maddede “göz yummak” fiilini suç olmaktan çıkararak, isteyen devlete farklı davranma kapısını açık bırakmışlardır. Bunu tipik bir AB müzakere ve oydaşma arama alışkanlığı saymalıyız. Oysa konuyu irdeleyenler¹³, “göz yumanın”, “inkârdan” daha ağır bir davranış olduğunu belirtirler. Zira “alenen göz yuman” eylemin yapılmış olduğunu kabul etmektedir; buna karşılık “inkâr eden” suç olan eylemin vuku bulduğunu da reddetmektedir.

VI. Söylemin, tehdit, küfür, hakaret içermesi

Kararın ikinci maddesi, üye devletlere, 1. fıkra bağlamında, ya sadece *kamu düzenini bozması muhtemel olan davranışları* ya da söylemi, *tehdit, küfür veya hakaret içermesi durumunda* cezalandırma olanağını tanımaktadır. Bu kural Çerçeve Kararı'nın daha da sulandırılması sonucunu vermiştir. Bu modele Alman ve İngiliz hukuk sistemlerinde rastlanılmaktadır¹⁴.

13 Yaşar Yakış, “European Union Framework decision of the Offence of Denying a Crime, *Review of Armenian Studies*, No.23, July 2011. ss.63-92

14 Paolo Lobba, Some Comments on the EU Framework Decision 2008/913/JHA on Racism and Xenophobia. (*Internet ortamında Çerçeve Kararı ana başlığı altında okuduğumuz bir inceleme.*)

VII. Suçun kesinleşmiş mahkeme kararı ile saptanmış olması

Çerçeve Kararı'na göre, üye devletler, inkârı veya kabaca küçümsemeyi cezalandırmayı, *(yukarıda belirttik: göz yumma davranışı metinden çıkmıştır)* kesinleşmiş bir mahkeme kararı ile varlığı saptanmış bir suç ile sınırlamayı yeğleyebilirler¹⁵. *(Burada işaret ettiğimiz Madde 1.4. kuralının uluslararası hukuka aykırı olup olmadığı veçhesine aşağıda 9. maddede ayrıca değineceğiz).*

Fransa, AB Çerçeve Kararı konusunda suçun yetkili bir uluslararası mahkeme tarafından saptanmış olması koşulunu tercih ettiğini açıklayan ilk ülke olmuştur¹⁶. Daha sonra -Fransa Anayasa Konseyi tarafından iptal edilen- Boyer yasası ile dönüş yapmayı denediler, ancak bu girişim de başarısız kaldı. Gazete haberlerine göre şimdi Fransız Hükümeti soykırımı suçunun yetkili uluslararası mahkeme tarafından saptanması şartından -Ermenileri tatmin etmek için- vazgeçecekmiş.

VIII. Çerçeve Kararı Devletlerin anayasal ilkelerine aykırı olamaz

Çerçeve Kararı'nın içeriğini ve uygulamasını sınırlayan bir başka kural anılan Karar'ın 7. maddesinde kayıtlıdır¹⁷. Bu kısıtlama Çerçeve Kararı'nın, Avrupa Birliği Antlaşması ile Üye Devletlerin anayasal ilkelerinde kayıtlı temel özgürlükleri, özellikle ifade ve dernek kurma özgürlüğünü, basın özgürlüğünü etkilemeyeceğini kayda geçirmektedir. Benzer şekilde, Çerçeve Kararı'nın Giriş bölümünün aşağıda dipnotta çevirisi sunulan 14 ve 15. maddeleri Çerçeve Kararı'nın uygulanma alanını sınırlaması bakımından önemlidir¹⁸. Tüm Üye Devletler açısından zaten geçerli olan bu hükümlerin

15 *Çerçeve Kararı Madde 4*

Her Üye Devlet, işbu Çerçeve Yasasını "kabul ederken" veya daha sonra, Madde 1.Fıkra 1 (c) ve /veya (d) de yazılı suçları inkâr etme veya kabaca küçümseme eylemini, bu suçlar ya bir Üye Devletin ulusal mahkemesinin ve/veya uluslararası mahkemenin vereceği kesinleşmiş bir kararla ve / veya münhasıran bir uluslararası mahkemenin vereceği kesinleşmiş kararla saptanması durumunda cezalandıracağını beyan edecektir

16 Yaşar Yakış, "Fransa'nın Soykırımı Çelişkisi" *Ermeni Araştırmaları* dergisi Sayı 40/2011 Sh.78

17 *Madde 7*

Anayasal hükümler ve temel ilkeler

1.Bu Çerçeve Kararı, Avrupa Birliği Antlaşmasının 6. maddesinde yerini bulan ifade özgürlüğü ve dernek kurma özgürlüğü dâhil, temel haklara ve temel hukuk ilkelerine saygıyı etkileyecek ya da bunları değiştirecek bir sonuç doğuramaz.

2.Bu Çerçeve Kararı, Üye Devletlerin dernek kurma özgürlüğü ve ifade özgürlüğüne ilişkin temel ilkeler ile çelişen önlemler almasını talep etme sonucunu vermez; bu, özellikle, basın ve diğer medyaya ilişkin anayasal geleneklerden veya haklara ve sorumluluklara ilişkin kurallardan kaynaklanır ve basının ve diğer medyanın sorumluluklarını tesbit ile bunu sınırlayan usule ilişkin güvencelerin bir sonucudur

18 Giriş: Madde 14. Bu Çerçeve Kararı temel haklara saygı gösterir ve Avrupa Birliği Antlaşmasının 6. maddesi ile ve Avrupa İnsan Haklarını ve Temel Özgürlüklerini Koruma Avrupa Sözleşmesini, özellikle anılan Sözleşmenin 10 ve 11 maddesinde kayıtlı ilkeleri ve Avrupa Birliği Temel Haklar Senedini (Şartını), özellikle anılan Senedin II ve VI maddelerini kabul eder

Giriş: Madde 15. Dernek kurma ve ifade özgürlüğüne, bilhassa basın özgürlüğü ile diğer medyada ifade özgürlüğüne ilişkin mülahazalar, pek çok Üye Devleti, sorumlulukların saptanması ve sınırlandırılması konusunda ulusal yasalarında özel hükümler kabul etmeğe yöneltmiştir.

-hukukî bir zaruret olmadan- Çevre Kararı'nda tekrarlanması'nın nedeni, üye devletlerden pek çoğunun, Çerçeve Kararı'nın düşünce özgürlüğünü-sağcı kesimler için: yabancı düşmanlığı ile anti semitizm eğilimlerini-kısıtlayıcı, hatta cezalandırıcı etkisi konusunda ciddi çekinceleri bulunmasıdır¹⁹.

IX. Ulusal – Uluslararası Hukuk

a. Çerçeve Kararı'nın, uluslararası hukuk açısından en tartışmalı hükmü 1. maddenin 4. fıkrasıdır.

Bu madde şöyledir:

Her Üye Devlet, işbu Çerçeve Kararı'nı kabul ettiği sırada veya daha sonra, Madde 1.Fıkra 1 (c) ve /veya (d) de yazılı suçları inkâr etme veya kabaca küçümseme eylemini, bu suçlar ya bir Üye Devletin ulusal mahkemesinin ve/veya uluslararası mahkemenin vereceği kesinleşmiş bir kararla ve / veya münhasıran bir uluslararası mahkemenin vereceği kesinleşmiş kararla saptanması durumunda cezalandıracağı konusunda beyanda bulunur.

Görüldüğü gibi bu madde Üye Devlete üç seçenek sunuyor. Bunlardan biri, ulusal mahkemeye soykırımı konusunda karar yetkisini vermektedir. Soykırımı suçu o ülkede işlenmiş ise sorun yoktur; 1948 Sözleşmesi zaten bunu öngörüyor. Soykırımı zanlısı bireyi yargılama konusunda yetkili Mahkeme konusu Soykırımın Önlenmesi ve Cezalandırılmasına ilişkin 1948 Sözleşmesi Uluslararası Hazırlık Konferansı'nda görüşülmüş ve anılan Sözleşmenin VI. Maddesi ile çözümlenmişti. Anılan madde şöyledir:

Soykırımı suçu veya 3 maddede kayıtlı diğer suçlarla itham edilen kişiler, soykırımının gerçekleştiği ülkenin yetkili mahkemesi tarafından veya uluslararası bir ceza mahkemesinin yargı yetkisini kabul eden Taraf Devletler için o mahkeme tarafından yargılanırlar.

İkinci ve üçüncü seçenekler, uluslararası mahkemeye yollama yapmaktadır. Bu da yazım farkı ile 1948 Sözleşmesi çizgisindedir.

¹⁹ AB ülkesi olmasa bile, yabancı düşmanı ve anti semitik elemanları içine alan bir partinin başkanı da olan İsviçre Adalet Bakanı A. Blocher, hem İsviçre'de, hem de Türkiye'yi ziyaretinde verdiği demeçlerde, İsviçre'de referandumla kabul edilmiş olan İsviçre Ceza Yasası'nın yabancı düşmanlığını ırkçılığı ve soykırımın inkârını öngören Ceza Yasası 261 maddesini – ifade özgürlüğünü kısıtladığı gerekçesi ile - eleştirmiş ve bu maddeyi kaldırtacağını açıklamış ve –kanımızca- Doğu Perinçek'i İsviçre'de Ermeni soykırımı savımı alenen reddetme konusunda özendirmiştir.

b. AB Çerçeve Kararı ile 1948 Sözleşmesinin VI maddesi arasındaki en önemli fark nedir?

1948 Sözleşmesi “ Soykırımının gerçekleştiği ülkenin yetkili mahkemesi veya Tarafların üzerinde mutabık kalacakları bir uluslararası ceza mahkemesi ” diyor. Çerçeve Kararı ise, sadece “Üye Devletin mahkemesinin kesinleşmiş kararından” söz ediyor.

1948 Sözleşmesine göre, soykırımı suçu bir başka ülkede işlenmiş ise, diğer bir ulusal mahkemenin o soykırımı zanlısını yargılama yetkisi yoktur. Fark buradan kaynaklanıyor. Çerçeve Kararı metninde “Soykırımının gerçekleştiği ülkenin ulusal mahkemesi” denilseydi 1948 Sözleşmesinin kuralını arka kapıdan girerek değiştirme girişiminden söz edilmezdi.

1948 Sözleşmesine göre, soykırımı suçu bir başka ülkede işlenmiş ise, diğer bir ulusal mahkemenin o soykırımı zanlısını yargılama yetkisi yoktur.

c. “Evrensel yargı yetkisi”²⁰ 1948 Sözleşmesi Hazırlık Konferansı'nda reddedildi

Yukarıda da değinildiği gibi, bu konu 1948 Sözleşmesinin Hazırlık Konferansında “evrensel yargı yetkisi” başlığı altında görüşülmüştü. (Bakınız: Konferans Zabıtları: 5.4.1948 (Doc-E/794) ss. 29.33; 9.11.1948 97.Oturum, ss.360-373; 10.11.1948, 87-99 oturumlar, ss.373-393; 11.11.1948, 99 oturumun devamı, ss 393-407) Yapılan oylama sonucunda suçun işlendiği ülkeden başka ülkenin yargısına, soykırımı zanlısını yargılama yetkisini vermeyi öneren teklif reddedilmişti. Ret gerekçesi olarak şu hususlar kaydolunmuştu:

Evrensel yargılama yoluyla cezalandırma geleneksel hukukun ilkelerine aykırıdır; buna izin vermek, bir başka ülkede bir yabancı tarafından işlenen suçların farklı ülkede cezalandırılması sonucunu verir; soykırımı genel olarak suçun işlendiği ülkenin Devletinin sorumluluğunu da kapsadığından, evrensel cezalandırma ilkesi ulusal mahkemelerin yabancı hükümetleri yargılamaları sonucunu getirir ki bu tehlikeli uluslararası gerginlikler doğuracaktır.

20 Evrensel Yargı Yetkisi konusunda ayrıntılı bilgi için bakınız: Prof.Dr. Durmuş Tezcan, Doç. Dr. Mustafa Ruhan Erdem, Yrd.Doç.Dr R. Murat Önok, “Evrensel Yetki (Adalet) İlkesi”, *Uluslararası Ceza Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayınları 2009, Sh. 148-162.

d. Başka ülkede işlenmiş bir suçun zanlısını yargılama yetkisini ulusal mahkemesine tanıyacak olan AB üyesi devlet, 1948 Sözleşmesi'nin yetkili mahkemeye ilişkin VI. maddesini ihlal etmiş sayılır mı?

Yukarıda da belirtildiği gibi, bir ülkenin ulusal yargısına başka bir ülkede işlenen soykırımı eylemini yargılama yetkisini vermeyi öngören “evrensel yargı yetkisi”, Hazırlık Konferansı'nda oylamaya sunulmuş ve reddedilmişti. Şimdi, AB üyesi devlet, Çerçeve Kararı'nda zikredilmemiş olan “soykırımının gerçekleştiği ülke” sözcüklerinin silinmesi, nedeniyle oluşan boşluktan yararlanarak, ülkesinde böyle bir uygulamaya yer verirse, kanımızca o ülke 1948 Sözleşmesini yalnız yorumlamış ve yalnız uygulamış olacaktır.

Başta Belçika olmak üzere Almanya gibi AB ülkeleri bu uygulamaları başlatmışlardır. Bunun sonucu olarak, örneğin Almanya'da görülen bir davada, Ruanda'lı bir zanlı soykırımı suçundan mahkûm olursa, bunu inkâr eden veya kabaca küçümseyen kişi de inkâr suçundan yargılanacak ve mahkûm edilebilecektir.

e. Ulusal yargıya “evrensel yargılama yetkisi” sağlama girişim ve uygulamaları

1948 Soykırımı Sözleşmesi Hazırlık Konferansı'nda, reddedilen evrensel yargılama yetkisini genelleştirmeye yönelik çabalar sürdürülmektedir. Aslında, bu uluslararası hukukun babası sayılan Hugo Grotius²¹ döneminden beri gündemde olan bir konudur.

Hatta Fransa ile Türkiye arasında UAD'de görülen ve 1927 tarihinde karara bağlanan *Lotus* davası da evrensel yargı yetkisi alanına giren bir örnek olduğunu söylemek yalnız olmaz²². O davada uluslararası sularda bir Türk gemisini batıran Fransız bayraklı *Lotus* gemisinin kaptanının Türkiye tarafından yargılanması UAD tarafından uluslararası hukuka uygun bulunmuştu.

- Evrensel yargı yetkisi konusunda önemli olan bir başka dosya da Şili diktatörü Pinochet'nin kendi ülkesi dışında (İngiltere'de) yargılanmasıdır.
- Bundan başka, İsviçre'nin Lozan Askeri Mahkemesi, 30 Nisan 1999 tarihinde *-1996 yılında İsviçre'ye gelen ve sığınma hakkı talep eden-*

21 Hugo Grotius, *De jure belli al pacis* (1625) in Louis Joinet, “Lutter contre l'impunité” (Suç işleyenin cezasız kalması ile mücadele etmek), La Decouverte, Paris,2002, Sh.86

22 *Uluslararası Daimi Adalet Divanı, Fransa ile Türkiye arasında Lotus davası*, 7 Eylül 192 tarihli 9 sayılı karar. CPJI Serie A.No.10

Ruanda'lı Belediye Başkanı Fulgence Niyonteze'yi savaş suçundan yargılamış ve hayat boyu hapse mahkûm etmiştir. (İsviçre Askeri Ceza Yasası, başka ülkede işlenen suçları yargılama yetkisini anıyor).

- ABD'deki Vaşington Mahkemesi ise Mart 2001'de, (işkenceci olarak tanınan) Endonezya Savunma Bakanlığı Genel Sekreteri General Jhony Lumintang'ı -gıyabında- tazminat ödemeğe mahkûm etmiştir.
- Evrensel yargılama yetkisini tanıma alanında en önde giden ülkelerden biri Belçika'dır. Belçika 1999'da tadil edilen 1993 yasası ile ulusal yargısına mutlak evrensel yargılama yetkisini tanıdı. Bunun üzerine Belçika'da çok sayıda dava açıldı. Bu bağlamda dört Ruandalı 2001 yılında, 1949 Cenevre Konvansiyonları ile bunun I ve II Ek Protokollerine aykırı davranma iddiası ile Brüksel Asliye Ceza Mahkemesi'ne sevkedildiler ve 1994 Ruanda soykırımına katılmaktan oniki ile yirmi yıl arasında hapis cezasına mahkûm edildiler;
- Belçika'da evrensel yargılama yolu açılınca, bu kez Filistinliler Ariel Sharon hakkında, 1982 yılında Lübnan'da Sabra ve Şatila kamplarında yapılan katliamlar konusundaki sorumluluğu gerekçesi ile Belçika'da dava açmak istediler;
- Fildişi Sahili'nde 26 Ekim 2000 tarihinde yapılan Yopugon katliamındaki sorumlulukları gerekçesi ile Fildişi Sahili Başkanı ve İçişleri Bakanı hakkında dava açılması talep edildi;
- 2001 yılında Saddam Hüseyin hakkında da Iraklı Kürtler tarafından dava açılmak istendi.
- ABD'deki Kübalı sığınmacılar da Fidel Castro'ya karşı dava açmak için Belçika yargısına başvurdular.

Benzer dava girişimlerinin sayısı artınca ve sorun içinden çıkılmaz bir yöne sürüklenmeğe başlayıp ta bu girişimler ülkenin çıkarlarını zedeleyince, Belçika bu davaları frenleme ihtiyacını duydu ve yasa değişikliği yapmayı planladı. Aşağıda Çerçeve Kararı vesilesi ile Belçika uygulamasında da belirttiğimiz gibi, o ülkedeki Hükümet krizi, bu alandaki çalışmalarını şimdilik durdurdu.

- Almanya'da ulusal yargıya Almanya dışında işlenmiş soykırımı, insanlık suçu ve savaş suçu eylemlerini yargılama yetkisini veren 30.6.2002 tarihli **Völkerstrafgesetzbuch** yasası ile evrensel yargı yetkisini tanımıştır; anılan suçlardan hiçbirine zaman aşımı

uygulanmaz. Ancak Almanya dışında işlenmiş suçlar için dava açılması, Alman Ceza Muhakemeleri Usulü Yasası'nın 153(f) maddesi gereğince, federal savcının iznine bağlanmıştır. Bu madde federal savcıya çok geniş yetki tanımaktadır. Şimdiye kadar savcıya intikal eden 128 talep olmuştur. Bunlardan iki Ruanda vatandaşı (Ignace Murwanashyaka ve Straton Musoni) hakkında Mayıs 2011'de Stuttgart Oberlandesgericht mahkemesinde dava açılmıştır. Anılan Alman mevzuatının uygulanması çerçevesinde Frankfurt mahkemesinde de bir dava açıldığını internet ortamında yaptığımız araştırmada saptadık.

Bu örnekler, “evrensel yargı” alanındaki gelişmelerin zemin kazandığına işaret etmektedir. Yukarıda da belirtildiği gibi, Çerçeve Kararı çeşitli hükümlerle yumuşatılmış ve anayasal haklar garanti altına alınmak istenmişse de, sonuçta savcı ve yargıçlara tanınan geniş takdir hakkı, bu alanda adalet ve hakçalık duygusunu zedeleyebilecek beklenmedik kararlarla karşılaşılması sonucunu verebilecektir.

X. Çerçeve Kararı'na uymamanın yaptırımını yok

Nihayet, AB hukuk sisteminin, bir üye Devletin Çerçeve Kararına uymaması durumunda herhangi bir yaptırım öngörmediğini de belirterek²³ bu bahsi kapatalım..

4. Çerçeve Kararı'na veya AB üyesi devletin taraf olduğu bir sözleşmeye aykırı mevzuatına karşı başvurulabilecek hukuk yolları

I. AB Hukuku Çerçevesinde Çerçeve Kararı'nın İptali veya Yorumu mu?

AB Çerçeve Kararı'nın iptali veya yorumlanması için AB Lüksemburg Adalet Divanı'na bir AB ülkesi mahkemesi tarafından başvurulması mümkündür.

Avrupa Birliği Anlaşması'nın 35. maddesi, AB Adalet Divanı'nın “*işbu Maddede belirtilen koşullar çerçevesinde, Çerçeve Kararlarının geçerliliği ve yorumlanması hakkında hüküm vereceğini*” belirtir. Ancak, üye devletler yargının kararını kabul etmek zorunda değildirler; bu konudaki iradelerini bir bildiri ile Konseye iletebilirler; ayrıca bildiriye, konunun Avrupa Adalet Divanı'na, herhangi bir ulusal mahkeme tarafından mı veya sadece en üst

²³ *Treaty on the Functioning of the European Union*, (Avrupa Birliğinin Yönetimine İlişkin Andlaşma; 36 sayılı Protokole ilişkin Madde 258-260; Bölüm VII, 9 ve 10

(ulusal) mahkeme tarafından mı intikal ettirilebileceği hususundaki kararlarını bildirebilirler (Madde 35, 2 ve3 fıkralar.)

Bu bağlamda, Çerçeve Kararı'nın, o ülke mevzuatının ayrılmaz parçasını oluşturan Soykırımı Sözleşmesi arasındaki kural çelişkisi nedeniyle zarara uğrayan kişi veya kurumlar, davanın görüldüğü mahkeme yoluyla, Çerçeve Kararı'nı AB Adalet Divanı'na taşıyabilirler.

Anılan Anlaşmanın **34. maddesi**, polis, hukuksal işbirliği ve cezai konularda Üye Devletler arasında işbirliği yapılabileceğini, Çerçeve Kararı kabul edebileceğini öngörmektedir. Bu çerçeve kararları üye devletler açısından bağlayıcıdır. Ancak, uygulamaya ilişkin biçim ve yöntem konuları üye devletlerin yetkisine bırakılmıştır. Çerçeve Kararı doğrudan sonuç doğuramaz.

II. AB Çerçeve Kararı 1948 Soykırımı Sözleşmesi'ni tadil ediyor mu?

Yukarıda da açıkladığımız gibi, AB Çerçeve Kararı, kendi başına 1948 Sözleşmesi'ni tadil etmiyor. Ancak, soykırımı suçu başka bir ülkede işlenmiş ise ve AB üyesi devletin ulusal yargısı anılan eylemin zanlısını yargılar ise, Çerçeve Kararı, 1948 Sözleşmesi'nin VI. maddesini çiğnemeye olanak tanıyan bir seçenek sunuyor. Özetle, bu alandaki hukuksal sorumluluk ihlali yapacak olan üye devlete ait olacaktır. Ayrıca, yukarıda III.3 maddesinde de belirtildiği gibi, -soykırımı suçu söz konusu olduğunda- korunan grupların kapsamının genişletilmesi de 1948 Sözleşmesi'ne aykırıdır.

Ancak, Belçika ve Almanya örneğinde olduğu gibi bir devlet bu konuda siyasal tercih yapmış ve evrensel yargı yetkisini kabul etmiş ise, devletin egemenliği söz konusu olacağı için hukuksal durum daha karmaşık bir hal alır.

Uygulamada, onayladıkları uluslararası sözleşmelerin kurallarından farklı ulusal yasa maddeleri kabul etmiş olan devletlerin bulunduğu burada işaret edelim. 1948 Sözleşmesi bağlamında Türkiye de bunların arasındadır²⁴.

24 Örneğin, Türk Ceza Yasasında kayıtlı Uluslararası Suçlar (Md.76 ve Md. 77) bakımından durum böyledir. Ceza yasamızın 76. maddesi, soykırım suçunun maddi unsurunu saptama bakımından, 1948 Sözleşmesi'nin II. maddesinde belirtilen beş kategori eylemi kabul etmekle birlikte, bu alanda bir vastıflandırma yapmıştır. Buna göre, soykırımı suçunun oluşması için, suçun "bir planın icrası suretiyle" gerçekleştirilmesi gerektiği koşulu yasaya konulmuştur. Oysa 1948 Sözleşmesi'nde böyle bir koşul yoktur. (Bakınız: Turgut Tarhanlı: "Adalet Politikaları ve Ermeni Sorunu"; *İmparatorluğun Çöküş Döneminde Osmanlı Etrmenileri, Bilimsel Sorumluluk ve Demokrasi Sorunları*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, Sh.574. Benzer şekilde, 1948 Sözleşmesi'nde kayıtlı (Uluslararası Adalet Divanı'nın Bosna/Sırbistan Şubat 2007 kararına göre, soykırımı suçunun oluşması için olmazsa olmaz koşul olan) "as such" terimi, Sözleşmenin dilimize çevirisinde Türkçe metne yansıtılmamıştır). Sayın Em. Büyükelçi Şükrü Elekdağ bu konuda TBMM çatısı altında, yasama erkinin hatasını önlemeğe yönelik- başarısız kalan- girişimlerini birlikte katıldığımız bir toplantıda nakletmiştir.

III. 1948 Sözleşmesi'nin IX. maddesi

1948 Sözleşmesi'ne taraf olan bir devlet, Sözleşme'nin yanlış yorumlandığı, uygulandığı veya icra edildiğini ileri sürerek 1948 Sözleşmesi'nin IX. maddesini dermeyeran edebilir ve Uluslararası Adalet Divanı'na (UAD) doğrudan başvurma koşullarını oluşturulabilir.

Madde IX: Sözleşmeye Taraf Devletler arasında, bir Devletin soykırımından ya da Sözleşme'nin III. maddesinde belirtilen eylemlerden herhangi birinden sorumluluğu konusu da dâhil olmak üzere, işbu Sözleşme'nin yorumu, uygulanması veya icrası ile ilgili uyuşmazlıklar, bu uyuşmazlığa taraf olan Devletlerin herhangi biri tarafından Uluslararası Adalet Divanı'na sunulabilir.

Sözleşme'ye aykırı kural bilfiil uygulamaya sokulmadan UAD nezdinde açılacak bir dava -Sözleşme'ye aykırı sayılan kuralın iptali sonucunu getirmez; zira UAD bir başka ülkenin mevzuatını değiştirmesi konusunda karar verme yetkisine sahip değildir.

UAD'na başvuru yapılması için, iki devlet arasında bir ihtilaf bulunması -veya oluşturulması- gerekir. İhtilafın var olup olmadığına UAD karar verecektir.

IV. Ulusal parlamentoların yetkili mahkemenin kararı bulunmadan bir başka ülkedeki soykırımını tanıma kararına karşı yargıya başvurma beklenen sonucu sağlar mı?

Beklenen sonuç ne olabilir?

- a) Tanıma kararının iptali;
- b) O devletin kınanması.

Bir ülkenin yasama organının, -yetkili mahkemenin kararı olmaksızın- bir başka ülkedeki bir eylemi soykırımı olarak tanıması, -örneğin 2001 yılında Fransa'da olduğu gibi "Fransa Ermeni soykırımını tanıır" şeklinde bir cümlelik iş'ari (*declaratoire*) bir yasa kabul etmesi- siyasal nitelikli bir adımdır. Bu kararın alındığı 2001 yılında Fransa Anayasası parlamentonun "karar kabul etmesine" olanak tanımıyordu; yasama organı sadece yasa kabul edebiliyordu. Bu anayasa kuralı daha sonra değiştirildi. Şimdi Fransa Parlamentosu yasa niteliği bulunmayan kararlar da alabiliyor.

Bu örnekten hareket edersek, Fransa'nın 2001 tarihli yasasına karşı, UAD

nezdinde açılacak “Sözleşmenin yalnız uygulanması veya yorumu” gerekçesi ile açılacak bir davanın o yasanın iptali sonucunu vermeyeceği kanısındayız.

Siyasal bildirim nitelikli bir yasaya karşı, UAD nezdinde açılacak bir davada, herşeyden önce iki ülke arasında ihtilaf bulunduğuna ilişkin usul engelinin aşılması gerekecektir. Fransa, bu yasanın Türkiye Cumhuriyeti'ne yönelik olmadığını resmen de vurguladığı cihetle, iki ülke arasında ihtilaf bulunmadığını ileri sürebilecektir.

Kuramsal olarak, usul engelinin aşıldığını varsaysak bile, böyle bir davanın Fransa'nın mahkûmiyeti ile sonuçlanmayacağı kanısındayım. Zira a)1948 Sözleşmesi “*tarihin her döneminde soykırımı suçu işlendiğini*” Giriş bölümünde beyan etmektedir. Sözleşmeyi onaylayan her ülke bu beyanı kabul etmiştir. Soykırımı sayılan olay 1948 Sözleşmesi yürürlüğe girmeden önce vuku bulmuş ise, Sözleşme tarihte hangi olayların soykırımı sayıldığı hakkında bir açıklık getirmediğinden, taraf devletin parlamentosu, Sözleşme'nin Giriş bölümündeki o ifadeyi yorumlayan siyasil nitelikli bir karar almış sayılır; Uluslararası Adalet Divanı yasama meclisinin siyasil nitelikli kararını hukuken değerlendirmez.

Siyasal bildirim nitelikli bir yasaya karşı, UAD nezdinde açılacak bir davada, herşeyden önce iki ülke arasında ihtilaf bulunduğuna ilişkin usul engelinin aşılması gerekecektir. Fransa, bu yasanın Türkiye Cumhuriyetine yönelik olmadığını resmen de vurguladığı cihetle, iki ülke arasında ihtilaf bulunmadığını ileri sürebilecektir.

Parlamentonun soykırımı olarak nitelediği olay, Sözleşme yürürlüğe girdikten sonra vuku bulmuş ise, o olayın soykırımı olup olmadığına zaten Sözleşmede belirtilen yetkili mahkeme karar verecektir.

5. AB Üyesi Devletler Çerçeve Kararı'na uyum sağladılar mı?

Çerçeve Kararı uyarınca, AB üyesi devletler, Kasım 2010' a kadar kendi ulusal ceza yasalarını Karar esaslarına göre değiştireceklerdi. Az sayıda AB ülkesi anılan tarihe kadar kendi ceza mevzuatını AB çerçeve yasası ile uyumlu hale getirebildi²⁵. **Birleşik Krallık**, genel olarak ırksal nefreti tetikleyecek eylemlerin cezalandırılmasına ilişkin 1986 tarihli Kamu Düzeni

25 Luigi Cajani, “Adoption of the E.U. Framework Decision”, 17 May 2011 www.lhpasso.fr/index.php?option=com.content&view=article&id=162.adoption-de-la-decision-cadre-europeenne-au-17-Mai-2011&catid=53:actualites&Itemid=170

Yasası'nın yeterli olduğu görüşünü açıkladı. **İrlanda**²⁶, **Hollanda**²⁷, **Danimarka**²⁸ ve **İsveç**²⁹ de mevcut yasalarının yeterli olduğunu belirttiler. Bu ülkeler Çerçeve Kararı'nın ifade özgürlüğünü tehdit ettiği gerekçesi ile karşı çıkmışlar ve ırkçılıkla mücadele yasalarının geniş bir şekilde yorumlanması sureti ile Çerçeve Kararı esaslarını uygulayabileceklerini vurgulamışlardı.

Malta, AB ülkeleri arasında ilk olarak, 17 Temmuz 2009 tarihinde Ceza Yasası'nın 82. B maddesini Çerçeve Kararı esaslarına uyum sağlayacak şekilde değiştirdi.

Almanya, 1994 'ten beri, Ceza Yasası'nın 130.3 maddesi gereğince, Nazi rejimi sırasında işlenen suçları öven, inkâr eden ya da küçümseyen kişileri beş yıllık bir cezaya çarptırmaktaydı.

Ulusal yargıya Almanya dışında işlenmiş soykırımı, insanlık suçu ve savaş suçu eylemlerini yargılama yetkisini veren 30.6.2002 tarihli Völkerstrafgesetzbuch yasası gereğince Almanya evrensel yargı yetkisini tanıdı ve Alman mahkemeleri başka ülkelerde yabancılar tarafından işlenmiş suçları yargı gündemine aldı. Hangi olayın dava konusu yapılacağı konusundaki kararı Savcı vermektedir. Bu yasanın uygulanmasından olmak üzere Frankfurt, Stuttgart ve Münih mahkemeleri Ruanda'da işlenmiş suçlar nedeni ile zanlıları 2011 yılından bu yana yargılamaya başlamışlardır.

Avusturya, 1992 yılında çıkarılan Verbotgesetz yasasına göre, Nazi suçlarını inkâr edenler, kabaca küçümseyenler, onaylayanlar ve Yahudi soykırımını haklı gösterenler on yıla kadar – ağır hallerde yirmi yıla kadar cezalandırılacaklardır. Avusturya, son olarak Naziler tarafından işlenmiş suçlar dışında, ırkçı veya yabancı düşmanlığına ilişkin söylemlerin inkârını cezalandıran bir yasayı Ekim 2011'de kabul etti.

Avusturyalı sağcı politikacılar ve dernekler bu yasayı şiddetle eleştirdiler³⁰. Daha önce de vurgulandığı gibi, AB Çerçeve Kararı'nın ifade özgürlüğünü zedelediği görüşü daha ziyade Avrupa'daki sağcı parti ve isimlerden kaynaklanmaktadır. Bunlar, ülkelerindeki yabancılara karşı hoşgörüsüzlükleri ağır basan, İslam karşıtı olduklarını saklamayan, hatta zaman zaman

26 İrlanda: 1989 tarihli Nefret Eyleminin Yasaklanmasına ilişkin yasa

27 Hollanda Ceza Yasası'nın 137 maddesinin c,d,e fıkraları

28 Danimarka Ceza Yasası'nın 266.b. maddesi

29 İsveç Ceza Yasası'nın alt bölümü 16.bölüm.8

30 "The End of Freedom of Expression in Europe" *Gates of Vienna* 29.10.2011 (Bu sitenin başlığında şunlar yazılı: "At the siege of Vienna in 1683 Islam seemed poised to overrun Christian Europe. We are in a new phase of a very old war" (1683'te Viyana kuşatmasında İslam Hristiyan Avrupayı işgal etmeye hazır gibiydi.Şimdi çok eski bir savaşın yeni safhasındayız.)

antisemit görüşleri nedeniyle eleştirilen oluşumlardır. Avusturya Ceza Yasası'nda yapılan değişiklik sonucunda Hz. Muhammed'e hakaret eden bir kişi mahkûm edilmiştir³¹.

Kıbrıs Rum Kesimi Çerçeve Kararı'nı ceza yasası çerçevesine ithal eden 134(I) 2011 Sayılı Yasa'yı 21.10.2011 tarihinde kabul etmiştir. Yasaya göre Kıbrıs polisi, inkâr suçu kuşkusu bulunması halinde, bir şikâyet olmasa bile, soruşturma dosyasını açmağa yetkili kılınmaktadır; ayrıca davayı gören mahkeme ırkçı ve yabancı düşmanlığına ilişkin motivasyonu gözönüne alacaktır³².

Belçika, 1995 yılından bu yana “Alman Nasyonal Sosyalist rejimi tarafından işlenen soykırımı suçunun inkârı, küçümsenmesi, haklı gösterilmesi ya da onaylanmasını” suç saymakta ve cezalandırmaktadır. Yasada tekil olarak geçen “soykırımı” teriminin tanımı açık değildir. Burada sadece Yahudi soykırımına mı, yoksa Nazi rejiminin uyguladığı – Roma halkı dâhil- tüm kıyımlara mı yollama yapılmaktadır? Belçika Senatosu 1998 yılında Ermeni soykırımını tanımış, ancak 2005 yılında bunun cezalandırılmasına dair bir öneriyi kabul etmemiştir. Belçika'nın evrensel yargı yetkisini kabul ettiğine yukarıda değindik. Belçika Hükümeti Çerçeve Kararı'nın esaslarını Belçika Ceza Yasası'na ithal etmek için bazı çalışmalar yapmış, ancak ülkedeki hükümet krizi nedeni ile bunlar sonuçlanmamıştır³³.

Fransa, Gayssot Yasası Nazi suçlarını inkâr edeni para cezası yanında bir ay-bir sene arasında hapis cezasını öngörmektedir. Bu yasa gereğince mahkûm edilen bazı Fransız vatandaşlarının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde açtıkları davalar, her bir duruma göre farklı sonuçlar vermiştir³⁴. Fransa 2001 yılında iş'ari bir yasa ile Ermeni soykırımının varlığını tanımıştı. Fransa Parlamentosu, Ermeni soykırımını yadsıyanların cezalandırılmasını öngören bir yasa çıkarmış, ancak bu yasa Fransa Anayasa Konseyi tarafından anayasaya aykırılık gerekçesi ile iptal edilmiştir. Çerçeve Kararı'nın esaslarını Fransız Ceza Yasası'na ithal etme çalışmaları henüz sonuçlanmamıştır. Fransa, 2008 yılında, Çerçeve Kararı'nın yargı yetkisi hakkında tanıdığı üç seçenekten “suçların inkârını ve kabaca küçümsenmesini, bu suçlar bir uluslararası

31 Örneğin, Avusturya'da Hazreti Muhammed'in Hazreti Ayşe ile evliliği hakkında Müslümanlar tarafından kabul edilemeyecek hakaret içeren sözleri, sağcı Özgürlük Partisi için düzenlediği bir seminerde gizlice kaydeden bir gazetecinin şikâyeti üzerine Sabatich-Wolf adlı bir öğretim görevlisi, 20 Aralık 2011 tarihinde hukuken tanınan bir dini lekelemek suçundan mahkûm edilmiştir.

(<http://www.rightwinggranny.com/?tag=framework-decision-on-combatting-racism-and->)

32 “Council Framework Decision. Law came into effect in Cyprus”(internet ortamından) Red Network

33 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bakınız: Durmuş Tezcan, “Ulusal Mahkemelerin Evrensel Yargı yetkisi ve Belçika Evrensel Yetki Kuralı” *Hukuk Kurultayı 2004*, Ankara Barosu yayını, Ankara, 2004 c.II, s.128

34 Yaşar Yakış, “A European Union Framework Decision on the Offence of Denying a Crime”, *Review of Armenian Studies*, Sayı 23/2011 ss. 63.92. AIHM önünde açılan Garaudy, *Lebideux?* (Doğrusu Lehideux olacak) ve Chauvy davaları bu makalenin 88-90 sahifelerde irdelenmiştir.

mahkemenin nihai kararı ile saptandığı takdirde cezalandırma seçeneğini” yeğlediğini açıklamıştı. Basına yansıyan haberlere dayanılarak yukarıda belirtildiği gibi, Fransa, şimdi bu kararını değiştirmeyi düşünüyor.

Romanya, 2002 yılında ırkçılıkla mücadele konusunda bir yasa kabul etti ve Holokost’u, Roma’lara karşı Nazilerin uyguladığı soykırımını inkâr edenleri altı ay ile beş yıl arasında hapisle cezalandırmayı öngördü. Romanya Adalet Bakanı, Çerçeve Kararı esaslarının Romen Ceza Hukuku’na ithali konusunda başka bir şey yapılmasına gerek kalmadığını açıkladı.

İspanya, 1996 yılında Ceza Yasası’nın 607.2 maddesi ile herhangi bir soykırımını “inkâr edeni” ya da “haklı göstereni” bir ilâ iki yıl hapisle cezalandırmayı kararlaştırdı. Ancak 2007 yılında, İspanya Anayasa Mahkemesi “inkâr” kavramının anayasaya aykırı olduğuna hükmetti; sadece “haklı gösterme” fiilinin cezalandırılabilceğini belirtti. İspanya Çerçeve Kararı konusunda hukuksal sorunlarla karşı karşıya olduğu için ceza hukukunda Çerçeve Kararı’na uyum sağlayacak değişiklikleri şimdiye kadar yapamadı³⁵.

Portekiz 2007 tarihli ceza yasasının 240 maddesi ırkçı, dinsel ve cinsel ayrımcılık konusundadır ve “savaş suçlarını, insanlığa karşı suçlar ile barışa karşı suçları inkâr etme dâhil” grupları veya bireyleri ırksal, dinsel ve cinsel gerekçelerle karalayanları ya da zarar verenleri, altı ay ile beş yıl arasında hapisle cezalandırmayı öngörür. Portekiz makamları anılan yasa kuralının Çerçeve Kararı kapsadığını ve ayrıca bir işlem yapılmasına gerek görmediklerini belirtmişler³⁶.

Litvanya, 15 Haziran 2010 tarihinde ceza yasasının 170-2 maddesini kabul ederek, Avrupa Birliğinin bir resmi belgesi ile veya Litvanya mahkemesi tarafından tanımlanmış soykırımı, insanlığa karşı suç ve savaş suçlarının onaylanması, inkârı ya da kabaca küçümsenmesini azami iki yıla kadar hapisle cezalandırmayı kabul etmiştir. Bu bölüm, açıkça, 1990-1991 yılları dâhil olmak üzere, Litvanya topraklarına ve yurttaşlarına karşı gerçekleştirilen Nazi ve Sovyet saldırılarını ve cürümlerini kapsamaktadır.

Letonya Çerçeve Kararı’nın müzakereleri sırasında, Komünist dönemi cürümlerinin Karar çerçevesine alınmasını istemiş ve nihai zabıtlara bu konuda bir bildiri eklemiştir. 21 Mayıs 2009 tarihinde kabul ettiği ceza yasasının 74-1 maddesinde anılan eylemlere açıkça yer verilmemiş ve komünist döneminde işlenen cürümleri de içine alan genel ifadeler kullanılmıştır; bu madde, soykırımının, insanlığa karşı suçların, barışa karşı suçların ve savaş suçlarının (*public glorification*) “alenen övülmesini” asgari

35 Luigi Cajani, yukarıda anılan makale Sh.3

36 Luigi Cajani, yukarıda anılan makale Sh.3

beş yıl hapisle veya kamu hizmetinden mahrumiyetle cezalandırmaktadır. Çerçeve Kararı'nda öngörülen “övme, inkâr veya kabaca küçümseme” (*condoning, denying or grossly trivialising*) terimleri yasada “alenen övme” terimi ile tanımlanmıştır.

Macaristan Çerçeve Kararı içeriğini merkez sol hükümet döneminde, Ocak 2010 tarihinde, Ceza Yasası'nın 269-C maddesine kısmen ithal etmişti. Yasaya göre, Holokost'u inkâr eden, bu cürümü sorgulayan ya da küçümseyen söylemler üç yıl hapisle cezalandırılmaktaydı. Ceza Yasası'nda Holokost dışındaki suçlardan söz edilmiyordu. 2010 seçimlerinde sağ cenah iktidara geldi ve derhal Holokost'a yapılan yollamayı -daha genel olan- “soykırımlar” terimi ile değiştirdi; ayrıca, insanlığa karşı suçlar metne eklenerek Naziler tarafından işlenen suçlara, komünist rejimler tarafından işlenen suçlar ilave edildi. Bu suçların işlendiğini hangi makamın tesbit edeceğine dair yasada bir açıklık yok.

AB dışında bazı inkâr suçu örnekleri

Ukrayna 1932-1933 yıllarında ülkede yaşanan ve Holodomor olarak adlandırılan “açlık kırımının” Sovyet rejimi tarafından uygulamaya konulmuş bir soykırımı olduğu hususunu tartışmaya devam ediyor. 2006 yılında Viktor Yuşenko'nun partisinin teklifi üzerine, Ukrayna Parlamentosu Holodomor'u soykırımı olarak niteledi ve bunun inkârını yasaya aykırı eylem saydı. Yuşenko'dan Başkanlığı devralan Yanukoviç mahkemeye verildi, ancak aklandı. Yanukoviç “Büyük Açlık” olarak adlandırılan Holodomor olaylarının, soykırımı olarak nitelendirilebilecek koşulları bir araya getirmede, gelişmelerin sadece Ukrayna'ya değil Volga bölgesine de yayılmış bulunduğunu ve Stalin'in Ukraynalıları hedef almadığını belirtmişti. Gerek Avrupa Parlamentosu, gerek Avrupa Konseyi Parlamenterler Asamblesi, o olayları soykırımı değil, ama insanlığa karşı suç olarak tanımlamıştır³⁷.

Ruanda'da inkârcılık, siyasal muhaliflere karşı bir silah olarak kullanılmaktadır. 1994 yılında Tutsi'lerin maruz kaldığı soykırımı suçunu küçümsemediği gerekçesi ile Victoire Ingabire hapse atılmıştır. Bayan Ingabire, “*Tutsiler'in de savaş suçu işlediklerini ve yargılanmaları gerektiğini*” belirtmişti.

İsviçre 1995 yılında Ceza Yasası'nın 261 (mükerrer)-bis(4) maddesini halk oylaması sonucunda kabul ederek, soykırımının veya diğer insanlığa karşı suçların inkârını, küçümsemesini veya haklı gösterilmesini cezalandırmayı

37 Avrupa Parlamentosu kararı, 23.10.2008 Sayı P6_TA, paragraf 1(a); Avrupa Konseyi Parlamenter (2008) 0523Asamblesi 28.04.2010, Sayı 1723 (2010) paragraf 11.

öngörmüştür. Bu madde uyarınca Bern-Laupen Mahkemesi'nde 17 Türk vatandaşı aleyhine açılan Ermeni soykırımını inkâr davası, 2001 yılında zanlıların beraati ile sonuçlanmıştı. Daha sonra 2007 yılında Lozan Mahkemesi Doğu Perinçek'i Ermeni soykırımını inkâr suretiyle ırk ayrımcılığı yapma suçundan mahkûm etti. Bu mahkûmiyet kararından sonra, İsviçre'nin Winterthur mahkemesi de Ermeni soykırımını yadsıyan üç Türk vatandaşını daha mahkûm etti. Mahkûmiyet kararı veren İsviçre mahkemeleri -çok özetle- soykırımı suçunun varlığının saptanması için yetkili bir mahkeme kararı bulunmasına gerek olmadığını, -farklı görüşler olsa bile- Ermeni soykırımının tarihsel bir gerçek sayıldığı konusunda İsviçre'de bir oydaşma bulunduğunu, bu nedenle, anılan suçun inkârının ırk ayrımcılığı sayıldığını, bu kararı veren yargıcın takdir yetkisini kullandığını belirlemişlerdir. Doğu Perinçek, kesinleşmiş olan bu mahkûmiyet kararını ifade özgürlüğünün ve adil yargılama ilkesinin çiğnendiği gerekçesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne taşımıştır. Dava³⁸ henüz sonuçlanmamıştır.

6. AB Çerçeve Kararı'na Türkiye'nin tepkisi

Türkiye, yukarıda da değinilen AB Çerçeve Kararı'nın, 4. maddesinin 1948 Soykırımı'nın Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nin, soykırımının varlığını tesbit konusundaki yetkili mahkemenin saptanmasına ilişkin VI. Maddesi'nin tadili sonucunu vereceği görüşünü savunmaktadır. Bir bölgesel örgüt kararı ile uluslararası sözleşme kuralı değiştirilemez. Konu AB-Türkiye Karma Parlamento Komisyonu'nun (KPK) gündemine Türkiye tarafından 2010/2011 döneminde getirilmiştir³⁹. Bu karar hakkında KPK'nın İngiliz üyesi ile Ms. Marlene McCarty ile Türk üyesi Şükrü Elekdağ'a bir rapor hazırlama görevi verilmiştir; ancak bunların hazırladığı rapor, KPK'nın Yunan ve Kıbrıs Rum kesimi temsilcileri tarafından sunulan 39, diğer üyelerce teklif olunan 7 (toplam 46) değişiklik önerisi ile sulandırılmak istenmiş, fiilen bloke edilmiş, Türkiye de bu durumda teklifini 2011 ilkbahar toplantısında geri çekmiştir.

Bu konuda eklemek isteyeceğimiz husus, 1948 Sözleşmesi'nde soykırımı suçunun bireyler tarafından işlenebileceğinin belirtilmiş olduğudur. Herhangi bir mahkeme bir zanlıyı savunma ve adil yargılanma hakkına da saygı gösteren, usulüne uygun bir yargı süreci ile yargılamakla mükelleftir. Anadolu'da vuku bulan müessif olaylardan bu yana yaklaşık bir yüz yıl geçtiği cihetle, artık yargılayabilecek zanlı kalmamıştır. 1948 Sözleşmesi, -zanlı yargılanmadan- bir olayın soykırımı olup olmadığının tesbiti yetkisini

38 Bu konuda aşağıdaki yayında ayrıntılı bilgi verilmiştir: Pulat Tacar, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde Doğu Perinçek-İsviçre Davası. Bir Düşüncüyü İfade Özgürlüğü Sorunu ve Adil Bellek Talebi*. Kaynak Yayınları, Eylül 2012

39 Yaşar Yakış, *Review of Armenian Studies*'in 23/2011 sayısında yayımlanan ve yukarıda anılan makale. S.84

herhangi bir mahkemeye vermiş değildir. Bu nedenle Ermeni militanlar, hukuksal değil, siyasal bağlamda soykırımından söz eder olmuşlardır. Öte yandan, Soykırımı Sözleşmesi Giriş Bölümü'nde "tarihin her döneminde soykırımı işlendiği" yazılı olmakla birlikte, hangi olayların bu suç çerçevesine girdiği kayıtlı değildir; bu konu Sözleşme'nin Hazırlık Konferansı'nda da hiç görüşülmemiştir. Bu durumda bazı ülke parlamentolarının aldıkları - tarihte yaşanmış olayların soykırımı olduğuna dair - kararlar siyasal niteliktedir. Avrupa Birliği'nin Lüksemburg Adalet Divanı da Türkiye ile üyelik müzakerelerinin Ermeni soykırımı tanınmadan başlayamayacağı konusunda Ermeni militanlar tarafından açılan bir davada, Avrupa Parlamentosu'nun Ermeni soykırımına ilişkin kararının siyasal nitelikli olduğunu belirtmiş, siyasal kararların farklı dönemlerde değişebildiğinin altını çizmiştir.

7. Çerçeve Kararı 2013 Yılında Gözden Geçirilecek

Çerçeve Kararı 10 (2) maddesi, AB Konseyi Genel Sekreterliği'nin Üye Devletler tarafından kendisine ulaştırılacak uygulama raporlarını inceleyerek bir rapor hazırlamasını, AB Komisyonu'nun da bir yazılı rapor sunmasını ve AB Konseyi'nin 28 Kasım 2013 tarihine kadar üye devletlerin Çerçeve Kararı'nı ne derecede uyguladıklarını belirlemesini öngörmektedir. Çerçeve Kararı'nın 10(3) maddesi Konsey'in 28 Kasım 2013 tarihinden önce Çerçeve Kararı'nı gözden geçirmesini amirdir. Konsey bu gözden geçirmeyi yaparken, Çerçeve Kararı'nın 1 (1) maddesinin uygulanması hakkında yargısal işbirliği konusunda güçlük yaşayıp yaşamadıklarını soracaktır. Konsey, buna ek olarak Eurojust örgütünden, üye devletlerin mevzuatı arasındaki farkların, bunlar arasında -anılan alanda- işbirliği konusunda sorun çıkarıp çıkarmadığı hakkında bir rapor sunmasını isteyebilecektir.

Şimdilik, 17-18 Ocak 2013 tarihinde Dublin'de bir araya gelen AB Adalet ve İçişleri Bakanları Konseyi toplantısında, Çerçeve Kararı'nın 2013 Kasım ayında Gözden Geçirme Toplantısı'nın yapılmasının beklendiği, anılan Çerçeve Kararı'nın son durumu hakkında bir belge hazırlanacağı vurgulanmakla yetinilmiştir⁴⁰.

8. Sonuç

"İrkçılık ve Yabancı Düşmanlığı ile Mücadeleyi ve Soykırımı ile İnsanlığa Karşı Suçların İnkârını Cezalandırma"yı öngören AB Çerçeve Kararı uzun müzakereler sonunda çok zayıflatılmış bir metindir.

40 17 Ocak 2013 tarihli İrlanda Dönem Başkanlığı tarafından hazırlanmış çalışma belgesi, İnternet ortamında Çerçeve Kararı başlığı altında okunabilir.

AB Lizbon Anlaşması'nın onaylanma sürecinin bitimine bir ay kala, son dakikada hayata geçirilen bu Karar, bir ay daha gecikseydi artık kabul edilemeyecekti; zira Lizbon Anlaşması AB dâhilinde Çerçeve Kararı kabulü sistemine son vermekteydi; bu durumda hazırlanan taslak, sonuçlanmamış işler dolabına kaldırılacaktı. Buna rağmen Çerçeve Kararı kabul edildiyse nedenlerini irdelemek gerekir.

Bu bağlamda, gerek Avrupa'da, gerek dünyada ırkçılık, yabancı düşmanlığı ve inkârcılık eğilimlerinin artmasından duyulan rahatsızlık göz ardı edilmemelidir.

Bunun yanında, Avrupa Birliği'ne üye devletlerin, önem vermedikleri konularda karar metinlerinin içine zayıflatıcı ve muğlâklaştırıcı hükümler yerleştirerek, AB düzenlemelerini kendilerine zarar vermeyecek metinler haline dönüştürme eğilimlerinin altını çizmeliyiz. Bu durumda, bir kısım AB üyesi zaten aynen uygulamayı düşünmediği, -mevzuatının zaten kapsadığı kanısında bulunduğu- kendi açısından yaptırımını da bulunmayan bir metnin uzlaşma ile kabulünü engellemek istememiş, bunun yerine -büyük olasılıkla farklı alanlarda bazı ödünler sağlamayı yeğlemiş olabilir.

Öte yandan, evrensel yargı kuralının mevzuata sokulmasını çeşitli nedenlerle benimseyen AB üyesi devletler de var. Konumuza açıklık kazandırmak için, önce, evrensel yargı yetkisinin tanımı üzerinde kısaca duralım⁴¹:

evrensel yargı yetkisi, ortak kültür değerine yönelik olarak işlenen bir suçun insanlık yararına cezasız kalmaması için, mülkîlik, kişiselik veya gerçeklik (korunma) ilkelerine göre yetkili sayılmayan bir Devletin, salt adaleti sağlamak amacıyla, suç dünyanın neresinde, kim tarafında, kime karşı işlenmiş olursa olsun, bu suçu yargılama konusunda kendi kendisini yetkili kılmasını ifade eder.

Halen, Almanya ve Belçika gibi devletler ceza yasalarına yıllar önce evrensel yargı yetkisini yerleştirmişlerdir. Okyanusun öbür yanında, ABD'de Yabancı Devletlerin Dokunulmazlığı Yasasının (*Foreign Sovereign Immunities Act*) uygulanmasından olmak üzere, ABD Yüksek Mahkemesi Altmann/Avusturya (Klimt Resimleri) davasında -geçerli uluslararası hukuk kurallarına göre Avusturya'nın yargı yetkisinde bulunması gereken bir davada- bir ABD mahkemesinin verdiği bir kararı onayladı ve Avusturya devletine ait olan çok değerli altı tablo Altman ailesine verildi⁴².

41 Prof. Dr. Durmuş Tezcan, Doç.Dr. Mustafa Ruhan Erdem, Yrd. Doç.Dr. R.Murat Önok: 20 sayılı dipnotta anılan eser. Sh.148

42 United States Court of Appeals for the Ninth Circuit: *Altmann v Republic of Austria* No. 01-56003 December 12, 2002, Affirmed on writ of certiorari 2 June 2004. United States Supreme Court, 541 us 677 (2004)

Bu örnekleri, uluslararası camiaya -yavaş ta olsa- yerleşmeye başlayan, katı biçimselcilikten uzaklaşan “adalete uygun davranış” eğiliminin güçlendiğine, “onarıcı adalet” ilkesinin yerleşmekte ve insancıl hukuk ilkelerinin öne çıkmakata olduğuna işaret etmek için sunduk⁴³.

Bugüne kadar sıkı sıkıya sarıldığımız, -ancak kendimizi oldukça yalnız hissettiğimiz- **“davayı görmeye yetkili olan mahkemenin olayın vuku bulduğu ülke mahkemesi olduğu”** ilkesinin mutlak gücü -1948 Sözleşmesi'nde yer almasına rağmen- zemin kaybetmekte, özellikle insanlığa karşı işlenmiş ağır suçlar ile insan hakları ihlalleri söz konusu olduğunda, bunları “cezasız bırakmama” eğilimi ağır basmakta⁴⁴, ya bunu sağlayacak yeni formüller oluşturulmakta, ya da res'en uygulamaya geçirilmektedir. Bu eğilimin göz ardı edilmemesi gerektiğini düşünüyoruz.

Avrupa Birliği Çerçeve Kararı'nın dayandığı değerler, özetle, ırkçılık ve yabancı düşmanlığı ile mücadele, insanlık suçlarının inkârının cezalandırılması ilkeleri aslında Türkiye'nin savunduğu -savunması gereken- esaslardır. Yukarıda da değinildiği gibi, Çerçeve Kararı'nda Türkiye'yi rahatsız eden husus, 1948 Sözleşmesi'nin yetkili mahkeme kuralının -üçüncü ülkelerin ulusal yargısını içine alacak şekilde- genişletilmesidir. Bir başka ülkenin taraflı ulusal yargısının tarihte yüz yıl önce vuku bulmuş olan 1915-1916 tehcirini gündeme getirerek Türkiye'yi mahkûm etme olasılığından endişe edilmektedir. Bir ülkenin ulusal yargısı, Türkiye aleyhine bu yolda siyasal ağırlıklı bir karar almak isterse, bunu AB Çerçeve Kararına istinad etmeden bugün de yapabilecektir.

Bir başka ülkenin taraflı ulusal yargısının tarihte yüz yıl önce vuku bulmuş olan 1915-1916 tehcirini gündeme getirerek Türkiye'yi mahkûm etme olasılığından endişe edilmektedir. Bir ülkenin ulusal yargısı, Türkiye aleyhine bu yolda siyasal ağırlıklı bir karar almak isterse, bunu AB Çerçeve Kararına istinad etmeden bugün de yapabilecektir.

Öte yandan, Çerçeve Kararı'nı ve eldeki verileri dikkatle irdelediğimiz takdirde, Çerçeve Kararı'nın 1948 öncesinde vuku bulmuş olayları kapsayacağına dair hiç bir işaret görememekteyiz. Tarihteki olayların siyasal bağlamda değerlendirilmesi hukuk değil, siyaset alanına girer.

Çerçeve Kararı metninin kaypaklığı, AB içinde uygulama birliğini zedeleyecek boyuttadır. Bu nedenle Çerçeve Kararı bağlamında açılacak bir

43 Turgut Tarhanlı, “Adalet politikaları ve Ermeni Sorunu”, *İmparatorluğun Çöküş Döneminde Osmanlı Ermenileri- Bilimsel Sorumluluk ve Demokrasi Sorunları*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, Sh. 573-580.

44 Louis Joinet, *Lutter contre l'impunité* (Suçu Cezasız Bırakmaya Karşı Mücadele Etmek), 2002, Paris La Decouverte Sh.53-57

davada dosyayı inceleyecek olan savcılar ile davayı görecek olan yargıçlar takdir haklarını kullanarak -hiç kuşkusuz kendi kültür ve eğilimlerinin etkisinde kalarak- sübjektif ve çelişkili sonuçlara varabileceklerdir.

AB ile üyelik müzakerelerini yürüten bir aday ülke – adaylık yolundaki çabasını sürdürecektir ise- AB yasa ve kurallar demeti ile birlikte yaşamayı öğrenmekten, mevzuatın boşluk ve olanaklarından yararlanmayı bilmekten ve o müktesebata uyum sağlamaktan başka seçeneği yoktur.

Bu çerçevede siyasal ağırlıklı yargı kararları ile karşılaşılması durumunda, bunlarla mücadele etmek için, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ifade özgürlüğü başta olmak üzere çeşitli hükümleri dayanak oluşturacaktır. Hak ihlali halinde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurulabilir. Ayrıca, 1948 Soykırım Sözlüşmesi kuralları ülke çıkarlarına zarar verecek şekilde ihlal edilirse, Uluslararası Adalet Divanı'na müracaat imkânı da vardır.

KAYNAKÇA

Birincil Kaynaklar

EU Council Framework Decision 2008/913/JHA. 28 November 2008 on combatting certain forms and expression of racism and xenophobia by means of criminal law.

Joint Action/96/443/JHA.15 July 1996,O.J.L 185, 24.07.1997 (Joint Action)

Uluslararası Daimi Adalet Divanı, Fransa ile Türkiye arasında Lotus davası, 7 Eylül 192 tarihli 9 sayılı karar. CPJI Serie A.No.10

Treaty on the Functioning of the European Union, (Avrupa Birliğinin Yönetinine İlişkin Andlaşma; 36 sayılı Protokole ilişkin Madde 258-260; Bölüm VII, 9 ve 10

United States Court of Appeals for the Ninth Circuit: Altmann v Republic of Austria No. 01-56003 December 12, 2002, Affirmed on writ of certiorari 2 June 2004. United States Supreme Court, 541 us 677 (2004)

Avrupa Parlamentosu kararı, 23.10.2008 Sayı P6_TA, paragraf 1(a); Avrupa Konseyi Parlamenter (2008) 0523Asamblesi 28.04.2010, Sayı 1723 (2010) paragraf 11.

İkincil Kaynaklar

Cajani, Luigi “Adoption of the E.U.Framework Decision”, 17 May 2011 http://www.lphasso.fr/index.php?option=com_content&view=article&id=162%3Aadoption-de-la-decision-cadre-europeenne-au-17-mai-2011&catid=53%3Aactualites&Itemid=170&lang=en

Hedegaard, Lars Trykkefriedsselskabet (İsveç) “A call for the abolition of all hate speech and blasphemy laws” March, 2009.

İmparatorluğun Çöküş Döneminde Osmanlı Ermenileri, Bilimsel Sorumluluk ve Demokrasi Sorunları, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları

Joinet, Louis *Lutter contre l'impunité*, La Decouverte, Paris,2002

Lobba,Paolo “Some Comments on the EU Framework Decision” 2008/913/JHA on Racism and Xenophobia.

Tacar, Pulat *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde Doğu Perinçek-İsviçre Davası. Bir Düşünceyi İfade Özgürlüğü Sorunu ve Adil Bellek Talebi* Kaynak Yayınları, 2012

Tezcan, Durmuş “Ulusal Mahkemelerin Evrensel Yargı yetkisi ve Belçika Evrensel Yetki Kuralı”; *Hukuk Kurultayı 2004*, Ankara Barosu yayını, Ankara, 2004 c.II

Tezcan, . Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem, Murat Önok, “Evrensel Yetki (Adalet) İlkesi” *Uluslararası Ceza Hukuku* içinde, Ankara, Seçkin Yayınları 2009

Yakış, Yaşar “ European Union Framework decision of the Offence of Denying a Crime, *Review of Armenian Studies*, No.23, July 2011.

Yakış, Yaşar “Fransa’nın Soykırımı Çelişkisi” *Ermeni Araştırmaları Dergisi* Sayı 40/2011

“The End of Freedom of Expression in Europe” *Gates of Vienna* 29.10.2011
<http://www.rightwinggranny.com/?tag=framework-decision-on-combatting-racism-and>

“Council Framework Decision on combating racism and xenophobia through criminal law is transposed” *Red Network*, 21 Ekim 2011 <http://www.red-network.eu/?i=red-network.en.items&id=528>