



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

BÜYÜK DAİRE

PERİNÇEK-İSVİÇRE DAVASI

(Başvuru No. 27510/08)

KARAR

STRAZBURG

15 Ekim 2015

Bu karar nihaidir, ancak şekli düzeltmelere tabi olabilir.

PERİNÇEK-İSVİÇRE KARARI

YARGIÇ NUSSBERGER'İN KISMEN MÜŞTEREK KISMEN KARŞI OY GÖRÜŞÜ1	
1) İfade özgürlüğünün bir parçası olarak tarihe ilişkin tartışmalar1	
2) Çoğunluk yaklaşımına muhalif noktalar.....2	
3) AİHM'nin Holokostun inkârına ilişkin içtihat hukuku ile işbu dava arasındaki ayrım2	
4) AİHS'nin 10. Maddesinin Usul Yönünden İhlali.....4	
YARGIÇLAR SPIELMANN, CASADEVALL, BERRO, DE GAETANO, SICILIANOS, SILVIS VE KÜRIS'İN ORTAK KARŞI OY GÖRÜŞÜ6	
I. Başvuranın ifadelerinin değerlendirilmesi6	
II. Coğrafi ve tarihi faktörlerin etkisi.....7	
III. Zaman faktörünün etkisi8	
IV. Oydaşmanın eksikliği8	
V. Bir suçu kabul etmeye ilişkin bir zorunluluğun bulunmaması9	
VI. Tehlikede olan hakların dengelenmesi.....9	
YARGIÇ SILVIS'İN, YARGIÇLAR CASADEVALL, BERRO VE KÜRIS'İN DE KATILDIĞI İLAVE KARŞI OY GÖRÜŞÜ11	
YARGIÇ NUSSBERGER'İN KISMEN MÜŞTEREK KISMEN KARŞI OY GÖRÜŞÜ	

1) İfade özgürlüğünün bir parçası olarak tarihe ilişkin tartışmalar

Tarihi olaylar hakkında inceleme, değerlendirme yapmak ve yorumda bulunmak, geçmişte neler olduğunun farkında olmak ve gerektiği yerde sorumluluğu üstlenip toplumda barış içinde bir arada yaşamak için ön koşuldur. Sonsuza kadar sabit kalacak tek bir tarihi gerçeklik yoktur. Aksine, yeni araştırmaların yapılması ve yeni belgelerin ve kanıtların keşfedilmesi tartışmasız olduğu düşünülen hususlara yeni bir ışık tutabilir. Bu nedenle, tarihi tartışmak ifade özgürlüğünün önemli bir parçasıdır ve demokratik bir toplumda, özellikle hangi olayların kamuya açık tartışmadaki özgür değerlendirmeden dışlanacağına dair tabular konulması veya karşı çıkılmaması gereken belirli “resmi görüşlerin” oluşturulması suretiyle ilke olarak hiçbir zaman kısıtlanamaz.

Yine de, tarihe ilişkin tartışmanın, belli bir gruba yönelik nefretiteşvik etmesi ve münhasıran başkalarının onuruna saldırmak ve onların en derin duygularına zarar vermek amacıyla kullanılması durumunda, sınırlar gerekli olabilir. Pek çok yargı çevresinde bir suç haline getirilmiş olan Holokost'un inkârı bunun en meşhur örneğidir (örneğin, kararın 91. paragrafında belirtildiği haliyle, Almanya, Avusturya ve Belçika'daki mevzuatı kıyaslayınız.). Bu tür önlemler AİHM'nin içtihadında genel olarak kabul edilmiştir (bkz. kararın 209.-212. paragrafları).

Bu evveliyata göre bakıldığında, mevcut davadaki ihlal bulgusu AİHM'nin içtihadının tutarlılığına ilişkin önemli sorular ortaya

çıkarmaktadır. Holokost'un inkârına ilişkin cezai yaptırımlar, AİHS ile uyumlu sayılırken, 1915 yılında Türkiye'de Ermenilerin katledilmesinin "soykırım" olarak nitelendirilmesinin inkârına ilişkin cezai yaptırımlar neden ifade özgürlüğünü ihlal etmektedir?

2) Çoğunluk yaklaşımına muhalif noktalar

Ben bu davada bir ihlal bulma yönünde oy kullandım. Ancak, Holokost'un inkâr edilmesi ve 1915'de Ermeni halkının soykırımının inkâr edilmesi arasındaki hayati soruyu göz önünde bulundurarak, ne Dairenin çoğunluğu tarafından verilen cevabı (Daire kararının 117. paragrafı) ne de Büyük Daire'nin çoğunluğu tarafından verilen cevabı kabul edebildim (kararın 242.-243. paragrafları).

Mevcut davada önemli ölçüde bir ifade özgürlüğü ihlali olduğuna katılmıyorum. Bana göre, hukuki güvenliğin yokluğundan ve bahsi geçen hakların dengelenmesindeki eksiklikten dolayı sadece bir usul ihlali vardır (AİHS'nin 10. maddesindeki usul ihlallerinin örnekleri olarak, *Association Ekin-Fransa*, no. 39288/98, § 58, ECHR 2001-VIII ve *Lombardi Vallauri-İtalya*, no. 39128/05, § 46, 20 Ekim 2009'u karşılaştırınız.). Başvuranın, "tarihsel gerçeklik" olarak değerlendirilen doğruluğundan şüphe duyma özgürlüğü ile Ermenilerin tarihi kimlik anlayışları ve duygularının korunması arasındaki çatışma, İsviçre mevzuatı tarafından açık ve öngörülebilir bir şekilde çözümlenmiş olmalıydı. Ancak, İsviçre Ceza Kanunu'nun 261bis§4. maddesi bunu gerçekleştirememektedir. İsviçre makamları da bu eksikliği telafi edememiştir.

3) AİHM'nin Holokostun inkârına ilişkin içtihat hukuku ile işbu dava arasındaki ayrım

Daire ve Büyük Daire işbu davayı Holokost inkârını içeren davalardan ayırt etmek için farklı görüşlere dayanmıştır. Daire, Türkiye'de 1915 yılı ve sonrasında meydana gelen olayların Ermeni halkının "soykırıma" uğratıldığı şeklinde nitelendirilmesine ilişkin "genel oydaşmanın" varlığına yönelik şüphelerini dile getirmiştir. Bu temelde, Daire, başvuranın konuşmalarına yönelik getirilen cezai yaptırımlar ile Holokost ile ilgili suçların inkârına ilişkin davalar arasında bir ayrım yapmıştır (bkz. Daire kararının 117. paragrafı). Daire tarihi olayları değerlendirmenin kendi görevi olmadığını belirtmesine rağmen (bkz. Daire kararının 99. paragrafı), muhakemesi, 1915 yılında Türkiye'de ve Nazi rejimi sırasında Almanya'da neler olduğuna dair farklı bir derecede kesinlik varsayımına dayanmış gözükmektedir. Bu yaklaşım, tarihsel gerçekler hakkında bilginin doğruluğunun değerlendirilmesi olarak [yanlış] anlaşılabilir.

Büyük Daire'nin çoğunluğu kendilerini bu yaklaşımdan uzak tutmakta ve "[Holokost'un inkârının] suç olarak düzenlenmesinin gerekçesinin, bunun

açıkça kanıtlanmış bir gerçek olmasına pek o kadar dayanmadığı...” görüşü öne sürülmektedir (kararın 243. paragrafı). Bunun yerine, coğrafi ve tarihi faktörler (kararın 242.-248. paragrafları) ile zaman faktörüne (kararın 249-250. paragrafları) atıfta bulunmak suretiyle, bağlamı ilgili öge olarak görmektedir. Bu görüşe göre, Holokost’un inkârının yasaklanmasını AİHS ile uyumlu sayan devletler “Nazi dehşetini yaşamış ve kendilerini işledikleri veya yataklık ettikleri toplu mezalimlere mesafe koymak gibi özel bir manevi sorumlulukları bulunduğu kabul edilebilecek devletlerdir...” (kararın 243. paragrafı). Çoğunluk İsviçre ve Osmanlı İmparatorluğu’nda meydana gelen olaylar arasında bu tür bir sorumluluk bağı bulamamıştır (bkz. kararın 244. paragrafı). Bununla beraber, çoğunluk zaman faktörüne atıfta bulunmakta ve zulümlerin işlenmesi ile ihtilaflı bir tartışmanın yeniden canlanması arasında geçen zamanın önemli beyanların etkisini azalttığını savunmaktadır.

Bu yaklaşıma katılamıyorum. Bana göre, “nerede yaşanmış olursa olsun toplu mezalimlerin mağdurlarının haklarını savunma hedefi takdire şayan ve insan haklarının evrensel korunması ruhuyla” (kararın 246. paragrafı) yalnızca uyumlu değil, aynı zamanda bu tür bir mevzuatı meşrulaştırmak için tam olarak yeterlidir. Bu AİHM’nin kabul etmek zorunda olduğu bir “toplum seçimidir” (bkz. *S.A.S.-Fransa*[GC], no. 43835/11, § 153, ECHR 2014 (extracts)). Olaylarla veya kurbanlarla doğrudan ilgisi olmasa bile, üzerinden çok uzun bir süre geçmiş bile olsa ve mevzuat doğrudan ihtilafları önlemeye yönelik olmasa bile, soykırım ve insanlığa karşı suçların mağdurlarıyla dayanışma halinde olduğunu ifade eden mevzuat her yerde mümkün olmalıdır. Her toplum, soykırım olduğu iddia edilen bir durumda tarihi adalet görüşüyle uyumlu olacak şekilde, tarihi olaylar ve mağdurların ve onların torunlarının kişilik hakları arasındaki özgür ve kısıtlanmamış tartışmayı sonlandırmakta özgür olmalıdır.

Ancak, toplumun seçimi, toplumda şeffaf ve açık demokratik bir tartışmaya dayanmalı ve hangi ifadelerle izin verildiği, hangi ifadelerin yalnızca tabu olmakla kalmayıp aynı zamanda cezai yaptırımları da getirdiğini açık bir şekilde öngörecektir. Cezai sorumluluğa ilişkin şüpheler, tarihsel tartışmayı en başından sonlandırabilir ve tarihçilerin belirli bir konuyu daha fazla ele almalarına engel olabilir. AİHM’nin şu ana dek değerlendirdiği Almanya, Avusturya ve Belçika’daki Holokost’un inkârına ilişkin mevzuatın (bkz. kararın 209-212. paragrafları) bu bağlamda anlamı tartışmasızdır. İlgili bütün kanunlar doğrudan “Nasyonal Sosyalist rejime” atıfta bulunmaktadır (bkz. kararın 91. paragrafındaki ilgili hükümlere ilişkin atıflar). Fransa’da, mevzuat 8 Ağustos 1945 tarihli Londra Anlaşması’na ek Uluslararası Askeri Mahkemesi Şartı’nın 6. maddesinde belirtildiği şekilde insanlığa karşı suçların inkârına atıfta bulunmakta (bkz. kararın 91. paragrafı), aynı şekilde hangi tarihi olayların anlatılmak istendiğini açık hale getirmektedir.

4) AİHS'nin 10. Maddesinin Usul Yönünden İhlali

Yukarıda atıfta bulunulan durumların aksine, İsviçre'deki mevzuat süreci “Ermeni Sorunu”na odaklanmamıştır. Bunun yerine, bu hususun yalnızca bir örnek olarak bahsedildiği, soykırım ve insanlığa karşı suçların inkârının yasaklanmasına ilişkin genel bir tartışma biçimini almıştır (kararın 37.-38. paragraflarındaki yasama sürecine ilişkin belgelerin yanı sıra kararın 22.-26. paragraflarındaki, İsviçre mahkemelerinin yasama süreciyle ilgili açık analizlerini karşılaştırınız.). Ermeni soykırımı örneği İsviçre Ceza Kanunu metninin 261bis§4. maddesinde yer almamıştır.

261bis§4. maddedeki ceza hükmü öyle yazılmıştır ki; hükmü uygulayan mahkemelerin bir tarihi olayı “soykırım” olarak nitelendirmeye kendilerinin karar verip veremeyeceği ve eğer karar veriyorlarsa hangi temele dayanarak bunu yaptıkları belli değildir. Bu aşılabilir zorluk İsviçre mahkemelerinin kararlarıyla yeterince belirginleşmiştir. Uluslararası hukuk ve İsviçre ulusal hukuku mahkemelerin güvenebilecekleri açık bir “soykırım” tanımı sağlarken (bkz. kararın 47. ve 52.-54. paragrafları), tarihte bu kadar eskiye dayanan bir olayın hukuki nitelendirmesine ilişkin karar verilmesi bakımından hangi metodolojinin kullanılacağını belirlemede zorlanmaktadırlar (bilimsel literatüre, devlet organları ve uluslararası kuruluşlar tarafından yapılan siyasi açıklamalara atıflar vb. – bkz. kararın 22.-26. paragrafları). Ne uluslararası bir mahkemenin kararı, ne de akademisyenler veya siyasiler arasında ulusal ve uluslararası düzeydeki tartışmaya ilişkin bir görüş birliği olması sorunuyla karşılaşmışlardır. Bu yüzden, İsviçre Federal Mahkemesi “özellikle tarihçiler arasındaki genel fikir birliğinin yeterli olduğu” görüşüne atıfta bulunur (kararın 26. paragrafında atıfta bulunulan İsviçre Federal Mahkemesi’nin kararının 4.3. maddesi). Bu, “soykırımın” nitelendirilmesine ilişkin şüpheleri barındıran bir fikir bakımından bir cezai hüküm verilmesi için yeterli olabilir mi?

Bana göre, bu, İsviçre kanun koyucusunun 1915 yılında Türkiye’de meydana gelen olaylar göz önüne alındığında, 8. madde ve 10. maddede korunan hakların dengelenmesinde başarılı olamadığını göstermektedir. Böylesi hassas bir alanda, belirli tarihi bir davaya atıfta bulunmaksızın soyut bir şekilde ihtilaflı haklar üzerinde karar vermek yeterli olamaz. Bu, tarihi tartışmanın sınırlarının ulusal mevzuat temelinde açıkça belirtildiği ve mahkemelerin bu nedenle ceza sorumluluklarının değerlendirilmesi için bir başlangıç noktası olarak Holokost’un bir “soykırım” olarak hukuki nitelendirmesini yaptıkları Holokost’un inkârına ilişkin davalar ile işbu dava arasındaki ilgili farktır. Bu tür önemli bir tartışmada önemli ölçüde şüpheler bırakmak, demokratik bir toplumda gerekli olandan daha fazla zarar vermektedir.

Bu nedenle, AİHS’nin 10. maddesinin (usul yönünden) bir ihlalinin bulunması ve AİHS’nin 7. maddesi uyarınca davaya ilişkin ayrı bir araştırma yürütülmesi yönünde oy kullanmış bulunmaktayım.

PERİNÇEK-İSVİÇRE KARARI

YARGIÇLAR SPIELMANN, CASADEVALL, BERRO, DE GAETANO, SICILIANOS, SILVIS VE KÜRIS'İN ORTAK KARŞI OY GÖRÜŞÜ

1. İşbu davada AİHS'nin 10. maddesinin herhangi bir ihlali olduğu sonucuna katılmıyoruz.

2. Öncelikle, Daire'nin Osmanlı İmparatorluğu'nda Ermeni halkının yaşadığı katliamlar ve sınır dışı edilmelerin uluslararası hukuk bağlamında soykırım olarak nitelendirilebilip nitelendirilemeyeceğine karar vermesi gerekmediğine, ayrıca, bu noktada öyle ya da böyle yasal olarak bağlayıcılığı olan beyanlarda bulunma yetkisi olmadığına dair tutumunu tekrar etmede, AİHM'nin tamamen çekingen bir yaklaşım sergilediğini kaydediyoruz (bkz. kararın 102. paragrafı). Ermeni halkının maruz kaldığı katliamlar ve sınır dışı edilmelerin bir soykırım olduğu aşikârdır. Ermeni soykırımı açıkça belirtilmiş bir tarihi gerçekliktir.¹ İnkâr etmek, açık olan bir gerçeği inkâr etmektir. Ancak, burada durum bu değildir. Dava, tarihi gerçeklik veya 1915 olaylarının hukuki nitelendirilmesiyle ilgili değildir. Burada söz konusu olan asıl mesele, bir devletin takdir payının sınırlarını aşmadan soykırımdan mağdur olan bir kişinin hatıralarını aşağılamayı bir suç haline getirmesinin mümkün olup olmadığıdır. Bize göre, bu aslında mümkündür.

3. Hal böyleyken, başvuranın ifadelerinin değerlendirilmesine ilişkin olarak çoğunluğun yaklaşımını izleyemiyoruz (I). Aynı şey coğrafi ve tarihi faktörlerin etkisi (II), zaman faktörünün dâhil edilmesi (III) ve fikir birliğinden yoksun olunması (IV), bu tür ifadeleri cezalandırmaya yönelik bir zorunluluğun bulunmaması (V) ve ulusal makamlar tarafından gerçekleştirilen dengeleme egzersizinin değerlendirmesi için geçerlidir (VI).

I. Başvuranın ifadelerinin değerlendirmesi

4. Bizim karşı görüşte olmamız, öncelikle çoğunluğun başvuranın ifadelerini anlayış şekliyle ilgilidir (bkz. kararın 229.-241. paragrafları). Kişinin özellikle habis konuşması ve bunun sonuçları yargılama boyunca önemsenmemiştir. Söz konusu ifadeler, bazılarımız öyle olduğunu düşünsek de, AİHS'nin 17. maddesinin kapsamına giren bir konuşma teşkil etmezken, bu tür ifadeler, onları anladığımız şekliyle, hukuki nitelendirme açısından sadece Ermeni soykırımının inkârının ötesinde tarihi gerçeklerin çarpıtılması anlamına gelmektedir. Söz konusu ifadeler bütün insanları aşağılama amacı (*saiki*) içermektedir. Bir grup olarak Ermenileri hedef alan

¹. Hem suçların varlığına hem de söz konusu suçları işleyenlerin cephesinde uluslararası ögeye ilişkin derinlemesine bir analiz için bkz. Hans-Lukas Kieser and Donald Bloxham, in *The Cambridge History of the First World War*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, Vol. I, "Global War", Ch. 22 (Genocide), pp. 585-614

söz konusu ifadeler, Osmanlı makamlarının eylemlerini neredeyse meşru müdafaa olarak gösterip haklı çıkarmaya çalışan ve Federal Mahkeme'nin haklı bulduğu üzere, mağdurlarının hatıralarını gözden düşüren ırkçı söylemler içeren büyük bir yanlış aksettirmedi. “Bariz” olanı itibarsızlaştırmayı amaçladığı ölçüde, söz konusu konuşmanın, duruşmada başvuru sahibi tarafından su götürmez bir şekilde doğrulandığı üzere, Ermenilere karşı nefret ve şiddete yönelik bir çağrı olmasa da, bir hoşgörüsüzlük çağrısı teşkil ettiği bile söylenilebilir. Başvuranın tarihi, hukuki ve siyasi olmaktan çok uzak olan konuşması, Ermenileri Türk halkına saldıran kişiler olarak tasvir etmiş ve Ermenilere karşı uygulanan mezalime atıfta bulunmak için kullanılan “soykırım” terimini “uluslararası bir yalan” olarak nitelemiştir. Ayrıca, başvuran, duruşmada “Ermenilerin en iyi dostu” (*metinden aynen alıntı*) olarak tanımladığı ve bu olaylardaki baş aktörlerden biri olan Talat Paşa'nın takipçisi olduğunu iddia etmiştir. Bize göre, bu ifadeler AİHS'nin 10. maddesi uyarınca kabul edilebilecek olan sınırları aşmaktadır.

5. Böylelikle, dava basit bir şekilde ifade özgürlüğünün sınırlarını ilgilendirmektedir. AİHS'nin 10. maddesinin muhtelif koşullarını uygularken, ortada bir müdahale olduğu ve bunun yasal olduğu sonucuna varmakta zorluk çekmeyiz. 9 Mart 2007 tarihindeki kararında, Lozan Bölge Mahkemesi, başvuranın katliamları haklı göstererek Ermeni soykırımını inkâr ettiğine hükmetmiştir. 12 Aralık 2007 tarihli kararında, Federal Mahkeme suçun kastıyla (*mens rea*) uzun uzadıya ilgilenmiş (ırk ayrımcılığının saikleri – 5.1 ve 5.2. maddeler) ve olgu tespitlerinin “milliyetçiliğin üzerinde ve ötesinde yalnızca ırkçı veya etnik ayrımcılık olarak görülebilecek bu tür saiklerin varlığına dair yeterli kanıt sunduğu” sonucuna varmıştır. Başvuran, AİHS tarafından korunan değerlere ilişkin olarak, içerik ve meşruluk bakımından kendi içinde herhangi bir sorun oluşturmayan Ceza Kanunu'nun 261*bis*. maddesi uyarınca yargılanmıştır. Mahkemeler olguları incelemiş ve başvuranın ifadelerini değerlendirmiştir. Başvuran rencide edici ifadeler kullanmanın kendisini Kanunun 261*bis*. maddesi uyarınca cezaya mahkûm edeceğinin bilincinde olmuştur. Bu madde aynı zamanda başkalarının haklarını koruma ve karışıklığın önlenmesi gibi meşru amaçlar izlemektedir.

II. Coğrafi ve tarihi faktörlerin etkisi

6. Bu hususun ötesinde, çoğunluğun uyguladığı metodolojinin bazı yerlerde sorunlu olduğuna inanmaktayız. Bu, kararın 242-248. paragraflarında detaylı bir şekilde tartışılan “coğrafi ve tarihi faktörler” bakımından özellikle doğrudur. Başvuranın ifadelerini, coğrafi kapsamını sınırlandırmaya çalışarak önemini azaltmak, insan haklarının evrensel, *erga omnes* (herkesle ilgili) boyutunu – ki bu insan haklarının günümüzde en özlü tanımlayıcı faktörüdür- ciddi ölçüde sulandırmak anlamına

gelmektedir. Uluslararası Hukuk Enstitüsü tarafından kuvvetle öne sürüldüğü üzere, devletlerin insan haklarına saygı gösterilmesinin sağlanmasına ilişkin yükümlülüğü bir *erga omnes* (herkesle ilgili) yükümlülüktür; “bir bütün halinde uluslararası topluma ilişkin olarak, bu yükümlülük her bir Devletindir ve her bir Devletin insan haklarının korunmasına yönelik hukuki menfaati vardır.” (“İnsan Haklarının Korunması ve Devletlerin İç İşlerine Müdahale Edilmemesi İlkesi” hakkında Karar, *Yearbook of the Institute of International Law*, 1989, vol. II, p. 341, Madde 1). Benzer bir şekilde, Viyana’da toplanan Dünya İnsan Hakları Konferansı tarafından kabul edilen Bildiri ve Eylem Programında “bütün insan haklarının sağlanması ve korunmasının uluslararası toplumun meşru bir endişesidir” denmektedir (UN doc. A/CONF/123, I, 4. paragraf, 1993).

7. Açık bir şekilde, bu evrensel yaklaşım mevcut davada çoğunluk tarafından kabul edilen yaklaşımla tezat teşkil etmektedir. Çoğunluk tarafından kabul edilen coğrafi olarak sınırlandırılmış yaklaşımdan tüm mantıklı çıkarımlar yapıldığında, diğer kıtalarda gerçekleştirilen Ruanda soykırımı veya Kamboçya’da Khmer Rouge rejimi tarafından gerçekleştirilen soykırım gibi soykırımların Avrupa’da inkâr edilmesinin hiçbir sınır olmaksızın ifade özgürlüğüyle korunabileceği ya da hiçbir şekilde korunamayacağı sonucuna varılabilir. Bu tür bir vizyonun AİHS’de belirtilen evrensel değerleri yansıttığına inanmıyoruz.

III. Zaman faktörünün etkisi

8. Bize göre, benzer sorunlar, zaman faktörüne yapılan vurguyla da ortaya çıkmaktadır (kararın 249-254. paragrafları). Buradan yirmi veya otuz yıl sonra Holokost’un inkârının ifade özgürlüğü kapsamında kabul edilebilir olacağı sonucunu mu çıkarmalıyız? Bu faktör anayasal sınırlamaların savaş suçlarına ve insanlığa karşı suçlara uygulanmadığı ilkesiyle nasıl bağdaşabilir?

IV. Oydaşmanın eksikliği

9. Çoğunluğun bulgularını 255-257. paragraflara dayandırdığı oydaşma yokluğu, en fazla, İsviçre makamlarının takdir paylarını genişleten bir diğer faktör olarak görülebilir. Kendimizi tekrar etme pahasına, başvuran tarafından dile getirilen bu tür ifadelerin cezalandırılması için bir yasama organının tam yetkili olduğunu düşünmekteyiz. Oydaşma sorunu, ulusal makamların takdir payında bir sınır olarak, ancak bu tür bir davranışın cezalandırılmasının açık bir şekilde yasak olduğuna dair bir oydaşma mevcut olsaydı ortaya çıkardı. Ancak, durum bu değildir.

V. Bir suçu kabul etmeye ilişkin bir zorunluluğun bulunmaması

10. Başvuranın ifadelerini cezalandırılması için İsviçre'nin herhangi bir yükümlülüğünün olmaması bulgusuna ilişkin olarak (bkz. 258-268. paragraflar), yapılan gerekçelendirmenin geçerliliğine ilişkin ciddi şüphelerimiz olduğunu itiraf ediyoruz. (Bölgesel) bir geleneğin, devletlerin, Avrupa Birliği'nin (Çerçeve Karar 2008/913/JHA) ya da ECRI'nin (Politika Tavsiyesi no: 7) uygulamaları vasıtasıyla kademeli olarak ortaya çıkmakta olduğu aksine öne sürülemez mi? Ayrıca, şunu da belirmemiz gerekir ki; Avrupa'nın ötesinde, Birleşmiş Milletler Irk Ayrımcılığının Önlenmesi Komitesi'nin inkârcı söylemi cezalandırmayı defalarca tavsiye ettiğini de kaydediyoruz. Bütün bu gelişmeler, davanın, iddia edilen yükümlülüklerin çatışması açısından incelenmesi suretiyle tek hamlede göz ardı edilebilir mi?

11. Çoğunluğun benimsediği yaklaşımın tersi olan bu gelişmelerin yanı sıra, Vaud Kantonu Temyiz Mahkemesi'nin,¹³ Haziran 2007 tarihli kararında,İsviçre'nin ırkçılık karşıtı mevzuatının başlıca özelliğinin, ulusal parlamentonun, özellikle soykırım ve diğer insanlık suçları söz konusu olduğunda, kanunun, 1965 tarihli Her Türlü Irk Ayrımcılığının Kaldırılması Sözleşmesi'nin belirlediği asgari standartların ötesine geçmesi gerektiğine karar vermiş olmasından kaynaklandığını vurguladığı kaydedilmelidir. Bize göre, kanun koyucu, başvuran tarafından yapılanlar gibi konuşmaların cezalandırılması yetkisini tam olarak haizdir. İsviçre ulusal parlamentosu, uzun tartışmalar sonucu, başvuran tarafından yapılanlar gibi konuşmaların,cezaî yaptırımını hak ettiği görüşüne varmıştır. Demokratik bir toplumda bu tür bir eylemi cezalandırma ihtiyacının,işbu dava için devletin takdir payına tabi olduğunu düşünüyoruz.

VI. Tehlikede olan hakların dengelenmesi

12. Son olarak, söz konusu farklı haklar arasında denge sağlanmasına ilişkin olarak (bkz. kararın 274-280. paragrafları), Federal Mahkeme'nin ölçülü, detaylı ve makul bir karar almak suretiyle mükemmel bir iş yaptığını düşünüyoruz. Aşağıda yer alan şekilde 6. maddeyi, AİHS'in 10. maddesinde düzenlendiği haliyle ifade özgürlüğüne ayırmıştır:

“...temyiz eden tarafın esas amacının, tahrik yöntemiyle kendi tezlerini İsviçre yargı makamları nezdinde teyit ettirmeye çalışmak, bunu da bu sorunun kendi kimlikleri açısından merkezi bir yeri olan Ermeni toplumunun aleyhine gerçekleştirmek olduğu sonucunu desteklemektedir.Başvuranın mahkûmiyeti bu anlamda kendilerini 1915 soykırımının hafızasıyla özdeşleştiren Ermeni toplumunun onurunu korumayı amaçlamaktadır. Bir soykırımın inkârının yasaklanması, son olarak, Federal Meclis tarafından 9 Mart 2000'de onaylanan, New York'ta 9 Aralık 1948 tarihinde imzalanan Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nin I. maddesi anlamında soykırımların önlenmesi bakımından bir tedbir oluşturmaktadır...”

PERİNÇEK-İSVİÇRE KARARI

13. Bu nedenle, bu davada uygun bir dengeleme egzersizi yapılmıştır. Bu doğrultuda, 280. paragraftaki çıkarım haklı değildir.

14. Kısacası, işbu davada AIHS'nin 10. maddesinin ihlal edilmediğine kaniyiz.

YARGIÇ SILVIS'İN, YARGIÇLAR CASADEVALL, BERRO VE KÜRIS'İN DE KATILDIĞI İLAVE KARŞI OY GÖRÜŞÜ

1. Bu ilave karşı oy görüşü, çoğunluğun AİHS'in 17. maddesinin uygulanmaması yönünde kullandığı oyla ilgilidir. AİHS'in 10. maddesi kapsamında bir ihlal bulunmasına ilişkin ortak karşı oy görüşünde belirtildiği üzere, bu karşı oy görüşünü paylaşan bazı yargıçlar, 17. maddenin uygulanmasını tercih etmiştir. Ben de bu konuya ilişkin olarak çoğunlukla fikir ayrılığında olan yargıçlar arasındayım.

2. Soykırımın inkârı ve (diğer) nefret içerikli konuşma türlerine ilişkin olarak 17. maddeye ilişkin Strazburg yaklaşımının yeknesak olmadığı doğrudur. Sör Nicolas Bratza onuruna yazdığı makalesinde Yargıç Villiger, mevcut davaları dört farklı yaklaşımla dört sınıfa ayırmıştır.

3. Bunlardan ilki, başvurunun hemen kabul edilemez ilan edilmesi amacıyla 17. maddenin doğrudan uygulanmasını içermektedir. Bunun bir örneği, Komisyon'un *Glimmerveenve Hagenbeek - Hollanda* (no. 8348/78 ve 8406/78, 11 Ekim 1979, Decisions and Reports (DR) 18, s. 187) davasında verdiği, hepatıfta bulunulan karardır. Başvuranlar, Komisyon'un AİHS'nin metnine ve ruhuna aykırı olduğunu ve insan haklarının ihlaline katkı sağlayacağını düşündüğü siyasi bir programa sahip olan güçlü ırkçı görüşlerin savunucuları olmuşlardır. 17. madde nedeniyle, başvuranlar 10. maddenin korumasını talep edememişlerdir. Aynı yaklaşım Mahkeme tarafından belli davalarda kabul edilmiş olup, özellikle *Norwood - Birleşik Krallık* davası ((dec.), no. 23131/03, ECHR 2004-XI), incelemenin 17. maddenin uygulanması bulgusundan sonra kısa sürdüğü davalardaki bu yaklaşımın bir diğer örneğidir. *Garaudy - Fransa* ((dec.), no. 65831/01, ECHR 2003-IX) gibi belirli davalarda AİHM tarafından uygulanmış ve 10. madde kapsamındaki şikâyet, konu bakımından (*ratione materiae*) kabul edilemez olduğundan reddedilmiştir. Bu yaklaşım son dönemdeki içtihatla görüldüğü üzere güncelliğini korumaktadır (örneğin, *Kasymakhurov ve Saybatalov-Rusya*, no. 26261/05 ve 26377/06, 14 Mart 2013). *Kasymakhurov ve Saybatalov* davasının, 17. maddenin devreye girmesinin, herhangi bir uygun hukuki analizin yokluğuna işaret ettiği eleştirisine bir cevap olarak görüleceği belirtilmelidir. AİHM, 17. maddenin uygulanması yoluyla 9., 10. ve 11. maddelerin korumasının geri çekilmesine ilişkin nedenleri söylemek suretiyle, başvuranın siyasi görüşlerinin (kökten dinci Hizb ut-Tahrir grubunun görüşleri) değerlendirmesini yapmıştır.

4. İkinci yaklaşım, başvuranın Holokost'un inkârı ve/veya antisemitik konuşma ve/veya Nazi fikirlerinin yayılmasına karıştığı bir dizi durumda kullanılmış olan kombine bir yaklaşımdır (bkz. örneğin, *Kühnen -Almanya*, no. 12194/86, 12 Mayıs 1988 tarihli Komisyon kararı, DR 56, s. 205). Burada, davanın 10. maddenin 2. fıkrasındaki standart analize tabi olduğu gerekçesiyle, 10. ve 17. maddeler birleştirilmiştir. "Gereklilik" aşamasında, 17. madde kullanılarak, başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olduğu

sonucuna ulaşılmıştır (esas incelenmeksizin, ancak 10. maddenin kapsamı dışında).

5. Bu iki yaklaşım, *Molnar-Romanya* ((dec.), no. 16637/06, 23 Ekim 2012) davasının gösterdiği şekilde birbirini dışlamaz. Yukarıda bahsedilen ilk yaklaşımı izlemek suretiyle AİHM bu davada başvuranın eylemlerinin demokrasi ve insan haklarına uymadığı için 10. maddeye dayanamayacağını belirtmiştir. Ancak bu AİHM'nin son sözü değildir. AİHM davaya yönelik araştırmasını “varsayılabilir” temelinde tamamlamıştır: başvuranın ifade özgürlüğüne bir müdahalenin olduğu varsayılabilir, bu 10. maddenin 2. fıkrası kapsamında haklı çıkarılırdı.

6. Bu tipolojideki üçüncü grup *Leroy-Fransa* (no. 36109/03, 2 Ekim 2008) davası örneğinde olduğu gibi, 17. maddenin uygulanabileceği, ancak uygulanmadığı davalardan oluşmaktadır. Bu davada başvuran Dünya Ticaret Merkezi'ne yönelik terörist saldırıları temel alıp, bir karikatür çizmesi ve iki gün sonra yayınlamış olması dolayısıyla terörizmi tasvip etmekten suçlu bulunmuştur. Terörizmi tasvip etmekten suçlu bulunmasının ardından, AİHS'nin 10. maddesi kapsamında şikâyetinde bulunmuştur. Hükümetin, davanın esasında 10. maddenin kapsamının ötesinde düşünülmesi gerektiği argümanı AİHM'i ikna etmemiş ve AİHM davayı, kişinin nefret içerikli ve zararlı niyetinin açık olduğu ve daha önce atıfta bulunulan tipik 17. madde davalardan ayırmıştır. Şunu da ifade etmeliyim ki; AİHM nihai olarak başvuranın ifade özgürlüğüne müdahalenin haklılığının ortaya konulduğunu ve yaptırımın orantılı bir şekilde uygulandığını belirtmiştir.

7. Son olarak ve bu yaklaşım aslında farklı olmasa bile, belirli davalarda AİHM'nin yaklaşımı davanın esasları incelenene kadar 17. madde sorusunun açık bırakılması ve sonrasında karar verilmesi olmuştur. Bu durum *Soulas -Fransa* (no. 15948/03, 8 Temmuz 2008) ve *Féret - Belçika* (no. 15615/07, 17 Temmuz 2009) davalarında görülebilir. Her iki dava da, AİHM'nin nihai olarak gerekçelendirilmesini istediği, ırkçı, İslamofobik söylemlere ilişkin sınırlamaları içermektedir. Bu sonuca ulaştıktan sonra, AİHM, söz konusu ifadelerin, 17. maddenin neredeyse sonradan akla gelen bir düşünceymişçesine uygulanmasını haklı göstermediğini eklemiştir. Bu bir at arabasını atın önüne koymak olarak görülebilir.

8. 17. maddeye ilişkin Strazburg yaklaşımlarının karakteristik bir yönü AİHM'nin seçeneklerini açık bırakmış olmasıdır. Belirli bir davada ihtiyaç olması halinde kullanılmak üzere kutuda birden fazla araç bulunmaktadır. Bana göre, AİHM'nin 17. maddeyi ihtiyatlı kullandığı da söylenebilir. Nefret söyleminin en kötü ve tiksindirici şekilleri olarak tanınan dışında, AİHM 10. maddenin sınırları dahilinde ifade özgürlüğü şikâyetlerine cevaplar bulma eğilimindedir. İşbu davada AİHM, 17. madde kapsamında başvuranın ifadelerinin *nefret ve şiddeti artırma amacını taşıyıp taşımadığını* belirleyici nokta olarak alarak, 17. maddenin uygulanıp uygulanmayacağı sorusunun, başvuranın AİHS'nin 10. maddesi

kapsamındaki şikâyetinin esasıyla birleştirilmesi gerektiği sonucuna varmıştır. Bana göre, başkalarını aşağılama veya başkalarına acı çektirmeyle birleşen ırkçı konuşma ve soykırımın inkârı, 17. madde anlamında, AİHS’de belirtilen hak ve özgürlükten herhangi birinin yok edilmesini amaçlayan bir eylem olarak nitelendirilebilir. Bu, AİHM’nin *Hizb Ut-Tahrir ve diğerleri-Almanya* (no. 31098/08, § 72, 12 Haziran 2012) davasındaki yaklaşımıdır. AİHM, özellikle, “AİHS’nin temel değerlerine karşı söylenen bir sözün”, 17. madde tarafından 10. maddenin korumasından çekildiğini belirtmiştir (bkz. *Lehideux ve Isorni - Fransa*, 23 Eylül 1998, § 53, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-VII ve yukarıda bahsi geçen *Garaudy*). Bu nedenle, özellikle Yahudi toplumuna yönelik olarak gerçekleştirilen suçları sistematik bir şekilde inkâr eden bir kitabın yazarının insanlığa karşı suçların inkârından ötürü mahkûm edilmesini konu alan *Garaudy*’de (ibid), AİHM başvuranın 10. madde şikâyetini AİHS hükümleriyle *materiae* bağdaşmadığını tespit etmiştir.

9. Ermeni Soykırımı mağdurlarının hatıralarını aşağılama niyetinin bu davada görüldüğünü ve başvuranın bu yöndeki ifadelerinin, AİHS’nin temelinde yatan değerleri hedef aldığını düşünmekteyim. Ancak, Büyük Daire’nin özel usulitutumu, 10. maddeye ilişkin şikâyetin halihazırda Daire tarafından kabul edilebilir ilan edildiği şeklinde olmuştur. Bu nedenle, 17. maddenin uygulanması, 10. maddeye ilişkin şikâyetin kabul edilemezliğine yol açamamıştır. Bu bağlamda, 10. maddenin kapsamına girmeden önce davanın esasına ilişkin olarak 17. maddenin uygulanmasını da içeren bir yaklaşımı tercih etmiş bulunmaktayım. Sadece esasa ilişkin 17. maddeyi gözden geçirdikten sonra, AİHM, bana göre, 17. maddenin tamamlayıcı yaklaşımını, 10. maddenin 2. fıkrasının “gereklilik” aşamasında, 10. maddenin yorumlanması için yol gösterici bir ilke olarak kabul etmeliydi.

10. [Yalnızca Yargıç Silvis:] Son olarak, bir ihlal bulma aleyhinde oy kullanmış olarak, bir ihlal bulmanın başvuranı yeterli şekilde tazmin edeceğine katılmadım. Aslını söylemek gerekirse, bu durum yalnızca bir istek meselesi ve tabi ki, başvurana herhangi bir maddi tazminat verilmemesi kararına katılıyorum.