MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ULUSLARARASI HUKUK ÇERÇEVESİNDE ERMENİ MESELESİNE İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ULUSLARARASI HUKUK ÇERÇEVESİNDE ERMENİ MESELESİNE İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

MARMARA ÜNİVERSİTESİ

MARMARA ÜNİVERSİTESİ

2019

Marmara Üniversitesi Yayınları: No. 869

ULUSLARARASI HUKUK ÇERÇEVESİNDE ERMENİ MESELESİNE İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

Yer : Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Prof. Dr. Aslan Gündüz Salonu
Tarih 3 Nisan 2018

Sempozyum Bilim Kurulu

Prof. Dr. Ayşe Nur Tütüncü (İstanbul Üniversitesi)

Prof. Dr. A. Emre Öktem (Galatasaray Üniversitesi)

Prof. Dr. Selami Kuran (Marmara Üniversitesi)

Doç. Dr. Galip Engin Şimşek (İstanbul Üniversitesi)

Sempozyum Düzenleme Kurulu

Prof. Dr. Selami Kuran

Doç. Dr. Meltem Sarıbeyoğlu-Skalar

Her hakkı saklıdır © Marmara Üniversitesi Yayınevi, 2019

E-ISBN: 978-975-400-427-4
Aralık, 2019

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Göztepe Kampüsü, Kadıköy 34722 İstanbul
Tel: +90 216 777 14 00
Fax: +90 216 777 14 01
E-Posta: yayinevi@marmara.edu.tr

KONFERANS PROGRAMI

Açılış

- Prof. Dr. Serap HELVACI
  Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

1. OTURUM

Oturum Başkanı

- Prof. Dr. Selami KURAN
  Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi /
  Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Başkanı

Konuşmacılar

Uluslararası Sorumluluğa Halefiyet Teorileri Işığında Ermeni Meselesi

- Doç. Dr. Ceren Zeynep PİRİM
  Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
  Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Uluslararası Adalet Divanı ve Uluslararası *Ad Hoc* Ceza Mahkemeleri Kararlarında Soykırım Suçu

- Dr. Verda Neslihan AKÜN
  İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
  Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Soykırım Konusuna İlişkin Kararları

- Doç. Dr. Meltem SARIBEYOĞLU - SKALAR
  Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
  Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

İÇİNDEKİLER

I. OTURUM 6

ULUSLARARASI SORUMLULUĞA HALEFİYET TEORİLERİ IŞIĞINDA ERMENİ MESELESİ 8

Giriş 8

I. Devletlerin Uluslararası Sorumluluğa Halefiyeti Meselesine Klasik Yaklaşım: Adem-i Halefiyet Teorisi 9

II. Devletlerin Uluslararası Sorumluluğa Halefiyeti Meselesine Modern Yaklaşım: Hukuk Genel İlkeleri Üzerine Kurulu Halefiyet Teorisi 12

III. Adem-i Halefiyet Teorisinin ve Modern Halefiyet Yaklaşımının Genel Değerlendirmesi 14

IV. Uluslararası Sorumluluğa Halefiyet Teorileri ve Ermeni Meselesi 16

ULUSLARARASI ADALET DİVANI VE ULUSLARARASI *AD HOC* CEZA MAHKEMELERİ KARARLARINDA SOYKIRIM SUÇU 19

I. 1948 tarihli Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme ile Uluslararası Ad Hoc Ceza Mahkemeleri Kararları Işığında Soykırım Suçu 20

a. Tanım ve Korunan Gruplar 20

b. Suçun Maddi Unsuru *(Actus Reus)* 21

c. Suçun Manevi Unsuru *(Mens Rea)* 22

II. Uluslararası Adalet Divanı Kararları Işığında Devletlerin Soykırım Suçundan Dolayı Hukuki Sorumluluğu 23

a. Hukuka Aykırı Eylemin Varlığı 23

b. Hukuka Aykırı Eylemin Devlete İsnad Edilmesi 26

III. Değerlendirme 29

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN SOYKIRIM KONUSUNA İLİŞKİN KARARLARI 31

GİRİŞ 31

I. Perinçek Kararı 31

A. Olay ve Yargılama Süreci 31

B. Büyük Daire Kararı 33

1. Sözleşmenin 7'nci, 16'ncı ve 17'nci Maddelerine İlişkin Değerlendirmeler. 34
2. Sözleşmenin 10'uncu maddesine ilişkin değerlendirme 35
3. Sözleşme'nin 10'uncu Maddesinin 2'nci Fıkrası Altında Müdahalenin Değerlendirilmesi 36
a. Müdahalenin Hukukiliği 36
b. Meşru Amaç 37
c. Müdahalenin demokratik bir toplumda gerekliliği 38
(a) Başvurucunun beyanlarının niteliğinin değerlendirilmesi 40
(b) Müdahalenin çerçevesi 42
(i) Coğrafi ve tarihsel faktörler 42
(ii) Zaman faktörü 43
(c) Başvurucunun beyanlarının Ermeni topluluğu mensuplarının haklarını etkileme derecesi 43
(d) Sözleşme'ye Taraf Devletler arasında görüş birliğinin bulunmaması 43
(e) Müdahalenin İsviçre'nin uluslararası hukuktan kaynaklanan bir yükümlülüğünden kaynaklanıp kaynaklanmadığı değerlendirmesi 44
(f) Başvurucunun mahkumiyetini haklı kılmak için İsviçre Mahkemelerince uygulanan yöntem 45
(g) Müdahalenin ağırlığı 46
(h) Başvurucunun ifade özgürlüğü hakkının Ermenilerin özel yaşama saygı hakkıyla dengelenmesi 46
C. Davanın Sonucu 47
II. AİHM'nin Konuyla İlgili Diğer Kararlarının İncelenmesi 47

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

I. OTURUM

Prof. Dr. Selami KURAN*

Değerli Katılımcılar ve Sevgili Öğrencilerimiz,

Uzun yıllardır, kimi zaman çeşitli ülkelerde, çoğunlukla siyasi bir tartışma gündemi olarak önemini muhafaza eden Ermeni iddiaları, ülkemizde de birçok üniversitede ve özellikle hukuk fakültelerinde, bilgilendirici konferans ve panellerde ele alınmıştır.

Bugün Fakültemizde gerçekleştirilecek olan konferans da, Türk dış politikası açısından büyük bir öneme sahip olan bu konuyu, güncelliğini koruyan "devam eden devlet" tartışması ve birçok uluslararası mahkeme kararı ışığında değerlendirmeyi amaçlamaktadır. Doktrinde birçok yazar Türkiye'nin yeni bir devlet olduğu ve 1915 olaylarından her halükarda sorumlu olmadığı yönünde bir görüş benimsemiştir. Ancak son yıllarda uluslararası yargı kararlarıyla ortaya çıkan tablo bu görüşü fazlaca desteklememektedir. Eğer Türkiye'nin Osmanlı Devleti'nin halefi olduğu kabul edilirse, sorumluluğun intikaline ilişkin meselelerin Türkiye'nin ulusal çıkarlarına ve uluslararası hukuka uygun şekilde nasıl savunulacağı bu konferansta ele alınacaktır. Bu bağlamda, Ermeni meselesinin uluslararası sorumluluğa halefiyet açısından incelenmesi, son yıllarda sıkça gündeme gelen Türkiye Cumhuriyeti'nin Osmanlı Devleti'nin devam eden devleti olup olmadığını da uluslararası hukuk açısından inceleyecek güncel ve önemli bir tartışmadır.

Diğer yandan, Uluslararası Adalet Divanı, ve Uluslararası Ceza Mahkemelerinin soykırım konusuna ilişkin kararları yönünden yapılacak konuşmalardan özellikle öğrencilerimizin büyük fayda sağlayacağını düşünüyorum. Türkiye'nin Ermenistan ile anlaşıp Uluslararası Adalet Divanı'na gitmesi fikri son yıllarda sıkça dile getirilmiştir. Böyle bir yol izlenmesi için uyuşmazlığın kapsamını tespit

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Başkanı / Oturum Başkanı

eden bir tahkimnâme yapılması gerekir. Böylece 1948 Soykırımın Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesinin gerçekte tarih olarak kapsamadığı ve tanım olarak hedef almadığı olaylara, 1915 olaylarına uygulanması mümkün kılınabilir ki bu son derece tehlikeli bir durumdur.

Son olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Büyük Daire olarak verdiği Perinçek Kararında, 1915 olaylarının adeta soykırım suçunu oluşturan olaylarmış gibi yansıtılmasına ve serbest bir tartışma ve tarihsel inceleme olanağını ortadan kaldırmasına neden olan iç hukuk düzenlemelerinin ifade özgürlüğünü ihlal ettiğine karar verilmiştir. Daha önceki Fransız Anayasa Konseyi'nin de bu yöndeki kararını teyid eden bu karar çok isabetli olmuştur.

Böylece bugün bu konferansta, uluslararası ve bölgesel mahkeme kararlarında; uluslararası sorumluluğun oluşması, ifade özgürlüğü, demokratik bir toplumda sınırlanabilen hürriyetler ve bu sınırların tespiti gibi çok önemli konular açıklığa kavuşturulmaktadır.

Bugün bu konferansa sunumlarıyla katkı sağlayacak konuşmacılara teşekkür etmek isterim. Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi Dr. Ceren Zeynep Pirim'e; İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi Dr. Verda Neslihan Akün'e ve Fakültemizin öğretim üyesi Doç.Dr. Meltem Sarıbeyoğlu Skalar'a katılımlarından ötürü teşekkür ederim. Zira, tüm konuşmacıların, güncel tartışmaları ve yargısal kararları inceleyerek, özellikle uluslararası sorumluluk, halefiyet ve ifade hürriyeti gibi kavramlar çerçevesinde, akademik tartışma ortamına sağladıkları katkının son derece bilgilendirici olacağını düşünmekteyim. Verimli ve faydalı bir konferans olmasını dilerim.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ULUSLARARASI SORUMLULUĞA HALEFİYET TEORİLERİ IŞIĞINDA ERMENİ MESELESİ*

Doç. Dr. Ceren Zeynep PİRİM**

Giriş

Halefiyet hukuku, bir ülke üzerindeki egemenliğin bir devletten bir başka devlete intikali sonrasında, ülke üzerinde kurulmuş olan hukukî ilişkilerin akıbetinin ne olacağı sorusuna cevap vermeye çalışan kurallar bütünüdür.

Halefiyet, devletler hukukunun en az gelişmiş ve en bulanık alanlarından biridir. Halefiyet vak'alarının çok sık aralıklarla yaşanmıyor olması ve her vak'anın kendine has özelliklerinin bulunması bu alanda teamül hukukunun gelişimini önlemiş ve devletlerin geniş katılımının olduğu uluslararası andlaşmaların akdedilmesine engel olmuştur.

Bu tespit, halefiyet hukukuna dair genel bir tespittir ve devletlerin halef olabileceği birbirinden farklı pek çok unsur için geçerlidir. Şöyle ki; halefiyet hukuku, halef devletin selef devletin taraf olduğu uluslararası andlaşmalar ile bağlı olup olmayacağı, üye olduğu uluslararası örgütlerin üyesi sayılıp sayılmayacağı, mallarını ve borçlarını üstlenip üstlenmeyeceği veya işlemiş olduğu haksız fiiller nedeni ile sorumlu tutulup tutulmayacağı gibi sorulara yanıt vermeye çalışmakta ve halefiyet hukukunun alt dallarını oluşturan bu alanların hiçbirinde genelgeçer kuralların varlığından söz edilememektedir.

Bununla birlikte, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun öncülüğünde 1978 ve 1983 yıllarında iki uluslararası andlaşma akdedilmiş, hukukî etkinlikleri yetersiz olmakla birlikte 1978 Sözleşmesi ile devletlerin uluslararası andlaşmalara halefiyeti, 1983

---

* Söz konusu tebliğ, konuşmacının *Devletlerin Uluslararası Sorumluluğa Halefiyeti* başlıklı kitabından yararlanılarak ve alıntılar yapılarak hazırlanmıştır. Bkz. PİRİM, Ceren Zeynep, *Devletlerin Uluslararası Sorumluluğa Halefiyeti*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2016, ss. 1-8, ss. 17-20, ss. 82-103, ss. 170-191, ss. 277-285.

** Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Sözleşmesi ile ise devletlerin devlet mallarına, arşivlerine ve borçlarına halefiyeti düzenlenebilmiştir[1].

Halef devletin, selef devletin uluslararası haksız fiillerinden kaynaklanan hak ve borçlara halef olup olmayacağı meselesi ise üzerinde uzlaşmaya varılmış bir konu olmadığı gibi bugüne kadar evrensel bir uluslararası andlaşmaya veya Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun herhangi bir çalışmasına da konu olabilmiş değildir[2]. Uluslararası sorumluluğa halefiyet alanında devlet uygulamaları da ziyâdesiyle tutarsız ve çelişkilidir.

Devletlerin uluslararası sorumluluğa halefiyeti alanındaki kuralların devlet uygulamaları ışığında saptanamaması teoriye ayrı bir önem kazandırmaktadır. Zira uluslararası sorumluluğa halefiyet alanında hangi normların geçerli olduğunun açık olmaması, hangi normların geçerli olması gerektiği sorusunu beraberinde getirmektedir. Buradan hareketle, konuşmamda, devletlerin, seleflerinin uluslararası haksız fiillerinden doğan yükümlülüklere halef olup olmayacakları sorusuna doktrinin ne şekilde cevap verdiğini anlatmaya ve bu cevapların Ermeni meselesi üzerinde ne gibi etkileri olabileceğini değerlendirmeye çalışacağım.

I. Devletlerin Uluslararası Sorumluluğa Halefiyeti Meselesine Klasik Yaklaşım: Adem-i Halefiyet Teorisi

Bir devletin, selefinin uluslararası sorumluluğuna halef olup olmayacağı sorusuna devletler hukukunun ilk dönemlerinde ya "küllî halefiyet" ya da "*tabula rasa*" şeklinde cevap verilmiş ve uluslararası sorumluluğa halefiyet birbirine zıt bu iki bakış açısı altında değerlendirilmiştir.

Roma Hukuku kökenli küllî halefiyet, bir devletin bir başka devletin uluslararası hukuk kişiliğini olduğu gibi içine almasını ve böylece hak ve yükümlülüklerinin yegâne temsilcisi haline gelmesini ifade etmektedir. Bu anlayış uyarınca mirasçı miras yolu ile miras bırakanın tüm malvarlığını iktisap etmektedir. Böylece halef, selefinin mallarını ve söz konusu mallar üzerindeki hak, borç ve yükümlülüklerini üstlenmektedir.

Roma miras hukukunun bu anlayışı Grotius tarafından devletler hukukuna aktarılmış, Gentili, Pufendorf, Vattel, Wheaton, Kent, Phillimore, Hall ve Oppenheim

1 1978 Sözleşmesi'nin yirmi iki tarafı vardır. Yedi devlet tarafından onaylanan 1983 Sözleşmesi ise henüz yürürlükte değildir.

2 1967 yılında halefiyet meselesini "uluslararası andlaşmalara", "uluslararası andlaşma kaynaklı olmayan hak ve yükümlülüklere" ve "uluslararası örgüt üyeliklerine" halefiyet olmak üzere üç başlıkta inceleme kararı alan Uluslararası Hukuk Komisyonu, uluslararası sorumluluğa halefiyet konusunu 2017 yılında tartışmaya başlamıştır.

tarafından da benimsenmiş ve halef devletin, selefinin bütün hukuk düzenine halef olacağı ilkesi 19. yüzyılın sonlarına kadar uluslararası hukuk doktrinindeki hâkim görüş olmuştur[3].

Bununla birlikte, küllî halefiyet tezinin teorik bir önermeden öteye geçemediği ve devlet uygulamaları ile desteklenmediği görülmüştür. Buradan hareketle geliştirilen *tabula rasa* yani adem-i halefiyet doktrini halef devletlerin, rızaları hilâfına, seleflerinin hak ve yükümlülüklerine halef olmayacaklarını savunacak ve küllî halefiyet tezinin tüm önermelerini reddedecektir. Adem-i halefiyet teorisine göre halef devletin, halefiyet anından önce selef devlet tarafından işlenen uluslararası haksız fiiller nedeni ile ortaya çıkan zararları giderme ve onarım yükümlülüğü bulunmamaktadır.

Bu doktrininin çıkış noktası uluslararası hukukun devlet iradesi üzerine kurulu yapısıdır: "halef ve selef devletler aynı uluslararası hukuk kişiliğine sahip değildir ve aralarında hiçbir hukukî bağdan söz edilebilmesi mümkün değildir. Halefiyet bir kırılma, hatta küllî bir kopuştur ve dolayısıyla egemenin, selefinin haksız fiilleri nedeni ile sorumlu tutulması kabul edilemeyecektir". Daniel Patrick O'Connell'ın ifadesi ile "*selef devletin ortadan kalkması ile birlikte alacaklılar, borçluyu kaybetmiştir*"[4]. Dolayısıyla selef ve halef devlet arasındaki hak ve yükümlülük devamlılığı yalnızca halef devletin rızasına bağlıdır[5].

Adem-i halefiyet teorisinin bir diğer gerekçesi uluslararası haksız fiillerin kişisel niteliğidir. Şöyle ki; bir devletin uluslararası sorumluluğunun doğmasının temel koşullarından biri, uluslararası hukuka aykırı fiilin söz konusu devlete atfedilebilir olmasıdır[6]. Bir fiilin devlete atfedilebilmesi için ise fiilin devletin yasama, yürütme

3 Grotius'a göre, selef devletin bütün hak ve yükümlülükleri, hukukî ilişkileri, taraf olduğu uluslararası andlaşmalar kendiliğinden halef devlete geçecektir çünkü halefiyet sürecinde yaşanan değişikliklere rağmen devletin hukuk kişiliği devam etmektedir. Grotius felsefesinde devlet değişmezdir, süreklidir ve ölümsüzdür; devletin unsurlarında meydana gelen değişiklikler, örneğin hükümet değişiklikleri, isyanlar ve hatta ülkenin bir parçasının ayrılması devletin kişiliğini etkilememektedir. LOVE, Lucinda, "International Agreement Obligations After the Soviet Union's Break Up: Current United States Practice and Its Consistency with International Law", *Vand. J. Transnat'l L.*, 1993, Vol. 26, ss. 373-415, s. 376.

4 O'CONNELL, Daniel Patrick, *State Succession in Municipal Law and International Law*, Vol. I, Cambridge, Cambridge University Press, 1967, s. 15.

5 Özellikle Kıt'a Avrupası teorisyenleri (Jean-Philippe Monnier, Louis Cavaré, Gilbert Gidel, Franz von Liszt, Waltger Schoenborn) adem-i halefiyet ilkesini uluslararası hukukun devlet iradesi üzerine kurulu yapısı ile temellendirmekte ve halef devletin, selef devletin hak ve yükümlülüklerini ancak ve ancak kendi rızası ile üstlenebileceğini savunmaktadır. Bkz. PİRİM, s. 85.

6 Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun 2001 tarihli Devletlerin Uluslararası Haksız Fiillerinden Kaynaklanan Sorumluluğunu Düzenleyen Maddeler Metni'nin 2. maddesine göre; "*bir eylem veya eylemsizliğin uluslararası haksız fiil telâkki edilebilmesi için, söz konusu eylem veya eylemsizliğin*

veya yargı organları tarafından veya kamu gücünün ayrıcalıklarını kullanan bir birey veya birim tarafından veya devletin kontrolü veya idaresi altında gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir. Bu haller dışında, bir devletin, bir uluslararası haksız fiil nedeni ile sorumluluğuna gidilebilmesinin tek koşulu, devletin sorumluluğa rıza göstermesidir.

Halbuki bir halefiyet vak'ası yaşandığında, devletin uluslararası sorumluluğunun doğabilmesi için gerekli olan koşullardan "atfedilebilirlik" koşulu gerçekleşmemektedir. Uluslararası haksız fiil, halef devletin organları tarafından gerçekleştirilmediği gibi, söz konusu devletin kontrolü veya idaresi altında işlenmiş de değildir.

Bu görüşü savunan düşünürlere göre[7] uluslararası haksız fiil kaynaklı yükümlülükler, haksız fiili işleyen hukuk kişisinin kişiliğine o kadar bağlıdır ki, bir başka hukuk kişisine intikal etmeleri mümkün değildir. Zira halef ve selef devletler arasında bir sosyal devamlılık bulunsa da ve bu devamlılık bazı uluslararası andlaşmaların selef devletten halef devlete intikalini mümkün kılsa da sona eren bir hukukî yapının kişisel nitelikteki yükümlülüklerinin halef devlete yüklenmesi âdil değildir.

Adem-i halefiyet doktrininin bugüne kadar, ABD ve İngiltere'yi karşı karşıya getiren uyuşmazlıklar vesilesi ile verilen iki farklı uluslararası tahkim kararında açıkça benimsendiği görülmektedir: 1923 tarihli *Robert E. Brown*[8] ve 1925 tarihli *Hawaiian Claims*[9] kararları ilkenin uluslararası hukukta yerleşik kural olduğunu ve uluslararası haksız fiillerden kaynaklanan hak ve yükümlülüklerin selef devletten halef devlete intikal etmeyeceğini ifade etmektedir.

Doktrinde ağırlıklı görüşü teşkil eden adem-i halefiyet teorisi kanaatimizce de uluslararası hukukun temel nitelikleri ile uyumludur ve teknik hukuk bakımından çürütülmesi zor, sağlam gerekçeler üzerine kuruludur.

uluslararası hukuk uyarınca bir devlete atfedilebilir olması ve devletin uluslararası bir yükümlülüğünün ihlâlini teşkil etmesi gerekmektedir".

7 Max Huber, Arrigo Cavaglieri, Manlio Udina, Krystyna Marek, Charles Rousseau, Charles de Visscher, Louis Delbez, Pierre-Marie Dupuy, Cecil Hurst. Söz konusu düşünürlerinin görüşlerinin ayrıntılı bir incelemesi için bkz. PİRİM, ss. 86-93.

8 *R. E. Brown (United States) v. Great Britain, RIAA*, 23 November 1923, Vol. VI, ss. 120-131.

9 *F. H. Redward and Others (Great Britain) v. United States (Hawaiian Claims), RIAA*, 10 November 1925, Vol. VI, ss. 157-158.

II. Devletlerin Uluslararası Sorumluluğa Halefiyeti Meselesine Modern Yaklaşım: Hukuk Genel İlkeleri Üzerine Kurulu Halefiyet Teorisi

Sömürgeciliğin tasfiyesi sürecinin başlaması ile adem-i halefiyet ilkesinin baskın konumu sarsılacaktır. Şöyle ki; Batılı devletler, eski sömürge ülkelerinden tamamen kopmamak amacı ile küllî halefiyet tezini yeniden gündeme getirecekler ve her ne kadar 20. yüzyıl uluslararası hukuk doktrini küllî halefiyet tezine dönüş fikrini kabul etmese de, adem-i halefiyet teorisini eleştirmeye başlayacaktır.

İşte, uluslararası halefiyet hukukunda önemli bir kırılma teşkil eden bu dönemin sonunda "hukuk genel ilkeleri üzerine kurulu bir halefiyet ilkesi"nin benimsenmesini öneren yeni bir ekol ortaya çıkacaktır. Hem küllî halefiyet doktrinini hem de adem-i halefiyet ilkesini reddeden bu üçüncü ekole göre selef devletin uluslararası sorumluluğundan kaynaklanan hak ve yükümlülüklerin halef devlete intikal edip etmeyeceği sorusunun kesin bir yanıtı yoktur ve soruya halefiyet türleri arasındaki farklılıkları, hukuk genel ilkelerini ve devlet uygulamalarını temel alan bir bakış açısı ile yanıt verilmesi gerekmektedir[10]. Dolayısıyla, devletlerin uluslararası sorumluluğa bazı koşullarda halef olabilecekleri savunulmaya başlanmıştır.

Bu görüşün iç hukuk ilkeleri ile temellendirildiği ve özellikle iki kavrama atıfta bulunulduğu görülmektedir: "kazanılmış haklar" ve "sebepsiz zenginleşme".

Kaynağını iç hukuklarda bulan kazanılmış hak kavramı, uluslararası halefiyet hukukunda "bir yabancının selef devlet nezdinde kazanmış olduğu hakların, halefiyet anından sonra halef devlete karşı ileri sürebilmesini" ifade etmektedir[11]. Modern ekole göre kazanılmış hak kavramı bir "hukuk genel ilkesi", dolayısıyla halefiyet hukuku alanında da uygulanabilecek bir uluslararası hukuk kaynağıdır[12].

---

10 Bu yaklaşım geleneksel adem-i halefiyet ilkesinin devletlerin uluslararası sorumluluğa halefiyeti meselesinin karmaşık yapısına uygun olmadığını düşünen R. Muralt, Ernst Hermann Feilchenfeld, Charles Cheney Hyde, Patrick O'Connell, Erik Castrén, Jan Hendrik Verzijl, Hans Kelsen ve Michael Volkovitsch gibi düşünürler tarafından desteklenecek, Brigitte Stern, Patrick Dumberry ve Matthew Craven söz konusu ekolün 2000'li yıllardaki temsilcileri olacaklardır.

11 Örneğin Francis Sayre, Arrigo Cavaglieri, Alexander Makarov, Paul Guggenheim, F. V. Garcia-Amador, Louis Sohn, R. Baxter, Daniel Patrick O'Connell ve Michael John Volkovitsch, ülke üzerindeki egemenlik değişiminin bireylerin haklarını sona erdirmeyeceğini ifade etmekte ve bu hakların halefiyet anından sonra halef devletin hukuk düzeni altında var olmaya devam edeceğini belirtmektedir. Bkz. PİRİM, s. 178.

12 Uluslararası Daimî Adalet Divanı'nın da kazanılmış hak kavramına atıf yaptığı görülmektedir. Divan 1923 tarihli *Colons allemands en Pologne* danışma görüşünde "*uluslararası hukukta halefiyet ilkesini reddedenlerin dahi, devletin mal sahiplerine tanıdığı haklar da dâhil, vatandaşların özel haklarının halef devlete karşı ileri sürülemeyeceğini savunacak kadar ileri gitmediğini*" ifade etmiştir. (Avis consultatif du 10 septembre 1923, Série B, nº: 6, s. 36). Divan'ın 1926 tarihli *Certains intérets allemands en Haute-Silésie polonaise* kararında da benzer şekilde, "*kazanılmış haklara saygının uluslararası hukukun bir parçası olduğu*" belirtilmiştir. (Série A, nº: 7, s. 22 ve s. 33).

Uluslararası sorumluluğun sebepsiz zenginleşme temelinde halef devlete intikal edeceği savına gelince; sebepsiz zenginleşme, haklı bir sebep olmaksızın bir başkasının malvarlığından veya emeğinden zenginleşmeyi ifade etmekte ve zenginleşmenin iade edilmesi yükümlülüğünü doğurmaktadır. Ve sebepsiz zenginleşme ilkesini kabul eden hukuk düzenleri, zenginleşmenin iadesi yükümlülüğünün doğabilmesi için bazı şartlar öngörmektedir. Bu çerçevede genellikle, davalı zenginleşmiş olmalıdır; aynı eylem bir tarafın zenginleşmesine, diğer tarafın fakirleşmesine neden olmalıdır; zenginleşme haksız olmalıdır; zarara uğrayan davacı, zararının giderilmesini sağlayacak hiçbir sözleşmesel hakka sahip olmamalıdır.

İşte modern ekole göre günümüzde pek çok devletin iç hukuk sisteminde aşağı yukarı bu şekilde benimsenen sebepsiz zenginleşme Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38.maddesi bağlamında bir hukuk genel ilkesi teşkil etmektedir[13].

Modern ekol, gerçekleştirdiği uluslararası haksız fiil aracılığı ile kazanç sağlayan devletin halefiyet sürecinden geçmesi durumunda, selefinin söz konusu kazancını üstlenen halef devletin uluslararası haksız fiilden doğan yükümlülükleri üstlenmemesinin sebepsiz zenginleşme telâkki edilebileceği kanaatindedir. Örneğin Patrick Dumberry'e göre, selef devlet halefiyet anından önce gerçekleştirdiği bir uluslararası haksız fiil nedeni ile sebepsiz zenginleşmiş ise, halef devlet mağdurun zararını gidermekle yükümlüdür. Yazara göre sebepsiz zenginleşme ilkesi bu alandan dışlanmamalı ancak muğlâk ve belirsiz niteliğinden hareketle devletlerin sebepsiz zenginleşip zenginleşmediklerine her somut olayın koşulları dikkate alınarak karar verilmelidir[14].

Modern yaklaşım, uluslararası sorumluluğa halef olunup olunmayacağının tespitinde son olarak, "halefiyet vak'asının temelinde bulunan koşulların" ve özellikle "vak'anın türünün" göz önünde bulundurulması gerektiğini savunmaktadır. Buna göre örneğin dağılma veya birleşme vak'alarında tercih edilecek olan çözüm muhtemelen bir ayrılma vak'asına uygun olmayacaktır.

13 Bu yazarlar, sebepsiz zenginleşme ilkesinin bir hukuk genel ilkesi olduğu yönündeki savlarını özellikle bazı uluslararası tahkim kararları ile temellendirmektedir. Örneğin 1929 *Emeric Koranyi* ve 1956 *Osmanlı İmparatorluğu Deniz Fenerleri İmtiyazları* kararları, devletlerin uluslararası sorumluluğa halefiyetine ilişkin olmamakla ve taraflar arasındaki uyuşmazlıkları doğrudan sebepsiz zenginleşme ilkesini uygulayarak çözmemekle birlikte sebepsiz zenginleşme kavramına atıfta bulunmaktadır. Benzer şekilde İran-Birleşik Devletler Talepler Komisyonu, bazı kararlarında sebepsiz zenginleşme ilkesi temelinde tazminata hükmetmiştir. Bkz. PİRİM, ss. 183-184.

14 DUMBERRY, Patrick, *State Succession to International Responsibility*, Leiden / Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, s. 263.

III. Adem-i Halefiyet Teorisinin ve Modern Halefiyet Yaklaşımının Genel Değerlendirmesi

Günümüz uluslararası hukukçularını ikiye bölen adem-i halefiyet ve hukuk genel ilkeleri üzerine kurulu halefiyet yaklaşımlarının, egemen devletin merkezde bulunduğu klasik ve pozitivist bir uluslararası hukuk anlayışı ile bireyi merkeze koyan ve doğal hukukun izlerini taşıyan bir uluslararası hukuk anlayışını karşı karşıya getirdiği görülmektedir.

Şöyle ki; atıf yaptığı kavramlar ve ortaya koyduğu mantık, modern ekolün doğal hukuk anlayışı çerçevesinde adalet ve hakkaniyete ulaşmayı amaçladığını göstermektedir. Nitekim, bu ekole mensup yazarlar, kendisine karşı uluslararası haksız fiil işlenen hukuk kişisinin "masumiyetinin" korunması gerektiğinden yola çıkmaktadır. Bu çerçevede, modern yaklaşım, uluslararası haksız fiilden zarar gören her mağdurun mağdûriyetinin giderilmesinin, devletlerin yalnızca gerçekten kendilerinin işledikleri haksız fiillerden sorumlu tutulmalarından daha önemli olduğunu kabul etmektedir. Ancak kanaatimiz bu yaklaşımın çıkış noktasının, yürüttüğü hukukî muhakemenin ve vardığı sonucun baştan aşağı hatalı olduğu yönündedir.

Herşeyden önce uluslararası haksız fiillerin mağdurlarının zararlarının giderilmesi halefiyet hukukunun çıkış noktası değil, varış noktasıdır. Halefiyet hukukunun amacı mağdurların tazmini veya devletin haklarının korunması değil, belli bir ülke üzerinde egemenlik yetkisinin el değiştirmesi durumunda söz konusu ülke üzerinde uluslararası hukuktan doğan hak ve yükümlülükleri ileri sürebilme kabiliyetinin kime ait olduğunu düzenlemektir.

Bunun yanı sıra, modern yaklaşımın pozitif uluslararası hukuk temelinde bir halefiyet teorisi geliştiremediği, uluslararası sorumluluğa halefiyet alanında genel bir kural kabul edilmemesi ve farklı halefiyet türleri için farklı ilkeler benimsenmesi teorisini savunduğu görülmektedir. Oysa, aynı tür halefiyet vak'alarında dahi devlet uygulamalarının tutarsız ve çelişkili olduğu görülmektedir[15].

Ardından, kanaatimizce ne kazanılmış haklar teorisi ne de sebepsiz zenginleşme kavramı devletlerin uluslararası sorumluluğa halefiyetinin hukukî temelini teşkil edebilir niteliktedir[16].

---

15 Bkz. PİRİM, ss. 103-145 ve ss. 210-246.

16 Kazanılmış hak kavramının hukuk genel ilkesi niteliği tartışmalıdır ve Friedman, Kaeckenkeeck, Sereni, Strupp gibi yazarlar, "muğlâk ve tanımlanamaz" olarak nitelendirdikleri bu kavramın uluslararası hukukta reddedilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bunun yanı sıra, kazanılmış haklar doktrini söz konusu hakların kime karşı ileri sürülebileceği sorusuna yanıt vermemektedir. Şöyle

IV. Uluslararası Sorumluluğa Halefiyet Teorileri ve Ermeni Meselesi

Kanaatimiz, bazen hukukî, bazen ahlâkî gerekçeleri temel alan modern doktrinin

ki; kazanılmış hak, "ortaya çıkması anında hukuka uygun olarak tamamlanmış, böylece kişiye özgü, lehte sonuçlar doğurmuş, sonradan hukuk kurallarındaki değişiklik veya işlemin geri alınması gibi nedenlere rağmen, hukuk düzeni tarafından koruma altında kalan hak" olarak tanımlanmaktadır. Başka bir ifade ile, kazanılmış hak kişisel alacak niteliğine dönüşmüş haktır. Oysa modern yaklaşım, alacağın sadece borçluya karşı ileri sürülebileceği gerçeğini yadsımakta ve selef devletin kazanılmış hakkının yani kişisel bir nitelik arz eden alacağının, selef devletten bağımsız bir hukuk kişiliği olan halef devlete karşı da ileri sürülebileceği yönünde hukuken sakat bir muhakeme yürütmektedir. Kaldı ki; bireylerin kazanılmış haklarının selef devlet nezdinde doğurduğu yükümlülükler iç hukuk yükümlülükleridir ve selef devlete ait "iç hukuk yükümlülüklerinin" halef devlete "uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülükler" olarak intikal edebilmeleri mümkün değildir. Daha açık bir ifade ile, selef devletin iç hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerinin halef devleti uluslararası hukuk çatısı altında bağlayabilmeleri mümkün değildir. Ayrıca, uluslararası haksız fiillerden doğan onarım yükümlülüklerinin maddî karşılıklarının önceden belli olmamasının, bu tür yükümlülüklerin varlığı halinde kazanılmış hak kavramının ileri sürülebilmesini engelleyeceği ifade edilmektedir.

Sebepsiz zenginleşme kavramı üzerine kurulu bir halefiyet iddiası da kanaatimizce teknik hukuk bakımından tatminkâr değildir. Kavramın genel mantığından yola çıkıldığında uluslararası hukukta sebepsiz zenginleşmeden söz edebilmek için üç şartın bir arada bulunması gerektiği görülmektedir: devletin zenginleşmesi, bu zenginleşmenin haksız olması ve zenginleşmenin bir başka devletin "fakirleşmesinin" sebebi olması. Oysa halef devletin halefiyet sürecinden belli kazanımlar ile çıktığı ve selefinin uluslararası haksız fiili nedeni ile zenginleştiği kabul edilse bile, söz konusu zenginleşmenin "haksız" olduğunun kabulü tartışmalıdır. Zira bir zenginleşme ancak bir başka hukuk kişisi aleyhine meşru ve âdil olmayan bir malvarlığı iktisabı halinde "sebepsiz" telâkki edilebilir. Oysa halefiyet vak'alarında birtakım hakların ve malların halef devlete intikali ülke üzerindeki egemenlik değişiminin sonucudur. Sebepsiz zenginleşen halef devlet değil, selef devlettir.

Ardından, modern doktrin, sebepsiz zenginleşmenin halefiyet hukukunda uygulanabilirliğinin içtihat ve devlet uygulamaları ile desteklendiğini ileri sürmektedir. Gerçekten de bazı yargı kararları ve devlet uygulamaları selef devletin uluslararası haksız fiillerinden doğan onarım yükümlülüklerinin halef devlete intikali şeklinde tezahür etmiştir. Ancak, sebepsiz zenginleşme kavramına atıfta bulunan uluslararası yargı kararlarının varlığına rağmen, kavramın uluslararası hukukta uygulanamayacağını ifade eden kararlar da mevcuttur. Örneğin *Dickson Car Wheel Company* kararı sebepsiz zenginleşme teorisinin uygulanmasının iç hukuklarda ciddi zorluklar yarattığını ve pek çok devlet tarafından kabul edilmiş olmasına rağmen sınırlarının belli olmadığını ifade etmektedir. Karara göre sebepsiz zenginleşme ilkesi henüz uluslararası hukuka aktarılmış değildir (*Dickson Car Wheel Company (USA) v. United Mexican States, U.S.-Mexico General Claims Commission*, *RIAA*, July 1931, Vol. IV, ss. 669-691). Bunun yanı sıra, sebepsiz zenginleşme kavramının uluslararası hukuktaki varlığını desteklediği öne sürülen bazı kararların yerindeliği de tartışmalıdır. Örneğin *Lena Goldfields* kararına konu olan uyuşmazlık taraflar arasında var olan bir sözleşmeden kaynaklanıyor olmasına rağmen tahkim heyeti tarafından sözleşmeye aykırılık bağlamında değil, sebepsiz zenginleşme ilkesi ışığında ele alınmıştır (*The Lena Goldfields Ltd. v. USSR*, in NUSSBAUM, Arthur, "The Arbitration the Lena Goldfields, Ltd. and the Soviet Government", *The Cornell Law Quarterly*, 1950-1951, Vol. 36, ss. 31-53). Bu nedenle bu ve bunun gibi kararların uluslararası hukukta sebepsiz zenginleşme ilkesinin varlığını kanıtladığı yönündeki görüşlere temkinli yaklaşmakta fayda vardır.

Son olarak, sebepsiz zenginleşme müessesesinin mantığı ve varlık sebebi ile halefiyet hukukunun mantığı birbirinden ziyâdesiyle farklıdır. İran-Birleşik Devletler Talepler Komisyonu'na göre sebepsiz zenginleşme durumunda başvurulacak yol taraflar arasında kabul edilebilir bir ekonomik denge oluşturulmasıdır. Oysa, halefiyet hukukunun amacı bu değildir.

hukuk güvenliği açısından ciddi sıkıntılar arz ettiği ve klasik adem-i halefiyet teorisine alternatif bir teori ortaya koyamadığı yönündedir. Bununla birlikte, modern ekolün teorisindeki zayıflık ve sakatlıklar, bu doktrinin günümüzde adem-i halefiyet teorisinin yerini almaya başladığı gerçeğine halel getirmemektedir. Bugün çok sayıda uluslararası hukukçu, devletlerin, seleflerinin uluslararası sorumluluğuna halef olabileceği kanaatindedir.

Peki, bu iki teori, Ermeni meselesine ilişkin devlet sorumluluğu üzerinde ne gibi sonuçlar doğuracaktır? Bu soruya yanıt verebilmek için öncelikle Türkiye'nin Osmanlı İmparatorluğu'nun halef devleti değil, devam eden devleti olduğunun altının çizilmesi gerekmektedir.

Bazı Türk hukukçuların itirazlarına rağmen, uluslararası toplumun Türkiye'yi Osmanlı İmparatorluğu'nun devam eden devleti addettiği tartışma götürmemektedir. Şöyle ki; Lozan Andlaşması'nın lâfzı ve ruhu ve İtilâf Devletleri'nin temsilcilerinin andlaşmanın akdedilmesi sırasında yaptıkları beyanlar Türkiye'nin Osmanlı İmparatorluğu'nun devam eden devleti kabul edildiğini göstermektedir[17]. Ardından Türkiye'nin Osmanlı İmparatorluğu'nun hukuk kişiliğini devam ettirdiği yönündeki görüş 1925 *Osmanlı Kamu Borçları*[18] ve 1956 *Osmanlı İmparatorluğu Deniz Fenerleri İmtiyazları*[19] tahkim kararlarında benimsenmiştir. Bu görüşün uluslararası hukuk doktrininin büyük bir bölümü tarafından da kabul edildiği görülmektedir[20].

17 Türkiye'nin Osmanlı İmparatorluğu'nun devam eden devleti olduğu yönünde sarih bir hüküm içermeyen Lozan Andlaşması, "Osmanlı İmparatorluğu" ve "Türkiye" adlandırmalarını sıklıkla eş anlamlı olarak kullanmakta ve devamlılık tezini zımnen benimsemektedir. Türkiye ve andlaşmanın tarafları arasında barışın "yeniden" tesis edileceğini belirten birinci madde, "Türkiye'nin" bazı adalar üzerindeki hak ve senetlerinden İtalya lehine "vazgeçtiğini" hükme bağlayan 15. madde, "Türkiye'den ayrılan" topraklarda yerleşmiş Türk vatandaşlarının bu toprakların intikal ettiği devletin vatandaşı olacaklarını düzenleyen 30. madde ve ekonomik ve teknik nitelikteki bazı çok taraflı andlaşmaların taraflar arasında "yeniden" yürürlüğe gireceğini belirten 99. madde bu hükümlerden yalnızca birkaçıdır.

18 *Affaire de la dette publique ottomane (Bulgarie, Iraq, Palestine, Transjordanie, Grece, Italie et Turquie), RIAA*, 18 avril 1925, Vol. I, ss. 529-614. Karar Türkiye'nin Osmanlı İmpartorluğu'nun devam eden devleti olduğuna hükmederek İmparatorluğun parçalanma sürecini bir ayrılma vak'ası telâkki etmiştir.

19 *Affaire relative à la Concession des phares de l'Empire ottoman (Grèce c. France)*, *RIAA*, 24-27 juillet 1956, Vol. XII, ss. 155-269, ss. 197-198. Kararda hakem Borel Osmanlı ülkesinin bir bölümünün Yunanistan'a geçmesinin söz konusu ülke üzerinde "Türk sorumluluğunun sonu, Yunan sorumluluğunun başlangıcı" anlamına geldiğini ifade etmiş ancak halefiyet anından önce ülke üzerinde yaşananların Türkiye Devleti'nin sorumluluğunu doğuracağını belirtmiştir.

20 Jan Hendrik Verzijl, Giorgio Cansacchi di Amelia, Antoine Sottile, Wladylaw Czaplinski, Ineta Ziemele, Emre Öktem, Kemal Gözler ve James Crawford Türkiye'nin Osmanlı İmparatorluğu'nun hukuk kişiliğini devam ettirdiğini ifade etmektedir. Bkz. PİRİM, ss. 48-50.

Kanaatimizce de Türkiye Cumhuriyeti Devleti Osmanlı İmparatorluğu'nun devam eden devletidir[21].

Bu çerçevede, hem adem-i halefiyet doktrini hem de modern halefiyet teorisi uyarınca halefiyet anından önce gerçekleştirilen uluslararası haksız fiillerin sorumluluğu devam eden devlete aittir. Yani, her iki teori uyarınca da Türkiye, Osmanlı Devleti'nin devam eden devleti sıfatı ile, selefinin her türlü hak ve sorumluluğunu üstlenecektir.

Sonuç yalnızca Türkiye'nin halef devlet olduğunun ve adem-i halefiyet tezinin geçerli olduğunun kabul edilmesi halinde değişecektir. Zira bu teori, selef devletin kişisel nitelikli fiillerinin sonuçlarının devam eden devlete intikal edeceğini ancak halef devletlere intikal etmeyeceğini savunmaktadır. Nitekim, özellikle Ermeni meselesinin yarattığı baskı nedeni ile bazı hukukçularımızın Türkiye'nin Osmanlı İmparatorluğu'nun devam eden devleti değil, halef devleti olduğunu ileri sürdükleri görülmektedir.

Oysa, bir devletin devam eden devlet mi yoksa halef devlet mi olduğuna uluslararası toplum karar verir ve Türkiye'nin Osmanlı İmparatorluğu'nun devam eden devleti kabul edildiğine dair hiçbir şüphe yoktur. Bunun yanı sıra, yakın bir geçmişe kadar uluslararası hukuk doktrininde geçerli olan adem-i halefiyet tezi günümüzde yerini hukuk genel ilkeleri üzerine kurulu halefiyet tezine bırakmaya başlamıştır. Ki modern doktrin artık sadece devam eden devletin değil, halef devletlerin de, selef devletin uluslararası sorumluluğunu üstlenmesi gerektiği kanaatindedir.

Dolayısıyla, kanaatimizce, Türkiye Ermeni meselesini, devletini inkâr ederek değil, elindeki sağlam hukukî gerekçeleri ileri sürerek ele almalıdır.

Herşeyden önce, 1915 olaylarının "*soykırım*" olarak nitelendirilebilmesi hukuken mümkün değildir. "Soykırım" kavramı ilk defa 1944 yılında Raphael Lemkin tarafından kullanılmış ve soykırım suçu ilk defa 1948'de Birleşmiş Milletler Soykırım

21 Parçalanma sürecinde İmparatorluğun ciddi ülke kayıpları yaşadığı ve Türkiye'nin ideolojisinin ve hükümet etme şeklinin İmparatorluk döneminden ciddi farklılıklar arz ettiği aşikârdır. Bununla birlikte, uluslararası hukuk doktrininde ağırlıklı görüş gerek ülke kayıplarının gerek ise siyâsî iktidar unsurunda yaşanan değişikliklerin devletin hukuk kişiliğini etkilemeyeceği yönündedir. Nitekim Federal Almanya Cumhuriyeti'nin Üçüncü *Reich*'ın hukuk kişiliğini devam ettirdiğinin veya SSCB'nin Rusya İmparatorluğu'nun, Rusya Cumhuriyeti'nin de SSCB'nin devam eden devleti addedildiğinin unutulmaması gerekir. Ayrıca Osmanlı İmparatorluğu'na başkentlik etmiş bütün şehirlerin ve tarihî ve kültürel merkezlerin, İmparatorluğun bütün büyükelçilik ve konsolosluklarının ve idarî, mâlî ve askerî yapılanmasının Türkiye'ye geçtiği ve Cumhuriyet'in İmparatorluğun kurumsal yapısının ve mevzuatının büyük bir kısmını olduğu gibi kabul ettiği bilinmektedir. Nitekim, üçüncü devletler yeni kurulan Türkiye Cumhuriyeti'ni tanımaya gerek duymamışlardır.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nde düzenlenmiştir. 1948 yılında pozitif uluslararası hukuka giren soykırım kavramının, henüz var olmadığı 1915 yılında yaşanan olaylar için kullanılabilmesi hukuken mümkün değildir.

Ardından, soykırım özel kasıt ile işlenen bir suçtur ve belli bir soyun kırılmasını, ulusal, etnik, ırksal veya dinsel bir grubun kısmen veya tamamen ortadan kaldırılmasını amaçlamaktadır. Söz konusu kastın 1915 olaylarında var olduğunu ileri sürebilmek kanaatimce muhtelif sebeplerle mümkün değildir; ancak bu başlı başına bir konudur.

Kısacası, 1915 yılında Osmanlı İmparatorluğu döneminde gerçekleştirildiği iddia edilen eylemlerin sorumluluğunun Türkiye'ye intikal edip etmeyeceği meselesi üzerinde değil, bu eylemlerin "soykırım" telâkki edilemeyeceği gerçeği üzerinde durulması gerekmektedir.

Kaldı ki; merkezî bir kanun koyucunun ve zorunlu bir yargı merciinin olmadığı uluslararası hukuk düzeninde Türkiye kabul etmediği müddetçe, 1915 olayları nedeni ile Türkiye'nin uluslararası sorumluluğuna gidilebilmesi mümkün değildir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ULUSLARARASI ADALET DİVANI VE ULUSLARARASI *AD HOC* CEZA MAHKEMELERİ KARARLARINDA SOYKIRIM SUÇU

Dr. Verda Neslihan AKÜN*

Sayın Dekan, Sayın Hocam, Sevgili Meslektaşlarım ve Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sevgili Öğrencileri,

Öncelikle, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde ve Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı davetlisi olarak *"Uluslararası Hukuk Çerçevesinde Ermeni Meselesine İlişkin Değerlendirmeler Sempozyumu"*nda konuşmacı olarak yer almaktan büyük bir mutluluk duyduğumu belirtmek isterim. Sayın Dekan Prof. Dr. Serap Helvacı, Sayın Prof. Dr. Selami Kuran ve değerli meslektaşım Doç.Dr. Meltem Sarıbeyoğlu'na nazik davetleri için teşekkürlerimi sunarım. Bu sempozyumda *"Uluslararası Adalet Divanı ve Uluslararası Ad Hoc Ceza Mahkemeleri Kararlarında Soykırım Suçu"* başlıklı tebliğimde soykırım suçunu iki ana alt başlık altında inceleyerek sizlere sunmaya çalışacağım. İlk bölümde soykırım suçunu, unsurlarına ayırarak 1948 tarihli Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme'nin hükümleri ve bunları yorumlayan uluslararası *ad hoc* ceza mahkemelerinin[1] içtihatları ışığında anlatmaya çalıştıktan sonra, ikinci bölümde, sözleşmenin uygulanmasından ve yorumlanmasından doğan uyuşmazlıkları çözmekle yetkili kılınan Uluslararası

---

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı. Bu tebliğin ilk bölümü yazarın "Milletlerarası Mahkeme İçtihatlarında Jenosid" başlıklı, yayınlanmamış yüksek lisans tezi yararlanılarak hazırlanmıştır. (Verda Neslihan AKÜN, Milletlerarası Mahkeme İçtihatlarında Jenosid, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2003.) Tebliğin tamamında, bilinçli bir ayrıma giderek, bireysel cezai sorumluluk kapsamı altında soykırım suçu ele alınırken "fiil" terimi, soykırım suçunun işlenmesinden dolayı devletin sorumluluğu incelenirken "eylem" terimi kullanılmıştır.

1 BM Şartı'nın 7. Bölüm yetkileri altında BM Güvenlik Konseyi'nin kararları ile kurulan bahsi geçecek *ad hoc* mahkemeler tam adlarıyla, "1991'den itibaren Eski Yugoslavya Ülkesinde İşlenen Uluslararası Ceza İhlallerinden Sorumlu Kişilerin Kovuşturulmasına İlişkin Uluslararası Ceza Mahkemesi" (ICTY) ve "1 Ocak-31 Aralık 1994 tarihleri arasında Ruanda Ülkesinde ve Komşu Devlet Ülkelerinde Ruanda Vatandaşlarına İşlenen Ciddi İnsancıl Hukuk İhlalleri ve Soykırım Suçundan Sorumluların Kovuşturulması İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi"dir. Kuruluş kararları için bkz. UN Doc. S/Res/827 (1993) ve UN Doc. S/Res/955 (1994).

Adalet Divanı'nın devletin soykırım suçunun işlenmesinden doğan hukukî sorumluluğunu nasıl ele aldığını aktarmaya gayret edeceğim. Diğer bir ifade ile soykırım suçunu önce bireysel cezaî sorumluluk açısından, ardından, devletin hukukî sorumluluğu bakımından inceleyeceğim.

I. 1948 tarihli Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme ile Uluslararası *Ad Hoc* Ceza Mahkemeleri Kararları Işığında Soykırım Suçu

a. Tanım ve Korunan Gruplar

Soykırım suçu, ilk defa 1948 tarihli Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme ile hukuken tanımlanıp kabul edilmiştir. Sözleşmenin kabulünden kırk beş yıl yani neredeyse yarım asır sonra Batı'da dağılan Yugoslavya' da ve Afrika' da Ruanda' da soykırım suçunu işleyen ve diğer ağır insancıl hukuk ihlallerini gerçekleştiren kişilerin yargılanması için BM Güvenlik Konseyi kararları neticesinde kurulan Eski Yugoslavya ve Ruanda *ad hoc* ceza mahkemeleri, soykırım suçunun yorumlanması hususunda çığır açıcı faaliyet göstermiştir. Ayrıca kuruluşlarını takip eden beş yılın sonunda genel yetkili bir uluslararası ceza mahkemesinin kuruluş statüsünde suçların tanımlanmasına ışık tutmuşlardır. Soykırım suçu bakımından, Ruanda ve Eski Yugoslavya Mahkemeleri Statülerinde ve Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsünde sözleşmedeki tanımlama hiçbir değişikliğe uğramadan kabul edilmiştir. 9 Aralık 1948 tarihinde BM Genel Kurulu'nda kabul edilen bu sözleşme uyarınca, uluslararası hukuka göre suç olarak kabul edilen soykırım suçunu oluşturan filler şunlardır:

- Grup üyelerinin katli,
- Grup üyelerinde ciddî bedensel ve zihinsel zarara sebep olma,
- Grubun fiziksel varlığının tamamen veya kısmen ortadan kalkmasına sebebiyet vermek üzere tasarlanmış (hesaplanmış) yaşam koşullarına kasten maruz bırakma,
- Grup içinde doğumları önlemek için tedbirler dayatma,
- Grubun çocuklarının başka bir gruba zorla transferi.

Bu suç fiillerinin işlendiği takdirde soykırım suçu olarak nitelendirilebilmesi için herhangi bir gruba karşı işlenmesi yeterli değildir. Bu fiiller sadece ulusal, etnik, ırksal veya dinsel bir gruba karşı, bu grubu, tamamen veya kısmen, grup olarak imha etmek kastıyla işlendiği takdirde soykırım suçunu meydana getirecektir. Bu sayılan dört grup dışında kalan diğer gruplara bu fiillerin yöneltilmesi, suçu oluşturmayacaktır.

Ruanda Mahkemesi, suçun hangi gruplara karşı işlenmiş sayılacağını irdelerken, taraf devletlerin değişken nitelikteki grupları metne dahil etmedikleri sonucuna varmıştır.[2] Sözleşmede, ulusal, etnik, ırksal veya dinsel bir grubu, grup olarak, yok etmek kastıyla işlenen fiillerin soykırım suçunu oluşturması için, ulusal, etnik, ırksal veya dinsel grubun tamamiyle ortadan kaldırılması şartını aranmamıştır.[3] Grubun kısmen yok edilmesi yahut bu sonuca yönelmiş fiiller yeterli görülmüştür.[4] Ancak grubun hangi kısmının veya ne ölçüde bir kısmının imhası halinde, suçun işlenmiş olacağını Eski Yugoslavya Mahkemesi aydınlatmıştır. Mahkemeye göre, hem nitelik hem de nicelik itibariyle grubun esaslı bir kısmına mensup kişilerin imhasına kast edilmiş olmalıdır.[5] Ulusal, etnik, ırksal veya dinsel bir gruba kısmen bile olsa imha kastıyla yaklaşıldığında, bu kısmın grup olarak imhası hedefleniyor olmalıdır.[6]

b. Suçun Maddi Unsuru *(Actus Reus)*

Sadece kurulma sebeplerini oluşturan vakalara yönelik kovuşturma ve yargılama yapan bu iki *ad hoc* mahkeme, suç fiillerinin içeriklerine yönelik önemli yorumlara gitmiştir. Uluslararası hukuka katkılarından en önemlilerinden biri, soykırım suç fiillerinin görünüm biçimlerini yorumlamalarıdır. Örneğin, "Grup üyelerinde ciddî bedensel ve zihinsel zarara sebep olma" suç fiili içinde, Ruanda Mahkemesi, cinsel şiddet ve tecavüz suçlarının ulusal, etnik, ırksal veya dinsel bir grubun sadece kadınlarına yönelik olarak imha kastıyla işlenmesi durumunu "soykırım" olarak nitelendirmiştir.[7] Grup olarak imha etme kastıyla, işkence, fiziksel ve psikolojik taciz, cinsel şiddet ve tecavüz, zalimâne veya gayrı insanî muamele; "grup üyelerinde ciddî bedensel ve zihinsel zarara sebep olma" suç fiiline girer.[8]Ruanda Mahkemesi'nin çeşitli kararlarında tecavüz, grubun kadınlarının başka grubun erkekleri tarafından kasten hamile bırakılmaları, cinsel sakatlamalar, zorla kısırlaştırma uygulamaları, zorla doğum kontrolü, kadın ve erkeklerin ayrılması ve evliliklerin yasaklanması, soykırım suçunu oluşturan fiillerden biri olan "grup içinde doğumları önlemeyecek tedbirlerin dayatılması" içerisinde de değerlendirilmektedir.[9]

---

2 The Prosecutor v. *Jean Paul Akayesu*, Judgement, ICTR-96-4-T,T.Ch.I, 2 September 1998, para.511.

3 Verda Neslihan AKÜN, "Uluslararası Hukukta ve Türk Hukuku'nda Soykırım Suçu", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi Bülteni (MHB) , C.24, S.1-2, Prof.Dr. Sevin Toluner'e Armağan,* 2005, s.58.

4 *ibid*.

5 Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz. Verda Neslihan AKÜN, Milletlerarası Mahkeme İçtihatlarında Jenosid, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2003.

6 *supra n.3*., s.57-58.

7 *supra n.2*.

8 *supra n.3*, s.61.

9 *supra n.2*, para.507. (Ayrıca bkz. Kayishema ve Ruzindana Davası, Rutaganda Davası ve Musema

"Grubun fiziksel varlığının tamamen veya kısmen ortadan kalkmasına sebebiyet vermek üzere tasarlanmış yaşam koşullarına kasten maruz bırakma" şeklinde tezahür eden soykırım suçu fiilleri, makul barınma, giyim, hijyen ve tıbbî bakım imkânlarının noksan olduğu yahut haddinden fazla çalışma yada fiziksel eziyet altına sokma gibi yavaş bir ölüme öncülük edecek durumlardır.[10] Başka bir değişle grup, hayatta kalabilmek için gerekli asgari koşullarının altında yaşamak zorunda bırakılmaktadır.[11]

"Grubun çocuklarının başka bir gruba zorla transferi" fiili ile amaçlanan, grubun çocuklarının ailelerinden ayrı, başka bir grubun içinde yetişmesi, ait oldukları grubun kültüründen, geleneklerinden ve yaşam alışkanlıklarından uzaklaştırılması, başka bir grubun kimliği benimseyerek yetişmeleridir.

c. Suçun Manevi Unsuru (*Mens Rea*)

Buraya kadar saydığımız açıkladığımız tüm suç fiilleri, soykırım suçunun maddi unsuru dahilinde yer almaktadır. Ancak, soykırım suçunu, pek çok suçtan ayıran, onu suçların suçu veya suçların babası olarak nitelendirilmesine yol açan en önemli özelliği, normal kastın ötesinde, özel bir kastın, "imha etme" kastının aranmasıdır. Suç faili veya failleri, ulusal, etnik, ırksal veya dinsel gruba mensup kişilere, soykırım suçunu oluşturan suç fiillerini işlerken, bu kişileri, sırf o gruba mensup oldukları için, tamamen veya kısmen imha etme kastıyla hareket etmelidir. İmha etme kastının ispatı, suç faillerinin soykırım suçundan dolayı cezalandırılabilmelerinin olmazsa olmaz koşuludur. Ulusal, etnik, ırksal veya dinsel gruba mensup kişiler, tamamen veya kısmen imha edilme kastıyla bu suç fiillerine maruz kalmamış ise, soykırımdan dolayı değil, failler, başka suçlardan dolayı cezalandırılacaklardır. Eski Yugoslavya Mahkemesi, grup üyelerinin topluca katlini, grup üyelerinde ciddi bedensel ve zihinsel zarar oluşturan fiilleri, imha kastının ispat edilemediği durumlarda; bu fiillerin silahlı çatışma esnasında, sivil halka karşı yaygın ve sistematik bir saldırının parçasını oluşturduğu hallerde kök kazıma, zulüm gibi insanlık aleyhine suçlar için öngörülen cezalarla karşılamış, faillerin cezasız kalmasına mâni olmuştur. Soykırım suçunu, tüm diğer savaş suçları veya insanlık aleyhine suçlardan ayıran, imha kastı ile hedef alınan grubun gelecek kuşaklarının da varlığını ortadan kaldırılmasıdır.

Bu bölüm çerçevesinde, son olarak soykırım suçundan ötürü bireysel cezai sorumluluğun, sadece bu suçu işleyen asli failleri değil, aynı zamanda bu suça

---

Davaları, *infra n.11*)

10 *supra n.3*, s.62.

11 The Prosecutor v. *Clément Kayishema ve Ober Ruzindana*, Judgement, ICTR-95-1-T,T.Ch.I, 21 May 1999, para.114.

iştirak edenleri, yani, bu suçu işlemek için anlaşanları, bu suçu işlemeye doğrudan ve aleni bir şekilde tahrik edenleri, teşebbüs edenleri ve bu suça ortaklık edenleri de kapsadığını belirtelim. Ruanda ve Eski Yugoslavya Mahkemeleri bu suça iştirak edenleri de kovuşturup cezalandırmıştır.

Buraya kadar uluslararası *ad hoc* mahkemelerin yorumları ışığında soykırım suçunu gözler önüne serdikten sonra, bu suçu işleyen faillerin fiillerinden dolayı devletlerin hangi şartlar altında sorumlu tutulduğuna geçmek istiyorum.

II. Uluslararası Adalet Divanı Kararları Işığında Devletlerin Soykırım Suçundan Dolayı Hukuki Sorumluluğu

a. Hukuka Aykırı Eylemin Varlığı

Şimdiye kadar uluslararası suçlardan dolayı bireylerin cezai sorumluluğu çerçevesinde soykırım suçunu inceledik. Bilindiği gibi, uluslararası hukukun asıl süjesi devletlerdir. Uluslararası teşkilatlara bile sınırlı bir kişilik tanınırken, bireylerin yani gerçek kişilerin ancak insan haklarının ihlali durumunda hak arama yollarını kullanırken ve savaş suçları, insanlık aleyhine suçlar, soykırım gibi "uluslararası suçlar"[12]olarak nitelenen fiilleri işlediklerinde ceza kovuşturması ve yargılaması ile bireysel cezai sorumluluk kapsamında uluslararası hukukta yer aldığı görülmektedir. Bu durumda, akla gelen soru şudur: Bireylerin işlediği fiillerden dolayı neden devlet sorumluluk altına girsin? Başka bir ifade ile uluslararası hukukun asıl süjesi devletin, soykırım suçunun işlenmesinden dolayı sorumluluğu var mıdır? Varsa bunun koşulları ve sınırları nelerdir? Şimdi bu sorulara cevap bulmaya çalışacağız.

1948 tarihli Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme ile taraf devletler, bu suçu yalnızca tanımlayıp bir uluslararası hukuk suçu olduğunu teyid etmekle kalmamış, aynı zamanda, ilk maddesi ile soykırım suçunun işlenmesini önlemeyi ve bu suçu işleyenleri cezalandırmayı taahhüt etmişlerdir. Uluslararası hukuka pek aşîna olmayanlar tarafından genellikle gündeme getirilen soru, bu sözleşmeye taraf olmayan bir devletin ahdî hiçbir yükümlülük altına girmemiş olduğunu ileri sürerek yasaklanan bu suçun işlenmesine göz yumması gibi bir tutum izlemesi durumunda sorumluluğu doğmayacak veya ortadan kalkacak mıdır? Bu kritik soruya verilecek cevap, üç yönlüdür. Öncelikle, soykırım suçunu oluşturan fiillerin yasaklanması, bu fiillerin işlenmesinin önüne geçilmesi, aksi takdirde cezalandırılması milletlerarası hukukta bir örf-âdet kuralı haline gelmiştir. Uluslararası hukukun kaynaklarını bize sayan Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesinin 1(b) bendi ifadesi ile, "hukuk olarak kabul edilmiş

12 Bunlar dışında, deniz haydutluğu, köle ticareti, uçak kaçırma suçları da sayılabilir.

genel bir uygulamanın delili olarak uluslararası örf-âdet kuralı"dır. Öte yandan, soykırımın yasaklanması milletlerarası hukukun emredici normlarından biri olarak kabul edilmektedir. Diğer bir ifade ile, soykırım yasağı, hiçbir şekilde kendisinden sapılmasına izin verilmeyen, bir bütün olarak devletler topluluğu tarafından kabul edilip tanınan, her devleti kendisine riayeti zorunlu kılan bir *ius cogens* normdur. Tüm devletlerin soykırım suçunun önlenmesi ve cezalandırılması noktasında *erga omnes* yükümlülükleri vardır. Bir bütün olarak uluslararası toplumun, devletlerin bu suçun yasaklanmasından kaynaklanan hukukî çıkarı vardır. Saydığımız bu üç veçhesinden dolayı her devletin, 1948 tarihli Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme ile getirilen yükümlülüklere, sözleşmeye taraf olmasa bile riayet etme mecburiyeti vardır. Devletin sorumluluğunu doğuran ise, devlete yüklenebilen, uluslararası hukuka aykırı eyleminin mevcudiyetidir.[13] İşte, bu noktada, bir devletin soykırım suçunun işlenmesini önleme ve işlendiyse cezalandırma mükellefiyetine uymadığı için uluslararası hukuka aykırı bir eylemi veya ihmali ortaya çıkmaktadır. Bu da devletin sorumluluğunu doğurmaktadır, ancak burada anlaşılması gereken bir ceza sorumluluğu değil, hukuk sorumluluğudur, neticesi eski hale iade veya tazmin yükümlülüğüdür.[14] Devletin suçun işlenmesini önleme ve cezalandırma konusundaki yükümlülüklerini yerine getirmemesi, sorumluluğunu, kaynağı ahdî olsun olmasın doğuracaktır.

Devletin sorumluluğuna ilişkin hukuki kurallar, BM bünyesinde uluslararası hukukun kodifikasyonu ve kodlaştırılması sahasında önemli bir görev yerine getiren Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından uzun yıllar süren çalışmalar neticesinde " Uluslararası Hukuka Aykırı Eylemleri Nedeniyle Devletin Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler" başlığı ile yazılı hale getirilip 2001 yılında kabul edilmiştir.[15] Buna göre, hukuka aykırı eylemin[16] devlete isnad edilebilir olması gerekmektedir. Doğrudan doğruya devlet organları tarafından hukuka aykırı eylem gerçekleştirilmediği takdirde, bunların devlete isnadı da daha zorlaşmaktadır.

Bu duruma ilişkin önemli örnek, 1993 yılında Bosna-Hersek Devleti'nin, o zamanki adıyla Federal Sırbistan Cumhuriyeti'ne (karar tarihinde Sırbistan-Karadağ Devleti adını taşıyacaktır) Boşnaklara yönelik soykırımdan doğan sorumluluğuna

13 Elif UZUN, *Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu*, Beta Y., s. 30.

14 *ibid*, s. 21.

15 UN ILC, "Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries" (2001), UN Doc. A/56/10, UN Doc. A/RES/56/83, GAOR 56th Session Supp 10, p. 43.

16 Devletin hukuka aykırı eylemi, ihlali vücuda getiren yapma eylemi gibi, ihmal şeklindeki kaçınma eylemi şeklinde de ortaya çıkabilir.

gidilmesi için Uluslararası Adalet Divanı'nda, sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda yetkiye ilişkin Sözleşme'nin 9. maddesine dayanarak açtığı davadır.

Davaya bakmakta kendini yetkili gören Divan, 2007 yılında verdiği nihaî kararında, öncelikle, Eski Yugoslavya ülkesindeki siyasî çözülme ve dağılma süreci ertesinde bağımsız devletlerin kurulması sırasında patlak veren iç çatışma ortamında Sırpların Boşnak Müslümanlara karşı giriştiği fiillerin soykırım suçunu oluşturan fiiller olup olmadığını, soykırım suçunun unsurlarını taşıyıp taşımadığını belirleme yoluna gitmiş, bunun takiben uluslararası hukukta devletin sorumluluğuna ilişkin kurallar uyarınca, işlenen suç fiillerinin devlet organları tarafından mı yoksa devletin talimatı, emir ve kontrolündeki kişi veya birimler tarafından mı işlendiğini, bu fiillerin devlete izafe edilip edilemeyeceğini araştırmaya koyulmuştur.[17]

Davacı devlet tarafından başta Eski Yugoslavya Mahkemesi kararları olmak üzere sunulan delilleri ele alan Divan, olayların gelişimini şu şekilde özetlemiştir: 9 Ocak 1992' de Bosna – Hersek Sırp Halkı Cumhuriyeti (daha sonra Sırp Cumhuriyeti adını alacaktır) bağımsızlığını ilan eder, uluslararası hukuk anlamında bağımsız bir devlet olarak tanınmasa da geniş bir bölgede *de facto* kontrole sahiptir. Davacı Bosna Hersek Devleti, davalı Federal Sırp Cumhuriyeti ile Sırp Cumhuriyeti arasında malî, askerî ve siyasî sıkı bağların bulunduğunu, hattâ bu bağın *de facto* kontrole sahip bu birimin VRS adlı ordusunun idaresini ve kontrolünü de kapsadığını ortaya koymaktadır.[18]

Divan, tutuklama kamplarını ve çatışma sırasında durumu ayrı değerlendirmiştir: Divan, Bosna Hersek ülkesinde, Saraybosna, Drina Nehri Vadisi, Prijedor, Banja Luka ve Brcko' da ve çeşitli kamplarda alıkonulan Boşnakların kitlesel olarak, topluca öldürüldüğünü tespit etmiştir.[19]Hedef alınan kişilerin büyük çoğunluğu Boşnak Müslümanlar olup, sistematik şekilde öldürülmüştür. Kamplarda, mağdurlara sistematik olarak yapılan kitlesel kötü muamele, darp, tecavüz ve işkenceye dair kesin deliller ışığında suç fiilinin sabit olduğuna kanaat getiren Divan, elindeki delillerden kâti bir şekilde imha kastıyla hareket edildiğine dair bir sonuç çıkaramadığını belirtmektedir.

Çatışmalar bakımından Divan, davacı devletin iddialarından yola çıkarak Saraybosna' nın abluka altına alınmasını ve 'sniper'ların (nokta atışı yapan keskin

17 Verda Neslihan AKÜN, "Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme'nin Uygulanmasına İlişkin Dava (26 Şubat 2007 tarihli Karar)", *Milletlerarası Adalet Divanı Kararları (1990-2007)*, Beta Y., 2008, s.25. (Karar metni için bkz. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgement, *ICJ Reports 2007*, p.43)

18 *ICJ Reports (2007)*, para. 2.

19 *ibid*, para.276

nişancıların) sivillere ateş etmesini, askerî nitelikte olmayan sivil hedeflerin bombalanmasını, güvenli bölge olarak ilan edilen yerlerin çevresinin sarılmasını, insanî amaçlarla bile bölgeye giriş-çıkışlara engel olunmasını ele almıştır. Divan, davalı devletin savunmalarını dikkate alsa da sivil hedeflere saldırının hiçbir şekilde haklı kılınamayacağını, Saraybosna ve diğer şehirlerde Boşnak Müslümanların Sırp güçler tarafından kasıtlı olarak hedef alındığını saptamış, ancak sunulan delillerin bu fiillerin Boşnak Müslümanları tamamen veya kısmen imha amacıyla işlendiğini kanıtlamak için yeterli olmadığı sonucuna varmıştır. Kamplar ve çatışma sırasında işlenen fiiller bakımından, Divan, Eski Yugoslavya Savaş Suçluları Mahkemesi'nin kararlarından da yola çıkmakla birlikte imha etme kastını saptayamadığına, bunların savaş suçu veya insanlık aleyhine suçları oluşturabileceğini, ancak bunu belirleme yetkisinin olmadığını ifade etmiştir.[20]

Divan Srebrenica katliamını ele aldığında, Eski Yugoslavya Mahkemesi'nin mahkumiyet kararları ışığında,[21] soykırım suçunu oluşturan fiillerden grup üyelerinin öldürülmesi ve grup üyelerinde ciddi bedensel ve zihinsel zarara sebep olunduğuna, bu fiillerin imha kastıyla işlendiğine tamamiyle ikna olmuştur.[22] Boşnak Müslüman erkekler, hiçbir ayrıma tâbi tutulmaksızın, kasdî ve metodik bir şekilde sırf kimlikleri nedeniyle hedef alınmıştır.[23]

b. Hukuka Aykırı Eylemin Devlete İsnad Edilmesi

Divan, soykırım suçunun işlendiğine ikna olduktan sonra, yani, devletin sorumluluğunu doğuracak hukuka aykırı eylemin varlığını saptadıktan sonra, bu uluslararası hukuka aykırı eylemin davalı devlete isnad edilip edilemeyeceğini incelemeye koyulmuştur. Divan, devletin sorumluluğu şemsiyesi altında meseleyi üç ana soruya cevap arayarak incelemiştir:[24] İlki Srebrenica'da işlenen soykırım suçunu oluşturan fiillerin tamamen veya kısmen Federal Sırbistan Cumhuriyeti devletine izafe edilip edilemediği sorusu; ikincisi, suça iştirak hallerinde suç fiilleri devlete izafe edilen kişi veya organlar tarafından mı işlenip işlenmediği sorusu; sonuncusu, davalı Federal Sırbistan Cumhuriyeti devletinin soykırım suçunu önleme ve cezalandırma yükümlülüğüne riayet edip etmediği sorusudur. İlk soru bakımından, suç fiillerinin devlet organları tarafından mı işlendiği, eğer değilse, bu kişilerin davalı

20 *ibid*, para.277.

21 The Prosecutor v. *Radislav Krstic*, (Appeals Chamber), Judgement, IT-98-33 (19 April 2004), para.7-12. The Prosecutor v. *Radislav Krstic*, Judgement, IT-98-33, T. Ch. I, 2.8.2001, The Prosecutor v. *Blagojevic*, Judgement, IT-02-60, T.Ch., 17.1.2005.

22 *ICJ Reports (2007)*, para. 288-297.

23 *ibid*, para.293.

24 *supra n.17*, s.26.

devletin talimatı, emri veya kontrolü altında mı bu suçları işlemiş olduğu üzerinde durulmuştur.

Yukarıdaki üç soru açısından Divan şöyle bir tasnif yapmaktadır: Eğer suç fiilleri tamamen veya kısmen devlete izafe edilemiyor ise ve bu fiilleri işleyen kişi ve organlar işlemleri devlete izafe edilen kişiler değil ise, bu durumda soykırım suçunu önleme ve cezalandırma yükümünün yerine getirilip getrilmediğinin test edilmesi gerektiğine dikkat çekmektedir. Çünkü, devlet zaten suç fiillerine aktif olarak katıldıysa, önleme ve cezalandırma yükümüne riayet etmemiştir.[25] Öte yandan, devlet iştirakten sorumlu tutulmasa bile önleme ve cezalandırma yükümünden sorumlu tutulmasına engel değildir. Son olarak, soykırım fiillerini işleyen kişiler, işlem ve eylemleri devlete izafe edilen kişiler olmayabilir. Bu durumda devlet, bu kişileri cezalandırmamakla da uluslararası sorumluluğuna yol açacak uluslararası hukuka aykırı bir eylemde bulunmuş sayılır.[26]

Sonuçta, Divan, Srebrenica' da yaşanan katliamın Eski Yugoslavya Mahkemesi' nin verdiği mahkumiyet hükümlerinin de ışığında soykırım olduğunu teslim etmekle beraber, soykırım suçunu oluşturan fiillerin davalı devlete izafe edilemeyeceğine, tutumları devlete izafe edilen kişi veya organlar tarafından işlenmediğine ve son olarak davalı devletin soykırım suçunu sadece önleme ve cezalandırma yükümlülüğüne aykırı davrandığı için sorumlu tutulabileceğine hükmetmiştir.[27]

Soykırım suçunun işlenmesi bakımından devletin sorumluluğunu önce önleme yükümü açısından ele alan Divan, davalı devletin soykırım suçunun işlenmesini – inkârı gayrıkabil delilller karşısında – önlemediği sonucuna varmıştır. Divan'a göre, federal yetkililer trajik olayların yaşanmasını önlemek için ellerinden gelen tüm önlemleri almak zorunda idi ve sonuçları kesinlikle öngörülebilir, en azından tahmin edilebilirdi.[28] Bu konuda davalı devlet aksini ispatlayacak delil sunamamıştır. Divan'a göre, soykırım suçunu oluşturan suç fiilleri işlenmiş ise zaten devlet bu yükümünü yerine getirmemiş sayılır.[29]

Cezalandırma yükümü açısından bakılacak olursa, Srebrenica' da gerçekleşen soykırım fiilleri davalı devletin ülkesi topraklarında işlenmiştir.[30] Sözleşmenin yargı yetkisine ilişkin VI. maddesi uyarınca bu suçu işleyenler ya suçun işlendiği devletin yetkili organlarınca ya da tarafların yetkisini kabul edecekleri bir uluslararası ceza

25 *ibid*, s.32-33.
26 *ibid*.
27 *ibid*, s.26.
28 *ibid*, s.35.
29 *ibid*, s.35.
30 *ibid*, s.35-36.

mahkemesinde yargılanacaktır. Bu hüküm aslında ülkesellik esasına dayanan bir yetki getirmektedir. Davalı devlet, suç faillerini ülkesinde yargılamamıştır. Bu yükümünü ihlâl etmiştir. Öte yandan, Eski Yugoslavya Mahkemesi'nin yetkisi kabul edilen bir uluslararası mahkeme olup olmadığını da Divan irdelemiş, uluslararası ceza mahkemesi niteliğini de teyit etmiştir. Değerlendirmesinde en azından Dayton Anlaşması'ndan bu yana yetkisinin kabul edilmiş bir mahkeme olduğunu da ifade etmiştir.[31] Böylece, davalı devletin varlığı Dayton Anlaşması'ndan doğan mahkemeyle tam olarak işbirliğinde bulunma yükümlülüğünü de ihlâl ettiği sonucuna varmıştır.[32]

Divan, Bosna Hersek'te belli bölgelerde ve tutukluluk kamplarında kitlesel öldürmelerin varlığının sabit olduğu fikrine varmışsa da, soykırım suçunu oluşturan bu fiillerin imha kastıyla işlendiği kanaatine varamadığını belirtti.[33] Divan'ın kararı bu yönüyle akademik çevrelerde çok eleştirilmiştir. Konuyu biraz açmak gerekirse, Divan, hükmünde, o zamanki adıyla Federal Sırbistan Cumhuriyeti'ni soykırım suçuna iştirak hallerinden sorumlu tutmadığı gibi, soykırım suçunun mevcudiyetini de Bosna – Hersek topraklarının tamamında değil belli bir kısmıyla sınırlı tutmuştur. Bunu da fiilerin tüm bölgelerde imha kastının şüpheye yer bırakmayacak şekilde işlendiği sonucuna varamadığı gerekçesi ile şekillendirmiştir. O dönemde kontrolü altındaki Sırp Cumhuriyeti'nde faaliyet gösteren silahlı kuvvetlerin ve paramiliter güçlerin bu fiillerini Federal Sırbistan Cumhuriyeti'ne isnad edilebilme bağını kuramadığı ifadesiyle gerekçelendirmiştir. Bu isnad bağını kurabilmek için Divan, Eski Yugoslavya Mahkemesi'nin benimsediği "genel bir kontrol" (overall control) ölçütü yerine "etkin kontrol" (effective control) ölçütüne başvurmuştur. Bu ayrıma gitmesini de mahkemenin bireysel cezai sorumluluğu irdelemediği devletin hukuk sorumluluğunu incelediği noktasında toplayarak, genel bir kontrolün aranmasının meselenin niteliği ile bağdaşmayacağı sonucuna vararak gerekçelendirmiştir. Bütün tartışma Divan'ın daha önce devlet dışı aktörler veya paramiliter güçlerin faaliyetlerinden doğan devletin sorumluluğunu tahlil ettiği Nikaragua Davası'nda başvurduğu etkin kontrol ölçütünü terk etmemesinden kaynaklanmaktadır. Oysa ki "genel bir kontrol" ölçütü, Bosna – Hersek topraklarında suç fiillerini işleyen Sırp Cumhuriyeti Ordusu (VRS) ile "Akrepler" diye anılan paramiliter güçün Federal Sırbistan Cumhuriyeti ile sıkı bağlar ve hatta onun içinden doğduklarını, silah ve mühimmat temini, emir komuta zinciri ve maaşlarının ödenmesi gibi mutlak bir bağımlılık içinde bulunduklarını ortaya koymaya yetecekti. Divan, etkin kontrol ölçütünü benimseyerek bunu ispatı olabildiğince zorlaştıracak ağır bir standarda tâbi

31 *ibid*.

32 *ICJ Reports (2007)*, para.448-449.

33 *ibid,* para.276-277.

kıldığı için ağır eleştirilere maruz kalmıştır.[34] Halbuki, Eski Yugoslavya Mahkemesi kararları, milletlerarası nitelik taşıyan silahlı çatışmalarda Federal Sırbistan Cumhuriyeti Ordusu (JNA) ile Sırp Cumhuriyeti Ordusu (VRS) ve paramiliter güçün ortak 'Sırp' etnik kökeni ülküsünde hareket ettiğini ortaya koymuştu.[35] Savaş suçları bakımından silahlı çatışmaların milletlerarası niteliğini teslim ederken, devlet ve devletin organlarının dahli ile kurulan bağın burada gözardı edilerek Divan'ın hareket etmesi tepki çekmiştir.[36] Divan'ın izlediği bu yol, Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından bu konuda örf-âdet kurallarını kodifiye etmeye yönelik uzun çalışmalar neticesinde kaleme alınıp 2001 yılında kabul edilen "Uluslararası Hukuka Aykırı Eylemleri Nedeniyle Devletin Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler"in 8. maddesi ve gerekçesi ile de bağdaşmamaktadır.[37] Öte yandan, silahlı çatışmalar sırasında Serebrenica dışındaki bölgelerde imha kastıyla soykırım fiillerinin işlendiğinin ispat edilememiş olması hususu, Eski Yugoslavya Savaş Suçluları Mahkemesi'nin niteliği itibariyle bireylerin kovuşturulduğu ve yargılandığı bir ceza mahkemesi niteliğinden, gördüğü davalarda savcılık makamı ile sanıklar arasında uzlaşmaya gidilmiş olmasından kaynaklanmaktadır.

Federal Sırbistan Cumhuriyeti organları ile isnad bakımından bağ kuramayan Divan, Sırp Cumhuriyeti Ordusu (VRS) ve paramiliter gücün, Federal Sırbistan Cumhuriyeti Ordusu'nun (JNA) emir, kontrol ve talimatları altında faaliyet gösterdiğine de ikna olmamıştır.

Böylelikle devletin sorumluluğu bakımından, devletin resmi organlarının suç fiillerinin işlenmesine doğrudan doğruya dahlinin olmadığı durumlarda eylemin devlete isnad edilebilmesi için ne gibi hukuki şartların arandığını görmüş olduk.

III. Değerlendirme

Tebliğimizin amacı, basında ve uluslararası ilişkiler arenasında sıkça ve kolaylıkla telaffuz edilen soykırım suçunun aslında ne kadar ağır, insanlık dışı ve varlığı sıkı şartlara bağlı olduğunu sizlere göstermekti. Bu sempozyumun "*Uluslararası Hukuk Çerçevesinde Ermeni Meselesine İlişkin Değerlendirmeler"* konusunda olması itibariyle 1915 Olayları'na değinmeden geçmeyeceğim. Görüldüğü gibi soykırım suçu, sıkı sıkıya imha kastının mevcudiyetine bağlıdır. Bu açıdan çöküş ve parçalanma sancıları içinde Osmanlı Devleti'nin, I. Dünya Savaşı yıllarında ülkesi topraklarında

34 Yusuf Aksar, "The Specific Intent (Dolus Specialis) Requirement of the Crime of Genocide: Confluence or Conflict between The Practice of Ad Hoc Tribunals and ICJ", *Uluslararası İlişkiler*, C.6, S.23, 2009, s.123-124. Antonio Cassese, "A Judicial Massacre", *Guardian*, 27.2.2007.

35 *ibid*.

36 *ibid*.

37 *supra n.*17, art.8, Commentary, para.4-6.

düşmanla işbirliği yapan tebaasının, bu işbirliğini ortadan kaldırmak üzere belli bölgelerde Ermeni kökenli nüfusu ülkenin diğer bölgelerine sevk ve o bölgelerde iskân etmek için aldığı tedbirler ve sonuçları Türkiye açısından haksız ithamlara yol açmaktadır. Bulunduğu durum içinde bile bu tedbirlere muhatap kişilerin yeniden iskan edilecekleri yerlerde yaşamlarının idamesini sağlayacak bir içerikle devletin bu sevk ve iskânı düzenleyen hukuki düzenlemeler yapması, kanımca, – 1948'den önce soykırım suçunun hukuken namevcudiyetine dair teknik hukuk bilgisini bir kenara koyacak olursak – hiçbir şekilde, ulusal, dinsel, etnik veya ırksal bir grubu imha kastıyla hareket edildiği iddiası ile yaşamın doğal akışı içinde mantıklı kabul edilemez. 1915'te sevk ve iskân edilen Ermeni nüfusun geleceğini hukuken teminat altına alan düzenlemeler, bu kişiler imha edilmek, yok edilmek istense neden yapılsın! Elbette, bu durum yaşanan kayıpların ve acıların varlığını ortadan kaldırmaz. Ancak, görevini kötüye kullananlar, Divan-ı Harp'te yargılanmıştır. İmha edilmek istenen bir nüfusun gördüğü zarar ve kayıpların neden mahkeme önünde hukuken hesabı sorulup, sorumlularını cezalandırsın! Öte yandan, imha kastıyla hareket ediliyorsa, neden sadece ülkenin sadece çatışmaların sürdüğü belli bölgelerdeki Ermeni nüfusu yerinden edilirken, farklı şehir ve bölgelerde ikamet edenler bunun dışında bırakılsın!

Bana tanınan süreye sadık kalmaya çalışarak sözlerimi burada sona erdirmek istiyorum, ilginiz için teşekkür ederim, sorularınız olursa sempozyumun soru-cevap kısmında yanıtlamaya çalışacağım.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN SOYKIRIM KONUSUNA İLİŞKİN KARARLARI

Doç. Dr. Meltem SARIBEYOĞLU SKALAR*

GİRİŞ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) ve Ek Protokollerinin kapsamına girmemesine rağmen, birçok durumda, soykırım dâhil olmak üzere, uluslararası suçların önlenmesi ve cezalandırılmasına ilişkin konularla bağlantılı sorunları incelemek durumunda kalmıştır.[1]

Bu çalışmada özellikle AİHM'nin 15 Ekim 2015 tarihinde başvurucu lehine sonuçlanan Perinçek Kararı (Büyük Daire) ve tartışma konusuyla bağlantılı olduğu ölçüde, anılan kararda yer alan hususları destekleyen veya açıklayan diğer kararları ele alınacaktır.

I. Perinçek Kararı

A. Olay ve Yargılama Süreci

Başvurucu Doğu Perinçek hakkında, İsviçre'de katıldığı üç ayrı toplantıda (7 Mayıs 2005'te Lozan'da, 22 Temmuz 2005'te Opfikon'da ve 18 Eylül 2005'te Köniz'de) yaptığı konuşmalarda, 1915 ve sonrasında Osmanlı İmparatorluğunca Ermenilere karşı yapıldığı ileri sürülen soykırımın varlığını kamu önünde inkâr ettiği gerekçesiyle, ceza davası açılmış ve başvurucu yargılanmıştır.[2] Söz konusu dava, ilk konuşmasından[3] sonra,15 Temmuz 2005'te İsviçre-Ermenistan Derneğinin

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1 Örneğin bkz. CASE OF MARGUŠ v. CROATIA, GC (Application no. 4455/10) 27 May 2014; CASE OF KONONOV v. LATVIA, (Application no. 36376/04) GC, 17 Mayıs 2010, CASE OF JORGIC v. GERMANY, (Application no. 74613/01), 12.10.2007, Soykırım konusuna ilişkin olarak bkz. CASE OF VASILIAUSKAS v. LITHUANIA, (Application no. 35343/05) GC, 20 October 2015, passim.

2 Hüseyin Pazarcı, "Perinçek (İsviçre'ye Karşı) Davası (AİHM, 17 Aralık 2013)", Ermeni Araştırmaları Dergisi, Ankara 2014, S. 48, s. 29.

3 AİHM, Perinçek 2013. Kararın gayri resmi Türkçe çevirisi için bkz. "AİHM Perinçek-İsviçre Davası Kararı Gayri Resmi Türkçe Çeviri", Ermeni Araştırmaları Dergisi, Ankara 2014, S. 48, s.149-234; "Başvuran, 7 Mayıs, 22 Temmuz ve 18 Eylül 2005 tarihlerinde sırasıyla Lozan, (Vaud Kantonu), Opfikon

mahkemeye başvurması üzerine açılmıştır. Davaya birinci derece mahkemesi olarak bakan Lozan Polis Mahkemesi, 9 Mart 2007'de, Perinçek'i İsviçre Ceza Yasasının 261 bis maddesinin 4'üncü fıkrası uyarınca, ırkçı ayrımcılık yaptığı gerekçesiyle suçlu bulmuştur.[4]

Yargılama sürecinin devamında bir üst derece mahkemesi olarak Vaud Kantonal Mahkemesi, Perinçek'in itirazı üzerine yaptığı değerlendirmede, 13 Haziran 2007'de ilk derece mahkemesinin kararını doğru bulmuştur. Perinçek'in bu karara karşı başvurusu ise Federal Mahkeme tarafından değerlendirilerek 12 Aralık 2007'de reddedilmiştir. Başvurucu bu kararın kesinleşmesini takiben 19 Haziran 2006'da, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) başvurmuştur.[5] AİHM'nin yedi hakimden oluşan bir Dairesi 17 Aralık 2013'te kararını vermiştir.[6] Bu kararda Daire, başvurucunun ifade hürriyetinin ihlal edilmiş olduğuna dair iddiasının AİHS'nin 10'uncu maddesi altında incelenmesine oybirliğiyle ve bu maddenin ihlal edilmiş olduğuna 5'e karşı 2 oyla karar vermiştir.[7] 17 Mart 2014'te İsviçre Hükümeti, AİHS'nin 43'üncü maddesine istinaden davanın Büyük Daireye gönderilmesini talep etmiş ve bu talep 2 Haziran 2014'te kabul edilmiştir.[8] Başvurucu ve İsviçre

---

(Zürih Kantonu) ve Köniz'de (Bern Kantonu) farklı konferanslara katılmış ve bu konferanslar sırasında, 1915 yılında ve izleyen yıllarda Osmanlı İmparatorluğu tarafından Ermeni halkına karşı işlenen her türlü soykırımın varlığını aleni bir şekilde reddetmiştir. Ermeni soykırımı fikrini de [emperyalistlerce dile getirilen] "uluslararası yalan" olarak nitelendirmiştir. Başvuranın söylemleri farklı bağlamlarda gerçekleşmiştir: Başvuran, Lozan'da düzenlenen bir basın toplantısı sırasında (Türkçe olarak), 1923 Lozan Antlaşması'nın yıldönümü çerçevesinde düzenlenen bir konferans sırasında Opfikon'da ve partisinin toplantısı vesilesiyle Köniz'de konuşma yapmıştır.", bkz. Anılan çeviri, s. 151.

4 Mahkumiyet hükmüne dayanak teşkil eden söz konusu madde şu şekildedir:
"**Bir ırk, bir etnik köken ya da bir dine mensubiyetleri nedeniyle bir kişi ya da gruba karşı nefreti ya da ayrımcılığı kamu önünde körükleyen kişi**; Bir ırkın, etnik kökenin ya da dinin üyelerini aşağılayan ya da sistematik bir biçimde gözden düşürmeye çalışan bir ideolojiyi kamuya yayan kişi; Aynı niyetle propaganda eylemleri düzenleyen ya da özendiren ya da bu eylemlerde yer alan kişi; Bir kişi ya da grubu ırk, etnik mensubiyet ya da dini nedeniyle, kamu önünde söz, yazı, imge, davranış**, zor kullanma yolları ya da başka herhangi bir yolla insan onuruna zarar verecek biçimde aşağılayan ya da ayrım gözeten ya da aynı nedenle soykırımı ya da insanlığa karşı başka suçları inkâr eden, kabaca küçülten ya da haklı göstermeye çalışan kişi**; ırk, etnik köken ya da dinsel mensubiyetleri nedeniyle bir kişi ya da gruba kamunun kullanımına açık bir hizmeti reddeden kişi, en çok üç yıllık özgürlüğü kısıtlama cezası ya da para cezası ile cezalandırılır." Maddenin Türkçe çevirisi için bkz. Ibid. s. 30. Vurgu bu tebliğin yazarına aittir.

5 Ibid. s. 29.

6 AİHM, CASE OF PERİNÇEK v. SWITZERLAND,(Application no. 27510/08), 17 December 2013.

7 Kararın incelemesine ilişkin bkz. Ibid. Ayrıca bkz. Yaşar Yakış, '' Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Bir Kararı ve Bu Kararın Yansımaları", Ermeni Araştırmaları Dergisi, Ankara 2014, S. 48, s.7-25. Kararın Türkçe çevirisi için bkz. "AİHM Perinçek-İsviçre Davası Kararı Gayri Resmi Türkçe Çeviri", Ermeni Araştırmaları Dergisi, Ankara 2014, S. 48, s.149-234.

8 AİHM, CASE OF PERİNÇEK v. SWITZERLAND (Application no. 27510/08) Büyük Daire, 15 October 2015, para. 4.

Hükümetinin yazılı mütalaalarına ilaveten Büyük Daire üçüncü-taraf görüşlerini de kabul etmiştir. Türk Hükümetinin davaya müdahale hakkı Sözleşmenin 36/1 maddesi ve AİHM'nin usul kurallarının 44/1/b maddesi altında kullanılırken, diğer üçüncü taraflara da Mahkemece izin verildiği gözlemlenebilir. Bu kapsamda Fransa ve Ermenistan Hükümetleri Sözleşmenin 36/2 maddesi ve AİHM'nin usul kurallarının 44/3 maddesi altında yazılı mütalaalarını iletirken bir grup hükümet-dışı kuruluşa[9] da benzer bir imkân tanınmıştır.

Büyük Daire kararı, İsviçre mahkemeleri önündeki yargılama sürecinin, AİHM Daire kararının ve Büyük Daire sürecine tüm tarafların katılımlarının değerlendirmesini içerecek şekilde 15 Ekim 2015 tarihinde verilmiştir. Büyük Daire, özetle, 7'ye karşı 10 oyla AİHS'nin 10'uncu maddesinin ihlalinin bulunduğuna; 4'e karşı 13 oyla AİHS'nin 17'nci maddesinin uygulanmasına yer bulunmadığına ve 1'e karşı 16 oyla ayrıca 7'nci madde altında bu başvurunun incelenmesi gerekmediğine karar vermiştir.

B. Büyük Daire Kararı

Mahkeme öncelikle kendisinin yetkisinin AİHS ve ek protokolleri altında kurulmuş olduğunu ve Yugoslavya Ceza Mahkemesi, Uluslararası Ceza Mahkemesi veya Uluslararası Adalet Divanı gibi Soykırım Sözleşmesi veya diğer antlaşmalar altında cezai veya diğer herhangi bir yetkiye sahip olmadığını hatırlatarak incelemesine başlamıştır. (para. 101) Bu kapsamda daha önce Daire'nin yaptığı gibi (2013, para. 111) Büyük Daire de bu kararın, Ermenilerin Osmanlı İmparatorluğu'nda 1915 ve sonrası maruz kaldığı muamelenin (*"massacres and mass deportations"*) uluslararası hukukun tanımı altında soykırım olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceğini belirlemek durumunda olmadığı gibi, herhangi bir doğrultuda hukuki yönden bağlayıcı açıklamalar yapmaya yetkisi de bulunmadığını bildirmiştir (para. 102).

9 (a) İsviçre-Ermenistan Derneği (the Switzerland-Armenia Association); (b) Fransızca-konuşan İsviçre'nin Türk Dernekleri Federasyonu (the Federation of the Turkish Associations of French-speaking Switzerland); (c) Fransa'daki Ermeni Örgütleri Eşgüdüm Konseyi (the Coordinating Council of the Armenian Organisations in France - CCAF); (d) Türk İnsan Hakları Derneği, Hakikat Adalet Hafıza Merkezi ve Soykırım ve İnsan Hakları Çalışmaları Uluslararası Enstitüsü (the Turkish Human Rights Association, the Truth Justice Memory Centre and the International Institute for Genocide and Human Rights Studies); (e) İnsan Hakları Uluslararası Federasyonu (the International Federation for Human Rights - FIDH); (f) Anti-Semitizim ve Irkçılığa karşı Uluslararası Lig – (the International League against Racism and Anti-Semitism - LICRA); (g) Uluslararası Koruma Merkezi (the Centre for International Protection); ve (h) bir grup Fransız ve Belçikalı akademisyen. AİHM, 2015, Büyük Daire, para. 7.

AİHM, tarafların savları çerçevesinde incelemesini Sözleşme'nin 7'nci, 10'uncu, 16'ncı ve 17'nci maddeleri altında gerçekleştirmiştir. Bu doğrultuda karara konu olan asıl değerlendirmelerin ifade özgürlüğüne ilişkin 10'uncu madde altında yapıldığı gözlemlenebilir.

1. Sözleşmenin 7'nci, 16'ncı ve 17'nci Maddelerine İlişkin Değerlendirmeler

Sözleşme'nin 7'nci Maddesi, suç ve cezanın kanuniliği ilkesini ifade etmektedir. Başvurucunun cezalandırılmasına esas teşkil eden yasal düzenleme, öngörülebilirlik yönünden 10'uncu Madde altında ayrıntısıyla incelendiğinden, Mahkeme 7'inci Madde altında ayrıca bir incelemeye gerek görmemiştir (para. 289).

Diğer yandan, İsviçre Hükümeti, başvurucu bir yabancı olduğundan (vatandaş olmadığından) dolayı ifade hürriyetine müdahalenin Sözleşme'nin 16'ncı maddesi altında haklı olduğunu ileri sürmüştür (para. 118). "Yabancıların siyasal etkinliklerinin kısıtlanması" başlığını taşıyan bu maddeye göre, taraf Devletlerin yabancıların siyasal etkinliklerine kısıtlama getirmeleri yasaklanmamıştır. Mahkemenin bu maddeyi değerlendirdiği tek dava Piermont/Fransa (27 Nisan 1995) kararıdır. Söz konusu karara konu olan olayda Avrupa Parlamentosunun Alman bir mensubu olan Bayan Piermont, yaptığı bir konuşmadan ötürü Fransız Polonezyasından sınırdışı edilmiştir. Mahkeme bu olaya ilişkin değerlendirmesinde, başvurucunun bir diğer Avrupa Birliği üyesi vatandaşı ve Avrupa Parlamentosu mensubu olmasından ötürü 16'ncı madde uygulanarak "yabancı" kabul edilemeyeceğini hükme bağlamıştır (para. 120). Burada olay benzer olmamakla birlikte Mahkeme bu olaya 16'ncı maddenin uygulanamayacağını düşünmektedir. Zira, Piermont'a ilişkin olarak Komisyon da 16'ncı maddenin uluslararası hukukun modası geçmiş bir anlayışını yansıttığını ifade etmiştir. Bu madde, Mahkemece uygulanmadığı gibi bilakis, Cox Kararında, 10'uncu Maddenin 1'inci fıkrası altında korunan ifade hürriyetinin, sınırlar dikkate alınmaksızın güvence altına alındığı ve bu hakkın kullanılması açısından vatandaş ile yabancı arasında bir ayrım gözetilemeyeceği bildirilmiştir (para. 121). Ayrıca Sözleşme'de korunan haklara müdahaleyi öngören hükümler dar yorumlanmalıdır (para. 122).

Hakları kötüye kullanma yasağına ilişkin 17'nci madde[10], bu başvuruya uygulandığı takdirde, başvurucunun 10'uncu madde altındaki haklarını kullanamayacağı (ifade hürriyetine dayanamayacağı) zira bu hakkı kötüye

10 AİHS'nin 17'nci maddesi şu şekildedir:
"Bu Sözleşme'deki hiçbir hüküm, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesi veya bunların Sözleşme'de öngörülmüş olandan daha geniş ölçüde sınırlandırılmalarını amaçlayan bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkı verdiği biçiminde yorumlanamaz."

kullanıyor olduğu söylenecektir. Büyük Daire, bu hükmün uygulanışının son derece istisnai olduğunu çünkü bu hükmün diğer maddelerdeki hakların uygulanmasını engelleyen bir nitelikte olduğunu belirtmiştir (para. 114). 17'inci madde altında belirleyici nokta, yani başvurucunun ifadelerinin nefret ve şiddeti kışkırtmak amacıyla ve bu fiillerin korunması için Sözleşme'ye dayanırken aslında Sözleşme altında korunan hakları yok etmek amacıyla hareket edip etmediğinin saptanması, bir başka konunun tespitiyle örtüşmektedir. Bu da başvurucunun ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı değerlendirmesidir. Bu nedenle Mahkeme Madde 17'nin uygulanabilirliği ve Madde 10 altında başvurucunun şikâyetinin birlikte ele alınması gerektiğine karar vermiştir (para. 115).

2. Sözleşmenin 10'uncu Maddesine İlişkin Değerlendirme

AİHS'nin 10'uncu maddesi[11] ifade özgürlüğüne ilişkindir. Başvurucunun söz konusu ifadelerinden itibaren yargılanması, para cezası ve İsviçre-Ermenistan Derneği'ne tazminat ödemeye mahkum edilmesinin ifade özgürlüğü hakkının kullanılmasına bir müdahale teşkil ettiği konusunda Taraflar arasında bir ihtilaf yoktur. Ancak bu tür bir müdahale 10'uncu maddenin 2'nci fıkrası altında sınırlandırma kriterlerini karşılamıyor ise 10'uncu maddenin ihlali olarak telakki edilebilir. İşte Mahkemenin ayrıntılı değerlendirmeleri de, aşağıda açıklanacak olan bu noktaya odaklanmaktadır.

3. Sözleşme'nin 10'uncu Maddesinin 2'nci Fıkrası Altında Müdahalenin Değerlendirilmesi

Müdahalenin Sözleşme'nin 10'uncu Maddesinin 2'nci fıkrası altında haklı görülebilmesi için, ifade özgürlüğü hakkının kullanılmasının sınırlanması şu koşulları sağlamalıdır:

- Yasa ile öngörülmeli

11 Madde şu şekildedir:
"1. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir.
2. Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir."

- 2'nci fıkrada sayılan meşru amaçlardan bir veya birkaçını amaçlamalı
- Bu amaçlara ulaşmak için demokratik bir toplumda gerekli olmalıdır.

Mahkeme bu konuları tek tek değerlendirmiştir (para. 124).

a. Müdahalenin hukukiliği

AİHM önceki kararlarında yasa ile öngörülme ifadesini açıklığa kavuşturmuştur. Buna göre, öngörülebilirlik önemli bir ölçüttür (The Sunday Times/BK, 26 Nisan 1979, para. 48-49). Bir normun hukuk kuralı olarak kabul edilebilmesi için bir kişinin kendi davranışının sonuçlarını öngörebileceği yeterlikte bir kesinlikle formüle edilmesi gereklidir. Gerektiğinde bir hukukçunun tavsiyesinden yararlanmak suretiyle öngörülebilir olma makul bir öngörü anlamına gelip mutlak surette biliyor olmayı içermez (para. 131).

Sözleşme'nin 7'nci Maddesinin (kanunsuz ceza olmayacağı ilkesi) uygulanması yönünden ise bu koşulun karşılanması için, bir kişinin, bir hükmün lafzından ve gerekli ise mahkemelerin o hükmü yorumlayışının da dikkate alınması suretiyle kendisinin hangi fiil ve ihmallerinin kendisini cezai yönden sorumlu tutacağını öngörebiliyor olması gereklidir (para. 134). Tüm bu kriterlere göre bu davada da Mahkeme, soyut olarak İsviçre'deki söz konusu yasal düzenlemeyi değil, bu yasal düzenlemenin başvurucuya uygulanma şeklinin bir ihlal doğurup doğurmadığını incelemiştir (para. 136).[12]

Başvurucunun, savcılık makamıyla görüşmeleri sırasında tutanak altına alınmış ve Lozan Bölge Polis Mahkemesi ve Federal Mahkeme tarafından tespit edilmiş ifadelerine göre, başvurucu, İsviçre Ulusal Konseyinin 1915 ve sonrası olayları soykırım olarak nitelendirdiğini bilmekte ve bu yanlışın düzeltilmesine yardımcı olmak istemektedir (para. 138). Bu nedenle ve İsviçre Mahkemeleri'nin diğer olaylarda tutumu da değerlendirilmek suretiyle, Büyük Daire, başvurucunun söz konusu madde altında yargılanma ve mahkum olma olasılığını bildiği sonucuna varmıştır (para. 138). Bu nedenle, Mahkeme, başvurucunun ifade özgürlüğü hakkına müdahalenin yeteri kadar öngörülebilir olduğuna ve bu nedenle 10'uncu Maddenin 2'nci fıkrası anlamında "yasayla öngörüldüğüne" karar vermiştir.

12 Bu doğrultuda Büyük Daire, bu başvuruda soyut olarak İsviçre Ceza Yasasının 261 bis maddesinin 4'üncü fıkrasının, özellikle de "bir soykırım" ifadesinin sonuçlarının yeteri kadar öngörülebilir olup olmadığını değil, başvurucunun somut olayda bu cezai sorumluluğu öngörüp öngörmediğini veya bunu yapabilecek durumda olup olmadığını tespit etme yoluna gitmiştir. Bkz. PERİNÇEK, 2015, (para. 137).

b. Meşru amaç

İsviçre Hükümeti Sözleşmenin 10'uncu Maddesi 2'nci fıkrası altında iki meşru amaç güttüğünü bildirmiştir: (1) kamu düzeninin sağlanması (*the prevention of disorder*) ve (2) başkalarının (şöhret ve) haklarının korunması (*the protection of the … rights of others*).

Kamu düzeninin sağlanması konusundaki inceleme yönünden, Mahkeme Sözleşme ve Ek Protokollerde kamu düzeni/kamu yararı kavramlarının çeşitli maddelerde farklı kullanımları bulunduğunu tespit etmiştir (para. 146). Diğer yandan 10'uncu Maddenin 2'nci fıkrasında yer alan Fransızca ifadenin ("la défense de l'ordre") İngilizce metinde yer alan ifadeden ("the prevention of disorder") daha geniş bir anlam sunduğu da gözlemlenmektedir (para. 147).

Örf ve adet hukuku kurallarını yansıtan 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 31'inci madde hükmünde yer alan yoruma ilişkin esaslar incelenmek suretiyle (para. 149), AİHS'nin Sözleşme'nin konu ve amacını gerçekleştirmeye en uygun şekilde bir uzlaştırmayla yorumlanması gerektiği sonucuna varılmıştır (para. 150). Zira, bu terimlerin kullanıldığı bağlam (context) bireysel insan haklarının etkin korunması amacıyla yapılmış bir Sözleşmedir, bu nedenle örneğin Madde 10/2 hükmü gibi Sözleşme haklarına müdahaleye izin veren hükümlerin dar yorumlanması gerekmektedir ve genel bir kuralın istisnalarına geniş bir yorum sağlanamaz. Mahkeme, bu nedenle Madde 10/2 hükmünün Fransızca ve İngilizce metinlerdeki anlam farklılığını uzlaştıracak şekilde daha az kapsamlı bir anlam verilmesini benimsemiştir (para. 151).

Mahkemeye göre, önemli olan Madde 261bis'in Ceza Yasası sistematiğindeki yeri veya soyut anlamda korunmak istenen yarar değildir; asıl önemli olan başvurucunun fiillerinin somut olarak kamu düzenini bozmaya elverişli olup olmadığı veya bozup bozmadığı, örneğin, kamusal bir kargaşa/karışıklık/huzursuzluk ortaya çıkmış olması ve İsviçre makamlarının bu nedenle cezalandırmaya girişmesi gereklidir (para. 152). Ayrıca başvurucu söz konusu beyanlarda bulunduğu sırada, bu toplantıların kamuda bir kargaşaya yol açmaya müsait olduğuna dair veya İsviçre'deki Ermeni ve Türk toplulukları arasında herhangi bir çatışmaya yol açmaya müsait olduğuna dair bir kanıt da bulunmamaktadır (para. 153). Bu nedenle Mahkeme, başvurucunun ifade özgürlüğü hakkına müdahalenin "düzensizliği engelleme" amacını taşıdığına ikna olmamıştır (para. 154).

Başkalarının … haklarının korunması (*the protection of the … rights of others*) şeklinde ortaya çıkan ikinci meşru amaç değerlendirmesine ilişkin olarak Mahkeme, 1915 ve sonrası olaylarda ölen ve kurtulan kişilerin kişi onurları ile onların halefleri olarak bugünkü Ermeniler, onların kimliğini de içerecek şekilde kişi onurları

açısından iki ayrı değerlendirme yapılması gerektiği düşüncesindedir (para. 155). Mahkeme, başvurucunun ifadelerine – Ermenilerin soykırıma uğratıldığı iddiasını reddetmiştir – yapılan müdahalenin bugünkü Ermenilerin kimliğinin ve kişi onurunun korunmasını amaçladığını kabul etmektedir. Ancak aynı zamanda, başvurucunun, söz konusu olayların yasal nitelendirmesine karşı çıkmak suretiyle, mağdurlara dönük bir negatif etki yaptığını, onları kişi onurlarından yoksun bıraktığını veya onları küçülttüğünü söylemek zor olduğu görüşüne varmıştır. Başvurucu, soykırımın uluslararası bir yalan olduğunu söylerken bu olayların mağdurlarını veya onların haleflerini değil emperyalistler olarak saydığı bazı devlet ve örgütleri suçlamıştır. Diğer yandan ise İsviçre Mahkemelerindeki ifadelerinde, Ermenilerin emperyalist güçlerin enstrümanları olarak Türk ve Müslümanların kitlesel katillerinden sorumlu olduğunu ileri sürmüştür. Bu nedenlerle Mahkeme, ifade özgürlüğü hakkına müdahalenin söz konusu kişilerin ve onların haleflerinin kişi onurlarını korumayı amaçladığı kanaatine varmıştır (para. 156). Yani bu müdahale başkalarının haklarını korumak için yapılmıştır ancak bu amaca ulaşmak için cezai bir yaptırımın demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığının ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir (para. 157).

c. Müdahalenin demokratik bir toplumda gerekliliği

(1) Madde 10/2 hükmü altında müdahalenin "demokratik bir toplumda gerekliliğine" ilişkin önceki içtihat ve bunların Perinçek/İsviçre davasına uygulanması

Mahkeme öncelikle ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin gerekliliğini değerlendirmeye imkan veren genel ilkeleri önceki içtihatlarına istinaden hatırlatmaktadır:[13]

Buna göre, ifade özgürlüğü, demokratik bir toplumun vazgeçilmez esasını ve bu toplumun gelişiminin ve her bireyin kendini gerçekleştirmesinin temel koşulunu oluşturmaktadır. 10'uncu maddenin 2'nci fıkrasının hükümleri saklı kalmak kaydıyla ifade özgürlüğü sadece kabul edilen, zararsız ya da farklı olan "bilgi" ya da "düşünceler" için değil ama ayrıca hoşa gitmeyen, sarsıcı ya da rahatsız edici olanlar için de geçerlidir: bunlar, "demokratik toplumun" onlarsız olamayacağı çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gereğidir. 10'uncu maddede açıklandığı

13 Stoll/İsviçre ([BD], no 69698/01, § 101, CEDH 2007-V) kararında belirtilmiş ve Mouvement raëlien suisse/İsviçre ([BD], no 16354/06, § 48, CEDH 2012), Animal Defenders International/Birleşik Krallık ([BD], no 48876/08, § 100, 22 Nisan 2013) bkz. Türkçe tercüme . "AİHM Perinçek-İsviçre Davası Kararı Gayri Resmi Türkçe Çeviri", Ermeni Araştırmaları Dergisi, Ankara 2014, S. 48, s. 198-199.

gibi bu özgürlüğe yapılan sınırlamaların her halde dar yorumlanması gerekmektedir ve herhangi bir sınırlama gereksiniminin ikna edici bir biçimde ortaya koyulması gerekmektedir.[14]

10'uncu maddenin 2'nci fıkrasında belirtilen anlamda "gerekli" sıfatı "zorlayıcı sosyal bir ihtiyaç" anlamına gelmektedir. Taraf Devletler anılan ihtiyacın mevcut olup olmadığının değerlendirilmesi konusunda belli bir takdir yetkisine sahiptirler, ancak Avrupa denetimi, bağımsız bir yargı organı tarafından verilen kararlar da dâhil olmak üzere, yasayı ve uygulanan kararları kapsayacak şekilde yapılmaktadır. Mahkeme bu sebeple, bir "sınırlamanın" Sözleşme'nin 10'uncu maddesi ile güvence altına alınan ifade özgürlüğü ile bağdaşıp bağdaşmadığı konusunda nihai kararı verme yetkisine sahiptir.[15]

Mahkeme denetimini yaparken kendini yetkili ulusal yargı organlarının yerine koymamaktadır; Mahkeme'nin rolü, bu yargı organlarının kendi takdir yetkileri dahilinde vermiş oldukları kararların 10'uncu madde ile uyumlu olup olmadığını belirlemektedir. Bu nedenle Mahkeme, Taraf Devletin bu yetkisini iyiniyetli, özenli ve mantıklı bir şekilde kullanıp kullanmadığını incelemekle yetinmektedir: Mahkeme müdahalenin "meşru amaçlar ile orantılı" olup olmadığını ve ulusal otoriteler tarafından anılan müdahalenin meşru gösterilmesi için öne sürdükleri gerekçelerin "yerinde ve yeterli" olup olmadığını tespit etmek için davayı bir bütün olarak ele alarak incelemek zorundadır. Bunu yaparken Mahkeme'nin, ulusal otoritelerin 10'uncu madde kapsamında bulunan ilkelere uygun standartları uyguladığı ve bununla birlikte, ilgili bulguların kabul edilebilir bir değerlendirmesine dayandıkları konusunda ikna olması gereklidir (para. 196).

Ayrıca Mahkeme, verilecek takdir yetkisinin birçok faktöre bağlı olduğunu hatırlatmaktadır. Takdir yetkisi, söz konusu olan ifade şekline göre belirlenmektedir; bu konuda Sözleşme'nin 10'uncu maddenin 2'nci fıkrası, siyasi açıklamalar veya kamu yararı ile ilgili sorunların tartışılması konusunda ifade özgürlüğüne sınırlama getirilmesine fazla imkân vermemektedir (para. 197).

Burada Mahkemenin yaptığı değerlendirme, başvurucunun olayında, İsviçre Ceza Yasasının 261bis maddesinin 4'üncü fıkrasının uygulanmasının, AİHS'nin 10'uncu maddesinin 2'nci fıkrası anlamında demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı değerlendirmesidir (para. 226).

14 Ibid., s.199.

15 Ibid., s.199.

Böyle bir gerekliliğin bulunup bulunmadığı sorusunun cevabı, ceza hukuku önlemleri yoluyla diğerlerinin haklarının korunması için bir ihtiyacın bulunmasına dayanmaktadır. Mahkemenin hali hazırda kabul edilmiş içtihatlarına göre, etnik kimlik ve seleflerin itibarı, özel yaşam başlığı altında Madde 8'in uygulanmasını gerektirmektedir (para. 227). Bu nedenle Mahkeme önceki içtihatlarının ışığında Madde 10'da korunan ifade hürriyeti hakkı ile Madde 8 altında korunan özel yaşama saygı hakkını dengelemek zorundadır.[16]Bunu yaparken Mahkeme, başvurucunun beyanlarının niteliğine; hangi bağlamda bunlara müdahale edildiğine; bu beyanların Ermenilerin haklarını ne dereceye kadar etkilediğine; bu tür beyanlarla ilgili cezai önlemlere başvurma konusunda Yüksek Sözleşen Taraflar arasında mutabakat bulunup bulunmadığına; bu konuda uluslararası hukuk kuralları bulunup bulunmadığına; başvurucunun mahkumiyetini haklı kılmak için İsviçre Mahkemelerinin izlediği yönteme; ve müdahalenin ağırlığına istinaden bir inceleme yapacaktır (para. 228).

(a) Başvurucunun beyanlarının niteliğinin değerlendirilmesi

Mahkemenin içtihat hukukuna göre kamunun ilgili olduğu konulardaki ifadeler kural olarak güçlü bir korumadan yararlanırken, şiddeti, nefreti, zenofobi veya hoşgörüsüzlüğün diğer bir türünü destekleyen veya haklı gösteren ifadeler korumadan yararlanamaz. Siyasi gösterilerde veya kitap, gazete, radyo veya televizyon programları gibi medya organlarında yapılan tarihi meselelere ilişkin beyanlar, kural olarak kamunun ilgili olduğu alanları oluşturur (para. 230).

Daire başvurucunun beyanlarının tarihi, hukuki ve siyasi bir nitelikte olduğu kanaatine varırken, İsviçre Hükümeti ve bazı üçüncü taraflar, başvurucunun, düzgün bir tarihsel tartışmanın açık fikirlilik özelliğine uygun olarak akademik ve nötr bir üslupla konuşmadığını ileri sürmüşlerdir. Büyük Daire ise başvurucunun her ne kadar kendi gibi düşünen kişilerin olduğu kamusal toplantılarda bir siyasetçi olarak bu beyanlarda bulunduğunu saptıyorsa dahi, bunun kamuyu ilgilendiren "sadece Türkiye'de değil uluslararası arenada da sıcak bir tartışma" olduğunu belirtmiştir. Bu anlamda başvurucunun İsviçre'de kabul edilen ana akım siyasi kabulden

16 Sözleşme'nin 10'uncu Maddesi ile 8'inci Maddesinin dengelenmesi, s. 86.
(2) Mahkeme'nin konuya ilişkin içtihadı
(a) Grup kimliği ve seleflerin itibarı, s. 87.
(b) Şiddete çağrı ve "nefret söylemi", s. 88.
(c) Holokostun inkarı ve diğer Nazi suçlarına ilişkin beyanlar, s. 90.
(d) Tarihsel tartışmalar, s. 92.
(e) 1915 ve sonrası olaylarla ilgili ifadelerden ötürü Türkiye'ye karşı açılmış davalar, s. 93.

ayrılmış olması veya kendini güçlü ifadelerle açıklamış olması[17], beyanların kamuyu ilgilendirme özelliğini ortadan kaldırmaz. Tartışmalı ve çoğu zaman sert olmak siyasi söylemin doğasında vardır. Bu, bu tür ifadelerin kamunun yararına olma özelliğini azaltmaz ancak tabii ki sınır aşılmamalı ve bu ifadeler şiddete, nefrete veya hoşgörüsüzlüğe çağrıya dönüşmemelidir. Mahkeme ifadeleri bu yönüyle de incelemiştir (para. 231).

İsviçre mahkemeleri başvurucunun ırkçı bir saikle konuştuğu değerlendirmesi yapmışlardı. Büyük Daire ise konuşmaların çok hassas bir konuya ilişkin olduğunu bilmekle birlikte, konuşmaların nefret veya hoşgörüsüzlüğe yönlendirdiği sonucuna varmamıştır. Mahkeme, başvurucunun mağdurlara karşı küçümseme veya nefret açıklamadığını, hatta Türklerin ve Ermenilerin uzun zaman birlikte barış içinde yaşamalarına rağmen aynı emperyalist güçlerin kurbanı olduklarını ifade ettiğini belirtmektedir (para. 233).

İkinci olarak Mahkeme, bu ifadelerin yapıldığı daha geniş bağlam veya başvurucunun konumu gereği bu beyanların yine de Ermenilere karşı bir çeşit nefreti ve hoşgörüsüzlüğü kışkırtma teşkil edip etmediğini incelemiştir. Daha önce Komisyon ve Mahkeme önüne gelen başvurularda Holokosta ilişkin olarak bu tür bir tarihsel ve bağlamsal tespit yapılmıştır. Ancak Mahkeme, aynı tespitin bu olayda yapılmasının mümkün olmadığını düşünmektedir. Burada bağlam gereği, bu tür bir nefreti ve hoşgörüsüzlüğü kışkırtma otomatik olarak varsayılamamakta ve bu davada bu unsurların bulunduğuna dair yeterli bir kanıt da bulunmamaktadır (para. 234).

Başvurucunun ifadesinde Ermenileri bir grup olarak konu alması da kendiliğinden ırkçı bir gündemi olduğu anlamına gelmez, zira uluslararası hukukta soykırım teriminin tanımı gereği bir tarihi olayı bu doğrultuda sınıflandırmayı amaçlayan her ifade belli bir ulusal, etnik, ırksal veya dini bir grubu konu alacaktır (para. 238).

Mahkeme böylece söz konusu ifadelerin Ermenilere karşı nefrete, şiddete veya hoşgörüsüzlüğe çağıran bir nitelikte olmadığına karar verirken İspanya Anayasa Mahkemesi'nin bir kararından da yararlanmıştır. Bu karara göre, soykırımı haklı gösterme çabası, belli bir olayın soykırım teşkil etmediği iddialarında değil, bu olay hakkında bir değer yargısı açıklayan, ağırlığını görecelendiren veya onu haklı gösteren beyanlarda bulunabilir (para. 240).

Bu açıklamalardan Mahkeme, başvurucunun ifadelerinin Madde 10 altında kamu yararını ilgilendirdiğinden yüksek bir koruma altında olduğuna ve İsviçre

17 Ancak kabul edilmelidir ki bu ifadeler ilgi çekmeyi amaçladığı için mübalağa içermektedir. Bkz. para. 239.

makamlarının müdahale için dar bir takdir marjı bulunduğuna karar vermiştir (para. 241).

(b) Müdahalenin çerçevesi

(i) Coğrafi ve tarihsel faktörler

Bir hakka müdahalenin değerlendirmesinde zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç bulunup bulunmadığını anlamak için Mahkeme her zaman söz konusu Sözleşmeci Devletin kendi tarihsel bağlamı konusunda hassas olmuştur. Bu nedenle özellikle Avusturya, Almanya, Belçika ve Fransa söz konusu olduğunda soykırımın/holokostun inkarı, bağımsız bir tarih araştırması olarak sunulmaya çalışıldığında bile aslında sadece inkar değil, antidemokratik bir ideoloji ve anti-Semitizm olarak görülmüştür. Bu nedenle, Holokostun inkârı özellikle de Nazi felaketini tecrübe etmiş devletler açısından tehlike arz eder ve inkarı suç haline getirmek de dâhil olmak üzere, bu tür suçlarla aralarına bir mesafe koyma konusunda ahlaki bir sorumlulukları da bulunmaktadır (para. 243).

Bununla tezat şekilde Osmanlı İmparatorluğu'nda 1915 ve sonrası olayları ile İsviçre arasında bu tür bir doğrudan bağın varlığı ileri sürülmemiştir. Ayrıca başvurucunun bu beyanlarda bulunduğu sırada İsviçre'de Türkler ve Ermeniler arasında bir gerginlik ve çatışma çıkacağı yönünde bir atmosfer de bulunmamaktadır. İsviçre makamlarının başvurucuyu yargılamamış olmaları durumunda kendi adlarına başvurucunun görüşlerini meşrulaştırmış olacakları yönünde bir çıkarım da yapılamaz (para. 244).

Mahkeme daha geniş bir orantılılık değerlendirmesinin içinde "demokratik bir toplumda gerekli" değerlendirmesinin ulusal makamlarca alınan önlemler ile bu önlemlerle arzu edilen amaç arasında mantıksal bir bağın olmasını gerektirmektedir. Bu nedenle, Türkiye'deki Ermeni azınlığa yönelmiş bir düşmanlık varsa bile bunun başvurucunun ifadeleri sonucu gerçekleştiğini söylemek veya başvurucu cezalandırıldığı için bu azınlığın artık daha güvende olduğunu söylemek mümkün değildir (para. 246).

(ii) Zaman faktörü

Mahkeme, geçmiş içtihatlarına atıfla, trajik olayların üzerinden doksan yıl geçtikten sonra yapılan açıklamaların hala canlı hatıralarla ilgili olsa da zaman faktörünün tamamen göz ardı edilemeyeceğini bildirmektedir (para. 250).

(c) Başvurucunun beyanlarının Ermeni topluluğu mensuplarının haklarını etkileme derecesi

Mahkeme, 1915 ve sonrası olaylarının soykırım olarak nitelemesi konusunun ve buna ilişkin her tür beyanın Ermeni toplumu için çok hassas bir konu teşkil ettiğini anlamakla birlikte, başvurucunun söz konusu beyanlarının, bu trajik olaylarda ölen Ermenilerin onurlarını ve haleflerinin onur ve kimliklerini yaralayan boyutta; İsviçre'de bir cezai önlem gerektirecek düzeyde olduğunu kabul etmemiştir. Daha önce belirtildiği gibi, tüm konuşma bağlamından Ermenilerin bu kıyımı hakkettiği gibi bir anlam çıkmamakta ve başvurucu ifadelerinde emperyalistleri suçlamaktadır. Bu husus uzunca bir zamanın geçmiş olması ile de birleştirilince Mahkeme, başvurucunun ifadelerine yüklendiği kadar büyük bir üzücü etkinin bulunmadığı sonucuna varmaktadır (para. 252).

Bunun dışında Mahkeme, başvurucunun söylemlerinin sadece üç kamuya açık toplantının boyutlarıyla sınırlı kalmış olmasını da dikkate almış ve sınırlı bir etkisi olduğu sonucuna varmıştır[18] (para. 254).

(d) Sözleşme'ye Taraf Devletler arasında görüş birliğinin bulunmaması

Mahkeme, çeşitli üye devletlerin bu tür ifadelerin suç haline getirilmesinde farklı yaklaşımları bulunduğunu ve bu farklı yaklaşımlardan kendi kararını etkileyecek bir kanaate ulaşmadığını bildirmektedir (para. 255-257).

(e) Müdahalenin İsviçre'nin uluslararası hukuktan kaynaklanan bir yükümlülüğünden kaynaklanıp kaynaklanmadığı değerlendirmesi

Bazı üçüncü taraflar, İsviçre tarafından bir soykırımın inkarının suç haline getirilmesinin İsviçre'nin uluslararası hukuk altında üstlendiği yükümlülüklerinden kaynaklandığını ileri sürmüşlerdir (para. 258). Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına Dair Uluslararası Sözleşme'nin 4'üncü maddesiyle ilgili ileri sürüldüğü gibi, bu maddenin lafzı, soykırımın inkarının suç haline getirilmesini gerektirmemektedir. Bu madde, "Taraf Devletler, bir renk veya etnik kökenden olan bir ırkın veya bir kişi grubunun üstünlüğüne dayanan, veya herhangi bir biçimde ırk düşmanlığını veya ayrımcılığını meşru göstermeye teşebbüs eden fikirlere veya teorilere dayanan bütün propagandaları ve örgütleri yasaklar ve mahkum eder" demektedir. İsviçre bu Sözleşme'ye katılırken Sözleşme'nin 5'inci maddesinde de anılan haklara

18 Bkz. PERİNÇEK, 2015 (Daha önceki Feret Kararında ise bir seçim kampanyası sırasında ülke çapında dağıtılan broşürlerin nüfusun bir bölümünü yaralayan ifadeler içermesini bu anlamda çok önemli bulmuştur).

özellikle özen gösterileceğini belirtmiştir. Bu haklar arasında fikir ve ifade özgürlüğü hakkı da sayılmaktadır. Sözleşme'nin denetim organı olan BM Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi de "ırksal şiddet veya nefrete kışkırtmayı açıkça teşkil ettiği takdirde, soykırım suçu ve insanlığa karşı suçların kamu önünde inkarı veya haklı gösterme çabalarının … yasayla cezalandırılabilir suçlar olarak düzenlenmesi gerekir" demektedir. Komite aynı zamanda, "tarihsel olgular hakkında fikirlerin açıklanmasının yasaklanmaması veya cezalandırılmaması" gerektiğini de bildirmektedir (para. 261).

Bu tür bir suç haline getirmeyi açıkça öngören tek hüküm, Siber suç Sözleşmesi'nin Ek Protokolü'nün 6'ncı maddesi 1'inci fıkrasında yer almaktadır. İsviçre bu Protokolü imzalamış fakat henüz onaylamamıştır (para. 263).

1948 Soykırım Sözleşmesi'nin III (c) Maddesi Devletlerin, "soykırımda bulunulmasını doğrudan ve aleni surette kışkırtmak" fiilini bir suç haline getirmesini gerektirmektedir. Ancak Ruanda Ceza Mahkemesi'nin de belirttiği gibi aradaki fark her zaman çok sıkı olmasa da yine de soykırıma doğrudan kışkırtma ile "nefret söylemi" arasında belirgin bir farklılık vardır. Her durumda başvurucunun ifadelerinin nefrete veya ayrımcılığa kışkırtma teşkil etmediği anlaşıldığından, İsviçre'nin de bu tür bir fiili bu hükümler altında suç haline getirme yükümlülüğü bulunmamaktadır (para. 264).

BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin izleme organı BM İnsan Hakları Komitesi 2011 yılında özetle şu görüşleri açıklamıştır: "Tarihsel olgular hakkında düşünce açıklamalarını cezalandıran yasalar, Sözleşme'nin Taraf Devletlere fikir ve ifade özgürlüğüne saygıya ilişkin olarak yüklediği yükümlülüklerle uyumlu değildir"; Sözleşme "geçmiş olayların hatalı şekilde ifadesini veya yanlış bir yorumunu genel olarak yasaklamaya izin vermez" … (para. 265).

Ayrıca, devletlerin tekdüze olmayan uygulamaları dolayısıyla, İsviçre'nin bu tür bir ifadeyi suç haline getirme yönünde örf ve adet hukukundan kaynaklanan bir yükümlülüğü de bulunduğu söylenemez. Siber suç Sözleşmesi'nin Ek Protokolü'nün 6/1 Maddesi sadece, "bir bilgisayar sistemi yoluyla" işlenen ve "yetkili bir uluslararası mahkemenin kesin ve bağlayıcı kararıyla bu şekilde tanınan" bir soykırımla ilgili olarak soykırım inkarının suç olarak düzenlenmesine ilişkindir. Protokolün açıklayıcı raporu ise ilgili hukuki düzenlemelerle 1945'ten sonra kurulan diğer uluslararası mahkemelerin, örneğin ICTY, ICTR ve ICC, kastedildiğini bildirmektedir. Ayrıca Madde 6'nın ilk fıkrasına çekince konulması da mümkündür ve Protokole halen sınırlı sayıda Avrupa Konseyi üyesi taraftır ve taraflardan üçü de ilgili maddeye çekince koymuşlardır. Bu koşullarda bu maddenin bir örf ve adet hukuku kuralı haline gelerek genel bir yükümlülük doğurduğunu kabul etmek mümkün görünmemektedir. Aynı

tespitler Avrupa Birliği Çerçeve Kararı 2008/913/JHA için de geçerlidir zira birçok Avrupa Birliği üyesi devlet tarafından uygulanmamaktadır (para. 266).

(f) Başvurucunun mahkumiyetini haklı kılmak için İsviçre Mahkemelerince uygulanan yöntem

Mahkeme İsviçre Ceza Yasasının 261bis 4'üncü fıkrası altında İsviçre Mahkemelerinin 1915 ve sonrası olaylarının ne şekilde "bir soykırım" teşkil ettiği sonucuna vardığını ayrıntılı olarak incelememektedir zira bu İsviçre hukukunun yorumu ve uygulamasına ilişkindir (para. 269). Ancak bu uygulamanın, başvurucunun Sözleşme altında korunan hakkına tesiri ölçüsünde Mahkeme inceleme yetkisine sahiptir (para. 270).

Lozan Bölge Polis Mahkemesi anılan olayları "bir soykırım" olarak nitelendirirken İsviçre hukuku kurallarına, örneğin Ceza Yasası Madde 264'e, veya Soykırımın Önlenmesi Sözleşmesine ya da Roma Statüsüne atıf yapmamaktadır. Daha çok İsviçre, yabancı ve uluslararası organlarca resmi tanıma eylemleri, uzman raporları ve hukuk kitapları esas alınmıştır. Vaud Kanton Mahkemesi ise, soykırımı tanımlayan yasal hükümleri saymış ancak İsviçre Parlamentosu'nun bu konudaki görüşünü belirleyici kabul etmiştir. İsviçre Federal Mahkemesi ise bu görüştense Lozan Bölge Polis Mahkemesi'nin yaklaşımını benimseyerek fiillerin İsviçre Ceza Yasasının 264'üncü maddesi altında soykırım olarak sınıflandırılmasının yerindeliği sorununun burada konuyla ilgisiz olduğunu bildirmiştir. Bu nedenle başvurucunun, 1915 ve sonrası olaylarının ceza yasasında yazılı hukuki tasnifine karşı çıktığı için mi yoksa bu konuda İsviçre toplumunda ağırlıklı görüşle çeliştiği için mi cezalandırıldığı belirsiz kalmıştır. Bu son durumda, başvurucunun mahkumiyetinin, demokratik bir toplumda, devlet otoriteleri veya nüfusun herhangi bir kesiminden ayrılan görüşleri açıklama imkanına zarar verdiği kabul edilmek zorundadır (para. 271).

(g) Müdahalenin ağırlığı

Mahkemeye göre, başvurucunun cezasının ağırlığından daha önemli olan husus cezai yönden hüküm giymiş olmasıdır. Cezai müeyyide ifade özgürlüğü hakkına en ciddi müdahale türüdür (para. 273).

(h) Başvurucunun ifade özgürlüğü hakkının Ermenilerin özel yaşama saygı hakkıyla dengelenmesi

Mahkeme yukarıda tüm incelenen faktörleri dikkate alarak İsviçre makamlarının, başvurucunun ifade özgürlüğü hakkı ile Ermenilerin kişi onurlarının korunması hakkı arasında bir denge kurup kurmadığını değerlendirmiştir (para. 274).

İfade özgürlüğünün cezai bir hükümle sınırlandırıldığı bir olayda, normalde, müdahalenin gerekçesi olarak sadece müdahale konusunun belli bir kategori içinde yer alması veya genel olarak formüle edilmiş bir hukuk kuralına yakalanması yeterli değildir; gerçekten gereken şey, müdahalenin spesifik koşullar içinde gerekli olmasıdır (para. 275).

İsviçre ulusal mahkemelerinin, başvurucunun yargılama süreci boyunca, özellikle de demokratik bir toplumda gereklilik değerlendirmesine hiç girişmediği gözlenmektedir (para. 278). Böylece bu dengeleyici faaliyeti AİHM yapmaktadır (para. 279).

Yukarıda incelenen tüm unsurlar dikkate alındığında, - başvurucunun beyanları kamuyu ilgilendiren bir konudadır ve nefrete ve hoşgörüsüzlüğe çağrı teşkil etmemektedir; bu açıklamaların yapıldığı bağlam İsviçre'de yükselen gerginlikler veya özel tarihsel izlerle göze çarpmamaktadır; beyanlar, İsviçre'de cezai yargılamayı gerektirecek ölçüde Ermeni topluluğunun mensuplarının onurlarını etkilememektedir; İsviçre'nin uluslararası hukuk altında bu tür bir cezai yargılama yükümlülüğü bulunmamaktadır; İsviçre Mahkemeleri başvurucuyu, İsviçre'de kabul edilmiş olanlardan farklı bir görüş ifade ettiği için cezalandırmış görünmektedir; ve müdahale bir ceza hükmü ile ciddi bir şekil almıştır – Mahkeme, bu olayda, Ermeni topluluğunun haklarının korunması için başvurucunun cezai yaptırıma uğratılmasının demokratik bir toplumda gerekli olmadığı sonucuna varmıştır (para. 280) ve nedenle Sözleşme'nin 10'uncu Maddesinin ihlalini tespit etmiştir (para. 281).[19]

C. Davanın Sonucu

Tüm incelenen hususlar dikkate alındığında AİHM'nin ulaştığı sonuçlar şöyle özetlenebilir:

- Başvurucunun beyanları kamuyu ilgilendiren bir konudadır ve nefrete ve hoşgörüsüzlüğe çağrı teşkil etmemektedir.
- Bu açıklamaların yapıldığı bağlam İsviçre'de yükselen gerginlikler veya özel tarihsel izlerle göze çarpmamaktadır.
- Beyanlar, İsviçre'de cezai yargılamayı gerektirecek ölçüde Ermeni topluluğunun mensuplarının onurlarını etkilememektedir.
- İsviçre'nin uluslararası hukuk altında bu tür bir cezai yargılama yükümlülüğü bulunmamaktadır.

19 Böylece 17'inci Maddenin uygulanmasına yer bulunmamaktadır bkz. Ibid., (para. 282).

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

- İsviçre Mahkemeleri başvurucuyu, İsviçre'de kabul edilmiş olanlardan farklı bir görüş ifade ettiği için cezalandırmış görünmektedir.
- Müdahale bir ceza hükmü ile ciddi bir şekil almıştır.

II. AİHM'nin Konuyla İlgili Diğer Kararlarının İncelenmesi

AİHM birçok kararında nefret söylemi içeren ifadelerin sınırlandırılmasına ilişkin ulusal yasalar çerçevesindeki tedbirlerin AİHS altında orantılı olup olmadığını incelemiştir. Mahkemeye göre bir beyanın nefret söylemi olarak nitelendirilmesi için mutlaka şiddete çağrı içeren veya diğer suçların işlenmesine açıkça teşvik eden bir ifade olması gerekmemektedir.[20] Böylece, toplumun belli gruplarına yönelen ve aşağılayıcı, alay konusu haline getiren veya hakaret içeren ifadelerin kamu makamlarınca ırk ayrımcılığına ilişkin ifadeler olarak değerlendirilerek bunlarla mücadele edilmesi ifade özgürlüğünün bu şekilde sorumsuzca kullanılması karşısında gerekli görülebilir.[21]Nitekim nefret söylemi içeren ve ifade özgürlüğünü ileri süren başvurular, hemen her zaman, AİHM tarafından Sözleşme'nin 17'nci maddesi altında kabul edilemez bulunmaktadır.[22]

Nefret ifadeleriyle mücadele amacıyla çıkarılmış bazı yasal düzenlemeler özellikle inkar olgusunu hedef almaktadır.[23]Bunun en bilinen örneği birçok devletin yasalarında Avrupa Yahudilerine Nazi rejimince yöneltilen soykırımın varlığını veya boyutlarını sorgulayan veya inkar eden ifadelerin engellenmesine dönük düzenlemelerdir. Almanya'ya karşı bir başvuruda Holokostun varlığını inkar eden broşürlerin, başvurucunun bahçe duvarındaki ilan panosuna asılmak suretiyle kamuya açık hale getirilmesinin Alman mahkemelerince yasaklanması, hoşgörü ve açık fikirlilik ilkeleri üzerine kurulu demokratik bir toplumda gerekli bulunmuştur, zira söz konusu broşürler bu ilkeleri göz ardı etmektedir.[24] Komisyona göre, bu ilkelerin korunması özellikle tarihsel olarak ayrımcılıktan zarar görmüş gruplar açısından öngörülmüş olabilir, nitekim olayda, Almanya'da mevzuat özellikle Holokost inkarına ilişkindir. Buna göre, "hakarete karşı topluca korumanın

20 CASE OF VEJDELAND AND OTHERS v. SWEDEN, (Application no. 1813/07), 9 February 2012, para. 55.

21 Davaya konu olay başvurucuların İsveç'te bir orta öğretim kurumunda öğrencilerin dolaplarına eşcinsellere ilişkin karalama içeren ifadelerin yer aldığı broşürleri dağıtmaları sonucu, haklarında İsveç Mahkemelerince gerçekleştirilen ceza yargılamasında hafif cezalara hükmedilmiştir. AİHM, bu davada cinsel yönelimle ilgili ayrımcılığın en az ırk, soy veya renk ayrımcılığı kadar ciddi olduğu kanaatine varmıştır. Bkz. Ibid.

22 William Schabas, The European Convention on Human Rights , Oxford University Press, 2016, s. 479.

23 Ibid.

24 Ibid., Bkz. X. v. Federal Republic of Germany, no. 9235/81, Commission decision of 16 July 1982.

Yahudileri de içermek üzere belirli bazı gruplara sağlanmış olması olgusu objektif değerlendirmelere dayanmaktadır ve Sözleşme'nin 14'üncü maddesine aykırı bir ayrımcılık unsuru içermemektedir."[25]

Ayrıca AİHM, sınırlamaya konu olan ifadelerin gerçekleştiği tarihsel ve sosyal bağlamın da nazarı itibara alınması gerektiği görüşündedir. Almanya'ya karşı PETA Derneği tarafından açılan davada PETA'nın hayvanların bulundurulduğu ve kesim suretiyle öldürüldüğü kötü koşulların, Yahudilerin toplama kamplarındaki görselleriyle karşılaştırılarak vurgulanmaya çalışıldığı afişlerinin Alman Mahkemelerince tedbir uygulanmak suretiyle durdurulması şikayet konusu olmuştur.[26] AİHM, bu davada, Holokosta yapılan atfın Almanya'daki geçmişin spesifik bağlamında değerlendirilmesi gerektiği ve Alman Hükümetinin kendisini Almanya'da yaşayan Yahudilere karşı özel bir yükümlülük altında görmesinin anlaşılır olduğu sonucuna varmıştır.[27]

Böylece, Holokost ve diğer Nazi suçlarının inkarı niteliğindeki beyanların AİHS'de korunan ifade özgürlüğünü ihlal ettiğine yönelik geçmiş başvuruların daima kabul edilemez bulunduğu görülebilir.[28] Yine, Pierre Marais isimli başvurucunun Fransa'da yayımlanan bir dergide Struthof toplama kampındaki gaz odasının fiilen çalışmasının bilimsel yönden mümkün olmadığını ileri süren yazısı ceza yargılamasına konu olmuş ve Paris Ceza Mahkemesi kendisini 10.000 Fransız Frankı para cezası ile davaya müdahil olarak katılan sivil toplum örgütlerinin masraflarını ödemeye mahkum etmiştir. Komisyon 24 Haziran 1996 tarihinde verdiği kabul edilemezlik kararında, Sözleşmenin 17'nci maddesini de değerlendirmek suretiyle başvurucunun bilimsel araştırma görüntüsü altında gaz odalarının varlığını ve bunların soykırım amacıyla kullanıldığı olgularını inkar etme amacı taşıdığı tespitinde bulunmuştur. Böylece Komisyon, başvurucunun fiilinin Sözleşmenin 10'uncu maddesinin 2'nci paragrafı altında korunduğu kabul edilecek olursa bunun Sözleşmenin lafzı ve ruhuyla bağdaşmaz bir şekilde Sözleşmedeki hakları tahrip edecek bir sonuca yol açacağından başvurucunun Fransız Mahkemelerince mahkum edilmesini 10'uncu maddenin 2'nci paragrafı altında demokratik bir toplumda gerekli bulmuştur. Ayrıca, başvurucu Fransız Ceza Mahkemesinin, Nüremberg Uluslararası Askeri Mahkemesi'nin 1 Ekim 1946 tarihli hükmüne de dayanmasından şikayetçi olmuştur ve kendisinin bu hükme erişimi bulunmadığını ileri sürmüştür. Komisyon bu şikayete ilişkin olarak da ulusal mahkemenin, Nüremberg Mahkemesi hükmü

25 X. v. Federal Republic of Germany, no. 9235/81, Commission decision of 16 July 1982, s. 198.

26 PETA Deutschland v. Germany, no. 43481/09, 8 November 2012.

27 Ibid., para. 49.

28 Perinçek 2015 para. 209.

bulgularıyla çatışan delilleri değerlendirmeyi reddetmesinin Sözleşmenin 6'ncı maddesi altında bir ihlal teşkil etmediği sonucuna varmıştır zira gerçekleri çarpıtan bu iddialar genel olarak bilinen tarihsel olgularla çelişmektedir.[29]Yine, Mahkeme'nin Perinçek kararından çok kısa bir zaman sonra açıkladığı M'Bala M'Bala/Fransa kararında, başvuranın, mizahi nitelikte bir gösteri sırasında kullandığı ifadelerin antisemitist nitelikte olduğu ve tarihi gerçekliği kabul edilen bazı olguları sanatsal bir kılıf altında inkâr etmeye çalıştığı gerekçeleriyle başvurusu 17'nci madde gereğince kabul edilemez bulunmuştur.[30] İnkarcılıkla ilgili tedbirler aslında azınlıkların ırkçılığa karşı korunmasıyla ilişkilidir.

İsviçre yasalarının çok daha genel bir şekilde soykırımın inkarını suç haline getirdiği Perinçek davasında ise, AİHM, 1915 Ermeni soykırımı iddialarına karşı çıkan ifadelerin ceza yargısına konu edilmesini Sözleşme'ye aykırı bulmuştur. Zira ceza yargılamasına konu olan ifadelerde Ermenilere karşı nefreti körükleme amacı söz konusu değildir.[31] Hatta Mahkeme, Perinçek'in Ermenilere karşı gerçekleştirilen katliam ve yerinden edilme gibi fiillerin de varlığını kabul etmesini fakat bunların hukuki nitelendirmesinin soykırım olmadığını ifade etmesini bu açıdan önemli bulmuştur.[32]

AİHM ayrıca, tarihsel gerçekleri araştırmanın ifade özgürlüğünün ayrılmaz bir parçasını oluşturduğunu düşünmektedir. Bir Azerbaycan vatandaşının Hocalı katliamlarına Ermeni birliklerinden ziyade birbiriyle siyasi mücadele içindeki Azerbaycan güçlerinin yol açmış olabileceğine ilişkin ifadelerinin Azerbaycan mahkemelerince hukuki ve cezai yaptırıma tabi tutulmasını da bu nedenle, oybirliğiyle, başvurucunun ifade özgürlüğünün ihlali olarak değerlendirmiştir.[33] Kararda, Hocalı olaylarına ilişkin çeşitli konuların tarihçiler arasında halen devam eden bir tartışma oluşturduğu ve bunun da modern Azerbaycan toplumunun genel yararını ilgilendirdiği belirtilmiştir. Bu bağlamda demokratik bir toplumda savaş suçları veya insanlığa karşı suçları oluşturabilecek belli bir ağırlıktaki fiillerin sebeplerine ilişkin tartışmalar serbestçe yapılabilmelidir.[34] Görülmektedir ki en başta Holokost olmak üzere "tespit edilmiş tarihsel olgular" bu genel kuralın istisnası olarak ortaya çıkmaktadır. Nitekim, bu nedenlerle, Fransa'da yayımlanan bir kitabı nedeniyle ceza yargılamasında mahkum edilen bir başvurucunun başvurusu AİHM

29 Pierre Marais/Fransa, Komisyon kabul edilemezlik kararı, 24 Haziran 1996, 31159/96.

30 Deniz Akçay,"AİHM'İn Perinçek Kararı: "Soykırım İnkârı"/İfade Özgürlüğü İkileminin Aşılabilirliği", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2016, C.29, S.127, s. 404.

31 Schabas, s. 480; Perinçek v. Switzerland, no. 27510/08, 17 December 2013, para. 52.

32 Ibid., para. 51.

33 Fatullayev v. Azerbaijan, no. 40984/07, 22 April 2010.

34 Ibid. para. 87.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

tarafından kabul edilemez bulunmuştur. Söz konusu kitap Nazi rejiminin Yahudileri uğrattığı zalimane muamele, Holokost ve Nüremberg yargılamaları gibi İkinci Dünya Savaşı'na ilişkin bir dizi tarihsel olayın ayrıntılı bir incelemesini içermektedir. Bu kitapta başvurucu bazı alıntılara ve kaynaklara atıf yapmak suretiyle, tarihçiler arasında tartışma konusu olmayan, aksine kesin bir şekilde tespit edilmiş olan tarihsel olayların gerçekliğini, boyutunu ve ciddiyetini sorgulamaktadır. Bu bağlamda Mahkeme, Holokost gibi kesin olarak saptanmış tarihsel gerçekleri inkar etmenin, gerçeğin aranmasını amaçlayan bir tarihsel araştırma olarak kabul edilemeyeceğini bildirmiştir. Nitekim, bu tür bir yaklaşımın gerçek amacı genellikle, Nasyonel-Sosyalist rejimin iyi gösterilmesi ve mağdurların tarihi çarpıtmakla suçlanması olarak ortaya çıkmaktadır.[35]

Son olarak, AİHM'nin bu gibi davalarda, zaman unsuruyla ilgili olarak kararlarına yansıyan bir değerlendirmesi de bulunmaktadır. Büyük Daire, zamanın geçmesiyle birlikte mağdur grupların kızgınlığı ve öfkesinin ve kendi durumlarına özel bir anlayış gösterilmesi ihtiyacının aynı düzeyde devam etmeyebileceğini de göz önünde bulundurmuştur.[36] Gerçekten, travmatik tarihsel olaylar hakkında tepki çeken açıklamalar her zaman geçmiş acıları hatırlatma olasılığı taşısa da kırk yıllık bir sürenin geçmiş olması, bu tür bir olaya on veya yirmi yıllık bir olayın gerektirdiği şiddette karşılık verilmesini uygunsuz kılmaktadır.[37]

MARMARA ÜNİVERSİTESİ

35 Garaudy v. France (dec.), no. 65831/01, 24/06/2003.

36 Perinçek 2015, para. 250.

37 Lehideux and Isorni v. France, 23 September 1998, para. 55.

E-ISBN: 978-975-400-427-4



MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ