

# “Auschwitz Yalanı”nın Yasaklanması, Düşünce Özgürlüğü ve Federal Anayasa Mahkemesi\*

Çeviri

**Stefan HUSTER**

**Çev. Av.Yrd.Doç.Dr. Öykü Didem AYDIN\*\***

\*\* Yrd. Doç. Dr., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku ABD.

## ÖNSÖZ / ÇEVİRENİN ÖZETİ

Yazar, Federal Almanya’da “Auschwitz Yalanı” adı verilen, Yahudi Soykırımının inkarını, onaylanmasını ve hafif gösterilmesi eylemlerini cezai yaptırım altına alan Alman Ceza Kanununun 130. maddesinin III. fıkrası hükmünün, düşünceyi içeriksel olarak tanımlayarak sınırlayan normları yasaklayan Anayasal düşünce özgürlüğü ilkesine aykırı görmekte ve bu savını, Federal Alman Anayasasının 5. maddesinin II. fıkrasında öngörülen, *düşünce özgürlüğünü sınırlayan yasaların “genel yasalar” olması gerektiği* kuralına dayandırmaktadır. Alman Anayasa Mahkemesi’nin konu üstündeki sınırlayıcı içtihadlarını da tatmin edici bulmayan yazar, soykırım yalanının, ceza hukuku bakımından istisnai bir suç tipi olduğunu ifade etmiştir.

Yazarın, metin içinde değindiği bazı temel normların içerikleri şöyledir:

*Alman Anayasasının 5. Maddesi aşağıdaki düzenlemeyi öngörmüştür:*

**(1)** Herkesin, düşüncesini, söz, yazı ve resim yoluyla özgürce ifade etme ve yayma ve kendisini genel olarak kullanılabilir kaynaklardan bilgilendirme hakkı vardır. Basın özgürlüğü ve radyo ve film yolu ile haber verme özgürlüğü güvence altına alınmıştır. Sansür yasaktır.

**(2)** Bu haklar, sınırlarını, genel yasalarda, gençliğin korunması için çıkarılmış yasal düzenlemelerde ve kişi haysiyeti hakkında bulur.

**(3)** Sanat ve Bilim, Araştırma ve Öğretim özgürdür. Öğretim özgürlüğü, Anayasaya sadakatten bağımsız kalmaz.

*Alman Ceza Kanununun 130. maddesi aşağıdaki düzenlemeyi öngörmüştür:*

**(1)** Her kim, kamu barışını bozmaya elverişli olacak surette,

1. halkın bir kesimine karşı kine tahrik eder veya bu kesimlere karşı şiddet ve keyfi muameleleri talep eder veya

2. başkalarının kişi haysiyetine, halkın bir kesimine söverek, halkın bir kesimini kötü niyetle tahkir ederek veya halkın bir kesimine iftira atarak saldırır

üç aydan beş yıla kadar hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkum edilir.

**(2)**

1. halkın bir kesimine karşı veya milli, ırksal, dinsel veya etnik özellikleri ile belirli bir gruba karşı kine tahrik eden; şiddet ve keyfi muameleleri talep eden; veya başkalarının kişi haysiyetine, halkın bir kesimine ya da sayılan gruplara söverek, bunları kötü niyetle tahkir ederek veya bunlara iftira atarak saldıran yazıları (§ 11 fıkra 3)

a) yayan,

b) kamuya sergileyen, afişe eden, bildiren veya başka şekillerde ulaşılabılır kılan,

c) onsekiz yaşın altındaki bir kişiye veren, bırakan ya da onun için ulaşılabılır kılan

d) bunları ya da bunlar vasıtası ile elde edilen başka unsurları yukarıdaki a, b ve c bentlerindeki amaçlar için kullanmak ya da kullanılmalarını olanaklı kılmak amacı ile üreten, alan, elinde bulunduran, teslim eden, satan, ilan eden, fiyat koyan, öven, ülkeye sokmaya ya da yaymaya çalışan veya

2. 1. bentte gösterilen içerikleri radyo, medya ya da tele-hizmetlerle yayan

kimse, üç yıla kadar hürriyeti bağlayıcı hapis cezası ile ya da para cezası ile cezalandırılır.

**(3)** Nasyonal Sosyalist iktidar altında işlenen, Uluslararası Ceza Kanununun 6. Maddesinin 1. fıkrasında ta-

\* “Das Verbot der „Auschwitzlüge“, die Meinungsfreiheit und das Bundesverfassungsgericht” (Neue juristische Wochenschrift : NJW. 49. 1996, S. 487-491).

nımlanan türde bir eylemi, kamu barışını bozmaya elverişli olacak şekilde, alenen ya da bir toplantıda onaylayan, inkar eden ya da hafif gösteren kimse beş yıla kadar hürriyeti bağlayıcı hapis cezasıyla ya da para cezasıyla cezalandırılır.

(4) Alenen ya da bir toplantıda, kamu barışını, mağdurların haysiyetini zedeleyen bir şekilde bozmaya elverişli olacak biçimde nasyonal sosyalist şiddet ve keyfilik itidarını onaylayan, öven ve meşru gösteren kimse üç yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza ile ya da para cezası ile cezalandırılır.

(5) İkinci fıkra, 3. ve 4. fıkarda gösterilen içerikteki yazılar (§ 11 Abs. 3) hakkında da geçerlidir.

(6) İkinci fıkranın öngördüğü hallerde, beşinci fıkra ile bağlantılı olarak da, ve 3. ve 4. fıkralarda 86. maddenin 3. fıkrası geçerlidir.

28.10.1994 tarihli Suçla Mücadele Yasası gereğince Ceza Kanununun 130. maddesinin üçüncü fıkrasında yapılan değişiklik, Nasyonal Sosyalistler (Nazi'ler) tarafından gerçekleştirilen soykırımın; onaylanması, yalanlanması ve hafifletilmesi, kamu huzurunu bozacak nitelikte olmak koşulu ile, cezai yaptırıma tabi tutulmuştur. Bu değişiklik sayesinde, özellikle, "Auschwitz Yalanı" adı verilen fiillerin cezalandırılması hedeflenmiştir. Yeni suç tipi siyasal açıdan son ana kadar tartışmalı kalmasına karşın, Anayasal güvence altındaki düşünce özgürlüğü ile herhangi bir ihtilafın söz konusu olmadığı noktasında görüş birliğine varılmıştır (I.) Bu çerçevede Ceza Yasasının 130. maddesinin III. Fıkrasının gerekli uygulama alanını bulabilmesi için, Federal Devlet Anayasasının 5. maddesinin I. fıkrasının 1. cümlesi konusunda geçerli olan dogmatik kuramın en az bir unsurunun feda edilmesinin zorunlu olduğu göz ardı edilmiştir (II., III.). Bu durum, Anayasa Mahkemesi'nin, aynı zamanda hem değer yargısı içeren, hem de vakia iddia eden açıklamalar konusundaki içtihatları ile, gerçek dışı oldukları biline biline iddia edilen ya da gerçek dışılıkları ispatlanmış vakıaların iddia edilmesi konusundaki içtihatlarının çelişkili olmasına dayanmaktadır (IV.). Bu içtihatlar, aşağıda ele alınacak sorunları yarattığından değiştirilmelidir (V.).

## I. "Auschwitz Yalanı"nın Yasaklanması ve Anayasanın 5. Maddesinin I. Fıkrasının 1. Cümlesinin Koruma Alanı

Yeni Ceza Kanununun 130. maddesinin III. fıkrasının, suç tipinde içeriksel olarak tanımlanmış fikirleri yaptırıma bağlaması, bu yasağın Anayasanın 5. Maddesinin II. fıkrasında öngörülen sınırlamaya ilişkin kurallar sistemi ile bağdaştırılıp bağdaştırılamayacağı sorusunu doğurmaktadır. Bu husus özellikle, genel geçer kabul edilen anlayışa göre böylesi "özel bir sınırlama"ya izin verme-

yen "genel yasalar" kriteri söz konusu olduğunda geçerlidir.<sup>1</sup> Anlaşılan, yasa koyucu, yukarıdaki sorunun anlamsız olduğundan yola çıkmıştır çünkü Nasyonal Sosyalizm dönemindeki Yahudi zulmünün yalanlanması olgusunun, gerçek dışı olduğu kanıtlanmış bir iddia olarak baştan beri Anayasanın 5. maddesinin I. fıkrasının 1. cümlesinin koruma kapsamına girmediğini ve böylece Anayasanın 5. maddesinin II. fıkrasının sınırlama kurallarının uygulama alanı bulmadığını farzetmektedir.<sup>2</sup>

Artık yasa koyucu hakikaten Federal Anayasa Mahkemesi'nin bir süredir istikrar kazanmış ve yaygın olarak paylaşılan içtihatları ile gerçeğe aykırı olduğu biline biline açıklanmış ya da gerçeğe aykırı oldukları ispatlanmış vakia iddialarının Anayasanın 5. maddesinin I. fıkrasının 1. cümlesinin koruma alanına girmediğini kabul etmiş olmasına dayanabilir.<sup>3</sup> Bu görüş, vakıalarla ilgili iddialara ilişkin Anayasal koruma kurallarından çıkarılmaktadır: Bu gibi iddiaların 5. maddesinin I. fıkrasının 1. cümlesine göre koruma görmesinin tek nedeni, temel hak tarafından korunan asıl menfaat olan fikir oluşumuna katkı sağlamalarıdır.<sup>4</sup> Gerçek olmadıkları için herhangi bir fikir oluşumuna katkıda bulunamayacak olan vakıalara ilişkin iddialar söz konusu olduğunda bu koruma sona erer, çünkü Anaya-

1 ÇN: Alman Anayasasının düşünce özgürlüğünü düzenleyen 5. maddesi, düşünce özgürlüğünün ancak genel yasalarla sınırlanabileceğini öngörmüştür.

2 Eski tasarıların -şimdi ihdas edilen düzenleme ile büyük ölçüde uyuşan- gerekçelerini krş. in: BT-Ds. 9/2090, 10/1286 ve 10/3242. Halihazırda geçerli olan düzenleme, son dakikada Suçla Mücadele Yasasının parçası olarak kabul edilmiştir ve bu nedenle kendine özgü bir gerekçesi bulunmamaktadır, krş. BT-Ds. 12/6853.

3 BVerfGE 54, 208 (219); 61, 1 (8); 85, 1 (15). Bu fikre katılanlar arasında bkz. örneğin: Degenhart, in: BK, GG (Stand: Oktober 1994), Art. 5 I, II Rdnr. 139; Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 3. Aufl. (1985), Art. 5 I, II Rdnr. 20. Ama eleştirenler için bkz: Schmidt-Jortzig, in: HdBStR VI, 1989, § 141 Rdnr. 20; farklı değerlendirmede bulunan: Schmitt Glaeser, AöR 113 (1988), 52 (74 ff.)

4 BVerfGE 54, 208 (219); 61, 1 (8); 85, 1 (15); BVerfG, NJW 1991, 2074 (2075); NJW 1993, 916 (917); NJW 1993, 1845.

sal bakış açısından, doğru olmayan enformasyonlar korunmaya değer bir menfaat değildirler. Bu kuralın sadece gerçeğe aykırı olduğu *bilinen biline* açıklanan ya da gerçeğe aykırı oldukları *ispatlanmış* vakıa iddiaları konusunda geçerli olduğu düşüncesi -tatminkar bir biçimde- basit olarak gerçeğe aykırı iddiaların; en başından 5. maddesinin I. fıkrasının 1. cümlesinin koruma alanına girmemesini kabul etmenin iletişim süreçlerini tehlikeye atacağı fikri ile gerekçelendirmiştir. İnsanın az da olsa akli başında ise ve gerçeklik algısını ideolojik nedenden ötürü yitirmemişse, Yahudi zulmünün inkarı, şüpheden uzak bir şekilde gerçeğe aykırılığı ispatlanmış bir iddia olduğuna göre, 5. maddenin I. fıkrasının 1. cümlesi daha işin başında tartışma dışı kalmış gibi görünmektedir. Ama Anayasa Mahkemesi içtihatları göz önünde bulundurulursa bu fikir, gerçeğin sadece bir kısmıdır.<sup>5</sup> Federal Anayasa Mahkemesi "Auschwitz Yalanı"nın açıkça gerçeğe aykırı olduğu ispatlanmış bir vakıa-iddiası olarak nitelmiş olmasına ve bu nedenle Anayasanın 5. maddesinin I. fıkrasının 1. cümlesinin, düşünce özgürlüğünün, koruma alanından çıkarmış olmasına<sup>6</sup> karşın, "Auschwitz Yalanı", *değer yargısı içeren fikirlerle karışık* olarak açıklandığı hallerde durum farklıdır. Federal Anayasa Mahkemesi, değer yargıları ile vakıa iddialarının birbirine bağlandığı açıklamaları, etkili bir temel hak koruması menfaati adına, toplu olarak 5. maddesinin I. fıkrasının 1. cümlesi tarafından korunan düşünce açıklaması olarak görmektedir.<sup>7</sup> Öyle ise -en azından ilk bakışta- Federal Anayasa Mahkemesi'nin izole bir şekilde değil de *değer yargısı içeren bir düşünce ile ortak bir bağlamda* (örneğin somut olayda Alman Politikasının şantajı boyun eğdiği iddiaları ile) açıklanan "Aushwitz Yalanı"nın<sup>5</sup> 5. maddenin I. fıkrasının 1. cümlesinin koruma alanı içinde görmesi tutarlıdır.<sup>8</sup> Bu içtihadın, Ceza Kanununun 130. maddesinin III. fıkrasının Anayasal olarak değerlendirilmesi bakımından sonuçları vardır.

Bir yandan bu normun lafzının "saf", gerçeğe aykırılığı ispatlanmış ve bu nedenle de 5. madde-

nin I. fıkrasının 1. cümlesinin koruma alanına girmeyen bir vakıa-iddiasının yasaklanması ile ilgili olup olmadığı bile sorulabilir. Suç tipinin "inkar" unsuru ile ilgili olarak bunun geçerli olduğu kabul edilebilir ama özellikle "hafif göstermek" ve "onaylamak" unsurları söz konusu olduğunda sadece bir *vakıa iddiasının* değil bir *değer yargısının* açıklandığı hareketlerin söz konusu olduğu bellidir. Bu husus, en azından Federal Anayasa Mahkemesi tarafından getirilen cömert sınırlama kriterleri uygulandığında örneğin "S Hastanesi, Dr. M. tarafından kötü idare edilmektedir" veya "İstenmeyen eleştirileri getirenlere X şirketler grubu tarafından çamur atılmakta ve bunlara baskı uygulanmaktadır" gibi açıklamaların artık *vakıa-iddiası* değil *düşünce açıklaması* olarak kabul edilmeleri gerektiğini anlatır.<sup>9</sup>

Öte yandan ve fakat her şeyden önce, "Auschwitz Yalanı"nın -radikal sağcı propaganda faaliyetlerinde sık sık rastlandığı üzere- değer yargısı içeren bir fikir çerçevesinde ya da o fikrin ön koşulu olarak, -mesela Alman siyasetinin "şantaja boyun eğdiği" ya da "revizyonist" bir tarih yorumunun zorunlu olduğu biçiminde- ileri sürüldüğü hallerde uygulanacak olan Ceza Kanununun 130. maddesinin III. fıkrasını, düşünce özgürlüğünün sınırlayan, yani temel hakkın koruma alanına müdahale eden bir norm olarak görmek gereklidir.

Buradan çıkan sonuç şudur: Federal Anayasa Mahkemesinin içtihatları temel alınırca, yasa koyucunun "Auschwitz Yalanı"nın yasaklanmasının düşünce özgürlüğünün koruma alanına bir müdahalede bulunmadığı yolundaki kabulü yanlış olmuştur. Aksine, 130. maddenin 1. fıkrasına dayanılarak verilen mahkumiyet kararlarını düzenli olarak-yani eğer saf ve izole bir şekilde Yahudilerin toplu olarak yok edilmiş olduğunun inkarı söz konusu değilse- düşünce özgürlüğü temel hakkına bir müdahale olarak kabul etmek gereklidir. Burada önemli olan, "Auschwitz Yalanı"nın yasaklayan normun, Anayasaya uygun yorumlanma mecburiyeti yüzünden uygulama alanının önemli bir kısmını kaybetmesi istenmiyorsa; Ceza Kanununun 130. maddesinin, düşünce özgürlüğünün yasal bir sınırlaması olarak, Anayasanın 5. maddesinin II. fıkrasının sınırlama kuralları ile bağdaşık bağdaşmadığını tespit etmektir.<sup>10</sup>

5 Bu nokta Meier tarafından da görülmüştür; Meier Merkur 1994, 1128 (1130 f.)

6 BVerfGE 90, 241 (249); BVerfG, NJW 1993, 916 f. Aynı şekilde BGHZ 75, 160 (161).

7 BVerfGE 61, 1 (8 f.), 85, 1 (15 f.); 90, 1 (15); BVerfG, NJW 1991, 2074 (2075); NJW 1993, 1845 f.

8 Böylece açık bir şekilde: BVerfGE 90, 241 (250).

9 Vgl. BVerfG, NJW 1993, 1845; BVerfGE 85, 1.

10 ÇN: Yazar, bu çerçevede, Auschwitz Yalanı'nın salt vakıa ola-

## II. Esas Alınması Gereken Bir Sınırlama Kriteri Olarak "Genel Yasalar"

### 1. 130. Maddenin Koruduğu Hukuksal Menfaat Olarak Kamu Barışı

130. maddenin III. fıkrasını meşru kılabilmek için, yasa koyucu, Anayasanın 5. maddesinin II. fıkrasında gösterilen üç seçenek arasından, sadece "genel yasalar" seçeneğine dayanabilir. Bu çerçevede, özellikle "kişi haysiyetinin korunması" sınırı –düşünce özgürlüğüne karşı özel yasaları meşru kılan bir sınır olsa<sup>11</sup>– da geçerli olamaz. Bunun nedeni, 130. maddenin III. fıkrasının tarihsel gelişimi gözönünde tutulursa<sup>12</sup>, normun nasyonel sosyalist zulüm anlamına gelen işlem ve uygulamalardan etkilenenlerin ya da onların yakınlarının kişi haysiyetini değil –salt ve tek başına– kamu barışının korunmasını amaçlamış olmasıdır. Yargısal içtihadlarda kabul edilen husus, basit "Auschwitz Yalanı" adı verilen açıklamaların Yahudi yurttaşlara karşı 185. maddeye giren<sup>13</sup> bir hakaret fiili olarak cezalandırılması gerektiğidir.<sup>14</sup> Hakaret suç tipinin genişletilmesine karşı getirilen eleştiriler bir yana<sup>15</sup>, yasa koyucuya göre de, ortada, etkilenenlerin haysiyetinin korunması konusunda yasal bir boşluk yoktur.<sup>16</sup> Bu durum, Ceza Kanununun 194. maddesinde 1985 yılında yapılan değişiklikle şikayet şartının büyük ölçüde kaldırıldığı düşünülürse daha da doğrudur.<sup>17</sup> Zaten, basit "Auschwitz

rak ortaya atılmadığı, değer yargısı içeren başka fikir açıklamaları ile birlikte ortaya atıldığı hallerde, Anayasal düşünce özgürlüğünün koruma alanı dışında kabul edilemeyeceği fikrini ifade etmektedir. Değer yargıları ile birlikte açıklanan bir yalan o değer yargıları ile birlikte, düşünce özgürlüğü olarak korunduğu içindir ki, Anayasal koruma alanına girmektedir. Öyle ise, önemli olan artık düşünce özgürlüğü olarak kabul edilen bir açıklamanın, Anayasada gösterilen sınırlamalara uygun olarak sınırlanıp sınırlanmayacağı meselesidir.

11 Bununla birlikte bu açıklama, Anayasanın 5. maddesinin II. fıkrasınınca öngörülen sınırlamaların içeriksel olarak nasıl anlaşılacağına ve birbirleri ile nasıl ilişkilendirildiğine bağlıdır. Lafzi olarak krş. örneğin Schmidt-Jortzig, in: HdBStR VI (o. Fußn. 2), Rdnr. 47; Stein, Staatsrecht, 14. Aufl. (1993), 314.

12 Krş. König/Seitz, NStZ 1995, 1 (3).

13 ÇN: Alman Ceza Kanununun 185. maddesi hakaret fiillerini cezalandırmakta ve bazı hallerde gruplara karşı girilen hakaret fiillerinin de bu maddeye girdiği kabul edilmektedir.

14 Krş. BGHZ 75, 160 ff.; BGH, NJW 1994, 1421 (1422 f.); Anayasa-ya uygunluk kararı BVerfG 90, 241 (251 ff.); BVerfG, NJW 1993, 916 (917).

15 Genel olarak krş. Wehinger, Kollektivbeleidigung - Volksverhetzung, 1994, 61 ff. m. w. Nachw.

16 Bununla ve takip edenle yuk. Dipnot.1'de gösterilen atıflarla krş.

17 "Auschwitz Yalanı"nın cezai olarak yaptırıma bağlanması ko-

Yalanı"nın bireysel hukuksal değerleri koruyan bir suç tipi olduğu, kamu düzeninin ise bireyselüstü bir değer olarak sadece ikincil olarak korunduğu fikri, önceden beri tatminkar bulunmamaktaydı.<sup>18</sup> Federal Yüksek Mahkeme, basit "Auschwitz Yalanı"nın 130. maddenin eski haline giren bir fiil olduğu çünkü 130. maddenin her alternatifi bakımından insan onurunu zedeleyen bir fiil olduğu görüşünü en son, dramatik Deckert-Davası'nda reddetmiştir. Mahkemeye göre, bu tip bir saldırı, tanımını kişi haysiyetinin zedelenmesinde değil, "taciz edilen kimsenin devlet egemenliği altındaki toplulukta eşit bir kişilik olarak yaşama hakkının inkar edilmesinde ve o kimseye daha az değerli bir insan muamelesi yapılmasında" bulur. Bu nedenle, gaz odası cinayetlerinin inkar edilmesi halinde ek koşullar yoksa maddenin unsurlarının henüz gerçekleşmediği kabul edilmişti.<sup>19</sup> Zaten Ceza Kanununun 130. maddesinin III. fıkrası, [Auschwitz Yalanı'nı doğrudan cezalandıran bir maddenin yokluğunda oluşturulmuş] bu içtihattan doğan kanun boşluğuna bir tepki olarak çıkarılmıştır çünkü yasa koyucuya göre, toplu yoketmelerin basitçe inkarı aynı zamanda kamu barışını tehlikeye koymaktadır. Bunun sonucu olarak da "Auschwitz Yalanı" 130. maddenin III. fıkrası olarak, kamu düzenine karşı bir suç olarak düzenlenmiş, eylemin, eylemden etkilenenlerin insan onuruna tacizde bulunması aranmamıştır.

Bu özellik yüzünden, insan onuru ya da kişi haysiyetini 130. maddenin III. fıkrası tarafından korunan değer olarak görmek mümkün değildir, bu hukuksal değerler daha çok Ceza Kanununun [hakareti düzenleyen] 185 ve 189. maddeleri ile ya da hale göre [bir halka karşı kin ve düşmanlığa tahrik etmek ya da bir halkı aşağılamayı düzenleyen] 130. maddenin I. fıkrası tarafından korunurlar.<sup>20</sup> Doğal-

nusundaki o zamanki tartışmalar için krş. Cobler, KJ 1985, 159 ff.; Vogelsang, NJW 1985, 2386 ff.

18 Bununla il. Ol. Krş. Ostendorf, NJW 1985, 1062 (1063).

19 BGH, NJW 1994, 1421 f.

20 Ceza Kanununun 130. maddesi ile korunan hukuksal değerinin sadece kamu barışı mı yoksa aynı zamanda insan onuru mu olduğu konusu tartışmalıdır. Maddenin eski hali ile ilgili olarak kamu barışını savunan görüş iç. Bkz. OLG München, NJW 1985, 2430 (2431); Lenckner, in: Schönke/Schröder, StGB, 24. Aufl. (1991), § 130 Rdnr. 1; Wehinger, Kollektivbeleidigung - Volksverhetzung, 1994, 95 und passim; ek olarak insan onuru görüşü iç. Bkz. v. Bubnoff, ZRP 1982, 118 (119); Lohse, NJW 1971, 1245; ders., NJW 1985, 1677 (1678); Rudolph, in: SKStGB (Stand: Januar 1995), § 130 Rdnr. 1; daha da ileri giderek salt insan onuru korunuyor diyen görüş iç. Bkz.: Streng,

lıkla, basit "Auschwitz Yalanı" da açıklamalardan etkilenenlerin kişi haysiyetini zedeleyen bir eylemdir, ancak bu eylem 130. maddenin III. fıkrası tarafından, ancak, kolektif bir hukuksal değer olan kamu barışının tehlikeye konulmasına elverişli ise cezalandırılır. 130. maddenin III. fıkrası Anayasanın [kişi haysiyetini koruma amacının düşünce özgürlüğünün özel yasalarla sınırlanmasına izin veren 5. maddesinin II. fıkrası anlamında] kişi haysiyetini korumaya hizmet eden bir norm değildir.<sup>21</sup>

## 2. Anayasanın 5. Maddesinin II. fıkrasının Genelilik Koşulu

Bilindiği gibi Anayasanın 5. maddesinin II. fıkrasındaki "genel yasalar" kavramı, Anayasa hukukunda sürekli tartışmalı kalan bir kavramdır. Bu aşamada, Federal Anayasa Mahkemesi'nin bu "genel yasalar" ifadesinin kavramsal gelişimi içinde yorumlanması konusunda kabul edilen "dengeleme" ve "istisnai hukuksal kural" teorilerini kümülatif olarak birleştirmekte olduğunu belirtmek yeterlidir.<sup>22</sup> Geçerli Anayasal kurama göre, düşünce özgürlüğünü sınırlayan yasalar, düşünce özgürlüğüne karşı "istisnai hukuksal bir kural" yaratamazlar. Ama böyle bir istisnai hukuksal durumun ne zaman yaratılmış sayılabileceği sorusu farklı farklı yanıtlanmaktadır.<sup>23</sup> Herkesin hem fikir olduğu husus, belirli içerikteki, suç tipinde somut olarak tanımlanmış bir düşünceye karşı çıkarılan yasaların sözü edilen türden bir özel hukuksal durum ortaya koyduğudur. Bu kural, özellikle siyasal sorunlar hakkındaki, kamuoyunu ilgilendiren düşünce açıklamalarında geçerlidir, çünkü bu çerçevede hoş gitmeyen açıklamaları bastırma teşebbüsleri fazla sayıdadır. "Genel yasalar" teriminin kavramsal içeriğinin belirlenmesi yolundaki tüm diğer değerlendirmeler daha da sıkı koşullar aradıklarından yukarıdaki tanım kavramın asgari içeriği olarak ele alınmalıdır. [İstisnai hukuk], içeriksel olarak belirli bir düşünceyi açıklamanın yasaklanması değilse nedir?

in: FS Lackner, 1987, 501 (506 ff.). Umfassende Nachweise zur Diskussion dieser Frage bei Wehinger, aaO., 73 ff.

21 Aynı şekilde BeisJ, NJW 1995, 997 (1000). İlk planda kamu barışı korunuyor görüşünün savunanlar iç. Krş. Dreher-Tröndle, StGB, 47. Aufl. (1995), § 130 Rdnr. 18, die ebenfalls in erster Linie den öffentlichen Frieden als geschütztes Rechtsgut ansehen.

22 BVerfGE 7, 198 (209 f.) kararından bu yana geçerli içtihad.

23 Kapsamlı literatür içinden bkz. Schwark, Der Begriff der "Allgemeinen Gesetze" in Artikel 5 Absatz 2 des Grundgesetzes, 1970; yine Schmitt Glaeser, AöR 97 (1972), 60 (277 ff.)

## 3. Sorun

[Auschwitz Yalanı"nı yaptırım altına alan] 130. maddenin III. fıkrası, tam da bu şekilde tarif edilmiş bir düşüncenin içeriğini hedef alan normların tipik bir örneğini oluşturmakta, bu bağlamda bir ikilem de doğmaktadır: "Auschwitz Yalanı" belirli olay örgülerinde düşünce özgürlüğünün koruma alanına girmekte, ama buna rağmen 130. maddenin III. fıkrası tarafından yaptırım altına alınması gerekmektedir. 130. maddenin III. fıkrasının amacı kamu barışını korumak olduğuna göre Anayasanın 5. maddesinin II. fıkrasında yazılı diğer alternatif sınırlama nedenleri söz konusu olmamakta ve bu nedenle normun "genel bir yasa" olması gerekmektedir, ama işte asıl sorun normun genel bir yasa olmamasıdır. Peki, 130. maddesinin III. fıkrasını, Anayasaya aykırılık hükmünden kurtarmak ya da uygulama alanını büyük ölçüde kaybetmekten kurtarmak için ne yapmak gereklidir?

## III. Çözüm Yolunda Üç İmkân

### 1. "İstisnai Hukuk" Öğretisinden Vazgeçmek

Radikal bir çözüm istisnai hukuk öğretisini bir tarafa bırakmak ve sadece, sınırlayıcı yasanın, değeri açısından düşünce özgürlüğüne nazaran öncelikle korunması gereken bir hukuksal menfaatin korunmasına hizmet edip etmediği sorusuna yanıt aramak olabilir.<sup>24</sup> Bu çerçevede söz konusu olan hukuksal değerler açısından, bir yanda kamu barışının korunması değeri ile öte yanda "Auschwitz Yalanı"nı değer yargısı içeren bağlamlarda yayma menfaati karşılaştırıp sorun çözülebilir.

Bununla beraber bu çözüm için ödenecek bedel çok büyüktür. Eğer Anayasanın 5. maddesinin I. fıkrasının 1. cümlesi özgür, yani devletin ihdas edeceği içeriksel müdahalelerden uzak ve bağımsız bir fikir oluşumu sürecini güvence altına almak istiyorsa temel hak korumasının asli unsuru, hukuken -özellikle siyasal olan- belirli düşünce içeriklerine karşı tavır alamaması, temel hakkın koruma alanının düşünsel olarak içerikten bağımsız olarak değerlendirilmesi gerekir; bu, -kuramın zaafiyetine karşı getirilen her türlü eleştiri bir yana- istisnai hukuksal durum kuramının özüdür.<sup>25</sup> Düşün-

24 Örneğin Schwabe tarafından önerilmiştir, Schwabe Grundkurs Staatsrecht, 4. Aufl. (1991), 51 f.

25 Aynı şekilde Pieroth/Schlink, Grundrechte, 10. Aufl. (1994), Rdnr. 646 ff.; bkz. Aynı zamanda Schlink, Der Staat 15 (1976), 335

cenin içeriğinin gözönünde tutulmaması yolunda ki temel postülatın, dengeleme kuramının içinde en önemli etkisinden ödün vermeden nasıl yeralebileceği bilinmediğinden; istisnai hukuk kuramının hiç olmazsa belirli asgari unsurlarını, temel hakkın koruması adına geçerli tutmak gereklidir.<sup>26</sup>

## 2. Anayasaya İçkin Sınırları Kabul

Yine, 5. maddenin II. fıkrasının öngördüğü “genellik” kriteri; 130. maddenin III. fıkrasının getirdiği düşünce özgürlüğü sınırlaması çerçevesinde; temel hak ile temel hakkın Anayasa metninden doğan içkin sınırları arasında bir ihtilaf ortaya koyarak aşılabilir. O zaman yasanın “genelliği” meselesi bile tartışma konusu olmaz ve bu yolla belirli bir düşüncenin içeriğini hedef alan “özel/istisnai” yasalar meşru kılınabilir.<sup>27</sup> Ancak bu çözüme karşı da ciddi şüpheler vardır.

Öncelikle, genel olarak, temel hakların yasalarla sınırlandırılmasını öngören Anayasal düzenlemeleri, *Anayasal haklar ihtilafı* yolu ile aşmak soru işareti yaratmaktadır. Bu görüşün kabul edilip edilmemesi konusunda -anlaşıldığı kadarı ile- kesin bir fikre varılmamıştır.<sup>28</sup> Tabii, egemen öğre-

(353 ff.) Benzer şekilde Wülfing, Grundrechtliche Gesetzesvorbehalte und Grundrechtsschranken, 1981, S. 30 ff.

26 Düşüncenin içeriğini gözetmeden çıkarılan genel ve nötral yasaların da hiçbir sınırlamaya tabi olmadan kabul edilemeyeceği hususu, “dengeleme” öğretisinin kaynağıdır, çünkü temel haklar, korunması gereken diğer menfaatler karşısında taşımaları gereken “en az ağırlıklarını” yitirmemelidirler. (bu kavram hakkında bkz. Dworkin, Bürgerrechte ernstgenommen, 1984, 158 ff., ve - temel haklar dogmatikliği ile ilgili olarak - Verf., Rechte und Ziele, 1993, 94 ff. Bu nedenle Anayasanın 5. maddesinin I. fıkrası çerçevesinde de normu, düşünce özgürlüğü korumasına özgü “nötrallik” düşüncesi ile desteklemek için bir Anayasallık denetimi yapılmalıdır. Bu açıdan Federal Anayasa Mahkemesi’nin, dengeleme kuramı ile istisnai hukuksal durum öğretisini birleştiren kararı çok eleştirilmiş bulunsa da çok yerindedir.

27 Bkz.- tek tek farklı koşullar ileri süren - Herzog, in: Maunz-Dürig, GG (Stand: März 1994), Art. 5 I, II Rdnr. 293 ff.; Hoffmann-Riem, in: AK-GG I, 2. Aufl. (1989), Art. 5 I, II Rdnr. 44, 60 f.; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 3. Aufl. (1995), Art. 5 Rdnr. 53; Schmitt Glaeser, AöR 97 (1972), 60 (295 ff.); Wendt, in: v. Münch/Kunig, GGK I, 4. Aufl. (1992), Art. 5 Rdnr. 78. Bkz. yapı olarak farklı ama özünde aynı şekilde “Auschwitz Yalanı”nın yasaklanmasını aslında “özel” ama Anayasal değerlendirmeler ışığında yine de “genel” bir yasa olarak gören Degenhart, in: BK, GG, (o. Fußn. 2), Rdnr. 112 f.; aynı biçimde yapılandırılmış bir karar iç. BVerfGE 39, 334, 367: Memurlara ilişkin yasaklar, Anayasanın 33. maddesinin V. fıkrasına girdiği için “genel yasalar”dır.

28 Açıklamaları krş. Lerche, in: HdBStR V, 1992, § 122 Rdnr. 14; Sachs, in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland III/2, 1994, 522 ff., ve - bu yapıyı ilkesel olarak reddeden - Pieroth/Schlögl, Grundrechte (o. Fußn. 22), Rdnr. 341 ff., eleştirel ol. Bkz.

tiye göre, Anayasada hiçbir sınırlama gösterilmeden sınırlanan temel hakların zaten Anayasal haklar ihtilafı ile sınırlanabileceği gerçeği karşısında, Anayasada genel yasa ile sınırlanabilecekleri belirtilen temel haklar konusunda Anayasal haklar ihtilafı yoluyla sınırlamanın evleviyetle geçerli olabileceği iddia edilebilir.<sup>29</sup> Fakat, öte yandan, özellikle düşünce özgürlüğü alanında Anayasanın 5. maddesinin II. maddesini kapalı ve tek sınırlama kriteri olarak görmek gereklidir. Çünkü Federal Anayasa Mahkemesi tarafından cömert kuramsal bağlar yaratılarak -özellikle Federal Devlete Anayasa ile verilmiş yetki normları üzerinden- Anayasal değer adı altında her türlü değer Anayasadan çıkarılabilir<sup>30</sup>; o zaman düşünce özgürlüğüne karşı çıkarılmış özel yasalar, örneğin 74. maddenin 11. bendinde izin verilen nükleer enerjinin barışçıl kullanımını koruma amacı gibi bir amaca dayanılarak bile meşru kılınabilir.<sup>31</sup> Bu yüzden ortaya çıkacak sorunlar, dengeleme kuramı ile giderilebilse de, bu durum temel hakkın etki gücünü çok zayıflatabilecektir. Düşünce özgürlüğü koruması bağlamında Anayasal haklar ihtilafına dayanmak, ancak korunan Anayasal değerler mümkün olan en somut şekilde belirlenmiş ise ve bu değerlerin korunması yolundaki bir talep hakkı Anayasadan açıkça çıkarılabiliyorsa mümkün olmalıdır.

Bu sorun özellikle şu durumda çok açık olarak ortaya çıkmaktadır: 130. maddenin III. fıkrası ile korunan değer; egemen öğretinin, ge-

Wülfing (o. Fußn. 22), 122 ff. Özellikle Anayasanın 5. maddesinin II. fıkrasında yazılı “genel yasalarla” ilişkisi bakımından krş. Schwark (o. Fußn. 20), 120 ff.

Bu görüş, sadece, ilgili Anayasal sınırlama tarafından, sınırlayıcı yasa açısından konulmuş kurallara hizmet etme açısından değil, hiçbir yasal sınırlamanın öngörülmediği Anayasal özgürlükler bakımından da reddedilmesi konusunda fikir birliği mevcuttur; bununla ilgili olarak devlet tarafından yapılan uyarılar bağlamında krş. gen Heintzen, VerwArch. 81 (1990), 532 (549 ff.); Schoch, DVBl. 1991, 667 (671 ff.).

29 Aynı şek. Jarass, in: Jarass/Pieroth (o. Fußn. 24), vor Art. 1 Rdnr. 39. Açıkça bir sınırlamanın öngörüldüğü temel haklar bakımından, özellikle Anayasal değerlerin de dolaylı sınır olarak kabul edildiğine dikkat etmek gerekir; bu olay örgülerinde asıl mesele, bir müdahalenin söz konusu olduğu olay örgülerindeki meselelerden farklı görünmektedir (Sınırlama sorunsalı açısından bu farklılaştırmanın anlamı konusunda bkz. Herzog, in: Maunz-Dürig [o. Fußn. 24], Rdnr. 246 ff.).

30 Bu içtihadı çok eleştiren yaklaşan Selk, JuS 1990, 895 ff., im Anschluß an BVerfGE 69, 1 (57 ff. abw. Meinung); farklı değerlendiren Pieroth, AöR 114 (1989), 422 (445 ff.).

31 74. maddenin 11. bendinin maddi hukuksal içeriği hakkında bkz. BVerfGE 53, 30 (56).

nel hukuksal güvenlik ve halkın, huzur ve barış içinde yaşadığı inancı olarak tanımladığı ceza hukuku anlamındaki kamu barışıdır.<sup>32</sup> Bu değer için Anayasal bir bağlantı noktası inşa etmek, hatta devlet açısından Anayasa metninden koruma yükümlülüğü bile çıkarmak sorun yaratmamaktadır.<sup>33</sup> Ama ceza hukuku dogması göstermiştir ki, suç tipinde yeralan *kamu barışını bozmaya elverişlilik unsuru*, yaptırımını sınırlandırıcı hiçbir etki sağlayamamıştır.<sup>34</sup> Bu yüzden, [kamu barışı] değerine dayanılarak -mesela Ceza Kanununun 166. maddesindeki dini inançların tahkirindeki gibi- düşüncenin ifadesinin sadece belli türü ve şeklinin cezalandırılması değil, aynı zamanda, yaptırımın, doğrudan düşüncenin içeriğine bağlanabilmesinin mümkün olduğu halde, düşünce özgürlüğünü yasa koyucunun müdahalelerinden koruma çabaları boşa çıkacaktır. Çünkü bir düşüncenin ifadesinin, objektif kamu barışını ve kamu barışının varlığına ilişkin subjektif güveni tehlikeye düşürmeye elverişli olup olmadığı, genellikle halkın çoğunluğunun o düşünceye karşı gösterdiği tepkiye bağlıdır. Ama açıklanan düşüncenin içeriğini uygun bulacak ya da hiç olmazsa o içeriğin açıklanmasına karşı kayıtsız kalacak genel bir kanının varlığı şartı ile korunan bir düşünce özgürlüğünün de pek bir değeri yoktur. Bunun yanında korunması gerekli olan, hatta asıl korunması gerekli olan, rahatsız edici bulunan azınlık düşüncesidir.

Bu noktada yanlış anlaşılmayı önlemek bakımından şunu eklemek gerekir: Şüphesiz yasa koyucu, kamu barışını, kamu barışını tehlikeye düşüren düşünce açıklamalarına karşı koruma yetkisine sahiptir. Ama bu koruma, 5. maddenin II. fıkrasınca öngörülen "genellik" koşuluna uyularak, içeriksel ve düşünsel olarak nötral bir normla gerçekleşmelidir. Sınırlayıcı yasanın, Anayasal olarak açıkça ortaya konmuş temel bir koruma ödevini somutlaştırmış olduğu haller farklı düşünülebilir. Fakat kamu barışı gibi, böyle muğlak, böyle şeffaftan yoksun ve Anayasal olarak en fazla dolaylı olarak değinilebilecek<sup>35</sup> bir koruma değerine da-

yanarak, belirli bir içeriksel eğilime sahip düşüncelerin ifadesini yasaklamak ilkesel olarak mümkün olamamalıdır.<sup>36</sup>

### 3. Vakıa-İddiasının Koruma Çerçevesi

"Auschwitz Yalanı"; genel olarak -yani değer yargısı içeren bağlamlarda açıklanıp açıklanmadığı ve bu nedenle fikir oluşum sürecinin koşulu olup olmadığı tartışmasından bağımsız olarak- bir vakıa-iddiası olarak kabul edilip, gerçeğe aykırılığının ispatlanmış olmasına dayanılarak düşünce özgürlüğünün koruma alanı dışına çıkarılır ise bu noktaya kadar ele alınan sorunların hepsinden sakınılabılır. Fakat bu görüş, Federal Anayasa Mahkemesi'nin, hem değer yargısı içeren hem de vakıa-iddiasında bulunan ifadelerle ilişkin olarak -yukarıda değinilmiş olan<sup>37</sup> - içtihadları ile çelişkilidir.

### IV. Yargı İçtihadlarının Çelişkili Yapısı

Bu çerçevede, söz konusu Anayasa Mahkemesi içtihadlarının özellikle iki unsuru konumuzla ilgilidir. Bir yandan, Federal Anayasa Mahkemesi, böylesi çiftbaşı açıklamaları genel olarak düşünce açıklamaları olarak kabul etmektedir. Federal Anayasa Mahkemesi tarafından formüle edilen koşul, yani ifadenin, bütünü itibarı ile, değer yargısı içeren unsurlarca belirlenmesi ve değer yargısı içeren içeriklerle vakıa iddia eden içeriklerin, açıklamanın anlamı bozulmadıkça, birbirlerinden ayrılamaması<sup>38</sup> koşulu, -anlaşıldığı kadarı ile- sınırlayıcı bir etki yaratamamıştır.

Öte yandan -bu nokta içtihadın ikinci sıkıntılı noktasıdır- Federal Anayasa Mahkemesi, vakıa-iddialarını, değer yargısı içeren bağlamlarda açıklanmışlarsa mutlaka düşünce özgürlüğünün korunması altına almaktadır. Bu durum, Mahkemenin "Auschwitz Yalanı"<sup>39</sup> konusundaki kararın-

ff.; farklı fikirlerin özeti iç. Bkz. [Wehinger](#) (o. Fußn. 17), 74 ff.

36 Benzer bir sorunsal- sanat özgürlüğünün sınırı olarak mülga 130. madde- konusuna ilişkin ol. Bkz. Aynı şekilde [Streng](#), in: [FS Lackner](#) (o. Fußn. 17), 524. Korunan değerlerin farklı formüle edilmesi ve özellikle bireysel değerlerin vurgulanması gereği hakkında bkz. aynı zamanda [Herzog](#), in: [Maunz-Dürig](#) (o. Fußn. 24), Rdnr. 268 ff.

37 Krş. yuk. I. Bölüm.

38 [BVerfGE](#) 85, 1 (15). Daha da sıkı bir şekilde: [BVerfGE](#) 61, 1 (9): Asıl içerik, değer yargısı karşısında arka plana düşmelidir.

39 [BVerfGE](#) 90, 241 (250). Bu karara işaret ederek, şimdi aynı şek. [Grimm](#), NJW 1995, 1697 (1703): "Vakıa-iddiaları içeren değer yargılarının açıklanması söz konusu olduğunda, vakıaların gerçek olup olmadığı önem taşımaktadır. [Gerçeğe aykırı olduğu ispatlan-](#)

32 [Dreher-Tröndle](#), StGB (o. Fußn. 18), § 126 Rdnr. 2 m. w. Nachw.

33 Bu konuda temel olarak krş. [Isensee](#), Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983. "Auschwitz Yalanı" bağlamında bkz. [Beisl](#), NJW 1995, 997 (1001).

34 Krş. [Fischer](#), NStZ 1988, 159 ff.

35 Bu kavramın sorunsalı hakkında bkz. [Fischer](#), NStZ 1988, 159

dan da ortaya çıktığı üzere, *gerçeğe aykırı olduğu ispatlanmış* ya da *gerçeğe aykırı oldukları bilinerek sarfedilen* iddialar konusunda da geçerlidir. Fakat Anayasa Mahkemesi'nin bu yaklaşımına karşı kuşku salt mantıksal mülahazalardan da kaynaklanmaktadır. Şöyle ki: Federal Anayasa Mahkemesi'nin içtihadında aşağıdaki üç tez yer almaktadır: (1) Vakıa iddiaları, sadece dolaylı olarak, yani somut bir bağlamda fikir oluşum sürecinin temelleri sayılabilirler ise, düşünce özgürlüğü koruması görmektedir. (2) *Gerçeğe aykırı oldukları ispatlanmış* ya da *gerçeği aykırı oldukları bilinerek sarfedilmiş* vakıa-iddiaları, fikir oluşumuna katkıda bulunamadıklarından temel hak koruması görmezler. (3) Ama *gerçeğe aykırı oldukları ispatlanmış* ya da *gerçeğe aykırı oldukları bilinerek sarfedilmiş* vakıa-iddiaları da, somut olayda düşünce oluşumuna temel olmuşlarsa Anayasanın 5. maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesi şemsiyesi altındadır. 1. ve 3. tezin, 2. teze hiç uygulama alanı bırakmadığı kolaylıkla görülebilir. Çünkü *değer yargısı içerdikleri bir bağlamda* ortaya konmayan "salt" vakıa-iddiaları 1. teze göre, -gerçeğe aykırı oldukları ispatlanmış ya da gerçeğe aykırı oldukları bilinerek sarfedilmiş olup olmadıklarına bakılmadan- daha işin başında temel hak koruması görmeyeceklerdir. Ama eğer, öte yandan 3. teze göre, değer yargısı içerdikleri bir bağlamda açıklanan tüm vakıa-iddiaları- yine gerçeğe aykırı oldukları ispatlanmış ya da gerçeğe aykırı oldukları bilinerek sarfedilmiş olup olmadıklarına bakılmadan- temel hak koruması görecektir. Öyle ise 2. tez, fazlalıktır.

Federal Anayasa Mahkemesi'nin içtihadında iki temel unsur -*aynı anda hem değer yargısı içeren hem de vakıa-iddiasında bulunan açıklamaların korunması ile gerçeğe aykırı oldukları ispatlanmış ya da gerçeğe aykırı oldukları bilinerek sarfedilmiş vakıa-iddialarının* koruma alanı dışına çıkarılması- birbirleri ile uyumlu değildir. Bu nedenle içtihad çelişkilidir.

## V. Sonuçlar

Ortaya koyduğumuz bu çelişki, "Auschwitz Yalanı" konusundaki kapsayıcı bir yasağın Anayasal olarak

miş bir vakıa ile karışmış bir fikir, gerçek vakialara yaslanmış bir fikirden daha az korumaya değerdir. (Vurgu eklenmiştir). Ama bu demektir ki, o tür bir açıklama, gerçeğe aykırı unsurları gözönüne alınsa bile ilk elde korunmaya değerdir, yani 5. maddenin 1. fıkrasının koruma alanına girer.

nasıl meşru kılınabileceği sorusuna verilecek yanıtın içtihadlarda aranması gerektiğine işaret etmektedir. Fakat bu yanıt, ancak, vakıa-iddiaları ile değer yargısı içeren düşünce açıklamalarının -özellikle aynı bağlamda ortaya çıktıkları hallerde- Federal Anayasa Mahkemesi'nin uyguladığından farklı bir yöntemle birbirinden ayrılması ile bulunabilir.

Federal Anayasa Mahkemesi'nin *aynı anda değer yargısı içeren ve vakıa-iddiasında bulunan açıklamaları* topluca düşünce açıklaması olarak gören cömert içtihadı bu vakte kadar, özellikle, bir açıklama nedeniyle haysiyeti zedelenenlerin yasal olarak korumasını ölçüsüz şekilde zorlaştırdığı gerekçesi ile hep eleştirilegelmiştir.<sup>40</sup> Bunun yanında içtihad, hiç de tatmin edici olmayan bir normatif sonuca, yani, mümkün mertebepolemik yaratıcı ve değer yargısı içeren tümce yapıları içinde formüle edilen vakıa-iddialarının, salt konu içinde kalan ve çekimserce ortaya atılan vakıa-iddialarına karşı Anayasal olarak kayırılması sonucuna yol açmaktadır.<sup>41</sup> Böyle açıklamaların Anayasal açıdan daha adil olarak değerlendirilmesi gereği başka bir çözüm şeklini zorunlu kılmaktadır: Değer yargısı ve vakıa-iddiası içeren açıklamalar, ayırımın mümkün olduğu noktada birbirlerinden ayrılmalı ve ayrı ayrı değerlendirmeye tabi tutulmalıdırlar.

"Auschwitz Yalanı"nın yasaklanması konusundaki tartışma bu içtihadın bir başka sorunlu yanına da işaret etmektedir: İchtihad, gerçeğe aykırı oldukları ispatlanmış ya da gerçeğe aykırı oldukları bilinerek sarfedilmiş iddiaların temel hak koruması görmediği yolundaki 2. tezin, artık tek başına bir uygulama alanı bulamamasına yol açmaktadır. *Gerçeğe aykırı oldukları ispatlanmış* ya da *gerçeğe aykırı oldukları bilinerek sarfedilmiş vakıa-unsurlarının* birlikte var olduğu hallerde, Anayasal değerlendirme ile ifadenin en azından değer yargısı içeren kısımları ile vakıa-iddiası içeren kısımları birbirinden ayrılmak zorundadır ki 2. tez boşa çıkmasın. Tüm bu noktalar, sorun üstündeki içtihadları eleştirel bir süzgeçten geçirme vesilesi olmalıdır.

<sup>40</sup> Düşünce özgürlüğü ile kişi haysiyetinin ilişkisi konusunda Anayasa Mahkemesi kararlarının -fikrimce kısmen abartılı biçimde ortaya konmuş- bir eleştirisi için bkz. [Kiesel](#), NVwZ 1992, 1129 (1133 ff.); yine bkz. [Kriele](#), NJW 1994, 1897 (1899 f.); [Ossenbühl](#), JZ 1995, 633 (639).

<sup>41</sup> Bununla ilgili olarak aynı zamanda [Heselhaus](#), NVwZ 1992, 740 (742).



Federal Anayasa Mahkemesi, düşünce kavramının geniş olarak tanımlanması gereğini, aksi halde "düşünce özgürlüğünün temel hak korumasının yaşamsal derecede azalacağı" argümanı ile savunmaktadır.<sup>42</sup>

Her durumda, gerçeğe aykırı oldukları ispatlanmış ya da gerçeğe aykırı oldukları bilinerek sarfedilen vakıa-iddialarına dayanan değer yargıları içeren açıklamalar söz konusu olduğunda bu yaklaşımın gerekçesi doğrudan anlaşılama-maktadır. Vakıa-iddiası-unsurlarının gerçek oluşunun ya da gerçeğe aykırı oluşunun hiç olmasa dengeleme uygulaması çerçevesinde bir rol oynadığını Federal Anayasa Mahkemesi de kabul etmektedir<sup>43</sup>, aynı durum, gerçeğe aykırı oldukları ispatlanmış ya da gerçeğe aykırı oldukları bilinerek sarfedilmiş iddialar konusunda daha da geçerli olmalıdır. Bu nedenle, aslında, gerçeğe aykırı oldukları ispatlanmış ya da gerçeğe aykırı oldukları bilinerek sarfedilen vakıa-iddialarına dayanan değer yargısı açıklamaları ile ilgili olarak ilk anda ortaya konan Anayasal koruma, zayıf, yüzeysel bir korumadır; Anayasal incelemenin ileriki safhaları bakımından, *gerçeğe aykırı oldukları ispatlanmış ya da gerçeğe aykırı oldukları bilinerek sarfedilen* vakıa-iddialarına dayanan

değer yargısı açıklamalarına izin verilmesi olası-lığı kesinlikle kapalıdır.

Her şeyden önce, temel haklara karşı büyük sempati içeren bu Anayasal içtihad çerçevesinde, düşünce özgürlüğünün başka bağlamlarda daha da büyük tehlikelere feda edilip edilmeyeceği sorusu ortaya çıkmaktadır. 130. maddenin III. fıkrasının öngördüğü, tarihsel bir gerçeğin inkarının yasaklanması şüphesiz istisnai bir durum, hatta özgürlükçü bir topluma yabancı bir yaklaşımdır; eğer düşünce özgürlüğü zarar görmeyecekse böyle normlar, inkarları yaptırıma bağlanan geçmiş cürümler gibi, bir kereye mahsus kalmalıdır. Böyle bir suç tipinin dogmatik olarak değerlendirilmesinin sorun yaratması bu nedenle şaşırtıcı değildir. Burada yapılmaya çalışılan meşruiyet-stratejileri analizi gösteriyor ki, Federal Anayasa Mahkemesi içtihadları, bizi, beraberinde daha da büyük sorunlar getiren bazı çözüm olanaklarını değerlendirmeye itmektedir. *İstisnai hukuksal durum kuramından veya düşünce özgürlüğünün sınırı olarak temel Anayasal değerlerin korunması kuramından* vazgeçilmesi seçenekleri değil, Mahkemenin, düşünce özgürlüğünün gerçek anlamda korunması yolunda, söz konusu içtihadını yeniden gözden geçirmesi tercih edilir olmalıdır.

42 BVerfGE 61, 1 (8 f.), 85, 1 (15 f.); 90, 1 (15).

43 BVerfGE 85, 1 (17); 90, 241 (253).