

AVRUPA EXTRADİSYONU KARŞISINDA HUKUKUMUZ

Alia Yılmaz*

I- GİRİŞ

Eskiden suç işleyenler cezalandırılmaldan kurtulmak için "kutsal" (mabet, kilise, gibi) yerlere girip saklanırlardı, veya sığınırlardı. Bugün ege-menlik hakkı ile donatılmış olan yabancı ülkeler (devletler) aynı işlevi yerine getirebilmektedir. Ancak, teknoloji ve modern faktörlerin tek taraflı çalış-malarından dolayı uluslararası suç fiillerinin cezalandırılmasına gene eski ege-menlik kavramlarının modern sığınma yerleri oluşturabilmekte ise de, en azın-dan bazı şartlar altında, Avrupa hukuk siteminde eski rejimin devamını kabul etmek zordur.

Hepimiz medyadan yasa dışı kurulan ve bir terörist örgütü olan PKK'nin lideri Abdullah Öcalan (APO)ın Suriye'den kaçıp Rusya'ya ve oradan da Yuna-nistan üzerinden İtalya'ya gittiğini, sonuncunun politik sempatizanları kendisine böyle bir yardımda buldukları ve sığınma işlemlerine yardımcı olmak ve meselenin Avrupalaştırılmasını bile istediklerini öğrenmiştik. Buna karşılık gerekli kamu oyu yaratılamadığı için misafirlerine gidecek bir yer aradıkları ilgili mercilerce saklanmamakla beraber sonradan İtalya'yı terk etmek zorunda bırakıldığı, yoksa İtalyan Ceza Yasasının uygulanacağı, bile biliniyordu.

Olayın başında, Almanya İtalya'ya sığınan sanığın kendisine verilmesi-ni düşünmüş ancak "iç barış" gerekçesiyle talebinden vazgeçmişti. Aynı sanığın suç fiillerinden en çok mağdur olan Türkiye'nin kendisine "geri verilmesi"

* Yrd. Doç. Dr., Kocaeli Hukuk Fakültesi Uluslararası Özel Hukuku Öğr. Üyesi.

(*extradition*)¹ talebine, İtalya Hukukumuzda bulunan "ölüm cezası" (*capital punishment*)nın kendi kamu düzenine tersliği ve Avrupa Extradisyon Konvansiyonu'na koyduğu "çekince" (*reservation*) nedeniyle, ret kararını bildirmişti.

Böyle bir karar ilgili devletlerarası ekonomik, sosyal ve politik ilişkilerin kötüleşmesine neden oldu. Örneğin, ülkemizce "terörist" sayılan bir kişinin İtalya'da sığınma bulması İtalyan mallarına boykotu şartlandırdı ve bütçesine girebilecek değer eksilirken bir futbol maçı için ülkemizin bütçesinde de ekonomik olmayan harcamaları çoğalttı. Bunlar da yetmemiş gibi diplomatik gerginliklerin Avrupa Politikası'na dönüştürülüp "kanuna karşı hile" (*fraud à la loi*) metoduna da gidilmek istendi.

Diğer taraftan terörist olmayan bir başka suç failin Fransa'dan extradisyonu istenmiş ve olumlu Fransız kararı "*İtalya'ya bir ders olsun*" olarak medyamız tarafından yanlış değerlendirmelere bile neden olmuştu. Oysa Fransa, İsviçre gibi, ancak bizden ve de İtalya'dan farklı olarak, "extradisyon" işleminin yapılmasını tavsiye anlamında "extradisyon istemi üzerine gerekçeli görüşünü verir" (*donne son avis motivé sur la demande d'extradition*) tarzını kullanarak işi Politik Organın takdirine bırakmıştı.

Her bir extradisyon işleminin hem politik hem de hukuksal yanlarının olduğu unutulmamalı; ancak birinci ile ikincisinin yorumundan kaçınılmalı ve yalnız ikincisinin amacına ve teknik anlamına dikkat edilmelidir. Politik yanının değerlendirilmesi kendine özgü değer yargılamalar ile doğru orantılı olduğundan bu yazının ilgisi dışındadır. Ancak, extradisyonun hukuksal yanının nerede başladığını bilmek politik olanın da nerede bulunduğu bilinmesine bağlıdır.

Politik extradisyon mekanizması, dışardan (genelden) içeriye (özele) doğru inclendiğinde iki yerde devam eder niteliktedir: Biri Adli diğeri de İdari yargılamalardan sonraki extradisyon kararları politik kararın başlama noktalarıdır. Eskiden beri, Uluslararası Örf ve Adet Hukuku'nca "geri-verme" fiili "mecburiyet" altında hukuksal olarak düzenlenmediğinden politik takdire bağlı idi. Eski politik "takdir yetkisi" (*power of appreciation*) bugün de sözü edilen ilk yargılamadan, yani tutukluluğa gerekçe oluşturan extradisyonun yapılmasında yasal bir engel olmadığı "görüşü", bizde de "kararı" verilmesinden, sonra ulusal çıkarlara göre bir değerlendirme yaparaktan esas olan extradisyon "Ka-

1 "Extradisyon" (lat.) *extraditio*; (ing., ve fr.) *extradition*, ex: dışarı (*out*) ve *tradition*: teslim etmek (*surrender*; *livrer*) kökünden gelip suç işlediği zannedilerek aranan bir kimsenin veya hapis hane kaçkınının geri verilmesi (iadesi) veya teslim edilmesi işlemidir (*Webster's NewWorld Dictionary*, 2ed College Ed., Prentice Hall Press, 1986). Kısacası, yurtdışına kaçan bir sanık veya mahkumun geri verilmesidir. Bu nedenle, kullanılan "suçluların iadesi" hem eksik hem de işlemin yapısına uymamakta ve istenileni de yansıtmadığından yanlıştır. Eksiktir, çünkü "suçluların iadesi" yalnız hapis hane kaçan "mahkum"u kast edebilir niteliktedir; yanlıştır, çünkü "suçluların iadesi"ndeki "suçlu" "suçsuzluk (masumiyet) karinesi" (Presumption of innocence) prensibine uymamaktadır.

rarı"nı gene verebilir. Bu politik karar da İdarı Yargı'nın ("Danıştay" *Conseil d'Etat*) denetimi altındadır. Ancak buradan da çıkacak olumlu karar karşısında eski statü bulunarak son bir politik değerlendirme yapılabilir.

Hukuksal extradisyon mekanizması yargısal (önce adli sonra da idari) aşamalardan oluşur ve prosedüründeki aktörlerin rolü ile ilgilidir. İstenilen Devlet (*requested state*) İsteyen Devlet (*requesting state*)i (savcısı kanalı ile) temsil eder. İddia, sığınan sanığın (terörist, anarşist veya mafya unsuru gibi) "özgürlük ve güvenlik hakkı" (*right to liberty and security*)ına rağmen, uluslararası hukuktaki "extradisyon için tutuklama" nedenine dayanarak, istenilenin istenilen ülkeye geri-verilmesini ister. Buna karşı savunma da (sanığı temsil eden avukat kanalı ile), her ne kadar uluslararası hukukta (Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonunda) extradisyon için tutuklamaya izin verilirse de, *yasa ve usulüne uygun* olarak yapılmaması durumlarını öne sürebilir. Gereken tutuklamanın "extradisyon gereksinmesine" gerekçe oluşturmadığını ve aralarındaki orantısızlık üzerinde durabilir. Her iki görüşün altında sanığın fiziksel hareket edebilme kabiliyetinin ayrılmaz bir parçası olarak "hareket etme özgürlüğü"nden daha geniş olarak kabul edilmesi² ve sanık hakkının "güvenlik" içinde olması yasal statüsü bulunmaktadır. İstenilen bu sanığı extradisyona tabî tutmak demek onun Hakkı'na ters olarak istemediği bir istikamete (yargılanacak ülkeye) doğru zorla göndermek demektir ki, böyle bir zorunluluğa ancak extradisyon hukuku gereği hareket edilmesi lazımdır. Eğer iddianın talebinde "ağır usulsüzlükler" (*grave irregularities*) veya "yetkiyi kötüye kullanma" (*détournement de pouvoir*) gibi değerlendirilmeler ortaya çıkarsa³ savunma kazanır ve extradisyon talebi son bulur. Başka bir deyişle, yargılama kurumu tutukluluğa gerekçe oluşturan extradisyona "yasal bir engel olduğu"na karar verir ve her şey orada biter. Sanık (terörist, mafya gibi niteliklerde bile olsa) serbest bırakılır.

Kısacası, extradisyon hukuku(I) "keyfi" (*arbitrary*)leşmeyerek⁴ sanık hukukunun(II) özündeki "Hak"ka dikkat edilerek uygulanması zorunluluğu

-
- 2 Ek 4. Protokol, madde 2'deki *freedom of movement*;
-Guzzardi davası, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yayınları" (*Publication of the European Court of Human Rights*), Series A: Judgements and Decisions, Vol., 39, 1981(bundan böyle, PECUR): paras. 92-3, "Bir adada oturmaya belirleme özgürlük hakkını sınırlar " (*l'assignement à résidence dans une ile est une privation de la liberté*);
- 3 Bozano davası, PECUR, Vol., 111, 1987, para. 26 : "*en réalité, l'administration n'a pas cherché à obtenir l'éloignement de l'intéressé du territoire français mais sa remise aux autorités italiennes par le canal des autorités helvétiques... et a cherché à faire échec à l'avis défavorable*";
- 4 id., para.59: This aspect of lawfulness has meant as "*Lawfulness, in any event, also implies absence of any arbitrariness*
- Klass ve Diğerleri (and others) davası, PECUR, Vol., 28, 1978para. 49, it was stated that "*dans une société démocratique adhérente à la prééminance du droit, une détention arbitraire ne peut jamais passer pour régulière*";

vardır. İşte bu yazının amacı da buradaki zorunluluğu oluşturan ve extradisiyon talebinin reddine neden olan faktörleri araştırıp değerlendirmektir.

II- EXTRADİSYON HUKUKU

Ekstradisiyon hukuku, ilk bakışta, iki veya daha çok devleti ilgilendirdiğinden uluslararası kamu hukukunun bir kurumudur. Yapısı gereği uluslararası örf ve adet hukukunun oluşturduğu çelişkiden kaynaklanır ve ilgili devletlerin egemenlik haklarının kullanım biçimini düzenler. Çelişkinin özü her devletin istediği, veya arzuladığı, "ülke-dışı" (*extraterritorial*) ilişkileri düzenleyen yasa yapabilmesi ile aynı yasanın yalnız kendi ülke egemenlik sınırları içerisinde uygulanabilmesinden kaynaklanır.

Eskiden, Uluslararası Örf ve Adet Hukuku'nca bir devletin başka bir devlete bir sanığın "örf ve adet-dışı" (*extra-tradition*) olarak geri verilmesi takdiri idi. Bugün ise, Avrupa Extradisiyon Konvansiyonunun 1.Maddesine göre, "*Sözleşmede Taraflar Konvansiyondaki koşullar altında, hakkında yetkili otoritelerce bir suçla ilgili kovuşturma altında buldukları bütün kişileri birbirine geri-vermek mecburiyetinde*"⁵ olarak tanımlanan bir işlemdir.

Bu nedenle, eskiden nezaketten takdir yetkisinde olan geri-verme işlemi bugün, bazı istisnalar dışında, taraflara bir borç olarak yüklenilmiştir. Her iki durumda da extradisiyon kendi mekanizmasında hukuksal ve politik safhalardan geçerek oluşur, veya oluşmaz. Burada "egemenlik" (*souveraineté*) hakkının bulunduğu hukuk düzeninden ki doğal bir işlemine rağmen⁶ kendi yetkisi üzerine bazı sınırlayıcı kuralların boyutlarına, yani uluslararası yapılan anlaşmalara, göre kabul edebilirliğine⁷ bakılır.

Egemenlikler "nezaket" (*comity*) statüsünden "borç" (*obligation*) statüsüne geçerlerken, suçların cezalandırılması konusunda, fedakarlık edebileceği "özgürlük" (*freedom*) boyutları aynı değildir. Bazı devletlerin bazı devletlere karşı adalet konusunda farklı güvencelere bağlıken bazıları da farklı politik

5 Madde 1, extradisiyon borcu " olarak (as "obligation to extradite"; "*The Contracting Parties undertake to surrender to each other, subject to the provisions and conditions laid down in this Convention, all persons against whom the competent authorities of the requesting Party are proceeding for an offense or who are wanted by the said authorities for the carrying out of a sentence or detention order*")

6 Bozkurt- Lotus Davası, *Permanent Court of International Justice*, Series, A: Vol 10, 1927, s.18 de, (Devletlerin bağımsızlığı üzerinde sınırlamalar varsayılmaz. Bu nedenle, her bir devletin kendi toprakları üzerinde yetkisi kesindir ve aynı devletçe kabul etmemesi halinde var sayılmaz " (*restrictions upon the independence of States cannot, therefore be presumed*). Therefore, jurisdiction of any nation within its own territory is necessarily exclusive and absolute. It is susceptible of no limitations not imposed by the concept of the same sovereignty);

7 BEDII, Sayta., *Extradition in International Law and Practice*, Rotterdam, Bronder-Offset, 1966, s.31; - CHAUY, Y., *l'Extradisiyon*, Que-sais-jc?, 1963, s.56;

yapıları veya uluslararası ilişkilerdeki farklı çıkar⁸ faktörleri istenilen fedakarlıkları etkiler. Ancak bu gereksinmeye duyulan sözleşme yapıldığında artık devletlerin eski günlerin nezaket niteliğindeki takdir yetkileri extradisyon borcu sorumluluğuna⁹ dönüşür.

İşte bu anlamda Türkiye, İtalya, Fransa ve diğer devlet üyeleri, bağlı oldukları Avrupa Hukuk Sistemine böyle bir bağlılık içersinde kendi yetki alanlarını, Örf ve Adet Hukuku'na ters olarak, sınırlamış bulunmaktadır. Avrupa Extradisyon Konvansiyonuna taraf olan bu Üye devletlere yüklenen sorumluluk uluslararası geri-verme öncelikli özellikleri(A) altında adi(B) ve depolitze(C) suçlardan oluşmaktadır. Olaya karışan hukuk düzenlerinde her ne kadar ölüm cezası(D) yok ise de Uluslararası Hukuk açısından yasaklanıp yasaklanmadığına bakılması ve olumsuz olması halinde de extradisyonun servisinde anlaşılması gerekir. Politik sığınma hakkı(E) da, her ne kadar eskisi gibi devlet hakkı sayılsa da, adaletin hizmetinden dışlanmaması istenebilir.

A- Öncelikli uygulama özellikleri

Extradisyon, örf ve adet hukukunca bırakılan boşluğu dolduran öncelikli sorumluluk borcu(1) ulusal yasaların tamamlama(2) ve liberal yorum(3) gibi işlemler altında değerlendirilir.

1- Sorumluluk borcu

Buradaki sorumluluk, yabancı bir istek karşısında isteğin yerine getirilmeye çalışılması anlamındadır. Başka bir deyişle, sorumluluğun bir neticesi olarak, başka ulusal çıkarların etkisi altında bırakılarak ikinci veya sonuncu planda ele alınamaması gerekir. Üstelik, uluslararası kabul edilen genel prensipe göre, hiçbir devlet kendi yasal sistemini engel göstererek söz konusu sorumluluktan kurtulamaz¹⁰. Bu sorumluluk karşısında, ulusal yasal sistemler bile yeni ve uluslararası düzendeki sorumluluğa uygun olarak biçimlendirilmeleri gerekmektedir.

8 HENKIN, Lous., *How Nations Behave: Law and foreign Policy*, 2. Ed., NewYork. Columbia University Press, 1979, s. 65;

9 Levasseur, George., "Droit pénal international: Extradisyon", *Juris Classeur*, Vol, 5, Fasciule 405,B, 1081, s, 4de derki (Bir extradisyon sözleşmesinin bulunduğu yerde extradisyon artık basit bir nezaket olmaksızın çıkar ve istenilen devlet için bir borç oluşturur" ("*lorsqu'il existe un traité, l'extradition n'est plus un simple acte de courtoisie international, mais l'exécution d'une obligation de l'Etat requis*");

10 OPPENHEIM, Lassa, F.O., *International Law of Treatise*, 8- Ed., Vol I, Longman, Green and Co., London, 1955, s.39;

- Uygulamalar için de BKZ., Norway and US davası , (Requisition of Ship Building Case) Permanent Court of Arbitration of the Hague, 16, January, 1973) 74. *Internatioanl Law Report*, 1919-22, s. 189;

- *Germany v. Poland* davası, (Claim for Indemnity, Jurisdiction), 4 *Internatioanl Law Report*, 1927-8, s. 501'de, söz konusu prensip dile getirilmiş ve ona göre ilgili devletlere kusurlarından dolayı tazminata hüküm verilirken "herhangi bir uluslararası sorumluluk yerine getirilmemesi halinde tazminat borcu doğar" ("*any breach of an engagement involves an obligation to make reparations*");

Sorumluluğun öncelikli uygulanması, extradisyon sözleşmelerinde de görülmesi normaldir. Bu nedenle, İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında açıkça uluslararası extradisyon sözleşmesi olması halinde ulusal yasalar ile ilişkisinde sözleşmenin öncelikle göz önünde bulundurulacağını belirtmiştir¹¹.

Sözleşmelerin öncelikli uygulamalarının nedeni, bir hukukçuya göre, extradisyonun bir devletin dışişlerinden sayılmasından ve extradisyon otoritelerinin diğer organlara karşın daha kabiliyetli ve yetkili olmalarından¹²; bazılarında göre de, extradisyon kararı "tavsiye" veya "karar" niteliğinde olsa da ilgili Organın (Bakanlık, Hükümet veya Devlet Başkanı gibi) son sözü söyleyebilmesine dayanırken sistemdeki öncelik, işbirliğin niteliği icabı önerilmekte ve daha kısa yollara başvurula bilineceği bile dile getirilmektedir¹³.

Bana göre, extradisyon öncelikli uygulanması, ne başlangıçta ve sonunda politik organın takdiri altında işlem gördüğündendir ne de Uluslararası Kamu Hukukun konusu olduğundandır. Öncelik, yapılan sözleşmenin özünde var olan "söz vermeler tutulur" (*akde vefa, pacte sunt servanda*)¹⁴ olduğundan veya olması gerektiğindedir.

-T. c. MPCDFJP, (davası), 34. *Annuaire Suisse de Droit International*, 1981, s. 67, denilmiştir ki, "Uluslararası sözleşmeden doğan bir borç karşında, iç hukuku saklı hak olarak belirtmedikçe, iç hukuktaki kamu düzenini ileri süremeyiz" (*illustrates the same notion: "On ne saurait invoquer l'ordre public tel qu'il résulte du droit interne à l'encontre d'une obligation découlant directement d'un traité international, à moins que le traité ne réserve expressément l'ordre public interne*);

11 Lanusse c. Ministère Public Fédéral (davası), 33. *Annuaire Suisse de Droit International*, 1977, s. 154 de "diğer alanlarda olduğu gibi extradisyonda da uluslararası sözleşmelerin ulusal yasalara göre öncelikli uygulama üstünlüğü vardır, sonuncular tarihen daha yeni olsalar bile. İçerdikleri düzenlemerdeki çatışmaları halinde gene sözleşmenin uygulanması gerekir" (*...en matière d'extradition comme dans les autres domaines, les traités internationaux ont le pas sur la loi national, même s'ils lui sont antérieurs; en cas de contradiction entre disposition de la loi et celles d'un traité, celle-ci l'emportent sur celles-là...*);

12 Levasseur, *op. cit.*, s.14;

13 *Id.*, 25'teki diğer yazarlar;

Madde 12/1 " İstek yazılı olması ve diplomatik kanallariyle yapılması gerekir. İki veya daha çok Parti arasında diğer yolların uygulanması da düzenlenebilir " (Article 12/1 of the Convention demands such procedure; "The request shall be in writing and shall be communicated through the diplomatic channel. Other means may be arranged by direct agreement between two or more Parties");

14 SCHWARZENBERGER, Georg., *A Manuel of International Law*, 2. Vol., 4. Ed., London, Stevens & Sons Ltd., 1960, s.540;

- Senni c. MPCDFJP, (davası), 37. *Annuaire Suisse de Droit International*, 1981, s. 205, Fransa'nın bir Cezayirli'nin extradisyonunu İsviçre'den istediğinde Cezayirli sanık Fransa'da, İsviçre'liden farklı olarak, ölüm cezasının olması gerekçesiyle itirazda bulunduğu İsviçre yargıcı itirazı red etmiş ve eğer İsviçre böyle bir uygulama istemiş olsaydı "saklı hak" kurumunu işleme koyardı diyerek karar vermiştir. Hatta, Fransa ile olan Sözleşme ile ilgili de "aralarındaki sözleşme iptal edilmeden veya değiştirilmeden uygulanmasından kaçınılmalıdır" denilmiştir (*an Algerian who was demanded by France from Swiss jurisdiction. The Algerian opposed the procedure on the basis of the existence of capital punishment in France contrary to the Swiss legal system. In its rejection, the Court stated that if the Swiss wanted to bring such a claim against French legal system, Switzerland could have made a reservation to the bilateral (then <1981>, the Convention had not been ratified by France) treaty which arranges the extradition procedure and "Tant que le traité n'a pas été dénoncé ou modifié, la Suisse doit le respecter"*);

Eğer, sonradan yapılan sözleşmeler öncekilerle çelişkili durumda ise son tarihlilerin uygulanma önceliği içinde buldukları söylenebilir¹⁵. Bunların yanında her iki yönde uygulamaların olmadığı da inkar edilemez¹⁶.

Ancak, öncelik uygulamaların ulusal yasalarca tamamlanması de engellenmemiştir.

2- Ulusal yasaların tamamlama özeliği

Ulusal yasaların uluslararası kamu hukukunu tamamlaması kadar doğal bir şey söylenemez ki, bu da kural olarak yasaklanmamıştır. Üstelik pek çok durumlarda doldurulacak "boşluk" (lacunae) kasıtlı bile bırakılır.

Sistemimizde, yani Türk Ceza Yasası 9. Maddesi'nde, uluslararası sözleşme düzenlemelerine nasıl doldurma yapabileceği pek kesin olmadığından sözleşmelere öncelik verilecek ve sözleşmelerdeki unsurlar kendiliğinden uygulanacaktır¹⁷. Ancak, sözleşmelerde var olabilecek boşluğu dolduracak söz konusu madde yeterli olmadığından boşluk içinde boşluk ile karşı karşıya kalındığı da unutulmamalıdır.

Bizden farklı ve daha hazırlıklı düzenlemeler yapan Avrupa'nın diğer

- Ayn Uygulamalar için BKZ., Reihle c. MPCDFJP, (davasi) 37. *Annuaire Suisse de Droit International*, 1981, s. 203;

- Bir başka davada da Thareau c. Minister Public Federal, 31. *Annuaire Suisse de Droit International*, 1975, s. 204-6, bir Fransız extradisyonuna karşı Konvensiyondaki ölüm cezası ileri sürdüğünde de Fransa'nın Konvensiyona henüz taraf olmadığından ileri sürdüğü ölüme karşı garantinin istenmesi nazara alınmayacağına ve eski bir sözleşmeyi (1859) uygulayarak itirazın aksine karar vermiştir (*when a French citizen invoked, before the Swiss judicial authorities, the principle of Article 11 of the Convention that he should not be extradited to France on the grounds that extradition could only be permitted if the Requesting Party provides guarantees that capital punishment will not be executed; the Federal Tribunal rejected the opposition as irrelevant against France since the latter had not yet ratified the Convention, and applied an old treaty of 1859 on the basis of the superiority of a treaty obligation over the internal public order which prohibits corporal punishment*);

- Aksine uygulama için BKZ., Petalas, in re (davası), 22. *International Law Review*, 1855, s. 418, 519;

15 Croissant davası, (Conseil d'Etat, France) 74. *International Law Reports*, 1987, s. 507, Fransız Extradisyon Yasası'ndan sonra kabul edilen Franko-Alman Sözleşmesine öncelik verilerek extradisyon karar verildi (*provided the superiority of the posterior Franco-German treaty application over the French extradition law, and pronounced extradition legal*);

16 Astudillo Calleja davası (l'affaire), (Recueil Conseil d'Etat), 26. *Annuaire Français de Droit International*, 1978, s.1075, provided the application of the rule of *lex posterior derogat priori*;

- Lanusse c. Minister Public Federal davası, op.cit., s.154, ise sözleşme yerel yasadandan önce çıkmasına rağmen öncelikle uygulanmasına gidilmiştir (*a treaty obligation conserved the superiority over the extradition law even when the former is anterior to posterior municipal law*);

17 DONAY, Suheyl., *İnsan Hakları açısından Saniğin Hakları ve Türk Hukuku*, İstanbul Matbaası, İstanbul, 1985, s. 240.de, Italian Extradisyon Prosedüründen esinlenerek, extradisyon yasasını bulunmaması halinde Türk Ceza ve Usul Hukundaki kuralların boşluklarda kullanılarak uygulanabilirler;

- DONMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir., *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, 10. Basi, Cilt, III, İstanbul Matbaası, İstanbul, 1982, s, 57 ve 544de, CMUK., 104. maddesi gereği, tutuklama için düzenlediği koşulların listesine bir de extradisyon talebinin eklenebileceğini ileri sürerler.

ulusal yasaları sözleşmelerin doldurulmasında etkili olarak kullanılır. Örneğin, Fransız 1927 Extradisyon Yasası bunlardan biridir¹⁸.

"Tamamlama" (completion) metodunun ikinci bir özelliği de bir boşluk yerine bazı değişik konuların düzenlenmesine izin verilmiş ise onların uygulanabilir olmasıdır. Ancak, bu kez uygulama daha çok değişik yorumlara dayanmış olabilecektir. Örneğin bir suçun niteliği araştırıldığında tamamlama metodu ile yabancı yasanın (Belçika) Fransız yasasınca tamamlanması yapılmış ve ilkinde göre "düşmanla işbirliği" (intelligence with the enemy) suçu aynen kabul edilmemesine engel bulunmamıştır. Bu nedenle, sonuncunun yargısal yorumuna göre, "düşmanla işbirliği" "devletin dış güvenliğine karşı işlenen suç" (crime against the external security) olarak yorumlanmıştı¹⁹. Bir başka davada ise, usulen bazı gereksinmelerin iç hukuktaki gibi karşılanmaması tamamlama prosedürüne neden olmuştur²⁰.

Bana göre, "tamamlama"nın ikinci özelliğindeki temel neden belirtildiği gibi olmayıp söz konusu iki devlet arasındaki sözleşmenin aynı suçu extradisyona konu edilmemesinden kaynaklanırken diğerlerinde de sözleşmelerin iç hukukun uygulamamasında engel oluşturmadığına, veya izin verildiğine, bağlamak lazımdır. Bu nedenle de, tamamlama işlemi uluslararası işbirliğine katıl-

18 BKZ., *infra*, Pelevani davası, Fransız Anayasası gereği uluslararası anlaşmalar yargıca kendine özgü koşullarda kendilerine ait 1927 Extradisyon Yasası ile sözleşme ile düzenlenmemiş olan konular tamamlanır. 1. maddesi tamalayıcılık niteliğini tam olarak dile getirilmeden çok sözleşmenin olmaması halinde uygulanabilirliğini saptar. Buradaki düzenleme şöyledir: "Sözleşmenin olmaması halinde, extradisyon şartları ve usulu bu yasanın kurallarına göre yapılır" demiştir. Ancak, aynı maddenin ikinci fıkrasında yasanın sözleşmenin düzenleme getirmediği konuları da kapsıyacağı belirtilmektedir ("*En l'absence de traité, les conditions, la procédure et les effets de l'extradition sont déterminés par les dispositions de la présente loi*",

"*La présente loi s'applique également aux faits qui n'auraient pas été réglementés par les traités*"; Fransız Tamyiz Mahkemesi Ceza dairesi, Plevani davasında: "anlaşmanın düzenlemediği konuların tamamlayıcı yasa uygulanacaktır " olarak karar vermiştir (*la Chambre decided that the complementary law will be applied where a treaty has not been provided and its imperative prescriptions have not been derogated expressly*)

- Daha Fazla bilgi için BKZ., *Genevois*, Bruno., " Le Conseil d'Etat et le droit de l'extradition", *Etudes et Documents*, 1982-83, s.36: Fransız iç hukukun tamamlayıcı düzenlemeleri hukukçuların eleştirilerine hedef olmaktan da kurtulamamıştır. Yasanın tamamlayıcılık niteliği sözleşmenin üstünlüğünü kabul etmek demek değildir. Çünkü, "önceden yapılan anlaşmaların düzenlemediği konuları tamamlar" olduğu sonucuna varılmıştır (*ajoutait aux conventions internationales conclues antérieurement des conditions supplémentaires non prévues par elles*");

19 Spiessens davası (re), (France, Court of Appeal of Colmar, May 7, 1953), 20. *International Law Reports*, 1953, s.369;

20 Plevani davası (*in re*), (France, Court of Cassation, January 7, 1955), 22. *International Law Reports*, 1955, s. 514tc, sözleşmenin "düzenlemediği...ve sözleşmenin emredici şartlarını açıkça zedelediği" ("*n'a pas prévus... et que les prescriptions impérative d'un traité n'y dérogent pas expressément*") durumlarda tamamlama işlemi yapılabiliniceği gibi sözleşme bazı gerekli dökümanların sunulmasını "mümkün se hemen" (*autant que possible*) olarak istediği yerde ve uygulanacak yabancı yasa kopyası (*copy of foreign applicable law*) için extradisyon yasası da "extradisyon isteği ile beraber" ("*en même temps que la demande d'extradition*") isterse gene tamamlama prosedürü işletilmiştir;

mama hakkı vermekle beraber sanık lehine karar çıkarılmakta ve aksine olan kararlarda da "Danıştay" (*Conseil d'Etat*) tamamlamaların yanlışlığını gidermeğe çalışmaktadır²¹.

İsviçre Hukukunda durum pek farklı sayılmaz Örneğin, Federal Mahkeme "önümüzdeki yasa, kendi kurallarının düzenlediği konulara uluslararası sözleşme tarafından direkt veya indirekt olarak düzenlenmedikçe, uygulanır"²² olarak kararını bildirmiştir.

Ancak, yargılamalar genellikle devlet niyetinin anlaşmaların uygulanması lehinde olduğu yolundadır. Bu tutum bir çok davada uygulama bulmuş ve iç hukuk yalnız uluslararası hukuk ile beraber bilerek bırakılan boşluğu doldurmak için uygulanabilirliği, aksine durum yaratmamak koşulu ile, kabul edilmiştir²³.

3- Liberal yorum

Yasal yorum demek bir kuralın ne anlama gelebildiğini veya ne amaçla yapıldığını anlamak ve anlatmak demektir. Başka bir deyişle, yasa koyucunun niyetini, veya tarafların neyin üzerinde anlaşmalarının saptanmasıdır²⁴. Bu anlam özellikle extradisyon hukukunda mahkemelerin "uluslararası hukukun

21 Affatigato davası, 40. *Annuaire Français de Droit International*, 1984, s. 935, Bay Affatigato extradisyon edilebilir görüşüne varıldığında 1870 Fransız -Italia Andlaşması gereği bulunmayan " suçlulara yataklık etme" ("*recel de malfaiteurs*") suçu iç hukuktaki liste metodunun uygulanması gerektiği istenildiği halde istenilen her iki kurala ters düşmüştür. Ancak daha sonra Danıştay (*Conseil d'Etat*) usulen yanlışlık yapıldı diye extradisyon kararını red etmiştir (*even though the Franco-Italian treaty of 1870 did not list the crime and by Article 2, and according to Article 9, the extradition can only be done for those listed crimes. However, later on, the Conseil d'Etat rejected an extradition order for "vice de forme"*);

22 İsviçre Extradisyon Yasası, Madde 1 "Uluslararası sözleşmelerin aksine hüküm getirmedikçe, yasa uluslararası ceza işleri işbirliğine uygulanacak bütün şartlar ve usulüne uygulanır, ve özellikle a)- sanıkların veya mahkumların extradisyonu: (Article Premier. It states that "*A moins que des accords internationaux n'en disposent autrement, la présente loi règle toutes les procédures relatives à la coopération internationale en matière pénale, soit principalement:*

a- l'extradition de personnes poursuivies ou condamnées pénalement");

- Lanusse c. Ministère Public Fédéral, op.cit., s. 154: Federal Mahkemesi der ki "*...les dispositions de la loi ne s'appliquent que sur les points qui n'ont pas été réglés expressément ou tacitement par le Traité*" ("*the provisions of the present law is applicable only upon those points not regulated, directly or indirectly, by the Treaty*)

23 Senni, T.c. Ministère Public de la Confédération, Dept., de Justice et Police, 37. *ASDI*, 1981, s.118;

- Reichle c. MFCDFJP, *ibid*, s. 203;

- Tharcu c. Ministère Public Fédéral, 31. *ASDI*, 1975, s.205;

- Ktir v. Ministère Public Fédéral (davası), (Swiss Federal Tribunal, May 17, 1961) 34. *International Law Reports*, 1961, s.144, orada Mahkeme extradisyona, iç hukukun yabancı (Fransız) ölüm cezası ile çeliştiği halde, karar vermişti;

24 Uluslararası sözleşmeler için BKZ., *Harvard Research*..s. 940;

- Uluslararası Hukuk İnstitüsü (*International Law Institute*) Resolusyonu, *Yıllık (Annuaire)*, s. 423;

uygulanmak için" yapıldığı doğrultusundadır²⁵. Bu nedenle, bir extradisyon sözleşmesi extradisyon lehinde düşünülmesi gerekir²⁶.

Ancak, bana göre, böyle bir sonuca varmak pek kolay değildir. Her şeyden önce yukarıdaki sonuç gene tarafların niyetlerine göre bile hep söylendiği gibi extradisyon lehine sonuç vermesi beklenemez. Çünkü, devletlerin sorumluluk niyeti hatırlanırsa en azından Avrupa Extradisyon Modeli için böyle olmadığı ortaya çıkabilir²⁷. İkincisi, bir sözleşmenin düzenlemesi açık olarak belli değilse gene sözleşme lehine yorum yapılmamalı, hele hele kişinin özgürlüğü söz konusu ise. Çünkü, "şüpheden sanık yararlanır" (in bubio pro reo) yorumun yapılması burada da geçerliğini korumalıdır. Dahası, böyle bir prensibin burada da uygulanmasının bir başka nedeni de İnsan Hakları Konvansiyonu düzenlemelerinin özünde vardır. Söz konusu özde, yalnız dinamik yorum aranmakta kalmamış günümüzdeki politik, ekonomik ve sosyal gereksinmelerle de bağ-

25 Daha fazla bilgi için BKZ., Mongenstern, Felix., "Judicial Practice and the Supremacy of International Law", 27 *British Yearbook of International Law* (bundan böyle, BYIL) 1950, s.52;

26 BKZ., Laubenheimer et al. v. Factor (davası), 6 *International Law Reports*, 1931-2, s.298: Buna uygun olarak, Amerika Yüksek Mahkemesi bir extradisyon prensibini (çifte suçluluk) extradisyon lehinde çok eskiden bile yorumlamıştır. İngiliz ve Amerikan 1842 Extradisyon Anlaşmasına göre, İngiltere Factor adındaki suçtan sanık kaçağını "bilerek yasa dışı kazanılmış para almak" (*receiving money which he knew to have been fraudulently obtained*)tan dolayı Amerikadan geri istediğinde, mahkeme çifte suçluluğun anlamını vermesi gerekirken sözleşmenin icrası için, sanığın bulunduğu yer (Illinois)de suç olmamasına rağmen, var olan sözleşmede suç olarak belirtildiğinden sözleşme lehine yorum getirmiştir. Hatta mahkeme bundan başka, söz konusu kararda, "uluslararası diplomatik ilişkilerdeki düşünceler ve sözleşmelerdeki iyiniyetler kendilerinin uygulanması için liberal yoruma, tarafların hem niyetlerinin sonucuna hemde aralarındaki eşitlik ve karşılıklılık yerine getirilebilinsin, diye ihtiyacı vardır" denilmiştir ("*...Considerations which should govern the diplomatic relations between nations, and the good faith of treaties, as well, require that their obligations should be liberally construed so as to effect the apparent intention of the parties to secure equally and reciprocally between them*", gibi düşüncesini açıklamıştır; - Aynı anlamda, BKZ., Schreuer, C.H., "The interpretation of treaties by Domestic Courts", 55. *Am. Journ. of Intern'l Law*, 1963, s.258;

- Bir başka olayda aynı Mahkeme aynı sonuca varmış ve "yetkili yer" (*territory*) anlamındaki yeri "fiilen yetkinin bulunduğu yer" (*de facto authority in it*) anlamında kullanıldığı kabul etmiştir. Bunun için BKZ., Schtraks davası (ex parte), (England, divisional Court, Queen's Bench Division, August 24, 1962), 6 *International Law Reports*, 1962, s. 324: gerekçe olarak "Partiler karşılıklı suçlu geri verilmesini istemiş olduklarından yetkili "ülke" yerinin istenilmediği gibi yorumlamak Sözleşmenin etkisiz olacağı anlamında olacağından kabul edilemez" ("*The parties intended the provisions of the agreement to be effective for the reciprocal extradition of criminals, an interpretation of "territory" which would render the agreement ...ineffective is not readily to be adopted*);

-Uluslararası genel uygulamada da aynı görüşe raslamak mümkündür. BKZ., Lotus davası, *op cit.*, s.16 da, Devamlı Dünya Mahkemesi liberal yorum yapmış ve "metnin açık olması halinde hazırlık çalışmalarına gitmeğe gerek yoktur" olarak aynı doğrultuda hareket etmiş gözükmektedir ("*the Permenant Court of International Justice (bundan böyle PCIJ) adopted almost the same manner of approach when it stated "that there is no occasion to have regard to preparatory work if the text of a convention is sufficiently clear in itself*);

27 BKZ., Devlet sorumluluk niyeti ve Dünya Mahkemesinin, Danzing Kararı (Jurisdiction of the Court of Danzing) (3 March 1928, case N°, 187, PCIJ, Advisory Opinion Noş.17), 4. *International Law Reports*, 1927-8, s.289) sözleşme geniş anlama yorumlanmış ve tarafların değil söz konusu davacı olan kişiler lehinde yorum yapılmıştır;

daşması gerekmektedir²⁸. Yani, liberal yorumda suç nitelenmesi statik olarak kabul edilemez.

B- Adi suç

Adi suç extradisyona esas olup "çifte suçluluk" (*double criminality*) kuralına tabiidir. Başka bir deyişle, extradisyona oluşabilmesi için hem suç "adi" (*ordinary*) hem de "çifte" nitelikte olacak demektir. İlk haldeki extradisyona koşulu hemen hemen bütün uluslararası extradisyona sözleşmelerinde varken ikinci durumdaki "tam benzerlik" nitelemesinin arandığı da ileri sürülebilir. Örneğin bizde var olan "düşünce suçu" başka bir ülkede olmayabilir ise çifte suçluluk yoktur demektir. Suçluluk kavramı "isteyen devlet" yasasında olduğu gibi "istenilen devlet" yasasında da varlığı gerekecektir. Burada aranılan ortak payda, her iki sistemde de aynı fiilin yasaklanarak cezalandırılmış olmasıdır. Çünkü ancak, "İsteyen Taraf ile İstenilen Taraf yasalarına göre cezalandırılan suçlarda.... extradisyona yapılacaktır"²⁹.

Bundan başka, çifte suçluk içeriğinde bir de "suç ağırlığı" vardır ki, çifte

-
- 28 Sudre, Frederic., "La notion de Peine et Traitement inhumains ou dégradant" dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour européenne des droit de l'homme", 88. *Rev. Gén. du Droit intren'l Public*, 1984, p, 835, "avec les changement politique, socioux et économique qui se sont produit depuis 1950";
- Marckx davası (case), PECUR, Vol., 28, 1978, para. 41'te Mahkeme yorumu " Konvensiyonu bugünkü koşulların ışığında yapılmalıdır " olarak kabul eder (*where interpretation is held by the Court which said that Convention must be interpreted in the light of todays conditions*);
- 29 Avrupa Konvensiyonu, Madde, 2: *Exradition shall be granted in respect of offences punishable under the laws of the requesting Party end of the requested Party...*
- *Donneront lieu à extadision les faits punis par les lois de la Partie requérant et de la Partie requis..*
-"Draft Convention on Extradition", 29. *Amerikan.Journal of International Law* (bundan böyle AJIL), Ocak ve Nisan (January and April) 1935, s.77, Madde (Article) 2 : a requested State shall extradite a person claimed, for an act...
a) For which the law of the requesting State, in force when the act was committed, provides a passible penalty of death or deprivation of liberty for a period of two years or more; and
b) For which the law, in force in that part of the territory of the requested State in which the person claimed is apprehended, provides..., which would be applicable if the act were there committed";
- Yorumlar ve Uluslararası Hukuk Ensititüsü, Res., aynı prensibi kabul için için BKZ., *ibid* s. 300 (In its Resolution the IIL declared that "As a rule it should be required that the acts to which extradition applies be punishable by the legislation of the two Countries, except in cases where by reason of particular institutions or of the geographical situation of the country of refuge the actual circumstances constituting the offense can not exist");
- Modern uluslararası hukuk yazarlar çifte suçluluk kuralında fikir birliğindeki eğilimlerinin varlığı için BKZ., TRAVERS, Mauricc., *Le Droit Pénal Internationale et sa Mise en Oeuvre en Temps de Guerre*, Vol.I, Paris, Sircy, 1920-22, s. 655;
-"The Benelux Convention", Article 2, in BEDI, *op.cit.*, s. 257;
-Üstelik Ceza Yasalarında: Örneğin bizdeki sistem gereği ve yukarda da söylendiği gibi, eski hukuk prensibi olan *nulla poena sine lege and Nullum crimen sine lege* halen çifte suçlulukta nazara alınacağından geçerlidir. Başka bir deyişle, devletlerin yasa kabiliyetlerinin karşılıklı olarak ele alışması gerekir ve karşılıklı yorumların aynı olması şartına bağlıdır;

suçluluk kuralı ancak "verilen maximum period cezası bir yıl veya daha fazla ceza ile cezalandırılabilinen suçlar.. için"³⁰ yerine getirilecektir.

Kuralın içeriğinde "karşılıklılık" (*reciprocity*) prensibinin de rolü inkar edilemez. Buradaki anlamına göre, önceden yapılan bir geri-verme fiiline karşılık olarak aynı işlemle sanığı aynı şekilde geri verme demektir. Extradisyon işlemlerinde bu "prensip" in uygulanması prosedürün hemen hemen temelini de oluşturur. Üstelik anlaşma hukukunda da yerini iyice korumuş ve bu konudaki anlaşmaların da taraflar arasında birlik ve beraberlik sağlamak amacı ile kılavuz sayılmıştır³¹. Kısacası, Anglo-Saxon Sistemine bağlı bir hukukçunun dediği gibi "hiçbir devlet başka bir devletten kendisinin de aynı sorumluluk altına girmeyeceği bir iş için aynı sorumluluğu bekleyemez"³².

Her ne kadar lehte ve alehte pek çok şey söylenmiş ise de, ve buradaki yersizlik neden ile üzerinde durulmasına engelse de, karşılıklılığın "soyut" (*in abstracto*) ve "somut" (*in concreto*) anlamlarına verilen değerler extradisyonun sonucu bakımından farklıdır. İlk halde politik organ etkili rol alabilirken ikinci halde de yargılama kendi değerlendirmesini koyabilmektedir.

C- Depolitize suç³³: Terörizm

Depolitize, "politik etkiden uzaklaştırma" demek olduğuna göre, adi suçların extradisyondaki etkisi yanında depolitize edilmiş "politik suç"larda aynı niteliktedir. Çünkü, adi suçlar yanında bazı politik suçlar vardır ki uluslararası

30 Konvensyon, Madde, 2: "... for a maximum period of at least one year or more severe penalty. / --d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté privative de liberté d'un maximum d'au moins un an ou d'une peine de plus sévère.

31 Uluslararası Hukuk Enstitüsü Eylül 1880 Oxford Toplantısından "extradisyon bir Uluslararası Hukuk fiili olup ceza yasaları arasındaki dengeyi sağlayan hem adalet hem de devlet yararına olan bir işlemdir" olarak tanımlandıktan sonra bile aynı karakteristiklerini korumağa devam etmiştir, her nasılsa adalet politikadan daha yakın olarak (the IIL Session at Oxford in September 1880 it was stated that "extradition is an international act in conformity with justice and the interests of states, since it tends to prevent and check effectively violation of penal laws" BKZ., *AJIL*, vol.29, January and April 1935, s, 300, Res. Article 1, reciprocity continued to keep its previous characteristics, however with more interests for justice than politics);

- Daha fazla bilgi için BKZ., Rezek, Jose., Reciprocity as a Basis of Extradition " *BYIL*, 1981, s.179

- Farklı görüş için BKZ., Feller, "The scope of reciprocity in extradition", 12. *Israel Law Review*, 1977, s.432de, "karşılıklılık extradisyonda uluslararası prensip olarak, yani her zaman andlaşmaya konu edilebilen veya " olmazsa olmaz " şartı gibi kabul edilmez"liğini dile getirmiştir (*reciprocity in extradition is not principle of international law, namely not always contractual nor a sine qua non condition*);

32 BEDII, s. op.cit., 46da, Mr. McNAIR'in "No State can claim from the other State as a matter of binding obligatory conduct if itself is not prepared to regard as binding upon itself ", dedigini yazar;

33 Evens, Alona, E., "Reflections upon the political offence exception in international practice" 57. *AJIL*, 1963, s.19'da, Pella'nin "uluslararası ve toplumsal etkileri nedeniyle politik suçlardan fark edilen o suçlar super suçlar olup politik suç olarak faillerine yarar sağlaması durumundan dışlanmalıdırlar" (*those crimes are super-crimes and distinguishable from the political offence by reason of their international impact and their massive scale and political offence defense should not be available to their perpetrators*);

ve toplumsal etkileri nedeniyle istisnânın istisnası olarak işlem görmeleri gerekmektedir. İçeriklerinde "kabul edilmeyen şiddet" (*unappreciated violence*) ve uluslararası hukuk düzenine ters, olumsuz etkili ve politik motifli karakteristikleri nedeniyle, devletler arası ilişkilerini, ve dolaysı ile uluslararası barış ve güvenliğini tehlikeli bir şekilde tehdit etmektedirler. Bu gruptaki suçlara karşı tutum ve davranışın kolektif olarak önlem alınması anlamındadır. Bu nedenle, uluslararası kamu yararı adına devletler kendilerini birlikte hareket etme sorumluluğu altına girme gereksinmesi duymuşlardır.

Söylenenlerin Avrupa Ceza Hukuku Sisteminde önemli etkileri vardır. Avrupa Konseyi Üye Devletleri kendilerini demokratik sistemlere bağladıklarından "hukuk devleti" (*rule of law, Etat de droit*) prensibini uygulamayı garanti altına almış ve politik sonuçlu korku veya korkutma metotlarına yer bırakmamışlardır. Böyle davranmakla, devletleri insanlığı koruma servisinde koymuşlar ve aralarında yaptıkları sözleşmeye göre hiç kimseye hiç kimsenin özgürlük hakkını sınırlayıcı bir fiilde bulunması hakkı verilmemiştir. Örneğin, İnsan Hakları Konvansiyonu, "*Bu Konvansiyonda hiç bir düzenleme bir kişinin veya grubun başka bir kişi veya grubun hakkını sınırlama amacı ile herhangi bir faaliyet ve hakkı kullanma hakkı olarak yorumlanıp kabul edilmeyecektir*"³⁴ düzenlemesi ile, istenileni sağlamlaştırmıştır. Buradaki düzenlemeye göre, her türlü şiddete karşı olma nedeniyle teröristik suçlar adi suç olarak kabul edilmişlerdir³⁵.

34 Avrupa Sözleşmeler Serisi, (European Treaty Series(bundan böyle ETS).5, 9 , Madde 17: "*Nothing in this Convention may be interpreted as implying for any State, group or person any right to engage in any activity or perform any act aimed at the destruction of any of the rights and freedoms set forth herein or at their limitation to a greater extent than is provided for in the Convention;*

- BKZ., Alman Komünist Partisi Davası s.224: Burada, Mahkeme Konvansiyonun 17. maddesi gereği, Almanya'yı Komünist Partinin yasal haklarını kullanılmasını yasaklama hakkını tanımak için " Bir kişi, eğer başkalarının insan haklarını sınırlama amacıyla kendi hakkının kullanılmasını isterse, kendisinin insanlık hakkını kaybetmesini hazırlar " gerekçeyle parti kapatma ile yasaklama kararını haklı bulmuştur (*an individual renders himself susceptible to losing human rights if he interferes with the human rights of others*);

35 Ancak, söylenenleri incelemeyen önce söylenenlerin her ulusal görüşte özel etkileri ve tepkileri ve farklı düşünceler, ve dolaysıyla farklı uygulamalar, nedeniyle extradisyon hukukundaki geri verme borcu yerine sanık hukukundaki koruma düşüncesine daha yakın olabilecekleri ile ilgilidir. Bunun için BKZ., *Rapport Explicatif sur la Convention Européenne d'Extradition*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1969, para.16 ve Konvansiyondaki "çekineler" ETS. 90;

- Council of Europe, Strasbourg, 21 January 1977, ETS.90; when the Conseil of Europe's Consultative Assembly adopted the (703) 1973 Recommendation by which condemned international terrorism and demanded that the grave acts be penalized. It equally demanded from the Ministers Committee of the Conseil of Europe to define the political offence so that the act of terrorism be excluded from the political offence justification. The said Committee adopted the Res. (74) 3 and recommended to States "en cas de non extradition de summertre l'affair a l'autorité compétant pour action penal", then, the Committee of Experts elaborated the *Terrorism Convention*;

- Daha fazla bilgi için BKZ., *Rapport Explicatif sur la Convention Européenne pour la Suppression de Terrorisme* (bundan böyle *Rapport*), Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1977. ss. 1-3 (bundan böyle *Rapport*):

Terörizmi oluşturan teröristik suç nedir? Veya, Terör veya terörizm nedir? Terörist kimdir?

Terörün ne olduğu anlaşılmaz ise diğerlerinin anlaşılması kolay olmaz.

Terör, gergin korku veya böyle bir korkunun kalitesi veya nedeni, veya alarmda olma halidir. Bir olay veya gösteri neticesinde zarara uğrayacağını bilen aklın durumu, veya görülen tehlike ile oluşturulan korku anlamlarda da kullanılır. Terörizm ise, terörün korkutma fiilidir. Veya, tehdit ve kuvvet kullanarak moral bozma, korkutma ve politik araç olarak etkileme veya boyun eğdirme demektir. Terörist ise terörün failidir. Başka bir deyişle, terörist hem terörün hem de terörizmin failidir. Teröristin mesleği terörizmdir. Her ne kadar herkesin kabul edeceği bir kavram etrafında birleşmek kolay değilse de, terörizm "kişilik çıkar veya kapris olarak yapılan ve politik olmayan her fiil, veya her şiddetli politika"³⁶dır. Bakunin'in dediği gibi "politik olarak toplumdaki durumu için başkalarının tutum ve davranışlarını etkilemek amacı ile yapılan yaralama, yıkma"³⁷lardır.

Uluslararası teröre ilgili çalışmanın arkası gelmez bir şekilde devam ederken "Atant şartı" (*Atteinte Clause*) ilk olarak anarşi ile terörü bir sayaraktan ilk düzenleme ulusal boyutta da olsa yapıldı. Ancak, 1934 Terörizmle Mücadele Konvansiyonundan önce İngiltere'de Re Castionu ve Meunier davaları ile terörizmin tanımlanması da eklendi. Konvansiyonda da terörizm, "devlete karşı işlenen ve kamuda korku yaratmak amacını güden suç fiilleri" olarak tanımlandı³⁸. Avrupa Hukuk Sistemi'ndeki yeri için, Avrupa Konseyi Komitesi Üyeleri Hükümet "bilirkişi" (*expert*)lerini 1975'de davet etmelerinde ve Terörü Önleme Avrupa Konvansiyonu'nu hazırlanmasını istemelerinde terörün tanımlanması devletlerin kendi takdir yetkilerine bırakılması nedeni ile de eksik kaldı³⁹.

36 BKZ., YILMAZ, Alia, *The Accused v. Extradition*, (henüz yayınlanmamış), s. 64: intense fear, quality or causing such fear; alarm; fright; dread; the state of mind induced by the apprehension of hurt from some hostile or threatening event or manifestation; fear caused by the appearance of danger; Terrorisme: the act of terrorizing; use of force or threats to demoralize, intimidate and subjugate, esp, such use as a political weapon or policy veya the demoralization or intimidation produced in this way;

37 Daha fazla bilgi için BKZ., Milt, Kerry. L., "Pretention of terrorisme through the development of supranational criminology", 10. *The Journal of International Law and Economics*, 1975, s. 528, "any act committed for personal gains or out of caprices of non political purposes. Or, simply, politics by violence" and who quotes Bakunin as saying that "act of destruction, injury whose purpose choice of targets have political significance, that is, intend to modify the behaviour of others bargaining situation that consequence for the social situation";

38 BKZ., Wortley, B.A., "Political crime in english law and in international law" 45. *BYBIL*, 1971, 229, 1934 Convention for the prevention of terrorism which defined terrorism as *an act directed against a State and intended to create a state of terror in public*. There has been also judicial efforts through their definition as another means to combat terrorism. In *re Castioni and Meunier* davasi (case), are the original examples;

39 Later on, the GA.Res.2625 of 1970 "affirms the duty to refrain from organizing, instigating, participating in acts of civil strife or terrorist acts in another State or aquiring in organizing activities within the territory directed towards".

Ancak, terörizmin günümüzdeki tanımı daha ileri bir durumundadır. Çünkü, her devlet kendi kamu hukukunu koruma ödevi altında olduğundan bu fiillere karşı gerekli önlemleri de almak sorumluluğu kabul edilmiştir. Böyle bir otoritenin nedeni ise vatandaşlarının temel haklarını korumada yaptığı gibi uluslararası hukukta bile devletlere "meşru müdafaa" (*self-defense*) hakkı verilmektedir. Bu nedenle, herhangi bir devlet başka bir devletin terörizme destekli bir davranış karşısında kendine karşı fiili saldırı ile karşı karşıya kalmış olacağı kabul edilir. Başka bir deyişle, "kendi vatandaşların zararına bir teröriste veya bir terörist gruba maddi yardım sağlayan bir devlet vatandaşının zarar gördüğü devlete karşı silahlı saldırı yapmış demek olacaktır". Buradaki uygulama gereği, "yardım eden devlet kendi silahlı saldırısı gibi kabul edilecektir"⁴⁰.

Bu ve buna benzer politik gelişmeler⁴¹ Terörizme Konvansiyonu oluşmalarına neden olurken yukarıda sözü edilen Avrupa Terörizmi Önleme Konvansiyonunun göre bazı fiillerin extradisyondaki istisnaların terörist fiillerini de içererek, yani depolitize edilerek, genişletildi⁴².

Bu Konvansiyona göre, terörizm politik suç olarak kabul edilmeyip adi işlemler ile extradisyona dahil edilecektir. Çünkü, Madde 1'deki, "aşağıdakiler-

40 Sofocor, A., "Terrorism and The Law", *The Foreign Affairs*, 1983, ss.921-2: a State inherits the right to defend itself if another State "...provides material support to terrorist groups which attack other States' citizens", then, the supporting State "has engaged in armed aggression against that other State" under established principle of international law, just as if "the previous State had used its own armed forces" quotes the President of the concerned State, after terrorists attacks, in Rome and Vienna on Dec.27, 1985 killing 19 civilians and on Avr.4,1986 Berlin's Discoteque bombings by terrorist and the injured State's bombing the supporting State, as saying that "If the UNs condemning Resolution were not vetoed (by USA, UK, F) in the Security Council, the adoption would have given the State supporting terrorism its ultimate legal defences" namely, immunizing international terroristic aggressions against non-combatants, therefore against the use of force in self-defence and against international aggressions. According to this view point "law can make clear that State-supported terrorism is illicite, and may thus serve to deter it";

41 ETS. 90 and for reasons see ELSHETEWI, Reggaie., *Le Détournement d'Avion en Droit international*, Université de Paris, I, 1985, p. 244, for example, the raison d'être of the Montreal Convention is based on the event of 18 Fev. 1969 in which a commando of the FPLP opened fire on an EL-AL airplane before its landing on Zurich's airport where the pilot was killed and one hostes with 3 passangers were wounded and on the event of 21 Fev. 1970 when another Swissair airplane with 47 passengers was exploded just 15 minutes after the take off from Zurich's airport and which was revendicated by the same political organization:FPLP. The Swiss Authorities demanded that an extraordinary General Assebly of the OICA be convocated. In Jun.1970 the General Assembly invited its legal Committee to form a new projet of the Convention;

42 *RapportT*, para. 14. It modifies the convention but still without any definition of terrorism. It leaves to State Parties its interpretation.

- Benzer bilgiler için BKZ., Cassese, Antonio., "The international Community's 'legal' response to terrorism",

38. *The International Comarative Law Quarterly*, 1989, 596;

- Moons, Eric. J.H., " Approche politique et juridique du terrorisme et de la criminalité anarchisante en Rébulique Fédérale d'Allemagne ", 5. *Revue du Droit Pénal et Criminologie*, 197, ss.505-24;

-Milt, Kerry. *op. cit.*, s.531;

den hiç biri politik suç ve politik suça bağlı suç, veya politik motifle işlenmiş bir suç, olarak kabul edilmeyecektir":

.....

d- Adam kaçırma, rehin alma veya haksız tutuklamalar ile ilgi fiiller

e- Tehlikeli olmak şartı ile bombalı, granadalı, roketli, otomotik ateşli silahlı veya bombalı paket veya mektuplu fiiller

f- Yukarıda sayılan fiillerde müşrik veya iştirak etmek fiilleri⁴³ düzenlemesi bu sorumluluğu getirmektedir.

Aynı Konvansiyonun 2. Maddesi de extradisyonu "kişilerin hayatına ve özgürlüklerine veya mallarına karşı işlenen ve kolektif tehlike oluşturan ciddi fiilleri" ile daha da genişletmiş bulunmaktadır⁴⁴. Yani, Avrupa Terörizmi Önle-

43 Avrupa Terörizmi Önleme Konvansiyonu, ETS. 90 : a- 16 Aralık 1970 te La Haye'de imzalanan Haksız Uçak Kaçırılmaları Önleme Konvansiyonu ile ilgili işlenen bir suç (a- *an offense within the scope of the Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft, signed at the Hague on 16 December:1970*) T.I.A.S. 7192 :

- BKZ., Bayraktar, Köksal., "Uçak Kaçırma suçu", *İst., Üniv., Huk., Fak., Mecm.*, 1978, ss 171-2, Uçak kaçırmanın adi suç olarak değerlendirildiğini ve Türk Ceza Yasası, 384. madde gereği işlem gördüğünü kabul eder;

- BKZ., Shubber, Sami., " Aircraft hijacking under the Hague Convention 1970, a new regime? " 22. *Intern'l Comp., Law Quarterly*, 1973, ss. 690-5;

b- 23 Eylülde 1971de Montrealde imzalanan Sivil Havacılık Emniyeti Alehinde Haksız fiilleri Önleme Konvansiyonu ile ilgili işlenen bir suç (*an offense within the scope of the Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Civil Aviation, signed at Montreal on 23 September 1971*; 564 T.I.A.S. 7570,

-Feraud, Henri . J., "La Convention de Montreal du 23 septembre 1971 pour la répression d'actes illicites dirigées contre la sécurité de l'aviation civile", *Revue de Science Criminelle et Droit Pénal Comparé*, 1972, ss.15-20;

- Emanuelli, Claude., "Legal Aspects of Aerial Terrorism: The piecemeal vs., the comprehensive approach", 10 *The Journal of Intern'l Law and Economics*, 1975, s.509;

c- Uluslararası koruma altına alınmış bir kimsenin veya diplomatik ajanın özgürlüğüne, hayatına veya vücut bütünlüğüne karşı işlenen ciddi fiiller (*a serious offense involving an attack against the life, physical integrity or liberty of internationally protected persons, including diplomatic agents*: New York Convention on the Prevention and Punishment of Crimes against Internationally Protected Persons Including Diplomatic Agents, 14 December 1973, T.I.A.S. 8532 :

- Green, L.C., "Extradition v. Asylum for Aerial hijacking" 10 *Israel Law Review*, 1975, s.207de politik niteliğin nasıl subjektive düşüncelere dayandığını gösterir;

- Costello, Declan., "International Terrorisme and the development of the principle aut dedere aut judicare", 10. *The Journ. of Intern'l Law and Economics*, 1975, s.485;

- Sofocar., *op. cit.*, s.915, extradisyonun olmadığı yerde de cezai kovuşturmanın yapılması gerektiğini kabul eder;

d- *an offense involving kidnapping, the taking of a hostage or serious unlawful detention*: International Convention Against the Taking of Hostages, 17 December 1979, UN GAOR (XXXIV) A/34/819:

e- *an offense involving the use of a bomb, grenade, rocket, automatic firearm or letter or parcel bomb if this use endangers persons*;

f- *an attempt to commit any of the forgoing offenses or participation as an accomplice of a person who commits or attempts to commit such an offense"*.

44 *idem*: "1-For the purpose of extradition between Contracting States, a Contracting State may decide not to regard as a political offence or as an offence connected with political offence or

2-The same shall apply to a serious offence involving an act against property, other than one covered by

me Konvansiyonu Avrupa Extradisyonu uygulama alanı içine almıştır⁴⁵. Bu alan, Terörizm Konvansiyonunda düzenlenmemiş olsa da bazı başka konular da extradisyonun lehinde olabilir. Çünkü, "Konvansiyonun amacı gereği ve 1. ve 2. Maddelerde düzenlenmeyen başka uluslararası düzenlemelerde var olan diğer konuları da varmış gibi işlem görecektir" olarak taraflar arasında kabul görmüştür⁴⁶. Örneğin, *Yasadışı Uyuşturucu Trafiği ve Psikoterapik İçeriği Hakkındaki Konvansiyonunda*⁴⁷ böyle bir düzenleme konulduğunda extradisyon sorumluluğunu daha da genişletilmesine kaynak oluşturmaktadır.

D- Ölüm cezası

Problemdeki anlaşmazlık, Avrupa Extradisyon Konvansiyonundaki 11. Maddedir. Buna göre problem, "Eğer istenen extradisyon için suç isteyen Tarafın yasalarında ölüm cezası ile cezalandırılacak ise ve istenilen Tarafın yasalarında böyle bir cezanın verilmemesi halinde extradisyona ancak, isteyen devletin söz konusu cezayı vermeyeceğine dair bir garanti vermesiyle ve bu garantinin uygun bulunması ile yapılabilir"⁴⁸, şartına bağlanmıştı.

Ölüm cezasını mazeret göstererek extradisyona olumlu bakmamak iki nedene dayanabilir. Birincisi, "çifte suçluluk" prensibinin geniş yorumlanması nedeniyle extradisyon borcunu "çifte ceza" şartına bağlamak, ve ikincisi de,

Article 1, if the act created a collective danger for persons.

3-The same shall apply to an attempt to commit any of the forgoing offences or participation as an accomplice of a person as an offence inspired by political motives as serious of offences involving an act of violence, other than one covered by Article 1 against the life, physical integrity or liberty of a person. who commits or attempts to commit such an offence";

45 Madde 3, "Taraflararasında uygulanan Avrupa Extradisyon Konvansiyonu veya diğer extradisyon sözleşmeleri veya düzenlemeleri bu Konvansiyona ters düşmemek kaydıyla değiştirilmiş bulunmaktadır (*The provisions of all extradition treaties and arrangements applicable between Contracting States, including the European Convention on Extradition, are modified as between Contracting States to the extent that they are incompatible with this Convention*) ETS. 90;

- BKZ., Fraysse-Druesne, Ghislaine., "La Convention européenne pour la répression du terrorisme", 82. Rev. Gén., du Droit Intern'l Public, 1978, s.993'te bazı suçların düzmeceliği ve değişik düzenlemelerin ayrıcalıklarından biri açıklığa kavuşturılmaktadır (*that certain crimes are "dévoilé sans fard et constitue un des axes privilégiés des différentes dispositions"*);

-Borricand, J., "l'Extradition des terroristes" Revue de Science Criminelle et Droit Pénal Comparé, 1980, ss.670-3;

46 *RapportT*, para.9; Article 4. ETS. 90, "For the purposes of this Convention and to the extent that any offense mentioned in Article 1 and 2 is not listed as an extraditable offense in any extradition convention or treaty existing between Contracting States, it shall be deemed to be included as such therein".(emphasis added);

47 *The Convention Against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substance Legal Law Materials*, Vol. 28, s.403;

48 "if the offense for which extradition is requested is punishable by death under the law of the requesting Party, and if in respect of such offense the death-penalty is not provided for by the law of the requested Party or is not normally carried out, extradition may be refused unless the requesting Party gives such assurances as the requested Party considers sufficient that the death-penalty will not be carried out";

"ölüm cezası"nın Extradision Konvansiyonundaki şartlardan sayıp borcu yerine getirmeme gerekçesinden kaynaklanabilir.

Problemin çözümü için, İnsan Haklarından Yasama Hakkı ile yakınlığı nedeniyle ikinci gerekçenin yasal olup olmadığının araştırılmasında yarar vardır.

"Yaşam hakkı" (hayat hakkı, *right to life, droit à la vie*)nın inkarı demek olan "ölüm cezası" (*capital punishment*) en yüksek suç fiili için kişi vücudu üzerinde uygulanarak verilen en ağır, veya yüksek, cezadır. İkincinin kavramı Yaşam Hakkı'nın önce içeriğinin sonra da sınırlana bilinip bilinemeyeceğinin boyutlarına bağlıdır.

Yaşam hakkının içeriğinde fiziksel hayat vardır, korunan da bu nitelikteki hayattır. Yoksa, subjektif olarak "kibar bir hayat" ile objektif olarak sosyal veya ekonomik veya "uygun" (*décente*) bir hayat değildir. Başka bir deyişle, korunmak istenilen "ölmeme" veya "öldürülmeme" (*de n'être pas mort*) hakkıdır. Yoksa, kişiliğin inceliği veya gelişmesi (*épanouissement*) veya başka bir gelişmenin cezalandırılması değildir.

Bu nedenle bir kural konulmuş ve denilmiştir ki: *Herkesin yaşama hakkı yasa ile korunur. Bu hak, suçun yasa ile cezalandırıldığı ölüm cezasının infazı dışında kasıtlı olarak kimse tarafında yok edilemez. Ve çeşitli gibi gözüken, 6. Protokol ve onun 1. Maddesi gereği de, Ölüm cezası kaldırılmıştır. Hiç kimse böyle bir cezaya ne mahkûm nede infazına gidebilir.*

Ancak buradaki Kuralın ve getirdiği yasakların anlaşılması onun yorumu ile doğru orantılıdır. İkincinin disiplinine (yani yoruma) göre, bir kuralın anlaşılması her şeyden önce kaynağındaki niyetlerinden başlanması lazımdır.

Ölüm cezası ilk olarak, Uluslararası İnsan Hakları Bildirisi hazırlanması sırasında, Fransız Cassin "insan hayatı ve var oluş hakkının korunması"na bağlı olduğunu belirtirken 1933 Alman uygulamasının genel prensipleri çiğnediğinden diğer devletlerin müdahalesinin "insanlığı kurtarmak" (*sauver l'humanité*) gerektiği halde kayıtsız kalmalarında aynı neticeyi engellemek için hayatın korunması'nın uluslararası yasal düzenleme altına alınması gerekçesini dile getirmişti. Daha sonra, Avrupa Konseyi tarafından 1949 ileri atılan gereksinmeye eğilerek 1950'de Devlet Bilirkişileri'nce yukarıdaki metni kabul edilmişti. Ancak alehinde yapılan eleştiriler ölüm cezasının verile bilinmesi halinde keyfiliğin ve haksızlığın olmamasına dikkat edinilmesi istenmişti. Bunun için de, yukarıdaki kuralı oluşturan Madde 2/2'deki istisnalara yer verilmişti. Bundan başka, Uluslararası Sivil ve Politik Haklar Paktı'ndaki gibi, ölüm cezasına çarptırılmış mahkûmların af veya "cezayı hafifletme" (*commutation*) hakları vermediği gibi 18'den ufak yaşlılara ölüm cezasının verilmemesi veya hamile kadınlara ölüm cezasının yerine getirilmemesinin yasaklama haklarını da kap-

samaz olduğu kabul edilir. Buradaki, uygulama devletlerin yasalarına ve pratiklerine tamamen uymaktadır⁴⁹.

Yaşama hakkından kimler yararlına bilineceği de önemlidir. Ancak herkesi, yani "zihinsel" (*menthal*) veya fizik durumları ne olursa olsun bütün insanları, kapsarsa da her şeyi içermez. Örneğin, "ötenazi" (*euthanasie*) denilen kolay ve acısız ölüm veya acıyı kesmek için acımasızca ölüme neden olan metod veya fiil böyledir. Yani ötenazi bile yaşam hakkının bir parçası değildir. Çünkü, hem "herkesin yaşam hakkı yasa ile korunur" şeklindeki hak içinde erimiş gözükmekte hem de istisnaların hiçbirinde de yoktur.

Korunan yaşam hakkı nerede başladığı da önemlidir. Konvansiyondaki düzenleme gereği henüz açık değilse de, hamile kadınların ölüm cezasının infazı bu yüzden (Uls, Ins, Hakl, Bild. tartışmalarında red edilerek) yasaklanmamıştır. Dahası, bu konuda fikirler bölünmeli olduğundan ne zaman başladığı belli değilse de "yaşam hakkı" yalnız kamu otoritelerine karşı korunmuş olduğu açıktır. Ancak, her ne kadar kürtaj yasaklamadığı ortaya çıkıyorsa da sonlarına doğru yasaklanmadığını savunmak zorlaşır olduğu genelde kabul edilir⁵⁰.

Birleşmiş Milletler (*United Nations*) İnsan Hakları Komitesi. *Sauarez de Guerrero* davasındaki 31 Mart 1978 kararına⁵¹ göre, yaşam hakkı hem "en önemli insan hakkı" olarak belirlenmiş hem de Konvansiyonca "en üstün hak" sıfatı verilmiştir. Ancak, işkence, insanlık-dışı veya onur-kırıcı (küçültücü) muamele veya ceza veyahut ta esaretten serbest olma hakları kesin olarak kabul görürken yaşam hakkına hem bazı sınırlamalar konulmuş⁵² hem de bu hakka başka "sınırlama" (*derogasion*)lar konula bilineceği kabul edilmiştir⁵³.

Yaşam hakkının bir başka özelliği de, çevre temizliği, barış, gelişme, nükleer silahlara karşı veya kitle (*massif*) halinde yok olmaya karşı korunma, hakları gibi hak çerçevesinin genişletilmesine müsait olmasıdır.

Her ne kadar bazı şartlara tabii tutulmuş ise de, kural olarak, ölüm cezası

49 VELU, Jacque/ ERGEC, Rusen, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1990, 172.

50 Castberg, F., *The European Convention on Human Rights*, Leyde, 1874, 83;
- Ancak, bazı hukukçulara göre fetüs tamamen korunmaktadır. BKZ., VELU/ ERGEC., op cit., 176: Çünkü, ulusal yasalarda var olan kürtaj (*avortoment*) hakkının bu hakla bağdaşmadığından hemen başlamasına engel olmaktadır;
- BKZ., Yılmaz, Alia., op cit., 125 : Cenin, insanlarda, embryo devresinden sonra başlayan ve (*the human organism up to the third months after conception*) taşıyana bağlı olan çocuğun (*offspring: a child as related to its parent; a product, outcome, or result*) karnında (rahimde) doğuma kadar olan devredir (*in the womb from the end of the third month of pregnancy until birth*).

51 51 *International Law Reports*, 1978, 328;

52 BKZ., VELU/ ERGEC., op cit., 180;

53 İnsan Hakları Konvansiyonu, Madde 15/2: Bu hükme dayanarak haklı savaş eylemlerinden doğan ölüm olayları dışında 2. maddeye ya da 3. Madde ve ç. Maddenin 1. fıkrasıyla / Maddeye aykırı önlemler alınmaz;

yasaklanmamıştır⁵⁴. Çünkü, her şeyden önce, "yaşam hakkı" "kasıtlı" (*intentionnellement*) "öldürülmeme hakkı"dır. Yasaklanan "yaşam hakkı"nı "kasıtlı" sona erdiren öldürme fiilleridir. Örneğin, düşman kampındaki sivillere ateş açarak⁵⁵ veya kaybolanların etkili bir şekilde kaybettirildikleri veyahut ta ikaz verilmeden, yani "dur" demeden, ateş edilerek yapılan öldürmeler "yaşam hakkı"na ters düşer. Her üç halde de yasaklanan "öldürme niyeti"dir. Oysa, ikinci halde etkili bir şekilde kaybolma yapmama ve son halde de "uyarı" verilmesinden sonraki öldürmelerde "öldürme niyeti" yoktur. Çünkü, son iki örneğe dayanarak, ölüm cezası için önceden yasal uyarı yapmakla belirli bir fiil karşılığında belirli bir ceza olacak olan "ölüm" cezası mantığı yanlış değildir⁵⁶.

Dahası, Uluslararası Hukuktaki diğer düzenlemelerde de "ölüm cezası yasası" konulmamıştır. Örneğin, Uluslararası Sivil ve Politik Paktı, Madde 6'daki yasaklamada "kasıtlı öldürme" (*intentionally*) yerine yalnız "keyfilik" (*arbitrary*) ile oluşmasını yasaklamasına rağmen Konvansiyon'daki kadar kuvvetli bile değildir. Yapılan tek yasaklama Jenosit Suçunu Önleme ve Cezalandırma Konvansiyonu'ndaki yasaklamadır. Başka bir deyişle, yalnız jenosit nitelikli "ölüm cezası" verme hakkı ile bağdaştırmak mümkün olmadığı kabul edilmiştir. Kaldı ki, "yaşam hakkı" olan "öldürülmeme hakkı", aynı yerdeki düzelemeye göre, "Hiç kimse, yasada ölüm cezası öngörülen bir suç işlemesi durumunda bir mahkeme kararının yerine getirilmesi dışında amaçlı olarak yaşamından yoksun bırakılamaz"⁵⁷ düzenlemesiyle, öldürme kastı bazı şartlar altında açıkça kabul bile edilmiştir, yeter ki ölümü gerektiren bir fiilin cezası bir mahkemenin vereceği kararda bulunsun.

İkincisi, her ne kadar bu mahkemenin "bağımsız" yargıçlardan oluşması gerekiyorsa da, istisna olarak ölüm cezası verecek olan olağanüstü mahkemele-ri kapsamadığı sonucuna varılabilmek de yasaklanmamış gözükmektedir. Çünkü buradaki bağımsızlığı garantileyen 6. Madde, aynı yerdeki 15. Madde-nin verdiği, "ulusun yaşamını tehdit eden savaş veya başka kamu tehlikeleri" (*guerre ou d'autre danger public menaçant la vie de la nation*) hallerinde sınır-lama hakkı da verilmez idi. Başka bir deyişle, Madde 6'daki bağımsız mahkeme

54 Soering davası, 161. *PECUR*, s. 130'de, İnsan Hakları Mahkemesi ölüm cezasının genel olarak yasaklanıp yasaklanmadığına karar vermek erken olduğu ve olgunlaşmamış bir konu olduğunu kabul etmiştir;

55 BKZ. Komisyon 10 Temmuz 1976 Kıbrıs karşı. *Türkiye davası Raporu*, s. 118: "de fusiller des civils appartenant au camp ennemi";

56 Daha fazla bilgi için BKZ., VELU/ ERGEC., *op cit.*, 182;

JACOP, F.G., *The European Convention on Human Rights*, Oxford, 1875., s.21;

VAN DIJK, p., VAN HOOFF, G.J.J., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Kluwer Law and Taxation Public., Deventer-Boston, 1984, s. 189;

57 Avrupa Ins. Hakl., Konv., Madde (Article) 2 "Le droit de tout personne à la vie est protégé par loi. La mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement, sauf, en execution d'une sentence capitale prononcée par un tribunal au cas où le délit est punis de cette peine par la loi "

şartı 15. Madde hallerinde sınırlanabilir. Bu nedenle, ulusal tehlike hallerinde ölüm cezasının "bağımsız bir mahkeme tarafından verilmesi" zorunluluğu ortadan kalkar sonucu, her ne kadar tartışmalı ve kabulü zor da olsa, buradaki hukuk mantığında normal gözükmemektedir⁵⁸.

Üçüncüsü, yasa ile belirli bir suçun ve cezanın belirtilmiş ve yetkili bir mahkeme tarafından verilmiş olması aranır. Bunun altında yatan gerekçe, genel ceza prensibi olan "kanunsuz suç ve kanunsuz ceza olamaz" düzenidir. Aynı prensip kendisinin tekrarı olan "*hiç kimse işlediği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç olmayan bir fiilden dolayı cezalandırılmaz*" ve "*işlendiğindeki yasadan daha çok bir ceza ile cezalandırılmaz*" prensibinde de vardır.

Dördüncüsü, Protokol N° 6'nin 1. Maddesi, her ne kadar "ölüm cezasını kaldırma" düzenlemesi varsa da, Taraflara bu cezanın "*savaş zamanında ya da yakın savaş tehdidi durumlarında işlenen eylemler için yasalarında ölüm cezasına ilişkin hüküm bulundurulabilir*" istisnası ile Konvansiyonun, yukarda sözü edilen, 2. Maddesindeki düzenlemeye ters düşmemektedir, yeter ki oradaki şartlara uyulsun. Buradaki "savaş" anlamı birden çoktur. En basit anlamda maddi bir savaş kastedildiğinden şekli bir savaşı dışlanmaktadır. Bu nedenle, Ek olma niteliğinde olan *Protokol* Konvansiyonun Madde 2'deki düzenlemeyi ne kaldırma nede değiştirme niyeti taşımaktadır.

Beşincisi, ölüm cezasını veren devletler (Belçika, Kıbrıs, Yunanistan, İrlanda Lechistein, Türkiye, gibi) arasında ülkemizde de ölüm cezasının infazına gidilmemesi⁵⁹, yani "fiilen" (*de facto*) uygulanmaması, İtalya'daki uygulama gibi olması hukuksal değerden yoksun bir iddia değildir.

Altıncısı, Madde 2'nin her uygulanması halinde, "yaşam alma" (*deprivation of life*) yasaklanmasının söz konusu haktan sayılmadığı dile getirilmiş ve böyle bir mahkeme kararının infazı kabul edilerek ölüm cezasının varlığı halindeki bir ülkeye extradisyona yapılmasına engel oluşturmadığı İnsan Hakları Kurumları'nca belirtilmiştir⁶⁰.

58 Daha fazla bilgi için BKZ., VELU/ ERGEC., *op cit.*, 183-4; CASTBERG, F., *op cit.*, 82;

59 Daha fazla bilgi için BKZ., *Revue Géneral de Droit Internatioanl Public*, 1988, s. 419, Fransız uygulamasında ise, ölüm cezası verilen bir sanığın Fransız yetkilerince extradisyona tabii tutmak "kamu düzeni"ne ters işlem yapılmış olduğu kabul edilir;

60 Dilekçe (Appl.) N°. 1022/82, X, v. Spain davası, 37 DR, 1984, 93; -10479/83 N°lu dilekçe ile açılan Kirkwood v. UK davası, 37 DR, 1984, 158, Strasbourg'taki yasal Organ uluslararası ölüm cezasını koyma hakkının devam edip etmediğini uluslararası hukukun durumuna bakarak İngiltere'nin extradisyon işleminde Amerika'daki ölüm cezasına çarptırılacak olan davacının Madde 3 ile de çelişkide olmadığı tezi Komisyon tarafından kabul edilmiştir. Söz konusu görüşte ölüm cezası değil onun infazı öncesi durumları Madde 3'teki İnsanlık-dışı muamele olarak ters düşebileceğini kabul etmiştir;

- Aynı görüş için BKZ., Soering davası, 161. *op cit.*, s. 83, para, 34;

Üstelik dikkat bile edilmelidir ki, Yaşam Hakkı'nın korunması için "ölüm cezası"nın indirekt olarak konulması bile istenmiştir. Çünkü Yaşam Hakkı'nı yasa ile koruma demek, kamu otoritelerine pozitif eylem borcu yüklemek demektir. Örneğin İnsan Hakları Komisyonu, biraz kuşkudan sonra da olsa, açıkça yasama hakkının "yasa ile korunur" (*est protégé par la loi*) olması devlet tarafından "gerekli önlemlerin alınması sorumluluğu anlamında olduğunu kabul etmiştir⁶¹. Buna göre, Kamu otoritenin, yasa dışı hayat almalarının failleri hakkında kovuşturma yapmaması ihmali Strasbourg Kurumları'na konu edilebilir⁶².

Dahası, "Bilirkişi" (*expert*)ler Komitesine göre, "ölüm cezası" yasaklanmadığı gibi, suç faillerinin işlediği fiiller için cezalandırılması için gerekli yasaların çıkarılmaması "yaşama hakkı" ile devletin mağdurlarını "koruma borcu"na ters düşeceğini kabul edilmiştir. Buna göre, "İstenilen Taraf" (İtalya) "İsteyen Taraf" (Türkiye)in canilerin cezalandırılması için gerekli yasalara göre cezalandıramamasındaki tutumu halinde "sorumlu" sayılacağı hatırlanmalıdır.

Ölüm cezasının verilmeyeceği "garantisi"ne gelince, bir değerlendirme yapmak güç gibi gözüküyorsa da yargılamaların buldukları pozisyonlara bağlıdır. Sistemimiz açısından bu takdir "somut" (*in concreto*) olarak Fransa veya İtalya gibi sistemlerde politik takdir yetkisi ile "soyut" (*in abstracto*) olarak değerlendirileceğinden hangi motiflerin kararı oluşturacağı kestirilmesi güçtür. Uluslararası extradisyon ilişkisindeki "takdir yetkisi" extradisyon (uluslararası) hukukuna ters düşmemesi zorunludur. Aksi takdirde, İnsan Hakları Komisyonundaki görüşe göre, böyle bir takdir yetkisi "keyfi" (*arbitrary*) olabilecektir⁶³.

Dahası, "ölüm cezası"nın infaz edildiği uluslararası uygulamalar değerlendirildiğinde geri verilme olayında hem İnsan Hakları Komisyonu hem de Mahkemesi Virginia (ABD) yargıcının İngiliz Hükümeti'nin "ölüm cezası ver-

- BKZ., *Viaux-Peccate v. State of the Netherlands davası*, (The Netherlands Courts, District of the Hague, 23 May 1978) 75. *International Law Reports*, 1987, s.457: bir Fransız extradisyon istemi Hollanda tarafında ölüm cezası varken bile kabul edilmişti;

61 BKZ., Ramacharan, R.G., "The Right to Life", *Netherland International Law Review*, 1983, s. 314;
 - (Ed.), *The Right to Life in International Law*, Dordrecht, Boston, Lanchester, 1985, 312, says that public authorities are obliged to impose positive responsibilities (prestations);
 - Kabaalioğlu, H.A., "The Obligations to Respect and to Ensure the Right to Life" in Ramacharan, *op cit.*, 179;
 - Komisyon Kararı için BKZ., Dilekçe (Req.) N° 7154/74, (4 Ekim 1976) 14. DR, s, 32, en ce sens, en déduisant de la première phrase de l'article 2, §1er, l'obligation pour l'Etat de prendre des mesures appropriées pour souvgarder le dorit à la vie;

62 BKZ., VELU/ ERGEC., *op cit.*, 180;

63 VAN DIJK, p., VAN HOOFF, G.J.J., *op. cit.*, s. 238 : Report of 19 January 1989, paras., 114-20. In the same sense the Court in its judgement of 7 July 1989, paras., 97-99, 151-2;

memesi talimatını dinlemeyeceğini ve ölüm cezasına çarptırılacağı kesin olacağı varsaymış "olmasına rağmen yalnız" yargılamanın keyfi ve gerekçesiz olmayacağı" niteliğine dikkat etmiş ve ölüm cezasının extradisyona engel olmayacağını kabul etmiştir⁶⁴.

Hukuklar arası ilişkilere gelince, "iç hukuk"taki ölüm cezası yasağı uluslararası hukukun (Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonu'ndaki "yasam hakkı"nı koruma borcunun) yerine getirilmemesine mazaret olarak ileri sürülemez. Eğer Fransa gibi İtalya da, "*extradisyon edilecek olanın ölüm cezasına konu edilmesi hali Fransız kamu düzenine ters sayılacaktır*" görüşü varsa da, bugün Uluslararası Hukuk ile Ulusal Hukuk arasındaki hiyerarşiye dikkat edilerek birincinin öncelikle uygulanması gerektiği herkesçe bilinmektedir.

Kısacası, "ölüm cezası"ne Uluslararası Kamu Hukuku açısından nede İnsan Hakları Konvansiyonu'nca mutlak olarak yasaklanmıştır⁶⁵. Bu nedenle, "uluslararası hukuk"taki "egemenlik hakkı" olarak kabul görmesi ve diğer egemenliklerce de "akde vefa borcu" altında saygı duyulması gerekmektedir.

E- Politik sığınma hakkı

"Sığınma" (*refuge*) zorluk veya tehlike gibi unsurlar karşısında, barınma veya korunma olduğu gibi, güvenilir yer veya barınaklardır. Buradaki fiilin faili de "sığınmacı" (mülteci, *refugee*)dir. Yani, sığınma işlemi yapan kişidir.

Eskiden olduğu gibi bugün bile savaş veya devrimlerde veya politik veya dini eziyetler karşısında sığınacak yer aramak için kendi evinden veya ülkesinden kaçan kişi pek çoktur. Bu durumlarda, devletler, Uls., İns. Hakl., Evr., Bild.,deki "herkes sığınma isteme hakkına sahiptir" prensibine rağmen, politik takdir yetkilerinin kullana bilinmesinde her hangi bir engel hemen hemen yoktur. Bu nedenle, Mülteci Konvansiyonu'ndaki korumak amacı ile "geri-gönder-

64 *Id.*, ;

- Soering davası, *op cit.*, para., 88: "*a possible extradition to Virginia, the British government had contended that the applicant did not in reality risk the the death penalty, pointing to the assurance that had given by the Commonwealth Attorney that the trial judge would be informed if the wish of the British Geovernment that the death penalty should not be imposed or carried out. The Commision observed that the sentencing judge was not obliged under Virginia law to accept the representation made to him on behalf of the British fobernment and that it could not be assumed that he would have reagard to the diplomatic considerations relating to the continuinig effectiveness of the extradidion relationship between the two countries; therefore the risk that the applicant would be sentenced to death was considered a serious one. In its final decision the Commission reached the conclusiion - be it with only six against five votes- that there was no indication that machinery of justice to which the applicant would be subjected was an arbitrary or unreasonable one*";

65 *id.*, para., 88: "*capital punishment is permitted under certain conditions by Article 2/3 of the Convention, it took also account of the written comments of Amnesty Internatioan in which it was argued that the evolving standarts in Western Europe regarding the existence and use of the death penalty required that the death penalty should now be considered as an inhuman and degrading punishment within the meaning of Article 3*"

meme" (*non refulement*) prensibi uygulanması gerekmektedir⁶⁶. Çünkü, Madde 33/1 göre, "*Taraf devletler hiçbir surette bir sığınmacının yaşamı veya özgürlüğü ırk, din, vatandaşlık veya belirli bir sosyal gruba olan üyeliği nedeniyle tehlikeye düştüğü yerlere sınır dışı veya geri göndermeyecektir*"⁶⁷.

İlk akla gelen soru şudur: Bu kural extradisyon hukukunda da geçerli midir?

Hem olumsuz hem de olumlu yanıtların verilmesi, değişik gerekçelere rağmen, mümkündür.

İlk halde, insancıl düşüncelerin extradisyon hukuku ile ilgili olmaması nedenine bağlamakta ve yasaklama yalnız "sınır-dışı etme" (*deportation*) ve "geri gönderme" (*non-refulement*) ile ilgili olup extradisyondan söz etmemektedir⁶⁸. Yani, adaletten kaçan bir sanık saf sığınmacı olan kişiye verilen haktan yararlanabilir.

Bana göre, böyle bir sonuca katılmak için, her şeyden önce, "politik sığınma" (*political asylum, asile politique*)nın kazanılma şartlarına bağlıdır. Sığınmacının "çok ciddi suçlar" işlemesi halinde bu sıfat elde edilemez. Çünkü, Mülteci Konvansiyonu açıkça:

a- *Uluslararası belgelerde belirtildiği ve ilgili düzenlemelere de konu edildiği gibi savaş suçu, insanlık-dışı suç veya barışa karşı suç işleyen;*

b- *Sığıma yerine gelmeden ve mülteci statüsüne elde etmeden önce geldiği yerde politik olmıyan suç işleyen;*

c- *Bileşmiş Milletler Prensiplerine aykırılıktan sanık olan*⁶⁹ları "mülteci-

66 *id.*, para., 163, göre, insancıl düşüncelerin egemen olduğu bu presipte Taraflara koruma borcu yüklemiş bulunmaktadır;

- Aynı görüş için BKZ., Res.67(14) *op.cit.* Tavsiye kararında Üye devletlerin kendi topraklarına glip sığınma arayan kişilere karşı liberal ve insacılığa uygun olarak tutum ve davranışta bulunmaları önerilmiştir (Recommends that Member States should act in a particular liberal and humanitarian spirit in relation to persons who seek asylum in their territories);

67 189 UNTS, 150 : Article 33/1 of the *Refugee Convention stipulates the said obligation that "No Contracting Party shall expel or return (refouler) a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion"*;

68 GRAHL-MADSEN, *Territorial Asylum, Stockholm*, Almquist and Wiksell International, 1980, s.23;

-Lavasseur, *op.cit.*, p.13, states that expulsion is a unilateral measure with a purely administrative character. But deportation is an expulsion toward a predetermined country while exclusion refers to the non-admission of a person at a border. Therefore expulsion is the mere removal of a person from the national territory..;

-BKZ., LAMBOIS, Claude., *Droit international pénal*, Dalloz, s.477;

-SINHA, S. Parkash., *Asylum and International Law*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1971, s.143;

69 Mülteci Konvansiyonu, Madde 1F, (Article 1.F, of the *Refugee Convention*, 189 UNTS, 150) : the *Refugee Convention* that will not apply to any person with respect to whom there are serious reasons for considering that

a) *he has committed a crime against peace, a war crime or a crime against humanity, as defined in the international instruments drawn up to make provision in respect of such crimes;*

lik" sıfatına erişmemeyi düzenlemektedir. Bu durumda, sığınmacı değil adi kaçak olup diğer şartlarında var olması halinde extradisyona tabi olur.

Üstelik, politik organın takdir yetkisi nedeniyle politik sığınama tanınması bile "yetkiyi kötüye kullanma" (*abus of power*) fiili ile İdare hukuk açısından sakatlanır.

İkinci halde, yani extradisyon hukukunda da uygulanmasına, gelince, birden çok nedenleri vardır.

Her şeyden önce, "geri-göndermeme" çok geniş, yani "hiçbir surette" (*in whatsoever*), olarak düzenlendiğinden extradisyona engel olmaması gerekir.

İkincisi, A'dan kaçan sığınmacı B, yargılanmak için A'ya veya C'ye gönderile bilirse oralarda Madde 33'teki "geri gönderilmeme" kuralı işleme girip girmemesine dikkat edilmelidir. Örneğin, İsviçre'de mülteci statüsü alan bir Çek vatandaşı işlediği "hırsızlık, zorla alma (*extorsion*), hırsızlık malı almak suçu"larından dolayı Almanya'ya extrade edilmiş ve aksine savunma (yani extrade edilmeme) karşısında ilgili Mahkeme "*Extradisyon prosedürlerinde Mülteci Konvansiyonuna göre mültecinin İsviçre vatandaşı gibi değerlendirilmesi istenilemez. ... eğer Konvansiyon maddesi 33/1 uluslararası sözleşme olarak Extradisyon Konvansiyonu'na göre uygulanmış olsa bile orada belirlenen şartların oluşmadığı anlaşılmıştır*"⁷⁰.

Üçüncüsü, Mülteci Konvansiyonu ile Extradisyon Konvansiyonu bir birine olan bağlılıkları, aşağıda görüleceği gibi, sanık hukuku lehinde "ayrıcalık ilkesi" neden ile yararlanması da beklenebilir.

Oysa, Fransız uygulamalarında durum aynı değildir. Örneğin, bir davada, Mülteci Konvansiyonu extradisyon prosedüründe uygulanamayacağı belirtilmiş ve sığınmanın tamamen Yürütmeye bağlı Sığınma Bürosunun yetkisinde olduğu kabul edilmiş ve yargılama kendi prosedürüne devam etmiş ve karar

b) he has committed a serious non-political crime outside of the country of refugee prior to his admission to that country as a refugee

c) he has been guilty of acts contrary to the purposes and principles of the United Nations";

70 T. c. Swiss Federal Prosecutor's Office (davası), (Swiss Federal Tribunal, 29 Septembre 1966), 72. *International Law Reports*, s. 633: "it could not be inferred from the Refugees Convention that a refugee was entitled to equality of treatment with a Swiss national for the purposes of the extradition,even if Article 33/1 of the Convention applied to extradition under an international treaty, its conditions of application were not fulfilled where it was not apparent to what extent the life or freedom of the person mentioned in that provision was endangered in the event of his extradition";

- BKZ., Colafic and Others, Re (davası), (France, Court of Appeal of Paris, 1ère Chambre d'Accusation, 29 Novembre 1961), 44. *International Law Reports*, 1972, s.188, for crimes committed on the territory of the requesting State by refugees of the requested State who are extraditable on the grounds that their lives or freedoms would not be threatened on account of their race, religion, nationality and the like characteristics;

vermiştir⁷¹. Dahası, eleştirilen bu uygulamalar, extradisyon kararının icrasına da engel değildir⁷².

III- SANIK HUKUKU: İNSAN HAKLARI

İnsan, kibar, sıcak, merhamet, sevgi gibi kalitelerini içeren "insancılık" (*humanism*) unsurunun sahibidir. İnsancılık da insanları sevme ülküsü ile dolu insanın kalitesidir. Bu kalite, insan tutum ve davranışın, gururun, yarar ve zararın veya idealin düşünceleri sistemidir. Başka bir deyişle, modern bir düşünce olarak insanın "kendine yeterlilik" (*self-fulfillment*), ahlaki davranış gibi fiillerinin başka süper-güce gereksinme duymadan yapabilme kabiliyetidir.

Hak, soyut anlamda, adalet, ahlaki doğruluk veya hukuk veya ahlak prensipleriyle "hoş uyumu" (*consonance*)dur. Somut anlamda ise, bir insana "bağlı", "ayrılmaz" veya "içinde" olan (*inherent*) ve başka(lar)sı üzerinde de etkisini gösteren bir güç, ayrıcalık, kabiliyet veya istektir. Genellikle, positif hukukça sonradan tanınan, insan kişiliğinin malı olan "serbest hareket etme gücü"dür. Daha doğru bir hukuksal dilde, hak "bir insanın, devlet "kabulü" (*assent*) ve "yardımı" (*assistance*) ile, başkalarını tutum ve davranışlarının kontrol etme kapasitesidir. Buradaki anlamı ile de, anayasa, yasa, bağlayıcı karar veya örf ve adet gereği istenilebilen bir güç, ayrıcalık veya dokunulmazlıktır. Yani, yasal gereği isteyerek sahip olmak, istediği gibi kullanmak ve başkalarının istenileni yapmak veya yapmamak gibi fiillerle, icra edilebilir olmasıdır⁷³.

71 Croissant davası (case), (France, Conseil d'Etat, May 7 July 1978) 74. *International Law Reports*, 1987, s.507. Nevertheless, in France the jurisprudence on extradition considers that the question falls beyond the advisory opinion to be rendered by the courts. In the *Croissant* case the Court of Appeal of Paris has held that the *Refugee Convention* does not apply to extradition and that the question arising from it falls within the competence of the French Bureau for Refugees and Stateless Persons;

- Bir basak benzer uygulam için BKZ., Piperno case, *Le Monde*, 14 Ocobre 1979, s.4;

72 Croissant davası (case) *op. cit.*, İdari Büro karar vemedden her iki extradisyon kararı tenfiz edildi (the both extradition orders were immediately executed before the Bureau had been able to render its decision). Ancak, usulsüzlüklerin Kamu oyunda kuvvetli eleştirileri için BKZ., *ibid*, 18 novembre 1977, s.2, ilk dava için; BKZ., *ibid*. 19 octobre 1979, s.14, ikinci dava için;

- Mr. Marque, member of the Legal Affairs Committee quoted by Mr Weis *op. cit.*, s. 75;

- Daha fazla bilgi için BKZ., Soulier, "Contre le terrorisme: Quelle Europe se dessine?", *Le Monde Diplomatique*, novembre 1976, s.34, ve "La fin du délit politique?", *Le Monde*, 12 novembre 1976, ss.1-17, *ibid*. 19 octobre 1979, s.14;

-Fraysse-Drussne, *op.cit.*, p.976;

73 BKZ., YILMAZ, Alia., *op cit.*, 12: Right: As a noun, and taken in a concrete sense, a power, privileg, faculty, or demand, inherent on one person and incident upon another. Rights are defined generally as "powers of free action." And the primal rights pertaining to men are enjoyed in personality, and existing antecedently to their recognisiton by positive law. But living the abstrack miral sphere, and giving to the term a juristic content, a "right" is well defined as "a capacity residing in one man of controlling, with the assent and assistance of the state, the actions of others". As an adjective, term "right" means just, morally correct, consonant with ethical principale or rules of positive law. It is opposite of wrong, unjust, illegal. A power, privileg, or immunity guaranteed under a constitution, statutes or decional laws, or claimed as a result of long uasage. In a narrower signification, an intersert or title in an object of property; a just and legal leaim tohold, use, or enjoy it, or to convey or denote it as he may please. A legally infocceable calim of one person against, that other sahll do a given act, or shall not do a given act;

Söylenenin ışığı altında bazı legal düzenlemeler sanık hukukundaki extradisyon hukukunu hayli etkilemiş olacak ki, Avrupa Konseyi'nde Bilirkişi Önerileri'nde insan haklarının çiğnenmesi halinde extradisyonun yapılmaması gerektiğini ileri sürmüşlerdir⁷⁴. Buda extradisyon ile İnsan Hakları Konvansiyonunun devreye girdiği anlamındadır. İnsan Hakları Komisyonu ülkemize yapılmakta olan bir extradisyon prosedürü sırasındaki anlaşmazlık üzerine "*extradisyon edilecek yerdeki rejimin veya özel bazı durumların varlığı halinde Konvansiyonda garanti altına alınmış temel insan hakları ya tamamen yok sayılır veya ağır bir şekilde çiğnenabilir*" olarak dile getirmekle extradisyon ile insan haklarının yakın ilişkisine dikkat çekmiştir⁷⁵. Yani, Taraf devletler extradisyon işlemlerinde insan haklarını da göz önünde bulundurmaları ve "hukuk devleti" olarak değerlendirmeleri zorunlu olmuştur⁷⁶.

Bunun nedenine gelince, insan hakları Taraf Devletlerin "demokrasi"ye olan yatırımlarında miras yolu ile gelmiş ve özel bir değerini bulmuştur. Bazı haklar vardır ki Taraflar kendisinden "istisna hallerde bile vazgeçemezler. Örneğin işkence, insanlık-dışı veya küçültücü (veya onur-kırıcı) ceza veya işlem böyle bir insan hakkıdır. Dahası, böyle bir hakkın herkese karşı "emredici kural" (jus cogens) kullanılır niteliğinde kabul edilmiştir. Bu nedenle, İngiltere'nin genelde kabul edilmiş gibi görünmediğinden uluslararası nitelikte görülmemesi gerektiği savunması red edilmiştir⁷⁷.

Kuskusuz, extradisyon sanığın özgürlük ve güvenlik hakkını sınırlandırdığından prosedürün sanığı başka hukukları ile ilişkisi, extradisyon yasal olmasına rağmen, açıktır. Çünkü, extradisyon ile Hakkın özünde var olan "serbest

74 BKZ., "Conclusions" II/1 in *Legal Aspect of Extradition Among European States*, Council of Europe, Strasbourg, 1970, s. 90;

- BKZ.,41. *Revue internationale de Droit Pénal*, 1970, s.13te, The 10th Congress of the International Association of Penal Law also declared in its final resolution that extradition can be rejected if criminal procedure in the requesting state does not correspond to minimum HR standards or if it can be feared that the person concerned will have to undergo his penalty under inhuman circumstances. Article V/3 of the Resolution of the IVth Session, *RIDP*, Vol.41, 1970, p.13;

75 Kuzbari v. FRG, Appl., N° 1802/62, 6. *Yearbook of the European Court of Human Rights*, 1963, s.481: This is well stated by the Commission of Human Rights that in those "*cases where a person is extradited to a particular country in which due to the very nature of the regime of that country or a particular situation in that country, basic human rights such as are guaranteed by the Convention, might be either grossly violated or entirely suppressed*". However, the Commission did not estimate that conditions in Turkey corresponded to the Applicant's complaints and therefore found the application to be manifestly ill-founded;

76 BKZ., the *Preamble of the Statute* of the Council of Europe signed at London on 5th May 1949 as "Reaffirming their devotion to the spiritual and moral values which are the common heritage of their peoples and the true source of individual freedom, political liberty and the rule of law principles which form the basis of all genuine democracy";

77 BKZ., Memorial of the Government of the UK, in *Soering case*, *op. cit.*, paras.50-65;

dolaşma" (*freedom of movement*) arasındaki ilişki oyundaki "kuralalara göre" (*in accordance with*) oynanması gerekir⁷⁸.

Devletlerarası uygulamalar da aynı doğrultuda olmakla birlikte daha fazla titizlikle insan haklarına değer vererek sanık yaşı, sağlık durumu gibi, özel durumlar sanık hukuku lehinde kararlar oluşmakta ve bu konularda extradisyon sorumluluğu alehine "saklı haklar"da kullanabilmektedir⁷⁹. Örneğin, İsviçre, kendi 1981 Extradisyon Yasası'na uygun yargılamasında insan haklarının çiğnenmesi veya çiğnenebilmesi olanağı halinde extradisyona izin vermemeleri yetkisiyle donatmıştır⁸⁰.

Her şeye rağmen, İnsan Hakları Konvansiyon'un direkt olarak, extradisyon, veya "sınır-dışı etme" (*deportation, expulsion*) hukukunu, sınırlama niyeti olmadığını Avrupa İnsan Hakları Kararlarında bu açıkça belirtilmiş olduğunu da bilmede yarar vardır⁸¹. Başka bir deyişle, extradisyon veya sınır-dışı edilme işlemleri içeriğinde var olan veya olabilecek usulsüzlükler Strasbourg'taki Yargılama Organları'nın yetki alanına giren "konu" (*subject matter*)lardan değildir⁸². Buna göre, extradisyonun yasal olmaması değil bu haksızlık ile, indirekt olarak, çiğnenen diğer haklara dikkat edilmesi gerekir. Bu doğrultuda, yasaklama extradisyona değil ancak "*extrade eden Devlet egemenliğinden gideceği yerde muamele veya cezalandırma neticesinde çekeceği olumsuz sıkıntıların varlığı halinde*"⁸³ki yan etkiler olduğundan, dolaylı olarak extradisyonun yasaklanması anlamındadır⁸⁴. Bu nedenle, sanığın mağdur olması önemlidir⁸⁵.

78 *BEDII, op.cit.*, p.180 : extradition could be affecting the concept of human rights protections. For example, the political offense exception for the fundamental freedom of opinion;

79 Norveç ve İsveç'in Extradisyon Konvansiyonu, 1. madde hakkında koydukları "çekinçleri": bazı insancıl korumalar hakkında extradisyonu red etme hakkı, için BKZ., *ETS*. 24;

80 BKZ., İsviçre Extradisyon Yasası, Madde, 2: "*la demande de coopération en matière pénale est irrecevable s'il y a lieu d'admettre que la procédure à l'étranger :*
a- *n'est pas conforme aux principes de procédure fixés par la Convention Européenne de sauvegarder des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, ou...*".

81 Henning Baker. v. Denmark, Application No. 7011/75, ss.426-30;
K. c. Germany, Application No. 7629/76, ss. 570-72. As in all other cases the Commission re-states that "The Convention does not secure to foreigners either a right to obtain political asylum or a right not to be expelled from the territory of a Contracting State";

82 PONCET, *La Protection de l'Accusé par la Convention Européenne des Droit de l'Homme: Etude de Droit Comparé*, Genève, Georg, 1977, s. 63;
- *X.c.Pays-Bas*, Application No. 1983/63, (13.12.65), 6.YECHR, 1966, s.278, where he complained of irregular/illegal extradition such as that an extradition "n'était pas possible en droit" for an unlisted crime, whereas he had to plead for "illegal aspect of arrest or detention for his extradition since Article 5/1,f is not concerned with the legal impossibility of extradition based on an unlisted crime;

83 *Soering case, op, cit.*, para.85;
- Daha önceki bir kararında Komisyon aynı sorumluluğu şöyle dile getirmiştir: "Konvansiyon 1. Maddesi gereği bir sınır-dışı etme veya extradisyon kararı veren Taraf devlete sorumluluk getirir" (*a decision to deport, extradite or expel an individual to face such conditions incurs the responsibilities under Article 1*

Söylenenlere bakılarak denile bilinir ki, sanığın "özgürlük ve güvenlik" (*liberty and security*) hakkı extradision nedeniyle (amacıyla) sınırlanabilir yeter ki, girişte, söylenildiği gibi, yasal kurallara ve usullere uygun yapılsın. Çünkü, yetkisiz, veya haksız, hak sınırlamaların yapılmaması devletlerin dışişlerinden sayılan extradisiyonunun yasal niteliklerine bağlıdır. Sanık hukukun insancıl prensipleri hem ulusal hem de uluslararası hukuklarda vardır ve var olmakta da devam etmektedir. Kabul edilmeleri halinde, bu haklar, sanığın "yakalanmama özgürlüğü" (*freedom from seizure*) olan "sığınma hakkı"nın (*right of asylum*) bir korunmasını oluşturabilecektir.

Kısacası, olaydaki sanık hukukunda, "depolitize" suçların nitelikleri gereği, ilgili sanıkların "istisnanın istisnası" (*exception of the exception*) olabilecek "adi suç"a dönüşebilmesi halinde bile, "ayrıcalık" ilkesi(A) ile jus cogens nitelikli işkence yasağı(B) iddialarının ispatı veya sivil olmayan yargılamalar(C) varlığının kabul edilebilme olanağı yok demek değildir.

A- Ayrıcalık ilkesi

Adi suçta sanık hukuku olarak "ayrıcalık" (*discrimination*) prensibinin etkisi olumlu iken daha tehlikeli olan teröristlerde de uygulamalı olup olmasını bilmek ilginçtir. Çünkü, suçlarla mücadele globalleşmekte iken sanık hukuku da aynı nitelikte olması sonucuna varmak istenile bilinir. Bazı doktrin- sel gelişmelere göre, bir sanık "hem adalet hem de savaş kılıçlı devlet mahkemeleri olmayan "hukuk devleti mahkemeleri" önüne getirilmelidir"⁸⁶. Aynı doğrultuda, Avrupa Hukuku'nda demokrasiyi savunmak demek bir hakkın korunması için diğerinin ortadan kaldırılmamasına dikkat edilmiştir⁸⁷.

of the Convention of the Contracting State which so decides) BKZ., *Kirkwood v. UK*, Davası, *op.cit.*, s.183;

84 *Kirkwood v. UK*, *op.cit.*, s.183;

85 BKZ., *Altun v. Germany case*, Appé., N° 10308/83, (3.5.1983) 26. *YECHR*, 1983, s.165;

86 STONE, Julis., WOETZEL, Robert, K., Ed. *Toward A Feasible International Court*, World Peace Through Law Centers, Geneva, 1970, 316, göre, " terrorists must bring before the court of the rule of law without "... the sword of justice and the sword of war both are in the hands of the State";
- BKZ., UNs Doc.A/C,b 418(1972), BM Genel Sekreteri 16.ci Komite karşısındaki önerisi şöyledir: " kaba kuvvet normal bile olsa bazı araç ve gereçlerin kullanılmaması gerekir; davada haklılık bazı şiddetli araçların, özellikle terörizme karşı, kullanılmasını haklı göstermez " (UNs Secretary suggested also on the subject of international terrorism that" even the use of force is legally and morally justified, there are some means, as in every form of human conduct, which mus not be used; the legitimacy of a cause does not in itself legitimize the use of certain forms of violance especially against the terrorism" in a study "Measure to prevent terrorism" prepered by the 6th Committe);

87 BKZ., *Klass ve Digerleri Davasi (Case of Klass and others)*, *op.cit.*, para.48 ve 49'da: Mahkeme, "Bugün demokratik toplumlar terörizmle öyle tehdit edilmektedir ki bazı gizli devrimci unsurların öğrenibilinmesi için onları izleme ve gözleme kabiliyetine ülke içinde sahip olmalıdır" demistir (*the Court held that...today democratic society are threatened by terrorism in a way that state has to be able, in order to fight its threats to survey in secret the subversive elements opening in its territory*");

Bu görüşlerin paralelinde, uluslararası yasal düzenlemelerin teröristin lehinde de bazı düzenlemelerin olmayabileceği neticesine varılamaz. Örneğin, Avrupa Terörizmi Önleme Konvansiyonu 5. Maddesi:

"Eğer istenilen Tarafın 1 ve 2. maddelerdeki suçlar için istenilen kişinin yargılanması ırk, din, vatandaşlık veya politik düşüncesi veyahut ta başka nedenlerle ilgili kişinin durumunda önyargılı olacağı hakkında ciddi endişeleri varsa bu Konvansiyonda hiçbir şey extradisyon lehinde yorumlanmaz"⁸⁸ düzenlemesiyle söylenenin doğrultusunda bir yorumun yapılabileceğini kabul etmiştir.

Buradaki düzenlemeye göre, korkunç suç fiillerini işlemiş olsa bile teröristin sığındığı ve Konvansiyona Taraf olan devletin üzerinde direkt bir extradisyon yükümlülüğü getirmemektedir. Aksine, indirekte olsa, sanık lehinde bir düzenleme ile extradisyona karşı bir başka koruma getirmektedir. Sanığa karşı düşünülebilinen ayrıcalıklı ve "önyargı" (*prejudice*)lı tutum ve davranışlar böyledir. Başka bir deyişle, istenilen suçun yargılanması sırasında teröristin ırkı, dini, vatandaşlığı ve politik düşüncesi nedeniyle önyargılı olabilmesi durumlarının varlığı kabul edilmemiştir⁸⁹. Kısacası terörist olmak eşit olmayan yargılamaya, veya haksız farklılığa, hak etmek demek değildir.

Sanık lehindeki bu gelişme İnsan Hakları uygulamalarında bile görmek mümkündür. Çünkü, "herkes" (*everyone*) tabiri ile teröristi de koruma kapsamına alması terörizmle mücadelede bazı "kötüye kullanma"ların önlenmesine bağlıdır. Örneğin, terörizm niteliğiyle rakipleri yok etme merakı⁹⁰ "usulsüz ve haksız tutuklamak" (*to arrest unlawfully and irregularly*) hakkı vermez⁹¹. Bu nedenlerden başka, Extradisyon ve Terörizm Konvansiyonları ayrı da düşünülemezler. Birincinin 3/2 maddesi ile İkincinin 5. maddesi birbirinin devamı ve

- BKZ., Sudre, Frederic., "La première affaire française devant la cour européenne de droit de l'homme: L'arrêt Bozano du 19 décembre 1986" 91. *Rev. Gén. du Droit Intern'l Public*, 1987, s.537'te *Lawless davası* (case);

88 ETS. 90: "Nothing in this Convention shall be interpreted as imposing an obligation to extradite if the requested State has substantial grounds for believing that the request for extradition for an offense mentioned in Article 1 or 2 has been made for the purpose of prosecuting or punishing a person on account of his race, religion, nationality or political opinion, or that that person's position may be prejudiced for any of these reasons";

89 BKZ., *RapportT* para.10'da "Madde 5' göre extradisyon mecburiyeti yoktur" (*no obligation to extradite according to Article 5*);

90 Fraysse-Druesne, *op.cit.*, p.672 states that "Lutter contre terrorism et abandon de la qualification politique peut être tenté d'abuser des facilités prévues par la convention. Certain gouvernement peut être soucieux de s'assurer de la personne d'un opposant genant en jouant sur la motivation terrorist. Article 5 prévu tel limit et l'obligation cesse, si...";

-*RapportT* para.16; For more details see the following Section (3) for certain considerations of human rights protection of imperative nature;

91 *RapportT*, para.48;

tamamlayıcı niteliktedirler⁹². Aranılan şartların tersine durumlarda sığınma hakkının bile oluşabileceği kabul ederken⁹³ Birincinin kendi yapısı ile ayrı değil aksine uyum içindedir. Çünkü, extradisyon yükümlülüğü Terörist Konvansiyonu'nca tekrarladığından istediği yasaklama ile ters değildir⁹⁴. Eğer Birincisi'nin politik suç korunmasını tam yapamadığı bir yerde Terörizm Konvansiyonu bazı değerlendirmelerde "ciddi kuşkuların varlığı halinde (*substantive grounds for believing*) garanti görevini yapabilecektir. Örneğin İsviçre, Avusturya ve Almanya mahkemeleri aynı görüşlerle mülteci sanıkların extradisyonunu "ayrıcalık" ve "önyargı" kapsamı içindeki korumalara dayanarak red etmiştir⁹⁵.

92 Weis, Paul., "Asylum and Terrorism" 19. *The Review of the International Commission of Jurists*, Decembre 1977, s.39;

- Folkers v. State-Secretary of Justice (davasi), (The Netherlands, Supreme Court, 8 May 1978) 74. *International Law Reports*, 1987, s.473, where judicial Division held that there was a clear relation between Article 3/2 of the Convention and Article 33 of the Refugee Convention. The same criteria is applicable, according to this decision, as to be protective for individual risking to those manners of mentioned threats;

93 *Rapport T*, paras. 48,49,50;

- Doehring, Karl., "New problems of the international legal sistem of Extradition with special reference to multilateral treaties ", (12 Commission), Provisional and preliminary report, *Annuaire Suisse de Droit Internatioanal*, s.148;

94 Article 3 of the *Terrorist Convention* reads that "The provisions of all extradition treaties and arrangements applicable between Contracting Parties, including the European Convention on Extradition, are modified as between Contracting Parties to the extent that they are not incompatible with the Convention".

95 X. c. Office Fédéral de la Police, (davasi), 39. *Annuaire Suisse du Droit internatioal*, 1984, s.151, "Selon cette disposition, l'extradition est refusée lorsque la Partie requise a des raisons sérieuses de penser que la demande d'extradition a été présentée aux fins de poursuivre un individu pour des considérations de race, religion, de nationalité ou d'opinion politique ou de croire que la situation de cet individu risque d'être aggravée pour l'une ou l'autre de ces raisons. However, in the same juridical pronouncement it was held that refugees could be extradited since the Refugee Convention is not opposed to extradition per se, but only where discrimination and prejudice are exercised;

- *id.*, for it was also stated that "La protection ainsi accordée est satisfaisante, surtout en raison du fait que la jurisprudence suisse considère les principes énoncés à l'article 3/2 de la Convention européenne d'extradition comme étant des règles impératives du droit des gens; ces règles doivent être respectées lorsqu'il s'agit de se prononcer sur une demande d'extradition et ce indépendamment de toute convention multilatérale ou bilatérale liant la Suisse et l'Etat requérant";

- BKZ., T. v. Swiss Federal Prosecutor's Office, davasi, *op.cit.*, p.634;

- Universal Jurisdiction (Austria) davasi (case), (Austrian Supreme Court, May 29, 1958) 72. *International Law Reports*, 1963, s. 341.

- However there are countries like the Netherlands where the judgement on the discriminatory nature has been left to the Minister of Justice. Therefore the same applies for Article 3/c of the Convention's discrimination clause. Similarly, in Belgium, the Convention and Article 33 only prohibits expulsion not extradition. Judicial authorities held that "...la Chambre des Mises en Accusation n'a pas à se prononcer sur l'application de la Convention de Genève et... l'argument tiré du statut de réfugié,...doit être soumis aux autorités compétantes et ne peut faire obstacle à l'avis de la Chambre des Mises en Accusation sur la demande d'extradition". Daha Fazlasi için BKZ., VAN DAN WIJNGAERT, Christinc., *The Political Ofence Exception to Extadision: The Delicate Problem of Balancing the Rightss of the Individual and International Public Order*, The Netherlands, Kluwer, 1980, s. 181;

Uygulamalarda da aynı yorumun varlığını görmek mümkündür⁹⁶. Bunlar, sözü edilen kuralın esasını göstermesi açısından, önemsiz değildir. Örneğin, Avrupa Konseyi'nin dışındaki extradisyon istemleri daha şüpheli bakılmakta ve Madde 5'in uygulaması "daha ciddi" (*more seriously*) bir şekilde değer görmektedir. Bu değerlendirmenin gerekçesinde, Konsey içersinde bulunan "hukuk devleti" ve İnsan Hakları'na verilen değerlere karşılıklı güvenliliğe dayanılmaktadır⁹⁷.

Bu nedenlerin ışığında, Üye devletler üye olmayanlar da kendilerindeki gibi İnsan Haklarının korunup korunmadığını araştırmak sorumluluğu altındadır⁹⁸. Terörizm Konvansiyonundaki 13. maddesi Taraflara çekince koyma hakkı verdiği için bazılarının bu hakkı kullanmış ve sanık hukuku lehinde gelişmeler göstermiştir. Örneğin İsveç teröristler için bile politik suç yorumunun kendisinde saklı kaldığını belirtmiştir⁹⁹. İsviçre ise, daha direkt olarak, politik suçun yasaklanan unsurlar ile bağdaştırmadığından sanık lehindeki uygulamasını kendi yasasında belirtmiştir¹⁰⁰.

Dahası, sanık hukuku açısından, "ya ver ya yargıla" (*Aut dedere aut judicare*) prensibi¹⁰¹ gereği, avantajlı dava açmak zorunluğunda¹⁰² hem "tabii

- Yugoslav Refugee (German) davası (case), (Germany, Federal Administrative Court, 29 June 1962) 40. *International Law Reports*, 1970, s.203, Religious prosecution manifested itself when State authorities attempted to force the individual to give preference to his duties as a citizen over his religious ones;

- BKZ., Extradition of Greek National (Germany) case, 22. idem., 1955, s.523. The right of asylum was granted for the politically persecuted individual;

96 BKZ., Astijdiljo Calleja, davası (l'affaire)., *op.cit.* 1075, extradisyon politik nedenlerle red edilmisti;

97 *Le Message du Conseil Fédéral*, p.214; See also Rapport T, para.29 "les obligations que les Etats Contactants assume sont également liées au climat de confiance mutuelle que régnent entre les Membres du Conseil de l'Europe et qui est basé sur leur reconnaissance collective de la prééminence du droit et de la protection des droits de l'homme";

98 *X. c. UK*, Application No. 8581/79, 29 DR, 1982, s.50;

- *A. c. Switzerland*, Application No.11933/86, 46 DR, 1986, s.258;

- *Altun c. Germany*, Application No.10308/83, 26 YECHR, 1983, s.165;

- *Kirkwood c. UK*, Application No.10479/83, , 27 YECHR, 1984, s.180 ve *Kirkwood v. UK*, *op.cit.*, p.182;

- Daha fazla bilgi için BKZ., Van Den Wijngaert, , "Applying the European Convention on Human Rights to extradition: Opening Pandora's box?", s.761'de derki "the requested State might be responsible for human rights violation in the requesting State which means that the *HR Convention* has an extraterritorial effect since it applies to possible infringement in third States";

99 BKZ., İnsan Hakları Konve., *ETS*. 5-9;

100 BKZ., İsviçre Extradisyon Yasası Madde 2/b.c which states that "b. *Tend à poursuivre ou punir une personne en raison de ses opinions politiques, de son appartenance à un groupe social déterminé, de sa race, de sa religion ou de sa nationalité, ou*
c. *risque d'aggraver la situation de la personne poursuivie, pour l'une ou l'autre des raisons indiquées sous lettre b.*";

101 BKZ., BASSIOUNI, Cherif., *International Terrorism and Political Crimes*, Springfield, C. Thomas, 1975, s.490;

"Either extradite or prosecute" is a more liberal version of the maxim advanced by Grotius "aut dedere aut punire" (either extradite or punish);

hâkim" (*natural judge*) prensibine ters hem de çeşitli mahkeme tekniklerinin eksiklikleri ile de sanık lehinde rol oynayacaktır.

B- İşkence yasağı hakkı: Jus Cogens

İnsan Hakları Konvansiyonu ile extradisyon arasında her ne kadar direkt ilişki yoksa da Konvansiyonun 3. maddesi "*Hiç kimse işkence, insanlık-dışı veya küçük düşürücü (kötü) ceza veya işleme tabii tutulamaz*"¹⁰³ düzenlemeyle extradisyon işlemi sırasında bir bağın olmadığı söylenemez. Nitekim, İnsan Hakları Kurumları "*İnsan Hakları Konvansiyonunun 3. maddesi İstenilen devlette kişiye uygulanacağına kuvvetli kanaati olması hallerinde Maddenin uygulanmasına gidilebilir*"¹⁰⁴ kanaatleri vardır. Bu düzenleme, ileriye görmeyen İşkence Üzerine 1984 Birleşmiş Milletler Konvansiyonu'ndaki korumadan da farklıdır.

Her ne kadar Madde 3'teki yasaklama extradisyona da uygulanması olağan ise de, içeriği hakkında pek çok şey bilinmemektedir. Başka bir deyişle, hangi işkence, insanlık-dışı veya kötü ceza veya muameleler extradisyonu etkiliye bileceklerdir?

İşkence (*torture*), normal olarak, bilgi almak veya itiraf ettirmek için şiddet ve acı uygulamalı veya benzeri metotların uygulaması sonunda fiziksel veya zihinsel acı çektirme fiilleridir. Bunların yanında, ani ve keskin ölüm şokları ile ölümlü spazmlar gibi metotlarla elde edilen acılar da işkence fiilinin içeriğindedir. Ancak daha teknik olarak, işkence, bilgi(ler) veya suç ikrarı veya sadık amaçlı araç ve gereç kullanılarak vücuda verilen ağır acıdır¹⁰⁵. Örneğin,

-BKZ., Costello, Declan., "International Terrorism and the development of the principle aut dedere aut judicare", 10. *The Journal of International Law and Economics*, 1975, s.483de, Hague konvansiyonu Madde 7, Montreal Konvansiyonu Madde 7 ve NewYork Konvansiyonu Madde7 hakkında söylediği gibi;

102 VAN DEN WIJNGAEST, op cit. s.162;

-Avrupa Konvansiyonu Madde 7. "A Contracting State... shall, if it does not extradite that person, submit the case... to its competent authorities for the purpose of prosecution..." ETS. 90;

103 İnsan Hakları Konvansiyonu, ETS. 5-9: *No one shall be subject to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment;*

-BKZ., 1984 BM Konvansiyonu Madde (UNs Convention against Toture and Other Cruel inhuman and Degrading Treatment or Punishment Article) 3: "No State Party shall...extradite a person where there are substantial grounds for believing that he would be in danger of being subjected to torture" as well as the Convention on Political and Civil Rights of 1977, Article 7, UDHR of 1948, Article 5, and the American Convention on Human Rights of 1969, Article 5;

104 BKZ., Soering davası op.cit., para.82: the Court of human rights reaffirmed that extradition "*may give rise to an issue under Article 3*" of the HR Convention "*where there are serious reasons to believe that the individual will be subjected, in the requesting State to treatment contrary to that Article*";

105 YILMAZ, Alia., op cit., 98, torture: the inflicting of severe pain to force information or confession, get revenge, etc.; any method, by which such pain is inflicted; aynı sever physical or mental pain; *agony* (very great mental and physical pain; death *pangs* (sudden, sharp and brief pain, physical or emotinal; spasm (a sudden, convulsive (*convulse*: to shake or disrub violently; agitate; to cause convulsives or

eskiden yasal ceza olarak veya sorgulama için var olan dönen tekerleğe veya kayaya veya bir makineye bağlama gibi işlemler böyledir. Kısacası, istenilen doğrultuda vücut üzerinde uygulanacak her hangi bir elektrik şoklu işlem basit anlamda "işkence" sayılacak ve yasaklama olarak extradisyon prosedürü içinde kendisine ait koruma felsefisi altında değerlendirilecektir.

Taraf Devletlerin ulusal uygulamaları da aynı yasakların sert bir şekilde uygulandığını görmek mümkündür. Örneğin, İsviçre yargılamasında bir Türk'ün Türkiye'ye extradisyonu karşındaki işkence iddiası savunmalarını kabul görmüş ve extradisyon prosedürünü olumsuz olarak etkilemiştir. Oradaki Mahkeme ileri sürülen işkence iddialarının yasaklılığı uluslararası hukuk olarak her mahkeme (herkes) için emredici nitelikte olduğu kabul etmiş ve, bu nedenle, "*Extradisyon Konvansiyonu, Madde 3/2'deki kural bir uluslararası hukukun emredici kuralını içermekte ve, İsviçre İsteyen devletle Extradisyon Konvansiyonu ile bağlı olsun olmasın, extradisyon sırasında herkes tarafından da göz önünde bulundurmaı gerekmekte olduğu hakkındadır*"i dile getirmiştir¹⁰⁶.

"İnsanlık-dışı muamele veya ceza" (*inhuman treatment or punishment*)ya gelince, insanlığa yakışmayan veya insana veya insan için normal sayılmayan, hissiz, kalpsiz, acımasız, merhametsiz (*cruel*), çok sert, korkunç veya dayanılmaz olan tutum ve davranışlar demektir. Bundan başka, ilgili kişinin başkaları üzerinde acı çekmeye veya "sıkıntı" (*distress*)ya yol açan fiilleri de insanlık-dışı saymak mümkündür.

Ancak bu kavramların kendine özgü durumlarının ve diğer bazı koşullarına bağlı olarak değerlendirilmesi gerekecektir. Başka bir deyişle, söz konusu tutum ve davranışların, yani ceza veya muamele, nitelikleri veya tabiatları ile doğru orantılı olmaları gerekir ki insanlık-dışı sayıla bilinir. Örnek olarak, cezanın yerine getirilmesi metodu veya zamanı, ceza veya işlemin fiziksel veya zihinsel etkileri söz konusu kavramlara yakın olarak değerlendirilme sırasında göz önünde bulundurulur¹⁰⁷. Bundan başka, bazı politik rejimlerde ve başka ulusal durumlarda yasaya uyulmadan yapılan cezalandırılmalar veya işlemlerin yapılmasının delile bağlanmaması halleri de insanlık-dışı görünümü verebilir-

spasms, in; to cause to shake with laughter, range, grietetc.) involuntary muscular contractions) or distress); a convulsive struggle; a sudden, strong outburst (of emotion); distress); *anguish* (great suffering as from worry, grief, or pain; agony; distress;) a cause of such pain or agony; To inflict inense pain to body or mind fro purpose of punishment, or extract a confession or information, or for sadistic pleasure. In old criminal law, the infliction of violent bodily pain upon a person, by means of the rack, weel, or other engine, under judicial sanction and superintendence, in connectin with the interogation or examination of the person, as a means of extorting a confession of guilt, or of compelling him to disclose his accomplices;

106 BKZ., Sudre, op, cit., s.829, footnote 10, 1987 quates Mr. Vedros as saying that "toutes les normes ayant un objet humanitaire sont des normes du *jus cogens*";

107 *id.*, para.100;

ler¹⁰⁸. Bu nedenlerle, "usule uygun olmayan" (*due process of law*) sınır-dışı veya extradisyon işlemleri de aynı anlam içinde olabilecekleri¹⁰⁹ gibi, diabetik veya kalp hastalıklı olanların ortaya koyabileceği koşullarında aynı şekilde değerlendirilmesi zorunlu sayılması gerekecektir¹¹⁰. Bu son halde, sanığın extradisyon edilecek yerdeki tutuk evinde veya hapisanesinde doktor bakımının olmaması insanlık-dışı bir cezalandırma var sayılacaktır. Dahası, sanığın kişiliğini "yok etme" (*destroy*) veya kişilik kimliğinin "dengesiz" (*destabilzé*) olarak etkilenmesi gibi ceza veya muameleler insanlık-dışı sayılmıştır¹¹¹. Sonra, saatlerce süren, veya fiziksel yaralama olmazsa da, fiziksel veya zihinsel acı vermeye neden olan işlemlere tabi tutulmak ta bu niteliktedir. Bazı ceza veya muameleler vardır ki sanığın küçük düşmesine neden olan fiziksel veya moral direnmelerini zayıflatan, hatta yok edebilen korku veya aşağılatıcı, duyguların şartlandırıldığı fiillerden oluşabilirler¹¹². Ancak, birlikte veya beraber hapsedilmelerden muaf tutulma talebi, tehlikeli mahkûmların kaçmalarını önlemek amacıyla gerekli olan genel güvelik şartı dışında, yasaklanma statüsü içinde görülmeyebilir¹¹³.

İlginç olan taraf, aynı kavram altında, extrade edilecek sanığın yargılama yerinde politik bir yargılamaya tabii olabilmesi ihtimalinin bile düşünülmesidir. Nitekim İnsan Hakları Komisyonu, bir sanığın ülkemizde politik geçmişi ile ilgili olarak cezai kovuşturmayla konu edildiğinde "politik suç" araştırması ve "yargılamanın politik" olup olmamasına dikkat ederekten "politik nedenlere dayalı bir kovuşturma riskinin varlığı"¹¹⁴ gerekçesiyle sanık dilekçesini kabul etmiştir. Çünkü, her politik yargılama varlığı halinde "insanlık-dışı muamele" nedeniyle İnsan Hakları Konvansiyonunun 3. maddesine aykırılık olabileceği sonucuna varmak mümkündür.

En son kararında İnsan Hakları Mahkemesi, İngiltere'nin Madde 3'ün geniş yorumlanmaması gerektiğini, yani extradisyondan sonra başka ülkelerde (Amerika) olabilecek 3. Madde aykırılıkları Konvansiyon Tarafı (İngiltere) bağlamayacağı, savunması karşısında, extradisyon eden Taraf (İngiltere) extra-

108 BKZ., Kuzbary v. FRG davası, 6. *YECHR*, 1963, s.482;

109 BKZ., Amekrane v. UK davası 16. *YECHR*, 1973, s.370;

110 BKZ., Bonnechaux v. Suisse, Application no:8224/78, *Rapport*, p. 34.;

111 BKZ., X v. Denmark, 16.12.1981, p.50.;

112 BKZ., Soering davası *op. cit.* para.167;

113 BKZ., *Ensslin, Baader, Rospe c. FRG*, s. 64.;

114 Altun c. Germany, *supra*, s.166; The Commission declared, on this particular point the applicant's complaint admissible. The individual subject to extradition was accused of concealing the murder of the Minister of Customs (G.S) and keeping the weapon used in the crime, which amounted in German law to the offence of interfering with the course of criminal justice and harbouring criminals, and, in the Turkish Penal Law of Article 296, to suppressing evidence. However, as the applicant died on 30 August 1983, the Commission struck the application off its list;

- BKZ., *Rapport*, s. 236;

disyondan sonra İsteyen ülkedeki yasaklanan fiillerin oluşmasından sorumlu olacağını ve "3. Maddenin ışığı altında geri verilen kişinin sahip olduğu güvenlik alanından Konvansiyondaki standart kadar etkili bir güvenlik elde edilmeden extradisyon yapılmamalıdır"¹¹⁵ olarak yargısal görüşünü belirtmiştir. Aynı Mahkeme, aynı yerde, sözü edilen kavramın "çok uzun zamanlı ölüm cezasını bekleme sırası" (*very long period of time spent on the death row*) içeriğine düştüğünü kabul etmiş ve cezanın infazı için uzun bir süre bekleyen insanlık dışından öte bir muamele "ile karşı karşıya bırakmak" nitelikli olduğunu belirtmiştir¹¹⁶.

Bunların yanında, "ayrıcalıklı" muameleler de aynı şekilde insanlık-dışı işlem olup kişiyi hor görmek anlamında¹¹⁷ kabul edilebilir olması da hatırlanmalıdır.

Buradaki yasaklamanın üçüncü kavramı olan "kötü (yani onur-kırıcı veya küçültücü) muamele veya ceza" (*degrading treatment or punishment*) anlamına gelince, alçaltma veya aşağılatma niteliklidir. Gururu incitme, mevkiden indirme, moral veya entelektüel "çöküş" veya "çökme" (*decandance*), "soysuzlaştırma veya yozlaştırma" (*dégénération*), kötüleme, gibi anlamları kapsadığı gibi birini kamunun değerinden küçültmek veya, küçülmeye, şerefine gölge düşürmeye (*déshonorer*) veya "hor görmeği, küçümsemeği veya tiksini meği" (*mépris*) sergilemek gibi fiilleri de içerir. Ancak bütün bunların kabul edilebilmesi için bir "en az" (*minimum*) ağırlık noktasından sonra kişiyi başkalarının veya kendi gözünde küçük gösterilme şartı aranır. Söz konusu "en azlık" noktasının takdiri zaman ve mekana veya fiziksel veya zihinsel etkisine göre tayin edilmesi gerekmektedir. Bazen de kişinin cinsiyeti, yaşı ve sağlığı şartları da "en az" ağırlık noktasını oluşturabilirler. "Cinsiyet değiştirme" (*transexuelle*) fiilinde bile yeni nüfus kayıtlarının, toplumsal kabul görmemesi gerekçesiyle, yapılmaması başka kadınlara göre "eşitsizlik" sayılarak kötü muamele olarak kabul edilmiştir¹¹⁸.

Buna karşılık, İstenilen devletin hapisanelerinde duvara karşı bir tek parmak üzerine yaslanarak kendi vücudun aşılığını taşıyarak durmak veya baş-

115 Soering davası, *op. cit.*, para.82: Mahkemenin davacı lehindeki görüşü için aşağıdaki gerekçe ileri sürüldü "... at least as far as Article 3 is concerned, an individual may not be surrendered out of the protective zone of the Convention without the certainty that the safeguards which he would enjoy are as effective as the Convention standard;

-Daha fazla bilgi için BKZ., Shank, Adlel. S., Quiley John., " Death row as a violation of Human rights: is it illegal to exradite to Virginia? " 30. *Virginia Journal of International Law*, 1989, ss.251-3;

116 Soering davası, *op cit.*, paras. 88, 90 and 91;

117 *L'affair Ratel et 24 autres requettes c. RU*, p.929 where des persons de souch asiatique de l'Est africain argued so;

118 BKZ., Marx case, *op.cit.*para. 43 "*discredit social est une treatment dégradant*;

- Daha fazla bilgi için BKZ., *Sudre., op.cit.*, p.846;

larını bir çuval koymak veyahut da yetersiz yiyeceklerin verildiği gibi olaylar ileri sürmek, "yoğun" (*intensive*) acı çekmeyi oluşturmadıklarından "küçültücü" muamele veya ceza sayılmazlar. Sopalama veya kırbaçlama " (*fustigation*) gibi fiziksel cezanın yapılması aynı anlamdadır. Çünkü bu son halde kamu ayıbı oluşturmadığı gerekçesi vardır. Eğer bu ayıbın kamuda çıplak dövülme sonunda utanma hissinin olduğu, dövüldüğü yerin adetine bakılmaksızın, kanıtlanırsa "kötülük" için "en az" (*minimum*) nokta ortaya çıkar ve yapılan fiil yasaklayıcı statüden sayılır. Başka bir deyişle, sopa ile dövme cezası adeti kişiyi ciddi olarak başkalarının gözünde küçük düşürmeye veya kendi arzusu veya vicdanı doğrultusunda olmayan tutum ve davranışlara götürüyorsa kötü ceza olması gerekir¹¹⁹.

Dahası, bu gibi olaylarda Komisyon, kendi Usul Kuralları'na göre, "geçici önlemler" (*interim measures*) bile alabilir. Yani böyle durumlarda, Komisyon kötülüğü hafifletmek için mağdur lehinde gerekli olan ayarlamalara gidebilir. Örneğin, Extradisyon prosedürü sırasında böyle bir cezanın varlığı ileri sürülmesi halinde söz konusu "önleme" gereği prosedürü olumsuz etkileyebilir.

C- Sivil olmayan yargılamalar

"Sivil olmayan mahkeme" (*exceptional courts*) dürüst olmayan yargılama ile doğru orantılıdır. Yani bir mahkeme ne kadar sivil değil ise o kadar dürüst yargılama kuralına ters düşer.

Bu tür mahkemeler özel hallerin, yani beklenmeyen veya umulmayan olay ve gereksinmelerin karşısındaki, üretimleridir. Genellikle, demokrasilerin zayıf oldukları rejimlerin, toprak bütünlüğü veya ulusal bağımsızlığı koruma veyahut ta demokratik rejimi savunmak için yaratılmışlardır. Özel amaçlı mahkemelerdir. Belirli bir suç grubu için kurulmuşlar ve "ulusal yaşamın tehdi altında acil önlem (*public emergency threatening the life of the nation*) alınabilmesi amacını taşırlarsa da insan haklarının sınırlanabilmeye kadar gittikleri kabule edilmiştir¹²⁰. Ancak, kamu kurumları "*bazı takdir yetkilerini yalnız kurumların gereklerine bağlı olarak bazı değerlendirmelerde kullanabilmelidir*"¹²¹ olması ve "ülkemizde Devlet Güvenlik Mahkemeleri" (*the State Security Courts*) olarak hayata geçirilmeleri, Avrupa Konseyi içersinde, hukuk-

119 *Tyrer v. UK davası*, para.167 : It was state that "an individual's treatment may be said to be degrading if it grossly humiliates him before others or drives him to act against his own will or conscience");

For more details see also Sudre, *op.cit.*, p.838 ;

120 Daha fazla bilgi için BKZ., Case-law Topics no.4 "Human Rights and their limitations" Strasbourg, 1973, 3: *the overriding right of the State to protect its democratic institutions*);

121 *Greece v. UK davası*, II YB (1958-59) 174: *should be able to exercise a certain measures of discretion in assessing the extent strictly required by the exigencies of the situation* ;

sal kritiklere konu edilmektedir. "Askeri Mahkemeler" (*Military Courts*) de hemen hemen aynı değerlendirmeler altındadır.

Eleştirilerin içeriğindeki hukuksal görüşler hem "dürüst yargılama" (*faire trial*) prensibine hem de politik suç istisnasının istisnası olarak bir yerde "adi suç" olan başka yerde indirekt olarak "politik suç" olarak kuralın istisnasına istisnanın da kurala dönüşmesi olarak değerlendirilebilir.

Birinci halde, İnsan Haklarının özü tarafsız ve bağımsız yargıçlardan oluşan mahkemelerden geçer. Oysa yapıları itibariyle bu Kurumlarda böyle özellikleri sağlamak hem zor hem de olanak dışıdır.

"Bağımsızlık" (*independence*) bağımsız olmanın kalitesidir. Bağımsız olmak ise, etkiden, kontrolden, serbest veya başkasının ve diğerlerini verdiği karardan uzak olmak demektir¹²². Başka bir deyişle, mahkeme olaylar ve legal gerekçeler hakkında kendi serbest kanaate dayalı olması ve hem idari hem de yabancı müdahalelerden uzak kalma amacındadır.

Tarafsızlık içinde aynı şeyler geçerlidir. Çünkü tarafsız olma, hiç kimseyi tercih etmemek veya hiç kimseyle ilgilenmemek veyahut ta herkese aynı, önyargısız, doğru, eşit ve dürüst muamele yapmak demektir. Yani, mahkeme sözü edilen nitelikteki kendi serbest kanaatleriyle kararını oluşturması kuralıdır. Buna göre kişisel duyguların veya politik görüşlerin karar oluşmasında yeri ve değeri yoktur. Her ne kadar politik düşüncelerden mahkeme üyelerini izole etmek olanaksız ise de yargılanacak kişinin politik etki altında yargılanmamasına dikkat edilmelidir¹²³. Kısacası tarafsızlık, tarafları görmeyen pozisyonda kör olmak gibidir. Başka bir deyişle, "mağdurun yerine kendimi koydum ve ona göre hak (karar) verdim" tarafsızlıkla bağdaşmaz, açıkça taraf olan birinin yerine kendisini koyup taraf tutmaktır.

İşte bu tür yargılamaların var oluş nedenleriyle extradisyon sonrası mahkeme olarak bakıldıklarında özelliklerinin bağımsızlık ve tarafsızlık eksiklikleri nedeniyle prosedürdeki sanık hukuku lehinde rol oynarlar.

Örneğin, Avusturya, bu tür kurumlarda yargılanacak sanıkların extradition istemleri karşısında işbirliği yapmayacağını "çekince" olarak belirtmiş bulunmaktadır¹²⁴. Aynı kurumların Danimarka'da aynı tutum ve davranışla karşı-

122 YILMAZ, Alia, *op cit.*, s. 102, independence: free from the influence, dontrol, or determination of another or others; Specif., free from the rule of another; controlling or governing oneself; self governing; free from influence , persuasion, or bias; objective; relying only on onself orone's oen libilities, jusgement, etc.; self -confident; slef-reliant; independent: Not dependent; not subject to sontrol, restriction, modification, or limitation from a given outside source;

123 Crociani et al. v. Italy davası, 22 DR (1981), 147;

124 BKZ., Konvension Madde 1 için çekince (Reservation to Article 1 of the Convention): "Austria will not grant extradition if the person claimed is to be brought before a special court or if extradition should lead to the execution of a sentence or a detention order inflicted by such a court" ular criminal courts. In other words, " Austria will not grant extradition if the person claimed is to be brought before a special court or if extradition should lead to the execution of a sentence or a detention order inflicted by such a court";

lanır¹²⁵. İsviçre de, Devlet Güvelik Mahkemelerine gidebilecek extradisyon taleplerini ret etmesi gerektiği "çekince"sini eklemekten geri kalmamıştır¹²⁶.

İkinci halde, genel uygulamalarda bu yargılama Kurumlarının "görevi" (*ratione materiae*) nedeniyle baktıkları suç fiilleri doğal olarak "politik suç"tur. Ülkemizde bile aynı değerlendirmeye gitmek zor değildir. Örneğin, yabancının Türkiye'den isteyecekleri ve sözü edilen Kurumlarda yargılanacak olan "adi suçlar"da, "politik suç" (*délit politique, political offense*) olarak görülebilecektir.

IV- SONUÇ

Suçla mücadelenin globalleşmesi olan Extradisyon Hukuku içeriğindeki sanık haklarını oluşturan Sanık Hukuku arasında eskiye göre bir gelişme inkar edilemez.

Örf ve adet hukuku gereği olan politik organın takdir hakkı ulusal anlaşma ile adalet hukuku lehinde sınırlanırken aynı hukuk içinde yargısal yetkilerin lehinde de bazı gelişmeler gözden kaçmamaktadır. Her iki halde de halk yararına halk için ve halkla birlikteki demokratikleşme unsurlarına yer verilmek zorunda kalınmaktadır. Bundan böyle, dışişlerinde bile "politik çıkarlar" gibi "hukuksal çıkarlar"a da yer vermek doğallaşan bir gereksinmedir.

Demokrasilerde, devletler bile hukuktan üstün olmadıkları kabul edildiğinden uluslararası suç ile mücadelede kaba kuvvete değil önceden kurulan oyun kurallarına göre oynanmakta olduğu gerçeği kabul edilmiş ve devletlerarası ilişkilerde her iki hukuk lehindeki gelişmelere engel olmayacak şekilde yapılmasının gereksinimleri inkar edilememesine gidilmiştir. Bu nedenle, extradisyon sanık hukuku ile birlikte değerlendirilerek yapılması kuralı ortaya çıkmış bulunmaktadır.

Buna göre, sanık hakları açısından başka olanakların tartışması yapılabilişirliği yanında Avrupa Extradisyon Hukuku'nda öncelikli uygulama "adi" ve "depolitize suçlar"da adaletin servisinde olmakla en azından "ölüm cezası" engeline takılmamalı idi. Yanlış değerlendirmelerde, yani Extradisyon Hukuku'nda var olan kuralların yanlış yorumlanmasında, yanlış ilişkilerin, ve dolayısıyla yanlış ekonomilerin, oluşacağını kestirmek zor değildir.

125 *id.*;

126 *id.*, Swiss Reservation in respect of Article 1 of the Convention :

"(a) if there is possibility that the person claimed, if extradited, will be brought before an extraordinary court (*tribunal d'exception*) and if the requesting State does not give assurances deemed sufficient, that the judgment will be passed by a court which is generally empowered under the rules of judicial administration to provenance on criminal matters;

(b) if extradition is requested for the purposes of carrying out a sentence passed by an extraordinary court (*tribunal d'exception*);