

İNSAN HAKLARI ANDLAŞMALARININ YORUMU IŞIĞINDA TÜRKİYE’DE İDAM CEZASINI YENİDEN TESİS İMKÂNI

Mehmet CİĞER*

ÖZ

Bu makale, Türkiye’de yapılan idam cezası tartışmalarını değerlendirmeyi amaçlamaktadır. Çalışmada, idam cezasının iç hukuk temelli ahlaki, toplumsal ve ceza hukuku boyutu reddedilmeden uluslararası hukuk boyutunu ortaya koymak amaçlanmaktadır. Bu nedenle, idam cezasını yaşam hakkı çerçevesinde düzenleyen ve Türkiye’nin taraf olduğu Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi belgeleri temel metinler olarak alınmaktadır. Çalışmaya temel teşkil eden bu belgeler, devletlerin uluslararası andlaşmalar kapsamında hak ve yükümlülüklerini değiştiren veya sonlandıran *çekince koyma*, *fesih* ve *çekilme* kavramları ekseninde incelenecek ve Türkiye’nin bu kavramlar dahilinde idam cezasını yeniden tesis etmesinin mümkün olup olmadığı tespit edilmeye çalışılacaktır. Kavramlar incelenirken ilgili andlaşmaları değerlendirme yetkisine sahip olan organların yorumlarından ve Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun raporlarından birincil, literatürdeki diğer çalışmalardan ise ikincil kaynak olarak yararlanılacaktır. Türkiye’nin taraf olduğu insan hakları andlaşmalarına rağmen idam cezasını yeniden tesis etmesi, Türkiye’nin genel uluslararası hukuk düzenindeki ve onun alt rejimi olan uluslararası insan hakları hukuku düzenindeki konumunu olumsuz etkilemekle kalmayacak, aynı zamanda, Türkiye’nin insan hakları sisteminden çıkarılmasına ve dolayısıyla insan hakları andlaşmalarının bireylere sağladığı yaşam hakkı dışındaki diğer hak ve özgürlüklerin de kaybedilmesine yol açacaktır.

Anahtar Kelimeler: Çekince, Fesih, Çekilme Hakkı, İhtiyari Protokol, Ölüm Cezası

RE-ESTABLISHMENT OF CAPITAL PUNISHMENT IN TURKEY IN THE LIGHT OF HUMAN RIGHTS TREATIES’ INTERPRETATION

ABSTRACT

This article aims to evaluate the discussions on re-establishment of death penalty in Turkey. Even if the discussions are based on the domestic law, it is aimed to reveal the international law dimension of death penalty without rejecting its moral, social and criminal law aspects. From this perspective, the International Covenant on Civil and Political Rights and European Convention on Human Rights, which Turkey is a party to, are considered as basic texts, regulating the death penalty within the framework of right to life. This study examines these documents through the analysis of reservation, denunciation, withdrawal and derogation concepts which modify or terminate the rights and obligations of States. In order to determine whether it is possible for Turkey to recourse to these concepts. While doing so, the comments of authorized Organs of related treaties and the reports of the International Law Commission and the literature will be used as a primary and secondary source respectively. Re-establishment of death penalty will affect Turkey’s position in international law order and its people’s human rights negatively. Because re-establishment of death penalty will cause the exclusion of Turkey from human rights system and will isolate her in international human rights law order.

Keywords: Reservation, Denunciation, Withdrawal, Optional Protocol, Death Penalty

Atıf: CİĞER, M. (2020). “İnsan Hakları Andlaşmalarının Yorumu Işığında Türkiye’de İdam Cezasını Yeniden Tesis İmkânı”, İMGELEM, 4 (7): 399 - 422.

Citation: CİĞER, M. (2020). “Re-Establishment of Capital Punishment in Turkey in The Light of Human Rights Treaties’ Interpretation”, İMGELEM, 4 (7): 399 - 422.

Başvuru / Received: 31 Ekim/October 2020.

Kabul / Accepted: 24 Kasım/November 2020.

Derleme Makale/Review Article.

* Arş. Gör, Munzur Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Uluslararası İlişkiler Bölümü. Tunceli/Türkiye. E-Posta: mehmetciger@munzur.edu.tr. ORCID Number: 0000-0002-9617-9142

EXTENDED SUMMARY

Introduction and the Subject of Study

Debates about Capital punishment have been engaging Turkey’s agenda continually. Especially after crimes like femicide, child sexual abuse, rape and terrorist attacks, public demands for capital punishment have been finding voice in more loudly. Interestingly enough Capital punishment debates have been making only within the frame of penal code and have not been touching on human rights law obligations knowingly or unknowingly. Essentially, the capital punishment is the subject of national law but when a state becomes a party to an international human rights treaty, becomes the subject of international law and human rights law too. Because, Capital punishment is one method of execution of death penalty which is evaluated in right to life in human rights treaties.

Turkey is a party to International Convention on Civil and Political Rights (ICCPR) and its Optional Protocols and also party to European Convention on Human Rights (ECHR) and its Additional Protocols. To make legal arrangements only in national law will not be sufficient to discharge from international obligations. Article 27 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT) clearly states that “A party may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty...”. Therefore, in order to reestablish Capital punishment, Turkey must make some legal transactions in her national law as well as in international law. In general, unilateral legal transactions do not bear direct legal consequences in international law, with the exceptions.

Re-establishing the Capital punishment in national law means, unless fulfill the necessities of human rights treaties which is a party to, violation of the international obligations. International law had determined different rules and methods for changing and terminating the treaty obligations.

The purpose of this paper is to discuss the re-establishability of Capital punishment from the point of law of treaties by means of reservation, denunciation, withdrawal and derogation rules of the Vienna Convention on Law of Treaties and related human rights treaties.

Method

Judicial and quasi-judicial organs of related treaties have authority to determine how treaty will be interpreted and applied. The decisions and opinions of these bodies are the

practice of the theory of how to apply and interpret international legal rules. Therefore, they are more concrete and valid in comparison to hypothetical discourses. There is no stare decisis principle in international law, judicial and quasi judicial organs of human rights treaties tend to prefer adhesion to established jurisprudence unless there is no serious reasons. Therefore, these decisions and opinions provide reliable basis for analogy. We used these decisions and opinions to obtain results analogically.

Findings and Argument

The key finding of this work is that ICCPR and Second Optional Protocol authorize withdrawal from treaty and denunciation, only in case of whole Parties consent exist.

Secondly, The State party may denunciate the ECHR provided that it fulfills the notification requirement. Additional Protocols to ECHR do not regulate withdrawal from treaty and denunciation but State Party can denunciate the Additional Protocols by denouncing the ECHR. Because being a Party to ECHR is pre-condition for accession to Additional Protocols. A state losing its capacity to become a party to the ECHR also loses its capacity to be a party to the Additional Protocols.

The Second Optional Protocol which Turkey is a Party to, prohibits death penalty except for a reservation made for the application of the death penalty in time of war pursuant to a conviction for a most serious crime of a military nature committed during wartime.

The 13. Additional Protocol to ECHR which Turkey is a Party to, prohibits the death penalty in all circumstances.

In light of these findings, re-establishment and application of Capital punishment in Turkey without withdraw from treaty, except a most serious crimes of a military nature committed during wartime, will violate treaty obligations under the Second Optional Protocol to ICCPR.

ECHR and its Additional Protocols do not constitute legal obstacle to re-establishment of Capital punishment on condition that denunciation of ECHR and Additional Protocols.

Conclusion

We believe that Turkey will not re-establish Capital Punishment in national law to the contrary of her human rights treaty obligations. Politicians' statements will remain as political

İnsan Hakları Andlaşmalarının Yorumu Işığında Türkiye’de İdam Cezasını Yeniden Tesis İmkânı

discourses towards the domestic public. On the other hand, lack of legal obstacles before the re-establishment of Capital punishment does not mean that there will be no political obstacles.

Turkey is a member of the Council of Europe and is trying to become member of the European Union too. Both of these international organizations actively fight against death penalty. It is clear that re-establishing the death penalty does not comply with the policies of these international organizations.

GİRİŞ

Toplum vicdanını derinden etkileyen suçların artması ve bu suçların, iletişim araçlarının gelişmesine paralel olarak toplumun büyük kesimi tarafından öğrenilmesi, idam cezası¹ tartışmalarını sürekli gündemde tutmaktadır. Özellikle 15 Temmuz darbe girişimiyle birlikte ivme kazanan idam cezasının yeniden tesis edilmesi talepleri, kadına şiddet, çocuk istismarı, terör olayları ve cinayet gibi olayların ardından toplum ve kimi siyasi çevreler tarafından müteakip süreçte sıklıkla ve yüksek sesle ifade edilmeye başlamıştır.

İdam cezasının yeniden tesisi esas itibariyle ulusal hukukun konusudur. Her egemen devlet ulusal hukukunu istediği şekilde belirleme ve değiştirme hakkına sahiptir. Devletler sahip oldukları egemenlik hak ve yetkileri üzerinde kendi rızalarıyla bazı sınırlandırmalar yapabilirler. Devletlerin bunu yapmaları kendi egemenliklerine hanel getirmedeği gibi aksine egemen olduklarının da bir ispatıdır. Sahip olduğu hak ve yetkiler üzerinde istediği şekilde tasarruf edemeyen bir devletin egemenliğinden söz edilemez.

Devletler egemenlik hak ve yetkilerini taraf oldukları uluslararası andlaşmalar, tek taraflı işlemler vb. gibi farklı uluslararası hukuk vasıtalarıyla, istisnası olmakla birlikte², kendi rızalarıyla ve uluslararası hukuka uygun şekilde sınırlandırabilir veya değiştirebilirler.

İdam cezasının yeniden tesisi ulusal hukukun konusu olsa da Türkiye’nin taraf olduğu **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi** (AİHS,1950) ve **Protokolleri** ile **Medeni Siyasi Haklar Sözleşmesi** (MSHS,1966)) ve **İhtiyari Protokolleri** yoluyla yaşam hakkı kapsamında uluslararası hukukun alt rejimi olan insan hakları hukukunun da konusu kapsamındadır.

¹ Ölüm cezasının bir infaz şekli olan *idam* genel anlamda ölüm cezası yerine kullanılmıştır.

² Bu istisna, Birleşmiş Milletler (BM) Andlaşmasıyla kurulan uluslararası barış ve güvenlik sistemidir. Devletler, Birleşmiş Milletler Andlaşmasına taraf olmasalar bile uluslararası barış ve güvenlik sisteminin getirdiği kurallara uymak zorundadır. Bu husus, BM Andlaşmasının 2.madde 6. paragrafında açıkça belirtilmektedir.

Türkiye’de idam cezasıyla ilgili tartışmalar genellikle Ceza Kanunu ekseninde yapılmaktadır. Konuyu tartışanlar idama salt ceza yönüyle yaklaşmakta, insan hakları andlaşmalarında düzenlenen yaşam hakkı yönünü bilerek veya bilmeyerek dile getirmemektedirler. Türkçe literatürde idam cezasına insan hakları andlaşmaları çerçevesinden bakan çalışma³ mevcut olsa da konuya andlaşma yükümlülüklerinin değiştirilmesi veya sonlandırılması zaviyesinden bakılmamıştır.

Hukuki işlemler ait oldukları hukuk düzeninde hukuki sonuç doğurmaları için yapılır. Bir konuyla ilgili olarak ulusal ve uluslararası hukukun öngördüğü hukuki işlemler ve bu işlemlerin hukuki sonuçları birbirinden farklıdır. Hukuki sonuç, yeni hak ve borçların doğmasını sağlayabileceği gibi bu hak ve borçların ortadan kalkmasını da sağlayabilir (Mehmet Emin Çağırın, 2005:44). Üstelik, ulusal ve uluslararası hukuk düzeni arasındaki farklılık hukuki işlemlerle de sınırlı değildir. Bu iki hukuk sisteminin hukuki işlemlerini dayandıracakları kaynaklar da farklıdır. “Bir hukuki işlemin kaynağını ve geçerliliğini belirleyen normlar hangi hukuk düzenine ait ise işlem de o hukuk düzeninde yer alır” (Çağırın, 2005:49).

Ulusal hukukta hukuki işlemlerin dayanağı Anayasa, Kanun, Tüzük, Yönetmelik, Genelge ve Yönerge gibi kaynaklar iken uluslararası hukukta, Andlaşmalar, Uluslararası Teamül, Hukukun Genel İlkeleri, İctihat ve Öğreti gibi kaynaklardır. Dolayısıyla yapılacak hukuki işlemin her iki hukuk düzeninde sonuç doğurabilmesi için farklı hukuki işlemlerin yapılması ve farklı kaynaklara başvurulması gerekir. Ulusal alanda yapılacak bir hukuki işlemin uluslararası hukuk alanında doğrudan hukuki sonuç doğurması beklenemez, bunun tersi de geçerlidir. Devletler, *dahil etme-aktarma* (incorporation) ve *dönüştürme* (transformation) gibi doktrinleri kullanarak uluslararası hukuk kurallarının ulusal hukuk düzeni içerisinde geçerli olmasını sağlarlar (Malcolm N. Shaw, 2008:139-140).

Birinci bölüm, idam cezasını yeniden tesis etmek için gerekli ulusal ve uluslararası hukuki işlemleri ve düzenlemeleri açıklamaya ayrılacaktır. Ulusal hukukta yapılması gereken hukuki işlemler, en geniş tabirle, yasama işlemidir. Ulusal alanda gördüğümüz mutad yasama işlemi uluslararası alanda yoktur. Uluslararası hukuk alanında ilişkiler egemen eşit devletler arasındadır ve yapılacak hukuki işlemlerin hukuki sonuç doğurması ancak karşılıklı rızayla

³ Bkz. M. Balkan. Demirdal, (2018), Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Ölüm Cezasının Kaldırılması ve Türkiye’deki Süreç, *Politik Ekonomik Kuram*, Cilt 2(1), 57-72.

İnsan Hakları Andlaşmalarının Yorumu Işığında Türkiye’de İdam Cezasını Yeniden Tesis İmkânı

mümkün olabilir. Ulusal hukukta ise durum farklıdır. Devlet ile hukuk şahısları arasındaki ilişki kurallar hiyerarşisine dayanır. Böyle bir düzende, hukuki işlemi bireyler hür iradeleriyle yapsalar dahi nihai analizde egemen olan kamu otoritesidir ve son sözü o söyler (Çağırın, 2005:38).

Uluslararası andlaşmalarla ilgili yapılacak hukuki işlemler ,en basit tabirle, andlaşma hak ve yükümlülüklerinin değiştirilmesidir. Uluslararası hukukta andlaşma hak ve yükümlülüklerinin değiştirilebilmesi için 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi bazı düzenlemeler getirmiştir. Fakat eğer bir andlaşma hak ve yükümlülükleri değiştirecek hukuki işlemlerle ilgili kendisi düzenleme yapmışsa, o düzenlemelere riayet etmek esastır. Dolayısıyla ölüm cezasını yeniden tesis ederken, Türkiye’nin taraf olduğu MSHS, İhtiyari Protokoller, AİHS ve Ek Protokollerin düzenlemeleri esas alınmalıdır. Çalışmanın ikinci bölümü, Türkiye’nin taraf olduğu insan hakları andlaşmalarını, hak ve yükümlülükleri değiştiren veya ortadan kaldıran *çekince koyma, çekilme, fesih ve derogasyon* kavramları üzerinden incelemeye ayrılacaktır.

Sonuç kısmında ise taraf olunan insan hakları andlaşmalarının ve 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’nin (VAHS), Türkiye’nin idam cezasını yeniden tesis etmesine imkân tanıyıp tanımadığına dair tespitler yapılarak, eğer hukuken böyle bir imkân var ise bunun olası sonuçları hakkında öngörülerde bulunulacaktır.

Çalışmada andlaşmalar tarafından ihdas edilen ve andlaşmayla ilgili karar verme ve yorum yapma konusunda yetkili olan *kazai* (judicial) veya *yarı kazai* (quasi-judicial) mahkeme, komite vb. andlaşma organlarının karar ve görüşleri, mukayeseli olarak ele alınacaktır. Bu organların karar ve görüşleri, uluslararası hukuk kurallarıyla ilgili teorinin pratiğe dönüşmüş halidir. Dolayısıyla bir uluslararası hukuk kuralının nasıl yorumlanacağı ve uygulanacağıyla ilgili hipotetik söylemlere nazaran daha somut ve geçerlidirler. Uluslararası hukukta *ıçtihat birliğı* (stare decisis) ilkesi olmamakla birlikte insan hakları andlaşmalarının kazai veya yarı kazai organları ciddi gerekçeler olmadıkça yerleşik ıçtihattan ayrılmama eğilimindedirler (Guido Acquaviva ve Fausto Pocar, 2012).

İdam Cezasının Yeniden Tesisi İçin Gereken Hukuki Düzenlemeler

Ulusal hukuk alanında yapılacak hukuki düzenlemelerle idam cezasının yeniden tesis edilmesi usulen mümkün fakat yeterli değildir. Gerekli hukuki düzenlemeleri yaparken

konunun ulusal ve uluslararası hukuk boyutu olduğunu bilerek hareket etmek gerekir. Tek başına ulusal hukuk mevzuatında yapılacak düzenlemeler uluslararası hukuk alanında doğrudan sonuç doğurmayacağı için yalnızca bu düzenlemelere dayanarak yapılacak iş ve işlemler uluslararası yükümlülüklerin ihlaline yol açabilirler.

Ulusal Hukuk Düzenlemeleri

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası suç ve cezalara ilişkin esasları düzenleyerek ölüm cezasının verilemeyeceğini hüküm altına almıştır (Madde 38). Anayasada değişiklik yapmadan atılacak bir adım, anayasanın 38. Maddesine aykırı olacaktır. Anayasada yapılacak gerekli değişiklikten sonra Ceza Kanunu'nda ölüm cezası tesis edilebilir fakat bu değişiklik de yeterli değildir çünkü Anayasa'nın 90. Maddesinde: *usulüne göre yürürlüğe konmuş milletlerarası andlaşmaların kanun hükmünde olacağı fakat temel hak ve özgürlüklere ilişkin konularda kanunlar ve milletlerarası andlaşmalar arasında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümlerinin esas alınacağı* belirtilmektedir. Dolayısıyla idam cezası, Ceza Kanunu'nda yapılacak değişiklikle yeniden tesis edilse dahi Anayasanın 90.Maddesi gereği temel haklardan yaşam hakkıyla ilgili olması nedeniyle uluslararası andlaşma hükümleri bağlayıcı olacaktır.

Anayasanın 90. Maddesi, temel hak ve özgürlükleri düzenleyen uluslararası andlaşmalar ile kanunlar arasında ortaya çıkabilecek ihtilaflarda ne olacağını açıklamıştır. Diğer taraftan, bu türden bir ihtilaf anayasa ile andlaşmalar arasında çıkarsa ne olacağı konusu açıklığa kavuşturulmuş değildir. 90. Maddenin lafzından anayasanın uluslararası andlaşmaların üzerinde olacağı sonucu, yorum yoluyla çıkarılabilir. Böyle bir yorumdan hareketle, Anayasayı uluslararası andlaşmaların üzerinde bir konuma yerleştirerek idam cezasını Anayasa'da yeniden tesis etmek, problemin yalnızca ulusal hukuk açısından kısmi çözümü anlamına gelecektir. Çünkü Anayasa'da tesis edilecek ölüm cezasının uygulanabilmesi için Ceza ve İnfaz Kanunu gibi diğer kanunlarda da gerekli düzenlemelerin yapılması gerekecek ve Anayasa'nın 90. maddesinde açıklanan kanun-andlaşma ihtilafıyla yeniden karşı karşıya kalınacaktır.

İnsan Hakları Andlaşmalarının Yorumu Işığında Türkiye’de İdam Cezasını Yeniden Tesis İmkânı

Uluslararası Hukuk Düzenlemeleri

Devletler taraf oldukları uluslararası andlaşmalar ve uluslararası teamül⁴ kurallarıyla bağlıdırlar. Devletler bu sayede çeşitli haklar elde ederken aynı zamanda yükümlülükler altına da girerler. İnsan hakları andlaşmaları da nihayetinde bir uluslararası andlaşma olduğu için uluslararası hukukun andlaşmalar rejimine tabidir.

İnsan hakları andlaşmalarını mütekabiliyet esasına dayanan klasik andlaşmalardan ayıran temel fark, hak ve yükümlülüklerin muhataplarının kimler olduğudur. Uluslararası andlaşmalarda genel olarak hak ve yükümlülüklerin muhatabı devletler iken insan hakları andlaşmalarında yükümlülükler devletlere ait, haklar ise bireylere aittir. Klasik andlaşmalar rejiminde uluslararası hukukun asli öznesi devletlerdir. İnsan hakları andlaşmalarıyla birlikte bireyler de uluslararası hukuk alanında hak arama imkânı bulduğu için ulusal ve uluslararası hukukun eş güdüm içinde çalışması ihtiyacı hasıl olmuştur.

Normal şartlarda bireylerin hak ve özgürlükleri ulusal hukuk tarafından düzenlenir fakat devletler insan hakları antlaşmalarına taraf olarak, konuyu uluslararası hukuk alanına da taşımış olurlar. Dolayısıyla idam cezası devletin yalnızca kendi ulusal hukukunun konusu olmaktan çıkar. İdam cezası, Anayasanın yanı sıra Türkiye’nin taraf olduğu insan hakları andlaşmalarında da yaşam hakkı çerçevesinde değerlendirilen bir konudur (Türkiye Cumhuriyeti Anayasası 15 ve 17. Maddeler, MSHS 6. Madde, MSHS, Ek 2. Protokol, AİHS, 2. Madde,6 ve 13. Protokoller).

Bir andlaşmaya taraf olan devlet kendi ulusal hukukunu ilgili andlaşmayla uyumlu hale getirmekle mükelleftir. VAHS 27. Maddede bu durumu şu şekilde ifade etmektedir:

Bir taraf, bir antlaşmayı yerine getirmemesinin gerekçesi olarak kendi iç hukukunun hükümlerini ileri süremez...

Türkiye bu konuyla alakalı sorumluluklarını bugüne kadar yerine getirmiş ve ulusal hukukunu taraf olduğu insan hakları andlaşmalarına uygun şekilde düzenlemiştir. İdam cezasını yeniden tesis etmek için ulusal mevzuatta yapılacak düzenlemeler gerekli ancak yeterli değildir.

⁴ Uluslararası teamül kurallarının bir devleti bağlayabilmesi için o devletin ilgili kurala karşı en başından beri *ısrarlı itirazcı* (persistent objector) olmaması gerekir. Detaylı bilgi için bkz. Olufemi Elias, “Persistent Objector”, **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, 2012.

Uluslararası hukukun gerektirdiği yol ve yöntemler izlenerek gerekli düzenlemelerin de yapılması gerekir.

İdam cezasını yeniden tesis ederken taraf olunan insan hakları andlaşmalarını ihlal etmemek için uluslararası hukuka riayet etmek gerekir. Müteakip bölümde, devletlerin taraf oldukları uluslararası andlaşmaları ihlal etmeden yükümlülüklerini nasıl değiştireceklerine dair uluslararası hukukun belirlediği yol ve yöntemler açıklanacaktır.

Andlaşmalarda Hak ve Yükümlülüklerin Değiştirilmesi veya Sonlandırılması

Devletler uluslararası hak ve yükümlülüklerini değiştirmek için ilgili andlaşma veya uluslararası teamül hukuku kurallarının belirlediği sınırlar içerisinde hareket etmek durumundadırlar. Uluslararası andlaşmalar taraflara *çekince koyma* (reservation), *fesih* (denunciation), *çekilme* (withdrawal) veya bazı sözleşme hükümleriyle ilgili *derogasyon* (derogation) hakkı tanımış olabilirler. Devletler kendilerine tanınan bu haklar vasıtasıyla ilgili andlaşmaların hukuki sonuçlarını kendileri bakımından değiştirme veya ortadan kaldırma imkânı elde ederler.

Çekince Koyma, Fesih, Çekilme Hakkı ve Derogasyon

Çekince koyma sadece çok taraflı (multilateral) andlaşmalarda kullanılan bir uygulamadır. İki taraflı andlaşmalara çekince koyma teknik olarak mümkün olsa da bu işlemin, bitmiş müzakereleri yeniden başlatmaktan başka pratikte bir anlamı ve işlevi yoktur (Paul Reuter, 1989:60; Rudolf L. Bindschedler, 1984:496). Çekince koyma uygulaması, büyük çok taraflı andlaşmaların ortaya çıktığı 19.Yüzyılın sonlarından beri kullanılmaktadır. Fransa, 2 Temmuz 1890'da köleliğin kaldırılmasıyla ilgili Brüksel Konferansı Genel Senedini imzalarken gemileri arama hakkını hariç tutan bir çekince koymuştur. Çekince koyma uygulamasının genel kabulü ise 1899 ve 1907 Lahey Barış Konferansları ile olmuştur (Bindschedler, 1984:496).

Uluslararası teamül hukukuna göre çekincelerin amaçlanan hukuki sonuçları doğurabilmesi için en az bir diğer sözleşmecî tarafın çekinceyi açıkça veya zımnen kabul etmesi gerekir, aksi halde çekince koyan devlet çok taraflı andlaşmaya taraf olamaz (Thomas Giegerich, 2012). Geleneksel oybirliği doktrinine göre çekince koyan bir devletin çok taraflı andlaşmaya taraf olabilmesi için diğer bütün tarafların çekinceyi kabul etmeleri gerekiyordu fakat modern sistem, çekincenin kabulünü veya reddini bireysel olarak taraf devletlerin kendilerine bırakarak daha esnek bir anlayış geliştirmiştir (Giegerich, 2012).

İnsan Hakları Andlaşmalarının Yorumu Işığında Türkiye’de İdam Cezasını Yeniden Tesis İmkânı

İnsan hakları andlaşmaları gibi normatif çok taraflı andlaşmaların istenilen sonuca ulaşabilmesi için mümkün olduğunca çok sayıda devletin taraf olması gerekir. Devletler kendilerini hukuki yükümlülük altına sokma konusunda oldukça temkinli davranırlar. Çünkü uluslararası toplumun genel menfaatleriyle devletlerin özel menfaatleri her zaman uyuşmayabilir. Uluslararası hukuk böyle durumlar için bazı hukuki araçlar geliştirmiştir. Andlaşmalara çekince koyma da bu araçlardan birisidir. Devletin özel menfaatlerine hanel getirirmeden uluslararası andlaşmalara taraf olabilmesi için tasarlanan bu araç, VAHS’de şu şekilde tanımlanmıştır:

Andlaşma imzalanırken, onaylanırken veya katılma esnasında, bazı andlaşma hükümlerinin hukuki etkisini taraf devletin kendisi bakımından hariç tutmak veya değiştirmek amacıyla yaptığı, tek taraflı beyandır (VAHS, Madde 2/d).

Andlaşmalar çekince koymayı ilke olarak tamamen yasaklayabilirler veya belirli hükümlere çekince koymaya izin verebilirler. Eğer andlaşma çekince konusunda herhangi bir düzenleme yapmamış ise andlaşmanın konu ve amacına aykırı olmamak kaydıyla çekince konulabilir. Andlaşmanın konu ve amacıyla uyuşmayan bir çekince, andlaşmanın diğer tüm taraflarınca kabul edilirse çekince muhtemelen geçerlilik kazanır fakat bu durumda, ortaya başka bir andlaşma çıkmış olacaktır (Bindschedler, 1984:497).

Andlaşma hükümlerine çekince koyan devlet ile çekinceyi kabul eden ve kabul etmeyen devletler arasında andlaşmadan doğan hukuki ilişkiler birbirlerinden farklıdır. Eğer andlaşma çekince koymaya açıkça izin veriyorsa, konulan çekincenin izin verilen çekinceye uygun olup olmadığına dair ihtilaf haricinde, kabul veya itiraz mekanizmasının işlemesine gerek yoktur (Reuter, 1989:64).

UAD’nin *Soykırım Sözleşmesine Konulabilecek Çekinceler* davasıyla ilgili Danışma Görüşü ve VAHS, uluslararası hukukun çekincelerle ilgili modern yaklaşımının temelini oluşturmuştur (Elena A. Baylis, 1999:287).

Uluslararası Adalet Divanı (UAD), *Soykırım Sözleşmesine Konulabilecek Çekinceler* davasıyla ilgili Danışma Görüşünde, çekinceleri andlaşmanın konu ve amacıyla uyuşmayan çekinceler ve uyuşan çekinceler olarak iki kategoriye ayırarak, ilk kategorideki çekinceler için

tüm tarafların rızasının gerekli olduğunu ve çekince koymak isteyen tarafın ancak bu şekilde andlaşmaya taraf olabileceğini belirtmiştir.

İkinci kategorideki çekinceler için ise çekince koyan taraf ile çekinceye andlaşmanın konu ve amacıyla uyuşmadığı gerekçesiyle itiraz eden devlet arasında andlaşma ilişkisinin kurulmayacağını fakat çekinceyi kabul eden taraflar arasında andlaşma ilişkisinin kurulacağını ifade etmiştir. Bir devlet, çekincenin andlaşmanın konu ve amacıyla uyuşmadığını iddia etmeden de çekinceye itiraz edebilir. Bu durumda andlaşma, çekince koyan devlet ile itiraz eden devlet arasında, çekince konulan hükümler haricinde yürürlüğe girecektir (UAD Danışma Görüşü, 1951).

VAHS'ye göre ise çekinceye itiraz eden devlet, andlaşmanın çekince koyan tarafla kendisi arasında yürürlüğe girmeyeceğini açıkça beyan etmezse, çekince konulan hükümler iki devlet arasında çekince ölçüsünce uygulanmayacak fakat diğer andlaşma hükümleri uygulanacaktır.

Çekinceler, *konu* (ratione materiae), *zaman* (ratione temporis) ve *yer* bakımından (ratione loci) konulabileceği gibi usul veya uyuşmazlık çözümüyle ilgili hükümlere de konulabilirler. *Konu* bakımından konulan çekinceler andlaşma yükümlülüklerinin özünü değiştirirler. *Zaman* bakımından konulan çekinceler andlaşma yükümlülüklerinin başlayacağı zaman aralığını belirler. *Yer* bakımından konulan çekinceler ise andlaşma yükümlülüklerinin hangi coğrafya üzerinde geçerli olacağıyla ilgilidir.

Çekinceler ve çekinceye yapılan itirazlar yazılı olmalı ve andlaşmanın diğer taraflarına bildirilmelidir aksi halde geçerli olmazlar. Çekinceler ve çekincelere yapılan itirazlar her zaman tek taraflı olarak geri çekilebilirler.

Fesih, ikili ve çok taraflı andlaşmalar çerçevesinde kullanılan ve tarafların andlaşmanın kendisi bakımından sona erdiğini ve andlaşma hükümleriyle bağlı olmadığını tek taraflı olarak ilan etmesi işlemidir. Fesih ve çekilme hakkı konusunda düzenleme getirmeyen andlaşmalarla ilgili tartışmalar Rusya'nın Paris Andlaşması'ndan (1856) çekilmek istemesiyle başlamıştır. Rusya'nın bu teşebbüsüne karşılık 1871 tarihli Londra Deklarasyonu, andlaşmanın fesih ve çekilme hakkıyla ilgili düzenleme getirmediği durumlarda diğer tarafların rızasının gerektiğini beyan etmiştir. 1928 tarihli *Havana Antlaşmalar Sözleşmesi* farklı yönde bir düzenleme getirerek, tarafların diğerlerine bildirimde bulunarak fesih hakkını kullanabileceğini

İnsan Hakları Andlaşmalarının Yorumu Işığında Türkiye’de İdam Cezasını Yeniden Tesis İmkânı

düzenlemiştir. 1935 tarihli *Harvard Antlaşmalar Hukuku Taslağı* yeniden Londra Deklarasyonu ile aynı anlayışı benimseyen düzenlemeler yapmıştır. Bugünkü uygulamada ise andlaşmalar genellikle andlaşmanın süresi, fesih ve çekilme hakkıyla ilgili hükümler içermektedirler (Mark E. Villiger, 2009:699).

Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun konuyla ilgili hazırladığı taslakta andlaşmanın fesih ve çekilme hakkı konularıyla ilgili düzenleme yapmadığı durumlarda tarafların niyetlerine bakılması gerektiğini belirtmiş fakat müteakip süreçte yapılan değişikliklerle antlaşmanın “niteliği” unsuru da VAHS’ye eklenmiştir (VAHS Madde 56).

Bir andlaşmanın fesih ve çekilme hakkı konusunda sessiz kalması durumunda genel kural, tarafların tek taraflı olarak fesih ve çekilme hakkını kullanamayacağıdır (Villiger, 2009:700). Bu genel kurala getirilen iki istisna vardır. Eğer tarafların fesih ve çekilme hakkı tanımak istediklerine dair niyetleri tespit edilebiliyorsa veya andlaşmanın niteliğinden bu hakların var olduğu sonucu çıkarılabiliyorsa, taraflar fesih ve çekilme hakkını kullanabileceklerdir. Belirtmek gerekir ki, çekilme hakkı, uygulama ve sonuçları itibariyle fesihle benzerdir ve birbirlerinin yerine kullanılan kavramlardır. Fakat fesih ikili andlaşmaları sona erdiren bir yöntem iken, çekilme çok taraflı andlaşmalarda başvuru ve andlaşmayı sadece çekilen taraf için sona erdiren bir yöntemdir (Malgosia Fitzmaurice, 2012: prg 72).

Derogasyon, andlaşmaların bazı hükümlerinin olağanüstü hâl dönemlerinde geçici olarak askıya alınmasıdır. Derogasyona başvurabilmek için ilgili andlaşmanın belirlediği, gereklilik, orantılılık, bildirim yükümlülüğü ve geçici nitelikte olma gibi birtakım koşulların yerine getirilmesi gerekir. Ölüm cezası insan hakları sözleşmelerinde derogasyon uygulanamayacak haklardan yaşam hakkıyla ilgili olduğu için çalışmada derogasyonun detayına girilmeyecektir.

Son olarak, çekince koyma ve derogasyon bazı andlaşma hükümleriyle ilgili olarak uygulanırken, fesih ve çekilme andlaşmanın tamamı için uygulanır.

İnsan Hakları Andlaşmalarının İçerikleri

Uluslararası andlaşmalar genellikle taraflara tanıdıkları çekince koyma, fesih, çekilme veya derogasyon uygulama haklarını kendi içlerinde düzenlerler. Eğer andlaşma bu konularla ilgili düzenleme getirmemişse VAHS’ye başvurmak gerekir. Devletlerin VAHS’ye taraf olup

olmaması önemli değildir çünkü VAHS uluslararası teamül hukukuna ait kuralların kodifiye edilmiş halidir ve sözleşmeye taraf olmasalar bile devletleri bağlar.

MSHS ve İhtiyari Protokollerinin İçerikleri

MSHS ana sözleşmesi çekince koyma, fesih ve çekilme hakkıyla ilgili herhangi bir düzenleme getirmemiştir. Bu hakları kullanmak isteyen devletler VAHS’de belirlenen hükümlere göre hareket etmelidirler. VAHS, andlaşmalara çekince koymanın üç durumda mümkün olacağını ifade etmektedir. Bu üç durum şu şekildedir:

- ◆ Andlaşma çekince koymayı yasaklamıyorsa (VAHS, Madde 19/a);
- ◆ Konulacak çekince andlaşmanın konulmasına izin verdiği çekinceler arasındaysa (VAHS, Madde 19/b);
- ◆ Yukarıdaki koşullara ek olarak andlaşmanın konu ve amacına aykırı değilse (VAHS, Madde 19/c).

MSHS ana sözleşmesi, yaşam hakkını düzenlediği 6. maddede bazı sınırlamalar getirmekle birlikte ölüm cezasını tamamen kaldırmamaktadır. Bununla birlikte, 2. maddedeki durumlar dışında çekince koymaya izin vermeyen İkinci İhtiyari Protokol, 1.maddede ölüm cezasını tamamen kaldırırken, 2. maddede, savaş zamanında işlenen askeri nitelikteki çok ciddi suçlara verilecek ölüm cezalarıyla ilgili olarak katılım veya onay esnasında çekince konulmasına müsaade etmektedir.

MSHS ana sözleşmesi çekince koyma konusunda olduğu gibi fesih ve çekilmeyle ilgili düzenleme getirmediği için VAHS’nin 56/1 maddesindeki: “Sona ermeyle ilgili hiçbir hüküm taşımayan ve fesih veya çekilmeyi öngörmeyen bir andlaşma:

- ◆ Tarafların fesih veya çekilme ihtimalini kabul etme niyetleri tespit edilmedikçe **veya**
- ◆ Fesih veya çekilme hakkı andlaşmanın niteliğinden zımnen çıkarılmadıkça, feshe veya çekilmeye tabi değildir” hükmüne göre hareket etmek gerekir.

İkinci İhtiyari Protokol de ana sözleşme gibi fesih ve çekilme hususunda düzenleme yapmazken, Birinci İhtiyari Protokol 12. maddede Birleşmiş Milletler Genel Sekreterine yapılacak bir bildirimle fesih hakkının kullanılabilceğini düzenlemiştir.

VAHS’nin 42/2 maddesinin: “Bir andlaşmanın sona erdirilmesi veya feshedilmesi veya taraflardan birinin andlaşmadan çekilmesi ancak andlaşmanın veya bu Sözleşmenin

İnsan Hakları Andlaşmalarının Yorumu Işığında Türkiye’de İdam Cezasını Yeniden Tesis İmkânı

hükümlerinin uygulanması sonucu meydana gelebilir” hükmü gereğince, MSHS ana sözleşmesinden ve İkinci İhtiyari Protokolden çekilebilmek için tarafların fesih veya çekilme ihtimalini kabul etme niyetlerinin tespit edilmesi veya andlaşmanın niteliğinden fesih veya çekilme hakkının var olduğunun zımnem çıkarılması gerekir.

Birinci İhtiyari Protokol’den çekilmek için ise bildirim şartının yerine getirilmesi yeterlidir. Birinci İhtiyari Protokol esasem yaşam hakkıyla ilgili doğrudan bir düzenleme getirmemekte fakat ana sözleşmede yer alan haklarla ilgili ihlal iddiasında bulunan bireylerin başvurularını İnsan Hakları Komitesinin kabul etmesine ve değerlendirmesine imkân tanımaktadır.

AİHS ve Ek Protokollerinin İçerikleri

AİHS ve Ek Protokoller çekince koyma ve fesih hakkının nasıl kullanılacağıyla ilgili düzenlemeleri yapmışlardır. Dolayısıyla VAHS yerine andlaşmaların kendi düzenlemelerini uygulamak gerekir.

AİHS, Sözleşme’nin belirli bir hükmü hakkında ülkesinde yürürlükte olan bir yasanın bu hükümle bağdaşmazlığı konusunda, genel nitelikte olmamak kaydıyla, taraf devletlere çekince koyma hakkı tanımıştır (AİHS, Madde 57/1). AİHS’nin belirli koşullar altında çekince konulmasına izin vermesine mukabil, ölüm cezasını tamamen kaldıran ek protokoller hiçbir şekilde çekince koymaya izin vermemektedir (6. Protokol, Madde 4; 13. Protokol, Madde 3).

Fesih hakkı ise ana sözleşmede şu şekilde düzenlenmiştir: “Sözleşme’ ye taraf olan bir devlet 5 yıllık süre geçtikten sonra Avrupa Konseyi Genel Sekreterine 6 ay önceden yapacağı bir bildirimle fesih hakkını kullanabilecektir (AİHS, Madde 58/1)”. Ayrıca Avrupa Konseyi üyeliği sona eren bir tarafın AİHS’ye taraf olma sıfatı da ortadan kalkacaktır (AİHS, Madde 58/3). Ölüm cezasının kaldırılmasını düzenleyen Ek 6. ve 13. Protokoller ise fesih ve çekilme hakkı konusunda sessiz kalmaktadır.

Türkiye’nin Taraf Olduğu Andlaşmaların İncelenmesi

Türkiye, MSHS ve İkinci İhtiyari Protokolle birlikte AİHS’ye ek, 6 ve 13. Protokollere taraf olarak ölüm cezasını ulusal hukukundan tamamen kaldıracağını taahhüt etmiş ve 2004 yılında 5170 Sayılı Kanunla Anayasa’dan çıkarmıştır. İdam cezasını yeniden tesis etmenin yüklenilen uluslararası taahhütlerle uyuşmadığı açıktır. Bu sebeple, ulusal hukukta değişiklik

yapmadan önce taraf olunan insan hakları andlaşmalarından doğan yükümlülüklerin ortadan kaldırılması gerekir. Bunu yapmak için de ilgili andlaşmaların ve/veya VAHS'nin belirlediği hukuki işlemler yerine getirilmelidir. Türkiye'nin idam cezasını yeniden tesis etme imkânı olup olmadığının inceleneceği bu bölümde, MSHS ve AİHS ile bu andlaşmalara Ek protokoller sırasıyla, çekince koyma, fesih ve çekilme hakları açısından ele alınacaktır.

MSHS ve İhtiyari Protokollere Sonradan Çekince Konulabilir mi?

Öncelikle, MSHS ve Birinci İhtiyari Protokol çekince koymayı yasaklamamaktadır. MSHS'nin denetim organı olan İnsan Hakları Komitesi çekincelerle ilgili yaptığı yorumda, çekincenin yasaklanmamış olmasının her tür çekince konulabileceği anlamına gelmeyeceğini, konulacak çekincenin VAHS'de ifade edildiği gibi andlaşmanın konu ve amacına aykırı olmaması gerektiğini belirtmiştir (İnsan Hakları Komitesi[İHK], 1994: Genel Yorum No:24: prg 6).

MSHS yaşam hakkını düzenlediği 6. maddede, ölüm cezasının kaldırılmadığı ülkelerde ölüm cezasının sadece en ciddi suçlar söz konusu olduğunda ve hukuka uygun şekilde verilebileceğini belirtmektedir (MSHS, Madde 6/2). İlgili madde, ölüm cezasını en ciddi suçlarla sınırlandırırken bu suçların neler olduğunu belirtmemiş, takdir hakkını hukuka uygun olması kaydıyla taraf devletlere bırakarak, hamile kadınlara verilen ölüm cezalarının infaz edilmesini ve 18 yaş altındakilere ölüm cezası verilmesini yasaklamakla yetinmiştir. Dolayısıyla ulusal hukukunda ölüm cezası yürürlükte olan devletlerin, MSHS ana sözleşmesine 6. maddeyle ilgili çekince koymalarını gerektirecek bir durum ortaya çıkmamaktadır.

MSHS İkinci İhtiyari Protokolü ise ölüm cezasını yasaklamakla birlikte yalnızca savaş zamanıyla sınırlı olmak kaydıyla ve savaş zamanı işlenen çok ciddi nitelikteki askeri suçlarla ilgili ölüm cezası verilebilmesine izin veren çekinceyi kabul etmiştir (İkinci İhtiyari Protokol, Madde 2/1 ve 2/2).

Türkiye ne MSHS'ye ne de İhtiyari Protokollere taraf olurken, ölüm cezasıyla ilgili çekince koymamıştır. Uluslararası andlaşmalara çekince koyma onay veya katılım aşamasında yapılmak durumundadır. VAHS andlaşmalara sonradan çekince konulmasını yasaklamıştır (VAHS, Madde 2/1-d). Dolayısıyla Türkiye onay veya katılım esnasında koymadığı çekinceyi sonradan koyamayacaktır. Burada, devletlerin taraf oldukları bir andlaşmadan çekilip daha

İnsan Hakları Andlaşmalarının Yorumu Işığında Türkiye’de İdam Cezasını Yeniden Tesis İmkânı

önce koymadıkları bir çekinceyi yeniden katılım esnasında koymaları veya var olan bir çekinceyi genişletmeleri mümkün müdür sorusu akıllara gelebilir.

1997 yılında Jamaika, 1998 yılında Guyana ve Trinidad ve Tobago daha önce çekince koymadıkları Birinci İhtiyari Protokol’den çekilerek yeniden katılma esnasında çekince koymak istemişlerdir (Uluslararası Af Örgütü Raporu, 1999). Andlaşmalara bu şekilde çekince koyma konusu doktrinde tartışmalıdır. Böyle bir uygulamanın andlaşmaya sonradan çekince koyma anlamına geleceği için kabul edilemeyeceği yönündeki bir görüşe karşın (Anthony Aust, 2012, prg 52-53; Jörg Polakiewicz, 1999) belirli koşullarda buna izin verilebileceği yönünde bir görüş de mevcuttur (Alain Pellet, 2003, prg 36/ b-c).

Yeniden katılma esnasında andlaşmalara çekince konulup konulamayacağı hususu VAHS’de düzenlenmediği için net bir çözüm üretmek zordur. Andlaşmalara yeniden katılım aşamasında çekince koyma, doğuracağı sonuçlar itibariyle kısmi çekilme ile aynıdır. VAHS, “Andlaşma hükümlerinin ayrılabilirliği” başlığı altında, eğer andlaşma farklı bir düzenleme getirmemişse fesih, çekilme ve askıya alma işlemlerinin andlaşmanın bütünü için kullanılabilmesini düzenleyerek, kısmi çekilme seçeneğini engellemiştir. Dolayısıyla VAHS’nin 44. Maddesi yeniden katılım aşamasında çekince koymayı engelleyecek dayanağı sağlayabilir (Glenn McGrory, 2001:812).

İnsan Hakları Komitesi (İHK) 24 Sayılı Genel Yorumunda VAHS’nin 19. maddesine atıf yaparak, çekincelerin andlaşmanın konu ve amacına uygun olması gerektiğini vurgulamış ve *Kennedy Trinidad ve Tobago’ya Karşı (1999)* davasında yaptığı yoruma uygun şekilde karar vermiştir (İHK Nihai Kararı, 1999). Trinidad ve Tobago izlediği yönteme karşı sert itirazlarla karşılaşınca 2000 yılında Protokolden çekilmiştir.

Türkiye MSHS ve İhtiyari Protokollerden Çekilebilir mi?

Birinci İhtiyari Protokol, BM Genel Sekreterine yapılacak yazılı bir bildirimle fesih hakkının kullanılabilmesini belirtmiştir (Madde 12). MSHS ve İkinci İhtiyari Protokol’de fesih ve çekilme hakkı düzenlenmediği için VAHS’nin düzenlemeleri esas alınmalıdır. VAHS, tarafların fesih veya çekilme ihtimalini kabul etme niyetlerinin tespit edilmesi veya fesih veya çekilme hakkının andlaşmanın niteliğinden zımnen çıkarılması gerektiğini söylemektedir.

Konuyla ilgili bir değerlendirme yapan **İnsan Hakları Komitesi**, MSHS ve İkinci İhtiyari Protokol’ün fesih ve çekilme hakkını düzenlemediğini, bu nedenle, uluslararası teamül

hukukunun vücut bulduğu VAHS'ye başvurulmasının gerekli olduğunu belirtmiştir. (İHK, Genel Yorum No:26, 1997).

İHK konuyu iki açıdan ele almıştır. *Öncelikle*, andlaşmadan fesih veya çekilme hakkının zımnen çıkarılmasının mümkün olup olmadığına bakan İHK, Birinci İhtiyari Protokol'ün MSHS ile eş zamanlı olarak görüşülüp kabul edildiğini ve Birinci İhtiyari Protokol'de fesih hakkının düzenlediğini söylemektedir. Aynı şekilde, **Her Türlü Irk Ayrımcılığının Kaldırılmasına Dair Andlaşma**'nın MSHS'den bir yıl önce kabul edilmesi esnasında tarafların açıkça fesih hakkına izin verdiğini söyleyerek, MSHS'yi hazırlayanların fesih hakkını kasıtlı olarak hariç tuttukları sonucuna varmıştır. Böylece, birinci koşul olan tarafların fesih veya çekilme hakkını kabul ettiklerini gösteren niyetlerinin olmadığı sonucuna ulaşmıştır. (İHK, Genel Yorum No:26: prg 2).

İkinci olarak, andlaşmanın niteliğinden fesih veya çekilme hakkının zımnen çıkarılamayacağını araştıran İHK, MSHS ile eşzamanlı hazırlanan **Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi** ile **İnsan Hakları Evrensel Beyanname**'nin üçünün birlikte **İnsan Hakları Manzumesini** oluşturduğunu, dolayısıyla geçici nitelikte bir andlaşma olmadığını söyleyerek, fesih veya çekilme hakkının andlaşmanın niteliğinden zımnen çıkarılamayacağı sonucuna ulaşmıştır (İHK, Genel Yorum No:26: prg 3). MSHS'den kaynaklanan hakların taraf devletlerde yaşayan insanlara ait olduğunu belirterek, hükümet değişikliği, halefiyet gibi müteakip gelişmelere bağlı olarak bu hakların insanlardan geri alınamayacağı değerlendirmesini yapan İHK, *uluslararası Hukuk, MSHS ve İkinci İhtiyari Protokole Taraf olan bir devletin fesih veya çekilme hakkını kullanmasına izin vermemektedir*, demiştir (İHK, Genel Yorum No:26: prg 4 ve prg 5).

Türkiye AİHS ve Ek Protokollerden Çekilebilir mi?

Ölüm cezasını yasaklayan AİHS'ye Ek 13. ve 6. Protokollerin çekince koymaya izin vermediği yukarıda belirtildiği için çekince konusuna burada tekrar değinilmeyecektir. Onun yerine, Türkiye'nin AİHS ve Ek Protokollerden çekilme hakkı olup olmadığı değerlendirilecektir.

AİHS'de çekilme hakkı, fesih hakkı olarak düzenlenmiştir. Devletler taraf olmalarının üzerinden 5 yıl geçtikten sonra Avrupa Konseyi Genel Sekreterine 6 ay öncesinden bildirimde bulunmak kaydıyla AİHS'den çekilebilirler. Fesih işlemi, feshin etki doğurduğu tarihten önce

İnsan Hakları Andlaşmalarının Yorumu Işığında Türkiye’de İdam Cezasını Yeniden Tesis İmkânı

gerçekleşmiş ve yükümlülüklerin ihlali niteliğinde sayılabilecek olaylarda, fesheden devletin yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktadır.

Protokoller fesih veya çekilme hakkını düzenlememiş olsalar da dolaylı olarak bu hakları kullanmak mümkündür. Protokollere taraf olmanın ön şartı ana Sözleşmeye taraf olmaktır (6. Protokol, Madde 7 ve 13. Protokol, Madde 6). Ana Sözleşme ’den çekilen bir taraf, Protokollere taraf olma sıfatını da kaybedecektir.

Protokollerin maddeleri ana Sözleşme’nin ek maddeleri olarak kabul edildiği için AİHS’den çekilmeden sadece Protokollerden çekilme, yani kısmi çekilme işlemi de mümkün değildir. AİHS kısmi çekilmeyle ilgili düzenleme getirmediği için VAHS’nin 44. Maddesindeki fesih, çekilme ve yürürlüğü askıya alma hakkının, andlaşma başka türlü öngörmedikçe andlaşmanın tamamı hakkında kullanılabileceği hükmü uygulanacaktır.

SONUÇ

İnsan Hakları Komitesi’nin 24 ve 26 Sayılı Genel Yorumları ve VAHS’nin düzenlemeleri dikkate alındığında, Türkiye’nin MSHS ve İkinci İhtiyari Protokol’den çekilme hakkının olmadığı açıktır. Çekilme veya fesih konusunu düzenlemeyen andlaşmalarda, tarafların çekilme hakkının varlığını kabul ettiklerini açık şekilde gösteren niyetleri veya andlaşmanın niteliği gereği çekilme veya fesih hakkını zımnen içerdiği tespit edilmelidir, eğer bu tespitler yapılamazsa genel kural bu tür andlaşmaların feshedilemeyeceği veya bu tür andlaşmalarda çekilme hakkının kullanılamayacağı yönündedir.

Esasen, MSHS ölüm cezasına izin vermektedir fakat Türkiye ölüm cezasını savaş zamanında işlenen askeri nitelikli suçlarla sınırlayan İkinci İhtiyari Protokol’e taraf olduğu için yapacağı iç hukuk düzenlemeleri ancak bu protokolün izin verdiği sınırlar içerisinde kalacaktır. Bu andlaşmalardan çekilmek mümkün olmadığı için Türkiye ulusal hukukunda yapacağı değişikliklerle yeniden tesis edeceği idam cezasını yalnızca savaş zamanı işlenen askeri nitelikteki çok ciddi suçlara uygulayabilecektir.

Türkiye’nin taraf olduğu bir diğer andlaşma olan AİHS fesih hakkı⁵ tanıdığı için Türkiye’nin andlaşmayı feshederek idam cezasını yeniden tesis etmesinin önünde hukuken bir engel bulunmamaktadır. Ek Protokoller fesih ve çekilme hakkıyla ilgili düzenleme yapmamış

⁵AİHS, “Feshi İhbar” başlıklı 58. Maddesinde tarafların Sözleşmeyi hangi şartlarla feshedebileceğini düzenlemektedir fakat Fesih yerine Çekilme teriminin kullanılmasının daha uygun olacağı kanaatindeyiz.

olsalar da Ek Protokollere taraf olabilmek için ana sözleşmeye taraf olma koşulu nedeniyle, ana sözleşmeden çekilen tarafın Ek Protokollere taraf olma sıfatını da kaybedeceği sonucu mantıken çıkarılabilir. Dolayısıyla Ek Protokoller 'in idam cezasının yeniden tesisi önünde hukuken engel teşkil etmesi engellenebilir.

Taraf olunan bölgesel ve evrensel insan hakları andlaşmaları birlikte değerlendirildiğinde, Türkiye'nin tüm suçlara teşmil edecek şekilde idam cezasını yeniden tesis edebilmesi önünde hukuken engel olan tek andlaşma, çekilme hakkı tanımayan MSHS ve İkinci İhtiyari Protokol olacaktır. MSHS ölüm cezasını yasaklamıyor olsa da İkinci İhtiyari Protokol ölüm cezasını savaş zamanı işlenen askeri nitelikteki ciddi suçlarla sınırlandırmıştır. Dolayısıyla diğer türden suçlara idam cezası uygulanması mümkün değildir.

Burada belirtmek gerekir ki, Türkiye'nin MSHS ve İkinci İhtiyari Protokol'den çekilebilmesi ancak tüm tarafların kabulüyle mümkün olacaktır (VAHS, Madde 54/2).

AİHS ve Ek Protokollerden çekilmenin önünde hukuken bir engel olmaması Türkiye'nin bazı siyasi problemlerle karşılaşmayacağı anlamına gelmez. İlk karşılaşılacak problem Türkiye'nin Avrupa Konseyi üyeliğinin tehlikeye girmesidir. Avrupa Konseyi Şartı'nın 3. Maddesi gereğince:

Avrupa Konseyi'nin her üyesi, hukukun üstünlüğü ilkelerini ve insan hakları ve temel özgürlüklerden kendi yetki alanındaki tüm kişilerin yararlanmasını kabul etmeli ve Birinci bölümde belirtildiği şekilde Konseyin amacının gerçekleştirilmesinde samimi ve etkili bir şekilde iş birliği yapmalıdır.

Aynı Şart'ın 8. Maddesi, 3. Maddeyi ciddi şekilde ihlal eden üyenin üyeliğine son verilmesiyle ilgili düzenleme yapmıştır. İdam cezasının yeniden tesisi temel hak ve özgürlüklerin en hayatisi olan yaşam hakkını ortadan kaldıracaktır.1989 yılında Avrupa Konseyi'ne katılmak isteyen bütün yeni üyeler için ölüm cezasını kaldırma ön şartı getirildiği düşünüldüğünde, Türkiye'nin üyeliğinin tehlikeye girmesi uzak ihtimal değildir.

Benzer şekilde, Avrupa Birliği de ölüm cezasının tamamen kaldırılması konusunda mücadele etmekte ve bu mücadeleyi insan hakları politikasının en önemli önceliği olarak görmektedir (Avrupa Parlamentosu, 2019). *Avrupa Birliği İnsan Hakları ve Demokrasi Eylem Planı*'nın 13.maddesi işkence, kötü muamele ve ölüm cezasıyla mücadeleye ayrılmıştır. Avrupa Birliği'ne üye olmak isteyen Türkiye'nin idam cezasını yeniden tesis etmesi, üyelik sürecini kolaylaştırmayacaktır.

İnsan Hakları Andlaşmalarının Yorumu Işığında Türkiye’de İdam Cezasını Yeniden Tesis İmkânı

Bir devletin uluslararası insan hakları andlaşmalarından çekilmesi, o devletin insan haklarını derhal ihlal etmeye başlayacağı anlamına gelmez. Nitekim bireylerin temel hak ve özgürlükleri, “Temel Hak ve Ödevler” başlığı altında Anayasa’nın İkinci Kısmında düzenlenmiştir (Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Madde 12’den 74’e kadar).

Buna rağmen, insan hakları öncelikle devlet karşısında güvence altına alınmalıdır çünkü bu hakları ihlal edebilecek olan öncelikle devletin kendisidir. İnsan haklarının korunmasında ilgili andlaşma organlarının önemi ikincil nitelikte olsalar bile yadsınamaz. Bu organlar, insan haklarına riayet etmeleri için devletler üzerinde baskı oluştururlar. Bu baskıya rağmen, AİHS kapsamında en çok hak ihlalinde bulunan ve hakkında mahkûmiyet kararı verilen devletler sıralamasında birinci sırada yer alan Türkiye’nin, insan hakları sisteminden çıktıktan sonra insan haklarını daha fazla koruyacağına inanmak gerçekle bağdaşmamaktadır. 1959 ve 2019 yılları arasında en az bir maddenin ihlal edildiğine dair Türkiye hakkında verilen karar sayısı 3224 olmuştur (AİHM, Veri tabanı).

İnsan hakları andlaşmaları yaşam hakkının korunmasıyla sınırlı değildir. *Özgürlük ve güvenlik hakkı, Adil yargılanma hakkı, Özel ve aile hayatına saygı hakkı, Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, İfade özgürlüğü, Toplantı ve dernek kurma özgürlüğü, Mülkiyetin korunması, Eğitim hakkı, Serbest seçim hakkı, Borçtan dolayı özgürlüğünden yoksun bırakılma yasağı, Serbest dolaşım özgürlüğü, Ayrımcılığın genel olarak yasaklanması* gibi hak ve hürriyetler ilk anda aklımıza gelen haklardan bazılarıdır. Bu hak ve hürriyetlerin hiçbirisi yaşam hakkından daha az önemli değildir. Zaten insan hakları andlaşmaları hak ve hürriyetler arasında hiyerarşik bir ilişki kurmazlar. Hak ve hürriyetlerin hepsi eşit derecede önemlidir ve garanti altına alınmalıdır.

Kamu vicdanını derinden etkileyen suçları idam ile cezalandırabilmek adına diğer hak ve hürriyetleri koruyan güvenceleri zayıflatmak doğru değildir. Üstelik idam cezasının suçların önlenmesi konusunda ne kadar etkili olduğu da belirsizdir. Yapılan çalışmalar suç oranlarının azalmasıyla hukuk sisteminde ölüm cezası olması arasında bağlantı olmadığını göstermektedir (Ölüm Cezası Bilgi Merkezi). İdam cezasının yeniden tesis edilmesini isteyenlerin, cezaların geriye yürümezliği ilkesi gereğince, geçmiş suçlara uygulanamayacağını da hatırdta tutmaları gerekir.

Türkiye’nin idam cezasını, taraf olduğu insan hakları andlaşmalarının veya VAHS’nin gerektirdiği usul ve yöntemlere uymadan, yeniden tesis edeceğini düşünmüyoruz. Çünkü böyle

bir adım, uluslararası insan hakları sisteminin tamamen dışına çıkmak anlamına geleceği gibi uluslararası hukukun temel ilkesi olan *ahde vefa* (pacta sunt servanda) ilkesini de zedeleyecektir.

Uluslararası hukuk, devletlerin kendi iradeleriyle verdikleri sözü tutacakları varsayımıyla işleyen bir sistemdir. Verdiği sözü tutmayan bir devlet, sadece insan hakları hukuku açısından değil uluslararası hukukun bütünü açısından güvenilmez addedilecek ve uluslararası toplum ile ilişkilerini sürdürmesi zorlaşacaktır.

Bir taraftan Avrupa Birliğine üye olmaya çalışırken diğer taraftan Papua Yeni Gine ve Kuzey Kore gibi devletlerle benzer uygulamalarda bulunmak Türkiye için en basit tabirle bir çelişkidir. Papua Yeni Gine sivil yönetim altında ölüm cezasını kaldırdıktan sonra geri getiren ve tekrar kaldırmayan Dünya'daki tek ülkedir (Onur Erem, 2018).

Kuzey Kore de 1997 yılında MSHS'den çekilmek istemiş fakat andlaşma çekilmeye izin vermediği için yapamamıştır. Kuzey Kore'nin insan hakları sicilinin parlak olmadığı açıktır. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi altında faaliyet yürüten *Kuzey Kore'deki İnsan Haklarını Soruşturma Komisyonu* hazırladığı detaylı raporda, yaşam hakkı başta olmak üzere insanlığa karşı suçlar da dahil sayısız ihlal tespit etmiştir (A/HRC/25/63, 2014). Komisyon insanlığa karşı suçlar nedeniyle, Güvenlik Konseyinin konuyu Uluslararası Ceza Mahkemesine havale edebileceğini veya Birleşmiş Milletler' in *Ad hoc* mahkeme kurabileceğini belirtmiştir. Güvenlik Konseyi Daimî üyeleri Rusya ve Çin karşı çıktığı için Soruşturma Komisyonu'nun önerilerini hayata geçirmek mümkün olmamıştır.

Amerika Birleşik Devletleri de insan hakları ihlalleri nedeniyle Kuzey Kore'ye karşı tek taraflı olarak ekonomik ve seyahat kısıtlamasıyla ilgili yaptırımlar uygulamaktadır. Bu yaptırımlar, Kuzey Kore'ye devlet olarak uygulanmamakta, bireyleri ve tüzel kişilikleri hedef almaktadır (İnsan Hakları İzleme Örgütü, 2018).

İnsan haklarının uluslararası hukukun konusu haline gelmesi, bireysel hak ve hürriyetlerin uluslararası hukuk tarafından gözetilmesi açısından yararlı olsa da yabancı devletlerin diğer devletlerin iç işlerine müdahale istekleri için bahane kaynağı da olabilmektedir. Güçlü devletler, kendi insan hakları ihlallerini saklarken başka devletlerin ihlallerini abartarak, sürekli gündemde tutmaya çalışmaktadırlar (Rona Aybay, 2019). İdam cezasını yeniden tesis etmek adına Türkiye'yi insan hakları sisteminin dışına çıkaracak

İnsan Hakları Andlaşmalarının Yorumu Işığında Türkiye’de İdam Cezasını Yeniden Tesis İmkânı

eylemlerde bulunmak, Türkiye üzerinde farklı politik niyetleri olan devletlerin hedeflerine ulaşmalarını kolaylaştıracak zemini sağlayacak ve belki de Kuzey Kore’ye uygulanan yaptırımların benzerleriyle karşılaşmasına yol açacaktır.

Devletler uluslararası insan hakları andlaşmalarına politik bazı Saikler yanında, uluslararası toplumda saygınlıklarını artırmak için de katılırlar. Hem bu saygınlığı korumak adına hem de ekonomik ve siyasi problemlerle karşılaşmamak adına idam cezasını yeniden tesis etmeden önce yararlarını ve zararlarını hesaba katmak en makul yoldur.

KAYNAKÇA

- Acquaviva, G ve Pocar, F. (2012), Stare decisis, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Online Edition
- AİHS’ye Ek 13. Protokol (2002)
- AİHS’ye Ek 6. Protokol (1983)
- Aust, A. (2012), Treaties, Termination, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Online Edition
- Avrupa Konseyi Statüsü (1949)
- Avrupa Parlamentosu (2019), AT A GLANCE: The death penalty and the EU's fight against it, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2019/635516/EPRS_ATA\(2019\)635516_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2019/635516/EPRS_ATA(2019)635516_EN.pdf)
- Aybay, R. (2019), İnsan Hakları Hukuku, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları
- Baylis, E. A. (1999). General comment 24: Confronting the problem of reservations to human rights treaties. *Berkeley Journal of International Law*, 17(2), 277-32
- Bindschedler, R.L.(1984), Treaties, Reservations, in: R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam: Elsevier Science Publishers B.V.
- Çağırın, M.E. (2005), Uluslararası Hukukta Devletin Tek Taraflı İşlemleri, Ankara: Platin Yayınları
- Demirdal, M. B. (2018), Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Ölüm Cezasının Kaldırılması ve Türkiye’deki Süreç, *Politik Ekonomik Kuram*, Cilt 2(1), 57-72
- Elias, O.(2012), Persistent Objector”, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Online Edition
- Erem, O.(2018), İdam cezasını kaldırdıktan sonra geri getiren ülke var mı?, BBC Türkçe, <https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-38029311>

- Fitzmaurice, M.(2012), Treaties, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Online Edition
- Giegerich, T. (2012), Treaties, Multilateral, Reservations to, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Online Edition
- İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (1950),
- İnsan Hakları İzleme Örgütü (2018), Q&A: North Korea, Sanctions, and Human Rights, <https://www.hrw.org/news/2018/05/30/qa-north-korea-sanctions-and-human-rights#Q3>
- İnsan Hakları Komitesi Genel Yorumu (1994), Issues Relating to Reservations Made upon Ratification or Accession to the Covenant or the Optional Protocols thereto, or in Relation to Declarations under Article 41 of the Covenant, General Comment No. 24, <http://www.refworld.org/docid/453883fc11.html>
- İnsan Hakları Komitesi Genel Yorumu (1997), General comment on issues relating to the continuity of obligations to the International Covenant on Civil and Political Rights, General Comment No. 26, <http://www.refworld.org/docid/453883fde.html>
- Kennedy Trinidad ve Tobago'ya Karşı* (1999), İnsan Hakları Komitesi Nihai Kararı, Selected Decisions of the Human Rights Committee under the Optional Protocol, Volume 7, United Nations
- Kuzey Kore'deki İnsan Haklarını Soruşturma Komisyonu Raporu (A/HRC/25/63, 2014), Report of the detailed findings of the commission of inquiry on human rights in the Democratic People's Republic of Korea,
- McGrory, G. (2001), Reservations of Virtue? Lessons from Trinidad and Tobago's Reservation to the First Optional Protocol. *Human Rights Quarterly*, Vol. 23, No. 3 , pp. 769-826
- Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (1966)
- Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi Birinci İhtiyari Protokolü (1966)
- Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi İkinci İhtiyari Protokolü (1989)
- Ölüm Cezası Bilgi Merkezi, <https://deathpenaltyinfo.org/facts-and-research/murder-rates>
- Pellet, A. (2003), Reservation to Treaties, Eighth report on reservations to treaties
- Polakiewicz, J. (1999), Treaty-Making in The Council of Europe, Council of Europe Publishing
- Reuter P. (1989), Introduction to the Law of Treaties, London and New York: Pinter Publishers
- Shaw, M.N. (2008), International Law, Cambridge: Cambridge University Press
- Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (1982)
- The death penalty and the EU's fight against it (2019) [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2019/635516/EPRS_ATA\(2019\)635516_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2019/635516/EPRS_ATA(2019)635516_EN.pdf)

İnsan Hakları Andlaşmalarının Yorumu Işığında Türkiye’de İdam Cezasını Yeniden Tesis İmkânı

UAD Danışma Görüşü (1951), "Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion : I.C. J. Reports 1951, p. 1.5."

Uluslararası Af Örgütü Raporu (1999), Unacceptably Limiting Human Rights Protection, <https://www.amnesty.org/en/documents/amr05/001/1999/en/>

Villiger, M.E (2009), Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers

Violations by Article and by State, AIHM Veri tabanı, https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2019_ENG.pdf

Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (1969),