



ÖLÜM CEZASININ KALDIRILMASINA İLİŞKİN GELİŞMELER VE SUÇLULARIN İADESİ HUKUKUNA ETKİSİ*

-The Developments Concerning The Abolition of Capital Punishment and Its
Effect on The Extradition Law-

-Entwicklungen Zur Abschaffung der Todesstrafe und Ihre Wirkung auf das
Auslieferungsrecht-

Yrd. Doç. Dr. Faruk TURHAN*

ÖZET

İnsan haklarına ilişkin sözleşmeler, talep eden devlette ölüm cezasının bulunması halinde iadenin bir insan hakkı ihlali olduğuna ilişkin herhangi bir hüküm içermemekte birlikte, ölüm cezasını iç hukukundan kaldıran devletlerin bir çoğu artık, ölüm cezasına adli yardım yoluyla katkıda bulunmak istememekte, iadeyi ölüm cezasına mahkum etmeme/cezaı infaz etmeme şartına bağlamaktadırlar. Bu da uluslararası ilişkilerde krizlere ve en ağır suçları işleyenlerin cezasız kalmasına sebep olmaktadır. Avrupa Konseyi, ölüm cezasının kaldırılmasına yönelik aldığı kararlarda bugün Avrupa'yı "ölüm cezasından arındırılmış kıta" haline getirmiştir. Türkiye'nin en fazla iade trafiğinin bulunduğu Almanya, Avusturya, Fransa, İtalya ve Hollanda gibi ülkeler Türkiye'de 15 yıldan beri ölüm cezasının infazı yapılmamakla birlikte, Türkiye'nin verdiği garantileri yeterli bulmayarak ölüm cezası tehlikesi bulunduğu gerekçesiyle iade taleplerini reddetmektedirler. Türkiye, Anayasa gereği sanığın ölüm cezasına mahkum edilmeyeceği/infaz edilmeyeceği şeklinde garanti vermesi mümkün olmadığı için, ölüm cezası Türk hukukundan kaldırılincaya kadar ya TCK'ya ekleyeceği bir madde ile veya ikili sözleşmeler yoluyla Türk mahkemelerini bu konuda bağlayıcı çözüm getirmelidir.

Although international agreements on human rights do not include a condition which stipulate not to extradite the person convicted to capital punishment to a country where capital punishment is exercised, a number of countries do not wish to contribute to capital punishment and stipulate the extradition to the condition not to exercise the punishment. This situation leads to some crises in international relations and leave those who commit the heaviest crimes without punishment. Today Council of Europe made Europe "a continent free from capital punishment" with the decisions it took. The countries like Germany, Austria, France, Italy and Holland, with which Turkey had the extradition problem most, refuse constantly the requests of Turkey concerning extradition without finding the guarantees sufficient given by Turkey and without taking into account the fact that Turkey has not exercised the capital punishment for fifteen years. Since it is not possible for Turkey to give definite guarantees to Europe according to the Turkish Constitution, she has to find a solution to bind the Turkish courts either by adding an article to the Turkish Penal Code or by bilateral agreements with European countries.

İnsan Hakları, Ölüm Cezası, Suçluların İadesi, AİHS, Uluslararası Hukuk.

GİRİŞ

Adı gibi uygulanması da insanlığın ilk tarihlerinden beri hiçbir zaman gündemden düşmeyen ölüm cezası, Türkiye açısından özellikle olağanüstü yönetim hallerinde adından sıkça söz ettirmiş, 1980'li yıllardan sonra da yurt dışında yapılan (özellikle Batı Avrupa ülkelerinden) iade taleplerinde sürekli sorunlar meydana getirmiştir. Son olarak Türk siyasi hayatını ve kamuoyunu etkileyen iki olay ölüm cezasını tekrar gündemin ön sırasına yerleştirdi. Bir çete reisi olarak tanımlanan ve

* Çalışma 30 Ağustos 1999 tarihe kadar olan hukuki durumu yansıtmaktadır; ancak çalışmada bu tarihten sonra bir kaç yeni gelişmelere değinilmiştir.

* Süleyman Demirel Üniversitesi İİBF Kamu Yönetimi Bölümü Öğretim Üyesi.

birtakım öldürme suçlarına katıldığı belirtilen Alaattin Çakıcı'nın Fransa'da ve Dünya terörizm tarihinde kendisine önemli bir yer edinen ve Türkiye'de binlerce kişinin öldürülmesinden sorumlu tutulan Abdullah Öcalan'ın ise İtalya'da yakalanarak, Türkiye'ye iadeleri söz konusu olunca sadece hukukçular, siyaset bilimciler değil, Türk Kamuoyunun tamamı Türkiye'deki ölüm cezası ve bu cezanın iade taleplerine engel olup olmayacağı sorunu ile yakından ilgilendi. Son olarak Öcalan davasında Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin verdiği ölüm cezasının Yargıtay tarafından onaylanmasından sonra, cezanın infaz edilip edilmeyeceği konusu Türkiye'nin, hatta Avrupa'nın gündemini oluşturdu.

Türkiye'de en ağır ve korkunç suçları işleyip yurt dışına kaçan kişiler hakkında Türkiye'nin iade talebinde bulunması halinde teorik olarak Türkiye'de ölüm cezasına çarptırılma tehlikesinin niçin iadeye engel olacağı sorusunu Türk kamuoyu anlamakta zorluk çekmektedir. Talep edilen bu ülkelerle doğrudan doğruya ilgisi olmayan, Türkiye'de ölüm cezasının verilecek olması niçin iade talebimize engel teşkil edeceği sorusu haklı olarak sorulmaktadır. İşte bu ve buna benzer soruların cevabı doğrudan doğruya insan hakları anlayışında Avrupa ve Birleşmiş Milletler düzeyinde son elli yıl içinde meydana gelen değişiklik ve bu değişikliğin suçluların iadesi hukukunu da etkilemesi ile bağlantılıdır.

Dünya kamuoyunda ve özellikle ceza hukukçular arasında ölüm cezasının gayri insani ve zalimane bir ceza olduğu ve bu nedenle de kaldırılması gerektiği yönündeki tartışmalar artarken, ölüm cezasını kaldıran ülkeler, artık ölüm cezası bulunan ülkelere gelen adli yardım ve sanığın iadesi taleplerini ret etmekte, bu da devletler arasında hukuki ve diplomatik sorunlara sebep olmaktadır. Suçluların iadesi sözleşmeleri çoğunlukla eski tarihli olduğundan genellikle herhangi bir hüküm içermemekte; yeni sözleşmelerden bu konuda hüküm içerenler de iade edip etmemeyi talep edilen ülkenin iç hukukuna bırakmaktadır. Her iki halde de ölüm cezasına mahkum edilme ihtimali olan sanığın iadesi, ülkeler arasında hukuki ve politik sorunlara, ikili ilişkilerde krizlere neden olmaktadır.

Bu çalışmada ölüm cezasının haklılığı ve meşruluğu tartışmasına¹ girmeden, önce ölüm cezasının insan haklarına ilişkin temel sözleşmelerde düzenleniş şekli, Dünya'da ve Avrupa Konseyinde (AK) ölüm cezasının düzenleniş şekli ve bu cezanın infazı ele alınacaktır. Daha sonra Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesinin (SİDAS) ölüm cezası halinde iadeye ilişkin düzenlemesi, Türkiye'nin yoğun iade trafiğinin olduğu bazı Avrupa ülkelerinin iç hukuklarında bu konunun düzenleniş şekli ve uygulamaları incelenecektir. Son olarak da Türkiye'nin yurt dışından iade talebinde bulunması halinde teminat verme konusunda karşılaştığı sorunlar incelenip çözüm önerilerine yer verilecektir.

¹ Ölüm cezasının haklı olup olmadığı konusunda özellikle son iki yüzyıl içinde felsefi ve hukuki alanda yoğun bir tartışma yaşanmaktadır. Ceza hukukçuları genellikle bu cezanın karşısında olup, kaldırılmasını talep etmektedirler. Ölüm cezasının ahlaki, etik, insani ve kriminolojik boyutlarının tartışıldığı 1987 yılında Syrakusa (Sicilya)/İtalya'da düzenlenen uluslararası sempozyum ve burada sunulan tebliğler hakkında Bkz. Manfred MÖHRENSCHLAGER, "Tagungsbericht/Internationale Konferenz über die Todesstrafe in Syrakus", *ZStW* 100 (1998) Heft 1, s. 252-271; Bu konuda Türk hukukundaki tartışmalar için Bkz. Emin ARTUK, "Ölüm Cezası", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Jale G. Akipek'e Armağan*, Konya, 1991, s.145-175 (özellikle167 vd); Sulhi DÖNMEZER/Sahir ERMAN, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C. II, B. 10, İstanbul, 1994, s. 601-619.

1. ULUSLARARASI HUKUK VE TÜRK HUKUKUNDA ÖLÜM CEZASINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

1.1. İnsan Hakları Sözleşmelerinde Ölüm Cezasının Düzenleniş Şekli ve Dünyada Ölüm Cezasının Kaldırılmasına İlişkin Gelişmeler

İkinci Dünya Savaşının hemen arkasından ilan edilen ve devletler için bağlayıcı olmaktan ziyade insan hakları alanında ulaşılması gereken hedefi gösteren, bir ideali yansıtan *İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi*'nin 3. maddesinde herkesin yaşama hakkının olduğu ifade edilirken, hayat hakkının meşru bir sınırlaması olduğundan hareketle ölüm cezası hakkında herhangi bir düzenleme getirilmemiştir. Beynamedeki temel hakları devletler için bağlayıcı nitelikte milletlerarası hukuk kuralları haline getirmek amacıyla imzalanan 1966 tarihli *BM Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi* de yine ölüm cezasını kaldırmamış, fakat bir takım sınırlamaları hükümler getirmiştir.² Türkiye'nin şimdiye kadar onaylamamış olduğu bu Sözleşmenin 6. maddesi ölüm cezasının sadece en ağır suçlar için verilebileceği, 18 yaşının altındakiler için ölüm cezasının verilemeyeceği ve hamile kadınlar hakkında bu cezanın infaz edilemeyeceği gibi bir takım sınırlamaları içermektedir.³ Ölüm cezası hakkında değişen anlayışa paralel olarak bu Sözleşmeye ek olarak hazırlanan *2 nolu Protokol* ise, onaylayan devletler açısından ölüm cezasını kaldırmıştır. 11 Haziran 1991 de yürürlüğe giren bu Protokolü halen 42 devlet onaylamıştır.⁴

Ölüm cezasını gayri insani ve zalimce bir ceza olarak kabul ederek bütün Dünyada kaldırılması için büyük mücadele veren Uluslararası Af Örgütü'nün (AI-Amnesty International) 16.06.1999 tarihinde açıklanan 1999 Raporuna⁵ göre (1998 yılı için hazırlanan) *Dünyada 81 ülke ölüm cezasını mevzuatından çıkarmış* (64 ülkede bütün suçlar açısından, 14 ülkede ise askeri ve savaş suçları dışındaki adi suçlar için), aralarında Türkiye'nin de bulunduğu 24 ülkede ise kanunlarda ölüm cezası bulunmakla birlikte, en az on yıldan beri infaz yapılmadığından fiilen (de facto) kalkmıştır. Geri kalan 91 ülkede ise ölüm cezasına hükmedilmekte ve infazı da yapılmaktadır. Ölüm cezasını kaldıran devletlerin sayısında son yıllardaki artışa rağmen, infazlar aynı hızla devam etmektedir. Amnesty International'in tespitlerine göre⁶ 1994 te 2331, 1995 te 2931 kişi idam edilmiş ve 1998 de ise 37 ülkede 1625 infaz gerçekleştirilmiş, 78 ülkede 3199 sanık idama

² Sözleşmenin Türkçe metni için Bkz: Şeref ÜNAL, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, TBMM Kültür Sanat ve Yayın Kurulu Ya., Ankara, 1995, s. 451 vd.

³ Sözleşmenin 6. md. 2. fik.: "ölüm cezasını kaldırmamış ülkelerde, bu ceza, suçun işlendiği tarihte yürürlükte olan ... kanunlar uyarınca en ağır suçlar için konabilir. Bu ceza, ancak, yetkili bir mahkeme tarafından verilmiş bir kesin hüküm üzerine infaz edilebilir"; 4. fik.: " Ölüm cezasına hüküm giyen bir kimse bu cezanın bağışlanmasını yada hükmün değiştirilerek hafifletilmesini isteme hakkına sahiptir. Ölüm cezasının affı, bağışlanması yada hafifletilmesi kararı her durumda verilebilir"; 5. fik.: "Ölüm cezası, on sekiz yaşın altındaki kişiler tarafından işlenen suçlar için verilemez ve gebe kadınlar için infaz edilemez" hükümlerini içermektedir.

⁴ Onaylayan devletler için Bkz: <http://www.un.org>, 30 Haziran 1999.

⁵ Amnesty International, "Todesstrafe weltweit abschaffen! Der Jahresbericht 1999", Vorgelegt von Barbara ERBE, Pressesprecherin der deutschen ai-Sektion; Kaynak: <http://www.amnesty.de/ib99/index.htm>, 29 Temmuz 1999; Ayrıca Bkz Amnesty International, ACT 05/08/98 ve 25/02/1999, "The death penalty, list of abolitionist and retentionist country", aynı kaynak.

⁶ <http://www.amnesty.de/themen.htm>, 29 Temmuz 1999.

mahkum edilmiştir.⁷ Gerçek rakamların ise bunların oldukça üstünde olduğu tahmin edilmektedir.

İkinci Dünya Savaşı'nın hemen sonunda Avrupa Konseyi çerçevesinde 4 Kasım 1950 tarihinde imzalanarak, 3.9.1953 tarihinde yürürlüğe giren *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi* (AİHS) ve daha sonra imzalanan ek protokolde ölüm cezasına ilişkin düzenlemeler, yukarıda belirttiğimiz BM bünyesindeki düzenlemelere paralellik göstermiştir. Gerçekten Sözleşmenin 2. Maddesiyle herhangi bir sınırlama yer verilmeden, ölüm cezası hayat hakkının meşru bir sınırlaması olarak düzenlenmiştir. Sözleşme imzalandığı tarihte ölüm cezasına ilişkin Avrupa ülkelerindeki kanuni düzenleme ve uygulamalara baktığımızda, Sözleşmenin bu düzenlemesi bizi şaşırtmamaktadır. Gerçekten bu tarihte ölüm cezasını *tamamen yasaklayan* ülkeler İzlanda, Federal Almanya idi. İzlanda 1928 yılında ölüm cezasını kaldırmış, Almanya ise Nazi Rejiminin binlerce kişiyi sözde mahkemelerle ölüm cezasına çarptırıp idam etmesi karşısında bu cezayı gelecek için istisnasız olarak yasaklamış⁸; İsviçre'de 1942, İtalya' da ise 1948 yılında bazı askeri ve savaş zamanlarında işlenen ağır suçlar haricinde ölüm cezasını kaldırmıştı. Avrupa'nın iki küçük devleti San Marino'da⁹ 1468 dan, Lichtenstein'da ise yaklaşık iki yüz seneden¹⁰ beri idam cezası infaz edilmiyordu. Buna karşın diğer Avrupa ülkelerinde ise ölüm cezası veriliyor ve infaz ediliyordu. Ancak zamanla Avrupa ülkelerinde ölüm cezasına olan bakış açısı değişti ve ölüm cezasını kanunlarında muhafaza eden ve AİHS onaylamış olan birçok devlet bu cezayı mevzuatından çıkardı: Avusturya (1968), İsveç (1973), Portekiz (1976), Danimarka (1978), Fransa (1981) ve Hollanda (1983). Buna karşın ölüm cezasını kanunlarında muhafaza etmekle birlikte, İrlanda'da 1954, İngiltere'de 1965, Yunanistan'da 1972 ve İspanya'da 1978 tarihinden beri artık bu ceza infaz edilmiyordu.¹¹

Bu gelişmeler karşısında AİHS 2. maddesindeki düzenlemenin artık Avrupa da ki mevcut anlayışı ve hukuki durumu yansıtmadığı kanaati ile Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Mayıs 1980 tarihinde aldığı bir kararla AİHS 2. maddesinin ölüm cezası açısından mevcut durumu ve gelişmeyi yansıtmadığı sonucuna vararak, Avrupa Konseyine ölüm cezasının kaldırılması yönünde çalışmalar yapmasını teklif etti. Bakanlar Komitesi 6-10 Aralık 1982 tarihindeki toplantılarında bu konuyla ilgili bir protokol metni kabul ederek, bunu 28 Nisan 1983 tarihinde *6 nolu ek Protokol* olarak imzaya açtı.¹² Gereklili olan 5 devletin onaylaması ile 1.3.1985 tarihinde yürürlüğe giren bu Protokol AİHS 2. maddesini değiştirmekte ve ölüm cezasını barış zamanları

⁷ <http://www.amnesty.de/b99/index.html>, 29 Temmuz 1999. ai 1999 raporuna göre 1998 de sadece Çin'de 1000 üzerinde, Kongo da 100, ABD 68 İran'da 66 infaz gerçekleştirilmiştir. Amerika'da ölüm cezasının kaldırılmasına ilişkin tartışmalar ve Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin (U.S. Supreme Court) ölüm cezası hakkındaki kararlarının eleştirisi hakkında bkz. Thomas GIEGERICH, "Richtermacht und Todesstrafe in den USA", **EuGRZ** (Europäische Grundrechte-Zeitschrift), s.1-16; ABD' de ölüm cezasına ilişkin ayrıntılı istatistiksel bilgiler için bkz: http://www.amnesty.de/li_suche.htm (März 1997; ai-Index: AMR 51/01/97).

⁸ Almanya'da ölüm cezasının kaldırılmasına ilişkin Grundgesetz'in (Anayasa) düzenlemesi hakkında Bkz. Rupert SCHOLZ, in: Theodor Maunz/Günter Dürig/Roman Herzog: **Grundgesetz Kommentar**, Loseblattsammlung 1958 vd. yıllar, Art. 102 Rn. 1 vd.

⁹ Rolf-Peter CALLIESS, "Die Abschaffung der Todesstrafe -- Zusatzprotokol Nr. 6 zur Europäischen Menschenrechtskonvention", **NJW** 1989, s. 1019-1021 (1020); Hanno HARTIG, "Die Todesstrafe in den Mitgliedstaaten des Europarates", **EuGRZ** (Europäische Grundrechte-Zeitschrift), 1980, s. 340- 44.

¹⁰ Michel ARNOULD, "Schluss mit der Todesstrafe", in: **Forum** (Avrupa Konseyi yayını), Dezember 1994, s. 12 vd. (13).

¹¹ CALLIESS, **NJW**, 1989, s. 1020.

¹² Protokolün hazırlanması aşamaları hakkında bilgi için Bkz. Hanno HARTIG, "Abschaffung der Todesstrafe/Das 6. Zusatzprotokoll zur EMRK", **EuGRZ** (Europäische Grundrechte-Zeitschrift), 1983, s. 270-272.

için kaldırmaktadır. Bu Protokol ölüm cezasını kaldırmayı devletler açısından hukuki bir yükümlülük haline getiren ilk uluslararası Sözleşme niteliğine sahiptir.

AİHS 6 nolu ek Protokol değişiklik protokolü olmadığı, sadece seçimsel bir Protokol olduğu için Protokolü onaylayan devletler açısından Sözleşmenin 2. maddesini değiştirmiştir. Ancak Türkiye gibi Protokolü onaylamayan devletler açısından ise, hala Sözleşmenin 2. maddesindeki ölüm cezası yürürlükte kalmaya devam etmektedir. Protokolün yürürlüğe girdiği 1985 yılında Türkiye de dahil olmak üzere Avrupa Konseyine üye hiç bir devlette ölüm cezası uygulanmazken ve ölüm cezasının Avrupa Kamu Düzenine (ordre-public) aykırı olduğu görüşü savunuluyorken¹³, 1990 ılı yılları başında Doğu Bloku'nun dağılarak üye ülkelerin Avrupa Konseyine girmesiyle Avrupa Konseyi içinde ölüm cezasının kaldırılması tekrar tartışılmaya başlandı. Gerçekten, Avrupa Konseyine ulaşan bilgilere göre 1993 yılında Konseye üye devletlerde 3 kişinin idam cezası infaz edilmiş, Avrupa Konseyine aday olarak başvuran Amavutluk'ta 10, Beyaz Rusya'da 28 ve Rusya'da 21 infaz yapılmıştır.¹⁴

28 Şubat 1996 da AİHS'ni onaylayarak AK'ne katılan Rusya 3 yıl içinde ölüm cezasını kaldırmayı ve bu süre içinde ölüm cezası infazı yapmamayı taahhüt etmişken, bu tarihten 2 Ağustos 1996'da Jelzin tarafından gayri resmi olarak yürürlüğe konan moratoryuma (infazın ertelenmesi) kadar 7 aylık sürede 103 infaz gerçekleştirilmiştir¹⁵. 1997'de yürürlüğe giren yeni ceza kanunu ile ölüm cezasını gerektiren fillerin sayısı 28 den 5 e indirilmesine rağmen, infazların tekrar başlamasına ilişkin talepler artmaktadır. Yine Ukrayna 9 Kasım 1995 te Avrupa Konseyine girerken Rusya gibi moratoryum yürürlüğe koymayı ve 3 yıl içinde ölüm cezasını kaldırmayı taahhüt etmişti. Ancak bu taahhüdüne rağmen Ukrayna'da 1996'da en az 167 idam mahkumunun infazı yapılmıştır.¹⁶ Bunun üzerine Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Ukrayna'yı sert bir kararla (Resolution 1112) uyarmış ve infaz moratoryumu ile ilgili taahhüdünü yerine getirmesini sağlamak için gerekli tedbirleri alacağını belirtmiştir. Bu karara rağmen 1997 yılında AK'ne üye ülkelerde yerine getirilen 17 ölüm cezasından 13 ü Ukrayna'da gerçekleştirilmiştir.¹⁷ Son olarak Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi Ukraynalı parlamenterlerin onay belgelerinin kabul edilmemesi ve Ukrayna'nın üyeliğinin askıya alınması konusunu tartışmaktadır. Rusya ve Ukrayna dışında 6 nolu Protokolü onaylamamış diğer AK ülkelerinden sadece Amavutluk¹⁸ ve Türkiye de ölüm cezası bulunmaktadır. Aşağıdaki 6 nolu Protokolle ilgili onayı durumunu gösteren tablodan da anlaşılacağı üzere Kıbrıs Rum Kesimi ve yeni üye Gürcistan Protokolü imzalamış ve iç hukukunda da ölüm

¹³ Bu görüş Avrupa İnsan Hakları Divanı'nın 7.7.1989 tarihli Soering /İngiltere kararında Divan Hakimi De Meyer tarafından ileri sürülmüştür; bu kararın değerlendirilmesi konusunda şu makalemize bkz. Faruk TURHAN, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Suçluların İadesinde Ölüm Cezası ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Soering Kararı", *Yargıtay Dergisi*, S. 1-2(1998), s. 84-106 (özellikle s. 91 vd).

¹⁴ ARNOULD, s. 12.

¹⁵ Amnesty International: *ai-journal* April 1999 (Rusland, Anspruch und Wirklichkeit): <http://www.amnesty.de/de/journal.htm>, 30 Haziran 1999.

¹⁶ EUROPAESCHES PARLAMENT, "Weltweite Abschaffung der Todesstrafe gefordert", *EuGRZ* (Europäische Grundrechte-Zeitschrift), 1997, s. 263-264.

¹⁷ <http://www.coe.fr/cp/97/660a%2697%29.htm>, 16.06.1999.

¹⁸ Amavutluk da 1995 yılında AK katılırken 3 yıl içinde ölüm cezasını kaldırarak 6 nolu protokolü onaylama taahhüdünde bulunmuştu. Ölüm cezasını bu süre içinde kaldırmayan Amavutluk, Avrupa Konseyince (20.1.1999) tarihinde ölüm cezalarını infaz etmemesi için ikaz edilmiştir: <http://www.coe.fr/cp/99/34a%2699%29.htm>, 16.06.1999; AK (12.02.1999) Venedik Komisyonunun hazırladığı bir raporda, Kasım 1998 de yürürlüğe giren yeni Amavutluk Anayasasının artık ölüm cezasına imkan vermediği belirtilmektedir: <http://www.coe.fr/cp/99/73a%2899%29.htm>, 16.06.1999.

cezasını kaldırmış olmakla birlikte Protokolü henüz onaylamamışlardır. Polonya Protokolü onaylamamakla birlikte ölüm cezasını kaldırmıştır.

Bu durumda AK'nin *eski üyelerinden* Türkiye dışında hiç birisinde ölüm cezasının bulunmadığını, hepsinin de Protokolü onayladığını, *yeni üyelerden* ise sadece Rusya ve Ukrayna da ölüm cezasının henüz kaldırılmadığını, Amavutluk dışındaki Protokolü onaylamayan devletlerin ise Protokolü imzalamış olduğunu görmekteyiz. Bu gelişmeler, AK'nin Avrupa'yı "*ölüm cezasından arındırılmış kıta*" olarak tanımlamasını büyük oranda doğrulamakta; Türkiye'nin ise ölüm cezasını muhafaza etmesi ve AK karşı savunmasını gittikçe zorlaştırmaktadır.

Tablo 1: Avrupa Konseyinin Ölüm Cezasının Kaldırılmasına İlişkin 6 Nolu Protokolün 18/11/1999 Tarihi İtibariyle İmza ve Onay Durumu¹⁹

Sözleşmenin imzalandığı yer ve tarih: Strazburg, 28/04/1983; Sözleşmenin yürürlüğe girdiği tarih: 01/03/1985

Üye Devletler	İmza tarihi	Onaylama veya kabılma tarihi	Yürürlüğe giriş tarihi
Almanya	28/04/83	05/07/89	01/08/89
Amavutluk	----	----	----
Andora	22/01/96	22/01/96	01/02/96
Avusturya	28/04/83	05/01/84	01/03/85
Belçika	28/04/83	10/12/98	01/01/99
Bulgaristan	07/05/99	29/09/99	01/10/99
Çek cumhuriyeti	21/02/91	18/03/92	01/01/93
Danimarka	28/04/83	01/12/83	01/03/85
Estonya	14/05/93	17/04/98	01/05/98
Finlandiya	05/05/89	10/05/90	01/06/90
Fransa	28/04/83	17/02/86	01/03/86
Gürcistan	17/06/99	----	----
Hırvatistan	06/11/96	05/11/97	01/12/97
Hollanda	28/04/83	25/04/86	01/05/86
İngiltere	27/01/99	20/05/99	01/06/99
İspanya	28/04/83	14/01/85	01/03/85
İsveç	28/04/83	09/02/84	01/03/85
İsviçre	28/04/83	13/10/87	01/11/87
İzlanda	24/04/85	22/05/87	01/06/87
İrlanda	24/06/94	24/06/94	01/07/94
İtalya	21/10/83	29/12/88	01/01/89
Kıbrıs Rum Kesimi	07/05/99	----	----
Letonya	26/06/98	07.05.99	01.06.99
Liechtenstein	15/11/90	15/11/90	01/12/90
Litvanya	18/01/99	08.07.1999	01.08.99
Lüksemburg	28/04/83	19/02/85	01/03/85
Macaristan	06/11/90	05/11/92	01/12/92
Malta	26/03/91	26/03/91	01/04/91
Makedonya	14/06/96	10/04/97	10/04/97
Moldovya	02/05/96	12/09/97	12/09/97
Norveç	28/04/83	25/10/88	01/11/88
Polonya	18.11.1999	----	----
Portekiz	28/04/83	02/10/86	01/11/86
Romanya	15/12/93	20/06/94	01/07/94
Rusya	16/04/97	----	----
San Marino	01/03/89	22/03/89	01/04/89
Slovakya	21/02/91	18/03/92	01/01/93
Slovenya	14/05/93	28/06/94	01/07/94
Türkiye	----	----	----
Ukrayna	05/05/97	----	----
Yunanistan	02/05/83	08/09/88	01/10/88

¹⁹ <http://www.coe.fr/tablconv/114t.htm>, 18.11.1999.

Sonuç olarak AK çerçevesindeki gelişmeler karşısında ölüm cezasının Avrupa kıtasından silinmek üzere olduğunu ve ölüm cezasının Avrupa kamu düzenine aykırı olduğu görüşünün de artık büyük oranda doğrulandığını söyleyebiliriz. Avrupa kıtası dışında da ölüm cezasının kaldırılmasına ilişkin gelişmelere rağmen, Dünya'da hala 91 ülkede ölüm cezasının bulunması ve ölüm cezasını kaldırılan ülkelerde yeniden yürürlüğe koyma çabaları, ölüm cezasının hala gayri insani ve zalimce bir ceza olduğunu ve bunun uluslararası hukukun bir genel kuralı olduğunu iddiaya imkan vermemektedir. Ölüm cezasını kaldırılan bir çok devletin artık milletlerarası adli yardımlaşma ve suçluların iadesinde talep eden devletçe ölüm cezasının verilmemesi veya infaz edilmemesi şartını ileri sürmeleri, ölüm cezasının bir iade engeli teşkil edip etmeyeceği sorununun daha da güncel bir tartışma haline getirmiştir.

1. 2. Türk Hukukunda Ölüm Cezası

AİHS 2. maddesinden hemen hemen aynen alınan 1982 Anayasasının 17. maddesinde mahkemelerce verilen ölüm cezasının yerine getirilmesinin hayat hakkının meşru bir sınırlandırılması olduğu hükmünü getirilerek, 1961 Anayasası dönemindeki ölüm cezasına ilişkin tartışmalar sona erdirilmiştir. TCK'da çok sayıda suçun müeyyidesi olarak ölüm cezası öngörülmektedir. 29.11.1990 tarihinde TCK yapılan bir değişiklikle ölüm cezası öngörülen suçların sayısı 29 dan 12 ye indirilmiştir²⁰. İdam cezalarının infazı açısından 75 yıllık Cumhuriyet dönemine baktığımızda: 1923-1960 yılları arasında 290 kişinin, 1960-1961 yılları arasındaki 27 Mayıs askeri rejimi döneminde 25 kişinin, 1961 yılından 12 Mart 1971 kadar olan parlamenter dönemde 45 kişinin, 1971-1973 arasındaki 12 Mart ara rejimi döneminde 17 kişinin, 12 Eylül 1980 tarihinden 6.12.1983 tarihleri arasındaki askeri rejim döneminde 53 kişinin, 1984 yılında da iki kişinin idam edildiğini görmekteyiz. Bu bilgilerden 1965-1970 yılları ile 1973-1979 yılları arasındaki TBMM döneminde hiç bir idam cezasının infaz edilmediğini, idam cezalarının genellikle askeri ve yarı askeri rejim dönemlerinde infaz edildiğini görüyoruz. 1984 yılındaki iki idam cezasının infazı istisna edilirse, 1965 yılından beri TBMM'nin normal rejim dönemlerinde idam cezası onaylanmadığı anlaşılmaktadır.²¹Ayrıca bunlara ek olarak 12.4.1991 tarih ve 3714 sayılı Terörle Mücadele Kanununa²² eklenen geçici 1. ve 2. md. ile 8.4.1991 tarihine kadar işlenmiş suçlar bakımından ölüm cezası verilmemesi, hakkında ölüm cezası verilmiş olanlar için de 10 yıl ceza çektikten sonra iyi halli olup olmadığına bakılmaksızın salıverilmesi hükmü getirilerek, diğer cezalar yanında ölüm cezası için de dolaylı bir af çıkarılmıştır. Son olarak Cumhurbaşkanınca tekrar görüşülmek üzere TBMM'ne iade edilen 4453 sayılı "Bazı Suç ve Cezaların Affına İlişkin Kanun" ile AY 14. maddesinde belirtilen suçlar dışında af ve ceza indirimi getirerek kanun kapsamına giren suçlar bakımından ölüm cezasını da bu ortadan kaldırarak, aşağıda incelenecek ülkelere olan problemini kısmen ortadan kaldırmakla birlikte, kanunun kapsam dışı bıraktığı suçlar ile 23 Nisan 1999 tarihinden sonra işlenen suçlar bakımından iade halinde ölüm cezası sorunu devam etmektedir.

Bu gelişmeler Türkiye'de ölüm cezasının de facto (fili) kalktığını iddia etme imkanı vermektedir. Bu fiili durumdan hareket eden Türk Ceza Kanunu Öntasan

²⁰ Bu konuda Bkz. Silvia TELLENBACH, "Todesstrafe in der Türkei", ZAR (Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik), 1991, s. 87 vd.; ARTUK, s.165.

²¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için Bkz. Bülent TANÖR, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, BDS Ya., B. 3, 1994, s. 21 vd.

²² RG 12.4.1991/20843, Mükerrer sayı.

Komisyonu üyeleri TCK 1997 Öntasarısı'nda ölüm cezasına tasarıda yer vermemişler, bunun yerine 58. md. ile "ağırlaştırılmış müebbet hapis" cezası adıyla yeni tip bir hapis cezası getirmişlerdir.²³ Tasarı bu yönüyle Hükümetçe de benimsenerek kanunlaşması için TBMM'ne sevk edilmiş ve Meclis gündeminde beklemektedir. Ancak Abdullah Öcalan'ın İtalya'dan iadesi²⁴ gündemdeyken siyasi partilerin idam cezasına ilişkin açıklamaları, Adalet Bakanlığınca idam cezasına ilişkin hazırlanan tasarrının Mecliste görüşülmesine imkan vermemiştir. Terörle mücadele Türkiye'nin gündemini oluşturduğu ve teröre çok sayıda şehit veren halkın tepkisi devam ettiği sürece, Meclisin ölüm cezasını kaldırılması zor olacaktır.

2. AİHS VE ÖLÜM CEZASI BULUNAN ÜLKEYE SUÇLULARIN İADESİ

Yukarda kısaca incelediğimiz insan hakları sözleşmelerinden hiç birisinde ölüm cezası bulunan bir ülkeye suçluların iadesini yasaklayan bir hüküm bulunmamaktadır. Burada konuya AİHS ve ek Protokolleri açısından baktığımızda, suçluların iadesine sadece Sözleşmenin 5. md. 1. fıkrasında değinilmekte ve burada iade amacıyla bir kişinin yakalanmasının caiz olduğu belirtilmektedir. Bunun dışında iadeyle ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak bu düzenleme, iadenin her durum ve şart altında Sözleşmeye uygun olduğu anlamına gelmemektedir. Bu sebeple AİHS'nin iade işlemine uygulanabilirliği, iadesi söz konusu olan bir kişinin iade edilecek devlette Sözleşmeyi ihlal edici muameleye tabi tutulma tehlikesi bulunması halinde bu kişinin Sözleşme ile teminat altına alınan haklarını ihlalinin söz konusu olup olmayacağı, haklarının ihlal edilebileceği kabul edilirse, hangi şartlar altında bir iade işleminin Sözleşmeyi ihlal edebileceği sorusuna literatürde çeşitli cevaplar verilmiştir.

Biz bu konuyla ilgili olarak Alman ve İsviçre hukuk literatürü ile yüksek mahkeme görüşlerinin değerlendirilmesini başka bir çalışmamıza atıfta bulunarak²⁵, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (AİHK) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)'nin görüşleri (özellikle Soering kararındaki görüşleri) üzerinde kısaca durulacaktır.

AİHK ve AİHM'nin müstakar içtihatlarına göre suçluların iadesi AİHS'de düzenlenen konulardan değildir ve *Sözleşme Edilmeme Hakkı* diye bir hak içermemektedir.²⁶ Ancak AİHK bir çok defa iade edilebilirlik kararlarını 3. maddesindeki işkence, insanlık dışı muamele ve ceza yasağı açısından ele alıp inceleme konusu yapmış ve iadenin özel durumlarda 3. maddeyi ihlal edebileceğine

²³ TCK Tasarısı 58. md. "Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası hükümlünün hayatı boyunca devam eder ve sıkı güvenlik rejimine göre çekilir.

• Sıkı güvenlik rejimini, cezaların infazı hakkındaki kanun ve tüzük gösterir.
• En az on yıl süre ile çekildikten sonra cezanın infazında sıkı güvenlik rejiminin kaldırılmasına, 66. ıncı maddenin gösterdiği şart ve usullere göre hakim tarafından karar verilebilir.
• Şartla salıverilmeye ilişkin hükümler saktır.
66. md. 1. fik. 1. cümle: "Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezalarına mahkum edilmiş olanlar otuz yıl geçmedikçe şartla salıvermeden yararlanamazlar."

²⁴ Bu konuda Bkz. Faruk TURHAN, "Abdullah Öcalan'ın İadesinde Hukuki Engeller", *Zaman Gazetesi*, 17 Kasım 1998, s. 15.

²⁵ Faruk TURHAN, *Die Rechtsstellung des Auszuliefernden nach türkischem Recht unter rechtsvergleichender Berücksichtigung des deutschen Rechts (Rechtsstellung)*, Peter Lang Verlag 1993, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, New York, Paris, Wien, özellikle s. 152-167.

²⁶ Komisyon ve Divanın bu konudaki kararları için Bkz. TURHAN, *Rechtsstellung*, s. 162 vd. (özellikle 162 sayfadaki 81 ve 82 nolu dipnotlarda zikredilen kararlar)

karar vermiştir.²⁷Buna göre iade sonurda talep eden devlette kişinin işkence veya insanlık dışı muameleye tabi tutulma tehlikesi varsa, bu durum talep edilen devlet açısından 3. maddenin ihlali anlamına gelmektedir.

Talep eden devlette iadeye esas teşkil eden fiil için ölüm cezasının öngörülmüş olması halinde iadenin caiz olup olmadığı sorusuna ise AİHS'de hiçbir cevap bulunmamaktadır. Sözleşmenin 2. maddenin açıkça ölüm cezasına müsaade etmesi karşısında sırf talep eden ülkede sanığı ölüm cezasının bekliyor olmasını Sözleşmeye aykırı bulmak mümkün değildir. Komisyon da Kirkwood²⁸ ve Soering²⁹ olaylarında ölüm cezası tehlikesi halinde iadenin Sözleşmenin 2. maddesini ihlal etmediğini açıkça belirtmiştir. Ancak Komisyon her iki olayı 3. md. açısından değerlendirmiştir. *Kirkwood* olayında şikayetçi sırf ölüm cezası tehlikesine değil, fakat ızdıraplı, eziyetli ve cezaevinin muhtemelen yıllarca süren "ölüm hücrelerinde (*death row*)" beklemenin (ölüm hücreleri sendromu-Todeszellsensyndrom) gayri insani muamele olarak, AİHS'nin 3. maddesini ihlal ettiği iddiasına dayanmıştı. Komisyon, şikayetçinin gayri insani muamele yapılacağı ihtimalini yeterince ispat edemediği gerekçesi ile bu şikayeti reddetmiştir. *Soering* olayında da şikayetçi, *Kirkwood* olayında olduğu gibi aynı durum ile karşı karşıya kalacağını ileri sürmüştü. Şikayetçi Soering, ABD'ne iade edilmesi halinde, orada ölüm cezasına çarptırılma ve ölüm hücreleri sendromuna maruz kalma korkusu taşıyordu. AİHK burada *Kirkwood* kararına atıfta bulunarak, Sözleşmenin 2. md. 1. fıkrası 2. cümlesine rağmen ölüm cezasının verilmesi ve infazı ile ilgili şartların 3. maddenin ihlaline sebep olabileceği görüşünü savundu. Fakat, AİHK'ni bu kararında da ölüm hücreleri sendromunun gerekli ağırlığa ulaşmadığı ve böyle bir durumda ölüm cezasının infazının da AİHS'nin 3. maddesi anlamında gayri insani ceza veya muamele teşkil etmeyeceği sonucuna varmıştı. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise ilk defa Soering olayında ölüm cezası halinde iadenin Sözleşmeyi ihlal edip etmeyeceği sorusunu tartışmış, Komisyonun görüşü doğrultusunda 2. maddenin ihlalinin söz konusu olmadığına, 6. nolu Protokolü onaylayan çok sayıda devlete rağmen 2. md. ile ölüm cezasına verilen müsaadenin dolaylı da olsa yürürlükten kalkmadığı sonucuna varmıştır. Mahkeme ölüm cezasını Sözleşmenin 3. maddesi açısından da inceleyerek, bütün şartları ve olayları ayrıntılı bir incelemeden sonra -Komisyonun aksine olarak- şikayetçinin Amerika Birleşik Devletlerine iadesi halinde 3. maddede belirtilen sınırı aşan gerçek bir gayri insani muamele rizikosuna ile karşı karşıya kalacağı sonucuna varmıştır. Burada Mahkeme, şikayetçi Soering'in suçu işlediği zaman 18 yaşında olmasını ve olay anındaki kusur sorumluluğunu önemli ölçüde etkiler nitelikteki anormal ruh halini, ölüm cezasına mahkum olması halinde ekstrem şartlar altında cezası infaz edilinceye kadar ölüm hücrelerinde geçireceği ortalama 6 ile 8 yıllık çok uzun zamanı, bu süre içinde devamlı mevcut ve artan ölüm cezasının infazı korkusunu gerekçe olarak göstermiştir.³⁰ AİHM'nin, Soering kararından bu yana geçen on bir yıl içinde AİHS'ne taraf olan devletlerin büyük çoğunluğunun 6 nolu Protokolü onaylamış olmasını ve ölüm cezasının kaldırılmasına ilişkin Dünya'da ki gelişmeleri dikkate alarak ölüm cezasına

²⁷ Bkz. Theo VOGLER, *Internationales Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention*, in: Heribert Golsong/Wolfram Karl/Heribert Miehsler/Herbert Perzold/Kersten Roge/Theo Vogler/Luzius Wildhaber, *Loseblattausgabe, 1. Lieferung 1986* Art. 6 Rn. 248; Jochen FROWEIN/ Wolfgang PEUKERT, *Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar*, Kehl 1985, B. 1, s. 36 vd.

²⁸ Şikayet No 10479/83, D.R. 37, 158.

²⁹ Komisyon kararı için Bkz. 11 E.H..R.R. (Europaen Human Rigts Reports), No. 439 (1989), s. 488 vd.

³⁰ TURHAN, *Yargıtay Dergisi*, 1998, s.94.

mahkum edilmiş olan Abdullah Öcalan'ın başvurusunda, 2. maddenin artık mevcut hukuki durumu aksettirmede³¹ gerekçesi ile, ölüm cezasını 3. md. anlamında gayri insani bir ceza olarak kabul etmesi uzak bir ihtimal değildir.

2. SUÇLULARIN İADESİNE DAİR AVRUPA SÖZLEŞMESİNİN ÖLÜM CEZASINA İLİŞKİN DÜZENLEMESİ VE VERİLEN TEMİNATLARIN YETERLİLİĞİ PROBLEMİ

3.1. Talep Eden Ülkede Fiil için Ölüm Cezası Öngörülmesi Halinde SİDAS 11. Maddesinin Öngördüğü Düzenleme

1958 tarihinde Avrupa Konseyi çerçevesinde imzalanan bu Sözleşme ölüm cezası açısından tamamen o zamanki anlayışı yansıtmaktadır. Sözleşmenin 11. maddesi, mevzuatından ölüm cezasını çıkarmış veya uzun süreden beri uygulamayan devletlere, talep eden devletten teminat isteme hakkı verecek şekilde düzenlemiştir.³² Gerçekten 11. maddeye göre:

"Talep eden tarafın kanununda iade talebine sebep olan fiilin ölüm cezasını gerektirmesine karşın, kendisinden iade talep edilen tarafın mevzuatında ölüm cezasının bulunmaması veya bu devlette genellikle ölüm cezasının infaz edilmiyor olması halinde, talep eden taraf *ölüm cezasının infaz edilmeyeceğine* dair yeterli teminat vermediği takdirde iade talebi reddedilebilir."³³

Sözleşmenin bu düzenlemesinden şu sonuçları çıkarmaktayız:

a. Talep eden devlette ölüm cezasının bulunması kendi başına iadeyi ret için yeterli gerekçe değildir

b. Talep edilen devlet, ölüm cezasının verilmeyeceğine değil, infaz edilmeyeceğine dair teminat isteyebilir.

c. Talep eden devletçe yeterli teminat verilmemesi halinde, talep edilen devlet uluslararası hukuk yönünden iade yükümlülüğünden kurtulmakta ve iade edip etmeme konusunda iç hukukuna göre karar verebilecektir.

d. Hangi teminatın yeterli sayılacağı ise talep edilen devlete bırakılmıştır.

Bu durumda, talep eden ülkede ölüm cezasının bulunması halinde, iç hukukunda ölüm cezasını kaldırmış veya uzun süreden beri uygulamayarak fiilen kaldırmış olan ülkelerin iadeyi reddedip etmeyeceğini ve teminatın ne zaman yeterli sayılacağını anlamak, ancak bu ülkelerin iç hukukundaki ölüm cezasına ilişkin düzenlemeler ile yargı kararları incelenerek anlaşılabilir. Ayrıca taraf devletlerin SİDAS'ı onaylarken³⁴ Sözleşmenin bu hükmüne çekince koyup koymadığı da dikkate alınmalıdır. SİDAS'ı onaylayan devletlerden Almanya, Belçika, İngiltere, İrlanda, İtalya, Lüksemburg, Hollanda, Avusturya, Portekiz, İsviçre, İspanya, İsveç, Norveç ve Finlandiya'nın iç hukuklarında veya iadeye ilişkin taraf oldukları sözleşmelerde ölüm cezası halinde iadenin kabul edilmeyeceğine veya en azından infazın yapılmayacağına ilişkin yeterli teminat verilmesi halinde ancak iade talebinin kabul

³¹ Avrupa Konseyinin resmi görüşü bu yöndedir. bkz., örneğin AK Parlamenter Meclisi'nin 1246 (1994) ve 1302 (1996) tarihli kararları

³² Bkz Durmuş TEZCAN, "Ölüm Cezasını Gerektiren Suçlarda Suçluların Geri Verilmesi Sorunu", **Ankara Üniv. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C XXXVIII, S. 1-4 (1983), s. 159 vd

³³ Tarafımca vurgulanmıştır.

³⁴ Bu gün Avrupa Konseyine üye 41 devletten San Marino, Rusya, Gürcistan, Andora dışındaki bütün diğer devletler SİDAS'ı onaylamıştır. Onay durumu için bakınız: <http://www.coe.fr/tabiconv/24t.htm>, 30 Ağustos 1999.

edilebileceğine ilişkin hükümler yer almakta, yüksek mahkeme kararları bulunmaktadır. Burada incelememizi Türkiye'nin en fazla iade trafiğinin olduğu Almanya, Fransa, İtalya, Avusturya, Belçika ve Hollanda' da ki hukuki durumla sınırlandıracağız.

3.1.1. Türkiye'nin En Fazla İade Talebinde Bulunduğu (Bazı) Avrupa Ülkelerinde Ölüm Cezası Verilmeyeceğine veya İnfaz Edilmeyeceğine İlişkin Teminat İstenmesine ve Verilen Teminatın Yeterliliğine İlişkin Aranan Şartlar

a. Alman Hukukunda Aranan Şartlar

1949 tarihli *Alman Anayasası* (Grundgesetz-GG) 102. md. ile ölüm cezasını savaş ve barış zamanı ayırımı yapmaksızın kaldırmıştır. *Alman Anayasa Mahkemesinin* 1964 tarihli bir kararından da anlaşılacağı gibi bu hükmün etkisinin iç hukuka yönelik olduğu kabul ediliyordu³⁵. Gerçekten Anayasa Mahkemesi bu kararında "talep eden devlette ölüm cezası öngörülen bir fiil için iadeyi Anayasa' nın 102. md. sinin yasaklamadığını" açıkça kabul etmişti. Ancak literatürde çoğunluk Anayasa Mahkemesinin bu görüşüne katılmamıştır. Literatürde bazı hukukçular 102. md. ile birlikte 1. md. ki insan haysiyetinin dokunulmazlığını düzenleyen hükmünün ölüm cezası halinde iadeyi yasakladığını savunmaktadırlar³⁶. Diğer bir kısım hukukçular ise, Federal Anayasanın 2. md. 2. fıkrasındaki hayat hakkı ile 102. md. deki ölüm cezasının yasaklanmasını birlikte değerlendirerek ölüm cezası halinde iadenin Anayasaya aykırı olduğunu, çünkü devletin görevinin sadece hayat hakkına müdahale etmemek değil, aynı zamanda bu hakka üçüncü kişiler veya talep eden devlet tarafından gelebilecek saldırılara karşı kişiyi korumak olduğunu ve bu sebeple talep eden devlette sanığın ölüm cezasına çarptırılmasına yardımcı olmanın da hayat hakkının ihlali olduğunu ileri sürmektedirler.³⁷ Anayasa Mahkemesi de 4.5.1982 tarihli kararı ile 1964 karardan kısmen dönerek, literatürdeki çoğunluğun görüşüne yaklaşmıştır. Anayasa Mahkemesi kararında iadesi söz konusu olan kişinin iade edileceği ülkede ölüm cezasını infaz edilmeyeceğine ilişkin yeterli güvence bulunduğu sürece, Anayasada garanti edilen hayat hakkı ve ölüm cezası yasağının iadeye engel teşkil etmeyeceğini belirterek, dolaylı olarak yeterli garanti olmadan iadeye karar verilmesinin Anayasaya aykırı olduğunu ifade etmiştir.³⁸

İade sözleşmesi yapılmamış devletlerle olan iade ilişkileri ile, sözleşmelerin iç hukuka bıraktığı konularda yürürlük alanı bulan ve eski Suçluların İadesi Kanunu'nu (Deutsches Auslieferungsgesetz [DAG]) yürürlükten kaldıran 1983 tarihli *yeni Cezai Konularda Milletlerarası Adli Yardımlaşma Kanunu* (*Das Gesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen-IRG*) ise artık ölüm cezası halinde iadenin ancak, talep

³⁵ BVerfGE 18, 112; kararın eleştirisi için Bkz. Wilhelm Karl GECK, "Art. 102. GG und der Rechtshilfeverkehr zwischen der Bundesrepublik und Laendern mit der Todesstrafe-BverfG 18, 112", *Jus* 1965 Herft s. 221-232.

³⁶ Christian STRACK, in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/ Christian Starck: *Das Bonner Grundgesetz*, B. 3, 1985 Band (cilt) 1, Art. (Artikel-madde) 1. Absatz 1 Randnummer (Kenar Numarası) 39; SCHOLZ, in: Theodor Maunz/Günter Dürig/Roman Herzog, Art. (Artikel-madde) 102 Rn. 26.

³⁷ Christoph GUSY, "Auslieferung bei drohender Todesstrafe", *Goldamer's Archiv (GA)*, 1983, s. 73-83; Otto LAGODNY, *Die Rechtsstellung des Auszullefernden in der Bundesrepublik Deutschland*, Freiburg i.Br. 1987, 238 vd.; Gerhard KREPPEL, *Verfassungsrechtliche Grenzen der Auslieferung und Ausweisung unter besonderer Berücksichtigung der Auslieferung bei drohender Todesstrafe*, Würzburg, 1965 s. 193 vd.

³⁸ BVerfGE BverfGE (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts), 60, 348, 355.

eden ülkenin ölüm cezasına hükmedilmeyeceğine veya cezanın infaz edilmeyeceğine ilişkin yeterli teminat vermesine bağlı olduğu hükmünü getirmiştir.³⁹ Önceleri Türkiye tarafından verilen garantiler Alman mahkemelerince ve Federal Hükümetçe yeterli görülürken⁴⁰, yukarıda belirttiğimiz Anayasa Mahkemesinin 1982 tarihli kararından sonra ve yeni Milletlerarası Adli Yardımlaşma Kanununun § 8. düzenlemesi nedeniyle artık yeterli garanti olarak görülmektedir.⁴¹ Bu konuda Düsseldorf Eyalet Yüksek Mahkemesinin (Oberlandesgericht) 23.06.1993 tarihli kararı⁴² uygulamayı yansıtan bir örnek olarak değerlendirilebilir: Türkiye, Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi tarafından PKK terör örgütü mensubu olarak bir jandarma karakoluna silahlı saldırıda bulunmak ve bir köy otobüsüne ateş açarak 8 masum insanı öldürmekten aranan sanığın iadesini Almanya'dan istemiştir. *Düsseldorf Eyalet Yüksek Mahkemesi* "sanığa atfedilen filler TCK 125. maddesine girmekte ve bu filler için de Kanunda ölüm cezası öngörülmektedir. Olayın oluş şekli, bağlantıları, fillin siyasi niteliği dikkate alındığında, sanığın Türkiye'ye iadesi halinde hakkında Türk mahkemesince ölüm cezası verilmesi ve verilen cezanın da infaz edilmesi büyük ihtimal dahilindedir" diyerek, Türkiye'nin iade talebini reddetmiştir. Eyalet Yüksek Mahkemesi bu kararı ön yargılı tahminlere dayanmıştır. Çünkü, iadesi istenen sanıklar kendilerine atfedilen suçları 16. 6.1992 tarihinde işlemişlerdir. Bu tarihten yaklaşık bir yıl önce 8.4.1991 tarihinde Terörle Mücadele Kanununa eklenen bir madde ile işlenen suçlardan ölüm cezasını gerektirenler için sadece 10 yıl hapis cezasını verileceği hükmünü getirilerek dolaylı bir af çıkarılmıştır. Ayrıca 1984 yılından beri Türkiye'de mahkemelerce verilen hiç bir ölüm cezasının infaz edilmemektedir. Alman Mahkemesi bu hususları bilmesine rağmen, sanığın Türkiye'ye iade edilmesi halinde kesinlikle ölüm cezasına mahkum olacağı ve bu cezanın da infaz edileceği kehanetinde bulunulması Mahkemenin ne kadar ön yargılı karar verdiğini göstermektedir. Mahkeme kararının devamında, SİDAS 11. md. ile yeterli teminat verilmemesi halinde talep eden ülkeye tanınan iadeyi ret edebilme yetkisinin Alman Anayasası açısından tam bir iade yasağına dönüştüğü, çünkü ölüm cezasına mahkumiyet veya bu cezanın infazının hem Anayasa'nın 1. md. 1. fıkrasındaki insan haysiyetinin (Menschenwürde) dokunulmazlığı temel ilkesini ihlal ettiğini, hem de 2. md. 2. fıkrasındaki hayat hakkı ile kabili telif olmadığını, hayat hakkını ihlal eden işlemin neticesinin ülke içinde veya ülke dışında gerçekleşmesinin önemli olmadığını, Anayasanın 102. maddesindeki ölüm cezası yasağına ilişkin temel değer yargısının suçluların iadesi ilişkilerinde de dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. Eyalet Yüksek Mahkemesi, Türk Hükümetince verilen ve sanığın Türkiye'de ölüm cezasına mahkum olması halinde, cezasının ömür boyu hapse çevrilmesi için Hükümetin TBMM'den talepte bulunacağına ilişkin güvenceyi de yeterli görmemiştir. Yine son olarak **Celle Eyalet Yüksek Mahkemesinin** (OLG Celle) 25.03.1998 tarihli kararında, adam öldürme suçundan geçici iade tutuklaması talebini, sanığın Türkiye'ye iadesi halinde TCK 450.

³⁹ Tartışmalar ve ayrıntılı bilgi için Bkz Theo VOGLER, in: Theo Vogler/ Wolfgang Walter/Peter Wilkitzki, **Kommentar zum Gesetz über internationale Rechtshilfe In Strafsachen (IRG), Kommentar**, B. 2, 1980 vd. § 8 Rn 1 vd.

⁴⁰ Bkz Heinrich GRÜTZNER/Paul-Günther PÖTZ, **Internationale Rechtshilfeverkehr in Strafsachen**, 2. Basi, Loseblattausgabe, Heidelberg 1980 vd. yıllar, II T 19, s. 5, Anmerkung (Dipnot) 2.

⁴¹ TURHAN, **Rechtsstellung**, s.181-189.

⁴² Düsseldorf Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin (OLG) 23.06.1993 tarihli (4 Ausl (A) 221/93 – 87/93 III) Kararı, **Strafverteidiger** 1/94: 34-35.

maddesine göre ölüm cezasına mahkum olabileceği gerekçesi ile reddetmiştir.⁴³ Diğer eyalet yüksek mahkeme kararlarında da benzer görüşler ileri sürülmektedir.⁴⁴

b. İtalyan Hukukunda Aranan Şartlar

İtalya, SİDAS'ni onaylarken 11. maddeye koyduğu çekince ile talep eden devlette ölüm cezasının bulunması halinde iade talebini kabul etmeyeceğini beyan etmiştir⁴⁵. Bu çekinceye göre, talep eden devlette iade talebine esas teşkil eden suç için ölüm cezası öngörülüyorsa uluslararası hukuk açısından İtalya'nın iade yükümlülüğü söz konusu değildir. 27.12.1947 tarihli İtalyan Anayasası'nın 27. md. 4. fıkrası da savaş zamanlarında işlenen suçlar dışında ölüm cezasını kaldırmıştır. *İtalyan Anayasa Mahkemesi* 1979 yılında verdiği bir kararında, o zaman hala yürürlükte olan İtalya-Fransa arasındaki Suçluların İadesine Dair Sözleşmenin ölüm cezasını gerektiren bir suç nedeniyle iadeye müsaade etmesi nedeniyle Sözleşmenin yürürlük kanununu iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi bu kararında ölüm cezasının kaldırılmasına ilişkin Anayasanın 27. md. 4. fıkrası ile eşitlik ilkesini düzenleyen 3. maddesine dayanmıştır.⁴⁶ Bu tarihten sonra yürürlüğe giren yeni İtalyan Ceza Yargılama Kanununun 698. md. 2. fıkrası ise iade talebine esas teşkil eden fiil için yabancı ülkenin kanununda ölüm cezası öngörülüyorsa, talep eden ülke ölüm cezasının verilmeyeceği veya verilmişse infaz edilmeyeceği hususunda hem yetkili İtalyan mahkemesince, hem de İtalyan Adalet Bakanlığınca yeterli görülebilecek bir teminat verildiği takdirde iade talebinin kabul edilebileceği hükmünü içeriyordu. Ancak *İtalyan Anayasa Mahkemesi* 27.06.1996 tarih ve 223 sayılı kararı ile Anayasanın 27. md. ve insan haysiyetinin korunmasını düzenleyen 2. maddesinin ölüm cezasını mutlak olarak yasakladığını ve bu nedenle İtalyan Ceza Yargılama Kanunu'nun 698. md. 2. fıkrasının Anayasaya aykırı olduğuna hükmederek bu fıkrayı ve İtalya ile ABD arasında Suçluların İadesi Sözleşmesini onaylayan 26 Mayıs 1984 tarihli ve 225 sayılı onay Kanununun ilgili hükümlerini iptal etmiştir.⁴⁷ Mahkemenin kararına esas teşkil eden olayda *Pietro Venezia* adlı kişi ABD'de cinayetten aranmaktadır. Sanığın İtalya da yakalanması üzerine ABD iadesini talep eder. Yetkili İtalyan mahkemesi ve Adalet Bakanı sanığın iadesi halinde idam edilmeyeceği yolundaki ABD'nin verdiği güvenceyi yeterli bularak iade talebini kabul etmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesinin bu kararı nedeniyle sanığın iadesi gerçekleştirilememiştir. Anayasa Mahkemesinin bu kararından sonra talep eden ülkenin ölüm cezasına hükmedilmeyeceğine veya ölüm cezasının infaz edilmeyeceğine dair verecekleri garantiler de artık iadeyi kabul için yeterli değildir. Böylece İtalya'nın SİDAS 11. maddesi "Talep eden devlette sanığın fiili için ölüm cezasının öngörülmesi halinde iadenin kabul edilmeyeceği" şeklinde koymuş olduğu çekince ile Ceza Yargılama Kanunu arasında paralellik kurulmuş oldu.

c. Fransız Hukukunda Aranan Şartlar

Fransa 1981 yılında ölüm cezasını kaldırmış ve 10/02/86 tarihinde de SİDAS'ı onaylamıştır. SİDAS yürürlüğe girmeden önce bazı devletlerle yapmış olduğu iade sözleşmelerinde Fransa'nın yapacağı iade taleplerinde Fransa'da ölüm cezası

⁴³ Karar metni için Bkz. *Strafverteldiger* 5/99, s. 264-265.

⁴⁴ Bkz. TURHAN, *Rechtsstellung*, s. 123 vd.; TURHAN, *Yargıtay Dergisi*, 1998, s.104.

⁴⁵ "Italy declares that it will not, under any circumstances, grant extradition in respect of offences punishable by death under the law of the requesting Party."

⁴⁶ Bu konuda bkz. TURHAN, *Zaman Gazetesi*, 17 Kasım 1998, s.15.

⁴⁷ Bkz. in: *Giurisprudenza Costituzionale* 1996, s. 1918-1929; bu kararın eleştirisi için Bkz. Vincenzo DELICATA, in: *Giurisprudenza Costituzionale* 1996, s.1929-1937.

verilmeyeceği konusunda teminat vermeyi kabul eden hükümler bulunmaktaydı. Fransa'nın ölüm cezasını kaldırması ve AIHS 6 nolu Ek Protokolü de onaylamasından sonra önceki durumun tam tersine Fransa'dan yapılan iade taleplerinde, talep eden ülkedeki ölüm cezasının insan hakları nedeniyle iadeye engel teşkil edeceği düşüncesi yerleşmeye başladı. Talep eden ülkede ölüm cezası bulunması halinde, bu cezanın verilmeyeceği veya infaz edilmeyeceği hakkında Fransa'nın teminat isteyebileceğine ilişkin Fransız hukukunda herhangi bir düzenleme bulunmamasına rağmen, *Fransız Danıştay'ı (Conseil d'Etat) kamu düzeni (ordre public)* kavramına dayanarak aynı sonuca varmıştır. 1929 tarihli İade Kanununa göre Bölge Mahkemesi (Chambre d'accusation) yabancı iade talebini kabul edilebilirlik açısından incelemekte, mahkemenin bu kararna karşı Fransız Temyiz Mahkemesine (Cour de Cassation) başvurulabilmektedir. Buna karşın Fransız Danıştay'ı ise hükümetçe yabancı devletin iade talebinin kabulüne ilişkin kararını uzun süreden beri idari bir işlem olarak kabul etmekte⁴⁸, bu kararın hem maddi, hem de hukuki açıdan denetlemekte ve kişisel temel hakları da kapsayan ordre-public kavramının incelemesinde kıstas olarak kabul etmektedir.⁴⁹ Fransız Danıştay'ının ölüm cezasının iadeye engel teşkil ettiğine ilişkin önemli kararlarından birini *M. Fidan* olayında vermiştir. Türkiye'nin 27.1.1987 tarihinde Fransa'da iadesini istediği M. Fidan Türkiye'de adam öldürme suçundan aranmaktadır. İade dosyasına tutuklama kararını veren Türk sulh ceza mahkemesinin, "olayın gerçekleşme şekline göre ölüm cezasını gerektiren taammüdün bulunmadığını" belirten bir kararı da eklenmiştir. Fransız Bölge Mahkemesi iade edilebilirlik kararı vermesi üzerine hükümet de ölüm cezasının verilmemesi veya cezanın ömür boyu hapse çevrilmesi şartıyla Türkiye'nin iade talebini kabul etmişti. Ancak sanık M. Fidan'ın bu karara yaptığı iptal başvurusu üzerine Fransız Danıştay'ı, Türkiye'nin vermiş olduğu teminatın yeterli olmadığı ve ölüm cezası bulunan ülkeye iadenin "ordre-public français"i ihlal ettiği gerekçesiyle hükümetin kararını iptal etmiştir⁵⁰. Aktüel olay olarak Alaaddin Çakıcı'nın iadesi ile ilgili olarak Fransız Aix-en-Provence Mahkemesinin 3.12.1998 tarihli (Karar no.100) kararında Türkiye'nin iade talebini kabul ederken, ölüm cezası öngörülen fiillere ilişkin talepleri Türk Hükümetinin Fransız Hükümetine ölüm cezası verilmesi halinde bu cezanın infaz edilmeyeceğine dair garanti vermesi şartına bağlamıştı. Türkiye'nin bu konuda verdiği garanti yeterli bulunmadığı için de, sanık Çakıcı sadece ölüm cezası gerektirmeyen suçlardan dolayı Türkiye'ye iade edilmiştir.

d. Belçika ve Hollanda'da Aranan Şartlar

Her iki devlete SİDAS'ı onaylamıştır.⁵¹ Hollanda Suçluların İadesi Kanununun (Uitleveringswet) 9.3.1967 tarihli (en son 29.9.1988 tarihinde değiştirilmiştir) 8. maddesi talep eden devlet ölüm cezasının infaz edilmeyeceği konusunda yeterli garanti vermediği sürece iade taleplerinin kabul edilmeyeceğini açıkça belirtmektedir. Hollanda mahkeme kararlarına göre insan haklarına ilişkin sözleşmeler de iadeye engel teşkil edebilir. Hollanda Yüksek Mahkemesi (Hoge Raad) 05.03.1990 tarihli bir kararında, talep eden devlette ölüm cezasının bulunması

⁴⁸ Bkz. Lütfi DURAN, "Türkiye'de Hükümetin Suçluların İadesine Dair Kararları Üzerinde Kazai Murakabe", *Tahir Taner'e Armağan*, İstanbul 1956, s. 593-626.

⁴⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Roger ERRERA, "L'extradition et la protection des droits individuels", *Revue fr. Droit adm.* 1 (2) Nisan-Mayıs 1985, s. 158-164.

⁵⁰ *Recueil Dalloz Sirey*, 1987, s. 305-306.

⁵¹ Uzun süre SİDAS' a katılmaktan çekinen Belçika, nihayet 29.08.1997 tarihinde Sözleşmeyi onaylamıştır. Hollanda ise 14.02.1969 tarihinde onaylamıştır.

yalnız başına AİHS'ni ihlal etmez; ayrıca olayda Sözleşmenin somut olarak ihlalinin de ispat edilmesi gerekir.⁵² Buna karşın 13.3.1990 tarihli ve 13.949 sayılı bir kararında ABD de cinayetten yargılanması söz konusu olan bir sanığın iadesini, ölüm cezasını kaldıran, AİHS'ne ek 6 nolu Protokole aykırı bularak reddetmiştir.

Ceza Kanununda ölüm cezası bulunmasına rağmen uzun süreden beri uygulamayan Belçika'da ise Yargıtay 20.12.1989 tarihli bir kararında ölüm cezasının AİHS ve Belçika hukuk düzenine aykırı olmadığını belirtmişti.⁵³ 10.12.1998 tarihinde ise ölüm cezası kaldırılarak, AİHS 6 nolu ek Protokolü onaylanmıştır. Belçika'nın iade ilişkilerinde problem olan iade talebi halinde ölüm cezasının verilmeyeceği veya infaz edilmeyeceği şeklinde Belçika'dan istenen garantileri artık Belçika, kanununda ölüm cezası bulunan ülkelerden istemektedir. 31.7.1985 tarihinde değiştirilen 1874 tarihli Suçluların İadesi Kanunu'nun 1. md. § 2 talep eden devlette iade edilecek kişiye ölüm cezası verilmesi tehlikesi mevcutsa, bu devlet ölüm cezasına hükmedilmeyeceği konusunda yeterli teminat vermediği sürece iade talebinin kabul edilmeyeceği hükmünü içermektedir.⁵⁴ Belçika SİDAS'ı onaylarken ölüm cezasına ilişkin herhangi bir çekince koymamıştır.

e. Avusturya Hukukundaki Düzenleme

Avusturya Federal Anayasasında 29.2.1968 tarihinde yapılan değişiklik ile 85. maddesindeki ölüm cezası tamamen kaldırılmıştır.⁵⁵ Anayasadaki bu yasağın, gayri insani bir ceza olarak görülen ölüm cezasının verilmesi veya infazına Avusturya'nın her türlü katkısını da yasakladığı kabul edilmektedir.⁵⁶ Buna paralel olarak 01.07.1980 tarihinde yürürlüğe giren İade ve Adli Yardım Kanununun (Auslieferungs-und Rechtshilfegesetz-ARHG)⁵⁷ talep eden ülkedeki ölüm cezasını iade engeli olarak düzenlemiştir. Gerçekten bu Kanunun § 20 1. ve 2. fık. göre:

"Talep eden devlette ölüm cezası ile cezalandırılan bir fiil nedeniyle ceza koşuşturması için iade ancak, ölüm cezasının verilmeyeceği garanti edildiği takdirde mümkündür.

Ölüm cezasının infazı için iade talebi kabul edilemez."

Kanunun bu hükmüne göre sanık hakkında ceza koşuşturması için iade talebinde bulunan devlette ölüm cezası seçimsiz bir ceza olarak öngörülmüş olsa bile iade talebi Avusturya tarafından kabul edilmeyecektir.⁵⁸ Yani *ölüm cezasının infaz edilmeyeceği* yolundaki bir güvence yeterli kabul edilmemekte, sanık hakkında *ölüm cezasına hükmedilmeyeceği* konusunda kesin garanti verilmesi aranmaktadır. Talep

⁵² Ingrid VAN DE REYT/ Anton M. VAN KALMTHOUT/ Cornelia WALING, in: Albin Eser/ Barbara Huber (Hrsg.) **Strafrechtsentwicklung in Europa 4.2**, Freiburg i.Br. 1994, s. 982.

⁵³ Françoise TULKENS/ VAN DE KERCHOVE (1993), in: Albin Eser/ Barbara Huber (Hrsg.) **Strafrechtsentwicklung in Europa 4.1**, Freiburg i.Br., 1993, s. 54.

⁵⁴ Henwig SCHAEFFER (1988), in: Albin Eser/ Barbara Huber (Hrsg.) **Strafrechtsentwicklung in Europa 2, Teil 1**, Freiburg i.Br. 1988, s. 26.

⁵⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için Bkz. Christian BRODA, "Europäische Menschenrechtskonvention und die Todesstrafe", in: Adamovich-Pernthaler (Herausgeber). **Auf dem Weg zur Menschenwürde und Gerechtigkeit (Festschrift für Klecksky)**, Wien 1970, s. 75 vd.

⁵⁶ Robert LINKE/Helmut EPP/Gertraude DOKOUPIL/Gert FELSENSTEIN, **Internationales Strafrecht**, Wien 1981, s. 39 vd.

⁵⁷ "Bundesgesetz vom 4. Dezember 1979 über die Auslieferung und die Rechtshilfe in Strafsachen", Kanun metni ve şerhi için Bkz. LINKE/EPP/DOKOUPIL/FELSENSTEIN, s. 39; Kanunun Türkçe tercümesi için bkz., Feridun YENİSEY, **Milletlerarası Ceza Hukuku**, İstanbul, 1988, s. 337 vd.

⁵⁸ LINKE/EPP/DOKOUPIL/FELSENSTEIN, s. 39.

eden devletin Avusturya'nın bu yöndeki şartını açıkça kabul etmesi aranmaktadır.⁵⁹ İkinci fıkraya ise ölüm cezasına mahkum olmuş bir kişinin iadesini kesin olarak yasaklamaktadır. İade yoluyla talep eden ülkede ölüm cezasının infazına katkıda bulunmanın Suçluların İadesi ve Adli Yardımlaşma Kanunu'nun (ARHG) § 2 deki "ordre-public" şartına da aykırı olduğu görüşü ileri sürülmektedir. Bu paragrafta göre "Avusturya kamu düzeninin ihali" söz konusu olursa "yabancı talebin kabul edilmeyeceği" belirtilmekte, literatürde ise kamu düzeni kavramına insan haysiyetinin ve insan haklarının korunmasının da girdiği ve ölüm cezası halinde iade talebinin kabul edilmesinin bu kurala aykırı olduğu görüşü savunulmaktadır.⁶⁰ Avusturya'nın SİDAS'a koyduğu çekince⁶¹ de iç hukukundaki durumu yansıtmaktadır. Bu çekince ile ölüm cezasına mahkum olan bir hükümlünün cezasının infazı için yapılan iade taleplerinin kesinlikle kabul edilmeyeceği, sanığın iadesinin de ancak, talep eden devletçe ölüm cezası verilmeyeceğine ilişkin yeterli garanti verilmesi halinde kabul edileceği belirtilmektedir. Literatürde talep eden devletin genelde bu şekilde bir garanti vermesinin hakim bağımsızlığı nedeniyle oldukça zor olduğu, bu nedenle Avusturya Ceza Kanununa göre (§ 65/2) Avusturya' da zahmetli ve masraflı bir ceza koşuşturması yapılmak zorunda kalınacağı, ancak kanun koyucunun ölüm cezasına hiçbir şekilde katkıda bulunmamak için bunu göze aldığı belirtilmektedir.⁶²

3.3. Türkiye'nin Yurt Dışından İade Talebinde Bulunması Halinde Sidas 11. Maddeye Göre Verebileceği Teminat, Bunun Yeterliliği Problemi ve Çözüm Önerileri

Türkiye'nin yurt dışına yönelmiş olduğu iade taleplerinde, ölüm cezasının verilmeyeceği veya verilmesi halinde bunun infaz edilmeyeceği yolunda talep eden devletçe teminat istenmesi halinde, 1959 yılında SİDAS'ı onaylarken yapmış olduğu beyan tekrarlanmaktadır; son zamanlarda ise, 1984 yılından beri Türkiye'de ölüm cezalarının infaz edilmemesi nedeniyle ölüm cezasının de facto (fiilen) kalktığı şeklinde ifadeler de yer verilmektedir.⁶³ Ancak yukarıda açıklandığı üzere iç hukuklarındaki düzenleme veya SİDAS'a koydukları çekince nedeniyle başta Almanya, Avusturya, Fransa ve İtalya olmak üzere bir çok AK ülkesi Türk Hükümeti'nin "mahkemenin sanığı ölüm cezasına mahkum etmesi halinde bu cezanın müebbet hapse çevrilmesi için TBMM' ne talepte bulunacağına" ilişkin beyanını yeterli bulmamakta ve iade talebimizi reddetmektedirler. Öcalan'a verilen ölüm cezasının infazı tartışmaları da, ölüm cezasının de facto kalktığı şeklindeki görüşleri ileri sürme imkanını şüpheli hale getirmiştir. Özellikle terör olayları nedeniyle, Türk kamu oyunun eğiliminin ölüm cezasının kaldırılmaması yönünde olduğunu Abdullah Öcalan hakkında verilen cezanın infazı sırasındaki tartışmalar göstermektedir. Kamuoyunun baskısından çekinen TBMM'nin yakın gelecekte ölüm cezasını kaldırması ihtimal dahilinde değildir. Bu durumda, ölüm cezasına suçluların iadesi açısından vakit geçirmeden çözüm getirilmesi kaçınılmaz hale gelmiştir.

⁵⁹ SCHWAIGHOFER, Klaus (1988), *Auslieferung und Internationales Strafrecht*, Wien, 1988, s. 124 vd.

⁶⁰ SCHWAIGHOFER, s. 40 vd., 49, 125 vd.

⁶¹ "Austria will refuse extradition requested in order to carry out death-penalty. Extradition for an offence punishable by the death under the law of the requesting Party will only be granted if the requesting State accepts the condition that a death-penalty will not be pronounced. Austria will apply the same principles in the case of sentences which are incompatible with the requirements of humanity and human dignity."

⁶² SCHWAIGHOFER, s. 125.

⁶³ Örneğin, Alaaddin Çakıcı'nın Fransa'dan ve Abdullah Öcalan'ın İtalya'dan iade taleplerinde bu yönde ifadeler kullanıldığı basında yer almıştır.

Burada ayrıntısına girmeden kısaca belirtelim ki, Türk Hükümetinin Anayasanın 138. md. deki yargı bağımsızlığı nedeniyle yukarda belirttiğimiz beyanı aşan bir garanti vermesi şu anki Anayasa sistemimize göre mümkün değildir.⁶⁴ Bu durumda, Türkiye'nin ölüm cezası halinde teminat isteyen ülkelerle ikili sözleşmeler yaparak ölüm cezasını gerektiren suçlar nedeniyle Türkiye'ye iade halinde Türk mahkemelerinin ölüm cezası yerine müebbet hapis cezasına hükmedecekleri şeklinde ifadelerle Türk mahkemelerini doğrudan doğruya bağlayıcı hükümler konabilir. Bu şekilde hükümlere iade sözleşmelerinde rastlanmaktadır. Örneğin şimdi yürürlükten kalkmış olan Almanya-Avusturya İade Sözleşmesinin 11. maddesine göre iadeye konu olan suç fiili talep eden devlette ölüm cezası ile, talep edilen devlette ise başka bir ceza ile cezalandırılıyorsa, bu halde zorunlu olarak ölüm cezası yerine talep edilen devletteki cezanın verilebileceğini, kesinleşmiş ölüm cezalarının da talep edilen devlette bu fiil için öngörülen cezaya çevrileceğini hüküm altına almıştı.⁶⁵

Daha basit başka bir çözüm şekli ise TCK 9. md. eklenecek bir fıkra ile "yurt dışına yapılan iade taleplerinde ölüm cezasının verilmeyeceği veya infazın yapılmayacağı hakkında teminat istenmesi halinde Türkiye'de ölüm cezası yerine müebbet hapis cezası verilir" hükmü getirilmesidir. Benzer düzenlemeler yabancı ülkelerin kanunlarında da yer almaktadır.⁶⁶ Almanya'nın yeni Cezai Konularda Milletlerarası Adli Yardımlaşma Kanunu'nun 72. paragrafına göre, talep edilen devletçe adli yardım için öne sürülen ve kabul edilen şartların Almanya tarafından dikkate alınmasının zorunlu olduğu hükmünü içermektedir. Bu hükümle, yabancı devletler tarafından iade talebinin belli şartlarla kabul edilmesi halinde, Alman mahkemelerinin yargılamada bu şartlara uymaları sağlanmış olmaktadır. Yabancı bir devletçe Türkiye'nin iade talebine ölüm cezasına hükmedilmemesi şartının eklenmesi halinde, bu şartın Hükümetçe kabul edilmesi ve Türk mahkemelerince dikkate alınabilmesi ise ancak yukarda belirttiğimiz şekilde bir kanuni düzenleme ile mümkündür.

SONUÇ

1. Avrupa Konseyinde ölüm cezasının kaldırılmasına ilişkin gelişmeler bu gün Avrupa'yı "ölüm cezasından arındırılmış kıta" haline getirmiştir. AK, yeni katılacak ülkelere ölüm cezasını iç hukuklarında kaldırmasını veya en azından kaldırmayı taahhüt etmesini bir ön şart olarak ileri sürmektedir. Türkiye, Amavutluk, Rusya ve Ukrayna hariç diğer Konsey üyeleri ölüm cezasını kaldırmıştır. AİHS'nin 2. maddesini değiştiren 6 nolu ek protokolü 41 Konsey üyesi ülkeden 34 ü onaylayarak iç hukuklarında yürürlüğe koymuştur. Dünyada ölüm cezalarının infazında sayı olarak bir azalma göze çarpmamakla birlikte, son yıllarda ölüm cezasını kaldıran devletlerin sayısı artmaktadır. Bunun sonucu olarak bu gün Dünyada ölüm cezasını kaldıran (mevzuatından çıkaran veya uzun süredir uygulamayan) devletlerin sayısı ölüm cezası bulunan devletlerin sayısını geçmiştir. Bu gelişmeler karşısında Türkiye, mevzuatında bir çok suç için öngörülen ölüm cezasını savunmakta zorlanmaktadır. Bu sebeple uzun süredir normal rejim sırasında uygulanmayan bu cezanın artık mevzuatımızdan tamamen çıkarılması zamanı gelmiştir.

⁶⁴ Bu konudaki gerçeklerimiz için bkz. TURHAN, *Yargıtay Dergisi*, 1998, s. 97-98.

⁶⁵ Bkz TURHAN, *Yargıtay Dergisi*, 1998, s. 101.

⁶⁶ Ayrıntı için Bkz TURHAN, *Yargıtay Dergisi*, 1998 s. 101 vd.

2. İnsan Haklarına ilişkin sözleşmelerde talep eden devlette ölüm cezasının bulunması halinde iadenin bir insan hakkı ihlali olduğuna ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamakla birlikte, ölüm cezasını iç hukukundan kaldıran devletlerin bir çoğu artık, ölüm cezasına adli yardım yoluyla katkıda bulunmak istememekte, iade sözleşmelerine ve iade ile ilgili kanunlarına bu yönde hükümler koymakta, iadeyi ölüm cezasına mahkum etmeme/cezaı infaz etmeme şartlarına bağlamaktadırlar. Bu da uluslararası ilişkilerde krizlere sebep olmaktadır (Örneğin yakın tarihte Alaaddin Çakıcı'nın Fransa'dan, Öcalan'ın İtalya'dan iadesinde ve ABD'nin Soering olayında olduğu gibi çeşitli ülkelerle olan krizleri).

3. Talep eden devlette ölüm cezasının bulunması nedeniyle iade talebinin reddedilmesi halinde talep edilen devlette ceza yargılaması yapılmasına ceza kanunlarında engel bulunmamakla birlikte (Örneğin Avusturya Ceza Kanunu § 65 2. fık.), suç delilleri ve tanıkların ülke dışında bulunması, talep eden devletin iade talebinin reddini egemenlik hakkına müdahale olarak algılayıp adli yardım yapmaya yanaşmaması gibi nedenlerle ülkede yapılacak ceza koğuştuymasından sonuç alınması pek mümkün olmamaktadır⁶⁷. İki devlet arasında uzun süren iade prosedürü sonunda iade talepleri reddedilmekte, prosedür sırasında sanık serbest bırakıldığı için izini kaybettirmekte ve sonuç olarak ta iadenin esas amacını teşkil eden en ağır suçları işleyenlerin cezasız kalmaması prensibi ihlal olunmaktadır.

4. Yukarıda inceleme konusu yaptığımız ve Türkiye'nin en fazla iade trafiğinin bulunduğu Almanya⁶⁸, Avusturya, Fransa, İsviçre, İtalya, Belçika ve Hollanda gibi ülkelerin Türkiye'nin verdiği garantileri yeterli bulmayarak ölüm cezası halinde iadeyi ret etmesi karşısında, ölüm cezası Türk hukukundan kaldırılincaya kadar zaman geçirilmeden ya TCK eklenecek bir madde ile veya ikili sözleşmelerle Türk mahkemelerini bu konuda bağlayıcı düzenleme getirilmelidir. Ölüm cezasının kaldırılması tartışmasında, ölüm cezasının suçluların iadesine önemli bir engel teşkil ettiği de dikkate alınmalıdır. Ölüm cezası nedeniyle suçluların iadesinde Türkiye'nin karşılaştığı güçlükler uzun süredir uygulanmayan bu cezanın mevzuattan çıkarılması içinde ek bir gerekçedir.

KAYNAKÇA

1. AMNESTY INTERNATIONAL, "The death penalty, list of abolitionist and retentionist country, ACT 05/08/98" ve Amnesty International (ai-journal) April 1999: İnternett: <http://www.amnesty.de>, 30.12.1999.
2. AMNESTY INTERNATIONAL, "Todesstrafe weltweit abschaffen! Der Jahresbericht 1999", Vorge stellt von Barbara Erbe, Pressesprecherin der deutschen ai-Sektion; Kaynak: İnternet: <http://www.amnesty.de>; 30 Haziran 1999.
3. ARNOULD Michel, "Schluss mit der Todesstrafe", in: **Forum** (Avrupa Konseyi yayını), (Dezember 1994).
4. ARTUK Emin, "Ölüm Cezası", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Jale G. Akipek'e Armağan**, Konya, 1991.

⁶⁷ Alman Adalet Bakanlığında 1993 yılında yaptığım staj ve araştırma sırasında bu görüşlerimin doğru olduğunu gördüm.

⁶⁸ Bkz. TURHAN, **Rechtsstellung**, s. 31-32.

5. BRODA Christian, "Europäische Menschenrechtskonvention und die Todesstrafe", in: Adamovich-Pernthaler (Herausgeber), **Auf dem Weg zur Menschenwürde und Gerechtigkeit (Festschrift für Klecksky)**, Wien, 1970.
6. CALLIÉS Rolf-Peter, "Die Abschaffung der Todesstrafe – Zusatzprotokoll Nr. 6 zur Europäischen Menschenrechtskonvention", **NJW**, 1989.
7. DELICATA Vincenzo, in: **Giurisprudenza Costituzionale**, 1996.
8. DÖNMEZER Sulhi-ERMAN Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku C. II, B. 10**, İstanbul, 1994.
9. DURAN Lütfi, "Türkiye'de Hükümetin Suçluların İadesine Dair Kararları Üzerinde Kazai Murakabe", in: **Tahir Taner'e Armağan**, İstanbul, 1956.
10. ERRERA Roger, "L'extradition et la protection des droits individuels", **Revue fr. Droit adm.** 1 (2) Nisan–Mays 1985.
11. EUROPÄISCHES PARLAMENT, "Weltweite Abschaffung der Todesstrafe gefordert", **EuGRZ**, 1997.
12. FROWEIN Jochen-PEUKERT Wolfgang, **Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar**, B. 2, Kehl. Strassburg, Arlington, 1996.
13. GECK Wilhelm Karl, "Art. 102. GG und der Rechtshilfeverkehr zwischen der Bundesrepublik und Ländern mit der Todesstrafe – BVerfG 18, 112", **Jus** 1965, Heft.
14. GIEGERICH Thomas, "Richtermacht und Todesstrafe in den USA", **EuGRZ**, 1995.
15. GRÜTZNER, Heinrich/PÖTZ, Paul-Günther, **Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen**, C. II, B. 2, Loseblattausgabe, Heidelberg, 1980.
16. GUSY Christoph, "Auslieferung bei drohender Todesstrafe", **Goldamer's Archiv (GA)**, 1983.
17. HARTIG Hanno, "Abschaffung der Todesstrafe / Das 6. Zusatzprotokoll zur EMRK", **EuGRZ**, 1983.
18. HARTIG Hanno, "Die Todesstrafe in den Mitgliedstaaten des Europarates" **EuGRZ**, 1980.
19. KREPEL Gerhard, **Verfassungsrechtliche Grenzen der Auslieferung und Ausweisung unter besonderer Berücksichtigung der Auslieferung bei drohender Todesstrafe**, Würzburg, 1965.
20. LAGODNY, Otto, **Die Rechtsstellung des Auszuliefernden in der Bundesrepublik Deutschland**, Freiburg i.Br., 1987.
21. LINKE Robert-EPP Helmut-Gertraude DOKOUPIL-Gert FELSENSTEIN, **Internationales Strafrecht**, Wien, 1981.
22. MÖHRENSCHLAGER Manfred, "Tagungsbericht / Internationale Konferenz über die Todesstrafe in Syrakus", **ZStW**, 100 (1998).
23. SCHAEFER Herwig, in: Albin Eser-Barbara Huber (Hrsg.) **Strafrechtsentwicklung in Europa 2, Teil 1**, Freiburg i.Br., 1988.
24. SCHOLZ Rupert, **Grundgesetz Kommentar**, in: Theodor Maunz/Günter Dürig/Roman Herzog, Loseblattsammlung, 1958.
25. SCHOMBURG, Wolfgang, in: Wolfgang Schomburg/ Otto Lagodny **Internationale Rechtshilfe in Strafsachen/Kommentar zum Gesetz über die**

- internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRG)**, C.H.Becksche Verlagsbuchhandlung, München B. 3, 1998.
26. SCHWAIGHOFER Klaus, **Auslieferung und Internationales Strafrecht**, Wien, 1988.
 27. STRACK Christian, **Das Bonner Grundgesetz**, in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/ Christian Starck., B. 3, 1985.
 28. TANÖR Bülent, **Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, BDS Ya., B. 3, İstanbul, 1994.
 29. TELLENBACH Silvia, "Todesstrafe in der Türkei", **ZAR**, 1991.
 30. TEZCAN Durmuş, "Ölüm Cezasını Gerektiren Suçlarda Suçluların Geri Verilmesi Sorunu", **AÜSBFD** C. XXXVIII, S. 1-4(1983).
 31. TULKENS Françoise-VAN DE KERCHOVE, in: Albin Eser/ Barbara Huber (Hrsg.) **Strafrechtsentwicklung in Europa 4.1**, Freiburg i.Br., 1993.
 32. TURHAN Faruk, "Abdullah Öcalan'ın İadesinde Hukuki Engeller", **Zaman Gazetesi**, 17 Kasım 1998.
 33. TURHAN Faruk, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Suçluların İadesinde Ölüm Cezası ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Soering Kararı", **Yargıtay Dergisi**, Sayı 1-2(1998).
 34. TURHAN Faruk, **Die Rechtsstellung des Auszuliefernden nach türkischem Recht unter rechtsvergleichender Berücksichtigung des deutschen Rechts**, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main, 1993.
 35. ÜNAL Şeref, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**, TBMM Kültür Sanat ve Yayın Kurulu Ya., Ankara, 1995.
 36. VAN DE REYT Ingrid- Anton M. VAN KALMTHOUT -Comelie WALING, in: Albin Eser/ Barbara Huber (Hrsg.) **Strafrechtsentwicklung in Europa 4.2**, Freiburg i.Br, 1994.
 37. VOGLER Theo, **Internationale Kommentar zur Europaeischen Menschenrechtskonvention**, in: Heribert Golsong/Wolfram Kaarl/Heribert Miehsler/Herbert Petzold/Kersten Rogge/Theo Vogler/Luzius Wildhaber, Loseblatasaugabe, 1. Lieferung, 1986.
 38. VOGLER Theo, in: Theo Vogler/ Wolfgang Walter/Peter Wilkitzki, **Kommentar zum Gesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRG) Kommentar**, B. 2, 1980.
 39. YENİSEY Feridun, **Milletlerarası Ceza Hukuku ve Mevzuatı**, İstanbul, 1988.