

ULUSLARARASI ADAM KAÇIRMADA TUTUKLAMA HUKUKU

Yrd. Doç. Dr. Alia YILMAZ

A- Olay

B- Extradisyon nedir?

C- Extradisyona bağlı problemler

1- Ölüm cezası ile ilgili olanlar

2- Çift-yönlü yorumlanmaları

D- Saniğin uluslararası (Kenya'dan) kaçırılması

1- Elçiliğin Dokunulmazlığı

2- Yunan işbirliği

E- Uluslararası Daimi Hakemlik Mahkemesi

F- Sonuç

Uluslararası adam kaçırma hukukunu anlamak extradisyon ile uluslararası tutuklama arasındaki ilişkiyi tanımakla başlar. Buradaki ilişki **extradisyon hukuku** ile **uluslararası tutuklama** (*international arrest*)¹ arasında doğru orantı niteliğindedir. İlki ne kadar varsa ikincisi de o kadar var demektir. İlki ikincinin var olma nedenidir. Veya, birincinin istenmesi durumunda ikincinin de oluşması demektir.

Kısacası, uluslararası ceza hukuku mekanizması olarak extradisyon için uluslararası tutuklama yapılabilir², yeter ki mekanizmanın kendisine özgü

*) Kocaeli Hukuk Fakültesi, Uluslararası Özel Hukuku Öğr. Üyesi

1) BLACK'S LAW DICTIONARY (Bundan böyle BLD), **Tutuklama**: Yasal otorite ile bir kişinin özgürlüğünü kısıtlama. Gerçek veya varsayılan otorite altına almak veya birisinin ceza kovuşturma veya sivil sorumluluk nedeniyle tutulması veya salıverilmemesi (**Arrest**: *To deprive a person of his liberty by legal authority. Taking under real or assumed authority, custody of another for the purposes of holding or detaining him to answer a criminal charge or civil demand*);

2) Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonu (AIHK), madde 5/1.f derki: « Aşağıdaki durumlar ve yasal usule uygun olmanın dışında, herkesin özgürlük ve güvenlik hakkı vardır.

usul ve yasasına ters olmasın. Eğer extradisyona uygun bir tutuklama yapılmaz ise sonuncunun metodu yasa-dışı sayılabilir.

Bunun böyle olmasının gerekliliği asırlar öncesi politik gelişmelerin bazı hukusal kurumlar üzerindeki etkisi ile yakından ilgilidir. Örneğin 19.uncu yüzyılda liberal demokrasi ile vatandaşlık prensibi ve devrim hareketleri gelişirken 20.inci yüzyılda devrimcilere daha az korumalar getirildi. Birinci durumda kişi özgürlüğü nedeniyle tutuklamaya kolay bakılmaz iken ikinci durumda da extradisyona öncelik verilmeğe başlandı. Ancak her iki gelişmenin ortak paydasında her iki hukusal kurumun koşulları iyileştirildi. Başka bir deyişle, söz konusu kurumlar uluslararası insan hakları standartlarının kabulüne uygun olarak yapılması ve kendine özgü bir etik anlayışı ile karşılaştı.

Buna göre, bir sanığın (veya suçlunun) bir ülke egemenliğine girmesi metodları önemlidir. O kadar ki, **egemenlik** (*souvereignty*) için ayrılmaz parçası olan yargılama için gerekli olan kişinin (sanığın) yargılama yerine getirilmesi **uluslararası usulü** (*international process*)ne uygun yapılması aranır. Yoksa, aynı yargılanma yetkisi yetkisiz olma sorunu ile karşı karşıya kalarak sanığa karşı sorumlu duruma düşebilir.

Bu yazının amacı Avrupa'da var olan extradisyon rejimi ölçüsünde Kenya'dan alternatif geri verme (yani adam kaçırma) metodu ile getirilen sanık Abdullah Öcalan'ın uluslararası tutuklama usulünün Türkiye ve uluslararası yargılamaya etkisini saptamak ve değerlendirmektir.

Bu nedenle, her şeyden önce, aşağıdaki olayda(A) istenilen amaçlara ulaşmak bakımından özetlenen olayın hukusal anlamı açısından önemli olan kavramların anlaşılması gerekmektedir. Örneğin extradisyonun hukukumuzda değişik terimlerle kullanılmakta ve istenilen hukusal yerini bulamamaktadır. Bizde, uluslararası uygulamalardaki kavramına(B) ters olarak, **extradisiyon** yerine **suçluların iadesi** kullanılmakta ve hem yanlış anlatılmakta hem de yanlış anlaşılmaktadır. Dahası, olaydaki sanık için istenen extradisyona bağlı problemlerin(C) analizlerinin doğru yapılması zorunludur; o kadar ki, uluslararası adam kaçırma(D) metodunun hukuktaki yeri iyi anlaşılabilir. Çünkü, Uluslararası Kamu Hukuku açısından artık uluslararası adam kaçırmalar eskisinden farklı olarak değişik değerlendirilmekte

f- Sınır-dışı veya extradisyon işlemleri için yapılan yasal tutuklanma veya göz altına alınma » (*Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law;*

....
f- *the lawful arrest or detention of a person... against whom action is being taken with a view to deportation or extradition";*

olduğu kabul edilmektedir. Ancak, böyle karmaşık hukuk anarşizmi içeriğinde bile Uluslararası Devamlı Hakemlik Mahkemesi'nin işleme konulması istemesinin rolü(E) uluslararası hukuku tamir etme niteliğinde değildir. Böyle olunca da, bu yazıda amaçlanan soncunun(F) belirlemesi işlenen konuların değerlendirilmesi açısından önemli ve gereklidir.

A- OLAY

Abdullah Öcalan'nin 1999 Şubat'ında Türkiye'ye gelişi Suriye'den 1998 yılı sonunda « sınır-dışı » (*expulsion*)³ edilmesinden ve Avrupa'da uzun sığınma aramasında sonra oldu. Dahası, bir çok Avrupa ülkesinden ve en sonunda da Kenya'da uluslararası sahnede bir aylık sığınma arama çabaları sona erdi.

Abdullah Öcalan hakkında Türkiye'ye gelişine kadar bulunduğu yerler hakkında tam bilgiler yok iken Suriye'den sonra Rusya'ya gittiği, oradan da İtalya'ya sığındığı, bilinmektedir. Bilinen başka bir gerçek te, 1999'daki Alman **uluslararası tutuklama kararı** (*international arrest warrant*) talebine dayanarak yapıldığı iddia edilen İtalyan tutuklanmasıdır. Aslında yapılan tutuklama İtalya'ya sahte pasaport ile girmesine bağlıydı. Bu arada Almanya da aynı kişi hakkında tutuklama kararı aldı ve kendi tutuklama kararını işleme koymak (yani ilgili sanığın kendilerine verilmelerini) istedi. Ancak **ulusal çıkarları** (*national interests*) gerekçesine uygun olarak bu talebinden vazgeçti. Almanya'nın bu tutum ve davranışı suçla mücadele kurallarına ters olduğu da pek çok otiriterlerce kabul edilir oldu. Çünkü, bugün bile ulusal çıkar gerekçesi ile **uluslararası barış ve güvenlik** (*international peace and security*) arasındaki çelişkide ikincinin zararına uluslararası ilişkilerin bozulması anlamında olduğunu kabul etmek zor değildir.

Türkiye'nin İtalya ilişkisine gelince, extradisyon istemi, ölüm cezası verilir nedeniyle, ret edildi. Ret kararının sonucu sanığın durumunu daha da karanlıklaştırdı; o kadar ki, İtalya'yı terk etmek zorunda kalınması karşısında ilgililerce birden çok Avrupa ülkelerinde sığınma aramaları başlatıldı ve bütün çabalar boşa gitti. Sığındığı yerde istenmeyen sanık İtalya dışına çıktı. Nerede olduğu belli olmayan **kaçak sanık** (*fugitive criminal*), bir ihtimale göre, önce gene Rusya'da sonra da Yunanistan'da sığınma olanağını, geçici de olsa, buldu. Buradan, Korfu (Yunanistan)da uçağın ikmali nedeniyle kısa bir süre için durmasında sonra, Kenya'ya özel uçak ile giderek Başkent Nairobi'deki Yunan Elçilik binasında 15 Şubat 1999'a kadar misafir edildi. Bu sırada, uluslararası sahnede bir aylık sığınma yeri arama çabaları

3) *BLD, expulsion*: Putting driving out; banishment; a cutting off from the privileges of an institution or society permanently.

yapıldı ise de neticesiz kaldı. En sonunda, Yunanistan'ın işbirliği olsun olmasın, elçilik binasını terk etmek zorunda bırakılan sanık, her nasılsa, bir özel Türk uçak ve komandoları kontrolünde Türkiye'ye getirildi.

Her ne kadar son durumdaki operasyonda Kenya yetkililerin işbirliği olup olmadığı hakkında kesin bilgiler bulunmasa da, 16 Şubat 1999'da sanık Abdullah Öcalan'ın yakalanması ile ilgili haberler duyulduğunda temsil ettiği Kürtler tarafından Avrupa'nın her köşesinde Yunan Otoritelerin işbirliğine karşı protestolar yapıldı⁴.

Sanığın bu methodla Türkiye'de yargılama yetkisinde olması uluslararası tutuklama hukuku ile **uluslararası sığınmacıların korunması** (*international protection of refugees*), **extradisyön, fiili** (*de facto*) **extradisyön, uluslararası adam kaçırma** (*international abduction*), **uluslararası insan hakları hukuku ve kendi-kendine karar verme** (*self-determination*) gibi hukuklar arasında bazı çelişkilerin olabileceği pek çok hukukçu tarafından kabul edildiği açık bir gerçektir.

Bu nedenle, ve yazının amacı açısından, söz konusu hukukların ortak paydası sayılan extradisyönün ne olup olmadığının anlaşılması lazımdır ki, diğer hukuklarla sanık teslim etme metotlarının hukuksallığı ortaya çıkabil-sin.

B- EXTRADİSYON NEDİR?

En basit ve original anlamda, extradisyön bir şeyi (kişiyi) **dışarıya teslim etme fiilidir**.

Daha teknik anlamda ise, bir devletin egemenlik alanında bulunan ve bir ceza kovuşturmasına konu edilen sanığın yargılanması, veya bir mahkûmün (yani suçlunun) kalan cezasını çekmesi, amacıyla başka bir devletin isteği üzerine kendisine **extradisyön koşullarına ve usulüne uyguna olarak teslim edilmesi işlemidir**.

Buradaki tamınlama gereği, uygulamalarımızda kullanılan **suçluların iadesi** deyimini hem **eksik** hem de uluslararası hukuktaki anlamı ile yanlış ve çelişkilidir⁵.

-
- 4) Bütün yerli ve yabancı gazeteler: *Hürriyet, Milliyet, Sabah*, 25 ve 26 Şubat 1999;
 - J Hooper & C. Morris., « Battle Intensifies over Öcalan's Faite », *The Guardian*, 18 November 1998, at 17;
 - C Morris, « Öcalan Admits He Used Greek Funds », *The Guardian*, 27 February 1999, at 18;
- 5) Yılmaz, Alia, «Avrupa Extraditionu Karşısında Hukukumuz » in *İsmet Giritli'ye Armağan*, İstanbul Hukuk Fakültesi İdari Bilimler Enstitüsü Yayını, 2000, s. 376, dip not 1.: « Extradisyön » (lat.) *extraditio*; (ing., ve fr.,) *extradition*, *ex*: dışarı (out) ve *tradition*: teslim etmek (*surrender; livrer*) kökünden gelip suç işlediği zannedilerek aranan bir

Ancak, extradisyon için her ülkenin kendi hukuk düzenine göre işleminde yetkili adli makamlar farklıdır.

Bizde Cumhuriyet savcısı ve Asliye Ceza Mahkemeleri yetkili iken Fransa'da «İstinaf Mahkemesi» (*chambre d'accusation*) extradisyon işleminde karar verir. Her hukuk düzenindeki yetkili makamlar kedinlerini bağlayan «uluslararası hukuk» (*international law*) ile «ulusal hukuk» (*domestic law*) sistemlerine göre karar verirler. Ancak her ilgili makam hem extradisyon koşullarını hem de usulünü iyice değerlendirmek zorundadır, aksi durumda Avrupa Hukuk Sistemi'ndeki uluslararası yargı makamlarının incelemelerine konu edilebilirler.

Extradisyon koşullarının genel prensipleri “çifte suçluluk” (*double criminality*)la başlarsa da politik, askeri ve mali suçları da kapsar. Ancak her bir durumda istenilen sanık veya suçlu teslim edilmeyebilir. Örneğin, istenilen kişi “İstenilen Devlet” (*Etat réquis, Requested State*)in yargılama yetkisi altında bulunuyor ise gene söz konusu teslim işlemi yapılmıyabilir.

kimsenin veya hapisane kaçkının geri verilmesi (iadesi) veya teslim edilmesi işlemidir (*Webster's NewWorld Dictionary, 2ed College Ed., Prentice Hall Press, 1986*). Kısacası, yurtdışına kaçan bir sanığı veya mahkûmün geri verilmesidir. Bu nedenle, kullanılan « suçluların iadesi » hem eksik hemde işlemin yapısına uymamakta ve istenileni de yansıtmadığından yanlıştır. Eksiktir, çünkü « suçlunun iadesi » yalnız hapisaneden kaçan « mahkûm »ü kast edebilir niteliktedir; yanlıştır, çünkü « suçlunun iadesi »ndeki « suçlu » « suçsuzluk (masumiyet) karinesi » (*Presumption of innocence*) prensibine uymamaktadır.

- CORNU, Gérard., *Vocabulaire juridique*, (publié sous la direction de ..), 7ème Ed., Presses Universitaire de France, 1998, Extradition: Ex: hors de, et *traditio*: action de livre, *tradere*; Opration par laquelle un Etat remet, sur sa demande, à un autre Etat, un individu qui se trouve sur le territoire du premier mais qui, pénalement poursuivi ou condamné par le second, est réclamé par celui-ci pour y être jugé ou y subir sa peine (la demande de l'Etat requirant étant examinée suivant une procedure en générale réglée par les triatés internationaux et la loi locale). Ex, en France la demand d'extradition est soumise à la *chambre d'accusation* [Formation de la cour d'appel, autrefois dite « chambre des mises en accusation » qui est juridiction d'appel des ordonances du juge d'instruction (spécialement chargée d'apprécier s'il existe des charges suffisantes pour renvoyer un inculpé devant la cour d'assis) wt qui est également dotée d'attributions en matière d'extradition (10 mars 1927), *de réhabilitation judiciaire* (C.proc. pén, a. 783), d'interprétation de certain lois d'amnistie, de casier judiciaire et de discipline des officiers de police judiciaire] qui formule un avis sur sa recevabilité eu égard aux règles du Droit français (lequel n'admet pas l'extradition des nationuax ni celle des délinquants politiques) mais sans pouvoir examiner au fond la réalité de la culpabilité prétendue; l'avis négative lie le gouvernement, l'avis positif laisse au contraire à celui-ci la liberté de la mesure;
- *PETIT DICTIONNAIRE DE DROIT*, Paris libraire de Dalloz, 1951, Extradition.- L'extradition est l'acte par lequel un gouvernement livre à un autre Etat, qui le réclame pour le juger, l'individu prétendu d'une infraction commise sur le territoire de cet autre Etat.- L'Etat auquel la réclamation est adressée, dit *Etat de refuge*, n'est obligé de livrer à l'Etat requérant les délinquants qu'en cas d'existence d'un traité, lequel n'est sanctionné que les modes ordinaire du droit international. Mais la faculté d'accorder l'extradition existe, même en l'absence d'un traité;
- BLD, Extradition: The surrender by one state or country to another of an individual accused or convicted of an offense outside its own territory and within the territorial jurisdiction of the other, which, being competent to try and punish him, demands the surrender;

Uluslararası kurum olarak extradisyon kendine özgü **usulüne** de dikkat edilmesi zorunludur. Buna göre, **İsteyen Devlet** (*Etat réquerant, Requesting State*)in suçun işlendiği yer savcısı yargısal kovuşturma (veya cezanın çektilmesi) gereksinmesi nedeniyle istemini Adalet Bakanlığına bildirir. Bu Bakanlığın da istemi üzerine Dışişleri Bakanlığı gereken işlemlere (yani extradisyon talebini formüle ederek) girer ve sanığın (veya suçlunun) bulunduğu (veya sığındığı) yabancı yer Makamlarından (o yer Dışişleri Bakanlığında) sanığın (veya suçlunun) kendilerine teslimini (yani extrade edilmesini) ister. **İstenilen Devlet** (*Etat requis, Requested State*) otoriteleri yukardaki koşullar oranında yabancı devlet talebini yerine getirmeye çalışır.

Buradaki işlemler sonucunda iki netice ile karşılaşılır:

İlgili mahkemelerce ya isteme **red kararı** (*negatif decision*, veya (red önerisi) *avis négatif*) veya, tersine, isteme **kabul kararı** (*pozitif decision*, *avis positif*) verilir.

İlk durumda, karar kesin olup başka bir usuli işleme girilmez ve sanığın (veya suçlunun) tutuklanmasına son verilir.

İkinci durumda ise usuli işlemlere devam edilir. Buna göre, politik organ olan hükümet ister yargılama kararına uyar ister uymayabilir.

Uymaması durumda sanık serbest bırakılır ve mesele kapanır. Ancak, problem politik olma niteliğinde devam eder.

Uyması halinde Extradisyon Kararı'nı vermesi gerekir ki, bu da **İdari Mahkeme** (Danıştay, *Konsey d'Etat*)nin kontrolü altında bulunabilir. Buradan çıkacak olumlu-olumsuz karar problemi kesin bir sonuca bağlar. Yani, söz konusu İdari Mahkeme Hükümetin Extradisyon Kararı'nı hukuk ve usule uygun bulmasında Karar işleme konulur ve sanık İsteyen Devlete teslim (extrade) edilir. Aksine, yani söz konusu Kararı hukuk ve usule uygunsuz bulmasında verilen Extradisyon Karar işleme konulmaz. Bu durumda, sanık gene serbest bırakılarak hukuksal problem biter ve politik olanı tekrar başlar.

Sözü edilen her iki karar mekanizması sırasında bazı problemlerle karşılaşılır ki, bunların sonuca etkisi küçümsenemez.

C- EXTRADİSYONA BAĞLI PROBLEMLER

Olayımızdaki ilgili İtalyan mahkemesi extradisyon için gerekli olan uluslararası tutuklama gereksinmesini yaptıktan sonra Ülkemizdeki ölüm cezası(1) nedeniyle extradisyon istemine olumsuz bir karar vermişti. Ancak

kararın gerekçesinde haklılık var gibi görünüyor da bu haklılığa katılmak pek kolay değildir. Başka bir deyişle, buradaki hukuksallık karar mekanizmasının alınmasındaki prensiplerin gerektiği gibi anlaşılması ile doğru orantılıdır. Dahası, Avrupa Extradisyon Konvansiyonu'ndaki bazı benzer prensiplerin çift-yönlü yorumlanmaları(2) ile extradisyon alehinde, yani Türk extradisyon talebinin tersine, bir savunma yapılabilindiği gibi lehte iddialara yer vermek ve kabul ettirmek te zor değildir.

1- Ölüm cezası ile ilgili olanlar

Olayda sözü edilen sanık ile ilgili extradisyon probleminin başlaması ölüm cezası unsurundan kaynaklanmaktadır. Buradaki sorunun çözülememesi durumunda extradisyona gerek duyulmaz ve uluslararası tutuklamaya son verilir. Bu nedenle, Türkiye sözü edilen sanık hakkındaki extradisyon istemi ölüm cezasının verilebilmesi ile istek ret edildi.

Ret gerekçesi, İtalya'nın hem **ulusal** hem de bağlı olduğu **uluslararası** hukuka dayandırılır ise de her iki durumdaki haklılık dereceleri kararı veren Devletin uluslararası sorumlulukla aynı paralelde olmadığı kanaatindeyim, şöyle ki:

Birinci durum **Anayasa yasağına** bağlanır. Buna göre, İtalya'da ölüm cezaları verilemediğinden verilebilecek yerlere de extradisyon işlemlerin yapılmaması gerekmektedir. Başka bir deyişle, ölüm cezası verilebilecek yerlere sanıkların extrade edilmesi yasakladığından ilgili otoritelerinin ret kararının temeli atılır.

İkinci durum da, ölüm cezasını yasaklayan **Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonu**'na bağlı **6. Protokol** gerekçe gösterilir.

Oysa, her iki gerekçenin uluslararası hukukun anlayışına uygunluğunu iddia etmek kolay değildir, şöyle ki:

Birinci gerekçedeki ulusal hukuk ile uluslararası hukukların çatışmasında ikincinin egemenliğine dayandırılması zorunludur. Bu nedenle, bir ulusal hukuk yasağı uluslararası hukuk sorumluluğunun yerine getirilmesinde mazaret gösterilemez. Aynı doğrultuda, pek çok uygulama bulunduğu gibi, BM Sözleşmesi (Şartı, *Charter*) madde 103'teki düzenleme söz konusu genel uluslararası hukuk metodu devletlerin elinden (yani yetkisinden) alınarak bir uluslararası kuruma verilmesinde durum böyledir. Bu nedenledir ki, BM Güvenlik Konseyi kararlarının ulusal hukuktan öncelikli uygulamaları vardır. Türkiye İtalya arsında bulunan **Avrupa Extradisyon Konvansiyonu** hem uluslararası kurum öncelikli uygulama hem de "akda vefa borcu" veya "verilen söz tutulur" (*pacta sunt servanta*) anlamındadır. Buradaki söz

vermelerin anlamı özellikle extradisyon hukukunda mahkemelerin **uluslararası hukukun uygulanmak için yapıldığı doğrultusundadır**⁶. Böyle olunca da, bir extradisyon sözleşmesi extradisyon lehinde düşünülmesi gerekir⁷.

Uluslararası kurumların, yani mahkeme veya sözleşmelerin, öncelikli uygulanmaları son olarak uluslararası ceza mahkemelerin kararlarında da görülür ve kabul edilir⁸.

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

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

- Aynı anlamda, BKZ., Schreuer, C.H., « The interpretation of treaties by Domestic Courts », 55. *Am. Journ. of Intern'l Law*, 1963, s.258;

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

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

8) Her ne kadar farklı gibi görünüyorsa da, yukardaki iyi niyet kuralı ve liberal yoruma göre, uluslararası kurum olarak yaratılan bir mahkemeye öncelik verilmesi de uluslararası sözleşme gibidir. Bunun BM Genel Sekreteri'ne göre, « Sanıkların (uluslararası yetkili bir) Mahkemeye transferler önceliği devletlerarası adli ilişkilerden değil uluslararası ceza mahkemeleri için her bir ulusun kabul etmesi gerektiği işbirliğindeki genel niteliğinden kaynaklanır» (BKZ., Doc. off., AG NU A/49/342 ve Doc. off., CS NU S/1994/1007: Note du Secrétaire général, raport du Tribunal international chargé de poursuivre les personnes présumées responsables de violations grave de l'ex-Yugoslavia depuis 1991: « *Le transfer des accusés au Tribunal est une question qui ne relève pas des relations juridique entre les Etats mais de l'attitude générale de coopération que chaque Etat doit accepter à l'égard d'un tribunal pénal international*).

Kısacası, “özel” (*particular*) uluslararası kamu hukuka, yani **Avrupa Extradisyon Konvansiyonu**’na göre, ölüm cezası ile ilgili iç hukuktaki sorumluluk geçersiz olarak değerlendirmek gerekirken tersine kararlar uluslararası hukukun ana prensibine de terstir.

Dahası, ölüm cezası ile ilgili verilmesi gerekli olan garanti de keyfi değerlendirilmiştir. Başka bir deyişle extradisyon borcu karşısındaki ölüm cezasının uygulanmaması garantisinin reddi hukuksal dayanaktan yoksundur. Bununla ilgili uluslararası uygulamaları İtalya önemsememiştir. Oysa önemsenmesi gerektiği doğrultusunda extradisyon dava örnekleri küçümsemeyecek kadar çoktur⁹.

-
- Aynı doğrultuda, Eski-Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi Başkanı’nın Bildirisi’nde, « devamlı ve ısrar ederek ilgili bütün devletlere, özellikle Eski-Yugoslavya devletlerine, Mahkemenin görevi yapabilmesi için ellerindeki yasal olanaklarını uluslararası ceza mahkemesi lehinde kullanmaları istedimse de... şimdiye kadar ilgili bütün kişileri tutuklayarak teslim etmelerini kendi ulusal yasalarının vatandaşlarını tutuklayarak transfer edilmeye, yani vatandaşlarını tutuklayarak başka devletlere extrade etmeye, engel oldukları mazeretleri ile transfer işlemelerini ret ettiler. Ancak, « aranılan » (*charché, wanted*) Sırp faillerinin tutuklanıp uluslararası ceza mahkemesine transferlerinin yapılmaması ulusal yasa engeli gerekçesi hukuksal olmadığı hatırlanmalıdır. Çünkü, söz konusu transfer devletlerarası transferden farklıdır. Birincisi, sanıkların BM Güvenlik Kurulu’na kabul edilen uluslararası ceza mahkemesine transferi devletlerarası extradisyon-dan farklı bir işlemdir. İkincisi, uluslararası ceza mahkemesi için transferde ulusal yasalar, anayasalar da dahil olmak üzere, hiç bir zaman uluslararası bir borcun yerine getirilmesine gerekçe oluşturamazlar. Eğer devletler, bu ikinci prensibin uygulanmasından dışlanmış ve uluslararası hukukun üstünlüğü kabul etmemiş olsalardı uluslararası hukuk anarşi ile karşı karşıya kalınır ve pek çok devlet kendi ulusal yasalarını gerekçe göstererek uluslararası borcun yerine getirilmemesine neden olurdu” değerlendirmesini yapmıştır (Ex-Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi Başkanı’nın Bildirisi için BKZ., Doc. off., AG NU A/51/PV59,p.6 « *J’ai, de façon répétée, demandé instamment à tous les Etats, et plus particulièrement à ceux de l’ex-Yugoaslavie, de mettre en place toutes les mesures nécessaire pour permettre au Tribunal de s’acquitter de sa mission... ont, jusqu’à présent refusé d’arrêter tout accusés sur leur territoire, en arguant que l’arrestation et le transfer de leurs nationaux, accusés contrviendraient à leur constitutions, qui interdit l’extradition de leurs ressortissants vers d’autre Etats. A cet égard, je tiens à souligner vigourosement que cet argument est absolument falaciaieux. Premièrement, le transfer d’accusés au Tribunal, un organe judiciaire international établi par le Conseil de sécurité, n’a rien en commun avec l’extradition de ressortissants vers d’autres Etats. Deuxièmement, en tout état de cause, d’après un principe universellement reconnu de droit international, les Etats ne peuvent arguer que leur législation nationale, y compris leur constitution, les empêche d’observer leur obligation internationales, Si les Etats étaient autorisés à s’écarter de ce principe fondamental de droit international, il s’ensuivrait une anarchie totale. Bon nombre d’entre eux se retrancheraient en effet derrière leur législation nationale pour éluder leurs obligation juridiques internationales »)*
- 9) BKZ., Aylor v. France (davası), 100 *International Law Reports* (ILR), 1993, p. 690: Bir Amerikalı öldürme fiilinden suçlanan ve kefaletle saliverilen bayan Aylor Fransa’ya kaçır ve oradan geri istenir ve istek , ölüm cezası verilmemek kaydı ile kabul edilir. Verilen garantiler sırasıyla, ölüm cezası verilse bile infaz edilmeyeceği; ve ilgili savcı da (Dallas (Texas) District attorney) ölüm cezasını istemeyectir. Sonradan, yani Fransız Hükümeti’nin Extradisyon Kararı’na karşı itiraz edilmesi, sanığın insan haklarının çiğnenmiş olacağı (özellikle Konvensiyonun 3. maddesi) varsayımından, « Danıştay » (*Conseil d’Etat*)ca da Karar’da her hangi bir usulsuzluk bulunmaz ve sanığın istemi ret edilir. Daha

Ölüm cezası verilmesi ne uluslararası hukukça ne de Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonu'na bağlı 6. Protokol'e ters sayılması da kolay değildir¹⁰. Çünkü, ölüm cezasına rağmen extradite edilen bir Amerikalı Soering'in sonradan haksız bulunulan extradisyonu ölüm cezası ile değil ceza uygulanması nedeni ile var olan « ölümü bekleme zamanı »nın « insanlık-dışı tutum ve davranış » (*inhuman treatment*) olarak bulunmasına dayandırılmıştır. Olayımızdaki failin bu cezanın infazı bakımından bekleme süresi aynı nitelikte sayılması zordur¹¹.

2- Çift-yönlü yorumlanmaları

Olayla ilgisi olan İtalya ve Türkiye hem Avrupa Extradisyon Konvansiyonu (*European Convention on Extradition*)¹² hem de Avrupa Terörizmi Önleme Konvansiyonu (*European Convention on the Supression of Terrorism*)¹³ üyeleridir. Extradisyon konvansyonlarının çift-yönlü değerlendir-

sonra İnsan Hakları Komisyonu'na başvuran sanık gene olumsuz netice elde eder. Komisyon,

The application was manifestly unfounded and consequently inadmissible... the assurances obtained by the French Government removed the danger of the applicant being condemned to death. Her extradition was therefore not capable of exposing her to a serious risk of treatment of penalty violating either Article 3 of the Convention or Article 1 of the Protocole VI;

- ib., p. 662-4, (Fidan v. Conseil d'Etat (27 Féb., 1987) Bir Türk'un Fransa'dan extradite edilmesinin istemi karşısında da ölüm cezasının verilmeyeceği garantisinden sonra verilen Extradisyon Kararı Fransız Danıştayı'nca (Hükümetin suç fiilinin ölüm cezası ile cezalandırılmasına konu edilmediği gerekçesiyle verilen karar) bozulmuş, çünkü: Whilst, by the decree being challenged, the French government only granted extradition « subject to the condition that the actes forming the basis of the extradition request retain the categorization mentioned according to which they are not punishable with the death penalty », this reservation, in the absence of any agreement between France and Turkey, does not have the effect of binding the Turkish court in respect of the categorization of the acts for whose prosecution extradition was granted. .. is entitled to claim that the decree being challenged is unlawful by reason of ultra vires;

10) Yılmaz, Alia, « Avrupa Extraditionu Karşısında Hukukumuz » in *İsmet Giritli'ye Armağan*, İstanbul Hukuk Fakültesi İdari Bilimler Enstitüsü Yayını, 2000, sl, 391-99;

11) Daha Fazla bilgi için BKZ. Yılmaz, Alia, *Uluslararası Extradition Hukuku* (henüz yayınlanmamış Doçentlik Tezi, s. 152;

Aksi fikir için BKZ., Gilbert, Geoff., « The Arrest of Abdullah Ocalan », 2 *Leiden Journal of International Law*, 1999. p. 570 : ... suggest that an application against Italy to Strasbourg by Öcalan might also have led to him not being surrender to Turkey under the Soering principles. It is not that he might face the death penalty, although that is not as straightforward an option as might be thought under the Turkish criminal justice system, it is that his time in a Turkish prison may leave him vulnerable to torture, inhuman or degrading treatment »;

Soering v. UK, 1989 *Publication of the European Court of Human Rights, Series A: Judgements and Decisions* (ECtHR), para. 90-1:

12) ETS., 24, 1957, Art., 11 . allows the requested state to refuse extradition where it would not carry out the death penalty for the offences for which the fugitive is requested unless the requesting state gives assurances it will not carry it out in this particular case;

For Additional Protokol, *European Treaty Series* (ETS), 86, 1975,;

13) ETS., 90, 1977;

- Aynı metin için BKZ 15. Internatioanl Law Materiales (ILM), 1272, 1976;

melerinde, hem lehte hem de alehte hukuksal iddia ve savunmalar ileri sürmek mümkün olabilir.

İlk Konvansyona göre, extradisyonun **alehindeki** görüşler, çifte suçluluk (*double criminality*) ile çifte cezalandırma (*double punishment*) prensiblerine dayandırılabilir. Son durumda, yani çifte cezanın var sayılmasında, her iki hukuk sisteminde aynı cezanın (ölüm cezasının) olması gerektiğine de bağlanabilir¹⁴. Örneğin Türkiye'deki ölüm cezasının İtalya hukuk düzeyinde bulunulmaması iki ülke arasındaki çifte suçluluk gibi çifte ceza prensibinin de kabul edilmesi istenmiş ve, bu nedenle, aksi değerlendirme yasaklanmamıştır.

Dahası, ret kararının ilk düşüncesi, suçun tek taraflı nitelenme yapılmasında her hangi bir yasaklama olmamasına da bağlıdır. Bunun içindir ki, *for* (yani italyan) yargıcının yorumu esas olduğu gibi suçun bu nitelene mekanizmasına ek olarak suçun ağırlık konusu da eklenebilir. Buna göre, her iki ülke yasal düzenlerinde aynı fiil suç sayılması ve aynı cezanın verilmesi gerektiğinden problem ret kararı ile karşılanabilir.

Sonra, Konvensiyon'a İtalya'nın koyduğu bir « çekince » (*resevation*) gereği, « politik suç » veya « politik suça bağlı fiiller » veyahut ta « politik motiflerle işlenen suçlar »ın değerlendirmesi yapılacak ve gerektiğinde politik suç istisnasına girmiş olarak kabul edebilecektir.

Dahası, aynı Konvensiyonun 3/2 düzenlemesine gereği, “*Eğer adi suç için extradisyon istemi aslında ilgili sanığın ırkı, dini, dili, milliyeti veya politik düşüncesi veya kişinin pozisyonu nedenlerine dayandığı hakkında İstenilen Tarafı inandıracak kadar kuvvetli delil varsa aynı kural uygulanacaktır*”¹⁵.

Hem çekince hem de Konvensiyondaki düzenleme uluslararası teröristin lehinde gözükmektedir. Olaydaki sanık-terörist İtalya topraklarında bulunduğu ve Türkiye'ye extradisyonu *sanığın ırkı, dili, milliyeti veya politik düşüncesi veya kişinin pozisyonu nedenlerine dayandığı hakkında İstenilen Tarafı inandıracak kadar kuvvetli delil bulunması halinde extradisyon kararının alehinde rol oynayacak demektir.*

Extradisyon alehindeki bir başka yaklaşım, sığınmacı statüsünün zo-

14) BKZ., Yılmaz, Alia, *The Accused v. Extradition*, Uni. de Geneve, 1998, p. 45-9: Ordinary crimes »;

15) Article, 3/2.- *The same rule shall apply if the request Party has substantial grounds for believing that a request for extradition for an ordinary criminal offence has been made for the purpose of prosecuting or punishing a person on account of his race, religion, nationality or political opinion, or that that person's position may be prejudiced for any or these reasons »*

runlu olarak verilemesi ile ilgilidir. Buna göre buradaki görüşün kaynağı İtalya'nın **Sığınmacıların Statüsü Hakkında 1951 Konvensyonu ve 1967 Protokolü**'na Taraf olmasına dayanır. Buradaki düzenlemeye göre, İtalya istenilen sığınmacı sığınmacı olması nedeniyle kendisinin « geri çevirmeme » (non-refoulement) borcundadır¹⁶.

Kısacası, Sığınmacıların Statüsü Hakkında 1951 Konvensyonu ile Avrupa Extradisyon Konvansiyonu İtalya'nın «geri çeviremememe borcu »nu yinelemektedir.

Ancak aynı prensibin bağlantısı nedeniyle «geri çeviremememe », veya «geri kovamama », uygulanırken bazı ölçülere de dikkat edilmesi istenmektedir. Örneğin istenen sanık-sığınmacı niteliğindeki kişi **savaş suçları** (*war crimes*), **barışa karşı işlenen suçlar** (*crime against peace*), **insanlığa karşı işlenen suçlar** (*crimes against humanity*), «**ağır adi suçlar** (*serious non-political offence*) veya **Birleşmiş Milletler Şartı Prensipleri**(*actes against United Nations Principles*)ne karşı fiillerini işlemiş pozisyonda, **Sığınmacıların Statüsü Hakkında 1951 Konvensyonu** uygulanması gerekli olan **uluslararası hukuk borç** (*international law responsibility*) söz konusu olmayabilir. Çünkü, söz konusu Konvensyonun 1F maddesi öyle istemektedir.

Dahası, Konvensyon, madde 33/2 ile daha da ileri giderek, *Eğer sığınmacı bulunduğu Devlet ülkesindeki güvenliği tehlike altında sokuyor ise veya aynı Devlet mahkemelerince ağır bir suçtan dolayı yargılanmış ve mahkûmiyeti kesinleşmiş ise yukarıdaki düzenlemeden yararlanamaz*¹⁷. Başka bir deyişle, ne sığınmacının bulunduğu ülke uluslararası **geri çeviremememe borcu** altındadır ne de sığınmacı uluslararası hukukça kendisine verilen korumadan yararlanabilecek bir durumdadır.

Extradisyon **lehinde** başka görüşlerin de, bana göre. içeriği değersiz değildir.

Avrupa Terörizmi Önleme Konvansiyonu'na göre, Öcalan'ın suç fiillerinin, en kanlı olmasına bağlı olarak, «yerel silahlı çatışma» (veya iç savaş, *non-international armed conflits*) niteliğinde olduklarında «savaş suçları » (*war crimes*) olarak extradisyon lehinde değerlendirilebilir. Buna

16) BKZ., 189 UNTS, p. 150, Refugees Convention, Art., 33/1.- *No Contracting State shall expel or return (refuler) a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinions »*

17) Madde 33/2.- *The benefit of the present provision may not, be claimed by a refugee whom there are reasonable grounds for regarding as a danger to the security of the country in which he is, or who, having been convicted by a final judgement of a particular serious crimes, constitutes a danger to the community of that country*

göre, savaş suçu değerlendirmesinde suç politik olmayıp **adi suç** olacak ve extradisyona tabi tutulabilecektir. Başka bir deyişle, politik suç istisnasından yararlanmak olanağı da söz konusu değildir. Bu anlamda, yukarıda dışlanan fiiller, yani savaş suçları, insanlığa karşı işlenen suçlar vs., tanımlanmaları sanık lehindeki politik suç savunmasını zayıflatır niteliktedir. Öldürme ve bombalama fiilleri de sığınmacıya verilen değerle orantılıdır. Her iki durumda extradisyona öncelik verilmesi gerekmektedir

İlk bakışta, uluslararası sığınmacı-sanığın lehindeki savunma suç fiillerinin devlete karşı işlendiğinden hem « politik suç » (*political offence, délit politique*) hem de « politik suça bağlı suç » (*connected political offence, délit politique connexe*) olarak değerlendirilebilir. Bunun için Avrupa Extradisyon Konvensiyonu madde 3/1 ile gerekli korumayı vermektedir. Şöyle ki: *İstenilen Devlet İsteyen Devletin extradisyon istemine neden olan fiilleri politik suç veya politik suça bağlı suç olarak değerlendirmesi halinde extradisyonu ret edecektir*¹⁸. Buradaki savunmaya karşı olabilecek iddiaya daha kuvveti bir argüman bulmak kolay değildir. Çünkü, politik suçun geniş yorumlanması yasaklanmamış olduğundan her türlü politik ayaklanmalarda işlenen fiiller bu nitelikte sayılmak mümkündür¹⁹. Buradaki yoruma göre, örneğin bir Kürt Devleti kurma amacı ile yapılan bir ayaklanmada işlenen « ağır suç fiilleri » bile politik suç olabilecekleri ileri sürülebilir. Dahası, isyancı-sanıkların « korkunç fiilleri »nin işlemelerini değerlendirilmesi ikinci derecede kalmaktadır. Örneğin Türkiye teröristlerin Güney-Doğudaki korkunç fiilleri bu nitelikte değerlendirilebilir olmasında yasal bir engel gözükmemektedir.

Ancak burada politik suçun daha dar bir anlamda, yani hem «yakınlaşma » (*proximity*) hem de « orantılı » (*proportionality*) metotlarına başvurarak, yorumlanmasına gitmek de mümkündür. Örneğin İngiltere, İsviçre ve İrlanda'da durum böyledir. İlk metoda göre, failerin fiilleri bir politik organizasyon kurmaya yakın olmalarına bağlıdır²⁰.

Oysa, olayımızdaki sanık Öcalan PKK Organizasyonu'nun fiilleri ne

18) Article, 3/1.- *Extradition shall not be granted if the offence in respect of which it is requested is regarded by the requested Party as a political offence or as an offence connected with a political offence = L'extradition ne sera pas accordée si l'infraction pour laquelle elle est demandée est considérée par la Partie requise comme une infraction politique ou comme un fait connexe à une telle infraction »*

19) In the Matter of the Extradition of McMullen (McMullen Extradisyon Davası), 74. *American Journal of International Law* (AJIL), p. 433, 1980;

- In the Matter of Mackin, 66 F. 2d 122, 1981;

- In re Doherty, 599 F supp. 270, 1984;

20) BKZ., Cheng v. Pentonville Prison Governer, (UK, Hous of Lord) 51. ILR, 1978, pp. 374-400;

- Daha fazla bilgi için BKZ, Yilmaz, op. cite., pp. 72-5;

kadar bir Kürt devleti kurmak amacıyla olduğu tartışılabilir niteliklidir. Eğer Oranizasyonunun kurma ile yakınlığı ne kadar çok ise politik olma olasılığı da o kadar var demektir. Bu nedenle politik Oranizasyon durumu ayrı bir tartışma noktasıdır. Bu metod gibi, orantılı yaklaşımda da bazı suç fiillerinin politik suç olarak kabulü mümkündür. Bunun kendine özgü ölçüler uluslararası uygulamalarda şöyledir:

“...her ne kadar fail, kişi çıkarlar için değil de, politik olarak hareket etmiş ise fiillerin politik ağırlıklı olması neticesine varılamaz. Bunun olabilmesi için'nin çok önemli çıkarını korumak ve aynı Organizasyonun politik amacına ulaşmak için öldürme tek araç olması gerekmektedir”²¹.

Ancak, bir başka uygulamada, uluslararası silahlı çatışmada devletin güvenlik güçleri yerine sivillere yapılan saldırıları politik istisna dışında tutulmuştur. Başka bir deyişle, suçsuz sivil halka saldırılar düzenlemek politik suç oluşturmaz ve extradisyon için bir savunma sayılamaz. Örneğin bir mahkeme Filistinli failin Batı-Şeria Bölgesi'nde sivil bir otobüse saldırı fiili politik olması gerektiği iddiasını Cenevre Konvensiyon ve Protokolleri uygulayarak kabul etmemiştir. Şöyle ki: Mahkeme failin, her şeyden önce, ilgili uluslararası düzenlemelerine uygun savaşması gerekmekte olduğunu kabul etmiştir. Bu sonuca varabilmesi için failin bağlı bulunduğu politik Organizasyon (*Abu Nidal Organization*)u bağımsızlık savaşı vermekte olduğundan Protokol I'in kurallarına uygun savaşılması gerekmektedir. Mahkeme, sanığın her zaman sivil vatandaşlara ve objelere saldırmamaları gerektiğini ararken fail bu teste uygun tutum ve davranışta bulunmadığı kanaatine varır. Çünkü, mahkemeye göre, söz konusu savaşın uluslararası veya ulusal savaş olarak politik suç açısından değerlendirme bir başka konu olabilirken hem Cenevre Konvensiyonları hem de Protokol I'in bazı bölümleri artık uluslararası örf ve adet hukuku niteliğinde olduğundan ulusal silahlı çatışmalara da uygulanabilirliğini kabul etmiştir. Böyle olunca failin fiili uyması gerekli teste uymamıştır. Bu nedenle, « Silahlı Çatışma Hukuku » (veya Savaş Hukuku, *Law of Armed Conflict*)nu aşan suç fiilleri politik suç istisnasından (yani extradisyon dışında) saymak mümkün değildir²².

21) *Ktir v. Ministère Public Fédéral*, 34. ILR, 1961, p. 143: Although [...] [the fugitive] acted for political, not for personal reasons, it does not, however, follow that the act had a predominantly political character. For this to be the case it is necessary that the murder be the some means of safeguarding the more importante interest of the FLN and of attaining the political aim of that organisation;

22) BKZ., Gilbert, op cite., p. 569: «offences that transcend the Law of Armed Conflict are beyond th elimited scope of the polilitacal offences the Treaty excludes as bases of extradition », *Extradition of Atta, Ahmet v. Wigen*; Ulusal silahlı çatışmalara Cenevre Konvensiyonları ve Protokol I'in uygulanmaları hakkında BKZ., *Prosecutor v. Dusko Tadiç a.k.a. Case no. IT-94-1-AR72*, October 1995, per Cassese J;

Buradaki değerlendirmeleri olayımızdaki Turco-İtalyan ilişkisine uygularsak, Avrupa Terörizmi Önleme Konvansiyonu aynı şekildeki fiilleri extradisyon alehinde değerlendirilmemesi gerekmektedir.

Kısacası her iki yaklaşım gösteriyor ki, politik suçun değerlendirilmesi tek taraflı, yani extradisyon alehindeki, ölçülere dayandırılmaması gerekmektedir.

D- SANIĞIN ULUSLARARASI (Kenya'dan) KAÇIRILMASI

Olayımızdaki sanığın, İtalya'dan ayrılma sonunda, Yunan Nairobi (Kenya) Elçiliğinde ağarlanması (veya kabul edilmesi), ancak sığınma hakkının Yunanaistan'da verilmemesinin nedeni Yunanistan'ın Avrupa Birliği'ndeki çıkarlarına ters olmaması (Yunanistan 2001 yılından Euro'ya katılma istemesinin kabul ettirmesi) ile yakından ilgilidir.

İşte sanığın Türk egemenlik alanına girmesi ve bulunduğu Kenya ülkesinden alınması veya kaçırılmasının, hukuksal sorunları buradan başlar. Ancak, sanığın bulunduğu Elçilik binasını nasıl terk ettiği, veya ettirildiği, iyi bilinmemektedir. Olayda çıkarı olanların zorlamaları, elçiliğin dokunulmazlığı nedeniyle, olağan değilken(1) Yunan işbirliği de risklidir(2).

1- Elçiliğin Dokunulmazlığı

Olayda çıkarı olanların (Türkiye veya Kenya) zorlamaları (Yunan) Elçiliğin Yerel veya Türk güvenlik güçlerince her hangi bir sadırıya (tehdide vs) uğraması ve sanığın zorla bulunduğu yerden alınması demektir. Bunun uluslararası hukuk açısından yapılması mümkün değildir. Çünkü Uluslararası Kamu Hukuku'nun « Diplomatik Dokunulmazlığı » (*Immunité diplomatique*) 1961 Viyana Konvansiyonu tarafından özel bir koruma altına alınmış bulunmaktadır. Buradaki düzenlemeye göre, Elçiliklerin dokunulmazlığı ev sahibinin izni olmadan girilemeyeceği ve dokunulamıyacağı anlamındadır²³.

Dahası, aynı yerdeki düzenleme gereği, yerel devletlere başka güçlerde yapılacak olan saldırılara karşı özel önlemler alması ve engellemesi borcu yüklenmiş bulunmaktadır, yeter ki Misyon müştemilatı koruma amacına ters (uluslararası teröriste ev sahipliği yapması) bir işleme girişmesin²⁴.

Son durumda, yani Dokunulmazlık hakkının **kötüye kullanılmasında**, uluslararası hukuk açısından herhangi bir düzenleme veya uygulama (henüz) bulunmamaktadır. Bana göre, hukukun genel prensibi olarak "kötü niyet"

23) 500 UNTS, 95, Vienna Convention, Article 22. « »:

24) ib; .. Article 41. « »

(suistimal; *bad faith*)in korunmayacağından hareketle verilen bir Hak'kın kullanılmasını engleme yoluna gidilebilmesi de yasaklanmamıştır. Yasaklanmayan bir fiilin, veya tutum ve davranışın, da yapılabilmesi olarak anlamak gerekir²⁵. Bu nedenle, **dokunulmazlık hakkının** sınırlanması için gerekli gerekçenin olmayacağı düşünceleri paylaşmak zordur²⁶.

2- Yunan işbirliği

Olaydaki Sanığın Yunanlı otoritlerce kapalı bir anlamda (veya onların yardımları) ile Türk (veya Kenya) Otoritelerine teslim işbirliği (*complicity*) ihtimalinin nedenleri bilinmemektedir. Ancak ilgilinin şikayeti üzerinde Strasbourg (Fransa)daki İnsan Hakları Kurumları'nın gerektiği gibi değerlendirmelerine konu olabileceği kuskusuzdur²⁷.

Eğer, işbirliği Kenya Otoriteleri ile yapılmış ise Kenya'nin sanığı geri istemesi hakkı, Dünya Mahkemesi'nin kararına göre, yok olacağından kuşku duyulmaması lazımdır²⁸. Yok eğer, Türk Otoritelerin izin almadan (yani zor hile, tehdit vs) kaçırma işleminin tamamlamışlarsa ortaya iki sorun ile karşı karşıya kalınır:

Birincisi, Kenya **egemenlik hakkı** çiğnenmiştir. Başka bir deyişle, Türkiye sözü edilen ülkeye karşı "haksız fiil" (*tort*)de bulunmuştur; ve tamir etme sorumluluğu altındadır.

İkincisi de, sanığın hem yargılancak olan mahkemenin **yargı yetkisini** ortadan kaldırma hem de İnsan Hakkı olan **kişi özgürlüğü hakkı**(*right to freedom*)nın çiğnenmesi söz konusudur.

İlk sorunun çaresi, Kenya Otoritelerince protestolar yapılarak sanığın geri tesliminin istenmesiyle ilgilidir. Gerekirse egemenliğin çiğnenmesi nedeniyle uğranılan zararın tazmini hakkında haksız fiilden dolayı dava da açılabilir.

İkinci sorunun çaresi **çaresizliktir**. Sanığın bu durum karşısında götürüldüğü yerdeki yargılamanın (Türk Mahkemeleri'nin) yetkisizliğini ileri sürmesi mümkün değildir. Yani zorla elde edilen yargılama yetkisi yargılayacak olan mahkemenin yargılama yetkisinden yoksun bırakamaz²⁹.

25) Lotus-Bozkurt Davası, PCIJ, Series A: Vol. 10, 1927;.

26) Gilbert, *op cite.*, p. 571: The question was left open by the 1961 Convention, but event if it were a breach of Article 41, it hardly seems to justify a violation of the Article 22 inviolability;

- Harris, H.J., *Cases and Materials on Internatiobna Law* p. 350-4, 1998;

27) Bozano Davası (*Publication of the ECtHR, Series A: Judgements and Decisions*, Vol. 111, 1987. p. 36;

- Boering Davası (*ib.*, vol 161, p. 83;

28) BKZ., Savarkar davası, 36. BYBIL, 1960, p. 269;

29) Bunun için BKZ: The Eichmann Case, 23. *Modern Law Review*, p. 507, 1960;

Ancak bu durumda yargılayacak mahkemenin yetkisiz olma kararı “**takdiri**” (*discretionary*) olarak ta değerlendirilebilir. Bununla ilgili olarak bir Mahkeme'nin kanaatine göre “adaletin idaresine saygı ve güven sağlamak ve yargılama usulünü bozulmasını önlemek amacıyla bir mahkeme devlet polisince zola (kaçınılarak) getirilen bir sanığın zorla yargılamasına devam etmeden kaçınmalıdır. Böyle işlemlerin yapılması süreci, hem uluslararası etnik normalara bağlı olan kamu düzenine hem de egemen ulusların birlikte ve barış ve karşılıklı saygı içinde yaşamalarını tehlikeye düşüreceği, nedenine dayanan doğal bir itiraz vardır. Adam kaçırma uluslararası hukuka aykırı olduğundan, *bir mahkemenin yetki kabulü amacın araçları meşru kılacağı anlamında sayılacağından, devletlerin kişileri yargılama garantisini sağlama yerine hukuku çiğnemelerine yardım etmek veya cesaretlendirmek olacaktır*³⁰.

Dahası, bu durumda ilgili sanık **İnsan Hakları Mahkemesi**'ne başvurarak **gerekli haksızlığın giderilmesi hakkı kazanılabilmektedir**. Çünkü, yukarıda belirtildiği gibi, İnsan Hakları Konvansiyonu'nun 5/1.f maddes kişilerin özgürlükleri ancak yasada belirlenen usule göre yapılacağını istediğinden yasaya ve usulüne uygun olmıyan telsim işlemleri sanık lehine değerlendirilir. Söz konusu Kural'ın yorumu da İnsan Hakları Kurumları'nca değerlendirmeleri egemenlik haklarının kişi özgürlüklerini istedikleri gibi sınırlandırmaları doğrultusundadır. Buradaki görüşleri yansıtan ilk değerlendirme *Bozano v. France* Davası'nda görülmüş ve ilgili Devlet haksız ve usulsuz davarandığından sanık lehine tazminata mahküm edilmiştir³¹.

- Cordozo, «When Extradition Fails is Abduction the Solution, 55 *AJIL*, p. 127, 1960;
- Resolution of 24th June 1960, 15 UNCOR Special supp. (Jun-DEC.) Doc. S/4349;
- Attorney-Generale of the Government of Israel v. Adolf Eichmann, 36 *ILR* p. 5. 1961;
- USA v. Humberto Alvarez-Machin, 946 F. 2d p. 1466;
- 30) Buradaki karar için BKZ., *Beahan v. The State*, 103 *ILR*, 9. 214: *in my opinion it is essential that in order to promote confidence in and respect for the administration of justice and preserve the judicial process from contamination, a court should decline to compel an accused person to undergo a trial in circumstances where his appearance before it has been facilitated by an act of abduction undertaken by the prosecuting State. There is an inherent objection to such a course both on grounds of public policy pertaining to international ethical norms and because it imperils and corrodes the peaceful coexistence and mutual respect of sovereign nations. For abduction is illegal under international law [...] A country view would amount to a declaration that the end justifies the means, thereby encouraging States to become law-breakers in order to secure the convicted of a private individual »;*
- *Bennett v. Horseferry Road Magistrates' Court* (1994) 1 AC 42;
- *The State v. Ebrahim*, 31 *ILM* 888: ANC üyesi zorla Swaziland'tan ülkesi Güney Afrika'ya kaçınırsa da yargılama (ilgili Roman, Roman-Duch ve Güney Afrika hukuklarını inceledikten sonra) devletin mahkeme önüne « temiz eller »le gelmesi gerektiği gerekçesiyle, kendisini yetkisiz bulur. _öyle ki: « *The prohibition on the exercise of jurisdiction over an abducted person is based on sound legal principles relating to the protection of human rights and respect for the territorial sovereignty. These principles are admirably expounded in US v. Toscanino 500 F 2ed 267. It is imperative that the state should come to court in criminal proceedings with « clean hands »;*
- 31) Buradaki dava ile ilgili BKZ., 1986 *ECHR*, Serie. A. vol. 111, para. 53-8;

Kısacası, sanığın terörist olması ve **ayrıcalıklı** (*discriminatory*) işleme tabi olmaması insan hakların özünden olup uluslararası düzenlemelerle verilen haklar ileri sürememelerine de neden değildir.

E- ULUSLARARASI DAIMİ HAKEMLIK MAHKEMESİ

Olaydaki hakemlik mekanizması sığınma yeri arayan sanığın Hollanda'ya gitmek istemesi ve orada bulunan Uluslararası Daimi Hakemlik Mahkemesi (*Permenant Court oif Arbitration*)'nde Kürt Devleti sorununu götürmek istemesi ile ilgilidir. Burada bağımsız bir Kürt Devleti'nin kurulmasının savunması girişilen yanlış bir yatırımdır³².

Bunun birden çok **nedenleri** olabilir.

Her şeyden önce, söz konusu Hakemlik Mahkemesi *Uluslararası Anlaşmazlıkların Barışçı Yollarla Çözümü Hakkındaki 1907 Konvensiyonu*'nun³³ kabulü ile oluşmuş bulunmasına rağmen Konvensiyon'daki amaç Taraf olan devletlerarasındaki farklılıkları gidermeğe çalışmaktır. Böyle olunca, sanığın Kürk halkını temsil etme yetkisine sahip olduğu kabul edilse bile Taraf Devlet olmıyan PKK Örgütü liderinin iddiası kabul görmemiş olacaktır.

İkincisi, buradaki olumsuzluğa ek olarak, Türkiye'nin bu Konvensiyonu imzalamış ise de onaylamamıştır. Dolaysile Taraf olmadığından da Hakemlik Mahkemesi'nin olayda yeri ve etkisi olmayacaktır.

Dahası, onay halinde bile Konvensiyon'un "*hiçbir şekilde iç işlerine uygulanamıyacağı*" deklarasyonu olayın dinlenmesine engel olacaktır. Kısacası, La Haye çıkarması meyvesini veremeyecekti.

Başka bir uluslararası organizayona başvurmada durum farklı olabilceği de kuşku ile karşılanmalıdır. Örneğin, « Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Oragnizasyonu(AGIT)nun Ulusal Azınlıklar Yüksek Komiserliği » (*the High Commisioner on National Minorties of the Organization for Security and*

- Loizidou v. Turkey (Davası'da ilk itirazlar (preliminary objection), 1995 ECHR, Serie. A. vol. 111, para. 62-4;

- BKZ,. Hearst, D. & Doughty, N., « PKK Man Captured in Moldava », *The Guardian*, 22 July 1999, at 12;

32) İlgili Hakemlik Mahkemesi hakkında BKZ:

- The First International Cinvention for the Pasific Settlement of International Disputes, The Hague, 2 July 1899, UKTS (1901);

- The Second.... (18 October 1907, ilb., 6, 1971;

- Gilbert, Geoff., « The Arrest of Abdullah Ocalan », 2 *Leiden Journal of International Law*, 1999. p. 565-74;

- 6 LJIL, 1993;

33) International Convention for the Pacific Settlement of International Disputes, The Hague, 29 July 1899, UKTS, 9, 1901, and the Second, 18 October 1907, 6. UKTS, 1971: Turkish Declatation « *never be applied to questions of internal affairs* »;

Co-operation in Europe(HCNMOSCE), yargısal olmıyan kararları ile, kendisine özgü bir değerlendirme verebilecek³⁴ ise de Oranizasyondaki Komiserliğin sınırlı yetkisi Oragnizasyon Taraf Devletler arasındaki çatışmlara engel-araç olmaktan daha ileri gözükmemektedir. Başka bir deyişle, Taraf-lardaki azınlık problemine bakabilme yekisi verilmiş bulunmamaktadır. Sonra, terörizm sorunlarını değerlendirme yetkisi de verilmemiştir. Kısa-cası, uluslararası araç ve gereçlerle Türk ve ülke içindeki azınlık (Kürt halkı) probleminin çözünlenmesi önceden olduğu gibi gene de uzak görülmekte-dir.

F- SONUÇ

Yukardaki gelişmelerden anlaşılıyor ki, AGIT yardımıyla bile « politik suç istisnası » nedeniyle politik bir korunmanın sağlanacağından emin olunmaz iken, sanığın en iyi hukuksal durumu İtalya'daki ikametgahı ile orantılı idi. Çünkü, İtalyan hukuk düzenine göre, Anayasal ölüm cezası ya-sağının bulunması nedeniyle, extradisyon kararı verilemezdi. Ancak ulusal çıkar açısından orada sığınmacı olarak kalabilirliği ayrı bir sorundu.

Bunların yanında Sanık ile Yunanistan arasındaki işlemlerin altında ya-tan gerçekleri bilmenin zorluğunu kabul etmek gerekirse de sanığın misafir kaldığı anlarda, yani yetki alanı içinde bulunduğu, İnsan Hakları Kon-vensiyonu'nda yazılı bütün hakalardan yararlanma haklarının da sahibiydi. Bu nedenle başka bir yere extrade edilmesi durumda o yerde Konvensiyon-daki haklardan birine zarar verilmesi ahlinde bile Yunanistan, böyle bir yere gönderme işlemine giriştiği için, sorumluluk altında olacağı İnsan Hakları Kurumlarınca yapılan değerlendirmelerce kabul edilmiş bulunmaktadır. Ancak Yunanistan'nin Elçiliğini amacına ters bir şekilde kullanması da bir başka uluslararası sorumluluk olacağı yukarda belirtilmeğe çalışılmıştır.

Sanığın Türk Mahkemeleri'nin yargı yetkisini etkilemediği halde İnsan Hakları Kurumları'ndaki değerlendirmelerde bu yargının elde edilmesinde usulsuzlük ile karşı karşıya bırakılacağından korkulmalıdır. Çünkü *Bozano v. France* Davası'ndaki karar gereği kişi özgürlüklerin sınırlandırılması yasa ve usule aykırı yapılmaması gerekmektedir. Başka bir deyişle, extra-disyon için gerekli ve meşru olan özgürlük sınırlamaları adam kaçırma veya gizli extradisyon metodları kullanılmasına izin verilmemesi gerek-mektedir.

Dahası, Türk yargılamasındaki «dürüst yargılama » (*fair trial*) prensibi-ne de yanlış bakılacaktır. Çünkü, her ne kadar «*ne tarafsızlık ne de bağım-*

34) Helsinki Document 1992, « The Chalange of Changes », 13 *Human Rights Law Journal*, 1992, p. 284;

sızlık nötre olmayı engellemez » ise de « yargıçlar devlet içindeki mekanizmanın bir parçasıdır » bu nedenle de « politik karar vermelerine pek engel olunamaz. Onların ilk ve en önemli görevleri hukuk tarafından kurulan yönetme kurumlarını yaşatmaktır. Kısacası, yargıçların var olan kurumlara karşı olanlar ile onları koruyanlar arasındaki anlaşmazlıklarda nötre olacakları iddiasında karmaşıklık ortaya çıkar.

Dahası, yasal ve dürüst değerlendirme yapılmasının gerekliliği adalet yalnız görünürdeki kötülüğü değil uzun vadede gizli kalmış olan kötülüklere karşı da işletilmelidir ki gerçek barış sağlanmış olsun anlayışına bağlı olmalıdır