

ALMAN SUÇLULARIN İADESİ HUKUKUNUN ESASLARI*

Faruk TURHAN **

I. GİRİŞ, TANIM VE ALMAN İADE HUKUKUNUN KAYNAKLARI

1. Giriş

Suçluların iadesi, bir uygulamacının karşılaşma ihtimali az olan bir hukuk dalıdır. Ancak, bir hakim bakmakta olduğu davanın veya bir savcı yaptığı hazırlık soruşturmasının yabancı ülkeyle bağlantısı nedeniyle suçluların iadesinin de dahil olduğu cezai konularda milletlerarası adli yardımlaşma hukuku ile ilgilenmek zorunda kalabilir. Türkiye, üç milyonu aşan yurt dışında yaşayan ve çalışan vatandaşları nedeniyle hukuki konuların yanı sıra, cezai konularda da, özellikle Avrupa ülkeleri ile yoğun bir hukuki ilişki içindedir. Bu ülkeler içinde de Türkiye'nin en yoğun adli yardımlaşma ilişkisinin bulunduğu ülke bilindiği gibi Almanya'dır. Ancak gerek Alman hukukundan, gerekse Türkiye'deki uygulamalardan kaynaklanan bazı sorunlar nedeniyle Türkiye ile Almanya arasındaki suçluların iadesi trafiği iyi işlememektedir. Alman İade Hukukunun temel prensiplerini ve iade usulünü incelemek, sorunların nereden kaynaklandığını anlamaya ve dolayısıyla önceden önlem almaya yardımcı olabilir. Bu bildiri uygula-

* Bu çalışma 24-25 Nisan 2001 tarihlerinde İstanbul'da düzenlenen "7. Hukuk İhtisas Semineri" kapsamında Ord. Prof. Dr. Sulhi DÖNMEZER'in başkanlığını yaptığı "Milletlerarası Ceza Hukuku, Suçluların İadesi ve AB'nin Bu Alanda Yeni Hazırladığı Sözleşmeler" oturumunda sunulan "Federal Almanya İade Hukuku" adlı bildiriye dayanmaktadır. Bildiri metni tekrar gözden geçirilmiş, dipnotlar eklenmiş ve çalışma sonuna ilgili kanun ve sözleşme hükümleri konmuştur. Çalışma 28.8.2001 tarihinde tamamlanmış olup, 31.1.2003 tarihine kadar olan gelişmeler dikkate alınmıştır.

** Doç. Dr., Süleyman Demirel Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Kamu Yönetimi Bölümü Öğretim Üyesi.

macılara yönelik olduğu için, kavramlar üzerindeki teorik tartışmalara girilme-
yerek, konu ile ilgili Alman mahkeme kararları (özellikle Türkiye'nin yapmış
olduğu iade talepleri hakkında verilen kararlar) dikkate alınarak, Alman iade
hukukunun temel prensipleri ve konu ile ilgili aktüel problemlerin açıklanması
tercih edilmiştir.

Türkiye ile Almanya arasındaki iade ilişkisi Avrupa Konseyi'nce hazırlanan
13.12.1957 tarihli Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi¹ (aşağıda **SİDAS**
şeklinde kısaltılarak belirtilecektir) ve bu Sözleşmeye Ek 2. Protokol² (aşağıda
2. Prot. şeklinde kısaltılarak verilecektir) çerçevesinde yürütülmektedir. Bu
sözleşmelerin düzenlemedikleri konularda ve iade muhakemesinde ise Cezai
Konularda Milletlerarası Adli Yardımlaşma Kanunu'nun (*IRG*) hükümleri göz
önünde bulundurulması gerekmektedir. Okuyucuya anlama kolaylığı ve karşıla-
ştırma imkanı vermek amacıyla çalışmanın sonunda *IRG*'nin ilk 9 paragrafının
Türkçe çevirisi ile **SİDAS** ve 2. Protokolün ilgili maddeleri karşılaştırmalı ola-
rak verilmiştir.

Alman iade hukukunda son zamanlarda önemli gelişmeler olmaktadır. Özel-
likle 1996 tarihli Avrupa Birliği İade Sözleşmesi, Avrupa Birliği ülkeleri arasın-
da iade ilişkisini kolaylaştırma ve iade engellerini azaltma yönünde önemli yeni-
likler içermektedir.³ Bunun yanında BM Uluslararası Yugoslavya ve Ruanda
Ceza Mahkemeleriyle işbirliği açısından *IRG*'nin bazı hükümleri değiştirilmiş-
tir. Ayrıca, uluslararası ceza mahkemeleri ile işbirliğini ve Uluslararası Daimi
Ceza Mahkemesi Statüsü'nün Almanya tarafından onaylanmasını sağlamak
amacıyla Alman Anayasası'nın (*Grundgesetz*) 16. maddesindeki vatandaşın
mutlak iade yasağı değiştirilerek, Alman vatandaşlarının uluslararası ceza mah-
kemelerine ve Avrupa Birliği ülkelerine iadesi yolu açılmıştır. Yine iade huku-
kunu ilgilendiren diğer bir değişiklik de, siyasi nedenlerle kovuşturulanlara tanı-
nan sığınma hakkını sınırlayan Alman Anayasası'nın 16a maddesidir. Konunun
kapsamını genişletmemek için bu değişikliklere ileride çok kısa olarak değinile-
cektir.

¹ 21.06.2001 tarihi itibarıyla Ermenistan, Azerbaycan ve San Marino hariç bütün Avrupa
Konseyi üyeleri Sözleşmeyi onaylamıştır. **SİDAS**'ın İngilizce metni, onay durumu ve çe-
kinceler için bkz. <http://conventions.coe.int/treaty/EN/STELList.asp?CM> veya Avrupa
Konseyinin web sayfası: <http://www.coe.int>.

² 17.03.1978 tarihli "Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesine Ek İkinci Protokol"
Türkiye tarafından 8.5.1991 tarihinde onaylanmıştır, Protokol metni için bkz. RG
25.9.1991-21002. Bu Protokol 21.06.2001 tarihi itibarıyla Avrupa Konseyi'ne üye 33
devlet tarafından onaylanmıştır. Protokol'ün İngilizce metni, onay durumu ve çekinceler
için bkz. <http://conventions.coe.int/treaty/EN/STELList.asp?CM> veya Avrupa Konseyi'nin
web sayfası: <http://www.coe.int>.

³ "Übereinkommen vom 27. September 1996 aufgrund von Artikel K.3 des Vertrags über
die Europäische Union über die Auslieferung zwischen den Mitgliedstaaten der
Europäischen Union"; Sözleşme hakkında açıklayıcı bilgi için bkz. Wolfgang
SCHOMBURG, NJW 2000, (Heft 5), s.340-344.

2. Tanım ve Alman İade Hukukunun Kaynakları

a) Tanım ve terim

Suçluların iadesi, cezai konularda milletlerarası bir adli yardımlaşma şeklidir. Alman hukukunda iade çoğunlukla, hakkında ceza kovuşturması yapılan bir kişi veya hükümlünün bir devletin yargı yetkisi alanından başka bir devletin yargı yetkisine teslimini amaçlayan cezai konularda devletlerarası bir adli yardımlaşma olarak tanımlanmaktadır.⁴ Alman hukukunda iade işlemi için “Auslieferung”, bu hukuk dalı için de “Auslieferungsrecht” terimi kullanılmaktadır. Buna karşın bu hukuk dalını ifade için Türk hukukunda kullanılan terimler farklıdır. Önceleri “iade-i mücrimin” terimi kullanılırken, daha sonra “suçluların iadesi” veya “suçluların geri verilmesi”, terimleri kullanılmaya başlanmıştır.⁵

b) Alman iade hukukunun kaynakları

Alman iade hukuku çeşitli kaynaklara dayanmaktadır. Geleneksel olarak iki taraflı iade sözleşmeleri ön planda olmakla birlikte, bu gün için sadece Avrupa dışındaki devletlerle olan iade ilişkisinde iki taraflı sözleşmeler önem arz etmektedir.⁶ Almanya'nın Avrupa devletleri ile olan iade ilişkisinde en önemli kaynak, Avrupa Konseyine üye olan hemen hemen bütün ülkelerin onayladıkları Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesidir (SİDAS)⁷. Almanya bu Sözleşmeyi

⁴ Bkz. Heinrich GRÜTZNER, in: Strupp-Schlochhauer, Wörterbuch des Völkerrechts, Band 1, s.115; Theo VOGLER, Auslieferungsrecht und Grundgesetz, Duncker & Humblot, Berlin 1970, s.26; Türk hukukunda da iade için verilen tanımlar Alman Hukukuna benzer niteliktedir: Örneğin, Sulhi DÖNMEZER/Sahir ERMAN, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım Cilt III, 12. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 1997, s.413, iadeyi, “işlediği suç belirli bir devletin yargı yetkisi içinde olan kişinin ülkesinde bulunduğu devlet tarafından yargı yetkisine sahip olan devlete teslim edilmesi” olarak tanımlamaktadır.

⁵ İade hukuku ve iade için kullanılan terimler hakkında bkz. Kayıhan İÇEL/Süheyl DONAY, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, Genel Kısım 1. Kitap, 3. Bası, Beta Yayınları İstanbul 1999, s.206; A. Pulat GÖZÜBÜYÜK, Devletlerarası Ceza Hukuku, Ankara 1959, s.90. Bu hukuk kurumunu en iyi ifade eden kavram “suç nedeniyle kovuşturulanların veya hükümlülerin teslimi”dir: bkz. Faruk TURHAN, Die Rechtsstellung des Auszuliefernden nach türkischem Recht unter besonderer Berücksichtigung des deutschen Rechts, Peter Lang Verlag, Frankfurt a.M, 1993 s.9 vd. Ancak kullanım kolaylığı ve Türkiye'nin yapmış olduğu Sözleşmelerde genellikle kullanıldığı için bu çalışmada “iade” terimini tercih ettik.

⁶ Almanya'nın taraf olduğu bütün iki ve çok taraflı iade sözleşmeleri alfabetik olarak ülkelere göre düzenlenmiş şekilde yayınlanmış ve değişiklikler işlenmektedir: Heinrich GRÜTZNER/ Paul-Günter PÖTZ, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, II, III, 2. Bası (1992 vd.) (Loseblattsammlung).

⁷ Bkz. yukarıda dipnot 1.

1977 tarihinde onaylamıştır. Dolayısıyla, Türkiye ile Almanya arasındaki iade trafiği de bu sözleşme hükümlerine göre gerçekleştirilmektedir. Ayrıca, Almanya SİDAS'a Ek 2. Protokol'ü⁸ de onayladığı için Türkiye ile Almanya arasındaki iade ilişkisinde bu Protokol hükümleri de dikkate alınmalıdır.

Alman iade hukukunun iç hukuktaki en önemli kaynağı, 1983 tarihinde yürürlüğe giren Cezai Konularda Milletlerarası Adli Yardımlaşma Kanunudur (*Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen*; **IRG** olarak kısaltılmaktadır).⁹ Bu Kanun, suçluların iadesi yanında, yabancı mahkeme kararlarının yerine getirilmesi (*Vollstreckung auslaendischer Erkenntnisse*) ve dar anlamda adli yardımlaşma ("*kleine Rechtshilfe*") konularını da düzenlemektedir. Bu kanunun maddi iade hukukuna ilişkin hükümleri, büyük oranda SİDAS'ın hükümleriyle paralellik göstermektedir. IRG'nin 1. paragrafının 3. fıkrası "**Uluslararası sözleşme hükümleri**, doğrudan doğruya uygulanabilir iç hukuk kuralı şeklini aldığı andan itibaren, **bu kanunun hükümlerinden önce uygulanır**" diyerek iade sözleşmelerinin, kanun karşısındaki üstünlüğünü belirtmiştir. Ancak, bu Kanun, uluslararası hukuk açısından diğer devletler karşısında hiçbir iade yükümlülüğü ("*keine völkerrechtliche Verpflichtung*") getirmemektedir. Bu nedenle, IRG'nin iadenin maddi koşullarına ilişkin hükümleri öncelikle, Almanya ile arasında iade sözleşmesi olmayan devletler arasındaki iade ilişkilerinde uygulanır. Ancak Almanya ile arasında iade sözleşmesi bulunan devletlerle olan iade ilişkisinde de sözleşmelerinin düzenlemediği konularda, özellikle iade muhakeresinde, IRG doğrudan uygulama alanı bulmaktadır.¹⁰ Alman mahkemelerinin, iade sözleşmelerinde düzenlenmiş olan iade koşulları konusunda da yer yer bu kanunu ve Alman Anayasası'nın bazı hükümlerini uyguladıkları görülmektedir. Bu nedenle, iade hukukunun koşulları incelenirken hem iade sözleşmeleri, hem de IRG'nin hükümleri dikkate alınmalıdır. Burada kısaca belirtelim ki, uluslararası hukuka göre, iade sözleşmesi olmadan devletlerin iade yükümlülüğü kabul edilmemektedir. Buna karşın, suç faillerinin sözleşme olmadan iade edilip edilmeyecekleri ise, her devletin iç hukukuna bağlıdır. Alman hukukunda sözleşme olmadan da iade mümkündür; ancak karşılıklılık ilkesi dikkate alınmaktadır.

Alman İade Hukuku hakkında ayrıntılı bilgi edinmek isteyen uygulamacı ve araştırmacılar için bu konudaki en önemli bilimsel başvuru kaynaklarını da belirtelim.¹¹ Başvuru kaynakları arasında özellikle uygulamaya yönelik en başta

⁸ Bkz yukarıda dipnot 2.

⁹ IRG'nin İngilizce çevirisi (*Law on International Assistance in Criminal Matters*) için bkz. Sigmar UHLIG/ Wolfgang SCHOMBURG/Otto LAGODNY, *Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRG)*, Verlag C.H. Beck, Münih 1992, s.390 vd.

¹⁰ Bkz. LAGODNY, in: Uhlig/Schomburg/Lagodny, *IRG-Kommentar*, § 1 RN 19 vd.

¹¹ Alman iade hukuku hakkında aktüel ve özet bilgi için bkz. Thomas WEIGEND, "Grundsätze und Probleme des deutschen Auslieferungsrechts", *Juristische Schulung (JuS)* 2000, s.105-111.

gelen eser hiç şüphesiz SCHOMBURG/LAGODNY tarafından yayınlanan “*Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*”¹² adlı şerhtir. 1983 yılında IRG’nin gerekçesini içeren kısa bir şerh olarak ULIG/SCHOMBURG,¹³ tarafından yayınlanan eser, 1993 yılında doktrinde iade hukukunun en önde gelen isimlerinden olan Prof. Dr. Otto LAGODNY’nin¹⁴ katılımı ile IRG’nin sistematik olarak açıklanması yanında, milletlerarası adli yardımlaşma hukukunun diğer alanlarını da içeren önemli bir şerh niteliği kazanmıştır. 1998 yılında yapılan 3. basısı Avrupa Birliği’nin cezai konularda adli yardımlaşma ilişkileri ile uluslararası ceza mahkemeleri konularını da kapsamına almıştır.¹⁵ Önemle belirtmesi gereken diğer bir eser de Theo VOGLER, Wolfgang WALTER ve Peter WILKITZKI tarafından yayınlanan “*Kommentar zum Gesetz über die Internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRG)*”¹⁶ adlı şerhtir. Bu sistematik şerhin büyük bir kısmı iade hukuku teorisinin Almanya’daki önemli isimlerinden olan Theo VOGLER¹⁷ tarafından yazılmıştır.

II. Alman İade Hukukunun Maddi Şartları

1. Karşılıklılık İlkesi (*Gegenseitigkeitsprinzip*)

İade talebinin kabul edilebilmesi için karşılıklılık ilkesinin güvence altına

¹² Wolfgang SCHOMBURG/Otto LAGODNY, *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen/ International Cooperation in Criminal Matters/ Kommentar zum Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRG) 3. Bası*, Verlag C.H.Beck, München 1998. Bu çalışma sırasında 3. bası elimde bulunmadığı için çalışmada yapılan atıflar 2. basıyadır.

¹³ Sigmar UHLIG/Wolfgang SCHOMBURG/Otto LAGODNY, *Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRG) 2. Bası*, Verlag C.H.Beck, Münih 1992 (aşağıda Uhlig/Schomburg/Lagodny, IRG-Kommentar, şeklinde kısaltılarak atıfta bulunulacaktır). *Bu çalışmada yapılan atıflar 2. basıyadır.*

¹⁴ LAGODNY’nin suçluların iadesinde, iade edilenin hukuku statüsünü temel hak ve özgürlükler ve insan hakları açısından ele alan çalışması için bkz. *Die Rechtsstellung des Auszuliefernden in der Bundesrepublik Deutschland, Beitrage und Materialien aus dem Max-Planck-Institut für auslaendisches und Internationales Strafrecht*, Freiburg/ Herausgegeben von Albin Eser, Freiburg i. Br. 1987.

¹⁵ Ayrıca şerh içinde açıklanan konularla ilgili literatüre de yer verilmektedir.

¹⁶ Theo VOGLER/ Wolfgang WALTER/Peter WILKITZKI: *Kommentar zum Gesetz über die Internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRG)*, in: Heinrich Grützner/Paul-Günther Pötz, *Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen*, I A 2, Loseblattsammlung, 2. Bası, 1980 vd. yıllar (aşağıda Vogler/Walter/Wilkitzki, IRG, şeklinde kısaltılarak atıfta bulunulacaktır!).

¹⁷ VOGLER’in iadenin hukuki yapısını “*Vertragstheorie*” (“sözleşme teorisi”) ile açıklayan görüşleri için bkz. *Auslieferungsrecht und Grundgesetz*, Duncker & Humbolt, Berlin 1970, özellikle s.33 vd..

alınmış olması aranmaktadır. Ancak karşılıklılık ilkesi genelde iade sözleşmesi olmayan devletlerle olan iade ilişkisinde önem kazanmaktadır. Çünkü, iade sözleşmesi ile taraflar zaten karşılıklı olarak iade yükümlülüğü altına girmektedirler. IRG'nin 5. paragrafı "talep eden devletin verdiği güvenceye göre, bu devletin benzer nitelikteki bir Alman iade talebini yerine getireceği beklenebiliyorsa, ancak bu halde iade talebi kabul edilebilir" diyerek bu ilkeyi açıkça belirtmektedir. Uluslararası hukukta adli yardımın yerine getirilmesinin karşılıklılık ilkesine göre mümkün olduğu yolunda bağlayıcı bir kural bulunmamaktadır.¹⁸ Bu ilke, sadece devletlerin karşılıklı çıkarlarını koruma amacını taşıdığı için, adli yardımlaşma ilişkilerinde Alman Anayasası'nda güvence altına alınan temel haklar açısından da zorunlu görülmemekte¹⁹ ve doktrinde bu ilkedeki vazgeçilmesi yönündeki görüşler gittikçe ağırlık kazanmaktadır.²⁰

SİDAS'ın 2. maddesinin 7. fıkrası, karşılıklılık ilkesinin sadece sözleşme kapsamına girmeyen suçlar bakımından uygulanabileceğini belirterek, sözleşme kapsamına giren konularda bu ilkenin güvence altında olduğundan hareket etmektedir. Federal Yüksek Mahkeme (*Bundesgerichtshof*) de 11.03.1981 tarihli bir kararında²¹ SİDAS'a göre yapılan iade taleplerinde kural olarak karşılıklılığın aranmayacağını, o zaman yürürlükte olan Alman İade Kanunu'nun (*Deutsches Auslieferungsgesetz*) § 4 Nr. 1 deki karşılıklılık şartının uygulanmayacağını açıkça belirtmiştir. Federal Yüksek Mahkeme'ye göre, iade talebinde bulunan devletin benzer bir olayda, karşılıklılık ilkesini yerine getiremeyecek olması, iadenin kabul edilebilirliğine engel olmadığı için eyalet yüksek mahkemesinin inceleme yetkisinde değildir. Bu durumda, Federal Hükümet iade talebini kabul edip etmemekte serbesttir.²²

2. Her iki devletçe cezalandırılabilirlik ilkesi (*Beiderseitige Strafbarkeit*) ve *ne bis in idem*

İade sözleşmelerinde (örneğin SİDAS md. 2) ve iade kanunlarında (IRG § 3) hem iade talebinde bulunan, hem de kendisinden iade talep edilen devletin kanunlarına göre iadeye esas olan suçun cezalandırılabilir nitelikte olması koşulu aranmaktadır. Buna göre, hukuka uygunluk nedenlerinin bulunması, cezalandırılabilirlik şartlarının veya şikayet şartının bulunmaması, fiilin zaman aşımına uğraması veya af kapsamına girmesi gibi nedenlerle iadeye esas teşkil eden fiil hakkında talep edilen devlet kanunlarına göre ceza kovuşturması yapılması mümkün değilse, iade talebi kabul edilmemektedir.

¹⁸ VOGLER, in: Vogler/Walter/Wilkitzki, IRG, § 5 RN 2.

¹⁹ LAGODNY, in: Uhlig/Schomburg/Lagodny, IRG-Kommentar, § 5, RN 2.

²⁰ VOGLER, in: Vogler/Walter/Wilkitzki, IRG, § 5 RN 2 vd.

²¹ BGHSt. 30, 55, 62 vd.

²² BGHSt. 30, 55, 63-64.

Stuttgart Eyalet Yüksek Mahkemesi (*Oberlandesgericht Stuttgart*) 12.3.1986 tarihli bir kararında²³, iadeye esas teşkil eden fiilin, Alman hukuku açısından bakıldığında, **hukuka aykırı olmadığı** gerekçesi ile Türkiye'nin yapmış olduğu bir iade talebinin kabul edilemez olduğuna karar vermiştir. Türkiye'nin iade talebine esas olan olay Oltu Ağır Ceza Mahkemesi'nin verdiği bir mahkumiyet kararına dayanmaktadır. Oltu Ağır Ceza Mahkemesi'nin tespitine göre olayın meydana gelişi şu şekildedir: İki grup arasındaki bir kavgada gruplardan birine mensup olan A, tarafların arasını bulmak ve yatıştırmak isterse de bunda başarılı olamaz. Kendi grubundan birisinin yaralanması üzerine de, yakındaki kendi seyahat bürosuna kaçır. Karşı gruptan olan iki kişi ellerinde sopa ve taşlarla birlikte onun arkasından büroya saldırırlar. Bunun üzerine A, ruhsatlı tabancasını çekerek, kısa mesafeden saldırganların üzerine ateş ederek ikisini de ağır yaralar. Oltu Ağır Ceza Mahkemesi A'nın karşı saldırısını meşru müdafaa olarak nitelendirir; ancak A'nın meşru müdafaa savunmasının sınırını aştığı gerekçesi ile dört yıl 5 ay hapse mahkum eder. Hükümlünün Almanya'ya kaçması üzerine Türkiye, Almanya'dan iade talebinde bulunur.

Stuttgart Eyalet Yüksek Mahkemesi Türkiye'nin talebi ilgili kararının gerekçesinde, SİDAS'a göre somut olayda hukuka uygunluk sebeplerinin bulunup bulunmadığının sadece dosyada bulunan belgeler üzerinden incelenebileceğini, sanığın gerçekten suçu işleyip işlemediğine ilişkin delil toplanamayacağını, ancak talep eden devletin sunduğu belgelerden talep edilen devletin hukukuna göre kusuru ortadan kaldıran nedenlerin bulunması veya cezalandırmaya engel nedenlerin veya hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmasının her iki devletçe cezalandırılabilirlik şartını ortadan kaldıracığını belirtmiştir. Daha sonra olayı Alman hukuku açısından değerlendiren Eyalet Yüksek Mahkemesi, Alman Ceza Kanunu'nun 32. paragrafına göre sanığın yaptığı savunmanın saldırıyı püskürtmek için gerekli olduğunu ve savunma için kullanılan aracın ve savunmanın yapıldığı şeklinin müsaade edilen savunma sınırını aşacak nitelikte olmadığı sonucuna varmıştır. Mahkeme kararının devamında Alman doktrin ve uygulamasında meşru müdafaa savunmanın şartlarına ilişkin içtihatları açıklayıp bu içtihatları olaya uygulayarak, fiilin Alman hukuku açısından hukuka uygun olduğu ve bunun sonucu olarak da Alman hukukuna göre cezalandırılabilirlik şartının gerçekleşmediği gerekçesi ile iadenin kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.

Hukuka uygunluk sebeplerine ilişkin bir başka örnek de *Kammergericht Berlin*'in (Berlin Eyalet Yüksek Mahkemesi) 7.5.1971 tarihli kararıdır.²⁴ Türki-

²³ Stuttgart Eyalet Yüksek Mahkemesi, 12.3.1986, GA 1986, s.563-564.

²⁴ in: Albin ESER/Otto LAGODNY/Peter WILKITZKI (Hrsg.) Internationale Rechtshilfe in Strafsachen/Rechtsprechungssammlung 1949-1992, (aşağıda in: ESER / LAGODNY / WILKITZKI şeklinde atıfta bulunulacaktır!) 2. Bası, Beitrage und Materialien aus dem Max-Planck-Institut für auslaendisches und internationales Strafrecht Freiburg, 1993, Band S 15, U 2, s.112-113.

ye'nin yapmış olduğu bu iade talebinde emre itaatsizlik ve üstüne karşı fiilen taarruzda bulunmak (müessir fiil) suçlarından bir Türk askeri mahkemesince hükmedilen cezanın infazı amacıyla iadesi istenen bir hükümlü söz konusudur. Kammergericht Berlin önce emre itaatsizlik suçunun sırf askeri suç olması nedeniyle verilen mahkumiyet kararı için iadesinin mümkün olmadığını, buna karşın fiilen tecavüzde bulunma suçu nedeniyle iadesinin mümkün olduğunu tespit etmiş; ancak olayda meşru müdafaa nedeniyle fiilin Alman hukukun göre hukuka uygun ve bu nedenle de cezalandırılabilirlik şartını taşımadığı sonucuna varmıştır. Mahkemenin tespitine göre olay şu şekilde meydana gelmiştir: Sanık asker, başka bölükte görevli bir asteğmene, görevden kaçınmak için kendisinin bu bölükte çalışmadığını söyleyerek yalan söyler. Bunun üzerine üstü olan asteğmen, sanığa birkaç defa yumruk vurur. Üstünün bu saldırısına karşı sanık da birkaç yumrukla karşılık vererek görev yerinden uzaklaşır. Mahkeme, sanığın bu fiilinin Alman Ceza Kanunu'na göre meşru müdafaa teşkil ettiğini, çünkü sanığın üstünden gelen ve halen mevcut ve hukuka aykırı bir saldırıya karşı kendini savunmak için hareket ettiğini tespit ederek, iade talebinin kabul edilemezliğine karar vermiştir.²⁵

Yine, iade talebine esas olan **suçun** talep eden devletin hukukuna göre **kovuşturulabilir olması**, yani kovuşturma şartlarının gerçekleşmiş olması gerekir. Buna karşın, talep edilen devletin hukuku açısından suçun kovuşturulabilirliğine bazı sınırlamalar getirilmiştir. Örneğin, Alman hukuku açısından suçun kovuşturulabilmesi için gerekli olan şikayetin yapılmamış olması iadeye engel değildir.²⁶ Ceza mahkumiyetinin infazı için yapılan talep birden fazla fiil nedeniyle verilen mahkumiyet kararını kapsıyorsa, bu durumda Alman hukukuna göre, bütün fiillerin cezalandırılabilir olması gerekir. Gerçekten, Federal Yüksek Mahkeme²⁷ İtalya'nın yaptığı bir iade talebiyle ilgili olarak verdiği bir kararında, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu (*StPO*) § 264 anlamında iki ayrı fiil için verilen mahkumiyet kararlarının içtima ettirilerek hükmedilen mahkumiyet kararının

²⁵ Bu olayda ilginç olan konu Kammergericht Berlin'in Türk askeri mahkemesinin kararının hüküm kısmını inceleyerek, Türk mahkemesinin olayda meşru müdafaa'nın bulunup bulunmadığı konusunu incelemediğini belirterek, esasen Türk Askeri Ceza Kanunu'nun bu gibi durumlarda meşru müdafaa'yı kabul etmediğini, sadece cezada indirim öngördüğünü ve Türk Ceza Kanunu'na göre de sağlık ve vücut bütünlüğüne karşı saldırılarda meşru müdafaa'nın kabul edilmediği sonucunu çıkarmasıdır (bkz. s.113). Halbuki vücut bütünlüğüne karşı meşru müdafaa hem askeri ceza hukukunda (AsCK md. 44: TCK hükümlerine yollama yapmakta) hem de Türk Ceza Hukukunda mümkündür (TCK md. 49: nefis: hayat ve vücut bütünlüğü olarak kabul edilmekte). Fiilin her iki ülke kanununa göre cezalandırılabilirliğin tespitinde maddi olay incelemesini bu kadar ileriye götürmek iadenin amacına uygun düşmez. Çünkü iadenin amacı kendi ceza kanununu uygulamak değil, yabancı ceza yargısının yapılmasına yardım etmektir.

²⁶ Eckhart VON BUBNOFF, *Auslieferung, Verfolgungsübernahme, Vollstreckungshilfe/ Ein Handbuch für die Praxis*, Walter de Gruyter. Berlin/New York, 1988, s.54.

²⁷ Federal Yüksek Mahkeme (BGH) 31.3.1977, BGHSt. 27, 168.

infazı amacıyla yapılan iade talebinde, fiillerden birisi Alman hukukuna göre suç teşkil etmediği için, iade talebinin sadece Alman hukukuna göre suç teşkil eden fiil nedeniyle verilen mahkumiyet kararının infazı için kabul edilebileceğine karar vermiştir.²⁸

Talep eden veya talep edilen devletin hukukuna göre suçun zamanaşımına uğraması (dava veya ceza zamanaşımı) da iadeye engeldir (SİDAS md. 10, IRG § 9 Nr. 2). Bu yüzden, iade talebinin talep edilen ülkeye ulaştığı anda, iade talebine esas teşkil eden fiilin talep edilen devletin mevzuatına göre dava zamanaşımı dolmuşsa, iade kabul edilmemektedir.²⁹ Zamanaşımının durması ve kesilmesinde Alman hukuk normları dikkate alınacaktır. Bu nedenle, Almanya'ya yapılan iade taleplerinde Alman kovuşturma makamları fiil hakkında Alman hukukuna göre zamanaşımını kesici nitelikte muhakeme tedbirlerine başvurmuşlarsa iade mümkündür.³⁰ Türkiye'nin yapmış olduğu bir iade talebi ile ilgili olarak Federal Yüksek Mahkeme 26.06.1984 tarihli bir kararında, **talep eden devletçe zamanaşımını kesen muhakeme tedbirlerine** de Alman makamlarınca alınan tedbirler gibi **etki tanımıştır**.³¹ Federal Yüksek Mahkemenin kararına esas teşkil eden olayda Almanya'da oturan bir Türk vatandaşının Türkiye tarafından iadesi talep edilmektedir. Sanık hakkında, Türkiye'den (Bulgaristan üzerinden) Almanya'ya uyuşturucu (200 kg esrar) ihraç etmeye teşebbüs suçundan hakkında İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi'nce tutuklama kararı verilmiştir. İade talebine esas teşkil eden fiil nedeniyle Alman mahkemelerinin de yargı yetkisi (Alman Ceza Kanunu § 6 Nr. 5) bulunmakla birlikte, Alman kovuşturma makamları herhangi bir kovuşturma tedbirine başvurmadıkları için Alman kanunlarına göre geçerli olan 5 yıllık dava zamanaşımı süresi geçmiştir. Federal Yüksek Mahkeme, her iki tarafın yargı yetkisinin bulunduğu bir suç için yapılan bu taleple ilgili olarak, fiilin Almanya'da dava zamanaşımı nedeniyle kovuşturulmayacak olmasına rağmen, talep eden devlet olarak Türkiye'nin zamanaşımını kesici muhakeme tedbirlerine başvurmuş olması ve bu tedbirlerin Alman huku-

²⁸ Ayrıca bkz. Kammergericht Berlin, 7.5.1971, in: ESER / LAGODNY / WILKITZKI U 2, s.112 vd.

²⁹ Kammergericht Berlin 9.3.1988, in: ESER / LAGODNY / WILKITZKI U 159, s.551 vd.: Türkiye'den Bulgaristan'a uyuşturucu ihracı nedeniyle bir Türk mahkemesince verilen 1 yıl 6 aylık hapis cezası ile hükmedilen para cezasının infazı amacıyla Türkiye'nin yaptığı iade talebi Almanya tarafından kabul edilmemiştir. Yetkili Alman mahkemesi olarak Kammergericht Berlin 19.2.1985 tarihinde Türkiye'nin iade talebinin kabul edilebilirliğine karar vermişken, (iadenin bu arada gerçekleştirilememiş olması nedeniyle olsa gerek) daha sonra IRG § 33 fıkra 1 uyarınca iade talebi hakkında tekrar inceleme yaparak, aradan geçen süre nedeniyle Alman kanunlarında ceza zamanaşımı için öngörülen üst sınırın geçtiği gerekçesi ile iade talebinin kabul edilemeyeceği sonucuna varmıştır.

³⁰ VOGLER, in: Vogler/Walter/Wilkitzki, IRG, § 9 RN 24.

³¹ BGHSt. 33, 26 vd.

kuna göre de zamanaşımını kesici nitelikte olmasını nedeniyle iadenin kabul edilebilir olduğuna içtihat etmiştir.³²

Eğer, hükmedilen bir cezanın infazı amacıyla iade talebinde bulunulmuş ise, iadenin kabul edilebilirliği Alman hukukunun ceza zamanaşımı hükümlerine göre tespit edilecektir.³³ Ceza zamanaşımı süresi, talep eden devletin kanunlarına göre hükmün kesinleştiği tarihten itibaren işlemeye başlar.³⁴

Talep eden devlette veya talep edilen devlette iadeye esas teşkil eden suç da kapsayan bir **af** veya **cezayı kaldıran kanun** iadeye engeldir (IRG § 9 Nr. 2). Talep eden devlette çıkarılan bir af, bu devletin yargılama hakkını ortadan kaldırdığı için, iadeye engel teşkil etmektedir. Talep eden devletteki af ile ilgili olarak SİDAS'ta bir hüküm bulunmamaktadır. Talep eden devlet, kovuşturma yetkisinin bulunmadığı bir fiil nedeniyle iade talebinde bulunmayacağı için, böyle bir hükme gerek de yoktur.³⁵ Buna karşın, 2. Protokol'ün 4. maddesi, talep edilen devlet, iadeye konu olan suç için yargı yetkisine sahipse ve bu suç da kapsayan af yetkisini kullanmışsa, iadenin kabul edilemeyeceğini açıkça düzenlemiştir.

İç hukukta, anayasalarda düzenlenen ve AİHS ile güvence altına alınan bir suç fiili nedeniyle iki defa yargılama yasağına (*ne bis in idem*), devletlerarası adli yardımlaşma hukukunda sınırlı bir etki tanınmıştır. Federal Anayasa Mahkemesi'nin (*Bundesverfassungsgericht*) ve Federal Yüksek Mahkemenin (*Bundesgerichtshof*) kararlarına göre, yabancı ülkedeki ceza yargılaması, Almanya'da aynı fiil nedeniyle tekrar yargılama yapmaya ve bu kişinin Almanya'dan iadesine engel değildir. Çünkü, Alman Anayasası'nın 103. maddesinin 3. fıkrasındaki *ne bis in idem* kuralı, sadece Alman mahkeme ve yargı mercilerinin aralarındaki ilişkilerde geçerlidir.³⁶ Ne bis in idem kuralının iadeye engel teşkil edip etmediğini anlamak için, konuyu talep edilen ülkedeki yargılama ve üçüncü devletlerdeki yargılama olmak üzere iki açıdan ele almak gerekir.

İadeye esas teşkil eden suç nedeniyle talep edilen ülkenin mahkemelerince verilen kesinleşmiş mahkumiyet kararı veya takipsizlik kararı veya davanın düşmesi kararlarının iadeye engel teşkil edeceği SİDAS'ın 9. maddesinde "ne

³² BGHSt. 33, 26, 28 vd.

³³ Alman hukukuna göre ceza zamanaşımının dolması SİDAS md. 10 nedeniyle iadeye engel teşkil eder: bkz. Münih Eyalet Yüksek Mahkemesi (*Oberlandesgericht München*), 19.4.1988 Aul 44/89, in: ESER / LAGODNY / WILKITZKI U176, s.613-615.

³⁴ Karlsruhe Eyalet Yüksek Mahkemesi (*Oberlandesgericht Karlsruhe*), 13.3.1985, NJW 1985, s.2096-2097.

³⁵ Kammergericht Berlin, 23.11.1977, (1a/1) Ausl 10/77 (143/77, in: ESER / LAGODNY / WILKITZKI U 13, s.136 vd.: Türkiye'nin yapmış olduğu bir iade talibi ile ilgili.

³⁶ Federal Anayasa Mahkemesi, 31.3.1987, NJW 1987, s.2155 vd. (2156); Federal Yüksek Mahkeme, 8.4.1987, BGHSt. 34, 334, 340; Stuttgart Eyalet Yüksek Mahkemesi, 24.2.1988, NJW 1988, s.1476 vd.

bis in idem” başlığı altında açıkça düzenlenmiştir.³⁷ İade talebinde belirtilen fiiller, talep edilen ülkede muhakemesi yapılarak hakkında kesin hüküm verilen müteselsil suçun (*fortgesetzte Handlung*) kısımlarını oluşturuyorsa, bu durumda da iade talebi kabul edilemez.³⁸ IRG § 9’a göre, Alman mahkemelerince verilen her türlü kararlar değil, bu paragrafta sınırlı şekilde sayılan ceza muhakemesini sona erdirici nitelikteki kararlar iade engeli olarak kabul edilmiştir.³⁹

Buna karşın, iade talebinde yer alan suç nedeniyle **üçüncü bir ülkedeki mahkumiyet kararı** ve hatta bu mahkumiyetin infaz edilmiş olması iade engeli olarak kabul edilmemektedir. Bu konuda geçmiş dönemlerde Türkiye’den yurt dışına uyuşturucu ticareti suçları nedeniyle Türkiye’nin yaptığı iade taleplerinde Almanya ile bazı problemler yaşanmıştır. Federal Anayasa Mahkemesi’nin literatür ve uygulamada sıkça atıfta bulunulan 31.7.1987 tarihli “ne bis in idem” kararında⁴⁰, sanığa isnat edilen suç nedeniyle daha önceden Yunanistan’da mahkum olmuş ve cezası da infaz edilmiş olan suç nedeniyle Türkiye’de verilen mahkumiyet kararının infazı için Türkiye’ye iadenin kabul edilebilirliği tartışma konusu yapılmıştır. Federal Anayasa Mahkemesi, aynı fiil nedeniyle Türkiye’de verilen mahkumiyet kararında Yunanistan’da verilen ve infaz edilen ceza dikkate alınmamış olmasına rağmen iadeyi Alman Anayasası ve uluslararası hukukun asgari standartlarına aykırı bulmamıştır. Münih Eyalet Yüksek Mahkemesi (*Oberlandesgericht München*) de 10.12.1986 tarihli kararı ile bu iade talebinin kabul edilebilirliğine karar vermişse de Federal Alman Hükümeti, insani nedenlerle (Türk mahkemesince verilen cezanın yüksek olması = 18 yıl, Yunanistan’da verilen cezanın dikkate alınmaması) Türkiye’nin iade talebini ret etmiştir.⁴¹ Federal Anayasa Mahkemesi’nin kararı isabetlidir. Çünkü, iki veya çok taraflı sözleşmelerde kabul edilen haller dışında bir çok ülke yabancı ülkede verilen ceza mahkumiyetlerini dikkate almamaktadır. SİDAS’a Ek 1. Protokol

³⁷ İadesi istenen kişinin Alman mahkemelerince suçluluğu hakkında kesinleşmiş mahkeme kararı bulunmasına rağmen, hakkındaki ceza henüz tespit edilmemiş olsa bile, SİDAS md. 9 anlamında “kesin mahkumiyetten” söz edilebilir: Düsseldorf Eyalet Yüksek Mahkemesi (*Oberlandesgericht Düsseldorf*) 4.1.1985, 4 Ausl (A) 269/84-99 und 100/84 III, in: ESER / LAGODNY / WILKITZKI U 101, s.373-374 (teşekkül halinde uyuşturucu ticareti, uyuşturucu ticareti amacıyla kurulmuş mafya tipi örgüte üyelik suçlarından İtalya’nın iade talebi).

³⁸ Uyuşturucu ticareti suçlarının iadesi açısından bkz. Hamm Eyalet Yüksek Mahkemesi (*Oberlandesgericht Hamm*), 21.2.1989, (2) 4 Ausl 133/88, in: ESER / LAGODNY / WILKITZKI U 175, s.611-613.

³⁹ Alman mahkemelerince verilen kararların iadeye engel kabul edilebilmesi için ön şart, iade talebine esas teşkil eden suç hakkında Alman yargı yetkisinin (*deutsche Gerichtsbarkeit*) bulunması gerekir.

⁴⁰ BVerfGE 75, 1, 16 = NJW 1987, s.2156.

⁴¹ TURHAN, Die Rechtsstellung, s.133..

iadeye esas teşkil eden fiil nedeniyle üçüncü bir ülkede mahkumiyet kararı verilmiş olması halinde talep edilen devlete iadeyi ret etme yetkisi vermekle birlikte, bu Protokol yeterli sayıda devletçe onaylanmadığı için yürürlüğe girmemiştir. Alman Ceza Kanunu'na göre de, yurt dışında verilen mahkumiyet kararları Almanya'da yeniden ceza kovuşturmasına engel değildir.⁴²

3. İadede Hususilik (Özellik) İlkesi (*Grundsatz der Spezialitaet*)

İade hukukunun en önemli kurallarından birisi de iadede hususilik, diğer bir ifadeyle "özellik" ilkesidir. Bu ilkeye göre, sanık veya hükümlü hangi suç veya suçlar nedeniyle iade edilmişse, talep eden devlet ancak bu suçlar nedeniyle ceza kovuşturması veya infazı yapabilir. Bu ilke, uluslararası hukukun genel kabul edilmiş kurallarındandır. Sanığın teslimden önce işlemiş olduğu ancak teslimden sonra tespit edilen suçlar nedeniyle yargılama yapılabilmesi, iade eden devletin bu suçlar için de iadeyi kabul etmesine bağlıdır.

Hususilik prensibinin koruma süresi sınırlıdır. IRG'nin 11.paragrafı, iade edilen devlette yargılamanın ve infazın tamamlanmasından itibaren 30 gün, SİDAS'a göre ise 45 gün içinde ilgili kişi ülkeyi terk etmediği takdirde, hususilik prensibinin koruması sona erer.

Türkiye ile Almanya arasındaki iade trafiğinde Türkiye'nin bu ilkeye uymadığı gerekçesi ile 1980'li yıllarda bazı problemler yaşanmış, hatta bu nedenle bir ara Almanya - Türkiye iade trafiği durma noktasına gelmiştir. Federal Anayasa Mahkemesi 23.2.1983 tarihli bir kararında⁴³, SİDAS'ın 14. maddedeki genel hususilik güvencesinin, Türkiye ile olan iade ilişkilerinde siyasi nedenlerle kovuşturma tehlikesini önlemeye yeterli olmadığını ve bu nedenle, Türkiye'den gelen iade taleplerinde, Türkiye'nin hususilik kuralına uyup uymayacağını yetkili eyalet yüksek mahkemelerince her olayda ayrıca incelenmesi gerektiğine hükmetmiştir.⁴⁴

Federal Yüksek Mahkeme kararlarına göre, sanığın iadesinden sonra yargılama sırasında iade kapsamında olmayan ancak, iadesi kabul edilen suçun kısımlarını oluşturan (müteselsil suç) fiillerin yargılamaya dahil edilmesi hususilik

⁴² Türkiye'den yurt dışına uyuşturucu ihracı suçlarında ortaya çıkan problemler, ne bis in idem ve iade açısından konunun değerlendirilmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TURHAN, Die Rechtsstellung, s.134 vd.

⁴³ NJW 1983, s.1723 vd.

⁴⁴ Türkiye'nin iade talepleriyle ilgili olarak 1980'li yıllarda Türkiye'nin hususilik kuralına uyup uymayacağını incelediği eyalet yüksek mahkemesi kararları için bkz.: Düsseldorf Eyalet Yüksek Mahkemesi, 5.7.1983, 4 Ausl. (A) 96/82 - 90/83 III, in: ESER / LAGODNY / WILKITZKI U 74a, s.278-285; Münih Eyalet Yüksek Mahkemesi, 17.5.1984 - 1 Ausl. 56/81, in: ESER / LAGODNY / WILKITZKI U 87, s.320-327; Celle Eyalet Yüksek Mahkemesi, 31.8.1983 - 3 ARs 6/82 (Ausl.), NJW 1984, s.1312 vd.

kuralını ihlal etmez. Yine, talep eden devletin iade kapsamında olmayan bir suç nedeniyle yargılama yaparak hususilik kuralını ihlal ederek mahkumiyet kararı vermiş olması, bu suçlar içinde sonradan yapacağı ek iade talebinin kabulüne engel değildir.⁴⁵ İade talebine esas teşkil eden suç fiilleri değişmediği sürece, sanığın iade talebinde belirtilen fiillerinin, yargılama sırasında hukuki nitelendirilmesinin değişmesi hususilik kuralını ihlal etmez. Ancak bu halde, hukuki niteliği değişen fiiller de iade edilebilir nitelikte olmalıdır. Bu nedenle, Türkiye'nin yapmış olduğu bir iade talebinde tutuklama kararının TCK 448. maddesine dayandırılması ve iade talebinin de buna göre yapılması halinde, sanığın iadesinden sonra yargılama sırasında suçun hukuki nitelendirilmesi değiştiği için TCK 450. maddeye göre hüküm kurularak sanık ölüm cezasına mahkum edilmez. Eyalet yüksek mahkemeleri, iade talebinde dayarılan suç unsurlarının yargılama sırasında değişme ihtimalini dikkatle inceleyip, biraz sonra üzerinde duracağımız, ölüm cezasına hükmedilmeyeceğine ilişkin yeterli güvencenin yokluğu nedeniyle, Türkiye'nin iade taleplerini reddetmektedir.⁴⁶ Demek ki, tutuklama kararı verilirken ve iade dosyası hazırlanırken, sanığa uygulanacak TCK hükümlerini ölüm cezasını gerektirmeyecek şekilde göstermek yeterli değildir. Alman mahkemeleri iade talebine esas teşkil eden olayların ölüm cezasını gerektirip gerektirmediğini özellikle incelemektedir.⁴⁷

4. İadenin mümkün olmadığı haller (*AuslieferungsAusnahmen*)

Tarihi gelişim içinde ortaya çıkan ve iade sözleşmeleri ile iade kanunlarında yer alan bir dizi iade engelleri vardır. "İadenin istisnaları" olarak da belirtilen bu durumlar failin niteliği, failin vatandaşlığı, verilecek cezanın niteliği ve talep edilen devletin kamu düzeni gibi nedenlerden kaynaklanabilir. Burada en önemlileri hakkında kısaca bilgi vereceğiz.

a) Vatandaşın iadesi yasağı (*Verbot der Auslieferung eigener Staatsangehöriger*)

Vatandaşın iade edilmezliği kuralının Almanya'da çok eski bir geçmişi vardır; öyle ki bu ilke, eski Cermen hukukuna dayanmaktadır. Alman Anayasası'nın 16. maddesinin 2. fıkrasında yer alan bu kural, her Alman vatandaşına

⁴⁵ Düsseldorf Eyalet Yüksek Mahkemesi, 21.1.1985 - 4 Ausl (A) 10/85-3 und 4/85 III, in: ESER / LAGODNY / WILKITZKI U 102, s.374-376.

⁴⁶ Stuttgart Eyalet Yüksek Mahkemesi, 27.5.1986, 3 Ausl. 1/86, in: ESER / LAGODNY / WILKITZKI U 107, s.448-449;

⁴⁷ Hamm Eyalet Yüksek Mahkemesi, 9.2.1987, (6) 4 Ausl. 37/84, in: ESER / LAGODNY / WILKITZKI U 143, s.489-496.

iade edilmemeye ilişkin subjektif bir temel hak vermektedir.⁴⁸ Alman Anayasası'na göre çifte vatandaşlığa sahip olanlar, yani Alman vatandaşlığı yanında bir ülke (örneğin Türk) vatandaşlığına sahip olanlar da Alman vatandaşı sayılır. Alman mahkeme kararlarına göre, vatandaşlık için esas alınacak zaman, iadesine karar verilen kişinin teslim anıdır. Teslimden önce Alman vatandaşlığının kazanılması iadeye engel teşkil eder. Eyalet yüksek mahkemesi, iadesi istenen kişinin yabancılığı konusunda kesin kanaat sahibi oluncaya kadar muhakemenin her aşamasında re'sen araştırmak zorundadır.⁴⁹ İadesi istenen kişi Alman vatandaşlığına girmek için başvurmuş ve Alman Vatandaşlık Kanunu'na göre de vatandaşlığa kabul edilme hakkı varsa, eyalet yüksek mahkemesi iadenin kabul edilebilirliği konusundaki kararını erteleyerek, başvurunun sonucunu beklemelidir.⁵⁰

Vatadaşın iade edilmezliği ilkesi, vatadaşını iade eden, ancak yurt dışında işlenen suçları genellikle kovuşturmayan Anglo-Sakson hukuk sisteminin geçerli olduğu ülkelerle olan iade ilişkilerinde problemlere neden olmaktadır. SİDAS'ın 6. maddesinin 1 fıkrası, vatadaşın iadesini yasaklamamakta, sadece taraf devletlere "vatadaşını iade etmeme hakkını" tanımaktadır. Ancak, vatadaşını iade etmeyen devletin, talep eden devletin isteği üzerine sanık hakkında cezai kovuşturma yapması istenmektedir.

Avrupa ülkelerinde bu ilkeye son zamanlarda önemli sınırlamalar getirilmektedir. Örneğin; İsviçre hukukunda, vatadaşın rıza göstermesi (yazılı onayı) halinde iade kabul edilmektedir (İsviçre Milletlerarası Adli Yardımlaşma Kanunu md. 7). Yine, Hollanda hukukuna göre, talep eden devletin sanığı yargıladıktan sonra verilen ceza mahkumiyetinin infazı için tekrar Hollanda'ya teslim etmeyi garanti etmesi koşuluyla vatadaşın iadesi mümkündür.⁵¹

Avrupa Birliğine üye ülkeler arasında iadeyi kolaylaştırma amacıyla hazırlanan 27 Eylül 1996 tarihli Avrupa Birliği Üye Ülkeler Arasında İade Sözleşmesi'nin (*Übereinkommen vom 27. September 1996 aufgrund von Artikel K.3 des Vertrages über die Europaeische Union über die Auslieferung zwischen den Mitgliedstaaten der Europaeischen Union*)⁵² 7. maddesi, Birliğe üye ülkeler arasında vatadaşın iade edilme yasağını kademeli olarak kaldırmayı amaçlamaktadır.

Son olarak, Alman Parlamentosu Alman Anayasası'nın 16. maddesini değiştir-

⁴⁸ Federal Alman Anayasası'nın 16.md. 2. fıkrası uyarınca vatadaşın iade yasağının kapsamı hakkında geniş bilgi için bkz. TURHAN, Die Rechtsstellung, s.112 vd.

⁴⁹ LAGODNY, in:Uhlig/Schomburg/Lagodny, IRG-Kommentar, § 2 RN 19 vd.

⁵⁰ LAGODNY, in:Uhlig/Schomburg/Lagodny, IRG-Kommentar, § 2 RN 22.

⁵¹ LAGODNY, in:Uhlig/Schomburg/Lagodny, IRG-Kommentar, § 2 RN 25.

⁵² Sözleşme hakkında bilgi için bkz. LAGODNY, "Auslieferung/Überstellung Deutscher Staatsangehörigen", ZRP 2000, s.175-177.

tirerek vatandaşın iadesi yasağını iki alanda kaldırılmıştır.⁵³ Yeni değişikliğe göre, Alman vatandaşları, Avrupa Birliği üyesi ülkelere iade edilebilecek ve gerektiğinde uluslararası ceza mahkemelerine de teslim edilebilecektir. Ancak, bunun için, iade edilen ülkede hukuk devleti ilkelerine uygun bir yargılamanın güvence altına alınmış olması gerekmektedir.

b) Siyasi suçlarda iadenin kabul edilmemesi

Siyasi suç nedeni ile iade edilmezlik, suçluların iadesi hukukunun en tanınmış kurallarından biridir. Uluslararası hukuk, devletlerin siyasi suç nedeni ile bir kişiyi iade etmelerini yasaklamamakla birlikte, bu prensip bütün iki ve çok taraflı iade sözleşmelerinde yer almaktadır. SİDAS'ın 3. maddesi siyasi suç veya böyle bir suç ile bağlı suç nedeniyle iadenin kabul edilmeyeceğini belirtirken, hangi suçların bu nitelikte olduğunun tespitini ise, talep edilen devletin hukukuna bırakmıştır. IRG'nin 6. paragrafı; siyasi suç veya siyasi suça bağlı suç nedeniyle iadenin kabul edilmeyeceğini belirtmiş, ancak 1929 tarihli İade Kanunu'ndaki siyasi suç tanımını, uygulamada kanuni bir tanıma ihtiyaç olmadığı ve mahkemelerin bu konuda içtihat geliştirmesinin önünün kapatılmaması gerektiği gerekçesi ile yeni kanuna almamıştır. IRG'nin 6. paragrafında suçun; **soykırım (Völkermord)**, soykırımı teşebbüs, **kasten adam öldürme, kasten adam öldürmeye teşebbüs** veya bu **fillere iştirak** olması halinde **iadenin kabul edilebilir olduğu** açıkça belirtilmiştir. Dolayısıyla bu suçların siyasi suç sayılarak iade talebinin reddedilmesi mümkün değildir.

Federal Yüksek Mahkeme kararına göre, suçun siyasi olup olmadığı, önce Alman hukukuna göre incelenir. Eğer, Alman hukukuna göre fiilin siyasi suç olmadığına karar verilirse, daha sonra talep eden devletin hukukuna göre siyasi suç olarak nitelendirilip nitelendirilmediği incelenir. Eğer, talep eden devletin hukukuna göre siyasi suç olarak değerlendiriliyorsa, iade mümkün değildir.⁵⁴

Hemen belirtelim ki, Terörizmin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi ve uçak kaçırmayı önlemeye ilişkin sözleşmeler dahil olmak üzere, bir çok uluslararası sözleşme ile siyasi suçun kapsamı daraltılmıştır.⁵⁵ Alman doktrin ve uygulamasında, terör örgütü kurmak veya böyle bir örgüte üye olmak (*StGB* § 129a) terör amaçlı gasp, soygun, mala karşı işlenen diğer suçlar, bankalara, resmi dai-

⁵³ Anayasa değişikliği için bkz. http://www.bundesrat.de/pr/pr172_00.html

⁵⁴ BGH 10.9.1981, BGHSt. 30, 199; ayrıca bkz. SCHOMBURG, in: Uhlig / Schomburg / Lagodny, IRG-Kommentar, § 6 RN 22.

⁵⁵ Terörizmin Önlenmesine İlişkin Sözleşme açısından bkz. Nürnberg Eyalet Yüksek Mahkemesi (*Oberlandesgericht Nürnberg*), 23.10.1989, OLG Ausl.4/79, ESER / LAGODNY / WILKITZKI U 183, s.628-631; Frankfurt Eyalet Yüksek Mahkemesi (*Oberlandesgericht Frankfurt*), 25.6.1986, 2 Ausl 20/86, in: ESER / LAGODNY / WILKITZKI U 129a, s.453-454

relere karşı girişilen bombalama, patlayıcı madde bulundurma gibi fiiler siyasi suç olarak kabul edilmemektedir.⁵⁶

c) Siyasi nedenlerle kovuşturma tehlikesi (*Gefahr politischer Verfolgung*)

Burada siyasi suçlarla yakın ilgisi olan başka bir iade engeline değinmek gerekiyor. SİDAS'ın 3. md. 2. fıkrasında yer alan ve IRG'nin § 6 fık. 2'de de benzer şekilde düzenlenen hükme göre, adi bir suç (siyasi suç olmayan) nedeni ile iade talebinde bulunan ülke, iadesini istediği kişiyi ırkı, dini, milliyeti, siyasi düşünceleri nedeni ile cezalandırmak için talepte bulunuyorsa iade kabul edilemez. Yine, iadesi istenen kişinin belirtilen bu nedenlerden birisi yüzünden talep edilen ülkede durumunun ağırlaşacağına ilişkin ciddi belirtiler varsa, kişinin iadesi mümkün değildir. Alman Anayasası'nın 16a maddesi⁵⁷ siyasi nedenlerle yabancı ülkelerde kovuşturmaya uğrayanlara Almanya'da sığınma hakkı tanıdığı için, bu iade engeli Alman iade ve sınır dışı etme işlemlerinde büyük öneme sahiptir. Uygulamada, Türkiye'nin Almanya'ya yöneltmiş olduğu iade talepleri, sanığın Türkiye'ye iadesi halinde işkenceye uğrayacağı, durumunun ağırlaşacağı, daha ağır cezalandırılacağı vb. nedenlerle reddedilmektedir.^{58, 59} Türkiye'nin

⁵⁶ Stuttgart Eyalet Yüksek Mahkemesi, 14.6.1982, 3 Ausl Reg (13) 92/81, in: ESER / LAGODNY / WILKITZKI U 63, s.241-243 (Türkiye'nin iade talebi ile ilgili); Bkz. Frankfurt Eyalet Yüksek Mahkemesi, 25.6.1986, 2 Ausl I 20/86, in: ESER / LAGODNY / WILKITZKI U 129a s.453-454; Münih Eyalet Yüksek Mahkemesi, 16.1.1984 Ausl. 100/83, in: ESER / LAGODNY / WILKITZKI U 80, s.298-303; Düsseldorf Eyalet Yüksek Mahkemesi, 23.6.1993 - 4 Ausl (A) 221/93 - 87/93 III, Strafverteidiger 1/94, s.34-35 (Türkiye, PKK üyesi olan sanığın, bir köy otobüsüne saldırarak 8 kişiyi öldürüp 4 kişiyi de yaralamak ve bir jandarma karakoluna silahlı saldırı suçlarından iadesini ister; Eyalet Yüksek Mahkemesi sanığa atfedilen suçların Terörizmin Önlenmesine İlişkin 1977 tarihli Sözleşmenin 1. maddesi açısından siyasi suç olmadığını belirtmiş, ancak TCK 125. maddesi uyarınca sanık hakkında Türkiye'de ölüm cezasına mahkum edilmesi tehlikesi bulunması ve Türkiye'nin ise gerekli güvenceyi vermemesi nedeniyle iadenin reddine karar vermiştir.); ayrıca bkz. VON BUBNOFF, s.63.

⁵⁷ Alman Anayasası'nda 1994 yılında yapılan değişiklikten önce sığınma hakkı 16. maddenin 2. fıkrasının 2. cümlesinde şu şekilde düzenlenmişti: "*Politisch Verfolgte geniessen Asylrecht*" (= "siyasi nedenlerle kovuşturulanlar sığınma hakkına sahiptir"). Ancak 1990'lı yıllarda gittikçe artan mülteci sayısını sınırlandırmak ve bu hakkın kötüye kullanılmasını önlemek amacıyla sığınma hakkı sınırlandırılmış ve 16a maddede altında yeniden düzenlenmiştir.

⁵⁸ Türkiye'nin iade talebi üzerine Türkiye'de siyasi kovuşturma tehlikesinin tartışıldığı Alman mahkeme kararlarından örnek olarak bkz.: Federal Anayasa Mahkemesi, 11.5.1983, EuGRZ 1983, s.263-266; Federal Anayasa Mahkemesi, 16.3.1983, EuGRZ 1983, s.262; Federal Anayasa Mahkemesi, 23.2.1983, 1 BvR 990/82, NJW 1983, s.1723-1725; Federal Anayasa Mahkemesi, 23.2.1983, 1 BvR 1019/82, NJW 1983, s.1725-1726; Hamm Eyalet Yüksek Mahkemesi, (6) 4 Ausl. 13/84, 12.11.1984, in: ESER / LAGODNY / WILKITZKI U 97, s.353-361 (iade talebinin reddi); Nürnberg Eyalet Yüksek Mahkemesi, OLG 18/84, 2.6.1996, in: ESER / LAGODNY / WILKITZKI U 128, s.450- 451 (iade talebinin reddi); Münih Eyalet Yüksek Mahkemesi, 13.6.1989, OLG

bölücü terörle mücadelesinde hukuk devleti ve insan hakları konusundaki eksiklikleri de bahane edilerek, çok sayıda ağır suç sanıkları bu gün Almanya'da sığınma hakkı elde etmekte ve orada terör faaliyetlerine devam etmektedirler.

Sığınma hakkı ile iade arasındaki ilişki başlı başına incelenmesi gereken bir konu olduğu için burada detayına girilmemiştir. Son yıllarda siyasi suç nedeniyle iade etmeme uygulamada azalırken, iade edilenin talep eden devlette siyasi nedenlerle kovuşturmaya uğrayacağı, durumunun kötüleşeceği gibi gerekçelerle iadenin reddi artmaktadır.

d) Askeri suçlar nedeniyle iadenin kabul edilmemesi

Genellikle, ordunun düzen ve devamlılığını ihlal eden ve askeri yararları yönelik olan, asker kişilerce işlenmiş bulunan suçlar askeri suç olarak kabul edilmektedir.⁶⁰ IRG § 7'ye göre sırf askeri yükümlülüklerin ihlalini oluşturan fiiller nedeniyle iade mümkün değildir.

Bu nedenle örneğin, bir askerin işlediği emre itaatsizlik (*Befehlsverweigerung*) suçu askeri suç sayılırken, amirine veya üstüne karşı fiilen taarruz suçu (Türk Askeri Ceza Kanunu md. 91) genel ceza kanununa göre de suç teşkil ettiği (müessir fiil) için, askeri suç sayılmayarak iadesi kabul edilmektedir.⁶¹ SİDAS md. 4'e göre de **sırf (mutlak) askeri suçlar** (*rein militaerische Straftat*) nedeniyle iade mümkün değildir.

e) Mali suçlarda iade

Mali suçlar kavramına genellikle vergi, harc, gümrük ve döviz suçları gir-

Ausl. 15/88, in: ESER / LAGODNY / WILKITZKI U 179, s.618- 624 (iade talebinin kabul edilebilirliğine); Münih Eyalet Yüksek Mahkemesi, 27.3.1986, Ausl. 65/85 in: ESER / LAGODNY / WILKITZKI U 124, s.442 vd. (iadenin kabul edilebilirliğine, ancak bkz. aşağıda dipnot.108); Münih Eyalet Yüksek Mahkemesi, 27.3.1986, Ausl. 65/85 in: ESER / LAGODNY / WILKITZKI U 124, s.442-446 (iadenin kabul edilebilirliğine; ancak bkz. aşağıda dipnot.107).

⁵⁹ Bazı Avrupa ülkeleri 1980'li yıllarda bu kuralı o kadar aşırıya götürdüler ki, bu durum açıkça SİDAS'ın ihlali niteliğini almıştı. Örneğin, İsviçre Federal Mahkemesi 22.3.1983 tarihli kararıyla (EuGRZ 1983, s.253 vd.), Türkiye'nin iadesini istediği Abdi İpekçi suikasti sanıklarından Mehmet Şener'in ülkücü hareketin içinde yer almasına ve Kürtçülük hareketine katıldığına ilişkin hiçbir delil olmamasına rağmen, sadece Kürt kökenli olduğu için Türkiye'ye iadesi halinde ceza kovuşturması sırasında durumunun ağırlaşaacağı gerekçesi ile SİDAS md. 3. fik. 2'ye dayanarak Türkiye'nin iade talebini reddetmiştir.

⁶⁰ Ayhan ÖNDER, Ceza Hukuku Dersleri, Filiz Kitapevi, İstanbul 1992, s.138.

⁶¹ Sadece askeri ceza kanunlarında yer alan ve genel ceza kanunlarına göre suç teşkil etmeyen fiiller askeri suçtur: Kammergericht Berlin, 7.5.1971 - 1 Ausl. 31/70 ((75/0), in: ESER / LAGODNY / WILKITZKI U 2, s.112-113 (Emre itaatsizlik suçundan Türkiye'nin iade talebinin reddine karar vermiştir). Ayrıca bkz. yukarıda dipnot 23, 24.

mektedir. IRG'de mali suçlarda iadeyi yasaklayıcı bir hüküm bulunmamaktadır. SİDAS'ın 5. maddesini değiştiren ve Türkiye ile Almanya'nın da onaylamış oldukları SİDAS'a Ek 2. Protokolün 2. maddesi, taraf devletler arasında mali suçlar nedeniyle iadeyi kabul etmektedir.⁶²

Bu maddeye göre, vergi, resim, gümrük ve kambiyo konularında iadeye esas teşkil eden suç, talep edilen devletin kanununa göre aynı nitelikte bir suça teka-bül ediyorsa iade talebi kabul edilecektir.

f) Ölüm cezasını gerektiren suçlarda iade yasağı (*Das Verbot der Auslieferung bei drohender Todesstrafe*)⁶³

Ölüm cezası ve iade, Alman doktrin ve mahkeme kararlarında suçluların iadesi hukukunun en çok tartışılan konularının başında gelmektedir.⁶⁴ IRG'nin 8. paragrafı, ölüm cezası halinde iadenin ancak, talep eden ülkenin, ölüm cezasına hükmedilmeyeceğine veya ölüm cezasının infaz edilmeyeceğine ilişkin yeterli teminat vermesine bağlı olduğu hükmünü getirmiştir. Yine, SİDAS'ın 11. maddesi, mevzuatından ölüm cezasını çıkarmış veya uzun süreden beri uygulamayan devletlere, talep eden devletten teminat isteme hakkını verecek şekilde düzenlenmiştir. Gerçekten 11. maddeye göre; “İade talebine sebep olan fiil talep eden devletin kanununa göre ölüm cezasını gerektirmesine karşın, kendisinden iade talep edilen devletin mevzuatında bu gibi fiiller için ölüm cezasının bulunmaması veya bu devlette ölüm cezasının genellikle infaz edilmiyor olması halinde, talep eden taraf ölüm cezasının infaz edilmeyeceğine dair talep edilen devlete yeterli teminat vermediği takdirde iade talebi reddedilebilir.”

Bu hükme göre, talep edilen devlet, ölüm cezasının verilmeyeceğine değil, infaz edilmeyeceğine dair teminat isteyebilir. Ancak, talep eden devlet yeterli teminat vermediği takdirde, talep edilen devlet, uluslararası hukuk yönünden iade yükümlülüğünden kurtulduğu için iade edip etmeme konusunda iç hukukunu dikkate alarak karar verebilir. Hangi teminatın yeterli sayılacağı ise, tamamen talep edilen devletin yetkisine bırakılmıştır.⁶⁵

⁶² İsviçre, Avusturya gibi bazı devletler Protokol'e çekince koyarak mali suçlarda iadeyi kabul etmemişlerdir.

⁶³ İnsan hakları açısından ölüm cezası bulunan ülkeye iade sorunu hakkında geniş bilgi için bkz. Faruk TURHAN, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Suçluların İadesinde Ölüm Cezası ve Avrupa İnsan Hakları Divanının Soering Kararı”, Yargıtay Dergisi, Cilt 24, 1998, Sayı: 1-2, s.84- 105.

⁶⁴ Konu ile ilgili Alman literatüründe ileri sürülen görüşler ve Alman mahkeme kararları için bkz. Faruk TURHAN, “Ölüm Cezasının Kaldırılmasına İlişkin Gelişmeler ve Suçluların İadesi Hukukuna Etkisi”, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi (= SDÜ İİBFD), 1999, Sayı 4 (Güz) s.239-258 (249 vd.).

⁶⁵ TURHAN, SDÜ İİBFD, 1999, Sayı 4, s.248.

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 sayılacağı, ancak bu ülkelerin iç hukukundaki ölüm cezasına ilişkin düzenlemeler ile yargı kararları incelenerek anlaşılabilir.⁶⁶

Alman Anayasası'nın (*Grundgesetz*) 102. maddesi ölüm cezasını savaş ve barış zamanı ayrımı yapmaksızın kaldırmıştır. Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin 1964 tarihli bir kararından da anlaşılacağı gibi bu hükmün etkisinin iç hukuka yönelik olduğu kabul ediliyordu⁶⁷. Gerçekten, Federal Anayasa Mahkemesi bu kararda, Alman Anayasası'nın 102. maddesinin "talep eden devlette ölüm cezası öngörülen bir fiil için iadeyi yasaklamadığını" açıkça kabul etmişti. Ancak, doktrinde çoğunluk Federal Anayasa Mahkemesi'nin bu görüşüne katılmamıştır. Doktrinde bazı hukukçular, Alman Anayasası'nın 102. maddesi ile birlikte insan haysiyetinin dokunulmazlığını düzenleyen 1. maddesindeki hükmünün ölüm cezası halinde iadeyi yasakladığını savunmaktadırlar⁶⁸. Diğer bir kısım hukukçular ise, Anayasa'nın 2. maddesinin 2. fıkrasındaki hayat hakkının korunması ile 102. maddedeki ölüm cezasının yasaklanmasını birlikte değerlendirerek ölüm cezası halinde iadenin Anayasa'ya 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 adli yardım yoluyla yardım etmenin de hayat hakkının ihlali olduğunu ileri sürmektedirler.⁶⁹ Federal Anayasa Mahkemesi de 4.5.1982 tarihli kararı ile 1964 kararından kısmen dönerek, doktrindeki çoğunluğun görüşüne yaklaşmıştır. Anayasa Mahkemesi kararında, iadesi söz konusu olan kişinin iade edileceği ülkede ölüm cezasının infaz edilmeyeceğine ilişkin yeterli güvence bulunduğu sürece, Federal Anayasa'da garanti edilen hayat hakkı ve ölüm cezası yasağının iadeye engel teşkil etmeyeceğini belirterek, dolaylı olarak ye-

⁶⁶ Türkiye'nin en fazla iade talebinde bulunduğu Avrupa ülkelerinde ölüm cezası halinde iadeye ilişkin iç hukuklarındaki düzenlemeler hakkında bkz. TURHAN, SDÜ İİBFD, 1999, Sayı 4, s.249 vd.

⁶⁷ BVerfGE 18, 112.

⁶⁸ Bkz. Christian STRACK, in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/ Christian Starck: Das Bonner Grundgesetz, B. 3, 1985, cilt 1, Art. 1. Absatz 1 RN. 39.

⁶⁹ Christoph GUSY, "Auslieferung bei drohender Todesstrafe", Goldamer's Archiv (GA), 1983, s.73-83; Otto LAGODNY, Die Rechtsstellung des Auszuliefernden in der Bundesrepublik Deutschland, Freiburg i.Br. 1987, 238 vd.; Gerhard KREPPPEL, Verfassungsrechtliche Grenzen der Auslieferung und Ausweisung unter besonderer Berücksichtigung der Auslieferung bei drohender Todesstrafe, Würzburg, 1965 s.193 vd.

terli garanti olmadan iadeye karar verilmesinin Federal Anayasaya aykırı olduğunu ifade etmiştir.⁷⁰

Önceleri Türkiye tarafından verilen garantiler Alman mahkemelerince ve Federal Hükümetçe yeterli görülürken, yukarda belirttiğimiz Federal Anayasa Mahkemesi'nin 1982 tarihli kararından sonra ve IRG § 8 düzenlemesi nedeniyle artık yeterli garanti olarak görülmemektedir.⁷¹

Bu konuda Düsseldorf Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin (*Oberlandesgericht Düsseldorf*) 23.06.1993 tarihli kararı⁷² 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 fiiller TCK'nın 125. maddesine girmekte ve bu fiiller için de Kanunda ölüm cezası öngörülmektedir. Olayın oluş şekli, bağlantıları, fiilin 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.⁷³ Mahkeme, kararının devamında, SİDAS'ın 11. maddesi ile talep edilen ülkeye tanınan, yeterli teminat verilmemesi halinde iadeyi ret edebilme yetkisinin, Alman Anayasası açısından tam bir iade yasağına dönüştüğünü, çünkü ölüm cezasına mahkumiyet veya bu cezanın infazının hem Federal Anayasa'nın 1. maddesi 1. fıkrasındaki insan haysiyetinin (*Menschenwürde*) dokunulmazlığı temel ilkesini ihlal ettiğini, hem de 2. maddesinin 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 sanığın Türkiye'de ölüm cezasına mahkum olması halinde, cezasının ömür boyu hapse çevrilmesi için Hükümetin TBMM'den talepte bulunacağına ilişkin verilen güvenceyi de yeterli görmemiştir. Celle Eyalet Yüksek Mahkemesi de (*Oberlandesgericht Celle*) 25.03.1998 tarihli kararında, adam öldürme suçundan geçici iade tutuklaması talebini, sanığın

⁷⁰ BVerfGE 60, 348, 355.

⁷¹ TURHAN, SDÜ İİBFD, Sayı 4, 1999, s.248.

⁷² Düsseldorf Eyalet Yüksek Mahkemesi, 23.06.1993, 4 Ausl (A) 221/93 – 87/93 III, Strafverteidiger 1/94: 34-35.

⁷³ Eyalet Yüksek Mahkemesi bu kararı ön yargılı tahminlere dayandırmıştır. 1984 yılından kararın verildiği tarih olan 1992 yılına kadar geçen sürede Türkiye'de hiç bir ölüm cezası infaz edilmemişti. Alman Mahkemesi bu durumu bilmesine rağmen, sanığın Türkiye'ye iade edilmesi halinde büyük bir ihtimalle ölüm cezasına mahkum olacağı ve bu cezanın da infaz edileceğini yolundaki bu iddialarının doğru olmadığını 1992'den şimdiye kadar hiçbir idam cezası infaz edilmemiş olması da göstermiştir.

Türkiye'ye iadesi halinde TCK'nın 450. maddesine göre ölüm cezasına mahkum olabileceği gerekçesi ile reddetmiştir.⁷⁴ Türkiye'nin yapmış olduğu bir çok iade talepleri Almanya tarafından Türk hukukundaki ölüm cezası nedeniyle ret edilmekte ve Türk hükümetinin verdiği teminatlar yeterli görülmemektedir.⁷⁵ Son olarak TBMM tarafından 21.11.2001 tarih ve 4720 sayılı kanunla Türk Anayasasında yapılan değişiklikle 38. maddeye "Savaş, çok yakın savaş tehdidi ve terör suçları halleri dışında ölüm cezası verilemez" hükmü eklenmiştir. Anayasadaki bu değişikliğe paralel olarak 3.8.2002 tarih ve 4771 sayılı Kanununun 1. maddesi ile de, savaş ve çok yakın savaş tehdidi hallerinde işlenen suçlar için öngörülen ölüm cezaları hariç olmak üzere, TCK, Kaçakçılığın Men ve Takibi Hakkındaki Kanun ile Orman Kanununda yer alan ölüm cezaları kaldırılarak, müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülmüştür.⁷⁶ Bu düzenleme ile Türkiye ile Avrupa Konseyine üye ülkeler arasındaki suçluların iadesi ilişkisinde çok önemli bir engel de ortadan kaldırılmıştır.

g) Sınır dışı etme ve iade

Alman Yabancılar Kanunu'nun 53. paragrafı, hakkında iade muhakemesi devam eden kişinin sınır dışı edilmesini (*Abschiebung*) yasaklamaktadır. Bu paragrafta göre, yabancı bir ülke tarafından iade talebi yapılmışsa veya yabancı bir ülke tarafından geçici tutuklama talebi ile birlikte sanığın iadesi için talepte bulunulacağını bildiren bir istek gelmişse, yabancı sanık iade talebi hakkında karar verinceye kadar bu ülkeye sınır dışı edilemez.⁷⁷

h) İade engeli olarak "ordre-public" (kamu düzeni)

IRG'nin 73. paragrafı, "Alman hukuk düzeninin önemli esaslarına aykırı olan yabancı bir adli yardım talebi kabul edilemez", diyerek, iade ve cezai konulardaki diğer adli yardım taleplerinin Alman kamu düzenini ihlal etmemesini şart koşmuştur.

İade sözleşmelerinde açıkça belirtilen iade engelleri dışında insan hakları sözleşmelerinin veya iç hukukta, anayasalarda güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin de iade engeli olup olamayacağı, iadesi talep edilen kişinin talep eden devlete teslimi halinde insan hakları veya temel haklarının ihlal edilmesi büyük ihtimal dahilinde ise, iade edilmeme gibi sübjektif bir hakka sahip olup

⁷⁴ Karar metni için bkz. Strafverteidiger 5/99, s.264-265.

⁷⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. TURHAN, Yargıtay Dergisi, 1998, s.95 vd.

⁷⁶ RG 9 Ağustos 2002, sayı 24841

⁷⁷ Bkz. Köln İdare Mahkemesi (*Verwaltungsgericht Köln*) 24.6.1988, in: ESER / LAGODNY / WILKITZKI U 168, s.577.

olmadığı Alman iade hukukunun en tartışmalı konularındandır.⁷⁸ Doktrin ve AİHM kararlarında talep edilen devletteki işkence ve insan haysiyetini ihlal edici ceza ve muamelenin iade engeli olduğuna ilişkin görüş birliği vardır.⁷⁹ Federal Anayasa Mahkemesi, Federal Anayasada açıkça iade engeli olarak kabul edilen vatandaşın iadesi ve siyasi kovuşturma tehlikesi halinde iade yasağı dışında, diğer temel hak ve özgürlüklerin iadeye engel olup olmadığı konusunda farklı kararları vardır. Federal Anayasa Mahkemesi'ne göre IRG § 73 anlamında "ordre public" kavramı, Federal Anayasa'nın 25. maddesi nedeniyle Almanya için bağlayıcı olan "**uluslararası hukukun bağlayıcı asgari standartları**" ("*völkerrechtlich verbindlicher Mindeststandard*") ile "**vazgeçilmesi mümkün olmayan anayasal esaslar**"dan ("*unabdingbare verfassungsrechtliche Grundsätze*") oluşmaktadır ve talep eden devlet ile Almanya arasında iade sözleşmesi bulunsun veya bulunmasın uygulanmalıdır.⁸⁰

Federal Anayasa Mahkemesi vazgeçilmesi mümkün olmayan anayasal esaslar kavramını özellikle, gıyapta verilen mahkumiyet kararlarının (*Abwesenheitsurteile*) infazı amacıyla iade talepleri ile talep eden devlette ölüm cezası halinde iadeye (*Auslieferung bei drohender Todesstrafe*) ilişkin kararlarında (bkz. hemen yukarıda g)) somutlaştırmıştır.⁸¹ Eyalet yüksek mahkemelerinin de iade talebinin kabul edilirliliği incelemesine Alman Anayasası'ndaki temel hak ve özgürlükleri de dahil ettikleri görülmektedir. Siyasi kovuşturma tehlikesi ve ölüm cezası sorunu yukarıda incelendiği için, burada tekrar üzerinde durulmayarak, Alman mahkeme kararlarında AİHS ve Alman Anayasa normlarının iade engeli olarak dikkate alındığı ve tartışıldığı bazı kararlardan örnekler verilecektir.

- **AİHS'nin 3. maddesine aykırı olan iade talepleri:** İadesi istenen kişinin iade edildikten sonra talep eden ülkede işkenceye uğrama, insanlık dışı muamele veya cezaya çarptırılma tehlikesi⁸², tutukluluk sırasında veya infaz kurumunda insan haysiyeti ile bağdaşmayan muameleye tabi tutulma tehlikesi varsa iade kabul edilmez⁸³. Bu durum yukarıda açıklanmış olan (II. 4. c) siyasi nedenlerle

⁷⁸ İleri sürülen çeşitli görüşler ve mahkeme kararları için bkz. TURHAN, Die Rechtsstellung, 97 vd.; LAGODNY, in: Uhlig/Schomburg/Lagodny, IRG-Kommentar, § 73, RN 8 vd.

⁷⁹ Bkz. TURHAN, Die Rechtsstellung, s.163 vd., 169 vd., 189 vd.

⁸⁰ Bu konudaki Federal Anayasa Mahkemesi Kararlarının değerlendirilmesi hakkında bkz. Bkz. TURHAN, Die Rechtsstellung, s.106 vd.; VOGLER, in: Vogler/Walter/Wilkitzki, § 73, RN 8 vd.; LAGODNY, in: Uhlig/Schomburg/Lagodny, IRG-Kommentar, § 73, RN 8 vd.

⁸¹ TURHAN, Die Rechtsstellung, 123 vd.; 127 vd.

⁸² Ayrıntılı bilgi için bkz. TURHAN, Die Rechtsstellung, 189 vd.; LAGODNY, in: Uhlig/Schomburg/Lagodny, IRG-Kommentar, § 73, RN 46 vd. RN 90.

⁸³ Frankfurt Eyalet Yüksek Mahkemesi, 24.2.1999 - 2 Ausl. I 17/95, Strafverteidiger 1999, s.264.

kovuşturma tehlikesi olarak kabul edildiği için hem SİDAS md. 3. fık. 2'ye, hem de Alman Anayasası'nın 16a. maddesine aykırılık teşkil eder.⁸⁴

- **İsnat yeteneğine sahip olmayan küçüklerin** iadesi de kabul edilmemektedir. Türkiye'nin yapmış olduğu bir iade talebi üzerine, Karlsruhe Eyalet Yüksek Mahkemesi 23.3.1984 tarihli bir kararında, talep edilen kişinin fiili işlediği zaman 14 yaşından küçük olduğu gerekçesi ile iade talebini kabul etmemiştir.⁸⁵ Mahkemeye göre, Alman Ceza Kanunu'nun 19. paragrafına göre cezai sorumluluk 14 yaşından itibaren başlamaktadır. İadesi istenen kişinin ise suçu işlediği zaman 14 yaşında olduğu şüphelidir. İade evrakı içinde gönderilen nüfus kaydına göre iadesi istenen kişi 1.1.1963 tarihinde doğmuş ve buna göre de suçu işlediği zaman 14 yaşındadır. Buna karşın Eyalet Yüksek Mahkemesi iadesi istenen sanığın ve tanık olarak dinlenen ağabeyisinin, nüfus kayıtlarının doğru olmadığı, doğum olayının 1964 yaz aylarında olduğu yönündeki itirazlarını inandırıcı bularak, yaş küçüklüğü nedeniyle, Alman hukukuna göre iadesi istenen kişinin cezai sorumluluğunun bulunmadığı gerekçesi ile iade talebinin kabul edilemez olduğuna karar vermiştir. Alman hukukuna göre cezai sorumluluğu olmayan küçüklerin iadesinin kabul edilmemesini, doktrinde bazı yazarlar Federal Anayasanın 1. ve 2. maddelerine dayandırırken⁸⁶; diğer bazı yazarlar ise, her iki tarafın hukukunca cezalandırılabilirlik şartının gerçekleşmediği gerekçesi ile açıklamaktadırlar.⁸⁷

Alman Ceza Kanunu'ndaki isnat yeteneğine ilişkin düzenlemeyi iade engeli olarak kabul etmenin iade hukukunun amacına uygun düşmediği kanaatindeyim. Çünkü, Alman mahkemeleri suçu işlediği zaman 11 yaşında olan bir küçük hakkında yapılan cezai kovuşturmada Türkiye'nin talebi üzerine Almanya'da adli yardım yoluyla sorgusunun yapılmasını kamu düzenine aykırı bulmamaktadırlar.⁸⁸ Talep üzerine 11 yaşındaki çocuğun sorgulanması da - iade gibi - talep eden devletin sanık hakkında yapmakta olduğu ceza kovuşturmasına yardım amacını taşıdığı için, ikisi arasında niçin bir fark gözetilmesi gerektiğinin hukuki

⁸⁴ AİHS'deki güvencelerin iade engeli olarak incelendiği bir karar için bkz. Federal Anayasa Mahkemesi'nin, 22.6.1992 tarihli kararı, in: ESER / LAGODNY / WILKITZKI U 202, s.691-697.

⁸⁵ Karlsruhe Eyalet Yüksek Mahkemesi, 23.3.1984, 1 AK 1/84, in: ESER / LAGODNY / WILKITZKI U 83, s.308 vd.

⁸⁶ LAGODNY, in: Uhlig/Schomburg/Lagodny, IRG-Kommentar, § 73, RN 61.

⁸⁷ VOGLER, in: Vogler/Walter/Wilkitzki, § 3 RN 9.

⁸⁸ Schleswig Eyalet Yüksek Mahkemesi (*Oberlandesgericht Schleswig*), 21.2.1989 - 1 Ausl. 1/89, NStZ 1989, s.537-538: Bu karar Türkiye'nin yapmış olduğu bir adli yardım talebiyle ilgilidir. Ordu Ağır Ceza Mahkemesi ırza geçme suçundan hakkında kamu davası açılan sanığın istinabe yoluyla ifadesinin alınmasını istemiştir. Schleswig Eyalet Yüksek Mahkemesi, fiili işlediği zaman 11 yaşında olan sanığın istinabe yoluyla ifadesinin alınmasını kamu düzenine aykırı bulmamıştır.

açıklamasını bulmak kolay değildir. Schleswig Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin 21.12.1989 tarihli kararında belirttiği gibi, cezai sorumluluğun başlangıç yaşına ilişkin Avrupa Konseyine üye devletlerde farklı düzenlemeler bulunmakta, bazı üye ülkelerde 10 yaşın altındaki çocukların bile cezai sorumluluğu kabul edilmektedir.⁸⁹

- **Talep eden devletteki ceza infaz kurumları ve infaz sistemi:** İadesi istenen kişinin iade edildikten sonra talep eden devlette uzun süre çok ağır tutukluluk şartları altında tutuklu kalacak olması “uluslararası kamu düzeni ve Alman kamu düzeni” (“*internationaler und deutscher ordre public*”) açısından kabul edilebilecek sınırın aşılması anlamına gelir ve bu nedenle de iade hukuka aykırıdır.⁹⁰ Talep eden devlette iadesi istenen kişinin ceza veya tutukevinde kan davası (*Blutrache*) veya başka nedenlerle saldırıya uğrama tehlikesi iadeye engel değildir.⁹¹ Talep eden devlette çocuk mahkumlar (gençler) ile yetişkin mahkumların aynı infaz kurumunda tutulmaları iadeye engel değildir. Federal Anayasa Mahkemesi, Türkiye'ye iadesi istenen bir genç hükümlünün Anayasa Mahkemesine yapmış olduğu şikayet üzerine, yetişkinlerden ayrı olarak gençler için ayrı bir ceza infaz kurumu bulunmayan bir ülkeye iadeyi ne Alman Anayasası'na, ne de uluslararası hukukun genel kurallarına (*die allgemeinen Regeln des Völkerrechts*) aykırı olduğunu belirtmiştir.⁹²

- **Alman vatandaşı ile evlilik veya nişanlılık:** İadesi istenen kişinin bir Alman vatandaşı ile nişanlı olması ve birlikte bir çocuklarının olması iadeye engel değildir.⁹³ Eyalet Yüksek Mahkemesi kararlarına göre iadesi istenen kişinin bir Alman vatandaşı ile evli olması halinde evliliği ve aileyi koruma altına alan Federal Anayasası'nın 6. md. 1. fıkrası iadeye engel teşkil etmez. Çünkü iade, evli çiftin nihai ayrılığına neden olmadığı gibi, yabancı ülkedeki ceza muhake-

⁸⁹ Schleswig Eyalet Yüksek Mahkemesi, NStZ 1989, s.537.

⁹⁰ Federal Anayasa Mahkemesi (*BVerfG*) 7.4.1988, 2 BvR 1560/87, in: ESER / LAGODNY / WILKITZKI U 161, s.557-561.; ayrıca bkz. LAGODNY, in: Uhlig/Schomburg/Lagodny, IRG-Kommentar, § 73, RN 99.

⁹¹ Hamburg Eyalet Yüksek Mahkemesi (*Oberlandesgericht Hamburg*), 4.5.1982, Ausl 5/82, in: ESER / LAGODNY / WILKITZKI U 61, s.240-241: “İadesi istenen kişi Türk hapisanelerinde gelebilecek muhtemel saldırılara karşı Türk hukukunun sağladığı hukuki yollarla kendisini koruması gerekir. Alman mahkemeleri kendisine bu açıdan yardımcı olamaz.”; Düsseldorf Eyalet Yüksek Mahkemesi, 24.9.1986, 4 Ausl (A) 194/86, (46 und 47/86 III), in: ESER / LAGODNY / WILKITZKI U 138, s.272-474; karşı görüş için bkz. LAGODNY, in: Uhlig/Schomburg/Lagodny, IRG-Kommentar, § 73, RN 100.

⁹² Federal Anayasa Mahkemesi, 31.8.1986, 2 BvR 661/86, in: ESER / LAGODNY / WILKITZKI U 134, s.463-466.

⁹³ Karlsruhe Eyalet Yüksek Mahkemesi, 21.5.1986, GA 1987, s.30-31; ayrıca krş. LAGODNY, in: Uhlig/Schomburg/Lagodny, IRG-Kommentar, § 73, RN 105.

mesinin tamamlanmasından sonra kişinin “hususilik” kuralının korumasından faydalanarak tekrar ailesinin yanına geri gelmesi mümkündür.⁹⁴

- **Ağır hastalık** nedeniyle yolculuğun sağlık yönünden ağır risk taşıması da iadeye engel olarak kabul edilmektedir. Türkiye'nin yapmış olduğu bir iade talebi ile ilgili olarak Stuttgart Eyalet Yüksek Mahkemesi 6.11.1986 tarihli bir kararında uluslararası hukukun asgari standartları ve Federal Anayasanın 2. md. 2 fıkrasını dikkate alarak, yolculuğun, iadesi istenen kişinin sağlığını ağır tehlikeye sokacak olmasını hayat ve sağlık hakkına ağır bir saldırı olarak nitelendirmiş ve iadenin kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.⁹⁵ Eyalet Yüksek Mahkemesinin kararına katılmak mümkün değildir. Çünkü, hükümlünün sağlık durumu iade talebinin kabulüne değil, onun teslimine engeldir.⁹⁶ Alman Ceza Mahkemesi Kanunu'na göre de cezanın infazı hükümlünün hayatı için ağır bir tehlike teşkil edecekse (§ 455 fık. 2) infaz ertelenir. Mahkeme iadenin kabulüne ve iadesi istenen kişinin sağlık durumu iyileşinceye kadar teslimin ertelenmesine karar vermeliydi.⁹⁷

- **Gıyapta verilen kararların infazı için iade** (*Auslieferung zur Vollstreckung von Abwesenheitsurteilen*): SİDAS ve IRG'de gıyapta verilen mahkumiyet kararlarının infazı için yapılan iade taleplerinin kabul edilmeyeceğine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamakla birlikte, başta Federal Anayasa Mahkemesi olmak üzere Alman mahkemelerinin yerleşmiş içtihatlarına göre, sanığın, hakkında yapılan ceza kovuşturması ve yargılamadan herhangi bir şekilde haberdar edilmeden yapılan yargılama sonunda verilen mahkumiyet kararlarının infazı için yapılan taleplerini, öncelikle AİHS'nin 6. maddesindeki garantilere dayanarak kabul etmemektedirler. Gıyapta verilen mahkumiyet kararlarının infazı için özellikle İtalya'dan yapılan çok sayıda iade talepleri Alman mah-

⁹⁴ Karlsruhe Eyalet Yüksek Mahkemesi, 30.7.1979, 2 AK 8/79, in: ESER / LAGODNY /WILKITZKI U 24, s.159.

⁹⁵ Bu olayda Türkiye bir Türk vatandaşı hakkında Tekirdağ Ağır Ceza Mahkemesince hakkında adam öldürmeye teşebbüsten verilen ve Yargıtay tarafından da onaylanarak kesinleşen 4 yıl 5 ay 10 gün ağır hapis cezasının infazı amacıyla iade talebinde bulunmuştur. İadesi istenen kişi 74 yaşındadır ve birden fazla hastalığa müptelâdır. Hastane raporlarına göre, ağır kalp ve akciğer rahatsızlıkları ve solunum fonksiyonunu önemli ölçüde zorlaştıran kronik bronşit vardır. Az orandaki bir bedensel veya ruhsal etki kalp krizine neden olabilecek durumdadır. Hava yoluyla yapılacak bir yolculuk akut hayati tehlikeye sebebiyet verecek niteliktedir. Mahkeme'ye göre ileri yaşı nedeniyle sağlık durumunun iyileşmesi de beklenmemektedir.

⁹⁶ VOGLER, in: Vogler/Walter/Wilkitzki, IRG, § 73 RN 24: “Alman hukukunda hasta olanların iade edilemeyeceğine ilişkin bir kural yoktur”.

⁹⁷ Suçluların İadesi ve Cezai Konularda Adli Yardımlaşma Hakkındaki Avusturya Kanunu'nun 37. paragrafı da iade edilecek kişi nakledilebilecek durumda değilse teslim işleminin ertelenmesini öngörmektedir.

kemelerince kabul edilmemiştir.⁹⁸ Yine, Türkiye'nin yapmış olduğu bazı iade talepleri de, sanığın, hakkında yapılan muhakemeden haberinin olmaması nedeniyle Alman mahkemelerince kabul edilmemiştir.⁹⁹ Ancak, hemen belirtelim ki, SİDAS 2. Protokolün 3. maddesi, savunma hakları güvence altına alınmadan gıyapta yapılan muhakeme sonunda verilen mahkumiyet kararlarının infazı için yapılan iade taleplerini, talep edilen devletin ret etme yetkisini açıkça düzenlemektedir. Türkiye, Protokolü onaylarken yaptığı açıklayıcı beyanla, gıyapta yargılanmış olan hükümlüye, talep etmesi halinde yargılamanın yeniden yapılması hakkının verileceğini bildirmiştir. Bu hüküm karşısında artık Alman mahkemelerinin Türkiye'nin iade talepleri hakkında hükmün gıyapta verildiği gerekçesi ile kabul edilmezlik kararı vermeleri mümkün değildir.

III. ALMAN İADE MUHAKEMESİNİN ANA HATLARI¹⁰⁰

1. İade Muhakemesinin İşleyişi

Suçluların iadesi devletler arasında bir adli yardımlaşma olunca, iadenin gerçekleştirilmesi için talep eden devletin bir talepte bulunması gerekir. Bu talep hakkında talep edilen devletin nasıl karar vereceği, genellikle bu devletin iç hukukunca düzenlenmektedir.

Alman iade muhakemesi (usulü) iki kısımdan oluşmaktadır: **Mahkemece iade edilebilirlik incelemesi ve Federal Hükümet tarafından (Adalet Bakanına) kabul kararı.** IRG'nin 11. paragrafına göre iade talebinin kabul edilebilmesi için yetkili Alman mahkemesinin **iadenin kabul edilebilir (zulaessig) olduğuna** karar vermesi gerekir. Yürürlükten kalkmış olan 1929 tarihli Alman İade Kanunu (*Deutsches Auslieferungsgesetz*) ilk defa yabancı iade talepleri hakkında karar verilmesine mahkemelerin de katılmasını kabul etmişti. O zamana kadar geçerli olan mutlak idari sistem, yani iadeye karar vermeyi tamamen hükümetin takdirine bırakan sistem, mahkemelerin kabul edilebilirlik kararı vermesi sistemi getirilerek kaldırılmıştı. 1983 yılında yürürlüğe giren IRG de aynı sistemi devam ettirmektedir. Bu sistem mahkemeler ve idari makamlar arasında bir iş bölümü öngörmekte; eyalet yüksek mahkemeleri iadenin kabul edilebilirliği hakkında

⁹⁸ Konu hakkında bilgi ve mahkeme kararları için bkz. LAGODNY, in: Uhlig/Schomburg/Lagodny, IRG-Kommentar, § 73, RN 70 vd.

⁹⁹ Bamberg Eyalet Yüksek Mahkemesi (*Oberlandesgericht Bamberg*), 13.12.1984, 3 AR 39/84, in: ESER / LAGODNY / WILKITZKI U 99, s.363-365; Braunschweig Eyalet Yüksek Mahkemesi (*Oberlandesgericht Braunschweig*), 28.8.1987, Ausl 3/85, in: ESER / LAGODNY / WILKITZKI U 149, s.522-528; Köln Eyalet Yüksek Mahkemesi (*Oberlandesgericht Köln*), 5.7.1982, Ausl 93/81, in: Reinhard Marx, Asylrecht - Rechtsprechungssammlung mit Erläuterungen, Cilt 1, 4. Bası, Baden-Baden 1984, s.206 vd.

¹⁰⁰ Alman ve Türk iade muhakemesinin karşılaştırmalı olarak incelenmesi konusunda bkz. TURHAN, Die Rechtsstellung, s.231 vd.

karar verirken, kararın olumlu olması, yani iadenin kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi halinde, iadenin kabul veya reddine karar vermek hükümetin görev ve yetkisine kalmaktadır. Bu işbölümüne ilişkin IRG'nin hükmü şu şekildedir:

§ 12. İadenin Kabulü (*Bewilligung der Auslieferung*): “Paragraf 41’de belirtilen durumlar haricinde, bir iade talebinin kabul edilebilmesi, bu talebin mahkemece kabul edilebilir olduğuna karar verilmesine bağlıdır.”

Eyalet yüksek mahkemesi (*Oberlandesgericht = OLG*) önündeki iade yargılamasına “**kabul edilebilirlik muhakemesi**” (“*Zulaessigkeitsverfahren*”), mahkemenin bu muhakeme sonunda verdiği karara da “**kabul edilebilirlik hakkında karar**” (“*Zulaessigkeitentscheidung*”) denmektedir. Buna karşın Federal Hükümetin, daha doğrusu hükümet adına Federal Adalet Bakanının vereceği karar da “**iadenin kabulü hakkında karar**” (“*Bewilligungsentscheidung*”) olarak nitelendirilmektedir.

2. İadenin Kabul Edilebilirliği Muhakemesi (*Zulaessigkeitsverfahren*)

İadenin özel zorlukları ve ülkenin dış politikası (uluslararası ilişkiler) açısından önemi nedeniyle iade konusunda yetkili mahkeme olarak eyalet yüksek mahkemeleri görevlendirilmiştir.¹⁰¹ Yer bakımından yetkili mahkeme ise iadesi istenen kişinin ele geçirildiği (yakalandığı) veya hakkında soruşturma işleminin yapıldığı yer mahkemesidir (IRG § 14).

a) Eyalet yüksek mahkemesinin (*OLG*) inceleme yetkisinin kapsamı

Eyalet yüksek mahkemesi önündeki yargılama usulü ve mahkemenin yapacağı incelemenin kapsamı konusunda Kanunda ayrıntılı hükümler yer almaktadır. Talep eden devletle Almanya arasında herhangi bir iade sözleşmesi yoksa, iadenin kabul edilebilir olup olmadığına IRG'nin 2-11 paragraflarında belirtilen koşullara göre karar verilecektir. Buna karşın, iade talebi bir iade sözleşmesine dayanıyorsa, 1. paragrafın 3. fıkrasına göre, öncelikle ilgili iade sözleşmesi hükümlerinin incelenmesi gerekir. Ancak, mahkemenin yapacağı kabul edilebilirlik incelemesi sadece kanun ve sözleşme koşullarının incelenmesi ile sınırlı değildir. Eyalet yüksek mahkemesi, incelemesi sırasında Anayasa normlarını da dikkate almalıdır. Yukarıda belirtildiği gibi (II, 4. g)) Federal Anayasa Mahkemesi bir çok kararında, eyalet yüksek mahkemesinin iade talebinin kabul edilebilirliği incelemesinde, “uluslararası hukukça kabul edilen asgari standartları” ve “vazgeçilmesi mümkün olmayan anayasal esasları”da dikkate alması gerektiğini belirtmiştir. Federal Yüksek Mahkeme de kararlarında, Alman Anayasası açısından, özellikle siyasi nedenlerle kovuşturma tehlikesi, vatandaşlık, gıyapta

¹⁰¹ LAGODNY, in: Uhlig/Schomburg/Lagodny, IRG-Kommentar, § 13, RN 4.

verilen mahkumiyet kararları, ölüm cezasının verilmeyeceği veya infaz edilmeyeceği hakkında verilen güvence konularının da eyalet yüksek mahkemelerinin iade edilebilirlik yargılamasında incelemekle yükümlü oldukları hususlar olarak vurgulanmıştır. Federal Yüksek Mahkeme, ayrıca AİHS'yi de kararlarında kriter olarak dikkate almaktadır.¹⁰²

Eyalet yüksek mahkemesi, kural olarak iade sözleşmelerinde ve IRG'nin 10. paragrafında belirtilen belgeler üzerinden şekli inceleme yapacaktır (*formales Prüfungsprinzip*). Mahkeme bu belgelere dayanarak, fiilin iade edilebilir olup olmadığını ve iade engellerinin bulunup bulunmadığını inceleyer. Failin fiili işlediği yolundaki yeterli deliller bulunup bulunmadığı ("*Prüfung des hinreichenden Tatverdachts*") inceleme konusu yapılamaz. Ancak, IRG'nin 10. paragrafının 2. fıkrası bu kuraldan ayrılarak istisnai hallerde suç şüphesinin incelemesini öngörmektedir: Bu fıkraya göre:

"İadeye esas teşkil eden olayın özel durumları, sanığın isnat edilen suçları işlediği konusunda yeterli şüphelerin bulunup bulunmadığının incelenmesini gerektiriyorsa, bu halde iadenin kabul edilebilmesi, yeterli suç şüphesini gösteren olguların (delillerin) sunulmasına bağlıdır."

Burada kastedilen "özel durumların" ("*besondere Umstände*") varlığı halinde talep eden devletten sanığın isnat edilen suçu işlediğine ilişkin yeterli delil sunması istenebilir. Özel durumların varlığı genellikle, talep eden devlette siyasi kovuşturma tehlikesinin bulunması, talep eden devletin iade talebini kötüye kullanma tehlikesinin bulunması veya sanığın talep edilen devlette uluslararası hukukun asgari standartlarını (*völkerrechtlicher Mindeststandard*) ihlal edecek nitelikte bir ceza yargılamasına tabi tutulacağına ilişkin şüphelerin bulunması gibi hallerde kabul edilmektedir¹⁰³. Türkiye'nin Almanya'dan yaptığı bazı iade taleplerinin, özellikle 1980'li yıllarda, bu hüküm uyarınca, yeterli suç şüphesini gösteren delillerin sunulmadığı gerekçesi ile reddedildiğini görmekteyiz.¹⁰⁴

b) Kabul edilebilirlik muhakemesinin hazırlanması ve eyalet yüksek savcısının (*Staatsanwalt beim OLG*) görevleri

Yurt dışından gelen iade talepleri önce Federal Adalet Bakanlığınca bir ön incelemeden geçirilir (IRG § 74). Eğer, bakanlık iade talebini daha fazla ince-

¹⁰² Bu açıdan Alman hukukunu Türk iade hukuku ile karşılaştırınca, TCK md. 9 da öngörülen asliye mahkemesinin inceleme yetkisinin çok sınırlı olduğunu görmekteyiz.

¹⁰³ TURHAN, Die Rechtsstellung, s.260-261.

¹⁰⁴ Bkz. Federal Yüksek Mahkeme 15.3.1984, NJW 1984, s.2046-248; Münih Eyalet Yüksek Mahkemesi, 17.5.1984, 1 Ausl 56/81, in: ESER / LAGODNY / WILKITZKI U 87, s.320-327: Mahkeme, iadenin kabul edilmezliğine gerekçe olarak, sanık hakkında yeterli delil bulunmaması, tanık ifadelerinin çelişkili olması, Türkiye'ye iade edilmesi halinde sanığın AİHS'nin 6. md. öngörülen adil yargılamaya tabi tutulmama tehlikesini göstermiştir.

lenmeye değmez bulursa (örn. iade şartları mevcut değilse) veya iade etmeme kararında (örneğin iade sözleşmesi olmadığı için) ise, iade talebini mahkeme kararı olmadan ret edebilir. Ancak uygulamada yabancı iade talepleri kural olarak iade konusunda yetkili eyalet mahkemesindeki eyalet savcısına gönderilmektedir. Eyalet savcısı, IRG § 29'a göre mahkemenin vereceği kararı hazırlamak ve kabul edilebilirlik kararı için mahkemeye başvurmakla görevlidir. Savcı, iade talebi üzerinde yapacağı inceleme sonunda açıkça bir iade engeli bulunmadığına karar verir ve iadesi istenen kişi de kendi rızası ile iade edilmek istemez ise, eyalet yüksek mahkemesine iadenin kabul edilebilirliği konusunda karar vermesi için başvuruda bulunur (IRG § 29 fık. 1).

c) Basitleştirilmiş iade (*Vereinfachte Auslieferung*)

IRG'nin 41. paragrafında yer alan ve “*basitleştirilmiş iade*” olarak ifade edilen bu halde, iadesi istenen kişinin isteği üzerine eyalet mahkemesince kabul edilebilirlik kararına gerek olmadan iade talebinin kabulü söz konusu olmaktadır. Bunun için, iadesi istenen kişinin sulh mahkemesindeki sorgusu sırasında iadeyi kabul edip etmediği sorulur ve kabul etmesinin sonuçları hakkında kendisi bilgilendirilerek bir protokol tutulması gerekir. İlgili kişinin rızasına rağmen; eyalet savcısı, kamu yararı açısından gerekli gördüğü takdirde, eyalet yüksek mahkemesinden kabul edilebilirlik kararı vermesini isteyebilir.

d) Eyalet yüksek mahkemesi önündeki kabul edilebilirlik muhakemesi ve sanık hakları

IRG § 28'e göre, kabul edilebilirlik kararının hazırlanması amacıyla eyalet savcısının talebi üzerine iadesi istenen kişi sulh hakimliğince sorgulanır. Burada hakları açıklanır ve iadeye karşı itirazlarının olup olmadığı, varsa neler olduğu sorulur.

Eyalet yüksek mahkemesi önündeki iade muhakemesine ilişkin IRG hükümleri Alman Ceza Muhakemesi Kanunu (*StPO*) esas alınarak oluşturulmuştur. Ancak, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki ceza muhakemesine ilişkin yargılama ve delil kuralları sınırlı bir şekilde iade muhakemesinde uygulama alanı bulmaktadır. IRG § 30'a göre eyalet yüksek mahkemesi gerekli gördüğü delilleri toplayabilir. Mahkeme sanığı sorgulayabilir, gerekirse sözlü duruşma yapabilir. Sözlü duruşma aleni değildir. İadesi istenen kişi tutuklu ise duruşmada hazır bulundurulur. Almancası yetersiz ise duruşmada tercüman bulundurulur. IRG § 40'a göre, iadesi talep edilen kişi, iade yargılamasının her aşamasında müdafii bulundurabilir. Ancak, müdafilik üç hal için zorunlu kabul edilmiştir. Paragraf 40 fık. 2. göre: 1) Olayın veya hukuki durumun zorlukları (karmaşıklık) bir müdafiiin katılmasını gerekli kılması, 2) İadesi talep edilen kişinin haklarını yeterince savunabilecek durumda olmaması, 3) 18 yaşın altında olması halinde, kendi isteğine bakılmaksızın müdafii tayini zorunludur. Eyalet mahkemesi

iade muhakemesi sonunda verdiği kararda (iade edilemezlik kararı olsa bile) gerekçe göstermek zorundadır ve eğer iadesi talep edilenin Almancası yeterli değilse, kararın anladığı dile tercümesi ile birlikte kendisine tebliğ edilmesi gerekir (IRG § 32).

Sonuç olarak, IRG, kabul edilebilirlik muhakemesi için detaylı hükümler getirmekte ve iadesi istenen kişinin haklarını güvence altına almaktadır.

e) Kabul edilebilirlik kararına karşı kanun yolları

IRG § 13'e göre, eyalet yüksek mahkemesinin kabul edilebilirlik kararı kesindir. Bu nedenle, karara karşı itiraz ve temyiz yolu kapalıdır. Gerekçe olarak da uygulamada böyle bir ihtiyacın olmadığı belirtilmektedir.¹⁰⁵

- **Federal Yüksek Mahkemenin kararının alınması** (*Anrufung des Bundesgerichtshofs*): IRG § 42'ye göre, belli şartların varlığı halinde eyalet yüksek mahkemesi iadenin kabul edilebilirliği ile ilgili hukuki sorunlar hakkında Federal Yüksek Mahkemenin kararını alabilir veya bazı hallerde almak zorundadır: Eğer, eyalet yüksek mahkemesi önemli nitelikte hukuki bir sorunun çözümlü için gerekli görüyorsa, Federal Yüksek Mahkemenin kararını alabilir. Buna karşın, Federal Yüksek Mahkemenin bir içtihadından veya bir eyalet yüksek mahkemesinin hukuki sorunla ilgili içtihadından ayrılmak istiyorsa, bu halde Federal Yüksek Mahkemenin kararını almak zorundadır. Yine, Federal Başsavcı veya eyalet savcısının talebi halinde de eyalet yüksek mahkemesi Federal Yüksek Mahkemenin kararını almak zorundadır. İadesi talep edilen kişiye ise, böyle bir talep hakkı verilmemiştir. Savcıya böyle bir yetkinin tanınması, dış politik menfaatler açısından iadeye taraftar olan hükümete eyalet yüksek mahkemesinin olumsuz kararına karşı koyma imkanı verdiği ve iadesi istenen kişiye bu hak tanınmayarak silahların eşitliği ilkesinden ayrıldığı gerekçesi ile eleştirilmektedir. Federal Yüksek Mahkemenin bu yolla önüne gelen dava dosyaları nedeniyle verdiği çok sayıda karar, iade hukukunun gelişimine önemli ölçüde katkıda bulunmaktadır.¹⁰⁶

-**Federal Anayasa Mahkemesine anayasal şikayet hakkı** (*Verfassungsbeschwerde*): Eyalet yüksek mahkemesinin kararının kesin olmasına rağmen, iadesi istenen kişi iade kararı ile Alman Anayasası'nın 93. maddesinin 1. fıkrasına dayanarak anayasada güvence altına alınmış olan temel hak ve özgürlüklerinin ihlalini gerekçe göstererek Federal Anayasa Mahkemesine anayasal şikayette bulunabilir. Gerçi, Federal Anayasa Mahkemesine yapılan başvuru sonuçlanıncaya kadar Hükümet, sanık veya hükümlünün talep eden devlete

¹⁰⁵ LAGODNY, in: Uhlig/Schomburg/Lagodny, IRG-Kommentar, § 13, RN 5.

¹⁰⁶ ESER / LAGODNY / WILKITZKI'deki (s. 54-106) kararlar listesinde 1949 yılından 1991 yılı sonuna kadar Federal Yüksek Mahkeme'nin iade ve cezai konularda adli yardımlaşma ile ilgili verdiği karar sayısı 125'tir.

teslimini ertelemek zorunda değildir. Ancak, Federal Anayasa Mahkemesi, vereceği bir yürütmeyi durdurma kararı ile iadenin kabul edilebilirlik kararının yerine getirilmesini, yani iadesi istenen kişinin teslimini erteleyebilir.

3. İade Talebinin Kabulü Hakkında Karar (*Bewilligungsentscheidung*) ve Kanun Yolları

Yabancı iade talebinin kabul veya reddi hakkında karar verme yetkisi Federal Hükümet adına Federal Adalet Bakanına aittir (IRG § 74). Ancak yukarıda belirtildiği gibi iade talebinin kabul edilebilmesi için, ya eyalet yüksek mahkemesinin talebin kabul edilebilir olduğuna karar vermiş olması veya sanığın basitleştirilmiş iadeye rıza göstermiş olması gerekir.

İadenin kabul edilmesi kararına karşı kanun yolu olup olmadığı konusunda kanun herhangi bir hüküm içermemektedir. Bu nedenle Federal Adalet Bakanının iade kararının iptalinin mümkün olup olmadığı ve mümkün ise hangi mahkemenin yetkili olduğu konusu çok tartışmalıdır. **İade kararının**, iadesine karar verilen kişi açısından bir **idari işlem** olduğu kabul edilmekle birlikte, bazı yazarlar adalet bakanın iade kararının sanığın subjektif haklarını ihlal etmesinin mümkün olmadığı ve bakanın bu konudaki takdir yetkisinin sınırlanamayacağı gerekçesi ile, kararın iptalinin mümkün olmadığını belirtmektedirler. Diğer bazı yazarlar ise, iadesi istenen kişinin Federal Anayasa ve insan hakları sözleşmeleri de dahil, bütün subjektif haklarının yeterince eyalet yüksek mahkemesince incelenmesi halinde bakanın, iade işlemine karşı hukuki korumaya ihtiyaç olmayacağını belirtmektedirler. İadesi istenen kişinin Federal Adalet Bakanı'nın, iade kararını anayasal şikayet yoluyla iptal ettirmesinin mümkün olup olmadığı sorusunu ise Federal Anayasa Mahkemesi bir kararında tartışma konusu yapmış, ancak bu soruyu cevapsız bırakmıştır¹⁰⁷.

4. İade Muhakemesinde Zorlayıcı Tedbirler

a) Geçici iade tutuklaması (*vorläufige Auslieferungshaft*)

Kanununun 16. paragrafına göre geçici iade tutuklamasının yapılabilmesi için, talep eden devletin bu yönde isteminin olması ve iade tutuklaması için gerekli olan kaçma ve delilleri karartma tehlikesinin bulunması gerekir. Ancak, bir yabancıнын iadeye neden olabilecek bir fiili işlemiş olduğu konusunda belli olayların varlığı ve kaçma veya delilleri karartma tehlikesi mevcutsa, yabancı devletin yakalama veya iade talebi olmadan da tutuklama yapılması mümkündür. Geçici tutuklama, iade talebinin gelmesine kadar devam eder. Ancak kanun geçici tu-

¹⁰⁷ WAIGEND, Jus 2000, s.110.

tutukluluk için azami üst süreler öngörmüştür. Avrupa devletlerinden gelecek iade talepleri için üst sınır 2 ay, Avrupa dışından gelecek talepler için ise 3 aydır. Buna karşın SİDAS 16. maddesi daha kısa bir geçici tutukluluk süresi kabul etmiştir. Buna göre, geçici tutukluluk tarihinden itibaren talep eden devlet 40 gün içinde iade talebini ve gerekli belgeleri göndermediği takdirde tutuklunun salıverilmesi gerekir.

b) İade tutuklaması (*Auslieferungshaft*)

IRG § 15'te düzenlenen iade tutuklaması hem Almanya ile arasında iade sözleşmesi olmayan devletlerden gelen talepler hakkında, hem de sözleşme olan devletlerden gelen talepler hakkında uygulanır. Çünkü, iade sözleşmelerinde tutuklamaya ilişkin genellikle açık hüküm bulunmamaktadır. Bu paragrafa göre, iade amacıyla tutuklamaya karar verilebilmesi için, yabancı iade talebinin bulunması, bu talepte iadesi istenen kişinin tutuklanmasının istenmiş olması, ilgili kişinin kaçma ve/veya delileri karartma tehlikesinin bulunması gerekir.¹⁰⁸

c) İade tutuklamasının şekli ve tutuklunun hakları

IRG'de iade amaçlı tutuklama kararının şekli ve içeriği (§ 17), yakalama emri (§ 18), tutuklama kararı üzerine yakalama (§ 19, *vorläufige Festnahme*), yakalama ve tutuklama nedenlerinin bildirilmesi ve kararın tebliği (§ 20) konularında ayrıntılı düzenlemeler yer almaktadır. IRG'nin 21. ve devamındaki paragraflarda iade amacıyla yakalanan ve tutuklanan kişinin hakim önüne çıkarılması ve tutukluluğun hakim tarafından denetlenmesi konusunda önemli hükümler yer almaktadır. Kanunun 21. ve 22. paragrafları, iade tutuklaması kararı üzerine ele geçirilen veya göz altına alınan kişinin gecikmeksizin, en geç ertesi gün sulh hakimi önüne çıkarılarak sorgulanmasını emretmektedir. Yine sanığın tutuklamaya karşı itirazları hakkında karar verilmesi (§ 23), tutuklama kararının kaldırılması (§ 24), tutuklama kararının yerine getirilmesinin ertelenmesi (§ 25), tutukluluğun devamının incelenmesi (§ 26)¹⁰⁹ hakkında ayrıntılı hükümler yer

¹⁰⁸ IRG § 15: (1) İade talebinin gelmesinden sonra, eğer;

1. İadesi istenen kişinin iade muhakemesinde hazır bulunmaması veya iadenin yerine getirilmesinden (*Durchführung der Auslieferung*) kaçınma tehlikesi varsa,
 2. Belli vakıalar nedeniyle iadesi istenen kişinin yabancı ülkedeki soruşturma veya iade muhakemesinde gerçeğin ortaya çıkarılmasını zorlaştıracağına ilişkin yoğun şüpheler bulunuyorsa, iadesi istenen kişi (*Verfolgter*) hakkında iade tutuklaması kararı verilebilir.
- (2) Daha baştan iadenin kabul edilebilir olmadığı anlaşılıyorsa 1. fıkra hükmü geçerli değildir.

¹⁰⁹ IRG § 26'ya göre Eyalet Yüksek Mahkemesi, iadesi istenen kişinin ele geçirilmesinden, yakalanmasından veya tutukluluğun devamına ilişkin en son karar tarihinden itibaren iki aydan beri tutuklu bulunuyorsa, tutukluluğun devamı hakkında karar verir. Mahkeme tutukluluk durumunu en geç iki ayda bir inceler. Eyalet Yüksek Mahkemesi tutukluluk incelemesinin daha kısa zaman periyodu içinde incelenmesini de kararlaştırabilir.

almaktadır. İade tutukluluğunun ne kadar devam edebileceği konusunda bir üst zaman sınırını öngörülmemekle birlikte, Federal Anayasa Mahkemesi¹¹⁰ ve eyalet yüksek mahkemesi kararlarında tutukluluk süresinde oranlılık ilkesinin önemi vurgulanmaktadır. Örneğin Frankfurt Eyalet Yüksek Mahkemesi¹¹¹ Türkiye'nin yaptığı bir iade talebi üzerine; sanığın 1 yıldan fazla bir süredir tutuklu olduğu, Türkiye'nin ölüm cezasının infaz edilmeyeceği konusunda yeterli teminat vermediği ve ne zaman vereceğinin de belli olmadığı gerekçesi ile tutukluluğu sona erdirmiştir. Eyalet Yüksek Mahkemesi bu kararında, gerekçe olarak AİHS'nin 5. maddesinin 3. fıkrasında güvence altına alınan tutuklu sanığın makul süre içinde yargılanma hakkına da dayanmıştır. Ancak, AİHS'de açıkça düzenlendiği üzere, 5. maddenin 3. fıkrasındaki makul tutukluluk süresi sadece iç hukuktaki ceza muhakemesinde geçerli bir güvencedir ve iade tutuklamasını kapsamamaktadır. Yine, Münih Eyalet Yüksek Mahkemesi Türkiye'nin bir iade talebi ile ilgi olarak, 1986 yılında verdiği bir kararında,¹¹² iadenin kabul edilebilirliğine karar vermesine rağmen, Federal Hükümetin iade kararını geciktirmesi nedeniyle, tutukluluk süresinin uzamasının oranlılık ilkesini ihlal edeceği gerekçesi ile tutuklamayı kaldırmıştır.¹¹³

¹¹⁰ Federal Anayasa Mahkemesi, 6.7.1982, BverfGE 61, 28, 34 vd.

¹¹¹ Frankfurt Eyalet Yüksek Mahkemesi, 28.4.1982, 2 Ausl.18/81 in: ESER / LAGODNY / WILKITZKI U 60, s.442-446.

¹¹² Münih Eyalet Yüksek Mahkemesi, 27.3.1986, Ausl. 65/85 in: ESER / LAGODNY / WILKITZKI U 124, s.442-446: Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin kararına esas teşkil eden olayda, Türkiye, bir sıkıyönetim mahkemesince 1979 tarihinde 24 yıla mahkum olan bir hükümlünün iadesini talep etmiştir. Eyalet Yüksek Mahkemesi, hükümlünün Türkiye'ye iadesi halinde siyasi kovuşturma tehlikesinin olmadığını (SIDAS md. 3 fık. 2 ve Alman Anayasası md. 16 fık. 2) tespit ederek iadenin kabul edilebilirliğine karar vermiş, hükümlünün yaptığı sığınma talebi de idari makamlarca reddedilmişti. Buna rağmen Federal Hükümet, sığınma talebinin reddine ilişkin ret kararına karşı hükümlünün idare mahkemesine yaptığı başvurunun sonucunu beklemek istemiştir. Eyalet Yüksek Mahkemesi, idare mahkemesindeki muhakemenin sonuçlanmasının uzun süreceği ve bu süre içinde tutukluluğun devam etmesinin oranlılık ilkesine aykırı düşeceği gerekçesi ile, hükümlünün pasaportunu teslim etmesi, ilgili makamlara görünmesi karşılığında tutukluluğun infazının sona erdirilmesine karar vermiştir.

¹¹³ Federal Hükümetin iadesi istenen kişinin iltica talebiyle ilgili olarak idare mahkemesinde açtığı davanın sonucunu beklemek istemesi, iadeyi geciktirdiği için bu süre içinde iadesi istenen kişinin tutuklu kalmasının oranlılık ilkesini ihlal ettiği gerekçesi ile iade tutukluluğunun kaldırılmasına ilişkin bir başka karar için bkz. Nürnberg Eyalet Yüksek Mahkemesi, 14.2.1985, OLG Ausl. 18/84, in: ESER / LAGODNY / WILKITZKI U 105, s.389-392.

EK: GESETZ ÜBER DIE INTERNATIONALE RECHTSHILFE IN STRAFSACHEN (IRG) VOM 23. DEZEMBER 1982 (İLK 9 PARAGRAFI) VE SUÇLULARIN İADESİNE DAİR AVRUPA SÖZLEŞMESİ (SİDAS)114 (KARŞILAŞTIRMALI OLARAK)

Burada (aşağıdaki tabloda), IRG'nin iade hukukunun maddi şartlarına ilişkin hükümlerinin (ilk 9 paragrafı) Türkçe çevirilerine yer verdik. İade muhakemesi-ne ilişkin hükümler hakkında ise yukarıda metin içindeki açıklamalarla yetinilmiştir. Türkiye ile Almanya arasındaki iade ilişkisi SİDAS ve buna Ek 2. Protokole göre işlediği için, karşılaştırma yapmayı sağlamak açısından IRG'nin hükümlerinin karşısında SİDAS ve 2. Protokol'un ilgili maddelerine de yer verilmiştir.

IRG	SİDAS
<p>Birinci Bölüm</p> <p>Yürürlük Alanı</p> <p>§ 1. Kanunun yürürlük alanı</p> <p>Yabancı ülkelerle cezai konularda adli yardımlaşma işleri bu kanuna göre yürütülür.</p> <p>Bu kanun anlamında cezai işler (<i>strafrechtliche Angelegenheiten</i>) Alman hukukuna göre para cezasıyla cezalandırılan, düzene aykırılık teşkil eden fiiller ya da cezai konularda da yetkili bir mahkeme tarafından tespit edilmek şartıyla yabancı ülke hukukuna göre benzer bir müeyyideyle karşılanan fiiller nedeniyle yapılan muhakemeyi de kapsar.</p> <p>Uluslararası sözleşme hükümleri, doğrudan doğruya uygulanabilir iç hukuk kuralı</p>	<p>Madde 1. İade mecburiyeti¹¹⁵</p> <p>Sözleşmeye taraf devletler, aşağıdaki maddelerde tayin edilen kaide ve şartlar dahilinde, talep eden devletin yargı mercilerince suç teşkil eden bir fiil nedeniyle kovuşturulan veya bir ceza veya emniyet tedbirinin infazı için aranan şahısları karşılıklı olarak teslim etmeyi taahhüt ederler.</p> <p>SİDAS 2. Prot. Madde 1: Sözleşme'nin 2. maddesinin 2. fıkrasına aşağıdaki hüküm eklenmiştir</p> <p>“Sadece para cezası ile cezalandırılan fiiller için de bu kurallar uygulanır”</p>

¹¹⁴ Bu metin Sözleşme'nin resmi Türkçe çevrisi değildir. Resmi gazetede yayınlanan resmi Türkçe metinde bazı çeviri hataları yapılmıştır. Bu nedenle ve anlama kolaylığı sağlamak amacıyla Sözleşme'nin İngilizce resmi metni dikkate alınarak bazı düzeltmeler yapılmıştır. Sözleşme'nin resmi Türkçe metni için bkz. Feridun YENİSEY, Milletlerarası Ceza Hukuku/Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri ve Mevzuatı, Beta Basım Yayım, İstanbul 1988, s.585 vd.; SİDAS'ın Almanca metni ve maddeleri hakkında açıklayıcı bilgiler için bkz. SCHOMBURG, in: Uhlig/Schomburg/Lagodny, IRG-Kommentar, s.417 vd.

¹¹⁵ 1. maddenin orijinal İngilizce metni şu şekildedir: “The Contracting Parties undertake to surrender to each other, subject to the provisions and conditions laid down in this Convention all persons against whom the competent authorities of the requesting Party are proceeding for an offence or who are wanted by the said authorities for the carrying out of a sentence or detention order.”

haline geldiği andan itibaren, bu kanunun hükümlerinden önce uygulanır.	
<p>İkinci Bölüm: Almanya'dan Yurt Dışına İade (<i>Auslieferung an das Ausland</i>)</p> <p>§ 2. Temel Prensip</p> <p>(1) Yabancı bir ülkede cezai bir müeyyide ile cezalandırılan bir suç fiili nedeniyle hakkında kovuşturma yapılan veya hakkında mahkumiyet kararı verilmiş olan bir yabancı, bu yabancı devletin yetkili makamının talebi üzerine, ceza kovuşturması veya bu suç fiili nedeniyle hükmedilen ceza veya diğer herhangi bir müeyyidenin infazı amacıyla bu devlete iade edilebilir.</p> <p>(2) Yabancı bir devlette cezai bir müeyyide altına alınmış bir suç fiili nedeniyle mahkum olmuş bir yabancı, infazı devralmış başka bir yabancı devlete, bu yabancı devletin yetkili makamlarının talebi üzerine, suç nedeniyle hükmedilen cezanın veya başka bir müeyyidenin infazı amacıyla iade edilebilir.</p> <p>(3) Bu kanun anlamında yabancı, Alman Anayasa'nın 116. maddesinin 1. fıkrasına göre Alman olmayan kişilerdir.</p>	<p>Madde 1. (yukarıda)</p> <p>Madde 6. Vatandaşın iadesi</p> <p>1. a) Sözleşme'ye taraf devletler vatandaşlarını iade etmeme hakkına sahiptir.</p> <p>b) Her taraf devlet imza, onay veya katılma belgesini tevdi esnasında yapacağı bir beyanla bu Sözleşme anlamında "vatandaş" tabirini kendisi tanımlayabilir.</p> <p>c) Vatandaşlığın tespitinde, iade kararı verileceği andaki vatandaşlık dikkate alınacaktır. Bununla birlikte, iade kararı ile fiilen teslim tarihi arasında vatandaşlık kazanılması halinde de talep edilen taraf bu fıkranın a) bendi hükmünden faydalanabilir.¹¹⁶</p> <p>2. Kendisinden iade talep edilen taraf vatandaşını iade etmediği takdirde, talep eden Tarafın isteği üzerine, gerektiğinde cezai kovuşturma yapılabilmesi için konuyu kendi yetkili makamlarına iletmelidir. Bu amaçla, suç fiili ile ilgili dosyalar, belgeler ve eşya 12. maddenin 1. fıkrasında öngörülen şekilde herhangi bir masraf istenmeden (bedava) yollanacaktır. Talep eden Tarafa bu talebinin ne oranda yerine getirildiği bildirilecektir.</p> <p>Almanya'nın SİDAS 6. maddeye koyduğu çekince:</p> <p>"Bir Almanın Alman Federal Cumhuriyetinden yabancı bir ülkeye iadesi Federal Almanya Anayasası'nın 16. maddesinin 2. fıkrasının 1. cümlesi uyarınca kabul edilemez ve her halukarda reddilecektir.</p> <p>Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi'nin 6. maddesinin 1. fıkrası b) bendi anlamında 'vatandaş' terimi, Almanya Anayasası'nın 116. maddesinin 1. fıkrası anlamındaki</p>

¹¹⁶ 6. madde 1. fıkrası c) bendinin İngilizce resmi metni şu şekildedir: "Nationality shall be determined as at the time of the decision concerning extradition. If, however, the person claimed is first recognised as a national of the requested Party during the period between the time of the decision and the time contemplated for the surrender, the requested Party may avail itself of the provision contained in sub-paragraph (a) of this Article."

	<p>bütün Almanları kapsar.”</p> <p>SİDAS 2. Prot. Madde 2</p> <p>Sözleşme'nin 5. maddesi yerine aşağıdaki hükümler ikame edilecektir:</p> <p>“Mali suçlar</p> <p>1. Vergi, resim, gümrük ve kambiyo ile ilgili suçlar, bunların talep eden Taraf mevzuatına göre aynı nitelikte bir suça tekabül etmesi halinde, Sözleşen Taraflar arasında Sözleşme hükümlerine tevfikan iade konusu olacaktır.</p> <p>2. Kendisinden iade talep edilen Taraf mevzuatının, iade talep eden Taraf mevzuatında aynı tipte vergi veya resimlerin bulunmaması yahut aynı tipte vergi, resim, gümrük ve kambiyo hükümlerinin bulunmadığı gerekçesi ile iade talebi reddedilmeyecektir.”</p>
<p>§ 3. Kovuşturma veya infaz amacıyla iade (<i>Auslieferung zur Verfolgung oder zur Vollstreckung</i>)</p> <p>(1) İadeye esas teşkil eden olaylar, ancak Alman hukukuna göre de bir ceza kanununun hükmünü (<i>Tatbestand</i>) ihlal eden hukuka aykırı bir fiil teşkil etmesi veya olayların Alman hukuku açısından düşünülmesi halinde (<i>bei sinnge.maeser Umstellung des Sachverhalts</i>)¹¹⁷ hukuka aykırı fiil olarak kabul edilebilmesi halinde iade mümkündür.</p> <p>(2) Ceza kovuşturması için iade ancak, Alman hukukuna göre üst sınırı en az bir yıl hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektirmesi veya olayların Alman hukuku açısından düşünülmesi (farz edilmesi) halinde böyle bir cezayı gerektirmesi halinde kabul edilebilir.</p> <p>(3) Ceza mahkumiyetinin infazı için iade ancak, ceza kovuşturması için iadenin kabul edilebilir olması koşuluyla, hürriyeti bağlayıcı bir müeyyidenin infazı için kabul edilebilir. Yine iadenin kabul edilebilmesi için infazı gereken hürriyeti bağlayıcı müeyyidenin veya infazı eksik kalıpta</p>	<p>Madde 2. (İadenin mümkün olmadığı suç fiilleri)</p> <p>1. Gerek iadeyi talep eden tarafın ve gerek kendisinden iade talep edilen tarafın kanunlarınca en aşağı bir sene müddetle hürriyeti bağlayıcı mahiyette bir cezayı veya emniyet tedbirlerini veya daha ağır bir cezayı gerektiren fiiller iadeyi gerektirir. İadeyi talep eden tarafın ülkesinde bir ceza mahkumiyeti verilmiş veya bir emniyet tedbirine hükmedilmişse, bunların süresi en az dört ay olmalıdır.</p> <p><i>SİDAS madde 25.</i> “Emniyet tedbirleri” kavramının tanımı</p> <p>Bu Sözleşme anlamında “emniyet tedbirleri”, ceza mahkemesi kararı ile bir cezayı tamamlayıcı nitelikte veya onun yerine geçmek üzere hükmedilen hürriyeti bağlayıcı her türlü tedbirlerdir.</p>

¹¹⁷ Kavramın anlamı için bkz. LAGODNY, in: Uhlig/Schomburg/Lagodny, IRG-Kommentar, § 3 RN 7 vd.

infaz edilmesi gereken hürriyeti bağlayıcı müeyyidelerin toplamının en az dört ay tutması gerekir.	
<p>§ 4. Ek iade (<i>Akzessorische Auslieferung</i>)</p> <p>Eğer bir suç nedeniyle yapılan iade talebi kabul edilebilir nitelikte ise, diğer suçlar için,</p> <p>§ 3 fıkra 2 veya fıkra 3'teki şartlar mevcut değilse veya</p> <p>Diğer suçlar için sadece § 1 fıkra 2'deki müeyyideye yer verildiğinden dolayı § 2 veya § 3 fıkra 1 deki şartlar mevcut değilse,</p> <p>bunlar için de iade talebi kabul edilebilir.</p>	<p>Madde 2 fıkra. 2</p> <p>İade talebi, iadeyi talep eden taraf ve kendisinden iade talep edilen tarafın kanunlarına göre hürriyeti bağlayıcı bir ceza ve emniyet tedbiri ile cezalandırılan birden fazla suç ile ilgili olmakla birlikte, bunlardan bazıları ceza müddetlerine ait şartları taşımıyorsa, kendisinden iade talep edilen taraf şartları taşımayan suçlar için de iade etmek yetkisine sahiptir.</p> <p>SİDAS 2. Prot. Madde 1.</p> <p>Sözleşme'nin 2. maddesinin 2. paragrafına aşağıdaki hüküm eklenecektir.</p> <p>"Bu hak sadece para cezası ile cezalandırılan suçlar için de geçerli olacaktır."</p>
<p>§ 5. Karşılıklılık ilkesi</p> <p>Talep eden devletin verdiği güvenceye göre, bu devletin benzer nitelikteki bir Alman iade talebini yerine getireceği beklenebiliyorsa, ancak bu halde iade talebi kabul edilebilir.</p>	<p>Madde 2 fıkra 7</p> <p>Bu Sözleşme'ye taraf devletlerden herhangi biri, bu madde gereğince Sözleşme'nin uygulama alanı dışında kalan suç fiilleri nedeniyle karşılıklılık ilkesini uygulayabilir.</p>
<p>§ 6. Siyasi suçlar (<i>politische Straftaten</i>), siyasi nedenlerle kovuşturma (<i>politische Verfolgung</i>)</p> <p>(1) Siyasi suç veya siyasi suça bağlı suçlar nedeniyle iade kabul edilemez. Ancak kovuşturulan kişi, tamamlanmış veya teşebbüs halinde kalmış soykırım (<i>Völkermord</i>) veya kasten adam öldürme (<i>Mord und Totschlag</i>) suçları veya bu suçlara iştiraktan kovuşturuluyor veya mahkum olmuşsa, iadesi kabul edilebilir.</p> <p>(2) İadesi istenen kişinin talep eden devlete iadesi halinde, ırkı, dini, vatandaşlığı, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi görüşleri nedeniyle kovuşturulacağına veya cezalandırılacağına veya belirtilen nedenlerden dolayı durumunun kötüleşeceğine dair ciddi nedenler bulunuyorsa iade kabul edilemez.</p>	<p>Madde 3. Siyasi suçlar</p> <p>1. İadesi istenen suç, kendisinden iade talep edilen tarafça, siyasi veya böyle bir suç ile bağlantılı bir suç olarak kabul edildiği takdirde iade talebi kabul edilmeyecektir.</p> <p>2. Kendisinden iade talep edilen taraf, adi bir suç için yapılan iade talebinin, bir şahsı ırk, din, milliyet veya siyasi görüşler açısından kovuşturmak veya cezalandırmak gayesiyle yapıldığına veya kovuşturulan kişinin durumunun bu sebeplerden biri nedeniyle ağırlaştırılabileceğine dair ciddi sebepler mevcut olduğuna kanaat getirdiği takdirde de, iade talebi kabul edilmeyecektir.</p> <p>3. Bu Sözleşme'nin uygulanması bakımından, bir Devlet başkanının veya aile fertlerinden birinin hayatına yönelik saldırı siyasi suç sayılmayacaktır.</p>

	<p>4. Bu madde taraf devletlerin çok taraflı mahiyette başka uluslararası sözleşmeler uyarınca yüklendikleri veya yüklenecekleri taahhütlere etki etmez.</p>
<p>§ 7. Askeri suçlar</p> <p>Sırf askeri yükümlülüklerin ihlalini meydana getiren fiiller nedeniyle iade kabul edilemez.</p>	<p>Madde 4. Askeri suçlar</p> <p>Genel ceza hukukuna göre suç teşkil etmeyen askeri suçlardan dolayı iade bu Sözleşme'nin uygulama alanı dışında bırakılmıştır.</p>
<p>§ 8. Ölüm cezası</p> <p>Eğer fiil, talep eden devletin hukukuna göre ölüm cezası ile cezalandırılıyorsa, iade ancak, talep eden devlet, ölüm cezasına hükmedilmeyeceği veya ölüm cezasının infaz edilmeyeceğine dair güvence vermesi halinde kabul edilebilir.</p>	<p>Madde 11. Ölüm cezası</p> <p>İade talebine sebep olan fiil, talep eden devletin kanununun göre ölüm cezasını gerektirmesine karşın, kendisinden iade talep edilen devletin mevzuatında bu gibi fiiller için ölüm cezasının bulunmaması veya bu devlette ölüm cezasının genellikle infaz edilmiyor olması halinde, talep eden taraf ölüm cezasının infaz edilmeyeceğine dair talep edilen devletçe yeterli görülecek bir güvence vermediği takdirde iade talebi reddedilebilir.</p> <p>Türkiye'nin SİDAS 11. maddeye koyduğu çekince:</p> <p>“11 inci maddece mezkûr teminat aşağıdaki prosedüre inhisar edecektir.</p> <p>İdam cezasına mahkum veya işlediği cürüm idam cezasını müstelzim bulunan bir suçlunun Türkiye'ye iadesinin mevzu bahis olduğu ahvalde, kendisinden iade talep olunan ve mevzuatında idam cezası bulunmayan Akid Taraf bu cezanın müebbet hapse tahvili hususunda bir talepte bulunmaya salahiyetlidir. Bu talep Türk Hükümetince, ölüm cezalarını nihai surette tasdik eden Büyük Millet Meclisine, işbu merci bu mevzuda henüz bir karar vermemişse arz edilecektir”.</p>
<p>§ 9. Çatışan yargı yetkisi (talep eden devletin de yargı yetkisinin bulunması)</p> <p><i>(Konkurrierende Gerichtsbarkeit)</i></p> <p>İadeye konu olan suç nedeniyle Alman yargı yetkisinin de bulunması halinde,</p> <p>1. Bu kanunun yürürlük alanı içindeki bir mahkeme veya merci iade talebine esas teşkil eden suç nedeniyle bir hüküm veya aynı hukuki etkiye sahip bir karar vermiş, son soruşturmanın açılmasını ret etmiş</p>	<p>Madde 7. Suçun işlendiği yer</p> <p>1. Kendisinden iade talep edilen taraf, mevzuatına göre kısmen veya tamamen kendi ülkesinde veya ülkesi sayılan bir yerde işlenmiş sayılan bir suçtan dolayı talep edilen şahsı iade etmekten kaçınabilir.</p> <p>2. İade talebine esas teşkil eden suç iade talep eden tarafın ülkesi haricinde işlenmiş ise, iade talebi sadece, kendisinden iade talep edilen taraf mevzuatının, ülkesi dışında işlenen aynı</p>

<p>(Alman Ceza Muhakemesi Kanunu § 204), kamu davası açılmasına ilişkin talebi ret etmiş (Alman Ceza Muhakemesi Kanunu § 174), yükümlülük ve emirlerin yerine getirilmesi üzerine muhakemenin durdurulmasına karar vermiş (Alman Ceza Muhakemesi Kanunu § 153a) veya gençlik ceza hukukuna göre ceza kovuşturması yapmaktan vazgeçilmesine veya muhakemenin durdurulmasına karar vermiş ise (Gençlik Ceza Mahkemeleri Kanunu §§ 45, 47) veya,</p> <p>2. Kovuşturma veya infaz, Alman hukukuna göre zaman aşımına uğramışsa veya bir Alman af kanunu (cezayı ortadan kaldıran kanun = <i>Strafffreiheitsgesetz</i>) ile kovuşturma veya infaz mümkün değilse, iade talebi kabul edilemez.</p>	<p>çeşit bir suçun kovuşturulmasına veya talebin konusunu teşkil eden suç nedeniyle iadeye izin vermemesi halinde ret edilebilir.</p> <p>Madde 8. Aynı fiiller nedeniyle kovuşturma yapılmakta olması</p> <p>Kendisinden iade talep edilen taraf, iade talebine sebep olan bir veya birkaç fiilden dolayı hakkında kovuşturma yapmakta olduğu kişinin iadesini reddedebilir.</p> <p>SİDAS madde 9. Ne bis in idem</p> <p>Talep edilen şahıs hakkında kendisinden iade talep edilen tarafın yetkili makamlarınca iade talebine neden olan fiiller hakkında kesin olarak karar verilmiş ise iade talebi kabul edilmez. Kendisinden iade talep edilen tarafın yetkili makamlarınca aynı fiil veya fiiller hakkında takibat yapılmamasına veya yaptıkları takibata son verilmesine karar verilmiş ise iade talebi ret edilebilir.</p> <p>SİDAS madde 10. Zamanaşımı</p> <p>Talep edilen devletin veya talep eden devletin mevzuatına göre dava zamaşımının veya ceza zamaşımının dolması halinde iade talebi kabul edilmez.</p> <p>SİDAS 2. Prot. madde 4</p> <p>Sözleşme'ye aşağıdaki hüküm eklenecektir</p> <p>“Af”</p> <p>“Talep edilen devlette af kapsamına giren ve bu devletin kendi ceza hukukuna göre kovuşturma yetkisine sahip olduğu bir suç nedeniyle iade talebi kabul edilemez.”</p>
--	---