

YAŞAMA HAKKI VE ÖLÜM CEZASI

Zafer GÖREN *

ÖZET

Ölüm cezasının, yaşama hakkının insan onuru çekirdeğini zedelediği açıktır. Çünkü ölüm cezasının yerine getiriliş çeşitlerinin hepsi insan onurunu zedelemektedir. Devletler hukuku tarafından korunan yaşama hakkı ve vahşi ve insanlık dışı ceza yasağı, ölüm cezasının kaldırılması konusunda kesin bir garanti içermemektedir. Ölüm cezasının ayıplanması konusunda genel bir teamül bulunmamakla birlikte, ulusal hukuklarda bu yönde bir gelişim izlenmektedir. Ölüm cezasının yasaklanması bugün Avrupa kamu düzeninin temel bir ögesini oluşturmaktadır Avrupa Birliği bu yasağı bir değer kriter mertebesine yükseltmiş ve Birliğe kabul için bir koşul haline getirmiştir. Dünya genelinde uluslararası hukuk tarafından da hiç de uzak olmayan bir gelecekte ölüm cezasının ayıplanacağını söylemek mümkündür.

Anahtar Kelimeler: Yaşama hakkı, ölüm cezası, 13. Ek Protokol

ABSTRACT

It is clear that the death penalty damages the seed of human dignity in terms of the right to life. Because the execution of different types of death penalty damages the human dignity deeply. The protection of the right to life and the prohibition of wild and nonhumanist penalties are secured by State Law, but do not ensure cancellation of death penalty. Although there is no established practice about the blaming of the death penalty, the national laws show such a trend recently. The prohibition of death penalty forms the main element of European civil regime. European Union announced this prohibition as an evaluation criterion and accepted it as a strict condition for admission. In the short term it is possible that the death penalty will be blamed by international law around the world.

Keywords: The right to life, death penalty, 13. supplementary protocol

* Prof. Dr., İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Eminönü – İstanbul.

1. Yaşama temel hakkı Devlete karşı ileri sürülen bir savunma hakkıdır. Yani insan öldürme Devlete yasaklanmıştır. F. Alman Anayasa Mahkemesine göre bu haktan aynı zamanda Devletin "**yaşamı koruma ödevi**" kaynaklanmaktadır (BVerfGE 39, 1 (41).

Yaşama, bedensel olarak var olma demektir. **Yaşama temel hakkı**, doğumdan önce başlamakta ve ölümle son bulmaktadır.

Bu temel hakka yasa ile yapılabilecek sınırlamalarda **oranlılık ilkesi** özenle korunmalıdır. Çünkü yaşam hakkı özellikle duyarlı bir temel haktır.

Yaşama temel hakkının belirgin bir insan onuru çekirdeği vardır. Bu **insan onuru çekirdeği**, "yaşam hakkının özü" olarak anlaşılmaktadır. Ancak yaşamın kendisinin, bu hakkın özünü ve insan onuru çekirdeğini oluşturmadığı ileri sürülmektedir. (Pieroth ve Schlink, 1986: 103)

F. Alman Anayasa Mahkemesi, bir temel hakkın özüne dokunma yasağının somut bir olayda, bir temel hak çekirdeğinin tümüyle çekilip alınmasını mı yasakladığı, yoksa Anayasa ile düzenlenmiş ve topluma tanınmış olan garantinin, pratikte kaldırılması ile temel hak çekirdeğine dokunulmasını mı engellemek istediği konusunu tartışmıştır (BVerfGE 2, 266 (285)):

Birinci durumda bireylerin tek tek temel haktan faydalanabilmesinin mümkün olup olmadığı, ikinci durumda genelde temel haktan faydalanabilmenin mümkün olup olmadığı söz konusudur. İkinci görüşe ağırlık verildiğinde T.C. Anayasası md. 17 f. IV'te öngörülen : "Meşru müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması, sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde yetkili mercinin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda" meydana gelen öldürme fiilleri (kısmen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md. 2.2'de yer almaktadır.)T.C. Anayasası md. 17 f. I'de güvence altına alınmış olan (yaşam temel hakkının) özünü zedelemeyiz. Çünkü bu durumda yaşam hakkının özü hiçbir bireyden yaşamın alınamayacağı şeklinde yorumlanmayıp, öz topluma verilen garantide aranmaktadır. (Pieroth ve Schlink, 1986 :77)

Bu düşünceye göre, yaşama hakkından yoksun bırakılması, yaşamdan geriye bir şey bırakmadığı halde "hakkın özünün dokunulmazlığına" ters düşmemektedir. Hakkın özü kriteri temel haktan daima geride bir miktar kalmasını şart koşuyorsa da bu bireysel anlamda değil, kolektif ve genel anlamda kastedilmiştir .(Pieroth ve Schlink, 1986 : 77)

Bu görüş doyurucu olmaktan uzaktır. Yaşam temel hakkında özü, toplum için garantide değil, birey için garantide arayan görüşe ağırlık verilmelidir. Çünkü temel haklar bireylere tanınmışlardır. Bireyin kendi temel hakkından faydalanamaması

durumunda, başkasının faydalanması ona bir yarar sağlamayacaktır (Pieroth ve Schlink, 1986 : 78).

Yaşam hakkına en belirgin müdahaleyi, ölüm cezasının verilmesi ve yerine getirilmesi oluşturmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 2. maddesinde yaşam hakkını bağımsız bir temel hak olarak tanımaktadır. Yaşam üzerindeki hakkın, kişi özgürlüğü temel hakkı çerçevesinde kişiliğin geliştirilmesinin en temel ögesi olarak (BGE 98 I a 514) ya da bağımsız bir temel hak olarak korunmuş olması, bu hakkın özgüllüğü göz önünde tutulduğu sürece bir önem taşımamaktadır.

İsviçre Federal Mahkemesi yaşam hakkının özgüllüğünü aşağıdaki şekilde tanımlamaktadır: “Yaşam anayasal hakkına yapılacak her kasıtlı saldırı, aynı zamanda onun mutlak olarak korunan özünün zedelenmesine neden olur ve Anayasaya aykırıdır.” (BGE 98 I a 514 : krş. Müller,1971: 46-47)

Ancak kasti öldürme yasağı da mutlak olarak geçerli değildir. Ölüm cezasının, anayasal yaşam garantisinin özünü zedelediği kabul edilse de bu konuda görüş birliği bulunmamaktadır (Hartig, 1980: 340-341)

KSHUS, AMEİHS ölüm cezasını yasaklamamakla birlikte önemli ölçüde sınırlandırmışlardır. AİHS ölüm cezasını açıkça öngörürken, 6.EP sadece barış zamanlarında ölüm cezasını tasvip etmemiştir.

Yalnız 2003 tarihli 13. EP ölüm cezasını mutlak olarak tasvip etmektedir.

Ölüm cezasının engellenmesi ve sonuçta kaldırılması konusundaki belirgin uluslar arası çabalar İkinci Dünya Savaşından beri görülmektedir. Bugün (2005/06 itibariyle) evrensel devletler topluluğunda 69 ülkede ölüm cezası yürürlükte; 29 ülkede yürürlükte, ama son 10 yıl içinde kullanılmamıştır; 11 ülkede özel durumlar hariç bütün suçlar için kaldırılmıştır; 88 ülkede bütün suçlar için kaldırılmıştır; (http://tr.wikipedia.org/wiki/İdam_cezasi(<http://www.amnesty.org/deathpenalty>.11.05.2007)

-Ölüm cezasından yana olanlar onun ürkütücü, korkutucu ve yıldırıcı etkisini savunmaktadırlar.

Ancak bu etki ampirik (deneysel) olarak kanıtlanmış değildir. (Bailey ve Peterson, 1989:722-743)

Ölüm cezasından yana olanlara göre, ölüm cezasında esas olan, insanların vicdanlarındaki adaleti ve adalete olan güveni sağlamaktır; ölüm cezası suçluları caydırır, suçluların ölüm cezası ile cezalandırılması ileride onların yeniden suç işlememesini sağlar; suçlunun yaşamasına izin verilmemesi halinde, mağdur aile,

adaletin yerine geldiğine inanır; suçlunun ömür boyu hapis cezası ile cezalandırılması halinde, hapisshane yeniden diğer bir suçluyu veya hapisshane personeli öldürebilir.

Suçlu cinayet işlediğinde kendi yaşama hakkını kaybetmiştir, ve bu nedenle hayatını yaşamaya layık değildir.(<http://tr.wikipedia.org/wiki/20.05.2007>)

Ölüm cezasına karşı olanlara göre ise, **ölüm cezasının yaşam hakkının insan onuru çekirdeğini zedelediği açıktır, çünkü ölüm cezasının yerine getiriliş çeşitlerinin hepsi insan onurunu zedelemektedir.** Bu cezayı yerine getirenler bakımından Devletin insan onuruna aykırı bir davranışı söz konusudur (Pieroth ve Schlink, 1986 : 104).

Bunun dışında ölüm cezasına karşı, **Devletin yaşamı koruma ödevi** ileri sürülebilir. .F. Alman Anayasa Mahkemesine göre, Devletin yaşamı koruma ödevi kapsamlı bir görevdir. Bu görev Devleti, yaşamı koruma ve gözetmekle yükümlendirmektedir. Bireyi başkalarından gelecek hukuka aykırı müdahalelere karşı korumaktadır (BVerfGE 46, 160(164)).

Özellikle yaşam üzerindeki hak söz konusu olduğunda, Devletin koruma ödevini kabul etmek mantıklı görünmektedir. Çünkü bu tür temel hak zedelenmeleri, daima giderilmesi olanaksız zedelenmelerdir. Bu durum diğer temel haklardan farklıdır. Mülkiyetin ikamesi, müdahalenin men-i mümkündür. Vücut bütünlüğü üzerindeki hakta da koruma ödevi, yaşam hakkına oranla daha zayıftır.

Ölüm cezasını kaldırma konusundaki gerekçeler, yaşam hakkının ve insan onurunun mutlak anlamda korunması zorunluluğu; hatalı kararların yerine getirilmesi durumunda eski hale getirmenin olanaksız olması (Pieroth ve Schlink,1986:104-105) ve “cezanın, suçlunun iyileştirilmesi ve topluma kazandırılması amacına doğal olarak ölüm cezası ile ulaşılamayacağıdır. Yavaş yavaş anlaşılmaktadır ki ölüm cezası suç işlemeyi engellemektedir ve hiçbir rasyonel hukuk sistemi yargısal hatalardan arındırılmış değildir.

Ölüm cezası karşıtları, ölüm cezasının suç işlemekten caydırmadığını, örneğin ölüm cezasını destekleyen Amerikanın ölüm cezasına karşı olan Avrupa ülkelerine göre daha yüksek bir suç oranına sahip olduğunu;

Bazı kişilerin ölüm cezalarının yerine getirilmesine dakikalar kala ortaya çıkan yeni deliller nedeniyle affedildiklerini, beraat ettiklerini veya kendilerine yeni bir dava açmak için izin verilmiş olduğunu;

Şiddetle karşılık verilmesi halinde, toplumun daha şiddetli bir hale geleceğini, çünkü ölüm cezasının devlet tarafından uygulanan bir şiddet haline geleceğini;

Ölüm cezasının, suç işlemiş insanların doğru yolu bulup toplumun yeniden bir parçası olmalarını engellediğini ileri sürmektedirler.

Victor Hugo, Jacques Chirac, François Mitterrand, Maximilien Robespierre, Cesare Beccaria, John Kerry, George Ryan, Michael Dukakis, Clarence Darrow, Nelson Mandela, Desmond Tutu ölüm cezasına karşı; Charles de Gaulle, Valéry Giscard d'Estaing, Voltaire, Jean –Jacques Rousseau, George W. Bush, Bill Clinton, Hillary Clinton, Ronald Reagan ise ölüm cezasından yana olmuşlardır. (<http://tr.wikipedia.org/wiki/> 20.05.2007)

Asarak öldürme, Ateş açma ekibi ile öldürme, ateş açma (Tek kişilik, suçlunun ensesinden silah ile ateş edilmektedir), boğazlama, boğazını sıkarak öldürme veya [çarmıha](#) germe, ezerek öldürme ([Asya](#) ülkelerinde çoğunlukla görülmekle beraber genellikle [fillerle](#) yapılmaktadır), elektrik verme, elektrikli sandalye ile öldürme, gaz odaları; [giyotin](#) ile öldürme, öldürücü iğne, enjeksiyon, susuz bırakma, taşlama, testereleme (suçlu ilk başta canlı kalacak şekilde ayakları yukarda asılmakta ve bacak aralarından başlanarak ikiye bölünmektedir); yavaş yavaş dilimleme, yılan çukuru ile öldürme, zehirlenme (örneğin; habersiz yere içeceğine veya yiyeceğine zehir katma) dünya genelinde ölüm cezasını uygulanış biçimleridir. (<http://tr.wikipedia.org/wiki/> 20.05.2007)

2. “Yaşam hakkı”, hem sözleşme şeklinde olmayan İnsan Hakları Bildirilerinde:

- 10 Aralık 1948 tarihli (İHEB) md.3;
- 2 Mayıs 1948 tarihli (AMEİHÖB) md.1;
- 5 Ağustos 1991 tarihli (KİİHB) md.2;

Hem sözleşme niteliğindeki bildirilerde :

- 4 Kasım 1950 tarihli (AİHS) md.2;
- 19 Aralık 1966 tarihli (KSHUP) md.6 ;
- 22 Kasım 1969 tarihli (AMEİHS) md.4 ;
- 27 Haziran 1981 tarihli (İHHAŞ) md.4 (EuGRZ 1990, 345-346; ; 21.10.1986'dan beri yürürlükte) ;
- 15 Eylül 1994 tarihli (AİHŞ) md.5'te (HRLJ, 1997:151) yer almaktadır.

Ancak bu hakkın sözleşme ile yapılan düzenlemelerinin çoğunluğunda ölüm cezasına açıkça izin verildiği görülmektedir.

Örneğin:

- AİHS md.2 f.1 C.2;
- KSHUP md.6 f.2-6;
- AMEİHS md.4 f.1-6;
- AİHŞ md.10-12.

Bununla birlikte 1950 tarihli AİHS dışındaki düzenlemeler AİHS 'ye göre açık bir biçimde ölüm cezasına karşı bir anlatımla kaleme alınmıştır. Örneğin AİHS, suçun ağırlığı, failin yaşı nedeniyle sınırlamaları ve KSHUP md.6 f.2'de olduğu gibi “**nulla poena**” ilkesini içermemektedir. Bu ilkeler sözleşmenin diğer kurallarının yorumundan çıkarılabilmektedir.

Zafer Gören

Hem 1966 tarihli KSHUP hem 1969 tarihli AMEİHS sonuçta bu cezanın kaldırılmasını amaçlamaktadırlar.

Gerçekten KSHUP md.6/6 : “Bu maddenin hiçbir kuralı ölüm cezasının, sözleşme tarafı bir devlet tarafından kaldırılmasını geciktirmek ve engellemek amacıyla dayanak olarak kullanılamaz.” Kuralını içermektedir.

AMEİHS'nin ilgili kurallarına ilişkin olarak “İç Amerika İnsan Hakları Mahkemesi” 1983'te bir temel rapor hazırlamıştır.(Restrictions to Death Penalty) (Gutachten OC-3/83, 8.9.1983=(1983)HRLJ, 339-340)

Mahkeme ölüm cezasına ilişkin olarak sözleşmenin, tedrici bir adım attığı, ölüm cezasını tümden yasaklamadan uygulanmasını azaltmak ve tedricen kaldırmak amacı ile bu cezaya sınır koyduğu görüşünü savunmuştur (Davidson, 1997: 267-274).

AİHS bu amacı açıkça gütmemektedir. Bununla birlikte bu sözleşmenin 10. ve 12. maddeleri ölüm cezasını konu ve kişi açısından sınırlamaktadır.

Sözleşmelerde ölüm cezasına gösterilen bu göz yummalar yanında ölüm cezasını açıkça yasaklayan özel sözleşmeler de vardır.

Bütün bu düzenleme komplekslerinden ortaya çıkan sonuç, **yaşam hakkının kendisinin, ölüm cezasının yasaklanmasını içermemiştir.**

Vahşice, insanlık dışı ve aşağılayıcı cezaların yasaklanması:

İHEB md.5;

KSHUP md.7 C.1;

AİHS md.3;

AMEİHS md.5 C.2;

BŞ md.5 ve İKS md.16'da (26.6.1987'den beri yürürlükte)düzenlenmiştir ve uluslar arası emredici hukuk olarak geçerlidirler.

Ölüm cezası genelde doğrudan, vahşice, insanlık dışı ve aşağılayıcı bir ceza olarak nitelendirilmemekle birlikte (Nowak, 1993: Art.7 Ziff.14) sözü edilen bu sözleşmeler, yasaklanan cezaları açıkça tanımlamadıklarından ahlaki değerlendirmelerin değişmesi ile ölüm cezasının bu yasaklanan cezalar altında değerlendirilmesi mümkündür¹.

Halihazırda insanlık dışı ceza yasağı, sadece “ölüm cezasına hükmedilmesindeki ve yerine getirilmesindeki yöntemi” düzenlemektedir. Bu açıdan büyük bir önem kazanmıştır.

¹ Bu görüş ulusal alanda savunulmaktadır. Güney Afrika Anayasa Mahkemesinin 6.6.1995 tarihli kararı, Case Nr./3/94=(1995)HRLJ, 154-155. özellikle Ziff 26

3. Ölüm cezasının bölgesel alanda tümden ortadan kaldırılması konusundaki **ilk uluslar arası kuralı**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 6.Ek Protokolü (**6 EP**) içermektedir. (28 Nisan 1983 tarihinden beri yürürlükte; (1985) HRLJ, 77). (van Dijk van ve van Hoof, 1998: 678-681)

Ölüm Cezasının kaldırılması konusunda **evrensel yükümlülüğü** ise, 15 Aralık 1989 tarihli **Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslar arası Paketi 2. Seçmeli Protokolü (2 SP)** (11.7.1991 tarihinden beri yürürlükte) (Nowak, 1993: 742) md.1 içermektedir.

SP md.1 f.1'e göre: "Bu protokolü imzalayan sözleşme tarafı devletlerin uyruğunda olan hiçbir kimsenin ölüm cezası ile cezalandırılması mümkün değildir."

SP md.1 f.2'ye göre" Sözleşme tarafı her devlet kendi egemenlik alanında ölüm cezasının ortadan kaldırılması için gerekli tüm tedbirleri alır". Bu protokole md.2 gereğince çekince koymak mümkün değildir. Sadece savaş sırasında çok ağır askeri suçlar söz konusu olduğunda ölüm cezası için protokole katılma sırasında çekince konulabilir. (Novak, 1993: 826)

Bu protokol 26'ya karşı 59 oyla (KSHUP) 'yi imzalayan devletlerce kabul edilmiş, 48 devlet çekimser kalmıştır (toplantıya katılmamıştır). Bu kabul doğu-batı hemen tüm Avrupa ve Latin Amerika tarafından benimsenmiştir.

Bu seçmeli protokole karşı olduğunu ilan eden 26 devleti, çoğunluğu İslam ülkeleri olan gelişmekte olan ülkeler ile ABD ve Japonya oluşturuyordu.

Latin Amerika'da ölüm cezasının kaldırılması konusunda 8 Haziran 1990 tarihli "Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi Protokolü" geçerlidir

Sözleşmelerde öngörülen açık yasaklar 3 işlev yerine getirmektedir:

-Sözleşme tarafı devletler ölüm cezasının yeniden kabulüne karşı uluslararası hukuksal bir engel kurmaktadır;

-Bu yasaklar sözleşme tarafı devletlerin bir hukuk kuralının varlığına ilişkin inancının (opinio iuris) anlatımı olarak uluslar arası hukukta bir geleneğin oluşması açısından önem taşımaktadır;

-Sözleşme yasakları, sözleşmeye taraf olmayan devletler için ölüm cezasının kaldırılması doğrultusunda belli bir siyasal baskı oluşturabilirler.

Ancak 2 SP bakımından"savaş durumunda, ölüm cezasının kabulüne" devam edileceğini bir sınırlama olarak eklememiz gerekmektedir.

Örneğin:

SP md.2 f.1 ölüm cezasının kaldırılması konusunda çekincelere barış sırasında kesinlikle izin vermemekle birlikte savaş sırasında izin vermektedir.

1949 Cenevre Kızıl Haç Bildirisinin bazı kuralları² savaş zamanlarında da reşit olmayanların ve hamilelerin korunmasını garanti etmektedir.

6.EP md.2, sözleşme tarafı olan devletlerin, savaş sırasında veya yakın (doğrudan) savaş tehlikesi sırasında işlenmiş fiiller için ölüm cezasını öngörmelerine izin vermektedir.(Bu olanaktan Hollanda ve İsviçre yararlanmaktaydı.

Buna karşılık Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, 21 Şubat 2002 tarihinde, AİHS'nin 13 no'lu protokolünü kabul etmiştir. 3 Mayıs 2002'de Vilnius'te Avrupa Konseyi üyesi ülkelerin imzasına açılan Protokol, yürürlüğe girmesi için gerekli olan asgari 10 ülkede onay sürecinin tamamlanması koşulunun yerine getirilmesiyle 1 Temmuz 2003'de yürürlüğe girmiştir.

13 no'lu protokol tüm hallerde (savaş hali de dahil olmak üzere) ölüm cezasının kaldırıldığına dair sözleşmedir. Sözleşmenin giriş kısmında, demokratik bir toplumda herkesin yaşam hakkının temel bir değer olduğu, ölüm cezasının kaldırılmasının, bu hakkın korunmasında ve tüm insanların sahip olduğu onurun tam olarak tanınmasında büyük önem taşıdığı belirtilerek, 1. maddesinde ölüm cezasının kaldırıldığı, hiç kimsenin bu cezaya çarptırılmayacağı ve ölüm cezasının yerine getirilemeyeceğini belirtilmiş, 2. maddesinde ise askıya alma yasağı düzenlenmiştir.

4. Ölüm cezasının yasaklanması konusunda genel bir hukuksal uygulama ve hukuksal inanç bulunsaydı, sözleşmeye dayanan ayıplamaları aşan uluslar arası hukuk geleneği niteliğinde bir yasağın varlığını kabul etmek gerekirdi.

Ölüm cezasına ilişkin Uluslararası Hukuk gelenekleri için hareket noktaları aşağıdakiler olabilir:

-Buna uygun uluslararası sözleşmelerin imzalanmış olması;

-Devlet uygulamaları ve uluslararası mahkemelerde açıklanan görüşlerin bu yönde olması;

-Devlet içi hukuksal durumun buna uygun olması.

Bu arada ölüm cezalarının kaldırılmasına yönelik ulusal yasaların varlığının, ilgili devletlerin ölüm cezasını mutlaka uluslararası hukuk geleneği olarak yasaklandığı şeklinde değerlendirdiklerini kanıtlamayacağı da gözden kaçırılmamalıdır.

² Cenevre Sözleşmesi md.68 IV, Cenevre EP md.77 f.5 I ve md.6 f.4 II; 1988, Schriften des Deutschen Roten Kreuzes.

Olasılıkla uzun zamandan beri ölüm cezasını öngörmeyen devletler, salt ulusal ölçütlere göre ölüm cezasını (kabul edilemez) görerek uluslararası hukukun isteklerinden bağımsız olarak kaldırmışlardır.

Eski Doğu Blok'u devletlerinde ise durum farklıdır. Bu devletler ölüm cezasının kaldırılması konusunda yakın tarihlerde özellikle uluslararası standartlara boyun eğmişlerdir³.

4.1. Uluslar arası af örgütünün tespitlerine göre dünya devletlerindeki hukuksal durum aşağıdaki gibidir

(Death Penalty Statistics

2006, Amnesty International; <http://www.amnesty.org/deathpenalty>;

Todestraf Wikipedia (<http://de.wikipedia.org/wiki/Todestraf>, 17.05.2007):

88 devlet bu cezayı tüm suçlar için kaldırmıştır. 11 devlet bu cezayı barış sırasında işlenmiş suçlar için kaldırmış, "savaş hali ve olağanüstü hallerde işlenmiş suçlar" için korumaya devam etmektedir. 29 devlet, ya en az on yıldan beri hiçbir idam kararı verilmediği için ya da hükümetler ölüm cezasını yerine getirmeme konusunda kendilerini yükümlü kıldıkları için, bu cezayı fiilen kaldırmıştır.

Toplam olarak **128 ülke**, kanunlarında veya pratikte ölüm cezasını yasaklamıştır. Halen **69** ülke ve bölgede ölüm cezası mevcuttur ve uygulanmaktadır. Ancak her yıl ölüm cezası uygulamalarında bir azalma görülmektedir.

2005 yılı boyunca **22** ülkede en az **2.148** kişinin ölüm cezası yerine getirilmiş ve **53** ülkede en az **5.186** kişi de ölüm cezasına çarptırılmıştır. 2006 yılında 25 ülkede infaz sayısı 1.591'e düşmüştür. Rakamlar en az değerleri ifade etmektedir ve gerçekte daha yüksek olabilir. 2005'teki ölüm cezalarının %94'ü **Çin, İran, Suudi Arabistan ve Amerika Birleşik Devletleri**'nde gerçekleştirilmiştir (<http://web.amnesty.org/pages/deathpenalty-facts-eng> 12.12.2006)

(Çin Hükümeti infaz sayılarını resmi olarak açıklamadığı için rakamın gerçekte 7000-8000 arasında olduğu tahmin edilmektedir. (<http://tr.wikipedia.org/wiki/17.05.07>))

2006 yılında Çin'de 1.010; İran'da 177; Pakistan'da 82; Irak'ta 65; Sudan'da 65; ABD'DE 53; Suudi Arabistan'da 39; Yemen'de 30; Vietnam'da 14; Kuveyt'te 10; Somali'de 7; Singapur'da 5; Japonya'da 4; Malezya'da 4; Mısır'da 4; Ürdün'de 4; Bahreyn'de 3; Moğolistan'da 3; Endonezya'da 3; Kuzey Kore'de 2; Suriye'de 2; Uganda'da 2; Bangladeş'te 1; Botsvana'da 1; Ekvator Ginesi'nde 1 olmak üzere

³ Bosna Hersek Anayasası md.II /2 ve AİHS'yi ve 6 EP'yi açıkça Anayasanın bir parçası olarak Anayasa'ya dahil etmiştir.=(1997)HRLJ, 310-311.

toplam 1.599 kişinin ölüm cezası yerine getirilmiştir. ("stop the state killing, Uluslar arası Af Örgütü (7 Nisan 2007) ve Pakistan 'tops death row league' BBC News (27 Nisan 2007)

Uluslararası İnsan Haklarını İzleme Örgütü'nün yakın tarihli bir raporunda, Saddam Hüseyin'in adil olmayan bir yargılama sonucunda ölüm cezasına çarptırıldığı belirtilmektedir. (<http://hrw.org/reports/2006/iraq1106/Kasim2006>)

Rapora göre, Saddam Hüseyin, Başkanlığı döneminde gerçekleştirilen insanlığa karşı suç ve savaş suçu gibi oldukça ağır suçların faili durumunda olsa bile bu suçların yargılaması, adil yargılanma hakkının tanındığı, her türlü işkence ve kötü muamelenin yasaklandığı, ölüm cezasının uygulanmadığı, suç tanımlarının açık ve net bir şekilde yapıldığı - Uluslararası Ceza Mahkemesi (International Criminal Court) (<http://www.un.org/law/icc/>) gibi - tarafsız ve bağımsız bir mahkeme tarafından yapılmalıydı.

Ölüm cezası, özellikle Çin, İslam Devletleri ve ABD gibi bir grup devlette popülerliğini korumaktadır.

Buna karşılık Batı Avrupa'nın her yerinde ve eski Doğu Bloku Devletlerinde de çoğu yerde örneğin 1998 de Bulgaristan ve Litvanya'da kaldırılmıştır.

Latin Amerika geleneksel olarak ölüm cezasına karşı olan bir ülkedir.

Afrika'da 1990 yılından beri göze çarpıcı bir gelişim izlenmektedir.

Kuzeydeki Arap Devletleri hariç tutulacak olursa Afrika Devletlerinin çoğunluğunda ölüm cezasının kaldırıldığını görüyoruz. (Peters, 1999:652)

Şu halde ölüm cezasının reddi konusunda genel bir teamül bulunmamakla birlikte, ulusal hukuklarda bu yönde bir gelişim izlenmektedir. (Peters, 1999:652)

4.2. -1959 yılından beri Birleşmiş Milletler Genel kurulu, yaşam hakkına tam anlamıyla saygı gösterilmesi açısından Birleşmiş Milletlerin ölüm cezası sorununun denetlenmesi konusundaki menfaatini vurgulamaktadır⁴.

Genel kurul tarafından 1966 yılında kabul edilen KSHUP, Birleşmiş Milletlerin ölüm cezasının kaldırılması konusunda dayandığı ilk bağlayıcı belgeyi oluşturmaktadır.

⁴ GV Res 1396 (XIV), 20.11.1959, GAOR 14th Sess. Supp No:16-23.

20 Aralık 1971 tarihli 2857 (XXVI) sayılı kararından beri Genel Kurul, ölüm cezasının tüm devletlerde kaldırılmasına ilişkin isteği dikkate alarak bu ceza ile cezalandırılabilen suçları sınırlayıcı bir strateji uygulamaktadır⁵.

Genel Kurul 15.12.1989 tarihinde KSHUP 2. Seçmeli Protokolü (SP), ölüm cezasının tümünden kaldırılması için kabul etmiştir. 1994 yılında Genel Kurul'da, ölüm cezasının 2000 yılına kadar dünya genelinde tasvip edilmemesi ve kaldırılması için çağrıda bulunulmasına ilişkin bir karar önerisi tartışılmıştır.

Bununla birlikte bu öneriye “Sosyal, İnsancıl ve Kültürel Sorunlarla ilgili Kurul”da özellikle Singapur ve Arap Ülkeleri tarafından karşı çıkılmış ve yeterli çoğunluk sağlanmamıştır (Schreiber, 1996: 263,279-289).

“Birleşmiş Milletler Şartı” md.62 f.2’ye göre, insan haklarına saygı ve insan haklarının gerçekleştirilmesini desteklemekle görevli olan “Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Kurulu” (ECOSOC), ölüm cezası konusunda da görevlendirilmiştir.

Bu kurulun 1984/50 sayılı ve “ölüm cezası ile çatışan hakların korunması ve garanti edilmesi” başlıklı önemli kararında, ölüm cezasına hükmedilmesine ve infazına ilişkin usul kuralları yer almaktadır⁶.

Bu kurulun daveti üzerine “Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği”, 1975’ten beri beş yıllık raporlarında üye devletlerdeki ölüm cezaları konusunda görüşler açıklamaktadır⁷.

ECOSOC’in yan organı ve Birleşmiş Milletler’in insan haklarının korunması konusunda en önemli organı olan Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu (1954 ‘te ECOSOC tarafından Birleşmiş Milletler Şartı md.68’ e göre oluşturulan komisyon =Human Rights Commission)⁸. 1995 yılında uluslararası standardın değiştirilmesi ve ölüm cezasına ilişkin sınırlamaların denetlenmesi için olağanüstü bir raportör görevlendirmiştir Bu raportör 1996 tarihli raporunda ölüm cezasının kaldırılması konusunda görüş bildirmiştir⁹.

⁵ Ziff.3 GV Res 2857(XXVI),GAOR 26th Sess..Supp,No:29-94.

⁶ Annex zu ECOSOC Res 1984/50, ECOSOC OR 1984, Supp,1, 33.

⁷ Bkz. Genel Sekreterlik Raporu 27.3.1996, UN Doc.E, 15/1996/19.

⁸ KSHUP md.28 vd.’na göre hükümetlerin gönderdiği uzmanlardan oluşan ve görevleri insan hakları standardını yükseltmek ve insan hakları enstrümanlarının kullanılmasının denetimi olan Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu ile karıştırılmamalıdır.

⁹ Ziff.542-545 .

1997 ve 1999 yıllarında Komisyon tüm devletleri “ölüm cezasının tümden kaldırılması amacıyla, ölüm cezası infazlarının durdurulmasına” davet etmiştir¹⁰.

1997 yılından beri Birleşmiş Milletler’ in bir organı, dünya genelinde bir “ıdam moratoriumu” nu desteklemektedir.

Şu halde Birleşmiş Milletler içinde, ölüm cezasının kaldırılması konusunda net bir tercih vardır. (Peters, 1999: 653)

Ölüm cezasının kaldırılması dünya genelinde tanınmış ilk insan hakları organizasyonlarından birini oluşturan Amnesty International’ın kuruluşu için de temel ivmeyi oluşturmuştur.

Haziran 2001 de Strassburg’ta Ölüm cezasına karşı Dünya ittifakının kurulması ile (World Koalition against Death Penalty) önce 38 devlet dışı organizasyon (NGOs) (Avukat Birlikleri, belediyeler, sendikalar, kiliseler) ortak bir platform oluşturmuşlardır. 10 Ekim 2003 tarihinden beri ölüm cezasına karşı her yıl bir eylem günü yapılmakta, örneğin ölüm cezalarını infaz tarihlerinde ve parlamentolarda ölüm cezasına ilişkin oylamalarda ilgili ülkelere yüksek dereceli kişiler gönderilerek uluslar arası hukuk standardının yakalanmasına çalışılmaktadır.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu, 21 Nisan 2004 tarihli 2004/67 nolu Kararına dayanarak ölüm cezasının dünya genelinde kaldırılmasını desteklemekte ve bunun uygulanması ve denetimi için etkili mekanizmalar geliştirmektedir. İnfazların dünya genelinde durdurulmasını (moratorium) istemektedir.

4.3. Devletler Topluluğu tarafından ölüm cezasının reddedilmesi konusunda bir başka dayanak, üç uluslararası mahkemeden hiçbirinin bu cezaya hükmedemeyeceği gerçeğidir. Bu olgu Güvenlik Konseyi tarafından sırf bu amaç için (ad hoc) kurulan mahkemelerin (1993 Yugoslavya Mahkemesi) (Rogemann,1994:77-78)¹¹ ve (1994 Ruanda Mahkemesi)¹² her ikisi için de geçerlidir¹³.

Ruanda Mahkemesine bu yetki, Ruanda’nın hararetle isteğine karşın Güvenlik Konseyi üyelerince verilmemiştir. Bu durum, Ruanda’nın mahkemenin kurulması için başvuruda bulunan tek devlet olmasına karşın Resolution’a karşı oy kullanmasına neden olmuştur. (Shrarga ve Zecklin, 1996: 501-511)

¹⁰ E.4. Res 1999/61= (Question of the death penalty) 28.4.1999 Ziff 4b) Bu Resolution EU tarafından getirilmiş 30 kabul, 11 karşı oy ve 12 çekimser oy almıştır. Sudan, Endonezya, Ruanda, Çin ve hatta ABD karşı oy kullanmışlardır.

¹¹ İçtüzük md.24 f.1 C.2’e göre :“Ceza Kurulu tarafından hükmedilen cezalar hürriyeti bağlama ile sınırlıdır.” SR Res 827(1993) 3.5.1993 tarihli.

¹² 8.11.1994 tarihli İçtüzük md.23 f.1’e göre : “ The penalty imposed by the Trial Chamber shall be limited to imprisonment”= (1995)HRLJ ,116.

¹³ 8.11.1994 tarihli İçtüzük md.23 f.1’e göre : “ The penalty imposed by the Trial Chamber shall be limited to imprisonment”= (1995)HRLJ,116.

17 Temmuz 1998 tarihinde “Roma Sözleşmesi”nde devamlı bir “Uluslararası Ceza Mahkemesi” için bir içtüzük üzerinde mutabakata varılmıştır¹⁴.

Bu mahkemenin ölüm cezasına hükmedebilme yetkisi konusunda gelişen tartışma, görüşmelerin en zorlu konularından birini oluşturmuştur. (Kress, 1998:151-152)

Bir grup devlet, ölüm cezasının gayri meşru kılınması amacıyla mahkemeye cezalandırma yetkisi tanımamanın, ulusal alanda etkili olmasından korkmuşlardı. Bu gruba dahil olmayan ABD’nin delegasyon başkanı duraksamaları dağıtmaya çalışmış, ölüm cezası konusunda ulusal ceza yargısı içinde karar vermenin her devletin kendi yetkisi dahilinde olduğunu, buna karşın uluslararası yapıdaki yeni bir mahkemenin koordinasyonunu sağlamak için çaba göstermesi gerektiğini vurgulamıştır¹⁵.

Ortak bir çözüm olarak, ölüm cezası uygulanabilir bir ceza olmaktan çıkarılmış (md.77), bununla birlikte İçtüzüğün bir başka yerinde açıkça ulusal yasaların ve hukuksal sonuçlarının korunacağı belirtilmiştir (md.80).

Roma Sözleşmesi İçtüzüğü, “Uluslararası Ceza Mahkemesi”nin ölüm cezasına hükmedemeyeceğini öngörmekle birlikte, sözleşme devletlerinin istekleriyle ölüm cezasının münferit Devletlerde gayri meşru kılınmayacağına da işaret etmektedir. Diğer yandan tüzüğün açık ifadesi, ölüm cezası konusunda evrensel bir oydaşmanın bulunmadığını göstermektedir. (Peters,1999:653)

4.4. -Ölüm cezasını kaldıran bir çok ülke, kendi ulusal hukuklarında, ölüm cezası bulunan ülkelere suçluların geri verilmesini yasaklamakta, çoğunlukla suçlunun geri verilmesini isteyen devletten, ölüm cezasına somut durumda hükmedilmeyeceğine ilişkin bir garanti istemektedir¹⁶.

Bu konuyla ilgili dikkat çeken bir örneği “Kanada Yüksek Mahkemesi”nin “Kindler v. Canada (1991)” adlı kararı oluşturmaktadır¹⁷.

Bu kararda Amerika’da suçlanmış ve orada jüri tarafından kendisine ölüm cezası verilmiş olan bir Amerikan vatandaşının geri verilmesi söz konusu olmuştur. Karar açıklanmadan önce “Kindler” Kanada’ya kaçmayı başarmış, yakalandıktan sonra Kanada Adalet Bakanı, ABD’inden ölüm cezasına hükmedilmeyeceği konusunda bir garanti istemeden Kindler’in geri verilmesi gerektiğine karar vermişti. Kanada Yüksek Mahkemesi, ne Kanada Suçluların Geri Verilmesi Yasası’nın ne somut geri

¹⁴ UN Doc. A/CONF.183/9=(1993)EuGRZ, 618-619.

¹⁵ FAZ(1993), Nr.163,17.6:5

¹⁶ Örneğin, Düsseldorf Eyalet Yüksek Mahkemesinin 23.6.1993 t.li kararı=(1994)NJW , 1485-1486.

¹⁷ Supreme Court 26.9.1991 tarihli karar=(1994)ILR 98, 371-372.

Zafer Gören

verme kararının Anayasa ile garanti edilmiş olan yaşam hakkını zedelediğine karar vermiştir¹⁸.

Buna karşılık İtalya Anayasa Mahkemesi “Venezia v. Ministero di Graza e Giustitia (1996)”¹⁹. kararında ölüm cezası tehlikesi bulunan bir ülkeye geri vermenin, İtalya Anayasasının 2. maddesinde düzenlenmiş olan **yaşam hakkını zedelediği** yolunda görüş bildirmiştir. (Bianchi, 1998: 724-778)

Karara göre, bu durum başvuru sahibi devletin, ölüm cezasına hükmetmeyeceği yolunda garanti vermesi durumunda da geçerli olup “yeterli garanti”, yaşam hakkının mutlaklığı ile bağdaşmamaktadır. Yaşam hakkının mutlaklığı, geri verme kararının ve yabancı devletin verdiği garantinin yeterliliğinin, ilgili makam ve mahkemelerin takdirine bağlı olmasını yasaklamaktadır.

Uluslararası hukukta ölüm cezası tehdidi, geri vermekten çekinme için bir neden olarak normlandırılmıştır. 13 Aralık 1957²⁰ tarihli Suçluların Geri Verilmesi Konusunda Avrupa Sözleşmesi md.11’e göre:

Başvuruda bulunan ülkede, geri verme başvurusuna temel oluşturan suç için, ölüm cezası ile cezalandırma tehdidi varsa ve başvuruda bulunulan devlette bu ceza öngörülmemiş ya da normalde uygulanmıyorsa sözleşme tarafı devletler, geri verme isteğini reddetme hakkına sahiptirler.

“Suçluların Geri Verilmesi Konusunda 1990 tarihli Birleşmiş Milletler Model Sözleşmesi” md.4’ d ‘ye göre de “ölüm cezası tehdidi, geri vermekten çekinme konusunda seçmeli bir nedendir.(1990) ILM,1407-1408.)

Bugün bazı devlet mahkemeleri²¹ ölüm cezası tehdidi durumunda, uluslar arası gelenek hukukunda geri vermekten çekinme konusunda bir hak bulunduğunu savunmaktadırlar²².

Bunun etkisi ile ölüm cezasına hükmedilmeyeceği konusunda Amerika’nın önceden garanti vermesine ve bu durumda geri verme yükümlülüğü bulunduğu ilişkin açık bir geri verme sözleşmesinin varlığına karşın Venezia kararında İtalyan Anayasa

¹⁸ Kanada hak ve Özgürlükler Şartı bölüm 7) . Kanda Supreme Court’unun 26.09.1991 t.li Kararı (1994(ILR) 98, 473-474; (Kindler v.Canada 30.7.1993 tarihli karar =(1993)HRLJ ,307-308.

¹⁹ Cote Costituzionale Karar No:223, 27.6.1996 tarihli Riv.dir.int.1996,815.

²⁰ Avrupa Suçluların Geri Verilmesi Sözleşmesi, 13.12.1957;ETS Nr.24/UNTS 359.273

²¹ Krş 27.2.1987 t.karar Conseil d’Etat (Fransa) (Fidan)= Recueil Dalloz Sirey 1987 I, 305-306. (Fransa kamu düzenine dayanarak Türkiye’ye geri vermekten çekinme); OLG Düsseldorf Yüksek Eyalet Mahkemesi 23.6.1993 tarihli karar= (1994) NJW,1485-1486. (Çağdaş uluslar arası hukuk ışığında geri vermenin meşruluğu))

²² Kindler v..Canada , Ziff 14.5.

Mahkemesi geri vermekten çekinme kararı verdiğinde, ABD bu kararı protesto etmemiştir.

Geri vermekten çekinme seçmeli hakkının uluslararası gelenek hukukunda tanınması aşağıdaki şekilde değerlendirilebilir:

Geri verip vermeme ve sonuçta başka bir devlette ölüm cezasına hükmedilmesini kabul edip etmeme konusunda karar verme devletlere bırakılmıştır. Yani sınırların aşılması durumunda ölüm cezasının dolaylı olarak uluslar arası anlamda yasaklanması söz konusu değildir. Çünkü devletler ölüm cezası tehdidi durumunda geri vermekten çekinme ile yükümlendirilmemişlerdir. **Ancak seçmeli çekinme nedeni, sözleşmeye dayanan mevcut geri verme yükümlülüklerinin kırılmasına izin vermektedir.**

Bu durum, devletler topluluğunun ölüm cezasını tasvip etmediğini göstermektedir. (Peters,1999:654)

Sonuçta evrensel gelenek hukukunda hala bir ölüm cezası yasağı bulunmamakla birlikte bu yönde net bir eğilimin bulunduğu söylenebilir. (Schreuer, 1995:563-577)

5. AİHS md.2 f.1 yaşam hakkını güvence altına almaktadır. Ancak bu fıkranın 2. cümlesine göre: “Bir mahkeme tarafından ölüm cezasını gerektiren bir fiilden dolayı verilen ölüm cezasının icrası hariç olmak üzere, hiç kimse kasten öldürülemez”. Sonuç olarak ölüm cezasının uygulanacağı bir ülkeye suçlunun teslim edilmesi AİHS'nin 2. maddesine aykırı değildir. Bununla birlikte AİHS'nin başka maddeleri ile sözleşmenin genel ilkelerinden (van Dijk ve van Hoof 1998:303-304) genelde kabul edilen bazı sınırlamalar ortaya çıkmaktadır:

-Mahkumiyet Sözleşmenin 6. maddesine uygun olarak **adil bir yargılanmaya dayanmalıdır;**

-Ceza, işlenen suç ile **orantılı** olmalıdır;

-AİHS md.7'deki **cezaların yasallığı ilkesine** uygun olarak, fiil işlendiği zaman, bu suç için öngörülen ceza ölüm cezası olmalıdır;

-Ceza **ayırıcı bir şekilde hükmedilmemeli**, ayırıcı bir şekilde uygulanmamalı, lütuf olarak başka bir cezaya çevrilmemelidir.(AİHS md.14)

-AİHS md.3'e göre “hiç kimse işkenceye tabi tutulmamalı ya da gayri insani, aşağılayıcı ceza ve davranışa maruz bırakılmamalıdır.

1984'te Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (AİHK) İngiltere Birleşik Krallığının Kirkwood davasında²³ AİHS md.2 ve 3 arasında örtüşme alanı olduğuna karar vermiştir. Komisyon'a göre md.2'den ölüm cezasına izin verileceği sonucu çıkarılabiliyorsa da bu olgu yargılamadaki gecikmelerin md.3'e aykırı olacağı gerçeğini ortadan kaldırmaz.

AİHM ise 1989 yılında Soering davasında²⁴ bir ilke kararı vermiştir. Olay, cinayetten yargılanan ve suç tarihinde 18 yaşında olan Alman sanığın İngiltere'den Amerika'ya (Virginia) teslim edilmesi ile ilgiliydi ve İngiltere daha o zaman AİHS 6.EP'nin ölüm cezasını yasaklayan maddesini onaylamamıştı. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ölüm cezası tehdidi bulunan bir ülkeye teslim etmenin AİHS md.2 ya da md 3'e aykırılık oluşturmayacağını oybirliği ile kabul etmiştir.

Mahkemeye göre: "AİHS md.3'ten kural koyucunun genel nitelikte bir ölüm cezası yaratma niyeti çıkarılamaz. Aksi takdirde md.2 f.1 etkisiz kalırdı."²⁵

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi devamla şu görüşleri açıklamıştır:

"6 nolu ek protokolün imzaya açılması göstermektedir ki, sözleşme tarafı devletler daha 1983 yılında ölüm cezasının ortadan kaldırılması için yeni bir yükümlülük yaratmak amacı ile anlaşmanın değiştirilmesi yoluna gitmişlerdir. Yani her münferit devlete seçmeli bir araç vasıtasıyla bu yükümlülüğün ifa zamanını belirlemek yolu açılmıştır.

Bununla birlikte somut durumlarda ve zaman içindeki anlayışa bağlı olarak ölüm cezasına hükmedilmesi ve yerine getirilmesi AİHS md.3'ü zedeleyebilecektir²⁶.

Burada:

- Hükümlünün kişisel durumu (özellikle yaşı ve ruhsal durumu) (Ziff.108.)
- Suç ve ceza arasındaki oran;
- Ölüm hücresindeki mahkumiyet koşulları;
- İnfazdan önceki mahkumiyet süresi;
- Sözleşme tarafı devletlerin ölüm cezası konusunda halihazırdaki tutum ve zihniyeti göz önünde tutulmalıdır.

Olayının somut koşullarında, AİHS md.3'ü zedelenmesi muhtemeldir²⁷.

²³ Kirkwood davası, Başvuru No: 10479/83, (D.R.37,158) AİHK 'nun 12.3.1984 tarihli kararı :.Decision & Reports Bd.37, 158-159.

²⁴ Soering v. Vereinigtes Königsreich 7.7.1989, Series A.No:161 =(1998) EuGRZ, 314 (1/1989/161/217))

²⁵ Karar Ziff 103= (1998)EuGRZ , 321

²⁶ Karar Ziff 104.

²⁷ Ziff 111.

Soering Kararı, suçluların iadesi hukuku ve ölüm cezasının uluslararası hukuk açısından değerlendirilmesinde yol gösterici niteliktedir. Bu kararın ortaya koyduğu ilkeler bugün uygulamada da kabul edilmiştir.(Bkz. Hollanda Anayasa Mahkemesi, ILM 1990:1375 -1376)

5.1. 1994 yılından beri çok önem taşıyan bir gelişme Avrupa Konseyine kabul için 6.EP'nin onaylanması yükümlülüğünün getirilmesi²⁸. Oysa Avrupa Konseyi İçtüzüğünde, sadece her üye devlet içinde, o devletin uyruğu olan herkesin, insan haklarından ve temel haklardan yararlandırılma zorunluluğu, Konsey'e katılabilmenin maddi koşulu olarak belirtilmiş, Konseye girme uygulamalarında bu ilke başlangıçtan itibaren AİHS'nin onaylanması ve imzalanması ödevi olarak somutlaştırılmıştı. Md. 4'e göre üyeliğe davete karar verme konusunda Bakanlar Komitesi yetkilidir.

Ancak zamanla buna ilişkin olarak Avrupa Konseyi organları arasında özel bir yetki dağılımı gelişmiştir²⁹. (Winkler,1995: 147-156.)

Bakanlar Komitesi kendisi bir inceleme yapmadan üyelik başvurularını doğrudan Parlamenterler meclisine yollamağa başlamıştır. Bu meclis, üye adayının hukuk sisteminin, Konseyin isteklerine uygun olup olmadığını inceledikten sonra Bakanlar Komitesine Konseye alınması için tavsiyede bulunmaktadır.

Bakanlar Komitesi, kendisi hukuksal ve siyasal açıdan en son sorumlu organ olmasına karşın, Parlamenterler Meclisi'nin tavsiyesine aykırı bir karar vermemektedir. Yani üyeliğe girişin maddi koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin incelenmesi tümünden Parlamenterler Meclisi'ne aktarılmış bulunmaktadır. Adayla yaptığı görüşmelerin sonunda, İçtüzüğün 3. maddesini somutlaştırarak, kabul koşullarını, adayın kabulü için hazırlanan bir raporla münferiden tespit etmektedir. Ancak bu kabul koşulları en fazla "soft law" olarak bağlayıcı olabilirler. Çünkü Avrupa Konseyi İçtüzüğü md.22 vd.'ye göre Parlamenterler Meclisi sadece görüş bildirir. Açıklayıcı ve tavsiye edici olabilir. Bağlayıcı kararlar vermeğe yetkili değildir.

Parlamenterler Meclisi, Avrupa Konseyine alınmak için 6 EP'ü imzalamaya ve üç yıl içinde onaylamaya ve Avrupa Konseyine kabulden itibaren bir "infaz Moratoriumu" kabul etmeğe hazır olmayı şart koşmuştur.

Parlamenterler Meclisi 29 Ocak 1997 tarihli iki Resolutionda infazları, yükümlülüklerin ihlaline ilişkin birer suçüstü olarak değerlendirmiştir³⁰.

²⁸ Ziff 6 PV Res1044(1994),4.10.1994 t.li; On the abolition of capital punishment.

²⁹ HRLJ(1999)112, Nr.190(1997) 29.9.1997 t.P.;Nr.183(1995) 31.5.1995 t.li PV.

³⁰ Rusya için . PV Res. Nr. 1111, 29.01.1997; Ukrayna için: PV Res. Nr. 112, 29.01.1997 t.li.

İlgili Devletler infazları durdurmaları aksi halde delegelerinin Meclisten çıkarılacağı konusunda uyarılmıştır. (Parlamenteler Meclisi İttüzüğü md.6)

Şu halde Avrupa Konseyi o tarihlerde ölüm cezasının ayıplanması konusunu, kısmen gecikmeli de olsa uygulamaya geçirmeğe çalışmıştır. (Peters 1999:656)

5.2.Yaşanan gelişmeler karşısında Avrupa’da ölüm cezası yasağı konusunda bölgesel bir hukuk geleneğinin var olduğu sonucu çıkarılmaktadır. Bu olgunun 1989 da Soering olayında, hakim De Meyer’in karşı oyunda, “AİHS md.2 f.1 C.2’nin (buna göre ölüm cezası meşruydü) hukuk bilinci ve uygulamasının gelişmesi ile aşıldığı ve zımnen değiştirildiği” gerekçesi ile varılmıştı. O zamanın azınlıkta kalan görüşü, gelecek için yol gösterici olmuştur. (Soering, (1989)EuGRZ , 325-326).

Avrupa Birliği üyelerinin dar bir çevresi tarafından, 1997 yılında Amsterdam Hükümetler Konferansında, **ölüm cezası yasağının “Avrupa Birliği Sözleşmesi” md.6 ‘nın temel ilkelerinden biri olduğu vurgulanmıştır**³¹.

Ölüm cezası yasağına uyulması, Amsterdam Sözleşmesi’nin yürürlüğe girmesinden sonra Avrupa Birliği’ne girmek için formel bir koşul oluşturmaktadır.(AS md.49) Buna karşılık Avrupa Konseyine girmek için ölüm cezasının kaldırılması formel olmayan bir koşuldur. Ancak yeni katılma uygulamaları göstermektedir ki İttüzük md.3’te sayılan temel değerler, bugün ölüm cezasının tasvip edilmemesi ile de somutlaşmaktadır.

Şu halde Doğu Avrupa ülkeleri, hem Avrupa Birliği hem Avrupa Konseyi önünde, ölüm cezasının ayıplanması konusunda yükümlendirilmişlerdir. Buna ilişkin ortak bir değerlendirme Türk Yargısı tarafından Abdullah Öcalan’ın ölüm cezasına çarptırılması kararı üzerine yapılmıştır. Buna ilişkin olarak 29.09.1999 tarihinde hem Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin, Parlamenteler Meclisinin ve Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğinin bir ortak görüşü (1999) HRLJ,156) hem Avrupa Birliği Başkanlığının bir açıklaması yayınlanmıştır³².

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 03.05.2002 tarihinde imza ve onaya açılan 01.07.2003 tarihinde yürürlüğe giren İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşmesinin Ölüm Cezasının Her Koşulda Kaldırılmasına İlişkin 13 Nolu Protokolü ise, ölüm cezasını mutlak ve istisnasız bir biçimde kaldırmıştır.

Avrupa Birliği bu kaldırmayı bir değer kriteri mertebesine yükseltmiş ve Birliğe yeni katılacak Devletler için birliğe kabul koşulu haline getirmiştir. Bu durum aday

³¹ Ölüm Cezasının kaldırılmasına ilişkin bildiri 2.10.1997 tarihinde Amsterdam Hükümet Toplantısında kabul edilmiştir. AB 1997 C 340/125.

³² EU =(1999)FAZ, Nr.148 30.6.1999,2.

Devletlerde bu konudaki tartışma ve durumları etkilemiştir. Bu etki çerçevesinde Türkiye de ölüm cezasını, Anayasa değişikliği (07.02.2004-5170/md) ile tümden kaldırmıştır.

Bu cezanın yasaklanmasının böylece Avrupa İnsan hakları düzeninin ve Avrupa kamu düzeninin temel bir ögesi durumuna getirildiği. Ek protokollerin bu açıdan sadece netleştirici ve garantileyici olduğu belirtilmektedir. (Peters,1999:656-657)

6.1. Ölüm Cezası öncelikle nesnel sınırlamalara tabi bulunmaktadır. Uluslararası hukuka göre ölüm cezasına yalnızca “**en ağır suçlar**” için (KSHUP md.6 f.2 ve AİHS md.4 f.2) yani yalnızca genel hakların ağır ihlalleri durumunda (Arap İnsan Hakları Şartı md.10) hükmedilebilir³³.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bu sınırlamayı açık bir şekilde dile getirmemekle birlikte bu sınırlama, **ölçülülük ilkesinden** (buna göre verilen ceza suç ile orantılı olmalıdır) ortaya çıkmaktadır. (van Dijk ve van Hoof , 1998 :303)

Bazı sözleşmeler buna ek olarak siyasi suçları açıkça ölüm cezasının uygulama alanı dışına çıkarmaktadırlar.(AİHS md. 4/4)³⁴

İlke olarak devletler topluluğu nesnel sınırlamalar konusunda görüş birliği içindedir. Problem, hangi suçların ölüm cezası ile cezalandırılacağı anlayışındaki farklılıklarda bulunmaktadır.

Ölüm cezasına mahkum edilenlerin haklarının garanti edilmesine ilişkin “Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Haklar Sözleşmesi” kuralları, bu en ağır cürümleri “ölüm ya da oldukça ağır sonuçlar doğuran kasıtlı suçlar” olarak tanımlamaktadır³⁵.

Fakat devlet uygulamalarında **ölümcül sonuçları olmayan suçların** da ölüm cezası ile cezalandırıldığı görülmektedir.

Örneğin:

*uyuşturucu ticareti (Çin, İran, Malezya, Suudi Arabistan, Singapur, Suriye ve Tayland).

*ırza geçme (Çin, Mısır, Güney Afrika, Suriye, Tayland, Tunus, Birleşik Arap Emirlikleri)

* fahişelik (İran)

* genelev işletilmesi ve pornografik filmlerin gösterilmesi (Çin)

³³ İşgal topraklarında bulunan ve işgal güçlerinin vatandaşı olmayan kişilerin cezalandırılmasına ilişkin IV. Cenevre Sözleşmesi “ md.68’ e bkz. Buna göre ölüm cezası sadece casusluk, askeri kurumlarda ağır sabotaj eylemleri veya bir yada birden çok kişinin ölümüne neden olan suçlarda verilebilir.

³⁴ Buna ilişkin olarak İç Amerika İnsan Hakları Mahkemesinin Raporuna bkz. (Restrictions to the Death Penalty von 1983, Ziff.64.74;Arap İnsan Hakları Şartı md.11.

³⁵ Annex: ECOSOC Res 1984/50, Ziff 1; ECOSOC Res.1996/15, Ziff 2.

*zina (İnan, Suudi Arabistan)

*geniş kapsamlı olarak siyasi ve askeri suçlar³⁶ ölüm cezası ile cezalandırılmaktadır.

Bundan başka cezalandırılabilirliğin **kişisel sınırları** da vardır. **Hamile kadınlara** ölüm cezasının uygulanması yasağı konusunda sorun yoktur.

Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliğinin 1996 tarihli Raporuna göre , (bilgi edinilen 60 devlette) 1989-1993 yılları arasında (Raporun ilişkin olduğu dönem) hamile kadınlara ölüm cezası uygulanmamıştır³⁷. (md.6 /5 KSHUP; md.4 /5 AİHS ; 11 Temmuz 1990 tarihli Çocuğun refahı ve Haklarına İlişkin Afrika Şartı md.30 ; Arap İnsan Hakları Şartı md.12)

Küçük çocuklu anneler hakkında ise (8 Haziran 1977 tarihli Cenevre Kızılhaç Sözleşmesine 1 no'lu Ek Protokol md.7 f.3; 11 Temmuz 1990 tarihli Çocuğun Refahı ve Haklarına İlişkin Afrika Şartı md.30; Arap İnsan Hakları Şartı md.12) kuralları bulunmaktadır.

Her iki infaz yasağı aynı zamanda silahlı çatışma durumunda da geçerlidir³⁸.

6.2. Ölüm cezasının küçük suçlar için uygulanması oldukça tartışmalıdır. Ölüm cezasının küçük suçlar için uygulanması sözleşmelerle geniş ölçüde yasaklanmıştır³⁹.

AİHS' nin 2. maddesinin 1. fıkrası bir yaş sınırlaması getirmemektedir. Bununla birlikte ölüm cezası için burada **ölçülülük ilkesi** ve **kusur prensibi** geçerlidir. Yine Soering kararından ve KSHUP md.6 f.5'e ilişkin amerikan çekincesine karşı yapılan çok sayıdaki AİHS 'ne taraf devletlerin itirazlarından, bu prensiplerle AİHS 'nin ölüm cezasını küçük suçlar için yasakladığı şeklinde bir sonuca varmak mümkündür. Bu sınırlandırma aynı zamanda savaş durumları için de geçerlidir⁴⁰.

Buna ek olarak küçük suçlar için ölüm cezası yasağı uluslararası gelenek hukukunda da geçerli olmak zorundadır. (Naldi,1991:373,384) Kişisel sınırlamanın

³⁶ Suçlar konusunda devlet uygulamaları için Bkz. 1996 tarihli Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği Raporu Ziff. 60-68,97 ve Annex IV

³⁷ Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliğinin 1996 tarihli Raporu, (bilgi edinilen 60 devlette) 1989-1993 yılları arasında (Raporun ilişkin olduğu dönem) hamile kadınlara ölüm cezası uygulanmamıştır, Ziff 71.

³⁸ 8 Haziran 1977 tarihli Cenevre Kızılhaç Sözleşmesine 1 nolü Ek Protokol md.76 f.3; 8 Haziran 1977 tarihli II Nolü Ek Protokol md.6 f.4; Cenevre Sözleşmesi md.68 IV,Cenevre EP md.77 f.5 1 ve md.6 f.4 II; Schriften des Deutschen Roten Kreuzes, 8.Aufl 1988; (1999) HRLJ, Ziff.60-61.

³⁹ KSHUP md.5 / 5; AİHS md.4 / 5 ; 10 Kasım 1989 tarihli Çocuk Hakları Sözleşmesi md.37/ e; Çocuğun Refahı ve Haklarına İlişkin Afrika Şartı md.2 bağlantısı ile md.5 / 3 ; Arap İnsan Hakları Şartı md.12) (BGBL 1992 II,1990).

⁴⁰ IV. Cenevre Sözleşmesi md. 68 ; I. Ek Protokol md.77 f.5; II.Ek Protokol madde 6 f.4

gelenek hukukundaki geçerliliği, cezanın suç ile orantılı olmasına ilişkin uluslar arası genel hukuk ilkesinin somutlaştırılması olarak ta kabul edilebilir.

Suç küçüklerde daha az gelişmiş olan iyiyi kötünden ayırt edebilme yeteneğine göre ölçülmektedir. (Fastenrath, 1998:8) Yukarıda anılan sözleşmeden kaynaklanan yasakların yanı sıra uluslar arası gelenek hukukunu yaratan (soft law) mevcuttur⁴¹.

1987 yılında Amerikan İnsan Hakları İç Komisyonu, Amerikan Devletler Örgütünün (OAS) çocuk suçlular hakkındaki ölüm cezasının yerine getirilmesi yasağını, zorunlu bir kural olarak tanıdığını ifade etmiştir⁴².

Bundan başka genç suçlulara ölüm cezası uygulanmasına ilişkin uluslararası gelenek hukukundan kaynaklanan bir yasak yoktur.

1990 dan sonra çok az sayıda devlette (Birleşik Devletler, İran, Yemen, Nijerya, Pakistan, Suudi Arabistan) küçük suçlulara idam cezası uygulanmıştır. Bununla birlikte ABD dışında bu devletler bu arada çekincesiz olarak Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesini ve kısmen KSHUP 'yi onaylamışlardır.

Genç suçlulara ölüm cezası uygulamasının en sık görüldüğü ABD'de ölüm cezası uygulamasını da sözleşme ve uluslararası gelenek hukukuna göre değerlendirmek gerekmektedir.

ABD 1992 yılında KSHUP' yi onaylarken md.6 f.5'e çekince koyan tek devlettir. (1993) HRLJ, 123) 10 batı Avrupa Devleti buna itiraz etmişlerdir (Almanya, Belçika, Finlandiya, Fransa, İtalya, Hollanda, Portekiz, İspanya, İsveç). İtirazlar Amerika'nın çekincesinin KSHUP' nin amaç ve hedefleri ile bağdaşmadığına ve sonuç olarak Viyana Anlaşma Hukuku Sözleşmesi md.19 karşısında geçersiz olduğuna ilişkin bulunmaktaydı.

Viyana Anlaşma hukuku Sözleşmesinin çekince rejimine göre, sözleşmenin amaç ve hedefleriyle bağdaşır olmak çekincenin objektif geçerlilik koşuludur. Fakat bağdaşmazlık otomatik olarak çekincenin geçersizliği sonucunu doğurmaz. Ancak 19. madde kuralları vasıtasıyla diğer sözleşme Devletlerinin bu çekincenin objektif Açıldan geçersizliğinin hukuki sonuçlarını belirlemeleri gereklidir. Şu halde buna ek olarak Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin çekincelerin kabulü ve itirazlar hakkındaki 20. maddesi de uygulama alanı bulmaktadır.

⁴¹ GV Res 40/33 v.29.11.1985 .United Nations Standart Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice (The Beijing Rules) Ziff 17.2(GAOR 40 th Sess,Supp No:53,206 vd.;ECOSOC Res 1984/50).

⁴² Roach and Pinkerton v. United Staates, 27.3.1987 t.li karar.Res No: 3/87, case 9647=(1987) HRLJ , 345-346. Ziff 56.

Burada İnsan Hakları Sözleşmelerinin bir özelliği ortaya çıkmaktadır. Bu sözleşmeler ilke olarak açıklayıcı (dekleratif) niteliğe sahip oldukları, devletler topluluğunun objektif anayasal düzeninin öğeleri oldukları ve sonuçta bireyler de dolaylı olarak hak sahibi oldukları için çekince kabul etmemektedirler. Şu halde İnsan Hakları Sözleşmelerine karşı çekinceler sonuçta ilke olarak geçersizdir. Bu nedenle Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 19. maddesi anlamında “amaç ve hedef” kavramının uluslar arası hukukun ve Birleşmiş Milletler Şartının ana ilkeleri ışığında dar yorumlanması gerekmektedir.

Bu temel ilkelere göre KSHUP md.6 f.5’e karşı yapılan Amerika çekincesi gerçekte geçersizdir. Geçersiz çekincenin ilgili olduğu hüküm çekincesiz olarak geçerlidir. Sonuç olarak ABD, KSHUP md.6 f.5 ile tam kapsamıyla bağlıdır. Genç suçluların ölüm cezasına çarptırılmasına ilişkin Amerika uygulaması böylelikle uluslararası sözleşmeleri ve gelenek hukukunu ihlal etmektedir.(Giegerich, 1995: 758-71)

6.3.-Uluslararası hukuk, ölüm cezasına hükmedilmesine ve infazına ilişkin ulusal ceza yargılama hukuklarını tamamlayıcı nitelikte yargılama güvenceleri içermektedir.

Ölüm cezasına yalnızca **yetkili mahkeme tarafından** karar verilebilir.(KSHUP md.6 f.2; AIHS md.2 /4) Bu zorunluluk 4. Cenevre Kızılhaç Sözleşmesi md.3’te ifade edildiği üzere uluslar arası gelenek hukuku açısından da geçerlidir. Bu hüküm uluslar arası silahlı çatışma durumları dışında insanlık için asgari bir standart belirlemektedir. Bu standart aynı zamanda uluslararası çatışma durumlarında da geçerlidir.(Peters,1999:658) Öncelikle barış zamanında sözleşme hükümlerinden bağımsız olarak geçerlidir. (Shabas, 1997:301)

Ölüm cezasına mahkum olan kişi **affedilmesini ya da cezasının başka bir cezaya çevrilmesini** isteme hakkına sahiptir. (KSHUP md.4/6;Arap İnsan Hakları Şartı md.10 c.2)

Bu spesifik düzenlemelere ek olarak KSHUP kuralları çerçevesinde genel yargılama garantileri ortaya çıkmaktadır:

Genellikle ölüm cezasına hükmedilmesinin **Pakt hükümlerine aykırı olmayan yasalar vasıtasıyla** mümkün olabileceğini düzenleyen KSHUP md.6 f.2 , md.14 teki yargılama haklarının 6. maddenin öğeleri olduğu şeklinde anlaşılmalıdır.(General Comment No:6/1: Md..6/6 (27.7.1982) KSHUP :Novak, 1993 :852;Peters,1999:659)

Bu yorumun önemli bir sonucu ölüm cezasının infazı sırasındaki yargılama garantilerinin zorunlu olduğudur. (Krş. KSHUP md.4 f.2)

Birçok olayda Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu (UN-AMR), ölüm cezasına hükmedilmesi sırasındaki muhakemeye ilişkin eksiklikleri, hukuki yardım

eksikliğini, delilin gözden kaçırılmasını 6. maddenin 1. fıkrasındaki yaşam hakkının ihlali olarak kabul etmiştir.

ECOSOC 1984 yılında 9 yargılama ilkesi ile maddi ve kişisel sınırlar içeren bir metin (kodex) kabul etmiştir⁴³.

Bunlar, yukarıda sözü edilenlerin yanı sıra, uluslar arası sözleşmelerde bağlayıcı olarak ön görülmemiş yargılama garantileridir. Buna göre ölüm cezasına açık ve inandırıcı delillerle hükmedilmeli (kural 4), **temyiz yolu açık olmalıdır** (kural 6). **Temyiz devam ederken infazın gerçekleştirilmesi yasaktır** (kural 8). **İnfaz mümkün olduğu kadar en az acı verecek şekilde yerine getirilmelidir** (kural 9).

6.4. Başlangıçta belirtildiği gibi çok sayıda uluslararası sözleşme vahşi, insanlık dışı ya da alçaltıcı cezaları yasaklamaktadır. Bu yasak uluslararası gelenek hukukuna göre de zorlayıcı niteliktedir. Uluslararası sözleşmelerdeki bu hükümler ölüm cezasının verilmesinde ve yerine getirilmesinde asgari insanlık standardını garanti etmektedirler.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin geçerli olduğu alanda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin AİHS' nin 3. maddesine ilişkin Soering kararı dikkate alınmalıdır. Bu yasak gelenek hukukuna göre zorlayıcı niteliğindedir.

Buna paralel bir kural, KSHUP 'nün 7. maddesiyle de buna garanti altına alınmıştır⁴⁴.

Ölüm cezası mahkumunun ölüm hücresinde uzun süre beklemesine -ki buna ölüm hücresi sendromu da (death row phenomen) denir- neden olan yargılamadaki gecikmeler uygulama açısından çok önemli ve tartışmalıdır. UN-AMR münferit olayların somut koşullarına göre, ölüm cezası tehdidi içeren muhakemenin uzun sürmesinin 7. maddeyi ihlal edebileceğine karar vermiştir⁴⁵.

Johnson v. Jamaica kararı ise biraz daha temkinli görünmektedir. Buna göre ölüm hücresindeki uzun bir bekleme KSHUP' nın 7. maddesini ihlal etmez. Çünkü bu uzun bekleme Pakt tarafından izin verilen ölüm cezasının zorunlu bir sonucudur. Devletlerin ölüm cezasını derhal infaz etmesi Paktın amacına uygun değildir. Ölüm hücresinde salt zaman geçmesinin sözleşmeye aykırı vahşi bir davranış sayılması için başka koşulların da var olması gerekmektedir⁴⁶.

⁴³ ECOSOC Res 1984/50; Ziff 3-7 ECOSOC Res 1996/15=Annex, ECOSOC Res 1984/50, ECOSOC 1984, Supp.1.33

⁴⁴ Pratt ve Morgan v. Jamaica davalarına ilişkin karar 6.4.1989 tarihli, Başvuru No: 210/1986 225/1987 =(1990)HRLJ,150 vd.; Kindler v. Canada 30.7.1993 tarihli karar =(1993) HRLJ ,307 vd. Ziff 15.3.

⁴⁵ Reid v. Jamaica Ziff 116; 20.07.1990 t.li karar, Başvuru No: 250/1987=(1990) HRLJ,319-32.

⁴⁶ Johnson v.Jamaika, 20.7.1990 t.li karar .Başvuru No. 250/1987= (1990)HRLJ, 5119-520, Ziff 8.2.8.5.

Buna karşılık ulusal Anayasa Hukukları **ölüm hücresi sendromunu** daha ağır değerlendirmektedir. Bu bağlamda örneğin Zimbabwe Yüksek Mahkemesi ölüm cezasının Anayasaya uygunluğundan bağımsız olarak- **deat row fenomenini** Anayasaya aykırı, insanlık dışı ve alçaltıcı bir davranış olarak kabul etmiştir⁴⁷.

Aynı anlamda 30 dan fazla Common Wealth devletinin nihai temyiz yeri olan Londra' daki Privy Concil, Pratt ve Morgan kararında ölüm hücresinde 14 yıl bekletildikten sonra ölüm cezasının yerine getirilmesini, Anayasaya aykırı ve insanlık dışı bir davranış olarak değerlendirmiştir. Yüksek Konsey (Privy Council) ölüm hücresindeki beş yıllık bir bekleme anayasal standart olarak belirlemiş ve sürenin geçmesinden sonra infazın gerçekleştirilmesini Anayasaya aykırı saymıştır⁴⁸.

Önceleri Jamaika sık sık ölüm cezasına hükmetme ve infaz durumları nedeniyle BMİHK önüne getirilmiştir. Jamaika 22 Ocak 1998'de KSHUP 'nın 1 no'lu seçmeli protokolünden (yani BMİHK 'nın bireysel başvuru yoluyla denetimine tabi olmaktan) ayrıldığını ilan eden ilk devlet olmuştur. (Peters .1999,659)⁴⁹

Privily Council'in anayasal yargısı altında bulunan Trinidad ve Tobago Cumhuriyeti de 26 Mayıs 1998'de aynı şekilde yukarıdaki 1 no'lu seçmeli Protokolü feshetmiş ve aynı gün ölüm cezasına hükmetme halinde BMİHK' nun bireysel başvuruları denetim yetkisini kabul etmeyen bir çekince ile tekrar sözleşmeye katılmıştır⁵⁰. Hükümet aynı nedenle Amerika İnsan Hakları Sözleşmesini de feshetmiştir. Gerek Jamaika gerek Trinidad ve Tobago eskisi gibi KSHUP'nin maddi yükümlülükleri ile bağlı kalmışlar ve burada tespit edilen ölüm cezasına ilişkin sınırlamalara tabi olmuşlardır. KSHUP 'nin en etkili icra aracı olan "bireysel başvuru" yu hariç tutmakla her iki devlet de potansiyel olarak Anayasaya aykırı ölüm cezası kararlarının ve infazlarının denetiminden kendilerini kurtarmışlardır. (Peters, 1999: 660)⁵¹

7. 1961 Anayasası döneminde Türk Ceza Kanunu'nun ölüm cezasını öngören 11. maddesinin, Anayasanın 11 ve yaşam hakkını öngören 14. maddesine aykırı olduğu gerekçesi ile Anayasa Mahkemesine somut norm denetimi yoluyla baş vurulmuştu⁵². Anayasa mahkemesinin kararında "Dava dilekçesinde ileri sürülen görüşün kabulü halinde yalnız ölüm cezasının değil, ölünceye kadar devam eden hapis cezasının da kişi hürriyetinin özüne dokunması bakımından Anayasaya aykırılığının kabulü gerekir. Suçlunun işlediği fiilin ağırlığı ile uygun bir cezaya çarptırılması gerektiği açıktır. Şu halde suç ve ceza konusunda Anayasanın 11. maddesine dayanmaya

⁴⁷ Supreme Court of Zimbabwe= Karar No= S.c.73/93,24.6.1993 t. Li karar= (1983)HRLJ, 323-324.

⁴⁸ Privy Council,Pratt and Morgan v. Jamaica 2.11.1993 t.li karar = HRLJ 1993, ,338 vd.=(1994)EuGRZ , 117.

⁴⁹ Avrupa Parlamentosunun Kararı 12.3.1998 t.li(1998) EuGRZ,174.

⁵⁰ (1999)HRLJ, 280-281.

⁵¹ Ziff.3GV Res 2857(XXVI),GAOR 26th Sess..Supp,No:29-94. (UN Doc.E..4/1996/4),Ziff 549.

⁵² E.1963/207,K.1968/175,K.t.,1.7.1963, AMKD s.1 S.294.

mantık bakımından olanak yoktur. Anayasada ölüm cezasının yasaklandığına dair hiçbir kayıt ve işaret mevcut değildir. Kaldı ki Anayasanın 64. maddesinde mahkemelerce verilir kesilen ölüm cezalarının yerine getirilmesine karar vermek konusunun TBMM'nin yetkilerinden olduğunun açıklanması TCK'nın 11. maddesinde yazılı ölüm cezasının Anayasa koyucusu tarafından korunduğunun ve kabul edildiğinin en kesin delilidir.” Şeklinde görüş bildirmiştir.

1961 Anayasası döneminde hem ölüm cezası açıkça Anayasada yer almadığından, hem de sınırlamanın sınırı olarak hakkın özü kriteri 11. maddede yer aldığından Anayasa Mahkemesinin bu kararı öğretilde eleştirilmiştir. (Gemalmaz 1994 :156; Sağlam 1982:153; Savcı 1980:73 -74)

1982 Anayasası ilk şeklinde 17. maddenin 4. fıkrasında: mahkemelerce verilen ölüm cezalarının yerine getirilmesinden söz ederek 1961 Anayasası zamanındaki tartışmalara son verilmiştir. 87. maddede de bu cezanın yerine getirilmesine karar vermek TBMM'nin yetkileri arasında sayılmıştır.

Türkiye başlangıçta 16.12.1966 tarihli ve 23.3.1976 tarihinden bu yana yürürlükte olan ve 6/6 maddesi kuralı ile asıl amacın ölüm cezasının kaldırılması olduğunu hükme bağlayan KSHUP 'ye, taraf olmamış ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin ölüm cezasını barış zamanında tasvip etmeyen ve 1.03.1985'te yürürlüğe girmiş bulunan 6.EP 'yi onaylamamıştı.

Buna karşın Türkiye'de ölüm cezasının yerine getirilmesi oldukça uzun bir zamandan beri fiilen ortadan kalkmıştı. 1965-1971,1973-1980 ve 1984-1998 yılları arasında hiç ölüm cezası infaz edilmemiştir.

T.C.Anayasasının 38 maddesine 03.10.2001 tarihinde getirilen (Ek:03.10.2001-4709/15) 9. fıkra, KSHUP 2. SP ve 6. EP gibi ölüm cezası yasağını barış zamanı bakımından mutlak olarak kabul etmekle birlikte, ölüm cezasının izin verildiği alana, savaş zamanında işlenen suçlardan başka, “yakın savaş tehdidi durumunda işlenen suçları da katan 6.EP’ ye ve ölüm cezası istisnasını sadece “savaş sırasında işlenecek suçlar” için kabul eden 2. SP ‘ye göre ölüm cezasına izin verilen alanı biraz daha geniş tutarak bu alana “savaş ve çok yakın savaş tehdidi halleri durumunda işlenen suçlar” dışında “terör suçları”nı da dahil etmişti.

03.10.2001 değişikliği ile 23 Mayıs 1949 tarihli F.Alman Anayasasının 102. maddesinde yer alan “ölüm cezası kaldırılmıştır” ; 17. Şubat 1983 tarihli Hollanda Anayasasının 114. maddesinde yer alan “ölüm cezasına hükmedilemez”; ve 2.Nisan 1976 tarihli Portekiz Anayasasının 24. maddesinin 2. fıkrasında yer alan “ölüm cezası her hal için kaldırılmıştır”; şeklinde genel anlamda bir ölüm cezası yasağı getirilmemişti.

Türkiye AİHS 6. Ek Protokolü'nü 15 Ocak 2003 tarihinde imzalamış, 26 Haziran 2003 tarih ve 4913 sayılı yasayla onaylanması uygun bulunan 6. Protokol, 17 Eylül 2003 tarihli Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

Türkiye başlangıçta Rusya, Ermenistan ve Azerbaycan ile birlikte, Avrupa Konseyi'nin, 13. protokole bugüne kadar imza atmayan üye ülkeleri arasında yer alıyordu.

Ancak Türkiye 13 No.lu Ek Protokolü de 9 Ocak 2004 tarihinde imzalamış, 6.10.2005 tarihli ve 5409 sayılı kanunla onaylamıştır

7/5/2004 tarih ve 5170 sayılı Kanunla (RG. 22/5/2004-25469) T.C. Anayasasının 90. maddesinin son fıkrasına şu cümle eklenmiştir: "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır." Değişiklik gerekçesi AİHS ile Kopenhag siyasi kriterlerine dayandırılmıştır: 90. maddede yapılan bu değişiklikle; insan hakları alanında çıkacak bir uyuşmazlığın çözümünde uluslar arası sözleşmeler ile yasalar farklı hükümler içeriyorsa; uluslar arası sözleşmelere üstünlük tanınacaktır. Bir başka deyişle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi doğrudan uygulanacak iç hukuk metni haline gelmiştir. Artık yargı kararlarında kullanılacak "gerekçeler" doğrudan doğruya insan hakları sözleşmeleri olabilecektir. (www.ivhp.org.tr/archive/2004_11_01_archive.htm 29.05.2007)

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 15 Aralık 1989 tarihinde imza, onay ve taraf olmaya açtığı, taraf bir Devletin egemenlik alanında bulunan hiç kimsenin ölüm cezasının infaz edilmemesi ve taraf Devletlerin kendi egemenlik alanlarında ölüm cezasını kaldırmak için gerekli bütün önlemleri alacakları kurallarını içeren "Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmeye Ek İkinci Seçmeli Protokol" de 29.10.2005 tarihinde TBMM Genel Kurulunda kabul edilmiştir.

2004 Anayasa değişikliği ile Türkiye Büyük Millet Meclisinin görev ve yetkilerini düzenleyen 87. maddeden "mahkemelerce verilip kesinleşen ölüm cezalarının yerine getirilmesine karar vermek " görev ve yetkisi madde metninden çıkarılmıştır (Değişik: 7.05.2004-5170/6 md.). Yine aynı tarihli Anayasa değişikliği ile ise (Değişik: 7.5.2004-5170/5 md.) 38. maddenin IX. fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir: "Ölüm cezası ve genel müsadere cezası verilemez".

2004 değişikliği ile (Değişik: 7.5.2004-5170/3 md.) yaşam temel hakkına getirilen istisnalardan birini oluşturan "mahkemelerce verilen ölüm cezalarının yerine getirilmesi hali " ibaresi 17. maddenin IV. fıkrasından, 15 maddenin ilk şeklinde sert çekirdekli temel haklardan bir olan yaşam hakkına getirilen istisnalar arasında sayılan "ölüm cezalarının infazı" ibaresi II. fıkradan çıkarılmıştır (Değişik: 7.5.2004-5170/2 md.).

8. Uluslararası Af Örgütü'ne göre:

-Yaşam hakkı koşulsuz ve devredilmez bir hak olduğundan, ölüm cezası, yaşam temel hakkını zedelemektedir;

-Devletin toplumda insan yaşamını koruma görevi vardır;

-Ölüm cezasının kendisi acımasız, insanlık dışı ve aşağılayıcı olduğundan, savunulabilecek hiçbir ölüm cezası yöntemi bulunmamaktadır;

-Ölüm cezasının telafisi ve adli hataların tümden ortadan kaldırılması mümkün değildir;

-Ölüm cezası antidemokratiktir. Çünkü her demokratik toplum insan haklarını istisnasız korumak zorundadır. Bütün insanlar suçlu ya da suçsuz yasa önünde eşittirler ve saygı görmeye hak sahibidirler;

-Ölüm cezasının ürkütücü olmadığı kanıtlanmıştır. Çünkü ölüm cezasını uygulayan devletlerde suçlu sayısı ölüm cezasını kaldıran ülkelerden az değildir. İnsanların suç işlemesini önlemek için ölüm cezası tehdidi değil, suçların cezasız kalmayacağı garantisidir;

-Bir katilin ölüm cezası ile cezalandırılması mağduru yaşama döndürmediği gibi, ölüm cezası ne kurbanlara ne de ailelerine bir fayda sağlamaktadır;

-Ölüm cezası, terörü engelleyememekte aksine infazlar, terörü güçlendirebilmektedir;

-Ölüm cezası, suçluların kendilerini iyileştirmelerine izin vermemekte, rehabilitasyonu, iyileşmek ve toplumla tekrar bütünleşmek için her olası engellemektedir;

-Bir insanın ölüm cezası ile cezalandırılması bir ceza değil onu yok etmek demektir. (www.acad.ch; www.amnesty.ch; www.lfespark.org, 29.05.2007). Oysa cezalandırmada amaç bir insanın yok edilmesi olmayıp, onun topluma kazandırılması olmalıdır. (www.acad.ch; www.amnesty.ch; www.lfespark.org , 29.05.2007)

-Uluslar arası sözleşmelerle ölüm cezasının yasaklanmasına yönelik çabalara karşın günümüzde ölüm cezasının, uluslararası gelenek hukukunda **dünya genelinde kabul edilmiş bir yasaklaması yoktur.**

-Buna karşılık Avrupa'da 6.ve 13 EP' den bağımsız olarak bölgesel gelenek hukukunda bir ölüm cezası yasağı bulunmaktadır. (Peters,1999,660) Ek protokollerin bu açıdan sadece netleştirici ve garantileyici olduğu ileri sürülebilir.

Zafer Gören

-Yargılama garantileri ve uluslar arası gelenek hukukundan kaynaklanan nesnel ve kişisel sınırlamalar dünya genelinde geçerlidir.

-Özellikle 01.07.2003 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 13 no' lu Protokolü ölüm cezasını mutlak ve istisnasız bir şekilde yasaklamıştır.

-Avrupa Birliği bu yasağı bir değer kriteri mertebesine yükseltmiş ve Birliğe kabul için bir koşul haline getirmiştir.

-Dünya genelinde Dünya Devletler Topluluğu tarafından da hiç de uzak olmayan bir gelecekte ölüm cezasının genel olarak tasvip edilmeyeceğini söylemek mümkündür. (Peters,1999:660)

-Ölüm cezasının ağırlığı konusunda hiçbir bilginiz bulunmamaktadır. Çünkü ölümün ne olduğunu, yani sonuçta faili ne ile cezalandırdığımızı bilmiyoruz. Bununla birlikte bir tek şeyi yani ceza yerine getirilmeden önce faili var olan en kötü işkence ile -ölüm korkusu ile- cezalandırdığımızı biliyoruz. Bu işkenceyi tasvip eden, ölüm cezasını da tasvip etmiş sayılır.

KAYNAKÇA

Bailey C.W. ve Peterson R.D. (1989) Morder and Capital Punishment, A Monthly Time-Series Analysis of Execution Policy, American Sociological Rev. s.722-743.

Bianchi A.(1998) Corte Costituzionale, Urt.N. 223, 27.6.1996Riv.dir..int 1996, 815(Yorum) AJİL s.727-728.

Davidson S. (1997)The Inter-American Human Rights System, Aldershot, s. 267-274.

van Dijk P. ve van Hoof G.J.H. (1998) Theory and Practice of European Convention on Human Rights, 3.bası. Den Haa, s.678-681.

Fastenrath U.(1998) Amerika und die Menschenrechte FAZ Nr.104, s.8.

Gemalmaz. M. S. (1990)Ölüm Cezasının İlgasını Amaçlayan BM Uluslar arası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin İkinci Seçmeli Protokolü ve Türkiye'de Ölüm Cezası Sorunu, İHY (İnsan Hakları Yıllığı) S.12 s.73

Gemalmaz M.S. (1994)Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı, Ocak, s.34-35.

Gemalmaz M.S. (2006) Türkiyede Ölüm Cezasını Kaldırılması: Son Gelişmeler, Hukuki Perspektifler Dergisi, S.2.

Giegerich T.(1995) Vorbehalte zu Menchenrechtsabkommen: Zulaessigkeit, Gültigkeit und Prüfungskompetenzen von Vertragsgremien: Ein Konstitutioneller Ansatz, ZaöRV, s.713-747-750,728-771.

- Jahresbericht** (1999) Amnesty International, Frankfurt, s.27.
- Hartig H.**(1980) Die Todesstrafe in den Mitgliedstaaten des Europarats, EuGRZ, S.340-341.
- Kress C.**(1998) Strafen, Strafvollstreckung und internationale Zusammenarbeit im Statut des internationalen Strafgerichtshofes, Humanitäres Völkerrecht=Informationsschriften, s.151-152.
- Naldi G.I.** (1991) The Prohibition of the Death Penalty in International Law, Netherlands int'L L.Rev. s.373-384.
- Nowak M.** (1993) U.N. Covenant on civil and Political Rights: CCPR Commentary, Kehl :Art.6. KN 18-33.
- Müller P.** (1971) Recht auf Leben, Persönliche Freiheit und das Problem der Organtransplantation, ZSR S.I s.46-47.
- Peters A.** (1999) Die Missbilligung der Todesstrafe durch die Völkergemeinschaft EuGRZ S.26, s.650-660.
- Pieroth B. ve Schlink B.**(1986) Grundrechte, Staatsrecht II, C.F. Müller Verlag, Heidelberg
- Roggemann H.**(1994) Der Internationale Strafgerichtshof der Vereinigten Nationen von 1993 und der Krieg auf dem Balkan, Berlin, s.77-78.
- Sağlam F.**(1982) Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, İstanbul.
- Savcı B.** (1980)Yaşam Hakkı ve Boyutları, Ankara, s. 73-74.
- Schreuer C.** (1995) Capital Punishment and Human Rights, Beyerlin U. ve Bothe M. ve HofmannR. ve Petersmann H.U. ,Recht zwischen Umbruch und Bewahrung, Festschrift für Rudolf Bernhardt, Heidelberg , s. 563-577.
- Shabas W.** (1997) The Abolition of Death Penalty in International Law, Cambridge.
- Schrarga D. ve Zacklin R.**(1996) The International Criminal Tribunal for Rwanda, EJIL, s.501-511.
- Schreiber A.M.**(1996) States That Kill: Discretion and the Death Penalty- A World Wide perspective, Cornell Int'L. S.2.63, s.279-289.
- Şen E.**(1996) Ölüm Cezası, İBD, Ocak. Şubat, Mart S.7, s.2-3
- Winkler H.** (1995) Democracy and Human Rights in Europe. A Survey of the Admission Practice of the Council of Europe Austrian J.P.Pub. IntR L., s.145-156

KISALTMALAR

AB	Avrupa Birliği
ABl.	Amtsblatt der Europaeischen Gemeinschaften
AHK	Amsterdam Hükümetler Konferansı
AİHK	Avrupa İnsan Hakları Komisyonu
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AİHŞ	Arap İnsan Hakları Şartı
AJIL	American Journal of Comparative Law
AMEIHS	Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi
AMERK	Amerikanische Menschenrechtskonvention
AMİHÖB	Amerika İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi
AMKD	Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
Annex	Ek
Appl	Application
Art	Artikel
AS	Avrupa Birliği Sözleşmesi
Aufl	Auflage
B	Bası
Bd	Band
BGBL	Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtst
BM	Birleşmiş Milletler
BMIHK	Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu
BŞ	Banjul Şartı
BVerfG	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BŞ	Banjul Şartı
C	Cümle
CONF	Conference
DN	Dip Notu
Dec	Decisions
Doc	Document
D.R.	Decisions add Reports
E	Entscheidung
E	Esas
F	Federal
K	Karar
ECOSOC	United Nations Economic and Social Council
EJİL	The European Journal of International Law
ETS	European Treaty Series
EuGRZ	Europaeische Grundrechte Zeitschrift
f	fıkra
FAZ	Frankfurter Allgemeine Archiv
BMIHK	Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu

EP	Ek Protokol
GAOR	United Nations General Assembly Official Records
GV	General Versammlung
HRLJ	Human Rights Journal
İBD	İstanbul Barosu Dergisi
IGH	Internationales Gerichtshof
İHEB	İnsan Hakları Evrensel Bildirisi
IHHAŞ	İnsanların ve Haşkların Hakları Konusunda Afrika Şartı
IKS	İşkenceye Karşı Sözleşme
ILM	International Legal Materials
ILR	American University International Law Review
KIIHB	Kahire İslam İnsan Hakları Bilsî
KN	Kenar Notu
KSHUP	Kişisel ve siyasal Haklar Uluslar arası Paktı
Md	Madde
MK	Minister Komitee
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OAS	Organization of American States
OLG	Oberlandes Gericht
Prf	Paragraf
Prot	Protokol
PV	Parlamentarische Versammlung
RDH	Revue des Droits de l'Homme
RUDH	Revue universelle des droits de L'homme
Rec	Recueil de decision de la Commission europeenne des Droits de l'Homme
Res	Resolution
S	Sayı
s	Sayfa
Sess	Session
2 SP	Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslar arası Sözleşmesi 2. Seçmeli Protokolü
Supp	Supplement
t	tarih
UN	United Nations
UN-AMR	Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu
UNO	United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization
UNTS	United Nations Treaty Series
v	Versus
vd	ve devamı
ZaöRV	Zeitschrift für auslaendisches öffentliches Recht und Völkerrech
Ziff	Ziffer

Zafer Gören
