

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (ULUSLARARASI ÖZEL HUKUK)
ANABİLİM DALI**

**AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ
ÇERÇEVESİNDE YABANCILARIN TÜRKİYE'DEN SINIR
DIŞI EDİLMESİ**

Yüksek Lisans Tezi

Makbule KOÇAK

Ankara-2011

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (ULUSLARARASI ÖZEL HUKUK)
ANABİLİM DALI

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ ÇERÇEVESİNDE
YABANCILARIN TÜRKİYE'DEN SINIR DIŞI EDİLMESİ

Yüksek Lisans Tezi

Makbule KOÇAK

Tez Danışmanı

Doç. Dr. Esra G. DARDAĞAN KİBAR

Ankara-2011

TEZ ONAY SAYFASI

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (ULUSLARARASI ÖZEL HUKUK) ANABİLİM DALI
..... BİLİM DALI

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ GERÇEVESİNDE
YABANCILARIN TÜRKİYEDEN SINIK DIŞI EDİLMESİ
(TEZİN ADI YAZILACAKTIR)

Yüksek lisans Tezi
(YÜKSEK LİSANS TEZİ YA DA DOKTORA TEZİ OLDUĞU YAZILACAKTIR)


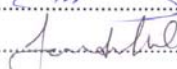

Tez Danışmanı : Doç. Dr. Esra, G. Dardağan Kıbar

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

Prof. Dr. Gülin GÜNGÖR
Doç. Dr. Esra Dardağan Kıbar
Doç. Dr. Funda Kesim Ate

İmzası

Tez Sınavı Tarihi

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	I
KISALTMALAR	V
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

SINIR DIŞI ETME İŞLEMİNİN GENEL ÖZELLİKLERİ, ULUSLARARASI HUKUKTA VE TÜRK HUKUNUNDA ELE ALINIŞI	4
---	---

I. GENEL OLARAK SINIR DIŞI ETME İŞLEMİ

A. Tanımı ve Tarihsel Gelişimi	4
--------------------------------------	---

B. Sınır Dışı Etme İşleminin Niteliği	6
---	---

C. Sınır Dışı Etmenin Benzer Müesseselerden Farkı.....	7
--	---

1. Suçluların Geri Verilmesi	8
------------------------------------	---

2. Geri Çevirme	10
-----------------------	----

II. DEVLETLERİN YABANCILARI SINIR DIŞI ETME YETKİLERİNE

ULUSLARARASI HUKUK TARAFINDAN GETİRİLEN SINIRLAMALAR 13

A. Geleneksel Sınırlamalar.....	13
---------------------------------	----

1. Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı	13
--	----

2. İyi Niyet İlkesi.....	16
--------------------------	----

3. Keyfi Muamelenin Yasaklanması	19
--	----

4. Yabancılara Yönelik Muamele	22
--------------------------------------	----

(a) Ulusal Muamele	23
--------------------------	----

(b) Uluslararası Asgari Standart	24
--	----

B. İnsan Hakları Hukukunun Etkisi ile Gelişen Sınırlamalar.....	27
---	----

1. İnsan Hakları Hukukunun Yabancılara Yönelik Muameleye Etkisi.....	27
--	----

2. Ayrımcılık Yasağı	29
3. Kanunilik İlkesi	32
4. Geri Gönderilmeme (Non-refoulement) İlkesi	36
5. Aile Hayatının Korunması Hakkı ve Sınır Dışı Etme	38
III. SINIR DIŞI ETME ESASLARI VE USÛLÜNÜN ULUSLARARASI	
HUKUKTA ELE ALINIŞINA GENEL BAKIŞ	40
A. Sınır Dışı Edilebilecek Kişiler	40
B. Sınır Dışı Etme Nedenleri	43
C. Sınır Dışı Etme Usûlü	46
VI. SINIR DIŞI ETMEYE İLİŞKİN TÜRK HUKUKUNDAKİ	
DÜZENLEMELER	52
A. SINIR DIŞI ETME ESASLARI	52
1. Sınır Dışı Edilebilecek Kişiler	52
2. Sınır Dışı Etme Nedenleri	57
a) Memlekette Kalması Umumi Güvenliğe, Siyasi ve İdari İcaplara Aykırı Sayılan Yabancıların Sınır Dışı Edilmesi	58
b) YİSHK'nın 20. Maddesi, PK'nın 34. ve 35. Maddeleri Çerçevesinde Pasaport ve Ülkeye Giriş ile İlgili Düzenlemelerin İhlâl Edilmesi Nedeniyle Yabancıların Sınır Dışı Edilmesi	61
c) Tabiyetsiz veya Türk Kültürüne Bağlı Olmayan Yabancı Göçebelerin Sınır Dışı Edilmesi	64
d) Yabancı'nın İşlediği Suç Nedeniyle Sınır Dışı Edilmesi	66
B. SINIR DIŞI ETME USÛLÜ	68
1) Yetkili Makamlar	68

2) Sınır Dışı Etme İşleminin Biçimi ve İcrası.....	71
3) Sınır Dışı Etme İşlemine Karşı Başvuru Yolları	77

İKİNCİ BÖLÜM

AIHS, EK PROTOKOLLER VE AIHM KARARLARI BAĞLAMINDA SINIR DIŞI ETME İŞEMİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

84

I. SINIR DIŞI ETME İŞLEMİNİN ESASINA İLİŞKİN İNCELEME.....

84

A. AIHS Bağlamında İnceleme

84

1. AIHS'ne İlişkin Ön Açıklamalar

84

2. AIHS'nin Sınır Dışı Etmeye Karşı Güvence Olarak Kullanılan

Maddeleri

86

a) Yaşama Hakkı

87

b) İşkence, İnsanlık Dışı ve Onur Kırıcı Muamelede Bulunma ve Ceza

Verme Yasağı.....

89

c) Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı.....

91

d) Adil Yargılanma Hakkı

92

e) Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı.....

95

f) Etkili Başvuru Hakkı

100

g) Ayrımcılık Yasağı

102

B. Ek 4 ve Ek 7 No'lu Protokoller Hükümleri Bağlamında İnceleme.....

104

1. Ek 4 No'lu Protokol

106

2. Ek 7 No'lu Protokol

107

C. AIHS Sisteminde Sınır Dışı Edilebilecek Kişiler ve Sınır Dışı Etme

Nedenlerinin Değerlendirilmesi.....

108

1. Sınır Dışı Edilebilecek Kişiler

108

2. Sınır Dışı Etme Nedenleri	109
D) Sınır Dışı Etme Esaslarının AİHM Kararlarında İncelenmesi	111
E. Türk Hukuku Bakımından Değerlendirme	125
II. SINIR DIŞI ETME USÛLÛ	127
A. AİHS Bağlamında İnceleme	127
B. Ek Protokol Hükümleri Çerçevesinde İnceleme	129
C. AİHS Sisteminin Sınır Dışı Edilecek Kişilere Tamdığı Usûli Güvencelerin Değerlendirilmesi	132
1. Sınır Dışı İşlemlerden Haberdar Edilme Hakkı	133
2. Sınır Dışı İşlemine Karşı Gerekçe Sunma ve Durumunu Yeniden İnceletme Hakkı.....	133
3. Avukat Yardımından Yararlanma Hakkı, Adli Yardım ve Tercüme Hizmetlerinden Yararlanma Hakkı	136
4. Sınır Dışı Etme Amacıyla Tutulma Halinde Güvenceler.....	138
5. Sınır Dışı İşleminin İcrası Sırasındaki Usûli Güvenceler	140
D. AİHS Sistemi Işığında Yetkili Makamların Değerlendirilmesi	141
E) Sınır Dışı Etme Usûlünün AİHM Kararlarında İncelenmesi	142
F. Türk Hukuku Bakımından Değerlendirme	173
SONUÇ.....	178
KAYNAKÇA	184
ÖZET.....	197
SUMMARY	198

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AK	: Avrupa Konseyi
ATAD	: Avrupa Toplulukları Adalet Divanı
BMMY	: Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği
bkz.	: bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
C.	: Cilt
ÇİK	: Cezaların İnfazı Hakkında Kanun
DHKDK	: Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun
dn.	: dipnot
E.	: Esas
Ed.	: Edition
İYUK	: İdari Yargılama Usul Kanunu
I.C.J.	: International Court of Justice
K.	: Karar
No.	: Numara
para.	: paragraf
PK	:Pasaport Kanunu
R.G.	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: sayfa
T.	: Tarih

TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TVK	: Türk Vatandaşlığı Kanunu
UAD	: Uluslararası Adalet Divanı
v.	: versus
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Vol.	: Volume
Y.	: Yıl
YİSHK	: Yabancıların Türkiye’de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun
YTCK	: Yeni Türk Ceza Kanunu
yy.	: yüzyıl

GİRİŞ

Uluslararası hukukta uygulama alanı bulan “devletin ülkesel egemenliği ilkesi” uyarınca, her devletin, yabancıların ülkesine girip giremeyeceğine veya ülkesinde ikamet edip edemeyeceğine tek başına karar verme yetkisi bulunduğu kabul edilmektedir. Yine devletin, güvenliğini ve kamu düzenini korumak amacıyla, hareketleri zararlı görülen yabancıları ülkesinden çıkarma yetkisinin mevcudiyeti de aynı ilkenin bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Sınır dışı etme olarak tanımlanan ve yabancıların kişi güvenliği ve seyahat özgürlüğü üzerinde ağır sonuçları olan bu yetkiyi kullanma konusunda devletlerin geniş bir takdir yetkisini muhafaza etmek istedikleri gözlenmektedir. Ancak çağdaş yaklaşım uyarınca devletlerin sınır dışı etme yetkisi sınırsız olmayıp, anılan yetkinin kullanılmasına iç hukuk kuralları ve uluslararası hukuk tarafından getirilmiş sınırlamalar bulunmaktadır. Devletin sınır dışı etme yetkisini sınırlayan kuralların önemli ölçüde insan hakları perspektifinde geliştiği gözlenmektedir. İnsan haklarının, sınır dışı etme nedenlerinin ve sınır dışı etmede izlenecek usûlün belirlenmesinin yanı sıra, konuya ilişkin kuramsal tartışmalarda, sınır dışı edebilecek kişilerin tespitini dahi etkileyecek şekilde ele alındığı görülmektedir.

Ülkemizin 1954'ten beri taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)¹ Anayasamızın doksanıncı maddesi uyarınca iç hukukumuzun bir parçasıdır ve esasen iç hukuk kurallarımız ile Sözleşme hükümleri arasında uyumsuzluk bulunduğu AİHS hükümlerinin öncelikle uygulanması gerekmektedir. Ayrıca, ülkemiz 1987 yılında Sözleşme'nin denetim mekanizmasına kişisel başvuru hakkını,

¹ Sözleşme metni için bkz. R.G. T. 19.03.1954, S. 8662.

1989 yılında ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) zorunlu yargı yetkisini kabul etmiştir. Bu çerçevede, Türkiye'ye karşı sözleşmeye aykırı davrandığı iddiası ile farklı konularda açılan pek çok dava ve bu davalar sonucunda verilen çok sayıda ihlâl kararı bulunmaktadır. Başka bir deyişle, AİHS'nin Türk hukuk sistemi üzerinde önemli etkileri bulunmaktadır. Bu çalışmanın amacı, yabancıların insan hakları ile yakından ilgili olan sınır dışı etme konusunun, AİHS'nin sınır dışı etmeye karşı güvence olarak sıklıkla kullanılan maddeleri (2, 3, 5, 6, 8, 13 ve 14. maddeler), Ek 4² ve Ek 7 No'lu³ Protokol'lerdeki düzenlemeler ve AİHM içtihatları çerçevesinde incelenmesi; bu inceleme neticesinde Türk hukukundaki düzenlemelerin AİHS'deki düzenlemeler ile ne derece uyumlu olduğunun belirlenmeye çalışılması ve bu bağlamda sınır dışı etmeye ilişkin olarak Türk mevzuatında yapılabilecek değişiklikler konusunda önerilere ulaşılmasıdır. Nitekim, "İltica ve Göç Alanındaki Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Eylem Planı" kapsamında, AB müktesebatına uyum amacıyla Türkiye'nin yabancılar, göç ve iltica mevzuatında değişiklikler yapılması gerekmektedir⁴.

Bu çerçevede, işbu çalışmanın Birinci Bölüm'ünde öncelikle sınır dışı etme kavramı genel olarak incelenecek ve müteakiben sınır dışı etme konusunun

² Ek 4 No'lu Protokol metni için bkz. R.G. T. 26.02.1994, S. 21861.

³ Ek 7 No'lu Protokol'ün İngilizce metni için bkz.

<http://www.conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/117.htm> (son erişim tarihi 15.02.2011).

⁴ Bu konudaki çalışmalar sonucunda hazırlanan ve 25.01.2011 tarihinde açıklanan "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısı Taslağı" başlıklı son metin için bkz. <http://www.multeci.org.tr/index.php/haberler/47-duyurular/222-yabanclar-ve-uluslararası-koruma-kanunu-tasars-tasla> (son erişim tarihi 28.03.2011).

uluslararası düzeyde ele alınışı, bu konuda genel kabul gören ve çoğunlukla insan hakları hukukunun etkisiyle gelişen ilkelerden hareketle izah edilmeye çalışılacaktır. Bu inceleme yapılırken, asıl konumuz olması münasebetiyle, mümkün olduğu ölçüde AİHS hükümleri ve AİHM içtihatları ile anılan ilkeler arasında bağlantılar kurulmasına ve AİHM içtihatlarından örnekler verilmesine de gayret edilecektir. Aynı Bölüm'de devamla, sınır dışı etmeye ilişkin Türk hukukundaki düzenlemeler ele alınacaktır. Çalışmamızın İkinci Bölüm'ünde ise, bölgesel ölçekte de olsa günümüzdeki en etkili insan hakları koruma mekanizmasını kurmuş olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde, sınır dışı etmenin düzenlenme şekli, Ek Protokoller ve AİHM içtihatları da dikkate alınarak incelenecektir. Bu incelemeler neticesinde, zaman zaman eleştirilere hedef olan Türk hukukundaki düzenlemelerin AİHS ve AİHM içtihatları ile ne ölçüde uyumlu olduğu tespit edilmeye çalışılacak ve Türk mevzuatı bakımından yapılabilecek değişiklikler konusunda çözüm önerileri sunulmasına çaba gösterilecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

SINIR DIŞI ETME İŞLEMİNİN GENEL ÖZELLİKLERİ, ULUSLARARASI HUKUKTA VE TÜRK HUKUNUNDA ELE ALINIŞI

I. GENEL OLARAK SINIR DIŞI ETME İŞLEMİ

A. Tanımı ve Tarihsel Gelişimi

Sınır dışı etme, bir kişiyi kendi isteği dışında ülke toprakları dışına çıkarmayı amaçlayan idari veya hukuki prosedür olarak tanımlanabilecektir⁵. Diğer bir tanıma göre ise, sınır dışı etme, devletin güvenliğini ve kamu düzenini korumak amacıyla, hareketleri zararlı görölen yabancıları ülkesinden çıkarma yetkisidir⁶. Türk hukuk sistemi açısından ise sınır dışı etme, Türk makamlarının milli hukuk kurallarına dayanarak aldıkları tek yanlı ve kısmen takdiri işleme, ülkede bulunması zararlı görölen yabancıyı ülke sınırları dışında herhangi bir yere göndermesi olarak tanımlanabilir⁷.

Devletlerin sınır dışı etme yetkisi önceleri mutlak bir hak olarak görölmüş, hatta vatandaşları da içerecek şekilde uygulanmıştır. Uluslararası hukuktaki gelişmelerin, özellikle insan hakları hukukundaki gelişmelerin etkisiyle, devletlerin sınır dışı etme yetkisi önemli maddi ve şekli esaslara bağlanmışsa da, sınır dışı etme

⁵ Glossary on Migration, International Organization for Migration, Geneva, 2004, s. 22.

⁶ AYBAY, Rona; Yabancılar Hukuku, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2007, s. 252 (Yabancılar).

⁷ DARDAĞAN, Esra Gül; Yabancılar Hukuku Açısından Sınırdışı Etme, Yüksek Lisans Tezi Çoğaltılmış Nüsha, Ankara, 1993, s. 16.

devletlerin kendisini korumak için başvurabileceği meşru bir araç olarak kabul görmeye devam etmektedir. Nitekim, devletlerin menfaatleri ile bağdaşmayan davranışlarda bulunan yabancıları sınır dışı etme hakkı tarihin hiçbir devrinde ikili veya çok taraflı sözleşmelerle engellenmemiştir. Bu hak devletlerin ülkeleri üzerindeki hakimiyetlerinin bir sonucu olarak kabul edilmiştir⁸.

Sınır dışı etmenin kökleri çok eski çağlara kadar uzanmaktadır. M.Ö. 542 yılında Sasani Pers Kralı I. Khosrau'nun, yeni kurulan Ctesiphon adlı Pers şehrine, köleler, vatandaşlar ve yeni fethedilen yerlerde yaşayanlardan oluşan 292.000 kişiyi gönderdiği bilinmektedir.⁹ Aynı şekilde İngiltere de, 1730'lardan önce, din karşıtlarını ve suçluları büyük gruplar halinde Amerika'ya göndermiştir¹⁰. Ayrıca, 5 Eylül 1792 tarihli Fransız İhtilali kararnamelelerinde de toplu sınır dışı etmeye ilişkin hükümler yer almıştır. Osmanlı İmparatorluğu Döneminde de sınır dışı etme işlemi uygulanmış olup, buna ilişkin düzenlemeler Osmanlı mevzuatında yer almıştır. Örneğin, 26 Nisan 1325 tarihli Serseri ve Mazannaisu Eşhas Hakkında Kanununun 18. maddesinde, serseri ve şüpheli olan yabancıların ceza mahkûmiyetleri icra edildikten sonra yetkili kişilerce Memaliki Osmaniye'den tart ve ihraç olunacakları

⁸ ÇELİKEL, Aysel / GELGEL (ÖZTEKİN), Günseli; Yabancılar Hukuku, Yenilenmiş 16. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2009, s. 97.

⁹ CHRISTENSEN, Peter; The Decline of Iranshahr: Irrigation and Environments in the History of the Middle East, 500 B.C. to A.D. 1500, Museum Tusulanum Press-University of Copenhagen, Odense, 1993, s. 47.

¹⁰ DANIELS, Rodger; Coming to America: A History of Immigration and Ethnicity in American Life, Harper Collins Publishers, New York, 2002, s. 59.

düzenlenmiştir.¹¹ 1876 Kanun-u Esasisi'nin 113. maddesi ise Padişaha, 'hükümetin emniyetini ihlâl eden' uyrukları ülke dışına sürgüne gönderme yetkisi tanımıştır¹². İlerleyen bölümlerde de inceleneceği üzere, vatandaşları da içerecek şekilde uygulanabilen geçmiş dönemlerdeki ülkeden çıkarma yetkisine ilişkin düzenlemelerin aksine, günümüzde sadece yabancı gerçek kişilerin sınır dışı etme işlemine konu olabileceği kabul edilmektedir. Çağdaş yaklaşım uyarınca, devletin kendi bekası ve güvenliği için tehlikeli bulunduğu yabancıyı sınır dışı edebileceği kabul edilmekte, fakat bu sınır dışı etmenin çağdaş devletler arasında kabul gören uluslararası standartlara ve uluslararası antlaşmalara aykırı olmaması gerekmektedir.

B. Sınır Dışı Etme İşleminin Niteliği

Sınır dışı etme, devletlerin, ülke güvenliğini ve kamu düzenini korumak amacıyla davranışları tehlikeli görülen yabancıları ülkeden çıkarmak için yararlandıkları bir araç ve vazgeçmek istemedikleri bir yetki olarak kendini göstermektedir¹³. Sınır dışı etme kavramını yargısal bir tedbir olarak kabul eden hukuk sistemleri olduğu gibi, idari tedbir olarak düzenleyen sistemler de bulunmaktadır¹⁴.

¹¹ SEVİĞ, Muammer Raşit / SEVİĞ, Vedat Raşit; Devletler Hususi Hukuku (Yabancıların Hukuki Durumu), 2.Cilt, 4.Baskı, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1970, s.82.

¹² AYBAY, Yabancılar, s.252.

¹³ AYBAY, Yabancılar, s. 252.

¹⁴ ALTUĞ, Yılmaz; Yabancıların Hukuki Durumu, 4. Baskı, Menteş Matbaası, İstanbul, 1971, s. 129.

Devletlerin sınır dışı etme işlemine başvurmasının temel dayanağı genel güvenliği veya kamu düzenini korumak olduğundan, sınır dışı etmeyi bir kolluk tedbiri olarak nitelendiren görüşler ağırlıktadır. Nitekim, kamu gücünün düzeni sağlamak ve korumak amacına yönelik faaliyetleri kolluk faaliyeti olarak adlandırılmaktadır¹⁵. Kolluk yetkilerini kullanan makamlar da, “*idari kolluk*” ve “*adli kolluk*” olarak ikiye ayrılmaktadır. “*İdari kolluk*”, kamu düzeni ile yakından ilgili olan kolluk türü olup, herhangi bir suçun oluşup oluşmadığından bağımsız şekilde, kamu düzenini korumak amacına yönelik olarak çalışmaktadır. İdari kolluğun amacı, toplumda suç işlenmesini ve kamu düzeninin bozulmasını önlemektir. Bu bağlamda, idari kolluğa “*önleyici zabıta*” adı da verilmektedir. Oysa, “*adli kolluk*”, bir suç işlendiği zaman, sanıkların yakalanması ve cezalandırılmalarını sağlama amacıyla devreye girmektedir. Başka bir deyişle, adli kolluk kamu düzeni bozulduktan sonra faaliyet göstermektedir. Günlük yaşamda bireylerin haklarına en sık müdahale idari kolluk faaliyetleriyle yapılmaktadır. Yabancıların sınır dışı edilmesi, ikamet ve seyahat özgürlüğünü sınırlayan nedenlerden veya araçlardan biridir ve geleneksel olarak önleyici tedbir niteliğinde idari kolluk faaliyeti olarak tanımlanabilir¹⁶.

C. Sınır Dışı Etmenin Benzer Müesseselerden Farkı

Uygulandığı şahıslar ve yarattığı sonuçlar itibarıyla sınır dışı etmeye ilk bakışta benzeyen ve bu nedenle sınır dışı etme ile karıştırılma riski bulunan iki

¹⁵ GÜNDAY, Metin; İdare Hukuku, 7. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2004, s.195.

¹⁶ DARDAĞAN, s.72.

müessese ‘suçluların geri verilmesi’ ve ‘geri çevirme’dir. Anılan iki müessese ile sınır dışı etme arasındaki farklar çalışmamızın bu bölümünde kısaca irdelenecektir.

1. Suçluların Geri Verilmesi

Suçluların geri verilmesi, bulunduğu ülkede suç işledikten sonra, cezadan kurtulmak için, kaçarak başka bir ülkede yaşamını sürdürmek isteyen kişilerin, işledikleri suçların yanlarına kalmaması düşüncesinden doğmuştur¹⁷. Nitekim, suçluların yargılanmasında öncelikle ilgili devletlerin, sonra ise uluslararası toplumun çıkarı bulunduğu kabul edilmektedir. İşte bu çıkarın gerçekleşebilmesi, ilgili devletler arasında işbirliğinin sağlanması ve suç işlemiş kişinin yargılanması ya da mahkûm olduğu cezayı çekmesi için, ülkesinde bulunduğu devletçe, istemde bulunan devlete verilmesine, suçluların geri verilmesi denir¹⁸. Bu kurum, devletlerarası ceza hukukunun karşılıklı yardım araçlarından en önemlisini oluşturur¹⁹.

Bir ülkede işlediği bir suçtan dolayı sanık olan bir yabancının, isteyen devlete geri verilip verilmeyeceği bir yandan iç hukuk, öte yandan uluslararası sözleşmelerle düzenlenmiştir²⁰. Suçluların geri verilmesini düzenleyen çok sayıda ikili ve çok taraflı uluslararası sözleşme bulunmaktadır. Suçluların geri verilmesi konusunda ülkelerin iç hukuklarına bakıldığında, geri verme konusunda hükümeti yetkili kılan

¹⁷ HAFIZOĞULLARI, Zeki; ‘Suçluların Geri Verilmesi’,

<http://www.abchukuk.com/cezahukuku/suclularin-iadesi.html> (son erişim tarihi: 22.01.2011).

¹⁸ AYBAY, Yabancılar, s. 277.

¹⁹ ÖZGEN, Eralp; Suçluların Geri Verilmesi, Ajans-Türk Matbaası, Ankara, 1962, s. 4.

²⁰ ÇELİKEL / (ÖZTEKİN) GELGEL, s. 115.

sistemler, yargıyı yetkili kılan sistemler ve bazı işlemleri yargının, bazı işlemleri ise hükümetin yerine getirdiği karma sistemler bulunduğu görülmektedir. Suçlunun geri verilmesinde en iyi sistemin, failin ve fiilin niteliğini mahkemenin belirlediği, geri verme kararını hükümetin aldığı karma sistem olduğu kabul edilmektedir²¹

Suçluların geri verilmesi ile sınır dışı etmenin en önemli benzerliği her iki müessesenin de yabancılara uygulanabilmesi ve kişinin iradesi dışında bulunduğu ülkeden başka bir yere gitmek durumunda kalmasıdır. Ayrıca, her iki işleme ilişkin kararların alınması sırasında belli insan hakları standartlarının dikkate alınması gerekmektedir. Öte yandan, suçluların geri verilmesi ile sınır dışı etme işlemi arasında görünüşte bulunan benzerliklere karşın, hukuksal nitelik ve amaç bakımından bu iki işlem birbirinden çok farklıdır²². Nitekim, suçluların geri verilmesi kurumu devletlerarası dayanışmaya dayanan, yargısal özelliği bulunan bir devletler hukuku işlemiyken, sınır dışı etme bir iç hukuk işlemidir²³. Yine suçluların geri verilmesi müessesesi, bir devletin talep diğer devletin kabul etme gereksinimi olduğu için iki taraflı bir işlem niteliğine sahipken; sınır dışı etme müessesesi bir devletin gerektiğinde tek başına karar alması ile sonuç doğurur²⁴.

²¹ HAFIZOĞULLARI, s. 2.

²² AYBAY, Yabancılar, s. 253.

²³ KARAKURUMER, Alkın; Yabancıların Sınırdışı Edilmesi, Yüksek Lisans Tezi Çoğaltılmış Nüsha, Ankara, 2007, s. 8.

²⁴ ULUGÖL, Haluk; Suçluların Geri Verilmesi ve Siyasi Suç, Ankara, Adil Yayınevi, 2002, s.4-5.

2. Geri Çevirme

Bir yabancıyı ülkeden sınır dışı etmeye göre daha az resmi şekilde yollamak ve sınırdan içeri almamak usûlü olarak da nitelendirilebilecek olan “geri çevirme”, Türk yabancılar hukukunda ayrıntılı olarak düzenlenmemiştir²⁵. Geri çevirme ile ilgili hükümlere Pasaport Kanunu’nda rastlanmaktadır. Anılan Kanun’un 4. maddesine göre, “Pasaportsuz, vesikasız veya usûlüne uygun veya muteber olmayan pasaport veya vesikalar ile Türkiye sınırlarına gelen yabancılar geri çevrilirler”. Benzer bir düzenlemenin, vesikasız veya muteber olmayan vesikalarla gelen, Türk vatandaşı olduğunu iddia eden ancak bunu başka şekilde ispat edemeyen kişiler bakımından da geçerli olacağı Pasaport Kanunu’nun 3. maddesinden anlaşılmaktadır. Ayrıca, Pasaport Kanunu’nun 8. maddesinde, Türkiye’nin genel güvenliğini ve kamu düzenini korumak amacıyla bazı yabancıların Türkiye’ye girmeleri yasaklanmıştır. Dolayısıyla, 8. madde kapsamına giren yabancı kişinin sınırdan geri çevrilmesi gerekecektir. Geri çevirme ile sınır dışı etme arasındaki en önemli fark, sınır dışı etmenin ülkeye fiilen giren ve ülkede bulunan yabancılara uygulanan bir işlem olmasına karşın, geri çevirmenin henüz ülke sınırlarından içeriye girmemiş olan yabancılara uygulanan bir işlem olmasıdır. Sınır kapısına geçerli bir pasaport veya pasaport yerine geçen belge olmadan gelen veya ülkeye girişi yasak olan yabancının geri çevrilmesi, bu kişinin sınır dışı edilmesi demek değildir. Çünkü kişi henüz Türkiye sınırlarından içeri girmemiştir.

Öte yandan, geri çevrilmesi gereken bir yabancının her nasılsa Türkiye sınırlarından içeri girmesi veya Türkiye sınırlarından yasal olarak giriş yapmış ancak

²⁵ ALTUĞ, s. 150.

daha sonra kendilerine tanınan yasal süreler içerisinde ülkeden ayrılmayarak ve ikamet tezkeresi almayarak vize ihlâli yapmış olması halinde uygulanacak işlemin niteliği konusunda açıklık bulunmamaktadır²⁶. Esasen Pasaport Kanunu'nun 34. maddesinde, Türkiye sınırlarından her nasılsa pasaportsuz giriş yapmış olan yabancıların para cezalarını ödedikten sonra sınır dışı edileceği açıkça düzenlenmiştir. Öte yandan bu düzenlemeyi eleştiren, sınır dışı etmenin Türkiye'de usûlüne göre oturan ve bulunan yabancı kişilere uygulanması gerektiğini, Türkiye'de yasal olarak bulunmayan kişilerin sınır dışı edilmesinden değil, geri çevirme ile aynı anlam ve nitelikte sayılması gereken 'yurttan çıkarılmasından' söz edilebileceğini ileri süren görüşler bulunmaktadır.²⁷ Uygulamada, vize ihlâli yapan yabancıların ülkeden çıkışı polisçe sağlanmakta ve bu konudaki gerekli bilgi ve belgeler İçişleri Bakanlığına gönderilmektedir²⁸.

Çalışmamızın konusu olan AİHS çerçevesinde de bir ülkede yasal olarak ikamet edenlerin, sınır dışı etmeye karşı daha fazla güvenceden yararlanmasının düzenlendiği görülmektedir. Bu bağlamda, ülkede yasal olarak bulunmayan yabancıların sınır dışı etmeye göre daha az resmi işlemle ülke dışına çıkarılmasının doğal olduğu düşünülmektedir.

²⁶ “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısı Taslağı”nda ülkeye usule aykırı giriş, ülkede usule aykırı ikamet sınır dışı etme nedenleri arasında sayılmıştır. Bununla birlikte, bu durumlarda sınır dışı işleminin uygulanması çok isabetli olmayabilir.

²⁷ DURAN, Lütfi; “Yabancıların Türkiye'den Sınırdışı Edilmesi”, İnsan Hakları Yıllığı, Sayı 2, 1980-82, s. 4.

²⁸ ÇİÇEKLİ, Bülent; Yabancılar Hukuku, Seçkin Yayınevi, Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Ankara, 2009, s. 161.

Sınır dışı etme ve geri çevirmenin farkı bağlamında, somut durumlar dikkate alınarak doktrinde ifade edilen görüŐlere göre, bir devletin ülkesinde bulunan ve ikamet izni süresi sona ermiŐ olan yabancının uzatma talebinin reddedilmesi bir anlamda yeni bir ikamet izni verilmemesi sayılacağından, sınır dışı etme işlemi olarak kabul edilemez²⁹. Benzer Şekilde, bir ülkede izinsiz kalabileceği süre sona eren yabancının ikamet tezkeresi almak için yaptėı başvurunun geri çevrilmesi durumunda ülkeyi terk etmesi gerekiyorsa, sınır dışı edilmesi sözkonusu olmaz. Çünkü, sınır dışı etme işleminin belirgin özelliği olan idari tedbir uygulanması hali burada bulunmamaktadır³⁰. Bununla birlikte, ikamet izni yenilenmeyen veya ikamet izni verilmeyen bu kişilerin ülkede kalmakta direnmesi halinde sınır dışı etme gündeme gelebilecektir. Türkiye ile vatandaşı olduğu devlet arasındaki ikamet ve seyahat antlaŐması süresinin bitmesi ve bu sürenin uzatılmaması durumunda, ikamet tezkeresi süresi sona eren yabancıya sınır dışı etme işlemi uygulanmadan kendi iradesi ile Türkiye'den ayrılmıŐ bir kişi gözüyle bakılabilir ya da ilgili Türkiye'den çıkmaya davet edilerek sınır dışı edilebilir³¹.

²⁹ DARDAĞAN, s. 6.

³⁰ DURAN, s. 5.

³¹ DURAN, s. 18-19.

II. DEVLETLERİN YABANCILARI SINIR DIŞI ETME YETKİLERİNE ULUSLARARASI HUKUK TARAFINDAN GETİRİLEN SINIRLAMALAR

A. Geleneksel Sınırlamalar

Devletlerin yabancıları sınır dışı etme yetkilerine ilişkin sınırlamalar yüzyıllar içerisinde geliŐmiŐtir. 19. yüzyılda ve 20. yüzyılın baŐlarında sınır dışı etme yetkisi, (1) hakkın kötüye kullanılmasının yasaklanması, (2) iyi niyet ilkesi, (3) keyfi muamelenin yasaklanması ve (4) yabancılar muamele olarak sınıflandırılabilir olan genel standartlarla sınırlanmıŐtı. Sonraları ise özellikle insan hakları hukukunun etkisiyle bu sınırlamalar artmıŐ ve ayrıntı kazanmıŐtır. İnsan hakları hukuku perspektifinde gelişen bu sınırlamalar aşağıda ayrıca incelenecektir.

1. Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı

Hakkın kötüye kullanılması kavramı, bir devletin aslında meşru olan bir hakkını gayrimeŐru bir biçimde kullanması anlamına gelir³². Hakkın kötüye kullanılması doktrininin kökeni Roma hukukuna kadar uzanır³³. Hakkın kötüye kullanılmasının yasaklanması, hukuk kavramının içsel bir parçası olarak kabul

³² LAUTERPACHT, Hersch; *The Function of Law in the International Community*, Clarendon Press, Oxford, 1933, s. 298.

³³ KISS, Alexandre ; « Abuse of rights », *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 1, Elsevier Science Publishers, Amsterdam, 1992, s. 4-5.

edilmekle birlikte, bu kavramın ne derece uluslararası hukukun bir konusu olarak kabul edildiğine dair farklı görüşler mevcuttur³⁴.

Hakkın kötüye kullanılması kavramının uluslararası hukukta yeri olduğunu savunan yazarlar, bu kavrama uluslararası yargı ve tahkim usullerinde ve birçok ülkenin ulusal yargı sisteminde yer verildiğini vurgularlar³⁵. Bu kavramın uluslararası hukukta yeri olmadığını savunan yazarlar ise, ileri sürüldüğü hiçbir uluslararası davada bu ilkenin karara temel teşkil etmediğini belirtirler³⁶. Hakkın kötüye kullanılmasının yasaklanmasının uluslararası hukukun bir konusu olarak kabul edilmeye başlanması 20. yüzyılın sonlarını bulmuştur. Hakkın kötüye kullanılmasının yasaklanması kavramı ve bunun yabancıların sınır dışı edilmeleriyle ilintilendirilmesi şu şekilde tanımlanmıştır:

“Bir devletin bağımsızlığının sonucu olarak ülkesi ve o ülkede bulunan bireyler üzerinde sahip olduğu yetkilere yönelik bir kısıtlama da, bir devletin uluslararası hukuk kapsamında sahip olduğu bir hakkı ihlâl etmesinin yasaklanmasıdır. Hakların bu şekilde ihlâli, bir devletin sahip olduğu bir hakkı, kendi lehine meşru bir açıklamayla haklı çıkaramayacağı bir şekilde, başka bir devlete zarar verecek, keyfî bir şekilde kullandığında ortaya çıkar. Nitekim, uluslararası

³⁴ KISS, s. 5.

³⁵ LAUTERPACHT, s. 298.

³⁶ BROWNLIE, Ian; Principles of Public International Law, 6th ed., Oxford University Press, Oxford, 2003, s. 429-430; KISS, s. 6.

mahkemeler, yabancıların keyfi sınır dışı edilmelerinden devletleri sorumlu tutabilmektedirler.”³⁷

Bir devletin yabancıları sınır dışı etme hakkı, hukuki bir hakkın, hukuka aykırı şekilde etkili kılınmasıyla doğan « hakkı kötüye kullanma eylemine » en sık gösterilen örneklerdendir. Esasen hakkın kötüye kullanılması doktrini henüz ortada yokken dahi, uluslararası mahkemeler bu doktrini özü itibariyle bazı davalarda uygulamışlardır³⁸. Yabancıların sınır dışı edilmelerinin kabul eden devletin mutlak takdirinde olduğu görüşü uzun süre geçerliliğini korumuştur. Nitekim, örneğin Oppenheim, bir devletin her yabancıyı kendi takdirine göre sınır dışı edebileceğini ve bir yabancı hakkı gerekçe olmadan sınır dışı edilmesinin hukuki bir yanlış teşkil etmeyeceğini belirtmiştir³⁹. Bununla birlikte, bu görüşün, hatalı ve ayrımcı sınır dışı uygulamaları hakkında sıkça başvuru uluslararası mahkemeler tarafından teyit edildiği örnekler bulmak zordur. Uluslararası mahkemeler, davaların bir çoğunda devletin sınır dışı etme yetkisini genel olarak kabul ederlerken, aynı zamanda bu yetkinin sınırlarına, esas veya usul açısından vurgu yaparlar. Anılan kararların dikkat çeken özelliği, oturma ve çalışma izni verildikten sonra bir yabancı hakkı gerekçe gösterilmeksizin sınır dışı edilmesinin, devletin tartışmasız yasal bir yetkisi olarak kabul edilen sınır dışı etme hakkının, tazminatın da talep edilebileceği bir

³⁷ JENNINGS, Robert / WATTS, A.; Oppenheim's International Law, 9th Ed., Vol. I – Peace, 1996, s. 407.

³⁸ LAUTERPACHT, s. 289.

³⁹ LAUTERPACHT, s. 289.

hakkın kötüye kullanılması haline dönüşebildiğini göstermeleridir⁴⁰. Bu bağlamda, hakkın kötüye kullanılması yasağı, sınır dışı edilmeye dair kısıtlamaların belirlenmesinde yararlı bir kılavuz teşkil edecektir.

2. İyi Niyet İlkesi

Hakkın kötüye kullanılmaması ilkesi ile de yakından ilişkili olan iyi niyet ilkesi, bir devletin sorumluluklarını ve haklarını, amaç ve hedefleriyle tutarlı bir şekilde; makul, adil ve dürüst bir yaklaşımla yerine getirmesi gerekliliği olarak tanımlanabilir⁴¹. İyi niyet ilkesi uluslararası hukukun yerleşik bir kavramdır ve bir devletin uluslararası hukuk çerçevesinde sahip olduğu haklara ve yükümlülüklerine genel olarak uyarlanabilir. Birleşmiş Milletler Şartı'nın⁴² 2. paragrafının 2. maddesi ve diğer bazı uluslararası antlaşmalar⁴³ ve belgeler iyi niyet ilkesine özel atıfta bulunur.

Uluslararası Adalet Divanı (UAD) da birçok kararında iyi niyet ilkesine atıfta bulunmuş ve uluslararası hukukun yerleşik bir ilkesi olduğunu tanımıştır. “*Nükleer*

⁴⁰ LAUTERPACHT, s. 289.

⁴¹ CHENG, Bin; *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Grotius Publications Limited, Cambridge, 1987, s. 105; D'AMATO, Anthony ; “Good Faith”, *Encyclopedia of Public International Law*, Elsevier Science Publishers, Vol. 2, Amsterdam, 1995, s. 599-601.

⁴² United Nations, *Charter of the United Nations*, 1945, 1 UNTS XVI, <http://www.un.org/en/documents/charter/index.shtml> (son erişim tarihi 20.01.2010).

⁴³ Örneğin 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 26, 31, 46, 69. maddeleri ve 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin 105, 157, 300. maddeleri.

Denemeler”⁴⁴ davasında mahkeme, tüm yasal yükümlülüklerin icrasında iyi niyet ilkesinin temel bir ilke olarak önemine atıfta bulunmuştur.

“Sınırdaki ve Sınıraşan Silahlı Eylemler”⁴⁵ davasında ise mahkeme, iyi niyet ilkesinin önemine atıfta bulunduktan sonra “başka bir yükümlülüğün bulunmadığı hallerde, iyi niyet ilkesinin kendi başına bir yükümlülük kaynağı olamayacağını” bildirmiştir.

İyi niyet ilkesi, bir devletin yabancıları sınır dışı etme hakkını kullanırken çeşitli şekillerde uygulama alanı bulabilir. İlk olarak, iyi niyet ilkesi, bir devletin yabancıları sınır dışı ederken gerekçelendirme ve geçerli sebep gösterme gerekliliğini ortaya koyar⁴⁶.

İkinci olarak, iyi niyet ilkesi, bir devletin sınır dışı etme hakkını, kendi çıkarlarıyla çelişen yabancıları sınır dışı etme haricinde, başka bir amaç veya sebeple kullanmasını yasaklar⁴⁷. Nitekim, 1892 yılında Uluslararası Hukuk Enstitüsü'nün (Institut de Droit International) kabul ettiği “Yabancıların Ülkeye Kabulü ve Sınır Dışı Edilmelerine İlişkin Uluslararası Kurallar'da (*Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers*) da sınır dışı etme eyleminin, kişisel çıkarlar, meşru rekabeti önlemek ve haklı talebi engellemek gibi esas amaç

⁴⁴ Nuclear Tests (Australia v. France), 20 Aralık 1974 tarihli karar, I.C.J. Reports 1974, s. 268.

⁴⁵ Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras), 20 Aralık 1988 tarihli karar, I.C.J. Reports 1988, s. 69.

⁴⁶ CHENG, s. 133-134.

⁴⁷ BROWNLIE, 499; CHENG, s. 36.

haricindeki sebeplerle gerçekleştirilmesi halinde hukuka aykırı sayılacağı kabul edilmiştir⁴⁸.

Üçüncü olarak, iyi niyet ilkesi, bir devletin bir yabancıyı sınır dışı edip etmeyeceğine karar vermesinde belirleyici olabilir. İyi niyet ilkesi ve meşru şekilde sınır dışı etme, bireyin, temel insan hakları, ailesi, mülkiyeti, bulunduğu ülkeyle diğer bağları ve haklı beklentileri de dahil olmak üzere, kişisel çıkarlarının da dikkate alınmasını öngörür. “Kamu düzeni ” iddialarının karşısında tüm bu kişisel unsurlar yer alır ve devlet ile bireyin çatışan çıkarları arasındaki dengenin gözetilmesi gerekir⁴⁹.

Dördüncü olarak, iyi niyet ilkesi, sınır dışı etme olaylarında usule ilişkin güvenceler ve sınır dışı etme kararının uygulanmasında göz önünde bulundurulur. “Conka Davası”nda⁵⁰, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin önüne, bir devletin (Belçika) bir grup yabancıyı planlı olarak sınır dışı etmek için yürüttüğü operasyonun etkinliğini güvence altına almak için, yabancılara yapılan bir bildirim maksadına ilişkin kasten yanıltıcı bilgi verdiği bir durum getirilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde inceleme yaparak karar alan Mahkeme, böyle bir tutumun

⁴⁸ Règles internationales sur l’admission et l’expulsion des étrangers, Institut de Droit international, session de Genève, 1892, Résolution du 9 septembre 1892, m. 14; www.idiil.org/idiF/resolutionsF/1892_gen_01_fr.pdf adresinden ulaşılabilir (son erişim tarihi: 22.01.2011).

⁴⁹ GOODWIN-GILL, Guy S; *International Law and the Movement of Persons between States*, Clarendon Press, Oxford, 1978, s. 262 (Movement of Persons).

⁵⁰ Conka v. Belgium kararının olay detayları için bkz. s. 117-118.

özgürlük ve güvenlik hakkının korunmasına ilişkin 5. maddeyle çeliştiğine karar vermiştir. Anılan kararda Mahkeme şunu ifade etmiştir:

“... bir ülkede kendisine tanınan süreden fazla kalan yabancılar için dahi, yetkili makamların, yabancıları sınır dışı etme operasyonlarının etkinliğini sağlamak veya arttırmak için, yabancılara yapılan bildirim maksadıyla ilgili olarak kasten yanıltıcı bilgi vermesi 5. maddeye uygun değildir”⁵¹.

3. Keyfi Muamelenin Yasaklanması

Keyfi muamelenin yasaklanması geniş takdir yetkisi içeren hakların sınırlandırılmasında önemli bir araçtır. UAD bir devletin keyfi muamelesini, “normal usûlün bilinçli olarak gözardı edilmesi” ve “hukuka uygunluk algılamasının ortadan kalktığı durum” olarak tanımlamıştır⁵². Keyfi muamele yasağının, devletlerin yabancıları sınır dışı etme hakkına kısıtlama getirdiği yaygın kabul görmektedir⁵³. Her ne kadar keyfi sınır dışı etmenin yasaklanması uluslararası hukukta yerleşmiş ise de, devletlerin hangi tür davranışlarının sınır dışı etme işleminin keyfi olarak nitelendirilmesine neden olacağı konusunda kesinlik bulunmamaktadır.

Bir devletin keyfi muamelesi, bir kişinin sınır dışı edilmesinin gerekip gerekmediğinin değerlendirilmesi aşamasında, sınır dışı etme kararının alınmasında izlenecek usule ilişkin olarak veya sınır dışı etme kararının uygulanması sırasında ortaya çıkabilir.

⁵¹ Conka v. Belgium kararı, 5 Şubat 2002, Başvuru Numarası: 51564/99.

⁵² Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States v. Italy), Judgment, I.C.J. Report 1989, s. 65.

⁵³ CHENG, s. 36.

Sınır dışı etme konusunda devletlerin haiz olduğu takdir yetkisi, sınır dışı etme işlemindeki olası keyfî tutumu ortaya koymayı güçleştirecektir. Bu bağlamda, ABD ile İran arasındaki bir anlaşma uyarınca İran’da uzun süre ikamet eden, ancak İran İslam Devrimi ertesinde, sınır dışı edilmesini gerektirecek haklı bir neden bulunmadığı halde yeni yönetimin politikaları nedeniyle keyfî olarak sınır dışı edildiğini iddia eden Rankin tarafından açılan “Rankin v. İran İslam Cumhuriyeti” davasında⁵⁴, İran-ABD Tazminat Mahkemesi, keyfî şekilde sınır dışı etmenin hukuka aykırılığını kabul etmekle birlikte, ispat yükünün bunu iddia edende olduğunu bildirmiştir. Söz konusu davada mahkeme, sınır dışı etmenin hukuka aykırılığını, bir başka deyişle, bu eylemin keyfî, ayrımcı olduğunu veya sınır dışı eden devletin taraf olduğu sözleşmelerden doğan yükümlülüklerini ihlâl ettiğini kanıtlamanın iddia edenin yükümlülüğünde olduğunu belirterek, inceleme konusu olayda keyfiliğin ispatlanamadığına hükmetmiştir.

Genellikle bir devletin sınır dışı etme işlemine ilişkin gerekçe gösterememesinin, işlemin keyfiliğine işaret ettiği kabul edilmektedir. Ayrıca, Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi de, suçluların iadesine ilişkin bir talep yapılmasının uygun olacağı durumlarda sınır dışı etme yoluna başvurulmasını keyfî sınır dışı etme olarak nitelendirmiştir⁵⁵.

⁵⁴ Rankin v. İran İslam Cumhuriyeti, İran-ABD Tazminat Mahkemesi, 3 Kasım 1987 tarihli karar, Iran-United States Claims Tribunal Reports, Vol. 17, s. 135-152.

⁵⁵ Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi, Suçluların iadesine ilişkin 950 (1982) sayılı Tavsiye Kararı, 1 Ekim 1982.

Devletin sınır dışı etme işlemine ilişkin gerekçe göstermesi halinde, bu gerekçenin ve ona ilişkin kanıtların incelenmesi, özellikle milli güvenlikle ilgili gerekçeler ileri sürüldüğünde, muhtemelen gerekçenin keyfîlik iddialarını ilk bakışta gidermeye yeterli olup olmadığı ile sınırlı olacaktır⁵⁶.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “C. v. Belçika”⁵⁷ davasında keyfî sınır dışı etmenin yasaklanmasını aile hayatının korunması ile ilgili AİHS’nin 8. maddesi ile ilintili olarak incelemiştir. Anılan davada, işlediği iki suçtan dolayı sınır dışı edilmesine karar verilen Fas vatandaşı C., Belçika’nın AİHS’nin aile hakkı ile ilgili 8. maddesi ve ayrımcılık yasağı ile ilgili 14. maddesini ihlâl ettiği gerekçesiyle AİHM’ye başvurmuştur. Söz konusu davada mahkeme, C’nin Belçika’daki ailesinin, babasının ölümü, Belçika vatandaşı olan iki kız kardeşinin Lüksemburg’da yaşamaya başlaması ile dağıldığını, C’nin işlemiş olduğu suçlar dikkate alındığında Belçika kamu düzeni için tehlike teşkil ettiğini, ayrıca C’nin boşanmış olmakla birlikte Faslı bir kadınla evlenmiş olması ile konuştuğu dillerin onun Fas ile bağlarının devam ettiğini gösterdiğini dikkate alarak 8. maddenin ihlâl edilmediğine karar vermiştir. Mahkemenin kararında “Belçika makamlarının keyfî veya makul olmayan bir şekilde hareket ettiğini, veya ilgili çıkarlar arasında adil bir denge kurmakta başarılı olamadığını gösterecek herhangi bir hususun bulunmadığı, dolayısıyla başvuru sahibinin sınır dışı edilmesinin amaç ile orantısız veya haksız olduğunun söylenemeyeceği” ifade edilmiştir.

⁵⁶ JENNINGS / WATTS, s. 443-444.

⁵⁷ C. v. Belgium kararı, 7 Ağustos 1996, Başvuru Numarası: 21794/93.

4. Yabancılara Yönelik Muamele

Devlet kavramının ortaya çıktığı tarihin eski dönemlerinden beri, her devletin ülkesi üzerinde, bazı yabancıların yaşadıkları görülmüş ve bu insanların hangi haklardan, ne ölçüde yararlanabileceklerinin belirlenmesine çalışılmıştır⁵⁸. Yabancılara yönelik muameleye ilişkin genel standartlar, ilk olarak yabancıların mallarının müsadere edilmesi ve millileştirilmesine tepki şeklinde ortaya çıkmıştır. Uluslararası hukukun konuları arasında yer alan yabancılara yönelik muamele hususu, teoride ve uygulamada yüzyıllar içerisinde birçok değişikliğe uğramıştır. 20. yüzyılın başlarından itibaren yabancılara yönelik muamele konusu, ulusal standart ve uluslararası asgari standart olarak tanımlanan ve ciddi tartışmalara yol açan iki farklı teorinin öznesi haline gelmiştir. Özellikle gelişmiş devletler, bir devletin kendi vatandaşlarına nasıl davrandığından bağımsız olarak, yabancılara davranışlarında uyması gereken uluslararası asgarî standartların bulunduğunu savunmuşlardır. Buna karşın, çoğunluğunu geliştirmekte olan ülkelerin oluşturduğu ve ulusal standart olarak adlandırılan görüşü savunan grubun temsilcileri ise, yabancıların vatandaşların yararlandığından daha iyi koşullardan yararlanmasının mümkün olmadığını, bu çerçevede yabancıların ancak vatandaş ile aynı hukukî imkânlardan yararlanmayı talep edebileceğini savunmuşlardır⁵⁹. Bazı yazarlar, yabancıların bir devletin ülkesinde bulunmalarından dolayı ortaya çıkabilecek hukuki sorunların

⁵⁸ AYBAY, Rona ; “Yönetim Hukuku ve Yönetmelik Yargı Açısından “Yabancı”nın Konumu (İnsan Hakları Hukuku Açısından Bir Yaklaşım)”, Danıştay ve İdari Yargı Günü, 9 Mayıs 2003 Sempozyum, Ankara, 2004, s. 156 (“Yönetmelik Yargı Açısından Yabancı Konumu”).

⁵⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. HARRIS, J. David; Cases and Materials on International Law, Sweet and Maxwell, London, 1998, s. 520-623.

çözümlemesinde yetersiz kaldığı gerekçesiyle her iki teoriyi de eleştirmektedirler⁶⁰. Aşağıda daha ayrıntılı olarak incelenecek olan anılan teorilerin hakim olduğu dönemde, yabancıların maruz kaldıkları kötü muamelenin sonuçlarının giderilmesi konusunda gelişen kural ve uygulamalar, misilleme, diplomatik koruma ve yabancılara verilen zararlar karşısında devlet sorumluluğunu içermiştir. İnsan hakları hukukunun etkisiyle, bireysel başvuru mekanizmasının ortaya çıkması ancak 20. yy.'da mümkün olabilmektedir.

(a) Ulusal Muamele

17. yy. kadar erken bir zamanda, ikili ticaret anlaşmaları, yabancılara yönelik muamelenin vatandaşların maruz kaldığı muameleyle eşit olmasına temel teşkil ediyordu. Ulusal muamele standartlarına verilen destek, takip eden yüzyıllarda değişen seviyelerde devam etmiştir. Bu standardın ülkesel yetki ve eşitlik ilkelerine dayandığı anlaşılmaktadır. Ulusal muamele doktrini ve eşitlik doktrini yabancılara yönelik muamelenin kurallarını, medeni ve özel haklarıyla ilgili her konuda yabancıya tam eşit şekilde davrandığı andan itibaren devletin uluslararası yükümlülüklerinden serbest kaldığı şeklinde özetlemektedir. Bu teori, yabancının ikamet ettiği ülkedeki yasal düzenlemeleri kabul etme zorunluluğu ile sözkonusu düzenlemelerden kaynaklanan hak ve uygulamalardan o ülkenin vatandaşları ile aynı şekilde faydalandığı müddetçe, kendisinin veya tâbiyetinde bulunduğu devletin bu

⁶⁰ GOODWIN-GILL, Movement of Persons, s. 62.

kurallardan şikayetçi olma hakkının bulunmadığı temel varsayımından hareket etmektedir⁶¹.

Yabancılara yönelik muameleye ilişkin ulusal standart, bir ülkenin vatandaşlarının faydalandığı oy verme ve siyasi görevler üstlenme gibi hak ve imtiyazların tümünün yabancılar tarafından da kullanılabilceği anlamına gelmemektedir. Ayrıca yabancılara yönelik muameleye ilişkin ulusal standart, yabancılara yönelik muamele konusunda teamül hukuku ve sözleşmeler hukuku çerçevesinde uluslararası hukuktan doğan belirli yükümlülükleri reddetmemektedir⁶².

(b) Uluslararası Asgari Standart

Yabancılara yönelik muamele konusunda uluslararası asgari standart kavramı 19. yy.'da kabul görmüş, ancak hangi hakların uluslararası asgari standardı oluşturduğu hususu yüzyıllar içinde değişiklik göstermiştir. Genel olarak bu hakların, yabancıların hukuk süjesi olarak tanınması, insanca muamele standartlarına göre işlem görmesi, gözaltı durumunda kanuna uygun prosedürler uygulanması, hiçbir engelle maruz kalmadan hakim önüne çıkma hakkı, yaşam ve özgürlük hakkının korunması ve el koymanın önlenmesi olduğu 20. yy.'da kabul görmüştür⁶³.

⁶¹ ROTH, Andreas Hans; *The Minimum Standard of International Law Applied to Aliens*, Yüksek Lisans Tezi, Université de Genève, A. W. Sihthoff's Uitgeversmaatschappij N.V., La Haye, 1949, s. 32-33.

⁶² BROWNLIE, s. 501-502.

⁶³ ARNOLD, Rainer; "Aliens", *Encyclopedia of Public International Law*, C. 1, Elsevier Science Publishers, Amsterdam, 1992, s. 105.

Uluslararası asgari standart, yabancılara yönelik muamele konusunda uluslararası hukukun belirli standartlar getirdiği ve bir devletin, sözkonusu standartları uygulamaktan imtina etmek için iç hukukunu gerekçe gösteremeyeceği önermesine dayanmaktadır. Başka bir deyişle, bu ilke bakımından esas olan belli bir devletin yabancılara tanıdığı hakların kapsamı değil (kendi vatandaşları ile eşit haklar tanısa dahi), her devletçe saygı gösterilmesi gerektiği kabul edilmiş asgari standartlardır⁶⁴. Bu yaklaşımın bir sonucu olarak, yabancılara nazaran daha geniş kapsamlı haklardan yararlanmaları gündeme gelebilecektir. Yabancılara yönelik muameleye ilişkin uluslararası asgari standardın içeriği ve rolü hakkında çeşitli görüşler mevcuttur. Uluslararası asgari standardın (yaşam hakkı, mülkiyet hakkı vb. gibi) bazı veçhelerinin diğerlerine göre daha genel kabul gördüğü öne sürülmektedir. Belirsiz içeriğinin bu standardı pratikte uygulamayı zorlaştırdığı da ileri sürülmektedir. Buna mukabil, farklı idari ve hükümet örgütlenmelerinde uygulanabilmesini teminen bir standardın muğlak olması gerektiği yönünde görüşler de mevcuttur⁶⁵. Tüm durumlarda uygulanabilecek tek bir standart oluşturma ihtimali tartışmalıdır. Bu bağlamda uluslararası asgari standart, nihai bir standart olmaktan ziyade karar verme sürecinde faydalanılacak bir rehber şeklinde tanımlanmaktadır⁶⁶.

Görüleceği üzere, bu standartlar, yabancılara sınır dışı edilmesi esasına ve usûlüne ilişkin koşullar konusunda sınırlı ölçüde yol göstermektedir. Nitekim, vatandaşlar çoğunlukla sınır dışı edilmediğinden, ulusal muamele standardı bu konuda çok yardımcı değildir. Uluslararası asgari standart ise, yabancılara sınır dışı

⁶⁴ AYBAY, Yabancılar, s. 46.

⁶⁵ ROTH, s. 191.

⁶⁶ ROTH, s. 188.

edilmesinde yol gösterici olabilir. Bu standardın yabancıların sınır dışı edilmesiyle ilgisi devletlerin uygulamalarında ve literatürde kabul görmüştür⁶⁷. Bununla birlikte, yabancıların hukuka uygun olarak sınır dışı edilmesinin esasına ve usûlüne ilişkin koşullar konusunda daha kesin bir tanımlama, tüm bireylerin mevcut uluslararası hukuk çerçevesinde sahip oldukları insan haklarının göz önünde bulundurulmasını gerektirmektedir.

Bu bağlamda, 1957 yılında Uluslararası Hukuk Komisyonu devletlerin sorumluluğuna ilişkin ikinci raporunu tartışırken Özel Raportör (Garcia Amador) tarafından ortaya koyulan ve yukarıda değinilen “uluslararası asgari standart” ve “ulusal muamele” görüşlerini birleştiren öneri ilginçtir. Özel Raportör, "*Devletler, yabancıların vatandaşları ile aynı medeni haklardan yararlanmalarını ve aynı kişisel güvencelere haiz olmalarını sağlama yükümlülüğü altındadırlar. Ancak, bu hak ve güvenceler hiçbir koşulda çağdaş uluslararası belgelerde tanınan ve tanımlanan 'temel insan hakları'ndan daha az olamaz.*" hükmünü önermiştir. Anılan öneri kabul edilmemiş olmasına rağmen, esasen bu önerinin günümüzdeki durumu büyük ölçüde yansıttığı düşünülmektedir⁶⁸.

⁶⁷ PLENDER, Richard; International Migration Law, 2nd Ed., Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1988, s. 460.

⁶⁸ HARRIS, J. David; Cases and Materials on International Law, Sweet and Maxwell, London, 1998, s. 525.

B. İnsan Hakları Hukukunun Etkisi ile Gelişen Sınırlamalar

1. İnsan Hakları Hukukunun Yabancılara Yönelik Muameleye Etkisi

İnsan hakları, bir devletle ilişkilerinde vatandaş veya yabancı statüsünde bulunmalarına bakılmaksızın sadece insan olmalarından dolayı tüm bireylerin faydalandıkları hakları ifade eder. Dolayısıyla, uluslararası insan hakları hukukunun gelişmesinin yabancılara yönelik muameleyi düzenleyen uluslararası hukuk kuralları üzerinde kayda değer etkisi olmuştur. Milliyetlerine bakılmaksızın tüm bireylerin insan haklarının tanınması, yabancılara yönelik muameleyi düzenleyen uluslararası hukuk kuralları çerçevesinde yabancının ahiren faydalanmakta oldukları haklara önemli bir katkı sağlamıştır⁶⁹. Yabancının haklarının korunması bağlamında, yabancının vatandaşı olduğu devletin klasik devletler hukuku araçlarını kullanarak sağladığı diplomatik himayeden, yabancının haklarını düzenleyen uluslararası belgelerin doğrudan kullanılmasıyla sağlanan bireysel korumaya geçiş şeklinde bir değişim yaşanmıştır⁷⁰. Bununla birlikte, sınır dışı edilme durumuyla karşı karşıya bulunan yabancının sahip olduğu haklar birçok istisnaya tâbi bulunduğundan, insan haklarının yabancılar için yeterli derecede koruma sağlamadığı yönünde görüşler de bulunmaktadır⁷¹.

⁶⁹ BROWNLIE, s. 505.

⁷⁰ ÇİÇEKLİ, Yabancılar, s. 50.

⁷¹ KALIN, Walter; “Limits to Expulsion under the International Covenant on Civil and Political Rights”, *Diritti dell’Uomo, Estradizione ed Espulsione*, CEDAM, Padua, Italy, 2003, s. 143.

Birleşmiş Milletler (BM) Genel Kurulu 1985 yılında, Yaşadıkları Ülkenin Vatandaşı Olmayan Bireylerin İnsan Haklarına İlişkin Beyanname'yi⁷² kabul ederek, uluslararası belgelerin insan hakları ve temel özgürlükler bakımından sağladığı korunmanın, yaşadıkları ülkenin vatandaşı olmayan bireyler için de güvence altına alınması gerektiğini ortaya koymuştur.

Sınır dışı etmenin hukuka uygunluğunun denetiminde esas alınabilecek olan, aile hakkı, çocuk hakları, ifade özgürlüğü, sendikal haklar, mülkiyet hakkı, vatandaşı olduğu ülkeye dönüş hakkı, usule ilişkin güvenceler, insanca muamele hakkı ve işkencenin yasaklanması gibi çeşitli insan hakları vardır. Anılan haklar, BM çerçevesindeki antlaşma ve beyannamelerinin yanısıra bölgesel ölçekte kabul edilen AİHS gibi çeşitli belgelerde de ele alınmışlardır.

Uluslararası hukukun insan haklarıyla ilgili kuralları ile yabancılara yönelik muamele hakkındaki kuralları arasındaki ilişki konusunda farklı görüşler vardır. Bunlar özetle (1) hangi ülkenin uyrukluğunda bulunursa bulunsun yabancılara yönelik muameleyle ilişkin asgari standartların, temel insan haklarıyla aslında aynı olduğu, (2) uluslararası insan hakları hukukunun, eşit muamele veya yabancılara yönelik muameleyle ilişkin uluslararası asgari standardın yerini alacak seviyeye evrildiği, (3) uluslararası insan hakları hukukunun, yabancılara yönelik muameleyle ilişkin standartların daha da gelişmesine katkıda bulunduğu, (4) yabancılara yönelik muameleyle ilişkin uluslararası asgari standardın, yabancılara yönelik muamele konusunda devletlere ek yükümlülükler getirdiği için önem arzetmeye devam ettiği

⁷² Beyanname'nin İngilizce metni için bkz. <http://www.un.org/documents/ga/res/40/a40r144.htm>

(son erişim tarihi 28.03.2011).

(5) uluslararası hukukun iki farklı kuralının, ihlalleri telafi etmek amacıyla kullanılan farklı prosedürlerinin önem taşımaya devam edeceği, (6) uluslararası insan hakları ile yabancılara yönelik muameleye ilişkin uluslararası asgari standardın sentezinin devletlerin çoğunluğu tarafından kabul edilmeyeceği şeklinde ifadesini bulmuştur⁷³.

2. Ayrımcılık Yasağı

Geleneksel olarak uluslararası hukuk ayrımcılık konusunu devletlerin yabancılara yönelik muamelesi çerçevesinde ele almaktaydı. Daha geniş kapsamı olan ayrımcılık yasağı ilkesi ise, temeli İkinci Dünya Savaşı ertesinde BM'nin kurulmasına dayanan görece olarak yeni bir gelişmedir.

Ayrımcılık yasağı, hukuk önünde eşitlik ilkesinin olumsuz bir formülasyonu olarak tasvir edilebilir⁷⁴. Ayrımcılık yasağı ile keyfi muamele yasağı, iyi niyet ilkesi, hakkın kötüye kullanılması yasağı ve ihkak-ı haktan imtina gibi daha geleneksel ilkeler arasında bir ölçüde örtüşme olması kaçınılmazdır.

Esasen ayrımcılık yasağı ilkesi şahıslar veya şahıslardan oluşan gruplar arasındaki tüm farklılıkları yasaklamamakta⁷⁵, farklılaştırılmış muamelenin ayrımcılık yasağı ilkesine aykırı olup olmadığını, meşru bir amacın, nesnel bir gerekçenin mevcudiyeti ve bu amaca ulaşmak için orantılı araçlar kullanılıp

⁷³ International Law Commission Report on Expulsion of Aliens (A/CN.4/565), 58th. Session, Geneva, 2006, s. 175-176 (International Law Commission Report on Expulsion of Aliens).

⁷⁴ MACKEAN, Warwick; Equality and Discrimination under International Law, Clarendon Press, Oxford, 1983, s. 288.

⁷⁵ AYBAY, "Yönetmelik Yargı Açısından Yabancıların Konumu", s. 157.

kullanılmadığı belirlenmektedir⁷⁶. Bu bağlamda, esasen kanunla getirilen pek çok ayrımın da bulunduğu görülmekte, ancak bu düzenlemeler haklı bir nedene dayandığı ve belli bir sosyal grubu hedef almaksızın aynı durumda olan herkese uygulandığı için ayrımcılık olarak nitelendirilmemektedir. Örneğin reşit olmamak, hükümlülük veya hastalık nedeniyle fiil ehliyetinden yoksun olmak, tutukluluk veya hükümlülük nedeniyle özgürlükten yoksun bırakılmak, yabancıların siyasi haklardan yararlanamaması veya diplomatik dokunulmazlıklar ve yasama dokunulmazlığı gibi daha pek çok farklılaştırılmış muamele ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirilmemektedir.

Bir devlet ayrımcılık yasağını iki yolla ihlâl edebilir. Bunlar, ayrımcı hükümler içeren kanunların kabul edilmesi veya böylesi hükümler içermeyen kanunların ayrımcı biçimde uygulanmasıdır⁷⁷. Ayrımcılık yasağı ilkesinin daha ziyade bahsi geçen ikinci şekilde ihlâl edildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda, özü itibarıyla ayrımcılık içermeyen kanunların ayrımcı şekilde uygulanması sözkonusudur.

20. yüzyılın sonu itibarıyla, ayrımcılık yasağı ilkesinin, uluslararası hukukun veya uluslararası örf ve adet hukukunun genel kabul görmüş bir ilkesi statüsünü kazandığı söylenebilir⁷⁸. Nitekim ayrımcılık yasağı, İnsan Hakları Evrensel

⁷⁶ BROWNLIE, s. 505.

⁷⁷ MACKEAN, s. 287.

⁷⁸ EINARSEN, Terje; "Discrimination and Consequences for the Position of Aliens", Nordic Journal of International Law, Vol. 64, 1995, s. 430.

Bildirisi⁷⁹, Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi⁸⁰, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi⁸¹, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gibi bir çok uluslararası belgede benzer şekilde kabul görmüş ve tanınmıştır. Uluslararası Adalet Divanı da ayrımcılık yasağını uluslararası hukukun bir ilkesi olarak tanımıştır.

İrk, cinsiyet, dil, din, yabancılık ve milli köken gibi ayrımcılık nedeni olabilecek muhtelif konular mevcuttur. Bununla birlikte uluslararası belgelerdeki ayrımcılık nedenlerinin kapalı bir liste olması arzu edilmemiştir. Bu bağlamda, ayrımcılık yasağı, uluslararası toplum tarafından kabul edilemez telakki edilen başka alanlarda da uygulanabilir.

Yabancıların, ayrımcılık yasağı ilkesine aykırı olarak sınır dışı edilmeleri uluslararası hukukun ihlâlini teşkil edebilir⁸². 1987’de, İran-ABD Tazminat Mahkemesi, ayrıntıya girmeksizin, yabancıların ayrımcı şekilde sınır dışı edilmelerinin hukuka aykırılığını kabul etmiştir⁸³. Anılan davada mahkeme, sınır dışı eden devletin eyleminin hukuka aykırılığını, bir başka deyişle, bu eylemin keyfî, ayrımcı olduğunu veya sınır dışı eden devletin taraf olduğu sözleşmelerden doğan

⁷⁹ Bildiri metni için bkz. R.G. T. 27.05.1949, S. 7217.

⁸⁰ Sözleşme metni için bkz. R.G. T. 21.07.2003, S. 25175.

⁸¹ Sözleşme metni için bkz. R.G. T. 11.08.2003, S. 25196.

⁸² BROWNLIE, Ian; System of the Law of Nations: State Responsibility, Bölüm I, Oxford, Clarendon Press, 1983, s. 81 (State Responsibility).

⁸³ Rankin v. İran İslam Cumhuriyeti, İran-ABD Tazminat Mahkemesi, 3 Kasım 1987 tarihli karar, Iran-United States Claims Tribunal Reports, Vol. 17, s. 135-152.

yükümlülüklerini ihlâl ettiğini kanıtlamanın iddia edenin yükümlülüğünde olduğunu da belirtmiştir.

Ayrımcılık yasağı, yabancıların sınır dışı edilmelerinin kanuna aykırılığının saptanması konusunda üç şekilde belirleyici olabilir. Birincisi, ayrımcılık yasağı yabancıların yalnızca ırk, din, cinsiyet, dil vb. ayrımcılık yasağı kapsamındaki kriterler esas alınarak sınır dışı edilmelerini yasaklamaktadır. İkincisi, ayrımcılık yasağı, hukuka uygun şekilde sınır dışı etmenin esasa ve usüle ilişkin gereklerinin yasak kapsamındaki bir nedenden dolayı gözardı edilmesini yasaklamaktadır. Üçüncü olarak, ayrımcılık yasağı toplu olarak sınır dışı etmenin yasaklanması ile yakından ilgili olabilir⁸⁴.

3. Kanunilik İlkesi

Uluslararası hukukun bu ilkesi, yabancıların sınır dışı edilmesinin, yetkili makamın, ilgili devletin ulusal hukukuna uygun bir karar almasıyla gerçekleştirilmesini gerektirir. Bununla birlikte, devletin ulusal hukukunun ve içtihatlarının uluslararası hukuka uygun olması da beklenir. Bu çerçevede, sınır dışı etme işlemine devletin iç hukukunun izin vermesi ilk ön koşuldur. Ayrıca sınır dışı etme işleminin de kanuna uygun olarak verilmiş bir karara dayanarak gerçekleştirilmesi gerekir. Bu koşullar keyfiliği dışlar ve doğrudan uluslararası hukukun gereklerinden kaynaklanır⁸⁵. Bir devletin kendi iç hukukundaki kuralları bir yabancı aleyhine keyfi olarak gözardı etmesi hemen her zaman o devlet aleyhine

⁸⁴ International Law Commission Report on Expulsion of Aliens, s. 200.

⁸⁵ GOODWIN-GILL, Movement of Persons, s. 263.

yapılacak haklı taleplere neden olacaktır⁸⁶. Kanunilik ilkesi, yabancıların hukuka uygun şekilde sınır dışı edilmeleri için uyulması gerekli esasa ve usüle ilişkin koşullara uygulanabilir.

Kanunilik ilkesi, bir devletin topraklarında kanuna uygun şekilde bulunan yabancılara ilişkin olarak bazı anlaşmalarda özellikle vurgulanmıştır. Bu anlaşmalar arasında, Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi⁸⁷, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı⁸⁸, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 7 No'lu Protokol ile Tüm Göçmen İşçilerin ve Ailelerinin Haklarının Korunmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme⁸⁹ sayılabilir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ek 7 No'lu Protokol'ün 1. madde, 1. paragrafi, "Bir devletin topraklarında yasal olarak ikamet eden bir yabancı, kanuna uygun olarak verilmiş bir karar hariç, buradan sınır dışı edilemez." hükmünü amirdir. Aynı ilke, Tüm Göçmen İşçilerin ve Ailelerinin Haklarının Korunmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 22. madde, 2. paragrafında da zikredilmiştir.

⁸⁶ BORCHARD, E. M.; The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims, The Banks Law Publishing Co., New York, 1915, s. 58.

⁸⁷ Sözleşme'nin İngilizce metni için bkz. <http://www.oas.org/juridico/english/treaties/b-32.html> (son erişim tarihi 28.03.2011)

⁸⁸ Şart'ın İngilizce metni için bkz. http://www.africaunion.org/official_documents/treaties_%20conventions_%20protocols/banjul%20charter.pdf (son erişim tarihi 28.03.2011)

⁸⁹ Sözleşme metni için bkz. R.G. T. 08.07.2004, S. 25516.

Ayrıca, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, 1975 yılında, sınır dışı esaslarına ilişkin kanunilik ilkesinin, bir devletin topraklarında kanuna aykırı şekilde bulunan yabancılara yönelik önlemlerde de uygulanması yolunda bir tavsiye kararı kabul etmiştir⁹⁰.

Kanunilik ilkesine uygun davranılıp davranılmadığının denetlenmesi bağlamında, devletlere ulusal hukuklarının uygulanmasında geniş takdir yetkisi verilebildiği, İnsan Hakları Komitesi ve AİHM'nin çeşitli başvurularda verdiği kararlardan anlaşılmaktadır. Bu bağlamda İnsan Hakları Komitesi tarafından, Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin yabancılara sınır dışı edilmelerine karşı usûli güvencelere ilişkin 13. maddesine aykırılık nedeniyle yapılan "Maroufidou v. İsveç" başvurusunda, "Morafidou formülü" şeklinde adlandırılan şu yaklaşımı geliştirmiştir⁹¹.

"Komite, iç hukukun yorumlanmasının esas olarak ilgili taraf devletin mahkeme ve makamlarına ait olduğu görüşünü taşımaktadır. Söz konusu taraf devletin yetkili makamlarının iç hukuku doğru şekilde yorumlayıp yorumlamadıklarını veya uygulayıp uygulamadıklarını değerlendirmek Komitenin yetkileri veya görevleri arasında bulunmamaktadır. Aksine bir durum, ancak bu

⁹⁰ Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, Yabancıların hukuki durumuna ilişkin 769 (1975) sayılı Tavsiye Kararı, 3 Ekim 1975, <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta75/EREC769.htm> (son erişim tarihi 02.02.2011).

⁹¹ International Law Commission Report on Expulsion of Aliens, s. 205.

makamların kanunu iyi niyetle yorumlayıp, uygulamadıklarının ortaya konması veya bir yetki suistimali bulunduğunun açık olması halinde sözkonusu olabilecektir”.

İnsan Hakları Komitesi gibi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de ulusal mevzuata uygunluk konusunu sınırlı ölçüde incelemektedir. İtalya’da işlemiş olduğu bir suçtan dolayı aranmakta olan İtalyan vatandaşı Bozano’nun, Fransa’dan kamu düzeni gerekçesiyle, onu İtalya’ya iade etme olasılığının yüksek olduğu bilinen İsviçre’ye sınır dışı edilmesi sırasında tutuklanmasının AİHS’nin 5. maddesi (f) bendi çerçevesinde kanunini olup olmadığı ve kanunla belirlenen usule uygun olup olmadığı AİHM tarafından araştırılırken aşağıdaki görüş ifade edilmiştir.

“Sözleşmenin (AİHS) 5. maddede olduğu gibi iç hukuka atıf yaptığı durumlarda, sözkonusu iç hukuk kuralına uygun davranılması taraf devletlerin yükümlülüğünün ayrılmaz bir parçasıdır. Dolayısıyla, Mahkeme de böyle bir uygunluğun bulunduğunu araştırmaya yetkilidir. Bununla birlikte bu görevin kapsamı, Avrupa koruma sisteminin mantığının özünde olan, iç hukuku uygulama ve yorumlamanın ilk planda ulusal makamlara ve mahkemelere ait olduğu hususu ile sınırlıdır”⁹².

AİHM aynı kararda, değerlendirmesinin, bir önlemin ulusal mevzuat ile uyumlu olup olmadığı ile sınırlı olmadığını, zira her halükârda kanunîlik ilkesinin, keyfî muamele yasağını da beraberinde getirdiğini ifade etmiştir⁹³. Dolayısıyla mahkeme kanunilik ve keyfî muamele yasağını bir arada ele almıştır.

⁹² AİHM’nin Bozano v. Fransa Kararı, 18 Aralık 1986, Başvuru No: 9120/80, para. 58.

⁹³ Bozano v. Fransa Kararı, para. 54 ve 59.

4. Geri Gönderilmeme (Non-refoulement) İlkesi

Uluslararası Hukukta, “geri gönderme-sınır dışı etme yasağı” (non-refoulement) olarak adlandırılan prensip, 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Cenevre Sözleşmesi’nin⁹⁴ 33. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, “Hiçbir akit devlet, bir mülteciyi, ırkı, dini, vatandaşlığı, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla, hayat ve hürriyetinin tehdit edileceği ülkelerin sınırlarına, her ne şekilde olursa olsun sınır dışı veya iade edemez.” Ancak 33. maddenin 2. fıkrasına göre, bulunduğu ülkenin güvenliği için tehlikeli sayılması yolunda ciddi sebepler bulunan veya özellikle ağır bir adi suçtan dolayı kesinleşmiş bir hükümle mahkûm olduğu için sözkonusu ülke açısından tehlike oluşturmaya devam eden mülteci, geri gönderilmeme hakkından yararlanmayı talep edemez.

Geri gönderilmeme ilkesinin, sığınmacı veya mültecinin ülkeye yasal olarak kabul edilip edilmediğinden bağımsız olarak uygulanması gerektiği kabul edilmektedir⁹⁵. Özellikle sığınmacı ve mültecilerin korunması amacıyla geliştirilen geri gönderilmeme ilkesinin uygulama alanı insancıl mülâhazalar ve insan hakları hukukunun etkisiyle genişleyerek zaman içinde diğer yabancı kategorilerini de kapsar hale gelmiştir⁹⁶. AİHM’nin Sözleşme’nin 3. maddesine ilişkin içtihatları bu durumu teyit eder niteliktedir. Nitekim AİHM, ülkeye yasadışı yollardan girmiş ve iltica talebi kabul edilmemiş kişileri de 3. madde kapsamında değerlendirmektedir.

⁹⁴ Sözleşme metni için bkz. R.G. T. 05.09.1961, S. 10898.

⁹⁵ GOODWIN-GILL, Guy S. / McADAM, Jane; *The Refugee in International Law*, 3rd Ed., Oxford 2007, s. 207 (*The Refugee in International Law*).

⁹⁶ ÇİÇEKLİ, Yabancılar, s. 59.

Non-refoulement ilkesinin, sınırda ÷lkeye kabul veya sınırdan geri çevirme durumlarında uygulanıp uygulanmayacağı konusunda tam bir uzlaşma bulunmamakla birlikte, birçok devlet sınırda veya ÷lke içinde bulunan ve iltica başvurusu yapan yabancılara non-refoulement ilkesini uygulamaktadır⁹⁷. Geri gönderilmeme ilkesi sadece kötü muameleye maruz kalma riski bulunan ÷lkeye doğrudan gönderilmeyi değil, aynı zamanda üçüncü bir ÷lkeye daha sonra kötü muameleye maruz kalma riski bulunan ÷lkeye gönderilmek üzere transferi (indirect refoulement) de yasaklamaktadır.

Geride gönderilmeyi ve sınır dışı edilmeyi yasaklayan bu ilke, “İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi”⁹⁸ (m. 3), 1957 tarihli “Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi”⁹⁹ (m. 3/2) gibi diğer birçok uluslararası sözleşme ve insan hakları belgelerinde de yer almaktadır.

AİHS'nin “hiç kimse işkenceye, gayri insani veya aşağılayıcı ceza veya muameleye tabi tutulamaz” hükmünü amir 3. maddesi de Mahkeme tarafından mutlak geride gönderilmeme güvencesi olarak yorumlanmaktadır¹⁰⁰. Burada karşı çıkılan sınır dışı etme veya geride gönderme işleminin bizatihi kendisi değil, sınır dışı

⁹⁷ GOODWIN-GILL / McADAM, The Refugee in International Law, s. 208.

⁹⁸ Sözleşme metni için bkz. R.G. T. 10.08.1988, S. 19895.

⁹⁹ Sözleşme metni için bkz. R.G. T. 26.11.1959, S. 10365.

¹⁰⁰ ÇİÇEKLİ, Yabancılar, s. 59.

etme veya geri gönderme işleminin muhtemel sonucudur¹⁰¹. AİHM'nin bu konuda, çalışmamızın ikinci bölümünde incelenecek olan ve bazen ülkemizin de davalı konumunda bulunduğu pek çok kararı bulunmaktadır. Bir kimsenin sınır dışı edilerek gönderildiği ülkede 3. maddeyi ihlâl eden bir muamele görme konusunda gerçek bir riske maruz kalacağını gösteren önemli sebeplerin varlığı halinde, bu sınır dışı işleminin icrasının 3. maddenin ihlâlini oluşturacağı, AİHM içtihatlarında kabul edilmiştir¹⁰².

5. Aile Hayatının Korunması Hakkı ve Sınır Dışı Etme

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi, Tüm Göçmen İşçilerin ve Ailelerinin Haklarının Korunmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme ve AİHS gibi bir çok uluslararası belgede tanınan aile hayatının korunması hakkı, devletlerin sınır dışı etme haklarını sınırlandırmada kullanılan en etkili haklardan biri haline gelmiştir.

¹⁰¹ TARHANLI, Turgut ; « Mülteciler, İnsan Hakları ve Yargı », Türkiye'de Mülteci ve Sığınmacılar ile İlgili Meselelerde Yargının Rolü ve Mültecilerin İnsan Hakları Paneli Konuşma Metinleri, 9 Aralık 1998, Ankara, s. 19.

¹⁰² ÇİÇEKLİ, Yabancılar, s. 233 ; AİHM kararları için bkz. Soering v. Birleşik Krallık, 7 Temmuz 1989 tarihli karar, Başvuru No: 14038/88; Cruz Varas ve Diğerleri v. İsveç, 20 Mart 1991 tarihli karar, Başvuru No: 15576/89 ; Chahal v. Birleşik Krallık, 15 Kasım 1996 tarihli karar, Başvuru No: 22414/93. ; Jabari v. Türkiye, 11 Temmuz 2000 tarihli karar, Başvuru No: 40035/98; Mamatkulov ve Askarov v. Türkiye, 4 Şubat 2005 tarihli karar, Başvuru No: 46827/99.

Her ne kadar ailenin birlikte yaşama hakkının bulunduğu anılan belgelerde açıkça belirtilmemişse de, böyle bir hakkın varlığı uluslararası hukukta kabul görmektedir¹⁰³. Yabancıların sınır dışı edilmesi bağlamında ailenin birlikte yaşama hakkı geniş bir şekilde ele alınmıştır. Bu hak devletlerin sınır dışı uygulamalarında farklı düzeylerde dikkate alınmaktadır¹⁰⁴. Avrupa kıtasında ise, AİHM'nin konuyu incelediği ilk dava olan 1988 tarihli "Berrehab v. The Netherlands"¹⁰⁵ kararından bu yana yaklaşık yirmi yıldır geliştirmiş olduğu içtihatlar, aile hayatının korunması hakkının yabancıların sınır dışı edilmesi üzerindeki etkilerine ışık tutmaktadır. AİHS'nin 8. maddesinde, « herkes, özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir » şeklinde düzenlenen bu hakkın AİHS sistemi içinde ele alınışı, çalışmamızın İkinci Bölüm'ünde incelenecektir.

Sınır dışı etme ile aile hayatının korunması konusuna bir arada bakıldığında ilk söylenebilecek olan husus, sınır dışı etmenin uluslararası hukukta aileye tanınan haklara saygı gösterilerek yapılması gerektiğidir¹⁰⁶. Sınır dışı etme işleminin bir ailenin bölünmesine neden olacağı durumlarda, devletin ilgili kişiyi ülkeden çıkarmada olağan sınır dışı işlemlerine nazaran daha önemli bir menfaatinin bulunduğunu ortaya koyması gerekebilir. Bu bağlamda, sınır dışı edilmesi durumunda aile birliği tehlikeye girecek bir yabancının, bu işleme maruz kalma

¹⁰³ JASTRAM, Kate; "Family Unity", Migration and International Legal Norms, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2003, s. 183.

¹⁰⁴ International Law Commission Report on Expulsion of Aliens, s. 295-297.

¹⁰⁵ Berrehab v. The Netherlands kararı, 21 Haziran 1988. Başvuru No: 12313/86.

¹⁰⁶ GAJA, Giorgio; "Expulsion of Aliens: Some Old and New Issues in International Law", Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional, Vol. 3, 1999, s. 306.

olasılığı, örneğin göç mevzuatı yerine ceza mevzuatını ihlâl ettiği durumlarda daha yüksek olacaktır¹⁰⁷. Elbette suçun ağırlığı ve toplumsal düzeni ne ölçüde bozduğu da değerlendirmede dikkate alınacaktır. Aile birliğinin yabancıların sınır dışı edilmesinde dikkate alınması gereken önemli bir husus olduğu, günümüzde, antlaşmalar hukukunda, uluslararası yargı kararlarında ve milli hukuk düzenlerinde kabul görmektedir.

III. SINIR DIŞI ETME ESASLARI VE USÛLÜNÜN ULUSLARARASI HUKUKTA ELE ALINIŞINA GENEL BAKIŞ

A. Sınır Dışı Edilebilecek Kişiler

Sınır dışı kavramı ele alındığında onunla birlikte ele alınması gereken ilk kavram “yabancı” kavramıdır. Esasen, sınır dışı etmenin en genel ve öncelikli sınırı bu işlemin ancak yabancılara uygulanabilmesidir¹⁰⁸. Sınır dışı eden ülke ile vatandaş sınır dışı edilen ülke arasındaki hukuki ilişki, sınır dışı etme yetkisinin sınırlarını belirlemekte, bu bağlamda devletlerin sınır dışı etme hakkına karşıt olarak vatandaş ülkeye kabul yükümlülüğü bulunmaktadır¹⁰⁹.

¹⁰⁷ JASTRAM, 185.

¹⁰⁸ GOODWIN-GILL, Movement of Persons, s. 201.

¹⁰⁹ GOODWIN-GILL, Movement of Persons, s. 201; Anılan yükümlülük İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 13. maddesi, BM Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 12(4). maddesi ve AİHS'ne Ek 4 No'lu Protokol'ün 3(1). maddesi gibi uluslararası antlaşma ve belgelerde yer bulmuştur.

Yabancı kavramı genellikle, içinde bulunduğu ülkenin vatandaşı olmayan gerçek kişi olarak tanımlanmaktadır. Dolayısıyla, başka bir devletin vatandaşı olanlar yanında vatansızlar da bu tanımlamaya dahildir¹¹⁰. Gerek yasal olarak ikamet eden, gerek yasadışı olarak bir ülkede bulunan yabancıların sınır dışı edilmesi önceleri daha genel bir şekilde yabancıların hukuki durumunu düzenleyen kurallar çerçevesinde düzenlenirken, zaman içerisinde insan hakları hukukunun gelişimi ile birlikte bu kurallar daha ayrıntılı bir hale gelmiş ve yasadışı olarak bulunan yabancılar, yasal olarak ikamet eden yabancılar, göçmen işçiler ve aileleri, reşit olmayan çocuklar, mülteciler ve vatansızlar gibi çeşitli özel gruplara mensup yabancıların sınır dışı edilmeleri bağlamında aile hakkı, çocuk hakları vb. gibi ek bazı unsurların da dikkate alınması gerekmiştir.

1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Cenevre Sözleşmesi'nin 32. maddesine göre, taraf devletler, ülkesinde yasal olarak bulunan bir mülteciyi, ancak, ulusal güvenlik ve kamu düzeni ile ilgili nedenlere dayanarak sınır dışı edebilir. Ayrıca sınır dışı etme işlemi, ilgili yasal sürece göre alınmış bir karar gereğince yapılmalıdır. Zorunlu ulusal güvenlik nedenleri dışında, mülteciye sınır dışı edilme işlemine karşı delil sunma, itiraz etme ve bu amaçlarla yetkili makamlar önünde temsil edilme hakkı tanınmalıdır.

¹¹⁰ DOEHRING, Karl; "Aliens, Expulsion and Deportation", Encyclopedia of Public International Law, Vol. 1, Elsevier Science Publishers, Amsterdam, 1992, s. 110.

Benzer şekilde, Vatansızların Hukuki Durumuna İlişkin 28.09.1954 tarihli New York Sözleşmesi'nin¹¹¹ 31. maddesinde de taraf devletlerin, ülkelerinde yasal olarak bulunan bir vatansız ancak ulusal güvenlik ve kamu düzeni nedenlerine dayanarak sınır dışı edebileceği ve vatansızların sınır dışı edilmesinin yasal süreçte uygun olarak verilmiş bir karara göre yapılması gerektiği düzenlenmiştir. Zorunlu ulusal güvenlik nedenleri dışında, vatansız, sınır dışı edilme işlemine karşı delil sunma, itiraz etme ve bu amaçlarla yetkili makamlar önünde temsil edilme hakkı tanınmalıdır.

Bu başlık altında söz edilmesi gereken diğer bir husus ise, uluslararası teamül ve antlaşmalar uyarınca çeşitli ayrıcalık ve bağışıklıklardan yararlanan diplomatlar, konsolosluk görevlileri, uluslararası memurlar gibi özel statülü yabancılardır. Anılan gruba giren yabancıların ülkesinde bulunması bir devletin çıkarlarına aykırı düşse dahi, bu kişilerin sınır dışı edilmesi sözkonusu olmaz. Anılan özel statülü yabancıların buldukları ülkeden çıkarılmaları uluslararası hukuk kurallarına göre "istenmeyen kişi" (Persona Non Grata) olarak tespit edilmelerine bağlıdır¹¹². Bununla birlikte, verilecek makul bir süre içerisinde bu kişilerin ülkeyi terk etmemesi halinde, genel kuralların uygulanması da gündeme gelebilecektir¹¹³.

¹¹¹ Sözleşme'nin Türkçe metni için bkz.

<http://www.unhcr.org.tr/MEP/FTPRoot/HTMLEditor/File/yayimlar/STATELESS-TR.pdf> (son erişim tarihi 28.03.2011)

¹¹² DURAN, s. 8.

¹¹³ Bir uluslararası örgüt nezdinde görevli bir diplomatının, diplomatik faaliyetler dışında faaliyetlerde bulunduğu gerekçesiyle İsviçre tarafından sınır dışı edilmesi nedeniyle

B. Sınır Dışı Etme Nedenleri

Yabancı bakımından ciddi sonuçlar doğuran sınır dışı etme işleminin geçerli nedene dayanması gerektiği ifade edilmiştir¹¹⁴. Geçerli bir sınır dışı etme nedeninin gerekliliği, esasen yukarıda sözü edilen hakkın kötüye kullanılması yasağı, iyi niyet ve keyfî sınır dışı etme yasağından da kaynaklanmaktadır. Geçerli bir sınır dışı etme nedeninin bulunup bulunmadığının ve yabacının ülkede bulunmasının menfaatlerine aykırı olup olmadığının tahlili ilgili devlet tarafından yapılacağından, devletlerin geniş bir takdir yetkisi ile hareket ettiğini söylemek yerinde olacaktır. Ayrıca, vatandaşı sınır dışı edilen ülkenin geçerli sınır dışı nedeninin varlığı konusunda sınır dışı eden ülke ile aynı görüşte olmaması, sınır dışı etmeyi engellemeyecektir. Bununla birlikte, sınır dışı eden devletin takdir yetkisi sınırsız olmayıp, vatandaşı sınır dışı edilen devletlerin, sınır dışı eden devlete karşı hukuk yoluna başvurduğu örnekler bulunmaktadır¹¹⁵. Her ne kadar bir devletin sınır dışı etme nedenini bildirmemesi başlı başına uluslararası hukuka aykırılık teşkil etmemekteyse de, bu nedenin vatandaşı sınır dışı edilen devlet tarafından veya bir yargı merci tarafından talep edildiğinde ortaya konamaması, genellikle sınır dışı etmenin keyfî olduğu şeklinde yorumlanmaktadır¹¹⁶. Geçerli bir sınır dışı nedeninin bulunduğu konusunda karar verirken devletlerin makul ve yeterli gerekçeye dayanması, en azından barış

Commonwealth of Dominica'nın İsviçre'ye karşı Uluslararası Adalet Divanı'na (UAD) yaptığı bir başvuru bulunmaktadır.

¹¹⁴ GOODWIN-GILL, Movement of Persons, s. 231.

¹¹⁵ GOODWIN-GILL, Movement of Persons, s. 232.

¹¹⁶ PLENDER, s. 461-462.

zamanında salt şüpheye dayanarak sınır dışı etme konusunda karar vermemesi beklenmektedir¹¹⁷.

Sınır dışı etme nedeninin geçerliliği çoğunlukla sınır dışı eden ülkenin ulusal hukukundaki düzenlemeler çerçevesinde değerlendirilecektir. Bu bağlamda, ulusal hukukların kimi zaman sınır dışı etme nedenlerini sayma yoluna gittiği, kimi zaman ise sınır dışı etmenin geçerli nedene dayanması gerektiğini belirtmekle yetindiği görülmektedir¹¹⁸. Sınır dışı gerekçelerinin esasen bir devletin kamusal çıkarlarının bir bölümünün yansımaları olduğu, devletlerin tüm sınır dışı etme nedenlerini sayma yoluna gitmeyi genellikle tercih etmediği, nitekim bu konudaki hareket serbestilerini korumak istedikleri, örneğin Amerika Birleşik Devletlerinde 18 grup yabancıların 900 farklı nedenden sınır dışı edilmesinin mümkün olduğu anlaşılmaktadır¹¹⁹.

Uluslararası hukuka, mülteciler gibi belli bir grup yabancı veya belli bir sınır dışı etme nedeni konusunda standartlar (ayrımcılık yasağı gibi) sağladığı ölçüde, sınır dışı etme nedeninin hukuka uygunluğunun denetiminde başvurulacaktır. Sınır dışı etme nedenlerinin uluslararası hukukta bir liste halinde belirlenmesinin mümkün olup olmadığı ve bunun yararı konusunda çelişen görüşler bulunmaktadır. Uluslararası Hukuk Enstitüsü (Institut de Droit International) 1892 yılında, geçerli sınır dışı etme nedenlerini içeren bir liste oluşturma çabası içine girmiş ve çeşitli sınır

¹¹⁷ PLENDER, s. 462.

¹¹⁸ SOHN, Louis B. / BUERGENTHAL, T. ; The Movement of Persons across Borders, Studies in Transnational Legal Policy, C. 23, Washington D.C., American Society of International Law, 1992, s. 91.

¹¹⁹ GOODWIN-GILL, Movement of Persons, s. 240.

dışı etme nedenlerini içeren “Règles internationales sur l’admission et l’expulsion des étrangers” belgesini kabul etmiştir. Anılan nedenler, göç/yabancılar yasalarının ihlâli, kamu sağlığına tehdit oluşturmak, sosyal yardım alarak hayatını idame ettirmek, önemli bir suçtan mahkûm olmak, basın yoluyla veya diğer şekillerde bir diğer ülke veya onun kurumlarına saldırmak, bir başka ülke basınında ev sahibi ülkeye saldırmak veya onu aşağılamak, savaş sırasında veya yakın savaş ihtimali bulunduğu, ülke güvenliği için tehdit oluşturmak olarak sayılmıştır.

Sınır dışı etme nedenleri uluslararası hukuktan ziyade ulusal hukuklarda düzenlenmiştir. Farklı ulusal hukuk sistemlerinde farklı sınır dışı etme nedenlerin düzenlenmiş olması bu nedenlerin bazılarının geçerli olmadığı anlamına gelmemektedir. Bununla birlikte bazı sınır dışı etme nedenlerinin devletlerin uygulamasında ve literatürde daha geniş kabul gördüğü görülmektedir¹²⁰. Bu nedenler, ülkeye giriş, göç ve ikamete ilişkin kuralların ihlâli, kamu düzeni ve refahına ilişkin nedenler (ekonomik nedenlerin, yabancının içinde bulunduğu siyasi aktivitelerin bu kapsamda değerlendirildiği görülmektedir), milli güvenlik, bulunulan ülke kanunlarının ihlâli, kamu sağlığı ve güvenliği, kamu ahlakı olarak sayılabilir¹²¹. Bununla birlikte, insan hakları hukukundaki gelişmelerin etkisiyle günümüzde pek başvurulmayan ancak geçmişte kullanılmış olan diğer sınır dışı etme nedenleri ise

¹²⁰ JENNINGS / WATTS, s. 941.

¹²¹ International Law Commission Report on Expulsion of Aliens, s. 220-273.

misilleme (devletler genellikle görünürde başka nedenler ileri sürmektedir) olarak sınır dışı etme¹²² ve önleyici nitelikte sınır dışı etmedir¹²³.

Ayrıca, tüm bu nedenlerin, uluslararası hukuktaki genel sınırlamaların yanında sınır dışı eden ülke ile vatandaşı sınır dışı edilen ülke arasındaki sözleşme hukukundan doğan sınırlamalara da tabi olduğunu belirtmek gerekmektedir. Örneğin, 2004/38/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi¹²⁴ uyarınca Avrupa Birliği vatandaşlarının ve onların aile üyelerinin ekonomik amaçlara hizmet etmek üzere kamu politikası, genel güvenlik ve sağlık gerekçeleri ile sınır dışı edilmesi yasaklanmıştır.

C. Sınır Dışı Etme Usûlü

Sınır dışı etmenin esasına ilişkin uyulması gereken kurallar ve sınırlamalar bulunduğu gibi, sınır dışı etme sırasında uygulanacak usule ilişkin kurallar ve sınırlamalar da mevcuttur. Hukuka uygun olarak sınır dışı etmenin, usule ilişkin koşulları ilk olarak yargı kararları ve devlet uygulamalarında geleneksel sınırlamalar

¹²² International Law Commission Report on Expulsion of Aliens, s. 270.

¹²³ Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (ATAD) « Carmelo Bonsignore v. Oberstadtdirektor der Stadt Köln » davasında kamu politikasından kaynaklanan nedenlerle sınır dışı etmenin ancak ilgili kişinin bireysel fiilinin anılan politikaya aykırı olması koşuluyla mümkün olduğunu, genel önleyici nitelikte sınır dışı etmenin kabul edilebilir olmadığını belirtmiştir. Dava No: 67-74, Judgment of the Court, 26 Şubat 1975, para. 7.

¹²⁴ Direktifin İngilizce metni için bkz.

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:229:0035:0048:EN:pdf> (son erişim tarihi 28.02.2011)

kapsamındaki keyfi muamele yasağı, hakkın kötüye kullanılması yasağı bağlamında kendini göstermiş, zaman içinde insan hakları hukukun etkisiyle daha ayrıntılı hale gelmiş ve uluslararası antlaşma metinlerinde yerini almıştır¹²⁵.

Her ne kadar sınır dışı etme bazen birey bakımından ceza hukuku yaptırımlarından daha ağır sonuçlar doğurabiliyorsa da, sınır dışı etme genellikle ceza olarak değil kolluk tedbiri olarak nitelendirildiğinden, bu konudaki kurallar ceza usul hukukundaki kurallar kadar geniş kapsamlı değildir. Ayrıca, ceza usul hukukunda geçerli olan kanunların geriye yürümezliği gibi bazı ilkeler sınır dışı etme konusunda geçerli değildir¹²⁶. Sınır dışı etme usûlüne ilişkin ulusal mevzuatlarda yer alan kurallar yeknesaklık arzetmemektedir. Bazı ülkelerin daha ayrıntılı usul düzenlemeleri varken bazı ülkelerin mevzuatı daha genel içeriklidir¹²⁷.

Ayrıca sınır dışı etme sürecinin hukuki niteliği de ülkeden ülkeye farklılık göstermektedir. İsviçre gibi bazı ülkelerin, siyasi, idari ve cezai sınır dışı gibi ayrımlar yaptığı, bu çerçevede sınır dışı sürecinin, işlemin hangi türde bir sınır dışı olarak nitelendirildiğine göre farklılık arzedebildiği anlaşılmaktadır¹²⁸. Devletler sınır dışı etme yetkisini münhasıran idareye verebildikleri gibi, hangi durumlarda idarenin, hangi durumlarda yargının sınır dışı etme kararı verebileceğine ilişkin düzenlemeler yapma yoluna da gidebilmektedir.

¹²⁵ International Law Commission Report on Expulsion of Aliens, s. 378.

¹²⁶ GOODWIN-GILL, Movement of Persons, s. 239

¹²⁷ Study on Expulsion of Immigrants, UN Secretariat, 10 August 1955, s. 29.

¹²⁸ International Law Commission Report on Expulsion of Aliens, s. 376.

Bazıları üzerinde tam bir uzlaşa sağlanamamış ve her ülkenin mevzuatında farklı düzeylerde yer verilmiş olsa da, devletlerin uygulamasında ve uluslararası belgelerde çoğunlukla yer verilen sınır dışı etme usûlüne ilişkin güvenceler şöyle özetlenebilir: ayrımcılık ve keyfi muamele yasağı, sınır dışı sürecinin başlangıcı ve işlemler hakkında bilgilendirilme hakkı, ülke mevzuatının sınır dışı etme amaçlı olarak gözaltına alınmaya izin vermesi halinde bunun yerleşmiş insan hakları standartlarına uygun olarak yapılması gereği (örneğin bu kişilerin mümkün olduğunca hükümlülerle aynı yerde tutulmaması gibi¹²⁹), sınır dışı etme kararına karşı nedenler ileri sürme hakkı¹³⁰, konsolosluk himayesi hakkı (sınır dışı edilecek yabancı talep ettiği takdirde, Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi'nin¹³¹ 36. ve 38. maddeleri uyarınca yabancının konsolosluğuna durumun bildirilmesi ve ilgilinin konsolosluk görevlileri ile görüşmesine izin verilmesi gerektiği kabul edilmektedir), bir avukat tarafından temsil edilme hakkı¹³², (bazı ülkelerin mevzuatı sınır dışı edilecek kişinin mali durumunun kendini avukat marifetiyle temsil ettirmemeye elvermemesi halinde ücretsiz hukuki yardım

¹²⁹ UN General Assembly resolution 43/173, 9 December 1988, annex, Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment, Principle 8.

¹³⁰ Bu hak BM Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 13. maddesinde; Yaşadıkları Ülkenin Vatandaşı Olmayan Bireylerin İnsan Hakları Bildirisi'nin 7. maddesinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ek 7 No'lu Protokol'ün 1. maddesi 1(a) bendinde yer almıştır.

¹³¹ Sözleşme metni için bkz. R.G. T. 27.09.1975, S. 15369.

¹³² Bu hak BM Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 13. maddesinde; Yaşadıkları Ülkenin Vatandaşı Olmayan Bireylerin İnsan Hakları Bildirisi'nin 7. maddesinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ek 7 No'lu Protokol'ün 1. maddesi 1(c) bendinde yer almıştır.

sağlanmasını da içermektedir¹³³), sınır dışı etme sürecinde çeviri ve tercüme sağlanması hakkı, sınır dışı etme kararının bildirilmesi hakkı (bu bildirim sınır dışı gerekçesi¹³⁴, sınır dışı işleminin hangi tarihte, hangi ülkeye gerçekleştirileceği, ilgilinin itiraz/başvuru hakkı var ise bunu ne kadar süre içerisinde kullanabileceği gibi bilgileri de içermesi bazı ülkelerin mevzuatlarında öngörülmüştür), sınır dışı etme kararının gözden geçirilmesini talep etme hakkı¹³⁵ (gözden geçirmenin mutlaka bir yargı organı tarafından yapılmasının gerekmediği ve gözden geçirme sırasında

¹³³ Örneğin “AB Ülkelerinde Uzun Süre İkamet Eden Üçüncü Ülke Vatandaşlarının Durumuna İlişkin 25 Kasım 2003 tarihli ve 2003/109/EC sayılı Konsey Direktifi”nin 12. maddesinin 4. bendinde sınır dışı etme kararına karşı hukuki başvuru yolunun bulunması gereğine yer verildikten sonra, 5. bendinde, AB ülkelerinde uzun süreli ikamet eden üçüncü ülke vatandaşlarına, ikamet ettikleri ülkenin vatandaşları ile aynı koşullarda ücretsiz hukuki yardım sağlanacağı belirtilmiştir.

¹³⁴ Avrupa Adalet Divanı, ulusal güvenlikle ilgili nedenler gerektirmediği sürece, ilgiliye sınır dışı edilmesine ilişkin kararın gerekçelerinin bildirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Rezguia Adoui v. Belgian State and City of Liège; Dominique Cornuaille v. Belgian State, Joined Cases C-115/81 and C-116/81, Judgment of the Court, 18 May 1982, para. 4.

¹³⁵ Bu hak BM Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi’nin 13. maddesinde, Göçmen İşçilerin Hukuki Durumuna İlişkin Avrupa Sözleşmesi’nin 9. maddesinin 5. fıkrasında, Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Cenevre Sözleşmesi’nin 32. maddesinde, Vatansızların Hukuki Durumuna İlişkin New York Sözleşmesi’nin 31. maddesinde ve AİHS’nin 13. maddesinde Sözleşme kapsamındaki tüm haklar bakımından, Ek 7 No’lu Protokol’ün 1. maddesinin (b) bendinde ise sınır dışı etmeye ilişkin olarak yer almıştır.

sınır dışı etme kararının uygulanmasının askıya alınması gerektiği ifade edilmiştir¹³⁶⁾¹³⁷.

Sınır dışı kararının icrasından önce kişiye, ülkeyi kendi isteği ile terk etmesi için süre verilebileceği ve özellikle yerleşik yabancılara ülkedeki mallarını tasviye için yeterli zaman tanınması gerektiği de öğretide ifade edilmiştir¹³⁸.

Bu başlık altında değinilmesi gereken bir diğer husus ise, sınır dışı edilen kişinin gönderileceği ülkeye ilişkin sınırlamalardır. “Non-refoulement” ilkesi uyarınca sınır dışı edilecek kişinin insanlık dışı ve kötü muamele görmesi tehlikesi bulunan bir ülkeye gönderilemeyeceğini ve bu yasağın AİHM tarafından mutlak şekilde uygulandığını yukarıda belirtmiştik. Bu yasağa ek olarak, kişinin gönderilmeyi istediği bir ülkeye giriş için çaba harcamasına olanak sağlanmasının gerektiği, bu çerçevede sınır dışı edilenin sadece sınır dışı kararına karşı değil, aynı zamanda gönderileceği ülkeye ilişkin olarak da başvuru hakkının bulunduğu ifade edilmiştir¹³⁹. Kişinin seçimi olan ülkelere, giriş konusunda kabul alamaması halinde ise, onu ülkeye kabul konusunda uluslararası yükümlülüğü olan

¹³⁶ European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Council of Europe, Seventh General Report on the CPT’s activities covering the period 1 January to 31 December 1996, CPT/Inf (97) 10, 22 August 1997, “Foreign nationals detained under aliens legislation”, para. 34.

¹³⁷ Sınır dışı etme usûlüne ilişkin güvenceler konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. International Law Comission Report on Expulsion of Aliens, s. 378-419.

¹³⁸ SHEARER, Ivan Anthony; Extradition in International Law, University Press, Manchester, 1971, p. 76.

¹³⁹ GOODWIN-GILL, Movement of Persons, s. 223-224.

vatandaşlığını taşıdığı ülkeye gönderilmesinin tabii olduğu ve bu halde gönderilen ülkeye ilişkin olarak yapılacak bir başvurunun genellikle başarısızlıkla sonuçlanacağı da belirtilmiştir¹⁴⁰. Bununla birlikte, böyle bir hakkın uluslararası hukukta kabul gördüğüne ilişkin fazlaca veri bulunmamaktadır.

Sınır dışı edilecek olan yabancının, sınır dışı usûlüne ilişkin olarak haiz olduğu yukarıda değinilen güvencelere, ulusal güvenlik ve kamu düzeni nedeniyle uluslararası antlaşmalarda ve devletlerin ulusal mevzuatlarında istisnalar getirildiği görülmektedir. Esasen sınır dışı etmeye ilişkin hükümleri bulunan uluslararası antlaşmaların neredeyse tamamında ulusal güvenlik ve kamu düzeni istisnasına rastlamak mümkündür. Örneğin, BM Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 13. maddesi bu istisnayı düzenlerken “ulusal güvenlikle ilgi zorlayıcı nedenler” ifadesini kullanmıştır. Aynı istisna, Yaşadıkları Ülkenin Vatandaşı Olmayan Bireylerin İnsan Haklarına İlişkin Beyanname'nin 7. maddesinde de yer almıştır. AİHS'ne Ek 7 No'lu Protokol'ün 1. maddesinin ikinci fıkrası ise, bireyin normalde faydalanma hakkına sahip olduğu usûli güvencelerin, “sınır dışı etme kamu düzeninin menfaatleri bakımından gerekiyorsa veya ulusal güvenlik gerekçelerine dayanıyorsa” uygulanmayabileceğini düzenlemiştir. Bu durum, insan hakları belgelerinin sınır dışı etme usûlüne ilişkin olarak sağladığı güvencelerin, getirilen istisnalar nedeniyle devletlere geniş takdir yetkisi tanınması ile sonuçlandığı şeklinde eleştirilmiştir¹⁴¹.

¹⁴⁰ GOODWIN-GILL, Movement of Persons, s. 224.

¹⁴¹ MARTIN, David A.; “The Authority and Responsibility of States”, Migration and International Legal Norms, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2003, s. 39.

VI. SINIR DIŞI ETMEYE İLİŞKİN TÜRK HUKUKUNDAKİ DÜZENLEMELER

A. SINIR DIŞI ETME ESASLARI

1. Sınır Dışı Edilebilecek Kişiler

1982 Anayasası uyarınca, temel hak ve özgürlükler bakımından vatandaş ile yabancı arasında ayırım yapılmaması esas olup, yabancılar bakımından sınırlama getirilmesi istisnadır. Nitekim, Anayasa'nın 12. Maddesinde 'Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir.' denilerek temel hak ve hürriyetlerin vatandaş yabancı ayırımı yapılmaksızın 'herkese' tanındığı belirtilmiştir. Anılan hükmü takiben ise, Anayasa'nın 16. maddesinde 'Temel hak ve hürriyetlerin, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabileceği' öngörölmüŐtür. Anayasamızın 17. maddesinde yer alan kişi dokunulmazlığı ise, kişi özgürlüğü ve güvenliğini içerecek şekilde, insanın yasayla belirlenmiŐ ve sınırlandırılmıŐ durumlar dışında hareket serbestliği ve özgürlüğünden yoksun bırakılmaması anlamına gelmektedir. Temel hak ve hürriyetlere dahil kişi dokunulmazlığı ve seyahat özgürlüğü konusunda önemli etkileri olan sınır dışı etme, yabancı ile vatandaşın temel hak ve hürriyetler bakımından eŐitliėi ilkesine önemli bir istisna olarak karŐımıza çıkmaktadır¹⁴². 1982 Anayasa'sının 23. maddesinde, vatandaşın sınır dışı edilemeyeceği ve yurda girme hakkından yoksun bırakılmayacağı düzenlemiştir. Dolayısıyla Türk hukuku uyarınca sınır dışı etme yalnız yabancılar uygulanabilmektedir.

¹⁴² ÇİÇEKLİ, Yabancılar, s. 38; ÇELİKEL / (ÖTEKİN) GELGEL, s. 106.

12.06.2009 tarihinde yürürlüğe giren yeni Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 3. maddesinde “yabancı” “Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile vatandaşlık bağı bulunmayan kişi” şeklinde tanımlanmıştır.

Türk hukukunda sınır dışı edilecek kişiler ile sınır dışı etme nedenleri iç içe geçmiş bir şekilde düzenlenmiştir. Sınır dışı etme işlemi, genel olarak Yabancıların Türkiye’de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun’un (YİSHK) 19-22. maddeleri arasında yer almaktadır. YİSHK’nın 19. maddesine göre, “İçişleri Bakanlığınca memlekette kalması umumi güvenliğe, siyasi ve idari icaplara aykırı sayılan yabancılar verilecek muayyen müddet zarfında Türkiye’den çıkmaya davet olunur. Bu müddetin sonunda Türkiye’yi terk etmeyenler sınır dışı edilebilirler”. Bu çerçevede, 1982 Anayasa’nın 23. maddesine de uygun olarak, YİSHK’nin 19. maddesi uyarınca Türk vatandaşlarının sınır dışı edilmesi sözkonusu değildir¹⁴³.

YİSHK’nın 20. maddesinde de kimlerin sınır dışı edilebileceği konusunda bir hükme yer verilmiş olup, anılan maddeye göre, geçerli pasaporta sahip olmayan yabancılar Türkiye’den sınır dışı edilebilecek kişiler arasında yer almaktadır¹⁴⁴. YİSHK’nın 20. maddesi “Usûlüne uygun olarak Türkiye sınırına girmiş oldukları halde, pasaportlarını kaybedenler veya pasaportlarının hükmü kalmamış bulunan yabancılar, kendilerine ilgili makamlarca resmen ihtar vuku bulduğu tarihten itibaren 15 gün içinde pasaport veya tabiiyet ilmühaberi almaya mecburdurlar” hükmünü amirdir.

¹⁴³ GÖĞER, Erdoğan; Yabancılar Hukuku, 3.Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1979, s.35.

¹⁴⁴ ÇELİKEL / (ÖTEKİN) GELGEL, s. 111.

YİSHK'nın "sınır dışı etmeye yetkili makamlar başlıklı" 21. maddesinde ise, tabiiyetsiz veya Türk kültürüne bağlı olmayan yabancı göçebelerin sınır dışı edilmelerine İçişleri Bakanlığı'nın yetkili olduğu düzenlenmiştir. Anılan hüküm esasen yakın zamana kadar, yabancı çingeneleri sınır dışı etmeye İçişleri Bakanlığı'nın yetkili olduğunu da belirtmekteydi. Bununla birlikte, sınır dışı etme nedenleri başlığı altında daha ayrıntılı incelenecek olan çeşitli tartışmalar sebebiyle bir kanun değişikliği yapılarak "çingene" ifadesi metinden çıkartılmıştır¹⁴⁵.

Ağır ceza mahkemesinin görevine giren bir suçtan dolayı Türkiye'de mahkûm olmuş yabancılar da, YİSHK'nın 22. maddesinde sınır dışı edilebilecek kişiler arasında düzenlenmiştir. Bununla birlikte, işbu düzenlemenin, yeni Ceza Kanunu'nun (TCK) 59. maddesi ile getirilmiş olan düzenleme ile zımnen yürürlükten kalktığı görüşü doktrinde ileri sürülmektedir¹⁴⁶. Nitekim TCK'nın 59. maddesi, işlediği suç nedeniyle hapis cezasına mahkûm edilmiş yabancıların durumunun sınır dışı işlemleriyle ilgili olarak değerlendirilmek üzere İçişleri Bakanlığı'na bildirileceğini düzenlemiştir. İçişleri Bakanlığı sınır dışı etmeye ilişkin genel düzenlemeler uyarınca yapacağı değerlendirme sonucunda ilgili kişi hakkında sınır dışı etme kararı verebilecek veya bunu gerekli bulmayabilecektir.

Pasaport Kanunu'nun (PK) 34. maddesinde ise, ülke sınırlarından her nasılsa pasaportsuz olarak girebilmiş yabancıların ve Türk vatandaşlarının ağır para veya hapis cezasıyla cezalandırılacağı, ayrıca yabancıların cezalarını çekmelerinin ardından sınır dışı edileceği düzenlenmiştir. Söz konusu maddede yabancılar için

¹⁴⁵ Bkz. Kanun No. 6097, Kabul Tarihi: 05.01.2011, R. G. S. 27820, T. 19.01.2011.

¹⁴⁶ ÇİÇEKLİ, Yabancılar, s. 170.

öngörülen sınır dışı etme işlemi, Türk vatandaşları açısından öngörülmemiştir. PK'nun 3. maddesinde "Pasaportsuz veya belgesiz ve usûlüne uygun ya da muteber olmayan pasaport veya belge ile Türkiye sınırlarına gelerek Türk vatandaşlığını iddia edenlerin, nüfus kayıtlarına dayanan vesikalara veya başka kanıtlara göre yurda kabul edilecekleri, bununla birlikte Türk vatandaşlığı sabit olmayanların geri çevrileceği" hükmü yer almıştır. Bu bağlamda, pasaportsuz veya belgesiz olarak Türkiye'ye gelmiş Türk vatandaşı iddiasını ispat edemediği takdirde sınır makamları tarafından geri çevrilecek, sınır dışı edilmeyecektir.

Mültecilerin ve vatansızların sınır dışı edilmesini ele alan bir kanun hükmü Türk mevzuatında bulunmamaktadır. Öte yandan, sığınmacı ve mültecilerin sınır dışı edilmesine ilişkin bir yönetmelik hükmü mevcuttur. "Türkiye'ye İltica Eden veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzere Türkiye'den İkamet İzni Talep Eden Münferit Yabancılar ile Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılar ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik" in (1994 Yönetmeliği) 29. maddesinde, Türkiye'de muntazam surette bulunan mülteci ya da sığınmacıların kamu güvenliği ve kamu düzeni sebepleriyle İçişleri Bakanlığı tarafından sınır dışı edilebileceği belirtilmiştir. Bu başlık altında, Türkiye'nin 1951 Mültecilerin Hukuki Durumuna İlişkin Cenevre Sözleşmesi'nin uygulama alanını coğrafi açıdan sınırlamış olduğunu belirtmekte fayda bulunmaktadır. Buna göre, Türkiye sadece Avrupa ülkelerinden gelenlere mülteci statüsünü tanımaktadır. Diğer ülkelerden gelenlere ise sığınmacı (asylum seeker) muamelesi yapmakta ve güvenli bir üçüncü ülke bulana kadar Türkiye'de kalmalarına izin vermektedir. Örneğin Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (BMMYK) verilerine göre, 1997-2007 yılları arasında Türkiye'ye gelen

ve BMMYK tarafından başvuruları kabul edilen Avrupalı olmayan mültecilerin (Türkiye’de sığınmacı muamelesi göreceklendir) sayısı 27985’dir¹⁴⁷. Nitekim Türkiye’nin, uluslararası örf ve adet hukuku kuralı haline geldiği kabul edilen non-refoulement prensibi ve taraf olduğu uluslararası antlaşmalar çerçevesinde bu ilkeyi coğrafi sınırlamayı dikkate almadan bütün yabancılara uygulama yükümlülüğü bulunmaktadır¹⁴⁸. Türkiye’nin Avrupa’dan gelenler dışındakilere mülteci statüsü tanımayıp sığınmacı muamelesi yapmasının, soy ve ırk temelinde ayrımcılık teşkil ettiği ve Türkiye’nin AİHS’nin 14. maddesini ihlâl ettiği iddiası AİHM önünde « A.G. and Others v. Turkey »¹⁴⁹ davasında inceleme konusu yapılmıştır. Söz konusu davada, Türkiye’ye yasadışı yollardan girerek iltica talebinde bulunan ve İran’a sınır dışı edilmeleri halinde insanlık dışı ve kötü muamele ile karşılaşacaklarını ileri süren davacıların ayrımcılık iddiası konusunda AİHM, Türkiye’nin, 1951 Cenevre Sözleşmesi ile tanınan yetkisini kullanarak coğrafi açıdan Sözleşme’nin uygulama alanını sınırladığını, Avrupa’dan gelenlere mülteci statüsü verilirken diğer ülkelerden gelenlere insancıl amaçlarla, güvenli üçüncü bir ülkeye gidene kadar sığınmacı statüsü verilmesinin AİHM’nin 14. maddesine aykırı olmadığını ve bu yaklaşımın Türkiye’nin mülteci ve sığınmacı politikası ile ilgili olduğunu belirtmiştir¹⁵⁰.

¹⁴⁷ UNHCR Türkiye istatistikleri, <http://www.unhcr.org.tr/MEP/index.aspx?pageId=158> (son erişim tarihi 01.02.2011).

¹⁴⁸ Bkz. EKŞİ, Nuray; “AİHM Kararlarında Sığınmacı ve Mültecilerin Türkiye’den Sınırdışı Edilmelerini Engelleleyen Haller”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 82, Sayı 6, 2008, s. 2803-2836 ("Sığınmacı ve Mülteciler").

¹⁴⁹ Söz konusu davanın olay detayları ve incelemesi için bkz. s. 121-123.

¹⁵⁰ EKŞİ, "Sığınmacı ve Mülteciler", s. 2835-2836.

Mahkeme bu değerlendirme ışığında ayrımcılık yasağı ile ilgili 14. maddenin ihlâl edilmediğine karar vermiş ve başvuruyu kabul edilebilir bulmamıştır¹⁵¹.

Uluslararası hukukta kabul gören kurallara uygun olarak, YİSHK'nın 28. maddesinde Türkiye'de görevli yabancı devletler siyasi veya konsolosluk resmi memurlarıyla aile efradı ikamet tezkeresi alma ödevinden muaf tutulmuşlar ve bu kişilerin sınır dışı işlemine konu olmayacakları anılan madde hükmünde belirtilmiştir. Ancak Bakanlar Kurulu tarafından bu kişiler "istenmeyen kişi" olarak belirlenip ülkeden çıkarılmaları mümkündür¹⁵².

2. Sınır Dışı Etme Nedenleri

Sınır dışı etme nedenleri, Türk hukukunda üç farklı kanunda düzenlenmiştir. 5683 sayılı Yabancıların Türkiye'de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun (YİSHK), 5682 sayılı Pasaport Kanunu (PK) ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 59. maddesi sınır dışı etme işlemine ve bunun nedenleri ile sonuçlarını düzenlemiştir. 403 sayılı mülga Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda (TVK) yer alan ve vatandaşlığa alınmanın iptalinin bir sonucu olarak (idareye de takdir yetkisi verecek şekilde) düzenlenen sınır dışı etme işlemine, 5901 sayılı yeni Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda yer verilmemiş, bu durumdaki kişilerin YİSHK hükümlerine tabi olacağının belirtilmesiyle yetinilmiştir. Sınır dışı edilebilecek kişiler başlığı altında da değinilen YİSHK, TCK ve PK'nda bulunan sınır dışı etme nedenleri aşağıda incelenecektir.

¹⁵¹ A. G. v. Turkey kararı, 15 Haziran 1999, Başvuru No: 40229/98.

¹⁵² DURAN, s. 7.

a) Memlekette Kalması Umumi Güvenliğe, Siyasi ve İdari İcaplara Aykırı Sayılan Yabancıların Sınır Dışı Edilmesi

”YİSHK’nın 19. maddesinde “memlekette kalması umumi güvenliğe, siyasi ve idari icaplara aykırı sayılan yabancıların” verilecek bir süre içinde Türkiye’yi terk etmeye davet olunacağı, bu süre içinde Türkiye’yi terk etmeyenlerin sınır dışı edilebileceği düzenlenmiştir. Anılan maddede yer alan “umumi güvenlik” ve özellikle “siyasi ve idari icaplara aykırılık” kavramlarının kapsamı geniş olup, sınır dışı etme konusunda idareye geniş bir takdir yetkisi vermektedir¹⁵³.

“Umumi güvenlik” ile kastedilenin ülkenin iç ve dış güvenliği olduğu doktrinde kabul görmektedir¹⁵⁴. Kapsamı daha belirsiz olan “siyasi ve idari icaplar” kavramının ise, günümüzde özgürlük kısıtlaması nedeni olarak kabul edilen “kamu düzeni” anlamında anlamanın isabetli olacağı ifade edilmektedir¹⁵⁵. Kamu düzeni kavramı dirlik, esenlik, güvenlik ve sağlık unsurlarını içine alan geniş bir kavramdır¹⁵⁶. Bu bağlamda, kamu düzeni kavramı siyasi ve idari icaplardan daha geniş ancak onu da kapsayan bir kavramdır. Bu geniş kavramı yorumlarken idarenin sınır dışı etme işleminin sebep unsuru yönünden sahip olduğu takdir yetkisini keyfi

¹⁵³ ÇİÇEKLİ, Yabancılar, s. 167; DARDAĞAN, s.74.

¹⁵⁴ DOĞAN, Vahit / ODABAŞI, Hasan; Yargı Kararları Işığında Vatandaşlık ve Yabancılar Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004, s.292; ÇELİKEL / (ÖZTEKİN) GELGEL, s.109.

¹⁵⁵ ASAR, Aydoğan; Türk Yabancılar Mevzuatında Yabancı ve Hakları, 2. Baskı, Ankara, 2004, s.195; AYBAY, Yabancılar, s.240.

¹⁵⁶ DARDAĞAN s. 76; ÇAĞLAYAN, Ramazan; İdare Hukuku ve idari Yargılama Hukuku, 2.Baskı, Asil Yayınevi, Ankara, 2006. s.76.

olarak kullanmaması için, her olayda kamu düzenini bozucu bir davranışın bulunup bulunmadığı araştırması gerekmektedir¹⁵⁷. Sadece, kamu düzenini, başka bir deyişle toplumun dirlik ve düzenini bozmaya yönelik davranışları saptanan yabancılar sınır dışı edilmelidirler¹⁵⁸.

Doktrinde ve uygulamada, gerek kanunlarla ülkeye girmesi yasaklanmış olup da girmiş olanlar (PK m. 8), gerekse kendilerine ikamet tezkeresi verilmeyecek ve ikamet izni uzatılmayacak kişilerin (YİSHK, m.7) idari icaplara aykırılık esasına dayanılarak sınır dışı edilebileceği kabul edilmektedir¹⁵⁹.

YİSHK'in 19. maddesine aykırı davranışları tespit edilen yabancılara ülkeyi terk etmek için verileceği anılan madde metninde belirtilen muayyen müddet, yabancı bulduğu yer, yabancı sağlığı, çıkış için ulaşım imkânları gibi durumlar göz önünde bulundurularak idare tarafından takdir edilmektedir.

YİSHK'nın 19. maddesinin geniş kapsamı nedeniyle, idari yargı önüne gelen sınır dışı etmeye ilişkin davaların pek çoğunun anılan maddeye dayandığı görülmektedir¹⁶⁰. Danıştay, ülkenin siyasi bütünlüğünü zedelemeye ve parçalamaya yönelik faaliyetler gösteren kuruluşlarla irtibat sağlayan, bu maksatla düzenlenen faaliyetlere katılan yabancıların YİSHK'nın 19. maddesi uyarınca Türkiye'yi terke

¹⁵⁷ DURAN, s.11.

¹⁵⁸ DARDAĞAN, s. 121.

¹⁵⁹ ÇİÇEKLİ, Yabancılar, s. 167; ÇELİKEL / (ÖZTEKİN) GELGEL, s. 109.

¹⁶⁰ DARDAĞAN, s. 114.

davet edilmesinde isabetsizlik olmadığına 1970 tarihli bir kararında hükmetmiştir¹⁶¹. Yine Danıştayca, 1983 yılında verilen bir karara göre, İran'ın İstanbul Başkonsolosluğu işgaline katılan kişinin eyleminin, Türkiye Cumhuriyeti'nin emniyetini ve umumi nizamı bozucu nitelik taşıdığı kabul edilmiş ve ilgilinin YİSHK'nın 19. maddesine göre sınır dışı edilmesinde yasaya aykırılık bulunmamıştır¹⁶². Fuhuşla uğraşan yabancıların sınır dışı edilmesi de, idari yargı tarafından 19. madde kapsamında değerlendirilmektedir. Danıştay'ın 1967 tarihinde vermiş olduğu bir kararda, ülkede fuhuş yaptığı emniyetçe tespit edilen kişinin sınır dışı edilmesinde kanuna aykırılık bulunmadığı vurgulanmıştır¹⁶³.

İdari yargının, YİSHK'nın 19. maddesine dayanarak verilen sınır dışı etme kararlarını hukuka aykırı bulduğu örnekler de bulunmaktadır¹⁶⁴. Bu bağlamda, Danıştay 1979 tarihli bir kararlarında, yabancıнын bir kavgaya karışmasının «basit bir zabıta olayı» teşkil ettiğini ve 19. madde kapsamına sokulamayacağını belirtmiştir¹⁶⁵. Benzer şekilde 1970 tarihli bir kararında¹⁶⁶ ise, Danıştay, medeni halindeki değişikliği İdareye bildirmeyen yabancıнын bu davranışının siyasal güvenliği ihlâl etmediğine hükmetmiştir¹⁶⁷.

¹⁶¹ Danıştay 12. Daire, E. 1970/2225, K. 1970/2570, T. 28.12.1970, Karar.

¹⁶² Danıştay 10. Daire, E. 82/3706, K. 83/2619, T. 15.12.1983, Karar.

¹⁶³ Danıştay 12. Daire, E. 1966/659, K. 1967/817, T. 16.05.1967, Karar.

¹⁶⁴ Bkz. DARDAĞAN, s. 121-125.

¹⁶⁵ Danıştay 12. Daire, E. 1978/264, K. 1979/3876, T. 18.10.1979, Karar; DARDAĞAN, s. 122.

¹⁶⁶ Danıştay 12. Daire, E. 1969/2163, K. 1970/2110, T. 23.11.1970, Karar.

¹⁶⁷ DARDAĞAN, s. 122.

İsveç Radyo ve Televizyon Kurumu tarafından gönderilmiş bir ekibin, izinsiz film çekildiği gerekçesi ile sınır dışı edilmesi üzerine açılan dava sonunda verilen bir Danıştay kararı, verildiği dönemde büyük yankı uyandırmıştır. Anılan kararda Danıştay, “19. maddede geçen genel güvenlik, siyasi-idari icap deyimlerinin belirsiz yasal kavramlar oluşturduğunu ve günümüzdeki yoğun uluslararası ilişkiler karşısında, uygulamada büyük duyarlılık gerektirdiğini” vurgulamış, film çekimi için gerekli izni almayan yabancıların ülkede kalmalarının genel güvenliğe, siyasi ve idari icaplara aykırı olmadığını bildirmiştir¹⁶⁸. Kararın o dönem için ilginç yönlerinden biri de, sınır dışı etme kararının hukuka uygunluğu incelenirken ve idarenin takdir yetkisini ne şekilde kullanması gerektiği açıklanırken, YİSK’nın 19. maddesi dışında, Anayasa kurallarının yanısıra, onaylanması sözkonusu olmayan, siyasal bir belge niteliğindeki Helsinki Nihai Senedi de içinde olmak üzere, uluslararası düzenlemelerin de göz önünde tutulmuş olmasıdır¹⁶⁹.

b) YİSHK’nın 20. Maddesi, PK’nın 34. ve 35. Maddeleri Çerçevesinde Pasaport ve Ülkeye Giriş ile İlgili Düzenlemelerin İhlâl Edilmesi Nedeniyle Yabancıların Sınır Dışı Edilmesi

PK’nın 2. maddesi uyarınca Türk vatandaşları ile yabancıların Türkiye’ye girebilmek için emniyet makamlarına pasaport veya pasaport yerine geçen bir belge gösterme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu yükümlülüğe paralel olarak, yabancıların ülkede buldukları süre boyunca geçerli bir pasaporta sahip olmaları da gerekmektedir. Bu bağlamda, gerek pasaportsuz olarak ülkeye giren yabancılar,

¹⁶⁸ Bkz. DARDAĞAN, s. 123.

¹⁶⁹ AYBAY, “Yönetmelik Yargı Açısından Yabancıların Konumu”, s. 159.

gerek ise ülkeye geçerli bir pasaportla girmiş olup da pasaportları sonradan zayi veya geçersiz olan yabancıların 15 gün içinde yeni pasaport veya tabiiyet ilmühaberi almamış olanları, yabancılar mevzuatına aykırı davranmış olacaktır.

YİSHK'nın 20. maddesi bu bağlamda, “Usûlüne uygun olarak Türkiye sınırlarına girmiş oldukları halde pasaportlarını zayi etmiş olan veya pasaportlarının hükmü kalmamış bulunan yabancılar, kendilerine ilgili makamlarca resmen ihtar vuku bulduğu tarihten itibaren 15 gün içinde pasaport veya tabiiyet ilmühaberi almağa mecburdurlar” hükmünü amirdir.

PK'nın 34. maddesi ise, “Türkiye Cumhuriyeti sınırlarından her nasılsa pasaportsuz olarak girebilmiş olan vatandaşlar ve yabancılar 250 Liradan 1250 Liraya kadar adli para veya 1 aydan 6 aya kadar hapis cezasıyla veya her ikisiyle cezalandırılacağını ve bu gibilerden yabancı olanların cezalarını çektikten sonra sınır dışı edileceğini” öngörmektedir.

Her ne kadar, YİSHK'nın 20. maddesi kapsamındaki yabancıların 15 gün içinde pasaport veya tabiiyet ilmühaberi almamasının yaptırımını madde metninde açıkça düzenlenmemişse de, bu durumdaki kişilerin yurdu terk etmedikleri takdirde YİSHK'nun 19. maddesinde yer alan “idari icaplara aykırılık” nedeniyle sınır dışı edilebilecekleri doktrinde kabul grmektedir¹⁷⁰. PK'nın 34. maddesinden farklı olarak, bu madde metninde kesin bir yaptırıma işaret edilmediğinden, idarenin böyle bir halde yaptırım uygulayıp uygulamama konusunda takdir yetkisi bulunmaktadır¹⁷¹.

¹⁷⁰ ÇELİKEL / (ÖZTEKİN) GELGEL, s. 111; ÇİÇEKLİ s. 167; AYBAY, Yabancılar, s. 242 .

¹⁷¹ AYBAY, Yabancılar, s. 242

PK'nın 34. maddesi ise Türkiye'ye her nasılsa pasaportsuz olarak girmiş olan yabancıların bu maddede öngörülen cezaları çektikten sonra sınır dışı edilmeleri gerektiğini düzenlemiştir¹⁷². Anılan madde idareye takdir yetkisi vermemiş olup, idarenin pasaportsuz olarak girmiş yabancıları sınır dışı etme konusunda bağlı yetkisi bulunmaktadır. Pasaport Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun tasarısı¹⁷³, anılan maddeye, sınır dışı edilirken yabancıların Türkiye'ye giriş yer ve şeklinin göz önünde bulundurulmasına imkân verecek bir cümle eklenmesini öngörmektedir.

Bu başlık altında değinilmesi uygun olacak bir diğer madde de, Türkiye'ye giriş çıkış kapısı dışındaki yerlerden giriş yapmış olan yabancılara uygulanacak yaptırımı belirleyen PK'nın 35. maddesidir. Anılan madde "Bakanlar Kurulunca tayin olunan mahallerden başka yerlerden Türkiye'ye giren veya Türkiye'den çıkanlar usûlüne uygun pasaport veya vesika taşıyıcılar bile 125 Liradan 250 Liraya kadar hafif para veya bir aydan 6 aya kadar hafif hapis cezasıyla veya her ikisiyle cezalandırılırlar" hükmünü amirdir. Her ne kadar sözkonusu maddede bu durumdaki yabancıların sınır dışı edilmelerine ilişkin bir düzenleme yer almamaktaysa da, bu durumdaki yabancıların genel hükümler çerçevesinde sınır dışı edilecekleri kabul edilmektedir¹⁷⁴. Pasaport Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun tasarısı da bu görüşü teyit etmektedir. Nitekim anılan tasarı, sınır dışı etme yaptırımını açıkça içerecek şekilde 35. maddenin sonuna "Bu gibilerden yabancı olanlar cezalarını

¹⁷² ÇİÇEKLİ, s. 168-169.

¹⁷³ Tasarı metni için bkz. http://www.alomaliye.com/pasaport_kanunu_degisiklik.htm (son erişim tarihi 01.02.2011).

¹⁷⁴ ÇİÇEKLİ, Bülent; Yabancılar ve Polis, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003, s. 92 (Yabancılar ve Polis).

çektikten sonra sınır dışı edilirler. Sınır dışı edilirken yabancının Türkiye'ye giriş yer ve şekli göz önünde bulundurulabilir ” fıkrasının eklenmesi öngörmektedir.

Gerek YİSHK'nın 20. maddesi, gerek PK'nın 34. ve 35 maddesi, kendisine kanunlar ile yüklenmiş bir ödevi yerine getirmeyen yabancının bu davranışının yaptırımı bağlanmasını hedeflendiğinden, anılan maddeler uyarınca yapılacak sınır dışı etme işleminin idari yaptırım özelliği taşıdığı öğretide kabul edilmektedir¹⁷⁵.

c) Tâbiyetsiz veya Türk Kültürüne Bağlı Olmayan Yabancı Göçebelerin Sınır Dışı Edilmesi

Sınır dışı edilebilecek kişiler incelenirken de kısaca değinildiği üzere, “sınır dışı etmeye yetkili makamlar” başlıklı YİSHK 21. maddesinin son fıkrada, “Tâbiyetsiz veya yabancı devlet tebası olan çingenelerin ve Türk kültürüne bağlı olmayan yabancı göçebelerin sınır dışı edilmelerine İçişleri Bakanlığı yetkilidir” şeklinde bir cümle yer almaktaydı.

Söz konusu cümlenin “sınır dışı etmeye yetkili makamlar” başlığı altında yer alması nedeniyle, kanun sistematigi dikkate alınarak yapılacak bir yorumun bu gruba giren şahısları sınır dışı etmeye sadece İçişleri Bakanlığının yetkili olduğu şeklinde olması gerektiğini ileri süren ve anılan cümlenin çingenelerin ve yabancı göçebelerin 19. madde anlamında bir faaliyette bulunmalar dahi sınır dışı edilmelerine izin verir şekilde yorumlanamayacağını belirten görüşler¹⁷⁶ varsa da, söz konusu ifadeye

¹⁷⁵ Bkz. DARDAGAN, s. 71; ÇELİKEL / (ÖZTEKİN) GELGEL, s. 102.

¹⁷⁶ AYDOĞAN, Doğa; Yabancı Çingenelerin Türkiye'ye Giriş, İkamet, Seyahat Özgürlükleriyle Türkiye'den Sınır Dışı Edilmeleri, Yüksek Lisans Tezi Çoğaltılmış Nüsha, Ankara, 2006, s. 124.

ilişkin ağırlıklı görüş, YİSHK'nın 21. maddesinin çingene ve yabancı göçebelerin zararlı faaliyetlerde bulunma koşulu aranmaksızın sınır dışı edilmesine imkân verir şekilde kaleme alındığı yönündeydi¹⁷⁷. Bu nedenle, doktrindeki sözkonusu tartışmaları ve çeşitli insan hakları örgütlerinden gelen eleştirileri dikkate alarak, YİSHK'nın 21. maddesinin üçüncü paragrafının metinden çıkarılmasını öngören bir kanun değişikliği tasarısı hazırlanmıştır. Ancak anılan tasarı yasama sürecinde değişikliğe uğramış ve YİSHK'nın 21. maddesinin üçüncü paragrafı muhafaza edilerek sadece «çingene» ibaresi metinden çıkartılmıştır. Dolayısıyla, kanun değişikliği sonrasında YİSHK'nın 21. maddesinin üçüncü fıkrasının yeni metni “Tabiiyetsiz veya Türk kültürüne bağlı olmayan yabancı göçebelerin sınır dışı edilmelerine İçişleri Bakanlığı yetkilidir” şeklindedir¹⁷⁸.

Anılan hükmün eski şekline ilişkin yukarıda sözü edilen tartışmaların yabancı göçebeler bakımından gündemde kalmaya devam edeceği düşünülmektedir. Nitekim son kanun değişikliği ile çingenelerin ancak genel hükümler uyarınca sınır dışı edilebileceğine açıklık getirilmiş olmasına karşın, yabancı göçebeler bakımından, yorum ve tartışmaya açık hüküm aynen korunmuş olmaktadır. “Türk kültürüne bağlı olmayan” ifadesinin anlamı açık değildir. Bununla birlikte, yabancı göçebelerin vatansız olması veya Türk kültürüne bağlı olmaması, anılan kişiler kamu düzeni ve güvenliğini bozmadığı sürece sınır dışı etme için kendi başına yeterli neden olarak görülmemelidir. Nitekim yabancı göçebelerin başkaca bir şart aranmadan, sırf belli

¹⁷⁷ AŞAR, Aydoğan; Türk Yabancılar Mevzuatında Yabancı ve Hakları, Ankara 2004, s. 196; DOĞAN-ODABASI, Hasan; Yargı Kararları Işığında Vatandaşlık ve Yabancılar Hukuku, Ankara, 2004, s. 293; AYBAY, Yabancılar, s. 241.

¹⁷⁸ Bkz. Kanun No. 6097, Kabul Tarihi: 05.01.2011, R. G. S. 27820, T. 19.01.2011.

bir grubun mensubu oldukları için sınır dışı edilebileceklerinin kabulü, çalışmamızda daha önce incelenmiş olan, çağımızın insan hakları anlayışına aykırılık teşkil edecektir¹⁷⁹. Özellikle ayrımcılık yasağı ve keyfi muamele yasağı çerçevesinde, herhangi bir zararlı faaliyette bulunmayan bir kimsenin salt ülkede bulunmasının tehdit oluşturduğunu kabul etmek mümkün görünmemektedir.

d) Yabancı'nın İşlediği Suç Nedeniyle Sınır Dışı Edilmesi

YİSHK'nın 22. maddesi “Türkiye'den sınır dışı edilenler İçişleri Bakanlığının hususi müsaadesi alınmadıkça Türkiye'ye dönemezler, bunlardan ağır ceza mahkemesinin görevine giren bir suçtan dolayı Türkiye'de mahkûm olmuş ve cezası çektirilerek sınır dışı edilmiş olanlar bir daha Türkiye'ye giremezler; ancak İçişleri Bakanlığının müsaadesiyle durmadan transit geçmeleri caizdir” hükmünü içermektedir. Söz konu madde bir yandan Türkiye'ye giremeyecek veya izinsiz giremeyecek kişileri düzenlerken, bir yandan da Türkiye'de mahkûm olmuş ve cezasını çekmiş olan yabancıların sınır dışı edilebilecek kişiler arasında bulunduğunu dolaylı olarak bildirmektedir.

YİSHK'nın 22. maddesi uyarınca bir suçun sınır dışı etme işlemi gerektirmesi için belli bir ağırlığının olması gereklidir¹⁸⁰. Bu husus madde metninde “ağır ceza mahkemesinin görevine giren suç” olarak ifade edilmiştir. Diğer taraftan, ağır hapis cezası-hafif hapis cezası ayrımını ortadan kaldırmış olan ve sınır dışı etme

¹⁷⁹ ÇİÇEKLİ, Yabancılar, s. 168.

¹⁸⁰ DARDAĞAN, s. 89.

konusunda 59. maddesinde yeni bir düzenleme getiren YTCK'nın, YİSHK'nın 22. maddesini zımnen yürürlükten kaldırdığı ileri sürülmektedir¹⁸¹.

5328 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile değişik YTCK'nın 59. maddesi, "İşlediği suç nedeniyle hapis cezasına mahkûm edilen yabancı, koşullu salıverilmeden yararlandıktan ve her halde cezasının infazı tamamlandıktan sonra, durumu, sınır dışı işlemleriyle ilgili olarak değerlendirilmek üzere derhal İçişleri Bakanlığına bildirilir" hükmünü amirdir. Anılan maddenin eski hali "işlediği suç nedeniyle iki yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına mahkûm edilen yabancının, cezasının infazından sonra derhal sınır dışı edilmesine de hükmolunur." şeklinde olmakla birlikte, bu formülasyon, idareye sınır dışı etme konusunda hiçbir takdir yetkisi tanımaksızın sınır dışı işlemini yargısal bir faaliyetin otomatik sonucu olarak düzenlemesi, hapis cezasının sınırını düşük olarak belirlenmesi nedeniyle basit nitelikte ve kamu düzenini etkilemeyecek suçları işleyen yabancının dahi sınır dışı edilmesi gerekeceği noktalarında eleştirilmiştir¹⁸². Bu eleştiriler üzerine, YTCK'nın 59. maddesi kanun yürürlüğe girmeden önce 5328 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile değiştirilmiştir.

Anılan maddenin yukarıda maruz değiştirilmiş hali, sınır dışı etme konusundaki yetkinin hakime değil de idareye bırakılması ve eski düzenlemedeki

¹⁸¹ ÇİÇEKLİ, Yabancılar, s. 170.

¹⁸² ÇİÇEKLİ, Yabancılar, s. 170.

hakimin takdir yetkisini kaldıran anlayışa yeni düzenlemede yer verilmemesi bakımından öğretide isabetli görülmüştür¹⁸³.

B. SINIR DIŞI ETME USÛLÛ

1) Yetkili Makamlar

Önleyici kolluk tedbiri veya idari yaptırım mahiyetini taşıyan Türk hukukundaki sınır dışı etme yetkisi yürütmeye verilmiştir. Sınır dışı kararını almaya yetkili makamın, sınır dışı etme nedeninin ne olduğundan bağımsız olarak, İçişleri Bakanlığı olduğu görülmektedir. Esasen yeni TCK ve TVK'nın yürürlüğe girmesinden önce, ağır cezayı gerektiren suç halinde adli mercilerin, vatandaşlığa alınmanın iptali halinde ise Bakanlar Kurulu'nun sınır dışı etme kararını vermeye yetkili olduğu düzenlenmekteydi. Son değişikler sonucunda, İçişleri Bakanlığı sınır dışı etme bağlamında tek yetkili makam haline gelmiştir.

İçişleri Bakanlığı'nın bu genel yetkisi YİSHK'nın 21. maddesinde, "Bu kanunda derpiş edilen sınır dışı kararını almaya İçişleri Bakanlığı yetkilidir" şeklinde ifade edilmiştir. Yeni TCK ve TVK ise sınır dışı etme ile bağlantılı olarak YİSHK hükümlerine işaret etmiştir. Bu bağlamda, yeni TCK'nın 59. maddesi "İşlediği suç nedeniyle hapis cezasına mahkûm edilen yabancı, koşullu salıverilmeden yararlandıktan ve her halde cezasının infazı tamamlandıktan sonra, durumu, sınır dışı işlemleriyle ilgili olarak değerlendirilmek üzere derhal İçişleri Bakanlığı'na

¹⁸³ LEVİ, Selim; "Yabancıların Sınır Dışı Edilmesi Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Tartışma Yaratacak Bir Hükümü Nasıl Değiştirdi?", Türkiye Barolar Birliği Dergisi (TBB Dergisi), Sayı 58, Mayıs-Haziran, Ankara, 2005, s. 38.

bildirilir” hükmünü¹⁸⁴, yeni TVK’nın 33 maddesi 1. fıkrası ise Vatandaşlığı iptal edilenler hakkında 15/7/1950 tarihli ve 5683 sayılı Yabancıların Türkiye’de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun hükümleri uygulanır hükmünü amirdir. Dolayısıyla YİSHK’nın 21. maddesi’nin İçişleri Bakanlığı’na verdiği yetki bu düzenlemelerle daha da pekiştirilmiştir.

Ayrıca, Türkiye Cumhuriyeti sınırlarından her nasılsa pasaportsuz olarak girebilmiş olan yabancıların cezalarını çektikten sonra sınır dışı edileceklerini düzenleyen PK’nın 34. maddesi sınır dışı etme konusunda hangi makamın yetkili olduğu belirtilmemişse de, bu bağlamda yetkinin İçişleri Bakanlığı’nda olduğu öğretide kabul görmektedir¹⁸⁵. Bu yaklaşımın dayanağı YİSHK’nın sınır dışı etme konusundaki genel düzenleme olmasından hareketle, sınır dışı etme işlemi ile ilgili olarak diğer mevzuatta bulunan boşlukların, YİSHK hükümleri dikkate alınarak doldurulabileceğidir¹⁸⁶.

Öte yandan, YİSHK’nın 21. maddenin 2. fıkrasına göre İçişleri Bakanlığı, gerekli gördüğü sınır ve sahil illerine, ülke güvenliği açısından hemen çıkartılmaları gereken yabancılar için sınır dışı etme yetkisi verebilecektir. Anılan madde, “İçişleri

¹⁸⁴ Söz konusu maddenin ilk hali, “İşlediği suç nedeniyle iki yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına mahkûm edilen yabancıların, cezasının infazından sonra derhal sınır dışı edilmesine de hükümlenir” şeklindeydi. Takdir yetkisini kaldırarak sınır dışı etmeyi zorunlu kılacak şekilde kaleme alınması, iki yıl ceza alan her yabancıların kamu düzeni için tehdit oluşturacağını varsaymanın yerinde olmadığı noktalarında haklı olarak eleştirilen bu madde, YTCK yürürlüğe girmeden önce yukarıdaki şekilde değiştirilmiştir.

¹⁸⁵ ÇİÇEKLİ, Yabancılar Hukuku, s. 169; AYBAY, Yabancılar, s. 270.

¹⁸⁶ GÖĞER, s. 35; AYBAY, Yabancılar, s. 245.

Bakanlığı, lüzum göreceği sınır ve sahil illerine memleketin umumi güvenlik ve kamu nizamı noktasından derhal çıkarılmaları lazım gelen yabancıları istizan etmeden sınır dışı etmek yetkisini verebilir. Bu iller, bu yetkiye göre işlem yaptıkları takdirde keyfiyeti mucib sebepleriyle birlikte İçişleri Bakanlığına bildirmeye mecburdurlar” hükmünü amirdir.

Burada sözkonusu olan yetki devridir. Anılan maddenin, derhal çıkarılması gereken yabancılar bakımından sınır ve sahil illerine yetki verilebileceğini belirtmesinin, İçişleri Bakanlığının gerektiğinde süre tanımadan yabancıyı derhal sınır dışı etmesine engel teşkil edip etmeyeceği öğretide tartışılmış ve YİSHK’ya göre asıl ve genel yetkili makam olan İçişleri Bakanlığının, acele hallerde yabancıyı süre vermeden derhal sınır dışı etmesinin mümkün olduğu sonucuna ulaşılmıştır¹⁸⁷.

Bir yetkinin asli yetki sahibi tarafından, idare adına irade açıklayabilecek başka bir makama dolayısıyla o makamı işgal eden kamu görevlisine devredilmesi¹⁸⁸ şeklinde tanımlanan yetki devri, ancak kanunun yetki devrine açıkça imkân tanıdığı ya da yasaklamadığı durumlarda yapılabilir ve yazılı olarak gerçekleştirilmesi gerekir¹⁸⁹. Bu çerçevede, sınır ve sahil illerine yetki devrinin bizzat Bakan tarafından yazılı olarak ve önceden Resmi Gazete’de yayınlamak suretiyle yapılması gerektiği belirtilmektedir¹⁹⁰.

¹⁸⁷ DURAN, s. 9; DARDAĞAN, s. 92-93.

¹⁸⁸ ATAY, Ethem; İdare Hukuku, C. 2, Gazi Kitabevi, Ankara, 2006, s. 29.

¹⁸⁹ GÜNDAY, s. 129.

¹⁹⁰ ATAY, s. 30.

YİSHK'nın 21/2. maddesinde sözü edilen yabancıнын derhal ülkeden çıkarılmasını zorunlu kılan durumların (acil durumların) neler olabileceği öğreti ve yargı kararlarında açıklık kazanmamıştır¹⁹¹. Bu sebeplerin daha ziyade takdiri sebepler içeren ve yabancıya belirli bir süre verilmesini öngören 19. madde açısından anlam ifade edeceği belirtilmektedir¹⁹². Nitekim, yukarıda değinilen usûli güvencelerin bir bölümünün sınır dışı edilen yabancıya tanınmayacağı acele sınır dışı etme yöntemine, ancak bir devletin kamu düzeni ve güvenliği bakımından ciddi bir tehdit bulunduğu kanaat getirdiği durumlarda başvurmasının uygun olacağı değerlendirilmektedir.

2) Sınır Dışı Etme İşleminin Biçimi ve İcrası

Kanunlarımızda sınır dışı etme işleminin biçimine ilişkin bir düzenleme getirilmemiş olmasına rağmen, tüm idari kararlarda olduğu gibi, sınır dışı etme için de yazılı bildirim koşulunun geçerli olduğu öğretide kabul edilmektedir¹⁹³. İdari işlemlerin yazılı olması gerektiği kuralı Anayasa'nın 125. maddesinde "idari işlemlere karşı açılacak davalarda süre yazılı bildirim tarihinden itibaren başlar" şeklinde ifade edilmiştir. Yabancıların sınır dışı edilmesi işleminin sonuçlarının yaptırma benzer etkisi ile aşağıda açıklanacağı üzere ilgilinin sınır dışı etme kararına kendiliğinden uymasına imkân verme gereği dikkate alındığında, yazılı şekil şartına uyulmasının önemi artmaktadır¹⁹⁴. Acil durumlarda verilen sınır dışı etme

¹⁹¹ AYBAY, Yabancılar, s. 269.

¹⁹² DARDAĞAN, s. 93.

¹⁹³ Bkz. DURAN, s. 11-12, AYBAY, s. 270.

¹⁹⁴ DURAN, s. 12.

kararlarında dahi, idarenin yabancılara durumu yazılı şekilde bildirmesi gerektiği öğretide dile getirilmiştir¹⁹⁵.

Sınır dışı etme işlemleriyle ilgili olarak, daha önce değinilen ve farklı ölçülerde devletlerin mevzuat ve uygulaması ile bazı uluslararası belgelere de yansıtılmış olan usûli güvencelere benzer bir düzenleme de Türk kanunlarında bulunmamaktadır¹⁹⁶. Bununla birlikte, geniş anlamda sınır dışı etmenin biçimine ilişkin olan¹⁹⁷ sınır dışı edilecek kişiye süre tanınması meselesi, YİSHK madde 19’da, ülkede kalmaları genel güvenliğe, siyasi ve idari icaplara aykırı olan yabancılara, verilecek “muayyen bir müddet içinde” Türkiye’den çıkmaya davet olunacakları, bu müddet sonunda Türkiye’yi terk etmezlerse sınır dışı edilecekleri şeklinde yer almıştır. Burada kullanılan “muayyen bir müddet içinde” ifadesinin ne kadar süreye işaret ettiği açık olmamakla birlikte, bu süre, yabancının bulunduğu yer, yabancının sağlığı, ülkeden çıkış için gerekli ulaşım vb. imkânların mevcudiyeti göz önünde bulundurularak idarece tespit olunmaktadır¹⁹⁸. Ayrıca bu sürenin yabancılara sınır dışı etme kararına kendiliğinden uymalarına olanak verecek kadar uzun bir olması gerektiği öğretide ifade edilmiştir¹⁹⁹.

Sınır dışı etme nedenleri başlığı altında da belirtildiği üzere, YİSHK’nın 20. maddesine göre, pasaportlarını kaybetmiş veya pasaportlarının hükmü kalmamış olan

¹⁹⁵ DURAN, s. 12.

¹⁹⁶ AYBAY, “Yönetmelik Yargı Açısından Yabancının Konumu”, s. 159.

¹⁹⁷ AYBAY, Yabancılar, s. 270.

¹⁹⁸ Ç İÇEKLİ, s. 172; ASAR, s. 191.

¹⁹⁹ AYBAY, Yabancılar, s. 271; DARDAĞAN, s. 97.

yabancılar, 15 gün içinde pasaportlarını yenilemezlerse sınır dışı edilebilirler. Bu halde, yabancıya sınır dışı edilmesinden önce, kanuni yükümlülüğünü yerine getirmesi için 15 günlük bir süre verilmiştir. Ayrıca, pasaportunu verilen süre içerisinde yenilememek otomatik bir sınır dışı nedeni olmayıp, bu halde sınır dışı etmek veya etmemek idarenin takdirinde olduğundan, sınır dışı kararının bildirilmesinden sonra YİSHK'daki süreye de uyulması gerektiği ifade edilmiştir²⁰⁰.

403 sayılı mülga TVK'nın 33. maddesi "Vatandaşlığı iptal edilenlerin mallarının tasfiyesi ile kendilerinin sınır dışı edilmeleri lüzumlu görüldüğü takdirde bu husus iptal kararında belirtilir. Bu gibiler en geç bir yıl içinde Türkiye'deki mallarını tasfiye ederek ikametgah ve iş merkezlerini yurt dışına nakil ve memleketi terketmek zorundadır. Aksi halde, malları Hazinece satılarak bedelleri nam ve hesaplarına milli bir bankaya yatırılır ve kendileri de sınır dışı edilir." hükmünü amirdi. 5901 sayılı yeni TVK'nın 33. maddesi ise, "Vatandaşlığı iptal edilenler hakkında 15/7/1950 tarihli ve 5683 sayılı Yabancıların Türkiye'de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun hükümleri uygulanır. Bunlardan mallarının tasfiyesi gerekli görülen hallerde bu husus iptal kararında belirtilir. Bu kişiler en geç bir yıl içinde Türkiye'deki mallarını tasfiye etmek zorundadır. Aksi halde, malları Hazinece satılarak bedelleri nam ve hesaplarına kamu haznedarlığı sistemine dahil bir kamu bankasına yatırılır." hükmünü amirdir. Görüleceği üzere maddenin eski halinden farklı olarak, yeni düzenlemeye göre, vatandaşlığa alınmanın iptali mutlaka sınır dışı etme işlemini gerektirmemektedir. Bununla birlikte, vatandaşlığa alınma kararı iptal edilen yabancıların durumunun YİSHK çerçevesinde değerlendirilmesi sonucunda

²⁰⁰ AYBAY, Yabancılar, s. 271.

sınır dışı edilmesine karar verilirse, sınır dışı işleminin malların tasviyesi iÇin tanınan bir yıllık sũrenin sonunda gerŐekleŐtirileceĐi anlamı, maddenin yeni halinde aÇık değildir. Dolayısıyla, ilgiliye mallarını bir yıllık sũre iÇinde tasfiye etmesine imkân verecek yœntemlerin sağlanması koşuluyla, muhtemel bir sınır dışı kararının bir yıllık tasfiye sũresinin bitmesinden œnce uygulanabileceği dũŐœnũlmektedir. Bununla birlikte, bu durumda, YİSHK'nın 19. maddesinde sœzũ edilen “muayyen mũddetin” ilgiliye tanınmasının yerinde olacağı ve bu mũddetin belirlenmesinde idarenin malların tasviyesi iÇin gerekli sũreyi hesaba katabileceği, bœylece idarenin takdirine bağlı olarak mũlga TVK'daki hũkũm ile benzer bir sonuca ulaŐılabileceĐi dũŐœnũlmektedir.

YİSHK'nın 21/III, 22 ve PK'nın 34/II. maddeleri őrerƒevesinde dũzenlenmiŐ olan sınır dışı etme işlemleri sırasında ilgiliye sũre tanınıp tanınmayacağı aÇık deĐildir²⁰¹. Esasen, tũm sınır dışı etme işlemlerinde mũmkũn olduğunca ilgilinin ũlkeyi kendiliğinden terketmesine fırsat verilmeli ve kesin bir zorunluluk bulunmadığı takdirde, ilgilinin kolluk kuvvetlerince cebir kullanılarak sınır dışı edilmesinden kaŐınılmalıdır²⁰². YİSHK'nın 21/II. maddesi őrerƒevesinde acil sınır dışı etme prosedũrũne başvurulduğunda dahi, gereksiz yere cebir kullanılarak ũlkeden őrıkarma eyleminden kaŐınılması gerektiği, aksine davranıŐların kişi œzgũrlũĐũnũn hukuka aykırı biÇimde kısıtlanmasını teşkil edeceği ifade edilmiŐtir²⁰³. Kişi œzgũrlũĐũnũn gereksiz yere kısıtlanmasına ilişkin olarak AİHM'nin yakın zamanda

²⁰¹ AYBAY, Yabancılar, s. 271.

²⁰² Bkz. AYBAY, Yabancılar, s. 271-272; DURAN, s. 12.

²⁰³ AYBAY, Yabancılar, s. 271.

verdiği Abdolkhani and Karimnia v. Turkey kararı ve onu takip eden diğer kararlar, ülkemizin sınır dışı etme usûlüne ilişkin olarak getirdiği eleştiriler bakımından ilginç olup, aşağıda incelenecektir.

Diğer bir tartışmalı konu da idarenin sınır dışı etme işlemi konusunda yapacağı yazılı bildirimde sınır dışı etme gerekçelerinin bildirilip bildirilmeyeceği hususudur²⁰⁴. Türk hukukunda idari kararların gerekçesinin karar metninde belirtilmesi zorunlu değildir²⁰⁵. Bununla birlikte, bir idari kararın iptali için yargıya başvurulduğunda, İdari Yargılama Usul Kanunu (İYUK) m. 20 uyarınca bu kararın gerekçesinin mahkemeye bildirilmesi zorunludur. Sınır dışı kararının gerekçesinin ilgiliye bildirilmemesi, başvuru yolları başlığı altında değinilecek olan sınır dışı edilecek yabancının savunma hakkını olumsuz etkileyecektir. Nitekim, hangi gerekçe ile sınır dışı edildiğini bilmeyen kişinin sınır dışı kararına karşı kanıtlar sunması ve idari makamlar nezdinde itiraz etmesi mümkün olamayacaktır. Bu halde, sınır dışı kararının hukuka uygunluğunun denetlettirilmesi ancak idari yargıya başvurarak mümkün olacaktır²⁰⁶.

YİSHK'nın 22/II ve 23. maddelerinde ise, sınır dışı edilecek yabancının yol masrafları ile çeşitli nedenlerle Türkiye'yi terk edememeleri halinde kalacakları yer düzenlenmiştir. YİSHK m.22/II'ye göre, sınır dışı edilenlerin yol masrafları kendilerine aittir. Ancak, bu masrafları ödemekten aciz olanların sevk masrafları devlet tarafından karşılanır. YİSHK m.23'e göre ise, ülke dışına çıkarılmalarına karar

²⁰⁴ DURAN, s. 13.

²⁰⁵ GÜNDAY, s. 133.

²⁰⁶ DARDAĞAN, s. 98.

verilip de pasaport tedarik edemediklerinden veya başka sebeplerden dolayı Türkiye'yi terk edemeyenler İçişleri Bakanlığının göstereceği yerde oturmak zorundadır. Yabancıların İçişleri Bakanlığınca oturmaya mecbur edildikleri yerlerden iş, ziyaret, tedavi gibi sebeplerle kısa süreli ve geriye dönmek amacıyla ayrılmaları ikamet yerini terk olarak telakki edilmez²⁰⁷. Her ne kadar sınır dışı edilecek yabancıların barındırılması ve kontrol altında tutulması gerekiyorsa da, bu kontrol ve gözlem altında tutma kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlali iddialarını gündeme getirebilmektedir²⁰⁸. Nitekim yukarıda sözü edilen Abdolkhani and Karimnia v. Turkey²⁰⁹ kararı ve onu takiben AİHM'nin verdiği sınır dışı etme konusundaki diğer ihlâl kararları, böyle durumlara ilişkindir.

Son olarak, sınır dışı etme kararının sonuçlarına değinmekte fayda bulunmaktadır. Tabiatıyla sınır dışı etmenin en önemli sonucu ilgilinin Türkiye'yi sınır kapılarından terk ederek başka bir ülkeye gitmesi veya gönderilmesidir²¹⁰. Ayrıca, YİSHK'nın 22. maddesinde Türkiye'den sınır dışı edilenlerin, İçişleri Bakanlığı'ndan özel izin alınmadıkça Türkiye'ye dönemeyecekleri düzenlenmiştir. Maddede ayrıca ağır hapis cezası gerektiren bir cürümden dolayı Türkiye'de mahkûm olmuş ve cezası çektirilerek sınır dışı edilmiş olanların bir daha Türkiye'ye giremeyecekleri, ancak İçişleri Bakanlığının izniyle durmadan (transit) geçebilecekleri belirtilmiştir.

²⁰⁷ Emniyet Genel Müdürlüğü Genelgesi, 2002, s. 967 aktaran ÇİÇEKLİ, s. 173.

²⁰⁸ ÇİÇEKLİ, Yabancılar Hukuku, s. 173.

²⁰⁹ Abdolkhani and Karimnia v. Turkey kararı, 22 Eylül 2009, Başvuru No: 30471/08.

²¹⁰ AYBAY, Yabancılar, s. 272; DURAN, s. 14.

3) Sınır Dışı Etme İşlemine Karşı Başvuru Yolları

Türk hukuku bakımından bütün sınır dışı etme hallerinin idari bir makam olan İçişleri Bakanlığı'nın yetkisinde olması ve idarenin bütün işlemlerinin yargı denetiminde tabi olduğunu düzenleyen Anayasa'nın 125. maddesi ışığında, yabancıların sınır dışı işlemine karşı idare mahkemelerinde dava açma hakkı, temyiz yoluna başvurma ve bu hukuki süreçler boyunca sınır dışı işleminin yürütmesinin durdurulmasını isteme hakkı bulunduğu kabul edilmektedir²¹¹.

Nitekim 1961 Anayasası'ndan bu yana, Yönetmelik yargımız, sınır dışı işlemlerini "hükümet tasarrufu" saymamakta ve önüne getirilen davalar yoluyla denetimden geçirmektedir²¹². Esasen Danıştay 1950 yılında verdiği bir kararda da, "bütün idari tasarrufların kazai murakabeye tabi tutulması, hukuka bağlı devlet prensibinin en mütebariz ve karakteristik vasfı icabıdır" ifadesini kullanmış, bununla birlikte 1960'lara gelene kadar sınır dışı etme işlemlerini denetlemekten kaçınmıştır²¹³.

Türk hukukunda sınır dışı etme işleminin yer aldığı düzenlemelerde, sınır dışı kararı alınmadan önce yabancının dinlenilmesi gerektiğine²¹⁴ veya yargı yoluna

²¹¹ ÇİÇEKLİ, Yabancılar Hukuku, s. 173; DARDAĞAN, s. 113-114; DURAN, s. 23.

²¹² ÇİÇEKLİ, Yabancılar Hukuku, s. 173, AYBAY, "Yönetmelik Yargı Açısından Yabancının Konumu", s.163. 1961 Anayasasından önceki dönemde, sınır dışı işlemleri hükümet tasarrufu sayılarak yargı denetimi dışında bırakılmıştır.

²¹³ Danıştay Genel Kurulunun, 30.3.1950, E.320, K.50/118 sayılı kararı, Danıştay Kararları Dergisi, S. 50-53, s. 112.

²¹⁴ DARDAĞAN, s. 111.

başvurmadan önce idari makamlara itiraz edilebileceğine ilişkin hükümlere yer verilmemiştir. Dolayısıyla idari yargının yapacağı denetim ilgilinin savunma hakkını kullanmasının en önemli aracı haline gelmektedir²¹⁵.

Bununla birlikte, her ne kadar sınır dışı etme kararına karşı idari makamlara itiraz konusunda kanunda açık hüküm yok ise de, Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun'da (DHKDK) 02.01.2003 tarih ve 4778 sayılı kanun ile yapılan değişiklik sonucu²¹⁶, Türk vatandaşları yanında Türkiye'de ikamet eden yabancılara da dilekçe hakkının karşılıklılık temelinde olmak şartıyla tanınmış olması, en azından Türkiye'de ikamet eden yabancılara sınır dışı edilmesi sözkonusu olduğunda böyle bir itirazın yapılabileceğini akla getirmektedir. Ancak, yabancının sınır dışı edilme kararına karşı yapacağı böyle bir başvurunun sınır dışı etme bakımından hukuki sonuçlarını düzenleyen bir mevzuatın bulunmamasının, itirazın hukuki olarak etkisiz kalmasına neden olabileceği düşünülmektedir.

Bu çerçevede belirtilmesi gereken bir diğer husus, mülteci ve sığınmacıların sınır dışı edilmesinin, bu kişilerin özel konumundan kaynaklanan nedenlerle, Mültecilerin Hukuki Durumuna İlişkin Cenevre Sözleşmesi çerçevesinde hazırlanan yukarıda da değinilen 1994 Yönetmeliği'nin 29. maddesinde özel olarak düzenlenmiş olmasıdır. Anılan madde, "Türkiye'de muntazam surette bulunan bir

²¹⁵ DARDAĞAN, s. 98.

²¹⁶ DHKDK'nın 4778 sayılı kanun ile değişik 1. maddesi şöyledir : «Bu Kanunun amacı, Türk vatandaşlarının ve Türkiye'de ikamet eden yabancılara kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikayetleri hakkında, Türkiye Büyük Millet Meclisine ve yetkili makamlara yazı ile başvurma haklarının kullanılma biçimini düzenlemektir».

mülteci veya sığınmacı ancak milli emniyet veya kamu düzeni sebebi ile 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Cenevre Sözleşmesi hükümleri çerçevesinde İçişleri Bakanlığı'na sınır dışı edilebilir. Sınır dışı kararına karşı on beş gün içinde İçişleri Bakanlığı'na müracaat edilerek itiraz edilebilir. İtiraz, daha önce sınır dışı kararını veren yetkilinin bir üstü tarafından incelenerek sonuçlandırılır ve valiliklerce ilgiliye tebliğ edilir.” hükmünü amirdir. Görüleceği üzere bu madde, ilgililere (Türkiye’de kanun ve usullere uygun olarak bulunan mülteci veya sığınmacı) 15 gün içinde karara itiraz etme imkânı getirerek, genel yargısal yollara ek bir güvence daha sağlamaktadır²¹⁷.

İdarenin geniş bir takdir yetkisi ile hareket ettiği ve ilgili açıdan ağır sonuçları olan sınır dışı etme bağlamındaki en önemli denetim mekanizmasının idari yargı olduğu yukarıda belirtilmişti. Bununla birlikte, idari yargının bazı özelliklerinin, sınır dışı etme bağlamında etkin bir başvuru yolu sağlamak bakımından sorunlar yaratabildiği anlaşılmaktadır²¹⁸. Bu sorunlar İkinci Bölüm’de incelenecek olan AİHM kararlarına da yansımıştır.

İdari yargı, sınır dışı etme işlemlerini de diğer idarî işlemler gibi, yetki, şekil, sebep, konu ve amaç bakımından hukuka aykırı olup olmadıkları noktasında incelemektedir. Bu inceleme sırasında yukarıdaki bölümlerde ele alınmış olan sınır dışı etme işlemine ilişkin yetkili makamlar, şekle ilişkin hususlar, sınır dışı etme nedenleri, sınır dışı etme işleminin konusu ve amacı idari yargı tarafından dikkate

²¹⁷ AYBAY, *Yabancılar*, s. 277.

²¹⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. AYBAY, “Yönetmelik Yargı Açısından Yabancıların Konumu”, s. 153 vd.

alınmaktadır. Şekle ilişkin her aksaklığın idari yargı tarafından iptal nedeni olarak görülmediğini, bu aykırılığın sonuca etkili olması koşulunun aranabildiğini burada belirtmekte fayda bulunmaktadır²¹⁹. Sınır dışı etme işleminin iptaline ilişkin davalarda, sınır dışı etme işleminin hukuka aykırı olup olmadığının, çoğunlukla, “sebeup unsuru” yönünden tartışıldığı görülmektedir²²⁰. Sınır dışı etme işleminin nedeninin, pasaportunu süresi içinde yenilememek veya pasaportsuz Türkiye’ye giriş yapmak gibi açıkça belirtildiği durumlarda, idari yargının görevi bu nedenin somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğini incelemektir²²¹. Bununla birlikte, sınır dışı etmeye ilişkin olarak idari yargı önüne gelen uyuşmazlıkların, sınır dışı etme nedeninin açık olduğu bu durumlardan ziyade, idarenin geniş bir takdir yetkisi çerçevesinde hareket ettiği YİSHK’nın 19. maddesinde yer alan “umumi güvenlik, siyasi ve idari icaplara aykırılık” nedenine dayandığı anlaşılmaktadır²²².

İdarenin takdir yetkisinin geniş olduğu bu durumlarda, 1982 Anayasa’nın 125/IV. maddesinde yer alan idarenin “takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemez” hükmünün idari yargının yapacağı denetime ne derece etki edeceği sorusu akla gelmektedir. Öğretide anılan hükmün, yargı denetimi sırasında mahkemenin, idarenin takdir yetkisinin hukuka uygun bir şekilde kullanılıp kullanılmadığını denetleme hakkını ortadan kaldırmadığı kabul

²¹⁹ GÖZÜBÜYÜK, Şeref; Yönetmelik Yargı, 22. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 85.

²²⁰ AYBAY, “Yönetmelik Yargı Açısından Yabancıların Konumu”, s. 162.

²²¹ DARDAĞAN, s.118.

²²² DARDAĞAN, s. 119.

edilmektedir²²³. İdarenin, mahkemenin talebi üzerine, yabancıнын hangi eylemlerinin, hangi bakımdan umumi güvenlik, siyasi ve idari icaplara aykırılık teşkil ettiğini düzgün bir biçimde bildirmesi gerekir. Aksi halde, sınır dışı etme işlemi neden yönünden hukuka aykırı olur. Ayrıca, sınır dışı etmeye gerekçe gösterilen maddi olayların gerçekleşmiş olduğunun da ispat edilebilmesi gerekir²²⁴. İdari yargının bazı durumlarda, sınır dışı etmeye dayanak gösterilen olayların idare tarafından yanlış nitelendirilmesini de iptal nedeni olarak değerlendirdiği anlaşılmaktadır. Örneğin Danıştay 1979 tarihli bir kararında yabancıнын kavgaya karışmasının «basit bir zabıta olayı» teşkil ettiğini, dolayısıyla 19. madde kapsamında değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir²²⁵. Danıştay'ın, sigortadan para alabilmek için işyerinde yangın çıkaran ve medeni halindeki değişikliği idareye bildirmeyen yabancıların bu davranışlarının sınır dışı etme işlemi gerektirmeyeceği yönünde kararları da bulunmaktadır²²⁶. Benzer şekilde Danıştay 1999 tarihli bir kararında²²⁷, aleyhinde Milli İstihbarat Teşkilatı raporu bulunan bir kişinin sınır dışı edilmesini hukuka aykırı bulmuş ve

²²³ DARDAĞAN, s.120.

²²⁴ DARDAĞAN, s. 120; DURAN, s. 23.

²²⁵ Bkz. Danıştay 12. Dairesi, 18.10.1979, E. 1978/264, K. 1979/3876 sayılı karar.

²²⁶ Danıştay 12. Dairesi, 13.01.1969, E. 1968/1992, K. 1969/42 sayılı karar ve Danıştay 12. Dairesi, 23.11.1970, E. 1969/2163, K. 1970/2110 sayılı karar.

²²⁷ Danıştay 10. Dairesi, 09.10.2000, E. 1999/2130, K. 2000/4936 sayılı karar.

Türkiye’de bulunulan dönemde kişinin sınırı dışı edilmesini gerektirecek [bir olayın varlığına ilişkin] yeterli ve geçerli kanıt bulunmadığını bildirmiştir²²⁸.

Bu başlık altında değinilmesi gereken bir diğer konu ise, İYUK’un 27. maddesinde yer alan, idari işlemin iptali istemiyle dava açılmasının, bu işlemin yürütülmesini kendiliğinden durdurmayacağına ilişkin hükümdür. İdari işlemlerin hukuka aykırılıklarının ileri sürülmesi, bu işlemlerin icra edilmesine engel teşkil etmeyecek, kararın icrasını önlemek için mahkemeden ayrıca bir yürütmenin durdurulması kararının alınması gerekecektir. Bununla birlikte, yürütmenin durdurulması kararların alınması idari yargının iş yükü nedeniyle uzun süre alabilmektedir. Dolayısıyla, sınır dışı edilecek yabancıya, yürütmenin durdurulması kararı temin etmeye yetecek bir sürenin tanınması, idari yargının etkin bir hukuk yolu olarak kabulü bakımından önemlidir. Nitekim AIHM, aşağıda incelenecek olan Abdolkhani and Karimnia v. Turkey kararında ve onu takip eden ihlâl kararlarında idari yargıya başvurulmasının sınır dışı etme işleminin icrasını otomatik olarak durdurmasını eleştirmiştir. Yürütmenin durdurulması kararının ilgilinin sınır dışı edilmesinden önce temin edilememesi halinde, sınır dışı etme kararına karşı açılan dava veya yürütmenin durdurulması istemi olumlu sonuçlansa dahi, ilgililerin Türkiye’den ayrılımlarını önleyemeyecektir. Bu halde, davanın kazanılmasının yabancı bakımından olumlu etkisi, ancak sınır dışı etmenin ikinci sonucu bakımından kendini gösterecektir. Başka bir deyişle, ilgili, sınır dışı etme işleminin diğer sonucu

²²⁸ DARDAĞAN KİBAR, Esra G.; "Türk İdari Yargısında Sınır Dışı Etme Kararlarının Ele Alınması", Vatandaşlık, Göç, Mülteci ve Yabancılar Hukukundaki Güncel Gelişmeler konulu Uluslararası Sempozyum Bildirileri, Anadolu Üniversitesi, Eskişehir, 15-16 Mayıs 2009, s. 536.

olan ülkeye ancak izinle girebilme Şartı aranmaksızın, sınır dışı edildiği ülkeye tekrar girebilecektir²²⁹.

Sınır dışı işlemlerinin uygulanma biŐiminin, bu konudaki yargı denetiminin etkili olmasına elverişli olmadığı, nitekim işlemin oluşturulması aşamasında, ilgili kişiye sınır dışı edileceği konusunda bilgi verilmediği, savunma ve aŐıklama yapma olanağı verilmediği, işlemin uygulanmasına geŐildiĐinde ise, yargı yoluna baŐvurup, yürütmeyi durdurma kararı alabilmenin, çoğu zaman fiilen olanaksız olduğu ifade edilmiŐtir²³⁰.

²²⁹ DARDAĞAN, s. 139.

²³⁰ AYBAY, “Yönetsel Yargı AÇısından Yabancınn Konumu”, s. 163.

İKİNCİ BÖLÜM

AIHS, EK PROTOKOLLER VE AIHM KARARLARI BAĞLAMINDA SINIR

DIŞI ETME İŞEMİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

I. SINIR DIŞI ETME İŞLEMİNİN ESASINA İLİŞKİN İNCELEME

A. AIHS Bağlamında İnceleme

1. AIHS'ne İlişkin Ön Açıklamalar

İkinci Dünya Savaşı sırasında yaşanan yoğun insan hakları ihlalleri, bu tür ihlallerin bir daha yaşanmaması için gerekli mekanizmaların oluşturulması konusunda Avrupa ülkelerini yoğun bir arayışa itmiş ve bu arayış Avrupa Birliği (AB), Avrupa Konseyi (AK) gibi kurumların oluşumuna giden süreci başlatmıştır. Bu çerçevede, 10 Avrupa ülkesi²³¹ 5 Mayıs 1949 tarihinde Londra'da toplanarak AK statüsünü imzalamışlardır. Türkiye de AK statüsünü 1949 yılında imzalayan ülkeler arasındadır. Demokratik rejimlerin devam ettirilmesi açısından gerekli olan asgari hak ve özgürlükleri güvenceye alan AIHS ise, 4 Kasım 1950 tarihinde Konsey Üyesi Devletlerce Roma'da imzalanmış ve 3 Eylül 1952 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye 18 Mayıs 1954'te AIHS'ni onaylamış, 28 Ocak 1987'de de bireysel başvuru hakkını tanımıştır. Mahkemenin zorunlu yargı yetkisini ise 28 Ocak 1990'da kabul etmiştir. AIHS, toplam 47 AK üyesi devlet tarafından onaylanmıştır.

²³¹ Bu devletlerden Belçika, Danimarka, Fransa, İngiltere, İrlanda, İsveç, Lüksemburg ve Norveç 05.05.1949'da; Türkiye ve Yunanistan ise 09.08.1949'da AK üyesi olmuşlardır. Bkz. <http://coe.int> (son erişim tarihi 04.02.2011).

AİHS'nin 1. maddesine göre, âkit devletler kendi yetki alanları içinde bulunan herkese AİHS'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlükleri tanırlar²³². AİHS vatandaş yabancı ayrımı yapmamış, Sözleşme kapsamındaki hakları taraf bir ülkenin yetki alanında bulunan herkese tanımıştır. Anılan haklardan faydalanabilmek için Sözleşme'ye taraf bir ülkenin vatandaşı olmak gerekmemektedir.

AİHS'ni benzerlerinden farklı kılan en önemli özelliği, bireysel başvurunun da mümkün olduğu, etkili denetim mekanizmasıdır. Söz konusu denetim, 11 No'lu Ek Protokol'ün²³³ getirdiği değişiklikle bir mahkeme şeklinde örgütlenmiş olan AİHM tarafından yapılmaktadır. AİHM'ye başvuru için öncelikle ilgili ülkedeki iç hukuk başvuru yollarının bitirilmesi gerekmektedir. Sözleşme denetim mekanizması o derece başarılı olmuştur ki, her geçen gün artan başvurular ile mevcut yapısıyla başa çıkmakta güçlük çekmeye başlamıştır. Bu nedenle, AİHM'nin işleyişini daha etkin hale getirmeyi amaçlayan 14 No'lu Ek Protokol²³⁴ hazırlanmış ve 1 Haziran 2010 tarihinde yürürlüğe girmiştir. AİHM'nin reformuna ve artan ihtiyaca ne şekilde yanıt verebileceğine ilişkin çalışmalar devam etmektedir. AİHM tarafından açıklanan son istatistiklere göre, 2010 yılı içerisinde AİHM'ye yapılan toplam başvuru sayısı 2009

²³² Sirmen, K. Sedat.; "Yabancıların Türkiye'den Sınırdışı Edilmesine İlişkin Temel Düzenlemeler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye Hakkında Verdiği Örnek Kararlar", Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 67, Sayı: 3, Yaz 2009, Ankara, s. 37.

²³³ Protokol metni için bkz. R. G. T. 17.09.2003, S. 25232.

²³⁴ Protokol metni için bkz. R. G. T. 08.08.2006, S. 26253.

yılına oranla %17'lik artışla 139.650'ye ulaşmıştır²³⁵. AİHM önünde bekleyen ve işlem görmekte olan Türkiye aleyhindeki toplam başvuru sayısı 31 Aralık 2010 itibariyle 15.200'dür. Bu sayıyla Türkiye, AK üyeleri arasında, aleyhinde 40.300 başvuru bulunan Rusya'dan sonra 2. sırada yer almaktadır. Bununla birlikte, başvuru sayısının nüfusa oranı dikkate alınarak AK üyesi ülkeler arasında yapılan sıralamada Türkiye 24. sırada yer almıştır.

AİHS üç bölüm ve 59 maddeden oluşmaktadır. Ancak, AİHS durağan bir metin olmayıp, gerek müteakip tarihlerde kabul edilen ek protokollerle gerek AİHM'nin içtihatlarıyla her geçen gün gelişen bir görünüm arz etmektedir. Bu bağlamda, AİHS'nin yaşayan bir metin olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır²³⁶. AİHM İçtihatları, Sözleşme ve Protokol hükümlerine anlam ve içerik kazandırdığından büyük önem taşımaktadır.

2. AİHS'nin Sınır Dışı Etmeye Karşı Güvence Olarak Kullanılan Maddeleri

AİHS'de «kişi özgürlüğü ve güvenliğine» ilişkin 5. Maddenin (f) bendi dışında sınır dışı etmeyi dikkate alan açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte, sınır dışı etme işleminin AİHS'nin kapsamında yer alan bazı haklar ile yakından ilgili olması nedeniyle, belli hallerde sınır dışı etmenin üye devletlerin AİHS'den kaynaklanan yükümlülüklerinin ihlâli anlamına gelebileceği ve ilgili

²³⁵ AİHM'nin 2010 yılı raporu için bkz. http://www.echr.coe.int/ECHR/homepage_en (son erişim tarihi 02.02.2011).

²³⁶ MANGION, Deborah, "Article 3 of the ECHR: Relative Interpretations of a Universal Right", *Mediterranean Journal of Human Rights*, S.6, 2002, p. 251.

devletin sorumluluğunun doğabileceği kabul edilmektedir²³⁷. Bu çerçevede, sınır dışı etme işlemi ile bağlantılı olarak en çok gündeme gelen AIHS maddeleri 2, 3, 5, 6, 8, 13 ve 14. maddelerdir. Esasen anılan maddelerin bir bölümü sınır dışı etme usûlü ile daha yakından bağlantılı olsa da, inceleme bütünlüğü bakımından ilgili tüm maddelere bu bölüm altında yer verilecek, anılan maddelerin sınır dışı etme usûlü ile ilgili boyutlarına usule ilişkin incelemede kısaca değinilecektir.

a) Yaşama Hakkı

AIHS'nin yaşama hakkına ilişkin 2. maddesi, «(1) Herkesin yaşam hakkı yasanın koruması altındadır. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın yerine getirilmesi dışında kasten öldürülemez. (2) Öldürme, aşağıdaki durumlardan birinde kuvvete başvurmanın kesin zorunluluk haline gelmesi sonucunda meydana gelmişse bu maddenin ihlâli suretiyle yapılmış sayılmaz.

(a) Bir kimsenin yasadışı şiddete karşı korunması için,

(b) Usûlüne uygun olarak yakalamak için veya usûlüne uygun olarak tutuklu bulunan bir kişinin kaçmasını önlemek için,

(c) Ayaklanma veya isyanın, yasaya uygun olarak bastırılması için.»
hükmünü amirdir.

²³⁷ PELLONPAA, Matti; *Expulsion in International Law A Study in International Law and Human Rights with Special Reference to Finland*, Helsinki, 1984, s. 124

Görüleceği üzere AİHS'nin 2. maddesi uyarınca, herkes, hukuken korunan yaşama hakkına sahiptir. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen cezanın yerine getirilmesi dışında hiç kimse kasten öldürülemez. Öte yandan, yukarıda da sözü edildiği üzere, AİHS sürekli bir değişim ve gelişim içerisindedir. Sınır dış etme ile ilgili 4 No'lu Ek Protokol ve 7 No'lu Ek Protokol aşağıda ayrı bir başlık altında incelenecek olmakla birlikte, ölüm cezasının kaldırılması ile ilgili 6 No'lu Ek Protokol²³⁸ ve 13 No'lu Ek Protokol'e²³⁹ bu başlık altında yer vermenin daha uygun olabileceği değerlendirilmiştir. AİHS'ne Ek 6 No'lu Protokol savaş ve yakın savaş tehdidi durumu dışındaki hallerde işlenen suçlar bakımından ölüm cezasını kaldırmıştır. AİHS'ne Ek 13 No'lu Protokol ise, savaş ve yakın savaş tehdidi sırasında işlenen fiiller de dahil olmak üzere, ölüm cezasının her koşulda kaldırılmasını düzenlemektedir. Bu çerçevede, anılan Protokollere taraf olan ülkeler bakımından ölüm cezası bir meşru cezalandırma yöntemi olarak kabul edilmemektedir.

AİHS'nin 2. maddesi kapsamında, devletin yaşama hakkını koruma yükümlülüğünün üç yönü bulunmaktadır. Birincisi kasten adam öldürmenin yasaklanması; ikincisi şüpheli ölümlerin araştırması ve üçüncüsü yaşamın yitirilmesine yol açabilecek etkenleri ortadan kaldıracak önlemlerin alınmasıdır²⁴⁰. Bu madde sıklıkla, kişinin ölüm cezasına çarptırılacağı bir ülkeye sınır dışı edilmesi

²³⁸ Ek 6 No'lu Protokol metni için bkz. RG 17.9.2003, S. 25232.

²³⁹ Ek 13 No'lu Protokol metni için bkz. RG 13.12.2005, S. 26022.

²⁴⁰ OVEY, Clare / WHITE, Robin C.A. ; The European Convention on Human Rights, 4th ed., Oxford University Press, 2006, s. 56.

durumunda uygulama alanı bulmaktadır²⁴¹. Sınır dışı eden devletin sorumlu tutulabilmesi için gerçek bir riskin olması gerekir. Tehlikenin devletten mi yoksa kişilerden mi kaynaklandığı önemli değildir. Önemli olan yabancıнын yaşam hakkının, sınır dışı edilerek gönderildiği devlette korunamayacağına işaret eden verilerin bulunmasıdır²⁴².

Sınır dışı etme işlemi ile bağlantılı olarak yaşam hakkının, sınır dışı edilecek kişinin sağlık durumunun elvermediği koşullarda tutulması, ağır bir hastalığı olmasına rağmen tedavi olamayacağı bir ülkeye gönderilmesi veya sınır dışı işlemleri sırasında kişiye yaşam hakkını tehdit edecek şekilde kötü muamele edilmesi nedeniyle ihlâli de mümkündür.

b) İşkence, İnsanlık Dışı ve Onur Kırıcı Muamelede Bulunma ve Ceza Verme Yasağı

AİHS'nin 3. maddesine göre hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemlere tabi tutulamaz. AİHS'nin 3. maddesi, mutlak bir hak bahsetmektedir ve bu hakkın, devletin herhangi bir menfaati sebebiyle ihlâl edilmesi mümkün değildir²⁴³. AİHS'nin 3. maddesinin anlam ve kapsamı konusunda AİHM önemli içtihatlar geliştirmiştir. İşkence, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele arasındaki fark, bir yoğunluk farkıdır. Her işkence, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele olmakla beraber, her onur kırıcı muamele, işkence veya insanlık dışı

²⁴¹ EKŞİ, "Sığınmacı ve Mülteciler", s. 2813.

²⁴² CLAYTON, Gina; Textbook on Immigration and Asylum Law, Oxford University Press, 2004, s. 82-83.

²⁴³ CLAYTON, 76.

muamele olmayabilir²⁴⁴. Aranılan en az yoğunluk, her somut olayda bireyin yaşı, cinsiyeti, sağlık durumu, muamelenin süresi, bulunulan ortam, bireyin üzerindeki maddi ve manevi etkisi gibi özel şartlar temelinde değişir²⁴⁵. Anılan madde kapsamında, kişinin kovuşturma sırasında askıya alınması, gürültüye maruz bırakılması, su ve yiyecek verilmemesi, uykusuz bırakılması, duvara doğru ayakta durmaya zorlanması önceleri 3. maddenin ihlâli olarak sayılmazken artık işkence olarak kabul edilmektedir²⁴⁶. AİHS'nin 3. maddesinde, açıkça sınır dışı işlemine yönelik bir hüküm bulunmamakla beraber, AİHM pek çok kararında, yabacının, gönderileceği ülkede işkenceye, gayriinsanî veya haysiyet kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulma riski olması halinde, sınır dışı işleminin 3. maddenin ruhuna aykırı olacağı sonucuna varmıştır²⁴⁷. Hatta bulunduğu devletin ulusal güvenliğini ihlâl eden yabancı dahi işkence göreceği bir ülkeye sınır dışı edilemez²⁴⁸. AİHM, sınır dışı edilecek kişinin 3. maddede belirtilen muamelelerden birine tabi tutulma riskinin olup olmadığını belirlerken Uluslararası Af Örgütü (Amnesty International) gibi kuruluşların raporlarını dikkate almakla beraber, bu tür raporların genel durumu yansıttığını ve somut olaya ilişkin iddiaları destekleyici nitelik taşımadıklarını; bu sebeple başka delillerle desteklenmelerini gerekli bulmaktadır²⁴⁹. Durumun

²⁴⁴ GÖZLÜGÖL, Said Vakkas; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002, s. 168.

²⁴⁵ Bkz. Catello Roberts v. Untited Kingdom, 25.03.1993 tarihli karar, Başvuru No: 7988.

²⁴⁶ CLAYTON, s. 77.

²⁴⁷ SİRMEN, s. 38.

²⁴⁸ CLAYTON, s. 76.

²⁴⁹ OVEY/ WHITE, s. 105.

aciliyetinin gerektirmesi ve kişinin vücut bütünlüğü bakımından bir tehlike riskinin bulunduğu değerlendirilmesi halinde, AİHM ihtiyati tedbir kararı verebilmekte ve davanın sonuçlanmasına kadar sınır dışı etme işleminin icrasının durdurulmasını ilgili devletten talep edebilmektedir²⁵⁰.

c) Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı

AİHS'nin 5. maddesi herkesin kişi özgürlüğü ve güvenliğine sahip olduğunu belirttiikten sonra, altı bent halinde bu hakka getirilebilecek istisnaları saymaktadır. Anılan istisnalar arasında 5. maddenin (f) alt bendinde, herhangi bir kimsenin sınır dışı edilmesi amacıyla tutuklanmasının kişi özgürlüğü ve güvenliğine aykırılık teşkil etmeyeceği düzenlenmiştir.

Aynı madde ayrıca, herkese, yakalama ve tutuklama halinde bu tedbirin nedenleri hakkında bilgi verilmesini, en kısa zamanda bir hakim önüne çıkarılmasını, makul bir süre içinde yargılanmasını istemek ve tutukluluk halinin kanuna uygunluğu konusunda bir başvuruda bulunmak hakkını tanımıştır. Bu maddenin hükümlerine aykırı olarak yapılmış olan bir yakalama veya tutuklamanın mağduru olan herkese tazminat isteme hakkı da tanınmıştır. Kişinin başvuru yapabileceği merciin yalnızca bağımsızlık ve tarafsızlık güvencesini sağlaması yeterli bulunmamış, aynı zamanda adil bir yargılama usûlü güvencesini, güvenceli bir inceleme usûlünü sağlaması da beklenmiştir²⁵¹. Ayrıca anılan hükümde, itiraz üzerine yapılacak incelemenin kısa bir zamanda yerine getirilmesi şartı da yer

²⁵⁰ Bkz. EKŞİ, "Sığınmacı ve Mülteciler", s. 2814.

²⁵¹ GÖZLÜGÖL, s. 175.

almaktadır. Burada amaç, hürriyetten yoksunluk gibi sonuçları bakımından birey için ağır bir tedbiri keyfilikten kurtarmak ve kanuna aykırı hürriyet kısıtlamalarının kısa sürede son bulmasını sağlamaktır. Ayrıca, kişi hürriyetinin keyfi sınırlamalara karşı korunabilmesi için, kişiyi hürriyetinden yoksun kılan her türlü işlemin, önceden konulmuş milli mevzuata esas ve usul olarak uygun olması gerekmektedir²⁵². AİHS'nin 5. maddesi sınır dışı etme amacıyla ilgili kişinin hürriyetinden yoksun bırakıldığı durumlarda sıklıkla gündeme getirilmekte olup, sınır dışı etme usûlüne ilişkin incelememiz sırasında bu maddeye tekrar değinilecektir.

d) Adil Yargılanma Hakkı

Mahkemelerin iyi çalışmasını isteme hakkı²⁵³ olarak da ifade edilen bu hakka göre, bir kimsenin ceza ve hukuk davasına bakacak mahkemenin bağımsız, tarafsız ve kanuni olması gerekmektedir. AİHM'nin 6. maddesi, Sözleşme'nin en çok başvurulan hükmüdür ve diğer hakların korunması için "olmaz ise olmaz" niteliğiyle AİHS sisteminde çok önemli bir işlevi yerine getirmektedir²⁵⁴. Anılan madde, « Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde,

²⁵² GÖZLÜGÖL, s. 175-176.

²⁵³ WARBRICK, Colin; "Coherence and the European Court of Human Rights: The Adjudicative Background of the Soering Case", Michigan Journal of International Law, Vol. XI, 1990, s.1073.

²⁵⁴ ALTIPARMAK, Kerem; «Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesinin Uygulama Alanı», dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/479/5524.pdf (son erişim tarihi 10.02.2011).

hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir..... »
hükümünü amirdir.

AIHS'nin adil yargılanma hakkına ilişkin 6. maddesinin sınır dışı hallerine uygulanıp uygulanamayacağı tartışmalıdır. Bireyler bakımından ağır sonuçları olan sınır dışı edilme gibi işlemlerin de 6. madde kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini savunan görüşler bulunmakla²⁵⁵ birlikte, AIHM'nin içtihatları bu görüşü teyit etmemektedir.

AIHM'yi kuran 11 No'lu Ek Protokol öncesinde Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, ilk kararlarında, göç ve iltica ile ilgili idarî yargı kararlarına karşı 6. maddenin uygulanmayacağını belirtmekteydi. Fakat daha sonra verdiği kararlarında 8. maddede yer alan aile hayatının korunması veya eğitim hakkının ihlâli hallerinde sınır dışı işleminin 6. madde kapsamında değerlendirilebileceğini vurgulamıştır²⁵⁶. Ancak son kararlarında bu görüşünü değiştirerek sınır dışı hallerinde 6. maddenin uygulanamayacağına ilişkin eski görüşüne dönmüştür²⁵⁷. Komisyon, AIHS'nin 6. maddesinin pasaport, vatandaşlık, siyasî mülteci veya çalışma başvurularının reddine uygulanamayacağını belirtmiştir²⁵⁸. Hatta Komisyon'a göre, sınır dışı kararı, kişinin

²⁵⁵ GAJA, s. 309-310.

²⁵⁶ EKŞİ, "Sığınmacı ve Mülteciler", s. 2813.

²⁵⁷ BLAKE, Nicholas / HUSAIN, Raza; Immigration Asylum & Human Rights, Blackstone's Human Rights Series, Ed. John Wadham, Oxford University Press, 2003, s. 243.

²⁵⁸ EKŞİ, "Sığınmacı ve Mülteciler", s. 2814.

çalışma hakkını kaybetmesi gibi ikincil ve dolaylı sonuçlar ortaya çıkarsa da bu karara karşı 6. madde kapsamında koruma talep edilemez²⁵⁹.

AİHM'nin tutumu da Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ile aynı yöndedir. AİHS'nin 6. maddesinin uygulama alanının «medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili nizalar» ve «cezaî suçlamalar» olmasını dikkate alan AİHM, sınır dışı etmenin 6. maddenin sağladığı güvencenin dışında kaldığı görüşündedir. Bir hak veya borcun kamu hukuku kapsamında mı, yoksa özel hukuk (medeni hak ve yükümlülükler) kapsamında mı olduğunu, üye ülke hukuklarından bağımsız bir şekilde AİHM kendisi değerlendirmektedir²⁶⁰. Bir çok ülkede sınır dışı etme kararını idarî makamlar vermekle beraber bazı ülkelerde ceza mahkemeleri de sınır dışı kararı verebilmektedir. AİHM, sınır dışı etme kararı ceza mahkemesi tarafından verilse dahi, bu kararları ceza hukuku alanına dahil olarak değerlendirmemektedir.

AİHM 6. maddenin sınır dışı etme durumunda uygulanmayacağı yönündeki görüşünü ayrıca, Ek 7 No'lu Protokol'ün 1. maddesi ile yabancıların sınır dışı edilmelerine karşı daha önce mevcut olmayan bir koruma getirilmiş olmasına dayandırmaktadır. Bu çerçevede AİHM, eğer 6. maddenin sınır dışı işlemlerinde de uygulanacağı kabul edilseydi, zaten Ek 7 No'lu Protokol'ün 1. maddesine ihtiyaç olmazdı görüşündedir²⁶¹.

²⁵⁹ CLAYTON, 84.

²⁶⁰ CLAYTON, 84.

²⁶¹ EKŞİ, "Sığınmacı ve Mülteciler", s. 2814.

AİHM'nin adil yargılanma hakkına ilişkin yukarıda maruz yaklaşımı doktrinde eleştirilmiş, mahkemenin 6. maddenin uygulama alanını daralttığı, 6. maddenin göç ve iltica konuları da dahil olmak üzere, kamu kurumlarının kişilerin haklarını tehlikeye soktukları bütün meselelerde uygulanması gerektiği ifade edilmiştir²⁶².

e) Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı

AİHS'nin 8. maddesinin 1. paragrafı uyarınca, herkes, özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. AİHS'nin 8. maddesinin 2. paragrafı ise, aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkının kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesinin, ancak ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda gerekli olan ölçüde ve yasada öngörülmüş olmak koşuluyla sözkonusu olabileceğini düzenlemektedir. AİHS'nin 8. maddesinin sınır dışı işlemine uygulanabilmesi için sınır dışı edilecek kişinin aile yaşantısının olması; sınır dışı işleminin aile yaşantısını bozması ve sınır dışı işleminin zarurî olması gerekir²⁶³.

Aile tanımı konusunda büyük ölçüde anne-baba ve çocuklardan oluşan çekirdek aile baz alınmakla birlikte, bazen yabancı veya eşinin üst soyu da aile kavramına dahil edilmektedir²⁶⁴. AİHM içtihatları çerçevesinde aile kavramı,

²⁶² Eleştiriler için bkz. BLAKE / HUSAIN, s. 250-256; CLAYTON, s. 85.

²⁶³ EKŞİ, "Sığınmacı ve Mülteciler", s.2815; SİRMEN, 38.

²⁶⁴ ÇİÇEKLİ, Yabancılar, s.56.

yasalara göre kurulan evlilik birliğini, karı-koca gibi birlikte yaşamayı ve ilişki içinde olunan yakın akrabaları içermektedir. Aile topluluğunu oluşturan kişilerin uzun süreden beri birlikte yaşamakta olmalarının yanında; birlikte yaşamasalar da, bireyler arasındaki kan bağı, manevi ve duygusal, ekonomik ve benzeri bağlar, bir aile kurumunun varlığına karinedir. Bir aile hayatının varlığından söz edebilmek için, bireyler arasındaki ilişkilerin “yeter düzeyde gerçek ve yakın olması” gerekir²⁶⁵.

Aile hayatı değerlendirmesinde AİHM'nin özellikle, yabancıların ülkeye kabulü, ülkede oturması veya ülkeden çıkarılmaları hususlarının konu edildiği olaylarda göz önünde tuttuğu diğer bir koşul da aile fertlerinin bu ülkeden başka bir yerde oturmalarının mümkün olup olmadığıdır²⁶⁶.

AİHM, kararlarında, devletlerin oturma iznini düzenleme konusunda geniş takdir yetkisine sahip olduğunu vurgulamakta ancak, ülkeden çıkarma işleminin, oturma izni verilmiş olan kimselere uygulanabilmesi için, AİHS'nin 8. maddesinin 2. paragrafında sayılan meşru amaçlara/menfaatlere uygunluğunun ve demokratik toplum için gerekliliğinin kanıtlanmasını ve uygulanan işlemin, gözetilen meşru amaçla orantılı olmasını öngörmektedir²⁶⁷. Bu kural AİHM'nin “Sezen v. The

²⁶⁵ VAN DIJK, Paul / VAN HOOFF, G.J.H; Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 2nd Ed., Kluwer Law and Taxation Publishers, The Netherlands, 1990, s. 379.

²⁶⁶ Bkz. Abdülaziz, Cabales and Balkandalı v. The United Kingdom kararı, Başvuru No 9214/80; 9473/81; 9474/81.

²⁶⁷ Örneğin Moustaqim v. Belgium kararı, 18 Şubat 1991, Başvuru No: 12313/86; Beldjoudi v. France kararı, 26 Mart 1992, Başvuru No: 12083/86; Amrollahi v. Denmark kararı, 11 Temmuz 2002, Başvuru No: 56811/00; Radovanoviç v. Austria kararı, 22 Nisan 2004, Başvuru No: 42703/98.

Netherlands”²⁶⁸, “Yıldız v. Austria”²⁶⁹, “Üner v. The Netherlands”²⁷⁰ gibi bazı kararlarında, «gözetilen meşru amaçla/menfaatle, kişinin AİHS’nin 8. maddesi ile güvence altına alınan hakkı arasındaki dengenin korunması» olarak ifade edilmiştir.

AİHM’e göre, AİHS’nin 8. maddesi devletlere, yabancıların aile üyelerini toplayarak ülkesine yerleşmelerine izin vermek yükümlülüğü getirmemektedir²⁷¹. Bununla birlikte devletlerin, ülkelerinde yasal olarak yerleşmiş ve aile kurmuş olanların ailelerinin dağılmasına yol açacak müdahalelerden kaçınması (negatif yükümlülük) ve boşanan/ayrılan eşlerin çocuklarıyla aile ilişkilerini devam ettirebilmelerini sağlaması (pozitif yükümlülük) gerektiğine de işaret etmektedir²⁷². AİHM’nin aile hayatı hakkına ilişkin içtihatlarının yerleşik durumda olmayan yabancılar ve oturma izni bulunan yabancılar bakımından aşağıdaki şekilde özetlenebileceği düşünülmektedir.

Yerleşik durumda olmayan yabancılar bakımından AİHM, devletlerin ülkelerinde yerleşmeye izin vermek konusunda geniş takdir yetkisine sahip olduğu görüşünü benimsemektedir. Bu görüşten hareketle, yerleşmek üzere göç edilen

²⁶⁸ Sezen v. The Netherlands kararı, 31 Ocak 2006, Başvuru No: 50252/99.

²⁶⁹ Yıldız v. Austria kararı, 31 Ocak 2002, Başvuru No: 37295/97.

²⁷⁰ Üner v. The Netherlands kararı, 18 Ekim 2006, Başvuru No: 46410/99.

²⁷¹ Bu yöndeki içtihatlar için bkz. Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. The United Kingdom kararı, 28 Mayıs 1985, Başvuru Numaraları: 9214/80; 9473/81; 9474/81; Tuquabo-Tekle and others v. The Netherlands kararı, 1 Aralık 2005, Başvuru No: 60665/00; Rodrigues da Silva and Hoogkamer v. The Netherlands kararı, 31 Ocak 2006, Başvuru No: 50435/99.

²⁷² Bkz. Cılız v. The Netherlands kararı, 11 Temmuz 2000, Başvuru No: 1129192/95.

ülkenin yasalarının, ülkede yerleşmeyi güvenceye bağlamaması, aksine, belirsiz kılması halinde, bu ortamda kurulan ailenin üyelerinin ülke dışına çıkarılmasının, çok istisnai hallerde ihlâl oluşturacağını belirtmektedir²⁷³.

Ülke dışına çıkarma işleminin veya oturma izninin yenilenmemesinin, aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına aykırı olduğu iddiaları ile karşılaştığında AİHM, ülke dışına çıkarılması istenen kişinin o ülkedeki kalış süresini, aile bağlarının ve diğer sosyal bağlarının hangi ülkede geliştiğini, okul yıllarını ve gençliğinin belirleyici yıllarını hangi ülkede geçirdiğini, eşinin/hayat arkadaşının vatandaşlığını, çocuklarının olup olmadığını, varsa, çocuklarının yaşını ve çocukların hangi ülke ile bağlarının daha güçlü olduğunu incelemektedir²⁷⁴. Bu bağlamda AİHM'nin, ikinci kuşaktan olanlara daha fazla koruma sağladığı gözlemlenmektedir.

Oturma iznine sahip olup da, ülke dışına çıkarılma işlemine maruz kalan kimselerle ilgili AİHM içtihatlarının ise, oturma iznine sahip olup suç işleyenler ve evlilik/birlikte yaşama nedeniyle oturma iznine sahip olup boşanan/ayrılan kişileri esas alarak geliştiği görülmektedir.

İşledikleri suç nedeniyle sınır dışı edilmelerine karar verilenlerin aile hayatı hakkına ilişkin olarak yapılan AİHM incelemesinde, suçun niteliği ve verilen cezanın

²⁷³ Bkz. Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. The United Kingdom kararı; Rodrigues da Silva and Hoogkamer v. The Netherlands kararı.

²⁷⁴ Bkz. Sezen v. The Netherlands kararı; Yıldız v. Austria kararı; Tuquabo-Tekle and others v. The Netherlands kararı, Rodrigue da Silva and Hoogkamer v. The Netherlands kararı, Keleş v. Germany kararı, 27 Ekim 2005, Başvuru No: 32231/02.

ağırlığı önem taşımaktadır. Cinayet ve uyuşturucu ticareti ile ilgili ağır suçlardan mahkûm olanların cezalarının infazından sonra ülke dışına çıkarılması, AİHM tarafından genellikle onaylanmaktadır. Ayrıca bu konuda, ikinci kuşaktan olanlara da herhangi bir ayrıcalık tanınmadığı gözlemlenmektedir²⁷⁵.

AİHM, işlenen suçun AİHS'nin 8. maddesinin 2. paragrafında belirtilen meşru amaçlar/menfaatler açısından ne ölçüde tehlike oluşturduğunu belirlemek için verilen cezanın ağırlığına bakmaktadır. Şayet suçun ağırlığına karşın verilen ceza hafifse, sözkonusu suçun bulunulan ülkenin kamu düzeni için yeterince tehlike oluşturmadığı sonucuna varılmaktadır²⁷⁶.

Bazı durumlarda, uyuşturucu ticareti ile ilgili suç işlemiş olsa da, kişinin çıkarılmak istenen ülkedeki ve geri gönderileceği ülkedeki aile bağları kıstası değerlendirmede daha etkili olabilmektedir. Örneğin, “Amrollahi v. Denmark” kararında Danimarka’da uyuşturucu ticareti suçundan mahkûm olan bir İranlı’nın, geri gönderileceği İran’da aile bağlarının kalmamış olması ve Danimarkalı karısının ve bu ülkede doğan çocuğunun İran’a gitmelerinin mümkün olmadığı dikkate alınarak, sözkonusu İranlı’nın geri gönderilmesi işlemi, aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkının ihlâli olarak nitelendirilmiştir.

AİHM, ülke dışına çıkarma işleminin, suçun işlendiği tarihten ne kadar zaman sonra uygulandığını ve bu işlemin uygulanacağı kişinin bu süre içindeki hal

²⁷⁵ Örneğin Boujlifa v. France kararı, 21 Ekim 1997, Başvuru No: 25404/94; Bouchelkia v. France kararı, 29 Ocak 1997, Başvuru No: 23078/93; El Boujaïdi v. France kararı, 26 Eylül 1997, Başvuru No: 25613/94.

²⁷⁶ Bkz. Radovanović v. Austria kararı, 22 Nisan 2004, Başvuru No: 42703/98.

ve gidişatının ve aile kurulurken eşin, sözkonusu suç bilip bilmediğinin de önem taşıdığını belirtmektedir²⁷⁷.

AIHM, evlilik/birlikte yaşama nedeniyle oturma izni alıp sonradan boşanmaları/ayrılmaları nedeniyle oturma izinleri yenilenmeyenlerin ülke dışına çıkarılmalarının AIHS'nin 8. maddesini ihlâl ettiği iddialarıyla karşılaştığında ise konuyu, ülkedeki kalış süresi, aile bağları ve çocukların durumu gibi unsurları dikkate alarak incelemektedir. Çocuk haklarının da bir yansıması olarak, devletlerin, boşanan/ayrılan eşlerin çocuklarıyla aile ilişkilerini devam ettirmelerine imkân tanıma yükümlülüğü bulunduğu kabul edilmektedir. Örneğin “Rodrigues da Silva and Hoogkamer v. The Netherlands” kararında AIHM, Hollanda'da yasal oturma iznine sahip olmaksızın yaşayan Brezilyalı kadının Hollanda'da doğurduğu kızının velayeti Hollandalı babasına verilmiş olmasına rağmen, kızın baba tarafından ailesiyle olan bağları ve Hollanda'da yetişmiş olması nedeniyle annesiyle birlikte Brezilya'ya dönemeyecek ve annesiyle olan bağları nedeniyle de annesinden kopamayacak olması dikkate alınmış ve Brezilyalı annenin ülke dışına çıkarılması, ülkenin ekonomik çıkarları açısından meşru görülse de, aile hayatına saygı gösterilmesi hakkına aykırı bulunmuştur²⁷⁸.

f) Etkili Başvuru Hakkı

AIHM'nin 13. maddesinde, Sözleşmede tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen herkesin ihlâl fiili resmî vazifelerini ifâ eden kimseler tarafından bu vazifelerin

²⁷⁷ Bkz. Sezen v. the Netherlands kararı, para. 37.

²⁷⁸ Rodrigues da Silva and Hoogkamer v. The Netherlands kararı, para. 44.

ifâsı sırasında yapılmış olsa dahi, ulusal bir makama etkili başvuru hakkını haiz olduğu düzenlenmiştir. Bu çerçevede, sınır dışı edilecek kişiye, AİHS kapsamında yer alan haklarıyla ilgili olarak, tarafsız ve bağımsız ulusal mercilere başvurmak olanağının tanınması ve başvurunun uygun biçimde incelenip değerlendirilmesinin sağlanması gerekir²⁷⁹.

13. maddenin amacı, AİHS kapsamındaki hak ve hürriyetlerinin ihlâl edildiği iddiasının önce milli merciler önünde incelenip düzeltilmesi imkânının sağlanması, bundan olumsuz sonuç alındığında sözkonusu ihlâl iddiasının ikincil yetkiye sahip AİHS denetim mekanizması önüne getirilmesidir²⁸⁰. Anılan madde, temel hakları ihlâl edilenlerin bu iddialarını dinletecek ve durumu düzeltecek ulusal mercilerin varlığını gerektirmektedir. Burada sözü edilen makamların mutlaka yargı organları olması gerekmez. İhlal iddiasının götürüleceği merciin, ihlâli düzeltici ve uygulanabilir karar alma yetkisine sahip olmak koşuluyla adli ya da idari bir makam olmasının önemi yoktur. Etkili başvuru hakkının kullanılması, devlete sorumluların bulunmasını ve cezalandırılmasını ve şikayetçinin soruşturma sürecine etkin olarak katılmasını sağlayacak titiz ve etkili bir soruşturma yürütme yükümlülüğü getirmektedir. Dolayısıyla devletin ödevi yalnızca başvuru imkânı tanımak değil, bu başvurunun etkili olmasını da sağlamaktır. Etkili başvurunun ne anlama geldiği AİHM'in bir çok kararında tartışılmıştır. Mahkeme'ye göre etkili başvuru olanağı "teorik ve hayali" değil, fiilen ve gerçekten mevcut bulunmalı, yani sonuç

²⁷⁹ EKŞİ, "Sığınmacı ve Mülteciler", s.2815.

²⁸⁰ GÖZLÜGÖL, s. 225.

doğurabilir, işe yarar ve elverişli olmalıdır²⁸¹. Başvuru yolunun mutlak ve koşulsuz olmayıp, özellikle süre, mali güvence, başvuru usûlü gibi, şekil şartlarına bağlanması mümkündür ve madde hükmüne aykırı düşmez²⁸².

AİHS'nin 5. maddesi 4. fıkrası ve 6. maddesi 1. fıkrasında öngörülen «bir mahkemeye başvurma hakkı» 13. maddeye nazaran daha kapsamlı ve güvenceli «lex specialis» olarak kabul edilmektedir²⁸³. Nitekim, yukarıda da açıklandığı üzere, AİHS'nin 13. maddesinde ifade edilen etkin başvuru, AİHS'nin 5. maddesi 4. fıkrası ve 6. maddesi 1. fıkrasından farklı olarak bir mahkeme olması gerekmeyen milli makama atıfta bulunmaktadır. Ayrıca, 13. madde genel olarak Sözleşme'nin güvence altına aldığı bir hakkın ihlâline ilişkinen, 5. maddenin 4. fıkrası tutma ve tutuklamanın kanuniliğine, 6. maddenin 1. fıkrası ise medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili nizalar ve cezai suçlamalara ilişkindir. AİHM, Sözleşmenin 5 ve 6. maddeleriyle tanınan hakkın ihlâl edildiğini tespit etmesi halinde, başvuruyu ayrıca Sözleşme'nin 13. maddesi açısından da incelemeye gerek görmemektedir²⁸⁴.

g) Ayrımcılık Yasağı

AİHS'nin 14. maddesi, Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanmanın, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi başka bir

²⁸¹ ÇOLAK, Mehmet ; "Etkili Bir İç Hukuk Yoluna Başvurma Hakkı", s. 1,

http://www.turkhukusitesi.com/makale_186.htm (son erişim tarihi 14.02.2011)

²⁸² ÇOLAK, s. 1.

²⁸³ GÖZLÜGÖL, s. 225.

²⁸⁴ GÖZLÜGÖL, s. 226.

durum bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanacağını öngörmüştür. AİHS uygulamasında, ayrımcılıktan söz edebilmek için, sözleşmede tanımlanmış bir hak ve özgürlükten yararlanma konusunda bir ayrımcı davranışın bulunması gereklidir. Başka bir deyişle, ayrımcılık yasağı AİHM önüne, sözleşme kapsamındaki başka haklar ile bağlantılı olarak getirilmektedir.

AİHS'nin 14. maddesi neyin ayrımcılık olduğunu belirtmemiş olmakla birlikte, AİHM kararlarından hareketle ayrımcılığı tespit için kullanılan kriterlere ulaşılabilmektedir. Bu bağlamda AİHM kararlarında, AİHS'nin 14. maddesinde yer alan benzer durumdaki kişilerin (tüzel kişilerde dâhil olmak üzere) farklı muameleye karşı korunduğunu, farklı muamelenin meşru ve haklı gösterilebilir bir nedeni ve ulaşılmaya çalışılan amaç ile vasıtalar arasında orantısallık bulunmadığı takdirde ayrımcı kabul edileceğini belirtmiştir²⁸⁵. Sonuç olarak, aşağıdaki hususların gerçekleştiği durumlarda ayrımcılığın ortaya çıktığı söylenebilir²⁸⁶:

- Aynı durumdakilere farklı muamele ayrımcılık yasağının ihlâli niteliğindedir.

- Farklı durumdakilere aynı muamele ayrımcılık yasağının ihlâli niteliğindedir ve eşitsizlik yaratma, eşitsizlikleri pekiştirme ve eşitsizlikleri arttırma potansiyeline sahiptir.

- Farklı durumdakilere yapılan farklı muameleler, muamelenin nitelik ve ölçüsüne göre, eşitsizlikleri arttırabilir, eşitsizlikleri muhafaza edebilir ya da eşitsizlikleri ortadan kaldırabilir.

²⁸⁵ KARAN, Ulaş; Avrupa Birliği Ülkelerinde Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik Kurumları, İnsan Hakları Ortak Platformu İçin Kapasite Geliştirme Derneği Yayını, İstanbul, 2009, s. 26.

²⁸⁶ GÜL, İdil Işıl; Fiziksel Engellilerin Uluslararası Hukukta Korunması ve Uluslararası Standartların İç Hukuka Yansıması, Doktora Tezi Çoğaltılmış Nüsha, İstanbul, 2006, s. 98.

Sınır dışı etme konusunda ayrımcılık iddiasının AİHM önüne, AİHS'nin aile hakkına ilişkin 8. maddesi ile bağlantılı olarak getirildiği davalar bulunmaktadır. “Moustaquim v. Belgium”²⁸⁷ ve “C. v. Belgium”²⁸⁸ davalarında, üçüncü ülke vatandaşı olan ve işledikleri suç nedeniyle sınır dışı edilmelerine karar verilen davacılar, aynı suçları işleyen AB üyesi ülkelerin vatandaşlarının sınır dışı edilmeye karşı korunduklarını, bu bağlamda kendilerinin sınır dışı edilmelerinin ırk ve milliyet temelinde ayrımcılık teşkil ettiğini ileri sürmüşlerdir. AİHM ise, AB üyesi ülkelerin, kendi vatandaşlığını dahi kurmuş olan özel bir hukuki sistem oluşturdukları dikkate alındığında, AB üyesi ülke vatandaşlarına yapılan ayrıcalıklı muamelenin objektif ve makul gerekçelere dayandığına hükmetmiş ve ayrımcılığa ilişkin 14. maddenin aile hayatına ilişkin 8. madde bağlamında ihlâl edilmediğine karar vermiştir.

B. Ek 4 ve Ek 7 No'lu Protokoller Hükümleri Bağlamında İnceleme

Yukarıda incelendiği üzere, AİHS'de sınır dışı etme işlemine karşı güvence olarak kullanılan maddeler bulunmaktaysa da²⁸⁹ sınır dışı etme konusu Ana Sözleşme'de başlı başına düzenlenmemekte, konuya sadece Ana Sözleşme'nin 5. maddesinin 1/(f) bendinde, bir kişinin sınır dışı edilmesi amacıyla tutuklanmasının, kişi özgürlüğüne ve güvenliğine aykırılık oluşturmayacağı belirtilirken temas edildiği görülmektedir. AİHS'ne ilişkin Ek 4 No'lu ve Ek 7 No'lu Protokoller ise, Sözleşmenin aksine, sınır dışı etme işlemi hakkında açık hükümler içermektedir.

²⁸⁷ Moustaquim v. Belgium kararı, 18 Şubat 1991, Başvuru No: 12313/86, para. 43; Olay detayları için bkz. s. 114-115.

²⁸⁸ C. v. Belgium kararı, 7 Ağustos 1996, Başvuru No: 21794/93, para. 36.

²⁸⁹ ÇİÇEKLİ, Yabancılar, s. 163.

Türkiye, AİHS'ne Ek 4 No'lu Protokol'ü 19 Ekim 1992 tarihinde imzalamıştır. Ayrıca, Protokol'ün onaylanmasının uygun bulunduğuna ilişkin 3975 sayılı kanunu 23 Şubat 1994 tarihinde kabul edilip, aynı yıl Resmi Gazete'de²⁹⁰ yayımlamıştır. Bununla birlikte, onay belgesini Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne tevdi edilerek onay işlemlerini sonuçlandırmamıştır. Ek 7 No'lu Protokol da Türkiye tarafından 14 Mart 1985 tarihinde imzalanmış ancak onaylanması için bir işlem yapılmamıştır. Bu çerçevede, Avrupa Konseyi kayıtlarında Türkiye Ek 4²⁹¹ ve Ek 7²⁹² No'lu Protokol'e taraf olan ülkeler arasında yer almamakta, sadece Protokolleri imzalayan ülkeler arasında yer almaktadır. Pek çok hükmünün uluslararası teamül hukukunu yansıttığı kabul edilen 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin²⁹³ 18. maddesine göre, onaya tabi bir uluslararası antlaşmayı imzalayan ülkeler, sözkonusu antlaşmaya taraf olmama niyetlerini açıklığa kavuşturmadığı müddetçe, o antlaşmanın konu ve amacını ortadan kaldıracak hareketlerden kaçınma yükümlülüğü altındadırlar. Uluslararası hukukta kabul gören bu genel yükümlülüğe ek olarak, esasen AİHM'nin AİHS ve

²⁹⁰ Uygun bulma kanunu için bkz. R.G. T. 26.02.1994, S. 21861.

²⁹¹ Ek 4. No'lu Protokol'ün onay durumu için bkz.

<http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=046&CM=7&DF=17/02/2011&CL=ENG> (son erişim tarihi 15.02.2011).

²⁹² Ek 7. No'lu Protokol'ün onay durumu için bkz.

<http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=117&CM=7&DF=17/02/2011&CL=ENG> (son erişim tarihi 15.02.2011).

²⁹³ Antlaşma metni için bkz.

http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf (son erişim tarihi 15.02.2011).

taraf olduğumuz diğer ek Protokolleri uygulayarak geliştirdiği içtihatlar çerçevesinde, taraf olmadığımız anılan Ek Protokol hükümlerinin büyük bölümünü dolaylı da olsa üstlenmiş olduğumuzu söylemek yanlış olmayacaktır. Örneğin, AİHM'nin 14. madde çerçevesinde ayrımcılık yasağına ilişkin içtihatları, Ek 4 No'lu Protokol'e taraf olmadığımız halde, ülkede yasal olarak bulunan bir yabancının hareket serbestisini makul gerekçeler olmadan kısıtlamaya engel olacaktır. Benzer şekilde, 14. madde çerçevesindeki içtihatlar, esasen Ek 7 No'lu Protokol'de yer alan toplu olarak sınır dışı etmeyi de engelleyecektir. AİHM'nin, özgürlük ve güvenlik hakkına ilişkin 5. madde ve etkili başvuru hakkına ilişkin 13. madde çerçevesindeki içtihatları da sınır dışı edilecek kişilere Ek 7 No'lu Protokol kapsamındaki pek çok usûli güvencenin tanınmasını gündeme getirmektedir. Anılan güvenceler çalışmamızın sınır dışı etme usûlü ile ilgili bölümünde ele alınacaktır.

1. Ek 4 No'lu Protokol

Ek 4 No'lu Protokol'e göre, *“Bir devletin ülkesi üzerinde yasal olarak bulunan herkesin orada serbestçe dolaşma ve ikametgahını serbestçe seçme hakkı vardır. Herkes, herhangi bir ülkeyi kendi ülkesi de dahil olmak üzere terk etmekte serbesttir”* (m.2).

Protokol ayrıca, *“kimsenin vatandaşı bulunduğu devletin ülkesinden sınır dışı edilemeyeceğini”* (m. 3/1) ve *“kimsenin, vatandaşlığında bulunduğu devletin ülkesine girme hakkından yoksun bırakılmayacağını”* (m.3/2) hüküm altına almıştır. Protokol'ün 4. maddesi ise, yabancıların toplu olarak sınır dışı edilmesini yasaklamıştır.

Esasen vatandaşın sınır dışı edilemeyeceği kuralı ve toplu sınır dışı etme yasağı günümüzde, sözleşme kuralı olmaktan öte, çalışmamızın Birinci Bölüm’ünde açıklandığı üzere uluslararası hukuk ilkeleri haline gelmişlerdir.

Yabancıların toplu sınır dışı edilmesinin yasak olması gerektiği konusunda fikir birliği olmasına karşın “toplu sınır dışı etme”nin ne şekilde tanımlanması gerektiği konusunda benzer bir fikir birliğine ulaşılamamıştır. Bu konuda AİHM’nin içtihatlarıyla geliştirmiş olduğu toplu halde sınır dışı etme tanımı şöyledir: Yabancıların bir grup olarak ülkeden çıkarılmasına neden olan herhangi bir işlem, toplu halde sınır dışı etme işlemidir. Ancak yabancıların bir grup olarak toplu halde sınır dışı edilmesi işlemleri, “her bir yabancıнын somut durumunun makûl bir şekilde ve objektif olarak incelenmiş olması” koşuluyla toplu halde sınır dışı edilme kabul edilmeyecektir²⁹⁴.

2. Ek 7 No’lu Protokol

AİHS’ne Ek 7 No’lu Protokol’de yer alan hükümler, Ek 4 No’lu Protokol hükümlerinden farklı olarak daha çok sınır dışı etme usûlüne ilişkindir. Ek 7 No’lu Protokol’ün 1. maddesinin 1. fıkrasında; bir devlet ülkesinde kurallara uygun olarak ikamet eden bir yabancıнын, yasaya uygun şekilde verilmiş bir kararın uygulanması dışında sınır dışı edilemeyeceği ve

a-Sınır dışı edilmesine karşı gerekçeleri öne sürebilmesine,

b-Durumunu yeniden incelemeye,

²⁹⁴ AYDOĞAN, s. 112.

c-Yukarıdaki amaçlarla, yetkili bir merci önünde veya bu merci tarafından tayin edilecek biri ya da birileri önünde temsil ettirmesine, izin verileceği düzenlendikten sonra, aynı protokolün 1. maddesinin 2. fıkrasında “Sınır dışı edilmenin kamu düzeni yararı ya da ulusal güvenlik nedenleri açısından gerektiği hallerde, bir yabancı, yukarıdaki 1. maddenin (a), (b) ve (c) bentlerinde öngörülen haklarını kullanmadan sınır dışı edilebilir.” hükmüne yer verilmiştir.

Görüleceği üzere anılan Protokol uyarınca, yabancı ülkede hukuka uygun olarak bulunuyorsa, yani ülkeye girişte ve oturmada yabancılar mevzuatındaki şartları yerine getirmişse, ancak hukuka uygun bir karar alınması halinde sınır dışı edilebilecektir²⁹⁵. Ayrıca Protokol’de sayılan istisnai nedenler hariç, sınır dışı edilecek kişiye belli usûli güvenceler tanınması gerekmektedir.

C. AİHS Sisteminde Sınır Dışı Edilebilecek Kişiler ve Sınır Dışı Etme Nedenlerinin Değerlendirilmesi

1. Sınır Dışı Edilebilecek Kişiler

Yukarıda incelenen hükümler çerçevesinde, AİHS’nin yabancıların sınır dışı edilebileceğini kabul ettiği, Ek 4 No’lu Protokol’ün sınır dışı etme tedbirinin sadece yabancılara ve bireysel şekilde uygulanabileceğini teyit ettiği ve vatandaşın sınır dışı edilmesini açıkça yasaklandığı, Ek 7 No’lu Protokol’ün ise yasal olarak ikamet eden kişiler bakımından sınır dışı etme tedbirinin uygulanması halinde bir takım ek usûl koşullarına uyulmasını gerekli kıldığı sonucuna ulaşılmaktadır.

²⁹⁵ SİRMEN, s. 38.

Bir devlete vatandaşlık bağıyla bağlı olan kişi, bu devletle olan ilişkisinin kesilmesi sonucunda “vatandaş” statüsünden çıkarak “yabancı” statüsüne geçmektedir. Sınır dışı işlemi açısından “vatandaş sınır dışı edilemez” ilkesi bir güvence teşkil etmekte ise de, aynı güvencenin eski vatandaşlar için sağlanması sözkonusu olmamaktadır. AİHS’ne Ek 4. Protokol’ün hazırlanması sırasında da “vatandaş sınır dışı edilmez” ilkesini bütünleyecek olan bir hükme yer verilmesi gerektiği düşünülerek, “Devlet, uyruğunu sınır dışı etmek amacıyla uyrukluktan yoksun bırakamaz” ilkesi geliştirilmiş ancak bu ilkeye protokolda yer verilmemiştir. Dolayısıyla, bir devletin vatandaşını sınır dışı etmek için önce vatandaşlıktan mahrum bırakıp sonra da sınır dışı edebilmesi mümkündür²⁹⁶. Bununla birlikte, devletlerin bu keyfi davranışları Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 17. maddesine aykırılık teşkil edecektir. Çünkü sözkonusu madde, sözleşmeyle güvence altına alınmış hak ve özgürlükleri sırf ortadan kaldırmak amacıyla girişilen hareket ve eylemleri yasaklamaktadır.

2. Sınır Dışı Etme Nedenleri

Sınır dışı etme nedenlerinin uluslararası hukukta ele alınışının genel olarak incelendiği başlık altında da belirtildiği üzere, sınır dışı etmenin dayanağı olabilecek sebepler uluslararası hukuktan ziyade ulusal hukuklarda düzenlenmiştir. Bu ifade AİHS bakımından da durumu doğru yansıtmaktadır. Nitekim AİHS, doğrudan sınır dışı etme nedenlerini düzenlemeyi hedef alan bir hüküm içermemektedir. Bununla birlikte, sınır dışı etme nedeni olarak devletlerin uygulamasında ve literatürde geniş

²⁹⁶ AYBAY, Rona ; “Bir İnsan Hakkı Sorunu Olarak Sınırdışı Edilme”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Safa Matbaası, S. 2, 2003, s.145 (“İnsan Hakları”).

kabul gördüğü gözlemlenen²⁹⁷ ülkeye giriş, göç ve ikamete ilişkin kuralların ihlâli, kamu düzeni ve refahına ilişkin nedenler (ekonomik nedenlerin, yabancının içinde bulunduğu siyasi aktivitelerin bu kapsamda değerlendirildiği görülmektedir), milli güvenlik, bulunulan ülke kanunlarının ihlâli, kamu sağlığı ve güvenliği, kamu ahlakı²⁹⁸ gibi nedenlerin Sözleşme uyarınca da geçerli neden olarak kabul edildiği, AİHS'den ve AİHM'nin bazıları aşağıda incelenecek içtihatlarından anlaşılmaktadır. Bu bağlamda, AİHS ve AİHM'nin rolü, bir sınır dışı işlemine dayanak gösterilen nedenlerin AİHS'nin sağladığı insan hakları standartları ışığında incelenmesi ve bireyin hakları ile devletin sınır dışı etmeden beklediği menfaat arasındaki dengenin gözetilmesi olarak ifade edilebilir.

AİHS'nin geçerli sınır dışı etme nedeni olarak kabul ettiği nedenlere ışık tutan hükümler AİHS'nin aile hayatı hakkı ile ilgili 8. maddesinde, ek 7 No'lu Protokol'ün 1. maddesinin 2. fıkrasında yer almaktadır.

Yukarıda incelendiği üzere, AİHM'nin içtihatları, özel ve aile yaşantısına saygı gösterme yükümlülüğünün sınır dışı etme kararlarında dikkate alınmasını öngörmüştür. 8. maddenin 2. fıkrasında ise, bu anlamda müdahalenin ancak milli güvenlik, amme emniyeti, memleketin iktisadi refahı, nizamın muhafazası, suçların önlenmesi, sağlığın ve ahlakın korunması, başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması için zaruret bulunması halinde ve kanunla düzenlenmiş olması kaydı ile demokratik toplumlarda mümkün olabileceği düzenlenmiştir. Söz konusu madde esasen aile hayatına müdahalenin koşullarını düzenlemeyi amaçlarken, sınır dışı

²⁹⁷ JENNINGS / WATTS, s. 941.

²⁹⁸ International Law Commission Report on Expulsion of Aliens, s. 220-273.

etmenin aile hayatını etkileyeceği durumlar sözkonusu olduğunda, dolaylı olarak sınır dışı etme nedenlerine ilişkin koşulları da düzenlemiş olmaktadır.

Yine yukarıda değinilen, yabancıların sınır dışı edilmelerine ilişkin usûli güvenceler getirilmiş olan AİHS'ne Ek 7 No'lu Protokol'ün 1. maddesinin 2. fıkrasına göre, sınır dışı etmenin kamu düzeni açısından gerekli olması ya da ulusal güvenlik nedenlerine dayanması durumunda, ilgili yabancı, anılan maddede bahsedilen güvenceler kendisine tanınmadan dahi sınır dışı edilebilecektir. Bu hükümden hareketle, AİHS sisteminin, kamu düzeni, kamu yararı ya da ulusal güvenlik nedenlerini sınır dışı etme nedeni olarak kabul etmiş olduğu ve anılan nedenlerin devletin menfaatleri bakımından taşıdığı önemden dolayı, bu nedenlere dayanan sınır dışı işlemlerinin, bireyin menfaatlerini koruyan bazı usûli güvencelere riayet edilmeden dahi yapılabileceğini öngördüğü sonucuna ulaşılabacaktır.

D) Sınır Dışı Etme Esaslarının AİHM Kararlarında İncelenmesi

AİHM'nin sınır dışı etme konusundaki kararlarını sınır dışı etme esasları ve usûlü temelinde tam bir ayrıma tabi tutmak esasen mümkün değildir. Nitekim her kararda sınır dışı etme esasları ile usûlüne ilişkin unsurlar Mahkeme tarafından bir arada incelenmektedir. Bununla birlikte, bu başlık altında mümkün olduğunca, AİHM'nin özellikle sınır dışı edilebilecek kişiler ve sınır dışı etme nedenlerini ön plana çıkaran kararlarından örneklerin incelenmesi hedeflenmiştir.

AİHM'nin sınır dışı konusuna ilişkin kararlarına bakıldığında, sınır dışı edilen kişinin hukuki statüsüne bağlı olarak, belli maddelerin sınır dışı işlemine karşı sıklıkla kullanıldığı sonucuna ulaşılmaktadır. Örneğin, sınır dışı işlemine konu olan kişinin göçmen işçi olması halinde aile hakkında ilişkin madde, kişinin iltica

başvurusunda bulunan biri olması halinde işkence yasağı ve yaşam hakkı ile ilgili maddeler, ilgili kişinin herhangi bir azınlığa mensup olması halinde ise ayrımcılık ve toplu sınır dışı etme yasağı ile ilgili maddelerin genellikle gündeme getirildiği görülmektedir. Dolayısıyla, sınır dışı edilecek kişinin kim olduğunun, sınır dışı işlemine karşı başvurabilecek AİHS hükümleri konusunda genel bir fikir verdiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Bu çerçevede, aşağıda öncelikle, farklı gruplara mensup yabancıların sınır dışı edilmesinin AİHM tarafından ne şekilde ele aldığına ışık tutabileceği düşünülen, değişik profillerde yabancılara ilişkin dört karar incelenecektir. Anılan kararlarda sınır dışı işleminin süjesi olan yabancılardan biri Avrupa Parlamentosu üyesi (Piermont v. France kararı)²⁹⁹, diğeri çocukken ülkeye gelen oturma iznini haiz suç faili (Moustaquim v. Belgium kararı)³⁰⁰, bir diğeri terör şüphelisi (Chahal v. United Kingdom kararı)³⁰¹ ve sonuncusu ise çingene kökenli iltica talebinde bulunan yabancısıdır (Conka v. Belgium)³⁰². Bu başlık altında devamla, Türkiye'ye ilişkin iki karar örneği incelenecektir. Aşağıda da açıklanacağı üzere, Türkiye'ye ilişkin kararlarda daha ziyade sınır dışı etme usûlü öne çıktığından, anılan kararların önemli bir bölümüne sınır dışı etme usûlü incelenirken yer verilecektir.

Avrupa Parlamentosu üyesi Bayan Piermont'un Fransa'dan sınır dışı edilmesine ilişkin olan Piermont v. France kararında Avrupa İnsan Hakları

²⁹⁹ Piermont v. France kararı, 27 Nisan 1995, Başvuru Numaraları: 15773/89, 15774/89.

³⁰⁰ Moustaquim v. Belgium kararı, 18 Şubat 1991, Başvuru No: 12313/86.

³⁰¹ Chahal v. United Kingdom kararı, 15 Kasım 1996, Başvuru No: 22414/93.

³⁰² Conka v. Belgium kararı, 5 Şubat 2002, Başvuru Numarası: 51564/99.

Komisyonu, kimlerin “yabancı” sayılacağı sorununu, yabancıların siyasi etkinliklerini kısıtlamaya elveren AİHS’nin 16. maddesi bağlamında tartışılmıştır.

Dava konusu olayda, Alman vatandaşı olan ve Almanya’dan Avrupa Parlamentosu’na seçilen Bayan Piermont, Fransa’nın Güney Pasifik’te nükleer denemeler yapmasına karşı olan gruplarca, o bölgeye davet olunmuştur. Bu davet üzerine Fransa’ya giden Bayan Piermont, Fransız Hükümeti aleyhine düzenlenen gösterilere katılmış; bunun üzerine bölgeden sınır dışı edilmiş ve oraya dönmesi yasaklanmıştır. Bayan Piermont, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’na başvurarak, AİHS’nin 10. maddesinde güvence altına alınmış ifade özgürlüğünün tek başına ve 14. maddeyle bağlantılı olarak ihlâl edildiğini ileri sürmüştür. Fransa ise, başka savunmalara ek olarak, 16. maddeye dayanarak, uygulanan işlemin AİHS’ne aykırı olmadığını iddia etmiştir. Bu olayda Komisyon, Bayan Piermont’un Avrupa Parlamentosu üyesi olması ve Avrupa Parlamentosu seçimlerinde Fransız Polinezya’sı halkının da oy kullanması gerçeklerine dayanarak, kendisinin o bölgede resmi sıfatıyla bulunduğunu saptamış ve bu nedenle, AİHS m.16 anlamında “yabancı” sayılmaması gerektiği sonucuna varmıştır³⁰³. Bu çerçevede, anılan kararda Bayan Piermont’un ifade özgürlüğü hakkının (AİHS m. 10) tek başına ve ayrımcılık yasağına ilişkin 14. madde ile bağlantılı olarak ihlâl edildiğine hükmedilmiştir. Kararda ayrıca, sınır dışı etme işlemi nedeniyle, bir devletin ülkesi üzerinde yasal olarak bulunan herkesin orada serbestçe dolaşma hakkını garanti altına alan Ek 4 No’lu Protokol’ün 2. maddesinin de ihlâl edildiği kanaatine varılmıştır.

³⁰³ AYBAY, “Yönetmelik Yargı Açısından Yabancıların Konumu”, s. 158.

Moustaquim v. Belgium kararında ise AİHM, çocukken ülkeye gelen oturma iznini haiz bir yabancının reşit olmadan önce işlediği suçlardan dolayı kamu düzenini bozma gerekçesiyle sınır dışı edilmesini incelemiştir. Bu dava sonucunda verdiği kararda AİHM, her türlü suçun kamu düzenini bozduğu sonucuna varılamayacağını ve sınır dışı etme işleminin AİHS'ne uygun olabilmesi için devletin sınır dışı etmedeki menfaati ile sınır dışı edilen kişinin menfaatleri arasındaki dengenin gözetilmesi gerektiğini ortaya koymuştur. Bu dengeyi tespit amacıyla AİHM'nin işlenen suçun ağırlığı, sınır dışı edilmesine karar verilen kişinin ülkede bulunduğu süre, aile bağları gibi unsurları dikkate aldığı görülmektedir.

Sözkonusu dava, Fas vatandaşı olan ve bir yaşında Belçika'da yaşayan babasının yanına gelerek orada yaşamaya başlayan Abderrahman Moustaquim'in daha reşit olmadan işlediği çok sayıdaki küçük suç nedeniyle (82'si hırsızlık olmak üzere 147 suçtan kavuşturma geçirmiş ve bunların 26'sından mahkûm olmuştur) sınır dışı edilmesine karar verilmesi üzerine, aile hakkına ilişkin 8. maddenin, ayrımcılık yasağına ilişkin 14. maddenin, adil yargılanma hakkına ilişkin 6. maddenin, (sonradan bu konudaki iddiasından davacı vazgeçmiş olmakla birlikte) işkence yasağına ilişkin 3. maddenin ve cezaların yasallığına ilişkin 7. maddenin Belçika tarafından ihlâl edildiği iddiası ile açılmıştır.

Anılan dava çerçevesinde Mahkeme, devletlerin yabancılara ülkelerine giriş çıkışı ve ülkelerinde ikametini denetim altında tutmak suretiyle kamu düzenini koruma kaygılarını tanımış ve şunu bildirmiştir: "Tarafların kamu düzeninin koruma kaygılarını ve özellikle uluslararası hukukta yerleşmiş olan yabancılara ülkeye girişi, ülkede ikameti ve sınır dışı edilmeleri konusunda, taraf oldukları

uluslararası sözleşmelerde kayıtlı yükümlülüklerine saygı göstermek kaydıyla sahip oldukları yetkiyi Mahkeme hiçbir şekilde yadsımamaktadır³⁰⁴.

Bununla birlikte Mahkeme, Belçika’da anne, babası ve yedi kardeşi bulunan, anılan ülkeye henüz bir bebekken gelmiş olan davacının reşit olmadan işlediği suçlar nedeniyle sınır dışı edilmesini AİHS’nin 8. maddesine aykırı bulmuştur. Mahkemenin kararında, sınır dışı etme kararının, davacıyı işlemiş olduğu suçlar nedeniyle cezalandırma amacı ile orantılı olmadığı bildirilmiştir. AİHM, ilginin ailesinin Belçika’da bulunmasını ve suçlarının ağır olmamasını dikkate alarak, devletin menfaati ile sınır dışı edilen kişinin menfaatleri arasındaki dengenin yeterince sağlanmadığı kanaatine varmıştır.

Öte yandan davacının, Belçika vatandaşı olan veya AB vatandaşı olan çocuk suçluların suç işlemeleri halinde sınır dışı edilmediklerine dayanarak ileri sürdüğü ayrımcılık yasağıyla ilgili 14. maddenin 8. madde ile bağlantılı olarak ihlâl edildiği iddiası AİHM tarafından reddedilmiştir. Mahkeme bu bağlamda, Belçika vatandaşı çocuk suçluların kendi ülkelerinde bulunma hakkı olduğunu ve ayrımcılık yasağının aynı durumda olanlara farklı muamele halinde gündeme geleceğini, AB vatandaşlarının ise Belçika’nın da taraf olduğu farklı bir hukuki düzene dahil olduklarını, dolayısıyla ayrımcılığın makul nedenlere dayandığını belirtmiştir.

³⁰⁴ Moustaquim v. Belgium kararı, para. 43. Aynı yönde ifadeler için bkz. Bouchelkia v. France kararı, para. 48; H.L.R. v. France kararı, 29 April 1997, Başvuru No: 24573/94, para. 33; Vilvarajah and others v. United Kingdom kararı, 30 Ekim 1991, Başvuru Numaraları: 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87, 13448/87, para. 102; Ahmed v. Austria kararı, 17 Aralık 1996, Başvuru No: 25964/94, para. 38.

Chahal v. United Kingdom kararı ise, bir yanda devletlerin bir yabancının olası terörist eylemlerinden korunma konusundaki haklı menfaati ile diğer yanda etkili insan hakları korumasının birbiriyle mücadele ettiği hassas dengenin AİHM önünde ele alındığı ilk dava olması bakımından önem taşımaktadır³⁰⁵. Bu davada AİHM, sınır dışı etme gerekçesi kamu düzeni ve ulusal güvenlik olsa dahi, insanlık dışı muamele yasağına ilişkin 3. maddeyi mutlak şekilde uygulayamaya devam edeceğini ortaya koymuştur.

Söz konusu dava, Sih mezhebine mensup Hindistan vatandaşı Karamjit Singh Chahal'ın, Hindistan tarafından terör örgütü olarak nitelendirilen ISYF adlı ayrılıkçı bir örgüte üye olması ve anılan örgüt adına İngiltere'de faaliyet göstermesi, (beraat etmekle birlikte) çeşitli kereler Hindistan Başbakanı'nın Londra ziyareti sırasında öldürülmesi gibi farklı terör eylemlerini planlamakla ilgili olarak kovuşturmaya uğraması gibi unsurlar dikkate alınarak, ulusal güvenlik ve terörizmle mücadelede uluslararası işbirliği nedeniyle sınır dışı edilmesine karar verilmesi üzerine, adı geçen, eşi ve çocukları tarafından açılmıştır.

Sınır dışı etme kararına karşı Chahal, daha önce de ayrılıkçı görüşleri nedeniyle Hindistan'da tutuklanarak kötü muameleye uğradığı, yakınlarının da kötü muameleye maruz bırakıldığı, dolayısıyla kendisinin İngiltere'deki faaliyetlerini yakından takip eden Hindistan'a gönderilmesi halinde işkence ve zalimane muamele göreceğini ileri sürerek iltica talebinde bulunmuştur.

³⁰⁵ SITAROPOULOS, Nicholas; "The Role and Limits of the European Court of Human Rights in Supervising State Security and Anti-Terrorism Measures Affecting Aliens' Rights.", *Terrorism and the foreigner: A decade of tension around the rule of law in Europe*, Eds. Baldaccini and Guild, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2007, s. 89.

Adıgeçenin bu talebi, kötü muamele iddialarının Hindistan’da Sihlere ilişkin durumun çok gergin olduğu geçmişteki bir döneme ait olduğu, durumun bugün farklı olduğu ve Hindistan makamlarının davranışının zulmetmek amacıyla değil davacının terörist faaliyetlerinin sonucu olarak ortaya çıktığı, ayrıca zulme uğrama riski olsa dahi davacının ulusal güvenlik için tehdit oluşturmasından dolayı Mültecilerin Hukuki Durumuna İlişkin Cenevre Sözleşmesi’nin 32. ve 33. maddesi uyarınca bu sözleşmenin sağladığı korumadan yararlanamayacağı gerekçeleriyle iki kere reddedilmiştir.

AİHM anılan davada, modern dünyada devletlerin halklarını terör şiddetinden korumalarının önündeki büyük güçlükten haberdar olduğunu³⁰⁶, bununla birlikte böyle durumlarda dahi AİHS’nin 3. maddesinde (işkence ve gayrı-insani muamele yasağı) sağlanan korumanın mutlak olduğunu ve hiçbir koşulda buna istisna getirilemeyeceğini belirtmiştir. Bu kararda AİHM işkence ve kötü muamele yasağını demokratik bir toplumun en temel değerlerinden biri olarak nitelendirmiştir³⁰⁷. Bu çerçevede Mahkeme, ulusal güvenlik gerekçesiyle olsa dahi, bir yabancının insanlık dışı muamele görme riski bulunan bir yere gönderilemeyeceğini belirterek, kötü muamele konusunda ciddi bir risk bulunduğu dair kanıtlar mevcut olduğu halde, Birleşik Krallık makamlarının sınır dışı etme kararının AİHS’nin 3. maddesini ihlâl ettiğine hükmetmiştir.

Toplu olarak sınır dışı etmeden ne anlaşılması gerektiğine de ışık tutan Conka v. Belgium kararında AİHM, Belçika’nın yabancılar ve göç mevzuatını ihlâl eden ve iltica talebinde bulunan çingene kökenli yabancıların Belçika’dan sınır dışı

³⁰⁶ Chahal v. United Kingdom kararı, para. 19.

³⁰⁷ Chahal v. United Kingdom kararı, para. 79.

edilmeleri üzerine yaptıkları başvuruyu incelemiştir. Anılan davaya konu olayda, çingene kökenli Slovakya Vatandaşı Jan Conka ve Maria Conkova ile çiftin iki çocuğu Slovakya Cumhuriyetinde müteaddit defalar dazlakların saldırılarına uğramalarına karşın polisin müdahale etmediğini iddia ederek, Belçika'ya gelmişler, ülkede kalmalarına izin verilen süreyi aşmışlar ve sığınma talebinde bulunmuşlardır.

Belçika İçişleri Bakanlığı bu talebi, Mültecilerin Hukuki Statüsüne ilişkin Cenevre Sözleşmesi çerçevesinde Slovakya'da yaşamalarının hayatlarını riske soktuğu konusunda yeterli delil ileri süremedikleri gerekçesiyle reddetmiş ve başvuru sahiplerinin Slovakya'ya sınır dışı edilmelerine karar verilmiştir. Başvuru sahipleri kararı yürütmenin durdurulması istemli olarak temyiz etmişler ancak bu talepleri, Belçika Danıştayı tarafından reddedilmiştir.

Aralarında başvuru sahiplerinin de bulunduğu bir grup çingene aileye, sığınma başvurularının sonuçlanması için polis istasyonunda hazır bulunmaları tebliğ edilmiştir. Polis istasyonuna gelen ailelere, ülkeyi terk etmeleri gerektiğini, aksi halde sınır dışı edileceklerini ve bu amaçla tutuklanacaklarını bildiren bir karar tebliğ edilmiştir. Birbirinin aynı olan bu dokümanlarda, kararlara karşı 60 gün içinde Danıştay'a başvurabilecekleri, yürütmeyi durdurma talep edebilecekleri ve tutuklama kararına karşı itirazda bulunabilecekleri bilgileri de yer almıştır. Bununla birlikte, çingene aileler tebligattan birkaç saat sonra, kapalı bir transit merkezine götürülmüşler ve bir askeri uçakla Slovakya'ya gönderilmişlerdir. Ayrıca, sınır dışı etme işleminin gerçekleştirilmesinden önce Belçika İçişleri Bakanlığı tarafından yapılan bir açıklamada, Ghent şehrinde Slovakya vatandaşı olan sığınmacıların toplu halde sınır dışı edilmeleri için tedbirlerin alındığı ifade edilmiştir.

Sınır dışı edilenler arasında bulunan Conka ailesi, AİHS'nin 5, 13 ve Ek 4 No'lu Protokol'ün 4. maddesinin Belçika tarafından ihlâl edildiği iddiasıyla AİHM'ye başvurmuştur. AİHM aynı kökenden çok sayıda insanın aynı kaderi (sınır dışı işlemini) paylaşmış olmasını, davacıların sınır dışı edilmelerinden önce resmi makamların toplu halde sınır dışı etme kararı alacağı yönündeki açıklamaları ile bu yönde uygulama yapılması konusundaki talimatlarını, ilgili bütün yabancıların polis istasyonuna aynı zamanda gelmelerinin istenmesini, bahse konu kişilerin ülkeyi terk etmelerini ve yakalanmalarını isteyen kararların aynı ifadelerle hazırlanmasını, yabancıların bir avukatla görüşmelerinin zor olmasını ve sığınma işlemlerinin tamamlanmamış olmasını, toplu halde sınır dışı etme işleminin yürütüldüğü şüphesini kuvvetlendiren deliller olarak yorumlamıştır³⁰⁸. AİHM sözkonusu davada, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına ilişkin 5. ve etkili başvuru hakkına ilişkin 13. maddeler ile Ek 4 No'lu Protokolün toplu sınır dışı etme yasağına ilişkin 4. maddesinin ihlâl edildiğine karar vermiştir.

AİHM önüne sınır dışı etme konusunda Türkiye aleyhinde getirilen davaların tamamının, ülkemize Avrupa dışındaki ülkelerden, çoğunlukla İran veya Irak'tan yasadışı yollarla gelerek daha sonra geldikleri ülkede insanlık dışı kötü muameleyle uğrayacakları gerekçesiyle, iltica talebinde bulunan yabancılara ilişkin olduğu görülmektedir³⁰⁹. Ankara'daki BMMYK tarafından, ilgili kişilerin mülteci veya

³⁰⁸ AYDOĞAN, s. 134.

³⁰⁹ Örnek kararlar için bkz. A. and K. v. Turkey kararı, 12 Ocak 1991, Başvuru No: 14401/88; F. et al. v. Turkey kararı, 11 Temmuz 1991, Başvuru No: 13624/88 ; A.G. and Others v. Turkey kararı, 15 Haziran 1999, Başvuru No: 40229/98; G.H.H. and Others v. Turkey kararı, 11 Temmuz 2000, Başvuru No: 43258/98; Mohammed Khadjawi v. Turkey, 6 Ocak 2000, Başvuru No: 52239/99;

sığınmacı başvurularının reddedilmesi; bunun üzerine Türk idarî makamları tarafından sınır dışı edilmelerine karar verilmesi; sınır dışı kararına karşı yasal yollara başvurulması ve yasal süreç devam ederken kendilerine geçici oturma izni verilmesi sebebiyle fiilen sınır dışı edilmemiş bu kişilerin başvuruları, Komisyon ve AİHM tarafından çok kere kabul edilebilir bulunmamıştır³¹⁰.

Öte yandan, benzer (BMMYK tarafından mülteci statüsü verilmiş olması dışında) bir dava olan Abdolkhani and Karimnia v. Turkey davasında AİHM'nin 1 Eylül 2009 tarihinde verdiği ihlâl kararı önem taşımaktadır. Nitekim Mahkeme, anılan dava ile oluşturduğu içtihadına uygun olarak, sözkonusu kararı takiben aynı nitelikte on üç ihlâl kararı daha vermiştir. Bu son kararlarla birlikte, AİHM'nin sınır dışı etme ile bağlantılı olarak Türkiye hakkında, on yedi ihlâl kararı (biri suçluların iadesi konusundadır) verdiği görülmektedir³¹¹. Ayrıca AİHM'nin, sınır dışı etme konusunda ülkemiz hakkında iki ihlâlin bulunmadığı kararı, altı kabul edilmezlik ve on adet kayıttan düşürme kararı verdiği anlaşılmaktadır³¹². Karimnia kararı ve onu

M.T. and Others v. Turkey kararı, 30 Mayıs 2002, Başvuru No: 46765/99; A.E. and Others v. Turkey kararı, 30 Mayıs 2002, Başvuru No: 45279/99; Affaire Müslim c. Turquie kararı, 26 Nisan 2005, Başvuru No: 53566/99; D. and Others v. Turkey kararı, 22 Haziran 2006, Başvuru No: 24245/03 .

³¹⁰ EKŞİ, "Sığınmacı ve Mülteciler", s. 2836; Türkiye'ye ilişkin karar incelemeleri için bkz. SİRMEN, s. 39-45.

³¹¹ Bu tespit 01.02.2011 tarihi itibarıyla AİHM'nin resmi veri tabanı olan HUDOC'da açıklanan kararlar dikkate alınarak yapılmıştır ([www.http://www.echr.coe.int/echr/en/header/case-law/hudoc/hudoc+database/](http://www.echr.coe.int/echr/en/header/case-law/hudoc/hudoc+database/)).

³¹² Bkz. SİRMEN, s. 39.

takip eden on üç ihlâl kararında, davacıların Türkiye’de buldukları süre içerisinde karşılaştıkları sınır dışı etme usûlüne ilişkin çeşitli eksiklikler ve tutuldukları yerlerdeki yaşam koşulları ihlâl kararlarına temel teşkil etmiştir. Bu bağlamda, AİHM’nin sınır dışı etme konusunda Türkiye ile ilgili verdiği kararlarda daha ziyade sınır dışı etme usûlü konusu ön plana çıktığından, anılan kararların büyük bölümüne usûle ilişkin bölümde değinilecektir. Ancak bu bölümde, sınır dışı edilebilecek kişiler bağlamında mültecilerin sınır dışı edilmesine ışık tutan ve Türkiye’nin mülteci politikasına ilişkin AİHM yaklaşımını göstermesi bakımından önemli olduğu değerlendirilen A.G. and Others v. Turkey³¹³ ve Jabari v. Turkey³¹⁴ kararları incelenecektir. AİHM’nin birinde ihlâl, diğerinde ihlâl bulunmadığına hükmettiği bu iki dava arasında, sonucu etkileyen en önemli farklılık, başvuranların sınır dışı edilmeleri halinde kötü muameleye uğrayacakları yolundaki korkularının ciddi nedenlere dayanıp dayanmadığının gerek idari gerek yargısal makamlar tarafından dikkate alınması olmuştur³¹⁵.

A.G. and Others v. Turkey davasına konu olayda, İran vatandaşı A.G., İran İslam Rejimi tarafından yasaklanmış olan Marksist Leninist bir örgüte (İran Halkının Fedai Gerillaları Örgütü- IPFG) üye olduğunu, bu nedenle İran’da hapis yattığını ve işkence gördüğünü, hapisten çıktıktan sonra kendisi gibi IPFG üyesi bir kadınla evlendiğini ve bu evlilikten üç çocuklarının olduğunu, tutuklanma ve tekrar işkenceye uğrama endişesiyle İran’dan kaçmak zorunda kaldıklarını belirterek

³¹³ A.G. and Others v. Turkey kararı, 15 Haziran 1999, Başvuru No: 40229/98.

³¹⁴ Jabari v. Turkey kararı, 11 Temmuz 2000, Başvuru No: 40035/98.

³¹⁵ SİRMEN, s.41.

Türkiye’de BMMYK’ya iltica başvurusunda bulunmuşlardır. Adıgeçenlere Türk makamları tarafından, iltica başvuruları ile ilgili süreç devam ederken geçici oturma izni verilmiştir. BMMYK tarafından A.G. ve ailesinin başvurusu kabul edilmemiştir. Uluslararası Af Örgütü’nün devreye girmesiyle A.G.’nin başvurusu BMMYK tarafından yeniden değerlendirilmişse de sonuç değişmemiştir. A.G. ve ailesi, Türk makamları tarafından ülkeyi terke davet edilmiş, bu karara yaptıkları itirazın reddi üzerine Ankara İdare Mahkemesinde dava açmışlardır. Davaları reddedilmiştir. Bunun üzerine A.G. AİHM’ye başvurarak, yasadışı bir örgütün üyesi olması sebebiyle sınır dışı edilme kararı sonucunda İran’a giderse tehlike altında olacağını, işkence göreceğini, sınır dışı kararının AİHS’nin 2., 3. ve 8. maddelerine aykırı olduğunu iddia etmiştir. Adıgeçen ayrıca, sınır dışı kararının iptali için açtıkları davada kendilerine adli yardım sağlanmaması, tercüman bulundurulmaması ve temyiz yolu konusunda bilgi verilmemesi nedeniyle Türkiye’nin AİHS’nin 6. maddesi ile 13. maddesini ihlâl ettiğini de ileri sürmüştür. A.G.’nin başvurusunda yer alan bir diğer husus, Türkiye’nin, Avrupa’dan gelen mülteciler ile diğer ülkelerden gelen mülteciler arasında ayırım yaptığı, bunun AİHS’nin 14. maddesine aykırı olduğu iddiasıdır. AİHM, başvuranların, İran’a gönderilmeleri durumunda hayatlarının ve fiziksel varlıklarının tehlike altında olacağını kanıtlayamadıkları gibi İranlı makamlar tarafından arandıklarını da kanıtlayamadığından Türkiye’nin 3. maddeyi ihlâl etmediği sonucuna varmıştır. AİHM, A.G.’nin Türk makamları dışında BMMYK ve diğer sivil toplum örgütleri ile bağlantı kurmuş olması sebebiyle, adli yardım olanaklarından ve Ankara İdare Mahkemesi kararına karşı Danıştay’a temyiz yoluna başvurulabileceğinden haberdar olmadığı iddialarını geçerli bulmamıştır. Bu çerçevede Mahkeme, sınır dışı etmenin 6. maddenin kapsamına girdiği kabul edilse

bile somut olayda Türkiye'nin, 6. madde veya 13. madde anlamında bir ihlâlinin olmadığını belirtmiştir. AİHM, İran'a sınır dışı edilme durumunda ailenin parçalanacağı ve bunun da Türkiye'nin AİHS'nin 8. maddesini ihlâl etmesi sonucunu doğuracağı iddiasını da gerçekçi bulmamıştır. AİHM 14. maddeye ilişkin başvuru konusunda ise, Türkiye'nin 1951 Cenevre Sözleşmesi ile tanınan yetkisini kullanarak coğrafi açıdan sözleşmenin uygulama alanını sınırlamış olduğunu ve sadece Avrupa'dan gelenlere mülteci statüsü verdiğini; buna karşın diğer ülkelerden gelenlere ise insancıl amaçlarla, güvenli üçüncü bir ülkeye gidene kadar sığınmacı statüsü kapsamında geçici oturma izni verdiğini belirtmiş ve Türkiye'nin bu tutumunu AİHS'nin 14. maddesine aykırı bulmamıştır. AİHM, bu hususun, Türkiye'nin mülteci ve sığınmacı politikası ile ilgili olduğunu belirtmiştir. Bu çerçevede AİHM, başvurunun kabul edilebilir olmadığını karar vermiştir

Jabari v. Turkey davası ise, İran yasalarına göre zina suçu işleyen ve ceza davası başlamadan önce İran'ı terk ederek yasa dışı yollardan Türkiye'ye giren, daha sonra ise sahte pasaport ile Fransa'ya giderken Paris'te yakalanarak Türkiye'ye geri gönderilen İran vatandaşı Hoda Jabari'nin İran'a sınır dışı edilmesine karar verilmesi ile ilgilidir. Sınır dışı etme kararı üzerine Hoda Jabari, İran'da kalsaydı hakkında ceza davası açılarak muhtemelen insanlık dışı bir ceza olan taşlama cezasına çarptırılacağını ileri sürerek iltica talebinde bulunmuştur. Hudut İltica ve Yabancılar Şubesi, Jabari'nin iltica başvurusunu 1994 Yönetmeliği'nde öngörülen beş günlük süre içinde yapmadığı gerekçesiyle reddetmiştir. Nitekim, 1994 Yönetmeliği ilk yürürlüğe girdiğinde yasal olmayan yollardan Türkiye'ye gelenlerin beş günlük süre

içinde yetkili makamlara başvurularını öngörüyordu³¹⁶. Daha sonra devreye giren BMMYK, İran'a gönderildiği takdirde işkence ve ölüm tehlikesiyle karşılaşacağından, 16 Şubat 1998 tarihinde Hoda Jabri'ye mülteci statüsü verilmiştir. Hoda Jabari, sınır dışı edilme kararına karşı Ankara İdare Mahkemesine başvurmuş ve yürütmenin durdurulmasını istemiştir. Ankara İdare Mahkemesi, sınır dışı etme kararında kanuna aykırı bir durum olmadığı için Hoda Jabari'nin talebini reddetmiş ve yürütmenin durdurulmasına gerek olmadığı sonucuna varmıştır. Hoda Jabari, AİHM'ye başvurmuştur. Adıgeçenin AİHM'ye yaptığı başvuru sonuçlanıncaya kadar Türkiye'de ikametine izin verilmiştir.

AİHM, davacının beş günlük başvuru süresini kaçırdığı için iltica talebinin gerekçelerini hiç incelememesi nedeniyle Türkiye'nin etkili başvuru yoluna ilişkin 13. maddeyi ihlâl ettiğine; Türkiye'nin, 3. maddeyi ihlâl ettiğinden söz edilebilmesi için sınır dışı kararının uygulanmış olması gerektiğine fakat Hoda Jabari'nin İran'a sınır dışı edilmesine ilişkin kararın henüz uygulanmamış olması sebebiyle ihlâlden söz edilemeyeceğine ve Hoda Jabari'nin ileri sürdüğü gerekçelerin uğramış olduğu manevî zararın giderilmesi için yeterli olmadığına karar vermiştir.

³¹⁶ Çok kısa olan bu sürenin uygulamada yol açtığı sıkıntılar dikkate alınarak, 1998 yılında Yönetmelikte yapılan değişiklik ile bu süre on güne çıkarılmıştır. Bu çerçevede, yasa dışı yollardan Türkiye'ye girip de on günlük süre içinde bildirimde bulunarak mülteci veya sığınmacı statüsü talep etmeyen yabancıların sınır dışı edilmelerine karar verilmekteydi. On günlük sürenin uygulamada ortaya çıkan sorunları giderememesi sebebiyle 27.01.2006 tarihinde 1994 Yönetmeliğinde tekrar değişiklik yapılarak (RG 27.01.2006/26062) başvuru açısından öngörülen süre sınırlaması kaldırılmış ve gecikmeden müracaat etme koşulu getirilmiştir.

E. Türk Hukuku Bakımından Değerlendirme

Sınır dışı etme esasları konusunda Türk hukuku ile AİHS sisteminde yer alan düzenlemelere bakıldığında, sınır dışı edilebilecek kişiler ve sınır dışı etme nedenleri bakımından anılan düzenlemeler arasında büyük bir uyumsuzluk bulunmadığı düşünülmektedir. Bununla birlikte, ilgili bölümde de sözü edildiği üzere, YİSHK'nun 05.01.2011 tarih ve 6097 sayılı kanunla değişik 21. maddesinde yer alan yabancı göçebelerin sınır dışı edilmesine ilişkin hükmün, ne şekilde yorumlandığı ve uygulandığına bağlı olarak, ayrımcılık yasağı bakımından sorun yaratma potansiyelini taşıdığı düşünülmektedir. Bu nedenle, anılan hükmün AİHM içtihatları ile uyumlu bir şekilde yorumlanması önem taşımaktadır. Dolayısıyla, sırf yabancı göçebe olmanın sınır dışı edilme için kendi başına bir neden oluşturmayacağı ve kanunlarda düzenlenmiş olan sınır dışı etme nedenlerinin bulunması halinde, sınır dışı etme işleminin yabancı göçebeler bakımından kanun metninde belirtilen makam olan İçişleri Bakanlığınca ve bireysel temelde uygulanabileceği yönünde bir yorumun uygulamaya hakim kılınması uygun olacaktır. Ancak elbette ideal çözüm, bu yorumun kanun metnine gereken açıklıkla yansıtılmasıdır.

Çalışmamızda bu ana kadar incelenen ve ilerleyen bölümlerde incelemek olan AİHM kararları, Mahkeme'nin insanlık dışı ve onur kırıcı muamele yasağına ilişkin AİHS'nin 3. maddesini mutlak şekilde uyguladığını ve Mültecilerin Hukuki Durumuna İlişkin Sözleşme'nin 3. maddesinden farklı olarak, sınır dışı edilecek kişinin insanlık dışı ve kötü muameleye uğrama riski bulunan durumlarda kamu düzeni ve ulusal güvenlik istisnasını kabul etmediğini ortaya koymaktadır. Türkiye hakkında AİHM tarafından verilen, ulusal güvenlik ve kamu düzeni gerekçesiyle

ülkede kalmasına izin verilmeyen iltica talep eden yabancılara ilişkin çok sayıda ihlâl kararı bulunmaktadır. Bu çerçevede, ulusal mevzuatımızda, sınır dışı edileceği ülkede ölüm cezasına, işkenceye, insanlık dışı veya onur kırıcı muameleye maruz kalabileceği konusunda ciddi emare bulunan yabancıların sınır dışı edilmeyeceğine açıkça yer verilmesinin yararlı olacağı düşünülmektedir³¹⁷. Ayrıca, 3. maddeye ilişkin iddiaların titizlikle incelenmesi gerektiğine de kanun metninde yer verilmesi uygun olacaktır. Nitekim AİHM, usûle ilişkin bölümde ele alınacak pek çok kararında, kötü muamele riski bulunduğu ilişkin iddiaların ulusal makamlarca yeterince incelenmemesini, etkili başvuru hakkına ilişkin 13. maddenin 3. maddeyle bağlantılı olarak ihlâli şeklinde yorumlamıştır.

Diğer yandan, AİHS’de düzenlenen belli haklar çerçevesinde AİHM tarafından geliştirilen, kişinin menfaatleri ile devletin menfaatleri arasındaki dengenin gözetilmesi formülasyonunun sınır dışı etmeye ilişkin mevzuatımıza yansıtılması da faydalı olacaktır. Nitekim mevcut yasal düzenlemelerde, kişinin aile bağlarının, ülkede geçirdiği sürenin, kendi ülkesi ile bağlarının ve sınır dışı edilmesini gerektiren nedenin kamu düzeni bakımından yarattığı sakıncanın ağırlığına ilişkin hususların sınır dışı etme kararı verilirken dikkate alınacağına işaret eden açık bir hüküm bulunmamaktadır. Aile bağları ve ülkede geçirilen sürenin dikkate alınacağı hükmüne sadece İçişleri Bakanlığı’nın yayınladığı çeşitli genelgelerde yer verildiği anlaşılmaktadır. Bu bağlamda, yeni yapılacak düzenlemelerde bu hususlara kanun metninde açıkça yer verilmesinin daha fazla belirlilik ve uygulamada yeknesaklık ve kolaylık sağlayacağı düşünülmektedir.

³¹⁷ "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısı Taslağı"nın 5. ve 55. maddelerinde bu yönde hükümlere yer verilmiş olması olumludur.

II. SINIR DIŞI ETME USÛLÛ

Bu başlık altında öncelikle AİHS ve Ek Protokol hükümlerinin sınır dışı etme usûlü ile ilgili olanlarına kısaca değinilecek, daha sonra ise anılan hükümlerden ve AİHM'nin bu hükümleri yorumlayış şeklinden hareketle, AİHS sisteminin sınır dışı edilecek kişilere tanıdığı güvencelerin neler olduğu ele alınacaktır. Burada değinilecek olan AİHS hükümleri daha önce esasa ilişkin bölümde incelenmiş olduğundan, anılan hükümlere ilişkin genel açıklamalar tekrarlanmaksızın sadece sınır dışı etme usûlüne etkilerine dikkat çekilecektir.

A. AİHS Bağlamında İnceleme

AİHS'nin usûli güvenceler ile en yakından ilgili olan maddeleri, işkence ve insanlık dışı, kötü muamele yasağına ilişkin 3. madde, kişi özgürlüğü ve güvenliğine ilişkin 5. madde, sınır dışı etme bağlamında uygulanabilirliği tartışmalı olmakla birlikte adil yargılanma hakkına ilişkin 6. madde, etkili başvuru hakkına ilişkin 13. madde ve ayrımcılık yasağına ilişkin 14. maddedir.

AİHS'nin 3. maddesi³¹⁸, sınır dışı edecek ülkeye, ilgiliyi işkence ve kötü muameleyle uğrama riski olan bir ülkeye göndermeme yükümlülüğünün yanında, ilgili kendi kontrolündeyken böyle bir muameleyle maruz kalmamasını sağlama yükümlülüğü de getirmektedir.

AİHM önüne gelen sınır dışı etmeye ilişkin davalarda, kişi özgürlüğü ve güvenliğine ilişkin 5. maddenin genellikle, sınır dışı işleminin bir parçası olarak

³¹⁸ AİHM'nin 3. madde kapsamına hangi fillerin girdiğini geniş ve dar yorumlamasının etkilerine ilişkin tartışmalar için bkz. MANGION, s.247-280.

ilgilinin özgürlüğünden yoksun bırakılması durumunda uygulama alanı bulduğu görülmektedir. AİHM, sınır dışı edilecek kişilerin zorunluluk bulunmadan keyfi olarak özgürlüklerinden yoksun bırakılmalarına karşı çıkmakta ve özgürlüklerinden yoksun bırakılan herkesin bu kararın hukukiliğini yargı organları önünde denetlettirebilme hakkını, ulusal güvenlik gerekçeleri ileri sürüldüğünde dahi geri adım atmaksızın güçlü bir şekilde savunmaktadır³¹⁹.

Adil yargılanma hakkına ilişkin 6. maddenin ihlâl edildiği iddialarının AİHM önüne, sınır dışı işlemine karşı gidilen başvurudan sonuç alınmasının uzun sürmesi, başvuruyu inceleyecek makamın tarafsızlığından şüphe edilmesi, ilgiliye adli yardım yapılmaması ve tercüman bulundurulmaması gibi durumlarda getirildiği görülmektedir. Bununla birlikte, 6. maddenin daha önce ele alınması sırasında da belirtildiği üzere, AİHM, bu maddenin sağladığı korumanın sınır dışı etme için geçerli olmadığı, nitekim sınır dışı etmenin 6. maddede sözü edilen medeni hak ve borçlar veya cezai suçlamalar kapsamında değerlendirilemeyeceği görüşündedir.

Etkili başvuru hakkına ilişkin 13. madde, sınır dışı etme usûlüne ilişkin olarak AİHM önüne getirilen davalarda en sık başvuru maddelerdendir. AİHM bu maddeyi, sınır dışı işleminin AİHS çerçevesindeki bir hakkını ihlâl ettiğini ileri süren yabancıya, ilgili ülkenin ulusal makamları nezdinde bir başvuru olanağı ve ilgilinin mağduriyetini giderici çareler sağlamak yükümlülüğü şeklinde yorumlamaktadır³²⁰.

³¹⁹ Bkz. SITAROPOULOS, s. 95.

³²⁰ European Court of Human Rights, Concluding observations of the Human Rights Committee: Syrian Arab Republic, 5 April 2001, A/56/40 (Vol. 1), para. 122.

13. madde spesifik bir başvuru yoluna işaret etmemekte, ne tür bir başvuru mekanizması oluşturulacağını devletlere bırakmaktadır.

Ayrımcı muamele yasağı getiren 14. madde sınır dışı etme işleminin esas bakımından geçerli olduğu gibi, sınır dışı etme usûlüne ilişkin olarak da geçerlidir. Bu madde sınır dışı edilecek yabancılar arasında usûle ilişkin kural ve uygulamalar bakımından ayırım yapılmamasını gerektirir. Ayrıca, vatandaş olmayanların da başvuru yollarına eşit erişiminin sağlanması anılan madde kapsamında değerlendirilmektedir³²¹. Başvuru yollarına eşit erişim hakkı, sınır dışı etme kararına karşı başvuruyu da içerecektir.

B. Ek Protokol Hükümleri Çerçevesinde İnceleme

Çalışmamızda daha önce de açıklandığı üzere, Ek 4 No'lu Protokol maddi hukuka ilişkin hükümler içerdiğinden, sınır dışı etme usûlünün incelenmesini amaçlayan bu kısımda ayrıca ele alınmamıştır. AİHS'ne Ek 7 No'lu Protokol ise doğrudan sınır dışı etmeye ilişkin olan ve sınır dışı etme işlemine karşı yabancıyı koruyan çok önemli usûli güvenceler getirmiştir. Ayrıca, sınır dışı edilecek kişinin mallarının bulunması halinde, mülkiyet hakkının korunmasına ilişkin Ek 1 No'lu Protokol'ün³²² 1. maddesinin uygulanması da tabiatıyla gündeme gelebilecektir.

Anılan Protokol hükmü çalışmamızda ayrıca incelenmeyecek olmakla birlikte, getirdiği yükümlülüğe burada kısaca değinilmesinde fayda olduğu değerlendirilmiştir. Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesi, özel ve tüzel kişilere ait mal

³²¹ International Law Commission Report on Expulsion of Aliens, s. 379.

³²² Protokol metni için bkz. R. G. T. 19.03.1954, S. 8662.

ve mülke devlet tarafından yapılabilecek herhangi bir keyfi müdahaleye karşı koruma sağlamaktadır. Öte yandan bu madde devlete özel ve tüzel kişilere ait olan mülkleri yasalarda belirtilen koşullar altında kullanma ve hatta bu kişileri belli koşullar altında bu haklardan mahrum etme imkânını da tanımaktadır. Anılan maddenin kapsamı tanımlanmamış olmakla birlikte, AİHM, bu maddeyi yalnızca hali hazırda mevcut bulunan mal ve mülklere uygulamakta ve mal ve mülk elde etme hakkının garanti altına almadığını belirtmektedir³²³.

Çalışmamızın sınır dışı etme esaslarının AİHS sistemi çerçevesinde incelendiği bölümünde, esasa ilişkin boyutları ile sınırlı olarak ele alınan Ek 7 No'lu Protokol'ün 1. maddesi şöyledir:

“1. Bir devlet ülkesinde kurallara uygun olarak ikamet eden bir yabancı, yasaya uygun şekilde verilmiş bir kararın uygulanması dışında sınır dışı edilemez ve

a. sınır dışı edilmesine karşı gerekçeleri öne sürebilmesine,

b. durumunu yeniden incelemeye,

c. yukarıdaki amaçlarla, yetkili bir merci önünde veya bu merci tarafından tayin edilecek biri ya da birileri önünde kendisini temsil ettirmesine, izin verilecektir.

2. Sınır dışı edilmenin kamu düzeni yararı ya da ulusal güvenlik nedenleri açısından gerektiği hallerde, bir yabancı, yukarıdaki 1. maddenin (a), (b) ve (c) bentlerinde öngörülen haklarını kullanmadan sınır dışı edilebilir.”

³²³ GRGIC, Aida / MATAGA, Zvonimir / LONGAR, Matija / VILFAN, Ana; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Mülkiyet Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek Protokollerinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap, No.10, s. 5.

Görüldüğü üzere sözkonusu düzenleme, sınır dışı edilecek yabancıya, işlemin gerekçelerinin bildirilmesini, itiraz etme ve durumunun yeniden incelenmesini isteme olanaklarının tanınmasını gerektirmektedir³²⁴. Bu güvenceler sağlanmadan sınır dışı etme işlemi ancak kamu düzeni ve ulusal güvenlik nedeniyle “acil” bir durumda sözkonusu olabilmektedir. Ek 7 No’lu protokol’ün 1. maddesinde yer alan usûli güvenceler kanuna uygun olarak ülkede bulunan yabancılara tanınmış olduğundan, mültecilerin sınır dışı edilmesiyle bağlantılı olarak anılan hükme başvurulduğunda, AİHM genellikle, ilgilinin ülkede kanuna uygun olarak bulunduğu söylenemeyeceğini belirterek protokole dayanmaktan kaçınmıştır³²⁵. Mahkeme, Ek 7 No’lu protokol’ün 1. maddesinde yer alan “kurallara uygun olarak” ibaresini, yabancının bir ülkedeki varlığının, o ülkenin milli hukukuna uygun olması şeklinde anlamaktadır.

Bu başlık altında Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi’nin konuyla ilgili iki tavsiye kararına da değinmekte fayda görülmektedir. Anılan kararlardan ilkinde, bir Avrupa Konseyi üyesi ülkenin topraklarından sınır dışı edilen yabancıya, sınır dışı kararının yürütülmesini de durduracak şekilde bir başvuru yolunun sağlanması ve böyle bir başvurunun yapılması halinde, sınır dışı etme kararının verildiği tarihten itibaren 3 ay içinde anılan başvurunun sonuçlandırılması tavsiye edilmiştir³²⁶.

³²⁴ AYBAY, “Yönetmelik Yargı Açısından Yabancının Konumu”, s. 163.

³²⁵ LAMBERT, Helena; “The European Convention on Human Rights and the Protection of Refugees: Limits and Opportunities”, *Refugee Survey Quarterly* 24 (2), 2005, s. 45.

³²⁶ Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, Göç ve iltica ortak politikasına ilişkin 1624 (2003) sayılı Tavsiye Kararı, 30 Eylül 2003, para. 9,

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin daha önce de değinilen ikinci kararında ise, Avrupa Konseyi üyesi bir ülkenin topraklarında yasa dışı olarak bulunan yabancılara da ülkeden çıkarılmalarına ilişkin kararı bağımsız bir makam önünde inceletme imkânı tanınması, ilgilinin dosyasını ayrıca hakim önüne getirme hakkının bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi, yabancının haklarından haberdar edilmesi ve mahkeme veya üst idari makama başvurması halinde inceleme devam ettiği müddetçe ülke dışına çıkarılmaması önerilmiştir³²⁷.

C. AİHS Sisteminin Sınır Dışı Edilecek Kişilere Tanıdığı Usûli Güvencelerin Değerlendirilmesi

Yukarıda değinilen Sözleşme hükümlerinin -özellikle insanlık dışı muamele yasağına ilişkin 13. ve özgürlük ve güvenlik hakkına ilişkin 5. maddelerinin- AİHM tarafından yorumu yoluyla ve Ek 7 No'lu protokolde doğrudan düzenlenen usûli güvenceler çerçevesinde, AİHS sisteminin pek çok usûli güvenceyi sınır dışı edilecek kişilere tanıdığı görülmektedir. Anılan güvencelerin aşağıdaki şekilde özetlenebileceği düşünülmektedir.

<http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta03/EREC1624.htm> (son erişim tarihi 02.02.2011).

³²⁷ Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, Yabancıların hukuki durumuna ilişkin 769 (1975) sayılı Tavsiye Kararı, 3 Ekim 1975, para. 9-10, <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta75/EREC769.htm> (son erişim tarihi 02.02.2011).

1. Sınır Dışı İşlemlerinden Haberdar Edilme Hakkı

Her ne kadar AİHM ve Ek Protokollerde ilgilinin sınır dışı işlemlerinden haberdar edilmesi gerektiğine ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktaysa da, esasen bu hak, Ek 7 No'lu Protokol'ün 1. maddesi (a) bendinde kayıtlı olan “sınır dışı edilmeye karşı gerekçeleri öne sürebilme” hakkının ayrılmaz bir unsurudur. Nitekim, sınır dışı edilmeye karşı gerekçeler öne sürebilmek için öncelikle böyle bir sürecin başlamış olduğunun bilinmesi gerekmektedir. Ayrıca bu hakkın, AİHS'nin 13. maddesinde düzenlenmiş olan “etkili başvuru hakkı” kapsamında da gündeme geleceği düşünülmektedir. Nitekim, aşağıda ele alınacağı üzere, sınır dışı etmenin Sözleşme ile korunan bir hakkı ihlâl etmesi halinde uygulama alanı bulacak olan 13. maddede yer alan “etkili başvuru” kavramı, AİHM tarafından pek çok unsur içerecek şekilde yorumlanmaktadır. Etkili bir başvuru hakkından söz edebilmek için, ilgilinin kendisi ile ilgili işlemlerden ve hatta bu işlemler konusunda başvurabileceği yöntemlerden haberdar edilmesinin beklenmesi doğal olacaktır. Bununla birlikte, AİHS'de açıkça düzenlenmeyen böyle bir bildirim yapılmasının kendi başına bir ihlâl nedeni olamayacağı, etkili başvuru hakkı tanınıp tanınmadığını değerlendirirken dikkate alınacak unsurlardan biri olacağı düşünülmektedir.

2. Sınır Dışı İşlemine Karşı Gerekçe Sunma ve Durumunu Yeniden İnceletme Hakkı

Ek 7 No'lu protokolde açıkça düzenlenen bu iki hak esasen önemli sayıda başka uluslararası sözleşmede de yer almaktadır³²⁸. Gerek sınır dışı işlemine karşı

³²⁸ Bkz. Dipnot 130 ve 132.

gerekçe sunma hakkı, gerek durumu yeniden inceletme hakkı pek çok değişik şekilde kullanılabilir. Anılan hakların hangi makamlar nezdinde ve nasıl kullanılacağına ilişkin bir düzenleme Ek 7 No'lu protokol metinde yer almamakta, bu konuda devletlere belli ölçüde takdir yetkisi verilmektedir. Bununla birlikte bu makamların, idari makamlar yanında mahkemeleri de içereceği genellikle kabul görmektedir³²⁹. Her ne karar bu haklar Ek 7 No'lu Protokol ile sadece ülkede yasal olarak bulunan yabancılara tanınmış gibi görünüyorsa da, AİHS'nin etkili başvuru hakkına ilişkin 13. maddesinin AİHM tarafından yorumlanış şekli, esasen bu hakların sözleşmeyle korunan bir hakkının ihlâl edildiğini iddia eden herkese tanınmasını gerektirmektedir.

AİHS'nin 13. maddesi, Sözleşme ile düzenlenen hakların ihlâli iddiasına ilişkin etkili başvuru hakkı sağlanmasını öngördüğünden ve AİHM'de yabancının ülkeye giriş veya iltica hakkını düzenleyen hükümler bulunmadığından, 13. madde esasen kendi başına göç ve iltica konularında bir başvuru hakkı sağlamamaktadır³³⁰. Bununla birlikte, sınır dışı etmenin veya diğer göç ve iltica işlemlerinin Sözleşme ile korunan bir hakkı ihlâl ettiğinin ileri sürüldüğü durumlarda, AİHM etkili başvuru hakkının sağlanıp sağlanmadığını araştırmaktadır. Ek 7 No'lu protokol gibi AİHS'nin 13. maddesi de bu hakkının iç hukukta ne şekilde sağlanacağı konusunda devletlere belli ölçüde takdir yetkisi vermiştir. Ancak AİHM, hangi durumlarda başvuru hakkının etkili kabul edileceğine ilişkin kriterleri içtihatlarıyla ortaya koymuştur. Bu bağlamda, bir başvuru yolunun etkili kabul edilebilmesi için bu yolun

³²⁹ International Law Commission Report on Expulsion of Aliens, s. 376.

³³⁰ LAMBERT, s. 46.

teorik ve kâğıt üzerinde değil, fiilen ve gerçekten mevcut olması, ulaşılabilir olması ve ayrıca herhangi bir ihlâl var ise bunu düzeltebilecek nitelikte olması gerekir. Bu temel kriterler çerçevesinde, başvuru yolunun etkinliği mevhumunun içerisine olayın özelliklerine göre pek çok başka unsur dahil olabilmektedir. Örneğin yargılamanın uzunluğu AİHM tarafından başvuru yolunun etkin olmadığı şeklinde yorumlanabilmektedir.

Sınır dışı etme bağlamında AİHS'nin 13. maddesinin ihlâl edildiği iddialarının Mahkeme önüne en sık, gönderilmek istendiği ülkede işkence ve kötü muameleye uğrama riski olduğundan endişe eden yabancılar tarafından 3. maddeyle bağlantılı olarak getirildiği görülmektedir. AİHM'nin 3. maddeye verdiği önem ve mutlak karakter çerçevesinde, işkence ve kötü muamele iddiaları karşısında 13. maddenin ne şekilde yorumlanması gerektiğine ilişkin kapsamlı ve yerleşmiş bir içtihat oluşturmuştur. Bu bağlamda AİHM, insanlık dışı kötü muameleye uğrama riskinin bilinen veya bilinmesi gereken unsurlar ışığında ulusal makamlarca araştırılmamasını etkili başvuru yolunun bulunmadığı şeklinde yorumlamaktadır. AİHM ayrıca, başvuru yolunun erişilebilir olmasını aramakta, bunun da koşulunun ilgiliye durumu yeniden inceletme hakkı tanınması ve başvurunun durdurucu etkisi bulunması olarak belirlemektedir³³¹. Bu husus AİHM tarafından Conka v. Belgium kararında “13. madde anlamında etkili başvuru kavramının, geri dönülmez sonuçlar doğurma potansiyeli bulunan önlemlerin icrasını durdurabilecek nitelikte olması gerektiği” şeklinde ifade edilmiştir³³².

³³¹ LAMBERT, s. 48.

³³² Conka v. Belgium kararı olay detayları için bkz. s. 117-118.

AİHS'nin 13. maddesinin 3. maddeyle bağlantılı olarak AİHM tarafından ele alınmasındaki bir başka önemli özellik ise, kamu düzeni ve ulusal güvenlik istisnasının bu durumlarda kabul edilmemesidir. Yani, ilgilinin 3. maddeye aykırı muameleye uğrama riski bulunan durumlarda, Ek 7 No'lu Protokol'den farklı olarak, sınır dışı etme kararına karşı gerekçe sunma ve durumu yeniden inceletme haklarına kamu düzeni ve ulusal güvenlik gerekçeleriyle istisna getirilmesi mümkün değildir³³³. Bu yaklaşım, AİHM'nin insanlık dışı ve onur kırıcı muameleyi yasaklayan AİHS'nin 3. maddesini mutlak karakterde görmesinden kaynaklanmaktadır.

Sonuç olarak, AİHS'nin 13. maddesinin belli usûli güvencelerin sınır dışı edilecek kişilere tanınması konusunda merkezi bir konumda olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır³³⁴.

3. Avukat Yardımından Yararlanma Hakkı, Adli Yardım ve Tercüme Hizmetlerinden Yararlanma Hakkı

Ek 7 No'lu Protokol'ün 1. maddesi (c) bendinde yer alan “yetkili bir merci önünde veya bu merci tarafından tayin edilecek biri ya da birileri önünde kendisini temsil ettirmesine izin verilecektir” ifadesi, başta avukat yardımından yararlanma hakkı olmak üzere, daha geniş anlamda ilgilinin kendisini temsil ettirebilme olanağına haiz olmasını gerektirmektedir. Yetkili mercilerin kimler olduğu tabiatıyla her ülkenin ulusal hukukuna göre belirlenecektir. Avukat yardımından faydalanma

³³³ AİHM'nin bu yöndeki karar örnekleri için bkz. s. 116-117 ve 151-168.

³³⁴ LAMBERT, s. 47.

hakkı dışındaki, adli yardım ve tercüme hizmetlerinden yararlanma haklarının, sınır dışı edilecek kişilere tanınması gerektiğine ilişkin bir hüküm, ne Ana Sözleşme’de ne de Ek Protokol metinlerinde yer almıştır. Anılan haklar adil yargılanma hakkı ile bağlantılı olarak AİHM önüne getirildiğinde ise AİHM, çalışmamızda daha önce açıklanan gerekçelerle sınır dışı etme konusunda adil yargılanma hakkına ilişkin 6. maddenin uygulanabilir olmadığına hükmetmiştir³³⁵.

Bununla birlikte, AİHM anılan haklara etkili başvuru hakkının unsurları olarak işlerlik vermektedir. Etkili başvuru hakkı kavramı AİHM tarafından, yargılamanın uzunluğu, avukata erişim hakkı, adli yardım sağlanması, gerekli olduğunda tercüman kullanılması vb. gibi bu hakkı pratikte işler kılacak diğer hususlarla birlikte değerlendirilmektedir. Etkili başvuru hakkının bu unsurların eksikliğinden dolayı teoride kalması, erişilebilir olmaması ihlâl nedeni olacaktır. Nitekim, bazıları çalışmamızda incelenecek, sınır dışı etme usûlü konusunun öne çıktığı AİHM kararlarında, AİHM’nin ilgiliye adli yardım olanağı tanınmamasını, avukata erişimde yaşanan sorunları ilgilinin etkin başvuru hakkının özünden yoksun kaldığı şeklinde yorumlayarak ihlâl kararı verdiği görülmektedir.

Son olarak, Ek 7 No’lu protokol avukat yardımından yararlanma hakkını (Protokol’de ifade edilen şekliyle “kendini temsil ettirme hakkını”) sadece ülkede yasal olarak bulunan yabancılar için güvenceye aldığı halde, AİHM’nin 13. madde kapsamında etkili başvuru hakkının yorumu yoluyla geliştirdiği içtihatlarında, esasen bu hak ülkede yasal olarak bulunmayanlara da tanınmaktadır.

³³⁵ GAJA, s. 309-310.

4. Sınır Dışı Etme Amacıyla Tutulma Halinde Güvenceler

Sınır dışı etme amacıyla tutulma/tutuklanma veya adı ne olursa olsun ilgiliyi özgürlüğünden yoksun bırakacak bir tedbir sözkonusu olduğunda, en önemli usûli güvenceleri AİHS'nin özgürlük ve güvenlik hakkını düzenleyen 5. maddesi ile insanlık dışı kötü muamele yasağını düzenleyen 3. maddesi sağlamaktadır.

Bu çerçevede AİHS'nin 5 (1). maddesi ile getirdiği ilk güvence, kimsenin kanuna uygun olarak verilmiş bir karar bulunmaksızın keyfi olarak özgürlüğünden yoksun bırakılmaması güvencesidir. Dolayısıyla, her ne kadar 5 (1) maddesinin (f) bendinde ülkeye yasadışı yollardan girmiş olanlar ile hakkında sınır dışı işlemleri yürütülmekte olanların tutulmalarının mümkün olduğu kayıtlıysa da madde metninde bunun “usûlüne uygun (hukuka uygun)” olarak yapılacağı da kayıtlıdır. Hukuka uygunluk şartı, hem usul hem de esasa yönelik uygunluk olarak yorumlanmıştır. Ayrıca, hukuka uygunluk, herhangi bir özgürlük mahrumiyetinin ulusal hukuka olduğu kadar AİHS'ne de uygun olması ve keyfi olmaması gerektiği şeklinde anlaşılmaktadır³³⁶. “Usûlüne uygun” ifadesinden sınır dışı etme işlemleri sırasında tutulma bağlamında ne şekilde anlaşılması gerektiğine ışık tutan, ülkemize ilişkin önemli sayıda AİHM kararı bulunmaktadır (anılan kararlardan örnekler çalışmamızın ilgili kısmında incelenmiştir). Sözü edilen kararlarda, AİHM, sınır dışı amacıyla tutukluluğu emreden, tutukluluğu uzatan ve bu tedbir için belirli bir süre sınırı koyan kesin bir yasal hüküm bulunmasını ihlâl nedeni olarak değerlendirmiştir.

³³⁶ MACOVEI, Monica; Kişinin Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin

5. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları Kitapçıkları No: 5, s. 15.

AİHM'nin 5 (2). maddesinin sağladığı usûli güvence ise, yakalanan veya tutulan kişiye bu işlemin nedenlerinin kısa bir süre içerisinde ve anladığı bir dilde bildirilmesini öngörür. Bu şekilde, özgürlük kısıtlaması tedbirine maruz kalan kişiye başına geleni ve bu uygulamaya ne şekilde itiraz edebileceğini anlama imkânı sağlanmalıdır³³⁷. AİHM içtihatlarında da yapılacak açıklamada özgürlükten mahrumiyete temel teşkil eden ve ilgili kişinin yakalamının ya da alıkoymanın hukuka uygunluğuna itiraz etmek üzere mahkemeye başvurabileceği kanunî ve fiilî gerekçelerin bildirilmesi gerektiğini vurgulamıştır.

AİHS'nin 5(4) maddesinde de, yakalanan veya tutuklanan kişilerin, maruz kaldıkları tedbirin kanuna uygunluğu hakkında mahkemeye başvurma hakkı güvence altına alınmıştır. Bir kişinin özgürlüğünün kısıtlanması halinde, bu tedbirin yasaya uygunluğu konusunda ivedi olarak yargısal denetime başvurabilmesini sağlayacak, erişilebilir ve etkili bir hukuk yolu bulunmalıdır. AİHS içtihatlarına göre sözkonusu yargısal denetimin etkili ve ulaşılabilir kabul edilmesi için, denetimin yeri geldiğinde serbest bırakma ile sonuçlanabilmesi ve hukuk yolunun varlığının sadece teoride değil, uygulamada da yeterince kesin olması gerekir.

AİHS'nin 5. maddesinin sağladığı bu güvenceler yanında, AİHS'nin 3. maddesi de devreye girmekte ve ilgilinin tutulduğu koşulların işkence, insanlık dışı ve kötü muamele yasağına aykırı olmamasını garanti etmektedir. Anılan madde ilgiliyi kasıtlı kötü muameleye karşı koruduğu gibi, böyle bir kasıt olmasa dahi ilgilinin tutulduğu yerdeki fiziki koşulların insanlık dışı ve kötü muamele olarak nitelendirilebilecek kadar ağır olması durumuna karşı da korumaktadır. Sınır dışı

³³⁷ MACOVEI, s. 84.

bağlamında AİHM'nin son dönemde ülkemiz hakkında verdiği ihlâl kararlarında sınır dışı edilmek üzere tutulan kişilerin buldukları yerlerdeki fiziki koşulların sıklıkla gündeme getirildiği görülmektedir.

5. Sınır Dışı İşleminin İcrası Sırasındaki Usûli Güvenceler

Bu konuda AİHS'nin sağladığı ilk güvence insanlık dışı, onur kırıcı ve kötü muamele yasağına ilişkin 3. maddeden kaynaklanmaktadır. Daha önce de belirtildiği üzere, AİHM yerleşmiş içtihatlarıyla, bu maddeye verdiği özel önemi ortaya koymuştur. AİHS'nin 3. maddesi, sınır dışı işlemleri gerçekleştirilirken ilgili kişiye karşı zorunluluk bulunmadıkça kuvvet kullanılmamasını gerektirir. Ayrıca, sınır dışı edilecek kişilere insanlık dışı onur kırıcı davranışlarda bulunmayı mutlak şekilde yasaklar.

AİHS'nin 3. maddesinin sağladığı diğer bir güvence ise, ilgili kişinin insanlık dışı ve kötü muameleyle uğrayabileceği konusunda ciddi risk bulunan bir ülkeye gönderilmesini yasaklamaktır. AİHM, geri gönderilecek kişi ne kadar tehlikeli (terörist, organize suç örgütü üyesi) ve ülkede kalması sakıncalı bir kişi olursa olsun, bu yükümlülüğü mutlak bir şekilde uygulamaktadır. İnsanlık dışı onur kırıcı muameleyle uğrayacakları konusunda gerçek bir risk mevcut olan kimselerin sınır dışı edilmesi konusunda AİHM kamu düzeni ve ulusal güvenlik gerekçelerini geçerli kabul etmemektedir.

Ayrıca, zorunlu haller dışında, ilgili kişinin kendi isteği ile ülkeyi terketmesine imkân sağlamak, gerek AİHS'nin 3. maddesine, gerek özgürlük ve güvenlik hakkını koruyan 5. maddesine uygun olacaktır.

AİHS'ne Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinde yerini bulan, her gerçek ve tüzel kişinin mülkiyet hakkına saygı gösterilmesi yükümlülüğü çerçevesinde, sınır dışı edilecek kişinin mal veya mülkünün bulunması halinde, bu haklara saygı gösterilmesi zorunluluğu AİHS sisteminin getirdiği bir başka usûli güvencedir. Sözleşmede “saygı duymadan” ne anlaşılması gerektiği belirtilmemiş olmakla birlikte, bunun ilgiliyi hukuka aykırı bir şekilde mal mülkünden yoksun etmeme, el koyma ve müsadereye tabi tutmama olarak anlaşılması uygun olacaktır. Bu çerçevede, örneğin sınır dışı edileceği ülkede gayrimenkul sahibi olan kişiye bunu elden çıkarabilmesi için gerekli olanakların tanınması gerekir. Türkiye hakkında sınır dışı etme konusunda verilen AİHM kararlarında bu hakkın ihlâl edildiği yönünde bir ifadeye rastlanmamıştır³³⁸.

D. AİHS Sistemi Işığında Yetkili Makamların Değerlendirilmesi

AİHS ve Ek Protokoller sınır dışı etmeye yetkili makamlar konusunda herhangi bir özel hüküm içermemektedir. Bununla birlikte, sözleşmenin 14. maddesinde ifadesini bulan ayrımcılık yasağı ve keyfi muamele yasağı çerçevesinde, sınır dışı işleminin ilgili ülkenin mevzuatında yetkili makam olarak belirlenen makamlar tarafından yapılması gerektiği sonucuna ulaşılabilecektir. Nitekim bu sonuç AİHS'ne Ek 7 No'lu Protokol'ün 1. maddesinin 1. fıkrasında, «bir devlet ülkesinde kurallara uygun olarak ikamet eden bir yabancının, yasaya uygun şekilde verilmiş bir kararın uygulanması dışında sınır dışı edilemeyeceği.....» şeklinde yer almıştır.

³³⁸ AİHM'nin Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinin sınır dışı etme ile bağlantılı olarak ihlâl edildiğine hükmettiği örnek karar için bkz. Denizci and others v. “Cyprus” (GKRY), 23 Mayıs 2001, Başvuru Numaraları: 25316-25321/94 ve 27207/95.

« Yasaya uygun şekilde verilmiş bir karar » ifadesi tabiatıyla sınır dışı etme kararının yasalarla yetkili kılınmış makam tarafından alınmasını da içermektedir. Her ne kadar Ek 7 No'lu Protokol «kurallara uygun olarak ikamet eden yabancılar» bakımından usûli güvenceler getiriyorsa da, AİHS'nin 14. maddesi ve hukuk devleti ilkesi sınır dışı etme kararının yasalara uygun olarak bulunan veya bulunmayan tüm yabancılar bakımından yetkili makamlar tarafından alınmasını gerektirir. Nitekim, Ek 7 No'lu Protokol'ün 2. fıkrasının kamu düzeni ve ulusal güvenlik nedeniyle istisna getirdiği güvenceler arasında, sınır dışı kararının yasaya uygun olarak alınması bulunmamaktadır.

E) Sınır Dışı Etme Usûlünün AİHM Kararlarında İncelenmesi

Olay detaylarına³³⁹ sınır dışı etme esasının ele alındığı bölümde yer verilmiş olan ve bir terör şüphelisinin Birleşik Krallık'tan sınır dışı edilmesini konu alan *Chahal v. United Kingdom* kararı, AİHM'nin ulusal güvenlik ve kamu düzeni gerekçesiyle işkence ve kötü muamele yasağına ilişkin 3. maddeye ilişkin iddiaları bir devletin kapsamlı şekilde incelemekten kaçınamayacağı ilkesini ilk kez ortaya koymasının yanında, bu gerekçelerin sınır dışı edilecek kişiyi etkili başvuru hakkından yoksun bırakılamayacağını ortaya koyması bakımından da önem taşımaktadır. Anılan kararda 13. madde konusunda şu ifadelere yer vermiştir : “13. madde kişinin sınır dışı edilmesine neden olan fiilin ne olduğundan ve kişinin ulusal güvenlik için tehdit olarak algılanmasından bağımsız olarak, bir gözden geçirmenin yapılmasını gerektirir”³⁴⁰. Nitekim *Chahal* kararından sonra Birleşik Krallık, sınır

³³⁹ *Chahal v. United Kingdom* kararının olay detayları için bkz. s. 116-117.

³⁴⁰ *Chahal v. United Kingdom* kararı, para. 151.

dışı etmenin ulusal güvenlik nedenlerine dayanması durumunda başvuru hakkına istisna getiren düzenlemesini kaldırmıştır³⁴¹.

AIHM Chahal kararı ile belirlemiş olduğu ilkeleri bir terör şüphelisinin sınır dışı edilmesinin gündeme geldiği sonraki davalarda aynen kullanmıştır. Bu bağlamda, örneğin Al-Nashif v. Bulgaria kararında AIHM etkili başvuru hakkı konusunda Chahal kararına atıfla ayrıntılı bir değerlendirme yapmıştır.

Al-Nashif v. Bulgaria kararına konu dava Filistin kökenli olan vatansız Daruish Al-Nashif'in Bulgaristan'da kökten dinci faaliyetlerde bulunduğu iddia edilerek, ulusal güvenlik gerekçesiyle sınır dışı edilmesine karar verilmesi ve bu amaçla gözaltına alınması üzerine açılmıştır. AIHM, Al-Nashif'in özgürlüğünden yoksun bırakılmasına ilişkin kararının hukuka uygunluğunu, mahkeme önünde denetletirme olanağının bulunmaması nedeniyle AIHS'nin 5 (4). maddesinin ihlâl edildiğine hükmetmiştir.

Bulgar makamlarının, normal şartlarda başvuru sahibinin gözaltı süresinin sınır dışı işlemi gerçekleştirilene kadar geçecek çok kısa bir süre olduğunu, bu sürenin uzamasının kendi kabahatleri olmadığını ve bu şekilde kısa süreli gözaltına alınan kişilere tanınan bir başvuru yolunun bulunmadığını bildirmesi üzerine, Mahkeme kararında şu hususlara yer vermiştir.

AIHS'nin 5 (4). maddesinin altında yatan, bireylerin keyfî muameleye karşı korunması amacının gerçekleştirilebilmesi için, süresi ne olursa olsun özgürlüğünden yoksun bırakılan herkes, bu kararın hukuka uygunluğunu bağımsız yargı organları

³⁴¹ International Law Commission Report on Expulsion of Aliens, s. 420.

önünde denetletirme hakkına sahip olmalıdır. Ulusal makamlar, ulusal güvenlik ve terörizm gerekçelerini her ileri sürdüklerinde, ulusal mahkemelerin gözaltına alma işleminin kanuniliğini etkili şekilde denetlemesinden kaçınamazlar (bu bağlamda *Chahal v. United Kingdom* kararına da atıf yapılmıştır). Mahkeme ayrıca yine *Chahal* kararına da atıfla, ülke güvenliğine ilişkin gizli belgeler kullanılmış olsa dahi, ulusal makamların gözaltına alma işlemlerinin etkili yargı denetimine tabi olması gereğinden kurtulmuş olmayacağını bildirmiştir. Mahkeme bu hallerde, istihbari bilgilerin niteliği ve kaynağına ilişkin haklı güvenlik endişelerini dikkate alan, bununla birlikte ilgiliye de gerekli usûli güvenceleri sağlayan ve bazı ülkelerde kullanılmakta olduğu bilinen tekniklerin tercih edilebileceğini belirtmiştir³⁴² (kararda bu teknikler bağlamında *Chahal* kararından sonra Birleşik Krallığın uygulamaya geçirdiği, ulusal güvenlikle ilgili durumlarda özel danışman atanması uygulamasına değinilmiştir).

Bu başlık altında, etkili başvuru hakkı, işkence ve kötü muamele yasağı ve sığınmacılara insan onuruna uygun yaşam koşulları sağlanmasının incelemesi bakımından önem taşıyan *M.S.S v. Belgium and Greece*³⁴³ kararı ile *Müslim v. Turkey*³⁴⁴ kararlarına değinmekte fayda bulunmaktadır. AİHM'nin 21 Ocak 2011 tarihli *M.S.S. v. Belgium and Greece* kararı, Avrupa kamuoyunda büyük yankı uyandırmıştır. Nitekim anılan karar, sığınmacıların yaşam koşullarına vurgu yapmasının yanında, sığınma başvurularının ilgililerin ilk giriş yaptığı AB ülkesinde

³⁴² *Al-Nashif v. Bulgaria* kararı, 20 Haziran 2002, Başvuru No: 50963/99, para. 94-95.

³⁴³ *M.S.S. v. Belgium and Greece* kararı , 21 Ocak 2011, Başvuru No: 30696.

³⁴⁴ *Müslim v. Turkey*, 26 Nisan 2005, Başvuru No: 53566/99.

incelenmesini öngören AB'nin Dublin Tüzüğü'nün³⁴⁵, ilgililerin ilk giriş yaptığı ülkede insanlık onuru ile bağdaşmayan muameleye uğrama riski varken uygulanmasının AİHS'nin ihlâlini oluşturacağını belirtmesi bakımından da önem taşımaktadır. Böylece, AİHM, iltica talebinde bulunan kişilerin AB ülkelerinin tamamında aynı prodedürlere tabi tutulacağını bir varsayımdan ibaret olduğunu ve mültecilere nasıl muamele edileceğini düzenleyen direktife rağmen, AB ülkelerinin uygulamasının büyük farklılıklar gösterdiğini de saptamış olmaktadır³⁴⁶.

Sözkonusu davaya konu olayda, Afganistan vatandaşı M.S.S. İran ve Türkiye üzerinden geçerek Yunanistan'a girmiş, buradan da Belçika'ya giderek orada sığınma başvurusunda bulunmuştur. Belçika makamları Dublin Tüzüğü uyarınca M.S.S.'in sığınma başvurusunu Yunanistan'da yapması gerektiğini belirterek adigeçenin ülkeyi terk etmesini istemişlerdir. M.S.S. avukatı vasıtasıyla yaptığı itirazlarda, Yunanistan'ın iltica sisteminin işleyişindeki sorunları dikkate getirmesine ve Yunanistan tarafından AİHS'nin 3. maddesine aykırı şekilde Afganistan'a iade edilme tehlikesi bulunduğunu belirtmesine rağmen, Belçika makamları M.S.S.'in Yunanistan'a gönderilmesinde ısrar etmişlerdir.

M.S.S. Yunanistan'a vardığında, Yunan makamlarınca iki kere kötü koşullarda gözaltında tutulmuştur. Adigeçen serbest bırakıldığında ise, parasız ve evsiz bir şekilde sokağa terk edilmiş, günlerce parklarda geceleme zorunda

³⁴⁵ 343/2003/EC sayılı AB Tüzüğü.

³⁴⁶ "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Avrupa Birliği'ndeki Sığınmacıların Haklarını Koruyor", AIRE Centre ve Uluslararası Af Örgütü Ortak Açıklaması, 21.01.2011, www.amnesty.org.tr/ai/node/1625 (son erişim tarihi 01.03.2011).

kalmıştır. Ayrıca, Yunanistan'a varışının üzerinden uzun süre geçmiş olmasına rağmen, M.S.S.'in iltica başvurusunun esası, adigeçen AIHM'ye başvurduğunda halen incelenmeye başlanmamıştır.

AIHM'nin kararında, Yunanistan iltica sistemine ilişkin ağır eleştiriler içeren çok sayıda insan hakları örgütünün raporlarından alıntılara yer verilmiştir. Anılan raporlarda özetle, işleyen bir iltica sisteminin var olmaması sebebiyle, sığınmacıların Yunanistan'da uluslararası koruma altına alınma şansının az olduğu; kadınlar ve çocuklar da dahil olmak üzere sığınmacıların hiçbir yardım almadan sokakta yaşamak zorunda kaldığı; önemli sayıdaki sığınmacının, geri-gönderilmeme ilkesi ihlâl edilerek, talepleri adil ve tam olarak incelenmeden sınır dışı edildiği belirtilmiştir. Anılan raporlarda ayrıca, aralarında refakatsiz çocukların da bulunduğu sığınmacıların rutin şekilde gözaltına alındığı, uzun sürelerle ve kötü şartlar altında (temiz havaya çıkma ve hatta serbestçe tuvalete gitme imkânının tanınmadığı sıkışık ortamlar, hijyenik olmayan koşullar, kirli ve rahatsız yataklar, gardiyanların ırkçı hakaretleri ve fiziksel şiddetine maruz kalma vb.) alıkonulduğu kaydedilmiştir.

M.S.S. kararında AIHM, Yunanistan'da etkili bir sığınma sisteminin işlemediğini belirtmiş ve yukarıda maruz insan hakları örgütlerinin raporlarını da dikkate alarak, M.S.S.'in onur kırıcı koşullarda alıkonması ve tahliyesi sonrasındaki hayat şartları sebebiyle Yunanistan'ın, AIHS'nin insanlık dışı ve onur kırıcı muamele yasağına ilişkin 3. maddesini ihlâl ettiğine karar vermiştir. AIHM bu bağlamda, korunmaya muhtaç bir kesim olan ilticacılara barınak ve temel ihtiyaçlarının sağlanmasının, Yunanistan'ın iç hukukuna, AB'nin 2003/9 sayılı Kabul Direktifi'nden (Reception Directive) aktarılmasını dikkate almıştır. Bu çerçevede

Mahkeme, 3. maddenin devletlere herkese barınak ve belli yaşam koşullarını sağlama yükümlülüğünü getirmediğini vurgulamış, ancak Yunanistan'ın AB hukukundan kaynaklanan kendi iç hukukunu uygulaması gerektiğini belirtmiştir.

Mahkeme ayrıca, Yunanistan'ın iltica sürecindeki yapısal sorunlar nedeniyle M.S.S.'in sığınma talebinin etkili bir şekilde değerlendiremediğini ve bu süreçte M.S.S.'in insan haklarını talep edebileceği etkin bir mekanizmanın bulunmamasını dikkate alarak, Yunanistan'ın etkili başvuru hakkına ilişkin 13. maddeyi 3. maddeyle bağlantılı olarak ihlâl ettiğine karar vermiştir. AİHM, 13. maddenin yaşam hakkıyla ilgili 2. maddeyle bağlantılı olarak ihlâl edildiği iddiasını ise incelemeye yer olmadığına hükmetmiştir.

AİHM, M.S.S.'i Yunanistan'a gönderen Belçika'yı da adıgeçenin Yunanistan'da gördüğü onur kırıcı muameleden dolayı sorumlu tutmuştur. Bu bağlamda AİHM, Yunanistan'ın iltica sisteminde var olduğu bilinen eksiklikler göz önünde bulundurulduğunda, M.S.S.'i Yunanistan'a gönderen Belçika'nın, M.S.S.'in sığınma başvurusunun ciddi bir şekilde incelenmeyeceğini bildiğine veya bilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Mahkeme bu bağlamda, Belçika makamlarının Yunanistan'ın iltica mevzuatını nasıl uyguladığını yeterince araştırmakta başarısız olduğunu belirtmiştir. Sonuç olarak, gerek M.S.S.'in Yunanistan'da maruz kaldığı koşulları, gerek Yunan iltica sistemindeki eksiklikler nedeniyle M.S.S.'in, durumu yeterince incelenmeden Afganistan'a iade edilme olasılığı ile karşı karşıya kalmasını dikkate alan AİHM, M.S.S.'i Yunanistan'a gönderen Belçika'nın da AİHS'nin 3. maddesini ihlâl ettiğine karar vermiştir.

Mahkeme ayrıca, M.S.S.'in Yunanistan'a gönderilmesine karşı yaptığı itirazı Belçika'nın yeterince incelemeye karar vermiştir. Bu bağlamda, AİHM'nin içtihatlarında ortaya koyulan, bireyin iadesinin insanlık dışı ve onur kırıcı muamele ile sonuçlanabileceğine dair herhangi bir iddianın derinlemesine soruşturulması yükümlülüğünün yerine getirilmediği belirtilmiştir. Dolayısıyla, M.S.S.'in Yunanistan'a gönderilmesi kararına karşı yaptığı itiraza Belçika makamlarınca uygulanan prosedür nedeniyle itirazın başarı şansı bulunmadığından, AİHM, Belçika'nın etkili bir başvuru hakkına ilişkin 13. maddeyi 3. madde ile bağlantılı olarak ihlâl ettiğine karar hükmetmiştir. AİHM, 13. maddenin yaşam hakkıyla ilgili 2. maddeyle bağlantılı olarak ihlâl edildiği iddiasını incelemeye yer olmadığına karar vermiştir.

AİHM'nin kararında, ilgilinin bir mülteci olarak özel korunmaya muhtaç konumuna ve daha önce yaşadığı travmalara özel vurgu yapılmış ve bunlar ışığında M.S.S.'in Yunanistan'da yaşadığı yoksulluğun onur kırıcı düzeye ulaştığına hükmedilmiştir³⁴⁷. Bu bağlamda, özel korunmaya muhtaç değerlendirmesi kararda önemli rol oynadığından, maddi yoksunluğun onur kırıcı muamele olarak nitelendirilmesinin ilgilinin kim olduğuna göre değişebileceğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Öte yandan, anılan kararda, AİHS'nin 3. maddesinin, devletlere yetki alanlarındaki herkese barınak ve belli yaşam koşullarını sağlama yükümlülüğü

³⁴⁷ PERONI, Lourdes; M.S.S. v. Belgium and Greece: When is a Group Vulnerable?, <http://strasbourgobservers.com/2011/02/10/m-s-s-v-belgium-and-greece-when-is-a-group-vulnerable/> (son erişim tarihi 01.03.2011).

getirdiği şeklinde yorumlanamayacağının Müslim v. Turkey kararına atıfla açıkça belirtilmesi ve barınak ve bakım konusunda Yunanistan'ın iç hukukuna AB hukukundan aktarılan yükümlülüğün dikkate alması önemlidir.

İlk bakışta M.S.S. davasına benzer görünen Müslim v. Turkey kararında ise AİHM, iltica talebinde bulunan bir Iraklı Türkmen olan başvuru sahibinin, Türkiye'de maruz kaldığı kötü yaşam koşulları nedeniyle AİHS'nin 3. ve 8. maddesinin ihlâl edildiği iddiasını reddetmiştir.

Anılan davaya konu olan olayda, Türkmen kökenli olan Irak vatandaşı mülteci statüsü kazanmak için yetkili Türk makamlarına ve BMMYK başvurmuştur. Adıgeçenin iltica başvurusu gerek BMMYK gerek Türk makamları tarafından kabul edilmemiştir. Bununla beraber Müslim ülkesine geri gönderilmemiş ve geçici sığınmacı statüsü verilerek geçici bir süre Türkiye'de kalmasına izin verilmiştir. İlgili AİHM'ye başvurarak, yaşam hakkına ilişkin 2. maddenin, kötü muamele yasağına ilişkin 3. maddenin, aile hayatının korunmasına ilişkin 8. maddenin ve etkili başvuru hakkına ilişkin 13. maddenin ihlâl edildiğini ileri sürmüştür. Başvuru sahibi 3.ve 8. maddenin ihlâl edildiği iddiasını, Türkiye'de kendisine sağlanan yaşam koşullarının kötülüğüne de bağlamıştır. Bu bağlamda adıgeçen, Türk makamlarının bir sığınmacı olarak kendisine sağlanması gereken sosyal ve sağlık güvencesini sağlamadığını, uygun bir kalacak yer temin etmediğini, Türkiye'de herhangi bir iş veya mali yardım sağlanmadan hayatını idame ettirmek zorunda bırakıldığını, tedavisini dahi kendisinin karşıladığını belirtmiştir.

AİHM, başvuru sahibinin geçici sığınmacı statüsü ile Türkiye'de yaşıyor olmasını, hakkında geri gönderme kararı bulunmadığı gibi, geri gönderilmesi halinde

hayati bir riskinin olmamasını dikkate alarak, 2. maddeye ilişkin şikâyeti incelemeye gerek bulunmadığına ve 3. maddenin Türkiye tarafından ihlâl edilmediğine karar vermiştir. Bu değerlendirmeyi yaparken AİHM, Irak'ta güvenlik durumunun kötü olduğunu kabul etmiş, ancak başvuranın kişisel durumunun herhangi bir Türkmen veya Kuzey Iraklıdan daha kötü olmadığını belirtmiştir. AİHM ayrıca, AİHS'nin 3. ve 8. maddelerinin, devletlere mültecilerin belirli bir standartta yaşamalarını sağlamak için malî yardımda bulunmaları yükümlülüğünü yüklenmediğini; adigeçenin yaşadığı koşulların makul sayılabilecek nitelikte olduğunu; ayrıca Irak'tan ayrılmaya karar vererek bu yaşam koşullarını başvuru sahibinin kendisinin seçmiş olduğunu, nitekim onu bu kararı almaya zorlayan diğer Iraklılardan ayıran bir durum olmadığını belirterek, ihlâl iddialarını reddetmiştir. Başvuru sahibi hakkında geri gönderme kararı bulunmadığından AİHM etkili başvuru hakkına ilişkin 13. maddenin ihlâl edildiği iddiasını da reddetmiştir.

M.S.S. kararı ve Müslim kararı arasında AİHM'nin kararını etkileyen önemli farklar, M.S.S.'in aksine Müslim'in özel korunmaya muhtaç bir gruba dahil olduğunun Mahkeme tarafından kabul edilememesi (BMMYK'nın adigeçenin talebini reddetmesi dikkate alınmıştır) ve bu durum da dikkate alınarak (Türkiye'ye gelmeye bir zorunluluk nedeniyle değil kendi iradesi ile karar vermesi) yaşam koşullarının makul olduğunun değerlendirilmesidir .

Öte yandan her ne kadar M.S.S. kararında sığınmacıların yaşam koşulları bağlamında Yunanistan'ın iç hukuku ve AB mevzuatı ile üstelenmiş olduğu yükümlülüğe de atıf yapılmışsa da böyle bir yükümlülük bulunmadığında dahi AİHM, sığınmacıların göç mevzuatı ile ilgili önlemler çerçevesinde özgürlüklerinden

yoksun bırakıldıkları durumlarda, tutuldukları yerlerdeki yaşam koşullarının Avrupa Konseyi İşkenceyle Mücadele Komitesi'nin belirlediği yabancıların tutulma koşullarına ilişkin minimum standartlara³⁴⁸ uygun olmasını aramaktadır. Nitekim bu kişiler doğrudan ilgili devletin denetimindedir ve istekleri dışında bir yerde tutulmaktadırlar. Mahkeme sığınmacıların tutuldukları yerlerdeki yaşam koşullarının insanlık onuru ile bağdaşmayacak derecede kötü olduğunu değerlendirdiği durumlarda 3. maddenin ihlâl edildiğine karar vermektedir. Türk yabancılar ve iltica mevzuatına önemli eleştiriler getiren Karimnia kararından sonra verilen ihlâl kararlarının önemli bölümünde ve bizzat Karimnia kararındaki başvuru sahipleri tarafından sırf yaşam koşullarına ilişkin olarak açılan ikinci bir davada AİHM, Türkiye'nin sığınmacıların tutuldukları kabul ve barınma merkezlerindeki yaşam koşulları nedeniyle 3. maddeyi ihlâl ettiğine karar vermiştir. Anılan kararların tamamında, BMMYK'nin başvuru sahiplerine mülteci statüsü tanıması AİHM tarafından dikkate alınmıştır. Esasen birbiri ile çok benzer olan sözkonusu on üç karardan özellik arzedenler, aşağıda Karimnia kararını takiben incelenecektir.

Abdolkhani and Karimnia v. Turkey kararı sınır dışı etme usûlü bakımından Türk mevzuat ve uygulamasına önemli eleştiriler getirmekte, gelecekte yapılması gereken değişikliklere ışık tutmaktadır. AİHM Karimnia kararı ile belirlediği ilkeleri kullanarak, benzer davalarda Türkiye'ye ilişkin on üç ihlâl kararı daha vermiştir.

Karimnia davasındaki başvuru sahipleri İran Halkın Mücahitleri Örgütü (HMÖ) üyeliğinden çıktıktan sonra Irak'ta BMMYK tarafından mülteci olarak kabul

³⁴⁸ CPT standards, document no. CPT/Inf/E (2002) 1- Rev. 2010

<http://www.cpt.coe.int/en/docsstandards.htm>. (son erişim tarihi 01.03.2011).

edilmiştir. 17 Haziran 2008 tarihinde Türkiye'ye yasa dışı yoldan giriş yaptıkları gerekçesiyle Irak'a sınır dışı edilen sözü edilenler, Türkiye'ye tekrar giriş yaptıktan sonra 21 Haziran 2008 tarihinde Jandarma tarafından üzerlerinde sahte pasaportlarla tekrar tutuklanmış ve Hasköy polis merkezi yabancılar şubesine gönderilmiştir. 23 Haziran 2008 tarihinde çıkarıldıkları Muş Sulh Ceza Mahkemesi'ne verdikleri ifadeye başvuru sahipleri hayati tehlike altında oldukları gerekçesiyle İran'dan ayrıldıklarını belirtmiştir. Türkiye'ye yasadışı yollardan girdikleri için başvuru sahiplerini suçlu bulan Muş Sulh Ceza mahkemesi, cezayı ulusal mevzuat uyarınca 5 yıl ertelemiş, başvuru sahipleri ise yeniden Hasköy polis merkezine götürülmüştür. 26 Eylül 2008 tarihinde kadar Muş Hasköy polis merkezinde tutulan başvuru sahiplerinin İnsan Hakları Derneği Muş Şubesi Başkanı ile görüşmesine izin verilmemiştir. Hasköy polis merkezinde tutuldukları süre içerisinde polise eski HMÖ üyesi oldukları yönünde beyanda bulunmanın yanı sıra mülteci olduklarına ve avukata ihtiyaçları olduğuna dair dilekçe sunmuşlardır. 26 Eylül 2008 tarihinde Kırklareli Yabancılar Kabul ve Barındırma Merkezi'ne gönderilene kadar Muş Hasköy polis merkezinde tutulan başvuru sahipleri, 18 Ekim 2008 tarihinde Kırklareli Valiliğinden geçici sığınma talebinde bulunmuştur. İkinci başvuru sahibi Kırklareli Yabancı Kabul ve Barındırma Merkezi'nde kalan bir başka İranlı sığınmacı ile evlenmiş, bu vesileyle evlilik cüzdanı alabilmiş, 16 Ocak 2009'da ise kendisini temsil etmeleri için İstanbul Barosu'ndan iki avukata vekâletname vermiştir. Aynı tarihte ikinci başvuru sahibinin avukatı İçişleri Bakanlığı'na müvekkilinin alıkonmasına bir dilekçe ile itiraz etmiştir.

Adıgeçenler, Türkiye'deki süreç devam ederken AİHM'ye başvurmuşlardır. Türkiye, iç hukuk yolları tüketilmediğinden başvurunun kabul edilebilir olmadığı

belirtmiştir. Mahkeme kararında, sınır dışı ile ilgili kararlara karşı iç hukuk yollarının ancak otomatik askıya alma etkisi varsa etkin olacağını kaydetmiş³⁴⁹, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 125. maddesi uyarınca sınır dışı emrinin iptali için idare mahkemelerine yapılan başvurunun otomatik askıya alma etkisi olmadığını belirtmiştir.

AİHM ayrıca, başvuru sahiplerinin İran'a ya da Irak'a iade edilmeleri halinde AİHS'nin 3. maddesine aykırı bir muameleye maruz bırakılmaları yönünde gerçek bir riskin bulunduğu sonucuna varmıştır. Chahal kararındaki değerlendirmesini tekrar ederek AİHM, başvuru sahiplerinin ABD ve AB'nin (AB'nin listesinden sonradan çıkarıldığı anlaşılmaktadır) terör örgütleri listesinde yer alan bir örgütün üyeleri olmaları nedeniyle Türkiye'de kalmalarına kamu düzeni ve kamu güvenliği nedeniyle izin verilemeyeceği yönündeki savunmayı kabul etmemiştir. AİHM, insanlık dışı onur kırıcı muameleye uğrayacakları konusunda gerçek bir risk mevcutken, başvuru sahiplerinin sınır dışı edilmeleri için kamu güvenliği veya kamu düzeni gerekçelerinin ortaya konamayacağını belirtmiş, adigeçenlerin sınır dışı edilmesi halinde AİHS'nin 3. maddesinin ihlâl edileceği sonucuna varmıştır³⁵⁰.

AİHM, 3. maddeye verdiği önem nedeniyle 13. madde bağlamında etkili hukuk yolu kavramının zorunlu kıldığı unsurlar arasında: 1) başvuru sahibinin sınır dışı durumunda 3. maddeye aykırı muameleye uğrama tehlikesi olduğuna inanmayı gerektiren sağlam gerekçelerin bulunduğu iddiasının bağımsız ve titizlikle incelenmesi ve 2) otomatik olarak durdurucu etkisi olan bir hukuk yolunu

³⁴⁹ Abdolkhani and Karimnia v. Turkey kararı, para. 58.

³⁵⁰ Abdolkhani and Karimnia v. Turkey kararı, para. 91-92.

saymıştır³⁵¹. Mahkeme, başvuru sahiplerinin İnan ya da Irak'a sınır dışı edilmelerinin AİHS'nin 3. maddesine aykırı sonuçlar doğuracağı iddialarının yetkililerce incelenmemiş olması nedeniyle başvuru sahiplerine etkili ve erişebilir bir hukuk yolu tanınmadığına karar vermiş, bu nedenle AİHS'nin 13. maddesinin ihlâl edildiğini belirtmiştir³⁵².

Mahkeme ayrıca, başvuru sahiplerinin Hasköy Emniyet Müdürlüğü ve Kırklareli Yabancı Kabul ve Barındırma Merkezinde tutulmalarını, şahıslara idari merciler tarafından uygulanan kısıtlamalar nedeniyle iç hukuktaki sınıflandırmanın niteliğine karşın "özgürlükten mahrum bırakma"ya tekabül ettiğini belirtmiştir³⁵³. AİHM devamla, Hükümetin başvuru sahiplerinin tutulmaları için hukuki dayanak olarak verdiği YİSHK'nın 23. maddesi ve PK'nın 4. bölümünün sınır dışını ilgilendiren dava işlemleri çerçevesinden özgürlükten mahrumiyete atıf yapmadığını, Türkiye'de sınır dışı etme amacıyla tutuklama kararının verilmesi veya uzatılmasını düzenleyen açık hukuki hükümler ve tutuklama süresi konusunda herhangi bir zaman sınırı bulunmadığını belirtmiş, bu nedenden ötürü Türk hukuk sisteminin başvuranları keyfî gözaltına karşı koruyamadığına hükmetmiştir³⁵⁴. Bu çerçevede AİHS'nin 5(1) maddesinin ihlâl edildiği sonucuna varılmıştır.

AİHM, başvuru sahiplerinin 23 Haziran 2008 tarihi itibariyle, cezai bir suç nedeniyle değil göç kontrolü kapsamında tutuklu bulundurulduklarını, yine bu tarih

³⁵¹ Abdolkhani and Karimnia v. Turkey kararı, para. 108.

³⁵² Abdolkhani and Karimnia v. Turkey kararı, para. 117.

³⁵³ Abdolkhani and Karimnia v. Turkey kararı, para. 177.

³⁵⁴ Abdolkhani and Karimnia v. Turkey kararı, para. 135.

itibariyle olan tutukluluklarının nedenlerinin ulusal makamlar tarafından başvuru sahiplerine bildirilmediğini belirtmiş ve AIHS'nin 5(2). maddesinin ihlâl edildiği sonucuna varmıştır³⁵⁵.

AIHM ayrıca, Türkiye'nin başvuru sahiplerinin tutukluluklarının yasaya uygunluğunun bir mahkeme tarafından incelenmesini sağlayacak bir hukuk yolunun mevcudiyetini ispatlayamadığını ifade etmiştir. Devamla AIHM, 23 Haziran 2008 tarihi itibariyle başvuru sahiplerine tutukluluklarının nedenlerinin bildirilmediği ve Hasköy polis merkezinde tutuklulukları sırasında adli yardım hakkından mahrum bırakıldıkları kararını vermiş, tek başına bu hususların başvuru sahiplerinin tutukluluklarına karşı itiraz haklarının özünden yoksun kaldığı anlamına geldiğini değerlendirmiştir³⁵⁶. Dolayısıyla, AIHM, Türk hukuk sisteminin başvuranlara, tutukluluklarının yasaya uygunluğunu denetletirmek için mahkemeye başvurma hakkı tanıyan, AIHS'nin 5(4). maddesi anlamında bir hukuk yolu sunmadığı sonucuna varmış ve anılan maddenin de ihlâl edildiğine hükmedilmiştir³⁵⁷.

Yukarıda incelenen ilk davayı takiben aynı başvuru sahipleri tarafından açılan *Abdolkhani and Karimnia v. Turkey* (no. 2)³⁵⁸ davasında ise, adegeçenler, Hasköy polis merkezinde ve Kırklareli Yabancı Kabul ve Barındırma Merkezi'nde tutuldukları koşulların ve gördükleri muamelenin insanlık onuruna aykırı olduğunu iddia ederek AIHS'nin 3. maddesinin ihlâl edildiğini; içinde buldukları koşulu

³⁵⁵ *Abdolkhani and Karimnia v. Turkey* kararı, para. 138.

³⁵⁶ *Abdolkhani and Karimnia v. Turkey* kararı, para. 141.

³⁵⁷ *Abdolkhani and Karimnia v. Turkey* kararı, para. 142.

³⁵⁸ *Abdolkhani and Karimnia v. Turkey* (no. 2) kararı, 27 Temmuz 2010, Başvuru No: 50213/08.

düzeltebilecek başvuru yolu kendilerine tanınmadığı için de etkili başvuru hakkına ilişkin 13. maddenin ihlâl edildiğini ileri sürmüşlerdir. Bu bağlamda adıgeçenler, Hasköy polis merkezinin bodrum katında 70 metrekarelik bir alanda bazen 83'e varan sayıda insanla birlikte tutulduklarını, duş alma olanakları olmadığını, orada kaldıkları üç ay boyunca sadece üç kere hamama gidebildiklerini, koşulların hijyenik olmaktan uzak olduğunu, günde iki kere yetersiz yemek verildiğini, tutuldukları süre boyunca temiz hava alma ve egzersiz yapma olanaklarının olmadığını, sadece çöp toplama, yerleri silme gibi ücretsiz yaptırılan işler için dışarı çıkarıldıklarını ileri sürmüşlerdir. Kırklareli Yabancı Kabul ve Barındırma Merkezi konusunda ise, yemeklerin kötü ve yetersiz olduğunu, sağlık hizmetlerine erişimde sorun yaşadıklarını, egzersiz imkânları olmadığını ve temizlik ile ilgili sorunlar bulunduğunu ileri sürmüşlerdir.

AİHM, Türkiye'nin yaptığı iç hukuk yollarının tüketilmediği yönündeki itirazı, başvuru sahiplerinin kendileriyle görüşmek isteyen bir avukatla görüşmelerine izin verilmemesini, yapılan şikayet üzerine gözaltı koşullarının iyileştirildiğine ilişkin somut başka olaylardan örnekler verilemesini dikkate alarak yaptığı, etkili iç hukuk yolu bulunmadığı değerlendirmesi nedeniyle yerinde bulmamıştır. AİHM, Hasköy polis merkezindeki yaşam koşulları bağlamında, başvuranların iddialarının tamamının doğruluğunu teyit etmenin mümkün olmadığını, bununla birlikte anılan merkezde başvuranların tutulduğu yerin bodrum katta olduğunun ve 70 metrekare olduğunun reddedilmediğini, mahkeme özel olarak istemiş olduğu halde hükümet tarafından nezarethaneye ilişkin fotoğrafların temin edilmediğini, ayrıca hükümetin savunmasında nezarethanenin kapasitesinin 42 kişi olduğunun belirtildiğini, 70 metrekarelik bir alanda 42 kişinin bir gün bile kalmasının 3. maddeyi ihlâl edeceğini

belirtmiş ve uzun süreli kalmaya müsait olmayan bir nezarethanede başvuru sahiplerinin 3 aydan fazla süreyle çok kalabalık şekilde tutulmasını insanlık onuruna aykırı muamele olarak değerlendirmiş ve 3. maddenin ihlâl edildiğine karar vermiştir. AİHM, Kırklareli Yabancı Kabul ve Barındırma Merkezi'ne ilişkin iddiaları ise, anılan merkezdeki yaşam koşullarının 3. maddenin kapsamında değerlendirilecek kadar ağır olmadığını belirterek reddetmiştir.

AİHM, 13.04.2010 tarihinde sınır dışı etme konusunda Türkiye hakkında dört ayrı dosya üzerinden ihlâl kararları vermiştir³⁵⁹. Anılan dosyalardan tamamı, BMMYK tarafından mülteci olarak kabul edilen, ancak Türkiye tarafından (üç dosya konusunda başvuru sahiplerinin terör örgütü üyesi olduğu gerekçesiyle, bir dosya bağlamında Türkiye'de bulunduğu süre içinde başvuru sahibinin İran aleyhinde faaliyette bulunduğu gerekçesiyle) kamu düzeni ve ulusal güvenlik gerekçesiyle kendilerine geçici sığınma hakkı verilmeyen İranlı (üç dosya) ve Tunuslu (bir dosya) başvuru sahiplerine ilişkindir. AİHM, tüm dosyalarda Karimnia kararına atıfla, sığınma başvurusunda bulunan kişilerin hukuki dayanak bulunmaksızın uzun süre özgürlüklerinden yoksun bırakılmasını, buna karşı etkili başvuru olanağından yoksun olmalarını, 3. maddeye aykırı muameleye uğrayacakları konusundaki iddiaların Türk makamları tarafından yeterince araştırılmamasını eleştirmiştir. Ayrıca, Charahili v. Turkey ve Tehrani and others v. Turkey dosyaları bağlamında başvuru sahiplerinin tutuldukları yerlerdeki koşullar nedeniyle de 3. maddenin ihlâl edildiğine karar

³⁵⁹ Charahili v. Turkey kararı, 13 Nisan 2010, Başvuru No: 46605/07; Kesmiri v. Turkey kararı, 13 Nisan 2010, Başvuru No: 36370/08; Ranjbar and others v. Turkey kararı, 13 Nisan 2010, Başvuru No: 37040/07; Tehrani and others v. Turkey kararı, 13 Nisan 2010, Başvuru Numaraları: 32940/08, 41626/08, 43616/08.

vermiştir. Anılan iki davanın, AİHM'nin sığınma başvurusunda bulunanların tutulma koşullarını ele alarak Türkiye'yi 3. maddeyi ihlâlden mahkûm ettiği ilk örnekler olmaları bakımından önemli oldukları değerlendirildiğinden, bu davalar çalışmamızda ele alınacaktır. Benzer nitelikte olan Abdolkhani and Karimnia v. Turkey (no. 2) kararına yukarıda bağlantılı olduğu ilk kararlarla birlikte yer verilmiş olmakla birlikte, esasen AİHM'nin Türkiye'yi sığınma talep eden kişilerin tutuldukları yerlerdeki koşullar nedeniyle 3. maddeyi ihlâlden ilk mahkûm ettiği kararlar 13.04.2010 tarihli sözkonusu iki karardır.

Charahili v. Turkey kararı ve Tehrani and others v. Turkey kararlarının incelenmesine geçmeden önce belirtmekte yarar vardır ki, 19.01.2010 tarihili Z.N.S. v. Turkey³⁶⁰ kararında da, İranlı başvuru sahibi tarafından Kırklareli Yabancı Kabul ve Barındırma Merkezi'ndeki koşullar AİHM önüne getirilmiştir. Ancak AİHM, anılan davada sözkonusu kabul merkezindeki koşulların 3. maddeyi ihlâl edecek kadar ağır olmadığına karar vermiştir. Sözkonusu davaya konu olayda, Türkiye'den daha önce sınır dışı edilen ve tekrar Türkiye'ye gelerek BMMYK'ya iltica başvurusunda bulunan Z.N.S., evrakta sahtecilik ve vize ihlâli şüphesiyle yakalandığında iltica talebini Türk makamlarına da bildirmiştir. Adıgeçen önce sınır dışı edilmek amacıyla İstanbul Emniyet Müdürlüğü Yabancılar Şube Müdürlüğü'nde tutulmuş, sonra da Kırklareli Yabancı Kabul ve Barındırma Merkezi'ne gönderilmiştir. Z.N.S. bu arada AİHM'ye başvurmuş, Türk makamları da AİHM karar verene kadar adıgeçen hakkındaki işlemleri bekletmeye karar vermiştir. Bu süreç devam ederken, BMMK, Z.N.S.'in mensup olduğu din nedeniyle kendi

³⁶⁰ Z.N.S. v. Turkey kararı, 19 Ocak 2010, Başvuru No: 21896/08.

ülkesinde zulme maruz kalma riski taşıdığını değerlendirerek adigeçene mülteci statüsü vermiştir.

AİHM, Türkiye'nin iç hukuk yollarının tüketilmediği itirazı üzerine, Türk mevzuatında sınır dışı kararının iptalini istemenin durdurucu bir etkisinin olmadığını, bu nedenle de AİHS'nin 35/1 maddesi uyarınca başvuranın bu tür iç hukuk yollarını tüketmek için idare mahkemelerine başvurmasına gerek bulunmadığını değerlendirdiğini, Karimnia kararına atıfla tekrarlamıştır.

Türkiye tarafından yapılan, adigeçenin uzun süredir Türkiye'de bulunduğu halde yakalanana kadar iltica talebini Türk makamlarına iletmediği, İran'da zulme maruz kalma riskinin bulunmadığı yönündeki savunma, AİHM tarafından kabul edilmemiştir. AİHM, BMMYK'nın başvurana mülteci statüsü tanınmasını esas alarak, Türk makamlarının adigeçenin iddialarını yeterince araştırdığına ikna olmadığını belirtmiş ve başvuranın İran'a geri gönderilmesi halinde AİHS'nin 3. maddesinin ihlâl edileceğine karar vermiştir.

AİHM ayrıca, Karimnia kararındaki yaklaşımını devam ettirerek, Türk makamlarının nitelendirmesinden bağımsız olarak, adigeçenin isteği dışında tutulmasını tutukluluk (detention) olarak değerlendirmiştir. Bu bağlamda, sınır dışı amacıyla tutukluluğu emreden, tutukluluğu uzatan ve bu tedbir için belirli bir süre sınırı koyan kesin bir yasal hüküm bulunmaması nedeniyle, AİHS'nin 5. maddesi uyarınca başvuranın özgürlüğünden mahrum bırakılmasının "yasal" olmadığını belirtmiştir. Dolayısıyla AİHM, Sözleşme'nin 5 (1). maddesinin ihlâl edildiğine karar vermiştir.

AİHM, iltica talebinde bulunan yabancıların kabul ve barındırma merkezlerine yerleştirilmesine yönelik kararların iptali için idare mahkemelerine başvurmanın AİHS'nin 5 (4). maddesi uyarınca etkili bir hukuk yolu olduğu yönündeki savunmayı da kabul etmemiştir (bu savunmayı ispat amacıyla sınır dışı etme kararının iptal edildiği idare mahkemesi ve Danıştay kararlarından örnekler AİHM'ye sunulmuştur). AİHM bu bağlamda, AİHS'nin 5 (4). maddesinin amacının, yakalanan veya tutuklanan kişilerin, maruz kaldıkları tedbirin yasaya uygunluğunu ivedi olarak yargısal denetime tabi kılabilmeleri olduğunu ve bu denetimin etkili, ulaşılabilir, hızlı olmak yanında, yeri geldiğinde serbest bırakma ile sonuçlanabilmesi gerektiğini belirtmiştir. AİHM kararında, adıgeçenin geçerli bir kimliği olmadığından bir süre bir avukata vekâlet veremediği yönündeki ifadesine de yer vermiş, fakat esas değerlendirmesini İdare Mahkemesi'ne yapılan başvurunun sonuçlanmasının çok uzun zaman almasına dayandırmıştır. Sonuç itibariyle AİHM, Türk hukuk sisteminin, başvuranın tutukluluğunun yasaya uygunluğu konusunda ivedi olarak yargısal denetime başvurabilmesini sağlayan bir hukuk yolu sunmadığı değerlendirmesini, Karimnia kararında olduğu şekliyle tekrarlamıştır.

Başvuru sahibi Z.N.S., Kırklareli Yabancı Kabul ve Barındırma Merkezi'ne ilişkin olarak, fiziki koşulların insanlık dışı olduğunu; yeni geçirmiş olduğu operasyondan kaynaklanan ciddi sorunlar yaşıyor olmasına karşın anılan Merkez'de doktora erişimi bulunmadığını; Merkez'de çalışan görevlilerin tutuklulara iyi davranmadığını; hatta bir polis memuru tarafından hakarete uğradığını ve tehdit edildiğini iddia etmiştir. AİHM bu iddialardan, polis memurunun kötü muamelesi iddiasını, bu konuda bir soruşturmanın başlatılmış olmasını ve halen devam etmekte olmasını dikkate alarak, iç hukuk yollarının tüketilmemiş olduğu gerekçesiyle

reddetmiştir. Doktora erişim konusunda ise AİHM, savunma tarafından sunulan belgelerden, yasal temsilcisinin talebinin hemen ardından başvuranın tıbbi muayenelerden geçirilmiş olduğunun ve yeterli tıbbi yardım almış olduğunun anlaşıldığını belirtmiş ve bu iddiayı reddetmiştir.

Kırklareli Yabancı Kabul ve Barındırma Merkezi'nin fiziki koşullarına ilişkin olarak ise AİHM, öncelikle Türkiye'nin yaptığı iç hukuk yollarının tüketilmediği itirazını incelemiştir. Bu bağlamda, başvuru sahibinin Merkez'deki koşulları protesto etmek için "ölüm orucunda" olduğu, tutukluluğunun sona erdirilmesi için pek çok başvuru yaptığı ve sınır dışı edilmesine karşı dava açtığı dikkate alındığında, başvuranın koşullardan şikâyetinin Türk makamları tarafından bilindiği ve düzeltilmediği sonucuna varılmıştır. Ayrıca kararda, Türk makamlarına sunulan şikâyet ya da yapılan başvuru sonucunda tutukluluk koşullarının iyileştirildiğini gösteren örnekler sunulmadığı belirtilmiştir. Sonuç olarak AİHM, başvuranın tutukluluk koşullarına ilişkin şikâyetini telafi edebilecek iç hukuk yollarının mevcut olduğunun yeterli bir kesinlikle tespit edilmediğini belirterek itirazı reddetmiştir.

Fiziki koşullar konusunda ise AİHM, başvuru sahibinin şikâyetçi olduğu kireçli suyun sağlığını nasıl etkilediğini veya yiyeceklerin kalitesine ilişkin iddialarını delillerle desteklemediğini, gün içinde dört saat ("ölüm orucu" tuttuğunda bir saat) açık havaya çıkmasına ve antrenman yapmasına izin verilmesinin Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi Standartlarını karşılamak bakımından yeterli olduğunu değerlendirmiştir. AİHM devamla, başvuru sahibi tarafından sunulan fotoğraflardan hareketle, Merkez'in geniş pencerelerinden ışık ve temiz hava aldığını; hijyen bakımından iki eksiklik tespit edilebildiğini (tuvaletlerin durumu ve tarihi geçmiş

temizlik malzemeleri) belitmiş; ayrıca, belirsiz bir süreyle tutulmanın başvuru sahibinde huzursuzluk yaratabileceğini kaydetmiştir. Ancak AİHM en nihayetinde, Kırklareli Yabancı Kabul ve Barındırma Merkezdeki koşulların AİHS'nin 3. maddenin ihlâlini gündeme getirebilecek kadar ağır olmadığına karar vermiştir.

Sığınma talebinde bulunan yabancıların, uzun süre tutulma amacıyla tasarlanmamış olan polis karakollarında tutulmasının AİHM tarafından ne şekilde ele alındığına ışık tutan, Charahili v. Turkey kararına konu olayda ise, Tunuslu Charahili, Libya ve İran üzerinden yasadışı yollarla Türkiye'ye gelmiş; adına düzenlen sahte pasaportla Hatay'da çalışmaya başlamıştır. Adıgeçen daha sonra El-Kaide terör örgütü üyesi olduğu gerekçesiyle tutuklanmış, ancak yargılaması devam ederken önce salıverilmesine karar verilmiş, sonra da beraat etmiştir. Bu sırada başvuru sahibi BMMYK tarafından mülteci olarak kabul edilmiştir. Türkiye ise adıgeçenin geçici sığınma talebini, Tunus'ta Ennahda adlı yasadışı bir örgütüne mensup olması nedeniyle, 1951 Cenevre Sözleşmesi'nin 3. maddesine dayanarak, ulusal güvenlik ve kamu düzeni için tehlike oluşturduğu gerekçesiyle reddetmiştir. Bu çerçevede adıgeçen, sınır dışı edilmesi maksadıyla 12 Nisan 2007 ile 7 Kasım 2008 tarihleri arasında yaklaşık yirmi ay süresince Adana Yabancılar Şubesi Fatih Polis Karakolu bodrum katında tutulmuş; daha sonra ise Kırklareli Yabancılar Kabul ve Barınma Merkezi'nde tutmuştur. Charahili, 25 Ekim 2007'de AİHM'ye başvurmuş ve sınır dışı edilmesine karşı ihtiyati tedbir kararı almıştır. Adıgeçen AİHM'ye başvurusunda, keyfi olarak özgürlüğünden yoksun bırakıldığını; gerek işkence ve kötü muamele görme riski bulunduğu halde Tunus'a gönderilmek istenmesi, gerek tutulduğu yerdeki koşullar nedeniyle AİHS'nin 2. ve 3. maddelerinin ihlâl edildiğini; çok uzun süren keyfi özgürlük kısıtlaması nedeniyle AİHS'nin 5. ve 6. maddelerinin

ve bu durumun aile ilişkilerini etkilemesi nedeniyle AİHS'nin 8. maddesinin ihlâl edildiğini; ayrıca kendisine uygulanan sınır dışı prosedürü nedeniyle Ek 7 No'lu Protokol'ün 1. maddesinin ihlâl edildiğini ileri sürmüştür.

AİHM, Tunus'da terör örgütü üyesi olduğu değerlendirilen kişilerin gördüğü muameleye ilişkin çeşitli insan hakları örgütlerinin raporlarını ve daha önce başvuru sahibi ile aynı örgüte üye olan başka bir Tunuslu hakkında verdiği içtihadını dikkate alarak, başvuru sahibinin Tunus'da işkence ve kötü muamele görebileceği değerlendirmesinde bulunmuş ve Türk makamlarının bu iddiayı yeterince araştırmadığını, bu nedenle mahkemenin BMMYK'nın görüşünü esas aldığını belirterek, adigeçenin Tunus'a gönderilmesinin 3. maddeyi ihlâl edeceğini belirtmiştir. AİHM bu değerlendirmeyi yaparken, Chahal ve Karimina kararlarına da atıf yaparak, 3. maddeyi mutlak şekilde yorumladığını ve anılan maddeye aykırı muamele riski olan durumlarda, kamu düzeni ve ulusal güvenlik nedenlerinin sınır dışı etme gerekçesi olarak kabul edilemeyeceğini tekrar etmiştir.

AİHM ayrıca, adigeçenin sınır dışı maksadıyla özgürlüğünden yoksun bırakılmasına ilişkin Türk iç hukukundaki hükümleri Karimnia kararında değerlendirdiğini; bu nedenle bu davada ayrı bir değerlendirme yapmaya gerek bulunmadığını belirtmiş; sınır dışı etme amacıyla tutuklama kararının verilmesi veya uzatılmasını düzenleyen açık hukuki hükümlerin ve tutuklama süresi konusunda herhangi bir zaman sınırının Türk mevzuatında bulunmaması çerçevesinde, Türkiye'nin AİHS'nin 5(1). maddesini ihlâl ettiğine hükmetmiştir.

Charahili'nin özgürlüğünden yoksun bırakıldığı süre boyunca içinde bulunduğu yaşam koşulları nedeniyle AİHS'nin 3. maddesinin ihlâl edildiği

yönündeki başvurusu konusunda ise AİHM, başvuru sahibinin Fatih Polis Karakolu'na ilişkin olarak iddia ettiği koşulların tamamının gerçekliğini teyit etmenin mümkün olmadığını, bununla birlikte adıgeçenin, kısa süreli gözaltı amacıyla tasarlanan (Türk Ceza Usul Kanunu'na göre bu sürenin en fazla 4 gün olduğu da karada belirtilmiştir) ve uzun süreli tutulmaya uygun olmayan normal bir polis karakolunun bodrum katında çok uzun süre (yaklaşık 20 ay) kaldığının sabit olduğunu belirterek, Türkiye'nin başvuru sahibinin tutulma koşulları bakımından da insanlık dışı ve onur kırıcı muamele yasağına ilişkin 3. maddeyi ihlâl ettiğine karar vermiştir. Mahkeme bu değerlendirmeyi yaparken, özgürlükten yoksun bırakmaya ilişkin bir tedbirin uygulanmasının, ilgiliyi bu şekilde tutulmanın özünde varolan kaçınılmaz sıkıntı ve zorluk hissinden daha fazla sıkıntı ver zorluğa sokmaması gerektiğini, tutulama koşulları değerlendirilirken, tüm koşulların ve özgürlükten yoksun bırakılan sürenin kümülatif olarak ele alınması gerektiğini belirtmiştir³⁶¹. Avrupa Konseyi İşkenceyi Önleme Komitesi'nin, göç mevzuatı kapsamında tutulan yabancıların normal polis karakollarında bir süre kalması gerekse dahi, anılan yerlerdeki koşulların uzun süreli tutulmaya genellikle müsait olmaması nedeniyle, yabancıların karakollarda kaldığı sürenin kesinlikle çok kısa olması gerektiği yönündeki değerlendirmesine de AİHM kararında yer verilmiştir³⁶².

AİHM, başvuru sahibinin 2., 5., 6., 8., 13. maddelerin ve Ek 7 No'lu Protokol'ün 1. maddesinin ihlâl edildiği yönündeki diğer iddiaları konusunda ayrıca karar tesis etmeye gerek bulunmadığına hükmetmiştir. Bu davada, Türkiye'nin

³⁶¹ Charahili v. Turkey kararı, para 75.

³⁶² Charahili v. Turkey kararı, para 77.

onaylamadığı Ek 7 No'lu Protokol'ün başvuru sahibi tarafından gündeme getirilmiş olması dikkat çekmektedir.

Yabancı kabul ve barındırma merkezlerindeki koşulların 3. maddeye aykırılığını değerlendirirken AİHM'nin kullandığı yaklaşımı ortaya koyması bakımından önemli bir dava olduğu değerlendirilen Tehrani and others v. Turkey kararına konu olayda ise, başvuru sahipleri olan İranlılar, İran Halkın Mücahitleri Örgütü (HMÖ) üyeliğinden çıktıktan sonra BMMYK tarafından mülteci olarak kabul edilmişlerdir. Türkiye'ye farklı tarihlerde giriş yapan adigeçenler, üç ayrı dosya üzerinden AİHM'ye başvurarak, sınır dışı edilmek istenmeleri, bu amaçla özgürlüklerinden yoksun bırakılmaları ve tutuldukları yerlerdeki koşullar nedeniyle AİHS'nin ihlâl edildiğini iddia etmişleridir. AİHM çok benzer nitelikte olmaları nedeniyle üç başvuruyu birlikte değerlendirmeye karar vermiştir.

Tutuldukları yerlerdeki fiziki koşullar konusunda başvuranlar özetle, Tunca Kabul ve Barındırma Merkezi'ne ilişkin olarak, kalabalık odalar (169 metrekarelik odalarda 120-150 kişinin kaldığını iddia etmişlerdir), hijyenik olmayan koşullar, sağlıklı içme suyu eksikliği, yeterli tıbbi bakımın sağlanmaması, sıcak banyo, yeterli ısınma ve spor imkânlarının bulunmaması gibi nedenleri gündeme getirmişlerdir. Benzer nedenler, Didim Kabul ve Barındırma Merkezi ile Kırklareli Kabul ve Barınma Merkezi bakımından da ileri sürülmüştür.

AİHM'nin Tehrani and others v. Turkey kararının ilk bölümümü, esasen ilk Karimnia kararının adeta tekrarıdır. Bu bağlamda, AİHM, Türkiye'nin iç hukuk yollarının tüketilmediği itirazını, Türk mevzuatına göre sınır dışı kararının iptalini

istemenin erteleyici bir etkisinin bulunmaması nedeniyle, etkili iç hukuk yolu bulunmadığı gerekçesiyle reddetmiştir.

AİHM Ayrıca, 3. maddenin mutlak karakterini vurgulamış ve Türkiye'nin, terör örgütü üyesi olan başvuranların Türkiye'de kalmasının kamu düzeni ve ulusal güvenliğine aykırı olduğu savunmasını, sınır dışı etme için geçerli neden olarak kabul etmemiştir. AİHM, başvuru sahiplerinin insanlık dışı, onur kırıcı ve kötü muameleye uğrama riskini değerlendirirken, BMMYK'nın onları mülteci olarak tanımış olmasına ve Irak ile İran'a ilişkin ülke bilgilerine dayanmıştır. Bu çerçevede AİHM, başvuru sahiplerinin İran veya Irak'a iadesinin 3. maddeyi ihlâl edeceğine karar vermiştir. Mahkeme ayrıca, başvuru sahiplerinin İran ya da Irak'a sınır dışı edilmelerinin AİHS'nin 3. maddesine aykırı sonuçlar doğuracağı iddialarının yetkililerce incelenmemiş olması nedeniyle, başvuru sahiplerine etkili ve erişilebilir bir hukuk yolu tanınmadığı sunucuna varmış ve AİHS'nin 13. maddesinin 3. maddeyle bağlantılı olarak ihlâl edildiğine karar vermiştir.

AİHM, Türkiye'de sınır dışı etme amacıyla tutuklama kararının verilmesi veya uzatılmasını düzenleyen açık hukuki hükümler ve tutuklama süresi konusunda herhangi bir zaman sınırı bulunmaması nedeniyle, AİHS'nin 5(1). maddesinin; ayrıca tutuklamanın yasallığını çabuk ve etkili bir şekilde denetlettirebilmenin mümkün olmaması nedeniyle de AİHS'nin 5(4). maddenin ihlâl edildiğine karar vermiştir. Anılan madde bağlamındaki inceleme için Türkiye'nin sunduğu, başvuranlardan birinin Ankara İdare Mahkemesi'nden yürütmenin durdurulması kararı alarak serbest kalmış olmasının, Türk mevzuatının AİHS'nin 5(4). maddesi anlamında etkili başvuru hakkının bulunduğunu gösterdiği yönündeki savunma üzerine,

Mahkeme'nin yaptığı değerlendirme ilginçtir. Mahkeme, Ankara İdare Mahkemesi'nden kararın alınmasının 42 gün sürdüğünü, sonra bu karara rağmen adigeçenin 30 gün daha serbest bırakılmadığını, dolayısıyla toplam 72 gün alan sürecin tutuklama kararının denetlettirilmesi bakımından çok uzun olduğunu (daha önce 38 ve 17 günü uzun bulduğu içtihatlarına da atıfla) belirtmiştir. Mahkeme ayrıca, Türkiye'nin tutukluların kısa sürede serbest kaldığı başka kararlardan örnekler sunmadığını da belirtmiştir. Dolayısıyla, Türk hukuk sisteminin AİHS'nin 5(4). maddesi anlamında etkili hukuk yolu sağlamadığı görüşünde AİHM ısrar etmiştir.

AİHM başvuru sahiplerinin tutuldukları yerlere ilişkin iddiaları bağlamında ise, öncelikle bu yerlere ilişkin olarak yayınlanan uluslararası raporlardan alıntılara kararında yer vermiştir. Söz konusu raporlarda, Tunca Kabul ve Barındırma Merkezi'ndeki koşulların kötü olduğunun belirtilmesi dikkat çekmektedir. AİHM, Didim Kabul ve Barındırma Merkezi konusundaki başvuruda iddiaların genel ve soyut olduğunu, savunma tarafından Merkez'deki koşullar konusunda ayrıntılı bilgiler verildiğini ve çok sayıda fotoğraf sunulduğunu, başvuru sahibinin ise iddialarını somutlaştıramadığını belirtmiş ve maruz kalınan sıkıntının 3. madde anlamında insanlık dışı ve onur kırıcı muamele olarak değerlendirilemeyeceğine hükmetmiştir.

Tunca Kabul ve Barındırma Merkezi'ne ilişkin olarak ise AİHM, tarafların merkezdeki odaların büyüklüğü ve kalan kişi sayısı konusunda verdiği bilgilerin çeliştiğini, savunmanın sadece bir fotoğraf sunulduğunu, başvuranların sunduğu fotoğraflarda ise birbirine çok yakın yatakların dizilmiş olduğunun görüldüğünü,

ayrıca Merkez’de kalanlar yemek yerken çekilen bir fotoğrafta da insanların omuz omuza yerde oturmak zorunda kaldıklarının görüldüğünü, fotoğrafların uyandırdığı genel imajın aşırı kalabalık, düzensizlik ve hijyen eksikliği olduğunu belirtmiştir. AİHM ayrıca, bu görüntülerin merkeze yeni gelenlerin yerleştirilmeleri sırasında çekilmiş olduğu yönündeki savunmayı reddetmiş ve insanların iki saat için bile olsa bu aşırı kalabalık, düzensiz ve hijyenik olmayan koşullarda tutulmasının Sözleşmenin 3. maddesini ihlâl edildiğine karar vermiştir.

AİHM Kırklareli Yabancı Kabul ve Barındırma Merkezi’nin fiziksel koşulları Z.N.S. v. Turkey kararında incelediğini, anılan karardaki kanısını değiştirmesini gerektirecek yeni bir veri sunulmadığını belirtmiş ve anılan Merkez’deki koşulların AİHS’nin 3. maddesine aykırı olmadığına karar vermiştir.

Yabancıların tutuldukları yerlerdeki koşulların incelediği yukarıda özetlenen kararlara bakıldığında, AİHM’nin anılan yerlere ilişkin kararını verirken, yemeklerin kötü olduğu, suyun kötü olduğu, mekanların hijyenik olmadığı vs. gibi subjektif değerlendirme içeren hususlara tek başına dayanmayı tercih etmediği; mekanların büyüklüğü ve tutulan insan sayısı gibi daha somut unsurlara odaklandığı; fotoğraf gibi görsel materyaller ile bu yerlerde daha önce inceleme yapmış olan insan hakları örgütlerinin raporlarına büyük önem atfettiği görülmektedir.

Çalışmamızda son olarak, kabul ve barındırma merkezlerinde tutulan yabancıların avukata erişim hakkını kullanmasında yaşanan sorunların bir sonucu olarak, Türkiye’nin, AİHM’ye etkin kişisel başvuru hakkının engellenmemesini öngören AİHS’nin 34. maddesini ihlâlden mahkûm edilmesi bakımından ilginç

olduğu değerlendirilen, D.B. v. Turkey³⁶³ kararı ele alınacaktır. Kişisel başvuru hakkının taraf devletlerce engellenmesini yasaklayan 34. madde, "İşbu Sözleşme ve Protokollerinde tanınan hakların Yüksek Sözleşmeci Taraflardan biri tarafından ihlâlinden zarar gördüğü iddiasında bulunan her gerçek kişi, hükümet dışı her kuruluş veya kişi grupları Mahkeme'ye başvurabilir. Yüksek Sözleşmeci Taraflar bu hakkın etkin bir şekilde kullanılmasına hiçbir suretle engel olmamayı taahhüt ederler" hükmünü amirdir. D.B. v. Turkey kararı ayrıca, AİHM'nin, Ankara İdare Mahkemesi'nin D.B.'nin başvurusunu incelerkenki yaklaşımını eleştirmesi bakımından da ilginç bulunmuştur. AİHM bu bağlamda, barınma merkezlerinde tutulan başvuru sahibinin salıverilmesine ilişkin talebi incelerken Ankara İdare Mahkemesi'nin, iç hukukta böyle bir tedbirin yeterli hukuki temeli bulunmadığını kendisinden (AİHM'den) daha iyi belirleyebilecek durumda olmasına rağmen dikkate almadığını, bunun yerine sadece adigeçene BMMYK tarafından mülteci statüsü verilmesini ve üçüncü bir ülkenin adigeçeni ülkesine kabul etmesini dikkate aldığını belirtmiştir³⁶⁴.

D.B. v. Turkey davasına konu olayda, İran Komünist İşçi Partisi ve çeşitli öğrenci örgütlerine üye olan İranlı D.B., 2008 yılında yasadışı yollardan Türkiye'ye gelmiş ve Türkiye'den yasadışı yollarla çıkmaya çalışırken Türk sınır makamları tarafından yakalanarak önce Edirne Kabul ve Barındırma Merkezi'ne konulmuş sonra Kırklareli Kabul ve Barındırma Merkezi'ne transfer edilmiştir. D.B. Türk makamlarına geçici sığınmacı statüsü tanınması için başvurmuş, ancak bu talebi

³⁶³ D.B. v. Turkey kararı, 13.10.2010, Başvuru No:33526/08.

³⁶⁴ Bkz. D.B. v. Turkey kararı, para. 54.

"militan" bir karakter olarak tanımlanan adigeçenin Türkiye'de varlığının kamu düzeni ve ulusal güvenlik için tehdit oluşturduğu gerekçesiyle reddedilmiştir. D.B. bu arada BMMYK'ne ve AİHM'ye başvurmuştur. BMMYK adigeçene mülteci statüsü vermiş, İsveç ise D.B.'nin ülkesine yerleştirilmesini kabul etmiştir. Bu durum muvacehesinde, D.B.'nin Ankara İdare Mahkemesi'nde açtığı davada, önce ihtiyati tedbir kararı verilerek adigeçenin sınır dışı edilmesi durdurulmuş, sonra da Türk makamlarınca D.B.'ye İsveç'e gidebilmesini teminen beş aylık geçici oturma izni verilmiştir. D.B. 04.03.2011 tarihinde Türkiye'den ayrılarak İsveç'e gitmiştir.

Adigeçenin AİHM'ye yaptığı başvuruda, İran'a sınır dışı edilmek istenmesi nedeniyle AİHS'nin 2., 3. ve 13. maddelerinin ihlâl edildiği; hukuka aykırı olarak tutulmasından dolayı 5. maddenin ihlâl edildiği; ayrıca özgürlüğünden yoksun kaldığı sekiz ay boyunca tek başına tutularak kimseyle görüştürülmemesi nedeniyle de 3. maddenin ihlâl edildiği, son olarak ise yukarıda sözü edilen 34. maddenin ihlâl edildiği ileri sürülmüştür.

AİHM, başvuranın İsveç'e yerleşmiş olmasını, bu süreçte Türk makamlarının önce mahkemenin ihtiyati tedbir kararına uyarak adigeçeni serbest bırakmasını, sonra da İsveç'e yerleşene kadar geçen süre için beş aylık oturma izni vermesini dikkate alarak, AİHS'nin 2., 3. ve 13. maddelerinin ihlâl edildiğine ilişkin iddiayı kabul edilebilir bulmamıştır.

AİHS'nin 5. maddesine ilişkin iddialar konusunda ise AİHM, Karimnia kararı ile ortaya koyduğu tutumu tekrarlayarak, adigeçenin yasal düzenleme olmaksızın

özgürlüğünden yoksun bırakılmasının 5(1). maddeyi, bu durumu etkili ve hızlı bir şekilde yargı denetimine tabi kılma olanağından yoksun olmasının da 5 (4). maddeyi ihlâl ettiğine karar vermiştir. AİHM, 5 (4). madde bağlamında yaptığı incelemede, D.B.'nin avukatının Ankara İdare Mahkemesi'nde açtığı iptal davasından, adıgeçenin salıverilmesine kadar geçen süreyi dikkate almış (yaklaşık beş ay) ve bunun 5 (4). maddenin gerektirdiği çabukluk koşulunu karşılamadığını belirtmiştir. Ayrıca, yukarıda sözü edildiği üzere, AİHM kararında, Ankara İdare Mahkemesi'nin D.B.'nin avukatının açtığı iptal davasını incelerken sergilediği yaklaşımı, başka bir deyişle D.B.'nin barınma merkezinde tutulmasının hukuki dayanağını sorgulamaksızın, sadece adıgeçenin BMMYK tarafından mülteci olarak tanınmasına ve İsveç'e yerleştirilmesine odaklanmasını eleştirmiştir.

Adıgeçenin, barınma merkezinde tek başına tutulup kimseyle görüşürülmediği (hücre cezası uygulandığı) yönündeki iddiası konusunda ise AİHM, her iki tarafın da bu konuda kesin kanaat oluşturmaya elverecek somut unsurları sunamadığını, ayrıca, başvuranın özgürlüğünden yoksun bırakılmasının AİHS'nin 5 (1). maddesine aykırı olduğuna zaten karar verilmiş olduğunu hatırlatmış ve hücre cezası uygulandığına ilişkin iddiayı ayrıca incelemeye gerek bulunmadığını bildirmiştir.

AİHM'ye bireysel başvuru hakkının taraf devletlerce engellenmemesi yükümlülüğü getiren 34. madde bağlamında yaptığı inceleme sonucunda ise Mahkeme, D.B.'yi temsilen AİHM'ye başvuran avukatın kendisinden talep edilen vekâletnameyi, D.B. ile tutulduğu barınma merkezinde görüşmesine Türk makamlarınca izin verilmemesi nedeniyle, bir türlü temin edip AİHM'ye

sunamaması eleştirilmiştir. Bu bağlamda, D.B.'nin avukatının vekâleti almak için görevlendirdiği iki farklı avukatın iki ayrı sefer başvuranın tutulduğu merkezlere (Edirne ve Kırklareli) gittikleri, ancak vekâletleri olmadığı gerekçesiyle D.B. ile görüştürülmedikleri, vekâlet almak için görüşecek kişiden vekâlet istemesinin kabul edilebilir olmadığı kararda belirtilmektedir. AİHM karında ayrıca, ikinci görüşme denemesinin, Mahkeme'nin İçtüzüğü'nün 39. maddesi uyarınca aldığı ara tedbir kararına rağmen olumsuz sonuçlandığı, Türkiye'nin bu tedbir kararının gereğini verilen süreden 13 gün sonra yerine getirerek, D.B.'nin bir avukatla görüşmesine izin verilmesi için yetkili makamların talimatlandırıldığını bildirdiği hususları da yer almıştır. AİHM devamla, sonradan Türk makamları tarafından görüşme ayarlanarak vekâlet sağlanmış olsa da, başlangıçtaki bu ilk "idari körlüğün" (administrative obtuseness) başvuruyu riske attığını; nitekim başvuru sahibinin bu süreçte vekâlet veremediği gibi, İran'da karşılaşılabileceği risklere ilişkin detaylı bilgi de sunmadığını kaydetmiştir. Netice itibariyle AİHM, başvuranın Mahkeme önünde etkili temsilinin ciddi şekilde engellendiği sonucuna vararak, Türkiye'nin AİHS'nin 34. maddesini ihlâl ettiğine karar vermiştir.

AİHM'nin Türkiye hakkında sınır dışı etme konusunda son dönemde verdiği diğer kararlar³⁶⁵, Karimnia kararında belirlenen ilkelerin uygulanması suretiyle, yukarıda incelenen kararlardaki unsurların tekrarlanması niteliğinde olduğundan, çalışmamız kapsamında anılan kararlar ayrıca ele alınmamıştır.

³⁶⁵ M.B. and Others v. Turkey kararı, 15 Haziran 2010, Başvuru No: 36009/08; Ahmadpour v. Turkey kararı, 15 Haziran 2010, Başvuru No: 12717/08; Dbouba v. Turkey kararı, 13 Temmuz 2010, Başvuru No: 15916/09; Alipour and Hosseinzadgan v. Turkey kararı, 13 Temmuz 2010, Başvuru Numaraları: 6909/08, 12792/08 and 28960/08; Kurkaev v. Turkey kararı, 19 Ekim 2010, Başvuru No:10424/05; Moghaddas v. Turkey kararı, 15 Şubat 2011, Başvuru No: 46134/08.

F. Türk Hukuku Bakımından Değerlendirme

Sınır dışı etme usûlüne ilişkin AIHS sistemindeki düzenlemeler ile Türk sistemindeki düzenlemelere bakıldığında, sınır dışı edilecek kişilere tanınacak usûli güvenceler konusunda Türk mevzuat ve uygulamasında önemli eksikliklerin bulunduğu görülmektedir. Esasen bu eksiklikler, başta Karimnia kararı olmak üzere, AİHM'nin Türkiye hakkında son dönemde verdiği, on üç diğer dosyaya ilişkin ihlâl kararlarında ayrıntılı olarak ortaya konmuştur. AİHM'nin, Karimnia kararında belirlediği ilkeleri ve Türk mevzuatına ilişkin yaptığı tespitleri, diğer ihlâl kararlarında aynen tekrar ettiği görülmektedir.

Bu bağlamda, Türk mevzuatı ve uygulamasında ilk göze çarpan sorun, sınır dışı etme kararının hukuka uygunluğunu denetlettirebilmek için Türk sisteminde mevcut tek araç olan idare mahkemelerinin, çalışma şekilleri nedeniyle sınır dışı etme kararı bakımından AIHS'nin 13. maddesi anlamında etkili başvuru yolu sağlamakta yetersiz kalmasıdır. Nitekim, idare mahkemesine yapılan başvurunun, kararın icrasını otomatik olarak durdurmamasını, yürütmenin durdurulması kararı talep edilse dahi bu kararın alınmasının uzun süre almasını dikkate alan AİHM, idare mahkemelerine başvuru hakkını etkili bir başvuru yolu olarak kabul etmediğini kararlarında açıkça bildirmiştir. Bu çerçevede, sınır dışı işlemlerinin hukuka uygunluğunu incelemek üzere, başvurunun otomatik durdurucu etki doğuracağı yeni bir yapı oluşturulabileceği (nitekim 13. madde anlamında başvuru mutlaka bir yargı organına başvuru şeklinde anlaşılmamaktadır) veya sınır dışı etme kararlarına karşı idare mahkemelerine yapılacak başvurulara otomatik durdurucu etki tanınabileceği

akla gelmektedir³⁶⁶. Otomatik durdurucu etki, özellikle ilgilinin gönderileceği ülkede insanlık dışı ve onur kırıcı muameleye uğrama riski bulunduğunu iddia ettiği durumlarda büyük önem taşımaktadır. AİHM, kötü muamele iddialarının Türk makamları tarafından ciddiyetle araştırılmadığını da kararlarında sık sık belirtmiş ve bu hususu da etkili başvuru hakkı bulunmadığı değerlendirmesinin bir gerekçesi yapmıştır. Bu çerçevede, gönderilecekleri ülkede insanlık dışı ve onur kırıcı muameleye uğrama riski bulunduğunu iddia edenlerin, bu iddiaları kapsamlı şekilde araştırılmadan sınır dışı edilmeyeceğini açıkça belirten hükümlere mevzuatımızda yer verilmesinin faydalı olacağı değerlendirilmektedir. Ayrıca, göç ve iltica mevzuatı çerçevesinde görev alan personelin, bu tür iddiaların nasıl ele alınması gerektiğini düzenleyen uluslararası standart ve normlar konusunda eğitilmeleri de önem taşımaktadır.

Diğer önemli sorun ise, YİSHK'nın 23. maddesi ve PK'nın 4. bölümüne dayanarak, sınır dışı edilecek yabancıların işlemler devam ederken karakollarda veya belli merkezlerde tutulmasıdır. AİHM bu yaklaşıma katı bir şekilde karşı çıkarak, idari makamlarca ne şekilde nitelendirdiğinden bağımsız olarak bu uygulamanın özgürlükten yoksun bırakma olduğunu belirtmiştir. Mahkeme ayrıca, sınır dışı

³⁶⁶ "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısı Taslağı"nın 53 (3). maddesinde bu yönde bir hükme yer verilmiş olması olumludur. Anılan hüküm "*Yabancı veya yasal temsilcisi ya da avukatı, sınır dışı etme kararına karşı, kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde idare mahkemesine başvurabilir. Mahkemeye başvuran kişi, sınır dışı etme kararını veren makama da başvurusunu bildirir. Mahkemeye yapılan başvurular 15 gün içinde sonuçlandırılır. Mahkemenin bu konuda vermiş olduğu karar kesindir. Yargı yoluna başvurulması halinde yargılama sonuçlanıncaya kadar yabancı sınır dışı edilmez*" şeklindedir.

amacıyla tutukluluğu emreden veya tutukluluğu uzatan ve böylesi bir tutukluluk için belirli bir zaman sınırı koyan kesin bir yasal hüküm bulunmaması nedeniyle, yabancıların bu şekilde özgürlüğünden mahrum bırakılmasının “yasal” olmadığını istikrarlı olarak kararlarında tekrarlamıştır. Bu durum, yabancıların hangi durumlarda, ne koşullarla ve ne kadar süreyle özgürlük kısıtlamasına tabi tutulabileceğine ilişkin acil yasal düzenleme yapılması gereğini ortaya koymaktadır³⁶⁷.

Ayrıca AİHM, yabancıların özgürlüklerinden yoksun bırakıldıkları durumlarda, bu tedbiri hızlı ve etkili bir şekilde yargı denetimine tabi kılabilmelerini mümkün kılacak, AİHS'nin 5(4) maddesi anlamında, ulaşılabilir, hızlı ve etkin hukuk yolundan da yoksun olduğu görüşündedir. AİHM idare mahkemelerine başvuru olanağının aranan kriterleri karşılayamadığı görüşündedir. Bu bağlamda, AİHM kararlarında sıklıkla, idare mahkemelerine başvuru tarihi ile anılan mahkemelerin karar vermesi arasında geçen sürelerin uzunluğuna dikkat çeken örnekler yer almıştır. Bu durum muvacehesinde, yabancıların göç mevzuatı çerçevesinde özgürlüklerinden yoksun bırakıldıkları durumlarda, bu işlemlerle ilgili olarak idare mahkemelerine veya diğer mahkemelere yapılacak başvuruların öncelikle incelenmesine ilişkin kanun değişiklikleri yapılabileceği akla gelmektedir³⁶⁸.

³⁶⁷ "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısı Taslağı"nın 57. maddesinde bu yönde bir hükme yer verilmiştir.

³⁶⁸ Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısı Taslağı"nın 57 (6). maddesinde, idari gözetim kararlarına karşı sulh ceza hakimine başvurulabileceği ve bu başvuruların 5 gün içinde sonuçlandırılacağı düzenlenmiştir.

Yabancıların tutuldukları merkezlerdeki koşullar da AİHM önüne sıkça gelemeye başlamıştır. Fiziksel koşullar bakımından farklılıklar gösteren anılan merkezlerin standardizasyonu, merkezlerdeki koşulların uluslararası standartların altına düşmemesinin sağlanması ve personelin gerekli eğitimden geçirilmesi önem taşımaktadır.

Gerek AİHS'nin 13. maddesi anlamında, gerek özgürlükten yoksun bırakma söz konusu olduğunda AİHS'nin 5. maddesi anlamında etkili başvuru hakkının sağlanması, ilgiliye kendisiyle ilgili kararın ve gerekçesinin, bu karara karşı başvuru yollarının anlayabileceği bir dilde bildirilmesini de gerektir. Ayrıca, ilgilinin avukat temin edebilmesi, adli yardımdan yararlanabilmesi, konsolosluk himayesinden yararlanabilmesi ve insan hakları örgütleri ile temas ederek hakları konusunda bilgi alabilmesi de etkili başvuru hakkının özünde yer almaktadır. Bu yaklaşım AİHM'nin kararlarında ifadesini bulmuştur. Anılan usûli güvencelerin yabancılara tanınmadığı durumlarda AİHM, ilgili kişinin etkili başvuru hakkının özünden mahrum kaldığına hükmetmektedir. Bu çerçevede, sözü edilen usûli güvencelere erişim bağlamında ülkemizde yaşanan ve AİHM kararlarına da yansımış olan sorunların giderilmemesi için gerekli önlemlerin alınması yerinde olacaktır³⁶⁹.

Netice itibariyle, AİHM'nin işaret ettiği Türk mevzuat ve uygulamasındaki bu eksiklikleri gidermek ve sözkonusu ihlâl kararlarının gereğini yerine getirmek için mevzuat değişikliklerinin yapılmasının gerekli olduğu anlaşılmaktadır. Esasen Karimnia ve Z.N.S. kararlarının ardından, anılan kararlarda işaret edilen eksiklikleri

³⁶⁹ Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısı Taslağı'nın 57. ve 59. maddesinde bu güvencelerin önemli bir bölümünün düzenlendiği görülmektedir.

de dikkate alan üç Genelge³⁷⁰ yayınlamıştır. Bununla birlikte, yabancıların kişi özgürlüğü ve güvenliği ile ilgili bir konuda genelgeler yerine yasal düzenlemelerin tercih edilmesinin hukuken daha yerinde olacağı düşünülebilir. Dolayısıyla, uygulamanın başarı ve yeknesaklığına da bağlı olarak, yukarıda arzedilen sınır dışı etme usûlüne ilişkin sorunları giderebilecek hükümler içerdiği düşünülen ve 25.01.2011 tarihinde açıklanan, "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısı Taslağı"nın ilgili kurumlar ve sivil toplum örgütlerince Taslak konusunda yapılacak tartışmalar ve öneriler de dikkate alınarak yasalaşması faydalı olacaktır.

³⁷⁰ İçişleri Bakanlığı'nın Yasa Dışı Göçle Mücadele Genelgesi (Genelge No. 2010/18); İçişleri Bakanlığı'nın Mülteci ve Sığınmacılar Genelgesi (Genelge No. 2010/19); Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü'nün Sığınmacı/Mültecilere Ait İşlemler Genelgesi (Genelge No: 2010/03); İçişleri Bakanlığı Genelgelerine <http://www.multeci.org.tr/index.php/mevzuat> adresinden, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü Genelgesi'ne ise <http://www.shcek.gov.tr/userfiles/pdf/2010-03SayiliGenelge.pdf> adresinden ulaşılabilmektedir (son erişim tarihi 28.03.2011).

SONUÇ

Avrupa Birliği uyum sürecinde gerekli olan yeni yasal düzenlemeleri oluşturmak amacıyla kabul edilen “İltica ve Göç Alanındaki Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Eylem Planı” çerçevesinde Türkiye’nin yabancılar, göç ve iltica mevzuatında değişiklikler yapması gerekmektedir. İş bu çalışmamız ile, gerek Avrupa sistemi üzerinde, gerek Türkiye bakımından önemli etkileri olan AİHS ve Ek Protokolleri ile AİHM içtihatları temel alınarak, sınır dışı etme işleminin esas ve usulleri incelenmiş ve bu bağlamda Türk mevzuatında yapılması uygun olacak değişikliklere bir nebze ışık tutulması hedeflenmiştir.

Bu hedef doğrultusunda öncelikle çalışmamızın Birinci Bölüm’ünde, devletlerin ülkeleri üzerindeki egemenlik haklarının bir sonucu olan sınır dışı etme yetkisinin dayanağı, niteliği, amacı, sınırları, uluslararası hukukta ve Türk Hukuku’nda ele alınışı incelenmiştir. Bu bölümdeki incelememiz neticesinde, sınır dışı etme yetkisine devletler tarafından her dönemde başvurulduğu, devletlerin kendi menfaatleri bakımından zararlı gördükleri yabancıyı ülkeden çıkarma konudaki takdir yetkilerini geniş tutmaya gayret ettikleri, bununla birlikte bu yetkiyi sınırlayan hakkın kötüye kullanılması yasağı, iyi niyet ilkesi, keyfi muamele yasağı, yabancılara muamele standartları gibi geleneksel sınırlamaların yanında, zaman içinde insan hakları hukukundaki gelişmelerin etkisiyle ortaya çıkan sınırlamaların da bulunduğu görülmüştür. İnsan hakları hukukunun etkisiyle, geleneksel sınırlamalar daha ayrıntılı hale gelmiş ve yeni bazı sınırlamalar uluslararası belgelerde, devletlerin mevzuat ve uygulamalarında yerlerini almışlardır. İnsan

hakları hukukunun etkisiyle ortaya çıkan sınırlamalar, kapalı bir liste olmamak koşuluyla, ayrımcılık yasağı, kanunilik ilkesi, geri gönderilmeme (non-refoulement) ilkesi, aile hayatının korunması hakkı şeklinde sayılabilir. Sözü edilen sınırlamaların AİHS ve Ek Protokoller hükümleri ile AİHM içtihatlarına yansımış olanlarına bu bölümde ayrıca dikkat çekilmiştir. Çalışmamızın Birinci Bölüm'ünde incelenen sınırlamalar ışığında, günümüzde bir devletin ülkesinde bulunan bir yabancıyı hukuka uygun olarak sınır dışı edebilmesi için, esas ve usûl bakımından ulusal mevzuatı ve uluslararası yükümlülüklerinden kaynaklanan kurallara uygun olarak hareket etmesi gerektiği sonucuna ulaşılabacaktır. Aksi yönde bir tutum, sınır dışı eden devletin sorumluluğuna neden olacaktır.

Çalışmamızın Birinci Bölüm'ünde Türk hukuku bakımından yapılan inceleme neticesinde ise, sınır dışı etme esasları kapsamında ele alınan, sınır dışı edilebilecek kişiler ve sınır dışı etme nedenlerinin Türk hukukunda iç içe geçmiş şekilde düzenlendiği ve bu düzenlemelerin kapsamlı olmadığı görülmüştür. Ayrıca, anılan düzenlemeler farklı kanunlarda yer almakta (YİSHK, PK, TCK) ve kullanılan bazı kavramlar arasında yeknesaklık bulunmamaktadır. Bu çerçevede, yeni mevzuat oluşturulması sürecinde hedeflendiği gibi, yabancılara ilişkin tek bir kapsamlı kanunun kabulünün ve sınır dışı etme işlemleri bağlamındaki kavramların tekrar tanımlanarak yeknesaklaştırılmasının faydalı olacağı düşünülmektedir. Ayrıca, sınır dışı etme nedenlerinin daha ayrıntılı, sistematik ve mümkün olduğunca somut şekilde düzenlenmesi yararlı olacaktır.

Çalışmamızın İkinci Bölüm'ünde ise, sınır dışı etme esas ve usûlünün AİHS, Ek Protokoller ve AİHM içtihatlarında ne şekilde ele alındığı incelenmiş ve Türk

hukukundaki düzenlemeler ile AİHS sistemindeki düzenlemelerin ne derece uyumlu olduğu ortaya konulmaya gayret edilmiştir.

Sınır dışı etme esasları bağlamında, Türk mevzuatıyla AİHS ve Ek Protokoller ile AİHM içtihatları arasında uyumsuzluk yaratma potansiyelini haiz olması bakımından ilk göze çarpan madde, YİSHK'nın 6097 sayılı kanunla değişik 21. maddesinin son fıkrasında yer alan yabancı göçebelerin sınır dışı edilmesine İçişleri Bakanlığı'nın yetkili olduğunu belirten hükümdür. Ayrımcılık yasağı ve keyfi muamele yasağına aykırı yorumlanma riski bulunduğu düşünülen sözkonusu paragrafın tekrar gözden geçirilmesinin ve kanun koyucunun 05.01.2011 tarih ve 6097 sayılı kanunla yaptığı değişiklikle çingeneler ifadesini metinden çıkarırken, yabancı göçebeler ifadesini metinde tutmaya devam etmesinin gayesinin açıklığa kavuşturulmasının faydalı olacağı değerlendirilmektedir.

Türk uygulamasının sık sık AİHM önüne götürüldüğü bir diğer durum ise, gönderileceği ülkede AİHS'nin 3. maddesine aykırı muameleye maruz kalacağını iddia eden kişilerin sınır dışı edilmesidir. Çalışmamızda yer verilen içtihatlardan da görüldüğü üzere, AİHM geri gönderilmeme ilkesini, Mültecilerin Hukuki Durumuna İlişkin Sözleşme'den farklı olarak mutlak şekilde uygulamakta, kamu düzeni ve ulusal güvenlik istisnasını kabul etmemektedir. Bu çerçevede, yeni mevzuatta, sınır dışı edileceği ülkede ölüm cezasına, işkenceye, insanlık dışı veya onur kırıcı muameleye maruz kalabileceği konusunda ciddi emare bulunan yabancıların sınır dışı edilmeyeceğinin açıkça belirtilmesinin faydalı olacağı düşünülmektedir. Bunun yanında, 3. maddeye ilişkin iddiaların titizlikle incelenmesi gerektiğine de kanun metninde yer verilmesi uygun olacaktır.

Ayrıca, sınır dışı edilecek kişilerin menfaatleri ile devlerin sınır dışı etmedeki menfaatlerinin dengeli olması gerektiği yönündeki AİHM anlayışına uygun olarak, ulusal makamlarca sınır dışı kararı alınırken sözü edilen dengenin gözetilmesi gereğine işaret eden ve değerlendirmede dikkate alınacak aile bağları, ülkede kalınan süre vb. unsurlara yer veren açık bir düzenlemeye mevzuatımızda yer verilmesinin uygulamada birlik bakımından faydalı olacağı değerlendirilmektedir.

Sınır dışı etme işleminin usûlüne ilişkin incelememiz neticesinde ise, AİHS, Ek Protokoller ve AİHM içtihatlarıyla sınır dışı edilecek kişilere tanınan çok önemli usûli güvenceler bulunduğu görülmüştür. Türk mevzuat ve uygulaması bu usûli güvenceleri sağlayamamakta, AİHS, Ek Protokoller ve AİHM içtihatlarının gerisinde kalmaktadır. Esasen Türk mevzuatındaki eksiklikler, yukarıda incelenen Abdolkhani and Karimnia v. Turkey kararında ve onu takip eden ihlâl kararlarında AİHM tarafından ayrıntılı şekilde ortaya konulmuştur. AB uyum çalışmaları yanında, anılan kararlara uyulmasının da bir gereği olarak, kararlarda işaret edilen usûli güvencelerin sınır dışı edilecek kişilere sağlanması gerekmektedir.

Bu bağlamda, sınır dışı edilecek kişilere ülkeyi terk etmesi ve savunma imkânlarından yararlanması için makul bir süre tanınmasına ilişkin somut düzenlemelere mevzuatımızda yer verilmesi uygun olacaktır. Böylece, sınır dışı edilen kişi bakımından ağır sonuçları olan sınır dışı etme işleminin hukuka uygunluğunun denetlettirilmesi için ilgiliye fırsat verilmiş olacaktır.

Sınır dışı edilecek kişiye savunma imkânlarından tam yararlanma fırsatı tanınması amacına uygun olarak, sınır dışı etme kararına karşı ilgilinin veya yasal temsilcisinin idare mahkemesi nezdinde itiraz edebileceğinin ve böyle bir itirazın

kararın icrasını inceleme sonuçlandırılıncaya kadar durduracağıının mevzuatımızda açıkça yer alması faydalı olacaktır. Böylece, idari yargıdan yürütmenin durdurulması kararının kısa sürede temin edilememesi nedeniyle, mahkemenin incelemesi sürmekteyken ilgililerin sınır dışı edilmesinin önüne geçilmiş olacak ve AİHM'nin etkili bir hukuk yolunun varlığının kabulü için 13. madde çerçevesindeki içtihadıyla ortaya koyduğu şekilde, sınır dışı kararına karşı idari yargıya yapılacak başvurunun otomatik askıya alma etkisi olacaktır.

Sınır dışı etme amacıyla özgürlükten yoksun bırakma sonucunu doğuran önlemlere, hangi koşullarda ve ne kadar süre için başvurulabileceğini düzenleyen açık hükümlere mevzuatımızda yer verilmesi, ileride keyfi gözaltı olarak nitelendirilebilecek uygulamaları önleyebilecektir. Ayrıca, sınır dışı etme amacıyla özgürlükten yoksun bırakma tedbiri içeren dosyaların idare mahkemelerince öncelikli olarak incelenmesini ve kısa sürede karar alınmasını mümkün kılacak yasal düzenlemelerin de yapılması gerekmektedir. Bunun yanında, AİHS'nin 5(2). maddesine uygun olarak, yabancının özgürlüğünden yoksun kalması sonucunu doğuracak kararların anlayacağı dilde yabancıya veya yasal temsilcisine gerekçesi ile birlikte bildirilmesi, bu bildirimde yabancının karara karşı başvuru yollarının neler olduğunun ve ne şekilde kullanılacağıının da yer alması, AİHM içtihatlarına uygun olacaktır.

Sınır dışı etme amacıyla özgürlüğünden yoksun bırakılan yabancılara istediği takdirde, avukatı veya yasal temsilcisi ile, vatandaşı olduğu konsolosluk yetkilisi, BMMYK görevlisi, ilgili sivil toplum kuruluşu temsilcileri ve yakınlarıyla da görüşebilme imkânı da verilmelidir. Ayrıca yapılacak düzenlemelerin, kabul ve

barındırma merkezlerinin fiziki koşulları ve işleyişi ile ilgili ayrıntılı kuralları içermesi faydalı olacaktır. Anılan merkezlerdeki fiziki koşulların uluslararası standartların altına düşmemesi için gerekli şartların oluşturulması yanında, personel eğitimi de önem taşımaktadır.

Sonuç olarak, yukarıda değinildiği şekilde bazı iyileştirmeler yapılabilecek olmakla birlikte, sınır dışı edilebilecek kişiler ve sınır dışı etme nedenleri bağlamında Türk mevzuatı ve uygulamasının uluslararası normlar ve AIHM içtihatları ile uyumsuz olduğunu söylemenin mümkün olmadığı düşünülmektedir. Gerçi yukarıda da belirtildiği üzere, YİSHK'nın 21. maddesinin son fıkrasının ne şekilde yorumlandığına bağlı olarak, sorun yaratma potansiyeli bulunduğu değerlendirilmektedir. Öte yandan, sınır dışı etme usûlü bağlamında, sınır dışı edilecek kişilere AIHM içtihatları ile uyumlu, yeterli güvenceleri sağlayacak mevzuat değişikliklerinin ivedilikle yapılmasına ihtiyaç bulunduğu değerlendirilmektedir.

KAYNAKÇA

I. GENEL ESERLER

ALTUĞ, Yılmaz; **Yabancıların Hukuki Durumu**, 4. Baskı, Mentş Matbaası, İstanbul, 1971.

AŞAR, Aydoğan; **Türk Yabancılar Mevzuatında Yabancı ve Hakları**, 2. Baskı, Ankara, 2004.

ATAY, Ethem; **İdare Hukuku**, C. 2, Gazi Kitabevi, Ankara, 2006.

AYBAY, Rona; **Yabancılar Hukuku**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2007, (Yabancılar).

BLAKE, Nicholas ve HUSAIN, Raza; **Immigration Asylum & Human Rights**, Blackstone's Human Rights Series, Ed. John Wadham, Oxford University Press, Oxford, 2003.

BROWNLIE, Ian; **Principles of Public International Law**, 6th ed., Oxford University Press, Oxford, 2003.

BROWNLIE, Ian; **System of the Law of Nations: State Responsibility**, Bölüm I, Clarendon Press, Oxford, 1983, (State Responsibility).

CHENG, Bin; **General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals**, Grotius Publications Limited, Cambridge, 1987.

CHRISTENSEN, Peter; **The Decline of Iranshahr: Irrigation and Environments in the History of the Middle East, 500 B.C. to A.D. 1500**, Museum Tusculanum Press-University of Copenhagen, Odense, 1993.

ÇAĞLAYAN, Ramazan; **İdare Hukuku ve İdari Yargılama Hukuku**, 2. Baskı, Asil Yayınevi, Ankara, 2006.

ÇELİKEL, Aysel / GELGEL (ÖZTEKİN), Günseli; **Yabancılar Hukuku**, Yenilenmiş 16. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2009.

ÇİÇEKLİ, Bülent; **Yabancılar Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Ankara, 2009.

DANIELS, Rodger ; **Coming to America: A History of Immigration and Ethnicity in American Life**, Harper Collins Publishers, New York, 2002.

DOĞAN, Vahit / ODABAŞI, Hasan; **Yargı Kararları Işığında Vatandaşlık ve Yabancılar Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004.

GOODWIN-GILL, Guy S; **International Law and the Movement of Persons between States**, Clarendon Press, Oxford, 1978, (Movement of Persons).

GOODWIN-GILL, Guy S. / McADAM, Jane; **The Refugee in International Law**, 3rd ed., Oxford, 2007.

GÖĞER, Erdoğan; **Yabancılar Hukuku**, 3.Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1979.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref; **Yönetmelik Yargı**, Ankara, 22. Baskı, Turhan Kitabevi, 2006.

- GÜNDAY, Metin; **İdare Hukuku**, 7. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2004.
- JENNINGS, Robert / WATTS, A.; **Oppenheim's International Law**, 9th ed., Vol. I
– Peace, 1996.
- HARRIS, J. David; **Cases and Materials on International Law**, Sweet and
Maxwell, London, 1998.
- LAUTERPACHT, Hersch; **The Function of Law in the International
Community**, Clarendon Press, Oxford, 1933.
- PLENDER, Richard; **International Migration Law**, 2nd ed., Martinus Nijhoff
Publishers, Dordrecht, 1988.
- SEVİĞ, Muammer Raşit / SEVİĞ, Vedat Raşit; **Devletler Hususi Hukuku
(Yabancıların Hukuki Durumu)**, 2.Cilt, 4.Baskı, Sulhi Garan
Matbaası, İstanbul, 1970.
- SOHN, Louis B. / BUERGENTHAL, T.; **The Movement of Persons across
Borders, Studies in Transnational Legal Policy**, Vol. 23, American
Society of International Law, Washington D.C., 1992.
- VAN DIJK, Paul / G.J.H van Hoof; **Theory and Practice of the European
Convention on Human Rights**, 2nd ed., Kluwer Law and Taxation
Publishers, The Netherlands, 1990.

II. MONOGRAFİLER, TEZLER

AYDOĞAN, Doğa ; **Yabancı Çingenerin Türkiye'ye Giriş, İkamet, Seyahat Özgürlükleriyle Türkiye'den Sınır Dışı Edilmeleri**, Yüksek Lisans Tezi Çoğaltılmış Nüsha, Ankara, 2006.

BORCHARD, E. M.; **The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims**, The Banks Law Publishing Co., New York, 1915.

CLAYTON, Gina; **Textbook on Immigration and Asylum Law**, Oxford University Press, Oxford, 2004.

ÇİÇEKLİ, Bülent; **Yabancılar ve Polis**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003, s. 92 (Yabancılar ve Polis).

DARDAĞAN, Esra Gül; **Yabancılar Hukuku Açısından Sınırdışı Etme**, Yüksek Lisans Tezi Çoğaltılmış Nüsha, Ankara, 1993.

GÖZLÜGÖL, Said Vakkas; **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002.

GRGIC, Aida / MATAGA, Zvonimir / LONGAR, Matija / VILFAN, Ana; **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Mülkiyet Hakkı**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek Protokollerinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap, No: 10.

OVEY, Clare / WHITE , Robin C.A.; **The European Convention on Human Rights**, 4th ed., Oxford University Press, Oxford, 2006.

ÖZGEN, Eralp; **Suçluların Geri Verilmesi**, Ajans-Türk Matbaası, Ankara, 1962.

KARAKURUMER, Alkın; **Yabancıların Sınırdışı Edilmesi**, Yüksek Lisans Tezi Çoğaltılmış Nüsha, Ankara, 2007.

KARAN, Ulaş; **Avrupa Birliği Ülkelerinde Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik Kurumları**, İnsan Hakları Ortak Platformu için Kapasite Geliştirme Derneği Yayını, İstanbul, 2009.

MACKEAN, Warwick; **Equality and Discrimination under International Law**, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1983.

MACOVEI, Monica; **Kişinin Özgürlük ve Güvenlik Hakkı**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları Kitapçıkları No: 5.

ROTH, Andreas Hans; **The Minimum Standard of International Law Applied to Aliens**, Yüksek Lisans Tezi, Université de Genève, A. W. Sihthoff's Uitgeversmaatschappij N.V., La Haye, 1949.

PELLONPAA, Matti; **Expulsion in International Law A Study in International Law and Human Rights with Special Reference to Finland**, Helsinki, 1984.

SHEARER, Ivan Anthony; **Extradition in International Law**, Manchester, University Press, Manchester, 1971.

ULUGÖL, Haluk; **Suçluların Geri Verilmesi ve Siyasi Suç**, Adil Yayınevi, Ankara, 2002.

III. MAKALELER, TEBLİGLER

ALTIPARMAK, Kerem; «Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesinin Uygulama Alanı», dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/479/5524.pdf (Son erişim tarihi 10.02.2011).

ARNOLD, Rainer; “Aliens”, Encyclopedia of Public International Law, Vol. 1, Elsevier Science Publishers, Amsterdam, 1992, s. 102-107.

AYBAY, Rona ; “Bir İnsan Hakkı Sorunu Olarak Sınırdışı Edilme”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Safa Matbaası, S. 2, 2003, s.141-173 ("İnsan Hakları").

AYBAY, Rona ; “Yönetim Hukuku ve Yönetmelik Yargı Açısından “Yabancı”nın Konumu (İnsan Hakları Hukuku Açısından Bir Yaklaşım)”, Danıştay ve İdari Yargı Günü, 9 Mayıs 2003 Sempozyum, Ankara, 2004, s. 153-171 ("Yönetmelik Yargı Açısından Yabancıların Konumu").

ÇOLAK, Mehmet ; "Etkili Bir İç Hukuk Yoluna Başvurma Hakkı", http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_186.htm (son erişim tarihi 14.02.2011).

DARDAĞAN KİBAR, Esra; “Türk İdari Yargısında Sınır Dışı Etme Kararlarının Ele Alınması”, Vatandaşlık, Göç, Mülteci ve Yabancılar Hukukundaki Güncel Gelişmeler Konulu Uluslararası Sempozyum Bildirileri, Anadolu Üniversitesi, Eskişehir, 15-16 Mayıs 2009, s.522-544.

DURAN, Lütfi; “Yabancıların Türkiye’den Sınırdışı Edilmesi”, İnsan Hakları Yıllığı, Sayı 2, 1980-82, s. 1-33.

DOEHRING, Karl; “Aliens, Expulsion and Deportation”, Encyclopedia of Public International Law, Vol. 1, Elsevier Science Publishers, Amsterdam, 1992, s. 109-112.

D’AMATO, Anthony ; “Good Faith”, Encyclopedia of Public International Law, Vol. 2, Elsevier Science Publishers, Amsterdam, 1995, s. 599-601.

- EINARSEN, Terje; “Discrimination and Consequences for the Position of Aliens”,
Nordic Journal of International Law, Vol. 64, 1995, s. 429-452.
- EKŞİ, Nuray; “AİHM Kararlarında Sığınmacı ve Mültecilerin Türkiye’den Sınırdışı Edilmelerini Engelleyen Haller”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 82, Sayı 6, 2008, s. 2803-2836 ("Sığınmacı ve Mülteciler").
- GAJA, Giorgio; “Expulsion of Aliens: Some Old and New Issues in International Law”, Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional, Vol. 3, 1999, s. 283-314.
- GÜL, İdil Işıl; Fiziksel Engellilerin Uluslararası Hukukta Korunması ve Uluslararası Standartların İç Hukuka Yansıması, Doktora Tezi Çoğaltılmış Nüsha, İstanbul, 2006
- HAFIZOĞULLARI, Zeki; ‘Suçluların Geri Verilmesi’,
<http://www.abchukuk.com/cezahukuku/suclularin-iadesi.html> (son erişim tarihi: 22.07.2010).
- JASTRAM, Kate; “Family Unity”, Migration and International Legal Norms, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2003, s. 185-201.
- KALIN, Walter; “Limits to Expulsion under the International Covenant on Civil and Political Rights”, Diritti dell’Uomo, Estradizione ed Espulsione, CEDAM, Padua, Italy, 2003, s. 143-164.
- KISS, Alexandre ; "Abuse of rights", Encyclopedia of Public International Law, Vol. 1, Elsevier Science Publishers, Amsterdam, 1992, s. 4-8.
- LAMBERT, Helena; “The European Convention on Human Rights and the Protection of Refugees: Limits and Opportunities”, Refugee Survey Quarterly 24 (2) 2005, s. 39-55.

LEVİ, Selim; “Yabancıların Sınır Dışı Edilmesi Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Tartışma Yaratacak Bir Hükümü Nasıl Değiştirdi?”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi (TBB Dergisi), Sayı 58, Mayıs-Haziran, Ankara, 2005, S.58, s. 29-39.

MANGION, Deborah, “Article 3 of the ECHR: Relative Interpretations of a Universal Right”, Mediterranean Journal of Human Rights, S.6, 2002, p. 247-280.

MARTIN, David A.; “The Authority and Responsibility of States”, Migration and International Legal Norms, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2003, s. 87-120.

PERONI, Lourdes; M.S.S. v. Belgium and Greece: When is a Group Vulnerable?, <http://strasbourgobservers.com/2011/02/10/m-s-s-v-belgium-and-greece-when-is-a-group-vulnerable/> (son erişim tarihi 01.03.2011).

SITAROPOULOS, Nicholas; "The Role and Limits of European Court of Human Rights in Supervising State Security and Anti-terrorism Measures Affecting Aliens' Rights", Terrorism and the Foreigner: A decade of tension around the rule of law in Europe, Eds. Baldaccini and Guild, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2007, s. 85-120.

SİRMEN, K. Sedat; “Yabancıların Türkiye’den Sınırdışı Edilmesine İlişkin Temel Düzenlemeler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Türkiye Hakkında Verdiği Örnek Kararlar”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 67, Sayı:3, Yaz 2009, Ankara, s. 29-45.

TARHANLI, Turgut ; "Mülteciler, İnsan Hakları ve Yargı", Türkiye’de Mülteci ve Sığınmacılar ile İlgili Meselelerde Yargının Rolü ve Mültecilerin İnsan Hakları Paneli Konuşma Metinleri, 9 Aralık 1998, Ankara.

WARBRICK, Colin; “Coherence and the European Court of Human Rights: The Adjudicative Background of the Soering Case”, Michigan Journal of International Law, Vol. XI, 1990, s. 1069-1081.

IV. AİHM KARARLARI*

Abdülaziz, Cabales ve Balkandalı v. The United Kingdom kararı, Başvuru No 9214/80; 9473/81; 9474/81.

Al-Nashif v. Bulgaria kararı, 20 Haziran 2002, Başvuru No: 50963/99.

Berrehab v. The Netherlands kararı, 21 Haziran 1988, Başvuru No: 12313/86.

Bozano v. Fransa Kararı, 18 Aralık 1986, Başvuru No: 9120/80.

C. v. Belgium kararı, 7 Ağustos 1996, Başvuru Numarası: 21794/93.

Conka v. Belgium kararı, 5 Şubat 2002, Başvuru Numarası: 51564/99.

Chahal v. United Kingdom kararı, 15 Kasım 1996, Başvuru No: 22414/93.

M.S.S. v. Belgium and Greece kararı , 21 Ocak 2011, Başvuru No: 30696.

Moustaquim v. Belgium kararı, 18 Şubat 1991, Başvuru No: 12313/86.

Rodrigues da Silva and Hoogkamer v. The Netherlands kararı, 31 Ocak 2006, Başvuru No: 50435/99.

Türkiye Kararları

Abdolkhani and Karimnia v. Turkey kararı, 22 Eylül 2009, Başvuru No : 30471/08.

Abdolkhani and Karimnia v. Turkey (no. 2), 27 Temmuz 2010, Başvuru No:
50213/08

A.G. and Others v. Turkey kararı, 15 Haziran 1999, Başvuru No : 40229/98

Ahmadpour v. Turkey kararı, 15 Haziran 2010, Başvuru No: 12717/08.

Alipour and Hosseinzadgan v. Turkey kararı, 13 Temmuz 2010, Başvuru
Numaraları: 6909/08, 12792/08 and 28960/08.

Charahili v. Turkey kararı, 13 Nisan 2010, Başvuru No: 46605/07.

D.B. v. Turkey kararı, 13.10.2010, Başvuru No:33526/08.

Dbouba v. Turkey kararı, 13 Temmuz 2010, Başvuru No: 15916/09.

Jabari v. Turkey kararı, 11 Temmuz 2000, Başvuru No: 40035/98.

Kesmiri v. Turkey kararı, 13 Nisan 2010, Başvuru No: 36370/08.

Kurkaev v. Turkey kararı, 19 Ekim 2010, Başvuru No:10424/05.

M.B. and Others v. Turkey kararı, 15 Haziran 2010, Başvuru No: 36009/08.

Moghaddas v. Turkey kararı, 15 Şubat 2011, Başvuru No: 46134/08.

Müslim v. Turkey, 26 Nisan 2005, Başvuru No: 53566/99.

Ranjbar and others v. Turkey kararı, 13 Nisan 2010, Başvuru No: 37040/07.

Tehrani and others v. Turkey kararı, 13 Nisan 2010, Başvuru Numaraları: 32940/08,
41626/08, 43616/08.

Z.N.S. v. Turkey kararı, 19 Ocak 2010, Başvuru No: 21896/08.

*Kararların tamamına AİHM'nin karar sorgulama sistemi HUDOC'tan ulaşılabilmektedir.<http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/CaseLaw/Hudoc/Hudoc+database/>

V. DİĞER MAHKEME KARARLARI

Danıştay 12. Daire, E. 1970/2225, K. 1970/2570, T. 28.12.1970, Karar.

Danıştay 10. Daire, E. 82/3706, K. 83/2619, T. 15.12.1983, Karar.

Danıştay 12. Daire, E. 1966/659, K. 1967/817, T. 16.05.1967, Karar.

Danıştay 12. Daire, E. 1978/264, K. 1979/3876, T. 18.10.1979, Karar.

Danıştay 12. Daire, E. 1969/2163, K. 1970/2110, T. 23.11.1970, Karar.

Danıştay 10. Dairesi, 09.10.2000, E. 1999/2130, K. 2000/4936 sayılı karar.

Danıştay Genel Kurulunun, 30.3.1950, E.320, K.50/118 sayılı kararı, Danıştay Kararları Dergisi, S. 50-53

Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras), 20 Aralık 1988 tarihli karar, I.C.J. Reports 1988, s. 65-108.

Nuclear Tests (Australia v. France), 20 Aralık 1974 tarihli karar, I.C.J. Reports 1974, s. 268-473.

Rankin v. İran İslam Cumhuriyeti, İran-ABD Tazminat Mahkemesi, 3 Kasım 1987 tarihli karar, Iran-United States Claims Tribunal Reports, Vol. 17, s. 135-152.

VI. DİĞER BELGELER

AB Ülkelerinde Uzun Süre İkamet Eden Üçüncü Ülke Vatandaşlarının Durumuna İlişkin 25 Kasım 2003 tarihli ve 2003/109/EC sayılı Konsey Direktifi.

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, Göç ve iltica ortak politikasına ilişkin 1624 (2003) sayılı Tavsiye Kararı, 30 Eylül 2003,
<http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta03/EREC1624.htm> (son erişim tarihi 02.02.2011).

Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi, Suçluların iadesine ilişkin 950 (1982) sayılı Tavsiye Kararı, 1 Ekim 1982.

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, Yabancıların hukuki durumuna ilişkin 769 (1975) sayılı Tavsiye Kararı, 3 Ekim 1975,
<http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta75/EREC769.htm> (son erişim tarihi 02.02.2011).

“Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Avrupa Birliği’ndeki Sığınmacıların Haklarını Koruyor”, AIRE Centre ve Uluslararası Af Örgütü Ortak Açıklaması, 21.01.2011, www.amnesty.org.tr/ai/node/1625 (son erişim tarihi 01.03.2011).

CPT standards, document no. CPT/Inf/E (2002) 1- Rev. 2010
<http://www.cpt.coe.int/en/docsstandards.htm>. (son erişim tarihi 01.03.2011).

Glossary on Migration, Geneva, International Organization for Migration, 2004.

European Court of Human Rights, Concluding observations of the Human Rights Committee: Syrian Arab Republic, 5 April 2001, A/56/40 (Vol. 1)

International Law Commission Report on Expulsion of Aliens (A/CN.4/565), 58th. Session, Geneva, 2006, s. 175-176 (International Law Commission Report on Expulsion of Aliens).

Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers, Institut de Droit international, session de Genève, 1892, Résolution du 9 septembre 1892, m. 14; www.idi.il.org/idiF/resolutionsF/1892_gen_01_fr.pdf adresinden ulaşilabilmektedir (son erişim tarihi: 22.07.2010).

“Study on Expulsion of Immigrants”, UN Secretariat, 10 August 1955.

UN General Assembly resolution 43/173, 9 December 1988, annex, Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment.

ÖZET

Koçak, Makbule, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Yabancıların Türkiye’den Sınır Dışı Edilmesi”, Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Doç. Dr. Esra G. Dardağan Kibar, V-196 s.

Bu tezin amacı, yabancıların insan hakları ile yakından ilgili olan sınır dışı etme konusunun, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (AİHS) sınır dışı etmeye karşı güvence olarak sıklıkla kullanılan maddeleri (2, 3, 5, 6, 8, 13 ve 14. maddeler), Ek 4 ve Ek 7 No’lu Protokol’lerdeki düzenlemeler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatları çerçevesinde irdelenmesi, Türk hukukundaki düzenlemelerin AİHS’deki düzenlemeler ile ne derece uyumlu olduğunun belirlenmeye çalışılması ve bu bağlamda sınır dışı etmeye ilişkin olarak Türk mevzuatında yapılabilecek değişiklikler konusunda önerilere ulaşılmasıdır.

Devletin, güvenliğini ve kamu düzenini korumak amacıyla, hareketleri zararlı görülen yabancıları ülkesinden çıkarma yetkisinin bulunduğu uluslararası hukukta kabul edilmektedir. Bununla birlikte, sınır dışı etme yetkisinin kullanılmasına iç hukuk kuralları ve uluslararası hukuk tarafından getirilmiş sınırlamalar bulunmaktadır. Bu sınırlamaların oluşumunda insan hakları hukukundaki gelişmelerin önemli rol oynadığı görülmektedir.

Konunun Türk Hukuk Sistemi üzerinde önemli etkileri olan AİHS, Ek Protokoller ve AİHM içtihatları ışığında incelenmesi neticesinde, sınır dışı etmeye ilişkin Türk mevzuat ve uygulamasının, özellikle sınır dışı edilecek kişilere tanınması gereken usûli güvenceler bakımından önemli eksiklerinin bulunduğu ve bu konuda mevzuat değişiklikleri yapılmasının faydalı olacağı sonucuna ulaşılmıştır.

SUMMARY

Koçak, Makbule, “Expulsion of Aliens From Turkey According to the European Convention on Human Rights”, Master’s Dissertation, Advisor: Esra G. Dardağan Kibar, V-196 p.

The purpose of this dissertation is, to examine the expulsion of aliens which is closely connected to their human rights, within the context of the articles 3, 5, 6, 8, 13 and 14 of the European Convention on Human Rights that are commonly used against expulsion decisions, provisions of Additional Protocols No. 4 and No. 7 and judgments of the European Court of Human Rights. Furthermore, to examine the compatibility of Turkish legislation with the European Convention on Human Rights and to reach to conclusions about possible amendments that could be made in the Turkish legislation concerning the expulsion of aliens.

It is accepted in international law that, with the purpose of maintaining their security and public order, States have the authority to expel aliens whose actions are considered detrimental. However, domestic and international law have brought limits to this authority of States. Developments in the human rights law play an important role in the formation of these limits.

As a result of examining the subject matter in the context of the European Convention on Human Rights, Additional Protocols and the judgments of the European Court of Human Rights, which have important effects on Turkish Legal System, it has been concluded that the Turkish legislation and practice has,

especially regarding the procedural guarantees to be provided to the persons to be expelled, serious impediments and it would be useful to make amendments in the relevant legislation.