

ELÇİN AKTAN

TÜRK YABANCILAR HUKUKU VE AİHM İÇTİHADİ DOĞRULTUSUNDA

Bilkent Üniversitesi 2019

GERİ GÖNDERME YASAĞI

TÜRK YABANCILAR HUKUKU VE AİHM İÇTİHADİ DOĞRULTUSUNDA GERİ GÖNDERME YASAĞI

Yüksek Lisans Tezi



ELÇİN AKTAN

Hukuk Bölümü

İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi

Ankara

Mayıs 2019

TÜRK YABANCILAR HUKUKU VE AİHM İÇTİHADİ DOĞRULTUSUNDA
GERİ GÖNDERME YASAĞI

İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi

Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü

ELÇİN AKTAN

Özel Hukuk Disiplininde Yüksek Lisans Derecesi

Kazanma Yükümlülüklerinin Bir Parçasıdır.

Hukuk Bölümü

İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi

Ankara

Mayıs 2019

Bu tezi okuduğumu, kapsam ve nitelik bakımından Hukuk Yüksek Lisans derecesi için yeterli bulduğumu beyan ederim.



Prof. Dr. Bilgin TIRYAKIOĞLU

Tez Danışmanı

Bu tezi okuduğumu, kapsam ve nitelik bakımından Hukuk Yüksek Lisans derecesi için yeterli bulduğumu beyan ederim.



Prof. Dr. Rifat ERTEN

Tez Jüri Üyesi

Bu tezi okuduğumu, kapsam ve nitelik bakımından Hukuk Yüksek Lisans derecesi için yeterli bulduğumu beyan ederim.



Doç. Dr. Fatma Aslı BAYATA CANYAŞ

Tez Jüri Üyesi

Ekonomi ve Sosyal Enstitüsü Müdürü'nün Onayı



Prof. Dr. Halime DEMİRKAN

Enstitü Müdürü

ÖZET

TÜRK YABANCILAR HUKUKU VE AİHM İÇTİHADİ DOĞRULTUSUNDA GERİ GÖNDERME YASAĞI

Aktan, Elçin

Yüksek Lisans, Hukuk Bölümü

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Bilgin Tiryakioğlu

Mayıs 2019

Bu çalışmanın amacı, Türk Yabancılar Hukuku ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadı doğrultusunda geri gönderme yasağının kapsamının belirlenmesidir.

Geri gönderme yasağı, özellikle İkinci Dünya Savaşı sonrası dönemde, sayıları oldukça artan yerinden edilmiş kişilerin, en temel hakları olan yaşam ve özgürlük haklarını korumayı amaçlayan bir uluslararası teamül hukuku kuralıdır. Kaynağını 1951 Cenevre Sözleşmesinden alan geri gönderme yasağı, insan haklarıyla olan yakın ilişkisi sebebiyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi gibi birçok uluslararası sözleşmenin kapsamında değerlendirilmektedir.

Geri gönderme yasağının uluslararası anlaşmalarla hüküm altına alınması, devletlerin bu yasağı iç hukuklarına aktarmalarını da sağlamıştır. Bu nedenle, özellikle 1951 Cenevre Sözleşmesinin ortaya koyduğu koruma, devletlerin iç hukukları açısından da benimsenmektedir. Türk Yabancılar Hukuku da, 1951 Cenevre Sözleşmesi ile getirilen bu yasağı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu ile ele almış, temel kural olarak benimsemiştir.

Bu çalışmada Türk Yabancılar Hukuku ile 1951 Sözleşmesine ek olarak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ve bu Sözleşmelerin

uygulayıcısı olan denetim organlarının geri gönderme yasağını uygularken çizdiği kapsamı ortaya konulmuş, bu doğrultuda, Türk Yabancılar Hukuku ile karşılaştırma yapılarak hem mevzuat, hem uygulama açısından benzer ve farklı yönler tespit edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Geri Gönderme Yasağı, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi.



ABSTRACT

THE PRINCIPLE OF NON-REFOULEMENT IN ACCORDANCE WITH TURKISH ALIENS LAW AND JURISPRUDANCE OF EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Aktan, Elçin

L.L.M., Department of Law

Supervisor: Prof. Dr. Bilgin Tiryakioğlu

May 2019

The purpose of this study is to determine the scope of the principle of non-refoulement in accordance with Turkish Foreigners Law and the jurisprudence of European Court of Human Rights.

The principle non-refoulement is a rule of international customary law, *jus cogens*, that aims to protect the rights which are the most fundamental rights of displaced people, especially in the post- World War Two Period. The principle of non-refoulement originating from the 1951 Geneva Convention is considered within the scope of many international treaties such as the European Convention on Human Rights and International Covenant on Civil and Political Rights, due to its close connection between human rights.

The principle of non-refoulement which is regulated by international treaties is adopted in to the national law of the states. Particularly, wording of the protection provided by the 1951 Geneva Convention is adopted in national laws. Turkish Foreigners Law has taken this principle regulated brought by the 1951 Geneva

Convention adopted as a fundamental rule in its detail in the Law on Foreigners and International Protection.

In this study, in addition to the Turkish Foreigners Law and the 1951 Convention, the scope of the European Convention on Human Rights, the Convention on Civil and Political Rights and the supervisory bodies implementation of these Conventions, as well as the scope covered by the prohibition of refoulement, have been similar and different directions have been determined in terms of application.

Keywords: Civil and Political Rights Convention, European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights, The Principle of Non-Refoulement.

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	I
ABSTRACT.....	III
KISALTMALAR CETVELİ	VIII
GİRİŞ.....	1
BİRİNCİ BÖLÜM: GERİ GÖNDERME YASAĞI.....	4
I. Yasağın Ortaya Çıkışı, Gelişimi ve Yasağın Kabul Edildiği Uluslararası Anlaşmalar	4
A. Birleşmiş Milletler (BM) Düzenlemeleri.....	8
1. Genel Olarak.....	8
2. 1951 Tarihli Cenevre Sözleşmesi.....	9
3. Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (BMMYK) Kararları	12
4. Diğer BM Anlaşmaları	15
B. Avrupa Birliğindeki Bazı Düzenlemeler.....	19
C. Bölgesel Düzenlemeler.....	23
II. Yasakla Getirilen Korumanın Kapsamı.....	25
A. Kişi Açısından Kapsam.....	26
B. Korumanın Gerekçesi	31
C. Yer ve Zaman Açısından	39
D. Yasağın İstisnası	46
1. Ulusal Güvenlik İstisnası.....	48
2. Kamu Güvenliği İstisnası	52
E. Sınır Dışı Etme, Sınırdan Geri Çevirme ve Suçluların İadesi Açısından Değerlendirme.....	55
1. Sınır Dışı.....	56
2. Sınırdan Geri Çevirme ve Suçluların İadesi.....	59
III. Türk Yabancılar Hukukunda Geri Gönderme Yasağı	64
A. YUKK Öncesi Dönemde Geri Gönderme Yasağı	68
1. Sınır Dışı Etme Kararının Geri Gönderme Yasağı İhlali Sebebiyle İptal Edildiği Bazı İdare Mahkemesi ve Danıştay Kararları	75
2. Suçluların İadesine İlişkin Kararlar	79
B. YUKK Döneminde Geri Gönderme Yasağı.....	81
1. Genel Olarak.....	81
2. Kanun Kapsamında Geri Gönderme Yasağı.....	83
3. YUKK Döneminde Geri Gönderme Yasağı İle İlgili Verilmiş Olan Bazı Mahkeme Kararları	92
a. Öldürülme veya Kötü Muameleye Maruz Kalma Riski Bulunan Ülkeye Sınır Dışı Edilme Kararı Verilmesi Nedeniyle Kötü Muamele Yasağının İhlal Edildiği İddiasına Yönelik İncelemeler.....	93

b. İdari Gözetim Altında Tutmanın Hukuki Olmaması Nedeniyle Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Hakkının, Tutulma Koşulları Nedeniyle de Kötü Muamele Yasağının İhlal Edildiği İddialarına Yönelik İncelemeler	106
4. YUKK Kapsamında Geri Gönderme Yasağının Suriyelilere Uygulanması	108

İKİNCİ BÖLÜM: GERİ GÖNDERME YASAĞI ve İNSAN HAKLARI HUKUKU İÇTİHADİ

I. Geri Gönderme Yasağı ve İnsan Hakları Sözleşmeleri..... 113

A. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi.....	113
1. Genel Olarak.....	113
a. Kişi Açısından Kapsam.....	116
b. Konu Bakımından Kapsam	117
c. Yer Bakımından Kapsam	121
d. Zaman Bakımından Kapsam	121
2. Geri Gönderme Yasağı Kapsamında Değerlendirme	122
a. Doğrudan Koruma Sağlayan AİHS Hükümleri	122
aa. Yaşam Hakkı.....	123
ab. İşkence Yasağı.....	127
aaa. Sınır Dışı Edilme Durumunda Sözleşmenin Üçüncü Maddesinin İhlaline İlişkin İnceleme	129
baa. İdari Gözetim Altında Tutulma Nedeniyle Sözleşmenin Üçüncü Maddesinin İhlaline İlişkin İnceleme	135
ac. Özgürlük ve Güvenlik Hakkı.....	137
ad. Yabancıların Toplu Şekilde Sınır Dışı Edilmeleri Yasağı.....	141
b. Dolaylı Koruma Sağlayan AİHS Hükümleri	144
aa. Adil Yargılanma Hakkı	145
ab. Yabancıların Sınır Dışı Edilmelerine İlişkin Usûli Güvenceler	151
ac. Etkili Başvuru Hakkı.....	155
aaa. İşkence Yasağı.....	158
baa. Yabancıların Topluca Sınır Dışı Edilmesi.....	164
B. Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (MSHS).....	166
1. Genel Olarak.....	166
2. Geri Gönderme Yasağı Kapsamında Değerlendirme	170
a. MSHS'nin İç Hukukta Uygulanması ve Ayrımcılık Yasağı	170
b. Yaşama Hakkı.....	171
c. İşkence Yasağı.....	174
d. Özgürlük ve Güvenlik Hakkı	176
e. Gözetim Altında Tutulanların Hakkı	179
f. Yabancıların Sınır Dışı Edilmelerine Karşı Usûlü Güvenceler.....	181
g. Adil Yargılanma Hakkı.....	185
h. Yabancıların MSHS'ne Göre Korunmaları.....	188
C. Türk Yabancılar Hukuku ve AİHM İctihadı Doğrultusunda Geri Gönderme Yasağı.....	189
1. AİHM İctihadı ile Türk Yabancılar Hukukunun Mevzuattan Kaynaklanan Farklılıkları	189
2. AİHM İctihadı ile Türk Yabancılar Hukukunun Uygulamadan Kaynaklanan Farklılıkları	196

SONUÇ

Kaynakça.....	204
---------------	-----



KISALTMALAR CETVELİ

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
App.	: Application Number
Bknz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
BMGK	: Birleşmiş Milletler Genel Kurulu
BBMMÖ	: Birleşmiş Milletler Mülteci Örgütü
BMMYK	: Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği
d.n.	: dipnot
doc.	: document
GGM	: Geri Gönderme Merkezi
No	: Numaralı
m.	: madde
s.	: sayfa
para.	: paragraf
res.	: resolution
SİDAS	: Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi
UN	: United Nations
v.	: versus
YUKK	: Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kan

GİRİŞ

“Geri Gönderme Yasağı¹” bir yabancının kötü muameleye, işkenceye ya da insanlık dışı muameleye uğrayabileceği topraklara gönderilmemesini ifade eder. Hukuki temelini 1951 tarihli *Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Cenevre Sözleşmesi*²’nden alan bu prensip, yapılan tartışmalar sonunda hâlihazırda bir uluslararası teamül hukuku kuralı haline gelmiş, *jus cogens* niteliği kazanmıştır³.

İnsanın temel hak ve özgürlüklerini korumayı amaçlayan geri gönderme yasağı, mültecilerin hukuki statüsünü konu alan bir sözleşme ile düzenlense de, insan hakları karakteri sebebiyle mülteci statüsünü taşımayanlara, *fiili mültecilere*⁴ de uygulanmaktadır. Politik, ekonomik ve sosyal sebeplerle fiili mülteci sayısının giderek arttığı göz önünde bulundurulduğunda, yasağın hangi insan haklarını kapsadığının, ne şekilde işletildiğinin incelenmesine ihtiyaç duyulmuştur. Bu kapsamda geri gönderme yasağının sadece yasağın lafzında belirtilen yaşam ve özgürlük haklarını mı kapsadığı; yoksa işkence yasağı, özgürlük ve güvenlik hakkı, adil yargılama hakkı, etkili başvuru hakkı gibi diğer temel hak ve özgürlükleri de mi kapsadığı tespit edilmelidir.

¹ “The Principle of Non-Refoulement” kavramının çevirisi olarak kullanılmıştır.

² Cenevre’de 28 Temmuz 1951 tarihinde imzalanmış olan ve 05.09.1961 tarih ve 10898 sayı ile Resmî Gazete’de yayımlanan “Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Cenevre Sözleşmesi”, çalışmanın geri kalanında 1951 Sözleşmesi olarak kısaltılacaktır.

³ Farmer, A.:” *Non-refoulement and Jus cogens: Limiting Anti-Terror Measures that Threaten Refugee Protection*”, Georgetown Immigration Law Journal, 2009, s. 10; Moreno-Lax, s. 281; Goodwin-Gill G.S./MCadam, s. 206-208, dn 25-27.

⁴ “*Fiili mülteci*” kavramı hukuki bir kavram değildir. Bu çalışma kapsamında bu kavram ile sığınma ülkesine gelen yabancının mülteci statüsü kazanmadan önceki fiili durumunu ifade edilmektedir. Bu kavram yerine “*sığınmacı*” kavramı da çalışmalarda kullanılmaktadır. Kavramın kullanıldığı metinler için bkz.: BMMYK Yürütme Kurulu Kararı, 6 (XXVIII) 1977; BMMYK Yürütme Kurulu Kararı, 79 (XLVII) 1997; BMMYK Yürütme Kurulu Kararı, 82 (XLVII) 1997.

Türk Yabancılar Hukukunda, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun (YUKK)⁵ 2014 tarihinde yürürlüğe girmesiyle, yabancılar hukukuna ilişkin konuların birçoğu tek bir kanunda ele alınmıştır. Bu Kanun yürürlüğe girmeden önce yabancıların Türkiye'ye girişleri, Türkiye'de ikametleri, Türkiye'den çıkışları, uluslararası koruma talep etmeleri hâlinde yabancılara sağlanacak korumanın kapsamı, usûl ve esasları ayrı ayrı kanunlarda ele alınırken YUKK dönemiyle birlikte birçok konu tek bir kanun altında düzenlenmiştir. Bu rejimin uluslararası anlaşmalar ve mahkeme içtihadıyla oluşan uluslararası hukuka ne ölçüde uygun olduğu, uluslararası hukuktan hangi yönlerle ayrıldığı, temel hak ve özgürlükler açısından ortaya konulmalıdır. Ardından geri gönderme yasağının Türk Yabancılar Hukukunda hangi temel hak ve özgürlükleri kapsadığı ele alınmalıdır.

Çalışmamızda, geri gönderme yasağını, Türk Yabancılar Hukuku ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihadı çerçevesinde, insan hakları bakımından incelemeyi ve bu yasağın uygulamada ne ölçüde işletilebilir olduğunun tespiti hedeflenmiştir. Çalışmada ayrıca AİHM içtihadının desteklenmesi için bu içtihadla örtüşen Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (MSHS)⁶ içtihadı da ele alınmaktadır. Bu doğrultuda MSHS'nin geri gönderme yasağı ile ilişkilendirilen hükümleri ve MSHS'nin denetim organı olan İnsan Hakları Komitesi incelemeleri de ayrı bir başlık altında ele alınmış, fakat bu içtihadın AİHM içtihadı ile örtüşmesi sebebiyle MSHS'nin adı, çalışmanın başlığına eklenmemiştir.

Bu doğrultuda çalışmanın birinci bölümünde geri gönderme yasağı ilkesinin ortaya çıkışı ve gelişimi, kabul edildiği uluslararası anlaşmalar, öngörülen korumanın

⁵ YUKK'un 125. maddesi gereği 122., 123. maddenin 1., 2., 5. ve 7. fıkraları ile 124. maddesi 2014 yılında, beşinci kısmı yayımlanan 11.4.2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁶ BMGK'da 16 Aralık 1966 tarihli ve 2200 A (XXI) sayılı kararıyla kabul edilen bu anlaşma, insan haklarını ele alan bir anlaşmadır, bkz s. 149 vd.

kapsamı, yasağın istisnası ve bu kavrama benzeyen ve yasağın bir sonucu olarak karşımıza çıkan bazı kavramların üzerinde durulacak, geri gönderme yasağının uluslararası düzende kabul edilmiş temel çerçevesi çizilecektir. Daha sonra yasağın Türk Yabancılar Hukukundaki tarihsel gelişimi, mevzuattaki yeri ve önemi tespit edilecektir. Çalışmanın ikinci bölümde ise, geri gönderme yasağı ve insan hakları sözleşmeleri, temel hak ve özgürlükler kapsamında hangi hakların geri gönderme yasağı ile güvence altına alındığı konuları ayrıntılı bir şekilde incelenecektir. Çalışmamız, Türk Yabancılar Hukuku ve AİHM içtihadının kapsam açısından değerlendirmesini ve tespitlerimizi içeren sonuç kısmı ile tamamlanacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM: GERİ GÖNDERME YASAĞI

I. Yasağın Ortaya Çıkışı, Gelişimi ve Yasağın Kabul Edildiği Uluslararası Anlaşmalar

Geri Gönderme Yasağının anlaşılması için, öncelikle, yasağın temelini oluşturan *refoulement* kelimesinden yola çıkılmalıdır. Fransızca *refoulement* kelimesi, *geriye püskürtmek* anlamına gelmektedir⁷. Kıta Avrupası Hukukunda, bu kavram, yasal yolları kullanmayarak sınırı geçen mültecilerin, ülkeden gönderilmesi anlamında kullanılmaktadır. Fakat bu bağlamda akla gelebilecek yaptırımlar olan sınır dışı etme ve suçluların iadesi yaptırımları ile geri gönderme yasağı karıştırılmamalıdır⁸. Belli şartların gerçekleşmesi hâlinde, yabancıнын, bulunduğu ülkenin sınırı dışına çıkarılması, sınır dışı edilmesi, uluslararası hukukta bazı ilke ve esaslara bağlanarak kabul edilmektedir. Bu yaptırım esas itibarıyla, 19. yüzyılın başlarında gelişmeye başlamıştır. Esasen 19. yüzyıl öncesinde yabancılara⁹, uluslararası hukuk tarafından koruma sağlanması pek düşünülmemiştir. Zira devletin kendi topraklarının ve bu topraklarda fiilen bulunan kişilerin üzerindeki egemenlik yetkisi¹⁰ bir münhasır yetki olarak görülmüştür. Ancak 19. yüzyılda akdedilmeye başlanan anlaşmalarla hainler, egemeni devirmeyi amaçlayanlar ve muhalifler için karşılıklı geri gönderme uygulamasından bahsetmek mümkündür¹¹. Bu durum, özellikle, İkinci Dünya Savaşı

⁷ Saraç, T.: Büyük Fransızca Türkçe Sözlük, Adam Yayınları, Kasım 1990, s.1886.

⁸ Goodwin-Gill G.S./MCadam: The Refugee in International Law, Oxford University Press, 3. Baskı, ABD, 2007 s. 201.

⁹ Sözlük anlamıyla “*el, ecnebi, bir devlete oranla, kendi uyruklüğundan olmayan gerçek veya tüzel kişi*” olarak tanımlanır: Yılmaz, E.: Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, 2012, Ankara, s. 813; TVK m. 3/1-d; YUKK m. 3/1-ü gereği “*Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile vatandaşlık bağı bulunmayan kişi*” olarak tanımlanır.

¹⁰ Grahl-Madsen, A.: Commentary on the Refugee Convention 1951, 1962-63, UNHCR, s. 135 vd.

¹¹ Goodwin-Gill/MCadam, s. 202, dn 3.

sonrasında gönderildikleri devlette azınlık¹² oluşturan yabancıların sayısının artmasıyla değişmiştir. Bu artış sebebiyle bu kişileri koruyan anlaşmaların yapılması ve buna bağlı olarak uluslararası koruma hukukunun da gelişmesiyle değişime uğramıştır. Azınlıkları koruyan anlaşmalarla, uluslararası yabancılar hukukunun kavramsal çerçevesi oluşmaya başlamıştır. Böylelikle, öncelikli mesele, bir devletin tebaasının, diğer devletlerde ne şekilde muamele göreceğinin belirlenmesi olmuştur. Bu kapsamda, azınlıklar için oluşturulan muamele standartlarının gelişmesi ve buna bağlı olarak yabancılarla kurulan hukuki ilişki giderek önem kazanmaya başlamıştır. Bugün geldiğimiz noktada, yabancılar bir yandan temel hak ve özgürlüklerin neredeyse tamamına ve kamu istihdamına erişime sahip olurken, diğer taraftan sosyal, kültürel haklara, eğitim kurumlarına, ana dillerine yönelik haklara ve eşit miktarda kamu finansmanına kavuşmuşlardır¹³. İkili ve çok taraflı uluslararası anlaşmalarla söz konusu hakların tanınması ve güvence altına alınması sağlanmıştır. Bu hakların tanınması ve güvence altına alınması, devletin münhasıran sahip olduğu egemenlik yetkisinin sınırlandırılması anlamına gelmektedir¹⁴.

Günümüzde uluslararası koruma hukuku, yabancılar açısından büyük önem taşımaktadır. Özellikle mülteci statüsündeki kişilerin¹⁵ durumu diğer yabancılardan farklı olduğundan, kurallar tüm yabancı grupları için yeterli olmamaktadır. Mülteci statüsündekiler, menşe ülkelerinin uluslararası korumasından¹⁶ yararlanamadıkları

¹² “Azınlık” terimi, Türk Yabancılar Hukukundaki anlamından bağımsız olarak, İkinci Dünya Savaşı sonrasında gönderildikleri devlette sayıca azınlık konumunda olan yabancıları ifade etmek amacıyla kullanılmıştır.

¹³ Hathaway, J. C.: “The Evolution of the Refugee Rights Regime (Right of Refugees)” The Rights of Refugees under International Law, Cambridge University Press, Cambridge, 2005 (75–153), s. 111.

¹⁴ Hathaway, Right of Refugees, s. 81,

¹⁵ Yabancı kavramı farklı bir kısım özellikler taşıması nedeniyle bazı alt gruplara bölünür. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Doğan, V.: Türk Yabancılar Hukuku, Savaş Yayınevi, 3. Baskı, Ankara, Ekim 2018, s.7-23.

¹⁶ Burada “Uluslararası koruma” kavramından anlaşılması gereken devletin koruma zafiyetinin bulunmaması halidir. Bu da ulusal koruma kavramıyla; yani menşe devletin ülkesel sınırları içerisinde

için, söz konusu kurallar, mültecilere uluslararası yabancılar hukuku bağlamında gerçek bir fayda sağlamamaktadır. Bu nedenle, mülteci statüsündekilere özel düzenlemelerle koruma sağlama ihtiyacı doğmuştur. Bu konuda yapılan ilk esaslı çalışma İkinci Dünya Savaşı sonrasında, Birleşmiş Milletler (BM) tarafından gerçekleştirilmiştir. İkinci Dünya Savaşı sonrasında dünya, çoğu Avrupalı olan mültecilerin kendileri için tehlike arz eden ülkelere geri gönderilmesine şahit olmuştur. Bu süreçte ortaya çıkan *yenidünya ülkeleri*¹⁷ ve bu ülkelerin üretime katılma çabasıyla yeni işçi ihtiyacının doğması mülteci hareketi ile paralellik göstermiştir. Bu hareket sonucunda karşılıklı ve birbirlerine uyumlu olan bu iki talep sonucunda ortaya çıkan yeniden yerleştirme projeleri (*The Resettlement Projects*) ile milyonlarca Avrupalı, Amerika, İsrail ve Güney Afrika'ya yerleştirilmiştir. Bu süreç, Uluslararası Mülteci Örgütü tarafından gerçekleştirilmiştir¹⁸. Bu gelişmeler doğrultusunda BM, 1951 Cenevre Anlaşması ve bu anlaşmayı takiben 1967 Protokolü¹⁹ ile mülteciler ile ilgili özel düzenlemeler öngörmüş, bu statüye sahip olanları koruma altına almıştır. Bu şekilde mültecileri kapsama alan, insan hakları ile ilgili düzenlemeler de içeren uluslararası anlaşmalarla asgari koruma düzeyi oluşturulmuş ve mültecilere özgü haklar ile insan hakları birlikte ele alınmaya başlanmıştır²⁰.

vatandaşa sağlanan “*dâhili koruma*” ve ülke sınırlarının dışında söz konu olan “*diplomatik koruma*” olarak ikiye ayrılarak değerlendirilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Öztürk, N. Ö.: Mültecilerin Hukuki Statüsünün Belirlenmesi, Seçkin Hukuk, Ekim 2015, Ankara, s. 70, dn. 172; Goodwin-Gill G.S./McAdam J.: *The Refugee In International Law*, Oxford University University Press, New York, 2007, s. 355.

¹⁷ İkinci Dünya Savaşı sonrasında oluşan iki kutuplu dünya düzeni ve bu dönemde kurulan yeni devletleri ifade eden bir terimdir. Ayrıntı için bkz.: Akın, F.: “İkinci Dünya Savaşı Sonrası Yenidünya Düzeni ve Türkiye”, *İş ve Hayat*, Sayı 56, s. 1-2.

¹⁸ Hathaway, *Right of Refugees*, s. 91.

¹⁹ Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin 1967 Protokolü, 31 Ocak 1967 tarihinde tadil edilmiş, 4 Ekim 1967 de yürürlüğe girmiştir.

²⁰ Hathaway, *Right of Refugees*, s. 110.

1951 Sözleşmesi ve 1967 Protokolü sonrasında, özellikle 1975 yılından itibaren BM'nin yürütme organı olan ve her üye devletin temsilcisinin bulunduğu Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (BMMYK) tarafından verilen kararlar²¹, mülteciler ve fiili mülteciler için büyük önem taşımaktadır. Zira bu kararlar vasıtasıyla, BMMYK başta geri gönderme yasağı olmak üzere, mültecilerin hukuki statüsü ve haklarına yönelik düzenlemeler yapmış; hukuki olmayan bazı meselelerle ilgili öneriler de ortaya konmuştur.

Geri gönderme yasağı için önemli olan bir diğer husus ise, bu kuralın uzun süren tartışmalar sonucunda uluslararası teamül hukuku kuralı olarak nitelendirilmesidir²². Gerek uygulamada, gerek doktrinde genel kabul gören bu görüşün temel dayanağı, yasağın uluslararası teamül hukuku kuralı olarak nitelendirilebilmesi için gerekli şartları taşıdığı, yani genel bir uygulamayı haiz olması, sihukuk kuralı olarak kabul edilme önşartlarını sağlaması²³; buna ek olarak, geri gönderme yasağının birçok uluslararası metinde yer alması ve norm yaratan bir özelliği barındırmasıdır (*norm-creating character*)²⁴. Ayrıca, geri gönderme yasağının, yaşam hakkı ve işkence yasağı ile sıkı irtibatı olması ve kuralın yer aldığı uluslararası metinlerin geniş kabule mazhar olması, bu görüşü doğrular niteliktedir. Belirtilmelidir ki, BMMYK tarafından yayımlanan kararlarda da geri gönderme

²¹ *Conclusion* olarak adlandırılan bu kararlara ilgili siteden erişilebilir:

www.unhcr.ch (Erişim tarihi 05.12.18)

²² Goodwin-Gill MCadam, s.345-354; Goodwin-Gill MCadam: "Non-Refoulement and The New Asylum Seekers", Virginia Journal of International Law 1985-1986, vol. 26; Öztürk, s. 110.

²³BM Genel Kurulu, Uluslararası Hukuk Komisyonu, "Uluslararası Teamül Hukukunun Tanımlanması", 66. Oturum, 5 Mayıs-6 Haziran, 7 Temmuz-8 Ağustos 2014, X. Bölüm, A69/10, para.145.

<http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/reports/2014/english/chp10.pdf&lang=EFSRAC>(Erişim: 19.05.2019)

²⁴ Öztürk, s. 119.

yasağının *opinio juris* olarak kabul edildiği vurgulanmaktadır. Bu halde yasağın “hukuk olarak kabul edilen” bir kural olması, onu emredici kılmaktadır²⁵.

A. Birleşmiş Milletler (BM) Düzenlemeleri

1. Genel Olarak

İkinci Dünya Savaşı sonrasında BM örgütünün, mültecilerin korunmasına yönelik yoğun çabalarının temel nedenini, büyük çaplı kitlesel yer değişimleridir. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu (BMGK), mültecileri konu alan birçok karar yayımlamıştır. Bunlardan geri gönderme yasağı açısından önem arz eden karar 15 Şubat 1946 tarihli kararıdır. Buna göre, mültecilerin ya da genel ifadeyle *yerinden edilmiş kimselerin*, sığınma devletleri tarafından geçerli bir engel bulunmadıkça menşe ülkelerine gönderilemeyeceğini belirtmiştir²⁶.

BM bünyesinde Uluslararası Mülteci Örgütünün kurulmasıyla mültecilerle ilgili meselelere, özellikle *doğu blokundan*²⁷ gelen mültecilere yönelik için bir çözüm bulunmasının gerekliliği ortaya konmuştur. Bu bağlamda, BM, yeni bir uluslararası rejim altında, mülteciler de dâhil olmak üzere tüm yurtsuz kişilerin etkin bir uyum sürecine tâbi tutulmasını önermiştir. Bu gelişmeler doğrultusunda, süreci yürütmek

²⁵ Goodwin-Gill/MCadam, s.345-354; Öztürk, s. 120; Executive Committee, Conclusion No. 25 (XXXIII), 1982, para. b. Bir kuralın “Opinio Juris” oluşturması için sadece devletlerin yerleşik eyleminin bulunması gerektiği görüşü için bkz. Kelsen, H.: General Theory of Law and State, 1939, s. 253-266.

²⁶ Goodwin-Gill/MCadam, s.203, BMGK, res. 8(1), 12 Şubat 1946, para. c (ii).

²⁷ Bu kavram İkinci Dünya Savaşı sonrası ortaya çıkan ve Doğu Bloku olarak ifade edilen Sovyetler Birliği için kullanılmaktadır: Akın, F.: “İkinci Dünya Savaşı Sonrası Yenidünya Düzeni ve Türkiye”, İş ve Hayat Dergisi, 56, s. 120.

üzere BMMYK kurulmuş ve 1951 Sözleşmesine giden yol açılmıştır. Böylelikle, önceki çalışmalarla ele alınan hak ve yükümlülükler devletler için bağlayıcı nitelik kazanmaya başlamıştır²⁸.

2. 1951 Tarihli Cenevre Sözleşmesi

Dibacesinde²⁹ de belirtildiği üzere mültecilere en geniş temel hak ve özgürlükleri sunmayı amaçlayan 1951 Sözleşmesi, 1948 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)³⁰ ve Birleşmiş Milletler Antlaşmasında³¹ ayırım gözetmeksizin herkese tanınan hakları, mülteciler bakımından garanti altına almıştır.

1951 Sözleşmesinde ulaşılmak istenen ilk amaç, mülteci statüsünün tespit edilmesidir. Esasen anılan Sözleşme ile mülteci tanımı ile mülteci statüsü arasında bağlantı kurulmaktadır. Sözleşmede, yürürlüğe girmeden önce Uluslararası Mülteci Örgütü tarafından yapılan mülteci tanımından hareket edilmektedir. Öte yandan, 1. maddenin A fıkrasının (2.) bendi, Sözleşmenin uygulama alanını belirlerken,

²⁸ Hathaway, Right of Refugees, s. 91; Birleşmiş Milletler Sosyal İşler Dairesi Başkanlığı, “A Study of Statelessness”, BM Bel., E/1112, 1 Şubat 1949.

²⁹ Dibacedeki “...mültecilerin temel hürriyetleri ile insan haklarını mümkün olduğu kadar kapsamlı bir şekilde kullanmalarını sağlamaya..” ifadesi başta olmak üzere bu Sözleşmeyle mültecilerin hukuki statüleri ve onlara sağlanacak hakların olabildiğince genişletilmesi amaç edinilmiştir.

³⁰ AİHS, Türkiye tarafından 4 Kasım 1950 tarihinde imzalanmıştır. 10 Mart 1954 tarih ve 6366 sayılı Onay Kanunu, 19 Mart 1954 tarih ve 8662 sayılı Resmî Gazetede yayımlanmıştır.

http://www.goc.gov.tr/icerik3/multecilerin-hukuki-durumuna-iliskin-sozlesme_340_341_641 (Erişim: 08.01.2019)

³¹ Türkiye, BM Antlaşmasını Milletlerarası Adalet Divanı Statüsü ile beraber 15 Ağustos 1945'te onaylamıştır. Antlaşma, 4801 Sayılı Onay Kanunu 24 Ağustos 1945 tarihli, 6902 Sayılı Resmî Gazetede yayınlanmıştır.

Uluslararası Mülteci Örgütü tarafından yapılan mülteci tanımına ek kriterler getirmek suretiyle mülteci statüsünün kapsamını genişletmiştir³²:

“1 Ocak 1951’den önce meydana gelen olaylar sonucunda ve ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri yüzünden, zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan, ya da söz konusu korku nedeniyle, yararlanmak istemeyen; yahut tabiiyeti yoksa ve bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ilkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen her şahsa uygulanacaktır.”

Yukardaki hükümden de anlaşılacağı üzere, Sözleşme, bir taraftan daha geniş bir insan grubunu mülteci statüsü kapsamına alırken diğer taraftan 1. maddenin D ve F fıkraları, Âkit Devletlerin güvenliğinin sağlanması ihtiyacını gözeterek bazı istisnalar getirmiştir. Sözleşmenin 1. maddesinin D ve F fıkralarında düzenlenen istisnalardan özellikle 1. maddenin F fıkrası, güvenlik kaygısı gözeterek belirli grup yabancıyı mülteci statüsünün dışında bırakmıştır³³.

Geri gönderme yasağını bütün unsurlarıyla birlikte ortaya koyan asıl düzenleme ise 1951 Sözleşmesinin 33. maddesinde yer almaktadır:

”1. Hiçbir Taraf Devlet, bir mülteciyi, ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayatı ya da özgürlüğü tehdit

³² Lauterpacht, S. E., Bethlehem D.: “The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement: Opinion; Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection”, Edit: Erika Feller et al., Cambridge University Press, Cambridge, 2003(87–177), s. 99.

³³ “Bu Sözleşme hükümleri:

(a) barışa karşı su, savaş suçu veya insanlığa karşı suç gibi suçlar için hükümler koyan uluslararası belgelerde tanımlanan bir suç işlediğine;

(b) mülteci sıfatıyla kabul edildiği ülkeye sığınmadan önce, sığındığı ülkenin dışında ağır bir siyasi olmayan suç işlediğine;

(c) Birleşmiş Milletler’in amaç ve ilkelerine aykırı fiillerden suçlu olduğuna;

dair hakkında ciddi kanaat mevcut olan bir kişi hakkında uygulanmayacaktır.”

altında olacak ülkelerin sınırlarına, her ne şekilde olursa olsun geri göndermeyecek veya iade ("refouler") etmeyecektir.

2. Bununla beraber, bulunduğu ülkenin güvenliği için tehlikeli sayılması yolunda ciddî sebepler bulunan veya özellikle ciddî bir adi suçtan dolayı kesinleşmiş bir hükümle mahkûm olduğu için söz konusu ülkenin halkı açısından bir tehlike oluşturmaya devam eden bir mülteci, işbu hükümden yararlanmayı talep edemez."

Bu hükümden de anlaşılacağı üzere, Sözleşme ile, mültecilerin sığınma ülkesinden menşe ülkelerine veya risk altında olacakları herhangi bir ülkeye gönderilmemeleri hedeflemektedir³⁴. Bu doğrultuda, geri gönderme yasağının kapsamı kişi ve yer bakımından ayrı ayrı belirlenmelidir. Aşağıda ayrıntılı olarak kişi bakımından yetki, kimlerin bu yasak kapsamına gireceği, yer bakımından yetki, koruma kapsamındaki ülkesel sınırlamalar, incelenecektir.

Geri gönderme yasağının, 1951 Sözleşmesinin 1. maddesinde tespit edilen mülteci statüsündeki kişileri kapsama alması nedeniyle yasak kapsamına giren kişilerin sayısını esasen sınırlandırılmış olduğu ifade edilebilir. Bununla birlikte, yasağın sadece yasal olarak mülteci statüsünde olan kişilere değil, henüz bu statüyü kazanmayan, özellikle kitlesel olarak (*mass influx*³⁵) Âkit Devletin sınırına gelen kişilere de uygulanması genel kabul görmektedir. Bu nedenle, devletlerin mülteci statüsünü belirlemekten kaçınarak bu kişileri geri göndermesi veya sınırdan geri çevirmesi, yasağın insani boyutu ve dürüstlük kuralı ile bağdaşmamaktadır³⁶. Ayrıca 1951 Sözleşmesinin 33. maddesinde yer alan "*her ne şekilde olursa olsun*" ifadesi yasak açısından geniş yorum yapılmasına imkân vermektedir. Böylelikle, mülteci statüsünü haiz olsun veya olmasın bir kimseyi maddede bahsedildiği anlamda riske

³⁴ Goodwin-Gill/McAdam, s. 204, dn 16; UN Doc. E/AC.32/SR.20, 3 (1950).

³⁵ Ayrıntılı açıklama için bkz. **A. Kişi Açısından Kapsam** s. 24.

³⁶ Goodwin-Gill/McAdam, s. 205.

atacak her türlü geri gönderme, sınır dışı etme ve sınırda reddetme yasak bağlamında yapılan yorum sırasında dikkate alınacaktır. Bu yorum çerçevesinde, ilgili kişi, mülteci statüsü taşıyın ya da taşımasın, yasak kapsamında koruma altına alınmış olacaktır³⁷. O halde, riskin doğmasına yol açacak sınır dışı etme, suçluların iadesi, örtülü iade³⁸ gibi her türlü tedbirin, bu yasak kapsamında olacağı açıktır³⁹.

3. Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (BMMYK) Kararları

BM'nin bir kuruluşu olan bu örgüt, 1950 yılında İkinci Dünya Savaşı sonrasında yerinden edilmiş milyonlarca Avrupalıya yardım amacıyla kurulmuştur. Her ne kadar kuruluşunda faaliyeti üç yılla sınırlandırılrsa da şu an 65. yılını doldurmuş olan Örgüt, sırasıyla İkinci Dünya Savaşı sonrası dönem, Macar Devrimi, 1960 Afrika mülteci krizi, Asya ve Latin Amerika'daki mülteci hareketleri gibi birçok mülteci krizinin çözümünde ön saflarda yer almış ve şimdiye kadar yaklaşık 50 milyondan fazla mülteciye yeniden yerleşmeleri için yardımcı olmuştur. BMMYK, mülteci ve sığınmacıların geçim kaynakları, eğitimleri, temel ihtiyaçları, korunmaları ve üçüncü bir ülkeye yerleştirmeleri için çalışmaktadır. Ayrıca sınır ötesi yardımlarda bulunan bu

³⁷ Lauterpacht/Bethlehem, s. 112; Bertan Tokuzlu, L.: "Non-refoulement Principal in a Changing European Legal Environment with Particular Emphasis on Turkey, a Candidate Country at The External Borders of The EU", Marmara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Enstitüsü Avrupa Birliği Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul, 2006, s. 11-12.

³⁸ "*Rendition*", geri göndermeye çok yakın bir kavram olan örtülü iade terimi ile ifade edilebilir, geri göndermede olduğu gibi bir kimseyi bir devletten diğer devlete gönderme anlamını taşır. Geri göndermenin bir anlamda özel türü olan örtülü iadede kişi, doğrudan yaşamının veya özgürlüğünün tehlikeye düşeceği ülkeye değil; yaşamının veya özgürlüğünün tehlikeye düşeceği ülkeye gönderileceği bir ülkeye yollanır. Bu sayede örtülü iade yapan devlet ilk bakışta yasağı ihlâl etmemiş görünecektir. Bu duruma örnek olarak 11 Eylül 2001'den sonra Amerika Birleşik Devletleri'nin tutukluları *Guantanamo* haricinde yaşamları veya özgürlüklerinin tehlikeye düşeceği ülkeye gönderileceği bir başka ülkeye gönderilmesi verilmektedir: May, L.: "Non-refoulement and rendition: In Global Justice and Due Process", Cambridge University Press, 2010 (s. 164-183), s. 171.

³⁹ Bertan Tokuzlu, s. 12.

kuruluş, yerinden edilmiş kimselerin başta yaşam hakkı olmak üzere tüm temel hak ve özgürlüklerini korumak, insani bir yaşam sürmeleri için kişilere yeni yerleşim yerleri kazandırmak gibi görevleri itibariyle bir anlamda geri gönderme yasağının denetleyicisi konumunda bulunmaktadır⁴⁰.

1951 Sözleşmesi sonrası dönemde ise BMMYK, 1975'ten itibaren geri gönderme yasağının doğru anlaşılması için yasak kapsamında sayılabilecek ve ihlâl yol açan uygulamaları eleştiren kararlar yayımlamıştır. Yürütme Komitesi tarafından kaleme alınan ve “*Conclusions on the International Protection of Refugees*” olarak geçen bu kararlar doğrultusunda BMMYK, 1951 Sözleşmesinde ele alınan mültecilerin hak ve özgürlükleri ve korunmalarına ilişkin hükümlere dayanarak, yayımladığı kararlara uymayan devletlerden davranışlarını ve ihmallerini açıklamalarını talep etmektedir. Ayrıca, Genel Kurul tarafından sunulan insan hakları ihlâlleri ile uluslararası topluluk, ihlâllerin gerekçelendirilmesini talep etme yetkisine sahiptir. BMMYK bu sebeple hâlihazırda Yürütme Komitesinde üyeleri bulunan devletlerin, bu kararlara karşı itirazlarına açıktır; devletleri yayımladığı kararlara uymaya zorlayamaz. Bu nedenle bu kararlar tavsiye niteliğindedir⁴¹. Bununla birlikte bir diğer görüş, BMMYK tarafından yayımlanan kararların mülteci problemleri ile ilgili, devletlerin hukuki yükümlükleri açısından *opinio juris*in oluşmasında önemli bir rol oynadığı, bu sebeple bağlayıcı olduğudur⁴². Öyle ki bazı kararlar mültecilere uygulanacak muamele standartlarını belirlemekte; BMMYK ve üye devletler arasında yorumdan kaynaklanabilecek farklılıkları sentezleme işlevi görmektedir. Bu sebeple

⁴⁰ <https://www.unhcr.org/tr/unhcrnin-tarihcesi>

<https://www.unhcr.org/tr/ucuncu-ulkeye-yerlestirme> (Erişim: 08.12.2018)

⁴¹ Hathaway, *Right of Refugees*, s.114.

⁴² Goodwin-Gill/McAdam, s.217.

özellikle geri gönderme yasağının uygulanmasının yeknesaklaştırılması açısından kararlar önemli bir yere sahiptir.

Örneğin 1977 yılında yapılan 28. oturumunda verdiği bir kararda BMMYK, geri göndermeme ilkesine uyulmasının temel öneminin, kişilerin sınırda ya da giriş yaptıktan sonra mülteci olarak tanınıp tanınmadıklarına bakılmaksızın menşe ülkelerine iade edilmeleri hâlinde zulme uğrayacakları riskinin bulunmasında iadenin yasaklanması olduğunu tespit etmiştir⁴³. Söz konusu Karar, yasağın temel kapsamını ve önemini ortaya koymuştur. Bu Karar doğrultusunda, geri gönderme yasağı, sınırda veya menşe ülkesinde kötü muameleye uğrayacağına dair makul şüphe bulunan ve mülteci statüsünü taşıyan veya taşımayan herkese uygulanır nitelikte olacaktır. Bu tarihten itibaren yayımlanan Kararlarda belli başlı noktalara dikkat çekilmiş ve yasağın uygulanmasında karşılaşılan temel sorunlar çözülmeye çalışılmıştır. Örneğin 1986 tarihli Kararda, geri gönderme yasağının ülkeye giriş hakkıyla, sınırda reddetmeyle, mülteci statüsü belirlenene kadar geçici koruma tedbiri alınması ile aynı anlamda olmadığı, ancak, sadece yasağın muhatabı olan devletin, yasak açısından koşullar oluştuğunda ülkeye giriş hakkını kullanmaya çalışan, sınırda reddedilen, geçici koruma tedbiri altında olan kimselere de uygulanacağı belirtilmiştir⁴⁴.

2004 yılına kadar yayımlanan bu kararlar, gerek geri gönderme yasağı, gerek genel olarak mültecilere ilişkin birçok tespitte bulunmuş ve yasağın gelişimi ve uygulanması açısından yönlendirici olmuştur.

⁴³ <https://www.unhcr.org/publications/legal/41b041534/compilation-conclusions-adopted-executive-committee-international-protection.html> (Erişim 08.12.2018)

“The fundamental importance of the observance of the principle of non-refoulement-both at the border and within the territory of a State of persons who may be subjected to persecution if returned to their country of origin irrespective of whether or not they have been formally recognized as refugees.”

⁴⁴ Goodwin-Gill/McAdam, s.215-216.

4. Diğer BM Anlaşmaları

Mülteci Hukukunda sıkça başvurulanan ve geri gönderme yasağı için de önemli olan “haklı nedenlere dayanan zulüm korkusu”, özellikle işkence ve kötü muameleyi konu alan insan hakları sözleşmeleri ile geri gönderme yasağı arasında bağlantı kurulmasını sağlar. Sözleşmede kullanılan “zulüm” teriminin, 1951 Sözleşmesinde tanımlanmaması, bilinçli bir tercihtir. Zira, bir sözleşmede hangi davranışların zulüm olacağı sayma yoluyla belirlenemez. Eğer hangi davranışların zulüm terimi kapsamında değerlendirileceği belirlenmiş olsaydı, sayılan davranışların haricinde kalan ve genel anlamda kötü muamele sayılabilecek olan davranışlar zulüm olarak adlandırılmayacaktı⁴⁵.

Zulüm teriminin net bir tanımının olmaması sebebiyle doktrinde bu terime dair çeşitli öneriler yapılmıştır. Buna göre genel yönelim, zulmün, devlet korumasının başarısızlığını gösteren, temel insan haklarının sistematik olarak ihlâl edilmesi olduğudur⁴⁶.

Zulüm kavramı ele alındıktan sonra geri gönderme yasağına gerekçe olarak gösterilen önemli anlaşmalar incelenecektir. Bu anlaşmalardan biri BM tarafından akdedilen 1984 tarihli İşkence ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşmedir⁴⁷. 1951 Sözleşmesinin bu kapsamdaki 33. maddesindeki düzenleme ile İşkenceyi Önleme Sözleşmesinin 3. maddesindeki

⁴⁵ Gorlick, B.: “The Convention and The Comitee Against Torture: A Complementary Protection Regime for Refugees”, International Journal of Refugee Law Vol 11 No:3, Oxford University Press, 1999, s. 480.

⁴⁶ Hathaway, J.C.: “Fear of of Persecution and the Law of Humanitarian Law”, Bulletin of Human Rights, 91/1, United Nations, New York, 1992, s. 99-100; Gorlick, s. 480.

⁴⁷ Kısaca İşkenceyi Önleme Sözleşmesi. Bu Sözleşme, BM Genel Kurulunun 10 Aralık 1984 tarih ve 39/46 sayılı Kararıyla kabul edilip imza, onay ve katılıma açılmıştır. Türkiye’de, Sözleşme 26 Haziran 1987 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, 3441 Sayılı Onay Kanunu, 29 Nisan 1988 gün ve 19799 Sayılı Resmî Gazetede yayınlamıştır.

düzenleme paralellik göstermektedir: *“Hiçbir Taraf Devlet bir şahsı, işkenceye tabi tutulacağı tehlikesinde olduğuna dair esaslı sebeplerin bulunduğu kanaatini uyandıran başka devlete geri göndermeyecek, sınır dışı etmeyecek veya iade etmeyecektir.”*.

1951 Sözleşmesi ile İşkenceyi Önleme Sözleşmesi düzenlemeleri karşılaştırıldığında İşkenceyi Önleme Sözleşmesiyle getirilen korumanın 1951 Sözleşmesine göre daha kapsamlı olduğu görülmektedir. İlk olarak 1951 Sözleşmesinin kişi açısından kapsamı, mülteciler ve buna ek olarak fiili mülteciler iken, İşkenceyi Önleme Sözleşmesi kişi açısından kapsamda böyle bir sınırlama öngörmemektedir. İkinci olarak 1951 Sözleşmesinin 42. maddesi gereği devletler Sözleşmenin 1, 3, 4, 16 (1), 33, 36- 46. maddeleri dışındaki maddelere çekince koyabilmekte iken, İşkenceyi Önleme Sözleşmesi devletlere çekince hakkı tanımamıştır. Son olarak iki Sözleşmedeki ispat kriterleri farklıdır, İşkenceyi Önleme Sözleşmesinde ispat kriterlerinin daha ağır olduğu görülmektedir⁴⁸.

İşkenceyi Önleme Komitesi, mültecilerin bu Sözleşme kapsamında değerlendirilebilmesi için kararlarında belirli kriterleri takip etmektedir. Bunlar, Âkit Devletlerin yetki alanında bulunan mültecilerin bu Sözleşme kapsamında şahsi olarak işkenceye maruz kalma riski olması, bu risk ile başvuran mültecinin etnik kökeni, dini inancı, sabıka kaydı arasında bir bağlantı bulunması ve başvuran mültecinin, bu Sözleşmeden başka, farklı bir sözleşmenin uygulama alanında olmamasıdır⁴⁹.

Böylelikle, 1951 Sözleşmesine paralel olarak, bir kişinin ırkı, dini yönelimi, sabıka kaydı gibi sebeplerle kötü muameleye uğrayacağı konusunda şüphe mevcutsa

⁴⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz: Gorlick, s. 482.

⁴⁹ Gorlick, s. 484;

ve kişi, 1951 Sözleşmesinin kişi ya da konu bakımından kapsamının dışında kalıyorsa ilgiliye İşkenceyi Önlleme Sözleşmesi uygulanmasını talep edebilecektir.

Geri gönderme yasağı kapsamında yararlanılan bir başka BM düzenlemesi ise Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesidir⁵⁰. Geri gönderme yasağı kapsamında değerlendirme yapılmadan önce Sözleşmenin etki alanı ortaya konulmalıdır. Anılan Sözleşmenin 2. maddesi, konu ve yer bakımından uygulama alanı belirleyen düzenlemedir⁵¹. Buna göre, Âkit devletlerin kendi topraklarında bulunan ve egemenlik yetkisine tâbi olan her bireye karşı bu sözleşmeyle bağılı olacakları kabul edilmiştir. Fakat kümülatif olarak coğrafi uygulama alanı ile konu bakımından yetki şartını bir arada aramak, istenmeyen bazı sonuçlara yol açabilmektedir. Örneğın, Sözleşmenin 12. maddenin 4. fıkrası uyarınca Âkit Devlet vatandaşı, kendi ülkesine giriş hakkını fiziksel olarak ülke sınırında değilken kullanamayacaktır. Bu nedenle, İnsan Hakları Komitesi, Sözleşmenin devletin topraklarında ya da devletin egemenlik yetkisi altında bulunan kişilere uygulanacağını belirtmiştir⁵². Bu durumda, devletin egemenlik yetkisi altında bulunan kişiden anlaşılması gereken, ihlâlin oluştuğı yerde devletin egemen olması değil; devletle birey arasında devlete üstünlük sağlayan egemenlik yetkisini doğuracak bir ilişkinin mevcudiyeti olacaktır⁵³. Böylelikle, Sözleşmenin uygulama alanına ülke sınırları dışında bulunan kimseler de dâhil edilebilecektir.

⁵⁰ Sözleşme, BM Genel Kurulu'nun 16 Aralık 1966 tarihli ve 2200 A (XXI) sayılı kararıyla kabul edilmiştir. 19 Aralık 1966 tarihinde ise imzaya açılmıştır.

<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c016/tbmm22016089ss0150.pdf>
(Erişim: 02.05.2019)

⁵¹ "...kendi toprakları ,üzerinde bulunan ve egemenlik yetkisine tabi olan bütün bireyler..."

⁵² HRC, General Comment No:23 (1994), parag. 4.; Moreno-Lax, s. 260.

⁵³ 1. madde, First Optional Protocol.

Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 7. maddesi geri gönderme yasağı ile ilişkilendirilmektedir. Anılan madde uyarınca: *“Hiç kimse işkenceye veya zalimane, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele veya cezaya maruz bırakılamaz. Ayrıca hiç kimse, serbest iradesi olmadan tıbbi veya bilimsel bir deneye tabi tutulamaz.”* Yorum yoluyla, bu düzenlemeden Sözleşmenin, geri gönderme yasağı açısından kullanılabilir bir kaynak olarak değerlendirmesi çıkarımı yapılabilecektir. 7. madde açısından yukarıda yapılan sınır dışı uygulama yorumu tartışmalıdır⁵⁴.

Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, İşkence ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşmeden daha geniş kapsamlıdır; çünkü işkencenin yanı sıra diğer zalimane, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele veya cezayı da kapsamına almaktadır⁵⁵.

Son olarak geri gönderme yasağı kapsamında uygulaması olan bir diğer sözleşme Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin 1949 Cenevre Sözleşmesidir. Anılan Sözleşmenin 45. Maddesi gereği, *“Himaye gören bir şahıs, siyasî veya dini akidelerinden dolayı zulme uğramaktan korkabileceği bir memlekete hiç bir veçhile naklolunamaz.”* Bu hüküm, savaş zamanında himaye altına alınan kişilerin korunması maksadıyla menşe ülkelerine veya tehlikeye düşecekleri diğer ülkelere geri gönderilmemesini öngörmektedir.

Görüldüğü üzere, İkinci Dünya Savaşı sonrası dönemde ortaya çıkan mülteci hareketinin ve yerleşim probleminin çözülmesi amacıyla BM gerek 1951 Sözleşmesinin hazırlanması ve imzasında, gerek 1951 Sözleşmesi sonrası süreçte

⁵⁴ Görüş için bkz., Moreno-Lax, s.262.

⁵⁵ Goodwin-Gill/McAdam, s.209.

yayımladığı Kararları ve konu ile ilişkilendirilebilecek diğer sözleşmeleri ile bu süreçte aktif bir rol oynamış ve oynamaya da devam etmektedir.

B. Avrupa Birliğindeki Bazı Düzenlemeler

Avrupa Birliği (AB) açısından düzensiz göç, ekonomik ve kültürel bir risk olarak görülmektedir. Düzensiz göçü kontrol etmek için hazırlanan tasarılar, sürekli olarak hem ulusal açıdan üye devletlerin, hem ulusüstü açıdan Birliğin politik gündeminde ön sıralarda yer almıştır. 2004 yılında AB'nin sınırlarında Üye Devletlerin iş birliği ile AB ortak politikası çerçevesinde düzensiz göçmenlerin girişinin kontrol edilmesi ve bir anlamda düzensiz girişin yasaklanmasını sağlamak amacıyla Sınır Ajansı (*Frontex- European Border and Coast Guard Agency*) kurulmuştur. *Frontexin* sınır kontrolü uygulamaları, düzensiz göçmenlerin AB'ye Üye Devlet topraklarına girmesini önlemeyi amaçladığı için Birlik açısından mülteci hukuku politik, toplumsal ve yasal boyutlarda büyük ölçüde sınırları çizilmiş bir alandır⁵⁶.

Düzenlemelerdeki asıl amaç, AB topraklarının güvenliğini korumaktır. Fakat Birlik ve Üye Devletleri, üçüncü ülke vatandaşlarına karşı koruma yükümlülükleri ile bağlıdır. Bu taahhüt AB üyesi devletleri geri gönderme yasağıyla, bağlı hale

⁵⁶ Mungianu, R.: The EU, Frontex and Non-Refoulement. In *Frontex and Non-Refoulement: The International Responsibility of the EU*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, s. 1; Avrupa Konseyi, Tampere Zirvesi 15-16 Ekim 1999, 16/10/1999, No. 200/1/99. Ayrıca bkz. Avrupa Konseyi, Laeken Zirvesi, 14-15 Aralık 2001, 14/12/2001, No. 300/1/01; Avrupa Konseyi, Seville, 21-22 Haziran 2002, 24/10/2012, No. 13463/02; Avrupa Konseyi, Thessaloniki Zirvesi, 19-20 Haziran 2003, 1/10/2003, No. 11638/03; Avrupa Konseyi, 'The Hague Programme: Strengthening Freedom, Security and Justice in the European Union', OJ 2005 No. C53, s. 1; Avrupa Konseyi, 'The Stockholm Programme – An Open and Secure Europe Serving and Protecting the Citizens', 2 Aralık 2009, OJ 2010 No. C115, s. 1.

getirmektedir. Bu durumda, ilgili kişilerin risk tehdidi altında bulunacakları üçüncü devlet topraklarına geri gönderilmesi, Birlik ve Üye Devletler için geri gönderme yasağı kapsamında değerlendirilebilecektir⁵⁷.

Bunun yanı sıra AB açısından yerinden edilmiş kimseler için atılmış olan en büyük adımlardan biri AB Temel Haklar Şartıdır (*The Charter of Fundamental Rights of the European Union*)⁵⁸. AB, Temel Haklar Şartını hukukuna katarak, yasal olarak bağlayıcı bir temel haklar sözleşmesi oluşturmuş; böylelikle AİHS'nin kabulüyle oluşan düzenin bir parçası haline gelmiştir. Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi, adalet, özgürlük ve güvenlik alanlarının geleceği için öncelikle Birlikteki temel hakların çerçevesini çizmiştir. Avrupa Komisyonu ve Konsey, çerçevesi sunulan bu temel hakları korumakla yükümlüdür⁵⁹.

1951 Sözleşmesi ve çalışmada ayrı bir başlık altında incelenecek olan AİHS de elbette ki Birlik için uygulanma iddiasında olan uluslararası sözleşmelerdir. Her ne kadar AİHS'de doğrudan geri gönderme yasağı ismen düzenlenmemiş de olsa, Sözleşmenin 3. maddesi ve 8. maddesi başta olmak üzere birçok maddesi, doğrudan veya dolaylı olarak yasak açısından uygulanabilmektedir⁶⁰. AB'nin bu sözleşmelere bağlılığı, üye devletler açısından sözleşmelere taraf olmaları durumu ayrı tutularak, Birlik açısından bir hukuki zorunluluk içermemektedir. Bu anlamda, bu sözleşmelerin

⁵⁷ Mungianu, s.1-7.

⁵⁸ 7 Aralık 2000 tarihinde yapılan Avrupa Parlamentosu Nice Zirvesinde, Konsey ve Komisyon başkanlarının imzasıyla ilân edilmiştir.

https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf (Erişim: 02.05.2019)

⁵⁹ <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0573:FIN:en:PDF> (Erişim 07.12.12)

⁶⁰ Moreno-Lax, V.: "Accessing Asylum in Europe Extraterritorial Border Controls and Refugee Rights under EU Law", Oxford Studies In European Law, Oxford University Press, United Kingdom, 2017, s. 266-282; Bayata Canyaş, F.A.: "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Kapsamındaki Geri Gönderme Yasağının Uygulanma Koşullarının AİHM Kararları Çerçevesinde İrdelenmesi", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 5(1) 2015 (73-90), s. 78-81.

geri gönderme yasağına ilişkin maddelerin veya geri gönderme yasağı için kullanılan maddelerin, Birlik açısından bağlayıcılığı, geri gönderme yasağının bir *jus cogens*⁶¹ kuralı olmasından ve AB Temel Haklar Şartı 52. maddenin 3.fıkrası⁶² ve AB Antlaşması 6. maddenin 3. fıkrasından⁶³ kaynaklanmaktadır.

Bu çerçevede, geri göndermeme yasağı, AB Temel Haklar Şartı ve buna bağlı olarak AİHS ve 1951 Sözleşmesi kapsamında Birlik ve Üye Devletler açısından de uygulanabilir bir yasak olacaktır.

Bunlara ek olarak, 1999'da yapılan ve Birlik için mülteci hukuku açısından bir dönüm noktası olan *Tampere* Zirvesinde ele alınan temel konulardan biri de Avrupa Ortak Sığınma ve Göç Sistemidir⁶⁴. Bu sistemle amaçlanan, 1951 Sözleşmesi ve ilgili diğer insan hakları belgelerinin yükümlülüklerine tam olarak bağlı olarak ve uluslararası toplum ile dayanışma temelinde insani ihtiyaçlara cevap verebilen, açık ve güvenli bir Avrupa Birliği oluşturmak ve Kanuna uygun olarak üçüncü ülke vatandaşlarının AB toplumlarına entegrasyonunu sağlamak için ortak bir yaklaşım geliştirmektir. Bu amaca hizmet için belirli konu başlıkları seçilmiş ve bunlara yönelik düzenlemeler yapılmıştır. Örneğin, menşe ülke ile ortaklık kurmak, Avrupa'da ortak bir sığınma sistemi kurmak, üçüncü ülke vatandaşlarına adil muamele uygulamak, göç akımlarının idaresi gibi konular ele alınmıştır. Ortak bir Avrupa Sığınma Sistemi ile 1951 Sözleşmesine bire bir uyum içerisinde, geri gönderme yasağını da kapsayıcı bir

⁶¹ Moreno-Lax, s. 281.

⁶² “Bu Bildirge'nin, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesi ile teminat altına alınmış olan haklara tekabül eden hakları içermesi durumunda söz konusu hakların anlamı ve kapsamı, söz konusu Antlaşmada belirtilenlerle aynı olacaktır. Bu hüküm, Birlik hukukunun daha kapsamlı koruma sağlamasını engellemez.”

⁶³ “Birlik, İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'ne katılır. Bu katılım, Birliğin Antlaşmalar'da belirlenen yetkilerinde değişikliğe yol açmaz.”

⁶⁴ *Tampere* Zirvesi, 15-16 Ekim 1999'da gerçekleştirilmiştir.

http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_en.htm (Erişim 08.12.2018)

sistem kurma gerekliliğinin altı çizilmiştir. Buna dayanarak zulüm ve kötü muamele tehdidi altındaki üçüncü ülke vatandaşlarının asla geri gönderilmemesi gerektiği belirtilmiştir⁶⁵.

2004 Vasıf Yönergesinde⁶⁶ ise geri gönderme yasağının önemi yeniden belirtilmiş ve bu yasağın sadece yabancıyı geri göndermemekle sınırlı olmadığı, yerinden edilmiş kimselerin entegrasyonun da bu yasağın bir parçası olması gerektiği belirtilmiştir. Yönergenin diğerlerinden farkı ise 1951 Sözleşmesi kapsamı dışında kalan, uluslararası koruma altında olmayanlar, yani tamamlayıcı koruma statülerinden yararlanacak olanları da ele almasıdır. Buna ek olarak 2004 Vasıf Yönergesi, yerinden edilmiş kimselerin de yasak kapsamında olduğunu belirten ilk uluslararası düzenlemedir⁶⁷.

Ayrıca, Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Anlaşmada⁶⁸, 78. maddesi başta olmak üzere konuyla ilgili düzenlemeler yapılmıştır. Buna göre Birlik, uluslararası koruma gerektiren ve geri göndermeme ilkesine uyumlu bir şekilde, üçüncü ülke vatandaşlarına uygun hukuki statü sunmak amacıyla sığınma, ikincil koruma ve geçici koruma konusunda ortak bir politika geliştirmekle yükümlüdür. Bu politika 1951

⁶⁵ http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_en.htm (Erişim 08.12.2018)

⁶⁶ “Minimum Standards for the Qualification and Status of Third Country Nationals or Stateless Persons as Refugees or as Persons Who Otherwise Need International Protection and the Content of the Protection Granted” isimli Yönerge, 29 Eylül 2004 tarihinde yayımlanmıştır:

OJ L. 304/12-304/23; 30.9.2004, 2004/83/EC

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004L0083&from=EN> (Erişim: 02.05.2019)

⁶⁷ Goodwin-Gill/McAdam, s.211;

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004L0083&from=EN> (Erişim 08.12.2018)

⁶⁸ “Treaty on the Functioning of the European Union” 30 Mart 2010 Tarihinde ve C 83 serisiyle yayımlanan bu Anlaşma, AB Kurucu Anlaşmalar arasındadır. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=EN> (Erişim 09.01.2019)

Resmi çevirisi için bkz.: <https://www.ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf> (Erişim:02.05.2019)

Sözleşmesine ve mültecilerin ve diğer ilgili anlaşmaların durumuna ilişkin 31 Ocak 1967 Protokolüne uygun olmalıdır. Ayrıca, Anlaşmanın 67. maddesinde Birliğin, temel haklara ve Üye Devletlerin farklı hukuk sistemlerine ve geleneklerine sahip olması gerçeğine saygı duyularak, ortak özgürlük, güvenlik ve adalet alanı oluşturulacağı, kişiler için de iç sınır kontrollerinin bulunmadığı ve üçüncü ülke vatandaşlarına karşı adil olarak Üye Devletler arasındaki dayanışmayla iltica, göç ve dış sınır kontrolü konularında ortak bir politika belirleneceği hüküm altına alınmıştır. Ayrıca, hükmün koruduğu menfaat ele alındığında vatansız kişilere de üçüncü ülke vatandaşı olarak muamele edileceği anlaşılmaktadır⁶⁹.

C. Bölgesel Düzenlemeler

Geri gönderme yasağı, gerek insan haklarını ilgilendiren bir yasak olması, gerek *jus cogens* niteliğini haiz olması sebebiyle birçok uluslararası düzenlemede yer almaktadır. Örneğin 1969 yılında akdedilen Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin⁷⁰ 22. maddesinin 8. fıkrasında, yabancıların, ırk, vatandaşlık, din, sosyal statü veya siyasi görüşleri sebebiyle, yabancıların yaşamının veya özgürlüğünün tehlike altında olduğu menşee devletine veya herhangi bir devlete hiçbir şekilde gönderilemeyeceği hüküm altına alınmıştır⁷¹.

⁶⁹ Treaty on the Functioning of the European Union

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=EN> (Erişim 09.01.2019); Moreno-Lax, s. 249.

⁷⁰ 22 Kasım 1969 tarihinde, Kosta Rika'nın San Jose şehrinde gerçekleştirilen Konferansta bu Sözleşme imzaya açılmış ve 18 Temmuz 1978 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

<https://www.refworld.org/docid/3ae6b36510.html> (Erişim: 02.05.2019)

⁷¹ “In no case may an alien be deported or returned to a country, regardless of whether or not it is his country of origin, if in that country his right to life or personal freedom is in danger of being violated because of his race, nationality, religion, social status, or political opinions.” Çevirisi için: “Hiçbir

1981 tarihli Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartının 12. maddesinin 3. fıkrası da (*African Charter on Human and Peoples Rights*) geri gönderme yasağı ile ilişkilendirilebilecektir⁷².

Devletler, bağlayıcı uluslararası belgelerin yanı sıra bağlayıcı olmayan *soft law* olarak bilinen düzenlemelerle de geri gönderme yasağına yer vermektedir. 14 Aralık 1967 tarihli Ülkesel Sığınmaya İlişkin Beyannamenin⁷³ (*The 1967 Declaration on Territorial Asylum*) 3. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, mülteci veya sığınmacı olsun, hiç kimsenin zulme uğrayacağı bir devlete geri gönderilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Benzer düzenlemeler, Avrupa Konseyi Asya-Afrika Yasal Danışma Komitesinin Mülteci Muamelesi⁷⁴, 1984 *Cartegana* Deklarasyonu⁷⁵ gibi bağlayıcı olmayan yol gösterici ve/veya öneri niteliğindeki hukuki metinlerde de mevcuttur. Özellikle, *Cartegana* Deklarasyonu, hem bölgelere özgü yapılan mülteci tanımlarını genişletmiş, hem uluslararası korumanın köşe taşı olarak geri gönderme yasağı ve sınırdan geri çevirmeme ilkesini örnek göstermiştir⁷⁶.

durumda bir yabancı, menşe ülkesi olup olmadığına bakılmaksızın bir ülkede, ırkı, milliyeti, dini, sosyal statü veya politik görüşleri nedeniyle yaşama veya kişisel özgürlük hakkı ihlâl edilme tehlikesi altındaysa, o ülkeye sınır dışı edilemez veya iade edilemez.”

⁷² “3. *Every individual shall have the right, when persecuted, to seek and obtain asylum in other countries in accordance with laws of those countries and International conventions.*” Çeviri için: “Her birey, bir ülkede zulüm gördüğü zaman, bu ülkelerin yasalarına ve Uluslararası sözleşmelere uygun olarak diğer ülkelere iltica etme hakkına sahip olacaktır.”

⁷³ BM Genel Kurul, UN, “*Declaration on Territorial Asylum*”, A/RES/2312(XXII)

<https://www.refworld.org/docid/3b00f05a2c.html> (Erişim: 02.05. 2019)

⁷⁴ “Report of the Eighth Session of the Asian-African Legal Consultative Committee”, Bangkok, 8-17 Ağustos 1966 (2001 yılında gözden geçirilmiştir).

⁷⁵ Bu bildiri, 19- 22 Kasım 1984 tarihleri arasında yapılan Amerika, Meksika ve Panama’daki Mültecilerin Yasal ve İnsancıl Problemlerden Korunması Hakkında Uluslararası Konferans Dizisinde kabul edilmiştir.

https://www.oas.org/dil/1984_cartagena_declaration_on_refugees.pdf (Erişim: 02.05.2019)

⁷⁶ *Cartegana Deklarasyonu*, Sonuç ve Öneriler, III, 5.

II. Yasakla Getirilen Korumanın Kapsamı

Geri gönderme yasağı ile getirilen korumanın kapsamı ele alınırken, yasağın esas olarak temel kaynağını oluşturan 1951 Sözleşmesinden yola çıkılması gerekmektedir.

1951 Sözleşmesinin Dibacesinde, Sözleşme ile kurulan mültecileri koruyucu rejimin, tıpkı insan haklarını ele alan uluslararası sözleşmeler gibi temel insan haklarını koruma amacını taşıdığı belirtilmiştir. Dibacede ayrıca Âkit Devletlerin, 1951 Sözleşmesinin kabulünden sonra oluşacak yeni mülteci akınlarında da, mülteci hukuki statüsünü haiz olsun veya olmasın, yerinden edilmiş ve korumaya ihtiyaç duyan her insana eşit koruma sağlama amacı açıkça belirtilmiştir⁷⁷.

Geri gönderme yasağının doğru ve eksiksiz bir şekilde uygulanması için yasağın kimlere, nerede, hangi şartlarda uygulanacağı ve istisnasının mevcut olup olmadığı ortaya konulmalıdır.

⁷⁷ Hathaway, Fear of Persecution, s. 54; 1951 Sözleşmesi Dibacesi, paragraf 3-4.

A. Kişi Açısından Kapsam

1951 Sözleşmesinin 33. maddesinden de anlaşıldığı üzere, Sözleşme, 1. madde kapsamındaki mültecilere⁷⁸ uygulanır. Sözleşme ile mülteci hukuki statüsünü haiz olacak kişiler kategorik olarak saptanmamış, bilinçli olarak genel bir mülteci tanımı yapılmıştır. Böylelikle, ilk defa uluslararası bir kaynak olarak bu Sözleşme ile mülteci tanımı bağlayıcı hale gelmiştir. Bu durumun bir sonucu olarak, bu Sözleşme uyarınca mülteci statüsünü haiz olanlar, yerinden edilmiş ve göçe zorlanan kişilere kıyasla birçok hak ve güvenceye sahip olmaktadır⁷⁹.

Kişi bakımından yasağın kapsamı ele alındığında akla gelecek ilk soru, mülteci statüsünde olmayan kimselere de geri gönderme yasağının uygulanıp uygulanmayacağıdır. BMMYK, 6 numaralı Kararında, yasağın önemini göz önünde bulundurarak, mülteci statüsünü haiz olsun veya olmasın bu korumaya ihtiyacı olan kimselere uygulanacağını belirtmiştir. Genel Kurul tarafından da bu görüş kabul edilmiştir. Bu sayede *de facto* olarak mülteci statüsü şartlarını taşıyan bireyler de kişi bakımından uygulama alanına girmektedirler⁸⁰. 6 numaralı Karardan yola çıkarak,

⁷⁸ “1. Madde

A. İşbu Sözleşme'nin amaçları bakımından "mülteci" kavramı:

(1) 12 Mayıs 1926 ve 30 Haziran 1928 Düzenlemeleri veya 28 Ekim 1933 ve 10 Şubat 1938 Sözleşmeleri, 14 Eylül 1939 Protokol ya da Uluslararası Mülteci Örgütü Tüzüğü'ne göre mülteci sayılan; Uluslararası Mülteci Örgütü tarafından, faaliyette bulunduğu dönem içinde alınmış mülteci sıfatını vermeme kararları, bu bölümün 2. fıkrasındaki koşullara sahip olan kimselere mülteci sıfatının verilmesine engel değildir;

(2) 1 Ocak 1951'den önce meydana gelen olaylar sonucunda ve ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri yüzünden, zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan, ya da söz konusu korku nedeniyle, yararlanmak istemeyen; yahut tabiiyeti yoksa ve bu tr olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen her şahsa uygulanacaktır.”

⁷⁹ Goodwin-Gill/McAdam, s. 37; Hathaway, Rights of Refugees, s. 16; Öztürk, s. 84-85.

⁸⁰ Öztürk, s.122.

etkili bir koruma sağlamak için, korumanın sığınmacılara⁸¹ (*asylum seekers*) da uygulanması uygun bulunmuştur. Kişinin, sığınmacı olması hâlinde ülke topraklarına ne şekilde geldiği değil, koruma kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği göz önüne alınmalıdır. Bundan anlaşılması gereken, kişinin haklı nedenlere dayanan zulüm korkusuyla menşe ülkesinden ayrılması, geri gönderme yasağının ihlâli açısından yeterli olacaktır⁸².

Geri gönderme yasağının kişi açısından uygulanmasında özellikli bir durum olan kitlesel akın, 1951 Sözleşmesinde düzenlenmeyen, zaman içerisinde karşılaşılan çok sayıda yerinden edilmiş insanların toplu hareketleri sonucu ortaya çıkmış bir kavramdır. İlk olarak AB Geçici Koruma Direktifinde bahsi geçen bu kavram, Direktifin 2. maddesinde “istisnai büyüklükte yerinden edilmiş insan toplulukları” olarak açıklanmıştır.

Uluslararası Göç Örgütünün göçe ilişkin terimlerin yer aldığı sözlüğünde kitlesel akın (*mass/collective influx*) terimi, çok sayıda insanın ani hareketi veya yer değiştirmesi olarak tanımlanmıştır⁸³. Geri gönderme yasağının uygulanması açısından önemli olan BMMYK Kararlarında da, kitlesel akın kavramının bir tanımı yapılmasa

⁸¹ YUKK yürürlüğe girmesiyle mevzuatımızdan kaldırılan bu kavram, yerini şartlı mülteci kavramına bırakmıştır. YUKK’un 62. maddesi uyarınca,

“(1) Avrupa ülkeleri dışında meydana gelen olaylar sebebiyle; ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan, ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancıya veya bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen vatansız kişiye statü belirleme işlemleri sonrasında şartlı mülteci statüsü verilir...”

⁸² BMMYK 6 numaralı Koruma Kararı; UNGA res. 52/100, 12.12.1997, para. 5; Goodwin-Gill/McAdam, s.233.

⁸³International Migration Law, Glossary on Migration: https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml25_1.pdf (Erişim: 31.12.2018)

da, kavramın belli başlı özelliklerine yer verilmiştir. Buna göre kitlesel akının oluşabilmesi için aşağıdaki koşulların gerçekleşmesi gerekir:

- “1. Uluslararası sınırı geçip ev sahibi devlete varan kayda değer sayıda insan,*
- 2. Varışın hızlı bir şekilde gerçekleşmesi,*
- 3. Ev sahibi devletlerin, özellikle acil durum evresinde bu kişileri özümseme (absorption) veya müdahale etme kapasitelerinin (respond capacity) yeterli olmaması,*
- 4. Hâlihazırda mevcut olan bireysel sığınma prosedürlerinin, bu kadar sayıda bireyin değerlendirilmesinde uygulanmasının mümkün olmaması.”⁸⁴*

Bu şartlar ele alındığında temel olarak iki yönelimin kitlesel akın kavramı açısından belirleyici olduğu saptanmaktadır. Buna göre, ilk yönetime göre, kitlesel akının oluşabilmesi için, Uluslararası Göç Örgütünün göçe ilişkin terimlerin yer aldığı sözlüğünde belirtildiği gibi sadece ani şekilde gelen fazla sayıda insan yeterli bulunmaktadır⁸⁵. İkinci yönetime göre ise ev sahibi devletin mülteci statüsünü belirleme kapasitesi, kitlesel akının oluşabilmesi için önemli bir rol oynamaktadır⁸⁶. Bundan anlaşılması gerekenin, mülteci akınına maruz kalan devletin, bu akın ile ulusal ekonomik kaynakları ve mevzuatı çerçevesinde ne kadar başa çıkabileceğidir. Eğer ilgili devlet, ulusal ekonomik kaynakları ve mevzuatıyla bu akını karşılayabilecek bir kapasiteye sahip değilse, akınla gelen mültecilere mülteci statüsü sağlayamıyorsa, bu büyüklükteki akın, kitlesel akın olarak değerlendirilebilecektir⁸⁷.

⁸⁴ Executive Committee, Conclusion No: 100, 2004, para. (a).

⁸⁵ Yılmaz, S.: Kitlesel Akın (Sığınma) Durumunda Geçici Koruma Rejimi ve Asgari Muamele Standardı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Mayıs 2016, s.77.

⁸⁶ Yılmaz, s. 77; Matthew, A.: “Govenence and Prima Facie Status Determination: Clarifying the Boundaries of Temporary Protection, Group Determination, and Mass Influx”, Refugee Survey Quarterly, Sayı: 1, C. 29, 2010 (69-91), s. 84.

⁸⁷ Yılmaz, s. 77; Goodwin-Gill/McAdam, s. 335; Edwards, A.: Temporaray Protection, Derogation and 1951 Refugee Convention, Melbourne Journal of International Law, Cilt 13, 2012 (1-41), s. 9.

AB Geçici Koruma Yönergesine göre,⁸⁸ akına maruz kalan devletin mevzuatının ve ekonomik kaynaklarının akını karşılayabilmek için yeterli olup olmaması ön planda değildir; sayısal büyüklük, kitlesel akının oluşması için yeterli kabul edilmektedir. Bu durumda kitlesel akın AB açısından sayısı ilk bakışta belirlenemeyen insan akını olarak kabul edilmektedir⁸⁹.

BMMYK kapsamında kitlesel akın kavramı, geçici koruma kapsamında açıklanmış olmakla birlikte, akına maruz kalan devletin sığınma usulünün karşılayamayacağı büyüklükte ve 1951 Sözleşmesi kapsamında düzenlenen bireysel statü tatbikinin sağlanamayacağı miktarda kişinin varlığıdır. Ancak bu kapsamda büyük bir akın hâlinde gelen kimselere toplu olarak geçici koruma statüsü sağlanacaktır⁹⁰. Bu durumda kitlesel akına maruz kalmış bir devletin geri gönderme yasağı ile bağlı olup olmayacağı tartışılabilecektir. 1951 Sözleşmesinin hazırlık çalışmalarında, kitlesel akın hâlinde ilgili devletlerin geri gönderme yasağına tâbi olmaması gerektiğine dair görüşler belirtilmiştir⁹¹. Bununla birlikte, gerek 1951 Sözleşmesinde lafzi olarak kitlesel akın halinin yasak kapsamı açısından istisna oluşturduğu konusunda bir ibarenin bulunmaması, gerek Sözleşmenin insani boyutu nedeniyle geri gönderme yasağının kitlesel akın hâlinde de uygulanacağı savunulmaktadır⁹².

⁸⁸ 20 Temmuz 2001 tarihli 2001/55/EC (AT) numaralı Yönerge, Avrupa Konsey Yönergesi olarak da adlandırılmaktadır.

⁸⁹ Yılmaz, s. 77.

⁹⁰ UNHCR, Global Consultation on International Protection of Refugees in Mass Influx Situation: Overall Protection Framework, First mtg, UN Doc/EC/GC/01/4, 19 Şubat 2001, <https://www.unhcr.org/protection/globalconsult/3ae68f3c24/protection-refugees-mass-influx-situations-overall-protection-framework.html> (Erişim: 04.01.2019)

⁹¹ Hathaway, Rights of Refugees, s. 355-366; Yılmaz, s. 78.

⁹² Lauterpacht/Bethlehem, s. 119; Edwards, s. 37; Yılmaz, 78; Yılmaz, s.78.

BMMYK Kararlarında da kitlesel akın hâlinde geri gönderme yasağının uygulanabileceği kabul edilmiştir. Örneğin, İnsan Hakları Komitesinin 22 numaralı Kararında, kitlesel akın hâlinde gelen sığınmacıların, gönüllü olarak sığınma ülkesini terk etmesi, yerel yerleşim veya yeniden yerleşiminin muhtemel olmadığı belirtilmiş, bu durumun Âkit Devletler açısından ciddi sorunlar yarattığı tespit edilmiştir. Aynı zamanda 1951 Sözleşmesi dâhilinde, Âkit Devletlerin bu sorunu aşmak için çeşitli taahhütler vermesine rağmen sığınma talebiyle kitlesel akın hâlinde gelen kimselerin kalıcı yerleşimini kabul etmedikleri hususu da Kararda belirtilmiş, kitlesel akın hâlinde gelen kimseleri güvence altına alacak asgari düzeydeki haklar öngörülmüştür. Böylelikle, 22 numaralı Kararda, kitlesel akın durumunda henüz bir hukuki statüleri bulunmayan kişilere tam koruma sağlanması, en azından bu duruma kalıcı çözüm sağlanana kadar kitle hâlinde sığınma ülkesine giriş yapan kimselere temel asgari muamelelerin belirlenmesi ve uluslararası dayanışma ve külfet paylaşımını sağlamak amaçlanmıştır. Bunlara ek olarak, 22 numaralı Kararda, Koruma Önlemleri başlığı altında ayrıca geri gönderme yasağı da düzenlenmiş, kitlesel akın hâlinde sınıra gelenlerin de geri gönderme yasağı kapsamında ele alınması gerektiği belirtilmiştir⁹³. Böylelikle, sığınma ülkelerinin muhtemel sınırdan geri çevirme davranışlarının önlenmesi amaçlanmıştır.

⁹³ “II. Measures of protection

A. Admission and non-refoulement

1. In situations of large-scale influx, asylum-seekers should be admitted to the State in which they first seek refuge and if that State is unable to admit them on a durable basis, it should always admit them at least on a temporary basis and provide them with protection according to the principles set out below. They should be admitted without any discrimination as to race, religion, political opinion, nationality, country of origin or physical incapacity. “: Executive Committee Conclusion No: 22, 1981.

7 Eylül 1994 tarihli *Uluslararası Koruma Üzerine Notlar*⁹⁴ adını taşıyan BMMYK belgesinde, yerinden edilmiş kimselerin, bir hukuki statü kazanana kadar geçen süreçte mülteci olarak kabul edilmeleri gerektiği, ancak bu kuralın kabulüyle geri gönderme yasağının işlevsel hale getirilebileceği öngörülmüştür. Bu doğrultuda, geri gönderme yasağı başta olmak üzere temel koruma kurallarının, kişilerin mülteci statüsünde olup olmadıklarına bakılmaksızın uygulanması gerekliliğinin altı çizilmiştir⁹⁵. Buna göre, kitlesel akın hâlinde sınırlara gelen kimselerin de fiili olarak mülteci statüsünde sayıldığı, bu durumun, onlara sağlanan korumanın bir parçası olarak görüldüğü anlaşılmaktadır.

B. Korumanın Gerekçesi

1951 Sözleşmesi kapsamında, genel ifadeyle, sınır dışı etme veya geri gönderme sonucu, birinci maddede belirtilen mülteci statüsüne sahip kişilerin, hayatlarının ve özgürlüklerinin tehdit altında olacağı bir ülkeye her ne koşul altında olursa olsun gönderilmemeleri düzenlenmiştir. Sağlanan korumanın gerekçesine ulaşmak için öncelikle geri gönderme yasağını düzenleyen 33. maddeden yola çıkmak gereklidir. Söz konusu hüküm uyarınca,

“1. Hiçbir Taraf Devlet, bir mülteciyi, ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayatı ya da özgürlüğü tehdit

⁹⁴ BM Genel Kurul, *Uluslararası Koruma Üzerine Notlar (Note on International Protection)*, 7 Eylül 1994, A/AC.96/830.

<https://www.refworld.org/docid/3f0a935f2.html> (Erişim:02.05.2019)

⁹⁵ “Recognizes, in this regard, that new approaches should not undermine the institution of asylum, as well as other basic protection principles, notably the principle of non-refoulement;”: Note on International Protection (1994), s. 134; Yılmaz, s. 79.

altında olacak ülkelerin sınırlarına, her ne şekilde olursa olsun geri göndermeyecek veya iade ("refouler") etmeyecektir.

2. Bununla beraber, bulunduğu ülkenin güvenliği için tehlikeli sayılması yolunda ciddi sebepler bulunan veya özellikle ciddi bir adi suçtan dolayı kesinleşmiş bir hükümle mahkûm olduğu için söz konusu ülkenin halkı açısından bir tehlike oluşturmaya devam eden bir mülteci, işbu hükümden yararlanmayı talep edemez."

Bu hükümden anlaşıldığı üzere, korumanın gerekçesi, kişinin ırkı, dini, tâbiyeti, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayatının ya da özgürlüğünün tehdit altında bulunmasını engellemek ve başka bir ülkeye gönderilmesi sonucunda da aynı risklerle karşılaşmasını önlemektir.

33. maddedeki “ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirler” ifadesi ile ne kastedildiğinin ortaya konması önem taşımaktadır. Bu amaçla Sözleşmenin 1-A/2 maddesi ve 33. madde birlikte ele alınmalıdır. Sözleşmenin 1 maddesine göre,

“1 Ocak 1951’den önce meydana gelen olaylar sonucunda ve ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri yüzünden, zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan, ya da söz konusu korku nedeniyle, yararlanmak istemeyen; yahut tabiiyeti yoksa ve bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen her şahsa uygulanacaktır.”

İki hükümden geçen “mültecinin hayatı ya da özgürlüğünün tehdit altında olması” ve “zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korkması (zulüm korkusu)” ibarelerinin aynı düzlemde değerlendirilmelidir. Her ne kadar, bir ifade geri gönderme yasağı, diğeri mülteci tanımı için aranan şartlar için kullanılsa da Sözleşmenin bir bütün oluşturması

açısından bu iki ifadenin aynı anlamı taşıdığına ilişkin bir saptama yapılmalıdır⁹⁶. Bu durumda, *zulüm korkusu*, kişinin zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korkması, hem mülteci statüsünün kazanılmasında, hem de kişinin geri gönderme yasağı kapsamında korunmasında aranacak bir koşul olarak değerlendirilmelidir.

1951 Sözleşmesinde kullanılan *zulüm kavramı* esasen hangi anlamı taşımaktadır; zulüm korkusunun ırk, din, tabiiyet, belirli bir toplumsal gruba mensubiyet veya siyasi düşüncelerden kaynaklanması ile ne anlaşılması gerekmektedir? Bu sorulara verilen cevap, aynı zamanda geri gönderme yasağının uygulanma koşullarını da oluşturmaktadır. “Zulme uğramaktan haklı sebeplerle korkma” ifadesi, iki temel unsuru barındırmaktadır⁹⁷; ilki kişinin ruh haline ilişkin bir unsur olan “*korku*”, ikincisi ise korku halinin “*haklı nedenlere dayanmasıdır.*” Bu iki unsur yukarıdaki açıklamalardan da hareketle hem mülteci statüsünün koşulları hem de geri gönderme yasağının koşulları olacaktır.

BMMYK’nın 1998 tarihli Kararında⁹⁸ belirtildiği üzere, insanların benzer durumlar karşısından verecekleri tepkiler farklı olabilmektedir. Bu nedenle korku unsurunun tespitinde özne unsurların mutlaka göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Örnek olarak bazı yabancılar için siyasi görüş veya dini inançların aşağılanması hayatı çekilmez kılarken, bazı yabancılar için bu aşağılama hayatı çekilmez kılmamaktadır. Özne unsurunun tespitinde, kişisel bilgiler, ailevi bilgiler, ırk, din, tabiiyet, belirli bir sosyal gruba ya da siyasi gruba mensubiyet gibi bütün unsurların, kişinin hayatını çekilmez kılacak bir şekilde etkilendiği ortaya

⁹⁶ Öztürk, s.122; Hathaway, s.304; Goodwin-Gill/McAdam, s. 233-234.

⁹⁷ Hathaway, Rights of Refugees, s. 135-188; Goodwin-Gill/McAdam, s. 51-134.

⁹⁸ BMMYK, “Mülteci Statüsünün Belirlenmesinde Uygulanacak Ölçütler ve Usuller Hakkında Elkitabı”, 1998.

koyulmalıdır. Nesnel unsur olarak ise başvurucunun menşe ülkesindeki durumun belirlenmesi dikkate alınacaktır. Buna göre bu koşulların tespiti, başvurunun inandırıcılığını arttıracaktır. Nesnel unsorda korkunun sebebi olan durumları yaratacak unsurların menşe ülkede gerçekten gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu unsurlar, kişinin menşe ülkesindeki hayatını çekilmez kılmalıdır⁹⁹. Bu noktada, menşe ülkedeki insan hakları ihlallerinin yaygın olması, kişinin öznel durumunun değerlendirmeye alınmaması sonucuna yol açabilmektedir¹⁰⁰. BMMYK 1998 tarihli Kararında¹⁰¹ haklı nedene dayanan zulüm korkusunun kural olarak bireysel değerlendirme ile tespit edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bununla birlikte, kişilerin kitlesel olarak yer değiştirmesi hâlinde grubun tümüyle bağlantılı olarak incelemeye alınması gerekmektedir¹⁰².

Tartışılması gereken bir diğer konu, zulmün doğrudan devlet yetkililerinde mi yoksa “devlet dışı aktörler” eliyle mi gerçekleştirileceğidir¹⁰³. Bu durumda devlet kuvvetleri veya devlet dışı aktörlerin yabancılara zulüm etmesi arasında bir ayrım yapılmadığı, zulmün devlet dışı aktörlerden kaynaklanması hâlinde devletin bunu önlemekte başarısız olmasından sorumluluğunun doğacağı söylenmelidir¹⁰⁴.

Zulüm korkusunun ırk, din, tabiiyet, belirli bir toplumsal gruba mensup olma veya siyasi görüşten kaynaklanması durumunda öncelikle 1951 Sözleşmesinde sayılan

⁹⁹ BMMYK, 1998, para. 41-42.

¹⁰⁰ UNHCR: ” An Introduction to International Protection: protecting person of concern to UNHCR ”, 01.01.2005.

¹⁰¹ BMMYK, 1998, para. 44.

¹⁰² BMMYK, 1998, para. 44.

¹⁰³ Goodwin-Gill/Mcadam, s. 88

¹⁰⁴ Goodwin-Gill/Mcadam, s. 88; 2001 AB Vasf Yönergesi 6. madde:

<https://www.refworld.org/docid/4157e75e4.html> (Erişim 18.05.2019)

bu unsurların *numerus clausus* olduğu belirtilmelidir; bununla birlikte, bu unsurların değerlendirilmesi her ülkeye göre değişebilmektedir¹⁰⁵. Bu durumun önüne geçilmesi için BMMYK'nın 1998 tarihli Kararlarının büyük önem taşıdığı söylenmelidir. Bu kapsamda yapılan yorumlarda ortak olan husus, başvurucunun maruz kaldığı zulmün bu unsurlardan hangisinden kaynaklandığı bilmesi gerekmemesidir. Bu durumun tespiti başvuru makamının tarafından yapılmalıdır. Zaten çoğunlukla kişi, bu unsurlar arasında tek bir unsurdan değil, birden fazla unsurdan kaynaklanan zulüm korkusu ile karşı karşıya kalmaktadır¹⁰⁶. Bu nedenle kişinin yaptığı tespit eksik veya hatalı olabilmektedir.

Unsurların tek tek incelenmesine geçildiğinde, *ırka dayanan zulüm kavramı* için 1966 tarihli “*Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme*”nin 1. maddesinden yararlanılmaktadır¹⁰⁷; zira 1951 Sözleşmesi, *ırka dayanan zulüm* için bir düzenleme getirmemiştir. “*Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme*”, *ırk* terimini sosyal bir kavram olarak ele almaktadır; buna ek olarak, etnik kökeni de içine almaktadır¹⁰⁸. Dine dayalı zulüm kavramıyla ise aslında birden fazla biçimde ortaya çıkmaktadır¹⁰⁹. Goodwingill/McAdam’a göre dinsel bir topluluğa aidiyet, tek veya toplu yapılan ibadetin engellenmesi, dinî öğretimin engellenmesi, dini gruba aidiyet sebebiyle ayrımcılığa uğrama gibi örnekler, dine dayalı zulme örnek olacaktır. Önemli olarak bir dine mensup olmanın mülteci statüsünün kazanılması için yeterli olmadığı, mutlaka bu mensubiyet ile zulme uğrama arasında illiyet bağının kurulması gerektiği

¹⁰⁵ Doğan, s. 142.

¹⁰⁶ BMMYK, 1998, para.66-67.

¹⁰⁷ Hathaway, Rights of Refugees, s. 142; Goodwin-Gill/McAdam, s. 70.

¹⁰⁸ Madsen, A.G.: The Status of Refugees in International Law, Leiden, 1966, s. 70.

¹⁰⁹ BMMYK, 1998, para. 72; Hathaway, Rights of Refugees, s. 146vd; Goodwin-Gill/McAdam, s. 71vd.

belirtilmiştir¹¹⁰. *Tabiiyete dayalı zulüm* kavrai için öncelikle tabiiyetin açıklanması gerekmektedir. Tabiiyet, bir devlete aidiyeti gösteren hukuki bir bağ değildir¹¹¹. Zira bir devletin vatandaşı olma sebebiyle zulme uğrama hâlinde tabiiyet kavramının nasıl anlaşılması gerektiği tartışmalara yol açmaktaydı; çünkü tabiiyet kavramı etnik gurba aidiyet ve aynı dili konuşma gibi durumları da kapsayıcı bir şekilde yorumlanmaktadır¹¹². BMMYK'ne göre de tabiiyete dayalı zulüm kavramı etnik köken ya da belirli bir dili konuşma nedeniyle uğranan ayrımcılık ve azınlık gruplara yöneltilen zulmü de içermektedir¹¹³. *Belirli bir toplumsal gruba mensubiyet* kavramı 1951 Sözleşmesinde tanımlanmamış bir ifadedir. BMMYK'nin 7 Mayıs 2000 tarihinde yayımladığı “Belirli Bir Toplumsal Gruba Mensubiyet” başlıklı Kılavuz İlkelerinde¹¹⁴ bu ibareden ne anlaşılması gerektiği ele alınmıştır. İlk olarak ifade edilen 1951 Sözleşmesinde bu kavrama ilişkin sayma yoluna gidilmediği, belirli bir gruba mensup olmanın toplumlardaki değişim sonucunda değişiklik gösterebileceği belirtilmiştir¹¹⁵. Buna göre belirli bir toplumsal gruba aidiyet zulüm görme riski dışında ortak bir özelliği paylaşan veya toplum tarafından bir grup olarak algılanan kişi topluluğudur. Sahip olunan bu karakteristik özellik doğuştan gelen ve değiştirilemez olan veya kimlik, karakter veya vicdana dayanmaktadır¹¹⁶. Bu çerçevede kadınların, aile ve aşiretlerin, meslek gruplarının, homoseksüellerin bu

¹¹⁰ BMMYK, 1998, s. 72.

¹¹¹ Çiçekli, B.: Yabancılar ve Mülteci Hukuku, Seçkin Yayınları, 6. Baskı, Nisan 2016, Ankara, s.250.

¹¹² Hataway, J.C.: The Law of Refugee Status, Toronto & Vancouver; Butterworths, 1991, s. 144-145; Çiçekli, s.251.

¹¹³ BMMYK, 1998, s. 74-76.

¹¹⁴ UNHCR: “Guidelines on International Protection: “Membership of a particular social group” within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees”, 07.05.2002.

¹¹⁵ UNHCR, Membership of a particular social group, para. 3.

¹¹⁶ UNHCR, Membership of a particular social group, para. 11.

çerçevede bir grup oluşturacağı söylenmektedir¹¹⁷. Buna ek olarak, benzer tarihe, siyasi geçmişe, ekonomik faaliyete sahip olma da belirli bir toplumsal gruba aidiyet için kabul edilen unsurlardır¹¹⁸. Son olarak, *belirli bir siyasi görüş nedeniyle zulme uğrama* ibaresinde de öncelikle *siyasi düşünce* teriminden ne anlaşılması gerektiği ele alınmalıdır. Buna göre siyasi düşünce, devlet, hükümet ve kamu politikalarına ilişkin fikir ve söylemdir¹¹⁹. Siyasi düşünceye sahip olma, hükümetle ayrı görüşte olma tek başına mülteci statüsü ve geri gönderme yasağı için yeterli olmayacaktır; kişinin bu sebeple zulme uğrama tehlikesi ile karşı karşıya olması aranacaktır¹²⁰. BMMYK’ne göre çoğu zaman kişinin siyasi görüşü nedeniyle zulme uğrama riski ile karşı karşıya kalması durumun tespiti mümkün olmamaktadır; zira eleştirilen hükümet, kişinin devlete karşı suç işlediğini ve buna bağlı olarak cezalandırıldığını iddia etmektedir¹²¹. Bu durumda kişinin siyasi görüşü ile karşı karşıya kaldığı risk arasında uygun illiyet bağının kurulması gerekecektir. Kişinin siyasi bir suçtan hüküm giymesi ihtimalinde ise, bu durumun ilgilinin siyasi eylemlerinde mi yoksa yalnızca siyasi görüşleri nedeniyle mi zulüm tehditiyle karşı karşıya kaldığı tespit edilmelidir. Kişinin siyasi eylemlerinden dolayı hukuka uygun bir şekilde yapılacak olan kovuşturmadan duyduğu endişe 1951 Sözleşmesi kapsamında aranan zulüm tehditi için yeterli olmayacaktır¹²².

¹¹⁷ UNHCR, Membership of a particular social group, para. 1.

¹¹⁸ BMMYK, 1998, para. 77-78-79.

¹¹⁹ Goodwin-Gill/Mcadam, s. 87.

¹²⁰ BMMYK, 1998, para. 80.

¹²¹ BMMYK, 1998, para. 81.

¹²² BMMYK, 1998, para. 84; Çiçekli, s. 254.

Korumanın gerekçeleri bağlamında sınırda reddetme¹²³ kavramının da koruma kapsamının altında değerlendirilmesi mümkündür. Sınırdan geri çevirme hâlinde de geri gönderme yasağı mevcudiyetini korumaktadır. Yasakla getirilen korumanın kapsamı göz önünde bulundurulursa, sınırdaki insan grubuna sınırı kapatmak, sınırı geçenlere herhangi bir hukuki koruma sağlamadan onları sınır dışı etmek ya da ilgili devlette mülteci statüsü kazandıktan sonra kişinin tehdit altında olacağı menşe ülkeye veya üçüncü bir ülkeye geri gönderilmesi de mültecileri aynı riskle karşı karşıya bırakacak ve tüm bu davranışlar geri gönderme yasağı ile yasaklanacaktır¹²⁴.

Sınırdan reddetme kavramına ek olarak dolaylı geri gönderme¹²⁵ durumunun da yasakla sağlanan koruma kapsamında olduğu belirtilmelidir. Bu kavram, kişinin doğrudan yaşamının veya özgürlüğünün tehdit altında olduğu yere gönderilmesinden ziyade, yaşamının veya özgürlüğünün tehdit altında olacağı yere gönderilme riskinin bulunduğu bir başka ülkeye gönderilmesinin önüne geçmeyi amaçlar. Bu durumda, gerek transit ülkelerin ilgili kişiyi risk altında bulunacağı ülkeye göndermesi, gerek zincirleme geri gönderme (*chain refoulement*) hali yasakla getirilen korumanın kapsamına girmektedir¹²⁶.

¹²³ Bir diğer kullanımıyla “Sınırdan geri çevirme”. Kavramın İngilizce karşılığı “*refusal at frontier*”

¹²⁴ Moreno-Lax, s. 252.

¹²⁵ “Örtülü iade” veya “zincirleme geri gönderme”, bkz. s. 10, dn. 31.

¹²⁶ Moreno-Lax, s. 253.

C. Yer ve Zaman Açısından

Devletlerin mültecileri koruma yükümlülüğü, bireysel veya grup olarak gelen kişi veya kişilere, henüz mülteci hukuki statüsü sağlanmamış da olsa sığınma ülkesinin topraklarına veya yetki alanına girmesiyle başlayan bir yükümlülüktür. Uluslararası örf ve âdet hukuku gereği, sığınma ülkesinin sorumluluğu, devlet yetkilisinin veya yetkili kurumun davranışı ya da ihmali; yahut dolaylı olarak hukuk sisteminin uluslararası standartlarda bir gözetim sistemini benimsememesi ya da benimsese dahi icra edilmemesi hâlinde başlayacaktır¹²⁷.

Zaman açısından koruma kapsamında kişinin, sığınma ülkesinin topraklarına veya yetkisi altında bulunan diğer topraklara eriştiği anın belirleyici olduğu belirtilmelidir; zira bu anda yasak, sığınma ülkesi açısından bağlayıcı olmaktadır. Bu durumla ilgili oluşan ilk problem, sınırdan geri çevirme durumunda sorumluluğun doğup doğmadığıdır. Bu durum aşağıda başka bir başlık altında ele alınacaktır¹²⁸.

Yer açısından geri gönderme yasağının uygulanmasında ise temel prensibin kural olarak sığınma ülkesinin sınırları olduğu açıktır. Bununla birlikte, devletin eyleminin veya ihmalinin ya da devleti temsil eden bir kişinin eyleminin veya ihmalinin sonuçlarının, devletin sınırlarının dışında doğması durumunda da sığınma ülkesinin geri gönderme yasağı kapsamında sorumluluğunun doğacağı savunulmaktadır¹²⁹.

BM İnsan Hakları Komitesi, yasağın yer olarak uygulanması hususunda devlet yetkilisinin, bir başka devletin fiziki sınırları içerisinde olması hâlinde, sınırları

¹²⁷ Goodwin-Gill/McAdam, s. 244, dn 263.

¹²⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. s. 51 vd.

¹²⁹ Goodwin-Gill/McAdam, s. 244.

içerisinde bulunduğu devletin muvafakati olsun veya olmasın, davranışı veya ihmaliyle, yetkilisi bulunduğu devletin geri gönderme yasağını ihlâl etmesine yol açabildiğini kabul etmiştir. Bu görüşün dayanak noktası, MSHS'nin 2. maddesidir¹³⁰. Bu maddeyle, Taraf Devletler, Sözleşmede tanınan hakları ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya diğer bir fikir, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet, doğum veya diğer bir statü gibi herhangi bir nedenle ayrımcılık yapmaksızın, topraklarında bulunan ve egemenlik yetkisi altında olan kişiler için güvence altına almakla yükümlüdürler. Bu hükümle, hem geri gönderme yasağının, hem bu yasağın yer açısından uygulama alanının sığınma ülkesinin fiziki sınırları ve buna ek olarak sığınma ülkesinin egemenlik yetkisinin tezahür ettiği alanları da kapsamı altına aldığını ifade edilmektedir. BM İnsan Hakları Komitesi, bu doğrultuda yer açısından uygulamanın sadece fiziki sınırlarla çizilmesinin makul olmadığını, yasağın niteliği ve amacına göre sığınma ülkesinin egemenlik yetkisinin de gözetilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Aksi halde, devletin, yasağı bir başka devletin fiziki sınırları içerisinde ihlâl etmesi ihtimali bulunacak; bu durum da yasağın uygulanması bağlamından bir çifte standarda yol açacaktır¹³¹.

Aynı doğrultuda AIHS, “yetki” meselesini düzenleyen 1. maddesinde, Âkit Devletlerin sorumluluğunun, devletin egemenlik yetkisinin, devlet yetkililerinin veya yetkili olan kurumların davranışlarının etkilerine göre belirlendiği, ülkenin fiziki

¹³⁰ “Madde 2-

Sözleşmenin iç hukuka uygulanması ve Ayrımcılık yasağı

*1. Bu Sözleşmeye Taraf her Devlet, bu Sözleşmede tanınan hakları ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya diğer bir fikir, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet, doğum veya diğer bir statü gibi herhangi bir nedenle ayrımcılık yapılmaksızın, **kendi toprakları üzerinde bulunan ve egemenlik yetkisine tabi olan bütün bireyler için güvence altına almayı ve haklara saygı göstermeyi taahhüt eder.***”

¹³¹ Goodwin-Gill/McAdam, s. 244, dp 265; *Lopes Burgos v. Uruguay*, Comment No. R. 12/52, UN doc. A/36/40, para. 12.3; *Celiberti de Casariego v. Uruguay*, Comment No. 13/56, UN doc. A/36/40, para. 10.3.

sınırları içerisinde sonuç doğurmasa da devletin sorumluluğunun doğabileceği belirtilmiştir. Bu halde üye devletlerin sorumluluk alanlarının AIHS kapsamında da genişletildiği tespit edilebilir. Bu kapsamda, ilgili Üye Devletin egemenlik yetkisi, fiziki sınırları dışarısında bulunan kişi üzerinde de sonuç doğurabilecek, Üye Devlet ilgili davranışından sorumlu olabilecektir¹³². Bu tutum, *Bankovic v. Belgium* Kararında göze çarpmaktadır¹³³.

1951 Sözleşmesine bakıldığında ise lafzî olarak yasağın yer açısından uygulanmasında herhangi bir sınırlamaya gidilmediği görülmektedir¹³⁴. Fakat sığınma ülkesinin yasağa tâbi olabilmesi için en azından devletin egemenlik yetkisinin ilgili kişi ve/veya konu açısından mevcut olması gerekmektedir. Bu durumda, devletin, fiziki sınırları dışında kalan bir alanda da sorumluluğunun doğması ihtimal dâhilindedir. Özellikle, 1951 Sözleşmesinin 33. maddesinde belirtilen “her ne koşulda olursa olsun” ibaresiyle, devletin fiziki sınırını aşan bir koruma alanı oluşturulmak istenmiş, bu anlamda devletin sorumluluğu Sözleşmede genişletilmiştir¹³⁵. Bu durumun Sözleşmenin amacıyla paralel olduğu ve sığınmacılara eksiksiz bir koruma sağlamak için gerekli olduğu görüşündeyiz.

1951 Sözleşmesinin 40. maddesine dayanarak aksi bir yorum yapmak da mümkündür. Buna göre, Âkit Devletlerin fiziki sınırları doğrultusunda geri gönderme yasağının uygulanması gerekmektedir. Fakat bu durumda cevaplanması gereken iki soru oluşmaktadır. İlk soru, 33. madde çerçevesinde yer açısından uygulama için

¹³² Goodwin-Gill/McAdam, s. 24,5 dn 269; Wilde, R.: “The “Legal Space” or “Espace Juridique” of European Convention on Human Rights: Is it Relevant to Extraterritorial State Action”, *European Human Rights Law Review*, 2005, 115-116.

¹³³ Goodwin-Gill/McAdam, s. 245, dn 270; *Bankovic v. Belgium*, 2001, 11 BHCR 435, para. 67.

¹³⁴ Hathaway, *Fear of Persecution*, s. 161; Morena-Lax, s. 253.

¹³⁵ Goodwin-Gill/McAdam, s. 246; Morena-Lax, s. 253;

yapılan geniş yorumun kabulünün ne şekilde çürütüleceğidir; diğer soru ise devletlerin ilgili Sözleşmeyi coğrafi çekince ile onaylaması durumunda hangi şartların aranacağıdır.

Sözleşmesinin 40. maddesinde yer alan hüküm, bu kapsamda önem taşımaktadır. Bu hüküm uyarınca,

“Her hangi bir Devlet, imzaladığı, onayladığı veya taraf olduğu anda, işbu Sözleşme’nin, uluslararası alanda sorumlu bulunduğu bütün topraklarda ya da bu toprakların herhangi bir bölümünde uygulanacağını ilan edebilir. Böyle bir ilan, Sözleşme’nin söz konusu Devlet için yürürlüğe girdiği tarihte geçerli olacaktır.”

Bu ifadenin ne anlama geldiğini tespit etmek için Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin¹³⁶, uluslararası anlaşmaların yorumu ile ilgili 31. maddesinin göz önünde bulundurulması gerekmektedir¹³⁷. Bu durumda yorumun 1951 Sözleşmesinin tümünü kapsayacak şekilde, Sözleşmenin konusu ve amacı göz önüne alınarak, iyi

¹³⁶ 22 Mayıs 1969 tarihinde imzalanan BM sözleşmelerinden biridir. 27 Ocak 1980 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

<https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%201155/volume-1155-i-18232-english.pdf>
(Erişim: 02.05.2019)

¹³⁷ “**Madde 31- Genel yorum kuralı**

1. Bir anlaşma, hükümlerine anlaşmanın bütünü içinde ve konu ve amacının ışığında verilecek alelade manaya uygun şekilde iyi niyetle yorumlanır.

2. Bir anlaşmanın yorumu bakımından, (anlaşmanın) bütünü, girişini ve eklerini içine alan metne ilaveten, aşağıdakileri kapsar: a- anlaşmanın akdedilmesi ile bağlantılı olarak bütün taraflar arasında yapılmış olan anlaşmayla ilgili herhangi bir anlaşma; b- anlaşmanın akdedilmesi ile bağlantılı olarak bir veya daha fazla tarafça yapılan ve diğer taraflarca anlaşmayla ilgili bir belge olarak kabul edilen herhangi bir belge.”

3. Anlaşmanın bütünü ile birlikte aşağıdakiler (de) dikkate alınır:

a- Taraflar arasında anlaşmanın yorumu veya hükümlerinin uygulanması ile ilgili olarak yapılan daha sonraki (tarihli) herhangi bir anlaşma,

b- Tarafların anlaşmanın yorumu konusundaki mutabakatını tespit eden anlaşmanın uygulanması ile ilgili daha sonraki herhangi bir uygulaması.

c- Taraflar arasındaki ilişkilerde milletlerarası hukukun tatbiki kabil herhangi bir kuralı.

4. Tarafların bir terime özel bir mana vermek istedikleri tespit edilirse, o terime o mana verilir.”

niyetle yapılması gerekir. O hâlde, 1951 Sözleşmesinin tarafı olan devlet, coğrafi çekince uygulayabilir konumda olsa da, belli koşullar altında egemenlik hakkı dışında kalan topraklarda da geri gönderme yasağına sebep olacak bir davranışta ya da ihmalde bulunmamalıdır¹³⁸. Ayrıca, Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 29. maddesi uyarınca “*Andlaşmadan farklı bir niyet anlaşılmadıkça veya böyle bir niyet başka türlü tespit edilmedikçe, bir andlaşma her bir tarafı bütün ülkesi bakımından bağlar*” hükmünün de yorum yapılırken dikkate alınması gerekmektedir. Her ne kadar devletler çekince koyarak 1951 Sözleşmesinin uygulama alanını daraltmak isteseler de kanımızca, Sözleşmenin insan hakları karakteri gereği egemenlik alanı dışında kalan bölgelerde de, ilgili devletin geri göndermeme sorumluluğu mevcudiyetini koruyacaktır.

1951 Sözleşmesinin 33. maddesindeki “*her ne koşulda olursa olsun*” ve “*.. tehdit altında olacak ülkelere..*” ibareleriyle sığınmacının sadece menşe ülkesine değil, hayatının ve özgürlüğünün maddede sayılan koşullar sebebiyle tehdit altında olacağı bütün ülkelere geri gönderilmesinin yasak olduğu düzenlenmiştir. Öte yandan, 1951 Sözleşmesinin resmî dili olan İngilizce metninde, “ülke” kavramından daha geniş bir anlama gelen “*territory*” kelimesinin kullanıldığı görülmektedir. Geri gönderme yasağının yer açısından kapsamında kullanılan “ülke” kavramının kullanılmaması, “*territory*” kelimesinin, “*states(devlet)*” ve “*countries (ülke)*” kavramlarını kapsayıcı olarak kullanıldığı yorumuna yol açmaktadır. Bu yorumla geri gönderme yasağının yer bakımından kapsamında devletlerin sorumluluğu, sadece sığınmacının menşe ülkeye

¹³⁸ Moreno-Lax, s. 254; Carlier, V.: “Who is a refugee?”, Brill, 1997, s. 109.

geri gönderilmesini değil, diğer ülkelere ve ülke hukuki statüsünü kazanmamış veya kaybetmiş olan diğer topraklara gönderilmesini de kapsayacaktır¹³⁹.

Sığınma ülkesinin sınır ötesi alanlarda hangi şartlarda sorumluluğunun doğacağını yanı sıra, serbest bölgelerde bulunan sığınmacıların, kaçakların ve diğer birey ve grupların, yasağın yer bakımından uygunlaması açısından değerlendirilmesinin kapsama dâhil edilip edilemeyeceği hususu da tartışmalıdır. Kural olarak her devlet, kendi toprakları üzerinde ve bu topraklarda bulunan kimseler üzerinde münhasır yetkilidir; Uluslararası hukuka göre, hiçbir devlet, özel statülü yabancılar haricinde¹⁴⁰ yabancıları ülkeye kabul zorunluluğunda değildir¹⁴¹. Bu durum, uluslararası hukukun temel bir ilkesidir. Toprak ve kişiler üzerinde sahip olduğu münhasır yetki sebebiyle davranışlarından veya ihmalinden bizzat egemen devlet sorumlu olacaktır¹⁴². Bu durumda serbest bölgeler ve uluslararası bölgelerde geri gönderme yasağının ihlâl edildiği iddiasında söz konusu ihlâlden kimin sorumlu olacağının tespiti problemlili bir husus olacaktır. Bu problemin çözülmesinde AİHM, aldığı isim ne olursa olsun, uluslararası bölgelerin sınır ötesi olduğunu ve bir devletin sınırları dışarısında kalan bölgelerde bir işlem yapması hâlinde, sınırları içerisinde

¹³⁹ Goodwin-Gill/McAdam, s. 246, dn. 293; *Ad Hoc Committee on Statelessness and Related Problems* (1st Session), “*Summary Record of The 20th Meeting*” (1 Şubat 1950) UN Doc. E/Ac.32.SR/20 (Sir. Leslie Bras Unite Kingdom), para. 7.

¹⁴⁰ Özel statülü yabancıların ülkeye giriş açısından durumu için bkznz. “Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi”:

https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc068/kanuntbmmc068/kanuntbmmc06803042.pdf (Erişim: 21.05.2019)

TAŞTAN, A.: Dışişleri Bakanlığı Protokol Genel Müdürlüğü “Diplomaside Ayrıcalık ve Bağışıklıklarla İlgili Uygulamalar”:

http://www.mfa.gov.tr/data/Kutuphane/yayinlar/mensuplar/Immunities_and_privileges_booklet.pdf (Erişim: 21.05.2019)

Ayrıca bkznz.: Doğan, s. 16 vd; Çiçekli, s. 67.

¹⁴¹ Özkan, I.: Göç, İltica ve Sığınma Hukuku, Seçkin Yayınları, Mart 2013, Ankara, s. 85.

¹⁴² Goodwin-Gill/McAdam, s. 253; Blake, N./Husain, R.: *Immigration, Asylum and Human Rights*, Oxford, 2003, para. 4.64.

işlem yapması durumu ile aynı sonucun doğacağını kabul etmektedir¹⁴³. Bu durumda bir sığınmacının geri çevrilmesi bu bölgelerde gerçekleşmişse koruma şartlarının sağlanması hâlinde, bu bölgelerin de yasak kapsamında kabul edilmesi gerekmektedir¹⁴⁴.

Devletlerin büyük bir kısmı kendi iç hukuklarında, topraklarına resmî kabul bekleyen kimselere, hâlihazırda ülkeye girmiş olanlara göre daha dar kapsamda hak tanımaktadır. Bu duruma ABD'deki sistem örnek olarak gösterilebilir. Buna göre, hukuki mevcudiyet ve fiziki mevcudiyet birbiri yerine kullanılamayan, özellikle Anayasa'da garanti altına alınmış haklar açısından farklı kavramları ifade etmektedir. Birçok devletin hukukunda, kaçaklar ve ülkeye yasadışı girenler, fiziki mevcudiyeti sağlamış olmakla beraber, hukuki mevcudiyeti sağlamamış kişiler olarak kabul edilmektedir. Bu durumun sebebi, yabancılara sağlanacak hakların özünü ortaya koymaktır. Fakat burada uluslararası hukukun gözettiği, ilgililere bir hukuki statü tanınmasından ziyade onlara uygulanacak muamele standartlarıdır. Böylelikle devlet toprağında bulunma durumu¹⁴⁵ hukuken çoğu zaman devlete isnat edilebilir davranış veya ihmallerde bulunan yetkililerin, devletin sorumluluğunu doğuracak eylem veya ihmalleri ile illiyet bağı kurulması için yeterlidir. Devletin kendi toprağı üzerindeki hâkimiyeti, insan haklarını gözetme sorumluluğu, topraklarındaki ve yetki alanındaki herkesin korumadan yararlanacağı sonucunu doğurmaktadır¹⁴⁶. Bu durumda, devlet mahkemeleri, iç hukukta hukuken statü tanınmış veya henüz statü tanımamış

¹⁴³ Goodwin-Gill/Mcadam, s. 253; *Amuur v. France*.

¹⁴⁴ Goodwin-Gill/Mcadam, s. 253; UNHCR, "The Principle of Non-Refoulement as a Norm of Customary International Law", 31 Ocak 1994, para. 33.

¹⁴⁵ "presence of a state territory"

¹⁴⁶ Goodwin-Gill/Mcadam, s. 254, dn 314.

kimselere uyguladığı güvenceyi, uluslararası ve serbest bölgelerde de tıpkı kendi yetki alanında olduğu gibi gözetmekle yükümlüdür.

D. Yasağın İstisnası

1951 Sözleşmesinin Hazırlık Çalışmalarında,¹⁴⁷ geri gönderme yasağına istisna getirilip getirilmemesi hususunda devletler iki bloka ayrılmışlardır. Birleşik Krallık, İsrail ve İsviçre bloku, istisnaî olarak yabancının haklı sebepler mevcutsa sınır dışı edilebilmesi gerektiğini dile getirirken, ABD bloku, mültecinin kötü muameleye uğrayacağı veya ölüm cezası ile karşı karşıya kalacağı muhtemel görünen bir bölgeye gönderilmesinin, hiçbir koşulda haklı olmayacağını ve bu durumun insan hakları bakımından son derece istenmeyen bir sonuç yaratacağını belirtmiştir¹⁴⁸. Fransa temsilcisi de ABD temsilcisi yönünde görüş bildirerek, geri gönderme yasağına istisna getirilmesinin, 1951 Sözleşmesinin insani karakteriyle bağdaşmayacağını belirtmiştir. Fakat, geri gönderme yasağının istisnasının olmaması gerektiği yönünde görüş bildiren devletler, 1951 Sözleşmesi ile uluslararası sığınma hakkının da yaratılması taraftarı değildiler¹⁴⁹. Bu nedenle, isabetli bir görüşe göre, 1951 Sözleşmesinde bir yandan bireysel sığınma hakkı düzenlenmemiş iken, bir yandan da geri gönderme yasağına çeşitli istisnalar getirilerek iki blok arasında denge kurulmaya çalışılmıştır¹⁵⁰.

¹⁴⁷ “*Travaux préparatoires*” ifadesinin çevirisi olarak kullanılmıştır.

¹⁴⁸ Weis, P.: “The Refugee Convention, 1951: The *Travaux préparatoires* analysed with a Commentary by Dr. Paul Weis”, 1990, s. 233-235.

<https://www.refworld.org/docid/53e1dd114.html> (Erişim: 16. 01.2019)

¹⁴⁹ Farmer, s. 10; Holm, I: “Non-Refoulement and National Security”, Lund Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, 2015, s. 25.

¹⁵⁰ Goodwin-Gill/McAdam, s. 254, dn 315.

Böylelikle, 1951 Sözleşmesi, geri gönderme yasağını mutlak bir hak olarak düzenlememiştir; aksine Sözleşmenin 33. maddesinin 2. fıkrasında¹⁵¹, açık bir şekilde yasağın temel iki istisnasının “kamu düzeni” ve “ulusal güvenlik” olduğu belirtilmiştir. İki kavramın da muğlak kavramlar olması, kapsamlarının belirlenmesi açısından bazı tartışmalara yol açmıştır. Fakat, gerek yasağın insan hakları ile olan ilişkisi, gerek istisnaların dar yorumlanması prensibi, iki kavramın kapsamı belirlenirken dar yorumun yapılmasını gerektirir¹⁵².

Uzun süren tartışmalar sonucunda Doktrinde, istisnaların ne şekilde yorumlanacağı ve uygulanacağı konusunda dört husus üzerinde durulmaktadır. Buna göre isabetli olarak iki istisnanın da uygulanabilmesi için ulusal güvenliği ve kamu düzenini tehdit eden ve ilgiliden kaynaklanan tehlikenin, sığınma talep edilen, yani yasağın muhatabı olacak olan ülkeye yönelik olması, tehlikenin geleceğe ilişkin olması, ciddî olması ve bireysel şartlar göz önünde bulundurularak değerlendirilmesi gerekmektedir¹⁵³. Böylelikle, devletlerin istisnaların getiriliş sebebine uygun eylemlerde bulunması ve sadece gerekli görülen hâllerde istisnalara başvurmaları hedeflenmiştir.

¹⁵¹ “**Madde 33:**

2. Bununla beraber, bulunduğu ülkenin güvenliği için tehlikeli sayılması yolunda ciddî sebepler bulunan veya özellikle ciddî bir adi suçtan dolayı kesinleşmiş bir hükümle mahkûm olduğu için söz konusu ülkenin halkı açısından bir tehlike oluşturmaya devam eden bir mülteci, işbu hükümden yararlanmayı talep edemez.”

¹⁵² Goodwin-Gill/Mcadam, 235-238.

¹⁵³ Lauterpacht/Bethlehem, s. 153-138; Öztürk, s. 132; Grahl-Madsen, s. 235 vd.; Weis, s. 342; App. 22414/93, *Chahal v. United Kingdom*, AİHM-Grand Chamber, 1996, s. 74–81.

Ulusal güvenlik ve kamu düzeni kavramlarının belirsizliği nedeniyle istisnaların kapsamına giren hususların 1951 Sözleşmesinin yorumlanması yoluyla belirlenmesi gerekmektedir.

1. Ulusal Güvenlik İstisnası

1951 Sözleşmesinin 33. maddesinin 2. fıkrasında “bulunduğu ülke” sınırlamasıyla ulusal güvenlik açısından tehlikeli sayılabilecek kimselerin bu yasak kapsamında değerlendirmeye alınmayacağı düzenlenmiştir.

Uluslararası sözleşmelerde, bilinçli olarak, ulusal güvenlik kavramı tanımlanmamıştır. Zira bu kavram, ilgili devletin egemenlik yetkisi altında değerlendirilmesi gereken, her devletin politik, ekonomik, sosyal ve kültürel sistemine göre şekillenen ve devletlerin münhasır yetkisi ile iç yargı yetkisi alanında uygulanan bir kavramdır¹⁵⁴. Esas olarak, devletler, iç hukuka ilişkin düzenlemelerinde de ulusal güvenlik kavramını tanımlamamışlardır. Bu durumun sebebi, devletlerin doğrudan egemenlik yetkileriyle ilgili bir alanda takdir yetkilerini kaybetmek istememeleridir¹⁵⁵. Buna rağmen bazı devletlerin iç hukuklarına ilişkin yaptıkları düzenlemelerden yola çıkılarak, ulusal güvenlik kavramının, devlet menfaatleri, demokratik ve anayasal ilkelere uygun olma, devletin bütünlüğü ve sınır güvenliğinin korunması gibi bazı ortak makul gerekçeler içermesi gerektiği tespit edilmiştir¹⁵⁶. Böylelikle, her ne kadar 1951 Sözleşmesinde ilgili terimin tanımı yapılmasa da, Sözleşme hükümlerinin

¹⁵⁴ Goodwin-Gill/McAdam, s. 235; Lauterpacht/Bethlehem, s. 135; Öztürk, s. 132.

¹⁵⁵ Öztürk, s. 133.

¹⁵⁶ Goodwin-Gill/McAdam, s. 236, dn 218.; Öztürk, s. 133.

yorumuyla, istisnaya başvurulabilmesi için “makul gerekçelerin” olması gerektiği anlaşılmaktadır.

Makul gerekçe kavramının da yoruma ihtiyacı vardır. Bu bağlamda yorum konusunda iki eğilim dikkati çekmektedir. İlk eğilim geniş yorumu savunmaktadır; buna göre makul gerekçe kavramının sınırının çok geniş yorumlanması; böylelikle istisnanın kapsamının çok geniş olarak çizilmesi gerekir¹⁵⁷. İkinci eğilim ise dar ve sınırlandırıcı bir yorumu savunmaktadır; bu görüşe göre devletlerin, makul gerekçe hususunda yapacakları değerlendirmenin sınırlandırılması gerekmektedir. İsaetli olarak bu görüş doğrultusunda, devletlerin bu terime ilişkin keyfî değerlendirme yapmalarının önüne geçilmesi ve bu istisnanın ancak makul gerekçelerle işletilmesi amaçlanmıştır. Ayrıca, devletin ilgili makamlarına, makul gerekçelerin var olup olmadığını araştırma ve kanıtlarla ortaya koyma yükümlülüğü getirilmiştir¹⁵⁸. Böylelikle, bu görüşten yola çıkarak istisnaların dar yorumlanması kuralının kabulü ve 1951 Sözleşmesinin insani karakteri gereği, makul gerekçe kavramının dar yorumlanması ve mültecilerin olabildiğince istisna kapsamında değerlendirilmemesi gerektiğini düşünmekteyiz¹⁵⁹.

Kavramın içinde geçen “güvenlik” terimini aydınlatmak gerekirse, kişinin bulunduğu ülkedeki hükûmetin güvenliğini tehdit eden faaliyetlere katılması veya başka hukuka aykırı bir faaliyetle ya da kuvvet kullanarak hükûmeti düşürmeye çalışması hâlinde, ülke açısından tehdit oluşturduğu kabul edilecektir. Buna örnek olarak, seçim sonuçlarının tahrif edilmesi, seçmenlere baskı uygulanması, askeri sabotaj, terör faaliyetlerine katılma hâlleri verilebilir. Bu açıklamalardan yola

¹⁵⁷ Farmer, s. 23; Holm, s. 24.

¹⁵⁸ Lauterpacht/Bethlehem, s. 135; Holm, s.24.

¹⁵⁹ Lauterpacht/Bethlehem, s. 136; Holm, s.24.

çıkıldığında, ulusal güvenlik ve ülke güvenliği kavramları¹⁶⁰ doğrudan veya dolaylı olarak hükûmet yapılanmasına ve toprak bütünlüğüne karşı bir tehdit oluşturulması veya ülkenin bağımsızlığını tehlikeye düşürecek faaliyetlerde bulunulması olarak anlaşılabilecektir¹⁶¹.

1951 Sözleşmesinin 33. maddesinin 2. fıkrasında getirilen istisnaların kapsamına ilişkin belirsizliği gidermek için yapılan yorumlarda, öncelikle istisnanın, doğası gereği, müstakbel olan tehlikeler için getirildiği anlaşılmaktadır. Müstakbel tehlike, geçmişte olanın aksine, olması beklenen, muhtemel bir tehlike anlamına gelmektedir. Fakat, muhtemel olan tehlikeyi değerlendirirken, kişinin geçmiş davranışları da çıkarım yapabilmek için oldukça önemlidir. Ayrıca, söz konusu tehlikenin, doğrudan doğruya sığınma ülkesinin güvenliğine yönelik olması gerekmektedir. Kişinin, diğer ülkelerin veya bir bütün olarak uluslararası toplumun güvenliği için tehlike oluşturma olasılığı bu hüküm kapsamına alınmamaktadır. *Lauterpacht'e ve Bethlehem'e* göre¹⁶², aksine bir yorumun yapılması, geri gönderme yasağının insani niteliği ile bağdaşmayacaktır. İstisnanın kapsamının, bu şekilde belirlenmesi ile bireyin davranışından bağımsız olarak, insan hakları hukukunda, geri gönderme yasağının mutlak bir hak olarak uygulanması konusundaki gelişmeler örtüşmektedir. Bununla birlikte, *Suresh Davası'nda*,¹⁶³ Kanada Yüksek Mahkemesi, bir devletin ulusal güvenliğinin, diğer devletlerin güvenliğine bağlı olduğunu belirterek bu yaklaşımı reddetmiştir¹⁶⁴. Kanada Yüksek Mahkemesi, bu kararını 11 Eylül 2001 saldırısına dayandırarak, bir ülkedeki terörizmin, diğer ülkeleri

¹⁶⁰ “*The security of the country*” kavramı yerine kullanılmıştır.

¹⁶¹ Grahl/Madsen, s. 236; Goodwin-Gill/McAdam, s. 236.

¹⁶² Lauterpacht/Bethlehem, s. 136.

¹⁶³ *Suresh v Canada*, para. 87.

¹⁶⁴ Lauterpacht/Bethlehem, s. 135, Holm, s. 23.

etkilemediği fikrinin artık geçerli olamayacağını belirtmiştir. İlgili olayda, *Suresh* adındaki kişi, *Tamil Eelam Kurtuluş Kaplanları* adında, Kanada’da aktif olan bir terör örgütü üyesidir ve bu örgüte para aktarmaktadır. Bu nedenle, *Suresh* yetkili makamlarca güvenlik gerekçesiyle göçmen olarak kabul edilmemiş ve *Suresh* hakkında 1995’te sınır dışı etme karar verilmiştir. Kanada Yüksek Mahkemesi, olayda, her ne kadar Kanada Hukuku gereğince kişinin karşı karşıya kaldığı işkenceye ve kötü muameleye uğrama riskinin hukuka aykırı olduğunu tespit etse de, kişinin, işkence ve kötü muameleye maruz kalması riski ile Kanada’nın güvenliği arasında bir menfaat karşılaştırması yapmıştır. Buna göre, Devletin terörle mücadele ve halkı korumaya ilişkin menfaati, Kanada Hükûmetinin sınır dışı etmek istediği kişinin özel menfaatine karşı dengelenmelidir. Bu sebeple, hükûmetin verdiği sınır dışı etme kararı, haklı bulunmuştur. BM İşkenceye Karşı Komite¹⁶⁵ “*Suresh İstisnası*” adını verdiği bu Kararda, Kanada’nın İşkenceyi Önleme Sözleşmesinin 3. maddesini ihlâl ettiği sonucuna varmıştır¹⁶⁶.

Sonuç olarak, 1951 Sözleşmesinin 33. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen istisnalar için sığınma ülkesine karşı bir tehlikeye ek olarak bireysel değerlendirme sonucu makul gerekçelerin ve ciddî sebeplerin varlığı gerekmektedir¹⁶⁷.

¹⁶⁵ BM bünyesinde kurulan bu Komite, BM’nin denetim komitelerinden biridir. İşkencenin ve Gayri İnsani Diğer Küçük Düşürücü Muamelenin veya Cezanın Önlenmesi Sözleşmesinin uygulanmasını takip etmek üzere kurulmuştur. Komiteye sunulan raporlar için bkz.

<http://www.un.org.tr/humanrights/tr/turkiye-ve-insan-haklari-sozlesme-organlari/bm-sarti-temelli-organlar/ozel-prosedurler> (Erişim: 03.05.2019)

¹⁶⁶ UN Committee Against Torture: Conclusions and Recommendations, Canada, 2005, parag. 4(a); Holm, s. 31.

¹⁶⁷ Bruin, R./Wouters, K.:” Terrorism and the Non-derogability of Non-refoulement”, International Journal of Refugee Law, 2003, 15 (1); Holm, s. 24.

2. Kamu Güvenliği İstisnası

Kamu güvenliği istisnası, mülteci hakkında, ciddi bir suçtan kesinleşmiş mahkûmiyet kararının bulunması ve buna ek olarak, kişinin bulunduğu ülke açısından tehlike teşkil etmesi halidir. Öncelikle, tıpkı ulusal güvenlik istisnasında belirtildiği üzere kamu güvenliği terimi de muğlak bir terimdir. Bu nedenle, bu terimin kapsamının da yorum yoluyla netleştirilmesi gerekmektedir. Kamu güvenliği, ülke halkının tehlikeden uzak, güvenli bir ortamda yaşamalarının sağlanması, iç ve dış tehlikelere yönelik koruma sağlanmasıdır¹⁶⁸; bu nedenle kamu güvenliği kavramının, ulusal güvenlik kavramından daha dar kapsamlı olduğu söylenilebilir. Korunan devlet menfaatleri göz önünde bulundurulduğunda, toplumun refahı ve güvenliği ile ilgili meselelerin kamu düzeni kapsamında kabul edildiği söylenecektir¹⁶⁹.

Bu istisna açısından sığınmacının, iade edileceği ülkede ciddi bir suç sebebiyle mahkûm olması ve bulunduğu ülke halkı açısından tehlike teşkil etmesi şartları aranmaktadır. Bu durumda kişinin iade edileceği ülke, menşee ülkesi ya da üçüncü bir ülke olabilecektir. Şartlar açısından tartışılması gereken iki husus bulunmaktadır. Bunlardan ilki, ciddi suç tabirinden ne anlaşılacağı ve mahkûmiyet açısından kesinleşmenin ne anlama geldiği, ikincisi, bu iki şartın kümülatif olarak aranıp aranmayacağıdır¹⁷⁰.

Hükmün kesinleşmesinden anlaşılması gereken, kişinin, tereddüde yer vermeyecek şekilde, suçlu olduğunun tespit edilmesidir. Ceza yargılaması hukukunda hükmün kesinleşmesi, ilgili hüküm açısından kanun yolu açık ise kanun yollarının

¹⁶⁸ Kalabalık, K.: İnsan Hakları Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 127; Öztürk, s. 134.

¹⁶⁹ Lauterpacht/Bethlehem, s. 140; Öztürk, s.134.

¹⁷⁰ Öztürk, s.134-135; Goodwin-Gill/Mcadam, s. 237.

tamamının tüketilmesi anlamına gelmektedir¹⁷¹. 1951 Sözleşmesi açısından mahkûmiyetin kesinleşmiş olması ile, ilgili hüküm için temyiz yolunun tüketilmesi, başka bir itiraz yolunun açık olmaması anlaşılabacaktır.¹⁷² Böylelikle mahkûmiyetin kesinleşmesi ifadesi ile insani karaktere sahip olan 1951 Sözleşmesine uygun bir değerlendirmeye ulaşılmış olacak ve kişi, yargılandığı ülkede verilmiş olan bir kesin hüküm olmadan, sığınma ülkesinden geri gönderilemeyecektir.

Değerlendirilmesi gereken bir diğer mesele, kişinin iade edileceği ülkede işlediği suçun ciddî bir suç olması ile neyin kastedildiğinin ortaya konmasıdır. Ciddî suç nedir? Bu soru, *Anglo-Saxon Hukukunda* üç temel durum ile açıklanmaktadır. İlk durum, özellikle İngiltere ve Galler gibi ülkelerin, ceza hukuku politikası, zarar ve kusur ölçeğinin belirlenmesi sonucu suçun ciddîyetine karar verilmesine yöneliktir; ikincisi, bir devletin yargı yetkisini, kanuna aykırı davranışı suç olarak öngörüp görmediğinden hareketle düzenlemesidir. Bu durum, doğrudan doğruya kanuna aykırı bazı davranışların cezalandırılacak kadar ciddî olup olmadığı hususunun belirlenmesiyle ilgilidir. Örnek olarak, cinayet, yaralama, tecavüz gibi suçlar, geleneksel olarak ciddî kabul edilen suçlardır. Üçüncü durum, ciddî suç ve hukuka uygun olarak alınan önleyici tedbir arasındaki ilişkinin, suçun ciddî olup olmamasıyla bağlantılı değerlendirilmesidir. Buna göre, suç ciddîleştikçe, yasaları uygulayanların önleyici tedbir yerine diğer cezalara hükmedebilmesi o derece haklı olacaktır. Örneğin, örgütlü suçlarda ceza olarak önleyici tedbirler öngörülmesi mümkün olsa da devlet politikası gereği terör faaliyetleri kapsamında işlenen suçların ciddîyeti, buna mahal

¹⁷¹ Çınar, A.R.: “Hükümün Konusu ve Eylemi (Fiili) Değerlendirmede Mahkemenin Yetkisi”, TBB Dergisi, Sayı 84, 2009, s. 48.

¹⁷² Lauterpacht/Bethlehem, s. 139; Öztürk, s.139.

vermemektedir¹⁷³. Bu nitelikteki suçlar, *Anglo-Saxon* Hukukunda ciddî suç olarak tanımlanmaktadır. Fakat, Kara Avrupası Hukukunda suçlar açısından bu şekilde bir ayırım yapılmamaktadır. Bu nedenle, 1951 Sözleşmesi kapsamında öngörülen ciddî suç kavramından ne anlaşılabileceği iki hukuk sistemi açısından farklılık gösterebilmektedir.

Bu konuyla ilgili yapılan tartışmalarda, 1951 Sözleşmesinin hazırlık çalışmalarında bu şekilde bir sınıflandırma yapılmadığı belirtilmiştir; ciddî suçtan anlaşılması gerekenin, kasten adam öldürme, tecavüz, yağma, kundaklama gibi ağır suçlar olduğu belirtilmiş, bu anlamda ciddî suç ile ağır suç kavramları yakın anlamlı kavramlar olarak kullanılmıştır¹⁷⁴.

Bu hususta üzerinde durulması gereken bir diğer nokta, suçun işlendiği yer kavramıdır. Bu kavram yukarıda ele alınanlardan farklı olarak 1951 Sözleşmesinde açık bir şekilde düzenlenmiştir. Sözleşmenin 1. maddesinin F fıkrasının (b) bendinde¹⁷⁵, sığınmacıların, sığınmadan önce ve sığınılan ülkeden farklı bir ülkede siyasi suçlar haricinde ciddî bir suç işlemesi hâlinde suçun işlendiği yer sığınma ülkesinden farklı bir ülke olacaktır. Bu halde kişi, mülteci statüsünü kazanamayacak fakat yine de geri gönderme yasağı ile korunacaktır. Bir diğer ihtimal ise ilgilinin sığınma ülkesinde suç işlemesi hâlidir. Bu durumda da, ilgili hakkında kovuşturma yapılacak, kişi eğer cezaya çarptırıldıysa sığınma ülkesinde cezasını çekecektir. Bu aşamalardan sonra kişinin sınır dışı edilmesi ihtimali oluşursa geri gönderme yasağının

¹⁷³ Sorell, T: “The Scope of Serious Crime and Preventive Justice”, *Criminal Justice Ethics*, 2016 Vol. 35, No. 3, 163–182, s. 163 vd.

<http://dx.doi.org/10.1080/0731129X.2016.1239461> (Erişim: 18.01.19)

¹⁷⁴ Weis, s. 246; Öztürk, s. 138.

¹⁷⁵ “Bu Sözleşme hükümleri:...

(b) mülteci sıfatıyla kabul edildiği ülkeye sığınmadan önce, sığındığı ülkenin dışında ağır bir siyasi olmayan su işlediğine;”

uygulanıp uygulanmayacağı ayrıca değerlendirilecektir¹⁷⁶. Bu maddeden yola çıkılarak geri gönderme yasağının istisnaları, sığınma ülkesine kabul edilen mülteci hakkında, kabul edildiği ülkede veya herhangi bir ülkede ciddi bir suçtan mahkûmiyet kararı verilmiş olması ve bu durumun sığınma ülkesindeki kamu güvenliğini tehlikeye sokması halidir¹⁷⁷.

E. Sınır Dışı Etme, Sınırdan Geri Çevirme ve Suçluların İadesi Açısından Değerlendirme

1951 Sözleşmesi, 33. maddesinde genel bir yasak ortaya koyarken “... *geri gönderilmeyecek veya iade (refouler) edilmeyecektir.*” ifadesine yer vermiştir. Bu hükümde geri gönderme yasağı nedeniyle devletlerin hangi negatif eylemler ile yükümlü olduklarına ilişkin açık bir düzenleme yapılmamıştır.

Bu halde geri gönderme yasağı ile yasaklanan eylemlerin, sınır dışı etme, sınırdan geri çevirme ve iade olduğu belirtilmelidir¹⁷⁸.

¹⁷⁶ Hâkim: Millet Yönünden Yetki için bkz.: Kunter, N.: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi, Kazancı Matbaacılık Sanayii, 7. Bası, İstanbul, 1981, s. 285-287.

¹⁷⁷ Lauterpacht/Bethlehem, s. 130; Hathaway, Right of Refugees, s. 351; Weis, s. 241; Öztürk, s. 137.

¹⁷⁸ Ayrımlar için bkz. Öztürk, s. 124 vd.

1. Sınır Dışı

Milletlerarası hukukun kaynaklarından olan milletlerarası örf ve âdet hukukunda, bir devletin, ülkeye giriş, ülkeden çıkış ve oturma hakkı gibi birçok konuda münhasır yetkili olduğu belirtilmektedir. Münhasır yetki de kaynağını devletin egemenlik yetkisinden almaktadır. Bununla birlikte, özellikle insan haklarını ilgilendiren belli başlı problemlerin ortaya çıkmasıyla, milletlerarası örf ve âdet hukuku gereği, geçici veya sürekli olarak devletlerin münhasır yetkileri sınırlandırılmaktadır¹⁷⁹. Ulusal kanunlar, milletlerarası anlaşmalar, veya milletlerarası teamül hukuku kurallarınca yapılan bu sınırlandırmaların bir örneği de sınır dışı etme yaptırımında görülebilir.

Sınır dışı etme kavramından anlaşılması gereken, devletlerin kendi ülkelerinin güvenliği ve kamu düzenini korumak maksadıyla, eylemleri tehlikeli bulunan yabancıların ülkeden çıkarılması, hukuken ve fiilen ülke topraklarıyla bağının kesilmesidir¹⁸⁰. Sınır dışı etme yaptırımı, devletler tarafından hem bir araç olarak kullanılmakta, hem de bir yetki olarak kabul edilmektedir¹⁸¹. Hâlihazırda belirli sınırlamalara tâbi olsa da, sınır dışı, idari bir yaptırım olarak mevcudiyetini korumaktadır.

1951 Sözleşmesi, bir yabancı grubu olan mültecilerin hukuki statüsünü düzenlediği için yabancılara uygulanan bu idari yaptırım türünü de düzenleme konusu yapmıştır. Sözleşmenin 32. maddesi şu hükme yer vermektedir:

¹⁷⁹ Ekşi, N.: Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku, 1. B., Beta, İstanbul, 2014, s.99.

¹⁸⁰ Asar, A.: Yabancılar Hukuku, Seçkin Yayınları, 4. Baskı, Ankara, 2018; Çelikel, A./Gelgel Ö.G.: Yabancılar Hukuku, İnkılâp Kitabevi Yayınları, 24. Bası, İstanbul, Aralık 2018, s.127; Çiçekli, s. 165; Ekşi, Yabancılar Hukuku, s. 99; Doğan, s. 108.

¹⁸¹ Aybay, R.: Yabancılar Hukuku, İstanbul, 2005, s. 227-228; Ekşi, Yabancılar Hukuku, s. 99.

“1. Taraf Devletler, ülkelerinde yasal olarak bulunan bir mülteciyi, ulusal güvenlik veya kamu düzeni ile ilgili sebepler dışında sınır dışı edemeyeceklerdir.

2. Böyle bir mültecinin sınır dışı edilmesi, ancak ilgili yasal sürece göre alınmış bir karara uygun olabilir. Zorunlu ulusal güvenlik nedenlerinin, aksine bir uygulamayı gerekli kıldığı hâller dışında, mültecinin, durumunu açıklaması için delil sunmasına, temyiz etmesine, bu amaçla yetkili bir makamın ya da, yetkili makamın özel olarak atayacağı bir kişinin veya kişilerin önünde temsil edilmesine izin verilecektir.

3. Taraf Devletler bu gibi bir mülteciye, diğer bir ülkeye yasal olarak kabulün sağlayabilmesi için makul bir süre tanıyacaktırlar. Taraf Devletler, bu süre içinde, gerekli gördükleri işleriyle ilgili her hangi bir önlemi alma hakkını saklı tutarlar.”

Bu hükümden de anlaşıldığı üzere, sınır dışı düzenlemesi ve geri gönderme yasağını içeren maddeler birbirine yakın düzenlemelerdir. Fakat, sınır dışı etme düzenlemesi titizlikle değerlendirildiğinde, hüküm ile bir mültecinin, belli istisnalar saklı kalmak kaydıyla sınır dışı edilebileceğine ilişkin genel bir yasağın düzenlendiği anlaşılabacaktır. Böylelikle, geri gönderme yasağını ele alan 33. maddede, mültecinin hayatı ya da özgürlüğünün tehdit altında olacağı ülkelere gönderilemeyeceği düzenlenirken, sınır dışı etme için herhangi bir şekilde ülke sınıflandırılmasının yapılmadığı, sadece kişinin sığınma ülkesinin ulusal güvenlik veya kamu düzeni ile ilgili tehdit oluşturması hâlinde sınır dışı edilebileceği belirlenmiştir¹⁸².

İki madde arasındaki bir diğer farklılık ise, sınır dışı etme yaptırımının, mülteci açısından uygulanabilmesi için, mültecinin yasal olarak sığınma ülkesinde bulunması gerekmesidir. Fakat, geri gönderme yasağının uygulanması için bu yönde bir şart

¹⁸² Goodwin-Gill/McAdam, s. 262; Öztürk, s.125-126.

öngörülmemiştir¹⁸³. Bu nedenle “yasal olarak bulunma” ifadesinin ne anlama geldiği açıklanmalıdır. 1951 Sözleşmesinde bu kavramla ilgili düzenleme yapılmaması, bu konuda tartışmaların doğmasına sebep olmuştur. İlk olarak, 32. maddede değinilen “yasal olarak bulunma” kavramının, sığınma ülkesinin mevzuatına uygun olarak ülkede bulunulmasını ifade ettiği savunulmuştur¹⁸⁴. Fakat, zaman içerisinde bu tanımlamanın yetersiz olduğu belirtilmiş, yasal olarak bulunma ibaresine, sığınma ülkesinin mevzuatının, 1951 Sözleşmesine uygun olarak yorumlanmasıyla ulaşılması gerektiği savunulmuştur. Bu durumda, 1951 Sözleşmesinin amacı, insani karakteri, yasal olarak bulunma ifadesinin yorumunda her zaman ön planda olmalıdır. Bu kapsamda yapılan bir incelemede “yasal olarak bulunma” ifadesi ile ilgili dört şart tespit edilmiştir. Bu değerlendirme çerçevesinde sığınmacının ülkeye kabul süreci önem taşımakta olup aşağıdaki dört hususun ele alınması gerekmektedir:

1. Bu süreç bir iki saat gibi kısa sürmüştü,
2. mülteci hukuki statüsü için başvuru yapılmış fakat bu başvuru henüz sonuçlanmamışsa,
3. bu süreçte karar alınmış ve bu karara itiraz edilmişse,
4. sığınma ülkesi mülteci statüsünü değerlendirmekten kaçınmışsa ya da geçici koruma statüsü kapsamına alarak mülteci statüsü değerlendirmesi rafa kaldırılmışsa kişi, sınır dışı yasağı kapsamında düzenlenen yasal olarak bulunma şartını sağlamış sayılmaktadır.¹⁸⁵

Bu durumda, kişinin sınır dışı edilmesi, 1951 Sözleşmesi uyarınca hukuka aykırı olacaktır.

Sınır dışı yasağı kapsamında ele alınan “ulusal güvenlik” ve “kamu düzeni” nedeniyle sınır dışı edilen kişilerin akıbetleri ise 1951 Sözleşmesinin 32. maddesinin

¹⁸³ Hathaway, Right of Refugees, s.302-303; Öztürk, s. 126.

¹⁸⁴ Öztürk, s. 126, dp 424.

¹⁸⁵ Hathaway, Right of Refugees, s. 178; Öztürk, s. 127.

3. fıkrasında ele alınmıştır. Buna göre, sınır dışı edilen kişiye güvenli üçüncü ülkeye kabul edilmesi için gerekli başvuruları yapması amacıyla belirli bir süre tanınacaktır. Bu kapsamda mültecinin sınır dışı edildiği güvenli üçüncü ülke, 32. madde kapsamında da ayrıca değerlendirilecek, sığınma ülkesi bu durumda koruma şartları oluşmuşsa geri gönderme yasağıyla bağlı olacaktır¹⁸⁶.

Bu kapsamda, sınır dışı etme yaptırımının, geri gönderme yasağına uygun yapılıp yapılmadığı tespit edilirken, başta 1951 Sözleşmesi olmak üzere, yasağı düzenleyen diğer sözleşmeler de ele alınacaktır. Bu konuda AİHM'nin, AİHS'de geri gönderme yasağı ile ilişkilendirilen maddelere dayandırılarak verdiği kararları aşağıda ikinci bölümde incelenecektir¹⁸⁷.

2. Sınırdan Geri Çevirme ve Suçluların İadesi

1951 Sözleşmesinin 33. maddesinin 1. fıkrasına göre, yasaklanan eylemlerden birinin sınır dışı etme olduğu açıktır; fakat, bu hükümde sınırdan geri çevirme ve suçluların iadesi gibi sınır dışı etme kavramına benzer olan kavramlar açısından bir düzenleme yapılmamıştır.

Öncelikle, sınırdan geri çevirme ve suçluların iadesi kavramları aydınlatılmalıdır. Sınırdan geri çevirme, bir diğer ifadeyle “giriş kapısından geri çevirme¹⁸⁸”, henüz ülkeye girmemiş, fakat sınır kapısına geçerli pasaport veya pasaport yerine geçen bir belge olmadan veya kaçak olarak ülkeye giriş yapmaya

¹⁸⁶ Öztürk, s. 128.

¹⁸⁷ s. 110 vd.

¹⁸⁸ Ekşi, Yabancılar Hukuku, s. 100, dp 146.

alışan yabancılara uygulanan yaptırımdır¹⁸⁹. Geri gönderme yasağı ile ilgili olarak, sığınmacıların ülke sınırına gelmesiyle fiziki olarak ülkenin toprağına veya yetki alanına girdiğı sonucuna ulaşılabileceğı, bu sebeple, bu ayrımın yapılmasının çok gerekli olmadığı savunulabilir.

Sığınma lkesi, egemenlik yetkisinin bir yansıması olarak, sınırına gelen bir yabancıyı kabul etmekle yükümlü olmayacaktır. Kabul yükümlülüğünün olmaması, geri gönderme yasağıının uygulanması açısından birçok soruyu gündeme getirmektedir. Sığınma lkesi, sınırındaki yabancıyı kabul etmekle yükümlü değıl ise bizzat sınırına gelen kişiye korumak için oluşturulan uluslararası hukuk kaynaklı yükümlülüklerini de yerine getirmekle bağılı olmayacak mıdır? Bu devlet, kişiye sınırdan geri çevirerek onun hayatını veya özgürlüğünü tehlike altına atması hâlinde sorumlu olmayacak mıdır? Geri gönderme yasağıının niteliğı göz önünde bulunduğnda, bu yasağıın ancak devletler tarafından sürekli olarak uygulanmasıyla hedeflenen sonuca ulaşılacağı tespit edilecektir. Devletlerin, yabancıyı sınırdan geri çevirmesi durumunda, geri gönderme yasağı ile bağılı olmaları gerekmektedir. Sığınma ülkesinin, egemenlik yetkisini kullanarak yabancıyı kabul etmediğı ve sınırdan geri evrildiğı varsayımında, ilgilinin özgürlüğü ve/veya hayatı tehlikeye düşerse, geri gönderme yasağı 1951 Sözleşmesine göre bağılayıcı olacaktır. Fakat, 1951 sonrası yasağıın, *jus cogens* niteliğinde olması, bu sebeple sadece 1951 Sözleşmesi dâhilinde bağılayıcı olmadığı, 1951 Sözleşmesinin tarafı olmayan devletler için de artık bağılayıcı olduğı, dolayısıyla yasağıın kapsamının genişletildiğı grlmektedir¹⁹⁰.

¹⁸⁹ Ekşi, Yabancılar Hukuku, s. 100.

¹⁹⁰ Goodwin-Gill/Mcadam, s. 206-208, dn 25, dn 27.

Suçluların iadesi kavramı ise, devletlerin egemenlik yetkisiyle yakından ilgili bir kavramdır. Devletlerin, topraklarında bulunan veya egemenlik yetkisi içinde bulunan kişiler üzerinde münhasır yetkili oldukları kabul edilmiştir. Fakat devletlerin egemenlik yetkisini, kötüye kullanması da bir ihtimaldir. Devletlerin egemenlik yetkilerini kötüye kullanması bakımından iki farklı yöntem izledikleri tespit edilmiştir. Bunlardan ilki, devletin yabancıya karşı, hukuki alıkoyma sistemini işleterek, hapisanesinde tutması, bir diğeri ise kişiyi, başka devlete göndererek, o devletin hapisanesinde tutulmasını sağlamasıdır. Diğer bir deyişle devletin, kendi eliyle veya başka bir devlet eliyle, kişi üzerinde, egemenlik yetkisi nedeniyle sahip olduğu münhasır yetkisini kullanarak, kişinin temel hak ve özgürlüklerini ihlâl etmesi muhtemeldir. Kişiye isnat edilen bir suçun mevcudiyeti hâlinde ise, devletler çıkmaza düşmektedir. Devlet, ilgili kişiyi topraklarında tutarak ya kendi halkının güvenlik hakkını tehlikeye atacak ya da suç isnat edilen kişiyi, kişinin güvenlik hakkını, yasak kapsamında yapılan değerlendirme sonucu tehlikeye düşürecek olan ülkeye iade edecektir¹⁹¹. Bu durumda, her ne kadar sığınma devleti “elini kirletmemiş”¹⁹² olsa da, kişinin zarar göreceği eyleme maruz kalmasından daha kötü sonuçlara yol açabilecek bir davranışta bulunmuş olacaktır¹⁹³. O halde, zincirleme geri gönderme yasağı da dikkate alınarak, suç isnat edilen kişiye karşı tehlikenin oluşması hâlinde iadenin gerçekleştirilmemesi gerekir.

Bu kapsamda suçluların iadesi ile sınır dışı etme arasındaki temel farka işaret etmekte yarar görüyoruz. Suçluların iadesi kavramı, iki devletin karşılıklı olarak

¹⁹¹ May, s. 164-166.

¹⁹² Bknz. “*vicarious dirty hands*”; MAY, , s. 164 vd.

¹⁹³ May, s. 167.

anlaşmasıyla, suçlunun ceza almasını sağlamak üzere kullanılan bir yaptırım iken, sınır dışı etme, devletin tek taraflı bir idari işlemidir¹⁹⁴.

Suçluların iadesi kapsamında, 1951 Sözleşmesinde açık bir düzenleme yapılmamıştır. Fakat doktrinde kabul edildiği üzere, 33. maddesinin 1. fıkrasına göre “her ne koşulda olursa olsun” ibaresiyle tüm “gönderme (removal)” fiilleri yasak kapsamına alınmıştır. 1951 Sözleşmesinin sınır dışı etme yasağını düzenleyen 32. Maddesi gereği, ciddi ve siyasi olmayan bir suç işlediği konusunda ciddi şüpheler bulunan kimse, kamu düzeni ve ulusal güvenlik açısından tehlike yaratıyorsa sınır dışı edilebilecek, bu durumun sonucu olarak, sığınma ülkesinde mülteci statüsü edinemeyecektir. Böylelikle, her ne kadar 32. maddede belirtilen kişilerin sınır dışı edilmesi mümkün görülse de devletler, koşullarının oluşmasıyla geri gönderme yasağıyla bağlı kalacaktır. Bu durumda, kişi, her ne kadar sınır dışı etme yasağını düzenleyen madde kapsamında sınır dışı edilebilen kişilerden de olsa, sınır dışı etme işlemi sonucunda iade edileceği ülkede, kişinin özgürlüğü veya hayatı tehlikeye düşecekse sığınma ülkesinden sınır dışı edilemeyecektir¹⁹⁵.

Türk hukukunda 2016 yılında TCK’nın 18. maddesinde yer alan hüküm yürürlükten kaldırılmış, suçluların iadesi “*Cezaî Konularda Uluslararası Adli İş Birliği Kanununda*”¹⁹⁶ düzenlenmiştir. Söz konusu Kanunun 11. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde, 1951 Sözleşmesi ile paralel bir düzenlemeye yer verildiği görülmektedir¹⁹⁷. Buna göre, iade ülkesinde kişinin etnik kökeni, dini, vatandaşlığı,

¹⁹⁴ Ekşi, Yabancılar Hukuku, s. 100; Ulugöl, H.: Suçluların Geri Verilmesi ve Siyasi Suç, Ankara, 2002, s.6.

¹⁹⁵ Goodwin-Gill/Mcadam, s. 257, dn 330-331.

¹⁹⁶ 6706 Sayılı Kanun, 23.04.2016 Tarihinde kabul edilmiştir.

¹⁹⁷ “İadenin kabul edilemeyeceği hâller

Madde 11- (1) Aşağıda sayılan hâllerde iade talebi kabul edilmez:

..

belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi görüşleri nedeniyle işkence veya kötü muameleye maruz kalacağına dair kuvvetli şüphe varsa, kişi, geri gönderme yasağı kapsamında korunacak ve iade edilmeyecektir.

Avrupa Konseyine üye ülkeler tarafından akdedilen ve üye ülkeler arasında suçluların iadesi konusunda bir birliğin temin edilmesi amacını taşıyan, 1959 yılında imzalanan ve yürürlüğe giren “Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi”¹⁹⁸ (SİDAS)¹⁹⁹ de geri gönderme yasağını göz ardı etmemiştir. Sözleşmenin “Siyasi Suçlar” başlığını taşıyan 3. maddesinde geri gönderme yasağına ilişkin şu hükme yer verilmiştir:

“Kendisinden iade talep edilen taraf, âdi bir suç için vâki iade talebinin bir şahsı ırk, din, milliyet veya siyasî kanaat cihetinden takip veya cezalandırmak gayesiyle yapıldığına... dair ciddi sebepler mevcut olduğuna kanaat hâsıl ettiği takdirde”

Bu bağlamda, 1951 Sözleşmesi ile mülteci hukukunda başlayan gelişmelerin Avrupa Konseyi tarafında da benimsendiği söylenebilir.

Sonuç olarak, geri gönderme yasağının, sınırdan geri çevirme ve suçluların iadesi kavramlarını kapsayıp kapsamadığı konusunda önemli tartışmalar yaşansa da, genel eğilim, geri gönderme yasağının sınırdan geri çevirme ve suçluların iadesini de kapsadığı yönündedir. Bu uzlaşma, başta 1951 Sözleşmesi olmak üzere diğer yazılı ulusal ve uluslararası metinlere de yansımıştır²⁰⁰.

b) İadesi talep edilen kişinin ırkı, etnik kökeni, dini, vatandaşlığı, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasî görüşleri nedeniyle bir soruşturma veya kovuşturmayla maruz bırakılacağına veya cezalandırılacağına ya da işkence veya kötü muameleye maruz kalacağına dair kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması...”

¹⁹⁸ Avrupa Konseyi üyesi devletler tarafından imzalanan bu Sözleşmeyi Türkiye, 18.11.1959/7376 Sayılı Kanun ile uygun bulmuştur. Sözleşme, 26.11.1959 tarihli Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

¹⁹⁹ 18.11.1959/7376 Sayılı Kanun, RG: 26.11.1959, Dibace.

²⁰⁰ Öztürk, s.129-131.

III. Türk Yabancılar Hukukunda Geri Gönderme Yasağı

1950’lerden bu yana yaşanan siyasi ve ekonomik problemler sonucunda mülteci akınlarının arttığı tartışılmaz bir gerçektir. Özellikle, İkinci Dünya Savaşı sonrasında yerinden edilmiş kişi sayısındaki artış ve daha sonra doğu bloku ülkelerindeki çözülmeyle Türkiye, Avrupalı mülteci akınına maruz kalmıştır. Öte yandan, 1980’lerde İran Devrimiyle birlikte İran’dan gelen sığınmacı sayısında büyük bir artış meydana gelmiştir. Resmî olmayan verilere göre 1980-1990 yılları arasında bir buçuk milyon İranlı; 90’lardan itibaren ise İranlı, Iraklı, Afgan, Somalili, Tunuslu, Sudanlı birçok yabancı Türkiye’ye sığınmıştır²⁰¹. 2000’li yıllardan sonra ise Suriye’deki iç karışıklık nedeniyle Türkiye’ye, Suriye uyruklu birçok yabancı kitlesel olarak akın etmiş ve hâlâ akın etmektedir.

Geri gönderme yasağı, temelde göç hukukuna²⁰² ilişkin bir konudur. Göç hukuku ise Türk Yabancılar Hukukunun temel konularından birini oluşturmaktadır²⁰³. Bu nedenle, geri gönderme yasağı, doğrudan doğruya Türk Yabancılar Hukuku kapsamında ele alınmıştır.

Türk Yabancılar Hukuku kapsamındaki temel ilkeler, kaynağını Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunundan (YUKK) almaktadır. Özellikle geri gönderme yasağı açısından yabancılar hukukunun diğer kaynakları da büyük önem taşımaktadır. Bu kapsamda, geri gönderme yasağı açısından Türk Yabancılar Hukukunun,

²⁰¹ Korkut, L.: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Devletlerin Sığınmacıları Sınırdışı Etme Egemen Yetkisine Etkisi: Türkiye Örneği”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 66, Sayı: 25, 2008 (20-35).

²⁰² Bu çalışmada “Göç Hukuku” kavramı “immigration law”, “refugee law” kavramlarını kapsayıcı anlamda kullanılmaktadır.

²⁰³ Aybay, R.: “İnsan Hakları Evrensel Bildirisi ve Türkiye”, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 1. Baskı, 2016, s. 45-46, dn 4; Göçmen, s. 128.

uluslararası hukukun kaynakları ile uyumlu olduğu belirtilmelidir. Uluslararası hukukun kaynakları, uluslararası sözleşmeler, milletlerarası teamül, hukukun genel prensipleri, doktrin ve uluslararası mahkeme kararlarıdır²⁰⁴. Türk Yabancılar Hukukunun kaynağı olarak uluslararası sözleşmeler bağlamında özellikle AİHS ile AB ile imzalanan Ankara Sözleşmesi önem taşımaktadır. Buna ek olarak başta Anayasa olmak üzere kanunlar, kararnameler, tüzükler ve yönetmelikler Türk Yabancılar Hukukunun iç hukuk kaynaklarını oluşturmaktadır²⁰⁵.

Geri gönderme yasağı özelinde, YUKK kapsamında değerlendirme yapılmadan önce, temel hak ve özgürlükler rejimini ortaya koyan Anayasa ele alınmalıdır. Öncelikle, Anayasadaki temel hak ve özgürlükler, her durumda mutlak değildir; belirli şartların gerçekleşmesi hâlinde sınırlandırmalara tâbi tutulabilir. Sınırlandırma konusuna geçmeden önce temel kural olarak Anayasa'nın 10. maddesi ele alınmalıdır. Buna göre, “herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.” Bu durumda Anayasa'nın temel hak ve özgürlükler bağlamında *eşitlik prensibini* benimsediği söylenebilecektir. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının, Anayasa ile belirlenen şartları sağlaması gerekmektedir. Buna göre, ilgili temel hak

²⁰⁴ Çelikel, s. 58; Doğan, s. 30; Çiçekli, s.35-37; Uluslararası Hukukun kaynakları açısından ayrıca bknz.:

“Uluslararası Adalet Divanı Statüsü:

38. Madde

1. Kendisine sunulan uyuşmazlıkları uluslararası hukuka uygun olarak çözmekle görevli olan Divan: a. Uyuşmazlık durumundaki devletlerce açık seçik kabul edilmiş kurallar koyan, gerek genel gerekse özel uluslararası antlaşmaları;

b. hukuk olarak kabul edilmiş genel bir uygulamanın kanıtı olarak uluslararası yapılagelmiş kurallarını;

c. uygar uluslarca kabul edilen genel hukuk ilkelerini;

d. 59. Madde hükmü saklı kalmak üzere, hukuk kurallarının belirlenmesinde yardımcı araç olarak adli kararları ve çeşitli ulusların en yetkin yazarlarının öğretilerini uygular

²⁰⁵ Çelikel, s. 57.

veya özgürlüğün özüne dokunulmadan, Anayasanın ilgili hükmünde öngörülen sebeplerden biri veya birkaçı öngörülerek sınırlandırmanın kanunla yapılması, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine aykırı olmaması ve son olarak, ölçülülük ilkesiyle bağdaşması gerekmektedir²⁰⁶. Yabancı-vatandaş ayrımı gözetmeksizin ortaya konmuş olan bu ilke gereği, yabancıların temel hak ve özgürlükleri sınırlandırılken aynı koşulların sağlanması gerekmektedir²⁰⁷.

Yabancıların hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılması hususunda, Anayasanın 13. maddesine ek olarak, Anayasanın 16. maddesi önem taşımaktadır.²⁰⁸ Buna göre, 16. madde gereği, keyfi sınırlandırmalardan kaçınma için “milletlerarası hukukun esaslarına uygun olma” ve “kanun yoluyla sınırlandırma” şartı getirilmiştir. “Milletlerarası hukukun esaslarına uygun olma” ile kastedilen sadece milletlerarası sözleşmeler değil, milletlerarası örf adet hukuku, milletlerarası hukukun genel ilkeleri, milletlerarası mahkeme kararları ve doktrindir²⁰⁹.

Özellikle 16. madde kapsamında yabancıların hak ve özgürlükleriyle ilgili düzenlemeler dikkate alındığında, milletlerarası sözleşmeler, hem yabancılar hukukunun bir kaynağı olarak, hem de yabancıların temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılmasında bir eşik olarak öngörülmektedir. Özellikle AİHS, temel hak ve

²⁰⁶ Anayasa madde 13: “*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.*”

²⁰⁷ Göçmen, s. 172.

²⁰⁸ Yabancıların hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılması hususunda 13. maddenin genel norm olduğu ve yabancıların temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılmasında kümülatif olarak 13. maddenin, 16. madde ile birlikte kümülatif olarak ele alınacağına ilişkin bkz.: Göçmen, s. 172; Karşı görüş için bkz. Gözler, K.: Türk Anayasa Hukuku, İkinci Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2018, s. 292-293.

²⁰⁹ Çelikel, s. 64 vd.

özgürlükler için yeni bir rejimi getirmesi sebebiyle insan hakları hukuku başta olmak üzere, yabancılar hukuku açısından da temel bir kaynak oluşturmuş ve sınırlandırmalar açısından önemli bir rol oynamıştır.

Türkiye, BM'nin kurucu üyelerinden biri olarak, AİHS'nin²¹⁰ hazırlık çalışmalarına katılmıştır. AİHS, 19 Mart 1954 tarihinde Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Aşağıda Geri Gönderme Yasağı ve İnsan Hakları Sözleşmeleri başlığı altında ayrıntılı olarak inceleneceği üzere AİHM içtihadı, geri gönderme yasağının uygulanması açısından büyük önem arz etmektedir²¹¹.

Geri gönderme yasağı açısından önem arz eden bir diğer milletlerarası sözleşme ise tezin Birinci Bölümde altında ayrıntılı olarak incelenmiş olan 1951 Sözleşmesidir. Bu Sözleşmeden kaynaklanan, geri gönderme yasağı ile ilgili yükümlülükler hâlihazırda ortaya konmuştur²¹².

Bu açıklamalar çerçevesinde Türk Yabancılar Hukukunun temel kaynağının YUKK olduğu söylenebilir. YUKK'un 2. maddesinde Kanunun uygulama alanı ve korumanın kapsamı belirtilmiştir. Buna göre, Kanun, yabancıların Türkiye'ye girişi, vize işlemleri, ikamet izinleri, sınır dışı edilmeleri, uluslararası göç ve uluslararası koruma ve geçici koruma hususlarında düzenleme getirmiştir. 2. maddenin 2. fıkrasında ise, Kanunun uygulanmasında Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası anlaşmalar ve özel kanunlardaki hükümlerin saklı tutulduğu belirtilmiştir²¹³.

²¹⁰ Sözleşme, 04.11.1959 tarihinde kabul edilmiştir. Türkiye, AİHS'ni 04.11.1950 tarihinde imzalamış ve 10.03.1954 tarihli ve 6366 sayılı Kanun ile onaylamıştır. Resmî Gazete yayım tarihi 19.03.1954'tür.

²¹¹ s. 113 vd.

²¹² s. 9 vd.

²¹³ “Kapsam

MADDE 2 –

Böylelikle, AİHS ve 1951 Sözleşmesi gibi, Türkiye'nin tarafı bulunduğu, başta göç ve iltica olmak üzere, ikamet, seyahat, vize, konsolosluk, çalışma gibi konuları düzenleyen uluslararası sözleşmeler, Kanunda bu hususlarda ayrıca düzenleme yapılmış olsa da öncelikle uygulanacaktır. Bu bağlamda, 1951 Sözleşmesinin mülteci statüsüne ilişkin 1. maddesi ve geri gönderme yasağına ilişkin 33. maddesi, Türk hukuku açısından doğrudan uygulanabilir bir kaynak niteliğini taşımaktadır.

Türk Yabancılar Hukukunda geri gönderme yasağı incelenirken, YUKK öncesi dönem ve YUKK dönemi arasında ayırım yapılarak konuyu ele almanın sistematik bütünlük açısından daha uygun olacağı kanısındayız.

A. YUKK Öncesi Dönemde Geri Gönderme Yasağı

Türkiye'de, 1951 Sözleşmesi yürürlüğe girmeden önce, Pasaport Kanununun yürürlükten kaldırılan bazı hükümleri²¹⁴ ile Yabancıların Türkiye'de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun²¹⁵ yabancıların sınır dışı edilmeleri, ülkeye girişinin reddi, geri çevrilmeleri, yurttan çıkarılmaları, ülkeyi terke davet ve geri dönüşleri gibi konuları düzenlemekteydi. O dönemde yabancılar hukuku ve idare hukuku alanında

(1) Bu Kanun, yabancılarla ilgili iş ve işlemleri; sınırlarda, sınır kapılarında ya da Türkiye içinde yabancıların münferit koruma talepleri üzerine sağlanacak uluslararası korumayı, ayrılmaya zorlandıkları ülkeye geri dönemeyen ve kitlesel olarak Türkiye'ye gelen yabancılara acil olarak sağlanacak geçici korumayı kapsar.

(2) Bu Kanunun uygulanmasında, Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası anlaşmalar ile özel kanunlardaki hükümler saklıdır."

²¹⁴ R.G.: 24/7/1950 Sayı: 7564, Kanun Numarası:5682

²¹⁵ R.G.: 24/7/1950 Sayı: 7564, Kanun Numarası:5683

yapılan incelemelerde, yabancıların ülkeden uzaklaştırıldığı her durum ve her yaptırım, hukuka uygun olsun veya olmasın sınır dışı etme olarak açıklanmaktaydı²¹⁶.

Pasaport Kanununun yabancıların Türkiye'ye girişini düzenleyen ve yürürlükten kaldırılan 4. maddenin 2. fıkrası, henüz mülteci statüsünü kazanmamış fiili mültecilere uygulanmaktaydı. Geri gönderme yasağı ile irtibatı bulunan bu madde, İçişleri Bakanlığına geniş takdir yetkisi vermektedir²¹⁷. Söz konusu hüküm uyarınca, *“Umumiyetle mültecilerin ve iskân hakkındaki mevzuat dışında olarak yurt tutmak maksadıyla gelen yabancıların, pasaportları olsun olmasın Türkiye'ye kabulleri İçişleri Bakanlığı'nın kararına bağlıdır.”*

1951 Sözleşmesi yürürlüğe girdikten sonra bu hükmün uygulanması mümkün olmamıştır. Zira, idare, herhangi bir sınır belirtilmeden, geniş takdir yetkisiyle Türkiye sınırına gelen fiili mülteciyi geri çevirme yetkisine 1951 Sözleşmesinin yürürlüğe girmesiyle sahip olamayacaktır. Çünkü bu hüküm, 1951 Sözleşmesi ile doğrudan çelişmektedir. Bununla birlikte, Pasaport Kanunun yürürlükten kaldırılan 4. maddesinin 2. fıkrasının, sadece 1951 Sözleşmesine çekince koyulan hâllerde uygulanır olduğu tartışılabilir. Ancak, geri gönderme yasağı uluslararası teamül hukuku kuralı niteliğinde olduğu için ilgili hüküm, 1951 Sözleşmesine çekince konulan durumda dahi uygulanamayacaktır. Ne var ki, idarenin 1951 Sözleşmesi yürürlüğe girdikten sonra, Pasaport Kanununda düzenlenen bu yetkisini kullandığı ve

²¹⁶ Özellikle sınıra geçerli pasaport veya pasaport yerine geçen belge ile gelmeyen yabancılar, “geri çevrilir” veya “yurttan çıkarılırdı”. Bu terimlerde asıl olarak sınır dışı kavramından farklıdır: Duran, L.: Yabancıların Türkiye’den Sınır Dışı Edilmesi, İnsan Hakları Yıllığı, 1980 (3-33), s.4. (Ergül, E.: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku’nda Sınır Dışı Etme, Geri Gönderme ve Geri Verme, Yargı Yayınevi, Ankara, 2012, s. 47-48, dn 180’den naklen)

²¹⁷ Göger, E.: Pasaport Hukuku, Ankara 1973, s. 179-180. (Öztürk, s. 406, dn 1525’den naklen)

kararlarında muğlak bir kavram olan “sınırdan geri çevirme” terimine dayandığı görülmektedir.

Pasaport Kanununda yürürlükten kaldırılan bir diğer düzenleme ise ülkeye girişi yasak olan kişileri düzenleyen 8. maddedir²¹⁸. Söz konusu maddede açık bir şekilde geri gönderme yasağı ile çelişen bir düzenleme getirilmiştir. Hüküm, hem idareye geniş yetki tanımakta, hem de ülkeye girişin hiçbir gerekçe gösterilmeden, sadece ilgilinin kökenine dayanarak yasaklanmasına imkan vermektedir. Bu da başta ayrımcılık yasağı olmak üzere geri gönderme yasağı ile bağdaşmayan sonuçlar doğurmaktaydı.

1951 Sözleşmesinin yürürlüğe girmesiyle, Sözleşmeye getirilen coğrafi sınırlandırma sebebiyle iki tür mülteci grubu ortaya çıkmıştır. Buna göre ilk grup mülteci, çekince dışında kalan, Avrupalı mülteciler, ikinci grup mülteci ise çekince kapsamında kabul edilen mültecidir. Şüphesiz ki bu ayrım, mülteci statüsünün kazanılması bakımından önemli bir ayrım olup, geri gönderme yasağının uygulanması açısından bir sınırlandırma yaratmamaktadır. Özellikle 1980-1990 yılları arasında,

²¹⁸ “Madde 8 –

1. Serseriler ve dilenciler;
2. Delilikle veya bulaşık hastalıkla malül olanlar (Bu gibilerden umumi sıhhati ve asayışı tehlikeye sokmayacak halde olup kendi vasıtalarıyla veya kanuni veli veya vasilerinin maddi himayeleri altında olarak tedavi veya hava değiştirme için gelenler bu hükümden istisna edilebilirler);
3. Türkiye Cumhuriyetinin taraf bulunduğu, mücrimlerin iadesine mütaallik anlaşma veya andlaşmalarla iadeye esas olarak kabul edilen suçlardan birinden sanık veya hükümlü bulunanlar;
4. Türkiye'den sınır dışı edilmiş olupta avdetine müsaade edilmemiş bulunanlar;
5. Türkiye Cumhuriyetinin emniyetini ve umumi nizamını bozmak niyetiyle veya bozmak isteyenlere ve bozanlara iştirak veya yardım etmek maksadiyle geldikleri sezilenler;
6. Fahişeler ve kadınları fuhuşa sevk ederek geçinmeyi meslek edinenlerle beyaz kadın ticareti yapanlar ve her nevi kaçakçılar;
7. Türkiye'de kalacaklarını beyan ettikleri müddetçe yaşamalarına ve tekrar gitmelerine yetiyecek paraları bulunmayıp Türkiye'de kendilerini himaye edecek kimseleri bulunduğu veya Türkiye'de yabancılara kanunla menedilmemiş işlerden birini tutacaklarını ispat edemeyenler.”

İran Devrimi ve 90'lı yılların sonunda yaşanan soğuk savaş dönemi ile yerinden edilmiş insan sayısındaki artış ve bu artışa aynı hızla karşılık veremeyen Türk hukuku, birçok uluslararası kuruluş tarafından yoğun eleştirilerin konusu haline gelmiştir. Sığınma konusunda Türk hukukundaki eksiklikleri ve aksaklıkları eleştiren kuruluşlar tarafından hazırlanan raporlar esasen Türk hukukuna katkı sağlamıştır. En büyük etki “Türkiyeye İltica Eden veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzere Türkiyeden İkamet İzni Talep Eden Münferit Yabancılar ile Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılar ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik (94 Yönetmeliğinin)²¹⁹” çıkarılması olmuştur²²⁰. Arzulanan sonucu sağlamasa da 94 Yönetmeliğinde sınır dışı etmeye ilişkin bazı düzenlemeler dikkat çekmektedir. Söz konusu düzenlemelere göre²²¹ sadece sınır dışı tedbiri açısından, “muntazam surette bulunan mülteci ve sığınmacılar” koruma altına alınmıştır. Bu nedenle, 1951 Sözleşmesi ile taahhüt edilen geri gönderme yasağı, bu hükümle tam olarak Türk hukukuna yansımamıştır²²².

Türk hukukunda, YUKK öncesinde geri gönderme yasağı ile uyum içinde olan düzenlemelere de rastlanmaktaydı. İlk örnek olarak, 26 Kasım 1959 tarihinde yürürlüğe girmiş olan SİDAS²²³ hükümleri ile 1951 Sözleşmesi arasında bir paralellik

²¹⁹ Kabul Tarihi: 14.09.1994 R.G.: 30.11.1994 R.G. No: 22127; 94 Yönetmeliğinin 3. maddesine göre mülteci: “Avrupa’da meydana gelen olaylar sebebiyle, ırkı, dini, milliyeti, belirli bir toplumsal gurba üyeliği veya siyasi düşünceleri nedeniyle takibata uğrayacağından haklı olarak korktuğu için vatandaşı olduğu ülke dışında bulunan ve vatandaşı olduğu ülkenin himayesinden istifade edemeyen veya korkudan dolayı istifade etmek istemeyen ya da uyruğu yoksa ve önceden ikamet ettiği ülke dışında bulunuyorsa oraya dönmeyen veya korkusundan dolayı dönmek istemeyen yabancı.”

²²⁰ Korkut, s. 25-26.

²²¹ “**Madde 29:** Türkiye’de muntazam surette bulunan bir mülteci veya sığınmacı ancak milli emniyet ve kamu düzeni sebebi ile 1951 tarihli Mültecilerin Hukukî Durumuna Dair Cenevre Sözleşmesi hükümleri çerçevesinde İçişleri Bakanlığı’nca sınır dışı edilebilir.”

²²² Öztürk, s. 406-407.

²²³ Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi: Bir Avrupa Konseyi Sözleşmesi olan bu Sözleşme, 18.11.1959/7376 Sayılı Kanun ile uygun bulunmuş, 26.11.1959 tarihinde Resmî Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

olduğu söylenebilir. SİDAS'ın Siyasi Suçlar başlığını taşıyan 3. maddesinin 2. fıkrası şu hükmü getirmektedir:

“Kendisinden iade talep edilen taraf, âdi bir suç için vâki iade talebinin bir şahsı ırk, din, milliyet veya siyasî kanaat cihetinden takip veya cezalandırmak gayesiyle yapıldığına veya bu şahsın vaziyetinin bu sebeplerden biri dolayısı ile ağırlaşabileceğine dair ciddi sebepler mevcut olduğuna kanaat hâsıl ettiği takdirde de aynı kaide tatbik edilecektir.”

Görüldüğü üzere, SİDAS'ın bu hükmü ile 1951 Sözleşmesinin 1. maddesinin A fıkrasının 2 bendi, F fıkrasının (b) bendi ve geri gönderme yasağını düzenleyen 33. maddesi aynı menfaate hizmet etmektedir. Bu hüküm ile ilgili suçu işleyen veya işledikleri iddia edilen sanıkların sığınma hakkından yararlanabilmeleri ve böylelikle geri gönderilmelerinin engellenmesi hedeflenmiştir²²⁴.

SİDAS'ın 26 Kasım 1959 sonra yürürlüğe girmesinden sonra 12 Ekim 2004 tarihinde yürürlüğe giren Türk Ceza Kanununda (TCK)²²⁵ da SİDAS'a uygun bir düzenleme mevcuttur. Buna göre, TCK'nın mülga 18. maddesinin 3. fıkrası²²⁶ ile, kişinin iade edileceği ülkede ırkı, dini, vatandaşlığı, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi görüşü nedeniyle işkence veya kötü muameleye maruz kalma riski mevcutsa, ilgil ülkeye iade edilmeyeceği hükme bağlanmıştır²²⁷. Böylelikle, bu hüküm doğrultusunda yabancı, uluslararası korumaya muhtaç olan bir birey ise ilgili koşullar

²²⁴ Odman, M.T.: “İltica, Suçluların Geri Verilmesi ve Terör Suçluları”, Askeri Yargıtay'ın 85. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu, 6-7 Nisan 1999, Ankara, s. 138 (Ergül, s. 55, dn. 201'den naklen)

²²⁵ 18.11.1959/7376 Sayılı Kanun, RG: 26.11.1959.

²²⁶Mülga: 23/4/2016-6706/36 md.

²²⁷ “Kişinin, talep eden devlete geri verilmesi hâlinde ırkı, dini, vatandaşlığı, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi görüşleri nedeniyle kovuşturulacağına veya cezalandırılacağına ya da işkence ve kötü muameleye maruz kalacağına dair kuvvetli şüphe sebepleri varsa, talep kabul edilmez.”

altında iadeye tabi olmayacaktır. Dolayısıyla, mülteci veya ülkesinin uluslararası korumasından yararlanamayan fiili mülteciler için de bu hüküm uygulanabilir²²⁸. Fakat, TCK'nın ilgili hükmünün ilga edilmesiyle beraber, suçluların iadesi açısından artık sadece SİDAS hükümleri ve 1951 Sözleşmesi, geri gönderme yasağına dayanak teşkil etmektedir.

Her ne kadar TCK ve SİDAS hükümleri, geri gönderme yasağı bakımından paralel görünse de, hem SİDAS hem de TCK hükümlerinin kişi yönünden kapsamda bir sınırlamanın mevcut olduğu göze çarpmaktadır. Gerek TCK, gerek SİDAS hükümleri sadece suçluların iadesi kapsamında iade edilecek suçlu yabancı açısından geçerlidir. Böylelikle, Türk hukukunda geri gönderme yasağının tam olarak bu hüküm ile benimsendiğini söylemek isabetli bir değerlendirme olmayacaktır.

Sonuç olarak, YUKK öncesi döneme bakıldığında düzenlemelerin ya 1951 Sözleşmesi ile çeliştiği ya da kapsam açısından tam anlamıyla geri gönderme yasağı ile örtüşmediği söylenecektir. Bu halde, sorulması gereken soru, YUKK öncesi dönemde 1951 Sözleşmesi ile düzenlenen geri gönderme yasağının tam anlamıyla uygulanmasının mümkün olup olmayacağıdır. Bu soruya üç farklı cevap verilebilir. İlk cevap, 1982 Anayasasının yürürlüğe girmesinden sonra verilmiş olan kararlar için, Anayasanın 90. maddesi gereği, 1951 Sözleşmesine taraf olunması sebebiyle Türkiye'nin geri gönderme yasağı ile bağlı olacağıdır. Zira, Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca "usûlüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir²²⁹". Verilebilecek ikinci cevap ise, aşağıda ikinci bölümde²³⁰ ele

²²⁸ Öztürk, s. 406-407.

²²⁹ https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa_2016.pdf (Erişim: 08.03.19)

²³⁰ s. 113 vd.

alınacağı üzere, geri gönderme yasağının AİHS ve MSHS ile belli hükümler ile ilişkilendirilebilmesidir. Yani, AİHS ve MSHS’de her ne kadar geri gönderme yasağına ilişkin doğrudan doğruya bir düzenleme bulunmasa da, mevcut hükümler sayesinde aslında mülteciler ve fiili mülteciler yasak kapsamında korunmaktadır. Böylelikle, YUKK öncesi dönemde AİHS ve MSHS ile Anayasanın 90. maddesi kapsamında, geri gönderme yasağı bağlayıcıdır. Verilebilecek üçüncü cevap ise, Anayasanın 16. maddesi doğrultusunda, geri gönderme yasağının uluslararası teamül hukuku kuralı olarak kabul edildiği; yasağın bağlayıcı olduğudur. Bu görüş çerçevesince, Anayasa’nın 16. maddesi doğrultusunda geri gönderme yasağı ile başta bir temel hak ve hürriyet olan seyahat özgürlüğünün²³¹ sınırlandırılması²³² örneği oluşacak ve bu sınırlandırmanın yapılabilmesinin ön şartı milletlerarası hukuka uygunluk olacaktır. Böylelikle, yapılan sınırlandırma açısından, geri gönderme yasağı için temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimi kapsamında uygunluk denetimi yapılması mümkün olacaktır²³³.

YUKK öncesi dönemde yargı kararlarının ikili bir ayrım yapılarak incelenmesinin uygun olacağı kanısındayız.

²³¹ “V. Yerleşme ve seyahat hürriyeti

MADDE 23- Herkes, yerleşme ve seyahat hürriyetine sahiptir.

Yerleşme hürriyeti, suç işlenmesini önlemek, sosyal ve ekonomik gelişmeyi sağlamak, sağlıklı ve düzenli kentleşmeyi gerçekleştirmek ve kamu mallarını korumak;

Seyahat hürriyeti, suç soruşturma ve kovuşturması sebebiyle ve suç işlenmesini önlemek;

Amaçlarıyla kanunla sınırlanabilir. (Değişik: 3/10/2001-4709/8 md.; Değişik: 12/9/2010-5982/3 md.)

Vatandaşın yurt dışına çıkma hürriyeti, ancak suç soruşturması veya kovuşturması sebebiyle hâkim kararına bağlı olarak sınırlanabilir.

Vatandaş sınır dışı edilemez ve yurda girme hakkından yoksun bırakılamaz.”

²³² Anayasa madde 16 doğrultusunda temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması için bkz.: Aybay, Yabancılar Hukuku, s. 254; Öztürk, s. 409.

²³³ Üç farklı cevap için bkz.: Öztürk, s. 408.

1. Sınır Dışı Etme Kararının Geri Gönderme Yasağı İhlali Sebebiyle İptal Edildiği Bazı İdare Mahkemesi ve Danıştay Kararları

Öncelikle YUKK öncesi dönemde verilen kararlar, geri gönderme yasağı ile ilgili uluslararası metinlerin Türk hukukunda uygulanması sonucu verilmiş olan kararlardır.

Ankara 3. İdare Mahkemesinin 1998 yılında vermiş olduğu karara²³⁴ konu olan uyuşmazlıkta, Irak vatandaşı kişi hukuka aykırı bir şekilde Türkiye'ye giriş yapmıştır. BMMYK'ya, ülkesine dönmesi hâlinde hayatının tehlikeye gireceği iddiasıyla mülteci statüsü kazanmak için başvuru yapmış, BMMYK, başvuruyu değerlendirmeye alarak, kişiyi üçüncü bir ülkeye yerleştirme kararı vermiştir. Fakat, o dönemde yürürlükte olan 1994 Yönetmeliği gereği kişi hakkında sığınma başvurusu için öngörülen süreye uymadığı gerekçesiyle Irak'a sınır dışı etme kararı verilmiştir. Sınır dışı etme kararına itiraz edilmesi üzerine, Ankara 3. İdare Mahkemesi, 1951 Sözleşmesinin 31. ve 33. maddelerini gerekçe göstererek kişi hakkında verilmiş olan sınır dışı etme kararını iptal etmiştir. Karar, temyiz istemi ile Danıştayın önüne gelmiş ve Danıştay, Ankara 3. İdare Mahkemesinin verdiği kararı onamıştır²³⁵.

Benzer bir karar, Ankara 3. İdare Mahkemesi tarafından 18.11.1998 tarihinde verilmiştir²³⁶. Karara konu olan olayda, bir İran vatandaşının sınır dışı edilmesine yönelik idari işlem mevcuttur. Bu idari işlem, aynı gerekçeyle, 1951 Sözleşmesinin 31. ve 33. maddelerine aykırı olması sebebiyle iptal edilmiş ve karara karşı temyiz

²³⁴ Ankara 3. İdare Mahkemesi, E.1988/544, K. 1998/1108, KT. 12.11.1998. (Erişim: <https://www.lexpera.com.tr/>)

²³⁵ Danıştay 10. Dairesi, E.1999/154, K.2000/2756, KT. 18.11.1998. (Erişim: <https://www.lexpera.com.tr/>)

²³⁶ Ankara 3. İdare Mahkemesi, E.1998/139, K.1998/1116. (Erişim: <https://www.lexpera.com.tr/>)

yoluna başvurulmuştur. Danıştay 10. Dairesi kararı onamıştır.²³⁷ Bu dönemde geri gönderme yasağının sınır dışı etme işlemlerinde uygulanmasına ilişkin aynı yönde birçok karar bulunduğu belirtilmelidir²³⁸.

Her ne kadar ilk incelemede, idare mahkemelerinin ve ardından Danıştay 10. Dairesinin önüne gelen kararlar açısından uluslararası hukuka uygun bir şekilde karar verildiğinin tespiti yapılsa da, ulusal mevzuat ve 1951 Sözleşmesinin coğrafi sınırlandırmayla kabul edilmesi durumu göz önünde bulundurulduğunda, birkaç tartışmalı husus göze çarpmaktadır. İlk olarak, YUKK öncesi dönemde sığınmacı-mülteci ayrımı söz konusu kararlar açısından dikkate alınmış mıdır? İlgili ararlarda bu ayrımın dikkate alınmadığı belirtilmelidir. Öncelikle yasak, kararın verildiği tarihte, uluslararası teamül hukuku kuralı olarak kabul görmeden önce, ilgililerin Türk hukuku açısından sığınmacı statüsünde oldukları, 1951 Sözleşmesine getirilen coğrafi sınırlandırma nedeniyle, geri gönderme yasağı kapsamında korunmadıkları savunulabilir. Fakat bu görüşün kabulü hâlinde, bir diğer sorun ortaya çıkacaktır; Türk mahkemeleri, 1951 Sözleşmesinin lafzî olarak sadece mülteciler için getirilmiş olan hükümlerini, özellikle Sözleşmenin 31. maddesini, hangi hukuki gerekçeye dayandırarak uygulamıştır? Bu soruya verilen cevaplardan biri, sığınmacı statüsündeki yabancılara, BMMYK tarafından mülteci statüsünün sağlanmış olması ve bu durumun

²³⁷ E. 1999/746, K. 2000/5403, KT. 25.10.2000. (Erişim: <https://www.lexpera.com.tr/>)

²³⁸ Ankara 6. İdare Mahkemesi, E. 1999/659, K. 1999/826, KT. 22.09.1999 (Devamında temyiz aşamasındaki onama kararı: Danıştay 10. Dairesi, E.1999/5050, K. 2001/823, KT. 14.03.2001); Ankara 4. İdare Mahkemesi, E. 1999/350, K. 1999/903, KT. 05.10.1999 (Devamında temyiz aşamasındaki onama kararı: Danıştay 10. Daire, E. 1999/5194, K. 2001/821, KT. 14.03.2001); Ankara 4. İdare Mahkemesi, K. 2004/280, KT. 10.03.2004 (Devamında temyiz aşamasındaki onama kararı: Danıştay 10 Daire: E. 2004/8769, K. 2007/2735, KT. 18.05.2007); Ankara 8. İdare Mahkemesi, E. 2003/1185, K. 2003/1115, KT. 16.10.2003 (Devamında temyiz aşamasındaki onama kararı: Danıştay 10. Daire, E. 2004/3045, K. 2007/3124, KT.30.05.2007); Ankara 2. İdare Mahkemesi, E. 2009/420, K. 2009/1536, KT. 11.11.2009 (Devamında temyiz aşamasındaki onama kararı: Danıştay 10. Daire, E. 2010/881, K. 2010/10805, KT. 15.12.2010); Ele alınan kararlar için bknz.: Ekşi, N./Çiçekli, B.: Yabancılar ve Mülteci Hukukuna İlişkin Danıştay 10. Daire Kararları, İstanbul, 2012, s. 132-134, 137-148, 189-191.

Türk mahkemelerince kabul edilmiş olmasıdır. Bu kişiler, hâlihazırda mülteci statüsünü haiz oldukları için, 1951 Sözleşmesine tâbi olacaklardır. Bu yorumun kabulü hâlinde, bir devletin, kendi idari makamlarının kararı dışında, bir uluslararası kuruluş olan, BMMYK'nın kararına geçerlik tanıdığı sonucuna ulaşılmaktadır. Bu halde, Türk hukukunda o dönemde mevcut olan mülteci-sığınmacı ayrımının neden göz önünde bulundurulmadığına ilişkin net bir cevap verilemeyecektir²³⁹. Eğer ilgililere Türk hukuku uyarınca mülteci statüsü tanınması mümkün olsaydı, 1951 Sözleşmesi hükümleri doğrudan doğruya uygulanmış olurdu. Fakat uyuşmazlık konusu olaylarda, böyle bir durumun da mevcut olmadığı görülmektedir. Ayrıca yanıtlanması gereken diğer bir soru ise, 1951 Sözleşmesine Türkiye tarafından getirilen coğrafi sınırlamanın söz konusu uyuşmazlıklar kapsamında ele alınıp alınmadığıdır. Yukarıda bahsedildiği üzere, Türkiye 1951 Sözleşmesini coğrafi sınırlandırmayla kabul etmiştir. Buna göre, Türkiye'ye yalnızca Batıdan gelen yabancılar, diğer koşulları da sağlamaları şartıyla, mülteci statüsünü haiz olabileceklerdir. Bu durumda, örnek olarak verilen iki olayda da gerçekleştiği üzere, yabancılar ülkenin batısından gelmeseler dahi geri gönderme yasağının kapsamına alınmış, bu anlamda yasak ile sağlanan korumadan yaralanmışlardır. Sonuç olarak, YUKK öncesi dönemde, 1951 Sözleşmesi hükümlerinin, ancak Türk Yabancılar Hukukunda genel prensip olarak kabul edildiği ve bu nedenle ilgililere uygulandığı yorumu ile Türk mahkemelerinin kararlarına hukuki dayanak oluşturabilecektir. Dolayısıyla, geri gönderme yasağı bir *jus cogens* kuralı olması nedeniyle, ilgilinin sığınmacı veya mülteci statüsünde olup olmadığı ve menşe ülkesinin batıda veya doğuda olup olmadığı dikkate alınmamıştır. Kanımızca

²³⁹ Öztürk, s. 410.

bu açıklama ile YUKK öncesi dönemde Türkiye'nin coğrafi sınırlandırmaya neden uymadığının gerekçesi en isabetli şekilde ortaya konmaktadır.

Ankara 2. İdare Mahkemesi²⁴⁰ tarafından verilen ve Danıştay 10. Dairesi²⁴¹ tarafından onanan bir diğer kararda ise, AİHS ve İşkenceyi Önleme Sözleşmesi hükümleri göz önünde bulundurulmuştur. Buna göre, davada kişinin doğrudan doğruya işkenceye uğrama tehdidi altında bulunması değil, kişiye BMMYK tarafından 1951 Sözleşmesi uyarınca uluslararası koruma sağlanması dayanak gösterilerek, AİHS ve İşkenceyi Önleme Sözleşmelerinin işkence ve zulümle ilgili maddeleri uygulanmıştır. Bu durum eleştiriye açıktır; zira, bir kişinin sadece BMMYK tarafından uluslararası koruma altına alınması, ilgilinin menşe ülkesine veya bir üçüncü ülkeye gönderilmesi hâlinde işkenceye veya zulme uğrayacağı anlamına gelmemektedir. Bir diğer görüşe göre, 1951 Sözleşmesinin 33. maddesinde geçen “ırkı, dini, milliyeti, belirli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayatını ya da özgürlüğünün tehdit altında olması” hâli, mülteci tanımını düzenleyen Sözleşmenin 1. maddesinin 2. fıkrasında yer alan hüküm ile birlikte değerlendirilmelidir. Böylelikle, mülteci statüsü için aranan zulüm görme ihtimali şartının, 33. maddenin 1. fıkrası açısından da aranması mümkün olacaktır²⁴². Fakat Mahkeme, Kararında, AİHS'nin 3. maddesini ve İşkenceyi Önleme Sözleşmesini değerlendirirken, ilgilinin, mülteci statüsünü kazanabilmesi için aranan zulüm ihtimalini değerlendirmemiş, buna ek olarak, Sözleşmelerin uygulanma koşulu olan en temel şartı olan işkence görme riskine maruz kalma şartını dahi incelememiştir. Böylelikle, anılan karar, her ne kadar şekil açıdan

²⁴⁰ E. 2009/420, K. 2009/1536, KT. 11.11.2009; Ekşi/Çiçekli, s. 189-191.

²⁴¹ E. 2010/881, K. 2018/10805, KT. 15.12.2010. (Erişim: <https://www.lexpera.com.tr/>)

²⁴² Öztürk, s. 411.

doğru olsa da kararın uluslararası sözleşmelerin uygulanması açısından hatalı bir karar olduğu söylenecektir.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, YUKK öncesi dönemde Türk hukukundaki sığınmacı-mülteci ayrımı ve 1951 Sözleşmesinin coğrafi sınırlandırılması açısından hukuken yerinde olmayan kararların mevcut olduğu belirtilmelidir. Özellikle işkence yasağına dayanılarak sığınmacıların hakkında verilen sınır dışı etme kararlarının mahkemeler tarafından iptal edilmesi, 1951 Sözleşmesi ve ulusal mevzuat açısından temellendirilmesi güç bir durum ortaya koymaktadır²⁴³.

2. Suçluların İadesine İlişkin Kararlar

YUKK öncesi dönemde, suçluların iadesine ilişkin verilmiş olan kararlara ilk örnek olarak, ABD ve Irak vatandaşı olan *Fraydun Ahmet Kordian*'ın adlî nitelikte bir suç işlemesi sonucu, Irak'a iadesine ilişkin dava ile başlanabilir²⁴⁴. Bu davada, Irak'ta idam cezasıyla karşı karşıya kalacağını iddia eden ilgilinin, hangi koşullarda iade edilebileceği tartışılmıştır. Türkiye'de ilgili otorite ancak Irak hükûmetinden idam cezasının uygulanmayacağına dair bir garanti alınması durumunda kişinin iade edilebileceğini, bu durumda, ilgilinin iadesinin, 5237 sayılı TCK'nın 18. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi ve 18. maddenin 5. fıkrasına uygun olacağını belirtmiştir. Zira gerek YUKK öncesi dönemde, gerek YUKK döneminde, ilgilinin, iade edileceği ülkede idam cezasına çarptırılacağına dair haklı bir şüphe duyması hâlinde, şüpheli yahut sanık, iade edileceği devletten idam cezasına çarptırılmayacağına ilişkin bir

²⁴³ Aynı yöndeki görüş içi bkz.: Öztürk, s. 412.

²⁴⁴ Yargıtay 1. Ceza Dairesi, E. 2006/7407, K. 2007/3049, KT. 20.04.2007.

teminat alınmaksızın bu devlete iade edilirse bu durum, geri gönderme yasağını ihlâl edecektir. Nitekim *Fraydun Ahmet Kordian*'ın davasında Yargıtay, Bakırköy 4. Ağır Ceza Mahkemesinin kararında bir isabetsizlik görmemiş ve kararı onamıştır. Onama kararından sonra kişi, Irak'dan idam cezasının icra edilmeyeceğine dair teminatın alınmasıyla iade edilmiştir²⁴⁵.

Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 12 Şubat 2007 tarihinde verdiği Kararda, suçlunun hakkında verilen ölüm cezasının infazı ile karşı karşıya kalması hâlinde, gerekli garanti alınmadan iade edileceği ülkeye gönderilmemesi gerektiği belirtilmiştir. Nitekim devlet, ilgilinin iade edileceği ülkede, kişiye isnat edilen suçun cezasının ne olduğunu araştırmalıdır. Eğer bu araştırma sonucunda ilgilinin eyleminin, idam cezası gerektiren bir eylem olduğu tespit edilirse, iade talep eden devletten, şüpheliye idam cezası verilmesi hâlinde bu cezanın infaz edilmeyeceğine dair garanti alınması gerekmektedir. Kararda, İran uyruklu *Ali Ayashi*'nin İran'a iadesi tartışılmıştır. Buna göre, kişinin ölüm cezasına çarptırılacağı veya işkence ya da kötü muameleye uğrayacağı hususunda şüphenin bulunması hâlinde, bu şüphenin değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır²⁴⁶.

²⁴⁵ Yargıtay 1. Ceza Dairesi, E. 2006/7407, K. 2007/3049, KT. 20.04.2007.

²⁴⁶ Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E.- K. 12962/853, KT. 12.02.2007.

B. YUKK Döneminde Geri Gönderme Yasağı

1. Genel Olarak

YUKK, yabancılar hukukuna ilişkin belirli konuları tek bir kanunda düzenlemiştir. YUKK kapsamında düzenlenen konular Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte sistematik açıdan üç başlık altında toplanmaktaydı; bunlar, yabancılarla ilişkin hükümler, uluslararası koruma ve teşkilat hükümleriydi²⁴⁷.

Kanun, yabancılarla ilişkin konuları, yabancıların Türkiye'ye girişleri, Türkiye'de ikametleri, Türkiye'de ikametleri ve Türkiye'den çıkışları olmak üzere üç başlık altında incelemiştir. Bu hükümleri sistematik açıdan uluslararası koruma hükümleri takip etmektedir. Uluslararası koruma hükümlerinde, yabancılarla sağlanacak korumanın kapsamı ve buna ilişkin usûl ve esaslar düzenlenmiştir. Teşkilat hükümlerinde ise 103. maddeyle²⁴⁸ Göç İdaresi Genel Müdürlüğü kurulmuş, bu müdürlüğün görev ve yetkileri düzenlenmekteydi. Fakat 2 Temmuz 2018 tarihinde yürürlüğe giren 703 sayılı Kanunun 71. maddesiyle teşkilata ilişkin hükümler yürürlükten kaldırılmıştır.

Gerekçesinde de ifade edildiği üzere, YUKK, insan haklarına saygı esasını temel almıştır:

²⁴⁷ Erten, R.: “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2015, C. XIX, S. 1 (3-51), s. 11.

²⁴⁸ <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/07/20180709M3.pdf> (Erişim: 02.05.2018)

“... uluslararası insan hakları standartlarına uyumlu göç sistemi hayata geçirilmiş olacak; ... insan hakları temelinde.. uluslararası insan hakları normlarına ve AB müktesebatına uyumlu.. bir göç sistemi kurulacaktır.”²⁴⁹

Ayrıca YUKK ile getirilen yabancılar hukuku rejimi, insan haklarına saygı ilkesine ek olarak AB müktesebatı ile de uyumlu olarak düzenlemiştir. Böylelikle, yabancılar hukukunda sınır kontrolü, vize, sığınma, düzenli ve düzensiz göç ile ilgili düzenlemeler yapılmış; içerik AB müktesebatıyla uyumlu hale getirilmiştir. YUKK öncesi dönemde bu hususlardaki temel düzenleme, Pasaport Kanunu iken, artık Pasaport Kanunu sadece pasaport ile ilgili düzenlemelere yer vermektedir²⁵⁰.

YUKK’un dayandığı temel ilkelerden birincisi, aşağıda ayrıntılı olarak incelenecek olan ve Kanunun 4. maddesinde ifade edilen geri gönderme yasağıdır. Bu ilkeye ek olarak, Kanunun 51. maddenin 1. fıkrasının (c) bendi uyarınca vatansızların ve uluslararası korumadan yararlanan yabancıların, karşılıklılık ilkesinden muaf tutulması esası kabul edilmiştir. Ayrıca, Kanunun 88. maddenin 2. fıkrası ile uluslararası koruma talep edenlere sağlanacak hakların, Türk vatandaşlarına tanınanlardan fazla olmayacağı belirtilmiştir. Mülteci, şartlı mülteci, geçici koruma, ikincil koruma gibi Kanunun 63. ve 91. maddelerde yer alan uluslararası koruma hükümleri de YUKK ile getirilen yenilikler arasında yer almaktadır²⁵¹. Ayrıca, YUKK ile geçici koruma ve kabul ve barınma merkezleri de düzenlenmiştir.²⁵² Böylelikle, özellikle son yıllarda Türkiye’nin maruz kaldığı düzensiz göç için gerekli

²⁴⁹ http://www.goc.gov.tr/icerik3/genel-gerekce_327_328_330 (Erişim: 09.03.2019)

²⁵⁰ <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.3.5682.pdf> (Erişim: 10.03.19)

²⁵¹ Getirilen yenilikler için bkz.: Ekşi, Yabancılar Hukuku, s. 64 vd.

²⁵² YUKK, m. 91-95.

<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6458.pdf> (Erişim: 10.03.2019)

düzenlemeler yapılmış, fiili mültecilere gerekli koruma YUKK kapsamında sağlanmıştır.

2. Kanun Kapsamında Geri Gönderme Yasağı

Geri gönderme yasağı Kanunun birinci bölümünün ikinci kısmında 4. maddede temel bir ilke olarak düzenlenmiştir²⁵³. Söz konusu hüküm uyarınca, hiç kimse, işkenceye maruz kalacağı, insanlık dışı ya da onur kırıcı cezaya veya muameleye tâbi tutulacağı bir ülkeye geri gönderilemeyeceği gibi, ırkı, dini, tâbiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayatının veya hürriyetinin tehdit altında bulunacağı bir ülkeye de gönderilemez. Böylelikle, YUKK öncesi dönemde uluslararası sözleşme hükümleri ve örf adet hukuku kuralı olarak da karşımıza çıkan bu yasağın²⁵⁴, YUKK’da düzenlendiği yer, ve buna ek olarak diğer hükümlerde de yer alması, temel ilke olarak kabul edildiği çıkarımına esas olmaktadır.

Ayrıca, YUKK’un 63. maddesi “İkincil Koruma” kapsamında da geri gönderme yasağına yer vermiştir:

“(1) Mülteci veya şartlı mülteci olarak nitelendirilemeyen, ancak menşе ülkesine veya ikamet ülkesine geri gönderildiği takdirde;

a) Ölüm cezasına mahkûm olacak veya ölüm cezası infaz edilecek,

²⁵³ Bayata Canyaş, s. 75; Ekşi, Yabancılar Hukuku, s. 63; Çelikel, s 130.

²⁵⁴ Goodwin-Gill, G.S: “*Non-Refoulement and the New Asylum Seekers*”, Virginia Journal of International Law, Volume 26/4, Summer 1986, 1985-1986 (897-918), s. 902.; Hailbronner, K.: “*Non-refoulement and Humanitarian Refugees: Customary International Law or Wishful Legal Thinking?*”, Virginia Journal of International Law, Volume 26/4, Summer 1986, 1985-1986 (857- 896), s. 861 vd..

b) İşkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalacak,

c) Uluslararası veya ülke genelindeki silahlı çatışma durumlarında, ayırım gözetmeyen şiddet hareketleri nedeniyle şahsına yönelik ciddi tehditle karşılaşacak,

olması nedeniyle menşe ülkesinin veya ikamet ülkesinin korumasından yararlanamayan veya söz konusu tehdit nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancı ya da vatansız kişiye, statü belirleme işlemleri sonrasında ikincil koruma statüsü verilir.”

Böylelikle, mülteci ve şartlı mülteci statüsüne dâhil olamayan yabancılar için getirilen ikincil koruma statüsü kapsamında, geri gönderme yasağı uygulanacağı belirtilmiştir. Bununla birlikte, 63. maddede bu yasağa atıf yapılmasaydı da ikincil koruma statüsünde olan yabancılar geri gönderme yasağı kapsamında korunacağı söylenebilecekti. Zira yasak, YUKK kapsamında temel bir ilke olarak öngörüldüğü için uluslararası koruma kapsamında olan ve olmayan tüm yabancılar uygulanır kılınmıştır.

Geri gönderme yasağının ele alındığı bir diğer hüküm ise sınır dışı etme kararı ile ilgili olan 55. maddededir. Bu maddede hakkında sınır dışı etme kararı alınamayacak olan kişiler düzenlenirken aşağıdaki ifadeler yer verilmiştir:

“(1) 54 üncü madde kapsamında olsalar dahi, aşağıdaki yabancılar hakkında sınır dışı etme kararı alınmaz:

a) Sınır dışı edileceği ülkede ölüm cezasına, işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalacağı konusunda ciddi emare bulunanlar...”

Bu madde kapsamında söylenmesi gereken bir diğer husus, YUKK kapsamında düzenlenen sınırdan geri çevirme kavramının, sınır dışı etme kavramından farklı olduğudur. Sınırdan geri çevrilenlerin, yani ülkeye fiilen girmemiş olan yabancıların, 55. madde kapsamında ele alınması mümkün değildir. Bu durumda, isabetli olarak, YUKK’un geri gönderme yasağını temel kural olarak 4. maddesinde öngörmesiyle, sınırdan geri çevrilenler de geri gönderme yasağı ile sağlanan koruma kapsamında olacağı söylenecektir.²⁵⁵.

Geri gönderme yasağına ilişkin olarak YUKK’un üç farklı maddesinde geçen ifadeler incelendiğinde, maddelerde bazı kavramsal farklılıklar göze çarpmaktadır. İlk olarak yasağın temel kaynağını teşkil eden 4. maddedeki, “...hiç kimsenin işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı muameleye tâbi tutulacağı yere gönderilemeyeceği...” ifadesinde yer alan “tâbi tutulacağı” ibaresi, kişinin bu şekilde bir muamele göreceğine ilişkin net bir tespit yapılması gerektiği şeklinde yorumlanmaktadır²⁵⁶. Bu halde, ilgilinin, geri gönderileceği devlette kötü muameleye uğrayacağını ortaya koyması gerekmektedir. Kişinin, kötü muameleye uğrayacağı hususunda yalnızca bir olasılığın bulunması, onun yasak kapsamında kabul edilmesi için yeterli olmamaktadır. Bu durumun ispat yükü açısından bazı problemlere yol açacağı kesindir. Buna ek olarak YUKK’un 63. Maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerinde de farklı bir düzenleme öngörülmüştür. Buna göre, hüküm ikincil koruma kapsamında geri

²⁵⁵ Ekşi, Yabancılar Hukuku, s. 63; Bayata Canyaş, s.76.

²⁵⁶ Bayata Canyaş, s. 76.

gönderme yasağını öngörmüştür; bu hâlde Türk hukukunda mülteci ve şartlı mülteci statüsü kazanamayan yabancılar açısından öngörülen bu hukuki statü kapsamında geri gönderme yasağının uygulanıp uygulanmayacağı tartışılabilir. Yasağın *jus cogens* niteliği taşıması sebebiyle kişinin hukuki statüsü ne olursa olsun, gerek YUKK, gerek 1951 Sözleşmesi korunması gerektiğine göre, ikincil koruma statüsündeki kişiler de yasak kapsamında korunacaktır. Bu halde geri gönderme yasağı açısından ilgilinin, ölüm cezasına çarptırılacağına veya hakkında verilmiş olan ölüm cezasının infaz edileceğine ya da kötü muameleye uğrayacağına ilişkin güçlü belirtilerin mevcudiyeti aranacaktır. İkincil korumaya tâbi olacak yabancının, bu eylemlere maruz kalma ihtimalinin 4. maddeden farklı olarak “*ciddî tehditle karşılaşma*” ibaresinden daha kuvvetli olması gerekmektedir. Bu durum da ispat yükü açısından tartışılabilecektir.

Geri gönderme yasağı ile ilgili olarak, 55. maddenin 1. fıkrasının (a) bendindeki düzenlemenin de tıpkı 63. maddedeki düzenleme gibi kişinin kötü muameleye uğrayacağı hususunda “*ciddî emarelerin*” mevcudiyetini aradığı görülmektedir. Bu durumda, 55 maddenin 1 fıkrasının (a) bendi, 4. madde ve 63 maddede olduğu gibi kesin ibareler içermemektedir²⁵⁷. Bu nedenle, bu konuda iki farklı yorum yapılabilecektir. İlk yorum, maddelerin lafzından yola çıkarak, her madde için ayrı bir uygulanma koşulunun aranacağıdır; diğer yorum ise 55. madde kapsamında, 4. maddede öngörüldüğü üzere kişinin “*kötü muameleye tâbi tutulmasının*” aranması koşulu yerine, kötü muameleye uğrayacağına dair “*ciddî emarelerin varlığının*” yeterli bulunması koşulunun aranacağıdır²⁵⁸. Bu halde, isabetli her üç madde açısından yasağın uygulanması için *ciddî emarelerin varlığının* yeterli

²⁵⁷ Bayata Canyaş, s. 76-77.

²⁵⁸ Bayraktaroğlu Özçelik, G.: “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Yabancıların Türkiye’den Sınırdışı Edilmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2013(108), s. 235.

bulunması koşulunun hem yasağın mahiyetine, hem AİHM içtihadına daha uygun olacağı belirtilmelidir²⁵⁹. Bununla birlikte, 1951 Sözleşmesi ile karşılaştırılması hâlinde, 33. maddede öngörülen ilgilinin riskin, ciddi emarelerin varlığının yeterli bulunması koşuluna göre daha belirgin bir durumun ortaya konması hâlinde ispatlanacağı belirtilmelidir²⁶⁰.

Kanunda dikkat çeken bir diğer nokta ise Kanun kapsamında geri gönderme yasağına, 1951 Sözleşmesindeki gibi yasağı düzenleyen temel hükümle istisna getirilmemesidir. Asıl olarak 1951 Sözleşmesinin 33. maddesinin 2. fıkrasında mevcut olan ülke güvenliği gibi istisnalar, YUKK'un taslak metninde öngörülmesine rağmen²⁶¹ Kanunda yer almamıştır. Bununla birlikte, Kanunda düzenlenen bazı hükümlerin geri gönderme yasağına istisna teşkil ettiği iddia edilmektedir. Buna göre, ilk olarak, 54. maddenin 2. fıkrası nda geri gönderme yasağına bir istisna öngörüldüğü iddia edilmektedir. 54. maddenin 1. fıkrasının (b), (d) ve (k) bentleri kapsamında sayılan, *“terör örgütü yöneticisi, üyesi, destekleyicisi veya çıkar amaçlı suç örgütü yöneticisi, üyesi veya destekleyicisi olanların”, “kamu düzeni veya kamu güvenliği ya da kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanların”, “uluslararası kurum ve kuruluşlar tarafından tanımlanan terör örgütleriyle ilişkili olduğu değerlendirilenlerin”,* uluslararası koruma başvurusu veya doğrudan uluslararası koruma statüsü sahibi olmaları hâlinde veya uluslararası korumaya dair işlem yapılırken haklarında sınır dışı etme kararı alınabilecektir. Bu halde, 54. maddenin 2. fıkrasının, 4. maddede yer alan genel kuralın gerçek anlamda istisnası olup olmadığı tartışmalıdır. Zira, 54. maddenin 2. fıkrasında belirtilen kişiler belirli özelliklere sahip, sınırlı bir grubu oluşturmaktadır.

²⁵⁹ Örnek AİHM kararı için bkz.: *Abdolkhani and Karimnia v. Turkey*, para. 108.

²⁶⁰ Korkut, s. 24.

²⁶¹ Ekşi, Yabancılar Hukuku, s. 130.

Bu durumun aksine 4. maddede ise geri gönderme yasağı bir genel kural olarak öngörüldüğü için her yabancının yasakla getirilen korumadan yararlanma imkânı bulunmaktadır. Buna ek olarak, 54. maddenin 2. fıkrasında maddede sayılan nedenlerle kişi hakkında sınır dışı etme kararı alınsa da, ilgili, her halükarda 4. maddede yasak kapsamında öngörülen muameleye uğrayacağı ülkeye gönderilemeyecektir.²⁶² Ayrıca doktrinde, 54. maddenin 2. fıkrasının, 4. maddeye istisna teşkil etmeyeceği, zira temel hak ve özgürlüklere getirilen istisnalarının dar yorumlanması gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca bu durumun, Kanunun genel gerekçesiyle de örtüşmediği savunulmaktadır²⁶³. Bu nedenle bu hükmün geri gönderme yasağının istisnası olmadığı görüşüne katılmaktayız.

Geri gönderme yasağının istisnası olduğu iddia edilen bir diğer hüküm ise 54. maddenin 1. fıkrasının (i) bendidir. Buna göre “*uluslararası korumadan hariç tutulan, başvurusu kabul edilmez olarak değerlendirilen, başvurusunu geri çeken, başvurusu geri çekilmiş sayılan, uluslararası koruma statüsü sona eren veya iptal edilenler*” haklarında verilen son karar doğrultusunda YUKK gereği Türkiye’de bulunma hakkı bulunmayan kimse statüsünde olacaklarından, sınır dışı edileceklerdir. Bu durumun geri gönderme yasağına istisna teşkil edebileceği söylenmektedir. Fakat, yabancılar 54. madde kapsamında olsalar dahi YUKK’un 55. maddesi gereği, “*sınır dışı edilecekleri ülkede ölüm cezasına, işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalacakları konusunda ciddi emare bulunuyorsa*” haklarında sınır dışı etme kararı alınamayacaktır. Bu nedenle isabetli olarak, YUKK’un 54. maddesinin 1. fıkrasının (i) bendi de geri gönderme yasağına istisna teşkil etmeyecektir²⁶⁴. Bu

²⁶² Öztürk, s. 418.

²⁶³ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Öztürk, s. 418-419.

²⁶⁴ Çelikel, s. 130; Doğan, s. 118; Çiçekli, s. 171; Ekşi, Yabancılar Hukuku, s. 115.

hüküm kapsamında tartışılabilir bir diğer husus, ilgilinin özgürlüğünün tehdit altında olması ihtimalinin YUKK'un 55. maddesi kapsamında düzenlenmemesi hususudur. Bu durumdan hareketle, yabancıların özgürlüğünün tehdit altında olacağına dair ciddi emarenin bulunması ihtimalinde sınır dışı edilip edilmeyecekleri tartışma konusu olabilecektir. Bu halde de kanımızca, YUKK'un 4. maddesiyle temel bir ilke haline gelen geri gönderme yasağının amaca göre yorumlanmasıyla, 54. madde kapsamında haklarında sınır dışı etme kararı alınabilecek kişilerin özgürlüklerinin tehdit altında bulunması ihtimalinde de 55. madde kapsamına alınması yani, haklarında sınır dışı etme kararı verilememesi gerekmektedir. Bununla birlikte, YUKK Uygulama Yönetmeliği'nin 57. maddesi gereği, YUKK'un 55. maddesinde öngörülen *“sınır dışı edileceği ülkede ölüm cezasına, işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalacağı konusunda ciddi emare bulunan”* yabancılar, bu muameleye uğrayacakları ülkenin dışında bir üçüncü ülkeye sınır dışı edilebileceklerdir. Fakat bu hâlde de YUKK Uygulama Yönetmeliğinin 57. maddesi geri gönderme yasağının istisnası olmayacaktır; zira ilgilinin sınır dışı edileceği ülke, YUKK'un 55. maddesinde öngörülen muameleye uğramayacağı bir üçüncü ülke olacaktır. Böylelikle, kanımızca YUKK'un 54. maddesi geri gönderme yasağının istisnası değildir.

Geri gönderme yasağına istisna teşkil ettiği iddia edilen diğer hükümler ise YUKK'un 73. ve 74. maddeleridir. Bu hükümler yabancıların uluslararası koruma başvurusunun kabul edilmeyeceği hâlleri düzenlemektedir. 73. madde *“başvuru sahibinin, daha önceden mülteci olarak tanındığı ve hâlen bu korumadan yararlanma imkânının olduğu veya geri göndermeme ilkesini de içeren yeterli ve etkili nitelikte korumadan hâlen faydalanabileceği bir ülkeden geldiği”* durumu, 74. madde ise *“başvuru sahibinin, Sözleşmeye uygun korumayla sonuçlanabilecek bir uluslararası*

koruma başvurusu yaptığı veya başvurma imkânının olduğu güvenli üçüncü bir ülkeden geldiği” durumu düzenlemektedir. Buna göre bu iki hâlde de başvuru sahiplerinin uluslararası koruma başvuruları kabul edilemez olarak değerlendirilir. Buna göre başvuru sahibi, 73. madde kapsamındaysa ilk iltica ülkesine, 74. madde kapsamındaysa güvenli üçüncü ülkeye²⁶⁵ geri gönderilecektir. Bu durumda ilgili hükümler lafzen geri gönderme ibaresini içerse de geri gönderme yasağına istisna teşkil etmeyecektir. Bu çıkarımın temel iki sebebi vardır. Bunlardan ilki, geri gönderme yasağının YUKK’un 4. maddesiyle temel bir ilke olarak düzenlendiğidir. İkincisi ise, her ne kadar 54. maddenin 1. fıkrasının (i) bendinde “*uluslararası koruma başvurusu kabul edilemez bulunanlar*” hakkında sınır dışı etme kararı verilebileceği belirtilse de yukarıdaki açıklamamızda da belirttiğimiz üzere YUKK’un 55. maddesi ve bu hükmün amaca göre yorumlanması ile YUKK’un 73. ve 74. maddelerinde belirtilen kişilerin de geri gönderme yasağı kapsamında korunduğu kanaatindeyiz.

Sonuç olarak, YUKK’da düzenlenen ve yukarıda tek tek ele alınan maddelerin, geri gönderme yasağına istisna teşkil etmediği belirtilmelidir. Bu çıkarımın sebebi olarak 4. maddenin geri gönderme yasağını temel ilke olarak düzenlemesi ve ilgili hükümlerin amacına göre yorumlanması hâlinde kanun koyucunun, bu hükümlerle geri gönderme yasağına istisna öngörme amacını taşımaması olacaktır. Böylelikle sınır dışı etme hükümleri kapsamında, koşullar ne olursa olsun, ilgilinin sınır dışı edileceği ülkede geri gönderme yasağın kapsamında öngörülen bir muameleye uğrayıp uğramayacağı her durumda göz önünde bulundurulmalıdır. Eğer kişi bu kapsamda bir risk ile karşı karşıya kalıyorsa, diğer koşulların da oluşması hâlinde ilgili ülkeye sınır dışı edilmemelidir.

²⁶⁵ “*Güvenli üçüncü ülke*” ibaresi için bkz.: Ekşi, Yabancılar Hukuku s. 180; Çiçekli, s. 340.

Bu açıklamaların yanı sıra, YUKK'un Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin (Uygulama Yönetmeliği)²⁶⁶ 4. maddesine de bu bağlamda değinilmelidir. Söz konusu hükmün 1. fıkrası, geri gönderme yasağının YUKK kapsamına giren tüm yabancılar için uygulanacağını belirtmiştir. Türkiye'de kalma hakkı olmayan yabancılar için ise, sınır dışı edilmeden veya Türkiye'den gönderilmeden önce,

“a) Sınır dışı edilecekleri yahut gönderilecekleri yerde işkenceye, insanlık dışı veyahut onur kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulup tutulmayacağı,

b) Irkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayatının veya hürriyetinin tehdit altında bulunup bulunmayacağı, hususları valilik tarafından resen araştırılır”.

Anılan madenin 3. fıkrasında, yapılan araştırmalar sonucunda, yabancının tehlike ile karşılaşacağını anlaşıldığı ülkeye sınır dışı edilmesinin mümkün olmadığı belirtilmiştir²⁶⁷. Hükmün 4. fıkrası aşağıda²⁶⁸ üzerinde duracağımız üzere ispat yükü bakımından önem taşımaktadır²⁶⁹.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, Uygulama Yönetmeliğinde geri gönderme yasağı ile ilgili öne çıkan ilk husus, bu yasağın Kanun kapsamındaki yabancıların *tamamına* uygulanacak olmasıdır. Türkiye'de kalma hakkı bulunmayan yabancılar için ortak bir düzenleme getirilerek, YUKK'un 55. maddesi ile sınır dışı edilme hâlinde geri gönderme yasağının işletileceği durum yinelenirken, hükmün 2. fıkrasının

²⁶⁶ R.G. Sayı: 29656, Tarih:17.03.2016.

²⁶⁷ “Bu kişiler hakkında Kanunun uluslararası koruma, ikamet veya sınır dışı etmeye ilişkin diğer hükümlerine göre işlem tesis edilir ve Genel Müdürlüğe derhal bilgi verilir.”

²⁶⁸ s. 192 vd.

²⁶⁹ “Araştırma esnasında, yabancıdan konuyla ilgili bilgi ve belge istenebileceği gibi menşe ülke bilgilerinden de yararlanılır.”

http://www.goc.gov.tr/files/_dokuman5.pdf (Erişim:09.04.2019)

(b) bendi ile yasak yeniden zikredilmiştir. Buna ek olarak kişinin yaşamının veya özgürlüğünün gönderildiği ülkede tehdit altında bulunması ihtimalinin valilik tarafından re'sen araştırma yapılarak tespit edileceği belirtilmiştir. Bu durumda, ilgilinin yaşam veya hürriyetinin fıkra da sayılı nedenlerden dolayı tehdit altında olduğunu iddia etmesi yeterli olacak, bu riskin ispatı valilik tarafından gerçekleştirilecektir. Bu durumun aşağıda incelenecek olan ispat külfetiyle örtüşmediği söylenemelidir²⁷⁰. Bu husus, üçüncü fıkrayla pekiştirilmiştir. Yönetmelik gereği yaşam veya özgürlüğün tehlikeye atılacağı riskinin devlet tarafından araştırılıp ortaya konması gerekmektedir. Son fıkrayla araştırma esnasında ilgiliden yalnızca belge talep edilebileceği düzenlenmiştir.

Yönetmelik ile düzenlenen ispat rejiminin gerek YUKK hükümleri gerek AYM içtihadı ile çeliştiği aşağıdaki açıklamalarla ortaya konulacaktır.

3. YUKK Döneminde Geri Gönderme Yasağı İle İlgili Verilmiş Olan Bazı Mahkeme Kararları

YUKK'un yürürlük maddesi olan 125. maddesine göre "*122. madde, 123. maddenin birinci, ikinci, beşinci ve yedinci fıkraları ile 124. madde hariç olmak üzere Beşinci Kısım yayımı tarihinde, b) Diğer hükümleri yayımı tarihinden bir yıl sonra, yürürlüğe girer.*" Bu halde geri gönderme yasağının Kanunun yayım tarihinden bir yıl sonra, 11.04.2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

²⁷⁰ s. 192 vd.

Öncelikle YUKK döneminde verilmiş olan mahkeme kararları incelenirken 2014 sonrasında AYM'nin önüne gelmiş olan ve YUKK'un somut olaya uygulandığı kararların esas alınacağı belirtilmelidir. Zira bu kararlara konu olan olayların çoğu, YUKK henüz yürürlüğe girmeden oluşsa da, Anayasa Mahkemesi yaptığı değerlendirmede zaman bakımından uygulama konusunda genel kuraldan ayrılmış ve eski tarihli olaylara da yeni tarihli YUKK'u uygulamıştır. Bu durum, sadece geri gönderme yasağının insan hakları karakterli olması ile açıklanabilecektir.

a. Öldürülme veya Kötü Muameleye Maruz Kalma Riski Bulunan Ülkeye Sınır Dışı Edilme Kararı Verilmesi Nedeniyle Kötü Muamele Yasağının İhlal Edildiği İddiasına Yönelik İncelemeler

Anayasa Mahkemesinin “yaşamına ya da maddi ve manevi bütünlüğüne yönelik risk bulunan ülkeye sınır dışı edilme kararı verilmesi nedeniyle kötü muamele yasağının bu karara karşı yetkili makama başvurma imkânının kısıtlanması nedeniyle etkili başvuru hakkının ihlâl edildiği iddiaları” kategorisi ile incelediği bu kararlar, öncelikle bireysel başvuruya konu olabilen bir nitelik taşımaktadır. Nitekim Mahkemenin, 2016/5604 başvuru numaralı ve 24.05.2018 tarihli kararında, Türkiye’ye yasal yollarla girmiş olan Mısırlı yabancının, kendisi gibi Mısır uyruklu arkadaşını ziyaret için Adana’ya gelmesi ve Adana Göç İdaresi tarafından 07.09.2015 tarihinde, kişinin “terör veya çıkar amaçlı suç örgütü yöneticisi, üyesi ya da destekleyicisi olduğu ve kamu düzeni, güvenliği veya sağlığı bakımından tehlike oluşturduğu gerekçeleriyle” idari gözetim altına alınması ve sınır dışı edilmesine karar verilmesi, bireysel başvuruya konu olabilen, bu grup altında incelenebilen bir karardır.

Davada, söz konusu sınır dışı etme kararı, yabancıya tercüman eşliğinde iletilmiş ve sınır dışı etme kararına ilişkin hükümlere uygun bir şekilde, kanun yolları, hukuki yardım, idari gözetim ve süresi ve idari gözetime itiraz yolu, adli yardım gibi konularda bilgilendirme yapılarak ilgiliye tefhim edilmiştir. Bunu takiben kişi, Adana Geri Gönderme Merkezinden (GGM) sınır dışı edilmek üzere İstanbul'a getirilmiştir. Fakat kişi, Mısır'a geri gönderilmesi hâlinde kötü muameleye maruz kalma riskinin bulunduğunu belirtmiş ve bu sebeple uluslararası koruma talep etmiştir. Öte yandan, uluslararası koruma talebine ilişkin bir belge sunmamıştır. Kişi, bunun üzerine Adana GGM'ye geri götürülmüş, yapılan yer değişikliğinden sonra avukatları ile görüşme imkânı bulamamıştır. Adana GGM, avukatların kişiyle görüşme taleplerini sözlü olarak reddetmiş ve ilgilinin Erzurum GGM'ye gönderildiği belirtilmiştir. Erzurum GGM'ye giden avukatlar burada da ilgiliyle görüşememiş, ardından kişinin konakladığı geri gönderme merkezi, üçüncü kez değiştirilmiş, kişi Edirne GGM'ye gönderilmiştir. Burada ilgiliyle görüşme gerçekleştiren avukatlar, taleplerine rağmen ilgilinin dosyasına erişememiş ve kişinin kimliği mevcut olmadığı için vekâletname olmaksızın Adana 1. İdare Mahkemesinde sınır dışı etme kararının iptalini talep etmişlerdir. İlgili davada kişinin bilgisayar mühendisi ve aydın bir politikacı olduğu, fakat Mısır'da 2013 yılında gerçekleşen askeri darbe sonucu idam cezasına çarptırıldığı öne sürülmüştür. İdare Mahkemesi, 19/2/2016 tarihli ve E.2016/40, K.2016/144 sayılı kararıyla iptal davasının, sınır dışı etme kararının kişiye tebliğ edilmesinden sonra on beş günlük süre içerisinde açılmadığı gerekçesiyle davayı reddetmiş; gerekçesinde, kişiye hukuka uygun bir şekilde sınır dışı etme kararı ve bu karara karşı başvurabileceği kanun yolları hakkında bilgilendirme yapıldığını, bu sebeple hukuka aykırılığın mevcut olmadığını belirtmiştir.

Bu sürecin ardından yabancı, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuştur. Bu başvurusunda ilgili, kötü muamele riskiyle karşı karşıya kalacağı bir ülkeye sınır dışı etme kararı sonucunda gönderileceği ve bu karara karşı yetkili makama başvuru hakkının sınırlandırılmış olduğunu belirtmiş ve bu durumun etkili başvuru hakkını ihlâl edildiğini iddia etmiştir. Mahkeme, başvuruda öncelikle olaya Anayasa, YUKK, AİHS, AİHM içtihadı ve 1951 Sözleşmesinin uygulanacağını belirtmiştir. Yapılan incelemede, AİHM içtihadından kişinin geri gönderileceği ülkede, işkence veya kötü muamele riskinin varlığını haklı gösteren önemli gerekçelerin bulunması hâlinde ilgili iddiaların, kapsamlı ve etkili bir şekilde incelenmesi gerektiği, etkili başvuru hakkı kapsamında değerlendirme yapılabilmesi için sınır dışı etme kararı uygulanmadan önce, kişinin bağımsız bir mercie başvuru hakkının olması ve buna ek olarak bu başvurunun sınır dışı etme kararının icrasını otomatik olarak durdurması gerektiği gibi örnekler verilmiştir. Başvuru kabul edilebilir bulunduktan sonra esas açısından incelenmiştir. Esas açısından yapılan incelemede, işkence yasağının yalnızca devlete kendi vatandaşlarına uygulamaktan imtina edeceği bir olumsuz yükümlülük olmadığı, aynı zamanda yabancıların da işkenceye veya kötü muameleye uğrayacakları başka bir devlete gönderilmemelerini de kapsadığı belirtilmiştir. Devlet, bu açıdan kişileri hem yetkililerinin kötü muamelesinden, hem üçüncü kişilerin kötü muamelelerinden korumakla yükümlüdür. Bu sebeple, Mahkeme ilgili davada da yabancıнын geri gönderileceği ülkede kötü muameleye uğrama riskinin mevcut olup olmadığını titizlikle araştırmıştır. Buna ek olarak, Mahkeme, kişiye, kendisi hakkında alınan karara karşı bir başvuru yolunun sağlanmasının yeterli olmadığını, buna ek olarak, başvurunun yukarıda da belirtildiği şekilde etkili olması gerektiğini belirtmiştir. Tüm bu değerlendirmeler doğrultusunda, ilgilinin on beş günlük süre içerisinde idare mahkemesine başvurmaması durumunun

kendi kusurundan kaynaklanmadığı, zira ilgilinin üç defa yer değiştirmesi ve bu değişikliklerle ilgili avukatına hiçbir bilgi verilmemesinin bu durumu kanıtlar nitelikte olduğu sonucuna varılmıştır. İlgilinin kötü muameleye uğrama riskiyle karşı karşıya kaldığı iddiası da dava usûlden reddedildiği için inceleme konusu yapılmamıştır. Bu nedenle, somut olay açısından etkili başvuru hakkının kullanılıp kullanılmadığına ilişkin sınırlı bir inceleme gerçekleştirilmiştir.

Sonuç olarak, ilgili davada, idare mahkemesi tarafından sadece şekli inceleme yapılması ve davanın esasasının incelenmemesi sebebiyle başvuru sahibinin kötü muameleye uğrayacağı hususu ele alınmamıştır. Böylelikle, Mahkeme, etkili başvuru hakkının ihlâl edildiğine, kötü muamele iddiasının incelenmesi için yeniden yargılanma yapılmasına karar verilmiştir. Bu halde de yeniden yargılama yapıldıktan sonra kişi hakkında kamu güvenliği gerekçesiyle sınır dışı etme kararı verilebilecektir.

İnceleme konusu yapılan bir diğer kararın konusu,²⁷¹ yasal yollardan ülkemize giriş yapan Özbekistan vatandaşı bir yabancının, ülkesinde muhalif harekete katıldığı ve bu sebeple kötü muameleye uğrama riskiyle karşı karşıya kaldığı gerekçesiyle Türkiye’den uluslararası koruma talep etmesi ve bunu takiben BMMYK tarafından kendisine geçici mülteci statüsü verilmesinden sonra, kişi hakkında alınan sınır dışı etme kararıdır. Ayrıca olayda, ilgili kişinin, yasa dışı yollardan Suriye’deki çatışma bölgesine geçiş yaparken yakalanması sonucu uluslararası koruma talebi reddedilmiş, yurda girişi yasaklanmış ve hakkında sınır dışı etme kararı verilmiştir. Bunu müteakip ilgili, Batman İdare Mahkemesine hakkında verilen ülkeye giriş yasağının ve sınır dışı etme kararının iptali için başvurmuş; bu dava 04.11.2015 tarihinde reddedilmiştir. Böylelikle ilgilinin davası, bireysel başvuruda bulunmasıyla AYM’nin önüne

²⁷¹ Başvuru Numarası: 2015/18582, *Azizjon Hikmatov Başvurusu*, AYM, K.T. 10.05.2017.

getirilmiştir. Bireysel başvurusunda ilgili, yıllardır sürdürdüğü ticari faaliyetini sürdürmek için Azez’e geçtiğini, Özbekistan’ın insan haklarını ihlâl eden bir ülke olduğuna dair kanıtların mevcut olduğunu öne sürmüştü, Özbekistan’a gönderilmesi hâlinde cezaevine gireceğini ve cezaevinde sistematik işkenceye uğrama riski ile karşı karşıya olacağını, bu nedenle kötü muamele ve ölüm cezasına maruz kalma tehlikesi altında bulunduğunu iddia etmiştir. Başvuru sahibi, ayrıca maddi ve manevi tazminat ile birlikte adli yardım talebinde de bulunmuştur. AYM yaptığı incelemede, kötü muameleye ilişkin talebi kabul edilebilir bulduktan sonra, esasa ilişkin yaptığı incelemede tıpkı yukarıdaki incelemesinde de ortaya koyduğu gibi, kötü muameleye ilişkin sağlanan korumanın kapsamının üçüncü kişilerin eylemlerini de içerdiğini belirtmiştir. Buna ek olarak, kişinin kendisi hakkında verilen sınır dışı etme kararına ilişkin itiraz yöneltebileceği bir başvuru yolunun mevcut olması gerektiğinin altı çizilmiştir. Böylelikle, yabancının gönderileceği ülkede kötü muamele yasağının ihlâl edileceğine ilişkin bir iddia karşısında kötü muameleye uğrama riskin bulunup bulunmadığı ayrıntılı bir şekilde incelenmelidir. AYM, iddia edilen riskin “gerçek bir risk” olması gerektiğini ve ispat külfetini kimin yükleneceği hususunun da somut olayın niteliklerine göre tespit edilmesi gerektiğini belirtmiştir; Yapılan bu inceleme sonucunda verilecek olan kararın da denetime açık olması gerektiğini kararına eklemiştir. Batman İdare Mahkemesi, başvurusunun kamu güvenliği açısından tehdit yaratan kişilerden olduğu ve Türkiye’ye giriş yasağı bulunduğu, buna ek olarak uluslararası koruma başvurusunun da bu gerekçelerle reddedildiğinden hareketle hakkında sınır dışı etme kararı vermiştir. Fakat AYM, kişinin gerek BMMYK, gerek idare mahkemesi önünde dile getirdiği iddiaların dikkate alınmadığını, bu hususların mahkeme önünde incelenmediğini ve idare mahkemesinin titizlikle inceleme yapma

yükümlülüğünü yerine getirmediğini belirtmiştir. Bu gerekçelerle, AYM, bu baaşvuruda kötü muamele yasağının ihlâl edildiğine karar vermiştir.

2015 yılında verilen *A.A. ve A.A.* kararı²⁷², AYM'nin içtihadını ortaya koyduğu önemli bir karardır. Bu Genel Kurul Kararı²⁷³, kötü muameleye uğrayacağına ilişkin bir riskin varlığının iddia edildiği ve fakat sınır dışı etme kararının verildiği davalarda hangi hususların hangi sırayla incelenmesi gerektiğini ortaya koymuştur. İlgili davada, başvuru evli ve Irak vatandaşıdır. Yasal olarak Türkiye'ye giriş yapan başvuru, İstanbul Valiliği Göç İdaresi Müdürlüğü tarafından 07.07.2014 tarihinde verilen karar ile “terörizm ile bağlantılı yabancı ülke vatandaşları” oldukları tespit edilmiştir. Bu nedenle, haklarında Türkiye'ye giriş yasağı bulunmasında rağmen ülkeye girdikleri gerekçesiyle sınır dışı etme kararı verilmiştir. Buna ek olarak, haklarında idari gözetim kararı da alınan ilgililerin, idari gözetim kararının kaldırılması için yaptıkları başvuru, İstanbul 2. Sulh Ceza Hâkimliği tarafından reddedilmiştir. Ret kararına ilişkin İstanbul 3. Sulh Ceza Hakimliğine yapılan başvuru sonucunda idari gözetim kararının kaldırılmasına ilişkin karar hukuka aykırı bulunmuş, başvuru ve çocuklarına ilişkin idari gözetim kaldırılmıştır. Bunu takiben, sınır dışı etme kararının iptaline ilişkin idare mahkemesine açılan iki ayrı davada da, her ne kadar başvuru Irak'ta ölüm veya kötü muameleye uğrayacaklarına ilişkin deliller ileri sürse de dava, başvurunun süresinde yapılmadığı gerekçesiyle esasa dair inceleme yapılmamış ve dava reddedilmiştir. Ardından kişilerin kamu güvenliği açısından tehlikeli oldukları, Millî İstihbarat Teşkilâtı

²⁷² Başvuru Numarası: 2015/3941, *A.A. ve A.A. Başvurusu*, K.T.: 01.03.2017.

²⁷³ Bu karar AYM Genel Kurulu tarafından verilmiştir. Genel Kurul, bireysel başvurularda Bölümlerin kararları arasında oluşmuş veya oluşabilecek farklılıkları önlemek veya gidermek için Bölümlerce Genel Kurula gönderilen başvuruları karara bağlar.

<https://www.anayasa.gov.tr/tr/mahkeme/yapisi/genel-kurul/> (Erişim: 05.05.2019)

Müsteşarlığının 24.04.2014 tarihli yazısıyla bir defa daha ortaya konmuş ve İstanbul 1. İdare Mahkemesinin 21.01.2015 tarihli ve K.2015/49 sayılı kararlarında bu yazı sınır dışı etme kararına gerekçe olarak kullanılmıştır. Bu kararda dikkat çeken nokta, kişilerin geri gönderilmeleri hâlinde kötü muameleye uğrayacakları riskinin ele alınmamış olmasıdır. Ardından İdare mahkemesinin kararı ilgililere tebliğ edildikten sonra, uyuşmazlık AYM'nin önüne getirilmiştir.

Başta bu karar olmak üzere, takip eden diğer kararlarda AYM, sınır dışı edilmeleri hâlinde kötü muameleye uğrayacakları iddia edilen yabancıların davalarında belirli bir sırayı izleyerek inceleme yapmıştır. Bu sırayı şu şekilde belirtmek mümkündür:

1. Öncelikle kararda ele alınacak ulusal ve uluslararası mevzuat hükümleri olarak YUKK'un kapsamı ifade eden 2. maddesi²⁷⁴ ve geri gönderme yasağını ifade eden 4. maddesi²⁷⁵, 676 sayılı KHK'nın ilgili maddeleri²⁷⁶, Geçici Koruma

²⁷⁴ "(1) Bu Kanun, yabancılarla ilgili iş ve işlemleri; sınırlarda, sınır kapılarında ya da Türkiye içinde yabancıların münferit koruma talepleri üzerine sağlanacak uluslararası korumayı, ayrılmaya zorlandıkları ülkeye geri dönemeyen ve kitlesel olarak Türkiye'ye gelen yabancılarla acil olarak sağlanacak geçici korumayı kapsar.

(2) Bu Kanunun uygulanmasında, Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası anlaşmalar ile özel kanunlardaki hükümler saklıdır."

²⁷⁵ "(1) Bu Kanun kapsamındaki hiç kimse, işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulacağı veya ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayatının veya hürriyetinin tehdit altında bulunacağı bir yere gönderilemez."

²⁷⁶ YUKK kapsamında düzenlenen bazı maddelerde ilgili KHK ile değişiklikler yapılmıştır. İlgili maddeler başta 53. madde olup, sınır dışı ile ilgili hükümlerdir.

"Sınır dışı etme kararı

53. madde:

(1) Sınır dışı etme kararı, Genel Müdürlüğün talimatı üzerine veya resen valiliklerce alınır. (2) Karar, gerekçeleriyle birlikte hakkında sınır dışı etme kararı alınan yabancıya veya yasal temsilcisine ya da avukatına tebliğ edilir. Hakkında sınır dışı etme kararı alınan yabancı, bir avukat tarafından temsil edilmiyorsa kendisi veya yasal temsilcisi, kararın sonucu, itiraz usulleri ve süreleri hakkında bilgilendirilir. (3) Yabancı veya yasal temsilcisi ya da avukatı, sınır dışı etme kararına karşı, kararın tebliğinden itibaren on beş gün içinde idare mahkemesine başvurabilir. Mahkemeye başvuran kişi, sınır dışı etme kararını veren makama da başvurusunu bildirir. Mahkemeye yapılan başvurular on beş gün içinde sonuçlandırılır. Mahkemenin bu konuda vermiş olduğu karar kesindir. Yabancı rızası saklı kalmak kaydıyla, dava açma süresi içinde veya yargı yoluna başvurulması halinde '54 üncü maddenin birinci fıkrasının (b), (d) ve (k) bentleri ile ikinci fıkrası kapsamındakiler hariç' (676 Sayılı KHK'nın 35/1. maddesiyle eklenen cümle) yargılama sonuçlanıncaya kadar yabancı sınır dışı edilmez."

Yönetmeliğinin 6. maddesi²⁷⁷; bunlara ek olarak, AİHS'nin yaşam hakkını düzenleyen 2. maddesi²⁷⁸, işkence yasağını düzenleyen 3. maddesi²⁷⁹, 1951 Sözleşmesinin 33. maddesi²⁸⁰ ve bunlara ek olarak AİHM'nin çeşitli kararları²⁸¹ ele alınmıştır.

2. Ardından, kişinin geri gönderileceği ülkenin durumuna ilişkin uluslararası örgütlerin yayınladıkları raporlar ortaya konmuştur²⁸².
3. Bunu takiben kötü muamele yasağının ihlâline ilişkin incelemeler yapılmıştır.
4. Bu incelemelerine Mahkeme, öncelikle somut olayın bir özetini ortaya koyarak başlamıştır.
5. Özetin ardından Anayasa'nın "Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığına" ilişkin 17. madde, "Temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının

²⁷⁷ "(j) Bu Yönetmelik kapsamında hiç kimse, işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulacağı veya ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayatının veya hürriyetinin tehdit altında bulunacağı bir yere gönderilemez. (2) Genel Müdürlük, ilgili mevzuata göre ülkemizden gönderilmesi gerektiği halde, birinci fıkra kapsamında ülkemizden gönderilemeyecek/er hakkında idari tedbirler alabilir. "

²⁷⁸ "1. Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infaz edilmesi dışında, hiç kimsenin yaşamına kasten son verilemez. 2. Ölüm, aşağıdaki durumlardan birinde mutlak zorunlu olanı aşmayacak bir güç kullanımı sonucunda meydana gelmişse, bu maddenin ihlâline neden olmuş sayılmaz: a) Bir kimsenin yasa dışı şiddete karşı korunmasının sağlanması; b) Bir kimsenin usulüne uygun olarak yakalanmasını gerçekleştirme veya usulüne uygun olarak tutulu bulunan bir kişinin kaçmasını önleme; c) Bir ayaklanma veya isyanın yasaya uygun olarak bastırılması"

²⁷⁹ "Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemlere tabi tutulamaz. "

²⁸⁰ "1. Hiçbir Taraf Devlet, bir mülteciyi, ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayatı ya da özgürlüğü tehdit altında olacak ülkelerin sınırlarına, her ne şekilde olursa olsun geri göndermeyecek veya iade ("refouler") etmeyecektir. 2. Bununla beraber, bulunduğu ülkenin güvenliği için tehlikeli sayılması yolunda ciddi sebepler bulunan veya özellikle ciddi bir adi suçtan dolayı kesinleşmiş bir hükümle mahkûm olduğu için söz konusu ülkenin halkı açısından bir tehlike oluşturmaya devam eden bir mülteci, işbu hükümden yararlanmayı talep edemez. "

²⁸¹ Örnek olarak: " Soering/Birleşik Krallık, B. No: 14038/88, 7 aşvuru Numarası Karar Tarihi: 2015/3941: 1/3/2017 7/7/1989; Saadi/İtalya [BD], B. No: 37201/06, 28/2/2008; MS.S./Belçika ve Yunanistan [BD], B. No: 30696/09, 21/1/2011; JK. ve diğerleri/İsveç [BD], B. No: 59166/12, 23/8/2016; Ghorbanov ve diğerleri/Türkiye, B. No: 28127/09, 3/12/2013; Mamatkulov ve Aksarov/Türkiye [BD], B. No: 46827/99, 4/2/2005; Babajanov/Türkiye, B. No: 49867/08, 10/5/2016 "

²⁸² Somut dava açısından Irak'ın durumuna ilişkin örnek için bkzn.: Uluslararası Af Örgütünün 14.07.2014 tarihli ve "Kuzey Irak: Siviller Ateş Hattında" başlıklı raporu, para. 39 vd.:

<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Content/pdfkarar/2015-18582.pdf> (Erişim: 17.03.2019)

durdurulmasına" ilişkin 15. madde ve "Devletin temel amaç ve görevlerine" ilişkin 5. madde incelemeye konu edilerek, AYM'nin başvuru tarafından yapılan hukuki nitelendirme ile bağılı olmadığı, olay ve olguların hukuki nitelendirmesinin bizzat Mahkemenin takdirinde olduğu belirtilmiştir.

6. Kötü muameleye ilişkin değerlendirme yapıldığında çoğu zaman Mahkeme, yaşam hakkına ilişkin ayrıca bir değerlendirme yapmaya gerek görmemiştir. Mahkeme bu hususu da belirttikten sonra esas incelemesine geçmiştir.
7. AYM, esas incelemesinde ise açıklamalarına öncelikle Anayasa'da düzenlenmese de her devletin yabancıyı ülkesine kabul edip etmeme hususunda münhasır yetkiye sahip olduğu ve bu yetkisinin egemenlik hakkından doğduğu ilkesiyle başlamaktadır. Buna ek olarak, yabancıların sınır dışı edilmesinde veya ülkeye kabul edilmemesinde eğer Anayasa'da güvence altına alınmış bir temel hak ve özgürlüğün müdahaleye uğradığı iddia ediliyorsa yabancı, bireysel başvuru hakkına sahip olacaktır. Böylelikle Mahkeme, kötü muameleye uğramama hakkının bu kapsamda değerlendirebileceğini ortaya koymuştur.
8. Buna ek olarak, Mahkeme, kötü muameleye uğramama hakkının kapsamını da ortaya koyma gereği görmüş ve *"Devletin aynı zamanda bireyleri kendi görevlilerinin ve üçüncü kişilerin kötü muamele oluşturabilecek eylemlerine karşı da koruması gerektiğini"* ifade etmiştir. Bu nedenle, devletin bu hususta bir pozitif yükümlülüğünün bulunduğu belirtilmiştir. Aynı zamanda bu husus, kararlarda, 1951 Sözleşmesi ile de desteklenmektedir.
9. Ardından Mahkeme, kötü muameleye uğramama hakkından etkili başvuru hakkına geçiş yapmakta ve bu çerçevede verilen sınır dışı etme kararına karşı bir etkili başvuru yolu olması ve bu başvuru imkânının gerçek anlamda bir

“karşı çıkma yolu” olarak mevcut olması gerektiğini belirtmektedir. Aksi takdirde, yabancıya gerçek anlamda bir koruma sağlanmamış olacaktır.

10. Mahkeme, ilgili güvencenin yabancılara, “iddialarını araştırtma” ve “adil bir şekilde inceletme” imkânı sağlayan usûli güvencelerin teminiyle gerçekleşeceğini belirtmiştir.

11. Mahkeme, her somut olay için sınır dışı etme kararının bu şekilde incelenmesinin mümkün olmayacağını, başvurucunun iddiasının başvuru tarafından savunulabilir olmasının gerektiğini belirtmektedir. Başvurucu, iddiasının savunulabilir olduğunu ortaya koymak için kötü muameleye uğrama riskini ispatlamalıdır. Mahkeme, başvurucunun iddialarını makûl bir şekilde ispatlamasının ardından ilgili ülkeye dair iddiaların doğrulanması için ulusal veya uluslararası kurum ve kuruluşların düzenledikleri raporlardan faydalanmaktadır.

12. Bu aşamalardan sonra, yabancının, sınır dışı etme kararının verilmesi sonucu gönderileceği ülkede kötü muameleye maruz kalacağına ilişkin riskin “gerçek bir risk” seviyesinde olduğu tespit edilmelidir. Gerçek bir riskin varlığının tespitinde de Mahkeme, daha önce incelediği olaylardan yola çıkarak bazı durumlar için bu riskin ispatına yönelik çıkarımlarda bulunmuştur. Bunlar şu şekilde özetlenebilir:

- a. Eğer kişi, geri gönderileceği ülkede “uzun süreli genel siyasi istikrarsızlık” veya “ülkenin bütününe yayılan bir iç karışıklık” sebebiyle kötü muameleye uğrayacağı iddiasında ise kişinin bu ülkeye sınır dışı edilebilmesi için ülkenin bu durumunun, kişinin kötü muameleye uğraması için objektif anlamda bir tehdit oluşturmayacağı başvuru makamı tarafından ortaya konmalıdır.

- b. Kişi, geri gönderileceği ülkenin makamları tarafından, “din, etnik köken, inanç, siyasi görüş ya da belirli bir gruba mensubiyet” nedeniyle sistematik olarak kötü muamele uygulandığını iddia edebilir. Bu durumda başvurucunun, risk altında bulunan kişi grubuna aidiyetini ispatlaması gerekirken, Mahkemenin de ülkede, sistematik bir kötü muamelenin uygulandığını tespit etmesi gerekmektedir.
- c. Kişi, geri gönderileceği ülkede kötü muameleye uğrama sebebi olarak sistematik bir muameleden ziyade şahsi bir muamelenin varlığını iddia edebilir. Kişisel bir durum sebebiyle kötü muamele göreceğine işaret edebilir. Bu durumda kişi, neden bu şekilde bir muameleye uğrayacağını belgelerle kanıtlamak durumundadır.
- d. Son olarak, ilgili, kötü muameleye uğrayacağı hususundaki riskin, kamu görevlisi statüsünde olmayan kişi ve/veya gruplardan kaynaklanacağını iddia edebilir. Bu durumda Mahkeme, kişiden hem riskin, hem de geri gönderileceği ülkedeki kamu makamlarının neden bu riski defetmek konusunda yetersiz kalacağını ispat etmesini talep edecektir.

13. Eğer ilgili, yukarıdaki ayrımlar doğrultusunda savunulabilir bir iddia ortaya koyduysa ve AYM, usûli güvencelerin sağlanmadığına ilişkin bir tespitte bulunursa, yeniden yargılama yapılabilmesi için ihlâl kararı verecektir. Usûli güvencelerin sağlanması hâlinde de kötü muamelenin varlığına ilişkin riskin mevcudiyeti ortaya koyulacaktır. Elbette Mahkeme, kötü muamele riskinin mevcut olup olmadığını başvurucudan hiçbir belge talep etmeden, re’sen de tespit edebilir.

14. Bu hususlar ortaya konulduktan sonra, Mahkeme, somut olayın koşullarının ilgili tespitlerle örtüşüp örtüşmediğini inceler.

Mahkeme, tüm bu aşamalardan sonra somut olayda kötü muamele yasağının ihlâl edilip edilmediğine karar vermektedir.

Yukarıdaki ilkelerle incelenen *A.A. ve A.A.* kararında,²⁸³ başvuruçular, DAES eylemlerinden dolayı ülkelerini terk etmek zorunda kaldıklarını, terör örgütünün evlerini bombaladığını ve geri gönderilmelerinin gerçekleşmesi hâlinde ölüm veya kötü muameleyle maruz kalacaklarını beyan etmişler ve Mahkemeye bu iddialara ilişkin deliller sunmuşlardır. Fakat Mahkeme, somut olayda başvuruçuların kötü muameleyle uğrayacakları hususunu yeterli olarak ortaya koyamadıklarını şu şekilde belirtmiştir:

“...başvuruçuların DAES terör örgütü tarafından evlerinin bombalandığına ve geri gönderilmeleri hâlinde maddi ve manevi varlıklarının tehlikeye düşeceğine ilişkin iddialarının temelsiz olmadığı konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Ancak terör örgütünden kaçıldığına ilişkin her iddianın yalnız başına savunulabilir nitelikte olduğunun kabulü mümkün değildir. Başvuruçuların kişisel durumlarına ilişkin mevcut ve muhtemel riskleri makul şekilde açıklamaları, varsa bu konudaki bilgi ve belgeleri sunmaları gerekmektedir. “

Mahkemenin, bizzat bu kararda ispat için öngördüğü ölçütleri, hüküm kurarken uygulamadığı anlaşılmaktadır. Nitekim Mahkeme, geri gönderileceği ülkede iç

²⁸³ Başvuru Numarası: 2015/3941, AYM, R.G. Tarih ve Sayı: 9/5/2017-30, KT: 01.03.2017. Benzer bir karar için bkz.: Başvuru Numarası: 2016/5604, *Yusuf Ahmed Abdelazim Elsayad Başvurusu*, KT: 24.05.2018.

karışıklık sebebiyle sistematik kötü muamelenin uygulandığını objektif olarak ortaya koyan bir yabancının geri gönderilmemesi gerektiğini belirtmiş, ardından da bu ilkeyi yeterli görmeyerek, kişinin şahsi durumunun da risk barındırdığına ilişkin bilgi ve belgelerin sunulmasını talep etmiştir. Buna ek olarak, Mahkeme, somut olaydaki riskin kamu görevlisi olmayan kişi ve/veya gruplardan kaynaklan bir risk olduğunu da eklemiş, bu gerekçeyle başvuruçuların, Irak makamlarının kendilerini bu riske karşı koruyamayacağını da ispat etmesi gerektiğini belirtmiştir²⁸⁴. Bu durumda Mahkeme, gerçek bir riskin mevcut olduğuna ilişkin yaptığı ayrımları kabul etmeyip, hükümde, Kararında öngördüğü tüm şartları kümülatif olarak aramıştır. Ne var ki, bu durum Mahkemenin kendi yaptığı ayrıma uymadığı sonucunu doğurmuştur. Bu halde somut olayda, Mahkemenin, kişilerin, geri gönderileceği ülkede iç karışıklığın bulunduğunu objektif olarak ortaya koymasını yeterli bulmadığı, ayrıca şahsi durumlarının bu riskten etkileneceğini ve Irak otoritelerinin bu riskin önüne geçemediğini ispatını talep etmesi doğru olmayacaktır.

Böylelikle, Mahkeme, başvuruçuların gerçek bir riskin varlığını ispatlayamadıklarına ek olarak İnsan Hakları İzleme Örgütü, Uluslararası Af Örgütü ve BMMYK'nın yukarıda özetlerine yer verilen raporları doğrultusunda, Irak'ın tamamında değil, sadece belirli bölgelerinde DEAŞ örgütünün insan hakları ihlâline sebebiyet verdiğini ve ilgili bölgedeki vatandaşların bu şekilde bir muameleye uğradıkları hususunun da net bir şekilde tespit edilemediğini belirtmiştir. Bu sebeple, başvuruçuların iddiaları, savunulabilir görülmemiştir. Mahkeme bu kararında, Anayasa'nın 17. maddesiyle koruma altına alınan kötü muamele yasağının ihlâl edilmediğine karar vermiştir.

²⁸⁴ A.A ve A.A. Başvurusu, para. 77.

b. İdari Gözetim Altında Tutmanın Hukuki Olmaması Nedeniyle Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Hakkının, Tutulma Koşulları Nedeniyle de Kötü Muamele Yasağının İhlal Edildiği İddialarına Yönelik İncelemeler

Haklarında sınır dışı etme kararı verilen ve bu karar icra edilene kadar geri gönderme merkezlerinde tutulan yabancıların, bu merkezlerde tutulduğu süre boyunca özgürlük ve güvenlik haklarının ve aynı zamanda merkezlerdeki tutulma koşulları sebebiyle kötü muamele yasağının ihlâl edildiğine yönelik bireysel başvuruları, AYM'nin önüne sıkça gelmektedir

Ele alınacak ilk karar,²⁸⁵ Türkmenistan vatandaşı bir yabancının, ikamet süresi dolduğu gerekçesiyle vize ihlâli yapması ve yakalanması, bunu müteakip kanında hepatit virüsünün tespit edilmesiyle hakkında verilen sınır dışı etme kararını ele almaktadır. Olayda yabancı, sınır dışı edilmek üzere sırasıyla Kırklareli ve Edirne GGM'lere gönderilmiştir. Ardından, uluslararası koruma başvurusu yapan yabancı, başvurusunun Göç İdaresi tarafından reddedilmesini takiben hakkında verilen idari gözetim kararına itiraz etmiştir. Edirne Sulh Ceza Hâkimliğinin 20.03.2015 tarihli kararıyla başvurucunun itirazı kabul edilmiş ve salıverilmesine karar verilmiştir. Fakat, ilgili, salıverilme kararına rağmen 250 gün idari gözetim altında kalmıştır. Mahkeme, verdiği birçok kararında olduğu gibi, bu davada da yabancıların idari gözetim altında tutulduğu koşulların kötü muamele yasağına aykırı olup olmadığını incelemiştir²⁸⁶.

²⁸⁵ Başvuru No: 2015/7305, *M.A. Başvurusu*, AYM, K.T.: 11/6/2018. Benzer kararlar için bkz.: (Başvuru Numarası: 2015/6543, *G.E. Başvurusu*, AYM, K.T.: 11.06.2018; Başvuru Numarası: 2014/16575, *K.K. Başvurusu*, AYM, K.T.: 11.06.2018; Başvuru Numarası: 2018/1627, *Abdullah Omar Başvurusu*, AYM, K.T.: 23.05.2018; Başvuru Numarası: 2014/17572, *A.A. ve Diğerleri* Başvurusu, AYM, K.T.:07.02.2019;

²⁸⁶ Başvuru Numarası: 2013/9673, *Rıdâ Boudraa*, AYM, K.T.:21/1/2015; Başvuru Numarası: 2014/13044, *K.A.*, AYM [GK], K.T.:11/11/2015; Başvuru Numarası: 2013/655, *F.A. ve M.A.*, AYM, K.T.: 20/1/2016.; Başvuru Numarası: 2013/1649, *A. V. ve diğerleri*, AYM, K.T.:20/1/2016; Başvuru Numarası: 2013/8735, *F.K. ve diğerleri*, AYM, K.T.:17/2/2016; Başvuru Numarası: 2013/8810, *T.T.*,

Mahkeme, önceki incelemelerinde olumsuz tutulma koşulları nedeniyle oluşan zararın tazminine ilişkin etkili idari ve yargısal bir başvuru yolunun bulunmadığını tespit etmiştir. Bu saptamayı yaparken de olumsuz koşulların oluşması sebebiyle bir tazminat hakkının doğduğuna karar veren bir adli veya idari mahkeme kararının olmadığını da belirtmiştir. Ardından Mahkeme, yine önceki bir Kararına²⁸⁷ atıfta bulunarak, ilgili olayda başvuru yollarının tüketilmediğini, idari gözetim altında tutulmaya ilişkin hususların İçişleri Bakanlığınca tespit edildiğini belirtmiştir. Bu sebeple Mahkeme, tam yargı davasının açılması gerektiğini ortaya koymuş ve başvuruyu kabul edilemez bulmuştur²⁸⁸. Somut olay, başvuru yollarının tüketilmediği gerekçesiyle reddedilmiştir²⁸⁹. Burada önemli olan husus, AYM'nin içtihad değişikliğine gitmesidir. Öyle ki, Mahkeme, YUKK'un yürürlüğe girmesiyle, önceki içtihadında, idari gözetim altında bulunan yabancıların idari gözetim kararının, idare tarafından re'sen sonlandırılması veya sulh ceza hâkimliğine yapılan itiraz ile sonlandırılması ve hakkında sınır dışı etme kararı verilen yabancıların yakalanması veya gözaltına alınması, tutulduğu süre ve sürenin uzatılması, ilgiliye bildirim ve idari gözetim kararına başvuru yolları gibi usûle aykırılıklar sebebiyle ihlâl kararı vermektedir²⁹⁰. Fakat içtihad değişikliği ile, yabancıların özgürlük ve güvenlik hakkının ihlâlinin idari işleminden kaynaklandığını, bu işleminden kaynaklanan zararların da tam yargı davasıyla giderilebileceğini belirtilmiştir. Bu sebeple, Mahkeme, ilgili davalarda

AYM, K.T.:18/2/2016; Başvuru Numarası: 2014/2841, A.S., AYM, K.T.: 9/6/2016; Başvuru Numarası: 2014/15824, I.S. ve diğerleri, AYM, K.T.: 22/9/2016.

²⁸⁷ Başvuru Numarası: 2014/15769, B.T., AYM [GK], K.T.: 30/11/2017

²⁸⁸ B.T., para. 45-48.

²⁸⁹ M.A., para. 28.

²⁹⁰ Başvuru Numarası: 2014/13044, K.A. Başvurusu, AYM, K.T.:11.11.2015.

başvuru yollarının tüketilmediğinden hareketle davaları kabul edilebilir bulmamaktadır.

4. YUKK Kapsamında Geri Gönderme Yasağının Suriyelilere Uygulanması

Cumhuriyetin kuruluşundan sonra ülkemiz birçok kitlesel akına maruz kalmıştır²⁹¹. 1950-1951 ve 1989 yıllarında Bulgaristan’da, 1988-1991 yılları arasında Irak’tan, 1992 yılından sonra Bosna’dan ve son dönemlerde Suriye’den gelen fiili mülteci akınına maruz kalınmıştır²⁹².

Suriye’deki iç savaş nedeniyle 29.04.2011 tarihinde sınırlarımıza doğru başlayan kitlesel akın sonucu ülkemizde geçici koruma altında bulunan 3.606.208 Suriyeli bulunmaktadır²⁹³. Türkiye bu kitlesel akın karşısında, sınırlara gelen Suriyelilere geçici koruma sağlayarak uluslararası koruma altına almıştır²⁹⁴. Buna göre YUKK’un 91. maddenin 1. fıkrası gereği tedbir niteliğinde olan bu koruma, ülkesinden zorla ayrılan ve geri dönemeyen, buna ek olarak acil ve geçici koruma bulmak için kitlesel olarak sınıra gelen veya sınırı geçen yabancıya sağlanan korumadır²⁹⁵. Bu

²⁹¹ Kirişçi, K.: “Zorunlu Göç ve Türkiye”, Sığınmacı, Mülteci ve Göç Konularına İlişkin Türkiye’deki Yargı Kararları, Ankara: BMMYK ve Boğaziçi Üniversitesi Vakfı (s. 57-62), s. 57-62; UNHCR, “The State of World’s Refugees”, Oxford University Press, New York, s. 249

²⁹² Çiçekli, s. 312.

²⁹³ “Yıllara göre geçici koruma kapsamındaki Suriyeliler”

http://www.goc.gov.tr/icerik6/gecici-koruma_363_378_4713_icerik (Erişim. 17.05.2019)

²⁹⁴ Çiçekli, s. 312.

²⁹⁵ “Geçici koruma (1)

MADDE 91 – (1) Ülkesinden ayrılmaya zorlanmış, ayrıldığı ülkeye geri dönemeyen, acil ve geçici koruma bulmak amacıyla kitlesel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen yabancılara geçici koruma sağlanabilir.”

kişiler ve diğer uluslararası koruma sahipleri arasındaki en büyük fark, bu kişilerin durumlarının bireysel olarak incelenmesinin mümkün olmamasıdır. İlgililer, geçici koruma talep etmektedir; kişilere sağlanan koruma da bu doğrultuda geçici olmaktadır²⁹⁶. Bu nedenle, geçici korumada temel amaç, savaş ya da iç savaştan kitlesel olarak kaçan yabancıların, olabildiğince hızlı bir şekilde koruma altına alınmaları olacaktır.

Türk hukukunda geçici korumanın kapsamı Geçici Koruma Yönetmeliği ile belirlenmiştir. Buna göre:

“...ülkesinden ayrılmaya zorlanmış, ayrıldığı ülkeye geri dönemeyen, acil ve geçici koruma amacıyla kitlesel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen yabancılardan, 4/4/2013 tarihli ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun 91 inci maddesi çerçevesinde, uluslararası koruma talebi bireysel olarak değerlendirmeye alınamayanlara sağlanabilecek geçici koruma işlemlerinin usul ve esasları ile bu kişilerin Türkiye’ye kabulü, Türkiye’de kalışı, hak ve yükümlülükleri, Türkiye’den çıkışlarında yapılacak işlemleri, kitlesel hareketlere karşı alınacak tedbirleri ve ulusal ve uluslararası kuruluşlar arasındaki işbirliğiyle ilgili hususları düzenlemektir.”

Kişiler, vatandaş-yabancı ayrımı gözetilmeden, geçerli pasaport veya pasaport yerine geçen belge ile sınır kapılarından ülkeye girebilmektedirler. Bu usule aykırı giriş yapanlar, idarî para cezasına çarptırılmaktadır²⁹⁷. Eğer ilgili usûle aykırı bir

²⁹⁶ Çelikel, s. 170; Doğan, s. 160 vd.; Çiçekli, s. 305; Özkan, s. 369-371.

²⁹⁷ “Cezai hükümler:

şekilde giriş yapmışsa ve yabancıysa hakkında sınır dışı etme kararı verilecektir. Bu kuralın istisnasını geçici koruma altındaki yabancılar oluşturmaktadır. Buna göre geçici koruma altındaki yabancılara, Geçici Koruma Yönetmeliğinin 5. maddesi gereği, *“Türkiye’ye giriş yaparken yetkili birimler tarafından tespit edilmeleri veya makul bir süre içinde kendiliğinden yetkili birimlere kayıt yaptırmak üzere başvurmaları halinde, Türkiye’ye yasa dışı girişleri veya Türkiye’de yasa dışı bulunuşlarından dolayı idari para cezası uygulanmayacaktır.”* Bu hükümden hareketle geçici koruma altındaki kişilerin kural olarak sınır dışı etme yaptırımına tâbi olmadıkları söylenecektir. Bu görüşe temel olan hüküm ise YUKK’un 4. maddesinde düzenlenen geri gönderme yasağıdır. Geçici koruma altındaki yabancılar da temel ilkedен, geri gönderme yasağından faydalanacaklardır²⁹⁸. Ayrıca, Geçici Koruma Yönetmeliğinin 6. maddesinde²⁹⁹ de geri gönderme yasağı, YUKK’un 4. maddesinde olduğu gibi düzenlenmiştir. Böylelikle, geçici koruma altındaki yabancıların, geri gönderme yasağı kapsamında olduğu söylenecektir.

Suriyelilerin de geçici koruma altında oldukları düşünüldüğünde, geri gönderme yasağının Suriyeliler için de uygulanacağı söylenecektir. Nitekim AYM

Madde 34 – (Değişik: 31/3/2011-6217/8 md.) (1) Türkiye Cumhuriyeti sınırlarından her nasılsa pasaportsuz olarak girmiş olan vatandaşlara bin Türk Lirasından üçbin Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir.”

“İdari para cezası

MADDE 102 – (1) Diğer kanunlara göre daha ağır bir ceza gerektirmediği takdirde; a) 5 inci maddeye aykırı şekilde, Türkiye’ye yasa dışı giren veya Türkiye’yi yasa dışı terk eden ya da buna teşebbüs eden yabancılar hakkında iki bin Türk Lirası,.. idari para cezası uygulanır.”

²⁹⁸ Doğan, s. 160-161; Çiçekli, s. 307; Goodwin-Gill/McAdam, 343-344.

²⁹⁹ *“Geri gönderme yasağı*

MADDE 6- (1) Bu Yönetmelik kapsamındaki hiç kimse, işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulacağı veya ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayatının veya hürriyetinin tehdit altında bulunacağı bir yere gönderilemez.”

önüne gelen 11.11.2015 tarihli *K.A. Başvurusunda*³⁰⁰, Türkiye’de geçici koruma sağlanmış bir yabancının sınır dışı edilemeyeceği tartışılmıştır. Olayda, Suriyeli K.A hakkında, YUKK 54. maddenin 1. fıkrasının (d) bendine dayanılarak sınır dışı etme kararı vermiştir. K.A. ise sınır dışı edilmesi hâlinde Suriye’de öldürme, işkence ve kötü muameleyle uğrama riskinin bulunduğunu iddia ederek bu karara karşı İstanbul 1. İdare Mahkemesinde iptal davası açmıştır. Talep, Mahkeme tarafından reddedilince, AYM’nin önüne getirilmiş, AYM davada kişi bakımından yetkisizlik gerekçesi ile kabul edilemezlik kararı verse de geçici koruma statüsü altındakilerin sınır dışı edilemeyeceğine ilişkin saptamalarda bulunmuştur. Buna göre Suriyelilerin, Mahkemenin ifade ettiği şekliyle “Suriye’den gelen mültecilerin ve vatansızların geri gönderilemeyeceği” belirtilmiştir.

Geçici Koruma Yönetmeliğinin 6. maddesi açık bir şekilde geri gönderme yasağı ile ilgili bir düzenleme yapmasaydı dahi, Suriyelilerin yasak kapsamına alındığı savunulabilirdi. Zira BM İcra Komitesi Kararlarına³⁰¹ göre, kitlesel akın durumunda devletlerin sorumluluğundan kaynaklanan önlemler malzeme yardımı, mali yardım, uzun süreli kalma, insancıl yerleştirme ve transfer, yeniden yerleştirme şeklinde ortaya çıkabilmektedir³⁰². Önlemlerin dışında kalıcı çözümlerde ise genel olarak dörde ayrılmaktadır³⁰³. Bunlar, mülteci ya da bir başka bir uluslararası koruma statüsü kazandırma, ikamet veya çalışma gibi bir yabancılık statüsüne geçiş, kendi ülkesine gönüllü dönüş, üçüncü bir ülkeye yerleşmedir. Bu kapsamda kişinin kendi ülkesine

³⁰⁰ *K.A. Başvurusu; Abdullah Omar Başvurusu*; Başvuru Numarası: 2018/26803, *A.E.K. Başvurusu*, AYM, K.T.:21.03.2019; Başvuru Numarası: 2018/26567, *A.E. Başvurusu*, AYM, K.T.:20.03.2019; Başvuru Numarası: 2018/21171, *F.B. Başvurusu*, AYM, K.T.: 07.03.2019.

³⁰¹ BM İcra Komitesi, Karar No: 22 (XXXII) 1981, (A/AC.96/601); Karar No: 15 (XXX) 1979, (A/AC.96/572); Karar No: 52 1988, (A/AC.96/721); Karar No: 80 (XLVII) 1996, (A/AC.96/878); Karar No: 85 (XLIX) 1998, (A/AC.96/911); Karar No: 89 (LI) 2000, (A/AC.96/601).

³⁰² Ayrımlar için bkz. Özkan, s. 372 vd.

³⁰³ UNHCR, Guideliness on Temporary Protection or Stay Arrangement, para. 21; Çiçekli, s. 318.

dönüşünün ancak gönüllü olabileceği belirtilmiştir. Buna ek olarak, geri gönderme yasağının *jus cogens* niteliğinde olduğunun kabulüyle, Geçici Koruma Yönetmeliğinde geri gönderme yasağı düzenlenmese de yasak, geçici koruma altındaki yabancılar için de uygulanır olacaktır.



İKİNCİ BÖLÜM: GERİ GÖNDERME YASAĞI ve İNSAN HAKLARI

HUKUKU İÇTİHADİ

I. Geri Gönderme Yasağı ve İnsan Hakları Sözleşmeleri

A. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

1. Genel Olarak

AİHS ile güvence kapsamına alınan insan hakları³⁰⁴, evrensel olarak ve şarta bağlanmaksızın herkese tanınmıştır. Bununla birlikte, Sözleşme ile öngörülen temel hak ve özgürlüklerin, belirli kişiler açısından sınırlandırılması veya genişletilmesi mümkündür. Bu duruma örnek olarak vatandaşı olduğu ülkeye giriş, ikamet, ülkeden çıkış ve siyasi haklar gibi haklar sadece vatandaşların sahip olduğu haklar iken, yabancılar bakımından bu haklar sınırlandırılabilir veya hiç tanınmayabilir³⁰⁵.

Geri gönderme yasağını insan hakları kapsamında değerlendirmeden önce, AİHS'nin bir hukuk düzeni olarak görülüp görülemeyeceği tartışmasına yer vermekte yarar görüyoruz. Uluslararası sözleşmelerde öngörülen kurallar ve bu kuralların uygulaması, sözleşmeyle oluşturulan kurum ve kuruluşlar ile birlikte bir düzen oluşturmaktadır. Ortaya çıkan düzeninin bir hukuk düzeni olup olmadığı tartışması,

³⁰⁴ Bir Avrupa Konseyi anlaşması olan AİHS, alanında ilk kapsamlı düzenlemedir. Bu Sözleşmeyle uluslararası şikâyet usulü getirilmiş, insan haklarını korumayı amaçlayan bir Mahkeme kurulmuştur. Böylelikle insan hakları hukuku açısından yeni bir düzen kurulmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Ekşi, N.: “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Sığınmacı ve Mültecilerin Türkiye’den Sınırdışı Edilmelerini Engelleyen Hâller” (AİHM’de Sığınmacı ve Mülteciler), İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 82, Sayı 2008/6, dn 36; Steiner, H.J. / Alston, P./ Goodman, R.: International Human Rights in Context Law Politics Morals, 3rd edition, Oxford University Press 2008, s. 933.

³⁰⁵ Ekşi, AİHM’de Sığınmacı ve Mülteciler, s. 2811, dn 38; Provost, R.: International Human Rights and Humanitarian Law, Cambridge 2002, s. 25-26.

uluslararası hukukun gerçek anlamda bir hukuk mu, yoksa “*hukuk benzeri*”³⁰⁶ bir sistem mi oluşturduğu sorusu ile bağlantılıdır. Bu sorunun sorulmasının temel nedeni, uluslararası hukukun içeriğidir. Uluslararası hukukun birçok farklı kaynağının bulunması ve bu kaynakların biçim ve içerik açısından birbirinden ayrılması nedeniyle yeknesak bir düzenin oluşması yakın gelecekte mümkün görünmemektedir. Bu nedenle, uluslararası hukukun, hukuk olarak kabul edilip edilmediği, sadece bazı konular açısından iddia edilebilir. Bu anlamda isabetli olarak, AİHS ile kurulan düzenin, genel olarak "uluslararası hukuka" benzer bir düzen olduğundan ziyade, bunun bir “yasa” olarak nitelendirilmesi mümkündür³⁰⁷.

AİHS, Türk hukuku açısından insan hakları hukuku kapsamında doğrudan bir kaynak olmakla birlikte, etkili uluslararası sözleşmelerden biridir. Kuruluşundan sonraki ilk 20 yılda yalnızca 36 yargılama yapan AİHM, 1980’lerin sonunda 169 dava görmüş, 1990-1998 yılları arasında ise toplamda 818 davayı incelemiştir³⁰⁸.

Temel hak ve özgürlükleri ele alan AİHS, barındırdığı hakları bir mahkeme önünde kişisel başvuru yoluyla koruma altına almıştır. Başarılı bir düzen kurulmasında da etkili olan bu yöntem, Sözleşmenin barındırdığı haklar dizininin de zaman içinde ek protokollerle genişlemesini sağlamıştır. Bu durum, Sözleşmeye üye olan devletlerin sayısını da etkilemiştir. Belirtmelidir ki, AİHS’nin kapsamı genişletilirken ortaya çıkan ek protokollere üyelik otomatik olarak gerçekleşmemektedir. Bu nedenle göç

³⁰⁶ “*Law-like*” teriminin karşılığı olarak kullanılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz: Kay, R.S.: “The European Human Rights System as a Sytem of Law”, *Colombia Journal of European Law*, Cilt 6, 2000, s. 56 vd.

³⁰⁷ Kay, s. 56.

³⁰⁸ Kay, s. 57; European Court of Human Rights, 1994 List of Judgements and Decisions, 1990-94, December 16. 1997; European Court of Human Rights, 1994 List of Judgements and Decisions, 1996-98, 24.02.1999.

için önem arz eden bazı protokolleri,n ilgili protokolü imzalamayan devletler açısından bağlayıcı olacağı düşünülemez³⁰⁹.

1951 Sözleşmesinin insan hakları karakterli bir sözleşme olması, mültecilere gerekli koşullar oluştuğunda AİHS kapsamında koruma sağlanmayacağı anlamına gelmemektedir. AİHS, kişi açısından kapsamı düşünüldüğünde, kural olarak ilgililerin mülteci olup olmadığı sorgulanmaksızın ayırım yapılmadan uygulanacaktır. Bu nedenle, AİHS'nin, 1951 Sözleşmesine kıyasla daha işlevsel bir sözleşme olduğu söylenebilir. Buna ek olarak AİHS'ne göre başvuru sahibinin, Sözleşme kapsamındaki hak veya özgürlüklerinden birinin ihlâl edilmesine yönelik tehdidin varlığı, 1951 Sözleşmesi uyarınca ırkı, dini, tâbiyeti, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasî fikirleri dolayısıyla zulüm göreceği korkusu durumu ile karşılaştırıldığında, AİHS'nin daha geniş bir uygulama alanına sahip olduğu çıkarımı yapılabilir³¹⁰.

AİHS ile getirilen korumanın sınırlarını tam olarak belirleyebilmek için Sözleşmenin kişi, konu, yer ve zaman açısından kapsamının kısaca incelenmesine ihtiyaç vardır.

³⁰⁹ Göçmen, s. 142; AİHS 32-24 m.; dn 34.

³¹⁰ Bayata Canyaş, s. 79

a. Kişi Açısından Kapsam

Sözleşmenin 1. maddesi, “*insan haklarına saygı yükümlülüğü*” başlığı altında taraf Devletleri, herhangi bir ayırım yapmaksızın kendi yetki alanları içinde herkese, Sözleşmenin birinci bölümünde teminat altına alınan hak ve özgürlüklerden yararlanmasını sağlamakla yükümlü tutmuştur³¹¹.

AIHS’nin kişi bakımından kapsamını belirleyen 1. madde ile ilgili olarak tartışılması gereken konu, Taraf Devletlerin “yetki alanları içerisinde bulunan” ifadesi ile neyin kastedildiğidir. Bu konuda benzer ifadelerin geçtiği diğer uluslararası anlaşmaların yorumunda bu tür ibarelerin ne şekilde yorumlandığına bakmak bu hususun aydınlatılmasını sağlamaktadır. Bu bağlamda, devletlerin, kendi sınırlarında bulunan herkes üzerinde münhasır yetkisi olduğu ilkesinden hareketle, “yetki alanı” ile devletin egemenlik yetkisi alanında olan kişilerin kastedildiği sonucuna varılmalıdır.

AIHS kapsamında kimin, kime karşı korunduğu meselesinin de açıklığa kavuşturulması gerekir. Âkit Devletin, yetki alanındaki “herkes” koruma kapsamında olacağına göre, bu kişiler, Âkit Devletin davranışlarına veya ihmallerine karşı Sözleşme kapsamında korunacaklardır. Bu sebeple, Âkit Devletlerin, Sözleşme kapsamında hem pozitif, hem negatif yükümlülüğü olduğu söylenmelidir. Pozitif yükümlülük, Sözleşmenin konusunu oluşturan hak ve özgürlükleri garanti altına almak iken, negatif yükümlülük Sözleşme kapsamında belirtilen hakları ihlâl etmemektir³¹².

³¹¹ “*İnsan haklarına saygı yükümlülüğü*”

Yüksek Sözleşmeci Taraflar kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşme’nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlarlar.”

³¹² Göçmen, s. 144, dn 40.

Son olarak, 1951 Sözleşmesi ile AİHS'nin kişi açısından kapsamı karşılaştırıldığında, AİHS'nin "herkese", mültecilerin hukuki statüsünü belirlemeye dair akdedilen 1951 Sözleşmesinin ise amacı gereği esas itibariyle mültecilere, belli durumlarda fiili mültecilere uygulanacağı açıktır. Bu durumda AİHS'nin kişi bakımından uygulama alanının 1951 Sözleşmesine oranla daha geniş olduğu söylenmelidir.

b. Konu Bakımından Kapsam

Bu başlıkta ele alınması gereken, öncelikle AİHS ve Ek Protokoller kapsamında koruma altına alınmış temel hak ve özgürlüklerdir. Bu haklar aşağıdaki gibi sıralanabilecektir:

"Yaşam hakkı; işkence yasağı; kölelik ve zorla çalıştırma yasağı; özgürlük ve güvenlik hakkı; adil yargılanma hakkı; kanunsuz ceza olmaz; özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı; düşünce, vicdan ve din özgürlüğü; ifade özgürlüğü; toplantı ve dernek kurma özgürlüğü; evlenme hakkı; etkili başvuru hakkı; ayrımcılık yasağı; mülkiyetin korunması; eğitim hakkı; serbest seçim hakkı; borçtan kaynaklı özgürlükten mahrum bırakılma yasağı; serbest dolaşım özgürlüğü; vatandaşların sınır dışı edilmeleri yasağı; yabancılara topluca sınır dışı edilmeleri yasağı; ölüm cezası yasağı; savaş zamanında ölüm yasağı; yabancılara sınır dışı edilmelerine ilişkin usulî güvenceler; cezai konularda iki dereceli yargılanma hakkı; adli hata halinde tazminat hakkı; aynı suçtan iki defa yargılanmama ve cezalandırılmama hakkı; eşler arasında eşitlik; ayrımcılığın genel olarak yasaklanması; ölüm cezasının kaldırılması"

Sözleşmenin konu açısından kapsamını, temel hak ve özgürlükler oluşturmaktadır. Elbette bu haklar farklı sınıflandırmalar altında ele alınabilir, ancak geri gönderme yasağı kapsamında çalışmamız bakımından, Sözleşmede öngörülen hakların mutlak ve sınırlı haklar olarak ve geri gönderme yasağı kapsamında doğrudan ve dolaylı koruma sağlayan haklar olarak ayırma tâbi tutulması daha uygundur.

AİHS ile düzenlenen yaşam hakkı, işkence yasağı, kölelik ve zorla çalıştırma yasağı ve kanunsuz ceza olmaz ilkesi, mutlak hak olarak kabul edilmesi nedeniyle, bu hakların haklı bir sebeple sınırlandırılması mümkün değildir. Sınırlı haklar ise özlerine dokunulmadan sınırlandırılma yapılmasının mümkün olduğu, özgürlük ve güvenlik, adil yargılanma hakkı gibi haklardır³¹³. Sözleşmenin 18. maddesinde, bu haklara getirilecek sınırlamalara ilişkin bir hükme yer verilmiştir. Buna göre sınırlandırmanın temel hak ve özgürlüklerin öngördükleri amaca uygun olarak yapılması gerekmektedir³¹⁴. AİHM kararlarında, 18. maddede ele alınan “*haklara getirilebilecek kısıtlandırmaların sınırlandırılması*” başlıklı hükmün tek başına uygulanabilen, özerk bir hüküm olmadığı, bu maddenin ihlâlinin, sınırlandırmaya tâbi olan bir başka maddenin ihlâlini takiben ortaya çıkabileceği belirtilmektedir³¹⁵. Bu yorum doğrultusunda, aslında 18. madde “*yetkinin kötüye kullanılması yasağının*” bir diğer görünümü olarak değerlendirilmektedir; çünkü sınırlama getiren otoritenin asıl

³¹³ Göçmen, s. 146.

³¹⁴ “**Madde 18:**

Haklara getirilecek kısıtlanmaların sınırlandırılması

Anılan hak ve özgürlüklere bu Sözleşme hükümleri ile izin verilen kısıtlamalar öngörüldükleri amaç dışında uygulanamaz.”

³¹⁵ App. 70276/01, *Gusinskiy v. Russia*, AİHM, 2004, para. 73.

niyetinin 18. maddede belirtilen amaç dışına çıkması hâlinde, otoritenin, Sözleşmenin verdiği yetkiyi kötüye kullandığı sonucuna varılabilir³¹⁶.

Bu bağlamda, özellikle sınır dışı etme yoluyla geri gönderme yasağının ihlâli konusunda, AİHS ile teminat altına alınan yaşam hakkı, işkence yasağı, özgürlük ve güvenlik hakkı, adil yargılanma hakkı ve etkili başvuru hakkı ile bazı ek protokollere sıklıkla başvurulmaktadır. Her ne kadar yaşam hakkını düzenleyen AİHS'nin 2. maddesi ile işkence yasağını düzenleyen 3. maddesi, geri gönderme yasağına lafzen değinmese de AİHM önüne gelen davalarda, 1951 Sözleşmesine paralel olarak bu hükümler uygulanmaktadır. Buna göre, sırasıyla söz konusu iki maddede ifade edilen *“Herkesin yaşam hakkının yasa ile korunacağı ve hiç kimsenin “işkenceye gayrı insanî yahut onur kırıcı ceza veya muameleye tâbî” tutulamayacağı ibarelerinin koruduğu menfaat ile geri gönderme yasağı ile korunan menfaat örtüşmektedir. AİHM'nin, kişinin kötü muamele göreceği yere gönderilemeyeceği yönündeki kararları sonrasında³¹⁷ geri gönderme yasağının AİHS taraf olan vefakat 1951 Sözleşmesine taraf olmayan devletler için de bağlayıcı nitelik kazandığı söylenilebilir³¹⁸.*

AİHS'nin özgürlük ve güvenlik hakkına ilişkin 5. maddesi de geri gönderme yasağı açısından uygulanabilir niteliktedir. Zira ilgilinin geri gönderileceği ülkede özgürlük ve güvenlik hakkının açık bir şekilde ihlâl edileceği tespit edilebiliyorsa 5. madde de sınırötesi uygulamaya tâbi olacaktır. AİHS'nin adil yargılanma hakkına ilişkin olan 6. maddesi ise bir görüşe göre yasak için uygulanabilir iken³¹⁹, bir diğer

³¹⁶ Göçmen, s. 149, dn 57-58.

³¹⁷ Örnek için bkznz.: *Soering v. UK* davası.

³¹⁸ Öztürk, s. 141-142.

³¹⁹ Öztürk, s. 143.

görüŖe göre sınır dıŖı etme işlemlerine karşı uygulanamamaktadır³²⁰. Kişinin gönderileceği ÷lkede adil yargılanma hakkı açıkça ihlâl edilecekse geri gönderme yasağının uygulanabilir olması görüŖü ise adil yargılanma hakkına ilişkin 6. maddenin sınır aşıcı etkisiyle ilişkilendirilerek açıklanmaktadır³²¹.

Geri gönderme yasağı bahsinde ele alınan bir diğer temel hüküm ise, AİHS'nin 13. maddesiyle düzenlenen etkili başvuru hakkıdır. Bu maddenin geri gönderme yasağı ile bağlantısı, Taraf Devletin sığınma usûlünün etkili olup olmadığı veya sığınma usûlüne erişimin gerçek anlamda mümkün olup olmadığının incelenmesiyle ortaya çıkmaktadır. Örneğin, *MSS v. Belgium and Greece*³²² davasında, AİHM, Yunanistan'da, sığınma usulünü düzenleyen Kanunda, esastan inceleme yapılmaksızın kişilerin geri gönderilmemesi için bazı güvenceler bulunsa da sığınmaya erişimin ve uygulamadaki problemlerin varlığı nedeniyle, somut olayda 13. maddenin ihlâl edildiğini tespit etmiştir³²³. Dolayısıyla, AİHM, sığınmaya ilişkin usûle erişimin kısıtlanması veya doğrudan doğruya bu usûle erişimin mümkün olmaması hâlinde, 3. maddenin ihlâlinden sakınmayı sağlayan bir etkili başvuru yolu bulunmadığı gerekçesiyle ihlâl kararı verebilir.

AİHS'nin geri gönderme yasağı ile ilişkilendirilen maddeleri ve ek protokolleri aŖađıda ayrıntılı olarak incelenecektir³²⁴.

³²⁰ Bayata CanyaŖ, s.79; Ekşi, N.: “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 6. Maddesinin Yabancıların SınırdıŖı Edilmesine Uygulanıp Uygulanmayacağı Sorunu” (AİHS Madde 6), Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Y. 29, S.1-2, 2009, s. 128-130.

³²¹ Bayata CanyaŖ, s.80; Ekşi, (AİHS Madde 6), s. 129-133.

³²² App. 30696/09, AİHM, 12.01.2011.

³²³ Öztürk, s. 145-146.

³²⁴ s. 97 vd.

c. Yer Bakımından Kapsam

Kural olarak, devletin fiziki sınırları, AİSH'nin yer yönünden uygulanması bakımından esas alınır. Ancak bazı istisnaî durumlarda bu kapsam genişletilmektedir. *Bankovic and Others v. Belgium*³²⁵ davasında AİHM, yetki kavramının yer ile irtibatlı bir kavram olduğundan hareketle ülkenin fiziki sınırları dışında kalan veya etki doğuran bir durumun istisnaî olarak ortaya çıkabileceğini belirtmiştir. Bu sonucun oluşması için ilgili devlet, kendi fiziki sınırlarındaki bir kişiye müdahalede bulunacak fakat bu müdahalenin etkisi sınır dışı etme olarak ortaya çıkacaktır. Bu durum, geri gönderme yasağı ele alındığında, devletin bir kişiyi suçluların iadesi kapsamında iade etmesi veya sınır dışı etmesi hâlinde de gündeme gelecektir. Zira, sınır dışı etme ve suçluların iadesi hâllerinde de AİHS'nin 2., 3., 5. veya 6. maddelerinin ihlâl edildiği iddiası devletlere atfedilebilmektedir³²⁶.

d. Zaman Bakımından Kapsam

AİHM'nin bazı kararlarında da öngörüldüğü üzere, kural olarak üye devletlerin AİHS'yi uygulama yükümlüğü, uluslararası hukuka göre ilgili üye devlette, o devletin hukukuna göre yürürlüğe girdiği andan sonra başlar ve bu tarihten sonra ortaya çıkan olaylara uygulanır. Bu durumun istisnası, yürürlük tarihinden önce meydana gelmiş vefakat etkisini Sözleşme yürürlüğe girdikten sonra da sürdüren bir ihlâl varlığıdır. Bu hâlde de, her ne kadar ihlâl sebepleri olan olay, devletin Sözleşme ile kurulan düzene

³²⁵ App. 52207/99, AİHM, Grand Chamber, 12.12.2011.

³²⁶ *Bankovic and Others v. Belgium*, para 67-68.

dâhil olmasından önce meydana gelse de, olayın sonucunun devam etmesi sebebiyle ihlâl kararı verilmesi mümkün olmaktadır³²⁷.

2. Geri Gönderme Yasağı Kapsamında Değerlendirme

Çalışmanın bu bölümünde, AİHS'nin insan hakları çerçevesinde kabul edilmiş ve geri gönderme yasağının sıkça uygulandığı suçluların iadesi ve sınır dışı etme yaptırımlarında göz önünde bulundurulmuş bazı temel hak ve özgürlükler ele alınacaktır. Bu haklar, doktrinde değişik sınıflandırmalara tabi tutulmuş ve farklı başlıkların altında ele alınmıştır. Geri gönderme yasağının insan hakları açısından kapsamının çizilebilmesi için bu çalışmada hâlihazırda yapılan tasniflerden farklı olarak konu “doğrudan koruma sağlayan” ve “dolaylı koruma sağlayan” AİHS hükümleri olarak iki başlık altında gruplandırılacaktır.

a. Doğrudan Koruma Sağlayan AİHS Hükümleri

Bu başlık altında geri gönderme yasağının temel kaynağı, 1951 Sözleşmesi kapsamında belirlenen haklar ile doğrudan bağlantılı olan ve AİHS’de güvence altına alınan haklar değerlendirilecek ve AİHM’nin bu haklar ile ilgili içtihadı incelenecektir.

³²⁷ App. 343/57, *Nielsen v. Denmark*, AİHM, 1959; App. 214/ 56, *De Becker v. Belgium*, 1958; Göçmen, s. 152, dn 77-78.

aa. Yaşam Hakkı

Sözleşmenin 2. maddesinde yaşam hakkı için doğrudan koruma alanı yaratan hüküm uyarınca,

“1. Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infaz edilmesi dışında, hiç kimsenin yaşamına kasten son verilemez.

2. Ölüm, aşağıdaki durumlardan birinde mutlak zorunlu olanı aşmayacak bir güç kullanımı sonucunda meydana gelmişse, bu maddenin ihlâline neden olmuş sayılmaz:

- a) Bir kimsenin yasa dışı şiddete karşı korunmasının sağlanması;*
- b) Bir kimsenin usulüne uygun olarak yakalanmasını gerçekleştirme veya usulüne uygun olarak tutulu bulunan bir kişinin kaçmasını önleme;*
- c) Bir ayaklanma veya isyanın yasaya uygun olarak bastırılması”*

Bu maddede istisnaya tâbi olmayan, mutlak bir hak olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle yaşam hakkına hiçbir şekilde müdahale edilemez; edilmesi hâlinde de bu müdahaleyi haklı kılan hiçbir gerekçe ileri sürülemez³²⁸.

Yaşam hakkının negatif, pozitif ve usûli olmak üzere üç yansıması mevcuttur. Buna göre devlete atfedilen negatif yükümlülük, devlet ve devlete isnat edilebilir davranışlarda bulunabilen kimselerin hukuka aykırı olacak şekilde bir kimseyi öldürmekten kaçınmakla yükümlü olması anlamına gelmektedir. Pozitif yükümlülük, yaşam kaybına yol açabilecek bir durum oluştuğunda devletin, yaşam kaybını önleyecek şekilde davranmakla; bu duruma karşı önlem almakla yükümlü olmasıdır.

³²⁸ Göçmen, s. 274, dn 5.

Usûli yükümlülükte ise, devlet hukuken şüpheli olan ölümleri her zaman araştırmakla yükümlü olacaktır³²⁹.

Yaşam hakkı geri gönderme yasağı kapsamında ele alınırsa, ilgilinin yaşam hakkının ihlâl edilmesi riskiyle karşı karşıya kalması ihtimalinde, kişi, ilgili ülkeye gönderilmeyecektir. Bu madde, sınır ötesi uygulanabilen bir madde olarak, özellikle, kişinin ölüm cezasına çarptırıldığı bir devlete gönderilmesi ihtimalinde yaşam hakkının ortadan kalkması durumunda ihlâlâ temel oluşturmaktadır. Ölüm cezasına çarptırılma ihtimalinde, Sözleşmenin yaşam hakkını düzenleyen 2. maddesi, işkence yasağına ilişkin 3. Maddesi, AİHS'nin 6 numaralı Protokolü³³⁰ ve 13 numaralı Protokolü³³¹ uygulanacaktır. Bu doğrultuda, AİHM'nin yaşam hakkını geri gönderme yasağı ile ilişkilendirdiği kararlar önem taşımaktadır.

AİHM, sınır dışı etme kararlarına ilişkin yaptığı incelemelerde, yabancının, sınır dışı edileceği ülkede ölüm cezasına çarptırılacağı hususunda ciddî bir riskin bulunmasını aramaktadır. AİHM'nin kararlarında, başta yaşam hakkını düzenleyen 2. madde olmak üzere, 6 numaralı Protokol³³² ve şartlarının gerçekleşmesi hâlinde diğer maddeler incelenmektedir. Ayrıca, Âkit Devletin, ilgili hakkında alınan sınır dışı etme kararını uygulaması hâlinde, açık bir şekilde adil yargılanma hakkının ihlâl edilmesi sebebiyle ölüm cezasıyla karşı karşıya kalma riskinin oluşması hâlinde de

³²⁹ Göçmen, s. 275, dn 7-10.

³³⁰ 28 Nisan 1983 tarihinde imzaya açılan ve 1 Mart 1985 tarihinde yürürlüğe giren bu protokol, Ölüm Cezasının Kaldırılmasını ele almaktadır. Türkiye bu protokolü, 15 Ocak 2003 tarihinde imzalamış ve 1 Aralık 2003 tarihinde yürürlüğe koymuştur.

³³¹ “Madde 1: Ölüm cezasının kaldırılması

Ölüm cezası kaldırılmıştır. Hiç kimse bu cezaya çarptırılamaz ve idam edilemez.”

³³² *Aylor and Davis v. France*, AİHM, 1995; App. 13284/ 04, *Bader and Kanbor v. Sweden*, AİHM, 2005, para. 42; App. 62806/00, *S.R. v. Sweden*, AİHM, 2002; App. 58128/00, *Ismaili v. Germany*, AİHM, 2001; App. 145/1996/764/965, *Bahaddar v. The Netherlands*, Opinion of the Commission, 1998, s. 270-71, para. 75-78; App. 43707/ 07, *Koktysh v. Ukraine*, AİHM, 2009.

Sözleşmenin 2. maddesi ve 3. maddesini ihlâl edileceği belirtilmiştir³³³. Fakat, burada Mahkemenin yerleşik içtihadı, kişinin ihlâl tehlikesiyle karşı karşıya kalacağı bir devlete teslim edilmesi hâlinde 6 numaralı Protokole aykırı bir durumun oluşması için ölüm cezasına çarptırılma ihtimalinin, gerçek bir risk oluşturması için esaslı sebeplerin mevcudiyeti aranmakta³³⁴, hatta bu esaslı sebeplerin bir delil başlangıcı ile ortaya konması gerektiği vurgulanmaktadır³³⁵.

Bu hususta verilmiş önemli bir karar olan *Soering v UK Kararı*³³⁶ uyarınca ölüm cezası, bir iade engeli olarak³³⁷ sayılmış, olayda Sözleşmenin 3. maddesi, 2. maddeye ek olarak incelenmiştir. Tartışma konusu olan husus, 6 numaralı Protokole üye olmayan devletler açısından bu Protokolün bağlayıcı olup olmayacağıdır. *Soering* kararı bağlamında, Protokolün ilgili ülkenin hukuki durumunda herhangi bir değişiklik meydana getirip getirmediği incelenmiştir. İnceleme sonucunda Mahkeme, hem iade talep eden ülkenin hukukunda ölüm cezasını hâlâ caiz görüp görmediği, hem de bu cezanın AİHS'nin 3. maddesi anlamda gayri insanî bir ceza oluşturup oluşturmadığı sorularının aydınlatılmıştır³³⁸. Elbette, iadeyi gerçekleştirecek ülke açısından geri gönderme yasağının ihlâl edilip edilmediği hususu da sorulara verilecek yanıtlara göre şekillenecektir. AİHM, kararında, iade talep eden ülkenin 6 numaralı Protokolü onaylayıp onaylamadığına bakılmaksızın, yabancının iade edileceği Avrupa Konseyi üyesi devlette ölüm cezasına maruz bırakılmaması gerektiğini, iade talep eden

³³³ *Bader and Kanbor v. Sweden*, para. 42.

³³⁴ *Ismaili v. Germany*, s. 6; App. 57/03, *Al-Shari and Others v. Italy*, AİHM, 2005, s. 7.

³³⁵ *Ismaili v. Germany*, s.6; App. 37913/05, *Hakizmana v. Sweden*, AİHM, 2008; App. 41015/04, *Kaboulo v. Ukraine*, AİHM, 2009, para. 99; App 61498/08, *Al-Saadoon and Mufdi v. The United Kingdom*, AİHM, 2010, para. 123.

³³⁶ App. 14038/88, AİHM, 07.07.1989,

³³⁷ AİHS madde 2 ve 6 numaralı Protokol'e ek olarak SİDAS'daki hükme de kararda atıf yapılmıştır.

³³⁸ Turhan, F.: "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Suçluların İadesinde Ölüm Cezası ve Avrupa İnsan Hakları Divanının Soerig Kararı", Yargıtay Dergisi, Cilt:24, Sayı:1-2 Ocak-Nisan, 1998, s. 89.

devletten kişiyi ölüm cezasıyla cezalandırmayacağına ilişkin bir teminatın, iade edecek devlet tarafından talep edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Kararla ilgili detaylar işkence yasağının incelendiği başlık altında verilecektir³³⁹.

AIHM, *Bader and Kanbor v. Sweden Kararı*,³⁴⁰ Âkit Devletin, yabancıyı sınır dışı edeceği ülkeden, kişinin adil yargılayacağına ve ölüm cezasıyla hiçbir şekilde cezalandırılmayacağına ilişkin teminat almasının gerekliliği belirtilmiştir. Hâlihazırda 6 numaralı Protokolü imzalamış olan bir Âkit Devlet açısından garanti alınmaksızın, ilgili kişinin sınır dışı edilmesi hâlinde, başta yaşam hakkı olmak üzere, adil yargılanma hakkının, 6 ve 13 numaralı ³⁴¹ ek Protokollerin 1. maddelerinin de ihlâl edileceği belirtilmiştir³⁴².

Son olarak, AIHM'nin önüne getirilen davalarda, yaşam hakkı ihlâlinin nadiren öne sürüldüğü, mağdur tarafından 2. maddenin ihlâl edildiğinin ileri sürülmesi hâlinde dahi Mahkemenin, davayı kabul edilebilir bulmasına rağmen incelemeyi 3. Maddedeki işkence yasağı kapsamında yaptığı belirtilmelidir³⁴³.

³³⁹ s. 127 vd.

³⁴⁰ App.13284/04, AIHM, 08.11.2005.

³⁴¹ 3 Mayıs 2002 tarihinde imzaya açılan ve 1 Temmuz 2003 tarihinde yürürlüğe giren bu Protokol, Türkiye, tarafından 9 Ocak 2004 tarihinde imzalamıştır. 1 Haziran 2006 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

³⁴² *Bader and Kanbor v. Sweden Kararı*, para. 42; *Mamatkulov and Askarov v. Turkey*, para. 76; *Soering v. the United Kingdom*, para. 97-98; App. 44190/98, *Nivette v. France*, AIHM, 2001. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Sudre, F.: *Droit européen et international de droits de l'homme*, Paris: Puf, 2008 s. 602. (Ergül, s. 237, dn 987'den naklen)

³⁴³ App. 24573/94, *H.L.R. v. France*, AIHM, Grand Chamber, 1997; Mole, N.: *Le droit d'asile et la Convention européenne des droits de l'homme*, Conseil de l'Europe, Strazburg, 2008. (Ergül, s. 237, dn 988'den naklen)

ab. İşkence Yasağı

AIHS'in 3. maddesinde ifadesini bulan “hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz” hükmü ile işkence yasağının genel çerçevesi ortaya konmuştur.

İşkence yasağı, yaşam hakkı gibi mutlak ve istisnaya tâbi olmayan bir hak olup, bu yasağın ile ilgili hiçbir müdahale meşrulaştırılmaz³⁴⁴.

İşkence yasağının üç yönlü bir görünümü mevcuttur; bunlar negatif, pozitif ve usûlî yükümlülüklerdir. Negatif yükümlülük gereği devlet ve devlete isnat edilebilir davranışlarda bulunabilen kimseler, işkenceden her zaman kaçınmakla yükümlüdür. Pozitif yükümlülük, devletin, işkenceye yol açabilecek bir durum oluştuğunda işkenceyi önleyecek şekilde davranmak ve bu duruma karşı önlem alma yükümlülüğüdür. Usûlî yükümlülük ise, işkence şüphesi hâlinde devletin, bu şüpheyi araştırmakla yükümlülüğüdür³⁴⁵. O hâlde, Âkit Devletler, yalnızca insanlık dışı, küçük düşürücü muameleden kaçınmakla değil, aynı zamanda bir kimseyi bu muameleye maruz kalacağı bir başka devletin yetki alanına iade etmemekle de yükümlü olacaktırlar. En azından bir Âkit Devlet, kişinin bu şekilde bir muameleye uğramaması için gerekli önlemleri almalı ve bu önlemlerin Sözleşme standardı kadar etkili olacağından emin olmadan, ilgiliyi, Sözleşmenin koruyucu bölgesinden çıkarmaması gerekmektedir³⁴⁶.

³⁴⁴ Göçmen, s. 284; Harris D./O'boyle M./ Warbrick C.: Law of the European Convention on Human Rights, Oxford University Press, 4th Edition, 2018, s 237-240.; Rainey, B./Wicks, E./Ovey, C.: “Jacobs, White, and Ovey, The European Convention on Human Rights”, Oxford University Press, 7th Edition, 2017, s. 183-186.

³⁴⁵ Göçmen, s. 284, dn 43-45; App. 47039/11- 358/12, *Hristozov and Others v. Bulgaria*, AIHM, 2012, para. 111.; App. 29392/95, *Z. And Others v. United Kingdom*, AIHM- Grand Chamber, 2001, para. 73; App. 32357/96, *Sevtap Veznedaroğlu v. Turkey*, AIHM, 2000, para. 32-35.

³⁴⁶ *Soering v. The United Kingdom*, para. 82.

Bu yasak kapsamında bahsedilmesi gereken bir konu da “işkence”, “insanlık dışı muamele ve ceza”, “aşağılayıcı muamele ve ceza” kavramlarının birbirleri yerine kullanılıp kullanılamayacağı hususudur. Mahkeme, bu kavramları çoğu zaman birbirinden ayırıp farklı kavramlar olarak kullanmaktadır. Fakat belli durumlarda daha genel ve üst bir kavram olan “kötü muamele” kavramı bu kavramları kapsayıcı bir şekilde kullanılmaktadır. Öyle ki, Mahkeme, *Gorbulya v. Russia* Kararında³⁴⁷ işkence yasağının, mağdurun davranışından bağımsız olarak mutlak bir şekilde yasaklandığını belirtmiş, AİHS’nin işkenceyi, aşağılayıcı muameleyi, insanlık dışı muameleyi yasakladığını tespit etmiştir. Bu tespiti yaparken, Mahkeme, kötü muamele kavramını kapsayıcı bir üst başlık olarak kullanmıştır. Buna göre, kötü muamelenin 3. madde kapsamında ele alınması için asgari düzeye ulaşması gerektiğini de incelemesine eklemiştir³⁴⁸.

Saadi v. Italy Kararında³⁴⁹ ise AİHM, işkence ile ilgili bir tespitle kötü muamele ve işkence arasındaki farkı ortaya koymuştur. Buna göre, bir fiilin işkence olarak değerlendirilebilmesi için “oldukça ciddî ve zalimce ıstıraba yol açan kasti insanlık dışı muamelenin” mevcudiyeti gerekmektedir³⁵⁰. Bu durumda, işkencenin, kötü muameleyle nazaran daha ağır bir muamele olduğu tespiti yapılabilecektir. Fakat bir muamele ister kötü muamele ister işkence olarak adlandırılsın, AİHS kapsamında 3. maddenin ihlâline yol açmaktadır.

İşkence yasağının, geri gönderme yasağı ile nasıl ilişkilendirildiğine gelindiğinde, öncelikle yaşam hakkında ele alındığı üzere³⁵¹, işkence yasağında da

³⁴⁷ App. 31535/09, AİHM, 2014, para. 59-60.

³⁴⁸ Göçmen, s. 284.

³⁴⁹ App. 37201/06, *Saadi v. Italy*, AİHM, Grand Chamber, 2008, para. 135-136.

³⁵⁰ Göçmen, s. 285.

³⁵¹ s. 123 vd.

devletin yükümlülükleri açısından vatandaş-yabancı ayrımının yapılmadığını belirtmek gerekir³⁵². Zira, yaşam hakkı gibi işkence yasağı da mutlak bir haktır. Özellikle, yabancının, ülkeye kabul edilmesi veya sınırdan geri çevrilmesi ya da hakkında sınır dışı etme kararı verilmesi sonucu GGM’lerden birinde konaklaması esnasında, devletin kişiyi gözetim yükümlülüğü devam edecektir.

AIHM’nin, göç hukuku kapsamında işkence yasağını irdelediği değerlendirmelerini iki grupta toplayabiliriz. Bunlardan ilki, sınır dışı edilme diğeri ise idari gözetim altında tutulma nedeniyle 3. maddenin ihlâlüne ilişkin incelemelerdir.

aaa. Sınır Dışı Edilme Durumunda Sözleşmenin Üçüncü Maddesinin İhlaline İlişkin İnceleme

AIHM içtihadında, Âkit Devletlerin, yabancıların ülkeye girişi, ülkede ikameti ve sınır dışı edilmeleri hususunun, Sözleşme düzeni içerisinde ele alınacağı, bu nedenle anlaşma hükümlerine uygun hareket etme yükümlülüğünün üzerinde sıkça durulmuştur. Âkit Devletin bir yabancıyı sınır dışı etmesi hâlinde, 3. maddenin ihlâl edilmesi ihtimalinin mevcut olduğu belirtilmiş ve hakkında sınır dışı etme kararı verilen yabancının, sınır dışı edileceği ülkede kötü muameleye maruz kalacağı hususu esaslı bir şekilde temellendirilirse Âkit Devletin, 3. madde kapsamında sorumluluğunun doğmasının mümkün olduğu ortaya konmuştur³⁵³. Böylelikle, Âkit Devlet, yabancının sınır dışı edileceği ülkede maruz kalacağı işlemlerin işkence oluşturup oluşturmayacağı hususunda inceleme yapmakla yükümlü tutulmaktadır.

³⁵²Göçmen, s. 287.

³⁵³ *Bader and Kanbor v. Sweden*, para. 41; *Koktysh v. Ukraine*, para. 55; App. no. 37201/06, *Saadi v. Italy*, para. 124-125.

Sınır dışı etme kararı veren devlet, kötü muamele uygulamadan doğan sorumluluğun, alıcı ülkenin yetki alanında doğduğunu savunamaz. Böylelikle, AİHS kapsamında sorumluluğun doğması bağlamında, sınır dışı edilen kişinin Sözleşmede yasaklanan muameleye maruz kalması hâlinde sorumluluk, kişinin sınır dışı edildiği ülkede değil, sınır dışı etme kararı alıp bu kararı uygulayan ülkededir³⁵⁴.

AİHM, ayrıca, bazı kararlarında, hakkında sınır dışı etme kararı verilmiş olan kişinin, hukuka aykırı yargılama sonucunda ölüm cezasına çarptırılmış olduğu ülkeye gönderilmesi hâlinde cezanın uygulanması durumunda 3. maddeye ek olarak, adil yargılanmaya ilişkin 6. madde ve sınır dışı etme usulüne ilişkin 7 numaralı Protokol ile birlikte, değerlendirme yapmaktadır. Bu nedenle 3. madde kapsamında ele alınan muamelenin gerçekleşmesi ihtimalinde birçok farklı hükümden hareketle ihlâl kararı verebilir³⁵⁵.

AİHM'nin suçluların iadesi kurumunu ele aldığı *Soering Kararında*³⁵⁶, hem geri gönderme yasağının, hem buna bağlı olarak işkence yasağının sınır ötesi uygulaması söz konusuydu. Bu kararda, işkence yasağının yalnızca Âkit Devlet açısından değil, iadeyi talep eden devlet için de göz önünde bulundurulması gerektiği belirtilmiştir. Bu davada, Alman vatandaşı Bay *Soering*, üniversite eğitimi için gittiği Virginia'da cinayetle suçlanmış ve bunun üzerine kız arkadaşıyla birlikte İngiltere'ye kaçmıştır. İngiltere'de kaçak durumundayken dolandırıcılık suçu isnadıyla gözaltına alınmıştır. Daha sonra, Bay *Soering*'in Amerika'ya iadesi için usûlî süreç başlatılmıştır. Bu davada geri gönderme yasağı kapsamında önem arz eden husus,

³⁵⁴ *Koktysh v. Ukraine*, para. 57; *Soering v. The United Kingdom*, para. 89-91; App. 38411/02, *Garabayev v. Russia*, AİHM, 2007, para. 73.

³⁵⁵ *Koktysh v. Ukraine*, para. 55.

³⁵⁶ *Soering v. The United Kingdom*, para. 83 vd.

İngiltere'nin işkence yasağına ilişkin yorumu ile AİHM'nin birçok kararına da ışık tutan yorumunun farklılığıdır.

İngiltere, işkence yasağını Sözleşmenin 1. maddesinden yola çıkarak yorumlamıştır. “*İnsan Haklarına Saygı Yükümlülüğü*” başlığını taşıyan 1. madde, Âkit Devletlerin kendi yetki alanları içerisinde bulunan herkese Sözleşmenin birinci bölümünde bulunan hak ve özgürlükleri sağlamasını öngörmektedir. Davada, Birleşik Krallık hükûmeti, 3. maddenin, Âkit Devlete kendi yetki alanı dışında gerçekleşen eylemler için sorumluluk getirecek şekilde yorumlanmasının hatalı olacağını ileri sürmüştür. Buna ek olarak, AİHM tarafından aksinin kabul edilmesi hâlinde, Birleşik Krallık'ın tarafı olduğu uluslararası anlaşmalarda güvence altına alınan haklara müdahale edilmiş olacağı ve aynı zamanda uluslararası yargı organlarının normları ile çatışmanın ortaya çıkabileceği dile getirilmiştir. Öte yandan, İngiltere, Sözleşmeye taraf olmayan devletlerin iç işlerine müdahale ihtimalinin de ortaya çıktığını, bu nedenle işkence yasağının sınır ötesi yorumlanması hâlinde yabancı hukuk sistemlerinin incelenmesinin de gerektiğini belirtmiştir. Bu durumun da özellikle ispat gibi hususlarda birtakım zorluklar doğuracağı savunulmuştur. İngiltere savını ortaya koyduktan sonra ulusal ve uluslararası mahkemelerde işkence yasağının uygulama alanının bu şekilde genişletilmesinin mümkün olmaması gerektiğini; aksinin kabulü hâlinde, Âkit Devletin, suçluyu topraklarında barındırmak zorunda kalacağını ve suçlunun cezasız kalma ihtimalinin doğduğunu belirtmiştir. Bu durumun, Âkit Devlet için ciddî bir zarar riski anlamına geldiği de ortaya konmuştur. İngiltere Hükûmetine göre, iade davalarında, 3. madde, ancak suçlunun iade edileceği ülkede insalık dışı muamelenin veya cezanın kesin ve ciddî olarak oluşması hâlinde mümkündür. Buna göre suçlunun, adalete teslim edilmesinde devletlerin ortak menfaati bulunduğu için

yalnızca makûl şüphenin mevcut olması hâlinde iade durdurulmalıdır³⁵⁷. AİHM, İngiltere Hükûmetinin bu iddialarını başta Sözleşmenin 5. maddesinin 1. fıkrasının (f) bendi ile yanıtlamış, ardından Birleşik Krallık'ın benimsediği iade ölçütünün, Sözleşmenin uygulanmasını olumsuz yönde etkileyen sonuçlara yol açabileceği gerekçesiyle eleştirmiştir. *Soering* Davasında ortaya çıkan durum, işkence yasağının iade eden devletin yetki alanı dışında, iade edilen devlette uygulanan muamele veya cezanın bir sonucu olarak kötü muameleyle uğrayan kimseleri de koruyacağıdır³⁵⁸. Mahkemeye göre işkence yasağı sınır ötesi uygulanması gereken bir yasaktır.

AİHM, Sözleşmenin yorumlanmasında, Sözleşmenin insan haklarının ve temel özgürlüklerin kolektif olarak uygulanmasına yönelik bir amacı olduğunu, buna bağlı olarak ortaya çıkan karakterine dikkat edilmesi gerektiğini belirtmiştir³⁵⁹. Bu nedenle, Sözleşmenin hükümlerinin yorumlanmasında ve dolayısıyla uygulanmasında, Sözleşmenin bireylerin korunmasına yönelik bir araç olması ve Sözleşmede belirlenen güvencelerin pratik ve etkili kılınması amacı göz önünde bulundurulmalıdır³⁶⁰. AİHM, davada karşılaşılan somut durumu değerlendirerek, işkence etmeme yükümlülüğünün, suçluların iadesi yaptırımını 3. maddede lafzî olarak ele alınmamış da olsa, iade edilen ülke tarafından ihlâl edileceği ihtimaline de sirayet edeceğini belirtmiştir. Bu nedenle, Sözleşmenin somut olayda ihlâl edildiği sonucuna varılmıştır³⁶¹.

³⁵⁷ *Soering v. The United Kingdom*, para. 83.

³⁵⁸ *Soering v. The United Kingdom*, para. 85; App. 15/1983/71/107-109, *The Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. The United Kingdom*, 1985, s. 31-32, para. 59-60.

³⁵⁹ *Soering v. The United Kingdom*, para. 87; Seri A no. 25, *Ireland v. the United Kingdom*, 1978, s. 90, para. 239.

³⁶⁰ *Soering v. The United Kingdom*, para. 87; Seri A no. 23, *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen*, 1976, s. 27, para. 53.

³⁶¹ *Soering v. The United Kingdom*, para. 88.

Bir diğer iade kararında³⁶² da AİHM, Özbekistan’da bombalı eylem ve Cumhurbaşkanına suikast isnadıyla Özbekistan’a iadesi talep edilen kişilere ilişkin bir inceleme yapmıştır. Türkiye’de hakkında arama kararı bulunan yabancılar, Türkiye’ye sahte pasaport ile giriş yaptıkları gerekçesiyle yapılan inceleme sonucunda haklarında ceza mahkemesi tarafından iade kararı vermiştir. Fakat ilgililer, savunmalarında, Özbek yetkililere teslim edilmeleri hâlinde işkence ve kötü muameleye uğrayacaklarını belirtmişlerdir. AİHM, başvurudan sonra AİHM Kurallarının 39. maddesi uyarınca, kararın icrasını durdurmak için geçici tedbir kararı vermiştir. Bu karara rağmen ilgililer iade edilmiştir. Her ne kadar Türk makamı iadenin Özbek makamından başvuruçuların işkence ve kötü muameleye maruz kalmayacağına dair garantinin alınmasını müteakip yapıldığını belirtse de, başvuruçuların avukatı, AİHM’ye yazdığı bir dilekçeyle verilen garantinin yerine getirilmediğini ortaya koymuştur. AİHM kararında, işkence yasağının ihlâl edilmediğini belirtmiş, buna ek olarak adil yargılanma hakkının suçluların iadesi kapsamında ele alınmayacağını karara bağlamıştır.

AİHM içtihadında ele alınan bir diğer konu ise, başvuruçunun sınır dışı edilmesi hâlinde 3. maddede belirtilen kötü muameleye uğrayacağı hususunda gerçek bir riskin bulunmasının, AİHM’nin re’sen toplayacağı bilgi ve deliller kapsamında tespit edilmesinin gerekliliğidir. Bu tespitte sınır dışı etme kararını veren ülkenin, kararı icra etmesi durumunda, yabancıнын sınır dışı edildiği ülkedeki genel durumunu, bu ülkede maruz kalabileceği muameleleri ve bireysel olarak kötü muameleye maruz kalma riskini göz önünde bulundurması gerekmektedir³⁶³.

³⁶² App. 46827/99, 46951/99, *Mamatkulov and Askarov v. Turkey*, AİHM (Grand Chamber), 2005.

³⁶³ *Koktysh v. Ukraine*, para. 58; App. 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87, 13448/87, *Vilvarajah and Others v. The United Kingdom*, 1991, para. 108.

Verilen bir kararda ³⁶⁴, Âkit Devletin diplomatik koruma altındaki yabancıyı sınır dışı etmesi durumunda, Âkit Devlet tarafından ilgiliye diplomatik korumanın gerçekten sağlanıp sağlanmadığının, yabancının Sözleşme kapsamında yasaklanan muameleye uğrama riskinin mevcut olup olmadığının tespit edilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Son olarak AİHM'nin Türkiye hakkında verdiği ve bu başlık altında ele alınan kararları incelendiğinde, bu kararların çoğunun, İran'dan Türkiye'ye hukuka aykırı bir şekilde, genellikle sahte pasaportla giriş yapan kişiler ile ilgili olduğu dikkat çekmektedir. Bu kararlar, İran'da muhalif eğilimleri bulunan kişilerin, işkence, kötü muamele veya idam cezası ile karşı karşıya kaldıkları iddiası sonucunda hukuka aykırı bir şekilde Türkiye'ye giriş yapmaları ve bunun üzerine Türk yetkililer tarafından haklarında hukuka aykırı giriş yaptıkları gerekçesiyle sınır dışı etme kararı verilmesini ele almaktadır. AİHM'nin bu uyuşmazlıklardaki genel yaklaşımı, söz konusu kişilerin İran'a sınır dışı edilmeleri hâlinde özgürlüklerinin veya yaşamlarının tehlikeye girmesi riskine maruz kaldıkları tespit edilirse 3. maddenin ihlâline karar verilmesi yönündedir. Bununla birlikte, AİHM, sınır dışı etme kararı verilmesine rağmen bu kararın icra edilmediği davalarda ihlâl sonucuna varmamış, iddiaları kabul edilebilir bulmamıştır³⁶⁵.

³⁶⁴ *Koktysh v. Ukraine*, para. 58; *Chacal v. United Kingdom*, para. 105; *Saadi v. Italy*, para. 148.

³⁶⁵ App. 14401/88, *A. And K. V. Turkey*, AİHM, 1991; App. 13624/88, *F. et al. V. Turkey*, AİHM, 1991; App. 40229/98, *A.G. and Others v. Turkey*, AİHM, 1999; App. 52239/99, *Khadjawi v. Turkey*, AİHM, 2000; App. 43258/98, *G.H.H. and Others v. Turkey*, AİHM, 2000; App. 46765/99, *M.T. and Others v. Turkey*, AİHM, 2002; App. 45279/99, *A.E. and Others v. Turkey*, AİHM, 2002; App. 24245/03, *D. and Others v. Turkey*, AİHM, 2006; App. 34202/07, *Roza Taleghani and Others v. Turkey*, AİHM, 2007; App. 3373/06, *Anvar Mohammadi v. Turkey*, AİHM, 2007; App. 42175/05, *N.M. v. Turkey*, AİHM, 2008.

baa. İdari Gözetim Altında Tutulma Nedeniyle Sözleşmenin Üçüncü Maddesinin İhlaline İlişkin İnceleme

Tıpkı özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerde olduğu gibi, sınır dışı ve iade etme gibi geri gönderme amacıyla tutulan yabancıların, zor kullanılarak tutulmaları veya tutuldukları merkezlerde olumsuz koşullarla karşılaşmaları ihtimali bulunmaktadır. AİHS’de işkence yasağını düzenleyen 3. maddede, tutulma koşullarıyla ilgili doğrudan doğruya bir düzenleme yapılmamıştır³⁶⁶.

Bu konuyla ilgili yapılan ilk başvuru olan *Duogoz v. Yunanistan* kararında, AİHM, hakkında Suriye’ye sınır dışı etme kararı alınan kişinin, bu işlemin icrasını beklerken tutulduğu koşulların da 3. madde doğrultusunda işkence yasağını ihlâl etmemesi gerektiği sonucuna varmıştır³⁶⁷. Dolayısıyla, bir yabancı, hakkında verilen sınır dışı etme ya da iade kararının, hem geri gönderme yasağı doğrultusunda, hem kişinin sınır dışı veya iade edilene kadar maruz kaldığı tutulma koşullarının işkence yasağı doğrultusunda bir ihlâl sebebinde olmaması gerekir.

İşkence yasağı kapsamında Âkit Devletlerin, yabancıları idari gözetim altında tutarken, insan onuruna uygun şartları sağlamaları beklenmektedir. Bu koşulların sağlanması için alınan önlemlere ilişkin usûlün de, gözetim altında tutulan kişiyi ek strese sokmaması, sağlık açısından yetersiz olmaması ve kişinin vücut bütünlüğünü tehdit altına sokmaması gerekmektedir³⁶⁸. Ayrıca, *M.S.S.v. Belgium and Greece* kararında³⁶⁹ da belirtildiği üzere, hâlihazırda artan göçmen sayısının, göç alan ülkeler açısından bazı güçlükler yol açtığı kabul edilmiştir. Fakat bu güçlükler, işkence

³⁶⁶ Ergül, s. 184.

³⁶⁷ App. 40907/98, *Duogoz v. Greece*, AİHM, 2001, para. 46. Aynı yönde bkz.: App. 47095/99, *Kalashnikov v. Russia*, AİHM, 2002, para. 102; App. 6909/08, 28960/08, *Alipour and Hosseinzadagn v. Turkey*, AİHM, 2010, para. 69.

³⁶⁸ Yılmaz, s. 187; *M.S.S. v. Belgium and Greece*, para. 232-233; *Kudla v. Polonia*, para. 94; App. 32940/08, 41626/08, 43616/08, *Tehrani and Others v. Turkey*, AİHM, 2010, para. 83.

³⁶⁹ *M.S.S.v. Belgium and Greece*, para. 263.

yasağını düzenleyen 3. maddenin mutlak niteliği nedeniyle, devletlerin yükümlülüklerinin hafiflemesine sebep olmaz³⁷⁰. Nitekim AİHM, verdiği bir kararda, havalimanlarındaki gözetim odaları ve idari gözetim merkezlerindeki koşulların, işkence yasağını ihlâl edebilecek düzeyde olmasının mümkün olduğunu³⁷¹, ilgilinin Âkit Devlette temel ihtiyaçlarını karşılayamaması ve sokaklarda yaşamak zorunda kalmasının, kişinin sığınmacı niteliği de göz önünde bulundurularak, ihlâl sebebiyet yol açacağını değerlendirilmiştir.

AİHM, 3. madde kapsamında değerlendirme yaparken, kişilerin tutulduğu yerlerdeki koşulların da ayrıca değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu kapsamda, kişilere tutuldukları esnada uygulanan muamelenin insanlık onuruyla bağdaşp bağdaşmadığı yahut küçültücü olup olmadığı³⁷², buna ek olarak, kişilerin tutuldukları yerlerde kaldıkları sürenin değerlendirilmesi³⁷³ gerekmektedir. Bu kapsamda verilen bir Kararda, yabancının kaldığı nezarethanenin temizliği, kalabalık olmaması gerekmekte ve nezarethanede temiz çarşaf, telefon gibi imkânların sağlanması gerektiğine işaret edilmiştir. Ayrıca, tutulma süresinin somut olayın koşullarına göre belirli bir süreyi aşmaması gerektiği de eklenmiştir.

AİHM'nin, nadiren aksi yönde verdiği kararlar da bulunmaktadır. Örneğin *Müslim v. Turkey* Kararında³⁷⁴ Mahkeme, daha önce verdiği kararlardan ayrılarak, işkence yasağının, ülkelerinde bulunan yabancıların iltica başvurularını incelerken

³⁷⁰ *M.S.S.v. Belgium and Greece*, para. 223.

³⁷¹ *M.S.S.v. Belgium and Greece*, para. 231-233.

³⁷² App. 8256/07, *S.D. v. Greece*, AİHM, 2009, para. 38-44; App. 12186/08, *A.A. v. Greece*, AİHM, 2010, para. 57-65; App. 46605/07, *Charahili v. Turkey*, AİHM, 2010, para. 76-77; App. 8687/08, *Rahimi v. Greece*, AİHM, 2011, para. 86,-87, 94; App. 21896/08, *Z.N.S. v. Turkey*, AİHM, 2010 para. 81.

³⁷³ *Tehrani v. Turkey*, para. 48-49; *S.D. v. Greece*, para. 53; App. 8256/07, *Tabesh v. Greece*, AİHM, 2009, para. 38-44; App. 29787/03, 29810/03, *Riad and Idiab v. Belgium*, AİHM, 2008, para. 106-110; App. 20420/02, *Mogos v. Romania*, AİHM, 2005, para. 119-120; *Abdolkhani and Karimnia v. Turkey*, para.31; *Z.N.S. v. Turkey*, para. 86-87.

³⁷⁴ App. 53566/99, AİHM, 2005, para. 85.

Âkit Devletlere, yabancılara belirli hayat koşullarını sağlamaları için mali yardım yapılması konusunda genel bir yükümlülük oluşturmadığını belirtilmiştir.

ac. Özgürlük ve Güvenlik Hakkı

Özgürlük ve güvenlik hakkını düzenleyen AİHS'in 5. maddesinin 1 fıkrasında herkesin özgürlük ve güvenlik hakkına sahip olduğu, maddede yer alan hususlar dışında ve *“yasanın öngördüğü usule uygun olmadan”* kimsenin özgürlüğünden mahrum bırakılamayacağı hüküm altına alınmıştır. Anılan maddede, öncelikle hakkın genel çerçevesi çizilmiş, ardından sınırlandırmalara yer verilmiş olması, bu hakkın AİHS'nin 15. maddesi uyarınca sınırlandırılabilen, diğer bir ifadeyle istisnaya tâbi olabilen bir hak olduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Sınırlandırılması mümkün olsa da, özgürlük ve güvenlik hakkının 5. madde ile belirlenen özüne dokunulamayacaktır. Ayrıca 5. madde kapsamında *“özgürlükten yoksun kalma”* hâlinde de, özgürlüğünden yoksun kalan kişilere *“yasaya uygun tutulma”*, *“yakalanma nedenlerinin ve kendisine yöneltilen her türlü suçlamanın en kısa sürede ve anladığı bir dilde bildirilmesi”* gibi belli başlı haklar tanınmış ve güvence altına alınmıştır.

Özgürlük ve güvenlik hakkının da AİHM içtihadı doğrultusunda negatif ve pozitif olmak üzere iki görünümü bulunmaktadır. Buna göre, devlet ve devlete isnat edilebilir davranışlarda bulunabilen kişiler, keyfî olarak özgürlükten mahrum etme eyleminden her zaman kaçınmakla yükümlüdür. Pozitif yükümlülük, özgürlükten yoksun bırakmaya yol açabilecek bir durum oluştuğunda devletin, bu duruma karşı önlem almakla yükümlü olacağı anlamına gelmektedir³⁷⁵.

³⁷⁵ Göçmen, s. 350, dn 36-37; App. 3455/05, *Stork v. Germany*, AİHM-Grand Chamber; App. 3455/05, *A. and Others v. United Kingdom*, AİHM, 2009, para. 11 ve 137.

Özgürlük ve güvenlik hakkının geri gönderme yasağı ile ilişkisi, AİHS'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının (f) bendi³⁷⁶ doğrultusunda karşımıza çıkmaktadır. Buna göre, sığınma ülkesinin topraklarına hukuka aykırı bir şekilde girilmesi sonucunda verilen ya da ilgili hakkında başka sebeple verilmiş olan haklı bir sınır dışı etme kararının mevcudiyeti hâlinde sığınma ülkesi, hukuka uygun bir şekilde, özgürlük ve güvenlik hakkının özüne dokunmadan, kişinin özgürlüğünü kısıtlayabilecektir³⁷⁷.

Kişi, ancak hükmün öngördüğü usûle uygun olarak özgürlüğünden mahrum bırakılabilecektir. Bu usûlün hükme uygun olup olmadığı ve buna bağlı olarak ihlâl kararı verilip verilmemesi AİHM'nin, üç aşamalı testi ile tespit edilmektedir. Buna göre, öncelikle olayda, özgürlükten yoksun bırakma durumunun mevcut olup olmadığı tespit edilir. Daha sonra 5. maddenin 1. fıkrasında öngörülen koşullardan birinin ihlâl edilip edilmediğine bakılır. Son aşamada, eğer bir alıkoyma gerçekleşmişse, alıkoymanın yasada belirlenen usûllere uygun olup olmadığı tespit edilir. Eğer mevcut usullere uyulmamışsa alıkoymanın keyfî olduğuna kanaat getirilir³⁷⁸. Bu üç koşulun gerçekleşmesi hâlinde AİHM, ihlâl kararı vermektedir. Böylelikle, yabancının bulunduğu ülkeden bu koşullarla uzaklaştırılması hâlinde, sınır dışı veya iade edilen yabancının özgürlük ve/veya güvenlik hakkının ihlâl edildiği sonucuna ulaşılabilecektir.

Bu başlık altındaki kararlar, yasadışı yollardan ülkeye giriş yapma ve bu konuda süresi içerisinde yetkili makamlara bilgi vermeme ile ilgilidir. Buna göre, öncelikle kişinin “*usulüne aykırı suretle ülke topraklarına girmekten alıkonması*” hâlinde alıkonma veya tutuklanma, özgürlük ve güvenlik hakkının sınırlandırılması anlamına gelebilir. AİHM, *Tomic v. The United Kingdom* kararında ülkeye giriş izni

³⁷⁶ Bu hükümde şu ifadelere yer verilmiştir: “*Kişinin, usulüne aykırı surette ülke topraklarına girmekten alıkonması veya hakkında derdest bir sınır dışı ya da iade işleminin olması nedeniyle yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması...*”

³⁷⁷ Göçmen, s. 353.

³⁷⁸ Başvuru Numarası: 2013/496, *Güzel ve Güzel*, AYM, 2014.

almamış olan kişiler açısından bir tespitte bulunmuştur. Karara göre, bir devlet, kendi ülkesi açısından bir yabancının girişine izin vermedikçe, her türlü giriş izinsiz giriştir. Kişi, izin alma girişiminde bulunsun ya da bulunmasın, izinsiz giriş yaptığı için alıkonulursa “izinsiz girişten alıkonma” durumu gerçekleşmiş olacaktır³⁷⁹. Böylelikle, AİHS’nin 5. maddenin 1. fıkrasının (f) bendi gereği, giriş için izin almayan mülteciler veya fiili mülteciler alıkonabilecek ve gözetim altında tutulabilecektir³⁸⁰. Buna ek olarak, gözetim altında tutulduktan sonra sınır dışı edilecek veya iade edilecek olan yabancının, gönderileceği ülkede, keyfi olarak alıkonması ihtimalinde 5. madde açısından ihlâlin oluşması için, açık bir riskin mevcudiyetinin gerektiği AİHM tarafından tespit edilmiştir³⁸¹.

5. maddenin 1. fıkrasının (f) bendinin sınır dışı etme yaptırımıyla ilişkisi, hakkında sınır dışı etme kararı verilecek olan kişinin, sınır dışı edilme amacıyla özgürlüğünden yoksun bırakılması durumunda ortaya çıkmaktadır. Bu durumda, her ne kadar sınır dışı etme, AİHS’de lafzî olarak düzenlenmemiş de olsa, AİHS ile ilgiliye doğrudan bir koruma sağlanmaktadır. Böylelikle AİHM, bu konuda, özgürlük ve güvenlik haklarının sınır ötesi uygulanıp uygulanmayacağını kararlaştırmıştır. *Othman v. The United Kingdom* kararında³⁸² AİHM, bu konuya ilişkin ilk tespitlerini yapmıştır. Somut uyuşmazlıkta Ürdün vatandaşı *Othman*, ülkesinden kaçarak ilk olarak Pakistan’a, ardından Birleşik Krallık’a giriş yapmıştır. 1993 yılından itibaren Birleşik Krallık’da bulunan *Othman*’ın iltica talebi sonucunda dört yıl mülteci statüsüyle ülkede kalmasına izin verilmiş, bu süre bitiminde *Othman* süresiz ikamet talebinde bulunmuştur. Henüz başvurusu sonuçlanmadan terör bağlantısı sebebiyle hakkında

³⁷⁹ *Saadi v. United Kingdom*, 2008.

³⁸⁰ Göçmen, s. 358.

³⁸¹ App. 17837/03, *Tomic v. The United Kingdom*, AİHM, 2003.

³⁸² App. 8139/09, *Othman (Abu Qatada) v. The United Kingdom*, AİHM, 2012.

tutukluluk kararı verilen *Othman*, Mart 2005’de şartlı salıverilmiştir. Bu sırada Ürdün Mahkemesi, gıyabında yaptığı iki farklı yargılama sonucunda *Othman*’ı idam cezasına çarptırmıştır. Bunun üzerine Birleşik Krallık, Ürdün³⁸³ ve *Othman* ile özel mutabakat zaptı düzenlemiş; ölüm cezasının uygulanmayacağına ilişkin teminat almıştır. Birleşik Krallık, ilgili bakanlığı aracılığıyla ulusal güvenlik gerekçesiyle kişiye sınır dışı edileceğini bildirmiştir. Bunun üzerine *Othman* sırasıyla Özel Göç İtiraz Komisyonuna, İstinaf Mahkemesine ve Lordlar Kamarasına ilgili kararın AİHS 2, 3, 5 ve 6. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle itiraz başvurusunda³⁸⁴ bulunmuş, fakat başvuruları olumsuz sonuçlanmıştır. Daha sonra, AİHM önüne getirilen davada Mahkeme, 5. madde ile ilgili yaptığı incelemede, konuyu iki açıdan ele almıştır. Bunlardan ilki, sınır dışı etmeyi konu alan bir davada, 5. madde açısından iddianın kabul edilir olup olmadığı; ikincisi ise iddianın kabul edilebilir bulunması hâlinde, ilgilinin özgürlük ve güvenlik hakkının ihlâl edilip edilmediğidir³⁸⁵. İlk soru ile özgürlük ve güvenlik haklarının sınır ötesi uygulanıp uygulanmayacağı hususu araştırılmıştır. Buna göre AİHM, adil yargılanma hakkına ilişkin 6. maddesi bakımından yaptığı yorumu 5. madde bakımından da kabul etmiş ve davada özgürlük ve güvenlik hakkının sınır ötesi uygulanmasının mümkün olduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla, AİHM, sınır dışı etme kararı alan ülkede ilgilinin özgürlük ve güvenlik hakları ihlâl edilmese de, sınır dışı edileceği ülkede bu hakların ihlâl edileceğine ilişkin esaslı bir sebebin mevcudiyeti hâlinde sınır dışı etme kararının icrasının ihlâl sebebiyet vereceğini belirtmiştir. Yanıt aranan ikinci soruda ise AİHM, 6. maddeden yola çıkarak, yabancının adil bir yargılanmaya tâbi tutulmadan hüküm giymesi hâlinde

³⁸³ İki ülke arasında “*Memorandum of Understanding*” kaleme alınmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Othman*, para. 21-24.

³⁸⁴ *Othman*, para.25.

³⁸⁵ *Othman*, para. 226-235.

hakkında verilen sınır dışı etme kararına ilişkin değerlendirme yapılabildiğini oraya koymuş; herhangi bir yargılama olmaksızın kişinin tutulması durumunda evleviyetle keyfi alıkonulma durumunun oluşacağını belirtmiştir. Bu nedenle, AİHM, 5. maddenin keyfi alıkonma durumunda ihlâl edileceğine karar vermiştir³⁸⁶. Bu değerlendirme yapılırken tıpkı adil yargılanma hakkında olduğu gibi yüksek bir eşiğin uygulanması gerektiğinin altı çizilmiştir³⁸⁷. Bu doğrultuda, kişinin sınır dışı edileceği devlette olağan bir ihlâlin oluşmasına yönelik gerçek bir riskin varlığı, özgürlük ve güvenlik hakkının ihlâl edilmesi bakımından yeterli olmayacak, mevcut olan ihlâl riskinin çok açık olması ihlâl için şart koşulacaktır. Bu nedenle, sınır ötesi uygulama açısından aranan ispat yükünün daha ağır olduğu çıkarımında bulunmak mümkündür³⁸⁸.

ad. Yabancıların Toplu Şekilde Sınır Dışı Edilmeleri Yasağı

Her ne kadar AİHS, temel hak ve özgürlükleri vatandaş-yabancı ayrımı gözetmeksizin güvence altına almayı amaçlasa da, belirli konularda yabancılara özgü düzenlemeler yapmıştır. Bunlar, bu başlık altında geri gönderme yasağı ile bağlantı kurularak incelenecek olan yabancıların toplu olarak sınır dışı edilmeleri yasağı ve 7 numaralı Protokol ile düzenlenen yabancıların sınır dışı edilmelerinde izlenmesi gereken usûlî güvencelerdir. Çalışmamızda, usûlî güvenceler dolaylı koruma

³⁸⁶ *Othman*, para. 232-233; App. 9808/02, *Stoichkov v. Bulgaria*, AİHM, 2005, para. 51-56; App. 48787/99, *Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia*, AİHM [GC], 2004, para. 461-464.

³⁸⁷ *Othman*, para. 233.

³⁸⁸ European Union Agency for Fundamental Rights & Council of Europe, Handbook on European Law relating to Asylum, Borders and Immigration, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2014, s. 88.

kapsamında ele alınacağından, 7 numaralı Protokol, adil yargılanma hakkına ilişkin açıklamalardan sonra incelenecektir³⁸⁹.

“Yabancıların toplu olarak sınır dışı edilmesi” 4 numaralı Protokol ile yasaklanmıştır. Bir devletin yabancıyı toprağına kabul etmesi gibi, topraklarından çıkarması da egemenlik hakkına dayanan münhasır bir yetki olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte, Âkit Devlet, toprağında bulunan yabancıları toplu olarak sınır dışı edemez. Bu hükümle, esasen yabancıların ayrımcılık sebebiyle toplu olarak sınır dışı etme yaptırımına maruz kalmalarının önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Ayrıca, toplu şekilde sınır dışı etmenin engellenmesi, Âkit Devletleri, sınır dışı etme kararı alınan yabancının koşullarını, bireysel olarak incelemeye itmekte ve yabancıya, bu karar karşısında itiraz etme imkânı tanımaktadır³⁹⁰.

AİHM’nin verdiği kararlar incelendiğinde, Mahkemenin nadiren 4 numaralı Protokole ilişkin hüküm verdiği görülmektedir. Bu hususta önemli bulunan kararların başında *Conka v. Belgium* Kararı³⁹¹ bulunmaktadır. Anılan kararda, Romen kökenli Slovak bir aile hakkında sınır dışı etme kararı verilmesi incelenmiştir. Mahkemenin bu davada verdiği karar bakımından dikkat çeken husus, toplu şekilde sınır dışı edilme kavramının ne anlama geldiğinin incelenmesidir. Buna göre, yabancıların toplu halde ülkeden ayrılmalarına yol açan her türlü tedbir, toplu şekilde sınır dışı etme kavramı altında değerlendirmektedir. Oy çokluğu ile verilen kararda, çoğunluk, ilgili tedbir kararının bir grup oluşturan kişilerin durumlarının bireysel olarak incelenmesini engellediği görüşünde iken³⁹², azınlık gruptaki kişilerin durumlarının bireysel olarak

³⁸⁹ s. 151 vd.

³⁹⁰ Howley, J.D.: “Unlocking the Fortress: Protocol No. 11 and the Birth of Collective Expulsion in the Council of Europe System”, *Georgetown Immigration Law Journal*, Cilt: 21, 2006, s. 116 (Göçmen, s. 253, dn 105’ten naklen)

³⁹¹ App. 51564/99, AİHM, 2002.

³⁹² *Conka v. Belgium*, para. 56-63, dn 108.

incelendiğini ve bu nedenle tedbir kararının toplu şekilde sınır dışı edilme anlamına gelmeyeceğini savunmuştur³⁹³. Karara konu olan olayda, AİHM, Slovakia’da hâlihazırda Romen kökenli vatandaşlara ve ailelerine karşı alınan birçok sınır dışı etme kararının mevcut olduğunu göz önünde bulundurmıştır. Ayrıca Mahkeme, sınır dışı etme kararlarının alınmasında izlenen usûlün, toplu şekilde sınır dışı etme yaptırımının gerçekleşmediğine ilişkin şüpheleri ortadan kaldırmaya yetmediğine karar vermiştir. Bu nedenle AİHM, ilgili davada 4 numaralı Protokolün ihlâl edildiği sonucuna varmıştır.

Benzer olarak *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* Kararında³⁹⁴ on bir Somali ve on üç Eritrea vatandaşının, Libya’dan deniz yolu ile ayrılarak İtalya’daki sahil kentlerinden birine ulaşmaya çalışmaları fakat henüz kıyıya ulaşmadan, denizden geri püskürtülmeleri incelenmiştir. İlgililerin bulunduğu deniz araçları Malta karasularında bulunurken ilgililer İtalyan savaş gemisine çıkarılmış ve Tripoli’ye³⁹⁵ gönderilmişlerdir. İtalyan otoritesi müdahalenin deniz aracı vasıtasıyla açık denizde yapıldığını ve bu müdahalenin Libya ile yapılan ikili anlaşmaya uygun olduğunu iddia etmiştir. Ayrıca, müdahalenin açık denizde yapıldığı gerekçesiyle, İtalyan hükûmetinin, 4 numaralı Protokolü ihlâl etmediği, zira ihlâlin oluşması için yabancıların İtalya’nın ulusal sınırları içerisine, hukuka aykırı bir şekilde giriş yapmaları gerektiği belirtilmiştir. Fakat AİHM, Sözleşmenin 1. maddesinden hareketle, her ne kadar müdahale İtalyan karasularının dışında gerçekleşse de müdahaledeki amacın, yabancıların İtalya’ya girişinin engellenmesi olduğuna dikkat çekmiştir. Buna ek olarak, yabancıların kimlik tespitinin dahi yapılmadan İtalyan

³⁹³ *Conka v. Belgium*, dn 108.

³⁹⁴ App. 27765/09, AİHM (Grand Chamber), 2012.

³⁹⁵ Libya’da bir bölge.

savaş gemisine bindirilip gönderilmesinin, bireysel değerlendirme koşulunu sağlamadığı, bu gerekçeyle toplu şekilde sınır dışı etme durumunun gerçekleştiğine karar verilmiştir. Böylelikle, AİHM, İtalya tarafından 4 numaralı Protokolün ihlâl edildiği sonucuna varmıştır. Karar, denizden geri püskürtme temelinde, sınır dışı etme kavramını yeni tanımlarla açıklaması ve devletlerin toplu şekilde sınır dışı etme kararı almalarını engelleme amacı taşıması sebebiyle önemli ve etkili bir içtihat oluşturmuştur³⁹⁶.

Sonuç olarak, AİHM'nin, 4 numaralı Protokol gereği, özellikle toplu şekilde sınır dışı etme yaptırımları bakımından ihlâl kararı verdiği görülmektedir. Kanımızca toplu sınır dışı etme kararları, bireylerin şahsi durumları tek tek incelenmeden alınan idari kararlar olarak nitelendirilmeleri nedeniyle, geri gönderme yasağı ile ilişkilendirilmesi mümkün olan kararlardır.

b. Dolaylı Koruma Sağlayan AİHS Hükümleri

AİHS'nin geri gönderme yasağı açısından dolaylı koruma sağlayan hükümlerinde düzenlenen bu haklar, sınır dışı etme veya suçluların iadesi yaptırımı sonucunda, geri gönderme yasağı kapsamında koruma altına alınan özgürlük ve yaşam hakkının ihlâl edildiği iddiası ile AİHM'ye yapılan başvurular sonucunda, Mahkeme tarafından inceleme altına alınan haklardır. Her ne kadar bu hakların lafzen geri gönderme yasağı kapsamında olduğu anlaşılmassa da, AİHM yaptığı incelemelerde, bu hakları dolaylı olarak geri gönderme yasağı dâhilinde güvence altına almaktadır. Çalışmada bu haklar, lafzen geri gönderme yasağı kapsamında 1951 Sözleşmesinin

³⁹⁶ Göçmen, s. 256-257.

33. maddesinde koruma kapsamına alınmadığı için dolaylı koruma sağlayan AİHS hükümleri olarak adlandırılmıştır.

aa. Adil Yargılanma Hakkı

AİHS'in 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı, çok sayıda hakkı içinde barındırması ve birçok başvuruya konu olup köklü bir içtihad yaratması nedeniyle AİHS'de önemli bir yere sahiptir³⁹⁷. Adil yargılanma hakkının, geri gönderme yasağı ile ilişkilendirilebilmesinin mümkün olup olmadığını tartışmadan önce, bu hak kapsamında bulunan tüm hakların ortaya koyulması gerekmektedir.

“1. Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar alenî olarak verilir. Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veyahut, aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir.

2. Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır.

³⁹⁷ Mole, N./Harby, C.: The Right to a Fair Trial, Council of Europe Human Right Handbook No: 3 2nd Edition, 2006; Vitkauskas, D./Dikov, G.: Protecting the Right to a Fair Trial under The European Convention on Human Rights, 2012; Harris/O'boyle/Warbrick, s.373; Rainey/Wicks/Ovey, s. 274.

3. Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgari haklara sahiptir:

- a) Kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek;
- b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak;
- c) Kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak; eğer avukat tutmak için gerekli maddî olanaklardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde, resen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek;
- d) İddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını istemek;
- e) Mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanmak.”

Adil yargılanma, sınırlı bir haktır; yani istisnaya tâbidir. AİHS’nin 15. maddesi uyarınca bu hakkın özü, istisnaya tâbi tutulmamışsa, adil yargılanma hakkı, kişiye adil yargılanması için gerekli asgari hakların sağlanmasını ve devlet tarafından gözetilmesini kapsamaktadır. Kural olarak bu haklar, Âkit Devletler tarafından herkese tanınmalıdır³⁹⁸.

Medeni hak ve yükümlülüklerde ve ceza hukukuna ilişkin yargılamalarda adil bir yargılama yapılması, hakkın temel amacıdır. Buna göre yargılanan kişi, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde yargılanmayı talep hakkına sahiptir. Adil yargılanma hakkı,

³⁹⁸ Göçmen, s. 534; Harris/O’boyle/Warbrick s.373- 376; Rainey/Wicks/Ovey, s. 274-277.

“mahkemeye erişim hakkı”, “adli yardımdan yararlanma hakkı”, “etkili mahkeme”, “silahların eşitliği”, “çekişmeli yargılama”, “gerekçeli karar”, “şahsen bulunma”, “etkili katılım” gibi hakları kapsamaktadır³⁹⁹.

Adil yargılanma hakkı, birçok hakkı kapsayıcı bir hak olmasına rağmen Göç Hukukunda uygulamasına nadir rastlanan bir haktır. Hem medeni hak ve yükümlülükler ve ceza hukukuna ilişkin yapılan yargılamalarda uygulanması, hem 7 numaralı Protokolün 1. maddesi gereği yabancıların sınır dışı edilmelerine dair usûlî güvencelerin ayrıca düzenlenmesi, adil yargılanma hakkının Göç Hukukunda uygulamasını oldukça kısıtlamaktadır. AİHM’nin, *Maaouia v. France* kararında⁴⁰⁰ belirttiği üzere, yabancı hakkında verilen ülkeye giriş yasağının kaldırılmasında izlenecek usûl, adil yargılanma hakkı ile belirlenen usûl değil, 7 numaralı Protokolde belirlenen usûl olmalıdır.

Maaouia kararında⁴⁰¹ AİHM, ilk defa sınır dışı edilmenin adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini incelemiştir. Fransa’ya karşı açılan bu dava dört yıl sürmüş ve dava sonunda adil yargılanma hakkına ilişkin 6. maddenin özel hukuka ilişkin borçlar ile ceza davaları bakımından uygulanır olmadığına karar verilmiştir. Bu davada, Tunus vatandaşı *Nouri Maaouia*, 1980 yılında, yirmi iki yaşında iken, Fransa’ya gelmiş, Fransız bir kadınla evlenmiştir. 1988 yılında hırsızlık suçu sebebiyle altı yıl hapse mahkûm edilmiştir. 1990 yılında tahliye olan *Maaouia* hakkında bir yıl sonra sınır dışı etme kararı verilmiştir. Fakat bu karar kendisine tebliğ edilmemiştir. *Maaouia*’ya, ikamet iznini yenilerken hakkında sınır dışı etme kararı bulunduğu söylenmiş, ancak *Maaouia* Tunus’a gönderilmeyi kabul

³⁹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Göçmen, s.534-535.

⁴⁰⁰ App. 39652/98, AİHM-Grand Chamber,2000, para 35.

⁴⁰¹ *Maaouia v. France*, 2000.

etmemiştir. Bu sebeple kendisine karşı ceza davası açılmış, *Maaouia* bir yıl hapis cezasına ilaveten 10 yıl Fransa'ya girme yasağına çarptırılmıştır. Bunun üzerine idare mahkemesinde iptal davası açan *Maaouia*, sınır dışı etme kararının iptal edilmesini sağlamıştır. Daha sonra, hakkında verilen 10 yıl süreyle Fransa'ya girme yasağının dayanağı ortadan kalktığı ülkeye giriş yasağı da sınır dışı etme kararıyla birlikte iptal edilmiştir. *Maaouia*, bu sürecin sonunda kendisi hakkında dayanaktan yoksun bir şekilde sınır dışı etme kararı verildiği ve bu kararın yaklaşık dört yıl süren sonuçlarından etkilendiği gerekçesiyle AİHS'nin 6. maddesinin ihlâl edildiği gerekçesiyle AİHM'ne başvurmuştur. Mahkeme, bu davayla ilk defa sınır dışı edilme durumunda adil yargılanma hakkının ihlâl edilip edilemeyeceğini değerlendirmiştir; buna göre, adil yargılanma hakkının, ceza hukuku ve özel hukuka ilişkin değerlendirmelerde ihlâlâ esas olamayacağını; ülkeye giriş, sınır dışı etme veya otur 6. madde kapsamında değerlendirmeye alınamayacağını belirtmiştir. Ayrıca Mahkeme, göç ve sığınmanın ceza hukukuna ilişkin meseleler olmadığını, bu hususta verilen kararların idari nitelikte olduğunu belirterek bu konuda bir ilke karar vermiştir. Oy çokluğu ile alınan bu karar eleştiriye açık bir karardır. Zira yapılan eleştirilerde temel nokta, milletlerarası anlaşmaların yorumunda, bir hüküm birden fazla anlama gelecek şekilde yorumlanabiliyorsa, ilgili hükmün somut olayda mağdurun lehine sonuç doğuracak şekilde yorumlanması gerektiğidir. Aksi takdirde, AİHS'nin, adil yargılanma hakkına ilişkin hükmü, devlet karşısında mağdura daha dar bir koruma sağlayacak ve bu sebeple Sözleşme ile getirilen güvencenin kapsamı daraltılmış olacaktır⁴⁰². Gerek karşı oyda, gerek doktrinde bu karar, etkin bir koruma yaratmadığı, kamu otoriteleri tarafından birey haklarını tehlikeye atan işlemlerin yapılmasını

⁴⁰² Ekşi, AİHM'de Sığınmacı ve Mülteciler, s. 2817-2818.

kolaylaştırdığı⁴⁰³ gerekçesiyle eleştirilmiştir. AİHM'nin tam yetkili bir mahkeme olarak⁴⁰⁴ göç ve sığınma gibi önemli konularda⁴⁰⁵ bağımsız bir şekilde karar vermesi gerektiği ileri sürülmüştür.

Bu doğrultuda AİHM'nin bazı kararlarında, özellikle sığınma statüsünün belirlenmesindeki usûle ilişkin kararlarda, sığınma başvurularının reddinin gözden geçirilmesinde veya alınan sınır dışı etme kararına itirazlarda, 6. maddede öngörülen adil yargılanma standartlarına uyulmadığı gerekçesiyle, ihlâl kararı verediği görülmektedir. Bu durumun temel sebebi birçok başvuruda, sınır dışı edilmeden dolayı hak kayıplarının yaşandığının iddia edilmesidir.⁴⁰⁶ Nitekim bu görüşe göre etkin bir adil yargılama sağlamak için meselenin özel hukuka ilişkin olup olmadığına bakılmaksızın, sınır dışı etme kararından dolayı ilgililerin haklarının tehlikeye düştüğü her durumda, 6. maddeye başvurulabilmesi gerekmektedir⁴⁰⁷.

AİHM istisnâ olarak, adil yargılanma hakkı ile ilgili belirlenen usûlü, kişinin sınır dışı edildiği ülkede adil yargılanma hakkının açıkça ihlâl edileceği riskinin mevcut olduğu hâllerde (*flagrant denial of justice*) de uygulanabilir olarak değerlendirmektedir. Buna göre, *F. v. Birleşik Krallık* davasında kişinin sınır dışı edileceği ülkenin, adil ve kamuya açık yargılama yapmayan bir ülke olduğu tespit edilmiş, bu nedenle 6. maddenin ihlâl edildiğine karar verilmiştir. Bu durum, adil

⁴⁰³ Von Dijk, P./ Von Hoof, G.J.H.: Theory and Practise of the European Court of Human Rights, Kluwer Law, 1998, s.406 (Ekşi, AİHM'de Sığınmacı ve Mülteciler, s. 2818, dn 63'ten naklen)

⁴⁰⁴ Clayton, G.: Textbook on Immigration and Asylum Law, Oxford University Press, 2004, s. 85

⁴⁰⁵ Blake/Husain, s. 250-256.

⁴⁰⁶ Ekşi, AİHS Madde 6, s. 127-128

⁴⁰⁷ Ekşi, AİHS Madde 6, s. 128, dn 27; Von Dijk/ Von Hoof, s. 406.

yargılanma hakkının sınır ötesi uygulamasının (*extraterritorial effect*) bir örneği olup, bu hakkın ilgilinin sınır dışı edilmesinde istisnaen uygulandığını göstermektedir⁴⁰⁸.

Verilebilecek bir diğer örnek, kaçak olan bir yabancının hakkında sınır dışı etme kararı verilmesi sonucunda sınır dışı edileceği ülkede, adil olmayan bir yargılama sonucunda ölüm cezasına çarptırılması riskinin incelenmesidir. AİHM, bu durumda da istisnaî olarak yabancının yaşam hakkının ihlâl edileceği iddiası ile birlikte adil yargılanma hakkının da ihlâli iddiasının incelenebileceğini belirtmiş ve davada iki hakkın da ihlâl edildiği kararını vermiştir⁴⁰⁹.

Sonuç olarak, AİHM'nin, genel eğilimi, 7 numaralı Protokol gereği, adil yargılanma hakkının doğrudan doğruya sınır dışı etme kararları sonucu ortaya çıkan geri gönderme yasağı ihlâlleri kapsamında uygulanmayacağıdır. Fakat Mahkeme sınır dışı etme ve suçluların iadesi ile ilgili birçok kararında, adil yargılanma hakkını, yaşam hakkı ve işkence yasağı ile bağlantılı olarak incelemekte ve adil yargılanma hakkının da ihlâl kararına konu olabileceğini tespit etmektedir.

⁴⁰⁸ Ekşi, *Yabancılar Hukuku*, s. 129, dn. 34; Lambert, H.: "The European Convention on Human Rights and The Protection of Refugees: Limits and Opportunities", *Refugee Survey Quarterly*, 24(2005)2 s. 44.

⁴⁰⁹ *Bader and Kanbor v. Sweden*, para. 42; *Mamatkulov and Askarov v. Turkey*, para. 88; *Soering v. The United Kingdom*, para. 113.

ab. Yabancıların Sınır Dışı Edilmelerine İlişkin Usûlî Güvenceler

AIHS'nin yabancılara özgü düzenlemelerinden bir diğeri, yabancıların sınır dışı edilmelerine ilişkin usûlî güvenceleri düzenleyen 7 numaralı Protokolün 1. maddesidir:

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

a) sınır dışı edilmesine karşı gerekçeler öne sürebilme,

b) durumunu yeniden inceletme,

c) yukarıdaki amaçlarla, yetkili bir merci önünde veya bu merci tarafından tayin edilecek biri ya da birileri önünde kendini temsil ettirme hakkını haiz olacaktır.

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

Söz konusu maddeden de anlaşılacağı üzere hüküm, yabancının, sığınma ülkesinde hukuka uygun bir şekilde ikamet etmediği hâllerde sınır dışı edilebileceğini düzenlemektedir. Buna ek olarak bu koşulda verilecek olan sınır dışı etme kararının bu kararı veren ülkenin hukukuna uygun bir şekilde verilmesi gerektiği öngörülmüştür. Dolayısıyla, 7 numaralı Protokolün 1. maddesi ile yabancıların sınır dışı edilmesi işlemine karşı hâlihazırda mevcut olmayan yeni bir koruma getirilmiş ve adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddenin, sınır dışı etme yaptırımına uygulanmayacağı zımnen kabul edilmiştir. O halde, sınır dışı etme yaptırımının, bu

suretle daha kapsamlı olarak ele alınıp ve bu hususta getirilen güvencenin sağlandığı söylenebilir⁴¹⁰.

Konu ile ilgili AİHM içtihadına bakıldığında, *Nowak v. Ukraine* kararında⁴¹¹ öncelikle sınır dışı etme kararı verilirken sağlanması gereken usûli güvencelerin incelendiği görülmektedir. Buna göre 7 numaralı Protokol, ilk olarak kişinin bulunduğu devlette “hukuka uygun bir şekilde ikamet etmesi” ve “sadece yasaya uygun bir şekilde verilen karar” uyarınca sınır dışı edilmesini düzenlemektedir. Bu şartlar gerçekleşmiş olsa dahi, hükmün ikinci fıkrasında belirtildiği üzere, yabancı, sadece “kamu düzeni veya ulusal güvenlik açısından gerekli olan durumlarda” sınır dışı edilebilecektir⁴¹². Mahkemenin bu tespitleri, hüküm ile örtüşse de, aranan şartların belirsizliği dikkat çekmektedir. Öncelikle, “yasaya uygun ikamet etme” ibaresinin ne anlama geldiği değerlendirilmelidir. AİHM’ye göre ikamet⁴¹³, bir devlette fiilen var olma durumundan daha geniş bir kavram olup, kişinin belirli bir yer ile yeterli ve sürekli bağlarının var olması anlamına gelmektedir. Hukuka uygun ikamet için, Mahkemenin, vize, ikamet izni gibi koşulları aradığı görülmektedir⁴¹⁴. İkinci olarak açıklığa kavuşturulması gereken kavram “sınır dışı etme” kavramıdır. Bu bağlamda yapılan ilk tespit, bu kavramın ulusal hukukta sınır dışı etme yaptırımı olarak düzenlenen yaptırımdan daha geniş olması gerektiğidir. 7 numaralı Protokol gereği sınır dışı etme, suçluların iadesi kurumunun dışında kalan, yabancının hukuka uygun olarak ikamet ettiği devletten ayrılmasına yol açan her türlü tedbir ve kararı içermektedir. Üçüncü olarak, yabancının sınır dışı edilebilmesi için “yasalara uygun

⁴¹⁰ Ekşi, AİHM’de Sığınmacı ve Mülteciler, s. 2817.

⁴¹¹ App. 60846/10, *Nowak v. Ukraine*, AİHM, 2011.

⁴¹² *Nowak v. Ukraine*, para. 79-81.

⁴¹³ App. 2512/04, *Nolan and K. v. Russia*, AİHM, 2009; App. 14139/03, *Bolat v. Russia*, AİHM, 2006, para. 76; App. 10337, *Lupsa v. Romania*, AİHM, 2006, para. 55.

⁴¹⁴ *Nolan and K. v. Russia*, para. 111; App. 14139/03, *Bolat v. Russia*, AİHM, 2006, para. 76-80.

bir şekilde verilen sınır dışı etme kararının mevcudiyeti” gerekmektedir. Bu durumda, verilen sınır dışı etme kararının, kararı veren devletin iç mevzuatına uygun olması, buna ek olarak, hukukun genel bir ilkesi olan “hukukun üstünlüğü” ilkesine aykırı olmaması gerekmektedir. “Hukukun üstünlüğü” ise karara karşı yargı yoluna erişilebilirlik ve hukuki öngörülebilirlik ilkelerini içermektedir. Dolayısıyla, sınır dışı etme kararı, keyfî bir müdahale sonucunda verilmemeli ve kontrolsüz yetki kullanımının bir sonucu olmamalıdır⁴¹⁵. Bu konuda açıklığa kavuşturulması gereken dördüncü husus ise, sınır dışı etme kararının kamu düzeninin veya ulusal güvenliğin tehlikeye atıldığı gerekçesine dayanması gerektiğidir. Ulusal güvenlik kavramının ayrıntılı olarak tanımlanamadığı ve yanlış yoruma açık, geniş bir kavram olduğu belirtilmiştir⁴¹⁶. Kamu düzeni kavramının⁴¹⁷ da tıpkı ulusal güvenlik kavramı gibi muğlak bir kavram olduğu söylenmeli; yabancının usûlî güvenceler sağlanmadan kamu düzeni gerekçesiyle sınır dışı edilmesinin 7 numaralı Protokolün ihlâline yol açabileceği belirtilmelidir.

7 numaralı Protokolün ilk maddesinin konu edildiği *C.G. and Others v. Bulgaria* kararı incelendiğinde, kararın, özellikle “yasaya uygunluk” kavramını aydınlattığı görülecektir. Buna göre, Türk vatandaşı Bay G., 1992 yılında Bulgaristan’a yerleşip şoför olarak çalışmaya başlamış, dört yıl sonra Bulgar bir kadın ile evlenmiş, süresiz oturma izni almıştır. Fakat Bulgaristan’ın ilgili kurumu, kendisi hakkında 2005 yılında sınır dışı etme kararı vererek, kişinin oturma iznini iptal etmiş ve 10 yıl süreyle Bulgaristan’a girişini yasaklamıştır. Bu duruma gerekçe olarak bir kanıt sunmaksızın kişinin, ulusal güvenliğe ciddî bir tehdit oluşturduğu gösterilmiştir.

⁴¹⁵ App. 1365/07, *C.G. and Others v. Bulgaria*, AİHM, 2008, para. 39, 73.

⁴¹⁶ *C.G. and Others v. Bulgaria*, para. 43, 77, dn 142.

⁴¹⁷ *C.G. and Others v. Bulgaria*, para. 78-79.

Kararın ertesinde, ilgilinin, ailesi ve avukatıyla iletişim kurmasına müsaade edilmemiş ve Türkiye'ye iadesi gerçekleştirilmiştir. İade edildikten sonra, Bay G.'nin avukatı vasıtasıyla karara karşı yaptığı itirazlar sonucu değiştirmemiştir. Bunun üzerine AİHM, somut olayda ilk olarak sınır dışı etme kararının yasaya uygun verilip verilmediğini incelemiş, bu kararın, bağımsız bir mahkeme ve çekişmeli bir yargılamaya tâbi tutulmadan verilmiş olmasını göz önüne alarak yasaya uygun bulmamıştır. Ayrıca, Bay G.'ye usûli güvencelerin de sağlanmadığı tespi edilmiştir. AİHM, bu durumda kişinin bir itiraz merciine başvuru yapma imkânının mevcut olmadığını ve yürütmenin bu kararı keyfi bir şekilde aldığını dayanak göstererek, ilgiliye sağlanması gereken usûli güvencelerin sağlanmadığını tespit etmiştir. Son olarak, kişinin sınır dışı edilmesinde kamu düzeni ve/veya ulusal güvenliği tehdit ettiği iddiasını değerlendiren AİHM, Bulgaristan hükûmetinin kişinin uyuşturucu kaçakçılığı yaptığı ve bu sebeple ulusal güvenlik açısından tehdit oluşturduğu iddiasını incelemiştir. Yapılan incelemede, sınır dışı etme kararının kişi üzerindeki etkisi göz önünde bulundurulduğunda, kararın kişinin hayatında geri dönülmez etkiler yaratacağı tespit edilmiştir. Bu sebeple Mahkeme, Bulgaristan'ın derhal sınır dışı etme kararı almasını, bu karara karşı usûli güvenceler tanınmamasını ve itiraz mercilerini başvuruya kapatmasını 7 numaralı Protokole aykırı bulunmuştur⁴¹⁸.

Sonuç olarak AİHM, yasaya uygunluk koşulu açısından hukukun üstünlüğü ilkesini ön planda tutmakta, devlet eliyle alınan önlemlerin bağımsız mahkemelerce, çekişmeli yargılamaya tâbi olarak ve keyfilikten uzak bir şekilde verilmesi gerektiğine işaret etmektedir⁴¹⁹. Böylelikle yabancıların sınır dışı edilmelerinde, Ek 7 numaralı

⁴¹⁸ *C.G. and Others v. Bulgaria*, para. 40, 43, 49, 66-80; Benzer karar için bkz.: *Lupsa v. Romania*

⁴¹⁹ Göçmen, s. 267.

Protokole uyulmadığı gerekçesiyle ihlâl kararı verilmesinin, dolaylı olarak geri gönderme yasağı açısından da bir koruma sağladığı kanaatindeyiz.

ac. Etkili Başvuru Hakkı

AİHS'nin 13. maddesi uyarınca, *“Bu Sözleşme’de tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlâl edilen herkes, söz konusu ihlâl resmi bir hizmetin ifası için davranan kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olsa dahi, ulusal bir merci önünde etkili bir yola başvurma hakkına sahiptir.”*

Sınırlı ve istisnaya tâbi olan hak kategorisinde yer alan bu hakka dayanarak ilgili, temel hak ve özgürlüklerinin ihlâl edildiği iddiasını, 15. maddede belirtilen istisna saklı kalmak kaydıyla, kural olarak ulusal bir merci önünde etkili bir yola başvurarak öne sürme hakkına sahiptir⁴²⁰.

Etkili başvuru hakkı, AİHS’de belirlenen hak ve özgürlüklerin korunmasını, ulusal düzeyde bu haklardan etkili bir biçimde yararlanılmasını amaç edinmiştir⁴²¹. Mahkeme, önüne gelen davalar doğrultusunda etkili başvuru hakkına yönelik ihlâlin saptanmasında, tartışmaya konu olacak bir şikâyetin olup olmadığı ve devletin, ulusal hukuk düzeninde öngördüğü başvuru yolunun gerçek anlamda etkili olup olmadığını incelemektedir⁴²².

Burada tartışmaya konu olan asıl husus, etkili başvuru hakkının, AİHS’de düzenlenen diğer hakların ihlâli iddiasına bağlı olmasıdır. 13. madde ile AİHS ve Ek Protokollerinde düzenlenen hakların ihlâl edilmesi sonucunda bir etkili başvuru

⁴²⁰ Göçmen, s. 550; Harris/O’boyle/Warbrick, s. 745-749; Rainey/Wicks/Ovey, s. 135-138.

⁴²¹ App. 30210/96, *Kudla v. Poland*, AİHM, Grand Chamber, 2000, para. 152.

⁴²² *Kudla v. Poland*, para 15; Göçmen, s. 551, dn 85.

yolunun olup olmadığı tahlil edilmektedir⁴²³. Kural olarak, bir maddi hakkın ihlâli, etkili başvuru hakkının ihlâli için bir ön koşuldur. Böylelikle, etkili başvuru hakkının, maddi bir hak olmayıp usûli bir hak olduğu savunulmaktadır⁴²⁴. Fakat AİHM, *Klass and Others v. Germany* kararında⁴²⁵, AİHS ve Ek Protokollerinde düzenlenen diğer hakların ihlâl edilmiş olması ön koşulunun, etkili başvuru hakkı açısından inceleme yapması için bir ön koşul olmadığını hükme bağlamış ve “*bir kimsenin ulusal merciler huzurunda bir ihlâlin tespitini talep edebilmesi için öncelikle o mercilere başvuruyor olabilmemesinin*” inceleme için gerekli ve yeterli bir şart olduğunu belirtmiştir. Bu Karar ile AİHM, etkili başvuru hakkının bağımsız bir hak olduğunu; başka bir hakkın ihlâli gündeme gelmeksizin de ihlâl edilebileceğini ortaya koymuştur. Böylelikle, etkili başvuru hakkını, özerk bir hak olarak güvence altına alınmaktadır⁴²⁶.

Etkili başvuru hakkında, “etkililik” ifadesinden, etkili bir hukuk yolunun mevcudiyeti anlaşılmaktadır. Bu kavram, kurumsal ve maddi etkililik olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmektedir. Buna göre, kurumsal etkililik, karar merciinin Sözleşmeyi ihlâl ettiği iddia edilen makamdan “yeterince bağımsız” olmasıdır. Burada bahsi geçen makam, söz konusu olan iddiayı karara bağlayacak olan makamdır⁴²⁷. AİHS’nin 13. maddesi gereği Âkit Devletler, yükümlülüklerini yerine getirmek amacıyla hüküm ve tasarruflarına karşı temin edilen hukuk yollarını belirleme hakkına sahiptir. Bu durumda, belirlenen yöntem, yargısal olmak zorunda değildir; yargısal olmayan usûller de etkili olduğu sürece yeterli olabilmektedir⁴²⁸. Kurumsal etkililiğin

⁴²³ Tanrıkulu, S.: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Etkili Başvuru Hakkı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 112; Göçmen, s. 551, dn. 86.

⁴²⁴ Tanrıkulu, s.152, dn 226; *Kudla v. Poland*, para 157.

⁴²⁵ App. 5029/71, *Klass and Others v. Germany*, AİHM, 1986.

⁴²⁶ Tanrıkulu, s. 113.

⁴²⁷ Tanrıkulu, s. 139, dn 164-165; Harris/O’boyle/Warbrick, s. 450-456.

⁴²⁸ Tanrıkulu, s. 140, dn 168; Gölcüklü / Gözübüyük, s. 413, para. 698.

sağlanması için bir başvuru yolunun sağlanmasına ek olarak usûlî güvence sağlanmalıdır⁴²⁹. Buna ek olarak, “Yeterince bağımsız olma” kavramı da kurumsal etkililik için aranan bir diğer koşuldur. Tespiti kolay olmayan bu şart, AİHM önüne gelen şikâyeteye konu olan iddianın, bağımsız bir makam tarafından incelenmesi ve buna ek olarak, zan altında bulunan Âkit Devletin talimatıyla sınırlandırılmayan, bağımsız kişi ve/veya kurumlarca yürütülerek araştırılması anlamına gelmektedir⁴³⁰. Bu durumda kişiye sağlanan başvuru yolunun etkili olması, başvuru sonucunda başvuran kimse lehine karar alınması anlamına gelmemektedir⁴³¹.

“Maddi anlamda bir etkili başvuru yolunun” bulunması hususu ise “öz bakımından etkililik” ile eş anlamlı olup, Âkit Devletlere iç hukuklarında, AİHS’yi doğrudan uygulama yükümlülüğü getirmektedir. Âkit Devletler, Sözleşmeyi, iç hukuklarının bir parçası haline getirmemişlerse, öz bakımından etkililik gerçekleşmeyecektir. Zira, Sözleşme, ulusal bir makam önünde ileri sürülebilir nitelikte olmayacaktır⁴³². Bu konuda AİHM’nin *Silver and Others v. United Kingdom* kararındaki⁴³³ ilgili paragrafı yeteri kadar açıklayıcıdır: “Sözleşme’de öngörülen hakların ihlâl edilmesinin mağduru olduğu yönünde savunulabilir bir iddiaya sahip olan bir birey, hem iddiası ile ilgili karar verilmesi, hem de eğer uygunsa, zararın telafi edilmesi için ulusal bir otorite önünde bir başvuru yoluna sahip olmalıdır.”⁴³⁴

⁴²⁹ App. 22414/93, *Chacal v. United Kingdom*, AİHM-Grand Chamber, 1996, para 154.

⁴³⁰ Tanrıkulu, s. 142, dn 177-180; Harris/O’boyle/Warbrick, s.450; Patrick, A.: “Article 13 to Right to an Effective Remedy, Human Rights Practica”, Editors Jusica Simor, Ben Emmerson, Sweet&Maxwell 2007, London; Ayrıca bkz. Anayurt Ö.: Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004, s. 133-134.

⁴³¹ *Kudla v. Poland*, para. 157.

⁴³² Tanrıkulu, s. 147, dn 207; Harris/O’Boyle/Warbrick, s. 451.

⁴³³ App. 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7113/75, 7136/75, 1983, s.42, para. 113(a); Çeviri için bkz: Tanrıkulu, s. 148.

⁴³⁴ Türkiye’de maddi anlamda etkili başvuru yolunun mevcudiyeti, yani Sözleşmenin iç hukukun bir parçası haline getirilmesi, Anayasa’nın 90. maddesinin 5. fıkrası ile güvence altına alınmıştır:

“D. Milletlerarası andlaşmaları uygun bulma

Göç Hukuku açısından da oldukça önemli olan etkili başvuru hakkı, AİHM'nin önüne bir ihlâl iddiası gelmesi hâlinde, ulusal hukukta etkili bir başvuru yolunun olup olmadığı hususunun incelenmesi ile karşımıza çıkmaktadır. Bu hakkın geri gönderme yasağı ile irtibatı ise işkence yasağı ve yabancıların topluca sınır dışı edilme yasağı açısından etkili başvuru hakkının birlikte incelendiği kararlarda göze çarpmaktadır⁴³⁵.

aaa. İşkence Yasağı

Göç hukukunda işkence yasağı ve etkili başvuru hakkı arasındaki bağlantı, özellikle iltica başvuruları sonucu izlenen usûl ve buna bağlı olarak yabancıların geri gönderilmesi durumunda ortaya çıkmaktadır. AİHM içtihadının anlaşılması açısından verilen kararları iki kategori, dört alt kategori altında incelemek mümkün olacaktır.

İlk olarak, işkence yasağı ve etkili başvuru hakkının birlikte değerlendirilmesi, yabancıların sığınma devletinde gözetimine alınması ya da tutulması hâlinde, gözetim veya tutulma koşulları ile bağlantılı ele alınmaktadır⁴³⁶. İkinci kategori ise geri gönderme yasağı ile bağlantısı daha net kurulabilen kararlardır. Bu kararlar, yabancıların geri gönderileceği ülkede işkence yasağına aykırı bir muamele görme riskinin mevcudiyeti

Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7/5/2004-5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır."

Tüm bunlara ek olarak, etkililik ifadesinden anlaşılması gereken bir diğer hususun, Mahkeme içtihadı uyarınca, AİHS'de düzenlenen haklarının ihlâl edildiğini iddia eden başvuru hakkının iddiasını karara bağlanmasını talep etme hakkına ek olarak, iddia açısından öne sürülmesi uygun bulunursa, uygun bir tazminat elde etme hakkıdır. Örnek kararlar için blnz.: *Klass and Others v. Germany, Silver, and Others v. The United Kingdom, Soering v. The United Kingdom, Chacal v. The United Kingdom, Kudla v. Poland*.

⁴³⁵ Göçmen, s. 554 vd.

⁴³⁶ App. 50520/09, *Ahmade v. Greece*, AİHM, 2012, para. 91-104; App. 53608/11, *B.M. v. Greece*, AİHM, 2013, para. 71-78.

ve buna ek olarak hakkında sınır dışı etme veya iade kararı verilen yabancıya, etkili bir başvuru hakkı sağlanmamasından doğan incelemelerdir.

Yukarıda iki kategori altında ortaya konulan kararlar da kendi içinde alt kategorilere ayrılabilir. İlk alt kategoriye, “titiz bir araştırmaya tâbi tutulmayan kararlar” girmektedir. İşkence yasağına aykırı muamele görüleceğine yönelik gerçek bir riskten çekinmek için haklı sebeplerin mevcut olduğu bir durumda, titiz inceleme yapılmadan kişinin geri gönderilmesi, bu tür kararlara örnektir⁴³⁷. İkinci alt kategori ise, “doğrudan kararın uygulanmasını durduran titiz inceleme için gerekli olan kanun yolunun mevcut olmamasından kaynaklanan kararlardır”. *Jabari v. Türkiye* kararı bu kapsamda değerlendirilmiş bir karardır⁴³⁸. Üçüncü alt kategorideki kararlar ise yabancının hakkında verilen “sınır dışı ya da iade kararının uygulanmasını kendiliğinden durduran bir başvuru yoluna erişimin mümkün olmadığı” kararlardır. Bu kararlarda, etkili bir başvuru yolu mevcut olsa dahi bu yola erişimin mümkün olmadığı durumlar incelenmektedir⁴³⁹. Son alt kategoriyi, “suçluların iadesi kapsamında hakkında iade kararı verilen yabancıya karşı işkence yasağının ihlâl edilmesi ihtimalinin mevcut olup da, bu durumun etkili başvuru hakkı kullanılarak incelenmediği” kararlar oluşturmaktadır⁴⁴⁰.

M.S.S. v. Belgium and Greece kararı geri gönderme yasağı önem taşıyan hem işkence yasağı, hem etkili başvuru hakkını ayrı ayrı ele alan bir karardır. Karara konu

⁴³⁷ App. 9152/09, *I.M. v. France*, AİHM, 2012, para. 158; 33210/11; *Singh and Others v. Belgium*, AİHM, 2012, para. 104-105.

⁴³⁸ Bu kararda, *Jabari* ülkesi İran’a geri gönderilmesi halinde taşlanma veya ölüm cezası gibi insanlık dışı cezalara tâbi olma riskiyle karşı karşıya olmasına rağmen, 1994 Yönetmeliğinde mevcut olan 5 günlük sürenin hak düşürücü süre olarak ele alınması sonucunda bireysel durumu ele alınmadan yapılan mülteci statüsü başvurusu reddedilmiştir. Bu sürenin hak düşürücü süre olarak ele alınması nedeniyle kişi, hakkını yargı önünde arayamamıştır: App. 40035/98, AİHM, 2000, para. 49-50.

⁴³⁹ App. 41872/10, *M.A. v. Cyprus*, AİHM, 2013, para. 131-143; App. 25389/05, *Gebremedhin v. France*, AİHM, 2007, para. 64-67.

⁴⁴⁰ App. 56688/12, *Chankayev v. Azerbaijan*, AİHM, 2013, para. 88-94.

olan uyuşmazlıkta, *Bay M.S.S.* bir Afgan vatandaşıdır. İlk olarak Yunanistan’a, daha sonra Belçika’ya sığınma talebinde bulunmuştur. Belçika Devleti sığınma başvurusunu değerlendirmeye almadan kişiyi Yunanistan’a göndermiştir. Belçika’nın bu uygulaması, AİHM tarafından işkence yasağına aykırı bulunmuştur. Kararının gerekçesinde, işkence yasağına aykırı bir muamele göreceğine ilişkin gerçek bir riskin varlığına rağmen kişinin Yunanistan’a gönderilmesi, işkence yasağına ilişkin 3. maddenin ihlâli olarak değerlendirilmiştir. Etkili başvuru yasağına ilişkin kısımda ise Mahkeme, Yunanistan’ın sığınma usûlünü iki soru kapsamında incelememiştir. Buna göre Mahkeme, ilk olarak etkili başvuru hakkı hükmünün AİHM önünde olay özelinde tartışılıp tartışılmayacağına cevap aramıştır. Buna göre, AİHM, 1951 Sözleşmesi uyarınca Âkit Devletlerin sığınma başvurularını incelerken ve bu doğrultuda sınır dışı etme kararı verilirken, yükümlülüklerin yerine getirilip getirilmediğini incelemeyiz; yalnızca, mağdur olduğu iddia edilen yabancının, “kaçtığı ülkeye doğrudan ya da dolaylı olarak keyfi bir şekilde geri gönderilmesine karşı etkili güvencelerin bulunup bulunmadığını⁴⁴¹” tespit eder. Bu tespit AİHS’nin 13. maddesi; “*Sözleşme’deki hak ve özgürlükler iç hukuk düzeninde ne şekilde korunmuş olursa olsun, bu hak ve özgürlüklerin özü itibarıyla uygulanmaları için ulusal düzeyde bir hukuk yolunun mevcudiyetini güvence altına alınıp alınmadığı*⁴⁴²” dikkate alınarak yapılır. AİHM, var olan başvuru yolunun etkili olup olmadığını tespit etmeye çalışmıştır. Bu bağlamda Mahkeme, sırasıyla başvuru için öngörülmüş görevli bir makamın mevcut olması, bu makamın yargısal bir makam olmaması hâlinde makama tanınan yetkilerin ve

⁴⁴¹ *M.S.S. v. Belgium*, para. 286; App. 43844/98, *T.I. v. The United Kingdom*, AİHM, 2000; App. 53566/99, *Müslim v. Türkiye*, AİHM, 2005, para. 72-76; Benzer bir karar için bkz. App. 25389/05, *Gebremedin v. France*, AİHM, 2007; App. 36378/02, *Chamaiev and Others v. Russia and Georgia*, AİHM, 2005.

⁴⁴² *M.S.S. v. Belgium*, para. 288.

makamın sağladığı güvencelerin başvuru ile hedeflenen amaca uygun olması⁴⁴³, bu başvuru yolunun pratikte de erişilebilir olması⁴⁴⁴, kararın keyfî bir şekilde verilmemesi⁴⁴⁵ ve başvurunun makûl sürede sonuçlanması gerektiği⁴⁴⁶ gibi birçok unsuru dikkate almıştır.

Yapılan tespitlerin ardından AİHM bu karar bazında, Yunanistan'daki usûlü incelemiş ve bunun sonucunda problemlî noktaları tespit etmiştir. Bunlar, sığınma usûlüne erişim imkânında ve başvurunun incelenmesinde bazı eksikliklerin bulunması, polis merkezine ulaşımın güç olması, başvuru mercii ile yabancı arasında iletişim probleminin olması, çevirmenin bulunmaması ve sığınma talep eden yabancıların hukukî danışma haklarının bulunmaması, yetkililerin eğitimsizliği ve buna ek olarak sığınma talep eden yabancıların adli yardım alma imkânlarının bulunmaması olarak sayılmaktadır. Nitekim, bu olumsuz tespitlerden sonra ilgilinin başvurusu Yunan makamları tarafından reddedilmiştir. Burada AİHM'nin dikkat çektiği husus, başvuruya verilen ret kararının, başvuru mercii tarafından incelenmeden ve gerekçelendirilmeden verildiğidir⁴⁴⁷. Tüm bu saptamalar sonucunda ilgilinin, özel durumuyla beraber somut olaydaki tüm koşullar değerlendirildiğinde, etkili başvuru hakkının, işkence yasağı ile birlikte ihlâl edildiği kararına varılmıştır.

Türkiye'deki sistemin ele alındığı benzer bir karar *Abdolkhani and Karimnia v. Turkey* kararıdır.⁴⁴⁸ Uyuşmazlık konusu olan olayda, İran vatandaşları olan *Bay Abdolkhani ve Bay Karimnia'nın*, Halkın Mücahitleri örgütüne üye olduktan sonra

⁴⁴³ *M.S.S. v. Belgium*, para. 289; *Gebremedhin v. France*, para. 53.

⁴⁴⁴ *M.S.S. v. Belgium*, para. 290; App. 23657/94, *Çakıcı v. Turkey*, AİHM, 1999, para. 112.

⁴⁴⁵ *M.S.S. v. Belgium*, para. 291; App. 40035/98, *Jabari v. Turkey*, AİHM, 2000, para. 48.

⁴⁴⁶ *M.S.S. v. Belgium*, para. 292; App. 50389/99, *Doran v. Ireland*, AİHM, 2003, para. 57.

⁴⁴⁷ *M.S.S. v. Belgium*, para. 301-302.

⁴⁴⁸ App. 30471, AİHM, 2009; Benzer bir karar için bkz. App. 40035/98, *Jabari v. Turkey*, AİHM, 2000; App. 15916/09, *Dbouba v. Turkey*, AİHM, 2010; App. 6909/08, 28960/08, *Alipour and Hosseinzadgan v. Turkey*, AİHM, 2010.

İran'dan Irak'a kaçmışlardır. Ardından Cenevre'deki BM Mülteci Örgütü tarafından mülteci statüsünü kazanan ilgililer, daha sonra Türkiye'ye sığınmış, ancak haklarında sınır dışı etme kararı verilmiştir. İlgililer, Türkiye'ye hukuka aykırı bir şekilde giriş yapan ve İran'a geri gönderilmeleri hâlinde 3. madde kapsamında kötü muameleye maruz kalma riski altında bulunan potansiyel mağdurlardır.

AİHM, önüne gelen bu davayı iki ana başlık altında incelemiştir. Bunlardan ilki, etkili başvuru hakkının ihlâl edildiğine dair iddianın kabul edilir olup olmadığıdır. Bu hususta AİHM, tıpkı *M.S.S. v. Belgium and Greece* kararında olduğu gibi kabul edilebilirlik kararı vermiştir. Yanıt aranılan ikinci soru, Türkiye'de bir etkili başvuru yolunun olup olmadığı hususudur. Bu tespitin yapılabilmesi için Mahkeme, Türkiye'deki sığınma usûlünü masaya yatırmıştır. Öncelikle karar YUKK öncesi dönemde alınan bir karar olduğundan Mahkeme tarafından irdelenen usûlün, YUKK ile birlikte belli noktalarıyla değiştirildiği belirtilmelidir. YUKK öncesi döneme ilişkin tespitlerde bazı hususlar göze çarpmaktadır. Öncelikle ilgililer, Türkiye'ye ilk girişlerinde doğrudan sınır dışı edildikleri için ifadeleri dahi alınmamış olup, geçici sığınma usulüne dahi erişememişlerdir. Buna ek olarak ilgililer, Irak'a haklarında bir sınır dışı etme kararı verilmeksizin sınır dışı edilmişlerdir. Türkiye'ye ikinci girişlerinde ise hâlihazırda BMMYK tarafından kendilerine mülteci statüsü verilmiş ve kişilerin İran'a veya Irak'a dönmeleri hâlinde yaşamlarının tehlikeye gireceği BMMYK tarafından tespit edilmiştir. Fakat Türkiye'deki otorite, kişilere BMMYK tarafından mülteci statüsü tanınmasını dikkate almamış, olayda titizlikle yapılması gereken bireysel tahkik hiç yapılmamıştır. Somut olayda otorite, kişilerin sığınma taleplerini de dikkate almamış, ilgililere hukuki yardım sağlamamakla beraber, haklarında gerekçesiz bir karar vermiştir. Kaldı ki, ilgililere sınır dışı edilme kararı tebliğ edilmediğinden, ilgililerin gerekçesiz karara karşı hâlihazırda mevcut bulunan

itiraz yollarına da başvuru yapması mümkün olmamıştır. Mahkeme tüm bu tespitlerin ardından bu dava açısından ilgililerin itiraz yoluna başvurmaları varsayımını da değerlendirmeye almıştır. Buna göre ilgililer başvuru makamına haklarında verilen gerekçesiz karara karşı itiraz etseler dahi kişilerin etkili başvuru hakkı ihlâl edilmiş olacaktı; zira hukuken öngörülen itiraz yolu, sınır dışı etme kararının uygulanmasını durdurmayan bir başvuru yoludur. Bu nedenle AİHM içtihadı gereği etkili bir başvuru yolu olarak kabul edilmemektedir. Nitekim yapılan bu tespitler doğrultusunda AİHM olayda, etkili başvuru hakkının, işkence yasağıyla birlikte ihlâl edildiğine karar vermiştir.

Her ne kadar ele alınan iki karar, AİHM'nin güncel içtihadını yansıtsa da bunun aksinin kabul edildiği kararlar da bulunmaktadır. Örneğin *Vilvarajah v. the United Kingdom* kararında⁴⁴⁹, sığınma talebinin reddine karşı itiraz yolunun etkili olup olmadığını inceleyen AİHM, haklarındaki sığınma talebi reddedilmiş olan yabancıların, ret kararına karşı itirazları sonucunda, kararın sadece usûlden incelenmesini etkili kabul etmiş ve olayda etkili başvuru hakkının ihlâl edilmediğine karar vermiştir. Kararın İngiliz hukukçusu bir hâkim tarafından kaleme alınan karşı oyunda ise ülkedeki başvuru yolunun, yalnızca görünürde etkili olan bir başvuru yolu olduğu ele alınmış, verilen sınır dışı etme kararının itiraz sonucunda yalnızca usûlden incelenmesinin etkili başvuru hakkını ihlâl ettiği belirtilmiştir.

Sonuç olarak, etkili başvuru hakkı ve işkence yasağının birlikte ihlâl edildiğine dair verilen kararlarda, kanaatimizce, etkili başvuru hakkının geri gönderme yasağının uygulanması açısından Mahkeme tarafından ele alınan önemli usûli haklardan biri olduğu tespit edilmiştir. Bu bağlamda, etkili bir başvuru yolunun bulunması, özellikle

⁴⁴⁹ App. 13161/87, 13164/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87, 13448/87, AİHM, 2007, s. 39.

göç hukuku özelinde hayati bir önem taşımakta; geri gönderme yasağını güvence altına almaktadır⁴⁵⁰.

baa. Yabancıların Topluca Sınır Dışı Edilmesi

Bu başlık altında AİHM'nin yabancıların topluca sınır dışı edilmesine ilişkin 4 numaralı Protokolün ve etkili başvuru hakkının birlikte değerlendirildiği kararlar irdelenecektir.

Conka v. Belgium kararı⁴⁵¹, hem 4 numaralı Protokolün, hem etkili başvuru hakkının ihlâl edildiği iddiasını incelemektedir. 4 numaralı Protokole ilişkin ihlâller, önceki başlık altında değerlendirildiğinden bu başlık altında kararın yalnızca etkili başvuru hakkını ilgilendiren kısmı üzerinde durulacaktır.

Özetle bu kararda Romen kökenli Slovakya vatandaşları olan *Conka* ve ailesinin, Belçika'da yaptıkları sığınma başvurusunun dosya eksikliği sebebiyle reddi ve Slovenya'ya geri gönderilmesi ele alınmıştır. Davada, açık bir şekilde, sınır dışı etme kararı alınırken aile bireylerinin durumlarının tek tek ele alınmaması, 4 numaralı Protokolün ihlâline sebebiyet vermiştir. Buna ek olarak, ailenin sığınma başvurusunun dosya eksikliği sebebiyle reddinde, aileye dosyadaki eksiklikleri gidermeleri için bir çağrıda bulunulmuş, fakat *Conka* ailesi ve aynı durumda olan ailelere bu çağrıyla birlikte sınır dışı edilme kararları da tebliğ edilmiştir. Bu kararları takiben de aileler zaman kaybetmeden Slovenya'ya sınır dışı edilmiştir.

⁴⁵⁰ Clayton, G.: "Asylum Seekers in Europe: M.S.S. v. Belgium and Greece", Human Rights Law Review, Cilt:11, Sayı:4, 2001, s. 765; Göçmen, s. 765.

⁴⁵¹ App. 51564/99, AİHM, 2002.

Bu davada AİHM, etkili başvuru hakkının ihlâl edildiği iddiasını kabul edilebilir bulmuş, ardından Belçika hukukunda sığınma usûlü açısından etkili başvuru yolunun mevcut olup olmadığını tespit etmiştir. Buna göre AİHM, etkili başvuru yolu ancak sınır dışı etme kararının icrasını durduran bir itiraz yolunun bulunması hâlinde mevcuttur; davada bir başvuru yolu mevcut olsa da Belçika'nın sığınma usûlünde sınır dışı etme kararının verilmesinden sonra bu kararın icrasını doğrudan durduracak bir hukuki yol mevcut değildir. Bu gerekçeyle Belçika hukukunda bir başvuru yolu mevcut olsa da etkili olmayacaktır. Zira mevcut olan başvuru yolu, alınan kararın icrasının gerçekleşmesi hâlinde uğranılacak olan potansiyel zararı önleyebilecek etkiye sahip değildir. Belçika yargısı, başvuru sonucunda esastan inceleme yaparken sınır dışı etme kararı hâlihazırda icra edilmiş olacaktır. Bu nedenle verilen sınır dışı etme kararının iptal edildiği varsayımında ilgililerin zarara uğramış olma ihtimalleri de çok yüksek olacaktır. Dolayısıyla AİHM kararında, hakkında sınır dışı etme kararı verilen yabancıların iddiasını yöneltebileceği etkili başvuru yolu bulunmamaktadır.

Böylelikle, tıpkı işkence yasağıyla beraber yapılan etkili başvuru hakkı ihlâli tespitlerinde olduğu gibi yabancıların toplu şekilde sınır dışı edilmeleri hâlinde de öncelikle AİHM'nin 4 numaralı Protokol özelinde kabul edilebilir bir başvurunun bulunup bulunmadığını incelediği, bu kapsamda kabul edilebilir bir başvuru bulunması hâlinde, sığınma ülkesinde verilmiş olan karara karşı etkili bir başvuru yolunun mevcut olup olmadığına karar verdiği tespit edilmiştir. Bu tespitte de AİHM, başvurucunun sığınma ülkesine yaptığı başvuruda sığınma ülkesinin detaylı inceleme yapıp yapmadığını, sığınma ülkesinde başvuru karşısında bağımsız denetimin mevcut olup olmadığını, başvurunun makûl sürede karara bağlanıp bağlanmadığını ve kararın icrasını doğrudan durduran bir başvuru yolu öngörülüp öngörülmediğini incelemektedir.

B. Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (MSHS)

1. Genel Olarak

BMGK'nun 16 Aralık 1966 tarihli ve 2200 A (XXI) sayılı kararıyla kabul edilen bu Sözleşme, insan hakları karakterli bir sözleşme olup, düzenlediği temel hak ve özgürlükleri katalog şeklinde sayar. Sözleşmenin Dibacesinde, BM Şartında kabul edilmiş olan ilkeler gözetiminde, herkese, doğumdan itibaren, eşit ve devredilemez hakların tanınmasının ve dünyada özgürlük, barış ve adalet temelli bir düzenin oluşturulması amaç edinilmiştir. Bu çerçevede Âkit Devletlerin insan hakları ve özgürlüklerine saygı gösterme yükümlülüğünün bulunduğu belirtilmiştir⁴⁵².

MSHS'nde hüküm altına alınan ve geri gönderme yasağı kapsamında ilişki kurulacak düzenlemeler arasında ilk olarak ayrımcılık yasağını konu alan 2. maddede ele alınmalıdır. Anılan maddenin 1. fıkrasında, temel olarak Âkit Devletlerin kendi ülkesinde yaşayan ve yetkisi altında bulunan herkese, ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka fikir, ulusal ya da sosyal köken, mülkiyet, doğum ya da bir diğer statü sebebiyle hiçbir ayırım gözetmeden MSHS'de belirlenen hakları sağlamak ve ilgili haklara saygı göstermekle yükümlü olduğu belirtilmiştir⁴⁵³.

MSHS'de tıpkı AİHS'de olduğu gibi yaşam hakkı, işkence yasağı, kölelik yasağı, özgürlük ve güvenlik hakkı, ayrımcılık yasağı, yabancıların sınır dışı edilmesi usûlü, eşitlik, doğal hâkim ilkesi, adil yargılanma hakkı, bireysel hayatın korunması, din ve vicdan özgürlüğü, düşünce özgürlüğü, toplantı hakkı, sendika hakkı, evlenme hakkı gibi hak ve özgürlükler düzenlenmektedir. Bu nedenle, diğer BM sözleşmeleri

⁴⁵²<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c016/tbmm22016089ss0150.pdf>
(Erişim:29.03.2019)

⁴⁵³<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c016/tbmm22016089ss0150.pdf>
(Erişim: 01.03.2019)

gibi bu Sözleşme de temel insan hakları ve özgürlüklerine saygı ve bu hak ve özgürlükleri güvence altına alma amacı taşımaktadır. Böylelikle, bu Sözleşmede öncelikle normlar sıralanmış, ardından da Sözleşmenin denetim organı olarak İnsan Hakları Komitesi belirlenmiştir. Komite, Sözleşmenin Taraf Devletlerce uygulanması yönünde çalışmalar yapmakla yükümlüdür⁴⁵⁴.

MSHS'nin uygulayıcıları olan organların verdiği kararlar ve bu kararlar doğrultusunda oluşan doktrin uyarınca, MSHS'nin de, tıpkı AİHS gibi Taraf Devletlerin sorumluluğunu üç grup altında topladığı görülmektedir. Bunlardan ilki, negatif yükümlülükler olarak da adlandırılan temel hak ve özgürlükleri ihlâl edici davranışlardan veya ihmallerden kaçınma yükümlülüğüdür. Buna verilen klasik örnek, bir devletin, işkence eyleminden veya yaşam hakkından bir kişiyi keyfi şekilde yoksun bırakmasından kaçınması gerektiğidir. İkinci yükümlülük, Âkit Devletin herkesin temel hak ve özgürlüklerden yararlanabilmesi için sadece ilgili hak ve özgürlükleri ihlâl etmekten kaçınması değil, aynı zamanda üçüncü kişilerin ve bu nedenle diğer devletlerin de bu hakları ve özgürlükleri ihlâl etmeleri ihtimaline karşı kişiyi korumaktır. Böylelikle, Âkit Devlet için bir davranış yükümlülüğü doğurmaktadır; bu nedenle ilgili devlet, uygun bir yasama politikası ve etkin kaynak aktarımı ile olumlu davranışlar yapmak yükümlülüğünde olacaktır. Son olarak, Âkit Devlet, ilgilie sadece bu hakları sağlamakla değil, aynı zamanda kişinin haklarını güvence altına almakla mükelleftir. Bu nedenle, MSHS ile düzenlenen hakların, tam anlamıyla sağlanabilmesi için gerekli ve elverişli bir ortamın oluşturulması da devletlerin yükümlülükleri arasında kabul edilmektedir. Bu yükümlülük de devletin, olumlu

⁴⁵⁴“*Civil and Political Rights: The Human Rights Committee*”, Fact Sheet No. 15:

<https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet15rev.1en.pdf> (Erişim: 01.03.2019)

yükümlülükleri arasında yerini almaktadır. Örneğin, MSHS'nin 14. maddesinin 3. fıkrasının (d) bendinde belirtildiği üzere:

“3. Herkes, itham edildiği suçla ilgili olarak, tam bir eşitlik içinde, aşağıdaki asgari garantilere sahip olacaktır:

(d) Yargılanmada hazır bulunması ve kendisini ya doğrudan ya da kendi seçtiği avukat yardımı ile savunması; avukatı yoksa, bu hakkının var olduğunun kendisine bildirilmesi; adaletin gerektirdiği her durumda kendisine bir avukat tayin edilmesi ve böyle durumlarda ödeme yapma olanağı yoksa bu yardımın parasız olarak sağlanması;”

Hükme göre herkese, bazı haklar ve özgürlükler kapsamında belirli güvencelerin verilmesi ve asgari garantilerin sağlanması gerekmektedir ki, bu durum sözü edilen olumlu yükümlülüklerle bir örnek oluşturmaktadır⁴⁵⁵.

MSHS'nin ilk bölümündeki beş madde, yapısal nitelikte genel hükümler olup, ikinci bölüm ile bazı temel insan haklar ve özgürlükler düzenlenmiştir. Üçüncü bölümde ise Sözleşmenin kalbi olarak adlandırılan, Sözleşme ile güvence altına alınan maddi haklar ve temel özgürlüklere yer verilmiştir. Bu bağlamda Sözleşmede, geri gönderme yasağı ile bağlantılı olarak, yaşama hakkı, işkence yasağı, özgürlük ve güvenlik hakkı, yabancıların sınır dışı edilmelerine ilişkin usûli güvenceler, adil yargılanma hakkı gibi temel hakların yanı sıra, 14. ve 16. maddelerde, bir kimsenin yargılama sürecindeki temel hak ve özgürlükleri ile ilgili düzenlemelere yer verilmiştir. Buna göre, 14. madde, hem ceza davalarında hem hukuk davalarında adil yargılanma hakkını düzenlemektedir. Bu hüküm, özellikle 2. maddede yer alan etkili

⁴⁵⁵“Civil and Political Rights: The Human Rights Committee”, s. 5.

başvuru hakkı ile yakın bağlantı içerisinde olduğu için büyük önem taşımaktadır. 15. madde, geriye yönelik cezalandırmayı yasaklarken, 16. madde herkesin kanunlarda belirtilmese de öncelikle kişi olarak kabul edilme hakkı olduğunu belirtmektedir.

MSHS ile ilgili genel açıklama yapıldıktan sonra özellikle çekirdek haklar olarak adlandırılan ve göç hukuku açısından önemli sayılan hakların tespitinin yapılması gerekmektedir. Buna ilişkin olarak Sözleşmede, 2. madde ile düzenlenen etkili başvuru hakkı ve ayrımcılık yasağı, 6. maddede düzenlenen yaşam hakkı, 7. madde ile düzenlenen işkence yasağı, 9. madde ile düzenlenen özgürlük ve güvenlik hakkı, 10. madde ile düzenlenen tutulanların hakları, 12. madde ile düzenlenen seyahat özgürlüğü, 14. madde ile düzenlenen adil yargılanma hakkı, 16. madde ile düzenlenen kişi olarak tanınma hakkı, 23. madde ile düzenlenen ailenin korunması, 25. madde ile düzenlenen çocuk hakları 26. madde ile düzenlenen hukuk önünde eşitlik, 27. madde ile düzenlenen azınlıkların korunması hakları ve özgürlükleri göç hukuku ile yakından ilişkilendirilebilen hak ve özgürlüklerdir.

2. Geri Gönderme Yasağı Kapsamında Değerlendirme

Bu başlık altında bir diğer önemli insan hakları sözleşmesi olan MSHS'nin özellikle geri gönderme yasağı kapsamında koruma sağlayan hükümleri incelenecektir.

a. MSHS'nin İç Hukukta Uygulanması ve Ayrımcılık Yasağı

MSHS'nin iç hukukta uygulanması ve ayrımcılık yasağı maddesi, ilk fıkrasıyla, *“bu Sözleşmede tanınan hakları ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya diğer bir fikir, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet, doğum veya diğer bir statü gibi her hangi bir nedenle ayrımcılık yapılmaksızın”* herkese uygulanacağını belirtilmiş ve ayrımcılık yasağı ortaya konmuştur. Hükmün devamında, Âkit Devletlerin taahhütleri sıralanmıştır. Buna göre bir Âkit Devlet, bu Sözleşme kapsamındaki hakların ihlâl edilmesi hâlinde bu ihlâl karşı etkili başvuru yolunu temin etmek zorundadır. Bunu takip eden taahhüt ise, *“bu başvuru yolunu kullanmak isteyen kimsenin hakkının yetkili organları tarafından karara bağlanmasını sağlamak ve yargısal hukuki yollara başvurma imkanını geliştirmektir.”* Bu kapsamda son olarak yetkili makamlar tarafından başvuru yollarının işletilmesinin sağlanması da Âkit Devletin ödevleri arasında sayılmıştır.

2. maddenin, etkili başvuru hakkı ve ayrımcılık yasağını düzenlemesi, tıpkı AİHS'de olduğu gibi, göçü konu eden davalarda söz konusu hükmün uygulanması sonucunu doğurmaktadır. İnsan Hakları Komitesinin, incelemelerinde yaptığı tespit, bir başka Sözleşme hükmünün ihlâl edilmediği sürece, sadece 2. maddenin ihlâl

edilmesinin ihtimal dâhilinde olmadığı yönündedir.⁴⁵⁶ Bu halde, 2. maddeye ilişkin tartışmalarda da tıpkı AIHS'nin 13. maddesinde düzenlenen etkili başvuru hakkına ilişkin tartışmalarda belirtildiği üzere, etkili başvuru hakkı bir usûli hak olarak karşımıza çıkmakta ve tek başına ihlâl edilmesi, Komitenin ihlâl kararı verebilmesi için yeterli olmamaktadır.

Buna ek olarak İnsan Hakları Komitesi, etkili başvuru hakkına ilişkin verdiği *X. v. Norway* kararında Afganistan'a olası bir sınır dışı etme yaptırımını konu alan olayda, sınır dışı etme kararını veren devlette etkili başvuru hakkının pratikte mevcut olup olmadığının tespit edilmesinin, 2. maddenin 3. fıkrasında öngörülen devlet taahhütleri altında incelenebilir olduğuna karar vermiştir⁴⁵⁷.

b. Yaşama Hakkı

MSHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrasında her insanın doğuştan yaşama hakkına sahip olduğu belirtilirken, bu hakkın hukuk tarafından korunacağı ve hiç kimsenin bu haktan keyfi olarak yoksun bırakılamayacağı hüküm altına alınmıştır

Ölüm cezasına da ilişkin düzenleme bulunan bu hükümle yalnızca “*çok aşırı suçlar için ölüm cezası verilebileceği*” saptansa da bu hüküm, soykırım suçu oluşturması ihtimalinde, asgari standart olarak, Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesine⁴⁵⁸ taraf olan bir devlet açısından bağlayıcı olacaktır. Buna ek olarak, cezanın infazına ilişkin birkaç düzenleme de öngören 6. madde ile

⁴⁵⁶ CCPR/C/118/D/2204/2012, *J.D. v. Denmark*, 30.12.2016, para. 4.9.

⁴⁵⁷ CCPR/C/115/D/2474/2014, *X. v. Norway*, 11.12.2015, para 4.19.

⁴⁵⁸ BM Genel Kurulu'nun 9 Aralık 1948 tarihli ve 260 A (III) sayılı Kararıyla kabul edilen bu Sözleşme, 12 Ocak 1951 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

“ölüm cezasının bu Sözleşmeye Taraf bir Devlet tarafından kaldırılmasını engellemek veya ertelemek için ileri sürülemez.” hükmü getirilmiştir.

Yaşama hakkının inceleme konusu edildiği *A.A. v. Denmark* kararında⁴⁵⁹ İnsan Hakları Komitesi, 1988 doğumlu Mısır vatandaşı *A.A.*’yı, Danimarka Mülteci Temyiz Kurulu, mülteci statüsüne ilişkin yaptığı başvurunun reddedilmesini takiben, 4 Mart 2015 tarihinde sınır dışı etmiştir. Komisyon, başvuranın iddiasının Danimarka’nın MSHS’nin 6. ve 7. maddelerini ihlâl etmesi olduğu bu davada, zorunlu askerlik uygulamasından kaçtığı gerekçesiyle Mısır’da yedi yıl hapisle cezalandırılacağı, buna ek olarak, işkence ve kötü muamelenin yanı sıra hayati tehlikesinin de mevcut olduğunu tespit etmiştir.

İnsan Hakları Komitesi, açıklamalarına 31 Numaralı Genel Yorum⁴⁶⁰ ile devam etmiş, Sözleşmenin 6. ve 7. maddelerinde öngörüldüğü gibi, telafisi olanaksız zarar riskine ispat edilebiliyorsa, ilgilinin, Âkit Devletten, tehdit altında bulunacağı bir başka devlete gönderilmemesi⁴⁶¹ gerektiğini belirtmiştir. Komite, bu yorumunun devamında, bu duruma ilişkin riskin kişisel olması gerektiğini ve gerçek anlamda telafi edilemez bir zarar riskinin ispatına dair yüksek bir eşik belirlenmesi gerektiğini ortaya koymuştur. Bu nedenle, başvuru karara bağlanırken, menşe ülkedeki insan hakları düzeni de dâhil olmak üzere, somut uyuşmazlıkla ilgili koşullar dikkate alınmalıdır.⁴⁶² Ayrıca, Komite, Âkit Devletin yabancının yaşam hakkını ihlâl edip

⁴⁵⁹ CCPR/C/103/D/1833/2008, *A.A. v. Denmark*, 08.04.2015, para. 7.4.

⁴⁶⁰ UN Human Rights Committee, General comment No. 31: The nature of the general legal obligation imposed on States Parties to the Covenant (General comment no. 31), 26.05.2004, <https://www.refworld.org/docid/478b26ae2.html> (Erişim: 05.03.2019)

⁴⁶¹ General Comment No. 31, para 12.

⁴⁶² *A.A. v. Denmark*, para. 7.4; Bknz: CCPR/C/110/D/2007/2010, *X v. Denmark*, para. 9.2; CCPR/C/103/D/1833/2008, *X v. Sweden*, para. 5.18.

etmediğine ilişkin, genel olarak davadaki somut durumun ve buna ilişkin delillerin incelenmesi gerektiğini belirtmiştir. Yaşama hakkının ihlâline dair bir riskin var olup olmadığı belirlenirken, Komite, değerlendirmenin açıkça keyfî olduğunun veya değerlendirme sırasında açık bir hata yapıldığının yahut hiçbir değerlendirme yapılmadığının, buna bağlı olarak olayda adaletin inkarının mevcut olduğu tespiti yapılamadığı sürece, ihlâlin oluşmadığına karar verilmesi gerektiğini de eklemiştir. Bu durumun, Âkit Devlet tarafından, MSHS kapsamında verilmiş bir taahhüt olduğunun da altı çizilmiştir⁴⁶³. Fakat somut uyuşmazlıkta, pasaport ile ilgili çelişkili durumların mevcudiyeti, özellikle askerlik döneminden önce pasaport verilmediğine ilişkin çelişkili ifadeler ve bu duruma ek olarak verilen askerlik çağrısına ilişkin belgelerin doğruluğunun kanıtlanamaması göz önünde bulundurulmuş ve bu sebeple ilgilinin Mısır Askeri Mahkemelerinin önüne çıkarılmasının ihtimal dâhilinde olduğu tespit edilmiştir. Bu tespitini bir diğer karar⁴⁶⁴ ile destekleyen Komite, zorunlu askerlik yükümlülüğünün yerine getirilmemesi hâlinde kişinin hapis cezasıyla çarptırılması ihtimalinin tek başına ihlâl sebepleri olmayacağını, bu durumun ancak telafi edilemez bir zarara yol açması hâlinde ihlâlin oluşacağını belirtmiştir.

Kişinin Mısır’da kovuşturulması ihtimalinde işkenceye uğrayacağı iddiasında bakımından ise, İnsan Hakları Komitesi, kişinin bu iddiasını yeterli delil ile ispatlanamadığı gerekçesiyle yerinde görmemiştir. Ayrıca, Mısır’da, özellikle muhalif oldukları iddia edilen kişilere karşı, hapisane koşullarının oldukça ağır olduğu ve hapisanede ilgililerin maruz kaldıkları kötü muamelelerin cezasız kaldığı tespiti yapılsa da⁴⁶⁵ somut uyuşmazlıkta, ilgilinin bu şekilde bir cezalandırmaya ve

⁴⁶³ *A.A. v. Denmark*, para. 7.4; Bknz: CCPR/C/114/D/2393/2014, *K. v. Denmark*, para. 7.4.

⁴⁶⁴ CCPR/C/118/D/2195/2012, *Ch.H. O v. Canada*.

⁴⁶⁵ *A.A. v. Denmark*, para. 7.5; CCPR/C/121/D/2612/2015, *A.S.G.M v. Denmark*, para. 7.5.

muameleye uğrayacağı konusunda bir risk ortaya konamamıştır. Bu nedenle, yaşam hakkının ihlâlîne rağmen işkence yasağının ihlâl edilmediği de tespit edilmiştir.

Böylelikle İnsan Hakları Komitesinin, tıpkı AİHM'nin yaşam hakkını irdilediği kararlarında olduğu gibi yabancıların, geri gönderme yasağı kapsamında koruma altına alınmış olan yaşam hakkını koruduğu, bu nedenle MSHS'nin yaşama hakkını düzenleyen hükmü ile 1951 Sözleşmesinin 33. maddesi arasında irtibatın kurulabileceği görüşündeyiz.

c. İşkence Yasağı

7. madde, AİHS'de düzenlenen işkence yasağına benzer bir şekilde *“hiç kimse işkenceye ya da zalimane, insanlık dışı ya da küçük düşürücü muamele ya da cezalandırmaya maruz bırakılama”* ifadesini içermekte, bu sebeple geri gönderme yasağı kapsamında uygulanması mümkün bulunmaktadır. Bu hükümle, bireyin hem onuru, hem fiziksel ve zihinsel bütünlüğü korunmaktadır. İhlâl, her kim tarafından gerçekleştirilirse gerçekleştirilsin, Âkit Devletin görevi 7. maddede yasaklanan eylemlere karşı gerekli olan yasal tedbirlerle, herkesi kötü muamele görmekten korumak olacaktır⁴⁶⁶.

⁴⁶⁶ UN Human Rights Comitee, CCPR General Comment No. 20: Article 7 (Prohibition of Torture, or Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment) (General Comment No. 20), 10.03.1992, para. 2:

<https://www.refworld.org/docid/453883fb0.html> (Erişim: 02.03.2019)

MSHS'nin denetim organı olan İnsan Hakları Komitesi, 20 Numaralı Genel Yorumunda⁴⁶⁷, bu hükmün sınırlandırılmasının mümkün olmadığını ve geri gönderme yasağı kapsamında kullanılabilir olduğunu⁴⁶⁸ belirtmiştir.

Hüküm, her ne kadar suçluların iadesi açısından ele alınsa da genel yaklaşımdan farklı olarak, bir mültecinin yaptığı başvuruda Komite, 7. maddeyi yorumlamış, tıpkı yaşam hakkında olduğu gibi işkence yasağında da Âkit Devletin işkenceden kaçınmasının esas olduğunu, buna ek olarak ilgilinin diğer devletlerde (*third parties*) işkence görme tehdidiyle karşı karşıya kalmaması için tedbir alma ödevini kapsadığı sonucuna ulaşmıştır⁴⁶⁹.

Komitenin geri gönderme yasağı kapsamında işkence yasağının ihlâl edilip edilmediğine ilişkin değerlendirmelerinde 31 Numaralı Genel Yorumu⁴⁷⁰ atıfta bulunduğu görülmektedir. On ikinci paragrafta belirtildiği üzere, “Sözleşme’nin 6 ve 7. maddelerde öngörüldüğü gibi, telafisi olanaksız zarar riskinin bulunduğu ilişkin önemli gerekçeler mevcutsa, ilgilinin, Âkit Devletten, tehdit altında bulunacağı devlete iade edilmemesi, sınır dışı edilmemesi veya başka bir şekilde gönderilmemesi”⁴⁷¹ gerekmektedir. Buna ek olarak, tehdidin şahsi⁴⁷² ve ciddî olması, kişi açısından telafi

⁴⁶⁷ General Comment No. 20, para 3:

“The text of article 7 allows of no limitation. The Committee also reaffirms that, even in situations of public emergency such as those referred to in article 4 of the Covenant, no derogation from the provision of article 7 is allowed and its provisions must remain in force. “

⁴⁶⁸ General Comment No. 20, para. 9:

“In the view of the Committee, States parties must not expose individuals to the danger of torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment upon return to another country by way of their extradition, expulsion or refoulement. States parties should indicate in their reports what measures they have adopted to that end.”

⁴⁶⁹ Öztürk, s.147-148.

⁴⁷⁰ <https://www.refworld.org/docid/478b26ae2.html> (Erişim: 05.03.2019)

⁴⁷¹ General Comment No. 31, para 12.

⁴⁷² CCPR/C/117/D/2464/2014, *A.A.S. v. Denmark*, para. 7.2; CCPR/C/114/D/2393/2014, *K. v. Denmark*, para. 7.3; CCPR/C/113/D/2272/2013, *P.T. v. Denmark*, para. 7.2.

edilemez bir zarar yol açması⁴⁷³ da aranmaktadır. Tüm bu esaslar, somut başvuruyu inceleyen Komitenin, AİHM içtihadı ile paralel bir uygulama kabul ettiği sonucunu doğurmaktadır. Böylelikle AİHM içtihadında olduğu gibi İnsan Hakları Komitesi kararlarında da işkence yasağının geri gönderme yasağın ile bağlantılı olarak incelendiği sonucuna varılabilecektir.

d. Özgürlük ve Güvenlik Hakkı

Gözaltı ile ilgili düzenlemelerle başlayan 9. madde hem kişi özgürlüğünü hem de kişi güvenliğini tanımakta ve korumaktadır. AİHS'nin 5. maddesinde, herkesin yaşam, özgürlük ve insan güvenliği hakkına sahip olduğu öngörülmektedir. 9. madde, 3. maddeye paralel bir şekilde bu hakları düzenlemiştir⁴⁷⁴.

9. maddedeki özgürlük, genel anlamdaki özgürlükten farklı olarak ilgiliye gözaltında tutulması hâlinde sağlanan özgürlüktür. Güvenlik hakkı, gözaltına alınmış olsun veya olmasın, mağduru kasıtlı olarak bedensel veya zihinsel zarar görmesini engellemeyi amaçlar. Örneğin, Âkit Devletin, kişiye haksız yere bedensel zarar vermesi hâlinde ilgilinin kişisel güvenlik hakkını ihlâl ettiği tespit edilir. Kişisel güvenlik hakkı ayrıca, Âkit Devletlerin kamu gücü yoluyla kişilere yönelik ölüm tehditlerine karşı uygun önlemleri almalarını ve daha genel bir ifadeyle bireyleri herhangi bir hükûmet veya özel aktörden öngörülebilir tehditlere karşı yaşam veya

⁴⁷³ *A.A.S. v. Denmark*, para. 7.2; CCPR/C/110/D/2007/2010, *X. v. Denmark*, para. 9.2; CCPR/C/103/D/1833/2008, *X. v. Sweden*, 01.11.2011, para. 5.18.

⁴⁷⁴ UN Human Rights Committee, CCPR General Comment No.35 Article 9 (Liberty and security of person) (General Comment No.35), 16 December 2014, para.2.

bedensel bütünlükleri korumaya zorlamaktadır⁴⁷⁵. 9. maddede düzenlendiği üzere “herkes kişi özgürlüğü ve kişi güvenliği hakkına sahiptir.” Bu durumda yabancıların, hakkında suç isnadı bulunan kimselerin ve terörist faaliyetlerde bulunan kişilerin de koruma kapsamında olduğu şüphesizdir⁴⁷⁶. Buna ek olarak, gözaltında tutulan bir kişi için, örneğin, hapsedme veya fiziksel kısıtlama cihazlarının kullanımı gibi bazı durumlar da hükmün kapsamındadır⁴⁷⁷. Buna ilişkin örnekler sınırlı sayıda değildir⁴⁷⁸.

9. maddenin 2 ila 5. fıkraları, kişinin özgürlüğünün ve güvenliğinin korunmasına yönelik özel güvenceler ortaya konmaktadır.⁴⁷⁹ Özgürlükten yoksun bırakma ibaresinin nasıl yorumlanması gerektiğine ilişkin daha önce verilmiş olan kararların ele alınması gerekmektedir. Buna göre, özgürlükten yoksun bırakma, 12. maddede belirtilenden daha geniş bir anlam taşımaktadır. Örneğin, polis nezareti⁴⁸⁰,

⁴⁷⁵General Comment No.35, para. 9.

⁴⁷⁶ General Comment No.35, para. 3:

“Everyone” includes, among others, girls and boys, soldiers, persons with disabilities, lesbian, gay, bisexual and transgender persons, aliens, refugees and asylum seekers, stateless persons, migrant workers, persons convicted of crime, and persons who have engaged in terrorist activity.”

⁴⁷⁷ CCPR/C/CZE/CO/2, 2007, *Czech Republic*, para. 13; CCPR/C/KOR/CO/3, 2006, *Republic of Korea*, para. 13.

⁴⁷⁸ Askerlik döneminin gereğinden fazla sürede yapılmasına yol açma için bkz.: CCPR/C/CZE/CO/2, 2007, *Czech Republic*; CCPR/C/KOR/CO/3, 2006, *Republic of Korea*, para. 13.

⁴⁷⁹ “2. Gözaltına alınan bir kimse, Gözaltına alınma sebepleri hakkında Gözaltına alındığı sırada, ve kendisine isnat edilen suçlar konusunda derhal bilgilendirilir.

3. Cezai bir fiilden ötürü Gözaltına alınan veya tutulan bir kimse derhal bir yargıç veya hukuken yargılama yetkisine sahip diğer bir görevli önüne çıkarılır ve bu kimse makul bir sürede yargılanma veya salıverilme hakkına sahiptir. Yargılanan bir kimsenin tutuklanması genel bir kural olamaz; yargılamanın her aşamasında tutuklunun salıverilmesine karar verilebilir; salıverilme bu kimsenin duruşmaya gelmesini sağlamak ve mahkum edilmesi halinde hükmün infazını temin etmek için teminata başlanabilir.

4. Gözaltına alınarak veya tutularak özgürlüğünden yoksun bırakılan bir kimse, tutulmasının hukukîliği hakkında hemen karar verebilecek ve eğer tutulması hukuki değilse salıverilmesine hükmedebilecek bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir.

5. Hukuka aykırı olarak Gözaltına alınmaktan veya tutulmaktan mağdur olan bir kimse icrası mümkün bir tazminat hakkına sahiptir.”

⁴⁸⁰ “Arraigo”, CCPR/C/MEX/CO/5, 2010, *Mexico*, para. 15.

tutuklama, mahkûmiyet sonrası hapis, ev hapsi⁴⁸¹, idari gözaltı, istem dışı hastaneye yatırma⁴⁸², ve bir havaalanında tutulması⁴⁸³ ve istem dışı bir şekilde gönderilmesi⁴⁸⁴ özgürlükten yoksun bırakma olarak kabul edilmektedir.

9. maddeye ilişkin kararlar bağlamında, geri gönderme yasağı kapsamında değerlendirilebilecek olan *A.H.S. v. Denmark* başvurusunda⁴⁸⁵ Komite, vatansız kişinin Danimarka'dan Gazze'ye sınır dışı edilmesini incelemiştir. Komitenin 7. ve 9. maddeleri birlikte incelediği bu kararda, aslen Gazze'de öğretmenlik yapan başvuranın, terör örgütü tarafından işkenceye uğraması sebebiyle Mısır'a kaçması, ardından da aile birleşimi talebiyle Danimarka'ya giriş yapması sonucunda hakkında alınan sınır dışı etme kararı kabul edilebilir bulunmamıştır. İncelemede, 9. madde bağlamında, Gazze'de kişinin siyasi yönelimi sebebiyle tutuklanma ihtimalinin kanıtlanamadığı ve bu gerekçeyle başvuranın talebinin kabul edilebilir olmadığı tespit edilmiştir⁴⁸⁶.

İnsan Hakları Komitesinin 9. maddeyi incelerken dikkate aldığı bir diğer husus da ilgilinin bulunduğu ülkedeki başvuru yollarının tüketip tüketmediğidir. Bunu göre Komite, genel olarak tüm başvurular açısından Taraf Devletlerde, özgürlük ve

⁴⁸¹ CPR/C/83/D/1134/2002, *Gorji-Dinka v. Cameroon*, para. 5.4; ayrıca bkz.: CCPR/C/GBR/CO/6, 2008, *United Kingdom*, para.17.

⁴⁸² Bulaşıcı hastalık hususundan bkz.: CCPR/C/66/D/754/1997, *A. v. New Zealand*, para. 7.2; CCPR/C/MDA/CO/2, *Republic of Moldova*, para.13.

⁴⁸³ CCPR/CO/81/BEL, *Belgium*, para. 17.

⁴⁸⁴ CCPR/C/13/D/52/1979, *Saldías de López v. Uruguay*, para. 13

⁴⁸⁵ CCPR/C/119/D/2473/2014, *A.H.S. v. Denmark*.

⁴⁸⁶ *A.H.S. v. Denmark*, para.7.2.

güvenlik hakkının ihlâl edildiği iddiasının incelenebilmesi için öncelikle başvuranın, iç hukuktaki başvuru yollarını tüketmesinin gerekli olduğunu belirtmiştir⁴⁸⁷.

Böylelikle, özgürlük ve güvenlik hakkının da AİHM içtihadı ile paralel ele alındığı ve bu gerekçeyle geri gönderme yasağı ile ilişkilendirilmesinin mümkün olduğu sonucuna varmaktayız.

e. Gözetim Altında Tutulanların Hakkı

Göç hukuku ve geri gönderme yasağı ile ilişkilendirilebilecek bir diğer hüküm ise gözetim altında tutulanların hakkını düzenleyen 10. maddedir. Hükmün ilk fıkrası⁴⁸⁸, devletlerin otoritesi altında özgürlükten yoksun kalan kimseleri korumak için cezaevlerinde, özellikle de psikiyatri hastanelerinde tutulanları koruma altına almaktadır. Gözaltı kampları veya ıslah kurumları gibi kişilerin özgürlüklerinden mahrum bırakıldıkları başka kurumlar da bu kapsam içine alınabilmektedir. Âkit Devletler, 10. maddeyle düzenlenen bu hakkın, tüm kurum ve kuruluşlarda gözetim altına alınmasını hedeflemektedir⁴⁸⁹. Bu hüküm, Âkit Devletlere, özgürlüklerinden yoksun bırakılan kişilere, özellikle savunmasız kişilere karşı, pozitif bir yükümlülük

⁴⁸⁷ *A.H.S. v. Denmark*, para 7.2-7.3; CCPR/C/121/D/2471/2014, *Merhdad Mohammad Jamshidian v. Belarus*, para. 8.2.

⁴⁸⁸ “**10. Madde**

1. Özgürlüğünden yoksun bırakılan herkes, insani muamele ve insanın doğuştan sahip olduğu insanlık onuruna saygı görme hakkına sahiptir.”: <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2003/07/20030721.htm#2> (Erişim: 04.03.2019)

⁴⁸⁹ CCPR General Comment No. 21: Article 10 (Humane Treatment of Persons Deprived of Their Liberty) (General Comment No: 21), 10.04.1992, para. 2:

<https://www.refworld.org/docid/453883fb11.html> (Erişim: 04.03.2019)

getirmekte ve 7. maddede yer alan işkence veya diğer zalimane, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele ve cezanın da uygulanmamasını güvence altına almaktadır. Bu durumda, bir eylem, MSHS'nin 7. maddesinin ihlâline sebep oluyorsa ve bu eylem sırasında kişi özgürlüğünden yoksun bırakılmışsa 10. madde kapsamında da bir ihlâl oluşacaktır⁴⁹⁰.

10. maddenin ikinci fıkrası, tutuklu sanıkların, mahkûmlardan ayrı bir şekilde tutulmalarını ve ayrı muameleye tâbi tutulmalarını güvence altına almaktadır. Bu ayırım tutuklu sanıkların, mahkûmlardan farklı olarak, suçlu bulundukları kesinleşene kadar masum sayılma hakkına sahip olmalarından kaynaklanmaktadır. Aynı şekilde küçüklerin de bu kapsamda diğer mahkûm ve tutuklulardan ayrı tutulması sağlanmıştır⁴⁹¹. Ayrıca, özgürlüklerinden yoksun bırakılmış tüm insanlara, insan onuruna saygılı davranmak, temel ve evrensel bir kuraldır. Bu kural ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi veya diğer görüşler, ulusal veya sosyal köken, mülk, doğum veya diğer statü gibi herhangi bir ayırım yapılmadan uygulanmalıdır⁴⁹². Dolayısıyla, kişinin yabancı olması veya mülteci, sığınmacı gibi belirli statüleri haiz olması hâlinde de aynı kural uygulanacaktır.

Âkit Devletin ceza infaz rejiminin işleyişi hakkında İnsan Hakları Komitesine, MSHS'nin 10. maddenin 3. fıkrası uyarınca bilgi vermesi gerekmektedir⁴⁹³. MSHS'nin amacı, şüphesiz hapishanelerin sadece tecrit amaçlı kullanılmaması, ayrıca

⁴⁹⁰ General Comment No: 21, para. 3.

⁴⁹¹ General Comment No: 21, para. 9.

⁴⁹² General Comment No: 21, para. 4.

⁴⁹³ “10. Madde

3. Ceza infaz sistemi, mahpusları iyileştirme ve toplumsal rehabilitasyonlarını sağlama gibi temel amaçlara sahip olur. Küçük failler yetişkinlerden ayrılır ve yaşları ile hukuki statülerinin uygun bir muamele görürler.”

mahkûmların ıslahına da hizmet etmesi gerekliliğidir⁴⁹⁴. Bu kapsamda da göç hukuku açısından, yabancı mahkumlara da aynı imkânların sağlanması gerekmektedir.

Her ne kadar göç hukuku kapsamında tutulanların hakkı inceleme konusu edilebilir olsa da, İnsan Hakları Komitesi, henüz geri gönderme yasağına ilişkin tutulanların haklarının ihlâl edildiği iddiasıyla bir inceleme yapmamıştır. Kanımızca, düzenlemenin AİHS ile olan benzerliği ve İnsan Hakları Komitesi’nin vermiş olduğu kararlar değerlendirildiğinde yabancılara geri gönderme yasağı ile koruma altına alınan hakları doğrultusunda, gözetim altında tutulmaları ihtimalinde MSHS’nin 10. maddesinin geri gönderme yasağı ile ilişkilendirilebileceğini düşünmekteyiz.

f. Yabancıların Sınır Dışı Edilmelerine Karşı Usûlü Güvenceler

MSHS’nin 13. maddesi ele alınırken öncelikle Sözleşme açısından yabancıların durumunu ele alan 15 Numaralı Genel Yorumdan⁴⁹⁵ bahsedilmelidir. Söz konusu Yorumda, öncelikle, Âkit Devletlerin Sözleşme gereği “*kendi sınırları içindeki ve kendi yetki alanına giren tüm bireylerin*” haklarını güvence altına alması gerektiği vurgulanmıştır. Genel olarak, Sözleşmede düzenlenen haklar, “*karşılıklılık esasından*” ve yabancıların uyruğundan ya da vatansız olmasından bağımsız olarak herkes için düzenlenmiştir⁴⁹⁶. Bu sebeple, genel kural, MSHS’de düzenlenen haklardan her birinin

⁴⁹⁴ General Comment No: 21, para. 9.

⁴⁹⁵ CCPR General Comment No. 15: *The Position of Aliens Under the Covenant* (General Comment No. 15), 11.04.1986,

<https://www.refworld.org/pdfid/45139acfc.pdf> (Erişim: 04.03.2017)

⁴⁹⁶ General Comment No. 15, para 2.

vatandaş-yabancı ayrımı yapılmaksızın güvence altına alınması gerektiğidir. MSHS'nin 2. maddesinde belirtildiği üzere ayrımcılık yasağı MSHS'de düzenlenen tüm haklar açısından uygulanmaktadır. İstisnaî olarak MSHS'deki belli haklar, ya sadece vatandaşlara yahut yabancılara tanınmıştır.

Sınır dışı etme kararına karşı usûli güvenceler, sadece yabancılara uygulanacak bir güvencedir. Bu çerçevede, İnsan Hakları Komitesi, Âkit Devletlerin değerlendirildiği raporlar doğrultusunda, MSHS düzenlenen hakların yabancılara uygulanmadığını, bu durumun ihlâllere yol açtığını tespit etmiştir⁴⁹⁷. İnsan Hakları Komitesi, raporlarında, Âkit Devletlerin hem ulusal mevzuatta, hem fiili uygulamada yabancılara ayrımcılık yasağı gözetilerek temel hak ve özgürlükleri tanınmaları gerektiğini savunmaktadır. MSHS, yabancılar için garanti altına alınan haklarla ilgili tam koruma sağladığı için Âkit Devletlerin de mevzuatında ve uygulamalarında tam koruma sağlaması gerekmektedir. Âkit Devletler, Sözleşme hükümleriyle korunan hakların, kendi yetki alanlarındaki yabancılar tarafından bilinebilir olmasını da sağlamakla yükümlüdürler. Böylelikle, 15 numaralı Genel Yorumda yabancıların zayıf konumunun önemli ölçüde kuvvetlenmiş olacağı ifade edilmiş olmaktadır⁴⁹⁸.

Getirdiği tüm güvencelere rağmen MSHS, yabancılara bir Âkit Devletin topraklarına girme veya orada ikamet etme hakkını tanımamaktadır. Zira ilke olarak, bir devletin, kendi hâkimiyet alanına yabancıları kabul edip etmeyeceği doğrudan doğruya devletin egemenlik yetkisine ilişkin bir durumdur⁴⁹⁹. Fakat bu durum, ülkeye giriş ve ülkede ikamet hakkı açısından Sözleşmede düzenlenen haklardan birinin

⁴⁹⁷ General Comment No. 15, para 3.

⁴⁹⁸ General Comment No. 15, para 4.

⁴⁹⁹ General Comment No. 15, para 5.

ihlâline yol açıyorsa, Sözleşmeye dayanılamayacağı anlamına gelmemektedir. Bu kapsamda yabancıların bir Âkit Devlete giriş yaptığı düşünülürse, devlet kendi yetki alanı altına girmiş olan yabancı için MSHS'deki ilgili hakları güvence altına almakla yükümlü olacaktır⁵⁰⁰.

Yabancıların sınır dışı edilmeleri hâlinde ise öncelikle Komite, sınır dışı etme kavramının kapsamı üzerinde durmuştur. Buna göre, ilgili Âkit Devletin ulusal mevzuatından kaynaklanan ve yabancıyı ülkeden ayrılmaya zorlayan her yaptırım sınır dışı etme olarak yorumlanmıştır. Sınır dışı etme yaptırımı, Âkit Devletin hukukuna göre kişinin tutuklanmasını gerektiriyorsa, bu koşulda, MSHS'nin konuya ilişkin hükümleri uygulanması ihtimali ortaya çıkabilmektedir. Tutuklamanın, suçluların iadesi kapsamında gerçekleşmesi hâlinde ise, ilgiliye tutuklamaya dair sağlanan ulusal ve uluslararası bütün güvenceler uygulanmalıdır. Kural olarak yabancı, bir üçüncü devlete sınır dışı edilene kadar tutuklama devam etmektedir⁵⁰¹. Bu durumda kişi, sınır dışı edilene kadar, sınırı dışı etme kararı veren ülkenin koruması altında olmalıdır. Buna ek olarak, MSHS'nin 13. maddesi ile güvence altına alınan hak, sadece Âkit Devletin sınırları içerisinde yasal olarak bulunan yabancılara tanınmış bir haktır⁵⁰². Sözleşmenin 13. maddesi, sınır dışı edilme usûlünü doğrudan doğruya düzenlemez; aksine sınır dışı etme usûlünde gözetilmesi gereken belirli ilkeleri düzenlemektedir. Bu ilkelerden ilki, sınır dışı etme işleminin “*hukuka uygun olarak verilmiş bir sınır dışı etme kararı gereğince*” verilmiş olmasıdır. Bu durumda sınır dışı etme kararı ancak sığınma ülkesinin hukukuna, bu kapsamda ulusal düzenlemelere ve tarafı olduğu

⁵⁰⁰ General Comment No. 15, para 6.

⁵⁰¹ General Comment No. 15, para 9.

⁵⁰² “**13. Madde**

Bir Devletin ülkesinde hukuka uygun olarak bulunan bir yabancı...”,
<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2003/07/20030721.htm#2> (Erişim: 04.03.2019)

uluslararası anlaşmalara uygun olarak verilebilecektir. Bunu takip eden ilke, verilen sınır dışı etme kararına karşı mutlaka bir “*itiraz usulünün*” belirlenmiş olmasıdır. Bu itiraz usulünün sadece hukuken mevcut olması yeterli değildir; aynı zamanda bu usûl, pratikte yabancı tarafından erişilebilir olmalıdır. Buna ek olarak, bu itirazı karara bağlayacak bir yetkili makamın mevcudiyeti de bu hak kapsamında yabancıya sağlanması gereken koşullardandır. Son koşul olarak, İnsan Hakları Komitesi, sınır dışı edilme nedenlerine yapılan itirazların yanı sıra “*bu itirazın önünde temsil edilebileceği yetkili bir makam veya yetkili makamın görevlendirdiği bir kişi ve kişiler tarafından denetlenmesi imkânı verilmesi hâlinde*” Âkit Devletin sınır dışı etme kararı verilebileceği belirtmektedir. Tüm bu koşulların sağlanması hâlinde yabancıların sınır dışı edilmesine karşı sağlanan usûli güvenceler tamamlanmış olacaktır.

MSHS’nin 13. maddesi uyarınca, yabancıların gruplandırılması ve bu gruplandırma kapsamında uygulanacak sınır dışı etme usûlüne karşı bir ayırım yapılması mümkün olmamaktadır. Dolayısıyla, mülteci sıfatını haiz olsun veya olmasın tüm yabancılar, sınır dışı edilirken bu hükümdeki usûli güvencelere tâbi olacaktır⁵⁰³.

İnsan Hakları Komitesinin 13. madde ile ilgili yaptığı incelemelerden anlaşılacağı üzere, Komite, bu hükmün başvuran lehine duruşma yapılmasını kapsamadığı, duruşma olmaksızın yapılan idari denetimin sınır dışı edilmeye ilişkin usûli denetime doğrudan doğruya aykırılık teşkil etmeyeceği görüşündedir⁵⁰⁴. Komite,

⁵⁰³ General Comment No. 15, para 10.

⁵⁰⁴ CCPR/C/OP/1, *Maroufîdou v. Sweden*; CCPR/C/116/D/2357/2014, *A. v. Denmark*, para. 6.2.

sınır dışı etme kararı veren ülkenin mevzuatında temyiz olanağının bulunmasının, sınır dışı etme usûlüne ilişkin güvencenin kapsamında olmadığını belirtmektedir⁵⁰⁵.

Sonuç olarak, sınır dışı edilme hâlinde yabancıya sağlanacak usûli haklar kapsamında, MSHS'nin AİHS ile paralel bir düzenlemeyle geri gönderme yasağı ile aynı menfaate hizmet ettiği kanısındayız. Bu kapsamda yabancıların MSHS ile sınır dışı edilmeye ilişkin getirilen usûli güvencelerden yaralanarak geri gönderme yasağı kapsamında da korunacağını söylemek mümkün olacaktır.

g. Adil Yargılanma Hakkı

MSHS'nin birçok hakkı barındıran bir hükmü olan adil yargılanma hakkı, temel olarak adaleti gerçekleştirme amacına hizmet etmektedir. Bu amaçla, yargı önünde eşitlik ilkesi, yasaların öngördüğü bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından yargılanma, adil ve kamuya açık bir duruşma gibi bir dizi bireysel hak bu madde kapsamında güvence altına alınmaktadır⁵⁰⁶.

Genel olarak, Âkit Devletler, 14. madde gereği kişilerin yalnızca cezai kovuşturma sırasında değil, aynı zamanda medeni hukuka ilişkin tüm haklarını koruma yükümlülüğündedir. Bu kapsamda Âkit Devletler ulusal düzenlemeleri ile hukuk ve

⁵⁰⁵ CCPR/C/117/D/2415/2014, *A.A.M. v. Denmark*, para. 7.6; CCPR/C/112/D/2186/2012, *Mr. X and Ms. X v. Denmark*, para. 6.3; No. 1494/2006, *A.C. et al. v. Netherlands*, 22.07.2008, para 8.4; CCPR/C/89/D/1234/2003, *P.K. v. Canada*, 20.03.2007, para.7.4-7.5.

⁵⁰⁶ UN Human Rights Committee (HRC), CCPR General Comment No. 13: Article 14 (Administration of Justice), 13.04.2019, para. 1:

<https://www.refworld.org/docid/453883f90.html> (Erişim: 04.03. 2019)

ceza davalarının usûlünü düzenlemekte özgürdürler. 14. madde ile bu usûl esnasında öngörülmesi gereken asgari hak ve özgürlükler tespit edilmiştir.

MSHS'nin 14.maddesinin ilk fıkrası⁵⁰⁷ yargı önünde eşitlik, doğal hâkim ilkesi, adil ve aleni yargılama, belli hâllerde aleni yargılamanın önlenmesi istisnası ve bazı istisnalar saklı kalmak kaydıyla aleni tefhim gibi ilkeleri düzenlemektedir. İkinci fıkrada düzenlenen masumiyet karinesi uyarınca kişi, suçu dava sonucu sabit oluncaya kadar masumdur. Anılan maddenin, 3. fıkrası yargılama esnasında benimsenmesi gereken asgari teminatları düzenlemektedir. Buna örnek olarak yabancılar açısından oldukça önemli olan çevirmen talep etme hakkı⁵⁰⁸ verilebilir. Ayrıca, yabancılar *“bir ülkenin hukukuna ve ceza yargılama usulüne uygun olarak daha önce kesin biçimde mahkum olan veya beraat eden bir kimse aynı suçtan ötürü ikinci kez yargılanamaz ve cezalandırılmaz.”*. *“Non bis in idem”* olarak bilinen bu ilke, hiçbir sınıflandırma yapılmaksızın herkese uygulanması gereken genel ilkedir.

Geri gönderme yasağını ilgilendiren ve adil yargılanma hakkının incelendiği kararlara göz atıldığında, komisyon tarafından bu kararların da tıpkı AİHS'de

⁵⁰⁷ **“14. Madde**

1. Herkes mahkemeler ve yargı yerleri önünde eşittir. Herkes, hakkındaki bir suç isnadının veya hak ve yükümlülükleri ilgili bir hukuki uyuşmazlığın karara başlanmasında, hukuken kurulmuş yetkili, bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından adil ve aleni olarak yargılanma hakkına sahiptir. Davayı izleyenler ve basın mensupları, demokratik bir toplumdaki genel ahlak, kamu düzeni (ordre public) veya ulusal güvenlik nedeniyle, veya tarafların özel yaşamlarının menfaatinin gerektirmesi halinde, veya mahkemenin görüşüne göre aleniliğin adaletin gerçekleşmesine zarar vereceği özel şartların kesinlikle gerektirdiği ölçüde, duruşmalardan tamamen veya kısmen çıkarılabilir; ancak bir ceza davasında veya hukuk davasında verilen hüküm, gençlerin menfaati, veya aile uyuşmazlıkları veya çocuğun velayeti ile ilgili davalar aksini gerektirmedikçe aleni olarak tefhim edilir.

“2. Hakkında bir suç isnadı bulunan bir kimse, hukuka göre suçluluğu kanıtlanıncaya kadar masum sayılma hakkına sahiptir.”

<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2003/07/20030721.htm#2> (Erişim: 04.03.2019)

⁵⁰⁸ *“7. Bir ülkenin hukukuna ve ceza yargılama usulüne uygun olarak daha önce kesin biçimde mahkum olan veya beraat eden bir kimse aynı suçtan ötürü ikinci kez yargılanamaz ve cezalandırılmaz.”*

<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2003/07/20030721.htm#2> (Erişim: 04.03.2019)

düzenlenen adil yargılanma hakkı gibi değerlendirildiği görülmektedir; yani MSHS’de sağlanan güvencelerin, sığınma başvuruları kapsamında kabul edilir olmadığı tespit edilmiştir⁵⁰⁹. Bunun temel sebebi, adil yargılanma hakkının medeni hukuka ve ceza hukukuna ilişkin davaları güvence altına alan bir hak olduğu; sığınma başvurularının, sınır dışı edilme kararlarının ise idari karar ve yaptırımlar olduğudur. Bu gerekçeyle, Komite, adil yargılanma hakkının ihlâl edildiği iddiasını, geri gönderme yasağı kapsamında kabul edilir bir iddia olarak görmemektedir⁵¹⁰. Fakat, sığınma talep edilen devletin, sığınma usulü kapsamında MSHS’nin diğer hükümlerini ihlâl ettiğine ilişkin ilişkin bir iddia mevcutsa ve bu iddiaya ek olarak adil yargılanma hakkının da ihlâl edildiği söyleniyorsa, İnsan Hakları Komitesi, adil yargılanma hakkını kapsamında sığınma usûlünü de incelemektedir⁵¹¹.

Sığınma talebine ilişkin verilen kararların, hukuk davasında verilen hüküm niteliğinde olmadığı, bu sebeple konu bakımından adil yargılanma hakkı kapsamında değil, sınır dışı etme usûlüne ilişkin güvenceler kapsamında değerlendirilmesi gerektiği hususu Komitenin incelemelerinde belirtilen, AİHM içtihadına paralel bir içtihat olarak karşımıza çıkmaktadır⁵¹². Bu bağlamda, kural olarak geri gönderme yasağının da adil yargılanma hakkı kapsamında ele alınmadığını, adil yargılanma hakkının istisnâ olarak sığınma usulüne karşı diğer temel hak ve özgürlüklerin ihlâl ediliğine ilişkin bir iddiaya ek olarak incelendiğini belirtmek mümkündür.

⁵⁰⁹ *J.D. v. Denmark*, para. 4.14; *A. v. Denmark*, para. 7.6; CCPR/C/110/D/2007/2010, J.J.M. v. Denmark, para. 8.5; *Mr. X and Ms. X v. Denmark*, para. 6.3; CCPR/C/117/D/2415/2014, *A.M.M. v. Denmark*, para. 7.6.

⁵¹⁰ Örnek için bkz., *J.D. v. Denmark*, para. 4.16.

⁵¹¹ *J.D. v. Denmark*, para. 5.7.

⁵¹² CCPR/C/117/D/2291/2013, *A and B v. Denmark*, para. 7.3.; *J.D. v. Denmark*, para. 10.5.

h. Yabancıların MSHS'ne Göre Korunmaları

Yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda, MSHS'nin pek çok hükmünün yabancı ve vatandaşlar açısından eşit bir rejim oluşturduğu görülmektedir. Bununla birlikte Komite, yabancıların MSHS uyarınca korunmaları hususunun ortaya konması açısından Genel Yorumlarında belli başlı konuları aydınlatma; yabancılara özel bazı hakların mevcudiyetini belirtmektedir. Örneğin, İnsan Hakları Komitesinin 11 Nisan 1986 yılında yayımladığı MSHS Uyarınca Yabancıların Konumu (*The Position of Aliens Under the Covenant*) başlığını taşıyan 15 Numaralı Genel Yorum⁵¹³, MSHS hükümlerinin yabancıları kapsayıp kapsamadığını ve bu doğrultuda amacına göre yorumunun ne şekilde yapılması gerektiğini ortaya koymuştur. Buna göre, diğer pek çok hususun yanı sıra MSHS'nin, herkes için aynı şekilde uygulanması gerektiğini vurgulanmıştır⁵¹⁴. Böylelikle, MSHS ile getirilen rejim temel olarak kişinin ulusal veya uluslararası hukuk tarafından hangi statüye sokulduğunu değil; bizzat insan olmasını ele almaktadır.

Sonuç olarak, MSHS'nin tıpkı AİHS'de olduğu gibi insan hakları karakterli bir uluslararası sözleşme olduğunun ve bu nedenle amacı gereği herkese, vatandaş-yabancı ayrımı yapılmaksızın uygulanacağının bir kez daha altı çizilmelidir.

⁵¹³ <https://www.refworld.org/pdfid/45139acfc.pdf> (Erişim: 04.03.2019)

⁵¹⁴ <https://www.refworld.org/pdfid/45139acfc.pdf> (Erişim: 04.03.2019)

C. Türk Yabancılar Hukuku ve AİHM İctihadı Doğrultusunda Geri Gönderme Yasağı

Her ne kadar YUKK ile Türk Yabancılar Hukukunda geri gönderme yasağına ilişkin benimsenen hukuki rejim, 1951 Sözleşmesi ile kurulan uluslararası rejimle uyum gösterse de, Türk Yabancılar Hukuku mevzuatı ve uygulamasında bazı aksaklıklara sebep olmaktadır. Bu nedenle, YUKK ile ortaya konulan düzende bazı problemler ortaya çıkmaktadır.

Bu başlık altında, Türk Yabancılar Hukukunun ve AİHM içtihadının geri gönderme yasağı ile ilgili genel yaklaşımları özetlenerek, mevzuattan ve uygulamadan kaynaklanan, AİHM'nin ihlâl kararlarına gerekçe olan farklılıklar ayrı ayrı ele alınacaktır.

1. AİHM İctihadı ile Türk Yabancılar Hukukunun Mevzuattan Kaynaklanan Farklılıkları

İlk olarak, AİHM İctihadı ile Türk Yabancılar Hukukunun mevzuattan kaynaklanan farklılıklarından doğan sorunlar ortaya konulmalıdır. Türk Yabancılar Hukukunda geri gönderme yasağı, yukarıda ayrıntılı bir şekilde anlatıldığı üzere temel, genel bir kuraldır. Zira, yabancılar hukukunu düzenleyen temel kanun olan YUKK, geri gönderme yasağını giriş bölümünde temel bir ilke olarak düzenlemiş ve herhangi bir istisnaya tâbi tutmamıştır. Bu durum uygulamada bir yandan AİHM ile paralel bir yaklaşım doğursa da, bir yandan bazı aksaklıklara sebep olmaktadır.

Türk Yabancılar Hukukunda, 1951 Sözleşmesi coğrafi sınırlandırılarak kabul edildiği için ilk bakışta geri gönderme yasağının uygulama alanının, AİHM

İçtihadından farklı, daha dar olduğu çıkarımı yapılabilir. Zira, coğrafi sınırlama ile yalnızca Türkiye'ye Avrupa'dan gelen yabancılar, diğer koşulların da oluşması şartıyla mülteci statüsü kazanabilecektir. Bu takdirde, 1951 Sözleşmesinin mültecilerin hukuki statüsüne ilişkin kaleme alındığı düşünüldüğünde, Türkiye'de bulunan çoğunluğu mülteci olmayan yabancıların geri gönderilmesi sonucuna ulaşılabilir. Fakat, gerek uygulamada mülteci kavramının geniş kapsamlı kullanımı, buna bağlı olarak 1951 Sözleşmesinin sınırlandırma gözetilmeden uygulanması, gerek geri gönderme yasağının *jus cogens* niteliği sebebiyle mülteci statüsünde olmayan yabancılar açısından da Türk Yabancılar Hukukunda, AİHM İçtihadına paralel olarak, geri gönderme yasağı uygulanmaktadır.

Eleştirilen bir konu, geri gönderme yasağı kapsamında Türk Yabancılar Hukuku ve AİHM İçtihadı arasındaki risk eşiği farklılığıdır. Buna göre, geri gönderme yasağında, AİHS'nin 3. maddesi kapsamında eşik olarak, kötü muameleye uğranacağı hususunda “gerçek bir risk” aranmaktadır. Bu hâlde AİHM, 3. maddenin ihlâl edildiği iddiasıyla önüne gelen herhangi bir davada, gerçek bir riskin mevcudiyetini tespit eder ve buna bağlı olarak geri gönderme yasağına ilişkin ihlâlin oluşup oluşmadığına karar verir. YUKK'un geri gönderme yasağını bir temel ilke olarak ele aldığı 4. madde ve yasağın ele alındığı 63. maddenin 1. fıkrasının (a) ve (b) bentlerindeki düzenleme birlikte yorumlandığında yabancının geri gönderme yasağı kapsamına alınması için gönderileceği ülkede “onur kırıcı cezaya çarptırılması” aranacaktır. Bu nedenle YUKK hükümleri, AİHS'nin 3. maddesi ile birebir örtüşmemektedir. Bu bağlamda, YUKK hükümleri ve AİHS arasında karşılaştırma yapıldığında, AİHS, gerçek bir riskin tespitini ararken, YUKK, kişinin cezaya çarptırılmasını aramaktadır. Böylelikle YUKK'un yasak kapsamında daha ağır bir eşik belirlediği açıktır. Bu halde YUKK kapsamında Mahkemeler karar verirken, yabancı hakkında geri gönderileceği ülkede

onur kırıcı cezaya ilişkin kesin hükmün verilmesini ararken, AİHM, kişinin gönderileceği ülkenin mevzuatında idam cezasına çarptırılacağına ilişkin bir düzenlemenin varlığını gerçek bir riskin mevcudiyeti açısından yeterli görmektedir. Bu anlamda bu iki hüküm açısından aranan risk düzeyleri farklı olduğu uygulamada da görülmektedir⁵¹⁵. Bu durumda, Türk hukukunda iç hukuk yolları tüketilerek AİHM önüne gelen bir davada AİHM, sadece Türk Yabancılar Hukukunda uygulanan risk düzeyinin farklı olması sebebiyle Türk mahkemelerince verilen hükmün, AİHS'ye aykırı olduğuna karar verebilecektir. Bunun sonucunda, AİHM bu yönde bir karar alsa da bunun doğrudan iç hukuka etkisi bulunmayacaktır. Nitekim Mahkeme, YUKK uyarınca verilmiş olan kararı iptal edemeyecek, değiştiremeyecek veya bozamayacaktır⁵¹⁶. Böylelikle risk eşiğinin farklı olması sebebiyle birden fazla ihlâl kararı verilebilecektir.

Türk Yabancılar Hukuku ve AİHM içtihadının düzenlemelerinin risk düzeyi açısından farklı olması ve salt bu farklılıktan doğabilecek ihlâllerin nasıl önleneceği hususuna gelindiğinde ise, karşımıza çıkan ilk çare mevzuatın AİHS'ne uyumlu hale getirilmesi olacaktır⁵¹⁷. AİHM tarafından verilen ihlâl kararının, iç hukuka dayanan bir işleminden kaynaklanması hâlinde AİHS'nin “Kararların Bağlayıcılığı ve İnfazı” başlıklı 46. maddesi gereği yeniden ihlâlin oluşmaması için bazı önlemler alınması gerekmektedir. Bu doğrultuda ihlâlin nedeni doğrudan doğruya mevzuattaki bir hüküm ise ancak hükmün yasama organı tarafından değiştirilmesi⁵¹⁸ hâlinde Âkit

⁵¹⁵ Bayata Canyaş, s. 84.

⁵¹⁶ Gölcüklü / Gözübüyük, Ş.: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, Turhan Kitabevi, 11. Bası, Ankara, 2016, s. 133.

⁵¹⁷ Şenol, C.: “AİHS Hükümleri ve AİHM Kararlarının Devletlerin Egemenlikleri Üzerindeki Etkisi”, Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2012/1, s. 267. (Bayata Canyaş, s. 85, dn 53'ten naklen)

⁵¹⁸ Gölcüklü/ Gözübüyük, s. 136.

Devlet, hem genelin yararına bir karar almış olacak, hem müstakbel ihlâllerin oluşmasını engelleyecektir. Sonuç olarak, YUKK’un 4. maddesinin hâlihazırda AİHS 3. maddesiyle farklı ispat külfetleri getirdiği, bu sebeple daha katı bir düzenleme olduğu açıktır. Bu hususta ihlâllerin önlenbilmesi için mevzuat değişikliği gerekmektedir. Bununla birlikte, bu durumda risk açısından “gerçek bir risk” derecesinin aranması hâlinde bazı aksaklıklar meydana gelebilecektir. Bu durumda ilgilinin gerçek bir riske maruz kaldığı ilgili tarafından ispat edilecek; “*gerçek bir risk*” durumunun ispatı, bu riske maruz kalan kişi açısından oldukça zor olacaktır. Özellikle bu durumdaki bir yabancından ispat için delil başlangıcı dahi talep edilmesi, ilgiliyi güç duruma düşürecektir. Bunun en çarpıcı örneği, bir yabancının ülkesine dönmesi hâlinde evinin bombalanacağı riski ile karşı kalacağını ispat etmesi durumunda bırakılması ve bu durumun ispatında “gerçek bir risk” derecesinin aranması durumudur. Buna bağlı olarak, YUKK ve AİHS’nin bu farklılığı, AİHS’nin 13. maddesi açısından da sonuç doğurmaktadır. Etkili başvuru maddesi uyarınca Âkit Devletin etkili başvuru hakkına yönelik ayrıntılı bir inceleme yapması gerekmektedir⁵¹⁹. Bu husus niteliği itibarıyla, YUKK kapsamında yapılan inceleme açısından daha kolay olmaktadır. Zira, Türk Yabancılar Hukukundaki bu farklılık, inceleme sonucunda kişinin, onur kırıcı cezaya maruz kaldığını ispat etmesini gerektirirken, bu incelemenin AİHS 3. maddesi kapsamında yapılması hâlinde, kişinin kötü muamele göreceğine ilişkin gerçek bir riskin saptanması gerekecektir. Somut bir olayda Türk makamları, YUKK’u ele alarak onur kırıcı cezaya ilişkin kesin hüküm araştırması yaptıklarında, kişi hakkında verilmiş kesin hükme ulaşamazlarsa ilgiliyi 4. maddedeki risk düzeyine dayanarak geri gönderme yasağını uygulamayacaklardır. Fakat, bu durumda ilgili açısından menşe ülkeye veya bir üçüncü ülkeye gönderme

⁵¹⁹ Bayata Canyaş, s. 86.

ihtimalinde kötü muameleye maruz kalacağına dair gerçek bir risk mevcutsa, Türk makamlarının bu idari kararı, AİHS'in 3. maddesi kapsamında incelendiğinde ihlâlê yol açabilecektir.

Ayrıca, mevzuatta sınır dışı etme kararının valilikler tarafından verilmesi durumu da geri gönderme yasağını ihlâl edebilmektedir. Zira geri gönderme yasağı, YUKK'ta temel bir kural olarak düzenlendiğinden yabancı hakkında alınan ve yabancının Türkiye toprakları dışına çıkarılmasına yol açacan her kararda, uygulanması gereken bir yasaktır. Bu durumda valilik tarafından verilen sınır dışı etme kararları açısından, kişinin gönderileceğı ülkede hayatının yahut özgürlüğünün tehlikeye gireceğı hususunun ne derece incelenebileceğı tartışma yaratmaktadır. Bu nedenle, İçişleri Bakanlığına bağı bir makam olan valilik makamının bu tespiti yapması oldukça zor olacaktır.

İhlâlin bir yargı kararından kaynaklanması hâlinde, AYM'nin yeniden yargılama kararı vererek önündeki dosyayı ihlâlê yol açan kararı veren mahkemeye iade etmesi durumunda, yabancının adalete ulaşması zaman açısından aksamaktadır. Özellikle sınır dışı etme kararı veya suçluların iadesi kararlarının icrasının durdurulması amacıyla açılan davalarda bu durumun yaşanması, süreç sonunda ulaşılan kararın adalet açısından anlamını yitirmesine sebep olmaktadır. Bunu engellemek için AYM'nin bireysel başvurularda yürütmeyi durdurma kararı verdiğinin altı çizilmelidir. Nitekim, YUKK'un 53. maddesinin 3. fıkrası gereğı, hakkında sınır dışı etme kararı verilmiş bir kişi, karara karşı on beş gün içinde idare mahkemesine başvurabilir; Mahkeme kararını on beş gün içinde verir. Bu süre içerisinde yargılama sonuçlanıncaya kadar sınır dışı etme kararı uygulanmaz. Bu durumda Mahkeme, yürütmeyi durdurma kararı verecektir. 2014'ten sonra yürürlüğe giren bu hüküm sayesinde, sınır dışı etme kararına karşı yapılan itirazlarda kararın

icrası otomatik olarak durdurulmaktadır. Dolayısıyla, AYM, önüne gelen bireysel başvuruyu değerlendirirken bu hükme dayanarak yürütmeyi durdurma kararı verdiğinde önündeki dosyayı ihlâl kararı veren mahkemeye yeniden yargılama yapılması amacıyla gönderdiğinde kişi, hakkında verilen sınır dışı etme kararı uygulanmadığı için hak kaybına uğramayacaktır⁵²⁰. Bu durum AİHM İçtihadıyla paralel olan uygulamalara bir örnek teşkil etmektedir.

Türk Yabancılar Hukuku mevzuatından doğan bir diğer aksaklık ispat yükü hususunda tespit edilmiştir. İspat yükü açısından belirtilmesi gereken ilk problem, bu konunun YUKK’da değil; Yönetmelik ile düzenlendiği hususudur. Başlı başına bu durumun uygun olmadığı kanısındayız.

İspat hususunda, ilk olarak, AYM, başvurucunun geri gönderilmesi hâlinde özgürlüğünün veya hayatının tehlikeye gireceği hususunun bizzat başvuru tarafından ispat edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu durumun tek istisnası kişinin, geri gönderileceği ülkede “uzun süreli genel siyasi istikrarsızlık” veya “ülkenin bütününe yayılan bir iç karışıklık” sebebiyle kötü muameleye uğrayacağı iddiasıdır. Bu durumda, yabancının kötü muamele uygulayacağı iddia edilen ülkeye sınır dışı edilebilmesi için ülkenin ilgiliye kötü muamele uygulamayacağı; sınırı dışı edilmenin kişiye karşı objektif anlamda bir tehdit oluşturmayacağı ortaya Mahkeme tarafından

⁵²⁰ *Rida Boudraa Başvurusu*, para. 4; 2014 yılından önce verilen kararlarda AYM, sınır dışı edilme işlemine karşı idari yargıya yapılan başvurunun sınır dışı etme kararının icrasını otomatik olarak durdurmayacağını belirtmektedir. Fakat 2014 yılından önce verilen kararlarda dahi, sınır dışı edildiğinde maddi, manevi bütünlüğü tehlike altına girecek olan yabancılar açısından sınır dışı etme kararının hukuka aykırı olduğundan bahisle, AYM idarenin yürütmeyi durdurma kararı vermesi gerektiğine hükmetmiştir: Başvuru Numarası: 2013/1243, *Laura Alejandra Caceres Başvurusu*, K.T.: 16.04.2013.

ortaya koyulmalıdır. AYM kararlarında bu durumun, Mahkeme tarafından re'sen ortaya koyulacağını ve gerektiğinde ilgiliden sadece bilgi ve belge talep edileceğini belirtmektedir. Bunun dışında, kişinin geri gönderileceği ülkenin makamlarının, “*din, etnik köken, inanç, siyasi görüş ya da belirli bir gruba mensubiyet*” nedeniyle sistematik olarak kötü muamele uygulaması iddiasında, geri gönderileceği ülkede kötü muameleye uğrama sebebi olarak sistematik bir muamelenin değil, “*şahsi bir muamelenin varlığını iddia etmesi hâlinde*” ve kötü muameleye uğrayacağı hususundaki riskin, “*kamu görevlisi statüsünde olmayan kişi ve/veya gruplardan kaynaklanacağını iddia etmesi*” hâlinde başvurunun iddiasını ispatlaması beklenmektedir. Bu durumda, Yönetmelikte belirtildiği üzere ilgilinin “*ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayatının veya hürriyetinin tehdit altında bulunup bulunmayacağı, hususları valilik tarafından resen*” araştırılmamakta; ispat yükü açısından Yönetmelikte düzenlenen hüküm uygulanmamaktadır. Kaldı ki uygulamada, AYM, içtihadıyla ortaya koyduğu “*uzun süreli genel siyasi istikrarsızlık*” veya “*ülkenin bütününe yayılan bir iç karışıklık*” sebebiyle kötü muameleye uğranacağı iddiasının mahkeme tarafından re'sen ortaya koyulacağı saptamasında da ispat yükünü başvurucuya yüklemektedir⁵²¹. Böylelikle uygulamada geri gönderme yasağında kötü muameleye uğrayacağını iddia eden kişi, her daim iddiasını ispat ile mükelleftir. Böylelikle, yabancıнын kötü muameleye uğrayacağı iddiasını ispat edemediği hâllerde geri gönderilmesinin önü açılmakta, Türk makamları tarafında verilen iade ve sınır dışı etme kararlarının AİHM tarafından geri gönderme yasağının ihlâl ettiği saptaması yapılmaktadır.

⁵²¹ A.A. ve A.A. Başvurusu, AYM, KT: 01.03.2017.

Türk hukukunda, AİHM İçtihadından farklı olarak ispat külfetinin başvuruçuya yükletildiğinin tespiti ile birlikte, Türk mahkemelerinin istisnâ olarak belli davalarda başvuruçunun hayatı ve özgürlüğünün tehdit altında olduğu iddiasını re'sen araştırdığı durumların da mevcut olduğu belirtilmelidir. Nadiren de olsa Mahkemeler, özellikle somut olayın koşullarını göz önünde bulundurarak zor durumda olan başvuruçunun maruz kaldığını iddia ettiği riski re'sen tespit etmektedir.

2. AİHM İçtihadı ile Türk Yabancılar Hukukunun Uygulamadan Kaynaklanan Farklılıkları

Uygulamadan kaynaklanan ilk aksaklık, YUKK'un 57. maddesinde öngörülen idari gözetim süresi ile ilgili düzenlemeden kaynaklanmaktadır. Kanunda bu süre altı ay olarak belirlense de uygulamada 57. addede belirtilen ayrık durumun hemen hemen tüm sınır dışı etme işlemlerine uygulanarak, sürenin doğrudan bir yıl olarak kullanıldığı tespit edilmektedir. Bu süre boyunca, yabancı idari gözetim altında tutulmakta, özgürlüğünden yoksun kalmaktadır. Sadece bu durum dahi ihlâl kararının verilmesine yol açabilmektedir. İdari gözetim süresinin uzun olmasından kaynaklanan ihlâl kararlarının önlenmesi için Kanunda düzenlenen bu sürenin kısaltılması yahut keyfî olarak uzatılmaması; olayda gerçekten Kanunda öngörüldüğü şekilde ayrık durumun oluşması hâlinde uzatılması gerektiği kanısındayız.

YUKK kapsamından 58. madde gereği idari gözetime alınan yabancı, GMM'lerde tutulmaktadır. Mahkeme kararlarında sıkça GGM'lerden kaynaklanan ihlâl kararlarına rastlanmaktadır. Bu başlık altında tespit edilen sorunlu uygulamalar, temelde GGM'lerdeki tutulmanın kişileri özgürlüklerinden mahrûm bıraktığına; buna

ek olarak GMM’lerde tutulma koşullarının insan onuruna yaraşmadığı iddiasına dayanmaktadır. Nitekim AİHM, birçok kararında kişilerin sadece GGM’de tutulmaları ve tutuldukları merkezlerdeki yaşam koşullarının insan olma haysiyetine yaraşmadığı gerekçesiyle ihlâl kararı vermiştir⁵²². Bu durumda, her ne kadar Kanunda öngörülen GGM yapısı ve koşulları hukukun genel kurallarına uygun olsa da, özellikle uygulamada ortaya çıkan yapı ve koşulların, ihlâl kararlarına gerekçe olduğu göze çarpmaktadır.

Belirlildiği üzere, yabancıların GGM’lerde karşılaştıkları sorun yalnızca özgürlüklerinden mahrûm bırakılmaları olmamaktadır. GGM’lerdeki tutulma koşullarının ağırlığı, kişilere barınma, yiyecek, eğitim haklarının sağlanmaması⁵²³ ve bunlara ek olarak ilgililerin dışarıyla irtibat kuramamaları temel hak ve özgürlükler rejimine uygun düşmemektedir. Öyle ki, birçok GGM’de, yabancılar aileleriyle dahi irtibat kuramamaktadır. Öyle ki bazı davalarda, yabancıların temiz çarşafa dahi erişemedikleri ve daha da kötüsü işkence ve kötü muameleye uğradıkları ortaya konmaktadır. Ayrıca ilgililerin, GGM sistemi ve bu merkezlerdeki olumsuz koşullara ek olarak gerekçe gösterilmeksizin birbirinden kilometrelerce uzaklıktaki GGM’lere gönderilmesi avukatlarıyla görüşmelerine engel olmaktadır. Bazı durumlarda, yabancıların bir merkezden diğer merkeze olan yolculukları değil avukatlarına, kendilerine dahi bildirilmemektedir⁵²⁴. Bu durum başlı başına birçok temel hak ve özgürlük açısından ihlâl sebebi iken özellikle etkili başvuru hakkının kullanımını da

⁵²² *Mamatkulov ve Askarov v. Turkey Başvurusu*, App. 16026/12, *Amerkhanov v. Turkey*, AİHM, 01.06.2018; App. 69929/12, *Batyrkhairov v. Turkey*, AİHM, 05.06.2018; App. 14344/13, *Alimov v. Turkey*, AİHM, 06.09.2016; App. 18152/11, *Erkenov v. Turkey*, AİHM, 06.09.2016; App. 49867/08, *Babajanov v. Turkey*, AİHM, 10.05.2016; App. 72754/11, *Musaev v. Turkey*, AİHM, 21.10.2014; App. 30518/11, *Aliyev v. Turkey*, AİHM, 21.10.2014.

⁵²³ *Erkenov v. Turkey*, *Alimov v. Turkey*.

⁵²⁴ *Yusuf Ahmed Abdelazim Elsayad Başvurusu*.

olumsuz etkilemektedir. Nitekim, özellikle haklarında sınır dışı etme kararı olan ve bu kararın icrasını bekleyen yabancılar, bu icrayı durdurmak ve bunu müteakip karara karşı iptal yolunu işletmek istemektedirler. Bu durumda ilgililer, avukatlarıyla görüştürülmedikleri⁵²⁵ veya sürekli yer değiştirdikleri için fiilen avukatlarıyla görüşmeleri engellendiği için Kanun ile belirlenen sürelerle riayet edememektedir. Hatta belli durumlarda ilgililer, avukatlarına erişemedikleri için vekâlet dahi verememekte, itiraz sürecini başlatamamaktadır⁵²⁶. Böylelikle sınır dışı etme kararları icra edilmekte ve geri gönderme yasağına aykırı sonuçlar ortaya çıkmaktadır.

Son olarak uygulamadaki genel aksaklıklara değinilmesi gerekirse, geri gönderme yasağının sekteye uğradığı bir durum olarak da yabancının terör ile bağlantılı yabancı olarak görülmesi durumu ele alınmalıdır⁵²⁷. Bu durumda yabancının yaptığı herhangi bir başvuru, uluslararası koruma başvurusu da dâhil olmak üzere, incelenmeksizin terör bağlantısı nedeniyle reddedilmektedir. Aynı problem, terör şüphesi nedeniyle Türkiye'ye giriş yasağı verilmesine rağmen giriş yapan ilgililer hakkında sınır dışı etme kararı verilmesi durumunda da yaşanmaktadır. Bu durumda AİHM'nin ele aldığı ilk ölçüt şahsi araştırma ölçütüdür. Özellikle geri gönderme yasağı kapsamında AİHM içtihadında da belirtildiği üzere ilgililer hakkında şahsi araştırma yapma ilkesine aykırılık oluşmaktadır. Bu durumda, ilgili yabancı grubunun haklarındaki terör bağlantısı iddiasının araştırılması; bunun gerçekleştirilebilmesi için ise başvurularının esasının incelenmesi gerekmektedir. Böylelikle, geri gönderme

⁵²⁵ *Babajanov v. Turkey*.

⁵²⁶ App. 72710/11, *Yarashonen v. Turkey*, AİHM, 24.06.2014; Başvuru Numarası: 2016/35009, *Abdulkadir Yapuquan Başvurusu*, AYM, K.T.: 02.05.2019; *Abdullah Omar Başvurusu*

⁵²⁷ *A.A. ve A.A. Kararı*; *Yusuf Ahmed Abdelazim Elsayad Başvurusu*; Başvuru Numarası: 2014/19436, *M.A. Başvurusu*, AYM, K.T.: 26.12.2018; Başvuru Numarası: 2014/16577, *K.A. ve N.A. Başvurusu*, AYM, K.T.: 26.12.2018.

yasağının da ihlâl edilmesi ihtimali azaltılmış olacaktır. İkinci ölçüt olarak Mahkeme, geri gönderileceği ülkede, kişinin hayatı ve özgürlüğünün tehlikeye düşeceği ihtimalini değerlendirirken, ilgilinin ülkede karşı karşıya kaldığı tehlikeyi ispat etmesini müteakip, ülke açısından bir inceleme yapmaktadırlar. Bu incelemede ulusal ve uluslararası birçok yayım dikkate alınarak belli durumlarda mahkemelerin kişinin gönderileceği ülke hakkında bölgesel olarak inceleme yaptığı göze çarpmaktadır. Örneğin, Irak ile ilgili olarak bazı kararlarda mahkemeler, Irak'ın belirli bölgelerinin güvenli olduğunu belirtmekte ve ilgilinin güvenli olduğu tespit edilen bölgeye gönderilmesi durumunun, geri gönderme yasağına aykırılık teşkil etmeyeceği yönünde kararlar vermektedir⁵²⁸. Fakat bu durumda, mahkemeler kararlarında aslında ilgili ülkede güvenlik anlamında bir bütünlük bulunmadığını zımnen kabul etmektedir. Bu durum da geri gönderme yasağının mahiyetiyle bağdaşmayan bir sonuç doğurmaktadır.

Tespit edilen bir diğer aksaklık, Türk mahkemelerinin geri gönderme yasağı ile ilişkilendirilebilecek davaları, usûli eksikliklerden dolayı esasa girmeden reddetmesidir. Örneğin, GGM'de tutulan bir kişinin avukatıyla belirli sebepler gerekçe gösterilerek görüşmesinin engellenmesi durumunda avukatına vekâletname dahi verememesi, yahut ilgilinin kaçarak Türkiye'ye gelmesi hâlinde kimliğinin bulunmaması hâlinde de benzer problemler yaşanmaktadır. Bu durumda vekâletname olmaksızın açılan dava, şekli eksiklikler sebebiyle usûlden reddedilmekte, ilgili, davada esas ile alakalı taleplerini dahi öne sürememektedir⁵²⁹. Bu da ilgilinin haklı olduğu iddiasını öne sürememesine; hak kaybına uğramasına yol açabilmektedir.

⁵²⁸ Örnek için bkz.: *A.A ve A.A. Başvurusu*.

⁵²⁹ Örnek olarak bkz. Adana 1. İdare Mahkemesi, E.20,16/40, K.2016/144, K.T.: 19.02.2016; Başvuru Numarası: 2015/10697, *Muhammaod Alhowees Başvurusu*, K.T.: 08.05.2019.

Tüm bu hususlar doğrultusunda, Türk Yabancılar Hukuku ve AİHM içtihadının gerek mevzuat, gerek uygulama açısından birtakım farklılıklar içerdiği, bu farklılıkların AİHM tarafından ihlâl kararları verilmesine sebep olduğu tespit edilmiştir⁵³⁰.



⁵³⁰ *A. And K. v. Turkey, F. et al. v. Turkey, A.G. and Others v. Turkey, Khadjawi v. Turkey, G.H.H. and Others v. Turkey, Mamatkulov and Askarov v. Turkey, Müslim v. Turkey, D. and Others v. Turkey, Roza Taleghani and Others v. Turkey, Anvar Mohammadi v. Turkey, N.M. v. Turkey, Alipour and Hosseinzadagn v. Turkey, Tehrani and Others v. Turkey, Charahili v. Turkey, Z.N.S. v. Turkey, Dbouba v. Turkey, Alipour and Hosseinzadgan v. Turkey, Musaev v. Turkey, Aliyev v. Turkey, Alimov v. Turkey, Erkenov v. Turkey, Babajanov v. Turkey, Amerkhanov v. Turkey, Batyrkhairov v. Turkey.*

SONUÇ

Bu çalışmada, Türk Yabancılar Hukukunun getirdiği yeni sistemde geri gönderme yasağının kapsamı, AİHM ve İnsan Hakları Komitesi İçtihadı ile karşılaştırılarak ortaya koyulmaya çalışılmıştır.

Türk Yabancılar Hukukunun, geri gönderme yasağı açısından 1951 Sözleşmesi ile getirilen düzenden bazı noktalarda ayrıldığını çalışmamızda tespit ettik. Bu doğrultuda tespit edilen mevzuat ve uygulamadan kaynaklanan bu farklılıkların, AİHM önünde ihlâl kararlarına gerekçe gösterilmesi sebebiyle giderilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Mevzuattan kaynaklanan ilk farklılık, Türk Yabancılar Hukukunda, 1951 Sözleşmesinde benimsenen istisnaların öngörülmediğidir. 1951 Sözleşmesinde geri gönderme yasağına ilişkin getirilen istisnalar, çalışmada ele alındığı üzere yorumlanması oldukça zor olan, geniş kapsamlı istisnalardır. Bu nedenle, istisnaların uygulanması oldukça güç olmakta ve kişi açısından olumsuz sonuçlara yol açmaktadır. Bu durumda, geri gönderme yasağının insani karakteri göz önünde bulundurulduğunda Türk Yabancılar Hukukunun benimsediği sistemin daha doğru olduğu görüşündeyiz.

Çalışmamızda tespit ettiğimiz farklılıklardan bir diğeri, yasak kapsamında aranan risk düzeyinin farklılığıdır. AİHS, 3. madde dolayısıyla “*gerçek bir riskin*” tespitini ararken, YUKK, kesin olarak bir riske maruz kalınmasını, hatta kişinin bizzat onur kırıcı muameleye uğraması veya cezaya çarptırılmasını aramaktadır. Bu durumda, Türk mahkemelerinin verdiği kararlar hakkında AİHM, ihlâl kararı vermektedir. Bu durumun önlenmesi için Türk mahkemelerinin de AİHM içtihadı doğrultusunda gerçek bir riskin varlığını, risk düzeyi açısından yeterli görmesi gerekir.

Bu doğrultuda, Türk Yabancılar Hukuku mevzuatının bu yönde değiştirilmesi gerektiği görüşündeyiz.

Tespit edilen bir diğer farklılık, ispata yöneliktir. YUKK'un Uygulanmasına İlişkin Yönetmelikte düzenlendiği üzere ispat yükünün başvuru makamında bulunması geri gönderme yasağının mahiyeti açısından daha uygun düşmektedir. Zira hakkında sınır dışı etme veya iade kararı alınan yabancıнын, geri gönderileceği ülkede kötü muameleye uğrama veya özgürlüğünden mahrum kalma riski mevcutsa, bu riski ortaya koyacağı bilgi ve belgelere erişimi kolay olmayacaktır. Bu durumda geri gönderme yasağının amacına da uygun olarak, geri gönderildiği takdirde mağdur olacak kişinin değil; başvuru makamının bu riski ortaya koyması daha doğru olacaktır. Fakat, ispat külfetiyle ilgili düzenlemenin yönetmelik ile yapılmasının hukuk tekniği açısından hatalı olduğu görüşündeyiz. Bu sebeple, Yönetmelik ile öngörülen ispat külfetinin YUKK'nda yapılacak bir değişiklikle kanun hükmü olarak değiştirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Tüm bu hususlara ek olarak, YUKK'da öngörülen GGM sistemi, her ne kadar çağdaş ve insan onuruyla bağdaşan bir rejim olsa da, uygulamada, YUKK ile getirilen sisteme uyulmaması sonucunda, AİHM tarafından ihlâl kararları verilmektedir. Bu durumun önlenmesi için ilgililere YUKK ile sağlanan hakların temin edilmesi ve GGM'lerdeki koşulların daha da iyileştirilmesi gerekmektedir. Böylelikle kişiler, geri gönderme yasağı kapsamında korunan haklara erişebileceklerdir.

Uygulamadaki genel aksaklıkların giderilmesi için ise kişinin terör ile bağlantılı yabancı statüsünde bulunması hâlinde şahsi incelemenin mutlaka yapılması gerekmektedir. Risk tespitin, kişinin gönderileceği ülkenin fiili olarak bölümlere ayrılarak yapılmasının yasak kapsamında korumanın sağlanması açısından yetersiz

olduğu kanaatindeyiz. Bu nedenle, risk tespitiinin kişinin gönderileceğı ülkenin bütünü ele alınarak yapılması gerekmektedir. Son olarak, mahkemelerin, zor durumda olan yabancılar açısından değerlendirme yaparken şekli eksiklikler sebebiyle davaları usulden reddetmemesi, mutlaka davayı esastan incelemesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Geri gönderme yasağı ulusal hukuklarda ve uluslararası hukukta düzenlenmiş temel bir ilkedir. Bu yasak, mevzuatta düzenlendiğı üzere, sadece yaşam ve özgürlük hakkını korumakla kalmaz, koruma alanı bu haklara eşlik eden diğer maddi ve şekli insan haklarına da sirayet eder. İnsan hakları karakterli bir yasak olması ve geniş bir kabule mazhar olması sebebiyle *jus cogens* niteliğı kazanmış ve tüm yabancılar uygulanır kılınmıştır. Sonuç olarak, geri gönderme yasağının adeta bir şekli hukuk kuralı hline geldiğı, ulusal ve uluslararası düzenlemelerde ismen zikredilmese de her zaman uygulanır kılındığı, bu çerçevede, Türk Yabancılar Hukukunda da yabancılar bakımından öngörülen bu korumanın, mevzuatın belli açılardan değiştirilmesi ve uygulamanın iyileştirilmesiyle uluslararası hukukta yabancılar getirilen koruma ile aynı düzeye ulaşacağı kanaatindeyiz.

Kaynakça

- Akın, F.:** “İkinci Dünya Savaşı Sonrası Yenidünya Düzeni ve Türkiye”, İş ve Hayat Dergisi, 56.
- Anayurt, Ö.:** Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004.
- Asar, A.:** Yabancılar Hukuku, Seçkin Yayınları, 4. Baskı, Ankara, 2018.
- Avrupa Konseyi,** ‘The Hague Programme: Strengthening Freedom, Security and Justice in the European Union’, OJ 2005 No. C53.
- Avrupa Konseyi,** ‘The Stockholm Programme – An Open and Secure Europe Serving and Protecting the Citizens’, 2 Aralık 2009, OJ 2010 No. C115.
- Aybay, R.:** Yabancılar Hukuku, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 3. Bası, İstanbul, 2010.
- Aybay, R.:** “İnsan Hakları Evrensel Bildirisi ve Türkiye”, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 1. Baskı, 2016.
- Bayata Canyaş, F.A.:** “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Kapsamındaki Geri Gönderme Yasağının Uygulanma Koşullarının AİHM Kararları Çerçevesinde İrdelenmesi”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 5(1) 2015, 73-90.
- Bayraktaroğlu Özçelik, G.:** “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Yabancıların Türkiye’den Sınırdışı Edilmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2013(108).
- Bertan Tokuzlu, L.:** Non-Refoulement Principle in a Changing European Legal Environment with Particular Emphasis on Turkey, A Candidate Country at The External Borders of The EU, T.C. Marmara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Enstitüsü Avrupa Birliği Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul, 2006.
- Birleşmiş Milletler Sosyal İşler Dairesi Başkanlığı,** “‘A Study of Statelessness,’” BM Bel., E/1112, 1 Şubat 1949.
- BM Genel Kurul,** “Declaration on Territorial Asylum”, A/RES/2312(XXII).
- Bruin, R./Wouters, K.:** “Terrorism and the Non-derogability of Non-refoulement”, International Journal of Refugee Law ,2003, 15 (1).
- Carlier, V.:** “Who is a refugee?”, Brill, 1997.
- Clayton, G.:** Textbook on Immigration and Asylum Law, Oxford University Press, 2004.

- Clayton, G.:** “Asylum Seekers in Europe: M.S.S. v. Belgium and Greece”, Human Rights Law Review, Cilt:11, Sayı:4, 2001.
- Çelikel, A./Gelgel Ö.G.:** Yabancılar Hukuku, Inkılâp Kitabevi Yayınları, 24. Bası, İstanbul, Aralık 2018.
- Çınar, A. R.:** “Hükmün Konusu ve Eylemi (Fiili) Değerlendirmede Mahkemenin Yetkisi”, TBB Dergisi, Sayı 84, 2009.
- Çiçekli, B.:** Yabancılar ve Mülteci Hukuku, Seçkin Yayınları, 6. Baskı, Nisan 2016, Ankara.
- Doğan, V.:** Türk Yabancılar Hukuku, Savaş Yayınevi, 3. Baskı, Ankara, Ekim 2018.
- Edwards, A.:** Temporary Protection, Derogation and 1951 Refugee Convention, Melbourne Journal of International Law, Cilt 13, 2012, (1-41).
- Ekşi, N.:** “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Sığınmacı ve Mültecilerin Türkiye’den Sınırdışı Edilmelerini Engelleyen Haller” (AİHM’de Sığınmacı ve Mülteciler), İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 82, Sayı 2008/6.
- Ekşi, N.:** “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 6. Maddesinin Yabancıların Sınırdışı Edilmesine Uygulanıp Uygulanmayacağı Sorunu (AİHS Madde 6)”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Y. 29, S.1-2, 2009.
- Ekşi, N./Çiçekli, B.:** Yabancılar ve Mülteci Hukukuna İlişkin Danıştay 10. Daire Kararları, İstanbul, 2012.
- Ekşi, N.:** Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku (Yabancılar Hukuku), 1. B., Beta, İstanbul, 2014.
- European Union Agency for Fundamental Rights& Council of Europe:** Handbook on European Law relating to Asylum, Borders and Immigration, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2014.
- Ergül, E.:** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku’nda Sınır Dışı Etme, Geri Gönderme ve Geri Verme, Yargı Yayınevi, Ankara, 2012.
- Erten, R.:** “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2015, C. XIX, S. 1, (3-51).
- Farmer, A.:** “Non-refoulement and Jus cogens: Limiting Anti-Terror Measures that Threaten Refugee Protection”, Georgetown Immigration Law Journal, 2009.
- Goodwin-Gill/ G.S./ Mcadam, J.:** The Refugee In International Law, OXFORD University University Press, s. 901 New York, 2007.
- Goodwin-Gill, G.S.:** “Non-Refoulement and the New Asylum Seekers”, Virginia Journal of International Law, Volume 26/4, Summer 1986, 1985-86, (897-918).

- Gorlick, B.:** “The Convention and The Comitee Against Torture: A Complementary Protection Regime for Refugees”, International Journal of Refugee Law Vol 11 No:3, Oxford University Press, 1999.
- Göçmen, İ.:** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Avrupa Birliği ve Türkiye Göç Hukuku, Seçkin Hukuk, Mart 2015.
- Gölcüklü, F./ Gözübüyük, Ş.:** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Uygulaması, 11. Bası, Ankara, Ocak 2016.
- Gözler, K.:** Türk Anayasa Hukuku, İkinci Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2018.
- Grahl-Madsen, A.:** Commentary on the Refugee Convention 1951, 1962-63, UNHCR.
- Hailbrunner, K.:** “Non-Refoulement and Humanitarian Refugees: Customary International Law or Wishful Legal Thinking?”, Virginia Journal of International Law, Volume 26/4, Summer 1986, 1985-86, (857- 896).
- Harris, D./O’boyle, M./ Warbrick, C.:** Law of the European Convention on Human Rights, Oxford University Press, 4th Edition, 2018.
- Hathaway, J.C.:** “Fear of of Persecution and the Law of Humanitarian Law (Fear of Persecution)”, Bullettin of Human Rights, 91/1, United Nations, New York, 1992.
- Hathaway, J.C.:** The Law of Refugee Status, Toronto & Vancouver; Butterworths, 1991.
- Hathaway, J.C.:** “The Evolution of the Refugee Rights Regime (Right of Refugees)” The Rights of Refugees under International Law, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.
- Holm, I.:** “Non-Refoulement and National Security”, Lund Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, 2015, s. 25.
- Kalabalık, K.:** İnsan Hakları Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.
- Kay, R.S.:** “The European Human Rights System as a Sytem of Law”, Colombia Journal of European Law, Cilt 6, 2000.
- Kelsen, H.:** General Theory of Law and State, 1939.
- Kirişçi, K.:** “Zorunlu Göç ve Türkiye”, Sığınmacı, Mülteci ve Göç Konularına İlişkin Türkiye’deki Yargı Kararları, Ankara: BMMYK ve Boğaziçi Üniversitesi Vakfı (s. 57-62).
- Korkut, L.:** “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Devletlerin Sığınmacıları Sınırdışı Etme Egemen Yetkisine Etkisi: Türkiye Örneği”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 66, S. 4, 2008, (20-35).

- Kunter, N.:** Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi, Kazancı Matbaacılık Sanayii, 7. Bası, İstanbul.
- Lambert, H.:** “The European Convention on Human Rights and The Protection of Refugees: Limits and Opportunities”, Refugee Survey Quarterly, 24(2005)2.
- Lauterpacht, S.E/ Bethlehem, D.:** “The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement: Opinion.” Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection”, edited by Erika Feller et al., Cambridge University Press, Cambridge, 2003.
- Madsen, A.G.:** The Status of Refugees in International Law, Leiden, 1966.
- Matthew, A.:** “Govenence and Prima Facie Status Determination: Clarifying the Boundaries of Temporary Protection, Group Determination, and Mass Influx,”, Refugee Survey Quarterly, Clt 29, Yıl 2010, Sayı 1, (69-91).
- May, L.:** “Non-refoulement and rendition: In Global Justice and Due Process”, Cambridge Cambridge University Press, 2010 (s. 164-183).
- Moreno-Lax, V.:** “Accessing Asylum in Europe Extraterritorial Border Controls and Refugee Rights under EU Law”, Oxford Studies In Eurpean Law, Oxford University Press, United Kingdom, 2017.
- Mole, N./Harby, C.:** The Right to a Fair Trial, Council of Europe Human Right Handbook No: 3 2nd Edition, 2006.
- Mungianu, R.:** “The EU, Frontex and Non-Refoulement. In Frontex and Non-Refoulement: The International Responsibility of the EU”, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, s. 1; European Council, Tampere 15 and 16 October 1999, 16/10/1999, No. 200/1/99.
- Özkan, I.:** Göç, İltica ve Sığınma Hukuku, Seçkin Yayınları, Mart, 2013, Ankara.
- Öztürk, N.Ö.:** Mültecinin Hukuki Statüsünün Belirlenmesi, Seçkin /Hukuk, Ankara, Ekim, 2015.
- Rainey, B./ Wicks, E. /Ovey, C.:** “Jacobs, White, and Ovey, The European Convention on Human Rights”, Oxford University Press, 7th Edition, 2017.
- Patrick, A.:** “Article 13 to Right to an Effective Remedy, Human Rights Practica”, Editors Jusica Simor, Ben Emmerson, Sweet&Maxwell, London, 2007.
- Provost, R.:** International Human Rights and Humanitarian Law, Cambridge 2002.
- Saraç, T.:** Büyük Fransızca Türkçe Sözlük, Adam Yayınları, Kasım 1990.
- Steiner, H.J. / Alston, P./ Goodman, R.:** International Human Rights in Context Law Politics Morals, 3rd edition, Oxford University Press, 2008.

- Sorell, T.:** “The Scope of Serious Crime and Preventive Justice”, *Criminal Justice Ethics*, 2016 Vol. 35, No. 3, 163–182.
- Tanrikulu, S.:** İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Etkili Başvuru Hakkı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.
- Turhan, F.:** “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Suçluların İadesinde Ölüm Cezası ve Avrupa İnsan Hakları Divanının Soerig Kararı”, *Yargıtay Dergisi*, Cilt:24, Sayı:1-2 Ocak-Nisan, 1998.
- Ulugöl, H.:** Suçluların Geri Verilmesi ve Siyasi Suç, Ankara, 2002.
- UNHCR,** “Guidelines on International Protection: “Membership of a particular social group” within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees”, (Membership of a particular social group), 07.05.2002.
- UNHCR,** CCPR General Comment No.35 Article 9 (Liberty and security of person) (General Comment No.35), 16 December 2014.
- UNHCR,** “The State of World’s Refugees”, Oxford University Press, New York.
- UNHCR:** “An Introduction to International Protection: protecting person of concern to UNHCR”, 01.01.2005.
- Weis, P.:** “The Refugee Convention, 1951: The Travaux préparatoires analysed with a Commentary by Dr. Paul Weis”, 1990.
- Wilde, R.:** “The “Legal Space” or “Espace Jurisdique” of European Convention on Human Rights: Is it Relevant to Extraterritorial State Action”, *European Human Rights Law Review*, 2005.
- Vitkauskas, D./Dikov, G.:** Protecting the Right to a Fair Trial under The European Convention on Human Rights, 2012.

Elektronik Kaynaklar:

<https://www.unhcr.org/publications/legal/41b041534/compilation-conclusions-adopted-executive-committee-international-protection.html>

<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0573:FIN:en:PDF>

http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_en.htm

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004L0083&from=EN>

http://www.goc.gov.tr/mobilicerik3/geri-gonderme-merkezleri_283_286_288

<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c016/tbmm22016089ss0150.pdf>

<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c016/tbmm22016089ss0150.pdf>

<https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet15rev.1en.pdf>

<https://www.refworld.org/docid/478b26ae2.html>

<https://www.refworld.org/docid/453883fb0.html>

<https://www.refworld.org/docid/453883fb11.html>

<https://www.refworld.org/pdfid/45139acfc.pdf>

<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2003/07/20030721.htm#2>

<https://www.refworld.org/docid/453883f90.html>

<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2003/07/20030721.htm#2>

<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2003/07/20030721.htm#2>

http://www.goc.gov.tr/icerik3/multecilerin-hukuki-durumuna-iliskin-sozlesme_340_341_641

https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa_2016.pdf

http://www.goc.gov.tr/icerik3/genel-gerekce_327_328_330

<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.3.5682.pdf>

<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6458.pdf>

http://www.goc.gov.tr/files/_dokuman5.pdf

<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Content/pdfkarar/2015-18582.pdf>

<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c016/tbmm22016089ss0150.pdf>

https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf

<https://www.ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf>

<https://www.refworld.org/docid/3ae6b36510.html>

https://www.oas.org/dil/1984_cartagena_declaration_on_refugees.pdf

<https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%201155/volume-1155-i-18232-english.pdf>

<http://www.un.org.tr/humanrights/tr/turkiye-ve-insan-haklari-sozlesme-organlari/bm-sarti-temelli-organlar/ozel-prosedurler>

<https://www.anayasa.gov.tr/tr/mahkeme/yapisi/genel-kurul/>

<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/07/20180709M3.pdf>

http://www.goc.gov.tr/icerik6/gecici-koruma_363_378_4713_icerik

https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc068/kanuntbmmc068/kanuntbmmc06803042.pdf

http://www.mfa.gov.tr/data/Kutuphane/yayinlar/mensuplar/Immunities_and_privileges_booklet.pdf

Kararlar

Ulusal Mahkeme Kararları:

Anayasa Mahkemesi:

Başvuru Numarası: 2013/496, *Güzel ve Güzel Başvurusu*, AYM, 2014.

Başvuru Numarası: 2013/9673, *Rıda Boudraa Başvurusu*, AYM, K.T.:21/1/2015.

Başvuru Numarası: 2014/13044, *K.A. Başvurusu*, AYM [GK], K.T.:11/11/2015

Başvuru Numarası: 2013/655, *F.A. ve M.A. Başvurusu*, AYM, K.T.: 20/1/2016.

Başvuru Numarası: 2013/1649, *A. V. ve diğerleri Başvurusu*, AYM, K.T.:20/1/2016.

Başvuru Numarası: 2013/8735, *F.K. ve diğerleri Başvurusu*, AYM, K.T.:17/2/2016.

Başvuru Numarası: 2013/8810, *T.T. Başvurusu*, AYM, K.T.:18/2/2016.

Başvuru Numarası: 2014/2841, *A.S. Başvurusu*, AYM, K.T.: 9/6/2016.

Başvuru Numarası: 2014/15824, *I.S. ve diğerleri Başvurusu*, AYM, K.T.: 22/9/2016.

Başvuru Numarası: 2014/15769, *B.T. Başvurusu*, AYM [GK], K.T.: 30/11/2017.

Başvuru Numarası: 2015/18582, *Azizjon Hikmatov Başvurusu*, AYM, K.T.: 10.05.2017.

Başvuru Numarası: 2015/3941, *A.A. ve A.A. Başvurusu*, AYM, K.T.: 01.03/.2017.

Başvuru Numarası: 2015/3941, *K.T. Başvurusu*, AYM, K.T.: 01.03.2017.

Başvuru Numarası: 2018/21171, *F.B. Başvurusu*, AYM, K.T.: 07.03.2019.

Başvuru Numarası: 2016/5604, *Yusuf Ahmed Abdelazim Elsayad Başvurusu*, K.T.: 24.05.2018.

Başvuru No: 2015/7305, *M.A. Başvurusu*, AYM, K.T.: 11.06.2018.

Başvuru Numarası: 2015/6543, *G.E. Başvurusu*, AYM, K.T.: 11.06.2018.

Başvuru Numarası: 2014/16575, *K.K. Başvurusu*, AYM, K.T.: 11.06.2018.

Başvuru Numarası: 2018/1627, *Abdullah Omar Başvurusu*, AYM, K.T.: 23.05.2018.

Başvuru Numarası: 2014/19436, *M.A. Başvurusu*, AYM, K.T.: 26.12.2018.

Başvuru Numarası: 2014/16577, *K.A. ve N.A. Başvurusu*, AYM, K.T.: 26.12.2018.

Başvuru Numarası: 2014/17572, *A.A. ve Diğerleri Başvurusu*, AYM, K.T.:07.02.2019.

Başvuru Numarası: 2018/26803, *A.E.K. Başvurusu*, AYM, K.T.:21.03.2019.

Başvuru Numarası: 2018/26567, *A.E. Başvurusu*, AYM, K.T.:20.03.2019.

Başvuru Numarası: 2016/35009, *Abdulkadir Yapıquan Başvurusu*, AYM, K.T.: 02.05.2019.

Başvuru Numarası: 2015/10697, *Muhammaod Alhowees Başvurusu*, K.T.: 08.05.2019.

İdare Mahkemeleri:

Ankara 3. İdare Mahkemesi, E.1988/544, K. 1998/1108, KT. 12.11.1998.

Ankara 3. İdare Mahkemesi, E.1998/139, K.1998/1116, K.T. 18.11.1998

Ankara 6. İdare Mahkemesi, E. 1999/659, K. 1999/826, KT. 22.09.1999.

Ankara 4. İdare Mahkemesi, E. 1999/350, K. 1999/903, KT. 05.10.1999

Ankara 8. İdare Mahkemesi, E. 2003/1185, K. 2003/1115, KT. 16.10.2003.

Ankara 4. İdare Mahkemesi, K. 2004/280, KT. 10.03.2004

Ankara 2. İdare Mahkemesi, E. 2009/420, K. 2009/1536, KT. 11.11.2009.

Danıştay:

Danıştay 10. Dairesi, E.1999/154, K.2000/2756, KT. 18.11.1998.

Danıştay 10. Dairesi, E. 1999/746, K. 2000/5403, KT. 25.10.2000.

Danıştay 10. Dairesi, E.1999/5050, K. 2001/823, KT. 14.03.2001.

Danıştay 10. Daire, E. 1999/5194, K. 2001/821, KT. 14.03.2001.

Danıştay 10 Daire: E. 2004/8769, K. 2007/2735, KT. 18.05.2007.

Danıştay 10. Daire, E. 2004/3045, K. 2007/3124, KT.30.05.2007.

Danıştay 10. Daire, E. 2010/881, K. 2010/10805, KT. 15.12.2010.

Yargıtay:

Yargıtay 1. Ceza Dairesi, E. 2006/7407, K. 2007/3049, KT. 20.04.2007.

Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E.- K. 12962/853, KT. 12.02.2007.

Diğer Kararlar:

AİHM:

European Court of Human Rights, 1994 List of Judgements and Decisions, 1990-94, December 16. 1997

European Court of Human Rights, 1994 List of Judgements and Decisions, 1996-98, February 24, 1999.

Seri A no. 23, *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen*, 1976.

Seri A no. 25, *Ireland v. the United Kingdom*, 1978.

App. 214/ 56, *De Becker v. Belgium*, AİHM, 1958.

App. 343/57, *Nielsen v. Denmark*, AİHM, 1959.

App. 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7113/75, 7136/75, *Silver and Others v. United Kingdom*, AİHM, 1983.

App. 15/1983/71/107-109, *The Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. The United Kingdom*, 1985.

App. 5029/71, *Klass and Others v. Germany*, AİHM, 1986.

App.14038/88, *Soering v The United Kingdom*, AİHM, 1989.

App. 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87, 13448/87, *Vilvarajah and Others v. The United Kingdom*, 1991.

App. 14401/88, *A. And K. v. Turkey*, AİHM, 1991.

App. 13624/88, *F. et al. v. Turkey*, AİHM, 1991.

App. 22742/93, *Aylor-Davis V. France*, AİHM,1994.

App. 22414/93, *Chacal v. United Kingdom*, AİHM-Grand Chamber, 1996.

App. 24573/94, *H.L.R. v. France*, AİHM, Grand Chamber, 1997.

App. 145/1996/764/965, *Bahaddar v. The Netherlands*, Opinion of the Commission, 1998.

App. 40229/98, *A.G. and Others v. Turkey*, AİHM, 1999.

App. 23657/94, *Çakıcı v. Turkey*, AİHM, 1999.

App. 52239/ 99, *Khadjawi v. Turkey*, AİHM, 2000.

App.43258/98, *G.H.H. and Others v. Turkey*, AİHM, 2000.

App. 39652/98, *Maaouia v. France Kararı*, AİHM-Grand Chamber, 2000.

App. 32357/96, *Sevtap Veznedaroğlu v. Turkey*, AİHM, 2000.

App. 43844/98, *T.I. v. The United Kingdom*, AİHM, 2000.

App. 30210/96, *Kudla v. Poland*, AİHM- Grand Chamber, 2000.

App. 40035/98, *Jabari v. Türkiye* AİHM, 2000.

App. 58128/00, *Ismaili v. Germany*, AİHM, 2001.

App. 44190/98, *Nivette v. France*, AİHM, 2001.

App. 40907/98, *Duogoz v. Greece*, AİHM, 2001.

App. 29392/95, *Z. And Others v. United Kingdom*, AİHM- Grand Chamber, 2001.

App. 47095/99, *Kalashnikov v. Russia*, AİHM, 2002.

App. 62806/00, *S.R. v. Sweden*, AİHM, 2002.

App. 46765/99, *M.T. and Others v. Turkey*, AİHM, 2002.

App. 45279/99, *A.E. and Others v. Turkey*, AİHM, 2002.

App. 51564/99, *Conka v. Belgium Kararı*, AİHM, 2002.

App. 17837/03, *Tomic v. The United Kingdom*, AİHM, 2003.

App. 50389/99, *Doran v. Ireland*, AİHM, 2003.

App. 70276/01, *Gusinskiy v. Russia*, AİHM, 2004.

App. 48787/99, *Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia*, AİHM [GC], 2004.

App. 13284/ 04, *Bader and Kanbor v. Sweden*, AİHM, 2005.

App. 57/03, *Al-Shari and Others v. Italy*, AİHM, 2005.

App. 46827/99, 46951/99, *Mamatkulov and Askarov v. Turkey*, AİHM (Grand Chamber), 2005.

App. 20420/02, *Mogos v. Romania*, AİHM, 2005.

App. 9808/02, *Stoichkov v. Bulgaria*, AİHM, 2005.

App. 53566/99, *Müslim v. Turkey*, AİHM, 2005.

App. 36378/02, *Chamaiev and Others v. Russia and Georgia*, AİHM, 2005.

App. 61603/00, *Stork v. Germany*, AİHM- Grand Chamber, 2005.

App. 14139/03, *Bolat v. Russia*, AİHM, 2006.

App. 10337, *Lupsa v. Romania*, AİHM, 2006.

App. 24245/03, *D. and Others v. Turkey*, AİHM, 2006.

App. 34202/07, *Roza Taleghani and Others v. Turkey*, AİHM, 2007.

App. 3373/06, *Anvar Mohammadi v. Turkey*, AİHM, 2007.

App. 38411/02, *Garabayev v. Russia*, AİHM, 2007.

App. 25389/05, *Gebremedhin v. France*, AİHM, 2007.

App. 13161/87, 13164/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87, 13448/87, *Vilvarajah v. the United Kingdom*, AİHM, 2007.

App. 37913/05, *Hakizmana v. Sweden*, AİHM, 2008.

App. 42175/05, *N.M. v. Turkey*, AİHM, 2008.

App. 37201/06, *Saadi v. Italy*, AİHM, Grand Chamber, 2008.

App. 29787/03, 29810/03, *Riad and Idiab v. Belgium*, AİHM, 2008.

App. 1365/07, *C.G. and Others v. Bulgaria*, AİHM, 2008.

App. 8256/07, *Tabesh v. Greece*, AİHM, 2009.

App. 8256/07, *S.D. v. Greece*, AİHM, 2009.

App. 43707/ 07, *Koktysh v. Ukraine*, AİHM, 2009.

App. 41015/04, *Kaboulo v. Ukraine*, AİHM, 2009

App. 2512/04, *Nolan and K. v. Russia*, AİHM, 2009.

App. 3455/05, *A. and Others v. United Kingdom*, AİHM, 2009.

App 61498/08, *Al-Saadoon and Mufdi v. The United Kingdom*, AİHM, 2010.

App. 6909/08, 28960/08, *Alipour and Hosseinzadagn v. Turkey*, AİHM, 2010.

App. 32940/ 08, 41626/08, 43616/08, *Tehrani and Others v. Turkey*, AİHM, 2010.

App. 12186/08, *A.A. v. Greece*, AİHM, 2010.

App. 46605/07, *Charahili v. Turkey*, AİHM, 2010.

App. 21896/08, *Z.N.S. v. Turkey*, AİHM, 2010.

App. 15916/09, *Dbouba v. Turkey*, AİHM, 2010.

App. 6909/08, 28960/08, *Alipour and Hosseinzadgan v. Turkey*, AİHM, 2010.

App. 60846/10, *Nowak v. Ukraine*, AİHM, 2011.

App. 52207/99, *Bankovic and Others v. Belgium*, AİHM, Grand Chamber, 2011.

App. 30696/09, *MSS v. Belgium and Greece*, AİHM, 2011.

App. 8687/08, *Rahimi v. Greece*, AİHM, 2011.

App. 47039/11, 358/12, *Hristozov and Others v. Bulgaria*, AİHM, 2012.

App. 8139/09, *Othman (Abu Qatada) v. The United Kingdom*, AİHM, 2012.

App. 27765/09, *Hirsi Jamaa and Others v. Italy Kararı*, AİHM (Grand Chamber), 2012.

App. 9152/09, *I.M. v. France*, AİHM, 2012.

App. 33210/11, *Singh and Others v. Belgium*, AİHM, 2012.

App. 50520/09, *Ahmade v. Greece*, AİHM, 2012.

App. 41872/10, *M.A. v. Cyprus*, AİHM, 2013.

App. 56688/12, *Chankayev v. Azerbaijan*, AİHM, 2013.

App. 53608/11, *B.M. v. Greece*, AİHM, 2013.

App. 31535/09, *Gorbulya v. Russia*, AİHM, 2014.

App. 72754/11, *Musaev v. Turkey*, AİHM, 2014.

App. 30518/11, *Aliyev v. Turkey*, AİHM, 2014.

App. 72710/11, *Yarashonen v. Turkey*, AİHM, 2014.

App. 14344/13, *Alimov v. Turkey*, AİHM, 2016.

App. 18152/11, *Erkenov v. Turkey*, AİHM, 2016.
App. 49867/08, *Babajanov v. Turkey*, AİHM, 2016.
App. 16026/12, *Amerkhanov v. Turkey*, AİHM, 2018.
App. 69929/12, *Batyrkhairov v. Turkey*, AİHM, 2018

İnsan Hakları Komitesi:

CCPR/C/118/D/2204/2012, *J.D. v. Denmark*.
CCPR/C/115/D/2474/2014, *X. v. Norway*.
CCPR/C/103/D/1833/2008, *A.A. v. Denmark*.
CCPR/C/110/D/2007/2010, *X v. Denmark*.
CCPR/C/103/D/1833/2008, *X. v. Sweden*.
CCPR/C/114/D/2393/2014, *K. v. Denmark*.
CCPR/C/118/D/2195/2012, *Ch.H. O v. Canada*.
CCPR/C/121/D/2612/2015, *A.S.G.M v. Denmark*.
CCPR/C/117/D/2464/2014, *A.A.S. v. Denmark*.
CCPR/C/114/D/2393/2014, *K. v. Denmark*.
CCPR/C/113/D/2272/2013, *P.T. v. Denmark*.
CCPR/C/110/D/2007/2010, *X. v. Denmark*.
CCPR/C/103/D/1833/2008, *X. v. Sweden*.
CCPR/C/CZE/CO/2, 2007, *Czech Republic*
CCPR/C/KOR/CO/3, 2006, *Republic of Korea*.
CCPR/C/MEX/CO/5, 2010, *Mexico*.
CCPR/C/83/D/1134/2002, *Gorji-Dinka v. Cameroon*.
CCPR/C/GBR/CO/6, 2008, *United Kingdom*.
CCPR/C/66/D/754/1997, *A. v. New Zealand*.
CCPR/C/MDA/CO/2, *Republic of Moldova*.
CCPR/CO/81/BEL, 2004, *Belgium*.

CCPR/C/13/D/52/1979, *Saldías de López v. Uruguay*.

CCPR/C/119/D/2473/2014, *A.H.S. v. Denmark*.

CCPR/C/121/D/2471/2014, *Merhdad Mohammad Jamshidian v. Belarus*.

CCPR/C/OP/1, *Maroufidou v. Sweden*.

CCPR/C/116/D/2357/2014, *A. v. Denmark*.

CCPR/C/117/D/2415/2014, *A.A.M. v. Denmark*.

CCPR/C/112/D/2186/2012, *Mr. X and Ms. X v. Denmark*.

No. 1494/2006, *A.C. et al. v. Netherlands*, 22.07.2008.

CCPR/C/89/D/1234/2003, *P.K. v. Canada*.

CCPR/C/110/D/2007/2010, *J.J.M. v. Denmark*.

CCPR/C/117/D/2415/2014, *A.M.M. v. Denmark*.

CCPR/C/117/D/2291/2013, *A and B v. Denmark*.

CCPR/C/114/D/2288/2013, *Omo-Amenaghawon v. Denmark*.

Diğer:

Avrupa Konseyi, Tampere 15-16 Ekim 1999, 16/10/1999, No. 200/1/99.

Avrupa Konseyi, Laeken, 14-15 Aralık 2001, 14/12/2001, No. 300/1/01.

Avrupa Konseyi, Seville, 21-22 Haziran 2002, 24/10/2012, No. 13463/02.

Avrupa Konseyi, Thessaloniki, 19-20 Haziran 2003, 1/10/2003, No. 11638/03.

“Report of the Eighth Session of the Asian-African Legal Consultative Committee”, Bangkok, 8-17 Ağustos 1966.

Ad Hoc Committee on Statelessness and Related Problems (1st Session), “Summary Record of The 20th Meeting” (1 Şubat 1950) UN Doc. E/Ac.32.SR/20 (Sir. Leslie Bras Unite Kingdom).

UNHCR, “The Principal of Non-Refoulement as a Norm of Customary International Law”, 31 Ocak 1994.

UNHCR, Global Consultation on International Protection of Refugees in Mass Influx Situation: Overall Protection Framework, UN Doc/EC/GC/01/4, 19 Şubat 2001.

BMMYK, “Mülteci Statüsünün Belirlenmesinde Uygulanacak Ölçütler ve Usuller Hakkında Elkitabı”, 1998.

BM İcra Komitesi Kararları

Karar No: 22 (XXXII) 1981, (A/AC.96/601)

Karar No: 15 (XXX) 1979, (A/AC.96/572)

Karar No: 52 1988, (A/AC.96/721)

Karar No: 80 (XLVII) 1996, (A/AC.96/878)

Karar No: 85 (XLIX) 1998, (A/AC.96/911)

Karar No: 89 (LI) 2000, (A/AC.96/601).

Karar No: 6 (XXVIII), 1977

Karar No: 79 (XLVII) 1997

Karar No: 82 (XLVII) 1997