Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Devletlerin Sığınmacıları Sınırdışı Etme Egemen Yetkisine Etkisi: Türkiye Örneği*

Levent Korkut**

ÖZET

Klasik egemenlik kuramında devletlerin mutlak yetki alanlarından birini yabancılar ile ilgili işlemler oluşturur. Yabancıların ülke içine girişleri, kalışları ve çıkışları konusunda devletler mutlak sayılabilecek yetkilere sahiptir. Vatandaşlık bağı bulunan devletin ülkesini terk ederek bir başka devletin korumasından yararlanmak isteyen sığınmacılar da hukukta yabancılar kategorisine dahil edilirler. Durum bu olmakla birlikte mülteci ve sığınmacılar bakımından 20. yüzyılda uluslararası hukuk alanında devletlerin egemenlik yetkilerini sınırlandıran düzenlemeler yapılmıştır. Bu makalede önce uluslararası hukuk alanındaki düzenlemeler ele alınacak daha sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararları temelinde devletlerin egemenlikten kaynaklanan yetkilerinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ile nasıl sınırlandırıldığı mahkemenin Türkiye ile ilgili kararları temel alınarak örneklenecek, kararların sığınmacı ve mültecilerin ulusal hukuki rejimine etkisi değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: *Egemenlik, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yabancılar, sığınmacılar, Türkiye.*

The Impact of Decisions of the European Court of Human Rights on the State's Sovereign Power to Expel Asylum Seekers: The Case of Turkey

ABSTRACT

According to classic sovereignty theory states have almost absolute powers on aliens. They have no equal rights with citizens. A key attribute of national sovereignty is the right of states to admit or exclude aliens from their territory. Asylum seekers, persons who are outside of their country of origin and who have well founded fear of persecution because of their race, nationality, membership of a particular social group or political opinion, constitute a special group in aliens. International law has restricted sovereign powers of states on asylum seekers since early 1950. In this article, after focusing on rights of asylum seekers and refugees in international law, the restrictions of sovereign powers of the states by the decisions of European Court of Human Rights in the field of expulsion of asylum seekers will be exemplified by the Court's decisions on Turkey and the impact of these decision on Turkish domestic law will be analyzed.

Keywords: *Sovereignty, European Court of Human Rights, aliens, asylum seekers, Turkey.*

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.

** Dr., Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı Öğretim Görevlisi.

1. Hukuk ve Egemenlik

Kendisine atfedilen anlamlarla birlikte düşün yaşamında dolaşıma girdiği ve modern devletin kurucu unsuru olarak kabul edildiği dönemden itibaren yaklaşık dört yüzyıllık bir geçmişe sahip olan egemenlik kavramı, geçen süre içinde içeriğini değiştirmiş, yeni anlam içerikleri kazanmış, öte yandan da eski anlam içeriklerinin bazılarını terk etmiş bazılarını ise bir kalıntı olarak korumuştur. Bodin'den günümüze modern devletin üç aşamadan geçtiği ileri sürülebilir. Bunlardan ilki, modern devletin ortaçağ devlet anlayışının etkisi altında kaldığı dönemdir. Kişi-merkezli egemenlik anlayışı ve egemenliğin Bodin tarafından belirlenen nitelikleri, özünde Hıristiyan teolojisinden hareket eden ortaçağ Avrupa'sına hakim olan siyaset ve hukuk kuramına dayanır. Modern devletin ikinci döneminde, en önemli özelliği olan sürekli, kişidışı kurumlar ortaya çıkmıştır. Bu kurumların gelişmesine izin veren yapı ise ulus devlettir. Ulus devletin kurumlarının pekişmesi ortaçağ ile olan bağların da kopmasına neden olmuştur. Bu dönemde iç hukuk sistemlerinde kişi dışı egemenlik anlayışı yerleşmeye başlamıştır. İlk yazılı anayasaların ortaya çıkmasından sonra özellikle iç ve dış egemenlik arasındaki ayrım dikkati çekmektedir. Anayasacılık hareketi ile iç hukuk sistemlerinde kişi-merkezli egemenlik öğretisinden uzaklaşılırken, dış egemenlik bakımından on dokuzuncu yüzyıla kadar önemli bir gelişme kaydedilmemiştir. Modern devletin son aşaması, devletlerin uluslararası alanda örgütlenmeye başladığı on dokuzuncu yüzyıl ile başlar, ancak bu alandaki asıl gelişmeler 1945 sonrasında görülmeye başlamıştır. Günümüzde, siyaset kuramı ve kamu hukuku alanında uluslararası düzeyde kozmopolit ve federalist yaklaşımlar ortaya çıkmaktadır. Bu gelişmeler, önümüzdeki dönemde iç hukuk sisteminde anayasal demokrasiyi inşa eden modern devletin en çok tartışılacak yönünün dış egemenlik ve uluslararası hukuk olacağına işaret etmektedir.

Modern devletin geçirdiği evrim hukuk genel kuramını da etkilemiştir. Klasik egemenlik kuramına yönelik ilk tepkiler, liberal anayasa hukuku öğretisinin öncülerinden, doğal hukuka dayalı bireysel hak ve özgürlükler, sınırlı devlet ve modern kuvvetler ayrılığı kuramlarının kurucusu Locke ve kuvvetler ayrılığı kuramcısı Montesquieu'dan gelmiştir. Bu yazarların eserleri ulusal hukuk düzeni çerçevesinde devlet iktidarını hukukla sınırlamaya yönelmiştir. On dokuzuncu yüzyılın sonu ve yirminci yüzyılın başında Duguit, Jellinek, Horroiu, Krabbe gibi hukuk düşünürleri klasik egemenlik kuramını reddeden, eleştiren ya da yeniden anlamaya çalışan eserler vermişlerdir. Bu çalışmaların ağırlık noktasını da ulusal hukuk sistemleri oluşturur ve egemenliğin dış boyutuna ilişkin yeni bir kuramsal açılım getirmekten uzaktır. Norm yerine hukuk sisteminden hareketle genel hukuk öğretisini kuran Hans Kelsen uluslararası hukukun devletlerin egemenliklerini sınırlayan bir hukuk dalı olduğunu kabul eder. Kelsen'in tekçi hukuk yaklaşımı, ulusüstü tüm hukuk rejimlerine uygulanabilecek bir pozitif hukuk öğretisidir.

Günümüz hukuki pozitivizmi devlet ile hukuk düzenini bütünleştiren bir kuramdan hareket eder. Hukuk düzeni devletin kendisidir, aralarında bir fark yoktur. Siyasi bir organizasyon olan devlet görece merkezileşmiş bir hukuk düzenidir (Kelsen 1967) . Egemenliğin devletin asli unsurlarından biri olduğunu söylemek, devletin üstün 'otorite' olduğunu söylemekle eş anlamlıdır. Otorite, uyulması zorunlu buyruk verme gücü ya da hakkı olarak tanımlanabilir. Otorite sahibi bir birey, buyruk verme hakkına da sahiptir. Bir bireye böyle bir hak ya da güç ancak normatif düzen tarafından aktarılabilir. Bu nedenle otoritenin temelinde normatif düzen vardır (Kelsen 1999).

Sadece normatif düzen egemen olabilir. Yani sadece normatif düzen üstün otoriteye sahiptir. Bir bireye tanınan otoritenin sonucu olan buyruk verme hakkının ve diğer bireylerin bu buyruğa uyma yükümlülüğünün meşruluğunu belirlemenin nihai ölçüsü normatif düzendir. Salt doğal bir olgu olan fiziki güç ise hiçbir şekilde egemen olamaz. Fiziki gücün egemenliğini kabul edebilmemiz için onu hukuk düzeninin ilk nedeni olarak ele almamız gerekir. Ancak doğada nedensel ilişkiler zinciri içinde böyle bir ilk nedenin belirlenmesi olanaklı değildir. Çünkü her neden başka nedenin sonucudur. Eğer doğal gerçeklikte ilk nedenden bahsedemiyorsak egemenlik de bir ilk neden olarak görülemez (Kelsen 1999).

Bir devletin egemenliği, ulusal hukuk düzeninin üstün olması ve onun üzerinde hiçbir otoritenin bulun-

maması anlamına gelir. Ulusal hukuk düzeni üzerinde üstünlüğü ileri sürülebilecek tek düzen ise uluslararası hukuk düzenidir. Uluslararası hukuk düzeninin üstünlüğü, ulusal hukuk düzeninin meşruluğunu bu düzenden alması anlamına gelir. Bununla birlikte bir hukuk düzeni ile bir diğeri arasındaki ilişki doğal nesnelerin aralarındaki ilişki gibi algılanamaz. Diğer bir deyişle, her iki hukuk düzeninin içeriğine bakarak birinin diğerine üstün olup olmadığı tespit edilemez. Bu nedenle uluslararası hukukun üstün olup olmadığı sorununun çözümü, her iki düzen arasındaki ilişkinin nasıl kurulduğuna bağlıdır.

İkici yaklaşım hukukun tekliği fikrini reddettiğinden iki ayrı hukuk düzeni arasında bir altlık üstlük ilişkisi kurulamayacağını savunur. Her iki hukuk kendi alanında geçerlilik taşır ve uluslararası hukuk ancak devletin hukuk sistemine aktarıldıktan sonra ulusal hukukta etki gösterir. Tekçi yaklaşım ise iki farklı hukuki hipotezden hareket eder. Bu hipotezlerden ilki benimseme kuramına (*recognition theory*) varlık kazandırır. Benimseme kuramına göre, uluslararası hukukun ulusal hukuk düzeninin meşruluğunu sağlayabilmesi, kendisinin meşru görülmesiyle olanaklıdır ve bu meşruiyet uluslararası hukukun devlet tarafından benimsenmesiyle sağlanır. Bu nedenle uluslararası hukukun ulusal hukuka meşruluk kazandırması ancak göreli bir anlama sahiptir. Ulusal hukuk düzeninin temel normu ister ulusal ister uluslararası olsun hukukun meşruluğunun asıl kaynağıdır. Diğer bir deyişle ulusal hukuk uluslararası hukuka üstündür, dolayısıyla egemenlik devlete aittir. İkinci hipotez ise birincinin tam tersidir ve uluslararası hukukun üstünlüğü tezine dayanır. Ulusal hukuk düzeni meşruluğunu uluslararası hukuktan alır ve dolayısıyla mutlak devlet egemenliğinden bahsedilemez (Kelsen 1999).

Devlet egemenliği gözlemlenebilir bir dış dünya olgusu değildir. Devlet ne egemendir ne de egemen olmadığından söz edilebilir. Sadece egemen olduğu ya da olmadığı öngörülebilir. Bu öngörülerin temelinde hukuk kuramı değil felsefi ve siyasi düşüncelerimiz vardır. Milliyetçi bakışlar ulusal hukuka, uluslararası bütünleşmeden yana görüşler uluslararası hukuka üstünlük tanır. Siyasi bakımdan her iki görüş de savunulabilir. Bu nedenle, pozitif hukukun içeriğini bu hipotezlerle temellendirmemiz olanaklı değildir. Hukukçu için bu hipotezlerden birinin kabulü veya reddi bir önem taşımaz. Hukuk bilimi, sadece hukukçuların seçimlerinin nedenlerini ve benimsedikleri hipotezin doğasını fark etmelerine yardımcı olur ve onların bu hipotezlerden pozitif hukukun izin vermediği sonuçları çıkarmalarını engeller (Kelsen 1999).

Hukukun tanımı ancak siyasi iktidarın da tabi olduğu normatif düzen esas alınarak yapılabilir. Hukuk normu buyruktur ama bu egemenin iradesinden değil başka bir normdan kaynaklanan bir buyruktur (Kelsen 1965). Normatif pozitivizm egemenlik ile hukuk arasındaki gerilimi, egemenlik kavramını reddederek hukuk lehine ortadan kaldırır. Hukuk normların oluşturduğu hiyerarşik bir sistemdir ve bu hiyerarşi içinde her norm meşruluğunu daha üst düzeydeki bir başka norma borçludur. Normu meşrulaştıran siyasi ya da sosyolojik gerçeklik değil normatif düzenin kendisidir. Normlar hiyerarşisi sonsuza kadar uzamaz ve hiyerarşik zincir varsayıma dayalı bir norm ile sonlanır. Bu varsayıma dayalı norm, temel norm adını alır ve tüm diğer normların geçerliliğinin nedenidir. Kelsen temel normu devletin tarih içinde en eski anayasası olarak da nitelendirir. Temel normun işlevi bir dereceye kadar doğal hukukun işlevine yaklaşır. Doğal hukuku savunanlar pozitif hukukun meşruluğunu doğal hukuktan aldığını ileri sürerler. Hukuki pozitivizm böyle bir yaklaşımı kabul edemez. Temel norm doğal hukukun işlevini üstlenir, ancak işlevleri birbirine benzese de temel norm ile doğal hukuk aynı şey değildir. Doğal hukuk pozitif hukukun içeriğini belirlediği halde, temel norm pozitif hukukun içeriğine karışmaz. Pozitif hukukun içeriği bütünüyle temel normdan bağımsızdır. Temel norm "meta-hukuki" bir kavramdır (Kelsen 1965).

Hukuk, normun doğasına değil, normun içinde yer aldığı sistemin yapısına bakarak anlaşılabilir. Pozitif hukuk kuramı tekil normdan değil, onun içinde yer aldığı sistemin yapısından hareketle kurulabilir.[1] Hukukun sistem olarak algılanması, hiçbir normun mutlak bir üstünlüğe sahip olmadığı, sadece diğer bir norma göre daha üstün nitelik taşıdığı için kendisine üstünlük atfedildiği mantıki sonucunu doğurur. Bu

1 Kelsen, hukuku tekil norm olarak değil bir sistem olarak algıladığını *Hukuk ve Devlet Genel Teorisi* adlı eserinin ilk satırlarında açıklar. Bkz. Kelsen 1999, s. 3.

dinamik bakış açısı, pozitivizminin iradenin hukuk normunun nihai kaynağı olduğu yolundaki temel düşüncesini derinden sarsmıştır.

Uluslararası hukuk ile ulusal hukuk sistemleri arasındaki ikiliği ortadan kaldıran Kelsen, uluslararası hukukun hukuk kuramında oynayacağı rolü bu hukukun gelişim yönünü göstererek ortaya koymuştur. Ona göre uluslararası hukukun mevcut durumu ile potansiyelleri birbirinden ayrılmalıdır. Kelsen bu bağlamda, uluslararası hukukun dağınık yapısının bir merkezileşmeye doğru gideceği ve genel uluslararası hukukun yanında özel nitelikler taşıyan uluslararası hukuk rejimlerinin ortaya çıkacağı görüşündedir (Kelsen 1999). Bu rejimlerde yargı organları, idari organlar ve hatta yasama işlevine sahip organlar uluslararası andlaşmalar ile kurulacak, klasik uluslararası hukuk ile oluşturulan uluslararası toplumun ötesine geçen çok daha merkezileşmiş yapılar ortaya çıkacaktır. Daha sonraki aşamalarda, görece merkezileşmiş uluslararası toplum konfederasyona ve federasyona dönüşebilecek, uluslararası andlaşmalarla kurulan hukuk düzenleri ulusal hukuk sistemlerine atfedilen özelliklerin tümüne sahip olabilecektir (Kelsen 1999). Kelsen uluslararası yargı organlarının bu süreci başlatacak temel yapı elemanları olduğu görüşündedir. Tıpkı ulusal hukuk sistemlerinin gelişiminde olduğu gibi, uluslararası rejimlerde de yargı organı yasama organından önce ortaya çıkacaktır (Kelsen 1944).

Kelsen'in öngörüleri çağımızda gerçeklik kazanmaya başlamıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Sözleşme ile kurulan mahkeme bu gelişimin en önemli küresel örneğidir.

2. Uluslararası Hukuk ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Mülteciler

Ulus devletler çağında devlet egemenliğinin en önemli göstergelerinden biri yabancılara yönelik sınırlamalar olmuştur. Yabancı, vatandaş olunan devletin ülkesinin dışında bulunma durumdur (*alienage*). Devletler çok uzun bir dönem yabancıların hukuki statüleri konusunda mutlak egemen olarak kalmışlar, bu konunun uluslararası hukuk tarafından düzenlenmesine kıskanç bir şekilde karşı koymuşlardır. Özellikle yabancıların devletin ülkesine giriş ve çıkışları, sınırdışı edilmeleri, o ülkenin vatandaşlığına geçmeleri ya da orada ikamet etmeleri konularında devletler egemen yetkilerini mümkün olan en sınırsız bir şekilde kullanmaya özen göstermişlerdir. Uluslararası örf ve adet hukukunun kadim ilkelerinden biri devletlere tanınan yabancıların giriş ve ikametlerini kontrol serbestisidir. Bu ilke dayanağını egemenlik ve ülke üzerinde hakimiyette bulur.

Bununla birlikte İkinci Dünya Savaşı sonrası dönemde yabancıların hak ve özgürlükleri uluslararası hukukun düzenleme konusu olmaya başlamıştır. 1951 tarihli Cenevre Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme önceki dönemlerde devletlerin kesin egemenlik yetkisi olarak görülen bir yabancının ülkeye kabulü ya da sınırdışı edilmesi ile ilgili sınırlandırıcı "geri göndermeme" (*non-refoulment*) ilkesini temel almıştır. 1 Ocak 1951 tarihinden öncesi için geçerli olan Cenevre Sözleşmesi 2 Ekim 1967 tarihinde yürürlüğe giren Mültecilerin Hukuki Statüsü ile İlgili Protokol ile geleceğe yönelik uygulanabilir hale getirilmiştir. 1951 Sözleşmesi Mülteciyi tanımlamıştır. Sözleşme'nin 1. maddesinde yer alan bu tanıma göre mülteci, "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" kişilerdir[2].

1951 Sözleşmesi yabancıları genel olarak kapsamayan, sadece sığınmacı ve mültecilere uygulanan bir küresel düzenlemedir. Öte yandan bu sözleşmenin yaşama geçirilmesini sağlayacak bir uluslararası yargı organı da mevcut değildir. Buna karşın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi vatandaş ve yabancı ayrımı olmaksızın bireylerin haklarını koruma altına alan ve bireysel başvuruya dayalı etkili bir yargılama sistemiyle donatılmış bölgesel bir insan hakları sözleşmesidir.

2 Tanımın başında yer alan "1 Ocak 1951'den once meydana gelen olaylar sonucunda" ibaresi 1967 Protokolü ile anlamını yitirdiğinden burada yer verilmedi.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS), mülteci olma hakkı ve mültecilerin korunmasının temelini oluşturan geri gönderme yasağına açıkça yer veren bir hüküm içermez (Weissbrodt and Hörtreiter 1999). Ancak, Sözleşmenin bazı durumlarda mültecilere yönelik diğer uluslararası hukuk düzenlemelerinden daha etkili bir koruma sağladığı ileri sürülmektedir (Rozakis, 2000). İlk olarak, AİHS'nin korumasından yararlanmak isteyen bir mülteci, 1951 Sözleşmesi'nde olduğu gibi ırkı, dini, tabiyeti, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla zulüm göreceği korkusu içinde olduğunu değil, sadece Sözleşme maddelerinde yer alan hak ve özgürlüklerinin sınırdışı edilmesi ya da ülkesine geri gönderilmesi durumunda ihlal edileceğini ispatlamakla yükümlüdür. Böylece AİHS kapsamında bir mültecinin, kendisini mülteci durumuna düşüren nedenden bağımsız bir koruma olanağına kavuşması olanaklıdır. Nedenden bağımsız koruma olanağı sağladığı için AİHS sistemi sadece mültecileri değil tüm yabancıları, hatta kaçak suçluları insan hakları ihlali olasılığı bulunduğunda geri göndermeye karşı koruyabilir. İkinci olarak, Sözleşme kapsamında faaliyet gösteren Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) bireylerin başvurusu üzerine devletleri bağlayıcı nitelikte karar veren bir mahkeme olma sıfatıyla günümüzde dünyada en etkili uluslararası koruma mekanizmasıdır. Böylece, mülteciler AİHM aracılığı ile kendi haklarını ulusal hukuk dışında etkili bir şekilde savunma olanağına kavuşurlar. Üçüncü olarak, AİHM, Sözleşmeyi değişen dünyanın şartlarına göre yorumlamaktadır. Dinamik yorum adı verilen bu yorum anlayışı ile AİHM Sözleşmeyi günün ihtiyaçlarına cevap veren "yaşayan bir hukuk metni" haline getirmektedir. Dördüncü olarak, AİHM oluşturduğu içtihat hukuku ile Avrupa çapında bağlayıcılığı olan ortak standartlar oluşturmaktadır (Hélene Lambert 2006).

Sözleşme'de düzenlenen yaşam hakkı (madde 2), işkence yasağı (madde 3), kölelik yasağı (madde 4/1) ve geçmişe yönelik cezalandırma yasağı (madde 7) mutlak niteliktedir. Bu maddelerden uygulamada en sık kullanılanlar ise yaşam hakkı ve işkence yasağına ilişkin olanlardır. Bu mutlak koruma alanı mülteciler de dahil olmak üzere yabancıları da kapsamına alır.

3. Türkiye'de Mülteci Hukuku ve AİHM'nin Türkiye ile İlgili Kararları

3.1 Cumhuriyet Döneminde Türkiye'de Mülteci Sorunu ve Hukuki Düzenlemeler

Cumhuriyet döneminde Türkiye göçmen ve sığınmacı alan bir ülke olmuştur. 1923-1995 tarihleri arasında birbuçuk milyonun üzerinde Boşnak, Pomak, Tatar, Balkan Türkü ve Orta Asya ile Kafkas halklarına mensup müslüman nüfus yerleşmek amacıyla Türkiye'ye göç etmiştir. Sığınmacılar da transit ya da yerleşim amacıyla Türkiye'ye gelmişlerdir. 1933 sonrası dönemde Almanya'dan ve Avrupa'nın çeşitli ülkelerinden kaçan Yahudiler Türkiye'ye sığınmışlardır. Bu dönemde yaklaşık yüzbin kişinin Türkiye'ye geldiği tahmin edilmektedir. İkinci Dünya Savaşı sırasında da Yunan, İtalyan ve Bulgar vatandaşları mülteci olarak ülkeye giriş yapmıştır (Kirişçi 2001). 1945 yılına kadar göçmen ve mülteciler hakkındaki ana düzenleme İskan Kanunu olmuştur. Bu kanuna göre sadece Türk soyundan olanlar sürekli oturmak amacıyla Türkiye'ye kabul edilecekler ve muhacir (göçmen) adını alacaklardır. Kanun, Türk soyundan olmayan fakat bir zaruret nedeniyle Türkiye'ye sığınanları mülteci olarak tanımlamakta ve bu kişilerin ancak geçici olarak ülkede kalmalarına izin vermektedir[3].

Türkiye, taslağının hazırlanmasına aktif olarak katıldığı[4] 1951 Sözleşmesi'ne sadece Avrupa'dan gelenler ve 1951 öncesi meydana gelen olaylar nedeniyle mülteci durumuna düşenlerle sınırlı olarak taraf olmuş[5] ve

3 2510 sayılı İskan Kanunu'nun 1. maddesinde göçmen (kanun göçmen karşılığı olarak "muhacir" terimini kullanmaktadır) ve mülteci tanımı yapılmıştır.
1. maddenin birinci fıkrası:
"Türkiye'de yerleşmek maksadile dışarıdan münferiden gelmek isteyen Türk soyundan meskûn veya göçebe ferdler Sıhhat ve İçtimai Muavenet Vekilliğinin mütalaası alınmak şartile Dahiliye Vekilliğinin emrile ve müçtemian gelmek istiyen Türk soyundan meskûn veya göçebe ferdler ve aşiretler ve Türk kültürüne bağlı meskûn kimseler işbu kanunun hükümlerine göre Dahiliye Vekilliğinin mütalaası alınmak şartile Sıhhat ve İçtimaî Muavenet Vekilliğinin emirlerile kabul olunurlar. Bunlara *muhacir* denir."
1. maddenin üçüncü fıkrası:
"Türkiye'de yerleşmek maksadile olmayıp bir zarûret ilcasile muvakkat oturmak üzere sığınanlara *mülteci* denir."
4 Türkiye, Resmi Delegeler Konferansına katılmış ve Talat Miras tarafından temsil edilmiştir. Miras Konferans tarafından başkan yardımcılığına seçilmiştir.
5 1951 Sözleşmesi'nin 1. maddesinin B fıkrasının 1 numaralı bendinin (a) ve (b) alt bendleri taraf devletlere sınırlandırıcı be-

1961 yılında sözleşmeyi onaylamıştır[6]. Türkiye, 1967 yılında Birleşmiş Milletler Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Protokolü kabul etmiş ve zaman sınırlamasını kadırmıştır[7]. Ancak taraf devletlere coğrafi sınırlamayı sürdürebilme olanağı tanınmış, Türkiye de 1951 Sözleşmesi'ni sadece Avrupa'dan gelenlerle sınırlı tutan yaklaşımını günümüze kadar devam ettirmiştir[8]. Burada belirtilmesi gereken bir nokta, taraf devletlerin üstlendikleri 1951 Sözleşmesi'nin 33. maddesinde yer alan geri gönderme yasağı, ister Avrupa'dan isterse başka bir bölgeden gelsin tüm sığınmacılar bakımından geçerlidir. Coğrafi sınırlama geri gönderme yasağını ortadan kaldırmaz, ancak Avrupa dışından gelenlerin ülkede mülteci statüsü ile sürekli kalmalarına engel olur. Çünkü, yukarıda da bahsedildiği gibi bu yükümlülük sadece Mülteciler Sözleşmesi'nde değil, Türkiye'nin taraf olduğu ve coğrafi bakımdan yükümlülükleri sınırlayıcı bir kural içermeyen diğer bir dizi insan hakları sözleşmesinde de ifade edilmiştir. Ayrıca yine yukarıda değinildiği gibi yükümlülüğün uluslararası örf hukuku haline geldiği tespiti de yapılmaktadır

Türkiye'nin 1951 Sözleşmesi'ni Avrupa'dan gelenlerle sınırlı olarak onaylaması Türkiye'deki statüleri bakımından iki farklı mülteci türünü ortaya çıkarmıştır: Avrupa'dan gelen ve tam korumadan yararlanan "Sözleşme kapsamındaki mülteciler" ve Avrupa dışından gelip geri gönderme yasağı nedeniyle Türkiye'de geçici olarak kalan "Sözleşme kapsamı dışındaki mülteciler" (Kirişçi 1996, 2001, 2003).

Sözleşme kapsamına giren mülteciler alanında 1950'lerden bu yana meydana gelen gelişmeler şöyle özetlenebilir: Savaş sonrası dönemde iki kampa bölünen dünyada Türkiye'ye Doğu Bloku ülkeleri vatandaşları sığınmaya başlamıştır. Bu sığınmacıların önemli bir kısmı Türkiye'yi transit ülke olarak kullanmış ve üçüncü devletlerin ülkelerine yerleştirilmiştir. Soğuk Savaş'ın sona ermesiyle Doğu Bloku dağılmış, ama bu kez Balkan ülkeleri ile dağılan Sovyetler Birliği'nin bağımsızlığını elde eden cumhuriyetlerinde ve Rusya'da meydana gelen etnik ve dini kökenli çatışmalar sonucunda ülkelerinden kaçanlar Türkiye'ye gelmişlerdir. Eski Yugoslavya'da meydana gelen çatışmalardan kaçan Boşnak ve Kosovalılar; Asya'dan Ahıska Türkü, Azeri, Çeçen ve Özbekler 1990'larda sığınma amacıyla Türkiye'ye başvurmuştur. Türk devleti, siyasi coğrafya temelinde bir engel olmamasına rağmen bu sığınmacılara mülteci statüsü vermemiş, sadece geri göndermeme yükümlülüğüne uyarak geçici korumadan yararlanmalarını sağlamıştır[9]. 1995 Dayton Andlaşması'ndan sonra Boşnaklar geri gönderilmiştir. Mülteci kamplarındaki Kosovalı Arnavutlar da ülkelerine geri gönderilmiştir.

Sözleşme kapsamında olmayan mülteciler bakımından ilk önemli gelişme, İran Devrimi sonrası bu ülkeden gelen mülteci akınıdır. Resmi olmayan verilere göre 1980-1990 yılları arasında birbuçuk milyonun üzerinde İranlı üçüncü ülkelere gitmek amacıyla Türkiye'ye giriş yapmıştır. 1990'lardan sonra İranlılara, Irak, Afganistan, Somali, Tunus, Sudan ve Sri Lanka'dan gelenler katılmıştır. 1991 yılında beşyüz bin Kürt mültecinin Saddam rejiminden kaçarak Türkiye'ye kitlesel olarak sığınması, bu dönemin belki de en önemli mülteci hareketi olmuştur. 2000'lerle birlikte Afrika ülkelerinden ve Asya'dan gelenlerin sayısında artış kaydedilmiştir. 2000'den sonra yılda ortalama yüz bin kaçak giriş yapan yabancı gözatına alınmaktadır. Bu yabancıların sadece yılda 5-6 bin kadarı mülteci başvurusunda bulunmaktadır. Son yıllarda Türkiye'ye kaçak giriş yapan yabancıların çok büyük bir çoğunluğunun mülteci olmadığı, ekonomik kazanç amacıyla Avrupa'ya ulaşmak için Türkiye'yi geçiş ülkesi olarak kullanan düzensiz göçmenlerin

yanda bulunma hakkı tanımıştır. Bu çerçevede devletler sorumluluklarını 1951'den önce Avrupa'da meydana gelen olaylar nedeniyle ya da bir coğrafi sınırlama olmaksızın 1951'den önce herhangi bir yerde meydana gelen olaylar nedeniyle mülteci olanları kapsayacak şekilde daraltma ya da genişletme imkanına sahiptiler. Zaman sınırlaması Sözleşme'den kaynaklanıyordu. Coğrafi sınırlama ise devletlerin beyanına bağlı idi.

6 Bkz. Resmi Gazete, 5 Eylül 1961, No. 10898.

7 1 Temmuz 1968 tarihli ve 6/10266 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı.

8 Dışişleri Bakanlığı kayıtlarının kamuya açık olmamasından dolayı coğrafi sınırlamanın nedeni bilimemekle birlikte, Doğu ülkelerinde potansiyel mülteci sayısının fazla oluşunun bu sınırlamanın getirilmesinde etkili olduğu ileri sürülmektedir. Türkiye Avrupa Birliği tam üyeliğine geçiş aşamasında bir ülke olarak, AB mevzuatı ile uyum sağlamak amacıyla mülteci hukuku çerçevesinde 2005 yılında kabul ettiği Ulusal Eylem Planı'nda 2012 yılında 1951 Sözleşmesine uyguladığı coğrafi sınırlamayı kaldırmayı taahhüd etmiştir.

9 Bu politikanın temel nedenleri arasında Rusya, Azerbeycan ve Özbekistan ile siyasi ilişkileri bozmama kaygısı ile kabul edilen mültecilerin daha fazla kişinin kitlesel bir şekilde Türkiye'ye gelmesine yol açacağı endişesi yer almaktaydı.

çoğunluğu oluşturduğu oluşturduğu ifade edilmektedir. (İçduygu, 2003).

Soğuk Savaş sonrasında gerek Avrupa'dan gerekse Avrupa dışından artan sayıda kişinin Türkiye'ye gelmesi karşısında Türk hukuk sistemi gerekli hukuki düzenlemeleri yapmakta gecikmiştir. 1990'lara gelindiğinde, taraf olunan 1951 Sözleşmesi dışında mültecilere özel tek bir ulusal hukuki düzenleme bulunmamakta idi. Bu yıllarda, özellikle uluslararası kuruluşlar Türkiye'deki hukuk sisteminin mültecilere yönelik eksikliklerini ön plana çıkaran raporlar yayınlamaya başlamışlardır[10]. Mülteciler arasında ayrım yapıldığı, iç düzenlemelerin yetersiz olduğu, birçok kişinin sınırdan zorla geri gönderildiği yönündeki eleştiriler karşısında İçişleri Bakanlığı mültecilerle ilgili bir düzenleme yapma ihtiyacı duymuştur. 1994 tarihli Türkiye'ye İltica eden veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzere Türkiye'den İkamet İzni Talep Eden Münferit Yabancılar ile Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılara ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik[11] (Mülteci Yönetmeliği), mültecilere ilişkin ilk düzenleme olmuştur. Mültecilerle ilgili bir kanun çıkarılması yerine konunun yönetmelikle düzenlenmesi ve mültecileri ilgilendiren birçok konunun yönetmeliğin kapsamında yer almaması eleştirilen noktalar olmakla birlikte, en azından kolluk güçlerinin doğrudan uygulayabilecekleri bir düzenleme ortaya çıkmıştır.

Yönetmelik, mülteciyi 1951 Sözleşmesi'ne yakın sayılabilecek bir şekilde tanımlamıştır. Yönetmeliğin 3. maddesine göre mülteci, "Avrupa'da meydana gelen olaylar sebebiyle ırkı, dini, milliyeti, belirli bir toplumsal gruba 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 yabancıyı" ifade eder[12].

3.2 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türkiye'de Mülteci Hukukuna Etkisi

3.2.1 Jabari – Türkiye Davası

Başvurucu Jabari, 1995 yılında tanıştığı bir erkekle evlenmek ister ancak bu kişinin ailesi karşı çıktığı için evlilik gerçekleşmez ve erkek arkadaşı başka bir kadınla evlenir. Ancak Jabari ile erkek arkadaşı arasındaki ilişki sonlanmaz. 1997 yılında Jabari ve arkadaşı sokakta yürürlerken polis tarafından durdurulur ve gözaltına alınırlar. Başvurucu gözaltında iken kızlık muayenesine tabi tutulur. Bir kaç gün sonra ailesinin de yardımıyla gözaltından kurtulur. Kasım 1997 tarihinde Fransa üzerinden Kanada'ya gitmek üzere sahte pasaportla Türkiye'ye giriş yapar. Jabari Paris'e ulaştığında Fransız polisi sahte pasaportla ülkeye giriş yaptığını tespit eder ve 1998 yılında Türkiye'ye geri gönderilir. Jabari Türkiye'ye girer girmez tutuklanır, Bakırköy Cumhuriyet Savcısı sahte pasaport kullanmak suçundan dava açmaz, ülkesine geri gönderilmek üzere Yabancılar Şubesine teslim edilir. Yabancılar şubesinde mülteci olmak üzere başvuru yapmak isteyen Jabari'nin bu talebi yetkililer tarafından Mülteci Yönetmeliği'nin öngördüğü beş günlük sürenin geçirilmiş olması nedeniyle reddedilir[13].

Şubat 1998'de BMMYK Jabari'ye İran'dan kaçmasını haklı gösterecek zulüm görme tehditi bulunduğu için mülteci statüsü verir. Geri gönderilmesi durumunda Jabari insani olmayan bir cezalandırma ile karşı karşıya kalabilecek, kendisine kırbaç cezası ya da taşlama ile ölüm cezası verilebilecektir. Bunun üzerine başvurucu Şubat 1998'de AİHM'ne başvurur. Mart 1998'de de idari yargıya başvurarak hakkında alınan sınırdışı etme kararının iptalini ve yürütmenin durdurulmasını talep eder[14].

AİHM Jabari davasında verdiği kararda, beş gün gibi kısa süreli bir başvuru süresinin hak düşürücü süre olarak nitelendirilerek mekanik bir şekilde uygulanmasının, bireyleri işkence ve kötü muameleye karşı

10 Örneğin bkz. Turkey: Selective Protection, Discriminatory Treatment of non-European Refugees and Asylum Seekers, Amnesty International Secreteriat, London, 1994.

11 30 Kasım 1994 tarih ve 94/6169 sayılı Yönetmelik.

12 Bu tanımda sorunlu tek nokta sözleşmenin İngilizcesinde yer verilen *persecution* teriminden ilhamla Yönetmelikte "takibata uğrama"ifadesine yer verilmesidir. BMMYK bu terimin "zulüm" olarak anlaşılması gerektiğini belirtmektedir. Terimin sözlük karşılığı da "zulüm", "zulmetme" şeklindedir. Zulüm korkusu her bakımdan takibata uğrama korkusundan daha geniş bir anlam içeriğine sahiptir.

13 ECHR, *Jabari – Turkey*, 11.10.2000, §§ 9-17.

14 ECHR, *Jabari – Turkey*, 11.10.2000, §§ 18-19.

koruyan AİHS'nin 3. maddesindeki temel değer bakımından yetersiz olduğunun altını çizer. AİHM'ne göre, ulusal idari yargı makamlarının incelemelerini, başvurucunun zulme uğrayacağı korkusunun gerçek bir temele sahip olup olmadığını belirlemek yerine sınırdışı edilmenin formal koşullarının oluşup oluşmadığı ile sınırlaması, kişinin zulüm görme riskini dikkate alan bir yaklaşım değildir. Ayrıca, ulusal mahkemelerin BMMYK'nin İran'da uygulanan taşlayarak öldürme cezası temelinde risk oluşacağı endişesiyle bu kişiye mülteci statüsü vermesini de dikkate almaları gerekir. AİHM yukarıdaki nedenlerle, eğer Jabari sınırdışı edilecek olursa AİHS'nin 3. maddesinin ihlal edileceğine karar vermiştir[15].

1994 Mülteci Yönetmeliği kabul edildikten sonra önemli bir tartışma konusu, Yönetmeliğin 4. maddesinde yer verilen beş günlük başvuru süresinin idare tarafından hak düşürücü süre olarak değerlendirilmesidir[16]. Hak düşürücü sürelerin temel özelliği, süre geçirildikten sonra bireylerin haklarını yitirmeleridir. Örneğin idari yargıda dava açma süreleri, hak düşürücü niteliktedir. Bu süreler geçirildikten sonra kişinin hakkını yargı önünde araması olanağı kalmaz. Hak düşürücü nitelik taşımayan düzenleyici sürelerde ise sürenin kaçırılması hakkın varlığını etkilemez. Bir sürenin niteliğini belirlerken farklı ölçütler kullanılır. Hak düşürücü sürelerin mutlaka kanun ile düzenlenmeleri gerekir. Hak düşürücü süreler bir hakkın kullanımının zaman bakımından sınırlanması anlamına gelir ki Anayasa'nın 13. maddesi hakların ancak kanunla sınırlanabileceği ilkesine yer vermektedir. Beş günlük başvuru süresi bir yönetmelik hükmü ile oluşturulduğuna göre hak düşürücü süre olarak nitelendirilmesi Anayasa'ya aykırılık oluşturur. Kaldı ki, böyle bir hak düşürücü süre Türkiye'nin taraf olduğu 1951 Sözleşmesi'nde de öngörülmemektedir. Sözleşme'ye göre taraf devletler zulüm korkusu altında bulunanları ülkelerine geri göndermemekle yükümlüdür. Yönetmelikte yer alan sürenin hak düşürücü olarak kabul edilmesi, Türkiye'yi Sözleşme'den kaynaklanan geri göndermeme yükümlülüğünü yerine getirmeyen ya da öngörülmeyen şekilde sınırlandıran taraf devlet konumuna düşürür.

Anayasa hukuku ve uluslararası hukuk bakımından durum açık olmakla birlikte, idare, yönetmelikte yer alan süreyi, belki de egemenlikten kaynaklanan yetkilerin yabancılar üzerinde daha serbest bir şekilde uygulanabilmesi adına, hak düşürücü süre olarak nitelendirmiş, BMMYK ve insan hakları örgütlerinin bu konularda yapmış olduğu uyarıları dikkate almamıştır. 1994-1999 yılları arasında sürenin niteliği üzerine yapılan sempozyum ve seminerlerde yapılan tartışmalar idareyi ikna edici olmamıştır[17]. İdari yargı organları ise 1997'den itibaren konu ile ilgili davalara bakmaya başlamışlardır. 2000 yılına kadar mahkemelerin konuya yaklaşımında farklılıklar vardır. Ankara Sekizinci İdare Mahkemesi 1997 yılında verdiği kararda, davacının Yönetmeliğin 4. maddesinde belirtilen şartlara uygun bir başvuruda bulunmaması nedeniyle üçüncü bir ülke tarafından mülteci olarak kabul edilmesine karşın Türkiye dışına çıkmasına izin verilmemesine yönelik idari işlemi iptal etmiştir[18]. Temyiz Mahkemesi olan Danıştay da 2000 yılında verdiği bir kararla süresinde başvuruda bulunmayan mültecinin istemini zımnen reddeden idarenin işlemine karşı açılan davada Ankara Üçüncü İdare Mahkemesi'nin verdiği iptal kararını onaylamıştır[19].

AİHM'nin Jabari kararı, sürelerin düzenlenme tarzı ve idarenin tutumu üzerinde etkili olmuştur. Jabari davası devam ederken 1994 Yönetmeliği'nde bir

15 ECHR, *Jabari – Turkey*, 11.10.2000, §§ 41-42.

16 Türkiye'ye iltica eden veya üçüncü bir ülkeye iltica etmek üzere Türkiye'den ikamet izni talep eden yabancılardan, Türkiye'ye yasal yollardan gelenler bulundukları yer valiliklerine, yasal olmayan yollardan gelenler ise giriş yaptıkları yer valiliklerine en geç beş gün içerisinde müracaat ederler.

17 Bu toplantılardan bazıları şunlardır: Nisan 1995 tarihinde İstanbul'da Boğaziçi Üniversitesi'nde BMMYK Türkiye Temsilciliği, Helsinki Yurttaşlar Derneği, Boğaziçi Üniversitesi Dış İlişkiler Uygulama ve Araştırma Merkezi'nin katılımlarıyla gerçekleştirilen sempozyum; 14-15 Eylül 1998 tarihinde Antalya'da BMMYK Türkiye Temsilciliği, Sığınmacı ve Göçmenlerle Yardımlaşma Derneği, Ermniyet Genel Müdürlüğü Yabancılar, Hudut, İltica Dairesi Başkanlığı ve Taşra Teşkilatı'ndan görevli personelin katıldığı seminer; 1998 tarihinde Ankara'da, BMMYK Türkiye Temsilciliği, Uluslararası Göç Örgütü Üst Yöneticileri ve Ermniyet Genel Müdürlüğü Yabancılar, Hudut, İltica Dairesi Başkanlığı ve Taşra Teşkilatı'ndan görevli personelin katıldığı seminer. Bu makalenin yazarının da Mülteci Yönetmeliği'ndeki sürenin niteliği konusunda sunuş yaptığı bu ve benzeri toplantılarda, idare adına toplantıya katılanların süre ile ilgili sınırlayıcı düzenlemeleri savundukları gözlemlenmiştir.

18 Ankara 8. İdare Mahkemesi'nin E. 1997/276, K. 1997/967 sayılı kararı.

19 Danıştay 10. Dairesi'nin E. 1999/154, K. 2000/2756 sayılı kararı.

değişiklik yapılarak başvuru süresi beş günden on güne çıkarılmıştır. Bu dönemde İçişleri Bakanlığı süreyi hak düşürücü nitelikte gören bakışını değiştirmemiştir. Ancak Jabari davası sonuçlandıktan sonra idare süreyi hak düşürü görmekten vazgeçerek, süre geçirilse dahi yapılan başvuruları incelemeye almaya başlamıştır. İçişleri Bakanlığı 2006 yılında yönetmeliği değiştiren bir düzenleme ile 4. maddeyi yeniden düzenlemiştir. Değiştirilen maddenin yeni haline göre, "Türkiye'ye iltica eden veya başka bir ülkeye iltica etmek üzere Türkiye'den ikamet izni talep eden yabancılardan, Türkiye'ye yasal yollardan gelenler bulundukları yer valiliklerine, yasal olmayan yollardan gelenler ise giriş yaptıkları yer valiliklerine gecikmeden müracaat ederler." Bakanlık bu düzenleme ile tartışma yaratan 4. madde hükmündeki katı süre sınırını "gecikmeden müracaat" ifadesiyle esnetmiş ve sürenin hak düşürücü gibi görünmesine neden olan "en geç" ibaresini bu maddeden çıkarmıştır[20]. Günümüzde, yapılan başvuruların süre bakımından reddi yönüne gidilmemektedir.

3.2.2 Mamatkulov ve Abdurasiloviç – Türkiye ile Mamatkulov ve Askarov – Türkiye Davaları

Özbek vatandaşı Rustam Mamatkulov 1998 yılında turist pasaportu ile Türkiye'ye giriş yaptığında, uluslararası bir yakalama belgesine dayanılarak bomba ile yaralamaya neden olma ve Özbekistan Başkanına terörist saldırıda bulunma teşebbüsü suçlarından polis tarafından gözaltına alınır. Özbek vatandaşı Askarov Abdurasiloviç ise sahte pasaportla giriş yaptığı Türkiye'den sığınma ister ama Mamatkulov'a yönelik iddialarla gözaltına alınır. Özbekistan, Türkiye ile suçluların geri verilmesi konusunda yaptığı ikili andlaşmaya dayanarak bu kişilerin iadesi talebinde bulunur. Mamatkulov ve Abdurasiloviç'in avukatları müvekkillerinin Özbekistan'ın demokratikleştirilmesi için mücadele eden siyasi muhalif olduklarını, Özbekistan'da tutuklandıkları ve hapishanede işkence gördüklerini ileri sürer. Ancak davaya bakan ceza mahkemeleri her iki kişinin iadesine karar verir ve şikayet başvuruları da reddedilir. 19 Mart 1999'da Bakanlar Kurulu bu kişilerin iadesi için bir kararname çıkarır. 11 ve 22 Mart tarihlerinde her iki Özbek vatandaşı AİHM'ne başvurur ve Mahkeme 18 ve 23 Mart'ta vermiş olduğu kararlarla başvuruculların geri gönderilmesini Mahkeme Kurallarının 39. maddesi çerçevesinde engelleyecek bir geçici tedbir kararı verir[21].

Ancak bu karara rağmen Türk devleti başvuruculları 27 Mart tarihinde Özbek makamlarına teslim eder. 10 Nisan 1999'da Dışişleri Bakanlığı AİHM'ne durum hakkında bilgi verir. Bu bilgilendirmede Türk Hükümeti iadenin, Özbekistan devletince verilen, ilgili kişilere işkence ve kötü muamele yapılmayacağı, ölüm cezası verilmeyeceği, avukatlarının serbestçe savunma yapacakları, güvenliklerinin sağlanacağı, mallarına el konmayacağı ve yargılanmaları sırasında diplomatik misyon ve insan hakları örgütlerinin temsilcilerinin duruşmaları izleyebileceği garantileri üzerine gerçekleştiğini AİHM'e iletir[22].

Başvuruculların avukatı da AİHM'ne bir yazı göndererek müvekkillerinin Özbekistan'a iade edilmesi sonrasında kendileri ile tüm irtibatlarının kesildiğini, savunmalarını hazırlamanın ve etkin bir savunma için gerekli delilleri toplamanın imkansızlaştığını, Özbekistan'da yapılan duruşmada, Özbek devletinin alenilik, avukat yardımı ve gözlemcilerin duruşmayı izlemesi gibi diplomatik garantilere uymadığının İnsan Hakları İzleme örgütünün raporu ile sabit olduğunu ileri sürmüştür[23].

15 Ekim 2001 tarihinde Özbekistan Dışişleri Bakanlığı, Türkiye Cumhuriyeti Büyükelçiliğine Mamutkulov'un yirmi ve Abdurasuloviç'in 11 yıl hapis cezasını aldıklarını ve cezalarının güvenli bir şekilde cezaevinde infazına başlandığı bilgisini iletmiştir[24].

AİHM nihai kararında uluslararası hukukta tedbir kararına uymamanın devletlerin sorumluluğunu do-

20 16 Ocak 2006 tarihli ve 2006/9938 sayılı Türkiye'ye İltica Eden veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzere Türkiye'den İkamet İzni Talep Eden Münferit Yabancılar ile Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılara ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanabilecek Usul ve Esaslar Hakkındaki Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik.

21 ECHR, First Section, *Mamutkulov and Abdurasulovic*, 06.02.2003, §§ 13-25.

22 ECHR, First Section, *Mamutkulov and Abdurasulovic*, 06.02.2003, §§ 29-30.

23 ECHR, First Section, *Mamutkulov and Abdurasulovic*, 06.02.2003, §§ 32.

24 ECHR, First Section, *Mamutkulov and Abdurasulovic*, 06.02.2003, §§ 33.

ğuracağını, Birleşmiş Milletler'in İşkenceye Karşı Komite ve İnsan Hakları Komitesi gibi birimleri ile Amerikalararası İnsan Hakları Mahkemesi ve Lahey Adalet Divanı gibi uluslararası yargı organlarının kararlarından örneklerle göstermiştir. AİHM'ne göre verilen tedbir kararına Türk devleti tarafından uyulmaması, bireysel başvuru hakkı sahiplerinin süregiden davaya katılmalarına engel olmuş ve avukatlarıyla ilişkisini kopartmıştır. Bu durum başvuruculara devlet tarafından sürülen argümanlara karşı kendi görüş ve delillerini ileri sürme şansını da yok etmiştir. Mahkeme, devletlerin tedbir kararlarına uymamasının etkili başvuru hakkını düzenleyen 34. maddenin ihlaline varlık kazandırmayacağı şeklindeki daha önceki içtihadını da gözden geçirerek, hukuki kesinlik ve öngörülebilirlik ilkelerinin hayata geçirilmesi bakımından içtihattan ayrılmamak gerektiği, ancak Ek Protokol 11 ile yargılama sisteminin değiştiğini ve artık bireylerin doğrudan AİHM'ne başvuru hakları olduğunu ve tedbir kararına uymayan devlet uygulamasının Sözleşme'nin 34. maddesinin ihlali anlamına geldiğine karar vermiştir[25].

Türk devleti söz konusu karara itiraz ederek konunun AİHM Büyük Dairesi tarafından bir kez daha incelenmesi talebinde bulunmuştur. Davaya duruşmalı olarak yeniden bakan Büyük Daire, tedbir kararına uyulmamış olmasının ulusal makamlara etkili başvuru hakkını ve Mahkeme'nin kendisine yapılan başvuruyu gerektiği gibi incelemesini engellediğini belirterek söz konusu devlet uygulamasının AİHS'nin 34. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir[26].

AİHS'nde tedbir kararları ile ilgili bir hüküm bulunmamakla birlikte, Mahkeme Kuralları'nın 39. maddesine göre dava taraflarının menfaatlerinin korunması ve mahkeme önünde yargısal işlemlerinin tam olarak gerçekleşebilmesi amacıyla "AİHM Başkanı taraflara herhangi bir tedbiri işaret edebilir". Maddenin lafzından da anlaşılabileceği gibi 39. maddede tedbir kararının bağlayıcı olacağına ilişkin açık bir ifade bulunmamaktadır (Garry 2001). Üstelik, Mahkeme Kuralları taraf devletler tarafından değil Mahkeme'nin kendisi tarafından hazırlandığı ve AİHS'de bir hüküm bulunmadığı için taraf devletleri bağlayıcılığı konusunda şüpheler mevcuttur (Garry 2001). Özellikle kişilerin sınırdışı edilmeleri ve iade edilmeleri söz konusu olduğunda tedbir kararı vermesine rağmen, AİHM ilk kez *Mamatkulov ve Abdurasuloviç* davasında bu kararlarının bağlayıcı olduğuna ve uyulmamasının devletlerin sorumluluğunu doğuracağına karar vermiştir[27].

AİHS'nin iki taraflı andlaşmalara ve taraf devletlerin taraf olmayan üçüncü devletlerle ilişkilerine etkisi bu davanın önemli bir boyutunu oluşturur. Türkiye ile Özbekistan arasında suçluların iadesine yönelik bir ikili andlaşma vardır. 1997'de yürürlüğe giren bu andlaşma çerçevesinde taraflar birbirlerinin ülkelerinde haklarında soruşturma başlatılan, yargılanan ve ceza alan suçluları iade etmeyi taahhüt ederler. Bu ikili andlaşma karşısında üzerinde durulması gereken, Türkiye'nin AİHS'nden kaynaklanan sorumluluklarının yaptığı ikili andlaşmalarda üstlendiği yükümlülüklerle nasıl uyumlandırılacağı sorunudur.

Uluslararası hukukta andlaşmalar sadece taraf devletleri bağlar. Bu ilke Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 34. maddesinde düzenlenmiştir (*pacta tertiis nec prosunt nec nocent*). Bu nedenle bir andlaşmanın, o andlaşmaya taraf olmayan devletler tarafından ihlal edilmesi düşünülemez. Dolayısıyla Özbekistan'ın AİHS bakımından herhangi bir sorumluluğunun olmadığı açıktır. Konuyu Türkiye bakımından ele alacak olursak, AİHM'nin yer bakımından yetkisini düzenleyen AİHS'nin 1. maddesi taraf devletlerin sadece kendi egemenlikleri altındaki ülkelerdeki ihlallerden sorumlu olacaklarını, kişi bakımından yetki kurallarının bulunduğu 19., 33. ve 34. maddeleri ise Mahkeme'nin sözleşmeye taraf olan devletlerin üstlendikleri taahhütleri yerine getirmelerini güvence altına almak için kurulduğunu ve

25 ECHR, First Section, *Mamutkulov and Abdurasulovic*, 06.02.2003, §§ 100-111.

26 ECHR, Grand Chamber, 04.02.2005, §§ 128-129.

27 İlginçtir ki, Türkiye'de de Anayasa Mahkemesi Anayasa'da bir hüküm bulunmamasına rağmen 1993'ten itibaren yürürlüğün durdurulması adı altında tedbir kararları vermeye başlamıştır (Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 21 Ekim 1993 tarih ve E. 1993/33, K. 1993/40-2 sayılı Kararı, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi Sayı 29, Cilt 1, ss 562-563. Hem uluslararası hem de ulusal düzeyde mahkemeler genel olarak tedbir kararlarının yargılamanın zorunlu bir sonucu olduğu, bazı durumlarda tedbir kararı olmaksızın etkili bir yargılama yapılamayacağı noktasından hareketle ayrı bir düzenleme olmasa da tedbir kararı verilebileceği görüşündedir (Bkz. Korkut 1994).

başvuruların Sözleşme hükümlerini ihlal eden taraf devletlere karşı yapılacağını düzenlemiştir. Bu çerçevede Türkiye'nin kendi egemenliğinde bulunmayan Özbekistan'da gerçekleşen bir ihlalden sorumlu tutulamayacağı açıktır.

Bununla birlikte, AİHM, taraf devletleri, diğer devletlerin insan haklarını ihlal eden uygulamalarını dikkate almamaktan dolaylı olarak sorumlu tutabilmektedir. Burada AİHM'nin hareket noktası, Sözleşme'de düzenlenen hak ve özgürlüklere ilişkin güvencelerin etkili bir uygulamaya kavuşturulacak şekilde yorumlanması gerektiği düşüncesidir. Yabancıların sınır dışı edilmeleri ve mültecilerin geldikleri ülkenin devletine geri verilmesi sözkonusu olduğunda, taraf devletin yabancının sınır dışı edileceği ya da geri gönderileceği ülkedeki devletin uygulamalarını dikkate alması gerekir. Mahkeme'ye göre, bu devlet geri verilen kişilerin yaşam hakkını ihlal ediyor ve işkence yasağını çiğneyen uygulamalarda bulunuyorsa, AİHS'ne taraf olan devlet, ilgili kişiyi geri vermemekle yükümlüdür. Eğer taraf devlet sözkonusu yükümlülüğe uymazsa oluşan zarardan sorumlu tutulabilir. Aksi halde, Sözleşme'nin getirdiği güvence sistemi somut olaylar bakımından etkisiz kalabilir. Öte yandan, AİHM, buradaki sorumluluğun başka bir devletin eylemlerinden doğmadığını, sorumluluğun dayanağının taraf devletlerin bireyleri kötü muamele ve yaşam tehlikesi risklerine karşı koruma yükümlülüğü olduğunu ileri sürmektedir[28]. Ayrıca, Sözleşme'nin 3. maddesinde düzenlenen işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı muamele yasağına ilişkin güvencelerin mutlak niteliği, hiçbir istisna olmaksızın ve herhangi bir sınırlamaya tabi tutulmadan uygulanmaları sonucunu doğurmaktadır. Dolayısıyla örneğin iade edilecek kişilerin terörist eylemlerden aranıyor olması gibi gerekçeler dahi devletleri sorumluluktan kurtarmaya yetmemektedir.

AİHM'nin bu uygulaması karşısında Türkiye ya Mamatkulov ve Abdurasuloviç'i Özbekistan'a iade edecek ve AİHS'ni ihlal eder duruma gelecek, ya da AİHM'nin istemine uygun hareket ederek Özbekistan ile ikili andlaşmasındaki yükümlülüğü yerine getirmeyecek ve dolayısıyla hem andlaşmanın uygulanmamasından hukuki sorumluluğu doğacak hem de bu devletle siyasi ilişkileri bozulacaktır. Türkiye burada ara bir çözüm olarak Özbekistan'dan diplomatik güvenceler alarak iade etme yolunu benimsemiş, ancak AİHM tarafından verilen tedbir kararının hilafına davrandığı için Mahkeme'nin ihlal kararı vermesini engelleyememiştir.

Bu sonuçta Türk devletinin iki eksik uygulaması etkili olmuştur. Bunlardan ilki ulusal hukuk sisteminde suçluların iadesi ile ilgili hükümlerde yaşam hakkının ihlali ve işkence tehlikesi ile ilgili bir düzenlemenin mevcut olmamasıdır. Mamatkuov ve Abdrasuloviç'in geri verildiği dönemde yürürlükte olan Ceza Kanunu'nun 9. maddesine göre bir suçlunun iadesi koşulları arasında, gönderileceği ülkede işkence görmemesi, idam cezası verilmemesi ve AİHS'nde yer alan hak ve özgürlüklüklerinin ihlal edilmemesi gibi koşullar bulunmamaktadır[29]. Bu tür düzenleme örneklerine AİHS'ne taraf diğer devletlerin düzenlemelerinde rastlanmaktadır. Örneğin Federal Almanya'da Yabancılar Yasası'nın 53. maddesi kişilerin işkence tehditi ya da işledikleri suçlar nedeniyle ölüm cezası ile karşılacakları ülkelerin devletilerine iade edilmeyeceği, iadenin AİHS maddelerinde yer alan hak ve özgürlüklere aykırılık oluşturmayacağı koşulları yer almaktadır (Huber 2001). Türkiye bu eksikliği yeni ceza kanununda telafi etmiştir. 2005 yılında yürürlüğe giren Türk Ceza Kanunu'nun "Geri Verme" başlığını taşıyan 18. maddesinin üçüncü fıkrasında "kişinin, talep eden devlete geri verilmesi halinde ırkı, dini, vatandaşlığı, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi görüşleri nedeniyle kovuşturulacağına veya cezalandırılacağına ya da işkence ve kötü muame-

28 ECHR, Cruz Varas and others, A-201, Chahal 15.06. 1996, Jabari, 11.07.2000.

29 765 sayılı Mülga Ceza Kanunu'nun konuyu düzenleyen 9. maddesinde aşağıdaki hüküm yer almaktaydı:
" Bir cürümden dolayı bir Türkün ecnebi devletlere iadesi talebi devletçe kabul olunamaz.
Siyasî veya ona murtabıt cürümlerden dolayı bir ecnebinin ecnebi devletlere iadesi talebi devletçe kabul edilemez.
Ecnebi devletçe vukubulan iade talebi üzerine istenilen kimsenin Türkiye'de bulunduğu mahal mahkemesi asliyesince tabiiyeti ve cürmünün mahiyeti hakkında bir karar verilmesi lâzımdır.
Türk tebaasından olduğu yahut cürmünün siyasî ve askerî veyahut bunlara murtabıt cürümlerden bulunduğu mahkemece sabit olanların iadesi talebi kabul olunamaz.
Ecnebi olduğuna ve cürmünün adi ceraimden bulunduğuna karar verilen kimsenin iadesi talebi hükümetçe kabul olunabilir.
İadesi talep ve kabul olunan kimse hakkında mahalli müstantikliğince tevkif müzekkeresi verilebilir."

leye maruz kalacağına dair kuvvetli şüphe sebepleri varsa, talep kabul edilmez" hükmü bulunmaktadır[30]. "(K)işinin bulunduğu yer ağır ceza mahkemesi, geri verme talebi hakkında bu madde ve Türkiye'nin taraf olduğu ilgili uluslararası sözleşme hükümlerine göre karar verir. Bu karara karşı temyiz yoluna başvurulabilir" denilerek Mahkemelerin geri verme söz konusu olduğunda uluslararası hukuka uygun davranmaları sağlanmıştır. Maddenin altıncı fıkrasında ayrıca "(G)eri verilmesi istenen kişi hakkında koruma tedbirlerine başvurulmasına, Türkiye'nin taraf olduğu ilgili uluslararası sözleşme hükümlerine göre karar verilebilir".denerek doğrudan AİHM'nin tedbir kararlarını dikkate alan bir düzenlemeye gidilmiştir. Mamutkulov ve Abdurasuloviç davası sonucunda verilen karar ve AİHM içtihadının söz konusu değişiklikler üzerindeki etkisi açıkça hissedilmektedir.

İkinci olarak, Türkiye Özbekistan'dan aldığı diplomatik güvencelerin uygulamasını gerektiği gibi takip etmemiştir. Birleşmiş Milletler İşkence Özel Raportörü'nün 2002 yılında yayınladığı raporda geri göndermenin iki açıdan denetlenmesi gerektiği üzerinde durmaktadır. Bunlardan ilki kişinin geri gönderilmesinden önce alınan güvencelerin kesin ve geri dönülemez nitelikte olmasıdır. Geri gönderilme halinde kişinin işkenceye ya da kötü muameleye maruz kalmayacağı konusunda hiç bir şüphe kalmamalıdır. İkinci olarak, kişi geri gönderildikten sonra etkili bir gönderme sonrası izleme mekanizması oluşturulmalıdır. Mamutkulov ve Abdurasuloviç davasında Türk devleti başvuruculaın avukatları ve İnsan Hakları İzleme Örgütü tarafından ileri sürülen Özbekistan devletinin verdiği garantilere uymadığı şeklindeki iddialara olumlu ya da olumsuz bir yanıt vermeyerek izleme faaliyetlerinin yetersizliğini ortaya koymuştur[31]. Raportör ayrıca işkencenin sistematik olarak uygulandığı ve ilgili devletin bu durumu ısrarla reddettiği ve gerekli önlemleri almaktan kaçındığı ülkelerin verecekleri diplomatik garantilerin güvenilir olmayacağı tespitinde bulunmuştur. Raportörün 2003 raporunda Özbekistan'da işkencenin sistematik olarak uygulandığı bilgisine yer verilmiştir[32]. Türkiye'nin diplomatik güvenceleri bu bilgilere göre değerlendirmemesi AİHM önünde sorumluluğunu doğurmuştur.

Türkiye'nin üçüncü ülkelerin devletleri ile ilişkilerinde AİHS kuralları çerçevesinde hareket etmesi egemenlikten kaynaklanan yetkilerin daha geniş kullanıldığı bir alan olan dış ilişkilerde sınırlandırıcı bir yaklaşıma işaret eder. Türkiye'nin özellikle Orta Asya Cumhuriyetleri ile ilişkilerinde, siyasi nedenlerle bu ülkelerdeki demokratik olmayan yönetimlere yönelik insan hakları temelinde bir yaklaşım oluşturmaması durumunda AİHS'den kaynaklanan hukuki sorunlar ortaya çıkabilir. AİHS bu yönüyle taraf devletleri diğer devletlerle ilişkilerinde de sınırlandırmaktadır. İşin özünde Türkiye tedbir kararlarına uymaktadır. Örneğin Türkiye'ye kaçak giriş yapan bir İranlı'nın Hollanda'ya gitmesine izin verilmeyerek ülkesine iadesi kararı verilen bir olayda AİHM'nin verdiği tedbir kararına uyulmuş ve söz konusu kişinin Hollanda'ya gidişine izin verilerek AİHM'deki dosya bir karara gerek olmadan kapatılmıştır[33]. Mamatkulov ve Abdurasuloviç davasında Özbekistan ile geliştirilen siyasi ve ticari ilişkiler, iki ülke arasındaki suçluların geri verilmesi andlaşması ve iade edilen kişilerin terör olayları ile suçlanması Türkiye'nin başvuruculaı iade etmesinin ana nedenleridir. Ancak tüm bu kaygılar AİHM yargılamasına esas teşkil edemez.

3.2.3 D ve Diğerleri - Türkiye Davası

Başvurucu A. D. 1969 doğumlu Kürt kökenli ve sünni bir İran vatandaşıdır eşi P. S. ise 1976 doğumlu Azeri kökenli ve şii mezhebindendir. A. D. 31 Kasım 1994 tarihinde İran makamları tarafından İran Kürt Demokrat Partisi adına faaliyetlere katılması nedeniyle takibat başlatması üzerine Türkiye'ye sığınır, BMYK'ne mülteci başvurusunda bulunursa da mahkeme kararıyla ülkesine geri gönderilir. A. D. İran'da iken P.S. ile tanışır ve çift evlenmeye karar verir. Şii mezhebinden olan P. S. nin babası bu evliliğe rıza vermemesine rağmen çift Sünni geleneklerine uygun olarak evlenir. Ancak, baba izni olmaksızın evlenme Şii şeriat hukukuna aykırı olduğu için çift tutuklanır.

30 26 Eylül 2004'de kabul edilen 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, Resmi Gazete, 12 Ekim 2004, Sayı: 25611.

31 Report of the Special Rapporteur on Torture, Theo van Boven, to the United Nations Commission on Human Rights, 58th Session, E/CN.4/2002/137, February 26, 2002.

32 Report of the Special Rapporteur on Torture, Mission to Uzbekistan, E/CN.4/2003/68/add.2, §§ 60-69.

33 ECHR, Fourth Section, Application by Mohammed Khadjawi No. 5239/99.

1996 yılında çiftin davasına bakan mahkeme A.D. ve P.S.'nin evliliklerini geçersiz sayar, her ikisine para cezası verir ve P. S.'nin babasını çiftin Şii şeratına uygun olarak yeniden evlenmesi için onay verir. Ancak ilk evlilikleri geçersiz olduğundan hem A. D. Hem de P. S. Evlilik dışı cinsel ilişkide bulunmak suçundan (*Zina-e qir mohsenah*) 100'er adet kırbaç cezası ile cezalandırılır. *Haad* adı verilen bu ceza kesindir. A. D.'ye verilen kırbaç cezası 1997 yılında infaz edilir, P. S. Nin cezası ise adli tıp tavsiyesi ile hamile olması nedeniyle 1999 yılına kadar ertelenir ve 50'şer kırbaçlık iki kısımda uygulanmasına karar verilir. Bu arada aile İran'ı terketmeye karar verir, P. S. pasaportla, A. D. ise insan kaçakçılarının yardımıyla Van'a kaçarlar[34].

A.D. ve P. S. Avrupa dışından oldukları için Türkiye'de mülteci olma hakkına sahip değildir. Avrupa dışından gelenlerin mülteci olup olmadıkları değerlendirmesi BMYK Türkiye Temsilciliği tarafından yapılmakta ve eğer mülteci olduklarına karar verilirse üçüncü bir ülkeye gönderilmeleri için girişimde bulunulmaktadır. Ailenin başvurusu üzerine BMMYK Türkiye Temsilciliği 2000 yılında çiftin mülteci olmadığına karar verir, temyiz başvurusu da 2001 yılında olumsuz olarak cevaplandırılır. A. D.'nin dosyanın yeniden açılması talebi de 2002 yılında reddedilir ve dosya üzerinde nihai karar verilir. BMMYK'nin dosyayı kapadığı bilgisini alan Türk makamları o ana kadar aile için verdiği oturma iznini uzatmama kararı alır. 2003 yılında İçişleri Bakanlığı çift ve Türkiye'de doğan çocuklarının kendi istekleri ile ülkelerine veya bir üçüncü ülkeye gidebileceklerini aksi takdirde sınırdışı edilme riski ile karşı karşıya kalabileceklerini kendilerine bildirir. 2003 yılında AİHM'ne başvuran aile, geri gönderilmeleri durumunda Sözleşme'nin işkence yasağına ilişkin 3. maddesine, etkili başvuru hakkına yer veren 13. maddesine ve ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddesine aykırılık oluşacağını iddia eder. 30 Haziran 2005 tarihinde AİHM Üçüncü Dairesi başvuruyu kabul edilebilir bulur, 22 Haziran 2006 tarihinde de mahkeme davacıyı haklı bularak, sınırdışı işlemi gerçekleşirse Türkiye'nin AİHS'nin üçüncü maddesini ihlal edeceği uyarısında bulunur[35].

Dava sürerken Türk devleti yaptığı savunmasında İranlı başvuruculaların Avrupa dışından geldiklerini, Türkiye'nin kabul ettiği coğrafi sınırlandırma nedeniyle bir sorumluluğunun bulunmadığını, konu ile ilgili olarak BMMYK'nin P. S.'ye verilen kırbaç cezasının ertelenmesi ve "sembolik" nitelikte görülmesi nedeniyle başvuruları reddettiğini, Türkiyenin uluslararası sorumluluklarını gözardı etmediğini ileri sürer[36].

Mahkeme, kırbaç cezasının hem aşağılayıcı hem de insanlık dışı bir ceza olduğunu daha önceki kararlarında da vurguladığını belirterek, bir insanın başka bir insana, üstelik kamusal alanda fiziki şiddet uygulamasının kendi başına insanlık dışı bir davranış olduğuna karar verir ve gerek Türk devletinin gerekse BMMYK'nin konuyu yeterince değerlendirmedikleri sonucuna varır. Mahkeme'ye göre başvuruculara verilen ceza insanlık onurunu çiğnediği gibi, bireylerin fiziksel ve ruhsal bütünlüklerine de zarar verici niteliktedir[37].

D Türkiye'ye karşı kararını, AİHM kararlarının Türkiye üzerindeki etkisi açısından değerlendirecek olursak öncelikle Mamatkulov ve Askarov kararının etkisinden bahsetmemiz gerekir. Çünkü bu davada, Türkiye başvuruculara nihai karar verilinceye kadar ülkelerine geri göndermemiş, ikamet ettikleri Kastamonu'da kalmalarına izin vermiştir. Bu durum mahkeme tarafından da nihai kararda belirtilmiştir. Mahkeme Türk devletinin başvuruculara geri göndermemesini tatmin edici bularak, devlet alayhine karar vermesine rağmen, Türkiye için bir tazminata hükmetmemiştir. Bu karar göstermektedir ki, Türk devleti, özellikle konu ile ilgili devlet birimleri olan İçişleri ve Dışişleri Bakanlıkları, AİHS'nin 3. maddesine dayanılarak sığınmacılar tarafından açılan davalarda yabancılara çok kolay uygulayabilecekleri egemenlikten kaynaklanan yetkilerini dava sonuçlanıncaya kadar kullanmaktan kaçınmaya ve gerek Jabari gerekse Mamatkulov ve Askarov davalarında olduğu gibi devletin olası bir ihlalin sorumlusu olmamasına özen göstermektedir.

Ancak, *D. Türkiye'ye k*arşı davasının asıl ilginç

34 ECHR, Fourth Section, *D. – Turkey*, 22.06. 2006, §§ 8-16.
35 ECHR, Fourth Section, *D. - Turkey*, 22.06. 2006, §§ 17-26.
36 ECHR, Fourth Section, *D. - Turkey*, 22.06.2006, §§ 35-38.
37 ECHR, Fourth Section, *D. - Turkey*, 22.06.2006, §§ 51.

yönü BMMYK ile Türk devleti arasındaki işbirliği ile ilgili boyutudur. BMMYK Birleşmiş Milletlere bağlı bir organdır. BMMYK'nın asıl misyonu 1951 Sözleşmesi'nin küresel uygulamasını izlemek ve gözetmektir. 1951 Sözleşmesi'ne taraf olan devletlerin Sözleşme'nin 35. maddesi uyarınca gerçekleştirecekleri mülteci koruma faaliyetlerinde BMMYK ile işbirliği yapmaları beklenmektedir (Oxfam 2005). Bu işbirliği faaliyeti kural olarak BMMYK'ne mültecilerin statüsünü belirleme misyonu yüklemez. Ancak, Sözleşme'ye taraf olmayan devletlerin ülkelerinde mülteci statüsünü belirleme görevi zorunlu olarak BMMYK tarafından yerine getirilmektedir. Mülteci statüsünün belirlenmesi, başvuruculaların 1951 Sözleşmesi kapsamında mülteci sıfatını taşıyıp taşımadıklarının araştırılmasıdır. Türkiye'de de Avrupa dışından gelen mültecilerin statülerinin belirlenmesi işlevi uzun süre BMMYK'ya bırakılmış, BMMYK kararı devlet tarafından da onaylandığında kişi mülteci olarak nitelendirilmiştir.

D. Türkiye'ye karşı kararının işaret ettiği bir gerçek, bu tür davalarda başvurucular hakkında BMMYK tarafından yapılan değerlendirme sonucunda verilen kararların devlet tarafından uygulanması durumunda sorumluluğun sadece devlete ait olacağıdır. AİHM kararından kolayca anlaşılabileceği gibi tüm değerlendirme BMMYK tarafından yapılmış, Türk devleti başvuruculara mülteci statüsünün verilmeme gerekçesini tam olarak AİHM'ne dava açıldıktan sonra öğrenmiştir. Hatta, denilebilir ki bu davada devlet kendisine ait olmayan bir değerlendirme neticesinde aleyhine bir mahkeme kararıyla karşı karşıya kalmıştır.

Mahkeme kararının verildiği anda İçişleri Bakanlığı'nın çıkarmış olduğu Türkiye'ye İltica Eden veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzere Türkiye'den İkamet İzni Talep Eden Münferit Yabancılar ile Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılara ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Genelge ilgili idari birimlerin mülteci statü belirleme teknik işlevini belli bir süre içinde BMMYK'dan devralma eğilimi içinde olduğunu göstermektedir. Bu genelge öncelikle personel eğitimi üzerinde durmuştur. Genelge'nin içerdiği Uygulama Talimatına göre, "Sorumlu personel, yükümlülükleri yerine getirebilecek düzeyde insan hakları, uluslararası koruma, mülteci hukuku konularında bilgi sahibi olan ve eğitim almış kişiler arasından görevlendirilecektir. Personelin yoğunlaştırılmış uzmanlık seminerlerini, iltica/sığınma mülakat tekniklerini, mülteci statüsü belirleme stajını, menşe ülke bilgisi elde etme ve bu bilgileri iltica prosedürlerinde kullanma stajını tamamlamış olmasına dikkat edilecek ve Mülteci Statüsü Belirleme ve Menşe Ülke Bilgisi elde etme ve bu bilgileri iltica prosedürlerinde kullanma eğitimi görenler her yıl en az iki defa Bakanlıkça, bilgi ve tecrübe değişimi ve paylaşımı için bir araya gelecektir. Menşe Ülke Bilgisi elde etme ve bu bilgileri iltica prosedürlerinde kullanma eğitimi gören personelin her birinin en az bir menşe ülke üzerinde uzmanlaşması sağlanacaktır".

1994 Mülteci Yönetmeliği ile başlayan devletin daha çok sorumluluk üstlenmesi yönündeki eğilim 2006 yılında daha ileri bir noktaya taşınmış olmaktadır. 1994 öncesi dönemde mülteciler alanını BMMYK'ne devreden anlayışın bu tarihten sonra tersine dönmeye başlamasında, devletin uluslararası hukuktan kaynaklanan sorumluluklarını yerine getirmeye yönelik faaliyetleri etkili olmaktadır.

Sonuç

AİHM'nin mültecilerin Türk devletine karşı açtığı davalarda vermiş olduğu kararlar Türkiye'de mülteci hukukunun gelişimine önemli katkılarda bulunmakta ve Türk devletini egemenlikten kaynaklanan yetkilerini kullanırken uluslararası insan hakları hukuku ve insancıl hukuk standartlarını gözeten bir tutum almaya zorlamaktadır. Elli yıl önce mahkemelerin dahi hükümetin siyasi tekelinde gördükleri için "hükümet tasarrufu" olarak nitelendirerek bakmaktan çekindikleri yabancılara ilişkin davalar, bugün uluslararası mahkemelerin denetimine tabi kılınmıştır. Günümüzde devlet birimlerinin yabancılar üzerinde mutlak yetkilerinden bahsetmek artık olanaklı değildir. Avrupa Birliği müktesebatına uyum faaliyetleri ile birlikte düşünülürse önümüzdeki dönemde bu yetkilerin daha da sınırlanacağını tahmin etmek zor olmayacaktır. Ancak bu sınırlamaların hukuku geliştiren dinamik bir ortam yarattığı ve devletleri sosyal sorunlar karşısında daha güçlü kıldıkları da bir gerçektir. Her türlü yetkiyi siyasi erkte mutlaklaştıran devletler çok güçlü gibi görünseler de temel sorunlara barışçıl ve

insani çözümler geliştirememeleri, gün geçtikçe daha fazla şiddet kullanılmasını zorunlu kılar. Bireylerin hak ve özgürlükleri temelinde yükselmeyen bir egemenlik ve güvenlik anlayışı keyfiliğin gelişmesine ve ister ulusal, ister bölgesel ya da küresel olsun barış ve kamu düzeninin bozulmasına neden olur. Kelsen'in altını çizdiği gibi, devletlerin ne ölçüde uluslararası hukukla bağlı olacakları siyasi bir konudur. Ancak bir kez uluslararası hukukun üstünlüğü kabul edildiğinde egemen yetkilerin kullanımının sadece iç hukuk düzeninde değil, dış boyutları bakımından da hukuka daha fazla tabi olduğu görülmektedir. Türkiye'nin, AİHM gibi kararları bağlayıcı olan bir uluslararası mahkemenin yetkisini kabul etmiş olması, hem devletin uluslararası standartları gözetmesi hem de daha fazla sorumluluk üstlenmesi sonuçlarını doğurmaktadır. 1960'lardan beri mülteciler konusunu temel hak ve özgürlükler boyutundan çok güvenlik kaygıları ile yaklaşan Türkiye'nin, daha atılması gereken çok adım olmakla birlikte tutumundaki değişikliğin, özellikle de mevzuat ve düzenleyici işlem değişikliklerinin nedenleri arasında AİHM kararlarının etkisi de dikkate alınmalıdır.

KAYNAKÇA

Allain, Jean (2002), "The Jus Cogens Nature of Non-Refoulement", **International Journal of Refugee Law**, Cilt 13, Sayı 4, ss.533-558.

Amnesty International (1994), **Turkey: Selective Protection, Discriminatory Treatment of non-European Rfefugees and Asylum Seekers**, Amnesty International Secreteriat, London.

Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı 29, Cilt 1, ss 562-563.

Garry, Hannah R. (2001), When Procedure Involves Matters of Life and Death: Interim Measures and the European Convention on Human Rights, **European Public Law**, Cilt 7, Sayı 3, ss. 399-427.

Huber, Bertold (2001) "The Application of Human Rights Standards by German Courts to Asylum-Seekers, Refugees and other Migrants, **European Journal of Migration and Law**, Cilt 3, ss. 171-184.

İçduygu, Ahmet (2003), **Irregular Migration in Turkey**, IOM Geneva.

Kelsen, Hans (1944) **Peace Through Law**, University of North Carolina Press, Chapel Hill, NC.

Kelsen, Hans (1965) "Professor Stone and the Pure Theory of Law", **Stanford Law Review**, Cilt 17, s. 1128-1139.

Kelsen, Hans (1967) **The Pure Theory of Law**, (İngilizceye çev. Max Knight), University of California Press.

Kelsen, Hans (1999) **General Theory of Law and State**, The Lawbook Exchange, Union-New Jersey, s. 383.

Kirişçi, Kemal (1996) "Is Turkey Lifting the 'Geographical Limitation'?: The November 1994 Regulation on Asylum in Turkey?"

Kirişçi, Kemal (2001), "UNHCR and Turkey: Cooperating for Improved Implementation of the 1951 Convention Relating to the Status of the Refugees", **International Journal of Refugee Law**, Cilt 13, Sayı: 1-2, ss. 71-97.

Kirişçi, Kemal (2003) "Illegal Migration Between EU and Turkey", **Turkey and the European Union, Domestic Politics, Economic Integration and International Dynamics**, (der.) Ali Çarkoğlu ve Barry Rubin, Taylor and Francis Inc, ss. 79-107.

Korkut, Levent (1994) "Anayasa Mahkemesinin Verdiği Yürürlüğün Durdurulması Kararları Üzerine Bir Değerlendirme", **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 27, Sayı 3, Eylül 1994, ss. 141-147.

Korkut, Levent (2002) E**gemenlik, Uluslararası ve Ulusal Yargı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Örneği**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Lambert, Hélene (2006) **The Position of Aliens in Relation to the European Convention on Human Rights**, Third Edition, Council of Europe Publishing, Strasbourg.

Lawson, R. A. ve Schermers, H. G. (1997), **Leading Cases of the European Court of Human Rights**, Ars Aequi Libri, Nijmegen.

Oxfam (2005), **Foreign Territory, The Internationalisation of EU Asylum Policy**, Oxfam GB.

Rozakis, Christos, (2000), "Introduction", **Proceedings of the Second Colloquy on the European Convention on Human Rights and the Protection of Refugees**, **Asylum Seekers and Displaced Persons**, Council of Europe and United Nations High Commissioner for Refugees, Strasbourg 19-20 May 2000, Council of Europe Publishing.

UNHCR, (1990) **Collection of International Instruments and Other Legal Texts Concerning Refugees and Displaced Persons**, Cilt II, ss. 206-211.

Weissbrodt, David and Hörtreiter, Isabel (1999) "The Principle of Non-Refoulment: Article 3 of the Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment in Comparison with the Non-Refoulment Provisions of Other International Human Rights Treaties", **Buffalo Human Rights Law Review**, Cilt 5, Sayı: 1, ss. 1-73.