

İNSAN HAKLARI AVRUPA SÖZLEŞMESİ'NİN 6. MADDESİNİN
YABANCILARIN SINIRDIŞI EDİLMESİNE UYGULANIP
UYGULANAMAYACAĞI SORUNU

Prof. Dr. Nuray EKŞİ*

**I. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Ek Protokollerinin
Sınırdışı Uygulanacak Hükümleri**

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde¹ (İHAS), yabancıların sınırdışı edilmesi², özel bir hükümle koruma altına alınmamıştır. İHAS'ın, *özgürlük ve güvenlik hakkı* başlığını taşıyan 5. maddesinin (1). fıkrasında kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasını gerektiren haller sayılmıştır. Bu haller arasında (f) bendinde, *bir kişinin usulüne aykırı surette ülkeye girmekten alıkonması veya kendisi hakkında sınır dışı etme ya da geriverme işleminin yürütülmemekte olması nedeniyle usulüne uygun olarak yakalanması veya tutulu durumda bulundurulması* da sayılmıştır. İHAS'ın 5. maddesinin (1). fıkrasının (f) bendi, yasa dışı yollardan ülkeye giren veya sınırdışı edilmesine veya geri verilmesine karar verilen kişinin gözaltına alınması ya da tutuklanmasına ilişkin bir düzenleme getirmektedir. Hiç şüphesiz bu madde sınır-

* İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Başkanı.

¹ İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin Türkiye tarafından onayı için bkz. RG 19.3.1954/8662.

² Sınırdışı kavramı, sınırdışının benzer müesseselerden farkı; sınırdışı kararının yasal dayanakları; sınırdışı kararna karşı kanun yolu; sınırdışı kararının icrası hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Nuray EKŞİ, *Yabancılar Hukukuna İlişkin Temel Konular*, İstanbul 2007, 2. bası, s. 31-55; Halük KABAALİOĞLU/Nuray EKŞİ, *Yabancıların Türkiye'den Sınırdışı Edilmeleri* (2004)1-2 MHB Sevin Toluner'e Armağan, s. 503-522; Nuray EKŞİ, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Sığınmacı ve Mültecilerin Türkiye'den Sınırdışı Edilmelerini Engelleyen Haller*, 82(2008)6 İBD, s. 2803-2837; Nuray EKŞİ, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Abdolkhani ve Karimnia -Türkiye Davası Mülteci ve Sığınmacı Hukuku Açısından Değerlendirme*, İstanbul 2010, s. 6 vd..

dışı etmeyle de bağlantılı bir maddedir. Ancak bu maddenin sınır dışı ile bağlantısı, sınır dışı edilecek kişinin bu amaçla özgürlüğünden yoksun bırakılmasıyla sınırlıdır. Yoksa bu maddeden hareketle, sınır dışının İHAS'da açıkça düzenlendiğini söylemek mümkün değildir.

İHAS'da sınır dışı etmeye ilişkin açık bir hüküm bulunmamakla beraber, sınır dışı işleminin de İHAS'a aykırı olabileceği ve bunun üye devletlerin Sözleşme'den kaynaklanan yükümlülüklerinin ihlali anlamına gelebileceği kabul edilmektedir³. Diğer bir ifadeyle açık bir hüküm olmamasına rağmen, sınır dışı işlemleri ile İHAS'ın bazı maddeleri arasında bağlantı kurulmaktadır⁴. Yabancı'nın ülkeden sınır dışı edilmesi, İHAS'ın 2., 3., 5., 8., 13.⁵ ve 14. maddelerine aykırı ise, bu durum, sınır dışı işlemini gerçekleştiren devletin sorumluluğuna yol açabilmektedir⁶. Nitekim Türkiye'den sınır dışı edilmesine karar verilen yabancılar da bu maddelere dayanarak İHAM'a başvurmuşlardır. Belirtmek gerekir ki, sınır dışı işlemleri sebebiyle Türkiye'ye açılan ve karara bağlanan on yedi dava, sığınmacı başvurusunda bulunup da başvuruları mevzuata⁷ uygun olmadığı için kabul edilmeyen ve sınır dışı edilmelerine karar verilen yabancılar tarafından açılmıştır⁸.

Yaşama hakkını güvence altına alan İHAS'ın 2. maddesi, kişinin ölüm cezasına çarptırılacağı bir ülkeye sınır dışı edilmesi durumunda da uy-

³ Matti PELLONPÄÄ, *Expulsion in International Law A Study in International Law and Human Rights with Special Reference to Finland*, Helsinki 1984, s. 124-125.

⁴ İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi kapsamında yabancıların sınır dışı edilmesine ilişkin yorumlar için bkz. Rona AYBAY, *Bir İnsan Hakkı Sorunu Olarak Sınır Dışı Edilme*, (2003)2 Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 164-167.

⁵ Sınır dışı kararlarıyla İHAS'ın 3., 8. ve 13. maddelerinin ihlâl edildiğine ilişkin İHAM karar özetleri için bkz. David FELDMAN, *Civil Liberties and Human Rights in England and Wales*, 2nd edition, Oxford University Press 2002, s. 498-501.

⁶ EKŞİ, *Yabancılar Hukukuna İlişkin Temel Konular*, 35; KABAALIOĞLU/EKŞİ, 507; EKŞİ, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Sığınmacı ve Mültecilerin Türkiye'den Sınır Dışı Edilmelerini Engelleyen Haller*, 2812.

⁷ Mülteci ve sığınmacılara ilişkin Türk mevzuatı ve Türkiye'nin taraf olduğu antlaşmalar için bkz. Nuray EKŞİ, *Mülteci ve Sığınmacılara İlişkin Mevzuat*, İstanbul 2010.

⁸ Sınır dışı sebebiyle Türkiye aleyhine İHAM'a yapılan başvurular sonucunda verilen kararlar için bkz. EKŞİ, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Sığınmacı ve Mültecilerin Türkiye'den Sınır Dışı Edilmelerini Engelleyen Haller*, 2803-2837; EKŞİ, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Abdolkhani ve Karimnia -Türkiye Davası Mülteci ve Sığınmacı Hukuku Açısından Değerlendirme*, 30 vd.; Nuray EKŞİ, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Z.N.S. v. Türkiye Davası (Başvuru no: 21896/08), Karar Strazburg 19 Ocak 2010 Türkçe Tercümesi ve İngilizce Metni*, İstanbul 2010, s. 1 vd..

gulama alanı bulacaktır. İHAM, yabancıнын, gönderileceği devlette işkenceye, gayriinsanî yahut haysiyet kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulma riski olması halinde sınırdışı işleminin İHAS'ın 3. maddesinin ruhuna⁹ aykırı olduğu sonucuna varmıştır¹⁰. İHAM, *Abdolkhani ve Karimnia v. Türkiye*¹¹ ve *Z.N.S. v. Türkiye*¹² davalarında, sınırdışı işlemleri tamamlanıncaya kadar idarî gözetim altında tutulan başvuranlara, gözetim sebeplerinin ve süresinin bildirilmemesini ve idarî gözetim kararına karşı etkin başvuru hakkının tanınmamasını İHAS'ın 5. maddesinin ihlâli olarak kabul etmiştir. İHAM, sınırdışı etme kararı verilirken İHAS'ın 8. maddesinde yer alan ilgilinin özel ve aile hayatına saygı gösterme yükümlülüğünün de dikkate alınması gerektiğini ifade etmektedir. Çünkü sınırdışı edilme, ilgilinin aile bağlarını zedeleyebilir¹³. Sınırdışı işlemlerinde dikkate alınması gereken diğer bir madde İHAS'ın 13. maddesidir. Hakkında sınırdışı kararı verilen kişiye, 13. maddede sağlanan güvenceye uygun olarak, tarafsız ve bağımsız ulusal mercilere başvurma olanağının tanınması ve

⁹ İHAS'ın 3. maddesinin sınırdışı hallerine uygulanmasına ilişkin koşullar hakkında ayrıntılı bilgi için Ralf ALLEWELDT, *Protection Against Expulsion Under Article 3 of the European Convention on Human Rights*, (1993)4 *European Journal of International Law*, s. 360-376.

¹⁰ P. Van DIJK, *Protection of "Integrated" Aliens Against Expulsion under the European Convention on Human Rights, Immigration and Asylum Law and Policy in Europe, Security of Residence and Expulsion, Protection of Aliens in Europe*, Edt. Elspeth Guild/Paul Minderhoud, Kluwer Law International 2001, s. 23-24.

İHAM son zamanlarda, sınırdışı kararının, 3. maddenin ihlâline yol açıp açmadığına karar verirken BMMYK başta olmak üzere milletlerarası kuruluşların; Uluslararası Af Örgütü gibi milletlerarası sivil toplum kuruluşlarının ve millî kuruluşların görüşlerine de başvurmaktadır (FELDMAN, 499).

¹¹ Dava hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. EKŞİ, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Abdolkhani ve Karimnia -Türkiye Davası Mülteci ve Sığınmacı Hukuku Açısından Değerlendirme*, 47-77.

¹² Z.N.S. - Türkiye Davası'nın Türkçe tercümesi için bkz. EKŞİ, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Z.N.S. v. Türkiye Davası (Başvuru no: 21896/08), Karar Strazburg 19 Ocak 2010 Türkçe Tercümesi ve İngilizce Metni*, 1-28.

¹³ Ayrıntılı bilgi ve konuyla ilgili İHAM kararları için bkz. DIJK, 24 vd.; Colin HARVEY, *Promoting Insecurity: Public Order, Expulsion and the European Convention on Human Rights, Immigration and Asylum Law and Policy in Europe, Security of Residence and Expulsion, Protection of Aliens in Europe*, Edt. Elspeth Guild/Paul Minderhoud, Kluwer Law International 2001, s. 45 vd.; Gina CLAYTON, *Textbook on Immigration and Asylum Law*, Oxford University Press 2004, s. 86-98; Clare OVEY/Robin C.A. WHITE, *Jacobs&White The European Convention on Human Rights*, 4th ed., Oxford University Press 2006, s. 262-267; KABAALIOĞLU/EKŞİ, 507; EKŞİ, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Sığınmacı ve Mültecilerin Türkiye'den Sınırdışı Edilmelerini Engelleyen Haller*, 2814-2815.

başvurunun etkin bir biçimde incelenip değerlendirilmesinin sağlanması gerekir¹⁴.

İHAS'da sınırdışıya ilişkin ayrı ve özel bir hüküm olmamakla beraber İHAS'a ek iki protokolde sınırdışı düzenlenmiştir. 4 Numaralı Protokol'de kimlerin sınırdışı edilemeyeceği düzenlenmiş ve toplu sınırdışı yasaklanmıştır. 7 Numaralı Protokol'de ise sınırdışı usulüne ilişkin hükümler yer almaktadır. İHAS'a ilişkin 4 Numaralı Protokol, Sözleşme'nin aksine, sınırdışı etme işlemi hakkında açık hükümler içermektedir. İHAS'a ilişkin 4 Numaralı Protokolün¹⁵ 3. maddesine göre, hiç kimse vatandaşı olduğu devletin ülkesinden kişisel olarak ya da toplu olarak sınırdışı edilemez. Hiç kimse vatandaşı olduğu devletin ülkesine girme hakkından yoksun bırakılamaz. 4 Numaralı Protokol'ün 4. maddesinde, yabancıların toplu olarak sınırdışı edilmeleri yasaklanmıştır. Ayrıca İHAS'a ilişkin 7 Numaralı Protokol'ün 1. maddesinde, yabancıların sınırdışı edilmesine ilişkin usul düzenlenmiştir¹⁶. Bu Protokol, Türkiye tarafından onaylanmamıştır. 7 Numaralı Protokol'ün 1. maddesine göre, bir devletin ülkesinde hukuka uygun olarak ikamet eden bir yabancı, hakkında hukuka uygun olarak verilmiş bir karar bulunmadıkça sınırdışı edilemez¹⁷.

II. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6. Maddesinin Kapsamı ve Uygulama Alanı

Adil yargılanma hakkı başlığını taşıyan İHAS'ın 6(1). maddesine göre, herkes, gerek medenî hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezaî alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makûl bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir. Hüküm, açık oturumda

¹⁴ KABAALIOĞLU/EKŞİ, 507; EKŞİ, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Sığınmacı ve Mültecilerin Türkiye'den Sınırdışı Edilmelerini Engelleyen Haller*, 2815; AYBAY, 236.

¹⁵ RG 26.2.1994/21861.

¹⁶ Protokolün Türkçe tercümesi için bkz. Osman DOĞRU, *İnsan Hakları Uluslararası Mevzuatı*, İstanbul 1998, s. 298-300.

¹⁷ EKŞİ, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Sığınmacı ve Mültecilerin Türkiye'den Sınırdışı Edilmelerini Engelleyen Haller*, 2818-2819; KABAALIOĞLU/EKŞİ, 508.

verilir; ancak, demokratik bir toplumda genel ahlâk, kamu düzeni ve ulusal güvenlik yararına, küçüklerin korunması veya davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veya davanın açık oturumda görülmesinin adaletin selametine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, duruşmalar dava süresince tamamen veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir.

İHAS'ın 6. maddesinin kapsamına, *medenî hak ve yükümlülükler/özel hukuka ilişkin haklar ve borçlar* ile *suç isnadı* girmektedir. O halde medenî hak ve yükümlülükler/özel hukuka ilişkin haklar ve borçlar veya suç isnadının¹⁸ olmadığı hallerde adil yargılanma hakkını teminat altına alan 6. madde uygulanmayacaktır.

İHAM ve Komisyon, 6. maddedeki kavramları yorumlarken, davalı devletin iç hukukundaki tasnifleri esas almamakta, bu kavramların özerk niteliğinden hareketle İHAS'a taraf bütün devletler için *Avrupa koruma standardı* getirmektedir¹⁹. Diğer bir ifadeyle, Komisyon ve İHAM, istikrarlı bir şekilde 6. maddedeki kavramların iç hukuklardan bağımsız olarak, Sözleşme'nin amacına uygun bir şekilde yorumlanması gerektiği görüşündedir²⁰. İHAM, uyuşmazlığın içeriğini, niteliğini ve haklar üzerindeki etkilerini dikkate almakla beraber *özel hukuka ilişkin haklar ve borçlar* ifadesinin çerçevesini çizecek genel bir ilke henüz oluşturmamıştır. Buna karşın 6. maddedeki *cezai uyuşmazlıklar* kavramının kapsamını ve çerçevesini çizmiştir²¹. İHAM, 6. maddedeki *özel haklar ve borçların* kapsamını ilk defa 1971 yılında verdiği *Beigeisen v. Avusturya* kararında değerlendirmiştir. Bu kararda İHAM, söz konusu kavramın kapsamını oldukça dar yorumlamış ve devlet ile vatandaşlar arasındaki davalarda 6. maddenin uygulanmayacağı sonucuna varmıştır. Gerçi bu karardan sonra İHAM'ın, 6. maddedeki kavramlara bakış açısı yumuşamıştır. Mahkeme, zamanla, özel haklar ve borçlar kavramını oldukça liberal bir şekilde yorumlamaya başlamış ve millî hukuklara göre idare hukukunun uygu-

¹⁸ Medeni hak ve yükümlülükler ile suç isnadı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Sibel İNCEOĞLU, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, 2. bası, İstanbul 2005, s. 11 vd.

¹⁹ İNCEOĞLU, 12.

²⁰ OVEY/WHITE, 163.

²¹ OVEY/WHITE, 164.

lama alanına giren bazı davalar açısından 6. maddenin uygulanmasını kabul etmiştir²².

III. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 6. Maddenin Sınırdışı Hallerine Uygulanmayacağına İlişkin Görüşü: *Maaouia v. Fransa Davası*

Sınırdışı ile ilgili konularda İHAS'ın 6. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağı önemli bir sorun teşkil etmektedir. Komisyon, ilk kararlarında istikrarlı bir şekilde, göç ve iltica ile ilgili idarî yargı uyuşmazlıklarında 6. maddenin uygulanmayacağını belirtmekteydi. Fakat daha sonra verdiği kararlarında, 8. maddede yer alan aile hayatının korunması veya eğitim hakkının ihlâli hallerinde, sınırdışı işleminin 6. madde kapsamında değerlendirilebileceğini vurgulamıştı. Ancak son kararlarında bu görüşünü değiştirerek sınırdışı hallerinde 6. maddenin uygulanmayacağına ilişkin eski görüşüne dönmüştür²³.

Komisyon, muhtelif kararlarında, İHAS'ın 6. maddesinin pasaport, vatandaşlık, mülteci veya çalışma başvurularının reddine uygulanmayacağını belirtmiştir. Hatta Komisyon'a göre, sınırdışı kararı, kişinin çalışma hakkını kaybetmesi gibi ikincil ve dolaylı sonuçlar ortaya çıkarsa da bu karara karşı 6. madde kapsamında koruma talep edilemez²⁴.

İHAM da, Komisyon ile aynı görüşü paylaşmaktadır. Diğer bir ifadeyle, İHAM, sınırdışının 6. maddenin sağladığı güvencenin dışında kaldığı görüşündedir. İHAM'a göre, 6. maddedeki *özel haklar ve borçlar* kavramı karşısında eğer bir hak, kamu hukuku alanına giriyorsa 6. maddenin sağladığı korumadan yararlanılması mümkün değildir. Kamu ve özel hukuk ayırımını yapmak oldukça zordur. Belirtmek gere-

²² Ayrıntılı bilgi için bkz. OVEY/WHITE 164 vd.; Kamu veya idare hukuku alanına giren konularda 6. maddenin uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin İHAM karar özetleri için bkz. Richard CLAYTON/Hugh Tom LINSON, *The Law of Human Rights Second Annual Updating Supplement*, Oxford University Press 2003, s. 120-122.

²³ Nicholas BLAKE/Raza HUSAIN, *Immigration Asylum & Human Rights*, Blackstone's Human Rights Series, Series Editor John Wadham, Oxford University Press 2003, s. 242-243.

²⁴ BLAKE/HUSAIN, 243; CLAYTON, 84; OVEY/WHITE, 167.

kir ki, İHAM, üye ülke hukuklarına göre hangi mevzuların özel hukuka, hangilerinin kamu hukukuna ait olduğunu belirleyen anlayışları dikkate almak zorunda değildir. Başka bir deyişle, İHAM, üye ülke hukuklarından bağımsız bir şekilde, neyin kamu hukukuna, neyin özel hukuka ait bir konu olduğunu millî hukuklardan bağımsız olarak değerlendirmektedir²⁵.

İHAM, sınırdışı ve ülkeye giriş yasağı işlemlerine karşı Fransa'da açılan davaların dört yıl sürmesi sebebiyle İHAS'ın 6. maddesine dayanılarak açılan *Maaouia v. Fransa*²⁶ davasında 2001 yılında verdiği kararında, maddenin uygulanamayacağı sonucuna varmıştır. Karara konu olan olayda, *Nouri Maaouia*, 1958 yılında Tunus'ta doğmuş ve 1980 yılında 22 yaşındayken Fransa'ya gitmiştir. Fransız vatandaşı bir bayanla evlenmiştir. 1988 yılında *Maaouia* silâhlı soygun suçundan altı yıl hapse mahkûm olmuş ve 1990 yılında tahliye edilmiştir. 1991 yılında İçişleri Bakanlığı, *Maaouia* hakkında sınırdışı kararı vermiştir. Ancak bu karar *Maaouia*'ya tebliğ edilmemiştir. 1992 yılında ikamet iznini yenilemek için başvuruda bulunduğu sırada kendisine sınırdışı kararı tebliğ edilmiş, ancak bu karara uyarak Tunus'a gitmeyi reddetmiştir.

Ülkeyi terk etmeyi reddedince *Maaouia* hakkında Nis Ceza Mahkemesi'nde dava açılmıştır. Dava sonucunda *Maaouia* bir yıl hapse mahkûm edilmiş ve on yıl süreyle Fransa'ya girişi yasaklanmıştır. Sınırdışı kararına karşı idarî yargı yoluna başvurmuştur. 1994 yılında verilen sınırdışı kararı *Maaouia*'a tebliğ edilmediğinden idare mahkemesi bu kararı geçersiz kılmıştır. *Maaouia*, sınırdışı etme kararı geçersiz kılınca, Fransa'ya girme yasağının hukukî dayanağının ortadan kalktığı gerekçesiyle ülkeye giriş yasağının iptal edilmesi gerektiğini belirterek yeniden dava açmıştır. 1998 yılında bu davayı kazandıktan sonra kendisine tekrar oturma ve çalışma izni verilmesi için başvurmuştur. Başvurusu reddedilince, Nis İdare Mahkemesi'nde dava açmıştır. Davalar neticesinde, önce geçici oturma izni ve daha sonra çalışma hakkını da içeren on yıllık oturma izni almıştır.

Maaouia, hukukî dayanağı olmamasına rağmen sınırdışı edilmesinin

²⁵ CLAYTON, 84.

²⁶ European Court of Human Rights Grand Chamber Case of *Maaouia v. France* (Application no. 39652/98) Strasbourg 5 October 2000.

ve Fransa'ya giriş yasağının kaldırılmasının dört yıl gibi uzun bir zaman alması sebebiyle Fransa'nın, İHAS'ın 6. maddesini ihlâl ettiği gerekçesiyle İHAM'a başvurmuştur.

Fransız Devleti, İHAS'ın 6(1). maddesinin sınırdışı etme ve ülkeye giriş yasağı konularını kapsamadığını; devletin güvenliği sebebiyle aldığı bu tür kararların kamu hukuku alanında kaldığını; Komisyon'un ilke haline gelen kararlarında ülkeye giriş, oturma ve sınırdışı kararlarının devletin yetkili makamları tarafından alınan ve kamu otoritesine dayanan kararlar olması sebebiyle bu kararların 6(1). maddenin kapsamı dışında tutulduklarını; sınırdışı kararlarının, aile hayatı ve ekonomik yaşam üzerinde etkisi olsa bile 6. madde anlamında özel hukuka ilişkin haklar kapsamına sokulamayacağını belirtmiştir. Fransa, ayrıca, sınırdışı ve ülkeye giriş yasağının cezaî nitelik taşıması sebebiyle 6. maddenin hiçbir şekilde uygulanamayacağını iddia etmiştir.

İHAM, ilk defa sınırdışı etmenin 6(1). maddenin kapsamına girip girmediğini bu davada incelemiştir. Buna karşın Komisyon ise muhtelif defalar bu konuyla ilgilenmiş ancak 6. maddenin sınırdışını kapsamadığı sonucuna varmıştır.

İHAM, oyçokluğuyla, İHAS'ın 6. maddesinin kapsamına giren ceza hukukuna ve özel hukuka ilişkin bir hakkı ilgilendirmemesi sebebiyle *Maaouia* tarafından yapılan başvuruyu reddetmiştir. İHAM, 6. maddedeki, *özel hukuka ilişkin haklar ve borçlar* ile *ceza davaları* ifadelerinin İHAS'a özgü anlamlarının olduğunu ve bu bağlamda ulusal hukukların bu kavramlara verdiği anlam ile İHAM'ın bağlı olmadığını belirtmiştir. İlgilinin özel ve aile hayatı ile çalışma hakkını etkilese dahi sınırdışı etme konusunun 6. maddenin kapsamı dışında kaldığını vurgulamıştır. İHAM, ayrıca, ülkeye giriş yasağının, cezai bir konu olmadığını, göç ve ilticayı kontrol etmek amacıyla ihdas edilen idarî nitelikte bir işlem olduğunu ifade etmiştir. Birçok ülkede sınırdışı etme kararını idarî makamlar vermekle beraber bazı ülkelerde ceza mahkemeleri de sınırdışı kararı vermektedir. İHAM'a göre, sınırdışı etme kararı ceza mahkemesi tarafından verilse bile bu kararlar ceza hukuku alanına dahil değildir. İHAM'ın *Maaouia* kararında 6. maddenin uygulanmasını reddetme gerekçelerinden bir diğeri de 7 Numaralı Protokol'ün 1. maddesinde öngörülen korumanın varlığıdır. İHAM'a göre, zaten 7 Numaralı Protokol'ün 1. maddesi ile yabancıla-

rın sınırdışı edilme işlemlerine karşı daha önce mevcut olmayan bir koruma getirilmiştir. 7 Numaralı Protokol'ün 1. maddesinin varlığı ve amacı, yabancılar için daha önce mevcut olmayan korumanın sağlanmasıdır. Eğer 6. maddenin sınırdışı işlemlerinde de uygulanacağı kabul edilseydi zaten 7 Numaralı Protokol'ün 1. maddesine ihtiyaç olmayacaktı. Ancak 6. madde bu konuyu kapsamadığı için ilk defa 7 Numaralı Protokol ile sınırdışı işlemlerine karşı bir güvence sağlanmıştır. İHAM, bu gerekçenin yanı sıra Komisyon'un, sınırdışı işlemlerinde 6. maddenin uygulanamayacağı hususunda istikrar kazanan kararlarına da atıfta bulunmuştur.

Oyçokluğu ile verilen *Maaouia* kararına muhalefet eden İHAM hakimlerine göre, eğer bir milletlerarası antlaşmada yer alan hüküm, farklı anlamlarda yorumlanabiliyorsa bireylerin hakları lehine olan yorum tercih edilmelidir. Karara muhalif kalan bu hakimlere göre, İHAS'ın 6. maddesinde yer alan *özel hukuka ilişkin haklar ve borçlar* ifadesi ceza hukuku alanı dışında kalan bütün hususları kapsamaktadır. İHAS'ın 6. maddesinin kapsamının daraltılması, devlete karşı kişilerin daha az korunmasına yol açar. Bu sonuç ise İHAS'ın temel amacı ile bağdaşmaz. Ayrıca, 7 Numaralı Protokol ile sınırdışı edilme işlemlerine karşı İHAS'ın yanı sıra özel nitelikte ek koruma sağlanmıştır. 7 Numaralı Protokol, *idarî koruma* sağlarken 6. madde ise *adli koruma* sağlamaktadır²⁷.

IV. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 6. Maddenin Sınırdışı Hallerine Uygulanmayacağına İlişkin Görüşüne Doktrin Tarafından Yapılan Eleştiriler

Mole, Komisyon ve Mahkeme'ye yapılan çok sayıda başvuruda, sığınma statüsü belirleme usulünde; sığınma başvurularının reddinin gözden geçirilmesinde veya sınırdışı kararlarına itiraz hallerinde 6. maddede adil yargılanmaya ilişkin standartlara uyulmamasının ihlâl olarak tespit edilmesinin istenildiğini; 1981 yılından beri verilen kırktan fazla karardan 6. maddenin sınırdışı işlemlerine uygulanmayacağına açıkça anlaşıldığını; sınırdışının özel hukuka ilişkin bir işlem

²⁷ EKŞİ, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Sığınmacı ve Mültecilerin Türkiye'den Sınırdışı Edilmelerini Engellleyen Haller*, 2817-2818.

olarak değil kamu hukukuna giren bir kamu otoritesi işlemi olarak kabul edildiğini belirtmiştir²⁸.

Maaouia v. Fransa davasında İHAM tarafından verilen karar doktrininde eleştirilmiştir. *Von Dijk/Von Hoof*, 6. maddenin etkin bir şekilde koruma sağlaması için bu maddenin, kamu kurumlarının, kişilerin haklarını tehlikeye soktukları bütün meselelerde uygulanması gerektiğini; hukukî belirsizliği ortadan kaldırmak ve 6. maddenin etkin olarak uygulanmasını sağlamak için meselenin özel hukuka ilişkin olup olmadığına bakılmaması ve sınırdışı hallerinde de bu maddenin uygulanması gerektiğini ifade etmişlerdir²⁹.

Clayton, İHAM'ın, *Maaouia* kararında, göç ve iltica da dahil sınırdışı etme kararlarını istikrarlı bir şekilde 6. maddenin kapsamı dışında tutan Komisyon kararlarına atıfta bulunmasının hayal kırıklığı yarattığını; İHAM'ın tam yetkili mahkeme olarak, ilk defa önüne gelen ve oldukça önem taşıyan bir konuda, Komisyon'dan bağımsız bir şekilde, tıpkı diğer kararlarında yaptığı gibi otoriter bir tavır takınması gerektiğini; bunu yapmayı Komisyon'un görüşüne katılarak önemli bir fırsatı kaçırdığını ifade etmiştir³⁰.

Blake/Husain ise, İHAM'ın *Maaouia* kararının milletlerarası hukuk karşısında ne zamana kadar varlığını sürdürebileceği konusunda tereddütlü olduklarını; 6. maddenin göç ve iltica konularında da uygulanması gerektiğini belirtmişlerdir³¹. *Blake/Husain*'e göre, İHAM'ın, *Maaouia* kararında vardığı sonuç, politik açıdan hassas kişilerin güçlü durumda olan devletle olan ilişkilerinde bunlara yeterli derecede koruma sağlamamakta ve hukuk devleti ilkesini zedelemektedir³². İHAM, bir yandan 6. maddeyi, iç hukuklarda idare ve kamu hukukuna giren hususları kapsayacak şekilde liberal yorumlarken diğer yandan göç ve iltica konularını *özel hukuka ilişkin haklar ve borçlar* bağlamında değerlendirmeyi reddetmektedir³³. Böylece İHAM, kendisiyle çelişmektedir.

²⁸ Nuala MOLE, *Asylum and the European Convention on Human Rights*, Directorate General of Human Rights, Council of Europe 2000, s. 38.

²⁹ P. VON DIJK/G.J.H. VON HOOFF, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Kluwer Law 1998, s. 406.

³⁰ CLAYTON, 85.

³¹ Bu görüş ve gerekçeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BLAKE/HUSAIN, 250-256.

³² BLAKE/HUSAIN, 248.

³³ BLAKE/HUSAIN, 249.

**V. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6. Maddesinin İstisnai
Olarak Sınırdışı Hallerine Uyguladığı Özel Bir Durum: *F. v.*
*Birleşik Krallık Davası***

İHAM, her ne kadar 6. maddenin sınır dışı kararlarına uygulanmayacağı kabul edilmişse de, 6. maddenin, istisnai olarak dikkate alınabileceği bir özel durumun varlığını da reddetmemiştir. Eğer sınırdışı edilecek yabancı, adil yargılanma ilkesinin açıkça ihlâl edileceği (flagrant denial of justice) bir ülkeye gönderilecekse, o zaman sınırdışı kararı 6. madde bağlamında değerlendirilebilecektir. Burada, 6. maddenin uygulanmasına sebep olan husus, sınırdışı eden ülkenin değil, sınırdışı edilen şahsın gönderileceği ülkenin adil yargılanma ilkesini ihlâl etme riskinin varlığıdır. Diğer bir anlatımla, yabancıya adil ve kamuya açık yargılamanın olmadığı bir ülkeye sınırdışı edilmesi, 6. maddenin uygulanması sonucunu doğurabilir. Aslında burada 6. maddeyi ihlâl eden devlet, sınırdışı kararını veren devlet değildir. Yabancıyı gönderileceği devletin, adil yargılanma ilkesini ihlâl etmesine karşı 6. maddedeki korumadan yararlanılmaktadır. Bu sebeple 6. maddenin, ülke aşan etkiye sahip olduğu (extraterritorial effect) kabul edilmektedir³⁴.

İHAM, 22 Haziran 2004 tarihinde *F. v. Birleşik Krallık* davasında³⁵ verdiği kararında, sınırdışı edilen kişinin gönderileceği devletin adil yargılama ilkesini ihlâl etme riski ve bu bağlamda İHAS'ın 6. maddesinin uygulanması hususu üzerinde durmuştur.

³⁴ Hélène LAMBERT, *The European Convention on Human Rights and The Protection of Refugees: Limits and Opportunities*, 24(2005)2 Refugee Survey Quarterly, s. 44.

Devletlerin yetkilerinin kapsamı, kendi ülkeleri ile sınırlı olmakla beraber bazı hallerde, yetkinin ülke dışına teşmil edilmesi de söz konusu olabilmektedir. Konsolosluk veya elçiliklerin yabancı ülkelerde işlem yapması, devletin, ülke aşan yetkisinin tipik örneklerinden biridir. Devlet, milletlerarası hukuk ilkelerine göre kendi yasal yetkisi içinde olan şahsın, insan hakları yönünden haklarına saygı gösterilmesini ve haklarının teminini sağlamakla yükümlüdür. Bu bağlamda *King*, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ile Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Milletlerarası Sözleşme uyarınca, devletlerin ülke aşan (extraterritorial) yükümlülüklerinin olduğunu kabul etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Hugh KING, *the Extraterritorial Human Rights Obligations of States*, 9(2009) Human Rights Law Review, s. 521 vd..

1951 Cenevre Konvansiyonu'nun 33. maddesinin de ülke aşan etkiye sahip olduğu (extraterritorial effect) hakkında bkz. Theodor MERON, *Extraterritoriality of Human Rights Treaties*, 89(1995)1, American Journal of International Law, s. 81-82.

³⁵ European Court of Human Rights Fourth Section, Decision as to the Admissibility of *F. v. the United Kingdom* (Application no. 17341/03), 22 June 2004.

22 Haziran 2004 tarihli karar, İran vatandaşı *F.*'nin yaptığı başvuruya ilişkindir. Başvuran İran vatandaşı *F.*, 1973 yılında doğmuştur ve dava sırasında Glasgow'da oturmaktadır. Başvuran, yasa dışı yollardan İngiltere'ye giriş yapmıştır. 4 Mayıs 2001 tarihinde homoseksüel olması sebebiyle zülüm görme korkusu altında olduğunu belirterek sığınma talebinde bulunmuştur. Başvuranın iddiasına göre, İran'dayken, güvenlik kuvvetleri uydu televizyonu için evine gelmiştir ve homoseksüel arkadaşı ile paylaştığı; aynı zamanda kuzeni ve onun arkadaşı tarafından da kullanılan çift kişilik yatağı görünce şüphelenmişlerdir. Bunun üzerine, uydu televizyon sahibi olmaları sebebiyle dördü de tutuklanmıştır. Başvuran, tutuklu kaldıkları dört gün süresince dövüldüklerini iddia etmiştir. Başvuran, arkadaşının, homoseksüel olduğunu itiraf ettiğini ve gözlem altında tutulduklarını belirtmiştir. Hapiste, üç ay dört gün kaldıktan sonra homoseksüel olması sebebiyle idam cezasına çarptırılacağından korkan ailesinin rüşvet vermesi üzerine serbest bırakıldığını ifade etmiştir. Başvuran, 3 Nisan 2001 tarihinde İran'ı terk etmiştir.

15 Haziran 2001 tarihli yazı ile, *F.*'nin sığınma başvurusu reddedilmiştir. *F.*'nin ülkesini terk ettikten sonra ilk olarak giriş yaptığı Türkiye'de sığınma talebinde bulunmaması sebebiyle başvurusu güvenilir bulunmamıştır. *F.*'nin başvurusunun reddedilme sebeplerinden biri de İranlı olduğunu tam olarak ispatlayamamasıydı. *F.*, bu karara karşı İHAS'ın 3. ve 8. maddelerine istinaden itiraz etmiştir. 18 Şubat 2002 tarihinde itirazı İngiliz makamları tarafından reddedilmiştir. *F.*'nin itirazının değerlendirilmesi sırasında, İran'da homoseksüel olmanın riskleri incelenmiştir. İtiraz makamı, teorik olarak İran'da homoseksüeller ağır bir şekilde cezalandırılmakla beraber uygulamada dört görgü tanığının varlığının ve homoseksüel olan kişinin itirafının aranmasının, cezanın uygulanmasını zorlaştırdığını; bir kaynağın, İran'da homoseksüellerle ilgili bir dava bulunmadığını belirtirken bir diğer kaynağın homoseksüelliğin kovuşturulmasının zor olduğunu belirttiğini; bir sosyolog ve araştırmacının, homoseksüelliğin İran'da yaygın olduğunu ve kamuyu rahatsız etmediği ve gizli kaldığı sürece tolere edildiğini ifade ettiğini belirterek kamuya kapalı bir şekilde gerçekleştirilen homoseksüelliğin, kötü muamele ve işkenceye yol açmayacağı sonucuna varmıştır. İtiraz makamı, Başvuranın, İran'daki partneri ile ilişkisinin devam edeceğine ilişkin herhangi bir açıklamada bulunmaması sebebiyle İHAS'ın 8. maddesinin uygulanamayacağı-

nı belirtmiştir. İran vatandaşı, bu karara karşı Göç Temyiz Mahkemesi'ne (Immigration Appeal Tribunal) başvurmuştur. Başvurusunda, *F.*, İHAS'ın 8. maddesine dayanmıştır. Sığınma başvurusunun reddine ve red kararına yapılan itiraza ilişkin idarî işlemde, hukuka aykırı bir husus saptanmaması sebebiyle temyiz başvurusu da Göç Temyiz Mahkemesi tarafından 10 Nisan 2002 tarihinde reddedilmiştir. Göç Temyiz Mahkemesi, itiraz makamının, Başvuranın İran'a sınırdışı edilmesi halinde, insan haklarının ihlâl edilip edilmeyeceğini hukuka uygun bir şekilde değerlendirdiği sonucuna varmıştır.

Başvuranın, adli yardım talebi reddedilmişti. Bu karara karşı da itiraz etmişti, ama bu itirazı da reddedilmişti. *F.*, İHAM'a başvurusunu yaptığı sırada her an sınırdışı edilmesi olasılığı bulunuyordu. İHAM, sınırdışı kararının henüz tebliğ edilmediğini tespit etmiştir.

Başvuran, kendisinin İran'a sınırdışı edilmesi kararıyla, İngiltere'nin, İHAS'ın 2., 3., 5., 6 ve 8. maddelerini ihlâl ettiğini iddia ederek İHAM'a başvurmuştur. Başvuran, İran'a sınırdışı edilmesi halinde öldürülme riski ile karşılaşması sebebiyle 2. maddenin; kötü muamele ve işkenceye maruz kalma riski altında olduğundan 3. maddenin; İngiltere'de keyfi olarak alıkonulması sebebiyle 5. maddenin; sınırdışı edileceği İran'da adil yargılanmasının mümkün olmadığını belirterek 6. maddenin; özel hayatı kapsamına giren fiziksel ve ruhsal bütünlüğünün korunmaması sebebiyle 8. maddenin İngiltere tarafından ihlâl edildiğini iddia etmiştir.

İngiliz Hükümeti, Başvuranın, iç hukuk yollarına başvururken İHAS'ın 2. ve 3. maddelerinden söz etmediğini; Başvuranın, İran'a sınırdışı edilirse kötü muamele ve işkence görme riski altında olduğunu ispatlayamadığını; raporlara göre, son on üç yılda İran'da homoseksüel olduğu için idam edilen bir kişinin bulunmadığını; Başvuranın, İran'a sınırdışı edilmesi ve homoseksüel partneri ile ilişkiye girmesi halinde kötü muameleye maruz kalacağına ilişkin iddialarının afakî olduğunu; bu iddialarla, 3. madde kapsamında, gerçek riskin varlığını ortaya koymadığını ileri sürmüştür.

Başvuran, her ne kadar temyiz aşamasında İHAS'ın 2. ve 3. maddelerinden söz etmeyip iddialarını sadece 8. maddeye dayandırmış olsa bile Göç Temyiz Mahkemesi'nin, re'sen 2. ve 3. maddeleri dikkate alabileceğini; 1990 yılında en az üç geyin ve iki lezbiyenin idam edildiğini;

1992, 1995 ve 1998 yıllarında, taşlanma, asma gibi cezalar da dahil cezaların verildiğini; homoseksüel oldukları için mahkeme önüne çıkarılanlardan zulüm ve işkence ile itiraflarının sağlandığını; İngiliz makamlarının elindeki raporların ayrıntıları tam olarak yansıtmadığını iddia etmiştir.

İHAM, devletlerin, yabancıların ülkelerine giriş, ikamet, seyahat ve sınır dışı edilmelerini kontrol edebileceğini; sığınma hakkının İHAS ve ek Protokolleri ile koruma altına alınmadığını; bununla beraber sınır dışı etmenin İHAS'ın 2. ve 3. maddeleri kapsamında değerlendirilebileceğini ve yabancıların, kötü muamele, işkence, zulüm, haysiyet ve onur kırıcı muameleye maruz kalacağı veya yaşama hakkının tehlikeye gireceği bir ülkeye gönderilmesinin bu madde kapsamında devletin sorumluluğuna yol açabileceğini belirterek başvuruyu 2. ve 3. maddeler kapsamında incelemiştir.

İHAM, başvuran ve İngiliz Hükümeti tarafından sunulan belgelerden, gizli ve özel kalan homoseksüel ilişkilerin İran'da cezalandırıldığına ilişkin bir sonuca varılamadığını; homoseksüel ilişkilerin ispatının hayli zor olduğunu; İslam hukukunun daha çok kamu ahlâkî ile ilgilendiğini; İran'da, homoseksüelliğin cezalandırılmasına karşın Başvuranın, İran'a sınır dışı edilirse böyle bir risk altında olduğunu ortaya koymadığını; başvuranın, İran'da tutuklanıp işkence gördüğüne ilişkin iddialarının güvenilir olmadığını belirterek, başvurunun, 35(5). madde anlamında dayanaksız olduğuna karar vermiştir.

Başvuranın, ayrıca İran'a geri dönerse keyfi alıkoyma, adil olmayan yargılanmaya muhatap olacağını ve bu sebeple İngiltere'nin kendisini sınır dışı ederek İHAS'ın 5. ve 6. maddelerini ihlâl ettiğini iddia etmişti.

İHAM, daha önceki içtihatlarında, sınır dışı etme kararının İHAS'ın 6. maddesi kapsamında istisnai olarak denetlenebileceğinin kabul edildiğini; sınır dışı edilen kişinin, adil yargılanma ilkesinin ihlâl edileceği veya idam cezasının olduğu bir ülkeye gönderilmesi halinde 6. maddenin dikkate alınabileceğini; ancak Başvuranın iddialarından hareketle, İran'a gönderilirse haksız olarak tutuklanacağı ve adil yargılanma hakkının ihlâl edileceği riski ile karşı karşıya olduğunu ortaya koymadığını belirterek başvurunun bu kısmının da İHAS'ın 35(3). maddesi anlamında kabul edilebilir olmadığına karar vermiştir.

İngiliz Hükümeti, Başvuranın iddialarının İHAS'ın 8. maddesi ile bağlantısının olmadığını ve bu maddenin sınırdışı hallerine uygulanmadığını; bu madde sınırdışı hallerinde uygulansa bile, Başvuranın, gizli ve özel homoseksüel ilişkilerin İran'da cezalandırıldığını ortaya koyamaması sebebiyle bu madde kapsamında ihlâl kararının verilemeyeceğini ileri sürmüştür. Başvuran, seksüel kimliğin, özel hayatın bir parçası olduğunu ve bu sebeple yetişkin kişiler arasındaki homoseksüel ilişkilerin cezalandırılmasının 8. maddenin ihlâlüne yol açtığını; İran'daki uygulama ile kişilerin özel hayatına müdahale edildiğini; iltica ve göçün kontrol edilmesi amacıyla da olsa homoseksüellerin haksız gerekçelerle özel hayatına müdahale edileceği bir ülkeye gönderilmesinin, homoseksüellerin insan haklarına müdahale teşkil ettiğini iddia etmiştir.

İHAM, Başvuranın, İran'a sınırdışı edilmesi halinde, 8. maddenin ihlâl edilmeyeceğine ve bu sebeple başvurunun 8. maddeye ilişkin kısmının da 35. maddenin (3) ve (4). fıkraları uyarınca reddedilmesine karar vermiştir.

F. v. Birleşik Krallık davasında, *F.*'nin, İran'a sınırdışı edilmesi halinde adil yargılanma hakkının ihlâl edileceğine ilişkin bariz bir riskin varlığını İHAM tarafından tespit edilememiş ve bu sebeple başvurunun 6. maddeye ilişkin kısmı reddedilmiştir.

F. v. Birleşik Krallık davasında verilen karar, İHAS'ın 6. maddesinin sınırdışı hallerinde uygulanmayacağını bir kere daha teyit etmiştir. Ancak bu kararda 6. maddenin ülke aşan etkisi (extraterritorial effect) kesin bir şekilde vurgulanmıştır. İHAM, eğer sınırdışı edilen yabancıyı gönderileceği ülkede, adil yargılanma hakkı açıkça ihlâl edilecekse o zaman İHAS'ın 6. maddesinin uygulanabileceğini belirtmiştir.

İHAM, Sözleşme'nin diğer maddeleri kapsamında ihlâl kararı verdiği hallerde 6. madde ile ilgili bir değerlendirme yapmaktan kaçınmaktadır. Nitekim İHAM, 2008 yılında verdiği *Saadi v. Italy*³⁶ kararında, İHAS'ın 3. maddesinin ihlâlüne karar vermesi sebebiyle 6. madde kap-

³⁶ European Court of Human Rights Grand Chamber, Case of *Saadi v. Italy*, (*Application no. 37201/06*), Judgment Strasbourg 28 February 2008: <http://cmiskp.echr.co.e.int/tkp197/portal.asp?sessionId=49935086&skin=hudoc-en&action=request> (27.3.2010)

samında ayrı bir değerlendirme yapmasına gerek olmadığı sonucuna varmıştır. Ancak belirtmek gerekir ki bu kararında açıkça İHAS'ın 6. maddesinin sınırdışı hallerinde uygulanmayacağını ifade etmemiştir. İHAM, *Saadi*'nin Tunus'a sınırdışı edilmesi halinde, İtalya'nın İHAS'ın 3. maddesini ihlâl edeceğine karar vermiş; İtalya'nın bu karara uymaması için bir sebep olmadığını belirtmiş ve bu sebeple 6. madde kapsamında değerlendirme yapılmasına gerek olmadığı sonucuna varmıştır.

Karara konu olan olayda, Tunus vatandaşı *Saadi*, 2002 yılında milletlerarası terör suçuna karıştığı gerekçesi ile Milano-İtalya'da tutuklanmıştı. *Saadi*, İtalya dışında şiddet olayları ve terörist faaliyetler planlamak; yasadışı yollardan İtalya'ya girişe yardımcı olmak ve göç yasasını ihlâl etmek, çalıntı malları bulundurmak suçlarından onüç yıl hapse mahkûm edilmesi talep edilmişti. *Saadi*'nin avukatı milletlerarası terör suçundan dolayı beraatını talep etmiş ve diğer suçları mahkemenin takdirine bırakmıştı. İtalyan ceza mahkemesi, *Saadi*'nin milletlerarası terörizm ve yasa dışı göçmenlere yardım suçu işlemediğine ancak suç örgütüne iştirak ettiğine karar vermişti ve *Saadi*'yi dört yıl altı ay hapse mahkûm etmişti. İtalyan ceza mahkemesi, *Saadi*'nin beş yıl süreyle kamu hizmetlerine girmesini yasaklamış ve ayrıca sınırdışı edilmesine karar vermişti. Milano mahkemesinin kararından iki gün sonra Tunus'taki askeri mahkeme *Saadi*'yi, terör örgütü üyesi olması sebebiyle yirmi yıl hapse mahkûm etmişti. 2002 yılında İtalya'da hapse giren *Saadi* 2006 yılında, hapisten çıktıktan sonra İtalyan İçişleri Bakanlığı tarafından Tunus'a sınırdışı edilmesine karar verilmişti.

Sınırdışı kararında, *Saadi*'nin özel izin almadan ülkeye girişi de yasaklanmıştı. İçişleri Bakanlığı, ceza davası dosyasından açıkça *Saadi*'nin yurt dışında ve İtalya'da köktendinci İslamî bir örgüte malî ve lojistik destek sağladığı ve örgüt içinde aktif rolünün olduğunun açıkça anlaşıldığını belirterek *Saadi*'yi sınırdışı edilmek üzere Milano'daki bir tutma merkezine (detention centre) koymuştu. 2006 yılında sınırdışı kararı Milano mahkemesi tarafından onaylanmıştır. Bunun üzerine *Saadi*, mülteci başvurusunda bulunmuştur. Tunus'ta politik düşünceleri sebebiyle işkence ve kötü muamele göreceğini iddia etmiştir. Başvurusu reddedilmiştir ve ülke güvenliği açısından tehdit oluşturduğu ifade edilmiştir. *Saadi*, Uluslararası Af Örgütü Tunus

Şubesi; İşkenceye Karşı Dünya Örgütü (World Organisation against Torture) ve bazı sivil toplum kuruluşları tarafından yazılan ve Tunus'a gönderilmesinin riskli olduğunu açıklayan belgeleri Milano polisine sunmuştur. Milano polisi *Saadi*'yi, mülteci başvurusunun reddedildiği ve sunduğu belgelerin dikkate alınmadığı hususunda sözlü olarak bilgilendirmiştir. *Saadi*, İHAM'a başvurmuştur. İHAM, sınırdışı işleminin durdurulmasına karar vermiştir. *Saadi*, sınırdışı için gözetim altında tutulması kararının süresi dolunca serbest bırakılmış, ama hemen ikinci sınırdışı kararı verilmiştir. Karar tebliğ edilerek *Saadi*, tekrar tutma merkezine konulmuştur. *Saadi*, İtalya'ya Fransa'dan giriş yapmıştı ve yeni sınırdışı kararında gönderileceği ülke olarak Fransa gösterilmişti. Yeni sınırdışı kararı, Milano mahkemesi tarafından onaylanmıştır. Fransa'ya sınırdışı edilmesinin olanaksız olduğu anlaşılınca *Saadi* serbest bırakılmıştır. Milano ceza mahkemesi, İtalya'yı terk etmesini yasaklamış; haftada üç gün polise giderek imza atması yönünde güvenlik tedbiri uygulanmasına karar vermiştir. *Saadi*, ikamet izni almak için başvuru yapmış ve sınırdışı kararının iptali için idare mahkemesine başvurmuştur. Ancak ikamet izini almak için pasaportunun olması gerekiyordu. Tunus makamları pasaportunu yenilemeyi reddetmiştir. *Saadi*'nin, sınırdışı kararının iptali için açtığı dava, yetkisizlik kararı ile diğer bir mahkemeye gönderilmiş; yürütmeyi durdurma talebi ise zaten İHAM'ın sınırdışı işleminin uygulanmaması yönündeki kararı sebebiyle reddedilmiştir. *Saadi*'nin, sınırdışı işleminin iptali için İtalya'da açtığı dava, İHAM sürecinde de görülmeye devam etmiştir. İtalya, *Saadi*'nin Tunus'a sınırdışı edilmesi halinde kötü muamele, işkence ve zulüm görmeyeceğine ilişkin olarak Tunus'tan diplomatik teminat istemiş ve Tunus Dışişleri Bakanlığı bu teminatı vermiştir.

Başvuran, Tunus'ta kendisine karşı açılacak olan ceza davasının adil olmayacağını ve sınırdışı edilmesi halinde 6. maddenin ihlâl edileceğini iddia etmiştir. Başvuran, İtalya'da terörist olarak suçlanan Tunus vatandaşlarının Tunus'a gönderildiklerinde adil bir şekilde yargılanmadıklarını, İtalya'da terör suçundan yargılanan ve Tunus'ta hapse atılan *Loubir*'nin ailesini görme hakkından mahrum edildiğini; hatta kararın gözden geçirilmesi aşamasında verilen hapis cezasının Tunus askeri mahkemesi tarafından üç katına çıkarıldığını; kendisinin gıyabında Tunus'ta yapılan yargılama sonucu verilen cezanın basına tebliğ edildiğini; bu sebeple temyiz yoluna başvuramadığını;

süresinde temyiz yoluna başvurmuş olsaydı bile siyasi tutuklulara karşı adil yargılamanın olmadığını; hatta kendisine isnat edilen suçun sivil mahkemelerde mi yoksa askeri mahkemelerde mi görüleceği hususunda tereddütler olduğunu; Tunus'taki yargılamanın askerî mahkemede yapıldığını; kendisine delillerini sunma ve avukat ile temsil edilme imkânının verilmediğini; ailesinin ve avukatlarının askeri mahkeme kararının bir suretini alamadıklarını iddia etmiştir.

İtalya Hükümeti, dosyada Tunus askeri ceza mahkemesinin kararının olmaması sebebiyle başvuranın iddialarının doğru olup olmadığının değerlendirilemediğini; çok istisnai hallerde sınır dışının 6. madde bağlamında bir devletin sorumluluğuna yol açtığını; başvuranın, gönderileceği ülkede açıkça adil yargılanma hakkının ihlâl edilmesi halinde 6. maddenin sınır dışına engel olacağını; İtalya'nın, kendi ülkesi dışında başka bir ülkede gerçekleşecek olan yargılamanın 6. maddede şartları gerçekleştirip gerçekleştirmeyeceğini belirlemek zorunda olmadığını; Tunus hukukunda, gıyabında kendisine ceza verilen kişinin yargılamanın yeniden yapılmasını isteme hakkının olduğunu; yurt dışında yaşayanlara ceza mahkemesi kararının tebliğ edildiği andan itibaren otuz gün içinde yargı yoluna başvurabileceklerini; eğer tebligat yapılmamış ise her zaman karara karşı yargı yoluna gidilebileceğini; yargı yoluna başvurulmasının, cezanın infazını durdurduğunu; başvuranın Tunus'da adil yargılanmayacağını ortaya koyacak deliller sunmadığını; Tunus'un 2003 yılında terör suçlarına ilişkin hükümlerde değişiklik yaptığını ve siviller tarafından işlenen terör suçlarının yargılanmasının askeri hakimlerden alınarak sivil hakimlere verildiğini ileri sürmüştür.

İHAM, başvuranın, Tunus'a sınır dışı edilmesinin İHAS'ın 3. maddesini ihlâl edeceğine karar vermiş; İtalyan Hükümeti'nin bu karara uymaması için bir sebep olmadığını belirtmiş; bu sebeple, başvuranın, Tunus'a sınır dışı edilmesi halinde 6. maddenin ihlâl edilip edilmeyeceğinin ayrıca değerlendirilmesine gerek olmadığı sonucuna varmıştır.

VI. Sonuç

İHAM, 6. maddedeki kavramları, millî hukuklardan bağımsız olarak Sözleşme'nin amacını ve koruduğu menfaatleri dikkate alarak Avru-

pa standartlarına göre değerlendirmektedir. Bununla beraber 6. maddedeki *suç isnadı* kavramının çerçevesini çizmiş olmasına rağmen henüz aynı başarıyı *medenî hak ve yükümlülükler* konusunda gösterememiştir. İHAM, millî hukuklara göre kamu hukuku veya idare hukuku özellikleri taşımasına rağmen bazı uyuşmazlıkların 6. maddenin kapsamına girdiğini kabul etmektedir. Böylece İHAM, getirdiği geniş ve özerk yorum sonucu, iç hukukta idare hukuku alanına giren davaların niteliğini dikkate alarak bunları *özel hak ve borçlar* kavramı içinde değerlendirmektedir.

Bununla beraber yabancıların sınırdışı edilmesine ilişkin uyuşmazlıkların ne ceza hukuku ne de özel hukuk alanında kaldığını kabul etmektedir. Sınırdışıya ilişkin uyuşmazlıkları, tamamen idarî nitelikte uyuşmazlıklar olarak değerlendirmektedir. İdarî uyuşmazlıkların 6. maddenin kapsamına girmediğini belirterek bu maddeye istinaden yapılan başvuruları reddetmektedir. Komisyon ve Mahkeme, 6. maddenin sınırdışı işlemlerine uygulanmayacağı görüşünü istikrarlı bir biçimde tekrarlamıştır. Komisyon, yabancıların ülkeye girişine, ikametine, seyahatine ve sınırdışı edilmesine; mülteci ve sığınmacılara ilişkin uyuşmazlıklarda 6. maddenin uygulanmayacağı sonucuna varmıştır. Komisyon'un bu yaklaşımı *Maaouia* davasında Mahkeme tarafından da onaylanmıştır³⁷. Ancak doktrin, Komisyon ve Mahkeme'nin görüşünü eleştirmektedir. Hatta İHAM'ın, *Maaouia* kararında 6. maddeyi uygulamamakla tarihi bir fırsatı kaçırdığı belirtilmektedir³⁸.

Türk hukukunda sınırdışı kararları, İçişleri Bakanlığı tarafından verilmektedir. Türk hukuku açısından sınırdışı işlemleri idarî nitelik taşımaktadırlar. Sınırdışıya ilişkin davalar, idare mahkemeleri tarafından görülmektedir. Ancak iç hukukumuzda sınırdışının idarî nitelikte işlem olarak vasıflandırılması, İHAM'ın 6. maddenin kapsamına ilişkin yorumu üzerinde etkili değildir. Çünkü İHAM, 6. maddeyi iç hukuklardan bağımsız şekilde yorumlayıp Avrupa koruma standardı geliştirmiştir. Komisyon'un ve İHAM'ın ilke haline gelen ve sınırdışını 6. maddenin uygulama alanı dışında tutan görüşünden yakın zamanda dönmesi mümkün gözükmemektedir.

³⁷ OVEY/WHITE, 167.

³⁸ CLAYTON, 85.

İHAM'ın, sınırdışıını, 6. maddenin kapsamı dışında tutarken dayandığı diğer bir gerekçe 7 Numaralı Protokol'ün 1. maddesiyle, sınırdışıının yeterince teminat altına alınmasıdır. *Lambert*, 7 Numaralı Protokol'ün 1. maddesine istinaden yapılan başvuruların Komisyon ve Mahkeme tarafından çoğunlukla kabuledilebilir bulunmadığını; başvuruların özellikle de mültecilerin ülkede yasal olarak bulunmama larının Protokol'ün 1. maddesinin uygulanmasını engellediğini; Komisyon ve Mahkeme'nin, ülkede yasal olarak bulunmayı millî hukuklara göre değerlendirdiğini belirtmektedir³⁹. *Lambert*, ayrıca 7 Numaralı Protokol'ün 1. maddesinin, henüz sınır kapısında bulunan ve ülkeye girmemiş olan mültecilere; yasadışı yollardan ülkeye giren ve mülteci başvuruları reddedilenlere; ikamet başvuruları henüz inceleme aşamasında olan mültecilere koruma sağlamadığını ifade etmektedir. Üstelik *Lambert'e göre*, 7 Numaralı Protokol'ün 1. maddesi, millî güvenlik ve kamu düzeni açısından tehdit oluşturan yabancılara da koruma sağlamamaktadır⁴⁰.

Blake/Husain'nin de ifade ettiği gibi, 7 Numaralı Protokol'ün 1. maddesinin sağladığı koruma, 6. maddenin yerini dolduramaz. 7 Numaralı Protokol'ün 1(1). maddesine göre, bir devlet, ülkesinde yasalara uygun olarak ikamet eden bir yabancıyı, yasaya uygun şekilde verilmiş bir karar olmadıkça ülkesinden sınır dışı edemez. Ayrıca yabancının, sınır dışı edilme kararına karşı itirazda bulunmasına izin verilecektir. Hakkında sınırdışı kararı verilen yabancıya, durumunun yeniden incelenmesini talep etme ve yetkili merci önünde temsil edilme olanaklarının sağlanması gerekmektedir. Protokol'ün 1. maddesinin (2). fıkrasında ise, yabancının hangi hallerde bu olanaklardan yoksun kılınacağına ilişkin hükümler yer almaktadır. Buna göre, sınırdışı edilmenin kamu düzeni ya da ulusal güvenlik nedenleri açısından gerektiği hallerde, bir yabancı, itiraz etme, durumunun yeniden incelenmesini talep etme ve yetkili makam önünde temsil edilme haklarını kullanmadan sınır dışı edilebilir.

Blake/Husain, 7 Numaralı Protokol'ün 1. maddesinin, yasal olarak oturan yabancılarından söz ettiğini ve bu sebeple maddenin koruma alanına bütün yabancıların girmediğini ifade etmektedir. Gerçekten de mülteci veya sığınmacıların ülkeye yasa dışı yollardan girmesi ve

³⁹ LAMBERT, 45.

⁴⁰ LAMBERT, 45-46.

oturması mümkündür. *Blake/Husain*, giriş kapılarında mülteci başvurusunda bulunanların, ülkede *yasal olarak oturanlar* kapsamına girmemeleri sebebiyle 7 Numaralı Protokol'ün 1. maddesinden yararlanamayacaklarını ifade etmektedir. Üstelik 7 Numaralı Protokol'ün 1. maddesinin (2). fıkrası, (1). fıkrada sayılan koşullara uyulmadan kamu düzeni ve kamu güvenliği sebebiyle yabancıların sınırdışı edilmesine olanak sağlamaktadır. *Blake/Husain*'e göre, bu fıkra bile başlı başına İHAM'ın temel hakların ve hürriyetlerin ihlâlini denetleme yetkisi ile bağdaşmamaktadır⁴¹. Çünkü kamu düzeni veya kamu güvenliğinin söz konusu olduğu hallerde yabancı, hiç bir güvenceden yararlanmadan sınırdışı edilebilecektir. Bu iki sebebe istinaden sınırdışı edilen yabancı, 7 Numaralı Protokol'ün 1. maddesinin ihlâl edildiği gerekçesiyle İHAM'a başvuramayacaktır. Zaten 1. maddenin (2). fıkrası, (1). fıkranın getirdiği güvenceleri ortadan kaldıran bir içeriğe sahiptir. Üstelik kamu düzeni ve kamu güvenliği kavramları, torba kavramlar olup bunların sınırlarını ve kapsamalarını çizmek son derece güçtür.

Blake/Husain'nin ve *Maaouia* kararına muhalefet şerhi yazan İHAM hakiminin de ifade ettiği gibi, 7 Numaralı Protokol'ün 1. maddesi, asgari koruma standardı sağlamakta ve bu standardın 6. madde ile tamamlanması gerekmektedir⁴².

⁴¹ BLAKE/HUSAIN, 246.

⁴² BLAKE/HUSAIN, 246.