

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ HUKUKU BAĞLAMINDA TIBBİ GERİ GÖNDERMEME İLKESİ

*MEDICAL NON-REFOULEMENT IN TERMS OF EUROPEAN CONVENTION OF HUMAN
RIGHTS LAW*

Araştırma Makalesi

Vahit Mert KÖRPE*

ÖZ

Mülteci hukukunun en temel ilkelerinden birisi olarak geri göndermeme ilkesi bir uluslararası koruma başvurusu sahibinin yahut mülteci statüsüne sahip bir yabancının ırk, din, milliyet, cinsiyet, siyasi görüş yahut belirli bir sosyal gruba mensubiyeti nedeniyle hayatının ve özgürlüğünün tehdit altında bulunduğu bir başka ülkeye gönderilmemesi olarak tanımlanmış olup günümüzde bölgesel ve evrensel insan hakları belgeleriyle zenginleşerek mülteciler ile sınırlı kalmayıp tüm yabancılar için geçerlilik taşıyan evrensel bir hak olarak evrimleşmiştir. Geri göndermeme ilkesinin genişletilmiş uygulama alanları bakımından özellikle yargı kararları nezdinde ortaya çıkan güncel bir kavram olarak tıbbi geri göndermeme kavramı, bu ilkenin yorumlanması açısından özellikle ciddi bir öneme sahiptir.

Bu bağlamda tıbbi geri göndermeme ilkesi genel olarak uygulamada bir ülkede ikamet eden ve özel tıbbi desteğe ihtiyaç duyan yabancıların bu hizmetten mahrum kalabilme riskinin bulunduğu bir üçüncü ülkeye sınır dışı edilmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bu durum bakımından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) konu ile ilgili geliştirdiği içtihat kapsamında tıbbi geri göndermeme ile alakalı bireysel başvuruları Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) işkence ve insanlık dışı muamele yasağını düzenleyen 3. maddesi ışığında ele almakta ve yeterli şartların mevcudiyeti halinde devletler açısından ihlal kararı vermektedir. Çalışmamızda öncelikle geri göndermeme ilkesinin özellikleri ve niteliği ana hatlarıyla incelenerek ardından tıbbi geri göndermeme ilkesi AİHM'in mevcut içtihatları ışığında değerlendirilerek Türk hukuku bakımından bu ilkenin olası etkileri yorumlanacaktır.

DOI: 10.32957/hacettepehdf.1420276

Makalenin Geliş Tarihi: 15.01.2024

Makalenin Kabul Tarihi: 08.07.2024

* Doktora Öğrencisi, Avukat, İzmir Dokuz Eylül Üniversitesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı

E-posta: mertkorpe@gmail.com / korpe.vahitmert@ogr.deu.edu.tr

ORCID: 0000-0001-6374-3571

Bu makale Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Araştırma ve Yayın Etiği kurallarına uygun olarak hazırlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Tıbbi Geri Göndermeme, Sınır Dışı, Risk Analizi, Tıbbi Destek, İşkence ve İnsanlık Dışı Muamele Yasağı

ABSTRACT

As one of the most fundamental principles in refugee law, the principle of non-refoulement is characterized by the rejection of returning an applicant for international protection or a foreigner with refugee status to a country where their life or freedom is jeopardized due to race, religion, nationality, sex, political opinion, or membership in a particular social group. This principle, enriched by regional and universal human rights instruments, has evolved into a universal right, applicable to all foreigners beyond refugees. The concept of medical non-refoulement, a contemporary concept that has emerged primarily through judicial decisions, expands the application of the non-refoulement principle and holds particular significance in its interpretation.

In this context, the principle of medical non-refoulement is primarily observed in the deportation of foreigners who require special medical assistance to a third country where there exists a risk of being deprived of this crucial service. The European Court of Human Rights (ECHR), through its established jurisprudence on this matter, reviews individual applications related to medical non-refoulement in the context of Article 3 of the Convention, which addresses the prohibition of torture and inhuman treatment. The Court may find a violation by states if sufficient conditions are present. This study will first examine the characteristics and nature of the non-refoulement principle. Subsequently, the principle of medical non-refoulement will be assessed in light of the existing case law of the European Court of Human Rights, and the potential implications of this principle on Turkish law will be interpreted.

Keywords: Medical Non-Refoulement, Deportation, Risk Assessment, Medical Care, Prohibition of Torture and Inhuman Treatment

EXTENDED SUMMARY

As a part of the principle of non-refoulement, the concept of medical non-refoulement can generally be defined as the refusal to deport a foreigner who is receiving treatment for a serious illness in their country of residence, in the presence of a risk of death or extremely compelling circumstances that rise to the level of inhuman treatment in the country of deportation. This principle, which has emerged with the decisions of the European Court of Human Rights, presents a distinct interpretation of Article 3 of the European Convention on Human Rights, which deals with the prohibition of torture and ill-treatment. It addresses the Strasbourg jurisprudence on the principle of non-refoulement, developed by the Court since *Soering v. United Kingdom* decision, in a unique way. Indeed, the evolution of the Court in this process since *D v. United Kingdom* judgment has also been the subject of serious debates in the jurisprudence in terms of the absolute character of Article 3 and the positive and negative obligations of states in relation to the Convention.

In this context, criteria distinguishing medical non-refoulement cases from other non-refoulement practices can be categorized under three main headings. First, the criterion of absoluteness, as stipulated by Article 3, raises questions about its applicability in medical non-refoulement cases concerning the fair balance criterion. Second, there exists a distinction between the positive and negative obligations of states in cases of normal non-refoulement and medical non-refoulement. Lastly, unlike other non-refoulement cases, medical non-refoulement cases do not include a specific perpetrator in the damages suffered, bringing forth challenges regarding the existence of the perpetrator in this context. The fair balance criterion, particularly addressed in the decision of the Court's *N v. United Kingdom*, focuses on the health system of the sending country and the rights of the applicant. This criterion has evolved into a risk analysis which serves as a procedural positive obligation for states to assess the situation in the sending country, as established in the landmark decision of *Paposhvili v. Belgium*. In the realm of medical non-refoulement practices, risk analysis entails a comparative evaluation of the applicant's health status before removal and their anticipated status in the receiving country. Within the scope of this analysis, states who authorized to make deportation decisions are entitled to conduct their assessments. Indeed, states may choose to deport the applicant based on an analysis that does not fully meet the standards set by Article 3. Nevertheless, it is imperative that such an analysis be comprehensive and conducted with thorough attention to detail.

The discussion of positive and negative obligations concerning medical non-refoulement practices mainly revolves around the responsibilities of states. In this context, the Court envisions a shared responsibility between the parties involved. The applicant is obligated to present the necessary evidence regarding the severity of their condition while at the same time States are also obligated to scrutinize the applicant's claims, conduct the aforementioned risk analysis, and, as a last resort, secure assurances from the sending State regarding the availability of treatment if required. Regarding the risk analysis, the states' obligation to examine extends beyond medical conditions, as emphasized in *Savran v. Denmark* case. It also encompasses factors such as the applicant's access to health services, their family situation, and the assessment of relevant treatment costs for the applicant.

Another controversial issue arising in the context of medical non-refoulement is the determination of which conditions qualify as "serious." Given that not all medical conditions meet this criterion, defining what falls under the concept of illness becomes a complex and almost insurmountable challenge. In the *Paposhvili* judgment, the Court introduced the threshold test, acknowledging that, whether the condition is physical or mental, the absence or impossibility of access to necessary treatment conditions in the destination country can lead to severe irreversible consequences for the applicant's medical condition or a substantial deterioration in their life prospects. This circumstance, according to the Court, constitutes a violation of Article 3. Importantly, the Court refrained from providing an exhaustive list of conditions, emphasizing that each case in terms of medical non-refoulement must be evaluated based on its specific circumstances.

When medical non-refoulement cases were evaluated in the context of Turkish law, Article 55 of Law No. 6458 on Foreigners and International Protection specifies that a deportation decision cannot be made for

foreigners who would not be able to receive treatment in the country to which they shall be returned while undergoing treatment for a life threatening health condition. For a foreigner to benefit from this protection their illness must reach a life-threatening level and there must be no possibility of treatment in the country to which they are being sent. Consequently, it can be asserted that individuals whose illnesses do not pose a life-threatening risk, or for whom treatment is available in the destination country are not eligible for protection under medical non-refoulement. The determination of whether the disease in question poses a life-threatening risk or if treatment options exist in the country of origin or a safe third country will be clarified through the assessment of medical experts and other sources like the country of origin and the safe third country informations.

GİRİŞ

Uluslararası insan hakları hukuku bakımından giderek daha önemli bir yer tutmaya başlayan yabancıların korunması kavramı özellikle sığınmacılar ve diğer uluslararası koruma başvurusu sahipleri bakımından hayati bir önem taşımaktadır. Bu korunmanın sağlanmasındaki en önemli hukuki ilkelerden bir tanesi olarak *non-refoulement* yahut Türkçe karşılığı olarak geri göndermeme ilkesi 1951 Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Cenevre Sözleşmesindeki tanımı uyarınca bir mültecinin ırk, din, uyruk, belirli bir sosyal gruba mensubiyeti yahut siyasi görüşleri nedeniyle hayatının ve özgürlüğünün tehdit altında bulunduğu bir ülkeye gönderilmemesini ifade etmektedir¹. Günümüzde bu ilkenin kapsamı bu ilkeden yararlananlar bakımından ve bu ilkenin uygulama alanları bakımından oldukça geliştirilmiştir². Nitekim Mülteci Sorunlarının Özel Yönlerini Düzenleyen Afrika Birliği Örgütü (OAU) Sözleşmesi ile Cartagena Deklarasyonu gibi mültecilerin sorunlarını düzenleyen bölgesel insan hakları sözleşmelerinde geri göndermeme ilkesi çok daha kapsamlı olarak tanımlanmıştır. OAU Sözleşmesi sığınmaya ilişkin ikinci maddesinde geri göndermeme ilkesinin tanımını

¹ Convention Relating to the Status of Refugees (Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Cenevre Sözleşmesi). (429 (V) sayılı Birleşmiş Milletler Genel Kurul Kararı ile 28 Temmuz 1951 tarihinde kabul edilip 22 Nisan 1954 tarihinde yürürlüğe girmiştir, Türkiye bakımından Sözleşme 29 Ağustos 1961 tarihinde yürürlüğe girmiştir) 189 UNTS 137 <<https://www.refworld.org/docid/3be01b964.html>> Erişim Tarihi 10 Ekim 2023.

² Elihu Lauterpacht ve Daniel Bethlehem, 'Non-refoulement (Article 33 of the 1951 Convention)' in Erika Feller, Volker Türk ve Frances Nicholson (eds.), *Refugee Protection in International Law UNHCR's Global Consultations on International Protection* (Cambridge University Press 2003) 91-92; Penelope Mathew, 'Non-Refoulement.' in Cathryn Costello, Michelle Foster ve Jane McAdam (eds.), *The Oxford Handbook of International Refugee Law* (Oxford University Press 2021) 900.

genişleterek bu korumayı mültecilerin ötesinde herkese teşmil etmiş ve geri göndermeme ilkesinin kapsamı bakımından burada yalnızca sınır dışı tedbirlerinin ötesinde aynı zamanda sınıra kabul etmeme benzeri önlemleri de dahil etmiştir³. Cartagena Deklarasyonu ise geri göndermeme ilkesinin evrensel bir uluslararası hukuk normu olarak kabul edilmesi gerektiğini vurgulamıştır⁴.

Bu durum mültecilere ilişkin insan hakları belgelerinin yanı sıra diğer uluslararası hukuk belgelerinde de farklı yönleriyle vurgulanmış olup bu kapsamda geri göndermeme ilkesini İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi üçüncü maddesinde bir kişinin işkenceye uğrama riskinin bulunduğu bir ülkeye geri gönderilemeyeceği şeklinde bu ilkeyi işkence ve insanlık dışı muamele yasağı boyutuyla ele almıştır⁵. Bir diğer Birleşmiş Milletler sözleşmesi olarak Birleşmiş Milletler Zorla Kaybedilmeye Karşı Herkesin Korunmasına Dair Sözleşme ise geri göndermeme ilkesini 16. madde bakımından kişinin zorla kaybettirilme riskinin bulunduğu bir ülkeye gönderilmemesi yönüyle değerlendirmiştir⁶. Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun 2014 yılında yabancıların sınır

³ OAU Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa (Mülteci Sorunlarının Özel Yönlerini Düzenleyen Afrika Birliği Örgütü Sözleşmesi) (Assembly of Heads of State and Government tarafından 10 Eylül 1969 tarihinde kabul edilmiştir) 1001 UNTS 45 <<https://www.refworld.org/docid/3ae6b36018.html>> Erişim Tarihi 11 Ekim 2023.

⁴ Cartagena Declaration on Refugees (Cartagena Mülteci Deklarasyonu) (Colloquium on the International Protection of Refugees in Central America, Mexico and Panama tarafından 19-22 Kasım 1984 tarihinde kabul edilmiştir) <<https://www.refworld.org/docid/3ae6b36ec.html>> Erişim Tarihi 11 Ekim 2023.

⁵ Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme) (39/46 Sayılı Birleşmiş Milletler Genel Kurul Kararı ile 10 Kasım 1984 tarihinde kabul edilmiş olup 26 Haziran 1987 tarihinde yürürlüğe girmiştir, Türkiye bakımından Sözleşme 1 Eylül 1988 tarihinde yürürlüğe girmiştir) 1465 UNTS 85 art 3 <<https://www.refworld.org/docid/3ae6b3a94.html>> Erişim Tarihi 11 Ekim 2023; David Weissbrodt ve Isabel Hortreiter, 'The Principle of Non-Refoulement: Article 3 of the Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment in Comparison with the Non-Refoulement Provisions of Other International Human Rights Treaties' (1999) 5 Buffalo Human Rights Law Review 8-9.

⁶ International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance (Zorla Kaybedilmeye Karşı Herkesin Korunmasına Dair Sözleşme). (61/177 Sayılı Birleşmiş Milletler Genel Kurul Kararı ile 12 Haziran 2007 tarihinde onaylanıp 23 Aralık 2010 tarihinde yürürlüğe girmiştir, Türkiye Sözleşmeye makalenin yazıldığı tarih itibarıyla henüz taraf bulunmamaktadır) 2716 UNTS 3 <<https://www.refworld.org/docid/47fdfaeb0.html>> Erişim Tarihi 11 Ekim 2023.

dışı edilmelerine dair hazırlamış olduğu Taslak Maddeler’de de yine geri göndermeme ilkesi mülteciler ve vatansız kişiler açısından açıkça 6. ve 7. maddede kabul edilmiştir⁷.

Ancak geri göndermeme ilkesi bu ilkenin açıkça yer aldığı insan hakları belgelerinde olduğu gibi bu ilkenin doğrudan yer almadığı farklı insan hakları belgelerinde de zamanla yorum yoluyla geliştirilmiştir⁸. Bu bakımdan 1949 tarihli Savaş Zamanında Sivillerin Korunmasını Düzenleyen Dördüncü Cenevre Konvansiyonu hem siviller bakımından 45. madde yönünden açıkça bir geri göndermeme ilkesi getirirken aynı zamanda tüm Cenevre Konvansiyonları bakımından ortak olan 3. madde bakımından da genel olarak sivillere yönelik işkence ve insanlık dışı muamele yasağını düzenlemektedir⁹. Nitekim burada açıkça geri göndermeme ilkesine yönelik bir düzenleme yer almasa bile yorum yoluyla 3. maddenin geri göndermeme ilkesini de kapsayacağı ifade edilmiştir¹⁰. Aynı şekilde Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi bakımından da sözleşme açıkça geri göndermeye ilişkin bir yükümlülük barındırmasa da sözleşmedeki hükümleri yorumlamaya yetkili ve sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde görevli organ olarak İnsan Hakları Komitesi, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi’nin yaşam hakkı ve işkence ve insanlık dışı muamele yasağını düzenleyen 6. ve 7. maddeleri ile değerlendirildiği takdirde sözleşmeye saygı yükümlülüğünü düzenleyen 2. madde kapsamında geri göndermeme ilkesinin varlığını kabul etmiş bulunmaktadır¹¹.

⁷ International Law Commission, Draft Articles on the Expulsion of Aliens (Yabancıların Sınır Dışı Edilmelerine Dair Taslak Maddeler) (2014) <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_12_2014.pdf> Erişim Tarihi 11 Ekim 2023.

⁸ Greta Marie Reeh, *Das menschenrechtliche Prinzip des Non-Refoulement vor den Vertragsorganen der Vereinten Nationen*. (Duncker & Humblot GmbH 2023) 31-32.

⁹ Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (Savaş Zamanında Sivillerin Korunmasına Düzenleyen Cenevre Konvansiyonu). (Diplomatic Conference for the Establishment of International Conventions for the Protection of Victims of War tarafından 12 Ağustos 1949 tarihinde kabul edilmiştir, Türkiye bakımından Sözleşme 21 Ocak 1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir) 75 UNTS 287 <<https://www.refworld.org/docid/3ae6b36d2.html>> Erişim tarihi 12 Ekim 2023.

¹⁰ Cordula Droege, ‘Transfers of Detainees: Legal Framework, Non-Refoulement and Contemporary Challenges’ (2008) 90 (871) International Review of the Red Cross 675.

¹¹ International Covenant on Civil and Political Rights (Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi), (2200A (XXI) Sayılı Birleşmiş Milletler Genel Kurul Kararı ile 16 Kasım 1966 tarihinde onaylanıp, 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir, Türkiye bakımından Sözleşme 23 Aralık 2003 tarihinde yürürlüğe

Nitekim geri göndermeme ilkesinin dolaylı olarak yorumlandığı bir diğer uluslararası insan hakları belgesi olarak Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme'de ve Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nde doğrudan bir şekilde geri göndermeme ilkesi yer almasa dahi bu sözleşmedeki düzenlemelerin geri göndermeme ilkesini de kapsayacak bir şekilde yorumlanması gerektiği belirtilmiştir¹². Temel insan hakları sözleşmelerinin yanında bu sözleşmelerin ilgili komiteleri tarafından da geri göndermeme ilkesine yönelik düzenlemeleri gözlemek mümkündür. Bu bakımdan Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi Yabancılara Yönelik 30 No'lu tavsiye kararında geri göndermeme ilkesini yabancılar açısından vurgulayarak bu hususa işaret etmektedir¹³. Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi tarafından da Komitenin 32 No'lu Genel Tavsiye kararında geri göndermeme ilkesinin önemi vurgulanmıştır¹⁴.

Geri göndermeme ilkesi açısından önemli bölgesel insan hakları belgeleri bakımından Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Andlaşma'nın 78. maddesini ifade etmek

girmiştir) 999 UNTS 171 <<https://www.refworld.org/docid/3ae6b3aa0.html>> Erişim tarihi 12 Ekim 2023; Human Rights Committee, The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant (2004) UN Doc CCPR/C/21/REV.1/ADD.13 para 12 <<http://undocs.org/CCPR/C/21/Rev.1/Add.13>> Erişim tarihi 12 Ekim 2023; Sarah Joseph ve Melissa Castan, *The International Covenant On Civil And Political Rights Cases, Materials, And Commentary* (3rd edn, Oxford University Press 2013) para. 1.61; Reeh (n 8) 35.

¹² Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi) (34/180 Sayılı Birleşmiş Milletler Genel Kurul Kararı ile 18 Aralık 1979 tarihinde onaylanıp 3 Eylül 1981 tarihinde yürürlüğe girmiştir, Türkiye bakımından Sözleşme 19 Ocak 1986 tarihinde yürürlüğe girmiştir) 1249 UNTS 13 <<https://www.refworld.org/docid/3ae6b3970.html>> Erişim tarihi 12 Ekim 2023; Mathew (n 2) 901; International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme) (2106 A (XX) sayılı Birleşmiş Milletler Genel Kurul Kararı ile 21 Aralık 1965 tarihinde kabul edilip 4 Ocak 1969 tarihinde yürürlüğe girmiştir, Türkiye bakımından Sözleşme 16 Ekim 2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir) 660 UNTS 195 <<https://www.refworld.org/docid/3ae6b3940.html>> Erişim Tarihi 12 Ekim 2023.

¹³ Committee on the Elimination of Racial Discrimination. General Recommendation XXX on Discrimination against Non-Citizens (2005) para 27 <<https://www.refworld.org/legal/general/cerd/2004/en/39027>> Erişim Tarihi 12 Ekim 2023.

¹⁴ Committee on the Elimination of Discrimination against Women, General Recommendation No. 32 on the Gender-Related Dimensions of Refugee Status, Asylum, Nationality and Statelessness of Women (2014) UN Doc CEDAW/C/GC/32 para 23 <<http://undocs.org/CEDAW/C/GC/32>> Erişim Tarihi 12 Ekim 2023.

mümkündür¹⁵. Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Andlaşma'nın yanı sıra Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 19. maddesi de geri göndermeme ilkesine yönelik önemli bir düzenleme olarak yer almaktadır¹⁶. Birlik mevzuatı bakımından ayrıca Avrupa Birliği'nin uluslararası korumaya yönelik temel düzenlemelerinden birisini teşkil eden Vasıf Direktifi'nin 21. maddesine burada yer vermek mümkündür¹⁷. Avrupa Konseyi bakımından ise AİHS açıkça geri göndermeme ilkesinden söz etmese dahi aşağıda daha ayrıntılı inceleneceği üzere AİHM'in ve 11 No'lu Protokol öncesinde Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun (AİHK) yorum yoluyla geliştirmiş olduğu AİHS'in 3. maddesinde yer alan işkence ve insanlık dışı muamele yasağı ile bağlantılı olarak bu ilkenin varlığından yine söz edilebilir¹⁸.

Geri göndermeme ilkesi günümüzde mevcut uluslararası insan hakları hukuku bakımından giderek evrimleşen ve sürekli yenilenen bir ilke olarak yer almaktadır. Bu ilkenin mevcut uluslararası hukuk bakımından *jus cogens* bir norm olarak ele alınıp alınmayacağına yönelik doktrinde çok sayıda tartışma yer almaktadır¹⁹. Ancak tüm bunlar

¹⁵ Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union (Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Andlaşma) (2012) OJ C 326/1 art 78 <http://data.europa.eu/eli/treaty/tfeu_2012/oj> Erişim Tarihi 14 Ekim 2023.

¹⁶ Charter of Fundamental Rights of the European Union (Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı) (2012) OJ C 326/2 art 19 <http://data.europa.eu/eli/treaty/char_2012/oj> Erişim Tarihi 14 Ekim 2023.

¹⁷ Council Directive 2011/95/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on Standards for the Qualification of Third-Country Nationals or Stateless Persons as Beneficiaries of International Protection, for a Uniform Status for Refugees or for Persons Eligible for Subsidiary Protection, and for the Content of the Protection Granted (Üçüncü Ülke Vatandaşlarının veya Vatansız Kişilerin Uluslararası Korumadan Yararlanan Kişi Olarak Nitelendirilmesi, Mülteciler veya İkincil Korumadan Yararlanabilecek Kişiler için Tek Tip Statü ve Sağlanan Korumanın İçeriğine İlişkin Standartlar) (Recast) (2011) OJ L 337 <<http://data.europa.eu/eli/dir/2011/95/oj>> Erişim Tarihi 14 Ekim 2023.

¹⁸ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme) (1950) (Avrupa Konseyi tarafından 4 Kasım 1950 tarihinde onaylanıp 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir, Türkiye bakımından Sözleşme 18 Mayıs 1954 tarihinde yürürlüğe girmiştir) <https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_ENG> Erişim Tarihi 14 Ekim 2023; Protocol No. 11 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms restructuring the control machinery established thereby (İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşmeye Ek 11 No'lu Protokol) (1994), (Protokol, 11 Mayıs 1994 tarihinde imzaya açılmış ve 1 Kasım 1998 tarihinde yürürlüğe girmiştir, Türkiye bakımından Protokol 1 Kasım 1998 tarihinde yürürlüğe girmiştir) <<https://rm.coe.int/168007cda9>> Erişim Tarihi 14 Ekim 2023; Reeh (n 8) 34.

¹⁹ Walter Kalin, Martina Caroni ve Lukas Heim 'Article 33, para. 1 (Prohibition of Expulsion or Return ("Refoulement") / Défense d'Expulsion et de Refoulement)' in Andreas Zimmermann (ed.), *The 1951 Convention relating to the Status of Refugees and It's 1967*

bir yana bırakılacak olduğunda genel olarak geri göndermeme ilkesinin bir şekilde neredeyse tüm devletler için bir şekilde bağlayıcı olduğu kabul edilmektedir²⁰.

Türk hukuku açısından da geri göndermeme ilkesi 6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun (YUKK) 4. maddesinde açıkça ifade edilmiş olup ilgili madde yönünden “*kanun kapsamındaki hiç kimsenin, işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulacağı veya ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayatının veya hürriyetinin tehdit altında bulunacağı bir yere gönderilemeyeceği*” ifade edilmiştir. Bu bakımdan geri göndermeme ilkesinin gerek uluslararası hukuk açısından gerekse Türk hukuku bakımından açıkça tanınmış olduğunu belirtmek mümkündür. Nitekim çalışmamız açısından bu kapsamlı ilke tıbbi boyutu açısından ve Türk hukuku açısından bağlayıcı olmasından ötürü özellikle AİHM içtihatları özelinde ele alınacaktır.

I. GERİ GÖNDERMEME İLKESİNİN BİR BOYUTU OLARAK TIBBİ GERİ GÖNDERMEME

A. Genel Açıklama

Yukarıda ifade edildiği üzere geri göndermeme ilkesinin birbirlerinden farklı konulardaki çeşitli uluslararası insan hakları belgelerinde farklı veçheleriyle yorumlanmaya son derece açık bir kavram olması özellikle AİHM içtihatları bakımından geri göndermeme ilkesinin klasik tanımında yer alan işkence ve insanlık dışı muamele standartlarının daha farklı bir görünümünü sunmaktadır. Tıbbi geri göndermeme olarak yer alan ve ağırlıklı olarak AİHM'in içtihatları ile şekillenen bu kavram genel olarak AİHS'in 3. maddesinde düzenlenen işkence ve insanlık dışı muamele yasağının yorum yoluyla genişletilerek özellikle tedavi gören yabancıların sınır dışı edilerek gönderilecekleri ülkede yeterli tıbbi imkanlardan yararlanamayacağı haller bakımından

Protocol A Commentary (Oxford University Press 2011) 1345-1346; Cathryn Costello ve Michelle Foster, ‘Non-refoulement as Custom and *Jus Cogens*? Putting the Prohibition to the Test’ in Maarten den Heijer ve Harmen van der Wilt (eds.), *Netherlands Yearbook of International Law 2015 Jus Cogens: Quo Vadis?* (Springer 2015) 282; Guy S Goodwin-Gill, Jane McAdam ve Emma Dunlop, *The Refugee in International Law* (4th edn. Oxford University Press 2021) 514; James Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law* (2nd edn. Cambridge University Press 2021) 436-437.

²⁰ Weissbrodt ve Hortreiter (n 5) 2; Goodwin-Gill, McAdam ve Dunlop (n 19) 514.

bu kişilerin de geri göndermeme ilkesi içerisinde değerlendirilmelerini amaçlamaktadır. Tıbbi geri göndermeme kavramı aşağıdaki bölümlerde bu yönüyle ele alınacak ve Türk hukuku bakımından tıbbi geri göndermeme kavramının mevcut YUKK düzenlemeleriyle uygunluğu ele anılarak tartışılacaktır.

B. Ana Hatlarıyla Tıbbi Geri Göndermeme Kavramı

Yukarıda açıklandığı üzere esas itibariyle AİHM içtihatları doğrultusunda ortaya çıkan bir kavram olarak tıbbi geri göndermeme kavramını genel olarak ciddi bir rahatsızlık dolayısıyla bulunduğu ülkede tedavi gören bir yabancı sınır dışı edilerek gönderileceği ülkede insanlık dışı muamele seviyesine ulaşan ciddi ölüm riski yahut son derece zorlayıcı durumların varlığı halinde bu kişinin sınır dışı edilmemesi gerektiğini ifade eden bir ilke olarak tanımlamak mümkündür. Bu kavramın ilk olarak yer aldığı kabul edilen ve tıbbi geri göndermeme ile alakalı içtihatların temelini teşkil eden D v. Birleşik Krallık kararında AİHM İngiltere’de HIV Pozitif tedavisi gören ve sınır dışı edileceği yerde bu imkanlardan faydalanamayacak olan yabancı başvurucunun durumu açısından karşılaşılabilecek ağır insanlık dışı muamelelerin AİHS’in işkence ve insanlık dışı muamele yasağını düzenleyen 3. maddesini ihlal edeceğini belirtmiştir²¹. Ancak AİHM kararın devamında bu durumun devletler açısından başvuru buldukları devletten herhangi bir talep hakkını da içermediğini ve tıbbi geri göndermeme ilkesinin yalnızca “istisnai durumlarda” ve ciddi insani mülahazaların mevcut olduğu hallerde dikkate alınacak bir durum olduğunun da altını çizmiştir²².

Bu noktada öncelikle ilgili kararları ayrıntılı değerlendirmeden ve detaylı incelemeyen önce kısaca geri göndermeme ilkesinin AİHS sistemindeki gelişimine kısaca değinmekte fayda bulunmaktadır. Zira tıbbi geri göndermeme ilkesinde olduğu üzere geri göndermeme ilkesi de esas itibariyle AİHS’de doğrudan bulunmamakla birlikte gerek AİHK gerekse AİHM tarafından 1960’lı yıllardan itibaren geliştirilmiş bir ilke olarak yer

²¹ D. v. Birleşik Krallık App no. 30240/96 para 52-53 (AİHM, 2 Mayıs 1997); Celine Bauloz, ‘Foreigners: Wanted Dead or Alive? Medical Cases before European Courts and the Need for an Integrated Approach to Non-Refoulement’ (2016) 18(4) European Journal of Migration and Law 412.

²² ibid para 54.

almaktadır²³. Nitekim AİHK 1980'li yıllardan itibaren sınır dışı bakımından 3. madde ihlallerinin meydana gelebileceğini Cemal Kemal Altun v. Almanya ile E.M. Kirkwood v. Birleşik Krallık gibi çeşitli kararlarında ilke olarak belirtmiş bulunmaktadır²⁴. Nihayetinde bu alanda somut olarak AİHK tarafından AİHM'in önüne getirilen Soering v. Birleşik Krallık kararı ile birlikte AİHM 3. maddede yer alan düzenlemeleri İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 3. maddesinde yer alan geri göndermeme ilkesi ile beraber yorumlamış ve AİHS'de yer alan işkence ve insanlık dışı muamele yasağının özellikle AİHS'e taraf olmayan üçüncü bir ülke bakımından da eğer ilgili ülkeye gönderilecek kişi bu ülkede benzeri bir muameleye tabi tutulacağı takdirde meydana gelebileceğine hükmetmiştir²⁵. Nitekim Soering kararında bu yasağın 3. madde açısından mutlak olduğunu ifade eden AİHM, bu hususu Chahal v. Birleşik Krallık ile vurgularken Saadi v. İtalya kararlarında da işkencenin yanı sıra insanlık dışı ve aşağılayıcı muameleyi de kapsadığını defaatle vurgulamıştır²⁶.

AİHS'in 3. maddesinin sahip olduğu mutlaklık ölçütü aynı zamanda burada zımni olarak yer alan geri göndermeme ilkesinin devletler açısından ne tür bir yükümlülük getirdiği yahut bu noktada mevcut mutlaklık ölçütünün tıbbi geri göndermeme uygulamaları açısından AİHM yahut yetkili diğer organlar nezdinde adil bir denge uygulamasını meşru çıkarıp çıkarmayacağına yönelik tartışmaları da içermektedir. Tıbbi geri göndermeme uygulamaları açısından 3. maddenin uygulanmasında AİHM tespit edebildiğimiz üç temel nokta üzerinden hareket etmekte ve bu üç temel nokta üzerinden

²³ Antonio Cassese, *The Human Dimension of International Law*. (Oxford University Press 2008) 299; Oliver Thurin, *Der Schutz des Fremden vor rechtswidriger Abschiebung Das Prinzip des Non-Refoulement nach Artikel 3 EMRK* (Springer-Verlag Wien 2009) 11.

²⁴ Cemal Kemal Altun v. Almanya, App no. 10308/83 231 (AİHK, 3 Mayıs 1983); E.M. Kirkwood v. Birleşik Krallık, App no. 10479/83 183 (AİHK, 12 Mart 1984).

²⁵ Soering v. Birleşik Krallık, App no. 14038/88 para 89-91 (AİHM, 07 Temmuz 1989); Cassese (n 25) 319; Soering v. Birleşik Krallık, App no. 14038/88 para 18-19 (AİHK, 10 Kasım 1988); Stephan Breitenmoser ve Gunter E. Wilms, 'Human Rights v. Extradition: The Soering Case' (1990) 11(3) Michigan Journal of International Law 848; Lauterpacht ve Betlehem, (n 2) 144-145.

²⁶ Hemme Battjes, 'In Search of a Fair Balance: The Absolute Character of the Prohibition of Refoulement under Article 3 ECHR Reassessed' (2009) 22(3) Leiden Journal of International Law 594-595; Saadi v. İtalya, App no. 37201/06 para 140 (AİHM, 28 Subat 2008); Chahal v. Birleşik Krallık, App no. 22414/93, para 80 (AİHM, 15 Kasım 1996); AİHM (n 26) para 88.

tıbbi geri göndermeme uygulamaları normal geri göndermemeyi kapsayan davalardan ayrılmaktadır.

Bu durumlardan ilki 3. maddenin sağladığı mutlaklık ölçütü ile adil denge kriteri açısından bu iki hususun tıbbi geri göndermeme davalarında uygulanıp uygulanamayacağı konusunda karşımıza çıkmaktadır²⁷. İkinci durum ise devletlerin sahip olduğu pozitif ve negatif yükümlülüklerin normal geri göndermeme ile tıbbi geri göndermeme açısından farklılığı bakımından yer almaktadır²⁸. Üçüncü ve son durum ise tıbbi geri göndermemelerde diğer geri göndermeme davalarından farklı olarak uğranılan zararlarda belirli bir failin bulunmaması ve bu bağlamda failin mevcudiyeti sorunu olarak ele alınmaktadır²⁹.

1. Tıbbi Geri Göndermeme İlkesi ve Adil Denge

Tıbbi geri göndermeme açısından ilk ele alınması gereken nokta olarak adil denge unsurunda yetkili merciler başvurusunun geri göndermemeye ilişkin bireysel hakları ile kamu düzeni arasında mevcut bir denge sağlayarak ortaya çıkan bu sonuca göre hangi hakkın daha ağır bastığının tespit etmektedirler³⁰. Özellikle devletler açısından eylem yükümlülüğü şeklinde belirlenebilecek pozitif yükümlülüklerin ağır bastığı haklar açısından daha fazla geçerli olduğu belirtilen adil denge unsuru geri göndermeme uygulamaları açısından devletlerin bu noktada pozitif mi yoksa negatif yükümlülüklerinin mi ağır bastığı aşamasında tartışmalı bir hal almaktadır³¹. Bu bakımdan adil denge unsuru açısından AİHM istikrarlı bir içtihat oluşturmaktan kaçınmış ve uzun bir süre boyunca somut olayın şartları açısından münferit değerlendirmeler yaparak bir sonuca varmaya çalışmıştır³².

²⁷ ibid 595

²⁸ Virginia Mantouvalou, 'N v UK: No Duty to Rescue the Nearby Needy?' (2009) 72(5) The Modern Law Review 819

²⁹ Vladislava Stoyanova, 'How Exceptional Must 'Very Exceptional' Be? Non-Refoulement, Socio-Economic Deprivation, and Paposvili v Belgium' (2017) 29(4) International Journal of Refugee Law 590

³⁰ ibid 582

³¹ Alastair Mowbray, 'A Study of the Principle of Fair Balance in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights' (2010) 10(2) Human Rights Law Review 315.

³² Battjes (n 26) 595

Geri göndermeme uygulamaları açısından adil denge ölçütünün ilk yer aldığı başvurulardan bir tanesi olan Soering v. Birleşik Krallık kararında AİHM, adil denge ölçütü bakımından 3. madde kapsamında insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele yönünden “*kamu düzeni ile bireylerin haklarının korunmasındaki ihtiyaçlar doğrultusunda adil bir denge arayışı*”nın dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir³³. Ancak geri göndermeme ilkesi açısından AİHM Saadi v. İtalya ile Chahal v. Birleşik Krallık kararlarında Soering kararından farklı olarak herhangi bir adil denge uygulamasının 3. maddenin mutlak niteliği nedeniyle bağdaşmaması, insanlık dışı muamele değerlendirmesi ile yabancının geri gönderilmemesi halinde bulunduğu ülkede yaratacağı risk unsurunun bir denge testi için uygun düşmeyeceğini ifade etmiştir³⁴.

Ancak adil denge unsuru açısından AİHM içtihatlarının değişkenliği tıbbi geri göndermeme uygulamaları bakımından tartışmalı niteliğini korumaya devam etmektedir. Bu bakımdan oldukça tartışmalı bir karar olarak yer alan N v. Birleşik Krallık kararında Ugandalı bir HIV Pozitif hastası başvuru Uganda’ya gönderildiği takdirde yeterli tedavi sağlanamayacağından bahisle yaşayacağı ciddi insanlık dışı muameleden dolayı sığınma talebinde bulunmuştur. Başvurucunun bu talebini Uganda’nın HIV tedavisi için gerekli imkanlara sahip olduğundan bahisle Birleşik Krallık yetkilileri reddetmiş olup bunun üzerine olay AİHM önüne getirilmiştir³⁵. AİHM 3. maddenin sözleşmeciler taraflara sınırsız sağlık hakkı tanımadığından bahisle adil denge ölçütünü 3. maddenin getirmiş olduğu bireysel koruma ile devletlerin sağlık hizmetlerini sunma yükümlülüğü üzerinde kurarak bu yönde yapılacak herhangi bir ihlal iddiasının devletler üzerinde orantısız ve ciddi bir mali yük doğuracağından bahisle reddetmiştir³⁶. Karara ilişkin karşı oy yazan yargıçlardan Tulkens, Bonello ve Spielmann’ın gerekçelerinde oldukça tartışmalı bir şekilde bu yorum tarzının 3. maddenin sahip olduğu mutlaklık ölçütüne tamamen aykırı

³³ AİHM (n 25) para 89; Battjes (n 26) 596.

³⁴ AİHM (n 26) 139; Bauloz (n 21) 420; AİHM (n 26) 81; Thurin (n 23) 236.

³⁵ N. v. Birleşik Krallık, App no. 265/05 para 13-17 (AİHM, 27 Mayıs 2008).

³⁶ ibid para 44; Cornelis Wolfram Wouters, *International Legal Standards for the Protection from Refoulement: A Legal Analysis of the Prohibitions on Refoulement contained in the Refugee Convention, the European Convention on Human Rights, the International Covenant on Civil and Political Rights and the Convention against Torture*. (Intersentia 2009) 201; Vladislava Stoyanova (n 29) 595.

olduğu belirtilmiştir.³⁷ Karşı oy yazısı aynı zamanda AİHM'in bu anlamda yaptığı değerlendirmenin yetersiz bir gerekçe ile alındığı yönünden kararı eleştirmiştir³⁸. Gerçekten AİHM, tıbbi geri göndermeme kararları açısından emsal olarak kabul edilen bir önceki kararı olan D. v. Birleşik Krallık kararında adil denge kavramına ilişkin tek bir imada bile bulunmayarak 3. maddenin mutlaklık vurgusunu ifade etmiştir³⁹. Ancak N. v. Birleşik Krallık kararında ise D v. Birleşik Krallık kararından farklı olarak AİHM daha önce ele almadığı bir konuda tamamen farklı bir yorum kriteri getirmiş bulunmaktadır. 3. maddenin özellikle devletlerin sosyal güvenlik sistemlerine ayrı bir yük teşkil edebilme ihtimalinin yer aldığı durumlar bakımından D. v. Birleşik Krallık kararındaki “istisnai şartların” N. bakımından meydana gelmediğini belirten AİHM bu sebeple başvuruçunun Uganda'ya gönderilmesi halindeki yaşam şartlarındaki potansiyel bir olumsuz etkinin 3. madde ihlali için yeterli boyuta ulaşmadığını teyit etmiştir⁴⁰.

N. v. Birleşik Krallık kararında özellikle tıbbi geri gönderme davaları açısından ele alınan kriterlerin yarattığı olumsuz etki AİHM'in Paposhvili v. Belçika kararında da Gürcistan'a sınır dışı edildiği takdirde tedavisinden mahrum kalma riski olan bir başvuruçunun bakımından açıkça ifade edilmiştir⁴¹. Bu bağlamda N. v. Birleşik Krallık kararında yer alan adil denge kavramı yerine AİHM her somut olayın şartlarına göre ele alınması gereken ve yabancının gönderilmeden önceki sağlık durumu ile gönderileceği ülkedeki durumunun nasıl etkileneceği hususunun devletler tarafından mukayeseli analiz edildiği bir “risk analizi” yapılmasını öngörmüştür⁴². Bu bakımdan AİHM N. v. Birleşik Krallık kararında ele aldığı adil denge formülünü terk ederek somut olayın şartları açısından yaptığı değerlendirme kıstaslarına geri dönmüş ve adil değerlendirme kriteri yerine risk analizi esaslı bir belirleme sistemine göre 3. madde açısından bir ihlal

³⁷ ibid para 8.

³⁸ Mantouvalou, (n 28) 826.

³⁹ D. v. Birleşik Krallık, App no. 30240/96 para 47 (AİHM, 2 Mayıs 1997).

⁴⁰ AİHM (n 35) 43, 50.

⁴¹ Paposhvili v. Belçika, App no. 41738/10, paras 181-182 (AİHM, 13 Aralık 2016).

⁴² ibid para 188-189.

gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit etmiştir⁴³. Burada kimi yazarlar AİHM’i risk analizinde başvuruçuların tıbbi durumuna orantısız şekilde odaklandığı ve diğer faktörleri göz ardı ettiği için eleştirmiştir⁴⁴. Aşağıda daha ayrıntılı ifade edileceği üzere Savran v. Danimarka kararı açısından bu eksiklik yorum aracılığıyla biraz olsun giderilmiş bulunmaktadır.

AİHM tıbbi geri göndermeme davaları bakımından ele aldığı risk analizi kavramını Savran v. Danimarka kararında yineleyerek şizofreni hastası olan başvuruçunun Türkiye’ye sınır dışı edilmesi halinde gerekli tedaviyi almayacağı gerekçesiyle yaptığı 3. madde açısından ihlal iddiasını inceleyerek burada Paposhvili kararında yer alan risk analizi durumunu daha ayrıntılı ele alarak ve geliştirerek başvuruçucu ile sözleşmeci devletin yükümlüklerini ayrıntılı bir şekilde sıralamış bulunmaktadır. Bu inceleme genel olarak başvuruçunun tıbbi durumundan ziyade gönderileceği devletin şartları ağırlıklı alınmak suretiyle yorumlanmaktadır⁴⁵.

Güncel uygulama bakımından AİHM’in adil yükümlülük kriteri yerini sözleşmeci devletler açısından daha kapsamlı bir risk analizine bırakmıştır. Kanaatimizce bu yorum 3. maddenin ruhuna daha uygun düşmektedir. Zira 3. maddenin devletler açısından mutlak bir yükümlülük ortaya koymadığına ilişkin tartışmalar bir yana bırakılacak olursa bu yorum tarzının en azından AİHM’in ruhu ile çelişkili sonuçlar doğurduğu ifade edilebilir⁴⁶. Nitekim AİHM’de burada N v. Birleşik Krallık’ta belirttiği içtihadından dönerek tıbbi geri göndermeme uygulamaları açısından 3. maddede yer alan yükümlülüklerle daha uygun bir değerlendirme kriteri getirmiş bulunmaktadır. Bu bakımdan mevcut yorum tarzı açısından AİHM’in N v. Birleşik Krallık kararındaki standartlarından daha ileri bir yorum getirmiş olduğu belirtilebilir.

⁴³ Stoyanova, (n 29) 597; Cassandra Baker, ‘No Refuge for the Sick: How the EU’s Health-Based Non Refoulement Standard Compounds the Exclusionary Nature of International Refugee Law’ (2022) 31(2) Washington International Law Journal 283.

⁴⁴ Bauloz (n 21) 424.

⁴⁵ Savran v. Danimarka, App no 57467/15 para 130 (AİHM, 7 Aralık 2021).

⁴⁶ Battjes (n 26) 619.

2. Pozitif ve Negatif Yükümlülükler Bakımından Tıbbi Geri Göndermeme

Tıbbi geri göndermeme bakımından ele alınması gereken bir diğer mesele özellikle burada devletlerin pozitif mi yoksa negatif yükümlülüklerle mi tabi olacağı sorusu bakımından ortaya çıkmaktadır. Yahut problemi başka bir şekilde devletlerin mevcut sorumluluğunun ağırlıklı olarak hangi şekilde ortaya çıktığı şeklinde de kurgulamak mümkündür. Bu bakımdan öncelikle AİHS açısından pozitif ve negatif yükümlülük kavramları açıklanarak ardından AİHM'in içtihatları bakımından tıbbi geri göndermeme davalarının hangi sorumluluk ölçütlerine göre ele alınacağı incelenecektir.

Avrupa insan hakları sözleşmesi hukuku bakımından pozitif yükümlülükler genel olarak sözleşmeciler devletlerin bir konuda bir şey yapma yükümlülüğü olarak ifade edilebilirken negatif yükümlülükler ise bir şeyi yapmaktan imtina etmesi olarak anlaşılmaktadır. Bu bakımdan devletlerin pozitif olarak bir şeyi yapmakla yükümlü olduğu bir şeyi yapmaması yahut bir şeyi yapmaması gerektiği halde yapması bir ihlal sebebi teşkil edebilmektedir⁴⁷. Tıbbi geri göndermeme uygulamaları bakımından devletlerin 3. madde kapsamındaki pozitif ve negatif yükümlülükleri açıkça AİHM tarafından ifade edilmemekle beraber burada yine somut olayın şartları açısından bir belirleme yapılmakta ve devletlerin sorumluluğunu tayin yoluna gidilmektedir⁴⁸.

Genel olarak belirtmek gerekirse devletlerin tıbbi geri göndermeme davaları bakımından yükümlülükleri yukarıda açıklanan risk analizi kapsamında ele almakla yükümlü tutulduğu usuli pozitif yükümlülükleri ile geri göndermeme açısından sahip oldukları negatif yükümlülükleri ile beraber değerlendirilmektedir⁴⁹. Ancak burada ayrıca devletlerin başvuruçulara sağlık hizmeti verip vermeme yönünden bir pozitif yükümlülükleri olup olmadığı hususu da ayrıca tartışmaya açıktır. Nitekim N v. Birleşik Krallık ile Paposhvili v. Belçika kararları üzerinden burada mukayeseli bir inceleme

⁴⁷ Jean-François Akandji-Kombe, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler* (Avrupa Konseyi 2008) 11 <https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/10122019112811pozitif_yukumluluk.pdf> Erişim Tarihi 5 Nisan 2024.

⁴⁸ Bilal Khan, 'From D. v. U.K. to Paposhvili v. Belgium: Assessing the Strasbourg Court's Legal and Institutional Approach to the Expulsion of Seriously Ill Migrants under Article 3 of the European Convention on Human Rights' (2019) 25 *Columbia Journal of European Law* 234.

⁴⁹ Battjes (n 26) 603; Stoyanova, (n 29) 594; Khan (n 48) 236; Baker (n 43) 269.

yapmak mümkün olup N v. Birleşik Krallık kararı açısından AİHM sağlık hizmetleri yönünden açıkça devletlerin bu hizmeti sunma yükümlülüğü bulunmadığını bir pozitif yükümlülük olarak yorumlayarak bu durum bakımından devletlerin bir sorumluluğunun yer almadığını açıkça teyit etmiş bulunmaktadır⁵⁰. Paposhvili kararında da bu durumu ele alan AİHM burada devletlerin bu alanda herhangi bir pozitif yükümlülüğü bulunmadığını dolaylı olarak meselenin devletlerin sağlık hizmetleriyle bir bağlantısı olmadığını açıklayarak ifade etmiştir⁵¹. Savran v. Danimarka kararında da yeniden Paposhvili kararındaki tespitlerini teyit etmek suretiyle AİHM 3. maddenin devletlere tüm yabancılar bakımından ücretsiz ve genel sağlık hizmeti sunmadığını açıkça belirtmiştir⁵². Ancak bu husus devletin gözetimi altında bulunan yabancılar bakımından geçerli olmayıp AİHM Yoh-Ekale Mwanje v. Belçika kararı bakımından idari gözetim altındaki bir yabancıya yönelik gerekli tedavinin yapılmamasını burada pozitif yükümlülüklerin ihlali sayarak 3. maddeye aykırı bulmuştur⁵³.

Sonuç olarak tıbbi geri göndermeme uygulamaları bakımından devletlerin yabancılara genel bir sağlık hizmeti sunma şeklinde pozitif bir yükümlülüğü bulunmamakta olup devletlerin buradaki pozitif yükümlülüğü ağırlıklı olarak usuli güvencelerle bağlantılı olarak yorumlanmaktadır. Paposhvili kararında da AİHM'in veciz bir şekilde ifade ettiği üzere 3. madde bakımından geri göndermeme yükümlülüğü esasen negatif bir yükümlülük olarak ele alınmaktadır⁵⁴. Devletler bu bakımdan yabancıların sınır dışı edileceği ülkedeki sağlık hizmetlerine erişim imkanlarını değerlendirmekle yükümlü tutulmuş olup mevcut pozitif yükümlülüklerini yerine getirmeyen devletler açısından 3. maddenin ihlali gündeme gelebilecektir.

⁵⁰ AİHM (n 35) para 43; Khan (n 48) 234.

⁵¹ AİHM (n 41) para 192; Stoyanova, (n 29) 596; Khan (n 48) 236.

⁵² AİHM (n 45) para 131.

⁵³ Yoh-Ekale Mwanje v. Belçika, App no. 10486/10, para. 93-98 (AİHM, 20 Aralık 2011).

⁵⁴ AİHM (n 41) para 188.

3. Tıbbi Geri Göndermeme Uygulamaları Açısından Failin Mevcudiyeti Sorunu

Tıbbi geri göndermeme uygulamaları içerisinde yer alan bir diğer tartışılmalı konu özellikle burada söz konusu ihlali herhangi bir faile atfetmenin zorluğu yönünden ortaya çıkmaktadır. Zira olası bir ihlal burada herhangi bir devlet organının yahut üçüncü bir failin eyleminden ziyade asıl olarak ilgili ülkedeki sağlık hizmetleri ile başvuru sahibinin sağlık durumundaki ilişkinin bir sonucu olarak gerçekleşmektedir. Dolayısıyla klasik geri göndermemeye dayalı 3. madde ihlallerinden farklı olarak başvuru sahibi gönderileceği ülkede doğrudan bir ihlalin mağduru olmamaktadır⁵⁵. Bu nedenle bu sorunu hem failin mevcudiyeti sorunu hem de mağdurun yokluğu şeklinde yorumlamak mümkündür.

Nitekim tıbbi geri göndermeme davaları açısından ilk somut örneği teşkil eden D v. Birleşik Krallık kararında AİHM tıbbi geri göndermeme davalarındaki bu sorunu tespit ederek 3. maddenin bu nedenle “*gönderilen devletin doğrudan ve dolaylı olarak sorumlu tutulamayacağı*” durumlar bakımından da genişletici şekilde yorumlanması gerektiğini ifade etmiştir⁵⁶. Paposhvili v. Belçika kararı açısından da AİHM tespitlerini yineleyerek tıbbi geri göndermeme açısından 3. maddenin ihlalini sağlık durumuna ilişkin bir dizi durumun gerçekleşme olasılığı üzerinden değerlendirmektedir⁵⁷. Burada ihlal AİHM’in Savran kararında da belirttiği üzere bir devletin sorumluluğu sonucunda meydana gelebileceği gibi mevcut devlet aktörlerine sorumluluğun doğrudan yahut dolaylı olarak izafe edilemeyeceği ölçüde geniş bir dizi kümülatif sebebin meydana gelmesi sonucunda da gerçekleşebilmektedir⁵⁸.

Dolayısıyla tıbbi geri göndermeme uygulamaları bakımından belirli spesifik bir ihlal durumundan ve failden ziyade şartların bütüncül bir şekilde yorumlanması sonucunda ortaya çıkan bir ihlal durumu söz konusu olmaktadır. Bu bakımdan ihlal meydana gelen bir davranış yahut somut bir ihlalden ziyade çok daha karmaşık ve tepkisel uzun vadeli

⁵⁵ Gregor Noll, *Negotiating Asylum The EU Acquis, Extraterritorial Protection and the Common Market of Deflection* (Martinus Nijhoff 2000), 526; Stoyanova, (n 29) 590.

⁵⁶ AİHM (n 39) para 49.

⁵⁷ AİHM (n 41) para 183.

⁵⁸ AİHM (n 45) para 123.

bir sonucun ürünü şeklinde değerlendirilmelidir. Bu yönüyle tıbbi geri göndermeme uygulamaları açısından AİHM'in değerlendirmesinin en geniş 3. madde yorumlarından birisini teşkil ettiğini belirtmek kanaatimizce yanlış olmayacaktır.

II. TIBBİ GERİ GÖNDERMEME UYGULAMASININ ŞARTLARI VE SONUÇLARI

A. Tıbbi Geri Göndermeme Uygulamasının Şartları

Tıbbi geri göndermeme uygulamasının şartları bakımından anlaşılması gereken esas itibariyle bir tıbbi geri göndermemenin hangi şartlar altında gerçekleşeceği ve hangi noktada kişinin bu sebeple sınır dışı edilmesinin 3. madde ihlalini teşkil edeceği noktada toplanmaktadır⁵⁹. Buradaki en temel yol gösterici ilkeler güncel olarak Paposhvili v. Belçika kararında ifade edilmiş olup aşağıda da ağırlıklı olarak AİHM'in Paposhvili ve Savran kararlarında yapmış olduğu tespitler üzerinden açıklanacaktır. Tıbbi geri göndermemeye ilişkin şartları bu bakımdan başvurucuya yönelik şartlar ile devletlerin usuli yükümlükleri şeklinde ikili bir değerlendirme içinde ele almak mümkündür.

Başvurucu açısından bir tıbbi geri göndermeme nedeniyle 3. madde ihlalinin gerçekleşebilmesi için öncelikli olarak başvurucunun mevcut sağlık durumunun ve rahatsızlığının "istisnai" bir nitelik taşıması gerekmektedir⁶⁰. Bu noktada AİHM esas olarak D v. Birleşik Krallık ile N v. Birleşik Krallık kararlarında yer alan istisna eşiğini yorumlamak suretiyle özellikle Paposhvili kararı öncesinde öğretilde sıklıkla tartışılmış olan bu meseleyi yorumlamaya çalışmıştır⁶¹. Bu bağlamda istisna eşiği "*ölümün eşiğinde olmasa dahi gönderileceği ülkedeki uygun tedavi imkanlarının yahut bunlara erişim olanaklarının yokluğu nedeniyle ciddi bir risk ihtimaliyle karşılaşma ve bu bağlamda yaşam beklentisinin önemli ölçüde kısılması ile meydana gelecek ciddi düzeyde acı çekme*" olarak tanımlanmış bulunmaktadır⁶². Burada mevcut hastalığın veya rahatsızlığın

⁵⁹ Bauloz (n 21) 411-412.

⁶⁰ Khan (n 48) 237; Baker (n 43) 278.

⁶¹ AİHM (n 39) para 53; AİHM (n 35) para 42; Mantouvalou (n 28) 818.

⁶² AİHM (n 41) para 183.

niteliği önemli olmayıp asıl olan ilgili hastalık veya rahatsızlığın istisna eşliğini kapsayacak derecede ciddi olmasıdır. Dolayısıyla zihinsel veya psikolojik rahatsızlıklar da şartları gerçekleştiği takdirde bu kapsamda ele alınabilmektedirler⁶³.

Tıbbi geri göndermeme açısından ikinci şart ise bu iddiaların istisna eşliğinin karşılandığının başvuru tarafından ispatlandığı hallerde devletlere yüklenen usuli araştırma ve güvence yükümlülükleri olarak karşımıza çıkmaktadır. Usuli araştırma ve güvence yükümlülüğü Savran kararında da belirtildiği üzere sözleşmeciler devletlere öncelikle başvuru tarafından 3. madde kapsamındaki iddiaların “önemli ölçüde” delillerle desteklendiği durumlarda risk analizi bakımından olası bir sınır dışı kararının başvuru sahibinin sağlık durumuna etkilerini değerlendirme sorumluluğunu yüklemektedir. Bu inceleme başvuru sahibinin tıbbi raporlarını de kapsayan, ayrıntılı ve burada aynı zamanda Dünya Sağlık Örgütü ve saygın hükümet dışı örgütlerin de ülkeye ilişkin raporları ile birlikte ele alınmaktadır⁶⁴.

Yine aynı şekilde sözleşmeciler devletler tıpkı Paposhvili kararında yinelenildiği üzere başvuru açısından somut olay bakımından tedavinin ne şekilde ve hangi imkanlarla gönderileceği ülkede karşılanacağını da başvuru açısından ilgili tedavinin ekonomik sonuçları, başvuru sahibinin aile ve sosyal ilişkileri ile tedaviye fiziki erişim imkanları doğrultusunda değerlendirme yükümlülüğü altındadırlar⁶⁵. Tüm bu değerlendirmenin sonucunda hala 3. maddenin ihlaline ilişkin ciddi şüpheler devam ediyor ise gönderen devlet son çare olarak sınır dışı etmeden önce gönderilecek devletten gerekli tıbbi desteğin başvurucuya karşılanacağı konusunda teminat almak durumundadır⁶⁶. Nitekim öğretide kimi yazarlar buradaki devletlerin araştırma yükümlülüğünü belirsiz ve herhangi bir kritere dayanmadığı için devletlere geniş bir takdir hakkı getirdiğinden bahisle eleştirmişlerdir⁶⁷.

⁶³ AİHM (n 45) para 137.

⁶⁴ ibid para 130(a), 130(b); Baker (n 43) 280.

⁶⁵ ibid para 130 (c-d).

⁶⁶ ibid para 130 (e); AİHM (n 41) para 191.

⁶⁷ Baker (n 43) 282.

Sonuç olarak tıbbi geri göndermemenin şartları açısından gerek başvurucular gerekse devletler karşılıklı ispat yükümlülüğü altında bulunmakta olup başvurucular bu bakımdan kendi sağlık durumlarının belirli bir ciddiyet seviyesine geldiğini ve bunun gönderileceği ülkedeki sonuçlarını ispatla yükümlü olup devletler ise bu ispat yükümlülüğü yerine getirildiği takdirde gönderilecek ülkedeki şartların doğruluğunu araştırmak, bu konudaki şüpheleri gidermek ve en son çare olarak ilgili ülkeden güvence almakla yükümlü tutulmuşlardır. Bu şartların başvuru yahut devlet tarafından sağlanmadığı durumlarda AİHM ilgili başvuruyu kabul veya reddedecektir.

B. Tıbbi Geri Gönderme Uygulamasının Sonuçları

AİHM'in tıbbi geri gönderme sonucunda vermiş olduğu işkence ve insanlık dışı muamele yasağı kapsamında bir 3. madde ihlali sonucunda başvuruçunun sınır dışı işlemleri durdurulmaktadır. Ancak AİHM burada mutlak bir sınır dışı yasağı koymak yerine yer alan sonuçlar açısından daha esnek bir yaklaşım geliştirmiş bulunmaktadır. Tıbbi geri gönderme uygulamaları bakımından olası bir ihlal bu ihlalin devletlere tıbbi destek sağlama yükümlülüğünün mevcudiyeti yönünden de ayrı bir inceleme konusu teşkil etmektedir⁶⁸. Dolayısıyla asıl soru devletlerin sınır dışı etme harici negatif yükümlülüğün yanı sıra bu noktada ayrıca ihlal sonrasında başvuruçuya tedavi sağlama şeklinde pozitif bir yükümlülük yüklenilip yüklenilmeyeceği ile ilgilidir. AİHM Savran v. Danimarka kararında bu iki meseleye de açıklık getirmiş olup ağırlıklı olarak Savran kararı üzerinden burada bir yorum yapmak mümkündür.

İlk olarak AİHM'in tıbbi geri gönderme açısından mutlak bir geri gönderme ilkesini devletler açısından öngörmediğini ifade etmek gerekmektedir. Burada 3. madde kapsamında bir ihlal olasılığı tespit edilmiş olsa dahi gönderen devlet açısından garanti alma yükümlülüğü yer almakta olup bu bakımdan gönderilecek devlet tarafından başvuru için verilecek bir tedavi güvencesinin varlığı halinde başvuruçunun sınır dışı edilmesi mümkün hale gelmektedir⁶⁹. Ancak bu noktada özellikle verilen güvenceler yönünden burada alınacak bir güvencenin gerçekte başvuru açısından yeterli

⁶⁸ ibid 289.

⁶⁹ AİHM (n 45) para 130 (e).

olmayabilme riski ortaya çıkabilmektedir. Gerçekten AİHM'in bu noktadaki gönderen devletler açısından yüklemiş olduğu güvencenin gerçek bir güvence teşkil edip etmediği sorusu, Paposhvili ve Tatar v. İsviçre kararlarında ele alınan ölçütler değerlendirildiğinde tıbbi geri göndermeme uygulamaları açısından tartışmaya açıktır⁷⁰. Zira AİHM burada gönderilecek devletin vermiş olduğu garantiler noktasında Chahal v. Birleşik Krallık kararındaki daha ayrıntılı bir değerlendirme yerine bu güvencenin mevcudiyetine bakmaktadır⁷¹. Bu nedenle ilgili güvencenin yeterli olup olmadığı sorusu asıl olarak gönderen devletin değerlendirme yetkisi kapsamındadır ve uygulamada kanaatimizce rahatlıkla devletler tarafından suistimal edilme riskiyle karşı karşıya bulunmaktadır.

Tıbbi geri göndermeme uygulamaları açısından verilecek ihlal kararlarında göz önüne alınması gereken bir diğer mesele ise burada ihlal sonrasında devletlerin başvuru açısından bir tedavi yükümlülüğü bulunup bulunmadığı üzerinedir⁷². Her ne kadar yukarıda pozitif yükümlülükler bahsinde bu soruya AİHM tarafından olumsuz yanıt verilmişse de ihlal sonrasında bu durumun başvuru lehine değişip değişmeyeceğine burada değinmek gerekmektedir. Ancak tıpkı pozitif yükümlülükler bahsinde olduğu gibi burada da bu soruya olumsuz yanıt vermek gerekecektir. Zira gerek Savran gerekse Paposhvili kararlarında da ifade edildiği üzere burada 3. madde açısından gönderen devletin sağlık sistemi ve başvurucuya bu açıdan bir hizmet sağlama durumu bir değerlendirme ölçütü olarak ele alınmamaktadır⁷³. Bu nedenle gerek ihlal öncesinde gerekse ihlal sonrasında devletlerin başvuru açısından tedaviye yönelik pozitif bir yükümlülükleri bulunmamaktadır. Aynı şekilde sınır dışı etmeme bakımından ayrıca bunun sonucunda pozitif bir sağlık hizmeti sunma yükümlülüğünün burada ne şekilde 3. maddenin gerekleriyle bağdaştırılacağı yine ayrı bir mesele olarak yer almaktadır.

Bu bakımdan bir tıbbi geri göndermeme açısından olası bir 3. madde ihlalinin yarattığı ilk sonuç devletler açısından sınır dışı etmeme yükümlülüğü olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak buradaki yükümlülük mutlak bir nitelik taşımayıp devletler

⁷⁰ Tatar v. İsviçre, App no. 65692/12, para 49 (AİHM, 14 Nisan 2015); AİHM (n 41) para 157.

⁷¹ AİHM (n 26) para 103-104.

⁷² Khan (n 48) 233.

⁷³ AİHM (n 41) para 192; AİHM (n 45) para 191.

gönderilecek devletten gerekli güvenceleri sağlamaları halinde normal şartlar altında meydana gelecek bir 3. madde ihlali AİHM nezdinde hukuka uygun hale gelebilmektedir. Dolayısıyla esas mesele gönderen devletin buradaki usuli yükümlülüklerini yerine getirip getirmediği ile bağlantılı ele alınmaktadır.

III. TÜRK HUKUKU BAKIMINDAN TIBBİ GERİ GÖNDERMEME

Yabancıların Türkiye'ye giriş, kalış ve çıkışları ile uluslararası koruma sisteminin yer aldığı YUKK genel olarak geri gönderme yasağını 4. maddesinde kanun kapsamındaki hiç kimsenin “*işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulacağı veya ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayatının veya hürriyetinin tehdit altında bulunacağı bir yere gönderilememeyeceği*” şeklinde ifade etmiştir. Bu bağlamda AİHM içtihatları kapsamında tıbbi geri göndermeme açısından belirtilen ilkelerin AİHS'e taraf olan ve AİHM'in zorunlu yargı yetkisini 1990 yılında tanıyan Türkiye bakımından da geçerli olacağını belirtmek gerekir⁷⁴. YUKK kapsamında tıbbi geri göndermemeye ilişkin doğrudan bir düzenleme yine sınır dışı etme kararı alınamayacak yabancılar bakımından 55. maddenin c bendinde hayati tehlike arz eden hastalıkları için tedavisi devam etmekte iken sınır dışı edileceği ülkede tedavi imkânı bulunmayan yabancılar için açıkça getirilmiş bulunmaktadır⁷⁵.

Öncelikle burada tıbbi geri gönderme yasağı kapsamında yabancıların bu korumadan yararlanabilmesi için hayati tehlike arz eden bir hastalık nedeniyle tedavisinin devam etmekte olması gerekmektedir. Yukarıdaki AİHM içtihatlarında yer alan hastalığın 3. madde yönünden belirli bir ciddiyet eşğine gelmiş olmasından farklı olarak tıbbi geri göndermeme uygulamalarının bu bakımdan hayati tehlike arz eden hastalıklarla sınırlandırılmış olduğunu belirtmek gerekmektedir. Bu ayırım esasen AİHM'in belirlemiş olduğu daha fazla esneklik sağlayan ve psikolojik rahatsızlıkları da kategorik olarak kabul

⁷⁴ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar ve Rifat Murat Önok, *İnsan Hakları El Kitabı* (Güncellenmiş 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2019) 854; Rifat Erten, ‘Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme’ (2015) 19(1) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 6.

⁷⁵ Nuray Ekşi, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku* (KHK-703 ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine Göre Hazırlanmış 5. Baskı Beta Yayıncılık 2018) 115.

eden tıbbi geri göndermeme kriterlerinden görece dar bir nitelik taşımaktadır⁷⁶. Bu bakımdan hayati tehlike arz eden bir hastalık kavramı YUKK'da tanımlanmamakla beraber uygulamada somut olay kapsamında hangi hastalıkların hayati tehlike arz edecek nitelik taşıdığı bilirkşi vasıtasıyla tayin edilebileceği belirtilebilir. 55. madde yönünden ikinci önem taşıyan nokta ise yabancının bu hastalığa sahip olması yanında aynı zamanda tedavisinin de devam ediyor olmasıdır. Dolayısıyla hayati bir hastalığa sahip olan ancak Türkiye'de aktif tedavi görmeyen bir yabancının YUKK 55. madde kapsamında bu korumadan yararlanamayacağı ifade edilebilir. Nitekim halihazırda tedavi görmeyen bir yabancının sınır dışı edilerek gönderileceği bir ülkedeki tedavi imkanlarının yokluğundan şikâyet etmesi tıbbi geri göndermenin koruma amacına da pek uygun düşmemektedir.

YUKK 55. madde bakımından ifade edilmesi gereken bir diğer nokta ise hayati tehlike arz eden hastalıkları için tedavisi devam eden bir yabancının yalnızca sınır dışı edileceği ülkede tedavi imkânı bulunmaması halinde bu korumanın geçerli olacağıdır. Buradaki sınır dışı edilecek ülke yabancının menşe ülkesi yahut güvenli üçüncü ülke olabilmektedir. Her halükarda asıl önemli olan ise gönderilecek ülkenin sağlık sisteminin yabancının tedavisi için gerekli tıbbi donanımı haiz bulunmamasıdır. Ancak AİHM içtihatlarından farklı olarak burada kanun koyucu gönderilecek ülkedeki tedavi imkanları üzerinden daha dar kapsamlı bir değerlendirme yoluna gitmiş olup özellikle Savran v. Danimarka açıklanan hususlardan farklı olarak yabancının sosyal ve ailevi durumu ile sağlık hizmetine fiziki erişim imkanlarını dikkate almamıştır⁷⁷.

Sonuç olarak Türk hukuku bakımından tıbbi geri göndermemeye ilişkin YUKK 55. madde düzenlemesi bu kapsamdaki yabancıları gözetmesi itibariyle olumlu bir düzenleme olsa da mevcut hükmün yazılış biçimi ile güncel AİHM içtihatlarının gerisinde kalmış bulunmaktadır. Bu nedenle kanaatimizce tıbbi geri göndermeme ilkesinin daha etkin bir şekilde uygulanabilmesi ve AİHM içtihatlarıyla yeknesaklık amacıyla özellikle hayati tehlike arz eden hastalık kavramının genel olarak psikolojik rahatsızlıkları da kapsayıcı olarak rahatsızlık sözcüğü ile değiştirilerek gönderilecek ülkedeki tedavi

⁷⁶ Kochieva ve Diğerleri v. İsveç, App no. 75203/12, para 30 (AİHM, 30 Nisan 2013).

⁷⁷ AİHM (n 45) para 130 (d).

imkânı ölçütlerinin daha geniş olarak belirlendiği bir normatif düzenlemenin benimsenmesi gerekmektedir.

SONUÇ

Tıbbi geri göndermeme ilkesi özellikle AİHM'in 3. maddesinin uygulanmasında Soering v. Birleşik Krallık kararından itibaren geliştirmiş olduğu geri göndermeme ilkesine ilişkin içtihatları içerisinde önemli bir yenilik olarak ele alınmaktadır. Nitekim uygulama itibarıyla nispeten yeni sayılabilecek bu ilke özellikle rahatsızlığı nedeniyle sınır dışı edilmesi halinde ölüm riski yahut çok ciddi sıkıntılara uğrayacak yabancılar için önemli bir koruma sağlamaktadır.

Ancak bu noktada tıbbi geri göndermeme uygulamalarında AİHM'in devletlere tanıdığı kriterlerin uygulamada ciddi sorunlar doğurabilme ihtimali mevcuttur. Bu noktada gerek N v. Birleşik krallık kararının içerdiği adil denge gerekse Paposhvili v. Belçika kararında konulan risk analizi değerlendirmeleri devletlere geniş takdir yetkisi tanıyan ölçütler olarak kabul edilmelidir. Bu bakımdan geri göndermeme ilkesine ilişkin ilkelerinin 3. madde açısından ilkesel mutlaklığı özellikle tıbbi geri göndermeme davaları bakımından aşınmış durumdadır. Bu durumun en önemli sebebi ise 3. maddenin sınır dışı uygulamalarına yönelik infaz edilecek ölüm cezası yahut işkence ve kötü muameleyle uğrayabilme benzeri doğrudan bir ihlalinden farklı olarak mevcut bir tıbbi rahatsızlığın sonucunda sınır dışı edilecek kişinin gönderildiği ülkedeki şartların yokluğu sonucunda insan onuruna aykırı olarak acı çekmesi ve ölüm riskiyle karşılaşması durumu bakımından burada 3. madde ile daha dolaylı bir bağın mevcudiyetidir. Zira işkence ve kötü muamele yasağının mutlaklığı mevcut bir rahatsızlığa yönelik kişinin sınır dışı edilmesi durumunun gerçekten bir 3. madde ihlali teşkil edip etmeyeceğine yönelik her türlü doğası gereği zorunlu olan spekülasyon süreci ile çelişmekte ve bu çelişki AİHM tarafından devletlere tanınan mevcut takdir yetkisi ile aşılmaya çalışılmaktadır. Bu durum da tıbbi geri göndermeme ilkesi bakımından neredeyse her somut olay bakımından başvuruçuların taleplerinin reddi sonucunu doğurmaktadır.

Türkiye bakımından da tıbbi geri göndermeme uygulamalarında YUKK'un 55. madde kapsamında özel bir hüküm getirdiği gözlemlenmektedir. Ancak burada yer alan "hayati tehlike arz eden hastalık" kavramı tıbbi geri göndermemeye yönelik güncel

AİHM içtihatlarıyla örtüşmemektedir. Özellikle AİHM'in artık hastalık kavramını D. v Birleşik Krallık dönemindeki içtihadından çok daha geniş yorumlaması nedeniyle YUKK'da yer alan düzenlemelerin bu bakımdan Paposhvili ve Savran içtihatlarında anılan standartlara göre yeniden yorumlanması gerekmektedir.

Bir yabancı çok hasta veya ölüm döşeginde olabilir, ancak her halükârda gönderileceği ülkede 3. madde açısından ciddi düzeyde sıkıntı çekme ihtimalinin devletler bakımından rahatlıkla yeterli gerekçeye dayanmadığı bahanesiyle reddi mümkündür. AİHM, bu açıdan her ne kadar ayrıntılı değerlendirme ve garanti yükümlülüğü öngörse de bu usuli yükümlüklerin mutlak bir güvence olmadığı açıktır. Nitekim N v. Birleşik Krallık kararında başvurucunun talebinin reddinden hemen sonra sınır dışı edildiği ülkede hayatını kaybetmesi ve yine dava sürecinde hayatını kaybetmiş olan Paposhvili bakımından yalnızca usuli güvencelerin yokluğu sebebiyle bir ihlal kararı verilmiş olması bunun çarpıcı bir örneğidir. Bu nedenle tıbbi geri göndermeme uygulamaları açısından her sınır dışı davasında olması gerektiği gibi meselenin etik boyutunun da hesaba katıldığı daha derin ve kapsamlı bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

Akandji-Kombe J-F, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler (Avrupa Konseyi 2008).

Baker C, 'No Refuge for the Sick: How the EU's Health-Based Non Refoulement Standard Compounds the Exclusionary Nature of International Refugee Law' (2022) 31(2) Washington International Law Journal 251-291.

Battjes H, 'In Search of a Fair Balance: The Absolute Character of the Prohibition of Refoulement under Article 3 ECHR Reassessed' (2009) 22(3) Leiden Journal of International Law 583-621.

Bauloz C, 'Foreigners: Wanted Dead or Alive? Medical Cases before European Courts and the Need for an Integrated Approach to Non-Refoulement' (2016) 18(4) European Journal of Migration and Law 409-441.

Breitenmoser S. ve Wilms G. E, 'Human Rights v. Extradition: The Soering Case' (1990) 11(3) Michigan Journal of International Law 845-886

Cassese A, *The Human Dimension of International Law* (Oxford University Press 2008).

Costello C. ve Foster M, 'Non-refoulement as Custom and *Jus Cogens*? Putting the Prohibition to the Test' in Maarten den Heijer ve Harmen van der Wilt (eds.), *Netherlands Yearbook of International Law 2015 Jus Cogens: Quo Vadis?* (Springer 2015) 273-327.

Droege C, 'Transfers of Detainees: Legal Framework, Non-Refoulement and Contemporary Challenges' (2008) 90 (871) International Review of the Red Cross 669 – 701.

Ekşi N, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku* (KHK-703 ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine Göre Hazırlanmış 5. Baskı Beta Yayıncılık 2018).

Erten R, 'Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme' (2015) 19(1) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3-52.

Goodwin-Gill G. S, McAdam J. ve Dunlop E, *The Refugee in International Law* (4th edn. Oxford University Press 2021).

Hathaway J, *The Rights of Refugees under International Law* (2nd edn. Cambridge University Press 2021).

Joseph S ve Castan M. *The International Covenant On Civil And Political Rights Cases, Materials, And Commentary* (3rd edn, Oxford University Press 2013).

Kalin W, Caroni M. ve Heim L. 'Article 33, para. 1 (Prohibition of Expulsion or Return ("Refoulement") / Défense d'Expulsion et de Refoulement)' in Andreas Zimmermann (ed.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and It's 1967 Protocol A Commentary* (Oxford University Press 2011) 1327-1395.

Khan B, 'From D. v. U.K. to Paposhvili v. Belgium: Assessing the Strasbourg Court's Legal and Institutional Approach to the Expulsion of Seriously Ill Migrants under Article 3 of the European Convention on Human Rights' (2019) 25 Columbia Journal of European Law 222-252.

- Lauterpacht E. ve Betlehem D, ‘Non-refoulement (Article 33 of the 1951 Convention)’ in Erika Feller, Volker Türk ve Frances Nicholson (eds.), *Refugee Protection in International Law UNHCR’s Global Consultations on International Protection* (Cambridge University Press 2003) 87-181.
- Mantouvalou V, ‘N v UK: No Duty to Rescue the Nearby Needy?’ (2009) 72(5) *The Modern Law Review* 815-828.
- Mathew P, ‘Non-Refoulement.’ in Cathryn Costello, Michelle Foster ve Jane McAdam (eds.), *The Oxford Handbook of International Refugee Law* (Oxford University Press 2021) 899-916.
- Mowbray A, ‘A Study of the Principle of Fair Balance in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights’ (2010) 10(2) *Human Rights Law Review* 289 – 317.
- Noll G, *Negotiating Asylum The EU Acquis, Extraterritorial Protection and the Common Market of Deflection* (Martinus Nijhoff 2000).
- Reeh G. M, *Das menschenrechtliche Prinzip des Non-Refoulement vor den Vertragsorganen der Vereinten Nationen.* (Duncker & Humblot GmbH 2023).
- Stoyanova V, ‘How Exceptional Must ‘Very Exceptional’ Be? Non-Refoulement, Socio-Economic Deprivation, and Paphosvili v Belgium’ (2017) 29(4) *International Journal of Refugee Law* 580-616.
- Tezcan D, Erdem M. R, Sancakdar O. ve Önok R. M, *İnsan Hakları El Kitabı* (Güncellenmiş 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2019).
- Thurin O, *Der Schutz des Fremden vor rechtswidriger Abschiebung Das Prinzip des Non-Refoulement nach Artikel 3 EMRK* (Springer-Verlag Wien 2009).
- Weissbrodt D. ve Hortreiter I, ‘The Principle of Non-Refoulement: Article 3 of the Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment in Comparison with the Non-Refoulement Provisions of Other International Human Rights Treaties’ (1999) 5 *Buffalo Human Rights Law Review* 1-73.

Wouters C. W, *International Legal Standards for the Protection from Refoulement: A Legal Analysis of the Prohibitions on Refoulement contained in the Refugee Convention, the European Convention on Human Rights, the International Covenant on Civil and Political Rights and the Convention against Torture.* (Intersentia 2009).

RAPORLAR

Cartagena Declaration on Refugees. Colombia (Adopted by the Colloquium on the International Protection of Refugees in Central America, Mexico and Panama, held at Cartagena, Colombia from 19-22 November 1984) <<https://www.refworld.org/docid/3ae6b36ec.html>> Erişim Tarihi 11 Ekim 2023.

Committee on Economic, Social and Cultural Rights. (2000). *General Comment No. 14 (2000) The right to the highest attainable standard of health (Article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)*. Erişim adresi: <http://undocs.org/E/C.12/2000/4>

Committee on the Elimination of Discrimination against Women. General Recommendation No. 32 on the Gender-Related Dimensions of Refugee Status, Asylum, Nationality and Statelessness of Women (2014) UN Doc CEDAW/C/GC/32 <<http://undocs.org/CEDAW/C/GC/32>> Erişim Tarihi 12 Ekim 2023.

Committee on the Elimination of Racial Discrimination. Consideration of Reports Submitted by States Parties Under Article 9 of the Convention Concluding Observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination (2009) UN Doc CERD/C/64/CO/2 <<https://undocs.org/CERD/C/64/CO/2>> Erişim Tarihi 12 Ekim 2023.

Council Directive 2011/95/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on Standards for the Qualification of Third-Country Nationals or Stateless Persons as Beneficiaries of International Protection, for a Uniform Status for Refugees or for Persons Eligible for Subsidiary Protection, and for the Content of the Protection Granted (Recast) (2011) OJ L 337 <<http://data.europa.eu/eli/dir/2011/95/oj>> Erişim Tarihi 14 Ekim 2023.

Human Rights Committee, The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant (2004) UN Doc CCPR/C/21/REV.1/ADD.13 <<http://undocs.org/CCPR/C/21/Rev.1/Add.13>> Erişim Tarihi 12 Ekim 2023.

International Law Commission, Draft Articles on the Expulsion of Aliens (2014)
<https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_12_2014.pdf> Erişim
Tarihi 11 Ekim 2023.

YARGI KARARLARI

Cemal Kemal Altun v. Almanya, App no. 10308/83, (AİHK, 3 Mayıs 1983).

Chahal v. Birleşik Krallık, App no. 22414/93, (AİHK, 15 Kasım 1996).

D. v. Birleşik Krallık, App no. 30240/96, (AİHM, 2 Mayıs 1997).

E.M. Kirkwood v. Birleşik Krallık, App no. 10479/83, (AİHK, 12 Mart 1984).

Kochieva ve Diğerleri v. İsveç, App no. 75203/12, (AİHM, 30 Nisan 2013).

N. v. Birleşik Krallık, App no. 265/05, (AİHM, 27 Mayıs 2008).

Paposhvili v. Belçika, App no. 41738/10, (AİHM, 13 Aralık 2016).

Saadi v. İtalya, App no. 37201/06, (AİHM, 28 Subat 2008).

Savran v. Danimarka, App no 57467/15 (AİHM, 7 Aralık 2021).

Soering v. Birleşik Krallık, App no. 14038/88, (AİHM, 07 Temmuz 1989).

Soering v. Birleşik Krallık, App no. 14038/88 (AİHK, 10 Kasım 1988).

Tatar v. İsviçre, App no. 65692/12, (AİHM, 14 Nisan 2015).

Yoh-Ekale Mwanje v. Belçika, App no. 10486/10, (AİHM, 20 Aralık 2011).