

YABANCILARIN SINIR DIŞI EDİLMESİ YENİ TÜRK CEZA KANUNU'NUN TARTIŐMA YARATACAK BİR HÜKMÜ NASIL DEĐİŐTİ?

Selim LEVİ*

Sınır Dışı Edilme

En genel Şekliyle sınır dışı edilme, bir ũlkede bulunan yabancının, kamu dũzeninin korunması gibi çeşitli gerekçelerle, ũlkesinde bulunduğu devlet tarafından ũlkesel egemenliğine dayanarak, isteği olmadan ũlke dışına çıkarılmasıdır. Bu yetki, devletlerin kendilerini çeşitli tehlikelerden koruyabilmeleri amacıyla uluslararası hukukça da kabul edilmiş bir durumdur.¹

Yeni Türk Ceza Kanunu'nda (YTCK) Sınır Dışı Edilme

12 Ekim 2004 tarihli *Resmi Gazete*'de yayımlanan 26 Eylũl 2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, ilk Şekliyle, "Gũvenlik Tedbirleri" baŐlıklı ikinci bũlũmũnde yer alan, "Sınır Dışı Edilme" baŐlıĐı altındaki 59. maddesi ile "İŞlediği suç nedeniyle iki yıl veya daha fazla sũreyle hapis cezasına mahkum edilen yabancının, cezasının infazından sonra derhal sınır dışı edilmesine de hũk-molunur" kuralını getirmekteydi.

Maddenin gerekçesine de bakıldığında yalnızca "Madde metninde, bir gũvenlik tedbiri olarak sınır dışı edilme dũzenlenmiŐtir" Şeklindeki, hiçbir açıklayıcı bilgi içermeyen bir cũmleyle karŐılaŐılmaktaydı. Bu nedenle sũz konusu maddeye ilişkin incelememiz açısından gerekçeden yararlanma olanağı bulunmadığından çalıŐmamızda, madde metninin ũzũmlenmesi temel yũntem olarak kabul edilmiştir.

* İstanbul Bilgi ũniversitesi Hukuk Fakũltesi, araŐtırma gũrevlisi.

¹ Aybay, R., *Yabancılar Hukuku*, İstanbul Bilgi ũniversitesi Yayınları, İstanbul 2005, s. 109, 227 vd.

59. maddenin yukarıda belirtilen şekli okunduğu zaman, yargılamayı yapan ve hüküm verecek olan mahkemenin karar verme yetkisinin, yalnızca işlenen suça karşılık olarak verilecek hürriyeti bağlayıcı cezanın süresinin belirlenmesinde söz konusu olabildiği, bununla birlikte, cezanın iki yılı aşkın olması durumunda, kararı veren mahkemenin verdiği cezayı alan kişinin sınır dışı edilmesi sonucunun da, kendiliğinden zorunlu olarak doğacağı anlaşılmaktadır. Başka bir deyişle, bu hükümle cezanın tam olarak belirlenmesinde mahkemenin takdir yetkisi sınırlanmış olmaktadır.

YTCK 59. maddesinin ilk şeklinde düzenlenen sınır dışı edilmenin olası yansımaları ve etkileri

Ceza yargılamasında kararların verilmesinde yargıcın vicdani kanaatinin büyük önem taşıdığı da düşünüldüğünde maddenin eski şekliyle yürürlüğe girmesinin belli bazı uyumsuzluklar ve eşitsizlik görünümüleri yaratması söz konusu olabilecekti.

Örneğin Kanun'un 89. maddesinin dördüncü bendinde düzenlenen ve altı ay ile üç yıl arasında hapis cezası öngörülen birden fazla kişiyi takirle yaralama suçunu farklı olaylarda fakat aynı şekil ve şartlarda işleyen, birbiriyle ilgisiz iki yabancıların farklı mahkemelerdeki yargılamalarında, birinin bir yıl onbir ay ceza alması halinde sınır dışı edilmesi söz konusu olmazken, diğer olayla ilgili olarak yargılama yapan başka bir mahkeme tarafından yalnızca bir aylık fazla cezanın verilebilmesiyle iki yıla ulaşan ceza nedeniyle kişinin sınır dışı edilmesi de beraberinde gelmesi gibi bir sonuçla karşılaşılacaktı. Benzer örnekleri, alt ve üst sınırları iki yıldan aşağı ve yukarı olan diğer cezaların öngördüğü suçlar için de söylemek mümkün olabilmektedir. Böyle bir durumun, belki de eşit durumda bulunan kişiler bakımından ciddi bazı eşitsizlikler yaratabileceği düşünülebilmektedir. Bu durumun yarattığı eşitsizlik, belki gerçek bir insan hakkı ihlali ve aynı alana ilişkin bir eşitsizlik olmasa da, söz konusu örnek ve benzerlerinin gerçekleşmesi halinde çeşitli tutarsızlıkların daha somut şekilde ortaya çıkması hukuk uygulamasına zarar verebilecek durumların yaratılmasına yol açabilecek bir olgudur.

Aynı suça başka bir açıdan bakıldığında ise, örneğin trafikte aracıyla giderken yanlışlıkla yayalara çarparak ya da sürücüsü olduğu arabayla bir kazaya karışması sonucu diğer yolcuların yaralanmasına neden olan bir yabancıların, kanunun öngördüğü altı ay ile üç yıl arasındaki süreye dayanarak verilecek iki yıl veya daha uzun süreli hapis cezasına çarptırılması durumunda, cezasını çekmesinin ardından sınır dışı edilmesi gerçekten de akılcı ve yararlı bir davranış olacak mıydı sorusu karşımıza çıkmaktadır.

Türkiye’de bütün kurallara, belki de vatandaşlardan daha çok uyarak yaşayan bir yabancı, tamamen kasıtsız ufak bir hata sonucu bu şekilde birilerini yaralaması nedeniyle, “sınır dışı edilmesini gerektirecek kadar” kamu düzenini sarsıcı bir davranışta bulunmadığı düşüncesinde olup, bu bakımdan da otomatik bir sınır dışı uygulamasının uygun bir yaklaşım olmadığı düşüncesindeyiz.

Konuya farklı bir suç üzerinden bakıldığında ise, söz konusu hükümle, adam yaralamaktan çok daha hafif nitelikli sayılabilecek bazı suçlar sonucunda da iki yıl veya daha uzun süreli bir hapis cezası verilmesi halinde kişinin yine sınır dışı edilmesi ile karşı karşıya kalınacaktır. Burada, acaba gerçekten de daha hafif suçlarda bile, suçu işleyen kişinin, cezasını çektikten sonra sınır dışı edilmesinin uygun ve yararlı bir sonuç olup olmadığı sorusu akla gelebilmektedir. Bize göre, en azından bu gibi suçlar sonucunda yabancıların sınır dışı edilmesini gerekli kılacak bir neden bulunmamaktadır.

Örneğin bilişim alanında işlenen suçlarla ilgili olarak Yeni Türk Ceza Kanunu’nun 244. maddesi, ilk bendinde, “Bir bilişim sisteminin işleyişini engelleyen veya bozan kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır” şeklinde bir hüküm getirmiştir. Bilişim alanındaki suçlar genelde sanal alem denilen soyut mekan üzerinde gerçekleştirildiğinden, bu kişiye verilecek iki yıl veya daha uzun süreli hapis cezasının sonucunda sınır dışı edilmesinin gerçekte çok da fiili bir yarar sağlamayacağı düşüncesindeyiz. Çünkü her ne kadar bu kişi, sonuçta bir suç işlemiş olması nedeniyle sınır dışı edilip toplum dışına çıkarılsa da, bu işlem, tekrar aynı suçu yine Türkiye ve Türkiye’deki kurum ya da bireyler aleyhine işlemesinin önüne geçilmesi gibi herhangi bir sonuca hizmet edemeyecek ve bir güvenlik tedbiri olarak işlevli söz konusu olmayacaktır. Bir başka deyişle bu şekildeki bir suçun işlenmesi için yer ve zamanın değil de teknik donanım sahibi olmanın önem kazandığı eylemlerde kişi, dünyanın neresinde olduğu pek de önemli olmadığından, Türkiye sınırları dışında, binlerce kilometre uzaklarda yalnızca söz konusu donanım ve internet erişimi ile bahsettiğimiz türdeki suçları yine de işleyebilecektir.

Bu durumu daha hafif suçlar bakımından da aynı şekilde değerlendirmek mümkün olup, sınır dışı işleminin, pek de faydalı olmayacağı diğer tipteki suçlar sonucunda uygulanmasının özünde düşünüldüğü kadar yararlı bir çözüm olmayacağı sonucuna ulaşılabilir.

Bu nedenlerle, 59. maddenin yukarıda bahsedilen şekliyle yürürlüğe sokulması, bazı yargıçların, kişinin sınır dışı edilmesini uygun görmemeleri halinde, işlenen suça iki yıldan daha kısa süreli ceza vermeleri ve bu şekilde sınır dışı edilme durumunu fiili olarak ortadan kaldırmaları

eğiliminin belirebilmesini de getirebilecek ve böyle bir durum da, ister istemez verilecek cezanın süresi üzerinde dahi yargıcın takdir yetkisinin etkilenmesi sonucunu doğurabilecek bir hareket olarak da nitelenebilecektir. Olumlu yönden aldığımız bu durum, tam aksine olumsuz bir yaklaşım sonucunda, yani yargıcın aslında iki yıllık bir hapis cezası öngörmeyeceği bir suç sonucunda yalnızca yargılanan yabancı kişinin sınır dışı edilmesini sağlamak için yasal sınırlar içinde kalarak iki yıl veya daha uzun süreli bir ceza vermesi sonucunu da doğurabilecektir.

Söz konusu düzenlemenin yaratacağı bazı sorunların daha aza indirgenebilmesi için yapmış olduğumuz bir öneri

Sınır dışı etme işleminin de düzenlendiği Yabancıların İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun'un, konuya ilişkin 19. maddesine bakıldığında, "*İçişleri Bakanlığı'nca memlekette kalması umumi güvenliğe, siyasi ve idari icaplara aykırı sayılan yabancılar verilecek muayyen müddet zarfında Türkiye'den çıkmağa davet olunur*"; 21. maddesinin ilk fıkrasına bakıldığında da "*Bu kanunda derpiş edilen sınır dışı kararını almaya İçişleri Bakanlığı yetkilidir.*" şeklindeki hükümlerle karşılaşılır. Bu maddelere göre bir yabancının sınır dışı edilmesi, konuyla ilgili makam olan İçişleri Bakanlığının, her olay ve kişiye ilişkin olarak yapacağı ayrı ve özel bir inceleme sonucunda gerekli görülmesi halinde gerçekleştirilir. Bunun aksi bir tutumla sınır dışı etme işlemini, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 59. maddesinin ilk şeklinde yapıldığı gibi belli ve katı çizgili bir standarda bağlamanın, sınır dışı etmenin ruhuna da aykırı olacağı ortadadır. Çünkü gerçekten de işlenen ve sonunda iki yıl veya daha uzun süreli hapis cezasına hükmedilebilen suçların tamamının da kamu düzenini ciddi şekilde bozmadığı ve hatta bu suçların hiç bir kasıt olmadan tamamen taksirle işlenmiş olabileceği olasılığını göz önünde tutmak gerekmektedir.

Bu nedenlerle bizce, takdir yetkisinin kullanılması sonucu bağımsız mahkemelerce verilecek iki yıl veya daha uzun süreli hapis cezasını içeren bir karara, kanunun, hiçbir nitelik ayrımı gözetmeden doğrudan bir yaptırım olarak sınır dışı etmeyi de eklemesi özünde sakıncalı bir durumdur.

Elbette ki devletlerin, bazı yabancıların, ülkesinde bulunmasını çeşitli nedenlerle sakıncalı görme ve bunun sonucu olarak da egemenlik yetkilerine dayanarak sınır dışı etme işlemine başvurmaları uluslararası hukukça da kabul edilmiş bir uygulamadır.² Fakat özünde ıslah amacını güden cezalandırmanın sonucunda, kişinin gerçekten de ıslah olmuş şekilde

² Aybay, R., "Bir İnsan Hakkı Sorunu Olarak Sınır Dışı Edilme", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 2003/2, s. 142.

ceza evinden çıkması durumunda, söz konusu kişinin yabancı da olsa bu aşamadan sonra bir daha hiçbir zararı olmama olasılığı bir yana, Türkiye Devleti ve Türk toplumuna yararlı katkıları olabileceğini de düşünmekte fayda olduğu inancındayız. Bu durumu dikkate almayan bir düşünce ile, mahkum olan her yabancı kişinin sınır dışı edilmesi, belki de ileride gerçekleşmesi olası bazı faydalı durumların daha baştan yok edilmesi anlamına gelmektedir.

Belirli bir süre hapis cezası almış olan yabancıların sınır dışı edilmeleri konusunda bir düzenleme yapılması isteniyorsa bunu, mutlak ve yargıcın takdirine hiç yer bırakmayacak biçimde yapmak yerine cezaların kişiselliği ilkesine daha uygun bir yöntemle yapmanın her zaman daha olumlu ve yararlı bir yaklaşım olacağı inancındayız. Bu konuyla ilgili olarak öne sürülebilecek çözümlerden birinin, bugünkü düzenlemeye paralel haliyle şu olduğunu, belirteceğimiz gerekçelerle her zaman savunmuştuk: Türk Yabancılar Hukuku mevzuatına bakıldığında, yabancı kişilerin durumlarının değerlendirilerek sınır dışı edilmelerinin, daha önce de değinildiği gibi İçişleri Bakanlığı'nın yetkisinde olduğu görülmektedir. Yukarıdaki, sınır dışı işleminin kişilerin her birinin durumlarının ayrı ayrı incelenerek gerçekten gerekli olanlara uygulanmaları düşüncesi temel alınarak izlenecek olan yola göre, herhangi bir suç işlemesi nedeniyle iki yıl veya daha uzun süreli hapis cezası alan yabancıların dosyalarının Adalet Bakanlığı aracılığıyla İçişleri Bakanlığı'na gönderilmesi ve her bir dosya için yapılacak ayrı değerlendirme sonucunda, hüküm giyen bu kişilerden genel olarak kamu düzeninin gerektirdiklerinin sınır dışı edilmesi yoluna gidilebilmesi mümkündür. Böylece, bugün de kabul edilmiş olan yaklaşımla hem her zaman fayda doğurmayacak bir standardizasyondan kurtulunması hem de cezasını çektikten sonra bazı yabancıların ülkemizde faydalı işlere de katkıda bulunabilmeleri olasılığının açık tutulması durumu sağlanmış olabilecektir.

Bu yolla, bir ceza olarak uygulanmak istenen sınır dışı etmenin, gerçekten yaptırımında bu işlemi de gerektiren suçlar ve kişilere uygulanması ile ceza hukukunun temel ilkelerinden biri olan cezaların kişiselleştirilmesi noktasına da kısmen katkıda bulunulmuş olunur. Aksi takdirde maddenin ilk şeklinde öngörülen düzenlemeyle, yabancıların kişilikleri tamamen gözardı edilerek yalnızca süre bakımından kapsam içine giren her yabancı kişi için başka hiçbir niteliğine bakılmadan cezasını çektikten sonra ikinci bir ceza olarak sınır dışı edilmesi söz konusu olacaktır.³

³ "... kanunun sabit cezalar sistemini benimseyerek, hakimi cezayı suçlunun kişiliğine ve fiilin değişkenlik gösterebilen durumuna uydurabilmek imkanından yoksun hale getirmesi de öylece uygun görülemez." Dönmezer, S. - Erman, S., *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt III*, Beta Yayınevi, İstanbul 1997, s. 90.

Bu durumu oluşturan söz konusu 59. maddenin eski şekli karşısında, 5275 sayı ve 13 Aralık 2004 tarihli “Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun”⁴ ile 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlükten kaldırılmış olacak, 13 Temmuz 1965 tarih ve 647 sayılı “Cezaların İnfazı Hakkında Kanun”⁵ un 18. maddesinin de incelenmesi, gelinen aşamayı göstermesi bakımından önemli ve gereklidir. Bu maddeyle, Türk mahkemelerince hapis cezası verilen yabancılardan, bu cezalarını çekmeleri, kısmen ya da tamamen affedilmeleri veya şartla salıverilmelerinin ardından hepsinin değil de yalnızca gerekli görülenlerin, Cumhuriyet Savcılığı’nın talebi üzerine, cezayı veren mahkeme tarafından sınır dışı edilmelerine karar verilebileceği düzenlenmiştir.

1965 yılında yapılan bir kanunun 1973 yılında değiştirilmiş bu hükmü ile, ceza almış bir yabancının sınır dışı edilmesi için Cumhuriyet Savcısı’nın talebi üzerine, kararı veren mahkemeye takdir yetkisini kullanma imkanı ve bununla, yapacağı değerlendirme üzerine sınır dışı etmeye ya da etmemeye karar verebilme yetkisi ve de bu yolla cezanın kişiselleştirilmesi imkanı ve yetkisi tanınmıştı. 31 Mart 2005 tarihine kadar söz konusu olan düzenlemeyle, hem yeni Türk Ceza Kanunu’nda hem de Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’da, cezaların kişiselleştirilmesi ilkesinin göz ardı edilmesi ile, belli bir süre üzerinde ceza alan her yabancının sınır dışı edilmesine karar verilmesinin zorunlu hale getirilmesi hukuk uygulamasında geriye doğru atılmış uzun ve sakıncalı bir adım oluşturmuştu.

647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun’un 18. maddesinin son fıkrası da, mahkeme kararı üzerine sınır dışı edilen yabancının tekrar Türkiye sınırlarından içeri girebilmesi için beş yıllık bir sürenin geçmiş olması kuralını getirmektedir. Ancak 1 Haziran 2005 tarihinden sonra kanunun yürürlükten kaldırılmasıyla bu hükmün de geçerliliği kalmayacağı ve yerine yeni bir hüküm de getirilmediği için, sınır dışı edilen bir yabancının tekrar Türkiye’ye girebilmesi ile ilgili olarak yürürlükte yalnızca, genel hüküm niteliğindeki, Yabancıların Türkiye’de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun’un 22. maddesi kalacaktır. Ceza hukuku bakımından bu durumun önemli bir eksiklik olduğu ve bu konuyla ilgili olarak mutlaka özel bir hükmün konulması gerektiği düşüncesindedir.

Söz konusu maddenin ilk fıkrasına bakıldığında, cürüm işlemek nedeniyle ağır hapis cezasına çarptırılıp bu cezası çektirilerek sınır dışı edilenlerin Türkiye’ye dönmelerinin herhangi bir süre belirtilmeksizin yasak olduğu ve ancak İçişleri Bakanlığının iznini almak koşuluyla transit geçiş yapabilecekleri hükmünün varlığı görülmektedir.

⁴ RG, 29 Aralık 2004.

⁵ RG, 16 Temmuz 1965.

Günümüzde yabancı yatırımcıları ve yararlı olabilecek diğer yabancı kişileri ülkeye çekmeye çalışırken, belki de ileride bunlardan biri olabilecek yabancıların, işledikleri kasıtlı ya da kasıtsız çeşitli suçlar nedeniyle cezaların verilmesi dışında hiçbir incelemeye tabi tutulmaksızın sınır dışı edilmeleri sonucu Türkiye'ye dönmelerinin de kesinlikle ve süresiz olarak yasaklanmasıyla ileride Türkiye için bu gibi faydalı çalışmalarda bulunmaları, yasaklı oldukları ülkeye karşı yararlı duygular beslemeleri biraz zor bir olasılık olarak kalacaktır.

YTCK 59. maddesi eski şeklinin insan hakları bakımından uygulanabilirliği sorunu

Bu sakıncalara değindikten sonra, eski hükmün, uygulanması sonucunda doğurabileceği fiili sıkıntılara da değinmek gerekmektedir.

Duruma bir yönüyle İnsan Hakları Hukuku açısından yaklaştığımızda, karşımıza İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'nin (AİHS) "*Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemlere tabi tutulamaz*" hükmünü getiren 3. maddesi çıkmaktadır. Bu maddeyle öncelikle, sözleşmeye taraf devletlere doğrudan işkence ve genel olarak kötü muamele yasağı getirilirken, diğer taraftan dolaylı olarak kendi işlemleriyle de söz konusu kişilerin bu muamelelere maruz kalmalarına yol açmalarından kaçınmaları kabul edilmiştir. Bu yaklaşıma göre bir kişi, yabancı olarak bulunduğu bir devletin ülkesinden sınır dışı edilecekse, o kişinin sınır dışı edileceği ülkede de işkence ve kötü muameleyle maruz kalmayacağından emin olunmalıdır. Aksi takdire sınır dışı eden devlet de, kendisi doğrudan işkence ve kötü muamelede bulunmasa dahi, kişiyi bilerek, bahsedilen muamelelere maruz kalacağı bir ülkeye sınır dışı ettiği için bu işlemlerle Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı davranmış olacaktır.

Bu nedenle, hükmün değişmemesi halinde, Türk vatandaşı olmayan herkes şeklinde kabul edilen yabancılar hakkında iki yıl veya daha uzun süreli hapis cezası öngörülmüş olanların sınır dışı edilmelerinin nasıl gerçekleşeceği de önemli bir nokta olarak karşımıza çıkacaktı.

Bu konuyla ilgili olarak dile getirilen bir çözüm, kişinin kendi istediği ülkeye sınır dışı edilmesidir. Böylelikle, kişinin kendi rızası dışında sınır dışı edildiği bir ülkede zarar görmesi nedeniyle, sınır dışı eden devletin, bile bile gerçekleştirdiği bu işlemi nedeniyle işlemiş olacağı insan hakkı ihlalleri bakımından sorumluluğu en aza indirgenebilmiş olacaktır. Ancak bu konuda da her devletin, uyuşu olmayan hiç kimseyi ülkesine kabul zorunluluğu olmaması durumu ile karşı karşıya kalınmakta ve genelde bu yolu fiili bir imkansızlıkla çıkamaz hale getirmektedir. Bu noktaya varılması halinde ise ne olacaktır?

Sınır dışı edilecek kişilerin birden fazla devletin uyruğu olması durumunda, bu kişinin hangi ülkeye sınır dışı edileceği, ya kişinin kendisine bırakılacak, ya da kişinin hiçbir tercihte bulunmaması durumunda Türk makamları tarafından belirlenecektir. Bu yapılırken de insan haklarına en uygun çözümün sağlanabilmesi bakımından kişinin en az sorun yaşayacağı ülkesine sınır dışı edilmesi uygun bir çözüm olacaktır. Ancak “*en az sorun*” terimini de temkinli kullanmak gerekmektedir. Çünkü diğerine oranla daha az sorun yaratacak bir devlet olsa dahi, bu ikinci devlette de kişi açıkça işkence ya da kötü muameleye maruz kalacaksa oraya da sınır dışı edilmemesi gerekmektedir.

Söz konusu kişinin bir uyruklığı olup da, uyruğu olduğu devlete geri dönmemesi için uluslararası hukukça da kabul edilen haklı nedenleri varsa nasıl bir yöntem izlenmesi gerekecektir? Bu konuda herhangi bir açıklığın olmaması, kişinin herhangi bir ülke tercihinde bulunmaması ya da tercih ettiği devletçe kabul edilmemesi durumlarında bizi, yeni Türk Ceza Kanunu’nun 59. maddesinin ilk şeklinin doğrudan okunması sonucunda yine de kişinin uyruğu olduğu devlete sınır dışı edileceği sonucuna götürmekteydi. Kanun’un eski şekline göre zorunlu olarak uygulanacak bu işlem sonucunda eğer kişinin sınır dışı edildiği ülkesinde işkence ve kötü muameleye maruz kalacağı açıksa, bile bile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 3. maddesine aykırı bir davranışta bulunmuş olunacak ve çok sayıda dava ve çok yüksek tutarlarda tazminatların ödenmesi gündeme gelme olasılığı artacaktı.

Sınır dışı edilme konusunda her şeye rağmen kişinin yollanacağı bir ülke bulma bakımından buraya kadar biraz daha kolay sayılabilecek çözüm, yurtsuz kişiler konusuna gelindiğinde ise fazlasıyla zorlaşmaktadır. Çünkü söz konusu kişinin sınır dışı edileceği herhangi bir yabancı devletle muhatap olunması mümkün olmayacak ve çok büyük bir olasılıkla da bu kişinin sınır dışı edilebileceği herhangi bir devlet bulunamayabilecektir. İşte böyle bir durumda kanunun gereği olan işlem nasıl gerçekleştirilebilecektir? Bu konuda izlenecek tutum artık sınır dışı edecek olan devlete kalmış olacaktır. Ancak bu devletin, konumuz açısından ise Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin, sınır dışı edilen kişinin temel insan haklarının ihlal edilmeyeceği bir çözümle bu işlemi gerçekleştirmesi gerekecektir ki, bu da fazlasıyla zor bir durum olup yine çeşitli insan hakkı ihlallerinin işlenmesine yol açabilecektir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)’de, Sözleşme’nin 3. maddesi üzerinde büyük hassasiyetle durmuş ve yukarıda söz konusu ettiğimiz durumlara benzer olaylara ilişkin olarak maddenin ihlaline ilişkin çok sayıda karar vermiştir.

Örneğin; D./ Birleşik Krallık davasında⁶ sanık, kokain bulundurmaktan tutuklanıp, verilen üç yıllık hapis cezasını çekerken iyi hali nedeniyle bir yıl sonunda şartla salıverilmiş ve kendi isteği olmamasına karşın ülkesi olan St. Kitts'e sınır dışı edilmesine karar verilmiştir.

Ancak söz konusu kişinin ağır AIDS hastası olması ve kendisi için gerekli olan, Birleşik Krallık'ta da ücretsiz olarak sağlanan tedavinin St. Kitts'te bulunmaması nedeniyle sınır dışı edilmesinin bir insan hakkı ihlali olduğu gerekçesiyle AIHM'de dava açılmıştır.

Yapılan yargılama sonunda bu konuya ilişkin olarak, başvurusunun sınır dışı edilmek istendiği St. Kitts'te yeterli gerekli tedavi imkanının olmadığı, buna karşın bu tedavinin Birleşik Krallık'ta ücretsiz olarak çok iyi bir şekilde sağlandığı; ayrıca St. Kitts'te başvurusunun yanında olabilecek uygun durumda bir yakınının da olmadığı saptanmıştır. Bu duruma rağmen söz konusu kişinin St. Kitts'e sınır dışı edilmesinin, kötü olan durumunu daha da kötüleştireceği ve onun geri kalan kısa yaşamında çok büyük acılar çekmesine yol açacağı, bunun da insanlık dışı bir durum olduğu belirtilerek, bu olaydaki sınır dışı etme işleminin işkence ve kötü muamele yasağını düzenleyen 3. maddeye kesinlikle aykırılık teşkil edeceği sonucuna varılmıştır.⁷

Yine Mahkeme'nin önüne gelen başka bir uyuşmazlık olan Hilal/ Birleşik Krallık davasında⁸ ise, Tanzanya Birleşik Cumhuriyeti'nin bir bölümü olan Zanzibar doğumlu başvuru, ülkesinde üç ay boyunca gözaltında tutulduğu Madema Polis Karakolu'nda, yatamaması için suyla doldurulmuş hücrede günlerce tutulması, bacaklarından ters asılarak burnundan kan gelene kadar bekletilmesi ve zaman zaman da elektrik verilmesi gibi ciddi işkence ve kötü muameleyle maruz kalışı, hatta kardeşinin de yine benzer işlemler sonucu öldüğü gerekçeleriyle Birleşik Krallığa gitmiş ve orada mültecilik statüsü talep etmiştir.

Birleşik Krallık yetkililerince yapılan incelemede bu ölçüde ciddi bir durumun olmadığı sonucuna varılarak başvurusunun Tanzanya'ya sınır dışı edilmesine karar verilmiştir.⁹

Yapılan yargılama sonucunda Mahkeme, Sözleşme'nin 3. maddesine aykırılık bulmuş ve açıkça, 3. maddenin bu gibi tehlikelerin söz konusu

⁶ D/ United Kingdom; <http://www.echr.coe.int/Hudoc.htm> [1 Şubat 2005]; Başvuru no: 30240/96, Karar tarihi: 2 Mayıs 1997.

⁷ Karar metninde 47. paragraf.

⁸ Hilal/ United Kingdom; <http://www.echr.coe.int/Hudoc.htm> [1 Şubat 2005]; Başvuru no: 45276/99, Karar tarihi: 6 Haziran 2001.

⁹ Karar metninde 59. paragraf.

olabileceği durumlarda yabancıların sınır dışı edilmemesi gerekliliğini de içerdiğini hükme bağlamış ve bu bakımdan Birleşik Krallığın bu hareketinin söz konusu maddeyi ihlal anlamına geldiğine karar vermiştir.

59. Maddenin Değiştirilerek Kabul Edilen Yeni Şekli

Buraya kadar değinilen durumlar ve yaratacağı sakıncalara öğretide de dikkat çekilmiş ve eleştirilmiştir.¹⁰ Bununla birlikte YTCK hakkında geniş olarak toplumda yapılan eleştiriler karşısında TBMM'ye, YTCK'nın yürürlüğe girişini de 1 Haziran 2005 tarihine alan "*Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi*" verilmiştir. Bu Teklif'in ilk halinde YTCK'nın 59. maddesine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktaydı. Ancak söz konusu teklifin TBMM'de görüşüldüğü 30 Mart 2005 tarihindeki 77. birleşimin ikinci oturumunda Teklife birinci madde olarak eklenmesi amacıyla bir önerge verilmiştir. 59. maddenin "*İşlediği suç nedeniyle hapis cezasına mahkum edilen yabancıнын durumu, sınır dışı işlemlerinin değerlendirilmesi için idarî makamlara bildirilebilir*" şeklinde değiştirilmesinin istendiği önerge ve getirdiği madde yapılan oylamalar sonucunda kabul edilmiş, ve Teklif'in 1. maddesine bu şekilde girmiştir.

TBMM Genel Kurulu'nda 31 Mart 2005 tarihinde yapılan 78. Birleşim'de ise Adalet Komisyonu, aynı maddenin, metnin 30 Mart 2005 günü yapılan Genel Kurul oturumunda eklenmiş olduğu ve içinde bulunan bazı teknik hataların düzeltilmesi gerekçeleriyle tekrar görüşülmesini istemiştir. Kabul edilen bu istem üzerine Komisyon, 59. maddenin, "*İşlediği suç nedeniyle hapis cezasına mahkum edilen yabancı, koşullu salıverilmeden yararlandıktan ve her halde cezasının infazı tamamlandıktan sonra, durumu, sınır dışı işlemleriyle ilgili olarak değerlendirilmek üzere derhal İçişleri Bakanlığı'na bildirilir*" şeklinde değiştirilmesini önermiş, bu madde kabul edilerek, Teklif metninin 1. maddesi olarak yer alması kesinleşmiştir.¹¹ Bu şekildeki 1. maddesiyle, Teklif'in kanunlaşması sonucunda da, YTCK'nın 59. maddesi, son olarak belirttiğimiz bu hüküm ile değiştirilmiş ve kanunlaşmıştır.

¹⁰ Aybay, R., *a.g.e.*, s. 243; Levi, S., "Yeni Türk Ceza Kanunu ile İki Yıl ve Üzeri Hapis Cezası Alan Tüm Yabancılar Sınır Dışı Edilecek. Bu Hüküm Ne Kadar Yerde?"; *Güncel Hukuk*, S. 16, Nisan 2005.

¹¹ Genel Kurul'a sunulan önerge gerekçesi ise şu şekildedir: "Yabancıнын sınır dışı edilmesi konusunda karşılaşılan güçlükler nedeniyle kanun metninde sınır dışı edilebilme hususunda ilgili kişinin durumunun değerlendirilebilmesine yönelik olarak İçişleri Bakanlığı'na takdir yetkisinin tanınmasının daha yerinde olacağı düşüncesiyle işbu önerge verilmiştir."

Görüldüğü gibi, yeni düzenlemeyle öncelikle, maddenin ilk şeklinde bulunan süreye ilişkin hüküm kaldırılmış ve her uzunluktaki hapis cezası için sınır dışı işleminin söz konusu olabileceği belirtilmiştir.

İkinci ve daha önemli nokta ise, eski düzenlemeyle yargıcın takdir yetkisini kaldıran anlayışa burada yer verilmemesi ve yargıcı, belli bazı kişileri sınır dışı etmek zorunda bırakmayarak bu konuyla ilgili olarak yargıcı değil, daha isabetli bir şekilde idareyi yetkilendirmesidir. Böylece hapis cezası alan her yabancı, şartla salıverilme ya da cezasının infazının ardından İçişleri Bakanlığı'nca, kişiliği göz önünde bulundurularak ayrı ayrı değerlendirilecek ve gerçekten kamu düzeni ya da benzeri kurumlara zarar verip vermeyeceklerine göre sınır dışı edilmelerine ya da edilmemelerine karar verilecektir.

Sonuç

İşte başlangıçtan beri ortaya koymaya çalıştığımız tüm bu nedenlerle, her fırsatta yabancıları sınır dışı etme girişimi, yukarıda belirttiğimiz pek de hoş olmayan sonuçlar verebilecek bir yaklaşımdır. Buna dayanarak, gerekli gereksiz, yukarıda anlatılan her kapsama giren yabancı kişilerin tümünü sınır dışı etmek yerine, yapılacak bir değerlendirme sonucunda gerçekten zorunlu sayılmayabilecek bazılarını bu işlem dışında tutma yaklaşımı ile, hem kişilerin haklarının ihlal edilmesi olasılığı daha düşük tutulabilecek, hem devlet sınır dışı etme sorunuyla daha az uğraşacak, hem de daha önce de değindiğimiz gibi, belki de cezasını çeken bazı yabancılar sınır dışı edilmeyerek devlete ve topluma yararlı kişiler olarak ülkede barındırılabilir.

İşte 59. maddenin kabul edilen yeni şeklindeki düzenlemeyle, daha önce de değindiğimiz gibi çağdaş hukuk bakımından geriye doğru bir gidişin önüne geçilmiş ve hem yabancılar hukukunun hem de ceza hukukunun konuya ilişkin genel esaslarına daha uygun bir düzenleme getirilmiş, ayrıca insan hakları hukuku bakımından sorunlu bir konuyla yüzleşme olasılığının da daha düşük bir seviyede tutulması sağlanmıştır.



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

BAŞKA ~~N~~ LİK SİSTEMİ



ÇIKTI !..