

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK
ANABİLİM DALI

ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI VE MÜLTECİ HUKUKU İLE
6458 SAYILI KANUNA GÖRE SIĞINMACILARIN İDARİ GÖZETİMİ

Tezli Yüksek Lisans Tezi

Simin YALÇINTAŞ DELİ

Ankara, 2020

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK
ANABİLİM DALI

ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI VE MÜLTECİ HUKUKU İLE
6458 SAYILI KANUNA GÖRE SİĞINMACILARIN İDARİ GÖZETİMİ

Tezli Yüksek Lisans Tezi

Simin YALÇINTAŞ DELİ

Tez Danışmanı, Dr. Öğr. Üyesi Neva Övünç ÖZTÜRK

Ankara, 2020

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK BİLİM DALI**

**ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI VE MÜLTECİ HUKUKU İLE
6458 SAYILI KANUNA GÖRE
SİĞİNMACILARIN İDARİ GÖZETİMİ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

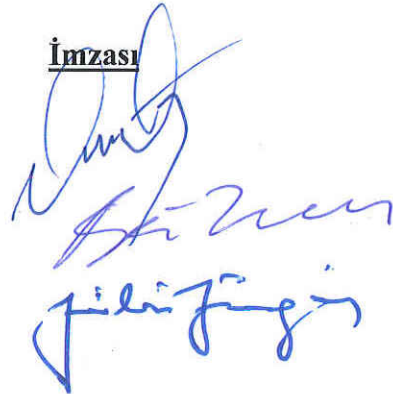
Tez Danışmanı: Dr. Öğr. Üyesi Neva Övünç ÖZTÜRK

TEZ JÜRİSİ ÜYELERİ

Adı ve Soyadı

- 1- Dr. Öğr.Üyesi Neva Övünç ÖZTÜRK
- 2- Prof. Dr. Bilgin TİRYAKİOĞLU
- 3- Prof. Dr. Gülin GÜNGÖR

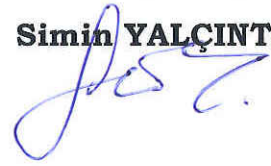
İmzası



Tez Savunması Tarihi: 03/01/2020

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü'ne

Dr. Öğr. Üyesi Neva Övünç ÖZTÜRK danışmanlığında hazırladığım “Uluslararası İnsan Hakları ve Mülteci Hukuku ile 6458 Sayılı Kanuna Göre Sığınmacıların İdari Gözetimi (Ankara, 2020)” adlı yüksek lisans tezimdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu, başka kaynaklardan aldığım bilgileri metinde ve kaynakçada eksiksiz olarak gösterdiğimi, çalışma sürecinde bilimsel araştırma ve etik kurallarına uygun olarak davrandığımı ve aksinin ortaya çıkması durumunda her türlü yasal sonucu kabul edeceğimi beyan ederim.

30/01/2020
Simin YALÇINTAŞ DELİ


İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	i
KISALTMALAR	xiv
GİRİŞ.....	1
I. ÇALIŞMANIN KONUSU VE ÖNEMİ.....	1
II. KONUNUN SINIRLANMASI	3

BİRİNCİ BÖLÜM

ULUSLARARASI MÜLTECİ HUKUKUNDA SIĞINMACILARIN İDARİ

GÖZETİMİ TEDBİRİNİN GENEL GÖRÜNÜMÜ

§1. İDARİ GÖZETİM KAVRAMI	8
I. DEVLETİN EGEMENLİK YETKİSİNİN YABANCILARA YANSIMASI	8
II. İDARİ GÖZETİMİN NİTELİĞİ VE İŞLEVİ	13
III. İDARİ GÖZETİMLE SINIRLANDIRILAN TEMEL HAKLAR.....	18
A. Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı	18
1. Hakkın Mahiyeti.....	18
2. Hakkın Sınırlandırılması	22
B. Seyahat ve Yerleşme Özgürlüğü.....	27
1. Hakkın Mahiyeti.....	27
2. Hakkın Sınırlandırılması	28
§2. İDARİ GÖZETİM VE MÜLTECİ HUKUKU İLİŞKİSİ	31
I. SIĞINMA HAKKI VE MÜLTECİ HUKUKU	31

A. Sığınma Hakkının Niteliği	31
1. Bir Temel Hak Olarak Sığınma Aramak ve Sığınma İmkanlarından Faydalanmak	31
2. Sığınma Hakkının Ülkeyi Terk Hakkı ve Geri Gönderme Yasağı ile İlişkisi	37
B. Sığınmacı Kavramının Mülteci Kavramı Çerçevesinde Değerlendirilmesi	41
1. Mülteci, Sığınmacı ve Uluslararası Koruma Kavramları	41
2. Cenevre Sözleşmesi'ne Göre Mülteci Tanımı	46
II. DÜZENSİZ GİRİŞ NEDENİYLE CEZALANDIRMA YASAĞI	50
A. Cezalandırma Yasağının Genel Görünümü ve İdari Gözetim Açısından Taşıdığı Önem	50
1. Genel Olarak Cezalandırma Yasağı	50
2. Yasağın İdari Gözetim Açısından Taşıdığı Önem	58
B. Cezalandırma Yasağının Kişi Yönünden Kapsamı	62
C. Cezalandırma Yasağının Şartları	66
1. Doğrudan Zulüm Riski Olan Ülkeden Gelmek	66
2. Gecikmeden Yetkili Makamlara Başvurmak	69
3. Düzensiz Giriş ve Bulunuşlarının Geçerli Nedenlerini Göstermek	72
III. SIĞINMACILARIN HAREKETLERİNİN KISITLANMASI	73
A. Düzensiz Giren ve Bulunan Sığınmacıların Hareketlerinin Kısıtlanması	73
1. Düzensiz Giriş Nedeniyle Hareket Kısıtlamasına İlişkin Kuralın Ortaya Konması	73

2. Şarta Bağlı Sınırlama: Kısıtlama Tedbirinin Gerekli Olması.....	76
3. Zamansal Sınırlama.....	80
a. Sığınmacının Statüsünün Düzenli Hâle Getirilmesi	80
b. Sığınmacının Bir Başka Ülkeye Kabulü.....	82
B. Sığınma Ülkesinde Yasal Olarak Bulunan Sığınmacıların Hareketlerinin	
Kısıtlanması.....	84
1. Yasal Olarak Bulunan Sığınmacıların Hareket Sınırlamalarına İlişkin Kuralın	
Ortaya Konması.....	84
2. Yasal Olarak Bulunma İfadesinin Anlamı	85
3. Genel Olarak Yabancılar Uygulanan Hareket Kısıtlamalarının Sığınmacılar	
İçin de Uygulanması.....	87

İKİNCİ BÖLÜM

ULUSLARARASI MÜLTECİ HUKUKU AÇISINDAN SIĞINMACILARIN İDARİ GÖZETİMİNİN SINIRLARINI BELİRLEYEN İLKELER

§3. SIĞINMACILARIN İDARİ GÖZETİMİNE İLİŞKİN UYGULAMA

İLKELERİ	89
I. SIĞINMACILARIN İDARİ GÖZETİMİNİN SINIRLARINI ORTAYA KOYAN	
KAYNAKLAR	89
A. Bağlayıcı Kaynaklar	89
1. Uluslararası Sözleşmeler	89
2. Uluslararası Mahkeme Kararları	90
B. Bağlayıcı Olmayan Kaynaklar	91

1. UNHCR Karar ve Tavsiyeleri	91
2. BM İnsan Hakları Komitesi ve Diğer BM Kurumlarının Karar ve Tavsiyeleri	96
3. Avrupa Konseyi Organlarının Karar ve Tavsiyeleri	97
II. UYGULAMA İLKELERİNİN KAPSAMI.....	99
A. Keyfî İdari Gözetim Yasağı.....	99
1. İdari Gözetimin Kanuna Uygun Olması.....	99
2. Gereklilik, Orantılılık ve Bireysel Değerlendirme	101
3. İdari Gözetimin İstisnai Karakteri	107
4. İdari Gözetimi Haklı Kılan Amaçlar	110
a. Kamu Düzenini Korumak Amacıyla.....	110
aa. Sığınmacının yetkili makamlarla işbirliği yapmadığı hâllerde kaçma ve kaybolmayı önlemek amacıyla.....	110
bb. Açıkça mesnetsiz ve sistemi istismar eden sığınma iddialarının hızlandırılmış usulde değerlendirilmesi amacıyla.....	112
cc. İlk kimlik veya güvenlik doğrulaması amacıyla	114
dd. Ön görüşme kapsamında, idari gözetim tedbiri uygulanmaksızın tespit edilmesi mümkün olmayan ve sığınma başvurusunun temelini oluşturan unsurların kayıt altına alınması amacıyla.....	116
ee. Düzensiz giriş yapmaktan alıkoymak amacıyla	117
b. Kamu Sağlığını Korumak Amacıyla.....	125
c. Ulusal Güvenliği Korumak Amacıyla.....	126

5. İdari Gözetim İçin Haklı Gerekçe Oluşturmayan Amaçlar	127
a. Düzensiz Giriş ve Bulunuşa Ceza Olarak	128
b. Sığınma Talebi Nedeniyle veya Sığınma Talebinden Caydırmak Amaçıyla	130
c. Sınır Dışı Etmek Amaçıyla	132
6. Süresiz İdari Gözetim Yasağı	134
B. USULİ GÜVENCELER.....	137
1. İdari Gözetim Sebepleri ve Hukuki Yollar Hakkında Bilgilendirilme	137
2. İdari Gözetim Kararına İtiraz	139
a. Hâkim Önüne Çıkarılma, <i>Habeas Corpus</i>	139
b. Etkili Başvuru Hakkı	143
c. Adil Yargılanma Hakkı.....	146
3. Periyodik İnceleme	148
4. Sığınma Usullerine Erişim	149
5. Tazminat Hakkı	150
C. İdari Gözetim Koşullarının İnsani Standartlarda Olması	151
D. Bağımsız Denetim	156

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA SIGINMACILARIN İDARİ GÖZETİMİ VE ULUSLARARASI MÜLTECİ HUKUKUNA UYGUNLUĞUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

§4. ANAYASAL İLKELER.....	158

I. GENEL OLARAK YABANCILARIN TEMEL HAKLARININ SINIRLANDIRILMASI BAKIMINDAN	158
A. Türk Yabancılar Hukukunda Eşitlik İlkesi	158
B. Yabancıların Haklarının Sınırlandırılmasında Etkili Olan Kriterler.....	160
II. ÖZEL OLARAK İDARENİN TUTMA YETKİSİ VE KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANDIRILMASI	165
A. İdarenin Özgürlüğü Kısıtlayıcı Yaptırım Yasağı ve İdari Tedbirler	165
B. Yabancıların Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkının Kısıtlanması.....	170
1. Genel Kapsam	170
2. Kısıtlama Nedenlerinin Değerlendirilmesi.....	172
3. Kişi Özgürlüğü Kısıtlamalarında Usuli Güvenceler	175
C. Tutma Koşullarının İnsan Onuruyla Bağdaşacak Şekilde Düzenlenmesi	177
III. SİĞİNMA VE İDARİ GÖZETİMLE İLİŞKİLENDİRİLEBİLECEK DİĞER ANAYASAL İLKELER.....	178
A. Sığınma Hakkı ve Geri Gönderme Yasağının Kişinin Yaşam ve Maddi-Manevi Varlığını Koruma Hakkı ile İlişkisi	178
B. Güvenlik Hakkı Bağlamında Hak Arama Özgürlüğü, Adil Yargılanma ve Etkili Başvuru Hakkı.....	181
§5. SİĞİNMACILARIN İDARİ GÖZETİMİNE İLİŞKİN YASAL DÜZENLEMELER	185
I. YUKK'LA GETİRİLEN KORUMA REJİMİ.....	185
A. Uluslararası Koruma Rejimi ve Sığınmacılar	185

B. Coğrafi Kısıtlamanın Mahiyeti ve Sığınmacıların İdari Gözetimine İlişkin YUKK Düzenlemelerine Etkisi.....	191
II. YUKK'A GÖRE SIĞINMACILARIN İDARİ GÖZETİMİ	196
A. YUKK Ekseninde İdari Gözetimin Genel Görünümü	196
B. Sınır Dışı Etme Kararına Bağlı Olarak Uygulanan İdari Gözetim (YUKK m. 57) ve Sığınmacıların Durumu	199
1. Sınır Dışı Etme Kararının Alınmasına İlişkin Genel Açıklamalar	199
2. Sığınmacılar Hakkında Sınır Dışı Etme Kararı Alınması	205
a. Sınır Dışı Etme Kararı Alınabilecek Hâller	205
b. Sınır Dışı Etme Sebeplerinin Varlığında Dahi Sınır Dışı Etme Kararı Alınamayacak Haller	206
3. Sığınma ile Ülkeye Düzensiz Giriş Arasındaki İlişki ve Bu İlişkinin Sınır Dışı Etme Kararları Üzerindeki Etkisi	211
a. Düzensiz Göç ve Sığınmacıların Tespiti	211
b. Düzensiz Giriş Nedeniyle Cezalandırma Yasağının Türk Hukukundaki Görünümü.....	215
c. Ülkeye Giriş Şartlarına Aykırılığın Uluslararası Koruma Başvurusu Yapmayı Engelleyici Şekilde Yorumlanamaması ve Uygulanamaması.....	218
d. Sığınmacılar Hakkında Düzensiz Giriş Nedeniyle Verilen Sınır Dışı Etme Kararları ve Bu Kararların İcra Edilebilirliği	223
4. Hakkında Sınır Dışı Etme Kararı Alınan Sığınmacıların İdari Gözetimi...228	
a. Genel Açıklamalar	228

b. Düzensiz Giriş Nedenine Dayanılarak Sınır Dışı Etmek Üzere Başvurulan	
İdari Gözetim Tedbiri ve Cezalandırma Yasağı	234
c. İdari Gözetim Altında Uluslararası Koruma Usulüne Erişim	237
C. Sığınma Usullerine Başvurulmasına Bağlı Olarak Uygulanan İdari Gözetim	242
1. Uluslararası Koruma Başvuru Sahiplerinin İdari Gözetim Altına Alınmasına	
Yönelik Hükümün (YUKK m. 68) Değerlendirilmesi	242
a. Keyfi İdari Gözetim Yasağı Açısından	243
aa. İdari Gözetim Tedbirinin Kanuna Dayanması.....	243
bb. Gerekliklik Değerlendirmesi ve Bireysel Değerlendirme.....	243
cc. Orantılılık Değerlendirmesi.....	244
b. İdari Gözetim Sebepleri Açısından.....	245
aa. İdari Gözetim Sebeplerinin Uygulama İlkeleri ve Anayasa'ya	
Uygunluğu	245
i. Kimlik veya Vatandaşlık Bilgilerinin Tespiti Amacıyla.....	247
ii. Sınır Kapılarında Usulüne Aykırı Olarak Ülkeye Girmekten	
Alıkoyma Amacıyla	249
iii. Başvurusuna Temel Olan Unsurların Belirlenebilmesi Amacıyla	250
iv. Kamu Düzeni ve Güvenliği Açısından Ciddi Tehlike Oluşturma	
Nedeniyle	252
bb. İdari Gözetim Altına Alma Bakımından Haklı Sebep Oluşturmayan	
Hâller	255
i. Uluslararası Koruma Başvurusu Nedeniyle	255

ii. Düzensiz Giriş Nedeniyle Ceza Olarak	258
iii. Kamu Sağlığının Korunması Amacıyla	258
c. İdari Gözetim Süresi Açısından	259
2. Geçici Koruma Kapsamında İdari Gözetim	260
D. İdari Gözetime İlişkin Usuli Güvenceler	263
1. İdari Gözetim Sebebi ve Hukuki Yollar Hakkında Bilgilendirilme	263
2. Periyodik İnceleme	265
3. İdari Gözetim Kararına İtiraz	267
a. Görevli Yargı Yolu ve İtiraz Süresi	267
b. Sulh Ceza Hâkimliği Kararlarının Kesinliği ve Hak Arama Özgürlüğü	272
c. Etkili Başvuru Hakkı Bağlamında Sulh Ceza Hâkimliği Kararlarının Değerlendirilmesi	276
d. Adli Yardım	278
4. Yasal Temsilci, Avukat, Noter ve UNHCR Temsilcisi ile Görüşme	282
5. Tazminat Hakkı	285
E. İdari Gözetim Koşulları	288
F. Bağımsız Denetim	291
SONUÇ	292
KAYNAKÇA	310
ÖZET	328
ABSTRACT	329

KISALTMALAR

ABÖ	: Afrika Birliği Örgütü
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AIDA	: The Asylum Information Database
AY	: Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BM	: Birleşmiş Milletler
BMGK	: Birleşmiş Milletler Genel Kurulu
C.	: Cilt
CoE	: Council of Europe (Avrupa Konseyi)
E.	: Esas
ECtHR	: European Court of Human Rights (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi)
Ed.	: Editör
E.T.	: Erişim tarihi
EU	: European Union
GKY	: Geçici Koruma Yönetmeliği
HRC	: The Human Rights Committee
İHEB	: BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi
İHK	: İnsan Hakları Komitesi

İYUK	: İdari Yargılama Usulü Kanunu
K.	: Karar
MSHS	: BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi
NOAS	: Norwegian Organization for Asylum Seekers
para.	: Paragraf
R.G.	: Resmî Gazete
S./Sa.	: Sayı
s.	: Sayfa
ss.	: Sayfa sayısı
T.	: Tarih
UADS	: Uluslararası Adalet Divanı Statüsü
UNHCR	: United Nations High Commissioner for Refugees (Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği)
VAHS	: Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi
vd.	: Ve devamı
Vol.	: Volume
Y.	: Yıl
YUKK	: Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu
YUKKUY	: Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik

GİRİŞ

I. ÇALIŞMANIN KONUSU VE ÖNEMİ

Dünya üzerinde sayıları her geçen gün artan sığınmacı ve mülteciler, yaşamlarına ve özgürlüklerine yönelen tehditler sonucu güvenli bir alan arayışı içinde düzensiz göç yollarına başvurmaktadır. Bu durum, devletler tarafından egemenlik haklarına bir müdahale olarak kabul edilmekte olduğundan sığınmacı ve mülteciler çoğu kez düzensiz yollarla sığınma ülkesine girmiş olmaları nedeniyle idari gözetim altına alınmaktadır. Diğer yandan, düzensiz durumları tespit edilmeden yetkili makamlara başvurarak sığınma başvurusunda bulunmaları hâlinde ise, başvuruları hakkında karar verilinceye kadar idari gözetim altında tutulabilmektedir. Bu nedenle, sığınmacıların düzensiz girişlerinin sonuçları ile fiziksel özgürlüklerine getirilebilecek sınırlamaların uluslararası ve ulusal hukukta nasıl düzenleme bulduğunun incelenmesi önem taşımaktadır.

Türkiye, düzensiz göçün yoğun olarak yaşandığı ülkelerden biri olduğundan, Türkiye'ye düzensiz yollarla giren sığınmacıların idari gözetimi tedbiri karşısındaki durumunun incelenmesi oldukça önemlidir. Türkiye ayrıca, tezin yazım tarihi itibarıyla en çok sığınmacı ve mülteci barındıran ülke konumundadır. Yasal statüde bulunan sığınmacıların hangi hâllerde idari gözetim altına alınabileceğinin ortaya konması da aynı önemdedir. Tezimizde, 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'na¹ ("YUKK", "Kanun") ve Kanun'un Uygulama Yönetmeliği²'ne ("Uygulama Yönetmeliği", "YUKKUY") göre idari gözetim kurumunun niteliği, tabi olduğu Anayasal ilke ve usuller ile sığınmacıların hangi durumlarda idari gözetim altına alınabileceği, uluslararası mülteci hukukunda sığınmacıların idari gözetimine ilişkin ilke

¹ R.G.: T. 11/4/2013, S. 28615

² R.G. T. 17/3/2016, S. 29656.

ve kurallar çerçevesinde incelenmiştir.

Uluslararası mülteci hukuku, sığınmacıların idari gözetimi hakkında kural ve ilkeler benimsemiştir. Bu kural ve ilkeler, sığınmacının düzensiz veya yasal statüde olmasına göre değişiklik göstermektedir. Bu kural ve ilkeler ile düzensiz statü ve yasal statü kavramlarının anlamlarının belirlenmesi, sığınmacıların yasal statülerine göre hangi hareket kısıtlamalarına tabii tutulabileceklerinin ortaya konması açısından önem taşımaktadır. Keza, başta Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (“UNHCR”) olmak üzere, Birleşmiş Milletlerin diğer kurumları ve Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği kurumları tarafından kabul ve tavsiye edilen idari gözetim uygulama ilkelerinin (“Uygulama İlkeleri”) incelenmesi, idari gözetim uygulamalarının hukuki çerçevesini daha ayrıntılı bir şekilde belirlemek için gereklidir. Ayrıca, konunun uygulamaya yönelik boyutu açısından, Türk Anayasa Mahkemesi ve ilk derece mahkemesi kararları ile AİHM’e ve BM İnsan Hakları Komitesine yapılan başvurulara ilişkin kararlardan da yararlanılacaktır.

İdari gözetim kurumu Türk hukukunda ilk kez YUKK ile gerçek anlamda yasal bir temele kavuşturulmuştur³. YUKK öncesinde hukukumuzda sınır dışı kararlarının düzenlendiği Mülga 5683 sayılı Yabancıların Türkiye’de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun’un 17. maddesinde hakkında sınır dışı etme kararı alınan yabancıların kişi özgürlüklerinin sınırlandırılmasına imkân veren bir düzenleme bulunmamaktaydı. Benzer şekilde, sığınmacıların kişi özgürlüklerinin kısıtlanması da düzenlenmemiştir. YUKK öncesindeki idari gözetim konusundaki bu düzenleme boşluğu ve fiili özgürlük

³ **Dardağan Kibar, E.:** An Overview and Discussion of the New Turkish law on Foreigners and International Protection, (An Overview), Perceptions, Autumn 2013, Vol. XVII, No: 3, s. 109.

kısıtlamaları, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince AİHS'nin 5. maddesi çerçevesinde ihlal kararları verilmesine yol açmaktaydı. Genel olarak AB hukukunu yansıtmakta olan YUKK hükümlerinin⁴ bu bakış açısıyla incelenmesi gerekir. Bu bakımdan tezimizde, Türk hukukunda idari gözetim kurumunun sığınmacılar bakımından düzenlenişinin uluslararası standartlara uygunluğunun ortaya konulmasına ilişkin bir çalışma yapmak amaçlanmıştır.

II. KONUNUN SINIRLANMASI

Tezin ana eksenini, sığınmacıların idari gözetimi olduğundan, öncelikle idari gözetim kavramının açıklanmasına çalışılacaktır. Birinci Bölümün ilk ana başlığında, devletin egemenlik yetkisinin idari gözetimle ilişkisi, idari gözetimin işlevi ve niteliği ile idari gözetim uygulamalarıyla temel insan haklarından hangilerinin sınırlandırıldığı ortaya konacaktır. Bu kapsamda, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ile seyahat ve yerleşme özgürlüğünün kapsamı ve sınırlanabilirlik şartları incelenecektir.

Birinci Bölümün ikinci ana başlığında ise, idari gözetim ve mülteci hukuku ilişkisi incelenecektir. Araştırmada hedef alınan kişiler sığınmacılar olduğundan, bu başlık altında öncelikle sığınma kavramı incelenmiştir. Burada, “sığınma arama ve sığınma imkânlarından faydalanma”nın bir temel insan hakkı olup olmadığı araştırılmıştır. Hakkın bir insan hakkı olarak tanınmasının tek başına yeterli olup olmadığı ve diğer haklarla, özellikle ülkeyi terk hakkı ve geri gönderme (*non-refoulement*) yasağı ile ilişkisi incelenmiştir. İkinci olarak, mültecilik ve uluslararası koruma kavramları bağlamında,

⁴ **Dardağan Kibar**, An Overview, s. 123; **Huysal, B./Şermet, B.**: “6458 Sayılı Kanun Çerçevesinde Haklarında Sınır Dışı Kararı Alınan Yabancıların İdari Gözetimi”, Prof. Dr. Feridun Yenisey’e Armağan, Beta Yayınevi, Ekim 2014, s. 2196.

sığınmacı kavramının ortaya konmasına çalışılmıştır. Şimdiden söyleyelim ki, tezimizde kullandığımız sığınmacı terimi, uluslararası koruma talep eden tüm kişileri kapsayacak şekilde geniş anlamıyla kullanılmıştır. Bu kavramsal temellendirme üzerine, 1951 tarihli BM Mültecilerin Hukuki Statüsüne Dair Cenevre Sözleşmesi⁵'nin ("Cenevre Sözleşmesi", "Sözleşme") ve 1967 tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Protokol⁶'ün kabul ettiği mülteci tanımının kapsamı ortaya konmuştur. Bu başlık altında incelenen önemli konulardan biri, Türkiye'nin Cenevre Sözleşmesi'ni coğrafi kısıtlamayla imzalamış ve onaylamış olmasıdır. Bu ana başlık altında ikinci olarak, Cenevre Sözleşmesi'nin mültecilerin sığınma ülkesine düzensiz giriş ve burada düzensiz bulunuşları nedeniyle cezalandırılmalarını yasaklayan 31(1). maddesine odaklanılmıştır. Bu başlık altındaki araştırma konuları, cezalandırma yasağının kapsamı, yasak kapsamına kimlerin girdiği, sığınmacıların yasak karşısındaki durumu ve yasağın uygulanma şartlarıdır. Hangi işlem ve eylemlerin cezalandırma yasağı kapsamında yasaklandığı ve sığınmacıların idari gözetim altına alınmasının bu yasak kapsamında bir ceza teşkil edip etmediği, araştırma konumuzun en önemli başlıklarındandır. Cenevre Sözleşmesi'nin hareket kısıtlamalarına ilişkin düzenlemelerinin incelendiği ikinci ana başlığın üçüncü bölümü, sığınmacıların idari gözetimine ilişkin uluslararası mülteci hukuku kurallarının ortaya konması bakımından, tezin önemli başlıklarındandır. Bu başlık altında, Cenevre Sözleşmesi'nin sığınmacının statüsünün düzensiz veya yasal olmasına bağlı olarak yaptığı ayrıma bağlı kalınarak konu ikiye ayrılmıştır. İlk olarak, sığınma ülkesinde izinsiz (düzensiz) olarak bulunan sığınmacıların hareket kısıtlamalarının tabi olduğu şartları ortaya koyan Cenevre Sözleşmesi Madde 31(2) incelenmiştir. İkinci olarak ise, sığınma ülkesinde yasal olarak bulunan sığınmacıların hareketlerinin sınırlandırılmasına ilişkin olan

⁵ R.G.: T. 5/9/1961, S. 10898.

⁶ R.G.: T. 5/8/1968, S. 12968.

Cenevre Sözleşmesi Madde 26 incelenmiştir.

Tezin İkinci Bölümü, sığınmacıların idari gözetiminin sınırlarının ve tabi olduğu esas ve usul kurallarının, yani sığınmacıların idari gözetimine ilişkin Uygulama İlkelerinin ortaya konduğu bölümdür. Uygulama İlkelerinin kaynağını, Birinci Bölümde incelenen uluslararası mülteci hukuku düzenlemeleri oluşturur. Bu düzenlemelerin yorumlanması ve ilkelerinin ortaya konmasında, UNHCR, BM İnsan Hakları Komitesi ve diğer BM kurumları ile Avrupa Konseyi kurumları tarafından yayımlanan karar ve tavsiyeler büyük rol oynar. Bu nedenle Uygulama İlkeleri incelenirken, çok sayıda karar ve tavsiyeden yararlanılmıştır. Uygulama İlkelerine ilişkin bu bölüm, AIHM ve İnsan Hakları Komitesi tarafından incelenen başvurularda sığınmacıların idari gözetimine ilişkin çizilen çerçeveyi de yansıtmaktadır. Tüm bu kaynaklar kapsamında, öncelikle Uygulama İlkelerinin temel esası olan keyfi idari gözetim yasağı incelenmiştir. Kaununilik, istisnailik ve değerlendirme unsurlarından oluşan keyfi idari gözetim yasağının hangi hâllerde idari gözetim tedbirine başvurulabileceğine ve hangi hâllerde başvurulamayacağına ilişkin olarak incelenmesi, bu bölümün nihai hedefidir. İdari gözetim tedbirini haklı kılan amaçlar ve bu tedbir için haklı gerekçe oluşturmayan amaçlar incelenirken, UNHCR tarafından ortaya konan ilkeler temel alınmıştır. Diğer yandan, AIHS'nin Türk hukukunun bir parçasını oluşturması nedeniyle Sözleşme'nin 5. maddesinde öngörülen idari gözetim sebebi de, kamu düzeni nedeniyle idari gözetimi haklı kılan amaçlar arasında incelenmiştir. Bu konunun incelenmesinde tezin birinci bölümünde incelenen uluslararası hukuk düzenlemeleri ve devletlerin sığınma hakkına saygı gösterme yükümlülüğünün getirdiği sınırlar da dikkate alınmıştır. Elbette, kişi güvenliği hakkı bağlamında idari gözetimin tabi olduğu usuli güvencelerin ortaya konması konusuna da aynı titizlikle yaklaşılmıştır. Son olarak, idari gözetim koşullarının tabi olduğu esaslara da kısaca değinilmiştir.

Üçüncü Bölümün hedefi, Türk hukukunda 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda düzenlenen sığınmacıların idari gözetimine ilişkin esas ve usul kurallarının İkinci Bölümde ortaya konan Uygulama İlkelerine uygun olup olmadığının tespit edilmesidir. Bu bölümde ilk olarak, Yabancıların temel haklarının sınırlandırılması, idarenin kişi özgürlüğü kısıtlaması niteliğindeki eylemlerinin yaptırım yasağı ve idari tedbirler bağlamında değerlendirilmesi ve kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının sınırlandırılmasına ilişkin Anayasal ilkeler ele alınmıştır. Ayrıca, idari gözetim koşulları, sığınma hakkı ve geri gönderme yasağı bağlamında kişinin yaşam ve maddi-manevi varlığını koruma hakkı ile usuli güvenceler bakımından hak arama özgürlüğü, adil yargılanma hakkı ve etkili başvuru hakkına ilişkin Anayasa düzenlemeleri tespit edilecektir. Nihayet, Kanun ve Kanun'un uygulama yönetmeliğindeki kurallardan sığınmacıların idari gözetimi konusunda uygulama alanı bulabilecek olanlar şu sistematik içerisinde incelenecektir: Öncelikle YUKK'la getirilen uluslararası koruma rejiminin kapsamı araştırılmış ve ayrıca Cenevre Sözleşmesi'nin Türkiye tarafından coğrafi kısıtlamayla kabul edilmesinin, Sözleşme'nin 31 ve 33. maddeleri bakımından sonuçları ortaya konmuştur. Ardından YUKK'a göre idari gözetim tedbiri incelenirken Cenevre Sözleşmesi'nde yapılan ikili ayırım temelinde konu iki başlık altında incelenmiştir. Bunlardan ilkinde, sığınmacıların düzensiz girişleri nedeniyle idari gözetim altına alınmalarının Kanun'a göre mümkün olup olmadığı araştırılarak düzensiz giriş nedeniyle cezalandırma yasağının Türk hukukundaki görünümü ele alınmıştır. İncelememizde, Türkiye'ye düzensiz girişin üç sonucu olduğu tespit edilmiştir. Bunlar sınır dışı etme kararı alınması, sınır dışı etmek üzere idari gözetim tedbiri uygulanması ve idari para cezası verilmesidir. Araştırmamız idari gözetim uygulamaları konusunda derinleştirildiğinde, sığınmacıların Türk makamları tarafından düzensiz girişleri nedeniyle gözetim altına alındığına ilişkin tespitlere rastlanmıştır. Bu çerçevede, hakkında sınır dışı etme kararı alınan sığınmacıların sınır dışı edilmek üzere idari gözetim

tedbirine konu olmaları hâlinde, sınır dışı etme kararı ve idari gözetim kararı karşısındaki durumları, geri gönderme yasağı, cezalandırma yasağı ve gözetim altında sığınma usullerine erişim bağlamında incelenmiştir. Tezimizde sığınmacıların idari gözetimi konusu incelendiğinden, sınır dışı edilmek üzere idari gözetim altına alınan yabancılar bakımından sınır dışı etme kararına itiraz yolları, bu itirazın yürütmesinin durması ve sınır dışı etme kararına ilişkin diğer ilgili hususlar inceleme kapsamı dışında tutulmuştur. YUKK’a göre sığınmacıların idari gözetiminde ikinci alt başlık olarak sığınma usullerine başvurulmasına bağlı olarak uygulanan idari gözetime ilişkin ilke ve kurallar incelenmiştir. Bu bölümde ayrıntılı olarak incelediğimiz bir diğer önemli araştırma konusu, YUKK’ta kabul edilmiş usuli güvencelerin tespit edilmesi ve Uygulama İlkelerine uygunluğunun ortaya konmasıdır. Son olarak idari gözetim koşulları hakkında Türk hukukunda kabul edilen kurallar ele alınmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

ULUSLARARASI MÜLTECİ HUKUKUNDA SIĞINMACILARIN İDARİ GÖZETİMİ TEDBİRİNİN GENEL GÖRÜNÜMÜ

§1. İDARİ GÖZETİM KAVRAMI

I. DEVLETİN ÜLKESEL EGEMENLİK YETKİSİNİN YABANCILARA YANSIMASI

Bir uluslararası teamül hukuku kuralı⁷ olan ülkesel egemenlik, bir devletin kendi

⁷ Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesine göre uluslararası hukukun kaynaklarından olan uluslararası teamül, uluslararası hukuk kişilerince ortak tutum ve davranışlarla oluşturulmuş, yazılı olmayan hukuk kuralları bütünüdür (**Pazarcı, H.:** Uluslararası Hukuk, Turhan Kitabevi, 6. Bası, 2006, Ankara, s. 24). Uluslararası hukukta hâlihazırda, devletler ve uluslararası kuruluşlar arasındaki ilişki ve davranışlardan kaynaklanan pek çok teamül geliştirilmiş bulunmaktadır. Bunlar arasında yabancılar hukukunu da ilgilendirenler de bulunmaktadır. Ancak geliştirilen bu teamüllerin uluslararası hukukun kaynağı olarak sayılabilmesi için bazı şartların mevcut olması gerekmektedir. UADS'nin 38. maddesinin 1. fıkrasına göre, uluslararası teamülün bir uluslararası hukuk kuralı olarak kabul edilebilmesi için, öncelikle bu teamülün devletler arasında genel ve ortak bir uygulama göstergesi niteliğinde olması gerekmektedir. İkinci olarak, devletler arasındaki bu genel ve ortak uygulamanın devletlerce hukuk kuralı olduğuna duyulan inanç aranmaktadır (*opinio juris*). Bu iki unsurdan ilki, devletlerin davranışına, ikincisi de devletlerin bu davranışlarının hukuk oluşturduğuna ilişkin öznel inancına dayanmaktadır (**Çelikel, A./Gelgel, G.:** Yabancılar Hukuku, Beta Yayınları, 23. Bası, İstanbul, 2017, s. 59-60; **Pazarcı,** s. 106).

ülke sınırları içerisinde başka hiçbir otoriteye bağılı olmaksızın kendi egemenlik yetkisini kullanması olarak tanımlanmaktadır⁸. Egemenlik, kelime anlamından da anlaşıldığı üzere, süjesi üzerinde tam bir kontrol ve denetim sağlamaktır. Devlet, ülkesel egemenliğini başka hiçbir otoriteyle paylaşmaz, onu tek başına kullanır. Dolayısıyla ülkesel egemenlik, devletin ülkesi sınırlarındaki her şey ve herkes üzerinde münhasır ve tam bir kontrol, denetim ve kural koyma gücünü ifade etmektedir. Devletin ülkesi üzerinde egemenlik kurma hakkı, yalnızca ülkesinde bulunan vatandaşlar üzerinde değil, vatandaşları dışında kalan ve hukukî olarak yabancı adı verilen kişiler üzerinde de bulunmaktadır⁹.

Her devlet, yabancıların ülkesine girip giremeyeceği ve girmesinin hangi koşullara tâbi olacağı hakkında münhasır olarak karar vermeye yetkilidir¹⁰. Devlet, yabancıların ülkesine girişini yasaklayabileceği gibi izin alma (vize) koşuluna da tâbi tutabilir. Devlet, yabancı ülkesine girdikten sonra da ülkesinde hangi şartlarla kalacağını, çalışacağını veya mülkiyet edineceğini, önceden objektif, makul ve meşru kurallar getirme şartıyla belirleme yetkisine de sahiptir¹¹. Yine, bir devletin yabancıyı sınır dışı

⁸ **Pazarcı**, s. 148-149; **Wallace, R. M. M.**: International Law, Thomson Sweet & Maxwell Yayınları, 4. Bası, s. 89.

⁹ **Çiçekli, B.**: Yabancılar ve Mülteci Hukuku, Seçkin Yayınları, 5. Bası, 2014, Ankara, s. 30.

¹⁰ **Altuğ, Y.**: Yabancıların Hukukî Durumu, İÜHF Yayınları, 4. Bası, İstanbul, 1971, s. 98; **Pazarcı**, s. 153.; **Wallace**, s. 185; **Çalık, A.**: Devletin Yabancıları Ülkesine Kabul Sorunu ve Son Vize Uygulamaları Üzerine Bir Not, Ankara Barosu Dergisi, 1981, Sa.1 s. 42.

¹¹ **Aybay, R.**: Yabancılar Hukuku, Bilgi Üniversitesi Yayınları, 5. Bası, İstanbul, 2011, s. 51; **Çalık**, s. 44. Devletler Hukuku Enstitüsü, 8 Eylül 1888 tarihinde Lozan'da

etmesi de, onun ülkesel egemenlik yetkisine dahildir. Ancak her ne kadar ülkesel egemenlik adı altında, devletlerin ülke sınırları içerisinde başka hiçbir otoriteye bağlı olmaksızın kural koyma ve kontrol sağlama yetkisi kabul edilmiş olsa da, bu egemenlik yetkisinin de sınırları bulunmaktadır. Bu sınır şüphesiz, uluslararası hukuktur. Devletler, ülkesel egemenlik yetkilerini kullanırken uluslararası hukuk tarafından öngörülen yükümlülüklerle bağlıdır¹². Bir başka anlatımla, herhangi bir uluslararası hukuk kuralı ile aksi öngörülmedikçe, bir devletin ülkesel egemenlik yetkisini nasıl kullanacağı, tamamen o devletin kendi tasarrufundadır. Örneğin devlet, taraf olduğu temel insan hakları sözleşmelerini vatandaş-yabancı ayırımına gitmeksizin ülkesinde bulunan herkese uygulama yükümlülüğündedir. Benzer şekilde, bir teamül kuralı olan kazanılmış haklara saygı çerçevesinde, yabancıların tâbiyetinde bulunduğu devlet tarafından kendisine tanınan hukukî ve medenî statüsüne değer verme mecburiyetindedir. Yabancıya medenî toplumlar tarafından kabul edilmiş olan hukukun genel ilkeleri çerçevesinde davranmak da, egemenlik yetkisinin bir sınırı olarak, devletin yükümlülükleri arasındadır. Bu noktada uluslararası insan hakları hukuku, yabancıların haklarının korunması konusunda önemli katkı sağlamaktadır.

Diğer yandan, uluslararası hukukun yabancıların hakları konusunda getirdiği koruma, yine uluslararası hukuk tarafından getirilmiş olan ülkesel egemenlik ilkesi ile

yaptığı toplantıda, her egemen devletin yabancıların ülkeye girmesi ve sınır dışı edilmesi konusunda serbestîye sahip olduğunu, fakat kamu vicdanı bakımından yabancıların devletin ülkeye giriş ve sınır dışı etmeye uygulayacağı genel kuralları önceden bilmesi gerektiğini ifade etmiştir (**Altuğ**, s. 101-102).

¹² **Pazarcı**, s. 149. Bu yükümlülüklerin başlıcaları, diğer devletlere ve onların vatandaşlarına zarar vermeme ile diğer devletlerin ülkesel yetkileriyle ilgili işlemlerine saygı yükümlülükleridir (**a.g.e.**, s. 155 vd.).

sınırlanmaktadır. Örneğin, yabancıların ülkeye girişleri konusunda ülkesel egemenlik ilkesi devletlere, yabancıları ülkesine alma veya reddetme konusunda geniş yetkiler tanımaktadır¹³. Bu nedenle, temel insan hakları metinleri, kişilere dolaşma ve yerleşme özgürlüğü tanımış olsalar da, yabancılara ülkeye giriş izni verme zorunluluğu konusunda sessiz kalmaktadır. Ancak ülke kapılarının tüm yabancılara veya belirli devlet vatandaşlarına yahut belirli bir din, dil, ırk veya kültüre mensup kişilere kapatılması uluslararası hukuka uygun olmaz¹⁴.

Bu arada, yabancı kavramının açıklanması da, konumuz bakımından önemlidir. Günümüzde “*yabancı*” kavramı, vatandaşlık kavramının zıt anlamından hareketle açıklanmaktadır. Devletler Hukuku Enstitüsü tarafından 1892 yılında Cenevre’de yaptığı toplantıda kabul edilen tanıma bağlı olarak doktrinde geliştirilen ve büyük ölçüde benimsenen bu tanıma göre yabancı, “*bir devlet ülkesinde bulunup o devletin vatandaşlığını halen iddiaya hakkı olmayan kimse*” olarak tanımlanmaktadır¹⁵. Vatandaşlık ise uluslararası hukukta, bir gerçek kişi ile bir devlet arasındaki siyasi ve hukuki bağ olarak kabul edilmektedir¹⁶. Vatandaşlığın zıt anlamından hareketle yapılan bu yabancı tanımı, bir (veya birden fazla) yabancı devlet vatandaşı olan kişileri içerdiği gibi, yabancı tüzel kişiler ile vatansız ve mültecileri de kapsamına almaktadır¹⁷. Bu bakımdan bu tanımın kapsayıcı olduğu söylenebilir. Ancak söz konusu tanım doktrinde

¹³ **Tekinalp, G.:** Türk Yabancılar Hukuku, Beta Yayıncılık, 8. Bası, İstanbul, 2003, s. 18.

¹⁴ **Çalık, s. 43.**

¹⁵ **Berki, O. F.:** Türkiye’de Yabancılar Hukuku, AÜHFD, 1955, Sa. 12, s. 172.

¹⁶ **Güngör, G.:** Tabiiyet Hukuku – Gerçek Kişiler – Tüzel Kişiler – Şeyler, Yetkin Yayınları, 6. Bası, Ankara 2018, s. 1.

¹⁷ **Altuğ, s. 9.**

yazarlar tarafından eleştiri konusu yapılmıştır. Tanıma getirilen ilk eleştiri, “*vatandaşlığı iddiaya hakkı olmayan*” ibaresine ilişkindir. Buna göre, bir kişinin bir vatandaşlığa sahip olması ile vatandaşlığını iddia hakkına sahip bulunması birbirinden bağımsız olgulardır¹⁸. İkinci olarak, tanımda yer verilen “*ülkede bulunma*” ibaresi, kişinin yabancılık sıfatı kazanabilmesi için belirli bir anda ülkede bulunması şartını getirmesi nedeniyle eleştirilmektedir¹⁹. Zira bir yabancının herhangi bir ülkenin devletinde fiziksel olarak bulunmadan da yabancılar hukuku düzenlemelerinin konusunu oluşturması mümkündür. Ülke vatandaşı olmayan kişilerin ülkeye girişinde uygulanan vize rejimi buna örnek olarak verilebilir. Devletler Hukuku Enstitüsü tarafından yapılandırılan daha basit bir ifadeyle yabancı, bir devletin vatandaşı olmayan kişi olarak tanımlanabilir²⁰. Bunun iki sonucu bulunmaktadır: İlki, yabancı statüsünün oluşumu için vatandaşlığın etkisi bulunmaktadır; ve ikincisi, herkes tâbiyetinde bulunduğu devlet sınırları dışında yabancı statüsünde bulunmaktadır²¹. 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu da m. 3(1)(ü)'de yabancıyı, “*Türkiye Cumhuriyeti devleti ile vatandaşlık bağı bulunmayan kişi*” olarak tanımlamıştır. Yabancı, ülkesinde bulunduğu devletin hukukuna ve yargı düzenine tâbidir²². Ancak yabancı, tamamen ülkesinde bulunduğu devletin insafına da bırakılmış değildir. Yabancılar, uluslararası hukukun koruması altındadır.

¹⁸ **Aybay**, s. 10-13.

¹⁹ **Çiçekli**, s. 30.

²⁰ **Aust, A.:** Handbook of International Law, Cambridge Üniversitesi Yayını, 2. Bası, s. 168.

²¹ **Çelikel/Gelgel**, s. 17; **Tiburcio, C.:** The Human Rights of Aliens Under International and Comperative Law, Martinus Nijhoff Publishers, 2001, s. 1.

²² **Aust**, s. 168.

II. İDARİ GÖZETİMİN NİTELİĞİ VE İŞLEVİ

Devletler, ülkeleri üzerinde kurdukları egemenliklerini kullanarak, yabancıların ülkeye girişi ile ülkede kalışlarını önceden belirledikleri kurallar çerçevesinde kontrol edebildikleri için, ilke olarak bu kuralları ihlal eden yabancıları da devlet gücü kullanarak sınır dışı edebilme yetkisine sahiptirler. Devlet gücü kullanarak sınır dışı etme, yabancıların sınır dışı edilene kadar bir yerde tutulması sonucunu doğurabilmektedir. Bu özgürlük kısıtlamaları da, sınır dışı etme konusunda olduğu gibi, devletin sınırları ve ülkesi üzerinde tam hâkimiyet kurmasının bir gereğidir. Bu anlamda, sınır dışı etmek üzere özgürlük kısıtlaması uygulamaları, devlet menfaatleri çerçevesinde ülkesel (kamusal) düzenin korunmasına etkin bir şekilde katkı sağlamaktadır²³. Böylece, yabancıların hareketlerinin kısıtlanmasının ilk çeşidini, sınır dışı etmek üzere özgürlük kısıtlamaları oluşturmaktadır.

Diğer yandan devletler, kamu düzeni ve ulusal güvenliğin korunması menfaatleri gereğince, ülkeye giriş ve ülkede kalış izni isteyen yabancıların alıkonması uygulamalarına da sıklıkla başvurmaktadır. Sığınma istemiyle olsun veya olmasın, bir yabancıнын ülkeye girişi ve ülkede kalışıyla ilgili olarak uygulanan hareket kısıtlamalarının, devletlerin yabancıların ülkeye giriş ve kalışlarını kontrol etmelerine dair, aksi iddia edilemez haklarından olduğu kabul edilmektedir²⁴. Bu bakımdan sığınma arayan kişiler de, ülkedeki yasal durumları belirleninceye kadar, sığınma iddialarının gerçekliğinin incelenmesi sırasında özgürlüklerinden mahrum bırakabilirler. Fakat

²³ **Cornelisse, G.:** Immigration Detention and Human Rights - Rethinking Territorial Sovereignty, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2010, s. 245.

²⁴ **Amuur v. France**, 17/1995/523/609, CoE: ECtHR, 25 June 1996, para. 41; **Saadi v. The United Kingdom**, 13229/03, CoE: ECtHR, 11 July 2006, para. 44.

şimdiden söyleyelim ki, uluslararası hukuk perspektifinden, devletlerin sahip oldukları bu yetkilerin hukuka uygun olarak ve bu alanı idare eden standartlar ışığında kullanılıp kullanılmadığı önem taşır.

Sığınmacılar da dahil olmak üzere yabancıların kişi özgürlüklerinin kısıtlanması karşılığı olarak İngilizce terminolojide “*administrative detention*” olarak anılan bu kavram, YUKK ile Türkçeye “idari gözetim” olarak kazandırılmıştır²⁵. Bu, kural olarak yabancıların ülkeye kabulü veya ülkeden sınır dışı edilmeleri nedeniyle ve anılan işlemler süresince idare tarafından başvurulmuş bir idari tedbirdir²⁶. İdari gözetimin bir tedbir olarak

²⁵ Doktrinde yabancıların ülkeye giriş ve ülkede kalış kuralları karşısındaki yasal statüleri nedeniyle özgürlüklerinin kısıtlanması kavramı karşılığı olarak idari gözetim teriminin kullanılmasına eleştiriler getirilmiştir. Bu eleştirilerde çıkış noktası, İngilizce “detention” sözcüğünün Türkçe anlamının “gözetim”i karşılamamasıdır. Buna göre “detention” sözcüğünün sözlük anlamı, alıkoyma, engelleme, tutma, mani olma, tevkif veya hapis olduğundan, “gözetim altına alma” sözcüğünden ziyade “alıkoyma” veya “tutma” sözcükleri bu kavramın anlamını daha iyi yansıtmaktadır (Öztürk, N. Ö.: Mültecinin Hukuki Statüsünün Belirlenmesi, (“Mültecinin Hukuki Statüsü”) 1. Baskı, 2015, Ankara, s. 162). Türk Anayasası da yabancıların ülkeye giriş kurallarını ihlal etmeleri veya sınır dışı veya iade edilmek üzere özgürlüklerinin kısıtlanmasını “yakalama” ve “tutuklama” sözcükleri etrafında ele almıştır. Bu çerçevede Türk hukukunda “administrative detention” kavramının Türkçeleştirilmesi konusunda sözlük anlamından uzaklaşılmasına ek olarak, Anayasa ve kanun düzeyinde yeknesak sözcük kullanımının da sağlanamamış olması, bu konuda getirilebilecek bir diğer eleştiridir.

²⁶ Ekşi, N.: 6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’nda İdari

anılmasının sebebi, yabancıların ülkeye kabulü veya ülkeden gönderilmeleri süresince kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması ihtiyacının karşılanması bir gereği olmasındandır. Bu anlamda idari gözetim, ceza muhakemesi hukukundaki “gözaltı” ve “tutuklama” tedbiriyle benzerlik göstermekle birlikte, suç işlenmesinin bir sonucu olmaması nedeniyle ondan ayrılır²⁷.

İdari gözetim, kişinin özgürlüğünden mahrum edilerek istediği gibi dışarı çıkmasına izin verilmeyen “kabul merkezi” veya “tutma merkezi” gibi kapalı bir yerde tutulmasıdır²⁸. Ev hapsi ve ikamet sınırlamaları gibi hareket kısıtlamaları ile kıyaslandığında, kişinin hareket özgürlüğünü çok büyük oranda kısıtladığından, ikamet ve seyahat özgürlüğü kısıtlamasından ziyade bir kişi özgürlüğü hakkı kısıtlaması teşkil eder²⁹. Ayrıca, adının ne olduğuyla ilgili olmaksızın, kişinin isteğince giriş ve çıkış yapma olanağının elinden alındığı pek çok lokasyonda gerçekleşebilir. Örneğin kapalı mülteci kampları, havaalanlarında yer alan uluslararası transit bölgeler, gemiler ve ülke

Gözetim, (“İdari Gözetim”), Beta Basım Yayım, 1. Baskı, 2014, İstanbul, s. 3.

²⁷ **Öztürk**, Mültecinin Hukuki Statüsü, s. 163.

²⁸ **Goodwin-Gill, G. S.:** “Article 31 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees: non-penalization, detention, and protection”, (“Article 31”), Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection, Ed.: Erika Feller, Volker Türk and Frances Nicholson, Cambridge University Press, 2003, , s. 220.

²⁹ **CoE - Committee of Ministers:** Recommendation Rec(2003) 5 of the Committee of Ministers to Member States on Measures of Detention of Asylum Seekers, (“Rec(2003)5”), 16 April 2003, <https://www.refworld.org/docid/3f8d65e54.html> (E.T. 6/12/2018), para. 1.

egemenliğinde bulunan veya bulunmayan her türlü alan bunlardan olabilir³⁰.

Uluslararası hukuk kural ve standartları ile devletlerin sorumluluğu, havalimanları ve diğer uluslararası alanlar veya transit alanlarda da geçerlidir³¹. AİHM, sığınmacıların havaalanı transit bölgelerinde tutulmasıyla ilgili olarak *Amuur v. France* kararında, 20 gün boyunca havalimanı transit alanı içerisinde sıkı polis gözetiminde tutulma hâlinin bir özgürlük hakkı kısıtlaması teşkil ettiği görüşünü bildirmiştir³². AİHM, adında “uluslararası” teriminin olmasına rağmen, havaalanı uluslararası transit bölgelerinin, bulunduğu ülke hukukuna tabi olduğu ve bu nedenle sınıraşıcı statüye sahip bulunmadığı görüşündedir³³. AİHM tarafından önemle vurgulandığı üzere, bir tutma işleminin idari gözetim olarak nitelenebilmesi için önemli olan husus, idari gözetim altına alınan kişinin tutulduğu mekânı dilediği şekilde terk etmesinin mümkün olmamasıdır. Bu nedenle AİHM, *Amuur v. France* başvurusunda, Fransa'nın transit alanın dışarıya açık olduğu ve başvuruçuların güvenliklerinin temin edildiği Suriye'ye diledikleri zaman dönmelerinin mümkün olduğu savunmasını kabul etmeyerek kişinin sığınma aradığı bir ülkeyi dilediği zaman terk etmekte özgür olmasının, kişi özgürlüğü hakkının kısıtlanmadığı anlamına gelmediğini ifade etmiştir³⁴.

³⁰ **UNHCR:** Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention, (“2012 Detention Guidelines”), 2012, para. 7.

³¹ **Goodwin-Gill**, Article 31, s. 233, para. 12.

³² *Amuur v. France*, para. 38-49.

³³ *Shamsa c. Pologne*, 45355/99, 45357/99, CoE: ECtHR, 5 December 2002, para. 45.

³⁴ “The mere fact that it is possible for asylum-seekers to leave voluntarily the country

İdari gözetim, devlet tarafından kendi egemenliği altında bulunmayan başka alanlarda da gerçekleştirilebilir. Bu durum “sınırşıcı idari gözetim” (“extraterritorial detention”) olarak adlandırılmaktadır³⁵. Sınırşıcı yetki kavramının sığınmacılar bakımından yorumlanması konusunda, AİHM tarafından verilen 2012 tarihli *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* kararı önemli bir kaynaktır. Bu kararda AİHM, İtalya'nın Libya ile yaptığı anlaşma uyarınca Somalili ve Eritreli sığınmacıları, İtalya'ya bağlı Lampedusa Adası yakınlarında durdurup İtalyan askeri gemisine naklederek Libya'ya geri göndermesi sırasında, söz konusu sığınmacıların İtalyan bayrağını taşıyan bir gemiyle taşınmasını, her ne kadar açık denizde olsalar da, İtalyan makamlarının kontrolünde olmaları nedeniyle İtalya'nın sınırşıcı yetki alanında kabul etmiştir³⁶.

where they wish to take refuge cannot exclude a restriction on liberty, the right to leave any country, including one's own, being guaranteed, moreover, by Protocol No. 4 to the Convention (P4). Furthermore, this possibility becomes theoretical if no other country offering protection comparable to the protection they expect to find in the country where they are seeking asylum is inclined or prepared to take them in.” *Amuur v. France*, para. 48

³⁵ **UNHCR**, 2012 Detention Guidelines, para. 7.

³⁶ *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, 27765/09, CoE: ECtHR, 23 February 2012, para. 76-82. Sınırşıcı yetki çerçevesinde geri gönderme ilkesinin uygulama alanına ilişkin ayrıca bkz. **UNHCR**: Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol, 26 January 2007, <https://www.refworld.org/docid/45f17a1a4.html> (E.T. 13/2/2019); **Goodwin-Gill, G. S.**: “The Right to Seek Asylum: Interception at Sea and the Principle of Non-Refoulement”, (“Interception at Sea”), International Journal of Refugee Law, Vol.

III. İDARİ GÖZETİMLE SINIRLANDIRILAN TEMEL HAKLAR

A. Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı

1. Hakkın Mahiyeti

Kişinin özgürlük ve güvenlik hakkı, hangi statüde olduğuna bakılmaksızın ilke olarak her kişinin sahip olduğu temel insan haklarından biri ve hukuk devleti ilkesinin vazgeçilmez bir parçasıdır. Zira tarihsel olarak, kişinin diğer haklarından yararlanmasının önüne geçmek için önce kişi özgürlüğünün sınırlanması yoluna başvurulmuştur³⁷. Özgürlük ve güvenlik hakkı, tarihsel temellerini 1297 tarihli Magna Carta Libertatum - Büyük Özgürlük Fermanı'nda bulan insan haklarından biridir³⁸. Günümüzde ise özgürlük ve güvenlik hakkı, başta İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 3 ve 9. maddeleri, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 9. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesi olmak üzere hemen hemen tüm temel uluslararası insan hakları metin ve

23, S. 3.

³⁷ **HRC:** General Comment No. 35 Article 9 (Liberty and security of person), (“CCPR/C/GC/35”), 16 December 2014, para. 2.

³⁸ **Keskin, S.:** “Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı”, İnsan Hakları, Cogito 98, Yapı Kredi Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, Aralık 2000, s. 65. Magna Carta Libertatum’un 29. maddesinin modern İngilizce çevirisi şu şekildedir: “*No freeman is to be taken or imprisoned or disseised of his free tenement or of his liberties or free customs, or outlawed or exiled or in any way ruined, nor will we go against such a man or send against him save by lawful judgement of his peers or by the law of the land. To no-one will we sell or deny of delay right or justice.*” (<https://www.archives.gov/exhibits/featured-documents/magna-carta/translation.html>, E.T. 27.01.2020).

sözleşmelerinde düzenlenmektedir. Söz konusu düzenlemelerin bu hakkı “herkes” için tanımış olması nedeniyle, yabancılar ve bu arada mülteci ve sığınmacılar da bu hakkın süjesidir. Fakat bu hak, mutlak bir hak olmayıp devlet kontrolünün meşru bir formu olarak istisnai olarak sınırlanabilirliği öngörülmüş bir haktır.

Kişi özgürlüğü terimi dar anlamıyla kişinin bedensel olarak özgür olmasını ifade etmekte olup hakka yapılacak müdahaleler ancak kişinin sınırları belirlenmiş dar bir alanda kalmaya zorlanmasıyla gerçekleşir³⁹. Bir başka anlatımla kişi özgürlüğü, kişinin rızası hilafına bir yere kapatılamaması ve tutuklu bulunmaması hakkıdır⁴⁰. AİHM, kişinin fiziksel özgürlüğüne yapılacak müdahalelerin, özgürlük hakkını ortadan kaldırdığına kanaat getirilmesi için, objektif ve subjektif olmak üzere iki unsurun varlığını aramaktadır⁴¹. Objektif unsur, kişinin göz ardı edilemeyecek bir süre için özel bir sınırlandırılmış alanda tutulması iken subjektif unsur, tutulan kişinin bu tutma eylemine rızasının olmamasıdır. Kişi güvenliği ise, kişinin güvenlik içinde olmasını, hareket özgürlüğünün keyfi olarak ortadan kaldırılamaması güvencesine sahip olmasını; özetle başvuru olan özgürlük kısıtlaması tedbirinin keyfi olmamasını ifade eder⁴².

Her ikisi de kişinin hareket serbestisini kısıtladığından, ikamet ve seyahat özgürlüğü ve özgürlük ve güvenlik hakkı arasındaki ayrımın ortaya konmasında,

³⁹ **HRC**, CCPR/C/GC/35, para. 2; **Cornelisse**, s. 250.

⁴⁰ **Gözübüyük, A. Ş./Gölcüklü, A. F.:** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye Uygulaması, Turhan Kitabevi, 10. Baskı, Ankara, 2013, s. 221.

⁴¹ **Harris, D. J./O'Boyle, M./Bates, E. P./Buckley, C. M.:** Law of the European Convention on Human Rights, Second Edition, 2009, Oxford University Press, s. 123 vd.

⁴² **Keskin**, s. 64; **Harris/O'Boyle/Bates/Buckley**, s. 132-133.

özgürlük ve güvenlik hakkı kısıtlamasının objektif unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılır. Burada kısıtlama tedbirinin niteliği, süresi, etkileri ve uygulanma usulü gibi bir dizi ölçüt dikkate alınmaktadır⁴³. Buna göre daha az ciddi nitelikteki hareket sınırlandırmaları, hareket özgürlüğü hakkının kapsamına girerken, daha ciddi sınırlamalar özgürlük ve güvenlik hakkının kapsamına girer. Bir başka anlatımla, bu iki hak arasındaki ayrım, özgürlük kısıtlamasının maddi yönüyle ilgili olmaktan çok, kısıtlamanın derecesi ile ilgilidir. Fakat kapalı bir alanda tutulma unsurunun varlığına rağmen, kişinin günlük rutinini yakalamasını sağlayacak bir süre için serbest kalmasına izin verildiği hâllerde, ikamet ve seyahat özgürlüğü kısıtlamasından bahsedilebilir⁴⁴. Kişi özgürlüğünün kısıtlandığı hâllerde kişinin bu duruma rızası yoktur. Özgürlükten yoksun bırakmanın klasik biçimi, kişiyi kilit altında tutmadır⁴⁵. Bu uygulamalar, gözetim, tutuklama, hapis cezası ve gözetim altında tutma gibi hukuki kavramlar altında tezahür edebilir. Anılan tüm bu kavramlar, “tutma” kavramı şemsiyesi altında toplanabilir.

Devlet uygulamalarında sığınma hakkı ile kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının kesişim kümesi içerisine giren hak kısıtlaması uygulaması, sığınmacıların idari gözetim

⁴³ **Mole, N./Meredith, C.:** Human Rights Files No: 9 - Asylum and the European Convention on Human Rights, CoE Publishing, 2010, Strasbourg, s. 138; Ayrıca bkz. **Guzzardi v. Italy**, 7367/76, CoE: ECtHR, 6 November 1980, para. 92-93; **Amuur v. France**, para. 42.

⁴⁴ Söz konusu ayrıma ilişkin AİHM uygulaması için bkz. **Harris/O'Boyle/Bates/Buckley**, s. 123-126.

⁴⁵ **Doğru, O./Nalbant, A.:** İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Açıklama ve Önemli Kararlar, 1. Cilt, Avrupa Konseyi ve T.C. Yargıtay Başkanlığı, 1. Baskı, 2012, Ankara, s. 367.

altına alınmasıdır. Devletler, egemenlik hakları gereğince, ülke topraklarına giren herhangi bir yabancının hareketlerini kontrol etmek amacı güderler. Bu anlamda, sığınmacıların sığınma başvurusunda bulunmaları, ülkeye giriş kurallarını ihlal etmiş olmaları veya iç hukuklarında öngörülmüş diğer sebeplerle, bu kişi gruplarının özgürlüğünü kısıtlama yoluna gidebilir. Bir sığınmacının kapalı bir merkezde tutulması veya havalimanı transit bölgeleri gibi kendi isteğiyle çıkamadığı diğer başka bir kapalı mekânda tutulması, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının kapsamına girerken sığınmacıya belirli bir ilde ikamet etme zorunluluğu getirilmesi, ikamet ve seyahat özgürlüğünün kapsamına girer. Yukarıda incelenen AİHM'nin *Amuur v. France* kararında ortaya konduğu gibi, kişinin havaalanı transit bölgesi gibi tutulduğu kapalı alanı teknik olarak (zulüm tehlikesinin olduğu ülkeye geri dönerek) terk etmesinin mümkün olduğu, fakat kişinin sığınmacı olması nedeniyle bunun kendisinden beklenemeyeceği hâllerde de kişi özgürlüğü hakkının kısıtlanması söz konusudur. Diğer yandan AİHM, *Mahdid and Haddar v. Austria* başvurusunda, polis gözetiminde tutulmaksızın günlük hayatlarını devam ettirebilecek konumda bulunan ve sığınma başvuru sahibi olan başvuru sahiplerinin, uluslararası transit alanda tutulmasının, kişi özgürlüğü hakkının sınırlandırılması derecesinde olmadığına karar vermiştir⁴⁶. Her iki karar birlikte değerlendirildiğinde, sığınmacıların uluslararası transit bölgelerde tutulmasının kişi özgürlüğü hakkının kısıtlanması sonucunu doğurabilmesi için, kişinin nerede tutulduğunun yanı sıra, kişinin fiziksel hareketlerinin belirli bir ölçüyü açacak şekilde sınırlandırılmış olması da şarttır. AİHM, *Amuur v. France* kararına konu olan başvuruda, başvuru sahiplerinin sıkı ve sürekli polis gözetiminde olan bir alanda tutulmaları karşısında, maruz bırakılan sınırlamalar dikkate alınarak kişi özgürlüğü hakkının kısıtlandığı sonucuna varmıştır⁴⁷.

⁴⁶ ***Mahdid and Haddar v. Austria***, 74762/01, CoE: ECtHR, 8 December 2005.

⁴⁷ ***Amuur v. France***, para. 45, 49.

2. Hakkın Sınırlandırılması

Uluslararası hukuk, özgürlük ve güvenlik hakkının kısıtlanması konusunda, sığınma hakkının tanınmasına yönelik sessizliğinden daha katı bir yaklaşım benimseyerek ve fakat aynı zamanda kişinin özgürlük ve güvenlik hakkıyla devletin egemenlik yetkisini dengede tutmaya çalışarak, özgürlük hakkının yalnızca belirli koşullarda sınırlanabileceğini kabul etmiştir. Türk Hukukunda 23.12.2003 tarihinde yürürlüğe giren 1966 tarihli Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (“MSHS”)⁴⁸, özgürlük ve güvenlik hakkının düzenlenişi bakımından en önemli kaynaklardan biridir. Bu sözleşme, 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirisi ve 1966 tarihli BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme ile birlikte, “*International Bill of Human Rights*” üçlemesinden biridir. Bu hak bakımından incelenmesi gerekli olan bir diğer insan hakları sözleşmesi ise şüphesiz, bölgesel bir insan hakları düzenlemesi olan ve Türk Hukukunda 18.5.1954 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesidir⁴⁹.

Özgürlük ve güvenlik hakkı, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 9. maddesinde, AİHS'nin ise 5. maddesinde düzenlenmektedir. Her iki madde de ilke olarak, herkesin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına sahip olduğu kuralını koyar. Ancak MSHS m. 9, AİHS m. 5'ten farklı olarak, bu genel ilkeye hiçkimsenin keyfî olarak yakalanamayacağı veya tutuklanamayacağı kuralını eklemiştir. Metnin İngilizce aslında kullanılan 'arrest' ve 'detention' sözcükleri, Resmî Gazete'de yayımlanan resmî Türkçe tercümesinde 'yakalama' ve 'tutuklama' olarak ifade edilmiştir. Fakat tutuklama kavramı, ceza hukuku anlamındaki tutuklama ile sınırlı olmayıp yabancılar hukukuna özel bir

⁴⁸ R.G.: T. 21/7/2003, S. 25175.

⁴⁹ R.G.: T. 19/3/1954, S. 8662.

kavram olan idari gözetim de dahil, her türlü özgürlük kısıtlamalarını içerecek şekilde, “tutma” kavramı karşılığında, geniş anlamıyla kullanılmaktadır⁵⁰. MSHS m. 9'da ayrıca, hiçkimsenin kanunun tayin ettiği sebeplere ve usule uygun olmaksızın özgürlüğünden yoksun bırakılamayacağı ilkesi de kabul edilmiştir. MSHS m. 9, kişinin mutlak bir özgürlük ve güvenlik hakkı olduğundan bahsetmediği gibi, tutmayı tamamen de yasaklamamakta; bunun yerine kanuna aykırı ve keyfî tutmalar için asli bir garanti getirmektedir.

MSHS'nin 9. maddesi, kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasına izin verilen hâlleri sayma yöntemini benimsememiştir. Bunun yerine genel bir ilke ortaya koymayı tercih etmiştir. MSHS'nin getirdiği bu garantiye göre ilk olarak, herhangi bir özgürlük kısıtlaması, kanunun tayin ettiği sebep ve usule uygun olmalıdır. Burada kanun ile kastedilen, taraf devletlerin ulusal hukukları olup ulusal hukukta belirlenmiş tutma sebep ve usulüne uygun olmayarak gerçekleştirilecek her türlü özgürlük kısıtlaması hukuka aykırı olacaktır. Fakat ulusal hukuklar şüphesiz, uluslararası insan hakları standartları ile bağlı olduğundan, Madde 9'un uygulaması açısından bir tutmanın yalnızca iç hukukta yer alan kanunlara uygun olması yetmez, aynı zamanda uluslararası standartlara da uygun olması gerekir⁵¹. Maddede yer verilen keyfî tutma yasağı da uluslararası standartlara uygun olmayan iç hukuk kuralları aleyhine bir garanti teşkil eder. Buna göre, tutmayı ele alan iç hukuk düzenlemelerinin belirli bir yasal kesinlik içermesi, örneğin sınırlı sayı ilkesiyle tutma nedenlerini, tutmanın şeklini ve süresini ve tutmaya karşı

⁵⁰ **HRC**, CCPR/C/GC/35, para. 1.

⁵¹ **Edwards, A.**: “Back to Basics: The Right to Liberty and Security of Person and ‘Alternatives to Detention’ of Refugees, Asylum-Seekers, Stateless Persons and Other Migrants”, Legal and Protection Policy Research Series, UNHCR Division of International Protection, PPLA/2011/01.Rev.1, 2011, s. 19.

başvurulabilecek hukuki yolları belirtmesi ve ayrıca keyfî bir tutma olmadığına delalet edecek şekilde “makullük”, “gereklilik” ve “orantılılık” değerlendirmesini yapmayı sağlayan kurallardan oluşması gerekir⁵². Makullük, gereklilik ve orantılılık unsurlarını karşılamayan her tutma, Madde 9'a aykırılık sonucunu doğuracaktır. Bu kavramların içeriği hakkında Uygulama İlkelerinde daha ayrıntılı bilgilere yer verilecektir. Keyfî tutma yasağı, aynı zamanda ayrımcılık yasağını da içine alır. MSHS'nin 2. maddesine göre, sözleşmede kabul edilen haklar tüm kişilere eşit olarak ve ayrımcılık yapılmaksızın uygulanacaktır. Dolayısıyla taraf devletler, özgürlük ve güvenlik hakkıyla ilgili karar ve eylemlerinde, kişilerin ırkı, cinsiyeti, dini, siyasi görüşü gibi özelliklerine dayanarak işlem yapamazlar. Bir kişinin yalnızca yabancı olması da, Madde 9 anlamındaki özgürlük ve güvenlik hakkı kısıtlamalarında vatandaşlara uygulanandan daha farklı uygulamalara girişilmesine haklı sebep oluşturmaz.

Keyfî ve kanunun tayin ettiği sebeplere ve usule aykırı tutmama ilkesini getiren MSHS'nin aksine AİHS'nin 5. maddesi, özgürlük kısıtlamalarının hangi hâllerde hukuka uygun olacağını sınırlı sayı ilkesiyle ortaya koymuştur. Zira 5. maddenin 1. fıkrasına göre, fıkranın bentlerinde belirtilen hâller dışında ve yasanın öngördüğü usule uygun olmaksızın hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz. Bir başka anlatımla, AİHS'e göre kişi özgürlüğü ancak 5. maddenin 1. fıkrasında “a”dan “f”ye kadar sıralanan şu altı hâlde sınırlanabilir: bir mahkeme tarafından hakkında mahkûmiyet kararı verilen kişinin tutulması, kişinin bir karara veya yükümlülüğe uymasını sağlamak amacıyla tutulması, bir kişinin mahkeme önüne çıkarılması amacıyla tutulması, bir küçüğün gözetim ve eğitim amacıyla tutulması, hastalık nedeniyle tutulma ve son olarak yabancıların tutulması. Bu bentlerde yer almayan bir amaçla gerçekleştirilecek her özgürlük kısıtlaması, AİHS'e aykırılık sonucunu doğurur. Sözleşme böylece, keyfî özgürlük

⁵² **Cornelisse**, s. 252-253; **Edwards**, s. 20.

kısıtlamalarının katı bir şekilde önüne geçmek istemiştir. Dolayısıyla maddede öngörülmüş olan kısıtlama sebepleri, dar yorum ilkesiyle yorumlanmalıdır⁵³.

Avrupa Konseyine üye devletlerin kişinin korunması ve insan haklarının teşvik edilmesine ilişkin yükümlülükleri, üye devlet vatandaşlarıyla sınırlı değildir⁵⁴. AİHS'nin, üye devletlerin yargı yetkisine giren herkese uygulanması AİHS'nin amaçlarından biridir. Bu nedenle AİHS'nin tüm maddeleri bir üye devlet topraklarında bulunan yabancılar hakkında da tam etkiye sahiptir. Bu nedenle özgürlük hakkı kısıtlamalarına ilişkin Madde 5'in 1. fıkrasındaki (b) ve (f) bentlerinde yer alan kısıtlama sebepleri, sığınmacıların idari gözetimi konusunda uygulama alanına sahiptir⁵⁵.

Sığınmacıların idari gözetimi konusunda uygulama alanına sahip olan bu bentlerden (b), yasanın öngördüğü bir yükümlülüğün uygulanmasını sağlamak amacıyla kişilerin yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulmasına izin vermektedir. Sığınmacılarla ilgili olarak bu bent, sığınmacının kimliğin doğrulanması veya diğer başka bir yükümlülüğe ilişkin olarak kanunda bir yükümlülük öngörülmüş olması ve ayrıca yasanın bu kişinin gözetim altına alınmasına izin vermesi hâllerinde uygulama alanı bulabilir⁵⁶. AİHS'nin 5(1). maddesinin (f) bendi ise, kişinin özgürlük ve güvenlik

⁵³ AİHM'in Madde 5(1)'in (a) ve (f) bentleri arasında sınırlı sayıda belirtilen tutma sebeplerinin dar yorumlanması gerektiğine ilişkin kararları için bkz. **Harris/O'Boyle/Bates/Buckley**, s. 292; **Mole/Meredith**, s. 143.

⁵⁴ **CoE Commissioner for Human Rights: Criminalisation of Migration in Europe: Human Rights Implications** ("Criminalisation of Migration in Europe"), 2009, s. 39-40.

⁵⁵ **CoE - Committee of Ministers**, Rec(2003)5, s. 1.

⁵⁶ **Mole/Meredith**, s. 144.

hakkının sınırlandırılmasında yalnızca vatandaş olmayanlar için uygulama alanına sahiptir. Söz konusu (f) bendi, özgürlük hakkının yabancılar hakkında istisnai olarak kısıtlanmasının “*Kişinin, usulüne aykırı surette ülke topraklarına girmekten alıkonması veya hakkında derdest bir sınır dışı ya da iade işleminin olması nedeniyle yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması.*” hâlinde meşru kabul eder. AİHM, sığınmacıların özgürlüklerinin kısıtlanmasıyla ilgili önüne gelen başvurularda, özgürlük kısıtlamasının “f” bendinde yer alan hukuka uygunluk sebebine uygun olup olmadığını denetlemektedir. Mahkeme, sığınmacılar özelinde yaptığı bu incelemelerde, sığınmacının özgürlüğünün “usulüne aykırı surette ülke topraklarına girmekten alıkonması” nedenine bağlı olarak kısıtlanmasının hukuka uygunluğunu inceler. AİHS m. 5(1)'in ifadesine göre, bu hukuka uygunluk sebebinin var olduğu hâllerde başvuru özgürlük kısıtlamasının AİHS'e uygun olması için, bu sebebin ve buna ilişkin usullerin ayrıca, ilgili taraf devletin iç hukukunda yasayla öngörülmüş olması gerektiği gibi, hukuk devleti ilkesine de uygun olması gerekir⁵⁷. Bunun anlamı, kişi özgürlüğünün kısıtlanmasını düzenleyen bir iç hukuk düzenlemesinin, keyfi olarak uygulanma riskini taşımayacak kadar açık olmasının gerekmesidir⁵⁸.

MSHS'nin 9. maddesi ile AİHS'nin 5. maddesi, özgürlük hakkının kısıtlanması hâlinde gereken usuli güvenceleri de kapsamına almaktadır. Buna göre yakalanan her kişiye yakalanma nedenlerinin ve kendisine yöneltilen her türlü suçlamanın, derhâl veya en kısa sürede ve anladığı bir dilde bildirilmesi zorunlu olduğu gibi özgürlüğünden yoksun kılınan herkes tutulma işleminin yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içerisinde karar verilmesi ve eğer tutulma yasaya aykırı ise serbest bırakılması için mahkemeye başvurma hakkına ve hukuka aykırı olarak tutulma nedeniyle tazminat

⁵⁷ **Amuur v. France**, para. 50.

⁵⁸ **Mole/Meredith**, s. 152.

hakkına sahiptir. Her iki düzenleme de suç işlediği şüphesiyle kişi özgürlüğü kısıtlanan kişilerin derhâl bir yargıç önüne çıkarılması ilkesini kabul etmesine rağmen, diğer özgürlük kısıtlamaları için yargı incelemesini kişinin talebine bağlı tutmuştur⁵⁹.

B. Seyahat ve Yerleşme Özgürlüğü

1. Hakkın Mahiyeti

Seyahat ve yerleşme özgürlüğü, kişinin kendini özgürce geliştirme hakkının ayrılmaz bir parçasıdır⁶⁰. Bu özgürlük, bir ülke toprakları üzerinde serbestçe hareket edebilmeyi ve kendi ikametini seçebilmeyi ifade eder. Bu hakka yönelik kısıtlamalar, kişinin bedensel olarak kısıtlanmasından ziyade, hareket kabiliyetinin kısıtlanmasından ibarettir. Bu bakımdan kişi özgürlüğü kısıtlamasına nazaran daha hafiftir. Her iki hak kısıtlamasının aynı anda gerçekleşmesi de mümkün olabilir. Örneğin, bir kimsenin rızası olmaksızın bir yerden bir yere götürülmesi bu kapsamdadır⁶¹.

Seyahat ve yerleşme özgürlüğünün bir görünüş şekli de, sığınma arama hakkının etkin olarak kullanımı bakımından büyük öneme sahip olan kişinin kendi ülkesi de dahil herhangi bir ülkeyi terk hakkıdır. Bu hakkın ilk temellerinin Magna Carta ile birlikte atıldığı ve günümüzde kişinin kendi kaderini tayin (*self-determination*) hakkının en üst noktası olduğu ifade edilmektedir⁶². Bir kimsenin kendi ülkesi de dahil herhangi bir ülkeyi terk hakkı, ilk olarak İHEB'de düzenlenmiştir. İHEB m.14'ün ikinci paragrafına

⁵⁹ **HRC**, CCPR/C/GC/35, para. 46.

⁶⁰ **HRC**: CCPR General Comment No: 27 Article 12 (Freedom of Movement), (“CCPR/C/21/Rev.1/Add.9”), 2 November 1999, <https://www.refworld.org/docid/45139c394.html> (E.T. 13/2/2019), para. 1.

⁶¹ **HRC**, CCPR/C/GC/35, para. 60.

⁶² **Cornelisse**, s. 137-138.

göre, herkes kendi ülkesi de dahil olmak üzere, herhangi bir ülkeden ayrılmak ve ülkesine yeniden dönmek hakkına sahiptir. Kişinin herhangi bir ülkeyi terk hakkı, daha sonraki tarihlerde başta MSHS'nin 12. maddesi ve AİHS'nin 4 numaralı Protokolünün 2. maddesi olmak üzere diğer insan hakları kodifikasyonlarında da düzenlenmiştir.

2. Hakkın Sınırlandırılması

Seyahat ve yerleşme özgürlüğünü düzenleyen Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 12. maddesinin ilk paragrafına ve AİHS'nin 4 no.lu Protokolünün 2. maddesine göre, yasal olarak bir devletin ülkesinde bulunan herkes, o ülke içinde özgürce hareket etme hakkına ve ikametgahını seçme; ikinci paragrafına göre de herkes, kendi ülkesi dahil, herhangi bir ülkeyi terk etme özgürlüğüne sahiptir. Böylece seyahat ve yerleşme özgürlüğü hakkı, aşağıda incelenecek olan Cenevre Sözleşmesi'nin 26. maddesine paralel olarak, yalnızca ülkede yasal olarak bulunan kişiler için tanınmıştır. Vatandaşlar ülkede her zaman yasal olarak bulunuyor sayılır. Bir yabancıнын ülkede yasal olarak bulunup bulunmadığının tespitinde ise, o ülkenin yasal olarak bulunmayı düzenleyen iç hukuk kurallarına bakılmalıdır. İnsan Hakları Komitesine göre bu konudaki iç hukuk düzenlemeleri, yabancıların ülkeye girişine ve ülkede yasal olarak bulunmalarına sınırlamalar getirebilir fakat bu sınırlamalar devletin uluslararası yükümlülüklerine uygun olmalıdır⁶³. Ayrıca, bir yabancı ülke topraklarına yasal olmayan yollarla girdikten sonra durumunun düzenli hâle getirilmesi de, ülkede yasal olarak bulunduğu yönünde yorumlanmalıdır⁶⁴. Hathaway, Cenevre Sözleşmesi'nin 26. maddesinin yorumunda yasal olarak bulunma hâlinin, sığınmacının sığınma ülkesi topraklarına belirli bir zaman için kabul edilmiş olması, henüz kesin olarak

⁶³ **HRC**, CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, para. 4.

⁶⁴ **a.g.e.**, para. 4.

kararlaştırılmış olmamakla birlikte mülteci statüsüne başvurması ile *prima facie* veya geçici koruma rejimlerine dahil edilmesi hâllerinde gerçekleştiğini ortaya koyar⁶⁵. Bu çerçevede, henüz mülteci statüsü almamış olmakla birlikte sığınma başvurusunda bulunmuş veya geçici koruma altına alınmış sığınmacılar, ülkede yasal olarak bulunduklarından bu kişilerin hareketlerine getirilecek sınırlamalar, özgürlük ve güvenlik hakkının yanı sıra seyahat ve yerleşme özgürlüğüne ilişkin sınırlama sebepleri kapsamında değerlendirilmelidir. Zira, her ne kadar idari gözetim bir kişi özgürlüğü kısıtlaması olsa da, daha hafif bir hak kısıtlaması olan yerleşim ve seyahat özgürlüğü kısıtlamasının tabi olduğu şartlar, evleviyetle idari gözetim için de uygulanmalıdır⁶⁶. Sığınmacının henüz yasal statüye sahip olmadığı, yani ülkede düzensiz olarak bulunduğu hâllerde uygulanacak özgürlük kısıtlamalarında ise, Cenevre Sözleşmesi'nin 31. maddesi hükümlerinin yanı sıra, kişi özgürlüğü ve güvenliğine ilişkin uluslararası sözleşme hükümleri uygulanmalıdır⁶⁷.

MSHS düzenlemesine göre devletler, kişilerin yerleşme ve seyahat özgürlüğüne, ulusal güvenliği, kamu düzenini, kamu sağlığını ya da genel ahlakı veya başkalarının hak ve özgürlüklerini korumak üzere yasalarla konmuş ve sözleşmede tanınan diğer haklarla uyumlu olanlar dışında sınırlama getiremez. AİHS düzenlemesine göre ise anılan bu sebeplerin yanı sıra suç işlenmesini önlemek de bir kısıtlama sebebi olarak sayılmıştır. Bir devlet topraklarında yasal olarak bulunan bir kişinin yerleşme ve seyahat özgürlüğüne veya bir kişinin bir ülkeyi terk özgürlüğüne getirilecek sınırlamalar, istisnai karakterli

⁶⁵ **Hathaway**, s. 173 vd.

⁶⁶ **O'nions, H:** Exposing Flaws in the Detention of Asylum Seekers: A Critique of *Saadi*, ("Critique of *Saadi*"), Nottingham Law Journal, S. 34, 2008, s. 40.

⁶⁷ **Edwards**, s. 15.

olup hiçbir şekilde hakkın özüne dokunulması sonucunu doğurmamalıdır⁶⁸. Öncelikle devletin, seyahat ve yerleşme özgürlüğünü kısıtlamakta bir amacı olmalıdır, ki bunlar sınırlı sayıda sayılmıştır. Bunlar dışında bir amaçla gerçekleştirilecek hareket kısıtlaması, sözleşmeye aykırılık oluşturacaktır. İkinci olarak, getirilen hareket kısıtlamasının, yasalarla önceden ortaya konmuş olması gerekir. Bu ikinci şart, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının kanuna uygun olarak sınırlanması ölçütüyle paralellik taşıdığından, oradaki açıklamalarımız seyahat ve yerleşme özgürlüğü bakımından da geçerlidir. Son olarak, taraf devletlerce gerçekleştirilecek hareket kısıtlamasının, sözleşmede tanınan diğer haklarla uyumlu olması gereklidir. Örneğin ayrımcılık yasağına aykırı bir hareket kısıtlamasında bulunulmamalıdır. Seyahat ve yerleşme özgürlüğüne getirilen hareket kısıtlamasının orantılılık değerlendirmesinden geçirilmesi gerekir⁶⁹.

⁶⁸ **HRC**, CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, para.13.

⁶⁹ **Edwards**, s. 44.

§2. İDARİ GÖZETİM VE MÜLTECİ HUKUKU İLİŞKİSİ

I. SİĞINMA HAKKI VE MÜLTECİ HUKUKU

A. Sığınma Hakkının Niteliği

1. Bir Temel Hak Olarak Sığınma Aramak ve Sığınma İmkânlarından Faydalanmak

Bir hukuki kavram olarak sığınma aramak, uluslararası hukukta kavramsal olarak tanımlanmamış olmakla birlikte, kişinin vatandaşı olmadığı bir başka devlet topraklarına gelerek o devletten koruma talep etmesi olarak ifade edilebilir. Kişiyi korumak, vatandaşlık bağıyla bağlı oldukları devletin bir yükümlülüğü ise de, devlet temel hakları önemli düzeyde ihlal edilen bir vatandaşı korumak istemez veya koruyamazsa, ilgili kişiler ülkelerini terk ederek bir başka ülkenin korumasından yararlanmak isteyebilir. İşte bu hâlde uluslararası hukuk devletlerden, bu kişileri yaşamlarının ve hayatlarının tehlike altında olacağı ülkeye göndermeme ve ayrıca durumları hakkında bir çözüm bulununcaya dek sığınmak için geldikleri ülkede geçici bir süre için kalmaları, bir başka anlatımla sığınma ülkesinde korunmaları imkânını sağlamalarını istemektedir.

İnsan hakları hukukunda bir insan hakkı olarak sığınma aramak, İkinci Dünya Savaşı sırasında yaşanan büyük insani krizin etkisiyle, sığınmacı ve mültecilerin korunmasına yönelik uluslararası standartların ortaya konması amaçlanarak ilk kez BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ile hukuki düzenleme bulmuştur. 20. yüzyılın başına kadar ise sığınma aramak, yalnızca bir sosyolojik gerçeklik olarak, savaş, çatışma ve zulüm tehdidinden kaçanların başka ülkelere sığınması ve bu ülkelere insancıl veya dinsel amaçlarla kabul edilmesi pratiğinde temelini bulmuştur⁷⁰. Bunun yanında, Birinci Dünya Savaşı'nın son bulmasıyla tüm dünyada yerinden edilmiş kişilerin hak ve statülerinin

⁷⁰ Çiçekli, s. 222.

korunması için Milletler Cemiyeti ve Milletler Cemiyeti tarafından atanan Mülteciler Yüksek Komiserleri Fridtjof Nansen ve halefi James McDonald'ın bireysel çabaları da, sığınma arama hakkının daha ileride bir insan hakkı olarak tanınmasında oldukça önemli rol oynamıştır.

Sığınma kurumu, doğrudan 10 Aralık 1948 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun 217 A(III) sayılı kararıyla kabul edilen BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi⁷¹'nin 14. maddesinde ifade edilen sığınma arama ve sığınma olanaklarından yararlanma hakkından ileri gelmektedir⁷². İki fıkradan oluşan 14. maddenin ilk fıkrası, herkesin zulüm altında başka ülkelerde sığınma arama ve sığınmadan yararlanma hakkı olduğundan bahsetmektedir. İkinci fıkrasında ise gerçekten siyasal nitelik taşımayan suçlardan veya Birleşmiş Milletlerin amaç ve ilkelerine aykırı eylemlerden doğan kovuşturma durumunda sığınma arama hakkından yararlanılamayacağı dile getirilmektedir. Herkesin zulüm altında başka ülkelere sığınma arama ve sığınma olanaklarından yararlanma hakkı olduğu İHEB m. 14'le kabul edildiğinden başka

⁷¹ R.G.: T. 27/5/1949, S. 7217. Bir uluslararası anlaşma olmamasına rağmen İHEB, 6 Nisan 1949 tarih ve 9119 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile Resmî Gazetede yayımlanması, yayımından sonra okullarda okutulması, yorumlanması ve hakkında radyo ve gazetelerde gerekli yayınlarda bulunulması kararlaştırılarak Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

⁷² **UNHCR, ExCom:** Safeguarding Asylum No. 82 (XLVIII) - 1997, 17 October 1997, (“No. 82 (XLVIII) – 1997”), <https://www.refworld.org/docid/3ae68c958.html> (E.T. 14/2/2019), para. (b). Bu hak, “sığınma aramak ve bundan yararlanmak” olarak da Türkçeye çevrilmektedir. Bkz. **Özkan, I.:** Göç, İltica ve Sığınma Hukuku, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, 2017, Ankara, s. 59.

lkelerden sığınma aramanın hukuka aykırı bir eylem olmadığı açıktır⁷³.

İHEB m. 14, sığınma arama hakkına iki yönden sınırlama getirmiştir⁷⁴. İlk olarak, İHEB’de sığınma arama hakkı, kişinin başvurabileceği bir hak olarak tanımlanmış, fakat sığınmanın devlet tarafından kişiye verilmesinden bahsedilmemiştir⁷⁵. Böylece bu hak, hak sahibi yönünden tek taraflı olarak tanınmıştır. İkinci olarak, İHEB m. 14 ile kişilere sığınma verilmesi konusunda devletlere herhangi bir hukuki yükümlülük yüklenmemiştir. Bu nedenle, uluslararası insan hakları hukukunda kişinin vatandaşı olmadığı bir ülke tarafından kendisine sığınma tanınması hakkına sahip olmadığı açıktır⁷⁶. Zira günümüzde

⁷³ **UNHCR**, 2012 Detention Guidelines, para. 11, s. 12.

⁷⁴ **Sinha, S. P.:** Asylum and International Law, Martinus Nijhoff Publishers, Hague, 1971, s. 90; **zkan**, s. 124.

⁷⁵ Aralık 1947’de toplanan İnsan Hakları Komisyonu, sığınma hakkını düzenleyen madde taslağını şu şekilde oluşturmuştur: “Herkesin zulüm altında sığınma arama ve sığınma verilme hakkı bulunmaktadır. Bu hak, suçlulara veya BM ilke ve amaçlarına aykırı eylemlerde bulunmuş olanlara tanınmaz”. Maddenin ikinci taslağı ise şu şekildeydi: “Herkesin zulüm altında başka ülkelere sığınma ve sığınma verilme hakkı bulunmaktadır. Gerçekten siyasi olmayan suçlardan dolayı yapılan veya Birleşmiş Milletler amaç ve ilkelerine aykırı eylemlerden doğan kovuşturmalar, zulüm teşkil etmez.”. İkinci taslağın Ekonomik ve Sosyal Konsey’e sunulmasıyla, bir kimsenin sığınma talep edip edemeyeceğı tartışmalara yol açmış ve sonuç olarak ilgili kısım çıkarılarak maddeye bugünkü hâli verilmiştir. (**Sinha**, s. 93.)

⁷⁶ **Boed, R.:** “The State of the Right of Asylum in International Law”, Duke Journal of Comparative and International Law, S. 5(1), 1994, para. 8-9; **O’nions, H.:** “No Right to Liberty: The Detention of Asylum Seekers for Administrative

devletler, kişiye sığınma tanıyıp tanımamanın takdirini kendi egemenlik yetkileri içerisinde görmektedir. Bunun sonucuna göre, kişi sığınma arama hakkına sahip olmakla birlikte, sığınmadan yararlanma hakkını ancak sığınma aradığı devlet kendisine sığınma tanıma takdirinde bulunursa kullanabilir.

İHEB'in bağlayıcılığı konusuna da ayrıca değinilmelidir. Hukuki statüsü Birleşmiş Milletler Genel Kurulu kararına dayanan İHEB, teknik olarak bir tavsiye kararı olup hukuki bağlayıcılığı bulunmamaktadır⁷⁷. Sığınma arama hakkına, ona hukuki bağlayıcılık sağlayabilecek bir başka hukuk kaynağında da yer verilmemiştir. Örneğin, 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve 1966 tarihli BM Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme gibi insan hakları hukukunun temel düzenleyici metinlerinde dahi sığınma arama hakkına yer verilmemiştir⁷⁸. Bu durumun, sığınma

Convenience”, (“Detention for Administrative Convenience”), European Journal of Migration and Law, S. 149, 2008, s. 155.

⁷⁷ **Gözler, K.:** İnsan Hakları Hukuku (“İnsan Hakları”), Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2. Baskı, Bursa, Ekim 2018, s. 108-109.

⁷⁸ Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi görüşmeleri sırasında Yugoslavya delegesinin sığınma hakkının eklenmesi yönünde görüş bildirdiği, fakat pek çok delegenin sığınma hakkının temel insan haklarından olmadığı ve sığınma hakkından yararlanacak kişilerin sınıflandırılmasında görüş birliği bulunmadığı düşüncesinde olması gerekçesiyle teklifin reddedildiği rapor edilmiştir. (**Wallace**, s. 149.) Bununla birlikte, bazı bölgesel insan hakları metinlerinde sığınma hakkına ayrıca yer verildiği görülmektedir. Örneğin, 1969 tarihli Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 22(7). maddesi, 1993 tarihli Viyana İnsan Hakları ve Eylem Programı Bildirisi ve Asya-Afrika Hukuki Danışma Örgütü tarafından 1966 yılında yayınlanan Mülteci Statüsü ve Muamelelerine İlişkin Bangkok İlkeleri bunlardan

arama hakkına devletlerce yeterli hukuki önemin verilmemiş olmasından ileri geldiği söylenebilir⁷⁹. Fakat sığınma arama hakkının içeriğini ve getirdiği hak ve yükümlülükleri anlayabilmek için, hem uluslararası mülteci hukukunu hem de uluslararası insan hakları hukukunu bir arada değerlendirmek gerekir⁸⁰. Zira, devletler nezdinde hukuki bağlayıcılığı olan uluslararası sözleşmelerde düzenlenen kimi haklar, sığınma arama hakkını tamamlayıcı ve güçlendirici niteliktedir. Günümüzde sığınma arama hakkı, sığınma arama hakkının kullanımına yönelik durum ve uyuşmazlıklarda, başta yaşam hakkı, işkence yasağı, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ve seyahat ve yerleşme özgürlüğü olmak üzere, bahsi geçen temel insan hakları metinlerinde yer alan haklar çerçevesinde değerlendirilmektedir. Sığınmacı ve mültecilerin haklarının ayrıntılı olarak düzenlenmesi ihtiyacına ilişkin boşluğu doldurma rolü ise uluslararası mülteci hukukunun mihenk taşı olan Cenevre Sözleşmesi'ne düşmüştür.

Cenevre Sözleşmesi'nin herhangi bir maddesinde de, ne sığınma kavramından ne de sığınma hakkından bahsedilmektedir. Fakat Cenevre Sözleşmesi'nin başlangıç hükümlerinde, sığınma hakkının ilk kez ifade bulduğu İHEB'e ve devletlerin sığınma hakkını tanımasının önemine değinilerek dolaylı da olsa sığınma kavramına ve sığınma hakkına yer verdiği söylenmelidir. Ayrıca Cenevre Sözleşmesi'nin başlangıç hükümlerinde, İHEB m. 14'ün bir adım ötesine geçilerek, “sığınma hakkını tanımak” ifadesinin kullanılmış olması dikkat çekicidir. Nihai olarak, sığınma kavramının önem kazanması ve uluslararası hukukta daha geniş kapsamlı bir yer elde etmesi, uluslararası mülteci hukukunun mihenk taşı olarak görülen Cenevre Sözleşmesi'nin kabulü sayesinde

bazılarıdır.

⁷⁹ **Sinha**, s. 91.

⁸⁰ **O'Nions**, Detention for Administrative Convenience, s. 155.

olmuştur⁸¹.

Teorik olarak sığınma arama hakkı, bireyin yaşam ve özgürlük hakkı ile devletin egemenlik yetkisini karşı karşıya getirmektedir. Zira, devlet ülke topraklarına kimin girip kimin giremeyeceğine karar vermek konusunda mutlak bir hakka sahiptir. Devletin bu mutlak yetkisine, sığınma hakkının düzenlendiği veya sığınma hakkının yorumlandığı çeşitli uluslararası metinlerde de açıkça değinilmiştir⁸². Uluslararası insan hakları hukuku kişilere yalnızca sığınma arama ve sığınma olanaklarından yararlanma hakkı tanımakla yetinmiş, sığınma hakkını devletin egemenlik yetkisi ile dengede tutmayı amaçlayarak devletlere bu konuda bir sorumluluk yüklememiştir. 1951 Cenevre Sözleşmesi'nde de böyle bir yükümlülüğe yer verilmemiştir. Bununla birlikte sığınma arama hakkını bir insan hakkı olarak tanımlayarak bu konuda devletlere bir negatif yükümlülük yüklemiştir. Günümüz uluslararası hukukuna göre devletler, aşağıda inceleneceği gibi kişinin sığınma arama hakkına engel olacak şekilde müdahalede bulunamaz⁸³. Devletlerin sığınma hakkına saygı göstermesi bir ilke olarak kabul edilmiştir⁸⁴.

⁸¹ **Wallace**, s. 146.

⁸² Devletin egemenlik yetkisi, İHEB m. 14'ün kabul edilen son taslağının kaleme alınış biçiminde kendini hissettirdiği gibi ayrıca onu takip eden 1951 Cenevre Sözleşmesi ve 1967 tarihli Ülkesel Sığınma Hakkında BM Bildirisi'nde bu yetki sığınma hakkı ile karşılaştırmalı olarak ele alınmıştır. Bu hususa aşağıda kısaca değinilmiştir.

⁸³ **Goodwin-Gill, G. S./McAdam, J.:** The Refugee in International Law, Oxford University Press, 3rd Edition, 2007, New York, s. 358.

⁸⁴ **UNHCR**, 2012 Detention Guidelines, para. 11, s. 12.

2. Sığınma Arama Hakkının Ülkeyi Terk Hakkı ve Geri Gönderme Yasağı ile İlişkisi

Sığınma arama hakkı, kişinin bir ülkeyi terk hakkı ve zulme uğrayabileceği bir ülkeye geri gönderilmeme (*non-refoulement*) ilkesi ile iç içe bulunmaktadır. Bir başka deyişle, günümüzde sığınma arama hakkının tek başına bir anlam ifade etmediği, fakat etkin olarak kullanılmasının anılan bu iki hakla birlikte mümkün olduğu söylenebilir⁸⁵. Kişinin zulüm gördüğü ülkeyi terk hakkının içeriği ve sınırlanmasına ilişkin ilkeler, seyahat ve yerleşme özgürlüğü başlığı altında incelenmişti. Burada kısaca geri göndermeme (*non-refoulement*) ilkesinden bahsetmekle yetineceğiz.

Geri göndermeme ilkesi, kişiyi zulüm göreceği ülkeye geri gönderme yasağını ifade etmekte olup bu konuda Cenevre Sözleşmesi'nin 33. maddesi ile bu sözleşmeye taraf devletlere yükümlülük getirilmiştir. Buna göre, *“Hiçbir taraf devlet, bir mülteciyi, ırkı, dini, tabiiyeti, belirli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayatı ya da özgürlüğünün tehdit altında olacağı ülkelerin sınırlarına, her ne şekilde olursa olsun geri göndermeyecek veya iade (“refouler”) etmeyecektir.”*. Geri göndermeme ilkesi aynı zamanda, 1975 tarihli BM İşkencenin Önlenmesine Dair Sözleşme⁸⁶'nin 3. maddesi ile de açıkça yasaklanmıştır. MSHS'nin 7. maddesinde bahsedilen işkence ve zalimane muamele yasağı da yine dolaylı olarak geri göndermeme ilkesini kapsamına almaktadır. AİHS'nin işkence ve kötü muamele yasağını düzenleyen 3. maddesi de AİHM tarafından geri gönderme yasağını içine alacak şekilde yorumlanmakta ve uygulanmaktadır⁸⁷. Hem mülteci hukuku hem de insan hakları

⁸⁵ Wallace, s. 156

⁸⁶ R.G.: T. 10/8/1988, S. 19895.

⁸⁷ Bkz. *Soering v. The United Kingdom*, 1/1989/161/217 , CoE: ECtHR, 7 July 1989;

hukukuna ilişkin bölgesel düzeyde kabul edilmiş diğer antlaşmalarda da geri gönderme yasağına yer verilmiştir⁸⁸. Görüldüğü gibi uluslararası toplumun ezici çoğunluğu, evrensel veya bölgesel uluslararası antlaşmalar vasıtasıyla geri göndermeme yükümlülüğü ile bağlıdır. Geri göndermeme ilkesinin, uluslararası sözleşme yükümlülüklerinden doğan devlet uygulamaları ve UNHCR'in savunuculuğuyla uluslararası teamül hukukunun bir parçası hâline geldiği, bugün genel çoğunluk tarafından kabul edilmektedir⁸⁹. Bu, Cenevre Sözleşmesi'ne taraf olmayan veya Türkiye gibi Cenevre Sözleşmesi'ni coğrafi kısıtlamayla kabul eden devletlerin de geri göndermeme ilkesi ile bağlı oldukları anlamına gelmektedir.

Geri gönderme yasağı, kişinin hayatının ya da özgürlüğünün tehdit altında olduğu bir devlete gönderilmesi söz konusu olduğunda iki temel durumu yasaklar: (i) hâlihazırda ülke topraklarında olan bir kişinin gönderilmesi (sınır dışı veya iade edilmesi) (ii) sınırda ülke topraklarına girme izni verilmemesi (sınırdan geri çevrilmesi). Bu kapsamda, yalnız sınır kapılarından geri çevirme değil, transit alanlar ve açık denizlerde geri çevirme de sınırdan geri çevirme kapsamında yorumlanarak devletin sorumluluğunu gündeme getirebilir⁹⁰. Yasak, “her ne şekilde olursa olsun” ifadesini içerdiğinden, başvuru geri

Chahal v. The United Kingdom, 70/1995/576/662, CoE: ECtHR, 15 November 1996.

⁸⁸ Bkz. 1969 ABÖ Mülteci Sözleşmesi m. 2(3), 1969 Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi m. 22(8), 1984 Cartagena Bildirisi Bölüm III para. 5.

⁸⁹ Geri gönderme yasağının uluslararası teamül hukuku karakterinin ayrıntılı bir analizi için bkz. **Sir Lauterpacht, E./Bethlehem, D.:** “The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement”, Opinion for UNHCR, 2001, para. 196 vd.

⁹⁰ **Goodwin-Gill**, *Interception at Sea*, s. 444 vd.; **Sir Lauterpacht/Bethlehem**, para. 83. Ayrıca bkz. ***Amuur v. France***, ***Hirsi Jamaa and Others v. Italy***, ***M.S.S. v.***

gönderme eyleminin niteliği önem taşımaz⁹¹.

Geri gönderme yasağının uygulaması, kişinin resmî olarak mülteci olarak tanınmış olup olmamasından bağımsız bir uygulamaya sahip olduğundan sığınmacıları da kapsamına alır⁹². Zira yasağın uygulanması, zorunlu olarak kişinin mültecilik iddialarının esas değerlendirmesine tabi tutulmasını gerektirir⁹³. UNHCR İcra Komitesi⁹⁴ de sığınma kurumuna en yüksek düzeyde saygı gösterilmesi ihtiyacının altını çizerek geri göndermeme ilkesi kapsamında sığınmacıların sınırdan geri çevrilmeyerek ülkeye kabullerinin ve statü belirleme usullerine erişimlerinin sağlanması gerekliliğine vurgu

Belgium and Greece, 30696/09, CoE: ECtHR, 21 January 2011.

⁹¹ **Sir Lauterpacht/Bethlehem**, para 69.

⁹² **UNHCR, ExCom**: General Conclusion on International Protection No. 79 (XLVII) - 1996, 11 October 1996, <https://www.refworld.org/docid/3ae68c430.html> (E.T. 14/2/2019), para. (j); **UNHCR, ExCom**: General Conclusion on International Protection 81 (XLVIII) - 1997, 17 October 1997, <https://www.refworld.org/docid/3ae68c690.html> (E.T. 14/2/2019), para (i); **UN, General Assembly**: Report of the UNHCR, A/RES/52/103, 9 February 1998, <https://www.refworld.org/docid/3b00f32b17.html> (E.T. 14/2/2019), para. 5.

⁹³ **Goodwin-Gill**, Article 31, s. 187.

⁹⁴ UNHCR İcra Komitesi (Executive Committee veya kısa adıyla ExCom) UNHCR'a görevlerinin icrasında danışmanlık eder. UNHCR İcra Komitesi tarafından yapılan yıllık toplantılar sonucu alınan kararlar, aynı zamanda *soft law* sıfatıyla uluslararası mülteci hukukunun bir parçasını oluşturur. Bu kararlar, Cenevre Sözleşmesi'nde yer alan temel ilkeleri yansıtmalarının yanı sıra özellikli bazı konularda yol göstericilik sağlar. İcra Komitesi Kararları, mültecilerin korunması konusuyla alakadar olan 50'den fazla ülke temsilcisinin katılımı ve oybirliğiyle alınmaktadır.

yapmıştır⁹⁵.

Geri gönderme yasağının sığınma arama hakkı ile ilişkisi yorumlanırken, BM Genel Kurulu tarafından 1967 yılında oybirliğiyle kabul edilen Ülkesel Sığınma Bildirisi başvurulması gereken önemli bir kaynaktır. Anılan bildiride bir yandan devletlerin sığınma tanıma konusundaki egemenlik yetkisine vurgu yapılırken bir yandan da devletlerin sığınma uygulamalarını bildiride beyan edilen ilkelere uygun olarak şekillendirmesi gerekliliğinden bahsedilmektedir⁹⁶. Bildiri'nin 1. maddesinde, “devletin egemenlik yetkisini icra ederek İHEB m. 14'e başvurma hakkına sahip olan kişilere sığınma tanınması” ifadesi kullanılmaktadır. Bildiri'nin 3. maddesi ise devletlerin, sığınmacıları sınırdan geri çevirmesini veya sınırı hâlihazırda geçtiyse de zulme maruz kalabilecekleri bir devlete iade etmesini ve sığınmacıların zorla geri gönderilmesini yasaklamaktadır⁹⁷. Görüldüğü gibi, burada da sığınma hakkının kullanımı devletlerin egemenlik yetkisi çerçevesinde değerlendirilmekteyse de, devletin bu konudaki takdir hakkının sınırını geri göndermeme ilkesinin oluşturduğu vurgulanmaktadır.

Sonuç olarak uluslararası hukuka göre devletler, sığınmacıyı zulme uğrayacağı bir ülkeye geri göndermeme, sınırdan geri çevirmeme ve sığınmacıya geçici olarak sığınma tanıma yükümlülükleri ile bağlı olup⁹⁸ kişinin sığınma arama hakkına engel olmama ve ona saygı gösterme ödevi altında bulunmaktadır. Buradan hareketle, devletlerin kişinin

⁹⁵ **UNHCR, ExCom**, No. 82 (XLVIII) – 1997, para. (d).

⁹⁶ **Goodwin-Gill/McAdam**, s. 363.

⁹⁷ Bu yasağa yine aynı maddede, ulusal güvenliğin daha ağır basması veya kitlesel akın hâllerinde topluluğun korunması hâlleri için olmak üzere iki istisna getirilmiştir.

⁹⁸ **Goodwin-Gill/McAdam**, s. 49; **Sir Lauterpacht/Bethlehem**, para 76

sığınma hakkına saygı göstermesi gerekliliğinin, biri negatif diğeri pozitif olmak üzere iki anlamı olduğu söylenebilir. Bunlardan negatif olanı, sığınmacının sadece sığınma hakkını kullanması nedeniyle cezalandırılmaması ve bu durumun çeşitli hak kısıtlamalarına yol açmamasıdır. Devletler sığınmacıların ülkeye girişleriyle maruz kalabilecekleri müdahaleler vasıtasıyla onların cesaretlerini kırıcı davranışlarda bulunamaz. Sığınma hakkına saygı gösterilmesi ilkesinin pozitif anlamı ise, devletin ülke topraklarına veya sınırlarına gelerek sığınma arayan kişilere sığınma prosedürlerine erişim imkânı tanınması gerekliliğini ifade eder.

B. Sığınmacı Kavramının Mülteci Kavramı Çerçevesinde Değerlendirilmesi

1. Mülteci, Sığınmacı ve Uluslararası Koruma Kavramları

Doktrinde mülteci, en basit tanımıyla, katlanılamaz olan koşullardan ya da kişisel durumlardan kaçıp kurtulmak isteyen kişi olarak tanımlanmaktadır⁹⁹. Doktrinde yapılan diğer tanımlardan hareketle, mültecinin zorunlu olarak göçe yönelmiş bir kişi olarak ele alındığını görürüz¹⁰⁰. Mülteciler ve mülteci hukuku, yabancılar hukuku içinde mütalaa edilmekle birlikte gerek uluslararası gerekse ulusal hukukta ayrı bir disiplin içinde ele alınmaktadır¹⁰¹.

Mülteci kavramı ilk olarak 1920-1935 yılları arasında hukuki açıdan ele alınmış, bu dönemde kendi ülkesinin korumasından mahrum olan kişiler mülteci olarak değerlendirilmiş, bu kişilerin statüleri belirlenmekle yetinilerek sorunlarına hukuki

⁹⁹ **Goodwin-Gill/McAdam**, s. 16; **Çiçekli**, s. 241.

¹⁰⁰ Doktrindeki farklı mülteci tanımlarıyla ilgili ayrıntılı bilgiler için bkz. **Öztürk**, *Mültecinin Hukuki Statüsü*, s. 66.

¹⁰¹ **Odman, M. T.**: *Mülteci Hukuku*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi Yayınları No: 15, Ankara, 1995, s. 161.

yönden yaklaşılmıştır¹⁰². Bu dönemde yapılan mülteci tanımları, hiçbir ülke veya uluslararası kuruluşun doğrudan sorumluluğunda olmayan bu kişilerle ilgili uyumsuzlukları gidermek maksadıyla, etnik köken ve tabiiyet ilkesi temelinde formüle edilmişti¹⁰³. İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra ise, daha somut mülteci tanımları belirlenmeye başlanmış ve etnik köken ve tabiiyet çerçevesinde şekillenen grup yaklaşımından ziyade, bireysel mülteci statüsü belirlemeyi içeren bir yaklaşım benimsenmiştir¹⁰⁴. Bu eğilime paralel olarak, İkinci Dünya Savaşı'nın bitiminden sonra kabul edilen Cenevre Sözleşmesi de, 1 Ocak 1951'den önce Avrupa'da meydana gelen olaylardan etkilenen kişileri kapsamına alması nedeniyle, öncelikle grup temelli yaklaşımı, buna ek olarak belirli kaçış nedenlerini (*nexus*) temel alması nedeniyle de bireysel statü belirleme yaklaşımını haizdir.

Bireysel statü belirleme süreçlerinin büyük çaplı kitlesel sığınma hareketlerinde işlevsiz kalması nedeniyle, menşe ülkesindeki objektif koşulların değerlendirilmesine dayanan grup temelli (*prima facie*) statü belirleme yaklaşımı, 1957 yılında UNHCR tarafından mülteci tanımına girmeyen kişilere de koruma sağlama amacıyla “dostça girişim” adı altında yeniden gündeme gelmiştir¹⁰⁵. Takiben 1967 Protokolü ile Cenevre Sözleşmesi'nin Avrupa'da meydana gelen olaylar ile sınırlı coğrafi kapsamı ve Birinci Dünya Savaşı'nı işaret eden zamansal kısıtlaması ortadan kaldırılarak daha evrensel bir mülteci tanımı benimsenmiştir. Cenevre Sözleşmesi'nin zamansal ve coğrafi kısıtlamalarının 1967 Protokolü ile ortadan kaldırılmasıyla, zamansal ve coğrafi kısıtlamaları uygulamaya devam eden taraf devletler bakımından hariç olmak üzere,

¹⁰² **Odman**, s. 20.

¹⁰³ **a.g.e.**, s. 21.

¹⁰⁴ **Çiçekli**, s. 242.

¹⁰⁵ **Odman**, s. 43-45; **Çiçekli**, s. 244.

Cenevre Sözleşmesi'nin grup temelli yaklaşımı terk ettiği söylenebilir. Son olarak, 1977 tarihli Avrupa Konseyi Ülkesel Sığınma Bildirisi ile üye devletlere, insancıl nedenlerle sığınma talep eden kişilerin de sığınma imkânlarından faydalandırılması tavsiye edilmiştir¹⁰⁶.

Mülteci tanımı, belirli kaçış kategorileri kabul etmesi nedeniyle özellikle UNHCR'in himayesinin kapsamı bakımından zamanla yetersiz hâle gelmiştir. Bu nedenle çeşitli BM Genel Kurul kararlarıyla UNHCR'in himayesi altındaki kişilerin kapsamı genişletilerek zulüm, genel şiddet hareketleri veya kamusal karmaşa nedeniyle uluslararası koruma ihtiyacında olan bireyler de mülteci tanımının içinde UNHCR himayesi altına alınmıştır¹⁰⁷. Bu arada, genel şiddet hareketleri nedeniyle ülkelerinden kaçan kişilerin hukuki durumu, Afrika Birliği Örgütü Mülteci Sözleşmesi'nde mülteci tanımı içinde sayılmış ve bu kişilere çoğunlukla grup temelli statü belirleme süreci uygulanması prensibi kabul edilmiştir¹⁰⁸. Böylece, aşağıda incelenecek olan 1951

¹⁰⁶ **CoE, Committee of Ministers:** Declaration on Territorial Asylum, 18 November 1977.

¹⁰⁷ Bkz. **UN, General Assembly:** Report of the UNHCR, A/RES/1499 (XV), 5 December 1960, <https://www.refworld.org/docid/3b00f20f70.html> (E.T.: 14/2/2019); **UN, General Assembly:** Report of the UNHCR, A/RES/1673 (XVI), 18 December 1961, <https://www.refworld.org/docid/3b00f1d454.html> (E.T.: 14/2/2019); **UN, General Assembly:** Report of the UNHCR, A/RES/2039 (XX), 7 December 1965, <https://www.refworld.org/docid/3b00f0575c.html> (E.T.: 14/2/2019); **UN, General Assembly:** Report of the UNHCR, A/RES/31/35, 30 November 1976, <https://www.refworld.org/docid/3b00f0375c.html> (E.T.: 14/2/2019).

¹⁰⁸ **UNHCR:** Providing International Protection Including Through Complementary

Cenevre Sözleşmesi ve 1967 Protokolü'nün getirdiği klasik mülteci tanımının kapsamından ayrılarak “uluslararası koruma” ihtiyacında olan tüm kişileri de içine alacak şekilde genişletilmesi günümüzün dinamik hukuk anlayışının bir gereği hâline gelmiştir¹⁰⁹. Açıktır ki, uluslararası mülteci hukukunun tarihsel akışı içerisinde mültecilik durumu içerisinde birbirinden farklı birkaç statünün ayrışması söz konusu olmuş ve mülteci statüsünün yanı sıra, sığınmacı, uluslararası koruma, geçici koruma, ikincil koruma gibi diğer kavram ve statüler ortaya çıkmıştır. Geline nokta, Türkiye'nin de aralarında bulunduğu Cenevre Sözleşmesi'ne taraf devletlerden bazıları, Cenevre Sözleşmesi'nin mülteci tanımı kapsamında olmayan, fakat kişinin menşe ülkesinde meydana gelen, hayatına ya da kişisel güvenliğine yönelik tehditler, silahlı çatışmalar, genel şiddet içeren olaylar vb. sonucunda kendi devletinin korumasından yararlanamamasından ötürü koruma ihtiyacında olan kişilere uluslararası koruma adı altında koruma sağlamaktadır¹¹⁰.

Mülteci ve sığınmacı arasındaki farkın önemine de ayrıca değinmek gerekir. Mülteci kavramı, klasik veya genişletilmiş anlamıyla ifade edilsin veya edilmesin, bir hukuki statüyü ifade etmektedir. Bu nedenle bir yaklaşıma göre mülteci, mültecilik statüsü hukuken kabul edilmiş bir kişiyi ifade ederken sığınmacı ise bu statüyü edinmek için başvurmuş ve başvurusu incelenme aşamasında olan kişiyi ifade eder¹¹¹.

Forms of Protection (“Complementary Protection”), EC/55/SC/CRPARA.16, <http://www.unhcr.org/excom/standcom/42a005972/providing-international-protection-including-complementary-forms-protection.html> (E.T. 12.4.2018), para. 9, s. 3.

¹⁰⁹ **UNHCR**, Complementary Protection, para. 13, s. 4.

¹¹⁰ **a.g.e.**, para. 2 ve 22.

¹¹¹ **Çiçekli**, s. 246.

Genişletilmiş anlamıyla mültecilik kavramı çerçevesinde yorumlanan sığınmacı tanımına göre ise sığınmacı, uluslararası koruma ihtiyacında olan ve buna ilişkin başvurusu incelenmekte olan kişidir¹¹². Bu tanımda mülteci ve sığınmacı kavramları arasındaki ayrımın, statü temel alınarak değil, kişinin içinde bulunduğu uluslararası koruma ihtiyacının korumayı sağlayan devletçe nihai olarak değerlendirilip değerlendirilmediğine göre yapıldığı görölmektedir. Buna göre, uluslararası koruma talep eden her birey, sığınmacı olarak tanımlanmalıdır¹¹³. Bu nedenle sığınmacı kavramı, henüz sığınma başvurusunda bulunmamış; fakat uluslararası koruma ihtiyacında olup sığınma ülkesine koruma başvurusunda bulunma saikiyle giren kişileri de kapsar¹¹⁴. UNHCR'ın benimsediğı sığınmacı kavramı, mülteci statüsü başvurusu, kabul edilebilirlik, ön değerlendirme veya benzer şekillerde esastan yapılmayan bir değerlendirme sürecinde olan veya yargısal itiraz aşamasında olan kişileri de kapsamaktadır¹¹⁵. İkinci olarak,

¹¹² **Türk, V.:** “The UNHCR's Role in Supervising International Protection Standards in the Context of its Mandate”, The UNHCR and the Supervision of the International Refugee Law, Ed. James S. Simeon, Cambridge University Press, 2013, Cambridge, ss. 39-58, s. 47.

¹¹³ **Çiçekli,** s. 247.

¹¹⁴ Alman Federal Anayasa Mahkemesi, Cenevre Sözleşmesi'nin 31. maddesi çerçevesinde verdiği bir kararında, sığınmacı ifadesinin, henüz resmî olarak sığınma başvurusunda bulunmamış fakat en mümkün zamanda sığınma başvurusunda bulunmak üzere Almanya'ya giriş yapmış olanları da içerecek şekilde, teknik anlamının dışında anlaşılması gerektiğini kararlaştırmıştır (2 BvR 450/11, 8 December 2014, Federal Constitutional Court of Germany, para 27, aktaran **Costello,** s. 15).

¹¹⁵ **UNHCR,** 2012 Detention Guidelines, s. 10, para. 9.

yalnızca bireysel olarak mültecilik durumunda olan kişiler değil, aynı zamanda kitlesel olarak sığınma arayan kişilerin de sığınmacı kavramı içerisinde yer aldığı UNHCR tarafından vurgulanmaktadır. Buna göre, uluslararası mülteci hukukunda uluslararası koruma şemsiyesi altında ikincil veya geçici koruma olarak ifade edilen mülteci koruma rejimlerinden biri tarafından korunma ihtiyacında olan kişiler de kavramsal olarak sığınmacıdır¹¹⁶. Sonuç olarak, koruma ihtiyacıyla sığınma ülkesi topraklarına ulaşmış fakat henüz mülteci statüsü için başvuru yapmamış veya kitlesel olarak sığınma araması nedeniyle mülteci statüsü bireysel olarak değil grup temelli olarak (*prima facie*) değerlendirilecek kişi grupları da UNHCR tarafından sığınmacı olarak değerlendirilmektedir.

Tezimizde mülteci teriminden ziyade sığınmacı teriminin kullanılmış olması, yukarıda açıklanan bu anlam farkı nedenle yapılmış bir seçimdir. Zira mültecilerin, sığınma ülkesine düzensiz girişleri nedeniyle mülteci statüleri henüz belirlenmeden idari gözetim altında tutulma uygulamaları bakımından, terimsel olarak mülteci yerine sığınmacı kelimesinin kullanılması gerekir. Sığınmacıların idari gözetimi ile işaret etmek istediğimiz nokta, hem başvurusunu resmî olarak sunmuş olup olmadığına bakılmaksızın korunma saikiyle sığınma ülkesine gelen hem de klasik mülteci kavramı çerçevesinde henüz mülteci statüsü almamış fakat bu statü için yaptığı başvurusu inceleme aşamasında olan bireylerin, mülteci statüleri hakkında nihai bir karar verilene kadar kişi özgürlüklerinin kısıtlanmasıdır. Bu konu, tezimizin İkinci Bölümünde ayrıntılı olarak ele alacağımız Uygulama İlkelerinde de sığınmacı kavramı çerçevesinde ele alınmıştır.

2. Cenevre Sözleşmesi'ne Göre Mülteci Tanımı

1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi ve eki niteliğindeki 1967 Protokolü, mültecilerin

¹¹⁶ **UNHCR**, 2012 Detention Guidelines, s. 10, para. 9.

hak ve yükümlölükleri ile sözleşmeye taraf olan devletlerin yükümlölüklerini içeren bir uluslararası sözleşmedir¹¹⁷. Cenevre Sözleşmesi, uluslararası mülteci hukukunun en önemli hukuki kaynağı ve dayanağıdır. Sözleşme, sığınma kavramını ele almamaktadır; bunun yerine, İkinci Dünya Savaşı'nın ardından Avrupa'da ortaya çıkan mülteci problemine bir çözüm bulmak amacıyla, sözleşmede kabul edilen mülteci tanımı kapsamında kalan kişilerin hukuki durumlarını açıklığa kavuşturmak amacıyla taraf devletlerce kabul edilmiştir¹¹⁸. Zira Cenevre Sözleşmesi'nin 1. maddesinin A(2) bendinde, Sözleşmenin kapsamına giren mülteciler tanımlanırken “1 Ocak 1951'den önce meydana gelen olaylar”dan etkilenen kişiler kapsama alınmıştır. Sözleşme, 1. maddesinin B(1) bendinde taraf devletlere coğrafi kısıtlama konusunda bir seçim hakkı da tanımıştır. Buna göre taraf devletler, “1 Ocak 1951'den önce meydana gelen olaylar” ifadesini, yalnızca Avrupa ile sınırlı olarak uygulama seçiminde bulunma imkânına sahip olmuştur. Türkiye de, Cenevre Sözleşmesi'ni yalnızca Avrupa'da meydana gelen olayları kapsamına alacak şekilde imza, tasdik ve kabul etmiş ve böylece “coğrafi kısıtlama” seçiminde bulunmuştur¹¹⁹.

¹¹⁷ 14/2/2019 tarihi itibarıyla Cenevre Sözleşmesi'ne 147 üye devlet bulunmaktadır, https://treaties.un.org/pages/ShowMTDSGDetails.aspx?src=UNTSOnline&tabid=2&mtsg_no=V-5&chapter=5&lang=en#7 (E.T. 14/2/2019).

¹¹⁸ **Wallace, R.M.M./Janeczko, F.A.W.:** “The Concept of Asylum in International Law”, An Introduction to International Refugee Law, Ed: Rafiqul Islam, Jahid Hossain Bhuiyan, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2013, ss. 133-158, s. 145.

¹¹⁹ Buna ek olarak Türkiye, sözleşmenin herhangi bir maddesinin, mültecilere Türkiye'de Türk vatandaşlarına tanınan haklardan daha geniş haklar tanınması sonucunu doğuracak şekilde yorumlanmayacağı hakkında çekincede de

1950'lerin sonu ve 1960'ların başında yeni bir mülteci krizi baş gösterdiğinden, 1967 yılında Cenevre Sözleşmesi'ne eklenen protokolün (“1967 Protokolü”) 1. maddesi ile bahsi geçen “zamansal kısıtlama” ve “coğrafi kısıtlama” kaldırılmıştır. Türkiye, 1967 Protokolünü imza ve kabul etmekle birlikte yalnızca zamansal kısıtlamayı kaldırmış, Protokol'ün 8. maddesinin cevaz vermesiyle Protokol'e koyduğu bir çekince ile daha önce koyduğu coğrafi kısıtlamayı uygulamaya devam edeceğini beyan etmiştir¹²⁰. Bu nedenle Türkiye, Avrupa dışından gelen mültecilerin sığınma başvuruları ile ilgili olarak Cenevre Sözleşmesi'nden doğan bir yükümlülük altında değildir¹²¹.

Bahsi geçen bu iki uluslararası sözleşmenin bütününe göre taraf devletler, Cenevre Sözleşmesi'nin 1(A)(2). maddesinde ifade edilen dar zümreye “mülteci” sıfatı

bulunmuştur.

https://treaties.un.org/pages/ShowMTDSGDetails.aspx?src=UNTSOnline&tabid=2&mtsg_no=V-5&chapter=5&lang=en#7 (E.T. 14/2/2019).

¹²⁰ Türkiye tarafından mülteci statüsünün yalnızca Avrupa'da meydana gelen olaylardan etkilenen kişiler için tanınmasına dair seçimlik olarak kabul edilen coğrafi kısıtlama, günlük söylenişte ve hatta kimi mahkeme kararlarında yanlış bir şekilde “coğrafi çekince” olarak telafuz edilmektedir. Bunun sebebi, Türkiye'nin 1967 Protokolü'ne koyduğu bir çekince ile “coğrafi kısıtlama”yı devam ettireceğini beyan etmesi olabilir. Fakat konulan bu çekince, uygulanan coğrafi kısıtlamanın hukuki anlamda bir çekince olduğu anlamına gelmez. Zira Cenevre Sözleşmesi, devletlere coğrafi kısıtlama getirme imkanını 1. maddesinde seçimlik olarak tanımış ve 1967 Protokolü ile de bu kısıtlamanın devam ettirilmesine imkan sağlamıştır.

¹²¹ **Hathaway, J.C.:** The Rights of Refugees under International Law, Cambridge University Press, New York, 2005, s. 97.

altında koruma sağlama yükümlülüğü altına girmiştir. Madde hükmüne göre mülteci, ırkı, dini, tabiiyeti, belirli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncesi nedeniyle, zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğundan bahisle, vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan, ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen (vatansızsa önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen) kişiyi ifade eder. Bu tanım sığınmacılar bakımından da geçerlidir. Sığınmacılar, burada ifade edilen kriterleri karşılamaları hâlinde mülteci statüsü edinecek; bunun için de taraf devletlerin, sınırını geri göndermeme (*non-refoulement*) ilkesinin oluşturduğu takdir yetkileri çerçevesinde sonuçlandırılacak bir mülteci statüsü belirleme sürecinden geçeceklerdir¹²².

Mültecinin hukuki statüsünü ele alan evrensel veya bölgesel nitelikli her uluslararası sözleşme, kendi mülteci tanımını ortaya koymaktadır. Mültecinin hukuki statüsüne ilişkin tek evrensel uluslararası sözleşme Cenevre Sözleşmesi iken, Cenevre Sözleşmesi'nin uygulamasını güçlendiren mülteci korumasına ilişkin bölgesel nitelikli uluslararası düzenlemeler de bulunmaktadır. Bunların başında 1969 tarihli ABÖMS, 1984 tarihli Cartagena Deklarasyonu ve 2003/9 sayılı AB Kabul Koşulları Direktifi gelmektedir. Cenevre Sözleşmesi ve Protokol'de benimsenen mülteci tanımı, ABÖMS'ne hem zamansal ve coğrafi kısıtlama olmaksızın hem de daha geniş bir mültecilik kriteri çerçevesinde yansıtılmıştır. Bu sözleşmeye göre mülteci, menşe ülkesi veya vatandaşı bulunduğu ülkenin bir kısmında veya bütününde hâkim olan dış saldırılar, işgal, yabancı egemenliği veya kamu düzenini ciddi ölçüde rahatsız eden olaylar nedeniyle, menşe ülkesi veya vatandaşı bulunduğu ülkenin dışındaki bir başka yerden sığınma aramak

¹²² **Wallace**, s.154

amacıyla mutat meskenini terk etmek zorunda kalan kişidir.¹²³ Yine, Cenevre Sözleşmesi ve Protokol’de benimsenen mülteci tanımı temel alınarak, fakat ondan daha geniş kapsamlı bir tanımın kabul edildiği 1984 tarihli Cartagena Deklarasyonu ise klasik mülteci tanımının yanı sıra, genel şiddet içeren olaylar, yabancı saldırısı, iç çatışmalar, kitlesel insan hakları ihlalleri veya kamu düzenini ciddi ölçüde rahatsız eden diğer durumlar nedeniyle hayatları, güvenlikleri veya özellikleri tehdit edilen kişileri de mültecilik tanımının kapsamına dahil eder. AB Kabul Koşulları Direktifi ise mülteci tanımında Cenevre Sözleşmesi’nin 1(A) maddesine atıfta bulunmaktadır.

II. DÜZENSİZ GİRİŞ NEDENİYLE CEZALANDIRMA YASAĞI

A. Cezalandırma Yasağının Genel Görünümü ve İdari Gözetim Açısından Taşıdığı Önem

1. Genel Olarak Cezalandırma Yasağı

Cenevre Sözleşmesi, sığınmacıların ülkeye kabul prosedürleri konusunda sığınma arama hakkını ifade etmekte olduğu gibi sessiz kalmaktadır¹²⁴. Devletler de, uluslararası hukukta bu konuda bir düzenleme olmamasından yararlanarak sığınmacıların ülkeye girişlerini önleme amacıyla sınırda durdurma (*interception*), vize politikaları, taşıyıcının sorumluluğu hükümleri¹²⁵ ve katı sınır kontrolleri gibi, egemenlik yetkilerini

¹²³ ABÖMS m. I(2).

¹²⁴ **Goodwin-Gill/McAdam**, s. 370.

¹²⁵ En nihayetinde uluslararası koruma ihtiyacında olduğu kararlaştırılan “belgesiz” bir yolcu sığınma ülkesine getirdiği için taşıyıcının cezaya tabi tutulmaması görüşü hakkında bkz. **UNHCR**: “Summary Conclusions: Article 31 of the 1951 Convention, Expert Roundtable organized by the United Nations High Commissioner for Refugees and the Graduate Institute of International Studies,

kuvvetlendirecek çeşitli adımlar atmaktadır. Bu önlemlerin hukuka uygunluğu ise, uluslararası teamül hukuku hâline geldiği artık yaygın olarak kabul edilen geri göndermeme (*non-refoulement*) ilkesi çerçevesinde ele alınmaktadır. Ayrıca sığınma arama hakkı, her ne kadar hiçbir hukuk kaynağı devletlerin sığınmacılara sığınma tanıma zorunluluğundan açıkça bahsetmemekteyse de, kişinin koruma arayışıyla kendi ülkesini terk etme hakkına saygı duyma konusunda devletlere yükümlülük getirmektedir. Dolayısıyla, kişinin sığınma arama hakkına engel olacak uygulamalara girişen devletlerin, bu yükümlülüklerini ihlal ettikleri ve sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini icra ederken iyi niyet kurallarına aykırı davrandıkları öğretide ileri sürülmektedir¹²⁶.

Devletlerin egemenlik yetkilerine dayanarak sığınmacıların ülkeye girişini henüz sınırı geçmeden engellediği bahsi geçen uygulamalar, elbette sığınmacıları yasal giriş kurallarını ihlale zorlamaktadır¹²⁷. Ayrıca, yaşamlarını veya özgürlüklerini tehlikeye

Geneva, Switzerland, 8–9 November 2001”, (“UNHCR, Expert Roundtable Summary Conclusions”), Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection, Ed.: Erika Feller, Volker Türk and Frances Nicholson, Cambridge University Press, 2003, Cambridge, ss. 253-258, para 10(i).

¹²⁶ Bu konuda daha ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Goodwin-Gill/McAdam**, s. 370. Yazar ayrıca taşıyıcı yükümlülükleri ve katı vize rejimlerinin geri göndermeme (*non-refoulement*) ilkesinin ihlalini oluşturup oluşturmayacağına da değinerek bu konuda İnsan Hakları Komitesinin bu gibi devlet uygulamalarının kişinin kendi ülkesini terk hakkını düzenleyen MSHS m. 12(2)'ye aykırı olabileceği görüşünü benimsediğini nakletmektedir.

¹²⁷ **Hathaway**, s. 405 vd.

sokan bir durumdan kaçan sığınmacılar çoğu kez, ülkeye kabul koşullarını sağlayacak zamana sahip bulunmamaktadır, hatta böyle bir imkânları olsa dahi sığınma talep etmeleri durumu bile tek başına vize başvurularının reddine sebep olabilecektir¹²⁸. Bu nedenle düzensiz sınır geçişlerinin sığınmacılar ve mülteciler için bir norm hâline geldiğini söylemek yanlış olmaz¹²⁹. Kaldı ki sığınmacılar, yaşamlarını ve fiziksel ve ruhsal bütünlüklerini tehdit eden insan hakları ihlallerinden kaçtıklarından, kaçış sırasında sığınmak istedikleri ülkenin giriş kurallarına riayet edecek adımları atmaları kendilerinden beklenmez. Kaçış esnasında kimliklerini dahi yanlarına alma imkânından yoksun kalabilirler. Diğer yandan devletlerse, düzensiz giriş konusunda caydırıcılık oluşturabilmek ya da ülkeye hâlihazırda girmiş ve yasal ikamet koşullarını taşımayanların mülteci statüsü için başvurmaları konusunda cesaretlerini kırmak amacıyla, gittikçe daha da katılaştıran bir dizi sınırlandırıcı, zorlayıcı ve cezalandırıcı idari önlem almaktadır¹³⁰. İşte, bu durumlara karşılık olarak Cenevre Sözleşmesi'nin 31. maddesi, sığınmacıların düzensiz giriş ve bulunuşları nedeniyle ilke olarak cezalandırılmaması ve hareketlerinin kısıtlanmasına dair düzenlemeler içerir. Anılan maddenin 1. fıkrası sığınmacıların izinsiz (düzensiz) girişleri nedeniyle kural olarak cezalandırılmamasını, 2. fıkrası ise izinsiz (düzensiz) giriş yapan sığınmacıların hareketlerinin hangi şartlarla kısıtlanabileceğini düzenlemektedir.

Cenevre Sözleşmesi, yukarıda işaret ettiğimiz çerçevede sığınmacıları vizesiz ve

¹²⁸ **Goodwin-Gill/McAdam**, s. 264.

¹²⁹ **Costello, C.** (Ioffe, Y. ve Büchsel, T. ile birlikte): “Article 31 of the 1951 Convention Relating To the Status of Refugees”, Legal and Protection Policy Research Series, UNHCR Division of International Protection, PPLA/2017/01, 2017, s. 7.

¹³⁰ **Costello**, s. 7.

pasaportsuz olarak ve hatta çoğu zaman düzensiz yollarla ülkeye giriş yapmaya iten çeşitli sebepler olabileceğini göz önünde bulundurarak, taraf devletlerin sığınmacıların ülkeye düzensiz girişleri ve ülkede düzensiz bulunuşları nedeniyle cezalandırılmaması gerekliliğini kabul eder. Madde 31(1) hükmüne göre, “*Taraf Devletler, hayatlarının ve özgürlüklerinin Madde 1’de gösterilen şekilde tehdit altında bulunduğu bir ülkeden doğruca gelerek izinsizce taraf devlet topraklarına giren veya taraf devlet topraklarında bulunan mültecilere, gecikmeden yetkili makamlara başvurarak yasadışı girişlerinin veya bulunuşlarının geçerli nedenlerini göstermeleri koşuluyla, yasadışı yollardan girişleri veya bulunuşlarından dolayı ceza vermeyeceklerdir*”.

Hükümde kullanılan devlet toprakları ifadesi, sınır giriş kapıları ve havaalanı uluslararası transit alanları dahil olmak üzere, bir devletin uluslararası hukuk kapsamındaki tüm kara, hava ve deniz sınırlarını içerir¹³¹. Devlet topraklarına düzensiz olarak girişe yapılan atıf ise, en basit anlamıyla sınırların ilgili devletin önceden belirlediği ülkeye giriş kurallarına aykırı olarak geçilmesini ifade eder. Fakat devletlerin, egemenlik yetkisini sınır kontrolleri kapsamında sınıraşıcı şekilde kullandığı durumlar da madde kapsamında değerlendirilmelidir. Bu doğrultuda bir sığınmacının, henüz sığınma arama niyetinde olduğu devlet sınırlarının yakınında iken durdurulup “yasadışı giriş” yapmaya teşebbüs etmesi nedeniyle cezalandırılması hâlinde de Madde 31(1) hükümleri uygulanmalıdır¹³². Benzer şekilde, sığınmacıların açık denizde durdurulup ülke topraklarına getirilmesi hâlinde de Madde 31(1) kapsamına gireceğine dair görüşler ileri sürülmüştür¹³³. Bu görüşe göre açık denizde durdurulan sığınmacı, düzensiz olarak giriş

¹³¹ **a.g.e.**, s. 23.

¹³² **a.g.e.**, s. 23.

¹³³ **a.g.e.**, s. 24. AİHM’in *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* kararı doğrultusunda, sığınmacıların açık denizde durdurularak üçüncü bir ülke topraklarına

yapmadıysa da ülke topraklarında düzensiz olarak bulunması nedeniyle Madde 31(1) kapsamında değerlendirilebilir. Ancak görüşümüze göre, açık denizde yakalanarak veya kurtarılarak sığınma ülkesine getirilen bir sığınmacı, bizzat sığınma ülkesi tarafından ülkeye getirildiğinden artık düzensiz bulunma durumundan söz edilemez. Dolayısıyla yalnızca, devletlerin sınırlarına girmeye çalışan sığınmacılara yönelttiği sınıraşıcı müdahalelerinden, sığınmacının sınırı düzensiz olarak geçmek üzere bulunduğu anda yapılanlar madde kapsamında değerlendirilebilir. Hükümde kullanılan izinsiz (düzensiz) olarak bulunma ifadesi ise, öncelikle ülke topraklarına ilk giriş anından itibaren ülkede bulunmasına yasalarla izin verilmemiş olan sığınmacı ve mültecileri kapsar. Ek olarak, ülkede bulunma izni sonradan sona eren kişiler de bu grup içinde yer alır¹³⁴. Özellikle yerinde (*sur place*) mülteciler¹³⁵, sığınma ülkesinde düzensiz olarak bulunma durumuna

gönderilmesinin devletin sınıraşıcı yetkisi çerçevesinde değerlendirildiğinden yukarıda “§1.II. İdari Gözetimin Niteliği” başlığı altında bahsetmiştik. AİHM, İtalya tarafından kullanılan bu sınıraşıcı yetkiyle, Eritre ve Somalili sığınmacıların rızaları hilafına Libya'ya geri götürülmelerinin ve takiben Libya tarafından menşe ülkelerine gönderilmeleriyle sonuçlanmasının AİHS'nin 3. maddesini, bunun toplu sınır dışı etme teşkil etmesi nedeniyle de AİHS'nin 4 sayılı Protokolü'nün 4. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir (*Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, para. 136-138, 158, 186).

¹³⁴ **Goodwin-Gill**, Article 31, s. 196.

¹³⁵ Yerinde (*sur place*) mülteci, kendi ülkelerini terk ettikleri anda mültecilik durumunda olmayan, fakat daha sonra mülteci hâline gelen kişilere verilen isimdir. Bir kişinin mülteci hâline gelmesi için kendi ülkesini yasal olmayan/düzensiz yollarla terk etmiş olması gerekmez. Bu kişiler, yokluğunda kendi ülkesinde meydana gelen kimi olaylar veya kendi eylemleri neticesinde mülteci hâline gelmiş

düşebilirler¹³⁶.

Vurgulamak gerekir ki Madde 31(1), sığınmacıların kaçış sırasında yaşadıkları zorluklar nedeniyle sığındıkları ülke topraklarına düzensiz yollarla giriş yapmak zorunda kalabileceklerini bir hukuk kuralıyla tanıma amacını yansıtır. Dolayısıyla Sözleşme, kişilerin sığınmak amacıyla bir ülkeye girişlerinin veya ülkede bulunuşlarının yasal olması zorunluluğunu aramaz¹³⁷. Bu nedenle, kişinin yaşamının ve özgürlüklerinin bütünlüğünü sağlayabilmek amacıyla, devletin kendi egemenlik yetkisi çerçevesinde koyduğu, ülkeye yasal giriş ve ülkede yasal bulunuş kurallarının ihlal edilmesi bakımından sığınmacılara bir koruma kalkanı ve ayrıcalık tanıdığını söylemek yanlış olmaz¹³⁸. Düzensiz giriş nedeniyle cezalandırma yasağının etkisi, bir başka anlatımla

kişilerdir. (UNHCR: Handbook and Guidelines on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees, December 2011, para. 94-96).

¹³⁶ **Costello**, s. 24.

¹³⁷ **Goodwin-Gill/McAdam**, s. 284.

¹³⁸ Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi *Adimi* kararında, Cenevre Sözleşmesi Madde 31(1)'in artan önemine değinerek, taraf devletlerin mültecilerin ülkeye varışını kolaylaştırma yükümlülükleri olmadığını, fakat bunu engellemek için de, vize gereklilikleri ve taşıyıcının sorumlulukları mekanizmaları yoluyla gittikçe artan oranda çaba gösterdiklerini, dolayısıyla mültecilere sahte belgelerle ülkeye seyahat etmekten başka çare bırakmadıklarına işaret etmektedir (**R v. Uxbridge Magistrates Court and Another, Ex parte Adimi**, [1999] EWHC Admin 765; [2001] Q.B. 667, United Kingdom: High Court (England and Wales), 29 July 1999, https://www.refworld.org/cases,GBR_HC_QB,3ae6b6b41c.html (E.T. 14/2/2019)).

hangi durumları kapsamına aldığı ise, sığınmacıya daha geniş bir koruma alanı sağlamak amacıyla geniş yorumlanmaktadır. Aksi hâlde Madde 31(1)'in koruma amacından uzaklaşmış olunur. Bu çerçevede, sığınmacıların ülkeye göçmen kaçakçıları aracılığıyla veya *stowaway* uygulamalarında olduğu gibi gizlice giriş yapmalarının da cezalandırma yasağı kapsamında olduğu genel kabul görmektedir¹³⁹. Benzer şekilde, sığınmacının giriş yapabilmek için sahte veya başkasına ait seyahat belgelerini kullanması da, düzensiz giriş nedeniyle cezalandırma yasağı kapsamında değerlendirilmektedir¹⁴⁰. Bu değerlendirme yapılırken sığınmacıların, sığınma ülkesine yasal yollarla kabulde çok katı vize rejimlerinin uygulanması ve geçerli vizesi olmayanların seyahatine engel olmak amacıyla taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin yasal düzenlemeler getirilmiş olması nedeniyle sahte pasaport veya vize temin etmek durumunda kaldıkları göz önünde bulundurularak Madde 31(1)'in kapsamı bakımından iyiniyet kuralı her zaman ana kriter olarak uygulanmalıdır¹⁴¹.

Cezalandırma yasağı, bazı diğer uluslararası sözleşmelerde de benzer şekillerde karşımıza çıkmaktadır. Örneğin, göçmen kaçakçıları vasıtasıyla düzensiz olarak seyahat eden göçmenlerin cezalandırılmamasına dair ilke, 2000 tarihli BM Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Sözleşme'ye ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol¹⁴²'de de hukuki güvence altına alınmıştır. Anılan protokolün 5. maddesine göre,

¹³⁹ **Goodwin-Gill**, Article 31, s. 196; **Edwards**, s. 21.

¹⁴⁰ **Goodwin-Gill**, Article 31, s. 196. Sahte seyahat belgeleri kullanan sığınmacıların kovuşturulması ve kovuşturmadan evvel mülteci statüsü başvurusu yapma imkanından yoksun bırakılması uygulamasının Madde 31'e aykırılık sonucunu doğurduğu görüşü için ayrıca bkz. **a.g.e.**, s. 217.

¹⁴¹ **Costello**, s. 27-28.

¹⁴² R.G.: T. 18/3/2003, S. 25052.

bir göçmen kaçakçısı vasıtasıyla ülkeye yasal giriş kurallarını ihlal edecek şekilde seyahatte bulunan göçmenler, bu nedenle ceza yargılamasına tabii tutulmayacaklardır. Bu konuda anılması gereken bir diğer uluslararası sözleşme de BM İnsan Ticaretine Karşı Protokol¹⁴³'dür. Protokol hükümleri, insan ticareti mağdurlarının cezalandırılmamasına dair açık bir hüküm ortaya koymamıştır. Ancak BM İnsan Ticareti Çalışma Grubu, insan ticaretine maruz kalmış kişilerin, durumları ile doğrudan illiyet bağı içerisinde işlemiş oldukları yasal olmayan eylemlerinden ötürü kovuşturma ve cezalandırmaya tabi tutulmamalarını öngören iç hukuk düzenlemelerinin kabul edilmesi tavsiyesinde bulunmaktadır¹⁴⁴. Bunların yanında, bölgesel düzeyde uygulama alanına sahip olan ve Türkiye'nin de taraf olduğu Avrupa Konseyi İnsan Ticaretine Karşı Eylem Sözleşmesi 26. maddesinde, insan kaçakçılığı mağdurlarının, yapmaya mecbur bırakıldıkları yasal olmayan eylemleri nedeniyle cezalandırılmamasına dair ilkeyi açıkça kabul etmektedir¹⁴⁵. Cezalandırma yasağının uygulanması ve yorumunda anılan bu uluslararası düzenlemelerin dikkate alınması gerekir¹⁴⁶.

Konunun insan hakları bağlamında değerlendirilmesi noktasında, insan hakları kurumlarının cezalandırmama yönündeki tavsiyelerine de değinmek gerekir. Bu kurumlardan BM Keyfi Gözaltı Çalışma Grubu, bir ülkeye düzensiz girişin

¹⁴³ R.G.: T. 4/2/2003, S. 25014.

¹⁴⁴ **UN, Conference of the Parties to the United Nations Convention against Transnational Organized Crime:** Report on the meeting of the Working Group on Trafficking in Persons held in Vienna on 14 and 15 April 2009, CTOC/COP/WG.4/2009/2, <https://undocs.org/CTOC/COP/WG.4/2009/2> (E.T. 14/2/2019), para. 12.

¹⁴⁵ R.G. T. 7/4/2016 S. 29677.

¹⁴⁶ **UNHCR**, Expert Roundtable Summary Conclusions para. 2.

cezalandırılmasının, devletlerin düzensiz göçü kontrol etme ve düzenlemeye ilişkin meşru menfaatini aştığının altını çizer¹⁴⁷. Sığınmacıların, ülkeye giriş yolları üzerinden cezalandırılmalarına ilişkin olarak yorumda bulunan Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiserliği ise, mülteci statüsü belirleme sürecinde yahut statü belirleme süreci retle sonuçlandığında böyle bir cezalandırmanın mülteci ve sığınmacıların pozisyonlarının daha da kırılgan hâle gelmesine yol açacağını belirterek devletlerin uluslararası insan hakları yükümlülükleriyle ve Avrupa Konseyi anlaşmalarıyla bağdaşmayacak şekilde yalnızca yabancılara yönelik cezalar benimsenmesinden kaçınılmasını tavsiye eder¹⁴⁸. Yapılan tüm bu tavsiye ve yorumların, Cenevre Sözleşmesi'nin 31(1). maddesiyle paralel olarak, sığınma arama hakkının, devletlerin ülkeye giriş kurallarının ihlali nedeniyle egemenlik yetkilerini kullanarak uyguladıkları yaptırım uygulama yetkisinden üstünlüğünü ortaya koyduklarını söylemek yanlış olmaz.

2. Yasağın İdari Gözetim Açısından Taşıdığı Önem

Cezalandırma yasağının konusu, düzensiz giriş ve statüleri nedeniyle yabancılara uygulanan cezaların sığınmacı ve mültecilere uygulanmaması için bir istisna tanıma veya cezai soruşturma ve kovuşturma başlatmaktan imtina etme yükümlülüğü getirmektedir¹⁴⁹. Bu doğrultuda, mülteci olmadıkları nihai olarak ve adil bir usul çerçevesinde

¹⁴⁷ **HRC:** Report of the Working Group on Arbitrary Detention: Promotion and Protection of All Human Rights, Civil, Political, Economic, Social and Cultural Rights, Including the Right To Development, (“A/HRC/7/4”), A/HRC/7/4, <https://undocs.org/A/HRC/7/4> (E.T. 14/2/2019), s. 20, para. 53.

¹⁴⁸ **CoE Commissioner for Human Rights**, Criminalisation of Migration in Europe, s. 22, 40.

¹⁴⁹ **Hathaway**, s. 405 vd.

kararlaştırılınca kadar başlatılan kovuşturma sonucunda cezai yaptırım uygulanmaması gerekir¹⁵⁰. Bu bağlamda Madde 31(1), Cenevre Sözleşmesi'nin sığınma usullerine erişim konusundaki kararlılığının önemli bir parçasıdır, ki yokluğunda Cenevre Sözleşmesi'ndeki diğerk garantilerin etkisi azalacaktır¹⁵¹. Ayrıca, Madde 2'de mülteciler aleyhine getirilen, sığınma ülkesi kanunlarına uyma yükümlülüğünden¹⁵² bağımsız olup onun bir istisnası değildir.¹⁵³ Yalnızca, sığınmacıların ülkeye yasal giriş ve ülkede yasal ikamet kurallarına uygun davranmaya zorlanmamaları ve bunun tespiti hâlinde cezalandırılmamaları konusunda bir garanti oluşturur.

Düzensiz giriş veya bulunma nedeniyle cezalandırma yasağının uygulanmasında, düzensiz giriş nedeniyle uygulanan cezanın niteliğı, sığınmacıların bu nedenle karşılaşılabilecekleri yaptırımların kapsamının belirlenmesi bakımından oldukça

¹⁵⁰ Konuyu önüne gelen bir uyuşmazlıkta inceleyen Fransız Conseil d'Etat, yasal giriş ve ikamet kuralları nedeniyle hükmedilen cezai yaptırımların sığınmacılar özelinde uygulanmasının, ancak mülteci statüsü tanınmasına dair talebinin reddi hâlinde uygulanabileceğini kararlaştırmıştır (**Hathaway**, s. 407). Aynı yönde bkz. **Goodwin-Gill**, Article 31, s. 193.

¹⁵¹ **Costello**, s. 6. Cenevre Sözleşmesi'nin benimsediğı garantiler, taraf devletler tarafından zulümden kaçan mültecilere sığınma imkanlarının sağlanması ve ülkelerine geri gönderilmemelerinin garanti edilmesi; mültecilere makul şekilde davranılmasının sağlanması ve kaçış sırasında yaşanabilecek yasa ihlalleri nedeniyle cezai işleme tabi tutulmamalarının temin edilmesidir.

¹⁵² Cenevre Sözleşmesi'nin 2. maddesine göre, her mültecinin bulunduğu ülkeye karşı, özellikle yasalara ve kamu düzeni için alınan önlemlere uyma yükümlülüğü vardır. Bu, Sözleşme'de mülteciler için getirilmiş yegane yükümlülüktür.

¹⁵³ **Costello**, s. 6.

önemlidir. Öğretide, cezalandırma yasağının koruyucu işlevini etkisiz hâle getirmemek amacıyla, cezalandırma yasağına hangi çeşit cezaların gireceği sorunu, yasağın amacının cezalandırmaktan kaçınmak olduğu göz önünde bulundurularak geniş olarak yorumlanmaktadır¹⁵⁴. Buna göre devletler, sığınmacının sırf ülkeye düzensiz olarak girmesi veya ülkede bulunması nedeniyle ona zarar verici ve haklarını kısıtlayıcı hiçbir eylem ve davranışta bulunmamalıdır¹⁵⁵. Cezalandırma yasağının konusunu oluşturan ceza, teknik olarak ceza hukuku anlamında bir ceza olabileceği gibi, idare hukuku anlamında bir işlem, karar ve eylem de olabilir¹⁵⁶. Sırf düzensiz giriş nedeniyle ceza soruşturması/kovuşturması başlatılarak para veya hapis cezası vermek ya da sığınma başvuru sürecinde dezavantajlı duruma düşürmek bunlardan bazılarıdır. Sözleşme tasarısında ceza kavramının, kovuşturma, para ve hapis cezası ve idari gözetimi içine alacak şekilde kullanımı amaçlanmıştır¹⁵⁷. Kanada Yüksek Mahkemesi bu hususta verdiği bir kararda, Madde 31(1)'deki ceza ifadesinin yalnızca ceza hukuku kapsamında bir cezayı ifade etmediğini, sığınmacının zararına olacak şekilde başvurulacak herhangi bir usul uygulamasının da bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiğini kararlaştırmıştır¹⁵⁸. Bu

¹⁵⁴ Bu hususta İnsan Hakları Komitesinin MSHS'nin 15(1). maddesinde geçen “ceza” ifadesinin geniş kapsamlı yorumlanmasına ilişkin tavsiyesinin de dikkate alınması gerektiği görüşü hakkında bkz. **Goodwin-Gill**, Article 31, s. 194.

¹⁵⁵ **Hathaway**, s. 408 vd.; **Costello**, s. 32-37.

¹⁵⁶ **Goodwin-Gill/McAdam**, s. 266; **UNHCR**, Expert Roundtable Summary Conclusions, para. 10(h).

¹⁵⁷ **Özkan**, s. 144-145.

¹⁵⁸ **B010 v. Canada (Citizenship and Immigration)**, Supreme Court of Canada, 2015 SCC 58, <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/15647/index.do> (E.T. 14/2/2019).

arada, gerek öğretide gerekse bazı yabancı mahkeme kararlarında, mülteci statüsü hakkında bir esas değerlendirmesi yapılmasının, geri gönderme yasağının bir gereği olduğu gibi cezalandırma yasağının da bir gereği olduğu ifade edilmiştir¹⁵⁹. Buna göre, kişinin mülteci statüsü belirlenmeden hakkında düzensiz girişi nedeniyle herhangi bir ceza veya cezalandırıcı işlem uygulanmamalıdır. Uygulaması askıya alınan bu cezalar, değerlendirme sürecinin sonunda mülteci statüsü edinen kişiler hakkında kaldırılmalıdır. Bu yorum, Madde 31(1)'in kötü niyetli olduğu ispatlanana kadar iyi niyetle sığınma başvurusunda bulunanları koruma amacıyla örtüşmekte olduğundan görüşümüze göre isabetlidir.

Sığınmacıların ülkeye düzensiz girişleri nedeniyle idari gözetim altına alınmaları kimi hâllerde cezalandırıcı davranış teşkil edebilir. Fakat düzensiz girişleri veya bulunuşları nedeniyle idari gözetim altına alınan her sığınmacı da Sözleşme'nin 31(1). maddesi anlamında cezalandırılıyor değildir. İdari gözetimin düzensiz giriş veya bulunuşu bir ceza olarak uygulanıp uygulanmadığıyla ilgili bir sonuca varmak gerektiğinde, başvuru idari gözetim tedbirinin Madde 31(2) ile uyumlu olup olmadığı belirleyici olacaktır. Sığınmacıların durumlarının düzenli hâle getirilene kadar ve gerekli olan hâllerde idari gözetim altına alınmalarının Cenevre Sözleşmesi'nin 31(1). maddesi anlamında bir ceza teşkil etmediği, öğretide **Hathaway** tarafından dile getirilmektedir¹⁶⁰. Bu da ayrıntıları hemen aşağıda inceleneceği gibi, düzensiz giriş ve bulunuşları nedeniyle sığınmacıların hareketlerinin kısıtlanması kararının verilmesinde, bireysel bir değerlendirmenin yapılmasını gerektirir. Bu nedenle, yalnızca yasal giriş kurallarına

¹⁵⁹ **Goodwin-Gill**, Article 31, s. 187; *Defendant v. Openbaar Ministerie*, Supreme Court of the Netherlands, S 13/01304, 3 June 2014, <https://www.refworld.org/pd/53b11da24.pdf> (E.T. 14/7/2019).

¹⁶⁰ **Hathaway**, s. 418.

aykırı giriş nedenine dayanılarak keyfî olarak uygulanan idari gözetim tedbirleri, Madde 31(2)'ye aykırı olduğu gibi Madde 31(1)'in ihlali niteliğinde cezalandırıcı davranış kapsamında değerlendirilmelidir¹⁶¹. İdari gözetim tedbirinin cezalandırıcı olup olmadığının tespitinde, aşağıda ayrıca tartışılacak periyodik inceleme, adli inceleme, süresiz idari gözetim yasağı gibi usuli güvencelere riayet edilip edilmediği de rol oynar¹⁶².

B. Cezalandırma Yasağının Kişi Yönünden Kapsamı

Cenevre Sözleşmesi'nin 31(1). maddesiyle getirilen sığınma ülkesine düzensiz giriş nedeniyle cezalandırılmama bağışıklığından tam anlamıyla yararlanabilmek için, öncelikle kişinin hayatının ve özgürlüğünün Madde 1'de gösterilen şekilde tehdit altında bulunması şartı aranmaktadır.

Esasen hükümde geçen Madde 1 ifadesi, Madde 1'in tamamını değil, yalnızca mültecilik durumunun şartlarını ortaya koyan A bendinin 2. paragrafını ifade eder. Bu bende göre, mültecilik durumu kişinin yaşam ve özgürlüklerine; ırkı, dini, tabiiyeti, belirli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncesi olmak üzere beş nedene dayanarak yönelen tehdit hâlinde tanınmaktadır. Madde 31(1)'in lafzından, kişinin mülteci statüsünü karşılayacak oranda bir tehdit altında bulunması durumunu aramakta olduğu anlaşılabılır. Fakat Madde 31(1) koruması, yalnızca “en nihayetinde mülteci statüsü tanınan” kişilere değil, uluslararası koruma ihtiyacında olmadığı adil bir prosedür sonucunda

¹⁶¹ **McAdam, J. ve diğerleri:** Inquiry into Australia's Immigration Detention Network, 10 Ağustos 2011, http://www.gtcentre.unsw.edu.au/sites/gtcentre.unsw.edu.au/files/GT_Detention_Submission.pdf (E.T. 8.10.2018), s. 4; UNHCR Executive Committee Conclusion No 22 (1981); **Costello**, s. 49; Edwards, s. 11.

¹⁶² **Goodwin-Gill**, Article 31, s. 195-196.

kararlaştırılınca kadar, iyi niyetle sığınma talep eden herkese uygulanmalıdır¹⁶³. Hatta henüz resmî olarak sığınma başvurusunda bulunmamış olmakla birlikte, başlı başına sığınma ülkesine sığınma aramak amacıyla giriş yapmış olmak bile cezalandırma yasağının kapsamına girecektir¹⁶⁴. Zira, uluslararası mülteci hukukuna göre mültecilik statüsü, mülteci tanımında yer alan kriterlerin ilgili kişi özelinde vücut bulmasıyla kendiliğinden edinilir. Bir başka anlatımla, kendisine mülteci statüsünün tanınmasından ötürü değil, zaten mültecilik durumunda bulunduğu için mülteci olarak tanınır. Bu nedenle, mülteci statüsünün tanınması işlemi kurucu değil, bildirici niteliktedir¹⁶⁵.

¹⁶³ **UNHCR, Expert Roundtable Summary Conclusions**, para. 10(g); **Goodwin-Gill/McAdam**, s. 265.

¹⁶⁴ Alman Federal Anayasa Mahkemesi, sığınmacıların da Madde 31 korumasından yararlanacağını ortaya koyduğu kararında, sığınmacı ifadesinin, henüz resmî olarak sığınma başvurusunda bulunmamış fakat en mümkün zamanda sığınma başvurusunda bulunmak üzere Almanya'ya giriş yapmış olanları da içerecek şekilde, teknik anlamının dışında anlaşılması gerektiğini kararlaştırmıştır (2 BvR 450/11, 8 December 2014, Federal Constitutional Court of Germany, para. 27, aktaran **Costello**, s. 15).

¹⁶⁵ Cenevre Sözleşmesi'ne göre mülteci statüsü, Madde 1(A)'da aranan şartların karşılanmasıyla elde edilir ve yapılan mülteci statüsü değerlendirmesi sonucunda kişinin mülteci olduğu beyan edilir. Dolayısıyla, mülteci statüsü henüz beyan edilmeyen kişiler de doğal olarak bu korumadan yararlanacaklardır. Mültecilik başvurusu reddedilmiş fakat idari veya adli itiraz aşamasında olduğu için kesinleşmemiş olan sığınmacılar da yine kapsam içinde sayılmalıdır. Bu doğrultuda sığınmacılar da mülteciler gibi, mülteci statüleri nihai olarak ve adil bir şekilde değerlendirilene kadar, yaşamları veya özgürlüklerinin tehdit altında olduğu bir

İkinci olarak, henüz yaygın olarak kabul edilmeyen bir görüşe göre, ikincil koruma ve geçici koruma başvuru sahipleri gibi, Cenevre Sözleşmesi'nin 1(A)(2). maddesinde tanımlanan mülteci statüsü kapsamına girmeyen diğer uluslararası koruma statüsü başvuru sahipleri de, hem sığınma ülkesine düzensiz girişleri nedeniyle cezalandırılmama garantisinden hem de genel olarak Cenevre Sözleşmesi'nin bütününden yararlanmalıdır¹⁶⁶. Buna göre geri gönderme yasağının kapsamının, uluslararası hukuk tarafından tüm uluslararası koruma başvuru sahiplerini de içerecek şekilde genişletilmiş olması karşısında, aynı genişletici yorumun mülteci korumasına ilişkin diğer garantilere de uygulanması gerekir. Esasen Avrupa Birliği'nin ortak sığınma sistemi düzenlemeleri incelendiğinde bu görüşün Avrupa Birliği müktesebatında kabul edildiği görülmektedir. Zira Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma'nın 78. maddesine göre *“Birlik, uluslararası korumaya muhtaç üçüncü ülke uyruklarına, onlara uygun düşen bir statü vermek ve geri göndermeme ilkesine uyulmasını sağlamak amacıyla, iltica, ikincil koruma ve geçici korumaya ilişkin ortak bir politika geliştirir. Bu politika, Mültecilerin Hukuki Statüsüne Dair 28 Temmuz 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi ile 31 Ocak 1967 tarihli Protokol'e ve ilgili diğer antlaşmalara uygun olmalıdır.”*. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 18. maddesi de sığınma hakkına ilişkin olarak yine Cenevre Sözleşmesi'ne atıfta bulunarak *“Sığınma hakkı, 28 Temmuz 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi ve sığınmacıların statüsüne ilişkin 31 Ocak 1967 tarihli Protokol kuralları*

yere geri gönderilmemeli ve insani davranış standartlarından faydalandırılmalıdır.

¹⁶⁶ **Costello**, s. 12-14. Diğer yandan Danimarka Yüksek Mahkemesi, Madde 31'in yalnızca Cenevre Sözleşmesi mültecileri ile sığınmacılara uygulanma kabiliyeti olduğunu, diğer tamamlayıcı koruma çeşitlerinden yararlananların bu maddede öngörülen haklardan faydalanamayacağını kararlaştırmıştır. (178/2011, 179/2011, 3 February 2012, Supreme Court of Denmark, aktratan **Costello**, s. 13).

dikkate alınarak ve Avrupa Topluluğunu kuran Antlaşma'ya uygun olarak teminat altına alınmalıdır.” hükmünü kabul etmiştir. Her iki hüküm birlikte değerlendirildiğinde, ikincil koruma ve geçici koruma statülerini ayırmadan, Cenevre Sözleşmesi’nin tüm uluslararası koruma statüleri bakımından asgari muamele standardını oluşturduğunun kabul edildiği söylenebilir¹⁶⁷. AB üyesi olmayan devletler bakımından ise, insan hakları hukukunda kabul edilen ayrımcılık yasağının, Cenevre Sözleşmesi’nin koruyucu hükümlerinin uluslararası koruma kapsamındaki tüm kişilere uygulanmasını gerektirdiği yorumu yapılabilir¹⁶⁸. AİHS’nde düzenlenen bir hakkın icrasıyla ilgili olarak, farklı statülere sahip yabancılara farklı kuralların uygulanmasında AİHM, AİHS m. 14’te kabul edilen ayrımcılık yasağına riayet edilmiş olması için, bu uygulamayı haklı kılan objektif bir gerekçelendirmenin yapılmış olmasını aramaktadır¹⁶⁹. Bu doğrultuda, iç hukukunda Cenevre Sözleşmesi mültecilik statüsüne ek olarak diğer koruma statülerine de yer veren Avrupa Konseyine üye devletler bakımından, Cenevre Sözleşmesi’nin getirdiği koruyucu hükümlerin, AİHS’nde düzenlenen haklara denk düştüğü ölçüde uluslararası koruma kapsamındaki tüm kişilere uygulanması, AİHS m. 14’te kabul edilen ayrımcılık yasağının bir gereği olarak gösterilmiştir¹⁷⁰. Bu çerçevede, 31. maddenin idari gözetim bakımından

¹⁶⁷ **Moreno-Lax, V.:** Accessing Asylum in Europe Extraterritorial Border Controls and Refugee Rights under EU Law, Oxford University Press, 2017, s. 246, 371-376.

¹⁶⁸ Bu hususta bkznz. **Costello**, s. 13.

¹⁶⁹ **Hode and Abdi v. The United Kingdom**, 22341/09, CoE: ECtHR, 6 November 2012, para. 52.

¹⁷⁰ Cenevre Sözleşmesi mülteci statüsü sahipleriyle ikincil koruma statü sahiplerinin farklı uygulamalara tabi tutulmalarıyla ilgili olarak, aile birleşimi hakkı ile ilgili olarak yayımlanan Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiserliği, bu iki grup arasındaki ayrımcı devlet uygulamalarının gözden geçirilerek revize edilmesini

uygulanmasında, diğer bir anlatımla AİHS'nin 5. maddesinde düzenlenen kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına ilişkin sınırlamalarda, farklı statü sahipleri için, farklı uygulamayı haklı kılan objektif bir gerekçelendirmeden yoksun olarak farklı uygulamalar getirilmemelidir. Benzer bir yorum, geçici koruma kapsamındakilerin de cezalandırma yasağı korumasından yararlanması gerekliliğine ilişkin olarak UNHCR tarafından yapılmıştır. UNHCR İcra Komitesi kitlesel akın durumlarına ilişkin 22 numaralı kararında, sığınma ülkesi topraklarına kitlesel akın hâlinde varan sığınmacıların da bir bütün olarak Madde 31'in korumasına tabi olması gerektiğinden bahsetmektedir¹⁷¹.

C. Cezalandırma Yasağının Şartları

1. Doğrudan Zulüm Riski Olan Ülkeden Gelmek

Cezalandırma yasağının uygulanması için aranan ilk şart, hayatının ve özgürlüğünün tehdit altında olduğu bir ülkeden “doğrudan” gelmektir. Fakat kişinin doğrudan menşe ülkesinden gelmesi zorunluluğu aranmamaktadır¹⁷². Kişinin, yaşamının ve özgürlüğünün fiili veya potansiyel olarak tehdit altında olduğu herhangi bir devletin topraklarından gelmesi madde metnince yeterli bulunmaktadır¹⁷³.

tavsiye etmektedir. (CoE, **Commissioner for Human Rights**: Issue Paper: Realising the Right to Family Reunification of Refugees in Europe, <https://rm.coe.int/commdh-issuepaper-2017-1extracts-familyreunification-commhr-recommenda/168072701d>, (E.T.: 2.10.2018)).

¹⁷¹ **UNHCR, ExCom**: Protection of Asylum-seekers in Situations of Large-scale Influx No. 22 (XXXII) - 1981, 21 October 1981, <https://www.refworld.org/docid/3ae68c6e10.html> (E.T.: 14/2/2019), para. II(B)(1).

¹⁷² **UNHCR**, Expert Roundtable Summary Conclusions, para. 10(b).

¹⁷³ **Goodwin-Gill/McAdam**, s. 264; **Costello**, s. 17.

Sığınmacının transit olarak bir başka ülkeden geçerek sığınma ülkesine ulaşması hâlinde ise Madde 31(1)'in uygulanıp uygulanmayacağı tartışma konusudur. Bu hâlde sığınmacı, zulüm riski olan bir ülkeden “doğrudan” gelmediğinden lafzi bir yorumla kendisine koruma uygulanmayacağı düşünülebilir. Fakat doğrudan gelmek ifadesinin, sığınma ülkesine ulaşmadan evvel bir üçüncü ülkeden transit geçerek burada, sığınma başvurusunda bulunmadan ve sığınma olanaklarından yararlanmadan kısa bir süre kalan kişileri de kapsadığı yorumu yapılmaktadır¹⁷⁴. Nitekim maddenin oluşturulması sırasında yapılan görüşmelerde, sığınmacının taraf devlet topraklarına ulaşmadan evvel on beş günlük bir süre için başka ülke topraklarında bulunmasının Madde 31(1) hükmünün uygulanmasına engel oluşturmadığı not edilmiştir¹⁷⁵. UNHCR İcra Komitesi de, kişinin hangi ülkeden sığınma talep etmek niyetinde olduğunun mümkün olduğunca dikkate alınması ve sığınma talebinin başka bir ülkeden talep edilmediği gerekçesine dayanılarak reddedilmemesi gerektiğine vurgu yapmaktadır¹⁷⁶. Bu hususta Alman Federal Anayasa Mahkemesi, Türkiye'den geçerek kırk gün Yunanistan'da kaldıktan sonra sahte seyahat belgesiyle Almanya'ya giriş yapan İranlı sığınmacının, başından beri Almanya'da sığınma başvurusunda bulunma niyetiyle yola çıktığı ve bu nedenle Yunanistan'da sığınma başvurusunda bulunmadığı olgusunu dikkate alarak doğrudan zulüm riski olan ülkeden

¹⁷⁴ **UNHCR:** UNHCR's Guidelines on Applicable Criteria and Standards Relating to the Detention of Asylum Seekers, (“1999 Detention Guidelines”), 26 February 1999, <https://www.refworld.org/docid/3c2b3f844.html> (E.T. 14/2/2019), para. 4.

¹⁷⁵ **Goodwin-Gill/McAdam**, s. 264.

¹⁷⁶ **UNHCR, ExCom:** Refugees without an Asylum Country No. 15 (XXX) – 1979, 16 October 1979, <https://www.unhcr.org/excom/exconc/3ae68c960/refugees-asylum-country.html> (E.T. 14/2/2019), para. (h). Ayrıca bkz. **UNHCR**, Expert Roundtable Summary Conclusions, para. 10(d).

geldiği sonucuna varmıştır¹⁷⁷.

Sığınmacının transit olarak geldiği ülkenin “güvenli üçüncü ülke” veya “ilk sığınma ülkesi” olarak kabul edilen bir ülke olması durumunda Madde 31(1)'in uygulanıp uygulanmayacağı konusu, bu tartışmanın bir diğer boyutudur. Bu konuda genel olarak kabul edilen görüşe göre, geldiği transit ülkede mülteci statüsü ve yasal bir ikamet edinmiş olan ve güvenli bir şekilde buraya geri dönebilen mülteciler, Madde 31(1) kapsamına girmemektedir¹⁷⁸. Zira maddenin taslak görüşmeleri sırasında, cezalandırma yasağının hâlihazırda bir başka ülkeye sığınmış veya geçici ya da kalıcı olarak yerleşmiş mültecilere uygulanmamasının amaçlandığı aktarılmaktadır¹⁷⁹. Dolayısıyla, yalnızca ilk sığınma ülkesinden gelenler kapsam dışında kalmaktadır. O hâlde, güvenli üçüncü ülke olarak kabul edilebilecek bir ülkeden, burada bir süre kalarak veya kalmaksızın transit olarak geçerek gelen bir sığınmacı, burada sığınma başvurusunda bulunmadı veya kendisine koruma sağlanmadı ise, zulüm görme riski olan ülkeden doğrudan gelmiş sayılmalıdır. Daha önce sığınma başvurusunda bulunduğu bir ülkeden gelen sığınmacılar bakımından ise, bu ilk sığınma ülkesinde etkili bir korumadan yararlanıp yararlanmadığı olgusu belirleyici olacaktır. İlk sığınma ülkesinde etkili bir korumadan yararlanamayan sığınmacıların, doğrudan gelme kıstasını karşıladıkları kabul edilmektedir¹⁸⁰.

¹⁷⁷ 2 BvR 450/11, 8 December 2014, Federal Constitutional Court of Germany (**Costello**, s. 22).

¹⁷⁸ **a.g.e.**, s. 18.

¹⁷⁹ **UNHCR**, Expert Roundtable Summary Conclusions para. 10(c); **Goodwin-Gill**, Article 31, s. 191.

¹⁸⁰ **UNHCR**, Expert Roundtable Summary Conclusions para. 10(c).

2. Gecikmeden Yetkili Makamlara Başvurmak

Cenevre Sözleşmesi, sığınmacıların ülke topraklarına düzensiz olarak girmeleri anından itibaren gecikmeksizin yetkili makamlara başvurmaları hâlinde bu eylemleri nedeniyle cezalandırılmayacaklarını temin etmektedir. Burada başvuru ile kastedilen, sığınma başvurusunda bulunmak veya sığınma başvurusunda bulunmaksızın durumlarını düzenli hâle getirmek amacıyla ve iyi niyetle kendini yetkili makamlara tanıtmaktır¹⁸¹. Fakat bir sığınmacı, başvuru yapmak için gereken makul süre içerisinde henüz yetkili makamlara başvurmadan yakalanır veya idari gözetim altına alınırsa dahi, yine de Madde 31(1)'in korumasından yararlanır. Bu çerçevede, kendiliğinden sığınma başvurusunda bulunmamış olan, fakat düzensiz girişleri nedeniyle yakalanmaları veya gözetim altına alınmaları anından sonra uluslararası koruma başvurusunda bulunanlar da cezalandırma yasağı kapsamına girerler¹⁸². Söz konusu istisnai durumun uygulanmasında, sığınmacının makul süre içerisinde kendini yetkili makamlara tanıtmaya olanağı bulamadan yakalanmış veya gözetim altına alınmış olması aranmakta, yoksa “kötü niyetin” var olduğunun ileri sürülebileceği, örneğin uzun süre yetkili makamlardan saklandıktan sonra yakalanması üzerine mülteci statüsü iddiasında bulunanları kapsam dışı bırakılmaktadır¹⁸³. Bu hususta İsviçre Federal Mahkemesi, ülke sınırında sığınma başvurusu yapma olanağı olmasına rağmen ülkeye girme izni alamama korkusuyla sınırda başvuruda bulunmayan, fakat ülkeye girdikten sonra sığınma başvurusu yapmayı

¹⁸¹ **Hathaway**, s. 388-392; **UNHCR**, Expert Roundtable Summary Conclusions para. 10(g).

¹⁸² **Grahl-Madsen, A.**: Commentary on the Refugee Convention 1951 Articles 2-11, 3-37, published by the Division of International Protection of the UNHCR, 1997, Art 31, para. 7; **Goodwin-Gill**, Article 31, s. 216; **Costello**, s. 27.

¹⁸³ **Hathaway**, s. 390-392.

amaçlayan Afgan uyruklu bir sığınmacının, Madde 31(1) kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir¹⁸⁴. Benzer bir sonuca varan Norveç Yüksek Mahkemesi ise, sahte seyahat belgesiyle pasaport kontrolünden geçmeye çalışan ve bu nedenle hakkında cezai işlem uygulanan bir sığınmacının, havaalanında sığınma başvurusunun dikkate alınmaması endişesiyle bu yola başvurduğunu göz önünde bulundurarak pasaport kontrol işlemleri bitmeden sığınma başvurusunda bulunması nedeniyle hakkında cezalandırıcı işlem uygulanamayacağına hükmetmiştir¹⁸⁵. Fakat aynı durumda olan bir sığınmacı hakkında Almanya Federal Anayasa Mahkemesi, kişinin sahte belge kullanarak pasaport kontrolünden geçtikten sonra sığınma başvurusunda bulunmak yerine, doğrudan havalimanında sığınma başvurusunda bulunması gerektiği sonucuna varmıştır¹⁸⁶. Görüşümüze göre, bu kararlardan, kişinin iyi niyetini ve sübjektif durumunu esas alan İsviçre Federal Mahkemesi ve Norveç Yüksek Mahkemesi kararları daha isabetlidir. Zira mültecilerin, pek çok devlet tarafından sığınmacılara sınır noktalarında ülkeye giriş izni verilmemesi sonucunda sınır noktalarını sığınma başvurusunda bulunmak için güvenli bulmaması nedeniyle sahte seyahat belgesi kullanmasında, Madde 31’in uygulanmasını ortadan kaldıracabilecek bir kötü niyeti bulunduğundan söz edilemez¹⁸⁷. Pasaport kontrol

¹⁸⁴ **Goodwin-Gill**, Article 31, s. 202-203.

¹⁸⁵ **HR-2014-01323-A**, Supreme Court of Norway, 2014/220, 24 June 2014, http://www.refworld.org/cases,NOR_SC,5653395f4.html (E.T. 6 Ekim 2018), para. 21-23.

¹⁸⁶ 2 BvR 450/11, 8 December 2014, Federal Constitutional Court of Germany (**Costello**, s. 29).

¹⁸⁷ Bu doğrultuda, tezimizde kullanılan “düzensiz giriş” ifadesi, YUKK’a göre sığınmacıların sınır dışı etme kararına konu olması ve buna dayanılarak idari gözetime alınmasına dair açıklamalarımızda, sahte veya başkasına ait seyahat

noktasından geçememe veya sığınma başvurusunun sınır noktasında reddedilmesi korkusuyla bu yola başvurulması, esasen kişinin niyetinden çok, başvurduğu yolun düzensizliğine ilişkin bir sorundur. Madde 31'in uygulanmasında, sığınmacının kendini yetkili makamlara tanıtmakta iyi niyetine ilişkin unsur, sığınma ülkesine düzensiz girişten sonra aranmaktadır. Dolayısıyla sığınmacının iyi niyetle kendini yetkili makamlara tanıtması, sahte seyahat belgesiyle sınır kontrolünden geçtikten sonra ülke içinde yetkili makamlara başvurması aşamasında aranmalıdır.

Başvurunun gecikmeden yapılmasıyla ilgili olarak ise, sığınmacının kendi özel durumu, varsa uğradığı bir travmanın etkileri, örneğin dil problemi, bilgi eksikliği, daha önceki tecrübeler, güvensizlik hissi ve sığınmacıdan sığınmacıya değişebilecek pek çok başka sebep olabileceği göz önüne alınarak “gecikmeden” kavramını ifade edebilecek otomatik bir süre kısıtlaması bulunmamaktadır¹⁸⁸. Kişinin iyi niyeti bu hususta da araştırılmalı, kötü niyetli olmadığı ortaya konana kadar madde korumasından yararlandırılmalıdır. Kişinin genel bilgi düzeyi ve sığınma ülkesinin korumasından yararlanmak için başvuru yapması gerektiği konusundaki farkındalığı da iyi niyeti konusunda belirleyici olacaktır¹⁸⁹. Birleşik Krallık Bölge Mahkemesi *Adimi* kararında, “gecikmeden yetkili makamlara başvurmak” ifadesini, ülkeye girer girmez sığınma başvurusunda bulunmak şeklinde katı bir şekilde yorumlamamış, sığınmacının varıştan kısa süre içerisinde sığınma başvurusunda bulunmaya niyet etmiş olmasını yeterli saymıştır¹⁹⁰. Bu hususta ayrıca, Cenevre Sözleşmesi'nin mültecilerin sığınma ülkesine

belgeleri kullanarak Türkiye'ye giren veya girmeye teşebbüs eden sığınmacıları da kapsayacak şekilde kullanılmaktadır.

¹⁸⁸ **UNHCR**, 1999 Detention Guidelines.

¹⁸⁹ **Costello**, s. 28.

¹⁹⁰ **Goodwin-Gill**, Article 31, s. 203-204.

karşı sığınma ülkesi yasalarına ve kamu düzeni için alınan önlemlere uyma yükümlülüğü de dikkate alınmalıdır¹⁹¹.

Son olarak başvurunun yapılacağı makama değinilmelidir. Madde hükmünde başvurunun yetkili bir makama yapılacağı söylenmekle yetinilmiş ve başvurunun usulüne ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Şüphesiz, başvurunun yapılması için işaret edilen yetkili makamlar, her ülkenin iç hukukuna göre yetkili olan genel kolluk makamları olabileceği gibi varsa yabancıların iş ve işlemleri ile ilgilenen özel kurumlar da olabilir.

3. Düzensiz Giriş ve Bulunuşlarının Geçerli Nedenlerini Göstermek

Cenevre Sözleşmesi'nin 31(1). madde hükmü, sığınma ülkesine girişlerini takiben yetkili makamlara başvuran sığınmacıların *“yasadışı girişlerinin veya bulunuşlarının geçerli nedenlerini göstermeleri”*ni aramaktadır. Cezalandırma yasağı için aranan bu son şart, esasen “doğrudan zulüm riski olan bir ülkeden gelmek” şartı ile tamamen bağlantılıdır. Zira bir sığınmacının, yaşamının ve özgürlüğünün tehlikede olması sebebiyle sığınma arayışı içerisinde bir ülke topraklarına düzensiz olarak girmesi ve ülke topraklarında bulunması, başlı başına bir “geçerli neden”dir¹⁹². Madde metninin bunun dışında aradığı husus, geçerli nedenin yasadışı giriş ve bulunuşa ilişkin olmasıdır¹⁹³. Bir başka anlatımla sözleşme, sığınmacının neden düzensiz yollarla giriş yaptığına dair bir açıklama yapmasını istemektedir. Fakat “doğrudan zulüm riski olan ülkeden gelmek” şartına ilişkin açıklamalarımızda izah ettiğimiz gibi, burada da zulüm riskinin menşe ülkesinde söz konusu olması aranmaz. Madde 31(1), bu riski mültecinin menşe ülkesiyle

¹⁹¹ **UNHCR**, Expert Roundtable Summary Conclusions, para. 10(f).

¹⁹² **a.g.e.**, para. 10(e).

¹⁹³ **Costello**, 30.

bağlantılamaktan özellikle kaçınmıştır¹⁹⁴. Dolayısıyla düzensiz giriş veya bulunuşu izah edecek yaşam hakkı veya özgürlük kısıtlama ve ihlallerine ilişkin herhangi bir neden bu unsura dahildir. Bu unsur, kişinin bireysel durumuna ilişkin unsurların dikkate alınmasına izin verecek kadar esnek bir yoruma müsaittir¹⁹⁵.

Kuşkusuz, devletlerin katı vize politikaları, taşıyıcılara getirilen sorumluluklar gibi sığınmacıların bir ülkeye yasal girişinin önüne konan engeller, sığınmacıları göçmen kaçakçıları yoluyla sınır ihlalleri ve sahte seyahat belgeleri kullanarak düzensiz girişe zorlamakla maddenin uygulanması bakımından “geçerli neden” olarak kabul edilebilir. Sığınmacıların sahte belgelerle giriş yapmaya çalışmasının cezalandırma yasağı kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorununu inceleyen Hollanda ve Birleşik Krallık Yüksek Mahkemeleri, maddenin koruma alanını geniş tutacak şekilde yorumlanması gerektiği görüşünü savunarak sahte belge kullanımının cezalandırılmaması gerektiği sonucuna varmış olmasına rağmen Alman Federal Anayasa Mahkemesi daha dar bir yorum metodunu seçerek kişinin Alman havaalanlarında sığınma başvurusu yapma imkânı olduğunu vurgulayarak sahte vize belgesiyle giriş yapmaya çalışmasının cezalandırılmasını orantılı bulmuştur¹⁹⁶.

III. SIĞINMACILARIN HAREKETLERİNİN KISITLANMASI

A. Düzensiz Giren ve Bulunan Sığınmacıların Hareketlerinin Kısıtlanması

1. Düzensiz Giriş Nedeniyle Hareket Kısıtlamasına İlişkin Kurahın Ortaya Konması

Cenevre Sözleşmesi, sığınmacı ve mültecilerin hareketlerinin kısıtlanması

¹⁹⁴ **Goodwin-Gill**, Article 31, s. 193.

¹⁹⁵ **a.g.e.**, s. 194.

¹⁹⁶ Ayrıntılı bir inceleme için bkz. **Costello**, s. 38-41.

konusunda iki temel madde öngörmektedir: (i) Ülkede yasal olarak bulunan sığınmacı ve mültecilerin yerleşim ve seyahat özgürlüklerinin kısıtlanmasına ilişkin 26. madde ve (ii) düzensiz giriş yapan veya bulunan sığınmacı ve mültecilerin hareketlerinin kısıtlanmasına ilişkin 31(2). madde. Her iki maddenin kapsamına giren kişi grupları ve durumlar farklıdır; bu da sığınmacıların hareketlerinin kısıtlanmasına ilişkin rejimin, iki başlık altında incelenmesini gerekir¹⁹⁷. Zira bu maddelerden ilki, sığınma ülkesinde yasal olarak bulunan kişilerin hareketlerinin kısıtlanmasını konu edinirken, ikincisi sığınma ülkesi topraklarına düzensiz şekilde giren sığınmacı ve mültecilerin hareketlerinin kısıtlanmasını düzenler.

Sığınma ülkesi topraklarına düzensiz olarak giren veya ülke topraklarında düzensiz olarak bulunan sığınmacıların hareketlerinin kısıtlanmasına ilişkin hukuki rejimi düzenleyen Cenevre Sözleşmesi'nin 31(2). maddesi, yine aynı grup sığınmacılar için cezalandırma yasağı öngören 31(1). maddenin devamı şeklinde ele alınmıştır. Her iki madde de “doğrudan zulüm riski olan ülkeden gelerek” “ülke topraklarına izinsiz (düzensiz) giriş yapan veya ülke topraklarında izinsiz (düzensiz) olarak bulunan” sığınmacı gruplarına ilişkindir. Madde 31(2)'de kullanılan “bu mülteciler” deyiimi ve aynı zamanda 31. maddenin başlığında kullanılan ifade¹⁹⁸, her iki maddenin aynı sığınmacı

¹⁹⁷ Bu doğrultuda Hathaway kitabında, sığınmacıların sığınma ülkesine girişlerinden ülke topraklarına kabullerinin sağlanmasına kadar başvurulacak hareket kısıtlamaları ile ülke topraklarına kabullerinden sonra başvurulacak kısıtlamaların Madde 31(2) ve Madde 26 hükümleri kapsamında farklı hukuki rejimlere tabi olduğunu aktarmaktadır (**Hathaway**, s. 413 vd.). Aynı doğrultuda bkz. **Costello**, s. 44.

¹⁹⁸ Cenevre Sözleşmesi'nin İngilizce aslında madde başlıklarına yer verilmiş olmasına rağmen R.G.'de yayımlanan tercümesinde bu başlıklara yer verilmemiştir.

grubundan bahsettiğine işaret eder¹⁹⁹. Dolayısıyla Madde 31(1)'in kişi yönünden kapsamı başlığı altında yaptığımız açıklamalar, Madde 31(2)'nin kişi yönünden kapsamı için de geçerlidir. Fakat cezalandırma bağışıklığının şartları olan “doğrudan zulüm riski olan ülkeden gelmek”, “gecikmeden yetkili makamlara başvurmak” ve “düzensiz giriş ve bulunuşlarının geçerli nedenlerini göstermek”, yalnızca cezalandırma yasağının uygulanmasında geçerli olup Madde 31(2)'nin uygulanması bakımından aranmaz²⁰⁰.

Bununla birlikte, 31. maddenin her iki fıkrasının konu edindiği durumlar farklıdır. Birinci fıkra, sığınma ülkesine düzensiz olarak giriş yapan sığınmacıların bu nedenle cezalandırılmaması ilkesini ortaya koyarken, ikinci fıkra bu mültecilerin hareketlerinin kısıtlanmaması ilkesini düzenler. Birinci fıkraya göre bir sığınmacı, “doğrudan zulüm riski olan ülkeden gelmek”, “gecikmeden yetkili makamlara başvurmak” ve “düzensiz giriş ve bulunuşlarının geçerli nedenlerini göstermek” şartlarını uhdesinde taşıyorsa düzensiz girişi ve bulunuşu nedeniyle cezalandırma yasağının korumasından yararlanacak olup cezalandırma niteliği taşıyan her türlü uygulamadan bağışıktır. Maddenin ikinci fıkrası ise, bu cezalandırma yasağının bir istisnasını teşkil etmez; düzensiz giriş yapan veya düzensiz olarak ülkede bulunan sığınmacıların hareketlerinin hangi hâllerde kısıtlanacağına ilişkin ilkeleri ortaya koyar.

Sözleşmenin İngilizce aslında 31. maddenin başlığı “*Refugees Unlawfully in the Country of Refuge*” olarak belirlenmiştir.

¹⁹⁹ **Costello**, s. 44.

²⁰⁰ **a.g.e.**, s. 44; Aksi yönde, **Moreno-Lax, V.**: “Beyond Saadi v UK: Why the Unnecessary Detention of Asylum Seekers is Inadmissible under EU Law”, “Beyond Saadi v UK”, Human Rights & International Legal Discourse, Sa. 5, 2011, ss. 166-206, s. 191.

Cenevre Sözleşmesi'nin 31(2). maddesi taraf devletlere, bu sığınmacı gruplarının hareketlerine “gerekli” olanların dışında kısıtlama uygulamama zorunluluğu getirmiştir. Burada, kişi özgürlüğü hakkı veya yerleşme ve seyahat özgürlüğü hakkına atıf yapılmaksızın genel olarak hareket kısıtlamalarından bahsedilmektedir. Bu nedenle, ülke topraklarına düzensiz olarak giren sığınmacıların hareketlerinin kısıtlanmasında, kişinin yerleşme ve seyahat özgürlüğü hakkı veya özgürlük haklarından hangisinin kısıtlandığı önem taşımaz; Sözleşme'nin 31(2). maddesi en asgari düzeyde hareket kısıtlamalarından en yüksek düzeyde kişi özgürlüğü kısıtlamalarına kadar her türlü hareket kısıtlamasına uygulanır. Bu maddeyle getirilen koruma rejimi, bir kişi özgürlüğü hakkı kısıtlaması olan idari gözetim hakkında da geçerlidir. Yalnızca gerekli durumlarda uygulanmasına izin verilen bu kısıtlamalar, ilgili sığınmacının ülkedeki statüsü belirleninceye veya bir başka ülkeye kabulü sağlanıncaya kadar uygulanabilecektir.

Görüldüğü gibi, Madde 31(2) ile sığınma ülkesinde düzensiz olarak bulunan sığınmacıların hareket özgürlüklerine kısıtlama getirilmesi, şarta bağlı ve zamansal olarak sınırlandırılmış durumdadır. Şarta bağlı sınırlama, hareket kısıtlaması tedbirinin gerekli olması iken, zamansal sınırlama, mültecinin ülkedeki statüsünün belirlenmesi veya bir başka ülkeye kabulünün sağlanmasıdır. Anılan bu iki şart, sığınma ülkesine düzensiz olarak giren ve orada düzensiz olarak bulunan sığınmacıların idari gözetim altına alınmasında, taraf devletlerce riayet edilmesi gereken şartlardır.

2. Şarta Bağlı Sınırlama: Kısıtlama Tedbirinin Gerekli Olması

Cenevre Sözleşmesi'nin 31(2). maddesi, ilke olarak sığınma ülkesine düzensiz giren veya ülkede düzensiz bulunan sığınmacıların da hareket özgürlüğüne sahip olduklarını kabul etmektedir. Bu sonuç maddenin sözünden çıkarılmaktadır; çünkü maddeye göre hareket kısıtlamaları ancak gerekli olan hâllerde uygulanabilir.

Cenevre Sözleşmesi, yasal giriş kurallarına aykırı olarak düzensiz giriş yapan

sığınmacıların idari gözetimi için gerekli olan hâllerin neler olduğu konusunda herhangi bir kıstasa yer vermemiştir. Bu durum her ne kadar taraf devletlere gereklilik değerlendirmesinde geniş bir takdir hakkı vermekte gibi görünse de yaşayan bir uluslararası metin olarak Cenevre Sözleşmesi, uluslararası standartlar uyarınca yorumlanmalıdır²⁰¹. Bu uluslararası standartların başında da şüphesiz, hiç kimsenin özgürlüğünün keyfi olarak, kanuna ve kanunda öngörülen usule aykırı olarak kısıtlanamayacağına dair genelgeçer bir düzenleme getiren MSHS m. 9 gelmektedir. MSHS m. 9 düzenlemesinde yer alan kişi özgürlüğü hakkının keyfi olarak kısıtlanamayacağına dair ilkenin, bir gereklilik değerlendirmesini gerektirdiğini özgürlük ve güvenlik hakkının incelendiği başlık altında incelemiştik. Dolayısıyla ülke topraklarına düzensiz giren sığınmacı gruplarının kişi özgürlüklerinin kısıtlanması, bir başka anlatımla bunların idari gözetim altına alınması konusunda MSHS ve Cenevre Sözleşmesi hükümlerinin örtüştüğü söylenebilir.

Bu çerçevede, sığınma ülkesine düzensiz olarak giren sığınmacıların hareketlerinin sınırlandırılması için gerekli olan hâllerle neyin kastedildiği konusunda, MSHS m. 9'un keyfi özgürlük kısıtlamaları yasağına ilişkin yorumlardan yararlanmak gerekir. Bu doğrultuda, mutlaka planlanan hareket sınırlandırmasını meşrulaştıracak bireysel bir değerlendirme yapılmalıdır. Ayrıca, başvurulması planlanan kısıtlama tedbirinin yerine daha az bir kısıtlama imkânı sağlayacak bir başka tedbirin uygulanmasının mümkün olup olmadığı da değerlendirilmelidir²⁰².

Madde 31(2)'nin Cenevre Sözleşmesi'nin hazırlık çalışmalarını yapan Ad Hoc

²⁰¹ **Hailbronner, K.:** “Detention of Asylum Seekers”, European Journal of Migration and Law, 2007, Sa. 9, ss. 159-172, s. 163.

²⁰² **Costello,** s. 45.

Komite tarafından konuluş amacına bakıldığında,²⁰³ bunun kitlesel akın durumlarında sığınma devletine bir nefes aldirmek ve acil tedbir kapsamında geçici olarak sığınma devletine kabul edilmiş olan sığınmacıların ülkeye kesin olarak kabullerinin sağlanıp sağlanmayacağı hakkında bir karara varmasını sağlamak olduğu anlaşılmaktadır²⁰⁴. Başvurulan kısıtlama tedbiri, idari makamlar tarafından tesis edilip uygulanabileceği gibi, adli makamlar tarafından da tesis edilip uygulanabilir²⁰⁵. İkinci olarak, Madde 31(2) ile taraf devletlere, düzensiz giriş yapan sığınmacıların ülke içerisinde serbestçe hareket etmelerine izin vermeden önce kimlikleri ve ülkeye giriş durumları hakkında basit bir araştırma yapmaları için zaman tanımak amaçlanmaktadır²⁰⁶. Dolayısıyla, Madde 31(2) kapsamındaki hareket kısıtlamaları, ilk olarak kitlesel akın hâlinde, ikinci olarak da sığınma ülkesine düzensiz olarak girmiş ve kimliği belirsiz olan veya ulusal güvenliği

²⁰³ Uluslararası sözleşmelerin yorumuna ilişkin Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (VAHS)'nin 31(1). maddesine göre bir sözleşmenin yorumunda, kullanılan terimlerin adi anlamlarından, sözleşmenin bütününden ve son olarak sözleşmenin konu ve amacından yararlanılır. Örneğin Cenevre Sözleşmesi'nde olduğu gibi, sözleşmenin amacı mültecilerin haklarını korumak ise, konu ve amaca uygun olarak yorumlama, kelimesi kelimesine yorumu dışarda bırakmayı gerektirir (**a.g.e.**, s. 3). Aynı sonuç, yalnızca sözleşmenin bütününe değil, yorumlanan maddenin konu ve amacı bakımından da geçerlidir. Örneğin Cenevre Sözleşmesi'nin 31(1). maddesinde olduğu gibi, maddenin konuluş amacı, mültecilerin kaçışları sırasında karşılaşacakları zorlukları gidermek ise, bu maddenin lafzının sıkı sıkıya yorumlanması VAHS'ne aykırı olur.

²⁰⁴ **Hathaway**, s. 419-421.

²⁰⁵ **UNHCR**, Expert Roundtable Summary Conclusions, para. 11(a).

²⁰⁶ **Hathaway**, s. 420-421.

veya kamu düzenini tehdit ettiği düşünölen yahut da henüz sığınma başvurusunun yürürlüğe konması için gereken basit bilgileri yetkili makamlara sunmamış olan sığınmacı gruplarına uygulanır. Özetle, Madde 31(2) ile hem kitlesel akın hâlinde gelen mülteci ve sığınmacıların hem de bireysel olarak mültecilik talebi ile sığınma ülkesine düzensiz giriş yapmış ve kimlikleri ve giriş durumları inceleme altında olanların hareketlerinin şarta bağılı olarak kısıtlanabileceğı düzenlenmektedir. Buradan hareketle Cenevre Sözleşmesi'nin, yalnızca ülkeye düzensiz olarak giren sığınmacıların ülkeye kabullerinin sağlanıp sağlanmayacağı hakkında bir karar verilmeye kadar idari gözetime alınmalarına izin verdiği söylenebilir. Dolayısıyla “gereklilik” kıstasının sınırlarını, sığınmacının ülke topraklarına kabulünün değeriendirilmesi gereken hâller oluşturur. Sığınmacının kimlik bilgilerinin ve ülkeye giriş durumunun sığınma ülkesi makamlarınca tespitinden sonra, devam eden tüm hareket kısıtlamalarının Cenevre Sözleşmesi'nin 26. maddesindeki şartları karşılaması gerekir²⁰⁷.

Madde 31(2) ile öngörölen gereklilik unsuru, şarta bağılı sınırlamayı ifade ettiğı gibi, aynı zamanda düzensiz giriş yapmış sığınmacıların hareket özgürlüklerinin yalnızca “geçici olarak” sınırlanmasına izin verir. Zira maddenin konuluş amacı, sığınmacının ülkeye kabulü ile ilgili karar vermek ve kimlik bilgilerinin ve ülkeye yasal giriş durumunun sığınma devleti makamlarınca basitçe araştırılmasından ibaret olduğundan, bunun için gereken hareket kısıtlamalarına da yalnızca “geçici olarak” ve “birkaç gün için” başvurulması gerekir²⁰⁸.

Yukarıda ele alınan hususlara ek olarak, sığınma ülkesinde düzensiz bulunan sığınmacılar bakımından, yalnızca cezalandırıcı nitelikte olmayan hareket

²⁰⁷ a.g.e., s. 421-422.

²⁰⁸ a.g.e., s. 421-422.

kısıtlamalarının mümkün olduğu vurgulanmalıdır. Zira aynı sığınmacı grubu için cezalandırma yasağı getiren Madde 31(1) ile, sığınma ülkesine düzensiz giriş nedeniyle hareket kısıtlaması uygulamak dahil her türlü cezalandırıcı uygulama ilke olarak yasaklanmıştır. Dolayısıyla bu sığınmacı grubu için başvurulacak hareket kısıtlamasının da, cezalandırıcı nitelikte olmama özelliğini haiz olması gerekir.

3. Zamansal Sınırlama

a. Sığınmacının Statüsünün Düzenli Hâle Getirilmesi

Cenevre Sözleşmesi ikinci olarak, ülke topraklarına düzensiz giren sığınmacıların hareketlerinin, ancak ilgili sığınmacının ülkedeki statüsü düzenli hâle getirilinceye kadar kısıtlanabileceğini kabul etmiştir. Bu arada belirtmek gerekir ki, metnin İngilizce aslında, Türkçe tercümesinde kullanılan “statü belirleme” deyiminden ziyade, “statü düzenleme” (“*status regularization*”) ifadesi kullanılmıştır. Dolayısıyla, bunu “statü belirleme” ifadesini karşılayacak şekilde mülteci statüsünün değerlendirilerek sonuca bağlanması şeklinde değil, “statü düzenleme” ifadesinin karşılığı olarak yasal durumunun düzenli hâle getirilmesi şeklinde ele almak gerekir. Biz de bu ifadeyi yorumlarken metnin orijinal ifadesini esas alacağız.

Mültecinin statüsünün düzenli hâle getirilmesi ifadesinin anlamı, Cenevre Sözleşmesi’nin kabul konferansları sırasında, “uygun dokümanların incelenmesinden sonra, [hükümetin] mülteciyi *bona fide* mülteci olarak tanıması”na karşılık gelecek şekilde, ülkeye düzensiz olarak giren sığınmacının kalıcı olarak ülkeye kabulü karşılığında kullanılmıştır²⁰⁹. Sözleşmenin taslak çalışmalarını yürüten Ad Hoc Komite ise, sığınmacının ülkedeki statüsünün düzenlenmesi ifadesini, sığınmacının mülteci statüsü için bir başvuru yapmasına işaret etmek üzere benimsemiştir. Konu Fransa,

²⁰⁹ a.g.e., s.415.

Birleşik Krallık ve ABD delegeleri arasında tartışılmış ve Fransız delegesinin ifadeleriyle şu sonuca varılmıştır: “*Oturma izni bulunan bir kimsenin statüsü düzenlidir. Esasen aynı durum, henüz bir oturma iznine sahip olmayan fakat bunun için başvurmuş ve başvurusu kayıt altına alınmış olan bir kişi için de geçerlidir. Ancak bu statü için başvurmamış veya başvurmakla birlikte başvurusu reddedilmiş kişiler düzensiz bir durumdadır.*”²¹⁰. Fakat doktrinde bu ifade, hükmün konuluş amacına uygun bir şekilde, anılan bu iki yorumdan da daha geniş bir anlam etrafında yorumlanmaktadır²¹¹.

Madde 31(2)'nin amaçsal ve lafzi yorumuna göre bir sığınmacının durumunun düzenli hâle getirilmesi, en geniş anlamıyla sığınma ülkesi tarafından sığınmacının düzensiz bulunuşuyla ilgili olarak atılacak herhangi bir adımı ifade eder²¹². Bu bakımdan, sığınmacının korumadan yararlanıp yararlanmayacağını, yani ülkeye kabulünün değerlendirilmesi konusunda sığınma ülkesi tarafından öngörülen şartları karşılaması, durumunun düzenli hâle getirilmesi için yeterli kabul edilmektedir²¹³. Bunun için mülteci

²¹⁰ **a.g.e.**, s. 416. Ad Hoc Komitenin yorumuna göre, ülkeye izinsiz olarak giren sığınmacılardan yalnızca mülteci statüsüne henüz başvurmamış ya da başvurmakla birlikte başvurusu reddedilmiş olanlar düzensiz bir statüde bulunmaktadır.

²¹¹ VAHS m. 32'ye göre, bir antlaşmanın hazırlık çalışmaları ve yapılma şartları, tamamlayıcı yorum araçları olarak kullanılabilir. Bunun için, antlaşmanın 31. maddesi doğrultusunda terimlerin adi anlamları, sözleşmenin bütünü ile konu ve amacına uygun olarak yorumlanması, anlamda yine de muğlaklık yaratıyorsa veya makul olmayan bir sonuca götürmesi gerekir. Dolayısıyla her zaman için bir uluslararası sözleşmenin yorumunda lafzı, bütünü ile konu ve amacı önemli olup hazırlık çalışmalarına ikincil olarak başvurulmalıdır.

²¹² **Costello**, s. 44.

²¹³ **Hathaway**, s. 417.

statüsünün nihai olarak kararlaştırılması doktrinde şart görülmemektedir.

Sığınmacının düzensiz girişi nedeniyle idari gözetimini düzenleyen Madde 31(2)'nin sınırı, sığınma ülkesinde yasal olarak bulunan sığınmacıların hareketlerinin hangi şartlarla sınırlanabileceğini ortaya koyan Madde 26'dır²¹⁴. Buna göre sığınmacının 26. maddede belirtildiği şekilde yasal olarak bulunma koşulunu karşılamasıyla hareket sınırlamalarına uygulanacak rejim değişmektedir. Böylece sığınmacıların hareket sınırlamaları, statüleri düzenli hâle getirilene kadar Madde 31(2) hükmü çerçevesinde, bu aşamadan sonra ise Madde 26 düzenlemesine tabi olacaktır. Hemen belirtelim ki yasal olarak bulunma, statünün düzenli hâle getirilmesi ile aynı veya en kötü ihtimalle yakın anlamdadır. Zira seyahat ve yerleşme özgürlüğü başlığı altında açıkladığımız üzere, İnsan Hakları Komitesi, ülke topraklarına yasal giriş kurallarına aykırı olarak girmiş olan fakat daha sonra statüsü düzenli hâle getirilmiş bir yabancının, yasal olarak bulunma koşulunu yerine getirdiğini kabul eder. Bu nedenle statünün düzenli hâle getirilmesinin anlamı konusunda, yasal olarak bulunma ifadesinin içeriğini incelediğimiz başlığa da ayrıca bakılmalıdır. Şimdiden kısaca söyleyelim ki, Sözleşme'nin 26. maddesinde kullanılan yasal olarak bulunma ile Madde 31(2)'deki düzenli statüde olma ifadeleri, mülteci statüsü belirleme usulüne kabul anlamına gelmesinin yanı sıra, aynı zamanda geçici veya kalıcı olup olmadığına bakılmaksızın, mültecinin sığınma ülkesinde kalışına açıkça veya zımnen izin verilmiş olduğunu da ifade eder²¹⁵.

b. Sığınmacının Bir Başka Ülkeye Kabulü

Mültecinin, sığınma ülkesindeki statüsünün kalıcı hâle getirilmesi yerine bir başka ülkeye kabulü için başvurmuş olması hâlinde, Madde 31(2) tarafından bu ülkeye kabulü

²¹⁴ **Costello**, s. 44; **Hailbronner**, s. 163.

²¹⁵ **Costello**, s. 6.

sağlanıp seyahati gerçekleşinceye dek idari gözetim altında tutulmasına izin verilmiştir. Cenevre Sözleşmesi'nin taslak çalışmaları sırasında, bir diğer ülkeye gönderilecek olan mültecilerin serbest bırakılmasının, kaçma veya kaybolmalarına neden olabileceği değerlendirilmiştir²¹⁶. Bununla birlikte, sığınmacının hareket özgürlüğüne getirilen kısıtlamaların, yerleştirme ülkesine kabul edilme hususu güvence altına alındığı andan itibaren sona erdirilmesi gerektiğine ilişkin görüş de ileri sürülmüştür²¹⁷. Görüşümüze göre de, “bu mültecilerin bir başka ülkeye kabulleri sağlanıncaya kadar (*they obtain admission into another country*)” ifadesi kullanılmakla, yalnızca üçüncü ülkeye kabul edilmelerinin kesin olarak kararlaştırılmasına kadar idari gözetim altında tutulmalarına cevaz verildiği anlaşılmaktadır.

Hathaway, bu maddenin uygulaması hakkında Vietnam Savaşı sırasında Hong Kong'a sığınan Vietnamlı mültecilerin üçüncü bir ülkeye yerleştirilmesi işlemleri sırasında idari gözetim altında tutulmalarının Madde 31(2) hükmüne uygun olduğunu örnek olarak vermektedir²¹⁸. Fakat daha sonra Hong Kong'un, idari gözetim tedbirini mültecilerin denizaşırı yerleştirme işlemlerini kolaylaştırmak için değil, mültecileri ülkeye girişten caydırma mekanizması olarak kullandığının anlaşılmasıyla, başvuru idari gözetimin hukuka uygunluğunun sona erdiğini de not etmektedir. Nitekim Cenevre Sözleşmesi, sığınma ülkesine düzensiz olarak giriş yapmış olan mültecilerin hareketlerinin, yalnızca gerekli olan hâllerde sınırlanmasına izin vermektedir.

²¹⁶ **Hathaway**, s. 414.

²¹⁷ **Costello**, s. 44-45.

²¹⁸ **Hathaway**, s. 414.

B. Sığınma Ülkesinde Yasal Olarak Bulunan Sığınmacıların Hareketlerinin Kısıtlanması

1. Yasal Olarak Bulunan Sığınmacıların Hareket Sınırlamalarına İlişkin Kuralın Ortaya Konması

Cenevre Sözleşmesi'nin 26. maddesi, sığınma ülkesinde yasal olarak bulunan sığınmacıların hareket serbestisine uygulanacak kuralları yansıtır. Buna göre taraf devletler, ülkesinde yasal olarak bulunan mültecilere, genel olarak aynı koşullardaki yabancılara sağlanan, toprakları üzerinde ikamet edeceği yeri seçme ve özgürce hareket etme hakkını tanıyacaktı. Benzer şekilde MSHS'nin 12. maddesi de hareket özgürlüğü hakkını bir devlet ülkesinde yasal olarak bulunan kişiler lehine tanımıştır. Fakat Cenevre Sözleşmesi'nin Resmî Gazete'de yayımlanan Türkçe metninde, “Her Taraf Devlet, ülkesinde yasal olarak ikamet eden mültecilere, ...” şeklinde bir çeviri benimsenmiştir. Metnin İngilizce orijinalinde ise “Each Contracting State shall accord to refugees lawfully in its territory ...” ifadesi kullanılmıştır. Kullanılan “lawfully in its territory” ifadesi, Türkçe'ye “yasal olarak bulunma” olarak çevrilmelidir.

Cenevre Sözleşmesi tarafından maddeyle kabul gören ilkeye göre, ülkedeki statüsü henüz yasallaşmamış olan sığınmacıların hareketlerine sınırlama getirilebilir. Ülkede yasal olarak bulunmayan sığınmacılara uygulanacak hareket kısıtlamalarının tabi olduğu ilkeler ise Cenevre Sözleşmesi'nin 31(2). maddesinde öngörülmüştür. Sığınmacının statüsünün düzenli hâle getirilmesiyle Madde 31(2) uyarınca başvuru hareket kısıtlamaları son bulmalıdır. Artık statüsü düzenli hâle gelmiş, bir başka anlatımla sığınma ülkesinde yasal olarak bulunan bir sığınmacının hareket özgürlüğünün sınırlandırılması ise artık Madde 26 tarafından öngörülen koşullara tabi olacaktır²¹⁹.

²¹⁹ **Hathaway**, s. 708.

Madde 31(2) ve 26'nın kapsamı arasındaki bir diğer fark, Madde 31(2)'nin yalnızca sığınma ülkesi topraklarına düzensiz giren sığınmacıları kapsamına almasıdır. Diğer yandan Madde 26 ise, ülke topraklarına düzensiz olarak girmiş olsun veya olmasın, yasal olarak bulunma koşulunu sağlayan tüm sığınmacı ve mültecilerin hareket özgürlüklerine dair genel ilkeyi ortaya koyar.

2. Yasal Olarak Bulunma İfadesinin Anlamı

Doktrinde yasal olarak bulunma kavramı, geniş kapsamlı olarak ele alınmaktadır. Bu konuda oldukça geniş kapsamlı bir açıklama ortaya koyan Hathaway, yasal olarak bulunma durumunun üç hâlde gerçekleştiğini ifade etmektedir: (i) Sığınmacının, sığınma ülkesi topraklarına belirli bir zaman için kabul edilmiş olması; (ii) Mülteci statüsüne başvurulması ile mülteci statüsünün tanınması veya reddedilmesi arasındaki aşama; (iii) *Prima facie* veya geçici koruma rejimlerine dahil olma²²⁰.

İlk duruma göre, taraf devlet topraklarına belirli bir zaman için kabul edilmiş olan sığınmacı ve mülteciler, sığınma ülkesinde yasal olarak bulunuyor demektir²²¹. Hatta sığınmacı veya mültecinin, birkaç saatliğine dahi kabul edilmiş olması, Cenevre Sözleşmesi'nin hazırlık çalışmaları sırasında yasal bulunma şartının gerçekleşmesi için yeterli görülmüştür²²².

Günümüzde çok daha fazla öneme sahip olan durum ise, ikincisidir. Buna göre, mülteci statüsü için başvuruda bulunulması ile mülteci statüsü başvurusunun kesin olarak kabul edilmesi veya reddedilmesi aşamaları arasındaki süre boyunca her mülteci veya sığınmacı, sığınma ülkesinde yasal olarak bulunuyor demektir. Burada kullandığımız

²²⁰ **a.g.e.**, s. 173 vd.

²²¹ **O'Nions**, Critique of *Saadi*, s. 41.

²²² **Hathaway**, s. 174-175.

mülteci statüsünün kesin olarak kabul edilmesi veya reddedilmesi ifadesi, başvurusu kabul veya reddedilmekle birlikte, buna karşı başlattığı idari veya adli itiraz süreçleri derdest olan sığınmacıları da kapsamına alır. Burada önemli olan, sığınmacının mülteci statüsü için başvurmuş olması ve başvurusunun kesin olarak reddedilmemiş olmasıdır²²³. Yukarıda “Cezalandırma Yasağı” başlığı altında bahsettiğimiz gibi, sığınmacının mülteci statüsü için başvurması hâllerine, mültecinin resmî olarak sığınma başvurusunda bulunmasının yanı sıra, Madde 31(1) hükmü uyarınca, gecikmeksizin yetkili makamlara başvurarak yasal olmayan girişlerinin veya bulunuşlarının geçerli nedenlerini gösteren sığınmacılar da girmektedir. Bu sığınmacılar, yetkili makamlara kendilerini tanıttıklarında derhâl sığınma talebinde bulunmamış olsalar da, yasal bulunma koşulunu yerine getirmiş olurlar.

Son olarak, mülteci statüsü belirleme usullerini işletmek için yeterli kapasitenin bulunmadığı, yahut bu usullerin işletilmesinin tercih edilmemesi nedeniyle *prima facie* mültecilik statüsünün tanındığı veya geçici koruma usullerinin işletildiği hâllerde de, yasal olarak bulunma koşulu gerçekleşmektedir.

²²³ İngiliz Lordlar Kamarası'nda görülen *Bugdayçay* davasında, sığınmacıların ne ülkeye geçici olarak kabul ne de mülteci statüsünün belirlenmesi aşamalarında, Birleşik Krallık'ta yasal olarak bulunma koşulunu sağladıkları yönünde yorum yapılmış; bu karar İngiliz Temyiz Mahkemesi tarafından da onanmıştır (**R v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Bugdayçay**; Regina v. Same, Ex parte Nelidow Santis; Regina v. Same, Ex parte Norman, [1986] 1 All ER 458, [1986] 1 WLR 155, [1986] Imm AR 8, United Kingdom: Court of Appeal (England and Wales), 5 November 1985, https://www.refworld.org/cases,GBR_CA_CIV,3ae6b6230.html (E.T. 14/2/2019)).

Doktrinde, Cenevre Sözleşmesi'ne taraf olan devletler bakımından, Cenevre Sözleşmesi'nin yasal olarak bulunma ifadesinin yorumu ile bu ifadenin iç hukuktaki anlamının karşı karşıya gelmesi durumunda, Cenevre Sözleşmesi'nin yorumunun esas alınması gerektiği vurgulanmaktadır²²⁴. Buna göre, mülteciler bakımından yasal olarak bulunma ifadesinin anlamı konusunda ilk olarak iç hukuk kurallarına bakılması gerekmekte birlikte, bunun sınırını Cenevre Sözleşmesi'nin yorumu oluşturmaktadır. Seyahat ve yerleşme özgürlüğü başlığı altında açıklandığı gibi, İnsan Hakları Komitesi tarafından da benzer bir çerçeve çizilerek yasal olarak bulunma ifadesinin, devletin uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerine uygun olduğu sürece, yabancıların ülkeye giriş ve çıkışlarına ilişkin iç hukuk kuralları çerçevesinde yorumlanacağı vurgulanmıştır.

3. Genel Olarak Yabancılar Uygulanan Hareket Kısıtlamalarının Sığınmacılar İçin de Uygulanması

Cenevre Sözleşmesi, sığınma ülkesinde yasal olarak bulunan sığınmacı ve mültecilerin yerleşme ve seyahat özgürlüklerinin, o ülkede genel olarak yabancılar uygulanan kısıtlamalara tabi olduğunu ortaya koyar. Dolayısıyla hareket özgürlüğünün kısıtlanmasında, genel olarak aynı koşullardaki yabancılar uygulananlar dışında, sığınmacı ve mültecilere özel kurallar getirilmesi yasaklanmıştır²²⁵.

Yasal olarak bulunan sığınmacıların hareket özgürlüklerinin, genel olarak aynı koşullarda bulunan yabancılar uygulanan kurallara tabi olması, özgürlüklerinin sınırsızca kısıtlanabileceği anlamına gelmez. Zira sığınma devleti, bu hususta uluslararası

²²⁴ **Hathaway**, s. 177 vd.

²²⁵ **a.g.e.**, s. 705.

hukuk ile bağılıdır²²⁶. Özellikle, aynı zamanda Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'ne ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf olan bir devlet bakımından, yasal olarak bulunan yabancıların hareketlerine getirilecek kısıtlamaların sınırını bu sözleşmelerin hükümleri oluşturur. Bu devletler, yabancıların hareketlerinin kısıtlanmasında olduğu gibi mültecilerin hareketlerinin kısıtlanmasında da, yukarıda incelenen MSHS m. 12 ve AİHS'nin 4 no.lu Ek Protokolü'nün 2. maddesindeki sınırlarla bağılıdır. Mültecilerin hareketleri de genel olarak yabancıların hareketlerinin kısıtlanması gibi, ancak ulusal güvenlik, kamu düzeni, kamu sağlığı, genel ahlak veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması söz konusu olduğunda, sadece yasalarla ve bu sözleşmelerde tanınan diğer haklara hâlel getirmeyecek şekilde sınırlanabilir.

²²⁶ **Edwards**, s. 15.

İKİNCİ BÖLÜM

ULUSLARARASI MÜLTECİ HUKUKU AÇISINDAN SIĞINMACILARIN İDARİ GÖZETİMİNİN SINIRLARINI BELİRLEYEN İLKELER

§3. SIĞINMACILARIN İDARİ GÖZETİMİNE İLİŞKİN UYGULAMA İLKELERİ

I. SIĞINMACILARIN İDARİ GÖZETİMİNİN SINIRLARINI ORTAYA KOYAN KAYNAKLAR

A. Bağlayıcı Kaynaklar

1. Uluslararası Sözleşmeler

Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'ne göre uluslararası sözleşme, ister tek bir belgede, isterse iki veya daha fazla ilgili belgede yer alsın ve (kendine) mahsus ismi ne olursa olsun, devletler arasında yazılı şekilde akdedilmiş ve uluslararası hukuka tabi olan uluslararası anlaşma demektir. Uluslararası sözleşmeler, taraflarının açık rızasını barındırdığından uluslararası hukukta bağlayıcılığı bulunan kaynaklardandır. Bu bakımdan uluslararası mülteci hukuku ve uluslararası insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmeler, tarafları bakımından sığınmacıların idari gözetimi bakımından ilk elden dikkate alınır.

Sığınmacıların idari gözetimi rejimi, kişi özgürlüğü hakkının kısıtlanmasının bir görünümü olarak, öncelikle yukarıda incelenen Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 9. maddesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesi hükümlerince idare edilir. MSHS'de öngörülen kanunilik, keyfilik yasağı ile gereklilik değerlendirmesi ilkeleri, idari gözetim uygulama ilkelerinin bel kemiğini oluşturur. AİHS tarafından sınırlı sayıda öngörülen gözetim sebepleri ise, hukukumuzda idari gözetim tedbirine başvurulması hâlinde mutlaka dikkate alınması gereken nedenlerdir. Her iki uluslararası sözleşme de,

güvenlik hakkı bağlamında kişi özgürlüğü sınırlanan kişilere tanınması gereken asgari güvenceleri kabul etmeleri bakımından, uygulama ilkeleri kapsamındaki usuli güvencelerin hukuki zeminini oluşturur.

Türkiye'nin coğrafi kısıtlamayla kabul ettiği Cenevre Sözleşmesi'nin Uygulama İlkelerinde bağlayıcı bir kaynak olarak dikkate alınması, sığınmacının Avrupa'da meydana gelen olaylar nedeniyle koruma arayışında olması hâlinde etki doğurur. Fakat aşağıda tartışacağımız gibi, Madde 31(1) hükmü, YUKK'ta idari gözetimin düzensiz giriş ve bulunuş nedeniyle ceza olarak uygulanmamasına ilişkin kurala kaynaklık etmesi nedeniyle yorum aracı olarak dikkate alınmalıdır. Sığınma ülkesine düzensiz giren sığınmacıların hareketlerinin sınırlandırılmasına ilişkin ilkeyi düzenleyen Madde 31(2) hükmünün ise yalnızca coğrafi kısıtlamaya bağlı olarak uygulanma kabiliyeti vardır.

BM Genel Kurulu tarafından 1988 yılında kabul edilen BM Herhangi bir Biçimde Tutulan veya Hapsedilen Kişilerin Korunmasına İlişkin İlkeler Bütünü ve 1990 yılında kabul edilen BM Özgürlüğünden Yoksun Bırakılmış Küçüklerin Korunmasına İlişkin Kurallar, kişi özgürlüğü hakkından yoksun bırakılan tüm kişiler için olduğu gibi sığınmacıların idari gözetim koşulları bakımından da belirleyici kaynaklardır. MSHS'nin 10. maddesi ile AIHS'nin 3. maddesi de idari gözetim koşullarının sahip olması gereken asgari standartları ortaya koymaktadır. Anılan bu kaynaklarda ortaya konan ilke ve düzenlemeler, Uygulama İlkeleri arasında yer alan idari gözetim koşullarının insani standartlarda olması ilkesinin temelini oluşturur.

2. Uluslararası Mahkeme Kararları

Uluslararası hukukta, uluslararası mahkeme kararları, yalnızca uyuşmazlık tarafları arasında bağlayıcıdır²²⁷. Fakat uluslararası mahkemelerin istikrarlı bir şekilde

²²⁷ **Pazarcı**, s. 134.

önceki kararlarını takip etmesi, bu kararlara bağlayıcılık kazandırmaktadır²²⁸. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ise, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf devletler bakımından, Sözleşme'nin ihlalinden kaynaklanan, bireyler ve devletler arasındaki hukuki ihtilafların çözümüne ilişkin kararlarının, AİHS'nin 46. maddesi uyarınca bağlayıcılığı bulunmaktadır. AİHM'in özellikle sığınmacılar ve genel olarak yabancılar hakkında olmak üzere, kişi özgürlüğü kısıtlamaları konusundaki içtihadı, idari gözetim tedbirlerinin uygulanmasında kaynak olarak dikkate alınmalıdır²²⁹. Bu da AİHM içtihatlarını, Uygulama İlkelerinin önemli bir kaynağı hâline getirmektedir.

Uluslararası mahkemelere ek olarak, uluslararası mülteci hukuku alanında merkezileşmiş bir yargı makamının olmaması karşısında uluslararası mülteci hukukunun gelişiminde ulusal mahkemelerin önemi oldukça büyüktür²³⁰. İdari gözetim altındaki sığınmacıların serbest bırakılmasına ilişkin taleplerin incelenmesinde uluslararası mülteci hukukunun somut olayda uygulanması ve yorumlanması bakımından ilk elden yargı yetkisine sahip olan organ ulusal mahkemelerdir. Kuşkusuz bu mahkeme kararları, yalnızca ilgili devlet tarafından bağlayıcıdır. Fakat ulusal mahkeme kararlarının tek yönlü bağlayıcılığı, bunların ilkesel bazda dikkate alınabilirliğini etkilemez.

B. Bağlayıcı Olmayan Kaynaklar

1. UNHCR Karar ve Tavsiyeleri

Sığınmacıların idari gözetimi, temel olarak yukarıda incelenen uluslararası sözleşme hükümleri çerçevesinde yorumlanır. Sığınmacıların özellik arz eden bir hassas grup olmalarından ötürü, uluslararası hukukta öngörülen bu güvenceler UNHCR

²²⁸ **Shaw**, s. 110.

²²⁹ **CoE Committee of Ministers**, Rec(2003)5, para 4.

²³⁰ **Costello**, s. 1.

tarafından harmanlanarak UNHCR doktrini ile birleştirilmiştir²³¹. UNHCR tarafından sığınmacıların idari gözetimine ilişkin ilkeler, ilk olarak 1986 yılında 44 numaralı İcra Komitesi Kararı²³² ile belirlenmiş olup daha sonra bu ilkeler 1995 yılında bir dizi kılavuz ilkeye dönüştürülmüştür. Bu ilkeler UNHCR tarafından 1999 ve 2012 yıllarında güncellenerek Sığınmacıların İdari Gözetimine İlişkin Uygulanabilir Kriter ve Standartlar ile İdari Gözetim Alternatifleri (“UNHCR İdari Gözetim Kılavuz İlkeleri”) belgesi yayımlanmıştır. UNHCR İdari Gözetim Kılavuz İlkeleri, sığınmacıların idari gözetimi konusunda dikkate alınması gereken önemli bir kılavuzdur²³³.

UNHCR İdari Gözetim Kılavuz İlkeleri, UNHCR'nin UNHCR Kuruluş Tüzüğü'nün 1. maddesinde belirtilen hükümetleri destekleme ve Cenevre Sözleşmesi'nin 35. maddesinde belirtilen himayesi gereğince, hükümetler, parlamenterler, hukuk uygulayıcıları, başta mahkemeler ve idari gözetim ve sığınma konularında faaliyet gösteren ulusal ve uluslararası organlar olmak üzere tüm karar merciilerine kılavuzluk sağlamak amacındadır. Buna göre, UNHCR İdari Gözetim Kılavuz İlkeleri'nin ilk hukuki dayanağı, UNHCR'nin Cenevre Sözleşmesi'nin uygulanmasına nezaret etme görevinin kabul edildiği Cenevre Sözleşmesi'nin 35. maddesidir²³⁴. Buna ek olarak UNHCR,

²³¹ **Cornelisse**, s. 262; **UNHCR**, 1999 Detention Guidelines, para. 12.

²³² **UNHCR, ExCom:** Detention of Refugees and Asylum-Seekers No. 44 (XXXVII) - 1986, (“No. 44 (XXXVII) – 1986”), 13 October 1986, <https://www.refworld.org/docid/3ae68c43c0.html> (E.T. 14/2/2019).

²³³ **UNHCR**, Expert Roundtable Summary Conclusions, para 11(f).

²³⁴ UNHCR'nin nezaret etme görevi, Cenevre Sözleşmesi'nin 35. maddesinde şu şekilde ifade edilmiştir:

“1. Taraf Devletler, Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği veya onun görevini devralacak diğer her hangi bir Birleşmiş Milletler kuruluşu ile, görevini

Kuruluş Tüzüğü'nün 1. maddesine göre Kuruluş Tüzüğü kapsamındaki mültecilere uluslararası koruma sağlama işlevini ve hükümetleri destekleyerek mültecilerin problemlerine kalıcı çözümler arama görevini üstlenmiş bulunmaktadır²³⁵. Statü, bu korumanın nasıl gerçekleştirileceği konusunda ise mültecilerin korunması amacıyla uluslararası sözleşmelerin imzalanmasını teşvik etmek, bunların uygulanmasına nezaret

yerine getirirlerken işbirliği yapmayı ve özellikle onların işbu Sözleşme hükümlerinin uygulanmasına nezaret etme görevini kolaylaştırmayı taahhüt ederler.

2. Taraf Devletler, Yüksek Komiserliği'nin veya onun görevini devralacak her hangi bir Birleşmiş Milletler kuruluşunun, Birleşmiş Milletler'in yetkili organlarına rapor vermesi için, aşağıdaki konular hakkında isteyeceği bilgileri ve istatistikleri uygun bir şekilde vermeyi taahhüt ederler:

(a) Mültecilerin içinde bulundukları durum,

(b) Bu Sözleşme'nin uygulanması ve

(c) Mülteciler konusunda mevcut veya yürürlüğe girecek yasalar, yönetmelikler ve kararnameler.”

²³⁵ UNHCR Kuruluş Tüzüğü'nün 1. maddesinin ilk paragrafı şu hükmü içermektedir:

“Genel Kurul'un yetkisi altında hareket eden Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiseri, Birleşmiş Milletler'in nezareti altında, bu Tüzüğün kapsamı içine giren mültecilere uluslararası koruma sağlamak ve bu tür mültecilerin gönüllü olarak geri dönüşlerini ya da onların yeni ülkelerinin toplumları ile kaynaşmalarını hızlandırmaları için hükümetlere ve ilgili hükümetlerin onay vermesi koşuluyla özel kuruluşlara yardım ederek mültecilerin sorunlarına kalıcı çözümler aramak görevini üstlenecektir.” (UNHCR Türkiye Temsilciliği: Sığınma ve Mülteci Konularındaki Uluslararası Belgeler ve Hukuki Metinler, Ankara, 1998, s. 62-66.).

etme ve bunlara değişiklik önerilerinde bulunma görev ve yetkilerini saymıştır. Dolayısıyla UNHCR'ın Cenevre Sözleşmesi'nin ve genel olarak mültecilere sağlanan korumanın kapsamı konusundaki danışmanlık yapma ve yorumda bulunma yetkisi, Cenevre Sözleşmesi'nin 35. maddesinden bağımsız olup doğrudan Kuruluş Tüzüğüne dayanmaktadır. Bu da UNHCR'ın uluslararası koruma ihtiyacındaki kişilerle ilgili himayesinin, Cenevre Sözleşmesi'nin zamansal veya coğrafi kısıtlamalarla kabul edilmesinden etkilenmediğini ortaya koymaktadır²³⁶.

UNHCR, mültecilerin yaşam hakkı, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı gibi temel insan haklarının korunmasını amaçlayarak hiçbir mültecinin zulüm riski olan ülkeye geri gönderilmemesi ve mültecilerin sığınma usûllerine erişimlerinin sağlanması dahil olmak üzere geniş kapsamlı koruma faaliyetlerinde bulunmaktadır. UNHCR pek çok ülkede mülteci statüsü belirleme süreçlerinde danışmanlıkta bulunmakta ve sığınma başvurusu reddedilenlerin itirazlarının değerlendirildiği ulusal mahkeme ve organlarda temsilci üye bulundurmaktadır. Bununla birlikte UNHCR İcra Komitesi kararlarının ve UNHCR tarafından bildirilen görüşlerin hukuki bir bağlayıcılığı bulunmadığı, yalnızca mültecileri ilgilendiren belirli durumlarda tercih edilmesi gereken tavsiyelerden (*soft law*) oluştuğu, böylece gelecekte mülteci hukukuyla ilgili kabul edilecek standartların oluşmasına etki ettiği ve *opinio juris*'in oluşumuna katkıda bulunduğu öğretide dile getirilmektedir²³⁷. Bu nedenle, devletlerin mültecilerin koruma problemlerine yönelik yaklaşımlarında UNHCR karar ve görüşlerinin de dikkate alınması gerekir²³⁸. Bu hususta örneğin Yeni Zelanda

²³⁶ **Lauterpacht/Bethlehem**, para 17.

²³⁷ **Goodwin-Gill**, Article 31, s. 217; **Costello**, s. 1; **Hailbronner**, s. 162..

²³⁸ BM İnsan Hakları Komitesi bünyesinde faaliyet gösteren İnsan Haklarının Teşviki ve Korunması Alt Komitesinin, UNHCR İdari Gözetim Kılavuz İlkelerinin devletlerce uygulanmasının gerekliliğine ilişkin raporu için bkz. **UN, Sub-**

Temyiz Mahkemesi, UNHCR İcra Komitesi Kararlarının hukuki değerinin, bu kararları şekillendirenlerin bizzat komiteye üye olan devletler olmasından ileri geldiğini vurgulamaktadır²³⁹.

Bu arada bahsetmek gerekir ki, UNHCR İdari Gözetim Kılavuz İlkeleri, 44 numaralı İcra Komitesi Kararı temel alınarak oluşturulmuş olmasının yanı sıra, yazımında Cenevre Sözleşmesi'nin 31. maddesi üzerine yazılan uluslararası mülteci hukuku doktrininden de oldukça faydalanılmıştır. Kılavuz, özellikle de Goodwin-Gill tarafından hazırlanan 2001 tarihli “*Expert Roundtable's Summary Conclusions on Article 31 of the 1951 Convention*” çalışmasının sonuç ilkelerini yansıtmaktadır²⁴⁰. Bunun dışında UNHCR İdari Gözetim Kılavuz İlkeleri'nde uluslararası mahkeme kararlarına da atıfta bulunmaktadır.

UNHCR İdari Gözetim Kılavuz İlkeleri şüphesiz, sığınma başvurusunda bulunmuş veya sığınma başvurusunda bulunmak üzere sığınma ülkesine giriş yapmış kişilere uygulanır. Bununla birlikte bu ilkeler, sığınma iddiaları adil bir usul ve yargılama sonucu kesin olarak reddedilmiş olan kişilere uygulanmazken güvenli üçüncü ülkeden gelmek gibi sığınma başvurusunun kabul edilebilirliği ile ilgili bir durum nedeniyle

Commission on the Promotion and Protection of Human Rights: Resolution on the Detention of Asylum-Seekers, 2000/21, 18 August 2000, <https://www.refworld.org/docid/3dda66394.html> (E.T. 5/12/2018).

²³⁹ *Attorney-General v. Refugee Council of New Zealand, Inc.*, 2 NZLR 577, New Zealand: Court of Appeal, 16 April 2003, https://www.refworld.org/cases,NZL_CA,40cec4c84.html (E.T. 14/2/2019).

²⁴⁰ **Costello**, s. 1-2.

sığınma başvurusunun usulden reddi gibi durumlarda uygulama alanı bulur²⁴¹. Bunun nedeni, bu hâlde kişinin hâla sığınmacı sıfatını taşıması ve uluslararası koruma ihtiyacının henüz değerlendirilmemiş olmasıdır.

2. BM İnsan Hakları Komitesi ve Diğer BM Organlarının Karar ve Tavsiyeleri

Sığınmacıların idari gözetimi, mültecilerin himayesinden sorumlu UNHCR'in yanı sıra insan hakları kurumlarının da gündeminde olagelmıştır. Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi hükümlerinin uygulanmasını denetlemek üzere kurulan İnsan Hakları Komitesi ve 2006 yılından itibaren onun işlev ve yetkilerini üstlenmiş olan İnsan Hakları Konseyi, idari gözetime ilişkin uluslararası normların ortaya konmasında rol üstlenmiş en önemli kurumlardan biridir. MSHS'nin yorumuna ilişkin kararları, konumuz bakımından kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının özünün belirlenmesinde yüksek önemdedir. İHK tarafından, devletlerin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını kısıtlaması uygulamalarının MSHS'ne uygunluğunun incelendiği başvurularda ortaya konan kriterler, sığınmacıların idari gözetimi uygulamalarının tabi olduğu uluslararası standartların belirlenmesinde öncü rol üstlenmiştir. Özellikle Avustralya uygulamasının incelendiği 3/4/1997 karar tarihli *A. ve Australia* başvurusu, bir sığınmacının idari gözetimini gerekli kılan nedenlerden tabi olduğu usuli haklara kadar standartlar ortaya koymaktadır. Kuşkusuz bu karar yalnız Avustralya için bağlayıcıdır. Diğer devletler tarafından ise bu karar ve takip eden diğer İHK kararlarında ortaya konan standartların idari gözetim uygulamalarında dikkate alınması tavsiye dahilindedir.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği tarafından 1991/42 sayılı

²⁴¹ **Cornelisse**, s. 263.

kararla kurulan Keyfî Gözaltı Çalışma Grubunun, keyfî olarak uygulanan özgürlük kısıtlamalarını araştırarak bunların uluslararası hukuka uygunluğunu tartıştığı kararları da Uygulama İlkelerinin kaynakları arasında incelenmiştir. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından tutma koşulları ve tutulan kişilere uygulanacak usuli işlemlere ilişkin kurallar da, kişi özgürlüğü hakları kısıtlanan sığınmacılara uygulanması bakımından önemli kaynaklardır. BM Genel Kurulu tarafından 1988 yılında kabul edilen BM Herhangi bir Biçimde Tutulan veya Hapsedilen Kişilerin Korunmasına İlişkin İlkeler Bütünü²⁴² ve 1990 yılında kabul edilen BM Özgürlüğünden Yoksun Bırakılmış Küçüklerin Korunmasına İlişkin Kurallar²⁴³ bu konuda başvurulabilecek en temel kaynaklardır.

3. Avrupa Konseyi Organlarının Karar ve Tavsiyeleri

Avrupa Konseyi bünyesinde insan haklarının teşvik edilmesi amacıyla bağımsız bir teşkilat olarak kurulmuş olan Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiserliği'nin, Avrupa Konseyine üye devletlerin düzensiz göç konusunda insan haklarına uyumlu bir yaklaşım benimsemeleri konusunda yayımladığı tavsiyeler, uluslararası koruma ihtiyacındakilerin tespiti ve özgürlüklerinin kısıtlanmasında dikkate alınması gereken uygulama ilkeleri bakımından önemli bir kaynaktır. AKİHK, özellikle “yasadışı göç” ve “yasadışı göçmen” terimlerinin kullanılmasının yanıltıcı olduğunu, yalnızca statülerinin “düzensiz” olduğunu, bu nedenle bu terimlerin kullanılmamasına hassasiyetle yaklaşılması

²⁴² <https://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/528b7--Herhangi-Bir-Bicimde-Tutulan-veya-Hapsedilen-Kisilerin-Korunmasi-Icin-Prensipler-Butunu.pdf> (E.T.: 5/12/2018).

²⁴³ <https://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/619b9--Ozgurlugunden-Yoksun-Birakilmis-Kucuklerin-Korunmasi-Icin-Kurallar.pdf> (E.T.: 5/12/2018).

gerektiğini vurgular²⁴⁴. Avrupa Konseyi Avrupa Hukuki İşbirliği Komitesinin göçmenlerin idari gözetim altına alınmasıyla ilgili yayımladığı kodifikasyon çalışması, sığınmacılar özelinde olmasa da tüm yabancıların idari gözetim altına alınmasına ilişkin kural ve standartların bir araya getirilmesi bakımından oldukça önemlidir²⁴⁵.

AIHS'nin uygulanmasını denetleyen bir diğer organ olan Avrupa Konseyi İşkencenin Önlenmesi Komisyonunun (CPT) çalışmaları da, özellikle sığınmacıların idari gözetim altında tutulduğu yerleri düzenli ziyaretleri sayesinde hem bir denetim işlevi görmektedir hem de yayınladığı raporlarla konuyla ilgili standartların ortaya konmasını sağlamaktadır.

Avrupa Konseyi Tüzüğü'nün 15(b) maddesine göre Avrupa Konseyinin karar alıcı organı olarak faaliyet gösteren Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin sığınmacıların gözetim altına alınmasıyla ilgili raporu da, uygulama ilkelerinin kaynaklarından biri olarak incelenmiştir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, Avrupa Konseyine üye devletlerin dışişleri bakanlarından veya Strazburg'taki daimi diplomatik temsilcilerinden oluşan bir organdır. Komite, üye devletlerin taahhütlerine uyumunu denetler. Aynı zamanda, Avrupa toplumunda karşılaşılan sorunlara ulusal yaklaşımların tartışıldığı bir yürütme organı ve bu sorunlara Avrupa çapında cevapların formüle edildiği bir uyumazlık çözüm organı olarak faaliyet gösterir.

²⁴⁴ **CoE Commissioner for Human Rights**, Criminalisation of Migration in Europe, s. 22.

²⁴⁵ <https://rm.coe.int/european-rules-on-the-administrative-detention-of-migrants-draft-codif/1680714cc1> (E.T. 12/1/2020).

II. UYGULAMA İLKELERİNİN KAPSAMI

A. Keyfî İdari Gözetim Yasağı

1. İdari Gözetimin Kanuna Uygun Olması

Yukarıda genel kapsamlı olarak incelenen BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 9(1). maddesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5(1). maddesi, hiçkimsenin kanunun tayin ettiği sebeplere ve yasanın öngördüğü usule uygun olmaksızın özgürlüğünden yoksun bırakılamayacağını emreder. Bu düzenlemelerin sığınmacılar bakımından iki anlamı bulunur:

(i) Bir sığınmacının koruma prosedürlerine erişim sağlamak amacıyla düzenli veya düzensiz yollarla bir ülkeye giriş yapmasının ardından özgürlüğünün hangi hâllerde kısıtlanabileceği iç hukukta öngörülmüş olmalıdır.

(ii) Gerçekleştirilen her özgürlük kısıtlaması, bu konuda iç hukukta önceden kabul edilmiş hukuk kurallarına uygun olmalıdır.

Buna göre, sığınmacıların hangi hâllerde idari gözetim altına alınabileceği, herhangi bir şüpheyi yer verilmeksizin iç hukuk kurallarıyla açıkça belirlenmiş olmalıdır. Yalnızca idari gözetime yönelik bir idari kararın varlığı yeterli değildir. Bu kararın dayandığı, idari gözetimi düzenleyen bir hukuki rejimin varlığı gerekir²⁴⁶. Bu unsur, UNHCR İdari Gözetim Kılavuz İlkelerinde “yasal kesinlik ilkesi” olarak anılmaktadır. UNHCR'a göre sığınmacıların idari gözetimini düzenleyen kanunlar, yasal kesinlik ilkesini karşılamalıdır; ki bunun anlamı, sığınmacıların idari gözetimini düzenleyen

²⁴⁶ **UNHCR:** Detention of Asylum-Seekers and Refugees: The Framework, the Problem and Recommended Practice, (“Detention Framework”), 4 June 1999, EC/49/SC/CRPARA.13, <https://www.refworld.org/docid/47fdaf33b5.html> (E.T. 5/12/2018), para. 10.

kuralların ve sonuçlarının öngörülebilir ve tahmin edilebilir olmasıdır²⁴⁷. Bu yasalar örneğin öngörülebilirliğe aykırı olarak geriye etkili olmamalıdır. Benzer şekilde, keyfî uygulamalara izin veren bir yasa da bu ilkeyi karşılamaz²⁴⁸. Sığınmacıların idari gözetiminin yasal kesinlik taşıması ilkesinin tekraren vurgulanması gereken en önemli unsur, bir sığınmacının idari gözetim altına alınmasına izin verilen hâllerin yasada tek tek sayılmış olmasıdır²⁴⁹. Sığınmacıların idari gözetim altına alınmasını düzenleyen iç hukuk kuralları ancak bu hâlde yasal kesinlik ilkesini tam olarak karşılayabilir.

İç hukukta özgürlük kısıtlamasına ilişkin öngörülen kurallar uluslararası insan hakları standartlarına da uygun olmalıdır²⁵⁰. Yalnızca kanunkoyucunun değil, aynı zamanda uygulayıcıların da, bölgesel veya evrensel uygulamaya sahip insan hakları sözleşmeleri ve hukukun genel ilkeleri dahil, kendi devletlerini bağlayan uluslararası hukuk yükümlülüklerini tümüyle dikkate alması gerekir²⁵¹. Dolayısıyla her ne kadar iç hukukta öngörülmüş de olsalar, başta MSHS, AIHS ve Cenevre Sözleşmesi olmak üzere sığınmacıların özgürlüklerinin kısıtlanması durumlarına uygulanacak uluslararası kuralları ortaya koyan standartlara aykırı olarak kabul edilen her düzenleme hukuka aykırılık oluşturur.

Uygulayıcıların kanunda belirlenmiş olan istisnai idari gözetim tedbirlerinin çerçevesinin dışına çıkarak keyfî olarak başvurduğu kısıtlayıcı tedbirler de hukuka

²⁴⁷ **UNHCR**, 2012 Detention Guidelines, para. 16, s. 14.

²⁴⁸ **UNHCR**, Detention Framework, para. 10.

²⁴⁹ **UNHCR**, Expert Roundtable Summary Conclusions, para 11(b).

²⁵⁰ **a.g.e**, para 11(b).

²⁵¹ **S.D. v. Greece**, 53541/07, CoE: ECtHR, 11 June 2009, para. 61.

aykırıdır²⁵². Bir sığınmacının idari gözetim altına alınmasının iç hukuka uygun olmaması, hem iç hukuka hem de uluslararası hukuka aykırılık oluşturur²⁵³. Bu durum, gerçekleştirilen idari gözetimin hukuka aykırı olmasının yanı sıra ayrıca keyfî olması sonucunu da doğurur²⁵⁴. Keyfî olarak başvuru her hangi bir gözetim tedbiri, sonradan hukuka uygun hâle getirilemez²⁵⁵.

Doktrinde ve yargı kararlarında bulunduğu ülkenin hukukuna tabi olduğu kabul edilen havaalanı transit bölgelerinde gerçekleştirilen idari gözetime ilişkin sınırlayıcı kuralların iç hukuklarda yer alması gerektiğine de ayrıca değinmek gerekir. Yasal kesinlik ve öngörülebilirlik ilkesi doğrultusunda, hangi durumlarda kişilerin transit alanlarda tutulabileceği ve bunun süresi ve yöntemi kanunla önceden belirlenmiş olmalıdır²⁵⁶.

2. Gereklilik, Orantılılık ve Bireysel Değerlendirme

BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 9. maddesi gereğince hiçbir sığınmacı keyfî olarak özgürlüğünden yoksun bırakılamaz. Burada kullanılan keyfîlik terimi, yalnızca başvuru idari gözetim tedbirinin kanuna aykırı olmasını ifade etmez; bundan daha geniş anlamda yorumlanmaktadır. Cenevre Sözleşmesi'nin 31. maddesinin 2. fıkrasına göre de ülkede düzensiz olarak bulunan sığınmacıların hareketlerine gerekli olanların dışında kısıtlanma uygulanamaz. Buna göre uluslararası hukuk sığınmacıların idari gözetimini yasaklamamış olmakla birlikte, idari gözetim tedbirinin uygulanması

²⁵² **UNHCR**, Expert Roundtable Summary Conclusions, para 11(a) ve (b).

²⁵³ **UNHCR**, 2012 Detention Guidelines, para. 15, s. 14.

²⁵⁴ **HRC**, CCPR/C/GC/35, para. 11.

²⁵⁵ **Doğru/Nalbant**, s. 371.

²⁵⁶ **Shamsa v. Pologne**, para. 55-60.

somut olayın özellikleri bakımından gerekli değilse keyfiyet teşkil edebilir²⁵⁷. İdari gözetimin gerekli olup olmadığının değerlendirilmesinde, idari gözetimin makul ve gerçekleştirilmek istenen amaca uygun olup olmadığı değerlendirilmelidir²⁵⁸.

Bu kapsamda, keyfilığe karşı bir güvence olarak, bir sığınmacının idari gözetim altına alınması, bireysel bazda gerekli olmasının yanı sıra her olayda da makul olmalıdır²⁵⁹. Ayrıca başvuru idari gözetim tedbiri, gerçekleştirilmek istenen meşru amaçla orantılı olmalıdır.²⁶⁰

Buna göre sığınmacının idari gözetim altına alınması kararı;

- (i) kişinin özel durumunun bireysel olarak değerlendirilmesi sonucunda alınmalı;
- (ii) makul ve gerekli olmalı;
- (iii) meşru bir amacın gerçekleştirilmesi için alınmış olup bu amaca ulaşmak için orantılı olmalıdır.

Orantılılık ilkesi, kişinin özgürlük ve güvenlik hakkı ile hareket serbestisi hakkına saygı gösterilmesi ile bu hakların kısıtlanması veya ortadan kaldırılması ile amaçlanan kamu politikaları arasında bir denge kurulmasını gerektirir²⁶¹. Bu nedenle uygulayıcılar, kişisel bazda gerçekleştirilmek istenen amaca ulaşılması için kesinlikle gerekli olanı aşan

²⁵⁷ **HRC**, A/HRC/7/4, 2008, para. 46; **UNHCR**, Expert Roundtable Summary Conclusions, para 11(b); CoE Committee of Ministers, Rec(2003)5, para 4.

²⁵⁸ **Cornelisse**, s. 263.

²⁵⁹ **UNHCR**, Expert Roundtable Summary Conclusions, para 11(a).

²⁶⁰ **UNHCR**, 2012 Detention Guidelines, para. 18, s. 15; **UNHCR**, Expert Roundtable Summary Conclusions, para 11(a).

²⁶¹ **Vasileva v. Denmark**, 52792/99, CoE: ECtHR, 25 September 2003, para. 37.

hiçbir eylemde bulunmamalıdır²⁶². Orantılılık ilkesi gereğince şayet idari gözetimden daha hafif tedbirler uygulanarak amaçlanan hedefe ulaşılması mümkünse, idari gözetim tedbirine başvurulması gerekli ve böylece hukuka uygun değildir²⁶³. Bu nedenle bir sığınmacının idari gözetim altına alınabilmesi için, bunun meşru bir amaç taşıması ve bu amaca ulaşılması için idari gözetimin gerekli olması şarttır.

Her bireysel olayda idari gözetimin gerekli olduğuna kanaat getirilebilmesi için, belirli bir yerde ikamet, bildirim yükümlülüğü gibi idari gözetim yerine uygulanabilecek tedbir seçeneklerinin²⁶⁴ öncelikle göz önünde bulundurulmuş olması, fakat mevcut durumda amaçlanan hedefe ulaşılması için yetersiz görülmüş bulunması gerekir²⁶⁵. Örneğin yasal kesinlik unsurunu taşısa bile bir sığınmacının kişisel durumunun özellikleri dikkate alınmaksızın salt sığınmacıların genel olarak ortadan kaybolma şüphesi taşıması varsayımıyla otomatik olarak idari gözetim altına alınması, herhangi bir delile dayanmadığı gibi bireysel olayda gereklilik testi yapma zorunluluğunu da karşılamaz.²⁶⁶ Bu sebeple sığınma devletleri, sığınma başvurusunda bulunmak üzere topraklarına düzenli veya düzensiz yollarla girmiş bulunan her sığınmacının, sığınma usullerine erişiminin sağlanması ve sığınma başvurusunun değerlendirilmesi süreçlerinde,

²⁶² **UNHCR**, 2012 Detention Guidelines, para. 34.

²⁶³ **Costello**, s. 46.

²⁶⁴ Bu tedbirler UNHCR tarafından en hafiften en ağıra şu şekilde sıralanmıştır: 1. Belgelerin kaydı veya teslim edilmesi, 2. Kefalet ve güvence bedeli verme 3. Bildirimde bulunma koşulu 4. Belirli bir topluluğun gözetimine bırakılmak 5. İkamet yeri belirleme 6. Elektronik kelepçe 7. Ev hapsi (**UNHCR**, 2012 Detention Guidelines, para. 39).

²⁶⁵ **UNHCR**, Expert Roundtable Summary Conclusions, para 11(g).

²⁶⁶ **Costello**, s. 47.

özgürlüğünün veya hareketlerinin kısıtlanmasının gerekip gerekmediği ve gerekiyorsa da bunun hangi tedbirler vasıtasıyla sağlanmasının orantılı olduğu değerlendirmesinde karar verici makamlara yardımcı olacak standart bir değerlendirme mekanizması oluşturmalıdır²⁶⁷. UNHCR'a göre sığınmacının idari gözetim altına alınması gerekliliği, devletlerce oluşturulacak bu değerlendirme mekanizması vasıtasıyla mutlaka ilgili kişinin kişisel geçmişi temel alınarak değerlendirilmelidir²⁶⁸. Bu hususta şu unsurlar dikkate alınmalıdır:

- (i) sığınmacının tabi olduğu sığınma başvurusu sürecinin hangi aşamada olduğu,
- (ii) sığınmacının gitmeyi amaçladığı varış noktası
- (iii) sığınmacının aile ve toplumla olan bağları,
- (iv) sığınmacının kurallara uyumla ilgili geçmiş davranışları ve bu konudaki karakteri,
- (v) sığınmacının ortadan kaybolma şüphesi,
- (vi) sığınmacının kurallara uygun davranmakla ilgili net bir söylem ve anlayış içerisinde olup olmadığı.

İdari gözetimin gereklilik ve orantılılık unsurlarını karşılaması zorunluluğu, devletleri başvurdukları tedbire ilişkin temellendirmeleri yapmaları ve daha az kısıtlayıcı nitelikteki tedbirleri de değerlendirerek bunların somut olayda neden yetersiz görüldüğüne ilişkin gerekçelendirmede bulunmaya mecbur tutmaktadır. Söz konusu kısıtlama tedbirinin suçlulara değil, çoğunlukla hayatları için endişe ederek ülkelerini terk eden yabancılara (*sığınmacılara*) uygulandığı akılda tutularak, keyfî olarak

²⁶⁷ **UNHCR**, 2012 Detention Guidelines para. 19, s. 15; **Edwards**, s. 21.

²⁶⁸ **UNHCR**, Detention Framework, para. 26(b).

nitelendirilebilecek tedbirlere başvurmadan kaçınılmalı ve başvuru gözetim tedbirleri iyi niyetle yürütülmelidir²⁶⁹. Cenevre Sözleşmesi'nin 31(2). maddesinde öngörülen koşullar, idari gözetim yerine uygulanabilecek tüm hareket serbestisini kısıtlayıcı tedbir seçenekleri²⁷⁰ için de geçerlidir²⁷¹. Dolayısıyla idari gözetim yerine uygulanabilecek diğer tedbir seçeneklerinin de elverişli, etkili ve uygun olup olmadığının değerlendirmesi her somut olayda gerçekleştirilmelidir²⁷². Bununla birlikte diğer tedbir seçeneklerinin öncelikle değerlendirilmesi gereğine dayanılarak, sığınmacının serbest bırakılmasını gerektiren durumlarda bu tedbirlerin uygulanması uygun olmadığı gibi²⁷³, bu tedbirler kağıt üzerinde kalmamalı ve idari gözetime seçenek olarak uygulanabilir olduğu sürece aktif olarak uygulanmalıdır²⁷⁴.

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının genel değerlendirmesinde incelendiği gibi

²⁶⁹ **Amuur v. France**, para. 43. Parantez içindeki sığınmacılar açıklaması eklenmiştir.

²⁷⁰ İdari gözetim yerine uygulanabilecek seçenek tedbirler de, idari gözetimle aynı koşulla tabidir. Bu tedbirler de keyfilik yasağına tabi olup kanun ve yönetmeliklerle düzenlenmelidir. İdari gözetime seçenek tedbirlerin uygulanması konusunda kabul edilecek hukuk kuralları, bu tedbirlerin neler olduğunu açıkça ortaya koymalı ve açıklamalı, hangi durumlarda kullanımına izin verildiğine ilişkin kriterler getirmeli ve uygulamasından sorumlu olan makamı açıkça belirtmelidir. Bu seçenek tedbirler de idari gözetim gibi bağımsız bir organ tarafından periyodik incelemelere tabii tutulmalı ve alınan tedbirlere karşı etkili başvuru yolları benimsenmelidir. (UNHCR, 2012 Detention Guidelines, para. 36-37.

²⁷¹ **Hathaway**, s. 431.

²⁷² **UNHCR**, 2012 Detention Guidelines, para. 35.

²⁷³ **a.g.e.**, para. 38.

²⁷⁴ **a.g.e.**, para. 37.

keyfi tutma yasağı, aynı zamanda ayrımcılık yasağını da içine alır. Devletler, sığınmacıların kişi özgürlüğü haklarını ve hareket özgürlüklerini kısıtlarken, sığınmacıların ırkı, cinsiyeti, dini, siyasi görüşü, hayat görüşü, sosyal kökeni, mülkiyet, doğum ve benzer statüleri gibi özelliklerine dayanarak işlem yapamazlar²⁷⁵. Bir devletin belirli bir ülkeden gelenlere veya o ülkeden gelmekle birlikte belirli özelliklere sahip olanlara otomatik olarak idari gözetim tedbiri uygulaması, ayrımcılık yasağı nedeniyle sorumluluğunu gerektirir.²⁷⁶

Kitlesel sığınmacı akınlarında idari gözetim konusuna da kısaca değinmek gerekir. Sığınmacıların ülkedeki statüleri düzenli hâle getirilene kadar gerekli hâllerde hareket özgürlüklerinin kısıtlanabileceğini öngören Cenevre Sözleşmesi'nin 31(2). maddesi, esasen kitlesel sığınmacı akınlarında, bu kitlesel durumla başa çıkma mekanizmaları geliştirilene kadar sığınmacıların belirli alanlarda tutulması amacıyla bir acil durum tedbiri olarak benimsenmek istenmiştir²⁷⁷. Kitlesel sığınmacı akınlarında her ne kadar sığınmacıların durumlarına kalıcı bir çözüm bulununcaya kadar özgürlüklerinin geçici olarak kısıtlanması mümkün olsa da, özgürlüklerinin kısıtlanması hâli ancak statüleri yasal hâle getirilene kadar sürdürülebilir. Kitlesel sığınmacı akınlarının yönetiminin kolay olmadığı açıktır; fakat kitlesel sığınmacı akınlarında başvuru olan özgürlük kısıtlamaları da uluslararası mülteci hukukunda aranan “gereklilik” ve insan hakları hukukunda aranan “orantılılık” ve “makullük” ilkelerini karşılamalıdır²⁷⁸.

²⁷⁵ **UNHCR**, Expert Roundtable Summary Conclusions, para 11(c).

²⁷⁶ **UNHCR**, 2012 Detention Guidelines, para. 43.

²⁷⁷ Bu hususta “§2.III.A.2. Şarta Bağlı Sınırlama: Kısıtlama Tedbirinin Gerekli Olması” başlığı altındaki açıklamalarımıza bakılabilir.

²⁷⁸ **Hathaway**, s. 419-420.

Sığınmacıların adil ve hızlı işleyen bir mülteci statüsü belirleme usulüne tabi tutulması da sığınmacıların keyfî olarak idari gözetime tabi tutulmamaları için uygulanması gereken diğer önemli bir ilkedir²⁷⁹.

3. İdari Gözetimin İstisnai Karakteri

Bir sığınmacının idari gözetime alınması kararının bireysel değerlendirme, gereklilik ve orantılılık testlerine tabi tutulması ilkesi gereğince, hükümetler sığınma aramak amacıyla kendi topraklarına giren bir sığınmacının sığınma başvurusunun değerlendirilmesi esnasında idari gözetim tedbirine meşru bir amaçla ve istisnaen başvurmalıdır²⁸⁰. Bu meşru amaç olmaksızın gerçekleştirilecek her idari gözetim, keyfî olacağı gibi bu meşru amaçların da devletlerin iç hukuk düzenlemelerinde açıkça tanımlanmaları şarttır.

UNHCR tarafından idari gözetim tedbirine yakıştırılan istisnai karakter ise, sığınma aramanın hukuka aykırı bir eylem olmaması ve sığınmacıların sığınma ülkesine düzensiz giriş ve ülkede düzensiz bulunuşları nedeniyle cezalandırılmamalarına ilişkin m. 31 hükmünün bir sonucudur²⁸¹. UNHCR, doğrudan menşe ülkesinden veya güvenli olmayan üçüncü bir ülkeden gelen sığınmacıların zorunlu ve sistematik olarak idari gözetim altına alınmalarının, Cenevre Sözleşmesi'nin 31. maddesi ile ihtilaf içerisinde olduğunu, zira bu hâllerde idari gözetimin istisnai olarak uygulanmasının mümkün olduğunu vurgulamaktadır²⁸². Sığınma aramak bir insan hakkı olduğundan, bu hakkı

²⁷⁹ **UNHCR**, Expert Roundtable Summary Conclusions, para 11(h).

²⁸⁰ **UNHCR**, 2012 Detention Guidelines, para.21, s. 16; **UNHCR**, Expert Roundtable Summary Conclusions, para 11(a) ve 11(b).

²⁸¹ **Edwards**, s. 21.

²⁸² **UNHCR ExCom**, No. 44 (XXXVII) – 1986, para. (a), (b).

kullanan kişilerin özgürlüklerinin, devletlerin egemenlik yetkilerine dayanılarak kısıtlanması sebepleri dikkatli bir şekilde belirlenmelidir; ki devletlerin bu konudaki takdir yetkileri de uluslararası insan hakları güvenceleri ile sınırlanmış durumdadır²⁸³.

Her ne kadar idari gözetim bir kişi özgürlüğü kısıtlaması olsa da, daha hafif bir hak kısıtlaması olan yerleşim ve seyahat özgürlüğü kısıtlamasının tabi olduğu şartlar, evleviyetle idari gözetim için de uygulanmalıdır²⁸⁴. Böylece, yasal olarak bir devlet ülkesinde bulunanların hareket serbestisinin ulusal güvenlik, kamu düzeni ve kamu sağlığı ya da genel ahlakı veya başkalarının hak ve özgürlüklerini korumak için “gerekli” olması hâlinde sınırlanabileceğini öngören MSHS'nin 12(3). maddesi ile AİHS'nin 4 numaralı Ek Protokolü'nün 2. maddesi, idari gözetim konusunda uygulama alanına sahiptir. Buna göre idari gözetim tedbirine başvurulmasını meşru kılan genel amaçlar, kamu düzeni, kamu sağlığı, kamu ahlakı, ulusal güvenlik ve başkalarının hak ve özgürlüklerini korumaktır. UNHCR İdari Gözetim Kılavuz İlkeleri de, sığınmacılar bağlamında idari gözetim tedbirine başvurulmasını gerektirecek amaçları, uluslararası hukuk ilkeleriyle paralel olarak belirlenmiş olan 44 numaralı UNHCR İcra Komitesi kararını esas alarak kamu düzeni, kamu sağlığı ve ulusal güvenlik olarak belirlemiştir. Geleneksel olarak devletler de, özgürlüğü kısıtlayıcı tedbirlere ya kişisel bir ceza olarak ya da kamu düzeninin korunması amacıyla başvurmaktadır²⁸⁵. UNHCR İcra Komitesi 44 numaralı kararında, sığınmacılar söz konusu olduğunda maruz bıraktığı zorluk nedeniyle idari gözetim tedbirinin uygulanmasından kaçınılması gerektiğini; bu tedbire başvurulması gerekli ise bunlara ancak kanun tarafından öngörülen nedenlerle ve kişinin kimliğinin tespiti, mülteci statüsü veya sığınma talebinin dayandığı unsurların tespiti,

²⁸³ **Edwards**, s. 21.

²⁸⁴ **O'Nions**, Critique of *Saadi*, s. 40.

²⁸⁵ **Heilbronner**, s. 159.

mülteci veya sığınmacının sığınma talep etme niyetinde oldukları devlet makamlarını yanıltmak için seyahat veya kimlik belgesini yok ettiği veya sahte belge kullandığı durumlarda bu durumla alakadar olmak; veya ulusal güvenlik veya kamu düzenini korumak amaçlarından biriyle başvurulabileceği ortaya konmuştur²⁸⁶. Yine bu kararda, kanuni düzenlemelerde idari gözetim sebeplerinin sınırlı sayı ilkesiyle belirlenmesi tavsiye edilmektedir. Anılan bu dört meşru neden, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin sığınmacıların idari gözetimi konusunda dikkate alınması gereken ilkeleri ortaya koyan raporunda da meşru nedenler kapsamında tekrar edilmiştir. Komite bu nedenlere ek beşinci bir neden olarak, *“ilgili devlet topraklarına girme hakkıyla ilgili bir kararın alınmasının gerekli olması”*nı da sığınmacıların idari gözetimini haklı kılan nedenlerden biri olarak göstermiştir²⁸⁷.

Şüphesiz değinilen tüm bu kaynaklarda ortaya konan idari gözetim sebeplerinin uygulanması, bunların bireysel değerlendirme sonucunda gerekli ve orantılı bulunmasına bağlıdır. Aşağıda inceleneceği gibi, sığınma başvurusunun alınması ve değerlendirilmesi sürecinde idari gözetim tedbirine salt idari kolaylık sağlaması nedeniyle başvurulması, idari gözetimi keyfî hâle getirir. Zira sığınmacının bireysel durumu değerlendirilmeden ve gereklilik testine tabi tutulmadan zorunlu ve otomatik olarak uygulanan her idari gözetim keyfidir²⁸⁸.

²⁸⁶ **UNHCR ExCom**, No. 44 (XXXVII) – 1986, para. (b).

²⁸⁷ **CoE Committee of Ministers**, Rec(2003)5, para 3.

²⁸⁸ **UNHCR**, 2012 Detention Guidelines, para. 20, s. 16.

4. İdari Gözetimi Haklı Kılan Amaçlar

a. Kamu Düzenini Korumak Amacıyla

aa. Sığınmacının yetkili makamlarla işbirliği yapmadığı hâllerde kaçma ve kaybolmayı önlemek amacıyla

UNHCR'a göre bireysel olayda sığınmacının ortadan kaybolma veya kaçma olasılığının var olduğu veya yetkili makamlarla işbirliği yapmayı reddettiği kanaatini uyandıracak güçlü sebepler varsa, idari gözetim o sığınmacı özelinde gerekli olabilir. Bu değerlendirmenin yapılması sırasında mutlaka sığınmacının geçmişte yetkili makamlarla işbirliği yapıp yapmadığı, kişi idari gözetimden şartlı olarak serbest bırakıldıysa bu şartlara uyup uymadığı, sığınma başvurusunun basit unsurları hakkında bilgi sağlama konusunda istekli olup olmadığı veya sığınma başvurusunun mesnetsiz veya sistemi istismar edecek nitelikte olup olmadığı gibi etmenler dikkate alınmalıdır. Burada dikkate alınması gereken en önemli husus, *bona fide* sığınmacıların bu değerlendirme mekanizmalarında ayırt edilmelerinin sağlanması ve yanlışlıkla idari gözetim altına alınmalarının önüne geçilmesidir²⁸⁹. Gerçekten de idari gözetim, istisnai olarak ve sığınmacının kötü niyet taşıdığına ilişkin veya serbest bırakılmasının taşıdığı riskler konusunda bazı kanıtlar bulunması hâlinde başvurulması gereken bir tedbirdir²⁹⁰. Sığınmacının genel olarak yetkili makamlarla işbirliği yaptığı ve kaçma ve kaybolma olasılığının bulunmadığının değerlendirildiği hâllerde, kişinin sığınma başvurusunun incelenmesi sürecinde idari gözetim altına alınması orantılı ve gerekli olmadığından hukuka aykırı olur. Bu hâllerde özgürlüğü kısıtlayıcı tedbirlerden ziyade, belirli bir yerde ikamet ve bildirim yükümlülüğü gibi hareket serbestisini kısıtlayıcı, daha hafif tedbirler

²⁸⁹ **a.g.e.**, para. 22, s. 16.

²⁹⁰ **Hathaway**, s. 429.

uygulanmalıdır.

Sığınmacının ülkeye düzensiz girişi, serbest kalması hâlinde ortadan kaybolacağının bir göstergesi olarak değerlendirilemez²⁹¹. Nitekim *A. v. Australia* kararında bu sonuca varan İnsan Hakları Komitesi, Avustralya'ya düzensiz olarak giriş yapmış olan bir sığınmacının, Avustralya makamları tarafından düzensiz giriş nedeniyle kaçma riskinin bulunduğu değerlendirmesine dayanılarak dört yılı aşkın süre boyunca idari gözetim altında tutulmasını MSHS m. 9(1) uyarınca keyfi bulmuştur.

Kaçma ve kaybolma tehlikesinin bulunduğu değerlendirildiği hâllerle ilgili olarak sığınma prosedürlerinin işlerliği ve sığınma başvurusunun değerlendirilme süresi de önemlidir. Sığınma başvurularının olağan başvuru değerlendirme süreleri içerisinde hızlı bir şekilde incelenip sonuca bağlanması hâlinde, idari gözetim seçeneği olarak uygulanacak idari tedbirlerde kaçma ve kaybolma tehlikesi çoğunlukla mevcut olmayacaktır. Bu da başvurulmuş idari gözetim tedbirinin yalnızca, sığınmacının düzensiz girişi nedeniyle veya bunu engellemek için uygulandığı şeklinde yorumlanmasına neden olur²⁹². Tüm sığınmacıların kaçma ve kaybolma riski olduğu ve sığınma başvurusu sürecinde yetkili makamlarla işbirliği yapmayacağı varsayımı ile sistematik olarak idari gözetim tedbirine başvurulmasında, bu varsayım kanıta dayanmadığı için her bireysel olayda gereklilik testi yapma şartı da karşılanmamış olur²⁹³. Meşru bir gerekçeden yoksun böyle bir idari gözetim, keyfi bir özgürlük kısıtlamasıdır.

²⁹¹ **A. v. Australia**, CCPR/C/59/D/560/1993, HRC, 3 April 1997, para. 9.2; **Edwards**, s. 22-23.

²⁹² **Heilbronner**, s. 160.

²⁹³ **Costello**, s. 47.

bb. Açıkça mesnetsiz ve sistemi istismar eden sığınma iddialarının hızlandırılmış usulde değerlendirilmesi amacıyla

Düzensiz giriş ve bulunuş nedeniyle cezalandırılmama yasağından faydalanmak maksadıyla bir zulüm korkusu olmaksızın sığınma prosedürlerine erişim sağlamaya çalışan kişilerin, sığınma ülkesi açısından külfetli olduğu ve koruma ihtiyacı içerisinde iyi niyetle sığınma başvurusunda bulunan kişilerin menfaatlerine zarar verdikleri, UNHCR İcra Komitesi tarafından dile getirilmektedir²⁹⁴. Bu gibi açıkça sahte olan iddialar veya mülteci statüsü veya başka bir uluslararası koruma statüsü tanınması için gerekli olan kriterlerle ilgisi olmayan sığınma başvuruları, açıkça sistemi istismar eden (“*clearly abusive*”) veya belirgin bir şekilde mesnetsiz (“*manifestly unfounded*”) olarak ifade edilmektedir. Bu anlamda, açıkça temelden yoksun veya sistemi istismar ettiği belirgin olan sığınma iddialarıyla sığınma ülkesine başvuran kişilerin koruma ihtiyaçlarının değerlendirilmesinde, iç hukukta bu başvuruların hızlandırılmış olarak incelenmesine olanak tanıyan belirli kuralların kabul edilmesi olağan karşılanmaktadır²⁹⁵. Bu inceleme usulüne “hızlandırılmış usul” adı verilmektedir.

Belirgin bir şekilde mesnetsiz veya açıkça sistemi istismar edici nitelikteki sığınma başvurularının hızlandırılmış usulde değerlendirilmesi²⁹⁶, UNHCR tarafından

²⁹⁴ **UNHCR, ExCom:** The Problem of Manifestly Unfounded or Abusive Applications for Refugee Status or Asylum No. 30 (XXXIV) - 1983, “No. 30 (XXXIV) – 1983”, 20 October 1983, <https://www.refworld.org/docid/3ae68c6118.html> (E.T. 14/2/2019), para. (c).

²⁹⁵ **UNHCR ExCom,** No. 30 (XXXIV) – 1983, para. (d).

²⁹⁶ UNHCR İcra Komitesi, açıkça mesnetsiz veya istismar edici olarak değerlendirilen sığınma başvurularının değerlendirilmesiyle ilgili şu üç önemli kriteri

sığınma iddiaları bu kapsamda olan sığınmacıların idari gözetim altına alınması için haklı bir gerekçe olarak değerlendirilmektedir. Fakat bu nedenle idari gözetim tedbirine başvuran bir devletin iç hukukunda, açıkça mesnetsiz veya istismar edici nitelikteki iddiaların hızlandırılmış usulde inceleneneğine ilişkin bir kural benimsemiş olması gerekir. Ek olarak, bu kategori altındaki sığınmacılar da genel olarak idari gözetim konusundaki hukuki güvencelerden yararlanma hakkına sahiptir²⁹⁷.

Bununla birlikte sığınma başvurusunun hızlandırılmış usulde değerlendirilmesi de tek başına idari gözetimi haklı kılmaz. İdari gözetimin sığınma başvurusunun hızlandırılmış usulde değerlendirilmesine dayanılarak uygulanabileceği tek hâl, sığınma

benimsemiştir: (i) Tüm mülteci statüsü belirleme süreçlerinde olduğu gibi, sığınma iddiası açıkça mesnetsiz veya istismar edici olarak değerlendirilen sığınmacılar da bu alanda yeterlik sahibi bir memur tarafından eksiksiz bir kişisel mülakata tabi tutulmalıdır. (ii) Sığınma başvurusunun açıkça mesnetsiz veya istismar edici olduğu kararı, normal şartlarda mülteci statüsü belirleme işlemlerini yapmaya yetkili olan makam tarafından alınmalıdır. (iii) Sığınma başvurusu bu şekilde açıkça mesnetsiz veya istismar edici bulunan bir sığınmacı, sınırdan geri çevrilmeden veya ülkeden istediği dışında gönderilmeden evvel, bu olumsuz kararın incelenmesini talep edebilir. İlgili devlette böyle bir inceleme olanağı bulunmuyorsa, buna ilişkin bir mekanizma kurulması için gerekli çaba gösterilmelidir. Bu inceleme mekanizması, açıkça mesnetsiz veya istismar edici bulunmayan fakat esastan reddedilmiş olan sığınma başvurularının red nedenlerinin incelenmesi için kurulmuş mekanizmalardan daha basitleştirilmiş olabilir. (UNHCR ExCom, No. 30 (XXXIV) – 1983, para. (e))

²⁹⁷ UNHCR, 2012 Detention Guidelines, para. 23, s. 17.

iddiasının açıkça mesnetsiz veya sistemi istismar edici nitelikte olmasıdır²⁹⁸. Örneğin iç hukukta, kişinin daha önce sığınma başvurusunda bulunduktan sonra başvurusundan vazgeçmiş olması, fakat yeniden sığınma başvurusunda bulunmasının hızlandırılmış usul kapsamında değerlendirileceğinin öngörülmesi hâlinde, bu kapsamdaki kişilerin başvurularının salt hızlandırılmış usulde değerlendirildiği gerekçesiyle idari gözetim altına alınmaları keyfiyet teşkil edebilir.

cc. İlk kimlik veya güvenlik doğrulaması amacıyla

UNHCR İdari Gözetim Kılavuz İlkeleri, sığınmacının yetkili makamlara ilk başvurma anında kimlik bilgilerinin belirlenememiş veya tartışmalı olduğu yahut da güvenlik riskinin bulunduğu dair göstergelerin olduğu durumlarda, ilk kimlik ve güvenlik kontrolünün sağlanması amacıyla sığınmacının kısa süreli olarak idari gözetim altına alınmasına onay vermektedir. Doktrinde de, kişinin düzensiz girişi nedeniyle kimlik bilgilerinin tespiti ve kamu güvenliği bakımından bir risk oluşturup oluşturmadığı bakımlarından incelemeden geçirilmesinin, Cenevre Sözleşmesi'nin 31(2). maddesine göre idari gözetimi gerektiren hâllerden olduğuna işaret edilmektedir²⁹⁹. Bu konudaki bir diğer yasal dayanak, AİHS'nin 5(1)(b) maddesidir. Fakat bu hâlde idari gözetim, yine de gereklilik ve bireysel değerlendirmeye tabi tutulmalıdır³⁰⁰. Gerekli olduğuna ilişkin kanaat oluştuğunda ise, yalnızca kimlik bilgilerinin tespit edilmesi veya güvenlik kontrollerinin yapılmasına yetecek kadar makul bir süreyle sınırlı olarak uygulanmalıdır³⁰¹. Bu makul süreyi aşan idari gözetim keyfî hâle gelecektir. Bunun için

²⁹⁸ **a.g.e.**, para. 23, s. 17.

²⁹⁹ **Hathaway**, s. 419. Aynı yönde bkz. **HRC**, CCPR/C/GC/35, para. 18.

³⁰⁰ **HRC**, A/HRC/7/4, para 46.

³⁰¹ **UNHCR**, 2012 Detention Guidelines, para. 24, s. 17; **UNHCR**, Expert Roundtable

iç hukuklarda, sadece kimlik bilgilerinin tespitine yönelik katı zaman sınırlamaları kabul edilmelidir³⁰². Zira kimlik bilgilerinin tespit edilememesi idari gözetimin sınırsız olarak uygulanmasına sebebiyet verebilir.

BM İnsan Hakları Komitesi de önüne gelen başvurularda, ilk etapta kimlik bilgilerinin ve diğer hususların tespiti nedeniyle idari gözetim uygulamasını meşru kabul etmiştir³⁰³. Fakat Komite, *A.A. and R. Bakhtiyari v. Australia* kararında, başvurucunun kimlik ve diğer hususların tespiti nedeniyle iki sene on ay idari gözetim altında tutulmasının geçerli nedenlerinin ve ayrıca bildirim yükümlülüğü ve güvence verilmesi gibi daha az kısıtlayıcı tedbirlerin uygulanmasının somut olayda neden mümkün olamadığına dair gerekçelerin Avustralya tarafından sunulamamış olması nedeniyle, idari gözetimin keyfi olduğuna ve MSHS'nin 9. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır³⁰⁴.

Burada önemle vurgulanması gereken husus, sığınmacıların çoğu kez ülkelerinden kaçış esnasında geçerli kimlik ve seyahat belgelerini yanlarına alma olanağından yoksun bulunduklarının sığınma devleti makamlarınca hatırlanması gerektiğidir. Zira bu durum, sığınmacılık hâlinin doğal bir sonucudur. Bu nedenle sırf kimlik ve seyahat belgelerinden yoksun olmaları, kimlik tespiti ve güvenlik doğrulamasının güçleşmiş olması nedeniyle başlı başına bir idari gözetim gerekçesi

Summary Conclusions, para 11(d).

³⁰² **UNHCR**, 2012 Detention Guidelines para. 26, s. 18.

³⁰³ ***D. E. and Their Two Children v. Australia***, 1050/2002, HRC, 9 August 2006, para. 7.2.

³⁰⁴ ***A. A. and R. Bakhtiyari v. Australia***, 1069/2002, HRC, 29 October 2003, para. 9.3.

hâline gelmemelidir³⁰⁵. Ayrıca bu belgeleri yanlarında taşımamış olmaları, sığınma devleti makamlarıyla işbirliği yapmadıkları veya bu makamları yanıltmaya çalıştıkları şeklinde de yorumlanmamalıdır. Bu gibi durumlarda araştırılması gereken, sığınmacının kimlik veya seyahat belgesini yanında getirmemiş olmasının makul bir açıklamasının olup olmadığı ve kimlik bilgilerinin ortaya konmasında işbirliği yapma konusunda gönüllü olup olmadığıdır. Sığınmacının kimlik veya seyahat belgesini yok etmesi veya sahte kimlik veya seyahat belgesi kullanması durumlarında da benzer bir araştırma yapılmalıdır³⁰⁶.

dd. Ön görüşme kapsamında, idari gözetim tedbiri uygulanmaksızın tespit edilmesi mümkün olmayan ve sığınma başvurusunun temelini oluşturan unsurların kayıt altına alınması amacıyla

UNHCR İdari Gözetim Kılavuz İlkeleri, sığınmacıların sınırlı bir süre için, sığınma başvurularının temelini oluşturan iddialarının ilk kez kaydedilmesi amacıyla idari gözetim altına alınmalarını meşru karşılamaktadır. Bu neden de, Cenevre Sözleşmesi'nin 31(2). maddesinin getiriliş amacıyla uyumlu bir idari gözetim nedenidir. Sığınma başvurusunun dayandığı temel olguların ilk kayıt sırasında tespit edilmesi, başvurunun açıkça mesnetten yoksun olup olmadığı veya sistemi istismar etme niyetiyle yapıp yapılmadığını belirlemek için önemlidir. Fakat ilk kayıt esnasında bir sığınmacının idari gözetim altına alınabilmesi için, kaydedilmesi amaçlanan bilgilerin tespitinin idari gözetim tedbiri uygulanmaksızın mümkün olmaması gerekir. Burada idari gözetim tedbiri uygulanarak edinilmesine izin verilen bilgiler yalnızca, sığınmacının sığınma aramasına neden olan olgulardan ibarettir ve bu nedenle bu amaçla uygulanması

³⁰⁵ **UNHRC**, Detention Framework, para. 15.

³⁰⁶ **UNHCR**, 2012 Detention Guidelines para. 25, s. 17.

gereken idari gözetimin süresi oldukça kısıtlı olmalıdır³⁰⁷. BM İnsan Hakları Komitesi ise, sığınma başvurusunun kayıt altına alınması için kısa süreliğine idari gözetim tedbiri uygulanmasını yalnızca düzensiz giriş yapmış sığınmacılar için meşru karşılamaktadır³⁰⁸. Komitenin yorumu, bu idari gözetim nedeninin Cenevre Sözleşmesi'nin 31(2). maddesine dayanması nedeniyle oldukça isabetlidir.

İlk kayıt esnasında idari gözetim tedbirinin uygulanmasının meşru görülüyor olması, bu tedbirin sığınma başvurusunun esasının bütün olarak değerlendirilmesi için gerekli olan ana mülakat kapsamında da uygulanmasına meşruiyet kazandırmaz. Elbette bunun için, ilk kayıt esnasında sığınma başvurusunun açıkça mesnetten yoksun bulunmamış olması gerekir. Sığınma başvurusu ve sığınma talebine ilişkin ana olgular yetkili makamlarca kayıt altına alındıktan sonra, sığınma başvurusu normal usulde değerlendirilen bir sığınmacının idari gözetim altına alınması için kamu düzeni sebeplerinden farklı bir sebep mevcut olmalıdır.

ee. Düzensiz giriş yapmaktan alkoymak amacıyla

AIHM, AIHS m. 1(5)(f)'ye göre kişinin usulüne aykırı surette ülke topraklarına girmekten alıkonmasına yönelik olarak kişinin özgürlüğünün sınırlanabilirliği kuralı çerçevesinde, Cenevre Sözleşmesi ve AIHS'nin getirdiği uluslararası yükümlülükler çerçevesinde ve bu sözleşmelerle sığınmacılara tanınan korumaya hâlel getirilmeksizin, devletlerin göç sınırlamalarına ilişkin kuralların etrafından dolanılmasını engellemekte meşru menfaatleri olduğunu kabul etmektedir³⁰⁹. Diğer yandan UNHCR İdari Gözetim

³⁰⁷ **O'Nions**, Critique of *Saadi*, s. 39; **UNHCR**, 2012 Detention Guidelines, para. 28, s. 18.

³⁰⁸ **HRC**, CCPR/C/GC/35, para. 18.

³⁰⁹ **Amuur v. France**, para. 43.

Kılavuz İlkeleri'nde yasadışı giriş yapmaktan alıkoyma hâli, kamu düzeninin korunmasına ilişkin meşru sebepler arasında sayılmamıştır. UNHCR'ın 44 numaralı İcra Komitesi Kararında da bu konu hakkında olumlu veya olumsuz bir görüş bulunmamaktadır.

Ülke topraklarına usulüne aykırı surette girmekten alıkonma hâline ilişkin AİHM içtihadı, ilk kez AİHM'in *Saadi v. The United Kingdom* kararıyla ortaya konmuştur. Bu karar, AİHM'nin mülteci hukukunda idari gözetim konusuna dair verdiği ilk karar olmasının yanı sıra, mülteci hukukuna ilişkin ilkelerin karara yansıtılmasındaki eksiklikler bakımından oldukça tartışılan bir karar olması nedeniyle de konumuz bakımından önem arz etmekte ve bu hâliyle daha ayrıntılı bir incelemeyi hak etmektedir. Başvuru konusu olayda Kürt kökenli Iraklı bir doktor olan Saadi, Londra Havalimanı'na varmasının hemen ardından havalimanındaki yetkili makamlara başvurarak sığınma başvurusunda bulunmuş; Oakington Kabul Merkezi'nin kapasitesinin yeterli olmaması nedeniyle üç gün üst üste Londra'da istediği bir otelde kalması için ülkeye geçici giriş izin verilmiş, üçüncü gün havalimanına çağrıldığında Oakington Kabul Merkezi'nde idari gözetim altına alınmıştır. Saadi'nin sığınma başvurusu adı geçen merkezde alınarak yedi gün içerisinde hızlandırılmış usulde değerlendirildikten sonra reddedilmiş, Saadi'nin red işlemine karşı dava yoluna başvurusuyla idari gözetimine son verilmiştir. Mahkeme, kararında MSHS'nin 9. maddesinde ifade bulan keyfî tutma yasağını AİHS Madde 5(1)(f)'nin yorumu için de dile getirmiştir. Buna göre, başvuru özgürlük kısıtlamasının ulusal hukuka uygun olmasının yeterli olmadığını, ek olarak kişiyi keyfiyetten korumaya uygun olmasının da gerektiğini vurgulamıştır. Mahkemeye göre bir özgürlük kısıtlamasının keyfî olarak nitelendirilmemesi için Madde 5(1)(f)'ye göre uygulanan özgürlük kısıtlaması iyi niyetle gerçekleştirilmeli; idare tarafından dayandırılan tutma sebebiyle yakından ilgili olmalı; tutmanın gerçekleştirildiği yer ve şartları uygun olmalı

ve tutmanın süresi arzu edilen amacın gerçekleştirilmesi için gerekli olanı aşmamalıdır³¹⁰. Fakat AİHM, m. 5(1)'in ilk beş bendinden farklı olarak “f” bendinde bir gereklilik testi yapılmasının gerekmediği görüşünü savunmuştur. Mahkemenin görüşüne göre devletler, yabancıların ülkelerine girişi ve ülkelerinde ikameti ile ilgili mutlak kontrol hakkına sahip bulunduğu sınırdaki gerçekleştirilen tutma işlemlerine bir orantılılık testi uygulamak yapay olacaktır. Böylece AİHM, sığınmacıların “idari uygunluk” gerekçesiyle rutin olarak idari gözetim altına alınmalarını meşru bularak tasdik etmiştir³¹¹. Ek olarak, başvuruçunun ülkeye giriş yapar yapmaz sığınma başvurusunda bulunarak gösterdiği iyiniyetli tutumu “f” bendinde yer alan usulüne aykırı surette ülke topraklarına girme hâliyle ilgisiz bulmuş, sığınmacının tutumundan ziyade, devletin egemenlik yetkisi içerisinde bir kişiye yasal statü tanıyınca kadar herhangi bir yabancıya tutulmasının “f” bendinin tanıdığı meşru sınırlar içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Bir başka anlatımla, mahkemeye göre her ne kadar Saadi, Birleşik Krallık topraklarına girer girmez sığınma başvurusunda bulunmuşsa da statüsü, aksi sığınma ülkesi tarafından öngörülünceye kadar düzensizdir³¹². Mahkeme bunun da üstüne çıkarak usulüne aykırı surette ülke topraklarına girmeye engel olmak amacıyla sığınmacının ülkeye girişine izin verilene kadar özgürlüğünün kısıtlanmasını, devletin egemenlik hakkının bir tamamlayıcısı olarak görerek AİHS m. 5'e uygun bulmuştur³¹³.

Mahkemenin önüne gelen bu olayda, devletlerin etkili göç kontrolü ile sığınmacıların haklarının korunması arasındaki yarışan menfaatler arasında bir denge

³¹⁰ **Saadi v. The United Kingdom**, para. 74.

³¹¹ **O'Nions**, Critique of *Saadi*, s. 34;

³¹² **Costello**, s. 48.

³¹³ **Saadi v. The United Kingdom**, para. 64 ve 65.

yakalamaya çalıştığı açıktır³¹⁴. Fakat mahkemenin sığınmacıların düzensiz giriş yapmaktan alıkonma amacıyla idari gözetim altına alınması konusundaki görüşleri, görece düşük seviyede bir koruma sağlamaktadır. Kararla birlikte temel insan haklarından olan ve İHEB m. 14'le güvence altına alınmış olan sığınma arama ve sığınma imkânlarından yararlanma hakkının etkinliği de oldukça sarsılmıştır³¹⁵. Karar, UNHCR İcra Komitesinin 44 sayılı kararıyla, UNHCR İdari Gözetim Kılavuz İlkeleriyle ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Tavsiye Kararıyla da bağdaşmamaktadır³¹⁶. Nitekim, çoğunluk kararına karşı görüşte bulunan altı yargıç da, kararda sığınmacıların alelade göçmenler olarak değerlendirilmesini uygun bulmayarak MSHS m. 9 ve m. 12'de aranan şartlar ve bunların sığınmacılar özelinde uygulanmasına ilişkin İnsan Hakları Komitesi kararlarının göz ardı edildiği sonucuna varmıştır. UNHCR da, mahkemeye sunduğu görüş yazısında, sığınmacıların yasadışı giriş yapanlar kategorisinden ayrılması gerektiğini ifade ederek, Madde 5(1)(f) hükmüne dayanarak sığınmacıların idari gözetiminde, mültecilik iddialarının henüz değerlendirilmemiş olması gerekçesinden fazlasının bulunması gerektiğini vurgulamıştır³¹⁷. Katıldığımız bu görüşe göre, yalnızca MSHS m. 12 uyarınca değil aynı zamanda Cenevre Sözleşmesi'nin 26. maddesine göre de, ülkeye geçici kabulü sağlanmış veya sığınma başvurusunda bulunmuş olan her sığınmacı, o devlet ülkesinde *ipso facto* yasal olarak bulunuyor demektir³¹⁸. Dolayısıyla

³¹⁴ **Harris/O'Boyle/Bates/Buckley**, s. 160.

³¹⁵ **O'Nions**, Critique of *Saadi*, s. 34.

³¹⁶ **Doğru/Nalbant**, s. 392-393.

³¹⁷ **Saadi v. The United Kingdom**, para. 54.

³¹⁸ **a.g.e.**, Joint Partly Dissenting Opinion of Judges Rozakis, Tulkens, Kovler, Hajiyeve, Spielmann and Hirvela, s. 32; **Costello**, Refugees in European Law, s. 243.

Yukarıda ifade ettiğimiz gibi Hathaway'e göre yasal olarak bulunma durumu üç

başvurucu da Birleşik Krallık topraklarına yasadışı olarak girmiş veya buna teşebbüs etmiş değildir. Ek olarak, kişi idari gözetim altına alınmadan evvel ülkeye geçici giriş izni almış ve bu izin iki kez uzatılmış olduğuna göre, başvuru sığınmacının bir kaçma şüphesi de bulunmamaktadır. Ki geçici giriş izni almış olması, kişinin geçici olarak da olsa ülkede bulunmasının izin doğrultusunda olduğunu gösterir³¹⁹. Bu durum, hukuk

hâlde gerçekleşir: (i) Sığınmacının, sığınma ülkesi topraklarına belirli bir zaman için kabul edilmiş olması; (ii) Mülteci statüsüne başvurulması ile mülteci statüsünün tanınması veya reddedilmesi arasındaki aşama; (iii) *Prima facie* veya geçici koruma rejimlerine dahil olma (**Hathaway**, s. 173 vd., s. 658). Hathaway bu sınıflandırmayı ortaya koyarken yukarıda incelenen Cenevre Sözleşmesi'nin hazırlık ve kabul konferanslarında Madde 31(2)'deki statüsünün düzenli hâle getirilmesi ifadesine ilişkin olarak benimsenen anlamı temel almaktadır. Bir kez daha ifade etmek gerekirse, Sözleşme'nin taslak çalışmalarını yürüten Ad Hoc Komite bu ifadeyi benimserken sığınmacının mülteci statüsü için bir başvuru yapmasını işaret etme amacını gütmüştür. Bu sonuç, Fransız delegesinin şu ifadeleriyle pekişmektedir: "Oturma izni bulunan bir kimsenin statüsü düzenlidir. Esasen aynı durum, henüz bir oturma iznine sahip olmayan fakat bunun için başvurmuş ve başvurusu kayıt altına alınmış olan bir kişi için de geçerlidir. Ancak bu statü için başvurmamış veya başvurmakla birlikte başvurusu reddedilmiş kişiler düzensiz bir durumdadır." Mültecinin statüsünün düzenli hâle getirilmesi ifadesinin anlamı, Sözleşme'nin kabul konferansları sırasında ise "uygun dokümanların incelenmesinden sonra, ülkeye izinsiz olarak giren sığınmacının kalıcı olarak ülkeye kabulü" karşılığında kullanılmıştır.

³¹⁹ **Costello**, s. 48.

devletinin bir gereği olan yasal kesinlik ilkesi ile eliřmektedir³²⁰.

Bu hususta devletin idari gözetim tedbirine esasen hangi saiklerle başvurduğunun da mahkemelerce daha ayrıntılı olarak incelenmesi gerekir. Başvuru konusu olayda AİHM tarafından gözden kaçırılan husus, Birleşik Krallık'ın idari gözetim tedbirine başvururken asıl saikinin başvurucunun sığınma başvurusunu hızlandırılmış değerlendirme kapsamında değerlendirme isteğinde olduğudur. Gerçekten de Birleşik Krallık makamlarının idari gözetim tedbirine başvurması, kendileri tarafından da savunmalarında dile getirildiği gibi, yalnızca idari bir kolaylık sağlaması amacına yönelik olup yasadışı bir giriş yapmaktan alıkoyma ihtiyacıyla alakasızdır³²¹. Sığınma başvurusunun daha hızlı sonuca bağlanması amacıyla gerçekleştirilen her idari gözetim, AİHS m. 5(1)(f)'de öngörülen yasadışı giriş yapmaktan alıkoymak amacından uzaklaşmaktadır.

Birleşik Krallık tarafından başvurulan idari gözetim tedbiri, bireysel değerlendirmeden de yoksundur. İdari gözetime alternatif olarak uygulanabilecek tedbirlerin başvurucu için değerlendirilmiş olması gerekirken, yalnızca başvurusunun hızla incelenmesinin sağlanması amacıyla idari gözetim altına alınması keyfiyet sonucunu doğurur. Avrupa Konseyinin siyasi organlarından Bakanlar Komitesi, yayınladığı tavsiyede Cenevre Sözleşmesi'nin 31(2). maddesi uyarınca, sığınmacıların özgürlüklerinin kısıtlanmasının ancak olguların dikkatli ve birebir incelenmesi ve idari gözetime her bireysel olayda gerekli olup olmadığının ve yerine uygulanabilecek alternatif tedbirlerin değerlendirilmesiyle ve mümkün olan en kısa zaman için

³²⁰ **Moreno-Lax**, Beyond Saadi v UK, s. 182.

³²¹ **Costello**, Refugees in European Law, s. 754.

başvurulabileceğini ortaya koymuştur³²². Böylece, uygulayıcılar tarafından yasadışı girişten alıkoymak amacıyla idari gözetimin sığınmacılar konusunda uygulanıp uygulanmayacağı değerlendirilirken her olayda bireysel değerlendirme yapılmasının gerektiği, yasadışı giriş yapan her kişiye otomatik olarak idari gözetim tedbirinin uygulanmaması vurgulanmıştır. Ayrıca bu tavsiyede sığınmacıların idari gözetime alınması sebepleri dört başlık altında toplanmış, fakat yasadışı giriş yapmaktan alıkoymak amacı bu sebepler arasında sayılmamıştır. Bunun yerine, yasadışı giriş yapmaktan alıkoyma amacının sığınma hukukunda karşılığını oluşturabilecek olan “sığınmacının ilgili devlet topraklarına girme hakkıyla ilgili bir karar alınmasının gerekmesi” amacı meşru bir amaç olarak sayılmıştır³²³.

Yasadışı giriş nedeniyle alıkoyma hâliyle ilgili olarak değinilmesi gereken bir diğer husus, sığınmacıyı yasadışı giriş yapmaya yöneltten saiktir. Yukarıda ayrıntılı olarak bahsedildiği gibi sığınmacılar, katı göç kuralları nedeniyle sığınma ülkelerine yasadışı giriş yapmak durumunda kalabilmektedir. Bu husus da Cenevre Sözleşmesi'nin taslak görüşmeleri sırasında dikkate alınmış, böylece düzensiz girişe karşı cezalandırmama ilkesi taraf devletlerce kabul edilmiştir. Bu nedenle AİHS m. 5(1)(f)'nin uygulama alanı değerlendirilirken, Cenevre Sözleşmesi'nin 31. maddesinin ışığında, sığınmacının düzensiz giriş yapmaktaki iyi niyeti uygulayıcılar ve mahkemeler tarafından mutlaka göz önünde bulundurulmalıdır. Cenevre Sözleşmesi m. 31'deki şartları yerine getirerek makul süre içerisinde yetkili makamlara başvurarak düzensiz giriş yapmasındaki gerekçeleri izah eden sığınmacılar, iyiniyetli olarak değerlendirilmelidir. Bu kişiler, kamu düzeni, kamu sağlığı veya ulusal güvenlik sebeplerinden herhangi başka birini taşımıyorsa, yalnızca düzensiz girişlerine dayanılarak idari gözetim altına alınmamalıdır. Bu anlamda,

³²² **CoE Committee of Ministers**, Rec(2003)(5), para. 4.

³²³ **a.g.e.**, para. 3.

düzensiz girişten alıkoymak amacıyla idari gözetim uygulamasında kriter, sığınmacının iyiniyetli tutumu olmalıdır.

Yukarıda yaptığımız bu açıklamalar çerçevesinde, idari gözetim lehine haklı bir sebep olarak öngörülen yasadışı giriş yapmaktan alıkoyma hâli, uygulayıcılar ve mahkemeler tarafından mutlaka dar yorumlanmalıdır. Sığınmacıların ülkeye geçici kabulleri veya sığınma başvurusunda bulunmaları anından itibaren sığınma ülkesinde yasal statüye kavuştukları da unutulmamalıdır. Bir sığınmacı ile herhangi bir yabancıyı birbirinden ayıran husus da budur. Bu nedenle sığınmacı tarafından sığınma başvurusunun sözlü veya yazılı olarak yetkili makamlara iletilmesi anından itibaren, ulusal hukuklarda yabancıların düzensiz girişlerine bağlanan sonuçlar, sığınmacılar için herhangi bir yabancıya uygulandığı gibi uygulanmamalıdır.

Bu nedenle, ilgili kategori altında uygulanan idari gözetim tedbirinin zamansal alanı oldukça dardır. Yakın sınır kontrolleri sırasında düzensiz giriş teşebbüsünde yakalanan sığınmacının, bu nedenle cezalandırılmamasına ilişkin olarak Madde 31(1) hükmü tam bir uygulama alanına sahiptir. Ayrıca, sığınmacının yetkili makamlara sığınma başvurusunda bulunmasıyla Madde 31(2) uyarınca statüsü düzenli hâle geleceğinden, yasadışı giriş yapmaktan alıkoyma amacı idari gözetimde haklı bir gerekçe olmaktan çıkar. Bu hâlde idari gözetimde ısrar edilmesi, aşağıda inceleneceği gibi, sığınmacının düzensiz girişi nedeniyle cezalandırılmasına neden olur, ki bu idari gözetim tedbirinin uygulanmasında izlenebilecek haklı bir amaç olarak kabul edilmemiştir.

Sonuç olarak AİHS'nin 5(1)(f) bendine göre yapılacak bir tutmanın, keyfiliğe yol açmaması için; “i. iyi niyetle yapılmış olması, ii. kişinin düzensiz girişini önlemek amacıyla sıkı sıkıya bağlantılı olması, iii. bu tedbirin suç işleyen kişilere değil fakat hayatlarından endişe ederek kendi ülkelerinden kaçan yabancılara uygulandığı akılda tutularak, tutma yerinin ve tutma koşullarının buna uygun olması, iv. izlenen amacın

gerektirdiği makullüğü aşmayacak bir süre olması gerekir.”³²⁴.

b. Kamu Sağlığını Korumak Amacıyla

Sığınmacıların sığınma ülkesine kabulleri esnasında sağlık kontrollerine tabi tutulmaları olağandır. Bireysel olay değerlendirmesi sonucunda sağlık kontrolü amacıyla kısa süreli olarak özgürlükten yoksun bırakma gerekli bulunursa, sağlık kontrolü süresince özgürlük kısıtlaması meşru olabilir³²⁵. Ayrıca, belirli bir sığınmacıda bulaşıcı veya salgın hastalık tespiti hâlinde, koruyucu bir tedbir olarak yine özgürlük kısıtlamasına başvurulabilir. Kamu sağlığını korumak amacıyla başvuru idari gözetim tedbiri de, gerçekleştirilmesi istenen amacın makul süre içerisinde tamamlanması için yeterli olan süre için meşrudur. Bu nedenle, sağlık taraması için gerekli olan makul sürenin aşılması hâlinde meşruiyetini kaybeder. Sağlık kontrolleri için uygulanan özgürlük kısıtlayıcı tedbirlerin süresinin uzatılması, ancak tedavi maksadıyla mümkündür ve tedavi bittiğ andan itibaren ortadan kaldırılmalıdır. Özgürlük kısıtlayıcı bu tedbirler, genel olarak yabancıların gözetim altında tutuldukları kabul merkezleri veya geri gönderme merkezlerinde değil, hastane ve klinik gibi sağlık taraması ve tedavinin gerçekleştirilebileceğ tıp merkezlerinde uygulanabilir. Sığınmacının ülkeye sınırdan veya havalimanından girmek istemesi hâlinde ise bu noktada bir sağlık merkezi varsa orada tutulması, yoksa da en yakın sağlık merkezine götürülmesi uygundur.

UNHCR tarafından bu başlık altında tanımlanan tedbirler, idari gözetimden ziyade, idari gözetimden daha hafif anlamda bir özgürlük kısıtlamasını ifade eder. Zira sığınmacının sadece yabancı ve sığınmacılar için tahsis edilmiş olan kabul veya geri gönderme merkezi gibi bir alanda değil de bir sağlık merkezinde tutulması, başlı başına

³²⁴ Doğru/Nalbant, s. 393.

³²⁵ UNHCR, 2012 Detention Guidelines, para. 29, s. 18.

başvurulan bu tedbiri hafifletir. Sığınmacının bir hastalığın tedavisi ya da bulaşıcı veya salgın hastalık nedeniyle kabul merkezi veya geri gönderme merkezi gibi bir alanda tutulması, orantılı bir tedbir olmayacağından keyfi bir tutma olur. Fakat kabul merkezi ve geri gönderme merkezlerinde tıbbi klinik koşullarının tam olarak mevcut olması hâlinde, kişinin sağlık nedeniyle bu merkezlerde idari gözetim altına alınması da bireysel olay bazında meşru olabilir.

c. Ulusal Güvenliği Korumak Amacıyla

Belirli sığınmacıların, ulusal güvenliği tehdit ettikleri gerekçesiyle idari gözetim altına alınmaları gereği doğabilir. AİHM önüne gelen *A. and Others v. The United Kingdom* davasında mahkeme, başvurulmak istenen idari gözetim tedbirinin, gerçekleşmesinden endişe edilen ulusal güvenlik tehdidinin önlenmesi konusunda orantılı, gerekli, ayrımcı bir uygulama oluşturmaması ve yargı nezaretine tabi olması koşuluyla, ulusal güvenliğin korunması amacıyla idari gözetim uygulanabileceği kanaatini bildirmiştir³²⁶. Bu hâlde de, idari gözetim tedbirinin uygulanmasının gerekli olduğuna dair bir gerekçelendirme yapılması gerekir. Yine AİHM önünde görülen *S.D. v. Greece* davasında mahkeme, kamu düzeni ve kamu güvenliği nedenleriyle başvuru idari gözetim tedbirinin Yunan makamları tarafından gerekçelendirilememesi nedeniyle kişinin haklarının ihlal edildiğine hükmetmiştir³²⁷. Ulusal güvenlik tehlikesi olarak görülen hususların mahkemece incelenmeden karar tesis edilmesi, *Chahal v. The United Kingdom* başvurusunda AİHM tarafından *habeas corpus* güvencesinin ihlali olarak değerlendirilmiştir. Ulusal mahkemelerin, ulusal güvenlik nedeniyle birtakım gizli veya

³²⁶ *A. and Others v. The United Kingdom*, 3455/05, CoE: ECtHR, 19 February 2009, para. 171.

³²⁷ *S.D. v. Greece*, para. 57-67.

devlet sırrı niteliğindeki belge ve bilgilere ulaşamaması söz konusu olabilir. Fakat bu, ulusal güvenlik ve terörizm tehlikesi söz konusu olduğunda idari gözetim kararının mahkemelerce etkili bir şekilde incelenmesinin önüne geçmez³²⁸.

Bunlara ek olarak, sığınmacının ülke güvenliği bakımından bir risk oluşturması hâlinde, Cenevre Sözleşmesi'nin 9. maddesi hükmü uyarınca mülteci statüsünün tanınmasına kadar geçici idari gözetim tedbirinin devam etmesi mümkündür. Cenevre Sözleşmesi'nin 9. maddesine göre, sığınma ülkesinin savaş veya diğer vahim veya istisnai hâller altında bulunması hâlinde, ulusal güvenlik bakımından riskler taşıyan bir sığınmacı hakkında uygulanan tedbirler, uluslararası koruma statüsü hakkında karar verme anına kadar sürdürülebilir. Ulusal güvenlik bakımından riskler taşıdığı değerlendirilen bir yabancının idari gözetim altına alınmasıyla ilgili iç hukuk kuralları, sığınmacı ve mültecilerle ilgili olarak Cenevre Sözleşmesi'nin 26. maddesi ile uyumlu olarak uygulanmalıdır³²⁹. Buna göre ulusal güvenlik bakımından tehlike oluşturduğu değerlendirilse dahi, resmî olarak sığınma başvurusunda bulunmuş olan bir sığınmacının hareket özgürlüğüne, aynı koşullar altında diğer yabancılara sağlanan özgürlüklerden daha azının sağlanması Madde 26'ya aykırı olur³³⁰.

5. İdari Gözetim İçin Haklı Gerekçe Oluşturmayan Amaçlar

Meşru bir amaca yönelik olmayan idari gözetim, keyfidir. UNHCR tarafından idari gözetim için haklı ve meşru bir gerekçe oluşturmayan amaçlar, bazı başlıklar altında örneklendirilmiştir. Bunlar, düzensiz giriş ve bulunuşa karşı ceza uygulamak, sığınma talebi nedeniyle veya sığınmacıları caydırmak amacıyla idari gözetim uygulamak ve

³²⁸ **Chahal v. The United Kingdom**, para. 131.

³²⁹ **Goodwin-Gill**, Article 31, s. 196.

³³⁰ **Hathaway**, s. 422.

sınırdışı etmek amacıyla idari gözetim altına almak olarak sayılmıştır. Bunlarla sınırlı olmaksızın, kamu düzeni, kamu sağlığı ve ulusal güvenlik bakımından sığınmacının kişi özgürlüğü hakkı aleyhine kullanımında haklı bir amaç oluşturmeyen başka her türlü amaç, idari gözetimin keyfi olmasına sebep olabilir.

a. Düzensiz Giriş ve Bulunuşa Ceza Olarak

Yukarıda ayrıntılı olarak incelendiği gibi Cenevre Sözleşmesi, sığınmacıların bir zulüm tehlikesi altında sığınma aramak amacıyla sığınma ülkesine yapılan düzensiz giriş ve bulunuşlarının geçerli nedenlerini sunmaları ve gecikmeksizin kendilerini yetkili makamlara tanıtmaları kaydıyla düzensiz giriş ve bulunuşları nedeniyle cezalandırılmayacağını öngörmektedir. Sığınma ülkesine düzensiz giriş yapmasını takiben kendini yetkili makamlara tanıtan veya herhangi bir şekilde yetkili makamın dikkatine gelen bir sığınmacı, henüz sığınma başvurusunda bulunmamış olsa dahi, cezalandırma yasağı kapsamında değerlendirilir. Bununla birlikte düzensiz giriş, kişinin ülkeye nasıl girdiğinin tespiti için bir soruşturma ihtiyacı doğurabilir³³¹. Ayrıca kişinin kaybolma ihtimali olması veya yetkili makamlarla işbirliği yapmaması gibi diğer faktörler de somut olayda mevcut bulunabilir. Bu gibi durumlarda, sığınma ülkesine düzensiz girişleri nedeniyle sığınmacıların hareketlerinin kısıtlanmasında başvurulacak hareket kısıtlamalarının gerekli olması, henüz düzenli/yasal statüde bulunmayan sığınmacıların idari gözetimi için Cenevre Sözleşmesi tarafından aranan bir şarttır. Gereklilik şartını karşılamayan, sığınmacının bireysel durumunu dikkate almayan, sığınmacının salt düzensiz girişi ve bulunuşu nedeniyle otomatik olarak başvurulmuş idari gözetim tedbirleri, cezalandırıcı niteliktedir. Bu da, Cenevre Sözleşmesi'ne aykırı ve bu nedenle ilgili devletin uluslararası sorumluluğunu doğurabilecek bir uygulama olacaktır.

³³¹ **A. v. Australia**, para. 9.4

Sığınmacıların kimi devletler tarafından ülkeye girişleriyle birlikte sistematik olarak uzun sürelerde ve zorunlu olarak idari gözetim altına alınmaları, uluslararası toplumun tepkisini çekmektedir. Bu uygulamaların uzun süredir var olduğu Avustralya'da idari gözetim tedbiri, Avustralya topraklarına düzensiz giriş yapan veya kara sularında yahut açık sularda buna teşebbüs ederken yakalanan sığınmacılara, tüm diğer yabancı gruplarına olduğu gibi zorunlu ve otomatik olarak uygulanmaktadır³³². İlk bakışta, sığınmacıların düzensiz girişleri nedeniyle özgürlüklerinin kısıtlanması, genel olarak tüm yabancılara uygulanan iç hukuk kurallarına dayanması nedeniyle Cenevre Sözleşmesi'nin 26. maddesiyle uyumlu olduğu düşünülebilir. Fakat düzensiz giriş yapan sığınmacıların hareketlerinin kısıtlanmasına ilişkin tedbirler, sığınmacıların düzensiz girişleri nedeniyle alelade yabancılarla aynı sınırlamalara tabi tutulmasının önüne geçmeyi amaçlayan Madde 31 hükmüne tabidir³³³. Avustralya tarafından otomatik olarak uygulanan idari gözetim tedbiri uygulaması, Avustralya'nın MSHS'nin 9. maddesini ihlal ettiğinin ortaya konduğu pek çok İnsan Hakları Komitesi kararına da konu olmuştur. Bu doğrultuda, bireysel bir gereklilik değerlendirmesi olmadan başvuru bu tedbirler, hukuka uygunluk açısından sorunlu olacaktır.

³³² **UN, Commission on Human Rights:** Civil and Political Rights, including the Question of Torture and Detention, Report of the Working Group on Arbitrary Detention: Addendum: Visit to Australia (24 May - 6 June 2002), 24 October 2002, E/CN.4/2003/8/Add.2, <http://www.refworld.org/docid/3e2e7ca54.html> (14/2/2018), para. 13-15.

³³³ **Özkan**, s. 281. Bu hususta, Madde 26 ve Madde 31 hükümlerinin birleştirilerek uygulanması görüşüne ilişkin olarak bkz. **Hathaway**, s. 423.

b. Sığınma Talebi Nedeniyle veya Sığınma Talebinden Caydırmak Amacıyla

İlke olarak uluslararası koruma arayışında olan hiçkimse idari gözetim altına alınmamalıdır³³⁴. Bir kişinin sırf sığınmacı olması nedeniyle otomatik olarak idari gözetim altına alınması da hukuka aykırılık teşkil eder. İHEB m. 14'le güvence altına alınmış olan sığınma hakkının kullanılması nedeniyle başvuru özgürlük kısıtlamaları, MSHS'nin 9. maddesine aykırı olarak özgürlüğün keyfi olarak kısıtlandığına işaret eder. BM İnsan Hakları Komitesi de, pek çok kararında sığınmacıların sığınma prosedürlerine erişim sürecinde kolaylık oluşturması nedeniyle genel politika olarak gözetim altına alınmasının MSHS hükümlerine göre meşru olmadığını ve özellikle sığınmacıların hapisanelerde tutulmasının kabul edilemez olduğunu vurgulamıştır³³⁵. Bu bakımdan, AİHM'nin *Saadi v. Birleşik Krallık* başvurusuna ilişkin kararı dikkate alındığında, İHK ve AİHM içtihadı arasında önemli bir fark olduğu görülmektedir. AİHM, Birleşik Krallık'ın yılda 84.000 sığınma başvurusunun 13.000'inin Oakington kampında yapılan hızlandırılmış değerlendirmeler sonucunda çabuk bir şekilde karara bağlanmasının tüm sığınmacıların lehine olduğuna ilişkin argümanını haklı bularak başvuru kişinin sığınma başvurusunun hızlandırılmış değerlendirme kapsamında değerlendirilmesi nedeniyle idari gözetim altına alınmasında Birleşik Krallık'ı iyi niyetli bulmuş ve yapılan yedi günlük idari gözetim işleminde bir keyfiyet tespit etmemiştir. AİHM'in vardığı sonuca göre, sığınmacının idari kolaylık ve uygunluk amacıyla kısa süreyle idari gözetim altında tutulması, keyfi olmaması ve devlet tarafından izlenen meşru amaçla (düzensiz girişi

³³⁴ **CoE Commissioner for Human Rights**, Criminalisation of Migration in Europe, s. 42-43; İnsan Hakları Komitesi ise, uluslararası hukukta sığınmacıların idari gözetimini yasaklayan herhangi bir kural bulunmadığını ifade etmiştir (**A. v. Australia**, para. 9.3).

³³⁵ **Cornelisse**, s. 262; **Moreno-Lax**, Beyond Saadi v UK, s. 189.

engellemek) orantısız olmaması kaydıyla, meşrudur.

Sığınma başvurusunda bulunması nedeniyle kişilerin otomatik olarak idari gözetim altına alınması uygulaması, Amerika Birleşik Devletleri'nde karşımıza çıkmaktadır. Bu ülke uygulamasında, hızlandırılmış sınır dışı etme usullerinin uygulanması esnasında bir yabancının sığınma başvurusunda bulunma niyetini beyan etmesi hâlinde, bir iltica personeli kendisiyle, zulüm korkusunun inandırıcılığına dair görüşme yapana kadar bu kişi zorunlu olarak idari gözetim altına alınır. UNHCR, ABD'nin bu uygulamasının sözleşmesel yükümlülükleri ile uyumlu olmadığını ortaya koymuştur³³⁶.

Devletlerin, gelecekteki sığınmacıları caydırmak amacı güderek ülkesine hâlihazırda gelmiş olan sığınmacıları idari gözetim altına alması da, hiç şüphesiz keyfî bir özgürlük kısıtlamasıdır. Çünkü takip edilen amaç, bireysel durum değerlendirmesiyle varılan tedbir gereksinimini yansıtmamaktadır. Uluslararası hukukun idari gözetime yalnızca gerekli durumlarda ve geçici olarak izin vermesi, idari gözetimin gelecekteki sığınmacıları ülkeye gelmekten caydırmak amacını meşrulaştırmak için kullanılamayacağı sonucunu doğurur. Ek olarak, genele yayılan idari gözetim de uluslararası insan haklarına aykırı olarak toplu cezalandırma yasağının bir ihhalidir³³⁷.

Cenevre Sözleşmesi'nin 31(2). maddesi gereğince, sığınmacıların sığınma usüllerine kabulleri sağlandıktan sonra, yukarıda kamu düzeni, kamu sağlığı ve ulusal

³³⁶ **UNHCR:** UNHCR Brief for Refugees as Amicus Curiae in the Supreme Court of the United States, David Jennings, et al. v. Alejandro Rodriguez et al., No. 15-1204, 31 October 2016, <http://www.refworld.org/docid/5821c8f64.html> (E.T. 14/2/2019).

³³⁷ **Edwards**, s. 28; **UNHCR**, 2012 Detention Guidelines, para. 32.

güvenlik başlıkları altında sayılan bir meşru nedenin somut olayda var olmaması hâlinde, başvurulanan idari gözetim tedbirinin sona erdirilmesi gerekir.

c. Sınır Dışı Etmek Amacıyla

Cenevre Sözleşmesi'nin 33. maddesinde tanınmış bulunan ve ayrıca uluslararası teamül hukukunun bir parçası hâline geldiği genel olarak kabul edilen geri göndermeme (*non-refoulement*) ilkesi gereğince bir sığınmacı, sığınma başvurusu hakkında kesin bir karar alınarak uluslararası koruma ihtiyacında olmadığı tespit edilene kadar sınır dışı edilemez³³⁸. AIHM de, iç hukukta başka meşru bir sebebe dayanmadıkça, sığınma başvurusu değerlendirilmeden sığınmacıların sınır dışı edilemeyeceği görüşündedir³³⁹. Bu ilkeden hareketle, bir sığınmacının sığınma başvurusu alınmadan veya alınmış olmakla birlikte başvurusu henüz değerlendirme aşamasındayken sınır dışı edilmek üzere idari gözetim altına alınması, sığınma talebi hakkında henüz karar verilmeden sınır dışı edilmesi mümkün olmadığından meşru addedilmemektedir³⁴⁰. Bir başka anlatımla sığınmacılar, ancak sığınma başvurusunun reddi işleminin kesinleşmesi ile yani böylece uluslararası koruma ihtiyacı içinde olmadıklarının kesin olarak ortaya konması hâlinde sınır dışı edilmek üzere idari gözetim altına alınabilir.

Bununla birlikte bazı durumlarda kişinin, sınır dışı edilmesini önlemek amacıyla sığınma başvurusunda bulunduğu da olabilir. Bu gibi durumlarda, sığınma başvurusunun açıkça mesnetsiz iddialara dayandığı ve sığınma prosedürlerinin kendisine sağladığı kolaylıktan yararlanmaya çalıştığına dair şüphe oluşması hâlinde, sığınmacının idari

³³⁸ *Al-Tayyar Abdelhakim v. Hungary*, UNHCR's observation, 13058/11, CoE: ECtHR, 23 October 2012, para. 37.

³³⁹ *S.D. v. Greece*, para. 61-67.

³⁴⁰ **UNHCR**, 2012 Detention Guidelines, para. 33.

gözetim altına alınması bireysel şartlar değerlendirildiğinde gerekli olabilir³⁴¹. Fakat bu hâlde sığınmacı sınır dışı edilmek amacıyla değil, iddialarının mesnetsiz olması nedeniyle sığınma prosedürlerini istismar etmesini veya kaçmasını engellemek amacıyla idari gözetim altına alınmaktadır. Bu kategori altındaki sığınmacıların dahi, sığınma iddialarının mesnetsiz olup olmadığı değerlendirilmeden salt sınır dışı edilmek üzere idari gözetim altına alınmaları hukuka aykırılık teşkil edebilir.

Amerika Birleşik Devletleri'nde gerekli giriş ve seyahat belgeleri olmadan ülkeye varan sığınmacı ve diğer yabancıların, bu nedenle idari gözetim altına alınarak adli itiraz hakları olmaksızın ve diğer usuli haklarında önemli ölçüde azaltıma gidilerek haklarında “hızlandırılmış sınır dışı etme” sürecinin uygulanması da bu kapsamda hukuka aykırı olarak değerlendirilmelidir. 1996 yılında kabul edilen ilgili yasaya göre, sığınma başvurusunda bulunan veya geri gönderilmeleri hâlinde zulme uğrayacaklarına dair inandırıcı bir korkuları olduğunu ortaya koyabilenler ise, idari gözetim altına alınarak bir koruma personeli tarafından görüşmeye alınmaktadır. Bu kişilerin, adli itiraz süreci de dahil olmak üzere, mülteci statüsü belirleme işlemi sonuçlanıncaya kadar hızlandırılmış sınır dışı uygulamasından muaf tutulacakları ilke olarak kabul edilmiştir. Fakat uygulamada bu konuya ilişkin muafiyet değerlendirme sürecinin pek çok eksiklik içerdiği rapor edilmektedir³⁴². Benzer bir uygulamanın, ABD'den farklı olarak yalnızca mülteciler özelinde Birleşik Krallık'ta da var olduğu bildirilmektedir³⁴³. Her şeyden önce, sığınma ülkesi tarafından kendi hukuklarına göre geçerli giriş ve seyahat belgesi olmayan

³⁴¹ **a.g.e.**, para. 33.

³⁴² **HRC:** Report of the Working Group on Arbitrary Detention on its visit to the United States of America, 17 July 2017, A/HRC/36/37/Add.2, available at: <http://www.refworld.org/docid/59bfaeef4.html> (E.T. 14/2/2019), para. 37-40.

³⁴³ **Hathaway**, s. 408.

sığınmacıların, sınır dışı sürecine tabi tutulması, gereklilik değerlendirmesinin yokluğunda düzensiz giriş nedeniyle cezalandırma yasağına aykırıdır. Sınır dışı etme sürecinin hızlandırılmış usulde gerçekleştirilmesi ise, sığınmacıların başta itiraz hakkı olmak üzere kimi usul haklarını kullanamamaları sonucunu doğurduğundan uygulamanın cezalandırıcılığını daha da artırmaktadır.

6. Süresiz İdari Gözetim Yasağı

Cenevre Sözleşmesi'nin 31(2). maddesinin konuluş amacı, sığınma aramak amacıyla düzensiz yollarla ülke topraklarına giren kişilerin durumlarını araştırmak ve kimlik bilgileri ve içinde bulundukları durum hakkında temel bilgileri edinmeleri amacıyla taraf devletlere sığınmacıyı tutma yetkisi tanımadır³⁴⁴. Sözleşme taslak görüşmeleri, taraf devletlerin idari gözetim tedbirine yalnızca geçici olarak başvurabileceğini ortaya koymaktadır. Bu aşamanın tamamlanmasından sonra idari gözetim tedbirine devam edilebilmesi için Madde 26'da aranan şartların karşılanması gerekir.

İdari gözetimin orantılı olması ilkesi de, idari gözetimin gerçekleştirilmek istenen amaç için makul olan zaman dilimini aşmayacak şekilde devam ettirilmesini gerektirir³⁴⁵. İdari gözetim tedbirinin uygulanmasına dayanak olan amacın geçerliliğini kaybetmesi ve böylece idari gözetimin artık gerekli olmaması durumunda, sığınmacının idari gözetimine ısrarla devam edilmemelidir³⁴⁶. Bir başka ifadeyle sığınmacılar, gözetim tedbiri için meşru bir gerekçe sunulabilecek süreyi aşan bir zaman dilimi için gözetim altına

³⁴⁴ Bu konu hakkında “§2.III.A. Düzensiz Giren ve Bulunan Sığınmacıların Hareketlerinin Kısıtlanması” başlığı altındaki açıklamalara bakılabilir.

³⁴⁵ *Amuur v. France*, para. 74; *Cornelisse*, s. 297.

³⁴⁶ **UNHCR**, Expert Roundtable Summary Conclusions, para 11(e).

alınmamalıdır³⁴⁷. Bu durumda sığınmacı, derhâl serbest bırakılmalıdır. İdari gözetimin süresinin orantısız belirlenmiş olması, esasen hukuka uygun olan bir idari gözetimi keyfî hâle getirir.

İdari gözetim tedbiri için ilk etapta belirlenen sürenin, izlenmesi istenen amacın gerçekleştirilmesi için yeterli olmaması hâlinde uzatılması mümkündür; fakat bu hâlde yine orantılılık testi uygulanmalıdır³⁴⁸. İdari gözetim tedbirinin devamına karar verilmesinde cezalandırma amacı güdülemeyeceği de belirtilmiştir³⁴⁹. Diğer yandan, idari gözetim süresi uzadıkça devletin seçenek tedbirler yerine idari gözetim tedbirine başvurmasına ilişkin meşru gerekçeler ortaya koyma konusundaki ispat külfeti de artmaktadır³⁵⁰. İnsan Hakları Komitesi önünde görülen *A. A. and R. Bakhtiyari v. Australia* başvurusunda Komite, iki yıl on ay boyunca idari gözetim altında tutulan kişinin, başlangıçta kimlik ve diğer hususların tespiti için idari gözetim altına alınmasındaki meşru nedenler ne olursa olsun, bu kadar uzun süre özgürlüğünden mahrum kalmasını, seçenek tedbirlerin uygulanmasının yetersiz olduğu konusunda Avustralya tarafından bir gerekçe gösterilmemiş olması nedeniyle keyfî, ve böylece MSHS'nin 9. maddesine aykırı bulmuştur³⁵¹.

Sığınmacıların süresiz olarak idari gözetim altında tutulmaları, hiç şüphesiz keyfî bir uygulama teşkil eder. Sığınmacıları keyfî idari gözetime karşı korumak için, idari

³⁴⁷ *A. v. Australia*, para. 9.4; *C. v. Australia*, CCPR/C/76/D/900/1999, HRC, 13 October 2002, para. 8.2.

³⁴⁸ **UNHCR**, 2012 Detention Guidelines, para. 44-45.

³⁴⁹ **UNHCR**, Expert Roundtable Summary Conclusions, para 11(d).

³⁵⁰ **HRC**, CCPR/C/GC/35, para. 15.

³⁵¹ *A. A. and R. Bakhtiyari v. Australia*, para. 9.3.

gözetimin en çok ne kadar süreyle uygulanabileceği yasalarda mutlaka belirtilmelidir³⁵². Fakat yasal sürenin bitmesiyle sığınmacın önce serbest bırakılarak yeniden idari gözetim altına alınması yoluyla bu yasaların dolaşılması söz konusu olmamalıdır³⁵³. Yasalarla belirlenecek sürenin ne kadar olması gerektiği konusunda uluslararası sözleşmeler ve UNHCR bir yorumda bulunmamıştır. Doktrinde kimlik tespiti ve koruma ihtiyacının temel unsurlarının belirlenmesi için birkaç günlük sürenin yeterli olduğu ifade edilmiştir³⁵⁴. AİHM de *Saadi* kararında, sığınmacının Birleşik Krallık tarafından 7 gün süreyle idari gözetim altında tutulmasını, idari gözetimle gerçekleştirilmek istenen amacın gerçekleşmesi için yeterli ve makul bulunmuştur³⁵⁵. Bu sürenin belirlenmesinin takdiri ulusal kanun koyucularda olmakla birlikte, bu belirleme yapılırken idari gözetimin geçici bir tedbir olarak uygulanması gerektiği mutlaka göz önünde bulundurulmalıdır.

Sığınmacılar bakımından idari gözetimin geçici olması kuralının istisnası, Cenevre Sözleşmesi'nin 9. maddesine göre, sığınma ülkesinin savaş veya diğer vahim veya istisnai hâller altında bulunmasıdır. Bu hâlde yalnızca sığınmacının kimlik bilgilerinin ve sığınma başvurusunun temel unsurlarının öğrenilmesi süresi kadar geçici olması gereken idari gözetim, ulusal güvenlik bakımından riskler taşıyan bir sığınmacı hakkında uluslararası koruma statüsünün belirlenmesi anına kadar sürdürülebilir. Fakat sığınma başvurusunun incelenmesi süreci sürüncemeli ise bu aşamada başvuru idari gözetim tedbirine devam edilmemelidir³⁵⁶.

³⁵² *Amuur v. France*, para. 53.

³⁵³ *UNHCR*, 2012 Detention Guidelines, para. 46.

³⁵⁴ *Hathaway*, s. 421.

³⁵⁵ *Saadi v. The United Kingdom*, para. 79.

³⁵⁶ *UNHCR*, Expert Roundtable Summary Conclusions, para 11(d).

B. Usuli Güvenceler

1. İdari Gözetim Sebepleri ve Hukuki Yollar Hakkında Bilgilendirilme

MSHS m. 9(2) ve AİHS m. 5(2) hükümleri ile, özgürlük ve güvenlik hakkı kısıtlanan herkesin, kısıtlamanın nedenleri ve hakkında ileri sürülen iddialar hakkında derhâl bilgilendirilmesi öngörülmüştür. AİHS m. 5(2), MSHS m. 9(2)'den farklı olarak, bilgilendirmenin kişinin anladığı bir dilde yapılması koşulunu da aramaktadır. Böyle bir bilgilendirmenin yapılması, kişinin hakkındaki iddialara itiraz etmesi ve böylece salıverilmesinin sağlanması için asgari düzeyde tanınması gereken bir güvencedir³⁵⁷.

Bu iki hukuki düzenleme karşısında sığınmacıların, tutulmaları veya idari gözetim altına alınmaları anında, idari gözetimin nedenleri ve karara karşı mahkemeye başvuru yapma hakkı dahil olmak üzere, tutulmasına karşı başvurabileceği hakları hakkında anladığı bir dilde ve usulde bilgilendirilmesi gerekir³⁵⁸. Yapılacak bu bilgilendirmeyle, tutulmasına sebep olan hukuki ve fiili nedenler ve buna karşı başvurabileceği hakları, kişinin anlayabildiği basit ve teknik olmayan bir dille kendisine anlatılmalıdır³⁵⁹. Kişinin gerçekten anladığı dilde bilgilendirilmesi önemlidir; kişinin anlamasının beklendiği bir dilde bilgilendirilmesi bu koşulu karşılamaz. *Conka v. Belgium* başvurusunda, bilgilendirmenin yazılı olarak yapılması ve bir tercümanın içeriği hakkında sözlü bilgi vermek için hazır bulundurulması, bu usuli güvencenin karşılanmasında AİHM tarafından yeterli bulunmuştur.³⁶⁰ Fakat aynı durumda, idari gözetime karşı

³⁵⁷ **Harris/O'Boyle/Bates/Buckley**, s. 164.

³⁵⁸ **Edwards**, s. 38; **UNHCR**, 2012 Detention Guidelines, para. 47(i); **UNHCR**, Expert Roundtable Summary Conclusions, para 11(i).

³⁵⁹ **Conka v. Belgium**, 51564/99, CoE: ECtHR, 5 February 2002, para. 50.

³⁶⁰ **a.g.e.**, para. 52.

başvurulabilecek hukuki yolların tebliğ edilen belgelerde oldukça küçük karakterlerde ve anlamadıkları bir dilde yazılmış olmasının, diğer unsurlarla birlikte değerlendirilmesi sonucunda AİHS m. 5(1)'i ihlal ettiği sonucuna varılmıştır³⁶¹.

İdari gözetim sebepleri hakkında bilgilendirme yapılırken, idari gözetimin kaldırılması için başvurulabilecek hukuki yollar hakkında da bilgiler sağlanmalıdır. Sağlanacak bu bilgiler, aşağıda incelenecek olan kişinin idari gözetimin hukuka aykırılığına itiraz hakkını etkili bir şekilde kullanabilmesiyle oldukça yakından ilgilidir. Zira AİHM'in Türkiye aleyhine ihlal kararı verdiği *Abdolkhani ve Karimnia* başvurusunda, başvuruçuların idari gözetimlerinin nedeni hakkında bilgilendirilmemiş olmalarının, AİHS'nin 5. maddesinin hem 2. fıkrasını hem de mahkemeye itiraz güvencesini düzenleyen 4. fıkrasını ihlal ettiğine karar verilmiştir³⁶². Bu anlamda, sığınmacının okuryazar olup olmadığı mümkün olan en kısa zamanda tespit edilerek kendisine yapılacak bildirimin bu özel durumuna uygun bir şekilde yapılmasına riayet edilmelidir. Ayrıca, okuryazar olmayan sığınmacıların, avukatla, doktorla, ziyaretçiyle görüşme yapma veya şikayet beyanında bulunmalarına imkân veren özel bir mekanizma mevcut olmalıdır³⁶³.

İdari gözetimin nedenleri hakkında kişinin “derhâl” bilgilendirilmesi gerekir. Derhâl bildirilmeyle ifade edilmek istenen, kişinin yakalama veya tutma anında bilgilendirilmiş olmasıdır³⁶⁴. AİHM, hemen tutma anında kişinin idari gözetim altına

³⁶¹ **a.g.e.**, para. 44-46.

³⁶² *Abdolkhani and Karimnia v. Turkey*, 30471/08, CoE: ECtHR, 22 September 2009, para. 141.

³⁶³ **UNHCR**, 2012 Detention Guidelines para. 47(iv).

³⁶⁴ **Cornelisse**, s. 286.

alınma sebeplerinin kendisine yazılı ve ayrıntılı olarak verilmesinin gerekli olmadığını belirtmiştir³⁶⁵. Mahkeme *Saadi* kararında ise, idari gözetimin nedenlerinin sığınmacıya bildirilmesi için 76 saat beklenmiş olmasını çok uzun bulmuş ve bu nedenle AİHS m. 5'te öngörülen “en kısa süre içerisinde bildirimde bulunma” zorunluluğuna aykırılık tespit etmiştir³⁶⁶. Mahkemenin Avusturya'ya karşı verdiği *Rusu v. Austria* kararında ise başvurusunun idari gözetiminin hukuki sebepleri konusunda anlayabileceği bir dilde bilgilendirilmesi için 10 gün geçmiş olması nedeniyle ihlal kararı vermiştir³⁶⁷.

Sığınmacılar, hukuki yardıma erişim hakkı konusunda da bilgilendirilmelidir. Böyle bir bilgilendirme, aşağıda incelenecek olan idari gözetimin hukuka aykırılığını mahkeme önünde iddia edebilme hakkının etkili bir şekilde kullanımı için gereklidir. Yoksa AİHS m. 5(2) ve MSHS m. 9(2)'de açıkça böyle bir yükümlülük öngörülmuş değildir³⁶⁸. Buna göre, benzer durumda vatandaşlara sağlanan ücretsiz hukuki destek imkânı, yani adli yardım, sığınmacılara da tanınmalı ve haklarını anlamasına yardımcı olunması için yakalama veya tutma anından sonra mümkün olan en kısa sürede sağlanmalıdır³⁶⁹.

2. İdari Gözetim Kararına İtiraz

a. Hâkim Önüne Çıkarılma, *Habeas Corpus*

Sığınmacının, hakkında alınmış olan idari gözetim kararına itiraz hakkı, AİHS m. 5(4) ve MSHS m. 9(4)'de öngörülen, özgürlüğünden yoksun kılınan herkesin, tutulma

³⁶⁵ *Conka v. Belgium*, para. 50.

³⁶⁶ *Saadi v. The United Kingdom*, para. 81-85.

³⁶⁷ *Rusu v. Austria*, 34082/02, CoE: ECtHR, 2 October 2008, para. 43.

³⁶⁸ *Harris/O'Boyle/Bates/Buckley*, s. 164.

³⁶⁹ *UNHCR*, 2012 Detention Guidelines, para. 47(ii).

işleminin yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar verilmesi, tutulmanın yasaya aykırı olması hâlinde serbest bırakılması talebiyle mahkemeye başvuru hakkını ifade eder. Bir özgürlük kısıtlama kararının hukuka aykırılığına karşı mahkemeye itiraz hakkı, İngiltere'de 1640 yılında kabul edilmiş olan ve hiçkimsenin hukuka uygun bir yargılama olmaksızın özgürlüğünden yoksun bırakılamayacağını düzenleyen *Habeas Corpus Acts*'e ithafen *habeas corpus* olarak isimlendirilmektedir³⁷⁰.

Bu maddelerde öngörülmüş olan itiraz hakkının yapılacağı merci, mutlaka yargı yetkisine sahip olmalı, bir başka ifadeyle itiraz makamı mahkeme olarak belirlenmelidir³⁷¹. İç hukukta idari gözetim kararına itiraz mercii olarak belirlenen makamın mahkemeden daha düşük bir seviyede olması bu maddelerde öngörülmüş olan güvenceye aykırılık oluşturur³⁷². “Bağımsızlık” ve “tarafsızlık” bu itiraz merciinin sahip olması gereken özellikler bakımından elzemdir; dolayısıyla itiraz hakkının idari gözetim kararını veren makamın üstünde bir başka idari makam olması da yine AİHS m. 5(4) ve MSHS m. 9(4)'e aykırılık oluşturur³⁷³. İtirazı değerlendirmeye yetkili mahkemenin yalnızca idari gözetimin hukuka aykırılığını tespit etmeye yetkili olması yeterli değildir; mahkeme aynı zamanda idari gözetimin kaldırılarak sığınmacının serbest bırakılması kararı vermeye de yetkili olmalıdır³⁷⁴. Mahkemeye başvuru hakkı, devam eden idari gözetime karşı mahkeme tarafından periyodik olarak inceleme yapılmasını da gerektirir³⁷⁵. Ayrıca mahkemenin duruşma yapması, AİHS m. 5(4)'ün temelini oluşturan

³⁷⁰ **Cornelisse**, s. 249.

³⁷¹ **Harris/O'Boyle/Bates/Buckley**, s. 183.

³⁷² **Edwards**, s. 39.

³⁷³ **Cornelisse**, s. 287, 288.

³⁷⁴ **A v. Australia**, para. 9.5.

³⁷⁵ **EU Agency for Fundamental Rights/CoE**: Handbook on European Law relating

habeas corpus ilkesi gereğince özgürlük kısıtlamasına tabi tutulan tüm kişiler için söz konusu olmalıdır³⁷⁶. Fakat aşağıda adil yargılanma hakkı başlığında tartışıldığı gibi, idari davalarda duruşma yapılmaması, herhangi bir hak kısıtlamasına yol açmamaktadır. Bu usuli güvence çerçevesinde, mahkeme kararının temyize tabi tutulması zorunluluğu da aranmamaktadır³⁷⁷.

AİHM, bu usuli hak bakımından iç hukukta gözetim kararının hukuka uygunluğunu kontrol etmekle yükümlü bir makamın belirlenmiş olmasını aramaktadır. *S.D. v. Greece* davasında mahkeme, sığınmacının hakkında devam eden gözetim kararının hukuka uygunluğuna karşı başvurabileceği bir adli merci öngörmeyen Yunanistan'ın, AİHS m. 5(4)'ü ihlal ettiği sonucuna varmıştır³⁷⁸.

Sığınmacının idari gözetim kararına itiraz hakkını kullanması hâlinde idari gözetimin hukuka uygunluğunu ortaya koyma konusundaki külfet, kararı alan makama düşecektir; ki bu makamın, başvuru idari gözetimin tedbirinin hukuki dayanağı bulunduğunu, gereklilik, makullük ve orantılılık ilkelerine göre meşru olduğunu ve somut olayda istenen amacın gerçekleşmesi için daha az kısıtlayıcı tedbirlerin olup olmadığının değerlendirildiğini ortaya koyması gerektiği ifade edilmektedir³⁷⁹. Fakat Avustralya örneğinde olduğu gibi, düzensiz giriş nedeniyle zorunlu idari gözetim öngören yasal düzenlemeye sahip devlet uygulamalarında, bir *habeas corpus* başvurusu, yalnızca kişinin ülkeye ne şekilde girdiğini tespit etmeye yarar. Bu durumda, idari gözetimin meşru

to Asylum, Borders and Immigration, Luxembourg, 2016, s. 166.

³⁷⁶ **Harris/O'Boyle/Bates/Buckley**, s. 192.

³⁷⁷ **HRC**, CCPR/C/GC/35, para. 48.

³⁷⁸ **S.D. v. Greece**, para. 73-77.

³⁷⁹ **Edwards**, s. 40; **UNHCR**, 2012 Detention Guidelines, para. 47(v).

bir gerekçeye dayanıp dayanmadığı araştırılamayacağından, kişinin idari gözetimine itiraz hakkı etkili bir yasal yol olmaktan çıkabilir³⁸⁰. Bu husus özellikle, İHK ve AİHM gibi, başvurudan önce iç hukuk yollarının tüketilmesi gerekliliğinin arandığı hukuk yollarında, iç hukuk yolları etkili bir başvuru yolu öngörmediği için, artık bu gerekliliğin aranmaması sonucunu doğurabilir.

Mahkeme tarafından yapılacak inceleme, mümkün olduğunca hızlı olmalıdır. Mahkemenin inceleme yapmakta gecikmesi, kişinin özgürlük ve güvenlik hakkını ihlal sonucu doğurabilir. AİHM, herhangi bir kararında bu sürenin ne kadar olması gerektiğiyle ilgili bir tespit yapmamakla birlikte, bu sürenin belirlenmesi konusunda somut olayın koşullarına bakmaktadır. Sanchez-Reisse v. İsviçre kararında genel olarak tutma kararının incelenmesinin 32-46 gün gecikmesini oldukça aşırı bulmuştur. Türkiye aleyhine verilen ihlal kararlarında da, 17 ve 54 gün süren incelemenin, hızlı olarak nitelendirilemeyeceğine hükmetmiştir³⁸¹. Bu konudaki bir diğer görüşe göre, kanunlarla mahkemelere inceleme yapması için azami süreler tanınmalı, fakat konulacak bu süreler gerekli savunma ve incelemelerin yapılabilmesi için de makul olmalıdır³⁸². Bu, aynı zamanda aşağıda incelenen adil yargılanma hakkının da bir gereğidir.

UNHCR, başvuru gözetim tedbirinin keyfî olmamasının sağlanması için idari veya adli bir makamın incelemesinden geçirilmesini asli bir usuli güvence olarak görmektedir³⁸³. Yargı veya diğer bağımsız bir organ tarafından yapılacak bu inceleme,

³⁸⁰ **A. A. and R. Bakhtiyari v. Australia**, para. 8.2; **C. v. Australia**, para. 8.3.

³⁸¹ **Z.N.S. v. Turkey**, 21896/08, CoE: ECtHR, 19 January 2010, para. 62-63.

³⁸² **Edwards**, s. 39.

³⁸³ **UNHCR**, Detention Framework, para. 16; **UNHCR**, Expert Roundtable Summary Conclusions, para 11(i).

idari gözetimi uygulayan yetkili idareden bağımsız bir adli veya idari organ tarafından, ideal olarak sığınmacının tutulmasına ilişkin ilk kararı takiben 24-48 saat içerisinde gerçekleştirilmelidir³⁸⁴. Zira pek çok devlette bu inceleme sürecini sığınmacıların kendisinin başlatması beklenmekte, fakat bu durum hukuki sürece yabancı olmaları ve ilgili dili bilmemeleri nedeniyle zorluğa sebebiyet vermektedir. Bu zorluklar özellikle adli yardım imkânının bulunmaması hâlinde daha da ağırlaşmaktadır. Sığınmacının, hakkında alınmış olan idari gözetim tedbirine bir mahkeme önünde itiraz etme hakkına saygı gösterilmesi için, idari gözetim kararının bağımsız ve bağışık bir organ tarafından kısa süre içinde ve resen incelenmesine ilişkin hukuki bir mekanizma benimsenmelidir. AİHS m. 5(4) uyarınca, incelemeyi yapan bu makamın, ikinci paragrafta sayılan özellikleri haiz olması, bir başka anlatımla bir mahkeme formunda olması şarttır. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi de alınan idari gözetim kararının bir mahkeme tarafından onaylanması görüşünü bildirmektedir³⁸⁵.

b. Etkili Başvuru Hakkı

Devletler, herhangi bir hak ihlaline karşı, özellikle de kişi özgürlüğü hakkının korunmasında, iç hukuklarında etkili başvuru yolları öngörme yükümlülüğü altındadır. İHEB m. 8, MSHS m. 2(3) ve m. 14 ile AİHS m. 13'te temin edilen bu hak, ilgili sözleşmeler ve ayrıca eki olan protokollerde tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkesin, söz konusu ihlal resmî bir hizmetin ifası için davranan kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olsa dahi, adli, idari veya yasamaya ilişkin ulusal bir merci önünde etkili bir yola başvurma hakkına sahip olduğunu öngörmektedir. Böylece, bir hak ihlaline karşı başvurulacak hukuki çarenin, kanunen olduğu kadar uygulamada da etkili olması gerektiği

³⁸⁴ **UNHCR**, 2012 Detention Guidelines, para. 74(iii).

³⁸⁵ **CoE Committee of Ministers**, Rec(2003)5, para. 5.

kabul edilmektedir³⁸⁶. MSHS ve AİHS, kabul edilen başvuru yolunun hangi hâllerde etkili olduğuna dair bir tanım getirmemiştir. Başvuru yolunun etkili olup olmadığının değerlendirmesinde devletlere bir serbestî tanınmış olmakla birlikte, yargı makamlarınca bir hakkın ihlaline ilişkin kabul edilen başvuru hakkının etkili olup olmadığının değerlendirilmesinde, hem kabul edilen hukuk yolunun hem de uygulamasının bir bütün olarak etkili ve hızlı olup olmadığı göz önünde bulundurulacaktır³⁸⁷. Başvuru hakkının fiili uygulamasına özel önem atfeden AİHM, *M.S.S. v. Belgium and Greece* başvurusunda, Yunan ilk derece mahkemelerinin sığınma usullerine ilişkin başvuruları ciddiyle incelemeyerek neredeyse hepsini basmakalıp ifadelerle reddetmesi nedeniyle, AİHS'nin 3. maddesinin uygulanmasında 13. maddede yer alan etkili başvuru hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır³⁸⁸.

Bir insan hakkı olarak kabul edilmiş olan etkili başvuru hakkı, diğer temel hakların korunmasında ikincil bir rol oynar³⁸⁹. Bu nedenle, etkili başvuru hakkının ihlali iddiası, ihlal edildiği düşünülen başka haklarla birlikte ileri sürülür. Kişi özgürlüğü kısıtlamalarına karşı mahkemeye başvuru hakkına ilişkin düzenlemeler, etkili başvuru hakkına ilişkin düzenlemelere göre *lex specialis* niteliğindedir. Dolayısıyla AİHS m. 5(4)'nın uygulanabilir olduğu durumlarda, 13. madde hükümleri uygulanmaz³⁹⁰. Bu

³⁸⁶ **EU Agency for Fundamental Rights/CoE: Handbook on European Law relating to Access to Justice**, (“Access to Justice”), Luxembourg, 2016, s. 90 vd.

³⁸⁷ ***Jabari v. Turkey***, 40035/98, CoE: ECtHR, 11 July 2000, para. 48; ***M.S.S. v. Belgium and Greece***, para. 290-292.

³⁸⁸ ***M.S.S. v. Belgium and Greece***, para. 300-302 ve 321.

³⁸⁹ **Tezcan, D./Erdem, M.R./Sancakdar, O. /Önok, R.M.:** İnsan Hakları Ek Kitabı, Seçkin Yayıncılık, 5. Baskı, Ankara, 2014, s. 402 vd.

³⁹⁰ **Doğru/Nalbant**, s. 405.

çerçevede, idari gözetim tedbirine karşı açılmış davalarda, iç hukukta idari gözetim tedbiri için öngörülen hukuki yolun etkililiği değerlendirmesi, AİHS m. 5(4). madde hükümlerine dayanılarak yapılır.

AİHS'nin 5(4). maddesinde düzenlenen tutma işlemine karşı mahkemeye başvuru hakkı kapsamında, sığınmacıların idari gözetime karşı mahkemeye başvuru haklarının etkili olarak kullanılabilir olması gerektiği, İHK'nin *C. v. Australia* başvurusu kararı ile AİHM'nin *Conka v. Belgium* başvurusu kararında da dile getirilmiştir³⁹¹. Bu çerçevede, idari gözetim kararına itiraz hakkının etkili olmasının temin edilmesi amacıyla, özel durumu dikkate alınarak sığınmacıya bir avukata ve adli yardıma erişim imkânı tanınmasının önemi vurgulanmaktadır³⁹². AİHM, *Chahal* ve *Conka* kararlarında, iç hukuk kurallarıyla kişiye sağlanan özgürlük kısıtlamasına itiraz hakkının etkili olup olmadığını değerlendirirken, kendisine bir avukat tarafından temsil imkânının veriliş verilmemesi durumuna da özel önem atfetmiştir³⁹³. Benzer şekilde, *Amuur v. France* kararında, yasalarda hukuki, insani ve sosyal yardım usullerine ve bunun süre kısıtlamalarına ilişkin düzenlemelerin bulunması gerektiğini vurgulamıştır³⁹⁴. Bu nedenle etkili başvuru hakkı çerçevesinde, benzer durumda vatandaşlara sağlanan adli yardım imkânı, sığınmacıya da sağlanmalıdır³⁹⁵. Bu imkân, sığınmacının haklarını anlaması için, idari gözetim altına

³⁹¹ *C. v. Australia*, para. 10; *Conka v. Belgium*, para. 46-55.

³⁹² **UNHCR**, Expert Roundtable Summary Conclusions, para 11(i); **Harris/O'Boyle/Bates/Buckley**, s. 193-194; **Cornelisse**, s. 290; **Edwards**, s. 40.

³⁹³ *Chahal v. The United Kingdom*, para. 130; *Conka v. Belgium*, para. 44-55. Etkili başvuru hakkının sığınma başvurusuyla ilgili olarak AİHS m. 3 kapsamında ihlal edildiğine ilişkin AİHM kararı için ayrıca bkz. *M.S.S. v. Belgium*, para. 319, 321.

³⁹⁴ *Amuur v. France*, para. 53.

³⁹⁵ **UNHCR**, 2012 Detention Guidelines, para 47(ii).

alınmasından hemen sonra sağlanmalıdır. Her ne kadar adli yardım imkânı normal şartlar altında mali durum testine tabi olsa da, sığınmacıların özel durumu nedeniyle ve özgürlüklerinin kısıtlı olduğu göz önünde bulundurularak, sığınmacılar söz konusu olduğunda mali durum araştırması yapılmaksızın otomatik olarak sağlanmalıdır. Sığınmacı ve avukat arasındaki iletişim, avukat-müvekkil arasındaki genel gizlilik prensiplerine tabi olmalıdır. Avukatlar, müvekkilleri olan sığınmacılara ve müvekkilleri hakkında tutulan kayıtlara erişim imkânına sahip olmalı ve müvekkilleri ile yaptıkları görüşmeleri güvenli ve gizliliğe riayet edilen bir ortamda yapabilmelidir³⁹⁶. Diğer yandan, sığınmacının tutulduğu yerin uzak mesafede olması, onun avukata erişim imkânından yoksun kalmasına sebebiyet vermesi nedeniyle başvurunun etkililiğinin azalması sonucunu doğurabilir³⁹⁷. Fakat İnsan Hakları Komitesi, *A. v. Australia* kararında, sığınmacının uzak bir mesafede idari gözetim altına alınmasını, başvuruçuyu temsil eden avukatı ile iletişiminin bu durumdan etkilenmemiş olması nedeniyle MSHS m. 9(4)'e aykırı görmemiştir³⁹⁸.

c. Adil Yargılanma Hakkı

Adil yargılanma hakkı, ilk kez İHEB m. 10 hükmüyle tanınmış bir insan hakkıdır. Bu hak, MSHS'nin 14(1). maddesinde ve AİHS'nin 6(1). maddesinde de güvence altına alınmıştır. Buna göre herkes, yasayla kurulmuş olan bağımsız ve tarafsız mahkemelerce, tam bir eşitlikle, adil ve aleni yargılanma hakkına sahiptir. Adil yargılanma hakkı, tüm hak ve özgürlüklerin etkili bir biçimde korunması için yargılama sürecine hâkim olacak

³⁹⁶ **a.g.e.**, para. 47(ii).

³⁹⁷ **Goodwin-Gill**, s. 223.

³⁹⁸ **A. v. Australia**, para. 9.6.

usuli güvenceleri içerir³⁹⁹. Etkili başvuru hakkı ve adil yargılanma hakkı arasındaki temel ayrım budur. Fakat kişinin hak arama özgürlüğü kapsamında bir yargı yerine başvurmasının sağlanması, etkili başvuru hakkının olduğu kadar adil yargılanma hakkının da konusunu oluşturur. AİHS hukukunda adil yargılanma hakkı usule ilişkin daha kapsamlı güvenceler sağladığı için, etkili başvuru hakkına göre *lex specialis* niteliktedir⁴⁰⁰.

AİHS'nin 6(1). maddesi, adil yargılanma hakkını kabul ederken, yargılamanın medeni hak ve yükümlülükler veya ceza yargılamasına ilişkin olmak üzere iki ayrı yargılama çeşidini işaret etmektedir. Burada ifade edilen medeni hak ve yükümlülükler, cezai nitelikte olmayan haklara ilişkin yargılamaları da içine alır. Fakat yabancıların ülkeye giriş, ülkede kalış ve sınır dışı edilmesi ile suçluların iadesine karşı açılmış idari davalar, AİHM tarafından ne medeni hak ve yükümlülükler ne de cezai nitelikteki davalar kapsamında değerlendirilmiştir⁴⁰¹. Bu kapsamda, mülteci statüsü belirleme ve sınır dışı etme işlemlerine karşı açılan davalarda AİHS m. 6 uygulanmaz⁴⁰². Bu konuda adil yargılanma hakkı garantileri söz konusu olmasa da, etkili başvuru hakkı kapsamındaki garantilerin işletilmesi mümkündür⁴⁰³. İdari gözetime karşı açılan davalarda ise, *lex specialis* nitelikte olduğundan AİHS m. 5(4)'te düzenlenen mahkemeye başvuru hakkı

³⁹⁹ **Boyar, O.:** “İHAM Kararlarında Adli Yardım ve Adil Yargılanma Hakkı”, Disiplinlerarası Yaklaşımla İnsan Hakları, Ed.: Selda Çağlar, Beta Yayınları, Aralık 2010, İstanbul, s. 189.

⁴⁰⁰ **a.g.e.,** s. 189.

⁴⁰¹ **Gözübüyük/Gölcüklü,** s. 272; **Mole/Meredith,** s. 124

⁴⁰² **Mole/Meredith,** s. 98.

⁴⁰³ **a.g.e.,** s. 116, vd.

güvenceleri uygulanmaktadır.

3. Periyodik İnceleme

Kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasına ilişkin kararın bir mahkeme tarafından alınması veya bir idari gözetim kararının daha sonra bir mahkeme tarafından tasdik edilmesi, AİHS m. 5(4) uygulaması bakımından her zaman yeterli değildir. Zira, idari gözetime temel alınan neden, zaman içerisinde ortadan kalkmış veya değişmiş olabilir. Bu nedenle, makul zaman aralıklarıyla, başvuru idari gözetim tedbirinin hukuka uygunluğunun gözden geçirilmesi gerekir. Alınan idari gözetim kararının periyodik incelemeye tabi tutulması, hukuka uygun bir idari gözetimin hukuka aykırı veya keyfî olmaması için de gerekir⁴⁰⁴. Periyodik incelemeye tabi tutulmayan idari gözetim, *A v. Australia* başvurusunda keyfî olarak nitelendirilmiştir⁴⁰⁵.

İdari gözetimin devamının gerekli olup olmadığını inceleyecek makam, mahkeme veya kararı alan makamdaki bağımsız başka bir organ olabilir. Sığınmacı ve temsilcisi bu incelemelere katılma hakkına sahip olmalıdır. Bu konudaki iyi uygulamalar, idari gözetimin haklı olduğuna dair yargı kararından sonraki her yedi günde bir, ve bir ay süre geçmesinden sonra da aylık olarak ve her hâlükarda maksimum süreye ulaşınca kadar, bu incelemenin yapılması gerektiğini ortaya koymaktadır⁴⁰⁶.

⁴⁰⁴ **A v. Australia**, para. 9.4.

⁴⁰⁵ **a.g.e.**, para. 9.4.

⁴⁰⁶ **UNHCR**, 2012 Detention Guidelines para. 47, m. (iv). Bu uygulama Kanada'da mevcuttur. Kanada yasalarına göre idari makam tarafından yapılması gereken periyodik incelemeler, ilk etapta 48. saatte, takip eden yedinci günde ve daha sonra her 30 günde bir tekrarlanır. (**Edwards**, s. 38)

4. Sığınma Usullerine Erişim

Hangi koşul altında olursa olsun, uluslararası koruma ihtiyacını ortaya koyan beyanlarda bulunan bir kişinin, uluslararası hukuk tarafından tanınan geri gönderme yasağı çerçevesinde uluslararası koruma ihtiyacının değerlendirilmesi gerekir. Bu kapsamda, başvuru özgürlük kısıtlamaları, sığınmacıları etkin bir şekilde mülteci statüsü belirleme usullerine erişim sağlama haklarından mahrum bırakmamalıdır⁴⁰⁷. Kişinin bu ifadesi, açıkça sığınma başvurusunda bulunmak istediğine dair bir beyan olabileceği gibi beyanı sırasında kullandığı, geldiği ülkeye geri dönme korkusuna ilişkin basit bir gösterge de olabilir⁴⁰⁸. Bu ilke uyarınca, idari gözetim altındaki sığınmacılara, sığınma usullerine erişim imkânı sağlanmalıdır. İdari gözetim, sığınmacının sığınma başvurusunda bulunma amacına bir engel teşkil etmemelidir. AİHM, *S.D. ve Greece* kararında, sığınmacı olan başvuru kişinin sığınma başvurusunun değerlendirilmesi tamamlanmadan sınır dışı edilemeyeceğini ortaya koyarak AİHS m. 5(1)'in ihlal edildiği sonucuna varmıştır⁴⁰⁹.

Sığınma usullerine erişim, destekleyici belgelerin teslimi gibi zorunluluklar, idari gözetimde olan bir kişi için uygun olarak düzenlenecek şekilde, gerçekçi ve etkili olmalıdır. Bu kapsamda, gerekli hukuki destek ve dil desteği sığınmacıya sağlanmalıdır. İdari gözetim altındaki sığınmacılara, sığınma süreci ve hakları hakkında doğru hukuki bilgilerin aktarılması sağlanmalıdır⁴¹⁰. Sığınmacının sağlık durumu da dahil, sığınmacı

⁴⁰⁷ *Amuur v. France*, para. 43; **CoE Committee of Ministers**, Rec(2003)5, para. 7.

⁴⁰⁸ **CoE Commissioner for Human Rights**, Criminalisation of Migration in Europe, s. 41.

⁴⁰⁹ *S.D. v. Greece*, para. 62.

⁴¹⁰ **UNHCR**, 2012 Detention Guidelines, para. 47, m. (vi).

hakkındaki bilgilerle ilgili olarak veri koruması ve gizlilik ilkelerine riayet edilmelidir⁴¹¹.

Sığınmacıya, UNHCR'la iletişim kurma ve UNHCR tarafından iletişim kurulma imkânı sağlanmalıdır.⁴¹² UNHCR da talep hâlinde gözetim altına alınmış olan tüm mülteci ve sığınmacılara erişim sağlama ve bu kişilere danışmanlık sağlama imkânına sahip olmalıdır⁴¹³. Ulusal mülteci organı ve kamu denetçiliği (ombudsman) kurumu, insan hakları komisyonu ve STK'lar dahil diğer kuruluşlara erişim imkânı tanınmalıdır. Bu kuruluşların temsilcileriyle özel görüşme yapabilme imkânı ve görüşmeyi yapabileceği araçlar verilmelidir⁴¹⁴.

5. Tazminat Hakkı

Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin özgürlük ve güvenlik hakkını düzenleyen 9. maddesi, beşinci ve son fıkrasında yasal olmayan bir tutma işleminden mağdur olan herkesin, icrası kabil zorunlu tazminat hakkı olduğunu ifade eder. Aynı hakkı düzenleyen AİHS'nin 5. maddesinin beşinci ve son fıkrası da, madde hükümlerine aykırı bir yakalama veya tutma işleminin mağduru olan herkesin tazminat hakkına sahip olduğunu düzenler. Hemen söyleyelim ki AİHS m. 5(5)'te düzenlenen tazminat hakkı, Sözleşme'nin 41. maddesindeki tazminat hakkından farklıdır. Bu düzenleme, AİHS'de düzenlenen bir hakkın ihlali nedeniyle ulusal mahkemeler tarafından verilmesi öngörülen tek tazminat hakkıdır⁴¹⁵.

⁴¹¹ **a.g.e.**, m. (viii).

⁴¹² **UNHCR**, Expert Roundtable Summary Conclusions, para 11(i); **CoE Committee of Ministers**, Rec(2003)5, para. 16.

⁴¹³ **UNHCR**, Expert Roundtable Summary Conclusions, para 11(j).

⁴¹⁴ **UNHCR**, 2012 Detention Guidelines, para. 47(vii).

⁴¹⁵ **Harris/O'Boyle/Bates/Buckley**, s. 197.

Uluslararası hukuk tarafından tanınan bu tazminat hakkı, her devletin kişi özgürlüğünün yasaya aykırı olarak kısıtlanması nedeniyle etkili bir şekilde işleyen ve makul sürede sonuçlanan bir tazminat usulü benimsenmesini gerektirir. Bu hakkın kullanımı, kişinin bu yöndeki talebine bağlı tutulmuştur. AİHM kararlarında ulusal hukuklarda tazminat hakkına ilişkin etkili olarak kullanılabilecek bir hakkın öngörülmemiş olmasının, AİHS m. 5(5)'in ihlali olarak yorumlandığı belirtilmektedir⁴¹⁶. Bu hâlde, AİHS m. 41 çerçevesinde AİHM tarafından tazminata hükmedilecektir.

Elbette kişinin bir tazminata haklı görülmesi için, gerçekleştirilen yasaya aykırı idari gözetim nedeniyle maddi veya manevi bir zarara uğramış olması gerekir⁴¹⁷. Bu aykırılık, hem iç hukuka aykırılık hem de MSHS ve AİHS hükümlerine aykırılık şeklinde tezahür edebilir. Benzer şekilde, hem esas hem de usul yönünden aykırılıklar tazminat sorumluluğunu gerektirir. Burada tazminat hakkı ile kastedilen, kişinin medeni hukuktan doğan tazminat hakkı olup uluslararası tazminat sorumluluğundan bağımsızdır.

C. İdari Gözetim Koşullarının İnsani Standartlarda Olması

Özgürlüğünden yoksun bırakılmış bir kişinin beden ve ruh sağlığı, tutulma sırasında kendisine şiddet uygulanmasa ve yetkililerin kendisini aşağılama niyeti bulunmasa bile, tutulma koşullarından olumsuz etkilenebilir⁴¹⁸. Sığınmacıların tutulduğu koşullar, zalimane muameleden kaçarak sığınma arayanları sığınma taleplerinden caydırabilir. Fakat devletler, belirli bir durumda idari gözetim tedbirinin uygulanmasının gerekli görülmesi hâlinde, mülteci ve sığınmacılara uluslararası standartlar uyarınca

⁴¹⁶ **Cornelisse**, s. 290.

⁴¹⁷ **HRC**, CCPR/C/GC/35, para. 52.

⁴¹⁸ **Doğru/Nalbant**, s. 160.

muamele etme sorumluluğundadır⁴¹⁹. Bu nedenle kötü muamele yasağına ilişkin düzenlemeler, tutma koşulları konusunda devletlerin yükümlülüklerini idare eder. Hiçkimsenin işkence veya insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamayacağını öngören Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesi, idari gözetim koşullarının insan onuruna yakışacak ölçüde biçimlendirilmesi gerekliliğini doğurur. İdari gözetim koşullarının insani standartlara uygunluğu, hukuka uygun olarak sürdürülen bir idari gözetimin aynı zamanda keyfi olmasını da önler. Kötü, yetersiz veya belirli kişi grupları için uygunsuz koşullarda sürdürülen idari gözetim, AİHS m. 3 ve MSHS m. 9'a aykırılık oluşturabilir. MSHS'nin 10. maddesi de, özgürlüklerinden yoksun bırakılan herkese insanca ve kişinin doğuştan sahip olduğu onura saygı gösterilerek davranılmasını emretmektedir. MSHS m. 17'ye göre de kişinin özel ve aile hayatına ve iletişimine keyfi ya da yasadışı müdahalelerde ve şeref ve itibarına yasal olmayan tecavüzlerde bulunulamayacağı için, bu haklara idari gözetim süresince riayet edilmelidir. Tutma koşullarının içeriği, 1957 tarihli BM Mahpusların Islahı İçin Asgari Kurallar ve 1990 tarihli BM Mahpusların Islahı İçin Temel Prensipler Bildirileri ile Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 1987 ve 2006 tarihli Avrupa Cezaevi Kuralları Tavsiye Kararları ve 1987 tarihli Avrupa Konseyi İşkencenin ve İnsanlıkdışı veya Aşağılayıcı Muamele ve Cezanın Önlenmesi için Avrupa Sözleşmesi ile kurulan İşkenceyi Önleme Komitesinin (CPT) raporları çerçevesinde belirlenir.

Özgürlük kısıtlamalarını idare eden temel ilkeye göre devletler, AİHS m. 3 gereğince, tutulan bir kişinin insan onuruna uygun koşullarda tutulmasını, tutmaya ilişkin ıstırap düzeyini aşacak yoğunlukta bir sıkıntı ve zorluk çektirmeyecek tarzda ve usulde

⁴¹⁹ **CoE Commissioner for Human Rights**, Criminalisation of Migration in Europe, s. 43; **UNHCR**, Expert Roundtable Summary Conclusions, para 11(k); **UNHCR**, Detention Framework, para. 11.

tutma tedbirinin uygulanmasını, tutmanın pratikteki gerekleri göz önünde tutularak, sağlığının ve esenliğinin yeterince korunmasını sağlamak zorundadır⁴²⁰. Tutulan kişinin temiz hava alma, yeme, içme, ısınma, aydınlanma, temizlenme, uyuma ve egzersiz gibi en basit insani ihtiyaçları karşılanmalıdır. Yine tutmanın gerçekleştirildiği mekânda kişi başına düşen alan makul olmalı, çok kalabalık ortamlarda tutmadan kaçınılmalıdır. Tutma koşulları, hasta, engelli, yaşlı, hamile ve çocukların özel durumlarına uygun olarak düzenlenmelidir.

İdari gözetim, yalnızca bu amaç için kurulmuş merkezlerde gerçekleştirilmelidir; karakol nezarethanelerinde veya hapishanelerde gerçekleştirilen idari gözetim uygun değildir⁴²¹. Bu kişiler yalnızca idari gereklilikler nedeniyle tutulmakta olduğundan, istisnai hâllerde bu gibi mekânlarda tutulmaları hâlinde, mutlaka tutuklu ve hükümlülerden ayrı yerlerde bulundurulmalıdır⁴²².

Ailelerin idari gözetim altına alınmasından ilke olarak kaçınılmalı; fakat idari gözetim altında iseler de mahremiyet ve aile hayatı hakkı güvence altına alınarak aile üyeleri bir arada bulundurulmalıdır⁴²³. Refakatsiz çocukların idari gözetim merkezlerinde tutulmaları onların yüksek menfaatine uygun değildir⁴²⁴. Çocukların ebeveynlerinin sığınmacı durumları nedeniyle idari gözetim altında tutulmaları insanlık dışı veya alçaltıcı

⁴²⁰ **Doğru/Nalbant**, s. 160.

⁴²¹ **UNHCR**, Expert Roundtable Summary Conclusions, para 11(k).

⁴²² **UNHCR**, 2012 Detention Guidelines, para. 48(i),(iii).

⁴²³ **UNHCR**, Expert Roundtable Summary Conclusions, para 11(f); **CoE Committee of Ministers**, Rec(2003)5, para. 14.

⁴²⁴ **UNHCR**, 2012 Detention Guidelines, para. 51-57.

davranış olarak sayılabilir⁴²⁵. Bu nedenle onsekiz yaş altındakilerin gözetim altına alınmasından mutlaka kaçınılmalıdır⁴²⁶. Fakat mücbir sebeplerle tutulmaları hâlinde mutlaka yetişkinlerden ayrı odalarda barındırılmalıdır⁴²⁷. Yalnız kadın ve erkekler ayrı yerlerde tutulmalıdır.

İdari gözetim merkezlerinde sağlanması gereken hizmetler konusunda ise, başta tıbbi tedavi ve psikolojik danışmanlık olmak üzere sığınmacının sağlık sorunları nedeniyle sağlık muayenesi ve tedavi görebilmeleri imkânı ihtiyaç hâlinde mümkün olan en kısa süre içerisinde sağlanmalıdır⁴²⁸. Kişinin sağlık durumunun idari gözetim süresince kötüleşmesi ve uygun tedavi ihtiyacının doğması hâlinde, gerekli tedavinin kendisine sağlanmasının yanı sıra serbest bırakılması gerekliliği de ayrıca değerlendirilmelidir.⁴²⁹ Yatak, temiz nevresim, banyo, duş, tuvalet ve temiz elbise gibi basit gereklilikler, besin değeri yüksek yiyecekler, idari gözetim altına alınmaları uygun olmasa da hamile veya emziren kadınlar ve çocuklar için besleyici ve uygun yiyecekler de mutlaka sağlanmalıdır⁴³⁰. Gözetim koşulları hakkında bir şikayet mekanizması kurulması ve sığınmacıların buna erişimlerinin güvence altına alınması, koşulların denetimini

⁴²⁵ **HRC**: ‘Report of the Special Rapporteur on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, A/HRC/28/68, 5 March 2015, para 80.

⁴²⁶ **UNHCR**, Expert Roundtable Summary Conclusions, para 11(f); **CoE Commissioner for Human Rights**, Criminalisation of Migration, s. 43.

⁴²⁷ **UNHCR**, 2012 Detention Guidelines, para. 48, m. (v).

⁴²⁸ **CoE Committee of Ministers**, Rec(2003)5, para. 13.

⁴²⁹ **UNHCR**, 2012 Detention Guidelines, para. 48, m. (vi).

⁴³⁰ **a.g.e.**, para. 48(x),(xi), para. 63 ve 64.

sağlaması bakımından uygulanması gereken önemli bir ilkedir⁴³¹.

İdari gözetim koşullarının ayrıca, özellik arz eden grupların ihtiyaçlarına göre düzenlenmesi gerekir. Çocuk Hakları Sözleşmesi⁴³²'nin 28. maddesi gereğince sığınmacı çocuklar, idari gözetim merkezinde kalış sürelerine bakılmaksızın en azından ilkokul seviyesinde eğitim hizmetinden faydalanmalı; tercihen de idari gözetim merkezi dışındaki yerel bir okulda eğitim almalıdır⁴³³. Travma, cinsel şiddet ve işkence mağduru sığınmacılar, kendi talepleri olmasa da durumlarının idari gözetim altında kötüleşmesi ihtimaline karşı merkeze ilk geldiklerinde ve takiben periyodik olarak fiziki ve mental sağlık muayenesinden geçirilmelidir⁴³⁴. Engelli sığınmacılar ve yaşlılar da kural olarak idari gözetim altına alınmamalıdır; alınmaları hâlinde ise merkezde mevcut olan tüm hizmet ve durumlarına özel yardımlar kendilerine sağlanmalıdır. Son olarak lezbiyen, gey, biseksüel, transseksüel ve interseks sığınmacıların idari gözetim koşulları durumlarına özel olarak biçimlendirilmeli ve bu sığınmacılar şiddete uğrama riskinden uzak tutulmaya çalışılmalıdır⁴³⁵.

İdari gözetimin havaalanlarının uluslararası transit alanlarda sıklıkla gerçekleştirilmesi, bu alanların kişilerin tutulması amacına hasredilmemiş olması nedeniyle çoğu zaman insanlıkdışı ve alçaltıcı muamele teşkil edebilecek durumlara sebebiyet vermektedir⁴³⁶. Bu alanlar çoğunlukla mahremiyet sağlayacak imkânlardan

⁴³¹ **CoE Committee of Ministers**, Rec(2003)5, para. 19.

⁴³² R.G. T. 27/1/1995, S. 22184.

⁴³³ **UNHCR**, 2012 Detention Guidelines, para. 48, m. (xiii).

⁴³⁴ **a.g.e.**, para. 50; **CoE Committee of Ministers**, Rec(2003)5, para. 12.

⁴³⁵ **UNHCR**, 2012 Detention Guidelines, para. 65.

⁴³⁶ **UNHCR**, Detention Framework, para. 20.

yoksundur. Uygun uyuma alanları ve banyoların olmayışı, kadın ve erkeklerin bir arada kalma zorunluluğu, telefona ve UNHCR'a kısıtlı erişim imkânı, bu alanlarda yürütülen idari gözetimin diğer sorunlu noktalarıdır.

D. Bağımsız Denetim

Keyfi idari gözetim uygulamalarına engel olmak amacıyla kabul edilmesi gereken bir diğer prensip, bağımsız ulusal ve uluslararası kuruluşlara idari gözetim koşullarını ve prosedürlerini denetleme imkânı sunulmasıdır. Bu kuruluşlar tarafından gerçekleştirilecek bağımsız denetim yoluyla idari gözetim uygulamalarının uluslararası hukuk ilkelerine uygunluğu sağlanır⁴³⁷. Bağımsız uzmanlık kuruluşları tarafından düzenli olarak gerçekleştirilecek bu ziyaretler, uygulanan standartların birebir tespiti için habersiz olmalıdır.

İdari gözetimin denetime açılması gereken kuruluşların başında şüphesiz UNHCR gelmektedir. Cenevre Sözleşmesi 35. maddesiyle taraf devletlere, görevini yerine getirirken UNHCR ile işbirliği yapma ve UNHCR'ın sözleşme hükümlerinin uygulanmasına nezaret etme görevini kolaylaştırma yükümlülüğü getirilmiştir. Bu hüküm gereğince taraf devletlerin idari gözetim kararlarının icra edildiği merkezleri UNHCR'ın denetimine açması gerekir. Devletlerin düzenli olarak idari gözetim altına alınan sığınmacı ve mültecilerle ilgili bilgileri UNHCR'la paylaşması gerekliliği de yine Cenevre Sözleşmesi'nin 35. maddesinden kaynaklanmaktadır⁴³⁸.

Bunun yanında, insan hakları, gözaltı ve sığınmacı ve mültecilerin korunması alanlarında uzman diğer ulusal ve uluslararası kuruluşların denetimleri de serbest

⁴³⁷ **UNHCR**, 2012 Detention Guidelines, para. 66.

⁴³⁸ **UNHCR**, Expert Roundtable Summary Conclusions, para 13.

bırakılmalıdır⁴³⁹. Hatta, ulusal sivil toplum kuruluşlarının idari gözetimin gerçekleştiği merkezlere ziyaretleri mümkün olan ölçüde kolaylaştırılmalıdır.⁴⁴⁰

⁴³⁹ **a.g.e.**, para 11(k).

⁴⁴⁰ **UNHCR**, 2012 Detention Guidelines, para. 66.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA SIĞINMACILARIN İDARİ GÖZETİMİ VE ULUSLARARASI MÜLTECİ HUKUKUNA UYGUNLUĞUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

§4. ANAYASAL İLKELER

I. GENEL OLARAK YABANCILARIN TEMEL HAKLARININ SINIRLANDIRILMASI BAKIMINDAN

A. Türk Yabancılar Hukukunda Eşitlik İlkesi

1982 tarihli Türk Anayasası, Türk yabancılar hukukunun en önemli kaynaklarından biridir. Zira Anayasa, yabancılar hukuku bakımından hangi hak ve özgürlüklerin vatandaş-yabancı ayrımı yapılmaksızın yabancılara da uygulanacağını ve yabancıların temel hak ve özgürlüklerinin ne oranda sınırlanabileceğini gösteren en temel iç hukuk kaynağıdır. Bu kapsamda, vatandaş-yabancı ayrımı yapılmaksızın Anayasada düzenlenen tüm temel hak ve özgürlükler, yabancılara da tanınmış bulunmaktadır. Buna göre, Anayasada belirli bir hak ve özgürlüğün “herkes”e tanınması veya “hiç kimse”nin belirli bir hak ve özgürlükten mahrum bırakılamayacağını belirtmesi hâlinde, o hak ve özgürlüğün yabancılara da tanındığı sonucuna varılacaktır. Belirli bir hak ve özgürlüğün, Anayasada yalnızca vatandaşlara tanınmış olması⁴⁴¹, yabancıların o haktan yararlanamayacağı şeklinde yorumlanabilirse de⁴⁴² esasen Anayasa tarafından

⁴⁴¹ Anayasa ile yalnızca vatandaşlara tanınan temel haklar, seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı; siyasi parti kurma, siyasi partilere girme ve siyasi partilerden ayrılma hakkı; kamu hizmetine girme hakkı, yurt savunmasına katılma (vatan hizmeti) hak ve ödevidir.

⁴⁴² Bkz. Çelikel/Gelgel, s. 64; Doğan, V.: Türk Yabancılar Hukuku, Savaş Yayınevi,

yasaklanmadığı sürece, yabancıların da kanuni düzenlemelerle bu haklardan yararlandırılması mümkün olabilir. Zira kanunkoyucunun Anayasa’da yalnızca vatandaşlara tanınan bu hakları, bu konuda yabancılara bir anayasal güvence getirilmemişse de⁴⁴³, yabancılara da tanınması söz konusu olabilir⁴⁴⁴.

Bu çerçevede, Türk hukukunda yabancıların temel hak ve özgürlüklerinde eşitlik ve genellik ilkesi, yani yabancıların vatandaşlarla eşitliği ilkesi kabul edilmiş durumdadır⁴⁴⁵. Zira Anayasa’nın 10. maddesinde herkesin dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu hükme bağlanmıştır. Benzer şekilde, Anayasa’nın 12. maddesinde de herkesin, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu eşitlik ilkesine işaret edecek şekilde ortaya konmuştur. Hukukumuzda eşitlik ve genellik ilkesi kabul edilmiş olmakla birlikte, aşağıda ayrıntılı olarak incelenen Anayasa Madde 13 ve 16 ile yabancıların temel hak ve hürriyetlerinin özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa’nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak, ancak kanunla ve uluslararası hukuka uygun olarak sınırlanabileceği kabul edilmiştir. Anayasa’nın kabul ettiği bu çerçevenin, “eşit işlem ilkesinin asgari uluslararası

2. Baskı, Ekim 2017, s. 35.

⁴⁴³ **Erten**, s. 5.

⁴⁴⁴ **Öztürk, N.:** "Yabancıların Yerel Seçimlerde Oy Kullanma Hakkı". Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Sa. 33 / 1, Mart 2016, s. 155.

⁴⁴⁵ **Çelikel/Gelgel**, s. 64; **Çiçekli**, s. 50; **Doğan**, s. 35-36; **Erten, R.:** Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIX, 2015, Sa. 1, ss. 3-51, s.56.

standartları karşılaması ilkesi”ne⁴⁴⁶ uygun olduğu söylenebilir.

B. Yabancıların Haklarının Sınırlandırılmasında Etkili Olan Kriterler

Anayasaya göre yabancıların temel hak ve özgürlüklerinin sınırlanması, genel ve özel sınırlama kurallarına tâbidir. Buna göre yabancılara tanınmış bulunan temel hak ve özgürlükler, her şeyden önce Anayasa’nın 13. maddesinde düzenlenen genel sınırlama kuralı ekseninde sınırlanabilir⁴⁴⁷. Anayasa’nın 13. maddesine göre, “*Temel hak ve*

⁴⁴⁶ 19. yüzyıl sonlarında ve 20. yüzyılın başlarında Latin Amerika devletleri tarafından ortaya konan ve günümüzde çoğunlukla gelişmekte olan devletler tarafından benimsenen eşit işlem prensibine göre, bir devlet ülkesinde bulunan yabancılar, o devlet vatandaşlarına tanınmış olan haklardan vatandaşlarla aynı şekilde yararlanırlar. Yabancı ile vatandaşın eşitliği bir bakıma yabancının yararına olduğu kadar, yabancının aleyhine de dönebilir. Nitekim devletin vatandaşlarına uyguladığı insan haklarına aykırı muamele ve işlemler, tümüyle yabancılara da uygulanabilir. Bu nedenle bir devlette eşit işlem ilkesi kabul edilmiş dahi olsa, bu ilke uygulamasının uluslararası standartlarla getirilmiş asgari korumayı karşılaması gerekir. Asgari uluslararası standartlar ilkesine göre bir devletin, ülkesinde bulunan yabancılara, kendi vatandaşlarıyla eşit haklar vermesi zorunlu olmamakla birlikte, yabancılara temel insan hakları çerçevesinde davranma yükümlülüğü bulunmaktadır. Aksi hâlde, devletin uluslararası sorumluluğu gündeme gelir. Günümüzde bu ilke, yabancıların hukukî durumu ve haklarına dair tüm uluslararası sözleşmelerde kabul edilmiş olup doktrinde baskın görüş bu ilkenin aynı zamanda bir uluslararası teamül kuralı olduğunu belirtmektedir (**Wallace**, s. 185-186; **Aust**, s. 167; **Altuğ**, s. 12-13; **Aybay**, s. 46; **Tekinalp**, s. 26).

⁴⁴⁷ **Aybay**, s. 77; **Bayata Canyaş, A.**: Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu

hürriyetler; özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.". Buna göre, temel hak ve hürriyetlere ilişkin genel sınırlama kuralının en önemli yönü, temel hak ve hürriyetlerin, yalnızca Anayasa'da öngörülmüş bulunan özel sınırlama kurallarında öngörülen sınırlama sebeplerine bağlı olarak sınırlanabilmesine izin vermesidir. Bu bağlamda, aşağıda inceleyeceğimiz kişi hürriyeti ve güvenliğine ilişkin Anayasa'nın 19. maddesinde öngörülen özel sınırlama sebeplerinin uygulanma kabiliyeti belirlenmiş olmaktadır.

Bunun yanında, yabancılara tanınmış bulunan temel hakların sınırlanmasının, Madde 16'da özel olarak yabancılara yönelik düzenlenen sınırlama kuralına uygun olması da gerekmektedir. Anayasa'nın 16. maddesine göre, *"temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir."* Madde metniyle yabancılara tanınan temel hak ve özgürlüklerin sınırlanabilmesi iki koşula bağlanmış bulunmaktadır: i. uluslararası hukuka uygun sınırlama; ii. kanunla sınırlama. Bu çerçevede, "kanunla sınırlama", Anayasa'nın 13. maddesinde öngörüldüğü gibi 16. maddesinde de öngörülmüştür. Benzer şekilde, 13. maddede öngörülen "demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmayarak" ve 16. maddede benimsenen "uluslararası hukuka uygun olarak" sınırlama kriterleri, her iki kavramın birbiri içerisine geçmiş ve birbirini tamamlayıcı karakteri göz önünde bulundurulduğunda, birbirini tekrar

Kapsamındaki Kabul Edilemez Başvuru ve Hızlandırılmış Değerlendirme Kararlarının Kesinliği, ("Kabul Edilemez Başvuru"), Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl 6, S: 22, Temmuz 2015, ss. 133- 167, s. 14. Aksi yönde, **Gözler**, İnsan Hakları, s. 244.

eder nitelikte görülebilir⁴⁴⁸. Bununla birlikte, Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen “özel sınırlama kuralları çerçevesinde sınırlama” kuralı, yabancıların temel hak ve özgürlükleri söz konusu olduğunda, Anayasa'da yer alan ilgili temel hak ve hürriyetin sınırlanmasına ilişkin özel hükümlerin de uygulanması gerekliliğini ortaya koyması bakımından bir fark yaratmaktadır. Anayasa'nın 16. maddesi ise buna ek olarak, yabancıların hak ve özgürlüklerinin, vatandaşlardan farklı olarak, uluslararası hukuka uygun olarak sınırlanabilmesi güvencesini tanımaktadır⁴⁴⁹.

Bu bakımdan, yabancıları özgürlüğünden yoksun bırakma sonucunu doğuran idari gözetimin, kanunla düzenlenmesi ve kanunla getirilen usul ve esasların da uluslararası hukuka uygun olması gerektiği gibi⁴⁵⁰ kişi hürriyeti ve güvenliğinin sınırlanmasına ilişkin özel sınırlama sebeplerine aykırı olmaması gerekir. Bu çerçevede, sığınmacıların idari gözetimi konusunda uygulanması gereken üç anayasal hüküm bulunmaktadır. Bunlardan ilki, 13. maddede düzenlenen özel sınırlama kurallarına uygun olarak sınırlama ilkesi; ikincisi, 16. maddede düzenlenen yabancıların temel haklarının kanunla ve uluslararası hukuka uygun olarak sınırlanması ilkesi; üçüncüsü ise kişi hürriyeti ve güvenliğinin sınırlanmasına ilişkin olarak 19. maddede kabul edilmiş olan yasadışı giriş ve sınırdışı nedeniyle idareye verilen tutma yetkisidir (özel sınırlama kuralı).

Yabancıların temel hak ve özgürlüklerinin sınırlanmasında uluslararası hukuka uygunluk koşulu, devletlerin iç hukuklarında uyguladıkları genel hukuk ilkelerinden

⁴⁴⁸ **Sargın, F.:** “Türkiye’de Öğrenim Gören Yabancı Öğrencilerin Türkiye’ye Giriş, Türkiye’de İkamet Etme ve Çalışma Hakları”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Sa.17 / 1-2 (Haziran 2011), s. 334-335.

⁴⁴⁹ **a.g.e.,** s. 335-336.

⁴⁵⁰ **Rıda Boudra,** AYM, 2013/9673, 21/1/2015, R.G. T. 16/6/2016 S. 29388, para. 76.

uluslararası hukuka aktarılmış olanlardan biridir⁴⁵¹. Söz konusu sınırlama, 16. maddede kabul edilmeseydi dahi devletin, “uluslararası hukuka uygun hareket etme yükümlülüğü” çerçevesinde, yabancıların temel hak ve özgürlüklerini ancak uluslararası hukuka uygun olarak, yani uluslararası hukukça devletlere tanınan yetkiler çerçevesinde sınırlaması gerekecekti⁴⁵². Anayasa’nın 16. maddesi ile tanınan bu doğrudan etki, yabancıların temel hak ve özgürlükleri söz konusu olduğunda, herhangi bir ayrıma gitmeksizin tüm uluslararası hukuk kaynaklarının Türk hukukunda uygulanma gereğine işaret eder. Bu bakımdan yabancıların temel hak ve özgürlükleri, ancak uluslararası hukuk tarafından izin verildiği ölçüde sınırlanabilir. Maddede bahsedilen uluslararası hukuka uygunluk şartı, zaten sözleşmesel yükümlülük nedeniyle uygulanması gereken taraf olunan uluslararası sözleşmeleri değil, uluslararası hukuk kaynaklarının bütününe ifade eder⁴⁵³. Dolayısıyla hiçbir ayrım gözetilmeksizin tüm uluslararası hukuk kaynakları, yabancıların temel hak ve özgürlüklerinin sınırlanması konusunda dikkate alınmalıdır. Bunlara örnek vermek gerekirse, yukarıda inceleme konusu yapılmış olan birincil kaynak niteliğindeki Türkiye’nin taraf olduğu Birleşmiş Milletler ve Avrupa Konseyi antlaşmaları ile ikincil kaynak niteliğindeki AİHM içtihatlarına uygunluk sağlanmalıdır⁴⁵⁴.

Yabancıların temel hak ve özgürlüklerinin sınırlanabilmesi için getirilen bir diğer koşul ise sınırlamanın nasıl yapılacağıyla ilgilidir. Buna göre, yabancıların temel hak ve özgürlüklerini sınırlayıcı hukuki düzenlemeler ancak kanunla getirilebilecektir. Burada kullanılan kanun terimi, hem maddî anlamıyla hem de şeklî anlamıyla kanuna işaret etmektedir. Bir başka deyişle, yabancıların temel hak ve özgürlüklerinin sınırlanabilmesi

⁴⁵¹ **Çiçekli**, s. 43-44.

⁴⁵² **Tekinalp**, s. 15; **Çiçekli**, s. 45-46.

⁴⁵³ **Erten**, s. 5.

⁴⁵⁴ **Çelikel/Gelgel**, s. 65; **Çiçekli**, s. 45.

için, düzenlemenin genel ve soyut nitelikte olması ve Anayasa'nın 87 vd. maddelerinde düzenlenen yetki kuralları çerçevesinde, Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından “kanun” şeklinde kabul edilmesi ve Cumhurbaşkanınca onaylanarak yayımlanması gerekmektedir⁴⁵⁵. Yabancıların temel hak ve özgürlüklerinin Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile sınırlanabilirliği hususunda ise, Anayasa'nın 104. maddesinin, Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar ile Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılmasının söz konusu olamayacağına ilişkin açık hükmü bulunmaktadır. “Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konular” ifadesi, “yalnızca kanunla düzenleme” şeklinde anlaşılacaksa, kanunla sınırlama koşulunu getiren Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca, temel hak ve özgürlüklerin Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle sınırlanamaması gerekir⁴⁵⁶. Diğer yandan, yabancıların temel hak ve özgürlükleri Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile dahi sınırlanamıyorken bunların düzenleyici idari işlemlerle sınırlanması evleviyetle mümkün olmamalıdır⁴⁵⁷. Tüm bu hususlar göz önünde bulundurulduğunda, Cumhurbaşkanı veya başka bir idari makamın yabancıların temel hak ve özgürlüklerini kısıtlayıcı işlemlerde bulunamayacağı sonucuna

⁴⁵⁵ **Erten**, s. 6.

⁴⁵⁶ **Ardıçoğlu, M. A.:** “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, Ankara Barosu Dergisi, Sa. 2017/3, s. 38. Hemen belirtelim ki, Anayasa'nın ikinci kısım üçüncü bölümünde yer alan “Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler”in, kanunda açıkça düzenlemeye konu edilmemiş olmak şartıyla, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenlenebileceği maddenin tersi yorumundan çıkarılmaktadır (**a.g.e.**, s. 38).

⁴⁵⁷ Bu hususta, Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminden önce yapılan benzer bir yorum için bkz. **Sargın**, s. 337.

varılmaktadır⁴⁵⁸. Doktrinde, pratik ihtiyaçlar göz önünde bulundurularak kanunla yürütme organına yetki verilen hâllerde, sınırlamanın idarenin bir düzenleyici işlemiyle de yapılabilceğini savunan yazarlar da bulunmaktadır⁴⁵⁹. Ancak bu konuda düzenleme yapma, önlem alma ve uygulama yetkisinin sınırlarının ve ölçütlerinin kanunda açıkça belirtilmesi gerekir⁴⁶⁰. Bu tip düzenleyici işlemlerle, kanuna dayalı olmak ve kanuna aykırı olmamak kaydıyla yabancıların hak ve özgürlüklerinin artırılmasında hukuki bir engel bulunmamaktadır.

II. ÖZEL OLARAK İDARENİN TUTMA YETKİSİ VE KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANDIRILMASI

A. İdarenin zgrlğ Kısıtlayıcı Yaptırım Yasağı ve İdari Tedbirler

Anayasa’nın, 38. maddesi, başlığında anlaşıldığı üzere, suç ve cezalar hakkında Anayasal teminatları konu edinmektedir. Ancak maddenin onuncu fıkrasında, suç ve cezalarla ilgili olmamasına rağmen, idarenin kişi özgürlüğünü kısıtlayıcı yaptırım uygulama yetkisi ortaya konmuştur. Buna göre, “İdare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz”. Bu hükmün yorumunda öncelikle, birtakım terim ve kavramların anlamının ortaya konulması gerekir. Bunlardan ilki, ‘kişi hürriyetinin kısıtlanması’ kavramıdır. Anayasakoyucu tarafından kullanılan ‘kişi hürriyetinin kısıtlanması’ kavramı, genel olarak kişinin özgürlüğünden yoksun bırakıldığı hâllerin tümünü kapsar⁴⁶¹. Sığınmacıların idari gözetimi de özgürlükten yoksun bırakma

⁴⁵⁸ **Ekşi, N.:** Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku, (“Yabancılar”), Beta Basım Yayım, 5. Baskı, 2018, İstanbul, s. 66.

⁴⁵⁹ Bkz. **Aybay**, s. 78.

⁴⁶⁰ **a.g.e**, s. 84.

⁴⁶¹ **Ekşi**, İdari Gözetim, s. 9

sonucunu doğurduğundan Anayasa'nın 38. maddesine uygun olmalıdır⁴⁶².

Anayasa'nın 38. maddesinde ifade bulan müeyyide terimi, hukukumuzda idari yaptırım olarak öngörülen kavramı işaret eder. İdari yaptırım, idarenin idari düzeni ihlal edenlere karşı resen uyguladığı, aslen idari işlem teşkil eden fakat içerdiği caydırıcılık ve cezalandırıcılık özellikleri nedeniyle idari işlemlerden farklılık arz eden yaptırım çeşididir⁴⁶³. İdari yaptırımlar, idarenin bir yargı kararına gerek duymaksızın yasanın kendisine tanıdığı açık yetkiye dayanarak idare hukukuna özgü yöntemlerle doğrudan doğruya uygulanan idari işlem niteliğindeki cezalardır⁴⁶⁴. İdari yaptırım dışında bir diğer yaptırım çeşidi, cezai yaptırımlardır. İdari yaptırımların özellikleri arasında doktrinde belirtilen hususlardan en ayırt edici olanı, idari işlemler arasında cezalandırıcı ve caydırıcı

⁴⁶² **a.g.e.**, s. 9

⁴⁶³ **Erdinç, B.:** “İdari Yaptırımların Kavramsal Çerçevesi ve Cezai Yaptırımlarla Karşılaştırılması”, Ankara Barosu Dergisi, 2012/2, ss. 239-276, s. 242.

⁴⁶⁴ İdari yaptırımların özellikleri şunlardır: Uygulanmalarında yargısal usullerin değil, idare hukukuna özgü usullerin geçerli olması; idari işlem biçiminde doğması, idari işlemler arasında cezalandırıcı ve caydırıcı olmaları noktasında farklılaşması; belirli bir şahsa yönelik olması; uygulanmalarının dayanağının yasallık ilkesi çerçevesinde idareye verilen yaptırım uygulama yetkisi olması; belirlilik ve hukuki güvenlik ilkeleri gereği türlerinin önceden hukuki düzenlemelerle belirlenmiş olmasının gerekmesi; idari düzene aykırılık oluşturan, suç derecesindeki fiillerden daha hafif nitelikte bir ihlal içeren ve bu nedenle de suç oluşturmayan davranışlara bağlanan sonuçlar olması; idarenin korumakla yükümlü olduğu kamu düzeni, kamu sağlığını ve ulusal güvenliği gereği gibi korumasının aracı olması; idare hukuku usulleri esas alınarak idari düzenin korunması amaçlanarak uygulandıklarından cezai nitelik değil, idari nitelik taşımaları. (**a.g.e.**, s. 263)

nitelikte olmalarıdır⁴⁶⁵. Bu tanımın mefhumu muhâlifine göre, cezalandırıcı ve caydırıcı nitelikte olmayan idari işlemler, idari yaptırım niteliğinde sayılmazlar.

Yukarıda ayrıntılı olarak tartışıldığı gibi idari gözetim, ancak kamu düzeni, kamu sağlığı ve ulusal güvenliğin korunması gibi meşru bir amaç doğrultusunda başvurulabilecek ve kişinin özgürlük hakkından yoksun bırakılması sonucunu doğuran bir idari işlemdir. İdari gözetim işlemi ile kişinin fiziksel özgürlüğünün kısıtlanması, bahsi geçen meşru amacın gerçekleşmesinin sağlanması için başvuru olan bir önlem (tedbir) niteliğindedir. Bir başka anlatımla, idarece gerçekleşmesi istenen meşru amaç, ancak kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasıyla gerçekleşebilecek olup kişinin özgürlüğünün kısıtlanması bunun bir sonucudur. Bu hâliyle idari gözetim, kişinin bir davranışı nedeniyle bu davranışı cezalandırmak ve genel olarak bu davranışların yapılmasına yönelik caydırıcılık oluşturmak unsurlarını içermemektedir. Dolayısıyla idari gözetim, idare hukukundaki anlamıyla bir idari yaptırım teşkil etmez. Doktrinde de sığınmacıların ve genel olarak yabancıların idari gözetimi, idari tedbir kavramı içinde değerlendirilmektedir⁴⁶⁶. Zira sığınmacıların idari gözetimiyle amaçlananın, kamu düzeninin korunması ve sığınmacının uluslararası koruma statüsünün belirlenmesi işlemlerinin de güvenli, sağlıklı ve düzen içinde, etkin bir biçimde yürütülmesi olduğu anlaşılmaktadır⁴⁶⁷. Kamu düzeni, kamu sağlığı, ulusal güvenliğin korunması ve işlemlerin etkin bir şekilde yürütülebilmesi amaçlarına dayanılarak idarece alınan her idari gözetim kararı, Anayasa'nın koyduğu çerçeve içerisinde kalacağı için hukuka uygunluğu da böylece sağlanmış olur. İdari gözetimin bir yaptırım olarak değil, meşru bir amaç

⁴⁶⁵ **a.g.e.**, s.250-251.

⁴⁶⁶ **Ekşi**, İdari Gözetim, s. 9; **Öztürk**, Mültecinin Hukuki Statüsü, s. 465; **Huysal/Şermet**, s. 2197.

⁴⁶⁷ **Öztürk**, Mültecinin Hukuki Statüsü, s. 465.

doğrultusunda önlem olarak uygulanması, Anayasa'nın 38(10). maddesinde öngörülen düzenlemenin bir gereği olduğu gibi, bu hâliyle Cenevre Sözleşmesi'nin 31(1). maddesiyle öngörülen düzensiz giriş nedeniyle cezalandırma yasağıyla da uyumlu bir görünüm sergilemektedir⁴⁶⁸.

İdari gözetim kavramı, tanımı itibariyle bir idari yaptırım çeşidi değildir ve bu nedenle de Anayasa'nın 38. maddesinde öngörülen yasak kapsamında yer almamaktadır. Bununla birlikte, uygulamada idari gözetimin, fiilen idari yaptırım niteliğine bürünmemesi gerekir. İdarenin, cezalandırmak ve caydırmak amaçlarıyla başvurduğu her idari gözetim işlemi, hukuki anlamda idari yaptırım teşkil eder. Sonuç olarak, idarenin sığınmacıların ülkeye usulüne aykırı suretteki girişlerini cezalandırmak ve genel olarak gelecekteki sığınmacıları, Türkiye'den sığınma aramaktan caydırmak amacıyla başvuru idari gözetim işlemi, yaptırım niteliğinde olduğundan Anayasa'nın açık emri gereğince hukuka aykırı olur.

Anayasa'nın 6. maddesine göre, *“Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz.”*. Anayasa'nın 38. maddesinde öngörülen kişi özgürlüğünü kısıtlayıcı nitelikte idari yaptırım uygulama yasağını bu ifade ile birlikte değerlendirdiğimizde, söz konusu bu yasağın idareyi bağlayıcı etkisinin kuvvet kazandığını söyleyebiliriz. Bu bağlamda, idarenin yaptırım niteliğindeki idari gözetim işlemleri, idarenin kaynağını Anayasa'dan almayan bir devlet yetkisini kullanması anlamına geleceğinden Anayasa'nın bu maddesine de aykırılık teşkil edecektir.

Anayasa'nın 38. maddesi hükmünün, idareye yabancıların kişi özgürlüklerinden yoksun bırakılmasına dair bir yasak koyduğu, bu nedenle idarenin tek başına alacağı bir kararla idari gözetim kararını uygulayamayacağı, bu kararın mahkemelerce alınması

⁴⁶⁸ a.g.e., s. 466.

gerektiğine dair görüş ileri süren yazarlar da bulunmaktadır⁴⁶⁹. İdari gözetimin bir müeyyide olmayıp tedbir niteliğinde bir idari işlem olduğuna ilişkin yukarıdaki açıklamalarımıza ek olarak, Anayasa'nın 19. ve 38. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, hemen aşağıda inceleyeceğimiz 19. maddenin çizdiği sınırlar içerisinde ve kanuna uygun bir şekilde alınan ve uygulanan idari gözetim kararlarının Anayasa'ya aykırılık teşkil etmeyeceğini düşünüyoruz⁴⁷⁰. Görüşümüze göre esasen üzerinde durulması gereken nokta, idari gözetim kararlarının idare veya mahkemelerden hangisi tarafından alınması gerektiği değil, idari gözetim kararının hukuka uygunluğuna ilişkin itiraz mekanizmasının nasıl işletilmesi gerektiğidir. Konu, mahkemeye başvuru hakkı kapsamında değerlendirildiğinde, idarece alınan idari gözetim kararlarının mahkemelerce resen incelemeye tabi olmasına dair bir mekanizma kabul edilmesinin, kişiye istenen hukuki korumayı sağlayacağı sonucuna ulaşılmaktadır.

⁴⁶⁹ **Huysal/Şermet**, s. 2220; **Şen, E.:** Yabancı'nın İdari Gözetimi Anayasaya Aykırı mı?, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1428014-yabancinin-idari-gozetimi-anayasaya-aykiri-mi> (E.T. 15/2/2019).

⁴⁷⁰ Aynı yönde **Ekşi**, İdari Gözetim, s. 9; **Öztürk**, Mültecinin Hukuki Statüsü, s. 467-468; **Özbek, N.:** “AİHM Kararları Işığında YUKK’nda İdari Gözetimin Uygulandığı Mekanlar Hakkında Ortak Sorunlar”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sa. 118, 2015, ss. 15-50, s. 47; **Kuşçu, D.:** “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Sınır Dışı Edilmelerine Karar Verilen Yabancıların İdari Gözetim Altına Alınmaları”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 22, Sa. 37, 2017, ss. 241-284, s. 247-248.

B. Yabancınn Kişi Özgürlüğü ve Güvenliğı Hakkının Kısıtlanması

1. Genel Kapsam

Türk Anayasası 38. maddesiyle kişinin özgürlük hakkının idare tarafından yaptırım niteliğinde idari işlemlerle kısıtlanamayacağına ilişkin anayasal ilkeyi koyduktan sonra, 19. maddesiyle de kişinin özgürlük hakkının kimi hâllerde tedbir niteliğindeki idari işlemlerle sınırlanabileceğine dair bir diğer anayasal ilke kabul etmiştir. Kişi özgürlüğü ve güvenliğı hakkı, AİHS m. 5'te düzenlenen özgürlük ve güvenlik hakkının Anayasa'daki tezahürüdür.

Anayasa'nın kişi hürriyeti ve güvenliğini düzenleyen 19(1). maddesi, herkesin kişi hürriyeti ve güvenliğıne sahip olduğı ilkesini kabul etmektedir. Maddenin ikinci fıkrasında şekil ve şartları kanunda gösterilmek kaydıyla kişi özgürlüğünün maddede belirtilen hâllerde sınırlanmasına izin verilmektedir. Bu fıkranın son bendine göre, *“Şekil ve şartları kanunda gösterilen: [...] kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereğı olarak ilgilinin yakalanması veya tutuklanması; [...] usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren, ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması veya tutuklanması; hâlleri dışında kimse hürriyetinden yoksun bırakılamaz.”*. Böylece maddeyle idareye, genel olarak yabancılar ve özelde sığınmacılar bakımından özgürlük kısıtlaması niteliğindeki tedbirlere başvurulmasında, yalnızca şu iki hâl için izin verilmiştir: (i) kanuni bir yükümlülüğün gereğı olarak (ii) usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren, ya da hakkında sınırdışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması veya tutuklanması. Maddenin gerekçesinde ilk hâl için, kanundan doğan bir yükümlülüğe uyulmaması hâlinde, bunların yerine getirilmesi amacıyla kişinin hürriyetinin kısıtlanması, yani bir zor tedbirine konu olmasının öngörüldüğü; ikinci hâl ile ilgili olarak ise bu gibi hâllerin benzerlerinin de özgürlük

kısıtlamalarını meşru kılacağı belirtilmiştir⁴⁷¹. Ancak Anayasa’da açıkça düzenlenmeyen bu hâllerin ne olduğu ve nasıl yorumlanacağı muğallak bırakılmıştır.

19. maddenin birinci fıkrasıyla kişi özgürlüğü hakkı, yabancı ve vatandaş ayrımı yapılmaksızın herkes için tanınmıştır. Fakat ikinci fıkranın son bendinde ifade edilen kişi özgürlüğü kısıtlaması nedenlerinin yalnızca yabancılar hakkında uygulanacağı açıktır⁴⁷². Zira Anayasa’nın 23. maddesinin son fıkrasına göre, “*Vatandaş sınır dışı edilemez ve yurda girme hakkından yoksun bırakılamaz.*”⁴⁷³. Yine Anayasa, 38. maddesinin son fıkrasında vatandaşın suçluların iadesi kapsamındaki durumunu inceleyerek (henüz taraf olmadığımız) “*Uluslararası Ceza Divanına taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler hariç olmak üzere vatandaş, suç sebebiyle yabancı bir ülkeye verilemez.*” ilkesini

⁴⁷¹ “*Nihayet beşinci hâlde, ülkeye usulsüz olarak giren yahut kanuna uygun şekilde sınır dışı edilecek veya suç nedeniyle yabancı bir ülkeye geri verilecek kişinin, gerekli işlem yerine getirilinceye kadar, hürriyetinden mahrum edilmesi yani yakalanması veya tutuklanması söz konusudur. Bu gibi hâllerin benzeri hürriyet kısıtlamalarını meşru kılacağı açıktır.*” Gerekçesi için bkz. <https://acikerisim.tbmm.gov.tr/xmlui/bitstream/handle/11543/1169/200901027.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (E.T. 13/2/2019).

⁴⁷² **Ekşi**, İdari Gözetim, s. 8; **Bayraktaroğlu Özçelik, G.:** “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Yabancıların Türkiye’den Sınır Dışı Edilmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2013, Sa. 108, ss. 211-258, s. 212.

⁴⁷³ Vatandaşın sınırdışı ve ülkeye kabulden men edilememesi, aynı zamanda bir insan hakkı olup AİHS’nin 4 numaralı Protokolünün 3. maddesinde, “*1. Hiç kimse, tek başına ya da toplu olarak, uyruğu bulunduğu devletin ülkesinden sınır dışı edilemez. 2. Hiç kimse, uyruğunda bulunduğu devletin ülkesine girme hakkından yoksun bırakılamaz.*” şeklinde ifade bulmuştur.

benimsemiştir.

Doktrinde, Anayasa metninde “idari gözetim” kavramı yerine kullanılan “tutuklama” kavramının kullanımının yanlış olduğuna işaret edilmektedir⁴⁷⁴. Bu görüşe göre “tutuklama”, ceza hukukuna ait bir kurum olması nedeniyle yabancıların idari gözetiminden farklı olup ceza hukukuna ait bu kavramın, yalnızca yabancıların ülkeye girişi ve ülkeden sınır dışı edilmesi veya iadesini ilgilendiren bu madde kapsamında kullanılması isabetsizdir. Ancak bu hükmün yazımında dikkate alınan AİHS m. 5(1)(f)’nin İngilizce orijinal metninde kullanılan “*detention*” sözcüğünün resmi Türkçe çevirisinde de tutuklama karşılığı olarak tevkif sözcüğünün kullanıldığı görülmektedir⁴⁷⁵. Yine anılan doktrin görüşüne göre, maddede kullanılan “yakalama” kavramı da yine ceza hukukundaki anlamından farklı olarak algılanmalıdır⁴⁷⁶. Buradaki “yakalama” ifadesi, YUKK m. 57(1)’de kullanıldığı şekilde, kişi hakkında idari gözetim kararı alınmasından önce, hakkında sınır dışı etme kararı alınması değerlendirilen yabancıların kolluk tarafından en fazla 48 saat süreyle tutulmasına karşılık gelir. Bu fiili tutma işlemine, yabancı hakkında idari gözetim kararı alınıncaya dek başvurulur. İdari gözetim kararının alınmasıyla birlikte yabancıların tutulması, “yakalama”dan “idari gözetim”e, Anayasa’nın ifadesiyle “tutuklama”ya dönüşür.

2. Kısıtlama Nedenlerinin Değerlendirilmesi

AİHS’nin 5. maddesinde yabancıların özgürlük kısıtlamaları konusunda kabul edilen hukuka uygunluk sebepleri, 19. maddeyle Anayasaya taşınmıştır. Anayasa’nın 19. maddesinin AİHS’nin 5. maddesiyle karşılaştırıldığında, her iki düzenlemenin paralel

⁴⁷⁴ Ekşi, İdari Gözetim, s. 8.

⁴⁷⁵ R.G.: T. 19/03/1954, S. 8662.

⁴⁷⁶ Ekşi, İdari Gözetim, s. 8.

içeriğe sahip olduğu söylenebilir⁴⁷⁷. AİHS m. 5(1)(b)'de yer alan kanuni bir yükümlülüğün uygulanmasını sağlamak amacıyla tutma tedbirine ilişkin düzenleme, aynen Anayasa'da yer almaktadır. Fakat her iki hükmün de lafzı bir arada değerlendirildiğinde, ilk bakışta, AİHS m. 5(1)(f)'de öngörülenin aksine, Anayasa metninde yalnızca ülkeye usulüne aykırı surette girmekten alıkonanların değil, buna ek olarak usulüne aykırı olarak ülke topraklarına hâlihazırda giriş yapmış kişilerin de özgürlüklerinin sınırlanabileceği kabul edilmiş gibi görünmektedir⁴⁷⁸. Bununla birlikte AİHM, AİHS m. 5(1)(f)'ye ilişkin *Saadi v. The United Kingdom* kararında⁴⁷⁹, yabancının ülkeye girişine resmen izin verilene kadar “usulüne aykırı surette giriş yapmaktan alıkonulma” hâlinin devam ettiği yönünde bir içtihat geliştirmiştir. Dolayısıyla Anayasa hükmü, AİHS'nin AİHM içtihadı doğrultusundaki uygulamasını birebir yansıtabilecek şekilde, hem usulüne aykırı olarak ülkeye girmekten alıkonanları hem de hâlihazırda usulüne aykırı giriş yapmış olanları kapsamına almaktadır. Bu yönüyle Anayasa hükmünün lafzının, AİHS'ninkinden daha açık ve net olduğu görülmektedir. Hemen belirtelim ki Anayasa'nın 16. maddesine göre yabancıların temel hak ve özgürlüklerinin sınırlanmasında uluslararası hukuka uygunluk şartının uluslararası hukukun ikincil kaynağı olan AİHM içtihadına da uygunluk sağlamayı gerektirdiği göz önüne alındığında, lafzi olarak AİHS m. 5(1)(f) hükmü ile örtüşen 19. maddenin bu hükmünün yorumunun da bu içtihat çerçevesinde yapılması gerekir.

Anayasa'nın bu düzenlemesinin sığınmacılar bakımından uygulanmasında

⁴⁷⁷ **a.g.e.**, s. 8; **Yılmaz, S.:** Kitlesel Akın (Sığınma) Durumunda Geçici Koruma Rejimi ve Asgari Muamele Standardı, Seçkin Hukuk, Ankara, 2016, s. 207.

⁴⁷⁸ **Altinkök, S.:** Anayasa ve Avrupa İnsan hakları Sözleşmesi'nde Bireysel Başvuru Açısından Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, Doktora Tezi, Ankara, 2014, s. 331-333.

⁴⁷⁹ Bkz. yukarıda “§3.II.A.4.a.ee. Düzensiz giriş yapmaktan alıkoymak amacıyla”.

Uygulama İlkelerine uygunluğunun da değerlendirilmesi gerekir. Uygulama İlkelerine göre, idari gözetimin salt düzensiz giriş nedeniyle uygulanması, idari gözetimde izlenebilecek haklı bir amaç değildir. Gereklilik şartını karşılamayan, sığınmacının bireysel durumunu dikkate almayan, yalnızca sığınmacının düzensiz girişi ve bulunuşu nedeniyle otomatik olarak başvurulmuş idari gözetim tedbirlerinin, cezalandırıcı nitelikte olduğu kabul edildiğinden, yalnızca düzensiz giriş nedenine dayanılarak başvurulmuş idari gözetim tedbiri, keyfî idari gözetim uygulaması teşkil edebilir ve idarenin yaptırım niteliğinde özgürlüğü kısıtlayıcı ceza uygulama yasağına aykırı olabilir.

Genel olarak yabancıların, özel olarak da sığınmacıların yakalanması ve idari gözetim altına alınmasında, Uygulama İlkelerinde yer alan kanunilik ilkesi ve keyfilik yasağı, Anayasa'nın 19. maddesi ile Türk Hukukunda bir anayasal ilke olarak kabul edilmiştir. Zira Anayasa, maddede yabancıların usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek istemesi veya girmesi ya da hakkında sınırdışı etme yahut geri verme kararı verilmesi hâlinde yakalanması veya idari gözetim altına alınmasının şekline ve şartlarına ilişkin olarak kanunda ayrıca düzenleme yapılmasını aramaktadır. Anayasakoyucu, kişinin ülke topraklarına düzensiz bir şekilde girmek istemesi veya girmesi veya sınır dışı yahut iade edilecek olması hâlinde özgürlüğünden yoksun bırakılmasının şartlarının kanunla düzenlenmesini emrederek aslında bu hâlin gerçekleşmesiyle yabancıların otomatik olarak idari gözetim altına alınmasının uygun olmadığını ortaya koyar ve böylece, düzensiz giriş yapan veya sınır dışı ya da iade edilmek üzere yakalanan yabancıların hangi şartların varlığında özgürlüğünün kısıtlanmasının mümkün olacağının kanunla ayrıca düzenlenmesi gerekliliğini aramaktadır. YUKK'tan önce bu şartlar hukukumuzda düzenlenmiş değildi; kuşkusuz bu durum Anayasa'ya aykırı bir hâl oluşturmaktaydı⁴⁸⁰.

⁴⁸⁰ **Dardağan Kibar, E.:** “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun Sınırdışı Etmeye İlişkin Hükümlerinin Getirdiği Yenilikler”, (“Yenilikler”), Sınır ve Sınırdışı

Nitekim bu şartların hukukumuzda düzenlenmemiş olması AIHM tarafından da ihlale yol açacak nitelikte eksiklikler olarak değerlendirilmişti⁴⁸¹. Fakat YUKK'un 57. maddesi ile sınır dışı etmek üzere idari gözetim şartları ilk kez hukukumuzda düzenlenmiş bulunmaktadır⁴⁸².

3. Kişi Özgürlüğü Kısıtlamalarında Usuli Güvenceler

Kişi özgürlüğü kısıtlanan bir kişinin sahip olduğu hukuki güvenlik hakkı, Anayasa'nın 19. maddesinin dört ve devamı fıkralarında yer almaktadır. Anayasa tarafından kabul edilen usuli güvencelerden ilki, dördüncü fıkroda ifade bulan tutma sebepleri ile ilgili bilgilendirilme hakkıdır. Buna göre, *“Yakalanan veya tutuklanan kişilere, yakalama veya tutuklama sebepleri ve haklarındaki iddialar herhâlde yazılı ve bunun hemen mümkün olmaması hâlinde sözlü olarak derhâl, toplu suçlarda en geç hâkim huzuruna çıkarıluncaya kadar bildirilir.”* Bu hüküm uyarınca, gerekli bilgilendirmenin derhâl sözlü olarak ve takiben de yazılı olarak yapılması, bir anayasal zorunluluktur. Yukarıda ifade edildiği gibi, “yakalama” yabancının düzensiz girişi ve sınır dışı ya da iade edilmesini gerektirir bir durumunun tespiti üzerine kolluk makamlarınca kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasını ifade etmekte iken “tutuklama” terimi de idari gözetim kavramı yerine kullanılmıştır. Dolayısıyla bilgilendirmenin, idari gözetim anında değil, kişi sınır dışı edilecekse sınır dışı edilip edilmeyeceğinin değerlendirilmesi

– Türkiye’de Yabancılar, Göç ve Devlete Disiplinlerarası Bakışlar, Ed.: Didem Danış, İbrahim Soysüren, NotaBene Yayınları, 214, Ankara, ss. 182-206, s. 197; **Yılmaz**, s. 206.

⁴⁸¹ Bkz. *Abdolkhani and Karimnia v. Turkey*, para. 135; *Z.N.S. v. Turkey*, para. 56.

⁴⁸² Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. aşağıda “§5.II.3.a. Sınır Dışı Etme Kararına Bağlı Olarak Uygulanan İdari Gözetim Tedbirine İlişkin Genel Açıklamalar”.

sırasında kolluk tarafından tutulması hâlinde yapılması gerekir. Bilgilendirme benzer şekilde, uluslararası başvuru sahiplerinin, sınır kapılarında usulüne aykırı surette ülkeye girmekten alıkonması hâlinde de, kolluk tarafından tutulma anında yapılmalıdır. Bilgilendirmenin hâkim huzuruna çıkarılınca kadar yapılmış olması ise yalnızca toplu işlenen suçlar için aranan bir şart olup idari gözetimde uygulanması söz konusu değildir. Anayasa ve AİHS hükümleri karşılaştırıldığında dikkati çeken bir farklılık, AİHS’de bildirimin kişinin “anladığı bir dilde” yapılmasını aramasına karşın Anayasada bildirimin hangi dilde yapılacağına dair bir ifade bulunmamasıdır. Uygulama İlkeleriyle uyumlu bir uygulama için, amaçsal yorum yapılarak bildirim yükümlülüğünün kişinin anladığı dilde yapılması koşulunu içerdiği sonucuna varılmalıdır⁴⁸³.

Altıncı fıkra uyarınca, kişinin yakalandığı veya tutuklandığı, yakınlarına derhâl bildirilmelidir. Bu güvence, başvuru her idari gözetim tedbirinde riayet edilmesi gereken bir usuli güvencedir. Anayasa’nın bu düzenlemesi, buna ilişkin herhangi bir düzenleme öngörmeyen AİHS’nden daha ileri bir güvence getirir.

Anayasa’nın özgürlük kısıtlamalarında getirdiği en önemli güvence, sekizinci fıkrasında yer alan *habeas corpus*, mahkemeye başvuru hakkıdır. Anayasa, “*Her ne sebeple olursa olsun, hürriyeti kısıtlanan kişi, kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı hâlinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına sahiptir.*” hükmünü getirerek mahkemeye başvuru hakkını kabul etmiştir. Bu usuli güvenceye göre, idari gözetim de dahil olmak üzere kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasına ilişkin bir müdahalenin Anayasa’ya uygun olması için, yalnızca şekil ve şartları kanunla gösterilen sebeplere dayanılarak gerçekleştirilmiş olması yetmez, aynı zamanda kişiye bu karara

⁴⁸³ Altınkök, s. 369.

karşı itiraz hakkı tanınmalıdır⁴⁸⁴.

Maddenin son fıkrasında devletin haksız ve usulsüz tutma nedeniyle tazminat sorumluluğu kabul edilmiştir. Hükme göre, 19. maddenin öngördüğü esaslar dışında bir işleme tabi tutulan kişilerin uğradıkları zarar, tazminat hukukunun genel prensiplerine göre, devletçe ödenir. Bu tazmin kendiliğinden değildir; tazmin koşullarını yasa gösterecektir⁴⁸⁵. Bu bakımdan Anayasa'nın 40(3). maddesinde benimsenen genel tazminat sorumluluğu yerine daha özel olan bu hükmün uygulanması gerekir. Hukukumuzda bu çerçevede ödenmesi gereken tazminat sorumluluğunun düzenlendiği 466 sayılı “Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkında Kanun”, 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 18. maddesi ilga edilmiştir⁴⁸⁶.

C. Tutma Koşullarının İnsan Onuruyla Bağdaşacak Şekilde Düzenlenmesi

Türk Anayasasında, kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması hâlinde tutma koşullarının standardına ilişkin doğrudan doğruya uygulanabilecek bir ilkeye verilmemiştir. Bununla birlikte, Anayasa'nın “Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı” başlıklı 17. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan işkence ve kötü muamele yasağının uygulaması, tutma koşullarını da içerecek şekilde oldukça geniş kapsamlıdır⁴⁸⁷.

⁴⁸⁴ **Yılmaz**, s. 206.

⁴⁸⁵ **Keskin**, s. 69.

⁴⁸⁶ R.G.: T. 31/3/2005, S. 25772 (Mükerrer).

⁴⁸⁷ Uluslararası insan hakları hukukunda işkence yasağına ilişkin temel düzenlemeler, BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 7. maddesinde, 1984 tarihli İşkenceye Karşı BM Sözleşmesi'nin 3. maddesinde ve AİHS'nin 3. maddesinde yer alır.

İnsan kişiliği ve onurunun korunması, aynı zamanda bir uluslararası teamül kuralıdır ve tutma koşullarının insan onuruna yakışan asgaride sağlanmasının yanı sıra aynı zamanda sebepsiz tutma ve gözaltına alma işleminin yapılmasını da yasaklar. Anayasa'nın "*Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.*" emri, yabancıların idari gözetim altında tutulmaları hâlinde kendilerine yönelecek davranışların standardını da belirler. Anayasa'nın bu ilkesi, işkence ve kötü muamele yasağını düzenleyen AİHS'nin 3. maddesiyle benzer ifadeleri taşımakta ve uygulama alanı bakımından da paralellik göstermektedir⁴⁸⁸.

III. SİĞINMA VE İDARİ GÖZETİMLE İLİŞKİLENDİRİLEBİLECEK DİĞER ANAYASAL İLKELER

A. Sığınma Hakkı ve Geri Gönderme Yasağının Kişinin Yaşam ve Maddi-Manevi Varlığını Koruma Hakkı ile İlişkisi

Sığınmacıların idari gözetim altında sığınma usullerine erişimi, Uygulama İlkeleri uyarınca sığınmacılara sağlanması gereken güvencelerden biridir. Bu güvence, geri gönderme yasağı çerçevesinde tanınması gerekli etkili başvuru hakkının da bir gereğidir. Bu çerçevede, kanuni düzenlemelerin anlatımına geçmeden sığınma hakkına ilişkin anayasal düzenlemelerin de incelenmesi önem arz eder.

Sığınma hakkı, Anayasa'da doğrudan düzenlenmemekle birlikte "Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı" başlıklı 17. maddesinde yer alan haklar bütünü, Türkiye'den sığınma arayan kişilerin burada sığınma imkânlarından faydalanmaları ve hayatlarının veya özgürlüklerinin tehdit altında olduğu bir yere geri gönderilmemelerinin sağlanmasında başvurulabilecek en etkili korumayı sağlar.

⁴⁸⁸ Tekinalp, s. 22.

Maddenin ilk üç fıkrasına göre, “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı hâller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz. Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.”. Yaşama hakkı, bütün hak ve özgürlüklerin varlığı için bir önkoşul olup kişinin fiziki ve ruhi bütünlüğünü koruyabilmesi hakkıdır⁴⁸⁹.

Bu anlamda yaşama hakkının konusu, kişinin yaşamını devam ettirmesinin sağlanması ve yaşamına yönelecek tehditlere karşı korunmasıdır. Bu hakkın tamamlayıcısı niteliğinde olan kişinin maddi-manevi varlığını geliştirme hakkı ise, kişiyi maddi ve manevi olarak koruyacak ve geliştirecek imkânlardan yararlanmasını ifade eder. Buna göre herkes, kişiliğini serbestçe geliştirme ve kendisini diğerlerinden ayıran değerlerini koruma ve özgürce geliştirme hakkına sahiptir⁴⁹⁰. AİHS'ne kıyasla ayrı bir maddede değil, yaşam ve maddi-manevi varlığını koruma haklarıyla aynı maddede, 17. maddenin 3. bendinde düzenlenen işkence ve kötü muamele yasağı, insan onurunun ve kişinin maddi ve manevi bütünlüğünün korunması için devlet organları veya üçüncü kişiler tarafından işkence ve diğer kötü muamele teşkil edecek davranışları mutlak bir şekilde yasaklar. Anılan bu üç hak bakımından devletin koruma ve tehlikeleri önleme yükümlülüğü bulunmaktadır. Yabancılar da bu hakların süjesi konumundadır. Buradan hareketle, bir sığınmacı veya mültecinin yaşamının ve maddi-manevi varlığının tehlikede olacağı veya kötü muameleye uğrama riskinin olduğu bir yere gönderilmesi, Anayasa’nın 17. maddesine aykırılık oluşturur. Bu anlamda Anayasa’nın 17. maddesi, geri göndermeme ilkesinin anayasal düzeyde dayanağını oluşturan maddedir.

⁴⁸⁹ **Kalabalık, H.:** İnsan Hakları Hukuku, Seçkin Yayınları, 5. Baskı, 2017, Ankara, s.

409.

⁴⁹⁰ **Kalabalık,** s. 430.

Cenevre Sözleşmesi de dahil pek çok uluslararası metinle devletlerin büyük çoğunluğu tarafından kabul edilmekle uluslararası teamül hukukunun bir parçası hâline gelen geri gönderme yasağı, YUKK m. 4'le kanuni bir ilke hâline getirilmiştir. Buna göre, *“Kanun kapsamındaki hiç kimse, işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulacağı veya ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayatının veya hürriyetinin tehdit altında bulunacağı bir yere gönderilemez.”* Bu düzenlemeyle hukukumuzda geri gönderme yasağı, hem Cenevre Sözleşmesi'nin getirdiği koruma rejimini hem de daha sonra gelişen tamamlayıcı koruma rejimini kapsamaktadır⁴⁹¹. Bu ilke, Geçici Koruma Yönetmeliği⁴⁹²'nin (“GKY”) 6(1). maddesiyle geçici koruma altındaki yabancılar için de aynen kabul edilmiştir. Bu bakımdan Cenevre Sözleşmesi'nin coğrafi kısıtlamayla kabul edilmiş olması nedeniyle ortaya çıkan mülteci ve şartlı mülteci ayrımı geri gönderme yasağı bakımından uygulanmadığı gibi, ikincil koruma ve geçici koruma rejimlerini de kapsayacak şekilde tüm uluslararası koruma rejimine uygulanacaktır. Bu bakımdan birbirinden farklı idari yaptırımlar olan sınır dışı etme işlemi ile sınırdan geri çevirme işlemlerinin⁴⁹³ her ikisi de geri gönderme yasağı kapsamındadır. YUKK m. 4 hükmü ile böylece, sınırdan geri çevirme ya da girişe izin vermeme işleminin teknik anlamda geri gönderme sayılıp sayılmayacağıyla ilgili teorik tartışmalar bertaraf edilmiştir⁴⁹⁴. Yasağın Türk hukukunda

⁴⁹¹ **Çiçekli**, s. 308.

⁴⁹² R.G.: T. 22/10/2014, S. 29153.

⁴⁹³ **Sirmen, S.:** “Yabancıların Türkiye’den Sınırdışı Edilmesine İlişkin Temel Düzenlemeler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Türkiye Hakkında Verdiği Örnek Kararlar”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 67, Sa. 3, 2009, ss. 29-45, s. 30.

⁴⁹⁴ **Teksoy, B.:** “Yabancıların Vize Alma Zorunluluğu”, AÜHFD, Y. 62, Sa. 3, 2013, s. 855-906, s. 893.

kaleme alınış biçimi, özellikle işkence ve kötü muamele durumlarında kişinin gönderileceği ülkede bu muamelelere uğrayacağı yönünde kesinlik aranmasını gerektirecek ifadeleri nedeniyle eleştirilmiştir⁴⁹⁵. Geri gönderme yasağının yorumunda, geri gönderme yasağı konusunda üye devletlere oldukça katı bir çerçeve çizen AİHS'nin 3. maddesinin yorumu dikkate alınmalıdır⁴⁹⁶.

B. Güvenlik Hakkı Bağlamında Hak Arama Özgürlüğü, Adil Yargılanma ve Etkili Başvuru Hakkı

Kişi özgürlükleri kısıtlanan kişilerin asgari hukuki güvencelere tabi olmasını ifade eden güvenlik hakkı, kişinin hukuka aykırı bir şekilde özgürlüğünden yoksun bırakılmış olması hâlinde kendisine yönelen tutma, yakalama ve gözetim altına alma işlemlerine karşı mahkeme önünde itirazlarını sunabilme imkânını içerir. Anayasa'nın 19(8). maddesinde tanınan bu imkânın, sığınmacılar için de uygulama alanına sahip olduğu yukarıda incelenmişti. Mahkemeye yapılan başvurular, Anayasa'nın 36. maddesinde tanınmış olan hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı ile 40. maddesinde tanınmış olan etkili başvuru hakkının güvencesi altındadır. Genel olarak suç ve cezalara ilişkin kimi güvencelerin düzenlendiği 38. madde, adil yargılanma hakkının düzenlendiği bir diğer maddedir. Bu bakımdan Anayasada bu üç hakkın düzenleniş biçimi, 2010 yılında 36. maddeye eklenen, kişinin adil yargılanma hakkına sahip olduğu güvencesiyle birbirine geçmiştir. Bu düzenleme nedeniyle her biri birbirinden farklı içeriğe sahip olan

⁴⁹⁵ **Bayata Canyaş, A.:** “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Kapsamındaki Geri Gönderme Yasağının Uygulanma Koşullarının AİHM Kararları Çerçevesinde İrdelenmesi”, (“Geri Gönderme Yasağı”), Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sa. 5(1), 2015, ss.73-90, s. 76-78.

⁴⁹⁶ **Çiçekli,** s. 308.

bu haklardan adil yargılanma hakkı, hak arama özgürlüğünün bir parçası imiş gibi görünse de, aslında onun bir parçası değil, hak arama özgürlüğünün kullanılmasından sonra tezahür eden bir haktır⁴⁹⁷. Anayasa, adil yargılanma hakkının içeriğini tanımlamamış, bu konuyu yerleşmiş evrensel standartlara bırakmıştır⁴⁹⁸.

Anayasa'ya göre, “*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*” (AY m. 36). Madde metninde kullanılan “herkes” ifadesi, yabancıların da bu hakkın süjesi olabileceğini gösterir. Hak arama özgürlüğü, kişilerin önceden öngörülmuş hukuk kuralları ve kanun yolları çerçevesinde ihlal edilen haklarının telafisi için dava açma ve kendisine karşı açılan davada savunma yapma ve mahkemeye erişim garantisini ifade eder. Bu bakımdan, diğer hak ve özgürlüklerin korunmasında bir araç işlevi görmektedir⁴⁹⁹. Anayasa’nın 125. maddesinde yer alan “*İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır...*” düzenlemesi de hak arama özgürlüğünün idari kararlar özelinde uygulanmasını güvence altına almaktadır. Anayasa’nın hak arama özgürlüğü bakımından özel sınırlandırma sebepleri öngörmemiş olması, bu hakkın sınırlandırılmayacağı şeklinde yorumlanmıştır⁵⁰⁰. Fakat Anayasa’nın 13. maddesinde öngörülen genel sınırlandırma kuralı uyarınca bu hakkın sınırlandırılması da mümkün olabilir. Nitekim bu hususta Anayasa Mahkemesi de, Anayasa’nın 36. maddesinde, hak arama özgürlüğü için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmakla birlikte, özel

⁴⁹⁷ **Köküarı, İ.:** “Hak Arama Özgürlüğü ve 2010 Anayasa Değişiklikleri”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XV, Y. 2011, Sa. 1, ss. 163-208, s. 165.

⁴⁹⁸ **Boyar,** s. 188.

⁴⁹⁹ **Köküarı,** s. 167.

⁵⁰⁰ **Gözler, K.:** Türk Anayasa Hukuku, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2. Baskı, Bursa, 2018, s. 316-317.

sınırlama nedeni öngörülmemiş hakların da hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırlarının bulunduğu kabul edildiğini; ayrıca, hakkı düzenleyen maddede herhangi bir sınırlama nedenine yer verilmemiş olsa da Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan kurallara dayanarak bu hakların sınırlandırılmasının mümkün olabileceği görüşündedir⁵⁰¹. Bunlardan ölçülülük ilkesi doğrultusunda, hak arama özgürlüğünün sınırlandırılması bakımından ölçülü davranılması, hakkın özüne dokunulmayarak mutlaka o hakkın telafisi için bir hak arama yolunun öngörülmesini ve bu hak arama yolunda bir sınırlandırma varsa amaç ile aracın dengeli olmasını gerektirir⁵⁰². Bu bağlamda iddia ve savunma haklarını kısıtlayan, bu hakların eksiksiz kullanımını engelleyen ve bu suretle adil yargılanmayı ihlal eden kuralların Anayasa'nın 36. maddesine aykırılık oluşturacağı açıktır⁵⁰³.

Etkili başvuru hakkını güvence altına alan Anayasa m. 40, Anayasa ile tanınmış hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkesin, yetkili makama geciktirilmeden başvuru imkânını güvence altına alır. Bu güvence doğrultusunda, idari ve yargısal başvuru yollarının ulaşılabilir olmalarının yanında, telafi kabiliyetini haiz olmaları ve tüketildiklerinde başvurusunun şikayetlerini gidermede makul başarı şansı tanınmaları gerekir⁵⁰⁴. Dolayısıyla bir başvuru yolunun yalnız teoride öngörülmesi yetmez; aynı zamanda pratikte de etkili olması gerekir. Bu kapsamda, başvuru tarafından ileri sürülen ihlali önleme, ihlal devam ediyorsa sonlandırma ve ihlali tazmin etme konusunda etkili olması bu güvencenin bir gereğidir. Anayasa Mahkemesi, AİHM uygulaması paralelinde, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının güvencelerinden olan özgürlük

⁵⁰¹ AYM, E. 2015/36, K. 2015/87, T. 8.10.2015, R.G. 28.10.2015/29516, para. 16.

⁵⁰² **Köküsarı**, s. 178.

⁵⁰³ AYM, E. 2015/36, K. 2015/87, T. 8.10.2015, R.G. 28.10.2015/29516, para. 14.

⁵⁰⁴ **K.A.**, AYM, 2014/13044, T. 11/11/2015, para. 70.

kısıtlamasına karşı mahkemeye başvuru hakkının, etkili başvuru hakkının özel bir hâlini (*lex specialis*) ifade etmekte olduğu gerekçesiyle, idari gözetim kararlarına karşı yapılan başvurularda ayrıca Anayasa'nın 40. maddesinin ihlal edilip edilmediğı yönünden bir inceleme yapılmasına gerek görmemektedir⁵⁰⁵.

⁵⁰⁵ **K.A.**, para. 115.

§5. SİĞINMACILARIN İDARİ GÖZETİMİNE İLİŞKİN YASAL DÜZENLEMELER

I. YUKK'LA GETİRİLEN KORUMA REJİMİ

A. Uluslararası Koruma Rejimi ve Sığınmacılar

Uluslararası korumaya ilişkin kısmı ve diğer maddelerinin büyük çoğunluğu yayımı tarihinden bir yıl sonra, 11/4/2014 tarihinde yürürlüğe giren YUKK, mevcut durumda yukarıda incelediğimiz tüm temel hak ve özgürlükler ile mülteci hukukuna ait standartların kanun düzleminde ayrıntılarını ele alan en temel ulusal hukuk düzenlemesini oluşturmaktadır. YUKK'tan önce Türk mülteci hukukunun temel düzenlemesi olan 14/9/1994 tarihli ve 94/6169 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konan Türkiye'ye İltica Eden veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzere Türkiye'den İkamet İzni Talep Eden Münferit Yabancılar ile Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılar ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik⁵⁰⁶ yürürlükten kaldırılmıştır⁵⁰⁷.

Uluslararası korumaya ilişkin ana düzenlemeler, YUKK'un üçüncü kısmında yer almaktadır. Bu kısımdaki düzenlemeler, uluslararası koruma çeşitleri, uluslararası koruma usulleri, haklar ve yükümlülükler, geçici koruma ve uluslararası korumaya ilişkin diğer hükümlerdir. YUKK'un dördüncü kısmında ise yabancılar ve uluslararası korumaya ilişkin ortak hükümler başlığı altında kişisel veriler, tebligat, yetkili idare mahkemeleri ve idari para cezası vb. maddelerden oluşan hükümler yer almaktadır.

YUKK, 61 ve devamı maddelerinde, üç uluslararası koruma statüsü tanımıştır.

⁵⁰⁶ R.G.: T. 30/11/1994, S. 22127.

⁵⁰⁷ Anılan yönetmelik, Geçici Koruma Yönetmeliği'nin 61. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Bunlar mülteci, şartlı mülteci ve ikincil koruma statüleri olup bu statülerin bütünü uluslararası koruma olarak adlandırılmaktadır. Bu husus, YUKK'un “Tanımlar” başlıklı 3. maddesinde de uluslararası korumanın, mülteci, şartlı mülteci veya ikincil koruma statüsünü ifade edecek şekilde tanımlanmasından da anlaşılmaktadır. YUKK, uluslararası koruma statüleri haricinde bir de geçici koruma statüsü kabul etmiştir. Uluslararası korumanın üç ayrı statüye ayrılmasında, Türkiye'nin Cenevre Sözleşmesi'nde seçimlik olarak kullandığı coğrafi kısıtlamanın izleri görülmektedir. Coğrafi kısıtlama nedeniyle mültecilik statüsü, Avrupa'dan gelenler ve gelmeyenler şeklinde bir ayrıma tabi tutularak ilki için mültecilik, ikincisi için şartlı mültecilik kurumları kabul edilmiştir⁵⁰⁸. YUKK'un 61. maddesinde düzenlenen mülteci statüsü, Türkiye'nin coğrafi kısıtlama ekseninde kabul ettiği Cenevre Sözleşmesi tarafından kabul edilen mülteci tanımını birebir yansıtmaktadır⁵⁰⁹: *“Avrupa ülkelerinde meydana gelen olaylar nedeniyle; ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan ya da söz konusu korku nedeniyle*

⁵⁰⁸ 1994 tarihli İltica ve Sığınma Yönetmeliği'nde de, coğrafi kısıtlamayı yansıtmak şeklinde benzer bir kavramsallaşmaya gidilmişti. Bu dönemde Avrupa'da meydana gelen olaylar sebebiyle mültecilik durumuna düşen kişiler “mülteci” terimi altında statü kazanırken geri kalan mülteci grubu “sığınmacı” adı altında koruma altına alınmıştır. Kullanılan bu mülteci-sığınmacı ayrımının, uluslararası mülteci hukukunda kabul edilen mülteci ve sığınmacı kavramları ile anlam benzerliği bulunmamaktadır. Bu nedenle, eski dönemde kabul edilen bu kavramsallaşmanın terk edilerek mültecilik kurumunu yansıtan yeni bir kavramsallaşmaya gidilmesi isabetli olmuştur.

⁵⁰⁹ **Bayata Canyaş**, Kabul Edilemez Başvuru, s. 135.

yararlanmak istemeyen yabancıya veya bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen vatansız kişiye statü belirleme işlemleri sonrasında mülteci statüsü verilir.”.

YUKK, “Tanımlar” başlıklı 3. maddesinde Avrupa ülkelerini, Avrupa Konseyi üyesi olan ülkelerle Cumhurbaşkanınca belirlenecek diğer ülkeler olarak tanımlamıştır.

Şartlı mülteci statüsünün düzenlendiği 62. madde ise, mülteci statüsü için aranan şartları, Avrupa dışında meydana gelen olaylar sebebiyle mülteci hâline gelmiş kişiler için aramaktadır. Dolayısıyla, Cenevre Sözleşmesi'nin kabul ettiği mülteci tanımı kapsamında olan fakat Avrupa dışından gelen kişiler, mülteci statüsüne değil şartlı mülteci statüsüne hak kazanırlar. Statüye dahil edilmeye yönelik ölçütler bakımından ise, her iki statü arasında hiçbir fark bulunmamaktadır; haklı nedenlere dayanan zulüm korkusu, zulüm ihtimalinin bağlı olduğu nedenler ve menşe ülkesine dönememe ve korumasından yararlanamama ölçütleri her iki statü için de aranmaktadır. Şartlı mültecinin Türkiye'de kalışına üçüncü ülkeye yerleştirilinceye kadar izin verildiği, 62. maddenin son cümlesinde açıkça belirtilerek bu statü için güvence sağlanmıştır⁵¹⁰.Yine de şartlı mültecinin üçüncü ülkeye yerleştirilinceye kadar Türkiye'de kalmasına izin verilmesi, şartlı mültecilerin UNHCR tarafından üçüncü ülkeye yerleştirilinceye kadar Cenevre Sözleşmesi hükümleri doğrultusunda kalıcı ve öngörülebilir bir çözümden mahrum

⁵¹⁰ **Çiçekli**, s. 252. Üçüncü ülkeye yerleştirme işlemi, Türkiye'de UNHCR tarafından yapılmaktadır. Fakat üçüncü ülkeye yerleştirilenlerin sayısı, Türkiye'deki şartlı mülteci sayısından oldukça azdır. UNHCR Türkiye Temsilciliği'nin istatistiklerine göre, 30 Kasım 2018 tarihi itibarıyla toplam 3.9. milyon mülteciden yalnızca 14586 tanesi üçüncü ülkeye yerleştirme kapsamında bir üçüncü ülkeye sunulmuştur. Bu yerleştirme işlemi, üçüncü ülkelerin kotalarına bağlı olduğundan, esasen ne Türkiye'nin ne de UNHCR'in bu konuda bir sorumluluğu bulunmaktadır.

kalmasına neden olmaktadır⁵¹¹.

Mülteci ve şartlı mülteci statülerine ek olarak kabul edilen üçüncü uluslararası koruma statüsü, ikincil korumadır. İkincil koruma sistemi, uluslararası mülteci hukukunda “tamamlayıcı koruma” olarak kabul edilen uluslararası koruma çeşidinin bir karşılığı olarak Türk mevzuatına girmiştir⁵¹². Kanuni düzenlemesinde Avrupa Ortak Sığınma Sistemi nezdinde yer alan AB Vasıf Yönergesi'ndeki hükümlerden yararlanıldığı görülmektedir⁵¹³. Bu koruma çeşidinin “ikincil” veya “tamamlayıcı” olarak nitelendirilmesinin nedeni, 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi tarafından getirilen koruma rejimini, yine aynı sözleşmeyle getirilen ve daha sonra uluslararası teamül hukukunun bir parçası hâline gelen genişletilmiş anlamıyla geri göndermeme ilkesi ekseninde tamamlamasıdır⁵¹⁴. Bu kişiler 1951 Cenevre Sözleşmesi ve 1967 Protokolü'nün kabul ettiği klasik mülteci tanımını karşılamamakta ve Sözleşme'nin kabul ettiği geri gönderme

⁵¹¹ **NOAS:** Seeking Asylum in Turkey – A Critical Review of Turkey’s Asylum Laws and Practices, 2016, s. 10.

⁵¹² **Çiçekli**, s. 252.

⁵¹³ **Öztürk**, Mültecinin Hukuki Statüsü, s. 379.

⁵¹⁴ 1951 Cenevre Sözleşmesi ve 1967 Protokolü'nden daha sonra yürürlüğe giren bölgesel mülteci hukuku sözleşmeleri (1969 tarihli ABÖ Mülteci Sözleşmesi ve 1984 tarihli Cartagena Bildirisi) 1951 Cenevre Sözleşmesi ve 1967 Protokolü ile getirilen mülteci tanımından daha geniş bir mülteci tanımı içerir. Böylelikle mülteci tanımı esasen 1951 Cenevre Sözleşmesi ve 1967 Protokolü'ndeki anlamından daha geniş bir şekilde anlaşılmaya meyil göstermiş, UNHCR'ın da BMGK kararları ile himayesinde bulunan mültecilerin tanımını genişletmiş olmasıyla, geri gönderme yasağı kapsamına giren kişiler, bu genişletilmiş anlamıyla mültecileri de içerecek şekilde genişlemiştir. (**Çiçekli**, s. 294-295)

yasağının kapsamına girmemektedir; fakat hayatları ve diğer temel hak ve özgürlüklerinin tehdit altında olmasından ötürü haklı sebeplerle ülkelerine dönemeyen ve bu sebeple koruma talep eden bu kişilere genişletilmiş mülteci kavramı çerçevesinde koruma sağlanır. Bu kişiler, UNHCR'ın da himayesinde bulunurlar. Ulusal hukukumuzda ikincil koruma kavramı altında kabul edilmiş olan bu koruma çeşidi, YUKK m. 63'te şu şekilde tanımlanmıştır: *“Mülteci veya şartlı mülteci olarak nitelendirilemeyen, ancak menşe ülkesine veya ikamet ülkesine geri gönderildiği takdirde; a) Ölüm cezasına mahkûm olacak veya ölüm cezası infaz edilecek, b) İşkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalacak, c) Uluslararası veya ülke genelindeki silahlı çatışma durumlarında, ayırım gözetmeyen şiddet hareketleri nedeniyle şahsına yönelik ciddi tehditle karşılaşacak, olması nedeniyle menşe ülkesinin veya ikamet ülkesinin korumasından yararlanamayan veya söz konusu tehdit nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancı ya da vatansız kişiye statü belirleme işlemleri sonrasında ikincil koruma statüsü verilir.”* İkincil koruma statüsü, Cenevre Sözleşmesi ile kabul edilen geleneksel mülteci tanımı kapsamı dışında kalan bir koruma türü olduğundan ve bu nedenle coğrafi kısıtlamaya tabi olmadığından, ikincil koruma statüsü bakımından bir coğrafi alan ayırımına gidilmemiştir.

YUKK ile kabul edilen bir diğer koruma türü, Kanun'un 91. maddesinde kabul edilen “geçici koruma”dır. Fakat geçici koruma, YUKK tarafından bir uluslararası koruma türü olarak kabul edilmemiştir. Bu nedenle geçici koruma Türk mülteci hukukunda uluslararası korumadan farklı bir statüye sahiptir⁵¹⁵. Esasen ikincil korumada olduğu gibi, geçici koruma da 1951 Cenevre Sözleşmesi ve 1967 Protokolü'nde öngörülmemiş olan bir tamamlayıcı koruma çeşididir⁵¹⁶. Geçici korumayı ikincil

⁵¹⁵ Çelikel/Gelgel, s. 27.

⁵¹⁶ Ayrıntılı bir inceleme için bkz. **Yılmaz Eren, E.:** Mülteci Hukukunda Geçici

korumadan ayıran, geçici korumanın kitlesel sığınma olaylarında uygulanan ve kısa süreli önlemleri içeren ara bir koruma çeşidi olmasıdır⁵¹⁷. Buna karşın ikincil koruma, bireysel olaylar bazında, hayatlarının veya diğer temel hak ve özgürlüklerinin tehdit altında olması nedeniyle kişilerin menşe ülkelerine geri gönderilememesi durumlarında koruma sağlamayı hedefler⁵¹⁸. Geçici koruma, kitlesel sığınma akınları söz konusu olduğunda, sığınma devletinin geri göndermeme ilkesi kapsamında kişileri koruma altına almak amacıyla geçici ve acil nitelikte çözümler üretmesi anlamına gelmekle birlikte, geçici koruma kapsamında değerlendirilen kişileri ikincil koruma veya mülteci-şartlı mülteci statülerinden ayıran husus, kitlesel akın nedeniyle bu kişilerin sığınma taleplerinin bireysel sığınma usulleri işletilerek incelenemeyecek olmasıdır⁵¹⁹. Bir başka deyişle, bu kişiler de haklı nedenlere (ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri) dayanan zulüm korkusu veya hayatlarının veya diğer temel hak ve özgürlüklerinin tehdit altında olması nedeniyle sığınma aramaktadır; fakat kitle hâlinde sığınma aramaları nedeniyle sığınma talepleri bireysel sığınma usulleri işletilerek değil, kendilerine doğrudan geçici koruma statüsü tanınarak sonuca bağlanır. YUKK'un 91(1). maddesinde geçici koruma, bu açıklamalarımıza paralel olarak şu şekilde tanımlanmış bulunmaktadır: *“Ülkesinden ayrılmaya zorlanmış, ayrıldığı ülkeye geri dönemeyen, acil ve geçici koruma bulmak amacıyla kitlesel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı*

Koruma, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, 2018, Ankara, s. 84-94.

⁵¹⁷ **Çiçekli**, s. 295.

⁵¹⁸ **Çiçekli**, s. 295. **Öztürk, N.Ö.:** “Geçici Korumanın Uluslararası Koruma Rejimine Uyumu Üzerine Bir İnceleme”, (“Geçici Koruma”), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2017, Sa. 66(1), s.220-222.

⁵¹⁹ **İneli Ciğer, M.:** “Uluslararası Hukuka Uygun Geçici Koruma Rejiminin Unsurları Üzerine”, Göç Araştırmaları Dergisi, Ocak 2016, Sa. 3, s.65-70.

geçen yabancılara geçici koruma sağlanabilir.”. Geçici koruma statüsüne ilişkin hususlar, YUKK m. 91(2) uyarınca düzenlenen ve 22.10.2014 tarihinde yürürlüğe giren Geçici Koruma Yönetmeliği'nde düzenlenmektedir. Doktrinde ayrıca, geçici koruma statüsündeki kişilerin mülteci olmadığı, mülteci statüsünün ferdi nitelikte olduğu ve kitlesel akın hâllerinde uygulanmadığı, özellikle Suriye'den gelenler bakımından Avrupa'dan gelme koşulunu taşımamaları nedeniyle bu kişilerin mülteci olarak isimlendirilmesinin doğru olmadığı görüşü savunulmaktadır⁵²⁰.

Sığınmacının, uluslararası mülteci hukukundaki anlamıyla sığınma arayışı içerisinde bir devlet sınırlarına gelen veya topraklarına giren ve *de facto* mülteci olmakla birlikte, henüz sığınma usulleri sonucunda *de jure* mülteci statüsü tanınmamış olan kişilerle, kitlesel olarak sığınma arayan kişilerin bütünü olduğunu giriş bölümünde ifade etmiştik. Bu tanımdan hareketle, YUKK kapsamındaki tüm uluslararası koruma başvuru sahipleri ve geçici koruma kapsamındaki kişiler, sığınmacı kavramı içinde yer alır. Aşağıda YUKK ve YUKKUY çerçevesinde inceleyeceğimiz idari gözetim, tüm bu kişi gruplarını içine alacak şekilde, sığınmacıların idari gözetiminin ulusal hukukta düzenleniş biçiminin uluslararası hukuka ve standartlara uygunluğu bakımından incelenecektir.

B. Coğrafi Kısıtlamanın Mahiyeti ve Sığınmacıların İdari Gözetimine İlişkin YUKK Düzenlemelerine Etkisi

Türkiye'nin Cenevre Sözleşmesi'nin 1(B) hükmünün tanıdığı seçimlik hakkı kullanarak mülteci tanımını, “Avrupa'da meydana gelen olaylar nedeniyle” mülteci hâline gelen kişileri kapsayacak şekilde coğrafi kısıtlamayla kabul etmesi, Cenevre Sözleşmesi'nin Türk hukukundaki uygulama alanını önemli ölçüde etkilemektedir. Öncelikle yinelemek gerekir ki coğrafi kısıtlama, Cenevre Sözleşmesi'nin 1(A)(2).

⁵²⁰ **Eksi**, Yabancılar, s. 160-162.

maddesinde kabul ettiği mülteci tanımına getirilen bir sınırlamadır. Bir başka deyişle, Cenevre Sözleşmesi'nde 1(A)(2) hükmüne göre bir değerlendirme yapılmasını gerektiren, yani mülteci teriminin kullanıldığı tüm sözleşme hükümlerinin kapsamını belirlemede rol oynar⁵²¹. Türkiye'nin, Avrupa dışında meydana gelen olaylar nedeniyle Türkiye'ye sığınanlar hakkında Cenevre Sözleşmesi ve Protokol hükümlerini uygulama zorunluluğu yoktur⁵²².

Coğrafi kısıtlamadan bağımsız olarak, Cenevre Sözleşmesi tarafından getirilen mülteci tanımı hâlihazırda, günümüzde uluslararası koruma kapsamında değerlendirilen ve genişletilmiş anlamıyla mülteci tanımı içinde yer alan kişilerin hepsini içine almamaktadır. Doktrinde, sözleşmenin Nihai Anlaşma (*Final Act*) bölümünün Sözleşmeyle sağlanan korumanın genişletilmesi” başlıklı tavsiyesinde, Sözleşme'nin sözleşmesel kapsamının dışına çıkılarak taraf devletlerin ülkelerinde bulunan diğ er mültecilere de uygulamasının temenni edildiğı ve pek çok ülkenin bu tavsiyeye uyarak daha sonra 1967 Protokolü ile kaldırılacak olan zamansal sınırlamayı uygulamadıkları aktarılmaktadır⁵²³. Sözleşme'nin sağladığı korumanın genişletilmiş bir şekilde uygulanmasına ilişkin bu tavsiye, Sözleşme'yle öngörülen korumanın, Sözleşme'nin mülteci tanımı dışında kalan ve günümüzdeki genişletilmiş anlamıyla mülteci olarak kabul edilen kişilere de sağlanması konusunda dikkate alınabilir⁵²⁴. Ayrıca Cenevre Sözleşmesi'nin Başlangıç hükümlerinde, bağlayıcı olmamakla birlikte Cenevre Sözleşmesi'nin nasıl yorumlanacağını belirlenmesine etki edebilecek şekilde, mültecilerin temel özgürlükleri ve insan haklarını mümkün olduğu kadar kapsamlı bir

⁵²¹ **Öztürk**, Mültecinin Hukuki Statüsü, s. 370.

⁵²² **Erten**, s. 43.

⁵²³ **Goodwin-Gill/McAdam**, s. 36.

⁵²⁴ **a.g.e.**, s. 36.

şekilde kullanmalarının sağlanmasına çaba gösterildiği ifade edilmekle, yine sözleşmenin yorumunda mültecilerin hak ve özgürlükleri lehine genişletici yorumun benimsenmesi gerektiği açıktır. Son olarak, insan hakları hukukunda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. maddesinden ve BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 26. maddesinde kabul edilmiş olan eşit davranma yükümlülüğü uyarınca, Cenevre Sözleşmesi'ne göre mülteci sayılanlarla diğer uluslararası koruma çeşitlerinden yararlananlar eşit koşullar altında bulunduğu müddetçe, bir gruba diğer gruptan daha farklı muamele gösterilmesinin, ayrımcılık yasağına aykırı olacağı doktrinde dile getirilmiştir⁵²⁵. Hemen belirtelim ki, Türkiye'nin Cenevre Sözleşmesi'nin mülteci tanımı bakımından coğrafi sınırlama uygulaması, AİHM tarafından ayrımcılık yasağına uygunluğu bakımından *A.G. ve Diğerleri v. Turkey* başvurusunda incelenmiştir. Mahkeme, Türkiye'nin Cenevre Sözleşmesi'nin mülteci tanımını coğrafi sınırlama ile kabul etmiş olmasının mülteci politikası ile ilgili olduğunu, AİHS'de (siyasi) sığınmaya ilişkin bir hak tanınmadığını ve AİHS'nin 14. maddesindeki ayrımcılık yasağının yalnızca AİHS'de tanınan hak ve özgürlükleri kapsadığı ve bundan bağımsız bir uygulaması olmadığını vurgulayarak başvurunun bu yönden kabul edilemez olduğuna karar vermiştir⁵²⁶.

Kanımızca tüm bu hususları dikkate alan Türkiye, uyguladığı coğrafi kısıtlamaya rağmen Avrupa dışından gelen ve uluslararası koruma ihtiyacında olan kişilere, uluslararası hukuktan kaynaklanan genişletilmiş anlamıyla geri göndermeme yükümlülüğüne uygun olarak gereken korumayı sağlamak amacıyla, yeni mevzuat ile mülteci statüsüne ek olarak kabul ettiği şartlı mülteci statüsü ile fiilen coğrafi kısıtlamanın etkilerini azaltmayı amaçlamıştır. Bu çerçevede, mülteci-şartlı mülteci ayrımı

⁵²⁵ **Costello**, s. 13.

⁵²⁶ **A.G. and Others v. Turkey**, 40229/98, CoE: ECtHR, 15 June 1999, para. 5.

yapılmaksızın başvuru ve statü sahiplerine temel sağlık hakkı ve eğitim hakkı ayrıma gidilmeksizin mutlak olarak tanınmıştır⁵²⁷. Ayrıca, Cenevre Sözleşmesi’nde kabul edilen ve hemen aşağıda inceleyeceğimiz kimi ilke ve esasların, Türk iç hukukunda kabul edilmesi nedeniyle bu kişiler Cenevre Sözleşmesi’nde kabul edilen bazı haklardan Türk iç hukuk kuralları uyarınca yararlanacaktır.

Türkiye, Cenevre Sözleşmesi tarafından, başta geri gönderme yasağı (Madde 33) ve düzensiz giriş nedeniyle cezalandırmama ilkesi (Madde 31(1))’ni YUKK ile ulusal mevzuatına taşımıştır⁵²⁸. Türk ulusal mevzuatında Cenevre Sözleşmesi kaynak alınarak

⁵²⁷ YUKK m. 89(1) uyarınca, uluslararası koruma başvuru sahibi veya uluslararası koruma statüsü sahibi kişi ve aile üyeleri, ilköğretim ve ortaöğretim hizmetlerinden faydalanır. Aynı maddenin (3) numaralı bendinde ise, başvuru sahibi veya uluslararası koruma statüsü sahibi kişilerden herhangi bir sağlık güvencesi olmayan ve ödeme gücü bulunmayanların, uluslararası koruma başvuru kaydından itibaren bir yıl süre ile, özel ihtiyaç sahipleri ve Bakanlıkça sigorta kaydının devamı uygun görülenler için ise bir yıl süre sınırı aranmaksızın, 31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu hükümlerine tabi olduğu düzenlenmiştir. “Bu Kısımda yazılı yükümlülükler uymayanlar ile başvuruları ve uluslararası koruma statüleriyle ilgili olumsuz karar verilenlere; eğitim ve temel sağlık hakları hariç, diğer haklardan faydalanmaları bakımından sınırlama getirilebilir.” düzenlemesini içeren YUKK m. 90(2) hükmünden ise eğitim ve temel sağlık haklarının mutlak olduğu anlaşılmaktadır. Bu hususta ayrıca bkz. **Baran Çelik, N.:** “Türk Hukukunda Uluslararası Koruma Başvurusunda Bulunan veya Uluslararası Korumadan Yararlanan Yabancıların Hak ve Yükümlülükleri”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı, C. 1, 2015, s.109-112 ve 115-117.

⁵²⁸ Coğrafi kısıtlamaya rağmen Cenevre Sözleşmesi’nin 31 ve 33. maddelerinin

kabul edilmiş olan bu hükümlerin yorumunda, kanun hükmünün lafzı, amacı ve gerekçesinin yanı sıra, kaynak metin olan Cenevre Sözleşmesi'nin ilgili hükümlerine getirilen yorumların da dikkate alınması gerekir⁵²⁹. Bu nedenle konumuz bakımından önem taşıyan YUKK m. 65(4)'te düzenlenen düzensiz giriş nedeniyle cezai işlem yasağına ilişkin maddenin yorumunda, Cenevre Sözleşmesi'nin 31(1). maddesinin yorumundan yararlanılacaktır. Sözleşme'nin, durumları düzenli hâle getirilinceye dek ülkeye düzensiz giren sığınmacıların hareketlerine gerekli olanların dışında sınırlama getirilemeyeceğini düzenleyen 31(2). maddesi ve yasal statüye sahip sığınmacıların hareketlerinin kısıtlanmasına ilişkin 26. maddesinin YUKK'ta doğrudan doğruya bir karşılığı bulunmamaktadır. Diğer yandan, YUKK'ta doğrudan bir karşılığı bulunmayan

Danıştay tarafından Avrupa dışında meydana gelen olaylar nedeniyle sığınma arayan kişilere uygulandığı anlaşılmaktadır (**Öztürk**, Mültecinin Hukuki Statüsü, s. 371). Bu kişilere ilgili maddelerin karşılığını oluşturan YUKK hükümlerinin uygulanması daha doğru olur. Bunlardan geri göndermeme ilkesinin uluslararası teamül hukuku kuralı olarak uygulanmakla yükümlü olduğu ayrıca tekrar not edilmelidir.

⁵²⁹ Medeni Kanun'un 1. maddesine göre, kanun sözüyle ve özüyle (*ratio legis*) uygulanır. Buna göre, bir hükmün yorumunda kanunun lafzı kadar kanunun kaynağından da yararlanmak gerekir. Kaynak metnin yorumda dikkate alınmasıyla ilgili olarak 1945 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı, şu değerlendirmeyi yapmaktadır: “*Kanunlarımızı yorumlarken kendi metinlerimizi gözönünde tutmakla beraber yorumlarında ilmi içtihatlardan da faydalanabileceğine göre bunların asıllarına bakmaktan vazgeçemeyiz.*” (**Dural, M./Sarı, S.:** Türk Özel Hukuku, Cilt 1, Temel Kavramlar ve Medeni Kanun'un Başlangıç Hükümleri, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s. 102-103).

hükümlerin, Sözleşme'den kaynak olarak uygulanması noktasında, Uygulama İlkelerindeki ilgili açıklamaların da dikkate alınması uygun olacaktır.

II. YUKK'A GÖRE SIĞINMACILARIN İDARİ GÖZETİMİ

A. YUKK Ekseninde İdari Gözetimin Genel Görünümü

YUKK düzenlemesinde, iki durumda idari gözetim tedbirine başvurulabileceği öngörülmüştür. Bunlardan ilki, 57. madde uyarınca uygulanan “sınır dışı etmek üzere idari gözetim tedbiri”dir. Buna göre, Kanun’un 52 vd. maddelerine göre alınmış bir sınır dışı etme kararının varlığında ve 57(2). maddede öngörülen haklı gerekçelerin gerçekleşmesiyle, yabancılar sınır dışı edilmek üzere idari gözetim altına alınabilirler. Sığınmacılar bakımından sıklıkla ortaya çıkması muhtemel bir durum, bu bireylerin düzensiz yollarla ülkeye giriş yapmalarıdır. Bu bağlamda, sığınmacılar açısından, özellikle uluslararası koruma başvurusu yapmalarından önce, Türkiye’ye düzensiz giriş yapmış olmaları gerekçesiyle YUKK m. 54(1)’in (c) ve (h) bentleri uyarınca, sınır dışı etme kararı alınarak 57(2). maddede öngörülen hâllerin gerçekleşmesiyle gözetim tedbirinin uygulanması söz konusu olabilir. YUKK m. 58(1) uyarınca, idari gözetim altına alınan yabancılar, geri gönderme merkezlerinde tutulurlar. Bununla birlikte YUKK’ta, düzensiz giriş yapan sığınmacılara ilişkin olarak, idari gözetim tedbirinin uygulanmasına ilişkin değerlendirmeleri etkileyebilecek nitelikte birtakım güvencelere de yer verilmiştir. Bu güvencelerden ilki olan YUKK m. 65(4), uluslararası koruma başvurusunda bulunanların Türkiye’ye yasal giriş şartlarını ihlal etmesi nedeniyle cezalandırılmayacağını öngörür. YUKK m. 8 hükmü ise, buna ek olarak, Türkiye’ye yasal giriş kurallarına ilişkin şartların, uluslararası koruma başvurusu yapmayı engelleyecek şekilde yorumlanmaması ve uygulanmaması güvencesi getirir. Düzensiz giriş konusundaki bu garantilerin yanı sıra, belirli durumların varlığında sınır dışı etme kararının alınmamasına ilişkin YUKK m. 55(1)(a) hükmü ile yine belirli sınır dışı etme

sebeplerinde uygulanmak üzere uluslararası koruma başvurularının nihai olarak incelenmesine kadar sınır dışı kararı verilmesinin veya bunun icra edilmesinin önüne geçen YUKK m. 53(3), 54(2) ve 80(1)(e) hükümleri de sığınmacıların idari gözetimi tedbirine ilişkin olarak göz önünde bulundurulması gereken hükümlerdir. Son olarak, kanunla garanti altına alınmamakla birlikte, sınır dışı edilmek üzere idari gözetim altında sığınma usullerine erişimin YUKKUY m. 96(7) uyarınca mümkün olduğuna da değinmek gerekir.

Sığınmacılar, kimi durumlarda, bir sınır dışı etme kararı olmaksızın da idari gözetim altına alınabilirler. Nitekim Kanun'da öngörülmüş bir diğer gözetim tedbiri, 68. maddede düzenlenen uluslararası koruma başvuru sahiplerinin idari gözetimidir. Bu tedbir de, sınır dışı etmek üzere idari gözetim tedbirinde olduğu gibi istisnai karakterde olup ancak 68(2). maddede öngörülen durumların varlığında uygulanabilir. Ayrıca, sığınmacıların idari gözetimine ilişkin YUKK düzenlemelerinden bir diğeri olan m. 68(1), uluslararası koruma başvuru sahiplerine salt uluslararası koruma başvurusunda bulunmaları nedeniyle gözetim tedbirinin uygulanamayacağı ilkesini kabul etmesi bakımından YUKK'taki önemli güvencelerden birini içerir. YUKK'a göre alınan bir sınır dışı etme kararından bağımsız olarak, YUKK'ta geçici koruma altındakilere idari gözetim tedbirinin uygulanabileceğine dair bir hüküm bulunmadığı gibi, Geçici Koruma Yönetmeliği'nde de bu yönde bir düzenleme yer almamaktadır.

İdari gözetime ilişkin kimi hususların YUKK'ta değil, Uygulama Yönetmeliği'nde düzenlendiği görülmektedir. İdari gözetim koşullarına ilişkin daha ayrıntılı düzenlemeler ise YUKK'un 58(3). maddesinin verdiği düzenleme yetkisine dayanılarak çıkarılan Kabul ve Barınma Merkezleri ile Geri Gönderme Merkezlerinin Kurulması, Yönetimi, İşletilmesi, İşlettirilmesi ve Denetimi Hakkında Yönetmelik

(“Merkezler Yönetmeliği”⁵³⁰ ve Hizmete Özel Göç İdaresi Genel Müdürlüğü Geri Gönderme Merkezleri Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönerge (“GGM Yönergesi”)’dir.⁵³¹

YUKK'ta idari gözetimin bir tanımı yapılmamıştır. YUKKUY ile de bu kurumun bir tanımı yapılmamış olmakla birlikte, burada yalnızca sınır dışı etmek üzere idari gözetimin tanımına yer verilmiş; bir diğer idari gözetim çeşidi olarak kabul edilen uluslararası koruma başvuru sahiplerinin idari gözetimi için herhangi bir tanım yapılmamıştır. YUKKUY'nin “Tanımlar” başlıklı 3. maddesinin 1(bb) fıkrasında sınır dışı etmek üzere idari gözetim, özet olarak, hakkında sınır dışı etme kararı alınan yabancının belirli hâllerde sınır dışı edilinceye kadar geri gönderme merkezinde tutulması olarak tanımlanmıştır. Karşılık olarak geri gönderme merkezi de, aynı maddenin 1(h) fıkrasında, “idari gözetim kararı alınan yabancılarının geçici olarak tutulduğu ve bu süre zarfında temel insani ihtiyaçlarının karşılandığı merkez”, şeklinde tanımlanmıştır. Her iki tanım birlikte yorumlandığında, öncelikle havalimanı transit alanları, botlar, sınır kapıları gibi, idari gözetimin gerçekleşebileceği diğer mekânların tanım kapsamına alınmaması önemli bir eksikliktir. Zira AIHM ve UNHCR tarafından kabul edildiği şekilde, bu gibi yerlerde gerçekleştirilen özgürlük kısıtlamaları da idari gözetim teşkil edebilir⁵³².

YUKK'ta havalimanı transit bölgelerinde belge kontrolüne ilişkin tutma süreleri de öngörülmüş bulunmaktadır. Ancak buna ilişkin olarak kabul edilen YUKK düzenlemesi, bu alanlarda gerçekleştirilecek tutma hâllerini bilinçli olarak idari gözetim

⁵³⁰ R.G.: T. 22.04.2014, S. 28890.

⁵³¹ Onay T. 18.02.2016.

⁵³² Bu husustaki açıklamalarımız için bkz. “§1.II. İDARİ GÖZETİMİN NİTELİĞİ VE İŞLEVİ”.

tanımı kapsamından çıkarmış gözükmeştir. Nitekim yabancıların hangi hâllerde havalimanı transit alanlarında tutulacağını düzenleyen YUKK'un 6. maddesinin (3) ve (5) numaralı paragraflarında, belge kontrolü ve kapsamlı kontrol amacıyla dört saat, ülkeye kabul ile ilgili işlemlerin sonuçlanmaması için herhangi bir süreyle sınırlı kalmaksızın tutma, idari gözetim olarak kabul edilmemiştir⁵³³.

YUKK düzenlemesinde, idari gözetime ilişkin kimi usuli güvenceler de bulunmakta olup bunlar sınır dışı etmek üzere idari gözetim ve uluslararası koruma başvuru sahiplerinin idari gözetimi için 57. ve 68. maddelerde ayrı ayrı, geri gönderme merkezlerinde sağlanacak hizmetler bakımından ise 59. maddede düzenlenmiştir. Sığınmacılar hakkında uygulanabilecek idari gözetim tedbirlerine ilişkin anılan tüm bu düzenlemeler, sonraki başlıklarda Anayasa ve Uygulama İlkelerine uygunlukları da dikkate alınarak ayrıntılı olarak incelenecektir.

B. Sınır Dışı Etme Kararına Bağlı Olarak Uygulanan İdari Gözetim (YUKK m. 57) ve Sığınmacıların Durumu

1. Sınır Dışı Etme Kararının Alınmasına İlişkin Genel Açıklamalar

Sınır dışı etme, bir yabancıнын kendi rızası hilafına ülkeyi terke davet edilmesi veya ülkeden zorla gönderilmesidir⁵³⁴. Bu bakımdan sınır dışı etme işlemi, yabancıнын rızasına bağlı olmaksızın idarece tek yanlı olarak alınan ve icrailik özelliği gösteren bireysel bir idari işlemdir⁵³⁵. Her devletin, menfaatleri ile bağdaşmayacak hareketlerde bulunan yabancıları ülkesinde bulundurmama ve onları ülkeden sınır dışı etme hakkına

⁵³³ **Ekşi**, İdari Gözetim, s. 5.

⁵³⁴ **Çiçekli**, s. 173.

⁵³⁵ **Yiğit, N.T.:** “Sınır Dışı Etme Kararının İcrasının Ertelenmesi”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 25, Sa. 2, 2017, ss. 577-615, s. 586.

sahip olduğu görüşü kabul edilmektedir⁵³⁶. Sınır dışı etme işlemi dayanağını, devletin ülkesel egemenlik yetkisinden alsa da devletler bu yetkilerini uluslararası hukukun çizdiği sınırlar içinde kullanabilirler. Sınır dışı etme işlemi kişi dokunulmazlığı hakkının kısıtlanması sonucunu doğurduğundan⁵³⁷, bu işleme ilişkin kanuni düzenlemelerin Anayasa'nın 17. maddesi ve AİHS m. 3 ile uyumlu bir şekilde oluşturulmuş olması ve yürütülmesi gerekir. Sınır dışı etme işlemi, Anayasa'nın 23. maddesi ve AİHS'nin 4 numaralı Ek Protokolü⁵³⁸'nün 3. maddesi gereğince vatandaşları konu edinmeyeceği gerekçesiyle yalnızca yabancıları kapsamına alır⁵³⁹.

Sınır dışı etme işlemi yabancıların, bir devletten herhangi başka bir ülkeye gönderilmesi anlamına gelir; yani mutlaka yabancıların vatandaşlığına sahip olduğu ülkeye yapılması gerekmez. Nitekim YUKK da sınır dışı etme işleminin; yabancıların menşe ülkesine, transit gideceği ülkeye ya da üçüncü bir ülkeye yapılabileceğini belirtmektedir (YUKK, m. 52). Menşe ülke, YUKKUY ile getirilen tanımına göre, göç eden kişinin vatandaşı olduğu ya da uyruğunu taşıdığı ülkeyi ifade eder (YUKKUY, m.3(1)(t)). YUKK'un sınır dışı etme işleminin süjesini “yabancılar” olarak belirlemesi, uluslararası koruma ve geçici koruma statü sahipleri ile bu kapsamda değerlendirilmesi gerekenlerin de sınır dışı etme işlemine konu olabileceğini göstermesi bakımından önemlidir.

⁵³⁶ Çelikel/Gelgel, s. 127.

⁵³⁷ Çelikel/Gelgel, s. 127; Çiçekli, s. 173.

⁵³⁸ R. G.: T. 26.02.1994, S. 21861.

⁵³⁹ Birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olup bunlardan biri Türk vatandaşlığı olan kişi de sınır dışı edilmeme güvencesi altındadır. Kişinin sahip olduğu Türk vatandaşlığının gerçek olmaması hâlinde dahi kişi sınır dışı etme işlemine konu edilemez. (Ekşi, Yabancılar, s. 41).

Sınır dışı etme kararını almaya yetkili makam, valiliklerdir (YUKK, m.53(1)). Uygulama Yönetmeliği'nin 56(1). maddesine göre karar, hakkında sınır dışı etme kararı alınacak olan yabancının yakalandığı, işlem gördüğü ya da tespit edildiği ilin valiliği tarafından alınacaktır.

Kanun'un lafzı gereği sınır dışı etme işlemine konu olacak yabancılar, "sınır dışı etme kararı alınacaklar" başlığı altında 54. maddede düzenlenmiştir. Burada sınır dışı etme sebepleri, maddenin birinci fıkrasının (a) ve (k) bentleri arasında yer alan on dört durumdan oluşmaktadır⁵⁴⁰. YUKK tarafından kabul edilen ve yabancının sınır dışı

⁵⁴⁰ 54. madde şu düzenlemeleri içermektedir: "(1) Aşağıda sayılan yabancılar hakkında sınır dışı etme kararı alınır: a) 5237 sayılı Kanunun 59 uncu maddesi kapsamında sınır dışı edilmesi gerektiği değerlendirilenler b) Terör örgütü yöneticisi, üyesi, destekleyicisi veya çıkar amaçlı suç örgütü yöneticisi, üyesi veya destekleyicisi olanlar c) Türkiye'ye giriş, vize ve ikamet izinleri için yapılan işlemlerde gerçek dışı bilgi ve sahte belge kullananlar ç) Türkiye'de bulunduğu süre zarfında geçimini meşru olmayan yollardan sağlayanlar d) Kamu düzeni veya kamu güvenliği ya da kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanlar e) Vize veya vize muafiyeti süresini on günden fazla aşanlar veya vizesi iptal edilenler f) İkamet izinleri iptal edilenler g) İkamet izni bulunup da süresinin sona ermesinden itibaren kabul edilebilir gerekçesi olmadan ikamet izni süresini on günden fazla ihlal edenler ğ) Çalışma izni olmadan çalıştığı tespit edilenler h) Türkiye'ye yasal giriş veya Türkiye'den yasal çıkış hükümlerini ihlal edenler ya da bu hükümleri ihlale teşebbüs edenler ı) Hakkında Türkiye'ye giriş yasağı bulunmasına rağmen Türkiye'ye geldiği tespit edilenler i) Uluslararası koruma başvurusu reddedilen, uluslararası korumadan hariçte tutulan, başvurusu kabul edilemez olarak değerlendirilen, başvurusunu geri çeken, başvurusu geri çekilmiş sayılan,

edilmesini gerektiren durumlar üç kategori altında sınıflandırılabilir⁵⁴¹: (i) yabancının Türkiye'de bulunmasının tehlikeli sayıldığı durumlar; (ii) düzensiz giriş ve ikamet; (iii) ceza hukuku kapsamında güvenlik tedbiri uygulaması.

Kanun, sınır dışı etme kararı alınmasını gerektiren bu on dört durumun tespiti hâlinde ilgili yabancı hakkında sınır dışı etme kararı alınmasını zorunlu tutmuş, (bir kez tespit yapıldıktan sonra) bu konuda karar mercii olan valiliklere takdir yetkisi tanımamıştır⁵⁴². Aynı zamanda sınır dışı etme sebeplerini sınırlı sayıda belirleyerek Anayasa'nın 16. maddesinde öngörülen yabancılara temel hak ve özgürlüklerinin kanunla sınırlanması ilkesine uygun davranmıştır. Bununla birlikte sınır dışı etme sebeplerinin sayıldığı 54(1). maddenin (d) bendinde öngörülen “kamu düzeni veya kamu güvenliği ya da kamu sağlığı açısından tehdit oluşturma” sebebi, esasen Anayasa'nın 16. maddesine göre dikkate alınması gereken uluslararası hukuka uygun olmakla birlikte⁵⁴³,

uluslararası koruma statüleri sona eren veya iptal edilenlerden haklarında verilen son karardan sonra bu Kanunun diğer hükümlerine göre Türkiye’de kalma hakkı bulunmayanlar j) İkamet izni uzatma başvuruları reddedilenlerden, on gün içinde Türkiye’den çıkış yapmayanlar k) (Ek: 3/10/2016-KHK-676/36 md. ; Aynen kabul: 1/2/2018-7070/31 md.) Uluslararası kurum ve kuruluşlar tarafından tanımlanan terör örgütleriyle ilişkili olduğu değerlendirilenler. (2) (Değişik: 3/10/2016-KHK-676/36 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7070/31 md.) Bu maddenin birinci fıkrasının (b), (d) ve (k) bentleri kapsamında oldukları değerlendirilen uluslararası koruma başvuru sahibi veya uluslararası koruma statüsü sahibi kişiler hakkında uluslararası koruma işlemlerinin her aşamasında sınır dışı etme kararı alınabilir.”

⁵⁴¹ **Dardağan Kibar**, An Overview, s. 119.

⁵⁴² **Bayraktaroğlu Özçelik**, s. 217.

⁵⁴³ **Aydoğmuş, A.Y.:** “Türk Hukukunda Geçici Korumadan Yararlananların Sınır Dışı

idarenin takdir yetkisini, yabancıların kişi dokunulmazlığı aleyhine genişletme tehlikesi taşıyabilecek oranda soyut niteliktedir⁵⁴⁴.

Sığınmacıların sığınma ülkesine erişimleri meselesi bakımından en önemli sınır dışı etme sebebi, 54(1). maddenin (h) bendinde düzenlenen yasal giriş hükümlerinin ihlaline ilişkin sınır dışı etme sebebidir. Bu maddeye göre, “*Türkiye’ye yasal giriş veya Türkiye’den yasal çıkış hükümlerini ihlal eden ya da bu hükümleri ihlale teşebbüs eden*” yabancılar hakkında sınır dışı etme kararı alınır. Bu hüküm de, diğerlerinde olduğu gibi, lafzında yetkili makamlara takdir yetkisi verilmediğinden, gerçekleşmesiyle sınır dışı etme kararı alınmasını gerektirir. Böylece, Türkiye’ye yasal giriş hükümlerini ihlal eden yabancılar bakımından, idari yargı makamlarına herhangi bir değerlendirme yapma imkânı tanınmamıştır⁵⁴⁵. Hükümün ilk hâlinde bulunmayan “*ya da bu hükümleri ihlale teşebbüs edenler*” ifadesi 6/12/2019 tarih ve 7196 sayılı Kanunun⁵⁴⁶ 76 ncı maddesiyle eklenmiştir. Maddenin yeni hâlinde kullanılan “ihlale teşebbüs etme” ifadesi, ne Anayasa’nın 19. maddesi hükmünde ne de AİHS’nin 5(1)(f) maddesinde bulunmaktadır. Bu bakımdan, düzenleme yeni hâliyle anayasal dayanaktan yoksun ve AİHS’ne aykırı bir görünüm sergilemektedir. Diğer yandan, ihlale teşebbüs kavramının, ceza hukukunun bir terimi olduğu, idari bir yaptırımın “teşebbüsü” nasıl tespit edeceğinin belirsiz olup geniş bir şekilde yorumlanmaya ve keyfî uygulanmaya müsait olduğuna dair bir başka eleştiri daha getirilmiştir⁵⁴⁷.

Edilmesi”, Milletlerarası Hukuk Bülteni, C. 37, Sa.: 2, s. 150-151.

⁵⁴⁴ **Dardağan Kibar**, An Overview, s. 119.

⁵⁴⁵ **Dardağan Kibar**, Yenilikler, s. 191.

⁵⁴⁶ R.G.: T. 24.12.2019, S. 30988.

⁵⁴⁷ Göç Araştırmaları Derneği, Mültecilerle Dayanışma Derneği, Uluslararası Mülteci

Yine sığınmacılar bakımından, 54(1). maddenin (c) bendine göre *Türkiye'ye giriş, vize ve ikamet izinleri için yapılan işlemlerde gerçek dışı bilgi ve sahte belge kullananlar*” hakkında da sınır dışı etme kararı alınabilmektedir. Sınır dışı etmenin doğurduğu ağır sonuçlar göz önünde bulundurulduğunda, düzensiz giriş hâllerinde yetkili makamların sınır dışı kararı vermenin somut olayın özellikleri bakımından makul olup olmadığı değerlendirmesini yapmasına imkân tanınmamış olması doktrinde eleştirilmektedir⁵⁴⁸.

Kanun'un 57. maddesinin 1. fıkrasına göre, sınır dışı etme kararı alınacak kişiler kapsamında olduğu anlaşılan kişilerin kolluk tarafından yakalanmaları hâlinde, haklarında karar verilmek üzere durumları *derhal* valiliğe bildirilecektir (YUKK m. 57(1), birinci cümle). Bu kişiler hakkında sınır dışı etme kararı alınıp alınmamasına ilişkin değerlendirme, valilik tarafından yapılarak, sınır dışı etme kararı alınması gerektiği değerlendirilenler hakkındaki sınır dışı etme kararı da yine valiliklerce alınır (YUKK m. 57(1), ikinci cümle). Kanun, bu değerlendirme ve karar süresinin kırk sekiz saat içerisinde tamamlanması gerektiğini öngörmüştür (YUKK m. 57(1), üçüncü cümle)⁵⁴⁹. Valiliğin sınır dışı etme kararı alıp almayacağına ilişkin bu değerlendirmesinde, hiç şüphesiz öncelikle incelenmesi gereken husus, sınır dışı etme sebeplerinin somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğidir. Bu bakımdan yasal giriş kurallarını ihlal eden kişiler söz

Hakları Derneği, Antalya Barosu İnsan Hakları Merkezi, Van Barosu vd. bazı kurumlar tarafından yayımlanan “YUKK Değişiklikleri Hakkında Ortak Değerlendirme” s. 5, <https://www.gocarastirmalaridernegi.org/attachments/article/144/yukk-degisiklikleri-hakkinda-ortak-degerlendirme.pdf> (E.T. 12/1/2020).

⁵⁴⁸ **Dardağan Kibar**, An Overview, s. 120.

⁵⁴⁹ Bu hususta “§5.II.B.3.a Sınır Dışı Etmek Kararına Bağlı Olarak Üzere Uygulanan İdari Gözetim Tedbirine İlişkin Genel Açıklamalar” başlığı altındaki açıklamalarımıza bakılabilir.

konusu olduğunda, bu koşulların gerçekten ihlal edilip edilmediği araştırılacaktır. Bunun yanında, Kanun'un sınır dışı etme kararı alınmadan önce dikkate alınmasını istediği bir başka durum daha vardır ki, bu da kişinin sınır dışı etme kararı alınamayacak kişilerden olup olmadığıdır. Bu değerlendirmenin yapılması, aşağıda açıklanacağı gibi, uluslararası koruma ihtiyacında olan kişilerin sınır dışı edilmeleri yönündeki kararlar alınmadan önce tespit edilmesi bakımından önemli bir güvencedir.

2. Sığınmacılar Hakkında Sınır Dışı Etme Kararı Alınması

a. Sınır Dışı Etme Kararı Alınabilecek Haller

YUKK'un 676 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin⁵⁵⁰ 36. maddesiyle değişik 54(2). maddesi, kamu güvenliği, kamu düzeni ve kamu sağlığına ilişkin sınır dışı etme sebeplerinin varlığında, uluslararası koruma başvuru veya statü sahipleri hakkında sınır dışı etme kararının alınmasını mümkün kılar. Maddeye göre, 54(1). maddenin (b), (d) ve (k) bentleri kapsamında oldukları değerlendirilen uluslararası koruma başvuru sahibi veya uluslararası koruma statüsü sahibi kişiler hakkında uluslararası koruma işlemlerinin her aşamasında sınır dışı etme kararı alınabilir. Bu bakımdan kanun, terörle bağlantılı durumlar veya kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığı nedenlerine dayanılarak alınmış sınır dışı etme kararlarında idareye, uluslararası koruma başvurusu değerlendirilmeden de sınır dışı etme yetkisini tanımıştır⁵⁵¹. Madde lafzının tersinin

⁵⁵⁰ R.G.: T. 29/10/2016, S. 29872. 7070 sayılı Kanun'un 36. maddesi ile aynen kabul edilmiştir (R.G.: T. 8/3/2018, S. 30354.)

⁵⁵¹ Hükmün değişiklikten önceki hâlinde, uluslararası koruma başvuru sahibi veya statü sahibi kişiler hakkında, sadece ülke güvenliği için tehlike oluşturduklarına dair ciddi emareler bulunduğu veya kamu düzeni açısından tehlike oluşturan bir suçtan kesin hüküm giymeleri halinde sınır dışı etme kararının alınabileceği

yorumundan, sığınmacılar⁵⁵² bakımından uluslararası koruma başvurularının değerlendirilmesine devam edildiği müddetçe, ilgili maddenin (b), (d) ve (k) bentlerinin dışındaki nedenlere bağlı olarak sınır dışı etme kararı alınamayacağı anlaşılmaktadır.

b. Sınır Dışı Etme Sebeplerinin Varlığında Dahı Sınır Dışı Etme Kararı Alınamayacak Haller

Kanun koyucu, kimi durumların varlığının, sebepleri gerçekleşmiş olsa dahi sınır dışı etme kararı almaya engel olduğunu düşünerek, bu durumların tespiti hâlinde kişi hakkında sınır dışı etme kararı alınmayacağını emretmektedir⁵⁵³. Bu durumlar, Kanun'un

düzenlenmekteydi. Böylece değişiklikle birlikte “ciddi emareler bulunması” ve “kesin hüküm giyme” şartları kaldırılarak uluslararası koruma başvuru ve statü sahipleri hakkında sınır dışı etme kararı verilmesi kolaylaştırılmıştır. Maddenin değişiklikten sonraki halinde idareye bağlı yetki şeklinde olmayan bir takdir yetkisi tanınmıştır (**Yiğit, N.T.**, s. 580-585). Doktrindeki bu düzenlemenin yeni bir sınır dışı etme kararı olduğuna ilişkin görüşün aksine (**Güner, C.:** Sınır Dışı Etme Kararı ile İlgili İdare Mahkemesi Kararlarının Kesinliği, İÜHFM, C. 25, S. 1, 2017, ss. 85-114, s. 90), bize göre bu yeni bir sınır dışı etme sebebi değil, var olan üç sınır dışı etme sebebinin uluslararası koruma başvuru ve statü sahipleri bakımından uygulanmasına ilişkindir.

⁵⁵² Hemen belirtelim ki, madde lafzı sadece uluslararası koruma başvuru sahipleri ve statü sahiplerini kapsamaktadır. Geçici koruma altındakilere bu maddenin uygulanmasına ilişkin açıklamalarımız için bkz. “§5.II.B.C.2 Geçici Koruma Kapsamında İdari Gözetim”.

⁵⁵³ Bu hususa ilişkin Kanun'un 55. maddesi şöyledir: “(1) 54 üncü madde kapsamında olsalar dahi, aşağıdaki yabancılar hakkında sınır dışı etme kararı alınmaz: a) Sınır

lafzı gereği, idari makamlar tarafından sınır dışı etme kararı alınıp alınmayacağı değerlendirmesinde mutlaka göz önünde bulundurulmalıdır⁵⁵⁴. Bu hususa ilişkin YUKK m. 55(1)(a) hükmü, sığınmacıları da içine alacak şekilde tüm yabancılar için güvenceler içermekle birlikte özellikle sığınmacılar bakımından etkili olabilecek bir güvence getirir.

55(1). maddenin (a) bendine göre, “*sınır dışı edileceği ülkede ölüm cezasına, işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalacağı konusunda ciddi emare bulunanlar*” hakkında sınır dışı etme kararı alınamaz. Bu hüküm, Türkiye'nin uluslararası teamül hukukundan doğan ve YUKK m. 4 ile kanuni düzlemde doğrudan kabul edilmiş olan geri göndermeme yükümlülüğünün de bir uzantısıdır⁵⁵⁵. Böylece uluslararası hukuk ve AİHS hukukundaki gelişmeler hükmün benimsenmesinde dikkate alınmıştır⁵⁵⁶.

dışı edileceği ülkede ölüm cezasına, işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalacağı konusunda ciddi emare bulunanlar b) Ciddi sağlık sorunları, yaş ve hamilelik durumu nedeniyle seyahat etmesi riskli görülenler c) Hayati tehlike arz eden hastalıkları için tedavisi devam etmekte iken sınır dışı edileceği ülkede tedavi imkânı bulunmayanlar ç) Mağdur destek sürecinden yararlanmakta olan insan ticareti mağdurları d) Tedavileri tamamlanuncaya kadar, psikolojik, fiziksel veya cinsel şiddet mağdurları (2) Birinci fıkra kapsamındaki değerlendirmeler, herkes için ayrı yapılır. Bu kişilerden, belli bir adreste ikamet etmeleri, istenilen şekil ve sürelerde bildirimde bulunmaları istenebilir.”

⁵⁵⁴ **Çiçekli**, s. 177.

⁵⁵⁵ **a.g.e.**, s. 309-310; **Dardağan Kibar**, Yenilikler, s. 193; **Bayata Canyaş**, Geri Gönderme Yasağı, s. 76.

⁵⁵⁶ **Dardağan Kibar**, An Overview, s. 121.

Maddede, yabancının sınır dışı edileceği ülkede ölüm cezasına, işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalacağı konusunda “ciddi emare” bulunması şartı aranmaktadır. Hiç şüphesiz, bu ciddi emarenin araştırılmasında yükümlülük, geri göndermeme ilkesinin bir gereği olarak idarededir. Bu yükümlülük gereğince idare, sınır dışı edilmesi değerlendirilen kişinin yaşam hakkının ve işkence yasağının sınır dışı edileceği ülkede ihlal edilip edilmeyeceğini araştırmalıdır. Bu araştırma neticesinde, yaşam hakkı ve işkence yasağı çerçevesinde sığınmacıların da tespiti sağlanabilecektir.

Öte yandan, mevzuatta, sınır dışı etme kararlarında kişinin sınır dışı edileceği ülkenin belirtileceğine dair somut bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak hem geri gönderme yasağı hem de m. 55(1)(a) gereğince, kişi hakkında sınır dışı etme kararı alıp alınmayacağı değerlendirilirken, hangi ülkeye sınır dışı edileceğinin de değerlendirilmesi gerekmektedir; ki böylece sınır dışı edileceği ülkede yaşam hakkının veya işkence yasağının ihlal edilip edilmeyeceği hakkında karar verilebilsin. Böylece, sınır dışı edileceği ülkede yaşam hakkının ve işkence yasağının ihlal edilmeyeceğine kanaat getirilirse, bu ülke, kişinin sınır dışı edileceği ülke olarak sınır dışı etme kararında belirtilmelidir. Bu durumda, geri gönderme yasağına aykırılık teşkil edebilecek bir ülkeye sınır dışı etme kararı alınamayacakken, ilk iltica ülkesine veya bir güvenli üçüncü ülkeye sınır dışı etme kararı alınabilir⁵⁵⁷.

⁵⁵⁷ YUKK m. 73 ve m. 74 hükümleri, ilk iltica ülkesi ve güvenli üçüncü ülke tanımlarını ve bu ülkeye geri gönderme şartlarını içermektedir. 73. maddeye göre, *“Başvuru sahibinin, daha önceden mülteci olarak tanındığı ve hâlen bu korumadan yararlanma imkânının olduğu veya geri göndermeme ilkesini de içeren yeterli ve etkili nitelikte korumadan hâlen faydalanabileceği bir ülkeden geldiğinin ortaya*

çıkması durumunda, başvuru kabul edilemez olarak değerlendirilir ve ilk iltica ülkesine gönderilmesi için işlemler başlatılır. Ancak geri gönderme işlemi gerçekleşinceye kadar ülkede kalışına izin verilir. Bu durum ilgiliye tebliğ edilir. İlgilinin, ilk iltica ülkesi olarak nitelenen ülke tarafından kabul edilmemesi hâlinde, başvuruya ilişkin işlemler devam ettirilir."

Güvenli üçüncü ülkeye ilişkin 74. madde hükmünde ise şu hususlar yer alır: "(1) *Başvuru sahibinin, Sözleşmeye uygun korumayla sonuçlanabilecek bir uluslararası koruma başvurusu yaptığı veya başvurma imkânının olduğu güvenli üçüncü bir ülkeden geldiğinin ortaya çıkması durumunda başvuru kabul edilemez olarak değerlendirilir ve güvenli üçüncü ülkeye gönderilmesi için işlemler başlatılır. Ancak geri gönderme işlemi gerçekleşinceye kadar ülkede kalışına izin verilir. Bu durum ilgiliye tebliğ edilir. İlgilinin, güvenli üçüncü ülke olarak nitelenen ülke tarafından kabul edilmemesi hâlinde, başvuruya ilişkin işlemler devam ettirilir.* (2) *Aşağıdaki şartları taşıyan ülkeler güvenli üçüncü ülke olarak nitelendirilir: a) Kişilerin hayatının veya hürriyetinin, ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri nedeniyle tehdit altında olmaması, b) Kişilerin işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulacağı ülkelere geri gönderilmemesi ilkesinin uygulanıyor olması, c) Kişinin mülteci statüsü talep etme ve mülteci olarak nitelendirilmesi durumunda Sözleşmeye uygun olarak koruma elde etme imkânının bulunması, ç) Kişinin ciddi zarar görme riskinin olmaması. (3) Bir ülkenin başvuru sahibi için güvenli üçüncü ülke olup olmadığı, başvuru sahibinin ilgili üçüncü ülkeye gönderilmesini makul kılacak bu kişi ve ülke arasındaki bağlantılar da dâhil olmak üzere, her başvuru sahibi için ayrı olarak değerlendirilir."*

alındığının anlaşılması durumunda nasıl bir yol izleneceği yönetmelik hükümleri ile düzenlenmiştir. YUKKUY m. 57(1) hükmüne göre, sınır dışı etme kararı alındıktan sonra m. 55(1)(a) kapsamında oldukları anlaşılan kişiler hakkında öncelikle, bu kişilerin üçüncü bir ülkeye sınır dışı edilmesi ihtimali değerlendirilir; bu mümkün olmadığında sınır dışı etme kararı uygulanmaz ve yabancıya insani ikamet izni verilerek⁵⁵⁸ bu sürede yabancının ülkesine veya gidebileceği üçüncü bir ülkeye sınır dışı edilme olanakları araştırılmaya devam edilir; sınır dışı etme engelinin ortadan kalkması hâlinde ise insani ikamet izni iptal edilerek beklemede olan sınır dışı etme işlemi tamamlanır. Böylece, Yönetmelik hükmü, m. 55(1)(a) kapsamında bir değerlendirme yapılmadan sınır dışı etme kararı alınırsa, bu kararın uygulanması için geri gönderme yasağına uygunluğu sağlayacak şekilde çeşitli adımlar atılmasını öngörmektedir. Ancak bu haliyle, m. 55(1)(a) uyarınca, yabancının sınır dışı edileceği ülkenin değerlendirilmesi ve bunun bir sonucu olarak sınır dışı edileceği ülke somut olarak belirtilerek sınır dışı etme kararı alınması gereği ile uyumsuz bir görünüm sergilemektedir. Çünkü, m. 55(1)(a) dikkate alınmadan alınan sınır dışı etme kararlarının icrasının, menşe ülkesi dışında güvenli bir üçüncü ülkeye yapılabilse dahi, m. 55(1)(a)'nın kararın alınmasına başından beri engel olma amacına ulaşamamış olmaktadır. Bu durumda görüşümüze göre, sınır dışı etme kararı alınarak işlemin kişinin menşe ülkesine yapılacağının açıkça belirtildiği, ancak 55(1)(a) hükmünün sonradan dikkate alınmasıyla bu işlemin gerçekleştirilemeyeceğinin anlaşıldığı hâllerde, zaten konu yönünden sakat olan⁵⁵⁹ bu idari işlemin icrasına devam

⁵⁵⁸ Kanun'un 46(1)(c) hükmü gereğince, 55. madde kapsamında olup hakkında sınır dışı etme kararı alınmayan yabancılar hakkında insani ikamet izni verilebilir.

⁵⁵⁹ Bağlı yetkide olduğu gibi, kanunun işlemin hem nedenini hem de konusunu belirttiği durumlarda, idarenin kanunun belirttiği neden ve konu çerçevesinde kalması gerekir. Kanunun açıkça yasak ettiği konularda karar alınması durumunda

edilmemeli; alınan sınır dışı etme kararı, iptal davası açma süresi içindeyse geri alınmalı, dava süresi geçtikten sonra ise kaldırmalıdır⁵⁶⁰. Yukarıdaki açıklamalarımız çerçevesinde sığınmacılar, YUKK m. 55(1)(a) hükmü gereğince yaşam hakkı veya işkence yasağının ihlali niteliğinde olacak şekilde menşe ülkesine sınır dışı etme kararına konu olamayacağından, bu ülkeye sınır dışı edilmek üzere haklarında idari gözetim tedbiri de uygulanmamalıdır⁵⁶¹. Diğer taraftan, sınır dışı etme kararında sınır dışı edilecek ülke hiç belirtilmemişse, menşe ülkesi dışında m. 55(1)(a)'da belirtilen ciddi emareleri taşımayan bir üçüncü ülkeye sınır dışı etme ihtimali değerlendirilebilir. Ancak görüşümüze göre, güvenli üçüncü ülkeye de sınır dışı etmek mümkün değilse, hukuki güvenlik ilkesi doğrultusunda, işlemin geri alınması veya kaldırılması söz konusu olmalıdır. Yönetmelik hükümlerinde bu yönde bir değişiklik yapılmasının, idare hukuku prensiplerine daha uygun düşeceğini düşünüyoruz.

3. Sığınma ile Ülkeye Düzensiz Giriş Arasındaki İlişki ve Bu İlişkinin Sınır Dışı Etme Kararları Üzerindeki Etkisi

a. Düzensiz Göç ve Sığınmacıların Tespiti

Ülkelerinden kaçış sırasında sığınmacılar, çoğu zaman güvenli topraklara ulaşabilmek için göçmen kaçakçılara başvurmak zorunda kalır ve bu seyahatlerinde uluslararası koruma ihtiyacında olmayan kişilerle birlikte hareket ederler. Uygulamada

işlem konu yönünden hukuka aykırı olur. (**Gözübüyük, A.Ş.:** Yönetmelik Yargısı, Turhan Kitabevi, 26. Bası, Ankara, 2007, s. 230-233)

⁵⁶⁰ İdari işlemin geri alınması ve kaldırılması hakkında bkz. **Gözübüyük**, s. 187-193.

⁵⁶¹ **Huysal/Şermet**, s. 2202; **Akbulut, M.:** Türk Yabancılar Hukukunda İdari Gözetim, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Tez danışmanı: Doç. Dr. Faruk Kerem Giray, İstanbul, 2018, s. 140-141.

ayrıca, katı vize ve sınır politikalarını aşmak için sığınmacılar tarafından sahte veya başkalarına ait belgeler kullanıldığı da görülmektedir. Sığınmacılar, göçmen kaçakçıları vasıtasıyla güvenlik arayışlarında, kendi hayatlarını riske atarak insanlıkdışı koşullara ve muameleye katlanmak zorunda kalırken, devletler ise kaçakçılar eliyle yürütülen bu düzensiz göç hareketlerini kendi egemenlik ve güvenliklerine tehdit olarak algılayarak bunlara müdahale eder⁵⁶². Devletin, topraklarında gerçekleşen düzensiz göçe müdahalesi sırasında sığınmacılar ve düzensiz göçmenler birbirinden ayırt edilemeyebilir ve sığınmacılar düzensiz göçmenlerle aynı işlemlere tabi tutulabilir. Bu işlemlerin başında şüphesiz, usulüne aykırı surette ülke topraklarına girmek sebebiyle sınır dışı etme bulunmaktadır. Böyle bir durum, korunma arayışıyla düzensiz giriş yoluna başvurmuş olan sığınmacıları, hayatlarının veya özgürlüklerinin tehdit altında olduğu yere geri gönderilme riskiyle karşı karşıya bırakır. Bu nedenle devletler, düzensiz olarak sığınma ülkesi topraklarına giren sığınmacıların hızlı bir şekilde tespit edilmesini ve sığınma başvuruları değerlendirme aşamasındayken düzensiz girişleri nedeniyle haklarında hiçbir kovuşturma veya cezanın uygulanmamasını sağlamalıdır⁵⁶³. UNHCR, devletlerin uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerinden biri olan geri göndermeme ilkesinin bu gibi durumlarda işletilebilmesi için, devletlerce uluslararası koruma ihtiyacında olan ve ülke topraklarına karışık göçmen gruplarıyla birlikte düzensiz giriş yapmış kişilerin tespit edilebildiği “giriş mekanizmaları” kurulmasını önermektedir⁵⁶⁴.

⁵⁶² **UNHCR:** Refugee Protection and Mixed Migration: A 10-Point Plan of Action, (“A 10-Point Plan of Action”), January 2007, revision 1, <https://www.refworld.org/docid/45b0c09b2.html> (E.T. 15/2/2019), s. 1.

⁵⁶³ **UNHCR,** Expert Roundtable Summary Conclusions para. 6.

⁵⁶⁴ **UNHCR,** A 10-Point Plan of Action, s. 2. Avrupa Komisyonu İnsan Hakları Komiserliği de sınır kapıları dışından ülkeye giriş yapmış olan kişilerin, bu şekilde

Böylelikle sığınmacılar tespit edildiğinde, geri gönderilmelerine karşı gereken koruma ile sığınma usullerine erişimleri sağlanır⁵⁶⁵. Bu mekanizmaların yokluğu, sığınmacıların da düzensiz göçmenler gibi kolluk makamlarınca yakalanarak takiben sınır dışı edilmek üzere idari gözetim altına alınması sonucunu doğurabilir.

Göç İdaresi Genel Müdürlüğü'nün istatistiklerine göre, Türkiye'de 2019 yılında 454.662, 2018 yılında ise 268.003 düzensiz göçmen tespit edilmiştir⁵⁶⁶. Yine aynı istatistiklere göre, 2019 yılında Türkiye'ye uluslararası koruma başvurusu yapan kişi sayısı 56.417, 2018 yılında ise 114.537'tür⁵⁶⁷. Bu uluslararası koruma başvuru sahiplerinden kaçının düzensiz yollarla Türkiye'ye girdiği, düzensiz giriş veya bulunuşlarının tespiti hâlinde nasıl işlemler uygulandığına ilişkin istatistikler GİGM tarafından yayımlanmamıştır. Türkiye'de, ülkeye kabulde sığınmacıların düzensiz

giriş yapmalarının nedenlerinin dikkate alınması gerektiğini, ülkeye girişlerine dair yaptıkları başvurularda bu hususun önyargıya sebebiyet vermemesini tavsiye etmektedir (**CoE Commissioner for Human Rights, Criminalisation of Migration**, s. 41.

⁵⁶⁵ **UNHCR: Refugee Protection and Mixed Migration: A 10-Point Plan in Action**, ("The 10-Point Plan"), 1st Edition, February 2011, <https://www.refworld.org/docid/4d9430ea2.html> (E.T. 15/2/2019), s. 8. UNHCR, on maddeden oluşan bu planda, hükümetleri ve diğer çıkar gruplarını düzensiz göç hareketlerine yaklaşımda sığınmacı hassasiyetli göç politikaları oluşturma konusunda desteklemeyi amaçlamaktadır.

⁵⁶⁶ http://www.goc.gov.tr/icerik6/duzensiz-goc_363_378_4710_icerik (E.T.: 18.01.2020)

⁵⁶⁷ http://www.goc.gov.tr/icerik3/uluslararasi-koruma_363_378_4712 (E.T.: 18.01.2020)

göçmenlerden ayrılmasını sağlayacak bir giriş mekanizmasının var olup olmadığına ilişkin bir bilgiye ulaşılammıştır. Aşağıda inceleyeceğimiz YUKK m. 55(1)(a) hükmü, sınır dışı etme kararının belirli durumlarda alınamayacağına hükmederek uluslararası koruma ihtiyacındaki kişileri de kapsamına alan bir güvence oluşturmaktadır. Bununla birlikte, YUKKUY m. 57(1) hükmü, YUKK m. 55(1) kapsamında olanların da sınır dışı etme kararına konu edilebileceğini ve bu kararın iptal edilmeden yürütülmesi için imkânlar araştırılacağını ortaya koymakla, göç idaresi nezdinde böyle bir mekanizma öngörülmüş olsa da sığınmacı ve mültecilerin sınır dışı edilmekten korunmasında gereken korumayı sağlamadığını düşündürmektedir. YUKKUY m. 54(3) düzenlemesi de, kolluk tarafından yakalananların doğrudan geri gönderme merkezine götürülerek burada haklarında otomatik olarak sınır dışı etme ve buna dayanılarak idari gözetim kararı alınabildiği fikrini uyandırmaktadır⁵⁶⁸. Bu hususta sivil toplum kuruluşlarının raporları ise, uluslararası koruma başvurusunda bulunamadan düzensiz durumları kolluk tarafından tespit edilen sığınmacıların, sınır dışı edilmek üzere geri gönderme merkezlerinde idari gözetim altına alındıklarını rapor etmektedir⁵⁶⁹. Kaç sığınmacının bu

⁵⁶⁸ YUKKUY m. 54(3): “*Yabancıların yakalandığı ilde geri gönderme merkezi varsa, il müdürlüğünün geri gönderme merkezinin kapasite durumu hakkındaki bildirimi alındıktan sonra yabancı kolluk tarafından geri gönderme merkezine götürülür. Sınır dışı ve buna ilişkin diğer kararlar geri gönderme merkezinde alınır.*”

⁵⁶⁹ **AIDA:** Country Report: Turkey, 31 December 2018, s. 80; **Global Detention Project:** Turkey Immigration Detention Profile, October 2019, <https://www.globaldetentionproject.org/countries/europe/turkey> (E.T. 18.1.2020); NOAS: Seeking Asylum in Turkey, December 2018 update, s.27 vd.; **Amnesty International:** Turkey ‘safe country’ sham revealed as dozens of Afghans forcibly returned hours after EU refugee deal, March 2016,

şekilde idari gözetim altına alındığına ilişkin yayımlanmış bir istatistik bulunmamaktadır.

b. Düzensiz Giriş Nedeniyle Cezalandırma Yasağının Türk Hukukundaki Görünümü

Cenevre Sözleşmesi'nin 31(1). maddesi sığınmacılara, gecikmeksizin yetkili makamlara başvurarak yasal olmayan girişlerinin nedenlerini açıklamaları kaydıyla düzensiz girişleri nedeniyle cezalandırılmaktan bağışıklık getirmektedir. Cezalandırma yasağının uygulanmasında ulusal hukukun bu konuyu düzenleme şekli oldukça önemlidir⁵⁷⁰. Özellikle Türkiye gibi Cenevre Sözleşmesi'ni coğrafi kısıtlama ile kabul etmiş ve aynı zamanda uluslararası sözleşmelerin uygulanmasında dualist sisteme sahip olan ülkelerde, Madde 31(1)'in iç hukuklara yansıtılması sağlanarak ilgili iç hukuk kuralının yorumunda mültecilerin durumunun kötüleşmesi sonucunun doğmasından kaçınılmalıdır. Düzensiz girişleri nedeniyle sığınmacıların cezalandırılmamasına dair uluslararası hukuktan doğan yükümlülöklere iç hukukta uygunluk sağlanması, fakat bu yükümlölöklere aykırı politika ve uygulamalar geliştirilmesi, ilgili devletin uluslararası sorumluluğunu doğurur.

Düzensiz giriş nedeniyle cezalandırma yasağı, YUKK m. 65(4) hükmüyle Türk ulusal mevzuatına dahil edilmiştir. Madde hükmüne göre, “*Makul bir süre içinde valiliklere kendiliğinden uluslararası koruma başvurusunda bulunanlar hakkında; yasa*

<https://www.amnesty.org/en/latest/news/2016/03/turkey-safe-country-sham-revealed-dozens-of-afghans-returned/> (E.T. 18.1.2020); **Afghanistan Analysts Network**: Mass Deportations of Afghans from Turkey: Thousands of migrants sent back in a deportation drive, <https://www.afghanistan-analysts.org/mass-deportations-of-afghans-from-turkey/> (E.T. 18.1.2020).

⁵⁷⁰ **UNHCR**, Expert Roundtable Summary Conclusions, para. 6-9; **Costello**, s. 53-57.

dışı girişlerinin veya kalışlarının geçerli nedenlerini açıklamak kaydıyla, Türkiye'ye yasal giriş şartlarını ihlal etmek veya Türkiye'de yasal şekilde bulunmaktan dolayı cezai işlem yapılmaz.”. Hükümde Cenevre Sözleşmesi'nde geçen ”cezalandırılmaz” ifadesi, aslından farklı olarak “cezai işlem yapılmaz” olarak ifade edilmiştir. Kanun'un Cenevre Sözleşmesi'nden ayrıldığı bir diğer fark, Cenevre Sözleşmesi'nin sığınmacının herhangi bir makama kendini tanıtmayı yeterli bulmasına rağmen, Kanun'un valiliğe kendiliğinden uluslararası koruma başvurusunda bulunulmasını aramasıdır. O hâlde, yasal olmayan girişi nedeniyle yakalanma veya gözetim altına alınma anından sonra uluslararası koruma başvurusu yapan sığınmacılar, cezalandırma yasağı kapsamında değerlendirilebilirler mi?

YUKK m. 65'in gerekçesine baktığımızda, yasal olmayan giriş nedeniyle cezalandırma yasağıyla ilgili özel bir açıklama bulunmadığını; fakat 65. maddenin tümünü kapsayacak şekilde, *“Madde ile uluslararası koruma başvurularının etkin ve düzenli olarak alınması, başvuru sahipleri açısından hak kayıplarının önlenmesi amacıyla uluslararası koruma başvurularına ilişkin süreçler düzenlenmiştir.”* açıklamasına yer verildiğini görüyoruz. Kanunkoyucunun, bu hükmün başvuru sahipleri açısından hak kaybına yol açmayacak şekilde yorumlanmasını istediği açıktır. Bu durumda Türk ulusal hukukunda yer alan cezalandırma yasağının, uluslararası koruma başvuru sahipleri açısından hak kayıplarına yol açılmayacak, bir başka anlatımla, bu kişilere tam anlamıyla koruma sağlanacak şekilde yorumlanması gerekir. Diğer yandan düzenleme, düzensiz girişlerde sağlamayı amaçladığı korumayı tam anlamıyla yansıtabilmesi için, kaynağı doğrultusunda yorumlanmalıdır⁵⁷¹. Coğrafi kısıtlamayla

⁵⁷¹ Birleşik Krallık iç hukukunda izinsiz giriş nedeniyle cezalandırma yasağına ilişkin düzenlemenin Cenevre Sözleşmesi'nin 31(1). maddesi çerçevesinde yorumlanması hakkında bkz. **UNHCR**, *UNHCR intervention before the House of Lords in the case*

ilgili açıklamalarımızda da, Cenevre Sözleşmesi'nin sağladığı koruma mekanizmalarının YUKK'la kabul edilmiş olması hâlinde, Cenevre Sözleşmesi'nin ilgili maddesinin yorumundan da faydalanılması gerektiğini belirtmiştik. Bu gerekçelerle, yasal olmayan giriş nedeniyle cezalandırma yasağını düzenleyen YUKK 65(4) hükmünün, Cenevre Sözleşmesi'nin 31(1). maddesinin yorumu doğrultusunda yorumlanması gerektiğini düşünüyoruz.

Yukarıdaki açıklamalarımız doğrultusunda, “*makul bir süre içinde valiliklere kendiliğinden uluslararası koruma başvurusunda bulunmak*” şartı da Cenevre Sözleşmesi'nin 31(1). maddesindeki “gecikmeksizin yetkili makamlara başvurmak” ifadesi çerçevesinde yorumlanması uygun olur. Konuya ilişkin açıklamalarımızda bu ifadenin, yalnızca sığınmacının kendiliğinden yetkililere başvururarak sığınma başvurusu yapma hâlinde değil, henüz sığınma başvurusu yapma fırsatı bulamadan yakalanması veya gözetim altına alınması hâlinde de uygulanacak şekilde yorumlandığını ortaya koymuştuk. Kanaatimizce, madde gerekçesinde öngörülen koruyucu yorum esası da ek olarak dikkate alınarak, cezalandırma yasağının kapsamı yalnızca uluslararası koruma başvurusunun resmî olarak yapılmasıyla sınırlı olarak uygulanmamalıdır. Sığınmacının başvuru yapma fırsatı bulamadan yakalanması ve gözetim altına alınması hâlinde uluslararası koruma ihtiyacını dile getirmesi veya bunun tespiti hâlinde cezalandırma yasağı hükümlerinin uygulama bulması gerektiği görüşündeyiz.

Türk hukukunda yasak kapsamındaki cezai işlemlerin yorumunda da yine kaynak yorumu ve madde gerekçesindeki koruyucu amaç dikkate alınmalıdır. Bu doğrultuda m. 65(4)'te öngörülen cezai işlem ifadesi, hem cezai yaptırımlar hem de ceza niteliğindeki

of Regina (Respondent) and Fregenet Asfaw (Appellant), 28 January 2008, para. 18,

<http://www.refworld.org/docid/483d12222.html> (E.T.: 15/2/2019).

idari tedbirler dahil, düzensiz girişe bağlanan cezai nitelikteki tüm yaptırımları kapsamına almaktadır. Sığınma ülkesine düzensiz girişin, kişinin ülkeye nasıl girdiğinin tespiti için bir soruşturma ihtiyacı doğurabileceği, hem Cenevre Sözleşmesi hem de İHK tarafından kabul edilmiştir. Fakat bu gibi durumlarda, Cenevre Sözleşmesi'nin 31. maddesi ve MSHS'nin 9. maddesi hükümleri doğrultusunda, düzenli/yasal statüde bulunmayan sığınmacıların düzensiz girişleri nedeniyle başvurulacak gözetim tedbirinin gerekli olması şarttır. Gereklilik şartını karşılamayan, sığınmacının bireysel durumunu dikkate almayan, sığınmacının salt düzensiz girişi ve bulunuşu nedeniyle otomatik olarak başvuru idari gözetim tedbirleri, cezalandırıcı niteliktedir. Bu gibi cezalandırıcı nitelikteki gözetim uygulamalarının, uluslararası mülteci hukukunda öngörülen düzensiz giriş nedeniyle cezalandırma yasağına uygun olmadığı gibi, cezalandırma yasağının Türk hukukundaki yansıması olan YUKK m. 65(4)'e de uygun olmadığı kanaatindeyiz.

Son olarak, yalnızca ülkeye sınır ihlalleri yoluyla düzensiz giriş yapma hâli değil, sahte veya başkasına ait seyahat belgelerini kullanarak düzensiz giriş yapma hâli de, Cenevre Sözleşmesi Madde 31(1)'in yorumu doğrultusunda YUKK m. 65(4) kapsamında değerlendirilmelidir. Özellikle sahte seyahat belgesi kullandığı tespit edilenler bakımından cezalandırıcı nitelikte işlemlere başvurulması, hükmün tam bir koruma sağlama amacına aykırıdır.

c. Ülkeye Giriş Şartlarına Aykırılığın Uluslararası Koruma Başvurusu Yapmayı Engelleyici Şekilde Yorumlanamaması ve Uygulanamaması

Türkiye'ye yasal girişe ilişkin kurallar, Kanun'un 5. maddesinde *“Türkiye'ye giriş [...], sınır kapılarından,⁵⁷² geçerli pasaport veya pasaport yerine geçen belgelerle*

⁵⁷² Sınır kapısı YUKK'ta, Cumhurbaşkanlığı kararıyla Türkiye'ye giriş ve Türkiye'den çıkış için belirlenen sınır geçiş noktası olarak tanımlanmaktadır. Sınır kapıları kara

yapılır.” şeklinde düzenlenmiştir. Bununla birlikte yasal girişin koşulları, yalnızca burada sayılanlardan ibaret değildir; anılan hükmün, Madde 6 ve Madde 7 ile birlikte ele alınması gerekir. Belge kontrolüne ilişkin 6. madde, pasaport veya yerine geçen belge kontrolünün sınır kapılarından geçişlerde taşıtlarda seyir hâlinde veya havalimanlarının transit bölgelerinde de yapılabileceğini ifade ettikten sonra, Türkiye'ye girişlerde yabancının 7. madde kapsamında olup olmadığının kontrol edileceğini belirtir. Böylelikle Kanun, Türkiye'ye girişte, yabancının Madde 7 altında düzenlenmiş olan “Türkiye'ye girişlerine izin verilmeyecek yabancılar”dan olup olmadığının giriş kapılarında incelenmesini şart koşar. Buna göre, pasaport veya pasaport yerine geçen belgesi, geçerli vizesi, vize muafiyeti, ikamet ya da çalışma izni olmayan yahut bu belgeleri sahte olan veya hileli yollarla edindikleri anlaşılan yabancılar; pasaport veya pasaport yerine geçen belgesinin süresi, vize, vize muafiyeti veya ikamet izin süresinin bitiminden itibaren en az altmış gün daha süre içermeyen yabancılar; ve vize verilmeyecek kişiler kapsamında olanların Türkiye'ye girişlerine izin verilmeyerek bu kişiler geri çevrilecektir. Ayrıca bu kişiler, işlemleri sonuçlanıncaya kadar sınır kapılarında kendileri için belirlenen alanlarda bekletilecektir⁵⁷³.

Anılan bu üç maddenin ortak yorumuyla, Türkiye'ye yasal girişin dört unsuru bulunduğu sonucuna ulaşılır⁵⁷⁴: (i) Türkiye'nin sınır kapılarından girmek; (ii) Vize, vize muafiyeti veya ikamet izin süresinin bitiminden itibaren en az altmış gün süreli geçerli

sınır kapılarının yanı sıra, hava, demiryolu ve deniz sınır kapıları şeklinde olabilmektedir (Çiçekli, s. 76).

⁵⁷³ 7196 s. ve 6.1.2.2019 tarihli Kanun'un 70. maddesiyle getirilen bu değişiklik, herhangi bir tutma süresi sınırlaması öngörmemesi nedeniyle, keyfiyet teşkil edebilecek şekilde uzun tutma tedbirlerine başvurulmasına yol açabilir.

⁵⁷⁴ Erten, s. 12-13.

pasaport veya pasaport yerine geçen belgelerin bulundurulması; (iii) Geçerli vize, vize muafiyeti, ikamet ya da çalışma iznine sahip olmak; (iv) Girişi yasaklanmış kişiler kapsamında olmamak. Bu bakımdan, ülkeye sınır kapılarından girmemek veya Türkiye'ye girişte sahte veya hileli pasaport, vize veya ikamet belgesi kullanmak da yasal giriş hükümlerinin ihlali kapsamında değerlendirilmelidir.

Ülkeye yasal giriş kurallarına aykırı şekilde giren yabancılarla ilgili YUKK'ta bazı yaptırım ve tedbirler kabul edilmiştir⁵⁷⁵. Bunlardan ilki, ülkeye giriş hükümlerini ihlal eden yabancılar hakkında, m. 102(1)(a)-(b) hükümleri doğrultusunda idari para cezası uygulanmasıdır⁵⁷⁶. Ülkeye düzensiz girişe sonuç olarak bağlanan bu uygulama, düzensiz girişi cezalandırma amacı güttüğünden bir yaptırım teşkil eder. Bu hususta, kaynak Cenevre Sözleşmesi'nin 31(1). maddesi doğrultusunda yorumlanması gereken YUKK m. 65(4)'te düzensiz giriş nedeniyle cezalandırma yasağına ilişkin garantinin tesis edilmesi önemlidir. Buna göre, mülteci olmadıkları kesin olarak kararlaştırılana kadar, sığınmacılara bu hüküm kapsamında para cezası yaptırımı uygulanmamalıdır.

⁵⁷⁵ **a.g.e.**, s. 18.

⁵⁷⁶ İdari para cezaları, idarenin tek taraflı yaptırım işlemlerinden biridir. Bu anlamda, bu işlemler işlemin muhatabının kimi eylem ve davranışlarını cezalandırıcı niteliktedir. Kanun'un 102. maddesi, kanuna aykırı eylemler nedeniyle uygulanacak idari para cezalarını düzenlemektedir. Maddenin 1(a) bendine göre, “5 inci maddeye aykırı şekilde, Türkiye’ye yasa dışı giren veya Türkiye’yi yasa dışı terk eden ya da buna teşebbüs eden yabancılar hakkında iki bin Türk Lirası, ...” 1(b) bendine göre de “9 uncu maddenin birinci ve ikinci fıkraları uyarınca Türkiye’ye girişleri yasaklanmış olmasına rağmen Türkiye’ye girebilmiş olanlar hakkında bin Türk Lirası, ...” idari para cezası uygulanır.

Bunlar arasında tedbir niteliğinde olan uygulama ise, m. 54(1)(h) uyarınca sınır dışı etme kararı verilmesi ve 57(2). madde uyarınca bu kişilerin sınır dışı edilmek üzere idari gözetim altına alınmasıdır. Sığınmacıların düzensiz girişleri nedeniyle cezalandırılmamaları kuralına ilişkin YUKK m. 65(4)'ün yanı sıra, YUKK m. 8 hükmü de, yasal giriş kurallarına aykırı girişe bağlanan sonuçların, sığınmacılara uygulanmasına engel oluşturur. Fakat sığınmacılık durumlarının tespit edilmediği hâllerde, sığınmacıların yasal giriş hükümlerine aykırılığa bağlanan sonuçlara tabi tutulmaları söz konusu olabilir.

YUKK m. 8, yasal giriş kurallarına sığınmacılar lehine çok önemli bir istisna getirerek bu şartların uluslararası koruma başvurusu yapmayı engelleyici şekilde yorumlanmayacağı ve uygulanmayacağı esasını kabul etmiştir. Hükümle sığınmacıların, yasal giriş kurallarını ihlal etmiş olsalar da başvuru yapabilmeleri hukuksal güvence altına alınmıştır⁵⁷⁷. Sığınmacıların çoğu zaman pasaport veya yerine geçen başka bir seyahat belgesi olmadan seyahat etmek zorunda kaldıkları, bu belgeleri yanlarında taşıyıcılar dahi vize, vize muafiyeti vb. şartları taşıyamayacakları veya en iyi ihtimalle seyahat belgelerinin süresinin yasal giriş için aranan süreyi karşılamaya yetmeyeceği gerçeği karşısında, bu düzenlemenin oldukça yerinde olduğunu düşünüyoruz⁵⁷⁸. Böylece sığınma usullerine erişimin yasal giriş kuralları karşısında işlevsiz hâle getirilmemesi, sığınmacının uluslararası koruma başvurusunun görmezden gelinmemesi ve geri göndermeme yükümlülüğüne uygun davranılması mümkün olabilir⁵⁷⁹. Düzensiz giriş

⁵⁷⁷ **Dardağan Kibar**, An Overview, s. 115; **Teksoy**, s. 893-894.

⁵⁷⁸ Ancak YUKK m. 98 ile taşıyıcılara Türkiye'ye taşıdıkları yabancıların belge ve izinlerini kontrol etme yükümlülüğü getirilerek, bu düzenlemenin uygulaması kısmen bertaraf edilmiştir.

⁵⁷⁹ **Erten**, s. 13; **Teksoy**, s. 894.

nedeniyle cezalandırmama ilkesi, sığınmacıların düzensiz girişine müsamaha göstermeyi gerektirdiğinden, cezalandırma yasağını kuvvetlendirmek için yasal giriş hükümlerinin sığınmacılara uygulanması bakımından böyle bir istisnanın kabul edilmesi gerekirdi. Hüküm bu hâliyle, düzensiz giriş nedeniyle cezalandırma yasağı ile uyum içindedir⁵⁸⁰.

Bir sığınmacının yasal giriş için aranan şartlardan herhangi birini veya hiçbirini karşılamaması, örneğin sınır kapısından değil de sınırın sınır kapısı niteliğinde olmayan başka bir bölümünden girmesi hâli de, bu esas kapsamında değerlendirilerek bu kişilerin sığınma usullerine erişimleri sağlanmalıdır. Bu arada belirtmek gerekir ki, bu kural yalnızca, yasal girişe ilişkin şartları taşımayan sığınmacıların sığınma usullerine erişimlerini sağlamaya yöneliktir; yoksa yasal giriş koşullarını sığınmacılar lehine kaldırmamaktadır.

Bu hükmün uygulaması bakımından değinilmesi gereken bir diğer konu, anılan hükmün kişi tarafından “uluslararası koruma başvurusu yapılması”nda etki doğurmasına ilişkindir. Hükümde geçen “uluslararası koruma başvurusu yapma” ibaresi, başvurunun YUKK m. 65(1) ve 65(2)'de sayılan makamlara yapılmasını gerektirecek şekilde anlaşılmalıdır. Buna göre, girişten sonra valiliklere ya da ülke içerisinde veya sınır kapılarında kolluğa yapılan uluslararası koruma başvurularında, yasal giriş kurallarına uygun bir giriş olup olmadığı şartı aranmaz. Diğer yandan, sığınmacının Kanun'un aradığı anlamda uluslararası koruma başvurusu yapamadan, kolluk birimlerince yasal giriş hükümlerini ihlal etmesi sebebiyle yakalanması hâlinde Madde 8 güvencesinin uygulanıp uygulanmayacağı belirsizdir. Görüşümüze göre, Türk hukukunda YUKK m.

⁵⁸⁰ **Yiğit, Ö.:** Uluslararası Hukuk, Avrupa Hukuku ve Türk Hukukunda Mülteci ve Sığınmacıların Etkili Başvuru Hakkı, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, 2018, s. 97.

65(4)'te kabul edilmiş olan düzensiz giriş nedeniyle cezalandırmama ilkesinin yorumu bu konuda belirleyici olacaktır. Cezalandırma yasağının, sığınmacı olduğu düzensiz girişi sebebiyle yakalanmasından sonra anlaşılan kişileri de kapsamı gerektiği yukarıda ortaya konmuştu. O hâlde, Madde 8 güvencesi de bu kapsamda yorumlanmalıdır. Böylece yasal giriş kurallarına uygun giriş yapma şartları, uluslararası koruma başvurusunu düzensiz girişi nedeniyle kolluk tarafından yakalanmasından sonra kolluğa veya valiliğe yapan kişiler bakımından da, uluslararası koruma başvurusunda bulunmayı engelleyici şekilde yorumlanmamalı ve uygulanmamalıdır.

d. Sığınmacılar Hakkında Düzensiz Giriş Nedeniyle Verilen Sınır Dışı Etme Kararları ve Bu Kararların İcra Edilebilirliği

YUKK m. 54(1)(h), Türkiye'ye yasal giriş hükümlerini ihlal eden yabancılar hakkında sınır dışı etme kararı alınacağını hükme bağlar. Sığınmacıların Türkiye'ye düzensiz girişleri, koruma başvurusu yapmaya imkân bulamadıkları veya sığınmacı olduklarının idarece resen tespit edilmediği durumlarda, kolluk tarafından yakalanarak YUKK m. 54(1)(h) uyarınca sınır dışı etme kararına konu olmalarına yol açabilir⁵⁸¹. Nitekim ilgili hükümde, idareye bir takdir yetkisi verilmeden, yasal giriş kurallarının ihlalinin bir sonucu olarak sınır dışı etme kararı verilmesi öngörülmektedir. Böylece bu hükmün, henüz sığınma başvurusunda bulunmamış olan sığınmacılara, YUKK'ta buna karşı öngörülmüş olan güvenceler göz önünde bulundurulmadığında, otomatik olarak uygulanması söz konusu olabilir.

Yasal giriş hükümlerinin ihlalinin yanı sıra, ülkeye girişte gerçeğe aykırı bilgi veya sahte belge kullanan sığınmacıların, YUKK m. 54(1)(c) hükmü uyarınca sınır dışı etme kararına konu olmaları söz konusu olabilir. Yalnızca ülkeye sınır ihlalleri yaparak değil,

⁵⁸¹ Bkz. yukarıda “§5.II.B.2.a.aa. Düzensiz Göç ve Sığınmacıların Tespiti”.

sahte veya başkasına ait seyahat belgelerini kullanarak giriş yapma hâli de Cenevre Sözleşmesi Madde 31(1)'in yorumu doğrultusunda düzensiz giriş sayıldığından, düzensiz girişe dair tüm güvenceler bu konuda da uygulanmalıdır.

Coğrafi kısıtlama çerçevesinde Cenevre Sözleşmesi'nin 33. maddesi ve YUKK m. 4 uyarınca Türk hukukunda bağlayıcı olan geri göndermeme ilkesi, sığınmacıların hayatlarının veya özgürlüklerinin tehdit altında bulunacağı bir ülkeye gönderilmesini yasaklar. Bu bakımdan bir sığınmacının, geri gönderme yasağı kapsamındaki kişilerden olup olmadığı değerlendirmesi yapılmadan, hakkında sınır dışı kararı alınarak kararın icra edilmesi, Türkiye'nin uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerine aykırı olacağı gibi, sınır dışı edilen kişinin ise başta yaşam hakkı, işkence ve kötü muamele görme yasağından doğan hakları ve sınır dışı işlemiyle ihlal edilmiş varsa diğer hakları yönünden, AİHM nezdinde tazminat sorumluluğunu gerektirebilir. Bu hususta AİHM, AİHS m. 2'de öngörülen yaşam hakkı ve m. 3'te öngörülen işkence yasağı çerçevesinde m. 13'te öngörülmüş olan etkili başvuru hakkını göz önünde bulundurarak, ulusal hukukta kişiyi geri gönderme yasağına aykırı ve keyfî bir şekilde gönderilmekten koruyan etkili garantilerin tanınmış olup olmadığını incelemektedir⁵⁸². Böylece Madde 13, bir hakkın ihlaline ilişkin olarak, hem kabul edilen hukuk yolunun hem de uygulamasının bir bütün olarak etkili ve hızlı olması yükümlülüğü yüklemekte; fakat aynı zamanda başvuru yolunun etkililiğinin sağlanmasında devletlere bir serbestî tanımaktadır⁵⁸³. Madde 13'ün

⁵⁸² ***M.S.S. v. Belgium and Greece***, para. 286-287. Sığınma başvurusunun etkili başvuru hakkı kapsamında incelenmemesi gerekçesiyle Türkiye aleyhine verilen AİHM kararları için bkz. **Ekşi**, Yabancılar, s. 139 vd.

⁵⁸³ ***Jabari v. Turkey***, 40035/98, CoE: ECtHR, 11 July 2000, para. 48; ***M.S.S. v. Belgium and Greece***, para. 290-292. Bu nedenle, sığınma başvurularının reddine ilişkin kararlara karşı öngörülen hukuk yollarının incelemeyi yapan makamlarca

Madde 3'e ilişkin uygulamasında, yani kişinin işkence ve kötü muamele görebileceği bir ülkeye gönderilmesinin söz konusu olduğu durumlarda, kişinin bu işleme karşı başvuru hakkının sınır dışı etme işleminin icrasını otomatik olarak durdurma etkisine sahip olması AİHM tarafından aranmaktadır⁵⁸⁴.

Hukukumuzda, sığınma başvurusunun değerlendirilmesine ilişkin kararlara karşı idari ve yargısal makamlara başvurulması durumunda, kişinin sınır dışı edilmesinin önlenmesine ilişkin güvence, YUKK m. 80(1)(e)'de kabul edilmiştir. Bu güvence m. 80(1)(e)'de, *“Bu Kısımda yazılı hükümler uyarınca alınan kararlara karşı idari itiraz ve yargı yoluna başvurulduğunda aşağıdaki hükümler uygulanır: e) İtiraz veya yargılama süreci sonuçlanıncaya kadar ilgili kişinin ülkede kalışına izin verilir.”* şeklinde düzenlenmiştir. Bu hüküm ayrıca, YUKKUY m. 65(7)'te yer alan *“Uluslararası koruma kapsamında işlem görenler(in), haklarında verilecek son karara kadar Türkiye’de kalışlarına izin verilir.”* hükmüyle de desteklenmiştir. Bu iki düzenleme, geri gönderme yasağı ile uyumlu olarak, kişi hakkında sınır dışı etme kararı alınsa dahi sığınma başvurusu nihai olarak sonuçlandırılana kadar Türkiye’den geri gönderilmemesini temin etmektedir. Bu da, AİHM tarafından başvuru yolunun etkililiği için aranan otomatik durdurucu etkinin sağlandığı anlamına gelir.

incelenmesinde de başvuru yolunun etkililiğinin sağlanmasına özen gösterilmelidir.

AİHM, *M.S.S. v. Belgium and Greece* kararında, Yunan ilk derece mahkemelerinin başvuru sahiplerinin sığınma başvurularının ciddiyetle incelemeyerek neredeyse hepsini basmakalıp ifadelerle reddetmesinin, AİHS'nin 3. maddesinin uygulanmasında 13. maddede yer alan etkili başvuru hakkının ihlaline yol açtığı sonucuna varmıştı (*M.S.S. v. Belgium and Greece*, para. 300-302 ve 321).

⁵⁸⁴ *Conka v. Belgium*, para. 81-83.

YUKK'ta etkili başvuru hakkı kapsamında, kişinin sınır dışı edilmesine karşı ayrıca getirilmiş bir başka güvence daha bulunmaktadır. Kanun'un 676 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 35. maddesiyle⁵⁸⁵ ve 7196 sayılı Kanun'un 75. maddesiyle değişik 53(3). maddesinde, sınır dışı etme kararına karşı yedi gün içerisinde idare mahkemelerine itiraz edilebileceği, bunun da kural olarak yargılama sonuçlanıncaya kadar yabancının sınır dışı edilmesini durduracağı kabul edilmiştir⁵⁸⁶. Böylece hiçbir istisna tanınmadan, sınır dışı etme kararına karşı idare mahkemesine yapılan başvurular sonuçlandırılıncaya kadar yabancının sınır dışı edilmesine karşı bir garanti tanınmaktadır.

Yukarıdaki açıklamalarımız uyarınca, YUKK m. 80(1)(e) ve m. 54(2) hükmü birlikte değerlendirildiğinde, yabancı hakkında 54(1). maddenin (b), (d) ve (k) bentleri

⁵⁸⁵ R.G.: T. 29/10/2016, S. 29872. 7070 sayılı Kanun'un 30. maddesi ile aynen kabul edilmiştir (R.G.: T. 8/3/2018, S. 30354.)

⁵⁸⁶ Madde hükmü şu şekildedir: *“Yabancı veya yasal temsilcisi ya da avukatı, sınır dışı etme kararına karşı, kararın tebliğinden itibaren yedi gün içinde idare mahkemesine başvurabilir. Mahkemeye başvuran kişi, sınır dışı etme kararını veren makama da başvurusunu bildirir. Mahkemeye yapılan başvurular on beş gün içinde sonuçlandırılır. Mahkemenin bu konuda vermiş olduğu karar kesindir. Yabancının rızası saklı kalmak kaydıyla, dava açma süresi içinde veya yargı yoluna başvurulması hâlinde yargılama sonuçlanıncaya kadar yabancı sınır dışı edilmez.”*. Böylece maddenin, 676 s. KHK'la getirilen, hakkında 54(1). maddenin (b), (d) ve (k) bentlerine göre sınır dışı etme kararı verilenlerin bu güvenceden faydalanması olanağını ortadan kaldıran ve çokça eleştirilen düzenlemeleri, 7196 s. Kanun'la yapılan değişiklikle kaldırılmış bulunmaktadır.

uyarınca sınır dışı etme kararı alınsa bile, sığınma başvurusu hakkında nihai karar verilene kadar yabancının sınır dışı edilmesinin önlendiği, böylece mahkemeye başvuru hakkının etkin kullanımının sağlandığı ilk bakışta düşünülebilir. Ancak Kanun'un 53(3). maddesi ile tanınan bu güvencenin, hakkında 54(1). maddenin (b), (d) ve (k) bentleri uyarınca sınır dışı etme kararı alınanlarla ilgili olarak kaldırıldığı anlaşılmaktadır. Yine de, her hâlükârda bu maddenin uygulanmasında, geri gönderme yasağının Türk hukukunda düzenlendiği YUKK m. 4 ihlal edilmemesi vurgusu yapılmaktadır⁵⁸⁷.

Tüm bu açıklamalarımızdan, ülkeye düzensiz giren sığınmacılar bakımından iki sonuç çıkmaktadır. Bunlardan ilkinde göre, YUKK m. 54(2) hükmü uyarınca, uluslararası koruma başvurularının değerlendirilmesine devam edildiği müddetçe, sığınmacıların ülkeye düzensiz girişlerine bağlı olarak haklarında sınır dışı etme kararı alınmamalıdır. Bu sonuç, YUKK m. 8 hükmüne paralel olarak, sığınmacının uluslararası koruma başvurusu yaptıktan sonra düzensiz girişi nedeniyle sınır dışı etme kararına konu olamaması ile ilgilidir. Diğer bir sonuç, YUKK m. 80(1)(e) ve m. 53(3)'e göre, düzensiz girişi nedeniyle hakkında sınır dışı etme kararı verilen bir sığınmacının, geri gönderme yasağı bağlamında etkili başvuru hakkının bir gereği olarak, uluslararası koruma başvurusu mahkeme kararlarıyla kesin olarak reddedilmeden sınır dışı edilmemesi gereğidir⁵⁸⁸. Aksi durum, yukarıda açıklanan AİHM içtihatları uyarınca, Türkiye'nin AİHM nezdinde tazminat sorumluluğunu gerektirebilir. Bu güvencenin uygulanmasında, Madde 8 tarafından getirilen koruma da dikkate alınmalı; uluslararası koruma başvurusunu düzensiz girişi nedeniyle kolluk tarafından yakalanmasından sonra kolluğa veya valiliğe yapan kişiler bakımından, ülkeye yasal giriş hükümlerini ihlal etmiş olması, uluslararası koruma başvurusunda bulunmayı engelleyici şekilde yorumlanmamalı ve

⁵⁸⁷ Çelikel/Gelgel, s. 130.

⁵⁸⁸ Bu hususta bkz. Öztürk, Geçici Koruma, s.246-247.

uygulanmamalıdır.

4. Hakkında Sınır Dışı Etme Kararı Alınan Sığınmacıların İdari Gözetimi

a. Genel Açıklamalar

Anayasa'nın 19. maddesi, haklarında sınır dışı etme kararı olan yabancıların özgürlüklerinin kısıtlanmasına izin vermektedir. Anayasa'nın, Uygulama İlkelerinden olan kanunilik ve keyfi olmama ilkeleriyle uyumlu olarak, hakkında sınır dışı etme kararı alınmış yabancıların idari gözetim altına alınma şekil ve şartlarının kanunla düzenlenmesini zorunlu tuttuğunu yukarıda açıklamıştık. Bu çerçevede, YUKK'un 57, 58 ve 59. maddelerinde sınır dışı etmek üzere idari gözetimin şekil ve şartlarına ilişkin kurallara, 57A maddesinde de idari gözetim alternatiflerine dair düzenlemelere yer verilmiştir⁵⁸⁹.

Kanun'da idari gözetimin tanımına yer verilmemesi nedeniyle, idari gözetimin neleri kapsadığı ancak bahsi geçen hükümlerden yola çıkılarak tespit edilebilir⁵⁹⁰. Sınır dışı etmek üzere idari gözetim kararı, yabancı hakkında alınmış bir sınır dışı etme kararına dayanılarak alındığından, bu hükümler doğrultusunda bir yabancı hakkında sınır dışı etme kararı olmaksızın idari gözetim kararı alınması mümkün değildir⁵⁹¹. Zira bir idari işlem olan idari gözetim kararının amaç unsuru, yabancıya sınır dışı edilene kadar işlemin gerçekleşmesini imkânsızlaştıracak şekilde kaçmasını ve kaybolmasını önlemek ve kamu düzeni, kamu sağlığı ve kamu güvenliği bakımından tehdit oluşturmalarının

⁵⁸⁹ İdari gözetim alternatifler yükümlülükler, 6/12/2019 T. ve 7196 S. Kanun'un 78. maddesiyle hukukumuzda ilk kez düzenlenmiştir.

⁵⁹⁰ **Erten**, s. 37.

⁵⁹¹ **a.g.e.**, s. 38.

engellenmesidir⁵⁹². Yabancınn makul sürede sınır dışı edilememesi ve sınır dışı edilemeyeceğinin anlaşılması hâlinde idari gözetimin devamında ısrar edilmesi, idari gözetim işleminin amaç unsuru bakımından hukuka aykırılığı sonucunu doğurur.

Kanunkoyucu Anayasa hükmüne uygun olarak, YUKK m. 57'de hakkında sınır dışı etme kararı alınan kişinin idari gözetim altına alınmasına, yalnızca belirli sebeplerin varlığında izin vermiştir. Bir başka anlatımla, sınır dışı etmek üzere idari gözetim tedbiri uygulaması kural değil, istisnadır. Kanun tarafından kabul edilen ilkeye göre, hakkında sınır dışı etme kararı alınan yabancılar, 56. madde hükümleri doğrultusunda kural olarak Türkiye'yi terke davet edilirler. YUKK m. 57(2)'de, hakkında sınır dışı etme kararı alınanlardan kimlerin idari gözetim altına alınacağı şu şekilde belirtilmiştir: (i) kaçma ve kaybolma riski bulunanlar, (ii) Türkiye'ye giriş veya çıkış kurallarını ihlal edenler, (iii) sahte ya da asılsız belge kullananlar, (iv) kabul edilebilir bir mazereti olmaksızın Türkiye'den çıkmaları için tanınan sürede çıkmayanlar, (v) kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanlar. Doktrinde, geniş kapsamlı yorumlanabilecek ve böylece bu tedbirin genel uygulamaya dönüşmesine yol açabilecek olması nedeniyle eleştirilen kamu düzeni, güvenliği ve sağlığına dayanan idari gözetim sebebi hariç, Kanun'da idari gözetimi gerektiren sebeplerin makul ve anlaşılabilir olduğu ve idari gözetimi haklı kılan nedenlerin kanunda açıkça düzenlenmesinin olumlu olduğu not edilmiştir⁵⁹³. İdarenin, idari gözetim kararını alırken m. 57(2)'deki gözetim sebeplerinden hangisine dayandığını açık ve somut bir şekilde ortaya koyması⁵⁹⁴ ve hükmü teknik ve dar yorumlaması önemlidir⁵⁹⁵. Yönetmelik'in 59(1). maddesine göre,

⁵⁹² **Huysal/Şermet**, s. 2203.

⁵⁹³ **Dardağan Kibar**, An Overview, s. 124.

⁵⁹⁴ **Erten**, s. 38.

⁵⁹⁵ **Dardağan Kibar**, Yenilikler, s. 198.

kanunda anılan idari gözetim sebeplerinden kamu düzeni veya kamu güvenliği açısından tehdit oluşturan yabancılar belirlenirken güvenlik birimlerinden, kamu sağlığı yönünden tehdit oluşturan yabancıların belirlenmesinde ise Sağlık Bakanlığının ilgili birimlerinden görüş alınabilir.

Kanun'un 57(2). maddesinin 7196 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten önceki hâlinde, yukarıda sayılan bu beş durumun gerçekleşmesiyle idarenin gözetim kararı alması zorunlu tutulmuştu⁵⁹⁶. Bu düzenleme, sayılan nedenlerin gerçekleşmesiyle idareye idari gözetim kararı alma konusunda bağlı yetki verilerek bireysel değerlendirme imkânının tanınmaması nedeniyle eleştiriye açıldı. Mevcut durumda, anılan beş hâlin varlığında, idari gözetim kararı almak yerine m. 57/A'da öngörülen idari gözetime alternatif yükümlülükler getirilmesi de mümkün kılınmıştır. Böylece idarenin, yabancıнын kişisel durumunu dikkate alacak şekilde gereklilik ve orantılılık değerlendirmesi yaparak, ya hakkında idari gözetim kararı alması ya da idari gözetime alternatif yükümlülüklerden birine ilişkin karar tesis etmesi gerekecektir. Fakat idarenin, sadece idari gözetim kararı ve idari gözetime alternatif yükümlülük getirme kararı arasında seçim yapmak yönünde kısmi bir bağlı yetkisi söz konusudur. Zira, YUKK m. 57/A'nın 3. paragrafına göre, m. 57(2) kapsamında olup idari gözetim altına alınmayan yabancılar idari gözetime alternatif yükümlülüklerden bir ya da birkaçının getirilmesi zorunludur. İdari gözetime alternatif olarak getirilen bu yükümlülükler, belirli adreste ikamet etme, bildirimde bulunma, aile temelli geri dönüş, geri dönüş danışmanlığı, kamu yararına hizmetlerde gönüllülük esasıyla görev alma, teminat ve elektronik izlemedir. Bu yükümlülüklerden bir ya da birkaçının birlikte getirilmesi mümkün olup yükümlülüğün azami süresi yirmi dört ay olarak belirlenmiştir (YUKK m. 57/A(2)). İdari gözetime alternatif yükümlülükler uymayan yabancıların idari gözetim altına alınabileceği de ayrıca düzenlenmiştir (YUKK m. 57/A(6)). Bu

⁵⁹⁶

Akbulut, s. 117.

düzenlemeyle idareye, 57(2). maddede kabul edilmeyen bir takdir hakkı verildiği görülmektedir. Böylece, hakkında getirilen idari gözetime alternatif yükümlülüğe uymamakla birlikte, gerçekleştirilmesi amaçlanan meşru amaç (örneğin kamu düzeni) göz önünde bulundurulduğunda idari gözetim altına alınması gerekli ve orantılı olmayan yabancılar hakkında idari gözetim kararı alınmaması gerekir.

YUKK m. 57(1), 57(2) ve YUKKUY m. 56(2) hükümlerinin yorumundan, ilgili hakkında alınacak idari gözetim kararının, sınır dışı etme kararı ile birlikte, sınır dışı etme kararını alan valilik tarafından alınacağı anlaşılmaktadır. Sınır dışı ve idari gözetim kararlarının alınması, yabancının durumunun valiliğe bildirilmesinden itibaren başlayacak kırk sekiz saatlik bir değerlendirme süresine tabidir. Uygulama Yönetmeliği'nin 53(2)(a)-(b) maddesi uyarınca, kırk sekiz saatlik değerlendirme süresi, kolluk tarafından yakalanan yabancılar hakkında, yabancının yakalandığı ilde geri gönderme merkezi bulunan illerde yabancının geri gönderme merkezine teslim edildiği andan, geri gönderme merkezi yoksa veya geri gönderme merkezi doluysa kolluğun yabancı hakkında derlediği belgeleri tutanakla il müdürlüğüne ilettiği andan itibaren başlar. 53(3). madde ise, bu sürenin, il müdürlüğü tarafından tespit edilen yabancılar hakkında, yabancının il müdürlüğünde hazır bulunması anından itibaren başlayacağını düzenler. Maddenin 5. paragrafiyle, yabancının yokluğunda sınır dışı etme kararı alınması mümkün kılınmıştır. Süre açısından getirilen güvence uyarınca, kırk sekiz saat içinde sınır dışı etme kararı alınmadığı takdirde yabancının bırakılması gerekir⁵⁹⁷. Fakat kolluğun valiliğe kimlik bilgilerini bildirmesi için herhangi bir süre sınırlaması getirilmemiş olması, yabancıların uzun süre keyfi olarak tutulmasına sebep olabilir. Ayrıca Kanun, 57(2). maddesinin son cümlesinde, sınır dışı edilmek üzere idari gözetim altına alınan yabancıların, kırk sekiz saat içinde yakalamayı yapan kolluk birimince geri gönderme

⁵⁹⁷ **Erten**, s. 38.

merkezlerine götürüleceklerini söylemekte, fakat bu süre içerisinde nerede tutulacaklarına ilişkin bir düzenleme getirmemektedir. Bu husus, Yönetmelik'te de düzenlenmemiştir. Tabiidir ki yabancılar, hem kimlik bilgilerinin tespiti yapılırken hem de tespitinden sonra haklarında alınan idari gözetim kararı nedeniyle geri gönderme merkezlerine götürülmeden evvel kolluk tarafından idare edilen karakol vb. gibi yerlerde tutulacaktır. Yabancıların, özellikle de sığınmacıların ülkeye giriş kurallarının ihlali nedeniyle karakol vb. yerlerde suça karışmış kişilerle birlikte tutulmaları, Uygulama İlkeleri göz önünde bulundurulduğunda eleştiriye açıktır. Anayasa Mahkemesi önüne gelen *B.T.* başvurusunda yüksek mahkeme, yabancının geri gönderme merkezine nakledilmeden önce en fazla kırk sekiz saat süreliğine karakol nezarethanesinde tutulabileceğini vurgulamış, yedi gün boyunca durumu valiliğe bildirilmeden ve böylece hakkında sınır dışı etme ve idari gözetim kararı alınmadan ve hatta savcılıkça alınmış gözaltı kararı dahi olmadan havalimanında ve takiben altmış gün boyunca geri gönderme merkezinde tutulmasını kanuna aykırı fiili bir durum olması nedeniyle hukuki dayanaktan yoksun ve keyfî bularak Anayasa'nın 19(2). maddesinin ihlal edildiğine kanaat getirmiştir⁵⁹⁸.

Yabancının sınır dışı edilmek üzere idari gözetim altında tutulmasına ilişkin olarak Kanun'da azami bir süre sınırı belirlenmiştir. 57. maddenin 3. fıkrasına göre, geri gönderme merkezlerindeki idari gözetim süresi altı ayı geçemez. Sınır dışı etme kararı yabancının yokluğunda dosya üzerinde alınmışsa, bu altı aylık süre yabancının yakalandığı an başlar (YUKKUY m. 59(6)). Altı aylık idari gözetim süresi, sınır dışı etme işlemlerinin yabancının işbirliği yapmaması veya ülkesiyle ilgili doğru bilgi ya da belgeleri vermemesi nedeniyle tamamlanamaması hâlinde, en fazla altı ay daha uzatılabilir. Buradan hareketle, yabancının idari gözetim altında tutulacağı sürenin en

⁵⁹⁸ **B.T.**, 2014/15769, AYM, 30/11/2017, R.G.: T. 16/2/2018 S. 30334, para. 93-94.

fazla bir yıl olacağını söyleyebiliriz⁵⁹⁹. Bu süre içerisinde sınır dışı etme işlemleri gerçekleştirilemeyen yabancılar hakkında idari yükümlülük getirilerek idari gözetimleri derhâl sonlandırılır (YUKKUY m. 59(7)). 7196 sayılı Kanun’la değişik YUKK m. 57(4) de, idari gözetimin devamında zaruret görülmeyen yabancılar için idari gözetimin derhâl sonlandırılarak idari gözetime alternatif yükümlülükler getirileceğini düzenlemektedir. Bu düzenlemeler, idari gözetimin sınır dışı kararlarının icrası bakımından istisnai olarak öngörüldüğünü ve ancak gerçek bir ihtiyaç varsa sürdürülebileceğini ortaya koyar⁶⁰⁰. Uygulama İlkelerinde de bahsettiğimiz gibi, AİHM tarafından sınır dışı etme işlemi nedeniyle başvuru olan özgürlük kısıtlamalarının uygunluğu hakkında verilen kararlarda, tutma işleminin sınır dışı işlemlerinin yürütmesi sürdüğü müddetçe AİHS’ne uygunluğunu koruyacağını altı çizilmektedir. Bu bakımdan, herhangi bir nedenle sınır dışı işlemlerinin tamamlanamaması hâlinde idari gözetim tedbirinin süresinin bir altı ay daha uzatılması, AİHM içtihadına uygun olmayabilir. Bu hususta İstanbul 2. Sulh Ceza Hâkimliğince verilen bir kararda, hakkında alınan sınır dışı etme kararının yürütmesi idare mahkemesince durdurulan bir sığınmacının, kaçma ve kaybolma şüphesiyle idari gözetimi tedbirine devam edilmesinin, YUKK m. 57(2)’deki idari gözetim şartlarını karşılamadığı sonucuna varılarak sınır dışı işlemleri derhâl yapılmıyorsa salıverilmesine karar verilmiştir⁶⁰¹. Aydın 1. Sulh Ceza Hâkimliği tarafından verilen bir kararda ise,

⁵⁹⁹ İdari gözetim süresinin, herhangi bir yargı kararı olmaksızın bu kadar uzun süre boyunca bir kişinin özgürlüğünü kısıtlayacak şekilde belirlenmiş olmasının, Anayasa’nın 19. maddesine aykırı olduğu ve bunun bir idari tedbir değil idari yaptırım teşkil ettiğine ilişkin değerlendirme için bkz. **Huysal/Şermet**, s. 2208-2214.

⁶⁰⁰ **Dardağan Kibar**, Yenilikler, s. 199.

⁶⁰¹ İstanbul 2. Sulh Ceza Hâkimliği, D. İş 2017/68, T. 26/05/2017.

sığınmacı olan itiraz eden hakkında sınır dışı edilmek üzere alınan idari gözetim tedbirinin, kişinin işbirliği yapmaması veya ülkesi ile ilgili doğru bilgi ve belgeleri vermemesi nedeniyle sınır dışı etme işlemlerinin tamamlanamamasına dayanılarak altı ayı aşkın bir süredir uygulanmaya devam edilmesine rağmen bu yönde alınmış bir uzatma kararının bulunmadığı gerekçesiyle hukuka aykırı olduğu, başvuran derhâl sınır dışı edilemiyorsa idari gözetim kararı kaldırılarak derhâl salıverilmesine karar verilmiştir⁶⁰².

b. Düzensiz Giriş Nedenine Dayanılarak Sınır Dışı Etmek Üzere Başvurulan İdari Gözetim Tedbiri ve Cezalandırma Yasağı

Düzensiz giriş nedeniyle idari gözetim uygulaması, devletlerin ülkeye giriş yapan yabancıların hareketlerini kontrol etmekteki mutlak menfaatlerinden ileri gelmektedir. Fakat Uygulama İlkeleri, ve bunlardan özellikle de geri gönderme yasağı bağlamında etkili başvuru hakkı prensibi, bir sığınmacının sığınma başvurusu kayda alınmadan veya alınmış olmakla birlikte başvurusu henüz değerlendirme aşamasındayken düzensiz girişi nedeniyle sınır dışı edilmek üzere idari gözetim altına alınmaması gereğini ortaya koyar. Bu çerçevede, bir sığınmacının düzensiz girişine dayanılarak sınır dışı edilmek üzere idari gözetim altına alınması, ancak uluslararası koruma ihtiyacı içinde olmadığının kesin olarak değerlendirilmesiyle söz konusu olabilir. Bu nedenle, sınır dışı edileceği ülkede ölüm cezasına, işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalacağı konusunda ciddi emareler bulunan kişiler hakkında sınır dışı etme kararı alınamayacağını düzenleyen YUKK m. 55(1)(a) ve m. 53(3) hükmü aynı zamanda, bu kişiler hakkında sınır dışı edilmeye yönelik idari gözetim kararı uygulanamaması sonucunu da doğurur. Uygulama İlkeleri doğrultusunda, bir sığınmacının idari gözetim altına alınmasının iç hukuka uygun olmamasının, hem iç hukuka hem de uluslararası

⁶⁰² Aydın 1. Sulh Ceza Hâkimliği, D. İş 2015/1190, T. 13/7/2015.

hukuka aykırılık oluşturacağını; ve bu durumun, gerçekleştirilen idari gözetimin kanunsuz olmasının yanı sıra ayrıca keyfi olmasına yol açabileceğini hatırlatalım.

Sığınmacıların yalnızca ülkeye düzensiz girişleri nedenine dayanılarak gereklilik değerlendirmesi yapılmadan gözetim altına alınmalarının, Uygulama İlkelerine göre cezalandırıcı nitelikte olduğundan da bahsetmiştik. Yukarıda incelenen YUKK m. 8 ve YUKK 65(4) hükümleri de cezalandırma yasağına ilişkin Uygulama İlkelerini pekiştirmektedir. O hâlde sığınmacılar, düzensiz girişleri nedeniyle yakalandıklarında, düzensiz giriş nedenlerinin koru(n)ma ihtiyaçlarıyla bağlantılı olduğunun anlaşılmasıyla, alelade yabancılar gibi haklarında sınır dışı etme kararı ve buna bağlı olarak da idari gözetim kararı alınmamalıdır. Şayet haklarında karar alınmışsa da, YUKK m. 53(3) ve 80(1)(e) gereğince, uluslararası koruma başvuruları nihai olarak sonuçlandırılana kadar, düzensiz girişleri nedeniyle (sınır dışı etme kararına dayanılarak) bireysel gereklilik değerlendirmesi yapılmaksızın alınmış olan idari gözetim tedbirinin de sona erdirilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

Sığınmacının düzensiz girişi nedeniyle hakkında alınan sınır dışı etme kararına dayanılarak başvuru alan idari gözetim tedbirine ilişkin olarak incelediğimiz sulh ceza hâkimliği kararlarında, itirazın yalnızca YUKK m. 55, m. 56 ve m. 57 hükümleri uyarınca incelendiğini ve böylece başvuru alan idari gözetim kararının hukuka uygun olduğuna karar verildiğini tespit ettik⁶⁰³. İncelenen bu kararlarda YUKK m. 8, m. 53(3), m. 54(2), m. 55(1)(a), m. 65(4) ve m. 80(1)(e) hükümleri dikkate alınmadan idari gözetim tedbirinin hukuka uygunluğuna karar verilmesinin oldukça isabetsiz olduğunu ve bu yönüyle etkili

⁶⁰³ Bkz. Aydın 1. Sulh Ceza Hakimliği D. İş 2015/1261, T. 24/07/2015; Adana 1. Sulh Ceza Hakimliği, D. İş 2015/3649, T. 31/08/2015.

başvuru hakkına aykırı olduğunu düşünmekteyiz⁶⁰⁴.

Düzensiz girişin görünümlerinden biri olan sahte ve asılsız belgelerle Türkiye'ye giriş, aynı zamanda TCK m. 202 vd.da suç olarak düzenlenmektedir. CMK m. 100 kapsamında sahte belgeyle giriş yapan kişi hakkında tutuklama kararı da alınabilmektedir. Diğer yandan bu kişiler, yasal giriş hükümlerini ihlal etmeleri nedeniyle sınır dışı edilmek üzere idari gözetim altına da alınabilmektedir. Bu durum, YUKK ve TCK-CMK hükümlerinin çatışmasına yol açacaktır⁶⁰⁵. Bu çatışmanın sığınmacılar bakımından giderilmesinde, düzensiz giriş yapma nedeniyle cezai işlem uygulama yasağı rol oynayabilir. Yasak doğrultusunda, sığınmacıların mülteci statüleri değerlendirilene kadar haklarında TCK ve CMK hükümleri uyarınca başlatılan soruşturma ve kovuşturmaların bekletilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Belirtelim ki, sahte belge kullanımı bakımından yabancının bu hususta kastının olması gerekir⁶⁰⁶. Kullandığı belgenin sahte veya asılsız olduğunu bilmeden kullananlar bakımından bu husus dikkate alınmalıdır. Ülkeye düzensiz giriş yapan bir sığınmacının bu nedenle idari gözetim tedbirine konu olmasının yanı sıra, Kanun'un 102(1)(a) bendi uyarınca idari para cezası yaptırımına konu olması da mümkündür. Görüşümüze göre, Kanun'un yukarıda ayrıntılı olarak incelenen 8 ve 65(4). madde hükümleri karşısında, düzensiz girişleri nedeniyle sığınmacılara idari para cezası uygulanmaması gerekir. Yine, birinci bölümünde değindiğimiz ilke uyarınca, mülteci oldukları nihai olarak ve adil bir usul çerçevesinde kararlaştırılincaya kadar sığınmacılar cezalandırıcı işlemlerden bağıştıktır. Dolayısıyla, sığınmacının mülteci statüsünün kesin bir kararla belirlenmesine kadar idari para cezası işlemi tesis

⁶⁰⁴ Bu konudaki ayrıntılı açıklamalar için Bkz. “§5.II.D.3.c. Etkili Başvuru Hakkı Bağlamında Sulh Ceza Hâkimliği Kararlarının Değerlendirilmesi”.

⁶⁰⁵ **Huysal/Şermet**, s. 2204-2205.

⁶⁰⁶ **Kuşçu**, s. 261.

edilmemelidir⁶⁰⁷.

c. İdari Gözetim Altında Uluslararası Koruma Usulüne Erişim

Genel olarak sığınma usulüne erişim ve uluslararası koruma başvurusu yapma, YUKK m. 65'te kısaca düzenlenmekte, konunun ayrıntıları ise Yönetmelik'in 65 ve devamı maddelerinde ele alınmaktadır. Buna göre, uluslararası koruma başvurusu, valiliklere bizzat yapılır; aile üyeleri adına yapılan başvurular saklı kalmak kaydıyla kişinin yasal temsilcisi veya avukatı aracılığıyla yapılamaz. Başvuru sırasında, başvuru sahibinden kendisi ifade edebileceği bir dilde, Türkiye'ye geliş nedenleri ve özel ihtiyaç

⁶⁰⁷ Anayasa Mahkemesi önünde görülen *B.T.* başvurusuna konu olan olayda, ülkesini dini ve siyasi baskılar nedeniyle terk ettiğini beyan eden başvurucuya, Sabiha Gökçen Havalimanı'na vardığında sahte Yunanistan pasaportu kullanması nedeniyle Türkiye'ye yasal giriş kurallarına aykırı girişi ve kimliği hakkında yanlış beyanda bulunması gerekçesine dayanılarak idari para cezası uygulanmıştır. Daha sonra hakkında uygulanan idari gözetim tedbiri sırasında yabancı tarafından uluslararası koruma başvurusunda bulunulmuş, başvurusundan yaklaşık bir ay sonra serbest bırakılmasına karar verilmiştir. Anayasa Mahkemesi önünde görülen başvurunun konusu, başvurucunun idari gözetiminin kanuna aykırılığıdır. Başvurucunun, kendisine düzensiz girişi nedeniyle uygulanan idari para cezasının YUKK m. 8 ve m.65(4) hükmüne aykırılığına dair idare mahkemesine bir itirazda bulunmadığı anlaşılmaktadır. Yine de belirtelim ki, uluslararası koruma ihtiyacı içinde yasal giriş kurallarına aykırı giriş yapan kişilerin sığınmacı durumlarının sonradan tespiti hâlinde, haklarında bu nedenle uygulanan idari para cezalarının uluslararası koruma başvurusunun kesin olarak değerlendirilmesine kadar askıya alınması gerekir.

durumu gibi hususları da içerecek şekilde uluslararası koruma başvurusuna ilişkin beyanı alınır. Başvuru sırasında Türkiye’de tabi olduğu hak ve yükümlülüklerle, belirlenebiliyorsa mülakat zamanı ve yeri sığınmacıya tebliğ edilir. Belirlenememesi hâlinde mülakat zamanı ve yeri daha sonra bildirilir. Şayet başvurunun yapıldığı il, bir uydur il değilse, başvuru sahibinin ikametinin uygun görüleceği il hakkında karar verilene kadar müracaat ilinde belirli bir adreste bulunmasına izin verilir.

Başvurunun ülke içinde veya sınır kapılarında kolluk birimlerine veya diğer kamu kurum ve kuruluşlarına, örneğin hürriyeti kısıtlanmış yabancılar bakımından ceza ve tevkif evleri yönetimine yapılması da mümkündür; bu hâlde başvuru derhâl ilgili valiliğe bildirilir ve başvuruyla ilgili işlemler valilikçe yürütülür (YUKK m. 65(2), YUKKUY m. 67). Ayrıca GİGM veya il müdürlükleri, başvurunun yapıldığı kolluk birimi veya diğer kamu kurum ve kuruluşları tarafından yerine getirilmesi gereken görevler hakkında gereken bilgilendirme çalışmalarını yapmakla sorumlu tutulmuştur (YUKKUY m. 67(3)).

Uygulama İlkeleri gereğince sığınmacılar, idari gözetim altında da sığınma usullerine erişim hakkına sahip olmalıdır. Yönetmelik hükümleri incelendiğinde Türk ulusal mevzuatında sığınmacılara bu hakkın dolaylı olarak tanındığını görmekteyiz. İdari gözetim tedbiri süresince sığınma usullerine erişim konusunu düzenleyen YUKKUY m. 96(7)’da bu hak bir ilke olarak açıkça tanınmasa da, sınır dışı edilmek üzere idari gözetim altında tutulan sığınmacıya uluslararası koruma usullerine erişim sağlanacağı anlaşılmaktadır. Anılan maddeye göre, *“Sınır dışı edilmek üzere geri gönderme merkezinde idari gözetim altında olan yabancının uluslararası korumaya başvurması halinde Kanun’un 68 inci maddesine göre yeni bir idari gözetim kararı alınmaksızın Kanun’un 57 nci maddesine göre hakkında alınan idari gözetim kararının süresi içerisinde uluslararası koruma işlemleri Genel Müdürlük tarafından aksine bir karar verilmediği sürece yürütülmeye devam edilir.”* Buna göre, sınır dışı edilmek üzere idari

gözetim altında sığınma usullerine erişim sağlanması durumunda, kişi hakkında hâlihazırda alınmış olan idari gözetim tedbirine devam edileceği düzenlenmektedir. Böylece, sınır dışı edilmek üzere alınan idari gözetim tedbirinin sona erdirilmesi veya uluslararası koruma başvuru sahiplerinin idari gözetimi hükümlerine göre yeni bir idari gözetim gereklilik değerlendirmesi yapılması söz konusu olmayacaktır. Düzenlemeye göre, hakkında alınmış idari gözetim kararının süresi içinde, aksine bir karar verilmediği müddetçe, uluslararası koruma başvurusunun değerlendirilmesi yürütülmeye devam edecektir. Bu düzenleme iki yönden eleştiriye açıktır:

İlk olarak esasen, uluslararası koruma başvurusu yapan bir sığınmacı, düzensiz statüden, yasal bir statü olan uluslararası koruma başvuru sahibi statüsüne geçer. Bu nedenle idari gözetim altında uluslararası koruma başvurusu yapan kişinin idari gözetiminin artık uluslararası koruma başvuru sahiplerinin idari gözetimi kurallarına tabi olması gerekir⁶⁰⁸. Böylece, sınır dışı etme kararına dayanılarak uygulanan gözetim sonlandırılarak yeni bir gözetim tedbirine gerek olup olmadığı uluslararası koruma başvuru sahiplerinin idari gözetimine ilişkin kurallar kapsamında yeniden değerlendirilmelidir. Bu nedenle Yönetmelik'in bu hükmünün, Kanun'un uluslararası koruma başvuru sahiplerinin idari gözetimi hükümleri ile uyumlu olmadığını ve bu nedenle Kanun'a aykırı bir görünüm arz ettiğini düşünüyoruz. Görüşümüze göre Yönetmelik'in ilgili hükmü, YUKK m. 68 doğrultusunda idari gözetim kararı alınması konusunda yeni bir değerlendirme yapılmasını sağlayacak şekilde değiştirilmelidir. Bu hususta Anayasa Mahkemesi tarafından incelenen K.A. başvurusuna değinmek gerekir. Anayasa Mahkemesi bu kararında, sınır dışı edilmek üzere idari gözetim altındayken uluslararası koruma başvurusu yapan ve daha sonra Geçici Koruma Yönetmeliği'nin yürürlüğe girmesiyle geçici koruma kapsamına giren Suriyeli bir sığınmacının idari

⁶⁰⁸ Aynı yönde bkz. **AIDA**, s. 83, 86; **NOAS**, s. 32

gözetiminin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlalini teşkil edip etmediğini incelemiştir⁶⁰⁹. Anayasa Mahkemesi, kişinin gözetim altında uluslararası koruma başvurusu yapması ve daha sonra geçici koruma kapsamına girmesiyle hukuki durumunda değişiklik olduğunu belirtmiştir. Uygulanmakta olan idari gözetim tedbirinin alınmasına gerekçe olan hususların, bu yeni hukuki durum karşısında gözetim tedbirine devam edilmesini gerektirip gerektirmediği bakımından idare tarafından bir değerlendirme yapılmadığı, bu hususun aylık değerlendirmede de dikkate alınmadığını vurgulamıştır. Mahkeme burada, sınır dışı etme sürecinin uygulanmasında idari gözetim tedbirinin gerekli özen içerisinde yürütülmesi ilkesine vurgu yaparak, uluslararası koruma başvurusu ve geçici koruma kapsamında olma durumlarının dikkate alınmamasını, idari gözetimin gerekli özen içerisinde yürütüldüğünden söz edilemeyeceği şeklinde değerlendirmiştir. Mahkeme bu nedenle idarenin, Anayasa'nın 19. maddesinin ikinci fıkrasını ihlal ettiğine kanaat getirmiştir.

İkinci olarak, AİHM'in AİHS m. 5(1)(f)'nin sınır dışı etme ayağının uygulanmasına ilişkin içtihadı doğrultusunda, sınır dışı etme işleminin icrasının mümkün olmaması hâlinde, sınır dışı etmek üzere uygulanan idari gözetim tedbirinin kaldırılması gerekir⁶¹⁰. Başvurusu hakkında karar verilmemiş uluslararası koruma başvuru sahiplerinin geri gönderme yasağı bağlamında etkili başvuru hakkının tanınması nedeniyle sınır dışı edilmesi mümkün olmadığından, bu sürede sınır dışı edilmek üzere idari gözetim tedbirinin de sona erdirilmesi bunun bir gereğidir. Zira aksi durumda, idari gözetim tedbir olarak uygulanma niteliğini kaybedebilir. Nitekim bu hususta, Kanun'un 57(4). maddesine göre idari gözetiminin devamında zorunluluk görülmeyen hâllerin

⁶⁰⁹ **K. A.**, para. 117-156.

⁶¹⁰ **Mole/Meredith**, s. 148. Bkz. **Mikolenko v. Estonia**, 10664/05, CoE, ECtHR, 8 October 2009.

düzenlendiği YUKKUY m. 61(2)'nin (a) bendine göre, “sınır dışı etme kararının, yabancının idari gözetime alınmasından itibaren altı ay içinde yerine getirilemeyeceğinin öngörülmesi” durumunda idari gözetim fiili imkânsızlık nedeniyle devam ettirilmeyebilir. Aynı maddenin (b) bendine göre de, “yabancının sınır dışı etme kararı alınamayacaklar kapsamına girdiğiyle ilgili ciddi emarelerin ortaya çıkması” yine bu kapsamda idari gözetimi sonlandırabilecek bir nedendir. Zira, böyle bir emarenin ortaya çıkması durumunda, alınmış sınır dışı etme kararının konu yönünden hukuka aykırılığı gündeme gelerek sınır dışı etme ve buna bağlı olarak alınan idari gözetim kararlarının, kararı alan valilikçe iptal edilmesi veya kaldırılması gerekebilir⁶¹¹. Görüşümüze göre, Yönetmelik’in hem başvuru sahiplerinin idari gözetim altında tutulmalarına her hâlükarda devam edilmesini şart koşan 96(7). maddesinin hem de idari gözetimin sonlandırılacağı durumları düzenleyen 61(2). maddesinin uygulanmasında, AIHM’nin bu konudaki içtihadı doğrultusunda bir yöntem benimsenerek, sınır dışı etme işlemlerinin gerekli özen içerisinde yürütülmesinin yanı sıra gerçekleştirilemeyeceğinin anlaşıldığı her durumda, vakit kaybetmeksizin idari gözetim sonlandırılmalıdır. Bu hususta örneğin, uluslararası koruma başvurusunun reddine karar verilirse buna itiraz edilebileceği de düşünülerek, itiraz süresince YUKK m. 80(1)(e) hükmü uyarınca sınır dışı etme işleminin gerçekleştirilemeyeceği (sınır dışı etme kararının 54(1). maddenin (b), (d) ve (k) bendine göre alınmadığı hâllerde) göz önünde bulundurularak idari gözetimin sonlandırılması söz konusu olabilmelidir.

Kanun’un 79(1)(ç). maddesine göre, sınır dışı edilmek üzere idari gözetim altında olanların uluslararası koruma başvuruları hızlandırılmış usulde değerlendirilir. Bu düzenleme, otomatik olarak uygulanması ve bu yönüyle idareye takdir hakkı vermemesi

⁶¹¹ Bu hususta bkz. “§5.II.B.2.b.bb. Sığınmacılar Hakkında Sınır Dışı Etme Kararı Alınamayacak Durumlar”.

nedeniyle eleştiriye açıktır. Zira bu hüküm doğrultusunda, sınır dışı edilmek üzere idari gözetim altında olan tüm yabancıların ve bu arada sığınmacıların başvuruları, 79(1). maddenin (a) ve (d) bentlerine göre mesnetsiz veya sistemi istismar edeci nitelikte olmasa da, kural olarak hızlandırılmış usulde değerlendirilir. Hızlandırılmış usulde değerlendirme, başvuru tarihinden itibaren en geç üç gün içinde başvuru sahibiyle mülakat yapılmasını ve mülakattan sonra da en geç beş gün içinde karar verilmesini gerektirir (YUKK m. 79(2)). İncelenmesinin bu süreden uzun süreceği anlaşılan başvuruların, hızlandırılmış usulden çıkarılabileceği de ayrıca düzenlenmiştir (YUKK m. 79(3)). Başvurusunun incelenmesi genel usule çevrilenlerin idari gözetimlerinin sonlandırılarak uluslararası koruma başvuru sahibi olarak kayıt altında olacakları bir ikamet iline yönlendirilmeleri gerekir. Başvuru hızlandırılmış usulde değerlendirilse dahi, her hâlükarda uluslararası koruma hükümleri kapsamında ayrıntılı şekilde incelenmelidir (YUKKUY m. 80(2)). Başvuruyu değerlendirme mercii olarak mülakatı yapan geri gönderme merkezi makamları değil, GİGM olarak belirlenmiştir. (YUKKUY m. 96(7)). Bu arada mülakatın, mülakat teknikleri, mülteci hukuku, insan hakları hukuku ve menşe ülke bilgisi gibi alanlarda eğitim almış personel tarafından gerçekleştirilmesi gerektiğini de ayrıca belirtelim (YUKKUY m. 81(2)).

C. Sığınma Usullerine Başvurulmasına Bağlı Olarak Uygulanan İdari Gözetim

1. Uluslararası Koruma Başvuru Sahiplerinin İdari Gözetim Altına Alınmasına Yönelik Hükümün (YUKK m. 68) Değerlendirilmesi

Sığınmacıların kimi hâllerde uluslararası koruma başvurusu yapmalarından sonra kişi özgürlüklerinin sınırlanarak idari gözetim altına alınmaları söz konusu olabilir. Bu tedbir, bir sığınmacının ülkede kalış izni istemesine bağlı olarak ve sığınmacının yasal durumu belirlenene kadar uygulanan bir tedbirdir. YUKK m. 68’de “başvuru sahiplerinin

idari gözetimi” başlığıyla düzenlenen bu tedbir de, sınır dışı etmek üzere idari gözetim tedbirinde olduğu gibi, yalnızca istisnai olarak uygulanabilir. Bu hüküm aşağıda, Anayasa’ya ve Uygulama İlkelerine uygunluğu bakımından ayrıntılı olarak incelenmiştir.

a. Keyfi İdari Gözetim Yasağı Açısından

aa. İdari Gözetim Tedbirinin Kanuna Dayanması

Uluslararası koruma başvuru sahiplerinin idari gözetim altına alınmasını gerektiren sebepler, YUKK m. 68(2)’de sınırlı sayı ilkesiyle belirtilmiştir. Böylece, idari gözetimin kanuni olması ilkesine uygunluk sağlanmıştır. Nitekim sığınmacıların idari gözetimine ilişkin Uygulama İlkelerinin mihenk taşı, idari gözetimin kanuna uygun olmasıdır. Bu ilke hukuki temelini, hiçkimsenin kanunun tayin ettiği sebeplere uygun olmaksızın özgürlüğünden yoksun bırakılamayacağını emreden AİHS m. 5 ve MSHS’nin 9. maddesinden almaktadır. “Yasal kesinlik ilkesi” doğrultusunda, sığınmacıların hangi hâllerde idari gözetim altına alınabileceği, herhangi bir şüpheyi yer vermeksizin iç hukuk kurallarıyla açıkça belirlenmiş olmalıdır. Bu düzenleme, uluslararası hukuka uygunluk ve kanunla sınırlanma kriterlerini karşılaması sebebiyle, Anayasa’nın 16. maddesine de uygun bir görünüm sergilemektedir.

bb. Gereklilik Değerlendirmesi ve Bireysel Değerlendirme

Uygulama İlkelerine göre keyfilik yasağı yalnızca kanuniliği kapsamaz, aynı zamanda idari gözetimin gerekli olması şartını da içerir. Buna göre idari gözetim, şu şartlara tabi olmalıdır: (i) idari gözetimin gerekli ve orantılı olması ve bireysel değerlendirmeye dayanması ile (ii) istisnai olması. Sonuç olarak sığınmacıların idari gözetim altına alınması yasaklanmamış olmakla birlikte, bu tedbire yalnızca gerekli hâllerde başvurulması ilkesi kabul edilmiştir.

İdari gözetimin gerekli olup olmadığının tespiti için, bireysel olay bazında bir değerlendirme yapmak gerekir. Buna ek olarak, idari gözetimin gerekli olduğu sonucuna

varabilmek için, idari gözetim tedbirinin orantılı olup olmadığı, bir başka anlatımla ondan daha hafif bir özgürlük veya hareket kısıtlamasının somut olayda yeterli olup olmadığı da değerlendirilmelidir. İdari gözetimin keyfi olmaması, somut olayın özellikleri bakımından gerekli olmasını zorunlu tutar. Uluslararası koruma başvuru sahiplerinin de, başvurularının değerlendirilmesi sürecinde idari gözetim altına alınabilmesi için, bunun idari gözetimle amaçlanan hedefe ulaşılabilmesinde gerekli olması şarttır. Bu nedenle idari gözetim tedbirinin gerekli olup olmadığı her bireysel olay için ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Bireysel değerlendirme yapılmaksızın salt idari kolaylık sağlama amacıyla otomatik olarak başvuru idari gözetim, keyfîlik yasağına aykırı bir görünüm arz eder.

Bu ilkeye paralel olarak Kanun da 68. maddesinin 3. fıkrasında, idari gözetimin gerekip gerekmediğinin bireysel olarak değerlendirileceğini ifade ederek isabetli bir düzenleme getirmiştir. Bu kapsamda, uluslararası koruma başvurusu yapan kişilerin başvurularının değerlendirilmesi sırasında idari gözetim tedbirinin gerekip gerekmediği, her başvuru sahibi bakımından bireysel durumunun özellikleri dikkate alınarak kararlaştırılmalıdır. Örneğin kamu düzeni sebebiyle kaçma ve kaybolma şüphesine karşı tedbir olarak uluslararası koruma başvuru sahibinin idari gözetim altına alınıp alınmayacağı değerlendirilirken, o kişinin işbirliği yapmaya istekli olup olmadığı ve gerçek niyetiyle sığınma başvurusunda bulunup bulunmadığının araştırılmasını gerektirir.

cc. Orantılılık Değerlendirmesi

Uygulama İlkelerinde idari gözetimin gerekli olması ilkesinin unsurlarından bir diğeri, idari gözetimin orantılı olmasıdır. Orantılılık ilkesi gereğince, idari gözetimden daha hafif tedbirler uygulanarak amaçlanan hedefe ulaşılması mümkünse, idari gözetim tedbirine başvurulması hukuka uygun değildir. Bu nedenle uygulayıcıların, somut olayda gerçekleştirilmesi istenen amaca ulaşılması için kesinlikle gerekli olanı aşan hiçbir

özgürlük veya hareket kısıtlamasına gitmemeleri gerekir.

Her bireysel olayda idari gözetimin orantılı (ve böylece gerekli) olduğuna kanaat getirilebilmesi için, idari gözetim yerine uygulanabilecek seçenek tedbirlerin öncelikle göz önünde bulundurulmuş olması, fakat mevcut durumda amaçlanan hedefe ulaşılması için yetersiz bulunmuş olması gerekir. Bu seçenek tedbirler, idari gözetimden daha hafif nitelikte hareket kısıtlamaları olmalıdır. Kanun, Uygulama İlkelerinden olan bu hususu dikkate alarak, idari gözetim kararı alınmadan evvel belirli bir yerde veya ilde ikamet zorunluluğu ile istenilen şekil ve sürelerde bildirimde bulunma yükümlülüğünün, yeterli olup olmayacağının öncelikle değerlendirilmesini, bu tedbirleri yeterli görülmediği takdirde idari gözetimin uygulanmasını aramaktadır. Bu değerlendirme yapılmaksızın uluslararası koruma başvuru sahiplerinin otomatik olarak idari gözetim altına alınması, uluslararası hukuka aykırı olduğu gibi Türk ulusal hukukuna da aykırılık teşkil eder. Örneğin sığınmacıların genelde ortadan kaybolduğu varsayımıyla hareket edilerek, bireysel değerlendirme ve seçenek tedbirlerin öncelikle değerlendirilmesi ilkelerine riayet edilmeden, uluslararası koruma başvurusunun değerlendirilmesi süresince idari gözetim tedbiri uygulamak yerine, öncelikle belirli bir yerde ikamet veya bildirim yükümlülüğünün yeterli olup olmayacağı araştırılmalıdır.

b. İdari Gözetim Sebepleri Açısından

aa. İdari Gözetim Sebeplerinin Uygulama İlkeleri ve Anayasa'ya Uygunluğu

Keyfilik yasağına uygun olarak, idari gözetimin istisnai bir işlem olduğu YUKK tarafından açıkça öngörülmüştür. İdari gözetimin istisnai olmasının ne anlama geldiği, Uygulama İlkelerindeki açıklamalar ışığında ele alınmalıdır. Buna göre, idari gözetimin keyfî olmaması ilkesi gereğince devletler, sığınma başvurusunun değerlendirilmesi sırasında idari gözetim tedbirine yalnızca meşru bir amaçla başvurmalıdır. Bir meşru amaç olmaksızın başvurulacak her idari gözetim tedbiri, keyfilik yasağına ve dolayısıyla

idari gözetimin istisnai olması ilkesine aykırı olacaktır.

Uygulama İlkeleri uyarınca, sığınmacıların yalnızca istisnai olarak idari gözetim altına alınabilmeleri, idari gözetim tedbirinin uygulanmasını gerektiren durumların, açıkça ve uluslararası hukukun norm ve ilkeleriyle uyumlu olarak iç hukukta belirlenmesini gerektirir. Sığınma aramak uluslararası hukuk tarafından kişilere tanınmış bir hak olduğundan, bu hakkı kullanan kişilerin özgürlüklerinin kısıtlanması sebepleri de dikkatli bir şekilde ve uluslararası hukukun getirdiği sınırlar çerçevesinde belirlenmelidir. Uluslararası hukukun bu konudaki sınırlamaları, sığınma başvurusunu resmî olarak yapmakla yasal olarak bir devlet ülkesinde bulunanların haklarının, yalnızca kamu düzeni, kamu sağlığı ve ulusal güvenlik vb. nedenlerle kısıtlanmasıdır. Bunun dışındaki sınırlama sebepleri, MSHS'nin 12(3). maddesi ve AİHS'nin 4 numaralı Ek Protokolü'nün 2(3). maddesi hükümlerine aykırılık teşkil eder. Uygulama İlkeleri de sığınmacıların idari gözetimine yalnızca kamu düzeni, kamu sağlığı ve ulusal güvenlik olmak üzere üç hâlde başvurulması gerektiğini tavsiye eder. MSHS m. 9 ve AİHS'nin 5. maddesi hükümlerinin de uluslararası koruma başvuru sahiplerinin idari gözetiminde dikkate alınması gerektiğini not edelim.

Ulusal hukukumuzda ise, Anayasa'nın 19. maddesinin yabancıların özgürlüklerinin hangi hâllerde sınırlanabileceğini düzenlediğini, hükme göre hakkında sınır dışı etme veya iade kararı alınanlar dışında, ülkeye usulüne aykırı surette girmek isteyen veya giren yabancıların da özgürlüklerinin sınırlanabileceğini görürüz. Maddede bunun dışında, bir kanuni yükümlülüğün gereği olarak da özgürlük kısıtlamalarına izin verilmektedir. Bu sebeple, Kanun'da öngörülmüş olan uluslararası başvuru sahiplerinin idari gözetimini meşru kılan amaçların hukuka uygunluğu değerlendirilirken Anayasa'nın

19. maddesinde sayılan hâllerle karşılaştırılması da önemlidir⁶¹².

Kanun'un idari gözetimi meşru kılan amaç olarak değerlendirdiği durumlar YUKK m. 68(2)'de (a) ve (ç) bentleri arasında dört ayrı bentte sayılmıştır. Aşağıda uluslararası koruma başvuru sahiplerinin idari gözetim altına alınmasını gerektiren bu hâller incelenirken, bu başlık altında andığımız hukuki çerçeveye uygun olup olmadığının değerlendirmesi yapılacaktır.

i. Kimlik veya Vatandaşlık Bilgilerinin Tespiti Amacıyla

Kanun tarafından uluslararası koruma başvuru sahiplerinin idari gözetimi için meşru bulunduğu amaçlardan ilki, başvuru sahibinin kimlik veya vatandaşlık bilgilerinin doğruluğuyla ilgili ciddi şüphe hâlinde, bu bilgilerin tespitini sağlamaktır. Söz konusu durum, kamu düzeni nedenine dayandığından MSHS ve AİHS ile uyumludur. YUKK m. 69(2)'de yer alan yükümlülüğün bir gereği olarak, Anayasa'nın 19. maddesinde kanunda öngörülen bir yükümlülüğün ihlali sebebine dayanması nedeniyle Anayasa'ya da uygun görünmektedir⁶¹³. Zira YUKK m. 69(2), başvuru sahibinin kayıt esnasında kimlik bilgilerini doğru olarak bildirmek ve varsa kimliğini ispatlayacak belge ve seyahat dokümanlarını yetkili makamlara teslim etmekle yükümlü olduğunu ifade etmektedir. Uygulama İlkeleri de, sığınmacının yetkili makamlara ilk başvuru anında kimlik bilgilerinin belirlenememesi veya bu bilgilerin tartışmalı olduğu durumlarda, kimlik kontrolünün sağlanması amacıyla sığınmacının kısa süreli olarak idari gözetim altına alınmasına onay vermektedir. Fakat bu gibi durumlarda gözetim tedbirine yalnızca güvenlik mülahazalarıyla başvurulmalıdır. Kimlik veya vatandaşlık bilgilerinin tespit edilemediği her hâlde idari gözetim tedbirinin uygulanması gereklilik unsurunu

⁶¹² **Öztürk**, Mültecinin Hukuki Statüsü, s. 468.

⁶¹³ **a.g.e.**, s. 468.

karşılamayacaktır⁶¹⁴.

Bu hâlde idari gözetim, kimlik ve vatandaşlık bilgilerinin tespitini sağlamaya yetecek kadar süreyle sınırlıdır; makul süreyi aşan özgürlük kısıtlamaları başvuru tedbiri keyfi hâle getirir. Uygulama İlkeleri, bu konuda kanunla katı zaman sınırlamaları kabul edilmesini öngörmektedir. Fakat YUKK ile, yalnızca bu idari gözetim sebebine uygulanacak şekilde bir süre sınırlaması kabul edilmemiştir. Başvuru sahiplerinin idari gözetimine uygulanan 30 günlük süre sınırı, bu hâl için de geçerlidir. Havaalanlarında yapılan uluslararası koruma başvurularında ise, 30 günlük idari gözetim süresi havaalanında tutmayı içerecek şekilde uzun yorumlanmamalıdır. Zira YUKK m. 6(5) uyarınca havaalanlarında belge kontrolü amacıyla tutulma süresi dört saatle sınırlıdır. Havaalanında belge kontrolünün hangi hususlara ilişkin olacağını düzenleyen YUKKUY m. 6(4)(a) uyarınca da, vatandaşlık ve kimlik bilgilerinin tespiti konusunda yalnızca seyahat belgelerinin kontrolü ile sınırlı bir araştırma yapılabilir. Bunu aşan vatandaşlık ve kimlik belgesi araştırmaları için m. 68 uyarınca idari gözetim kararı alınması gerektiği görüşündeyiz.

Bu idari gözetim sebebi uygulanırken sığınmacıların çoğunlukla geçerli kimlik ve pasaport gibi belgeleri yanlarına alma imkânından yoksun kaldıkları göz önünde bulundurulmalıdır. Başvuru sahiplerinin kimlik ve vatandaşlık bilgilerini geçerli bir belgeyle ispat edememeleri, onların otomatik olarak idari gözetim altına alınmaları sonucunu doğurmamalıdır. YUKK m. 69(3) hükmü bu durumu dikkate alarak kayıt esnasında başvuru sahibinin kimliğine ilişkin belge taşınamaması hâlinde, kimlik tespitinde kişisel verilerinin karşılaştırılmasından ve yapılan araştırmalardan elde edilen bilgilerin kullanılacağı; kimlik tespit araştırmaları sonucunda da kimliğine dair bilgi elde

⁶¹⁴ Aynı yönde bkz. **Akbulut**, s. 35.

edilememesi hâlinde, başvuranın beyanının esas alınacağı ilkesini benimsemiştir.

ii. Sınır Kapılarında Usulüne Aykırı Olarak Ülkeye Girmekten Alıkoyma Amacıyla

Kanun'un uluslararası koruma başvuru sahiplerinin idari gözetimini haklı gösteren nedenler arasında gösterdiği bir diğer hâl, kişinin sınır kapılarında usulüne aykırı surette girmekten alıkonmasının amaçlanmasıdır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, bir uluslararası koruma başvuru sahibinin başvuru yapmadan önce usulüne aykırı olarak ülkeye girmekten alıkonulması pratikte sınırlı uygulama alanına sahip olabilir. Zira bir sığınmacının uluslararası koruma başvuru sahibi olabilmesi için öncelikle başvurusunu sınır kapılarında kolluğa ve ülke içinde valiliklere sunması gerekir. Bu kişi eğer ülkeye girişine izin verilmeden sınırdan geçmeye çalışırsa bu hüküm gereğince uluslararası koruma başvurusunun değerlendirilmesi sırasında idari gözetim altına alınabilir. Öngörülen bu idari gözetim nedeni, Anayasa'nın 19(2). maddesi ve AİHS'nin 5(1)(f). maddesinde öngörülen tutma sebeplerini, böylece Uygulama İlkelerini yansıtmaktadır⁶¹⁵. Fakat bu nedenle idari gözetim tedbirine başvurmadan önce Uygulama İlkelerinde değindiğimiz esaslara riayet edilmelidir.

Başvuru sahiplerinin sınır kapılarında düzensiz girişleri nedeniyle idari gözetim altına alınmasıyla ilgili olarak özellikle, havalimanlarında sahte seyahat belgesi kullandığı tespit edilen sığınmacıların durumunu incelemek gerekir. Bu kişiler bir zulüm tehdidinden kaçmakla birlikte taşıyıcılara getirilen yükümlülükler nedeniyle sınır kapılarına ulaşmalarındaki engeller nedeniyle sınır kapılarına sahte seyahat belgeleriyle varabilirler. Bu durumun tespiti hâlinde haklarında sınır dışı etme kararı verilerek idari gözetim altına alınmaları söz konusu olabilir. Bu kişilerin idari gözetimi m. 68

⁶¹⁵ **Öztürk**, Mültecinin Hukuki Statüsü, s. 469.

kapsamında değil, m. 57 kapsamındadır. Bundan hariç olarak, sınır kapılarında sahte belge kullandığı tespit edilen kişi uluslararası koruma başvuru sahibiyse hakkında uygulanacak idari gözetim tedbiri m. 68 hükmüne tabi olmalıdır. Fakat yukarıda değindiğimiz gibi bu iki olgunun bir arada bulunması oldukça zordur. Bu kişilerin havalimanı karakollarında tutulması durumunda gerçekleştirilen tutma işleminin ayrıca Anayasa'nın 19. maddesine uygun olması gerektiğini belirtelim⁶¹⁶. Bu nedenle, kanunla kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına getirilmiş bir sınırlama olmadıkça, havaalanı karakollarında tutma işlemi hukuka uygun olmayabilir. Bu hususta, Uygulama Yönetmeliği'nin 6(2). maddesi uyarınca, havaalanlarında belge kontrolü işlemine ilişkin dört saatlik süreye tabi olmayan adli işlemlerde geçen sürenin uygulanmasında buna dikkat edilmesi gerektiği görüşündeyiz. Bu hususta ayrıca, yabancının öngörülemez bir süre için alıkonması ve kapsamlı kontrol işlemlerinin fiili idari gözetim uygulamasına dönüşme ihtimali dahilinde endişeler dile getirilerek havaalanlarında uluslararası koruma başvurusunda bulunulmasında kapsamlı kontrol işlemleri sırasındaki özgürlük kısıtlamalarına dair kanun düzenlemesi ihtiyacına değinilmiştir⁶¹⁷.

iii. Başvurusuna Temel Olan Unsurların Belirlenebilmesi Amacıyla

Başvuru sahiplerinin idari gözetim altına alınabilmelerine imkân veren üçüncü sebep, idari gözetim tedbiri uygulanmaksızın sığınmacının uluslararası koruma başvurusuna temel oluşturan unsurların belirlenemeyecek olmasıdır. Sığınma başvurusunun dayandığı temel unsurların tespit edilmesi, başvurunun açıkça mesnetten yoksun olup olmadığı veya sistemi istismar etme niyetiyle yapılıp yapılmadığını tespit etmek için önemli olabilir.

⁶¹⁶ **B.T.**, para. 93-94.

⁶¹⁷ **Akbulut**, s. 38-42.

Bu üçüncü durum da Anayasa'nın 19. maddesinde yer alan kanunda öngörülen bir yükümlülüğün ihlali sebebine dayandığından Anayasa ile uyumludur⁶¹⁸. Zira YUKK m. 75(2) uyarınca, yetkililerle iş birliği yapmak ve uluslararası koruma başvurusunu destekleyecek tüm bilgi ve belgeleri sunmak başvuru sahibi için getirilmiş bir yükümlülük olup bu yükümlülüğün ihlali idari gözetim tedbirinin uygulanmasına yol açabilir. Kamu düzeni gereğine dayanan bu idari gözetim sebebi de MSHS ve AİHS hükümleriyle ve böylece Uygulama İlkeleriyle uyumludur; ancak yine içeriğinin Uygulama İlkeleriyle doldurulması gerekir. Buna göre bu idari gözetim sebebi, yalnızca sığınma başvurularının temelini oluşturan iddiaların ilk kez kaydedilmesi amacıyla uygulanmalıdır. Başvuru sahibi idari gözetim altına alınmadan, kaydedilmesi gereken bilgilerin tespiti mümkün olmayacaksa idari gözetim tedbirine başvurulabilir. Burada edinilmesi gereken bilgiler yalnızca, başvuru sahibinin sığınma ihtiyacına neden olan olay ve olguların öğrenilmesinden ibarettir. Söz konusu durumlarda idari gözetim tedbirinin hukuka uygunluğu, bu olay ve olguların tespitinin sağlanabileceği kadar makul bir süreyle sınırlıdır. Makul sürenin aşılması hâlinde idari gözetimin keyfi hâle geleceğini düşünüyoruz.

Önemle vurgulanması gereken bir diğer husus, bu idari gözetim sebebinin yalnızca ilk kayıtla sınırlı olmasıdır. Mülakat ve başvurunun değerlendirilmesi süreçleri, bu gözetim sebebiyle izin verilen kapsamın dışındadır. Mülakat ve başvurunun değerlendirilmesi aşamalarında gözetim tedbirinin uygulanabilmesi için, aşağıda kamu düzeni ve kamu güvenliği açısından ciddi tehlike oluşturma nedeniyle aranan unsurlar gerçekleşmiş olmalıdır.

⁶¹⁸ **Öztürk**, Mültecinin Hukuki Statüsü, s. 468.

iv. Kamu Düzeni ve Güvenliği Açısından Ciddi Tehlike Oluşturma Nedeniyle

Uygulama İlkeleriyle idari gözetimi meşru kılan kamu düzeni sebepleri, (i) sığınmacının yetkili makamlarla işbirliği yapmadığı hâllerde kaçma ve kaybolmasını önlemek, (ii) açıkça mesnetsiz ve sistemi istismar eden sığınma iddialarının hızlandırılmış usulde değerlendirilmesi, (iii) ilk kimlik veya güvenlik doğrulaması yapmak, (iv) ön görüşme (ilk kayıt) kapsamında, idari gözetim tedbiri uygulanmaksızın tespit edilmesi mümkün olmayan ve sığınma başvurusunun temelini oluşturan unsurların kayıt altına alınması; (v) ülkeye yasal olmayan yollarla giriş yapmaktan alıkoymak, olmak üzere beş sebepten oluşmaktadır. Bunlardan son üçü, yani ilk kimlik ve güvenlik doğrulaması yapmak, ilk kayıt kapsamında sığınma başvurusunun temelini oluşturan unsurların tespitini sağlamak ve ülkeye yasal olmayan yollarla giriş yapmaktan alıkoymak hâli, YUKK tarafından kamu düzeninden ayrı bir kategori olarak kabul edilmiştir. Uygulama İlkelerinin diğer idari gözetim sebeplerinden "sığınmacının yetkili makamlarla işbirliği yapmadığı hâllerde kaçma ve kaybolmasını önlemek" Anayasa'nın 19. maddesi kapsamında kanunda öngörülen bir yükümlülüğün yerine getirilmemesinin bir gereği olarak değerlendirilebilir. Zira başvuru sahibinin YUKK m. 75(2) gereğince işbirliği yapma yükümlülüğü bulunmaktadır. Ancak "açıkça mesnetsiz ve sistemi istismar eden sığınma iddialarının hızlandırılmış usulde değerlendirilmesi" bakımından kanunda öngörülmüş bir yükümlülük olmadığı gibi, bu durumu Anayasa'nın 19. maddesindeki diğer sebepler kapsamında da değerlendiremeyiz. Dolayısıyla başvuru sahiplerinin kamu düzeni nedeniyle idari gözetimini Uygulama İlkelerinde bu kategoride yer alan hâllerden yalnızca, 'sığınmacının yetkili makamlarla işbirliği yapmadığı hâllerde kaçma ve kaybolmasını önlemek' hâlinin mevcut olması durumunda meşru olabileceği görüşündeyiz.

Kaçma ve kaybolma şüphesinin bulunması, esasen hakkında sınır dışı etme kararı

alınmış bir yabancıнын idari gözetim altına alınmasını gerektirecek sebeplerden biridir. Uluslararası koruma başvuru sahipleri bakımından ise, kamu düzeni açısından ciddi tehlike oluşturma nedeni çerçevesi içinde, kaçma ve kaybolma şüphesi taşıyan başvuru sahiplerinin başvurusunun değerlendirilmesi sürecinde idari gözetim altına alınması mümkün olabilir. Uygulama İlkeleri bu durumda gözetim tedbiri uygulanmasına izin verdiği gibi, bu hâl aynı zamanda Anayasa'nın 19. maddesi kapsamında değerlendirilebilir. Ancak bu hâlde gözetim tedbiri uygulanmasının koşulu, başvuru sahibinin başvuru makamıyla işbirliği yapmayı reddettiği kanaatini uyandıracak güçlü sebepler olmasıdır. Yine başvuru sahibinin kaçma veya kaybolma şüphesi taşıyıp taşımadığı değerlendirilirken, onun varsa önceki davranışları, başvurusunun basit unsurlarıyla ilgili bilgi sağlama konusunda istekli olup olmadığı gibi somut göstergeler dikkate alınmalıdır. Bu değerlendirmenin yapılması, iyi niyetli başvuru sahiplerini, iltica sistemini istismar etme amacıyla olan kişilerden ayırt ederek yanlışlıkla özgürlüklerinin kısıtlanmasına engel olur. Nitekim, Ankara 3. Sulh Ceza Hâkimliği de, İran uyruklu bir sığınmacının uluslararası koruma başvurusu yapmasından sonra, kaçma ve kaybolma şüphesi bulunması nedeniyle bir aylık değerlendirme süresi içerisinde idari gözetim altına alınması kararına karşı yapılan başvuruda, kaçma ve kaybolma riskinin somut bir veri ile tespit edilmemesi nedeniyle idari gözetim kararının kaldırılmasına karar vermiştir⁶¹⁹.

Kamu güvenliğini tehdit ettiği düşünülen bir başvuru sahibinin idari gözetim altına alınmasına ilişkin sebep de Uygulama İlkeleriyle uyumludur. Ancak bu nedenle başvurulacak idari gözetim tedbirleri mutlaka, Anayasa'nın 19. maddesinde sayılan özgürlük kısıtlaması sebeplerine dayanmalıdır⁶²⁰. Örneğin, mahkemelerce verilmiş

⁶¹⁹ Ankara 3. Sulh Ceza Hakimliği, 2015/647 D. İş, T. 13/02/2015. Aynı yönde, İstanbul 2. Sulh Ceza Hakimliği, D. İş 2017/68, T. 26/05/2017.

⁶²⁰ **Öztürk**, Mültecinin Hukuki Statüsü, s. 469.

özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezanın veya güvenlik tedbirinin yerine getirilmesi yahut bir mahkeme kararı veya kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olmalıdır. Ayrıca, işlemin gerekçesi 2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanunu⁶²¹ (İYUK) m. 20'nin emredici hükmü uyarınca mahkemeye bildirilmeli, sığınmacının hangi eyleminin kamu güvenliğini tehdit ettiği açıkça gösterilmelidir⁶²². Anayasa'nın 19. maddesinde toplum için tehlike teşkil ettikleri öngörülen akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol bağımlısı veya serserilerin özgürlüklerinin kısıtlanmasına izin vermiş ve madde gerekçesinde bunların “suç öncesi tehlikeli hâl” olarak adlandırılan durumda bulunduklarını belirtmiştir. Bu profildeki kişilerin kamu güvenliği gerekçesiyle gözetim altına alınmaları Anayasa hükmüne uygun olacaktır. Buna ek olarak Uygulama İlkelerinde bahsettiğimiz AİHM içtihatları da, kamu güvenliği nedenine dayanılarak başvurulmuş idari gözetim tedbirinin hukuka uygunluğunda belirleyici role sahiptir.

Kamu düzeni ve kamu güvenliği nedeniyle idari gözetim tedbirine başvurulmasının kanuna uygun olabilmesi için, kamu düzeni veya güvenliğinin bozulmasıyla ilgili ciddi bir tehlikenin varlığı gerekir. Hangi hâllerin ciddi tehlike arz edeceği açık olmasa da⁶²³, görüşümüze göre burada ölçüt, kişinin davranışlarının ve özel durumunun somut ve ispat edilebilir ağırlığı olmalıdır. İdare, bu hâllerde takdir yetkisini kamu yararı ilkesi çerçevesinde kullanmalı ve işlemi gerekçelendirmelidir⁶²⁴. Somut

⁶²¹ R.G.: T. 20.01.1982, Sa. 17580.

⁶²² **Huysal/Şermet**, s. 2206.

⁶²³ Kamu düzeni ve kamu güvenliği kavramlarının kanunda tanımının yapılmamış olması doktrinde pek çok yazar tarafından eleştirilmektedir. Bkz. **Dardağan Kibar**, An Overview, s. 123; **Erten**, s. 30-31; **Huysal/Şermet**, s. 2205-2206; **Bayraktaroğlu Özçelik**, s. 228.

⁶²⁴ **Kuşçu**, s. 262.

göstergelere dayanmadan varsayımlar veya önyargılarla, başvuru sahiplerinin özgürlüklerinin kısıtlanması kanuna ve AİHS'nin 5. maddesine uygunluk arz etmez⁶²⁵. Özellikle idari gözetim kararının mahkemelerce resen incelenmesi usulünün kabul edilmemesi durumu göz önüne alındığında, kamu düzeni ve kamu güvenliği gibi geniş kapsamlı kavramlar gerekçe gösterilerek gözetim tedbiri uygulamasının keyfiyet teşkil etmesi söz konusu olabilir⁶²⁶.

Bu arada kısaca değinmek gerekir ki, YUKK m. 79(1)(e) hükmü gereğince, kamu düzeni ve kamu güvenliği açısından tehlike oluşturan başvuru sahiplerinin başvuruları hızlandırılmış usulde değerlendirilir. Uygulama İlkeleri özellikle, açıkça temelden yoksun uluslararası koruma başvuruları söz konusu olduğunda, bu başvuruların hızlandırılmış usulde değerlendirileceğine dair kanunla düzenleme yapılmış olması şartını aramaktadır; ki 79(1). maddenin (a) ve (b) bentlerinde mesnetsiz ve sahte başvurularla ilgili düzenleme yapılmıştır. Diğer idari gözetim sebepleri hâlindeyse, başvuru normal usulde değerlendirilecektir. Zira hızlandırılmış usulü düzenleyen 79. maddede kamu düzeni ve kamu güvenliği hariç başvuru sahiplerinin idari gözetim sebeplerinden birine karşılık gelen başka bir sebep sayılmamıştır.

bb. İdari Gözetim Altına Alma Bakımından Haklı Sebep Oluşturmayan Hâller

i. Uluslararası Koruma Başvurusu Nedeniyle

İdari gözetimin istisnai olması, kişilerin sırf sığınma başvuruları nedeniyle idari gözetim altına alınamayacakları anlamına gelir. Zira devletler, kişilerin sığınma arama hakkına saygı gösterme yükümlülüğü altındadır. Bu ilkeyle uyumlu olarak YUKK m.

⁶²⁵ **Öztürk**, Mültecinin Hukuki Statüsü, s. 469-470.

⁶²⁶ **NOAS**, s. 32.

68(1), uluslararası koruma başvuru sahiplerinin sadece uluslararası koruma başvurusunda bulunmalarından ötürü idari gözetim altına alınamayacakları ilkesini kabul etmiştir. Uluslararası koruma başvuru sahiplerinin gereklilik değerlendirmesi yapılmaksızın otomatik olarak sadece başvuruda bulunmaları nedeniyle idari gözetim altına alınması, anılan bu kuralı ihlal eder. Ayrıca, gelecekteki sığınmacıları caydırmak amacıyla idari gözetim tedbiri uygulaması da sığınmacıların idari gözetiminde meşru bir amaç değildir.

Özellikle havaalanı transit bölgelerinde uluslararası koruma başvurusunda bulunan kişilerin idari gözetiminde, Kanunun saydığı haklı sebeplerin varlığı ve ayrıca bireysel gereklilik değerlendirmesi yapılması şarttır. Sınır kapılarında uluslararası koruma talep eden kişilerin, başvuruları nedeniyle otomatik olarak gözetim altına alınmaları kanuna aykırı olur. Sivil toplum kuruluşları yayımladıkları raporlarda, uluslararası koruma başvurusu yapanların sınır kapılarında, özellikle de İstanbul Atatürk Havalimanı ve Ankara Esenboğa Havalimanı'nda gözetim altına alındıklarını, ülke içerisinde düzensiz durumu tespit edilmeden valiliklere başvurarak uluslararası koruma başvurusu yapanlara idari gözetim tedbirinin uygulanmadığını bildirmektedir⁶²⁷.

Bu arada, havaalanı transit bölgelerinde tutma işleminin Türk hukukunda idari gözetim tedbiri kapsamında olup olmadığına da değinmek gerekir. Havalimanı transit bölgelerine ilişkin olarak kabul edilen YUKK düzenlemesi, bu alanlarda gerçekleştirilecek alıkoyma hâllerini bilinçli olarak idari gözetim tanımı kapsamından çıkarmış görünmektedir. Nitekim yabancıların hangi hâllerde havalimanı transit alanlarında tutulacağını düzenleyen YUKK'un 6. maddesinin (3) ve (5) numaralı paragraflarında, belge kontrolü ve kapsamlı kontrol amacıyla herhangi bir süre

⁶²⁷ **AIDA**, s. 80.

sınırlaması getirilmeksizin tutma, idari gözetim olarak kabul edilmemiştir⁶²⁸. Avrupa Konseyi Göç ve Mülteciler Özel Temsilcisi tarafından hazırlanan raporda, İstanbul Atatürk Havalimanı transit alanında tutulan kişilerin özgürlüklerinin kısıtlandığı vurgulanmaktadır⁶²⁹. Türkiye ise, havaalanı transit alanlarında yapılan tutma işlemlerinin idari gözetim uygulaması teşkil etmediğini, zira buradaki kişilerin istedikleri an istedikleri ülkeye gitmekte serbest olduğunu, uluslararası hukuka göre devletlerin kabul edilmeyen yolculara ilişkin herhangi bir kısıtlama yapma veya ülkeden ayrılmaları için bir süre sınırlaması belirleme yetkisi bulunmadığını ifade etmiştir⁶³⁰. AİHM'in *Amuur v. France* başvurusundaki içtihadı doğrultusunda, havaalanı uluslararası transit bölgelerinin, uluslararası hukuka değil bulunduğu ülke hukukuna tabi olduğunu kabul etmek gerekir. Aynı içtihat çerçevesinde, sığınmacılar söz konusu olduğunda transit alanın dışarıya açık olduğu savunması geçerli değildir. Zira sığınmacıların hayatlarının ve özgürlüklerinin tehdit altında olduğu bir ülkeye diledikleri zaman dönmeleri mümkün değildir. Bu nedenle havaalanı transit bölgelerinde gerçekleştirilen tutma işleminin bir idari gözetim teşkil ettiği kabul edilmelidir.

⁶²⁸ **Ekşi**, İdari Gözetim, s. 5.

⁶²⁹ **CoE, Special Representative of the Secretary General on migration and refugees**: “Report of the fact-finding mission to Turkey by Ambassador Tomáš Boček, 30 May - 4 June 2016”, Information Documents SG/Inf (2016) 29, 10 August 2016, para. IX(1)(a).

⁶³⁰ **CoE, CPT**: Response of the Turkish Government to the report of the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) on its visit to Turkey from 16 to 23 June 2015, CPT/Inf (2017) 33, Strasbourg, 17 October 2017, s. 3-4.

ii. Düzensiz Giriş Nedeniyle Ceza Olarak

Cezalandırma yasağına ilişkin Cenevre Sözleşmesi'nin 31(1). maddesi, YUKK m. 65(4) hükmüyle Türk ulusal mevzuatına dahil edilmiştir⁶³¹. Bu çerçevede yine, salt sığınmacının ülkeye düzensiz yolla giriş yapmış olması sebebine dayanılarak başvuru idari gözetim cezalandırma yasağı kapsamında olduğundan, bu durumlar kişinin idari gözetim altına alınmasına sebebiyet vermemelidir⁶³².

iii. Kamu Sağlığının Korunması Amacıyla

Başvuru sahiplerinin idari gözetimini düzenleyen 68. maddede öngörülen idari gözetim sebepleri arasında, kamu sağlığının korunması sebebi öngörülmemiş, yalnızca kamu düzeni ve kamu güvenliği hâlleri kapsam altına alınmıştır. Bu durum Anayasa'nın 19. maddesiyle uyumludur. Zira Anayasa kamu sağlığı sebepleriyle özgürlük kısıtlamalarına izin vermemiş, yalnızca akıl hastası ve uyuşturucu ve alkol bağımlısı vb. kişilerin kamu güvenliğinin korunması amacıyla tedavi ve ıslah edilmek üzere özgürlüklerinin kısıtlanmasına izin vermiştir. Dolayısıyla başvuru sahiplerinin kamu sağlığının korunması amacıyla idari gözetim altına alınmaları yasaya aykırı olur.

Bununla birlikte AIHS'nin 5. maddesinin 1(e) bendi, bulaşıcı hastalıkların yayılmasını engellemek amacıyla, hastalığı yayabilecek kişilerin yasaya uygun olarak tutulmasına izin vermektedir. Fakat bu hüküm, bulaşıcı hastalık yayma riski taşıyan başvuru sahiplerinin idari gözetim altına alınmalarını gerektirmez. Aksi hâlde Anayasa'ya aykırı bir özgürlük kısıtlamasına yol açar. Bu nedenle bulaşıcı hastalık taşıyan başvuru sahiplerinin idari gözetim tedbirinden başka bir tedbirle tedavilerinin

⁶³¹ Bu husustaki açıklamalar için bkz. “§5.II.B.2.a.bb. Düzensiz Giriş Nedeniyle Cezalandırma Yasağının Türk Hukukundaki Görünümü”.

⁶³² **Öztürk**, Mültecinin Hukuki Statüsü, s. 470.

sağlanması gerekir. Bu husus dikkate alınarak Yönetmelik'in 65(9). maddesinde *“Kamu sağlığını tehlikeye düşürebileceği değerlendirilen başvuru sahipleri hakkında valilikler tarafından gerekli tedbirler alınır.”* denilerek bu kişilere idari gözetim tedbirinden başka bir tedbir alınması gerektiği dolaylı olarak kabul edilmiştir. Uygulama İlkeleri doğrultusunda, valiliklerce alınması gereken bu tedbir, kişinin sağlık taramasının ve tedavisinin gerçekleştirilebileceği yeterlilikte bir hastane ve klinik gibi sağlık merkezlerinde tedavi altına alınması olmalıdır.

c. İdari Gözetim Süresi Açısından

Uygulama İlkeleri uyarınca, başvuru gözetim tedbiri makul sürelerle kısıtlı olmalı ve tedbirin amacının gerçekleşmesiyle idari gözetime son verilmelidir. Bu husus Kanun'da da güvence altına alınarak 68. maddenin 5. fıkrasında idari gözetim altına alınan başvuru sahiplerinin işlemlerinin en kısa sürede tamamlanacağı ve şartları ortadan kalktığı takdirde idari gözetiminin derhâl sonlandırılacağı ilke olarak kabul edilmiştir. Aynı maddede başvuru sahiplerinin idari gözetiminin her hâlükarda otuz günü geçemeyeceği de düzenlenerek idari gözetime süre sınırlaması getirilmiştir. Otuz günlük bu süre uzatılamaz. Bu nedenle, otuz günlük sürenin dolmasıyla idari gözetimin sonlandırılmasına dair karar verilerek başvuru sahibi serbest bırakılmalıdır⁶³³.

Kanun'un öngördüğü bu düzenlemeler Uygulama İlkeleriyle genel olarak uyumludur. Fakat idari gözetim süresinin otuz gün olarak belirlenmesi karşısında, idari gözetim sebebini oluşturan durumun ortadan kaldırılmasının son ana bırakılmaması gerekir. Örneğin sığınmacının kimlik bilgilerinin tespit edilmesi nedenine dayanılarak idari gözetim tedbiri uygulanmaktaysa, kimlik bilgilerinin tespiti için otuz günlük sürenin sonuna kadar beklenmemelidir. Aksi bir uygulama, keyfîlik yasağına aykırılık teşkil

⁶³³ Akbulut, s. 64.

edebilir⁶³⁴.

2. Geçici Koruma Kapsamında İdari Gözetim

Geçici koruma kapsamındaki kişiler, uluslararası korumaya tabi olmadıklarından haklarında uluslararası koruma başvuru sahiplerinin idari gözetimine ilişkin kurallar uygulanmaz. Uygulama İlkeleri ve AY m. 19(2) hükümleri doğrultusunda, geçici koruma başvurusuna bağlı olarak idari gözetim kararı alınabilmesi için, bu hususun yasal kesinlik ilkesini karşılayacak şekilde kanunla öngörülmüş olması gerekir. Bu hususta YUKK hükümleri herhangi bir düzenleme içermemektedir. YUKK m. 91(2) uyarınca geçici korunanların ülkeye kabulü, ülkede kalışı ve hak ve yükümlülüklerinin düzenlendiği Geçici Koruma Yönetmeliği incelendiğinde de, geçici koruma başvurusuna bağlı olarak idari gözetim tedbiri uygulanmasına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. GKY yalnızca, 6(2). maddesinde, sınır dışı edilmesi gerektiği hâlde geri gönderme yasağı nedeniyle sınır dışı edilemeyecek geçici korunanlar hakkında idari tedbirler alınabileceğini düzenlemektedir. Benzer şekilde, 8(3). ve 35(3). maddelerinde de kimi kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı niteliğinde sınırlamalara yer verilmektedir. Belirtelim ki, bu hükümlere dayanarak geçici koruma kapsamındaki sığınmacılar hakkında idari tedbir olarak idari gözetim kararı alınamaz. Nitekim bir yabancının özgürlüğünün kısıtlanması, hakkında alınmış bir idari gözetim kararı ile mümkün olmakla birlikte GKY tarafından öngörülen bu kısıtlama hâlleri, idari gözetim kararının düzenlendiği YUKK m. 57 veya m. 68'e uygun olarak da düzenlenmemiştir⁶³⁵. Ayrıca, Anayasa'nın 16. maddesine göre, yabancıların temel haklarına ilişkin bir sınırlandırmanın kanunla düzenlenmiş olması şarttır. Bu çerçevede, geçici korunanların, geçici koruma işlemleri nedeniyle idari

⁶³⁴ a.g.e., s. 58.

⁶³⁵ Öztürk, Geçici Koruma, s. 253-254.

gözetim altına alınamayacağı sonucuna ulaşılmaktadır. Dolayısıyla, usulünce alınmış bir sınır dışı etme kararı olmaksızın alınan veya gerçekleştirilen idari gözetimin AİHS'nin 5. maddesi ile Anayasa'nın 19. maddesini ihlal etmesi söz konusu olabilir⁶³⁶.

Yönetmelik ayrıca 5. maddesinde, YUKK m. 65(4) hükmüne paralel olarak, geçici koruma kapsamındaki kişilerin düzensiz giriş ve bulunuşları nedeniyle idari para cezasına tabi tutulmayacaklarını öngörür. Bu hükmün de Cenevre Sözleşmesi'nin 31(1). maddesinin düzensiz giriş nedeniyle cezalandırma yasağı kapsamında yorumlanarak düzensiz girişlerinin cezai işlem teşkil edebilecek hiçbir yaptırıma tabi tutulması gerekir⁶³⁷.

Geçici koruma kapsamındaki kişilerin sınır dışı edilmek üzere idari gözetim altına alınması ise mümkün gözükmemektedir. Geçici Koruma Yönetmeliği, 6. maddesinin 1. fıkrasında, geçici koruma kapsamındaki kişilerin geri gönderme yasağına tabi olduğunu kabul eder. Ancak YUKK'ta veya GKY'nde geçici koruma altındaki yabancılara özel olarak kabul edilmiş sınır dışı edilmelerine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Açıkça aksi doğrultuda bir düzenleme bulunmadığı sürece, yabancılar hakkındaki genel düzenlemelerin geçici korunanları da kapsayacağı söylenebilir⁶³⁸. Dolayısıyla, bizim de

⁶³⁶ Çetin, E./Öztürk, N.Ö./Gökaltın Aras, N.E./Şahin Mencütek, Z.: HORIZON 2020 – RESPOND (770564) – TURKEY, <http://uu.diva-portal.org/smash/get/diva2:1248427/FULLTEXT02.pdf> (E.T. 17/11/2019), s. 683.

⁶³⁷ Bu hususta §5.II.B.2.a.bb. Düzensiz Giriş Nedeniyle Cezalandırma Yasağının Türk Hukukundaki Görünümü başlığındaki açıklamalara bakılabilir. Hükümde genel olarak ceza ifadesinin kullanılmasının Sözleşme ile uyum açısından daha isabetli olacağı görüşü için bkz. Öztürk, Geçici Koruma, s. 252.

⁶³⁸ Öztürk, Geçici Koruma, s. 242.

katıldığımız görüşe göre, bu hususta YUKK’un genel olarak sınır dışı etme kararına ilişkin maddeleri uygulama alanı bulmalıdır⁶³⁹. Zira aksinin kabulü⁶⁴⁰, YUKK m. 54(2) hükmüyle yalnızca uluslararası koruma kapsamındakilerin bazı güvencelerden yararlanabildikleri göz önüne alındığında, geçici korunanlara, kanunkoyucunun iradesi hilafına, uluslararası koruma kapsamındaki kişilere getirilen korumadan daha geniş bir koruma sağlanması anlamına gelir⁶⁴¹. Doktrinde, geçici korunanlara m. 54(1) ve m. 54(2)’den hangisinin uygulanacağını belirsiz olması nedeniyle GKY’ne konacak bir maddeyle bu konunun açıklığa kavuşturulması ihtiyacı da dile getirilmiştir⁶⁴². Bu hususta Anayasa’nın 16. maddesi uyarınca kabul edilmiş olan kanunilik ilkesi doğrultusunda temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında yabancının aleyhinde yorum yapılamayacağı ve mevzuatın geniş yorumlanamayacağı, bununla birlikte geçici korumanın da uluslararası koruma gibi bir koruma ihtiyacına işaret ettiğinden, geçici korunanlara da sınır dışı etme nedenlerini daraltan 54(2). madde hükümlerinin uygulanması yönünde bir görüş de bulunmaktadır⁶⁴³. Elbette, geri gönderme yasağına

⁶³⁹ **Doğan**, s. 118.

⁶⁴⁰ Doktrinde geçici koruma kapsamındaki yabancıların sınır dışı edilmeleri konusunda kanun boşluğu bulunduğu ve bu nedenle sınır dışı edilemeyeceklerine dair görüş için bkz. **Çelikel/Gelgel**, s. 131-133; **Aydoğmuş**, s. 160.)

⁶⁴¹ **Doğan**, s. 118.

⁶⁴² **Ekşi, N.:** “Geçici Koruma Yönetmeliği Uyarınca Geçici Korumanın Şartları, Geçici Koruma Usulü, Sağlanan Haklar ve Geçici Korumanın Sona Ermesi”, (“Geçici Koruma”), İstanbul Barosu Dergisi, C. 88, Sa.6, s. 82-83.

⁶⁴³ **Elçin, D.:** “Türkiye’de Bulunan Suriyelilere Uygulanan Geçici Koruma Statüsü 2001/55 Sayılı Avrupa Konseyi Yönergesi ile Geçici Koruma Yönetmeliği Arasındaki Benzerlik ve Farklılıklar”, TBB Dergisi, 2016, Sa. 124, s. 40-41.

ilişkin YUKK m. 4 ve GKY m. 6(1) hükümleri, geçici koruma kapsamında olup hakkında sınır dışı etme kararı verilen kişilerin geri gönderme yasağına aykırılık teşkil edebilecek bir ülkeye gönderilmelerine engel olur⁶⁴⁴. Aynı gerekçeyle, bu kişilerin sınır dışı edilmek üzere idari gözetim altına alınmaları da söz konusu olmamalıdır.

D. İdari Gözetim İlişkin Usuli Güvenceler

1. İdari Gözetim Sebebi ve Hukuki Yollar Hakkında Bilgilendirilme

Başvuru sahiplerinin gözetim hâlinin düzenlendiği YUKK m. 68(4)'te idari gözetim kararının, gerekçeleri ve gözetimin süresini içerecek şekilde idari gözetim altına alınan kişiye veya yasal temsilcisine ya da avukatına yazılı olarak tebliğ edileceği düzenlenmektedir. Kanun, bu düzenlemesiyle Uygulama İlkeleri ile uyum içindedir⁶⁴⁵. Sınır dışı edilmek üzere idari gözetim hâlinde ise, YUKK m. 57(5) gereğince, idari gözetim kararına ek olarak, şayet yapıldıysa idari gözetimin süresinin uzatılması ve periyodik inceleme sonuçlarının da gerekçeleriyle kişiye, yasal temsilcisine veya avukatına yazılı olarak tebliğ edilmesi gerekir. Kişi avukat tarafından temsil olunmuyorsa kendisi veya yasal temsilcisi karar ve itiraz usulleri ile itiraz süreleri hakkında sözlü olarak da bilgilendirilir. Ancak bilgilendirmenin derhâl ve kişinin anlayacağı dilde yapılmasına ilişkin ne Kanun ne de Yönetmelik'te herhangi bir husus öngörülmüştür. Bu eksikliğin, öncelikle Anayasa'nın 38(4). maddesinde öngörülen sürelerin uygulanmasıyla

⁶⁴⁴ **Ekşi**, Geçici Koruma, s. 82; **Öztürk**, Geçici Koruma, s. 245. Bu hususta Anayasa Mahkemesinin *K.A.* kararında, geçici koruma altına alınmakla başvurunun, UNHCR tarafından dile getirildiği şekilde, isteği dışında menşe ülkesine gönderilemeyeceğini ve Anayasa'nın 17. maddesi uyarınca sınır dışı edilmesinin mümkün olmadığını belirtmiştir (*K.A.*, para. 49-61) .

⁶⁴⁵ **Akbulut**, s. 57.

giderilmesi gerekir. Buna göre sözlü bilgilendirme derhâl, yazılı bilgilendirme de mümkün olan en kısa zamanda yapılmalıdır. Sözlü ve yazılı bilgilendirmenin makul olan süreden daha çok gecikmesinin, Anayasa m. 38(4), AIHS m. 5(2) ve MSHS m. 9(2)'yle aykırılık oluşturacağı kanaatindeyiz. Ayrıca derhâl bilgilendirmeye ilişkin Uygulama İlkelerinin öngördüğü güvencelere, örneğin kişinin özgürlüğünün kısıtlanması sebeplerinin her hâlde yakalama anında kendisine bildirilmiş olmasına da riayet edilmesinin önemini vurgulamak isteriz.

Konuyla ilgili olarak Anayasa Mahkemesi önünde karara bağlanan *B.T.* başvurusunda, hakkında alınan idari kararın başvurucuya tebliğ edilmediği öne sürüldüğünden, başvurucunun altmış gün boyunca herhangi bir hukuki temele dayanmadan idari gözetim altında tutulduğu sonucuna ulaşmış, alınmış bir karar olmadığından yabancıya bu konuda bilgilendirme de yapılamayacağından Anayasa'nın 19(4). maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır⁶⁴⁶. Benzer şekilde *K.A.* kararında da, sınır dışı edilmek üzere idari gözetim altında bulunan Suriyeli sığınmacının hakkında alınan idari kararlar hakkında bilgilendirilmemesi gerekçesiyle ihlal kararı vermiştir⁶⁴⁷. Aynı hükmün ihlali, periyodik değerlendirme sonuçlarının da sığınmacıya veya avukatına bildirilmemiş olması nedeniyle de verilmiştir.

Kişinin adli yardıma erişim hakkına ilişkin bilgi verilmesi de, Uygulama İlkelerinde bildirim hakkı kapsamında değerlendirilmektedir. Hukukumuzda buna ilişkin kurallar öngörülmemiştir. Kanaatimizce bu eksiklik de uygulamada Uygulama İlkeleriyle doldurularak benzer durumda Türk vatandaşlarına sağlanan adli yardım imkânı hakkında sığınmacılar bilgilendirilerek adli yardıma erişimleri sağlanmalıdır.

⁶⁴⁶ **B. T.**, para. 99-101.

⁶⁴⁷ **K. A.**, para. 136-146.

Son olarak, Anayasa'nın hükmü gereğince, sığınmacının varsa yakınlarının kişinin yakalandığı veya tutuklandığı hakkında derhâl bilgilendirilmesi, bu konuda uygulanması gereken bir diğer güvencedir. Bu güvence, özellikle mahkemeye başvuru hakkının etkili kullanımının sağlanması bakımından önem taşır. Bu konuda kanunda herhangi bir düzenleme öngörülmemiş olsa da, bu eksiklik Anayasa hükmünün doğrudan uygulanmasıyla giderilmelidir.

2. Periyodik İnceleme

Yasadaki koşulları taşıyan ve böylece hukuka uygun olan bir idari gözetim kararının, sonradan keyfî hâle dönüşmemesi için, kararı alan idari makamdan bağımsız bir adli veya idari organ tarafından periyodik incelemeye tabi tutulması Uygulama İlkelerindendir. İdari gözetim tedbirinin periyodik olarak incelenmesi kurumu, hukukumuzda uluslararası koruma başvuru sahipleri bakımından bir usuli güvence olarak benimsenmemiştir. Bu anlamda Uygulama İlkeleri ile uyumsuzluk söz konusudur. Bununla birlikte, kararı alan idareye şartları ortadan kalktığı takdirde idari gözetimin derhâl sonlandırılması yükümlülüğü getirilmiştir. Sınır dışı etmek üzere idari gözetim uygulamasında olduğu gibi, bu hâlde de idari gözetim kararının alınmasına sebep olan hâllerin objektif olarak ortadan kalkmasıyla idari gözetim sonlandırılmalıdır. Ayrıca, idari gözetimin devamında gerek görülmeyerek sonlandırılması hâlinde, ilgili kişiye ikamet zorunluluğu ve bildirim yükümlülüğünün yanı sıra başka yükümlülükler de getirilebileceği öngörülmüştür (m. 68(3)).

Periyodik inceleme, Türk hukukunda sınır dışı etmek üzere idari gözetim uygulamaları için kabul edilmiştir. Kanun'un, sınır dışı etmek üzere idari gözetime ilişkin kuralları içeren 57. maddesinin 4. fıkrasında, idari gözetim kararının her ay incelenmesi usulünü kabul eden Kanun, bununla idari gözetimin hukuka uygunluğunun zaman içerisinde değişip değişmediğine dair bir denetim mekanizması kurmuştur. İncelemeyi

yapacak makam, kararı alan idari makamdan bağımsız bir adli veya idari makam değil, kararı alan idarenin kendisidir. Buna göre, idari gözetimin devamında zorunluluk görülmeyen hâllerde idari gözetim derhâl sonlandırılır. Bu hâller YUKKUY m. 61(2)'de şu şekilde belirtilmiştir: (a) Sınır dışı etme kararının, idari gözetim tarihinden itibaren altı ay içinde gerçekleştirilemeyeceğinin anlaşılması; (b) yabancının sınır dışı etme kararı alınamayacaklar kapsamında olduğunun anlaşılması; (c) yabancının idari gözetim kararına dayanak teşkil eden kaçma ve kaybolma riskinin ortadan kalkması; (d) yabancının gönüllü geri dönüş desteğine başvurması. Bu durumların idarece tespiti hâlinde, bir aylık değerlendirme süresi beklenmeden idari gözetimin devamında gerek olup olmadığı değerlendirilecektir (YUKK m. 57(4), c. 2). Fakat Yönetmelik hükmünde sayılan bu hâllerde idari gözetimin devam ettirilmesi “*gerekli görülmeyebilir*” denilerek bu gibi durumlarda kararı alan valiliğe bir takdir yetkisi tanınmıştır⁶⁴⁸. Görüşümüze göre, sınır dışı etmek üzere tedbiren başvurulmuş idari gözetimin sonlandırılmasında, ilk olarak kişinin idari gözetim altına alınmasını gerektiren durumların objektif olarak ortadan kalkması hâlinde idari gözetimin derhâl sonlandırılması gereği dikkate alınmalıdır. İkinci olarak, yabancının sınır dışı edilmesiyle ilgili bir engelin söz konusu olması hâlinde de idari gözetim derhâl sonlandırılmalıdır. Bu engel, yabancının geri gönderme yasağına tabi olduğunun anlaşılması gibi hukuki bir engel olabileceği gibi, sınır dışı edilmesinin fiili olarak mümkün olmadığının anlaşılması gibi bir neden de olabilir. Bu doğrultuda, kararı

⁶⁴⁸ Yönetmelik'in 61(3). maddesi ise, idari gözetimin sonlandırılmasında zaruret olup olmadığı değerlendirmesinde kişinin Kanun'un 54. maddesinin (b) ve (d) bentleri kapsamına girmesi, yani terör örgütü yöneticisi, üyesi, destekleyicisi veya çıkar amaçlı suç örgütü yöneticisi, üyesi veya destekleyicisi olması veya kamu düzeni veya kamu güvenliği ya da kamu sağlığı açısından tehdit oluşturması hâllerini saklı tutmuştur.

alan idarenin takdir yetkisi, idari gözetim ve sınır dışı etme işlemlerinin hukuki ve fiili statüleri ile sınırlıdır.

7196 sayılı Kanun’la değişik 57(4). maddeye göre, idari gözetimin sonlandırılması hâlinde, idari gözetime alternatif yükümlülükler getirilir. Bu düzenleme öncesinde ise, belirli bir adreste ikamet etme, belirlenecek şekil ve sürelerde bildirimde bulunma gibi idari yükümlülükler getirilebileceği düzenlenmekteydi. Böylece yeni düzenlemeyle, idari gözetimin sonlandırılmasından sonra idari gözetime alternatif yükümlülüklerden birinin getirilmesi zorunlu hâle getirilmiştir. Konuyla ilgili olarak Kırklareli Sulh Ceza Hâkimliği, Kırklareli Geri Gönderme Merkezi'ndeki idari gözetimi sonlandırılan Irak uyruklu kişinin ikamet ilinde değil Kırklareli'de bildirim yükümlülüğüne tabi tutulmasıyla ilgili açılan bir davada, bildirim yükümlülüğünün ikamet ilinden başka bir ilde getirilemeyeceğine hükmetmiştir⁶⁴⁹. Gaziantep İdare Mahkemesi tarafından verilen benzer bir kararda, ikamet ilinden başka bir ilde haftada beş gün bildirim yükümlülüğü getirilmesi işlemini, aile birliği ve mali külfet bakımından doğuracağı zararları dikkate alarak iptal etmiştir⁶⁵⁰.

3. İdari Gözetim Kararına İtiraz

a. Görevli Yargı Yolu ve İtiraz Süresi

Uygulama İlkelerine göre, idari gözetim kararına karşı sığınmacıların sahip olduğu en önemli usuli güvence olan mahkeme önünde itiraz hakkı, kanunkoyucu tarafından kabul edilmiştir. Buna göre, YUKK 57(6). maddeye göre sınır dışı etme kararına dayanılarak uygulanan idari gözetime, YUKK 68(7). maddeye göre de başvuru

⁶⁴⁹ Kırklareli Sulh Ceza Hâkimliği, K. 2017/455, T. 28.02.2017 (Aktaran: **AIDA**, s. 85).

⁶⁵⁰ Gaziantep İdare Mahkemesi, E. 2017/1302, T. 9.10.2017 (Aktaran: **AIDA**, s. 85).

sahiplerinin idari gözetimine karşı, gözetim altındaki kişi veya yasal temsilcisi ya da avukatı sulh ceza hâkimine başvurabilir. Böylelikle idari işlem mahiyetinde olan idari gözetim kararlarına karşı itiraz merci, idari yargının değil, adli yargının görev alanına bırakılmıştır. Kanun'un hazırlık çalışmaları sırasında idare mahkemelerinin yaygın olmaması nedeniyle hukuka aykırı idari gözetim kararlarının denetlenmesinin etkililiğini sağlamak üzere sulh ceza hâkimliklerinin görevlendirilmesi tercih edilmiştir⁶⁵¹. Doktrinde bu tercih, idari işleme karşı idare mahkemelerine başvurulması gerektiği ifade edilerek eleştirilmiştir⁶⁵². Gözetim altındaki kişilerin başvurularının etkinliğinin sağlanmasını üstün tutan kanunkoyucunun değerlendirmesinin doğru olabileceğini düşünüyoruz. Kanımızca, idari gözetimin hukuka uygunluğunun denetlenmesinde görevli mahkemenin belirlenmesi sorununda, yargı kolu anlayışından çok, gözetim altındaki kişinin itiraz hakkını nasıl daha etkin bir şekilde kullanmasının mümkün olabileceğini dikkate alan bir yaklaşımın benimsenmesi gerekir. Zira hak arama özgürlüğü ve etkili başvuru hakkı birlikte değerlendirildiğinde, itiraz yollarının kolay erişilebilir olması şarttır⁶⁵³. Özgürlüğü kısıtlanmış bir kişinin başvurusunu hangi mahkemeye yaptığı, özgürlük kısıtlamasının getirdiği zorluk karşısında pek fark doğurmayacaktır. Ek olarak, esasen idari gözetim tedbirinin bir özgürlükten yoksun bırakma hâli olması ve soruşturma evresinde tutuklama kararı verilmesi gibi ceza muhakemesi hukuku kapsamında sıklıkla başvuru olan özgürlüğü kısıtlayıcı koruma tedbirleriyle ilişkili olması nedenleriyle itiraz merciinin sulh ceza hâkimlikleri olarak belirlenmesi olağan karşılanabilir⁶⁵⁴. Ancak bu

⁶⁵¹ **Ekşi**, İdari Gözetim, s. 80-81.

⁶⁵² **a.g.e.**, s. 80-81; **Bayraktaroğlu Özçelik**, s. 240.

⁶⁵³ **Köküsarı**, s. 180.

⁶⁵⁴ **Öztürk**, Mültecinin Hukuki Statüsü, s. 462; **Huysal/Şermet**, s. 2215-2216.

durum, idari gözetim tedbirine adli bir işlem niteliği vermeyecektir⁶⁵⁵.

Doktrinde ayrıca, Kanun'un idari gözetim kararına karşı sulh ceza hâkimliğine başvuru yolunu düzenlemesine rağmen, sulh ceza hâkimliğinin idari gözetimin hukuka uygunluğunu hangi kıstaslara göre inceleyeceğini belirtmediği eleştirisi yöneltilmiştir⁶⁵⁶. Kanımızca kanunkoyucunun ayrıca böyle bir düzenlemede bulunmasına gerek yoktur. Sulh ceza hâkimliğince yapılacak inceleme, alınan gözetim kararının Anayasa'nın 38(1). maddesi uyarınca Kanun'da belirlenen şekil ve şartlara uygun olarak tesis edilip edilmediğinin değerlendirilmesinden ibarettir.

İdari gözetim altına alınan kişi, yasal temsilcisi ya da avukatı, idari gözetim şartlarının ortadan kalktığı veya değiştiği iddiasıyla yeniden ve süresiz defa sulh ceza hâkimine başvurabilir (YUKK m. 57(6) ve 68(7)). İdari gözetim kararına itiraz için yasada bir süre sınırlaması kabul edilmemiştir. Bu itiraz, idari gözetim tedbiri devam ettiği sürece yapılabilir. Aynı maddelere göre, ilgili kişinin sulh ceza hâkimliğine başvurusu, idari gözetimi durdurmaz. Kanun'un bu düzenlemesi de doktrinde eleştirilmiştir. Bu eleştirilerin bir gerekçesi, sınır dışı kararlarına karşı yapılan itirazın kararın icrasını durdurmasına rağmen, idari gözetime karşı yapılan itirazlar bakımından bu güvencenin getirilmemesidir⁶⁵⁷. Sulh ceza hâkimliğine başvurunun idari gözetimin yürütmesini durdurmaması konusundaki bir diğer görüş, bu düzenlemenin Anayasa ve AİHS'nde düzenlenmiş bulunan hak arama özgürlüğü bakımından eleştirilebilir olduğudur⁶⁵⁸. Görüşümüze göre, başvurunun idari gözetimi durdurmaması kuralını,

⁶⁵⁵ **Öztürk**, Mültecinin Hukuki Statüsü, s. 462-463.

⁶⁵⁶ **Kuşçu**, s. 278.

⁶⁵⁷ **Ekşi**, İdari Gözetim, s. 82-83.

⁶⁵⁸ **Öztürk**, Mültecinin Hukuki Statüsü, s. 463-464.

başvurunun sulh ceza hâkimliğince incelenme süresiyle birlikte yorumlamak gerekir. Kanun 57(6) ve 68(7). maddelerinde, itiraz dilekçesinin idareye verilmesi hâlinde dilekçenin yetkili sulh ceza hâkimliğine⁶⁵⁹ derhâl ulaştırılacağı, sulh ceza hâkiminin ise incelemeyi beş gün içinde sonuçlandıracağı ve sulh ceza hâkiminin kararının kesin olduğu belirtilerek incelemeye ilişkin süre sınırlamaları belirlemiştir. Anayasa Mahkemesi, öngörülen bu usulün, ortaya çıkabilecek keyfiliklere engel olabilecek nitelikte olduğu görüşündedir⁶⁶⁰. Şayet sulh ceza hâkimliği itirazın yapılmasından itibaren beş gün içinde gözetim tedbirinin hukuka uygunluğunu değerlendirebilirse, yürütmeyi durdurma kararı vermesine gerek kalmaksızın hukuka uygunluk değerlendirmesi kısa sürede tamamlanmış olur. Bu sürede gözetim altına alma işleminin hukuka aykırılığına karar verilerek kararın sulh ceza hâkimliğince kaldırılması hâlinde ise⁶⁶¹, sulh ceza hâkimliği kararı kesin olduğundan, itiraz sahibinin serbest kalması yine kısa sürede mümkün olacaktır. Fakat sulh ceza hâkimliklerinin beş günlük inceleme süresi içerisinde itirazı değerlendirmemeleri⁶⁶² veya başvurunun etkililiğini ortadan kaldıracak

⁶⁵⁹ HSYK'nın T. 26/11/2015 ve S. 1860 numaralı kararı doğrultusunda yetkili sulh ceza hakimliği, iki numaralı sulh ceza hakimliğidir (R.G.: T. 4/12/2015, S. 29552).

⁶⁶⁰ **B. T.**, para. 107.

⁶⁶¹ Bu husus daha önce doktrinde, sulh ceza mahkemelerine idari gözetim kararını iptal etme yetkisi verilmemesi nedeniyle eleştirilmiştir. Ancak uygulamada bu sorun, idare mahkemelerinin yalnızca hukuka aykırılık tespiti yapmakla yetinmeyerek idari gözetim kararının “kaldırılması” kararı vermeleriyle aşılmıştır. (**Ekşi**, İdari Gözetim, s. 90)

⁶⁶² Kanun veya Yönetmelik’te beş günlük inceleme süresinin ne zaman başlayacağıyla ilgili bir açıklama bulunmamakla birlikte uygulamada sulh ceza hâkimliklerince bu sürenin idarenin cevabıyla birlikte başlatıldığı not edilerek kanunda bu hususta

şekilde genel ifadelerle idari gözetim kararına itiraz başvurularını reddetmeleri söz konusu olursa, mevcut itiraz mekanizmalarının uygulamadaki işlerlik durumu karşısında, itirazın idari gözetimi durdurulmaması mahkemeye başvuru hakkı güvencesi ile uyumlu olmayacaktır. Diğer taraftan, itiraz ile idari gözetimin yürütmesinin durması, idari işlemlerin aksi idare veya yargı tarafından tespit edilinceye kadar hukuka uygunluk karinesine tabi olması ilkesi ile orantılı olmayacaktır⁶⁶³. Bu durumda kanımızca en ideal çözüm yolu, Uygulama İlkelerinde yer alan usuli güvencelerden biri olan idari gözetimin kararın alınmasından sonraki ilk 24-48 saat içinde bir mahkemenin onayına tabii tutulmasına ilişkin bir hukuki yol benimsenmesi olacaktır⁶⁶⁴.

Bu arada, Yönetmelik'in 59(4). maddesi gereğince, sınır dışı etme kararı nedeniyle idari gözetim altında iken sınır dışı kararına karşı idare mahkemesine başvurulması da idari gözetimi durdurmaz, yalnızca sınır dışı etme işlemini durdurur. Dolayısıyla sınır dışı etme kararının idare mahkemesince incelenmesine kadar kişinin idari gözetimi devam eder. Bu hüküm de yukarıdaki açıklamalarımız çerçevesinde eleştiriye açıktır. İdare mahkemesinin YUKK m. 53(3)'e göre, yasal sınır olan on beş gün içinde itirazı sonuçlandırmaması hâlinde, itiraz sahibi bu süre boyunca idari gözetim

açıklık ihtiyacı bulunduğu dile getirilmektedir (**Akbulut**, s. 62-63).

⁶⁶³ **Gözübüyük**, s. 448.

⁶⁶⁴ Aynı öneri, sulh ceza hakimliğinin idari gözetim kararlarına karşı yapılan başvurularda yürütmeyi durdurma yetkisi ile donatılmasına ilişkin bir düzenlemenin yapılmasına alternatif olarak Öztürk tarafından da getirilmiştir. (bkz. **Öztürk**, Mültecinin Hukuki Statüsü, s. 464). Huysal/Şermet ise, Anayasa m. 19'la uyumlu bir düzenlemenin, gözetim kararı verme ve aylık değerlendirme yapma yetkisinin idareden alınarak mahkemelere verilmesi yönünde bir değişiklik yapılmasını önermektedir (**Huysal/Şermet**, s. 2213-2214).

altında tutulmuş olacaktır. Sınır dışı kararının mahkemece hukuka aykırı bulunarak iptal edilmesi hâlinde ise, kişinin özgürlüğünün haksız olarak kısıtlandığı anlaşılabacaktır. Dolayısıyla yine en doğru çözüm, ya sınır dışı etme kararına yapılan itirazla birlikte idari gözetim tedbirinin de icrasının durdurulması ya da idari gözetim kararının ilk 24-48 saat içerisinde mahkemenin resen inceleme yapması yönünde bir usuli güvence kabul edilmesidir.

Bir idari gözetim kararı alınmaksızın fiilen uygulanan idari gözetim tedbirlerinin sonlandırılması için nasıl bir yol izleneceğine de değinmek gerekir. Anayasa Mahkemesine *B.T.* adlı başvuru tarafından yapılan bireysel başvuruda yüksek mahkeme, fiili idari gözetim uygulamalarının sonlandırılması için 6458 sayılı Kanun'da herhangi bir hukuki düzenleme getirilmediğini, bu nedenle başvuruçunun uygulamanın hukuka uygunluğunun gözden geçirilmesini herhangi bir merciden talep edemediğini belirtmiştir⁶⁶⁵. Görüşümüze göre, yabancıya tebliğ edilmiş yazılı bir idari gözetim kararı olmaksızın gerçekleştirilen fiili gözetim uygulamalarının sonlandırılması için sulh ceza hâkimliklerine başvurulması mümkün olmalıdır. Bu soruna getirilebilecek bir diğer çözüm yolu, olağan olarak idari yargıya başvurulması olabilir. Aksinin kabulü hâlinde, kişi özgürlüğü hakkı keyfî olarak kısıtlanan yabancılar, hukukun korumasından mahrum bırakılmış olur.

b. Sulh Ceza Hâkimliği Kararlarının Kesinliği ve Hak Arama Özgürlüğü

Kanun'un 57(6). maddesinin ve 68(7). maddesinin beşinci cümlesine göre, idari gözetim kararına karşı itiraz üzerine sulh ceza hâkimliğince verilen kararlar kesindir. Sulh ceza hâkimliğinin idari gözetim kararını inceleyerek hukuka uygunluğu hakkında verdiği kararın kesin olması, onun istinafa veya temyize tabi olmaması, böylece ona karşı kanun

⁶⁶⁵ *B. T.*, para. 109.

yollarının kapalı olduğu anlamına gelir. Kanun koyucunun idari gözetime ilişkin sulh ceza hâkimliğı kararları bakımından kanun yollarını kapatmasının hak arama özgürlüğüne aykırı ve onu sınırlandırıcı nitelikte olup olmadığı tartışılmalıdır. Kanun yollarının kapatılmış olması, ilk bakışta hak arama özgürlüğünün sınırlandırıldığı izlenimini uyandırmaktadır. Fakat hakkın sınırlandırılıp sınırlandırılmadığının tespiti için öncelikle, hak arama özgürlüğünün istinaf ve temyiz kanun yollarının tanınmış olmasını gerektirip gerektirmediğinin araştırılması gerekir. Hak arama özgürlüğüne ilişkin Anayasa'nın 36. maddesi, kişilerin yalnızca meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahip olduğunu temin etmekte fakat temyiz hakkına ilişkin bir güvence getirmemektedir. Anayasa'nın 125. maddesinde de böyle bir güvence bulunmamaktadır. Anayasa'nın 90(5). maddesinde belirtilen şartlarla iç hukukumuzda doğrudan uygulama alanına sahip olan AİHS hukukunda da adil yargılanma hakkı, temyiz hakkını temin etmemektedir. AİHS hukukunda temyiz hakkı yalnızca ceza davaları için tanınmıştır. Bu bakımdan, idari gözetim kararlarına ilişkin sulh ceza hâkimlikleri kararlarının kesin olması, hak arama özgürlüğüne aykırı bir görünüm sergilememektedir⁶⁶⁶. Hak arama özgürlüğüne aykırı

⁶⁶⁶ YUKK'ta sınır dışı etme ile uluslararası koruma başvurularında kabul edilemez başvuru ve hızlandırılmış değerlendirme kararlarına ilişkin idare mahkemesi kararları da kesindir. Bu durumu hak arama özgürlüğü çerçevesinde değerlendiren yazarlar da, hak arama özgürlüğüne herhangi bir aykırılık tespit etmemiştir. (**Bayata Canyaş**, Kabul Edilemez Başvuru, s. 151; **Güner**, s. 100). Yazarlar bu sonuca ulaşırken, temyiz hakkı tanınmamış olmasını yabancıların hak arama özgürlüğüne getirilmiş bir sınırlama olarak kabul ederek Anayasa'nın 16. maddesine göre yabancıların hak ve özgürlüklerinin milletlerarası hukuka uygun olarak sınırlandırılması şartından hareketle AİHS'ne göre adil yargılanma hakkı ve

veya onu kısıtlayan bir düzenleme olmamakla birlikte, bu düzenlemenin kabulüyle istinaf ve temyiz mahkemelerince içtihat oluşturulmasının önüne geçilmiştir⁶⁶⁷.

Bu kuralın AIHS'nde güvence altınan alınan etkili başvuru hakkı bakımından problemli olduğunu ileri süren görüşler de bulunmaktadır⁶⁶⁸. Fakat adil yargılanma hakkının dahi kanun yollarının tanınmasını güvence altına almamış olması karşısında, bu hakka nazaran daha dar kapsamlı şekilde, yalnızca öngörülen başvuru yolunun mahkemeye etkili erişim imkânı sağlayıp sağlamadığı bakımından koruma getiren etkili başvuru hakkını sınırlandırdığı sonucuna ulaşamaz⁶⁶⁹. Ayrıca, kişi özgürlüğü ve sınırlamalarında mahkemeye başvuru hakkı, etkili başvuru hakkına nazaran özel hüküm niteliğinde olduğundan konunun AIHS m. 5(4) çerçevesinde değerlendirilmesi daha doğru olur. Bu maddenin uygulanması bakımından aranan şartlardan, başvuru merciinin bir mahkeme olması ve serbest bırakma kararı vermeye yetkili olması göz önüne alındığında, sulh ceza hâkimliği kararlarının kesin olmasının maddeye bir aykırılık

etkili başvuru hakkının temyiz hakkını içerip içermediğini incelemişlerdir.

Görüşümüze göre, hak arama özgürlüğü temyiz hakkını garanti etmediğinden ilk derece mahkemesi kararlarının kesinliği yabancıların hak arama özgürlüğünü kısıtlamamaktadır. Bu nedenle Anayasa'nın 16. maddesine göre milletlerarası hukuka uygunluk araştırması yapmaya gerek bulunmamaktadır.

⁶⁶⁷ **Akbulut**, s.63. Sınır dışı etme kararlarına karşı verilen idare mahkemesi kararlarının kesin olmasının içtihat hukukunu ve özenli kararların verilmesini engellediği görüşü için bkz. **Dardağan Kibar**, An Overview, s. 125.

⁶⁶⁸ **NOAS**, s. 33.

⁶⁶⁹ **Bayata Canyaş**, Kabul Edilemez Başvuru, s. 150.

oluşturmadığı görülmektedir⁶⁷⁰.

Hukukumuzda 2010 tarihinde yapılan değişiklikten sonra, Anayasa veya AİHS tarafından tanınan temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddiasıyla, kanun yolları tüketildikten sonra otuz gün içinde Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunulabilmektedir. Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolunun düzenlendiği 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'da⁶⁷¹ başvuru sahipleri bakımından vatandaş olma şartı aranmamaktadır. Bu bakımdan yabancılar da Anayasa Mahkemesine hak ihlallerine ilişkin bireysel başvuru yapabilirler. İdari gözetim kararına karşı sulh ceza hâkimliği kararlarının kesin olması, kanun yollarının tüketildiği anlamına gelir. Böylece idari gözetim kararlarının hukuka uygunluğuna ilişkin sulh ceza hâkimliği kararlarına karşı Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunulabilir. İdari gözetim kararlarına karşı yapılan bireysel başvurular, Anayasa'nın 17, 19 ve 36. madde hükümleri çerçevesinde incelenmektedir. Anayasa Mahkemesi, otuz günlük başvuru süresini, en geç kişinin serbest bırakıldığı tarihten itibaren başlatmaktadır⁶⁷². 6216 sayılı Kanun'un 47(5). maddesine göre, haklı bir mazeret

⁶⁷⁰ **Huysal/Şermet**, s. 2217-2218.

⁶⁷¹ R.G.: T. 3/4/2011, Sa. 27894.

⁶⁷² Anayasa Mahkemesi B.N. başvurusunda, “...*Bu doğrultuda, idari nedenlerle özgürlüğünden yoksun bırakılan yabancıların da Anayasa'nın 19. maddesinde güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine ilişkin bireysel başvurularını en geç, serbest bırakıldıkları tarihten itibaren otuz gün içinde yapmış olmaları gerekir. 26. Görüldüğü üzere başvurusunun tüm ihlal iddiaları bakımından bireysel başvuru süresi en geç, başvurusunun serbest kaldığı tarih itibarıyla başlamaktadır. 27. Somut olayda başvurusunun, yurt dışına çıkış yaptığı 6/9/2014 tarihi itibarıyla serbest kaldığı anlaşılmakta olup bu tarihten*

hâlinde mazeretin ortadan kalktığı tarihten itibaren on beş gün içinde mazeretlere ilişkin delillerle birlikte başvuru yapılması mümkün olup mazeretin geçerliliği mahkemece öninceleme konusu yapılacaktır.

c. Etkili Başvuru Hakkı Bağlamında Sulh Ceza Hâkimliği Kararlarının Değerlendirilmesi

Hukukumuzda idari gözetim kararlarının alınmasında idarenin tek taraflı işlemlerinin yeterli olması, bir başka anlatımla yargı makamlarının alınan özgürlüğü kısıtlayıcı gözetim kararlarına karşı resen incelemeye ve kararı onaylama yetkisi kabul edilmemesi, idari gözetim kararlarına karşı mahkemeye yapılan başvuruların etkili bir hukuk yolu olmasının temin edilmesini daha da çok gerektirir. Bu bakımdan, idari gözetim kararlarının hukuka uygunluğunu değerlendiren sulh ceza hâkimlikleri, uygulanan idari gözetim tedbirlerinin Anayasa'nın 19. maddesi ile AİHS m. 5 ve MSHS m. 9 çerçevesinde öngörülen şekil ve usul şart ve güvenceleri ile değindiğimiz Uygulama İlkeleri kapsamında gerçekleşip gerçekleşmediğini kapsamlı bir şekilde araştırmalıdır.

Bu hususta Anayasa Mahkemesi tarafından incelenen K.A. başvurusuna değinmek gerekir. Anayasa Mahkemesi bu kararında, sınır dışı edilmek üzere idari gözetim altındayken uluslararası koruma başvurusu yapan ve daha sonra Geçici Koruma Yönetmeliği'nin yürürlüğe girmesiyle geçici koruma kapsamına giren Suriyeli bir sığınmacının idari gözetiminin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlalini teşkil edip

itibaren otuz gün içinde yapılması gereken başvurunun 10/10/2014 tarihinde yapıldığı anlaşılmıştır. 28. Açıklanan nedenlerle başvurunun, diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin süre aşımı nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.” (B.N., AYM, 2014/15876, 21.9.2016, Akbulut’tan naklen, s. 66-67).

etmediğini incelemiştir⁶⁷³. Anayasa Mahkemesi, söz konusu kişinin sınır dışı edilmesine ve idari gözetim altına alınmasına ilişkin kararlarda en başta bir sorun olmamakla birlikte, kişinin gözetim altında uluslararası koruma başvurusu yapması ve daha sonra geçici koruma kapsamına girmesiyle hukuki durumunda değişiklik olduğunu belirtmiştir. Söz konusu sığınmacının çeşitli sulh ceza hâkimliklerine yaptığı ve redle sonuçlanan başvuruları 19. maddenin sekizinci fıkrası çerçevesinde değerlendiren mahkeme, kişinin sığınmacı durumunun yanı sıra, idarece usuli güvencelere karşı yapılan aykırılıklar hakkında değerlendirme yapmaksızın karar veren sulh ceza hâkimliklerine yapılan başvuruların, idari gözetimin gerekli özen içerisinde yürütülmesinde güvence oluşturacak şekilde işlemediği, somut olayda başvuru yollarının başvuru sahibinin salıverilmesi sonucunu doğurabilecek gelişmelere ilişkin iddialarını etkili bir şekilde inceleme kapasitesine sahip olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Değindiğimiz bu karar, hem idari gözetim tedbirinin gerekli özen içerisinde yürütülmesi ilkesini kabul etmesi hem de bu ilke çerçevesinde sulh ceza hâkimliğine yapılan başvuruların etkili olmasının öneminin vurgulanması bakımından çok önemli ve emsal bir karardır. Bu nedenle mahkemenin tespitlerinin oldukça isabetli olduğunu düşünüyoruz.

Anayasa Mahkemesi tarafından etkili başvuru yolu kapsamında ihlal kararı verilen bir diğer kararda, kişinin ülkeye yasal giriş hükümlerini ihlal edecek şekilde girişi nedeniyle idari gözetim kararı alınmasının ön şartı olan sınır dışı etme kararının alınmamış olmasını değerlendirmesinde dikkate almayan sulh ceza hâkimliğinin, başvuruyu gerekli özen içerisinde yürütmediği sonucuna varmıştır⁶⁷⁴.

Anayasa Mahkemesi, özgürlük kısıtlamalarına karşı yargı merciilerine yapılan

⁶⁷³ **K. A.**, para. 117-156.

⁶⁷⁴ **B. T.**, para. 110.

başvuruların etkili bir hukuk yolu olup olmadığının incelenmesinde, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı yargı makamlarına başvuru hakkı bakımından *lex specialis* bir hüküm öngördüğünden, bu hakkın icrasında ihlal edilmiş bulunabilecek diğer hakları da bu madde kapsamında değerlendirmektedir. Mahkeme bu nedenle sulh ceza hâkimliğine yapılan başvuruların hemen yukarıda anılan gerekçelerle etkili bir başvuru yolu olmadığı sonucuna vardıldıktan sonra Anayasa'nın 40. maddesinin değil, 19(8). maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

d. Adli Yardım

İdari gözetim kararına itiraz hakkının etkili bir şekilde kullanılabilmesi için gözetim altında adli yardıma erişim imkânının tanınması, Uygulama İlkelerinden biridir. Hukukumuzda adli yardım, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 176. maddesinde, avukatlık ücretlerini ve diğer yargılama giderlerini karşılama olanağı bulunmayanlara Avukatlık Kanunu'nda yazılı avukatlık hizmetlerinin sağlanması, olarak tanımlanmıştır.

YUKK m. 81 hükmü, avukatlık ücretlerini karşılama imkânı bulunmayan başvuru sahiplerinin, Kanun'un "Uluslararası Koruma" başlıklı dördüncü kısmında yazılı iş ve işlemlerle ilgili olarak yargı önündeki başvurularında, kendilerine adli yardım hükümlerine göre avukatlık hizmeti sağlanacağını belirtmiştir. Benzer bir hüküm, sınır dışı edilmek üzere idari gözetim altında tutulanlar bakımından Madde 57(7)'de kabul edilmiştir. Sınır dışı edilmek üzere gözetim altında tutulanlar bakımından getirilen tek fark, adli yardımın "talepleri hâlinde" sağlanacak olmasıdır⁶⁷⁵. Bu son hâlde talebin

⁶⁷⁵ Sınır dışı etme kararına karşı yapılacak itirazlar bakımından, diğer kararlara ilişkin yapılacak itirazların aksine, YUKK'ta adli yardım hükümlerinin uygulanmasına ilişkin bir referans bulunmamaktadır. Bu nedenle bu kapsamdaki kişilerin adli yardımdan yararlanma hakkının olup olmadığıyla ilgili şüphe doğabilir. Avukatlık

mutlaka idari gözetim altındaki yabancı tarafından yapılması şartı aranıyor gibi anlaşılabilirse de, aşağıda inceleneceği üzere adli yardım talebinin kişi tarafından bizzat yapılması gerekmemektedir.

Avukatlık Kanunu'nun 177. maddesi ve Türkiye Barolar Birliği Adli Yardım Yönetmeliği'nin 4. maddesinde, her baro merkezinde, baro yönetim kurulu tarafından belirlenip görevlendirilecek yeterli sayıda avukattan oluşan bir adli yardım bürosu kurulacağı ve baro merkezleri dışında avukat sayısı beşten fazla olan her yargı çevresinde bir avukatın adli yardım temsilcisi olarak görevlendirilebileceği öngörüldükten sonra, Kanun'un 178. maddesi ve Yönetmelik'in 5. maddesinde adli yardım isteminin, adli yardım başvuru formu doldurularak hizmetin görüleceği yer adli yardım bürosuna ve

Kanunu, adli yardımın avukatlık ücretini ve diğer yargılama giderlerini karşılama olanağı bulunmayan herkese sağlanacağını düzenlemektedir. Ne Avukatlık Kanunu'nda ne de YUKK'ta yabancıların adli yardımdan yararlanamayacağına ilişkin açık bir hüküm bulunmaktadır. Diğer yandan, Avukatlık Kanunu'nun verdiği yetkiyle Türkiye Barolar Birliği tarafından düzenlenen Adli Yardım Yönetmeliği'nin 1. maddesi, adli yardımın amacını, bireylerin hak arama özgürlüklerinin önündeki engelleri aşmak ve hak arama özgürlüğünün kullanımında eşitliği sağlamak üzere, avukatlık ücretini ve yargılama giderlerini karşılama olanağı bulunmayanların avukatlık hizmetlerinden yararlandırılması olarak tanımlamıştır. Yönetmelik'in bu hükmü de dikkate alındığında, idari gözetim altında olsun veya olmasın, sınır dışı etme kararına karşı mahkemeye itiraz hakkını kullanmak isteyen herkese adli yardıma erişim imkânı tanımak, eşitlik ilkesinin ve hak arama özgürlüğünün bir gereğidir. Bu sebeplerle, hakkında sınır dışı etme kararı alınmış olanların da adli yardıma erişimleri sağlanmalıdır.

temsilciliklerine yapılacağı belirtilmiştir. İstemi alan adli yardım bürosu ve temsilcilikleri, istem sahibinden istemin haklılığı konusunda gerekli bilgi ve belgeleri isteyerek gerekli mali durum araştırmasını yaparak karar verir. Dolayısıyla her hâlukarda adli yardımın istem üzerine sağlanacağı anlaşılmaktadır. Bu istemin adli yardımdan yararlanacak kişi tarafından bizzat yapılması şartı aranmadığından bu istem, kişinin menfaatlerini gözetken herkes tarafından yapılabilir. Örneğin kişinin ailesi, akrabaları ve diğer yakınları tarafından yapılabileceği gibi UNHCR ya da diğer ulusal veya uluslararası örgütler ve sivil toplum kuruluşları tarafından da yapılabilir. Anayasa m. 19'da güvence altına alınmış olan, tutulan kişinin yakınlarına haber verme hakkının uygulanması bu noktada önem taşımaktadır. Diğer yandan, özgürlük kısıtlamasının doğurduğu zorluklar ve sığınmacının dış dünyayla iletişimde yaşayabileceği sınırlamalar nedeniyle adli yardıma erişim mümkün olmayabilir. Bu nedenle Türk hukukunda, idari gözetim altına alınma anından kısa süre sonra adli yardım sağlanmasına ilişkin bir usuli güvence benimsenmemiş olmasının Uygulama İlkeleriyle uyumlu olmadığını düşünüyoruz.

Her ne kadar adli yardım imkânı normal şartlar altında mali durum testine tabi olsa da, sığınmacıların özel durumu nedeniyle ve ayrıca özgürlüklerinin kısıtlı olduğu göz önünde bulundurularak, kanaatimizce adli yardıma erişim imkânı mali durum araştırması yapılmaksızın sığınmacının talebi üzerine otomatik olarak sağlanmalıdır. Yargılama giderlerini karşılayamayacaklar için 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu⁶⁷⁶ uyarınca yapılan adli müzaharet taleplerinde kimi idare mahkemeleri, kişinin mülteci olması dolayısıyla talebinin mali durum araştırması yapılmaksızın kabul edilmesi esasını kabul etmiştir⁶⁷⁷.

⁶⁷⁶ R.G.: T. 4/2/2011, Sa. 27836.

⁶⁷⁷ Örneğin, Ordu İdare Mahkemesi, 2016/783 E. sayılı davada adli yardım talebine

Sığınmacıların adli yardıma erişimi konusunda yapılan tartışmalardan bir diğeri de, karşılıklılık şartının gerçekleşip gerçekleşmediği araştırmasına ilişkindir. Avukatlık Kanunu'nun 179(5). maddesi ve İYUK m. 31(1) uyarınca uygulama alanına sahip olan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 334(3). maddesine göre, yabancıların adli yardımdan yararlanabilmeleri karşılıklılık şartına bağlıdır. YUKK m. 88(1) hükmü yalnızca uluslararası koruma statüsü sahibi kişilerin karşılıklılık şartından muaf olduğunu belirtmekle, uluslararası koruma başvuru sahiplerini karşılıklılık şartına tabi tutmuştur. O hâlde sığınmacıların adli yardım başvurularında karşılıklılık şartı aranmalı mıdır? Manisa 1. İdare Mahkemesi önünde görülen bir davada, Manisa Valiliği tarafından uluslararası koruma başvurusunun kabul edilemez başvuru kapsamında değerlendirilmesine ilişkin işlemin reddi talebiyle Afganistan uyruklu sığınmacı tarafından açılan davada, davalı idare tarafından Afganistan'la Türkiye arasında adli yardım anlaşması bulunmadığı dile getirilerek karşılıklılık şartının gerçekleşmediği itirazında bulunulmuştur. Mahkeme, Anayasa'nın 90. maddesinde yer alan hüküm gereği, AİHS'nin 6. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkı kapsamında kişilerin mahkemeye erişiminin sağlanması gerektiği sonucuna vararak davacı sığınmacının adli yardımdan

ilişkin verdiği ara kararda şu hususlara yer verilmiştir: “... *Dava dilekçesi ve eklerinin incelenmesinden; davacı tarafından dosyaya mali durumuna ilişkin belgeler sunulmamış ise de, hayatın olağan akışına göre Irak uyruklu olan ve ülkesinden uzakta göçmen olarak yaşayan davacının, yargılama giderlerini karşılamaktan yoksun bulunduğu ve taleplerinin açıkça dayanaktan yoksun olmadığı kanaatine varıldığından, yukarıda aktarılan Kanun hükümlerinde belirtilen koşulların gerçekleşmiş olduğu anlaşılmakla, adli yardım talebinin kabulüne karar verilmesi gerekmektedir.*”

yararlandırılması gerektiğine karar vermiştir⁶⁷⁸. Mahkeme, sığınmacıların adli yardımdan yararlandırılmasında adil yargılanma hakkının dikkate alınması gerektiğini dile getirmişse de adil yargılanma hakkının yabancıların ülkede kalışına dair uyumsuzluklarda uygulama alanına sahip olmadığı dikkate alındığında, hukuki gerekçelendirmenin etkili başvuru hakkı kapsamında yapılması daha isabetli olurdu⁶⁷⁹. İdari gözetim tedbiri uygulandığı hâllerde de sığınmacılar, mahkemeye başvuru hakkı kapsamında adli yardımdan karşılıklılık şartı aranmaksızın yararlandırılmalıdır. Sığınmacıların idari gözetim altında usuli güvencelerden doğan haklarını kullanmalarında ücretsiz hukuki yardım almaları Uygulama İlkelerinden biridir.

4. Yasal Temsilci, Avukat, Noter ve UNHCR Temsilcisi ile Görüşme

YUKK m. 59(1)(b) ve m. 68(8) uyarınca idari gözetim altındaki yabancılar yakınları, yasal temsilcisi, avukatı, noter ve Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği görevlileriyle görüşme hakkına sahiptir. Kanun, kamu denetçisi, insan hakları komiteleri veya sivil toplum kuruluşlarının temsilcileriyle görüşme imkânını tanımamıştır. Böyle bir imkânın tanınması, Uygulama İlkeleriyle tam uyumun sağlanması açısından önemlidir.

Avukatların idari gözetim altında tutulan yabancıları ziyaretinin tabi olduğu esaslara ilişkin GİGM tarafından Avukatların Geri Gönderme Merkezlerindeki Yabancılarla Görüşme Talebine ilişkin bir iç genelge kabul edilmiştir⁶⁸⁰. Yayımlanmamış

⁶⁷⁸ Manisa 1. İdare Mahkemesi, E. 2018/341, K. 2018/995, T. 26/9/2018. Benzer yönde Ankara 1. İdare Mahkemesi, E. 2015/331.

⁶⁷⁹ Bkz. yukarıda “§3.II.B.2.b. Etkili Başvuru Hakkı” ve “§3.II.B.2.c. Adil Yargılanma Hakkı”.

⁶⁸⁰ GİGM, 31386081-000-36499, T. 17.05.2015.

bu genelgeye göre, avukatlarla gözetim altındaki yabancıların görüşmesi, bu konuda yabancı tarafından yazılı başvuru yapılma şartına tabi tutulmuştur. Buna ek olarak, GGM Yönergesi'nde de avukat görüşmesine ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. GGM Yönergesi'nin 52. maddesinin (1)(a)-(b)-(c)-(e) bentlerine göre, idari gözetim altındaki yabancı ile avukatı, meslek kimliğinin ibrazı üzerine, tatil günleri dışında ve çalışma saatleri içinde, bu iş için ayrılan görüşme yerlerinde, konuşulanların duyulamayacağı, ancak güvenlik nedeniyle görülebileceği bir biçimde, açık görüş usulüne uygun olarak görüştürülecek; avukatların savunmaya ilişkin belgeleri, dosyaları ve müvekkilleri ile yaptıkları konuşmalar incelemeye tabi tutulamayacak; bu şartları yerine getiren avukatlar, idarenin iş ve işlemlerini aksatmamak kaydıyla gizlilik niteliği olmayan belgeleri inceleyebilecek; noter tarafından düzenlenmiş vekâletname sunmaları halinde gizlilik niteliği olmayan belgelerden örnek alabilecek; idari gözetim altındaki yabancı, vekâletnamesi olmayan avukatlarıyla, avukatlık mesleğinin icrası çerçevesinde en çok üç kez görüşebilecek; zorunlu hâllerde, belirlenen gün ve saatler dışındaki görüşmeler, geri gönderme merkezi müdürlüğünün yazılı izni üzerine yapılabilecektir. Görüşme için vekaletname aranmaması olumludur. Zira vekâletnamenin avukat-müvekkil ilişkisinde geçerlilik şartı değil, ispat şartı olduğu ve avukatlık mesleğinin kamu hizmeti niteliği göz önünde bulundurulduğunda⁶⁸¹, görüşme için vekâletname istenmesi hak arama

⁶⁸¹ Ankara Bölge İdare Mahkemesi 10. İdari Dava Dairesi tarafından E. 2017/742, K. 2017/1267, T. 20/12/2017 sayılı kararla onanan, Ankara 1. İdare Mahkemesinin E. 2016/2121, K. 2017/186, T. 25/01/2017 sayılı kararıyla, İzmir İl Göç idaresi Müdürlüğünce İçişleri Bakanlığının iç hizmet yazışması gerekçe gösterilerek ikamet izni başvurusu sırasında avukatın müvekkilinin yanında bulunarak sözlü danışma hizmeti vermesi için vekaletname şartı aranmasına dair işlemi iptal edilmiştir.

özgürlüğünün kanuna aykırı bir şekilde kısıtlanması anlamına gelirdi. Yabancı hakkında alınmış idari kararların kopyalarının alınması için vekâletname sunulması şartı da, Avukatlık Kanunu'nun 2(3). maddesiyle uyumlu görünmektedir. Diğer yandan uygulamada, avukatların temsil ettikleri yabancının ismini herhangi bir harf hatası olmaksızın beyan edememeleri hâlinde yabancıyla görüşmelerine izin verilmediği durumların olduğu rapor edilmektedir⁶⁸². Yabancıların avukatlarla görüşmesine izin verilmediğine dair böyle iddiaların olduğu, Avrupa Konseyi tarafından da raporlanmıştır⁶⁸³.

Sığınmacıların idari gözetim altında UNHCR'a erişim hakkı bulunduğu gibi, UNHCR'ın da sığınmacılara erişim yetkisi bulunmaktadır. Kanun'un 92(2). maddesinde, Cenevre Sözleşmesi hükümlerinin uygulanmasına nezaret etme görevini yerine getirmesinde, yetkili makamlara UNHCR'la gerekli iş birliğini sağlama görevi verilmiştir. Ayrıca, UNHCR'ın uluslararası koruma başvurusunda bulunmuş kişilere sınır kapıları da dâhil olmak üzere erişimi ve başvuru sahibinin de kabul etmesi şartıyla, başvurusuyla ilgili bilgilere erişiminin sağlanacağı kabul edilmiştir (YUKK m. 92(3), c. 1). UNHCR'ın uluslararası koruma başvuru sahiplerinin tutulduğu sınır kapılarına ve merkezlere erişiminin önceden izin veya haber verme şartı getirilmeden koşulsuz sağlanmasına ilişkin bu kural, Uygulama İlkeleriyle uyumludur. Herhangi bir bağlayıcılığı bulunmasa da, UNHCR başvurunun her aşamasında görüşlerini yetkililere iletebilecektir (YUKK m. 92(3), c. 2).

⁶⁸² **İzmir Barosu Göç ve İltica Komisyonu:** İzmir Geri Gönderme Merkezlerinde Adalete Erişim Hakkı Çerçevesinde Yaşanan Sorunlar, s. 9.

⁶⁸³ **CoE,** Special Representative of the Secretary General on migration and refugees, para. IV(2).

Sığınmacıların notere erişimleri, idari gözetim kararına yapılacak itiraz bakımından önemlidir. GGM Yönergesi'nin 52(1)(ı) maddesi, idari gözetim altındaki yabancılar, meslek kimliğinin ibrazı ve göreviyle ilgili olmak koşuluyla, noterle, tatil günleri dışında ve çalışma saatleri içinde, idarenin gözetiminde açık görüş usulü çerçevesinde görüşebilecektir. Uygulamada adli yardımdan yararlanan sığınmacılar bakımından, adli yardım bürosunun görevlendirme belgesinin avukatlar tarafından noter tasdikli vekâletname yerine geçecek şekilde kullanıldığı bildirilmektedir⁶⁸⁴. Bu hususta Ankara 1. İdare Mahkemesi, uluslararası koruma talebinin reddine ilişkin GİGM'ne karşı açılan bir davada, davacı vekili tarafından usulüne uygun olarak düzenlenmiş bir vekaletname sunulamamış olsa da, davacı vekilinin Van Barosu Başkanlığı tarafından adli yardım kapsamında görevlendirilmiş olması, vekilin davacıya ulaşamaması, ihtilafın davacının kişilik haklarına ilişkin hayati öneme sahip olması ve hak arama özgürlüğünün ihlal edilme ihtimali bulunduğu göz önüne alınarak davacı vekilinin vekâletname sunmadan davaya kabulüne karar vermiştir⁶⁸⁵.

5. Tazminat Hakkı

Hukuka uygun olmayan bir idari gözetim tedbiri nedeniyle özgürlük hakkı, usuli güvencelerin kendisine sağlanmaması nedeniyle de güvenlik hakkı ihlal edilen bir sığınmacı, Anayasa ve Uygulama İlkeleri uyarınca tazminat hakkına sahiptir. AİHS'nin ihlali nedeniyle verilmesi gereken tazminattan farklı olan bu tazminat, özgürlük ve güvenlik hakkının ihlali nedeniyle gerçekleşen maddi ve manevi zararın tahsili nedeniyle ulusal mahkemelerden istenecektir.⁶⁸⁶ Bu nedenle bu tazminatın, aynı zamanda AYM

⁶⁸⁴ **AIDA**, s. 96.

⁶⁸⁵ Ankara 1. İdare Mahkemesi, E. 2014/1392, K. 2015/177, T. 28/01/2015.

⁶⁸⁶ **Altınkök**, s. 514.

tarafından bireysel başvuru hakkının kullanılmasıyla verilen ihlal kararı nedeniyle verilen tazminat hakkından farklı olduğu da söylenebilir.

Anayasa da 19. maddesinin 9. fıkrasında, 19. maddede öngörülen esaslar dışında bir işleme tabi tutulan kişilerin uğradıkları zararın tazminat hukukunun genel prensiplerine göre devletçe ödeneceği kuralı kabul edilmiştir. Maddenin gerekçesinde ise, bu tazminin otomatik olmadığı ve tazmin şartlarını kanunun göstereceği belirtilmiştir. Anayasa'nın gerekçesi doğrultusunda, ceza muhakemesi hukukundan doğan koruma tedbirleri nedeniyle tazminat hakkı, CMK'nın 141. ve 142. maddelerinde düzenlenerek bu maddelerde sayılan koruma tedbirleri ve usuller çerçevesinde kişilerin maddi ve manevi zararlarının devletten istenebileceği kuralı kabul edilmiştir⁶⁸⁷. Fakat hukuka aykırı idari gözetim tedbiriyle ilgili YUKK'ta tazminat hakkına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Anayasa tarafından özgürlük ve güvenlik hakkının ihlali nedeniyle kişilerin zararlarının tazmin edilmesinin uygulamasının kanunla gösterilmesi zorunlu tutulmuştur. Bu eksiklik, AİHM tarafından AİHS'nin 5. maddesinin ihlali şeklinde yorumlanabilir. Zira Uygulama İlkelerinde belirttiğimiz gibi AİHM, AİHS'nin 5(5). maddesinde tanınan tazminat hakkının ulusal hukuklarda kanun düzenlemeleriyle kabul edilmesi gerekliliğini aramaktadır.

Anayasa Mahkemesi ise, haksız idari gözetim tedbiri uygulamalarına karşı iç hukukumuzda özel bir tazminat mekanizması öngörülmemiş olmasına rağmen, genel hükümlere başvurularda İYUK m. 2 uyarınca tam yargı davası açılabilceği kanaatindedir⁶⁸⁸. Mahkeme, böyle bir tam yargı davası açılması için öncelikle sulh ceza hâkimliği tarafından idari gözetimin hukuka aykırı olduğuna ilişkin bir karar alınmış

⁶⁸⁷ **a.g.e.**, s. 510.

⁶⁸⁸ **B. T.**, para. 71-73.

olmasının gerektiğini vurgulamaktadır. Diğer yandan, sulh ceza hâkimliği tarafından idari gözetim tedbirinin kanuna uygun bir şekilde uygulandığına karar verilirse, herhangi bir hak ihlaline karar verilmediğinden tazminat istemiyle tam yargı davası açılması mümkün olmaz. Fakat aleyhe sulh ceza hâkimliği kararına karşı Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapılması sonucunda AYM tarafından idari gözetimin hukuka aykırılığına karar verilirse, idari yargıda tam yargı davası açılması mümkündür. Her hâlükarda, tazminat istemi için tam yargı davası açılarak kanun yolları tüketilmeden doğrudan Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolu işletilemez.

Anayasa Mahkemesi, *B.T.* kararında, herhangi bir idari gözetim kararı olmaksızın özgürlüğünden keyfi olarak yoksun bırakılanlar bakımından idari gözetim altına alınmış olmaktan doğan zararlar için doğrudan idari yargı merciilerinde tam yargı davası açılabileceği görüşünü dile getirmiştir⁶⁸⁹. Fakat mahkeme, başvuruçunun haksız tutulma nedeniyle tazminat elde etme hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddialarının incelenmesinde, idari gözetimin hukuka aykırılığıyla ilgili karar verme yetkisinin münhasıran sulh ceza hâkimliklerine ait olduğu, idari gözetim sona erdirilmeden gözetim tedbirinin hukuka uygunluğuyla ilgili sulh ceza hâkimliğine başvuru yapılamadığını, bu aşamada yabancıнын tam yargı davası açma imkânının var olmadığını da değerlendirmiştir⁶⁹⁰. Mahkeme bu nedenle, fiili tutma işlemleri nedeniyle tazminat talep etme hakkına ilişkin etkili bir başvuru yolu öngörülmediği gerekçesiyle Anayasa'nın 19. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Görüşümüze göre, fiili tutma nedeniyle tazminat hakkı talebinde, yabancıнын idari gözetimi tedbirine sulh ceza hâkimliğine başvuru yapılmadan idarece son verildiği hâllerde, idari gözetimin keyfiliği hakkında tazminat istemiyle doğrudan idare mahkemesine başvurmak mümkün olabilir. Bu noktada

⁶⁸⁹ **a.g.e.**, para. 74.

⁶⁹⁰ **a.g.e.**, para. 117-120.

idari gözetimin hukuka aykırılığı hakkında idare mahkemesinin değerlendirme yetkisi mevcut olmalıdır. Zira YUKK m. 57(6) hükmünün lafzına göre, sulh ceza hâkimliklerine getirilen yetkinin, idari gözetimin sonlandırılması amaçlanarak idari gözetimin devamı süresince mevcut olduğu anlaşılmaktadır. Bu bakımdan, idari gözetimin hukuka aykırılığına ilişkin sulh ceza hâkimliğine başvuru yapılmadan sonlandırılan idari gözetim kararlarının hukuka aykırı olması nedeniyle tazminat istemleri doğrudan idari yargıda yapılabilir. Bu hâlde idari gözetimin hukuka uygunluk değerlendirmesi, idari işlemlerin hukuka uygunluklarının denetlenmesinde asıl görevli olan idari yargı tarafından yapılabilir. Belirtelim ki, görüşümüze göre, idare mahkemesinin böyle bir değerlendirme yapabilmesi için, Anayasa Mahkemesi tarafından belirtildiğinin aksine idari gözetimin fiilen uygulanmış olması gerekmez. Fiili veya yazılı işleme dayanan bir idari gözetim tedbiri uygulamasının varlığı ve sulh ceza hâkimliğine başvurulmadan kendiliğinden sona erdirilmiş olması yeterlidir. Özet olarak idare mahkemelerinin, idari gözetim sonlandırıldığı için hukukiliği hakkında sulh ceza hâkimliğince karar alınamayan hâllerde de, tam yargı davası kapsamında idari gözetimin hukuka uygunluğunu değerlendirme yetkisini haiz olduğu görüşündeyiz.

E. İdari Gözetim Koşulları

Kanun'un 58(1). maddesi uyarınca haklarında idari gözetim kararı verilen yabancılar, geri gönderme merkezlerinde tutulurlar. “Geri gönderme merkezleri” başlıklı bu madde, hem sınır dışı edilmek üzere idari gözetim hâllerinde hem de uluslararası koruma başvuru sahiplerinin idari gözetiminde, idari gözetimin geri gönderme merkezinde yapılacağını ortaya koyar. Buna göre, haklarında idari gözetim tedbiri alınan sığınmacıların karakollarda, tutuk evlerinde veya kolluk yetkisinde olan diğer alanlarda

tutulması mümkün değildir⁶⁹¹. Kanun'da geri gönderme merkezlerinin İçişleri Bakanlığınca işletileceği kuralı benimsenmekle birlikte, bakanlığa diğer kamu kurum ve kuruluşları, Türk Kızılay Derneği veya göç alanında uzmanlığı bulunan kamu yararına derneklere de işletirme yetkisi tanınmıştır (m. 58(2)). Mevcut durumda Türkiye'nin çeşitli illerinde toplam kapasitesi 16.116 olan geçici veya kalıcı 24 geri gönderme merkezi bulunmaktadır⁶⁹².

İdari gözetim sırasında kişiye sağlanacak hizmetler, Kanun'un 59(1). maddesinde (a)'dan (d)'ye beş bent hâlinde sayılmıştır. Bunlar, a) yabancı tarafından bedeli karşılanamayan ücretsiz acil ve temel sağlık hizmetleri, b) yabancının yakınlarına, notere, yasal temsilciye ve avukata erişme ve bunlarla görüşme yapabilme, ayrıca telefon hizmetlerine erişimi, c) yabancının ziyaretçileri, vatandaşı olduğu ülke konsolosluk yetkilisi, Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği görevlisiyle görüşebilmesi, ç) çocukların yüksek yararları gözetilerek aileler ve refakatsiz çocukların ayrı yerlerde barındırılması, d) çocukların eğitim ve öğretimden yararlandırılmaları hususunda, Millî Eğitim Bakanlığınca gerekli tedbirler alınması⁶⁹³.

İdari gözetim koşulları hakkında daha ayrıntılı hükümlere yer veren Merkezler Yönetmeliği'nin 4. maddesine göre, geri gönderme merkezi ve kabul ve barınma merkezlerinin yönetiminde şu esaslara riayet edilir: yaşam hakkının korunması, insan odaklı yaklaşım, refakatsiz çocuğun yüksek yararının gözetilmesi, özel ihtiyaç sahiplerine

⁶⁹¹ **Erten**, s. 40.

⁶⁹² http://www.goc.gov.tr/icerik3/geri-gonderme-merkezleri_363_378_10094 (E.T.: 3/2/2019).

⁶⁹³ Geri gönderme merkezlerinde sağlanacak hizmetlerle ilgili ayrıntılı bir inceleme için bkz. **Akbulut**, s. 154 vd.

öncelik tanınması, kişisel bilgilerin gizli tutulması, yapılacak işlemlerde ilgililerin bilgilendirilmesi, barınanların sosyal ve psikolojik açıdan güçlendirilmesi, barınanların inanç ve ibadet özgürlüklerine saygı gösterilmesi, barınanlara dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin hizmet verilmesi. Bu kapsamda barınma ve beslenme, iç ve dış güvenlik, yabancı tarafından bedeli karşılanamayan acil ve temel sağlık hizmetleri, psikolojik ve sosyal destek faaliyetleri, özel ihtiyaç sahiplerine uygun alanların tahsis edilmesi, barınanların kıymetli eşyalarının emanete alınması, sağlanacak hizmetler arasındadır (Merkezler Yönetmeliği m. 14). Bu maddelerde ifade edilen özel ihtiyaç sahibi ise, YUKK m. 3(1)(l) ile Merkezler Yönetmeliği'nin 3(1)(k) maddesine göre, uluslararası koruma başvuru sahibi ile uluslararası koruma statüsü sahibi kişilerden, refakatsiz çocuk, engelli, yaşlı, hamile, beraberinde çocuğu olan yalnız anne ya da baba veya işkence, cinsel saldırı ya da diğer ciddi psikolojik, bedensel ya da cinsel şiddete maruz kalmış kişiyi ifade etmektedir. Yapılan bu özel ihtiyaç sahipleri tanımı, Uygulama İlkelerinde yer alan özel ihtiyaç sahipleri tanımını tam olarak yansıtmamaktadır. Örneğin, LGBTİ bireylerin özel ihtiyaç sahipleri arasında sayılmadığı görülmektedir. Sağlanacak hizmetlerin kapsamı, GGM Yönergesi'nde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Burada düzenlenmeyen durumlarda, hizmet içeriğinin Uygulama İlkeleri çerçevesinde doldurulması gerekir.

İdari gözetim koşullarına ilişkin hukuka aykırılık iddialarıyla ilgili YUKK tarafından öngörölmüş bir hukuk mekanizması bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesi, K.A. kararında, olumsuz tutulma koşulları nedeniyle uğranılan zararın tazminine ilişkin etkili idari ve yargısal bir başvuru yolunun bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır⁶⁹⁴. Mahkeme bu içtihadından B.T. kararı ile dönerek 2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanunu'nun 2. maddesine göre, idari gözetim koşulları nedeniyle hakları muhtel olanların idari yargıda

⁶⁹⁴ K. A., para. 80-81.

tam yargı davası açabileceğine hükmetmiştir⁶⁹⁵.

F. Bağımsız Denetim

Uygulama İlkelerine göre, idari gözetim usullerinin ve koşullarının bağımsız kuruluşlarca önceden haber verilmeksizin denetimi, kişiye sağlanması gereken usuli güvencelerden biridir. Zira bağımsız ulusal veya uluslararası kuruluşlar tarafından gerçekleştirilecek denetim, keyfi idari gözetim uygulamalarının önüne geçilmesini sağlayabilir. Özellikle idari gözetim tedbirlerinin icra edildiği merkezlerin, UNHCR'ın denetimine açılması gerekir. Kanun bu ilkeler çerçevesinde, Sözleşme hükümlerinin uygulanmasına nezaret etme görevini yerine getirmesinde UNHCR ile gerekli iş birliğinin sağlanacağını 92. maddesinde düzenler. Bu hükümde, UNHCR'ın uluslararası koruma başvurusunda bulunmuş kişilere sınır kapıları da dahil olmak üzere erişimi ile başvuru sahibinin rızasıyla başvurusuyla ilgili bilgilere erişiminin sağlanacağını kabul etmiştir. Hükümde Uygulama İlkelerine uygun olarak izin veya haber verme şartı getirilmediğinden, UNHCR'ın uluslararası koruma başvuru sahiplerinin tutulduğu sınır kapılarına ve merkezlere erişiminin koşulsuz sağlanabileceği anlaşılmaktadır. Kanun'da UNHCR hariç bir başka kuruma böyle bir yetki tanınmadığı görülmektedir.

⁶⁹⁵ **B. T.**, para. 54-55.

SONUÇ

Devletler, bir uluslararası teamül hukuku kuralı olarak kabul edilen ülkesel egemenlik yetkileri gereğince, yabancıların ülkesine girip giremeyeceği ve girmesinin hangi koşullara tabi olacağı ve ülkesine girdikten sonra ülkesinde hangi şartlarla kalacağı hakkında münhasıran karar vermeye yetkilidir. Bir yabancıнын ülkeye girişı ve ülkede kalışıyla ilgili olarak hareket kısıtlaması uygulamalarının, devletlerin yabancıların ülkeye giriş ve kalışlarını kontrol etmelerine dair, aksi iddia edilemez haklarından olduğu kabul edilmektedir. İlke olarak devletlerin, ülkeye giriş ve ülkede kalışla ilgili kuralları ihlal eden yabancıları devlet gücü kullanarak sınır dışı etme yetkileri bulunur. Devlet gücü kullanılarak sınır dışı etme ise yabancıların sınır dışı edilene kadar bir yerde tutulmasına yol açabilir. Ülkeye giriş ve ülkede kalış izni isteyen yabancıların alıkonması uygulamaları da, devletlerce kamu düzeni ve kamu güvenliğı gerekçeleriyle sıklıkla başvurulanan tedbirlerdir. Bu bakımdan sığınma arayan kişiler de, ülkedeki yasal durumları belirleninceye kadar özgürlüklerinden mahrum bırakılabilirler. Yabancıların ülkeye giriş ve ülkede kalışının kontrol edilmesi nedeniyle başvurulanan kişi özgürlüğü sınırlamaları, idari gözetim (*administrative detention*) terimi altında kavramsallaştırılmıştır.

İdari gözetim, kişinin, fiziksel olarak özgürlüğünden mahrum bırakılarak istediğı gibi dışarı çıkmasına izin verilmeyen, kabul merkezi, tutma merkezi, mülteci kampları, havaalanlarının uluslararası transit bölgeleri, gemiler ve ülke egemenliğinde bulunan veya devletin sınıraşıcı yetkisi kullanılarak ülkesel egemenliğin dışındaki herhangi bir yerde tutulmasıdır. Bu anlamda idari gözetim, kişi özgürlüğü ve güvenliğı hakkının kısıtlanması anlamına gelir. Özgürlük ve güvenlik hakkının nasıl sınırlanabileceğı, BM Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 9. maddesinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre kişi özgürlüğü ancak kanuna ve kanunun öngördüğü usule göre, yasal kesinlik koşulunu karşılamak

şartıyla sınırlanabilir. Buna ek olarak, MSHS m. 9'da keyfi gözaltı ve tutma yasaklanmıştır. Keyfi gözetim yasağı, kişi özgürlüğü kısıtlamalarının tam bir yasal kesinlik içerisinde gerçekleştirilmesini ve ayrıca başvuru tutma tedbirinin makul, gerekli ve orantılı olduğunu ortaya koyacak bir değerlendirmeye tabi tutulmasını gerektirir. AİHS, keyfi özgürlük kısıtlamalarının katı bir şekilde önüne geçmeyi amaçlayarak 5. maddesinin 1. fıkrasında kişi özgürlüğünün kısıtlanabileceği hâlleri sınırlı sayı ilkesiyle belirtmiştir. Bunlardan (b) bendinde yer alan kişinin kanunla tanınmış bir yükümlülüğün icrasını sağlamak amacıyla ve (f) bendinde düzenlenen kişinin usulüne aykırı surette ülke topraklarına girmekten alıkonması veya hakkında derdest bir sınır dışı ya da iade işleminin olması nedeniyle yasaya uygun olarak tutulması, sığınmacıların idari gözetimi söz konusu olduğunda hukuka uygunluk değerlendirmesinde dikkate alınması gereken düzenlemelerdir. MSHS ve AİHS'de kişinin özgürlüğünün sınırlanmasının tabi olduğu usuli güvenceler garanti altına alınmıştır. Bu garantiler, yakalanan her kişiye yakalanma nedenlerinin derhâl veya en kısa sürede anladığı bir dilde bildirilmesi, tutma işleminin yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içerisinde karar verilmesi ve eğer yasaya aykırı ise serbest bırakılması talebiyle mahkemeye başvuru hakkı ile hukuka aykırı olarak tutulma nedeniyle tazminat hakkıdır. Ülkede yasal olarak bulunan sığınmacılar bakımından, kişi özgürlüğü ve güvenliğine nazaran derece olarak daha hafif bir hareket kısıtlaması olan seyahat ve yerleşme özgürlüğünün kısıtlanmasının tabi olduğu şartlar, idari gözetimin tabi olacağı şartlar bakımından dikkate alınır. MSHS bu hakka, ulusal güvenlik, kamu düzeni, kamu sağlığı ya da genel ahlakı veya başkalarının hak ve özgürlüklerini korumak üzere yasalarla konmuş ve sözleşmede tanınan diğer haklarla uyumlu olan sınırlamalar getirilebileceğini öngörürken, AİHS bu sebeplerin yanı sıra bir de suç işlenmesini önlemeyi bir sınırlama sebebi olarak tanımıştır.

Sığınmacılar, yaşam ve özgürlüklerinin tehdit altında olmaları nedeniyle vatandaşı olmadıkları bir başka devletten koruma talep eden kişilerdir. Sığınma aramak

ve sığınma imkânlarından faydalanmak, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 14. maddesinde tanınmış olan bir temel insan hakkıdır. Bu nedenle korunma arayışıyla başka ülkelerden sığınma aramak, hukuka aykırı bir eylem olmadığı gibi devletlerin sığınma hakkına saygı göstermesi bir ilke olarak kabul edilmektedir. Fakat sığınma arama hakkı, kişiye tek taraflı bir sığınma arama hakkı vermekte, devletlere bu konuda bir yükümlülük yüklememektedir. Dolayısıyla, kişiler sığınma arama hakkına sahip olmakla birlikte, sığınmadan yararlanma ancak devlet kendisine sığınma tanıma takdirinde bulunursa gerçekleşir. Bununla birlikte, uluslararası mülteci hukukunda sığınma arama hakkını güçlendiren hakların varlığı, devletlere bu konuda uluslararası hukuktan doğan bir sorumluluk yüklemektedir. Bunlar yaşam hakkı ve işkence yasağı bağlamında, kişinin kendi ülkesini terk hakkı ve geri gönderme yasağıdır. Bugün, uluslararası teamül hukukunun bir parçası hâline geldiği yaygın olarak kabul edilen ve Cenevre Sözleşmesi'nin 33. maddesinde düzenlenen geri gönderme yasağı, kişinin yaşamının ya da özgürlüğünün tehdit altında olduğu bir devlete gönderilmesi veya bu durumda olan bir kişinin sınırdan geri çevrilmesine ilişkin bir yasak koyar. Geri gönderme yasağı, mülteci statüsünden bağımsız olduğundan sığınmacıları da kapsamına alır. Sığınmacı ile mülteci arasındaki kavramsal fark, sığınmacıların henüz mülteci statüsü edinmemiş, fakat koruma ihtiyacında olup koruma saikiyle sığınma ülkesine gelen herkesi içine almasıdır. Mültecilik ise, gerek Cenevre Sözleşmesi'ndeki klasik anlamı gerekse tarihsel olarak gelişen ve kimi bölgesel mülteci anlaşmalarında ve UNHCR'ın genişletilmiş yetkisiyle genel şiddet içeren olaylar nedeniyle koruma ihtiyacında olan kişileri de kapsamına alacak şekilde kabul edilen genişletilmiş anlamıyla olsun, bir statüyü ifade eder. Buradan hareketle sığınmacıların idari gözetimi, başvurusunun resmi olarak kayıt altına alınıp alınmadığına bakılmaksızın koruma talep etme saikiyle ülkeye gelen kişilerle henüz mülteci statüsü almamış fakat bu statü için yaptığı başvurusu inceleme aşamasında olan kişilerin, mülteci statüleri hakkında nihai bir karar verilene

kadar kişi özgürlüklerinin kısıtlanması anlamındadır.

Devletlerin, ülkesel egemenlik yetkilerini kullanarak ülke topraklarına girişte vize uygulamaları, taşıyıcı sorumlulukları, katı sınır kontrolleri gibi pek çok sınırlandırıcı işleme başvurmaları, koruma arayışında olan sığınmacıları düzensiz göçe yöneltmektedir. Bu tarihsel gerçeği göz önünde bulunduran Cenevre Sözleşmesi'nin 31. maddesi, sığınmacıların sığınma ülkesi topraklarına düzensiz girişleri nedeniyle belirli şartlar altında cezalandırılmamasını (Madde 31(1)) ve sığınma ülkesine düzensiz giren sığınmacıların hareketlerinin kısıtlanmasının belirli şartlara tabi olduğunu öngörür (Madde 31(2)). Sığınmacıların düzensiz giriş ve statüleri nedeniyle yabancılara uygulanan cezalara tabi tutulmamasını amaçlayan cezalandırma yasağı, sığınmacıların, mülteci oldukları adil bir usul çerçevesinde ve nihai olarak kararlaştırılana kadar düzensiz girişleri nedeniyle haklarını kısıtlayıcı idari yaptırım niteliğindeki cezalandırıcı bir işleme veya cezai nitelikte kovuşturma ve soruşturmaya tabi tutulmamalarını gerektirir. Cezalandırma yasağı yalnızca, m. 31(1)'nin lafzında öngörüldüğü gibi Sözleşme'nin 1(A)(2). maddesine göre mültecilik durumunda bulunan kişilere değil, iyi niyetle sığınma talep eden herkese uygulanmalıdır. Bu yasak, yalnızca ülkeye giriş kurallarının ihlal edildiği hâllerde değil, sığınmacının sınırı düzensiz olarak geçmeye teşebbüs ettiği anda yapılan müdahalelerde de geçerlidir. Benzer şekilde, sığınmacının giriş yapabilmek için başkasına ait ya da sahte seyahat veya kimlik belgeleri kullanması durumuna bağlanan hukuki sonuçlar da yasağın kapsamına dahildir. Madde 31(1)'de, cezalandırma yasağının uygulanması için sığınmacının belirli şartları yerine getirmesi aranmaktadır. Bunlar doğrudan zulüm riski olan ülkeden gelmek, gecikmeden yetkili makamlara başvurmak ve düzensiz giriş ve bulunuşlarının geçerli nedenlerini göstermektir. Bunlardan gecikmeden yetkili makamlara başvurma şartı, doktrinde ve kimi yabancı mahkeme kararlarında, varışından sonra makul süre içinde yetkili makamlara başvurarak sığınma başvurusunda bulunanların yanı sıra, kendiliğinden yetkili makamlara başvurmamakla birlikte düzensiz

girişleri nedeniyle yakalanmaları ve idari gözetim altına alınmalarından sonra sığınma başvurusunda bulunanları da cezalandırma yasağının koruma kapsamına alacak şekilde yorumlanmaktadır. Sığınmacıların düzensiz girişleri nedeniyle idari gözetim altına alınmaları, kimi hâllerde cezalandırıcı işlem teşkil edebilir. İdari gözetimin cezalandırıcı işlem teşkil edip etmediğinin değerlendirilmesinde, idari gözetim tedbirinin Cenevre Sözleşmesi'nin 31(2). maddesine uygunluğu incelenecektir. Bu madde, ülkeye düzensiz giren veya ülkede düzensiz olarak bulunan sığınmacıların hareketlerine gerekli olanların dışında kısıtlama uygulanmayacağını kabul eder (şarta bağlı sınırlama). Gereklik kıstası, MSHS m. 9 hükmüne paralel olarak, idari gözetimin keyfî olmamasını gerektirir. Sözleşme'nin hazırlık çalışmalarından, kitlesel akın hâllerinde gelen veya bireysel olarak mültecilik talebiyle sığınma ülkesine düzensiz giriş yapmış, kamu düzeni veya kamu güvenliğini tehdit ettiği düşünülen ve kimlikleri ve giriş durumları inceleme altında olanların hareketlerinin sınırlandırılmasının “gerekli” kabul edildiği anlaşılmaktadır. Sözleşme'nin gerekli durumlarda uygulanmasına izin verdiği hareket sınırlamaları, zamansal olarak da sınırlandırılmıştır. Buna göre uygulanan idari gözetim tedbiri, sığınmacının statüsünün düzenli hâle getirilmesi veya bir başka ülkeye kabulünün sağlanması anına kadar meşrudur. Sığınmacının yasal statüsünün düzenli yani yasal hâle getirilmesi, Hathaway tarafından yapılan kategorizasyona göre, sığınmacının sığınma ülkesi topraklarına belirli bir zaman için kabul edilmiş olması veya henüz kesin olarak kararlaştırılmamakla birlikte mülteci statüsüne başvurması, yahut *prima facie* veya geçici koruma rejimlerine dahil edilmesiyle sığınma ülkesinde kalışına açıkça veya zımnen izin verilmiş olmasını ifade eder. Dolayısıyla bu andan itibaren sığınmacının idari gözetimi sonlandırılmalıdır. Statüsü bu şekilde yasallaşmış sığınmacıların hareketleri, Sözleşme'nin 26. maddesine göre, genel olarak yabancılara uygulanan hareket kısıtlamalarına tabidir. Bunun sınırlarını da MSHS m. 12 ve AIHS'nin 4 no.lu Ek Protokolü hükümleri oluşturur.

Yukarıdaki paragraf altında açıklanan uluslararası sözleşme hükümleri, sığınmacıların idari gözetimi konusunda yasal çerçeveyi oluşturmakla birlikte, bunların içeriğinin uluslararası mahkeme kararları, doktrin ve UNHCR, BM İnsan Hakları Komitesi ve diğer Birleşmiş Milletler kurumları ile Avrupa Konseyinin tavsiye ve kararları çerçevesinde bir dizi ilkeye dönüştürülmesi gerekir. Tezimizde bu ilkeler, “Uygulama İlkeleri” olarak adlandırılmıştır. MSHS ve AİHS hükümleri, sığınmacıların idari gözetimine ilişkin Uygulama İlkelerinin bağlayıcı kaynaklarını oluşturmaktadır. Cenevre Sözleşmesi hükümleri ise Türkiye’nin Sözleşme’yi yalnızca Avrupa’da meydana gelen olaylar nedeniyle mültecilik durumuna düşen kişilere uygulama yükümlülüğü karşısında, bu coğrafi kısıtlamayla paralel etki doğurur. Fakat YUKK’ta idari gözetimin düzensiz giriş ve bulunuş nedeniyle ceza olarak uygulanmamasına ilişkin kurala kaynaklık eden Sözleşme’nin 31(1). maddesi, coğrafi kısıtlamanın söz konusu olduğu durumlarda bir yorum aracı olarak dikkate alınmalıdır. Bunlara ek olarak, idari gözetim koşulları hakkında MSHS m. 10 ve AİHS m. 3, Uygulama İlkelerinin diğer bağlayıcı kaynaklarındandır. AİHM kararlarının içtihat oluşturma özelliği nedeniyle, yalnızca Türkiye aleyhine verilmiş kararların değil, fakat AİHM tarafından sığınmacılarla ilgili olarak verilmiş ilke koyucu tüm kararlarının bağlayıcılığı bulunması, bunları Uygulama İlkelerinin en önemli kaynaklarından biri yapmaktadır. Her ne kadar bağlayıcı olmasa da, UNHCR’nin Cenevre Sözleşmesi’nin 35. maddesine ve UNHCR Kuruluş Tüzüğüne göre, uluslararası koruma alanında danışmanlık ve yorumda bulunma yetkilerine sahip olması, UNHCR’nin sığınmacıların idari gözetimi konusunda oluşturduğu ilkelerin takip edilmesini gerektirir. Bu nedenle UNHCR’nin 1999 ve 2012 yıllarında yayınladığı İdari Gözetim Kılavuz İlkeleri ve 44 numaralı İcra Komitesi Kararı, Uygulama İlkelerinin temelini oluşturan metinlerdir. Uygulama İlkelerinin bir diğer önemli kaynağı, BM İnsan Hakları Komitesinin bireysel başvurular üzerine verdiği ihlal kararları ve MSHS’nin yorumuna ilişkin olarak yayımladığı kararlardır. Avrupa Konseyi organlarının bu alanda

yayımladığı karar ve tavsiyelere de kaynaklar arasında yer verilmiştir. Bunlardan özellikle İşkencenin Önlenmesi Komisyonu tarafından ortaya konan standartlar, idari gözetim koşullarının çerçevesini oluşturur.

Sığınmacıların idari gözetimine dair Uygulama İlkelerinin ilki, keyfi idari gözetim yasağıdır. Bu yasağın ilk unsuru, idari gözetimin kanuna uygun olmasıdır. Buna göre, idari gözetim koşulları önceden yasalarla düzenlenmiş olmalı ve başvuru alan idari gözetim tedbiri bu kurallara uygun olmalıdır. Bu çerçevede örneğin, havaalanlarının uluslararası transit alanlarında tutma koşullarının yasa düzeyinde belirlenmiş olması gerekir. Sığınmacıların idari gözetimini düzenleyen kurallar, yasal kesinlik ilkesini karşılayacak şekilde hiçbir şüpheye yer vermeyecek kadar açık olmalı ve sonuçları öngörülebilir olmalıdır. Uygulayıcıların kanunda belirlenmiş olan istisnai idari gözetim tedbirlerinin çerçevesinin dışına çıkarak başvurduğu gözetim tedbirleri, keyfilik yasağına aykırıdır ve sonradan hukuka uygun hâle getirilemez. Keyfi idari gözetim yasağının ikinci unsuru, idari gözetimin bireysel değerlendirme sonucunda gerekli ve orantılı olduğunun ortaya konması gerekliliğidir. Uygulanacak tedbir, sığınmacının kişisel durumunu dikkate almalıdır. Şayet idari gözetimden daha hafif tedbirler uygulanarak amaçlanan hedefe ulaşılması mümkünse, idari gözetim tedbirine başvurulması gerekli ve böylece hukuka uygun değildir. Bu nedenle idari gözetim, meşru bir amaca ulaşmayı hedeflemelidir. Keyfi idari gözetim yasağının üçüncü unsuru, bu tedbire istisnaen başvurulması gereğidir. İdari gözetim tedbirine istisnaen başvurulmasını öngören meşru amaçlar, UNHCR tarafından kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığı olarak belirlenmiştir. UNHCR'in 2012 yılında yayımladığı İdari Gözetim Kılavuz İlkelerinde kamu düzenini korumak amacıyla başvurulması meşru olan idari gözetim sebepleri sınırlı sayıda sayılmıştır. Buna göre, sığınmacının yetkili makamlarla işbirliği yapmadığı hâllerde kaçma ve kaybolmayı önlemek amacıyla, açıkça mesnetsiz ve sistemi istismar eden sığınma iddialarının hızlandırılmış usulde değerlendirilmesi hâlinde, ilk kimlik veya

güvenlik doğrulaması amacıyla ve idari gözetim tedbiri uygulanmaksızın tespit edilmesi mümkün olmayan ve sığınma başvurusunun temelini oluşturan unsurların ön görüşme kapsamında kayıt altına alınması amacıyla idari gözetim tedbirine başvurulması meşru sayılır. Bunun dışında, kamu düzeni sebebine dayanan bir diğer meşru durum, AİHS m. 1(5)(f)'de yer alan düzensiz giriş yapmaktan alıkoyma amacıyla idari gözetim olabilir. Bu son hâlde idari gözetim, Cenevre Sözleşmesi'nin 31(2) maddesinin yorumu çerçevesinde, sığınmacının ülkeye girme hakkıyla ilgili bir karar alınmasının gerekmesi amacıyla, iyi niyetle ve kişinin düzensiz girişini önlemek amacıyla sıkı sıkıya bağlı bir şekilde uygulanmalıdır. Bu çerçevede, idari gözetimde haklı gerekçe oluşturmayan amaçları da saymak mümkündür. Bunlardan ilki olan, yalnızca ülkeye düzensiz giriş nedenine dayanılarak uygulanan idari gözetim tedbirleri, Cenevre Sözleşmesi m. 31(2)'ye aykırı olduğu gibi, aynı sebeple Madde 31(1)'in ihlali niteliğinde cezalandırıcı işlem teşkil etmesi nedeniyle meşru değildir. Bir diğer haklı gerekçe oluşturmayan sebep, sığınmacıların salt sığınma talepleri nedeniyle sığınma başvurularının incelenmesinde idari kolaylık sağlamak veya gelecekteki sığınmacıları ülkeye gelmekten caydırmak amacıyla idari gözetim uygulamalarına başvurulamayacağını ortaya koyar. Son olarak, geri gönderme yasağı dikkate alındığında, sığınmacının sınır dışı edilmek üzere idari gözetim altına alınması, sığınma talebi hakkında henüz karar verilmeden sınır dışı edilmesi mümkün olmadığından meşru bir sebep değildir. Keyfî idari gözetim yasağına ilişkin Uygulama İlkelerinden sonuncusu, idari gözetimin gerçekleştirilmek istenen amaç için makul olan zaman dilimini aşmayacak şekilde devam ettirilmesidir. Buna göre geçici olması gereken idari gözetim, süresiz olarak uygulanmamalıdır.

Uygulama İlkelerinin esasını oluşturan idari gözetimin keyfî olmaması, usuli güvencelerle pekiştirilmiş durumdadır. Bu güvencelerden ilki, idari gözetim altına alınan sığınmacının, gözetim altına alınması anında bunun nedenlerinin, buna karşı başvurabileceği hukuki yolların ve adli yardıma erişim yolları hakkında derhâl veya en

kısa süre içinde bilgilendirilmesidir. Sığınmacının idari gözetim altına alınmasının nedenlerinin, kendisinin anladığı, basit ve teknik olmayan bir dilde kendisine bildirilmesi zorunludur. İkinci usuli güvenceye göre, idari gözetim altına alınan her sığınmacı, idare tarafından alınan idari gözetim kararının yasallığı konusunda karar verilmek üzere mahkemeye başvurma hakkına sahiptir. Bu başvuru, idari gözetimin hukuka uygunluğunun tespit edilmesinin yanı sıra, idari gözetim kararının hukuka aykırı bulunması hâlinde sığınmacının serbest bırakılması talebini de içerir. Mahkemeye başvuru hakkı, devam eden idari gözetime karşı mahkeme tarafından periyodik olarak inceleme yapılmasını gerektirir. Fakat mahkemenin kararının kanun yollarına açık olması zorunluluğu aranmamaktadır. Mahkemenin yapacağı incelemenin, mümkün olduğunca hızlı olması gerekir. Mahkemeye başvuru hakkının sığınmacı tarafından mahkemeye yapılacak bir başvuruyla kullanılması, idari gözetimin doğası gereği yarattığı kısıtlayıcı durum, sığınmacıların bulundukları ülkenin hukuk kurallarına yabancı olmaları ve adli yardıma erişememeleri nedeniyle, bu hakkın kullanılmasında sorunlar doğurabilir. Bu nedenle ideal olan, idari gözetim kararının bir mahkeme tarafından kısa süre içinde ve resen incelenmesine ilişkin hukuki bir mekanizma benimsenmesidir. İtiraz hakkının etkili olmasının temin edilmesi amacıyla sığınmacıya, idari gözetim altına alınmasından hemen sonra, mali durum araştırması yapılmaksızın bir avukata ve adli yardıma erişim imkânı tanınmalıdır. İdari gözetim kararının hukuka uygunluğunun, makul zaman aralıklarıyla gözden geçirilmesi, Uygulama İlkelerinin üçüncü usuli güvencesidir. Bir diğer usuli güvence, sığınmacıya idari gözetim altında sığınma usullerine erişim imkânı tanınmasıdır. Bu hakkın bir gereği olarak, UNHCR yetkililerine ve STK'lara erişim sağlanmalıdır. Son usuli güvence, hukuka aykırı olarak idari gözetim altına alınan sığınmacının tazminat hakkına sahip olmasıdır. İdari gözetim koşullarının insani standartlarda olmasının sağlanması için idari gözetim koşullarının özellikle aileler, çocuklar, kadınlar, hasta ve yaşlılar, engellilik durumu bulunanlar, LGBTİ bireyler,

travma, işkence ve cinsel şiddet mağdurlarına uygun olarak düzenlenmesi gerekir. Son olarak, idari gözetim koşulları ve uygulamaları, bağımsız kuruluşların, özellikle de UNHCR’ın denetime açık tutulmalıdır.

Sığınmacıların idari gözetimi tedbirinin Türk hukukunda incelenmesinde öncelikle ilgili Anayasal ilkelere göz atmak gerekir. Bunlardan ilki, Anayasa’nın 10. ve 12. maddelerine göre yabancıların hak ve özgürlüklerde vatandaşlarla eşitliği ilkesidir. Diğer yandan, Anayasa’nın 13. maddesi, temel hak ve hürriyetlerin, yalnızca Anayasa’da öngörölmüş bulunan özel sınırlama kurallarında öngörölen sınırlama sebeplerine bağılı olarak sınırlanabilmesini; 16. maddesi ise, yabancıların haklarının uluslararası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilirliğini öngörür. Buna göre yabancıların temel hakları, şekli anlamda bir kanunla ve uluslararası hukuk tarafından izin verildiğı ölçüde sınırlanabilir. Anayasa’nın 38. maddesine göre idare, kişi özgürlüğünün kısıtlanması sonucunu doğuran bir yaptırım uygulayamaz. Doktrinde kabul gören bir görüşe göre, sığınmacıların ve genel olarak yabancıların idari gözetiminin, bir yaptırım değıl, bir idari tedbir olduğı değerlendirilmektedir. Bu nedenle idari gözetim uygulamaları, Anayasa’nın 38. maddesine aykırılık teşkil etmez. Fakat ceza uygulamak ve caydırıcılık sağlamak amaçlarıyla uygulanan idari gözetim, bu anayasal ilkeye aykırı olur. Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını düzenleyen Anayasa’nın 19. maddesine göre idarenin, AİHS’nin 5. maddesine paralel olarak, (i) kanuni bir yükümlölüğün gereğı olarak (ii) usulüne aykırı şekilde ölkeye girmek isteyen veya giren, ya da hakkında sınırđışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması veya tutuklanması için idari gözetim tedbiri uygulama yetkisi bulunmaktadır. Bunlardan ikincisi, AİHM içtihadıyla paralel olarak, yalnızca ölkeye usulüne aykırı surette girmekten alıkonması hâlini değıl, buna ek olarak usulüne aykırı olarak ölkë topraklarına hâlihazırda giriş yapmış kişilerin de özgürlüklerinin sınırlanabileceğini kabul eder. Bu düzenlemeye dayanılarak sığınmacıların idari gözetim altına alınması, Uygulama İlkeleri çerçevesinde

değerlendirildiğinde salt düzensiz giriş nedeniyle idari gözetime başvurulmasının haklı bir neden teşkil etmemesi nedeniyle keyfî idari gözetim yasağına ve ayrıca idarenin yaptırım niteliğinde özgürlüğü kısıtlayıcı işlemde bulunması yasağına aykırılığı söz konusu olabilir. Anayasa'nın, kişi özgürlüğü kısıtlamalarının şekli ve şartlarına ilişkin kanunda ayrıca düzenleme yapılmasını araması, Uygulama İlkelerinden kanunilik ilkesi ile uyumludur. Anayasa, 19. maddesinde mahkemeye başvuru hakkı, tutma sebepleri hakkında derhâl bilgilendirme ve tazminat hakkına ilişkin usuli güvenceleri kabul etmiştir. Anayasa Mahkemesi içtihatları uyarınca, mahkemeye başvuru hakkının etkililiğine ilişkin değerlendirme, AY m. 40'ta yer alan etkili başvuru hakkı kapsamında değil, daha özel hüküm olması dolayısıyla 19(8). maddede tanınan usuli güvence çerçevesinde yapılmalıdır. Tutma koşullarının insan onuruyla bağdaşacak şekilde düzenlenmesi ise, Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan işkence ve kötü muamele yasağı kapsamına tabidir. Anayasa, sığınma hakkını doğrudan düzenlenmemekle birlikte bu hak, YUKK m. 4'le yasal düzenlemeye kavuşmuş olan geri gönderme yasağı çerçevesinde, Anayasa'nın 17. maddesinin öngördüğü kişinin yaşam ve maddi-manevi varlığını geliştirme hakkı ve işkence ve kötü muamele yasağına ilişkin koruma çerçevesinde değerlendirilir.

Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, Cenevre Sözleşmesi'nin Türkiye tarafından uygulanmasında coğrafi kısıtlamaya tabi olması nedeniyle, mülteci statüsünü, mülteci-şartlı mülteci şeklinde bir ayrıma tabi tutmuş; bunun haricinde bir de ikincil koruma statüsü kabul etmiştir. Bu üç statü YUKK'ta, uluslararası koruma statüleri olarak kabul edilmiştir. Bu uluslararası koruma statülerinin yanında bir de geçici koruma statüsü kabul edilmiştir. Uluslararası mülteci hukukundaki sığınmacı tanımından hareketle, tüm uluslararası koruma başvuru sahipleri ve geçici koruma kapsamındaki kişiler, tezin terminolojisinde sığınmacı kavramı içerisinde değerlendirilerek idari gözetim tedbiri hem uluslararası koruma hem geçici koruma bakımından incelenmiştir. Cenevre

Sözleşmesi'nin uygulanmasındaki coğrafi kısıtlama nedeniyle, Avrupa dışında meydana gelen olaylar nedeniyle mülteci hâline gelen kişiler, Sözleşme'nin mülteci ifadesini kullanarak getirdiği korumadan yararlanamaz. Fakat Türk iç hukukunda mülteci ve şartlı mülteci başvuru ve statü sahipleri arasında ayırım yapılmaksızın temel sağlık ve eğitim hakları tanınması, coğrafi kısıtlamanın etkilerini azaltmaktadır. Ayrıca, Cenevre Sözleşmesi'nin en önemli ilkelerinden geri gönderme yasağı (Madde 33) YUKK m. 4'te, düzensiz giriş nedeniyle cezalandırma yasağı da YUKK m. 65(4)'te ulusal mevzuata taşınmıştır. Konumuz bakımından önem taşıyan düzensiz giriş nedeniyle cezai işlem yasağına ilişkin YUKK m. 65(4) hükmünün yorumunda, kaynak hüküm olan Sözleşme'nin 31(1). maddesine getirilen yorumdan yararlanılmalıdır. Sözleşme'nin, 26 ve 31(2). maddelerinin YUKK'ta doğrudan doğruya bir karşılığı bulunmamaktaysa da, bunların Uygulama İlkelerine yansıdığı şekliyle uygulanmasına riayet edilmelidir.

YUKK, iki durumda idari gözetim tedbirine başvurulabileceğini öngörmüştür. Bunlardan 57. maddede sınır dışı etmek üzere idari gözetim tedbiri, 68. maddede uluslararası koruma başvuru sahiplerinin idari gözetimi düzenlenmiştir. Geçici Koruma Yönetmeliği'nde ise geçici korunanların idari gözetimine ilişkin herhangi bir tedbir öngörülmemiştir. İdari gözetim altında tutulan yabancılar, YUKK m. 58(1) uyarınca, geri gönderme merkezlerinde tutulurlar. İdari gözetime ilişkin kimi düzenlemeler Uygulama Yönetmeliği, Kabul ve Barınma Merkezleri ile Geri Gönderme Merkezlerinin Kurulması, Yönetimi, İşletilmesi, İşlettirilmesi ve Denetimi Hakkında Yönetmelik ve Hizmete Özel Göç İdaresi Genel Müdürlüğü Geri Gönderme Merkezleri Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönerge'de yer almaktadır. YUKK'ta veya anılan ikinci düzenlemelerde idari gözetimin bir tanımı yapılmamıştır. Ancak Uygulama Yönetmeliği'nin 3(1)(bb) ve (h) bentlerindeki tanımlardan, havaalanı transit alanları, botlar, sınır kapıları gibi, idari gözetimin gerçekleşebileceği diğer mekânlar ile YUKK m. 6'nın (3) ve (5). bentlerinde düzenlenen belge kontrolüne ilişkin tutma işleminin tanım kapsamına alınmaması önemli

bir eksikliklerdir.

Devletler, korunma arayışıyla düzensiz göçmenlerle birlikte hareket eden sığınmacıların, düzensiz göçmenlerden ayırt edilebileceği bazı giriş mekanizmaları kabul etmelidir. Bu mekanizmaların yokluğu, sığınmacıların da düzensiz göçmenler gibi kolluk makamlarınca yakalanarak takiben sınır dışı edilmek üzere idari gözetim altına alınması sonucunu doğurabilir. Türkiye’de böyle bir giriş mekanizmasının var olduğuna ilişkin bir bilgiye ulaşılamamıştır. Diğer yandan uygulamada, düzensiz durumları kolluk tarafından tespit edilen sığınmacıların, sınır dışı edilmek üzere geri gönderme merkezlerinde idari gözetim altına alındıkları bildirilmektedir. Bu çerçevede, Türkiye’ye düzensiz giren sığınmacıların, sığınmacılık durumları tespit edilmeden kolluk tarafından yakalanabildikleri, uluslararası koruma ihtiyacının araştırılmaması nedeniyle, giriş kurallarına aykırılığın sonucu olarak YUKK m. 54(1)(c) ve YUKK m. 54(1)(h)’ye göre sınır dışı etme kararına ve YUKK m. 57(2) uyarınca idari gözetim tedbirine konu olabildikleri sonucuna ulaşılmıştır. Bu durumun, hem Uygulama İlkeleri hem de Türk hukukunda sığınmacılar lehine kabul edilmiş güvenceler karşısında incelenmesi gerekir. Bu güvencelerden ilki olan YUKK m. 65(4), uluslararası koruma başvurusunda bulunanların Türkiye’ye yasal giriş şartlarını ihlal etmesi nedeniyle cezalandırılmayacağını öngörür. Cenevre Sözleşmesi’nin 31(1). maddesi çerçevesinde yorumlanması gereken YUKK m. 65(4) hükmü, sığınmacının uluslararası koruma başvurusunda bulunmadan yakalanması hâlinde de bu korumadan yararlanmasını gerektirir. Ayrıca yasak kapsamında, hem cezai yaptırımlar hem de ceza niteliğindeki idari tedbirler dahil, düzensiz girişle bağlanan cezai nitelikteki tüm yaptırımların yasaklandığı kabul edilmelidir. YUKK m. 65(4) hükmüne ek olarak, düzensiz giriş nedeniyle cezalandırma yasağının uygulamasını kuvvetlendiren YUKK m. 8 hükmüne göre, Türkiye’ye yasal giriş kurallarına ilişkin şartlar, uluslararası koruma başvurusu yapmayı engelleyecek şekilde yorumlanamaz ve uygulanamaz. Düzenlemenin gereği

olarak, düzenli girişe ilişkin şartları sağlayamayan sığınmacıların sığınma usullerine erişimleri sağlanmalıdır.

Sığınmacıları düzensiz göçmenlerden ayırmayı sağlayacak bir diğer güvence olan YUKK m. 55(1)(a) uyarınca, yabancıların sınır dışı edileceği ülkede ölüm cezasına, işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalacağı konusunda ciddi emareler bulunan bir ülkeye sınır dışı etme kararı alınamaz. Geri gönderme yasağı bağlamında etkili başvuru hakkının bir gereği olarak, YUKK m. 80(1)(e) ve YUKKUY m. 65(7) uyarınca da, uluslararası koruma kapsamında işlem görenlerin haklarında verilecek son karara kadar Türkiye’de kalışlarına izin verilir. Düzensiz giriş yapmış sığınmacılar, haklarında alınan sınır dışı etme kararına itiraz ettikleri takdirde 53(3). madde doğrultusunda yargılama sonuçlanıncaya kadar sınır dışı edilemedikleri gibi, 54(2). madde uyarınca da uluslararası koruma başvurularının değerlendirilmesine devam edildikçe düzensiz girişleri nedeniyle haklarında sınır dışı etme kararı alınamaz. Bu doğrultuda, uluslararası koruma statüleri hakkında nihai bir karar verilmeden düzensiz girişlerine dayanılarak sınır dışı edilemeyen sığınmacıların, sınır dışı edilmek üzere idari gözetime tabi tutulması, Uygulama İlkelerinden sınır dışı etmek üzere ve düzensiz girişi cezalandırmak üzere uygulanan idari gözetimin haklı bir gözetim sebebi olmamasıyla uyumlu olmadığı gibi kanuna da uygun olmayacaktır. Ayrıca, sığınmacıların düzensiz durumlarının kolluk tarafından tespit edilmesi hâlinde, YUKK m. 57(1)’de öngörülen, sınır dışı etme ve idari gözetim kararlarının alınması için öngörülen kırk sekiz saatlik değerlendirme süresinin başlamasından önce, sığınmacıların fiili idari gözetim teşkil edecek şekilde uzun süre kolluk nezaretinde tutulması da Uygulama İlkelerine uygun değildir. Son olarak, sınır dışı edilmek üzere idari gözetim altında sığınma usullerine erişim, kanunla garanti altına alınmamakla birlikte YUKKUY m. 96(7) uyarınca mümkündür. Fakat bahsi geçen düzenleme uyarınca, sınır dışı etmek üzere idari gözetim tedbirinin devam edeceğinin öngörülmesi isabetli değildir. Zira bu durum, ilgilinin artık

uluslararası koruma başvuru sahibi statüsüne sahip olması sonucunu doğuracağından, idari gözetimin gerekli olup olmadığıyla ilgili YUKK m. 68’da yer alan uluslararası başvuru sahiplerinin idari gözetim koşulları kapsamında yeni bir değerlendirme yapılmalıdır. Anayasa Mahkemesi’nin K.A. kararı da bunu destekler niteliktedir. Bu düzenleme ayrıca, sınır dışı etme işleminin icrasının mümkün olmadığı hâllerde, idari gözetim tedbirinin devam ettirilmemesine ilişkin AİHM içtihadıyla da çelişmektedir.

Sığınmacılar, yetkili makamlara sığınma başvurusunda bulunmalarından sonra idari gözetime tabi tutulabilirler. Bu durumda uluslararası koruma başvurusu yapan sığınmacı, başvurusunun değerlendirilmesi sırasında idari gözetim altına alınır. Konuyu düzenleyen YUKK m. 68 hükmü, Uygulama İlkelerine paralel olarak keyfî idari gözetim yasağı içinde kabul edilmiş olan kanunilik, orantılılık ve gereklilik değerlendirmesi ve bireysel değerlendirme ile idari gözetimin istisnailiği ilkelerini benimsemiştir. Bu çerçevede, idari gözetime ancak şu dört hâlde başvurulabilir: kimlik veya vatandaşlık bilgilerinin tespiti amacıyla, sınır kapılarında usulüne aykırı olarak ülkeye girmekten alıkoyma amacıyla, başvurusuna temel olan unsurların belirlenebilmesi amacıyla, kamu düzeni ve güvenliği açısından ciddi tehlike oluşturma nedeniyle. Bu sebeplerden tümü, Anayasa’da öngörülen özel sınırlama sebepleri ve Uygulama İlkeleriyle uyumludur. Bu sebeplerin yorumlanmasında, Uygulama İlkelerinin dikkate alınması gerekir. Kanun’un 68(1). maddesi, uluslararası koruma başvuru sahiplerinin sadece uluslararası koruma başvurusunda bulunmalarından ötürü idari gözetim altına alınamayacakları ilkesini kabul etmekle, yine Uygulama İlkelerine uyumlu bir görünüm göstermektedir. Bu kuralın uygulanmasında özellikle havaalanı sınır kapılarında yapılan uluslararası koruma başvuruları önemlidir. Aynı şekilde uluslararası koruma başvuru sahiplerinin düzensiz giriş nedeniyle ve kamu sağlığının korunması amacıyla idari gözetim altına alınması, haklı sebepler değildir. Kanun’un bu kişiler bakımından idari gözetim süresini otuz günle sınırlaması ve şartları ortadan kalktığında derhâl sona erdirileceğinin düzenlenmesi de

Uygulama İlkeleriyle uyumludur.

Geçici koruma kapsamındaki kişilerin idari gözetimi konusunda kanunla bir düzenleme yapılmadığından, bu kapsamdaki kişiler geçici koruma işlemleri nedeniyle idari gözetim altına alınamazlar. Geçici Koruma Yönetmeliği m. 6 kapsamında, geri gönderme yasağı geçici koruma kapsamındaki sığınmacılar için de söz konusu olup 5. maddede düzensiz girişlerinin cezalandırılmayacağı kabul edilmektedir. Bununla birlikte, bu güvenceleri aşmayacak şekilde, YUKK'un sınır dışı edilmeye ilişkin genel maddeleri çerçevesinde geçici korunanlar hakkında da sınır dışı etme kararı alınarak bu doğrultuda idari gözetim altına alınmaları mümkün olabilir.

Sığınmacıların idari gözetimine ilişkin usuli güvencelerin incelenmesinde ise şu sonuçlara ulaşılmıştır: YUKK m. 68(4) ve m. 57(5) uyarınca, idari gözetim kararı, gerekçeleri ve gözetimin süresini içerecek şekilde idari gözetim altına alınan kişiye veya yasal temsilcisine ya da avukatına yazılı olarak tebliğ edilir. Bu hüküm, bilgilendirmenin derhâl ve kişinin anladığı dilde yapılmasını öngörmemesi nedeniyle Uygulama İlkeleriyle tam uyumlu değildir. Yine Uygulama İlkeleriyle uyumlu olmayan bir şekilde, idari gözetim altındaki sığınmacının, adli yardıma erişim hakkına ilişkin bilgilendirilmesine dair idareye yükümlülük yükleyen bir kurala yer verilmemiştir. İdari gözetimin bağımsız bir organ tarafından periyodik olarak incelenmesine dair Uygulama İlkesi, uluslararası koruma başvuru sahiplerinin idari gözetimi için benimsenmemiştir. Bu uygulama, sınır dışı etmek üzere başvuru idari gözetim tedbirleri için söz konusudur. Uygulama İlkelerine göre idari gözetim kararına karşı sığınmacıların sahip olduğu en önemli usuli güvence olan mahkeme önünde itiraz hakkı, kanunkoyucu tarafından kabul edilmiştir. Görevli yargı yolu idari yargının değil adli yargının görev alanına bırakılmış olsa da, sulh ceza hâkimliklerinin daha yaygın olması gerekçesiyle başvurunun etkililiğini gözetken bu tercih isabetlidir. Sulh ceza hâkimliklerine yapılan başvurunun idari gözetimi

durdurmaması, idari işlemlerin aksi ispat edilinceye kadar hukuka uygunluk karinesine tabi olması ilkesinin bir sonucu olarak değerlendirilebilir. Fakat sulh ceza hâkimliklerinin, yasayla öngörülmüş olan beş günlük inceleme süresi içerisinde itirazı değerlendirmemeleri veya başvurunun etkililiğini ortadan kaldıracak şekilde genel ifadelerle idari gözetim kararına itiraz başvurularını reddetmeleri söz konusu olduğunda, itirazın idari gözetimi durdurmaması mahkemeye başvuru hakkı güvencesi ile uyumlu olmayacaktır. Bu nedenle Uygulama İlkeleri doğrultusunda, idari gözetim kararının 24-48 saat içinde bir mahkemenin onayına tabi tutulmasına yönelik bir itiraz mekanizması benimsenmesi daha isabetli olur. Sulh ceza hâkimliği kararlarının kesin olduğuna ve idari gözetim devam ettiği sürece sulh ceza hâkimliğine başvurunun mümkün olduğuna ilişkin kural, Uygulama İlkeleri ve hak arama özgürlüğü çerçevesinde incelendiğinde, kanun yollarına başvuru hakkının tanınmak zorunda olmaması karşısında, hakkı sınırlandırıcı bir durum ortaya çıkmadığı sonucuna varılmıştır. Sulh ceza hâkimliklerinin idari gözetim tedbirine ilişkin menfi kararlarına karşı Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolu açıktır. Mahkemeye başvuru hakkının etkili olup olmadığıyla ilgili değerlendirme, Anayasa Mahkemesi tarafından da *lex specialis* nitelikteki AY m. 19(8) hükümleri uyarınca yapılmaktadır. Anayasa Mahkemesinin idarenin hukuka aykırı işlemleri hakkında değerlendirme yapmaksızın karar veren sulh ceza hâkimliklerine yapılan başvuruların, idari gözetimin gerekli özen içerisinde yürütülmesinde güvence oluşturacak şekilde işlemediği gerekçesiyle bu maddenin ihlal edildiğine ilişkin içtihatları, mahkemeye başvuru hakkının etkili bir yol olması güvencesi bakımından dikkate alınmalıdır. İdari gözetim altında bulunan sığınmacıların adli yardımdan yararlandırılmasına ilişkin Uygulama İlkesi, Türk hukukunda kabul edilmemiştir. Zira Türk hukukunda adli yardıma ilişkin kurallar, bu konuda bir başvuru ve talep olmasını aramaktadır. Sığınmacıya avukatı, UNHCR temsilcisi ve noterle görüşme hakkının tanınmış olması, Uygulama İlkeleriyle uyumludur. Türk hukukunda, kanuna aykırı

şekilde uygulanan idari gözetim nedeniyle tazminat talepleri hakkında YUKK'ta herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu hususta Anayasa Mahkemesi, idari yargıda tam yargı davası açılabileceği görüşündedir. Fakat bunun için öncelikle sulh ceza hâkimliği tarafından hukuka aykırılığa ilişkin bir karar verilmiş olmasının aranması, uygulamada sorunlara yol açabilecek niteliktedir. Görüşümüze göre, idari gözetimin hukuka aykırılığına ilişkin sulh ceza hâkimliğine başvuru yapılmadan idarece sonlandırılan idari gözetim tedbirlerinin hukuka aykırılığı iddiasıyla tazminat istemleri doğrudan idari yargıda yapılabilir. İdari gözetim koşulları hakkında, Kanun'da ve ilgili yönetmelikte Uygulama İlkelerindeki başlıca ilkelerin benimsendiği görünmekle birlikte, özellikle özel ihtiyaç sahiplerinin kalış koşulları, Uygulama İlkeleri çerçevesinde düzenlenmeye muhtaçtır. Son olarak bağımsız denetimin yalnızca UNHCR'a tanınmış olması karşısında, bu hususta Uygulama İlkeleriyle kısmen uyumlu bir görünüm çizilmiştir.

KAYNAKÇA

- Akbulut, M.:** Türk Yabancılar Hukukunda İdari Gözetim, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Tez danışmanı: Doç. Dr. Faruk Kerem Giray, İstanbul, 2018.
- Altınkök, S.:** Anayasa ve Avrupa İnsan hakları Sözleşmesi’nde Bireysel Başvuru Açısından Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, Doktora Tezi, Ankara, 2014.
- Altuğ, Y.:** Yabancıların Hukukî Durumu, İÜHF Yayınları, 4. Bası, İstanbul, 1971.
- Ardıçoğlu, M.A.:** “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, Ankara Barosu Dergisi, Sa. 2017/3, s.19-51.
- Aust, A.:** Handbook of International Law, Cambridge Üniversitesi Yayını, 2. Bası.
- Aybay, R.:** Yabancılar Hukuku (Yabancılar), Bilgi Üniversitesi Yayınları, 5. Bası, İstanbul, 2011.
- Aydoğmuş, A.Y.:** “Türk Hukukunda Geçici Korumadan Yararlananların Sınır Dışı Edilmesi”, Milletlerarası Hukuk Bülteni, C. 37, Sa.: 2, s. 141-169.
- Baran Çelik, N.:** “Türk Hukukunda Uluslararası Koruma Başvurusunda Bulunan veya Uluslararası Korumadan Yararlanan Yabancıların Hak ve Yükümlülükleri”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı, C. 1, 2015, s. 67-148.
- Bayata Canyaş, A.:** “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Kapsamındaki Geri Gönderme Yasağının Uygulanma Koşullarının AIHM Kararları Çerçevesinde İrdelenmesi”, (“Geri Gönderme Yasağı”), Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sa. 5(1), 2015, ss.73-90.
- Bayata Canyaş, A.:** Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Kapsamındaki Kabul Edilemez Başvuru ve Hızlandırılmış Değerlendirme Kararlarının Kesinliği, (“Kabul Edilemez Başvuru”), Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl 6, S: 22, Temmuz 2015, ss. 133- 167.

Bayraktaroğlu Özçelik, G.: “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Yabancıların Türkiye'den Sınır Dışı Edilmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2013, Sa. 108, ss. 211-258.

Berki, O.F.: Türkiye’de Yabancılar Hukuku, AÜHFD, 1955, Sa. 12, s. 172.

Boed, R.: “The State of the Right of Asylum in International Law”, Duke Journal of Comparative and International Law, S. 5(1), 1994, ss. 1-33.

Boyar, O.: “İHAM Kararlarında Adli Yardım ve Adil Yargılanma Hakkı”, Disiplinlerarası Yaklaşımla İnsan Hakları, Ed.: Selda Çağlar, Beta Yayınları, Aralık 2010, İstanbul.

Costello, C. (Ioffe, Y. ve Büchsel, T. ile birlikte): “Article 31 of the 1951 Convention Relating To the Status of Refugees”, Legal and Protection Policy Research Series, UNHCR Division of International Protection, PPLA/2017/01, 2017.

Cornelisse, G.: Immigration Detention and Human Rights - Rethinking Territorial Sovereignty, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2010.

Çalık, A.: Devletin Yabancıları Ülkesine Kabul Sorunu ve Son Vize Uygulamaları Üzerine Bir Not, Ankara Barosu Dergisi, 1981, Sa.1 s. 42.

Çelikel, A./Gelgel, G.: Yabancılar Hukuku, Beta Yayınları, 23. Bası, İstanbul, 2017.

Çetin, E./Öztürk, N.Ö./Gökalp Aras, N.E./Şahin Mencütek, Z.: HORIZON 2020 – RESPOND (770564) – TURKEY, <http://uu.diva-portal.org/smash/get/diva2:1248427/FULLTEXT02.pdf> (E.T. 17/11/2019).

Çiçekli, B.: Yabancılar ve Mülteci Hukuku, Seçkin Yayınları, 5. Bası, 2014, Ankara.

Dardağan Kibar, E.: An Overview and Discussion of the New Turkish Law on Foreigners and International Protection, (“An Overview”), Perceptions, Autumn 2013, Vol. XVII, No: 3, s. 109.

Dardağın Kibar, E.: “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun Sınırdışı Etmeye İlişkin Hükümlerinin Getirdiği Yenilikler”, (“Yenilikler”), Sınır ve Sınırdışı – Türkiye’de Yabancılar, Göç ve Devlete Disiplinlerarası Bakışlar, Ed.: Didem Danış, İbrahim Soysüren, NotaBene Yayınları, 214, Ankara, ss. 182-206.

Doğan, V.: Türk Yabancılar Hukuku, Savaş Yayınevi, 2. Baskı, Ekim 2017.

Doğru, O./Nalbant, A.: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Açıklama ve Önemli Kararlar, 1. Cilt, Avrupa Konseyi ve T.C. Yargıtay Başkanlığı, 1. Baskı, 2012, Ankara, s. 367.

Dural, M./Sarı, S.: Türk Özel Hukuku, Cilt 1, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004.

Edwards, A.: “Back to Basics: The Right to Liberty and Security of Person and ‘Alternatives to Detention’ of Refugees, Asylum-Seekers, Stateless Persons and Other Migrants”, Legal and Protection Policy Research Series, UNHCR Division of International Protection, PPLA/2011/01.Rev.1, 2011.

Ekşi, N.: 6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’nda İdari Gözetim, (“İdari Gözetim”), Beta Basım Yayım, 1. Baskı, 2014, İstanbul

Ekşi, N.: Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku, (“Yabancılar”), Beta Basım Yayım, 5. Baskı, 2018, İstanbul.

Ekşi, N.: “Geçici Koruma Yönetmeliği Uyarınca Geçici Korumanın Şartları, Geçici Koruma Usulü, Sağlanan Haklar ve Geçici Korumanın Sona Ermesi”, (“Geçici Koruma”), İstanbul Barosu Dergisi, C. 88, Sa.6, s. 65-89.

Elçin, D.: “Türkiye’de Bulunan Suriyelilere Uygulanan Geçici Koruma Statüsü 2001/55 Sayılı Avrupa Konseyi Yönergesi ile Geçici Koruma Yönetmeliği Arasındaki Benzerlik ve Farklılıklar”, TBB Dergisi, 2016, Sa. 124, s. 9-80.

- Erdinç, B.:** “İdari Yaptırımların Kavramsal Çerçevesi ve Cezai Yaptırımlarla Karşılaştırılması”, Ankara Barosu Dergisi, 2012/2, ss. 239-276.
- Erten, R.:** Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIX, Y. 2015, Sa. 1, ss. 3-51.
- Goodwin-Gill, G.S.:** “Article 31 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees: non-penalization, detention, and protection”, (“Article 31”), Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection, Ed.: Erika Feller, Volker Türk and Frances Nicholson, Cambridge University Press, 2003, Cambridge, ss. 185-252.
- Goodwin-Gill, G.S.:** “The Right to Seek Asylum: Interception at Sea and the Principle of Non-Refoulement”, (“Interception at Sea”), International Journal of Refugee Law, Vol. 23, S. 3.
- Goodwin-Gill, G.S./McAdam, J.:** The Refugee in International Law, Oxford University Press, 3rd Edition, 2007, New York.
- Gözler, K.:** İnsan Hakları Hukuku, “İnsan Hakları”, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2. Baskı, Bursa, Ekim 2018.
- Gözler, K.:** Türk Anayasa Hukuku, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2. Baskı, Bursa, 2018.
- Gözübüyük, A.Ş.:** Yönetmelik Yargı, Turhan Kitabevi, 26. Bası, Ankara, 2007.
- Gözübüyük, A.Ş./Gölcüklü, A.F.:** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye Uygulaması, Turhan Kitabevi, 10. Baskı, Ankara, 2013.
- Grahl-Madsen, A.:** Commentary on the Refugee Convention 1951 Articles 2-11, 3-37, published by the Division of International Protection of the UNHCR, 1997.

Güner, C.: Sınır Dışı Etme Kararı ile İlgili İdare Mahkemesi Kararlarının Kesinliği, İÜHFM, C. 25, S. 1, 2017, ss. 85-114.

Güngör, G.: Tabiiyet Hukuku – Gerçek Kişiler – Tüzel Kişiler – Şeyler, Yetkin Yayınları, 6. Bası, Ankara 2018.

Hailbronner, K.: “Detention of Asylum Seekers”, European Journal of Migration and Law, 2007, Sa. 9, ss. 159-172.

Harris, D.J./O'Boyle, M./Bates, E.P./Buckley, C.M.: Law of the European Convention on Human Rights, Second Edition, 2009, Oxford University Press.

Hathaway, J.C.: The Rights of Refugees under International Law, Cambridge University Press, New York.

Huysal, B./Şermet, B.: “6458 Sayılı Kanun Çerçevesinde Haklarında Sınır Dışı Kararı Alınan Yabancıların İdari Gözetimi”, Prof. Dr. Feridun Yenisey’e Armağan, Beta Yayınevi, Ekim 2014.

İneli Ciğer, M.: “Uluslararası Hukuka Uygun Geçici Koruma Rejiminin Unsurları Üzerine”, Göç Araştırmaları Dergisi, Ocak-Haziran 2016, C. 2, Sa. 3, s.62-92.

McAdam, J. ve diğerleri: Inquiry into Australia’s Immigration Detention Network, 10 Ağustos 2011,

http://www.gtcentre.unsw.edu.au/sites/gtcentre.unsw.edu.au/files/GT_Detention_Submission.pdf (E.T. 8.10.2018).

Kalabalık, H.: İnsan Hakları Hukuku, Seçkin Yayınları, 5. Baskı, 2017, Ankara.

Keskin, S.: “Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı”, İnsan Hakları, Cogito 98, Yapı Kredi Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, Aralık 2000.

Köküsarı, İ.: “Hak Arama Özgürlüğü ve 2010 Anayasa Değişiklikleri”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XV, Y. 2011, Sa. 1, ss. 163-208,

Kuşçu, D.: “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Sınır Dışı Edilmelerine Karar Verilen Yabancıların İdari Gözetim Altına Alınmaları”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.: 22, Sa.: 37, 2017, ss. 241-284.

Lüten, İ.: Ferdin Milletlerarası Himayesi, AÜHFD, Sa. 9, 1952.

Mole, N./Harby, C.: The Right to a Fair Trial, Human Rights Handbooks No.3, CoE, 2nd Edition, 2006.

Mole, N./Meredith, C.: Human Rights Files No: 9 - Asylum and the European Convention on Human Rights, CoE Publishing, 2010, Strasbourg.

Moreno-Lax, V.: Accessing Asylum in Europe Extraterritorial Border Controls and Refugee Rights under EU Law, Oxford University Press, 2017, s. 246, 371-376.

Moreno-Lax, V.: “Beyond Saadi v UK: Why the Unnecessary Detention of Asylum Seekers is Inadmissible under EU Law”, “Beyond Saadi v UK”, Human Rights & International Legal Discourse, Sa. 5, 2011, ss. 166-206.

Odman, M.T.: Mülteci Hukuku, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi Yayınları No: 15, Ankara, 1995.

O’Nions, H.: Exposing Flaws in the Detention of Asylum Seekers: A Critique of *Saadi*, (“Critique of *Saadi*”), Nottingham Law Journal, S. 34, 2008.

O’Nions, H.: “No Right to Liberty: The Detention of Asylum Seekers for Administrative Convenience”, (“Detention for Administrative Convenience”), European Journal of Migration and Law, S. 149, 2008.

Özbek, N.: “AİHM Kararları Işığında YUKK’nda İdari Gözetimin Uygulandığı Mekanlar Hakkında Ortak Sorunlar”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sa. 118, 2015, ss. 15-50.

Özkan, I.: Göç, İltica ve Sığınma Hukuku, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, 2017, Ankara.

Öztürk, N.: "Yabancıların Yerel Seçimlerde Oy Kullanma Hakkı". Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Sa. 33 / 1, Mart 2016, s. 125-168.

Öztürk, N.Ö.: Mültecinin Hukuki Statüsünün Belirlenmesi, ("Mültecinin Hukuki Statüsü"), 1. Baskı, 2015, Ankara.

Öztürk, N.Ö.: "Geçici Korumanın Uluslararası Koruma Rejimine Uyumu Üzerine Bir İnceleme", ("Geçici Koruma"), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2017, Sa. 66(1), s. 201-263.

Pazarcı, H.: Uluslararası Hukuk, Turhan Kitabevi, 6. Bası, 2006, Ankara, s. 24.

Sargın, F.: "Türkiye’de Öğrenim Gören Yabancı Öğrencilerin Türkiye’ye Giriş, Türkiye’de İkamet Etme ve Çalışma Hakları", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Sa.17 / 1-2 (Haziran 2011), s. 317-354.

Sinha, S.P.: Asylum and International Law, Martinus Nijhoff Publishers, Hague, 1971.

Sir Lauterpacht, E./Bethlehem, D.: "The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement", Opinion for UNHCR, 2001.

Sirmen, S.: "Yabancıların Türkiye’den Sınırdışı Edilmesine İlişkin Temel Düzenlemeler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Türkiye Hakkında Verdiği Örnek Kararlar", Ankara Barosu Dergisi, Y. 67, Sa. 3, 2009, ss. 29-45.

Şen, E.: Yabancıların İdari Gözetimi Anayasaya Aykırı mı?, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1428014-yabancinin-idari-gozetimi-anayasaya-aykiri-mi> (E.T. 15/2/2019)

Tekinalp, G.: Türk Yabancılar Hukuku, Beta Yayıncılık, 8. Bası, İstanbul, 2003.

Teksoy, B.: "Yabancıların Vize Alma Zorunluluğu", AÜHFD, Y. 62, Sa. 3, 2013, s. 855-906.

- Tezcan, D./Erdem, M.R./Sancakdar, O./Önok, R.M.:** İnsan Hakları Ek Kitabı, Seçkin Yayıncılık, 5. Baskı, Ankara, 2014.
- Tiburcio, C.:** The Human Rights of Aliens Under International and Comperative Law, Martinus Nijhoff Publishers, 2001.
- Türk, V.:** “The UNHCR's Role in Supervising International Protection Standards in the Context of its Mandate”, The UNHCR and the Supervision of the International Refugee Law, Ed. James S. Simeon, Cambridge University Press, 2013, Cambridge, ss. 39-58.
- UNHCR Türkiye Temsilciliği:** Sığınma ve Mülteci Konularındaki Uluslararası Belgeler ve Hukuki Metinler, Ankara, 1998.
- Wallace, R.M.M.:** International Law, Thomson Sweet & Maxwell, 5th Edition, 2005.
- Wallace, R.M.M./Janeczko, F.A.W.:** “The Concept of Asylum in International Law”, An Introduction to International Refugee Law, Ed: Rafiqul Islam, Jahid Hossain Bhuiyan, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2013, ss. 133-158.
- Yılmaz Eren, E.:** Mülteci Hukukunda Geçici Koruma, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, 2018, Ankara.
- Yılmaz, S.:** Kitlemel Akın (Sığınma) Durumunda Geçici Koruma Rejimi ve Asgari Muamele Standardı, Seçkin Hukuk, Ankara, 2016.
- Yiğit, Ö.:** Uluslararası Hukuk, Avrupa Hukuku ve Türk Hukukunda Mülteci ve Sığınmacıların Etkili Başvuru Hakkı, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, 2018.
- Yiğit, N.T.:** “Sınır Dışı Etme Kararının İcrasının Ertelenmesi”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 25, Sa. 2, 2017, ss. 577-615.

Avrupa Konseyi Tavsiye ve Kararları

CoE, Committee of Ministers: Recommendation Rec(2003) 5 of the Committee of Ministers to Member States on Measures of Detention of Asylum Seekers, (“Rec(2003)5”), 16 April 2003, <https://www.refworld.org/docid/3f8d65e54.html> (E.T. 6/12/2018).

CoE, Commissioner for Human Rights: Criminalisation of Migration in Europe: Human Rights Implications (“Criminalisation of Migration in Europe”), 2009.

CoE, Committee of Ministers: Declaration on Territorial Asylum, 18 November 1977.

CoE, Commissioner for Human Rights: Issue Paper: Realising the Right to Family Reunification of Refugees in Europe, <https://rm.coe.int/commdh-issuepaper-2017-1extracts-familyreunification-commhr-recommenda/168072701d>, (E.T.: 2.10.2018).

CoE, CPT: Response of the Turkish Government to the report of the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) on its visit to Turkey from 16 to 23 June 2015, CPT/Inf (2017) 33, Strasbourg, 17 October 2017.

CoE, Special Representative of the Secretary General on migration and refugees: “Report of the fact-finding mission to Turkey by Ambassador Tomáš Boček, 30 May - 4 June 2016”, Information Documents SG/Inf (2016) 29, 10 August 2016.

EU Agency for Fundamental Rights/CoE: Handbook on European Law relating to Asylum, Borders and Immigration, Luxembourg, 2016.

EU Agency for Fundamental Rights/CoE: Handbook on European Law relating to Access to Justice, (“Access to Justice”), Luxembourg, 2016.

UNHCR Tavsiye ve Kararları

UNHCR: “Summary Conclusions: Article 31 of the 1951 Convention, Expert Roundtable organized by the United Nations High Commissioner for Refugees and the Graduate Institute of International Studies, Geneva, Switzerland, 8–9 November 2001”, (“Expert Roundtable Summary Conclusions”), Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection, Ed.: Erika Feller, Volker Türk and Frances Nicholson, Cambridge University Press, 2003, Cambridge, ss. 253-258,

UNHCR: Providing International Protection Including Through Complementary Forms of Protection (“Complementary Protection”), EC/55/SC/CRP.16, <http://www.unhcr.org/excom/standcom/42a005972/providing-international-protection-including-complementary-forms-protection.html> (E.T. 12.4.2018).

UNHCR: UNHCR’s Guidelines on Applicable Criteria and Standards Relating to the Detention of Asylum Seekers, (“1999 Detention Guidelines”), 26 February 1999, <https://www.refworld.org/docid/3c2b3f844.html> (E.T. 14/2/2019).

UNHCR: Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention, (“2012 Detention Guidelines”), 2012.

UNHCR: Handbook and Guidelines on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees, December 2011.

UNHCR: Detention of Asylum-Seekers and Refugees: The Framework, the Problem and Recommended Practice, (“Detention Framework”), 4 June 1999, EC/49/SC/CRP.13, <https://www.refworld.org/docid/47fdfaf33b5.html> (E.T. 5/12/2018).

UNHCR: Refugee Protection and Mixed Migration: A 10-Point Plan of Action, (“A 10-Point Plan of Action”), January 2007, revision 1, <https://www.refworld.org/docid/45b0c09b2.html> (E.T. 15/12/2019).

UNHCR: Refugee Protection and Mixed Migration: A 10-Point Plan in Action, (“The 10-Point Plan”), 1st Edition, February 2011, <https://www.refworld.org/docid/4d9430ea2.html> (E.T. 15/2/2019).

UNHCR, ExCom: Refugees without an Asylum Country No. 15 (XXX) – 1979, 16 October 1979, <https://www.unhcr.org/excom/exconc/3ae68c960/refugees-asylum-country.html> (E.T. 14/2/2019).

UNHCR, ExCom: The Problem of Manifestly Unfounded or Abusive Applications for Refugee Status or Asylum No. 30 (XXXIV) - 1983, “No. 30 (XXXIV) – 1983”, 20 October 1983, <https://www.refworld.org/docid/3ae68c6118.html> (E.T. 14/2/2019).

UNHCR, ExCom: Detention of Refugees and Asylum-Seekers No. 44 (XXXVII) - 1986, (“No. 44 (XXXVII) – 1986”), 13 October 1986, <https://www.refworld.org/docid/3ae68c43c0.html> (E.T. 14/2/2019).

UNHCR, ExCom: General Conclusion on International Protection No. 79 (XLVII) - 1996, 11 October 1996, <https://www.refworld.org/docid/3ae68c430.html> (E.T. 14/2/2019), para. (j);

UNHCR, ExCom: General Conclusion on International Protection 81 (XLVIII) - 1997, 17 October 1997, <https://www.refworld.org/docid/3ae68c690.html> (E.T. 14/2/2019), para (i);

UNHCR, ExCom: Safeguarding Asylum No. 82 (XLVIII) - 1997, 17 October 1997, (“No. 82 (XLVIII) – 1997”), <https://www.refworld.org/docid/3ae68c958.html> (E.T. 14/2/2019).

UNHCR: UNHCR Brief for Refugees as Amicus Curiae in the Supreme Court of the United States, David Jennings, et al. v. Alejandro Rodriguez et al., No. 15-1204, 31 October 2016, <http://www.refworld.org/docid/5821c8f64.html> (E.T. 14/2/2019).

UNHCR, *UNHCR intervention before the House of Lords in the case of Regina (Respondent) and Fregenet Asfaw (Appellant)*, 28 January 2008, para. 18, <http://www.refworld.org/docid/483d12222.html> (E.T.: 15/2/2019).

İHK’nın Tavsiye ve Kararları

HRC: General Comment No. 35 Article 9 (Liberty and security of person), (“CCPR/C/GC/35”), 16 December 2014.

HRC: CCPR General Comment No: 27 Article 12 (Freedom of Movement), (“CCPR/C/21/Rev.1/Add.9”), 2 November 1999, <https://www.refworld.org/docid/45139c394.html> (E.T. 13/2/2019).

HRC: Report of the Working Group on Arbitrary Detention: Promotion and Protection of All Human Rights, Civil, Political, Economic, Social and Cultural Rights, Including the Right To Development, (“A/HRC/7/4”), A/HRC/7/4, <https://undocs.org/A/HRC/7/4> (E.T. 14/2/2019), s. 20.

HRC: Report of the Working Group on Arbitrary Detention on its visit to the United States of America, 17 July 2017, A/HRC/36/37/Add.2, available at: <http://www.refworld.org/docid/59bfaeef4.html> (E.T. 14/2/2019).

HRC: ‘Report of the Special Rapporteur on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, A/HRC/28/68, 5 March 2015.

İHK Başvuru Kararları

A. v. Australia, CCPR/C/59/D/560/1993, HRC, 3 April 1997.

A. A. and R. Bakhtiyari v. Australia, 1069/2002, HRC, 29 October 2003.

C. v. Australia, CCPR/C/76/D/900/1999, HRC, 13 October 2002.

D. E. And Their Two Children v. Australia, 1050/2002, HRC, 9 August 2006.

Diğer Birleşmiş Milletler Kurumlarının Tavsiye ve Kararları

UN, General Assembly: Report of the UNHCR, A/RES/52/103, 9 February 1998,
<https://www.refworld.org/docid/3b00f32b17.html> (E.T. 14/2/2019).

UN, General Assembly: Report of the UNHCR, A/RES/1499 (XV), 5 December 1960,
<https://www.refworld.org/docid/3b00f20f70.html> (E.T.: 14/2/2019).

UN, General Assembly: Report of the UNHCR, A/RES/1673 (XVI), 18 December 1961,
<https://www.refworld.org/docid/3b00f1d454.html> (E.T.: 14/2/2019)

UN, General Assembly: Report of the UNHCR, A/RES/2039 (XX), 7 December 1965,
<https://www.refworld.org/docid/3b00f0575c.html> (E.T.: 14/2/2019).

UN, General Assembly: Report of the UNHCR, A/RES/31/35, 30 November 1976,
<https://www.refworld.org/docid/3b00f0375c.html> (E.T.: 14/2/2019).

UN, Conference of the Parties to the United Nations Convention against Transnational Organized Crime: Report on the meeting of the Working Group on Trafficking in Persons held in Vienna on 14 and 15 April 2009,

CTOC/COP/WG.4/2009/2, <https://undocs.org/CTOC/COP/WG.4/2009/2> (E.T. 14/2/2019).

UN, Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights: *Resolution on the Detention of Asylum-Seekers*, 2000/21, 18 August 2000, <https://www.refworld.org/docid/3dda66394.html> (E.T. 5/12/2018).

UN, Commission on Human Rights: Civil and Political Rights, including the Question of Torture and Detention, Report of the Working Group on Arbitrary Detention: Addendum: Visit to Australia (24 May - 6 June 2002), 24 October 2002, E/CN.4/2003/8/Add.2, <http://www.refworld.org/docid/3e2e7ca54.html> (14/2/2018).

Sivil Toplum Kuruluşları Raporları

Afghanistan Analysts Network: Mass Deportations of Afghans from Turkey: Thousands of migrants sent back in a deportation drive, <https://www.afghanistan-analysts.org/mass-deportations-of-afghans-from-turkey/> (E.T. 18.1.2020).

AIDA: Country Report: Turkey, 31 December 2017.

Amnesty International: Turkey ‘safe country’ sham revealed as dozens of Afghans forcibly returned hours after EU refugee deal, March 2016, <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2016/03/turkey-safe-country-sham-revealed-dozens-of-afghans-returned/> (E.T. 18.1.2020).

İzmir Barosu Göç ve İltica Komisyonu: İzmir Geri Gönderme Merkezlerinde Adalet Erişim Hakkı Çerçevesinde Yaşanan Sorunlar.

Global Detention Project: Turkey Immigration Detention Profile, October 2019,
<https://www.globaldetentionproject.org/countries/europe/turkey> (E.T.
18.1.2020);

NOAS: Seeking Asylum in Turkey – A Critical Review of Turkey’s Asylum Laws and Practices, 2016.

NOAS: Seeking Asylum in Turkey, December 2018 update.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

A. and Others v. The United Kingdom, 3455/05, CoE: ECtHR, 19 February 2009.

A.G. and Others v. Turkey, 40229/98, CoE: ECtHR, 15 June 1999.

Abdolkhani and Karimnia v. Turkey, 30471/08, CoE: ECtHR, 22 September 2009.

Al-Tayyar Abdelhakim v. Hungary, 13058/11, CoE: ECtHR, 23 October 2012.

Amuur v. France, 17/1995/523/609, CoE: ECtHR, 25 June 1996.

Chahal v. The United Kingdom, 70/1995/576/662, CoE: ECtHR, 15 November 1996.

Conka v. Belgium, 51564/99, CoE: ECtHR, 5 February 2002.

Hirsi Jamaa and Others v. Italy, 27765/09, CoE: ECtHR, 23 February 2012.

Hode and Abdi v. The United Kingdom, 22341/09, CoE: ECtHR, 6 November 2012.

Guzzardi v. Italy, 7367/76, CoE: ECtHR, 6 November 1980.

Mahdid and Haddar v. Austria, 74762/01, CoE: ECtHR, 8 December 2005

Mikolenko v. Estonia, 10664/05, CoE: ECtHR, 8 October 2009

M.S.S. v. Belgium and Greece, 30696/09, CoE: ECtHR, 21 January 2011.

Rusu v. Austria, 34082/02, CoE: ECtHR, 2 October 2008.

Saadi v. The United Kingdom, 13229/03, CoE: ECtHR, 11 July 2006.

S.D. v. Greece, 53541/07, CoE: ECtHR, 11 June 2009.

Shamsa c. Pologne, 45355/99, 45357/99, CoE: ECtHR, 5 December 2002.

Soering v. The United Kingdom, 1/1989/161/217 , CoE: ECtHR, 7 July 1989.

Vasileva v. Danmark, 52792/99, CoE: ECtHR, 25 September 2003.

Z.N.S. v. Turkey, 21896/08, CoE: ECtHR, 19 January 2010, para. 62-63.

Anayasa Mahkemesi Kararları

B.T., 2014/15769, AYM, 30/11/2017, R.G.: T. 16/2/2018 S. 30334.

K.A., AYM, 2014/13044, T. 11/11/2015.

Rıda Boudra, AYM, 2013/9673, 21/1/2015, R.G. T. 16/6/2016 S. 29388.

AYM, E. 2015/36, K. 2015/87, T. 8.10.2015, R.G. 28.10.2015/29516.

İdare Mahkemesi Kararları

Ankara Bölge İdare Mahkemesi 10. İdari Dava Dairesi tarafından E. 2017/742, K. 2017/1267, T. 20/12/2017.

Adana 1. Sulh Ceza Hâkimliği, D. İş 2015/3649, T. 31/08/2015

Ankara 3. Sulh Ceza Hâkimliği, D. İş 2015/647, T. 13/02/2015.

Aydın 1. Sulh Ceza Hâkimliği, D. İş 2015/1190, T. 13/07/2015.

Aydın 1. Sulh Ceza Hâkimliği D. İş 2015/1261, T. 24/07/2015

İstanbul 2. Sulh Ceza Hâkimliği, D. İş 2017/68, T. 26/05/2017.

Ankara 1. İdare Mahkemesi, E. 2014/1392, K. 2015/177, T. 28/01/2015.

Ankara 1. İdare Mahkemesi, E. 2015/331.

Ankara 1. İdare Mahkemesinin E. 2016/2121, K. 2017/186, T. 25/01/2017

Manisa 1. İdare Mahkemesi, E. 2018/341, K. 2018/995, T. 26/9/2018.

Ordu İdare Mahkemesi, E. 2016/783.

Yabancı Mahkeme Kararları

Norway, Supreme Court: HR-2014-01323-A, 2014/220, 24 June 2014,
http://www.refworld.org/cases,NOR_SC,5653395f4.html (E.T. 6 Ekim 2018).

B010 v. Canada (Citizenship and Immigration), Supreme Court of Canada, 2015 SCC
58 <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/15647/index.do> (E.T.
14/2/2019).

R v. Uxbridge Magistrates Court and Another, Ex parte Adimi, [1999] EWHC Admin
765; [2001] Q.B. 667, United Kingdom: High Court (England and Wales), 29
July 1999, https://www.refworld.org/cases,GBR_HC_QB,3ae6b6b41c.html
(E.T. 14/2/2019)).

R v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Bugdaycay; Regina v. Same,
Ex parte Nelidow Santis; Regina v. Same, Ex parte Norman, [1986] 1 All ER
458, [1986] 1 WLR 155, [1986] Imm AR 8, United Kingdom: Court of Appeal
(England and Wales), 5 November 1985,
https://www.refworld.org/cases,GBR_CA_CIV,3ae6b6230.html (E.T.
14/2/2019).

Defendant v. Openbaar Ministerie, Supreme Court of the Netherlands, S 13/01304, 3
June 2014, <https://www.refworld.org/pdfid/53b11da24.pdf> (E.T. 14/7/2019).

Attorney-General v. Refugee Council of New Zealand, Inc., 2 NZLR 577, New

Zealand: Court of Appeal, 16 April 2003,

https://www.refworld.org/cases,NZL_CA,40cec4c84.html (E.T. 14/2/2019).

İnternet İçerikleri

<https://www.archives.gov/exhibits/featured-documents/magna-carta/translation.html>

(E.T. 27/01/2020).

[https://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/528b7--Herhangi-Bir-Bicimde-Tutulan-](https://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/528b7--Herhangi-Bir-Bicimde-Tutulan-veya-Hapsedilen-Kisilerin-Korunmasi-Icin-Prensip-Butunu.pdf)

[veya-Hapsedilen-Kisilerin-Korunmasi-Icin-Prensip-Butunu.pdf](https://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/528b7--Herhangi-Bir-Bicimde-Tutulan-veya-Hapsedilen-Kisilerin-Korunmasi-Icin-Prensip-Butunu.pdf) (E.T.: 5/12/2018).

[https://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/619b9--Ozgurlugunden-Yoksun-](https://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/619b9--Ozgurlugunden-Yoksun-Birakilmis-Kucuklerin-Korunmasi-Icin-Kurallar.pdf)

[Birakilmis-Kucuklerin-Korunmasi-Icin-Kurallar.pdf](https://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/619b9--Ozgurlugunden-Yoksun-Birakilmis-Kucuklerin-Korunmasi-Icin-Kurallar.pdf) (E.T.: 5/12/2018).

http://www.goc.gov.tr/icerik6/duzensiz-goc_363_378_4710_icerik (E.T.: 18/01/2020).

http://www.goc.gov.tr/icerik3/uluslararası-koruma_363_378_4712 (E.T.: 18/01/2020).

http://www.goc.gov.tr/icerik3/sinir-disi-etme_409_422_834 (E.T.: 15/2/2019)

http://www.goc.gov.tr/icerik3/geri-gonderme-merkezleri_363_378_10094 (E.T.:

3/2/2019).

ÖZET

Bu çalışmada, güvenli alan arayışı içinde düzensiz göç yollarına başvuran sığınmacılara, özgürlük ve güvenlik haklarına sınırlama getiren idari gözetim tedbiri uygulanmasının uluslararası mülteci hukuku ve Türk yabancılar hukukunda düzenlenişi incelenmektedir. Sığınmacıların idari gözetiminin hukuki çerçevesi, 1951 Cenevre Sözleşmesi tarafından ortaya konan geri gönderme yasağı (*non-refoulement*), düzensiz giriş nedeniyle cezalandırma yasağı ile düzensiz ve düzenli statüdeki sığınmacıların hareket sınırlamalarının tabi olduğu şartlar ve AİHS'nin özgürlük ve güvenlik hakkı düzenlemesi ekseninde belirlenmektedir. Bu kurallar bütünü, AİHM kararları ile başta UNHCR ve Avrupa Konseyi olmak üzere uluslararası örgütler tarafından kabul ve tavsiye edilen idari gözetim uygulama ilkeleriyle somut olarak şekillenmektedir. Çalışmada, Türk hukukunda Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu ile ikincil mevzuatta yer alan idari gözetim tedbirinin, sığınmacılar bakımından, düzensiz giriş nedeniyle sınır dışı etmek üzere veya sığınma usullerine başvurulmasına bağlı olarak uygulanmasına ilişkin kanuni düzenlemeler ve usuli güvenceler tespit edilerek, Anayasa ile idari gözetim uygulama ilkelerine uygunluğu değerlendirilmiştir. Bunlardan özellikle, idari gözetimin salt düzensiz girişi cezalandırmak amacıyla keyfî yahut orantısız olarak veya geri gönderme yasağı kapsamında etkili başvuru hakkını ihlal edecek şekilde uygulanmaması gereği öne çıkmaktadır. Ancak idari gözetim kararına karşı başvuru yolu olarak resen hâkim incelemesi usulünün kabul edilmemesinin yanı sıra, idari gözetim kararına itirazların sulh ceza hâkimliklerince başvurunun etkililiğini ortadan kaldıracak şekilde incelenmesi riski, Anayasa ve uygulama ilkelerine aykırılığı gündeme getirebilecek hususlardır.

ABSTRACT

This study aims to examine, within the scope of international refugee law and the Turkish law on foreigners, the implementation of administrative detention measure, which places limitations on the right to liberty and security, to asylum-seekers resorting to irregular migration routes in search of a safe area. The legislative framework of administrative detention imposed on asylum-seekers is determined within the limits of the principle of *non-refoulement*, non-penalisation on account of irregular entry and limitations on the movement of asylum-seekers with irregular or regular status as established by the 1951 Geneva Convention as well as the amendments of the ECHR on the right to liberty and security. This set of rules takes form in concrete terms through the ECtHR decisions and implementation principles adopted and recommended by international organizations, including particularly UNHCR and the Council of Europe. In the study, as stipulated in the Law on Foreigners and International Protection and its secondary legislation, the legal arrangements and procedural safeguards with regard to implementation of the administrative detention measure on asylum-seekers with the purpose of deportation due to irregular entry or implemented in connection with application to the asylum procedures are identified and assessed in terms of compliance with the Turkish Constitution and the implementation principles of administrative detention. The study particularly reveals that administrative detention must not be implemented in an arbitrary or disproportionate fashion to solely penalise irregular entries or in a manner that may violate the right to an effective remedy in the context of the principle of *non-refoulement*.