

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (KARŞILAŞTIRMALI HUKUK)
ANABİLİM DALI

ULUSLARARASI KORUMA ÇERÇEVESİNDE MÜLTECİNİN HUKUKÎ STATÜSÜNÜN BELİRLENMESİ

Doktora Tezi

Neva Övünç ÖZTÜRK

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Bilgin TİRYAKİOĞLU

Ankara 2014

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (KARŞILAŞTIRMALI HUKUK)
ANABİLİM DALI

ULUSLARARASI KORUMA ÇERÇEVESİNDE MÜLTECİNİN HUKUKİ STATÜSÜNÜN BELİRLENMESİ

Doktora Tezi

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Bilgin TIRYAKIOĞLU

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

Prof. Dr. Bilgin Tiryakioğlu
Prof. Dr. Gülna Güneş
Prof. Dr. Feriha Silge Tancılalar

Doç. Dr. Rifet ERTEN

Doç. Dr. Merve AYGÜN

İmzası







Tez Sınavı Tarihi 20.05.2014

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR	xix
GİRİŞ	1
§1. ULUSLARARASI KORUMA HAKKINDA GENEL BİLGİLER.....	1
§2. ÇALIŞMANIN KONUSU	3
§3. KONUNUN ÖNEMİ	3
§4. KONUNUN İNCELENMESİNE YÖNELİK AÇIKLAMALAR	7
I. ÇALIŞMADA KULLANILAN TERMİNOLOJİYE İLİŞKİN BİLGİLER.....	7
II. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI VE İNCELEME PLÂNI	10

BİRİNCİ BÖLÜM

MÜLTECİ STATÜSÜNÜN ULUSLARARASI HUKUKTAKİ GENEL GÖRÜNÜMÜ

§1. ULUSLARARASI HUKUKTA MÜLTECİ STATÜSÜNÜN DOĞUŞU VE ŞEKİLLENMESİ	17
I. MÜLTECİ STATÜSÜNÜ DOĞURAN TEMEL KAVRAMLAR	18
A. Sığınma	18
1. Devlet Odaklı Bakış Açısıyla Sığınma.....	21
2. Birey Odaklı Bakış Açısıyla Sığınma.....	26
3. Sığınma Hakkı	31
a. Uluslararası Düzenlemeler Çerçevesinde Sığınma Hakkının Değerlendirilmesi	32
b. Sığınma Hakkının Uluslararası Teamül Hukuku Kuralı Olarak Değerlendirilmesi	37
B. Mülteci Kavramı ve Kavramın Unsurları	38
1. Zorunlu Göç (Zorunlu Kaçış).....	41

2. Korunma İhtiyacı (Menşe Devletinin Koruma Zafiyeti).....	45
II. ULUSLARARASI KORUMANIN GELİŞİMİ ÇERÇEVESİNDE MÜLTECİ KAVRAMININ MÜLTECİ STATÜSÜNE DÖNÜŞÜMÜ.....	47
A. Mülteci Koruması Açısından Uluslararası Alanda İşbirliği Yapılmasından Önceki Dönem	48
B. Mülteci Koruması Alanında Uluslararası İşbirliği Dönemi	50
1. Milletler Cemiyeti Dönemi.....	50
2. Birleşmiş Milletler Dönemi	54
a. Birleşmiş Milletlerin Kuruluşu ve Genel Yapısı	54
b. Birleşmiş Milletler Uluslararası Mülteci Organizasyonu	55
c. Birleşmiş Milletler Yüksek Komiserliğinin Kuruluşu ve Mülteci Statüsü Tanımına Doğru Atılan Adımlar.....	58
aa. Komiserliğin Kuruluşu Sırasında Hâkim Olan Durum.....	58
bb. 1951 Sözleşmesi ile 1967 Protokolü'nde Mülteci Statüsünün Tanımlanması	61
III. 1951 SÖZLEŞMESİ İLE TANIMLANAN MÜLTECİ STATÜSÜNÜN TEMEL ÖZELLİKLERİ	64
A. Mülteci Statüsünün Yabancılarla İlişkin Bir Statü Olması	65
B. Mülteci Statüsünün Bildirici Niteliği	65
C. Sözleşmeyle Mülteciye Sağlanan Korumanın Genel Çerçevesi	67
D. Mülteci Statüsünün Tâbi Olduğu Asgari Muamele Standardı	69
IV. MÜLTECİ STATÜSÜ TANIMININ ULUSLARARASI KORUMANIN SAĞLANMASI AÇISINDAN YETERSİZ KALMASINA YÖNELİK ÇÖZÜM ARAYIŞLARI.....	74
A. BMMYK'nın <i>Ratione Personae</i> Yetki Alanının Genişletilmesi	75
B. Bölgesel Düzenlemelerde Genişletilmiş Mülteci Tanımları	77

1. ABÖ Mülteci Sözleşmesi	78
2. Arap Devletlerinde Mültecilerin Durumunu Düzenleyen Arap Sözleşmesi	79
3. Cartagena Deklarasyonu.....	79
C. Tamamlayıcı Koruma Çerçevesinde Alternatif Arayışları	80
§2. MÜLTECİ STATÜSÜNÜN BELİRLENMESİNDE ETKİLİ OLAN HUSUSLAR	82
I. STATÜ BELİRLEMENİN TEMEL KAYNAĞINI OLUŞTURAN 1951 SÖZLEŞMESİ'NİN YORUMLANMASI	83
A. Genel Olarak Uluslararası Sözleşmelerin Yorumlanmasında İzlenecek Yöntem	84
B. Sözleşmenin Yorumlanmasına Katkıda Bulunabilecek Kaynaklar	86
C. 1951 Sözleşmesinin İnsan Hakları ile İlişkisi ve Bu İlişkinin Yoruma Etkisi.....	92
D. Yorumlamada Etkili Olan İlkeler.....	95
1. İyi Niyet İlkesi	95
2. Ayrımcılık Yasağı	97
II. GERİ GÖNDERMENİN YASAKLANMASI (<i>NON REFOULEMENT</i>).....	100
A. Geri Gönderme Terimi.....	100
B. Geri Gönderilmemenin Mülteci Statüsünün Belirlenebilmesi Açısından Taşıdığı Önem.....	101
C. Geri Gönderme Yasağının Doğuşu ve Gelişimi.....	102
D. Geri Gönderme Yasağının Uygulama Alanı	108
1. 1951 Sözleşmesi Açısından	108
a. Yasağın Koruma Alanındaki Bireyler	108
b. Yasakla Sağlanan Korumanın Gerekçesi.....	109
c. Yasaklanan Eylemler	112
aa. Sınır Dışı Etme.....	113

bb. Sınırdan Geri Çevirme ve İade.....	115
d. Yasağa Getirilen İstisnalar.....	119
aa. Ulusal Güvenliğe İlişkin Durumlar.....	120
bb. Kamu Güvenliğine İlişkin Hususlar	122
i. Kamu Güvenliği İstisnasının Değerlendirilme Yöntemi.....	123
ii. Suçun İşlendiği Yer ve Suçun Ciddiyetinin Değerlendirilmesi	126
iii. Mahkumiyetin Kesinleşmiş Olması.....	128
2. 1951 Sözleşmesi Dışındaki İnsan Hakları Sözleşmeleri Açısından ...	129
a. BMİÖS Çerçevesindeki Görünüm.....	130
b. AIHS Çerçevesindeki Görünüm	131
c. MSHS Çerçevesindeki Görünüm.....	134
3. Yasağın Bir Uluslararası Teamül Hukuku Kuralı Olarak Kabul Edilmesi Açısından.....	136
III. STATÜ BELİRLEME YETKİSİ VE USULÜNE İLİŞKİN HUSUSLAR.....	137
A. Statünün Devlet Tarafından Belirlenmesi.....	138
1. Devletler Tarafından Uygulanacak Statü Belirleme Usulüne İlişkin BMMYK Tarafından Tavsiye Edilen Genel Standartlar	138
2. Statü Belirleme Usulü Açısından Yaygın Uygulama Alanına Sahip Olan Bazı Hususlara Yönelik Açıklama ve Değerlendirmeler.....	140
a. Güvenli Üçüncü Ülke Uygulamaları (Sorumluluk Paylaşımı/Aktarımı) Açısından	141
b. İdari Gözetim Altına Alma Uygulamaları Açısından	152
c. Hızlandırılmış Değerlendirme Uygulamaları Açısından	157
B. Statünün BMMYK Tarafından Belirlenmesi	161

1. Statünün BMMYK Tarafından Belirlenebileceği Durumlar	162
2. BMMYK'nın Statü Belirleme Hususunda İzlediği Usul.....	162
3. BMMYK Kararlarının Denetimi Sorunu.....	163

İKİNCİ BÖLÜM

1951 SÖZLEŞMESİ ÇERÇEVESİNDE MÜLTECİ STATÜSÜNÜN BELİRLENMESİNE YÖNELİK ÖLÇÜTLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

§3. ÖLÇÜTLERİN DEĞERLENDİRİLMESİNDE İZLENECEK YÖNTEM	167
I. ÖLÇÜTLERİN GENEL OLARAK SINIFLANDIRILMASI.....	167
II. ÖLÇÜTLERİN DEĞERLENDİRİLME SIRASI.....	168
III. DEĞERLENDİRMEDE İSPATA İLİŞKİN HUSUSLAR AÇISINDAN İZLENİLECEK YOL	174
A. İspat Yükünün Taraf(lar)ı	175
B. Güvenilirlik (<i>Credibility</i>) Değerlendirmesinin Esas Alınması	176
C. İspat Standartlarının Kullanılması.....	180
D. Şüpheden Mültecinin Yararlanması (<i>Benefit of the Doubt</i>).....	182
§4. ÖLÇÜTLERİN DEĞERLENDİRİLMESİNDE ÖNCELİKLE ELE ALINMASI GEREKEN HUSUSLAR	184
I. SİĞİNMACININ MENŞE ÜLKESİNİN BELİRLENMESİ.....	184
A. Bir ya da Daha Fazla Devletin Vatandaşlığını Hâiz Olan Sığınmacılar Açısından.....	185
B. Vatansızlar Açısından	186
II. SİĞİNMACININ ÜLKESEL KONUMUNUN BELİRLENMESİ.....	190
A. Menşe Ülkesinin Dışında Bulunma (Yabancı Olma) Şartının Sağlanması	191
1. Ülkesinde Yerinden Edilmiş Kişilerin Mülteci Statüsü Belirleme Değerlendirmesinin Dışında Bırakılması	191

2. Diplomatik Temsilciliklere Sığınma Hâli ile İlgili Hususlar	193
B. Yerinde (<i>Sur Place</i>) Mültecilerin Durumu	194
§5. STATÜNÜN TANINMASINA YÖNELİK ÖLÇÜTLER	195
I. HAKLI NEDENLERE DAYANAN ZULÜM KORKUSU	195
A. Haklı Nedenlere Dayanan Korku Kriterinin Değerlendirilmesi	196
1. Kriterin Sözleşme'nin Oluşum Aşaması İçerisindeki Görünümü	196
2. Kriterin Değerlendirilmesine Yönelik Yaklaşımlar	197
a. Geleneksel Yaklaşım	197
aa. Geleneksel Yaklaşımın El Kitabı Çerçevesindeki Görünümü ve Bu Husustaki Değerlendirmemiz.....	198
i. Geleneksel Yaklaşımın El Kitabı Çerçevesindeki Görünümü	198
ii. Değerlendirmemiz.....	199
bb. Geleneksel Yaklaşımın Uygulamadaki Görünümü	201
i. Subjektif Unsurun Değerlendirilmesi.....	201
ii. Objektif Unsurun Değerlendirilmesi.....	202
b. Tek Bir Objektif Değerlendirme (Objektif Test) Yaklaşımı	210
B. Zulüm Kavramı ve Kavramın Yorumlanması.....	217
1. Zulüm ve Ciddi Zarar	218
2. Zulmün Yorumlanmasında İnsan Hakları Yaklaşımı.....	222
C. Haklı Nedenlere Dayanan Zulüm Korkusunun (Zulüm İhtimâlinin) Oluşmasında Zulmün Aktörlerinin ve Dâhili Koruma Zafiyetinin Etkisi	227
1. Zulüm İhtimâlinin Menşee Devletinden Kaynaklanması Durumunda	227
2. Zulüm İhtimâlinin Devlet Dışı Aktörlerden Kaynaklanması Durumunda	228

3. Devlet Dışı Aktörler Tarafından Sebebiyet Verilen Zulüm İhtimâlinin “Haklı Nedenlere” Dayandığının Kabul Edilmesi Açısından Geliştirilen Yaklaşımlar	229
a. Sorumluluk (İştirak) Yaklaşımı	229
b. Dâhili Koruma Zafiyeti Çerçevesinde Gelişen Yaklaşım: Koruma Yaklaşımı	231
aa. Koruma Yaklaşımının Uygulamadaki Görünümü	233
bb. Dâhili Korumanın Uygulamadaki Görünümüne İlişkin Olarak BMMYK’nın Görüşleri ve Tavsiyeleri	236
D. Haklı Nedenlere Dayanan Zulüm Korkusunun (Zulüm İhtimâlinin) Oluşmasında Yerinde Mültecilerin Kasıtlı Davranışlarının Etkisi	238
II. ZULÜM İHTİMÂLİNİN BELİRLİ NEDENLERLE BAĞLANTILI OLMASI (NEXUS)	243
A. Genel Olarak	243
B. Zulüm İhtimâli ve Zulüm Nedenleri Arasındaki Bağlantının Değerlendirilmesi	249
1. Bağlantının Tespitinde Zulmün Aktörünün Saikinın Değerlendirilmesi ve Bu Husustaki Eleştiriler	250
2. Bağlantının Tesis Edilmesi Gereken Seviyenin Tespiti	254
3. Zulüm İhtimâlinin Devlet Dışı Aktörlerden Kaynaklanması Durumunda Bağlantının Tesisi	259
C. Zulüm İhtimâli İle Bağlantılı Olması Gerken Nedenlerin Değerlendirilmesi ...	260
1. Irk	260
2. Din	263
a. Din Teriminin Kapsamı	263
b. Dine Dayalı Zulüm İhtimâlleri	267

aa. Ayrımcılık Sebebiyle Oluşan Dine Dayalı Zulüm İhtimâlleri..	267
bb.Zulüm İhtimâlinin Din Özgürlüğünün Kısıtlanmasından Kaynaklanması	269
3. Milliyet	274
a. Terim Sorunu	274
b. Sözleşme'deki Anlamı.....	275
4. Belirli Bir Sosyal Gruba Mensubiyet	278
a. Terime İlişkin Genel Değerlendirme	278
b. Sosyal Grup Teriminin Sözleşme'nin 1A(2) Maddesine Göre Değerlendirilmesine Yönelik Yaklaşımlar	281
aa. Değiştirilemez Nitelikler Yaklaşımı (<i>Protected/Immutable Characteristics Approach</i>)	282
bb. Sosyal Algı Yaklaşımı (<i>Social Perception Approach</i>).....	284
cc. Karma Alternatifli Yaklaşım (<i>Combined Alternative Approach</i>).....	285
dd. Karma Kümülatif Yaklaşım (<i>Combined Cumulative Approach</i>)	287
c. Belirli Bir Sosyal Grup Oluşturabilecek Niteliklerin Genel Özellikleri ve Cinsiyet Örneği	288
5. Siyasî Görüş (Düşünce).....	296
a. Genel Olarak	296
b. Siyasî Görüşün Sözleşme'nin 1A(2) Maddesi Çerçevesindeki Anlamı	297
c. Siyasî Görüşü Dayanan Zulüm İhtimâllerinin Değerlendirilmesi .	298

III. BELİRLİ SEBEPLERDEN KAYNAKLANAN ZULÜM İHTİMÂLİ
NEDENİYLE SIĞINMACININ MENŞE ÜLKESİNİN KORUMASINDAN
YARARLAN(A)MAMASI VEYA BU ÜLKEYE DÖN(E)MEMESİ.....300

A. Vatansız Olmayan Sığınmacılar Bakımından Ölçütün Değerlendirilmesi 301

1. Korumanın Niteliği.....301

2. Korumadan Faydalan(a)mama Kriterinin Değerlendirilmesi.....304

3. Birden Fazla Devletin Vatandaşlığını Hâiz Olan Sığınmacıların
Durumu.....305

B. Vatansız Sığınmacılar Bakımından Ölçütün Değerlendirilmesi 308

§6. STATÜNÜN DIŞINDA BIRAKILMAYA YÖNELİK ÖLÇÜTLER.....309

I. SIĞINMACININ KORUNMAYA İHTİYACI OLMAMASI 309

A. Korunma İhtiyacının BM'nin BMMYK Dışındaki Organları Tarafından
Karşılanması 310

1. Statünün Kapsamı Dışında Kalan Filistinli Mülteciler 313

2. Sözleşme Korumasından *Ipso Facto* Yararlanabilecek Olan Filistinli
Mülteciler 316

a. Koruma veya Yardımın Sona Ermesi 317

b. Sözleşme'den *Ipso Facto* Yararlanma.....320

B.Korunma İhtiyacının İkamet Edilen Devlet Tarafından Vatandaşa Benzer Bir
Çerçevede Karşılanması 322

1. 1951 Sözleşmesi'nin 1E Hükmünün Kapsamına Giren Sığınmacılar 322

2. Mülteci Statüsünün Dışında Bırakılmaya Neden Olan Korumanın
Çerçevesi 323

II. SIĞINMACININ KORUNMAYA LÂYIK OLMAMASI 324

A. Korumaya Lâayık Bulunmama Değerlendirmesinde Uygulanacak Yöntem 327

1. Yorum Yöntemi ve İspat Standardı 327

2. Dengeleme (<i>Balancing</i>).....	331
B. Korunmaya Lâayık Bulunmama Halleri	334
1. Barış ve Güvenliğe Karşı Suçlar Açısından(md. 1F(a)).....	334
a. Barış ve Güvenliğe Karşı Suçların Belirlenmesinde Faydalanılacak Kaynaklar	336
b. Bireysel Sorumluluk Hususu	337
c. Barış ve Güvenliğe Karşı Suçların Kapsamı	341
aa. Barışa Karşı Suçlar	341
bb. Savaş Suçları	342
cc. İnsanlığa Karşı Suçlar	346
2. Siyasî Olmayan Ciddi Suçlar Açısından (md. 1F(b)).....	348
a. Genel Görünüm.....	348
b. Suçun Siyasî Niteliğinin ve Ciddiyetinin Belirlenmesi	349
aa. Siyasî Olmayan Ciddi Suçların Belirlenmesinde Suçluların İadesine Yönelik Kuralların Etkisi	349
bb. Siyasî Olmayan Suç Kriterinin Değerlendirilmesi	352
cc. Suçun Ciddiyetinin (Ağırlığının) Değerlendirilmesi	355
dd. Suçun İşlenme Zamanı ve Yeri	358
3. BM'nin Amaç ve İlkelerine Aykırılık Teşkil Eden Suçlar Açısından (md. 1F(c)).....	360

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
TÜRK HUKUKUNDA MÜLTECİ KORUMASININ VE MÜLTECİ
STATÜSÜNÜN GÖRÜNÜMÜ

§7. TÜRK HUKUKUNDA MÜLTECİYE VE MÜLTECİ KORUMASINA GENEL BAKIŞ.....	366
I. TARİHİ GELİŞİM.....	366
A. Cumhuriyet Öncesi Dönem.....	366
B. Cumhuriyet Sonrası Dönem.....	369
1. 1951 Sözleşmesinin İmzalanmasından Önceki Durum.....	369
2. 1951 Sözleşmesi'nin İmzalanmasından Sonraki Durum.....	373
C. Türkiye'nin AB'ye Üyelik Sürecindeki Gelişmeler	375
II. TÜRK HUKUKUNDA MÜLTECİ KORUMASI İLE İLGİLİ OLAN TEMEL HUKUKİ DÜZENLEMELER	377
A. Anayasa ile Çizilen Çerçeve	377
1. Mülteci Korumasının Amacını Yansıtması Açısından Anayasa'nın Fonksiyonu	378
2. Uluslararası Sözleşmelerin Uygulanması Açısından Anayasa'nın Fonksiyonu	382
B. Kaynağını Uluslararası Hukuktan Alan Temel Düzenlemeler.....	388
1. 1951 Sözleşmesi ve 1967 Protokolünün Türk Hukukundaki Yeri.....	388
a. Coğrafi Kısıtlamanın Hukukî Niteliği	390
b. Coğrafi Kısıtlamanın Sözleşme'nin Uygulanmasına Etkisi	393
2. 1951 Sözleşmesi Dışındaki Evrensel ve Bölgesel Nitelikli Sözleşmeler.....	395
C. Kaynağını İç Hukuktan Alan Temel Düzenlemeler.....	395
1. Yürürlükte Bulunan Temel Düzenlemeler	396

a. Doğrudan Doğruya Mülteci Koruması ile İlgili Olan Düzenlemeler	396
aa. 1994 Yönetmeliği	396
bb. Mülteci Misafirhaneleri Yönetmeliği	399
cc. 57 Sayılı Genelge	400
b. Doğrudan Doğruya Mülteci Korumasına Yönelik Olmadıkları Hâlde Sığınmacılara/Mültecilere İlişkin Hükümler İhtiva Eden Düzenlemeler	402
2. Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu	403
III. TÜRKİYE'NİN ULUSAL ŞARTLARI ÇERÇEVESİNDE ŞEKİLLENMİŞ OLAN MÜLTECİ ALGISI VE ALGININ TÜRK HUKUKUNUN MÜLTECİ KORUMASINA BAKIŞI ÜZERİNDEKİ YANSIMALARI	405
A. Algıyı Oluşturan Nedenler	406
1. Tarihî Şartlar ve Deneyim	406
2. Coğrafi Şartlar	407
3. Sığınma Konusunda Benimsenen Strateji	409
B. Ulusal Şartlar Çerçevesinde Şekillenen Mülteci Algısının Türk Hukukunun Mülteci Korumasına Bakışı Üzerindeki Yansımaları	412
1. Mülteciliğin Belirleyici Faktörü Olarak Yerleşme Niyetine Odaklanması Açısından	412
2. Mültecinin Geçici Bir Süre Katlanması Gereken Birey Olarak Kabul Edilmesi Açısından	414
3. Mültecinin Yabancı Misafir Olarak Algılanması Açısından	417
C. YUKK'un Yürürlüğe Girmesinin Algı Üzerindeki Olası Etkileri	419
§8. TÜRK HUKUKUNDA MÜLTECİ STATÜSÜNÜN BELİRLENMESİ	420

I. TÜRK HUKUKUNDA MÜLTECİ STATÜSÜNÜN TANIMLANMASI VE DİĞER KORUMA STATÜLERİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI	422
A. Türk Hukukunda Mülteci Statüsünün Tanımlanması	422
B. Mülteci Statüsünün Diğer Uluslararası Koruma Statüleri İle Karşılaştırılması	423
1. 1994 Yönetmeliği Çerçevesinde Mülteci-Sığınmacı Ayrımı	423
2. YUKK Çerçevesinde Mülteci-Şartlı Mülteci Statüsü Ayrımı	428
3. YUKK Çerçevesinde (Şartlı) Mülteci-İkincil Koruma Statüsü Ayrımı	429
II. SİĞİNMA YA ERİŞİMİN GÜVENCE ALTINA ALINMASI: TÜRK HUKUKUNDA GERİ GÖNDERME YASAĞININ UYGULANMASI	431
A. Yasağın Hukukî Dayanakları ve Kişi Yönünden Kapsamı	432
1. Yürürlükteki Düzenlemeler Açısından	432
2. YUKK Açısından	439
B. Türk Hukukunda Yasağın İstisnalarının Uygulanmasına Yönelik Değerlendirmemiz	444
1. Yürürlükte Bulunan Düzenlemeler Açısından	444
2. YUKK Açısından	445
III. TÜRK HUKUKUNDA MÜLTECİ STATÜSÜNÜN BELİRLENME USULÜ	451
A. Başvurunun Yapılmasıyla Usulün Başlaması	454
1. Başvuruyu Almaya Yetkili Makam	455
2. Başvurunun Şekli	456
3. Başvuruyu Yapacak Olan Kişiler	457
a. Başvurunun İlgili Tarafından Kendi Adına Yapılması	457
b. Başvurunun İlgili Tarafından Aile Üyeleri Adına Yapılması	458
4. Başvurunun Yapılma Süresi	460

5. Başvurunun Yapılmasına İlişkin Özel Durumlar	463
a. Hürriyeti Kısıtlanmış Olan Kişilerin Başvuruları	463
b. Başvurunun Sınır Kapılarında Yapılması	464
c. Başvurunun BMMYK'ya Yapılması	465
B. Hazırlık Aşaması	469
1. Başvurunun İncelenmesi	470
a. Ön İnceleme-Kayıt ve Kontrol.....	470
b. Mülakat	475
2. Hazırlık Aşamasındaki Usûlî Haklar ve Güvenceler.....	478
a. Dinlenilme Hakkı.....	479
b. Bilgi ve Belgelere Erişim Hakkı	480
aa. Bilgi ve Belgelere Erişim Hakkının Mülteci Statüsünün Belirlenme Usulündeki Görünümü	481
bb. Gizlilik İlkesinin Uygulanması ve Kişisel Verilerin Korunması.....	482
c. Başvuru Sahibinin Bilgilendirilmesi	485
d. Avukata ve Danışmanlığa Erişim	486
e. Özel İhtiyaç Sahipleri ve Refakatsiz Küçüklere İlişkin Hususlar ..	486
f. Tercümanlık Hizmetlerine Erişim	489
3. Hazırlık Aşamasında İdare Tarafından Alınabilecek Tedbirler	490
a. Başvuranın İdari Gözetim Altına Alınması	491
aa. Yürürlükteki Düzenlemeler ve Mevcut Uygulama Açısından İdari Gözetim Altına Alma	491
bb. YUKK'da İdari Gözetim Altına Alma	494
i. Genel Görünüm	494

ii. Tedbirin Hukukî Niteliğine İlişkin Değerlendirmemiz.....	497
iii. Tedbirin Uygulanmasına Yol Açan Nedenlere İlişkin Değerlendirmemiz	498
b. Başvuranın İkamet Zorunluluğu ve Bildirim Yükümlülüğü.....	499
c. Usulün Hızlandırılması: Hızlandırılmış Değerlendirme Usulü	501
aa. YUKK Çerçevesindeki Genel Görünüm	502
bb. Hızlandırılmış Usulün Uygulanması İçin Öngörülen Süreye İlişkin Değerlendirmemiz.....	504
cc. Bazı Hızlandırılmış Usule Tâbi Kılınma Nedenlerine İlişkin Değerlendirmemiz	506
i. Kanunun 79(1)(b) Hükmü Açısından.....	507
ii. Kanunun 79(1)(ç) Hükmü Açısından.....	509
C. Usulün Durdurulması ve Tamamlanması.....	511
1. Statü Belirleme Kararı Verilmeden Usulün Durdurulması	512
a. Usulün Durdurulmasına Neden Olan Hâller	512
aa. Başvurunun Kabul Edilemez Olarak Değerlendirilmesi	512
i. Müteakip Başvurular	513
ii. Güvenli Üçüncü Ülkeden veya İlk İltica Ülkesinden Gelinerek Yapılan Başvurular	515
bb. Başvurunun Geri Çekilmesi veya Geri Çekilmiş Sayılması ..	519
b. Usulün Durdurulmasının Sonuçları	520
aa. Kabul Edilemez Başvurular Açısından.....	521
bb. Geri Çekilen veya Geri Çekilmiş Sayılan Başvurular Açısından.....	523

2. Statü Belirleme Kararının Verilmesi ile Usulün Tamamlanması.....	524
a. Kararın Hukukî Niteliği	524
b. Kararı Vermeye Yetkili Makam(lar)	526
c. Kararın Verilmesine İlişkin Süreler	528
d. Kararda Yer Alması Gereken Hususlar	530
aa. Gerekçe	531
bb. Başvuru Yollarının Gösterilmesi.....	533
e. Karara Karşı Başvuru Yolları	536
i. Olumlu Bir Kararın Verilmesi Açısından	541
ii. Olumsuz Bir Kararın Verilmesi Açısından	544
f. Kararın İptal Edilmesi	544
IV. TÜRK HUKUKUNDA MÜLTECİ STATÜSÜ BELİRLEME ÖLÇÜTLERİNİN UYGULANMASI VE BU HUSUSTAKİ DEĞERLENDİRMELERİMİZ	546
A. Genel Olarak	546
B. Statünün Tanınmasına Yönelik Ölçütler Açısından.....	551
1.Haklı Nedenlere Dayanan Zulüm Korkusuna İlişkin Bazı Hususlara Yönelik Değerlendirmemiz	551
2.Zulüm Nedenlerine İlişkin Bazı Hususlara Yönelik Değerlendirmemiz	554
C. Statünün Dışında Bırakılmaya Yönelik Ölçütler Açısından	555
1. Genel Olarak.....	555
2. Statü Dışında Bırakma Ölçütlerine İlişkin Bazı Hususlara Yönelik Değerlendirmemiz	556
SONUÇ	559
KAYNAKÇA.....	567

KARARLAR.....	604
ÖZET.....	Hata! Yer işareti tanımlanmamış.
SUMMARY	Hata! Yer işareti tanımlanmamış.



KISALTMALAR

AAT	: Administrative Appeals Tribunal (Federal)
AATA	: Administrative Appeals Tribunal of Australia
AB	: Avrupa Birliği
ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ABİHA	: Avrupa Birliği'nin İşleyişı Hakkında Antlaşma
ABÖ	: Afrika Birliği Örgütü
Aff.	: Affairs
AİHHŞ	: Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AİHK	: Amerikan İnsan Hakları Konvansiyonu
aka (a.k.a.)	: Also known as
All ER	: All England Law Reports
AOSS	: Avrupa Ortak Sığınma Sistemi
App.	: Application
Art.	: Article
Arts.	: Articles
aşa.	: Aşağıda
AYM.	: Anayasa Mahkemesi
BIA (B.I.A)	: Board of Immigration Appeals
Bkz.	: Bakınız

BM	: Birleşmiş Milletler
BMESK	: Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Komite
BMFMYB	: Birleşmiş Milletler Filistinli Mültecilere Yardım Birimi
BMFMYF	: Birleşmiş Milletler Filistinli Mültecilere Yardım Fonu
BMFMYK	: Birleşmiş Milletler Filistinli Mültecilere Yardım Kuruluşu
BMGK	: Birleşmiş Milletler Genel Kurulu
BMGKK	: Birleşmiş Milletler Genel Kurulu Kararı
BMİÖS	: Birleşmiş Milletler İşkenceyi Önleme Sözleşmesi
BMMYK	: Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği
Bverwg	: Bundesverwaltungsgericht
C-	: Case
CA	: Court of Appeal
CAT	: (UN) Committee Against Torture
CCPR	: (The International) Covenant on Civil and Political Rights
çev.	: Çeviren
Chpt.	: Chapter
Cir.	: Circuit
CLR	: Commonwealth Law Reports
CPRR	: Commission Permanente de Recours des Réfugiés
Dec.	: Decision
DİDDGK	: Danıştay İdari Dâva Daireleri Genel Kurulu
DLR	: Dominion Law Reports
dn.	: Dipnot

Doc.	: Document
E.	: Esas
EC	: European Community
ECHR	: European Convention on Human Rights
ECRE	: European Council on Refugees
EU	: European Union
ed.	: Editör
eds.	: Editörler
ESKHS	: (BM) Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi
E.T.	: Erişim Tarihi
ETS	: European Treaty Series
et. al.	: And others (ve diğerleri)
EWCA Civ.	: England and Wales Court of Appeal Civil Divison
EXCOM	: Executive Committee
F.2d	: Federal Reporter Second Series
F.3d	: Federal Reporter Third Series
FC	: Federal Court (Reports) (Kanada)
FCA (F.C.A)	: Federal Court of Australia/Federal Court of Appeal (Kanada)
FCAFC	: Federal Court of Australia Full Court
FCJ (F.C.J)	: Federal Court Judgments
F.C.R	: Federal Court Reports
HCA	: High Court of Australia
HL (H.L.)	: House of Lords

Inter-Am.Ct.H.R.	: Inter-American Court of Human Rights
I.C.J.	: International Court of Justice
ICTY	: International Criminal Tribunal for (the Former) Yugoslavia
IEHC	: High Court of Ireland
ILR	: International Law Reports
Imm. L.R.	: Immigration Law Reporter
INA	: Immigration and Nationality Act of USA
INS (I.N.S)	: Immigration and Naturalization Service
İHEB	: İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi
K.	: Karar
Ka.T.	: Kabul Tarihi
karşl.	: Karşılaştırınız
K.T.	: Karar Tarihi
MCI (M.C.I)	: Minister of Citizenship and Immigration
md.	: Madde
MEI	: Minister of Employment and Immigration
MIEA	: Minister for Immigration and Ethnic Affairs
MILGEA	: Minister for Immigration, Local Government and Ethnic Affairs
MIMA	: Minister for Immigration and Multicultural Affairs
MSHS	: (BM) Medenî ve Siyasî Haklar Sözleşmesi
No.	: Number
NR.	: National Reporter
NZLR	: New Zealand Law Reports

OJ	: Official Journal
para.	: Paragraf
paras.	: Paragraflar
PK	: Pasaport Kanunu
R.	: Regina (The Queen) (Kanada)
RG.	: Resmî Gazete
S.	: Sayı
SCC	: Supreme Court of Canada
SCR (S.C.R)	: Canada Supreme Court Reports
Suppl.	: Supplement
T.B.M.M.	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
UAD	: Uluslararası Adalet Divanı
UAÖ	: Uluslararası Af Örgütü
UHK	: Uluslararası Hukuk Komisyonu
UK	: United Kingdom
UKHL	: United Kingdom House of Lords
UKIAT	: United Kingdom Immigration Appeal Tribunal
UMO	: Uluslararası Mülteci Organizasyonu
UN	: United Nations
UNCCP	: United Nations Conciliation Commission for Palestine
UNGAOR	: United Nations General Assembly Official Records
UNHCR	: United Nations High Commissioner for Refugees
UNRPR	: United Nations Relief for Palestinian Refugees

UNRWA	: The United Nations Relief and Works Agency for Palestine Refugees in the Near East
U.S.	: United States
U.S.C	: United States Code
v.	: versus
VwGH	: Verwaltungsgerichtshof
W.L.R	: Weekly Law Reports
YB.	: Year Book
Y.D.	: Yürütmeyi Durdurma
YİSHK	: Yabancıların İkamet ve Seyahati Hakkında Kanun
yuk.	: Yukarıda
YUKK	: Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu
yy.	:Yüzyıl

GİRİŞ

§1. ULUSLARARASI KORUMA HAKKINDA GENEL BİLGİLER

Genel bir ifade ile uluslararası koruma, bireyin yoksun kaldığı ulusal korumanın uluslararası hukuk ekseninde yabancı bir devlet tarafından ikame edilmesi anlamını taşır¹. Uluslararası korumanın tanımı herhangi bir uluslararası sözleşmede yapılmamıştır. Ancak çağdaş mülteci hukuku terminolojisinde uluslararası koruma, “uluslararası toplumun, menşe ülkeleri dışında bulunan ve ulusal korumadan yoksun olan belirli bir kategori içerisindeki kişilerin temel haklarının uluslararası hukuk temel alınarak korunması amacıyla gerçekleştirdiği faaliyetler” olarak açıklanmaktadır². Doktrinde de bu kavrama ilişkin olarak yapılan tanımların ortak noktası, uluslararası korumanın kaynağını uluslararası hukuktan alan ve yabancı bireye menşe devletinden farklı başka bir devlet tarafından sağlanan “ikame bir koruma” olmasıdır. Örneğin Çiçekli tarafından uluslararası koruma, “niteliği gereği esas itibarıyla geçici olan ve vatandaşlık koruması yerine ikame edilen bir koruma biçimi olup mülteci ve sığınmacıların güvenlik altına alınmalarını sağlayan faaliyetler toplamı” olarak tanımlanmıştır³. McAdam’a göre ise uluslararası koruma, “ulusal korumanın ikamesidir; bu ikame koruma, mültecinin, menşe devleti tarafından ya da vatandaşlığını kazandığı yeni bir devlet tarafından sağlanan ulusal korumadan yeniden faydalanmaya başlamasına kadar devam eder”⁴. Esasen, menşe devletin korumasından yararlanamayan bir bireyin bir başka devlet tarafından

¹ JANE MCADAM, *Complementary Protection in International Refugee Law* (Oxford-New York, 2007), 20; GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *The Refugee in International Law* (New York, 2011), 421.

² Bkz. UNHCR, *Master Glossary of Terms Rev. 1* (Geneva, 2006), 13, <<http://www.refworld.org/pdfid/42ce7d444.pdf>> (Erişim Tarihi (E.T.): 12.12.2012).

³ BÜLENT ÇİÇEKLİ, *Uluslararası Hukukta Mülteciler ve Sığınmacılar* (Ankara, 2009), 15.

⁴ JANE MCADAM, *Complementary Protection*, 20.

korunması, sığınma kavramına da işaret etmektedir⁵. Sığınmanın uluslararası yükümlülüklerin karşılanması amacıyla sağlanması ise uluslararası korumanın içeriğini oluşturmaktadır⁶.

Uluslararası korumanın bağlayıcı kaynaklarını, 1951 tarihli Mültecilerin Hukukî Statüsüne Dair Cenevre Sözleşmesi (1951 Sözleşmesi/Sözleşme) ve onun 1967 tarihli Protokolü (1967 Protokolü/ Protokol)⁷ başta olmak üzere insan hakları sözleşmeleri ve bir uluslararası teamül hukuku kuralı olarak da kabul edilen geri gönderme yasağı oluşturur. Bu çerçevede içerisinde uluslararası korumanın kapsamı içerisinde 1951 Sözleşmesi ve 1967 Protokolü ekseninde sağlanan mülteci (Sözleşme) koruması temel bir yer tutar. Ancak mülteci korumasının zamanla değişen şartlar çerçevesinde yetersiz kalması, Sözleşme'ye tâbi olmadıkları hâlde menşe ülkelerine gönderildikleri takdirde işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalabilecek olan yahut keyfi olarak yaşam hakkından mahrum bırakılması ya da ölüm cezasına çarptırılması muhtemel olan kişilerin de uluslararası koruma kapsamına dâhil edilmesine sebep olmuştur. Bu bireylere sağlanan koruma mülteci korumasının tamamlayıcısı niteliğinde olduğundan tamamlayıcı koruma olarak anılmaktadır. Bu koruma, insan hakları sözleşmelerince korunan yaşam hakkı ve yine bu düzenlemelerde güvence altına alınan işkence yasağından temelini alan geri göndermeme ilkesi ekseninde şekillenmiştir. Bu bağlamda, uluslararası korumanın hem mülteci (Sözleşme) korumasını hem tamamlayıcı korumayı kapsamına aldığı belirtilebilir. Özellikle kitlesel sığınma durumlarında ortaya çıkan geçici koruma ise tam anlamıyla uluslararası korumanın içerisinde değerlendirilemeye de

⁵ Ibid.; UNHCR, *UNHCR's Observations on the European Commission's Proposal for a Council Directive on Minimum Standards for the Qualification and Status of Third Country Nationals and Stateless Persons as Refugees or as Persons Who Otherwise Need International Protection* (BMMYK, 16 Kasım 2001), 10.

⁶ UNHCR, *Observations*, 10.

⁷ 1951 tarihli Birleşmiş Milletler Mültecilerin Hukukî Durumuna Dair Cenevre Sözleşmesi (1951 *Convention Relating to the Status of Refugees*), 14 Aralık 1950 tarih ve 429 (V) sayılı Birleşmiş Milletler Genel Kurulu Kararı (BMGKK) ile yapılan Konferansta kabul edilmiş, 28 Temmuz 1951 tarihinde imzalanarak 22 Nisan 1954 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşmenin 1967 tarihli Protokolü (1967 *Protocol Relating to the Status of Refugees*) 31 Ocak 1967 tarihinde imzaya açılarak 4 Ekim 1967 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme'nin Türkçe metni için bkz. <http://www.gigm.gov.tr/ortak_icerik/gib/1951.pdf> (E.T.: 12.12.2012); Protokol'ün Türkçe metni için bkz. <http://isay.icisleri.gov.tr/ortak_icerik/gib/Kisim%201.pdf> (E.T.: 12.12.2012).

uluslararası korumaya ulaşılmasında etkili olan bir araç olarak kabul edilmektedir⁸. Devletlerin, kaynağını sadece ulusal hukuklarından alarak sağladıkları insanî koruma faaliyetlerinin de uluslararası korumanın kapsamına dâhil edilemeyeceği ifâde edilebilir. Uluslararası korumanın sağlanması sorumluluğu esas olarak devletlere âit olmakla birlikte Birleşmiş Milletler Yüksek Komiserliği'nin (BMMYK) de korumanın sağlanması hususunda yetkisi ve sorumluluğu bulunmaktadır.

§2. ÇALIŞMANIN KONUSU

Ulusal korumadan yoksun kalan tüm bireylerin uluslararası korumanın temel ayağı olan mülteci korumasından faydalanabileceği söylenemez. Uluslararası korumanın, dolayısıyla mülteci korumasının yapıtaşı olan 1951 Sözleşmesi ve 1967 Protokolü, mülteci korumasının kişi yönünden kapsamını bir statü çerçevesinde ele almış; yalnızca (*de facto* veya *de jure*) statü şartlarını taşıyanların bu korumadan faydalanabilmesini mümkün kılmıştır. Böylece “mülteci” ifâdesi sadece genel bir kavramı değil uluslararası hukuktan kaynağını alan bir statüyü de niteler hâle gelmiştir. Bu sebeple fiilen mültecilik hâlinde olan bireylerin bu durumlarının hukuken tanınabilmesi için bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Bu değerlendirme, ilgili kişinin mültecilik iddiasından temel alan uluslararası koruma başvurusunun, başvuruyu alan makam tarafından izlenen bir usule tâbi olmasını ve 1951 Sözleşmesi'nde öngörülen bir takım ölçütler çerçevesinde incelenmesini gerektirmektedir. İşte bu değerlendirme faaliyeti “mülteci statüsünün belirlenmesi (*refugee status determination* (RSD))” olarak anılmaktadır. Çalışmamızın konusu da bu değerlendirmenin uluslararası hukuk ekseninde, ülke uygulamaları ve Türk hukuku çerçevesindeki görünümünün incelenmesi ve analiz edilmesi ile ilgilidir.

§3. KONUNUN ÖNEMİ

Mültecinin hukukî statüsünün belirlenmesi, mülteci korumasının anahtarı niteliğini taşıdığından mülteci korumasına ilişkin olarak yapılacak çalışmaların temelini

⁸ Bkz. UN HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES (UNHCR), »*Note on Temporary Protection in a Broader Context*«, 1.01.1994, < <http://www.refworld.org/docid/3ae6b32514.html>> (E.T.: 12.12.2013).

oluşturmaktadır. Hukukî statü belirlenmeden, koruma kapsamındaki diğer aşamalara geçilebilmesi mümkün değildir. Bu sebepten dolayıdır ki; çalışma konumuz, mülteci hukukunun üzerinde en çok yoğunlaşılan ve tartışılan hususlarından birini teşkil etmektedir.

Çalışma konumuzun önemini en belirgin şekilde ortaya koyan gösterge rakamsal verilerdir. BMMYK istatistiklerine göre günde 23.000 kişi zorunlu nedenlerle evlerini terk etmekte ve korunabilmek için göç etmektedir⁹. Bu bireylerden ulusal sınırları aşabilenlerin tek amacı güvende olabilecekleri ülkelere varmaktır. Bu kişilere sağlanabilecek en etkin korumanın mülteci koruması olduğu düşünüldüğünde, aslında her gün evlerinden ayrılan on binlerce kişinin temel hedefinin, içerisinde bulundukları fiilî hâlin hukuken tespit edilmesi; bir statüye dönüşebilmesi olduğu sonucuna varılabilecektir.

Mülteci olarak tanınabilmek için göç eden bireylerin sayısının ciddi rakamlara ulaşmış bulunması, statü belirleme hususunun önemine işaret eden unsurlardan yalnızca biridir. Bu konuda öne çıkan diğer bir nokta, göç hareketlerinin çoğunlukla karışık biçimde (*mixed migration*) tezahür etmesi ile ilişkilidir. Bu bağlamda gerçekten korunma ihtiyacı içerisinde oldukları için göç eden bireylerle, bu yönde bir ihtiyaç duymamalarına rağmen sadece refah seviyelerinin artması amacıyla yer değiştiren kişilerin birbirlerinden ayrılması göç yönetiminin etkin ve âdil bir şekilde sağlanabilmesi açısından gereklilik arz etmektedir¹⁰. Bu gerekliliğin yerine getirilmesinde mülteci statüsünün belirlenmesi konusu ciddi bir yer tutmaktadır. Belirttiğimiz bu husus özellikle sosyal ve ekonomik

⁹ UNHCR The UN Refugee Agency, *UNHCR Global Trends 2012, 2013*, <<http://www.unhcr.org/51bacb0f9.html>> (E.T.: 10.12.2013). 2012 yılı itibarıyla mülteci olarak tanınan bireylerin toplam sayısı yaklaşık 10.5 milyondur: Ibid.

¹⁰ Bu hususta bkz. UNHCR The UN Refugee Agency, *Refugee Protection and Mixed Migration: A 10-Point Plan of Action (Revised)* (UNHCR, 2007), <<http://www.unhcr.org/4742a30b4.html>> (E.T.: 10.10.2013); UNHCR, *The Challenges of Mixed Migration, Access to Protection and Responsibility-Sharing in the EU A UNHCR Non-Paper*, 16 Haziran 2009, <<http://www.unhcr.org/4a44dd756.html>> (E.T.: 10.10.2013); KHALID KOSER, «Dimensions and Dynamics of Irregular Migration», *Population, Space and Place* 16, sayı 3 (2010): 183.

açından gelişmiş bulunan ya da mülteci üreten bölgelere yakın olan ülkeler yönünden önem arz etmektedir.

Konuyu incelenmeye değer kılan nedenlerden biri de uluslararası mülteci hukukunun en karmaşık ve en çok üzerinde durulan alt başlıklarından birini teşkil etmesidir. Konunun karmaşık olmasının ilk sebebi, mültecilik hâlinin dinamik görünümü çerçevesinde statü belirlemeye temel teşkil eden ölçütlerin yorumlanmasındaki zorluktur. Bu zorluk özellikle statü belirleme ölçütlerine kaynaklık eden 1951 Sözleşmesi'nin bugünün şartlarından farklı koşullara sahip olan bir dönemde kaleme alınmış bulunmasından ötürü çağdaş sorunlara net bir şekilde ışık tutamamasından ve çok taraflı bir uluslararası sözleşme olmasından dolayı muğlak ifâdeler taşımasından kaynaklanmaktadır. Bu nedenle mülteci statüsünün belirlenmesi hususu özellikle uygulamayla somut bir görünüme bürünmektedir. Bu görünümün ortaya konulabilmesi; uygulamanın gelişiminin takip edilmesi ve bu gelişimin nedenlerinin sorgulanmasını gerektirmektedir. Zorluğun ikinci sebebi ise mülteci statüsünün belirlenmesi hususunun hukukî açıdan oldukça geniş bir kapsamı hâiz bulunması ve bir çok hukuk alanı ile bağlantılı olmasıdır.

Mülteci statüsünün belirlenmesi konusu, aktardığımız genel çerçevenin yanında Türk hukuku açısından da özel bir önem taşımaktadır. Türkiye, düzensiz göç (*irregular migration*) ve zorunlu göç (*forced migration*) akınlarının birbirine karıştığı göç yolları üzerinde bulunan bir kavşak niteliğindedir¹¹. Ancak Türkiye'nin henüz tam kapsamlı ve etkin bir göç yönetimi sistemini hâiz olduğunu söyleyebilmek için erkendir. Bu yöndeki çabaların ise Avrupa Birliği'ne (AB) uyum süreci içerisinde özellikle AB politikaları ve

¹¹ Bu husustaki değerlendirmeler için bkz. AHMET İÇDUYGU ve DAMLA B. AKSEL, *Türkiye'de Düzensiz Göç* (Ankara, 2012), 7; SEÇİL PAÇACI ELİTOK ve THOMAS STRAUBHAAR, *Turkey: Change from an Emigration to an Immigration and Now to a Transit Migration Country* (Washington DC, 2010), 7–9; CAVIDAN SOYKAN, «The Migration-Asylum Nexus in Turkey», *ENQUIRE* sayı 5 (2010): 17, <<http://www.nottingham.ac.uk/sociology/prospective/postgraduate/enquire/enquire-pdfs/5th-soykan.pdf>> (E.T.: 12.12.2012); CELIA MANNAERT, *Irregular Migration and Asylum in Turkey*, New Issues in Refugee Research 89 (Geneva: UNHCR, 2003).

mevzuatı referans alınarak sürdürüldüğü bilinmektedir¹². Bu çabaların bir sonucu olarak düzenlenen ve özellikle uluslararası koruma konusunda Türk hukukuna önemli yenilikler getirecek olan Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (YUKK)¹³ çok yakın bir gelecekte yürürlüğe girecektir. Bu sayede Türkiye'nin de taraf olduğu 1951 Sözleşmesi ve 1967 Protokolü çerçevesinde uluslararası korumanın geçmişe oranla daha sistematik bir çerçeveye oturtulması hedeflenmektedir. Belirtilen sebeplerle mülteci korumasını da kapsayacak biçimde sığınmaya ilişkin konular Türk hukukunda oldukça önem kazanmış ve özellikle bu alanda kapsamlı akademik çalışmaların gerçekleştirilmesi yönünde bir ihtiyaç doğmuştur. Sığınma alanındaki güncel gelişmelerin öncesinde sığınma hususunun hukukî boyutuna gereken önem verilmemiş olmasına rağmen bu yöndeki çalışmaların son yıllarda çoğalmaya başladığı anlaşılmaktadır¹⁴. Mülteci hukuku açısından temel bir önemi hâiz olan mülteci statüsünün belirlenmesi konusuna doğrudan doğruya odaklanan derinikli bir çalışmaya ise Türk hukuk literatürü içerisinde rastlanılmamaktadır. Oysa 2014 yılının Ocak ayı sonu itibarıyla BMMYK verilerine göre Türkiye'de statü belirleme işlemine¹⁵ tâbi kılınan/kılınacak olan kişi sayısı 40.058'dir¹⁶. Azımsanmayacak olan bu rakamın, Türkiye'nin coğrafi konumu göz önüne alındığında gün geçtikçe artması kaçınılmaz bir hâl almaktadır. Bu bağlamda uluslararası koruma çerçevesinde mülteci

¹² Bkz. YÜCEL ACER, İBRAHİM KAYA, ve MAHİR GÜMÜŞ, *Küresel ve Bölgesel Perspektiften Türkiye'nin İltica Stratejisi* (Ankara, 2010), 236–248; AHMET İÇDUYGU ve DAMLA B. AKSEL, *Türkiye'de Düzensiz Göç*, 64.

¹³ Kanun No. 6458, RG. 28615/11.04.2013. Kanun'un Resmî Gazete'de yayımlanan metni için bkz. <<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/04/20130411-2.htm>> (E.T.: 05.05.2013).

¹⁴ Sığınma konusunda yapılan akademik çalışmaların disiplinlere göre ele alınıp sınıflandırıldığı kapsamlı bir çalışma için bkz. SAİME ÖZÇÜRÜMEZ ve ŞİRİN TÜRKAY, «Türkiye'de İltica Politikası, Aktörleri ve Çalışmaları: Bir «Epistemik Topluluk» Oluşurken», içinde *İltica, Uluslararası Göç ve Vatansızlık: Kuram, Gözlem ve Politika*, ed. Özlen Çelebi, Saime Özçürümez, ve Şirin Türkay (Ankara: BMMYK, 2011), 37 (dn. 39), 44–47.

¹⁵ Türkiye 1951 Sözleşmesi'ni coğrafi bir kısıtlama ile uygulamakta olduğundan sadece Avrupa'da meydana gelen olaylardan dolayı mültecilik hâline girmiş olan bireylerin mülteci statüsünü tanımaktadır. Avrupa dışında meydana gelen olaylardan ötürü mültecilik hâline giren bireylere ise Türk hukukunda mülteci değil de “sığınmacı” statüsü verilmektedir. Ancak sığınmacı statüsünün belirlenmesi coğrafi kısıtlama bir yana bırakıldığında mülteci statüsünün belirlenmesi ile aynı şartlara tâbidir. Bu sebeple statü belirleme işlemine tâbi olan bireylerden kasıt Türk hukukuna göre mülteci veya sığınmacı (YUKK'un yürürlüğe girmesinden sonra ise şartlı mülteci) olarak kabul edilebilecek kişilerdir.

¹⁶ Bkz. UNHCR Turkey's Monthly Statistics as of January 2014, <<http://www.unhcr.org.tr/?lang=en&page=12>> (E.T.: 05.02.2014). Suriye'den gelerek Türkiye'ye sığınmış olan bireyler geçici korumaya tâbi tutulduklarından belirtilen rakama dâhil edilmemiştir: Ibid.

statüsünün belirlenmesi konusunun hukukî boyutunun ele alınması ve değerlendirilmesi her şeyden önce bir gereklilik arz etmektedir. Bu gerekliliğin temelinde, sayıları ciddi rakamlara ulaşan bireylerin âdil ve etkin statü belirleme işlemine tâbi tutulmasının, Türkiye'nin uluslararası sorumluluğunun ve uluslararası korumanın insanî amacının bir gereği olması hususu yattığı gibi, bu yönde bir değerlendirmenin korumanın istismar edilerek Türkiye'nin sığınmaya yönelik sorumluluklarının mesnetsiz bir biçimde genişletilmesinin önüne geçilebilmesine hizmet edeceği gerçeği de bulunmaktadır¹⁷.

§4. KONUNUN İNCELENMESİNE YÖNELİK AÇIKLAMALAR

I. ÇALIŞMADA KULLANILAN TERMİNOLOJİYE İLİŞKİN BİLGİLER

Göç konusu oldukça geniş ve kendine has olan bir terminolojiye sahiptir. Çalışmamızda bu terminolojiye sadık kalınmaya çalışılmış; özellikle konu ile ilgili kavramlar açıklanırken yeri geldiğince terminolojiye yönelik açıklamalara da yer verilmiştir. Bu sebeple, çalışmamızın metni içerisinde terminolojiye ilişkin olan ayrı bir başlık bulunmamaktadır. Bununla birlikte genel olarak göç konusu özel olarak sığınma hukuku ile ilgili olan bazı üst kavramlara ve çalışmada özellikle tercih edilen terimlere ilişkin burada bilgi verilmesinin yerinde olacağı düşünülmektedir.

Bu çerçevede ilk olarak göç terminolojisi içerisinde yer alan düzensiz göç (*irregular migration*) ve zorunlu göç (*forced migration*) terimlerine değinmek gerekir. Düzensiz göç teriminin genel kabul gören yeknesak bir tanımı yoktur. Bununla birlikte düzensiz göçün, bireyin vatandaşlığını taşımadığı bir ülkeye, o ülkenin yabancılara yönelik ülkeye giriş çıkış kurallarını düzenleyen mevzuatına aykırı bir şekilde girmesi

¹⁷ “Mülteci tanımı ile ilgili olarak Türkiye'nin dikkate alması gereken mevcut sorunsal alan, 1951 Cenevre Sözleşmesi'ndeki tanımdaki genel kavramların açıklanmasına duyulan ihtiyaçtır. (...) Mevcut düzenlemelerde Türkiye'nin bu yönde yaptığı detaylı tanımlamaların olmaması, bu eksikliğin giderilmesi gerektiğini göstermektedir. Böylelikle, hem insanî mülahazalara uygun bir iltica sistemi hem de tanının genişletilerek ya da genelliğinin istismar edilerek Türkiye'nin iltica yükünün temelsiz bir şekilde artırılmasını engelleyen bir iltica sisteminin temin edilmesine de katkı sağlanacaktır.”: YÜCEL ACER, İBRAHİM KAYA, ve MAHİR GÜMÜŞ, *İltica Stratejisi*, 170, 174. Metin içerisindeki parantez tarafımızca eklenmiştir.

veya burada yaşaması, çalışması olarak açıklanabilmesi mümkündür¹⁸. Düzensiz göç terimi önceleri yasa dışı göç olarak bilinen terimin karşılığıdır. Ancak yasa dışı göç ifâdesi çağdaş göç terminolojisinde artık sıklıkla kullanılmamaktadır. Bu durumun sebebi, göç olgusunun kendisinde yasa dışı olabilecek içkin bir niteliğin bulunmadığına yönelik yaklaşımın ağır basmasıdır. Bu yaklaşım uyarınca göçü yasa dışı hâle getiren; devletlerin bu olguya bakışları, onu değerlendiriş biçimleridir¹⁹. Bu yaklaşımın etkisiyle çalışmamızda yasa dışı göç terimi yerine düzensiz göç terimi kullanılmış ancak başka metinlerden alıntı yapıldığı durumlarda metinlerin aslına sadık kalınması amacıyla kimi zaman yasa dışı göç ifâdesine de yer verilmiştir. Göç terminolojisine yönelik olarak çalışmamızda kullandığımız diğer bir terim de zorunlu göçtür. Zorunlu göç, düzensiz göçten farklı olarak göç eyleminin sonucundan ziyâde nedenine odaklanmaktadır. Bu terim, doğal ya da insan kaynaklı nedenlerden dolayı içerisinde yaşama ve refaha yönelik tehditleri de içeren bir zorlama unsuru bulunan göç hareketini nitelemek için kullanılmaktadır²⁰. Bu sebeple, mültecilerin göç eylemi de zorunlu göç çerçevesinde değerlendirilmektedir. Bu bağlamda değinmemiz icap eden bir diğer terim de karışık göç (*mixed migration*) dır. Karışık göç, mültecilerin, sığınmacıların, insan ticareti mağdurlarının, refakatsiz küçüklerin ve diğer kişilerin uluslararası nitelik taşıyacak şekilde, sıklıkla düzensiz olarak gerçekleştirdikleri göç hareketidir. Bir başka ifâdeyle, bireylerin düzensiz olarak benzer rotalarda, benzer seyahat araçlarını kullanarak ancak farklı sebeplerle göç etmeleridir²¹.

Terminoloji kapsamında burada yer vermemiz gereken bir husus da mülteci hukuku ve sığınma hukuku terimlerine ilişkindir. Sığınma kavramı, uluslararası hukukta bir statü

¹⁸ STEPHEN CASTLES ve diğerleri, «Irregular Migration: Causes, Patterns, and Strategies», içinde *Global Perspectives on Migration and Development*, ed. IRENA OMELANIUK, Global Migration Issues 1 (Netherlands, 2012), 117.

¹⁹ RICHARD BLACK, «Breaking the Convention: Researching the “Illegal” Migration of Refugees to Europe», *Antipode* 35, sayı 1 (2003): 42.

²⁰ ULUSLARARASI GÖÇ ÖRGÜTÜ, *Göç Terimleri Sözlüğü* (Cenevre, 2009), 69. Anılan kaynaktan zorunlu göç terimi yerine zorla göç terimi kullanılmıştır.

²¹ BMMYK tarafından bu yönde yapılan tanımlar için bkz. <www2.ohchr.org/english/issues/migration/consultation/.../UNHCR.doc> ve <www.unhcr.org/4ef337879.pdf> (E.T.: 12.12.2012).

olarak kabul edilen mülteciliği de içerisine alan üst bir kavramdır. Bu sebeple sığınma hukukunun içerisine sadece 1951 Sözleşmesi çerçevesinde değerlendirilen bireylere yönelik olan konular değil, bunların dışında kaldığı hâlde korunma ihtiyacı ile ülkesini terk ederek başka ülkelerden korunma talep eden kişilere ilişkin hususların ulusal ya da uluslararası çerçevedeki hukukî boyutları da girer. Mülteci hukuku ise özel olarak 1951 Sözleşmesi çerçevesinde sağlanan mülteci korumasına ilişkin konuları ve bunların ulusal ya da uluslararası düzlemdeki izdüşümlerini kapsamına almaktadır²². Bu sebeple sığınma hukuku mülteci hukukunu da içerecek biçimde kullanılabilir. Nitekim çalışmamızda kimi zaman bu şekilde kullanıma yer verilmiştir.

Terminoloji bakımından üzerinde durmamız icap eden diğer bir konu da uluslararası koruma ve (uluslararası) mülteci koruması terimlerine yöneliktir. Uluslararası koruma, mültecilerin uluslararası hukuk çerçevesinde korunması hususunu da içerisine alan ancak mülteci korumasından daha geniş bir anlamı hâiz olan bir kavramdır. Bu kavramın içerisine sadece 1951 Sözleşmesi çerçevesinde mültecilik hâli taşıdığı tespit edilen bireyler değil, bunların dışında kalan ancak uluslararası ve veya bölgesel nitelikli insan hakları sözleşmelerinin ve bir uluslararası teamül hukuku kuralı olarak kabul edilen geri gönderme yasağının etkisiyle korunma ihtiyaçları karşılanan kişilere yönelik faaliyetler de girmektedir. Bu sebeple çalışmamızda (uluslararası) mülteci koruması terimi kimi zaman uluslararası koruma terimi yerine geçecek şekilde de kullanılmıştır.

Bu genel görünümün yanında Türk hukukuna has bir terminolojik hususa işaret etmekte fayda olacağı düşünülmektedir. Türk hukukunda, uluslararası hukuktan farklı biçimde²³ sığınmacılık bir statü olarak kabul edilmiş olduğundan, mülteci ve sığınmacı arasındaki farkı vurgulamak adına, mültecinin sığınma eylemi genellikle “iltica” olarak nitelendirilmektedir. Bu sebeple Türk hukuk literatüründe sıklıkla “iltica etmek”, “iltica hukuku”, “iltica hakkı” gibi terimlerin kullanıldığı görülmektedir. Belirtmek gerekir ki, anılan ifâdelerde “iltica” yerine “sığınma” teriminin kullanılması anlam açısından

²² Uluslararası mülteci hukukunun tanımı için bkz. UNHCR, *Glossary*, 13.

²³ Uluslararası hukukta sığınmacı, fiilen mültecilik hâlinde bulunan ancak bu durumu henüz hukuken tanınmamış olan bireyler için kullanılan bir terimdir.

herhangi bir yanlışlığa yer vermeyecektir. Zira sığınma terimi ilticayı da kapsayan ancak ondan daha geniş olan bir terimdir. Bununla birlikte, “sığınma” teriminin sadece, Türk hukukuna has bir statü olan sığınmacılara yönelik olarak kullanılması, uluslararası terminolojiyle uyumsuzluk arz edecektir. Bu sebeple çalışmamızda iltica terimi yerine kimi zaman sığınma terimine yer verilmiş olsa da, bu terimin mültecileri dışlayan bir kapsamı hâiz olacak biçimde kullanılmamasına özen gösterilmiştir.

Terminoloji hususunda işaret edeceğimiz son husus, 1951 Sözleşmesi’nin resmî Türkçe çevirisinin bazı terimler bakımından Sözleşme’nin orijinal metinleri olan İngilizce ve Fransızca metinleriyle farklılık arz etmesine yöneliktir. Çalışmamızda orijinal metinlere sadık kalınması açısından kimi terimlerin resmî Türkçe çevirisinden farklı ifâdeler kullanılmıştır. Bu yönde bir tutumun izlendiği noktalarda, farklılık ortaya konulmuş ve bu farklılığın gerekçesi açıklanmıştır.

II. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI VE İNCELEME PLÂNI

Çalışma konumuz, ana araştırma sorumuz olan “mülteci statüsünün hukukî çerçevesinin neden ve nasıl oluştuğu ile statünün bu çerçeve içerisinde nasıl belirleneceği” hususları bakımından ele alınmıştır. Bu soru hem uluslararası hukuk hem karşılaştırmalı hukuktaki uygulama örnekleri ve doktrin görüşleri hem de Türk hukukundaki düzenlemeler, uygulama ve doktrin görüşleri temel alınarak incelenmiştir. Esasen çalışmamızın başlığı, konuyu hangi kapsam dâhilinde incelediğimiz hususuna da ışık tutmaktadır. Konunun uluslararası koruma çerçevesinde ele alınması, ana araştırma sorumuzun cevaplanmasında, mülteci korumasının temel taşı olan 1951 Sözleşmesi ve 1967 Protokolündeki düzenlemelerin referans alınması; bunun yanında uluslararası korumanın diğer kaynaklarını teşkil eden insan hakları düzenlemeleri ve geri gönderme yasağının da kapsama dâhil edilmesi sonucunu doğurmuştur. Konunun uluslararası koruma çerçevesinde değerlendirilmesinin bir diğer yansıması da, mülteci statüsünün doğuş ve şekillenme sürecinin uluslararası korumanın gelişim aşamaları içerisinde değerlendirilmesi olmuştur. Buna ek olarak, Türk hukukuna yönelik inceleme ve değerlendirmelerde Türk hukukunda konu ile ilgili düzenlemelerin, uygulamanın ve

doktrin yaklaşımlarının uluslararası korumanın kaynakları ile uyumluluğu incelenmiş; Türk hukukundaki mevzuat ve uygulama uluslararası mülteci hukukunun çağdaş gelişmeleri ışığında değerlendirilmiştir.

Çalışmamızda, mültecinin hukukî statüsünün belirlenmesi konusu sadece bireysel sığınmaya (*individual status determination*) yönelik olarak incelenmiştir. Dolayısıyla toplu sığınma durumlarında statünün belirlenmesine (*prima facie status determination*) ilişkin noktalar kapsam dışında bırakılmıştır. Bu sebeple geri gönderme yasağının uygulama alanı incelenirken de toplu sığınmaya ilişkin durumlarda yasağın uygulanıp uygulanmayacağına yönelik olan tartışmalara yer verilmemiştir. Söz konusu hususun kapsam dışında bırakılmasının temel nedeni, toplu sığınma durumunda statünün belirlenmesi hususunun doğrudan doğruya uluslararası hukuktan kaynaklanan bir sorumluluğa binaen gerçekleştirilmemesi; devletlerin inisiyatifine bağlı olarak uygulanmasıdır. Oysa çalışmamızda mülteci statüsünün belirlenmesi hususu ağırlıklı olarak uluslararası hukuk referans alınarak incelenmiştir.

Kapsam dışında bırakılan bir husus da açık denizde kurtarmaya (*rescue at sea*) yöneliktir. Açık denizde kurtarılan bireylerin mutlak olarak mülteci statüsü belirleme sürecine dâhil edilmeleri gerektiği sonucuna varabilmek için devletlerin bu kişilerin kurtarılmaları ve ülkeye kabul edilmeleri yönünde uluslararası hukuktan kaynağını alan bir sorumluluğu hâiz olup olmadıklarının değerlendirilmesi gerekmektedir. Ancak andığımız hususlar uluslararası hukuk açısından net bir belirliliğe sahip değildir. Bu nedenle belirtilen konu, doktrinde de sıkça tartışılmaktadır. Ancak söz konusu tartışma çok boyutludur ve derinlikli bir inceleme gerektirmektedir. Bu sebeple, ayrı bir çalışmanın konusu yapılabileceğini düşündüğümüzden, açık denizde kurtarmaya ilişkin olan noktalar, konunun kapsamı dışında bırakılmıştır. Ayrıca aynı nedenle geri gönderme yasağının sınır aşan bir etkisinin olup olmadığı yönündeki tartışmalara da çalışmamız içerisinde yer verilmemiştir.

Ayrı bir çalışmanın konusunu teşkil edeceğini düşünerek çalışmamızda kapsamlı bir şekilde yer vermediğimiz diğer bir husus ise mültecilerin hakları ve özgürlükleridir.

Konumuzun kapsamının genel çerçevesi, mülteci statüsünün belirlenmesine yönelik olduğundan mültecilerin hakları ve özgürlüklerine ilişkin hususlar sadece konu ile bağlantı arz ettikleri noktalarda incelenmiştir.

Çalışmamızda ana araştırma sorusunun cevabına ulaşabilmek için öncelikle alt araştırma soruları cevaplandırılmaya çalışılmıştır. Bu bağlamdaki ilk soru, mülteci statüsünün uluslararası hukuk ekseninde nasıl doğduğu ve şekillendiğine yöneliktir. Çalışmamızın “Mülteci Statüsünün Uluslararası Hukuktaki Genel Görünümü” başlığını taşıyan birinci bölümünün ilk ana başlığı altında yer verdiğimiz bu hususun değerlendirilmesi bakımından öncelikle mülteci statüsünün doğuşuna temel teşkil eden kavramlar; sığınma ve mülteci kavramları sırasıyla ortaya konulmuştur. Sığınma kavramı incelenirken sığınmanın bir hak olarak ele alınıp alınamayacağı konusuna özel bir önem verilmiştir. Bu konunun üzerinde özellikle durulmasının sebebi, sığınmanın temel bir bireysel hak olarak kabul edilip edilmeyeceğine göre mülteci statüsünün farklı biçimlerde şekillenebilecek olmasıdır. İkinci olarak incelenen mülteci kavramı çerçevesinde ise ağırlıklı olarak mültecinin sosyolojik görünümünün kavramsal bir çerçevede gösterilmesi hedeflenmiş, mültecinin ona benzer kavramlar ile taşıdığı ortaklıklar ve en önemlisi farklılıklar tespit edilmeye çalışılmıştır. Bu farklılıkların belirlenmesi ile mülteciye diğer yabancılar ve göç eden diğer bireyler içerisinde kendine has bir özellik kazandıran unsurların açıklığa kavuşturulması amaçlanmıştır. Açığa kavuşturulan bu unsurlar uluslararası hukuk penceresinden bakılarak değerlendirilmiştir. Kavramsal çerçeve ortaya konulduktan sonra bu çerçevenin içerisinde mülteci statüsünün hangi şartlarda ve hangi biçimde çıkarıldığı gösterilmeye çalışılmıştır. Bu bağlamda, mülteci statüsünün şekillenme süreci uluslararası korumanın gelişim aşaması içerisinde ele alınıp değerlendirilmiş; uluslararası hukukta bugün kabul edilen mülteci tanımının oluşmasında etkili olan tarihî, coğrafi ve siyasî şartlar yeri geldikince incelenmiştir. Bu bağlamda mülteci koruması açısından uluslararası alanda yapılan işbirliği çabaları kronolojik bir sırayla ele alınmış ve böylece statü tanımına giden yol aşama aşama gösterilmeye çalışılmıştır. Daha sonra 1951 Sözleşmesi ve 1967 Protokolü uyarınca uluslararası hukukta kabul edilen tanım çerçevesinde biçimlenen mülteci statüsünün temel

özelliklerine değinilmiş; Sözleşme doğrultusunda mülteci statüsünün tâbi olacağı asgari muamele standardı üzerinde kısaca durulmuştur. Belirttiğimiz hususlara “kısaca” değinilmesinin sebebi, bu konuların mülteci statüsünün uluslararası hukuktaki genel görünümünü betimleyen unsurlar olarak çalışmanın kapsamına alınmış olmaları; ancak nitelik itibariyle farklı bir çalışmanın konusunu oluşturmalarıdır. Çalışmamızın mülteci statüsünün uluslararası hukukta doğuşu ve şekillenmesini incelediğimiz ilk bölümünün ilk ana başlığı altında ele alınan bir husus da mülteci statüsü tanımının değişen şartlar çerçevesinde yetersiz kalmasına yönelik olarak uluslararası, bölgesel ve ulusal düzeylerde gerçekleşen çözüm arayışlarıdır. Bu çözüm arayışlarına yer verilmesinin sebebi, Sözleşme’nin oluşturulduğu dönemin şartlarının değişmesi ve mülteci kavramının dinamik hâli arasındaki etkileşimin uluslararası koruma üzerindeki görünümün ortaya konulmasıdır.

Çalışmamızda cevabını aradığımız ikinci alt araştırma sorumuz ise hangi unsurların mülteci statüsünün belirlenmesinde etkili olduğuna ilişkindir. Bu bağlamda çalışmamızın ilk bölümünün ikinci ana başlığını “Mülteci Statüsünün Belirlenmesinde Etkili Olan Hususlar” oluşturmaktadır. Belirtilen başlık altında, uluslararası hukukta mülteci statüsünün belirlenmesinin temel kaynağı olan 1951 Sözleşmesi’nin yorumlanması, geri gönderme yasağının uygulanması ve statü belirleme yetkisi ve usulüne ilişkin konulara yer verilmiştir. Belirtilen konular, uluslararası (insan hakları) hukuk(u) çerçevesinde ele alınmış; yeri geldikçe ilgili hususlarda yaygın ülke uygulamaları da incelenmiştir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde, ilk bölümde iskeletini oluşturduğumuz ana araştırma sorumuzun cevabının uluslararası hukuk boyutundan belirgin bir hâl alması amaçlanmıştır. Bu bölümde cevabını aradığımız sorular, 1951 Sözleşmesi çerçevesinde mülteci statüsünün belirlenmesine yönelik olan ölçütlerin neler olduğu ve bu ölçütlerin nasıl değerlendirilmesi gerektiğidir. Belirttiğimiz hususlar ele alınırken ana referans kaynağı olarak 1951 Sözleşmesi alınmış, ve Sözleşme’nin ilgili konudaki düzenlemelerinin diğer insan hakları sözleşmeleri, uluslararası mülteci hukukundaki çağdaş gelişmeler çerçevesinde uygulamada nasıl değerlendirildiği gösterilmeye çalışılmıştır. Bu bağlamda ilk olarak ölçütlerin değerlendirilmesinde izlenecek olan

yöntem ortaya konulmaya çalışılmış daha sonra ölçütlerin her biri, BMMYK'nın tavsiyeleri, karşılaştırmalı hukuktaki uygulama örnekleri ve doktrin görüşleri çerçevesinde incelenmiş ve analiz edilmiştir.

Çalışmamızın özellikle ilk iki bölümünde hem Anglo Amerikan ülkelerinin hem Kıta Avrupası ülkelerinin uygulamaları ve ağırlıklı olarak mahkeme kararları hem de AB'nin ikincil hukuk kaynaklarındaki hükümler; özellikle geri gönderme yasağı, statü belirleme usulüne yönelik bazı yaygın uygulamalar ve statü belirleme ölçütlerinin değerlendirilmesi bakımından karşılaştırmalı olarak analiz edilmiştir.

Bu bağlamda, Anglo-Amerikan hukuku çerçevesinde, ağırlıklı olarak Amerika Birleşik Devletleri (ABD), Avustralya, Kanada ve Yeni Zelanda'nın uygulamaları ve yorumları incelenmiştir. Bu ülkelerin tercih edilmesinin sebebi, sayılan ülkelerin tamamının geri gönderme yasağını uygulamakta olmaları, üçüncü güvenli ülke uygulamalarına yer vermeleri ve statü belirleme bakımından 1951 Sözleşmesi'ndeki ölçütleri esas almalarıdır. Bu ülkeler aynı zamanda özellikle ihtisaslaşmış birimler aracılığıyla statü belirleme işlemini gerçekleştirmektedir; dolayısıyla ölçütlerin yorumlanması hususunda kapsamlı içtihatlarla sahiplerdir. Anglo-Amerikan hukukuna tâbi olan ülkelerin yanı sıra incelemede AB hukukundaki görünüme de yer verilmiştir. AB'nin statü belirleme konusunda özel bir yeri vardır. Zira Birlik düzeyinde Avrupa Ortak Sığınma Sistemi (AOSS) oluşturma çabaları ekseninde önemli aşamalar kaydedilmiştir. Böylece özellikle statü belirleme hususunda yeknesak yaklaşımların geliştirilmesi hedeflenmiştir. Çalışmamızda bu hedefe temel teşkil eden AB düzenlemeleri (özellikle 13.12.2011 tarihli ve 2011/95/EU sayılı Konsey Yönergesi (AB Vasıf Yönergesi)²⁴ ile 26.06.2013 tarihli ve 2013/32/EU sayılı Konsey Yönergesi (AB

²⁴ DIRECTIVE 2011/95/EU OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 13 December 2011 on standards for the qualification of third-country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection, and for the content of the protection granted (recast), OJ L. 337/9, 20.12.2011, <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:337:0009:0026:EN:PDF>> (12.12.2013).

Usul Yönergesi)²⁵) esas alınmış olmakla birlikte Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD)’nın statü belirleme ölçütlerine ilişkin yorumlarına ve AB üyesi ülkelerin bazılarının uygulamalarına da yeri geldiğinde değinilmiştir. AB düzenlemelerine çalışmamızda yer verilmesinin diğer bir sebebi de, YUKK çerçevesinde yeniden yapılandırılmakta olan Türk sığınma sisteminin, AB’ye uyum süreci içerisinde şekillendirilmesi ve bu bağlamda AB hukukundaki düzenlemelerin sistemin oluşturulmasında model olarak alınmış olmasıdır.

Çalışmamızın “Türk Hukukunda Mülteci Korumasının ve Mülteci Statüsünün Görünümü” başlığını taşıyan üçüncü bölümü ise tez konumuzun sadece Türk hukukundaki boyutuna hasredilmiştir. Türk hukukuna yönelik olarak ayrı bir bölümün oluşturulmasının ilk sebebi, Türk hukukunun mülteci korumasına bakışı ve mülteci statüsünün değerlendirilmesi hususlarında kendine has özellikler göstermesidir. İkinci sebep, bu özelliklerin birbiriyle bağlantılı nedenlerden kaynaklanması ve bir bütünlük içerisinde ele alınmasının gerekliliğidir. Üçüncü neden ise Türk hukukunda, özellikle statünün belirlenmesine yönelik ölçütler bakımından kapsamlı bir karşılaştırmalı analize konu olabilecek düzeyde ve yoğunlukta verinin bulunmamasıdır.

Çalışmamızın üçüncü bölümü başlığından da anlaşılabileceği üzere esasen iki ana kısma ayrılmaktadır. İlk kısımda Türk hukukunda mülteci korumasının genel görünümünün gösterilmesi amaçlanmıştır. Bu kısımda cevabı aranan sorular, Türk hukukunda mülteci korumasının gelişiminde tarihî şartların etkisinin ne olduğu, korumanın hangi hukukî kaynaklar çerçevesinde ve nasıl şekillendiği, mülteciye yönelik bakış açısının ne olduğu ve bu bakış açısına hangi nedenlerin yön verdiğidir. Bu soruların cevaplanması ile Türk hukukuna has olan mülteci görüntüsü ortaya konulmaya çalışılarak bu görüntünün, ilk bölümde açığa çıkarılan mültecinin uluslararası hukuktaki tezahürü ile karşılaştırılması hedeflenmiştir. Üçüncü bölümün ikinci kısmında ise Türk hukukunda

²⁵ DIRECTIVE 2013/32/EU OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 26 June 2013 on common procedures for granting and withdrawing international protection (recast), OJ L 180/60, 29.06.2013, <http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdoc=32013L0032> (E.T.: 12.12.2013).

mülteci statüsünün belirlenmesinin temel çerçevesi; geri gönderme yasağının uygulanması, statünün belirlenmesine yönelik ölçütlerin ve statü belirleme usulünün değerlendirilmesi bağlamında ele alınmıştır. Bu kapsam içerisinde, yürürlükteki düzenlemeler ve ağırlıklı olarak YUKK eksenindeki görünüm ortaya konulmaya çalışılmış; öncelikle genel bir hukukî çerçevenin oturtulması amaçlanmıştır. Yürürlükteki mevzuat ve YUKK’da yer alan düzenlemeler bu kısımda incelenen her bir konu bakımından karşılaştırılarak değerlendirilmiştir. Bu sayede, değinilen konulardaki hukukî düzenlemelerin gelişim çizgisinin gösterilmesi hedeflenmiştir. Ayrıca bu kısımda hukukî düzenlemelerin yanında uygulamaya yönelik bilgilere ve değerlendirmelere de yeri geldikçe değinilmiştir. Mülteci statüsünün belirlenmesi hususunun Türk hukukundaki temel çerçevesinin çizilmeye çalışıldığı bu bölümde hedeflenen bir husus da bu çerçevenin uluslararası mülteci hukuku ve YUKK’un model olarak aldığı AB düzenlemeleri ile uyumlu olup olmadığının ortaya konulması olmuştur.

Toplam üç bölümden oluşan çalışmamızın “Sonuç” kısmında konunun genel bir değerlendirmesi yapılmış ve araştırma sorumuzun cevaplanmasına yönelik olarak vardığımız genel saptamalara yer verilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

MÜLTECİ STATÜSÜNÜN ULUSLARARASI HUKUKTAKİ GENEL GÖRÜNÜMÜ

§1. ULUSLARARASI HUKUKTA MÜLTECİ STATÜSÜNÜN DOĞUŞU VE ŞEKİLLENMESİ

Hukukî statüler, belirli şartları taşıyan kişilere, belirli bir takım özelliklerin yüklenmesini sağlar²⁶. Bu sebeple bir kişinin hukukî bir statüye dâhil edilip edilemeyeceğinin belirlenmesi, âdeta o kişinin üzerine önceden hazırlanan ve kısıtlı bir esnekliğe sahip olan bir şablonun kendine has bir usul içerisinde oturtulması gibidir. Birey bu şablonun içerisine girebildiği zaman statüsü tanınabilir ve bu statüye hukukî sonuçlar bağlanabilir. Hukukî bir statü olarak mülteci statüsünün belirlenmesi de, bireyin özel bir usul içerisinde, bu statünün bağlı kılındığı ölçütleri taşıyıp taşımadığının sınanmasından ibarettir. Ancak söz konusu ölçütlerin ve usulün değerlendirilebilmesi için öncelikle statünün genel görünümünün ortaya konulması gerekir. Genel görünümün ortaya konulmasından kastedilen, statüyü doğuran unsurların açıklığa kavuşturulması ve statünün hangi şartlarda ve hangi amaçlara hizmet edecek biçimde şekillendiğinin gösterilmesidir. Bir başka ifade ile şablona şeklini veren unsurların irdelenmesidir. Bu

²⁶ EMMA HADDAD, *The Refugee in International Society* (Cambridge, 2008), 28.

bağlamda, mülteci statüsünün doğmasına kaynak teşkil eden kavramların ve statünün şekillenme sürecinin ele alınıp incelenmesi, statünün belirlenmesini sağlayan ölçütlerin değerlendirilebileceği zeminin hazırlanması açısından önem taşır.

I. MÜLTECİ STATÜSÜNÜ DOĞURAN TEMEL KAVRAMLAR

Mülteci statüsü, belirli bir kişinin içinde bulunduğu mültecilik hâlinin hukuken tanınması anlamını hâiz olduğundan, iki unsuru ön plana çıkardığı ifade edilebilir. Bu unsurlardan ilki, statünün fiilî bir hâle hukukî bir sonuç bağlaması; ikincisi ise bu fiilî hâlin içerisinde olan bireyi özel bir konuma yerleştirmesidir. Farklı bir anlatımla, mülteci statüsü hem mültecilik hâline girmiş olan bireyle hem bu hâlin kendisi ile sıkı bir ilişki içerisinde. Bu sebeple, mülteci statüsünün doğuşuna temel teşkil eden iki kavramı; “sığınma” ve “mülteci” olarak belirlemek mümkündür. Zira mültecilik hâlinin odak noktası mülteci ve bu hâl sığınma eyleminin gerçekleştirilmesine dayanır. Bir bireyin mülteci olarak nitelendirilebilmesi için öncelikle sığınma eyleminin gerçekleşmiş olması gerektiğinden, ilk olarak sığınma kavramının daha sonra da mülteci kavramının irdelenmesi yerinde olacaktır.

A. Sığınma

Tutsaklıktan kurtulma veya özgürlüğe kavuşma anlamına gelen²⁷ sığınma faaliyeti oldukça eski bir geçmişe sahiptir. Özellikle kutsal alanlar, sığınma amaçlı olarak ilk kullanılan yerler olmakla birlikte, birçok farklı gelenekte de sığınmanın izlerini görebilmek mümkündür²⁸. Hukukî bir kavram olarak sığınmanın ele alınması

²⁷ *Grahl Madsen*, sığınma (*asylum*) kelimesinin Yunanca “*asyla/asylon*” kelimesinin Latincedeki karşılığı olduğunu belirtmiş ve sığınmayı yukarıda belirtilen şekilde açıklamıştır: ATLE GRAHL-MADSEN, *The Status of Refugees in International Law* (Leiden, 1972), 3.; sığınmak fiilinin anlamı, Türk Dil Kurumu tarafından (1) tehlikelerden kaçarak güvenilir bir yere çekilmek; (2) korunmak amacıyla bir yere veya birine başvurmak, başkalarının yardım veya korumasına ihtiyaç duymak; (3) genellikle siyasî sebeplerle kaçıp başka ülkeye gitmek, iltica etmek (4) güvenmek yardım istemek veya ummak olarak açıklanmıştır: <http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.51bb2cd8113281.14871290> (E.T.: 15.05.2013); sığınma kelimesinin analizi için ayrıca bkz.. TEVFİK ODMAN, *Mülteci Hukuku* (Ankara, 1995), 189.

²⁸ Örneğin, sığınmanın geçmişe doğru incelenmesi neticesinde Arap-İslâm kültürü ile Musevi-Hristiyan geleneklerinde sığınmaya ilişkin kavramların izi sürülebilir. Misâl olarak, “istihara” ve

ise sığınma faaliyeti kadar uzun bir geçmişe sahip değildir²⁹. Ancak sığınmanın geleneksel görünümü ve siyasî niteliği, kavramın hukukî boyutunun şekillenmesinde de etkili olmuştur. Sığınmanın bir çaresizlik durumundan doğması, bu faaliyetin aynı zamanda bir kaçış hâlinde temel aldığını gösterir. Nitekim sığınmanın teorik çerçevesi, bireyin tabiiyetinde bulunduğu devletin etki alanından kaçması ve “yabancı” olarak nitelendirildiği bir başka devletten korunma talep etmesi üzerine kurulmuştur³⁰. Buradan hareketle, sığınma devletlerarası bir mesele olarak kabul görmüş ve bu sayede uluslararası hukuk ekseninde de ele alınıp incelenmiştir³¹.

“ihara” kavramları, İslâmiyet öncesi Arap kültüründe yer edinmiş olan ve sığınmacıyı koruma işlevi gören kavramlardı. O dönemde sığınmacının korunması ve kabul edilmesi çölde yaşayan Arapların ahlâkî değerlerinin bir parçasıydı. Korumanın bir değer olarak kabul edilmesi ve bir kural olarak uygulanması insanlık onuru ile ilişkilendirilmekteydi. Gelenek haline dönüşmüş olan bu ahlâkî kural, İslâmiyetten sonra da “aman” kavramı çerçevesinde devam etmiştir. Musevi-Hristiyan geleneğinde de benzer bir yaklaşım görülmektedir. Bu gelenekte sığınma daha çok kasıtsız adam öldürme sonucunda adam öldürenin korunmasına yönelik olarak kendini göstermekteydi. Bunun yanında Afrika, Avustralya, Yeni Gine ve Hawaii’deki yerliler ve Kuzey Amerika’daki kıızılderililer arasında dahi geçmişten beri uygulanan ve gelenek halini almış olan sığınma uygulamalarının izlerini görebilmenin mümkün olduğu belirtilmektedir. Aktarılan bilgiler için bkz. KAREN MUSALO, et al, JENNIFER MOORE, ve RICHARD A. BOSWELL, ed, *Refugee Law and Policy A Comparative and International Approach* (Durham North Carolina, 2011), 5–11; GHASSAN M. ARNAOUT, *Asylum in the Arab-Islamic Tradition* (Geneva, 1987), 14–21; IGNATIUS BAU, *This Ground is Holy: Church Sanctuary and Central American Refugees* (New York, 1985), 124–133.; CARLOS URRUTIA APARICIO, «Diplomatic Asylum in Latin America», içinde *Refugee Law and Policy A Comparative and International Approach* (Durham North Carolina, 1978), 4, 20–21; sığınmanın kökenleri ve tarihi geçmişine ilişkin olarak ayrıntılı bilgiler için ayrıca bkz. MATTHEW E. PRICE, *Rethinking Asylum: History, Purpose and Limits* (Cambridge, 2009), 26–35; MATTHEW E. PRICE, «Politics or Humanitarianism - Recovering the Political Roots of Asylum», *Georgetown Immigration Law Journal* 19 (2005 2004): 283–292.

²⁹ Ulus-devletin gelişimiyle birlikte, sığınma olgusunun anlamı da değişikliğe uğramıştır, sığınma artık bir barınma tesis etme eyleminden öteye gitmiş ve koruma sağlama anlamını hâiz hâle gelerek hukukî bir çerçeveye oturtulmaya çalışılmıştır: GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 355.; *Reale*, bu gelişimin 1848-1849 arasında Avrupa’da meydana gelen devrim hareketleri ve buna bağlı olaylar sonucunda 18.yy’ın ortalarında başladığını aktarmaktadır: EGIDIO REALE, «Le Droit D’asile», *Hague Recueil*, sayı I (1938): 499–550, 544–554 naklen GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 355, dn. 2; ayrıca bkz. ANN DUMMET ve ANDREW NICOL, *Subjects, Citizens, Aliens and Others* (London, 1990), 143.

³⁰ *Grotius, Pufendorf, Wolff ve Vattel* sığınmanın teorik çerçevesini şekillendiren düşünürlerin başında gelmektedir. Adı geçen düşünürler, sığınmayı yabancıların kaçışı ve bu kaçışın korunması temeline dayandırmış ancak sığınmayı farklı bakış açılarıyla gerekçelendirmişlerdir. Örneğin *Grotius*’a göre tabii hukuk ve sosyal düzenin oluşturduğu kural, egemenin kendi krallığında, tebaası üzerindeki en yetkin yargıç olmasıdır; ancak rejimler barbar bir görünüme büründüğünde, egemen, ayrıcalıklarını kaybeder; artık egemenliğe bağlı hakları ortadan kalkar ve tabii hukuku ihlâl etmiş olur. Her ne kadar baskıcı rejimlere tâbi olan vatandaşlar, egemene bir sadakat anlaşması ile bağlı olsalar da, yabancı devletler bu tür bir anlaşmanın tarafı olmadıklarından baskıya tâbi kılınan bireye yardım sağlayabilirler. Bu sebeple, sığınma ile sağlanan koruma, bir taraftan, tabii bir hak olarak insanî bir temele sahipken,

Sığınmanın temelinde “koru(n)ma” yatmaktadır. Elbette bu noktada üzerinde durulması gereken husus, koru(n)madan kastedilenin ne olduğudur. Sığınma arayışında olan bireyin, onu bu arayışa iten durumdan korunması, ilk akla gelen ve ivedi olarak sağlanan koru(n)mayı ifâde eder³². Ancak günümüzde, koru(n)madan kastedilen unsurların içerisine özellikle temel insan hakları ihlâllerini de içine alacak şekilde zulümden koru(n)ma da girmiş bulunmaktadır³³.

Sığınmanın temelinde koru(n)manın yatması, bu kavramın iki boyutlu olduğunun da bir göstergesidir³⁴. Kavramın ilk boyutu sığınma sağlamaya ilişkin

diğer taraftan, tabii hukuku ihlâl eden bir devletin, diğer bir devlet tarafından cezalandırılması anlamına da gelmektedir: GROTIUS, *Rights of War and Peace*, II.25.8, naklen MATTHEW E. PRICE, *Rethinking Asylum*, 37, 38. Grotius’un teorik temellendirmesine göre, “sığınma ve cezalandırıcı savaş (punitive war) benzer gerekçelere dayanmaktadır. Her iki durumda da amaçlanan (bir başka devlet tarafından) yanlış kullanılan otoritenin cezalandırılmasıdır. Ancak bu iki durumun öngördüğü yaptırımlar aynı seviyede değildir. Cezalandırıcı savaş, sadece yabancı bir rejimin, aşırı derecede yanlış uygulanması durumunda söz konusu olup, daha ağır bir yaptırım öngörmekte iken, sığınma, münferit durumlarda, otoritenin yanlış uygulanmasına verilen uygun bir cevaptır”: Ibid, 38. Pufendorf’a göre ise sığınma, “yabancılar ve gezginlere” barınma ve misafirperverlik sağlanması üzerine kurulan genel yükümlülüğün bir parçası olarak açıklanabilir: PUFENDORF, *De Jure Naturae*, III.3.9, naklen, MATTHEW E. PRICE, *Rethinking Asylum*, 39. Grotius’un hümanizmini Pufendorf’un pratik bakış açısıyla harmanlamaya çalışan Wolff’a göre ise tabii durumda her şey ortaktır, hiç kimsenin yaşam hakkı mutlak olarak ortadan kaldırılamaz; bu sebeple kendi topraklarından uzaklaşmak zorunda kalan bireyler, doğal olarak dünyanın herhangi bir yerinde yaşama hakkına sahip olmalıdır: WOLFF, *Jus Gentium*, section 147, naklen, MATTHEW E. PRICE, *Rethinking Asylum*, 40; L. C. GREEN, «Right of Asylum in International Law», *University of Malaya Law Review* 3 (1961): 229. Vattel de çoğunlukla Wolff’a katılmış; O’nun görüşlerini genişletmeye çalışmıştır. Yazar’a göre, hiçbir millet, iyi bir gerekçe olmadan ülkesinden sürülmüş olan bir bireye ikamet sağlamaktan imtina etmemelidir: VATTEL, *Law of Nations*, I.19.230, naklen, MATTHEW E. PRICE, *Rethinking Asylum*, 41.

³¹ GINA CLAYTON, *Textbook on Immigration and Asylum Law* (Oxford, 2010), 410.

³² Esasen sığınmanın etimolojik kökeni sığınmanın koru(n)ma ile ilişkisini ortaya koymaktadır. Price’ın aktarımıyla sığınmanın Yunanca karşılığı olan *asyla* kelimesi, bağıışıklık/dokunulmazlık anlamını haizdir: MATTHEW E. PRICE, *Rethinking Asylum*, 26.

³³ ROMAN BOED, «The State of the Right of Asylum in International Law», *Duke Journal of Comparative and International Law* 5 (1995 1994): 3; C.L.C. MUBANGA CHIPOYA: Final Report, The Right of Everyone to Leave any Country, Including His Own and Return to His Country: UN Doc.E/C.4/Sub.2/1988/35; June 1988, 103-106, naklen, TOM CLARK, «Human Rights and Expulsion: Giving Content to the Concept of Asylum», *International Journal of Refugee Law* sayı 4 (1992): 190, dn. 2. Çağdaş mülteci hukuku terminolojisinde bu faaliyet (koruma/protection) bireyin; insan hakları, mülteci ve uluslararası insancıl hukukun ruhuna ve lafzına dayanan haklarına tam bir saygı gösterilmesi amacını içeren her türlü eylem olarak tanımlanmaktadır: Bkz. UNHCR, *Glossary*, 13.

³⁴ “Objektif anlamda ‘sığınma hukuku’ sığınmaya ilişkin hukuk kurallarını ifâde eder. Bu objektif anlamda sığınma hukuku, hem devletler hukukunda hem de iç hukukta söz konusudur. Bunun dışında sığınma hukuku, subjektif anlamda kullanılmaktadır. Bu subjektif anlama ilişkin olarak iki yönü birbirinden ayırmak gerekir. Birinci subjektif anlamda sığınma hakkı, devletler genel hukuku alanında bir devletin

olup, sığınılan devletin, kendisine sığınan bireyi korumasını niteler; bu anlamıyla devletin bir faaliyetidir. Sığınmanın ikinci boyutu ise sığınan ile ilişkilidir ve bireysel bir faaliyettir. Bu noktada, sığınma artık bir koruma değil; korunma hâlidir. Ancak belirtmek gerekir ki, sığınmanın gerçekleşebilmesi için bu iki boyut kesişmelidir. Bir başka ifâde ile korumanın somut anlamda tezahür edebilmesi için bireyin etkin bir şekilde korunabilmesi; bireyin korunabilmesi için ise kendisine fiilen bir korumanın sağlanmış olması gerekir. Sığınmanın uluslararası hukuk ekseninde hukukî çerçevesinin çizilmesi ise onun hangi bakış açısıyla görüldüğüne bağlıdır.

1. Devlet Odaklı Bakış Açısıyla Sığınma

Uluslararası hukukta genel olarak kabul görüldüğü üzere devlet en az üç temel unsurun bir araya gelmesinden oluşur. Bu unsurlar; insan topluluğu, ülke ve kendi üstünde herhangi bir otoriteye bağlı olmayan bir siyasal yönetim olarak sıralanmaktadır³⁵. Şu hâlde devleti, “*belirli bir ülkede yaşayan ve bir üstün iktidara tâbi teşkilatlanmış insan topluluğunun meydana getirdiği devamlı, siyasî, hukukun kendisine şahsiyet izafe ettiği bir varlık*” olarak tanımlamak mümkündür³⁶. Devletin doğası gereği, kendisinden başka hiçbir otoriteye bağımlı olmaması, uluslararası hukukta egemenlik veya bağımsızlık kavramları ile nitelendirilmektedir³⁷. Bu bağlamda, devlet uluslararası hukukun öngördüğü yükümlülükler saklı kalmak kaydıyla egemenlik yetkisini ülkesi üzerinde münhasır olarak kullanır³⁸. Devletin ülkesi üzerinde münhasır bir egemenlik yetkisine sahip olması, ülke içerisinde

başka bir devlet karşısında koğuşturulan bir kişiye sığınma tanınması hakkı, ikinci subjektif anlamda, koğuşturulan kişinin yabancı devlette kendisine koğuşturulmaya karşı korunma verilmesini isteme hakkı olarak anlaşılmaktadır”: ZAFER GÖREN, «Anayasa Hukuku Açısından Sığınma Hakkı», *Anayasa Yargısı Dergisi* 10 (1993): 285.

³⁵ HÜSEYİN PAZARCI, *Uluslararası Hukuk* (Ankara, 2010), 140.

³⁶ Tanım için bkz. ÖMER İLHAN AKİPEK, *Devletler Hukuku (İkinci Kitap Devletler Hukukunun Şahıslarından Devlet)* (Ankara, 1964), 12.

³⁷ HÜSEYİN PAZARCI, *Uluslararası Hukuk*, 148.

³⁸ Ibid.

bulunan bireyler üzerinde de bu yetkiyi kullanabileceği anlamına gelmektedir³⁹. Bu bireyler, söz konusu devlet ile siyasî ve hukukî bağı hâiz olan vatandaşlar olabileceği gibi böyle bir bağdan yoksun olan yabancılar da olabilir.

Klasik (geleneksel) uluslararası hukuk anlayışında, devletler uluslararası hukukun ana özneleri olarak kabul edilir; uluslararası hukukun ilgi alanını da yalnızca devletlerarası ilişkiler oluşturur⁴⁰. Bu bakış açısında bireyin silueti ancak devletin gölgesinde görülebilir. Örneğin, bir devletin tâbiyetinde bulunan bir bireye bir başka devlet tarafından zarar verilmesi durumunda, bu zarar kişinin tâbiyetinde bulunduğu devlete verilmiş bir zarar olarak kabul edilir; dolayısıyla uluslararası hukuka aykırı bu durumun sona ermesi, zararın bireyin vatandaşlığında olduğu devlet bakımından giderilmesi ile mümkün olur⁴¹. Ancak bireyin bu anlayış çerçevesinde uluslararası hukukta herhangi bir hakka sahip olmaması, zararın kendisine bizzat tâbiyetinde bulunduğu devlet tarafından verilmesi durumunun (uluslararası hukukta) bir etki doğurmaması ile sonuçlanır. Kendi devleti tarafından zarara uğrayan yahut zarara uğrama tehlikesi ile karşılaşan bireyin söz konusu devletin ülkesel sınırlarını terk edip, bir başka ülkede sığınma arayışına girmesi ise artık sığınma talep ettiği devletin egemenlik yetkisi ile ilişkili bir husus oluşturur. Zira bu devletin bireyin talebini kabul etme ya da etmeme konusunda ülkesel egemenliğinden kaynaklanan münhasır yetkisi devreye girer. Bu sebeple devlet odaklı bakış açısıyla sığınma, yabancı bir bireye koruma bahsetme faaliyeti olarak kendini gösterir. Ancak bu faaliyet geleneksel anlayış içerisinde istisnai bir görünüme de sahiptir. Çünkü sığınma durumunda devletin bahsettiği koruma kendi vatandaşına değil, bir yabancıya yönelmiştir. Bu bağlamda, bir devlet diğer bir devletin sağlaması gereken korumayı âdeta ikame etmiş olmaktadır. Sığınmanın herhangi bir devlet vatandaşlığını hâiz

³⁹ Ibid., 153. Devletlerin, ülkesel alanları içerisindeki bireyler üzerinde münhasır bir kontrole sahip olmaları uluslararası hukukta hiç tartışmasız kabul edilen bir ilkedir. Bu hususta bkz. FELICE MORGENSTERN, «The Right of Asylum», *British Year Book of International Law* 26 (1949): 327.

⁴⁰ LASSA FRANCIS OPPENHEIM, *International Law A Treatise Vol. I. Peace* (London, 1912), 363–366.

⁴¹ ALİ İBRAHİM AKKUTAY, *Diplomatik Koruma ve İnsan Hakları İlişkisi* (Ankara, 2013), 3; LOUIS B. SOHN, «The New International Law: Protection of The Rights of Individuals Rather Than States», *American University Law Review* 32 (1982): 9.

olmayan bir bireye (vatansıza) sağlanması durumu da istisnai bir nitelik arz eder. Burada da, sığınma sağlayan devlet, kendisi ile vatandaşlık bağı bulunmayan bir bireye vatandaşına benzer bir koruma sağlamış olmaktadır.

Sığınmanın devletlerin egemenlik yetkilerinin bir tezahürü olarak sağlanması noktasında, sıklıkla suçluların iâdesi hususuna göndermeler yapıldığı görülmektedir. Zira iâde konusunda kaçağın bulunduğu devlet ile onun menşe devleti arasında bir antlaşma bulunmaması hâlinde, kaçağın iâde edilmesi için hukukî bir yükümlülüğün olmadığı kabul edilmektedir⁴². Bu sebeple, suçluların iâdesi antlaşmalarına duyulan gereklilik aslında devletlerin sığınma bahsetme yetkisini hâiz olduklarının uluslararası hukukta tanınması anlamına gelir⁴³. Sığınmanın uluslararası hukuktaki görünümüne değinilirken suçluların iâdesi konusuna göndermeler yapılması da bundandır. Suçluların iâdesi hususunun sığınma ile olan yakın ilişkisinin bir başka göstergesi de siyasî suçların, iâde antlaşmalarının kapsamı dışında bırakılması bakımından devletlerin bir uzlaşma içerisinde hareket etmeleridir⁴⁴. Bu yönde bir uzlaşmanın oluşmasının sebebinin, siyasî nedenlere dayanan bir iâde talebinin incelenmesinin iâdeyi talep eden devletin içişlerine karışılması sonucunu doğuracağından kaygı duyulması olduğu belirtilmektedir⁴⁵. Siyasî kaçakların iâde yükümlülüğünün dışına çıkarılması ile devletler, bu kişilere sığınma sağlama yetkisini hâiz olduklarını karşılıklı olarak kabul etmiş olmaktadır⁴⁶.

⁴² Uluslararası hukukta devletlerin bu hususta bir yükümlülüklerinin bulunmadığının kabul edilmesi yönündeki ayrıntılı açıklamalar için bkz. FELICE MORGENSTERN, «Right of Asylum», 327–330; YILMAZ ALTUĞ, *Yabancıların Hukuki Durumu* (İstanbul, 1968), 130, 131.

⁴³ LASSA FRANCIS OPPENHEIM, *International Law*, 406; FELICE MORGENSTERN, «Right of Asylum», 328.

⁴⁴ Siyasî suçların iâde kapsamı dışında bırakılması, suçluların iadesi hususunda oldukça eski bir geçmişe sahip olan “geleneksel” bir eğilimdir: CHRISTINE VAN DEN WYNGAERT, «Applying the European Convention on Human Rights to Extradition: Opening Pandora’s Box?», *International & Comparative Law Quarterly* 39, sayı 04 (1990): 757; RONA AYBAY, *Yabancılar Hukuku* (İstanbul, 2007), 278; MANUEL R. GARCIA-MORA, «Nature of Political Offenses: A Knotty Problem of Extradition Law», *Virginia Law Review* 48 (1962): 1226.

⁴⁵ FELICE MORGENSTERN, «Right of Asylum», 329.

⁴⁶ Ibid.

Sığınmanın devlet odaklı bakış açısıyla iki şekilde gerçekleşebileceği belirtilebilir: (1) ülkesel sığınma (*territorial asylum*) ve (2) diplomatik sığınma (*diplomatic asylum*)⁴⁷. Ülkesel sığınmada birey, devletin ülkesel sınırları içerisinde sığınma talep ettiğinden, bu talebin kabul edilmesi noktasında devlet, ülkesel egemenliğinden kaynaklanan münhasır yetkisi dâhilinde hareket eder. Nitekim Uluslararası Adalet Divanı (UAD) da ülkesel sığınmanın ulusal egemenliğin olağan bir faaliyeti olduğunu belirtmiştir⁴⁸. Diplomatik sığınma ise genellikle bireyin, devletin bir başka devletin ülkesel sınırları içerisindeki diplomatik temsilciliğine (misyonuna) sığınarak koruma talep etmesi hâlinde söz konusu olur. Bu durumda, eğer ilgili devletler arasında bir antlaşma veya geçerli bir bölgesel teamül hukuku kuralı yoksa diplomatik sığınmaya izin verilmemesi gerektiği kabul edilmektedir⁴⁹. Zira diplomatik misyon, kabul eden devlet içerisinde bağımsızlığa sahip olmasına rağmen⁵⁰ söz konusu bağımsızlık, kabul eden devletin ülkesel egemenliğine hâlel

⁴⁷ HÜSEYİN PAZARCI, *Uluslararası Hukuk*, 216.

⁴⁸ Bkz. Colombian-Peruvian Asylum Case, Judgment of November 20th 1950: I.C. J. Reports 1950, 274 (*Asylum Case*).

⁴⁹ HÜSEYİN PAZARCI, *Uluslararası Hukuk*, 216.

⁵⁰ Uluslararası hukukta diplomatik temsilciliklerin bağımsızlığı konusunda iki tür teori ortaya atılmıştır. Bu teorilerden ilki, temsilciliklerin “sınır aşıcı” bir yetki ile donatılmış olmasıdır (*extraterritoriality*). Bu teori kapsamında, diplomatik temsilciliğin bulunduğu alanın, gönderen devletin toprakları gibi muamele göreceği iddia edilmiştir. Özellikle Latin Amerika ülkelerinde sıkça görülen diplomatik sığınma faaliyetleri, *inter alia*, bu iddiayı temel alarak meşru hâle getirilmeye çalışılmıştır. Ancak, sınır aşıcı yetki teorisi günümüzde tek başına varlığını sürdürmemektedir. Bunun yerine günümüzde, diplomatik temsilciliğin görev icabı ve “temsil etme yetkisinden” ötürü bağımsızlığı hâiz olduğu kabul edilmektedir. Bu yaklaşıma göre, egemenlik yetkisinin sınır ötesi bir geçişinden ziyade, diplomatik temsilcilik üzerinde kabul eden devletin yargı yetkisine karşı bir bağımsızlık/dokunulmazlık (*inviolability*) söz konusudur. Bu dokunulmazlık, diplomatik temsilciliğin görevi icabı yerine getirilmektedir. Burada dokunulmazlıktan kasıt ise, kabul eden devletin diplomatik misyon ve çalışanları üzerinde kısıtlayıcı bir işlemden alıkonulması ve yine kabul eden devletin misyon ve çalışanlarının herhangi bir kötü muameleye karşı korunmasıdır. Nitekim, 18 Nisan 1961 tarihli Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi’nde de egemenlik yetkisinin sınır aşıcı etkisinden söz edilmemiş ancak diplomatik misyonun bağımsızlığının söz konusu olduğu kabul edilmiştir: aktarılan bilgiler için bkz. FELICE MORGENSTERN, «Extra-Territorial Asylum», *British Yearbook of International Law* sayı 25 (1948): 236; ALONA E. EVANS, «The Colombian-Peruvian Asylum Case: The Practice of Diplomatic Asylum», *The American Political Science Review* 46, sayı 1 (1952): 144, 145; PHILIPPE CAHIER, «Vienna Convention on Diplomatic Relations», *International Conciliation* 37 (1969 1967): 20, 21; ayrıca bkz. UN General Assembly, Question of Diplomatic Asylum : Report of the Secretary-General, 22 September 1975, A/10139 (Part II), paras. 301, 302, <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae68bf10.html>> (E.T.: 22. 06 2011).

getirmemelidir⁵¹. Bu sebeple, diplomatik sığınma ekseninde yabancı bireyi korumaya rıza gösteren devlet (gönderen devlet), kabul eden devletin bu duruma onay vermemesi durumunda, onun egemenliğine müdahale etmiş sayılır⁵². UAD'nin önüne gelen Sığınma Davası'nda Divan, aksini öngören uluslararası bir sözleşmenin veya teamülün yokluğunda, diplomatik temsilciliğine sığınan devletin kabul eden devlet üzerinde bağlayıcılık arz edecek tek taraflı ve nihai bir karar vermeye yetkisi olmadığını; sığınma sağlama konusunda, gönderen devletin verdiği tek taraflı kararın ancak kabul eden devlet tarafından onaylanması ile etki doğurabileceğini; bu kararı onaylayıp onaylamamak konusunda ise kabul eden devletin takdir hakkı bulunduğunu belirtmiştir⁵³.

Buradan hareketle sığınmanın devlet odaklı bakış açısıyla, devletin ülkesel egemenliği ile sıkı bir ilişki içerisinde olduğu; bu ilişki çerçevesinde devletin kimlere

⁵¹ Diplomatik sığınma durumunda, hem gönderen hem kabul eden devletin hukukî bir takım kozları bulunmaktadır. Kabul eden devletin ülkesel egemenliği dahilinde bir kaçağın ülkesini terk etmesine izin vermeme yetkisi bulunmaktadır. Ancak misyon binalarının gönderen devletin bağımsızlığı kapsamında değerlendirilmesinden dolayı bu devletin (gönderen devletin) söz konusu binalara sığınanları kabul eden devlete iade etmemesi durumunda, kabul eden devletin zorla binalara giriş yapması mümkün olmamaktadır: MAARTEN DEN HEIJER, «Diplomatic Asylum and the Assange Case», *Leiden Journal of International Law* 26, sayı 2 (2013): 399.

⁵² RENÉ VÄRK, «Diplomatic Asylum: Theory, Practice and the Case of Julian Assange», içinde *ViAble Security Haritud Turvalisus*, ed. Lauri Tabur ve Annika Talmar-Pere (Talin, 2012), 243.

⁵³ *Asylum Case*, 274-280. Tarihte bir çok kez, diplomatik misyona sığınan bireye koruma sağlanması hususunda, misyonu gönderen ve kabul eden devlet arasında uzlaşmaya varılamadığı ve bu durumun krize yol açtığı görülmüştür. Belirtilen krizlere oldukça güncel bir örnek olarak “Assange olayı” verilebilir. Amerikan dış politikasına ilişkin gizli belgelerin sızdırılmasına kaynaklık eden *Wikileaks* adlı internet sitesinin kurucusu ve baş editörü olan Avustralya vatandaşı *Julian Assange*, söz konusu sitenin dünya kamuoyunda büyük bir yankı uyandırmasından kısa bir süre sonra 2010 yılının Aralık ayında Birleşik Krallık'ta tutuklandı. *Assange*'in tutuklanmasının sebebi, bir konuşma yapmak üzere gittiği İsveç'te cinsel saldırı ve tecavüz suçlarını işlediği iddiasıyla İsveç tarafından sorgulanmak üzere iadesinin talep edilmesi idi. *Assange*'in hakkında Avrupa Tutuklama Emri de (*European Arrest Warrant*) çıkarılmıştı. *Assange*, Birleşik Krallık'ta tutuksuz yargılanmak üzere kefaletle serbest bırakıldıktan hemen sonra, İsveç'e iade edilmesi durumunda ABD'ye gönderilebileceği ve burada gizli devlet sırlarını ifşa etmek suçlamasıyla ölüm cezasıyla yargılabileceği endişesiyle Ekvator büyükelçiliğine sığındı. 16 Ağustos 2013 tarihinde, Ekvator tarafından sığınma talebi kabul edildi. Ancak Birleşik Krallık, Ekvator'un uzlaşma çabalarına olumsuz yanıt vererek, *Assange*'in İsveç'e iadesi hususunda hukukî bir yükümlülüğünün bulunduğunu ve *Assange*'in elçilikten çıktığında tutuklanacağını açıkladı. *Assange*, hâlen Ekvator elçiliğine ait misyon binasında bulunmaktadır. Olaya ilişkin aktarılan bilgiler için bkz. <<http://www.bbc.co.uk/news/uk-22928276>> (E.T.: 30.06.2013); <<http://www.bbc.co.uk/news/uk-22937293>> (E.T.: 30.06.2013); <<http://www.theguardian.com/commentisfree/2012/aug/16/julian-assange-asylum-ecuador>> (E.T.: 30.06.2013). *Assange* olayının hukukî tahlili için bkz. RENÉ VÄRK, «Diplomatic Asylum»; MAARTEN DEN HEIJER, «Assange Case». *Maarten Den Heijer*'in çalışmasına *Gregor Noll* tarafından verilen yanıt için ayrıca bkz. <<http://opiniojuris.org/2013/11/19/ljil-symposium-comment-maarten-den-heijers-diplomatic-asylum-assange-case/>> (E.T.: 12.12.2013).

hangi sebeplerle sığınma sağlayacağı hususunda, bağlayıcılık arz eden uluslararası bir düzenlemenin veya teamülün olmaması şartıyla münhasır bir yetkiyi hâiz olduğu sonucuna varılmaktadır. Nitekim Uluslararası Hukuk Enstitüsünün benimsediği sığınma tanımında da bu etkiyi görebilmek mümkündür. Uluslararası Hukuk Enstitüsü, sığınmayı, “*koruma arayışında olan kişiye, bir devletin kendi sınırları içerisinde veya kontrol alanı dâhilindeki bir başka yerde bu korumayı sağlaması*” olarak tanımlamıştır⁵⁴.

2. Birey Odaklı Bakış Açısıyla Sığınma

Devletleri uluslararası hukukun yegâne öznelere olarak kabul eden klasik (geleneksel) anlayış, 20. yüzyılda özellikle 1940’lı yılları takiben evrilme sürecine girmiştir⁵⁵. Birleşmiş Milletlerin kurulmasına temel teşkil eden 1945 yılındaki *San Fransisco* Konferansı sonrasında insan haklarını temel alan yaklaşımlar ön plana çıktıkça, devletlerin uluslararası hukuktaki mutlak hâkimiyeti de sarsılmaya başlamış; bireyin sadece bir konu olmaktan çıkıp, uluslararası hukukta hak sahibi bir özne olabileceği fikri önem kazanmıştır⁵⁶. İkinci Dünya Savaşından sonra ise bireyin uluslararası hukuktaki konumu tamamen değişime uğramıştır. Bu değişimin müsebbibi olarak iki olay gösterilmektedir. Bunlardan ilki, savaş suçlularının Nuremberg’de ve Tokyo’da yargılanması; diğeri de insanlığa karşı bu tür suçların tekrar işlenmesini önlemek arzusuyla insan haklarının korunması için yeni standartların geliştirilmesi ihtiyacının kabul edilmesidir⁵⁷. Bu iki olaya paralel olarak ve baskıcı rejimlere duyulan nefretin de etkisiyle, insan hakları düşüncesi güçlenmiş⁵⁸ ve uluslararası alanda insan haklarının korunmasına yönelik girişimler ivme kazanmıştır. Bu girişimler evrensel ve bölgesel

⁵⁴ INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW, Resolutions Adopted at Its Bath Session, September 1950, Chapter I, Article 1.; Uluslararası Hukuk Enstitüsü’nün tanımına ilişkin yorumlar için bkz. HEMME BATTJES, *European Asylum Law and International Law* (2006), 5, 6.

⁵⁵ ALİ İBRAHİM AKKUTAY, *Diplomatik Koruma*, 93.

⁵⁶ LOUIS B. SOHN, «Rights of Individuals», 1. Bugün çağdaş uluslararası hukuk anlayışında, uluslararası hukukun öznelere (kişileri) arasında ilk ve temel olarak devletler yer almakla birlikte, uluslararası örgütler ve sınırlı ölçüde hak ve borçların muhatabı olan bireyler de bulunmaktadır: ASLAN GÜNDÜZ, *Milletlerarası Hukuk*, ed. Reşat Volkan Günel (İstanbul, 2013), 4.

⁵⁷ LOUIS B. SOHN, «Rights of Individuals», 9, 10.

⁵⁸ MUSTAFA ERDOĞAN, *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku* (Ankara, 2011), 131.

nitelikli insan hakları sözleşmelerinin akdedilmesine de zemin hazırlamıştır. Bunların belli başlı olanları arasında; Medenî ve Siyasî Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (MSHS)⁵⁹, Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (ESKHS)⁶⁰, İşkence ve Diğer Zalimâne Gayri İnsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme (BM İşkenceyi Önleme Sözleşmesi-BMiÖS-)⁶¹, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi-AİHS-)⁶² yer almaktadır.

Bireyi odak noktasına alan insan haklarına yönelik görüşlerin gelişmesi, uluslararası hukukta bireyin sahip olduğu konumu yakından etkilemiştir⁶³. Elbette bu gelişme, sığınma hususuna da insan hakları penceresinden bakılmasına sebebiyet vermiştir. Bu nedenle birey odaklı bakış açısıyla sığınma, insan hakları ile yakın bir ilişki içerisindedir. İnsan haklarını, evrensel ahlâkî değer taşıyan temel nitelikli haklar olarak tanımlamak mümkündür⁶⁴. İnsan hakları, bireyin özgürlüğü ile devlet gücünün sınırlandırılması konusunda geniş kabul gören standartları oluştururken aynı zamanda da toplumun ve bu toplumu temsil eden devletin taşıması gereken ahlâkî değerleri

⁵⁹ MSHS (*International Covenant on Civil and Political Rights –ICCPR-*), BMGK’nın 2200 A (XXI) sayılı ve 16 Aralık 1966 tarihli Kararıyla kabul edilmiştir. Sözleşme’nin Türkçe metni için bkz. <<http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/53-73.pdf>> (E.T.: 12.12.2012).

⁶⁰ ESKHS (*International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights –ICESCR-*) 16 Aralık 1966 tarihinde, XXI sayılı BM Genel Kurulu Kararıyla imza ve onaya açılmış 3 Ocak 1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Düzenlemenin Türkçe metni için bkz. <<http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/83-93.pdf>> (E.T.: 30.05.2012).

⁶¹ BMİÖS (*Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (United Nations Convention against Torture –CAT-)*), BMGK’nın 39/46 sayılı ve 10 Aralık 1984 tarihli kararıyla kabul edilmiştir. Sözleşme’nin Türkçe metni için bkz. <<http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/37-51.pdf>> (E.T.: 12.12.2012).

⁶² AİHS (*Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (European Convention on Human Rights –ECHR-*), 20 Mart 1950’de Roma’da imzalanmış, 3 Eylül 1952’de yürürlüğe girmiştir. Sözleşme’nin Türkçe metni için bkz. <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf> (E.T.: 22.12.2012).

⁶³ MALCOLM N. SHAW, *International Law* (New York, 2008), 257.

⁶⁴ *Feinberg*, insan haklarının “her bir bireyin sahip olduğu, değiştirilemez ve şarta bağlanamaz nitelikte olan ve yapısı itibarıyla ahlâkî nitelik taşıyan haklar” olduğunu belirtmiştir: JOEL FEINBERG, *Social Philosophy* (Englewood Cliffs, New Jersey, 1973), 85.

ortaya koyar⁶⁵. Ahlâki değerler, insan hayatı ile ilgili olgular ve insan hayatının şekillendiği dünya ile sıkı bir ilişki içindedir. Ahlâki değerler vücuda gelirken ve insanlar kendilerine ve diğerlerine bu değerler çerçevesinde yaklaşırken, insanî amaçlarla şekillenmiş ideâl bir dünya ile gerçeklikler arasındaki ilişkiyi de formüle etmektedirler⁶⁶. İnsan hakları kuramının ahlâki değerler çerçevesinde ele alınması fikrinin temelinde ise insanın varlık değeri düşüncesi yatar⁶⁷. İnsan hakları kuramına göre bireyler, aralarında bir fark olmaksızın temel bazı haklar ile donatılmış olarak dünyaya gelirler. Dolayısıyla, bireylerin doğdukları bölgenin ülkesel sınırları temel bir takım haklara sahip olmaları veya bir takım davranışlara maruz bırakılmamaları açısından önem taşımaz⁶⁸. Bu sebeple insan hakları anlayışı; eşitlikçi, evrensel ve tarafsızdır⁶⁹.

Sığınma ile insan hakları kuramı arasındaki ilişkiyi belirleyebilmek için bu hakların neler olduğunun bilinmesi böylelikle iki kavram arasındaki bağlantının kurulabilmesi gerekir. *Griffin*, insan haklarının insanlık onuruyla bağdaştığı

⁶⁵ WIKTOR OSIATYNSKI, *Human Rights and Their Limits* (New York, 2009), 1.

⁶⁶ ROBIN W. LOVIN ve FRANK E. REYNOLDS, «Introduction», *Journal of Religious Ethics* 14, sayı 1 (1986): 56–57.

⁶⁷ İnsanın varlık değeri, dinsel bakış açısında insanın “kutsal” bir varlık olmasına dayandırılırken; dinsel olmayan bakış açısında ise, felsefî anlamda bu varlığın “değerli” olduğu inancından temel almaktadır. Dinsel bakış açısında, kutsallığın sebebi, aynı Tanrı tarafından yaratılmış olmaktan veya aynı dini paylaşmaktan gelir; dinsel olmayan bakış açısında ise, insanın değeri, “içsel (*intrinsic*)” ve objektif bir değerdir. İçsel olmasının anlamı, insanın değerinin *kendisinden* kaynaklanmasıdır. Bu bakış açısına göre, değer oluşması için bir başka sebep aranmaz: MICHEAL J. PERRY, *The Idea of Human Rights Four Inquiries* (New York, 1998), 11–26. Dinsel argümanları kullanmadan insan hakları kavramını açıklayan bazı yazarlar da “kutsallık” ifâdesini kullanmıştır. Ancak, buradaki kutsallık ifâdesi, içsel değer karşılığı olarak kullanılmıştır: RONALD DWORKIN, «Life is Sacred: That’s the Easy Part», *New York Times Magazine*, 16 Mayıs 1993, 36; RONALD DWORKIN, *Life’s Dominion: An Argument About Abortion, Euthanasia and Individual Freedom* (New York, 1994), 25; ARI KOHEN, *In Defense of Human Rights a Non Religious Grounding in a Pluralistic World* (New York, 2007), 129–151. Seküler anlamdaki “kutsallık” ifâdesinin insan hakları kuramı içerisindeki yeri konusunda ayrıntılı bilgi ve Perry ve Dworkin’in görüşleri çerçevesindeki tartışmalar için bkz. ARI KOHEN, *Human Rights*, 64–84.

⁶⁸ Bu husustaki ayrıntılı açıklamalar için bkz. MICHEAL J. PERRY, *Human Rights*, 30; LUKE T. LEE, «The Refugee Convention and Internally Displaced Persons», *International Journal of Refugee Law* 13 (2001): 364.

⁶⁹ JAMES GRIFFIN, *Well-Being Its Meaning, Measurement and Moral Importance* (New York, 2002), 239.

konusunda bir uzlaşa olduğuna⁷⁰ ancak felsefî açıdan kavramın tamamlanmamış bir yapıya sahip olduğuna dikkat çekmiştir⁷¹. Bunun yanında sosyal ayrıcalıklar ile insan haklarının da birbirine karıştırılmaması gerektiği de ifâde edilmiştir⁷². *Osiatynski*, insan hakları kavramının ihtiyaçlar ve haklardan oluştuğunu ve aslında hakların ihtiyaçların karşılanmasını sağlamak üzere var olduğunu belirtmiştir⁷³. Bu ihtiyaçlar ise genellikle, “bir insanın onuru, kimliği, özgürlüğü ve güvenliği ile ilgili olup bu ihtiyaçlara bağlanan haklar temel üç kategori altında incelenebilir: (1) medeni haklar ve özgürlükler; (2) siyasî haklar; ve (3) sosyal, ekonomik ve kültürel haklar⁷⁴”.

İnsan hakları kuramının niteliğine yönelik bu bilgiler ışığında, sığınma ve insan hakları ilişkisinin net bir şekilde ortaya konulabilmesi için, sığınmanın, kuramın içerisindeki yerinin tespit edilmesi gereklidir. *Shacknove*, sığınmanın öznesi olan bireyleri tanımlarken, bu bireylerin temel ihtiyaçlarının karşılanamamasının onları sığınma arayışına ittiğini belirtmiş ve bu bireylere yönelen tehditleri üç grupta sıralamıştır: (1) zalimâne davranışlar, (2) hayatı idâme etmeleri için gereken ekonomik temelin sağlanamaması ve (3) doğal afetler⁷⁵. Bu bağlamda, evrensel niteliğini vurgulamış olduğumuz insan hakları anlayışının sığınmayı da kapsamına aldığını ifâde etmek yanlış olmayacaktır. Nitekim insan hakları kuramına göre sığınma, korunma ihtiyacı içerisinde olan bireyin temel haklarını ikame etme görevi görmesi sebebiyle, doğası gereği insan hakları ile sıkı bir ilişki içerisinde⁷⁶. Sığınmanın öznesi olan bireyler, temel ihtiyaçlarının karşılanamamasından dolayı

⁷⁰ Gerçekten de, insan hakları kavramının insanlık onuru ile bağdaştırılması anlayışı oldukça eski bir geçmişe sahiptir. Birçok kültürde de bu anlayışın hâkim olduğunu görebilmek mümkündür: Bu hususta bkz. JANET HOLL-MADIGAN, *Truth, Politics and Universal Human Rights* (New York-Hampshire, 2002), 5; ARI KOHEN, *Human Rights*, 85.

⁷¹ JAMES GRIFFIN, *On Human Rights* (New York, 2008), 15–21.

⁷² ANDREW FAGAN, *Human Rights Confronting Myths and Misunderstandings* (Cheltenham, 2009), 6; JAMES GRIFFIN, *Human Rights*, 107.

⁷³ WIKTOR OSIATYNSKI, *Human Rights*, 106.

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ ANDREW E. SHACKNOVE, «Who is a Refugee?», *Ethics* 95, sayı 2 (Ocak 1985): 279–282.

⁷⁶ BÜLENT PEKER ve MİTHAT SANCAR, *Mülteciler ve İltica Hakkı Yaşamın Kıyısındakilere Hoşgeldin Diyebilmek* (Ankara, 2001), 10.

sığınma arayışına girmektedirler⁷⁷. Böylelikle, eşitlikçi, evrensel ve tarafsız olan insan hakları anlayışı çerçevesinde, bireyin, ihlâl edilen haklarının ikame edilmesi veya haklarının veya özgürlüklerinin ihlâl edilmesi tehlikesinden korunması, tüm insanlığı ilgilendiren bir husus olarak cereyan edebilecektir⁷⁸. Bu sebeple, insan haklarına saygı gösterme konusunda devletlerin bir *erga omnes*⁷⁹ yükümlülüğü olduğundan söz edilebileceği⁸⁰; zira devletlerin insan haklarına saygı konusunda kolektif olarak hukukî menfaatlerinin mevcut olduğu da iddia edilmektedir⁸¹.

Bununla birlikte, insan hakları kuramı içerisinde sığınmanın yerinin somutlaştırılması iki kavram arasındaki ilişkinin pozitif anlamda belirginleşmesi ve

⁷⁷ ANDREW E. SHACKNOVE, «Who is a Refugee?», 279–281; MICHELLE FOSTER, *International Refugee Law and Socio-Economic Rights, Refugee from Deprivation* (Cambridge, 2007), 27, 28.; JAMES C. HATHAWAY, *The Law of Refugee Status* (Toronto, Vancouver, 1991), 135; GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 356.

⁷⁸ Sığınmayı tüm insanlığa yönelik olan ve ahlâki değer taşıyan genel bir yükümlülük olarak ele alan Goodin bu hususta, (ülkesel) sınırların önemli olduğunu ancak ahlaki olarak önem taşıyanın ülkesel sınırlar değil, bireyleri çevreleyen sınırlar olduğunu vurgulamıştır: ROBERT E. GOODIN, «What is so Special about Our Fellow Countrymen?», *Ethics* 98, sayı 4 (1988): 686.

⁷⁹ *Erga omnes* yükümlülük kavramı uluslararası hukukta teori ve uygulama açısından önemli bir kavram olmakla birlikte aynı zamanda da, Brownlie'nin ifâdesi ile “gizemli” bir kavramdır. Kavramın gizemli olması, tam olarak içeriğinin netleşmiş olmaması ile alakalıdır: IAN BROWNLIE, “To What Extent Are the Traditional Categories of Lex Lata and Lex Ferenda Still Viable? Presentation,” in *Change and Stability in International Law-Making*, ed. Antonio Cassese and Joseph Weiler (Berlin, 1988), 71; İlk kez *Barcelona Traction* davasında, “(....) bir devletin tüm uluslararası topluma karşı olan yükümlülüğü *erga omnes* yükümlülüktür. [...] bu tip bir yükümlülük çağdaş uluslararası hukukta (...) insanoğlunun temel haklarına ilişkin hususlardan doğar” ifâdesi ile Uluslararası Adalet Divanı tarafından insan hakları ile *erga omnes* yükümlülük arasında bağlantı kurulmuştur: *Barcelona Traction, Light and Power, Ltd. (Belgium v. Spain)*, I.C.J. Reports 1970, 3, paras. 32-33, <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&code=bt2&case=50&k=1a>> (E.T.: 12.12.2012); *Barcelona Traction* davasındaki ifâdeden yola çıkarak *erga omnes* yükümlülük, “tüm devletlere karşı yerine getirilmesi gereken bir yükümlülük” olarak tanımlanabilir: ŞULE ANLAR GÜNEŞ, “Uluslararası Toplumun Ortak Değerleri Sorunu, Çevrenin Korunması Ve Jus Cogens Doktrini,” *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 59, no. 4 (2004): 138. *Erga omnes* yükümlülüğü ve *erga omnes* yükümlülük ile insan hakları ilişkisine dair ayrıntılı bilgiler için bkz. CHRISTIAN J. TAMS, *Enforcing Obligations Erga Omnes in International Law* (Cambridge; New York, 2005); MAURIZIO RAGAZZI, *The Concept of International Obligations Erga Omnes* (Oxford, 2000); ALİ İBRAHİM AKKUTAY, *Diplomatik Koruma*, 128–134.

⁸⁰ SUBRATA ROY CHOWDHURY, «A Response to the Refugee Problems in Post Cold War Era: Some Existing and Emerging Norms of International Law», *International Journal of Refugee Law* 7, sayı 1 (1995): 106.

⁸¹ Ibid.; HURST HANNUM, *Final Report on the Status of the Universal Declaration on Human Rights in National and International Law* (Bueneos Aires Conference: International Law Association's Committee on the Enforcement of Human Rights Law, Ağustos 1994), 22,23.

bu sayede işlerlik kazanması ile mümkün olabilir. İnsan hakları ve sığınma ilişkisi böylelikle ulusal ve uluslararası hukuka yansıdığı ölçüde etkinlik kazanabilmiş olacaktır. Bu noktada sığınma açısından öne çıkan soru, uluslararası hukukta sığınmanın bir hak olarak kabul edilip edilemeyeceği; hak olarak kabul edilse dahi içeriğinin nasıl şekilleneceği; bu hakkın kime âit olacağıdır.

3. Sığınma Hakkı

Devlet odaklı bakış açısıyla sığınma, uluslararası hukuktaki görünümü itibarıyla bir devlet hakkı⁸² olarak kabul edilebileceğinin sinyallerini vermekte iken⁸³, insan hakları kuramı çerçevesinde bireysel bir hak olarak nitelendirilebileceğini de düşündürmektedir. Sığınma hakkının sahibinin birey ya da devlet olması veya içeriğinin “sığınma sağlama” veya “sığınma sağlanma” olarak şekillenmesi, doğuracağı sonuçlar açısından önem taşımaktadır.

Sığınmanın, sığınma sağlanma içeriğini hâiz olacak şekilde bireysel bir hak olarak kabul edilmesi durumunda koruma sağlayacak devletin birtakım yükümlülükleri söz konusu olacaktır. Doktrinde bu yükümlülükler beş başlık altında ele alınmaktadır. Bunlar: (1) sığınma talep eden kişiyi ülkesel sınırları içerisine kabul etme (2) bireyin ülke içerisinde kalmasına izin verme (3) bireyin sınırdışı edilmemesi (4) bireyin iade edilmemesi (5) bireyin (sığınma devletinin ülkesine girişi sebebiyle) cezalandırılma veya benzeri şekilde özgürlüğünden alıkonulmamasıdır⁸⁴.

⁸² Hak “*bir hukuk düzeninin süjelerine tanıdığı ve garanti ettiği bir menfaat*” olarak tanımlanmaktadır. Bu bağlamda, uluslararası hukukun en temel süjesi kabul edilen devletlerin hakları denildiğinde, uluslararası hukukun tanımladığı ve onun uluslararası hukukun kişilerinden olan devletlere bahsettiği menfaatler anlaşılmaktadır: ASLAN GÜNDÜZ, *Milletlerarası Hukuk*, 5.

⁸³ Sığınma hakkı, (ilk zamanlarda) beşeri adalete ve hakkın kötüye kullanılmasına karşı hukukun temsilcisi olan tanrıya yönelik olan bir çağrı olarak nitelendirilmiştir. Bunun dışında devletler arasında gelişen, dinsel kökenli olmayan ve devletin bir başka devlete mensup bir sığınmacıya kendi egemenliğinin bir göstergesi olarak koruma bağışlaması anlamında sığınma hakkı özellikle Yunan Site devletlerinde görülmüştür. Burada modern devletler hukukundaki sığınma hakkının kökleri bulunmaktadır: ZAFER GÖREN, «Sığınma Hakkı», 283.

⁸⁴ ROMAN BOED, «Asylum», 3; C.L.C .MUBANGA CHIPOYA: Final Report, The Right of Everyone to Leave any Country, Including His Own and Return to His Country: UN Doc.E/C.4/Sub.2/1988/35; June 1988, 103-106, naklen, TOM CLARK, «Human Rights and Expulsion», 190, dn. 2.

Sığınma hakkının bir devlet hakkı olarak kabul edilmesi durumunda ise bu hakkın anlamı birey açısından artık “sığınma sağlanma” içeriğini hâiz olmayacaktır. Çünkü bu yaklaşıma göre sığınma, devletlerin egemenlik yetkisi içerisinde yer alacaktır⁸⁵. Sığınma hakkının egemenlik yetkisi kapsamında değerlendirilmesinin sonucunda ise devletlerin sığınmacıları ülkesel sınırlarına kabul etme ve onlara sığınma sağlama hususunda bir yükümlülükleri olduğundan söz edilemeyecektir⁸⁶. Bir başka ifâdeyle, bu bakış açısıyla sığınma sağlama, devletlerin takdirine bırakılmış olmaktadır.

İşte uluslararası hukukta bu iki yaklaşımdan hangisinin tercih edilmiş olduğunun belirlenmesi gerek uluslararası korumanın gerek mülteci kavramının daha iyi anlaşılmasına; en önemlisi ise mülteci kavramının uluslararası hukukta neden bir statü olarak ele alındığının ortaya koyulmasına sebep olacaktır.

a. Uluslararası Düzenlemeler Çerçevesinde Sığınma Hakkının Değerlendirilmesi

Sığınma hakkını, sığınma sağlanma içeriğini hâiz olacak şekilde, bireysel bir hak olarak düzenleyen herhangi bir uluslararası sözleşme bulunmamaktadır. Bununla birlikte, 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin⁸⁷ (İHEB) 14(1). maddesinde, sığınma hakkına ilişkin olarak şu hükme yer verildiği görülmektedir: “[h]erkes zulüm karşısında başka memleketlerden mülteci olarak kabulü talep etmek ve memleketler tarafından mülteci muamelesi görmek hakkını hâizdir”⁸⁸ Bildirge’nin

⁸⁵ ATLE GRAHL-MADSEN, *Status* (1972), 23; PAUL WEIS, «United Nations Declaration on Territorial Asylum», *Canadian Yearbook of International Law* 7 (1969): 133; FELICE MORGENSEN, «Right of Asylum», 327; ROMAN BOED, «Asylum», 3; M. G. KALADHARAN -NAYAR, «Right of Asylum in International Law: Its Status and Prospects, The», *Saint Louis University Law Journal* 17 (1973 1972): 26; GINA CLAYTON, *Asylum Law*, 410; ANN DUMMET ve ANDREW NICOL, *Subjects*, 411.

⁸⁶ ROMAN BOED, «Asylum», 8; FELICE MORGENSEN, «Right of Asylum», 335.

⁸⁷ Bildirge, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu 10.12.1948 tarihli ve 217 A III Sayılı Kararı ile kabul edilmiştir. İHEB’in Türkçe metnine <<http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=trk>> adresinden ulaşılabilir (E.T.: 12.12.2012).

⁸⁸ İnsan Hakları Evrensel Bildirisi’nin, resmi Türkçe çevirisi 27 Mayıs 1949 tarihli 7217 sayılı Resmi Gazete ’de yayınlanmıştır. Aybay’ın aktarımıyla, “İHEB, Resmi Gazetede yayınlanması olağan olan (kanun, tüzük, yönetmelik gibi) metinlerden değildir. Bir BM genel Kurulu kararı olan İnsan Hakları

İngilizce esas metninde sığınma hakkı yerine, sığınma arama hakkı (*right to seek asylum*) ve sığınmadan faydalanma hakkı (*right to enjoy asylum*) ifâdeleri kullanılmıştır⁸⁹. Esasen sığınmadan faydalanma hakkı ifâdesinin tercih edilmesi, Bildirge'nin hazırlık çalışmaları sırasındaki tartışmalar neticesinde söz konusu olmuştur. Hazırlık çalışmalarına konu olan taslakta, sığınma arama ve sığınma sağlanma (verilme) hakkı (*right to be granted asylum*) bireysel hak olarak düzenlemiş olmasına rağmen, özellikle Birleşik Krallık delegasyonunun etkisiyle “sığınma sağlanma hakkı” yerine “sığınmadan faydalanma hakkı” ifâdesi yerleştirilmiştir⁹⁰.

Sığınma arama ve sığınmadan faydalanma hakkı sığınma sağlanma hakkından daha dar bir anlamı hâizdir⁹¹. Sığınma arama hakkı, sığınılan devlete değil de, bireyin menşe ülkesinin devletine karşı sahip olduğu bir hak olarak değerlendirilmektedir⁹². Bu hâliyle sığınma arama hakkı, sığınmacının kabul edilmesi yönünde devletlere herhangi bir sorumluluk yüklememektedir⁹³. Bununla birlikte, söz konusu hakkın, ülkeye kabul edilmiş olan bir sığınmacının sığınma talebinde bulunabilmesini güvence altına aldığı da

Evrensel Bildirisinin Resmi Gazete' de yayınlanmış olması, ayrıksılık (istisna) oluşturmaktadır. Bu ayrıksılık, Bildirinin Başlangıç bölümünde belirtilen, Bildirideki hakların ve özgürlüklerin tanıtılıp yaygınlaştırılması; öğretim yoluyla bu hak ve özgürlüklere saygının geliştirilmesi amacının gereğini yerine getirmek çabasıyla açıklanabilir”: RONA AYBAY, *Açıklamalı İnsan Hakları Evrensel Bildirisi* (Ankara, 2006), 8.

⁸⁹ İHEB'in 14(1). maddesinin İngilizce esas metni ise şu şekilde kaleme alınmıştır: . “[e]veryone has the right to seek and to enjoy in other countries asylum from persecution”; İngilizce metin için bkz. <<http://www.un.org/en/documents/udhr/>> (E.T.: 12. 12. 2012). Bu bağlamda, metnin Türkçe resmî çevirisinin esas metinde yer alan anlamı tam olarak karşılamadığını belirtmek gerekir. Nitekim Aybay da İHEB'in resmî Türkçe çevirisinin genel olarak pek başarılı olmadığını, bazı hükümlerin çevirisinde anlamı etkileyecek ölçüde yanlışlar yapıldığını doğrulamıştır: RONA AYBAY, *İHEB*, 8. İlgili hükmün, T.B.M.M. İnsan Hakları Komisyonu tarafından yayınlanan Türkçe çevirisinin esas metnin anlamını daha net bir şekilde yansıttığı ifâde edilmelidir: “herkesin, zulüm altında başka ülkelere sığınma ve sığınma olanaklarından yararlanma hakkı vardır”: <<http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/203-208.pdf>> (E.T.: 22.12. 2012). Ancak yine de kanımızca, ilgili hüküm “herkesin zulüm karşısında sığınma arama ve başka ülkelerde sığınma olanaklarından faydalanma hakkı vardır” şeklinde anlaşıldığında, aslına daha çok sadık kalınmış olacaktır.

⁹⁰ Hazırlık çalışmalarındaki söz konusu tartışmalar için bkz. PRAKASH SHAH, *Refugees, Race and the Legal Concept of Asylum in Britain* (London, 2000), 61.

⁹¹ LOUIS HENKIN, «Refugees and Their Human Rights», *Fordham International Law Journal* 18 (1995 1994): 1079, 1080.

⁹² ATLE GRAHL-MADSEN, *Territorial Asylum* (London, 1980), 2, 26; ROMAN BOED, «Asylum», 6; LOUIS HENKIN, «Refugees and Their Human Rights», 1079.

⁹³ ROMAN BOED, «Asylum», 7.

kabul edilmektedir⁹⁴. Sığınmadan faydalanma hakkı ise sığınma talebinde bulunan devlet tarafından sadece bu talebin kabul edilmesi durumunda ortaya çıkabilecek bir hak olup⁹⁵, tıpkı sığınma arama hakkı gibi devlete sığınmacıyı ülkesine kabul etme ve koruma sağlama yönünde bir yükümlülük öngörmemektedir.

Bildirge’de sığınma hakkının anlamı, birey açısından sığınma arama ve sığınmadan faydalanma çerçevesi içerisine hapsedilerek, sığınma sağlanma hakkına kıyasla çok daha dar bir kapsama indirgenmiştir⁹⁶. Bildirge, teknik olarak hukukî bağlayıcılığı hâiz olmasa da, uluslararası hukukta önemli bir etkiye sahiptir⁹⁷. Nitekim sığınmaya ilişkin hükümler ihtiva eden uluslararası düzenlemelerin de Bildirge’nin sığınmaya yönelik bakış açısını yansıttığı görülebilir. 1951 Sözleşmesi ve onun 1967 tarihli Protokolü sığınma hakkına ilişkin herhangi bir hüküm ihtiva etmezken, 1967 tarihli Birleşmiş

⁹⁴ BILL FRELICK, «‘Preventive Protection’ and the Right to Seek Asylum: A Preliminary Look at Bosnia and Croatia», *International Journal of Refugee Law* 4, sayı 4 (1992): 441; KENDALL COFFEY, «The Due Process Right to Seek Asylum in the United States: The Immigration Dilemma and Constitutional Controversy», *Yale Law & Policy Review* 19, sayı 2 (2001): 312; GUY S. GOODWIN-GILL, «The Right to Seek Asylum: Interception at Sea and the Principle of Non-Refoulement», *International Journal of Refugee Law* 23, sayı 3 (2011): 444.

⁹⁵ ALICE EDWARDS, «Human rights, Refugees and the Right to Enjoy Asylum», *International Journal of Refugee Law* 17, sayı 2 (2005): 302.

⁹⁶ *Lauterpacht*, Bildirge’nin 14. maddesinin, hazırlık çalışmaları esnasında “her bir devletin sığınma sunma ve kendisine sığınanların iade edilmesi yönündeki talepleri reddetme hakkı olduğu” şeklinde yorumlandığını belirtmiş, bu yorumu devletlerin uluslararası hukukta kabul edilen egemenlik haklarının bir uzantısı olarak değerlendirmiştir: HERSCH LAUTERPACHT, «The Universal Declaration of Human Rights», *British Yearbook of International Law* sayı 5 (1948): 354–373; bu hususta ayrıca bkz. ATLE GRAHL-MADSEN, *Territorial Asylum*, 23; PAUL WEIS, «Territorial Asylum», 133; ROMAN BOED, «Asylum», 3; FELICE MORGENSTERN, «Right of Asylum», 327, 336; GINA CLAYTON, *Asylum Law*, 410; M. G. KALADHARAN -NAYAR, «Right of Asylum», 26; ANN DUMMET ve ANDREW NICOL, *Subjects*, 411.

⁹⁷ Bildirge, kabul edildiğinde, dünya çapında büyük bir ilgi uyandırmış; hatta bu düzenlemede yer alan ilkelerin Uluslararası Adalet Divanı Statüsünün 38, 1/c maddesine göre “hukukun uygar uluslarca tanınmış genel ilkeleri”nden olduğu veya 38, 1/b maddesi uyarınca teamül hukukundan kabul edilmesi gerektiği yönünde görüşler bildirilmiştir: RONA AYBAY, *İHEB*, 6, 7. Aybay, isabetli bir şekilde, “[h]ukuksal niteliği ne olursa olsun, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi’nin insan haklarının tanınması ve korunması açısından çok önemli bir öncü olduğunu” vurgulamaktadır: Ibid., 7. Bildirge’nin hukukî niteliğine ve uluslararası hukuktaki yerine ilişkin kapsamlı bir çalışma için bkz. HURST HANNUM, «Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law», *Georgia Journal of International and Comparative Law* 25 (1996 1995): 287–398.

Milletler Ülkesel Sığınma Bildirisinin (Ülkesel Sığınma Bildirisi)⁹⁸ 1. maddesinde Bildirge'nin 14. maddesine gönderme yapılmış, devletin sığınma konusunda sahip olduğu hak, devlet egemenliği çerçevesinde vurgulanmıştır. Aynı yönde, Avrupa Konseyi'nin 1977 tarihli Ülkesel Sığınma Bildirisi'nin⁹⁹ 2. maddesinde de sığınmanın devlete âit bir hak olduğundan bahsedilmiştir. Sığınma hakkının, bireye sığınma sağlanmasını kapsayan bir içeriğe sahip olmadığı yönündeki anlayış, bölgesel düzenlemelerde de kendisini göstermektedir. Afrika Birliği Örgütü (ABÖ) Mülteci Sözleşmesi¹⁰⁰ ve Cartagena Deklarasyonu¹⁰¹ sığınma hakkı konusunda açıkça herhangi bir hükme yer vermeyerek sessiz kalmıştır. Bu hususta sessiz kalmayan düzenlemelerin ise devlet odaklı bir sığınma hakkı anlayışına sahip olduğu görülmektedir. Amerika İnsan Hakları Konvansiyonu (AİHK)¹⁰² ve Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartında (AİHHŞ)¹⁰³ sığınma hakkına yer verilmiştir. AİHK'in 22. maddesinin 7. fıkrasında, *“herkesin yabancı bir ülkede sığınma arama ve sığınma sağlanma hakkına sahip olduğu”* belirtilmiş; ancak bu hak, sığınma devletinin kanunlarına ve uluslararası sözleşmelere bağlanmıştır. Benzer şekilde Afrika Şartının 12. maddesinin 3. fıkrasında da, *“her bireyin sığınma arama ve sığınma sağlanma*

⁹⁸ Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, Ülkesel Sığınma Bildirisi (United Nations Declaration on Territorial Asylum), 14 Aralık 1967, A/RES/2312/(XXII). Bildirinin İngilizce metnine, <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3b00f05a2c.html>> adresinden ulaşılabilir (E.T.: 12.12.2010).

⁹⁹ 18 Kasım 1977 tarihli Avrupa Konseyi Ülkesel Sığınma Bildirisinin (Council of Europe, Declaration on Territorial Asylum) İngilizce metnine, <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b3611c.html>> adresinden ulaşılabilir (E.T.: 12.02.2010).

¹⁰⁰ Sözleşme, (Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa) Afrika Birliği Örgütü tarafından 27 Haziran 1981 tarihinde kabul edilmiş, 21 Ekim 1986 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme'nin İngilizce metni için bkz. <<http://www.refworld.org/docid/3ae6b36018.html>> (E.T.: 22.12.2012).

¹⁰¹ Deklarasyon (Cartagena Declaration on Refugees, Colloquium on the International Protection of Refugees in Central America, Mexico and Panama), 19-22 Kasım 1984 tarihinde Kolombiya, Cartagena'da toplanan Konferans tarafından 22 Kasım 1984 tarihinde kabul edilmiştir. Deklarasyon'un İngilizce metni için bkz. <<http://www.refworld.org/docid/3ae6b36ec.html>> (E.T.: 22.12.2012).

¹⁰² Konvansiyon (Organization of American States, American Convention on Human Rights, “Pact of San Jose”), Costa Rica'da 22 Kasım 1969 tarihinde imzalanmış, 18 Haziran 1978 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşmenin İngilizce metnine <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b36510.html>> adresinden ulaşılabilir (E.T.: 22.01.2013).

¹⁰³ Şart (Organization of African Unity, African Charter on Human and Peoples' Rights (“Banjul Charter”)), 27 Haziran 1981 tarihinde kabul edilmiştir. Şartın İngilizce metnine <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b3630.html>> adresinden ulaşılabilir (E.T.: 22.01.2013).

hakkına sahip olduğu” düzenlenmiş ve tıpkı AİHK’de olduğu gibi, Afrika Şartı’nda da sığınma sağlanma hakkı sığınma devletinin kanunlarına ve uluslararası sözleşmelere bağlı kılınmıştır. AB’nin kendine has bir temel haklar kaynağına duyduğu ihtiyacın karşılanması için oluşturulan Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı’nda (Temel Haklar Şartı)¹⁰⁴ ise sığınma hakkı düzenlenmiş olmakla birlikte, bu hakkın niteliği ve kapsamı net bir çerçeveye oturtul(a)mamıştır. Temel Haklar Şartı’nın 18. maddesinde, “sığınma hakkı¹⁰⁵, 28 Temmuz 1951 tarihli Mültecilerin Hukukî Statüsüne İlişkin Cenevre Sözleşmesi ve 31 Ocak 1967 tarihli Protokol kuralları dikkate alınarak ve Avrupa Topluluğunu kuran Antlaşmaya uygun olarak teminat altına alınmalıdır” ifâdesine yer verilmiştir. Bu hüküm dikkatle incelendiğinde, sığınma sağlanma içeriğini hâiz olan bireysel bir hakka işaret etmediği sonucuna varılabilir. Zira belirtilen hükmün öznesi bireylerden ziyâde AB olacak şekilde anlaşılmaya müsaittir; hükümde, sığınma hakkını hiç düzenlememiş olan iki kaynağa gönderme yapılmıştır ve AB’nin sığınma hususuna yaklaşımı, sığınmayı bireysel bir hak olarak değerlendirmekten uzaktır¹⁰⁶.

Doğrudan doğruya sığınmaya ilişkin olmayan ancak kişi yönünden kapsamı bakımından genel nitelik taşıyan insan hakları sözleşmelerinde ise sığınma hakkına yönelik olarak herhangi bir hükme yer verilmemiştir.

¹⁰⁴ Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı (*Charter of Fundamental Rights of the European Union*), 18 Aralık 2000 tarihinde Topluluk Resmî Gazetesinde yayınlanmıştır: 2000/C 364/01. Temel Haklar Şartının İngilizce metnine, <www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf> adresinden ulaşılabilir (E.T.: 21.01.2013).

¹⁰⁵ Temel Haklar Şartının Avrupa Birliği ile İlişkiler Genel Müdürlüğü tarafından yapılan çevirisinde “sığınma” hakkı yerine “iltica” hakkı ifâdesi kullanılmıştır. Oysa Şart’ın esas metinlerinden biri olan İngilizce metinde sığınma hakkı (*right to asylum*) ifâdesi kullanılmıştır. Aynı şekilde, Fransızca metinde de “*droit d’asile*” ifâdesi kullanılmıştır. Metnin İngilizce ve Fransızca metinleri için bkz. <http://www.europarl.europa.eu/charter/default_en.htm> (E.T.: 21. 01. 2013).

¹⁰⁶ Temel Haklar Şartı’nda yer alan sığınma hakkının niteliği ve içeriğine ilişkin ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. NEVA ÖVÜNÇ ÖZTÜRK, «Avrupa Birliği Temel Haklar Şartında Yer Alan Sığınma Hakkının Tahlili», *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, sayı 2 (2012): 187–229. Şart’da yer alan hakkın 1951 Sözleşmesi kapsamına girenler için sığınma sağlanma içeriğini hâiz olan bireysel bir hak olarak kabul edilebileceği yönündeki görüş için ise bkz. MARIA TERESA GIL-BAZO, «The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the Right to be Granted Asylum in the Union’s Law», *Refugee Survey Quarterly* 27, sayı 3 (2008): 33–52.

b. Sığınma Hakkının Uluslararası Teamül Hukuku Kuralı Olarak Değerlendirilmesi

UAD Statüsü'nün 38. maddesinde, uluslararası teamülün¹⁰⁷, hukuk tarafından kabul edilmiş genel bir uygulamanın göstergesi olarak uluslararası hukukun kaynaklarından birini tesis ettiği belirtilmiştir¹⁰⁸. Böylelikle uluslararası hukukta, teamül hukuku kuralları, ilgili alanda uluslararası sözleşmelerden sonra ikinci derecede bağlayıcılığı hâiz hale gelmiştir¹⁰⁹. Buradan hareketle sığınma hakkı, bir uluslararası teamül hukuku kuralı olarak kabul edilmesi durumunda, uluslararası hukuk ekseninde bağlayıcılık arz edebilecektir. Ancak elbette bu durumda önem kazanacak olan husus, bu hakkın içeriğinin bireye sığınma sağlanma hakkı tesis edecek bir yapıda olup olmayacağı; bir başka ifâde ile devlet açısından sığınma sağlama yükümlülüğü doğurup doğurmayacağıdır.

¹⁰⁷ Akipek, uluslararası hukukun kaynağı olarak teamülün, örf ve adet olarak anlaşılması gerektiğini; örf ve adet teriminin bu kaynağın hukukî mahiyetini daha iyi açıkladığını belirtmektedir: ÖMER İLHAN AKİPEK, *Milletlerarası Adalet Divanı* (Ankara, 1974), 92. Ancak genel kullanıma sadık kalmak amacıyla, çalışmamızda teamül ifâdesinin kullanılması tercih edilmiştir.

¹⁰⁸ Divanca uygulanacak maddi hukuk kurallarını gösteren, UAD Statüsü'nün 38. maddesinin aynı zamanda uluslararası hukukun şekli kaynaklarını da ortaya koyduğu kabul edilmediğidir. İlgili maddede yer alan kaynaklar şunlardır: (a) uluslararası sözleşmeler (b) teamül (c) hukukun genel ilkeleri. Sayılan bu kaynaklar asli kaynak olarak kabul edilmektedir. Statü'de de belirtilen ve yardımcı olarak nitelenen kaynaklar ise şunlardır: (a) mahkeme kararları (b) doktrin. Akipek, yardımcı kaynakların, yardımcı şekli kaynaklar değil, asli kaynakların tesbitinde birer yardımcı vasıta olarak anlaşılması gerektiğini aktarmaktadır: Ibid., 91. Hukukun genel ilkelerinin uluslararası hukukun bağımsız bir kaynağı olup olmadığı doktrinde tartışılmıştır. Bir görüşe göre hukukun genel ilkeleri bağımsız bir kaynak olmayıp, ya milletlerarası teamül hukuku kuralları içerisinde ya da yardımcı kaynaklardan olan doktrin içerisinde değerlendirilmeye müsaittir: bu hususta bkz. ÖMER İLHAN AKİPEK, *Devletler Hukuku (I. Kitap)* (Ankara, 1970), 62, 63; HÜSEYİN PAZARCI, *Uluslararası Hukuk*, 114, 115.

¹⁰⁹ Uluslararası hukuk alanında antlaşma ve teamül ile oluşan kuralların birbirlerine üstünlüğü sorunu, 18 Ekim 1907 tarihli Uluslararası Ganaim Mahkemesi'ni kuran XII. La Haye Sözleşmesi ile çözümlenmeye çalışılmıştır. Sözleşme'nin 7. maddesinde antlaşmalar, teamül kurallarına üstün tutulmuştur. Ancak Sözleşme'nin oldukça az sayıda devlet tarafından onaylanması yürürlüğe girememesi ile sonuçlanınca bu husustaki tartışmalar devam etmiştir. UAD ve UAD'nin selefi olan Uluslararası Daimi Adalet Divanı statülerinin 38. maddelerinde, uluslararası hukuk kaynaklarının sıralaması içerisinde antlaşmalara teamül kurallarından önce yer verilmiş olması tartışmaların sürmesine sebebiyet vermiştir. Doktrinindeki ağırlıklı yaklaşım, iki kaynağı da eşdeğer kabul etmek yönünde olmakla birlikte antlaşmaların devletin iradesini açık ve kesin bir biçimde açıklayan kaynaklar olması sebebiyle, belirli bir hususta bir antlaşmanın varlığının onunla çatışan teamül hukuku kuralını ikinci sıraya itebileceği kabul edilmektedir. Aktarılan açıklamaların alıntılıandığı kaynak için bkz. HÜSEYİN PAZARCI, *Uluslararası Hukuk*, 111.

Doktrinde, çoğunlukla İHEB'in 14. maddesinde düzenlenen sığınma hakkının bir uluslararası teamül hukuku kuralı olarak kabul edilmesine yönelik görüşler olmakla birlikte¹¹⁰ sığınma hakkının içeriğinin sığınma sağlanma değil de, sığınma arama ve sığınmadan faydalanma hakkı olarak kabul gördüğü açıktır¹¹¹. Bu durumda, sığınma hakkı bir teamül hukuku kuralı olarak kabul edilse dahi, onun kabulünü sağlayan şartların tamamı bu hakka Bildirge'de düzenlendiği şekilde gönderme yapmaktadır¹¹².

Görüldüğü gibi klasik (geleneksel) uluslararası hukuk anlayışının devlet odaklı bakış açısı çerçevesinde bir devlet hakkı olarak şekillenen sığınma hakkı, çağdaş uluslararası hukuka da yansımış¹¹³; bu yansımanın sonucu olarak, devletleri, sığınma talep eden bireylerin bu talebini kabul etmeye zorlayacak bir yükümlülüğün olmadığı kabul edilmiştir.

B. Mülteci Kavramı ve Kavramın Unsurları

Genel kullanım açısından, menşe devletinden zorunlu olarak ayrılan ve bir başka devletten sığınma talep eden bireyler “mülteciler” olarak bilinmektedir. Sığınmanın uluslararası hukukta bireysel bir hak olarak kabul edilmemesi, mültecilerin korunabilmeleri için hukukî bir statünün çatısı altına girmelerini gerektirmiştir. Bu sebeple, mülteci ifâdesi genel kullanım bakımından sahip olduğu kavramsal anlamının

¹¹⁰ SUBRATA ROY CHOWDHURY, «A Response», 105; THEODOR MERON, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law* (Oxford, 1989), 113; JOHN P. HUMPHREY, «International Bill of Rights: Scope and Implementation», *William and Mary Law Review* 17 (1976 1975): 527, 529; JOHN P. HUMPHREY, *No distant millennium: The international law of human rights* (Paris, 1989), 155; HUMPHREY WALDOCK, «Human Rights in Contemporary International Law and the Significance of the European Convention» 11 (1965): 15; LOUIS B. SOHN, «Human Rights Law of the Charter», *Texas International Law Journal* 12 (1977): 129, 133; OSCAR SCHACHTER, *International Law in Theory and Practice* (Dordrecht, 1991), 336. Meron, Humphrey, Waldock, Sohn ve Schachter, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesindeki düzenlemelerin tamamının uluslararası teamül kuralları olarak nitelendirilebileceğini savunmaktadırlar.

¹¹¹ SUBRATA ROY CHOWDHURY, «A Response», 105.

¹¹² Bu hususta bkz. Ibid., 105, 106.

¹¹³ GEOFFREY S. GILBERT, «Right of Asylum: A Change of Direction», *International and Comparative Law Quarterly* 32 (1983): 635; bu hususta ayrıca bkz. ATLE GRAHL-MADSEN, *Territorial Asylum*, 23; GINA CLAYTON, *Asylum Law*, 411; ZAFER GÖREN, «Sığınma Hakkı», 283.

yanında bir de hukukî bir statüyü niteler hâle gelmiştir. Ancak mülteciliği hukukî bir statü olarak incelemeye geçmeden önce, kavramsal içeriğini tespit etmek gerekecektir. Bu sayede, oldukça geniş ve dinamik olan bu kavramın hangi çerçeve içerisinde bir hukukî statüye indirgendiği daha kolay belirlenebilecek; uluslararası hukuktaki mülteci etiketi daha net bir şekilde anlaşılabilir.

Mülteci kavramı, yapısı gereği geniş ve dinamik olduğu için çok sayıda disiplinin ilgisini çekmiştir. Gerçekten de mülteci kavramına, beşeri, siyasî, hukukî, felsefî ve ekonomik boyutlardan bakılabileceği düşünüldüğünde bu durum şaşırtıcı olmamalıdır. Kavrama çok sayıda perspektiften bakılabilmesi, mültecilere ilişkin oldukça fazla kavramsal tanım yapılmasına neden olmuştur¹¹⁴. Kuhlman, mültecileri “*beynelmilel zorunlu göçmenler*” olarak tanımlamıştır¹¹⁵. Kuhlman’ın tanımında öne çıkan unsurlar, mülteci kavramının uluslararası boyutunu vurgularken aynı zamanda hem hareket noktasının göç olduğunu hem bu göçün zorunlu nedenlerle yapıldığını ortaya koymuştur. Onun gönüllü-zorunlu temeline dayandırdığı ayırım, Goodwin-Gill tarafından, “kaçış” eylemine dayandırılmıştır. Yazara göre, genel kullanım açısından mülteci geniş anlamda şu şekilde tanımlanabilir: “*mülteci, katlanılamaz bulunan şartlardan ve kişisel durumlardan kaçmak isteyen (bunun için çabalayan) kişidir*”¹¹⁶. Goodwin-Gill’e göre, yönü özgürlüğe ve güvenliğe doğru olan bu kaçışın varış noktası genellikle belli değildir. Benzer şekilde, kaçışın nedenleri de farklılık gösterebilir; baskı, hayatî tehlike, cezaî tâkibat, mahrumiyet, yoksulluk, kıtlık, savaş

¹¹⁴ Haddad, mülteci kavramına ilişkin çok sayıda tanım yapılmış olmasına rağmen yeknesak bir kavramsal tanıma ulaşamamış olmasının, bu tanımların hiç birinin başarılı olamadığı şeklinde mi, yoksa kavramın tüm boyutlarının ortaya koyulması açısından bir zenginlik olarak mı değerlendirilmesi gerektiği üzerinde durmuştur: EMMA HADDAD, *Refugee*, 24. Gerçekten de farklı disiplinlerin kendi içinde bile çok sayıda ve farklı tanımlar yapılmış olmasını bir “tanım kirliliği” olarak değil de bir “tanım zenginliği” olarak görmek gerekir. Çünkü mülteci kavramı yapısı itibarıyla münferit bir disiplin içinde bile tek bir tanıma sıkıştırılamayacak kadar hareketli ve geniştir. Mülteci kavramı ve uluslararası hukuktaki mülteci tanımı arasındaki ilişkinin değerlendirilmesine ilişkin olarak bkz. NEVA ÖVÜNÇ ÖZTÜRK, «Uluslararası Hukuktaki Mülteci Tanımının Mülteci Kavramı ve Tanımın Oluşum Süreci Açısından Değerlendirilmesi», içinde *Prof. Dr. Tuğrul Arat’a Armağan* (Ankara, 2012), 919-950.

¹¹⁵ TOM KUHLMAN, «Towards a Definition of Refugees» (Refugee Studies Centre Documentation Centre, University of Oxford, 1991), 8, <[ftp://zappa.ubvu.vu.nl/19900036.pdf](http://zappa.ubvu.vu.nl/19900036.pdf)> (E.T.: 12.12.2012).

¹¹⁶ GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 16.

veya karışıklık, doğal felaketler kaçış sebebi olabilir. *Shacknove*'da benzer bir şekilde mülteciyi "hayatî tehdit içeren şartlardan kaçan kişi" olarak tanımlamıştır¹¹⁷. *Haddad*'ın tanımına göre ise, mülteci; "ulusal siyasî topluluğun dışında bırakılması yönünde belirgin derecede bir zorlamaya maruz kalmış olan bireydir." *Haddad*'ın tanımında öne çıkan unsurlar; bireyin dışlanması (göçe maruz bırakılması), bu dışlanmanın zorunlu bir hâl olması, bu zorunluluğun ciddi boyutlarda olması, bireyin dışlandığı alanın siyasî bir topluluk olmasıdır¹¹⁸. Görüldüğü gibi örnek olarak incelediğimiz dört tanımın da ortak noktası, mültecinin zorunlu olarak göçe yönelmiş kişi olmasıdır. Mültecinin sığınmanın öznesi olduğu düşünüldüğünde, mülteci kavramının genel anlamı içerisinde bu sıfatı taşıyan kişinin varlık değeri bilinci ve bu nedenle kaçış eyleminin desteklenmesi ve gerekirse kaçışının sebep ve sonuçlarından ötürü himâye edilmesinin gerekli olduğu varsayımının yattığını da belirtmek gerekir. Tüm bu açıklamalardan yola çıkarak, genel bir kavram olarak mültecinin, bulunduğu şartların kendi kontrolü dışında, belirli bir süre boyunca eski haline getirilemeyecek şekilde katlanılamaz bir hâl almasından dolayı göçe zorlanan bireyler olduğu ifade edilebilir¹¹⁹.

Mülteci kavramının hukukî çerçevesi ise kavramın içerisindeki bazı unsurların ön plana çıkmasını sağlar. Her ne kadar uluslararası hukukta sığınma bireysel bir hak olarak kabul edilmediği için devletlerin mültecinin hukukî kimliğini belirlerken özgür bir hareket alanına sahip olacakları düşünülse de, mülteci kavramının hukukî bir çerçeveye oturtulması sırasında uluslararası hukukun geleneksel yapıtaşlarına da hâlel getirilmemesi gerekir. Bu sebeple, hukukî bir bakış açısıyla mültecinin menşe devleti ile arasındaki bağın mümkün olduğunca zayıflamış olması gerekir. Bu bağ ne kadar zayıfsa bireyin menşe devletine olan aidiyeti, dolayısıyla bu devletin ilgili birey

¹¹⁷ ANDREW E. SHACKNOVE, «Who is a Refugee?», 274.

¹¹⁸ *Haddad*, yaptığı tanımın unsurlarını kendi ifâdesiyle açıklarken, bu unsurların; göçün zorunlu nedenlerle olması, bireyin belirsiz bir süre boyunca ait olduğu topluluğa geri dönecek durumda olmaması ve kendisini uluslararası anlamda mutlak olarak dışlanan bir birey haline dönüştüren siyasî şartların söz konusu olduğunu vurgulamıştır: EMMA HADDAD, *Refugee*, 42.

¹¹⁹ NEVA ÖVÜNÇ ÖZTÜRK, «Mülteci», 923.

üzerindeki egemenlik yetkisi o kadar silik bir biçimde tezahür eder. Böylece birey vatansız benzeri bir hâl alır. İşte bu hâl, bir başka devletin o kişi üzerindeki egemenlik yetkisini rahatça kullanabilmesini; dolayısıyla bu bireye sığınma tanıyabilmesini, ona menşe devletinin sağlaması gereken korumayı ikame edebilmesini mümkün hâle getirir. Bu sebeple hukukî bir kavram olarak mültecinin iki unsuru bir arada taşıması beklenir. Bu unsurlardan ilki, bireyin zorunlu olarak göç etmesi; ikincisi ise bireyin korunma ihtiyacı içerisinde olmasıdır. Bu iki unsur mülteci bireyi, ona benzeyen diğer kişilerden de ayırır. Kavramın hukukî boyutu açısından önem taşıyan bu iki unsur aslında hukukî çerçeveden bağımsız olarak genel bir bakış açısıyla mültecinin nitelendirilmesinde de kullanılabilir.

1. Zorunlu Göç (Zorunlu Kaçış)

Mülteci terimi ilk bakışta hareket halinde olan bir bireyi niteler. Ancak aynı anda bu hareketin keyfî olmadığını, zorunlu bir hareket olduğunu da çağırıştırır. Çünkü mülteci terimi sırf ekonomik veya keyfî nedenlerle göç eden kişiler için değil, sığınma amacıyla ve zorunlu olarak göç eden yahut göç ettiği yerden menşe ülkesine dönemeyen bireyler için kullanılır¹²⁰. Bu sebeple kavramın içeriğinin ortaya konulabilmesi için en sık yararlanılan belirleyici; hareketin, yani göçün niteliği olmuştur¹²¹. Bu noktada göçün niteliğinden kastedilen, göçün gönüllü olup olmadığıdır. Kuhlman, zorunlu nedenlerle göç etmek zorunda kalan mültecilerin, diğer göçmenlerden farkını açıklarken, mültecilerin “öte taraftaki cenneti aramak için değil, yaşadıkları cehennemden kaçmak için göç ettiklerini” ifade etmiştir¹²². Kunz ise, bulunduğu yerden ayrılmak konusundaki gönülsüzlük ve başka bir yere yerleşmek konusunda olumlu bir motivasyonun eksikliğinin tüm mültecilerin göç kararının

¹²⁰ TOM KUHLMAN, «Towards a Definition», 8.

¹²¹ EGON F. KUNZ, «The Refugee in Flight: Kinetic Models and Forms of Displacement», *International Migration Review* 7, sayı 2 (1973): 130.

¹²² TOM KUHLMAN, «Towards a Definition», 8.

arkasındaki neden olduğunu ve bu nedenin mültecileri göçmenlerden ayırdığını belirtmiştir¹²³.

Ancak, “gönülsüzlük” veya “zorunluluk” neye göre tespit edilecektir? Bu soruya yanıt bulabilmek için “gönülsüzlük” ve “zorunluluk” kavramlarını objektif bir temelde değerlendirmek, bir başka deyişle “objektif bir test”ten geçirmek gerekmektedir. Bu hususta çeşitli teoriler ortaya atılmıştır. Bunların içinde öne çıkanlardan en önemlisi ekonomik-siyasî mülteci ayrımıdır. Bu ayrıma göre, objektif kriter, göç nedeninin ekonomik bir temel taşıyıp taşımadığıdır. Bir başka deyişle; kişi, refah seviyesinin artması, yaşam standartlarının yükselmesi gibi ekonomik varlığını artırıcı bir amaçla göç etmişse, mülteci kavramının içine dâhil edilmeyecektir¹²⁴. Göçmen ve mülteci arasındaki ayrımı ortaya koymak için de sıklıkla bu nedene başvurulur. Ancak bu ayrım çok net değildir. Çünkü bazı durumlarda, bireyler ekonomik nedenlerle göç ediyormuş gibi görünseler de, bu göçün altında zorlayıcı siyasî nedenler olabilir, bu durumda da bireylerin göç etmekten başka çaresi kalmamış olabilir¹²⁵. Bu yaklaşım, özellikle 20. yüzyılda artan çevresel etkilerden dolayı meydana gelen göç hareketlerini ve sosyo-ekonomik nedenlerle göç etmek zorunda kalanları sınıflandırmanın dışında bıraktığı için eleştirilmiştir¹²⁶. Shacknove, bu hususta, zorla göç etmek zorunda kalan bireye yönelik temel tehditlerin üç kategoride incelenebileceğini belirtmiştir; zulüm, hayatî tehlike ve doğal afetler. Yazara göre,

¹²³ EGON F. KUNZ, «The Refugee in Flight», 130.

¹²⁴ DANIELE JOLY, «Odyssean and Rubicon Refugees: Toward a Typology of Refugees in the Land of Exile», *International Migration Review* 40, sayı 6 (2002): 6.

¹²⁵ Kuhlman bu bağlamda, bazen “gönüllü” olduğu kabul edilen göçte dış etkenlerin çok belirgin bir şekilde bireyi göç etmeye zorladığının görüldüğünü ve doğal olarak bu göçün gerçekten “gönüllü” olup olmadığının sorgulanması gerektiğini belirtmiştir: TOM KUHLMAN, «Towards a Definition», 7.

¹²⁶ JESSICA B. COOPER, «Environmental Refugees: Meeting the Requirements of Refugee Definition», *New York University Environmental Law Journal* 6 (1998): 481; JENNIFER A. KLINCK, «Recognizing Socio-Economic Refugees in South Africa: A Principled and Rights Based Approach to Section 3(b) of Refugees Act», *International Journal of Refugee Law* 21, sayı 4 (2009): 654; MICHELLE FOSTER, *Refugee Law*, 5–6; ERIKA FELLER, «Asylum, Migration and Refugee Protection: Realities, Myths and the Promise of Things to Come», *International Journal of Refugee Law* 18, sayı 3–4 (2006): 515; NINETTE KELLEY, «International Refugee Protection Challenges and Opportunities», *International Journal of Refugee Law* 19, sayı 3 (2007): 405; DEREK R. BELL, «Environmental Refugees: What Rights? Which Duties?», *Res Publica* 10, sayı 2 (2004): 137.

ekonomik nedenler de hayatî tehlike kapsamına girebilir ve mülteci kavramının belirleyicisi olarak bu üç nedenin birbirinden ayrılması mümkün değildir. Çünkü bu üç neden arasındaki ayırım silik ve belirsizdir; ancak belli olan bir husus vardır ki, o da, her üç durumda da birey zorunlu göçe sürüklenir ve bu üç durum da mültecilik hâli için kabul edilebilir gerekçelerdir¹²⁷. Bu da demektir ki, ekonomik nedenlerle göç edenler ve siyasî mülteciler arasındaki çizgi her zaman, “zorunluluk” ayracı ile bağdaşmayabilir¹²⁸.

Kuhlman, zorunlu göçü, gönüllü göçten ayırmak için “göç nedeni” kriterini etiketlendirmektense, göçe “iten” ve “çeken” faktörlerin tartılması fikrini ileri sürmüştür¹²⁹. *Kuhlman*’a göre, mülteciler, temel olarak “iten” faktörlerden etkilenmektedir. Onları gönüllü göçmenlerden ayıran özellik, iten faktörlerin, çeken faktörlere göre daha ağır basmasıdır¹³⁰. Bu ayırım yöntemi ekonomik göçmen-siyasî mülteci ayırımına göre daha kapsayıcı olmakla birlikte, iten ve çeken faktörlerin ağırlığının nasıl ölçülmesi gerektiği hususunda da bir belirsizlik söz konusu olmaya devam edecektir. Bununla birlikte, her ne kadar neye göre değerlendirilmesi gerektiği açık olmasa da zorunluluğun mültecileri diğer göçmenlerden ayıran temel bir belirleyici olduğu açıktır.

¹²⁷ ANDREW E. SHACKNOVE, «Who is a Refugee?», 278.

¹²⁸ EMMA HADDAD, *Refugee*, 28; KATHARINA RÖHL, «Fleeing Violence and Poverty: Non-Refoulement Obligations under the European Convention on Human Rights», *UNHCR, New Issues in Refugee Research Working Paper* 111 (2005): 3; EL HASSAN BIN TALAL, «Refugee Law: Protection for the Minority», *Journal of Refugee Studies* 4, sayı 1 (1993): 5; R. J. VINCENT, «Political and Economic Refugees, Problems of Migration, Asylum and Resettlement (Report on Ditchley Conference, Ditchley Park Oxfordshire, 13-15 October 1989)», *Journal of Refugee Studies* 2, sayı 4 (1989): 504.

¹²⁹ *Kuhlman*, bu görüşünü, *Lee*’nin “göç” teorisini incelerken ortaya koyduğu “göç faktörleri” listelemesinden etkilenerek yapmıştır. *Lee*’ye göre göçü etkileyen 4 faktör vardır: 1. Menşe (çıkış) bölgesinden kaynaklanan nedenler 2. Varış bölgesinden kaynaklanan nedenler 3. Müdahaleci faktörler (uzaklık, maliyet, seyahatin zorluk derecesi vs.) 4. Kişisel nedenler: EVERETT S. LEE, «A Theory of Migration», *Demography* 3, sayı 1 (1966): 49, 50. *Kuhlman*, menşe bölgesinden kaynaklanan nedenlere “itici”, varış bölgesinden kaynaklanan nedenlere ise “çekici” faktörler ismini vermiştir: *Ibid.*; TOM KUHLMAN, «Towards a Definition», 8.

¹³⁰ TOM KUHLMAN, «Towards a Definition», 6–9.

Göç eyleminin varlığı ve bu eylemin zorunlu olması mülteci kavramının hukukî boyutu açısından da önem taşır. Her ne kadar sosyolojik bakımdan göçün sınır aşan bir biçimde gerçekleşmesi mültecilik hâli için bir şart olarak görülmesi de¹³¹, kavramın hukukî boyutu açısından göç eyleminin sınır ötesi bir nitelik taşıması önemlidir. Bu bağlamda, hukukî bir kavram olarak mülteci, ülkesinde yerinden edilmiş kişilerden ayrılır. Zira bu kişiler, tıpkı mülteciler gibi zorunlu göçe maruz kalan ancak uluslararası anlamda tanınmış bir sınırı geçememiş olan kişilerdir¹³². Hukukî bir kavram olarak mülteciliğin sınır ötesi bir nitelik taşımasının sebebi, bireyin menşe devletinin ülkesel egemenlik alanından çıkıp, bir başka devletin ülkesel egemenlik alanına girmiş olması şartının aranması ile ilgilidir. Zira bu durumda sığınma faaliyeti bir egemenlik çatışmasına yol açmayacaktır. Göçün zorunlu olmasının aranması ise, sığınmanın geleneksel uluslararası hukuk anlayışı içerisinde istisnai bir nitelik taşımasının bir sonucu olarak görülebilir. Çünkü bu istisnai hâlin ancak zaruret durumunda gerçekleşmesi, sığınmanın aykırı görünümünün kabul edilebilir bir hâl almasını sağlayacaktır. Hukukî bakımdan zorunluluğun değerlendirilmesi ise, mülteci kavramının ikinci unsuru olan korunma ihtiyacı ile yakın bir ilişki içerisinde.

¹³¹ “Mülteci, bir devletteki iyi yönetim normları sekteye uğradığında ortaya çıkar ve bir başka ülkede koruma arayışına girer. Bu hâl içerisindeki birey, söz konusu korumaya ulaşabilmek için, bazen fiziksel olarak uluslararası bir sınırı geçemeyebilir. Ancak bireyin içerisinde bulunduğu durum, bu sınırı geçmeyi başarmış olanlardan hiç de farklı değildir. Bu sebeple mülteciler ile ülkesinde yerinden edilmiş kişiler arasında kavramsal olarak bir fark yoktur”: EMMA HADDAD, *Refugee*, 43; aynı yönde ayrıca bkz. ANDREW E. SHACKNOVE, «Who is a Refugee?», 283; GIL LOESCHER, *Refugee Movements and International Security*, 268 (London, 1992), 6; GAYLE SMITH, «On Taking a Development Oriented Approach to Refugee Assistance» (Refugees in the World: The European Community’s Response, The Hague: Seminar Organized by the Dutch Refugee Council and the Netherlands Institute of Human Rights, 1989), 17; KATHARINA RÖHL, «Fleeing»; LUKE T. LEE, «Internally Displaced Persons and Refugees: Towards a Legal Synthesis», *Journal of Refugee Studies* 9, sayı 1 (1996): 30–32.

¹³² Ülkesinde yerinden edilmiş kişilere ilişkin olarak ayrıntılı bilgiler için bkz. NAOKO HASHIMOTO, «The United Nations and Internally Displaced Persons: at the Crossroads of Human Rights and Humanitarian Affairs», içinde *Forced Migration and the Contemporary World*, ed. Andrzej Bolesta (Białystok, 2003), 78–109; MURAT SARAÇLI, *Uluslararası Hukukta Yerinden Edilmiş Kişiler* (Ankara, 2011), 169–180.

2. Korunma İhtiyacı (Menşe Devletin Koruma Zafiyeti)

Mültecinin göç eyleminin zorunlu olmasının altında yatan en önemli faktör aynı zamanda da mülteci kavramının ikinci unsurunu oluşturan korunma ihtiyacıdır. Mülteci âit olduğu toprakları, endişe ve korku içerisinde terk eder veya buraya dönmek hususunda benzer hisleri taşır. Endişe ve korku hâlinin bireyi, hayatını sürdürdüğü ve bağlı olduğu toprakları terk etmeye yahut buraya dönememeye zorlayacak bir seviyeye gelmiş olması ise onun içerisinde bulunduğu hâlin çaresizliğine işaret eder. İşte bu çaresizlik hâlinin temelinde yatan unsur korunma ihtiyacıdır.

Mülteci kavramı hukukî bir boyut çerçevesinde ele alındığında korunma ihtiyacının anlamı, mültecinin menşe devletin koruma zafiyeti olarak tezahür eder. Dünya üzerindeki devletlerin ülkesel sınırlarla birbirinden ayrılması, devletlerin kurucu unsurlarından olan insan topluluklarının da bu sınırlar dâhilinde ayrılmasına sebep olmuştur. Her bir devlet ile onun insan topluluğunu oluşturan bireyler arasındaki bağın hukukî ölçütü ise vatandaşlık bağı ile tesis edilmiştir¹³³. Olağan durumda, her birey vatandaşlığında bulunduğu devlet tarafından korunur. Zira devletin vatandaşına koruma sağlama yükümlülüğü ile vatandaşın devlete olan bağlılığı arasında karşılıklı bir ilişki vardır¹³⁴. İşte devlet koruma yükümlülüğünü yerine getir(e)mediğinde bu karşılıklı ilişki sekteye uğrar. Bir başka ifade ile birey ile devlet arasındaki bağ zayıflar¹³⁵. Mülteci kavramının ikinci unsuru olan korunma

¹³³ LASSA FRANCIS OPPENHEIM, *International Law*, 367; HÜSEYİN PAZARCI, *Uluslararası Hukuk*, 141.

¹³⁴ ANTONIO FORTIN, «The Meaning of «Protection» in the Refugee Definition», *International Journal of Refugee Law* 12, sayı 4 (2001): 551, 552. Bağlılık ve koruma arasındaki ilişkinin bir olgu ve yükümlülük ilişkisi değil; yükümlülük-yükümlülük ilişkisi olarak kabul edilmesi hususunda bkz. GLANVILLE L. WILLIAMS, «The Correlation of Allegiance and Protection», *The Cambridge Law Journal* 10, sayı 1 (1948): 56, 57; CAROL A. BATCHELOR, «Stateless Persons: Some Gaps in International Protection», *International Journal of Refugee Law* 7 (1995): 236–238.

¹³⁵ JIRI KOLAJA, «A Sociological Note on Czechoslovak Anti-Communist Refugee», *American Journal of Sociology* 58, sayı 3 (1952): 289–291; MATTHIAS OSCHINSKI, «Asylum, Immigration and Statehood, A Philosophical Perspective», içinde *Forced Migration and the Contemporary World* (Bialystok, 2003), 243; ANDREW E. SHACKNOVE, «Who is a Refugee?», 277.

ihtiyacı da buradan; devletin koruma zafiyetinden doğar¹³⁶. Burada zafiyeti söz konusu olan koruma ulusal korumadır. Ulusal koruma ise bireyin menşe devletinin ülkesel sınırları içerisinde etkin olan, “dâhili bir koruma” olarak nitelendirilebileceği gibi, yine bu devlet tarafından ancak bu kez ülke sınırları dışında sağlanan “diplomatik bir koruma” olarak da değerlendirilebilir. Dâhili koruma zafiyeti, mültecinin göç eylemini zorunlu hâle getirdiğinden, kaçışı haklı bir gerekçeye kavuşturabilir. Ancak uluslararası hukuk açısından bireyin vatandaşlığını taşıdığı devlet ile arasındaki bağın zayıflamış olduğunun göstergesi, diplomatik koruma zafiyetidir¹³⁷. Diplomatik koruma zafiyeti ise mülteciyi vatansız benzeri bir duruma sokar; onu tam anlamıyla korumasız kılar¹³⁸. Bu hâliyle mülteci, *Oppenheim*’ın ifâdesiyle, “açık denizde yelken açmış bayraksız bir gemi” gibidir¹³⁹. Mültecinin uluslararası hukukta vatansız benzeri bir birey olarak kabul edilmesi ve “*de facto* vatansız”¹⁴⁰ olarak nitelendirilmesi de bu sebebe dayanır¹⁴¹. Bu bağlamda “mülteci” ve “vatansız” kavramlarının büyük ölçüde benzeştiği belirtilebilir. Kavramsal çerçevede mülteci ve vatansız arasındaki farkı belirginleştiren tek hususun bu bireylerin zorunlu bir nedene dayanarak göç edip etmemesi ile ilişkili olduğu ifâde edilebilir¹⁴². Ancak bu iki kavramın birbirinden ayrılmasındaki en önemli etken, *de facto* vatansız olan mülteci ile *de jure* vatansızın uluslararası hukukta farklı yollarla korunmasıdır¹⁴³. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki; vatansız bir birey zorunluluk

¹³⁶ GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 355; ANDREW E. SHACKNOVE, «Who is a Refugee?», 277; ANTONIO FORTIN, «The Meaning», 548.

¹³⁷ ANTONIO FORTIN, «The Meaning», 549–558; ALİ İBRAHİM AKKUTAY, *Diplomatik Koruma*, 64, 65.

¹³⁸ JAMES C. HATHAWAY, *The Rights of Refugees under International Law* (Cambridge, 2005), 627.

¹³⁹ LASSA OPPENHEIM, *International Law Vol. I*, ed. H. Lauterpacht (London, 1940), 611, naklen PAUL WEIS, «The International Protection of Refugees», *The American Journal of International Law* 48, sayı 2 (1954): 193.

¹⁴⁰ *De facto* vatansız terimi, bir ülkenin vatandaşlığını taşımakla birlikte vatandaşlığını taşıdığı devletin etkin korumasından yoksun olan bireyleri nitelemek için kullanılmaktadır: CAROL A. BATCHELOR, «Stateless Persons», 233.

¹⁴¹ GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 21; ANTONIO FORTIN, «The Meaning», 558; CAROL A. BATCHELOR, «Stateless Persons», 239, 240.

¹⁴² CAROL A. BATCHELOR, «Stateless Persons», 251.

¹⁴³ *Ibid.*, 258, 259.

unsurunun gerçekleşmesi ile mülteci olarak nitelendirilebilir. Ancak her vatansız kişinin aynı zamanda mülteci olduğunu kabul etmek doğru olmayacaktır.

II. ULUSLARARASI KORUMANIN GELİŞİMİ ÇERÇEVESİNDE MÜLTECİ KAVRAMININ MÜLTECİ STATÜSÜNE DÖNÜŞÜMÜ

Mültecilik hâlinin bir statüye dönüşmesi bu hâli fiilen yaşamakta olan bireylerin korunması gerekliliğinden temel almıştır. Bir başka deyişle, öncelikle korunma ihtiyacı hâsıl olmuş; mültecilik hâlinin bir statüye dönüşmesi ise korunma ihtiyacına uluslararası hukukla verilen cevapla şekillenmeye başlamıştır. Bu nedenle, mülteci statüsünün oluşumunu uluslararası korumanın oluşum ve gelişim sürecinden ayrı kılabilmek mümkün değildir¹⁴⁴.

Günümüzde uluslararası hukuk kapsamında kabul edilen mülteci tanımının oluşumuna, bir başka ifade ile kavramsal mültecinin içerisinden bir hukukî statü çıkarılmasına yardımcı olan en keskin araç tarihî şartlar olmuştur. Bu durum, mültecinin hukukî statüsünü belirleme ihtiyacının, zorunlu göçün uluslararası anlamda bir sorun teşkil etmeye başlamasıyla doğmuş olmasından kaynaklanmaktadır¹⁴⁵. Özellikle dünya savaşlarından sonra kitlesel olarak göç etmeye çalışan bireylerin durumuna uluslararası hukuk aracılığıyla acil çözümler bulunmaya çalışılması, aynı zamanda sığınmanın bireysel bir hak olarak da kabul görmemesi, “mülteci kimdir?” sorusuna da uluslararası toplum tarafından acil bir cevap verilmesini gerektirmiştir. Bu durumda da mültecinin hukukî kimliğinin dönemin şartlarına göre oluşturulması kaçınılmaz bir hâl almıştır.

¹⁴⁴ Bu hususta bkz. JACK I. GARVEY, «Toward a Reformulation of International Refugee Law», *Harvard International Law Journal* 26 (1985): 483, 484.

¹⁴⁵ Mültecilerin uluslararası alanda bir sorun teşkil etmeye başlamalarından önce, hukukî statülerine yönelik olarak uluslararası hukukta herhangi bir gelişmenin olmayışı, sığınmanın devlet egemenliği kapsamında değerlendirilmesi ile açıklanabilir. Kitlesel göçün özellikle Avrupa kıtasını etkilemesinden önce, münferit sığınma faaliyetleri devam etmekle birlikte, bu faaliyetler, menşe devleti ve sığınma devleti arasında cerayan eden bir husus olarak algılanmış bu sebeple sığınmanın öznesi olan bireylerin uluslararası hukuk çerçevesinde tanımlanması ihtiyacı hâsıl olmamıştır.

Mültecinin hukukî kimliğinin oluşmasındaki ikinci en önemli etken ise tarihî şartların şekillendirdiği coğrafyadır. Uluslararası korumanın gelişiminde, Avrupa'daki mülteci hareketleri temel rol oynamıştır. Hernekadar, sığınma faaliyetleri hem tarihî hem coğrafi anlamda oldukça geniş bir çerçeve içerisinde yayılmış ise de, Avrupa'da meydana gelen siyasî şekillenmeler ve Dünya Savaşlarının kıvılcımlarının bu bölgeden yayılması, Avrupa'ya, mülteci rejiminin gelişimi açısından, hayâtî bir önem bahşetmiştir. Elbette, bu durumun bir nedeni de, Avrupa kıtasının, birbirileriyle sınır komşusu olan birçok ülkeden oluşması ve göç hareketlerinin bu sayede kıta içerisinde oldukça dinamik bir hâl almasından kaynaklanmaktadır. Bu bağlamda, mülteci statüsünün bugünkü görünümünü kavrayabilmek, bu görünümü değerlendirebilmek için, uluslararası korumanın şekillenme sürecini; onu şekillendiren aktörlerin amaçları çerçevesinde ve uluslararası korumanın bugünkü içeriğinin temellerini atan faktörlerin ışığında incelemek gerekir. Mültecinin hukukî tanımı uluslararası hukukta bugün kabul edildiği şeklini 1951 Sözleşmesi ve 1967 Protokolü ile almıştır. Ancak Sözleşme ile oluşturulan mülteci tanımının amacını, kapsamını ve mülteci kavramını hangi konularda ve hangi sebeplerle kısıtlayarak bir statüye dönüştüğünü anlamak için tanımın oluşturulduğu şartları bilmek gerekmektedir. Bu bilinç, evrensel bir niteliği hâiz olan 1951 Sözleşmesi'nin oluşturulduğu şartların değişmesi durumunda, tanımın hangi sınırlara kadar esnetilebileceği veya daraltılabileceği konusuna da ışık tutacaktır.

A. Mülteci Koruması Açısından Uluslararası Alanda İşbirliği Yapılmasından

Önceki Dönem

Her ne kadar zorunlu göç veya sığınmanın tarihi, insanlık tarihi kadar eski olsa da¹⁴⁶, modern devlet sisteminde tanınan ilk mülteciler, 1648 *Westphalia* Antlaşmasından sonra 1685 yılında Fransa'dan kaçan Fransız Protestanlar, "*Huguenot*"lar olarak bilinmektedir. *Huguenot*lar, Avrupa'da modern devlet anlayışı kapsamında koruma altına alınan ilk mülteci grubunu oluşturmakla birlikte, bu

¹⁴⁶ ANN DUMMET ve ANDREW NICOL, *Subjects*, 143.

coğrafya içerisindeki zorunlu göç hareketleri 1789 Fransız İhtilalinden kaçan aristokratlar ile doruk noktasına ulaşmıştır. Avrupa’da meydana gelen bu gelişmeler, ülkesel sınırların şekillendirdiği bir korumanın başlangıcını oluşturmuştur¹⁴⁷. Avrupa’daki siyasî dengenin korunması amacıyla bu dönemde göç eden aristokratların himâye edilmesi, güç dengelerinin de mülteciler üzerinden şekillendirilmeye çalışılmasına sebep olmuş, böylelikle mültecilere ilişkin hususlar uluslararası camianın dikkatini çekmiş; mülteci rejimi uluslararası alanda bir konu haline gelmeye başlamıştır¹⁴⁸.

Ancak, o dönemde, mülteci tanımı veya mülteci korumasına ilişkin herhangi bir uluslararası düzenleme oluşturulmadığından devletler belirtilen hususlarda birbirlerinden farklı uygulamalar çerçevesinde hareket etmişlerdir. Hatta bu dönemde devletler, kendi içlerinde bile sığınmaya ilişkin somut uygulamalar geliştirmemişlerdir. Bu görünüm çerçevesinde zorunlu göçe maruz bırakılmış bireyler, sınırları geçebilmiş ancak, sınırı geçtikten sonra, kolektif bir korumadan ziyâde, *ad hoc* uygulamalara maruz bırakılmışlardır¹⁴⁹. Ayrıca bu dönemde, zorunlu göç edenlerle göçmenler arasında bir ayırım yapılmamış; her iki grup da ekonomik ve sosyal anlamda, dâhil oldukları yeni topluma bir takım kazançlar sağlayabilecekleri gerekçesiyle, herhangi bir kısıtlamaya maruz bırakılmamıştır. Bu tutumun sebebi ise anılan dönemde göç edenlerin genellikle varlıklı kişilerden oluşmuş bulunması veya bu bireylerin göç ettikleri ülkelerin toplumları ile dinsel ortaklıklar taşımış olmalarıyla açıklanmıştır¹⁵⁰.

19. yüzyılda, siyasî ayaklanmalara karışanların da göçe başlamasıyla birlikte, mülteci hareketleri farklı bir anlam kazanmaya başlamış, ülkesel bütünlüğün tehdit

¹⁴⁷ LAURA BARNETT, «Global Governance and the Evolution of the International Refugee Regime», *International Journal of Refugee Law* 14, sayı 2–3 (2002): 238–262.1(1996), s.30.

¹⁴⁸ Ibid., 240–241.

¹⁴⁹ Barnett, o dönemde, Fransız İhtilalinden kaçan aristokratların, kolektif bir rejimin gelişmemiş olmasından dolayı, “mülteci” yerine “göçmen” olarak kabul edildiklerini belirtmiştir: Ibid., 240.

¹⁵⁰ MICHEAL R. MARRUS, *The Unwanted: European Refugees in the Twentieth Century* (Oxford, 1985), 7; LAURA BARNETT, «Global Governance», 240.

altında kalabileceği düşüncesi ile korumanın çerçevesi daraltılma yönüne girmiştir. Ancak bu dönemde de, mülteci hareketleri konusunda Avrupa çapında ortak bir hukukî sistem oluşturulmamış, devletler faaliyetlerini *ad hoc* çerçevede sürdürmeye devam etmiştir¹⁵¹. Bu sebeple bu dönemde genel bir mülteci tanımına rastlamak da mümkün olmamıştır.

B. Mülteci Koruması Alanında Uluslararası İşbirliği Dönemi

1. Milletler Cemiyeti Dönemi

Bugünkü anlamıyla uluslararası korumanın temelleri Milletler Cemiyeti döneminde atılmıştır. Birinci Dünya Savaşı öncesi, Balkanlarda yaşanan hareketlenmeler; Birinci Dünya Savaşı sonrası oluşan karmaşa, Rus Devrimi ve Osmanlı İmparatorluğunun yıkılması, 20. yüzyılda yoğun ve oldukça geniş bir alanda zorunlu göç dalgalanmalarına sebebiyet vermiştir. Göç hareketleri aktörlerinin bu dönemde, ayaklanma ve isyanlar sebebiyle zorunlu yer değiştirmeye maruz kalan aristokrat sınıfından ziyâde belirli bir sınıf etrafında toplanamayacak bir yapıda olduğu göze çarpmaktadır¹⁵². Bu durumun sebebi, dönem içerisinde meydana gelen savaşların ve karışıklıkların sınıf gözetmeksizin oldukça geniş bir kitleyi korunmasız bırakmış olmasıdır¹⁵³.

Savaşların etkilerinin yoğun bir şekilde hissedildiği 20. yüzyılın ilk çeyreğinde, mültecilere ilişkin uluslararası alanda atılan ilk adımlarda, Savaşın etkilerinin izleri belirgin olarak görülmektedir. Dönemin başında, sığınma ihtiyacı içerisinde bulunan

¹⁵¹ CECILIA RUTHSTRÖM-RUIN, *Beyond Europe: The Globalization of Refugee Aid* (Lund, 1993), 15.

¹⁵² Hernekadar 1917 yılında Rus devrimi ile birlikte Bolşevik Rejiminden kaçanların bir çoğunu Rus aristokratlar oluştursa da, zorunlu göçe maruz kalanlar, sadece aristokratlar olmamış; özellikle Balkanlar'dan ve Birinci Dünya Savaşı sonrasında Rusya'dan oldukça çok sayıda insanın sınıf farkı olmaksızın göçe zorlandığı görülmüştür: LAURA BARNETT, «Global Governance», 241, 242; GILBERT JAEGER, «On the History of the International Protection of Refugees», *The International Review of the Red Cross* 83, sayı 843 (2001): 728, 729.

¹⁵³ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. HANNAH ARENDT, «The Origins of Totalitarianism», içinde *Refugee Law and Policy A Comparative and International Approach*, ed. Karen Musalo, Jenifer Moore, ve Richard A. Boswell (Durham North Carolina, 2007), 12–19.

bireylere hayır kurumları tarafından yardım sağlanmaya çalışılmış ancak sorunun yoğun bir hâl alması ve yardımların uluslararası bir koordinasyon sağlanamaması sonucu yetersiz kalması sebebiyle, konuya uluslararası temelde bir çözüm bulunması ihtiyacı doğmuştur.

Bu bağlamda, uluslararası alanda atılan ilk adım Milletler Cemiyeti tarafından 1920 yılında Mülteciler Yüksek Komiserliğinin kurulmasıyla gerçekleşmiştir. Yüksek Komiserliğin liderliğine 1921 yılında, Dr. *Fridtjof Nansen* getirilmiş ve bu dönemde Rus Devrimi'nden sonra 1 milyondan fazla Rus mülteciye ve Rus Devrimini takip eden diğer iç karışıklıklar sebebiyle korunma ihtiyacı içerisine giren bireylere yardım sağlanmıştır. *Nansen*'in liderliğindeki Komiserlik özellikle, Rus mültecilerin statüsünün belirlenmesi, tehlike hâli geçtikten sonra geri dönüşlerinin sağlanması veya Rusya dışında bir bölgeye yerleşimlerinin ve buralarda işe erişimlerinin sağlanması ve korunmaya muhtaç bireylere destek sağlanabilmesi konusunda yardım örgütleri ileri işbirliği yapma amaçlarını gerçekleştirmeyi hedeflemiştir¹⁵⁴. Daha sonra, *Nansen*'in yetkisi, Ermeniler (1924), Asurî, Asurî-Keldanîler ve Türk mültecileri (1928) de kapsayacak şekilde genişletilmiştir. *Nansen*'in ölümünden sonra Komiserliğin yerini almak üzere başka oluşumlar vücuda getirilmiş ancak bunlar uzun ömürlü olmamıştır. Bununla birlikte Milletler Cemiyeti döneminde mülteciler için en uzun süre faaliyet gösteren oluşum Devletlerarası Mülteci Komitesi olmuştur. Komite, 1947 yılına kadar faaliyetlerini sürdürmüştür. Bu dönemde, mülteci korumasının niteliğinden, korumanın içeriğinden ve mülteci haklarının kapsamından ziyâde odaklanılan husus, mültecilerin geri dönüşlerinin sağlanabilmesi olmuştur. Bir başka deyişle, mülteci koruması bu dönemde kısa vadeli ve mutlaka geri dönüşle bitecek olan bir koruma olarak değerlendirilmiştir¹⁵⁵.

¹⁵⁴ GILBERT JAEGER, «On the History», 728.

¹⁵⁵ UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES, «An Introduction to the International Protection of Refugees», içinde *Refugee Law and Policy A Comparative and International Approach*, ed. Karen Musalo, Jenifer Moore, ve Richard A. Boswell (Durham - North Carolina, 2007), 19–21.

Milletler Cemiyeti'nin İkinci Dünya Savaşı'nı engelleyememesi bu oluşumun gücünü iyice zayıflatmış ancak yerinden edilen milyonlarca kişiye yardım sağlanması ihtiyacı acil bir gereklilik hâlini korumaya devam etmiştir. Bu sebeple özellikle ABD'nin girişimi ile savaş sırasında yerinden edilen kişilerin temel ihtiyaçlarının karşılanmasını ve menşe ülkelerine dönüşünü sağlamak amacıyla 1944 yılında Yardım ve Rehabilitasyon İdaresi (*Relief and Rehabilitation Administration*) (YRİ) kurulmuştur¹⁵⁶. Ancak, yerinden edilen birçok kişi, siyasî yapıları tamamen değişikliğe uğrayan ülkelere dönmeyi reddetmiş ve böylelikle mülteci yoğunluğu artmaya devam etmiştir¹⁵⁷. Söz konusu durum, savaş sonrası dönemin mülteci yoğunluğu açısından oldukça ciddi sorunlara gebe olacağının da habercisi olmuştur.

İkinci Dünya Savaşı sonrasında, batılı devletler, özellikle de İngiltere ve Amerika Savaş boyunca korudukları kişiler için “mülteci” kelimesini kullanmakta isteksiz kalmışlardır; mülteci ifâdesi yerine bu dönemde, korunan kişilerin geri dönebileceklerini ima edecek şekilde, “yerinden edilmiş kişiler” ifâdesinin kullanılması tercih edilmiştir¹⁵⁸. Bu dönemde faaliyet gösteren YRİ de “savaş mağdurları” ifâdesi ile birlikte bu terminolojiyi benimsemiştir¹⁵⁹. YRİ, Milletler Cemiyeti döneminin sona ermesinden sonra da faaliyetlerini BM çatısı altında 1947 yılına kadar sürdürmüştür.

Milletler Cemiyeti döneminde mültecilere yönelik faaliyetler Avrupa'da meydana gelen ilk mülteci hareketlerine yönelik çözüm arayışları ile karşılaştırıldığında, daha düzenli bir görünüm sergilese de, geniş kapsamlı ve oturmuş bir zeminde yürütülen çabalar olarak değerlendirilememektedir. Somut gerekliliklere cevap vermek amacı taşıyan bu dönem içerisindeki faaliyetler, daha çok özel mülteci

¹⁵⁶ UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES, «An Introduction to International Protection Protecting Persons of Concern to UNHCR», 01 Ağustos 2005, 6, <<http://www.unhcr.org/publ/PUBL/3ae6bd5a0.pdf>> (E.T.: 22.12.2012).

¹⁵⁷ Ibid.

¹⁵⁸ TONY KUSHNER ve KATHARINE KNOX, *Refugees in an Age of Genocide* (London, 1999), 217.

¹⁵⁹: LAURA BARNETT, «Global Governance», 244. YRİ'nin kurucu antlaşması için bkz. <<http://www.ibiblio.org/pha/policy/1943/431109a.html>> (E.T.: 02.02.2013).

gruplarına ilişkin olup, mülteci sorununa uzun vadeli çözümler sunacak bir çerçeveye oturtulamamıştır.

Bununla birlikte, 1922-1946 yılları arasında Milletler Cemiyeti tarafından bir takım antlaşmalar ve düzenlemelerle mültecilik ile ilgili tanımlar yapılmıştır¹⁶⁰. Bu dönemde yapılan mülteci tanımlarının ortak noktası olarak, iltica talep eden kişinin; menşe ülkesinin dışında bulunması ve menşe ülkesinin korumasından yoksun bulunması şartları aranmış olsa da¹⁶¹ tanımların dönemin sosyal ve siyasî karışıklıklarından etkilendiği ve böylelikle belirli etnik kökenlere ve milliyete bağlı olarak ortaya çıktığı ve genele yayılmadığı görülmektedir. Bu şekilde yapılan tanımlamaların sonucu olarak, Birinci Dünya Savaşından sonra, vatandaşlığını kaybeden ve devlet korumasından da yoksun bırakılmış birçok kişinin, dönemin mültecilerin uluslararası alanda korunması için yapılan düzenlemelerinden faydalanamadığı anlaşılmaktadır¹⁶². Bu dönemde, mülteci tanımları mülteci kavramının ortaya çıkmasına sebep olan sosyal ve siyasî gerçeklerden doğmuş olan olaylardan soyutlandığında ortaya hukukî koruma alanında boşluklar çıkmıştır¹⁶³.

¹⁶⁰ Bu dönemde mültecilere ilişkin olarak toplam beş düzenleme yapıldığı görülmektedir. Bu düzenlemeler, Rus-Ermeni ve diğer mültecilere ilişkin olan düzenleme; Belçika ve Fransa arasında yapılan 1928-1929 Anlaşması; 1933 tarihli Mültecilerin Uluslararası Statüsüne Dair Sözleşme; 1938 tarihli Almanyadan Gelen Mültecilerin Statüsüne İlişkin Sözleşme ve Ek Protokolü ve 14 Temmuz 1939 tarihli Evian Kararı'dır: GILBERT JAEGER, «Opening Keynote Address: The Refugee Convention at Fifty», içinde *The Refugee Convention at Fifty A View From Forced Migration Studies*, ed. Joanne Van Selm ve diğerleri (Maryland, 2003), 10.

¹⁶¹ LAURA BARNETT, «Global Governance», 242; GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 16.

¹⁶² Söz konusu saptama, 1938 yılında yapılmış olan ve Almanya'dan gelen mültecilerin statüsüne dair bir konvansiyonun kabul edilmesine ilişkin uluslararası konferansta İsviçre delegasyonunca ifâde edilmiştir: Convention Concerning the Status of Refugees coming from Germany “Provisional Minutes: Third Meeting (Private) (8 February 1938), CONF.CSRA/PV3 4 naklen GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 17, d.n. 11.

¹⁶³ *Sjöberg*, bu durumu dönemin şartlarının bir sonucu olarak, İtalyan ve İspanyol mültecilerin Milletler Cemiyetinin etki alanı dışında bırakılması yaklaşımına dayandırmaktadır. Özellikle dönemin Mussolini liderliğindeki İtalyan hükümetinin Milletler Cemiyetinin söz konusu etkisinin içerisine dâhil olmak istememesinin bir sonucu olarak, Mussolini'nin provoke edilmemesi isteğinin ağır bastığı iddia edilmektedir: TOMMIE SJÖBERG, *The Powers and the Persecuted: The Refugee Problem and the Intergovernmental Committee on Refugee* (Lund, 1991), 27.

2. Birleşmiş Milletler Dönemi

a. Birleşmiş Milletlerin Kuruluşu ve Genel Yapısı

İkinci Dünya Savaşından sonra, 1945 yılında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın (BM Şartı)¹⁶⁴ 51 üye devlet tarafından imzalanması ile Milletler Cemiyeti'nin uluslararası alandaki yerini artık Birleşmiş Milletler (BM) almıştır. BM'nin kuruluşu sırasında birincil hedefi, “uluslararası barış ve güvenliğin sağlanması” olarak belirlenmiştir¹⁶⁵.

Birleşmiş Milletler, adeta bir “dünya devleti” niteliğinde, bir takım organlara ve uygulama alanına sahip olacak şekilde yapılandırılmıştır¹⁶⁶. Birleşmiş Milletlerin, Genel Kurul (BMGK), Güvenlik Konseyi, Ekonomik ve Sosyal Konsey (BMESK), Vesayet Konseyi, Uluslararası Adalet Divânı (UAD) ve Genel Sekreterlikten oluşan altı adet temel organı bulunmaktadır. Yasama organı niteliğindeki Genel Kurul, oldukça zayıf bir güce sahip olsa da, ana istişare organıdır¹⁶⁷. Genel Kurulun gücünün zayıf olarak değerlendirilmesinin sebebi, Genel Kurul'da alınan kararların uluslararası alanda taşıdığı ahlâkî değerler bir tarafa bırakılacak olursa, hükümetler için hiçbir bağlayıcı niteliğinin bulunmamasıdır¹⁶⁸. Öte taraftan, yürütme organı niteliğini hâiz olduğu kabul edilen Güvenlik Konseyi, bağlayıcı kararlar ve yaptırımlar uygulayabileceği gibi uluslararası barış ve güvenlik adına BM Şartının 7. Bölümündeki yetkiye dayanarak askerî müdahalede bulunabilme kaabiliyetine

¹⁶⁴ Şart, 26 Haziran 1945 tarihinde ABD'nin San Francisco şehrinde imzalanmıştır. Şart'ın İngilizce metni için bkz. <<http://www.un.org/en/documents/charter/index.shtml>> (E.T.: 12. 12. 2012).

¹⁶⁵ MARRACK GOULDING, «Globalisation and the United Nations: New Opportunities New Demands», *International Relations* 14, sayı 4 (1999): 58.

¹⁶⁶ HOI TRINH, «UNHCR and Accountability: The Non-Reviewability of UNHCR Decisions», içinde *Forced Migration and the Contemporary World*, ed. Andrzej Bolesta (Białystok, 2003), 36.

¹⁶⁷ BMGK, tüm üye ülkelerin birer oy hakkı bulunan temsilcilerinden oluşur. Barış ve güvenlik, yeni üyelerin katılımı, bütçe gibi önemli konuları ilgilendiren kararlarda üçte iki çoğunluk gereklidir. Diğer konuları ilgilendiren kararlar salt çoğunlukla alınır: Birleşmiş Milletler Teşkilatı, <<http://www.unicankara.org.tr/today/1.html#1e>> (E.T.: 12.12.2012).

¹⁶⁸ Bu hususta bkz. NIGEL D. WHITE, «Accountability and Democracy Within the United Nations: A Legal Perspective», *International Relations* 13, sayı 6 (1997): 3. BMGK Kararlarına ulaşabilmek için bkz. <<http://www.un.org/documents/resga.htm>> (E.T.: 12.12.2012).

sahiptir¹⁶⁹. Hague’da bulunan UAD ise, BM’in yargı organı niteliğini taşımakta, devletler arasındaki uyuşmazlıkların çözümünün yanısıra, tavsiye niteliğinde görüş bildirme işlevini de yürütmektedir.

BMESK ise BM organları içerisinde ekonomik, sosyal, kültürel, eğitim ve sağlığa ilişkin meselelerle ilgilenmesi açısından belki de en aktif oluşum olarak değerlendirilebilir. Milletler Cemiyetinin sona ermesi ile birlikte, mültecilere ilişkin uluslararası faaliyetlerin Birleşmiş Milletlerin çatısı altında yürütülmesi söz konusu olmuş, sözü edilen faaliyetler BMESK’nın idari çerçevesi içerisinde oluşturulan birimlerce yürütülmüştür.

b. Birleşmiş Milletler Uluslararası Mülteci Organizasyonu

Milletler Cemiyeti döneminde kurulan Devletlerarası Mülteci Komitesi, 1947 yılında Birleşmiş Milletler himayesi altında, Uluslararası Mülteci Organizasyonu (UMO) adıyla yeniden yapılandırılmıştır. Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliğinin kurulmasına kadar faaliyetlerini sürdüren UMO, İkinci Dünya Savaşı sonrasında ortaya çıkan mülteci sorunlarına çözüm bulunması amacıyla kurulan ve teknik anlamda uzmanlaşmış olan ilk uluslararası örgüt olmuştur. UMO’nun ana faaliyet konuları; mültecilerin kaydedilmesi, mülteci statüsünün belirlenmesi, yerleşimlerinin veya geri dönüşlerinin sağlanması, hukukî ve siyasî korumanın sağlanmasını içermiştir¹⁷⁰.

Her ne kadar UMO’nun temel hedefi, geri dönüşlerin sağlanması olsa da, savaş sonrası Avrupa’daki durum, geri dönüş odaklı beklentileri nispeten boşa çıkardığı için, geri dönüşle birlikte, “yeniden yerleşme” (*resettlement*) faaliyetleri de ön plana çıkmıştır. Ancak, UMO’nun geri dönüşten ziyâde yeniden yerleştirmeye odaklanması, özellikle mülteci kabul eden devletler açısından olumlu karşılanmamış; ekonomik kriz

¹⁶⁹ HOI TRINH, «UNHCR», 36.

¹⁷⁰ UMO’nun yetki alanı ve işlevi için bkz. 1946 tarihli UMO Statüsü (*Constitution of the International Refugee Organization*): United Nations, Treaty Series, vol. 18, s. 3, <<http://www.refworld.org/docid/3ae6b37810.html>> (E.T.: 24.12.2012).

içerisinde olan Avrupa Devletleri, kendi vatandaşlarından ziyâde, mültecilerin iş olanaklarından faydalanmasını tasvip etmemiş ayrıca, “dünya barışını zedeleme ihtimâli bulunan yıkıcı gruplara” koruma sağlanmasının ideal bir çözüm olmadığını ileri sürmüşlerdir¹⁷¹.

Esasen, UMO’nun faaliyet gösterdiği dönem, mülteci hareketlerinin uluslararası alanda koordine edilmesinin gerekliliğini ve mülteci sorunlarının giderilme yöntemi açısından işbirliğinin önemini ortaya koyduğu için önemlidir¹⁷². Ancak, bu dönem aynı zamanda, uluslararası işbirliğinin, “sorumluluğun da uluslararası alanda paylaşılması” anlamına geldiğini devletlere göstermesi açısından, sorumluluk paylaşımı hususunu gündeme taşımıştır. Bu dönemde devletler, uluslararası işbirliğinin, uluslararası alanda etkili olan yetkiyle donatılmış bir organizasyonun kurulmasıyla tamamlanmadığını; bu organizasyonun yetkilendirilmesini sağlamanın sorumluluk paylaşımı hususunu da canlandırdığını idrâk etmişlerdir¹⁷³. Böylelikle bu dönemde, uluslararası işbirliğinin gerekliliği noktasındaki tartışmalar sona ermiş, uluslararası işbirliğinin anlamının şekli niteliğinden sıyrılmış olması sebebiyle, artık bu işbirliğinin içeriği tartışılır hâle gelmiştir. Öte taraftan, mülteciler açısından *ad hoc* çözümlerin arandığı dönem de nihâyete ermiş, mülteci koruması için kolektif temelde şekillenen yeni bir dönem başlamıştır.

UMO da batılı devletlerin ve özellikle ABD’nin etkisinde faaliyetlerini yürütmeye devam etmiş¹⁷⁴ ancak, kendisinden önceki benzer örgütlerden farklı bir şekilde, kuruluş statüsünde mülteci olarak koruma altına aldığı kişileri

¹⁷¹ UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES, «Introduction», 21.

¹⁷² Ibid., 20, 21.

¹⁷³ Bkz. RIEKO KARATANI, «How History Separated Refugee and Migrant Regimes: In Search of Their Institutional Origins», *International Journal of Refugee Law* 17, sayı 3 (2005): 517–541; ASTRI SUHRKE, «Burden-Sharing during Refugee Emergencies: The Logic of Collective versus National Action», *Journal of Refugee Studies* 11, sayı 4 (01 Ocak 1998): 404.

¹⁷⁴ RIEKO KARATANI, «Institutional Origins», 529; JAMES C. HATHAWAY, *Refugee Status*, 7; MICHAEL ROBERT MARRUS, *The Unwanted: European Refugees from the First World War Through the Cold War* (Philadelphia, 2002), 343.

tanımlamıştır¹⁷⁵. UMO'nun tanımına göre bu kişiler, “Nazi, faşist veya benzer rejimlerin kurbanları; ırk, din, milliyet, siyasî görüş sebebiyle meydana gelen zulmün kurbanları ve hâlihazırda mülteci olarak kabul edilenlerdir”¹⁷⁶. Bu tanımlama, Doğu Avrupalıları, Avusturya ve Almanya'daki Yahudileri kapsamına almıştır¹⁷⁷; ancak daha önceki tanımlarda olduğu gibi sadece belirli bir millete ya da etnik kökene, bir başka deyişle belirli bir gruba yönelik bir kapsamdan ziyade, ait olduğu grup önem taşımaksızın, belirli unsurları taşıyanları kategorileştirmek suretiyle korumayı amaçlamıştır¹⁷⁸. Daha önceki tanımlamalardaki “grup” yaklaşımı yerine UMO'nun tanımında daha çok bireysel vakaların somut özelliklerine odaklanılmıştır¹⁷⁹. UMO kapsamındaki tanımlama; kaçış nedeni, siyasî ve medeni hakların ihlâli ve menşee ülkesinden dışarıya zorunlu bir göç olup olmaması kriterleri üzerinde şekillenmiştir. UMO kapsamındaki mülteciler sadece zulüm kurbanları olmamış, menşee ülkelerine geri dönmek konusunda “geçerli itirazları” olanlar da bu kapsam içerisine alınmıştır¹⁸⁰. Bugün, uluslararası alanda mülteci korumasının anahtarı hâline gelmiş olan 1951 Sözleşmesindeki mülteci tanımına da temel teşkil etmiş olan UMO'nun mülteci tanımı, mültecinin günümüzdeki hukukî görünümünün kaynağının anlaşılabilmesi açısından önem taşımaktadır.

Bu tanımda öne çıkan belirleyici unsuru “zulüm” kavramı oluşturmaktadır. Hathaway, ilk kez UMO aracılığıyla ortaya koyulan mülteci tanımının temel taşı

¹⁷⁵ Bkz. UMO Statüsü, Ek I, Bölüm A, md. 1, md.2, md. 3, md. 4.

¹⁷⁶ GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 19; LAURA BARNETT, «Global Governance», 244; PIRKKO KOURULA, *Broadening the Edges: Refugee Definition and International Protection Revisited* (The Hague, 1997), 51; CECILIA RUTHSTRÖM-RUIN, *Beyond Europe*, 17; GUY S. GOODWIN-GILL, «Different Types of Forced Migration Movements as an International and National Problem», içinde *The Uprooted: Forced Migration as an International Problem in the Post-War Era* (Lund, 1990), 15; RIEKO KARATANI, «Institutional Origins», 529.

¹⁷⁷ LAURA BARNETT, «Global Governance», 244; CECILIA RUTHSTRÖM-RUIN, *Beyond Europe*, 17; GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 19.

¹⁷⁸ RIEKO KARATANI, «Institutional Origins», 530.

¹⁷⁹ GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 19; LAURA BARNETT, «Global Governance», 244.

¹⁸⁰ RIEKO KARATANI, «Institutional Origins», 530; GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 19.

teşkil eden “zulüm” ifâdesinin siyasî bir anlam taşıdığını ve zaten siyasî bir amaca hizmet etmek için şekillendirildiğini ifâde etmiştir¹⁸¹. Oldukça geniş olan mülteci kavramının hukukî tanımının zulüm ifâdesi çerçevesinde ele alınmasının *Hathaway*’e göre (dönemin) Sovyet Blokunu hedef alma amacı taşıdığı yönündeki göstergelerinden birisi, zulüm ifâdesinin zaten savaş sonrası Sovyet Bloktaki muhaliflere özgü kullanılan bir kavram haline gelmiş olmasıdır¹⁸². *Hathaway*’in görüşü üzerinden bir analiz yapılacak olursa, zulüm kurbanları dışında ülkelere geri dönmek yönünde “geçerli itirazları” bulunanların da kapsam içerisine alınmış olmasıyla aynı amaca daha geniş kitlelerin hizmet etmesini sağlayarak, amacın daha etkin bir şekilde ortaya koyulmasının hedeflendiği ifâde edilebilir.

c. Birleşmiş Milletler Yüksek Komiserliğinin Kuruluşu ve Mülteci Statüsü

Tanımına Doğru Atılan Adımlar

aa. Komiserliğin Kuruluşu Sırasında Hâkim Olan Durum

İkinci Dünya Savaşı sonrası, 1 milyon 250 bin kişi Avrupa’yı terk etmek zorunda kalmış ve bu durum savaşın sona ermesinden çok uzun bir süre sonra da değişmemiştir¹⁸³. Böylelikle, 1950’li yılların başında, İkinci Dünya Savaşı sonrasında patlak veren mülteci sorununun “geçici” olmadığı uluslararası alanda fark

¹⁸¹ Barnett ise, tanımın Avrupa odaklı olsa da, nesnel bir özellik taşıdığı yönünde bir tespit yapmıştır: LAURA BARNETT, «Global Governance», 244.

¹⁸² JAMES C. HATHAWAY, *Refugee Status*, 7. *Hathaway*, bu görüşünü 1951 Sözleşmesindeki tanımları analiz ederken ortaya koymuştur. Ancak görüş UMO’nun tanımı için de geçerlidir. Zira UMO’nun tanımı 1951 Sözleşmesi için bir geçiş yolu olmuş ve zaten her iki tanım da tarihi ve siyasî olarak aynı dönemler içerisinde yapılmıştır; aynı görüşte bkz. CHARLES WESTIN, «Regional Analysis of Refugee Movements: Origins and Response», içinde *Refugees: Perspectives on the Experience of Forced Migration* (London, 1999), 33, 34. *Westin* bu dönemdeki mültecinin Batı için bir propaganda zaferi olduğunu vurgulamıştır; EMMA HADDAD, *Refugee*, 135.; *Karatani*, ayrıca, UMO’nun geçici bir örgüt olarak kurulmak suretiyle “üyelerini seçebilme” inisiyatifine sahip olmasının amacını, Sovyet Bloğunun dışarıda bırakılması ve BM üyesi olmayan ancak ortak paydada birleşilen diğer ülkelerin ise Organizasyonun içine alınabilmesine kolaylık tanımak olarak açıklamıştır: RIEKO KARATANI, «Institutional Origins», 529.

¹⁸³ PIRKKO KOURULA, *Broadening the Edges: Refugee Definition and International Protection Revisited*, 172.

edilmiştir¹⁸⁴. Bu durumun bir sonucu olarak 1 Ocak 1951 tarihinde UMO'nun yerine geçecek olan Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (BMMYK) Genel Kurul tarafından “uluslararası korumayı sağlamak”, “mültecilerin sorunlarına kalıcı çözümler bulmak” ve mültecilerin gönüllü olarak menşe ülkelerine dönmelerine veya bulundukları toplumla bütünleşmelerine (entegre olmalarına)¹⁸⁵ önayak olmak” amacıyla kurulmuştur¹⁸⁶.

BMMYK, 1951 yılının Ocak ayında kapılarını ilk kez açtığında, dünya siyasetinde belirgin bir kutuplaşma ve kutuplaşmadan doğan bir simetri söz konusuydu¹⁸⁷. Kapitalist ve komünist düzenlerin birbirlerinden keskin bir şekilde ayrılması ve Soğuk Savaşın etkisiyle iki rejim arasındaki çatışmanın siyasî bir itibar mücadelesine dönüşmüş olması, mülteci korumasının da siyasî değerlerin ispatı için bir araç olarak kullanılmasına sebep oldu¹⁸⁸. Soğuk Savaş dönemindeki

¹⁸⁴ LAURA BARNETT, «Global Governance», 245.

¹⁸⁵ BMMYK Tüzüğü'nün orijinal metninde “asimilasyon” kelimesi kullanılmıştır. Yıllar içerisinde, asimilasyon ifadesi terk edilerek konuya ilişkin olarak entegrasyon veya yerleşme ifadeleri kullanılmaya başlanmıştır: G. J. L. COLES, «The Human Rights Approach to the Solution of the Refugee Problem: A Theoretical and Practical Enquiry», içinde *Human Rights and the Protection of Refugees Under International Law Proceedings of a Conference Held in Montreal November 29-December 2, 1987*, ed. Alan E. Nash (Halifax, Nova Scotia, 1988), 205.

¹⁸⁶ Bkz. BMMYK Tüzüğü md. 1. BMMYK'nın kurulması yönündeki karar, BMGK'nın 319 A(IV) sayılı ve 03.12.1949 tarihli kararı içerisinde yer almaktadır. BMMYK Tüzüğü ise BMGK'nın 428 (V) sayılı ve 14.12.1950 tarihli kararı ile kabul edilmiştir. BMMYK yetki ve görev alanını belirleyen BMMYK Tüzüğü de bu kararın ekinde yer almaktadır. Tüzüğün Türkçe metni için bkz. <http://www.unhcr.org.tr/uploads/root/1.2_m%C3%BClteciler_ve_vatans%C4%B1z_ki%C5%9Filer.pdf> (E.T.: 12.12.2012). BMMYK'nın tarihsel gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. B.S. CHIMNI, «From Resettlement to Involuntary Repatriation: Towards a Critical History of Durable Solutions to Refugee Problems», *Refugee Survey Quarterly* 23, sayı 3 (2004): 56, 57; CORINNE LEWIS, «UNHCR's Contribution to the Development of International Refugee Law: Its Foundations and Evolution», *International Journal of Refugee Law* 17, sayı 1 (2005): 69, 70; MICHEL MOUSALLI, «The Evolving Functions of the Office of the High Commissioner for Refugees», içinde *Problems and Prospects of Refugee Law* (Geneva, 1992), 81; NICHOLAS BWAKIRA, «From Nansen to Ogata UNHCR's Role in a Changing World», *International Migration Review* 35, sayı 1 (2001): 278,279; CHRISTIANE AHLBORN, «The Development of International Refugee Protection Through Practice of the UN Security Council» (Graduate Institute ePapers, S.6, 2010), 1–109, <<http://iheid.revues.org/161?lang=en>> (E.T.:12.12.2012).

¹⁸⁷ GIL LOESCHER, «UNHCR at Fifty, Refugee Protection and World Politics», içinde *Problems of Protection, The UNHCR, Refugees, and Human Rights*, ed. Niclaus Steiner, Mark Gibney, ve Gil Loescher (London, 2003), 7.

¹⁸⁸ JAMES C. HATHAWAY, *Refugee Status*, 6; GIL LOESCHER, «UNHCR at Fifty», 6; ALEXANDER BETTS, GIL LOESCHER, ve JAMES MILNER, *UNHCR: The Politics and Practice of Refugee Protection* (London-New York, 2012), 14, 18–48.

kutuplaşmanın etkisiyle, korumanın sağlanması için mağdur durumda olan birey tarafından taşınması gereken şartlar, bugünkü belirsizliğinden uzaktı. Bu dönemde zulüm kavramı ve zulüm mağdurlarının tanımlanması için gereken şartların içeriği, dönemin koşulları içerisinde oldukça belirgin bir şekilde tezâhür etmekteydi. Zira bu dönemde, mağdur; komünist rejimin baskısından kaçan birey(ler)den; korumanın amacı da, bu birey(ler)e batı'nın “özgür dünyası” tarafından kucak açılmasından ibaretti¹⁸⁹. BMMYK, işte bu konjonktür içerisinde, zorunlu göç akınlarını düzenleyen bir yapı olması sebebiyle batı için özel bir değeri hâizdi. Bu dönemde, BMMYK eliyle idare edilen uluslararası mülteci politikaları komünist diktatörlüklerin baskı ve zulmü altındaki birçok kişinin hayatını kurtarma amacını gerçekleştirmesi yanında, (böylelikle) ABD ve müttefiklerinin jeopolitik çıkarlarına da hizmet etmekteydi¹⁹⁰.

BMMYK yetki alanına giren mültecileri de işte bu görünüm çerçevesinde belirlemiştir. BMMYK'nın Kuruluş Tüzüğü'ne göre Komiserliğin yetkileri savaş öncesi kabul edilen uluslararası düzenlemeler kapsamına giren kişiler¹⁹¹ ve UMO'nun Kuruluş Statüsü (UMO Anayasası) uyarınca mülteci olarak kabul edilen kişiler ile “*1 Ocak 1951'den önce meydana gelen olayların sonucunda ve ırkı, dini, milliyeti ya da siyasal görüşü, nedeniyle zulüm görmekten haklı sebeplerle korkan, vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu korkudan dolayı veya kişisel tercihi dışındaki sebeplerden dolayı söz konusu ülkenin korumasından yararlanamayan veya yararlanmak istemeyen; ya da bir ülkenin vatandaşlığına sahip olmayan ve eskiden sürekli ikamet ettiği ülkenin dışında bulunan, söz konusu korku sebebiyle ya da kendi kişisel tercihi dışındaki sebeplerle bu ülkeye dönemeyen veya dönmek istemeyen herhangi bir kişiyi kapsar*”¹⁹².

¹⁸⁹ GIL LOESCHER, «UNHCR at Fifty», 7.

¹⁹⁰ Ibid.,7; PRAKASH SHAH, *Refugees*, 60; JAMES C. HATHAWAY, *Refugee Status*, 6–8; ALEXANDER BETTS, GIL LOESCHER, ve JAMES MILNER, *UNHCR*, 21.

¹⁹¹ Bu grup, Statüde “12 Mayıs 1926 ve 30 Haziran 1928 Düzenlemeleri, 28 Ekim 1933 ve 10 Şubat 1938 Sözleşmeleri, 14 Şubat 1939 Protokolü veya Uluslararası Mülteci Organizasyonu anayasası ile mülteci olarak kabul edilen her kişiyi kapsar” şeklindeki ifâde ile açıklanmıştır.

¹⁹² Bkz. BMMYK Tüzüğü, bölüm II, madde 6, paragraf A.

BMMYK'nın kişi yönünden yetki alanını çizen bu hüküm aynı zamanda bir mülteci tanımı olarak da değeriendirilmektedir. Bu tanımda UMO'nun korumayı amaçladığı mülteci grubu kapsam içerisinde bırakıldığı gibi, UMO tanımının Tüzük tanımına esas teşkil ettiğı görülmektedir¹⁹³. Tüzükteki tanımla oluşan mülteci etiketinin ana çerçevesini UMO tanımında olduğu gibi “zulme maruz kalacak olanlar” (“zulüm korkusu taşıyanlar”) ve “korumadan faydalanamayanlar” çizmiştir. Ancak bu iki ana çerçeve de sınırsız değildir, yani mülteci tanımını karşılayabilmek için bu iki ana koşulu taşıyanlar da belirli sınırlamalara sahip olacaktır. Zulüm korkusu açısından bu sınırlar; ırk, din, milliyet ya da siyasal görüş ile çizilmişken; korumadan faydalanamamanın sınırları ise, vatandaşı olunan veya sürekli ikamet edilen ülkenin sınırları dışında bulunmak ve bu ülkeye kendi tercihi dışındaki sebeplerle dönememek olarak belirlenmiştir. Bununla birlikte genel çerçeveyi çizen tarihî bir etken de söz konusu olmuştur. Tanım, sadece 1951'den önceki olaylar açısından uygulanacak şekilde oluşturulmuştur.

bb. 1951 Sözleşmesi ile 1967 Protokolü'nde Mülteci Statüsünün Tanımlanması

BMMYK'nın kurulması ile birlikte, mültecilerin hukukî statüsüne ve haklarına ilişkin bir uluslararası sözleşmenin oluşturulması yönünde belirgin çabalar sarfedilmiştir. Bu çabaların sonucunda, 1951 tarihli Birleşmiş Milletler Mültecilerin Hukukî Durumuna Dair Cenevre Sözleşmesi 28 Temmuz 1951 tarihinde imzalanarak 22 Nisan 1954 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Bugün evrensel anlamda mülteci rejiminin temel taşıını teşkil eden 1951 Sözleşmesinde yer alan mülteci tanımı, Sözleşmenin yürürlüğe girdiğı tarihte şu şekilde kaleme alınmış bulunmaktaydı: “Madde 1 A. *İş bu Sözleşme'nin amaçları bakımından mülteci kavramı (2) 1 Ocak 1951'den evvel cereyan eden olaylar sonucunda ve ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasî*

¹⁹³ EMMA HADDAD, *Refugee*, 135.

düşünceleri yüzünden, zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan, ya da söz konusu korku nedeniyle, yararlanmak istemeyen; yahut tabiiyeti yoksa ve bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen her şahsa uygulanacaktır.

Birden fazla tabiiyeti olan bir kişi hakkındaki vatandaşı olduğu ülke ifâdesi, tabiiyetini haiz olduğu ülkelerden her birini kasteder ve bir kişi, haklı bir sebebe dayalı bir korku olmaksızın, vatandaşı olduğu ülkelerden birinin korumasından yararlanamıyorsa, vatandaşı olduğu ülkenin korumasından mahrum sayılmayacaktır”¹⁹⁴.

Tanımdaki “1 Ocak 1951 tarihinden önce meydana gelen olaylar” ifâdesinin nasıl anlaşılacağı konusunda Taraf Devletlere Sözleşmenin 1B(1) hükmünün (a) ve (b) fıkralarında iki seçenek sunulmuştur. Buna göre devletler, isterlerse bu olayları sadece Avrupa’da meydana gelen olaylarla sınırlayabilecek (md. 1B(1)(a)) ya da herhangi bir sınırlama olmaksızın tanımı, Avrupa’da veya bir başka yerde meydana gelen olayları kapsayacak şekilde uygulayabilecektir (md. 1B(1)(b)).

UMO ve Tüzük tanımının devamı olarak, Sözleşme tanımının da “birey odaklı” olduğu ifâde edilebilir¹⁹⁵. Tanımda, özellikle I. Dünya Savaşı sonrası eğilimde görüldüğü gibi, belirli bir milliyet veya etnik gruba odaklanılmadığı, tanımdaki şartları taşıyan her bireyin, kökeninden bağımsız olarak mülteci statüsü alabileceği açıktır. Çünkü odaklanılan husus, sığınmacının kökenlerinden ziyade, zulüm korkusunu yaratan nedenler olmuştur. Özellikle “zulüm” ifâdesinin bir kriter olarak

¹⁹⁴ Aktarılan tanım, TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu’nun kullandığı çeviriden alıntılanmıştır: <<http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/179-199.pdf>> (E.T. 12.12.2012). Sözleşmenin 1A(1) maddesinde ayrıca, “12 Mayıs 1926 ve 30 Haziran 1928 düzenlemeleri veya 28 Ekim 1933 ve 10 Şubat 1938 Sözleşmeleri, 14 Eylül 1939 Protokolü ya da UMO Tüzüğüne göre mülteci sayılan şahıs; UMO tarafından faaliyette bulunduğu dönem içinde alınmış mülteci sıfatını vermeme kararları bu bölümün 2. fıkrasındaki koşullara sahip olan kimselere mülteci sıfatının verilmesine engel değildir” ifâdelerine yer verilmiştir.

¹⁹⁵ GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 10; TEVFİK ODMAN, *Mülteci Hukuku*, 24; JAMES C. HATHAWAY, *Refugee Status*, 5.

seçilmesi ve sadece belirli nedenlerle oluşan veya oluşabilecek olan zulmün, Sözleşmeyi harekete geçirecek ciddiyette kabul edilmesi bir tarafa bırakılacak olursa, açık olan bir husus daha vardır ki, o da mülteci tanımının belirli bir coğrafya ve zaman dilimiyle kısıtlanmış olmasıdır. Böylelikle tanım, milliyete veya etnik kökene dayalı kategorik bir bakış açısından sıyrılarak daha çok mülteciyi kapsayacak hale gelmiş olsa bile, sadece Avrupa'dan gelebilecek mültecilere sağlanacak korumanın garanti altına alınması eğilimi, varlığını sürdürmüştür.

Sözleşmenin onaylanmasından sonra, mülteci hareketlerinin kaynağının Avrupa ekseninden, Asya ve özellikle de Afrika'ya doğru kaymakta olması, Sözleşmenin bu gelişme karşısında oldukça kısıtlı kalmasına neden olmuştur¹⁹⁶. Bu durumda, 1951 Sözleşmesinin kapsamını genişletme ihtiyacı doğmuştur. Bunun üzerine, 21-28 Nisan 1965 tarihleri arasında BMMYK'nın önerisiyle İtalya'da Mültecilerin Probleminin Hukukî Boyutlarına dair bir dizi konferans gerçekleştirilmiş ve aynı yıl BMMYK bir protokol taslağı hazırlamıştır. Taslak, bir dizi çalışmadan sonra Ekonomik ve Sosyal Konsey tarafından Genel Kurula sunulmuş, Taraf Devletlere de gönderilerek 4 Ekim 1967 tarihinde yürürlüğe girmiştir¹⁹⁷. 1967 Protokolü, Sözleşmedeki tarihî ve coğrafi kısıtlamayı kaldırmak¹⁹⁸ suretiyle, tanımın uygulama alanına bugünkü (evrensel) niteliğini kazandırmıştır¹⁹⁹.

¹⁹⁶ GILBERT JAEGER, «Opening Keynote», 13.

¹⁹⁷ Protokolün Türkçe metni için bkz. <http://www.goc.gov.tr/default_b0.aspx?id=58> (E.T.:20.02.2012); Protokolün İngilizce (orijinal) metni için bkz. <<http://untreaty.un.org/cod/avl/ha/prsr/prsr.html>> (E.T.: 20.02.2012).

¹⁹⁸ Protokolün 1.maddesinin 2.fıkrasına göre, “mülteci teriminin, Sözleşmenin 1.maddesinin A2 kısmında mevcut “1 Ocak 1951'den önce meydana gelen olaylar sonucunda ve” ve “söz konusu olaylar sonucunda” ifâdeleri metinden çıkarılmış addedilerek, Sözleşmenin 1.maddesinde yer alan tanıma giren her şahıs anlamına gelecektir”. Ayrıca 1.maddenin 3.fıkrasına göre; “..... Sözleşmeye Taraf Devletlerce, Sözleşmenin madde 1B(1)(a) hükmüne göre yapılan mevcut duyuruların, madde 1B(2) çerçevesinde genişletilmedikçe bu Protokol bakımından da geçerli olması koşuluyla, Taraf Devletler Protokolü hiç bir coğrafi sınırlama yapılmaksızın uygulayacaklardır”. Böylelikle, Protokol, Sözleşme açısından tarihî sınırlamayı tamamen kaldırmış, coğrafi sınırlama açısından ise, daha önce coğrafi sınırlama tercihini kullanmış olan Taraf Devletlerin bu tercihleri ile isterlerse bağlı kalmaya devam edebileceklerini düzenlemiştir.

¹⁹⁹ BMMYK'nın 2011 yılı verilerine göre sadece Sözleşme ya da Protokol'den birine taraf olan devletlerin toplam sayısı 147'dir: bkz. <<http://www.unhcr.org/3b73b0d63.html>> (E.T.: 12.12.2012).

III. 1951 SÖZLEŞMESİ İLE TANIMLANAN MÜLTECİ STATÜSÜNÜN TEMEL ÖZELLİKLERİ

1951 Sözleşmesi'nde yer alan ve 1967 Protokolü ile tarihî ve coğrafi sınırlarından arındırılan mülteci tanımı, günümüzde uluslararası korumaya ulaşımın temel anahtarı olarak kabul edilmektedir²⁰⁰. Elbette bu durumun en önemli sebebi, Sözleşme'nin kategorik bir yaklaşımdan uzak bir şekilde genel bir mülteci tanımı yapan ilk uluslararası kaynak olmasıdır. Nitekim tanım, Sözleşme'nin oluşturulmasını takip eden bölgesel nitelikli düzenlemelerdeki mülteci tanımlarına da temel teşkil etmiştir²⁰¹. Böylece mülteciyi tanımlayan uluslararası nitelikli tüm belgelerde 1951 Sözleşmesi'nde yer alan mülteci tanımının etkisini görebilmek mümkün hale gelmiştir.

1951 Sözleşmesi ile tanımlanan mülteci statüsü, tanımın şartlarını taşıyan bireylerin bazı haklardan yararlanmasını ve bir takım güvencelerle donatılmasını sağlar. Bu sebeple mülteci statüsünü haiz olan bireyler, zorunlu göçe maruz kalan ancak statü tanımını taşımayan kişilere göre daha avantajlı bir konumda bulunurlar. Hatta statünün tanıdığı bazı güvenceler, bu bireyleri diğer yabancılarla karşılaştırıldığında da daha ayrıcalıklı bir duruma getirir. Bu sebeple mülteci statüsünün genel özelliklerine ve bu statünün sağladığı haklara ve güvencelerin genel bir bakış açısıyla ortaya konulması statünün uluslararası hukuktaki görünümünün daha net bir hâl almasını sağlayacaktır.

Sadece Protokol'e taraf olan devletler, Sözleşme'nin 2-34. maddelerini Sözleşme'nin 1A(2). maddesindeki tanımı (Protokolle yapılan değişiklikler saklı kalmak kaydıyla) taşıyan mültecilere uygulamakla yükümlü olduklarını taahhüt etmişlerdir (Protokol md.1). Protokol'ün kabul edilmesi ile evrensel bir niteliği hâiz olan Sözleşme'nin bu özelliğine yönelik görüşler için bkz. CORINNE LEWIS, «UNHCR's Contribution», 66; DANIEL J. STEINBOCK, «The Refugee Definition as Law: Issues of Interpretation», içinde *Refugee Rights and Realities Evolving International Concepts and Regimes* (Cambridge, 1999), 13.

²⁰⁰ GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 37; PIERRE MICHEL FONTAINE, «The 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees: Evolution and Relevance for Today», *Intercultural Human Rights Law Review* sayı 2 (2007): 149; JAMES C. HATHAWAY, *Refugee Status*, 16.

²⁰¹ Bkz. aşa. §1.IV.B.

A. Mülteci Statüsünün Yabancılar İlişkin Bir Statü Olması

Devletler Hukuku Enstitüsü tarafından yabancı, “*sadece geçici veya mukim ya da yerleşik, mülteci veya ülkeye kendi istekleri ile girmiş olup olmadıkları fark etmeksizin, bir devletin ülkesinde bulunup da hâlen vatandaşlık hakkı olmayan kimseler*” olarak tanımlanmıştır²⁰². Daha sonra bu tanıma, “*vatansız veya başka bir vatandaşlığı olmayanlar*” terimleri de eklenmiştir²⁰³. 1951 Sözleşmesi kapsamında mültecinin hukukî statüsünün tanınabilmesine yönelik şartlardan birisi de, bu kişinin sığınma devleti açısından “yabancı” niteliğini hâiz olmasıdır²⁰⁴. Böylece, mülteci statüsünün hukukî niteliği ve mültecilere ilişkin genel muamele standardını değerlendirirken, mültecinin en başta bir yabancı olduğu gerçeğinden hareket etmek gerekmektedir. Bu sayede, diğer yabancılar ile karşılaştırıldıklarında bu bireylere bir takım ayrıcalıklar tanınmış olduğu görülebilecektir.

B. Mülteci Statüsünün Bildirici Niteliği

Mülteci statüsünün hukukî niteliğine ilişkin olarak Sözleşme’de açık bir hüküm bulunmamakla beraber, Sözleşme’nin içeriği incelendiğinde, bazı hükümlerin, mültecilik statüsünün resmen tanınması şartı aranmadan da uygulanabileceği kolaylıkla anlaşılmaktadır. Sözleşme’nin yasadışı yolla giriş yapan mültecilere, gecikmeden yetkili makamlara başvurup, yasa dışı yolla giriş yapmalarının nedenlerini göstermeleri koşuluyla ceza uygulanmayacağını düzenleyen 31(1).

²⁰² Enstitü’nün “Yabancıların Kabulü ve Sınır Dışı Edilmesi Konusunda Uluslararası Kurallar” başlıklı belgesinin Fransızca orijinalinden aktarılan tanımın alıntılandığı kaynak için bkz. ERGİN ERGÜL, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku’nda Sınır Dışı Etme Geri Gönderme ve Geri Verme* (Ankara, 2012), 14. Doktrinde de basit çeviri farklılıklarına rağmen bu tanım benimsenmiştir. Türk doktrinde yabancı tanımının görünümleri için bkz. RONA AYBAY, *Yabancılar Hukuku*, 11, dn. 11; ERGİN ERGÜL, *Sınır Dışı, Geri Gönderme, Geri Verme*, 14. Aybay’ın söz konusu tanıma yönelttiği eleştiriler için ise ayrıca bkz. RONA AYBAY, *Yabancılar Hukuku*, 12, 13.

²⁰³ 1954 tarihli Vatansız kişilerin Statüsüne İlişkin Sözleşmeye göre vatansız, hiçbir devletin, yasalarına göre kendi vatandaşı saymadığı kişi olarak tanımlanmıştır. Bu bireyler, vatansızlık kavramının tanımı gereği tüm devletlerce yabancı sayılmaktadırlar. Bu hususta bkz. RONA AYBAY, *Yabancılar Hukuku*, 21.

²⁰⁴ Mülteci’nin menşe ülkesinin sınırları dışında bulunması, statüsünün belirlenmesini sağlayan ölçütlerin değerlendirilmesi bakımından öncelikle ele alınması gereken hususlardan biri olarak, çalışmamızın ikinci Bölümünde ayrıntılı olarak incelenmiştir. Bkz. §4.II.A.

maddesi ile yalnızca gerektiği durumda ve *statüleri belirleninceye kadar* mültecilerin hareketlerinin kısıtlanabileceğini ve üçüncü bir ülkeye kabullerinin sağlanması için her türlü kolaylığın gösterileceğini hüküm altına alan 31(2). maddesi bu tür düzenlemelere örnek olarak değerlendirilebilir. Hazırlık çalışmaları incelendiğinde, henüz mültecilik statüsü resmen tanınmamış olan kişilerin de bu hükümlerden faydalanabilmelerinin amaçlandığı anlaşılmaktadır²⁰⁵. Böylece, Sözleşmenin içeriğinden, mülteci statüsünün kurucu olmaktan ziyâde bildirici bir niteliği hâiz olduğu sonucuna varılabilir²⁰⁶. Nitekim Sözleşme'nin yorumlanmasında temel araçlardan kabul edilen BMMYK El Kitabı²⁰⁷ bu hususa ışık tutmaktadır. El Kitabında, “[b]ir birey, 1951 Sözleşmesindeki şartları sağlar sağlamaz mülteci olarak değerlendirilir. Bu durum, mülteci statüsünün resmî olarak tanınmasından önce de söz konusu olabilir. Bir bireyi mülteci yapan, mülteci statüsünün tanınmış olması değildir. Bu tanıma, onun mülteciliğinin bildirilmesi anlamına gelir. Birey, tanınma sonucunda mülteci olmaz, mülteci olduğu için (mültecilik) statüsü tanınır”²⁰⁸ ifâdeleri yer almaktadır. Ayrıca, Sözleşme'nin Dibacesinde imzacı tarafların, “İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin insanların ana hürriyetlerden ve insan haklarından fark gözetmeksizin faydalanmaları ilkesini teyit ederek ve mültecilerin temel hürriyetleri ile insan haklarını mümkün olduğu kadar kapsamlı bir şekilde kullanmalarını sağlamaya çaba göstererek” Sözleşme üzerinde anlaşmaya vardıkları belirtilmiştir. Buradan hareketle, Sözleşmenin temel haklara ve temel korumalara ilişkin hükümlerinin uygulanmasında mülteci statüsünün resmen tanınmış olması ile

²⁰⁵ PAUL WEIS, *Refugee Convention 1951: Travaux Preparatoires Analysed with a Commentary* by Dr. Paul Weis, Travaux Prepatiores and Commentary (UNHCR, 1951), 201, 202, <<http://www.unhcr.org/4ca34be29.html>> (E.T. 12.12.2012).

²⁰⁶ “Mültecilik sıfatının tanınması bir kurucu yenilik doğuran hak değildir, mevcut bir durumun yetkili makam tarafından beyan edilmesidir. (...) Mültecilik durumunun tanınması deklaratif, açıklayıcı bir beyandır, yoksa mültecilik şartların gerçekleşmesi ile doğar”: YILMAZ ALTUĞ, *Devletler Hususi Hukuku Bakımından Mülteciler* (İstanbul, 1967), 23.

²⁰⁷ BMMYK El Kitabının yorumlamada kullanılan temel araçlardan sayılması yönünde bkz. aşağı. §2.I.B.

²⁰⁸ «Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees», UNHCR, para.28 (El Kitabı), <<http://www.unhcr.org/3d58e13b4.html>> (E.T.:17.08.2012)

henüz resmen bir tanınmanın gerçekleşmemiş olması arasında bir ayrım yapılamayacağı iddia edilebilir. Bu sebeplerden dolayıdır ki, 1951 Sözleşmesinin kişi yönünden kapsamı içerisine Sözleşmenin açıkça belirtmediği durumlar için, sadece mültecilik statüsü resmen tanınmış bireyler değil, statü başvurularının sonuçlanmasını bekleyenler de girmektedir²⁰⁹.

Uluslararası hukukta, mülteci statülerinin tanınması için başvuran ancak statü belirleme işlemleri henüz sonuçlanmamış olan bu kişileri nitelemek için “sığınmacı (*asylum-seeker*)” ifâdesi kullanılmaktadır²¹⁰. BMMYK, sığınmacılar ve mülteciler arasındaki ilişkiye değinirken şu önemli hususun altını çizmiştir: “*mültecinin korunmasını amaçlayan uluslararası mülteci hukukunun temel ilkeleri, statüleri belirlenene kadar sığınmacıların, mülteci olabilecekleri varsayımına dayanarak muamele görmelerini öngörmektedir. (...) Her mülteci, başlangıçta bir sığınmacıdır*”²¹¹.

C. Sözleşmeyle Mülteciye Sağlanan Korumanın Genel Çerçevesi

1951 Sözleşmesi sadece mültecinin hukukî tanımını yapmakla kalmamış, bu tanımlı taşıyan bireylerin hangi çerçeve içerisinde ve hangi temel standartlar dâhilinde korunacağını da ortaya koymuştur. Sözleşme ile statü tanımını taşıyan

²⁰⁹ Pieter Boeles et al, bu hususta tanımın bildirici niteliğinin, mantıken, mülteci statüsü başvurusunda bulunmuş olan sığınmacıların başvuruları reddedilene kadar, Sözleşme kapsamında statüsü resmen tanınmış olan mülteciler ile aynı korumalara sahip olacakları yönünde bir sonuç doğuracağını ifâde etmiştir: PIETER BOELES ve diğerleri, *European Migration Law*, 262; bu yönde ayrıca bkz. LAURA VAN WASS, *Nationality Matters Statelessness under International Law* (Antwerp-Oxford-Portland, 2008), 21; GUY S. GOODWIN-GILL, «Asylum 2001 - A Convention and a Purpose», *International Journal of Refugee Law* 13 (2001): 13.

²¹⁰ Bu terminoloji BMMYK tarafından benimsenmiştir: bkz. <<http://www.unhcr.org/pages/49c3646c137.html>> (E.T.: 22.12.2012). Çiçekli, sığınmacıyı, “*gerek bireysel olarak gerek grup temelinde uluslararası koruma talep eden birey olarak tanımlamıştır. Sığınmacı henüz koruma talebi ilgili ülke makamlarınca nihai olarak karara bağlanmamış olan bir kişidir*”: BÜLENT ÇİÇEKLİ, *Mülteciler*, 45. Odman ise, sığınmacı olmayı “*hukukî bir statünün kazanılmasından daha çok, fiilî ve sığınılan ülkenin yasalarından mülteciler gibi yararlanılmasını öngörmeyen kısa süreli bir barınma durumu ifâde eden*” bir terim olarak açıklamıştır: TEVFİK ODMAN, *Mülteci Hukuku*, 189.

²¹¹ UNHCR, Fair and Expedient Asylum Procedures, November 1994, naklen, RICHARD DUNSTAN, «United Kingdom: Breaches of Article 31 of the 1951 Refugee Convention», *International Journal of Refugee Law* 10 (1998): 213; BÜLENT ÇİÇEKLİ, *Mülteciler*, 45.

bireylere sağlanan korumanın ana unsurunu geri gönderme yasağı (*non refoulement*) teşkil etmektedir. 1951 Sözleşmesi'nin 33(1). maddesi uyarınca, “[h]içbir Akid Devlet, mülteciyi, ırkı, dini, vatandaşlığı, belirli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasî fikirleri dolayısıyla hayatı ya da özgürlüğü tehdit altında olacak ülkelerin sınırlarına her ne şekilde olursa olsun geri göndermeyecek veya iade etmeyecektir”²¹² Geri gönderme yasağı, devletlerin yabancıları ülkeye kabul ve sınırdışı etme hususunda sahip oldukları egemenlik yetkilerinin bir istisnasını teşkil etmekte²¹³, böylece bu yasak kapsamında korunan yabancılar diğer yabancılara göre ayrıcalıklı hâle getirilmiş olmaktadır²¹⁴.

Geri gönderme yasağı, 1951 Sözleşmesi'nde yer aldıktan sonra diğer insan hakları sözleşmelerinde (veya bu sözleşmelerin yorumlanması ile) de kendine yer edinmiştir²¹⁵. Hatta geri gönderme yasağının bir uluslararası teamül hukuku kuralı olarak yaygın bir uygulama alanına sahip olduğu da çoğunlukla savunulmaktadır²¹⁶. Bu bağlamda, geri gönderme yasağının sadece Sözleşme mültecileri veya sığınmacılar için tanınan bir ayrıcalık olmadığı iddia edilebilir. Günümüzde bu iddia elbette ki doğrudur. Zira gerek insan hakları sözleşmeleri çerçevesinde, gerek bir uluslararası teamül hukuku kuralı etiketi altında, geri gönderme yasağının kişi yönünden kapsamını sadece sığınmacılar ve Sözleşme mültecileri ile sınırlamak doğru olmayacaktır. Ancak yine de 1951 Sözleşmesi ile açıkça mültecilerin geri gönderilmemeleri hususunun güvence altına alınmış

²¹² Geri gönderme yasağı, mültecilere sağlanan korumanın temelini teşkil etmesinin yanısıra mülteci statüsünün belirlenmesi hususunda sığınmaya erişim güvencesi sağladığı için büyük bir önemi haizdir. Çalışmamızın konusu gereği, geri gönderme yasağı “Mülteci Statüsünün Belirlenebilmesini Sağlayan Unsurlar” ana başlığı altında ayrıntılı olarak incelenmiştir. bkz. §2.II.

²¹³ Devletler ülkesel toprakları üzerinde egemenlik ile donatılmış olduklarından, bu topraklara gelen kendi vatandaşları dışındaki bireyleri kabul etmeme veya bu bireyleri topraklarından çıkarma yetkisine sahiptirler. Bu hususta ayrıntılı bilgiler için bkz. RONA AYBAY, *Yurt Dışına Çıkma ve Yurda Girme Özgürlüğü* (Ankara, 1975), 91 vd.; RONA AYBAY, *Yabancılar Hukuku*, 117, 251; YILMAZ ALTUĞ, *Yabancıların Hukuki Durumu* (İstanbul, 1971), 98 vd.; ERGİN ERGÜL, *Sınır Dışı, Geri Gönderme, Geri Verme*, 30.

²¹⁴ YILMAZ ALTUĞ, *Mülteciler*, 2 vd.

²¹⁵ Bu husustaki açıklamalarımız için bkz. aşa. §2.II.D.2.

²¹⁶ Bu husustaki açıklamalarımız için bkz. aşa. §2.II.D.3.

olması bu bireyleri Sözleşme dışında kalıp da geri gönderilmemesi gereken yabancılara göre daha ayrıcalıklı bir korumanın şemsiyesi altına almış olmaktadır²¹⁷.

Geri gönderme Yasağı ile çizilen ana koruma çerçevesi içerisinde yer alan ikinci husus ise mültecinin yasa dışı yoldan sığınma ülkesine girişi sebebiyle kendisine ceza verilmemesidir. 1951 Sözleşmesi'nin 31(1). maddesi uyarınca, *“Taraf Devletler, hayatlarının veya özgürlüklerinin, 1. maddede gösterilen şekilde tehdit altında bulunduğu bir ülkeden doğrudan gelerek izinsizce kendi topraklarında bulunan mültecilere, gecikmeden yetkili makamlara başvurarak yasadışı girişlerinin veya bulunuşlarının geçerli nedenlerini göstermeleri koşuluyla, yasadışı yollardan girişleri veya bulunuşlarından dolayı ceza veremeyeceklerdir”*. Bu hüküm uyarınca, Sözleşme tanımını taşıyan mülteciler veya taşıdığı varsayılan sığınmacılar, diğer yabancılardan, ülkeye yasa dışı yoldan girişleri sebebiyle tâbi olacakları müeyyidelerden muaf tutularak ayrıcalıklı kılınmış olmaktadır. Mültecilere ve sığınmacılara tanınan bu ayrıcalık, mültecilik hâlinin belli başlı unsurlarından biri olan “zorunlu kaçış (zorunlu göç)” hususunun Sözleşme oluşturulurken dikkate alınmış olmasından kaynaklanmaktadır. Zira mülteci bireyler, kaçış hâlinde oldukları için çoğu zaman yabancı bir ülkeye usulüne uygun girebilmek için gereken belge ve şartları taşıyamamaktadırlar.

D. Mülteci Statüsünün Tâbi Olduğu Asgari Muamele Standardı

1951 Sözleşmesi'nde mültecilere uygulanacak muamelenin asgari standardı, “taraf devletlerin genel olarak yabancılara uyguladığı muamele” olarak belirlenmiş (md. 7(1)); ve düzenlemenin 7(2). maddesinde, *“[b]ütün mülteciler, Taraf Devletlerin topraklarında üç yıl ikametden sonra kanuni müttekabiliyet şartından muafiyet*

²¹⁷ Bu ayrıcalığın gerekçeleri arasında, 1951 Sözleşmesi'nin uluslararası hukukta en üst düzeyde bağlayıcılığı hâiz bir kaynak olarak değerlendirilmesi bu sebeple uluslararası teamül hukuku kurallarına göre daha güvenceli bir koruma sağlaması ve Sözleşme ile sağlanan geri gönderme yasağının insan hakları sözleşmelerine göre daha geniş bir koruma alanı sağlaması sayılabilir. İnsan hakları sözleşmeleri ile sağlanan korumanın Sözleşme'ye göre (geri gönderme yasağı açısından) daha dar olduğuna yönelik açıklamalarımız için bkz. §2.II.D.2.

kazanacaklardır” hükmüne yer verilerek mülteciler, mütekabiliyet şartından ülkede bir süre kaldıktan sonra muaf tutulmuştur²¹⁸.

Mütekabiliyet (karşılıklılık), “*yabancı kişinin bir ülkede, kendi devletinin yabancılara tanıdığından fazla haklara sahip olmaması*” şeklinde genel bir tanımla açıklanabilir²¹⁹. Mütekabiliyet, antlaşmalardan veya kanundan doğabileceği gibi, fiilî de olabilir. Bu hâliyle yabancıların hak ve özgürlüklerinin belirlenmesinde başvuru genel esaslardan biri olarak kabul edilmektedir²²⁰.

Mülteciler açısından, mütekabiliyet esasının benimsenmemesinin iki ana sebebi olduğu ifade edilebilir. İlk sebep, mülteci hukukunun insan hakları hukuku ile olan organik bağıdır²²¹. Uluslararası hukukun şekli eşitlik ve devletlerin egemenliği üzerine kurulmuş olmasından hareketle, mütekabiliyet esasına yer vermesinin kaçınılmaz olduğu ortadadır²²². Ancak, insan hakları hukuku için durum farklıdır. Bu alan, devletlerden ziyade bireyin menfaatlerini korumayı amaçladığından ve *erga*

²¹⁸ İlgili maddede ayrıca, “[h]er Taraf Devlet, bu Sözleşme kendisi hakkında yürürlüğe girdiği tarihte mültecilerin, mütekabiliyet şartı olmadan yararlanabilecekleri hakları ve çıkarları kendilerine tanımayla devam edecektir” (md. 7(3)); “Taraf Devletler, mütekabiliyet şartının bulunmaması hâlinde mültecere 2. ve 3. fıkralara göre yararlanabilecekleri haklardan ve çıkarlardan başka hak ve çıkarlar sağlamak imkanlarını ve 2. ve 3. fıkralarda belirtilen şartlara sahip olmayan mültecileri mütekebil muamele muafiyetinden istifade ettirmek imkanını uygun biçimde dikkate alacaklardır” (md. 7(4)) ve “[y]ukarıdaki 2. ve 3. fıkralar hükümleri gerek bu Sözleşme’nin 13., 18., 19., 21. ve 22. maddelerinde belirtilen haklara ve çıkarlara, gerekse bu Sözleşme’de belirtilmeyen haklara ve çıkarlara uygulanır” (md. 7(5)) hükümlerine yer verilmiştir.

²¹⁹ Tanım için bkz. BÜLENT ÇİÇEKLİ, *Yabancılar Hukuku* (Ankara, 2012), 46. Provost da mütekabiliyetten söz edebilmek için, yükümlülüklerin oluşturulmaları, uygulanmaları ve ortadan kaldırılmalarının, başkalarının üzerindeki benzer yükümlülüklerin durumuna bağlı kılınmış olması gerektiğini belirtmiştir: RENE PROVOST, «Reciprocity in Human Rights and Humanitarian Law», *British Yearbook of International Law* 65, sayı 1 (1995): 383.

²²⁰ Diğer esaslar arasında, eşitlik (tebaaya temsil), karşı işlem yapma yetkisi (mukabele-i bilmisil/misilleme), en çok gözetilen ulus kaydı (en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydı), minimum standart (asgari had) sistemi, sınırlama (tahdit) sistemi, izin sistemi, kontenjan sistemi bulunmaktadır. Bu konudaki ayrıntı bilgileri için bkz. BÜLENT ÇİÇEKLİ, *Yabancılar Hukuku*, 45–52.

²²¹ Mülteci hukukunun temel kaynakları arasında insan hakları hukukunun kaynakları yer aldığı gibi 1951 Sözleşmesi de bir insan hakları hukuku düzenlemesi olarak kabul görmektedir. Bu hususta bkz. aşa. §2.I.C.

²²² RENE PROVOST, «Reciprocity», 383. Göğör, devletin vatandaşlarını koruması koşulları ve usulleri, kural olarak devletler hukukunun bir sorunu olduğunu belirtmiş ve devletin, yabancılar hukukunda yer alan tedbirlerden biri olan mütekabiliyetin kendisini ve vatandaşlarını savunması amacıyla kullandığı bir araç olduğunu vurgulamıştır. Böylelikle, mütekabiliyet, devlet tarafından yabancılar aleyhine alınan bir tedbir olarak da değerlendirilebilir: ERDOĞAN GÖĞÖR, *Yabancılar Hukuku* (Ankara, 1979), 27, 28.

omnes yükümlülük doğurduğundan mütekabiliyet esası insan hakları hukuku kapsamına giren hususlarda geçerli olmamalıdır²²³.

İkinci sebep ise mülteci ile menşe devleti arasındaki bağın aşırı derecede zayıf olması ve mültecinin bu bağlamda sığındığı devlet açısından vatansız benzeri bir konumda olmasıdır. Oysa mütekabiliyet, bir yabancı devlete vatandaşlık bağı ile bağlı olan kişilere uygulanmaktadır²²⁴. Mülteciler açısından ise menşe devletlerinin vatandaşlığı etkin bir şekilde tezahür etmemektedir; zaten bu bireylerin mülteci hâline girmiş olmalarının en önemli sebebi de budur. Ayrıca mütekabiliyeti uygulayan devletlerin amaçlarından birinin yabancılara kendisi kadar liberal ve eşitlikçi bir muamele öngörmeyen devletlere, bu devletlerin vatandaşları üzerinden ulaşılarak bir tür mesaj verilmesi olduğu gözetildiğinde, mültecilerin bu iletkenlik görevini hâiz bireyler olmadıkları sonucuna ulaşılabilecektir²²⁵. Çünkü mülteciler, zaten kendi devletleri tarafından korun(a)mayan bireylerdir, dolayısıyla onlar üzerinden menşe devletlerine ulaşılmaya çalışılması anlamsız olacaktır²²⁶.

1951 Sözleşmesi'nde mültecilere yönelik muameleye ilişkin olarak düzenlenen bir diğer husus, bu bireyler için karşı işlemin de (mukabele-i bilmisil/misilleme) uygulanmayacağıdır. Sözleşme'nin 8. maddesi uyarınca, “[y]abancı bir Devlet

²²³ Bu hususta ayrıntılı bilgiler için bkz. RENE PROVOST, «Reciprocity». UAD'nin *Barcelona-Traction* kararında insan haklarının *erga omnes* yükümlülük doğurduğunun ve bu sebeple tüm devletlerin bu yükümlülüğün altına girdiğinin kabul edilmesi konusundaki açıklamalarımız için bkz. yuk..§1.I.A.2. Ayrıca AİHS ve AİHK gibi düzenlemelerde de mütekabiliyet esası kabul edilmemiştir. *Austria v. Italy* kararında, AİHS'in amacının ulusal menfaatleri gözetmek kaygısıyla karşılıklı hak ve yükümlülükler yaratmak değil, ortak bir kamu düzeni alanı oluşturmak olduğu vurgulanmıştır: *Austria v. Italy* 4YB ECHR (1961), 138 naklen, ALEXANDER ORAKHELASHVILI, «Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights», *European Journal of International Law* 14, sayı 3 (2003): 548; Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin (*Inter-American Human Rights Court*), AİHK'e ilişkin görüşünde de, bu Konvansiyon'un, devletlerin hak ve yükümlülüklerinin karşılıklı etkileşimini değil, devletlerin belirli insan hakları standartlarını karşılamaları yönünde tek taraflı bir dizi düzenlemeyi içerdiği belirtilmiştir: The Effect of Reservations on the Entry Into Force of the American Convention on Human Rights (Arts. 74 and 75), Advisory Opinion OC-2/82, 24.09. 1982, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. A) No. 2 (1982); para. 27.

²²⁴ ERDOĞAN GÖĞER, *Yabancılar Hukuku*, 28.

²²⁵ Secretary, General, “Memorandum”, 29 naklen JAMES C. HATHAWAY, *Rights of Refugees*, 194.

²²⁶ Bu görüş, Sözleşmenin hazırlık çalışmaları sırasında zikredilmiştir: PAUL WEIS, *Travaux Préparatoires*, 40, 42.

vatandaşlarının kişiliklerinin, mallarının veya menfaatlerinin aleyhinde uygulanabilecek istisnai tedbirler bakımından Taraf Devletler, bu gibi tedbirleri söz konusu yabancı devletin resmen vatandaşı olan bir mülteciye, sırf bu vatandaşlığına dayanarak uygulamayacaklardır. Bu maddede ifâde olunan genel ilkeyi mevzuatlarına göre tatbik edemeyen Taraf Devletler bu gibi mültecilere uygun hallerde muafiyet tanıyacaklardır”.

Karşı işlem, “devletin, yabancı bir devlet ülkesinde bulunan kendi vatandaşı gerçek ve tüzel kişilerin çeşitli türdeki haklarını ihlâl eden fiillerine karşı, aynı şekilde mukabele ederek gereken kararları alması” olarak açıklanabilir²²⁷. Böylece devlet, idari kararlar, olağanüstü kanunlar kural dışı hükümler getirerek başka bir devletin vatandaşlığını taşıyan yabancıların haklardan faydalanması önlediği için yabancılar arasında haklardan faydalanma açısından mevcut olan eşitliği de bozmuş olur²²⁸. Bu bağlamda, karşılıklılığın mülteciler açısından uygulanmaması hususundaki gerekçeler, karşı işlemin uygulanmaması açısından da geçerlidir.

Sözleşme’de, sığınma devletinde “genel olarak yabancılarla uygulanan muamele” ile eşitlenmesi güvence altına alınan asgari standardın, bazı hususlarda daha yüksek bir seviyeye çıkarılmasının da teşvik edildiği görülmektedir. Örneğin, menkul ve gayrimenkul mülkiyeti edinme (md.13); ücretsiz (md.18) ve serbest (md. 19) mesleklerde çalışma; mesken (md.21) , yüksek eğitim görme hakkı (md.22(2)) gibi hususlarda, “mümkün olduğu kadar müsait ve her halde genel olarak aynı şartlar içindeki yabancılarla tanınanlardan daha az müsait olmayan” bir muamele yapılması öngörülmüştür. Sözleşme’nin hazırlık çalışmalarında, “mümkün olduğu kadar müsait (as favourable as possible)” ifâdesi ile amaçlananın, mültecilerin bazı hakları kullanmaları açısından, mümkün olan durumda ve iyi niyet çerçevesinde genel muamele standardının üzerine çıkılmasının teşvik edilmesi olduğu ancak bunun

²²⁷ AYSEL ÇELİKEL ve GÜNSELİ (ÖZTEKİN) GELGEL, *Yabancılar Hukuku* (İstanbul, 2013), 64.

²²⁸ ERDOĞAN GÖĞER, *Yabancılar Hukuku*, 31.

mültecilerin (belirtilen haklar açısından) yabancılara uygulanan en yüksek muameleye tâbi kılınmasının sağlanması olarak anlaşılmaması gerektiği belirtilmiştir²²⁹.

Bununla birlikte, Sözleşme’de bazı hususlarda açıkça vatandaşa eşitlik bazen de en çok gözetilen ulus esasından hareket edilerek mültecilerin hak ve hürriyetlerinin düzenlendiği de görülmektedir²³⁰. Örneğin, mahkemede taraf olarak bulunma hakkı (md.16), eğitim (md. 22), sosyal yardım (md. 23), çalışma mevzuatı ve sosyal sigorta (md. 24), din ve ibadet hürriyeti (md.4), fikri ve sınai mülkiyet haklarının korunması (md.14) hususlarında vatandaşa eşit muamele tanınmış; ücretli meslek edinme (md.17), dernek hakkı (md.15) bakımından ise yabancılara yönelik en müsait muamelenin uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.

Böylelikle mülteciler (ve sığınmacılar) genel olarak yabancı kategorisinde bulunmakla birlikte bir takım ayrıcalıkları hâiz olmuşlardır²³¹. İşte bu sebeple, mülteciyi genel olarak diğer yabancılardan farklı kılan husus, sadece mültecilik hâinden değil, uluslararası hukukun bu hâli tanıyarak bir statüye dönüştürmesi ve özel bir koruma alanına dâhil etmesinden de kaynaklanır²³².

²²⁹ Statement of Mr. Henkin of the United States, UN Doc. E/AC.32/SR.13, 26.01.1950, naklen, JAMES C. HATHAWAY, *Rights of Refugees*, 200.; ayrıca bkz. PAUL WEIS, *Travaux Préparatoires*, 83, 85. Böylece belirtilen haklar açısından, devletlerin birbirlerinin vatandaşlarına diplomatik bir karşılıklılık çerçevesine tanıdığı bazı imtiyazların mültecilere uygulanmayabileceği anlaşılmaktadır. Zaten, yabancılara uygulanan genel standarttan daha müsait bir standardın uygulanabileceği yönündeki bu hüküm emredici bir niteliği de hâiz değildir: Ad Hoc Committee on Statelessness and Related Problems, First Session: Summary Record of the Thirty-First Meeting Held at Lake Success, New York, on Thursday, 16 February 1950, at 10.30 a.m., <<http://www.unhcr.org/3ae68c194.html>> (E.T.: 22.12.2012); JAMES C. HATHAWAY, *Rights of Refugees*, 200.

²³⁰ BÜLENT ÇİÇEKLİ, *Yabancılar Hukuku*, 258.

²³¹ Doktrinde bazı yazarlarca mültecilerin özel statülü yabancılar olarak değerlendirildikleri de görülmektedir. Mültecilerin Türk yabancılar hukuku çerçevesinde bu şekilde sınıflandırılması yönünde bkz. aşa. §7. Hathaway, 1951 Sözleşmesi’nde mültecilere genel muamele standardının üzerine çıkılıp bir takım ayrıcalıklar sağlayan hükümlerin tâbi olduğu standartları “istisnai muamele standartları” olarak etiketleyip incelemiştir: JAMES C. HATHAWAY, *Rights of Refugees*, 192. 1951 Sözleşmesinin mültecileri diğer yabancılara göre ayrıcalıklı kılan hükümler içerdiği bu sebeple mülteciler ile diğer yabancıların 1951 Sözleşmesi temelinde farklı bir konuma yerleştirilmiş olduğu yönünde ayrıca bkz. TOM CLARK ve FRANÇOIS CRÉPEAU, «Mainstreaming Refugee Rights-The 1951 Refugee Convention and International Human Rights Law», *Netherlands Quarterly of Human Rights* 17 (1999): 391.

²³² “Mültecilik sıfatının verilmesi önemlidir zira bu suretle haklarındaki anlaşmalarda tanınan haklardan ve içinde bulundukları memleketlerin andlaşmalar dışında tanıdıkları haklardan yararlanırlar” (..) İltica

IV. MÜLTECİ STATÜSÜ TANIMININ ULUSLARARASI KORUMANIN SAĞLANMASI AÇISINDAN YETERSİZ KALMASINA YÖNELİK ÇÖZÜM ARAYIŞLARI

1967 Protokolü değişiklikleri ile 1951 Sözleşmesi çerçevesinde tanımlanan mülteci statüsünün, Avrupa odaklı ve belirli bir zaman dilimine yönelik olan etki alanı genişletilmeye çalışsa da, Sözleşme'nin özellikle Soğuk Savaşın izlerini belirgin bir şekilde yansıtmaya devam etmesi, yıllar içinde değişen şartlar çerçevesinde statünün kapsamadığı fiilî mültecilerin sayısının neredeyse kapsadıklarından fazla bir hâl almasına sebep olmuştur. Zira zorunlu göç ve sığınma ihtiyacı belirli bir coğrafyaya ve belirli bir döneme hasredilemeyecek bir boyut kazanmıştır. Özellikle, iç savaş, yabancı baskısı, genel zulüm gibi, ayırım gözetmeyen şiddet hareketlerinin çoğalması, mülteci kavramının sadece kısıtlı bir alanına ışık tutan mülteci statüsünün koruma açısından yetersiz kalmasıyla sonuçlanmıştır. Bu nedenle, statü dışında kalan bireylere de koruma sağlanabilmesi yönünde bir takım çabalar sarf edilmeye başlamıştır. BMMYK, koruma yetkisinin alanını genişleterek, soruna çözüm aramıştır. Bazı bölgesel düzenlemelerde mülteci tanımı genişletilerek korunma ihtiyacı içerisinde olan bireylerin mümkün olduğunca kapsayıcı bir çerçevede mülteci korumasından faydalanması sağlanmaya çalışılmıştır. Kimi devletler ise mülteci statüsü tanımını genişletmektense, statü dışında kalan bireyler için farklı koruma statüleri yaratarak, Sözleşme korumasının tamamlanmasını sağlamaya çalışmıştır. Söz konusu çözüm arayışlarının ortaya konulması, mülteciliğin değişken görünümünün mülteci statüsünün şekillenmesi hususuna nasıl etki ettiğinin gösterilmesi bakımından önem taşımaktadır.

ettikleri memleketlerce mültecilik sıfatları tanınmayanların hukukî durumu normal yabancılardan çok kötüdür. Buna mukabil mültecilik sıfatı gerek memleket kanunlarınca ve gerekse milletlerarası andlaşmalarca tanınan kişiler genellikle memlekette yabancıların hâiz oldukları bütün haklardan istifâde ettikleri gibi bir çok hâllerde kendilerine daha geniş haklar verilmiştir”: YILMAZ ALTUĞ, *Mülteciler*, 6, 54.

A. BMMYK'nın *Ratione Personae* Yetki Alanının Genişletilmesi

Soğuk Savaş döneminden farklı olarak, ilerleyen yıllarda, mülteciler devletler açısından siyasî önemlerini yitirmeye başlamış, *Trinh*'in ifâdesiyle artık birer “kahraman” olarak karşılandıkları dönem sona ermiş, uluslararası güvenliği zedeleme riski taşıyan “tehdit unsurları” olarak görölmeye başlanmışlardır²³³. Bu sebeple BMMYK'nın yetki alanının sınırlarını genişletme ihtiyacı ortaya çıkmıştır. BMMYK'nın bugünkü yetki alanının sujeleri, BMGK, BMESK ve Yürütme Kurulu kararlarının desteğiyle, sadece Tüzükte gönderme yapılan mülteci gruplarını²³⁴ kapsamaktan öteye geçmiştir. BMMYK'nın bugünkü yetkisi kapsamına giren bireyler açısından ikili bir ayırım yapmak yerinde olacaktır. İlk grup, BMMYK'nın genel yetki alanına giren bireylerden oluşmaktadır. Bu genel yetki kapsamındaki bireyler de kendi içerisinde üç kategori altında incelenebilir: (i) mülteciler ve sığınma arayanlar-sığınmacılar- (ii) vatansız kişiler (iii) geri dönenler. Öte yandan, ikinci grup ise, BMMYK'nın genel yetki alanı içerisine girmeyen ancak kendilerine koruma ve insanî yardım sağlanması konusunda sınırlı ve seçici bir yetkiden söz edilebilecek olan bir gruptur. Bu grup da, (i) ülkesinde yerinden edilmiş kişiler ile (ii) yerinden edilme tehdidi altında bulunan veya başka nedenlerle risk altında bulunan kişilerden oluşmaktadır²³⁵.

BMMYK'nın yetkisi kapsamına giren “mülteciler”den anlaşılması gereken, hem 1951 Sözleşmesi tanımına göre, hukukî statüsü mülteci olanlar hem de Sözleşmeye girmedikleri halde silahlı çatışmalar veya diğer “insan kaynaklı” felâketler²³⁶ sonucunda

²³³ HOI TRINH, «UNHCR», 40.

²³⁴ Bkz. yuk.ş1.II.B.2.c.aa.

²³⁵ VOLKER TÜRK, «The Role of UNHCR in the Development of International Refugee Law», içinde *Refugee Rights and Realities Evolving International Concepts and Regimes* (Cambridge, 1999), 155.

²³⁶ “İnsan kaynaklı felâketler” ifâdesinin açıklaması şu şekilde yapılmaktadır: savaşlar, silahlı çatışmalar, şiddet hareketleri, yabancı hâkimiyeti, silahlı yabancı müdahalesi, işgâl; ayrımcılık, zulüm, insan hakları ve temel hak ihlâlleri, toplu zorla sınır dışı etme, fiziksel bütünlüğü ve hayat idamesini tehdit eden ekonomik ve sosyal faktörler, gelişime yönelik yapısal problemlere sebep olacak politikalarla şekillenen ağır derece ayrımcı ve ırkçı rejimler, insan kaynaklı ekolojik bozulmalar ve ciddi çevresel zararlar: BMGKK, S. 41/70, 3 Aralık 1986, paras.30-40; BMGKK S. 41/124, 4 Aralık

zorunlu göçe maruz kalmış olan bireylerdir. İkinci grup mülteciler, BMMYK Tüzüğünde yer almamakla birlikte, sonradan BMMYK yetkisi içerisine dâhil edilmişlerdir²³⁷. Mültecinin yanında, BMMYK yetkisi kapsamında olan diğer bir grup da sığınmacı (*asylum seeker*) grubudur. Sığınmacı ifâdesi, mülteci statüsü henüz belirlenmemiş olan bireyler için kullanılan bir terim olarak BMMYK'nın *ratione personae* yetkisi içerisine dâhil olmuştur. Bireysel mülteci statüsü belirleme işlemlerinin uygulan(a)madığı toplu sığınma veya yaygın sığınma ya da toplu karışık göç durumlarındaki bireyler de sığınmacı olarak kabul edilmekte ve BMMYK'nın yetkisi içerisine dâhil edilmektedir²³⁸. Vatansızlar²³⁹ ise, mülteci statüsü şartlarını taşıdıkları ölçüde veya başka bir şekilde uluslararası koruma ihtiyacı içerisinde bulunmaları şartıyla, BMMYK'nın koruma yetkisi alanı içerisine girmektedirler. BMMYK'nın genel yetkisi içerisine giren son grup, “geri dönenler”in oluşturduğu gruptur. Geri dönenler (*returnees*) kaçmalarına sebep veren olayların ve tehdidin ortadan kalkması sebebiyle, menşe ülkelerine geri dönen ve eskiden mülteci statüsü sahibi olmuş bulunan bireylerdir²⁴⁰. BMMYK geri dönenler açısından sorumluluğun sınırlarını bu bireylerin ülkelerine dönmesiyle çizmemiş, bireylerin ülkelerine döndükten sonra koruma ve güvenliklerinin sağlanması konusunda menşe ülkede de faaliyetlerini sürdürmeyi görev edinmiştir²⁴¹. Bu sebeple, geri dönenler de, artık mülteci statüleri sona ermiş olsa bile, BMMYK'nın *ratione personae* yetki alanına girmeye devam etmektedirler.

1986, para.10; BMGKK, S. 42/109, 7 Aralık 1987, para.9; BMGKK, S. 43/117, 8 Aralık 1988, para.11.

²³⁷ Bu grup içerisinde yer alan mülteciler, BMESK'nin 2011 sayılı kararı ile, BMMYK'nın yetkisi içerisine dâhil edilmişlerdir: BMESK Kararı, S. 2011(LXI), 2 Ağustos 1976.

²³⁸ Bkz. BMMYK Yürütme Kurulu Kararı, S..22 (XXXII) (*on Protection of Asylum Seekers in Situations of Large-Scale Influx*), 1988.

²³⁹ BMMYK açısından, vatansız, herhangi bir devlete ulusal kanunlar kapsamında vatandaşlık bağı ile bağlı olmayan bireyler ile geçmişte vatandaşlık bağına sahip olmasına rağmen, artık vatandaşlığı etkin olmaktan çıkmış bireyler anlamına gelmektedir. BMMYK istatistiklerinde, vatandaşlık durumu belirlenemeyen şahıslar da vatansız kategorisi içerisinde değerlendirilmektedir: *2008 Global Trends: Refugees, Asylum-seekers, Returnees, Internally Displaced and Stateless Persons* (BMMYK Yayını) (Cenevre, 2009), 6, <<http://www.unhcr.org/4a375c426.html>> (E.T.: 12.12.2012).

²⁴⁰ VOLKER TÜRK, «The Role of UNHCR in the Development of International Refugee Law», 157.

²⁴¹ Bkz. BMMYK Yürütme Kurulu Kararı, S. 40 (XXXVI) (*on Voluntary Repatriation*), 1985.

BMMYK'nin yetki alanına giren genel grup dışında bir de ülkesinde yerinden edilmiş kişiler ile yerinden edilme veya başka türlü tehdit altında bulunan bireyler de yer almaktadır²⁴². Ülkesinde yerinden edilmiş kişilere ilişkin genel olarak kabul edilmiş bir tanım bulunmamaktadır. Bununla birlikte, BMMYK açısından bu bireylerin, silahlı bir çatışma, yaygın şiddet hareketleri, insan hakları ihlalleri veya doğal ya da insan kaynakları felaketler gibi sebeplerle evlerini veya yerleşim yerlerini terk etmeye zorlanmış olup, henüz bir uluslararası sınırı geçmemiş olan²⁴³ kişiler olduğu ifade edilebilir²⁴⁴.

BMMYK'nın kişi yönünden yetkisinin belirtilen şekilde genişletilmesiyle, Sözleşme tanımı içerisine giren ve Sözleşme tanımı içerisine girmediği halde BMMYK'nın yetkisi içerisine dâhil edilmiş olan iki farklı grup ortaya çıkmıştır. BMMYK, uluslararası hukukun ve insan hakları hukukunun dinamik yapısı gereği, Sözleşmenin geniş yorumlanması gerektiğinden hareketle, yetkisi içerisine giren mültecilerin büyük çoğunluğunun Sözleşme mültecileri olarak değerlendirilmesinin yerinde olacağı görüşündedir²⁴⁵.

B. Bölgesel Düzenlemelerde Genişletilmiş Mülteci Tanımları

1951 Sözleşmesi'nin Avrupa odaklı mülteci statüsü tanımı, özellikle iç karışıklık, yabancı devlet işgali gibi sebeplerle şiddetin ayırım gözetmeksizin yaygın

²⁴² Ülkesinde yerinden edilmiş bireylere ilişkin olarak, BMMYK faaliyetlerinin oluşturulabilmesi için bir takım şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu şartlar; Genel Sekreterlik veya yetkili bir BM organı tarafından belirli bir talepte bulunulması, ilgili devletin veya diğer kurumların rıza göstermesi ve Komiserliğin duruma has uzmanlığı ve deneyiminin gelişmiş olmasıdır. Bu şartların yanında ek bir şart olarak, uygun kaynakların mevcudiyeti de yer almaktadır: VOLKER TÜRK, «The Role of UNHCR in the Development of International Refugee Law», 159.

²⁴³ Bu bireyler, uluslararası sınırları geçtikleri takdirde, BMMYK'nın faaliyetleri açısından mülteci çerçevesi içerisine girebileceklerdir: UNHCR, *UNHCR's Operational Experience with Internally Displaced Persons*, (Geneva 1994), 76.

²⁴⁴ Tanım için bkz. Guiding Principles on Internal Displacement, UNHCR 1998. Ülkesinde yerinden edilmiş kişilerin kavramsal çerçevede sosyolojik bir bakış açısıyla mülteci olarak kabul edilebilecekleri yönünde bkz. yuk. §1. I.B.1. 1951 Sözleşmesi kapsamında bu bireylerin mülteci olarak kabul edilemeyecekleri hususunda ise bkz. aşağı. §4.II.A.

²⁴⁵ Bkz. UN Doc. A/AC.96/830, paras. 20-28; VOLKER TÜRK, «The Role of UNHCR in the Development of International Refugee Law», 157.

bir hâl aldığı bölgeler açısından işlevsiz bir hâl almaya başlamıştır. Bu sebeple, mülteci tanımı ihtivâ eden tüm bölgesel düzenlemelerde, 1951 Sözleşmesi kaynak alınmakla birlikte, Sözleşme’de yer alan mülteci tanımının, mültecilik hâlinin fiilî gerçekliklerine göre genişletildiği görülmektedir. Mültecinin Soğuk Savaş şartlarından farklı bir temelde algılandığı; Afrika, Orta Amerika ve Arabistan bölgelerinden kaynak alan düzenlemelerde özellikle bu yönde bir esnekliğin söz konusu olduğu görülmektedir.

1. ABÖ Mülteci Sözleşmesi

1951 Sözleşmesi’ndeki mülteci tanımını esas alan ilk bölgesel düzenleme 1969 tarihli ABÖ Mülteci Sözleşmesi’dir (ABÖ Sözleşmesi). ABÖ Sözleşmesi’nin dibacesinde “1951 Sözleşmesi’nin ve (...) 1967 Protokolü’nün mülteci statüsüne ilişkin olan temel evrensel bir kaynak olarak tanındığı” belirtilmiştir. ABÖ Sözleşmesi’nin 1(1). maddesinde ise mülteci, 1951 Sözleşmesi tanımıyla birebir aynı olacak şekilde nitelenmiştir²⁴⁶. Ancak ABÖ Sözleşmesi’nin 1(2). maddesinde yer alan hüküm, 1951 Sözleşmesi tanımından farklı bir düzenlemeye de yer vermektedir. İlgili hükme göre “mülteci terimi menşe ülke ya da tabiiyetinde olduğu ülke dışındaki bir yerde koruma sağlamak üzere mutad olarak ikamet ettiği yeri, dış saldırı, işgal, yabancı hâkimiyeti ya da menşe ülkenin veya tabiiyetinde bulunduğu ülkenin bir kısmında ya da tamamında kamu düzenini ciddi şekilde sarsan olaylar yüzünden terk etmek zorunda kalan kişiler için de geçerli olacaktır”.

ABÖ’nün, 1951 Sözleşmesi mülteci tanımını temel alan ancak onu genişleten tanımının mülteci koruması açısından, çağdaş gereksinimleri ve mültecilik hâlinin gerçekliklerini belirgin bir şekilde karşıladığı; böylece mülteciliğin özünü daha berrak bir hâlde yansıttığı belirtilmelidir²⁴⁷.

²⁴⁶ ABÖ Sözleşmesi’nin 1(1). maddesindeki mülteci tanımı 1967 Protokolü ile kaldırılan tarihî ve coğrafi sınırlamayı içermemektedir.

²⁴⁷ JAMES C. HATHAWAY, *Refugee Status*, 17.

2. Arap Devletlerinde Mültecilerin Durumunu Düzenleyen Arap Sözleşmesi

Arap Devletlerinde Mültecilerin Durumunu Düzenleyen Arap Sözleşmesi, Arap Ülkeleri Birliği Konseyi tarafından 27 Mart 1994 tarihinde kabul edilmiştir²⁴⁸. Arap Sözleşmesi'nin Dibacesinde, devletlerin dinî inançları ve ahlâki kurallarından esinlenildiği, diğer insan hakları sözleşmeleri ile birlikte 1951 Sözleşmesi ve 1967 Protokolü'nün mülteci korumasındaki rolünün teyit edildiği belirtilmiştir. Sözleşme'nin 1(1). maddesinde, 1951 Sözleşmesi'ndeki tanım zulüm nedenlerine “etnik kökenin” de eklenmesi ile birlikte aynen kabul edilmiştir. Bununla birlikte, aynı hükmün ikinci fıkrasında, “ülkesine yönelik savaş, işgal ya da yabancı denetimi ya da ülkenin bütününde ya da bir bölümünde kamu düzeninin ciddi biçimde bozulmasıyla sonuçlanan doğal afet ya da yıkıcı olayların meydana gelmesi nedenleriyle, menşe ülke, yer veya daimi ikameti dışında bir ülkede sığınma aramak zorunda kalan her hangi bir kimse” de mülteci tanımı içerisine dâhil edilmiştir. Böylelikle mülteci tanımı, tıpkı ABÖ Sözleşmesi ve Cartagena Bildirisi tanımında olduğu gibi genişletilmiştir.

3. Cartagena Deklarasyonu

Latin Amerika devletleri tarafından 1984 yılında, mülteci sorununa yönelik çözümlere katkı sağlaması amacıyla kabul edilen Cartagena Deklarasyonu'nda da 1951 Sözleşmesi ve 1967 Protokolünü temel alan ancak ABÖ Sözleşmesi örneğini benimseyen bir mülteci anlayışından hareket edildiği görülmektedir. Deklarasyon, bölge ülkelerini 1951 Sözleşmesi ve 1967 Protokolü'ne taraf olmaya; taraf olan devletleri ise bu düzenlemelerin uygulanmasını kolaylaştıracak ulusal kanun ve yönetmelikleri kabul etmeye teşvik etmiştir.

Deklarasyon'un 3. maddesinde, Orta Amerika bölgesindeki kitlesel mülteci akınından edinilen tecrübeler göz önünde bulundurularak ABÖ Sözleşmesindeki ve

²⁴⁸ Arap Sözleşmesi'nin Türkçe metni için bkz. <http://www.unhcr.org.tr/uploads/root/2.1_m%C3%BClteciler.pdf> (E.T.: 23. 12. 2012).

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu'nun raporlarında kullanılan öğretinin ışığında, mülteci statüsünün kapsamının genişletilmesinin gereği vurgulanmıştır. Böylece, bölgede kullanılması tavsiye edilen mülteci tanımı, 1951 Sözleşmesi'nin ve 1967 Protokolü'nün öğelerini içerdiği gibi bunun yanısıra yaygın şiddet, dış saldırı, iç çatışmalar, yaygın insan hakları ihlalleri ya da kamu düzenini ciddi şekilde bozan diğer durumlardan dolayı hayatları, güvenlikleri ya da özgürlükleri tehdit altında olduğu için ülkelerinden kaçan kişileri de kapsamaktadır.

C. Tamamlayıcı Koruma Çerçevesinde Alternatif²⁴⁹ Arayışları

Tamamlayıcı koruma, mülteciyi Soğuk Savaş şartları ekseninde tanımlayan 1951 Sözleşmesi'nin korunma ihtiyacı içerisinde olan tüm bireyleri kapsayan bir uygulama alanını hâiz olmamasının sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Esasen tamamlayıcı korumanın temelinde, uluslararası koruma ile insan hakları arasındaki yakın ilişki yatmaktadır. İnsan hakları sözleşmelerinde açıkça sığınmaya ilişkin hükümler bulunmamakla birlikte, bu nitelikteki hemen hemen tüm düzenlemelerde, yaşam hakkı ve işkence yasağı çerçevesinde geri gönderme yasaklanmış bulunmaktadır²⁵⁰. Bununla birlikte, temel hak ve hürriyetlerin ayırım gözetmeden tüm bireylere yönelik olarak garanti altına alınması, Sözleşme kapsamı dışında kalan sığınmacıların, 1951 Sözleşmesi dışındaki genel nitelikli insan hakları sözleşmeleri ve düzenlemeleri ile korunabilmesini sağlamıştır.

Tamamlayıcı korumaya duyulan ihtiyaç özellikle, iç karışıklık, iç savaş, yabancı işgâli gibi genel ve yaygın şiddete maruz kalma riski olan bireylerin durumuna ilişkin olarak ortaya çıkmıştır. 1951 Sözleşmesi'nin mülteci statüsünün tanınması için zulüm nedenleri ve haklı nedenlere dayanan zulüm korkusu arasında bir bağ oluşmasını şart koşması, zulüm ihtimâlinin doğrudan doğruya mülteci bireye yönelmesi gerekliliğini

²⁴⁹ Başlıkta alternatif ifâdesinin kullanılmasının sebebi, tamamlayıcı korumanın mülteci tanımının genişletilmesine alternatif kılınmış olduğunun düşünülmesidir. Yoksa tamamlayıcı korumanın mülteci korumasına alternatif teşkil eden bir koruma olarak değerlendirilmesi kanımızca uygun olmayacaktır.

²⁵⁰ Bu husustaki açıklamalarımız için bkz. aşa.ş2.II.D.2.

doğurmuştur²⁵¹. Oysa zulüm ihtimâlinin belirli nedenler ekseninde doğrudan doğruya bireye yönelmediği durumlar belki de günümüz şartlarında en çok rastlanılan zorunlu göç sebebini oluşturmaktadır. Tamamlayıcı korumanın kapsamını özellikle yaygın ve genel şiddete maruz kalma riski taşıyan bireylerin oluşturması, bu korumanın da Avrupa, Kuzey Amerika ve Avustralya kıtalarında gelişim göstermesine sebep olmuştur. Zira yaygın şiddet hareketlerinin daha sık görüldüğü Afrika veya Orta Amerika ülkelerinde benimsenen mülteci tanımı 1951 Sözleşmesi tanımından daha geniş bir kapsama sahip olduğu için bu türden bir tehlikeye maruz kalan bireyler, bu bölgelerde zaten mülteci statüsü kapsamında korunabilmektedir²⁵². Bu bağlamda, AB, ABD, Avustralya, Kanada²⁵³ ve Yeni Zelanda, gelişmiş tamamlayıcı koruma sistemleri oluşturmuştur²⁵⁴. Bu sistemler içerisinde en kapsamlı olan ise AB çatısı altında oluşturulan tamamlayıcı koruma sistemidir. AB çerçevesinde, tamamlayıcı koruma, üye devletlerin ortak uygulamalarından yola çıkılarak “ikincil koruma statüsü” çerçevesinde kristalize edilmiştir²⁵⁵. AB’de ikincil koruma, mülteci koruması ile birlikte “uluslararası koruma”

²⁵¹ Ancak iç karışıklık, iç savaş, yabancı işgali gibi genel ve yaygın şiddet durumlarından dolayı sığınma arayışına giren bireylerin mutlak surette Sözleşme kapsamı dışında bırakıldığı söylenemeyecektir. Sadece, bu bireylerin Sözleşmede yer alan zulüm nedenleri ile zulüm ihtimâli arasındaki bağı ortaya koyabilmeleri zor olduğundan statülerinin tanınması da güçleşmektedir. Bu husustaki açıklamalarımız için bkz. aşağıda.

²⁵² RUMA MANDAL, *Protection Mechanisms Outside of the 1951 Convention («Complementary Protection»)*, Legal and Protection Policy Research Series (Switzerland: Department of International Protection, UNHCR, Haziran 2005), ix.

²⁵³ Kanada’da uygulanan sistemde, mülteci koruması hem Sözleşme mültecilerinin korunmasını hem de tamamlayıcı korumayı içeren tek bir çatı altında sağlanmaktadır. Bu hususta bkz. Immigration and Refugee Protection Act (of Canada) 2001, c 27, sub-sections 95-97.

²⁵⁴ ABD, Kanada, Avustralya ve Yeni Zelanda’nın tamamlayıcı koruma sistemleri hakkındaki bilgiler için bkz. JANE MCADAM, «Status Anxiety: Complementary Protection and the Rights of Non-Convention Refugees», *University of New South Wales Law Research Paper* sayı 1 (2010); JANE MCADAM, *Complementary Protection and Beyond: How States Deal with Human Rights Protection*, SSRN Scholarly Paper (Rochester, NY: Social Science Research Network, 2005); RUMA MANDAL, *Complementary Protection*.

²⁵⁵ İkincil koruma statüsü AB’ye üye devletler tarafından uluslararası korumanın sağlanması için sıklıkla başvuru yapılan bir statüdür. 2012 yılına ilişkin istatistiksel veriler, AB çapında üye ülkeler tarafından uluslararası korumadan faydalanmalarına karar verilen toplam 102.700 kişinin 37.100 ‘ünü (%36) ikincil koruma statüsü sahiplerinin oluşturduğunu göstermektedir: EUROSTAT PRESS OFFICE, *Asylum Decisions in the EU27*, Newsrelease (EUROSTAT, 18 Haziran 2013), <http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_PUBLIC/3-18062013-AP/EN/3-18062013-AP-EN.PDF> (E.T.: 21.12.2013).

kapsamında değerlendirilmektedir. Böylelikle AB çatısı altında uluslararası koruma statüleri olarak iki bireysel statü; ikincil koruma ve mülteci statüleri belirlenmiş bulunmaktadır. AB mevzuatı içerisinde, uluslararası koruma statüleri arasında, statünün belirlenmesine yönelik ölçütler açısından farklar bulunmakla birlikte, her iki statü aynı usule ve neredeyse aynı haklara tâbi kılınmıştır²⁵⁶.

§2. MÜLTECİ STATÜSÜNÜN BELİRLENMESİNDE ETKİLİ OLAN HUSUSLAR

Bireyin mülteci statüsünün belirlenmesi, aslında onun belirli bazı ölçütleri taşıyıp taşımadığının tespit edilmesidir. Ancak bu değerlendirmenin yapılabilmesi için önem arz eden birtakım unsurlar söz konusudur. Uluslararası hukuk ekseninde, mülteci statüsünün belirlenmesi için aranan ölçütler 1951 Sözleşmesi ile şekillendirilmiş olduğundan²⁵⁷, Sözleşme'nin yorumlanması önem arz etmektedir. Zira bu ölçütlerin değerlendirilmesi bir yorumlama faaliyetidir²⁵⁸. Şu hâlde statünün belirlenmesini sağlayan ilk unsurun Sözleşme'nin yorumlanması olduğu belirtilebilir. Mültecinin hukukî statüsünün belirlenebilmesi, öncelikle bu kişinin sığınmaya erişiminin güvence altına alınması ile mümkün olur. Bu güvence ise uluslararası korumanın temel taşı olan geri gönderme

²⁵⁶ AB Vasıf Yönergesinin değişikliklerle şekillenen 2011 tarihli son hâlinin kabul edilmesinden önce, Avrupa Toplulukları Komisyonu tarafından 2009 yılında verilen teklifte, Hague Zirvesinde alınan kararlara paralel olarak, iki koruma statüsünün tek bir koruma statüsü (uluslararası koruma statüsü) altında birleştirilmesine değinilmiştir. Bununla birlikte belgede, üye devletlerin çoğunluğunun iki koruma statüsünün muhafaza edilmesi ancak bu statülere bağlanan hakların yakınlaştırılması ve denkleştirilmesi hususunda uzlaştıkları da belirtilmiştir. Nitekim buradan hareketle, Yönerge'nin 2011 tarihli değiştirilmiş (*recast*) hâlinde mülteci ve ikincil koruma statülerinin muhafaza edildiği ancak bu iki statüye bağlanan hakların büyük ölçüde yakınlaştırıldığı görülmektedir. İlgili Komisyon teklifi için bkz. Commission of the European Communities, 'Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Minimum Standards for the Qualification and Status of Third Country Nationals or Stateless Persons as Beneficiaries of International Protection and the Content of the Protection Granted' Brussels, COM(2009) 551, 2009/xxxx (COD) <[http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com\(2009\)0551_/com_com\(2009\)0551_en.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com(2009)0551_/com_com(2009)0551_en.pdf)> (E.T.: 12.12.2012). Uygulamada AB üyesi ülkelerden bazılarında (Hollanda, İrlanda, Çek Cumhuriyeti, Litvanya, Romanya, Nordik ülkelerinin birçoğu, Birleşik Krallık, Yunanistan ve Slovenya) iki statünün tek bir çatı altında birleştirildiği de aktarılmaktadır: bu husustaki bilgiler için bkz. JANE MCADAM, «Non-Convention Refugees», 3.

²⁵⁷ Söz konusu ölçütlerin değerlendirilmesine yönelik açıklamalarımıza çalışmamızın ikinci bölümünde yer verilmiştir.

²⁵⁸ BÜLENT ÇİÇEKLİ, *Mülteciler*, 51.

yasağı ile sağlanır. Bu sebeple, statünün belirlenebilmesini sağlayan diğer bir unsur, geri gönderme yasağının uygulanması olarak zikretmek mümkün olacaktır. Statünün belirlenmesinde etkili olan üçüncü unsur ise statü belirleme yetkisine ve usulüne ilişkindir. Zira statü belirleme işleminin âdil ve etkin bir şekilde gerçekleşmesi bu işlemin vücuda gelmesinde izlenen usul ile yakın bir bağlantı içerisindedir. Ayrıca statü belirleme yetkisini hâiz olan otoritenin ortaya konulması, statü belirleme sorumluluğunun nasıl tespit edileceği ve bu sorumluluğun nasıl paylaşılacağı hususlarına da ışık tutacaktır.

I. STATÜ BELİRLEMENİN TEMEL KAYNAĞINI OLUŞTURAN 1951 SÖZLEŞMESİ’NİN YORUMLANMASI

Kapsamında, mülteci statüsünün belirlenmesine yönelik ölçütler barındıran evrensel nitelikli tek uluslararası sözleşme 1951 Sözleşmesi’dir. Sözleşme, bu hâliyle bölgesel nitelikli düzenlemelere de kaynaklık etmiştir. Bu sebeple, uluslararası hukukta mülteci statüsünün belirlenmesi hususunda temel kaynak olarak ele alınmaktadır²⁵⁹.

Sözleşme’nin 1. maddesi içerisinde yer alan ölçütler, *Clark*’ın ifâdesi ile âdeta resmî mülteci statüsüne ulaşmayı sağlayan bir pasaport niteliğindedir²⁶⁰. 1951 Sözleşmesi ise çok taraflı bir uluslararası sözleşme olması sebebiyle, ayrıntıdan uzak hükümler ihtivâ etmektedir. Bu sebeple Sözleşme’nin ne şekilde yorumlanması gerektiği özellikle hem statü belirleme ölçütlerinin değerlendirilmesi açısından hem statünün belirlenebilmesini sağlayan bir işlevi de hâiz olan geri gönderme yasağının anlaşılması bakımından çok büyük bir önemi hâizdir²⁶¹.

²⁵⁹ Bu hususta bkz. JEAN-YVES CARLIER, «The Geneva Refugee Definition and the «Theory of the Three Scales»», içinde *Refugee Rights and Realities Evolving International Concepts and Regimes*, ed. Frances Nicholson ve Patrick Twomey (New York, 1999), 37–40.

²⁶⁰ TOM CLARK, «Rights Based Refuge, the Potential of the 1951 Convention and the Need for Authoritative Interpretation», *International Journal of Refugee Law* 16, sayı 4 (2004): 584.

²⁶¹ JEAN-YVES CARLIER, «Three Scales», 38. “Mülteci statüsünün belirlenmesi sığınma devletindeki bağlayıcı yasal düzenlemelerin somut iltica taleplerine uygulanmasını içeren bir yorumlama işlevidir”: BÜLENT ÇİÇEKLİ, *Mülteciler*, 51.

A. Genel Olarak Uluslararası Sözleşmelerin Yorumlanmasında İzlenecek Yöntem

Uluslararası niteliği doğrultusunda, 1951 Sözleşmesinin yorumlanmasında Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (Viyana Sözleşmesi)²⁶² temel kaynak olarak değerlendirilmektedir. Viyana Sözleşmesinin hükümleri Sözleşmeye taraf olan ülkeleri bağlamakla birlikte, özellikle 31., 32. ve 33. madde hükümlerinin taraf olmayan devletleri de bağlayacağı kabul edilmektedir. Bu görüş, Viyana Sözleşmesinin ilgili hükümlerinin uluslararası teamül hukuku kuralları haline gelmiş olduğuna yönelik inanca dayanmaktadır. Viyana Sözleşmesine UAD tarafından birçok davada muhatapların Sözleşmeye taraf olup olmadıklarına bakılmaksızın gönderme yapılmıştır. Örneğin, *Gabčíkovo-Nagymaros Project* davası kararında Divan, Viyana Sözleşmesinin hükümlerinin bazılarının mevcut teamül hukukunun bir parçası olduğuna hükmetmiştir²⁶³ Bu davanın yanı sıra, *Guinea-Bissau v. Senegal* davası kararında ise Divan, Viyana Sözleşmesi'nin genel yorum kuralı başlığını taşıyan 31. maddesindeki hükme, (maddeye ve Sözleşmeye gönderme yapmaksızın) uluslararası hukuktaki genel yorum kuralı olarak dayanmıştır²⁶⁴. Divanın görüşüyle birlikte, oldukça çok sayıda devletin Sözleşmeye taraf olmasının²⁶⁵ Sözleşmenin uluslararası teamül hukukun bir parçası olarak kabul edilmesini haklı kıldığı ve bu durumun bir göstergesi olarak Sözleşme hükümlerinin, 1986 tarihli Devletler ile Uluslararası

²⁶² 1969 Vienna Convention on International Treaties, United Nations, Treaty Series, vol. 1155, p. 331. Sözleşme 27 Ocak 1980 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşmenin İngilizce metni için bkz. <http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf> (E.T.: 24. 12. 2011). Sözleşme'nin Türkçe metni için bkz. <http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/Viyana_69.pdf> (E.T.: 24. 12. 2011).

²⁶³ *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment, I.C.J. Reports 1997, 38, para. 46, <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&case=92>> (E.T.: 12.10.2013).

²⁶⁴ *Guinea-Bissau v. Senegal*, Arbitral Award of 31 July 1989, Judgment, I.C.J. Reports 1991, 53, para.48.

²⁶⁵ Güncel olarak Sözleşmeye 113 devlet taraftır. bkz. <http://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?&src=TREATY&mtdsg_no=XXIII~1&chapter=23&Temp=mtdsg3&lang=en> (E.T.: 12. 05.2013).

Örgütler veya Uluslararası Örgütler ile Uluslararası Örgütler Arası Antlaşmalar Sözleşmesi'nin²⁶⁶ içerisine de nakşedildiği ifade edilmiştir²⁶⁷.

Viyana Sözleşmesinin 31. maddesinin hükmü²⁶⁸ uyarınca bir sözleşme öncelikle iyi niyet ile yorumlanmalıdır. Sözleşme taraflarının ilgili sözleşmeyi yorumlama faaliyetlerinin de sözleşmenin kapsamı içerisinde değerlendirilecek olmasından ötürü, sözleşmeye yüklenecek anlamların *pacta sunt servanda* ilkesine de uygun olması gerekmektedir²⁶⁹. Sözleşme iyi niyet ile yorumlanırken, bütünü (içeriği) dikkate alınmalı ve konu ve amacına uygun yorum yapılmalıdır. Tüm bu saydığımız hususlar

²⁶⁶ Sözleşme için bkz. <<http://untreaty.un.org/cod/avl/ha/vclt/vclt.html>> (E.T.: 24. 12. 2012).

²⁶⁷ Ayrıca, uygulamada da Sözleşmeye taraf olmayan devletlerin dahi uluslararası nitelikli bir sözleşmenin yorumunda Viyana Sözleşmesinden faydalandığı ve böylelikle Sözleşmenin taraf devletlerin ötesinde oldukça geniş bir uygulama alanı bulduğu belirtilmektedir: ANTHONY AUST, *Modern Treaty Law and Practice* (Cambridge, 2000), 10, 11. Buna ek olarak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) *Golder v. UK* davası kararında, Sözleşmenin 31 ve 33. maddelerinin uluslararası hukukun genel kabul görmüş ilkelerinden olduğu teyit edilmiştir: *Golder v. UK*, App. No. 4451/70, 21.02.1975, para. 29. Mahkeme bu eğilimini *Bankovic et al. v. Belgium et al.* davasında da tekrarlamıştır: *Bankovic et al v. Belgium and 16 Other States*, (*Bankovic Davası*), App. No. 52207/99, 12.12.2001, para. 55. Çalışmamızda kaynak belirtmeksizin gönderme yapılan AİHM kararları için AİHM'in resmi internet adresinden faydalanılmıştır: <<http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home&c=>>> (E.T.. 10.12.2012).

²⁶⁸ Viyana Sözleşmesi'nin 31. maddesinin metni şu şekilde kaleme alınmıştır:

“Bir andlaşma, hükümlerine andlaşmanın içeriği (context) ile bağlantılı olarak konu ve amacının ışığında terimlerin olağan anlamına uygun şekilde iyi niyetle yorumlanır.

Bir andlaşmanın yorumu bakımından, (andlaşmanın) içeriği, girişini ve eklerini içine alan metne ilaveten, aşağıdakileri kapsar:

a. Andlaşmanın akdedilmesi ile bağlantılı olarak bütün taraflar arasında yapılmış olan andlaşmayla ilgili herhangi bir anlaşma;

b. Andlaşmanın akdedilmesi ile bağlantılı olarak bir veya daha fazla tarafça yapılan ve diğer taraflarca andlaşmayla ilgili bir belge olarak kabul edilen herhangi bir belge.

3. Andlaşmanın içeriği ile birlikte aşağıdakiler (de) dikkate alınır:

a. Taraflar arasında andlaşmanın yorumu veya hükümlerinin uygulanması ile ilgili olarak yapılan daha sonraki (tarihli) herhangi bir anlaşma,

b. Tarafların andlaşmanın yorumu konusundaki mutabakatını tespit eden andlaşmanın uygulanması ile ilgili daha sonraki herhangi bir uygulaması.

c. Taraflar arasındaki ilişkilerde milletlerarası hukukun tatbiki kabil herhangi bir kuralı.

4. Tarafların bir terime özel bir mana vermek istedikleri tespit edilirse, o terime o mana verilir.”

²⁶⁹ İyi niyet ilkesinin 1951 Sözleşmesi'nin yorumlanmasında etkili olan bir ilke olarak incelenmesine yönelik açıklamalarımız için bkz. aşa. §2.D.1.

göz önünde bulundurularak, hükme verilecek olağan anlam değerlendirilmelidir. Eğer bu şekilde yapılan bir yorum tamamen anlaşılma ve tutarsız bir sonuç doğuruyorsa, başka bir yorum yapılmalıdır²⁷⁰. Bu noktada tamamlayıcı yorum araçlarından faydalanılabilir²⁷¹.

Tamamlayıcı yorum araçları içerisinde düzenlemenin yapıldığı koşullar ve hazırlık çalışmaları yer almaktadır. Bir sözleşmenin hazırlık çalışmalarından anlaşılması gereken ise düzenlemenin oluşturulması sırasındaki taslak çalışmaları, diplomatik yazışmalar, düzenlemenin kabul edildiği konferansa ilişkin dokümanlar gibi her türlü hazırlık belgeleridir²⁷².

B. Sözleşmenin Yorumlanmasına Katkıda Bulunabilecek Kaynaklar

1951 Sözleşmesi'nin hükümleri, öncelikle Sözleşmeye taraf olan devletler tarafından yorumlanmaya açık olmakla birlikte²⁷³; taraf devletler arasında Sözleşmeye dayanan bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda, Sözleşme'nin 38. maddesi ve 1967 Protokolünün 4. maddesi gereğince UAD uyuşmazlığa konu olan hükmü yorumlama yetkisine sahiptir²⁷⁴. Ancak UAD henüz herhangi bir kararında 1951 Sözleşmesi'ne ilişkin bir yoruma yer vermemiştir.

²⁷⁰ ANTHONY AUST, *Modern Treaty Law and Practice*, 187.

²⁷¹ Viyana Sözleşmesinin 32. maddesi bu hususta bir düzenleme getirmiştir. 32. madde şu şekilde düzenlenmiştir: “31. maddenin uygulanmasından hasıl olan manayı teyid etmek veya 31. Maddeye göre yapılan yorum, manayı muğlak veya anlaşılma bırakıyorsa, çok açık bir şekilde saçma olan veya makul olmayan bir sonuca götürüyorsa, manayı tespit etmek için andlaşmanın hazırlık çalışmalarına ve yapıma şartları dahil, tamamlayıcı yorum araçlarına başvurulabilir.”

²⁷² HÜSEYİN PAZARCI, *Uluslararası Hukuk*, 92.

²⁷³ Sözleşme'nin taraf devletlere oldukça geniş bir yorum alanı bırakması sonucunda farklı ve çok çeşitli uygulamaların ortaya çıkması doktrinde eleştirilmiştir, söz konusu eleştiriler için bkz. JOAN FITZPATRICK, «Revitalizing the 1951 Refugee Convention», *Harvard Human Rights Journal* 9 (1996): 242, 243.

²⁷⁴ Sözleşme'nin 38. maddesi uyarınca “[b]u Sözleşme' nin Tarafları arasında, Sözleşme'nin tefsiri veya uygulanması hakkında ortaya çıkan ve diğer yollardan halledilmemiş olan uyuşmazlıklar, uyuşmazlığın taraflarından birinin talebi üzerine Uluslararası Adalet Divanı'na sevk edilebilir”. Aynı yönde 1967 Protokolü'nün 4. maddesinde de şu düzenlemeye yer verilmiştir: “[i]şbu Protokol'e Taraf Devletler arasında bu Protokol'ün yorumlanması veya uygulanması ile ilgili olan ve başka

Öte yandan UAD, Sözleşmeyi yorumlamakla yetkili kılınmış tek otorite değildir. BMMYK da bu hususta yetkiye sahip olan bir diğer BM organıdır²⁷⁵. BMMYK'nın bu husustaki yetkisi hem BM Tüzüğü ve BMMYK'nın yetki alanından hem taraf devletler ile BMMYK'nın işbirliği içerisinde olmasını düzenleyen Sözleşme'nin 35. ve 1967 Protokolü'nün 2. maddelerinden kaynaklanmaktadır²⁷⁶. BMMYK'nın Sözleşmenin yorumlanmasına katkıda bulunan bir çok kaynağı bulunmakla birlikte, bunlardan en önemlisi “*Mülteci Statüsünün Belirlenmesine İlişkin Usul ve Şartlara Dair El Kitabı*” (El Kitabı)²⁷⁷ dır. İlk kez 1979 yılında daha sonra 1992 yılında yayınlanan El Kitabı, mülteci statüsünün belirlenmesine ilişkin yol gösterici bir kılavuz niteliğindedir. Bu niteliğiyle bağlayıcılığı haiz değildir²⁷⁸. Bununla birlikte uygulamada El Kitabı oldukça sık bir şekilde başvurulmuş bir kaynaktır. El Kitabının hazırlanmasında, BMMYK'nın alandaki deneyimlerinden,

yollarla çözülemeyen herhangi bir uyuşmazlık, bu uyuşmazlığın taraflarından herhangi birinin talebi üzerine Uluslararası Adalet Divanı'na götürülecektir”.

²⁷⁵ Genel olarak uluslararası bir sözleşmenin taraf bir devlet tarafından yorumlanması diğer tarafları bağlayıcı bir etkiyi hâiz değildir. Ancak, tüm taraflar açısından bağlayıcılığı tesis edebilecek yorum örnekleri olan ‘tarafların ortak yorumu’ ve ‘uluslararası yargı ya da hakemlik organlarının yorumu’ dışında kimi uluslararası örgüt organlarına birtakım hukuksal belgeleri yorumlama konusunda tanınan bir yetkiden de söz edilebilir: HÜSEYİN PAZARCI, *Uluslararası Hukuk*, 91.

²⁷⁶ Sözleşme'nin 35. maddesi şu şekilde kaleme alınmıştır: (1)“*Taraf Devletler, Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği veya onun görevini devralacak diğer her hangi bir Birleşmiş Milletler kuruluşu ile, görevini yerine getirirlerken işbirliği yapmayı ve özellikle onların işbu Sözleşme hükümlerinin uygulanmasına nezaret etme görevini kolaylaştırmayı taahhüt ederler.* (2) *Taraf Devletler, Yüksek Komiserliğin veya onun görevini devralacak her hangi bir Birleşmiş Milletler kuruluşunun, Birleşmiş Milletlerin 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*”. Protokol'ün 2. maddesi de 35. madde ile aynı şekilde düzenlenmiştir. Sözleşme'nin 35. ve Protokol'ün 2. maddelerinin BMMYK'nın Sözleşme'nin yorumlanmasına ilişkin düzenlemelerinin taraf devletler açısından etki doğurabilmesinde önemli bir işlevi olduğu hususundaki görüşleri ve konu ile ilgili BMMYK tarafından organize edilen uzman yuvarlak masa toplantısının sonuçları için bkz. WALTER KÄLIN, «Supervising the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees: Article 35 and Beyond», içinde *Refugee Protection in International Law UNHCR's Global Consultations on International Protection*, ed. Volker Türk, Erica Feller, ve Frances Nicholson (Cambridge, 2005), 619, 625–627.

²⁷⁷ UN HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES, *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, HCR/IP/4/Eng/REV.1 Reedited, Geneva, January 1992, UNHCR 1979, <<http://www.unhcr.org/3d58e13b4.html>> (E.T.: 12.03.2013) (El Kitabı).

²⁷⁸ El Kitabı, para. VII.

taraf devletlerin uygulamalarından ve alanda uzman olan akademisyenlerin görüşlerinden faydalanılmıştır²⁷⁹. El Kitabına ek olarak BMMYK, güncel gelişmeler karşısında, uygulayıcılara Sözleşmenin yorumlanması hususunda yol göstermesi amacı ile sekiz ayrı seriden oluşan bir de rehber hazırlamıştır. Uluslararası Koruma Rehberi (*Guidelines on International Protection*) genel başlığı altında ele alınan bu rehber kapsamında, cinsiyete ilişkin başvurular²⁸⁰, sosyal gruba mensubiyet²⁸¹, mülteci statüsü dışında bırakma nedenleri²⁸², dâhili kaçış alternatifi²⁸³, insan kaçakçılığı mağdurlarının durumu²⁸⁴, dine dayalı başvurular²⁸⁵, mültecilik statüsünü sona erdiren nedenler²⁸⁶, çocuklara ilişkin sığınma başvuruları²⁸⁷ hususları ele alınmıştır. BMMYK, Rehberin, El Kitabının tamamlayıcısı olduğunu ve bu bağlamda yorumlamaya katkı sağlayacağını belirtmiştir²⁸⁸. Sayılanlarla birlikte, Sözleşme'nin yorumlanmasına etki eden bir diğer

²⁷⁹ Ibid, para. V.

²⁸⁰ THE UN REFUGEE AGENCY, *Guidelines on International Protection: Gender-Related Persecution within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, Guideline (UNHCR, 07 Mayıs 2002).

²⁸¹ THE UN REFUGEE AGENCY, *Guidelines on International Protection: "Membership of a particular social group" within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, Guideline (UNHCR, 07 Mayıs 2002).

²⁸² THE UN REFUGEE AGENCY, *Guidelines on International Protection: Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees*, Guideline (UNHCR, 2003).

²⁸³ THE UN REFUGEE AGENCY, *Guidelines on International Protection: «Internal Flight or Relocation Alternative» within the context of Article 1(A)(2) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees*, Guideline (UNHCR, 23 Temmuz 2003).

²⁸⁴ THE UN REFUGEE AGENCY, *Guidelines on International Protection: The Application of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees to Victims of Trafficking and Persons at Risk of Being Trafficked*, Guideline (UNHCR, 07 Nisan 2006).

²⁸⁵ THE UN REFUGEE AGENCY, *Guidelines on International Protection: Religion-Based Refugee Claims under Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, Guideline (UNHCR, 28 Nisan 2004).

²⁸⁶ THE UN REFUGEE AGENCY, *Guidelines on International Protection: Cessation of Refugee Status under Article 1C(5) and (6) of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees (the "Ceased Circumstances" Clauses)*, Guideline (UNHCR, 10 Şubat 2003).

²⁸⁷ THE UN REFUGEE AGENCY, *Guidelines on International Protection: Child Asylum Claims under Articles 11(A)2 and 1(F) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, Guideline (UNHCR, 22 Aralık 2009).

²⁸⁸ BMMYK, Rehberin, BM Tüzüğü'nün verdiği yetki ile 1951 Sözleşmesinin 35. maddesi ve Protokol'ün II. maddesi uyarınca hazırlandığını ve Sözleşmenin yorumlanmasına ışık tutmak amacı taşıdığını Rehberde

BMMYK kaynağı ise, Yüksek Komiserlik Yürütme Kurulu Kararlarıdır (*EXCOM Conclusions*). Ekonomik ve Sosyal Komite içerisinde bulunan Kurul, yıllık toplantılarında aldığı kararlar neticesinde, 1951 Sözleşmesi'nin uygulanması ve yorumlanmasına dair hususlara ışık tutmaktadır²⁸⁹.

El Kitabı'nın ve BMMYK Yürütme Kurulu kararlarının Sözleşmenin yorumlanmasında hangi noktada dikkate alınacağı önemli bir husus arz etmektedir. Bu husus belirtilen kaynakların niteliğine ilişkindir. Doktrinde bu iki kaynağın Viyana Sözleşmesi'nin genel yorum kuralı çerçevesinde, değerlendirilmesi gerektiği yönünde görüşler vardır²⁹⁰. Ancak uygulamada bu kaynakların genel yorum kuralına dâhil

âit tüm serilerin başlangıç kısmında belirtmiştir. Bu hususta ayrıca bkz. VOLKER TÜRK, «Introductory Note to UNHCR Guidelines on International Protection», *International Journal of Refugee Law* 15, sayı 2 (2003): 304.

²⁸⁹ BMMYK Yürütme Kurulu kararlarının, El Kitabı ile birlikte, Sözleşme'nin yorumlanmasına katkıda bulunmasına rağmen, taraf devletlere oldukça geniş bir takdir alanı bırakması, özellikle mülteci statüsü belirlenmesi konusunda bir yeknesaklığın oluşturulamamasının nedenleri arasında sayılmıştır: JOAN FITZPATRICK, «Revitalizing the 1951 Refugee Convention», 243.

²⁹⁰ Hathaway, bu kaynakların, “ taraflar arasında Sözleşmenin yorumu veya hükümlerinin uygulanması ile ilgili olarak yapılan daha sonraki anlaşmalar” olarak nitelendirilebileceğini böylelikle, Viyana Sözleşmesi'nin 31(3)(a) maddesi kapsamında ele alınarak genel yorum kuralı çerçevesinde Sözleşme'nin içeriği (*context*) ile birlikte değerlendirilebileceğini iddia etmektedir: JAMES C. HATHAWAY, *Rights of Refugees*, 54, dn.146, 74. Benzer yönde Aust da El Kitabı açısından, bu kaynağın Viyana Sözleşmesi'nin genel yorum kuralı kapsamında ele alınabileceğini savunmaktadır. Yazarın bu kaynağa Viyana Sözleşmesi'nin 31(2). maddesini incelerken gönderme yapmasından ötürü, El Kitabını Sözleşme'nin içeriği kapsamında değerlendirdiği anlaşılmaktadır: ANTHONY AUST, *Modern Treaty Law and Practice*, 191. Battjes ise BMMYK Yürütme Kurulu kararlarının üzerinde taraf devletlerce uzlaşılmasından ötürü, Viyana Sözleşmesi'nin 31(3)(a) maddesi kapsamındaki anlaşmalardan kabul edilmesinin ve bu bağlamda içerik ile birlikte ele alınarak genel yoruma dâhil edilmesinin doğru olacağını savunmaktadır. Ancak Yazar, El Kitabının yorumlama açısından niteliğini değerlendirirken bu kadar kararlı bir görüşü savunmamaktadır. Battjes'e göre, El Kitabı'nın içerisinde, bu belgenin ülke uygulamalarından temel alınarak hazırlandığının belirtilmesi, bu kaynağın Viyana Sözleşmesi'nin 31(3)(b) maddesi uyarınca “[t]arafların anlaşmanın yorumu konusundaki mutabakatını tespit eden, anlaşmanın uygulanması ile ilgili daha sonraki herhangi bir uygulaması” olarak değerlendirilebileceği anlamını taşımakla birlikte, El Kitabında yer alan düzenlemelerin hangilerinin ülke uygulamalarını yansıttığı, hangilerinin ise sadece BMMYK'nın görüşlerini içerdiği belirsizdir. Bu sebeple, El Kitabı, ikincil ancak önemli bir yorum kaynağı olarak kabul edilebilir: HEMME BATTJES, *Asylum*, 20, 21. Goodwin-Gill ise, El Kitabı'nın taraf devletlerin talebi ve onayıyla hazırlandığını ve uygulamayı yansıtmayı amaçladığını vurgulayarak, bu sebeple belgenin, en azından 1954-79 yılları arasındaki uygulamayı göstermesi açısından Viyana Sözleşmesi'nin 31(3)(b) hükmü çerçevesinde kabul edilebileceğini belirtmektedir. Ancak Yazar, ülke uygulamalarının bugün bazı belirsizlikler ve tutarsızlıklar taşıdığına da dikkat çekmektedir: GUY S. GOODWIN-GILL, «The Search for the One, True Meaning...», içinde *The Limits of Transnational Law Refugee Law, Policy Harmonization and Judicial Dialogue in the European Union*, ed. Guy S. Goodwin-Gill ve Helene Lambert (Cambridge, 2010), 212, 213.

edildiği görülmekle birlikte²⁹¹ bu hususta tam bir tutarlılık olduğundan söz edilememektedir²⁹².

Kanımızca, Yürütme Kurulu'nda Sözleşmeye taraf olan çok sayıda devletin temsil edildiği ve El Kitabı'nın, Sözleşme taraflarının Sözleşmenin uygulanmasına nezaret etmesini ve işbirliği içerisinde olmayı kabul ettikleri BMMYK tarafından²⁹³, taraf devletlerin talebi ve onayıyla²⁹⁴ hazırlandığı göz önünde bulundurulduğunda, bu iki kaynağı “genel yorum kuralı” çerçevesi içerisinde değerlendirmek yerinde olacaktır. Bu değerlendirmenin bir önemi de, yapıldığı dönemin özelliklerini yoğun bir şekilde taşıyan 1951 Sözleşmesinin yorumunda, daha güncel ve çağın gereksinimlerini karşılamaya daha açık olan bu iki kaynağın tamamlayıcı kaynaklardan sayılan hazırlık çalışmalarından önce dikkate alınmasının sağlanmasıdır. Elbette Sözleşmenin hazırlık çalışmaları, Sözleşmenin yorumlanması açısından değerli bir kaynaktır ancak 1951 Sözleşmesi açısından, tıpkı Sözleşmenin kendisi gibi, hazırlık çalışmalarındaki görüşler de Sözleşmenin oluşturulduğu dönemin etkisinde kalmıştır²⁹⁵. Oysa dinamik yapısını sürekli vurguladığımız mülteci kavramı ve mülteci hukuku, belirli bir dönemin şartlarına bağlı kılınamayacak şekilde değişkendir. Bu sebeple, sözü geçen iki kaynağın, tamamlayıcı kaynaklardan önce değerlendirilmesi, çağın gereksinimlerini daha verimli şekilde karşılayacak yorumların geliştirilmesine hizmet edebilecektir.

²⁹¹ Bu hususta bkz. ANTHONY AUST, *Modern Treaty Law and Practice*, 191. Örneğin, İngiliz Temyiz Mahkemesi'nin (*English Court of Appeal*) *R v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Adan Aitseguer* davasına ilişkin kararında, El Kitabı'nın, Viyana Sözleşmesi'nin 31(3)(b) hükmü çerçevesinde, uluslararası uygulamanın bir göstergesi olarak değerlendirilip genel yorum çerçevesinde ele alınması gerektiği üzerinde durulmuştur: *R v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Adan, Ex parte Aitseguer*, United Kingdom: House of Lords (Judicial Committee), 19 December 2000, <<http://www.refworld.org/docid/3ae6b73b0.html>> (E.T.: 12.12. 2012); davanın bu hususta örnek olarak kullanıldığı bir başka kaynak için ayrıca bkz. JAMES C. HATHAWAY, *Rights of Refugees*, 54, dn. 146.

²⁹² Bu hususta bkz. GUY S. GOODWIN-GILL, «Transnational Law», 212, 213.

²⁹³ Bkz. 1951 Sözleşmesi, Dibace, para.7 ve md. 35.

²⁹⁴ El Kitabının hazırlık aşamasına ilişkin bilgiler için bkz. GUY S. GOODWIN-GILL, «Transnational Law», 210–212.

²⁹⁵ HEMME BATTJES, *Asylum*, 18.

1951 Sözleşmesi'nin öncelikle taraf devletlerce yorumlanacağından hareketle, ulusal yargı kararlarının da birer yorum aracı olarak kullanılabileceği belirtilebilir. Ancak belirli bir devletin ulusal yargı kararının diğer bir devlet açısından bağlayıcılık arz etmemesi bu kararların hangi durumda ve hangi seviyeye kadar yorumlamada başvurulabilecek kaynaklar arasında değerlendirilebileceği sorusunun yöneltilmesine sebep olmaktadır²⁹⁶. Ulusal yargı kararlarının Viyana Sözleşmesi'nin 31(3)(b) hükmü gereğince “ tarafların yoruma dair niyetini gösteren sonraki uygulamaları” olarak kabul edilebilmesi için bazı özellikleri taşıması beklenmektedir. Bu bağlamda, Sözleşme'nin yorumlanmasına ilişkin taraf devletlerin ulusal yargı kararlarında belirli bir husus açısından yeknesaklık, süreklilik söz konusu ise ve taraf devletlerin tamamı ya da belirgin bir çoğunluğu bu husus üzerinde uzlaşmış ise Viyana Sözleşmesi'nin 31(3)(b) hükmü kapsamında bir uygulamadan söz edilebilecektir²⁹⁷. Ancak, yargı kararlarının bu tür bir niteliği hâiz olmadan da Sözleşme'nin yorumlanmasına yardımcı olabileceği kabul edilmektedir²⁹⁸. Gerçekten de Sözleşmedeki mülteci tanımında yer alan ölçütlerin yorumlanması aşamasında farklı ulusal yargı kararlarının, daha âdil ve çağdaş ortak yorumların oluşturulmasına hizmet edebilmesi için dikkate alınabileceği ifade edilebilir. Nitekim bu amaçla mülteci statüsü değerlendirme sürecinde karar sahibi olan yargıç ve diğer görevlilerin bir araya gelebilmesini sağlayan Uluslararası Mülteci Hukuku Yargıçları Birliği-UMHYB (*International Association of Refugee Law Judges*) adında bir oluşum şekillenmiştir. UMHYB, periyodik toplantılar düzenlemekte, bilgi ve kaynak paylaşımı çalışmaları yaparak, Sözleşmenin yorumlanması ve mülteci hukukunun ortak bir paydada geliştirilmesini hedeflemektedir²⁹⁹.

²⁹⁶ GUY S. GOODWIN-GILL, «Transnational Law», 213.

²⁹⁷ Ibid., 214; JAMES C. HATHAWAY, *Rights of Refugees*, 68–70.

²⁹⁸ Bu yönde bkz. GUY S. GOODWIN-GILL, «Transnational Law», 217, 218; JAMES C. HATHAWAY, *Rights of Refugees*, 71.

²⁹⁹ UMHYB'nin kuruluş statüsü ve ayrıntılı bilgi için bkz. <<http://www.iarlj.org/general/>> (E.T.: 21.02.2011).

Bölgesel anlamda, mülteci hukukunun ve Sözleşme hükümlerinin özellikle de Sözleşme tanımının unsurlarının uyumlaştırılarak uygulanması konusundaki en çarpıcı oluşum ise Avrupa Birliği çerçevesinde ortak bir sığınma sistemi oluşturulması yönündedir. Bu amaçla oluşturulmakta olan Avrupa Ortak Sığınma Sistemi üye devletlerin uygulamalarını asgari bir standartta uyumlaştırmayı hedeflemektedir³⁰⁰.

C. 1951 Sözleşmesinin İnsan Hakları ile İlişkisi ve Bu İlişkinin Yorumu

Etkisi

1951 Sözleşmesi, yapısı ve amacı itibarıyla bir insan hakları sözleşmesi olarak kabul görmektedir³⁰¹. Sözleşme'nin bu niteliği net bir şekilde, bir uluslararası sözleşmenin konu ve amacını gösteren en belli başlı kaynak olarak kabul edilen Dibace kısmında zikredilmiştir³⁰². 1951 Sözleşmesinin dibacesinde “... *Birleşmiş Milletler Antlaşması ve 10 Aralık 1948’de Genel Kurul’ca kabul olunan İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nin, insanların ana hürriyetlerden ve insan haklarından, fark gözetmeksizin faydalanmaları ilkesini teyit ettiğini dikkate alarak, Birleşmiş Milletler’in, birçok defa, mültecilere karşı derin ilgisini ortaya koyduğunu ve mültecilerin temel hürriyetleri ile insan haklarını mümkün olduğu kadar kapsamlı bir şekilde kullanmalarını sağlamaya çaba gösterdiğini dikkate alarak*” ifâdelerine yer verilmek suretiyle Sözleşmenin insan hakları ile olan bağlantısı açıkça ortaya

³⁰⁰ Avrupa Birliği içerisindeki bu oluşumun etkin bir şekilde uygulanabilmesi için Birlik içerisinde sağlam bir şekilde oluşturulacak diyalogun önemi ve mülteci hukukunun transnasyonal niteliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. GUY S. GOODWIN-GILL ve HELENE LAMBERT, *The Limits of Transnational Law Refugee Law, Policy Harmonization and Judicial Dialogue in the European Union* (Cambridge, 2010).

³⁰¹ Bu hususta bkz. JANE MCADAM, *Complementary Protection*, 29, 30; ELIHU LAUTERPACHT ve DANIEL BETHLEHEM, «The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement: Opinion», içinde *Refugee Protection in International Law UNHCR’s Global Consultations on International Protection*, ed. Erica Feller, Volker Türk, ve Frances Nicholson (Cambridge, 2005), 104, 105; JAMES C. HATHAWAY, *Rights of Refugees*, 53, 54; GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 54, 55; TOM CLARK ve FRANÇOIS CRÉPEAU, «Human Rights»; HALİL KALABALIK, *İnsan Hakları Hukuku* (Ankara, 2013), 104–106.

³⁰² JAMES C. HATHAWAY, *Rights of Refugees*, 53.

koyulmuştur³⁰³. Bunun yanısıra, Sözleşme'nin hazırlanmasından sonra kabul edilen BM Genel Kurulu kararları da Sözleşme'nin mülteci koruması vasıtasıyla insan haklarına hizmet etme yönündeki amacını teyit etmiştir³⁰⁴. Bu noktadan hareketle, Sözleşmenin yorumlanması esnasında, sadece lâfzi anlam değil, Sözleşmenin temel amaçlarından biri olan temel hakların sağlanması hususunun göz önünde bulundurulması gerektiği ifade edilmelidir³⁰⁵. Zira genel yorum kuralına göre öncelikle araştırılması gereken “olağan anlamın” ilk etapta Sözleşmenin bütünü, konu ve amacı dikkate alınmadan lâfzî bir değerlendirmeye tâbî tutulmaması; sayılan unsurların birbirleriyle etkileşim içerisinde olacak şekilde incelendikten sonra yoruma ulaşılması, 1951 Sözleşmesini de içerisine alacak biçimde, insan hakları sözleşmelerinin yorumlanmasında özen gösterilmesi gereken noktalardır³⁰⁶. Nitekim belirtilen şekilde amaçsal yoruma ağırlık verilerek yapılacak bir yorumlamanın 1951 Sözleşmesi'ni de kapsayacak biçimde insan hakları sözleşmeleri açısından tercih edilmesi gerektiği doktrinde de savunulmakta ve söz konusu yöntemin özellikle birden fazla dilde esas metni olan insan hakları temelli düzenlemelerin transnasyonel anlamlar doğurarak tutarlı bir şekilde yorumlanabilmesi için büyük önem taşıdığı vurgulanmaktadır³⁰⁷. Uygulamada da insan hakları sözleşmelerinin genellikle amaçsal

³⁰³ Esasen Dibace'de yer alan açıklamalar, Sözleşme'nin hazırlanma aşamasında, evrensel insan hakları ilkelerini içeren İHEB'den ilham alındığının bir göstergesidir. Ancak insan hakları ile ilişkili olarak ilham alınan tek düzenleme İHEB olmamıştır. Sözleşme'nin hazırlandığı sırada taslak hâlinde bulunan BM Medenî ve Siyasî Haklar Sözleşmesi ve BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi de kaynak alınan diğer düzenlemeler arasındadır. Bu hususta bkz. JANE MCADAM, *Complementary Protection*, 29, 30.

³⁰⁴ Bkz. BMGKK, S. 639(VII), 20 Aralık 1952; BMGKK, S.728 (VIII), 23 Ekim 1953; BMGKK, S. 1166 (XII), 26 Kasım 1957.

³⁰⁵ JEAN-YVES CARLIER, «Three Scales», 38.

³⁰⁶ JAMES C. HATHAWAY, *Rights of Refugees*, 48, 49.

³⁰⁷ JAMES C. HATHAWAY, *The Rights of Refugees under International Law*, 48 vd;benzer yönde bkz. ELIHU LAUTERPACHT ve DANIEL BETHLEHEM, «Non-Refoulement», 104, 105; DANIEL J. STEINBOCK, «The Refugee Definition», 13, 19, 20. Nitekim Viyana Sözleşmesi'nin oluşturulma aşamasında da Uluslararası Hukuk Komisyonu, genel kuralın uygulanmasını “tek bir operasyonel işlem” olarak değerlendirmiş ve kural içerisinde zikredilen unsurların bir pota içerisine atılıp birbirleriyle olan etkileşimlerine anlam yüklenmesi gerektiğini ifade etmiştir: 2 Yearbook of International Law Commission (1966), 219 vd naklen, JAMES C. HATHAWAY, *The Rights of Refugees under International Law*, 50; bu yönde ayrıca bkz. *Advisory Opinion on Reservations to the Genocide Convention on the Prevention of and Punishment of the Crime of Genocide*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1951, 15.

ve geliştirici yoruma tâbi kılındığı bilinmektedir. Örneğin AİHS ve Protokollerinin yorumu AİHM tarafından bu şekilde gerçekleştirilmektedir³⁰⁸.

1951 Sözleşmesi gibi insan hakları sözleşmesi olma niteliğini taşıyan düzenlemelerin yorumlanması açısından önem arz eden bir husus da bu belgelerin “yaşayan belgeler” olarak kabul edilmesi ve bunların oluşturulmasından sonra insan hakları alanında meydana gelen gelişmelerin de yorumlamada etkili olmasıdır³⁰⁹. Bu yaklaşım çerçevesinde özellikle insan haklarına ilişkin evrensel ve bölgesel düzenlemeler ile yol gösterici kurallar da Sözleşme’nin yorumlanmasında önem taşıyan kaynaklar arasında sayılabilir³¹⁰. Ayrıca 1951 Sözleşmesi’nin bir insan hakları sözleşmesi olduğunun kabul görmesi ile birlikte Sözleşme’nin imzalandığı tarihten sonra oluşturulan insan hakları sözleşmelerinin, Viyana Sözleşmesi’nin 31(3)(a) hükmü çerçevesinde “sonraki anlaşmalardan” kabul edilerek 1951 Sözleşmesi’nin içeriği ile birlikte genel yorum kuralı çerçevesinde ele alınması gerektiği haklı olarak savunulmaktadır³¹¹.

³⁰⁸ Bu husustaki bilgiler için bkz. ROBIN C. A. WHITE ve CLARE OVEY, *The European Convention on Human Rights* (New York, 2010), 64–73; HALİL KALABALIK, *İnsan Hakları Hukuku*, 150; FEYYAZ GÖLCÜKLÜ ve ŞEREF GÖZÜBÜYÜK, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması* (Ankara, 2011), 139–142.

³⁰⁹ ELIHU LAUTERPACHT ve DANIEL BETHLEHEM, «Non-Refoulement», 105, 113; HALİL KALABALIK, *İnsan Hakları Hukuku*, 150; TOM CLARK ve FRANÇOIS CRÉPEAU, «Human Rights», 391; GUY S. GOODWIN-GILL, «Transnational Law», 218. Örneğin AİHS’in uygulamasında da AİHM, bu düzenlemenin bir insan hakları düzenlemesi olmasından hareketle, yaşayan bir metin olduğunu ve bu nedenle günümüz hayat koşulları ışığında yorumlanması gerektiğini vurgulamıştır. Bkz. *Tyrer v. United Kingdom*, App. No. 585672, 25.04.1978, para.31; ayrıca bkz. *Dudgeon v. United Kingdom*, App. No. 7525/26, 22.10.1981, para.60; *Rees v. United Kingdom*, App. No. 9532/81, 17.10.1986, para.49; *Cossey v. United Kingdom*, App. No. 10843/84, 27.09.1990, paras. 40–41; *B. v. France*, App. No. 57/1990/248/319, 25.03.1992, paras. 47–48; aktarılan dava örneklerinin alıntılındığı kaynak için bkz. FEYYAZ GÖLCÜKLÜ ve ŞEREF GÖZÜBÜYÜK, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, 140, 141.

³¹⁰ PIETER BOELES ve diğerleri, *European Migration Law*, 259. Clark ve Crépeau özellikle MSHS ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’nin 1951 Sözleşmesi’nde yer alan hakları tamamlayan bir niteliği hâiz olmasından dolayı, BM İnsan Hakları Komitesi ve Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesinin 1951 Sözleşmesi’nin uygulanmasını izleyebileceğini belirtmektedir: TOM CLARK ve FRANÇOIS CRÉPEAU, «Human Rights», 408.

³¹¹ Bu husustaki ayrıntılı bilgiler için bkz. TOM CLARK ve FRANÇOIS CRÉPEAU, «Human Rights», 391 vd; ayrıca bkz. ELIHU LAUTERPACHT ve DANIEL BETHLEHEM, «Non-Refoulement», 104, 105. Aynı yönde bkz. JEAN-YVES CARLIER, «Three Scales», 38, 39.

D. Yorumlamada Etkili Olan İlkeler

1. İyi Niyet İlkesi

İyi niyet çerçevesinde hareket edilmesi, uluslararası hukukta birçok açıdan gözetilen yerleşmiş bir ilke olarak kabul edilmektedir. Nitekim UAD, Nükleer Denemeler Davasında (*Nuclear Tests Case*)³¹² verdiği kararda, iyi niyet ilkesinin uluslararası sorumlulukların şekillenmesinde ve yerine getirilmesinde etkili olan temel prensiplerden biri olduğunu belirtmiştir³¹³. İyi niyet ilkesi, uluslararası antlaşmalar hukuku içerisindeki normların, özellikle de ahde vefanın (*pacta sunt servanda*) temelinde yer almaktadır³¹⁴.

İyi niyet ilkesinin etkili olduğu önemli bir husus da, uluslararası sözleşmelerin yorumlanmasına ilişkindir. Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin iyi niyet ilkesinin uygulanmasını öngören hükümlerinin birer uluslararası teamül hukuku kuralı olarak kabul görmesi³¹⁵, söz konusu ilkenin uluslararası hukukta, sözleşmelerin yorumlanması konusunda tüm devletler açısından bağlayıcı bir hâle gelmesini sağlamıştır. Genel olarak iyi niyet ilkesinin sözleşmelerin yorumlanmasındaki etkisi sözleşmeden doğan yükümlülüklerin eşitlik ve karşılıklı sadakate dayanan bir çerçevede yerine getirilmesinin sağlanmasıdır³¹⁶. Bunun yanı sıra ilkenin yorumlama faaliyetinde iki tür etkiyi hâiz olduğu belirtilebilir. Bunlardan ilki, yorumlamanın etkin bir sonuç doğuracak şekilde yapılabilmesidir (*effectiveness*)³¹⁷; ikincisi ise yorumun hâlihazırda var olan yükümlülüklerle ek bir yükümlülük doğurmamasıdır³¹⁸.

³¹² *Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, Judgment, I.C.J. Reports 1974, 457-478, <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=5&p3=-1&y=1974>> (E.T.: 12.10. 2013).

³¹³ Ibid., 473, para.49.

³¹⁴ Ibid.

³¹⁵ Bkz. yuk.ş2.I.A.

³¹⁶ MICHAEL P. VAN ALSTINE, «Death of Good Faith in Treaty Jurisprudence and a Call for Resurrection», *Georgetown Law Journal* 93 (2005): 1907, 1908.

³¹⁷ Bkz. GUY S. GOODWIN-GILL, «Transnational Law», 217 ve dn. 46.

³¹⁸ STEVEN REINHOLD, «Good Faith in International Law», *Bonn Research Papers on Public International Law* sayı 2/2013 (2013): 19, 20.

Bu iki etki göz önüne alındığında, iyi niyet ilkesinin uluslararası sözleşmelerin yorumlanmasında, âdil ve makul bir çerçevede hareket edilmesine; yorumlanacak hususa keyfi anlamlar yüklenmemesine ve bu bağlamda hakkın kötüye kullanılmasının engellenmesine hizmet ettiği anlaşılmaktadır³¹⁹. Bu noktada, iyi niyet ilkesi çerçevesinde yapılacak olan yorumun uluslararası sözleşmenin amacına uygun olması da gerekmektedir. Nitekim *Gabcikovo-Nagymaros Davası*’na ilişkin kararında UAD, önüne gelen somut olaya yönelik olarak, “*antlaşmaların iyi niyetle uygulanması hususunun (...) antlaşmaların lafzına bağlı kalmak yerine antlaşmanın amacı ve tarafların antlaşmayı imzaladıkları andaki niyetlerinin üstün tutulmasını gerektirdiğini, bu anlamda iyi niyet ilkesinin taraflara antlaşmayı makul bir yolla ve amaçlarının gerçekleştirileceği bir anlayışla uygulamak yükümlülüğü getirdiğine karar vermiştir*”³²⁰.

Belirtilen çerçeve içerisinde, iyi niyet ilkesinin 1951 Sözleşmesi uyarınca mülteci statüsünün belirlenmesi açısından çok önemli bir değere sahip olduğu vurgulanmalıdır. İyi niyet ilkesinin ahde vefanın temelinde yer alması, Sözleşme’ye taraf olan devletlerin sığınma başvurusunda bulunan bireylerin hukukî statülerini Sözleşme’de yer alan ölçütler çerçevesinde değerlendirmesini gerektirmektedir³²¹. İlkenin ayrıca mülteci statüsünün belirlenmesine yönelik ölçütlerin yorumlanması açısından da belirgin bir önem taşıdığı belirtilmelidir. Zira Sözleşme’de yer alan ölçütlerin net bir açıklığa sahip olmaması, bunların Sözleşme’ye taraf olan devletlerce farklı biçimlerde yorumlanmasına sebep olmaktadır. Ancak yorumlar her ne kadar farklılık arz etse de, yorumlama faaliyetinin âdil ve etkin sonuçlar doğuracak şekilde

³¹⁹ TARIQ HASSAN, «Good Faith in Treaty Formation», *Virginia Journal of International Law* 21 (1981 1980): 446–448; STEVEN REINHOLD, «Good Faith», 9, 19.

³²⁰ *Gabcikovo-Nagymaros Project* (UAD), 78, 79 ve para. 142. Karar’ın aktarılan kısmının alıntılandığı kaynak için bkz. CAVID ABDULLAHZADE, «Gabcikovo-Nagymaros Davası Kararı’nda Uluslararası Adalet Divanı’nın 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’ne İlişkin Değerlendirmeleri», *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Prof. Dr. Aslan Gündüz’ün Anısına Armağan 25, sayı 1–2 (2005): 19, 20.

³²¹ *Hathaway*, iyi niyet ilkesine riayet edilmemesinin doğuracağı bir riske örnek olarak Venezüella’nın Kolombiyalı sığınmacıların mülteci statülerinin tanınması yönündeki başvurularını değerlendirmeye almama konusunda sergilediği tutumunu göstermektedir: JAMES C. HATHAWAY, *Rights of Refugees*, 159, dn. 19.

yapılması, Sözleşme’de yer alanlara ek ölçütler getirecek bir yaklaşımın izlenmemesi iyi niyet ilkesinin birer gereği olarak gözetilmelidir. Nitekim uluslararası sözleşmelerin liberal bir ruhla yorumlanması ve özellikle bireyin haklarını ilgilendiren hususların geniş yoruma konu edilmesi, iyi niyet ilkesinin bir uzantısı olarak kabul gören bir yaklaşım olarak değerlendirilmektedir³²². Buradan yola çıkılarak, Sözleşme’de yer alan ölçütlerin yorumlanması açısından insan hakları alanındaki gelişmelerin göz ardı edilmemesinin ve kavramların anlamlandırılmasında insan hakları hukukundaki yaklaşımlara uygun bir anlayış çerçevesinde hareket edilmesinin de iyi niyet ilkesinin bir tezahürü olarak kabul göreceği belirtilebilir³²³.

2. Ayrımcılık Yasağı

Ayrımcılık yasağının hem bir hak, hem de insan hakları ve özgürlüklerinden yararlanılmasına yönelik temel bir ilke olduğu ifade edilebilir³²⁴. MSHS’nin uygulamalarını denetleyen BM İnsan Hakları Komitesi, 18 no’lu Genel Yorumunda ayrımcılığı şu şekilde tanımlamıştır³²⁵: “[s]iyasal, ekonomik, sosyal, kültürel veya kamusal yaşamın herhangi bir alanında, insan hakları ve temel özgürlüklerin eşit ölçüde tanınmasını, yararlanılmasını ya da herkes tarafından kullanılmasını engelleyici veya zayıflatıcı amaç taşıyan ya da bu sonuçları doğuran ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasî veya farklı görüş, ulusal ve etnik köken, mülkiyet, doğum veya farklı bir statüye dayalı her türlü ayırma, dışlama, kısıtlama veya ayrıcalık tanıma”.

Ayrımcılığın yasaklanması birçok uluslararası sözleşme tarafından teminat altına alınmıştır. Özellikle insan hakları sözleşmeleri, ayrımcılık hususunda düzenlemelere yer vermiştir. Örneğin AIHS’in 14. maddesinde, Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerden

³²² TARIQ HASSAN, «Good Faith», 446.

³²³ Bu yönde bkz. GUY S. GOODWIN-GILL, «Transnational Law», 217.

³²⁴ ULAŞ KARAN, «Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Türk Ceza Kanunu’nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği», *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* sayı 73 (2007): 149.

³²⁵ UN Human Rights Committee, *CCPR General Comment No. 18: Non-discrimination*, 10.11.1989, para. 7, <<http://www.refworld.org/docid/453883fa8.html>> (E.T.: 12.12.2012). Genel Yorum’un aktarılan kısmında Uluslararası Af Örgütü (UAÖ)’nün çevirisinden faydalanılmıştır: bkz. <<http://www.amnesty.org.tr/ai/node/1781>> (E.T.: 12.12.2012).

yararlanmanın cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanması gerektiği düzenlenmiştir. MSHS'in 2(1). maddesinde ise *[b]u Sözleşme'ye Taraf her Devlet kendi ülkesinde yaşayan ve yetkisi altında bulunan bütün bireylere ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka fikir, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum ya da başka bir statü bakımından hiçbir ayırım gözetmeksizin bu Sözleşme'de tanınan hakları sağlamak ve bu haklara saygı göstermekle yükümlüdür*" hükmüne yer verilmiştir³²⁶. Ayrımcılık yasağının, insan hakları sözleşmeleri içerisinde kendisine yer bulmuş olmasının sonucu olarak, sadece bu sözleşmelerde yer alan hakların ve özgürlüklerin kullanılması hususunda güvence doğurabileceği düşünülebilir. Bu yaklaşım genel bir değerlendirme çerçevesinde geçerli olmakla birlikte, MSHS'nin bu konuda daha kapsamlı bir güvence sunduğu belirtilmelidir. MSHS'nin 26. maddesinin gereği olarak; "[h]erkes yasalar önünde eşittir ve hiçbir ayırım gözetilmeksizin yasalarca eşit derecede korunur. Bu bakımdan, yasalar her türlü ayrımı yasaklayacak ve ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka fikir, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum veya diğer statüler gibi, her bağlamda ayrımcılığa karşı eşit ve etkili korumayı temin edecektir".

Ayrımcılık yasağı, kişi yönünden genel bir uygulama alanına sahip olan insan hakları sözleşmelerinin yanı sıra 1951 Sözleşmesi'nde de kendisine yer bulmuştur. 1951 Sözleşmesi'nin 3. maddesi uyarınca, taraf devletler, Sözleşme hükümlerini mültecilere, ırk, din veya menşe ülkeleri bakımından ayırım yapmadan uygulayacaklardır. Ayrımcılık yasağı böylelikle, Sözleşme'nin uygulanmasında öne çıkan temel bir ilke olarak kabul görmektedir. 1951 Sözleşmesi'nin bir insan hakları sözleşmesi olarak nitelendirilmesi, Sözleşme'nin, ayrımcılık yasağının uygulanması noktasında diğer insan hakları sözleşmeleri ile doğal bir etkileşim içerisine girmesini kaçınılmaz hâle getirmektedir³²⁷. Bu sebeple hem 1951 Sözleşmesi'nde hem diğer insan hakları sözleşmelerinde yer alan

³²⁶ Verilen örnekler dışında, ESKHS'nin 2. maddesi, AİHHŞ'nin 2. maddesi, AİHK'in 1. maddesi de ayrımcılık yasağına yönelik düzenlemeler getirmiştir.

³²⁷ Bu hususta bkz. yuk. §.2.I.C.

hakların kullanılması açısından ayrımcılık yasağı uygulanırken, yasağın kapsamının geniş tutulması önem arz etmektedir. Örneğin, her ne kadar Sözleşme'nin ilgili hükmünden yola çıkılarak sırf mülteci statüsünü hâiz olmaktan dolayı ayrımcılığa maruz kalan bireylerin yasak kapsamında değerlendirilemeyeceği sonucuna varılsa da³²⁸; diğer insan hakları sözleşmelerinin, kişilerin “statülerinden” kaynaklanan ayrımcılığı da bu kapsama dâhil etmiş olması gözden kaçırılmamalıdır³²⁹. Benzer şekilde Sözleşme’de sayılan ayrımcılığa neden olan hâllerin sadece ırk, din veya menşe ülkelerine ilişkin olması, yasağın uygulama alanının bu çerçeveye hapsedilmesi anlamına gelmemelidir³³⁰. Özellikle hem MSHS’ye hem 1951 Sözleşmesi’ne taraf olan devletler açısından, MSHS’nin oldukça geniş bir kapsamı hâiz olan 26. maddesi sayesinde ayrımcılık yasağının mülteciler açısından da geniş bir çerçevede uygulanmasının mümkün hâle geleceği savunulabilir³³¹.

Ayrımcılık yasağının 1951 Sözleşmesi’nin uygulanması bakımından temel bir ilke olarak kabul edilmesi, hiç kuşkusuz, mülteci statüsünün belirlenmesi hususu açısından da önem taşımaktadır. Sığınma hakkının insan hakları sözleşmelerinde tanınan temel bir hak olmaması, mülteci statüsünün tanınması açısından söz konusu olabilecek ayrımcılık durumları karşısında bu sözleşmelerin ilgili hükümlerine dayanılamayacağı anlamına gelmektedir³³². Ancak ayrımcılık yasağının özel olarak 1951 Sözleşmesi içerisinde yer bulması, söz konusu yasağın mülteci statüsünün belirlenmesine ilişkin hususlarda da etki

³²⁸ 1951 Sözleşmesi’nin ayrımcılık yasağını düzenleyen 3. maddesi, “Sözleşme hükümlerinin uygulanması” açısından mülteciler arasında yapılmayacağını düzenlemiştir. Sözleşme’nin hazırlık çalışmaları sırasında, ilgili hükme yönelik olarak Belçika delegasyonu tarafından sunulan öneri, ilgili maddenin sırf mülteci olmaktan kaynaklanabilecek ayrımcılığı da yasaklayacak şekilde formüle edilmesinden yana olmuştur. Ancak ilgili delegasyonun önerisi kabul görmemiştir. Öneriye yapılan itirazların odak noktası, Sözleşme’de mültecilere uygulanacak asgari muamelenin zaten diğer yabancılarla eşit bir temele dayandırılması olmuştur: bu yönde ayrıntılı bilgiler için bkz. JAMES C. HATHAWAY, *Rights of Refugees*, 246, 247.

³²⁹ Bu hususta bkz. MSHS md. 2(1) ve ESKHS md. 2. AİHS’in 14. maddesinde de belirli nedenlerin dışında herhangi başka bir duruma dayalı sebeplerle yapılan ayrımcılığın da yasak kapsamında olduğu belirtilmiştir. Bu hususta ayrıca bkz. *Ibid.*, 248, 249.

³³⁰ *Ibid.*, 257.

³³¹ Bu yöndeki görüşü için bkz. *Ibid.*, 260.

³³² Bu yönde AİHM’in bir kararı için bkz. *A.G. and Others v. Turkey*, App. No. 40229/98, 15.06.1999, para. 5. İlgili karara yönelik açıklamalarımız için bkz. a.ş. §8.I.B.1

doğuracağı sonucuna ulaşılmasına sebep olmaktadır. Bu çerçevede, bazı (fiilî) mültecilerin ırk, din, menşe ülkesi ekseninde ayrımcılığa tâbi tutularak statü değerlendirme sürecine dâhil edilmemesi³³³ veya statü belirleme ölçütlerinin sayılan sebeplerle ayrımcılığa varan bir yaklaşımla yorumlanması ve bu şekilde değerlendirilmesi, Sözleşme'nin 3. maddesindeki yasak kapsamında ele alınabilmelidir.

II. GERİ GÖNDERMENİN YASAKLANMASI (*NON REFOULEMENT*)

A. Geri Gönderme Terimi

Geri gönderme yasağına kaynak teşkil eden geri gönderme teriminin çıkış noktası Fransızca'da kullanılan *refoulement* ifâdesine dayanmaktadır³³⁴. Geri gönderme (*refoulement*), Fransa'da ve Belçika'da sınırdışı etmeden farklı bir tedbir olarak uygulanmaktadır. Geri göndermenin, bu ülkeler açısından anlamı ülkeye giriş için gereken yasal koşulları yerine getirmeyen yabancıların “sınırdaki ülkeye girişine izin verilmemesi” veya “herhangi bir suç işlemiş olmamasına rağmen ülkede bulunması istenilmeyen yabancıların uzaklaştırılmasıdır”³³⁵. Genel olarak Kıta Avrupasında ise, geri gönderme terimi, yasadışı olarak ülkeye girdikleri anlaşılanların hızlı bir şekilde sınıra götürülmeleri (*summary reconduction to the frontier*) ve geçerli belgelere sahip olmayanların ülkeye girişlerine izin verilmemesi (*summary refusal of admission*) durumlarını da karşılayacak biçimde kullanılmaktadır³³⁶. Bu hâliyle geri gönderme,

³³³ Örneğin, AB hukukunda Birliğe üye olan devletlerin vatandaşlarının mülteci statüsü kapsamında bir değerlendirmeye alınmaması sıkça eleştirilmekte ve bu hususta Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlâl edilmesine varan sonuçların doğacağı savunulmaktadır: STEVE PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law* (Oxford-New York: OUP Oxford, 2011), 325; GUY S. GOODWIN-GILL, «The Individual Refugee, the 1951 Convention and the Treaty of Amsterdam», içinde *Implementing Amsterdam: Immigration and Asylum Rights in EC Law*, ed. Elspeth Guild ve Carol Harlow (Oxford-Portland, 2001), 158, 159; JAMES C. HATHAWAY, *Rights of Refugees*, 254; EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES (ECRE), *Comments From The European Council on Refugees and Exiles on the European Commission Proposal to recast the Qualification Directive*, Mart 2010, 14, 15.

³³⁴ GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 201.

³³⁵ Geri gönderme (*refoulement*) teriminin uluslararası hukuktaki anlamı hususunda bkz. ERGİN ERGÜL, *Sınır Dışı, Geri Gönderme, Geri Verme*, 32–34; GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 201.

³³⁶ ERGİN ERGÜL, *Sınır Dışı, Geri Gönderme, Geri Verme*, 33; GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 201.

ülkede yasal olarak ikamet eden yabancıнын ülkeyi terke davet edilmesi veya ülkeden zorla uzaklaştırılması biçiminde tezahür eden sınır dışı işleminden farklı bir niteliği haizdir³³⁷.

Türk hukuk doktrininde ise *refoulement* teriminin Türkçe tercümesi konusunda üzerinde uzlaşmış bir anlayışın olmadığı aktarılmaktadır³³⁸. Bu terimin karşılığı olarak, “yabancıнын geri çevrilmesi”, “geri çevrilme”, “yabancıнын giriş çıkış kapısında geri çevrilmesi” ve “geri gönderme” ifâdelerinin kullanıldığı görülmektedir³³⁹. *Refoulement* teriminin sadece yabancıнын sınırdan geri çevrilmesi içeriğini hâiz olmaması sebebiyle, çalışmamızda bu terimin karşılığı olarak daha geniş bir kapsamı çağrıştıracakı düşüncesiyle “geri gönderme” ifâdesi kullanılmıştır.

B. Geri Gönderilmemenin Mülteci Statüsünün Belirlenebilmesi Açısından Taşıdığı Önem

Sığınma arayışında olan bir bireyin mülteci statüsü belirleme değerlendirmesine tâbi olabilmesi için öncelikle sığınmaya erişmesi; güvende olması gerekmektedir. Mülteciler bakımından güvende olabilmenin anlamı ise menşe ülkelerine yollanmamalarıdır. Bu bağlamda statü belirleme işlemlerinin yürütülebilmesi için sığınmacının evvela bu işlemlerin yürütüleceği ülkeye girmesine ve burada kalmasına izin verilerek menşe ülkesine yollanmasının engellenmesi gerekmektedir. İşte uluslararası hukukta bu güvence geri gönderme yasağı ile sağlanmaktadır. Bu sebeple söz konusu yasak, uluslararası korumanın hem temel bir kaynağı hem belirgin bir tezahür biçimi olmasının yanında mülteci statüsünün belirlenebilmesi için temel bir güvence sağlama işlevini de haizdir.

Geri gönderme yasağı ile statü belirleme arasında hem içkin hem karşılıklı bir ilişki olduğu belirtilebilir. Bir başka ifâde ile geri gönderme yasağının âdil ve etkin bir şekilde

³³⁷ ERGİN ERGÜL, *Sınır Dışı, Geri Gönderme, Geri Verme*, 33; GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 201.

³³⁸ ERGİN ERGÜL, *Sınır Dışı, Geri Gönderme, Geri Verme*, 34.

³³⁹ Bu husustaki bilgiler için bkz. Ibid.

uygulanabilmesi, sağlıklı bir statü belirleme usulünün yürütülmesine dayandığı gibi; statü belirlemenin âdil ve etkin bir şekilde gerçekleştirilebilmesi de geri gönderme yasağının titizlikle uygulanabilmesine bağlıdır. Nitekim BMMYK da belirttiğimiz ilişkiye dikkat çekmiş, geri gönderme yasağının statü belirleme bakımından taşıdığı önemi vurgulamıştır³⁴⁰.

Statü belirleme ile geri gönderme yasağı arasındaki organik ilişkiyi uygulamadan kaynaklanan çarpıcı bir örnekle açıklamak da mümkündür. BMMYK, Mısır'da statü belirleme işlemlerini, Mısır Devleti ile geri gönderme yasağının uygulanması ve sığınmacıların ülkede kalışına izin verilmesine dair yaptığı bir anlaşma sayesinde yürütebilmektedir. Nitekim, bu yönde BMMYK ile herhangi bir anlaşma yapmamış olan Lübnan'da 2001 yılında yüzlerce sığınmacının sınır dışı edildiği ve BMMYK'nın burada statü belirleme işlemlerini bu sebeple gerçekleştiremediği de bilinmektedir³⁴¹.

Aktarılan görünüm çerçevesinde, geri gönderme yasağının uygulanmasının, statü belirleme değerlendirmesinin başlatılabilmesi, adil ve etkin bir şekilde sürdürülebilmesi açısından çok büyük bir önem taşıdığı; bu sebeple yasağın kapsamının, uygulanma biçimlerinin ve istisnalarının ortaya koyulmasının mültecinin hukukî statüsünün belirlenmesi konusu açısından ciddi bir değeri hâiz olduğu belirtilmelidir.

C. Geri Gönderme Yasağının Doğuşu ve Gelişimi

Sığınmanın etkin bir şekilde gerçekleşebilmesi için sığınan bireyin, zulüm görme tehlikesi ile karşı karşıya olacağı menşe ülkesine veya bu tehlikeye maruz kalabileceği herhangi bir yere yollanmaması gerekmektedir. Buradan hareketle, sığınmanın oldukça eski bir geçmişi olması dolayısıyla, geri göndermemenin de onun kadar eski olduğu kolaylıkla iddia edilebilir. Ancak nasıl ki sığınma, devletin egemenlik hakkının bir uzantısı olarak şekillenmişse, mülteciyi sınır dışı etmememe ve ülke topraklarına kabul etme hususu da uzun yıllar boyunca egemenlik hakkı ile ilişkilendirilmiştir. Bu sebeple,

³⁴⁰ Bkz. UN HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES, *UNHCR Note on the Principle of Non-Refoulement*, November 1997, <<http://www.refworld.org/docid/438c6d972.html>> (E.T.: 12.12.2012).

³⁴¹ Örnek çerçevesinde aktarılan bilgiler için bkz. MICHEAL KAGAN, «The Beleaguered Gatekeeper: Protection Challenges Posed by UNHCR Refugee Status Determination», *International Journal of Refugee Law* 18, sayı 1 (2006): 5.

geri göndermemenin *ad hoc* uygulamalardan³⁴² sıyrılıp uluslararası hukuka yansması uzun bir geçmişe sahip değildir³⁴³.

Geri göndermemenin uluslararası bir düzenlemede ilk kez yer alması Birinci Dünya Savaşı sonrasına rastlamaktadır. Özellikle Avrupa coğrafyasında yoğun mülteci hareketlerinin yaşandığı bu dönemde, mültecilerin hukukî statüsüne yönelik çözümler bulma arayışı geri göndermemenin de uluslararası anlamda hukukî bir temele oturtulması ihtiyacını doğurmuştur. Geri göndermemeye yönelik olan ilk uluslararası düzenleme mültecilerin hakları ve korumanın çerçevesi açısından, 1951 Sözleşmesi'ne de kaynaklık eden 1933 Sözleşmesi içerisinde yer almaktaydı. 1933 Sözleşmesi'nde geri göndermemeye ilişkin olan genel hüküm şu şekilde kaleme alınmıştı:

“[h]er Taraf Devlet, ulusal güvenlik ve kamu düzenine ilişkin durumlar saklı kalmak üzere, ülkelerinde düzenli olarak ikamet etmekte olan mültecileri kolluk tedbirleri vasıtasıyla ülkelerinden çıkartamayacaklarını ya da sınırdan geri çevirmeyeceklerini taahhüt eder.

Taraf Devletler, hiçbir durumda, menşe ülkesinin sınırlarında bulunan mültecinin kendi sınırlarına girişini reddetmeyeceklerdir”.

1933 Sözleşmesi'nin geri göndermemeye ilişkin hükmünün oldukça kapsamlı bir şekilde düzenlenmiş olması, taraf devletlerin, ulusal egemenlik kaygısıyla, ilgili hükme pek de sıcak bakmamalarına neden olmuştur. Özellikle sınırda geri çevirmenin açıkça reddedilmiş olması taraf devletlerin muhalefeti ile karşılaşmış³⁴⁴, Sözleşme'ye sadece

³⁴² Geri göndermeme, geçmişte bir ilke olarak değil de devletlerin ikili antlaşmaları çerçevesinde, suçluların, bölücülerin, rejim muhaliflerinin, vatan haini kabul edilenlerin karşılıklı olarak geri yollanmaması şeklinde uygulama alanı bulmuş, uluslararası bir düzlemde daha çok bu yönde karşılıklı olarak anlaşılan devletler bazında etkinliğini sürdürmüştür: GUY S. GOODWIN-GILL, *International Law and the Movement of Persons Between States* (Oxford, 1978), 143,144.; ayrıca bkz. LAURA BARNETT, «Global Governance», 241.

³⁴³ GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 201. Bununla birlikte, *ad hoc* uygulamalar çerçevesinde geri göndermeme düşüncesinin sığınma kadar eski bir geçmişe sahip olduğu da belirtilmelidir. Bu hususta bkz. LAMİ BERTAN TOKUZLU, «Non-Refoulement Principle in a Changing European Legal Environment: with Particular Emphasis on Turkey, a Candidate Country at the External Borders of the EU» (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, 2006), 7.

³⁴⁴ Özellikle Birleşik Krallık, sınırda geri çevirme hususuna şiddetle karşı çıkarak, hükmün ikinci paragrafını uygulamayı kabul etmemiştir: GILBERT JAEGER, «On the History», 730; GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 202.

dokuz devletin taraf olması³⁴⁵ ve bu devletlerden üçünün geri göndermeye ilişkin hükme çekince koyması ya da deklarasyonlarla karşı çıkması³⁴⁶ geri göndermemenin uygulama alanının genişleyememesi ile sonuçlanmıştır. Ancak yine de, böylelikle geri göndermeme, bir uluslararası antlaşma hükmü olarak anılmaya başlamıştır³⁴⁷.

İkinci Dünya Savaşı sonrasında mülteci koruması açısından yeni bir dönem başlamıştır. Bu dönemde mülteci korumasının temel taşı olan 1951 Sözleşmesinin hazırlanması sürecinde, Sözleşme'nin içerisine geri göndermeyi yasaklayan bir hüküm eklenmiştir. Sözleşme'nin 33. maddesi uyarınca, “[h]içbir Akid Devlet, bir mülteciyi, ırkı, dini, vatandaşlığı, belirli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyâsî fikirleri dolayısıyla hayat ve hürriyetinin tehdit edileceği ülkelerin hudutlarından her ne şekilde olursa olsun sınır dışı veya iâde edemez”.

Sözleşme'nin nihaî hâlinde, ilgili düzenlemeye bir paragraf daha eklenerek “bulunduğu ülkenin güvenliği için tehlikeli sayılması yolunda ciddi sebepler bulunan veya özellikle ciddi bir suçtan dolayı kesinleşmiş bir hükümle mahkûm olduğu için söz konusu ülkenin halkı açısından bir tehlike oluşturmaya devam eden bir mültecinin bu hükümden (geri gönderme yasağı) yararlanmayı talep edemeyeceği” hükme bağlanmıştır³⁴⁸.

Geri gönderme yasağının 1951 Sözleşmesi'nde yer alması ile birlikte, diğer bazı uluslararası düzenlemelerde de bu hususun ele alındığı görülmektedir. Bu sözleşmeler

³⁴⁵ Jaeger, Sözleşme'ye dokuz devletin taraf olduğunu bildirirken, Goodwin-Gill, 8 devletin Sözleşmeyi onayladığını aktarmaktadır: GILBERT JAEGER, «On the History», 730; GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 202.

³⁴⁶ GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 202.

³⁴⁷ GILBERT JAEGER, «On the History», 730. 1933 Sözleşmesi'nden sonra, Almanya'dan gelen mültecilerin hukukî statülerine dair 1936 ve 1938 tarihli antlaşmalarda da geri göndermeye ilişkin hükümler yer almaktaydı. Bu hükümler daha çok sınır dışı etmenin ya da geri gönderilmenin sınırlandırılmasına iliskindi: GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 202, d.n. 6 ve 7.

³⁴⁸ Parantez içerisindeki ekleme tarafımızca yapılmıştır. Belirtilen düzenlemenin 33. maddeye eklenmiş olmasının sebebinin Sözleşme'nin hazırlık çalışmaları sırasında, ilk paragraf hazırlandıktan sonra meydana gelen uluslararası gelişmeler olduğu bildirilmektedir: GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 204. Bu dönemde, özellikle sığınma sağlanmanın uluslararası alanda bireysel bir hak olarak kabul edilmemesi, geri gönderme yasağının sınırlandırılması üzerinde etkili bir gelişme olmuştur.

arasında bölgesel nitelik taşıyan ve doğrudan doğruya mültecilere ilişkin olanlar bulunduğu gibi³⁴⁹, genel nitelikli (bölgesel ya da evrensel) insan hakları sözleşmeleri niteliği taşıyanlar da yer almaktadır. İnsan hakları sözleşmeleri niteliği taşıyan düzenlemelerin bazılarında doğrudan doğruya geri göndermeyi yasaklayan hükümler yer almakla birlikte, bazılarının ilgili hükümleri ise geri gönderme yasağını da kapsayacak şekilde yorumlanmaktadır³⁵⁰.

Geri göndermenin insan hakları hukuku çerçevesinde yasaklanmasının temelinde, devletlerin insan haklarının korunması hususunda pozitif yükümlülükleri olduğu anlayışı yatmaktadır³⁵¹. Bu anlayış çerçevesinde bireyin bulunduğu devlet doğrudan doğruya

³⁴⁹ Geri gönderme yasağının yer aldığı Sözleşme'nin 33. maddesi, geri gönderme yasağına ilişkin hükümler ihtivâ eden diğer uluslararası düzenlemelere kaynak teşkil etmiştir. Bu sebeple, geri gönderme yasağını içeren düzenlemelerde içerik ya da lafzî düzenleme olarak Sözleşme'nin 33. maddesi ile benzerlik görülmektedir: DAVID WEISSBRODT ve ISABEL HÖRTREITER, «Principle of Non-Refoulement: Article 3 of the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment in Comparison with the Non-Refoulement Provisions of Other International Human Rights Treaties», *Buffalo Human Rights Law Review* 5 (1999): 2. Örneğin, 1951 Sözleşmesini model alan bölgesel bir düzenleme olan, ABÖ Sözleşmesi'nin II(3). maddesinde doğrudan doğruya mültecilere ilişkin olarak geri gönderme yasağı düzenlenmiştir. Sözleşme'nin ilgili maddesi şu şekildedir: “[h]iç kimse, taraf devletler tarafından, hayatının, fiziksel bütünlüğünün ya da özgürlüğünün md. 1 ve 2’de sayılan nedenlerle tehdit altında olacağı bir yere sınırdan geri çevirme, geri gönderme veya sınırdışı etme yoluyla gönderilmeye veya orada kalmaya zorlanmayacaktır”. ABÖ Sözleşmesi’nde, 1951 Sözleşmesi’nden farklı olarak geri gönderme yasağının istisnaları düzenlenmemiştir. Benzer şekilde Cartagena Deklarasyonu ve BM Ülkesel Sığınma Bildirisinde ve Asya-Afrika Hukuksal Danışma Komitesi’nin Mültecilere Karşı Muameleye İlişkin İlkelerinde (Bangkok İlkeleri) de geri gönderme yasağına yer verildiği görülmektedir. Bangkok İlkeleri için bkz. Asian-African Legal Consultative Organization (AALCO), *Bangkok Principles on the Status and Treatment of Refugees ("Bangkok Principles")*, 31. 12. 1966, <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3de5f2d52.html>> (E.T.: 12.03.2012)

³⁵⁰ Bu husustaki açıklamalarımız için bkz. aşa. §2.II.D.2.

³⁵¹ *Shue*’nun sınıflandırmasına dayanarak, insan hakları çerçevesinde devletin üç tür yükümlülüğü olduğundan söz edilebilecektir. Bunlar: (1) ilgili hakkın ihlâl edilmemesi yönündeki negatif bir yükümlülük olan kaçınma yükümlülüğü (*duty to avoid*) (2) hakkın üçüncü kişilerce ihlâl edilmesine karşı koruma sağlama yönündeki pozitif bir yükümlülük olan koruma yükümlülüğü (*duty to protect*) ve (3) bireylerin haklarını kullanmalarını sağlamak için gereken adımların atılması yönünde pozitif bir yükümlülük öngören yardım yükümlülüğü (*duty to aid*)dür: HENRY SHUE, *Basic Rights* (Princeton, New Jersey, 1980), 60. Bu bağlamda da AİHS’de de şu ifâdelere yer verilmiştir: “AİHS’in 1. maddesinde yer alan “Yüksek Sözleşen Taraflar... herkese.. (Sözleşme ve Protokollerinde) ... açıklanan hak ve özgürlükleri tanırlar” hükmü AİHM tarafından Taraf devletlere söz konusu hak ve özgürlükleri çiğnemeyeceği taahhüdü (negatif yükümlülük) yanında aynı zamanda bunların kullanılmasını” sağlama sorumluluğunu da yükleyecek şekilde yorumlanmıştır. Mahkeme bu yönde şu yorumu yapmıştır: “Sözleşme ile üstlenilen bir taahhüdün yerine getirilmesi, bazı hâllerde devlet tarafından pozitif tedbirlerin alınmasını gerektirir; bu gibi durumlarda devlet pasif bir tutum takınmakla yetinemez”: *Airey v. Ireland*, App. No. 6289/73, 09.10.1979; *X and Y v. The Netherlands*, App. No. 8978/80, 26.03.1985; *Keegan v. Ireland*, App. No. 16969/90, 26.05.1994; *Hokkanen v. Finland*, App. No. 19823/92, 23.09.1994; *Kroon and Others v. The Netherlands*,

sığınmacının hayatını veya özgürlüğünü tehdit etmese de, bu bireyi, hayatının ve özgürlüğünün tehlike altında olabileceği bir başka devlete göndermeyerek, onu olası insan hakları ihlallerinden korumuş olmaktadır.

Geri gönderme yasağının gelişimi bakımından önem arz eden bir husus da yasağın bir uluslararası teamül hukuku kuralı olarak kabul edilmesiyle ilişkilidir. Geri gönderme yasağının uluslararası teamül hukuku kuralı olarak kabul edilmesi yönünde uygulamada ve doktrinde yaygın bir anlayış söz konusudur³⁵². Bu anlayışın temelinde, uluslararası teamül hukuku kuralının oluşabilmesi için gereken tüm şartların geri gönderme yasağı için gerçekleşmiş olduğu kanısı yatmaktadır. Geri gönderme yasağının uluslararası teamül hukuku kuralı olduğunu savunan görüşlerin destek noktaları; kuralın çeşitli uluslararası sözleşmelerde yer alarak norm yaratan bir niteliğe sahip olması (*norm-creating character*), yaşam hakkı ve mutlak hak olarak kabul edilen işkence yasağı ile

App. No. 18535/91, 27.10.1994; *Stjerna v. Finland*, App. No. 18131/91, 25.11.1994; *Gaskin v. UK*, App. No. 10451/83; 07.07.1989; *X, Y and Z v. UK*, App. No. 21830/93, 22.04.1997; *McCann v. UK*, App. No. 19009/04, 13.05.2008; aktarılan bilgilerin alıntılandığı kaynak için bkz. FEYYAZ GÖLCÜKLÜ ve ŞEREF GÖZÜBÜYÜK, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, 45, 46. Özellikle yaşam hakkı ve işkence yasağı hususunda devletlerin pozitif yükümlülüklerine dair bilgiler için bkz. DURMUŞ TEZCAN ve diğerleri, *İnsan Hakları El Kitabı* (Ankara, 2011), 99, 138, 139.

³⁵² GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *The Refugee in International Law* (New York, 2007), 345–354; GUY S. GOODWIN-GILL, «Non-Refoulement and the New Asylum Seekers», *Virginia Journal of International Law* 26 (1986 1985): 901; ELIHU LAUTERPACHT ve DANIEL BETHLEHEM, «The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement: Opinion», içinde *Refugee Protection in International Law UNHCR's Global Consultations on International Protection*, ed. Erica Feller, Volker Türk, ve Frances Nicholson (Cambridge, 2003), 140–149; JEAN ALLAIN, «The Jus Cogens Nature of Non-Refoulement», *International Journal of Refugee Law* 13, sayı 4 (2001): 538; KAREN PARKER, «Jus Cogens: Compelling the Law of Human Rights», *Hastings International and Comparative Law Review* 12 (1989 1988): 435; KATHLEEN M. KELLER, «Comparative and International Law Perspective on the United States (Non) Compliance with Its Duty of Non-Refoulement», *Yale Human Rights & Development Law Journal* 2 (1999): 185; DEBORAH PERLUSS ve JOAN F. HARTMAN, «Temporary Refuge: Emergence of a Customary Norm», *Virginia Journal of International Law* 26 (1986 1985): 600; PATRICIA HYNDMAN, «Asylum and Non-Refoulement-Are These Obligations Owed to Refugees Under International Law?», *Philippine Law Journal* 57 (1982): 50; AOIFE DUFFY, «Expulsion to Face Torture? Non-refoulement in International Law», *International Journal of Refugee Law* 20, sayı 3 (2008): 383. Sayılan yazarların içinde *Alain ve Parker et al*, geri gönderme yasağının *jus cogens* niteliği hâiz olduğunu da kabul etmektedirler. Öte yandan, *Coleman*, geri gönderme yasağının bölgesel nitelikli bir teamül hukuku kuralı oluşturduğunu belirtmektedir: NILS COLEMAN, «Non-Refoulement Revised - Renewed Review of the Status of the Principle of Non-Refoulement as Customary International Law», *European Journal of Migration and Law* 5 (2003): 49.

ilişkili olması³⁵³, düzenlendiği evrensel ve bölgesel nitelikli uluslararası sözleşmelerin çok sayıda devlet tarafından kabul edilmiş olmasından dolayı devletler arasında geri gönderme yasağının bağlayıcılığı konusunda bir uzlaşma olması³⁵⁴ sebepleriyle geniş bir uygulama alanına sahip bulunmasıdır³⁵⁵.

Doktrinde, çoğunlukla geri gönderme yasağını uluslararası teamül hukuku kuralı olarak kabul etme yönünde bir eğilim olsa da, bu görüşe karşı çıkanlar da bulunmaktadır. Muhalif yazarların iddiasının odak noktası geri göndermemeye yönelik uygulamaların, kuralın normatif niteliğini yansıtmadığı görüşüne dayanmaktadır³⁵⁶. Yazarlar, Asya ve Afrika'daki birçok ülkenin geri gönderme yasağı ile bağlı olmayı reddetmelerini ve 1951 Sözleşmesi kapsamı dışında kalan sığınmacıların geri gönderilmemesi konusunda yaygın ve yerleşmiş bir uygulama olmamasını kuralın normatif bir niteliği hâiz olmadığının

³⁵³ Geri gönderme yasağının doğrudan doğruya mültecilere ilişkin olan düzenlemeleri dışında vücut bulduğu diğer düzenlemelerde işkence yasağı ve yaşam hakkı kapsamında ele alındığı görülmektedir. Özellikle işkence yasağının sınırlandırılmayan mutlak (*non-derogable*) haklardan olduğu kuşku götürmeksizin kabul edilmektedir. Bu husustaki açıklamalarımız için bkz. aşağıda. §2.II.D.2. Geri gönderme yasağının mutlak bir hak olma niteliğine ilişkin ayrıntılı bir çalışma için bkz. RENE BRUIN ve KEES WOUTERS, «Terrorism and the Non-derogability of Non-Refoulement», *International Journal of Refugee Law* 15, sayı 1 (2003): 5–29. İşkence yasağı ve yaşam hakkının *jus cogens* niteliğine dikkat çeken ayrıntılı bir çalışma için ise ayrıca bkz. KAREN PARKER ve LYN BETH NEYLON, «Jus Cogens», 431 vd, 437 vd;

³⁵⁴ Geri gönderme yasağının düzenlendiği belli başlı sözleşmelere güncel olarak taraf olan devlet sayısı şu şekildedir: 1951 Sözleşmesi ve/veya 1967 Protokolüne taraf olan devlet sayısı 147'dir: bkz. yuk. §1.II.B.2.c.bb., dn. 199; MSHS'ye taraf olan devlet sayısı 174'tür: <<http://treaties.un.org/Pages/Treaties.aspx?id=4&subid=A&lang=en>> (E.T.:12.07.2012); Birleşmiş Milletler İşkenceyi Önleme Sözleşmesi'ne taraf olan devlet sayısı 161'dir: <<http://treaties.un.org/Pages/Treaties.aspx?id=4&subid=A&lang=en>> (E.T.:12.07.2012); Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Avrupa Konseyi'ne üye olan devletlerin tamamı (47 devlet) taraftır: <<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=005&CM=&DF=&CL=ENG>> (E.T.:12.07.2012). Çok sayıda devletin taraf olduğu uluslararası düzenlemede yer almasının yanında Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun ve Yürütme Kurulu'nun ilgili kararları, geri gönderme yasağının bağlayıcılığı hususunda devletler arasında bir uzlaşma olduğunun göstergesi olarak değerlendirilmektedir: ELIHU LAUTERPACHT ve DANIEL BETHLEHEM, «Non-Refoulement», 148; GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 346.

³⁵⁵ ELIHU LAUTERPACHT ve DANIEL BETHLEHEM, «Non-Refoulement», 140–149; GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 345–354.

³⁵⁶ JAMES C. HATHAWAY, *Rights of Refugees*, 363–370; KAY HAILBRONNER, «Non-Refoulement and Humanitarian Refugees: Customary International Law or Wishful Legal Thinking», *Virginia Journal of International Law* 26 (1986 1985): 857–896.

kanıtı olarak göstermektedirler³⁵⁷. Muhalif görüşün güçlü dayanaklara sahip olduğunu söylemek zordur. Yasağın bağlayıcı bir kural olarak görülüp uygulandığı alan, aksi yöndeki uygulamalara nazaran oldukça geniş bir çerçeveye sahiptir³⁵⁸. Uluslararası teamül hukuku kuralının oluşması için ise evrensel bir uygulama veya mutlak bir yeknesaklık aranmamaktadır³⁵⁹. Kaldı ki, günümüzde geri gönderme yasağının mülteci koruması kapsamında artık bir *jus cogens* norm olarak kabul edilebileceği dahi iddia edilmektedir³⁶⁰.

D. Geri Gönderme Yasağının Uygulama Alanı

Geri gönderme yasağının 1951 Sözleşmesi'nde yer aldıktan sonra diğer insan hakları sözleşmeleri çerçevesinde uygulama alanı bulması, bunun yanında bir uluslararası teamül hukuku kuralı olarak kabul edilmesi yasağın uygulama alanının, yansıdığı her bir düzlem açısından ayrı ayrı değerlendirilmesini gerekli kılmaktadır.

1. 1951 Sözleşmesi Açısından

a. Yasağın Koruma Alanındaki Bireyler

1951 Sözleşmesi'nde geri gönderme yasağının düzenlendiği 33. madde incelendiğinde, mülteci statüsünün ölçütlerini belirleyen 1A(2) maddesi ile ilişki içerisinde olduğu görülmektedir. 33. maddede geri göndermemenin temel gerekçesi, mültecinin geri gönderildiği takdirde “ırkı, dini, milliyeti, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasî düşünceleri dolayısıyla hayatının ya da özgürlüğünün tehdit altında olabileceği” ihtimâline dayanmaktadır. Bu ihtimâl *inter alia*, Sözleşme'nin 1A(2) maddesine göre, mülteci olabilmek için öngörülen şartı da nitelemektedir. Bu sebeple

³⁵⁷ JAMES C. HATHAWAY, *Rights of Refugees*, 363–370; KAY HAILBRONNER, «Non-Refoulement and Humanitarian Refugees».

³⁵⁸ Bkz. yuk. dn. 354.

³⁵⁹ GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 346; HÜSEYİN PAZARCI, *Uluslararası Hukuk*, 105.

³⁶⁰ Bu hususta ayrıntılı değerlendirmeler için bkz.: JEAN ALLAIN, «The Jus Cogens Nature of Non-Refoulement»; ALICE FARMER, «Non-Refoulement and Jus Cogens: Limiting Anti-Terror Measures that Threaten Refugee Protection» (2008), < http://works.bepress.com/alice_farmer/1 > (E.T.: 12.12.2012).

1951 Sözleşmesi açısından geri gönderme yasağının koruma alanındaki bireylerin mülteci statüsü tanımının şartlarını taşıyan kişiler olduğu belirtilebilir.

Bu noktada akla, sığınmacının yalnızca mülteci statüsünün tanınmasından sonra mı 33. madde kapsamında geri göndermeden korunabileceği sorusunu getirmektedir. Bir başka ifadeyle, geri gönderme yasağının uygulanabilmesi için, sığınmacının mülteci statüsü şartlarını taşıdığıının resmen tespit edilmesi gerekecek midir? Bu sorunun cevabı, Sözleşme’de düzenlenen mülteci statüsünün bildirici bir nitelik arz etmesine dayanılarak verilebilecektir³⁶¹. Sözleşme’nin mültecililiği fiilî bir durum olarak ele almış olmasından dolayı, fiilen mültecilik hâlinde olup, statü belirleme işlemleri tamamlanmadığı için mülteci statüsü resmen tanınmamış olan bireyler (sığınmacılar) de geri gönderme yasağından faydalanabilecektir³⁶². Bu durum, korumanın etkin bir şekilde tezahür etmesi için bir gereklilik oluşturmaktadır³⁶³. Böylece sığınmacıya koruma talep ettiği andan itibaren geri gönderme yasağı uygulanabilecektir³⁶⁴. Mülteci statüsünün belirlenmesi açısından geri gönderme yasağının temel bir etkiye sahip olması da bu sebebe dayanmaktadır. Zira mülteci statüsünün tanınması yönünde talepte bulunan birey, geri gönderme yasağının koruma şemsiyesi altına girmiş olacağından ülkeden uzaklaştırılmayacak ve statü belirleme işlemleri yürütülebilecektir.

b. Yasakla Sağlanan Korumanın Gerekçesi

1951 Sözleşmesi’nin geri gönderme yasağını düzenleyen 33(1). maddesinden, yasakla sağlanan korumanın gerekçesinin mültecinin ırkı, dini, tâbiyeti, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasî fikirlerinden dolayı hayatının ya da özgürlüğünün tehlike

³⁶¹ Bkz. yuk.ş1.III.B.

³⁶² Bu hususta bkz. BMMYK Yürütme Kurulu Kararı, S. 6 (XXVIII), 1977, BMMYK Yürütme Kurulu Kararı, S. 79 (XLVII), 1996; BMMYK Yürütme Kurulu Kararı, S. 81 (XLVII), 1997; BMMYK Yürütme Kurulu Kararı, S. 82 (XLVIII), 1997; BMGKK, S. 52/103, 12 Aralık 1997, para. 5.

³⁶³ GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 232; ELIHU LAUTERPACHT ve DANIEL BETHLEHEM, «Non-Refoulement», 116, 117; JAMES C. HATHAWAY, *Rights of Refugees*, 158–160, 303, 304.

³⁶⁴ REINHARD MARX, «Non-Refoulement, Access to Procedures, and Responsibility for Determining Refugee Claims», *International Journal of Refugee Law* 7, sayı 3 (1995): 383.

altında bırakılmaması olduğu anlaşılmaktadır. İlgili hükümde yer alan “ırk, din, tâbiyet, belli bir sosyal gruba mensubiyet veya siyasî fikirlerden dolayı hayatın ya da özgürlüğün tehlike altında olması” ifâdesinin içeriği ise Sözleşme’nin mülteciyi tanımlayan 1A(2) maddesi ile yakın bir ilişki içerisinde. Her ne kadar, iki hükmün lafzı farklı bir görünüm arz etse de, bu iki hüküm içerik bakımından aynı anlama sahip olacak şekilde anlaşılmaya müsaittir³⁶⁵. Bu bağlamda, 33. maddede yer alan, “mültecinin hayatı veya özgürlüğünün tehlike altında olması” hâli, “haklı nedenlere dayanan zulüm korkusu (zulüm ihtimâli)” ile aynı düzlemde değerlendirilebilecektir³⁶⁶. Sözleşmede yer alan geri gönderme yasağı ile korunanların Sözleşmenin mülteci statüsü şartlarını en azından *de facto* taşıyan bireyler olduğu açıktır. Bu sebeple, statünün tanınması için aranan “haklı nedenlere dayanan zulüm korkusu” kriterinin, geri gönderme yasağı açısından da bir “eşik” olarak kabul edilmesi kaçınılmaz olmaktadır. Aksi takdirde, Sözleşme’nin bütünsel tutarlılığı sağlanmamış olacaktır.

Uygulamada da gelişmiş sığınma sistemine sahip olan ülkelerden özellikle, Avustralya³⁶⁷, Birleşik Krallık³⁶⁸ ve Yeni Zelanda’nın³⁶⁹ açıkladığımız yaklaşım

³⁶⁵ Weis, Sözleşme’nin hazırlık çalışmalarına ilişkin yorumlarında bu hususu şu şekilde açıklığa kavuşturmuştur: “‘hayatı ya da özgürlüğü tehdit altında olan’ ifâdesi, Sözleşme’nin 1. maddesinde yer alan standarttan farklı bir standardın öngörüldüğü izlenimini verebilir. Oysa durum bu değildir. Sekretarya tarafından düzenlenen taslakta, ‘zulümden kaçan’ mültecilere ve bu mültecilerin ‘hayatlarının ya da özgürlüklerinin ırkları, dinleri milliyetleri veya siyasî görüşleri sebebiyle tehdit altında olacağı’ yerlere geri gönderilmemesine değinilmiştir. Taslak oluşturma aşamasında, ‘menşe ülkesi’, ‘hayatı ya da özgürlüğü tehdit altında olduğu yerler’ ve ‘zulme uğranılan ülke’ ifâdeleri dönüşümlü olarak kullanılmıştır. Sözleşmenin 1. maddesine yapılan gönderme, 1 Ocak 1951 şeklinde oluşturulan tarihî sınırlamaya işaret etmekte ancak aynı zamanda ‘haklı nedenlere dayanan zulüm korkusu’ standardından daha kısıtlayıcı bir kriterin öngörülmediği yönündeki niyeti de vurgulamaktadır”: PAUL WEIS, *Travaux Préparatoires*, 245.

³⁶⁶ JAMES C. HATHAWAY, *Rights of Refugees*, 304; ELIHU LAUTERPACHT ve DANIEL BETHLEHEM, «Non-Refoulement», 123; GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 233, 234; ALEX DE COSTA, «Assessing the Cause and Effect of Persecution in Australian Refugee Law: Sarrazola, Khawar and the Migration Legislation Amendment Act (No.6) 2001 (CTH)», *Federal Law Review* 30 (2002): 536; JAMES C. HATHAWAY ve WILLIAM S. HICKS, «Is There A Subjective Element In The Refugee Convention’s Requirement Of ‘Well-founded Fear?’», *Michigan Journal of International Law* 26, sayı Winter (2005): 542; REINHARD MARX, «Non-Refoulement, Access to Procedures, and Responsibility for Determining Refugee Claims», 393. Mülteci statüsünün tanınmasına yönelik olan “haklı nedenlere dayanan zulüm korkusu” ölçütünün değerlendirilmesine ilişkin açıklamalarımız için bkz. a.ş.5.I.

³⁶⁷ Avustralya Federal Mahkemesi’nin bu yöndeki kararlarından iki örnek için bkz. *Applicant M38/2002 v. Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs*, [2003] FCAFC 131, Australia: Federal Court, 13.06.2003, <<http://www.refworld.org/docid/403b18d35.html>> (E.T.: 12.12.2012); *Minister for*

çerçevesinde hareket ettikleri görülmektedir. Ayrıca uygulamada genel olarak, Sözleşme'nin 1A(2) hükmünde yer alan haklı nedenlere dayanan zulüm korkusu kriterinin tespiti için kullanılan ispat standardı³⁷⁰, 33. maddedeki “hayatın ya da özgürlüğün tehdit altında olması” şartı için de etki doğurmaktadır. Bu standart, açık bir zulüm ihtimâlinden ziyâde, zulmün oluşabileceğine yönelik ciddi bir riskin tatminkâr bir seviyede ortaya koyulmasına ilişkindir³⁷¹. Ancak bu noktada belirtmek gerekir ki, ABD uygulaması genel eğilim içerisinde ayrıksı bir özellik göstermektedir. ABD hukukunda mülteci statüsüne yönelik değerlendirme ile geri gönderme yasağına yönelik değerlendirme birbirinden ayrı ele alınmaktadır. Bu bağlamda, geri gönderme yasağının uygulanması hususunda Federal Başsavcı (*Attorney General*) yetkili kılınmıştır. Federal başsavcı, geri gönderme yasağı çerçevesinde, sığınmacının sınır dışı edilmesini durdurma (*withholding deportation proceedings/restriction of removal*) yetkisini haizdir³⁷². ABD’de sınırdışı edilme işlemlerinin askıya alınması ve mülteci statüsü tanınması işlemlerindeki ayırım, 1951 Sözleşmesi’nin 33. maddesinin, genel uygulama ve anlayıştan farklı bir şekilde yorumlanmasından kaynaklanmaktadır. ABD sisteminde, 33. maddede yer alan “[h]iç bir taraf devlet, mülteciyi hayatı ve özgürlüğü tehdit altında olacak ülkelerin sınırlarına geri göndermeyecek veya iâde etmeyecektir” hükmündeki

Immigration & Multicultural Affairs v. Savvin (& statement by Katz J of 26 Apr 2000) [2000] FCA 478 , FCA 478, Australia: Federal Court, 12.04.2000, paras. 139, 140, <<http://www.refworld.org/docid/3ae6b7640.html>> (E.T.: 12.12.2012).

³⁶⁸ “...Sözleşme’nin 33. maddesi Sözleşmenin 1. maddesi çerçevesinde değerlendirilmelidir...”: *Adan (Hassan Hussein) v Secretary of State for the Home Department* [1997] 1 W.L.R. 1107, 13.02.1997, 1116, <<http://international.westlaw.com>> (E.T.: 12.12.2012); “...hazırlık çalışmaları da dikkate alındığında, 33. maddede yer alan geri gönderme yasağının Sözleşme’nin 1. maddesine göre mülteci olarak değerlendirilen tüm bireyleri kapsadığı anlaşılmaktadır”: *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Sivakumaran* [1988] 1 All E.R. 193 (H.L), 16.12.1987, <<http://www.refworld.org/docid/3ae6b67f40.html>> (E.T.: 12.12.2012) (Birleşik Krallık). Belirtilen davalara ilişkin olarak ayrıca bkz. JAMES C. HATHAWAY, *Rights of Refugees*, 306; GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 234.

³⁶⁹ Bkz. *Attorney-General v. Zaoui and Others* (No. 2), [2005] 1 NZLR 690, New Zealand: Court of Appeal, 30.09.2004, <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/49997af11a.html>> (E.T.:18. 09. 2011).

³⁷⁰ Haklı nedenlere dayanan zulüm korkusuna yönelik ispat standardına ilişkin açıklamalarımız ve uygulama örnekleri için bkz. aşa. §5.I.A.2.a.bb.ii.

³⁷¹ GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 234.

³⁷² Bkz. 1996 Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act, 8 U.S.C.A. §1231(b)(3); 1980 Immigration and Nationality Act § 243(h).

“tehdit altında olacak” ifadesi “haklı nedenlere dayanan zulüm korkusu” kriterinden daha kesin bir ihtimâli çağrıştırdığı gerekçesi ile “açık bir olasılık (*clear probability*)” standardı ekseninde değerlendirilmektedir³⁷³. Oysa ABD sığınma hukukunda, mülteci statüsünün tanınmasına temel teşkil eden “haklı nedenlere dayanan zulüm korkusu” kriteri “makul bir olasılık (*reasonable possibility of persecution*)” eşiğinde ele alınmaktadır³⁷⁴. Elbette ki bu farklılık, geri gönderme yasağının uygulanması hususunda ABD hukukunun 1951 Sözleşmesi ve 1967 Protokolü ile uyumu konusunda soru işaretleri doğurmaktadır³⁷⁵.

c. Yasaklanan Eylemler

1951 Sözleşmesi’nin 33(1). maddesinin lafzından, yasaklanan eylemlerin sınır dışı etme (*expulsion* (ing)/*expulser* (fr))³⁷⁶ ve geri gönderme (*return* (ing)/*refouler* (fr.)) olduğu anlaşılmaktadır³⁷⁷. Ancak 1951 Sözleşmesinin 33(1). maddesinde yer alan geri göndermeme hükmünün yasakladığı eylemlerin incelenilmesine geçmeden önce

³⁷³ NATIONAL IMMIGRANT JUSTICE CENTER, *Basic Procedural Manual for Asylum Representation Affirmatively and in Removal Proceedings* (Chicago: Heartland Alliance for Human Needs & Human Rights, 2009); SCOTT M. MARTIN, «Non-Refoulement of Refugees: United States Compliance with International Obligations», *Immigration and Nationality Law Review* 7 (1984 1983): 660–665; KAREN MUSALO, JENNIFER MOORE, ve RICHARD A. BOSWELL, *Refugee Law*, 157–228; KATHLEEN M. KELLER, «Comparative and International Law Perspective on the United States (Non) Compliance with Its Duty of Non-Refoulement», 194 vd.; ayrıca bkz. *INS v. Stevic*, 467 U.S. 407 (1984) (U.S. Supreme Court).

³⁷⁴ Bkz. aşa. §5.I.A.2.a.bb.ii.

³⁷⁵ ABD’nin geri gönderme yasağına ilişkin uygulamalarının 1951 Sözleşmesi ve 1967 Protokolü ile uyumsuzluğu hususunda ayrıntılı incelemeler için bkz. KATHLEEN M. KELLER, «Comparative and International Law Perspective on the United States (Non) Compliance with Its Duty of Non-Refoulement»; SCOTT M. MARTIN, «Non-Refoulement of Refugees».

³⁷⁶ Sözleşme’nin Türkçe resmî çevirisinde, 33(1) maddede yer alan “[n]o contracting state shall expel or return...” ifâdesindeki *expel* terimi iâde olarak çevirilmiştir. Böylelikle, genellikle “sınırdışı” veya ülkeden zorla çıkarma anlamına gelen *expel/expulsion* terimi, özellikle suçluların iâdesi için kullanılan bir terim olan *extradition* ile karıştırılmıştır. Sözleşme’nin Fransızca metninde ise tıpkı İngilizce metindeki gibi sınırdışı etme anlamına gelen “*expulser*” fiili kullanılmıştır. Bu sebeple, 33(1). madde hükmüne ilişkin açıklamalarımızda “iâde” terimi yerine “sınırdışı etme”yi kullanmayı tercih ettik.

³⁷⁷ Sözleşme’nin hazırlık çalışmalarında sadece sınır dışı edilmemeye ilişkin hüküm bulunmasına rağmen, Fransız ve Belçikalı delegeler, geri gönderme (*refoulement*) ifâdesinin de ilgili hükme eklenmesi yönünde görüş bildirmişlerdir. Fransız ve Belçikalı temsilcilerin bu yöndeki talebinin nedeni, bu ülkelerde, geri gönderme (*refoulement*) adında sınırdışı etmeden farklı bir müessesenin var olmasıdır: Bu hususta bkz. yuk. §2.II.A.

belirtmek gerekir ki, söz konusu eylemler, taraf devletlerin eylemleri olmalıdır. “Taraf devletlerden” anlaşılması gereken ise 1951 Sözleşmesi ve/veya 1967 Protokolü’ne³⁷⁸ taraf olan tüm devletlerdir. Bu bağlamda, “taraf devletler” ifâdesinin, söz konusu devletlerin alt ayırımlarını (*sub-divisions*) da kapsadığını; böylelikle bölgesel (özerk) yönetimlerin³⁷⁹ veya federe otoritelerin³⁸⁰, devlet organlarının veya yönetsel yetkiyi kullanan kişi veya kurumların³⁸¹ mültecilerin geri gönderilmemesi hususunda 33(1). madde ile bağlı olduklarını ifâde etmek gerekir³⁸².

aa. Sınır Dışı Etme

Sınır dışı etmenin Sözleşme’nin 33(1). maddesi çerçevesinde açıkça yasaklanmış olduğuna dair bir kuşku bulunmamakla birlikte bu hususa bir başka maddede daha yer

³⁷⁸ Bkz. 1967 Protokolü md. I(1).

³⁷⁹ Devlet yapılanması federasyon olarak tezahür etmese de, devlet içerisindeki özerk yönetimlerin eylemleri de bağlı oldukları devlete âit sayılmaktadır: ELİF UZUN, *Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerden Dolayı Devletin Sorumluluğu* (İstanbul, 2007), 76. Ayrıca, Uzun’un, Roberto Ago’dan aktardığına göre, “*Duc De Guise*’un Mirasçıları” olayında Fransız-İtalyan Komisyonu da aynı yönde bir karar vermiştir: Ibid 76; Doc. A/CN.4/246 and Add.1-3 Third Report on State responsibility, by Mr. Roberto Ago, Special Rapporteur, the internationally wrongful act of the State, source of international responsibility, Extract from the Yearbook of the International Law Commission:- 1971, vol. II(1), para. 172, <http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_246.pdf> (E.T.: 30. 12.2012).

³⁸⁰ UAD, *La Grand* davasında, federe devletlerin eyleminin federal devletin eylemi kabul edileceği yönünde bir karar vermiştir: *LaGrand (Germany v. United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 2001, 466, <<http://www.icj-cij.org/docket/files/104/7736.pdf>> (E.T.: 12.12.2012). Uluslararası yükümlülüğü ihlâl eden eylemin federe devlet organları tarafından meydana getirilmiş olması durumunda, sorumluluğun federal devlete âit olduğu artık genel kabul görmüş bir ilke hâlini almıştır: ELİF UZUN, *Devletin Sorumluluğu*, 76.

³⁸¹ 31 Mayıs 2001 tarihinde Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından kabul edilen “Devletin, Bir Milletlerarası Yükümlülüğünü İhlâl Etmesi Durumunda Uygulanacak Uluslararası Sorumluluk Kurallarına İlişkin Maddeler”in (*Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*) 4’üncüsünde bir organın, yasamaya, yürütmeye, yargıya ilişkin ya da başkaca işlevleri yerine getirmesi fark etmeksizin, devlet örgütlenmesi içindeki konumu ne olursa olsun, ister merkezi idare içinde, ister bir yerel idare niteliğinde olsun, tüm devlet organlarının eylemlerinin devletin fiili olarak kabul edileceği ve organın iç hukuka göre bu statüye sahip her kişi ya da birimi kapsayacağı; Maddelerin 5’incisinde, dördüncü madde kapsamına girmediği hâlde ilgili devlet tarafından yönetsel yetkileri kullanma gücü ile donatılmış olan kişi veya kurumun faaliyetlerinin de devlet eylemi sayılacağı; 6’cısında bir devlet tarafından bir başka devletin emrine verilmiş bir organın davranışının da devlet fiili olarak kabul edileceği; 8’cisinde, bir kişinin ya da grubun devletin yönlendirmesi ya da denetimi altında iken yaptığı davranışların da devlet eylemi olarak görüleceği ve 11. maddede de, devlet tarafından kendisine âitmiş gibi tanınan ve benimsenen davranışın da devlet eylemi sayılacağı belirtilmiştir: Maddeler, BMGK’nın 56/83 sayılı ve 12 Aralık 2001 tarihli kararı ile kabul edilmiştir: UN Doc. A/56/49(Vol. I)/Corr.4.

³⁸² ELIHU LAUTERPACHT ve DANIEL BETHLEHEM, «Non-Refoulement», 108.

verildiği görülmektedir. Sözleşme'nin 32(1). maddesine göre, “*Taraf Devletler, ülkelerinde yasal olarak bulunan bir mülteciyi, ulusal güvenlik veya kamu düzeni ile ilgili sebepler dışında sınır dışı edemeyeceklerdir*”. Ayrıca 32 (2). madde uyarınca, “*[b]öyle bir mültecinin sınır dışı edilmesi, ancak ilgili yasal sürece göre alınmış bir karara uygun olabilir. Zorunlu ulusal güvenlik nedenlerinin, aksine bir uygulamayı gerekli kıldığı haller dışında, mültecinin, durumunu açıklaması için delil sunmasına, temyiz etmesine, bu amaçla yetkili bir makamın ya da, yetkili makamın özel olarak atayacağı bir kişinin veya kişilerin önünde temsil edilmesine izin verilecektir*”.

İlk bakışta 33(1) ile 32(1). maddelerde yer alan bu iki hükmün birbirine benzerliği dolayısıyla sınır dışı hususunun iki ayrı maddede düzenlenmesinde ne gibi bir gereklilik olduğu sorusu sorulabilir. Oysa 32(1). madde hükmü dikkatli incelendiğinde, bazı hususlarda 33. maddeden ayrıldığı görülecektir. Öncelikle, 32. maddede öngörülen sınır dışı yasağı, mültecinin sığınma ülkesinde “yasal olarak bulunması” şartına bağlanmıştır. Oysa 33. maddede böyle bir şart aranmamaktadır (33. maddenin uygulanabilmesi için bireyin fiziksel olarak sınırda/sınır içerisinde bulunması yeterli kabul edilmektedir)³⁸³. Sığınma ülkesinde yasal olarak bulunan (fiilî) mültecilerin sınır dışı edilmesine ilişkin olarak 33(1). maddeye benzer bir hükmün getirilmesindeki amacın, bu bireylere ülkeye giriş esnasında tanınan korumanın sürekliliğini sağlamak olduğu vurgulanmalıdır³⁸⁴. 32(1). maddede yer alan sınır dışı yasağına ilişkin olarak üzerinde durulması gereken bir husus da ilgili hükümde zikredilen “ulusal güvenlik” ve “kamu düzeni” nedenlerine bağlı olarak hakkında sınır dışı edilme kararı verilmiş olan bireyin 33(2). maddede sayılan istisnalar saklı kalmak kaydıyla, güvenli üçüncü bir ülkeye gönderilecek şekilde ülkeden uzaklaşabilmesinin sağlanmasıdır. Bu yaklaşım ilgili hükmün üçüncü paragrafından açıkça anlaşılmaktadır. 32. maddenin üçüncü paragrafı uyarınca; “*Taraf Devletler bu gibi bir mülteciye diğer bir ülkeye yasal olarak kabulünü sağlayabilmesi için makul bir süre tanıyacaklardır. Taraf devletler bu süre içinde gerekli gördükleri işleriyle ilgili herhangi bir önlemi alma hakkını saklı tutarlar*”.

³⁸³ Bkz. JAMES C. HATHAWAY, *Rights of Refugees*, 302 vd.

³⁸⁴ Ibid., 664.

Sözleşme'nin 32(1). maddesinde öngörülen sınır dışı etme yasağı ile 33(1). maddede temelini bulan geri gönderme yasağını iki farklı yükümlülük olarak değerlendirmemek gerekir. Aslında her iki hüküm tek bir yükümlülüğün iki boyutunu oluşturmaktadır³⁸⁵. Bu hâliyle 32. madde hükmünün 33. maddenin, dolayısıyla geri gönderme yasağının tamamlayıcısı olduğu da ifâde edilebilir³⁸⁶. Fiziksel olarak sığınma ülkesinde bulunan sığınmacılar/(fiilî) mülteciler için 33(1). maddenin koruması tek başına söz konusu olmakta iken, yasal olarak bulunan bireyler için 32(1). madde ve 33(1). madde birlikte etki doğurmaktadır.

bb. Sınırdan Geri Çevirme ve İfade

1951 Sözleşmesi'nin 33(1). maddesi çerçevesinde yasaklanan eylemlerden birinin sınır dışı etme olduğu açıkça anlaşılmakla birlikte “geri gönderme” ifâdesinin belirsizliği, hangi eylemlerin bu ifâdenin kapsamına girebileceği konusunda ilk zamanlarda soru işaretleri doğurmuştur. Geri gönderme teriminin kapsamına ilişkin tereddütler çoğunlukla bu terimin sınırdan geri çevirme³⁸⁷ ve suçluların ifâdesini kapsayıp kapsamadığı konularına odaklanmıştır. Ancak çağdaş mülteci hukuku açısından, hem doktrinde hem

³⁸⁵ JAMES C. HATHAWAY, *Rights of Refugees*, 664.

³⁸⁶ Ibid., 664; GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 263. Nitekim Sözleşme'nin hazırlık çalışmaları sırasında, ABD delegesi Mr. Henkin bu hususu şu şekilde ifâde etmiştir: “Her durumda, mültecinin yasal bir pozisyona sahip olup olmadığına bakılmaksızın hayatının ya da özgürlüğünün tehdit edilebileceği bir ülkeye geri gönderilmemesi gerekir”: UN Ad Hoc Committee on Refugees and Stateless Persons, *Ad Hoc Committee on Statelessness and Related Problems, First Session: Summary Record of the Twentieth Meeting Held at Lake Success, New York, on Wednesday, 1 February 1950, at 2.30. p.m.*, 10 February 1950, E/AC.32/SR.20, para.55, <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae68c1c0.html>> (E.T.: 12.12.2012).

³⁸⁷ Sınırdan geri çevirmenin geri gönderme yasağına dâhil edilip edilmeyeceği yönündeki farklı görüşler, çoğunlukla, hazırlık çalışmalarından (geri göndermemenin, sınırdan geri çevirmeyi kapsayıp kapsamadığı yönünde) net bir sonuca varılamamasından kaynaklanmaktadır. Goodwin-Gill, bu husustaki belirsizliği Sözleşme'nin düzenlendiği tarihte, devletlerin sığınmacıların sınırdan geri çevrilmemesi ve ülkeye kabul edilmesi fikrine hazırlıklı olmamalarına bağlamaktadır. Yazar'a göre, o dönemde Sözleşme'nin hazırlık çalışmalarına katılmış olan devletlerin bakış açısına göre, sınırdan geri çevirmeme, ülkeye kabul anlamını taşıyarak istenmeyen bir sonuca; sığınma sağlanma hakkının kabulüne yol açabilecek şekilde anlaşılabilmeğe müsaitti GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 206–208. İşte muhtemelen bu kaygıyla, geri gönderme yasağının kapsamı içerisine sınırdan geri çevirmeme açıkça dâhil edilmedi: Ibid.; ROBERT L. NEWMARK, «Non-Refoulement Run Afoul: The Questionable Legality of Extraterritorial Repatriation Programs», *Washington University Law Quarterly* 71 (1993): 835.

uygulamada geri gönderme yasağının sınırdan geri çevirme³⁸⁸ ve suçluların iâdesini³⁸⁹ de kapsadığı yönünde bir uzlaşının olduğu ifade edilebilecektir. Söz konusu uzlaş, 1951 Sözleşmesi dışındaki bazı uluslararası sözleşmelere de yansımış; bu bağlamda sınırdan geri çevrilme ve suçluların iâdesi hususlarında geri gönderme yasağının etkisi pozitif anlamda tezahür etmiştir. Örneğin, temelini 1951 Sözleşmesinden alan ABÖ Mülteci Sözleşmesi'nin II(3). maddesinde³⁹⁰, BMGK'nın 1967 tarihli Ülkesel Sığınma Bildirisi'nin 3(1). maddesinde³⁹¹, Bangkok İlkelerinin III(3). maddesinde³⁹², *Cartagena*

³⁸⁸ Doktrinde sınırdan geri çevirmenin geri gönderme yasağı kapsamında ele alınabileceği hususundaki görüşlerden bazıları için bkz. GUY S. GOODWIN-GILL, «Non-Refoulement and the New Asylum Seekers», *Virginia Journal of International Law* 26 (1986 1985): 901; GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *The Refugee in International Law*, 208; DAVID WEISSBRODT ve ISABEL HÖRTREITER, «Principle of Non-Refoulement», 65; AOIFE DUFFY, «Expulsion to Face Torture?», 373; JAMES C. HATHAWAY, *The Rights of Refugees under International Law*, 316. BMMYK da bu yönde, “geri göndermeme ile sınırdan geri çevirmeme arasındaki bağın uygulamaya yansıdığını ve devletlerin, çok sayıda sığınmacının ülkeye girişine izin verdiklerini” belirtmiştir: R. (European Roma Rights Centre and others) v. Immigration Officer at Prague Airport (UNHCR Intervening) [2005] 2 AC1, [2004] UKHL 55 (Birleşik Krallık). Geri gönderme yasağının sınırda geri çevirmeyi de kapsaması yönünde BMMYK Yürütme Kurulu Kararları için ayrıca bkz. BMMYK Yürütme Kurulu Kararı, S. 6 (XXVIII), 1977, para (c); BMMYK Yürütme Kurulu Kararı S. 85 (XLIX), 1998, para. (q); BMMYK Yürütme Kurulu Kararı, S. 99(LV), 2004, para. (1).

³⁸⁹ BMMYK Yürütme Kurulu, iâde ve geri gönderme yasağı ilişkisine netlik kazandıran, 17 sayılı kararında, mültecinin zulüm görme riskinin söz konusu olduğu bir ülkeye iâde edilmesinin geri gönderme yasağı kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamıştır: BMMYK Yürütme Kurulu Kararı, S. 17(XXXI), 1980. BMMYK'nın geri gönderme yasağına ilişkin bilgi notu da aynı yönde görüş bildirmektedir: UN HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES, *UNHCR Note on the Principle of Non-Refoulement*, November 1997, <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/438c6d972.html>> (E.T.: 17.12. 2011). Ayrıca BMMYK, 2007 tarihli Tavsiye Görüşü'nde, 33(1). madde hükmünün iâdeyi de içine alacak şekilde her türlü geri gönderme şeklini kapsadığını açıkça belirtmiştir: UN HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES, *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, para. 7, <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/45f17a1a4.html>> (E.T.: 17. 02. 2012); ayrıca bkz. UN HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES, *Guidelines for National Refugee Legislation, with Commentary*, 9. 12. 1980, HCR/120/41/80 / GE.81-0013, part III, sec. 6, para. 2.

³⁹⁰ Bkz. yuk., §2.II.C., dn.349. BMMYK ile ABÖ'nün ortaklaşa oluşturduğu çalışma grubunun hazırladığı “Mültecilere Yönelik Ulusal Mevzuata İlişkin Rehber”de de sınırdan geri çevrilme geri gönderme yasağı kapsamında ele alınmış, bu husus 1951 Sözleşmesi ve O'nu model alan ABÖ Sözleşmesi için ortak bir yaklaşım olarak değerlendirilmiştir: UN HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES, *Guidelines for National Refugee Legislation, with Commentary*, 9. 12. 1980, HCR/120/41/80 / GE.81-0013, part III, sec. 6, para. 2, <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b32610.html>> (E.T.: 12. 12. 2012).

³⁹¹ Ülkesel Sığınma Bildirisi'nin 3(1). maddesi şu şekildedir: “I. maddenin 1. fıkrasında belirtilen hiç kimse sınırda geri çevrilmeye; eğer sığınma aradığı ülkenin sınırından giriş yapmış ise zulümle karşılaşabileceği herhangi bir ülkeye sınır dışı edilmeye veya zorla geri gönderilmeye maruz bırakılamaz”.

³⁹² Bangkok İlkelerinin III(3). maddesi şu şekilde düzenlenmiştir: “Bu ilkelere uygun olarak sığınma arayan hiç kimse, ulusal güvenlik ya da nüfusun korunmasına ilişkin ciddi nedenler dışında, bir ülkede yaşamını, fiziksel bütünlüğünü ya da özgürlüğünü tehlikeye sokan zulümden duyduğu haklı bir korku varsa

Bildirisi'nin 5. maddesinde³⁹³, “sınırdan geri çevirme” açıkça geri gönderme yasağı kapsamına alınmıştır. Bunu noktada belirtmek gerekir ki; geri gönderme yasağının özellikle sınırdan geri çevirmeyi de kapsayacak biçimde yorumlanması ve uygulanması, yasağın yabancıların ülkeye kabul edilmesi hususunda devletlere *de jure* bir yükümlülük getirdiği biçiminde değerlendirilmemelidir³⁹⁴. Sözleşme'nin 33(1). maddesi, gerek sınır dışı etmeyi gerek sınırdan geri çevirmeyi, bireyin hayatı ya da özgürlüğü; ırk, din, milliyet, sosyal gruba mensubiyet veya siyasî görüş nedenlerinden biri doğrultusunda tehdit altında olacak ise yasaklamıştır. Böylece, bireyin, söz konusu tehditlerin meydana gelmeyeceği bir bölgeye yollanması yasak kapsamında bulunmamaktadır. Bununla birlikte, sınırdan geri çevirmenin sığınmacıyı zulüm riski ile karşı karşıya bırakacağı durumlarda, geri gönderme yasağının *de facto* ülkeye kabul yükümlülüğü doğuracağını savunmak da yanlış olmayacaktır³⁹⁵.

Tıpkı sınırdan geri çevirme hususunda olduğu gibi suçluların iadesi konusunda da bu eylemin geri gönderme yasağına dâhil olduğu yönünde bir uzlaşma söz konusudur. Nitekim suçluların iadesine yönelik ikili ve çok taraflı sözleşmelerde, geri gönderme

o ülkeye geri dönmesi ya da orada kalması zorunluluğuyla sonuçlanacak sınırdan geri çevrilme, geri gönderilme ya da ihraç gibi önlemlere maruz bırakılamaz”.

³⁹³ Bildiri'nin 5. maddesi şu şekildedir: “ (Kolokyum aşağıda yer verilen kararları almıştır) (...) (5) Geri göndermeme ilkesinin, mültecilerin uluslararası korumasının temel taşı olarak, (sınırdan geri çevrilmenin yasaklanmasını da kapsayacak şekilde) önemini ve anlamını yinelemek”.

³⁹⁴ Sözleşme'nin hazırlık çalışmaları sırasında, 33. maddenin, hiçbir mültecinin hükümde belirtilen yerlere gönderilecek şekilde sınır dışı edilmemesini öngören negatif bir yükümlülük doğurduğu ancak bu yükümlülüğün mültecinin sığınma ülkesinde ikamet sahibi olabileceğine dair bir zorunluluk içermediği belirtilmiştir: Statement of Mr. Weis of the International Refugee Organization, Ad Hoc Committee on Refugees and Stateless Persons, Second Session: Summary Record of the Fortieth Meeting Held at the Palais des Nations, Geneva, on Tuesday, 22 August 1950, at 2.30 p.m., UN Doc. E/AC.32/SR.40, 22.08.1950, <<http://www.unhcr.org/3ae68c1910.html>> (E.T.: 12.12.2012). Uygulamada da ülkeye kabul hususunun devletlerin kendi inisiyatifinde olduğu, dolayısıyla sınırdan geri çevirmenin mutlak olarak ülkeye kabul anlamını taşımadığı genel olarak kabul görmektedir. Bu hususta iki örnek karar için bkz. *Minister for Immigration and Multicultural Affairs v. Khawar* , [2002] HCA 14, Australia: High Court, 11.04.2002, <<http://www.refworld.org/docid/3deb326b8.html>> (E.T.: 12.12.2012) (Avustralya); *R v. Immigration Officer at Prague Airport et al., ex parte European Roma Rights Centre et al.*, [2004] UKHL 55, <<http://international.westlaw.com>> (E.T.: 12.12.2012) (Birleşik Krallık).

³⁹⁵ Aynı yönde bkz. JAMES C. HATHAWAY, *Rights of Refugees*, 301.

yasağının etkisi belirgin bir biçimde görülmektedir³⁹⁶. Örneğin, 1951 Sözleşmesinden hemen sonra düzenlenen ve suçluların iâdesine ilişkin olarak ulusal hukuklara ve ikili anlaşmalara model teşkil eden bir sözleşme olduğundan yaygın bir uygulama alanına ve belirgin bir öneme sahip olan³⁹⁷ 1957 tarihli Suçluların İâdesine Dair Avrupa Sözleşmesi’nin(SİDAS)³⁹⁸, 1951 Sözleşmesinin geri gönderme yasağına ilişkin yaklaşımının etkilerini taşıdığı açıkça anlaşılmaktadır³⁹⁹. SİDAS’ın “siyasî suçlar” başlığını taşıyan 3. maddesi, siyasî suçları, iâde kapsamının dışında bırakmaktadır. Elbette ki bu düzenleme, 1951 Sözleşmesi’nin amacı ve içeriği ile uyumludur. Zira mültecilerin çoğunlukla siyasî nedenlerle mültecilik hâline girmiş olmaları, iâdeye karşı güvence altında olmalarını gerektirmektedir⁴⁰⁰. SİDAS’ın geri gönderme yasağından etkilenmiş olmasının en büyük göstergesi ise, 3(2). madde hükmüdür. İlgili düzenlemeye göre, “*durumun şartlarından, iâde talebinin bir kişiyi, ırk, din, milliyet veya siyasî görüş sebeplerinden biri yüzünden takip veya cezalandırmak amacıyla yapıldığına veya bu kişinin durumunun sayılan sebeplerden dolayı ağırlaşabileceğine dair ciddi sebepler mevcut olduğuna kanaat getirilirse*”, kişi iâde kapsamında değerlendirilmeyecektir⁴⁰¹.

³⁹⁶ GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 258; ELIHU LAUTERPACHT ve DANIEL BETHLEHEM, «Non-Refoulement», 113; CHRISTINE VAN DEN WYNGAERT, «Applying the European Convention on Human Rights to Extradition», 757.

³⁹⁷ DURMUŞ TEZCAN, MUSTAFA RUHAN ERDEM, ve MURAT ÖNOK, *Uluslararası Ceza Hukuku* (Ankara, 2009), 232, 233.

³⁹⁸ Council of Europe, European Convention on Extradition, 13.12. 1957, ETS 24, Sözleşme’nin Türkçe metni için bkz. <http://www.avrupakonseyi.org.tr/antlasma/aas_24.htm> (E.T.: 03. 03. 2012).

³⁹⁹ Benzer bir yaklaşımın AB Temel Haklar Şartı açısından da geçerli olduğu belirtilmelidir. Uluslararası niteliği hâiz olmasa da AB hukuku açısından, kurucu antlaşmalarla aynı seviyede bir bağlayıcılık arz eden AB Temel Haklar Şartı da, iâdeyi geri gönderme yasağı kapsamında ele alan bir yaklaşım sergileyerek, bu yöndeki AB hukuku uygulamasına ışık tutmaktadır. Şartın “Özgürlükler” başlığını taşıyan II. bölümünün 19. maddesinde, “[h]iç kimse, ölüm cezasına, işkenceye veya diğer insanlık dışı ve alçaltıcı muameleye veya cezaya tâbi tutulmasının ciddi ihtimâl dâhilinde bulunduğu bir ülkeye gönderilemez, sürülemez veya iâde edilemez” hükmüne yer verilmek suretiyle iâde insan hakları hukukundaki genel yaklaşıma uyumlu olarak belirtilen şartlarla yasaklanmış bulunmaktadır.

⁴⁰⁰ Siyasî suçların iâde kapsamı dışında bırakılması hususu üzerinde geleneksel bir uzlaş olduğu yönündeki açıklamalarımız için bkz. yuk. §1.I.A.1.

⁴⁰¹ Goodwin Gill ve McAdam, Sözleşmeye bu hükmün eklenerek, mülteci tanımına gönderme yapılmasının, sıradan bir siyasî suçla mülteci arasındaki boşluğun kapatılması amacıyla gerçekleştirildiğini belirtmektedir. Hükmünde, mülteci tanımında yer alan “belirli bir sosyal gruba mensubiyet” teriminin yer almamasının sebebi ise, bu terimin çok geniş bir şekilde yorumlanmaya açık

d. Yasağa Getirilen İstisnalar

1951 Sözleşmesi, geri gönderme yasağı çerçevesinde mutlak bir koruma öngörmemektedir. Sözleşmenin geri gönderme yasağını düzenleyen 33. madde hükmünün ikinci paragrafında, yasağın uygulanmasına getirilen istisnalar sayılmıştır⁴⁰². Buna göre, *bulunduğu ülkenin güvenliği için tehlikeli sayılması yolunda ciddi sebepler*⁴⁰³ bulunan veya özellikle ciddi bir suçtan dolayı kesinleşmiş bir hükümle mahkûm olup, o ülkenin halkı için tehlike teşkil eden bir mülteci, işbu hükümden faydalanmayı talep edemez. Görüldüğü gibi, yasağın temel iki istisnası bulunmaktadır. Bunlar, ulusal güvenliğe (milli güvenlik) ve kamu güvenliğine ilişkin durumlardır. Belirtilen hususların, geri gönderme yasağının uygulanmamasına sebep olarak, birey açısından ciddi sonuçlar doğurabileceği düşünüldüğünde, dar yorumlanması ve tahdidi olarak ele alınması gerekmektedir⁴⁰⁴. Bu bağlamda, doktrinde, istisnaların değerlendirilmesi noktasında önem verilmesi gereken beş hususa dikkat çekilmiştir⁴⁰⁵. Bunlar; (1) ulusal güvenliği/kamu güvenliğini tehdit eden tehlikenin sığınma ülkesine yönelik olması (2) tehlikenin geleceğe ilişkin olması (3) tehlike riskinin yüksek bir ciddiyet seviyesinde

olması ile ilişkilendirilmiştir: GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 258. Sosyal gruba mensubiyet hususundaki açıklamalarımız için bkz. §5.II.B.

⁴⁰² Sözleşmenin düzenlenmesinden sonra Sözleşmeyi kaynak olarak geri gönderme yasağını hüküm altına alan bazı bölgesel düzenlemelerde ise yasağa herhangi bir istisna getirilmediği görülmektedir: Bkz. ABÖ Sözleşmesi, AİHK ve Cartagena Deklarasyonu.

⁴⁰³ Sözleşme'nin orijinal metinlerinden olan İngilizce metninde “ciddi sebepler” yerine “makul sebepler (*reasonable grounds*)” standardı kullanılmıştır. “Ciddi sebepler (*raisons sérieuses*)” ifâdesinin Sözleşme'nin İngilizce ile birlikte orijinal dildeki metinlerinden sayılan Fransızca metinde yer aldığı görülmektedir. Türkçe resmî çevirinin de Fransızca belgeden yapıldığı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, Anglo-Amerikan uygulamasında da “ciddi sebepler” standardının esas alındığı görülmektedir. Örneğin, ciddi sebepler kriterinin nasıl anlaşılması gerektiği hususuna ışık tutan Yeni Zelanda Temyiz Mahkemesi'nin *Zaoui* davasında verdiği karar, bu hususta belirgin bir önemi haizdir. Kararda, ulusal güvenliğe yönelik tehlikenin ciddi sebeplere dayanması için, ilgili devletin keyfi ya da değişken bir tavır sergilemeden, tehlike riskini açıkça ve kanıtlarla (objektif olarak) ortaya koyması; tehlike riskinin yüksek bir seviyede olması gerektiği belirtilmiştir: *Attorney-General v. Zaoui and Others*, para. 26. Ciddi sebepler kriterinin açıklamasına ilişkin olarak *Zaoui* kararındaki yaklaşımı benimseyen doktrin görüşleri için bkz. ELIHU LAUTERPACHT ve DANIEL BETHLEHEM, «Non-Refoulement», 135; GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 237; JAMES C. HATHAWAY, *Rights of Refugees*, 345.

⁴⁰⁴ ELIHU LAUTERPACHT ve DANIEL BETHLEHEM, «Non-Refoulement», 136.

⁴⁰⁵ Sayılan unsurlar için bkz. *Ibid.*, 135–138.

olması ve devletin takdir yetkisinin kısıtlı olması (4) tehlike riski değerlendirilirken bireysel şartların göz önünde bulundurulması ve (5) orantılılıktır.

Belirtilen hususların yanısıra, istisnaların değerlendirilmesinde Sözleşme'nin yorumlanması ve her bir istisnanın içeriğinin belirlenmesi de önem taşımaktadır. Zira yasağın istisnalarının düzenlendiği 33(2). maddede yer alan “ulusal güvenlik”, “kamu güvenliği”, “özellikle ciddi bir suç” gibi ifâdeler geniş ve farklı yorumlara açık olan muğlak kavramlardır.

aa. Ulusal Güvenliğe İlişkin Durumlar

Ulusal güvenlik hususu devletlerin egemenlik yetkileri çerçevesinde ele alınan ve iç hukuk alanına hasredilmiş bir konudur. Ulusal güvenliğin, egemenlik yetkisi ile ilgili olmasının sebebi, devletlerin, kendilerine has siyasî, ekonomik, sosyal ve kültürel sistemlerini belirleme ve gerektiğinde meşru müdaafa haklarını kullanmaları konusunda iç hukukları ile çerçevelenmiş bir hareket alanına sahip olmalarıdır⁴⁰⁶. Bu görünüm içerisinde, uluslararası hukukta ulusal güvenlik kavramının tanımı yapılmamıştır. Esasen, iç hukuklarda da ulusal güvenlik tanımına pek rastlanmamaktadır⁴⁰⁷. Bu durum, devletlerin, ulusal güvenlik konusundaki takdir alanlarını sınırlandırma eğiliminde olmamaları ile açıklanabilir. İç hukuklarda az sayıda yapılan “ulusal güvenlik” tanımlarındaki⁴⁰⁸ ortak noktalar; devletin menfaatlerinin, ülkesel ve sınır bütünlüğünün ciddi zararlardan korunması, demokratik ve anayasal ilkelere uygun olarak oluşturulmuş

⁴⁰⁶ GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 235; ELIHU LAUTERPACHT ve DANIEL BETHLEHEM, «Non-Refoulement», 135.

⁴⁰⁷ “Ulusal güvenlik” teriminin açıklanmaya çalışıldığı az sayıdaki iç hukuk düzenlemelerine örnek olarak bkz. Australian Security Intelligence Organization Act 1979 (Avustralya); Canadian Security Intelligence Service Act 1985 (Kanada); UK Security Service Act 1989 (Birleşik Krallık); bu hususta ayrıca bkz. GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 236, dn. 218.

⁴⁰⁸ Doğrudan doğruya mültecilere ilişkin uluslararası ya da (belli başlı sığınma devletlerine âit) ulusal düzenlemelerin hiç birinde “ulusal güvenlik” tanımının yapılmadığı görülmektedir. Tanımın yapıldığı iç hukuk düzenlemeleri çoğunlukla güvenlik ve istihbarata ilişkindir.

hükümetleri ortadan kaldırmaya yönelik faaliyetlerin ve yabancı müdahalenin engellenmesi üzerine odaklanmıştır⁴⁰⁹.

Geri gönderme yasağının ulusal güvenlik ile sınırlandırılmış olması özellikle 1951 Sözleşmesinin oluşturulduğu dönemin şartları çerçevesinde olağan karşılanmalıdır. Soğuk Savaşın Sözleşme üzerindeki etkisi, ulusal güvenliğin yasağın bir istisnasını oluşturması noktasında da kendisini göstermiştir. Nitekim yasağa getirilen sınırlamaya ilişkin olarak hazırlık çalışmaları sırasında Birleşik Krallık temsilcisinin, “*mültecilerin arasında, sığınma devletine karşı yıkıcı faaliyetler gerçekleştirmek üzere yabancı bir gücü temsilen bulunan bireylerin de yer alabileceği*” yönündeki görüşü⁴¹⁰ ve diğer temsilcilerin bu görüşe mutabık kalmaları, Soğuk Savaşın oluşturduğu kutuplaşma ortamından duyulan tedirginliği belirgin bir şekilde ortaya koymaktadır⁴¹¹. Sözleşmenin hazırlık çalışmalarında, yasağın ulusal güvenlik kaygısıyla sınırlandırılması hususuna gösterilen hassasiyet günümüzde de uluslararası terörizmin yaygınlaşmasından kaynak olarak devam etmektedir. Özellikle 11 Eylül 2001 tarihinde ABD’ye yapılan terör saldırılarından sonra küresel ekseninde yeniden şekillenen ulusal güvenlik anlayışı Sözleşme’nin 33(2). maddesinin katı bir şekilde yorumlanmasına yol açmıştır⁴¹². Örneğin, *Suresh v. Canada* davasında, Kanada Yüksek Mahkemesi, ulusal güvenliğin dolaylı olarak da tehlike altında kalabileceğini belirtmiştir⁴¹³. Mahkeme, bir ülkenin güvenliğinin diğer ülkelerin güvenliği ile bağlantılı olabileceğini de ayrıca vurgulamıştır⁴¹⁴. Benzer bir yaklaşımın AOSS açısından da söz konusu olduğu

⁴⁰⁹ Bkz. yuk. dn. 407.

⁴¹⁰ UN HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES, Commentary of the Refugee Convention 1951 (Articles 2-11, 13-37), October 1997, <<http://www.refworld.org/docid/4785ee9d2.html>> (E.T.: 12.12.2012), Article 33 Comments para. 7.

⁴¹¹ Aynı yöndeki görüşü için bkz. JAMES C. HATHAWAY, *Rights of Refugees*, 345.

⁴¹² 11 Eylül 2001 saldırılarından sonra ulusal güvenlik anlayışının yeniden şekillenmesi ve bu anlayışın geri gönderme yasağına yansımaları hususunda ayrıntılı bir çalışma için bkz. RENE BRUIN ve KEES WOUTERS, «Terrorism and the Non-derogability of Non-refoulement».

⁴¹³ *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1, Canada: Supreme Court, 11.01.2002, 5, < <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3c42bdfa0.html>> (E.T.: 07. 07. 2012).

⁴¹⁴ Mahkeme böylelikle tehlikenin yöneldiği hedeflerin, sığınma ülkesinde konuşlanmış olmasının gerekmediğini, bir başka ülkenin asıl hedef olarak alınması durumunda da sığınma devletinin

belirtilebilir. AOSS'nin en önemli hukukî araçlarından biri olan Avrupa Birliği Vasıf Yönergesi'nin giriş (*recital*) kısmında ulusal güvenlik hususunun, uluslararası terörizme destek veren bir oluşumun üyesi olunması veya bu oluşuma destek sağlanması durumlarını da kapsadığı belirtilmiştir⁴¹⁵. Böylelikle, AOSS çerçevesinde, tehlikenin sığınma ülkesinden başka bir ülke için doğrudan geçerli olması durumunda, sığınmacının uluslararası terörizme destek verme eğiliminde olması kaydıyla, sığınma ülkesinin ulusal güvenliğini tehdit ettiği sonucuna varılabilecektir⁴¹⁶.

bb. Kamu Güvenliğine İlişkin Hususlar

Geri gönderme yasağının istisnalarından ikincisi, mültecinin özellikle ciddi bir suçtan dolayı kesinleşmiş bir hükümle mahkum olması ve aynı zamanda bulunduğu ülkenin halkı açısından tehlike teşkil etmesi hâlidir. 1951 Sözleşmesinin 33(2). maddesinde zikredilen bu durum, genel olarak halkın güvenliği, tehlikeden uzak olması, toplumun iç ve dış tehlikelere karşı güvende olması anlamına gelen⁴¹⁷ “kamu güvenliği” çerçevesinde ele alınabilir. Kamu güvenliği kavramı, ulusal güvenlik kavramından daha dar bir alanı kapsamakta; ulusal güvenliğin geniş bir çerçevede koruduğu devlet

menfaatlerinin zarar görebileceğini kabul etmiş olmaktadır: GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 237.

⁴¹⁵ Vasıf Yönergesi, Giriş (*Recital*), para. 37.

⁴¹⁶ AOSS'nin güvenliğe yönelik bakış açısı da güncel ulusal güvenlik anlayışından etkilenmiştir. 2001 yılında ABD'de ve 2004 yılında Madrid'de meydana gelen terörist faaliyetler sonrasında, AOSS'nin üzerinde yükseleceği politikaların belirlenmesi amacıyla toplanan Hague zirvesinde, güvenlik konusuna daha önceki zirvelerden daha geniş bir yer verildiği görülmektedir. Hague zirvesi sonrasında oluşturulan programda da AOSS çerçevesinde, özgürlük ve güvenlik arasındaki denge ile kritik bir şekilde oynandığı ifade edilebilir: THIERRY BALZACQ ve SERGIO CARRERA, «The Hague Programme: The Long Road to Freedom, Security and Justice», içinde *Security Versus Freedom?: A Challenge for Europe's Future* (Hampshire, 2006), 5. Hague zirvesinden önce aynı amaçla toplanan Tampere zirvesinde sık sık üzerinde durulan ve insan hakları hukukunun pozitif kuralları ile uluslararası antlaşmalara göndermeler yapılarak çizilen AOSS'nin temel çerçevesi, Hague Programında güvenlik kaygısının gölgesinde kalmıştır: AGNES HURWITZ, *The Collective Responsibility of States to Protect Refugees* (Oxford, 2009), 41.

⁴¹⁷ HALİL KALABALIK, *İnsan Hakları Hukuku*, 127.

menfaatlerine kıyaslandığında, sadece toplumun refahı ve güvenliğini ilgilendirmektedir⁴¹⁸.

Ulusal güvenlik istisnasından farklı olarak, kamu güvenliğini tehdit eden mültecinin özellikle ciddi bir suçtan kesinleşmiş bir hükümle mahkûm olması şartı da aranmaktadır. İşte bu noktada bir belirsizliğin söz konusu olduğu iddia edilebilir⁴¹⁹. Bu belirsizliğin oluşmasının nedenleri aşağıda belirtilen soruların cevaplarının Sözleşme’de net bir şekilde yer almaması ve ilgili cevaplara yorum yoluyla ulaşılabilecek olmasından kaynaklanmaktadır. Bu bağlamda belirsizlik arz eden sorular şunlardır: (1) özellikle ciddi bir suçtan kesinleşmiş bir hükümle mahkum olunması aynı zamanda kamu güvenliğinin tehlike altında olduğu anlamına mı gelecektir? Yoksa, her iki unsur ayrı ayrı mı değerlendirilecektir? (2) suçun “özellikle ciddi olup olmadığı” nasıl belirlenecektir? Suçun işlenmiş olduğu yer istisnanın değerlendirilmesi açısından önem taşımakta mıdır? (3) mahkumiyetin kesinleşmiş olması ne anlama gelmektedir?

i. Kamu Güvenliği İstisnasının Değerlendirilme Yöntemi

Doktrinde ağırlıklı olarak, kamu düzeni istisnasının değerlendirilmesinde özellikle ciddi bir suçtan kesinleşmiş bir mahkumiyetle hüküm giymiş olmak ve kamu güvenliği için tehlike arz etmekte olmak şartlarının ayrı ayrı değerlendirilmesi ve istisnanın uygulanması için her iki şartın birlikte gerçekleşmesi gerektiği düşünülmektedir⁴²⁰. BMMYK’nın görüşünün de bu yönde geliştiği anlaşılmaktadır⁴²¹. Gerçekten de mahkûmiyet ve kamu güvenliğinin tehlikeye sokulması şartları birbirlerinin alternatifi

⁴¹⁸ ELIHU LAUTERPACHT ve DANIEL BETHLEHEM, «Non-Refoulement», 140.

⁴¹⁹ GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 237.

⁴²⁰ Bu yöndeki görüşler için bkz. ELIHU LAUTERPACHT ve DANIEL BETHLEHEM, «Non-Refoulement», 139; KATHLEEN M. KELLER, «Comparative and International Law Perspective on the United States (Non) Compliance with Its Duty of Non-Refoulement», 189; PAUL WEIS, *Travaux Préparatoires*, 246; ATLE GRAHL-MADSEN, *Commentary of the Refugee Convention 1951 (Articles 2-11, 13-37)* (UNHCR, 1997), 142, <<http://www.refworld.org/docid/4785ee9d2.html>> (E.T. 12.12.2012); JAMES C. HATHAWAY, *Rights of Refugees*, 351; JAMES C. HATHAWAY, *Refugee Status*, 226.

⁴²¹ Bkz. UNHCR Briefing On Nationality, Immigration and Asylum Bill, September 2002, para.3, 18.09.2002, <http://www.unhcr.org.uk/fileadmin/user_upload/pdf/Nationality20022.pdf> (E.T.: 03.10.2012).

olarak değerlendirilmemelidir. Zira Sözleşmenin 33(2). maddesinde yer alan hükmün lafzından açıkça, geri gönderme yasağının uygulanmaması için, bu iki şartın birlikte gerçekleşmesi gerektiği sonucuna varılabilir⁴²². Sözleşme'nin 33(2). maddesinde, ciddi bir suçtan kesinleşmiş bir hüküm ile mahkûm olmak, kamu güvenliği için tehlikeli bulunmak şartına alternatif olarak tanınmamıştır⁴²³. Hükmün lafzı açıkça, “ (...) özellikle ciddi bir suçtan kesinleşmiş bir hükümle mahkum olup, o ülkenin (sığınılan ülkenin) halkı için tehlike oluşturan (...) (“...who, having been convicted by a final judgment of a particularly serious crime, constitutes a danger to the community of that country”)⁴²⁴ ifâdesine yer vermek suretiyle, iki şartı birlikte gerçekleştirecek şekilde düzenlenmiştir. Görüldüğü gibi ulusal güvenliğe karşı tehlike oluşturma şartının, kamu güvenliğine karşı tehlike oluşturma şartına “veya” bağlacı ile alternatif kılınmasına yönelik teknik, kamu güvenliği ve ciddi bir suçtan hüküm giyme şartları için kullanılmamıştır. Bu bağlamda, belirli bir ciddiyet seviyesindeki suçtan kesinleşmiş bir mahkûmiyet almış bulunan birey, her durumda yasağın istisnası kapsamına girmemelidir. Yasağın uygulanmaması için, bu bireyin aynı zamanda kamu güvenliği için tehlike oluşturduğunun sabit olması gerekmektedir.

Uygulamada ise bu hususta yeknesak bir yaklaşımın oluştuğunu söylemek zordur⁴²⁵. Örneğin, Kanada⁴²⁶ ve Avustralya'nın⁴²⁷ uygulamaları, bu yaklaşımı

⁴²² Aynı yönde bkz. JAMES C. HATHAWAY, *Rights of Refugees*, 351; JAMES C. HATHAWAY, *Refugee Status*, 226.

⁴²³ ELIHU LAUTERPACHT ve DANIEL BETHLEHEM, «Non-Refoulement», 139; KATHLEEN M. KELLER, «Comparative and International Law Perspective on the United States (Non) Compliance with Its Duty of Non-Refoulement», 189.

⁴²⁴ Hükmün yukarıda aktardığımız Türkçe çevirisi tarafımızca İngilizce metnine sadık kalınarak yapılmaya çalışılmıştır.

⁴²⁵ GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 237.

⁴²⁶ Örneğin Kanada Yüksek Mahkemesi, *Pushpanathan* davasında geri gönderme yasağının uygulanmaması için mahkûmiyeti kesinleşmiş olan sığınmacının suçunun, belirli bir ciddiyet seviyesinde olmasını tek başına yeterli görmemiş buna ek olarak bireyin kamu güvenliğini tehlikeye sokup sokmayacağını da değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir: *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, para. 12, <<http://www.refworld.org/docid/3ae6b71ca.html>> (E.T.: 12.12.2012).

⁴²⁷ Bkz. *SZOQQ v Minister for Immigration and Citizenship* [2012] 200 FCR 174, 23.03.2012, <<http://international.westlaw.com>> (E.T.: 12.10.2013); *Betkoshabeh v. Minister for Immigration and*

yansıtmaktayken, ABD⁴²⁸ ve Birleşik Krallıkta⁴²⁹ Sözleşme'nin açık hükmüne rağmen⁴³⁰, kamu güvenliği istisnasının mülteci aleyhine bir değerlendirmeye tâbî kılındığını

Multicultural Affairs [1998] 157, 20.04.1999, <<http://international.westlaw.com>> (E.T.: 12.12.2012) Avustralya Göç Temyiz Mercii'nin sığınma sistemine yönelik yol gösterici rehberinde ikili bir değerlendirme ile kamu güvenliğinin tehdit edilip edilmeyeceği hususunun ayrıca değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir: *LEGAL SERVICES, A Guide to Refugee Law in Australia* (Refugee Review Tribunal, 2013), Chpt. 7.54–7.57, <<http://www.mrt-rrt.gov.au/Conduct-of-reviews/Guide-to-refugee-law.aspx>> (E.T.: 12.12.2013).

⁴²⁸ ABD'de kamu güvenliği için tehlike oluşturma istisnasının değerlendirilmesi esnasında, kamu güvenliği ve suçun ciddiyeti temelinde ikili bir inceleme yapılmasından ziyade, sadece sığınmacının mahkûmiyetini kesinleştiren hükme temel teşkil eden suçun ciddiyeti üzerine odaklanılmaktadır: Bu hususta bkz. *Al-Salehi v. INS*, 47 F. 3d 390 (10th Cir.1995); *Yousefi v. INS*, 260 F.3d 318, 327-28 (4th Cir. 2001); *Martins v. INS*, 972 F.2d 657, 661 (5th Cir. 1992); *Hamama v. INS*, 78 F.3d 233, 240 (6th Cir. 1996); *Garcia v. INS*, 7 F.3d 1320, 1323 (7th Cir. 1993); anılan davalar için bkz. <<http://international.westlaw.com>> (E.T.: 12.12.2012). ABD'de mültecilik başvurularına yönelik kararların ilk temyiz mercii olan ABD Göç Temyiz Kurulu, bir yabancıyla özellikle ciddi bir suç işlemiş olduğu durumda, bu bireyin ayrıca kamu güvenliği için tehlike arz edip etmediği yönünde bir incelemeye gerek olmadığına hükmetmiş; ayrıca “kamu güvenliğine yönelik tehlike oluşturma halinin” ciddi suçun tanımlanmasına yardımcı olan bir unsur olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir: *N-A-M-*, 24 I&N Dec. 336, 342 (BIA 2007); *N-A-M v. INS*, 587 F. 3d 1052 (10th Cir. 2009); *Ahmetovic v. INS*, 62 F. 3d 48, (2nd Cir. 1995). Ayrıca, *In re Y-L*, *In re A-G*, *In re R-S-R* kararlarında da, işlenmiş olan suçun ciddi bir nitelik taşımasından hareketle, sığınmacıların kamu güvenliğini tehdit edip etmediği araştırılmaksızın geri gönderme yasağının uygulanmaması için gereken şartların oluştuğuna hükmedilmiştir: *In re Y-L*, *In re A-G*, *In re R-S-R*, 23 I&N Dec. 270 (A.G. 2002), <<http://www.justice.gov/eoir/vll/intdec/vol23/3464.pdf>> (E.T.: 12. 12. 2011). Bu hususta ayrıca bkz. *In re Awat Mengisteab Bahta*, File A25 305 035 – Eloy (2000); <<http://www.justice.gov/eoir/vll/intdec/vol22/3437.pdf>> (E.T.: 12. 12. 2011) anılan kararlar için ayrıca bkz. JAMES C. HATHAWAY, *The Rights of Refugees under International Law*, 352, dn.324.

⁴²⁹ Birleşik Krallığın, 2002 tarihli Vatandaşlık, Göç ve Sığınma Yasası'nın “ciddi suçlu (*serious criminal*)” başlığını taşıyan 72. kısmının (2). (3). ve (4). paragraflarında, bir bireyin mahkum olduğu suçun özellikle ciddi bir suçtan kaynaklanmakta olduğuna inanılması ve kamu güvenliğini tehlikeye sokmuş kabul edilebilmesi için kanunî kriterler öngörülmüştür. İlgili hükme göre, birey Birleşik Krallıkta bir suç işlemiş ve bu suçtan dolayı en az iki yıllık bir süre için hapis cezası almış ise veya Birleşik Krallık dışında işlediği suç hem Birleşik Krallık hukukunca hem suçun işlendiği yer hukukunca en az iki yıllık hapis cezasına sebebiyet veren bir suç ise ya da suç devlet bakanlığınca belirlenen suçlardan sayılmakta ise; hem “ciddi suç” işlemiş olma hem kamu güvenliği için tehlike oluşturma şartlarının birlikte gerçekleşmiş olduğu kabul edilmektedir: UK Nationality, Immigration and Asylum Act 2002, section 72(2)(3)(4), <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/41/section/72>> (E.T.: 08.12.2011). Bu hüküm, 1951 Sözleşmesinin 33(2). maddesinde öngörülen, ikili değerlendirme yöntemini ortadan kaldırdığı, bireysel ve orantılılık temelinde yapılması gereken “ciddi suç” incelemesini saf dışı bıraktığı ve ispat yükünün taraflarını değiştirdiği gerekçesiyle hem Birleşik Krallık Parlamentosu'nun Ortak İnsan Hakları Komitesi, hem BMMYK hem de doktrin tarafından eleştirilmiştir: eleştiriler için bkz. House of Lords House of Commons Joint Committee on Human Rights, Twenty second Report of Session 2003-04, HL Paper 190 HC 1212, 3.11.2004, paras. 33-36, <<http://www.publications.parliament.uk/pa/jt200304/jtselect/jtrights/190/190.pdf>> (E.T.:08.12.2011); UNHCR Comments on the The Nationality, Immigration and Asylum Act 2002 (Specification of Particularly Serious Crimes) Order 2004, November 2004, <http://www.unhcr.org.uk/fileadmin/user_upload/pdf/The_Nationality.pdf> (E.T.: 11.11.2011); GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 240–241; GINA CLAYTON, *Asylum Law*, 533–535.

görebilmek mümkündür. AB’de ise henüz ABAD tarafından ilgili istisnanın yorumu yapılmadığından yeknesak bir uygulamanın geliştiğinden söz edilememektedir.

ii. Suçun İşlendiği Yer ve Suçun Ciddiyetinin Değerlendirilmesi

Kamu güvenliği istisnasına yönelik olarak Sözleşme’nin 33(2). maddesinin ilgili ifâdesinin *sığınma ülkesine mülteci olarak kabul edildikten sonra*, bu ülkede veya bir başka ülkede özellikle ciddi bir suç işlediği için kesin hükümle mahkum olan ve kamu güvenliğini tehlikeye sokan kişileri kapsayacak şekilde yorumlanabileceği yönünde doktrinde ve uygulamada bir uzlaşma olduğu belirtilebilir⁴³¹. Bu hususta bir uzlaşmanın olmasının nedeni, belirtilen yorumun Sözleşme’nin bütünlüğü ve tutarlılığı açısından en uygun çıkarımı yansıtmasıdır⁴³². Zira Sözleşme’nin 1F(b) hükmünde, sığınmadan önce ve sığınma ülkesinin dışında siyasî olmayan ciddi bir suç işlediğine kanaat getirilmesi yönünde ciddi sebepler olan sığınmacıların Sözleşme kapsamına dâhil edilmeyeceği düzenlenmiştir. Bu sebeple, 33(2). maddenin suçun işlendiği yer hususunda farklı bir şart öngörmesi gerekecektir. Aksi hâlde 33(2). madde hükmünde yer alan ciddi suç işlemiş olmaya ilişkin ifâdeler âtıl kalacaktır.

1951 Sözleşmesi’nin 33(2). maddesinde yer alan kamu güvenliğine ilişkin istisnanın uygulanması ile ilgili olan önemli bir husus da, “ciddi suç (*serious crime*)”

⁴³⁰ Birleşik Krallık Temyiz Mahkemesi, 1951 Sözleşmesinin 33(2). maddesinin, kesin bir hükümle mahkumiyete sebebiyet veren suçun ciddiyetinin belirlenmesi ve suçu işleyen bireyin kamu güvenliğini tehlikeye sokabileceğinin tespitinden oluşan ikili bir değerlendirme öngördüğüne hükmetmiş olmakla birlikte, Vatandaşlık, Göç ve Sığınma Yasası’nın 72(2)(3)ve(4). maddelerinde öngörülen karinelerin adi karineler olması sebebiyle, Sözleşme’ye aykırılık teşkil etmediğini vurgulamıştır: bkz. UK Nationality, Immigration and Asylum Act, section 72(6); *EN (Serbia) v. Secretary of State for the Home Department Respondent; Secretary of State for the Home Department v. KC (South Africa)*, [2009] EWCA Civ 630, United Kingdom: Court of Appeal (England and Wales), 26.06.2009, <<http://www.refworld.org/docid/4a549b822.html>> (E.T.: 12.12.2012).

⁴³¹ ATLE GRAHL-MADSEN, *Commentary*, 141; ELIHU LAUTERPACHT ve DANIEL BETHLEHEM, «Non-Refoulement», 130. *Hathaway* ise hazırlık çalışmalarındaki gelişmelerden yola çıkarak, suçun işlendiği yerin sığınma ülkesi, mültecinin transit geçiş yaptığı bir ülke ya da menşe ülkesi olabileceği şeklinde yorumlamaktadır. Kısacası Yazar’a göre, suçun işlendiği yer önemli değildir, önemli olan mültecinin suçlu karakterine sahip olmasıdır: JAMES C. HATHAWAY, *Rights of Refugees*, 351. Nitekim hazırlık çalışmalarında da suçun işlendiği ülkenin neresi olduğu fark etmeksizin, önemli olanın gerçek suçlularla hakiki mülteciler arasında bir ayırım yapılması olduğu belirtilmiştir: PAUL WEIS, *Travaux Préparatoires*, 241.

⁴³² ELIHU LAUTERPACHT ve DANIEL BETHLEHEM, «Non-Refoulement», 130.

ifâdesinden ne anlaşılması gerektiğine ilişkindir. İlk olarak belirtmek gerekir ki; “Ciddi suç” terimi, herhangi bir ceza kanunu kapsamında, teknik bir anlamı hâiz olacak şekilde anlaşılmalı ancak ciddi bir cürümü nitelemelidir⁴³³. Her ne kadar hangi suçların “ciddi suç” olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde bir listeleme yapılamasa da, genellikle, kasten adam öldürme, tecavüz, yağma, kundaklama gibi ağır suçların belirli bir ciddiyet seviyesine ulaştığı kabul edilebilmektedir⁴³⁴. Ancak bu tür suçlar da kategorik bir sınıflandırma çerçevesinde ele alınmamalıdır. Böyle bir sınıflandırmanın yapılmaması gerekliliği, ceza hukukunda genel kabul gören, suçun anlaşılması için failin değil, suçun oluşturan fiilin hedefi olan varlığın veya menfaatin nazara alınması prensibinden kaynaklanmaktadır⁴³⁵. Böylelikle, ciddiyet analizi sırasında, suçun işlenmesi ile hukukî varlık veya menfaat⁴³⁶ üzerinde oluşan zararın veya tehlikenin boyutları ele alınmalı; suçun ciddiyeti, tüm şartlar ekseninde ve somut duruma yönelik olarak tespit edilmelidir⁴³⁷.

Ancak uygulamada, bazı ülkelerin ciddi suçları kategorik olarak ele aldığı da görülmektedir. Avustralya⁴³⁸ ve Birleşik Krallık⁴³⁹, bu yönde eğilim gösteren ülkeler

⁴³³ PAUL WEIS, *Travaux Préparatoires*, 246; ATLE GRAHL-MADSEN, *Commentary*, 142.

⁴³⁴ PAUL WEIS, *Travaux Préparatoires*, 246.

⁴³⁵ “Ceza hukukunun hareket noktasını, suçlunun faaliyetinin yöneldiği hukukî varlıklar oluşturur. Böylelikle ceza hukuku, söz konusu varlıkların objektif zararı üzerine kuruludur”: NEVZAT TOROSLU, *Ceza Hukuku Genel Kısım* (Ankara, 2012), 87 vd; “ceza hukukunun genel ilkelerine göre cezalandırılan suç değil suçludur”: ATLE GRAHL-MADSEN, *Commentary*, 142.

⁴³⁶ “Hukukî varlık veya menfaat ceza hukukunun köşe taşlarından biridir. Varlık, insanın ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik her şeyi kapsayabilir. Menfaat ise, kişi ile varlık arasında bulunan ve kişinin bir ihtiyacını gidermek için varlığı kullanmasına imkân veren ilişkidir. Bunlar hukuken korunduklarında hukukî varlık veya hukukî menfaat adını almaktadırlar”: NEVZAT TOROSLU, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 102.

⁴³⁷ ELIHU LAUTERPACHT ve DANIEL BETHLEHEM, «Non-Refoulement», 137–139; GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *The Refugee in International Law*, 239; JAMES C. HATHAWAY, *Rights of Refugees*, 350; El Kitabı, para.155.

⁴³⁸ Avustralya Göç Yasasının 91U kısmına göre, “ özellikle ciddi suç (*particularly serious crime*)”, Avustralya hukukuna karşı veya yabancı bir hukuka karşı işlenen ciddi suçları kapsar. Avustralya hukukuna karşı işlenen ciddi suçlar (a) bir şahsa karşı şiddet (b) uyuşturucuya ilişkin ciddi cürümler(c) eşyaya ciddi bir zarar veren veya (d) Yasanın 197A ve 197B kısımlarını ihlâl eden suçları kapsamaktadır. Yabancı bir hukuka karşı işlenen ciddi suçlar ise (a) bir şahsa karşı şiddet (b) uyuşturucuya ilişkin ciddi cürümleri kapsayan suçlardır. Bkz. Australian Migration Act 1958, subsection 91U: <http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/ma1958118/s91u.html> (E.T.:12. 05. 2011).

arasında bulunmaktadır. ABD uygulamasında ise ciddi suç kriteri, ABD ceza hukuku sistemindeki ağır(laştırılmış) suç (*aggravated felony*) ile denk kabul edilmiştir. Ancak, ABD uygulamasında, ağır suçlar kategorik olarak ele alınmadığı için ciddi suç da listelenmiş bir kategori ekseninde belirlenmemektedir. Bununla birlikte, ABD’de, suçun ciddiyeti belirlenirken öncelikle bu suçun ağır bir suç olarak kabul edilip edilmeyeceği ve daha önemlisi suça ilişkin kesinleşmiş hükmün 5 yıldan daha fazla bir hapis cezasını gerektirip gerektirmediği etkili olmaktadır. Öte yandan, Federal Başsavcı (*Attorney General*) suçun, ağır bir suç olarak kabul edilmiş bulunması kaydıyla, 5 yıldan daha az hapis cezasına hükmedilmiş olsa dahi, ilgili suçun, geri gönderme yasağının istisnasını teşkil edecek seviyede ciddi olduğuna kanaat getirebilmektedir⁴⁴⁰. AB’de ise tüm üye devletler bakımından etki doğuran bir ciddi suç tanımının yapılmadığı görülmektedir.

iii. Mahkûmiyetin Kesinleşmiş Olması

Mahkûmiyetin kesinleşmiş olması, şüpheye yer vermeyecek şekilde, bireyin suçlu olduğunun tespiti anlamına gelmektedir. 1951 Sözleşmesinin insancıl karakteri ve geri

⁴³⁹ Birleşik Krallıkta 12 Ağustos 2004 tarihinde yürürlüğe giren 2004/1910 sayılı Yönerge ile 2002 tarihli Vatandaşlık, Göç ve Sığınma Yasası’nın 72(4). maddesine dayanarak bir “ciddi suçlar listesi” oluşturulmuştur. Bu liste içerisinde, genel olarak ciddi kabul edilen; kasten adam öldürme, tecavüz, biyolojik silah depolamak gibi suçların yanında; hırsızlık, meskene tecavüz ve gasp gibi suçlar da yer almaktadır. Listede 183 suç bulunmaktadır. İlgili Yönerge için bkz. <<http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2004/1910/contents/made>> (E.T.:12.05.2012). Yönerge, 1951 Sözleşmesi’nin yorumu ışığında, ciddi suç kriterinin dava bazında bir inceleme ile belirlenmesi gerektiği vurgulanarak eleştirilmiştir. Nitekim *EN(Serbia) v. Secretary of State for Home Department* davasında, Temyiz Mahkemesi, 2004 Yönergesi’ni *ultra vires* olarak değerlendirmiştir: *EN (Serbia) v. Secretary of State for Home Department*, para. 31(i). İlgili Yönerge Birleşik Krallık Parlamentosunun Ortak İnsan Hakları Komisyonu ve BMMYK tarafından da 1951 Sözleşmesi’ne uyumsuzluğu hususunda eleştirilmiştir: House of Lords House of Commons Joint Committee on Human Rights, Twenty second Report of Session 2003-04, HL Paper 190 HC 1212, 3.11.2004, paras. 33-36; UNHCR Comments on the The Nationality, Immigration and Asylum Act 2002 (Specification of Particularly Serious Crimes) Order 2004, November 2004; bu hususta ayrıca bkz. GINA CLAYTON, *Asylum Law*, 533–535.

⁴⁴⁰ Ağır bir suçtan (*aggravated felony*) dolayı en az 5 yıl ağır hapis cezasına çarptırılmış olan yabancının “ciddi bir suç” işlediğine kanaat getirilmesine ve Federal Başsavcının gerekli gördüğü durumlarda hapis cezasının 5 yıldan az olması hâlinde bile suçun ciddi olduğunu belirleme yetkisi bulunduğu ilişkin olarak bkz. Immigration and Nationality Act, 241(b)(3)(B)(ii); 8 U.S.C. § 1231(b)(3)(B)(ii); ayrıca bkz. *Matter of Frentescu*, 18 I&N Dec. 244 (BIA 1982), <<http://www.justice.gov/eoir/vll/intdec/vol18/2906.pdf>> (E.T.: 12.12.2012); *In re S-S*, (Interim Decision #3374) (BIA 1999), <<http://www.justice.gov/eoir/vll/intdec/vol22/3374.pdf>> (E.T.: 12.12.2012); ağır suçlar içerisinde bulunan bir suçun ciddiyetinin, suçun kategorik konumundan veya tipinden ziyade, suça ilişkin cezanın süresi ile belirlenmesine ilişkin olarak bkz.: *Matter of Gonzalez*, 19 I&N Dec. 692 (BIA 1988), <<http://www.justice.gov/eoir/vll/intdec/vol19/3071.pdf>> (E.T.: 12.12.2012).

gönderme yasağının, sığınmacıyı hayatî tehlikelerden ve özgürlüklerine yönelik tehditlerden koruduğu göz önüne alındığında, yasağın delinebilmesi için, bireyin tereddütsüz bir şekilde ciddi bir suçtan hüküm giymiş olması gerekmektedir. Aksi takdirde birey, suçu sabit olmadan hayatî bir tehlikeye atılabilecektir. Elbette ki böylesi bir durum ne Sözleşme'nin amacı ne de insan hakları hukukunun genel çerçevesi ile bağdaşacaktır.

1951 Sözleşmesi, çok taraflı bir uluslararası sözleşme olduğu için, Sözleşmede yer alan hükümler de genel ifâdeler içermektedir. Bu bağlamda, mahkûmiyetin kesinleşmiş olması herhangi bir devletin ceza hukuku sistemine özgü bir içeriği haiz olacak şekilde değil de genel olarak temyiz edilebilme imkânının kalmaması olarak anlaşılmalıdır⁴⁴¹. Böylece, suça ilişkin cezaya hükmedilen taraf devletin hukuku açısından kesinleşmiş bir hüküm ile mahkûmiyet söz konusu olmalıdır.

2. 1951 Sözleşmesi Dışındaki İnsan Hakları Sözleşmeleri Açısından

Geri gönderme yasağı, 1951 Sözleşmesi dışında, BMİÖS, AİHS ve MSHS'den kaynağını alan yaygın bir uygulanma alanına da sahiptir. BMİÖS'de açıkça geri gönderme yasağına yer verilmiş olmakla birlikte yasak, AİHS ve MSHS açısından yorum yoluyla uygulanmaktadır. Anılan sözleşmeler kişi yönünden kapsamı bakımından genel nitelikli insan hakları sözleşmeleri olduğundan, bu düzenlemelerden temel alınarak uygulanan geri gönderme yasağı tüm bireyler için geçerli olmaktadır. Bir başka deyişle, belirtilen sözleşmelerin sağladığı korumadan sadece mülteciler değil; tüm bireyler faydalanabilecektir. 1951 Sözleşmesi dışındaki insan hakları sözleşmeleri açısından geri gönderme yasağının uygulanma gerekçesi çoğunlukla yaşam hakkı ve/veya işkence yasağına dayanmaktadır. İşkence yasağının insan hakları hukuku açısından mutlak bir koruma alanına sahip olması sebebiyle, yasak ilgili sözleşmeler çerçevesinde herhangi bir istisnaya tâbi kılınmamış; yahut bu hususta yorum yoluyla herhangi bir istisna tanınmamıştır. Bununla birlikte, belirtilen sözleşmeler çerçevesinde uygulanma kabiliyetini hâiz olan geri gönderme yasağının kapsamının 1951 Sözleşmesi'nin 33(1).

⁴⁴¹ ELIHU LAUTERPACHT ve DANIEL BETHLEHEM, «Non-Refoulement», 139.

maddesine göre daha dar bir görünüme sahip olduğu belirtilebilir⁴⁴². Zira 1951 Sözleşmesi'nin 33(1). maddesinde korumanın gerekçesi, bireyin hayatının ya da özgürlüğünün tehlike altında olmasına dayandırılmış bu gerekçe ise Sözleşme'nin 1A(2) maddesinde yer alan ve mülteci statüsünün tanınması için aranan anahtar ölçüt niteliğini hâiz olan “haklı nedenlere dayanan zulüm korkusu” kriterine denk kılınmıştır. Bu bağlamda, 1951 Sözleşmesi'nin 33(1). maddesinin koruma alanına sadece işkence yasağı veya yaşam hakkına ilişkin hususlar değil, zulüm olarak kabul görebilecek her türlü tehdit girebilecektir. Ancak aynı çıkarımı, gelişen içtihat ve uygulama çerçevesinde, belirtilen insan hakları sözleşmeleri açısından da yapabilmek mümkün değildir.

a. BMİÖS Çerçevesindeki Görünüm

Geri gönderme yasağının doğrudan doğruya mültecilere yönelik olmasa da açıkça yansıdığı ilk uluslararası nitelikli insan hakları sözleşmesi, BMİÖS'dir. Sözleşme'nin 3. maddesine göre: “(1) [h]içbir Taraf Devlet, bir şahsı işkenceye tâbî tutulacağı tehlikesinde olduğuna dair esaslı sebeplerin bulunduğu kanaatini uyandıran başka devlete gönderemeyecek, sınır dışı edemeyecek veya iade edemeyecektir”. Görüldüğü gibi Sözleşme'de geri gönderme yasağı işkence çerçevesinde şekillenmiştir. Sözleşme'nin 1. maddesinde ise “Sözleşme amaçlarına göre, “işkence” terimi(nin), bir şahsa veya bir üçüncü şahsa, bu şahsın veya üçüncü şahsın işlediği veya işlediğinden şüphe edilen bir fiil sebebiyle, cezalandırmak amacıyla bilgi veya itiraf elde etmek için veya ayırım gözetin herhangi bir sebep dolayısıyla bir kamu görevlisinin veya bu sıfatla hareket eden bir başka şahsın teşviki veya rızası veya muvafakatıyla uygulanan fiziki veya manevi ağır acı veya ızdırıp veren bir fiil” anlamına geleceği ve “yalnızca yasal müeyyidelerin uygulanmasından doğan, tabiatında olan veya arızı olarak husule gelen acı ve ızdırabı” içermeyeceği hüküm altına alınmıştır.

⁴⁴² 1951 Sözleşmesi'nin 33(1). maddesinin sağladığı geniş koruma alanına ilişkin olarak bkz. Ibid., 124–126. Benzer yönde bkz. GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 234.

BMIÖS, geri gönderme yasağını mutlak bir hak olarak düzenlemiştir. Bu bağlamda, Sözleşme’de yasağa herhangi bir istisna getirilmemiştir⁴⁴³. Ancak, Sözleşme’nin geri göndermeyi sadece tanımlandığı şekilde işkence ekseninde yasaklamış olması ve işkencenin failini sadece devlet otoriteleri olarak benimsemiş olması dar bir koruma alanı sağlamaktadır⁴⁴⁴. Bununla birlikte BMIÖS’ün geri göndermemeye yönelik hükmüne ve yaklaşımına, özellikle tamamlayıcı koruma kapsamında sıklıkla başvurulmaktadır.

BMIÖS gibi geri göndermeme hususunda sıklıkla başvurulmuş diğer iki kaynak ise AİHS ve MSHS’dir. Bu iki kaynağın BMIÖS ve 1951 Sözleşmesi ile karşılaştırıldığında en temel farkı, açıkça geri gönderme yasağını düzenlememiş olmakla birlikte özellikle işkence yasağı ve yaşam hakkı çerçevesinde geri göndermeyi engelleme kabiliyetini hâiz olmalarıdır.

b. AİHS Çerçevesindeki Görünüm

AİHS’in 3. maddesinde “[h]iç kimse işkenceye gayri insanî yahut onur kırıcı ceza veya muameleye tâbî tutulamaz” hükmüne yer verilmiştir. Her ne kadar ilgili hükümde açıkça geri gönderme yasağına ilişkin bir ifâdeye yer verilmemiş olsa da, Sözleşme’nin 3. maddesi, AİHM tarafından, “hiç kimsenin işkenceye, gayri insanî veya haysiyet kırıcı ceza veya işleme tâbî tutulacağı bir devlete gönderilemeyeceği” şeklinde yorumlanmıştır⁴⁴⁵. Böylece bireyin belirtilen muamelelere maruz kalacağı yerlere

⁴⁴³ BMIÖS’ün 2(2). maddesi uyarınca “[h]içbir istisnai durum, ne harp hali ne de bir harp tehdidi, dahili siyasî istikrarsızlık veya herhangi başka bir olağanüstü hal, işkencenin uygulanması için gerekçe gösterilemez”.

⁴⁴⁴ Bkz. GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 302. Bununla birlikte yasal müeyyidelerden kaynaklanan acı ve ızdırabın işkence olarak kabul edilmemesi ise BMIÖS’ün tartışılan bir diğer düzenlemesidir. Bu husustaki tartışma, “yasallık” ifâdesiyle uluslararası standartlara mı yoksa iç hukuklardan kaynaklanan standartlara mı gönderme yapıldığının belirli olmamasından kaynaklanmaktadır. BMIÖS’ün sözleşmenin ihlâllerine ilişkin bireysel başvuruları ve devlet başvurularını inceleyen denetleme mekanizması olan İşkenceyi Önleme Komitesi, *A.S. v. Sweden* başvurusunun değerlendirmesinde bu hususa ışık tutmuştur. Komite, İran’a döndüğü takdirde recm cezasına çarptırılması muhtemel olan Başvuran’ın bu ülkeye geri gönderildiği takdirde işkenceye maruz kalabileceği yönünde görüş bildirmiştir. Böylece iç hukuka göre yasal sayılan cezaların da işkenceye varabileceği tespit edilmiştir: *A.S. v. Sweden*, CAT/C/25/D/149/1999, UN Committee Against Torture (CAT), 15 February 2001, <<http://www.refworld.org/docid/3f588ecc7.html>> (E.T.: 12. 12. 2012).

⁴⁴⁵ İlgili yorum AİHM’in önüne gelen *Soering v. United Kingdom* davası’nda yapılmış ve bu yönde bir içtihat oluşmasına sebebiyet vermiştir. *Soering v. United Kingdom* davası AİHS’in 3. maddesinin, geri

gönderilmemesi, hem Sözleşmeye taraf olan devletler açısından mutlak (istisnaya tâbi kılınamayan) ve bağlayıcı bir koruma haline getirilmiş, hem Sözleşmeye taraf olması fark etmeksizin üçüncü bir ülkede meydana gelebilecek insan hakları ihlallerinin değerlendirme kapsamına alınabileceği gösterilmiştir⁴⁴⁶.

AİHS'in 3. maddesi kadar sık olmasa da, Sözleşme'nin yaşam hakkını düzenleyen 2. maddesi⁴⁴⁷ de geri gönderme yasağı kapsamında uygulama alanı bulmuştur⁴⁴⁸.

gönderme yasağını kapsamı hususunda çok büyük bir önemi haizdir. Bu davada (Batı) Alman vatandaşı olan *Soering*, çek sahtekârlığı yüzünden yakalandığı Birleşik Krallıkta bu suçtan sorgulanırken, ABD'nin Virginia eyaletinde bir yıl önce kız arkadaşının anne ve babasını öldürdüğü anlaşılmıştır. ABD yetkilileri İngiltere ve ABD arasında akdedilmiş olan suçluların iâdesi anlaşmasına dayanarak, *Soering*'in iâdesini istemiştir. İâdesi durumunda yüksek bir olasılıkla ölüm cezasına çarptırılması söz konusu olan *Soering* hakkında, Birleşik Krallık tarafından iâde kararı alınmıştır. *Soering*, AİHM'ne başvurmuş ve iâdesi durumunda *inter alia*, Sözleşmenin 3. maddesinin ihlâl edileceğini iddia etmiştir. Başvuran *Soering*, iddiasını ölüm cezasına çarptırılma ihtimâline değil de, ölüm cezası beklenirken yaşanan "ölüm koridoru (*death row*)" sendromuna dayandırmıştır. Mahkeme, Başvuran'ın iâdesi durumunda ölüm cezasının infazını beklemenin ağır bir psikolojik stres ve travmaya yol açacağını ve bu ağır koşullar altında çok uzun bir süre geçirmesinin söz konusu olabileceğini göz önünde bulundurarak, *Soering* hakkında Birleşik Krallıkça verilen kararın uygulanması durumunda Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlâl edileceğine karar vermiştir: *Soering v. United Kingdom*, App. No. 14038/88, 07.07.1989. Ölüm koridoru olarak adlandırılan süreçte yaşanabilecek travmanın boyutlarını ve bu süreçte maruz kalınması olası muamelenin ağırlığını göstermesi açısından, eski bir ölüm koridoru mahkûmu olan *Damien Echols*'ın bu süreçte tuttuğu günlüklerine ilişkin derleme için bkz. DAMIEN ECHOLS, *Life After Death* (New York, 2012).

⁴⁴⁶ *Soering v. UK* davasında verilen karar "gönderilmeyi" yasaklamasının yanında, AİHS'e taraf olmayan bir ülkede (ABD) meydana gelebilecek insan hakları ihlallerini de değerlendirmeye alması açısından ve ABD ile Birleşik Krallık arasında daha önceden akdedilmiş olan suçluların iâdesi anlaşması karşısında 3. maddenin ağırlığını ortaya koyması ve bu sayede ilgili hükmün "mutlak bir hakkı" düzenlemiş olduğunun vurgulanması yönünden önem taşır. Bu hususta önemli bir dâva da *Chahal v. United Kingdom* davasıdır. Davada AİHM, AİHS'in 3. maddesinin savaş veya benzeri olağanüstü durumlar gibi ulusal güvenliğin tehlike altında olduğu hâllerde dahi sınırlandırılmayacağına hükmetmiştir: *Chahal v. United Kingdom*, App. No. 22414/93, 15. 11. 1996. AİHM'in geri gönderme yasağı ile işkence yasağını ilişkilendirerek AİHS'in 3. maddesinin mutlak hak olma niteliğini ortaya koyduğu diğer kararlarından bazı örnekler için bkz. *A v. Netherlands*, App. No. 4900/06, 20. 07. 2010; *N v. Sweden*, App. No. 23505/09, 20. 07. 2010; *Saadi v. Italy*, App. No. 37201/06, 28. 02. 2008; *T.I. v. The United Kingdom*, App. No. 43844/98, 7. 03. 2000; *Ahmed v. Austria*, App. No. 71/1995/577/663, 17. 12. 1996.

⁴⁴⁷ İlgili hükme göre; " (1) [h]erkesin yaşam hakkı yasanın koruması altındadır. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın yerine getirilmesi dışında hiç kimse kasten öldürülemez; (2) [ö]ldürme, aşağıdaki durumlardan birinde kuvvete başvurma kesin zorunluluk haline gelmesi sonucunda meydana gelmişse, bu maddenin ihlâli suretiyle yapılmış sayılmaz: a) [b]ir kimsenin yasadışı şiddete karşı korunması için; b) [u]sulüne uygun olarak yakalamak için veya usulüne uygun olarak tutuklu bulunan bir kişinin kaçmasını önlemek için; c) [a]yaklanma veya isyanın, yasaya uygun olarak bastırılması için".

⁴⁴⁸ Sözleşme'nin 2. maddesine dayanan iddialara ilişkin davalarda AİHM'in genellikle 3. madde çerçevesinde değerlendirme yaptığı görülmektedir. Bu sebeple, 2. maddenin geri gönderme yasağı ekseninde değerlendirildiği çok sayıda davaya rastlanmamaktadır: NUALA MOLE, *Asylum and the European Convention on Human Rights* (Strasbourg, 2009), 53. Sözleşme'nin 2. maddesinin geri gönderme

AİHS'in 2. ve 3. maddeleri, herhangi bir bireyin, bu hükümlerin ihlâlinin söz konusu olacağı yerlere gönderilemeyeceği şeklinde yorumlansa da, Sözleşme'de yer alan diğer haklar açısından da geri gönderme yasağının işletilip işletilmeyeceği hususu kesin bir belirlilik arz etmemektedir⁴⁴⁹. Nitekim Soering kararında, AİHM, “Yüksek Sözleşmeciler Tarafından, kendi yetki alanları içinde bulunan herkese bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlükleri tanınır” şeklinde hükme bağlanan Sözleşme'nin 1. maddesinin, “bir Sözleşmeciler Devletin, iade yükümlülüğüne rağmen, gönderileceği ülkede bireyi bekleyen şartların, Sözleşme'deki her bir koruyucuyla tam uyumlu olduğuna kanaat getirmeden kendisini teslim etmeyebileceği anlamına gelen genel bir prensibi haklı kılacak şekilde yorumlanamayacağı” vurgulamıştır⁴⁵⁰.

yasağı kapsamında uygulanması yönünde bkz. *Bader and Others v. Sweden*, App. No. 13284/04, 28.11.2005.

⁴⁴⁹ Her ne kadar bugüne kadar AİHM 2. ve 3. maddeler kapsamındaki hükümler dışında herhangi bir başka maddenin ihlâli sebebiyle geri gönderme yasağının uygulanacağına hükmetmiş olmasa da, özellikle 6. maddenin (âdil yargılanma hakkı) de bu çerçevede değerlendirilebileceği hususunda açık bir kapı bırakmıştır: bu yönde bkz. *Tomic v. United Kingdom*, App. No. 17837/03, 14.10.2003; *Z. and T. v United Kingdom*, App. No. 27034/05, 28.02.2006; *F. v United Kingdom*, App. No. 17341/03, 22. 06. 2004. AİHM benzer bir yaklaşımı 8. madde açısından da (özel ve aile hayatına saygı hakkı) sergilemiştir: bu hususta bkz. MAARTEN DEN HEIJER, «Whose Rights and Which Rights? The Continuing Story of Non-Refoulement under the European Convention on Human Rights», *European Journal of Migration and Law* 10 (2008): 282, 283; NUALA MOLE, *Asylum and ECHR*, 59. Her ne kadar doğrudan doğruya geri gönderme yasağı kapsamı içerisinde değerlendirilemese de, AİHS'in 2. ve 3. maddeleri dışındaki bazı hükümleri, sınır dışı edilme ile bağlantılı olarak koruma arıyışı içerisindeki bireylere güvence sağlayabilmektedir. Bu maddeler; özgürlük ve güvenlik hakkının düzenlendiği 5. madde, özel hayatın ve ailenin korunmasının düzenlendiği 8. madde ve etkili başvuru hakkının düzenlendiği 13. madde; yabancıların topluca sınır dışı edilmesi yasağını düzenleyen Sözleşme'nin 4 no'lu Protokol'ünün 4. maddesi ve yabancıların sınır dışı edilmesine ilişkin usulî güvenceler öngören 7 no'lu Protokol'ün 1. maddesidir. Aktardığımız hükümler, şimdiye kadar AİHM tarafından geri gönderme yasağı kapsamında ele alınmamıştır. Söz konusu hükümler bireyin hâlihazırda bulunduğu ülkede maruz kaldığı ihlâller açısından uygulanma kabiliyetini hâiz olan güvenceleri içermektedir. Sayılan hükümlerin AİHM'in hâlihazırda içtihadı çerçevesinde geri gönderme yasağı ile doğrudan değil dolaylı ilişkili olabileceği yönünde bkz. LAMİ BERTAN TOKUZLU, «Non-Refoulement», 250–261.

⁴⁵⁰ *Soering v. UK*, para. 86. *Röhl*, AİHM'in bu görüşünden yola çıkarak, geri gönderme yasağının Sözleşme'de yer alan tüm haklar açısından kendiliğinden uygulanma kabiliyetini hâiz olmadığını anlaşıldığını belirtmektedir. Yazar AİHM'in bu yaklaşımını, insan hakları sözleşmeleri ve devletlerin ulusal alanlarını kontrol etme yönündeki egemenlik hakları arasındaki çekişmeye bağlamaktadır. İnsan hakları sözleşmeleri, devletlerin egemenlik yetkilerinden kaynaklanan gücünü belirli bir seviyeye kadar sınırlamayı amaçlarken; aynı şekilde devletler de insan haklarını sınırlama eğilimine girebilmektedir. İşte bu sebeple, *Röhl*'e göre söz konusu “karşılıklı kısıtlama” insan hakları sözleşmeleri yorumlanırken, kamunun genel menfaatleri ile bireyin menfaatleri arasında âdil bir dengeleme yapılmasını gerektirmektedir: KATHARINA RÖHL, «Fleeing», 8, 9.

AİHM'in geri gönderme yasağı kapsamına belirli hakları sokarak diğerlerini bu kapsam dışında bırakan eğilimi, Sözleşme'de düzenlenen haklar ve özgürlükler arasında herhangi bir hiyerarşinin söz konusu olamayacağı düşüncesiyle eleştirilmektedir⁴⁵¹.

c. MSHS Çerçevesindeki Görünüm

Geri gönderme yasağı kapsamında sağladığı koruma açısından MSHS, AİHS'e büyük oranda benzemektedir. Tıpkı AİHS'de olduğu gibi MSHS'de de geri gönderme yasağı açıkça düzenlenmemiş ancak yorum yoluyla kabul edilmiştir. Yine AİHS'de olduğu gibi MSHS'nin de özellikle işkence, zalimâne, insanlık dışı veya onur kırıcı muameleyi önleyici hükmü geri gönderme yasağı kapsamında sıklıkla başvurulmuş düzenleme olmuştur. Bunun yanısıra yaşam hakkı da⁴⁵² yine bu çerçevede değerlendirilmiştir.

Geri gönderme yasağı kapsamında MSHS'nin en çok işletilen hükmü olan 7. maddesi şu şekildedir: “[h]iç kimse işkenceye veya zalimâne, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele veya cezaya maruz bırakılmaz ayrıca hiç kimse serbest iradesi olmadan tıbbi veya bilimsel bir deneye tâbî tutulamaz”. İlgili hükmün sınırlandırılmayacağı ve geri göndermemeyi de içerdiği İnsan Hakları Komitesi'nin⁴⁵³ Genel Yorumu'nda⁴⁵⁴

⁴⁵¹ GREGORY NOLL, «Seeking Asylum at Embassies: A Right to Entry under International Law?», *International Journal of Refugee Law* 3, sayı 17 (2005): 568; MAARTEN DEN HEIJER, «Whose Rights»; LAMİ BERTAN TOKUZLU, «Non-Refoulement», 200.

⁴⁵² MSHS'nin yaşam hakkına ilişkin 6. maddesi şu şekildedir: “(1) [h]er insanın doğuştan gelen yaşama hakkı vardır. Bu hak yasalarla korunacaktır. Hiç kimsenin yaşamı keyfi olarak elinden alınamaz. (2) Ölüm cezasını kaldırmamış olan ülkelerde idam hükmü, ancak suçun işlendiği anda yürürlükte olan yasalara uygun olarak ve bu Sözleşme ile Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi hükümlerine aykırı olmamak şartı ile, en ağır suçlar için verilebilir. Bu ceza ancak yetkili bir mahkeme tarafından verilmiş kesin bir karar üzerine uygulanabilir. (3) Yaşamdan yoksun bırakma eyleminin soykırım suçunu oluşturması durumunda, bu maddenin hiçbir hükmünün Sözleşme'ye Taraf Devletlerden hiçbirine Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi hükümlerinden doğan herhangi bir yükümlülüğüne herhangi bir biçimde aykırılık olanağını vermeyeceği açıktır. (4) Ölüm cezasına çarptırılan herkesin, cezanın affedilmesini ya da daha hafif bir cezaya çevrilmesini istemeye hakkı vardır. Genel af, özel af ya da ölüm cezasının değiştirilmesi kararı her durumda verilebilir. (5) Ölüm cezası onsekiz yaşın altındaki kimseler tarafından işlenen suçlar için verilemez ve hamile kadınların idam cezaları yerine getirilemez. (6) Bu maddenin hiçbir hükmü, Sözleşme'ye Taraf herhangi bir Devlet tarafından, idam cezasının kaldırılmasını geciktirmek ya da önlemek için kullanılamaz”

⁴⁵³ İnsan Hakları Komitesi, MSHS'nin denetim organıdır. Komite, Sözleşmede yer alan hakların ve özgürlüklerin Taraf Devletlerce uygulanmasını izlemek ve denetlemek üzere Sözleşme'nin 28. maddesi

belirtilmiştir (20 no’lu Genel Yorum)⁴⁵⁵. İlgili Genel Yorum’daki tutuma paralel olarak, İnsan Hakları Komitesi verdiği kararlarla, ilgili hükmün geri göndermemeyi içerdiği yönünde içtihat oluşturmuştur⁴⁵⁶. Komisyon’un verdiği kararlarda, AİHM’in 3. maddenin yorumu hususundaki tutumunu da dikkate aldığı görülmektedir⁴⁵⁷. Komite’nin verdiği kararlardaki geri göndermemeye ilişkin yorumları, çoğunlukla suçluların iâdesine ilişkin

uyarınca kurulmuştur. Komite izleme faaliyetini Taraf Devletlerin sundukları düzenli raporları inceleyerek; denetleme faaliyetini ise, devletlerarası şikâyet ve bireysel şikâyetleri karara bağlamak suretiyle yapmaktadır: <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/>> (E.T.: 12.10.2010). Devletlerarası şikâyet mekanizması sıkça işletilmemesine rağmen, bireysel şikâyet mekanizması oldukça aktiftir. Bireysel şikâyet mekanizması sayesinde verilen kararlar neticesinde Komite, geniş bir içtihat oluşturmuştur. Verilen kararlarda ihlâl tespit edildiği durumlarda, tazminat ödenmesi, yeniden yargılama yapılması olanağının sağlanması, özgürlükten yoksun bırakılma haline son verilmesi gibi değişik yükümlülükler yer verilmektedir: MEHMET SEMİH GEMALMAZ, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş* (İstanbul, 2010), 246, 261, 307.

⁴⁵⁴ İnsan Hakları Komitesi, MSHS’nin 40/4 maddesi uyarınca Sözleşme içerisinde yer alan çeşitli hükümleri yorumlamakta ve böylelikle ilgili maddelerin kapsamını belirginleştirmektedir. İnsan Hakları Komitesi’nin bu faaliyeti sonucunda ilgili hükümlere ilişkin “Genel Yorum”lar oluşturulmaktadır. Genel Yorumlar, tüm Taraf Devletleri ilgilendirdiği gibi, Sözleşmenin yorumlanmasını geliştirmek için bir araç olarak görülmektedir. Genel Yorumlar sayesinde geliştirilen standartlar ve değerlendirmeler, Komite’ye yapılan şikâyet başvuruları ekseninde üretilen kararlarda nitelik ve nicelik olarak kayda değer şekilde kullanılmaktadır. Genel Yorumlar yoluyla Sözleşme’nin netleştirilmesinin, devletlerarası şikâyet mekanizmasının pasif bir hâl alması karşısında geliştirilen bir çözüm olduğu belirtilmektedir: Ibid., 255, 261, 275.

⁴⁵⁵ BM İnsan Hakları Komitesi’nin 20 no’lu Genel Yorumu’na göre ilgili hüküm gereği, Taraf Devletler, şahısları işkence veya zalimâne, insanlık dışı veya küçük düşürücü davranışlara maruz kalma tehlikesiyle karşılaşacakları ülkelere geri vermeyecek, sınır dışı etmeyecek ve geri göndermeyeceklerdir. UN Human Rights Committee, *CCPR General Comment No. 20*, 10.03.1992, <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/453883fb0.html>> (E.T.: 22.10.2012), para. 3 ve para. 9.

⁴⁵⁶ Komite’nin oluşturduğu içtihata yönelik kararlardan örnekler için bkz. *Kindler v. Canada*, Communication No. 470/1991, U.N. Doc. CCPR/C/48/D/470/1991 (1993), <<http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/html/dec470.htm>> (E.T.: 22. 10. 2010); *Chitat Ng v. Canada*, Communication No. 469/1991, U.N. Doc. CCPR/C/49/D/469/1991 (1994), <<http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/html/dec469.htm>> (E.T.: 22.10.2010); *Mrs. G. T. v. Australia*, Communication No. 706/1996, U.N. Doc. CCPR/C/61/D/706/1996 (4 November 1997), <<http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/session61/vws706.htm>> (E.T.: 22.10.2010), *Cox v. Canada*, Communication No. 539/1993, U.N. Doc. CCPR/C/52/D/539/19930. (1994), <<http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/html/vws539.htm>> (E.T.: 22.10.2010). Belirtilen davaların tamamı, suçluların iâdesine ilişkin olup, *Chitat Ng v. Canada* davası dışındaki davalarda 7. maddenin ihlâli yönünde bir karar verilmemiştir. Ancak, Komite, ilgili davalarda verdiği kararlarında, 7. maddenin gerekli şartlar taşındığında geri göndermeyi (iâdeyi de içine alacak şekilde) kapsadığına yönelik yorumlarda bulunmuştur.

⁴⁵⁷ Komisyonun verdiği kararlarda, AİHM’in 3. maddeyi yorumladığı *Soering v. UK* kararına sık sık göndermeler yaptığı görülmektedir. Bu göndermeler özellikle, suçluların iâdesi kapsamında gönderilen ülkede ölüm koridoru (*death row*) yaşanması riski üzerinde yoğunlaşmıştır. Söz konusu göndermeler için bkz. *Kindler v. Canada*, para. 15.3; *Cox v. Canada*, para. 13.7; *GT v. Australia*, para. 5.3; *Chitat Ng v. Canada*, para. 11.8.

olmakla birlikte; Komite, bir mülteciye ilişkin davada⁴⁵⁸ 7. maddeyi yorumlarken, yaşam hakkı ve işkenceye uğramama hakkının, MSHS'ye taraf olan bir devletin işkenceden kaçınmasını gerektirdiği gibi, bireyin başka otoritelerce (*third parties*) işkence tehditi altına girmesinin önlenmesi için gerekli tedbirlerin alınmasını da kapsadığını belirtmiştir⁴⁵⁹.

Tıpkı AIHS gibi MSHS de bir nevi haklar kataloğu oluşturmuştur. Sözleşme'de geri gönderme yasağının açıkça düzenlenmemiş olması, bu katalog içerisinde yer alan tüm hak ve özgürlüklerin geri gönderme yasağı çerçevesinde yorumlanıp yorumlanmayacağı hususunda soru işaretleri oluşturmaktadır. Bu noktada İnsan Hakları Komitesi'nin eğiliminin AIHM'e benzer şekilde, Sözleşme'de yer alan tüm hak ve özgürlüklerin yasak çerçevesinde değerlendirilemeyeceği yönünde olduğu aktarılmaktadır⁴⁶⁰.

3. Yasağın Bir Uluslararası Teamül Hukuku Kuralı Olarak Kabul Edilmesi

Açısından

Geri gönderme yasağı bir uluslararası teamül hukuku kuralı olarak kabul edildiğinde, yasağa yer veren yahut yorum yoluyla yasağın uygulanmasını mümkün kılan uluslararası sözleşmelere taraf olmayan devletler açısından da bağlayıcılık arz edecektir. Bir uluslararası teamül hukuku kuralı olarak yasağın kapsamının hem 1951 Sözleşmesi'nin 33(1). maddesinde hem diğer insan hakları sözleşmelerinde yer alan içeriği hâiz olduğu belirtilebilir⁴⁶¹. Bu bağlamda, uluslararası teamül hukuku kuralı olarak geri gönderme yasağının içeriğini ve kişi yönünden kapsamını *Lauterpacht* ve *Bethlehem*'in ifâdeleriyle şu şekilde tespit edebilmek mümkündür:

⁴⁵⁸ *Mansour Ahani v. Canada*, CCPR/C/80/D/1051/2002, (2004) <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/4162a5a50.html>>, (E.T.: 22.10.2010).

⁴⁵⁹ Ibid, para. 10.7.

⁴⁶⁰ LAMİ BERTAN TOKUZLU, «Non-Refoulement», 164, 165.

⁴⁶¹ ELIHU LAUTERPACHT ve DANIEL BETHLEHEM, «Non-Refoulement», 149–165.

“(a) hiç kimse işkenceye veya zalimâne, insanlık dışı yahut küçük düşürücü muameleye tâbi kılınacağına inanılması yönünde esaslı gerekçeler olan bir yere herhangi bir şekilde zorla gönderilmesi veya burada kalması ile sonuçlanacak biçimde geri çevrilemez, sınır dışı edilemez veya geri gönderilemez. Bu ilke herhangi bir sınırlandırmaya ya da istisnaya tâbi kılınamaz.

(b) Paragraf (a)’nın kapsamı dışında kalan durumlarda, sığınma arayışında olan hiç kimse, zulüm tehdidine veya hayatına, fiziksel bütünlüğüne yahut özgürlüğüne yönelik bir tehdide maruz kalabileceği bir yere herhangi bir şekilde zorla gönderilmesi veya burada kalması ile sonuçlanacak biçimde geri çevrilemez, geri gönderilemez veya sınır dışı edilemez. Paragraf (c) saklı kalmak kaydıyla bu ilke herhangi bir sınırlandırmaya ya da istisnaya tâbi kılınamaz.

(c) Ulusal güvenlik ve kamu güvenliğine ilişkin ağır basan nedenlerin söz konusu olması durumunda bir devlet paragraf (b)’de yer alan ilkenin uygulanmasını; zulüm tehdidinin işkenceye, zalimâne, insanlık dışı veya küçük düşürücü bir muameleye denk olmaması ve diğer mutlak insan hakları teamül hukuku kurallarının kapsamına girmemesi şartıyla sınırlandırabilecektir. Bu istisnaların uygulanması hukuka uygun olmalı ve bireyin öncelikle üçüncü güvenli bir ülkeye kabul edilmesinin sağlanması yönünde makul adımlar atılmalıdır”.

III. STATÜ BELİRLEME YETKİSİ VE USULÜNE İLİŞKİN HUSUSLAR

Mülteci statüsünü belirlenebilmesinde etkili olan unsurlar arasında statü belirleme yetkisi ve usulüne ilişkin hususlar da yer almaktadır. Belirtilen konular, statünün âdil ve etkin bir şekilde belirlenebilmesi ile ilişkili olduğu için önem taşımaktadır⁴⁶².

Uluslararası hukukta statü belirleme yetkisi esas olarak devletlere âit olmakla birlikte, “mülteci sorunu”nun uluslararası bir boyutu hâiz bulunması, BMMYK’nın da statü belirleme hususunda etkili olmasını sağlamıştır. Ancak statü belirleme

⁴⁶² GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 528. 529.

hususundaki yetkinin kural olarak devletlerde bulunması, statü belirleme usulü ve statü belirleme sorumluluğu konularında farklı yaklaşımların gelişmesine sebep olmuştur. Bununla birlikte statü belirleme usulünün âdil ve etkin bir şekilde gerçekleştirilmesi noktasında özellikle insan hakları hukukunun çizdiği çerçeveye ve bu bağlamda geri gönderme yasağına riayet edilmesine önem verildiği görülmektedir. Statü belirleme sorumluluğunun belirlenmesi ve paylaşılması konularında ise devletler özellikle ikili ilişkiler çerçevesinde hareket etmektedirler.

A. Statünün Devlet Tarafından Belirlenmesi

Uluslararası korumanın mültecinin ihtiyaç duyduğu ulusal korumanın ikamesi olduğu kabul edildiğinden, bu korumayı sağlayacak olan otoritenin de bir başka devlet olması kaçınılmaz hâle gelmektedir. Nitekim, BMMYK Tüzüğü'nün Komiserliğin görev ve yetki alanına ilişkin hükümlerinden⁴⁶³ uluslararası korumanın sağlanması sorumluluğunun esasen devletlere atfedilmiş olduğu açıkça anlaşılmaktadır. Bu bağlamda, uluslararası korumadan faydalanabilecek bireylerin belirlenmesi hususunda da esas olarak devletler söz sahibi olmaktadır.

1. Devletler Tarafından Uygulanacak Statü Belirleme Usulüne İlişkin

BMMYK Tarafından Tavsiye Edilen Genel Standartlar

1951 Sözleşmesi, mülteci statüsünün belirlenmesi açısından uluslararası hukuktaki temel kaynak olmasına rağmen, statünün belirlenmesinde izlenecek usule ilişkin hususlarda sessiz kalmıştır. Sözleşmenin bu konuda bir düzenleme ihtivâ etmemesi, usûle ilişkin konuların ulusal hukuk sistemlerine bırakıldığı anlamına gelmektedir⁴⁶⁴. Bu sebeple belirtmek gerekir ki, Sözleşmede usul hususunda herhangi bir düzenlemenin

⁴⁶³ Tüzük, BMMYK'nın görev ve yetki alanını "Tüzüğün kapsamı içerisine 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 üstleneceği" hüküm altına alınmak suretiyle düzenlenmiştir: bkz. BMMYK Tüzüğü md.1.

⁴⁶⁴ GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 54; BÜLENT ÇİÇEKLİ, *Mülteciler*, 127.

yer almaması, bu usulün, idari veya adli bir usul olması veya çekişmeli ya da çekişmesiz yargıya mezun kılınması konusunun da doğal olarak imzacı taraflara bırakıldığı anlamına gelmektedir.

Sığınma usulünün başlangıcı, sığınma arayan bireyin ülkeye girişi ile başlar. Daha sonra sığınma başvurusunun alınması ve başvurunun değerlendirilmesi aşamalarına geçilir. Ancak bu süreç içerisinde devletlerin farklı uygulamalar yürüttükleri gözlemlenmektedir. Zira usule ilişkin hususlarda 1951 Sözleşmesi'nin sessiz kalmış olmasının yanında bu konuda yeknesak bir uygulama öngören ve bağlayıcılığı hâiz olan bir başka uluslararası düzenleme de mevcut değildir.

Bununla birlikte BM sıklıkla devletlerin âdil ve etkin statü belirleme usulleri oluşturmasının ve sığınma arama hakkı çerçevesinde sığınmacıların korumaya erişiminin sağlanması gerekliliğinin, uluslararası korumanın gerçekleştirilmesi bakımından önem taşıdığını vurgulamaktadır⁴⁶⁵. Bu bağlamda BMMYK Yürütme Kurulu, özellikle yedi temel standardın⁴⁶⁶ usul süreci içerisinde sağlanmasını tavsiye etmektedir⁴⁶⁷. Bu standartlar şunlardır:

(1) Ülke sınırında veya ülkesel yetki alanı içerisinde kendisine sığınma başvurusu yöneltilen yetkililer (göç memuru veya sınır polisi) ilgili uluslararası düzenlemelerin kapsamına girebilecek olan durumlarla karşılaştıklarında nasıl hareket edeceklerine dair açıkça bilgilendirilmiş olmalıdır. Yetkililer buna ek olarak, geri

⁴⁶⁵ Bu hususta bkz. BMGKK, S. 50/152, 21 Aralık 1995, para. 5; BMGKK, S. 51/75, 12 Aralık 1996; BMGKK, S. 52/103, 12 Aralık 1997, para. 5; BMGKK, S. 54/146, 17 Aralık 1999, para. 3 ve 6; BMGKK, S. 55/74, 4 Aralık 2000, para. 4 ve 6; BMGKK, S. 56/137, 19 Aralık 2001, para. 3; BMGKK, S. 57/187, 18 Aralık 2002, para. 4; BMGKK, S. 58/151, 22 Aralık 2003, para. 3; BMGKK, S. 59/170, 20 Aralık 2004, para.3; BMGKK, S. 60/129, 16 Aralık 2005, para. 3; BMGKK, S. 61/137, 19 Aralık 2006, para. 3; belirtilen kararların kısa yorumları için bkz. GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 530, dn. 120.

⁴⁶⁶ Bu standartlar, oldukça genel bir çerçevede ele alınmıştır. Bu durumun sebebinin, belirtilen standartların mümkün olduğunca çok sayıda devlet tarafından benimsenebilmesinin sağlanması olduğu aktarılmaktadır: GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 530.

⁴⁶⁷ BMMYK Yürütme Kurulu Kararı, S. 8, 1977.

gönderme yasağına uygun hareket etmeli ve ilk cümlede belirtilen bir durumla karşılaştıklarında yetkili üstlerine başvurmalıdır.

(2) Başvuranlara yürütülecek usulle ilgili olarak gerekli bilgilendirme yapılmalıdır.

(3) Mülteci statüsü başvurularını incelemekten ve bu hususta ilk kararı vermekten sorumlu olacak otorite açıkça belirlenmiş olmalıdır. Mümkün olan durumlarda bu hususlardan sorumlu olacak tek bir merkezî otoritenin oluşturulması tavsiye edilmektedir.

(4) Başvuranlara, durumlarını yetkili otoritelere sunabilmeleri için yetkin tercüman hizmetleri de dâhil olmak zûre, gerekli imkânlar sağlanmalıdır.

(5) Mülteci olarak tanınan başvuranlar, tanımayı takiben bu hususta bilgilendirilmeli ve statülerini belgeleyen dökümanlar hazırlanarak taraflarına verilmelidir.

(6) Mülteci statüleri tanınmayan başvuranlara kararın, usulü uygulayan devletin sistemine göre aynı veya farklı bir mercii tarafından idari veya yargısal bir sürece dâhil olacak şekilde, yeniden incelenebilmesi için makul bir süre tanınmalıdır.

(7) Başvuru ilk kez incelenirken başvuranın ülkede kalmasına izin verilmelidir. Bu durumun istisnasını başvurunun açıkça kötü niyetle yapılmış olması oluşturur. Başvuranlar ayrıca başvuruları tekrar incelemeye alındığında da nihaî karar verilene kadar ülkede kalabilmelidir.

2. Statü Belirleme Usulü Açısından Yaygın Uygulama Alanına Sahip Olan

Bazı Hususlara Yönelik Açıklama ve Değerlendirmeler

Statü belirleme usulüne yönelik olarak uluslararası bir düzenlemenin bulunmaması, devletlerin bu konuda farklı yöntemler izlemesine sebep olmuştur. Ancak ülke uygulamalarında usul kapsamında ortak olarak uygulanan bazı yöntemler de söz konusudur. Bunlar arasında öne çıkanlar, güvenli üçüncü ülke uygulamaları, idari

gözetim altına alma ve hızlandırılmış değerlendirmedir. Bu üç uygulamayı incelenmeye değer kılan husus, sadece bunların yaygın bir uygulama alanına sahip olması değil aynı zamanda her üç uygulamanın da ortak noktasının fiilî mülteciler (sığınmacılar) açısından olumsuz sonuçlar doğurabilecek nitelikte olmasıdır. Olumsuz sonuçlardan kasıt, bu yöntemlerin bireyin hürriyetinin kısıtlanması, menşe ülkesine geri gönderilmesi ve âdil ve etkin bir statü belirleme işlemine tâbi kılın(a)mamasıdır. Bunun yanında her üç uygulama da hem mülteci statüsünün (ve bir çok ülke açısından diğer uluslararası koruma statütülerinin de) belirlenmesindeki usulün işletilmesine hizmet etmekte hem düzensiz göçün yönetilmesi bakımından etkili olmaktadır. Bu çerçevede belirtilen yöntemlerin uygulanması bazı durumlarda gereklilik arz edebilmektedir. Bundan dolayı, doğurabilecekleri olumsuz sonuçlar da göz önünde bulundurularak titizlikle değerlendirilmeleri ve bir takım standartlara tâbi olacak biçimde uygulanmaları gerekmektedir. Bu bağlamda, belirtilen yöntemlerin açıklanması ve değerlendirilmesi önem taşımaktadır.

a. Güvenli Üçüncü Ülke Uygulamaları (Sorumluluk Paylaşımı/Aktarımı)

Açısından

Mülteci statüsünün belirlenmesinde asıl yetkinin devletlerde olması, statü belirleme sorumluluğunu gündeme getirmiştir. Bu noktada sorun, hangi devletin statü belirlemeden sorumlu kılınacağına tespitidir. Bir başka deyişle, statü belirleme sorumluluğunun devletler arasında paylaşılmasıdır.

1951 Sözleşmesi, statü belirlemeye yönelik esasa dönük bir takım ölçütler sunmuş ancak statü belirleme sorumluluğun devletler arasında nasıl paylaşılacağına dair bir düzenleme getirmemiştir. Nitekim bu hususta, evrensel niteliği hâiz olan bağlayıcı bir başka düzenleme de mevcut değildir. Ayrıca, 1951 Sözleşmesi'nde geri gönderme yasağı, bireyin sadece hayatının ve özgürlüğünün tehlike altında olabileceği yerler açısından söz konusudur. Hâl böyle iken, sığınmacı, yasağın tersten okunması ile hayatı veya özgürlüğünün muhafazası açısından güvenli olabilecek yerlere gönderilebilecek ve sığınma başvurusunu bir başka ülkede yapabilmesi sağlanabilecektir. İşte buradan yola

çıkarak, devletler statü belirleme sorumluluğunu birbirlerine aktarma yoluna gitmişlerdir. Böylece, güvenli üçüncü ülke (*safe third country*) uygulamaları oluşmuştur⁴⁶⁸. Güvenli üçüncü ülke uygulamaları, en genel şekli ile sığınma amacıyla bulunduğu ülkenin dışında bir başka ülkede, sığınma başvurusu yaptığında bu başvurusu kabul edilebilecek olan bireylerin, bulundukları bu ülke tarafından söz konusu durum gerekçe gösterilerek başvurularının değerlendirilmeye alınmaması şeklinde açıklanabilir⁴⁶⁹. Güvenli üçüncü ülke uygulamaları, bu çerçevede sığınmacının hem sığınma ülkesine gelmeden önce uğradığı güvenli ülkelere hem menşe ülkesinden çıktıktan sonra hiç uğramamış olsa da giriş için geçerli bir vizeye ya da ikâmet iznine sahip olduğu güvenli ülkelere yollanabilmesini sağlamaktadır⁴⁷⁰. Devletler, “güvenli” olarak niteledikleri bir başka ülke üzerinden gelen sığınmacıları kabul etmeme hususundaki gerekçelerini ise genellikle mülteciliğin zorunlu göç ile ilişkili olmasına dayandırmaktadır. Bu bakış açısına göre, zorunlu kaçış sonucunda varılan ilk ülke bireyi fiilî bir mülteci olarak değerlendirebilir; ancak birey bu ülkeden çıkıp bir başka ülkeye sığınma amacıyla geçiş yaptığında, amacı artık bulunduğu durumun şartlarından korunmak değil, daha iyi şartlara sahip olmaktır. İşte bu noktada, artık ikincil göç hareketi, mültecilik hali ile değil, daha çok göçmenlik hâli ile bağdaşan bir görünüm sergiler⁴⁷¹. Bu sebepten dolayıdır ki, devletlerin bakış açısına göre sığınmacı, sığınacağı ülkeyi kendi tercihi ile belirlerse, içerisinde bulunduğu göç hareketi zorunlu olmaktan çıkacak; sığınma arayışı

⁴⁶⁸ Güvenli (üçüncü) ülke uygulamaları yerine kimi zaman “bir başka yerde koruma (*protection elsewhere*) kavramı da kullanılmaktadır: Bkz. PENELOPE MATHEW, «Australian Refugee Protection in the Wake of the Tampa», *The American Journal of International Law* 96, sayı 3 (2002): 665; SAVITRI TAYLOR, «Protection Elsewhere/Nowhere», *International Journal of Refugee Law* 18, sayı 2 (2006): 283–312; UNHCR, «Considerations on the «Safe Third Country» Concept» (EU Seminar on the Associated States as Safe Third Countries in Asylum Legislation, Vienna, 11 Temmuz 1996), 1, <<http://www.refworld.org/publisher,UNHCR,POSITION,,3ae6b3268,0.html>> (E.T.: 12.12.2012).

⁴⁶⁹ Bu konudaki tanımlar için bkz. AGNES HURWITZ, *Collective Responsibility*, 46; EXECUTIVE COMMITTEE OF THE HIGH COMMISSIONER’S PROGRAMME, *Note on International Protection*, 31 Ağustos 1993, para.20.

⁴⁷⁰ AGNES HURWITZ, *Collective Responsibility*, 46; UK DELEGATION, GENEVA, «Sending Asylum Seekers to Safe Third Countries (Opinion)», *International Journal of Refugee Law* 7 (1995): 120.

⁴⁷¹ GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 392; UK DELEGATION, GENEVA, «Sending Asylum Seekers to Safe Third Countries (Opinion)», 121; SAVITRI TAYLOR, «Protection Elsewhere/Nowhere», 288; AUDREY MACKLIN, «Disappearing Refugees: Reflections on the Canada-US Safe Third Country Agreement», *Columbia Human Rights Law Review* 36 (2005): 381, 382.

tercih edilen bu ülke açısından, ülkeye kabul için makul bir gerekçe olarak nitelendirilemeyecektir.

Güvenli üçüncü ülke uygulamalarının ilk ortaya çıktığı dönemde, uluslararası veya bölgesel ya da ikili bir işbirliği çerçevesinde değil de tek taraflı düzenlemeler ile yürütülmesi, bireyin gönderildiği üçüncü ülkelerin bu sığınmacıları kabul etmeyi reddetmesine sebep olmuştur. Böylece statü belirleme sorumluluğunun hangi devlete âit olduğu konusunda bir kaos oluşmuş, fiilî mülteciler ise bu kaostan ciddi şekilde etkilenmişlerdir. Hatta bu etkiyi yansıtabilmesi açısından söz konusu durumdan mağdur olan (fiilî) mültecilere “dolaşım hâlindeki mülteciler (*refugees in orbit*)” ifadesi yakıştırılmıştır⁴⁷². Zira bu kişiler, “zulüm görebilecekleri bir ülkeye doğrudan geri gönderilmemelerine rağmen, sığınma hakkı verilmediği için veya başvurularını incelemeye istekli bir devlet bulamadıklarından sığınma amacıyla ülkeler arasında dolaşan bireyler”⁴⁷³ hâline gelmiştir. Soruna küresel bir çözüm bulmak amacıyla BM bünyesinde çabalar sarf edilmiş ancak bu çabalar ilgili konuda uluslararası bir uzlaşımın sağlanamaması sebebiyle sonuçsuz kalmıştır. Daha sonra çözüm arayışı çabaları, BM ekseninde bu kez BMMYK Yürütme Kurulu’nun yetki alanı içerisinde sürdürülmeye çalışılmıştır. BMMYK Yürütme Kurulu bu hususta iki karar vermiş ancak yine de sorunun çözülmesi noktasında somut bir başarı elde edilememiştir. Yürütme Kurulu’nun konu ile ilgili ilk kararında, statü belirleme sorumluluğunun devletler arasında eşit şekilde paylaşılması hususunda ortak bir kriter oluşturulması öngörülmüş ve bu kriterin nasıl bir çerçeve içerisinde şekillenmesi gerektiği konusunda tavsiyelerde bulunulmuştur⁴⁷⁴.

⁴⁷² Bu ifade ilk kez BM Ülkesel Sığınma Sözleşmesi Taslağına ilişkin olarak STÖ’ler tarafından hazırlanan bir rapor (memorandum) içerisinde zikredilmiştir. G. MELANDER, *Refugees in Orbit*, 1978, 4, naklen; AGNES HURWITZ, *Collective Responsibility*, 20.

⁴⁷³ ULUSLARARASI GÖÇ ÖRGÜTÜ, «Dolaşım Halindeki Mülteciler», ed. Bülent Çiçekli, *Göç Terimleri Sözlüğü*, 2009, 13, <http://www.turkey.iom.int/documents/goc_terimleri_sozlugu.pdf> (E.T.: 12.12.2012).; ayrıca bkz. Ad Hoc Committee of Experts on the Legal Aspects of Territorial Asylum (CAHAR), Aide Memoire transmitted by the UNHCR GR/TA, 1976, 2.

⁴⁷⁴ BMMYK Yürütme Kurulu Kararı, S. 15(XXX), 1979. Kararda çizilen çerçevenin ana hatları şunlardır: (i) sığınmacının başvurusundan sorumlu olacak devletin olumlu bir yaklaşım içerisinde olan ve sığınmacının başvuru olanağı bulunan bir yer olması (ii) sorumluluğun aktarılması hususunda devlet arasında bir uyuşmazlığın oluşmasına imkân tanınmaması (iii) sığınmacının başvuru ülkesine ilişkin niyet ve isteklerinin değerlendirmeye alınması (iv) sığınma talebinin sırf sığınmacının bir başka devletten aynı

Yürütme Kurulu'nun 58 sayılı diğer kararında⁴⁷⁵ ise, düzensiz bir şekilde hareket eden (fili) mültecilerin ortak bir kaygı konusu olduğu belirtilmiş; bu bağlamda düzensiz hareketlerin sebep ve kapsamının belirlenerek, özellikle bu bireylerin ilk varış ülkelerinde korunabilmelerinin sağlanması gerekliliği üzerinde durulmuştur⁴⁷⁶. 58 sayılı kararda, özellikle, ilk sığınma ülkesinde statüsü tanınmasına rağmen, etkin bir korumaya tâbi kılınmadığı için diğer ülkelerden sığınma talep eden bireyler üzerinde yoğunlaşmıştır. Bu bakış açısıyla, sorunun çözümü ilk sığınma ülkesinde etkin bir korumanın⁴⁷⁷ sağlanması olarak tespit edilmiştir.

Statü belirleme sorumluluğunun ve dolayısıyla koruma sorumluluğunun paylaşılması hususunda küresel bir başarının elde edilememesi, devletlerin ya bölgesel düzeyde ya da birbirleri ile yaptıkları düzenlemeler çerçevesinde güvenli üçüncü ülke uygulamalarını sürdürmelerini sağlamıştır. Bu yöndeki uygulamaların etkinleşebilmesi ise devletlerin kendi aralarında “geri kabul anlaşmaları” akdetmeleri ile mümkün hâle gelmiştir. Geri kabul anlaşmaları, anlaşmaya taraf olan her bir devletin belirli kategoriler içerisindeki bireyleri, birbirlerinin talebi üzerine herhangi bir formaliteye gerek kalmaksızın kabul etmesini sağlamaktadır⁴⁷⁸. Esasen bu anlaşmaların oluşturulması ile hedeflenen ana amaç düzensiz göçün önlenmesi olmuştur. Ancak yıllar içerisinde, sığınmanın küresel bir sorun haline gelmesiyle birlikte sığınmacılar da bu anlaşmaların kapsamına dâhil edilmiştir. Bu durumun en önemli sebebi, sığınmacıların çoğunun menşee

talepte bulunabileceği gerekçesine dayanılarak reddedilmemesi; bununla birlikte, birinden sığınma talep eden bireyin bir başka devlet ile hâlihazırda bir bağlantısı olduğu veya yakın bir bağa hâiz olduğu belli olduğunda, taraf devlet, âdil ve makul olmak kaydıyla, bireyin öncelikle bu devletten sığınma talep etmesini şart koşabilmesine izin verilebilir (v) paylaşım hususunda devletler arasında düzenli müzakereler gerçekleştirilmesi (vi) ülkeye yasa dışı yoldan ve bir başka ülke üzerinden giriş yapan sığınmacıların özel durumunun dikkate alınması.

⁴⁷⁵ BMMYK Yürütme Kurulu Kararı, S. 58(XL), 1989.

⁴⁷⁶ Ibid., paras. (c), (d), (e).

⁴⁷⁷ İlgili kararda ilk sığınma ülkesinden beklenen etkin korumanın çerçevesi; geri gönderme ilkesine bağlılık, mülteciye ülkede kalış hakkı tanınması ve insan hakları standartlarına uygun şekilde muamele edilmesi hususlarına dayanılarak çizilmiştir. Ibid., para. (f).

⁴⁷⁸ AGNES HURWITZ, *Collective Responsibility*, 67; FLORIAN TRAUNER ve IMKE KRUSE, *EC Visa Facilitation and Readmission Agreements: Implementing a New EU Security Approach in the Neighbourhood*, SSRN Scholarly Paper (Rochester, NY: Social Science Research Network, 2008), 14.

ülkesinden kaçarken bir başka ülkeye girebilmek için gereken belgelere sahip bulunmamasıdır. Bu sebeple, bulundukları sığınma ülkesi tarafından güvenli bir ülkeye gönderildiklerinde, bu sığınmacılar ülkeye kabul edilemeyebilmektedirler. İşte bu bireylerin, gönderildikleri ülkeye kabulünün sağlanması ise bu anlaşmalar çerçevesinde gerçekleştirilmektedir.

Dolaşım hâlindeki mülteciler hususu özellikle Avrupa’da ciddi bir konu hâline gelmiştir. Avrupa coğrafyasının birbirine sınır komşusu olan birçok devletten oluşması ve sığınmacı üreten bölgelere nispeten yakınlık arz etmesi bu durumun sebeplerinden sayılabilir. Esasen, güvenli üçüncü ülke uygulamalarının kaynağını da Avrupa coğrafyası oluşturmaktadır. Bölgede, statü belirleme hususundaki sorumluluk paylaşımına yönelik ilk çabalar, Avrupa Konseyi çerçevesinde yürütülmüş ancak somut bir başarı elde edilememiştir. Bununla birlikte, uluslararası korumanın AB düzeyinde bir ilgi/menfaat alanı hâline gelmesiyle birlikte Birlik içi sorumluluk paylaşımı ve sorumluluğun Birlik dışına aktarılması hususlarında çeşitli düzenlemeler oluşturulmuştur. Sorumluluğun Birlik içinde paylaşılmasına dair en temel düzenleme önce bir uluslararası antlaşma olarak akdedilen ve daha sonra Birlik mevzuatı içerisine alınan Dublin Tüzüğü’dür⁴⁷⁹. Dublin Tüzüğü’nün oluşturduğu sisteme göre, tüm üye devletler güvenli ülke olarak kabul edilecek ve sadece bir üye devlet sığınma başvurularının değerlendirilmesinden sorumlu olabilecektir. Bununla birlikte, sorumlu üye devletin sığınma usulüne etkin bir şekilde ulaşılmasını sağlayabilmesi gerekmektedir. Bu genel görünüm içerisinde, Dublin Tüzüğü sığınma başvurularının incelenmesi sorumluluğunun Birlik içerisinde nasıl paylaşılması gerektiğine dair temel ilkeler ihtiva etmektedir. Dublin Tüzüğü özellikle Birlik içi sorumluluk paylaşımını düzenlemekle birlikte, Tüzüğün 3(3). maddesinde, “[h]er Üye Devlet, Cenevre Sözleşmesi’nin hükümlerine uygun olarak, sığınma arayan bir kişiyi kendi ulusal hukukları gereği bir üçüncü ülkeye gönderme hakkını muhafaza edecektir” hükmü kaleme alınmak suretiyle, sorumluluğun Birlik dışı ülkelere aktarılabilmesinin de sinyalleri verilmiştir.

⁴⁷⁹ COUNCIL REGULATION (EC) NO 343/2003 of 18 February 2003 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an asylum application lodged in one of the Member States by a third-country national (Dublin Tüzüğü), OJ L 50, 25.2.2003.

Güvenli üçüncü ülke uygulamaları her ne kadar en yoğun ve sistematik bir şekilde AB’de hayata geçmekte ise de, AB üyesi olmayan ülkelerde de sık sık görülmektedir. Özellikle, Kanada⁴⁸⁰, ABD⁴⁸¹ ve Avustralya’nın⁴⁸² güvenli üçüncü ülke uygulamalarından yoğun bir şekilde faydalanarak, statü belirleme ve koruma sorumluluğunu diğer ülkelere yönelttikleri belirtilmelidir. Ayrıca Kanada ve ABD kendi aralarında akdettikleri geri kabul antlaşması sayesinde statü belirleme ve koruma sorumluluğunu birbirlerine de aktarabilmektedirler⁴⁸³.

Güvenli üçüncü ülke uygulamalarının, statü belirleme açısından iki önemli etkisi olduğu belirtilebilir. İlk etki, sığınmaya erişime yöneliktir. Güvenli üçüncü ülke uygulamaları, genellikle başvuruya “uygunluk (*eligibility*)” denetimi sırasında önem kazanmakta ve eğer, bireyin güvenli üçüncü bir ülkeye gönderilme ihtimâli bulunuyorsa, başvurusu kabul edilmemektedir. Elbette bu husus, sığınma başvurusunda bulunmak isteyen bireyin, bulunduğu ülkede sığınmaya erişememesi anlamına gelmektedir. Zira bu ülkede, sığınma başvurusunun esastan değerlendirilme aşamasına geçilememektedir. Bireyin gönderileceği ülkenin “güvenli” sayılmasında bu ülkenin geri gönderme yasağını uygulamakta olması ve mülteci açısından güvenli olarak nitelendirilebilecek bir yer olması gözetilmektedir. Bu sayede, sığınmacının gönderildiği ülkede sığınmaya erişebilmesi sağlanmaya çalışılmaktadır. Ancak üçüncü ülkenin “güvenli” olduğuna inanılması ya da bu ülkenin güvenli olduğunun tespiti, genel kıstaslar çerçevesinde belirlenmektedir. Örneğin, ülkenin 1951 Sözleşmesi’ne veya geri gönderme yasağını benimseyen bir başka uluslararası sözleşmeye taraf olması kimi zaman “güvenilirlik” kriterinin sağlanması açısından yeterli bulunmaktadır. Oysa

⁴⁸⁰ Bkz. Bill C-55, An Act to Amend the Immigration Act, 1976, and to Amend Other Acts in Consequence Thereof, S.C. 1988. Kanada’nın güvenli üçüncü ülke uygulamalarına ilk başladığı dönemlerde AB’nin etkisinde kalmış olduğu hususunda bkz. JAMES C. HATHAWAY, «The Conundrum of Refugee Protection in Canada: From Control to Compliance to Collective Deterrence», *Journal of Policy History* 4, sayı Special Issue 01 (1992): 71, 72.

⁴⁸¹ Bkz. Immigration and Nationality Act 1996, s. 208(a)(2)(A).

⁴⁸² 1958 Migration Act of Australia, Sect. 36(3), Sect. 91M.

⁴⁸³ Kanada ve ABD arasındaki geri kabul antlaşması için bkz.: *Canada-US Readmission Agreement*, 5.12.2002. Antlaşma, 29 Aralık 2004’de uygulamaya girmiştir. Antlaşma metni için bkz. <<http://www.uscis.gov/files/article/appendix-c.pdf>> (E.T.: 12.12.2012).

üçüncü ülkenin güvenilirliği kâğıt üzerinde kanıtlanmış olsa da uygulamada aynı görünüm söz konusu olmayabilir. Hâl böyle iken sığınmacı açısından, gönderildiği üçüncü ülke sığınmaya erişim hususunda “güvenli” olarak nitelenebilecek bir ülke olmaktan çıkabilir. Sonuç olarak sığınmacı bireyin mültecilik statüsü hiç tanınamayacağı gibi, bu kişinin menşe ülkesine gönderilmesi dahi söz konusu olabilir. Bu duruma en güncel örnek AB içerisinde verilebilir. AB’nin Birlik içi sorumluluk paylaşımının ilk varış ülkesi ekseninde şekillenmiş olması, özellikle sığınmacıların erişiminin nispeten daha kolay olduğu güney ve doğu sınırlarındaki ülkelerin ciddi bir sığınmacı yoğunluğu yaşamasına neden olmuştur. Söz konusu yoğunluk, sığınmaya ilişkin hususlarda insan hakları ihlallerinin sık sık yaşanmasına da sebep olmaktadır. Sınır ülkelerinden biri olarak Yunanistan ise bu durumun en belirgin şekilde görüldüğü üye ülkelerden biridir⁴⁸⁴. Yunanistan, Birlik üyesi bir devlet olduğundan Dublin Tüzüğü çerçevesinde, “güvenli” ülke olarak kabul edilmektedir. Diğer tüm Birlik üyesi ülkeler gibi bu Yunanistan da 1951 Sözleşmesi’ne ve AİHS’e taraftır ve Birliğin ortak sığınma sisteminin hukukî kaynaklarını ulusal hukukuna aktarmış bulunmaktadır. Bununla birlikte, Yunanistan’da sığınmacılar açısından gözetim altına alınma ve yaşam koşullarının ciddi bir risk arz ettiği AİHM’in *MSS v. Belgium and Greece*⁴⁸⁵ davasında ortaya konulmuştur. AİHM bu davada, Başvuran’ın Yunanistan’daki gözetim altına alınma ve yaşam koşullarının AİHS’in işkence yasağını düzenleyen 3. maddesini ihlâl

⁴⁸⁴ Yunanistan’ın, ülke içerisinde sığınmacıları insan hakları ihlallerine maruz bırakmasının yanında, bu bireyleri henüz Yunan sınırına ulaşmadan geri iterek ülke sınırlarına hiç girmemelerini de sağlamaya çalıştığı aktarılmaktadır. UAÖ’nün bu husustaki güncel raporunda şu ifâdelere yer verilmektedir: “Uluslararası Af Örgütü’nün 2013 yılı Mart-Mayıs döneminde görüştüğü 79 göçmen ve mülteciden 28’i, Yunanistan’dan Türkiye’ye, Ağustos 2012 ile Mayıs 2013 arasında, bizzat kendilerinin maruz kaldıklarını iddia ettikleri, en az 39 toplu sınır dışı vakası anlattılar. Görüşülen yedi kişi sınırda birden fazla defa geri itildiklerini söyledi. Sınırdaki geri itme vakalarının 26’sının Türkiye ile olan kara sınırı üzerinde yaşandığı söylenirken, 13’ünün Ege Denizi’nde vuku bulduğu belirtildi. Bu kadar küçük bir örneklem grubu tarafından bildirilen toplu geri itilme iddialarının sayısına bakıldığında, kabaca, haftada yaklaşık bir defa bu tür bir vakanın yaşandığı söylenebilir”. Aynı Rapor’da ayrıca, bu tür geri itme vakaları sonucunda ölümlü kazaların oluştuğu da belirtilmektedir: “2012 yılı Ağustos ayından bu yana, bilinen altı ayrı kazada, çoğunluğunu Suriyeli ve Afganların oluşturduğu ve aralarında çocuklar ve hamile kadınların da olduğu 101 kişi hayatını kaybetmiştir”: AMNESTY INTERNATIONAL (ULUSLARARASI AF ÖRGÜTÜ), *Avrupa’nın Sınırında (Yunanistan’ın Türkiye Sınırında İnsan Hakları İhlalleri)* (Londra, 2013), 7, 9, <<http://www.amnesty.org.tr/ai/node/2222/>> (E.T.: 10.7.2013).

⁴⁸⁵ *MSS v. Belgium and Greece*, App. No. 30696/09, 21.01.2011.

ettiği yönündeki iddiasını, *inter alia*, kabul etmiştir⁴⁸⁶. Ayrıca Dublin Tüzüğü çerçevesinde, Başvuran'ı Birliğe ilk varış ülkesi olması sebebiyle Yunanistan'a geri yollayan Belçika'nın da AİHM tarafından AİHS'in 3. maddesini ihlâl ettiği tespit edilmiştir⁴⁸⁷. Buna ek olarak AİHM Yunanistanı, Başvuran'ın menşe ülkesine geri gönderilme tehlikesiyle karşı karşıya bırakması sebebiyle 3. madde ile birlikte etkin başvuru hakkını düzenleyen 13. maddenin ihlâlinden de sorumlu kılmıştır⁴⁸⁸. Yunanistan'daki koşulların insan hakları ihlâllerine yol açacak biçimde olumsuz bir hâl taşıması, diğer Birlik üyesi devletlerin, Dublin Tüzüğü çerçevesinde Yunanistan'a sığınmacı yollama hususunda tereddüt etmelerine sebep olmuştur. Nitekim, bu husus İngiltere ve İrlanda tarafından ABAD'a yapılan bir ön karar (*preliminary ruling*) başvurusunda da dile getirilmiştir⁴⁸⁹.

Görüldüğü gibi, insan haklarına uyumlu ortak bir sığınma sistemi oluşturma yönünde ciddi adımlar atan AB'ye üye olan bir ülke dahi uygulamada "güvensiz" bir ülke olarak nitelendirilebilmektedir. Kaldı ki bu güvensizlik sadece bireyin menşe ülkesine geri gönderilme riski taşımasından değil, bizzat Birlik üyesi bir ülkenin sığınmaya yönelik koşullarının insan haklarına aykırılık teşkil etmesinden kaynaklanmaktadır. Bu da güvensizliğin boyutlarının ne derece ciddi olduğunun bir göstergesidir. Nitekim AİHM gibi bir denetim mekanizmasının işletilemediği

⁴⁸⁶ Bkz. Ibid., paras. 263, 264.

⁴⁸⁷ Bkz. Ibid., paras. 385, 359, 360.

⁴⁸⁸ Bkz. Ibid., para. 321.

⁴⁸⁹ ABAD konu ile ilgili olarak 2011 yılında verdiği ön kararda, üye devletlerin, sığınmacıları Dublin Tüzüğüne göre statü belirlemeden sorumlu olan bir devlete bazı durumlarda göndermeyebileceğine hükmetmiştir. Mahkemenin belirttiği durumlar; ilgili devletin sığınma ve kabul sistemlerinde, sığınmacının AB Temel Haklar Şartı'nın ilgili hükümlerine aykırı biçimde kötü muamele görebileceğine dair gerçek bir riske maruz kalmasına sebep olacak sistematik sorunlar bulunduğu inanılmasını gerektirecek esaslı gerekçelerin bulunduğu farkında olunması olarak açıklanmıştır. ABAD, bu noktada Dublin Tüzüğü çerçevesinde sığınmacının statü belirlemeden sorumlu olan üye devletin ülkesinde temel hakları ve özgürlüklerinin güvende olduğu yönündeki karinenin aksinin ispatlanabileceğini de ortaya koymuştur: Joined Cases C-411/10 and C-493/10, N.S. v. Secretary of State for Home Department and M.E. and Others v. Refugee Applications Commissioner, Minister for Justice Equality and Law Reform, Judgment of the Court (Grand Chamber), 21.12.2011, paras. 99-104, 106, <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130de0cf4d69c40e34ba5a37f99f7b01b9bcd.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4NchuLe0?text=&docid=117187&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=39358>> (E.T.: 12.12.2012).

bölgelerde bu tür ihlallerin hangi boyutta olabileceği ise endişe vericidir. Bu bağlamda, sığınmacıların sorumluluk paylaşımı ekseninde gönderildikleri üçüncü ülkelerin “güvenli” olarak nitelendirilmesi noktasında, şekli bir takım koşulları yerine getirmiş olmalarından ziyâde uygulamada insan haklarına ve mülteci hukukunun gereklerine riayet edip etmediklerinin bir başka ifâde ile etkin bir uygulamanın söz konusu olup olmadığının göz önünde bulundurulmasının önem arz ettiği belirtilebilir⁴⁹⁰. Aksi takdirde bu uygulamalar, sığınma arayan bireylerin, fiilî mülteci olmalarına rağmen bu fiilî durumlarının hukukî bir statüye dönüşmemesine ve dolayısıyla korumadan faydalanamamalarına sebep olabilecektir. Buna ek olarak, üçüncü ülkelerin güvenli sayılabilmesi ve böylece sığınma arayanların sığınmaya erişimlerinin sağlanabilmesi için sadece buradaki genel uygulamanın değil, somut olarak, sığınma başvurusunda bulunacak bireye yönelik koşulların da değerlendirilmesinin gerektiği de ifâde edilebilir⁴⁹¹. Zira genel koşullar, insan hakları ve mülteci hukukuna uygunluk arz etse bile bazen sığınmacı bireyin somut şartlarına yönelik bazı özel durumlar, bu ülkeyi birey için güvensiz hâle getirebilir. Bu sebeple, üçüncü ülkelerin güvenli olmasından anlaşılması gereken bu ülkelerin hem sığınmaya erişim hem koruma açısından etkin bir uygulama öngörmeleri; bu uygulamayı gerek genel bir çerçevede gerek somut sığınma başvurusu ekseninde yürütebilmekte olmalarıdır⁴⁹².

Güvenli üçüncü ülke uygulamalarının statünün belirlenmesi üzerindeki ikinci etkisi ise bu uygulamaların farklı statü belirleme kararlarına yol açmasına ilişkindir.

⁴⁹⁰ Bu yönde BMMYK'da sığınma usulünün âdil ve etkin bir şekilde gerçekleşebilmesi ve sığınmacıların bu çerçevede sığınmaya erişimlerinin sağlanabilmesi için üçüncü ülkenin güvenliğinin sadece şekli şartların yerine getirilmesine (1951 Sözleşmesine taraf olmanın yeterli sayılması gibi) bağlı kılınamayacağını uygulamanın da özellikle dikkate alınması gerektiğini vurgulamaktadır: UNHCR, *Global Consultations on International Protection/Third Track: Asylum Processes (Fair and Efficient Asylum Procedures)* (UN High Commissioner For Refugees, 2001), para. 14, <<http://www.refworld.org/docid/3b36f2fca.html>> (E.T.: 21.12.2012).

⁴⁹¹ Bu hususta bkz. Ibid., paras. 13–15.; GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 392.

⁴⁹² *Goodwin-Gill ve McAdam*, aynı yöndeki görüşlerine örnek olarak sığınma arayan bireyin kabul edildiği üçüncü ülkede azınlık grubuna dâhil olmasını göstermişlerdir. Yazarlar ayrıca bu görüşlerini İngiliz Lordlar Kamarası'nın aynı yöndeki görüşü ile de desteklemişlerdir: GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 392; ayrıca bkz. HOUSE OF LORDS EUROPEAN UNION COMMITTEE, *Handling EU Asylum Claims: New Approaches Examined*, HL Paper 74, 2004 2003, 25, para. 66, <<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200304/ldselect/ldeucom/74/74.pdf>> (E.T.: 21.12.2012).

Sığınma arayışında olan bireyin, bu amaçla bulunduğu ülkeden çıkarılarak bir başka ülkeye yollanması, statü belirleme işlemlerinin de en iyi ihtimâlle sığınmacının gönderildiği ülke tarafından gerçekleştirilmesi ile sonuçlanmaktadır. Burada ortaya çıkan sorun ise gönderen ülke ile gönderilen ülke arasında statü belirlemeye ilişkin ölçütlerin değerlendirilmesi hususunda farklı uygulamaların söz konusu olmasıdır. Örneğin kendisini üçüncü ülkeye gönderen ülkede statü belirleme değerlendirmesi yapılsaydı, statüsünün tanınması sağlanabileceken, üçüncü ülkede bu sonuca ulaşılmayabilecektir. Üçüncü güvenli ülke uygulamalarında 1951 Sözleşmesi'ne taraf olma şartının gözetildiği varsayımından hareketle, sığınmacının yeknesak bir statü değerlendirmesine maruz kalabileceği iddia edilebilir. Oysa Sözleşme'nin statünün belirlenmesine yönelik olarak ayrıntılı ve açık hükümler ihtivâ etmemesi, taraf devletlerin kendilerine has yorumlar geliştirmesine sebep olmuştur⁴⁹³. Bu durumda da ortaya farklı uygulamalar çıkmıştır⁴⁹⁴. Bu hususta verilebilecek en etkili örnek, ABD ve Kanada arasındaki geri kabul anlaşmasına rağmen iki ülke arasındaki statü belirlemeye yönelik ölçütlerin yorumlanmasındaki farklılıklardır. Zira Kanada bu hususta en liberal ülkelerden biri olarak görülürken, ABD, Sözleşme'yi en katı uygulayan ülkelere kabul edilmektedir⁴⁹⁵.

⁴⁹³ Zorunlu göçün transnasyonal karakterine rağmen, mülteci statüsü belirleme ölçütlerinin farklı şekillerde yorumlanması sonucunda bu hususta uluslararası alanda yeknesak bir uygulamanın oluşmadığı yönünde bkz. JAMES C. HATHAWAY ve R. ALEXANDER NEVE, «Fundamental Justice and the Deflection of Refugees from Canada», *Osgoode Hall Law Journal* 34 (1996): 214, 215.

⁴⁹⁴ Çalışmamızın ikinci bölümünde, 1951 Sözleşmesi'ne ilişkin statü değerlendirme ölçütlerinin farklı yorumlarına yer verilmiştir.

⁴⁹⁵ Bu hususta, özellikle anılan iki ülkeye yönelik karşılaştırma için bkz. ANDREW F. MOORE, «Unsafe in America: A Review of the U.S.-Canada Safe Third Country Agreement», *Santa Clara Law Review* 47 (2007): 204, 209, 226, 228. ABD'nin özellikle geri gönderme yasağı hususunda oldukça katı bir standart benimsemiş olması, bu ülkeye gönderilecek olan sığınmacıların menşe ülkelerine geri yollanma riski ile karşılaşabilecekleri anlamına gelmektedir. İşte en çok da buradan yola çıkarak, ABD ve Kanada arasındaki geri kabul anlaşması, Kanada Federal Mahkemesi tarafından Kanada Haklar ve Özgürlükler Şartı'nın herkesin yaşam, özgürlük ve güvenlik hakkına sahip olduğunu düzenleyen 7. maddesi ve eşit koruma hakkını düzenleyen 15. maddesine aykırı bulunmuştur. Ancak söz konusu karar Federal Temyiz Mahkemesi tarafından daha sonra bozulmuştur: *R v. Canadian Council for Refugees, Canadian Council of Churches, Amnesty International and John Doe* 2008 FCA 229, para. 105 naklen AGNES HURWITZ, *Collective Responsibility*, 48, dn. 16.

Ülke uygulamalarındaki farklılığın statü belirleme üzerindeki etkisinin azaltılmasına bir çözüm önerisi olarak da değerlendirilebilecek şekilde, *Hathaway ve Neve*, sığınmacının sığınma talebinin incelenmesini istediği ülkeyi seçebilmesi gerektiğini savunmaktadır⁴⁹⁶. Yazarlara göre, mülteci hukukunun ahlâki bütünlüğünün temin edilebilmesi için sığınmacıların kendi kaderlerini belirleme hakkına sahip olmaları sağlanmalıdır⁴⁹⁷. Kanımızca, *Hathaway ve Neve*'in bu görüşü kabul edilse bile beraberinde birtakım sorunları da getirebilecektir. Örneğin, diğer ülkelere göre daha liberal uygulamalara sahip olan ülkeler açısından bir başvuru yoğunluğu söz konusu olabilecektir. Bu durumda da tıpkı Yunanistan örneğinde gösterildiği gibi, insan hakları ihlalleri kaçınılmaz hâle gelebilecektir. Buna ek olarak, söz konusu durumda, karışık göç hareketleri çoğalacağından, gerçek mülteciler ile göç eden diğer bireylerin ayrılması sorun yaratabilecektir. Bu durumda, güvenli üçüncü ülke uygulamalarını tamamen ortadan kaldırmaya yönelik bir çözüm arayışı yerine, artık yaygın bir kabul görmüş olan bu yöntemin olumsuz sonuçlarını gidermeyi hedefleyen bir bakış açısı geliştirmenin daha uygun olacağı fikrindeyiz. Bu sebeple soruna en uygun çözümün Sözleşmeye ilişkin yorumların mümkün olduğunca yeknesak hâle getirilmesi olduğunu düşünmekteyiz. Nitekim *Lambert*'in de oldukça net bir şekilde ifade ettiği gibi, “sığınma özü gereği, devletlerarası işbirliğinin sağlanmasını gerektiren bir politika alanıdır; 1951 Sözleşmesi ise bunu temin edebilecek en temel araçtır”⁴⁹⁸. Buradan hareketle, özellikle yargı alanında transnasyonal bir bakış açısının geliştirilmesi ve yargıçların Sözleşme’yi yorumlarken diğer ülkelerin yorumlarını içeren kararları dikkate almaları önem arz etmektedir⁴⁹⁹.

⁴⁹⁶ JAMES C. HATHAWAY ve R. ALEXANDER NEVE, «Fundamental Justice and the Deflection of Refugees from Canada», 215.

⁴⁹⁷ Ibid., 218.

⁴⁹⁸ HELENE LAMBERT, «Transnational Law, Judges and Refugees in the European Union», içinde *The Limits of Transnational Law Refugee Law, Policy Harmonization and Judicial Dialogue in the European Union*, ed. Guy S. Goodwin-Gill ve Helene Lambert (Cambridge, 2010), 1.

⁴⁹⁹ Ibid., 2. Bu hususta ayrıca bkz. yuk. §2.I.B.

b. İdari Gözetim Altına Alma Uygulamaları Açısından

Devletlerin kendi ülkelerinde kamu düzeni ve ülke güvenliğini sağlama konusunda meşru bir yükümlülükleri vardır. Bu sebeple, düzensiz göçün önlenmesi bu amaçlar doğrultusunda devletlerin gözettiği önemli bir husustur. Göç hareketleri ise çoğunlukla karışık bir şekilde tezâhür ettiğinden, sırf ekonomik nedenlerle düzensiz olarak göç etmek isteyen bireyler ile gerçekten korunma ihtiyaçlarının karşılanması amacıyla sığınma talep eden bireylerin birbirinden ayrılması, gerçek sığınmacıların tespit edilebilmesi gereklidir. Sığınmacıların, ülkeye varışlarında, gerçekten sığınma ihtiyacı içerisinde olup olmadıkları ilk etapta anlaşılamayabilir; durumlarının tespiti için bireysel temelde ve menşe ülkelerine yönelik araştırmaların, kişinin kendisini sığınmaya sevk ettiğini iddia ettiği olayların incelenmesi gerekir. Bu süre içerisinde söz konusu bireyler, devlet açısından bir risk unsurudur. Çünkü bu kişilerin iddialarının geçerliliği henüz tespit edilememiştir. Bunun yanında, ülkeye giren bireylerin ilk etapta devletin hassasiyetle korumaya çalıştığı kamu düzeni ve ülke güvenliğini tehdit edip etmeyecekleri de anlaşılamayabilir. Tüm bu sebeplerden dolayı devletler, ülkelerine giren ve sığınma talebinde bulunan bireyleri, durumları belirleninceye kadar kontrol altında tutma eğilimindedirler. Bu eğilimleri doğrultusunda, devletler ülkelere yasadışı yollarla giriş yapan ve sığınma talebinde bulunan bireyleri, belirli şartlar altında özgürlüklerinden mahrum kalabilecekleri/özgürlüklerinin kısıtlanabileceği kapalı alanlarda tutabilmektedirler. İşte, sığınmacıların bu şekilde kontrol altına alınması gözetim altına alma ya da idari gözetim (*detention/administrative detention*) olarak ifade edilmektedir⁵⁰⁰.

BMMYK, sığınmacılar açısından gözetim altına alınmayı; hapisane, gözetim amaçlı yerler, kapalı kabul merkezleri veya tutulma merkezleri ya da tesisleri de dâhil

⁵⁰⁰ Gözetim altına alma ifadesi yerine tutulma veya gözaltına alınma ifadelerinin de doktrinde kullanıldığı görülmektedir. Ancak sığınmacıların gözetim altına alınması genellikle idari bir tasarruf olarak ve cezâ hukuku kapsamındaki tutulma, tutuklama ya da gözaltına alınmadan farklı bir çerçevede olduğu için herhangi bir karışıklığa mahal verilmemesi amacıyla, bu çalışmada gözetim altına alma teriminin kullanılması tercih edilmiştir. Söz konusu terim, İngilizcedeki “detention”, Fransızca’daki “rétention” terimlerini karşılayacak şekilde kullanılmıştır.

olacak şekilde ancak sayılanlarla kısıtlı olmamak üzere, sığınmacının iradesine bağlı olarak terk etmesinin mümkün olamayacağı kapalı alanlarda özgürlüğünün kısıtlanması veya sığınmacının böyle bir yerde kapalı tutulması olarak tanımlamıştır⁵⁰¹. İdari gözetim altına alma, “herhangi bir suç isnadı ya da yargılama olmadan” gerçekleştirilen bir tedbir olarak açıklanmaktadır⁵⁰²; bu hâliyle, cezâ hukukunda şekillenen uygulamaya (gözetim altına alma) yöntem açısından benzemekte ancak farklı bir durumu nitelemektedir⁵⁰³. Çünkü idari gözetim altına alma, sığınmacılar açısından suç teşkil edecek bir faaliyetin/faaliyetsizliğin gerçekleşmesine bağlı kılınmamıştır⁵⁰⁴.

Gözetim altına alma hususunda 1951 Sözleşmesi’nde açık bir hükme yer verilmemiş olmasına rağmen, Sözleşme’nin 31. maddesi ile ilgili konu arasında yorum yoluyla bir bağlantı kurulabilmektedir. Sözleşme’nin 31. maddesinin (1). fıkrası, taraf devletlere, doğrudan menşe ülkelerinden gelerek, ülkeye yasa dışı yoldan girmiş ya da ülkede bulunuşu yasa dışı hâle gelmiş olan bireylere, gecikmeden yetkili makamlara başvurmak kaydıyla ceza vermeme yükümlülüğünü getirmiştir. Aynı maddenin (2). fıkrası ise, (1). fıkra da belirtilen mültecilerin hareketlerine gerekli olanların dışında kısıtlama uygulanmayacağını ve “bu kısıtlamaların ancak, bu bireylerin ülkedeki statüleri

⁵⁰¹ UNHCR The UN Refugee Agency, *Detention Guidelines*, Guidelines on the Applicable Criteria and Standards Relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention (UNHCR, 2012), 9. Üye Devletlerde Sığınma Talebinde Bulunanların Kabulünde Uygulanacak Minimum Standartları Düzenleyen AB Yönergesi’nde de BMMYK’nın tanımına benzer şekilde, gözetim altına alma “*bir sığınmacının üye bir devlet tarafından belirli bir yerde kapatılarak hareket özgürlüğünden yoksun bırakılması*” olarak tanımlanmıştır: DIRECTIVE 2013/33/EU OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 26 June 2013 laying down standards for the reception of applicants for international protection (recast), OJ L 180/96, 29.06.2013, md. 2(h).

⁵⁰² INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, *Memorandum on International Legal Framework on Administrative Detention and Counter-Terrorism*, Mart 2006, 4; <<http://www.mafhoum.com/press9/278S25.pdf>> (E.T.:12.12.2012).

⁵⁰³ İBRAHİM ERDOĞAN, «Uluslararası Hukukun Temel Hak ve Özgürlük Normları Bağlamında Avrupa İdari Alıkoyma Normları ve Uygulamaları», *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* LXX, sayı 2 (2012): 23.

⁵⁰⁴ Ibid. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun 9 Aralık 1988 tarihli ve 43/173 sayılı kararıyla kabul edilen “*Herhangi Bir Biçimde Gözetim Altına Alınan veya Hapsedilen Kişilerin Korunması İçin Prensipler Bütünü*”nde, gözetim altına alınan kişi, “*bir suç nedeniyle mahkum edilme durumu hariç, kişi özgürlüğünden yoksun bırakılan bir kimse*” olarak târif edilmiştir: BMGKK, S. 43/173, 9 Aralık 1988, <www.un.org/documents/ga/res/43/a43r173.htm> (E.T.: 12.12.2012); metnin Türkçe çevirisi için ayrıca <[www.tbmm.gov.tr/komisyoin/insanhaklari/pdf\(1\)/255-265.pdf](http://www.tbmm.gov.tr/komisyoin/insanhaklari/pdf(1)/255-265.pdf)> (E.T.: 12.12.2012).

muntazam hâle getirilinceye kadar” veya bir başka ülkeye kabulleri sağlanıncaya dek uygulanabileceğini düzenlemektedir. Bu bağlamda, Sözleşme’nin ilgili maddesi, (fiilî) mültecinin ülke güvenliği ve kamu düzeni için potansiyel bir risk oluşturma hâlinin incelenebilmesi için⁵⁰⁵ belirli koşullar altında bu bireylerin gözetim altında bulundurulmasına cevaz verecek şekilde yorumlanabilmektedir⁵⁰⁶. BMMYK Yürütme Kurulu’nun 44 sayılı Kararı⁵⁰⁷ ise Sözleşme’nin 31(2). maddesinde cevaz verildiği kabul edilen gözetim altına alma hâlinin hangi durumlarda gerçekleştirilebileceği hususuna ışık tutmaktadır⁵⁰⁸. Karar uyarınca, gözetim altına almanın “*sadece kanunla belirlenen bir temele dayanarak; mülteci statüsünün tanınması yönündeki talebin dayandığı unsurların belirlenmesi amacıyla; mültecilerin/sığınmacıların seyahat ve/veya kimlik belgelerini yok ederek ya da sahte belgeler kullanarak devlet yetkililerini yanlış yönlendirmeye çalıştıkları durumlarda ve ulusal güvenliğin veya kamu düzeninin korunması amacıyla*

⁵⁰⁵ Sözleşme’nin hazırlık çalışmalarında, özellikle İsveç ve Yunanistan temsilcileri, ülkede yasal olarak bulunmayan mültecilerin ülke güvenliğine tehdit oluşturmadıkları yönünde devletlerin tatmin olmasının önemli bir husus olduğunu belirtmişlerdir. Fransız temsilcisi ise ülkede yasal olarak bulunmayan mülteciler hakkında bilgi edinebilmesi için bu bireylerin birkaç günlüğüne gözetim altında bulundurulmasının gerekliliği üzerinde durmuştur. Birleşik Krallık temsilcisi ise 31(2). maddenin mültecinin ülkeye giriş koşullarının incelenebilmesi için bireyin gözetim altına alınması gerektiğine cevaz verebilecek şekilde anlaşılacağını vurgulamıştır. Tüm bu görüşler neticesinde, Hazırlık Çalışmalarının yürütüldüğü Konferansın Başkanı tarafından, “her devletin sınırlarından yasa dışı yollarla giren mültecinin durumunu araştırmak ve bu bireyin ülkeye giriş için gereken koşulları sağlayıp sağlamadığını değerlendirmek hususunda tam bir yetkiye sahip olduğu” belirtilmiştir: Statements of Mr. Petren of Sweden and of Mr. Philon of Greece, UN Doc. A/CONF.2/Sr.14, July 10 1951, Statement of Mr. Rochefort of France; Statement of Mr. Hoare of the United Kingdom UN Doc. A/CONF.2/SR.35, July 25, 1951.; Statement of the President Mr. Larsen of Denmark, . A/CONF.2/Sr.14, July 10 1951 naklen JAMES C. HATHAWAY, *Rights of Refugees*, 421.

⁵⁰⁶ Bkz. GUY S. GOODWIN-GILL, «Article 31 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees: non-penalization, detention, and protection», içinde *Refugee Protection in International Law UNHCR’s Global Consultations on International Protection*, ed. Erika Feller, Volker Türk, ve Frances Nicholson (Cambridge, 2005), 219, para. 10 ve 233, para. 11.

⁵⁰⁷ BMMYK Yürütme Kurulu Kararı, S. 44 (XXXVII), 1986.

⁵⁰⁸ Karara ilişkin açıklamalar için bkz. JAMES C. HATHAWAY, *Rights of Refugees*, 424; ayrıca bkz. UNHCR, Global Consultations on International Protection: Summary Conclusions on Article 31 of the 1951 Convention – Revised, Geneva Expert Roundtable, 8-9 November 2001 (UNHCR Global Consultations Summary Conclusions: Article 31 of the 1951 Convention), para. 3, <<http://www.unhcr.org/419c783f4.pdf>> (E.T.: 12.12.2012); UNHCR, Global Consultations on International Protection/Third Track: Reception of Asylum-Seekers, Including Standards of Treatment, in the Context of Individual Asylum Systems, 4 September 2001, EC/GC/01/17 (UNHCR Global Consultations: Reception of Asylum-Seekers), <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3bfa81864.html>> (E.T.: 12.12.2012).

istisnai olarak gerçekleştirilebilmesi mümkündür”. Aynı kararda ayrıca, mülteci statüsünün belirlenmesine yönelik işlemlerin âdil ve hızlı bir şekilde yürütülmesi ve gözetim altına alma süresinin gereksiz veya keyfî bir şekilde uzatılmaması gerektiği de vurgulanmıştır. Gerçekten de, Sözleşme’nin 31(2). maddesinin hükmünde (fiilî) mültecinin gözetim altında tutulma süresi hakkında açık bir hüküm olmamakla birlikte bireyin statüsünün muntazam hâle getirilinceye kadar hareketlerinin kısıtlanabileceği belirtilmiştir. Sözleşme’nin hazırlık çalışmaları incelendiğinde, muntazam hâle getirme (*regularization*) ifâdesinin mülteci statüsünün belirlenmesi hususunda nihaî bir kararın verilmesi olarak anlaşılmaması gerektiği; sığınmacının mülteci statüsü belirleme değerlendirmesinin yapılabilmesi için gereken tüm yasal formaliteleri yerine getirdiği zaman ve herhangi bir kısıtlamaya tâbi kılınmasının gerekmeyeceği tespit edildiğinde durumunun muntazam olarak değerlendirilebileceği sonucuna varılmaktadır⁵⁰⁹.

Sığınmacıların gözetim altına alınması, bireyin hareket özgürlüğünü kısıtladığı için seyahat özgürlüğü ile; bireyin belirli bir yere kapatılması anlamına geldiği için de kişi hürriyeti ile yakın ilişki içerisindedir. Bireyin keyfî olarak özgürlük ve güvenlik hakkından yahut seyahat hürriyetinden mahrum bırakılması ise insan hakları hukukuna aykırılık teşkil eder. İHEB, “yaşamak, özgürlük ve kişi güvenliği herkesin hakkıdır” (md.3); “hiç kimse keyfî olarak yakalanamaz, tutuklanamaz ve sürgün edilemez” (md. 9); “herkesin bir devletin toprakları üzerinde serbestçe dolaşma ve oturma hakkı vardır” (md.13) hükümlerine yer vermek suretiyle, kişi hürriyeti, güvenliği ve seyahat özgürlüğüne ilişkin olarak uluslararası insan hakları hukukunun pozitif düzenlemelerine kaynak teşkil etmiştir. Nitekim MSHS’de, AİHS’de, AİHHŞ’de, AİHK’de, AB Temel Haklar Şartı’nda kişinin hürriyetinden mahrum bırakılmaması⁵¹⁰ ve kişinin seyahat

⁵⁰⁹ Hazırlık çalışmaları sürerken, 31(2). maddede belirtilen gözetim altına alma durumunun ne zaman son bulması gerektiği tartışılmıştır. Konferansta ulaşılan sonuç, gözetim altına alma durumunun sığınmacının ülkedeki durumunun “muntazam hale gelmesi” ile son bulacağı; muntazam hâle gelmenin ise gerekli incelemelerin yapılması sonucunda sığınmacının iyi niyetli olduğuna (*bona fide refugee*) yetkili makamlarca kanaat getirilmesi ve bireyin kısıtlamaya tâbi tutulmasının gerekmediğinin anlaşılması ile gerçekleşeceğidir: Statement of the President, Mr. Larsen of Denmark, UN Doc. A/CONF.2/SR. 14 July 10 1951; <<http://www.unhcr.org/3ae68ceb4.html>; <http://www.unhcr.org/3ae68cdb0.html>> (E.T.: 12.12.2012).

⁵¹⁰ Klasik anlamda hürriyetten (özgürlükten) yoksun bırakma, kişiyi kilit altında tutmadır: OSMAN DOĞRU ve ATILLA NALBANT, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi* (İstanbul, 2012), 367. Kişi

özgürlüğünün korunması⁵¹¹ yönünde düzenlemeler mevcuttur. Ancak belirtilen haklar mutlak haklar olarak kabul edilmemiştir. Bireyin hürriyetinden mahrum bırakılması bu çerçevede içerisinde ancak istisnai durumlarda söz konusu olabilir. Bu istisnai durumların gerçekleşebilmesi ise belirli şartların oluşmuş bulunmasına ve hürriyetten yoksun bırakmanın gerekçesinin kanuna dayanmasına bağlı kılınmıştır. Örneğin, AİHS'in 5. maddesinde, bireyin hürriyetinden yoksun bırakılabileceği hâller tahdidi olarak sayılmış⁵¹² ve bu durumun mutlaka kanuna dayanan gerekçeler ve usule uygun olarak gerçekleşebileceği kabul edilmiştir (AİHS md. 5(1))⁵¹³.

özgürlüğünün içeriği, bireyin fizik yahut beden özgürlüğü; diğer bir deyimle bir yere kapatılmaması, tutulu (yakalama, gözaltı vb) veya (yargıç kararıyla) tutuklu bulunmaması olarak ifade edilmiştir: FEYYAZ GÖLCÜKLÜ ve ŞEREF GÖZÜBÜYÜK, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, 221. Bununla birlikte, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, gözaltına alma, tutuklama veya hükümlü olunan cezanın infazı gibi, ceza hukukuna bağlı sebeplerle özgürlüğünden mahrum bırakılmayı kapsadığı gibi, bunun dışında özgürlüğün kısıtlandığı tüm durumları da kapsamaktadır: DURMUŞ TEZCAN ve diğerleri, *İnsan Hakları El Kitabı*, 178. Kişi özgürlüğü ve güvenlik hakkı; MSHS'nin 9. maddesinde, AİHS'in 5. maddesinde, AİHHŞ'nin 6. maddesinde, AİHK'nın 7. maddesinde düzenlenmiştir. Bunun yanında, uluslararası bir sözleşme niteliğini hâiz olmasa da AB açısından bağlayıcılığı hâiz olan AB Temel Haklar Şartı'nın 6. maddesinde de bireyin özgürlük ve güvenlik hakkı düzenlenmiştir.

⁵¹¹ Seyahat özgürlüğü, MSHS'nin ve AİHHŞ'nin 12. maddelerinde, AİHS'in 4 no'lu Protokol'ünün 2. maddesinde, AİHK'nın 22. maddesinde ve AB Temel Haklar Şartı'nın 45. maddesinde (Şart'ın 45. maddesinde seyahat özgürlüğü hususunda getirilen güvence AB vatandaşlarının üye devletlerin topraklarında serbestçe dolaşma ve ikâmet etme hakkına ilişkindir. Üçüncü devlet vatandaşları açısından, bu kişilerin üye bir devletin topraklarında yasal olarak ikâmet etmeleri şartıyla AB Antlaşmasına uygun olarak dolaşım ve ikâmet özgürlüklerinin tanınabileceği belirtilmiştir) düzenlenmiştir.

⁵¹² Bu hâller ilgili hükümde (AİHS md. 5(1)) şu şekilde sıralanmıştır: “a) Kişinin, yetkili bir mahkeme tarafından verilmiş mahkûmiyet kararı sonrasında yasaya uygun olarak tutulması; b) Kişinin, bir mahkeme tarafından yasaya uygun olarak verilen bir karara uymaması sebebiyle veya yasanın öngördüğü bir yükümlülüğün uygulanmasını sağlamak amacıyla yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması; c) Kişinin bir suç işlediğinden şüphelenmek için inandırıcı sebeplerin bulunduğu veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçelerin varlığı halinde, yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulması; d) Bir küçüğün gözetim altında eğitimi için usulüne uygun olarak verilmiş bir karar gereği tutulması veya yetkili merci önüne çıkarılmak üzere yasaya uygun olarak tutulması; e) Bulaşıcı hastalıkların yayılmasını engellemek amacıyla, hastalığı yayabilecek kişilerin, akıl hastalarının, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılarının veya serserilerin yasaya uygun olarak tutulması; f) 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”.

⁵¹³ Özgürlük ve güvenlik hakkına ilişkin olarak AİHS'de getirilen diğer güvenceler şu şekilde sıralanabilir: “2. Yakalanan her kişiye, yakalanma nedenlerinin ve kendisine yöneltilen her türlü suçlamanın en kısa sürede ve anladığı bir dilde bildirilmesi zorunludur. 3. İşbu maddenin 1.c fıkrasında öngörülen koşullar uyarınca yakalanan veya tutulan herkesin derhal bir yargıç veya yasayla adli görev yapmaya yetkili kılınmış sair bir kamu görevlisinin önüne çıkarılması zorunlu olup, bu kişi makul bir süre içinde yargılanma ya da yargılama süresince serbest bırakılma hakkına sahiptir. Salıverilme, ilgilinin duruşmada

Bu durumun bilincinde olarak BMMYK da gözetim altında tutulan sığınmacıların temel haklarının sağlanması ve bu bireylerin sığınmaya erişiminin güvence altına alınması hususları üzerinde hassasiyetle durmaktadır⁵¹⁴. BMMYK 2012 yılında yayınladığı Gözetim Altına Alma Rehberi'nde (*Detention Guidelines*), sığınmacıların gözetim altına alınmasının uygulamada “son çare” olarak değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamaktadır⁵¹⁵. BMMYK'nın bu yaklaşımı sadece kendi görüşünü yansıtmamakta, gözetim altına almanın hareket özgürlüğü ve/veya kişi hürriyetini kısıtlaması/ortadan kaldırması sonucunu doğurmasından kaynaklanmaktadır. Buradan hareketle, BMMYK, uygulamada öncelikle alternatif yöntemlerin gerçekleşmesini ve ancak çok istisnai durumlarda gözetim altına almanın değerlendirilmesini tavsiye etmektedir. Bu bağlamda, BMMYK'nın uygulamadan yola çıkarak Gözetim Altına Alma Rehberi'nde sıraladığı 7 alternatif bulunmaktadır. Bu alternatifler; belgelerin teslim edilmesi, rapor verme, zorunlu ikamet yerinin belirlenmesi, açık veya yarı açık kabul veya sığınma merkezlerinde ikamet, garantörlük veya güvence sağlanması, kefaletle veya senetle salıverilme, toplum denetimi olarak belirlenmiştir⁵¹⁶.

c. Hızlandırılmış Değerlendirme Uygulamaları Açısından

Hızlandırılmış değerlendirme usulü, yaygın bir kullanım alanına sahip olmakla birlikte, sıkça tartışılan bir konu da olagelmıştır. Tartışmanın özünde bu usulün âdil ve etkin bir statü belirleme amacına hizmet edip edemeyeceği, bu bağlamda, hızlı bir

hazır bulunmasını sağlayacak bir teminat şartına bağlanabilir. 4. Yakalama veya tutulma yoluyla özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, tutulma işleminin yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar verilmesi ve, eğer tutulma yasaya aykırı ise, serbest bırakılması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir. 5. Bu madde hükümlerine aykırı bir yakalama veya tutma işleminin mağduru olan herkes tazminat hakkına sahiptir”. Bununla birlikte, BMGK tarafından kabul edilen “Herhangi Bir Biçimde Gözetim Altına Alınan veya Hapsedilen Kişilerin Korunması İçin Prensipler Bütünü”nün 2. ilkesinde de tutuklama, gözetim altına alma veya hapsedme, sadece kanun hükümlerine kesinlikle uygun olarak yetkili makamlarca veya bu iş için yetkilendirilmiş kişilerce yerine getirilir ifâdelerine yer verilmiştir.

⁵¹⁴ BMMYK Yürütme Kurulu'nun gözetim altına almaya ilişkin tavsiyelere yer verdiği diğer kararlarından örnekler için bkz. BMMYK Yürütme Kurulu Kararı, S. 55 (XL), 1989, para. (g); BMMYK Yürütme Kurulu Kararı, S. 85 (XLIX), 1998, paras. (cc), (dd), (ee); BMMYK Yürütme Kurulu Kararı, S. 89 (LI), 2000, para. 3 BMMYK Yürütme Kurulu Kararı, S. 93 (LIII), 2002.

⁵¹⁵ UNHCR The UN Refugee Agency, *Detention Guidelines*, 6.

⁵¹⁶ Belirtilen alternatifler ve bunlara ilişkin açıklamalar için bkz. Ibid., Annex A, 41–44.

değerlendirme yapma kaygısının âdil ve etkin bir değerlendirme gerçekleştirme hedefinin önüne geçebileceği kaygısı yatmaktadır⁵¹⁷.

Hızlandırılmış değerlendirme usulüyle, statü belirleme değerlendirmesinin belirli bir zaman içerisinde ya da mümkün olan en kısa süre içerisinde sonuçlandırılması hedeflenir. Olağan statü değerlendirme usulünden en büyük farkı da, bu usulün çok daha hızlı bir şekilde yürütülmesidir. Statü belirleme değerlendirmesinin hızlandırılmasının ise farklı amaçlara hizmet etmeye müsait olduğunu belirtmek gerekir. Örneğin BMMYK, kendisi tarafından yürütülen statü belirleme değerlendirmesi usulünde⁵¹⁸ hızlandırılmış değerlendirmeyi, yalnızca özel durumlarından dolayı statü belirleme işlemleri en erken şekilde sonlandırılması gereken bireyler açısından uygulamaktadır. Misâl olarak sığındığı ülkede ani bir geri gönderilme, keyfî tutuklanma, gözetim altına alınma riskini hâiz olan bireyler, işkence ve/veya travma mağdurları, cinsiyetlerinden dolayı riskle karşı karşıya olan kadın sığınmacılar, destekten yoksun hâlde olan yaşlı veya engelli sığınmacılar, acil tıbbi yardıma ihtiyaç duyan sığınmacılar ve özellikle refakatsiz çocuklar hızlandırılmış değerlendirmeye tâbi tutulmaktadır. Görüldüğü gibi BMMYK'nın hızlandırılmış değerlendirme usulüne yaklaşımı dâhil edici/kapsayıcı (*inclusionary*) bir eğilim sergilemektedir⁵¹⁹. Zira bu yaklaşımda amaç, statü belirleme değerlendirmeleri olumlu sonuçlanması muhtemel olan bazı sığınmacılara içerisinde bulundukları özel durumdan dolayı ayrıcalık sağlanarak, statülerinin en kısa süre içerisinde tanınması; uzun süreler boyunca beklemelerinin yaratacağı sorunların önüne geçilmesidir.

Oysa BMMYK dışındaki uygulamalara bakıldığında, hızlandırılmış değerlendirme usulünün dâhil edici değil, dışarıda bırakıcı/dışlayıcı (*exclusionary*) bir yaklaşımla şekillendiği görülmektedir. Örneğin, AB üyesi ülkeler açısından hızlandırılmış

⁵¹⁷ Söz konusu tartışmaya ilişkin olarak ayrıntılı bilgiler için bkz. ROSEMARY BYRNE, GREGOR NOLL, ve JENS VEDSTED-HANSEN, *New Asylum Countries? Migration Control and Refugee Protection in an Enlarged European Union* (The Hague; New York, 2002), 403–408; SHARON OAKLEY, *Accelerated Procedures for Asylum in the European Union Fairness Versus Efficiency*, Sussex Migration Working Paper 43 (Sussex, 2007); SIOBHAN MULLALLY, *A Report on the Fairness and Sustainability of Accelerated Procedures for Asylum Determinations* (Irish Refugee Council, 2001).

⁵¹⁸ Statü belirlemenin BMMYK tarafından gerçekleştirilmesi hususuna ilişkin olarak bkz. aşa. §2.II.B.

⁵¹⁹ SHARON OAKLEY, *Accelerated Procedures*, 1.

değerlendirme usulü (*accelerated procedure/fast-track procedure*) bazı sığınmacıların tam bir statü belirleme değerlendirmesine tâbi kılınmayı hak etmedikleri inancından temel alan bir uygulamadır⁵²⁰. Böylece bu ülkeler açısından hızlandırılmış değerlendirme usulü, uluslararası korumayı hak etmeyen bireylerin en kısa süre içerisinde belirlenmesi amacını taşır; dışarıda bırakıcı bir yaklaşım olarak değerlendirilmesi de bundandır. Böylelikle, uluslararası korumayı hak etmeyen ya da uluslararası koruma mekanizmalarını istismar etmeyi amaçlayan bireylerin ülkede kalış süreleri azaltılmış ve dolayısıyla ülkeye daha az ekonomik ve sosyal yük getirmeleri sağlanmış olur. AB üyesi ülkelerin 80’li yıllardan beri süre gelen ve belirttiğimiz yaklaşımla şekillenen hızlandırılmış usul uygulamaları, AOSS ekseninde yeknesak bir çerçeveye oturtulmuştur. AB Usul Yönergesi’nin, 31(8). maddesinde, hızlandırılmış değerlendirme usulünün hangi durumlarda uygulanacağı belirtilmiştir⁵²¹. Bu bağlamda, AB Usul Yönergesi’nde hızlandırılmış usule yer verilmesindeki amacın, başvurunun temelsiz olduğu anlaşıldığında ya da ulusal güvenlik veya kamu düzeni ile ilgili ciddi kaygılar bulunduğu statü belirleme değerlendirmesinin hızlandırılması suretiyle söz konusu başvuruyu yapan bireyin mümkün olduğunca kısa bir süre içerisinde uzaklaştırılması olduğu tespit edilmektedir⁵²². Ayrıca AB Usul Yönergesi kapsamında hızlandırılmış

⁵²⁰ Ibid., 6.

⁵²¹ Yönerge’nin ilgili hükmü uyarınca; “başvurusunda sadece uluslararası korumadan faydalanmasına gerekçe oluşturamayacak hususları sunmuş olanlar, güvenli menşe ülkesi kabul edilen ülkelerden gelmiş olanlar, başvurusunda kimliğine ve uyruğuna yönelik olarak sahte belge veya yanıltıcı bilgi aktararak yahut başvurusunun olumsuz sonuçlanmasına yol açabilecek bilgileri veya belgeleri gizleyerek otoriteleri yanlış yönlendirenler, kimliklerini veya uyruklarını açığa çıkarabilecek olan belgeleri kötü niyetle imha etmiş ya da elden çıkarmış olanlar, açıkça ilgisiz ve tutarsız, açıkça sahte veya (olumlu bulunması) muhtemel görünmeyen ve menşe bilgileri ile çeliştiği için iknâ edicilikten yoksun olan beyanlarda bulunmuş olanlar, kabul edilemez olmayan müteakip başvuruda bulunanlar, ülkeden uzaklaştırılması yönündeki bir kararın uygulanmasını erteletmek ya da engel olmak için başvuruda bulunduğu anlaşılanlar, ülkeye yasadışı yollardan girmiş olup ya da ülkede kalışını yasadışı şekilde uzatmış olup, söz konusu durumuna ilişkin kabul edilebilir bir gerekçe göstermemiş olanlar, parmak izinin alınmasını reddedenler, kamu güvenliği veya kamu düzeni açısından tehlike oluşturduğu yönünde ciddi sebeplere dayanan bir kanaate ulaşılanlarla kamu güvenliği veya kamu düzenine dayanan ciddi sebeplerle ülkeden zorla uzaklaştırılmış olanlar”, hızlandırılmış değerlendirme usulüne tâbi kılınabilir.

⁵²² “Bir başvurunun temelsiz olma ihtimalinin bulunduğu durumlarda veya ulusal güvenlik ya da kamu düzenine ilişkin ciddi kaygılar söz konusu olduğunda, üye ülkeler değerlendirme usulünü, tam ve uygun bir değerlendirme yapmak ve başvuruların bu Yönerge’de yer alan temel ilkelere ve güvencelere etkin bir şekilde ulaşmalarını sağlamak kaydıyla ve söz konusu şartları en iyi şekilde nitelendirmek şartıyla, daha kısa ancak makul zaman aralıkları içerisinde yürütbilmelidirler”: Usul Yönergesi, Recital, para. 20.

usule dâhil edilen başvuruların, açıkça temelsiz ve açıkça istismara yönelik olarak kabul edildiği veya ulusal güvenlik ve kamu düzeninin korunması amacına hizmet edebilmek için bu başvuruların hızlandırılmış usule tâbi kılındığı anlaşılmaktadır⁵²³.

Nitekim BMMYK da 30 sayılı Yürütme Kurulu Kararında, hızlandırılmış usulün dışlayıcı bir yaklaşım çerçevesinde uygulanmakta ise, *yalnızca* “açıkça mesnetsiz (temelden yoksun) (*manifestly unfounded*) veya açıkça uluslararası koruma mekanizmasının istismarına yönelik (*clearly abusive*)” olduğu anlaşılan başvurular için uygulanmasının uygun olacağını belirtmiştir⁵²⁴. Aynı kararda ayrıca başvurunun açıkça mesnetsiz veya açıkça istismara yönelik olduğuna karar verilmesinin esaslı bir husus olması sebebiyle yanlış bir kararın ağır sonuçlar doğurabileceği, bu sebeple olumsuz kararların uygun usul güvencelerine tâbi kılınmasının gerekli olduğu belirtilmiştir. Bu bağlamda, BMMYK şu tavsiyelerde bulunmuştur⁵²⁵:

- (i) tüm mülteci statüsü belirleme işlemlerinde olduğu gibi, başvurana statü belirlemeye yetkili makam tarafından mutlaka tam bir bireysel mülakat yapılmalı;
- (ii) başvurunun açıkça mesnetsiz veya istismara yönelik olan niteliği, statü belirlemeye yetkili makam tarafından tespit edilmeli;
- (iii) başvurusu olumsuz sonuçlanan birey sınırdan geri çevrilmeden ya da ülkeden sınır dışı edilmeden olumsuz karara itiraz edebilmelidir. İtiraz mekanizmasına yer vermeyen bir sığınma sistemine sahip olan devletler, bu mekanizmanın oluşturulması yönünde çaba harcama hususunu değerlendirmelidirler. Söz konusu itiraz imkânı, açıkça mesnetsiz veya istismara yönelik olmadığı hâlde başka sebeplerle reddedilen başvurulara kıyasla daha basitleştirilmiş bir yapıda olabilir.

⁵²³ SHARON OAKLEY, *Accelerated Procedures*, 6.

⁵²⁴ Aynı kararda, açıkça mesnetsiz ve istismara yönelik olan başvuruların, açıkça sahte ve 1951 Sözleşmesinde yer alan ölçütlerle bağdaşmayan bir niteliği hâiz olacak şekilde anlaşılması gerektiği de belirtilmiştir: BMMYK Yürütme Kurulu Kararı, S. 30 (XXXIV), 1983.

⁵²⁵ Ibid.

BMMYK, hızlandırılmış değerlendirmenin, mutlaka tam bir bireysel mülakat yapılarak ve usul güvencelerinin sağlanmış olması kaydıyla, sadece açıkça mesnetsiz veya açıkça istismara yönelik olduğu anlaşılan başvurular için kullanılması gerektiğini bir kez daha, AB'nin Usul Yönergesi'ne ilişkin değerlendirmelerini sunduğu raporda vurgulamıştır⁵²⁶.

B. Statünün BMMYK Tarafından Belirlenmesi

BMMYK Tüzüğünde Komiserliğin “hükümetlerin onayı ile onlara yardımcı olmak” sorumluluğunu hâiz olduğu düzenlenmiştir (Tüzük md. 1). Aynı şekilde 1951 Sözleşmesi'nin 35. maddesinde de devletlerin Sözleşme'nin uygulanması bakımından BMMYK ile işbirliği içerisinde bulunacaklarını taahhüt ettiklerinden söz edilmektedir⁵²⁷. İşte kaynağını uluslararası hukuktan alan bu iki dayanak, BMMYK'nın bazı ülkelerde (bu ülkelerin taleplerine bağlı olarak ve gerekli durumlarda), statü belirleme değerlendirmesi yapabilmesinin temel dayanaklarını oluşturmaktadır⁵²⁸. Böylelikle, BMMYK'nın uluslararası korumanın sağlanmasındaki rolü, devletlerin yanında “tamamlayıcı” bir nitelik arz edecek şekilde biçimlendirilmiştir⁵²⁹.

⁵²⁶ UNHCR, *UNHCR Comments on the European Commission's Amended Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on common procedures for granting and withdrawing international protection status (Recast) COM (2011) 319 final* (UN High Commissioner For Refugees, Ocak 2012), 26–28.

⁵²⁷ İlgili maddeye göre, (Sözleşmeye) “*Taraf Devletler, BMMYK veya onun görevini devralacak diğer herhangi bir BM kuruluşu ile görevini yerine getirirlerken işbirliği yapmayı ve özellikle onların işbu Sözleşme hükümlerinin uygulanmasına nezaret etme görevini kolaylaştırmayı taahhüt ederler*”.

⁵²⁸ BMMYK temelinde yapılacak işbirliğinin mülteci sorununun giderilmesi açısından büyük önem taşıdığı hususunda bkz. FERİHA BİLGE TANRIBİLİR, «Sığınma Hakkı ve Sığınmacılık», c 2 (Hukuk Kurultayı, Ankara, 2004), 236.

⁵²⁹ ÖNDER BAKIRCIOĞLU, «The Evolving Role of the UNHCR: Should the Conventional Role of the UNHCR be Expanded?», *Ankara Law Review* 5, sayı 1 (2008): 103; BMMYK'nın uluslararası koruma ve kalıcı koruma sağlanması hususundaki yetkisinin “tamamlayıcı” veya “yardımcı” nitelikte olmasının, sığınma hakkının uluslararası hukukta genel kabul gördüğü şekliyle, devletlere âit bir hak olarak değerlendirilmesinin bir sonucu ve(ya) bir göstergesi olduğu da belirtilebilir.

1. Statünün BMMYK Tarafından Belirlenebileceği Durumlar

BMMYK verilerine göre, 1951 Sözleşmesine taraf olan 146 ülkenin 102'si statü belirleme hususunda kendi ulusal düzenlemelerini oluşturmuştur⁵³⁰. Ancak sığınmacı akınları ile yüzyüze kalan bazı ülkeler Sözleşme'ye taraf değildir; bazıları da Sözleşme'ye taraf olmakla birlikte ne statü belirleme ne koruma açısından etkin bir uygulama geliştirememiştir. İşte bu ülkelerde BMMYK, bireysel statü değerlendirme işlemlerini, ülkelerle işbirliği içerisinde yürütmektedir. BMMYK'nın bu işlemleri yürütmekteki amacı kendi yetki alanı içerisine giren bireyleri tespit ederek bunların uluslararası korumadan faydalanmasını sağlamaktır. BMMYK'nın bu yöndeki operasyonel faaliyetlerinin yoğunlaştığı ülkeler arasında; Kenya, Malezya, Türkiye, Somali, Mısır ve Yemen başı çekmektedir⁵³¹.

2. BMMYK'nın Statü Belirleme Hususunda İzlediği Usul

BMMYK, statü belirleme bakımından Sözleşme'ye taraf olan diğer tüm ülkeler gibi, ana kaynak olarak Sözleşme'de yer alan statü belirleme ölçütlerini temel almaktadır. Komiserlik, bu ölçütlerin yorumlanması bakımından ise Sözleşme'nin yorum kaynakları arasında zikredilen ve kurumsal çerçevede oluşturmuş bulunduğu yorum araçlarından faydalanmaktadır. Bu bağlamda statü belirlemenin esasa yönelik çerçevesinin ağırlıklı olarak BMMYK'nın El Kitabı ve yol gösterici rehberleri çerçevesinde değerlendirildiği belirtilebilir⁵³². Bunun yanında, BMMYK'nın herhangi bir devletin idari bir organı niteliğinde olmaması, Sözleşme'nin sessiz kaldığı statü belirleme usulü hususunda Komiserliğin kendine has bir yöntem izlemesine sebep olmuştur. BMMYK bu çerçevede, kendi yetkisi altında gerçekleştirmekte olduğu statü belirleme değerlendirmesinde izlenecek olan usule yönelik standartları bir araya

⁵³⁰ Verinin alıntılandığı kaynak için bkz. RICHARD STAINSBY, «UNHCR an Individual Refugee Status Determination», *Forced Migration Review* 32 (Nisan 2009): 52.

⁵³¹ Ibid.

⁵³² Sözleşme'nin yorumlanmasında faydalanabilecek kaynaklara yönelik açıklamalarımız için bkz. yuk.

getirerek bir düzenleme oluşturmuştur⁵³³. Söz konusu düzenleme usule yönelik konulara ilişkin olarak tüm BMMYK ofislerince uygulanmaktadır. BMMYK'nın statü belirleme hususunda deneyimli olması ve ağırlıklı olarak uluslararası korumanın sağlanması amacına hizmet edecek sonuçlar doğuracak bir yaklaşım üzerinden hareket etmesi, Komiserliğin verdiği kararların âdil ve etkin olduğunu düşündürebilir. Ancak BMMYK'nın karar verme usulü özellikle kararların hukukî denetimden yoksun olması yönünden ciddi bir şekilde eleştirilmektedir⁵³⁴.

3. BMMYK Kararlarının Denetimi Sorunu

BMMYK'nın yıllar içerisinde oldukça yoğun bir şekilde bireysel mülteci statüsü belirleme işlemlerini yürütmesi ancak herhangi bir devletin idari bir teşkilatı gibi bir takım denetleme usullerine tâbi olmaması, Komiserlik tarafından verilen mülteci statüsünün belirlenmesine yönelik kararların da sorgulanmasına yol açmıştır.

BMMYK'nın BM içerisindeki yapılanmasına bakıldığında, Komiserliğin, faaliyetlerinden ötürü sadece kurumsal bir sorumluluğa sahip olduğu görülecektir. Bir başka deyişle, BMMYK faaliyetleri açısından, BMMYK çalışanlarının kişisel sorumluluğu söz konusu olmamaktadır⁵³⁵. Elbette belirli bir düzeyde dokunulmazlık, BMMYK'nın faaliyetlerini gerçekleştirirken etkin bir güce sahip olması ve ulusal müdahalelerden, faaliyetlerini kısıtlayacak veya engelleyecek şekilde etkilenmemesi

⁵³³ Bkz. UNHCR The UN Refugee Agency, *Procedural Standards for Refugee Status Determination under UNHCR's Mandate* (UNHCR, 2005). Düzenlemenin İngilizce metni için ayrıca bkz. <<http://www.unhcr.org/4316f0c02.html>> (E.T.: 10.12.2012).

⁵³⁴ GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 53.

⁵³⁵ Bu durum, 1946 tarihli Birleşmiş Milletlerin Dokunulmazlık ve İmtiyazlarına İlişkin Sözleşme ve 1947 tarihli Birleşmiş Milletler Uzman Kuruluşları Dokunulmazlık ve İmtiyazları Sözleşmelerine dayanmaktadır: (1946) 1 UNTS 15 ve (1947) UNTS 261; 1946 Sözleşmesinin V. maddesi, 18. Kısımında, BM çalışanlarının görev alanları dâhilinde sözlü veya yazılı her türlü faaliyetlerinden dolayı yargısal dokunulmazlığa sahip oldukları düzenlenmiştir. Yine aynı maddenin 20. Kısımında, bu dokunulmazlığın istisnasına yer verilmiştir. Buna göre, Genel Sekreterlik söz konusu dokunulmazlığı, Birleşmiş Milletlerin çıkarlarına zarar gelmeksizin, sadece dokunulmazlığın adaleti engellediği durumlarda kaldırma konusunda hak ve yükümlülüğe sahiptir. Uygulamada, bu hükmün genellikle, BM'ye âit bir taşınının BM çalışanı tarafından çalınması durumunda işletildiği görülmektedir: *Report of the Secretariat's Office of Internal Oversight Services, on the Investigation into Allegations of Theft of Funds by a Staff Member on the UN Conference on Trade and Development*, UN Doc. A/53/811 naklen HOI TRINH, «UNHCR», 43.

açısından gereklidir⁵³⁶. Ancak, mülteci statüsü belirleme işlemlerinin BMMYK tarafından ağırlıklı olarak yürütüldüğü ve hatta mülteci statüsü belirleme kararlarının BMMYK tarafından verildiği durumlarda, bu kararların kurumsal denetleme dışında yargısal denetime tâbi olmaması sorun yaratmaktadır. BMMYK'nın yapısı içerisinde, “temyiz” mekanizması adı verilen, bir tür denetleme yapısı oluşturulabilse de, bu denetleme, çoğu zaman tekrar mülakat yapılmaksızın, dosya üzerinden yürütülmektedir⁵³⁷. Bu durum, hem verilen kararların herhangi bir ulusal yargı düzenince denetlenmesi ihtimâlini ortadan kaldırmakta, hem uluslararası insan hakları hukuku ile çatışan bir duruma sebebiyet vermektedir⁵³⁸. Zira MSHS'nin 14. maddesinde, “[h]erkes hak ve yükümlülükleri ile ilgili bir hukukî uyuşmazlığın karara bağlanmasında, hukuken kurulmuş yetkili, bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından âdil ve alenî olarak yargılanma hakkına sahiptir” ifâdesine yer verilmiş olması, sonucunun bir takım haklar ve yükümlülükler doğurduğu mülteci statüsü belirleme kararına ilişkin oluşacak uyuşmazlıkların da maddede târif edilen bir yargı yeri tarafından yargılanmak suretiyle nihaî kararın verilmesi gerekliliğini doğurmaktadır. Benzer şekilde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) de, 6(1). maddesindeki düzenleme ile, “[h]erkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezaî alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir” ifâdesine yer vermesine rağmen, AİHM uygulamalarında 6.madde sığınmayı kapsayacak şekilde yorumlanmamaktadır⁵³⁹. Bununla birlikte, AİHS'in 13. maddesindeki düzenlemeye göre; “Sözleşme’de tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlâl edilen herkes, ihlâl fiili resmi görev yapan kimseler tarafından bu sıfatlarına dayanılarak yapılmış da olsa, ulusal bir makama etkili bir başvuru yapabilme hakkına

⁵³⁶ AİHM'in uluslararası organizasyonların dokunulmazlığı açısından bu yöndeki kararı için bkz. *Beer and Reagan v. Germany*, App. No. 28934/95, 18.02.1999, para.53.

⁵³⁷ HOI TRINH, «UNHCR», 35, 36; MICHAEL ALEXANDER, «Refugee Status Determination Conducted by UNHCR», *International Journal of Refugee Law* 11, sayı 2 (1999): 251, 252.

⁵³⁸ MICHAEL ALEXANDER, «Status Determination», 257, 258.

⁵³⁹ *Maaouia v. France*, App. no. 39652/98, 5. 10. 2000.

sahiptir”. Bu bağlamda, sadece BMMYK tarafından verilen olumsuz bir mülteci statüsü değerlendirme kararının, sığınmacının geri gönderilmesi ile sonuçlanabileceği durumda “[h]iç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemlere tâbi tutulamaz” ifâdesine yer vermek suretiyle, “geri gönderme yasağı”nı kapsamına alan, AİHS’in 3. maddesinin ihlâl edildiği gerekçesiyle, AİHS’in 13.maddesine aykırılık söz konusu olabilecektir⁵⁴⁰. Bu noktada üzerinde durulması gereken husus, BMMYK’nın uluslararası insan hakları hukukuna uyma yükümlülüğü altında olup olmadığıdır. BMMYK, devletler gibi, insan hakları sözleşmelerine taraf değildir. Bu sebeple, bu sözleşmelerin ihlâli dolayısıyla söz konusu olabilecek yaptırımlara da tâbi olamamaktadır.

Acaba BMMYK’nın uluslararası insan hakları hukuku çerçevesinin içini dolduran sözleşmelere taraf olmaması O’nu bu sözleşmelerin düzenlediği hükümlerden sorumlu tutmayacak mıdır? Bu sorunun cevabı araştırılırken, sorumluluğu ahlâki ve hukukî olarak iki boyutta değerlendirmek yerinde olacaktır. Ahlâki boyut açısından BMMYK’nın sorumluluğundan söz edilebilecektir⁵⁴¹. Hukukî boyut açısından ise, 1951 Sözleşmesinde⁵⁴², BMMYK yayınlarında ve bildirilerinde⁵⁴³

⁵⁴⁰ *Chahal v. The United Kingdom* davasında, AİHM, 13. maddede düzenlenen etkili başvuru hakkının 3.maddenin ihlâlîni doğurabileceği iddia edilen işlem veya kararın bağımsız bir şekilde incelenmesini kapsadığını belirtmiştir: *Chahal v. The United Kingdom*, paras. 151-152.

⁵⁴¹ MICHAEL ALEXANDER, «Status Determination», 263.

⁵⁴² 1951 Sözleşmesinin dibacesinde, “Birleşmiş Milletler Antlaşması ve 10 Aralık 1948’de Genel Kurulca kabul olunan İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin, insanların ana hürriyetlerden ve insan haklarından, fark gözetmeksizin faydalanmaları esasını teyit ettiğini mültecilerin temel hürriyetleri ile insan haklarını mümkün olduğu kadar kapsamlı bir şekilde kullanmalarını temine gayret ettiğini nazarı itibara alan” ifâdesine yer verilmek suretiyle, mülteci korumasının uluslararası hukuktaki temel taşı kabul edilen düzenlemeye taraf olan devletlerin ve bu düzenlemenin yaygın bir şekilde uygulanması amacını güden BMMYK’nın Sözleşme hükümlerini yerine getirirken gözetmeleri gereken çerçeve ortaya konulmuştur. Dibace, hukukî bağlayıcılığı hâiz olmasa da, BM’nin ve dolayısıyla BMMYK’nın görev alanına bakış açısını ve sorumluluk kapsamını yansıtmaya açısından dikkate alınmalıdır.

⁵⁴³ Birleşmiş Milletler ve Personelinin Güvenliğine ilişkin Sözleşmenin 20.maddesinde, Birleşmiş Milletler personelinin insan hakları hukuku ve standartlarına saygılı davranma yükümlülüğünden bahsedilmiştir: UN Doc. A/RES/49/59; 1994 yılında BM İnsan Hakları Komiserliğinin 50. oturumunda, BMMYK’nın artık faal bir insan hakları organizasyonu niteliğini hâiz olduğu belirtilmiştir. Ayrıca, bir başka BM yayınında, BMMYK’nın insan hakları çerçevesindeki faaliyetlerinde kullanacağı standart, bilgi ve mekanizmaya yer verilmiştir. Buna göre, standart olarak, BMMYK’nın insan hakları standartları tarafından yönlendirildiği, bilgi olarak insan haklarına ilişkin

üzerinde sıkça durulan “insan haklarının korunması ve uygulanmasının sağlanması” amacının BMMYK’yı hukukî anlamda insan haklarının korunması konusunda bir yükümlülük altına soktuğundan söz edilebilir⁵⁴⁴. Ancak, her ne kadar hukukî bir yükümlülüğün varlığından söz edilebilse de, özellikle BMMYK’nın tek başına verdiği mülteci statüsü belirleme kararlarının denetimi hususunda herhangi bir insan hakları kuralının ihlâli hâlinde, olağan yargısal denetim mekanizmalarının işletilmesi yoluyla bir yaptırım ortaya konulamayacaktır. Söz konusu durumun, insan haklarının yaygın uygulanması ve denetlenmesi konusunu hedef edinmiş bir organizasyonun, kendisinin bir ihlâl içerisinde bulunamayacağı fikri ile uyumlu olabileceği düşünülse de, özellikle mülteci statüsü belirleme durumlarında BMMYK çalışanlarının bireysel hatalarından ötürü herhangi bir ihlâlin oluşması halinde yargısal denetimin işletilememesi sorun yaratabilecektir.

Esasen bu husus, BMMYK’nın Tüzüğünde de belirtildiği üzere, uluslararası korumanın birincil sorumluluğunun devletlere bırakılması ve BMMYK’nın bu bağlamda ikincil bir etkiye sahip olması sağlanarak çözüme kavuşturulabilecektir. Bir başka ifâdeyle, özellikle Sözleşme kapsamındaki korumada, mülteci statüsü belirleme işlemlerinin Sözleşmeye taraf olan devletlerce yerine getirilmesi ve statü belirlemeye ilişkin kararların da yine devlet makamlarınca verilmesi, bu kararlara karşı yargı yolunu açabilecektir.

bilginin kaynak olduğu ve mekanizma olarak da insan haklarına ilişkin kurumsal yapılarla işbirliği içerisinde olduğu ve yine bu hususta alan çalışmaları yapmakta olduğu belirtilmiştir: *UNHCR and Human Rights a policy paper resulting from deliberations in the Policy Committee on the basis of a paper prepared by the Division of International Protection*, <<http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/3ae6b332c.pdf>> (E.T.: 12.12.2012).

⁵⁴⁴ MICHAEL ALEXANDER, «Status Determination», 263.

İKİNCİ BÖLÜM

1951 SÖZLEŞMESİ ÇERÇEVESİNDE MÜLTECİ STATÜSÜNÜN BELİRLENMESİNE YÖNELİK ÖLÇÜTLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

§3. ÖLÇÜTLERİN DEĞERLENDİRİLMESİNDE İZLENECEK YÖNTEM

I. ÖLÇÜTLERİN GENEL OLARAK SINIFLANDIRILMASI

Mülteci statüsünün belirlenmesine yönelik olarak Sözleşmede yer alan ölçütleri genel olarak iki ana kısım altında incelemek yerinde olacaktır. Bunlar; mülteci statüsünün tanınmasına ilişkin ölçütler ve mülteci statüsünün dışında bırakılmaya ilişkin ölçütlerdir. Sözleşmenin 1A(2). maddesinde yer alan tanımı oluşturan hususlar, “mülteci statüsünün tanınmasına yönelik ölçütleri” nitelemektedir. Söz konusu hükümler aynı zamanda “dâhil etme hükümleri (*inclusion clauses*)” olarak da anılmaktadır. Aynı maddenin D, E ve F fıkralarında ise mülteci olarak kabul edilemeyecek bireyler gösterilmiştir. İlgili hükümler, bu sebeple “dışarıda bırakma hükümleri (*exclusion clauses*)” olarak adlandırılmakta ve statü dışında bırakılmaya yönelik ölçütleri içermektedir. Ancak dışarıda bırakma hükümleri de kendi aralarında, içeriklerine göre, ikiye ayrılmaktadır. 1. maddenin D ve E fıkrasında yer alan düzenlemeler, başvuru sırasında mülteci korumasına ihtiyaç duymayan kişilere ilişkindir. Aynı maddenin F fıkrası ise, korunmaya ihtiyaç duysalar dahi mülteci statüsüne lâyık bulunmayan kişilerin tespit edilebilmesi için değerlendirilmesi gereken ölçütleri ihtivâ etmektedir.

Doktrinde, kimi yazarların statünün belirlenmesine yönelik ölçütler kapsamında sadece mülteci statüsünün tanınmasına yönelik olan kriterleri değerlendirdiği, kimilerinin bunlarla birlikte statünün dışında bırakılmaya ve statünün sona ermesine yönelik olan kriterleri (*cessation clauses*) ele aldığı, kimilerinin ise bizim de benimsediğimiz sınıflandırma etrafında inceleme yaptığı görülmektedir⁵⁴⁵. Kanımızca

⁵⁴⁵ Statünün belirlenmesi konusunun kapsamına sadece statünün tanınmasına yönelik ölçütlerin alınmasına ilişkin olarak bkz. GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 51–134; TEVFİK ODMAN,

sadece statünün tanınmasına yönelik olan ölçütlerin (dâhil etme hükümlerinin) statünün belirlenmesi kapsamına dâhil edilmesi eksik bir görünüm sergileyebilecektir. Zira sığınmacı bu ölçütleri karşılasa dahi, dışarıda bırakma ölçütlerinin değerlendirilmesi sonucunda statünün haricinde kalabilecektir. Bu bağlamda, dışarıda bırakma ölçütleri değerlendirilmeden, bireyin mülteci statüsünü hâiz olduğu sonucuna varılamayacaktır. Bununla birlikte statünün sona ermesine yönelik ölçütlerin ise nitelikleri gereği, ilk kez yapılan değerlendirilme (*initial status determination*) kapsamında yani bireyin fiilî mültecilik hâlinin statüye dönüştürülmesi aşamasında ele alınmaması gerektiğini düşünmekteyiz. Bu ölçütler ancak sığınmacının mülteci statüsü tanındıktan sonra, statüsünün tanınmasına temel teşkil eden şartların değişip değişmediği; bir başka ifade ile bireyin mültecilik hâlinin devam edip etmediği belirlenirken değerlendirilebilecektir. Nitekim bu husus, BMMYK'nın uluslararası korumaya ilişkin küresel istişare toplantısında da ele alınmış ve mülteci statüsünün belirlenmesi ve statünün sona ermesinin birbirinden bağımsız iki farklı işlem olduğu sonucuna varılmıştır⁵⁴⁶.

II. ÖLÇÜTLERİN DEĞERLENDİRİLME SIRASI

1951 Sözleşmesinin konuya ilişkin olarak sessiz kalmış olmasından dolayı, dâhil etme (md.1A(2)) ve dışarıda bırakma hükümlerinin (md.1D, 1E ve 1F) hangi sırayla değerlendirilmesi gerektiği konusunda bir belirsizlik söz konusudur⁵⁴⁷. Bu sebeple,

Mülteci Hukuku, 84–123. Statünün belirlenmesi konusunun kapsamına hem tanımaya hem dışarıda bırakmaya hem de sona ermeye ilişkin ölçütlerin alınmasına ilişkin olarak bkz. BÜLENT ÇİÇEKLİ, *Mülteciler*, 52–74. Statünün belirlenmesi konusunun kapsamına statünün tanınmasına ve statü dışında bırakılmaya yönelik ölçütlerin alınmasına ilişkin olarak bkz. PIETER BOELES ve diğerleri, *European Migration Law*, 262–314. Statünün belirlenmesi konusunun kapsamına hem tanımaya hem dışarıda bırakmaya hem de sona ermeye ilişkin ölçütlerin alınmasına ilişkin olarak bkz. BÜLENT ÇİÇEKLİ, *Mülteciler*, 52–74.

⁵⁴⁶ JOAN FITZPATRICK ve RAFAEL BONOAN, «Cessation of Refugee Protection», içinde *Refugee Protection in International Law UNHCR's Global Consultations on International Protection*, ed. Erika Feller, Volker Türk, ve Frances Nicholson (Cambridge, 2005), 530, 531; EXPERT ROUNDTABLE ORGANIZED BY UNHCR, *Summary Conclusions: Cessation of Refugee Status* (Lisbon: UNHCR, 03 Mayıs 2001), paras. 26, 27.

⁵⁴⁷ Dâhil etme-dışarıda bırakma değerlendirmesinin sırası hususundaki sorun, ilk bakışta usule ilişkin bir konu olarak değerlendirilebilir. Ancak bu sorun aynı zamanda Sözleşmenin uygulanması ile ilintili olduğu için tam anlamı ile bir usûl tartışması kapsamında ele alınmamalıdır. Bu sebeple, *Kosar*'ın ifâdesi ile yarı

değerlendirmede sırasına ilişkin olan bu belirsizlik özellikle uygulama açısından sorun teşkil etmiştir. Ölçütlerin değerlendirilme sırasına ilişkin olan bu sorun, doktrinde ve uygulamada “dâhil etme - dışarıda bırakma değerlendirmesinin önceliği sorunu” olarak anılmaktadır.

Dâhil etme-dışarıda bırakma değerlendirmesinin önceliği sorunu, özellikle 1F hükmü açısından önemi hâizdir. Zira 1. maddenin D ve E fıkraları mülteci koruması dışında bir başka korumadan hâlen faydalanmakta olan bireyler için geçerli iken 1F düzenlemesinin kapsamına giren bireyler herhangi bir korumadan faydalandıkları için değil korunmaya lâyık olmadıkları için mülteci statüsü dışında bırakılmaktadırlar⁵⁴⁸. Bu sebeple, 1F maddesinin işletilmesi ile doğacak ağır sonuçlar düşünüldüğünde bu maddenin en âdil bir şekilde uygulanması gereklilik arz edecektir. Buradan yola çıkarak, genel olarak tüm dışarıda bırakma hükümleri ile dâhil etme hükmü arasındaki öncelik sorununu 1F maddesine ağırlık vererek incelemek uygun olacaktır. Nitekim gerek doktrinde, gerek uygulamada, öncelik sorunu özellikle Sözleşme’nin 1F maddesi çerçevesinde tartışmalara sebebiyet vermiştir.

Sözü edilen sorun kısaca şudur: bireyin öncelikle mülteci korumasının dışında kalıp kalmadığı mı değerlendirilecek yoksa önce statü tanıma ölçütleri mi irdelenecektir? Eğer öncelikle dışarıda bırakma değerlendirmesi yapıp bireyin mülteci korumasından faydalanamayacak olduğu tespit edilirse artık ikinci bir değerlendirmeye (dâhil etme

usûlî (*quasi-procedural*) bir mesele olarak değerlendirilebilir. Buradan hareketle, usule ilişkin hususlarda tamamen sessiz kalan 1951 Sözleşmesinin bu tartışmada dayanak olarak kullanılamayacağından söz edilmemelidir. Zira muhtaç durumda olan bireylere uluslararası korumanın sağlanması gibi insancıl bir amaç güden 1951 Sözleşmesinin bu hedefine tam anlamıyla hizmet edebilecek bir değerlendirmenin tespit edilmesi noktasında Sözleşmeden faydanılması kaçınılmaz olmalıdır. Dâhil etme-dışarıda bırakma incelemesinin sırasına ilişkin sorunun usule yönelik bir tartışmaya yol açıp açmadığı konusundaki değerlendirmeleri için bkz. DAVID KOSAR, «Inclusion Before Exclusion or Vice Versa: What the Qualification Directive and the Court of Justice Do (Not) Say», *International Journal of Refugee Law* 25, sayı 1 (2013): 113, dn.166.

⁵⁴⁸ Sözleşme’nin 1F maddesi hükmüne göre bireyin mülteci statüsüne lâyık olmamasının sebebi, belirli suçları işlemiş olduğuna kanaat getirilmesine dair ciddi sebepler bulunmasıdır. Bu suçlar, uluslararası ceza hukuku çerçevesinde de suç sayılan; barışa karşı suç, savaş suçu ve insanlığa karşı suçu içerdiği gibi, ciddi adi suçları ve BM’nin amaç ve ilkelerine aykırı fiillerden kaynaklanan suçları da ihtivâ etmektedir. Sığınmacının korunmaya lâyık olmaması hususuna ilişkin açıklama ve değerlendirmelerimiz için bkz. aşa. §6.II.

değerlendirmesine) gerek kalmayacak; Sözleşme'nin hiçbir hükmü uygulama alanı bulamayacaktır. Ancak eğer önce dâhil etme değerlendirmesi, yani Sözleşme'nin 1A(2) hükmü uygulanıp, bireyin burada belirtilen şartları taşıdığı tespit edilirse, ikinci bir değerlendirmeye geçilecek ve dışarıda bırakma hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı belirlenecektir. İkinci değerlendirmeden olumsuz bir sonuca varılana kadar, değerlendirmeye tâbi kılınan kişiye Sözleşme'nin (ilgili) hükümleri⁵⁴⁹ uygulanabilecektir.

Doktrinde bu bağlamda iki kutup olduğu söylenebilir⁵⁵⁰. *Harvey, Hathaway, Goodwin-Gill* ve *McAdam*, dışarıda bırakma değerlendirmesinin, dâhil etme değerlendirmesinden önce yapılması gerektiğini savunurken⁵⁵¹, *Bliss, Carlier, Kapferer* ve *Zagor*, dâhil etme değerlendirmesine öncelik verilmesi gerektiği görüşünde olan yazarlar arasında bulunmaktadır⁵⁵². Dışarıda bırakma değerlendirmesine öncelik tanınması gerektiğini savunan *Hathaway* ve *Harvey* çoğunlukla Sözleşme'nin hazırlık çalışmalarına ve İHEB'in 14(2). maddesine⁵⁵³ dayanmaktadırlar. Yazarlara göre, Sözleşme'nin 1F maddesi, İHEB'in 14(2). maddesine hukukî bağlayıcılık kazandırma kaygısıyla düzenlenmiştir⁵⁵⁴. İHEB'in ilgili maddesi ise sığınma arama ve sığınmadan

⁵⁴⁹ Bireye bu süreçte uygulanabilecek olan Sözleşme hükümlerine örnek olarak 31, 32 ve 33. maddeler verilebilir. Zira bu hükümlerin bireye uygulanabilmesi için henüz mülteci statüsünün resmen tanınmış olması aranmamış; bireyin 1A(2) hükmünde belirtilen şekilde *inter alia*, haklı nedenlerle zulüm korkusu taşıması yeterli görülmüştür.

⁵⁵⁰ Doktrinde bu husustaki tartışmaların ayrıntılı bir incelemesi için bkz. DAVID KOSAR, «Inclusion before Exclusion».

⁵⁵¹ Bkz. JAMES C. HATHAWAY ve COLIN J. HARVEY, «Framing Refugee Protection in the New World Disorder», *Immigration and Nationality Law Review* 22 (2001): 263, 264; GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 178.

⁵⁵² MICHAEL BLISS, «Serious Reasons for Considering: Minimum Standards of Procedural Fairness in the Application of the Article 1F Exclusion Clauses», *International Journal of Refugee Law* 12 (2000): 107; JEAN-YVES CARLIER, KLAUS HULLMANN, ve CARLOS PENA GALIANO, *Who is a refugee ?* (The Hague, 1997), 715; SIBYLLE KAPFERER, «Exclusion Clauses in Europe - A Comparative Overview of State Practice in France, Belgium and the United Kingdom», *International Journal of Refugee Law* 12 (2000): 195, 215–217; MATTHEW ZAGOR, «Persecutor or Persecuted: Exclusion under Article 1F(A) and (B) of the Refugees Convention», *University of New South Wales Law Journal* 23 (2000): 187.

⁵⁵³ Sığınma arama ve sığınmadan faydalanma hakkının istisnalarını düzenleyen İHEB'in 14(2). maddesi şu şekildedir: “[g]erçekten siyasal nitelik taşımayan suçlardan veya Birleşmiş Milletlerin amaç ve ilkelerine aykırı eylemlerden doğan kovuşturma durumunda bu haktan yararlanılamaz”.

⁵⁵⁴ JAMES C. HATHAWAY ve COLIN J. HARVEY, «Refugee Protection», 263.

faydalanma hakkının, maddede belirtilen istisnalar söz konusu olduğunda işletilemeyeceğini belirtmektedir. Söz konusu yazarlar, ayrıca 1951 Sözleşmesi'nin hazırlık çalışmalarından Sözleşme'nin 1F hükmünün dışarıda bırakma hususunu düzenleyen emredici bir mekanizma olarak tasarlandığının anlaşıldığını iddia etmektedirler. Bu iddialarının sonucunda ise 1F maddesine tâbi olan hiç bir sığınmacının Sözleşme mültecisi olarak değerlendirilemeyeceğini ve bu bağlamda Sözleşmeye taraf devletlerin bu bireylerin sığınma taleplerinin geçerliliğini araştırma konusunda bir yükümlülüğe sahip olmadıklarını ileri sürmektedirler⁵⁵⁵. Dâhil etme incelemesinin, dışarıda bırakma incelemesinden önce gerçekleştirilmesi gerektiğini savunan yazarlar ise görüşlerini genellikle temel bir mantık çıkarımına dayandırmaktadırlar. Yazarlara göre, bir bireyin dışarıda bırakılabilmesi için öncelikle dâhil edilmesi gerekir; aksi takdirde birey zaten hiç bir şekilde dâhil olmadığı bir korumanın dışında bırakılmış sayılmaz⁵⁵⁶. Yazarlar ayrıca bu yöndeki eğilimin, BMMYK'nın da sıklıkla vurguladığı 1F hükmünün dar yorumlanması ve âdil bir değerlendirme yapılabilmesi için tüm vakıaların ele alınması gerektiği anlayışının da desteklenmesi anlamına geleceğini vurgulamaktadırlar⁵⁵⁷. Bu görüşün savunucuları, çoğunlukla Sözleşme'nin bir insan hakları düzenlemesi niteliği taşımasından hareketle, amacı ve konusuna uygun olarak yorumlanması gerektiği üzerinde durmakta ve dâhil etme incelemesinin dışarıda bırakma değerlendirmesinden önce yapılmasının amaç ve konu ile uyumlu olduğunu iddia etmektedirler⁵⁵⁸.

Doktrindeki bu ayrışma, ülke uygulamalarında bu kadar net bir şekilde tezâhür etmemektedir. Ülke uygulamalarında dört temel yaklaşımın olduğu görülmektedir⁵⁵⁹:

⁵⁵⁵ Ibid., 264.

⁵⁵⁶ JEAN-YVES CARLIER, KLAUS HULLMANN, ve CARLOS PENA GALIANO, *Who is a refugee ?*, 715.

⁵⁵⁷ JEAN-YVES CARLIER, «Droit D'asile et des Réfugies. De la Protection aux Droits», *Recueil des cours Académie de droit international (RCADI)* 332 (2008): 246 naklen, DAVID KOSAR, «Inclusion before Exclusion», 93; MICHAEL BLISS, «Serious Reasons», 107, 108; SIBYLLE KAPFERER, «Exclusion Clauses», 195, 215; MATTHEW ZAGOR, «Persecutor or Persecuted», 187 vd.

⁵⁵⁸ Bu hususta ayrıntılı bir inceleme için bkz. MICHAEL BLISS, «Serious Reasons», 108 vd.

⁵⁵⁹ DAVID KOSAR, «Inclusion before Exclusion», 96.

- (1) *dışarıda bırakma değerlendirmesinin dâhil etme değerlendirmesinden önce yapılması*⁵⁶⁰
- (2) *dâhil etme değerlendirmesinin sadece 1F(b) hükmüne*⁵⁶¹ *yönelik olarak öncelikle yapılması*⁵⁶²
- (3) *dâhil etme değerlendirmesinin dışarıda bırakma değerlendirmesinden önce yapılması*⁵⁶³ *ve*
- (4) *herhangi bir yaklaşımın benimsenmemesi*⁵⁶⁴. ”

⁵⁶⁰ Bu eğilim, Avustralya, Avusturya, Kanada, Hollanda, Yeni Zelanda ve Birleşik Krallık tarafından uygulanmaktadır: Bu hususta bkz. *Minister for Immigration and Multicultural Affairs v. Singh* (2002) 209 CLR 533 (Avustralya); Federal Administrative Court (VwGH), Judgment No. 93/01/0985, 29.1993 (Avusturya); *Gonzales v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 4 FC 646 (Kanada), <<http://www.refworld.org/docid/47260ab12.html>> (E.T.: 12.12.2012); Judgment of the Council of State, 8.04.1991 (RV 1991, 5) (Hollanda); Refugee Appeal No. 74796, New Zealand Refugee Status Appeals Authority, 10.04.2006 (Yeni Zelanda), <<http://www.refworld.org/docid/467907292.html>> (E.T.: 12.12.2012) (Yeni Zelanda'nın anılan kararında Kanada ve Avustralya mahkemelerinin kararlarına gönderme yapıldığı da görülmektedir: bkz. paras. 76-78); *Gurung v. Secretary of State for the Home Department* [2002] UKIAT 04870 HX34452-2001, 15.10.2002 (Birleşik Krallık); Avustralya, Avusturya, Hollanda ve Birleşik Krallık davalarının alıntılı olduğu kaynak için bkz. Ibid. Avusturya uygulamasına örnek olarak verilen dâva için ayrıca bkz. JEAN-YVES CARLIER, KLAUS HULLMANN, ve CARLOS PENA GALIANO, *Who is a refugee ?*, 53.

⁵⁶¹ Sözleşme'nin 1F(b) hükmü şu şekilde kaleme alınmıştır: “*mülteci sıfatıyla kabul edildiği ülkeye sığınmadan önce, sığındığı ülkenin dışında ağır bir siyasi olmayan suç işlediğine*” dair hakkında ciddi sebeplere dayanan kanaat mevcut olan bir kişi hakkında Sözleşme hükümleri uygulanmayacaktır. İlgili hükmeye yönelik ayrıntılı açıklamalarımız için bkz. aşa. §6.II.B.2.

⁵⁶² Bu eğilim, Yeni Zelanda tarafından daha önceleri kullanılmakla birlikte, Yeni Zelanda, daha sonra ilk eğilime yönelmiştir: In Re S. K. Refugee Appeal No. 29/91 New Zealand Refugee Status Appeals Authority, 17.02.1992, <<http://www.refworld.org/docid/3ae6b7410.html>> (E.T.: 12.10.2013). Benzer eğilimin önceleri Birleşik Krallık tarafından da kullanıldığı görülmüştür; ancak Birleşik Krallık genellikle birinci eğilim yönünde hareket etmektedir: *O. v. Immigration Appeals Tribunal and Secretary of State for Home Department* [1995] Imm. A. R. 494, naklen MICHAEL BLISS, «Serious Reasons», 107.

⁵⁶³ Bu yaklaşım, Danimarka ve Fransa tarafından uygulanmaktadır: N. MICHEL, *Purposes and principles of the United Nations: The Way in which France Applies Article 1F(C), in Refugee Law in Context: The Exclusion Clause*, ed. P. van Krieken (The Hague, 1999), 294 naklen, DAVID KOSAR, «Inclusion before Exclusion», 96; SIBYLLE KAPFERER, «Exclusion Clauses», 195–221; MICHAEL BLISS, «Serious Reasons», 108.

⁵⁶⁴ Bu yöndeki yaklaşıma örnek olarak Belçika uygulaması verilmektedir: SIBYLLE KAPFERER, «Exclusion Clauses», 195–221; MICHAEL BLISS, «Serious Reasons», 108. Karşl. (karşılaştırmız) Commission Permanente de Recours des Refugies (CPRR). No. R1338, 23.07.1993 (dışarıda bırakma değerlendirmesi öncelikli olarak yapılmıştır), CPRR, W2418, 25.01.1996 (dâhil etme değerlendirmesi öncelikli olarak yapılmıştır) naklen DAVID KOSAR, «Inclusion before Exclusion», 96.

Ülke uygulamalarında, dışarıda bırakma değerlendirmesinin dâhil etme incelemesinden önce gerçekleşmesi yönündeki eğilim son dönemde artmıştır. Bu artışın gerekçesi olarak son yıllarda yükselen terör faaliyetleri gösterilebilir. Özellikle 2001 yılında ABD’de meydana gelen 11 Eylül terör saldırılarından sonra, Sözleşme’nin 1F maddesine dayanılarak reddedilen mülteci statüsü taleplerinde ciddi bir yoğunluk görülmüştür⁵⁶⁵. Bu yoğunluk o kadar yüksek boyutlara ulaşmıştır ki, dışarıda bırakma kültürü (*culture of exclusion*)⁵⁶⁶ ve dışlayıcı yaklaşım (*exclusionist approach*)⁵⁶⁷ gibi kavramlar oluşmuştur⁵⁶⁸.

Ülke uygulamaları ve doktrindeki bu görünümün yanında, BMMYK ise dâhil etme incelemesinin dışarıda bırakma değerlendirmesinden önce yapılması yönünde bir eğilime sahip olmakla birlikte bu hususta iki yaklaşımdan birini açıkça savunmamaktadır. El Kitabının konu ile ilgili düzenlemelerinde, dâhil etme incelemesinin dışarıda bırakma değerlendirmesinden daha önce yapılması yönünde bir yaklaşım sergilendiği görülmektedir⁵⁶⁹. Ancak El Kitabı, bu yaklaşımın benimsenmesi yönünde herhangi bir görüş belirtmemektedir. Bununla birlikte, BMMYK’nın diğer yol gösterici düzenlemelerinde, 1F maddesinin istisnai özelliğinden dolayı, dâhil etme değerlendirmesinin, dışarıda bırakma incelemesinden daha önce yapılmasının tavsiye edildiği ancak bu hususta katı bir formülasyonun da bulunmadığı belirtilmektedir⁵⁷⁰.

⁵⁶⁵ GEOFF GILBERT, «Running Scared since 9/11: Refugees, UNHCR and the Purposive Approach to Treaty Interpretation», içinde *Research Workshop on Critical Issues in International Refugee Law*, York University, Toronto, Canada, c 1, 2008, 85–118; NICHOLAS BLAKE, «Exclusion from Refugee Protection: Serious Non Political Crimes after 9/11», *European Journal of Migration and Law* 4 (2002): 425–447; GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 416 vd.; SATVINDER SINGH JUSS, «Terrorism and the Exclusion of Refugee Status in the UK», *Journal of Conflict and Security Law* 17, sayı 3 (2012): 465–499.

⁵⁶⁶ Bkz. GEOFF GILBERT, «Running Scared», 85–118; ASHA KAUSHAL ve CATHERINE DAUVERGNE, «The Growing Culture of Exclusion: Trends in Canadian Refugee Exclusions», *International Journal of Refugee Law* 23, sayı 1 (2011): 54–92.

⁵⁶⁷ Bkz. NIZAR MESSARI ve JOHANNES van der KLAAUW, «Counter-Terrorism Measures and Refugee Protection in North Africa», *Refugee Survey Quarterly* 29, sayı 4 (2010): 103.

⁵⁶⁸ DAVID KOSAR, «Inclusion before Exclusion», 88.

⁵⁶⁹ Bkz. El Kitabı, paras. 141, 176 ve 177.

⁵⁷⁰ THE UN REFUGEE AGENCY, *Guidelines (Art. 1F)*, para. 31, <<http://www.unhcr.org/3f7d48514.html>> (E.T.: 12.12.2012); EXPERT ROUNDTABLE ORGANIZED BY

Ayrıca, mülteci statüsü belirleme işlemlerinin BMMYK tarafından yapıldığı durumlarda, BMMYK görevlilerinin öncelikli olarak Sözleşme'nin 1A(2) hükmü çerçevesinde inceleme yaptıkları ve daha sonra dışarıda bırakma değerlendirmesine geçtikleri bilinmektedir.

Bu görünüm ışığında, dâhil etme-dışarıda bırakma değerlendirmelerinin önceliği hususunda kesin bir sonuca ulaşamamakla birlikte, herhangi bir yolun tercih edilmesi yönünde bir zorunluluk olmadığı anlaşılmaktadır. Ancak bu görüşe bir noktada çekince koymak da yerinde olacaktır. Kanımızca Sözleşme'nin yorumu her koşulda bu düzenlemenin metni ve bütünü ile birlikte insancıl karakteri göz önünde bulundurularak yapılmalıdır. Buradan hareketle, 1F hükmünün (b) fıkrasında yer alan düzenlemenin mutlak suretle dâhil edilme incelemesinden sonra veya bu inceleme ile birlikte değerlendirilmesi yerinde olacaktır⁵⁷¹. Bu görüşümüze temel teşkil eden husus, Sözleşme'nin 1F(b) maddesinde yer alan ölçütlerin değerlendirilmesinde, bireyin statüye lâıyk olmadığını düşündürecek nedenlerle, karşılaşma ihtimâli olan zulmün arasında bir dengeleme yapılması gerekmesidir⁵⁷². Bu bağlamda, öncelikle bireyin mültecilik hâlinin belirlenmesi ve daha sonra 1F(b) hükmünün ele alınması uygun olacaktır.

III. DEĞERLENDİRMEDE İSPATA İLİŞKİN HUSUSLAR AÇISINDAN İZLENİLECEK YOL

Mülteci statüsünün belirlenmesi, bireyin mültecilik iddiasının geçerliliğinin tespit edilmesi anlamına gelir. Bu sebeple statünün belirlenmesi aslında bir iddianın

UNHCR, *Summary Conclusions: Exclusion From Refugee Status* (Lisbon: UNHCR, 2003), para. 15, <<http://www.refworld.org/type,THEMGUIDE,,,470a33bad,0.html>> (E.T.: 12.12.2012); UNHCR, *Background Note on the Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees*, 2003, para. 100, <<http://www.refworld.org/docid/3f5857d24.html>> (E.T.: 12.12.2012).

⁵⁷¹ Aynı yönde bkz. GEOFF GILBERT, «Current Issues in the Application of the Exclusion Clauses», içinde *Refugee Protection in International Law UNHCR's Global Consultations on International Protection*, ed. Erika Feller, Volker Türk, ve Frances Nicholson (Cambridge, 2005), 466. Savunduğumuz bu görüş, Yeni Zelanda Mahkemeleri tarafından daha önce uygulanmakta olan bir yaklaşımdır. Bkz. yuk. dn. 562.

⁵⁷² Sözleşme'nin 1F(b) maddesinin uygulanması noktasında bir dengeleme değerlendirilmesi yapılmasına ilişkin açıklamalarımız için bkz. aşa. §6.II.A.2.

ispatlanmasıdır. Ancak mültecilik halinin bir statüye dönüşmesi aynı zamanda bir olasılık değerlendirmesini de gerektirir. Çünkü statünün tanınmasındaki en temel amaç bireyin gerçekleşme olasılığı bulunan zulüm tehlikesinden korunmasıdır. Bu bağlamda, statünün tanınması bakımından ispatlanması gereken husus aslında bir olasılığın varlığıdır. Öte yandan, bireyin gerçekleşme olasılığı bulunan bir zulüm ihtimâli ile karşı karşıya olduğu belirlense dahi, korunmaya layık olup olmadığının da tespit edilmesi gerekir. İşte bu noktada da yine bir olasılığın varlığı ispatlanmalıdır. Görüldüğü gibi statünün belirlenmesine yönelik ölçütlerin değerlendirilmesi, ispat faaliyeti ve olasılık hesaplamaları ile oldukça yakından ilgilidir. Bu sebeple, bireyin iddia ettiği mültecilik halinin Sözleşme’de yer alan ölçütler çerçevesinde değerlendirilmesi sırasında ispat yükünün belirlenmesi, bireyin ifâdelerinin güvenilirliğinin tespit edilmesi ve özellikle olasılık incelemesinde kullanılacak ispat standartlarının ortaya konulması önem taşımaktadır.

A. İspat Yükünün Taraf(lar)ı

İspat yükü terimi, hem Kıta Avrupası hukukunda hem Anglo-Amerikan hukukunda kullanılan hukukî bir terimdir. Bu terim, bir dâvada veya bir iddianın temel alınarak buna uygun hukukî bir kararın verilmesinde, karara temel teşkil edecek iddianın ispatlanması yükü altında olan tarafı nitelendirmek için kullanılır.

Genel ispat hukuku prensibi olarak, ispat yükü, iddiada bulunan kişiye aittir. Aynı şekilde, mültecilik statüsü başvurusu açısından da başvuran, iddiasını destekleyecek kanıtlar sunmakla yükümlüdür⁵⁷³. Ancak bu yükümlülük, başvuranın iddialarının doğruluğunu ya da güvenilirliğini mutlak olarak kanıtlamak şeklinde anlaşılmamalıdır⁵⁷⁴. Burada söz konusu olan mültecinin iddiasını kanıtlayabilecek deliller sunabilmesi ve

⁵⁷³ UNHCR, *Note on Burden and Standard of Proof in Refugee Claims* (Geneva, 1998), 2, <www.unhcr.org/refworld/pdfid/3ae6b338.pdf> (E.T.: 12.12.2012).

⁵⁷⁴ Ibid.; BRIAN GORLICK, «Common Burdens and Standards: Legal Elements in Assessing Claims to Refugee Status», *International Journal of Refugee Law* 15, sayı 3 (2003): 361.

böylece “makul (gerekçelendirilebilir) bir seviyeye” kadar iddiasının inandırıcılığını ortaya koyabilmesidir⁵⁷⁵.

Öte yandan, mültecilik hâlinin niteliği ve bazı sığınmacıların hassas durumu göz önüne alındığında, çoğu zaman karar mercii de başvurunun değerlendirilmesine yardımcı olacak tüm ilgili verileri incelemesi söz konusu olmaktadır. Bu durumda da ispat yükü başvuran ve karar mercii arasında paylaşılmaktadır⁵⁷⁶. Belirtilen hâl, özellikle menşe ülkesindeki insan hakları ihlâllerine yönelik bilgilere ulaşılması ve bunların karar mercii tarafından başvuranın iddiaları ile birlikte değerlendirilmesi bakımından geçerli olmaktadır⁵⁷⁷. Bu sebeple, mülteci statüsünün belirlenmesi hususunda ispat yükünün ağırlıklı olarak mültecinin üzerinde olduğu; ancak çoğu zaman bu yükün karar mercii ile paylaşılması gerektiği belirtilmelidir.

B. Güvenilirlik (*Credibility*) Değerlendirmesinin Esas Alınması

Mülteci statüsünü belirlenmesini sağlayan ölçütlerin değerlendirilmesinde, ispat yükünün kural olarak sığınmacıda bulunması, sığınmacıyı, içerisinde bulunduğu durumun Sözleşme’nin benimsediği mültecilik hâlini yansıttığını, yazılı veya sözlü delillerle veya tanıklarla belirli bir seviyeye kadar ispatlama yükümlülüğü altına sokmaktadır. Sığınmacılar ise uygulamada yazılı delillere veya tanıklara çok nadir şekilde dayanabilmektedir. Dolayısıyla, mülteci statüsünün esasa yönelik olarak belirlenmesinde çoğunlukla sığınmacının ifâdeleri temel rol oynamaktadır⁵⁷⁸. Hâl böyle

⁵⁷⁵ UNHCR, *Note on Burden and Standard of Proof in Refugee Claims*, para. 11; El Kitabı, para. 42.

⁵⁷⁶ BRIAN GORLICK, «Common Burdens and Standards», 361 vd.

⁵⁷⁷ Nitekim bu hususta, BMMYK ve çeşitli STÖ’ler menşe ülkelerine ilişkin istatistikler ve insan hakları raporları veya çalışmalar yayınlamakta ve böylelikle, bu verilerin değerlendirilmesini mümkün kılabilir. Bu yöndeki bilgilere ulaşılacak bazı kaynaklar arasında, <www.unhcr.org/refworld/docid/403b2522a.html> (BMMYK), <www.ecoi.net/> (European Country of Origin Information Network), <<http://www.amnesty.org/>> (Amnesty International), <http://www.citizensforeurope.eu/org-408_en.html> (Helsinki Citizens’ Assembly) sayılabilir.

⁵⁷⁸ MICHAEL KAGAN, «Is Truth in the Eye of the Beholder - Objective Credibility Assessment in Refugee Status Determination», *Georgetown Immigration Law Journal* 17 (2003 2002): 368; STEVE NORMAN, «Assessing the Credibility of Refugee Applicants: A Judicial Perspective», *International Journal of Refugee Law* 19, sayı 2 (2007): 277; JAMES A. SWEENEY, «Credibility, Proof and Refugee

iken, sığınmacının ifâdelerinin güvenilir olup olmadığı sorunu ortaya çıkmaktadır. Zîrâ bu ifâdelerin güvenilirliğinin tespit edilmesi, bunların delil olarak ele alınıp değerlendirilebilmesi açısından önem taşımaktadır. Gerçekten de sığınmacının ifâdelerinin statü belirlemeye temel teşkil ettiği düşünüldüğünde bu ifâdelerin güvenilirliğinin belirlenmesi, sığınmacının Sözleşmede belirtilen ölçütleri karşılayıp karşılamadığının değerlendirildiği esas aşamaya geçiş için elzem bir husustur⁵⁷⁹. Şu halde güvenilirlik değerlendirmesi, esasa yönelik olarak statünün belirlenmesindeki ilk ve belki en önemli⁵⁸⁰ adımdır⁵⁸¹.

Law», *International Journal of Refugee Law* 21, sayı 4 (2009): 700; DEBORAH ANKER, *Law of Asylum in the United States* (Boston, 1999), 150.

⁵⁷⁹ UNHCR, *Beyond Proof Credibility Assessment in EU Asylum Systems* (Brussels: United Nations High Commissioner For Refugees, Mayıs 2013), 27, <<http://www.unhcr.org/51a8a08a9.html>> (E.T.: 10.10.2013); GUY S. GOODWIN-GILL, «Damian v. Secretary of State for the Home Department Comment: Refugee Status and Good Faith», *International Journal of Refugee Law* 12 (2000): 663, 664.

⁵⁸⁰ Güvenilirlik değerlendirmesi, uygulamada statü belirleme ölçütlerinin değerlendirilmesinden önce yapılan bir incelemedir. Bu sebeple, güvenilirlik aşamasını geçemeyen sığınmacılar, çoğunlukla iddialarının Sözleşme’de yer alan ölçütler çerçevesinde ele alınmasına gerek duyulmadan ülkeden çıkarılabilmektedir. Bu sebeple, sığınmacılar için bu aşama kimi zaman hayatî bir önem taşıyabilir. Bu husustaki en belirgin örnek ABD uygulamasıdır. ABD uygulamasında, güvenilirlik değerlendirmesi “güvenilir korku (*credible fear*)” incelemesini de kapsamaktadır. Güvenilir korku ifâdesi, ABD hukukunda, “*yabancıların iddiasını ve karar mercii tarafından bilinen diğer olguları desteklemek amacıyla ileri sürdüğü ifâdelerinin, yabancıyı, Göç ve Vatandaşlık Yasasının 208. kısmında düzenlenen sığınmaya, elverişli hâle getirecek inanılabilirliği hâiz olması*” şeklinde açıklanmıştır: Immigration and Nationality Act of U.S.A (INA), §235(b)(1)(B)(v); 8 U.S.C. §1225. Güvenilir korku kriteri, ayrıca ABD sisteminde, hızlandırılmış çıkarma (*expedited removal*) usulü için bir ön değerlendirme unsuru da oluşturmaktadır. ABD sisteminde, ülkeye giriş için herhangi bir uygun dökümanı olmayan yabancılardan, geri gönderildiği takdirde zulüm korkusu yaşayacağını iddia edenler ayrılmaktadır. Aksi durumdakiler, hızlandırılmış çıkarma işlemlerine tâbî kılınmaktadırlar: Gümrük ve Sınır Kontrolü görevlisi, bu bireylere, zulüm korkusu yaşayıp yaşamadıklarını tespit etmek için belirli sorular sormakta ve korku tespit ettiği bireyleri, sığınma görevlisine yönlendirmektedir. Sığınma görevlisi ise, bireyin ifâdelerini değerlendirerek güvenilir bir korkunun var olup olmadığını tespit etmektedir. Eğer güvenilir korkunun varlığı tespit edilirse, birey, göç yargıcına yönlendirilmekte ve böylelikle sığınmaya yönelik karar süreci işletilmeye başlatılmaktadır. Aksi takdirde, yani güvenilir korku durumunun tespit edilememesi hâlinde, birey, kararın gözden geçirilmesini talep etme hakkına sahip olmaktadır. Ancak nihaî olarak bireyin güvenilir korkuya sahip olmadığı tespit edilirse, yine hızlandırılmış çıkarma işlemine tâbî tutularak ülkeden çıkarılması sağlanmaktadır. Hızlandırılmış çıkarma işlemi ise idari incelemeye (temyize) tâbî kılınmamıştır: INA §235(b)(1)(C) ve §235(B)(iii)(I); ayrıca bkz. EXECUTIVE OFFICE FOR IMMIGRATION REVIEW, *Asylum and Withholding of Removal Relief*, U.S. Department of Justice, Fact Sheet (U.S. Department of Justice, 2009); ALISON SISKIN ve RUTH ELLEN WASEM, *Immigration Policy on Expedited Removal of Aliens*, CRS Report for Congress (Congressional Research Service, 2005); RUTH ELLEN WASEM, *Asylum and «Credible Fear» Issues in U.S. Immigration Policy*, CRS Report for Congress (Congressional Research Service, 29 Haziran 2011), 9 vd.

Her ne kadar 1951 Sözleşmesi güvenilirlik hususunda herhangi bir hükme yer vermemiş olsa da güvenilirlik değerlendirmesi uygulamada yoğun bir şekilde kullanılmaktadır⁵⁸². Güvenilirlik değerlendirmesi, genellikle sığınmacı ile yapılan mülakat(lar) sırasında gerçekleştirilmektedir. Bu noktada, güvenilirliğin tespit edilmesi açısından, sığınmacının ifâdelerinin üç ana unsuru sağlaması beklenmektedir. Bunlar; dâhili tutarlılık (*internal consistency*), harici tutarlılık (*external consistency*) ve inandırıcılıktır (*plausibility*)⁵⁸³.

Dâhili tutarlılık, sığınmacının ifâdelerinin kendi içerisinde tutarlı olup olmadığının belirlenmesidir. Bu hususta, BMMYK, sığınmacının ifâdesindeki detayların seviyesi ve tutarsızlıkların nasıl sunulduğuna dikkat edilmesi gerektiğini tavsiye etmektedir⁵⁸⁴. Ancak bu esnada bireyin yaşadığı duygusal travmanın, korkunun

⁵⁸¹ BRIAN GORLICK, «Common Burdens and Standards», 371; JAMES A. SWEENEY, «Credibility», 700; STEVE NORMAN, «Assessing the Credibility», 277; MICHAEL KAGAN, «Objective Credibility», 368 vd.; UNHCR, *Beyond Proof*, 28; ALLAN MACKEY ve JOHN BARNES, *Assessment of Credibility in Refugee and Subsidiary Protection Claims under the EU Qualification Directive Judicial Criteria and Standards*, CREDO Project Paper (Haarlem, The Netherlands: International Association of Refugee Law Judges (IARLJ), Aralık 2012), 29.

⁵⁸² Güvenilirlik değerlendirmesi çalışmamızın özellikle odaklandığı sığınma ülkelerinin hepsinde ve AB üyesi ülkelerde uygulanmaktadır. Bu noktada AB üyesi ülkeler için mülteci statüsünün belirlenmesi hususunda yeknesak kurallar öngören AB Vasıf Yönergesi'nin düzenlemesi önem arz etmektedir. AB Vasıf Yönergesi'nin 5(5). maddesine göre, başvuranın ifâdeleri belgelerle veya diğer türlü kanıtlarla desteklenemiyorsa, şu şartları sağlaması kaydıyla herhangi bir teyide gerek olmaksızın kabul edilebilecektir: (a) başvuran, iddiasını kanıtlayabilmek için gerçek bir çaba göstermişse; (b) başvuran iddiası ile ilgili tüm hususları ortaya koymuşsa ve eksik hususlara ilişkin tatmin edici bir açıklamada bulunmuşsa; (c) başvuranın açıklamaları tutarlı ve inandırıcı ise ve başvuru ile ilişkilendirilebilecek genel veya özel bilgiler ile tezat oluşturmamaktaysa; (d) başvuran mümkün olan en kısa süre içerisinde uluslararası koruma başvurusunda bulunmuşsa veya bu hususta gecikme söz konusuysa gecikmenin nedenine ilişkin sağlam bir gerekçe ortaya koyabiliyorsa; (e) başvuranın güvenilirliği genel olarak sağlanmış ise.

⁵⁸³ Sayılan unsurlar ilk kez *Weston* tarafından ortaya koyulmuş ancak daha sonra BMMYK tarafından benimsenmiş uygulamaya da yansımıştır: AMANDA WESTON, «A Witness of Truth-Credibility Findings in Asylum Appeals», *Tolleys Immigration and Nationality Law and Practice* 12 (1998): 88. Uygulamada sayılan unsurların yanında, başka hususların da dikkate alındığı görülmekle beraber, belirttiğimiz üç unsur mutlaka değerlendirmeye alınmaktadır. Bu hususta bkz. BRIAN GORLICK, «Common Burdens and Standards», 371; JAMES A. SWEENEY, «Credibility», 701; MICHAEL KAGAN, «Objective Credibility», 384; ALLAN MACKEY ve JOHN BARNES, *Assesment of Credibility*, 33 vd.; UNHCR, *Beyond Proof*, 149 vd., 169 vd., 179 vd.; LEGAL SERVICES DEPARTMENT OF IMMIGRATION AND REFUGEE BOARD OF CANADA, *Assessment of Credibility in Claims for Refugee Protection* (Refugee Protection Division, 31 Ocak 2004), 79, 81 vd.

⁵⁸⁴ UNHCR, *Beyond Proof*, 149; JAMES A. SWEENEY, «Credibility», 705; ALLAN MACKEY ve JOHN BARNES, *Assesment of Credibility*, 33.

ve otoritelere duyduğu güvensizliğin, utanma duygusunun özellikle cinsel kaynaklı acı veren anıların tutarsızlıklara neden olabileceği unutulmamalıdır⁵⁸⁵. Bu sebeple, tutarsız addedilen tüm ifâdelerin sığınmacıya iletilmesi ve böylece açıklama yapabilmesine fırsat tanınması gerekir⁵⁸⁶.

Harici tutarlılık açısından da sığınmacının ifâdelerinin tutarlılığı değerlendirilir. Ancak bu kez, ifâdelerin kendi içerisindeki tutarlılığı değil, ifâdeler ile menşe ülke bilgilerinin, uzman bilgilerinin veya ilgili diğer harici bilgilerin birbiriyle uyuşup uyuşmadığı incelenir⁵⁸⁷. Eğer, sığınmacının ifâdeleri ile menşe ülke bilgileri arasında tutarsızlık söz konusuysa, bu husus sığınmacıya bildirilmelidir⁵⁸⁸. Ayrıca karar mercii objektif bir menşe ülke bilgisine hiç ulaşamamışsa, sığınmacının ifâdesini dayandığı olayları hiç gerçekleşmemiş gibi değerlendirmemelidir⁵⁸⁹.

İnandırıcılık değerlendirmesi ise diğer iki değerlendirmeye kıyasla en subjektif olanıdır. Zira burada, sığınmacının ifâdelerinin inanılabilir olup olmadığı incelenmektedir. BMMYK bu hususta mümkün olduğunca minimum düzeyde bir subjektifliğe izin verilmesi gerektiğini vurgulamaktadır⁵⁹⁰. Bu sebeple karar mercii, kendi öznel kriterleri çerçevesinde bir değerlendirme yapmamalıdır⁵⁹¹. Karar merciinin gözetmesi gereken, sığınmacının ifâdelerine kendilerinin inanıp inanmaması değil, bu ifâdelerin makul bir temelde inandırıcı olup olmamasıdır⁵⁹².

Yapılacak inceleme sonucunda, bireyin ifâdelerinin güvenilir olduğuna kanaat getirilmesi, bu ifâdelerden yola çıkılarak statü belirleme ölçütlerinin

⁵⁸⁵ UNHCR, *Beyond Proof*, 153.

⁵⁸⁶ JAMES A. SWEENEY, «Credibility», 705.

⁵⁸⁷ ALLAN MACKEY ve JOHN BARNES, *Assesment of Credibility*, 33; UNHCR, *Beyond Proof*, 161–164.

⁵⁸⁸ JAMES A. SWEENEY, «Credibility», 705.

⁵⁸⁹ UNHCR, *Beyond Proof*, 171; JAMES A. SWEENEY, «Credibility», 705.

⁵⁹⁰ UNHCR, *Beyond Proof*, 176, 177.

⁵⁹¹ Ibid., 179; JAMES A. SWEENEY, «Credibility», 705 vd.

⁵⁹² MICHAEL KAGAN, «Objective Credibility», 403.

değerlendirilebilmesini sağlamaktadır. Bu sebeple, güvenilirlik değerlendirmesinin esas alınması, statü belirleme ölçütlerinin değerlendirilmesinde izlenecek yöntemin bir parçasını oluşturmaktadır.

C. İspat Standartlarının⁵⁹³ Kullanılması

İspat yükünden farklı olarak, ispat standardı (*standard of proof*), genel olarak daha çok Anglo-Amerikan hukuk sisteminde kullanılmakta olan bir hukukî terimdir. Kıta Avrupası hukuk sisteminde ise iddiaların değerlendirilmesinde delillerin karar mercii üzerindeki ikna ediciliği belirleyici olmaktadır (*intime conviction*).

Ancak, her ne kadar, ispat standartlarının uygulanmasının çıkış noktası Anglo-Amerikan hukuk sistemi olsa da, mülteci statüsünün belirlenmesi açısından, Sözleşmeye taraf olan birçok Kıta Avrupası ülkesi tarafından da belirli standartlar geliştirildiği ve bunların statü belirleme ölçütlerinin değerlendirilmesinde dikkate alındığı bilinmektedir⁵⁹⁴. Bu bağlamda, ispat standardı terimi uluslararası mülteci hukukunda sığınmacının, mültecilik iddiasını temellendirmek üzere sunduğu kanıtlar ve iddianın değerlendirilmesinde kullanılan diğer veriler (örneğin menşe ülkesine yönelik bilgiler gibi) dikkate alınarak, Sözleşmede yer alan statü belirleme ölçütlerini sağlayıp sağlamadığının tespit edilmesi amacıyla kullanılmaktadır. Bir başka ifade ile ispat standartları belirli eşikler öngörmektedir. Eğer sığınmacının iddiasına dayanak teşkil

⁵⁹³ İspat standardı terimi yerine Türk hukukunda ispat ölçütü ifadesi de kullanılmaktadır: bkz. METİN FEYZİOĞLU, *Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat* (Ankara, 2002), 29. Göç terminolojisinde ise “*standard of proof*” teriminin Türkçe’ye “delil standardı” olarak aktarıldığı da görülmektedir. Örneğin Uluslararası Göç Örgütü tarafından hazırlanan Göç Terimleri Sözlüğü’nde bu yönde bir yaklaşım benimsenmiştir: ULUSLARARASI GÖÇ ÖRGÜTÜ, *Göç Terimleri Sözlüğü*, 11. Kanımızca delil standardı, “*standard of proof*” teriminden farklı olacak şekilde anlaşılmaya müsaittir. Zira “delil standardı” denince, bireyin iddiasını ispat edebilmek için sadece belirli standartları sağlayan delilleri kullanması gerektiği yönünde bir anlam çıkarılabilmektedir. Oysa mülteci statüsünün belirlenmesinde sığınmacılar iddialarını ispatlayabilmek için her türlü delilden faydalanabilmektedirler; hatta bireylerin ifadeleri güvenilirlik değerlendirmesinden geçtikten sonra delil olarak kabul edilebilmektedir. Bu sebeple çalışmamızda “delil standardı” yerine “ispat standardı” terimini kullanmayı tercih ettik.

⁵⁹⁴ Örneğin İsviçre Sığınma Kanunu’nun (*Asyl Gesetz*) 7(2). maddesine göre, mülteci statüsünün tanınmasında kullanılan standart, olasılıklar dengesi (ağırlıklı delil (olasılık) (*balance of probabilities*)dir. Diğer örnekler ve açıklamalar için BRIAN GORLICK, «Common Burdens and Standards», 367–371.

eden deliller ve veriler bireyi bu eşiklerden geçirebilecek nitelikteyse o zaman bireyin ölçütleri sağladığına kanaat getirilmektedir⁵⁹⁵.

Sığınma konusunda gelişmiş sistemlere sahip olan birçok ülke, statünün tanınmasına temel teşkil eden ölçütleri belirli standartlar kapsamında açıklamakta ve anlamlandırmaktadır. Dolayısıyla, ispat standartları kapsamında yapılan değerlendirmeler Sözleşmede yer alan ölçütlerin anlamlandırılması açısından da önem kazanmaktadır. Sözleşmenin yorumlanmasında başvurulacak kaynaklardan birinin de ülke uygulamaları olduğu göz önüne alındığında, gelişmiş statü değerlendirme sistemlerine sahip olan bazı ülke uygulamalarında yer alan ispat standartlarına yönelik değerlendirmelerin de dikkate alınması kaçınılmaz hale gelmektedir. Bu gerçeklik, BMMYK tarafından da vurgulanmış ve ölçütlerin değerlendirilmesinde kullanılan/kullanılabilecek ispat standartlarına yönelik bir rapor hazırlanmıştır⁵⁹⁶. Raporda, ispat standartlarının genel uygulamasına değinilmiş ve özellikle, başvuranın “haklı nedenlerle zulüm korkusu yaşaması” konusundaki ispat standartları üzerinde farklı ülke uygulamalarından örnekler verilerek yoğunlaştırılmıştır⁵⁹⁷.

Gerçekten de “haklı nedenlere dayanan zulüm korkusu”nun mülteci statüsü belirlemede anahtar ölçüt olduğu dikkate alınacak olursa, henüz gerçekleşmemiş ancak gerçekleşme ihtimâli olan bir durum üzerinden değerlendirme yapılacağı görülecektir⁵⁹⁸. Dolayısıyla bu durum bir ihtimâlin geçerliliğinin sorgulanması

⁵⁹⁵ Uluslararası Göç Örgütü’nün Göç Terimleri Sözlüğü’nde ispat standardı (delil standardı) teriminin açıklaması şu şekilde yapılmıştır: “*sunulan kanıtın, belirli bir vakada gerekli iknâ edicilik derecesi ya da düzeyi. Örneğin, mülteci bağlamında zulüm görme korkusunun “haklı nedene” (well-founded) dayanması bir delil standardıdır*”: ULUSLARARASI GÖÇ ÖRGÜTÜ, *Göç Terimleri Sözlüğü*, 11. Kanımızca tanımda verilen örnek (haklı nedene dayanan zulüm korkusu) bir ispat standardı olmaktan ziyâde, statünün tanınmasına yönelik bir ölçüttür. Oysa ispat standardı bu ölçütün sağlanıp sağlanmadığının belirlenmesine yarar. Bu hususta bkz. aşağı. §5. I.A.2.a.bb.ii.

⁵⁹⁶ UNHCR, *Note on Burden and Standard of Proof in Refugee Claims*.

⁵⁹⁷ Ibid., 6, 7.

⁵⁹⁸ Goodwin Gill bu durumu şöyle izâh etmiştir: “*karar mercii, geleceğe yönelik bir olasılığa ilişkin gerekçelendirilebilir bir tahmin yapmak durumundadır....*” GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 56. Benzer şekilde, Nathwani de, mülteci statüsü değerlendirmesinin karar anında doğruluğu veya yanlışlığı belli olmayan bir ihtimâlin sorgulanması olduğunu vurgulayarak, bu ihtimâlin ancak “geçerli” ya da “geçersiz” olabileceğini belirtmiştir. Zira bu ihtimâlin dayanağı (zulüm) henüz

anlamına gelecektir. İşte bu sebeptendir ki, ispata ilişkin hususların esasa yönelik değerlendirmeden ayrı kılınması mümkün olamamaktadır⁵⁹⁹.

D. Şüpheden Mültecinin Yararlanması (*Benefit of the Doubt*)

Mülteci statüsünün esasa yönelik olarak belirlenmesinin temelinde bir olasılık değerlendirmesi yatar. Bundan kast edilen, bireyin, *inter alia*, zulme uğrama ihtimâli olup olmamasıdır. İspat yükünün de ağırlıklı olarak sığınmacıda bulunduğu düşünüldüğünde, bu bireyin bir ihtimâlin gerçekleşebileceğini kanıtlamak gibi zor bir yükün altına girdiği düşünülebilir. Oysa statünün temel kaynağı olan 1951 Sözleşmesi, mülteciler bakımından, temel hak ve özgürlüklerin herhangi bir ayırım gözetilmeksizin korunmasını amaçlayan insancıl bir hedefe hizmet etmektedir. Bu sebeple böyle bir hedeften kaynağını alan bir statünün belirlenebilmesi için, sığınmacının statü ölçütlerini taşıdığını mutlak olarak ispatlaması beklenmemelidir⁶⁰⁰. Zira ağır insan hakları ihlallerinin mağdurları olan hakiki mülteciler, hayatlarının ve özgürlüklerinin korunabilmesi amacıyla acilen ülkelerini terk etmek zorunda kalan bireyler oldukları için bulundukları durumu ispatlayacak çok sayıda delili beraberlerinde getirememektedir. Bu sebeple sığınmacıların üzerindeki ispat yükünün katı bir şekilde yorumlanması, gerçekten korunma ihtiyacı içerisinde olan birçok bireyin, mülteci statülerinin tanınamaması ile sonuçlanacaktır. Elbette ki bu durum, Sözleşme'nin amacı ile tezat oluşturabilecektir⁶⁰¹.

İşte koruma odaklı olan bu bakış açısının bir sonucu olarak, statü belirleme değerlendirmelerinde, “şüpheden mültecinin yararlandırılması” ilkesi

gerçekleşmemiştir: NIRAJ NATHWANI, *Rethinking Refugee Law*, c 7, Refugees and Human Rights (The Hague, London, New York, 2003), 70.

⁵⁹⁹ Bu sebeple çalışmanın bu bölümünde uygulamada başvuru ispat standartları ayrıca değerlendirilmemiş, mülteci statüsünün belirlenmesine ilişkin ölçütler incelenirken, bu ölçütlerin anlamlandırılması aşamasında bu hususa yer verilmiştir.

⁶⁰⁰ Bu hususta ayrıntılı açıklamalar için bkz. MICHAEL KAGAN, «Objective Credibility», 371; ayrıca bkz. NIRAJ NATHWANI, *Rethinking Refugee Law*, 7:71 vd; Office of The United Nations High Commissioner For Refugees, *Note on Burden and Standard of Proof in Refugee Claims*, 2 vd.

⁶⁰¹ MICHAEL KAGAN, «Objective Credibility», 371.

uygulanmaktadır⁶⁰². Özellikle, BMMYK'nın önce 1979, daha sonra 1992 tarihli El Kitabında zikredilmekle birlikte bu ilke, mülteci hukuku açısından oldukça önemli bir yer tutmaya başlamıştır. BMMYK, El Kitabında “şüpheden mültecinin yararlandırılmasına” ilişkin olarak şu hususları vurgulamıştır:

“196. Genel bir hukuk prensibi olarak ispat yükü, iddiada bulunan tarafa aittir. Ancak çoğu zaman başvuran (sığınmacı) iddiasını yazılı belgelerle veya başka şekilde destekleyemeyebilir. (..) Bu durumda, ortaya kanıtlanamamış iddialar çıkabilir. İşte böyle bir hâl söz konusu olduğunda, eğer başvuran (sığınmacı) güvenilir kabul edilmişse, aksi yöndeki gerekçelendirilebilir sebepler (good reasons) saklı kalmak kaydıyla, şüpheden yararlandırılmalıdır.

203. Kimi durumda, başvuran (sığınmacı) başından geçenleri ortaya koyma yönünde gerçekten bir çaba harcamış olmasına rağmen, ifâdelerinin bazıları delillerle ispatlanamamış olabilir. Yurkarıda (para. 196) belirtildiği üzere, mültecinin iddialarının tamamını ispatlayabilmesi neredeyse imkânsızdır; kaldı ki, böyle bir yükümlülüğün kabul edilmesi durumunda birçok mültecinin korumadan yoksun kalacağı da ortadadır. Bu sebeple, başvuranların şüpheden yararlandırılması bir gereklilik arz etmektedir.

204. Bununla birlikte, şüpheden mültecinin yararlandırılması, sadece ulaşılabilen tüm delillerin değerlendirilmesi ve başvuranın (sığınmacının) genel güvenilirliğinin tespit edilmiş olmasından sonra uygulanabilir. Başvuranın ifâdelerinin tutarlı ve inanılabilir olması ve genel olarak bilinen hususlara aykırılık teşkil etmemesi gerekir”.

⁶⁰² Bu hususta bkz. Office of The United Nations High Commissioner For Refugees, *Note on Burden and Standard of Proof in Refugee Claims*, 3.

§4. ÖLÇÜTLERİN DEĞERLENDİRİLMESİNDE ÖNCELİKLE ELE ALINMASI GEREKEN HUSUSLAR

I. SIĞINMACININ MENŞE⁶⁰³ ÜLKESİNİN BELİRLENMESİ

Sığınmacının mülteci statüsünün belirlenebilmesi için öncelikle menşe ülkesinin tespit edilmesi gerekmektedir. Zira sığınmacının menşe ülkesinin açığa kavuşturulması, bireyin mülteci statüsünün tanınması için taşınması gereken diğer şartların belirlenmesinde ve ölçütlerin değerlendirilmesinde önem arz edecektir (örneğin bireyin menşe ülkesinin dışında bulunması, bu ülkenin korumasından yararlanmakta olup olmaması gibi). Sözleşme'nin 1A(2) maddesi incelendiğinde, menşe ülkenin, somut durumun şartlarına göre, ya sığınmacının vatandaşlığını taşıdığı devletin ülkesi veya sığınmacı vatansız ise önceki mutad meskeninin⁶⁰⁴ bulunduğu ülke ya da sığınmacı birden fazla vatandaşlığa sahip ise, vatandaşlığını taşıdığı devletlerin herhangi birinin ülkesi olabileceği görülmektedir.

⁶⁰³ Uygulamada kimi zaman menşe ülke terimi, sadece sığınmacının vatandaşlığını taşıdığı devletin ülkesini nitelendirmek için kullanılmaktadır. Ancak çalışmada menşe ülke ifâdesini zorunlu göç ile ilişkili olan ülkeyi işaret edecek şekilde, dolayısıyla, vatansız sığınmacıların, sığınma ülkesine gelmeden önce mutaden ikamet ettikleri ülkeyi de kapsayacak biçimde kullanmayı tercih ettik. Nitekim göç terminolojisinde de menşe ülke terimi, “göç akınlarının (yasal ya da yasadışı) kaynağı durumundaki ülke” olarak tanımlanmıştır: ULUSLARARASI GÖÇ ÖRGÜTÜ, «Menşei Ülke», ed. Bülent Çiçekli, *Göç Terimleri Sözlüğü*, 2009, 41, <http://www.turkey.iom.int/documents/goc_terimleri_sozlugu.pdf> (E.T.: 12.12.2012). Benzer bir kullanım, yani menşe ülkenin hem herhangi bir vatandaşlığı hâiz olan sığınmacıların vatandaşlığını taşıdıkları ülkeyi hem vatansızlar için mutaden ikamet ettikleri ülkeyi niteleyecek şekilde değerlendirilmesi, AB Vasıf Yönergesi'nde de benimsenmiş olan bir yaklaşımdır: bkz. AB Vasıf Yönergesi, md. 2(n).

⁶⁰⁴ Sözleşme'nin 1A(2) hükmünün resmî Türkçe çevirisinde, vatansızların menşe ülkesine yönelik olarak kullanılan “evvelce mutaden ikamet ettiği memleket” ifâdesi, Sözleşme'nin İngilizce metninde yer alan “*habitual residence*” ve Fransızca metninde yer alan “*résidence habituelle*” terimlerinin çevirisidir. Belirtilen terimler ise, Türk hukukunda “mutad mesken” olarak olarak adlandırılmaktadır: bkz. ERGİN NOMER, *Devletler Hususi Hukuku* (İstanbul, 2013), 121; CEMAL ŞANLI, EMRE ESEN, ve İNCİ ATAMAN FIGANMEŞE, *Milletlerarası Özel Hukuk* (İstanbul, 2013), 30. Bu sebeple, vatansızların menşe ülkesinin “önceki mutad meskenleri” olduğu hususunda bir tereddüt söz konusu olmamalıdır.

A. Bir ya da Daha Fazla Devletin Vatandaşlığını Hâiz Olan Sığınmacılar

Açısından

Sığınmacının menşe ülkesinin tespitinde öncelikle belirlenmesi gereken husus, bu bireyin bir devletle arasında vatandaşlık bağı olup olmadığıdır. Sözleşme hükümleri incelendiğinde, vatandaşlığın tespitine dair herhangi bir kuralın öngörülmediği anlaşılmaktadır. Bu durumu olağan karşılamak gerekir; zira vatandaşlık hukukunda, devletlerin kendi vatandaşlarını belirlemeleri hususunda münhasır/mahfuz bir yetkiye (*exclusive domestic jurisdiction*) sahip oldukları kabul edilmektedir⁶⁰⁵. Şu halde, sığınmacının vatandaşlığı tayin edilirken de, bu kişinin vatandaşlığını taşıdığı düşünülen devletin hukukuna göre vatandaş olarak tanınıp tanınmadığının belirlenmesi gerekir. Bu hususta ilk olarak bireyin vatandaşlığının kanıtı olarak kabul edilebilecek bir pasaport veya pasaport yerine geçebilecek bir belgenin varlığı aranacak⁶⁰⁶, sığınmacı ile söz konusu devlet arasındaki hukukî bağ bu şekilde anlaşılmış olacaktır.

⁶⁰⁵ BM Yürütme Kurulu'nun BMMYK'nın Vatansızlığa Yönelik Faaliyetlerine İlişkin Notu'nda, bir bireyin belirli bir devletin vatandaşı olup olmadığı hususunun sadece söz konusu devlet tarafından belirleneceği belirtilmiştir: UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), *Note on UNHCR and Statelessness Activities*, 30 May 1997, EC/47/SC/CRP.31, para. 13, <<http://www.refworld.org/docid/3dd3a7627.html>> (E.T.: 21. 12.2012). Yürütme Kurulu'nun Notu'nda yer alan bu ifade, kaynağını, uluslararası hukukta tartışma götürmeksizin kabul edilen “her devlet, hangi kişilerin kendi vatandaşı bulunduğunu kanunları ile tayin etmek serbestisine sahiptir” ilkesinden almaktadır. Bu ilkeye göre, “hiç bir devlet diğer bir devletin vatandaşlarını tayin yetkisine sahip değildir”: ilgili prensibe yönelik olarak alıntılanan aktarımlar için bkz. ERGİN NOMER, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (İstanbul, 2010), 5. Devletin, vatandaşlığa ilişkin sahip olduğu bu yetki “mahfuz/münhasır” bir yetki (*exclusive domestic jurisdiction*) olup vatandaşlığın ortaya çıkışı kadar eski bir geçmişe sahiptir; günümüzde ise tüm bağımsız devletlerce benimsendiği kabul edildiğinden genel bir hukuk ilkesi olarak değerlendirilmektedir: mahfuz yetkiye ilişkin ayrıntılı bilgiler için bkz. GÜLİN GÜNGÖR, *Tâbiyet Hukuku Gerçek Kişiler - Tüzel Kişiler - Şeyler* (Ankara, 2012), 12–19; ayrıca bkz. RONA AYBAY, *Vatandaşlık Hukuku* (İstanbul, 2006), 15–16; VAHİT DOĞAN, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (Ankara, 2009), 21; TURGUT TURHAN ve FERİHA BİLGE TANRIBİLİR, *Vatandaşlık Hukuku Ders Notları* (Ankara, 2009), 23; ERGİN NOMER, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, 5. Bu ilke, milletlerarası hukuktaki pozitif düzenlemelere de aktarılmış; 13. 04. 1930 tarihli (ve 1937 yılında yürürlüğe giren) Vatandaşlık Kanunları İhtilafına İlişkin Bazı Sorunlar Hakkında Lahey Sözleşmesinin 1. maddesinde ve 06.11.1997 tarihli Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'nin 3(1). maddesinde kendine yer bulmuştur.

⁶⁰⁶ Uluslararası hukukta ve devletlerin iç hukukunda pasaport veya pasaport yerine geçen belgelerin vatandaşlığın kanıtı olarak kabul edilmesi hususunda ayrıntılı incelemeler ve bu eğilimin tarihçesi ve gelişimi hakkında bkz. JOHN C. TORPEY, *The Invention of the Passport: Surveillance, Citizenship, and the State* (Cambridge, 2000); DARREN J. O'BYRNE, «On Passports and Border Controls», *Annals of Tourism Research* 28, sayı 2 (2001): 399–416.

Ancak, böyle bir bağın var olup olmadığı, belirtilen araçlar vasıtasıyla anlaşılamazsa ne olacaktır? Gerçekten de sığınmacıların kaçış hâlindeki bireyler olduğu ve çoğunlukla tâbiyetinde bulundukları devlet tarafından zulme maruz bırakıldıkları göz önüne alındığında, beraberlerinde tâbiyetinde bulundukları devlet ile aralarındaki hukukî bağı kanıtlayan bir belge olmaması olağan karşılanabilir. Böylesi bir durumda vatandaşlığın nasıl tespit edilebileceğine dair, El Kitabı yol gösterici bir takım düzenlemeler sunmuştur. El Kitabı'na göre, bireyin taşıdığı pasaport, vatandaşlığına ilişkin bir karine oluşturmakla birlikte, böyle bir belgenin olmaması durumunda sığınmacının diğer ifâdelerinin geçerliliğine dayanılarak vatandaşlık konusundaki iddialarının değerlendirmesi yapılabilecektir⁶⁰⁷. Öte yandan, vatandaşlığının hiçbir şekilde belirlenebilmesi mümkün değil ise, o zaman sığınmacı vatansız gibi değerlendirilecektir⁶⁰⁸.

Sığınmacı kimi zaman birden fazla devletin vatandaşlığını taşıyabilir. Sözleşme'nin 1A(2) maddesinde, bu durumda ilgili kişinin “vatandaşlığını taşıdığı ülke” ifadesinin vatandaşlığın kaynağı olan devletlerin herbirinin ülkesi olarak anlaşılabileceği düzenlenmiştir. Bu durumda menşe ülkenin, bireyin vatandaşlığını taşıdığı ve mültecilik iddiasına konu olan hadiselerle bağlantılı olan ülke olarak kabul edilebileceği belirtilebilir. Bununla birlikte sığınmacının mülteci statüsünün tanınabilmesi için vatandaşlığını taşıdığı devletlerin herhangi birinin ulusal korumasından faydalanamamakta olması da gerekmektedir (Sözleşme md. 1A(2))⁶⁰⁹.

B. Vatansızlar Açısından

1951 Sözleşmesi'ne göre, vatansız bir sığınmacının menşe ülkesinin, bu bireyin önceki mutad meskeninin bulunduğu ülke olduğu belirtilebilir⁶¹⁰. Mutad mesken

⁶⁰⁷ El Kitabı, para. 93.

⁶⁰⁸ Ibid, para.89.

⁶⁰⁹ Bu husustaki açıklamalarımız için bkz. aşı. §5.III.A.3

⁶¹⁰ Bkz. yuk. §4.I. Bu noktada belirtmek gerekir ki, önceki mutad mesken ülkesi sadece vatansızlar açısından menşe ülke olarak değerlendirilebilir. Sığınmacının herhangi bir devletin vatandaşlığını hâiz olduğu sabit ise, önceki mutad meskeninin bulunduğu ülkede zulüm korkusu yaşamış veya yaşayabilecek

kavramı ise günümüzde özellikle uluslararası özel hukuka ilişkin sözleşmelerde ve milli hukuklarda uygulanacak hukukun belirlenmesi ve mahkemelerin milletlerarası yetkisinin tayininde yaygın olarak kullanılan bir bağlama noktası hâline gelmiştir⁶¹¹. Esasen, kavramın bu yöndeki gelişimi ile vatansızlık hâli oldukça yakın bir ilişki içerisindedir. Zira özellikle vatandaşlığı en temel bağlama noktası olarak kabul eden geleneksel anlayışın değişip, mutad mesken kavramının yaygın bir şekilde kullanılmasında Dünya Savaşları sonrasında vatansız kalan milyonlarca kişinin şahsî statülerinin belirlenmesindeki zorluk etkili olmuştur⁶¹².

Mutad mesken kavramının yeknesak bir tanımına ulaşmak zor olsa da⁶¹³ bu kavramın en önemli özelliği, kişi ile belirli bir toprak parçası arasındaki bağın fiilen tesis

olması değerlendirmeye alınmamalıdır. Sözleşme'nin bu husustaki lafzı açık olmakla birlikte, Çek Cumhuriyeti Yüksek Mahkemesi önüne gelen bir davada, sığınmacı bir vatandaşlığı hâiz olmasına rağmen, son mutad mesken ülkesindeki olayları sebep göstererek mülteci statüsünün tanınmasını talep etmiştir. Mahkeme, Sözleşme'nin lafzına uygun bir şekilde, AB ortak sığınma sisteminin hukukî mevzuatının bu hususta açıkça sadece vatansız kişiler için önceki mutad mesken ülkesinin, statü belirleme ölçütlerinin değerlendirilmesinde dikkate alınacağını düzenlediğini teyit etmiştir: Bkz. Czech Republic - Supreme Administrative Court, *V.S. v Ministry of Interior*, 25 Nov 2011, 6 Azs 29/2010-85, <[http://www.asylumlawdatabase.eu/en/case-law-search?f\[0\]=field_keywords%3A22](http://www.asylumlawdatabase.eu/en/case-law-search?f[0]=field_keywords%3A22)> (E.T.: 21. 12. 2012). Belirttiğimiz husus, tersinden ele alındığında da aynı sonucu doğurabilecektir. Yani sığınmacının vatandaşlığını taşıdığı devletin ülkesiyle, mutaden yaşadığı ülkenin farklı olması durumunda, ilgili bireyin mutad meskeninin bulunduğu ülke açısından zulüm korkusu taşımaması, tek başına statüsünün tanınmamasına neden olmamalıdır. Burada değerlendirilmesi gereken, bireyin vatandaşı olduğu devletin ülkesinde zulme maruz kalıp kalmayacağıdır. Böyle bir duruma örnek olarak Kanada Federal Temyiz Mahkemesi'nin *Hurt v. Minister of Manpower and Immigration* kararı verilebilir. Kararda, Mahkeme, Polonya vatandaşı olup (Batı) Almanya'da yerleşik olan sığınmacının mülteci statüsünü, Almanya'da zulüm ihtimâline maruz kalmayacağı gerekçesiyle tanımayan Göç Temyiz Kurulu'nun kararını bozmuş ve asıl değerlendirilmesi gerekenin bu kişinin Polonya'ya döndüğünde zulme maruz kalıp kalmayacağı olduğuna hükmetmiştir: *Hurt v. Canada (Minister of Manpower & Immigration)* (1978), 2 F.C. 340 (C.A.) naklen, JAMES C. HATHAWAY, *Refugee Status*, 56. Ancak, vurgulamak gerekir ki, eğer sığınmacı, mutad mesken ülkesi de dâhil olmak üzere, menşe ülkesi dışında bir başka ülkede vatandaşa benzer hakları hâiz ise bu durum statüsünün tanınmamasına sebep olabilir. Söz konusu duruma ilişkin açıklamalarımız için bkz. §6.I.B.

⁶¹¹ CEMAL ŞANLI, EMRE ESEN, ve İNCİ ATAMAN FİĞANMEŞE, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 30, 31.

⁶¹² DAVID F. CAVERS, «Habitual Residence: A Useful Concept», *American University Law Review* 21 (1972 1971): 476. Buna ek olarak, vatandaşlık dışında kullanılan bir diğer bağlama noktası olan ikametgâhın da, farklı ülkelere göre farklı şekillerde yorumlanması, mutad meskenin gittikçe daha fazla uygulama alanı bulmasına neden olmuştur: Ibid., 480, 481; FARUK KEREM GİRAY, *Milletlerarası Özel Hukukta Kaçırılan veya Alınan Çocukların İadesi* (İstanbul, 2010), 55.

⁶¹³ Giray, mutad mesken tanımının belirli bir tanımının bulunmamasını kavramın hukukî bir nitelik taşımaktan ziyade bağımsız olması ile ilişkilendirmiştir: FARUK KEREM GİRAY, *Çocukların İadesi*, 54.

edilmiş olmasına dayanmasıdır⁶¹⁴. Bu noktada *Clive*’ın da vurguladığı gibi, kişinin herhangi bir yerde bir süredir yaşamakta olması, mutad mesken açısından diğer subjektif argümanların önüne geçmektedir⁶¹⁵. Bir başka ifâde ile kişinin belirli bir yerde bir süredir yaşarken, oraya sürekli olarak yerleşme niyetinin bulunmaması, söz konusu yerin o kişi açısından mutad mesken olarak kabul edilmesini engellememektedir⁶¹⁶. Bununla birlikte, ilgili toprak parçası ile birey arasındaki fiilî ilişki içerisinde, bireyin hayat faaliyetlerini ağırlıklı olarak bu toprak üzerinde sürdürmesi de etkili olmaktadır. Nitekim buradan yola çıkılarak mutad meskenin “sosyal ikametgâh” olarak da nitelendirilebileceği iddia edilmiştir⁶¹⁷. Bu bağlamda mutlaka bir tanım vermek gerekirse, mutad mesken genel bir ifâde ile bireyin fiilen oturduğu ve hayat ilişkilerinin yoğunlaştığı bir yer olarak tarif edilebilir⁶¹⁸.

Bu noktada, mülteci statüsünün belirlenmesine yönelik ölçütlere ilişkin olarak, vatansız kişiler açısından Sözleşme’nin mutad mesken ülkesini temel alması şaşırtıcı olmamalıdır. Zira herhangi bir vatandaşlığı hâiz olmayan bireylerin fiilî olarak yakın bir bağa sahip oldukları yer, mutad meskenleri olarak tezahür edecektir. Böylece, ikametgâh teriminin farklı veya katı yorumlarına yer vermeksizin, vatansızların menşe ülkesi nispeten daha kolay değerlendirilebilecektir. Nitekim 1951 Sözleşmesi’nin amacı ve konusu doğrultusunda, “önceki mutad meskeninin bulunduğu ülke” ifâdesini dar

⁶¹⁴ “Bu bağ kişinin burayı mutaden kullanması ile oluşmuştur”: DAVID F. CAVERS, «Habitual Residence», 483; bu hususta ayrıca bkz. ZİYA AKINCI ve CEMİLE DEMİR-GÖKYAYLA, *Milletlerarası Aile Hukuku* (İstanbul, 2010), 215; AYSEL ÇELİKEL ve BAHADIR ERDEM, *Milletlerarası Özel Hukuk* (İstanbul, 2012), 270; VAHİT DOĞAN, *Milletlerarası Özel Hukuk* (Ankara, 2010), 133; GÜLÖREN TEKİNALP ve AYFER UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, *Milletlerarası Özel Hukuk* (İstanbul, 2011), 68; CEMAL ŞANLI, EMRE ESEN, ve İNCİ ATAMAN FİĞANMEŞE, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 34.

⁶¹⁵ ERIC M. CLIVE, «The Concept of Habitual Residence» (1997): 307, naklen, PIPPA ROGERSON, «Habitual Residence: The New Domicile?», *International and Comparative Law Quarterly* 49, sayı 1 (2000): 88, 93; ayrıca bkz. IŞIL ÖZKAN, *Devletler Özel Hukukunda İkametgah, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi* (Ankara, 2003), 34.

⁶¹⁶ PIPPA ROGERSON, «Habitual Residence», 94, 95.

⁶¹⁷ LOUIS IZAAK WINTER, «Nationality or Domicile? The Present State of Affairs», *Recueil des cours Académie de droit international (RCADI)* 3 (1969): 430–436; naklen, DAVID F. CAVERS, «Habitual Residence», 485.

⁶¹⁸ CEMAL ŞANLI, EMRE ESEN, ve İNCİ ATAMAN FİĞANMEŞE, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 34 vd.

yorumlamamak gerekir⁶¹⁹. Şu hâlde mülteci statüsünün belirlenmesi kapsamında vatansızların önceden mutaden mesken edindikleri ülkenin tespitinde, genel ve objektif kriterlerden hareket etmek yerinde olacaktır. Öyle ki, sığınmacının mutad meskeni belirlenirken, kişinin bu yerde yerleşik olma hâlinin mutlaka ve açıkça bulunduğu ülkenin hukukuna uygun olarak tanınmış olması aranmayabilir. Bir başka ifâde ile kişinin bulunduğu ülkede yerleşik olması o ülkenin yasalarına uygun olmasa da; kendisine bu hususta müsamaha gösterilmiş ise mutad meskenin teşekkül ettiğinden söz edilebilmelidir⁶²⁰.

Konuya ilişkin olarak üzerinde durulması gereken bir husus da, vatansız sığınmacının sığınma başvurusunda bulunduğu ülkeye gelmeden önce birden fazla ülkede mutad mesken edinmiş olmasıdır. Acaba bu durumda vatansızın menşe ülkesi nasıl belirlenecektir? Bu sorunun cevabını El Kitabında yapılan ve sığınmacılar bakımından genel olarak kabul gören mutad mesken tanımında bulabilmek mümkündür. El Kitabı bu hususta, ilgili ifâdenin Sözleşme’nin hazırlık çalışmaları sırasında, vatansız sığınmacının “*daha önce yerleşik olduğu ve zulüm korkusuna maruz kaldığı veya geri döndüğünde zulme maruz kalmaktan korktuğu ülke*” olarak tanımlandığını belirtmektedir (para. 103).

⁶¹⁹ Bu noktada çarpıcı bir örneği Kanada’dan verebilmek mümkündür. Kanada’da genel olarak mutad meskenin belirlenmesi için üç unsura dayanan bir “test” uygulanmaktadır. Buna göre, mutad meskenin belirlenmesinde şu kriterlerin sağlanması gerekir: (1) bireyin burada belirli bir süre ikamet ettiği/etmekte olduğu varsayılabilir (2) bireyin burada fiilen yerleşik bulunması gerekir (3) birey, buradan ayrıldığında, tekrar dönebilme hakkını hâiz olmalıdır. Vatansız sığınmacıların mutad mesken ülkelerine geri dönememekte olmaları, Kanada hukukundaki bu testin söz konusu bireyler için katı yorumlanmasına ve bu kişilerin mutad meskenlerinin belirlenememesine sebep olmuştur. Kanada Federal Mahkemesi, bu soruna *Maarouf v. Canada* davasında verdiği kararla çözüm getirmiştir. Kararda, Yargıç *Cullen*, “daha önceki mutad meskeninin bulunduğu ülke” ifâdesinin, bireyin ikame korumadan faydalanmasını engelleyecek biçimde katı yorumlanmaması gerektiğini belirtmiş; mutad meskenin tespiti için aranan “geri dönme hakkının bulunması” şartının sığınmacılar açısından aranmaması gerektiğine hükmetmiştir. bkz. *Maarouf v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 723, Canada: Federal Court, 13 December 1993 (Kanada), <<http://www.refworld.org/docid/47bda74c2.html>> (E.T.: 25. 09. 2012).

⁶²⁰ Bu hususta bkz. İŞİL ÖZKAN, *Devletler Özel Hukukunda İkametgah, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi*, 37. Konu ile ilgili olarak Alman İdare Mahkemesi’nin 2009 tarihli bir kararı örnek gösterilebilir. Kararda, Mahkeme, vatansız sığınmacının mutad meskeninin mutlaka yasal bir niteliği hâiz olması gerekmediğini belirtmiştir. Mahkeme’ye göre, mutad meskenin belirlenmesinde önemli olan hususlar, kişinin hayatının odaklandığı yer ve burada azımsanmayacak bir süre geçirmiş olması ve yetkili otoritelerin kişinin burada yerleşik bulunma hâlini engelleyecek herhangi bir tedbir almamış (fiilî duruma müsamaha göstermiş) bulunmasıdır. Germany - Federal Administrative Court, 26.02.2009, 10 C 50.07, <<http://www.asylumlawdatabase.eu/en/case-law/germany-federal-administrative-court-26-february-2009-10-c-5007#content>> (E.T.: 21. 12. 2012).

Bu bağlamda, vatansız sığınmacının birden fazla ülkede mutad meskeni bulunması hâlinde, mültecilik iddiasına konu olan zulüm ihtimâli ile bağlantılı olan ülkenin bu birey açısından menşe ülke olarak nitelenmesi mümkün olabilecektir⁶²¹. Kimi zaman vatansız sığınmacı, önceki mutad meskenlerinin birden fazlasına ilişkin olarak zulüm korkusu da taşıyabilir. El Kitabı’ndan, bu ülkelerin herhangi birinin menşe ülke olarak kabul edilebileceği anlaşılmaktadır⁶²².

II. SIĞINMACININ ÜLKESEL KONUMUNUN BELİRLENMESİ

Statü belirleme ölçütlerinin değerlendirilmesinde öncelikle ele alınması gereken diğer bir husus da sığınmacının ülkesel konumuna ilişkindir. Ülkesel konum bakımından aydınlatılması gereken iki durum söz konusudur. Bunlardan ilki, sığınmacının mülteci statüsünün tanınması yönündeki talebini sunduğu sırada bulunduğu ülkesel konum; ikincisi de, mültecilik iddiasına sebebiyet veren olayların meydana geldiği sırada sahip olduğu ülkesel konumdur. İlk durum, sığınmacının sığındığı devlet bakımından yabancı olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği; ikinci durum ise bu bireyin menşe ülkesi dışında iken de mültecilik hâline girip giremeyeceği ile ilgilidir.

1951 Sözleşmesi’nin 1A(2). maddesinde yer alan mülteci tanımına göre; bir bireyin mülteci statüsü şartlarını taşıyabilmesi için *inter alia*, “*vatandaşı bulunduğu ülkenin dışında bulunması, vatansız ise, önceden mutaden yaşadığı ülkenin dışında bulunması (outside the country of his former habitual residence)*” gerekmektedir. Böylece sığınmacı bireyin, sığınma talep ettiği devlet açısından yabancı konumunda bulunması öngörülmüştür⁶²³. Elbette sığınmacının sığındığı devlet bakımından yabancı olarak nitelendirilmesinin, statü belirleme konusunda bir takım sonuçları olacaktır. Bu sebeple ilk olarak bu sonuçların irdelenmesi gerekecektir.

⁶²¹ ATLE GRAHL-MADSEN, *Status*,162.

⁶²² Bkz. El Kitabı, para. 104.

⁶²³ Mülteci statüsünün özelliklerinden biri olarak statünün yabancılara mahsus olmasına ilişkin açıklamalarımız için bkz. yuk. §1.III.B.

Sözleşme, ülkesel konuma ilişkin olan ikinci durum bakımından, ilk durum açısından olduğu kadar net bir görünüm sergilememiştir. Bir başka deyişle, sığınmacının, mültecilik hâline sebebiyet verecek olayların meydana geldiği sırada menşe ülkesinde bulunup bulunmaması gerektiği belirli değildir. Bu sebeple ikinci olarak incelenmesi gereken husus, sığınmacının, sığınma aramak için değil de başka sebeplerle menşe ülkesi dışında bulunduğu, mültecilik iddiasının değerlendirmeye alınıp alınamayacağına yöneliktir.

A. Menşe Ülkesinin Dışında Bulunma (Yabancı Olma) Şartının Sağlanması

1951 Sözleşmesi'nin 1A(2). maddesinde sığınmacının mülteci statüsünün tanınabilmesi için menşe ülkesi dışında bulunmasının yani sığındığı devlet bakımından yabancı olma şartının aranmasının, sonuçları bakımından iki hususun açığa kavuşturulmasını gerekli kıldığı belirtilebilir. Bu bağlamda üzerinde durulması gereken konular; ülkesinde yerinden edilmiş kişilerin mülteci statüsü belirleme değerlendirilmesinin dışında bırakılıp bırakılamayacağı ve diplomatik temsilciliğe sığınan bireyler bakımından nasıl bir yol izleneceğine ilişkindir.

1. Ülkesinde Yerinden Edilmiş Kişilerin Mülteci Statüsü Belirleme

Değerlendirmesinin Dışında Bırakılması

1951 Sözleşmesi'nde sığınmacının mülteci statüsünün tanınabilmesi için öncelikle bu kişinin sığındığı devlet bakımından yabancı statüsünde bulunması şartının aranması, ülkesinde yerinden edilmiş kişilerin⁶²⁴ Sözleşmenin kapsamı dışında kalması sonucunu doğurmuştur. Sözleşme oluşturulurken bu kişilerin kapsam dışında bırakılması yönünde bir tercih kullanılmasının üç sebebe dayandığı belirtilmektedir⁶²⁵. İlk sebep, Sözleşme'nin belirli bir amaç doğrultusunda ve sınırlı uluslararası kaynaklar çerçevesinde şekillendirilmiş olmasıdır⁶²⁶. Gerçekten de Sözleşme'nin İkinci Dünya

⁶²⁴ Ülkesinde yerinden edilmiş kişi teriminin anlamı için bkz. yuk. §1.IV.A.

⁶²⁵ JAMES C. HATHAWAY, *Refugee Status*, 30, 31.

⁶²⁶ Ibid., 30.

Savaşı sonrasında, Soğuk Savaş döneminin şartları dâhilinde ortaya çıkan mülteci sorununa acil bir çözüm bulunması amacıyla oluşturulduğu göz önüne alındığında, ülkesinde yerinden edilmiş kişiler hususunun bu amaçla ilgisiz kaldığından söz edilebilir. Zira Sözleşme'nin amacı, kavramsal anlamdaki mültecilik hâlini ortaya koymak ve bu duruma köklü bir çözüm aramak değil, mülteci kavramının içerisinde dönemin şartlarına uygun bir statü çıkarmak ve korumayı da bu çerçevede sağlamak olmuştur⁶²⁷. Özellikle Avrupa coğrafyasındaki hareketlenmelerin tanımın oluşumunda etkili olduğu hatırlandığında, ülkesinde yerinden edilmiş kişilerin Sözleşme'nin ilgi alanına girmemesini de olağan karşılamak gerekecektir.

Konu ile ilgili olarak, hazırlık çalışmalarına da dayanılarak ileri sürülen ikinci neden ise Sözleşme'nin uygulanmasına yönelik kaygılardır⁶²⁸. Bu kaygıların temel aldığı hususlar şu şekilde özetlenebilir: *“ülkesinde yerinden edilmiş kişilerin Sözleşme kapsamına dâhil edilmesi durumunda, bir takım ülkeler, kendi vatandaşlarının refahının sağlanması sorumluluğunu diğer ülkelere kaydırmak isteyebilirdi. Ayrıca bu durumda, Sözleşme'ye taraf olan devletlerin sorumluluğunun artırılması gerekeceğinden, Sözleşme rejimine oldukça az sayıda devletin katılım göstermesi söz konusu olabilirdi”*⁶²⁹.

Ülke dışılık unsurunun statü şartlarından biri olarak belirlenmesi ve bu sayede ülkesinde yerinden edilmiş kişilerin kapsam dışında bırakılmasının üçüncü ve en önemli nedeni ise devlet egemenliği ile ilişkilidir⁶³⁰. Eğer, kişi, vatandaşı olduğu veya vatansızsa, mutaden ikamet etmekte olduğu devletin ülkesini terk etmemişse, hâlâ bu devletin münhasır yetki alanı içerisinde sayılacaktır. Dolayısıyla, Sözleşme aracılığıyla bu bireylere bir başka devlet tarafından koruma sağlanmaya çalışılması bireyin bulunduğu devletin egemenlik alanına müdahale edilmesi anlamına gelebilecektir.

⁶²⁷ Bkz. yuk. §1.II.

⁶²⁸ JAMES C. HATHAWAY, *Refugee Status*, 30.

⁶²⁹ Ibid, 30 vd.

⁶³⁰ Ibid, 31; ayrıca bkz. GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 356, 357.

2. Diplomatik Temsilciliklere Sığınma Hâli ile İlgili Hususlar

1951 Sözleşmesi'nde "ülke dışında bulunma" unsuruna vurgu yapılması ile Sözleşme kapsamı dışına çıkarılan bir durum da sığınma arayan kişinin menşe ülkesi içerisindeki yabancı bir devletin elçiliğine sığınmasıdır. Böyle bir durumda bireyin mülteci statüsünün tanınmayacağı açıktır. Ancak bunun kadar açık olmayan bir hâl daha söz konusudur. O da bireyin, menşe ülkesinden farklı bir ülkede bulunan üçüncü bir devletin diplomatik temsilciliğine sığınmasıdır. 1951 Sözleşmesi'nde sığınmacının "ülke dışında" bulunması mültecilik hâlinin resmen tanınabilmesi için bir şart olarak öngörülmüş olmasına rağmen, sığınma talebinin sığınılan devletin ülkesel sınırları içerisinde yapılması bir zorunluluk olarak düzenlenmemiştir. Esasen, Sözleşmede bu hususta hiçbir hükme yer verilmemiş; sessiz kalınmıştır. Bu bağlamda, söz konusu durumdaki bir bireyin mülteci statüsünün tanınmasına kural olarak Sözleşme çerçevesinde bir engel bulunmadığı belirtilebilir. Ancak bireyin mülteci statüsünün kendisine tanıdığı haklardan ve güvencelerden faydalanabilmesi için diplomatik temsilciliğin bulunduğu devletin (kabul eden devletin), gönderen devletin statü tanıma kararına saygı göstermesi, geri gönderme yasağına uygun hareket etmesi ve ilgilinin rızası dâhilinde ülke dışına çıkmasına izin vermesi gerekmektedir. UAD'nin Sığınma Davası'nda verdiği karar uyarınca, kabul eden devletin belirtilen şekilde davranması yönünde (aksini öngören bir uluslararası sözleşme hükmünün ya da bir bölgesel teamül hukuku kuralının yokluğunda) uluslararası hukuktan kaynaklanan bir zorunluluk bulunmamaktadır⁶³¹. Bu sebeple kanımızca, üçüncü bir ülkenin diplomatik temsilciliğine sığınan bir bireyin mülteci statüsü Sözleşme ekseninde tanınabilse dahi, statünün fiilen etki doğurabilmesi, diplomatik temsilciliği kabul eden devletin, gönderen devletin statü tanıma kararına saygı gösterme hususundaki takdir hakkına bağlı olacaktır.

⁶³¹ Bkz. yuk. §1.I.A.1.

B. Yerinde (*Sur Place*) Mültecilerin Durumu

Sığınmacının ülkesel konumu ile ilgili olan bir husus da, bu bireyin mültecilik hâline girmesine sebebiyet verebilecek olayların meydana gelmesi sırasında menşe ülkesi içerisinde olup olmamasına ilişkindir. Gerçekten de, birey herhangi bir sebeple menşe ülkesi dışında bulunmakta iken, çeşitli nedenlerle (örneğin, menşe ülkesindeki rejim değişikliği, iç karışıklıklar, savaş gibi; ya da kendisinden kaynaklanan sebeplerle) ülkesine döndüğünde zulme maruz kalabileceğinden korku duyabilir. Bu durumda söz konusu bireyin mültecilik hâli tanınabilecek midir?

1951 Sözleşmesi bu konuda sessiz kalmıştır. Ancak Sözleşme'nin bu konu ile ilgili olarak herhangi bir hükme yer vermemiş olması, bireylerin menşe ülkelerinin dışında bulunmaktayken de mültecilik hâline girebileceklerinin kabul edildiği anlamına gelecek şekilde yorumlanmaktadır. Zira Sözleşme'de açıkça böyle bir durumun statünün tanınmasına engel teşkil edeceği düzenlenmemiştir⁶³². Kaldı ki, Sözleşme uyarınca statünün tanınması için kişinin zulme maruz kalmış olması da şart koşulmamış; zulme maruz kalma ihtimâlinin bulunması yeterli sayılmıştır. O hâlde, menşe ülkesinin dışındayken de mültecilik hâline girilebildiğine göre, bu fiilî hâlin Sözleşme çerçevesinde hukuken tanınmasına engel bulunmamalıdır. Nitekim BMMYK'da bu hususa net bir şekilde olumlu yaklaşmış ve bir kişinin menşe ülkesini sığınma aramak amacının dışında bir başka amaçla terk ettikten sonra, bulunduğu yerde, mülteci hâline gelebileceğini; yani “yerinde (*sur place*) mülteci” olabileceğini belirtmiştir⁶³³. BMMYK, El Kitabı'nda yerinde mültecileri şu şekilde tanımlamıştır: “*menşe ülkesini terk ettiğinde mülteci olmayan ancak, daha sonraki bir zamanda mültecilik hâline giren bireyler*”⁶³⁴.

⁶³² Tam tersine, Sözleşme'nin hazırlık çalışmaları sırasında mülteci tanımının, yerinde mültecileri de kapsayacak şekilde anlaşılması gerektiğinin üzerinde durulmuştur. Bu hususta bkz. U.N. Doc. E/AC.32/SR 17, 3, February 6 1950 ve U.N. Doc. A/CONF.2/SR. 23, July 16, 1951, naklen JAMES C. HATHAWAY, *Refugee Status*, 33, dn. 25.

⁶³³ El Kitabı paras. 94-96.

⁶³⁴ Ibid, para. 94.

BMMYK'nın yaklaşımına paralel olarak uygulamada da yerinde mültecilerin statü değerlendirilmesine alındıkları görülmektedir⁶³⁵.

§5. STATÜNÜN TANINMASINA YÖNELİK ÖLÇÜTLER

1951 Sözleşmesi'nin 1. maddesinin A(2) hükmüne göre, menşe ülkesinin dışında bulunan yabancı bir bireyin mülteci statüsünün tanınabilmesi için değerlendirilmesi gereken, birbiriyle bağlantılı olan üç ölçüt söz konusudur. Bu ölçütler, bireyin (1) haklı nedenlere dayanan zulüm korkusuna sahip olması (haklı nedenlere dayanan zulüm korkusu), (2) haklı nedenlerle korkulan zulmün; bireyin ırkı, dini, milliyeti, sosyal gruba mensubiyeti veya siyasî görüşüne yönelik olması (zulüm ihtimâlinin belirli sebeplerden kaynaklanması) ve (3) bireyin ırkı, dini, milliyeti, sosyal gruba mensubiyeti veya siyasî görüşü yüzünden sahip olduğu haklı nedenlere dayanan zulüm korkusu sebebiyle menşe ülkesinin korumasından yararlanmıyor veya yararlanmak istemiyor (vatansız ise oraya dönemiyor veya dönmek istemiyor) olması (belirli sebeplerden kaynaklanan zulüm ihtimâli nedeniyle sığınmacının menşe ülkesinin korumasından yararlan(a)maması veya bu ülkeye dön(e)memesi)dir.

I. HAKLI NEDENLERE DAYANAN ZULÜM KORKUSU

“Haklı nedenlere dayanan zulüm korkusu”, 1951 Sözleşmesinde, mülteci statüsünün tanınmasına yönelik olarak düzenlenmiş bulunan en temel ölçüttür. Zira bu

⁶³⁵ Örneğin, AB hukukunda, Vasıf Yönergesi'nin 5. maddesinde, BMMYK'nın yerinde mülteci tanımı ile uyum içerisinde olacak şekilde, haklı nedenlere dayanan zulüm korkusunun sığınma başvurusunun menşe ülkesini terk ettikten sonra da oluşabileceği belirtilmiş böylece yerinde mültecilerin statülerinin tanınabilmesine cevaz verilmiştir. Gelişmiş sığınma sistemlerini hâiz AB üyesi olmayan ülkeler açısından da, yerinde mültecilik kavramının genellikle mahkeme içtihatları ile benimsendiği görülmektedir. Bu yönde içtihat oluşturan kararlardan bazıları için bkz. *Matter of Mogharrabi*, United States Board of Immigration Appeals, 12.06.1987, <<http://www.refworld.org/docid/3ae6b6b11c.html>> (E.T.: 30. 02. 2012) (ABD); *Chaudri v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1986), 69 N.R. 114 (F.C.A.) <<http://reports.fja-cmf.gc.ca/eng/1995/1995fca0221.html>>, (E.T.:30. 02. 2012); *Diallo, Abdou Salam v. M.C.I. (F.C.T.D., no. A-1157-92)*, Noël, 8.06.1995, (Kanada) naklen LEGAL SERVICES, *Interpretation of the Convention Refugee Definition in the Case Law* (Immigration and Refugee Board of Canada, 31 Aralık 2010), Chpt. 7.3, <<http://www.irb-cisr.gc.ca/eng/brdcom/references/legjur/Pages/Def2010.aspx>> (E.T.:30. 02. 2012); *Somaghi v MILGEA* (1991) 31 FCR 100, 116 (Avustralya) naklen LEGAL SERVICES, *Australia Refugee Law*, Chpt. 3–13; Refugee Appeal No. 75139, 18.11.2004, <http://www.refugee.org.nz/Casesearch/Fulltext/75139.html#REFUGEES_SUR_PLACE> (Yeni Zelanda) (E.T.: 30. 12. 2012).

ölçüt, statünün tanınmasına yönelik olan diğer ölçütlerin değerlendirilebilmesi için başat bir öneme sahiptir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, “haklı nedenlere dayanan zulüm korkusu” ölçütü, iki ayrı kriterin içiçe geçmesi ile oluşmuştur. Bu kriterler, haklı nedenlere dayanan korku (*well-founded fear*) ve zulümdür (*persecution*). “Haklı nedenlere dayanan zulüm korkusu” ölçütü, Sözleşme’de mülteci statüsünün tanınması için gerçekleşmiş bir zulüm eyleminin varlığının aranmadığına işaret eder⁶³⁶. Şu hâlde bir sığınmacının mülteci statüsünün tanınması için Sözleşme’nin aradığı en önemli anahtar, birey açısından gerçekleşmiş bir zulmün değil; zulüm ihtimâlinin söz konusu olmasıdır. Bu ihtimâl ise “haklı nedenlere dayanan korku” kriteri çerçevesinde değerlendirilmektedir. Bu sebeple söz konusu ihtimâlin nitelediği zulüm kavramının açıklamasına geçmeden önce, bu kriterin irdelenmesi yerinde olacaktır.

A. Haklı Nedenlere Dayanan Korku Kriterinin Değerlendirilmesi

1. Kriterin Sözleşme’nin Oluşum Aşaması İçerisindeki Görünümü

Sözleşme’de statünün tanınması için aranan en temel kriter haklı nedenlere dayanan zulüm korkusu olarak belirlenmiş olmakla birlikte Sözleşme içerisinde zulüm korkusundan ne anlamak gerektiği ya da hangi durumlarda bu korkunun haklı nedenlere dayanacağı konusunda bir açıklama yapılmamıştır.

Sözleşmenin oluşum aşaması incelendiğinde, ifâdenin anlamına ilişkin bir takım çıkarımlarda bulunulabilecektir⁶³⁷. Hatırlanacağı üzere, UMO’nun Kuruluş Statüsünde yer alan ve Sözleşme tanımına temel teşkil eden mülteci tanımında, *inter alia*, menşe ülkelerine geri dönmek konusunda “geçerli itirazlar” ileri sürenler mülteci olarak

⁶³⁶ Bkz. El Kitabı para. 45; JAMES C. HATHAWAY, *Refugee Status*, 104; GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 102; PIETER BOELES ve diğerleri, *European Migration Law*, 263.

⁶³⁷ Bu yönde ayrıntılı bir çalışma için bkz. THEODORE N. COX, «Well-Founded Fear of Being Persecuted: The Sources and Application of a Criterion of Refugee Status», *Brooklyn Journal of International Law* 10 (1984): 333-352.

tanımlanmıştır⁶³⁸. “Geçerli itirazlar” ifâdesi ise, makul temellere dayanan zulüm veya korku olarak belirlenmiştir⁶³⁹. UMO’nun Kılavuz Kitabı’nda ise, “makul temeller” ifâdesinin, korkunun nedeninin başvuran tarafından inandırıcı ve tutarlı bir şekilde ortaya konulması olarak anlaşılması gerektiği belirtilmiştir⁶⁴⁰. Sözleşmenin oluşum aşamasına giden yolda, “Vatansızlık ve Mültecilik Çalışması”nı oluşturan *Ad Hoc* Komite, UMO’nun “geçerli itiraz” kriteri yerine bugün Sözleşme’de kullanılan “haklı nedenlere dayanan zulüm korkusu” kriterini benimsemiştir. Komite, nihaî raporunda, “haklı nedenlere dayanan korku” ifâdesinin bireyin neden zulümden korktuğuna dair “geçerli/yerinde bir sebep (*good reason*)” göstermesi anlamına geldiğini belirtmiştir⁶⁴¹.

2. Kriterin Değerlendirilmesine Yönelik Yaklaşımlar

a. Geleneksel Yaklaşım

Sözleşmede yer alan “korku” ifâdesi, ilk bakışta, tanım içerisine subjektif bir unsurun yerleştirildiği inancını doğurmaktadır. Bu subjektif unsur, “haklı nedenler” ifâdesinin objektif niteliği ile birleştirildiğinde, hem subjektif hem objektif bir değerlendirmenin yapılması gerekliliği yönünde bir kanaat uyandırabilir. Nitekim El Kitabı’nda “haklı nedenlere dayanan korku” ifâdesinin açıklaması yapılırken bu ifâdenin subjektif ve objektif niteliğine göndermeler yapılmıştır. El Kitabı’nda, bir ruh halini niteleyen korku ifâdesinin tanıma katılmasıyla, statü belirlenmesi aşamasında subjektif bir şartın sağlanmasının öngörüldüğü vurgulanmıştır⁶⁴². Bununla birlikte, “haklı nedenler” ifâdesinin gereği olarak bu subjektif unsurun objektif bir temelde ele alınması üzerinde durulmuştur⁶⁴³. El Kitabı’nda açıklanan ve bazı uygulama

⁶³⁸ Bkz. yuk. §1.II.B.2.b.

⁶³⁹ Office of The United Nations High Commissioner For Refugees, *Note on Burden and Standard of Proof in Refugee Claims*, 4.

⁶⁴⁰ Ibid.

⁶⁴¹ Office of The United Nations High Commissioner For Refugees, *Note on Burden and Standard of Proof in Refugee Claims*, 4.

⁶⁴² El Kitabı, para. 38.

⁶⁴³ Ibid, para.39.

örneklerinde de benimsenen bu yöntem “geleneksel yaklaşım/yöntem” olarak bilinmektedir⁶⁴⁴. İlgili yöntem uyarınca iki bölümlü bir değerlendirme yapılmaktadır. İlk bölüm subjektif unsurun yani bir ruh hâli olarak korkunun değerlendirilmesidir. Bu noktada, mültecilik hâlinin tanınması için başvuran bireyin korku hâli taşıyıp taşımadığı irdelenmektedir. İkinci bölüm ise “haklı nedenler” ifâdesinin değerlendirilmesine ilişkindir. Burada amaç artık korku hâli içerisinde olduğu tespit edilmiş olan bireyin bu durumunun objektif gerekçe(ler) ile açıklanıp açıklanmayacağını belirlenmesidir.

aa. Geleneksel Yaklaşımın El Kitabı Çerçevesindeki Görünümü ve Bu Husustaki Değerlendirmemiz

i. Geleneksel Yaklaşımın El Kitabı Çerçevesindeki Görünümü

Haklı nedenlere dayanan zulüm korkusunu subjektif unsur ve objektif unsura dayanan ikili bir yapı olarak ele alan El Kitabında, öncelikle, subjektif unsurun değerlendirilmesi öngörülmüş; bu değerlendirmenin de mülteci statüsüne başvuran bireyin kişiliğinden bağımsız olarak yapılamayacağı belirtilmiştir⁶⁴⁵. Bu durum, bireylerin aynı şartlara farklı psikolojik tepkiler verebileceği gerçekliğine dayandırılmıştır. Bu bağlamda, eldeki verilerin netlik arz etmemesi hâlinde, başvuran bireyin kişisel ve aile geçmişinin irdelenmesi, belirli bir ırka, dine, milliyete, sosyal gruba âit olmasının veya siyasî görüşü desteklemesinin birey üzerinde yarattığı etkinin, baskın bir korkuya dönüşüp dönüşmediğinin değerlendirilmesinin gerekliliği söz konusu edilmiştir. Bu noktada, korkunun “makul” bir korku olduğunun tespiti gerekirken, “abartılı korku” hâlinin de tüm şartların birlikte değerlendirilmesi sonucunda, makul kabul edilebileceği belirtilmiştir.

⁶⁴⁴ ELIZABETH ADJIN-TETTEY, «Reconsidering the Criteria for Assessing Well-Founded Fear in Refugee Law», *Manitoba Law Journal* 25 (1998 1997): 128 vd.

⁶⁴⁵ Haklı nedenlere dayanan korku kriterine yönelik olarak El Kitabı’nda yapılan açıklamalar, düzenlemenin ağırlıklı olarak, 37-50. paragrafları arasında yer almaktadır. Buna ek olarak, zulüm (*persecution*) başlığı altındaki 51-53. paragraflarda da konuya ilişkin açıklamalara yer verilmiştir.

Öte yandan, El Kitabı’nda objektif unsur açısından yapılacak değerlendirmeler için ise bireyin ifâdelerinin incelenmesi gerekliliği ortaya koyulmuştur. Bu bağlamda, bireyin ifâdelerinden bağımsız olarak, tek başına menşe ülkesindeki şartların değerlendirilmemesi öngörülmüştür. Bununla birlikte, sadece başvuran bireyin ifâdelerine de bağlı kalınmaması, tüm şartların ve eldeki verilerin birlikte değerlendirilmesi gerektiği ifâde edilmiştir. Haklı nedenlerin varlığı tespit edilirken, değerlendirilecek anahtar husus, bireyin menşe ülkesinde kalmasının veya buraya geri dönmesinin onun için “katlanılamaz (*intolerable*)” bir hâl teşkil etmesi olarak belirlenmiştir. El Kitabı’na göre, birey bu hâlin ortaya çıkabileceğini makul bir seviyede kanıtlamalıdır. Bunu yaparken, sadece kişisel deneyimlerine dayanmak zorunda da değildir. Zulme sebep teşkil eden aynı bağlantıya sahip (ırk, din, milliyet, sosyal gruba mensubiyet, siyasî görüş gibi) aile bireylerinin veya yakınlarının veya bu bağlantıya sahip olan diğer bireylerin deneyimlerine de dayanabilecektir. El Kitabı’nda objektif unsur belirlenirken, dikkate alınacak bir diğer unsurun da, menşe ülkesindeki hukukî düzenlemeler ve bunların uygulamaları olduğu belirtilmiştir. Ancak, her bireyin durumunun kendi şartları içerisinde değerlendirilmesi gerektiği de vurgulanmıştır. Bu gerekliliğin gerekçesine örnek olarak, zulme maruz kalma açısından tanınmış bir bireyin, aynı durumdaki sıradan bir kişiden daha fazla riske sahip olacağı hususu verilmiştir. Böylelikle, bireye âit bir takım özelliklerin, objektif bir değerlendirme ile zulüm korkusuna sebebiyet verip vermeyeceğinin değerlendirilmesi öngörülmüştür.

ii. Değerlendirmemiz

Her ne kadar El Kitabının, haklı nedenlere dayanan korku kriterine yaklaşımı subjektif unsur ve objektif unsur üzerinden geliştirilmiş ise de, kriterin değerlendirilmesinde bir takım tutarsızlıkların olduğu da tespit edilebilir. Zira El Kitabında, önce bir ruh hâlini ortaya koyduğu kabul edilen korku ifâdesinin subjektif unsuru oluşturduğu belirtilmiş⁶⁴⁶, daha sonra da, “korku” ifâdesinin “zulüm riskinden

⁶⁴⁶ Ibid, para. 38.

kaçınmayı”⁶⁴⁷ nitelediği zikredilmiştir. Bu hususta, “korku” ifâdesinin bir ruh hâli olarak ele alınıp bu şekilde mi değerlendirilmesi gerekeceği, yoksa geleceğe yönelik bir riski nitelemesinden dolayı objektif bir çerçevede mi ele alınacağı hususunda bir netlik oluşturulmamıştır. Bununla birlikte, subjektif unsurun değerlendirilmesinde, bireyin psikolojik durumunun dikkate alınması üzerinde durulduktan sonra⁶⁴⁸, objektif unsur değerlendirmesinde, bireyin psikolojik durumunu “haklı nedenlere (*well-founded*)” dayandırabilme hususunun incelenmesi gerektiği vurgulanmıştır⁶⁴⁹. Bu noktada, son tahlilde incelenmesi gereken ve “korku”yu geçerli kılacak olan yine objektif değerlendirme olacaktır. Buradan yola çıkarak bireyin ruh hâlinin değerlendirilmesinin ne düzeyde bir etkiye sahip olacağı açıkça belirtilmemiştir.

Öte yandan, subjektif değerlendirme içerisinde ele alınabilecek hususlara örnek olarak bireyin karakter özellikleri ve zulüm nedenlerine (ırk, din, milliyet, siyasî görüş, sosyal gruba mensubiyet) bağlılık derecesi sayılmıştır. Bu incelemenin gerekçesi olarak ise, söz konusu hususlara dayanan bir ihlâlin oluşması durumunda bireyin hayatının “katlanılamaz” bir hâl alıp almayacağının tespit edilmesi gösterilmiştir. Böylelikle subjektif unsur değerlendirilmesi noktasında odaklanılan husus “korku” olmaktan ziyâde “katlanılabilirlik” olarak belirlenmiş olmaktadır. Ancak, El Kitabı, bu hususta bir tutarlılık sergilememiştir. Zira bu belirlemenin yanı sıra, zulüm nedeni olarak sayılan hususların bireyin duyduğu korku üzerindeki etkisinin de tespit edilmesi üzerinde durulmuştur. Bu durumda ortaya karmaşık bir değerlendirme sorunu çıkmaktadır: bireyin, zulüm nedenleri ile olan ilişkisi, bu ilişkinin onun hayatını “katlanılamaz” bir hale getirip getirmediğinin makul bir dereceye kadar sorgulanması amacıyla mı değerlendirilecektir, yoksa bu ilişkinin bireyin duyduğu korku üzerindeki etkisi mi sorgulanacaktır? Kaldı ki, El Kitabında subjektif değerlendirme kapsamında ele alınması tavsiye edilen özellikler (örneğin karakter özellikleri, zulüm nedenlerine bağlılık derecesi vs.) bireyin duyduğu korkunun veya içerisinde bulunduğu şartların

⁶⁴⁷ Ibid, para.45.

⁶⁴⁸ Ibid, para.40.

⁶⁴⁹ Ibid, para.41, 42.

katlanılabilirliğinin değerlendirilmesinden ziyade zulüm riskinin oluşup oluşmadığının belirlenmesine de hizmet edebilecek bireysel nitelikleri oluşturmaktadır. Şu halde bu özellikler zaten zulüm riskinin belirlenmesinde de üzerinde durulması gereken hususlara işaret etmekte ise ayrıca korku veya katlanılabilirlik üzerindeki etkilerinin sorgulanmasının nasıl bir amaca hizmet ettiği belirsizlik teşkil etmektedir.

bb.Geleneksel Yaklaşımın Uygulamadaki Görünümü

i.Subjektif Unsurun Değerlendirilmesi

El Kitabının yol gösterici niteliği hâiz olması gereken düzenlemelerindeki karmaşıklık, ülke uygulamalarında da görülmektedir. Ülke uygulamalarında, subjektif unsur olan korkunun değerlendirme kapsamına alındığı görülmekle birlikte bu değerlendirmenin tatmin edici bir çerçevede gerçekleştirilmediği tespit edilebilmektedir. Uygulamadan yola çıkarak, subjektif unsur genellikle statüsünün tanınması için başvuran bireyin sığınma ülkesine ulaşmadan önceki davranışlarına odaklanılarak değerlendirildiği anlaşılmaktadır⁶⁵⁰. Bu bağlamda bireyin; başvurusunu geç yapmış olması, transit olarak geçtiği bir başka güvenli ülkede statü başvurusunda bulunmamış olması, menşe ülkesinden kaçışını geciktirmesi, menşe ülkesinden kaçmadan önce, zulüm riskini artırabilecek davranışlarda bulunması, başvuruda bulunmadan önce menşe ülkesine kısa bir süreliğine de olsa dönmüş olması gibi sebeplere dayanılarak korku duymadığına hükmedildiği görülebilmektedir⁶⁵¹. Elbette ki bu yöndeki uygulamalar, subjektif bir ruh hâli olarak korkunun statü belirleme sürecinde irdelenmesinin ne derece sağlıklı bir çerçeveye oturtulabileceği hususunda soru işaretleri doğurmaktadır⁶⁵². Zira bireyin korku duymadığına temel teşkil eden tüm bu gerekçelerin farklı şekilde yorumlanabilmesi ve bireyin duyduğu korkunun

⁶⁵⁰ JAMES C. HATHAWAY ve WILLIAM S. HICKS, «Subjective Element», 525.

⁶⁵¹ Bu gerekçelere dayanan uygulama örnekleri için bkz. Ibid., 525–531.

⁶⁵² Bu yöndeki eleştiriler için bkz. Ibid.

belirlenmesinde kriter olarak alınamayacaklarının iddia edilmesi de mümkündür⁶⁵³. Bu sebeple, belirtilen yöntemle, subjektif unsurun objektif kriterler çerçevesinde değerlendirildiğini söyleyebilmek kolay olmayacaktır.

Bu noktada, uygulamada subjektif unsurun değerlendirilmesi açısından önemli bir hususa daha dikkat çekmek gerekir. Değinmemiz icap eden bu husus, subjektif değerlendirmenin statü belirlemede bir eşik olarak kabul edilmesidir. Uygulamada kimi zaman, haklı nedenlere dayanan zulüm korkusunun belirlenmesinde öncelikle bireyin korku duygusuna sahip olup olmadığı irdelenmekte, eğer sonuç olumsuz ise statü tanıma kararı verilmemektedir⁶⁵⁴. Söz konusu uygulama özellikle güvenilirlik değerlendirmesi ekseninde gerçekleştirilmektedir. Bu yöndeki bir uygulamanın en önemli riski, korku duygusunu hâiz olmasa da menşe ülkesine döndüğünde zulüm ihtimâli ile karşılaşabilecek olan bireylerin koruma kapsamı dışında bırakılacak olmasıdır.

ii. Objektif Unsurun Değerlendirilmesi

Ülke uygulamalarında geleneksel yaklaşım çerçevesinde subjektif değerlendirmeden başvuran lehine bir sonuç çıktıktan sonra, yani başvuran bireyin korku duygusunu hâiz olduğu tespit edildikten sonra, objektivite sınamasına geçilmektedir. Bu aşama, zulüm riskinin belirlenmesi hususunda objektif bir test öngörmektedir. Söz konusu değerlendirmenin amacı, zulüm korkusunun objektif bir temelde haklı nedenlere dayanıp dayanmadığının belirlenmesidir. Bu yöndeki

⁶⁵³ Nitekim BMMYK'nın da yerinde bir bakış açısıyla tespit ettiği gibi, zulüm ve kaçış hâlinin ilişkilendirilmesi Sözleşme çerçevesinde aranan bir unsur değildir: UNHCR, *An Overview of Protection Issues in Europe, Legislative Trends and Positions Taken by UNHCR* (Geneva, 1995), 87.

⁶⁵⁴ Bu hususta bkz. *Kamana v. Canada* (Minister of Citizenship and Immigr.), IMM 5998-98, 10 (Fed. Ct. Trial Div. 1999) (Kanada); *Maqdassy v. Canada* (Minister of Citizenship and Immigr.), [2002] F.C.T. 182, 1 10 (Fed. Ct. Trial Div. 2002) (Kanada); *Naremanov v. Refugee Status Appeals Auth.*, CP 354/98, 32 (H.C. 2000) (Yeni Zelanda); *Thuraisamy v. Minister for Immigr. and Multicultural Aff.*, [1999] F.C.A. 1632 (Avustralya); *Suleiman v. Minister for Immigr. and Multicultural Aff.*, [2001] F.C.A. 752 (Full Fed. Ct. 2001) (Avustralya) belirtilen örneklerin alıntılandığı kaynak için bkz. JAMES C. HATHAWAY ve WILLIAM S. HICKS, «Subjective Element», 514, dn. 30; 515, dn. 35 ve 36; 516, dn. 40.

değerlendirme açısından iki ana husus önem arz etmektedir. Bu hususlardan ilki eldeki veriler, diğeri de zulüm riskinin hangi seviyede oluşması gerektiğidir.

İlk husus olan eldeki verilerin incelenmesi çerçevesinde; bireyin geçmişte zulme maruz kalmış olması (geçmiş zulüm deneyimi-*past persecution*), menşe devletinin insan haklarının korunması hususunda zâfiyet içerisinde olduğunun belirlenmesi, bireye benzer konumda olan kişilerin zulme maruz kalmış olmaları (*group persecution*) gibi nedenler, zulüm korkusunun haklı gerekçelerini teşkil edebilmektedir. Örneğin, ABD, Avusturya ve Alman uygulamalarında⁶⁵⁵ objektivite sınaması çerçevesinde eldeki verilere dayanılarak birey ile aynı şartları taşıyan makul bir üçüncü kişinin bu durumda korku duyup duymayacağı tespit edilmektedir⁶⁵⁶. Bu hususta hiç kuşkusuz belirtmek gerekir ki, sağlıklı bir değerlendirmenin tüm veriler dikkate alınarak ve somut başvuruya odaklanılarak yapılması gerekmektedir. Bununla birlikte, kimi zaman başvuran bireyin geçmişte zulüm deneyimi yaşamış olması tek başına haklı nedenler kriterini sağlamaya yetebilmektedir. Örneğin AB Vasıf Yönergesi'nin 4(4). maddesinde, geçmişte zulme maruz kalmış olan bireylerin söz konusu deneyimlerinin zulüm korkularının haklı nedenlere dayandığı hususunda ciddi bir gösterge teşkil ettiği belirtilmiştir. Bu bağlamda, geçmişte zulüm deneyimi yaşamış olan bireylerin haklı nedenlere dayanan zulüm korkusunu hâiz oldukları varsayılabilir. İlgili hükme göre bu varsayımın reddedilmesi ancak zulmün bir daha tekrarlamayacağının esaslı gerekçelerle ortaya koyulması hâlinde mümkün olabilecektir (Vasıf Yönergesi md. 4(4)).

⁶⁵⁵ Bu hususta ABD uygulamasından bir örnek için bkz. *Guevara v. INS*, 786 F.2d 1242, 1249 (5th Cir. 1986), <<https://www.casetext.com/case/guevara-flores-v-ins/>> (E.T.: 04. 04. 2013); Alman uygulaması açısından bkz. Federal Administrative Court of Germany, BVerwG 10 C 23.12, 20.02.2013, para. 32. Kararın İngilizce metni için bkz. <www.bverwg.de/informationen/english/decisions/10_c_23_12.php> (E.T.: 20.12.2013). Alman uygulamasına ilişkin ayrıntı bilgileri için ayrıca bkz. REINHARD MARX, «The Criteria for Determining Refugee Status in the Federal Republic of Germany», *International Journal of Refugee Law* 4, sayı 2 (1992): 165. Benzer yöntemin Avusturya uygulamasında da kullanılmasına ilişkin örnek için bkz. JEAN-YVES CARLIER, KLAUS HULLMANN, ve CARLOS PENA GALIANO, *Who is a refugee ?*, 24.

⁶⁵⁶ JAMES C. HATHAWAY ve WILLIAM S. HICKS, «Subjective Element», 524.

Objektif değerlendirme konusundaki ikinci önemli husus olan zulüm riskinin hangi seviyede oluşması gerektiği konusunda ise uygulamada çeşitli ispat standartlarından hareketle bir olasılık değerlendirmesi yapıldığı görülmektedir. Söz konusu standartlar, başvuran bireyin iddialarının, karar merciini ikna etmesi açısından, belirli birer eşik oluşturmaktadır.

ABD mahkemeleri bu yönde “makul bir zulüm ihtimâli (*reasonable possibility of persecution*)” standardından hareket etmektedirler. Bu standart uyarınca, sığınmacının zulmün gerçekleşebileceği yönünde “açık bir olasılığı (*clear probability*)” ortaya koyması beklenmemektedir⁶⁵⁷. Böylelikle, eldeki verilerden objektif bir sonuca ulaşıldığında bu sonucun zulmün oluşma olasılığını net bir şekilde göstermesi aranmamaktadır. “Makul ihtimâl” standardını ABD hukukuna yerleştiren, *INS v. Cardoza-Fonseca* davasında, ABD Yüksek Mahkemesi (*Supreme Court*) şu ifâdelere yer vermiştir: “*BM’nin tanımında, başvuranın vurulma, işkence veya başka şekilde zulme maruz kalabileceği hususunda %10 luk bir ihtimâle sahip olmasının “haklı bir nedene dayanan korkuya sahip olmadığı” yönünde bir çıkarıma varılmasına neden olabilecek bir boşluk bulunmamaktadır. (...)“haklı nedenlere dayanan korku” standardının ölçülü bir yorumu, objektif durumun kanıtlarla ortaya koyulması durumunda, söz konusu durumun zulümle sonuçlanabileceğinin ispatını gerektirmez, zulmün oluşmasının makul bir ihtimâl arz ettiğinin gösterilmesi yeterli olacaktır*”⁶⁵⁸.

Kanada hukukunda da ABD hukukuna benzer şekilde, ispat standardı olarak, “makul ihtimâl (*reasonable chance*)” veya aynı içeriğe sahip olacak şekilde “sağlam gerekçeler” (*good grounds*)” eşiği kullanılmaktadır. Kanada mahkemeleri, makul

⁶⁵⁷ ABD hukukunda açık olasılık standardı, haklı nedenlere dayanan korkunun belirlenmesi aşamasında kullanılmamakla birlikte, sınırdışı etmenin askıya alınması/sınırdışı işlemlerinin durdurulması açısından uygulanmaktadır. Bu hususta bkz. yuk. §2.II.D.1.b.

⁶⁵⁸ *INS v. Cardoza-Fonseca* - 480 U.S. 421 (1987) (U.S. Supreme Court) <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/480/421/>> (E.T.: 12.12.2012) (parantez içerisindeki eklemeler tarafımızca yapılmıştır). Dâvaya ilişkin açıklamalar için ayrıca bkz. RUTH ELLEN WASEM, *Asylum and «Credible Fear» Issues in U.S. Immigration Policy*, CRS Report for Congress (Congressional Research Service, Haziran 29, 2011); KAREN MUSALO, JENNIFER MOORE, ve RICHARD A. BOSWELL, *Refugee Law*, 157–228; BRIAN GORLICK, «Common Burdens and Standards», 368 vd.

ihitmâlin, “minimal düzeyde veya az seviyede bir risk”ten daha fazlasını ancak %50 seviyesinden daha az bir riski nitelediğini belirtmişlerdir. *Adjei v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* davasına ilişkin kararda, ispat standardı açısından daha sonra *Adjei* testi olarak bilinen şu hükümlere yer verilmiştir: “ her ne kadar, başvuran, davasını olasılıklar dengesi (*balance of probabilities*) üzerinde inşa etmeli ise de, zulmün olma ihtimâlinin, olmama ihtimâlinden daha fazla olduğunu (*more likely than not*)⁶⁵⁹ kanıtlamak zorunda değildir. (...) Başvuran, menşe ülkesine döndüğünde, zulmün oluşacağına dair makul bir ihtimâlden söz edilebilecek midir? (...) Başvuranın Sözleşme mültecisi olarak değerlendirilmesi noktasında deliller, başvuranın “zulme maruz kaldığını veya kalacağını” göstermek zorunda değildir; delillerin göstermesi gereken, başvuranın zulüm nedenlerinden dolayı zulme uğramaktan korkma yönünde sağlam gerekçeleri (*good grounds*) olmasıdır. Sağlam gerekçeler veya makul ihtimâl (*reasonable chance*) ifâdelerinden kasıt, bir taraftan %50’den daha fazla bir zulüm riskinin gerekmediği, diğer taraftan ise çok düşük (*minimal*) bir ihtimâlin söz konusu olmadığıdır⁶⁶⁰.”

⁶⁵⁹ Ağırlıklı olarak Anglo-Amerikan hukukunda uygulanan “*balance of probabilities*” standardı, bir durumun gerçekleşme ihtimâlinin gerçekleşmeme ihtimâlinden daha fazla olup olmadığının belirlenmesinde kullanılmaktadır: bkz. aşa. §6.II.A.1., dn. 1095. Kara Avrupası’nda da bu standardın mülteci statüsü belirleme işlemlerinde kimi zaman kullanıldığı görülmektedir: bkz. yuk. §3.III.C; ayrıca bkz. aşa. dn. 673.

⁶⁶⁰ *Adjei v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* [1994] 2 F.C., 27.01. 1994, IMM-916-93, <<http://www.refworld.org/docid/3ae6b6d124.html>> (E.T.: 12.12.2012) (metnin çevirisinde yer alan parantez içerisindeki eklemeler tarafımızca yapılmıştır). *Adjei* testi, mahkemelerce, “sağlam temele dayanma”; “makul olasılık” ve “makul” ve hatta “ciddi” ihtimâl gibi çeşitli şekillerde açıklanmıştır. Test, zulmün gerçekleşeceğine yönelik değildir. Bu sebeple, başvuranların, gelecekte zulme “uğrayacaklarını” ortaya koymasına dayanan bir test yanlış olacaktır: GOVERNMENT OF CANADA, “Interpretation of the Convention Refugee Definition in the Case Law - Chapter 5: Well-Founded Fears”, 17 Kasım 2011, <<http://www.irb-cisr.gc.ca/eng/brdcom/references/legjur/rpdspr/def/Pages/Def2010Chap05.aspx#note12>> (E.T.: 12.12.2012). Haklı nedenlerin tespitine yönelik test daha sonra, *Ponniiah* davasında açıklığa kavuşturulmuştur. Bu davada yargıç *Desjardins, J. A.* şu hükme yer vermiştir: “‘sağlam temeller’ veya ‘makul olasılık’ *Adjei* davasında, üst ve alt sınırlar arasında kalacak bir seviyede, %50 den daha az bir olasılığı ancak çok az bir seviyeden de daha fazla bir olasılığı nitelendirecek şekilde açıklanmıştır. Orta bir seviye bulunmamaktadır. (İhtimâl), sınırların arasında kaldığı sürece “sağlam temellere” dayanmaktadır”: *Ponniiah, Manoharan v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, (F.C.A., no. A-345-89), Heald, Hugessen, Desjardins, May 16, 1991; Reported: *Ponniiah v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1991), 13 Imm. L.R. (2d) 241 (F.C.A.), 245, naklen GOVERNMENT OF CANADA, “Interpretation of the Convention Refugee Definition in the Case Law - Chapter 5: Well-Founded Fears” (parantez içerisindeki eklemeler tarafımızca yapılmıştır).

Avustralya mahkemeleri ise bu yönde ilk bakışta daha katı bir standart öngörmektedir. Avustralya mahkemeleri, zulüm ihtimâli için “gerçek ihtimâl (*real chance*)” eşiğinden hareket etmektedir. *Chan Yee Kin v. The Minister for Immigration and Ethnic Affairs*(*Chan*) davasında mahkeme, şu ifâdelere yer vermiştir: “ Sözleşme, (Sözleşmede yer alan mülteci statüsünün belirlenmesine yönelik kriterler açısından) başvuranın menşe ülkesine döndüğünde ciddi cezalandırmalara, belirgin zarara veya kayba uğratılacak olması yönünde gerçek bir ihtimâlin varlığına işaret etmektedir⁶⁶¹”. “Gerçek ihtimâl” eşiği her ne kadar, katı bir standardı çağırırsa da, mahkeme uygulamalarında, zulüm riskinin, %50’nin çok daha altında olabileceği durumlarda da, haklı nedenlere dayanan zulüm korkusunun tesis edilmiş olacağına hükmedilmektedir. *Chan* davasında, bu yönde, “eğer başvuran, zulmün oluşabileceği yönünde gerçek bir olasılığı ortaya koyabiliyorsa, o zaman, bu olasılık %50’den daha az olsa bile, sahip olduğu varsayılan korkusu haklı nedenlere dayanmaktadır” hükmüne de yer verilmiştir. Yine aynı dâvada, “zulme yönelik gerçek ihtimâlin” çok uzak bir olasılığı nitelememekle birlikte, %10 gibi düşük bir olasılığın da haklı nedenlere dayanan zulüm korkusunu teşkil edebileceği belirtilmiştir⁶⁶². Dolayısıyla, “gerçek ihtimâl” eşiğinde kullanılan “gerçek” ifâdesi, zulmün gerçekleşecek olmasına yönelik oldukça yüksek bir olasılığa işaret etmemekte, ancak, zulüm ihtimâlinin varsayımsal ya da spekülâtif nedenlere değil de gerçek nedenlere dayanarak belirlenmesi gerektiğini vurgulamaktadır⁶⁶³. “Gerçek ihtimâl” standardı, bu anlamıyla, “haklı nedenlere dayanan korku” kriterinin muadili olarak ele alınmamakta, bu kriterin içini doldurarak onu yorumlamaktadır⁶⁶⁴.

⁶⁶¹ *Chan Yee Kin v. Minister for Immigration and Ethnic Affairs; Soo Cheng Lee v. Minister for Immigration and Ethnic Affairs; Kelly Kar Chun Chan v. Minister for Immigration and Ethnic Affairs* , Australia: High Court (HCA) 62, (1989)/69 CLR 379 FC89/034, 12.09.1989, <<http://www.refworld.org/docid/3ae6b70a4.html>> (E.T.: 12.12.2012) (parantez içerisinde eklemeler tarafımızca yapılmıştır).

⁶⁶² Ibid.

⁶⁶³ *Minister for Immigration and Ethnic Affairs v Guo Wei Rong and Anor*, S151 1996, Australia: High Court, FC 97/019, 13.06.1997, <<http://www.refworld.org/docid/3ae6b703c.html>> (E.T.: 12.12.2012).

⁶⁶⁴ Bkz. Ibid.

Avustralya'nın "gerçek ihtimâl" standardını benimseyen Yeni Zelanda mahkemeleri ise, bu standardı şu şekilde açıklamıştır: "‘gerçek ihtimâl’ ifâdesi, ‘haklı nedenler’ ifâdesini en iyi şekilde açıklamaktadır. Elbette ki, gerçek ihtimâl ifâdesi, (Avustralya Yüksek Mahkemesinin Guo davasında hükmettiği gibi) Sözleşmede kullanılan terimin eş anlamlısı olarak alınmamalıdır. (...) Zulüm korkusunun haklı nedenlere dayanıp dayanmadığının belirlenmesi, gelecekte bir olayın meydana gelip gelmeyeceği hususuna dayanmalıdır. (...) Korku, gerçekten esaslı bir temele dayandığı zaman geçerlilik (well-foundedness) kazanmalıdır. (...) Deliller, gerçek bir temele işaret etmediği sürece hiçbir korku Sözleşme'nin amacı doğrultusunda geçerlilik kazanmayacaktır. (Böylelikle), zulüm korkusu, sırf bir varsayımdan veya spekülasyondan doğuyorsa geçerli (haklı nedenlere dayanan) olmayacaktır".⁶⁶⁵

Görüldüğü gibi Anglo-Amerikan uygulamasında genel olarak, farklı adlarla nitelendirilen standartlar çerçevesinde, temelde aynı yönde bir risk değerlendirmesi yapılmaktadır. Bu değerlendirme ise, zulüm riskinin gerçekleşebileceği yönünde yüksek bir olasılığa değil, makul bir seviyedeki ihtimâle işaret etmektedir.

AB uygulamasında ise bu hususta yeknesak bir standardın oluşmadığı görülmektedir⁶⁶⁶. Esasen, Vasıf Yönergesi'nin hazırlanma aşamasında, Komisyon, risk değerlendirmesinde kullanılacak bir standart öngörmüştür. Yönerge'nin taslak hâlinin 7(b) maddesi dâhilinde bu standardın "makul ihtimâl (reasonable possibility)" olması önerilmiştir. Ancak taslak maddeye bir takım itirazlar yöneltilmiştir. Örneğin, Almanya, İrlanda ve Avusturya, standardın "makul ihtimâl (reasonable possibility)" değil de "makul olasılık (reasonable likelihood)"⁶⁶⁷ olarak belirlenmesi gerektiğini

⁶⁶⁵ Refugee Appeal No. 72668/01, Refugee Status Appeals Authority, para. 154, 5. 04. 2002, <<http://www.refugee.org.nz/Fulltext/72668-01.htm>> (E.T.: 12.12.2012) (parantez içerisindeki eklemeler tarafımızca yapılmıştır).

⁶⁶⁶ ALLAN MACKEY ve JOHN BARNES, *Assesment of Credibility*, 82.

⁶⁶⁷ Türkçe'de, olasılık ve ihtimâl kelimeleri genellikle birbirleriyle eş anlamlı olarak kullanılmaktadır: Bkz. <http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_esanlamlar> (E.T.: 12.12.2012). Ancak ispat standartları açısından, İngilizce'de kullanılan ihtimâl (possibility) ve olasılık (probability/likelihood) ifâdeleri açısından bazı farklılıklar bulunmaktadır. "Possibility" ifâdesi, düşük de olsa gerçekleşme yönündeki bir ihtimâli nitelendirmek amacıyla kullanılırken, "probability" ya da "likelihood" ifâdeleri, gerçekleşmesi daha mümkün olan durumları nitelemek amacıyla da kullanılmaktadır: bkz. BRYAN A. GARNER, ed, *Black's*

savunmuş; hatta Almanya uzlaşma görüşmeleri sırasında, riskin oluşması gereken seviyenin belirlenmesi için kullanılacak olan standardın, kendi uygulamalarına paralel şekilde, “ciddi olasılık (*considerable likelihood/probability*)” olarak ele alınmasını önermiştir⁶⁶⁸. Bu ve benzeri tartışmalar sonucunda ilgili madde, üye devletlerin üzerinde uzlaşamaması sonucu taslağın son hâinden çıkarılmış ve Yönerge’nin yürürlükteki hâline yansıtılmamıştır⁶⁶⁹. Bu sebeple, AB içerisinde zulüm riski değerlendirmesi hususunda farklı yaklaşımlara rastlamak mümkün hâle gelmiştir. Örneğin, belirttiğimiz gibi Almanya ciddi olasılık standardını uygulamaktayken⁶⁷⁰, İspanya ve Portekiz “makul olasılık (*reasonable likelihood*)”, Fransa, “kesin veya tatmin edici bir seviyedeki olasılık (*certain or sufficiently probable persecution*)”, Belçika ise “tatminkâr seviyedeki zulüm korkusu (*sufficiently established fear of persecution*)” standartlarından hareket etmektedir⁶⁷¹. Çek Cumhuriyeti’nde ise, başvurunun reddedilmesi için zulüm korkusunun haklı nedenlere dayanmadığı şüpheye yer vermeyecek şekilde ortaya konulmalıdır⁶⁷². Bu bağlamda AB’ye üye ülkelerin bazılarında, örnek olarak değindiğimiz Anglo-Amerikan ülkelerinden daha yüksek standartların uygulanmakta olduğu belirtilebilir. Örneğin, Almanya’da uygulanan ciddi olasılık standardı, Anglo-Amerikan hukukunda genellikle medenî yargıda kullanılan “*balance of probabilities-more likely than not*” standardına denk bir biçimde

law Dictionary (St. Paul, Minn., 2001), 538 vd., 557. Bu sebeple “*probability*” veya “*likelihood*” terimleri “*possibility*” terimine göre daha yüksek bir gerçekleşme ihtimâline işaret etmektedir.

⁶⁶⁸ ALLAN MACKEY ve JOHN BARNES, *Assesment of Credibility*, 90, para. 47.

⁶⁶⁹ Ibid.

⁶⁷⁰ Almanya’nın güncel kararlarında uygulanan standardı nitelerken “ciddi olasılık (*considerable probability*) yerine tatmin edici olasılık (*sufficient probability*) ifâdesini değişken bir şekilde kullandığı görülmektedir. Bu hususta örnek olarak bkz. Germany - High Administrative Court Saarland, 26 September 2011, 3 A 356/11, <<http://www.asylumlawdatabase.eu/en/case-law/germany-high-administrative-court-saarland-26-september-2011-3-35611#content>> (E.T.: 12. 12. 2012).

⁶⁷¹ İspanya, Portekiz ve Fransa’ya ilişkin aktarılan bilgiler için bkz. JEAN-YVES CARLIER, «Three Scales», 42. Belçika açısından verilen standardın uygulanmasına ilişkin bir örnek için bkz. Belgium – Council for Alien Law Litigation, 29.04.2011, Nr. 60.622, <<http://www.asylumlawdatabase.eu>> (E.T.: 03. 12. 2012).

⁶⁷² Bu hususta örnek olarak bkz. Czech Republic - Supreme Administrative Court, *O.P. v Ministry of Interior*, 3 November 2011, 2 Azs 28/2011-82; Czech Republic - Supreme Administrative Court, *Y. A. v Ministry of Interior*, 24 February 2004, 6 Azs 50/2003-89, <<http://www.asylumlawdatabase.eu>> (E.T.: 03. 12. 2012).

yorumlanmaktadır⁶⁷³. Her ne kadar, Alman Federal İdare Mahkemesi, ciddi olasılık standardının %50'den daha az bir ihtimâli niteleyecek şekilde yorumlanabileceği yönünde kararlar da vermişse de⁶⁷⁴, bu standardın oldukça yüksek bir eşik öngördüğünü belirtmek yanlış olmayacaktır⁶⁷⁵. Benzer bir çıkarım Fransa'da uygulanmakta olan “kesin veya tatmin edici seviyedeki” olasılık standardı açısından da yapılabilir. Ayrıca, İskandinav ülkelerinin de zulüm korkusunun haklı nedenlere dayandığının kabul edilmesi için zulüm riskinin seviyesinin oldukça yüksek olmasını öngördükleri aktarılmaktadır⁶⁷⁶.

Kanımızca, zulüm riskinin belirlenmesinde yüksek bir eşğin öngörülmesi, mültecilik hâlinin özellikleri ve Sözleşme'nin amacı ve konusu ile uyum arz etmeyecektir. Zira, Sözleşme'nin Dibacesinde, “*BM'nin mültecilerin temel hürriyetleri ile insan haklarını mümkün olduğu kadar kapsamlı bir şekilde kullanmalarını sağlamaya çaba gösterdiğini dikkate alarak (...) mültecilerin hukukî durumuna ilişkin daha önce imzalanan milletlerarası antlaşmaların ... alanının ve*

⁶⁷³ Federal İdare Mahkemesi, 1988 tarihli bir kararında ABD'de verilmiş olan *Cardoza-Fonseca* kararına gönderme yaparak “*more likely than not*” standardının benimsediğini ortaya koymuştur: bkz. Federal Administrative Court, 15.03.1988, Collection of Decisions, Vol. 79, 143 naklen REINHARD MARX, «RSD Criteria in Germany», 166. Oysa *Cardoza-Fonseca* davasında, ABD Yüksek Mahkemesi, zulüm ihtimâli bakımından “*more likely than not*” standardını değil, bundan çok daha düşük bir standart olan “makul ihtimâl” standardını benimsemiştir. “*More likely than not*” standardı ise ilgili kararda geri gönderme yasağının uygulanması noktasında kullanılmıştır. Marx'ın aktardığına göre Federal İdare Mahkemesi'nin bu hususta yanılmasının sebebi, *Cardoza-Fonseca* kararının Mahkeme tarafından kapsamlı bir şekilde incelenmesi yerine, sadece özetinin değerlendirilmiş olmasından ve ABD mahkemelerinin zulüm ihtimâlinin belirlenmesi ve geri gönderme yasağının uygulanması noktasında iki farklı standarda dayandığının fark edilmemiş olmasından kaynaklanmaktadır: bkz. Ibid. Alman Federal İdare Mahkemesi'nin 80'li yıllarda benimsediği bu yaklaşımın hâlen etkili olduğu belirtilebilir. Mahkeme nispeten yakın tarihli bir kararında (20.02.2013), ciddi olasılık standardını açıklarken şu ifâdelere yer vermiştir: “(bu standart) *zulmün gerçekleşebileceğine yönelik olan olguların gerçekleşmeyeceğine yönelik olanlardan daha ağır basması varsayımı* (“*more likely than not*”) *üzerine kurulmuştur*”: Federal Administrative Court of Germany, BVerwG 10 C 23.12, 20.02.2013, para. 32. Kararın İngilizce metni için bkz. <www.bverwg.de/informationen/english/decisions/10_c_23_12.php> (E.T.: 20.12.2013) (Parantez içerisindeki ekleme tarafımızca yapılmıştır).

⁶⁷⁴ Bkz. UNHCR, *Overview*, 86.

⁶⁷⁵ Alman Federal İdare Mahkemesi bir kararında, bu standardın “yüksek bir olasılığa (*high probability*)” işaret ettiğini açıkça belirtmiştir: Federal Court of Germany, BVerwG 10 C 15 12, 31.01.2013, para. 38. Kararın İngilizce metni için bkz. <www.bverwg.de/informationen/english/decisions/10_c_15_12.php> (E.T.: 20.12.2013).

⁶⁷⁶ Bu hususta bkz. UNHCR, *Overview*, 86.

bunların mülteciler için sağladığı himayenin yeni bir antlaşma yoluyla genişletilmesinin arzu edildiğini dikkate alarak” Sözleşme üzerinde anlaştıkları vurgulanmıştır. Bu bağlamda, Sözleşme’nin korumacı bir yaklaşımı benimseyen bir amaca sahip olduğu ve konu itibarıyla da aynı hedefe hizmet ettiği belirtilebilir. Böylelikle yüksek bir standart öngörülerek koruma alanının kişi yönünden kapsamının kısıtlanması, Sözleşme’nin korumacı amacı ve konusu ile bağdaşmayacaktır. Buna ek olarak, Sözleşme içerisinde geçen “haklı nedenlere dayanan zulüm korkusu” ifâdesinin yorumlanmasıyla gerçekleşme ihtimâli yüksek olan bir olasılığa işaret edildiği yönünde bir sonuca varılması oldukça zor görünmektedir. Zira korku ifâdesi ister bir ruh hâli olarak algılsın, ister gelecekte oluşabilecek bir zulüm ihtimâlini niteleyecek şekilde anlamlandırılsın, “haklı nedenler” kriteri ile birleştirildiğinde, “tatmin edici bir seviyede gerekçelendirilebilen” bir olasılığı nitelediği açıktır. Sözleşme’nin yorumlanması hususunda “haklı nedenler (*well founded*)” ifâdesinin olağan anlamı⁶⁷⁷, Sözleşme’nin amacı ve konusuyla birlikte yorumlandığında bu yönde anlaşılmaya müsaittir. Nitekim BMMYK’da bu noktada, zulüm riskinin belirlenmesinde makul bir risk seviyesinin yeterli olacağını belirtmiş, özellikle Anglo-Amerikan uygulamalarına yerleşmiş olan “makul ihtimâl” standardının en uygun eşiği öngördüğünü ifâde etmiştir⁶⁷⁸. Bu eşik, zulüm ihtimâlinin ispatlanması için yüksek bir seviye öngörmediğinden şüpheden mültecinin yararlandırılması ilkesi ile de uyumludur.

b. Tek Bir Objektif Değerlendirme (Objektif Test) Yaklaşımı

Doktrinde, Sözleşme’de yer alan “haklı nedenlere dayanan korku” ifâdesinin, başvuran bireyin subjektif ruh hâlinin değerlendirme kapsamına alınmasından ziyâde, gelecekte meydana gelmesi muhtemel zulme işaret etmekte olduğu ve böylelikle, aslında subjektif unsurun (bir ruh hâli olarak korkunun) tanım içerisinde yer almadığı

⁶⁷⁷ Türkçeye “haklı nedenler” olarak çevrilmiş olan ifâde Sözleşmenin, Fransızcası ile birlikte orijinal olarak kabul edilen İngilizce metninde “*well-founded*” olarak kullanılmıştır. Bu terim (*well-founded*); “yerinde”, “sağlam temeli olan”, “herhangi bir durumu makul kılabilen şekilde gerekçelendirilmiş”, “kabul edilebilir”, “savunulabilir”, “makul”, “geçerli” anlamlarında kullanılmaktadır: bkz. OXFORD CORPUS, «Concise Oxford Thesaurus» (Oxford, 2007), 923.

⁶⁷⁸Bkz. UNHCR, *Overview*, 88.

iddia edilmiştir⁶⁷⁹. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre, tanımda yer alan ifâdeler, değerlendirmeyi tek bir objektif teste bağlı kılmaktan öteye gitmemektedir⁶⁸⁰. Bu bakış açısıyla gelişen yaklaşımı, “tek bir objektif değerlendirme (test)” olarak nitelendirmek yerinde olacaktır⁶⁸¹. Bu yaklaşım uyarınca, geleneksel yaklaşım çerçevesinde incelediğimiz gibi iki bölümlü bir değerlendirme yapılmasındansa, subjektif korku değerlendirmesi atlanarak, sadece objektif unsur değerlendirmesine odaklanılmaktadır.

Tek bir objektif değerlendirme yaklaşımının en önde gelen savunucularından, Hathaway ve Hicks öncelikle lafzî bir inceleme yaparak, Sözleşme’nin orijinal dildeki metinleri kabul edilen İngilizce ve Fransızca metinlerdeki korku karşılığı olan “*fear* (ing.)” ve “*craindre* (fr.)” ifâdelerinin bir ruh hâli olarak “korkuyu yansıtmaktan ziyâde, bir beklentiye ya da ihtimâli ortaya koyduğunu” vurgulamışlardır⁶⁸². Gerçekten Sözleşmenin oluşum aşaması içerisinde belirtilen ifâdenin gelişimi de bu argümanı desteklemektedir. Zira bu gelişim doğrultusunda, Sözleşme kapsamı içerisine gelecekte zulme maruz kalma ihtimâli olabilecek bireylerin dâhil edilmesinin amaçlandığı ortadadır. Şu halde, Sözleşmede kullanılan “korku” ifâdesinin bu ihtimâl ile bireyi bağlayan bir araç olduğunu ve “bir ihtimâli” nitelendirdiğini iddia etmek tutarsız olmayacaktır.

Tek bir objektif test yaklaşımının dayanak noktalarından birinin de bu yaklaşımın Sözleşme’nin bütünsel tutarlılığını en iyi şekilde yansıtmayı olduğu ifâde edilmektedir. Nitekim Sözleşmenin bütünsel resmi incelendiğinde “korku” ifâdesinin subjektif bir değerlendirmeye mahal verecek bir ruh hâlini yansıtmadığı görülebilir. Şöyle ki; Sözleşmenin sona erme sebeplerinden biri de bireyin mülteci olarak tanınmasını

⁶⁷⁹ JAMES C. HATHAWAY, *Refugee Status*, 69; JAMES C. HATHAWAY ve WILLIAM S. HICKS, «Subjective Element», 505–562; NIRAJ NATHWANI, *Rethinking Refugee Law*, 7:68; ELIZABETH ADJIN-TETTEY, «Well-Founded Fear», 150 vd.

⁶⁸⁰ JAMES C. HATHAWAY, *Refugee Status*, 69.

⁶⁸¹ ELIZABETH ADJIN-TETTEY, «Well-Founded Fear», 128.

⁶⁸² JAMES C. HATHAWAY ve WILLIAM S. HICKS, «Subjective Element», 508. Gerçekten de korku kelimesi, Türkçe kullanımında da, bir ruh hâlini yansıtmasının yanısıra “*kötülük gelme ihtimâli, tehlike, muhatara*” anlamlarında kullanılmaktadır: TDK, Güncel Türkçe Sözlük, <www.tdk.gov.tr> (E.T.: 12. 06. 2012).

sağlayan koşulların ortadan kalkması sebebiyle, vatandaşı olduğu devletin korumasından faydalanabilecek hâle gelmesidir⁶⁸³. Buradan hareketle, mülteci statüsünün sona ermesinde bireyin, subjektif bir değerlendirmeye tâbi kılınmayacağı ve bu çerçevede ruh hâlindeki değişikliğin dikkate alınmayacağı sonucuna varılabilmesi mümkündür⁶⁸⁴. Aynı şekilde sığınmacının, Sözleşme'nin 33. maddesinde düzenlenen geri gönderme yasağı ile sağlanan korumadan faydalanması bakımından da “korku” duyma hâlinin bir gereklilik olarak öngörülmemiş olması dikkat çekidir⁶⁸⁵. Bu sebeple her iki hüküm, tanım ile birlikte değerlendirildiğinde, korku ifâdesinin subjektif bir değerlendirmeyi haklı kılacak bir ruh hâlinden ziyâde geleceğe yönelik bir zulüm tehdidini nitelediği iddia edilebilecektir⁶⁸⁶. Zira aksi durumda, statünün tanınması için değerlendirilmesi hükmedilen bir unsur, statünün sona ermesi ve statünün tanınmasına (ya da tanınma ihtimâline) bağlı olan bir korumanın sağlanması aşamasında dikkate alınmayacaktır. Böylesi bir durum ise, Sözleşmenin bütünsel tutarlılığı hususunda soru işaretleri doğurabilecektir.

Aynı yönde Sözleşmenin amacı doğrultusunda yapılacak bir yorum neticesinde de Sözleşmenin uygulanması aşamasında, subjektif bir değerlendirmenin söz konusu olamayacağı sonucuna varılabilmesi mümkün görünmektedir⁶⁸⁷. Zira Sözleşme'nin

⁶⁸³ Bkz. 1951 Sözleşmesinin 1(C) (5) hükmü.

⁶⁸⁴ JAMES C. HATHAWAY ve WILLIAM S. HICKS, «Subjective Element», 541 vd.

⁶⁸⁵ Sözleşme'nin hazırlık çalışmaları incelendiğinde, 33. madde içerisine, “korku” ifâdesinin yerleştirilmesi hususunda bir tartışmanın yaşanmadığı görülmektedir. Öte yandan, Sözleşme'nin hazırlık çalışmalarını derleyen Weis, 33. madde içerisinde yer alan “hayatın ve özgürlüğün tehdit altında olması” ifâdesinin Sözleşmenin mülteci tanımında yer alan “haklı nedenlere dayanan zulüm korkusu yaşama” ifâdesini karşıladığını belirtmiştir: bkz. yuk. §2.II.D.1.b.. Böylece tanıda yer alan “korku” ifâdesinin bireye yönelmiş ya da yönelme ihtimâli olan zulüm riskini karşılamak üzere kullanıldığı bir kez daha teyit edilebilecektir: aynı yönde bkz. Ibid., 542; JAMES C. HATHAWAY, *Rights of Refugees*, 304 vd.

⁶⁸⁶ JAMES C. HATHAWAY ve WILLIAM S. HICKS, «Subjective Element», 536.

⁶⁸⁷ Sözleşmenin amacına gönderme yapılan bazı mahkeme kararlarında, Sözleşmenin risk temelli statü belirleme yaklaşımına dikkat çekilmiştir. Bu kararlarda, Sözleşmenin amacı, objektif bir riske maruz kalma durumunda olan bireylere koruma sağlanması olarak zikredilmiştir: *R. v. Secretary of State for the Home Department* (Birleşik Krallık); *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689, Canada: Supreme Court, 30.06.1993, <<http://www.asylumlawdatabase.eu/en/content/canada-attorney-general-v-ward-1993-2-scr-689-1993-dlr-4th-1>> (E.T.: 12.12.2012) (Kanada); *Horvath v. Secretary of State for the Home Department*, United Kingdom: House of Lords (Judicial Committee), 06.07.2000, <<http://www.refworld.org/docid/3ae6b6e04.html>> (E.T.: 12.12.2012) (Birleşik Krallık); bu hususta ayrıca bkz. Ibid.

Dibacesinde açıkça gönderme yapılan insan hakları yaklaşımı bunu gerektirmektedir. Bir an için korku ifâdesinden anlaşılanın ruh hâli olduğu varsayılırsa, objektif olarak zulme maruz kalma hâli söz konusu olabilecek bir bireyin, sırf bu ihtimâlden korku duymaması sebebiyle korumadan yoksun kalma riskinin ortaya çıkması kaçınılmaz olacaktır⁶⁸⁸. Bu durumun ise, zulüm olgusu karşısında herkese karşı eşit bir mesafede olan insan hakları yaklaşımı ile bağdaşmayacağı belirtilebilir. Çünkü bireyin korku duygusuna sahip olmaması, zulüm riskini ortadan kaldırmayacaktır⁶⁸⁹. Belirttiğimiz bu husus, özellikle cinsiyet odaklı zulüm eylemine (*gender-based persecution*) maruz kalmış kadın başvuranlar açısından önem taşımaktadır. Kadın sığınmacılar, özellikle, dinsel ve/veya kültürel nedenlerle yaşadıkları cinsiyet odaklı zulüm deneyimlerini aktarmakta zorluk çekmektedir. Hatta bazı kadın başvuranlar, aynı nedenlerle yaşadıkları deneyimi sansürleyerek anlatma eğilimine girmektedirler. Bu bireyler özellikle mülakat aşamasında, mülakatçının karşı cinsten olması durumunda gerçekten korku duysalar da bunu mülakatçıya aktarmakta zorlanabilmektedirler. Bu sebeple, korku değerlendirmesinin statü belirleme sürecinden çıkarılması, bilhassa cinsiyet odaklı zulme maruz kalan kadınlar açısından olumlu sonuçlar verebilecektir⁶⁹⁰.

⁶⁸⁸ Hathaway ve Hicks, bu durumun bir boyutunu da şu şekilde örneklendirmiştir: objektif bir değerlendirme yapılması durumunda, ifâdesi güven uyandırmayan bireyin gerçek bir risk altında olup olmadığı, ifâdesinden bağımsız olarak, somut şartların irdelenmesiyle tespit edilebilecektir. Oysa subjektif unsurun da değerlendirmeye katılması durumunda, bireyin ifâdesinin güven uyandırmaması, subjektif unsurun yetersizliği sebebiyle, objektif değerlendirmeye geçilememesi sonucunu doğurabilecektir. İlk durumda bireyin, ifâdesi güvenilir olmasa dahi, objektif değerlendirme sonucunda mülteci statüsünün tanınması söz konusu olabileceken, ikinci durumda statünün tanınması mümkün olamayacaktır: JAMES C. HATHAWAY ve WILLIAM S. HICKS, «Subjective Element», 534; ayrıca bkz. ELIZABETH ADJIN-TETTEY, «Well-Founded Fear», 131.

⁶⁸⁹ Nitekim *Grahl Madsen*, bireyin ruh hâlinin mültecilik durumu için belirgin bir anlam teşkil etmeyeceğini; zira mültecilik iddiasında olan her bireyin (haklı nedene dayanan veya dayanmayan) zulüm korkusuna sahip olduğunu belirtmiştir: ATLE GRAHL-MADSEN, *Status*, 174. Gerçekten de, bu noktada, bireyin “kaçış eylemini” mercek altına almak gerekecektir. Mülteci statüsü başvurusunda bulunan bireyler, kaçış hâlindeki bireylerdir. Onları kaçmaya iten unsur, korku duygusunun varlığını doğal olarak gerektirecektir. Nitekim kaçma eyleminin gerçekleşmiş olması, ispatı zor olan bir duygu olan korkunun en somut göstergesi olmalıdır. Mültecinin kaçışında ve sığınma talebinde geçerli gerekçelere dayanmakta olması ise, duygusal bir analizden daha fazlasını gerektirecektir.

⁶⁹⁰ Bu husustaki ayrıntılı bir inceleme için bkz. ELIZABETH ADJIN-TETTEY, «Well-Founded Fear», 131–133.

Öte yandan, korku ifâdesinin ruh hâli olarak ele alınmaması ve objektif bir değerlendirmenin söz konusu edilmesi, sadece menşe ülkesinin insan hakları karnesine odaklanması ve bireysel bir değerlendirme yapılmaması sonucunu doğuracak şekilde anlaşılmamalıdır. Zira mülteci statüsünün belirlenmesi, doğası gereği bireysel bir değerlendirmeyi gerektirmektedir. Zulüm riskinin değerlendirilmesi, bu riskin birey açısından ortaya çıkıp çıkmayacağının sorgulanması anlamını taşır. Bu noktada elbette bireye âit bir takım özelliklerin, deneyimlerin ve en önemlisi bireyin ifâdelerinin değerlendirilme konusu yapılması gerekmektedir. Tek bir objektif test yaklaşımında da bu veriler değerlendirilmektedir. Ancak geleneksel yaklaşımdan farklı olarak özellikle bireyin güvenilir ifâdeleri subjektif değil de objektif veriler olarak ele alınmaktadır⁶⁹¹. Bu değerlendirmeyi objektif kılan, bireye âit bu özelliklerin son tahlilde onu objektif olarak gerçekleşme ihtimâli bulunan zulme bağlamasında birer araç olarak görülmesidir.

Temelini doktrinden alan “tek bir objektif değerlendirme (test)” yaklaşımına uygulamadan da destek veren kararlar ile sıkça karşılaşılmaktadır. Örneğin, Kanada Yüksek Mahkemesi (*Supreme Court*) önüne gelen *Ward* davasında, gerçek bir zarar riskinin söz konusu olduğuna dair kanıtların, menşe devletinin koruma zafiyeti ile desteklenmesi neticesinde, haklı nedenlere dayanan zulüm korkusunun tesis edilmiş olduğu yönünde aksi kanıtlanabilir bir karine oluştuğunu ifâde etmiştir⁶⁹². Benzer şekilde *Yusuf v. Canada* kararında⁶⁹³, geleneksel yaklaşımın iki bölümlü yapısı bu kez açıkça reddedilmiştir. Kanada Federal Temyiz Mahkemesi, bu davaya ilişkin kararında, geleneksel yaklaşımın iki bölümlü değerlendirmesine dayanılmasının, çocukların, akıl hastaları veya akıl zayıflarının, objektif bir zulüm tehlikesi ile karşı karşıya olmalarına rağmen, korkuyu içselleştirememeleri sebebiyle korumanın dışında bırakılacakları

⁶⁹¹ JAMES C. HATHAWAY, *Refugee Status*, 65; ELIZABETH ADJIN-TETTEY, «Well-Founded Fear», 134.

⁶⁹² *Canada (Attorney General) v. Ward*, 53,54.

⁶⁹³ *Yusuf v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 F.C. 629; [1991] F.C.J. 1049, Canada: Federal Court, 24.10.1991, <<http://www.refworld.org/docid/403e24e84.html>> (E.T.: 21.12.2012).

anlamına gelebileceğini vurgulamıştır⁶⁹⁴. Avustralya Federal Mahkemesi ise Sözleşme'nin korku duygusunu hâiz olup olmaması fark etmeksizin herkese eşit bir koruma sağladığı yönünde, *Win v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs* kararında, şu açıklamaya yer vermiştir: “Sözleşme, insanlık onuru tehlikeye girmiş tüm bireylerin, yani cesurlar kadar ürkeklerin de, sözünü sakınmayanlar kadar, kendini ifâde edemeyenlerin de, liderler kadar, takipçilerinde (...) kısacası, sıradan olanlar kadar sıradan olmayanların da korunmasını amaçlamıştır”⁶⁹⁵. Subjektif değerlendirmeyi oldukça katı bir şekilde reddeden Yeni Zelanda’da ise, 1996 yılından beri, sığınma başvurusunda bulunanların mülteci statülerinin tanınmaları yönündeki talepleri değerlendirilirken, “subjektif” korkunun dikkate alınmadığı aktarılmaktadır⁶⁹⁶. Yeni Zelanda’da “haklı nedenlere dayanan korku” kriteri, başvuran tarafından subjektif bir şekilde içselleştirilen olgulara değil, karar mercii tarafından tespit edilen objektif olgulara dayandırılmaktadır⁶⁹⁷.

AB’de de tek bir objektif değerlendirmenin desteklendiği görülmektedir. AOSS’nin oluşumuna giden yolda, AB üyesi ülkeler tarafından oluşturulan Ortak Tutum (*Joint Position*) Belgesi’nde, haklı nedenlere dayanan zulüm korkusu kriterinin sağlanıp sağlanmadığının tespiti açısından başvuran tarafından sunulan kanıtlara dayanılarak gerçekleştirilecek objektif bir değerlendirmenin söz konusu olacağından bahsedilmiştir⁶⁹⁸. Ancak AOSS’nin gelişimi içerisinde, statü belirleme açısından

⁶⁹⁴ Ibid., para. 5.

⁶⁹⁵ *Win v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, [2001] F.C.A. 132, para. 20, <<http://international.westlaw.com>> (E.T.: 12.10.2013) (parantez içerisindeki eklemeler tarafımızca yapılmıştır).

⁶⁹⁶ Bkz. (Refugee Status Appeals Authority), *Refugee Appeal No. 75692*, 3.3.2006, para. 79, <<http://www.refugee.org.nz/Casesearch/Fulltext/75692.html>> (E.T.: 10. 10.2013).

⁶⁹⁷ Örnek olarak bkz. *Refugee Appeal No. 70074/96*, 17.09.1996, <<http://www.refugee.org.nz/Casesearch/Fulltext/70074-96.htm>> (E.T.: 10. 12.2013); *Refugee Appeal No. 71404/99*, 29.10.1999, <<http://www.refugee.org.nz/Casesearch/Fulltext/71404-99.htm>> (E.T.: 10.12.2013); *Refugee Appeal No. 72668/01*, 05.04.2002, <<http://www.refugee.org.nz/Casesearch/Fulltext/72668-01.htm>> (E.T.: 10.12.2013), paras. 132-140.

⁶⁹⁸ Council of Europe, Joint Position Defined by the Council on the Basis of Article K.3 of the Treaty on European Union on the Harmonised Application of the Definition of the Term “Refugee” in Article 1 of the Geneva Convention of 28 July 1951 Relating to the Status of Refugees, Section 3(1996) (Brussels: Council

anahtar rol oynayan Vasıf Yönergesi'nde haklı nedenlere dayanan korku kriterinin belirlenmesi yönünde iki yaklaşımdan birinin açıkça tercih edilmediği anlaşılmaktadır. Bununla birlikte uygulamada, tek bir objektif değerlendirmenin kullanıldığı da görülmektedir. Örneğin, *R. v. Secretary of State for the Home Department, (Ex parte Sivakumaran)* davasına ilişkin kararda Birleşik Krallık Lordlar Kamarası, Sözleşme'nin hazırlık çalışmalarına da gönderme yaparak, haklı nedenlere dayanan zulüm korkusunun belirlenmesine ilişkin en uygun değerlendirmenin objektif temelde gerçekleştirilecek bir değerlendirme olduğunu belirtmiştir⁶⁹⁹. Tek bir objektif değerlendirme yaklaşımını benimseyen AB üyesi devletlerin uygulamalarına Almanya'dan da örnek verilebilir⁷⁰⁰. Misâl olarak, Köln İdare Mahkemesi'nin bir kararında, menşe ülke bilgileri ile başvuranın bireysel şartları birlikte değerlendirilmiş ve korkunun varlığı sorgulanmadan statünün tanınması gerektiğine hükmedilmiştir⁷⁰¹. Alman Federal İdare Mahkemesi'nin 2011 tarihli bir başka kararında da, statünün tanınması ve statünün sona ermesi arasında simetri olduğu ve böylece iki durumda da aynı standardın uygulanması gerektiği üzerinde durulmuş; bu bağlamda Vasıf Yönergesi'nin de kanıtlara odaklanan bir değerlendirme sistemini benimsediği vurgulanmıştır. Kararda her iki durum için ciddi olasılık standardının uygulanması gerektiği zikredilmiş ancak herhangi bir “korku” değerlendirmesine yer verilmemiştir⁷⁰².

Bu bağlamda vurgulamak gerekir ki, haklı nedenlere dayanan korku değerlendirmesi ister geleneksel yaklaşımla ister tek bir objektif test ile gerçekleştirilsin, sadece zulüm ile ilişkili olduğu noktada mülteci statüsünün

of Europe, 1995), <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31996F0196:EN:NOT>> (E.T.: 12.12.2012).

⁶⁹⁹ *R. v. Secretary of State for the Home Department, (Ex parte Sivakumaran)*, para. 165.

⁷⁰⁰ Alman sığınma hukukunda tek bir objektif test yönteminin kullanılmasına ilişkin olarak bkz. REINHARD MARX, «RSD Criteria in Germany», 167, 168.

⁷⁰¹ Federal Republic of Germany, 5K 13030/88, 5K 13017/88, (1990). Davanın örnek olarak alıntılındığı kaynak için bkz. ELIZABETH ADJIN-TETTEY, «Well-Founded Fear», 136.

⁷⁰² Germany - Federal Administrative Court, 1.06.2011, 10 C 10.10, <www.asylumlawdatabase.eu> (E.T.: 03.03.2013).

tanınmasına hizmet edecektir. Şu hâlde zulüm kavramından ne anlaşılması gerektiği, statünün tanınması açısından en az “haklı nedenlere dayanan korku” kriteri kadar önem arz etmektedir.

B. Zulüm Kavramı ve Kavramın Yorumlanması

Bir bireyin sığınma arayışında olması için onu, âit olduğu veya kendini âit hissettiği ya da üzerinde yaşamakta olduğu topraklardan zorla koparan bir nedenin varlığı gerekir. 1951 Sözleşmesinde zulüm olarak aktarılan bu nedenin açıklamasını yapmak kolay olmayacaktır. Zira zulüm kavramı oldukça geniş bir anlam ifâde etmektedir ve Sözleşme içerisinde nasıl anlaşılması gerektiğine yönelik bir açıklama yapılmamıştır. Elbette işkence⁷⁰³ veya bireyin yaşam hakkından keyfî olarak mahrum kılınması hâllerinin zulüm sayılacağı açıktır⁷⁰⁴; ancak bu kadar belirgin olmayan durumların zulüm teşkil edip etmediği nasıl tespit edilecektir? Bu sorunun kolay bir cevabı olmadığı, Sözleşmenin hazırlanmasına önyak olan BMMYK tarafından da teyit edilmiştir. El Kitabı’nın zulme ilişkin açıklamalarının girişi “*zulmün evrensel olarak kabul edilmiş bir tanımı yoktur, bir tanım oluşturulması yönünde sarfedilen çabaların çoğu da pek az bir başarıya ulaşabilmiştir*”⁷⁰⁵ ifâdesi ile başlamaktadır. Doktrinde de “zulüm” kavramının tanımlanmasının zorluğuna dair açıklamalar yapılmıştır. Örneğin, *Goodwin-Gill*, zulüm tanımlarının tam anlamı ile tutarlı ve kapsamlı bir seviyeye ulaşmadığını belirtmiştir⁷⁰⁶.

Öte yandan, doktrinde dahi tam anlamıyla tanımlanamayan bu kavramın, Sözleşme içerisinde tanımlanmamasının kasten yapıldığı ileri sürülebilir. Nitekim *Weis*, zulüm tanımının Sözleşme içerisinde herhangi bir yerde yapılmadığını ve bu durumun bilinçli olması gerektiğini vurgulamıştır⁷⁰⁷. Gerçekten de, zulüm kavramının zamanın

⁷⁰³ İşkencenin BMİÖS tarafından yapılan tanımı için bkz. yuk. §2.II.D.2.a.

⁷⁰⁴ MATTHEW E. PRICE, *Rethinking Asylum*, 103.

⁷⁰⁵ El Kitabı, para. 51.

⁷⁰⁶ GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 90–92.

⁷⁰⁷ PAUL WEIS, «The Concept of the Refugee in International Law», *Journal du droit International*, sayı 87 (1960): 970, naklen, JAMES C. HATHAWAY, *Refugee Status*, 102, dn.26.

şartlarına göre değişebileceği ve her somut olaya göre farklı biçimde değerlendirilebileceği göz önüne alındığında, esnek bir niteliği hâiz olan bu kavramın Sözleşme içerisinde yer almasını olağan karşılamak gerekecektir⁷⁰⁸.

Sözleşmenin yorum kaynaklarından biri olan El Kitabında, Sözleşmenin geri gönderme yasağını düzenleyen 33(1). maddesine atıf yapılarak, ırk, din, milliyet, siyasî görüş veya sosyal gruba mensubiyetten dolayı gerçekleştirilen ve hayatî tehdit veya özgürlüğe yönelik tehdit içeren her türlü faaliyetin kesinlikle zulüm kabul edileceği belirtilmiştir⁷⁰⁹. Aynı sebeplere dayanan ciddi insan hakları ihlallerinin⁷¹⁰ de zulüm olarak kabul edilebileceği belirtilmektedir⁷¹¹. Ancak El Kitabı'nın açıklamaları da zulüm kavramının Sözleşme çerçevesinde yorumlanabilmesi açısından net bir resim ortaya koyamamıştır. Örneğin hangi durumların özgürlüğe yönelik tehdit olarak algılanması gerektiği ve tüm insan hakları ihlallerinin zulüm olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususları açıklığa kavuşturulmamıştır.

1. Zulüm ve Ciddi Zarar

Sığınma, uluslararası hukukta geleneksel bakış açısından ayrılan bir görünüme sahiptir. Sığınmanın bu farklı görünümü ise ikame korumanın geleneksel egemenlik anlayışı ile tam olarak örtüşmemesinden kaynaklanmaktadır⁷¹². Buradan hareketle, “istisnâ” olarak değerlendirilebilecek sığınma kurumunun çerçevesi içerisinde, mülteci statüsünün tanınmasının temel gerekçesini oluşturan zulmün de ehemmiyetsiz olamayacağı ancak ciddi bir zarar ihtivâ etmesi gerektiği savunulabilir⁷¹³; zira bu

⁷⁰⁸ ATLE GRAHL-MADSEN, *Status*, 193.

⁷⁰⁹ El Kitabı, para. 51.

⁷¹⁰ Bununla birlikte El Kitabında, bu ihlallerin hangi haklar açısından söz konusu olduğu durumda zulüm olarak kabul edileceği hususunda bir netlik olmadığı belirtilmelidir.

⁷¹¹ El Kitabı, para.51.

⁷¹² Bu husustaki açıklamalarımız için bkz. yuk. §1.I.A.1.

⁷¹³ MATTHEW E. PRICE, *Rethinking Asylum*, 106.

sayede sığınmanın istisnâî niteliğinin uluslararası hukuk ekseninde meşrûiyeti hâiz olduğu iddia edilebilir⁷¹⁴.

Gerçekten de, zulüm aşırı derecede ağır bir durumu çağrıştırmaktadır. Bu hâliyle ile zulmün, belirli bir ciddiyet seviyesinde olmasını beklemek gerekmektedir. *Aleinikoff*'un ifâdeleriyle, “zarar kabul edilemez, gerekçelendirilemez, menfur veya katlanılamaz bir ezaya dönüştüğünde” zulümden bahsedilebilecektir⁷¹⁵. İşkence, kölelik, yaşamın ortadan kaldırılmasına yönelik keyfî davranışlar gibi durumlar, ciddiyeti tartışma götürmeyecek hâller olmakla birlikte, bazı durumlarda zararın zulme dönüşmesi için gereken ciddiyet seviyesini geçip geçmediği sayılan hâller kadar net bir şekilde anlaşılmayabilir. Bu durumda, “ciddiyet analizi” yargılama sırasında genellikle eldeki veriler uyarınca yapılmaktadır.

Örneğin, ABD uygulamasında, zulmün tespitinin ciddi zarar ekseninde sorgulandığı⁷¹⁶ ancak ciddiyet testinin somut davadaki şartlara göre belirlendiğini görebilmek mümkündür⁷¹⁷.

⁷¹⁴ Bu hususta bkz. PAUL SIEGHART, *The International Law of Human Rights* (Oxford; New York, 1983), 15.

⁷¹⁵ T. ALEXANDER ALEINIKOFF, «The Meaning of ‘Persecution’ in United States Asylum Law», *International Journal of Refugee Law* 3, sayı 1 (1991): 12.

⁷¹⁶ Zulüm kavramı’nın tanımı ABD’de ilk önce *Matter of Acosta* davasında ABD Göç ve Sığınma Kurulu (*Board of Immigration and Asylum -BIA*) tarafından yapılmış daha sonra bu tanım değişikliğe uğramıştır. *Matter of Acosta*’da zulüm şu şekilde tanımlanmıştır: “bir bireyin sahip olduğu inancın ya da karakteristik özelliğın bastırılarak cezalandırılması amacıyla gerçekleştirilen zarar veya acı çektirme eylemi”: *Matter of Acosta*, 19 I&N, Dec. 211 (BIA 1985), 211, para. 6, <<http://www.justice.gov/eoir/vll/intdec/vol19/2986.pdf>> (E.T.: 21.12.2012). Bu tanım daha sonra, Kurulun bir başka kararıyla değişikliğe uğratılmıştır. *Matter of Kasinga* davasında, Kurul, zulmün (potansiyel) aktörünün zulme sebebiyet verebilmesi için, “cezalandırma” veya “zarar vermeye” yönelik bir niyetinin olmasının gerekmediğine hükmetmiştir. Kurul, ilgili kararında, zulmün objektif bir şekilde gerçekleşen ve mağdurun karakteristik bir özelliğinden (veya kendisine atfedilen böyle bir özellikten) kaynaklanan ciddi bir zarar verme veya acı çektirme eylemi olduğunu; zulmün aktörünün söz konusu eylemi gerçekleştirirken mağdura acı çektirme veya zarar verme niyetini hâiz olmasının zulmün oluşmasında bir önem taşımadığını vurgulamıştır: *Matter of Kasinga*, 21 I&N Dec. 357 (BIA 1996), 365, <<http://www.justice.gov/eoir/vll/intdec/vol21/3278.pdf>> (E.T.: 21.12.2012). Bununla birlikte, Amerikan Temyiz Mahkemesi, 9. Dairesinin önüne gelen *Ghaly v. INS* davasında, zulmün ağır/aşkın (*extreme*) bir kavram olduğu, ve her türlü saldırgan hareketin bu sebeple zulüm olarak kabul edilemeyeceği de vurgulanmıştır: *Ghaly v. INS*, 58 F. 3d 1425, 1431, 9th Circuit of American Court of Appeals, 1995; <<http://caselaw.findlaw.com/us-7th-circuit/1352904.html>> (E.T.: 21.12.2012); ayrıca bkz. *Fisher v. Immigration and Naturalization Service*, 79 F.3d 955, 961, 9th Circuit of American

Kanada uygulamasında da zulüm kavramına ABD'dekine benzer bir şekilde yaklaşmaktadır. Zulüm standardına ilişkin olarak geleneksel Kanada formülasyonu, “devlet otoritelerince yapılan veya onların bilgisi dâhilinde olan ve devam eden bir tacizin (*harassment*)” varlığına dayanmaktadır⁷¹⁸. Bu tacizin tek başına varlığı yetmemekte, buna bağlı olarak süreklilik ve çaresizlik durumlarının oluşması da gerekmektedir⁷¹⁹. Böylelikle, zarar halinin ciddiyeti, süreklilik ve sistematik bir risk taşınması şartlarına da⁷²⁰ bağlanmış olmaktadır⁷²¹.

Benzer şekilde, AB'nin Avrupa Ortak Sığınma Sisteminde de Sözleşme mülteciliğinin tanınması için zulmün tespitinde, ciddi bir zararın ve sürekliliğin varlığı aranmıştır⁷²².

Court of Appeals, 1996; <http://www.wfrrt.org/humanrts/refugee/Fisher_v_INS.html> (E.T.: 21.12.2012).

⁷¹⁷ Her ne kadar bir takım davalarda zulüm tanımı yapılmış olsa da, ABD hukuku açısından yeknesak bir zulüm tanımının veya zulmün belirlenmesine yönelik mutlak bir şablonun olduğu söylenemez: “Kongre, zulüm terimini tanımlamamıştır, mahkemeler açısından ise zulüm teriminin anlamı ve kapsamı açısından bir uzlaşma henüz oluşmuş değildir. mahkemeler, bu hususu ad hoc temelde değerlendirmektedirler”: *Aguilar Solis v. Immigration and Naturalization Service*, 168 F. 3d 570, 1st Circuit of American Court of Appeals, 1999, <<https://bulk.resource.org/courts.gov/c/F3/168/168.F3d.565.98-1484.html>> (E.T.: 21. 12. 2012); bu hususta ayrıca bkz. *Marquez v. Immigration and Naturalization Service*, 105 F.3d 374, 379, 7th Circuit of American Court of Appeals, 1996; <<http://www.refworld.org/docid/3ae6b66418.html>> (E.T.:21. 12. 2012).

⁷¹⁸ Bkz. *Moise Danilo Bahamondes Peralta*, Immigration Appeal Board Decision 79-1082, C.L.I.C. Notes 18.9, 12. 12. 1979, 3; *Wladsylaw Zastawny*, Immigration Appeal Board Decision, 77-1125, 2.06.1977; *Luis Enrique Toha Seguel*, Immigration Appeal Board Decision 79-1150, C.L.I.C. Notes 28.8, 13.11.1980; *Arulvelrajah Rjanayagam*, Immigration Appeal Board Decision M84-1390, 31.12.1984; *Zahirdeen Rajudeen v. Minister of Employment and Immigration* (1985), 55 N.R.129 (F.C.A.); anılan kararların ilgili hususta örnek olarak belirtildiği kaynak için bkz. JAMES C. HATHAWAY, *Refugee Status*, 101, dn.17 ve 18.

⁷¹⁹ Bkz. *Gladys Maribel Hernandez*, Immigration Appeal Board Decision, M81-1212, 06.01.1983 naklen Ibid., 102; *Canada (Attorney General) v. Ward*, *Zahirdeen Rajudeen v. Minister of Employment and Immigration* (1985), 55 N.R.129 (F.C.A.) naklen LEGAL SERVICES, *Interpretation of Canada*, Chpt. 3. 1. 1. 2.

⁷²⁰ Bununla birlikte, söz konusu tacizin ciddiyeti, psikolojik veya fiziksel anlamda zalimce bir eylem olarak nitelendirilebilmesiyle de ilişkilendirilmiştir: JAMES C. HATHAWAY, *Refugee Status*, 101, dn.19.

⁷²¹ Ibid., 102.

⁷²² AB Vasıf Yönergesi'nin zulüm eylemleri (fiilleri) başlığını taşıyan 9(1). maddesinde zulüm eylemleri, (a) niteliği ve sürekli tekrarlanmakta olmaları sebebiyle, özellikle, AİHS'in 15(2). maddesi

Avustralya’da da “ciddi zarar” zulmün belirlenmesindeki anahtar kavramdır. Avustralya Göç Yasası’nda (*Migration Act of Australia*), zulmün ciddi bir zarar içeren sistematik ve ayrımcı bir fiil olarak kabul edilmesi üzerinde durulmuştur⁷²³. Ciddi zarar ise bireyin hayata veya özgürlüğe yönelik tehdit içeren belirgin fiziksel taciz veya kötü muamele ya da önemli ekonomik zorluk yahut temel hizmetlere ulaşamaması veya bireyin geçimini sağlama kabiliyetinden yoksun bırakılması olarak tanımlanmıştır⁷²⁴.

Öte yandan, ciddi zarar kriterini tek başına zulmün kesin bir emaresi olarak kabul etmek doğru olmayacaktır. Zira devletler, bireylere ciddi zarar vereceği halde meşru kabul edilebilecek faaliyetlerde de bulunabilirler. Örneğin, hapis cezasının uygulanması, kamulaştırma veya vergi kesintileri, psikiyatrik tedaviler için uygulanan şok yöntemleri bireylere zarar verebilecek olan faaliyetler olarak değerlendirilebileceği halde meşru sebeplere dayanabilirler⁷²⁵. Şu halde, Sözleşmede yer alan mülteci statüsünün kazanılması açısından zulme sebebiyet verebilecek ciddi bir zarardan söz edebilmek için, bu ciddi zararın meşru bir sebebe dayanmaması gerektiği ifade edilebilir⁷²⁶. Bununla birlikte ciddi zararın oluşturulma sebebi görünüşte meşru olarak

uyarınca sınırlandırılmayacak (*non-derogable*) haklar başta olmak üzere, temel insan haklarını ciddi şekilde ihlâl eden fiiller veya (b) insan hakları ihlallerini de içerisine alacak şekilde bir çok tedbirin bir araya gelmesiyle “(a)” bendinde belirtilen etkiyi doğuran fiiller olarak tanımlanmıştır. AB Vasıf Yönergesi, zulüm eylemini tanımlamaktan bir adım öteye geçerek, hangi hâllerin zulüm olarak değerlendirilebileceğini de düzenlemiştir. Ancak, elbette bu hâlleri sınırlı sayıda (tahdidi) olacak şekilde değerlendirmemek gerekir. Bununla birlikte, sayılan hususların Yönerge kapsamında zulüm olarak nitelendirilebileceği kuşkusuzdur. Yönergenin 9(2). maddesine göre, zulüm eylemleri şu şekilde oluşabilir: (a) cinsel şiddeti de içerecek şekilde, fiziksel veya ruhsal şiddet; (b) özünde ayrımcılık olan veya ayrımcı bir tutumla uygulanan hukukî, idari tedbirler veya kolluk ya da yargı tedbirleri; (c) orantısız ve ayrımcı kovuşturma veya cezalandırma (d) kanun yollarının tüketilmesine imkân tanınmamasının sonucu olarak orantısız ve ayrımcı cezalandırma; (e) madde 12(2)’de belirtilen (ilgili madde 1951 Sözleşmesi’nin mülteci statüsüne lâyık olmama hâllerini düzenleyen 1F hükmünün yansımasıdır) suç veya fiilleri içeren askerlik hizmetinin reddedilmesinin sonucu olarak kovuşturma veya cezalandırma ve (f) cinsiyete veya çocuğa odaklı bir niteliği hâiz olan eylemlerdir.

⁷²³ Migration Act of Australia, Sect. 91R(1), anılan yasa metni için bkz. <<http://www.comlaw.gov.au/Details/C2012C00331>> (E.T.: 12. 12. 2012).

⁷²⁴ Ibid, Sect. 91R(2).

⁷²⁵ MATTHEW E. PRICE, *Rethinking Asylum*, 108.

⁷²⁶ Ibid; Amerikan Temyiz Mahkemesi’nin 7. Dairesinde görülen *Diallo v. Ashcroft* davasında bu husus şu şekilde kaleme alınmıştır: “Her ne kadar zulmün kanuni bir tanımlaması yapılmamış olsa da, bu Daire, zulmü ‘devletin meşru olarak tanımadığı siyasî, dinî ve diğer sebeplere dayanan cezalandırma ve zarar verme hâli’ olarak tanımlamıştır. Bu bağlamda hafif bir ‘taciz’ hâlinde

kabul edilse bile, ayrımcı ve orantısız bir nitelik taşıdığında zulüm olarak kabul görebileceği belirtilmelidir⁷²⁷.

2. Zulmün Yorumlanmasında İnsan Hakları Yaklaşımı

Ciddi zarar analizini ve insan hakları yaklaşımını zulmün tespiti açısından iki ayrı yöntem olarak algılamamak gerekir. İnsan hakları yaklaşımı, ciddi zarar analizinde başvuru olan bir yöntem olarak düşünülebilir⁷²⁸. Zulmün belirlenmesinde her hâlukarda *inter alia*, eylemin ciddi bir zarar doğurup doğurmadığı değerlendirilmektedir; bu

fazlası söz konusu edilmelidir. Bu hâller, ağır şartların oluşması ile sonuçlanması durumunda, 'özgürlüğün kısıtlanması, tutuklama, cezalandırma, hapis, yasadışı aramalar, gözetim altında tutma, işkence, ekonomik mahrumiyet, müsadere gibi durumları' da kapsayabilir": Diallo v. Ashcroft, 381 F.3d 687, 697, 7th Circuit of American Court of Appeals, 2004, para. 23, <<https://bulk.resource.org/courts.gov/c/F3/381/381.F3d.687.03-1876.html>> (E.T.: 21. 12. 2012) (metin içerisindeki vurgu tarafımızca eklenmiştir); ayrıca bkz. DeSouza v. Immigration and Naturalization Service, 999 F.2d 1156, 1158, 7th Circuit of American Court of Appeals, 1993, <<http://www.refworld.org/docid/3ae6b6c90.html>> (E.T.: 21. 12. 2012).

⁷²⁷ AOSS'nin de bu anlayış üzerinden hareket ederek, zulüm eylemlerini belirlediği anlaşılmaktadır. Bkz. yuk. dn. 722; ayrıca ABAD, oldukça güncel olan bir ön kararında, bu yaklaşıma paralel bir şekilde, homoseksüelliğin cezalandırılmasının tek başına bir zulüm olarak kabul edilemeyeceğini ancak bireylerin menşe ülkelerindeki yasalar uyarınca homoseksüel faaliyetler nedeniyle hapis cezasına çarptırılmasının orantısız ve ayrımcı bir cezalandırma olarak nitelendirileceğini; dolayısıyla zulüm olarak kabul edilebileceğini belirtmiştir. *Joined Cases C-199/12, C-200/12, C-201/12 - X, Y, Z v Minister voor Immigratie en Asiel*, Judgement of the Court of Justice of the European Union (Fourth Chamber), 7.11.2013, para. 61, <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=144215&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=357965tp://.>> (E.T.: 10.12.2013) (X, Y, Z Kararı). Benzer yaklaşıma ayrıca Kanada'dan, Kuzey Amerika kamuoyunda oldukça tartışma yaratan *Hinzman* davası da örnek olarak gösterilebilir. Bu davada, Amerikan ordusu mensubu olan (Jeremy) *Hinzman*, 2004'deki Irak Savaşı'na (II. Körfez Savaşı) katılmayı etik sebeplerle reddetmiş ve ailesiyle birlikte Kanada'ya yerleşerek, mülteci statüsü başvurusunda bulunmuştur. *Hinzman*, başvurusunu, ABD'ye geri gönderildiği takdirde, vicdani sebeplerle katılmayı reddettiği görevini yerine getirmediği için ağır hapis cezasına çarptırılma riskine dayandırmıştır. Nitekim Yeknesak (ABD) Askerî Adalet Yasası'nın (*Uniform Code of Military Justice*) 85 ve 86. maddeleri söz konusu durumlar için cezaî yaptırımlar öngörmektedir. *Hinzman*'ın Sözleşme mültecisi statüsü başvurusu, *Hinzman*'ın davranışının herkese eşit şartlarda uygulanan bir yasanın ihlâl edilmesi anlamına geldiğinden ve bunun sonucu olarak öngörülen cezanın uygulanması herhangi bir ayrımcılık veya orantısızlık içermediğinden, *inter alia*, zulüm olarak kabul edilmemiştir. Bu bağlamda, cezalandırmanın makul bir sebebe dayandırılması, Kanada Göç ve İltica Kurulu tarafından ayrımcılık ve orantısızlık kıstasları çerçevesinde incelenmiştir: Immigration and Refugee Board Decision (Refugee Protection Division), *Jeremy Hinzman (a.k.a. Jeremy Dean Hinzman) Nga Thi Nguyen, Liam Liem Nguyen Hinzman (a. k. a. Liam Nguye Hinzman)*, TA4-01429, TA4-01230, TA4-01431, 16.03.2005; <<http://www.refworld.org/docid/4680dfc32.html>> (E.T.: 21. 12. 2012).

⁷²⁸ MATTHEW E. PRICE, *Rethinking Asylum*, 114.

hâliyle ciddi zarar, zulmün temel unsuru olarak kabul edilebilir⁷²⁹. Ancak zararın belirli bir ciddiyet eşiğini geçebilmesi için hangi seviyede olması gerektiği kolay bir şekilde belirlenmemektedir. *Price*'ın ifâdesiyle ciddiyet analizi bir karar (*judgment call*) meselesidir⁷³⁰. Kararı verecek merciiler ise farklı sonuçlara ulaşabilir. Elbette içtihat oluşturan kararlar bu hususta belirleyici olabilir; ancak zulmün belirlenmesi aynı zamanda da vakaların analizine bağlı olduğundan, daha önce karşılaşılmamış bir vakanın nasıl değerlendirileceği belirsizlik arz edebilir⁷³¹. Her ne kadar ciddiyet analizi her somut olayın kendi özellikleri içerisinde yapılması gereken bir inceleme olsa da⁷³², insan hakları yaklaşımının ciddiyet eşiğinin daha belirgin bir şekilde tezâhür edebilmesinde yardımcı olabileceği düşünülebilir.

Zulmün belirlenmesinde insan hakları yaklaşımından faydalanan görüşün⁷³³ en önde gelen temsilcisi *Hathaway*⁷³⁴, zulüm kavramını, devleti koruma yükümlülüğü

⁷²⁹ *Price*, ciddi zarar ile birlikte “gayri meşrû nedenler”in (*illegitimate reasons*) de zulmün unsurlarından birini teşkil ettiğine dikkat çekmektedir: Ibid., 107, 108, 114.

⁷³⁰ Ibid., 108.

⁷³¹ Ibid.

⁷³² Zulmün tespitinin her somut olayın kendi özelliklerine yönelik olarak yapılması yönünde bkz. GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 94; MATTHEW E. PRICE, *Rethinking Asylum*, 108; BÜLENT ÇİÇEKİLİ, *Mülteciler*, 54; IŞIL ÖZKAN, *Göç, İltica ve Sığınma Hukuku* (Ankara, 2013), 86.

⁷³³ Genel olarak mülteci sorununa insan hakları yaklaşımı çerçevesinde çözüm aranması gerektiği hususunda bkz. G. J. L. COLES, «Human Rights Approach», 196; özellikle zulmün insan hakları yaklaşımı çerçevesinde belirlenmesi hususunda bkz. ANIMESH GHOSHAL ve THOMAS M. CROWLEY, «Refugees and Immigrants: A Human Rights Dilemma», *Human Rights Quarterly* 5 (1983): 329; ARHUR C. HELTON, «Persecution on Account of Membership in a Social Group as a Basis for Refugee Status», *Columbia Human Rights Law Review* 15 (1984 1983): 55; GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 91; T. ALEXANDER ALEINIKOFF, «Persecution»; JEAN-YVES CARLIER, «Three Scales», 41–50; RYAN GOODMAN, «The Incorporation of International Human Rights Standards into Sexual Orientation Asylum Claims: Cases of Involuntary «Medical» Intervention», *The Yale Law Journal* 105, sayı 1 (1995): 255; TEVFİK ODMAN, *Mülteci Hukuku*, 99. *Hathaway* ise doktrinde insan hakları ile sığınma hukukunun bağlantısını ortaya koyan yazarların en önde gelenlerinden biri olmuştur. Yazarın bu husustaki görüşleri için bkz. JAMES C. HATHAWAY, «Reconceiving Refugee Law as Human Rights Protection», *Journal of Refugee Studies* 4, sayı 2 (1991): 113–131. Yazarın özellikle zulmün insan hakları yaklaşımı çerçevesinde belirlenmesi hususundaki görüşleri için ise bkz. JAMES C. HATHAWAY, *Refugee Status*, 108–117.

⁷³⁴ Aslında *Goodman* da *Hathaway* ile yaklaşık aynı dönemde, zulüm ve uluslararası insan hakları normları arasındaki ilişkiye dikkat çekmiş; mülteci hukuku açısından zulmün belirlenmesinde uluslararası insan hakları normlarının ihlâlinin yeterli bir gösterge olabileceğini savunmuştur, Ancak *Goodman* daha çok cinsel yönelime bağlı zulüm ihtimalleri çerçevesinde insan hakları normlarının ihlâlini ele almıştır: bkz. RYAN GOODMAN, «Incorporation»; ayrıca bkz. STEPHEN L. LEGOMSKY, *Immigration and Refugee*

altına sokan ve uluslararası toplum tarafından tanınmış hakların sistemli ve sürekli bir şekilde ihlâl edilmesi olarak tanımlamıştır⁷³⁵. Böylece, insan onurunu ciddi şekilde zedeleyen her türlü fiil, temel insan haklarının sürekli ve sistematik olarak ihlâl edilmesini de kapsayacak şekilde, zulme sebebiyet verebilir⁷³⁶. Bu görüşe göre, mülteci korumasının, sığınmanın niteliği gereği, ikame bir koruma olarak kabul edilmesi sebebiyle zulüm, ulusal korumanın (menşe devleti korumasının) zâfiyete uğradığının bir göstergesi olabildiği sürece Sözleşme kapsamına giren bir kavram olarak ele alınmalıdır⁷³⁷.

Bu çerçevede *Hathaway* İHEB’de düzenlenen ve özellikle evrensel nitelikli insan hakları sözleşmelerinde yer verilmek suretiyle bağlayıcılık kazanan hakların ve özgürlüklerin, tâbi oldukları sınırlandırma rejimine odaklanarak bir yöntem geliştirmiştir⁷³⁸. Bu yöntem uyarınca, devlet tarafından korunması gereken haklar üç kategori altında incelenmiş ve koruma yükümlülüğünün ihlâl edilmesinin hangi durumlarda zulme sebebiyet verebileceği bu üç kategori dâhilinde incelenmiştir.

Bu bağlamda ilk kategoriyi koruma yükümlülüğünden hiçbir şekilde taviz verilmesi mümkün olmayan (sınırlanamaz/dokunulmaz) (*non-derogable*) haklar ve özgürlükler oluşturmaktadır. Bu hakların ve özgürlüklerin herhangi bir şekilde ihlâl edilmesi doğrudan doğruya zulüm olarak nitelendirilebilecektir⁷³⁹.

Law and Policy, ed. Robert C. Clark, et al. (New York, 2005), 949. *Hathaway* ise, zulmün genel olarak belirlenmesi hususunda insan hakları yaklaşımına odaklanarak rafine bir yöntem sunmuştur. *Hathaway*’in sunduğu yöntemin özellikle uygulamada kullanılması, Yazarı, bu hususta en önde gelen isim hâline getirmiştir.

⁷³⁵ JAMES C. HATHAWAY, *Refugee Status*, 112 ve dn.107.

⁷³⁶ Ibid., 108; PIETER BOELES ve diğerleri, *European Migration Law*, 266.

⁷³⁷ JAMES C. HATHAWAY, *Refugee Status*, 104–105.

⁷³⁸ *Hathaway*, geliştirdiği yöntem ekseninde, özellikle İHEB, MSHS ve ESKHS çerçevesinde bir değerlendirme yapılmıştır.

⁷³⁹ *Hathaway* bu yaklaşımını özellikle MSHS’deki sınırlandırma rejimine odaklanmak suretiyle geliştirmiştir. MSHS’nin 4(1). maddesi uyarınca, “ [u]lusun hayatını tehdit eden ve varlığı resmen ilan edilmiş olan olağanüstü bir durumun ortaya çıkması halinde, bu Sözleşme’ye Taraf Devletler, uluslararası hukuktan kaynaklanan diğer yükümlülüklerine aykırı olmamak ve ırk, renk, cinsiyet, dil, din ya da toplumsal kökene dayalı bir ayrımcılık içermemesi kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde olmak üzere, bu

İkinci kategoriye ise, koruma yükümlülüğü belirli şartlarda sınırlandırılabilen haklar ve özgürlükler oluşturmaktadır. Bu kategoriye giren hakların ve özgürlüklerin ihlâl edilmesi sebebiyle zulmün oluşabilmesi de mümkündür. Ancak bu tür hakların ve özgürlüklerin korunmasına yönelik yükümlülük, varlığı resmen ilan edilmiş olan olağanüstü bir durumun ortaya çıkması hâlinde; uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerle aykırı olmamak ve ırk, renk, cinsiyet, dil, din ya da sosyal kökene dayalı bir ayrımcılık içermemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde olmak üzere sınırlandırılabilir⁷⁴⁰. İşte böyle bir durumda, koruma yükümlülüğünün yerine getirilmemiş olması zulüm olarak kabul edilmeyebilir⁷⁴¹.

İlgili yöntem uyarınca üçüncü kategoriye ise ekonomik, sosyal ve kültürel haklar oluşturmaktadır. Bu haklar açısından zulmün oluşabilmesi için ise ihlâlin ya çok ağır olması ya da zincirleme ihlâllerin söz konusu olması gerekmektedir⁷⁴². Bu haklara örnek olarak ESKHS içerisinde yer alanlar gösterilebilir. ESKHS’de MSHS’den farklı olarak, düzenlemede yer alan hakların ve özgürlüklerin sağlanması/korunması açısından devletlere ilgili Sözleşme’ye taraf olunmasıyla birlikte derhal başlayan bir yükümlülük atfedilmemiştir⁷⁴³. Bu bağlamda, ESKHS’de yer alan haklar açısından devletlere iki çeşit yükümlülük tanındığından bahsedilebilir⁷⁴⁴. İlk yükümlülük, münferiden ve ekonomik ve teknik plân başta olmak üzere uluslararası yardım ve işbirliği yoluyla, mevcut kaynakların azamisini kullanarak, bilhassa yasal düzenleme suretiyle alınacak

Sözleşme’den doğan yükümlülüklerinden ayrılan tedbirler alabilirler”. Aynı düzenlemenin 4(2). maddesinde ise hangi hükümlerden kaynaklanan yükümlülüklerle sınırlandırma getirilemeyeceği belirtilmiştir.

⁷⁴⁰ Bkz. MSHS md. 4(1). MSHS çerçevesinde, bu tür haklar ve özgürlükler arasında; kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı (md. 9 ve md. 10); herkese eşit koruma sağlanması hakkı (md. 3, md. 26, md. 24 ve md. 27); herkesin yargı önünde eşit olması (md. 14); özel hayatın ve aile hayatının korunması (md. 17, md. 23); ülke içerisinde seyahat ve ikamet özgürlüğü (md. 12(1)); kişinin kendi ülkesi de dâhil olmak üzere herhangi bir ülkeyi terk etme ve kendi ülkesine dönebilme hakkı (md. 12(2)-(4)); düşünce ve ifade özgürlüğü ve toplantı, dernek ve sendika kurma ve buralara üye olabilme hakkı (md. 19-22); kamu yönetimine katılma hakkı (md. 25(a)); ayrımcılık söz konusu edilmeden kamu hizmetlerine girebilme hakkı (md. 25(c)); seçme ve seçilme hakkı (md. 25(b)) bulunmaktadır.

⁷⁴¹ JAMES C. HATHAWAY, *Refugee Status*, 110.

⁷⁴² PIETER BOELES et al., *European Migration Law*, 267.

⁷⁴³ JAMES C. HATHAWAY, *Refugee Status*, 116.

⁷⁴⁴ Ibid., 116, 117.

tedbirleri de içerecek şekilde her türlü uygun yöntem vasıtasıyla, bu Sözleşme'de tanınan hakların tam olarak kullanılmasını aşamalı olarak sağlamak amacıyla tedbirler alınmasıdır (ESKHS, md. 2(1)). İkinci yükümlülük ise, bu Sözleşme'de belirtilen hakların ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka fikir, ulusal ya da sosyal köken, mülkiyet, doğum ya da başka bir statü bakımından herhangi bir ayırım gözetilmeksizin uygulanmasıdır (ESKHS, md. 2(2)). Şu halde, ESKHS ekseninde ekonomik, sosyal ve kültürel hakların ihlâlinin zulme sebebiyet verebilmesi için mevcut kaynakların temel sosyo-ekonomik ihtiyaçların karşılanması amacıyla kullanılmasında ayrımcılığa varan bir yöntem uygulanması gerekmektedir⁷⁴⁵. Örneğin belirli bir kesimin işe erişimi engellenirken; belirli bir kesim içinse bu hususta kolaylık sağlanması, ilk gruptaki bireyler açısından ağır bir eza doğurduğu tespit edildiğinde zulüm olarak nitelendirilebilecektir. Ancak tek başına ülke genelinde ayrımcılık gözetmeden yaygın bir hâl almış olan ekonomik zorluk hâline dayanılarak zulmün varlığı tespit edilemeyecektir⁷⁴⁶.

Sayılan hak ve özgürlüklerin dışında, İHEB'de yer alan ancak herhangi bir bağlayıcı uluslararası düzenlemede yer almayan hakların ise, devletin temel koruma yükümlülüğü kapsamına giremeyeceğinden, ihlâllerinin zulüm olarak değerlendirilemeyebileceği iddia edilmiştir⁷⁴⁷.

Zulmün insan hakları yaklaşımı ile belirlenmesi eğiliminin sadece doktrinde değil uygulamada da sıklıkla görüldüğü belirtilmelidir. Uygulamada *Hathaway*'in geliştirdiği ve yukarıda aktardığımız yöntemle göndermeler yapıldığı ve zulmün belirlenmesinde bu yöntemden sıkça faydalandığı anlaşılmaktadır. Bu bağlamda özellikle Anglo-Amerikan ülkelerinin belirttiğimiz eksenle tezahür eden kararlarına rastlanmaktadır⁷⁴⁸.

⁷⁴⁵ Ibid., 117.

⁷⁴⁶ Ibid., 119.

⁷⁴⁷ Ibid., 111. *Hathaway*, bu tür haklara örnek olarak işsizliğe karşı korunma hakkını göstermiştir: Ibid., 111 ve dn. 106.

⁷⁴⁸ Kanada, Avustralya, Yeni Zelanda ve Büyük Britanya mahkemeleri/statü belirleme karar merciileri, zulüm kavramını sıklıkla insan hakları yaklaşımı çerçevesinde ele alan doktrin görüşlerinin paralelinde değerlendirmekte, bu çerçevede bir analiz yaparak sığınmaya elverişlilik hâlini ortaya

Bunun yanında, AB'nin Ortak Sığınma Sistemi çerçevesinde de zulmün belirlenmesinde insan hakları yaklaşımının temel alındığı ifâde edilmelidir. Vasıf Yönergesi'nin zulüm eylemleri (fiilleri) başlığını taşıyan 9. maddesinin ilk fıkrasında, özellikle AIHS'in 15(2). maddesi uyarınca sınırlandırılmayacak haklar başta olmak üzere, temel insan haklarını ciddi şekilde ihlâl eden fiillerin zulüm oluşturacağı belirtilmiştir. Buna ek olarak aynı maddenin (b) bendinde, insan hakları ihlallerini de içerisine alacak şekilde birçok tedbirin bir araya gelmesiyle de zulmün oluşabileceği belirtilerek, zulmün hak ihlallerinin kümülatif bir nitelik taşıması durumunda da oluşabileceği teyit edilmiştir.

C. Haklı Nedenlere Dayanan Zulüm Korkusunun (Zulüm İhtimâlinin)

Oluşmasında Zulmün Aktörlerinin ve Dâhili Koruma Zafiyetinin Etkisi

1. Zulüm İhtimâlinin Menşe Devletinden Kaynaklanması Durumunda

1951 Sözleşmesi'nin mülteci statüsünün tanınmasına yönelik ölçütleri arasında, (potansiyel) zulmün kaynağına ilişkin herhangi bir şart öngörülmemiştir⁷⁴⁹. Aynı şekilde Sözleşme'nin hazırlık çalışmalarından da bu hususta belirgin bir sonuca ulaşabilmek mümkün değildir⁷⁵⁰. Bununla birlikte, genel bir değerlendirme neticesinde, mülteci hukuku açısından zulüm ihtimâlinin en belirgin aktörünü devlet (menşe

koymaktadırlar. Bu mahkemelerin/merciilerin söz konusu yaklaşımlarına örnek olarak bkz. *Canada v. Ward* (1993) (Kanada); Refugee Appeal Authority, *Refugee Appeal No.71427/99* (2000), <<http://www.refugee.org.nz/Casesearch/Fulltext/71427-99.htm>> (E.T.: 21. 12. 2012) (Yeni Zelanda); *Refugee Appeal No. 11/91, Re S*, No. 11 (1991), <<http://www.refworld.org/docid/3ae6b73f0.html>> (E.T.:04. 02. 2013) (Yeni Zelanda); *Horvath v. Secretary of State for the Home Department* (2001) (Büyük Britanya); *Minister for Immigration and Multicultural Affairs v. Khwar* (2002) H.C.A. 14, <<http://www.refworld.org/docid/3deb326b8.html>> (E.T.: 04. 02. 2013) (Avustralya).

⁷⁴⁹ Mülteci statüsünün belirlenmesine yönelik hususlar ihtivâ eden ve 1951 Sözleşmesi'ni temel alan diğer uluslararası düzenlemelerde ise zulmün kaynağının devlet veya devlet dışı aktörleri kapsayacak şekilde geniş olarak anlamlandırıldığı görülmektedir. Bu hususta bkz. ABÖ Sözleşmesi, md. 1(2); Cartagena Deklarasyonu, md. 3; Arap Sözleşmesi, md. 2; bu hususta ayrıca bkz. WALTER KALIN, «Non-State Agents of Persecution and the Inability of the State to Protect», *Georgetown Immigration Law Journal* 15 (2001 2000): 415.

⁷⁵⁰ GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 98.

devleti)⁷⁵¹ olarak kabul etmenin yanlış olmayacağını belirtmek gerekir⁷⁵². Zira zulmün, göçün zorunluluğunun temel göstergesi olduğu düşünüldüğünde, bizzat devlet tarafından gerçekleştirilme ihtimâlinin bulunmasının “zorunluluk” hâlini açık bir şekilde desteklediği düşünülebilir. Başka bir ifade ile zulüm ihtimâlinin müsebbibinin devlet olduğu durumlarda, artık sığınma talebinde bulunan bireyin menşe devletinin korumasından yoksun kaldığı ve göç eyleminin zorunluluktan kaynaklandığı; dolayısıyla haklı nedene dayandığı aşikâr hâle gelmektedir.

2. Zulüm İhtimâlinin Devlet Dışı Aktörlerden Kaynaklanması Durumunda

Zulüm ihtimâlinin en belirgin müsebbibi devlet olarak kabul edilmekle birlikte, çoğu zaman devlet dışı aktörlerin de (*non-state actors of persecution*) zulme neden olduğu görülmektedir. İşte bu durumda oluşabilecek zulüm ihtimâlinin 1951 Sözleşmesi çerçevesi içerisinde değerlendirilip değerlendirilmeyeceği; bir başka ifade ile mülteci statüsünün tanınmasına temel teşkil edip etmeyeceği hususu önem arz etmektedir. Gelişmiş sığınma sistemine sahip olan ve çalışmamızda özellikle uygulamalarına yer verdiğimiz Anglo-Amerikan hukuk sistemine dâhil olan ülkelerin tümünde devletin yanında devlet dışı aktörlerin de statünün tanınmasına hizmet edecek şekilde zulme sebebiyet verebileceği kabul edilmektedir⁷⁵³. AB hukuku açısından da aynı yönde bir tespit yapılabilir⁷⁵⁴.

⁷⁵¹ Zulmün özellikle uluslararası insan hakları düzenlemelerinin ihlâli ihtimâlini doğurduğu durumlar açısından, devletten kast edilen devlet organları ve yönetsel yetkiyi kullanan kişi veya kurumlardır. Bu hususta bkz. yuk. §2.II.D.1.c., dn. 379-381; ayrıca bkz. ROBERT McCORQUODALE ve REBECCA LA FORGIA, «Taking off the Blindfolds: Torture by Non-State Actors», *Human Rights Law Review* 1 (2001): 198, 199.

⁷⁵² JAMES C. HATHAWAY, *Refugee Status*, 125; PIETER BOELES ve diğerleri, *European Migration Law*, 267; GEOFFREY S. GILBERT, «Right of Asylum», 645; El Kitabı, para. 65.

⁷⁵³ Bu hususta örnek olarak bkz. *Minister for Immigration and Multicultural Affairs v. Khwar* (2002) (Avustralya); *Canada v. Ward* (Kanada); *McMullen v. INS*, 658 F.2d 1312 (9th Cir. 1981), <<http://uniset.ca/other/cs5/788F2d591.html>> (E.T.: 12.12.2012) (ABD); Refugee Appeal No. 71193/98 (unreported), 9.09.1999, <http://www.nzrefugeeappeals.govt.nz/PDFs/ref_19990909_71193.pdf> (E.T.: 21. 12. 2012) (Yeni Zelanda).

⁷⁵⁴ Mülteci statüsünün belirlenmesine ilişkin yeknesak hükümler ihtivâ eden, AB Vasıf Yönergesi'nin 6. maddesinde zulmün aktörleri arasında; devlet, devleti veya devletin ülkesinin esaslı bir bölümünü kontrol eden organizasyonlar veya oluşumlar ile birlikte devlet dışı aktörler de sayılmıştır.

Uygulamanın bu yönde gelişmesi ise olağan karşılanmalıdır; zira zulmün zamanla genişleyen çerçevesi içerisinde, günümüzde mülteci statüsünün tanınmasını talep eden bireylerin çoğunluğunu devlet dışı aktörler tarafından zulme maruz bırakılma tehlikesi ile karşı karşıya kalanların oluşturduğu görülmektedir⁷⁵⁵. BMMYK’da bu gerçeklik çerçevesinde devletin yanında devlet dışı aktörlerin de zulüm ihtimâli yaratabileceğini teyit etmiştir⁷⁵⁶.

3. Devlet Dışı Aktörler Tarafından Sebebiyet Verilen Zulüm İhtimâlinin “Haklı Nedenlere” Dayandığının Kabul Edilmesi Açısından Geliştirilen Yaklaşımlar

1951 Sözleşmesi’nin uygulamasında, zulüm ihtimâlinin devlet dışı aktörlerden kaynaklanabileceği düşüncesi yaygın bir şekilde kabul görmesine rağmen, bu aktörlerin eylemlerinin hangi durumda veya hangi şartlarda geçerli birer zulüm (ihtimâli) oluşturabileceği hususunda geçmişten bugüne iki farklı şekilde yaklaşıldığı görülmektedir. İlk yaklaşım, sorumluluk (iştirak) yaklaşımıdır; ikinci yaklaşım ise menşe devletinin dâhili koruma zafiyetine dayanılarak geliştirilen koruma yaklaşımıdır⁷⁵⁷. Ancak ilgili hususta, günümüzde yaygın olarak koruma yaklaşımının benimsenmiş olduğu belirtilebilir.

a. Sorumluluk (İştirak) Yaklaşımı

Ülke uygulamaları değerlendirildiğinde, günümüzde artık sıkça kullanılmadığı görülen⁷⁵⁸ ilk yaklaşıma göre; zulüm ihtimâlinin 1951 Sözleşmesi çerçevesinde değerlendirilebilmesi için menşe devletinin varlığı önemlidir ve bu devletin zulme

⁷⁵⁵ WALTER KALIN, «Non-state Agents», 415.

⁷⁵⁶ Bkz. El Kitabı, para. 65.

⁷⁵⁷ MATTHEW E. PRICE, *Rethinking Asylum*, 147–149.

⁷⁵⁸ Bkz. Ibid., 149.

sebebiyet verebilecek ihlâllerden sorumlu kılınabilmesi gerekmektedir⁷⁵⁹. Buradaki hareket noktası, uluslararası insan hakları sözleşmelerinin devletin sorumluluğu ekseninde şekillenen yükümlülük anlayışı ile paraleldir. İnsan hakları sözleşmeleri rejimi uyarınca devlet, doğrudan doğruya ve fiilen ihlâlâ yol açmamış olsa da ihlâlin önlenememesi veya ihlâlâ bir cevap verilememesi noktasında sorumlu kılınabilmektedir⁷⁶⁰. Ancak, devletin bu husustaki sorumluluğu genellikle olanaklar ölçüsünde değerlendirilmektedir. Bir başka ifâde ile bu yöndeki yükümlülük sonuç yükümlülüğü değil, olanak yükümlülüğüdür⁷⁶¹. Sonuç gerçekleşmemiş olsa bile, devlet olanaklarının elverdiği ölçüde gerekli önlemleri almış ise yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılmaktadır⁷⁶². İlk yaklaşım çerçevesinde zulüm ihtimâlinin değerlendirilmesi açısından da aktardığımız anlayış benimsenmiştir. Buna göre, menşe devleti, herhangi bir sebeple ortadan kalkmış ise veya koruma sağlama yönünde istekli ise zulümden sorumlu tutulmamaktadır. Devletin sorumluluğunun olmadığı durumda ise Sözleşme çerçevesinde bir zulümün oluşabileceğinden söz edilemeyecektir. Bu yaklaşım, menşe devletin sorumluluğunu Sözleşme çerçevesinde kabul edilebilecek bir zulüm ihtimâlinin varlığı için elzem bir şart olarak benimsediğinden, “sorumluluk yaklaşımı (*accountability approach*) veya iştirak yaklaşımı (*complicity approach*) olarak anılmaktadır⁷⁶³. Söz konusu yaklaşım çerçevesinde özellikle devlet dışı aktörler tarafından gerçekleştirilebilecek bir zulüm ihtimâli söz konusuysa bu ihtimâlin 1951

⁷⁵⁹ STEFAN ERICSSON, *Asylum in the Member States*, Working Paper (Brussels: European Parliament, 2000), 11; WALTER KALIN, «Non-state Agents», 417.

⁷⁶⁰ Bu hususta bkz. *Velasquez Rodriguez v. Honduras*, Judgment of July 29, 1988, para. 176, Inter-Am.Ct.H.R. (Ser. C) No. 4 (1988) (Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi); *Ahmed v. Austria*, App. No. 25964/94, 17.12.1996, para. 47 (AİHM); *A v. UK*, Case No. 100/1997/884/1096, 23.09.1998 (AİHM); *Herrera v. Colombia* Communication No. 161/1983, 2.11.1987, para. 11 (HRC) (BM İnsan Hakları Komitesi).

⁷⁶¹ FEYYAZ GÖLCÜKLÜ ve ŞEREF GÖZÜBÜYÜK, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, 48.

⁷⁶² Örnek olarak AİHM’in bu husustaki kararları için bkz. *Ibid.*, 48, para. 150.

⁷⁶³ Bkz. STEFAN ERICSSON, *Asylum in the Member States*, 11; KAREN MUSALO, JENNIFER MOORE, ve RICHARD A. BOSWELL, *Refugee Law*, 287; WALTER KALIN, «Non-state Agents», 417; DANIEL WILSHER, «Non-State Actors and the Definition of a Refugee in the United Kingdom: Protection, Accountability or Culpability?», *International Journal of Refugee Law* 15, sayı 1 (2003): 70, 71; REINHARD MARX, «Notion of Persecution by Non-State Agents in German Jurisprudence», *Georgetown Immigration Law Journal* 15 (2001 2000): 449; MATTHEW E. PRICE, *Rethinking Asylum*, 147.

Sözleşmesi çerçevesinde değerlendirilebilmesi için aranan şart, devlet otoritelerinin olası zulüm eylemini desteklemesi (bu sayede iştirak etmiş olması) veya bireyi koruma yönünde isteksiz olmasıdır⁷⁶⁴. Bu bağlamda, devletin ülkesel toprakları üzerindeki hâkimiyetini yitirmesi veya ortadan kalkması gibi aciziyet durumundan kaynaklanan sebeplerle koruma sağlayamaması Sözleşme çerçevesinde bir zulüm ihtimâlinin oluşmadığına kanaat getirilebilmesini etkilemeyecektir. Zira bu durumda menşe devletinin zulüm ihtimâline ilişkin bir sorumluluğu olmadığı kabul edilmektedir. Bu yaklaşım, geçmişte özellikle Almanya, Hollanda, Fransa, İspanya ve İsviçre tarafından benimsenmiştir. Ancak bu yaklaşımı benimseyen AB üyesi ülkeler, AOSS'nin oluşturulması ile birlikte ikinci yaklaşımı uygulamaya başlamışlardır.

b. Dâhili Koruma Zafiyeti Çerçevesinde Gelişen Yaklaşım: Koruma Yaklaşımı

Devlet dışı aktörlerden kaynaklanan zulüm ihtimâlinin Sözleşme çerçevesinde geçerli olarak kabul edilip edilmeyeceği hususunda, uygulamada oluşan ikinci yaklaşım ise sonuç odaklıdır. Bu noktada sonuçtan kastedilen, bireyin korunup korunamamasıdır. Korumadan anlaşılması gereken ise bireye menşe ülkesi içerisinde sağlanan dâhili korumadır⁷⁶⁵. Buradan hareketle, söz konusu yaklaşım koruma yaklaşımı (*protection*

⁷⁶⁴ KAREN MUSALO, JENNIFER MOORE, ve RICHARD A. BOSWELL, *Refugee Law*, 287; STEFAN ERICSSON, *Asylum in the Member States*, 11, 12; WALTER KALIN, «Non-state Agents», 417, 418; DANIEL WILSHER, «Non-State Actors», 71; REINHARD MARX, «Non-State Agents», 449; JENNIFER MOORE, «Whither the Accountability Theory: Second-Class Status for Third-Party Refugees as a Threat to International Refugee Protection», *International Journal of Refugee Law* 13 (2001): 35; MATTHEW E. PRICE, *Rethinking Asylum*, 147.

⁷⁶⁵ Dâhili korumanın tanımına ilişkin olarak bkz. yuk.ş1.I.B.2. Dâhili koruma zafiyetinin varlığının araştırılmasına sadece zulmün devlet dışı güçlerden kaynaklandığı durumlar açısından ihtiyaç duyulmaktadır. Zira, zulüm ihtimâlinin bizzat devlet tarafından oluşturulması hâlinde dâhili korumanın zaten mümkün olamayacağı kabul edilmektedir. Bu durumda bireyin maruz kaldığı zulüm ihtimâlinin, diğer şartları da gerçekleştirmiş olması durumunda doğrudan doğruya “haklı nedenlere” dayandığı sonucuna varılabilecektir: ANTONIO FORTIN, «The Meaning», 574; JAMES C. HATHAWAY, *Refugee Status*, 124, 125. Bu noktada, mülteci statüsünün belirlenmesi açısından dâhili koruma ile diplomatik korumanın farkı da ortaya çıkmaktadır. Bireyin diplomatik korumadan (haklı nedenlere dayanan zulüm korkusu sebebiyle) yoksun kalmış olması, tek başına değerlendirmede kullanılan bir ölçüt olarak ele alınmaktadır: bkz. aşa.ş5.III. Oysa dâhili koruma zafiyeti/yoksunluğu, sadece bireyin mültecilik iddiasına dayanak teşkil eden zulüm ihtimâlinin “haklı nedenlere” dayanmasının göstergesi olarak ele

approach) olarak adlandırılmaktadır⁷⁶⁶. İlgili yaklaşım uyarınca önemli olan devletin zulüm ihtimâlinin oluşmasındaki sorumluluğunun tespit edilmesi değil, bireyin zulüm ihtimâli karşısında korunmasız kalmış olmasıdır⁷⁶⁷. Bu bağlamda, iştirak yaklaşımının tersine; zulüm ihtimâlinin devlet dışı aktörlerden kaynaklandığı durumlarda, menşe devletinin ortadan kalkmış olması, ülkesel kontrolünü yitirmiş olması gibi sebeplerle koruma sağlayamaması, söz konusu zulüm ihtimâlinin 1951 Sözleşmesi çerçevesinde değerlendirilebilmesini engellemektedir. Bu yaklaşımın özünde, 1951 Sözleşmesinin insancıl bir amaca sahip olması ve temel hedefinin “mültecilerin temel hürriyetleri ile insan haklarını mümkün olduğu kadar kapsamlı bir şekilde kullanmalarını sağlama” yönünde uluslararası bir işbirliğinin tesis edilmesi olduğu düşüncesi⁷⁶⁸ yatmaktadır⁷⁶⁹. Koruma yaklaşımını sonuç odaklı olarak nitelendirmemiz de bu yüzdendir. Zira bu yaklaşım uyarınca, ne şekilde oluştuğundan bağımsız olarak, sonuca odaklanılmaktadır. Sonuç olarak sığınma talebinde bulunan bireyin menşe devleti dâhili koruma zafiyeti içerisinde ise devlet dışı aktörlerden kaynaklanan zulüm ihtimâli, 1951 Sözleşmesi içerisinde değerlendirilebilmektedir. Bir başka ifâde ile, koruma yaklaşımı çerçevesinde, devlet dışı aktörlerin yol açma olasılığı bulunan şiddet, menşe devletinin gerekli korumayı sağla(ya)maması durumunda “haklı nedenlere dayanan zulüm korkusu”na dönüşmüş olmaktadır⁷⁷⁰.

alınmaktadır. Bu sebeple dâhili koruma zafiyeti Sözleşme’den kaynaklanan bir ölçüt olarak nitelendirilmemeli; yorum esnasında değerlendirilen bir kriter olarak kabul edilmelidir.

⁷⁶⁶ WALTER KALIN, «Non-state Agents», 423; STEFAN ERICSSON, *Asylum in the Member States*, 12; REINHARD MARX, «Non-State Agents», 454; DANIEL WILSHER, «Non-State Actors», 70; JENNIFER MOORE, «Whither the Accountability Theory», 34 vd.; KAREN MUSALO, JENNIFER MOORE, ve RICHARD A. BOSWELL, *Refugee Law*, 283.

⁷⁶⁷ STEFAN ERICSSON, *Asylum in the Member States*, 12; KAREN MUSALO, JENNIFER MOORE, ve RICHARD A. BOSWELL, *Refugee Law*, 283 vd.; WALTER KALIN, «Non-state Agents», 423 vd.; JENNIFER MOORE, «Whither the Accountability Theory», 34 vd.

⁷⁶⁸ Bkz. Sözleşme’nin Dibacesi, paras. 2, 4.

⁷⁶⁹ STEFAN ERICSSON, *Asylum in the Member States*, 12; WALTER KALIN, «Non-state Agents», 423.

⁷⁷⁰ MATTHEW E. PRICE, *Rethinking Asylum*, 150.

aa. Koruma Yaklaşımının Uygulamadaki Görünümü

Koruma yaklaşımı, çağdaş mülteci hukuku çerçevesinde yaygın bir uygulama alanına sahiptir. Bu doğrultuda, uygulama örneklerine bakıldığında bu hususta en sistematik değerlendirmenin Kanada tarafından yapıldığı görülebilir. Kanada uygulamasında, dâhili koruma zafiyetinin belirlenmesinde dört hususun sorgulanmasını gerektiren bir yöntem geliştirilmiştir. Buna göre;

(1) devlet tarafından zulmün gerçekleştirildiği durumlarda,

(2) devlet tarafından zulme göz yumulan durumlarda,

(3) devlet tarafından zulmün hoşgörüldüğü durumlarda,

(4) devlet tarafından zulme göz yumulmaması veya hoşgörülmemesine rağmen, korumanın sağlanamadığı ya da sağlanmak istenmediği veya yeterli korumanın sunulmadığı durumlarda koruma zâfiyetinin varlığından söz edilebilmektedir⁷⁷¹. Ayrıca Kanada uygulamasında, sığınmacının korun(a)madığını kanıtlamak adına menşe ülkesinde hayatını riske atacak davranışlarda bulunmasına gerek olmadığı; sığınmacının bu hususta, menşe ülkesinin korumasına başvurmamasının makul bir hareket olduğunu kanıtlaması yeterli görülmüştür⁷⁷².

Kanada'nın geliştirdiği bu sistematik, Yeni Zelanda tarafından da uygulanmaktadır⁷⁷³. Avustralya⁷⁷⁴ ve ABD⁷⁷⁵, de ise tam anlamıyla belirtilen yöntem uygulanmasa da koruma yaklaşımı benimsenmiştir. Bu çerçevede, eğer zulüm ihtimâli devlet dışı aktörlerden kaynaklanmakta ve menşe devleti, bireyi bu duruma karşı

⁷⁷¹ Bu yöntem Kanada sığınma hukuku içerisinde ilk kez *Tezcan Ozdemir* kararında uygulanmıştır: JAMES C. HATHAWAY, *Refugee Status*, 129, dn. 232; *Tezcan Ozdemir*, Canada Immigration Appeal Board Decision M83-1304, 18.12.1984.

⁷⁷² Bkz. LEGAL SERVICES, *Interpretation of Canada*, Chpt. 6.1.8, <<http://www.irb-cisr.gc.ca/Eng/BoaCom/references/LegJur/Pages/RefDef.aspx#table>> (12.12.2012).

⁷⁷³ Bu hususta bkz. Refugee Appeal No. 71427/99, para. 60; ayrıca bkz. MIKHAIL IZRAILEV, «A New Normative Approach For The Grant Of Asylum In Cases Of Non-State Actor Persecution», *Cardozo Journal of International and Comparative Law* 19 (2011): 192, 193.

⁷⁷⁴ Bkz. LEGAL SERVICES, *Australia Refugee Law*, Chpt. 4–12.

⁷⁷⁵ Örneğin bkz. *Tatiana Pavlova v. Immigration and Naturalization Service*, 441 F.3d 82 (2nd Cir. 2006), <<http://international.westlaw.com>> (E.T.: 12.12.2012).

koru(ya)mamakta ise söz konusu ihtimâlin 1951 Sözleşmesi çerçevesinde haklı nedenlere dayanan zulüm korkusunu tesis etmiş sayılacağı kabul edilmiştir.

AB’de ise koruma yaklaşımı benimsenmiş olmasına rağmen, devlet dışı aktörlerden kaynaklanan zulüm ihtimâlinin 1951 Sözleşmesi çerçevesinde değerlendirilebilmesi noktasında bir taraftan mülteci lehine bir anlayışın şekillendiği görülürken öte taraftan mülteci aleyhine bir düzenlemeye de yer verildiği tespit edilmektedir. AB’nin ilgili hususta, mülteci lehine şekillendirdiği anlayış, AB Vasıf Yönergesi’nin 6(c). ve 7(3). maddeleri uyarınca, sığınma talebinde bulunan bireyin, karşı karşıya kaldığı zulüm ihtimâlinin mülteci statüsünün tanınmasına imkân sağlayabilmesi için etkin ve süreklilik arz eden bir korumadan yoksun kalmış olmasının aranmasına ilişkindir. Bu durumda bireye koruma sağlanması yönünde bir niyetin varlığı tek başına zulüm ihtimâlinin oluşmasını engelleyen bir husus olarak değerlendirilmemektedir. Sözleşme çerçevesinde bir zulüm ihtimâlinin gerçekleşmediğinin ileri sürülebilmesi için (dâhili) korumanın etkin olmadığının ve süreklilik arz etmediğinin de ortaya koyulması gerekmektedir. Sonuç odaklı bu yaklaşım hiç kuşkusuz ilk bakışta mülteci lehine bir görüntü çizmektedir. Ancak, bu noktada, aynı düzenlemenin mülteci aleyhine şekillenen anlayışı devreye girmektedir. Zira Vasıf Yönergesi’ne göre, bireyin korumasız kalmış olmasının sadece menşe devletinin dâhili koruma zafiyetini nitelemediği anlaşılmaktadır. Yönerge’nin 6(c) ve 7(b) maddeleri uyarınca, devlet dışı aktörlerin oluşturduğu zulüm ihtimâlinin mülteci statüsünün tanınabilmesine sebep olabilmesi için, bu ihtimâle maruz kalan bireyin sadece menşe devleti tarafından korun(a)madığını ortaya koyması yeterli değildir. Birey uluslararası organizasyonlar da dâhil olmak üzere menşe devleti veya bu devletin esaslı bir bölümünü kontrol eden organizasyonlar veya oluşumlar tarafından da korun(a)mamalıdır. AB Vasıf Yönergesi içerisinde yer alan bu düzenleme eleştiriye açıktır⁷⁷⁶. Zira devleti veya devletin ülkesinin esaslı bir bölümünü kontrol etse de devlet

⁷⁷⁶ Vasıf Yönergesi’nin ilgili düzenlemesine BMMYK ve ECRE tarafından getirilen eleştiriler için bkz. UN HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES, *UNHCR Comments on the European Commission’s Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Minimum Standards for the Qualification and Status of Third Country Nationals or Stateless Persons as Beneficiaries of International Protection and the Content of the Protection Granted* (COM(2009)551, 21 October 2009), Comment (UNHCR, 29 Haziran

dışı bir organizasyonun ya da oluşumun, devlet ile eşit bir ölçekte koruma sağlayabilmesinin her zaman mümkün olabileceğini söylemek zor olacaktır. Kaldı ki bu oluşumlar uluslararası hukukta devletler ile aynı yükümlülöklere de sahip değildirler⁷⁷⁷. Buna ek olarak, Yönerge’de etkin ve sürekli korumadan kastedilenin zulmün önlenmesi için etkin bir hukukî sistemin işletilmesi, zulüm teşkil eden fiillerin cezalandırılması yolunda makul adımlar atılması⁷⁷⁸ ve başvuranın bu şekilde bir korumaya erişebilmesinin sağlanması olduğu göz önüne alındığında, devlet dışı oluşumların böylesi bir standardı nasıl sağlayabileceğı hususu soru işaretleri doğurmaktadır. Ayrıca, devlet dışı oluşumları korumanın kaynağı olarak kabul ederek, zulüm ihtimâlini saf dışı bırakmak, ne sığınmanın genel yapısı ile ne 1951 Sözleşmesi’nin konusu ve amacıyla bağdaşmaktadır⁷⁷⁹. Sözleşme’nin statünün sona ermesini düzenleyen 1C maddesinde, mülteciye sağlanan korumanın sona ermesi, *inter alia*, bu bireyin devlet korumasından tekrar yararlanmaya başlaması şartına bağlı kılınmıştır. Bu bağlamda, Sözleşme’nin korumayı “devlet koruması” olarak temel aldığı rahatlıkla anlaşılmaktadır⁷⁸⁰. Ayrıca, 1951 Sözleşmesi’nde devlet dışı oluşumların sağladığı korumanın sığınma talebinde bulunan bireyi Sözleşme kapsamı dışında bırakabileceğine dair genel bir hüküm bulunmamakla birlikte, Sözleşme’nin 1D maddesinde bu hususta özel bir düzenlemeye yer verildiğı görölmektedir. 1D hükmü ekseninde devlet dışı bir oluşumun sağladığı koruma, bu oluşumun “yalnızca” BMMYK dışındaki BM organları veya örgütleri olması durumunda bireyi Sözleşme kapsamı dışında bırakabilecektir. 1951 Sözleşmesi bir insan

2010), 5, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4c503db52.html>; EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES (ECRE), *Comments on Recast Directive*, 7 vd.

⁷⁷⁷ UN HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES, *UNHCR’s Comment on Qualification Directive (recast)*, 5.

⁷⁷⁸ Yönerge’nin 7(2). maddesinde, etkin ve sürekli korumanın, zulmün önlenmesi için etkin bir hukukî sistemin işletilmesi, zulüm teşkil eden fiillerin cezalandırılması yolunda makul adımlar atıldığı zaman ve başvuranın bu şekilde bir korumaya erişebilmesinin mümkün kılındığı zaman gerçekleşmiş sayılabileceğı belirtilmiştir. Bu bağlamda “makul adımlar (*reasonable steps*)” ifâdesi de yeterince açık olmaması sebebiyle gerek BMMYK gerek ECRE tarafından eleştirilmiştir. Ibid.; EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES (ECRE), *Comments on Recast Directive*, 7.

⁷⁷⁹ Bu hususta ayrıntılı bir çalışma için bkz. MARIA O’SULLIVAN, «Acting the Part: Can Non-State Entities Provide Protection Under International Refugee Law?», *International Journal of Refugee Law* 24, sayı 1 (2012): 88–91, 98–110.

⁷⁸⁰ Benzer yöndeki çıkarım için bkz. Ibid., 99 vd.

hakları düzenlemesi olarak nitelendirildiğinden statü dışında bırakmaya ilişkin hükümlerinin tahdidi bir şekilde ve dar yorumlanması gerekmektedir. Bu doğrultuda Sözleşme'nin 1D hükmünde belirtilen düzenleme de dar bir çerçevede ele alınmalı ve genişletilmemelidir. Oysa Vasıf Yönergesinin statünün dışında bırakılma sonucunu doğuracak olan korumayı mülteci aleyhine genişlettiği ve bu sebeple 1951 Sözleşmesi ile uyumsuz bir görünüm sergilediği belirtilebilir⁷⁸¹. Hatta Yönerge'nin ilgili düzenlemesinin 1951 Sözleşmesi'ne ek bir şart getirerek Sözleşme'ye aykırılık teşkil ettiği de iddia edilebilir.

bb. Dâhili Korumanın Uygulamadaki Görünümüne İlişkin Olarak BMMYK'nın Görüşleri ve Tavsiyeleri

Uygulamada dâhili korumaya odaklanılması, dışlayıcı bir yaklaşımın gelişmesine de sebep olmuştur. Zulüm ihtimâlinin söz konusu olduğu iddia edilen ülkeler içerisinde belli bölgelerin hâlen korunmakta olması ve bu bölgelerde haklı sebeplerle zulüm korkusu yaşamaya sebep verecek bir durumun bulunmaması, çeşitli devletlerin mülteci statüsü belirleme değerlendirmesinde bu hususu gerekçe göstererek⁷⁸² statünün

⁷⁸¹ Aynı yöndeki görüş için bkz. Ibid., 107.

⁷⁸² Örneğin AB hukukundaki mülteci statüsü belirleme kriterlerinden biri de, dâhili koruma alternatifinin mümkün olmamasıdır: bkz. Vasıf Yönergesi, recital, para. 27 ve md. 8. Avrupa dışında da değerlendirme sırasında menşe ülkesinde dâhili korumanın mümkün olup olmadığına yönelik araştırmalar yapılmakta ve dâhili koruma alternatifi söz konusuysa statünün tanınmaması yönünde karar verilmektedir. AB dışında dâhili koruma alternatifinin statü belirleme değerlendirilmesinde ele alınmasına yönelik uygulamalara örnek olarak bkz. *Okoli v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 332, Canada: Federal Court, 31.03. 2009, <<http://www.refworld.org/docid/4a5b4bfa2.html>> (E.T.: 12.12.2012) (Kanada); *Sanjivkumar Ram Tripathi v Minister of Citizenship and Immigration*, 2009 FC 174, Canada: Federal Court, 19.02.2009, <<http://international.westlaw.com>> (E.T.: 12.12.2012) (Kanada); *SZJNY v Minister for Immigration and Citizenship* [2008] FCA 624, <<http://international.westlaw.com>> (E.T.: 12.12.2012) (Avustralya); *SZATV v. Minister for Immigration and Citizenship*, S62/2007, [2007] HCA 40, <<http://international.westlaw.com>> (E.T.: 12.12.2012) (Avustralya); *Butler v. Attorney-General*, CA 181/97 Court of Appeal [1999] NZAR 205, <<http://www.refworld.org/docid/3ae6b61ac.html>> (E.T.: 12.12.2012) (Yeni Zelanda), *Andres Arboleda, Ana Maria Posada, Ana Maria Arboleda, Pablo Arboleda, Santiago Arboleda v. U.S. Attorney General*, No. 04-13049, United States Court Of Appeals For The Eleventh Circuit 434 F.3d 1220, 2006, <<https://law.resource.org/pub/us/case/reporter/F3/434/434.F3d.1220.-.04-13049.html>> (E.T.: 12.12.2012) (ABD); *Osman Farah Hagi-Salad v. John Ashcroft (U.S. Attorney General)*, No. 02-3437 United States Court Of Appeals For The Eighth Circuit 359 F.3d 1044; 2004, <<http://caselaw.findlaw.com/us-8th-circuit/1241751.html>> (E.T.: 12.12.2012) (ABD).

tanınması bakımından olumsuz kararlar vermesine neden olmaktadır. Bu uygulamanın oldukça yaygın bir hâl alması, dâhili korumanın hangi şartlar altında olumsuz bir statü belirleme kararına gerekçe teşkil etmesi gerektiği sorusunu gündeme getirmiştir. Bu noktada konuya açıklık getirilebilmesi amacıyla, BMMYK Uluslararası Koruma Rehberi serisi kapsamında bir rapor (Dâhili Kaçış Alternatifi Raporu) hazırlamıştır⁷⁸³. Raporda, dâhili koruma alternatifinin, mültecilik statüsü tanınması şartlarından biri olmadığı; ancak değerlendirme sırasında her somut olaya göre ele alınabilecek bir husus olduğu vurgulanmıştır⁷⁸⁴. Raporda ayrıca, sığınmacının dâhili korumanın bölgesel olarak sağlanabildiği yerlere kaçma imkânı olup olmadığı değerlendirilirken dikkate alınacak konular da belirtilmiştir. Bu bağlamda Raporda iki boyutlu bir değerlendirme yapılması öngörülmüştür⁷⁸⁵. Bu değerlendirmenin ilk boyutunu, “ilgi (*relevance*) analizi, diğer boyutunu ise makul olma (*reasonableness*) analizi oluşturmaktadır. İlgi analizi doğrultusunda;

- menşe ülkesi içerisinde dâhili korumanın mümkün olduğu yere sığınmacının güvenli bir şekilde ve hukuka uygun olarak ulaşım ulaşamayacağı,
- zulmün kaynağının devlet olup olmadığı (Zira zulmün kaynağı devlet ise, dâhili koruma imkânının söz konusu olmadığı karine olarak kabul edilmektedir),
- zulmün kaynağının devlet dışı bir güç olup olmadığı ve devlet dışı zulüm kaynağının kaçış bölgesindeki etkinliğinin derecesi ile devletin bu bölgedeki korumasının etkinliğinin değerlendirilmesi,
- sığınmacının dâhili kaçışı gerçekleştirdikten sonra yeni veya devam eden bir zulme maruz kalma riskinin olup olmadığı hususları değerlendirilmelidir⁷⁸⁶.

⁷⁸³ THE UN REFUGEE AGENCY, *Guidelines On International Protection: «Internal Flight or Relocation Alternative» within the context of Article 1(A)(2) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees*, <<http://www.unhcr.org/3f28d5cd4.html>> (E.T.: 12.12.2012).

⁷⁸⁴ Ibid., 2.

⁷⁸⁵ Ibid., 3 vd.

⁷⁸⁶ Ibid., 3.

Makul olma analizi doğrultusunda değerlendirilecek husus ise, sığınmacının dâhili korumanın mümkün olduğu iddia edilen bölgeye yerleşmesinden sonra hayatını olağan bir şekilde sürdürüp sürdüremeyeceğinin tespit edilmesidir. Zira eğer sığınmacı dâhili kaçıışı gerçekleştirdikten sonra hayatını idame ettirmede zorluklarla karşılaşacaksa, bireyin oraya yerleşmesinin makul olmadığı sonucuna varılacaktır⁷⁸⁷.

D. Haklı Nedenlere Dayanan Zulüm Korkusunun (Zulüm İhtimâlinin)

Oluşmasında Yerinde Mültecilerin Kasıtlı Davranışlarının Etkisi

Öncelikle, gerek BMMYK El Kitabı'ndaki açıklamalar, gerek uygulamadaki genel görünümünden yola çıkılarak yerinde mülteciliğin iki temel nedenle oluşabileceği belirtilmelidir. İlk neden, sığınma başvurusunda bulunan bireyin menşe ülkesini terk etmesinden sonra bu ülkede meydana gelen değişikliklerdir⁷⁸⁸. Bu durumda genellikle, bireyin ülkesini terk etmesi sırasında sığınma arama niyeti yoktur. Ancak o, ülke dışındayken menşe ülkesindeki şartlar öyle bir hâle gelebilir ki, kişi geri dönerse zulüm ihtimâline maruz kalabileceğinden korku duyabilir. Böyle bir durumda, sığınma başvurusunda bulunan bireyin menşe ülkesindeki değişen şartların, onun zulüm korkusunu haklı temellere dayandıracak seviyede olması beklenir. Yerinde mülteciliğe sebep olabilecek nedenlerden ikincisi ise sığınmacının menşe ülkesi dışındayken, kendi faaliyetleri/davranışları sonucunda mültecilik hâline girmesidir⁷⁸⁹. El Kitabı bu hususta, haklı nedenlere dayanan korku kriterinin sağlanabilmesi için *inter alia*, incelenmesi gereken iki husus öngörmüştür. Buna göre, bireyin söz konusu faaliyetlerinin menşe ülkesi otoritelerince farkına varılıp varılmadığı ve bu faaliyetlerin otoriteler üzerinde

⁷⁸⁷ Ibid.

⁷⁸⁸ El Kitabı, para. 95; JAMES C. HATHAWAY, *Refugee Status*, 33; BÜLENT ÇİÇEKLİ, *Mülteciler*, 62; GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 63; TEVFİK ODMAN, *Mülteci Hukuku*, 92.

⁷⁸⁹ El Kitabı para. 96; JAMES C. HATHAWAY, *Refugee Status*, 35; GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 65; TEVFİK ODMAN, *Mülteci Hukuku*, 92.

nasıl bir etki bıraktığı değerlendirilmelidir⁷⁹⁰. El Kitabı'nda yer alan bu iki hususun uygulamada da özellikle dikkate alındığı görülmektedir⁷⁹¹.

Bununla birlikte, uygulamada yerinde mülteciler açısından süregelen önemli bir tartışma da söz konusudur. Tartışma, sığınma başvurusunda bulunan bireyin ülkesini terk ettikten sonra, bilinçli bir şekilde bir takım siyasî faaliyetlerde bulunarak mülteci statüsünün tanınması amacıyla hareket etmesi hâlinde, nasıl bir yol izleneceğine ilişkindir. Bir başka ifade ile birey, sırf mülteci olarak kabul edilebilmek için bir takım davranışlarda bulunmuşsa ve bu davranışlarına bağlı olarak zulüm ihtimâli oluşmuşsa, söz konusu davranışlar, statüsünün tanınabilmesi için temel alınmalı mıdır?⁷⁹² Esasen bu soruya dayalı olan tartışmanın hukukî boyutunun özünde, iyi niyet zâfiyeti-zulüm ihtimâli çekişmesi bulunduğunu söylemek yerinde olacaktır. Zira sığınma başvurusunda bulunan bireyin sırf mülteci olarak tanınabilmek için bazı davranışlarda bulunması iyi niyetli olmadığının bir göstergesi olarak değerlendirilebilir. Bu bağlamda iyi niyetli olmayan bir bireyin, insancıl amaçlara hizmet etmeyi hedefleyen bir Sözleşme'nin kapsamına giremeyeceği iddia edilebilir. Ancak madalyonun diğer yüzü farklı bir görünüm sergilemektedir. Çünkü birey iyi niyetli olmasa da, bilinçli olarak yaptığı davranışlar kendisini gerçekten de ciddi bir zulüm ihtimâli ile karşı karşıya koyabilir. Bu durumda da

⁷⁹⁰ El Kitabı, para. 96.

⁷⁹¹ Örneğin, ABD uygulamasında, yukarıda zikrettiğimiz hususlar değerlendirilirken mahkeme içtihatlarından yola çıkılarak 5 unsurlu bir testin uygulandığı görülmektedir. Test şu şekilde işlemektedir: (1) başvuranın menşe ülkesinden çıkmadan önce bu ülkedeki konumunun (örneğin kişinin tanınan bir birey olup olmamasının) değerlendirilmesi; (2) başvuranın zulüm ihtimâlini bulunduğu ülkenin dışındaki konumunun (bireyin gizlenmekte olup olmadığı, vb.) değerlendirilmesi (3) başvuranın zulüm ihtimâlinin bulunduğu ülkenin dışındaki faaliyetlerinin belirgin olup olmamasının (bireyin geniş çaplı veya dar çaplı toplantı, miting, eylem vs. gibi faaliyetlere katılıp katılmadığı, basın aracılığıyla ifşa olup olmadığı) değerlendirilmesi; (4) başvuranın zulüm ihtimâlinin bulunduğu ülkenin, diğer ülkelerle bir bilgi ağı (network) kurup kurmadığının (örneğin, ülke dışındaki vatandaşlarını takip edip etmediği) değerlendirilmesi ve (5) zulmün aktörünün, ülke dışında yaşamakta olan kişilere ilişkin genel görüşlerinin (ülke dışında yaşayanların siyasî muhalif olarak değerlendirilip değerlendirilmemesi gibi) değerlendirilmesi: ASYLUM DIVISION, *Asylum Officer Basic Training Course Participant Workbook* (U.S. Citizenship and Immigration Services, 13 Mart 2009), 20; <<http://www.uscis.gov/USCIS/Humanitarian/Refugees%20&%20Asylum/Asylum/AOBTCL%20Plans/Well-Founded-Fear-31aug10.pdf>> (E.T.: 12. 12. 2012).

⁷⁹² GUY S. GOODWIN-GILL, «Good Faith», 663.

bireyin Sözleşme'nin kapsamı dışında bırakılması, bu düzenlemenin insancıl amacı ile bir tezat oluşturabilir.

Grahl-Madsen, yerinde mültecilerin (kendilerine yönelen biçimde zulme sebebiyet vermesi muhtemel) davranışlarını üç kategori altında ele almaktadır⁷⁹³: “(1) gerçek siyasî niyet(ler)e dayanan davranışlar (2) kasıtlı ya da isteyerek yapılmayan (örneğin provokasyon sonucu yapılan) ancak “(zulmün aktörünün zımnî algısına bağlı olarak) siyasî görüşe dayanan zulüm ihtimâline sebebiyet verebilecek” davranışlar ve (3) zulüm korkusu doğurabilmek için ve sırf bu amaçla yapılan davranışlar”. Yazara göre ilk iki grup davranış açısından, iyi niyete aykırılık söz konusu edilmeyebilir ancak üçüncü grup davranışların iyi niyetle gerçekleştirilmediği ortadadır. Bu sebeple bu tür davranışları sergileyen bireylerin Sözleşme kapsamına alınmaması iyi niyet ilkesinin bir uzantısı olarak değerlendirilmelidir⁷⁹⁴.

Hathaway ise bu hususu Sözleşme'nin koruma amacı ekseninde değerlendirmektedir. Yazar'a göre, bu tartışmanın çözümlenebilmesi için odaklanılması gereken husus, bireyin söz konusu davranışlarının kasıtlı olarak yapılıp yapılmadığı değil, bu davranışlarının gerçekten Sözleşme kapsamında değerlendirilebilecek bir zulüm ihtimâline yer verip vermeyeceğidir⁷⁹⁵. Bu bağlamda önemli olan, kişinin mesnetsiz davranışlarından ziyâde, bireyin bu davranışlarının zulmün (potansiyel) aktörü tarafından nasıl algılandığıdır⁷⁹⁶.

⁷⁹³ ATLE GRAHL-MADSEN, *Status*, 1966, 1966, 247, 248.

⁷⁹⁴ ATLE GRAHL-MADSEN, *Status*, 1966, 1966, 251.

⁷⁹⁵ *Hathaway* bu hususta, isabetli olarak söz konusu davranışların Sözleşme'de yer alan zulüm nedenlerinden biri olan “siyasî görüş” kapsamında değerlendirilebilir olup olmadığının belirlenmesi gerektiği üzerinde de durmuştur: JAMES C. HATHAWAY, *Refugee Status*, 37, 38. Gerçekten de, yerinde mülteciler açısından kendi davranışları ile zulüm ihtimâlinin oluşabilmesi, bu ihtimâlin “siyasî görüş” nedeni ile bağlantılı olmasını gerektirecektir. Bu sebeple, bireyin kasten bu davranışları sergileyip sergilemediği, bu kişinin gerçekten siyasî bir görüşe sahip olup olmadığı ile de ilişkilidir. Dolayısıyla, burada bireyin iyi niyeti sorgulanırken aslında değerlendirilmesi gereken, kendisine atfedilebilecek ve samimi bir şekilde savunduğu bir siyasî görüşü olup olmadığıdır.

⁷⁹⁶ *Ibid.*, 39.

Kanımızca, gerçekten de bu hususta odaklanılması gereken, sığınmacı bireyin korunma ihtiyacı içerisinde bulunması, menşe devletinin ise koruma zafiyeti göstermesi olmalıdır. Sığınmacının iyi niyetli olup olmadığının araştırılması, tek başına statü değerlendirmesini etkileyen bir unsur olarak ele alınmamalıdır⁷⁹⁷. Zira iyi niyetin Sözleşmenin uygulanması açısından etkili olduğu tek nokta, taraf devletlerin ilgili düzenlemeyi yorumlamasına ilişkindir. Sözleşme'nin hiçbir yerinde sadece "iyi niyetli" mültecilerin hukukî statüsünün tanınacağına dair bir hüküm yer almadığı gibi, böyle bir yaklaşım uluslararası korumanın genel yapısı içerisinde de çıkarılamamaktadır⁷⁹⁸. Kaldı ki, bireyin davranışlarının kasten ve sadece Sözleşme rejimine dâhil olmak amacıyla gerçekleştiğini ispatlamak da zor olacaktır. Örneğin, kimi durumlarda, sığınma başvurusunda bulunulması bile tek başına zulüm ihtimâlini doğurabilmektedir⁷⁹⁹.

Sığınma arayışındaki bireyin iyi niyet sahibi olup olmadığının değerlendirilmesi hususunda doktrindeki ayrışmanın uygulamaya da aynı şekilde yansıdığını belirtmek gerekir⁸⁰⁰. Bu bağlamda, iyi niyet, yerinde mültecilik hususu açısından dikkate alındığı gibi bazı durumlarda da sığınma arayışında olan bireyin ülkesine döndüğünde karşılaşacağı zulüm ihtimâli üzerinden değerlendirme yapıldığı görülmektedir. Bu

⁷⁹⁷ GUY S. GOODWIN-GILL, «Good Faith», 670.

⁷⁹⁸ Ibid., 670, 671.

⁷⁹⁹ JAMES C. HATHAWAY, *Refugee Status*, 39.

⁸⁰⁰ Bkz. GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 66; ayrıca bkz. *Danian v. Secretary of State for the Home Department*, CO/30274/97, United Kingdom: Asylum and Immigration Tribunal/Immigration Appellate Authority, 9.06.1998, <<http://www.refworld.org/docid/3ae6b6b92c.html>> (E.T.: 12.12.2012) (Birleşik Krallık). Belirtilen davaya ilişkin kararda, *Grahl-Madsen*'in görüşleri temel alınarak, iyi niyet değerlendirmesi yapılmış ve başvuranın itirazı kabul edilmemiştir; aynı yönde bkz. *Refugee Appeal No. 2254/94 Re HB*, no. 2254/94, New Zealand: Refugee Status Appeals Authority, 21.09.1994, <<http://www.refworld.org/docid/3ae6b6910.html>> (E.T.: 12.12.2012) (Yeni Zelanda); bununla birlikte bazı davalarda da *Hathaway*'in görüşüne paralel olarak, iyi niyetten ziyade zulüm ihtimâline yoğunlaşıldığı görülmektedir: *Mohammed v Minister for Immigration & Multicultural Affairs [1999] FCA 868*, FCA 868, Australia: Federal Court, 28.06.1999, <<http://www.refworld.org/docid/3ae6b762c.html>> (E.T.: 12.12.2012) (Avustralya); aynı yönde bkz. *Ngongo, Ndjadi Denis v. M.C.I. (F.C.T.D.)*, no. IMM-6717-98, Tremblay-Lamer, 25.10.1999 (Kanada), naklen GOVERNMENT OF CANADA, «Interpretation of the Convention Refugee Definition in the Case Law - Chapter 5: Well-Founded Fears», Chpt. 7.3.1.; Ireland - H.M. v Minister for Justice, Equality, Law Reform, [2011] IEHC 16, <<http://www.asylumlawdatabase.eu/en/case-law/ireland-hm-v-minister-justice-equality-law-reform-2011-ieh-c-16#conten>> (E.T: 12.12.2012) (İrlanda).

sebeple, uygulamanın tartışmayı belirgin bir taraf tutarak sonlandırdığını ifâde etmek doğru olmayacaktır.

Bununla birlikte, mülteci statüsünün belirlenmesine yönelik ölçütlerin yeknesak bir çerçevede değerlendirilebilmesini amaçlayan AB'nin ortak sığınma sisteminin hukukî araçlarından biri olan Vasıf Yönergesi'nde, açıkça iyi niyet testine odaklanılmasa da⁸⁰¹ söz konusu tartışma ile ilişkili olarak başka hususlara yer verildiği görülmektedir. Vasıf Yönergesi'nin 5(2). maddesinde, başvuru sahibinin menşe ülkesinden ayrıldıktan sonra yaptığı faaliyetlerin özellikle menşe ülkesinde sahip olunan kanıların ve yönelimlerin bir uzantısı (devamı) olması hâlinde bu faaliyetlerin haklı nedenlere dayanan zulüm korkusuna temel teşkil edebileceği düzenlenmiştir. İlgili düzenleme kanımızca, bireyin menşe ülkesi dışındaki davranışlarının, menşe ülkesindeyken sahip olduğu görüşlerinin bir uzantısı olmasını şart koşturmamaktadır⁸⁰². Düzenlemeden anlaşılan, devamlılık arz eden davranışların haklı nedenlere dayanan zulüm korkusunun tesis edilmesinde olumlu bir etken olarak değerlendirilebileceğidir. Bu etken, zulüm ihtimâlinin belirlenmesi kapsamında dikkate alındığı sürece; yani Sözleşme'deki kriterlere ek bir şart olarak görülmediği sürece Sözleşme'ye aykırılık teşkil etmemelidir.

⁸⁰¹ Vasıf Yönergesi'nin kabul edilen ilk metninin 20 (6). maddesinde, mülteci olarak tanınmak için gerekli koşulları oluşturmayı tek amaç ya da temel amaç edinerek girişilen faaliyetlerinin sonucu olarak mülteci statüsü tanınmış olan bir bireyin uluslararası korumadan faydalandırılmasının sınırlandırılabilmesine yönelik bir düzenleme mevcuttu. Ancak bu düzenleme yoğun eleştirilere maruz kalmış ve Yönerge'nin 2011 değişiklikleri ile düzenlenen nihai metninden çıkarılmıştır. Söz konusu değişiklik, AB hukukunun, iyi niyet testine odaklanmadığının bir göstergesi olarak da değerlendirilebilir. Söz konusu değişikliğin olumlu değerlendirmeleri için bkz. UN HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES, *UNHCR Comments on the European Commission's Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Minimum Standards for the Qualification and Status of Third Country Nationals or Stateless Persons as Beneficiaries of International Protection and the Content of the Protection Granted* (COM(2009)551, 21 October 2009), Comment (UNHCR, 29 Haziran 2010), 15, <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/4c503db52.html>> (E.T.: 12.12.2012); EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES (ECRE), *Comments on Recast Directive*, 16.

⁸⁰² Bu hususun bir şart olarak değerlendirilmesi durumunda, Sözleşme'nin 1A(2) maddesi içerisinde böyle bir şartın öngörülmemiş olmasının dikkate alınması gerektiği hususunda bkz. PIETER BOELES ve diğerleri, *European Migration Law*, 265.

Öte yandan, ilgili düzenlemenin 5(3). maddesi eleştiriye açık bir hüküm öngörmektedir⁸⁰³. İlgili düzenlemeye göre, müteakip başvuruda bulunan bir sığınmacı, son başvurusunda menşe ülkesini terk ettikten sonra kendi kararıyla yarattığı şartlar sebebiyle oluşan zulüm riskine dayanıyorsa, Üye Devletler, bu bireyin mülteci statüsünü 1951 Sözleşmesi hükümleri saklı kalmak kaydıyla, tanımayabilir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, bu hüküm 1951 Sözleşmesi’nde öngörülen ölçütlere ek yeni bir şart getirecek şekilde nitelendirilebilir. 1951 Sözleşmesi’nde statü dışında bırakmaya yönelik ölçütler, tahdidi olarak sayılmıştır⁸⁰⁴. Bu ölçütlerin içerisinde mütakip başvuruların (Yönerge’nin 5(3). maddesinde belirtilen sebeplerle) dikkate alınmayacağı yönünde bir düzenleme ise yapılmamıştır. Bu durumda Yönerge’de yer alan ilgili hüküm Sözleşme’nin uygulanmasına engel olacak şekilde yorumlanmamalıdır. Kaldı ki, hükmün içerisinde Sözleşme’ye gönderme yapılmış olmasından hareketle ilgili fıkranın uygulamada âtıl bir düzenleme olarak değerlendirilebileceği de ifâde edilebilir⁸⁰⁵.

II. ZULÜM İHTİMÂLİNİN BELİRLİ NEDENLERLE BAĞLANTILI OLMASI (NEXUS)

A. Genel Olarak

1951 Sözleşmesi uyarınca mülteci statüsünün tanınmasına yönelik olan ölçütlerden biri de, haklı nedenlere dayanan zulüm korkusunun; ırk, din, milliyet, sosyal gruba mensubiyet veya siyasî görüş nedenlerinden biri/birkaçı ile bağlantılı olmasıdır⁸⁰⁶. Sözleşme’nin 1A(2) maddesinde bu bağlantı şu şekilde ifâde edilmiştir; “(işbu Sözleşme’nin amaçları bakımından mülteci kavramı) (....) ‘ırkı, dini, tabiiyeti,

⁸⁰³ Söz konusu eleştiriler için bkz. UN HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES, *UNHCR’s Comment on Qualification Directive (recast)*, 15; EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES (ECRE), *Comments on Recast Directive*, 16.

⁸⁰⁴ Bu husustaki açıklamalarımız için bkz. aşı. §6.II.A.1.

⁸⁰⁵ Nitekim, BMMYK, ilgili hükmün Yönerge’den çıkarılmasını önermiştir: UN HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES, *UNHCR’s Comment on Qualification Directive (recast)*, 15.

⁸⁰⁶ Zulüm ihtimâli ile bağlantılı olması aranan bu nedenler “zulüm nedenleri (*reasons for persecution*)” veya “Sözleşme nedenleri (*Convention grounds*)” olarak da anılmaktadır.

belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasî düşünceleri yüzünden, zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için (...) vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan, ya da söz konusu korku nedeniyle, yararlanmak istemeyen; yahut tabiiyeti yoksa ve bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen her şahsa uygulanacaktır⁸⁰⁷”.

Görüldüğü gibi, Sözleşme’de zulüm ihtimâli ile bağlantılı olması gereken beş neden, aslında bireyin bir takım özelliklerini yansıtmaktadır. Sözleşme’de özellikle bu beş nedenin zulüm ile bağlantısının aranmasının sebebi, “söz konusu nedenlerin, bireyin kimliğine bağlı olan, sabit siyasî ve medenî hakları ve statüleri nitelemesi” olarak gösterilmiştir⁸⁰⁸. Zulüm nedenlerinin sığınmacının belirli özellikleri üzerinde şekillendirilmiş olması, doktrindeki bazı görüşlere göre ayrımcılığın önlenmesi ile de ilişkilendirilmiştir⁸⁰⁹. Ancak, bu görüşe yapılan itirazlarda, Sözleşmede sayılan ırk, din, milliyet, sosyal gruba mensubiyet ve siyasî görüş unsurlarının “korun(a)mama nedenleri” olarak kabul edilmesi durumunda ayrımcılıkla ilişkilendirilebileceği, oysa Sözleşmede bu unsurların “zulüm (ihtimâli) nedenleri” olarak sayıldığı belirtilmiştir⁸¹⁰. Her ne kadar, zulmün içerisinde ayrımcılık olabilirse de, tüm ayrımcılık faaliyetlerinin zulüm ile sonuçlanması söz konusu olmayabilir. Nitekim BMMYK El Kitabı’nda bu hususta şu ifâdelere yer verilmiştir: “[b]irçok toplulukta, bu toplumları oluşturan çeşitli gruplar içinde insanlara az ya da çok farklı muamele yapıldığı bir gerçektir. Bu farklılık sonucu bazı kişilerin daha olumsuz muameleye maruz kalması, onların mutlaka

⁸⁰⁷ Vurgu ve parantezler tarafımızca eklenmiştir.

⁸⁰⁸ DEBORAH ANKER, *Law of Asylum*, 267. Musalo, Moore ve Boswell de zulüm nedenlerinin şekillenmesinde, bireyin medenî ve siyasî haklarının korunması kaygısıyla hareket edildiğini belirtmektedirler. Yazarlar, Sözleşmede ekonomik, kültürel ve sosyal haklardan medenî ve siyasî hakların korunmasının tercih edilmesindeki nedeni, Sözleşme’nin oluşturulmasında önemli katkıları olan ABD ve Avrupa ülkelerinin Sözleşme’nin oluşturulduğu dönemde sahip oldukları siyasî amaç ve değerlerini mülteci tanımına yansıtma ile açıklamaktadırlar: KAREN MUSALO, JENNIFER MOORE, ve RICHARD A. BOSWELL, *Refugee Law*, 367.

⁸⁰⁹ JAMES C. HATHAWAY, *Refugee Status*, 138, 139; GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 70; ATLE GRAHL-MADSEN, *Status*, 217–253.

⁸¹⁰ NIRAJ NATHWANI, *Rethinking Refugee Law*, 7:79.

zulüm kurbanı olduğu anlamına gelmez. Ayrımcılığın zulme dönüşmesi ancak belirli koşulların varlığı hâlinde; örneğin kişinin yaşamını kazanma, ibadet hakkı veya temel eğitim olanaklarından yararlanma hakkına getirilen önemli sınırlamalar gibi ilgili kişiye büyük ölçüde zarar verici boyutlara ulaşması halinde söz konusudur”⁸¹¹. Bunun yanı sıra, Sözleşme’nin hazırlık çalışmaları incelendiğinde, zulüm nedenlerinin bağlı kılındığı unsurların seçilmesinde tek başına ayrımcılığın önlenmesi fikrinden ziyade tarihî deneyimlerin rol oynadığı da anlaşılmaktadır⁸¹². Örneğin, Sözleşme’nin hazırlık çalışmaları esnasında İsveç delegesi, belirli bir sosyal gruba mensubiyetin bir zulüm nedeni olarak eklenmesi yönündeki görüşünü ifâde ederken “deneyime” ve “geçmişte yaşanan olaylara” gönderme yapmıştır: “.... deneyim göstermiştir ki, bazı mülteciler, belirli bir sosyal gruba mensup oldukları için zulme uğramaktadırlar...bu tür durumlar vuku bulmuştur, bu sebeple (Sözleşmede) açıkça belirtilmeleri iyi olur”⁸¹³. Ayrıca, Sözleşmede zulüm nedenlerinin listelenmesinin herhangi bir ilkenin (ayrımcılık yasağı) ön plana çıkarılması için değil de, koruma sağlayacak devletlerin yükümlülüklerinin sayılan nedenlerle kısıtlanarak belirli hâle getirilmesi için yapılmış olduğu da ileri sürülmektedir⁸¹⁴.

⁸¹¹ El Kitabı, para.54.

⁸¹² NIRAJ NATHWANI, *Rethinking Refugee Law*, 7:79.

⁸¹³ İsveç delegasyonundan Bay Petren’in ifâdeleri, UN. Doc. A/CONF.2/SR.3, 19 November 1951, 14; U.N. Doc. A/CONF.2/SR.19, 26 November 1951, 14. İsveç’in önerisi tartışmasız kabul edilmiştir, naklen JAMES C. HATHAWAY, *Refugee Status*, 157, dn.153; NIRAJ NATHWANI, *Rethinking Refugee Law*, 7:79, dn.270.

⁸¹⁴ NIRAJ NATHWANI, *Rethinking Refugee Law*, 7:79. Nathwani, bu hususta, hazırlık çalışmaları esnasındaki açıklamalara yer vermiştir. Sözleşme’nin hazırlık çalışmaları esnasında, Amerikan delegasyonu, zulüm nedenlerinin listelenmesi (belirli sayıda olması) hususunu şu şekilde açıklamıştır: “Birleşmiş Milletler Yönetimi, (taslak) Sözleşmenin uygulanacağı mülteci kategorilerinin açıkça sıralanmasını öngörmüştür.... Muğlâk bir tanımlama, boş bir çek verme anlamına geleceğinden yeterli olmayacaktır... Sonuç olarak, Birleşmiş Milletlerin gelecekte vuku bulabileceği tahmin (dahi) edilemeyecek olayların sonucu olarak mülteci olma ihtimâli ile karşılaşabilecek oldukları varsayılan bireylere ilişkin bir ön sorumluluğa sahip olması beklenemez... .Sözleşmede yer alan mülteci kategorilerinin bu sebeple açıkça ve özel olarak belirlenmesi gerekmektedir. ... İmzacı devletlerin sorumluluğu net bir şekilde tanımlanmalıdır. Bu ise, (mülteci statüsünden) faydalanan kategorilerin belirli olması ile mümkündür. İlgili devletler, daha sonradan sorumluluklarının kapsamını genişletebilirler ancak bu devletlerin önceden sınırsız bir sorumluluk altına girmeleri kabul edilemez”: U.N. Doc. E/AC.32/L.4.; U.N. Doc. E/AC.32/SR 3, s.37, 39, 40; Mr. Henkin of the USA, U.N. Doc. E/AC.32/SR.3, January 26 1950, 13 naklen Ibid., 7:79, dn. 271, 272, 273.

Öte yandan, zulüm (ihtimâli) nedenlerinin Sözleşmede birer birer sayılmış olması, kavramsal olarak mülteci olduğu kabul edilen bazı bireyleri, mülteci statüsü kapsamının dışında bırakmıştır. Örneğin, tek başına doğal afetler, iklim değişiklikleri, kıtlık gibi durumlar sebebiyle ülkesini terk etmek zorunda kalmış olan bireyler mülteci statüsü kapsamı dışında bırakılmıştır⁸¹⁵. *Shacknove*'un da ifade ettiği gibi, Sözleşme korumasının sadece devlet tarafından kontrol edilebilen “insan kaynaklı” faaliyetleri temel aldığı⁸¹⁶ göz önünde bulundurulduğunda, doğa kaynaklı afetlerin zulüm nedenleri olarak kabul edilmemesi olağan karşılanabilir⁸¹⁷.

Zulüm ihtimâlinin belirli nedenlere bağlanmasına yönelik genel değerlendirme içerisinde değinmemiz gereken bir konu da zulüm ihtimâlinin, doğrudan doğruya bireye yönelmiş olması gerektiğine ilişkindir⁸¹⁸. Zulüm ihtimâlinin bireyin bir takım özellikleri ile (ırk, din, milliyet, sosyal gruba mensubiyet ve siyasî görüş) bağlantılı olması gerektiğinden hareketle, genel karışıklık, iç savaş gibi ayırım gözetmeyen şiddet durumunun geçerli olması hâlinde zulüm ihtimâline maruz kalmış olan bireylerin mülteci statülerinin tanınması güçleşebilecektir. Genel karışıklık veya iç savaş

⁸¹⁵ El Kitabı para. 39. Bu hususta ayrıca bkz. BETSY HARTMAN, «Rethinking Climate Refugees and Climate Conflict: Rhetoric, Reality and the Politics of Policy Discourse», *Journal of International Development* 2, sayı 22 (2010): 238; FRANK BIERMAN ve INGRID BOAS, *Environment: Science and Policy for Sustainable Development* 50, sayı 6 (2008): 11; BONNIE DOCHERTY ve TYLER GIANNINI, «Confronting a Rising Tide: A Proposal for a Convention on Climate Change Refugees», *Harvard Environmental Law Review* 33 (2009): 357 vd.

⁸¹⁶ *Shacknove*, bu tür doğa olaylarının sosyal kontrolün ötesinde bir mağduriyet durumu yarattığını ve en âdil devletin bile, vatandaşlarını veya himayesi altında bulunanları doğal afetlerden koruyamayabileceğini belirtmiştir: ANDREW E. SHACKNOVE, «Who is a Refugee?», 279.

⁸¹⁷ Bu hususta *Shacknove*; *Lofchie*, *Sen* ve *Shue*'ya gönderme yaparak, bazı durumlarda, doğal afetlerin temelinde de insan kaynaklı faaliyetlerin veya ihmallerin söz konusu olabileceğini, bu tür durumlarda ise artık, devletin kontrolü dışında oluşmuş bir mağduriyet hâlinde bahsedilemeyeceğini belirtmiştir. Bu durumda artık temelinde siyasî sebepler olan bir zulüm hâli söz konusu olabilecektir: *Ibid.*, 279 vd.; ayrıca bkz. MICHAEL F. LOFCHIE, «Political and Economic Origins of African Hunger», *The Journal of Modern African Studies* 13, sayı 04 (1975): 551–567; HENRY SHUE, *Basic Rights* (Princeton, New Jersey, 1980); AMARTYA SEN, *Poverty and Famines* (Oxford, 1981). Her ne kadar, uygulamada doğal afetlerin temelinde Sözleşme nedenleri arasında bulunan bir unsurun olup olmadığı araştırılmayıp, doğal afetler mutlak olarak Sözleşme dışında bırakılmışsa da. *Shacknove*, *et al*'ın bu husustaki görüşlerine katılmamak elde değildir. Zira, bazı durumlarda doğal afet (özellikle kıtlık) olarak nitelendirilebilecek durumların kendisini zulüm çerçevesindeki bir değerlendirmeye konu etmektense, bu olayları temelinde siyasî sebepler olan zulüm faaliyetlerinin bir sonucu olarak ele almak daha uygun olabilecektir.

⁸¹⁸ “ (...) Mülteci statüsü başvurusunda bulunan birey, neden **bireysel olarak (individually)** zulümden korktuğunu sağlam gerekçelerle ortaya koymalıdır”: El Kitabı, para.45

durumlarının mülteci statüsünün belirlenmesi açısından zorluk doğurmasının iki ana sebebi bulunmaktadır⁸¹⁹. Bunlardan ilki, zulüm ihtimâlinin devlet tarafından gerçekleştirilebileceği durumlarda, zulüm ihtimâli ile zulüm nedenlerinin arasındaki bağın kurulup kurulmadığının belirlenmesindeki güçlüktür. Nitekim bu tür olaylarda devletin koruma amaçlı mı yoksa zarar verme amaçlı mı hareket ettiğini tespit edebilmek kolay olmamaktadır. İkinci zorluk ise zulüm ihtimâlinin doğrudan doğruya sığınmacıya yönelmiş olup olmadığının tespitinden kaynaklanmaktadır. Genel karışıklık ve iç savaş durumlarında bireyin, Sözleşme’de sayılan nedenlerden biri ya da birkaçı sebebiyle zulme uğrama ihtimâli olduğunu ortaya koyabilmesi kolay olmamaktadır. Ancak genel şiddet olaylarında, zulme maruz kalma ihtimâli olan bireylerin, doğal afetler ve iklim değişiklikleri sebebiyle ülkelerini terk eden bireyler gibi mutlak anlamda Sözleşmenin koruması dışında kaldıkları da söylenemez⁸²⁰. Bu bireylerin Sözleşme rejimine dâhil olup olmayacakları, Sözleşmenin dar⁸²¹ ya da liberal⁸²² bir bakış açısıyla

⁸¹⁹ WALTER KALIN, «Refugees and Civil Wars: Only a Matter of Interpretation», *International Journal of Refugee Law* 3 (1991): 438.

⁸²⁰ Örneğin, Kanada Göç ve İltica Kurulu, genel şiddet durumlarında zulüm ihtimâline maruz kalan sığınmacıların mülteci statüsünün belirlenmesi aşamasında başvurulacak bir rehber hazırlamıştır. Rehberin hazırlanmasına temel teşkil eden yaklaşım, Sözleşme’nin iç karışıklık olaylarından dolayı zulme maruz kalma ihtimâli olan bireyleri açıkça kapsam dışına çıkarmış olmaması ancak bunun yanında, iç karışıklık durumunun da tek başına bir zulüm ihtimâli nedeni olarak değerlendiremeyecek olmasıdır. Böylelikle, Kanada sığınma hukuku açısından, iç karışıklık durumunda zulüm oluşma ihtimâli mutlak olarak Sözleşme kapsamı dışında bırakılmamıştır. Ancak belirtmek gerekir ki, söz konusu rehber, iç karışıklık durumunda zulme maruz kalmış ya da kalma ihtimâli olan bireylerden sadece direnişçi olmayanları (*non-combatants*) kapsamı içerisine almaktadır : The Immigration and Refugee Board Guidelines on Refugee Claims Related to Civilian Non-Combatants Fearing Persecution in Civil War Situations, 1996 <<http://www.irb-cisr.gc.ca/eng/brdcom/references/pol/guidir/Pages/civil.aspx>> (E.T.: 20. 07.2012).

⁸²¹ Dar yorumlama uyarınca; kamu düzenini ve güvenliğini tehdit ettiği varsayılan, ülke bütünlüğünü bölme amacıyla hareket ettiği tespit edilen bireyler zaten cezai nitelikte suç işlemiş sayılacaklar ve bu bireylere karşı alınan tedbirler de meşru olarak kabul edilecektir. Bu sebeplerle, iç savaş gibi genel karışıklık ve şiddet durumlarında, Sözleşme kapsamında bir “zulüm” hâinden söz edilebilmesi mümkün olmayacaktır. Bölücü ya da bozucu faaliyetlere katılmayan bireyler açısından ise bu kişilerin doğrudan doğruya hedef olarak alınmamasından hareketle, Sözleşme çerçevesinde, Sözleşme nedenlerine dayanan bir zulüm ihtimâlinin söz edilemeyecektir. Örneğin bu yönde, *Matter of Rodriguez-Majano* davasında, Amerikan Göç Temyiz Kurulu, şu hükme yer vermiştir: “iç karışıklıklardan kaynaklanan yaygın şiddet durumlarında, zarar zulme sebebiyet vermez. Böylelikle, zarara sebebiyet verenler(in) (faaliyetleri) zulümle ilişkilendirilmez”: *Matter of Rodriguez Majano*, 19 I&N Dec. 811 (BIA 1988), <<http://www.justice.gov/eoir/vll/intdec/vol19/3088.pdf>> (E.T.: 14.10.2013) (ABD); *Campos Guardado* davasında da şu ifâdeye yer verilmiştir: “Kongre, iç karışıklıklardan dolayı zarar gören herkesin sığınmaya elverişli olmasının kabul edilmesi yönünde bir niyete sahip değildir”: *Sofia Campos –Guardado v. I.N.S.*, 809 F.2d.285 (5th Cir. 1987), <<http://www.refworld.org/docid/47fd0e0.html>> (E.T.: 14.10.2013) (ABD);

yorumlanmasına bağlıdır. Bizim de uygulanmasından yana olduğumuz, Sözleşmenin liberal yorumu sonucunda⁸²³, bu bireylerin belirli şartlar altında Sözleşme kapsamında ele alınabilmesi mümkün olsa da, bu durumda, zulüm ihtimâli ile zulüm nedenleri arasındaki bağı doğrudan doğruya birey üzerinde oluştuğunu ortaya koymak gerekecektir. Bu husustaki zorluğun ise tıpkı haklı nedenlere dayanan zulüm korkusu ve ileride değinilecek olan “zulüm ihtimâlinin oluşmasında zulmün aktörünün saikinin değerlendirilmesi” konularında olduğu gibi, Sözleşmenin amacı gereği şüpheden başvuranın yararlandırılması ile çözülebileceği kanaatindeyiz.

bu yönde ayrıca bkz. *Martinez-Romero v. INS*, 692 F.2d 595 (9th Cir. 1982), <<http://www.justice.gov/eoir/vll/intdec/vol18/2872.pdf>> (E.T.: 14.10.2013) (ABD); *Matter of Sanchez and Escobar*, 19 I&N Dec. 276 (BIA 1985), <<http://www.refworld.org/docid/4a3a3af411.html>> (E.T.: 14.10.2013) (ABD); *Matter of Acosta*, 19 I&N Dec. 211 (BIA 1985), <<http://www.refworld.org/docid/3ae6b6b910.html>> (E.T.: 14.10.2013) (ABD). Dar yoruma Avustralya mahkemelerinden bir örnek için bkz. *Mohankumar v. Minister of Immigration and Ethnic Affairs (MIEA)*, unreported, Federal Court, Sydney, No. G210 of 1988 (30.3.1988); *Mohankumar v. MIEA* davası ve Avustralya mahkemelerinin bu konudaki yaklaşımına dair ayrıntılı bilgiler için bkz. JAMES CRAWFORD ve PATRICIA HYNDMAN, «Three Heresies in the Application of the Refugee Convention», *International Journal of Refugee Law* 1, sayı 2 (1989): 155–179.

⁸²² Liberal yorum açısından ise, genel şiddet olayları kapsamındaki devlet faaliyetleri (yaşam veya özgürlüğü ihlâl etme niteliği taşıyanlar) mutlak olarak meşruiyet çerçevesinde ele alınmamaktadır. Zira kamu düzeni ve güvenliği ile ülke bütünlüğünü tehdit etme amacı taşıyan suçları işleyenlerin, işledikleri suçtan ziyade siyasi görüşleri sebebiyle cezalandırılma tehlikesi ile karşı karşıya kalmaları, siyasi sebeplere dayanan zulüm ihtimâli oluşturabilecektir. Bu durumun bir göstergesi de söz konusu bireylerin aynı suç işleyenlere göre daha ağır cezalara çarptırılmaları olacaktır. Bu yoruma göre genel şiddet durumunda, zulüm ihtimâlinin ayırım olmaksızın (bolucu ya da bozucu faaliyetlere katılmamış olanlar da dâhil olmak üzere) tüm vatandaşlar ya da ülkede mutaden ikamet etmekte olan vatansızlar açısından söz konusu olması, mülteci tanımının karşılanması açısından bir engel teşkil etmemektedir. Bu noktada önemli olan mülteci statüsünün tanınması için başvuran bireyin, Sözleşmede zikredilen nedenlerden biri ile bağlantılı olan zulüm ihtimâli ile karşı karşıya olduğunu ortaya koyabilmesidir: JAMES C. HATHAWAY, *The Law of Refugee Status*, 92 vd; WALTER KALIN, “Refugees and Civil Wars,” 442; The Immigration and Refugee Board (Canada) Guidelines on Refugee Claims Related to Civilian Non-Combatants Fearing Persecution in Civil War Situations; bu hususta ayrıca bkz. *Salibian v. Canada (MEI)*[1990] FCJ No. 454 (FCA), <<http://www.refworld.org/docid/3ae6b7100.html>> (E.T.: 14.10.2013) (Kanada), *Minister for Immigration & Multicultural Affairs v. Abdi*, 87 FCR 280[1999], FCA 299, <<http://international.westlaw.com>> (E.T.: 12.12.2012) (Avustralya). Bu hususta, *Kalin*’in, Alman Federal Mahkemesi’nin ve Alman İdare Mahkemesi’nin bu yönde verdiği kararları ayrıntılı olarak incelediği çalışması için ayrıca bkz. WALTER KALIN, «Refugees and Civil Wars», 443 vd.

⁸²³ *Kalin* de liberal yorumun Sözleşmenin ilgili hükmü açısından en uygun sonuca hizmet edeceğini belirtmektedir. *Kalin*’e göre, liberal yorumun tercih edilmesinin üç sebebi vardır: (1) Sözleşme’nin ilgili hükmü, hangi yorum yönteminin (dar ya da liberal) kullanılması yönünde bir açıklığa sahip değildir. Böylelikle, genel yorum kurallarının işaret ettiği şekilde bir yorumlama söz konusu olacaktır. (2) Genel yorum kuralları çerçevesinde, Sözleşme’nin amacı doğrultusunda yapılacak yorum, liberal yorum olmalıdır. (3) Liberal yorum, dinamik olan mülteci hukuku ile uluslararası hukuktaki gelişmeleri dar yoruma göre daha kapsayıcı bir niteliği haizdir. Liberal yorum, özellikle insan hakları alanındaki gelişmelere paralel sonuçlar doğurabilecektir: WALTER KALIN, «Refugees and Civil Wars», 444 vd.

B. Zulüm İhtimâli ve Zulüm Nedenleri Arasındaki Bağlantının Değerlendirilmesi

1951 Sözleşmesinde zulüm nedenleri ile haklı nedenlere dayanan zulüm korkusu arasında bir bağlantının bulunmasının şart koşulduğu tartışmasız kabul edilmekle birlikte⁸²⁴, bu bağlantının nasıl oluşacağı ve ne zaman tesis edilmiş sayılacağı hususunda bir belirsizlik söz konusudur⁸²⁵. Bu belirsizlik beraberinde bir takım soruları da getirmektedir. Örneğin, bağın oluşması için zulmün aktörü mutlaka Sözleşmede zikredilen beş zulüm nedeninden birine dayanan bir saik ile mi zulüm ihtimâline sebebiyet vermiş olmalıdır, yoksa zulme uğrama ihtimâli olan bireyin bu ihtimâlin belirtilen nedenlerden en az biriyle herhangi bir şekilde bağlantılı olduğunu ortaya koyabilmiş olması yeterli sayılacak mıdır? Bağın tesis edilmiş sayılması için zulüm ihtimâli ile Sözleşme’de sayılan en az bir zulüm nedeninin tek başına mı bağlantılı olması gerekmektedir yoksa bu neden ile birlikte Sözleşme’de yer almayan başka sebeplerle ile kurulmuş olan bir bağlantı da geçerli sayılacak mıdır? Devlet dışı aktörlerin oluşturduğu zulüm ihtimâli açısından bağlantı zulüm ihtimâli ile mi yoksa dâhili koruma zafiyeti ile mi tesis edilmelidir? Elbette bu sorulara verilecek olan cevaplar, mülteci statüsünün belirlenmesi aşamasında çok büyük bir önemi hâiz olacaktır. Çünkü bu cevapların nasıl verildiğine göre statünün belirlenmesi açısından farklı sonuçlar doğabilecektir⁸²⁶. Sözleşme belirtilen hususlarda sessiz kaldığı için aranan cevaplar, ülke uygulamaları ve doktrin görüşlerinin incelenmesi çerçevesinde şekillenebilecektir. Bu bağlamda, söz konusu bağlantının değerlendirilmesi noktasında

⁸²⁴ Bkz. KAREN MUSALO, JENNIFER MOORE, ve RICHARD A. BOSWELL, *Refugee Law*, 291; PIETER BOELES ve diğerleri, *European Migration Law*, 271; MICHELLE FOSTER, «Causation in Context», 266; JAMES C. HATHAWAY ve MICHELLE FOSTER, «Casual Connection (Nexus) to a Convention Ground», *International Journal of Refugee Law* 15 (2003): 462.

⁸²⁵ WALTER KALIN, «Refugees and Civil Wars», 439 vd.

⁸²⁶ Belirtilen hususların statü belirleme açısından arz ettiği öneme ilişkin olarak bkz. KAREN MUSALO, JENNIFER MOORE, ve RICHARD A. BOSWELL, *Refugee Law*, 291 vd; PIETER BOELES ve diğerleri, *European Migration Law*, 271; JAMES C. HATHAWAY ve MICHELLE FOSTER, «Casual Connection (Nexus) to a Convention Ground», *International Journal of Refugee Law* 15 (2003): 461–476; MICHELLE FOSTER, «Causation in Context: Interpreting the Nexus Clause in the Refugee Convention», *Michigan Journal of International Law* 23 (2002 2001): 265–340.

ele alınacak konular üç ana başlık altında incelenilebilir. Bunlar; (1) bağlantının tespitinde zulmün aktörünün saikinın değerlendirilmesi, (2) bağlantının tesis edilmesi gereken seviyenin tespiti ve (3) zulüm ihtimâlinin devlet dışı aktörlerden kaynaklanması durumunda bağlantının tesisi hususlarına ilişkindir.

1. Bağlantının Tespitinde Zulmün Aktörünün Saikinın Değerlendirilmesi ve Bu Husustaki Eleştiriler

1951 Sözleşmesi'nde açık bir düzenleme olmamasına rağmen, uygulamada bazı ülkelerin, zulüm ihtimâli ile zulüm nedenleri arasındaki bağın oluşması için zulmün aktörünün belirli bir saikle (*motive*)⁸²⁷ hareket etmesi şartını aradıkları görülmektedir. Bu hususta özellikle ABD hukuku'ndaki yaklaşım dikkat çekicidir. ABD hukukunda, gelişen mahkeme içtihatı neticesinde, söz konusu bağın oluşmuş sayılabilmesi için zulmün aktörünün Sözleşmede yer alan beş nedenden en az birine dayanan bir saik ile zulüm ihtimâline yol açmış olması bir zorunluluk olarak aranmaktadır⁸²⁸. ABD hukukunda, saik unsurunun zorunlu olarak değerlendirilmesinin yanısıra, zulmün aktörünün zulüm nedenlerine dayanan bir saik ile hareket ettiğinin belirli bir seviyeye

⁸²⁷ Saik, bir ceza hukuku terimi olarak kullanılmakta ve bu bağlamda, “*failin harekete geçmesine yol açan neden*” olarak tanımlanmaktadır: TİMUR DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara, 2002), 317. Bu çerçevede, saik; “*faili harekete geçiren, failin belirli bir neticeye yönelmesini sağlayan içsel nedenleri ifade eder*”: HAMİDE ZAFER, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul, 2010), 201.

⁸²⁸ ABD mahkeme kararları incelendiğinde, Yüksek Mahkeme'nin (*Supreme Court*) *Zacarias* davasında verdiği kararın zulmün aktörünün saikinın, bağlantının bir unsuru olarak kabul edilmesi yönündeki anlayışı ABD sığınma hukukuna tam anlamıyla yerleştirdiği ve saikin ne şekilde tespit edilmesi gerektiğine yönelik bir yaklaşımı da oluşturduğu görülmektedir. Davada Guatemalalı *Zacarias*, kendisini aralarına dâhil etmek isteyen gerilla grubuna karşı direnerek, bu grubun tehditleri karşısında, ABD'ye kaçmış ve siyasî görüşünden dolayı zulme uğrama ihtimâlinin söz konusu olduğunu gerekçe göstererek mülteci statüsünün tanınmasını talep etmiştir. Yüksek Mahkeme, dava sonucunda iki önemli bulguya dayanarak karar vermiştir: (1) *Zacarias*, gerilla grubuna karşı “siyasî görüşünden dolayı” direnmemiştir (2) gerillaların kendisini tehdit etmelerinin siyasî görüşünden kaynaklandığını ortaya koyamamıştır, böylelikle, gerillalar başka sebeplerle örneğin, silahlı gruplarına katılımcı sağlayabilmek güdüsüyle zulüm ihtimâline sebebiyet verebilecek faaliyetlerini sergilemiş olabilirler: *I.N.S. v. Jairo Jonathan Elias Zacarias*, 502 U.S. 478 (1992), <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/502/478/case.html>> (E.T.: 12.12.2012). Aslında, istisnaları olmakla birlikte, *Zacarias* davasından önceki kararlarda da, alt mahkemelerin zulmün aktörünün saikini araştırmaya yönelik bir eğiliminin olduğu anlaşılmaktadır. Bu yöndeki davalara örnek olarak bkz. *Adela Hernandez-Ortiz v. I.N.S.*, 777 F.2d 509 (9th Cir. 1985), <<http://international.westlaw.com>> (E.T.: 12.12.2012); *Sofia Campos –Guardado v. I.N.S.*; *Olimpia Lazo-Majano v. Immigration and Naturalization Service*, A 24 345 083, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, 9.06.1987, <<http://www.refworld.org/docid/3ae6b7120.html>> (E.T.: 12.10.2012).

kadar ispatlanması da gerekmektedir⁸²⁹. Ancak elbette ki saikin ispatlanması oldukça zor bir husustur⁸³⁰. Söz konusu hususun ispatlanabilmesi için zulmün aktörünün zulüm ihtimâlini oluşturan fiillerini, bilinçli olarak bireyin ırkı, dini, milliyeti, sosyal gruba mensubiyeti veya siyasî görüşü sebebiyle gerçekleştirmiş olduğunun; bir başka ifâde ile zulmün aktörünün zulme sebebiyet verme hususundaki güdüsünün Sözleşme’de sayılan zulüm nedenlerine dayandığının kanıtlanması gerekmektedir⁸³¹.

Zulmün aktörünün saikin zorunlu olarak aranması hususunun, Sözleşme çerçevesinde mülteci aleyhine kısıtlayıcı bir yoruma sebebiyet verdiği iddia edilebilecektir. Şöyle ki, Sözleşme’nin lafzı incelendiğinde Sözleşme nedenleri ile haklı nedenlere dayanan zulüm korkusu arasındaki ilişkinin “sebeplerinden dolayı / *for reasons of*⁸³²” bağlacı ile tesis edildiği görülmektedir. Böylelikle Sözleşmede kullanılan

⁸²⁹ *Zacarias* davasında, Yüksek Mahkeme, sığınmacının (davalının) zulmün aktörlerinin herhangi bir Sözleşme nedenine dayanan saiklerini belirli bir seviyeye kadar ortaya koyması gerektiğine hükmetmiştir. Aynı davada, bu seviyeye doğrudan veya sonuca dayalı bir takım kanıtların tedarik edilmesi ile ulaşılabileceği belirtilmiştir: *I.N.S. v. Jairo Jonathan Elias Zacarias*, 483. Ancak, *Zacarias* davasındaki “sonuca dayalı kanıtların” doğrudan kanıt olarak sayılabilmesi hususu, alt mahkemeler tarafından çoğu zaman oldukça katı bir bakış açısıyla uygulanmış ve zaten zor olan saikin kanıtlanması hususu içinden çıkılamayacak bir noktaya ulaşmıştır. Bu konudaki ayrıntılı bir çalışma için bkz. SHAYNA S. COOK, «Repairing the Legacy of *INS v. Elias-Zacarias*», *Michigan Journal of International Law* 23, sayı Winter (2002): 223–246.

⁸³⁰ Bu hususta *Campos-Guardado* davası, saikin tespitinin zorluğuna örnek olarak gösterilmiştir: KAREN MUSALO, JENNIFER MOORE, ve RICHARD A. BOSWELL, *Refugee Law*, 296–298. *Campos-Guardado* davasında, El Salvadorlu sığınmacı Bayan *Campos*, belirli bir siyasî görüşe/duruşa sahip olan amcasının evinde tesadüfen bulunduğu sırada, karşı görüşteki saldırganların zulmüne uğramış, amcası, kendisinin gözü önünde derisi yüzülerek öldürülmüş ve kendisi de tecavüzü de kapsayan işkenceye maruz kalmıştır. Kendisine yapılan işkenceler sırasında, saldırganlar tarafından siyasî bir takım sloganlar da atılmıştır. *Campos*, kaçmayı başarmasına rağmen, daha sonra, aynı saldırganlar tarafından tehdit edilmesi üzerine ülkesini terk ederek ABD’ye sığınmış ve *inter alia*, siyasî görüşünden dolayı zulüm riskine maruz kaldığını gerekçe göstererek mülteci statüsünün tanınmasını talep etmiştir. Davada, saldırganların zulmetmeye yöneltti saikin, *Campos*’un siyasî görüşüne dayanması hususunda bir belirlilik olmadığına hükmedilmiş ve bu gerekçe ile mülteci statüsü tanınmamıştır. *Campos*’un zulüm riskini doğuran olayların, kendisinin tesadüfen bulunduğu bir ortamda gerçekleşmiş olması da zulmün aktörlerinin saiki değerlendirilirken göz önünde bulundurulacak olumsuz bir faktör olmuştur: *Sofia Campos –Guardado v. I.N.S.* Saikin ispatlanmasının genel olarak oldukça zor olmasının yanında statü belirleme sürecinde zulmün aktörünün sorgulanamaması ve ifâdesine başvurulamaması da bu zorluğu artırmaktadır: SHAYNA S. COOK, «Repairing the Legacy of *INS v. Elias-Zacarias*», 225.

⁸³¹ *I.N.S. v. Jairo Jonathan Elias Zacarias*, 483. SHAYNA S. COOK, «Repairing the Legacy of *INS v. Elias-Zacarias*», 224.

⁸³² Hükümün resmî Türkçe çevirisinde, orijinal metinde yer alan “sebeplerinden dolayı / *for reasons of*” ifâdesi yerine “yüzünden” ifâdesi kullanılmıştır.

ifâde, zulmün aktörünün saikinın değerlendirilmesini gerektirmeyecek şekilde geniş ve neticeye odaklı bir yoruma açık hâle gelmektedir⁸³³. Nitekim BMMYK'nın bu husustaki yaklaşımı da katı bir yorumdan ziyâde, netice odaklı ve mülteci lehine bir değerlendirmeden yanadır. El Kitabı'nda zulmün aktörünün saikine ilişkin bir açıklama yer almamakla birlikte, başvuran sığınmacıların dahi, kimi zaman ne sebeple zulme uğradıklarının farkında olmayabilecekleri belirtilmiştir⁸³⁴. Buna ek olarak, BMMYK'nın alan görevlilerini bilgilendirme mahiyetiyle hazırladığı 1990 tarihli çalışma raporunda bu hususta daha açık bir görüşe yer verilmiştir. Raporda, mülteci tanımının zulmedenin veya zulme sebebiyet verebilecek olanın, Sözleşmede zikredilen beş nedenden birinin saikiyle hareket ettiğinin ortaya konulmasını gerektirmediği belirtilmiştir⁸³⁵. Rapora göre, “zulüm veya zulüm korkusu, tanımda yer alan beş nedenden biri ile bağlantılı olduğu sürece, zulmün aktörünün niyetinin tespit edilmesine gerek yoktur. Zira önemli olan sonuçtur”⁸³⁶. BMMYK'nın, bağın oluşumunda saik unsurunun aranmaması gerektiğine yönelik yaklaşımı, *inter alia*, *Zacarias* davası için sunduğu *Amicus Curiae* yazısında da şu ifâdelerle vurgulanmıştır: “mülteci statüsünü belirleme görevine sahip olanlar, zulmün aktörünün cezai sorumluluğu veya suçluluğu hususunda karar vermek durumunda olmayıp, mülteci statüsü de böyle bir durumun kanıtlanmasına bağlı değildir”⁸³⁷. Ayrıca, bu husus, BMMYK Yürütme Kurulu tarafından bir endişe konusu olarak ele alınmış ve ciddi insan hakları ihlâllerine maruz kalmış olmalarının yanısıra gerçek bir zulüm korkusu yaşamakta oldukları sabit olan

⁸³³ KAREN MUSALO, «Irreconcilable Differences - Divorcing Refugee Protections from Human Rights Norms», *Michigan Journal of International Law* 15 (1994 1993): 1194 vd.

⁸³⁴ El Kitabı, para. 66. Ayrıca, El Kitabı'nda siyasî görüşe ilişkin açıklamaların yer aldığı kısımda, ifâde edilen görüş ile başvuranın maruz kaldığı veya maruz kalma ihtimâli olan (korktuğu) durumlar arasındaki nedensellik bağının tesis edilmesinin her zaman mümkün olmayabileceği belirtilmiştir: El Kitabı, para.81.

⁸³⁵ Office of the United Nations High Commissioner for Refugees (Geneva), Inter-Office Memorandum/Field Office Memorandum (March 1, 1990), içinde, H. ELIZABETH DALLAM ve KATE JASTRAM, *Brief of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees as Amicus Curiae*, Amicus Curiae (Washington DC: UNHCR, 2007), 15.

⁸³⁶ Ibid.

⁸³⁷ H. ELIZABETH DALLAM ve KATE JASTRAM, *Brief*, 16.

bireylerin, saik temelinde yapılan değerlendirmeler sonucunda mülteci statülerinin tanınmamasının kaygı verici olduğu belirtilmiştir⁸³⁸.

Sözleşmenin amacı doğrultusunda bir değerlendirme yapıldığında da, saikin bağın zorunlu bir unsur olarak ele alınmasının mümkün olmayacağı sonucuna varılacaktır⁸³⁹. Zira bir insan hakları düzenlemesi niteliğini taşıyan Sözleşme, bu hususta korumanın kapsamını daraltıcı bir yoruma maruz bırakılmamalıdır⁸⁴⁰. Bununla birlikte, “şüpheden başvuran yararlanır” anlayışının geniş bir uygulama alanı bularak mülteci hukukuna yerleşmiş olması⁸⁴¹ ve Sözleşmenin de insan hakları ile ilişkili olması sebepleriyle, saikin, bağın zorunlu bir unsuruymuş gibi görülerek, belirli bir seviyeye kadar ispatlanamadığı durumlarda mülteci aleyhine karar verilmesi tutarsızlık yaratacaktır⁸⁴². Bunun yanı sıra, uygulamada saikin zorunlu bir unsur olarak ele alınması noktasında, zulüm ihtimâli ile Sözleşme nedenleri arasında bir bağın oluşmasından

⁸³⁸ SUB-COMMITTEE OF THE WHOLE ON INTERNATIONAL PROTECTION, EXECUTIVE COMMITTEE OF THE HIGH COMMISSIONER’S PROGRAMME, *Implementation of the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees-Some Basic Questions*, 19th Mtg. (UNHCR, Temmuz 1992). Bununla birlikte, BMMYK’nın *Yasin Sepet and Erdem Bulbul v. Secretary of State for the Home Department (UK)* davasında sunduğu yazılı görüşünde, zulmün aktörünün saikinin aranması veya saikin bağın oluşmasında esaslı bir unsur olarak kabul edilmesi yönündeki yaklaşım açık bir şekilde reddedilmiştir. BMMYK bu açık reddi, Sözleşmenin genel yorum kuralları çerçevesinde ele alınması hâlinde saikin değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varılamayacağı gerçeğine dayandırmıştır. Ne Sözleşmenin lafzî yorumundan, ne amacı ve konusundan ne de hazırlık çalışmalarından böyle bir sonuca varılamayacağı vurgulanmıştır: Written Submission on Behalf of the U.N. High Commissioner for Refugees in the [U.K.] Court of Appeal in *Yasin Sepet and Erdem Bulbul v. Secretary of State for the Home Department*, 21.12. 2000, No.C2000/2777.

⁸³⁹ *Chen Shi Hai* davasında, Avustralya Yüksek Mahkemesi, Sözleşme’nin kapsayıcı insancıl amacına değinerek, saikin bağın zorunlu bir unsur olarak ele alınmasına karşı çıkmıştır. Mahkeme, zulmün aktörünün Sözleşmede yer alan nedenlerden birinin saiki ile zulüm ihtimâline yol açtığı tesis edilirse, nedensellik bağının hiç şüphesiz kurulmuş sayılacağını, ancak aksi durumda Sözleşme kapsamı içerisinde bağın kurulmamış olduğu yönünde mutlak bir yorum yapılamayacağını vurgulamıştır: *Chen Shi Hai v. The Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, [2000] HCA 19, Australia: High Court, 13.04. 2000, para. 61, <<http://www.refworld.org/docid/3ae6b6df4.html>> (E.T.: 08.10.2013) (Avustralya).

⁸⁴⁰ Bkz. Yuk. §2.I.C.

⁸⁴¹ Bkz. yuk. §3.III.D.

⁸⁴² Nitekim, daha önce incelendiği üzere, benzer durum, zulüm ihtimâlinin tespit edilmesi hâlinde de söz konusudur: Bu noktada, uygulamada, çoğunlukla şüpheden başvuranın yararlandırılması ilkesine uygun olarak, zulüm riskinin açıkça oluşması aranmamakta, makul bir risk yeterli kabul edilmektedir: bkz. yuk. §5.I.A.2.a.bb.ii. Aynı yaklaşımın bir sonucu olarak, zulmün aktörünün saiki bağın zorunlu bir unsur olarak kabul edilmemelidir. Aksi durumda, Sözleşmenin yorumlanması hususunda da bir bütünlük söz konusu olamayacaktır.

ziyâde fiilen, zulmün aktörü veya aktörlerinin saiki ile Sözleşmede yer alan nedenler arasında bir bağ oluşması aranmaktadır. Ancak Sözleşmenin ilgili hükmü bu konuda yoruma ihtiyaç bırakmayacak kadar açıkça, bağın zulüm ihtimâli (haklı nedenlere dayanan zulüm korkusu) ve Sözleşme nedenleri arasında tesis edilmesi gerektiğini hüküm altına almıştır. İşte bu sebeple, saikin, bağın zorunlu bir unsuru olduğunu iddia etmek kanımızca tutarsız olacaktır.

2. Bağlantının Tesis Edilmesi Gereken Seviyenin Tespiti

Zulüm nedenleri ile zulüm ihtimâli arasındaki bağın, Sözleşme çerçevesinde etki doğurabilmesi için hangi seviyede kurulması gerektiği hususunda, uygulamada farklı yöntemlerin kullanıldığı görülmektedir. Bununla birlikte, bazı uygulama örneklerinde bağın oluşması gereken seviyenin belirlenmesinde herhangi bir analiz yöntemi kullanılmadığı da anlaşılmaktadır. Bu yöndeki uygulamanın yansıdığı mahkeme kararlarının hemen hepsi, zulüm ihtimâli ile zulüm nedenleri arasındaki bağın herhangi bir yoruma gerek bırakmayacak şekilde açık olarak kurulmuş olduğu olaylara ilişkindir⁸⁴³.

Ancak, mültecilik hâline sebebiyet veren olayların birçoğunda, zulüm nedenleri ile zulüm ihtimâli arasındaki bağın varlığını açıkça tespit etmek mümkün olmamaktadır. Bu sebeple, uygulamada, söz konusu bağın tespitine yönelik olarak özellikle Anglo-Amerikan hukuku temelli bir takım yaklaşımlar geliştirilmiştir. Bu yaklaşımlardan ilki, haklı nedenlere dayanan zulüm korkusunun sadece ve tek başına Sözleşme kapsamında listelenen beş unsurdan birine dayanması gerektiği düşüncesine dayanan tek neden (*sole cause*) yaklaşımıdır⁸⁴⁴. Ancak bu yaklaşım, oldukça kısıtlayıcı

⁸⁴³Örneğin bkz. *Islam (A.P.) v. Secretary of State for the Home Department; R v. Immigration Appeal Tribunal and Another, Ex Parte Shah (A.P.)*, Session 1998-1999, United Kingdom: House of Lords (Judicial Committee), 25.03.1999, <<http://www.refworld.org/docid/3dec8abe4.html>> (E.T.: 12.03.2012) (Birleşik Krallık); Refugee Appeal No. 71427/99, para. 115 (Yeni Zelanda).

⁸⁴⁴ MICHELLE FOSTER, «Causation in Context», 269; PIETER BOELES ve diğerleri, *European Migration Law*, 271.

olması ve Sözleşmenin niteliği ve amacı ile bağdaşmaması sebebiyle eleştirilmektedir⁸⁴⁵.

Uygulamada kullanılan bir başka yaklaşım ise netice üzerindeki etki değerlendirmesi (“*But for*”) olarak ifâde edebileceğimiz bir analize dayanmaktadır. Özellikle Anglo-Amerikan hukukunda belirli bir seviyede uygulama alanı bulan bu yaklaşım genel olarak şu şekilde formüle edilebilir: başvuranın maruz kaldığı ciddi zarar riski (zulüm riski), Sözleşmede yer alan unsurlardan (zulüm nedenlerinden) biri ile ilişkili olmasaydı dahi söz konusu olacak mıydı?⁸⁴⁶ Bir başka deyişle, neticeyi değiştirebilecek miydi? Eğer, bu ilişki tesis edilmeden de aynı sonuç doğacak idi ise, o zaman, artık zulüm ihtimâlinin Sözleşmede zikredilen nedenlerle bağlı olmadığı ileri sürülebilecektir. Hernekadar bu yaklaşım, koruma alanını tek neden yaklaşımına göre genişletse de, uygulamada bir takım karışıklıklara yol açmıştır. Bu karışıklıkların en önemli sebebi, bağın oluşmuş sayılması için gereken seviyenin yorumlanması amacıyla kullanılan netice üzerindeki etki analizinin Anglo-Amerikan sistemindeki haksız fiile ilişkin olan nedensellik bağı analizinin bir parçası olarak da uygulanmakta olmasıdır. Netice üzerindeki etki analizine yöneltilen eleştiriler, bu analizin çıkış noktasının haksız fiillere ilişkin nedensellik bağının analizi olmasına rağmen, aynı etkiyi mülteci statüsü belirlenmesi için doğuramayacak olmasından kaynaklanmaktadır. Eleştirilere göre, mülteci statüsü değerlendirmesinde yapılan analiz, haksız fiil açısından yapılan analizin sadece bir parçasını oluşturmakta ve bu hâli ile Sözleşmede yer alan bağın nitelendirilmesinde yetersiz kalmaktadır⁸⁴⁷.

⁸⁴⁵ Bu yaklaşım reddedilmesine gerekçe olarak üst mahkemeler genellikle, Sözleşmede sayılan unsurları haklı nedenlere dayanan zulüm korkusuyla ilişkilendiren “yüzünden (*for reasons of*)” ifâdesinin, sadece bu sebeplere dayanan bir zulüm ihtimâline işaret edecek şekilde dar yorumlanamayacağını göstermişlerdir. Bu şekilde bir yorumun Sözleşme korumasını geniş oranda etkisiz hâle getireceği öne sürülmüştür. Bu hususta bkz. *Osorio v. INS*, 18 F.3d1017, 1028 (2nd Cir., 1994), <<http://www.refworld.org/docid/3ae6b65614.html>> (E.T.: 12.03.2013) (ABD); *Minister for Immigration & Multicultural Affairs v. Abdi* (Avustralya); *Jahazi v. Minister for Immigration & Ethnic Affairs*, (1995) 61 F.C.R. 293, 299, <<http://international.westlaw.com>> (E.T.: 12.12.2012) (Avustralya).

⁸⁴⁶ JAMES C. HATHAWAY, *Refugee Status*, 140.

⁸⁴⁷ Haksız fiile ilişkin olan nedensellik bağı analizinde ilk önce netice üzerindeki etki analizi kullanılmakta daha sonra ise sorumluluğun, politikalar ve sağduyu ekseninde sınırlandırılması söz konusu olmaktadır:

Zulüm ihtimâli ile zulüm nedenleri arasındaki bağın kurulması gereken seviyenin belirlenebilmesi için kullanılan bir diğer yaklaşım da “katkıda bulunan neden (*contributing cause*)” yaklaşımıdır. Bu yaklaşım uyarınca, Sözleşmede zikredilen nedenlerden biri ya da bir kaçının haklı nedenlere dayanan zulüm korkusunun bir(er) faktörünü oluşturması yeterli görülmektedir⁸⁴⁸. Bu hâliyle katkıda bulunan neden yaklaşımının söz konusu bağın tesisi açısından oldukça kapsayıcı bir yorum getirdiği ifâde edilebilir. Bu yaklaşım, özellikle ABD⁸⁴⁹, Kanada⁸⁵⁰, Yeni Zelanda⁸⁵¹ ve Avustralya⁸⁵² mahkemeleri tarafından sıklıkla kullanılmaktadır. AB hukuku açısından

MICHELLE FOSTER, «Causation in Context», 274 vd. Bu hususta bkz. *Chen Shi Hai v. Minister for Immigration & Multicultural Affairs*, para. 68.

⁸⁴⁸ MICHELLE FOSTER, «Causation in Context», 283; Ayrıca, Sözleşmede yer alan nedenlerinden birinin ya da bir kaçının tek başına zulüm ihtimâlinin faktörünü/faktörlerini oluşturması da gerekmemektedir. Sözleşmede zikredilmeyen başka nedenlerin varlığı bu hususta olumsuz bir etki doğurmayacaktır: bu hususta uygulamadan iki örnek için bkz. *Teresita Moral Borja v. INS*, 175 F.3d 732 (9th Cir. 1999), <<http://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1420288.html>> (E.T.: 12.12.2012) (ABD); *Navas v. INS*, 217 F.3d 646, 656 (9th Cir. 2000), <<http://international.westlaw.com>> (E.T. 12.12.2012) (ABD).

⁸⁴⁹ Bu davalardan bazıları için bkz. *Maini v. INS*, 212 F.3d 1167 (9th Cir. 2000), <<http://international.westlaw.com>> (E.T. 12.12.2012); *Borja v. INS*; *Singh v. Ilchert*, 63 F.3d 1501, (9th Cir.1995), <<http://international.westlaw.com>> (E.T. 12.12.2012) ; *Osorio v. INS*.

⁸⁵⁰ Bu davalardan bazıları için bkz. *Zhu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 F.C. 379; [2001] F.C.J. No. 1408; 2001 FCT 1026, Canada: Federal Court, 18.09.2001, <<http://www.refworld.org/docid/403e31894.html>> (E.T.: 12.12.2012); *Shahiraj v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] F.C.J. No. 734; 2001 FCT 453, Canada: Federal Court, 9.05. 2001, <<http://www.refworld.org/docid/403e21ff4.html>> (E.T.: 12.12.2012); *Katwaru, Shivanand Kumar v. Canada (M.C.I.)*, 2007 FC 612, 08.06.2007, <<http://caselaw.canada.globe24h.com/0/0/federal/federal-court-of-canada/2007/06/08/katwaru-v-canada-citizenship-and-immigration-2007-fc-612.shtml>> (E.T. 12.12.2012).

⁸⁵¹ Bu davalardan bazıları için bkz. *Refugee Appeal No. 72635/01*, 72635/01, New Zealand: Refugee Status Appeals Authority, 6.09.2002, <<http://www.refworld.org/docid/402a6ae14.html>>; *Refugee Appeal No. 76044*, No. 76044, New Zealand: Refugee Status Appeals Authority, 11.09. 2008, <<http://www.refworld.org/docid/48d8a5832.html>> (E.T.: 12.12.2012); Ayrıca, 76339 nolu davada, Yargıç *RPG Haines*, açıkça “katkıda bulunan neden” analizini benimsemiş ve Sözleşmede zikredilen nedenlerden birinin zulüm ihtimâlinin bir faktörü olmasının yeterli bulunması gerekliliğini dile getirmiştir: “.... başvuran mültecinin Sözleşmede yer alan unsurun zulme uğramaya katkıda bulunan bir neden olduğunu ortaya koyması yeterlidir. Bu nedenin, “tek neden”, ana neden, doğrudan neden, dolaylı neden veya “netice üzerinde etki doğuran (but for) neden” olması gerekmez. Sözleşmede zikredilen nedenin zulme uğrama riskinin nedeni ile ilişkili olması yeterlidir”: *Refugee Appeal No. 76339*, No. 76339, New Zealand: Refugee Status Appeals Authority, 23.04.2010, para.104, <<http://www.refworld.org/docid/4bf156002.html>> (E.T.: 12.12.2012).

⁸⁵² *Minister for Immigration & Multicultural Affairs v. Abdi*; *Minister for Immigration & Multicultural Affairs v Sarrazola* [1999] FCA 1134, FCA 1134, Australia: Federal Court, 6.10.1999, <<http://www.refworld.org/docid/3ae6b76320.html>> (20.03.2012); *Chokov v Minister for Immigration &*

ise Vasıf Yönergesi’nde “katkıda bulunan neden” yaklaşımına benzer bir eğilime yer verildiği görülmektedir. Her ne kadar, AB Vasıf Yönergesi’nde bağın oluşması gereken seviye hususunda açık bir düzenlemeye rastlanmasa da, ilgili düzenlemenin 9(3). maddesinde, zulüm nedenleri ile zulüm eylemi veya koruma zâfiyeti arasında bir bağlantı olması gerektiği belirtilmiştir. Bu bağlamda, Vasıf Yönergesi’nin ilgili hükmünün, Sözleşme’nin zulüm ihtimâli ile zulüm nedenlerini bağlarken kullandığı “nedenlerinden dolayı” ifâdesini oldukça yumuşattığı ve her iki unsur arasında sadece bir bağlantının varlığını yeterli kabul ettiği belirtilebilir. Ancak bu hususta henüz ABAD tarafından bir yorum oluşturulmadığı için kesin bir kanıya varabilmek de mümkün olmamaktadır. Bununla birlikte, AB’ye üye olan ülkelerden biri olan Almanya’da katkıda bulunan neden yaklaşımına benzer bir eğilimin söz konusu olduğu görülmektedir. Alman sığınma hukukunda, zulüm ihtimâline yol açacak eylemlerin değerlendirilmesi noktasında, bu eylemlerin hedefine odaklanıldığı tespit edilmektedir. Bu yaklaşım neticesinde, bireyin korunması gereken hakları bilinçli bir şekilde hedef olarak alınmalıdır. Bu noktada hedef alınanın hem Sözleşme’de zikredilen nedenler (ırk, din, milliyet, siyasî görüş, sosyal gruba mensubiyet) hem hakların ihlâl edilmesi olması gerektiği anlaşılmaktadır⁸⁵³. Alman Yüksek mahkemesi, bu noktada ağırlığın zulmün aktörünün saikinin değerlendirilmesine değil; zulme sebebiyet verebilecek eylemlerin niteliğine verilmesi gerektiğini belirtmiştir⁸⁵⁴. Bu bağlamda, Alman hukukunda da zulüm nedenlerinin zulüm ihtimâlinin oluşmasına katkıda bulunması koşuluyla Sözleşme’de aranan bağlantının sağlanabildiği sonucuna varılabilmektedir. Ancak “hedef alma” şartının aranması sebebiyle bu bağlantının çok düşük bir seviyede kurulmuş olmasının statünün tanınması açısından yeterli kabul edilmediği de anlaşılmaktadır.

Multicultural Affairs [1999] FCA 823, FCA 823, Australia: Federal Court, 25.06.1999, <<http://www.refworld.org/docid/3ae6b761f.html>> (20.03.2012).

⁸⁵³ Bu yaklaşımın Alman Yüksek Mahkemesi’nin 10.07.1989 bir kararıyla benimsendiği anlaşılmaktadır: *Beschluß vom 10. Juli 1989 (2 BvR 502/86 u.a.), BVerfGE 80, 315*, Germany: Bundesverfassungsgericht, 10.07.1989, <<http://www.refworld.org/docid/51bed8b84.html>> (E.T.: 12.12.2012).

⁸⁵⁴ Ibid. Bu hususta ayrıca bkz. Federal Administrative Court of Germany, BVerwG 10 C 52.07, 19.01.2009, para. 22. Kararın İngilizce metni için bkz. <www.bverwg.de/informationen/english/decisions/10_c_52_07.php> (E.T.: 12.12.2012).

Uygulamada, bağın oluşması gereken seviyeyi yorumlamak için kullanılan “katkıda bulunan neden” yaklaşımı, Sözleşmede zikredilen nedenlerin, zulüm ihtimâli ile arasındaki bağın en güçlü seviyede tesis edilmesini gerektirmemektedir. Ancak, zulüm ihtimâlinin bir faktörü olması beklenen Sözleşme nedenleri, bu yorum neticesinde iki türlü eğilime de sebep olmaktadır. Katkıda bulunan neden yaklaşımını uygulayarak söz konusu bağı yorumlayan mahkemelerden bazıları Sözleşmede zikredilen neden(ler)in zulüm ihtimâlinin oluşmasındaki en önemli ya da en esaslî neden(ler) olmasını zorunlu kılmamakta iken⁸⁵⁵ bazı mahkemeler ise, bu neden(ler)in zulüm ihtimâlinin oluşmasında merkezî bir yere sahip olması gerektiği yönünde hareket etmektedir⁸⁵⁶.

Kanımızca, bağın belirlenmesinde mutlaka bir analiz yöntemi ile hareket edilmesi gerekmekte ise, katkıda bulunan neden analizi bu husustaki en uygun yaklaşım olacaktır. Ancak, bu analiz uygulanırken, sözleşme nedenini zulüm ihtimâlinin oluşmasında merkezî bir etkiye sahip olacak şekilde değerlendirmek katı bir bakış açısı yaratacağından Sözleşme’nin insancıl ve korumacı amacı ile bağdaşmayacaktır. Bu sebeple, esnek bir bakış açısının yeğlenmesi; zulüm nedenleri ile zulüm ihtimâli arasında herhangi bir şekilde bir bağlantı kurulabiliyorsa, bunun yeterli sayılması gerektiği fikrindeyiz.

⁸⁵⁵ Örneğin bkz. *Teresita Moral Borja v. INS*, bkz; *Lim v. INS*, 224 F.3d 929, 934 (9th Cir. 2000), <<http://international.westlaw.com>> (E.T.: 12.12.2012) (ABD); *Refugee Appeal No. 76339*, para.10; bu hususta *Foster*, bu analizin en liberal analiz olduğunu ifade etmiştir: MICHELLE FOSTER, «Causation in Context», 285 vd.

⁸⁵⁶ Özellikle ABD hukukunda kullanılan bu yaklaşım, aslında zulmün aktörünün saikini tespit etmek amacıyla değerlendirilmektedir. Çoğu durumda, zulmün aktörü birden fazla ve karışık saiklerle hareket etmektedir. İşte bu tür durumlarda, Sözleşme nedenlerinin saikler üzerindeki etkisinin tespit edilmesi gerekmektedir. Bu hususta, yaygın uygulamaya paralel olarak 2005 yılında Kongre tarafından düzenlenen “*Real ID*” Kanunu, karışık saiklerin söz konusu olduğu durumda, başvuranın şahsına âit olan ve Sözleşme nedenlerinden biri ile örtüştüğü için korunması gereken unsurun (ırk, din, milliyet, sosyal gruba mensubiyet, siyasî görüş) zulmün aktörünün başvurana karşı gerçekleştirdiği faaliyetinin temel saikini (*central motive*) teşkil etmesi gerektiğini hüküm altına almıştır: *Real ID Act of 2005*, Section 101/(a)(3)(B).

3. Zulüm İhtimâlinin Devlet Dışı Aktörlerden Kaynaklanması Durumunda Bağlantının Tesisi

Devlet dışı aktörlerden kaynaklanan zulüm ihtimâlinin Sözleşme ekseninde değerlendirilebilmesi için menşe devletinin dâhili koruma zafiyeti içerisinde olması gerektiğinden hareketle, söz konusu ihtimâlın geçerliliğinin hem bireyin zulme maruz kalma tehlikesi altında bulunmasına hem bu tehlikeden korunamamakta olmasına bağlı olduğu ifâde edilebilir⁸⁵⁷. Şu hâlde zulüm ihtimâlinin devlet dışı aktörlerden kaynaklandığı durumda, bu aktörlerin eylemleri ile zulüm nedenleri arasında bir bağlantı olmasa da, menşe devletinin koruma zafiyeti zulüm nedenleri ile ilişkili olduğu sürece, Sözleşme’de zikredilen bağın kurulmuş olduğuna kanaat getirilebilecektir⁸⁵⁸. Devlet dışı aktörlerden kaynaklanan zulüm ihtimâlinin söz konusu olduğu durumda, sadece koruma zafiyeti ile zulüm nedenleri arasındaki bağın tesis edilmesinin yeterli sayılması, özellikle, aile içi şiddete dayalı zulüm ihtimâli durumları açısından büyük bir önem taşımaktadır. Zira bu tür durumlarda, bireyin zulüm eylemi ile zulüm nedenleri arasındaki bağı ortaya koyması oldukça zor bir hâl almakta; bu sebeple, birey gerçek bir zulüm riski ile karşı karşıya olsa dahi, statüsünün tanınması zora girmektedir⁸⁵⁹.

Uygulama da devlet dışı aktörlerden kaynaklanan zulüm ihtimâlleri açısından menşe devletinin dâhili koruma zafiyeti ile zulüm nedenleri arasında sağlanacak bağın geçerli kabul edilmesi yönünde genel bir eğilim olduğu belirtilmelidir. Hatta anılan husus, AB hukukunda isabetli bir şekilde, açıkça düzenleme altına alınmıştır. Vasıf

⁸⁵⁷ Bu hususta bkz. KAREN MUSALO, «Revisiting Social Group and Nexus in Gender Asylum Claims: A Unifying Rationale for Evolving Jurisprudence», *DePaul Law Review* 52 (2003 2002): 789 vd.

⁸⁵⁸ Aynı yönde bkz. HEMME BATTJES, *European Asylum Law and International Law*, 2006, 258–260; GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 81–84; KAREN MUSALO, «Revisiting Social Group and Nexus in Gender Asylum Claims», 787–808; MICHAEL G. HEYMAN, «Asylum, Social Group Membership and the Non-State Actor: The Challenge of Domestic Violence», *University of Michigan Journal of Law Reform* 36 (2003 2002): 769 vd.; BÜLENT ÇİÇEKLİ, *Mülteciler*, 60.

⁸⁵⁹ Bkz. a.ş.a. §5.II.B.4.c.

Yönergesi'nin 9(3). maddesinde, söz konusu bağın, zulüm eylemi “veya” koruma zafiyeti ile zulüm nedenleri arasındaki bağlantıyı nitelediği belirtilmiştir⁸⁶⁰.

C. Zulüm İhtimâli İle Bağlantılı Olması Gerken Nedenlerin Değerlendirilmesi

1951 Sözleşmesi'nde zikredilen zulüm (ihtimâli) nedenlerinin içeriği hususunda herhangi bir açıklama yapılmamıştır. Oysa Sözleşme'de, ırk, din, milliyet, sosyal gruba mensubiyet ve siyasî görüş olarak sayılan bu nedenlerin her biri oldukça geniş kavramlara işaret etmektedir. Bu sebeple her bir zulüm nedeninin kapsamının belirlenmesi, belirtilen nedenlerden kaynaklanan zulüm ihtimâllerinin ne şekilde tezahür edebileceğinin ortaya konulması, statünün tanınması açısından önem arz etmektedir.

1. Irk

BMMYK El Kitabı, “ırk”ın Sözleşme çerçevesinde, en geniş anlamıyla, tüm etnik grupları kapsayacak şekilde yorumlanmasının gerektiğine işaret etmektedir⁸⁶¹. Bu bağlamda, daha büyük bir nüfus içerisinde azınlık oluşturan ortak kökene dayalı bireylerin, belirli bir sosyal gruba mensubiyetleri de “ırk” kapsamında değerlendirilebilir⁸⁶².

Bu geniş bakış açısının, Sözleşmeye bilinçli olarak aktarıldığı iddia edilebilir. Zira Sözleşme'nin hazırlık çalışmaları incelendiğinde, “ırk” ifâdesinin Sözleşme'nin zulüm nedenlerinden biri olarak sayılmasındaki amacın, Nazi rejiminden kaçan Yahudileri, inançlarından bağımsız olarak, ırk kapsamı içerisinde değerlendirmek

⁸⁶⁰ İlgili husus, Vasıf Yönergesi'ne 2011 yılında yapılan değişiklikle açıklığa kavuşturulmuştur. Söz konusu değişiklik, gerek BMMYK gerek ECRE tarafından olumlu karşılanmıştır: UN HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES, *UNHCR's Comment on Qualification Directive (recast)*, 7; EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES (ECRE), *Comments on Recast Directive*, 11.

⁸⁶¹ El Kitabı para. 68.

⁸⁶² Ibid.

olduğu görülecektir⁸⁶³. Böylelikle, Sözleşme'nin hazırlık çalışmaları incelendiğinde, ırk ifâdesinin geniş anlamı ile etnik kökenleri ile ayırt edilebilecek tüm bireyleri kapsayacak biçimde⁸⁶⁴ yorumlanmasının amaçlandığı tespit edilebilecektir⁸⁶⁵.

Ayrıca, Her Türlü Irk Ayrımcılığının Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme'nin (*International Convention on Elimination of All Forms of Racial Discrimination*) (Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi)⁸⁶⁶ 1. maddesinde, ırk ayrımcılığı teriminin; “siyasî, ekonomik, sosyal, kültürel veya toplumsal yaşamın herhangi bir alanında, insan hakları ve temel özgürlüklerin tanınmasını, uygulanmasını, bu hak ve özgürlüklerden yararlanılmasını ortadan kaldırmak veya zayıflatmak amacına ya da etkisine yönelik, ırk, renk, soy ya da ulusal veya etnik kökene dayalı her türlü ayırım, dışlama, kısıtlama ya da tercih” anlamını taşıdığı belirtilmiştir. Irk ayrımcılığının Sözleşme kapsamında değerlendirildiğinde (sıklıkla) ırka dayalı zulüm olarak sonuçlanacağı göz önünde bulundurulduğunda⁸⁶⁷, Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nde yer alan tanımın da, “ırk” ifâdesinin yorumlanmasına ışık tutacağı ifâde edilebilir. Böylelikle, ırk ifâdesinin Sözleşme kapsamında geniş yorumlanması, hem

⁸⁶³ *Grahl Madsen* bu hususta, Sözleşmede yer alan ırk ifâdesinin 1944 yılında yayınlanan “Müttefiklerin Yurtdışına Gönderilen Askerî Güçlerinin Yüksek Kumanda Merkezi, 39 No.lu İdari Bilgi Notu (*Supreme Headquarters Allied Expeditionary Force –SHAEF- Administrative Memorandum No.39*)”ndan alındığını belirtmiştir: ATLE GRAHL-MADSEN, *Status*, 1966, 1966, 217 vd.; ayrıca bkz. JAMES C. HATHAWAY, *The Law of Refugee Status*, 141; DANIEL J. STEINBOCK, «Interpreting the Refugee Definition», *UCLA Law Review* 45 (1998 1997): 766. Bilgi Notu'nda, kimi ırkı, kimi dini kimileri ise hem ırkı hem dini sebebiyle zulüm gören Yahudilere yardım edilmesinin amaçlandığı belirtilmiştir. Bilgi Notu'na ve İkinci Dünya Savaşı sırasındaki ve sonrasındaki Yahudi mültecilere ilişkin ayrıntılı bilgiler için bkz. ARIEH J. KOCHAVI, *Post-Holocaust Politics: Britain, the United States, and Jewish Refugees, 1945-1948* (North Carolina, 2001), 12 vd.; MICHAEL ROBERT MARRUS, *The Unwanted: European Refugees from the First World War Through the Cold War* (Philadelphia, 2002), 27 vd, 61 vd.;

⁸⁶⁴ *Grahl Madsen*, “ırk” ifâdesinin sadece yaygın etnik grupları (beyaz ırk, siyah ırk, sarı ırk gibi) değil; Yahudiler, Çingeneler gibi daha zor ayırt edilebilecek grupları da kapsadığını belirtmiştir. Bu haliyle, ırk kelimesi, bilimsel bir ayırım temelinde değil de sosyal bir önyargı temelinde anlandırılmaktadır. Sözleşme hükmünde yer alan “ırk” ifâdesi, böylelikle, etnografik bir anlamdan ziyâde sosyal bir anlam kazanmaktadır: ATLE GRAHL-MADSEN, *Status*, 218.

⁸⁶⁵ JAMES C. HATHAWAY, *Refugee Status*, 141.

⁸⁶⁶ Sözleşme, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda 21 Aralık 1965 tarihinde 2106 (XX) sayılı kararla oybirliği ile kabul edilmiş, 7 Mart 1966'da imzaya açılarak 4 Ocak 1969'da yürürlüğe girmiştir.

⁸⁶⁷ El Kitabı para.69.

Sözleşmenin tarihî gelişimine, hem amacına, hem de uluslararası hukuktaki çağdaş gelişmelere uygun olacaktır⁸⁶⁸.

Nitekim uygulamaya ilişkin bir değerlendirme yapıldığında da “ırk” ifâdesinin Sözleşme çerçevesinde genellikle geniş anlamda yorumlandığı sonucuna varılabilir. Örneğin AB Vasıf Yönergesi’nin 10 (1) (a) maddesinde, ırk kavramının özellikle; renge, kökene ve belirli bir etnik gruba mensubiyet hâline ilişkin değerlendirmeleri içerecek şekilde anlaşılması gerektiği hükme bağlanmıştır. Anglo-Amerikan uygulamasında da benzer şekilde, ırk kavramının geniş yorumlandığı ve hatta etnografik bir temelin yanı sıra sosyal bir düzlemde de ele alındığı görülmektedir⁸⁶⁹. Bunun yanı sıra uygulamada, çoğunlukla “ırk”ın yanında başka Sözleşme nedenlerinin de zulüm ihtimâline sebep teşkil edebileceği görülmektedir. Bu tür durumlarda, özellikle, ırk, din veya milliyet nedenleri birbirine karışmış şekilde zulüm ihtimâli ile ilişkilendirilmektedir⁸⁷⁰. Uygulamada zulüm ihtimâlinin birden fazla zulüm nedenine bağlanmasının, mülteci statüsünün tanınmasına bir engel teşkil etmediği

⁸⁶⁸ GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 27; JAMES C. HATHAWAY, *Refugee Status*, 142.

⁸⁶⁹ Örneğin, ABD hukukunda, farklı etnik kökenden gelen anne-babanın çocukları, *inter alia*, karışık etnik kökenlerinden dolayı, “ırka dayanan zulüm ihtimâli” mağdurları olarak kabul edilmişlerdir (aynı durum, farklı dini kökenden gelen anne babanın çocuklarının dine dayanan zulüm ihtimâli mağdurları olarak kabul edilmesi açısından da geçerlidir): *Maini v. INS*; *Abraham Baballah, Ula Baballah, Ahmad Baballah v. John Aschroft (Attorney General)*, 335 F.3d 981(9th Cir. 2003), <<http://international.westlaw.com>> (E.T.: 12.12.2012). Bununla birlikte, belirli ırk gruplarının dışında, bölgesel konumları içerisinde diğer gruplardan etnik olarak ayrılan bireylerin de ırka dayalı zulüm ihtimâline maruz kalabileceği kabul edilmiştir: *Elizabeth Makonnen v. INS*, 44 F.3d 1378 (8th Cir.1995), <<http://international.westlaw.com>> (E.T.: 12.12.2012). ırk ifâdesinin geniş yorumlarına ilişkin olarak diğer ülkelerin mahkeme kararlarından örnekler için ayrıca bkz. *Wahk v. Minister for Immigration and Multicultural & Indigenous Affairs*, 2004 FCAFC 12 (Federal Court of Australia-Western Australia District, 11.02.2004), <<http://international.westlaw.com>> (E.T.: 12.12.2012) (Avustralya); *Rajudeen v. Canada* [1984], 55 NR. 129 (F.C.A.), <<http://international.westlaw.com>> (E.T.: 12.12.2012) (Kanada); *Ali v. Canada* [1992] F.C.J. No.892 (QL), <<http://international.westlaw.com>> (E.T.: 12.10.2012) (Kanada).

⁸⁷⁰ Dinin birçok kültürün ve etnik kökenin ayrılmaz bir parçası olduğu bilindiğinden, “ırk”ın geniş anlamda yorumlanması neticesinde din ile karışmış bir şekilde zulüm ihtimâlinin sebebinin teşkil etmesi olağan karşılanmalıdır. Din, kültür ve etnik köken arasındaki organik bağa ilişkin ayrıntılı bir çalışma için bkz. : ADRIAN HASTINGS, *The Construction of Nationhood: Ethnicity, Religion and Nationalism* (Cambridge, 1997).

görülmektedir⁸⁷¹. Nitekim El Kitabı'nda da zulüm ihtimâlinin tek veya birden fazla zulüm nedenine bağlanmış olması arasında bir fark olmadığı belirtilmiştir⁸⁷².

2. Din

a. Din Teriminin Kapsamı

Sözleşme içerisinde “din”den ne anlaşılması gerektiğine ilişkin açıklayıcı bir ifade yer almamaktadır. Sözleşmenin hazırlık çalışmalarında dine dayalı zulme belirgin bir önem verildiği ancak “din” teriminin açıklanmadığı görülmektedir⁸⁷³.

El Kitabında ise düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün uluslararası insan hakları hukuku kapsamında teminat altına alındığı belirtilmiş ancak “din” teriminden ne anlaşılması gerektiği yönünde bir görüşe yer verilmemiştir. Bununla birlikte, BMMYK'nın, El Kitabı'nın tamamlayıcısı olarak yayınladığı “Uluslararası Koruma Rehberi” serisinin “Dine Dayalı Mülteci Başvuruları” başlığını taşıyan yol gösterici rehberinde, “din” teriminin anlamına ilişkin açıklamalar yer almaktadır. Rehberde göre, inanç veya inançsızlık dinin önemli bir faktörüdür. İnanç; kutsallık, mutlak gerçeklik veya insanlığın ruhsal kaderine ilişkin kanaatler veya değerler bütünü olarak şekillenebilir⁸⁷⁴. Böylelikle, inanç veya inançsızlığın içerisine her türlü Tanrı inancı veya tanrıyı reddeden yaklaşım girmektedir. İnanç kavramının bu denli geniş yorumu

⁸⁷¹ Bu yöndeki davalara örnek olarak bkz. *The Case of O-Z- and I-Z-, In re O-Z- & I-Z-*, 22 I. & N. Dec. 23 (BIA 1998), <<http://www.justice.gov/eoir/vll/intdec/vol22/3346.pdf>> (E.T.: 12.12.2012) (ABD); *Baballah v. John Ashcroft (Attorney General)* (ABD); *Imela Laurencia Lie, Soyono Liem Andre, Yulius Suyono v. Ashcroft*, 396 F.3d 530 (3rd Cir. 2005), <http://www.leagle.com/decision/2005926396F3d530_1875> (E.T.: 10.10.2012) (ABD); *Morjorie Konda Lolong v. Gonzales*, 400 F.3d 1215 (9th Cir. 2005), <<http://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1189268.html>> (10.12.2012) (ABD); *Wahk v. Minister for Immigration and Multicultural & Indigenous Affairs* (Avustralya).

⁸⁷² El Kitabı, para. 66.

⁸⁷³ THE UN REFUGEE AGENCY, *Guidelines on International Protection: Religion-Based Refugee Claims under Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, 3.

⁸⁷⁴ Ibid., 3, para. 6.

sayesinde dine dayalı zulüm sebebiyle sığınma başvurusunda bulunan bireyler oldukça geniş bir çerçevede ele alınabilir⁸⁷⁵.

Bu kapsayıcı yaklaşım, hiç kuşkusuz, uluslararası insan hakları hukuku ile de uyumludur. Çünkü “din” kapsamına her türlü inanç veya inançsızlığın girmesi, uluslararası insan hakları hukukunda da kabul gören bir yaklaşımdır. Din veya İnanca Dayanan Her Türlü Hoşgörüsüzlüğün ve Ayrımcılığın Tasfiye Edilmesine Dair Bildiri’nin (Din veya İnanç Ayrımcılığı Bildirisi)⁸⁷⁶ 1. maddesinde düşünce, vicdan ve din özgürlüğü kapsamının içerisine, “bir dine veya dilediği bir inanca” sahip olma hâlinin girdiği belirtilmiştir. Aynı yönde, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin ve MSHS’nin 18. maddelerinde de, “din veya inanç özgürlüğü” hüküm altına alınmış, AİHS’in 9. maddesinde de düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün kapsamı açıklanırken, “din” ve “inanç” ifâdeleri birlikte kullanılmıştır. Evrensel Bildirge’de, MSHS’de ve AİHS’de “din” tanımlanmamış olmakla birlikte “inanç” ifâdesine yer verilmiş olması, yaygın olarak bilinen dinlerin dışındaki inanç sistemlerinin de din özgürlüğü kapsamına girebileceği anlamını taşımaktadır⁸⁷⁷. Buna ek olarak, Din veya İnanç Ayrımcılığı Bildirisi’nin hazırlık çalışmalarında, din; her türlü tek Tanrılı, çok tanrılı, tanrı inancına dayanmayan, agnostik, doğacı ve özgür düşünceye dayanan inanç olarak tarif

⁸⁷⁵ Bkz. Ibid., 3, para. 4.

⁸⁷⁶ Bildiri (*Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief*), Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun 25 Kasım 1981 tarihli ve 36/55 sayılı kararıyla ilan edilmiştir. Bildiri’nin Türkçe metni için bkz. <<http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/215-219.pdf>> (E.T.: 20.12.2012). Bildiri hakkında ayrıntılı bilgiler için bkz. DONNA J. SULLIVAN, «Advancing the Freedom of Religion or Belief Through the Un Declaration on the Elimination of Religious Intolerance and Discrimination», *American Journal of International Law* 82 (1988): 487–520; ROGER S. CLARK, «United Nations Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief », *Chitty’s Law Journal* 31 (1983): 23–39; DEREK H. DAVIS, «Evolution of Religious Freedom as a Universal Human Right: Examining the Role of the 1981 United Nations Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief », *Brigham Young University Law Review* (2002): 217–236.

⁸⁷⁷ 1951 Sözleşmesi’nde zulüm nedenleri arasında sayılan din teriminin de bu yönde yorumlanması hususunda bkz. THE UN REFUGEE AGENCY, *Guidelines on International Protection: Religion-Based Refugee Claims under Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, 3, para.4.

edilmiştir⁸⁷⁸. Böylece, uluslararası insan hakları hukukunda⁸⁷⁹ din özgürlüğünün çerçevesi içerisinde her türlü inanç sistemine inanma veya inanmama özgürlüğü girmiş olmaktadır.

“Din” teriminin yorumlanması açısından ülke uygulamalarına bakıldığında çok sayıda örnekle karşılaşmamaktadır⁸⁸⁰. Dine dayanan zulüm ihtimâline yönelik olarak yapılan mülteci statüsü başvurularının çoğu yaygın inanç sistemlerine ilişkin olduğu için “din” kavramının yorumlanmasını gerektirmemiştir⁸⁸¹. Bununla birlikte az sayıda da olsa bu hususta uygulama örneği mevcuttur⁸⁸².

Az sayıdaki örnekler içerisinde en çarpıcı ve ulaşılabilir⁸⁸³ olanı Kanada Federal Mahkemesi’nin 2001 tarihli *Yang (Hui Qing Yang)* kararıdır. Kanada’da görülen *Hui*

⁸⁷⁸ UN Doc. E/3925, Annex, 1, 3-4 (1964); 1978 UN ESCOR, 62, UN Doc. E/1978/34 naklen DONNA J. SULLIVAN, «Advancing the Freedom of Religion», 491, dn. 17.

⁸⁷⁹ Hazırlık çalışmalarında dinin tanımı yapılan Din veya İnanç Ayrımcılığı Bildirisi, uluslararası bir sözleşme niteliği taşımamakla birlikte, gerek Bildiri’nin, gerek bünyesinde din ve inanç özgürlüğüne yer veren diğer düzenlemelerin bu yönde bir uluslararası teamül hukuku kuralı oluşturduğu çoğunlukla kabul görmektedir. Bu hususta bkz. Ibid., 488 vd.; JAMES C. HATHAWAY, *Refugee Status*, 145; DEREK H. DAVIS, «Evolution», 227–232; KAREN MUSALO, «Conscientious Objection as a Basis for Refugee Status: Protection for the Fundamental Right of Freedom of Thought, Conscience and Religion», *Refugee Survey Quarterly* 26, sayı 2 (2007): 70.

⁸⁸⁰ KAREN MUSALO, «Claims for Protection Based on Religion or Belief», *International Journal of Refugee Law* 16, sayı 2 (2004): 202; ANDREAS ZIMMERMANN ve CLAUDIA MAHLER, «Article 1A, para. 2, 1951 Convention», içinde *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*, ed. ANDREAS ZIMMERMANN (Oxford, 2011), 384.

⁸⁸¹ ANDREAS ZIMMERMANN ve CLAUDIA MAHLER, «Article 1A, para. 2, 1951 Convention», 384.

⁸⁸² Bu husustaki örneklerle ilişkin ayrıntılı incelemeler için bkz. KAREN MUSALO, «Claims for Protection Based on Religion or Belief»; ANDREAS ZIMMERMANN ve CLAUDIA MAHLER, «Article 1A, para. 2, 1951 Convention», 381 vd.

⁸⁸³ ABD’nin Göç ve Sığınma Kurulu tarafından verilen iki karar da “din” kavramının yorumlanması açısından çarpıcı örnekler teşkil etmektedir. Ancak karar metinlerine ulaşamamış ve bu sebeple mahkemelerin hangi gerekçelere dayanarak karar verdiği belirlenememiştir. Bu kararlardan ilki *Johnson* tarafından aktarılan “*In re Maria*” kararıdır. *Johnson*’un aktardığına göre, Başvuran, Haitili bir “voodoo” uygulayıcısıdır. Haiti’de voodoo uygulayanlara yapılan zalimâne davranışlardan ötürü ABD’ye kaçıp sığınma talebinde bulunmuştur. Başvuruyu inceleyen İdare yargıcı, voodoo’yu bir din olarak kabul etmiş ancak Başvuranın mülteci statüsünü haklı nedenlere dayanan bir korkunun oluşmadığı gerekçesi ile tanımamıştır. ERIC T. JOHNSON, «Religious Persecution: A Viable Basis for Seeking Refugee Status in the United States», *Brigham Young University Law Review* (1996): 766. Bu husustaki ikinci karar ise *Helton* ve *Münker* tarafından aktarılmıştır. Yazarların aktardığına göre Tampa Florida’da 1997 yılının Şubat ayında, Alman bir *Scientology* üyesinin mülteci statüsü ABD Göç ve Sığınma Kurulu tarafından tanınmıştır. ARHUR C. HELTON ve JOCHEN MÜNKER, «Religion and Persecution: Should the United

Quing Yang davasında⁸⁸⁴, Başvuran (*Yang*), Taoizm ve Budizm'den türemiş olan *Falun Gong* akımının (inancının) bir üyesi olduğu için menşe devleti Çin'de zulüm riski ile karşılaşabileceği iddiasına dayanarak mülteci statüsünün tanınmasını talep etmiştir. *Yang*'ın talebinin, *Falun Gong*'un bir din olarak kabul edilemeyeceğine dayanılarak reddedilmesi üzerine, dava Federal Mahkeme'ye intikal etmiştir. Federal Mahkeme, *Falun Gong*'un hem Başvuran, hem olayda zulmün aktörü olan Çin hükümeti tarafından bir “din” olarak kabul edildiği gerekçesi ile red kararını bozmuştur. Federal Mahkeme kararında, uluslararası insan hakları hukukunda dinin bir parçası olan inanç kavramının oldukça geniş yorumlanmasına ve bu husustaki doktrin görüşlerine de dayanmıştır. Böylelikle Mahkeme, 1951 Sözleşmesinde yer alan zulüm sebeplerinden biri olan “din” kavramını kapsayıcı ve öğretici bir şekilde yorumlamıştır⁸⁸⁵. Mahkemenin yorumunun kapsayıcı olması, *Falun Gong*'un tüm takipçileri tarafından dahi bir din olarak kabul edilmemiş olmasına rağmen, Başvuran ve özellikle zulmün aktörü olan Çin hükümeti tarafından bir din olarak kabul edilmesinin dikkate alınmasından kaynaklanmaktadır. Zulmün aktörünün algısı böylelikle, Sözleşmeye göre bir zulüm nedeni olan “din” ile zulüm ihtimâlinin arasındaki bağın kurulmasını sağlamıştır. Kararın öğretici bir nitelik taşıması ise, Mahkeme'nin din kavramının yorumu hususunda uluslararası insan hakları hukukunu, başvuranın ve zulmün aktörünün algısını ve bunlarla birlikte mülteci hukuku ve din alanındaki doktrin görüşlerini dikkate almasına dayanmaktadır. Nitekim doktrinde mülteci başvurularında “din”in yorumlanmasında bu tür bir yaklaşımın en verimli sonuçları doğuracağı ileri sürülmüştür⁸⁸⁶.

States Provide Refuge to German Scientologists?», *International Journal of Refugee Law* 11, sayı 2 (1999): 312, d.n. 11.

⁸⁸⁴ *Hui Quing Yang v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] F.C.J. No. 1463; 2001 FCT 1052, Canada: Federal Court, 26.09.2001, <<http://www.refworld.org/docid/403e236f4.html>> (10.12.2013).

⁸⁸⁵ ANDREAS ZIMMERMANN ve CLAUDIA MAHLER, «Article 1A, para. 2, 1951 Convention», 384, d.n. 722.

⁸⁸⁶ KAREN MUSALO, «Claims for Protection Based on Religion or Belief», 204 vd.

AB Vasıf Yönergesi'nin din kavramına yaklaşımı da bu hususta örnek teşkil edebilecek bir görünüm sergilemektedir. Yönerge'nin 10(1)(b) maddesi uyarınca; “*din kavramı, özellikle tanrıci, tanrıci olmayan ve tanrıtanımaz inançlara sahip olunmasını, tek başına veya başkalarıyla toplu halde, özel veya halk içinde kurallara uygun ibadete katılma veya katılmamayı, diğır dini fiilleri veya düşünce açıklamalarını veya herhangi bir dinsel inancı esas alan veya herhangi bir dinsel inancın zorunlu kıldığı kişisel ya da toplumsal davranış şekillerini içerir*”⁸⁸⁷.

b. Dine Dayalı Zulüm İhtimâlleri

Dine dayalı zulüm ihtimâlleri doğrudan doğruya din özgürlüğünün kısıtlanmasından kaynaklanabileceğı gibi başka nedenlerden de kaynaklanabilir. Örneğın, sığınmacının dini sebebiyle işkenceye uğrama ihtimâli ile karşı karşıya olması, Sözleşme çerçevesinde haklı nedene dayanan bir korkunun oluştuğı kanaatine varılmasına sebep olabilir. Burada zulüm ihtimâli işkencedir. İşkenceyi, dine dayalı bir zulüm ihtimâli haline getiren ise bireyin dini sebebi ile yapılma tehlikesinin olmasıdır. Dine dayanan zulüm ihtimâllerine din özgürlüğünün kısıtlanması dışında en sık neden olan husus ayrımcılıktır. Bu sebeple öncelikle ayrımcılık sebebiyle oluşan dine dayalı zulüm ihtimâllerinin daha sonra da din özgürlüğünün kısıtlanmasının zulüm ihtimâlinin oluşmasındaki etkisinin incelenmesi uygun olacaktır.

aa. Ayrımcılık Sebebiyle Oluşan Dine Dayalı Zulüm İhtimâlleri

Ayrımcılık durumlarında bireylerin dine ilişkin haklarının ve özgürlüklerinin dışındaki diğır hak ve özgürlükleri de âit oldukları/olmadıkları din sebebiyle kısıtlanabilmektedir. Bu durumda, ayrımcılığın sebebi “din” olduğu halde, ayrımcılık din dışı hususlarda kendini gösterebilmektedir. Misal olarak, bir bireyin dini sebebiyle, ekonomik faaliyetlerinin kısıtlanması veya ortadan kaldırılması durumunda olduğu gibi,

⁸⁸⁷ İlgili maddenin Türkçe çevirisinin alıntılanıldığı kaynak için bkz. *İltica ve Göç Mevzuatı* (Ankara, 2005), 216.

ayrımcılık dine dayanmakla birlikte, bireyin ekonomik faaliyetlerde bulunma özgürlüğü üzerinde cereyan edebilir⁸⁸⁸.

Daha önce üzerinde durulduğu gibi, ayrımcılık tek başına zulüm olarak kabul edilmediği için belirli bir ciddiyet seviyesinde olması aranmaktadır. Nitekim dine dayalı zulüm ihtimâline ilişkin olarak ülke uygulamalarında da bu yaklaşıma riayet edildiği görülmektedir⁸⁸⁹. Ancak ayrımcılığın zulme dönüşebilmesi için ulaşması gereken ciddiyet seviyesinin nasıl belirleneceği hususunda uygulamada genel bir eğilimin oluştuğunu söylemek zordur. Bu sebeple birbirine çok benzeyen davalarda farklı ülke mahkemelerinin farklı sonuçlara ulaştığı da görülebilmektedir. Örnek olarak Yeni Zelanda ve Birleşik Krallık Mahkemelerinin çok benzeyen iki durum için verdikleri farklı kararlar incelenebilir. Davalarda, Başvuranlar farklı dinlere mensup olup evlendikleri takdirde zulme maruz kalma ihtimâli yaşayacakları için sığınma başvurusunda bulunmaktadırlar. Yeni Zelanda'da görülen davada, Müslüman bir erkek ile Budist bir kadının evlenmesi söz konusuysen, Birleşik Krallık'ta görülen davada Müslüman bir erkekle Hindu bir kadının evliliği davaya konu teşkil etmektedir. İlk davada taraflar Malezyalı, ikinci davada ise İranlıdır. Her iki ülke hukukuna göre Müslümanlar sadece aynı dine mensup bireylerle evlenebilecekleri için her iki durumda da evlilik geçersiz olacak; tarafların birlikte yaşamaya devam etmesi durumunda hapis ve para cezasına çarptırılmaları gerekecek; taraflardan kadın olanlar evliliklerine bağlı hiçbir haktan faydalanamayacaklar ve çocukları olduğu takdirde çocuk gayri meşrû

⁸⁸⁸ Doğrudan doğruya ayrımcılığa ilişkin olarak verilen kararlardan *Matter of Salama*'da ayrımcılık din sebebiyle oluşmuş ancak profesyonel işe erişim ve ekonomik kazanç üzerinde şekillenmiştir. Aynı şekilde, *Makhlin v. Canada* ve Yeni Zelanda'nın 70165/96 No'lu kararında da din sebepli ayrımcılık, sosyal ve ekonomik alanda kendini göstermiştir. Yeni Zelanda'nın 1039/93 No'lu kararında ise dine dayanan ayrımcılık, Başvuranların evliliği ve gelecekteki çocuklarının hukukî statüsü üzerinde etki doğurma ihtimâlini yaratmıştır. Sözü geçen davalara yönelik açıklamalar için ayrıca bkz. KAREN MUSALO, «Claims for Protection Based on Religion or Belief», 178, 179 ve dn.61, 183.

⁸⁸⁹ Ayrımcılığın ciddi bir seviyeye ulaşarak dine dayalı zulüm ihtimâlini doğurduğuna hükmedilen kararlara örnek olarak bkz. *Matter of Salama*, 11 I & N Dec. 536 (BIA 1996), <<http://www.justice.gov/eoir/vll/intdec/vol11/1567.pdf>> (E.T.: 20.03.2012) (ABD); *Makhlin v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* [1995] 76 F.T.R. 71, <<http://international.westlaw.com>> (E.T.: 20.03.2012) (Kanada); Refugee Appeal No. 1039/93 (1995), <<http://www.refugee.org.nz/rsaa/text/docs/1039-93.htm>> (E.T.: 20.03.2012) ve Refugee Appeal No. 70165/96 (1997), <<http://www.refugee.org.nz/Casesearch/Fulltext/70165-96.htm>> (E.T.: 20.03.2012) (Yeni Zelanda).

kabul edilecektir. Her iki davada da Başvuranlar, söz konusu ayrımcı muamelelere maruz kalmamak için kaçmış ve sığınma talep etmiştir. Yeni Zelanda Mahkemesi, ayrımcılığın zulme ulaşma seviyesini insan hakları yaklaşımı ile ele alıp değerlendirmiştir. Mahkeme; düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün taviz verilemeyen (*non-derogable*) haklardan olduğu gerekçesi ile ayrımcılığın zulüm oluşturabilecek bir ciddiyete ulaştığına hükmederek, Başvuranların mülteci statüsünü tanımıştır. Birleşik Krallık Mahkemesi ise ayrımcılığın zulüm oluşturabilecek bir seviyeye ulaşmadığına hükmetmiş ancak bu kararının hangi gerekçeye dayandığını açıklamamıştır⁸⁹⁰.

Ayrımcılığın zulme dönüşebilmesi için ulaşması gereken ciddiyet seviyesinin belirlenmesi bakımından uygulamada yeknesak bir bakış açısı oluşmamış olsa da, bu hususta bazı ülkelerin belirli bir takım ölçütler kullandığı da görülmektedir. Örneğin, Alman İdare Mahkemeleri, ayrımcılık hâllerinin zulme sebebiyet verebileceğine kanaat getirebilmek için sıklıkla “topluluğa yönelik zulüm (*group persecution*)” ihtimâli bulunup bulunmadığını değerlendirmektedir. Bu bağlamda birey dini sebebiyle ciddi bir ayrımcılığa maruz kaldığı gerekçesiyle korunma başvurusu yapmışsa, bireyle aynı dini paylaşan topluluğa yönelik bir zulüm ihtimâlinin var olup olmadığı sorgulanmaktadır⁸⁹¹.

bb. Zulüm İhtimâlinin Din Özgürlüğünün Kısıtlanmasından Kaynaklanması

Uygulamada dine dayalı zulüm ihtimâllerinin çoğunun doğrudan doğruya bireyin dini inancına/inançsızlığına ilişkin haklarına ve özgürlüklerine yönelik olduğu

⁸⁹⁰ Yeni Zelanda’da görülen dava için bkz. Refugee Appeal No. 1039/93 (1995); Birleşik Krallık’ta görülen dava için bkz. Moezzi v Secretary of State for the Home Department, (6.10.1988, unreported), <<http://international.westlaw.com>> (E.T.: 14.10.2012). Her iki davaya ilişkin yorumlar ve ayrıntılı bilgiler için bkz. KAREN MUSALO, «Claims for Protection Based on Religion or Belief», 182–184.

⁸⁹¹ Bu yöndeki uygulamaya örnek teşkil edebilecek kararlar için bkz. BVerwG 10 C 23.12; Germany, High Administrative Court of Baden Wurtemberg, 20.05.2008, A 10 S72/08, <<http://www.asylumlawdatabase.eu/en/case-law/germany-high-administrative-court-baden-wurtemberg-20-may-2008-10-s-7208#content>> (E.T.: 12.12.2012); Germany High Administrative Court of Nardrhein-Westfalen, 19.06.2008, A 4676/06.A, <<http://www.asylumlawdatabase.eu/en/case-law/germany-high-administrative-court-nordrhein-westfalen-19-june-2008-20-467606a#content>> (E.T.: 12.12.2012).

görülmektedir⁸⁹². Sözleşme’de dinin bir zulüm sebebi olarak sayılması hiç kuşkusuz din özgürlüğünün kabul edilmesi anlamını taşımaktadır. Ancak Sözleşme içerisinde bu özgürlüğün kapsamının ne olduğuna ilişkin bir açıklama bulunmamaktadır. El Kitabı bu hususta, bireyin, dinini değiştirmesi, dinine ilişkin görüşlerini özel yaşamında veya toplum içinde açıklamasını, belli etmesini, öğretmesini ve uygulamasını din özgürlüğü çerçevesinde ele almıştır⁸⁹³. Bu yaklaşım uluslararası insan hakları hukuku içerisinde de kabul görmüştür. Evrensel Bildirge’nin 18. maddesi, Medenî ve Siyasî Haklar Sözleşmesi’nin 18 ve 27. maddeleri, Din veya İnanç Ayrımcılığı Bildirisi’nin 1. maddesi ve AİHS’in 9. maddesinde de din özgürlüğü kapsamı içerisinde El Kitabında sayılan hususlar bulunmaktadır. Bu bakış açısıyla, dine dayalı zulüm ihtimâllerini geniş bir çerçevede ele almak yerinde olacaktır. Nitekim BMMYK’nın Dine Dayalı Mülteci Başvuruları Raporunda, zulüm ihtimâline sebebiyet verebilecek durumlara örnek olarak; dinî bir topluluğa katılımın yasaklanması, kamuya açık alanlarda veya özel alanlarda ibadetin yasaklanması, dinin veya inancın öğretilmesinin yasaklanması, bireylere dinî ibadetlerini yerine getirmelerinden, belirli bir dini topluluğa âit olmalarından veya inançlarını değiştirmelerinden ötürü aşırı şekilde ayrımcılığa sebebiyet veren tedbirlerin uygulanması hâlleri sayılmıştır⁸⁹⁴. Uygulamada da bu çerçevede hareket edildiği gözlemlenmektedir. Örneğin, bireylerin dini ibadetlerini yerine getirmelerinin⁸⁹⁵, dinlerini öğretmelerinin⁸⁹⁶ dinlerini yayma amaçlı

⁸⁹² Bu yönde ülke uygulamalarından kapsamlı örnekler için bkz. KAREN MUSALO, «Claims for Protection Based on Religion or Belief»; ANDREAS ZIMMERMANN ve CLAUDIA MAHLER, «Article 1A, para. 2, 1951 Convention», 380–387. Hiç kuşkusuz, doğrudan doğruya dine yönelen baskılar ve kısıtlamalar ayrımcılıkla da ilişkilendirilebilecektir. Ancak din özgürlüğü tek başına temel bir hak olarak kabul edildiği için, bu özgürlüğün ihlâl edilmesi ya da bu yönde bir riskin olması, genellikle tek başına geçerli bir zulüm (ihtimâli) olarak değerlendirilebilecektir. Bu hususta Alman Federal İdare Mahkemesi’nin 20 Şubat 2013 tarihli bir kararında geçen şu ifâdeler açık bir şekilde belirttiğimiz anlayışı yansıtmaları açısından önem taşımaktadır: “*dini faaliyetlerin yasaklanması, tek başına din özgürlüğünün yeteri kadar ciddi bir biçimde ihlâl edildiğine işaret etmektedir; bu sebeple Vasıf Yönergei’nin 9(1)(a) maddesi uyarınca bir zulüm eylemi olarak kabul edilmelidir*”: BVerwG 10 C 23.12, para. 32.

⁸⁹³ El Kitabı, para.72.

⁸⁹⁴ THE UN REFUGEE AGENCY, *Guidelines on International Protection: Religion-Based Refugee Claims under Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, 4 vd.

⁸⁹⁵ İbadetin yasaklanması veya engellenmesini zulüm olarak kabul eden kararlardan bazıları için bkz. *Doe v. INS*, 867 F.2d 285, 2.2.1989, <http://www.leagle.com/decision/19891152867F2d285_11110> (E.T.: 12.12.2012) (ABD); *Okyere-Akosah v. Canada (MEI)*, [1992] F.C.J. No. 411, (A-92-91, May 6, 1991)

faaliyetlerinin⁸⁹⁷ engellenmesi veya yasaklanması statülerinin tanınmasına sebep teşkil edebilmektedir. Bu bağlamda, dine dayalı zulüm ihtimâlinin oluşabilmesi için din özgürlüğünün “ciddi bir şekilde” ihlâl edilmesi gerektiği ancak sadece bu hakkın özü ile ilişkili olan ihlâllerin (*forum interum*) değil; hakkın kullanılmasının diğer türlü engellendiği hâllerin de belirli bir ciddiyet seviyesine ulaştığı zaman zulme sebebiyet verebileceği kabul edilmelidir. Nitekim ABAD’ın 5 Eylül 2012 tarihli bir ön kararında⁸⁹⁸ bu anlayışın benimsendiği görülmektedir. Mahkeme, din özgürlüğünün ihlâl edilmesi tehlikesinin ancak “ciddi bir seviyeye (*severe violation*)” ulaşması durumunda zulüm ihtimâlinden söz edilebileceğini teyit ettikten sonra⁸⁹⁹, sadece hakkın özüne ilişkin ihlâllerin değil, örneğin kamusal alanda dine yönelik faaliyetlere yönelen engellemelerin ve baskıların da zulüm ihtimâli değerlendirilirken dikkate alınabileceğini vurgulamıştır⁹⁰⁰. ABAD’a göre, din özgürlüğünün özü ile ilişkili olan veya olmayan ihlâller arasında zulüm ihtimâlinin tesisi açısından bir ayırım yapılması, Vasıf Yönergesi’nin (dine ilişkin olan) 10. maddesi ile bağdaşmayacaktır⁹⁰¹. Bu sebeple ulusal makamlar değerlendirme yaparken temel bir hak olan din özgürlüğü ile ilişkili

(F.C.A.), <<http://international.westlaw.com>> (E.T.: 12.12.2012) (Kanada); *Irripugge v. Canada (MEI)*, [2000] 2 F.C. D-32, <<http://international.westlaw.com>> (E.T.: 12.12.2012) (Kanada); Refugee Appeal No. 300/92 (1994), Refugee Appeal No. 300/92 RE MSM, NO. 300/92, New Zealand: Refugee Status Appeals Authority, 1.03.1994, <<http://www.refworld.org/docid/3ae6b73f4.html>> (E.T.: 12.12.2012) (Yeni Zelanda); BVerwG 10 C 23.12 (Almanya).

⁸⁹⁶ Dinin öğretilmesinin engellenmesi veya yasaklanmasını zulüm olarak kabul eden kararlardan bazıları için bkz. *Hartooni v. INS*, 21 F. 3d 336, 07.04.1994, <http://www.leagle.com/decision/199435721F3d336_1293.xml/HARTOONI%20v.%20I.N.S.> (E.T.: 12.12.2012) (ABD); *Dhine v. INS*, 3 F.3d 613, 26.08.1993, <<http://openjurist.org/3/f3d/613/dhine-v-slattery>> (E.T.: 12.12.2012) (ABD).

⁸⁹⁷ Dini yayma amaçlı faaliyetlerin engellenmesi veya yasaklanmasının zulüm olarak kabul edildiği kararlara örnek olarak bkz. *Kassatkine v. Canada (M.C.I)* [1996] 65 A.C.W.S. (3rd), <<http://international.westlaw.com>> (E.T.: 22.10.2011) (Kanada); *Refugee Appeal No. 70720/97* (1998) (Yeni Zelanda); *Refugee Appeal No. 70692/97* (1998) (Yeni Zelanda); *Refugee Appeal No 71066/98* (1999) (Yeni Zelanda). Örnek verilen Yeni Zelanda kararlarının alıntılıandığı kaynak için bkz. KAREN MUSALO, «Claims for Protection Based on Religion or Belief», 190, 224.

⁸⁹⁸ Judgment of the Court (Grand Chamber), C-71/11 and C-99/11, *Germany v. Y and Z*, 05.09.2012, <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62011CJ0071:EN:HTML>> (E.T.: 12.12.2012).

⁸⁹⁹ Ibid., paras. 53, 54.

⁹⁰⁰ Ibid., paras. 62, 63, 69.

⁹⁰¹ Ibid., para. 63.

olabilecek her türlü eylemi göz önüne alıp incelemeye konu etmelidir⁹⁰². ABAD'ın ihlâlin “ciddi bir seviyeye” ulaşp ulaşmadığının belirlenmesi noktasında ise, ihlâlin niteliğinin, yarattığı baskının, süreklilik arz edip etmediğinin ve sonuçlarının değerlendirmeye alınmasını, bu bağlamda birey üzerinde yarattığı etkinin subjektif ve objektif kriterler çerçevesinde değerlendirilmesini öngördüğü belirtilmelidir⁹⁰³.

Din özgürlüğünün kısıtlanmasının Sözleşme çerçevesinde dine dayalı zulüm ihtimâline sebebiyet vermesi hususunda önem taşıyan bir nokta da din özgürlüğünün sınırıdır. Din özgürlüğünün hüküm altına alındığı uluslararası insan hakları düzenlemelerinde, din özgürlüğüne “*yasalarla belirlenen ve kamu güvenliğini, düzenini, sağlığını, ahlakını ya da başkalarının temel hak ve özgürlüklerini korumak için gerekli kısıtlamalar*” getirilebileceği belirtilmiştir⁹⁰⁴. Din özgürlüğüne getirilen sınırlamalar, dinin özel alanda yaşanmasından ziyâde daha çok kamusal alanda kendini belli etmesi (örneğin kamusal alanda ibadet edilmesi veya dini vecibelerin yerine getirilmesi) veya dinin yayılmaya çalışılması durumlarında söz konusu olmaktadır⁹⁰⁵. Ancak din özgürlüğünün temel bir hak olarak kabul edilmesi sebebiyle kısıtlamaların, yalnızca gereken durumlarda yasa ile yapılması, dar yorumlanması ve ölçülü olması gerekmektedir⁹⁰⁶.

Ülke uygulamaları incelendiğinde, din özgürlüğünün kısıtlanmasının her zaman zulümle sonuçlanabileceğinin kabul edilmediği görülmektedir. Özellikle bazı inançların yayılması bazı devletler tarafından (yasalarla) kısıtlanmakta ya da engellenmektedir. Ancak bu durum, sığınma devletleri tarafından çoğu zaman mutlak bir zulüm sebebi olarak kabul görmemektedir. Bununla birlikte bu hususta benzer durumlarda farklı

⁹⁰² Ibid., para. 64.

⁹⁰³ Ibid. paras. 65-71.

⁹⁰⁴ Bkz. MSHS, md. 18; bu yönde ayrıca bkz. AİHS, md. 9, Din veya İnanç Ayrımcılığı Bildirisi, md. 1(3).

⁹⁰⁵ KAREN MUSALO, «Claims for Protection Based on Religion or Belief», 187.

⁹⁰⁶ KAREN MUSALO, «Claims for Protection Based on Religion or Belief», 193; genel olarak insan haklarına getirilecek kısıtlamaların sınırları için ayrıca bkz. HALİL KALABALIK, *İnsan Hakları Hukuku*, 121–137; MEHMET SEMİH GEMALMAZ, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, 1633–1638.

kararların ortaya çıktığı da gözlemlenmektedir. Nitekim Yeni Zelanda ve Kanada tarafından benzer özellikler taşıyan başvurulara ilişkin verilen iki farklı karar, kısıtlamaların zulüm oluşturması noktasında yeknesak bir uygulamanın gelişmediğine örnek teşkil edebilecektir. Yeni Zelanda tarafından verilen karara konu olan davada⁹⁰⁷, Ahmedî (Kadıyânîlik) inancına mensup olan Başvuranın menşe devleti, çoğunluğun Sünni Müslüman olduğu Pakistan'dır. Pakistan'da Ahmedîlerin inançlarını yaymaları yasalarla belirli kısıtlamalara tâbî tutulmuştur. Başvuran, buradan hareketle, inancı sebebiyle, kısıtlama ve baskıya maruz kaldığı gerekçesi ile Yeni Zelanda'dan mülteci statüsünün tanınmasını talep etmiştir. Yeni Zelanda Mülteci Statüsü Temyiz Mercii (*Refugee Status Appeals Authority –RSAA*) söz konusu kısıtlamaları, MSHS'nin 18(3). maddesinde belirtilen “kısıtlama halleri”nden saymış ve zulme varabilecek bir baskı ya da engellenmenin oluşmadığına hükmetmiştir⁹⁰⁸. Kanada tarafından verilen kararda ise Başvuran Moldova vatandaşı olan Evanjelik bir Baptist'tir. “Dinin yayılması” bu inancın bir parçasını oluşturmaya rağmen, Moldova hukuku bu tür faaliyetleri yasaklamıştır. Başvuran, bu yasaklamadan yola çıkarak haklı nedenlere dayanan bir zulüm ihtimâlinin söz konusu olduğu gerekçesi ile Kanada'dan mülteci statüsünün tanınmasını talep etmiştir. (Kanada) Sözleşme Mültecisi Belirleme Birimi (*Convention Refugee Determination Division-CRDD*) Başvuranın talebini reddetmiştir. CRDD'nin kararı Kanada Federal Mahkemesi tarafından bozulmuş ve yeniden incelenmek üzere Birim içerisindeki bir başka panele yönlendirilmiştir. Kanada Federal Mahkemesi ilgili kararında, “*azınlığın içerisinde yer alan vatandaşların dinlerine âit ilkelerin çiğnenmesini emreden bir kanun hükmünün açıkça zalimâne kabul edilmesi gerektiğini*” belirterek, Moldova hukukundaki yasaklamaya rağmen, kısıtlamanın din özgürlüğünü zulüm oluşturacak seviyede ihlâl edebileceğine ve başvurunun bu çerçevede içerisinde değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir⁹⁰⁹.

⁹⁰⁷ *Refugee Appeal No. 72350/2000* (2001).

⁹⁰⁸ Davaya ilişkin açıklamaların alıntılandığı kaynak için bkz. KAREN MUSALO, «Claims for Protection Based on Religion or Belief», 191.

⁹⁰⁹ *Kassatkine v. Canada*, para. 10.

Görüldüğü gibi, benzer durumlar için farklı kararların ortaya çıkmasındaki neden, dine yönelik kısıtlama ve baskıların zulüm oluşturacak seviyeye gelip gelmediğinin belirlenmesinde farklı yaklaşımlarla hareket edilmesidir. Kanımızca, din özgürlüğünün kısıtlanması noktasında yasal bir düzenleme olması, doğrudan doğruya bu kısıtlamanın insan hakları hukuku kapsamında izin verilen sınırların içerisinde olduğu anlamını taşımayacaktır. Mülteci statüsü belirleme işlemleri her başvuru için özel olan somut şartların değerlendirilmesi ile gerçekleştirilmektedir. Bu sebeple, dine yönelik baskı ve kısıtlamalar da somut olayın şartları içerisinde ele alınmalıdır. Böylelikle, kısıtlama hususunda yasal bir düzenleme olsa dahi, bu düzenlemenin gerçekten insan hakları hukuku kapsamında izin verilen sınırlar içerisinde olup olmadığı değerlendirilmeli, bu değerlendirme yapılırken, somut olay içerisinde kısıtlamanın sonuçları göz önünde bulundurulmalıdır.

Öte yandan, kısıtlamaların zulüm seviyesine ulaşması noktasında yapılacak inceleme esnasında, başvuranın kısıtlanan faaliyetinin hem kendisi, hem inandığı din açısından ne derece önem taşıdığı belirlenmelidir. Bir başka ifade ile bireyin kısıtlanan faaliyetinin, o kişi için veya inandığı din için merkezî bir öneme sahip olduğu ölçüde zulüm seviyesine yaklaştığı veya ulaştığı kabul edilmelidir⁹¹⁰. Böylelikle her somut başvuru kendi içerisinde değerlendirilirken, benzer başvurular için birbirinden çok farklı kararların verilmesinin de önüne geçilebilecektir.

3. Milliyet

a. Terim Sorunu

Sözleşme'nin İngilizce ve Fransızca dillerindeki esas metinlerinde zulüm nedenleri sayılırken, milliyet anlamına gelen “*nationality (ing.)/nationalité (fr.)*” terimine de yer verilmiştir. Milliyet terimi oldukça geniş bir içeriğe sahiptir. Terim, bir taraftan devlet ile birey arasındaki hukukî ve siyasî bağı niteleyen vatandaşlık anlamında kullanılmakta iken diğer taraftan aynı dili, kültürü, paylaşan insan

⁹¹⁰ Aynı yönde bkz. KAREN MUSALO, «Claims for Protection Based on Religion or Belief», 194.

topluluklarını tanımlamak için de kullanılmaktadır⁹¹¹. Sözleşme'nin Türkçe çevirisinde milliyet yerine vatandaşlığı da kapsayan “tâbiiyet” ifâdesi kullanılmıştır. Tâbiiyet teriminin anlamı doktrinde genel olarak kabul edildiği üzere gerçek veya tüzel kişiyi veya şeyi devlete bağlayan hukukî ve siyasî bağıdır⁹¹². Bu haliyle tâbiiyet, sadece gerçek kişileri devlete bağlayan hukukî ve siyasî bağı ifâde eden vatandaşlık terimini de kapsamı içerisine almaktadır⁹¹³. Bir başka deyişle, tâbiiyet terimi, devlet ile gerçek kişi arasındaki hukukî ve siyasî bağı nitelemek için kullanılmakta ise o zaman vatandaşlık anlamını hâiz olmaktadır.

Milliyet kavramının geniş görünümü, Sözleşme içerisinde bir zulüm nedeni olarak hangi anlamda kullanıldığının açıklığa kavuşturulmasını gerektirmektedir. Bu gereklilik, “milliyet”in vatandaşlık olarak kullanılması ile etnik kökeni, aynı dili, kültürü paylaşan topluluğu nitelemesi durumunda farklı sonuçların ortaya çıkabilecek olmasından kaynaklanmaktadır.

b. Sözleşme'deki Anlamı

Sözleşme'nin mülteci tanımını açıklayan 1A(2) maddesinde “milliyet” terimi sıklıkla kullanılmıştır. Ancak terimin belirsizliği sadece zulüm nedeni olarak sayılması durumu için geçerlidir. Terimin ilgili hüküm içerisinde kullanıldığı diğer yerlerde⁹¹⁴,

⁹¹¹ ANDREAS ZIMMERMANN ve CLAUDIA MAHLER, «Article 1A, para. 2, 1951 Convention», 388; JAMES C. HATHAWAY, *Refugee Status*, 144 vd.

⁹¹² OSMAN FAZIL BERKİ, *Devletler Hususi Hukuku* (Ankara, 1959), 15; ERDOĞAN GÖĞER, *Türk Tabiiyet Hukuku* (Ankara, 1975), 6; RONA AYBAY, *Vatandaşlık Hukuku*, 13; VAHİT DOĞAN, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, 23; GÜLİN GÜNGÖR, *Tâbiiyet*, 1; TURGUT TURHAN ve FERİHA BİLGE TANRIBİLİR, *Vatandaşlık Hukuku Ders Notları*, 21.

⁹¹³ Tâbiiyet ifâdesinin vatandaşlığı da kapsadığı yönünde bkz. MUAMMER RAŞİT SEVİĞ, *Devletler Hususi Hukuku* (İstanbul, 1983), 65; ERDOĞAN GÖĞER, *Türk Tabiiyet Hukuku*, 3 vd.; OSMAN FAZIL BERKİ, *Devletler Hususi Hukuku*, 15, 16. Bu hususta ayrıca bkz. VAHİT DOĞAN, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, 22 vd.; RONA AYBAY, *Vatandaşlık Hukuku*, 3–13; RİFAT ERTEN, *Milletlerarası Özel Hukukta Spor* (Ankara, 2007), 80; GÜLİN GÜNGÖR, *Tâbiiyet*, 1; BAHADIR ERDEM, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (İstanbul, 2011), 6, 7.

⁹¹⁴ Sözleşme'nin 1A(2) maddesinde milliyet (*nationality*) terimi (zulüm nedeni olarak sayılmasının dışında) şu şekillerde kullanılmıştır (esas metne yapılan göndermelerde İngilizce metin dikkate alınmıştır): “...vatandaşı olduğu memleket dışında bulunan (“...outside the country of his nationality”); “...yahut tâbiiyeti yoksa...” (“...or who not having a nationality...”); “...birden fazla tâbiiyeti olan bir şahıs hakkındaki “vatandaşı olduğu memleket” tabiri tâbiiyetini hâiz olduğu memleketlerden her birini kast eder”

“vatandaşlık” anlamını taşıdığı açıkça anlaşılmaktadır⁹¹⁵. Buna karşılık bir zulüm nedeni olarak milliyetin Sözleşme içerisinde hangi anlamı ile ele alınması gerektiği belirtilmediği gibi bu husus Sözleşme’nin ilgili hükmünden de açıkça anlaşılamamaktadır. Sözleşmenin hazırlık çalışmaları incelendiğinde bu konuda yol gösterici bir bulguya da rastlanılmamıştır⁹¹⁶.

El Kitabında ise bir zulüm nedeni olarak milliyet teriminin sadece “vatandaşlık” anlamında ele alınmaması gerektiği belirtilerek, terimin anlamı açıklığa kavuşturulmaya çalışılmıştır⁹¹⁷. El Kitabına göre, bir zulüm nedeni olarak milliyet, belirli bir etnik veya dilsel (*linguistic*) kökene bağlılığı da ifâde edebilir. Bu hâliyle, kimi zaman, yine bir zulüm nedeni olan ırk ile aynı çerçeve içerisinde de değerlendirilebilir⁹¹⁸.

Çağdaş doktrinde de Sözleşme’deki zulüm nedenlerinden biri olan “milliyet” teriminin sadece vatandaşlık (veya tâbiyet) içeriğini hâiz olacak şekilde anlaşılmaması gerektiği üzerinde bir uzlaşma olduğu görülmektedir⁹¹⁹. Bu uzlaşının oluşmasına temel teşkil eden ana neden, bir devletin kendi vatandaşına, vatandaşlık statüsü sebebiyle zulmetmesi durumunun uygulamada gerçekleşme ihtimâlinin pek mümkün görünmemesidir⁹²⁰. Öte yandan vatandaşlığın anlamının daha geniş yorumlanmasıyla,

(“*in the case of a person who has more than one nationality, the term ‘the country of his nationality’ shall mean each of the countries of which he is a national*”); “vatandaşı olduğu memleketin himayesinden mahrum sayılmaz” (...“*lacking the protection of the country of his nationality...*”)

⁹¹⁵ Bkz. El Kitabı, para. 87.

⁹¹⁶ Bu yönde bkz. JAMES C. HATHAWAY, *Refugee Status*, 144; ANDREAS ZIMMERMANN ve CLAUDIA MAHLER, «Article 1A, para. 2, 1951 Convention», 388.

⁹¹⁷ El Kitabı, para. 74.

⁹¹⁸ Ibid.

⁹¹⁹ ATLE GRAHL-MADSEN, *Status*, 218 vd.; PATRICIA HYNDMAN, «1951 Convention Definition of Refugee: An Appraisal with Particular Reference to the Case of Sri Lankan Tamil Applicants», *Human Rights Quarterly* 9 (1987): 70; JAMES C. HATHAWAY, *Refugee Status*, 144; GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 73; ANDREAS ZIMMERMANN ve CLAUDIA MAHLER, «Article 1A, para. 2, 1951 Convention», 389; ISI FOIGHEL, «Legal Status of the Boat-People», *Nordisk Tidsskrift for International Ret* 48 (1979): 222. Bununla birlikte, *Hathaway*’in aktardığına göre, Sözleşme’nin doktrin tarafından yapılan ilk yorumlarında, “milliyet” terimi dar bir şekilde ele alınmakta ve resmî bir vatandaşlık anlamını hâiz olacak şekilde değerlendirilmekteydi: JAMES C. HATHAWAY, *Refugee Status*, 144.

⁹²⁰ JAMES C. HATHAWAY, *Refugee Status*, 144; ANDREAS ZIMMERMANN ve CLAUDIA MAHLER, «Article 1A, para. 2, 1951 Convention», 389.

vatandaşlığa ilişkin haklara yönelik olarak bireyler arasında ayırım yapılmasının veya bireylerin bu durumun sonucu olarak vatansız bırakılmasının milliyete dayalı zulüm ihtimâli çerçevesi içerisinde ele alınabileceği iddia edilmiştir⁹²¹. Burada geniş yorumdan kast edilen, devlet tarafından ciddi boyutlara varan bir ayrımcılık sebebiyle, bireyin vatandaşlık haklarından yararlandırılmamasıdır. Böylelikle menşe devletleri tarafından kendilerine tam bir vatandaşlık statüsü tanınmayanların veya vatandaşlık statüleri kaybettirilenlerin de (örneğin İsrail’deki Filistinliler, 1948-1994 yılları arasında apartheid rejimi mağduru olan Güney Afrikalılar) milliyetleri dolayısıyla zulüm görme ihtimâli ile karşı karşıya kalmış veya kalabilecek olmalarından söz edilebilecektir⁹²². Ancak bu durum daha çok doktrin tarafından ortaya konulan bir örnektir ve uygulamada sıklıkla rastlanan bir hâl değildir.

Yukarıda yaptığımız açıklamalar çerçevesinde, bir zulüm nedeni olarak milliyet teriminin hem vatandaşlığı hem etnik veya dilsel bir gruba bağlılığı niteleyecek şekilde geniş yorumlanmasının uygun olacağı belirtilebilir. Bu sebeple Sözleşme’nin ilgili hükmünün resmî Türkçe çevirisinde kullanılan ve milliyet teriminin yukarıda izâh ettiğimiz anlamından daha dar bir içeriği hâiz olan tâbiyet teriminin Sözleşme’nin aslına sadık kalınarak “milliyet” olarak anlaşılması gerektiği kanaatindeyiz.

Nitekim “milliyet” ifâdesinin bir zulüm nedeni olarak nasıl anlaşılması gerektiğine ışık tutan AB Vasıf Yönergesi de belirttiğimiz anlayışa uygulamadan bir örnek teşkil etmektedir. Vasıf Yönergesi’nin 10(1)(c) maddesine göre “milliyet” kavramı, “*vatandaşlıkla veya vatandaşlığın olmamasıyla sınırlandırılmaz fakat özellikle kültürel, etnik veya dilsel kimliğiyle, ortak coğrafi veya siyasî kökenleriyle veya başka bir devletin nüfusuyla olan ilişkileriyle belirlenen bir grubun üyesi olmayı içerir*”⁹²³.

Milliyet teriminin oldukça kapsayıcı bir şekilde yorumlanması ise hiç kuşkusuz, bu zulüm nedeninin diğer zulüm nedenleri ile örtüşmesine sebebiyet vermektedir.

⁹²¹ ATLE GRAHL-MADSEN, *Status*, 219; JAMES C. HATHAWAY, *Refugee Status*, 144.

⁹²² JAMES C. HATHAWAY, *Refugee Status*, 144.

⁹²³ İlgili maddenin Türkçe çevirisinin alıntılandığı kaynak için bkz. *İltica ve Göç Mevzuatı*, 216.

Nitekim daha önce vurguladığımız gibi, El Kitabı da bu hususta, zulüm nedenleri olarak milliyet ve ırkın aynı çerçeve içerisinde değerlendirilebileceğine işaret etmektedir⁹²⁴. Ülke uygulamalarında da milliyet unsurunun diğer zulüm sebepleri ile birlikte ele alındığı görülmektedir⁹²⁵.

4. Belirli Bir Sosyal Gruba Mensubiyet

a. Terime İlişkin Genel Değerlendirme

Sözleşme'nin 1A(2) maddesinde sayılan zulüm nedenlerinden biri de “belirli bir sosyal gruba mensubiyet”tir. Ancak diğer zulüm nedenleri ile kıyaslandığında en siliik içeriğe sahip olan⁹²⁶ bu zulüm nedeninin Sözleşme içerisinde de açıklaması yapılmamıştır. Sözleşme'nin hazırlık çalışmaları incelendiğinde, belirli bir sosyal gruba mensubiyetin, Sözleşme'nin ilgili maddesine diğer zulüm nedenlerinden sonra eklendiği görülmektedir. Hatta ilgili zulüm nedeni Sözleşme'nin hazırlık çalışmaları sırasında İsveç delegesi tarafından önerilen bir son dakika değişikliği sonucunda Sözleşmeye dâhil edilmiştir⁹²⁷.

⁹²⁴ El Kitabı, para. 74.

⁹²⁵ Bu eğilime örnek olarak bkz. *Elizabeth Makonnen v. I.N.S.*, 44 F. 3d 1378 (8th Cir. 1995) (ABD); *ZL and VL v. UK Secretary of State for the Home Department and Lord Chacellor's Department* [2003] EWCA Civ 25, [2003] 1 All ER 1062 (Supreme Court of Judicature, Court of Appeal), 24.01.2003 (Birleşik Krallık); Söz konusu davalara ilişkin ayrıntılı bilgiler için bkz. KAREN MUSALO, JENNIFER MOORE, ve RICHARD A. BOSWELL, *Refugee Law*, 537–554.

⁹²⁶ THE UN REFUGEE AGENCY, *Guidelines on International Protection: “Membership of a particular social group” within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, para. 1. Belirli bir sosyal gruba mensubiyet teriminin belirsizliği *Fatin v. INS* davasında ABD Temyiz Mahkemesi tarafından oldukça çarpıcı bir şekilde dile getirilmiştir. Mahkeme, belirli bir sosyal gruba ilişkin şu ifâdeye yer vermiştir: “*Hem mahkemeler, hem yorumcular ‘belirli bir sosyal grubu’ açıklamakta zorlanmışlardır. Geniş anlamı ile değerlendirildiğinde bu ifâdenin ucu neredeyse tamamen açıktır. Görünüşte, birden fazla kişinin bir araya geldiği her topluluk ‘belirli bir sosyal grup’ olarak tarif edilebilir. Bunun yanısıra, ne düzenlemenin kendisinde ne de başka bir yerde yol gösterici veya düzenlemenin yapılmasındaki niyeti ortaya koyan bir ibare bulunmaktadır*”: *Fatin v. Immigration and Naturalization Service*, 12 F.3d 1233, United States Court of Appeals for the Third Circuit, 20.12.1993, <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b6d0.html>> (E.T.: 13. 02. 2012).

⁹²⁷ ANDREAS ZIMMERMANN ve CLAUDIA MAHLER, «Article 1A, para. 2, 1951 Convention», 391; JAMES C. HATHAWAY, *Refugee Status*, 157; ayrıca bkz. yuk. §5.II.

Öte yandan bu zulüm nedeni, Sözleşme’ye has bir neden olmasından dolayı diğer zulüm nedenlerinden ayrılmaktadır. “Sözleşmeye has” olmakla kast edilen, ırk, din, milliyet ve siyasî görüşe ilişkin olarak farklı düzenlemelerde çeşitli tanımların yapılmış olmasına rağmen “belirli bir sosyal grup” terimine Sözleşme dışında sıkça rastlanılmamasıdır⁹²⁸. Bu sebeple, belirli bir sosyal gruba mensubiyetin zulüm nedeni olarak nasıl anlaşıldırılması gerektiği hususunun ayrıntılı olarak incelenmesi yerinde olacaktır.

Sözleşme’nin belirli bir sosyal gruba mensubiyet teriminin anlamına ilişkin sessizliği karşısında, El Kitabı’nda bir takım açıklayıcı ifâdeler yer almaktadır. Ancak, El Kitabındaki açıklamalar, söz konusu zulüm nedeninden ne anlaşılacağı noktasında oldukça yüzeysel bir bakış açısı getirmekten öteye gitmemektedir⁹²⁹. El Kitabı’nda belirli bir sosyal gruba mensubiyetin benzer geçmişe, benzer özelliklere ve benzer sosyal statüye sahip olan insanları nitelediği belirtilmiş ve bu zulüm nedeninin çoğunlukla diğer zulüm nedenleri ile örtüşebileceğini vurgulanmıştır⁹³⁰. El Kitabı’na göre, kökünde sosyal gruba mensubiyet olan zulüm hâlleri, sosyal grubun üyelerinin ekonomik aktiviteleri veya siyasî duruşlarının veya sosyal grubun bizzat kendisinin hükümetler tarafından bir tehdit ya da engel olarak anlaşılmasından dolayı ortaya çıkabilir⁹³¹. Bununla birlikte BMMYK, bir zulüm nedeni olarak “belirli bir sosyal gruba mensubiyetin” daha kapsamlı açıklamasını, bu hususa ilişkin olarak düzenlediği yol gösterici raporunda⁹³² ortaya koymuştur. Raporda, “belirli bir sosyal grup” teriminin içerisini dolduracak bir listeden söz edilemeyeceği belirtilerek, söz konusu zulüm

⁹²⁸ Bununla birlikte, açıkça “belirli bir sosyal grup” teriminin kullanılmamasına rağmen, toplumsal (sosyal) kökenin ayrımcılığa neden olamayacağı yönünde 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin 2. maddesinde, 1966 tarihli Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Sözleşme’nin 2(2). maddesinde ve 1966 tarihli Medenî ve Siyasî Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’nin 2(1). ve 26. maddelerinde hükümler mevcuttur.

⁹²⁹ Aynı yöndeki görüşler için bkz. ALEXANDER ALEINIKOFF, «Protected Characteristics and Social Perceptions: An Analysis of the Meaning of «Membership of a Particular Social Group»», içinde *Refugee Protection in International Law UNHCR’s Global Consultations on International Protection*, ed. ERIKA FELLER, VOLKER TÜRK, ve FRANCES NICHOLSON (Cambridge, 2005), 266.

⁹³⁰ El Kitabı, para. 77.

⁹³¹ Ibid., para. 78.

⁹³² THE UN REFUGEE AGENCY, *Social Group*.

nedeninin içeriğine yönelik olarak esnek bir bakış açısı benimsenmiştir. Rapora göre sosyal grup terimi, farklı toplumlardaki değişken ve çeşitli grupları ve gelişen insan hakları normlarını dikkate alarak dinamik bir şekilde yorumlanmalıdır⁹³³. Bununla birlikte Raporda, terimin zulme uğrama ihtimâli olan herkesi kapsayacak biçimde (*catch all*) sınırsız bir şekilde genişletilerek yorumlanmaması gerektiğine de dikkat çekilmiştir⁹³⁴.

Doktrinde ise sosyal gruba mensubiyetin, ırk, din ve etnik kökenden daha geniş bir anlama sahip olduğu yönünde genel bir kanı mevcuttur⁹³⁵. Hatta bazı yazarlar, ilgili zulüm nedeninin sınırsız bir şekilde esnetilebileceğini savunmaktadırlar. Örneğin, *Foighel*'e göre, sosyal gruba mensubiyetin bir zulüm nedeni olarak kabul edilmesinin amacı bir “güvenlik ağı” oluşturmaktır⁹³⁶. Yazar, belirli bir sosyal gruba mensubiyet nedeninin ırk ve etnik kökeni kapsamakla birlikte, Sözleşme’de yer alan diğer zulüm nedenlerine girmediği halde, bireyin zulüm görmesine sebep olan başka nedenleri de kapsamına alabileceğinden dolayı bir ağ olarak nitelendirilebileceğini belirtmektedir⁹³⁷. Benzer bir görüşte olan *Helton* ise Sözleşme’nin oluşturulduğu tarihte bilinmemekle birlikte daha sonra gelişebilecek zulüm nedenlerinin de belirli bir sosyal gruba mensubiyet çerçevesinde ele alınabileceğini ve böylelikle bu zulüm nedeni zulme uğrama ihtimâli ile karşı karşıya kalan herkesi kapsayabilecek şekilde (*catch-all*) esnek bir çerçevede değerlendirilebileceğini belirtmektedir⁹³⁸. Ancak doktrinde ilgili teriminin sınırsız bir biçimde esnetilebileceği konusunda bir uzlaşma olduğundan

⁹³³ Ibid., par 3, 2., para. 3.

⁹³⁴ Ibid., para. 2.

⁹³⁵ ATLE GRAHL-MADSEN, *Status*, 220; ISI FOIGHEL, «Legal Status of the Boat-People», 222; DAVID L. NEAL, «Women as a Social Group: Recognizing Sex-Based Persecution as Grounds for Asylum», *Columbia Human Rights Law Review* 20 (1989 1988): 229; ARHUR C. HELTON, «Persecution on Account of Membership in a Social Group as a Basis for Refugee Status», *Columbia Human Rights Law Review* 15 (1984 1983): 41; GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 74.

⁹³⁶ ISI FOIGHEL, «Legal Status of the Boat-People», 222; Aynı yönde *Neal*’de “belirli bir sosyal grup” teriminin zulüm nedenleri arasına eklenerek, bir “esneklik” yaratma amacının güdülmüş olduğunu belirtmektedir: DAVID L. NEAL, «Women as a Social Group», 229.

⁹³⁷ ISI FOIGHEL, «Legal Status of the Boat-People», 222 vd.

⁹³⁸ ARHUR C. HELTON, «Persecution on Account of Membership in a Social Group as a Basis for Refugee Status», 41 vd.

bahsedilemeyecektir. Örneğin, *Hathaway* ilgili zulüm nedeninin içeriğinin esnek yorumlanmasına katılmakla birlikte, bu esnekliğin sınırsız olabileceği görüşüne karşı çıkmaktadır. Yazar’a göre Sözleşme’nin amacı, mültecilerin “bilinen” tehlikelere karşı korunması ve mülteci statüsünün de bu çerçevede belirlenmesidir⁹³⁹.

b. Sosyal Grup Teriminin Sözleşme’nin 1A(2) Maddesine Göre Değerlendirilmesine Yönelik Yaklaşımlar

Belirli bir sosyal gruba mensubiyet hâlinin net bir şekilde ortaya koyulabilmesi için hiç kuşkusuz, öncelikle “belirli bir sosyal grup”tan ne anlaşılması gerektiği belirlenmelidir. İşte bu noktada, devreye, uygulama girmektedir. Nitekim ağırlıklı olarak uygulamadan temel bulan bir takım yaklaşımlar çerçevesinde, sosyal grubun hangi durumda oluşmuş sayılacağı açıklanmaktadır.

Bu yaklaşımların oluşturulmasındaki en önemli sebep, ilk bakışta oldukça geniş olan sosyal grup kavramının içeriğinin belirlenmesinde, yeknesak uygulamalara imkân verebilecek belirli standartların geliştirilmesine duyulan ihtiyaçtır. Bu nedenle bunlar, özellikle ve ilk olarak, içtihat hukukunun önemli bir yer tuttuğu Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde kendini göstermiştir. Kara Avrupasında ise “belirli bir sosyal gruba mensubiyet”in bir zulüm nedeni olarak nasıl değerlendirilmesi gerektiği konusuna Anglo-Amerikan uygulamasına göre daha az odaklanıldığı belirtilebilir. Kara Avrupasında karar merciilerinin ilgili terimin açıklanmasına ilişkin bir standart belirlemekten daha çok zulüm ihtimâlinin oluşup oluşmadığına yoğunlaştıkları aktarılmaktadır⁹⁴⁰. Ancak yine de Anglo-Amerikan uygulamasından doğan yaklaşımların Kara Avrupasında da uygulandığının altını çizmek gerekir. Bununla birlikte AB, Anglo-Amerikan uygulamasında gelişen yaklaşımların dışında kendine has bir yaklaşım da geliştirmiştir. Ayrıca BMMYK’da bu hususta ne tür bir yol izlenmesi gerektiği hususunda tavsiyelerde bulunarak kendi yaklaşımını ortaya koymuştur.

⁹³⁹: JAMES C. HATHAWAY, *Refugee Status*, 159.

⁹⁴⁰ THE UN REFUGEE AGENCY, *Social Group*, para. 8.

Aşağıda açıklanacak olan bu yaklaşımlar, “belirli bir sosyal grup” teriminin Sözleşme’nin ilgili hükmü (md. 1A(2)) içerisindeki anlamını saptayabilmek için çeşitli belirleyiciler öngörmektedir.

aa. Değiştirilemez Nitelikler Yaklaşımı (*Protected/Immutable Characteristics Approach*)

Özellikle Kanada ve Amerika Birleşik Devletleri mahkemeleri tarafından uygulanan bu yaklaşıma göre, Sözleşme’nin ilgili maddesi çerçevesinde sosyal grup teriminin yorumlanmasındaki belirleyici unsur, söz konusu grubun sahip olduğu değiştirilemez (değişmez) niteliklerdir⁹⁴¹. Burada değişmezlikten kasıt, değiştirilmenin imkânsız olması veya söz konusu niteliklerin insan onuru ve insan hakları ile çok sıkı bir ilişki içerisinde bulunmasından dolayı, değiştirilmeye zorlanamayacak bir özellikte olmasıdır. Değiştirilemez olan bu nitelikler doğuştan kazanılmış olabileceği gibi (örneğin, cinsiyet, etnik köken, vb.), başka sebeplere de dayanabilir (örneğin, geçmişe yönelik olaylar, meslek veya daha önceden kazanılmış olan statüler gibi)⁹⁴². Değiştirilemez nitelikler yaklaşımının içsel bir değerlendirmeye dayandığı ifade edilebilir. Çünkü bu yaklaşım doğrultusunda sosyal grubun içsel (kendine âit olan) niteliklerinden yola çıkılarak bir belirleme yapılmaktadır.

Değiştirilemez nitelikler yaklaşımının ABD ve Kanada hukukunda benimsenmesi, *Matter of Acosta* (ABD) ve *Ward* (Kanada) davalarında verilen kararlar sayesinde olmuştur. ABD hukukunda benimsenen yaklaşıma temel teşkil eden *Matter of Acosta* kararında, Amerika Birleşik Devletleri Göç Temyiz Kurulu, “aynı türden” anlamını taşıyan *ejusdem generis* doktrininin kullanılmasının belirli bir sosyal gruba mensubiyet teriminin anlamlandırılmasında en faydalı araç olduğunu belirtmiştir⁹⁴³. Böylece sosyal

⁹⁴¹ Ibid., para. 6; ANDREAS ZIMMERMANN ve CLAUDIA MAHLER, «Article 1A, para. 2, 1951 Convention», 392. Bu hususta Kanada ve ABD hukukunda içtihat oluşturmuş bulunan kararlar ve bu kararlara ilişkin incelemeler için bkz. KAREN MUSALO, JENNIFER MOORE, ve RICHARD A. BOSWELL, *Refugee Law*, 619–721.

⁹⁴² THE UN REFUGEE AGENCY, *Social Group*, para. 6.

⁹⁴³ *Matter of Acosta*, 233.

grup, ortak ve değiştirilemeyecek (değiştirilmesi gruba üye olan bireylerin gücünün ötesinde olan veya bu bireylerin kimliklerine, varlıklarına temel teşkil etmesi sebebiyle değiştirilmemesi gereken) ortak niteliklere sahip olan bireyler topluluğu olarak tanımlanmıştır ve zulmün bu grubun bireylerinden herhangi birine yönelmiş olması durumunda, belirli bir sosyal gruba mensubiyete dayanan zulüm ihtimâlinin varlığından söz edilebileceğine hükmedilmiştir. Bu özelliklerin, cinsiyet, ırk, aile bağları olabileceği gibi geçmişte paylaşılan deneyimlere de dayanabileceği kabul edilmiştir.

Kanada mahkemeleri de ABD mahkemelerinin izinden giderek *ejusdem generis* doktrinini benimsemiş ve ABD yaklaşımını geliştirmiştir. Bu hususta bir mihenk taşı olarak kabul edilen *Ward* kararında, sosyal grubun yapısına ilişkin olarak üçlü bir ayırım yapılmıştır. Buna göre, 1951 Sözleşmesi'nin 1A(2) maddesi açısından, sosyal grup, (1) değiştirilemeyen veya doğuştan olan niteliklere sahip olan topluluklardan (2) insan onuruyla çok sıkı bir ilişki içerisinde olan nedenlere dayanarak, bireylerin gönüllü olarak bir araya gelmesi suretiyle oluşturulmuş bulunan topluluklardan ve (3) geçmişte gönüllü olarak oluşturulmuş bulunan ve bu tarihî varlık nedeniyle değişikliğe uğrayamayacak bir özellik kazanmış olan topluluklardan oluşabilir⁹⁴⁴. *Ward* kararında yapılan bu üçlü ayırım, Kanada hukukuna yerleşmiş⁹⁴⁵, ABD hukuku tarafından da benimsenmiştir⁹⁴⁶.

⁹⁴⁴ *Canada v. Ward*, 7, 8.

⁹⁴⁵ Belirli bir sosyal gruba mensubiyete ilişkin *Ward* kararının etkisi ve Kanada'da hukukundaki uygulamalar hususunda ayrıntılı bilgiler için bkz. MARYELLEN FULLERTON, «Comparative Look at Refugee Status Based on Persecution Due to Membership in a Particular Social Group», *Cornell International Law Journal* 26 (1993): 536; AUDREY MACKLIN, «Canada (Attorney-General) v. Ward: A Review Essay», *International Journal of Refugee Law* 6, sayı 3 (1994): 362–381; ELIZABETH ADJIN-TETTEY, «Defining a Particular Social Group Based on Gender», *Refugee* 16, sayı 4 (Ekim 1997): 22 vd.; JAMES C. HATHAWAY, *Refugee Status*, 159 vd.; ALEXANDER ALEINIKOFF, «Protected Characteristics», 268–271.

⁹⁴⁶ JAMES C. HATHAWAY, *The Law of Refugee Status*, 160, 161; KRISTA DALEY ve NINETTE KELLEY, «Particular Social Group: A Human Rights Based Approach in Canadian Jurisprudence», *International Journal of Refugee Law* 12, sayı 2 (Ocak 4, 2000): 150.

bb. Sosyal Algı Yaklaşımı (*Social Perception Approach*)

Sosyal algı yaklaşımı, incelenen grubun, onu toplumun geri kalanından ayırt etmeye yarayan veya onun toplum içerisinde bir grup olarak algılanmasına sebebiyet veren ortak niteliklere sahip olup olmadığının tespitine dayanır⁹⁴⁷. Böylece bu yaklaşımda öne çıkan, değişmez nitelikler yaklaşımındaki içsel değerlendirmeler değil, dışsal (harici) değerlendirmelerdir⁹⁴⁸. Bir başka deyişle, burada önemli olan, grubun kendisini bir topluluk olarak algılamasından veya topluluğun kendine has özelliklerinin değerlendirilmesinden ziyâde bu topluluğun bir sosyal grup olduğu yönündeki algının söz konusu grubun dışındakiler tarafından benimsenmiş olmasıdır. Dolayısıyla, grubun varlığını belirleyen, toplumun grup hakkındaki algısıdır. Eğer toplumun algısında ilgili topluluk, bir grup olarak ayırt edilebilecek bir konumda ise o zaman Sözleşme'nin 1A(2) maddesi çerçevesinde “belirli bir sosyal grup”tan söz edilebilecektir. Bu yaklaşım özellikle Avustralya mahkemeleri tarafından benimsenmiştir. Avustralya Yüksek Mahkemesi'nin *Applicant A v. MIMA* davasında verilen kararında, topluluğu bir arada tutan niteliklerin aynı zamanda bu topluluğu, toplumun geri kalanından ayıran bir belirteç olması gerektiği üzerinde durulmuş ve “belirli bir sosyal grup” ifâdesindeki “belirli” teriminin, ayırt edilebilir anlamını taşıdığı ifâde edilmiştir⁹⁴⁹.

⁹⁴⁷THE UN REFUGEE AGENCY, *Social Group*, para. 7.; ANDREAS ZIMMERMANN ve CLAUDIA MAHLER, «Article 1A, para. 2, 1951 Convention», 392; JAMES C. HATHAWAY ve MICHELLE FOSTER, «Membership of a Particular Social Group», *International Journal of Refugee Law* 15 (2003): 482 vd.; ALEXANDER ALEINIKOFF, «Protected Characteristics and Social Perceptions: An Analysis of the Meaning of «Membership of a Particular Social Group»», 271–273; ayrıca bkz. *Applicant "A" and Anor v. MIMA*, 190 CLR 225 (Aust. High Ct., 24.02.1997), <<http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/3ae6b7180.pdf>> (Avustralya) (E.T.: 10. 10. 2012).

⁹⁴⁸ JAMES C. HATHAWAY ve MICHELLE FOSTER, «Membership of a Particular Social Group», 477, 482 vd.; ALEXANDER ALEINIKOFF, «Protected Characteristics», 263, 294–301, 309–311; ANDREAS ZIMMERMANN ve CLAUDIA MAHLER, «Article 1A, para. 2, 1951 Convention», 392 vd..

⁹⁴⁹ *Applicant "A" and Anor v. MIMA*. Söz konusu davaya ve Avustralya uygulamasına ilişkin ayrıntılı bilgiler ve yorumlar için bkz. ALEXANDER ALEINIKOFF, «Protected Characteristics», 271–273; REFUGEE AND HUMANITARIAN DIVISION, *Particular Social Group: An Australian Perspective*, A Paper Prepared as a Contribution to The UNHCR's Expert Roundtable Series (Canberra, Australia: Department of Immigration & Multicultural & Indigenous Affairs), <http://www.immi.gov.au/media/publications/refugee/convention2002/07_social_group.pdf,> (E.T.: 22.10.2012).

cc. Karma Alternatifli Yaklaşım (*Combined Alternative Approach*)

BMMYK'nın belirli bir sosyal gruba mensubiyet hususunda yol gösterici raporunda, uygulamadan kaynağını alan yaklaşımlardan yola çıkılarak, karma alternatifli bir yaklaşım benimsenmiştir⁹⁵⁰. BMMYK'ya göre: “*değiştirilmez nitelikler yaklaşımı, sosyal algı analizinin özünde bulunan bir dizi sosyal grubu belirlemek amacıyla kullanılabilir. Ayrıca, her iki baskın yaklaşımı da içerisine alan tek bir yaklaşımın uygulanması daha uygun olacaktır. Bu bağlamda, belirli bir sosyal grup, zulme maruz kalma ihtimâlinin dışında ortak bir niteliği paylaşan veya toplum tarafından grup olarak algılanan topluluk olarak tanımlanabilir. Söz konusu nitelik, doğuştan veya değişmez olabileceği gibi bireyin kimliğine temel teşkil edebilir veya insan hakları ile sıkı şekilde ilişkili olabilir*”⁹⁵¹.

Rapor'da böylelikle, tek bir yaklaşımın benimsenmesindense iki yaklaşım da dikkate alınarak, bireyin âit olduğunu iddia ettiği topluluğun iki yaklaşımdan birine göre “belirli bir sosyal grup” olarak kabul edilmesinin yeterli olacağı belirtilmiş ve alternatifli⁹⁵² bir değerlendirme öngörülmüştür⁹⁵³. Bu sayede, belirli bir sosyal grubun oluşmuş bulunduğu temel teşkil eden hususlar, ilgili topluluk açısından ya “içsel” ya “dışsal” nitelik(ler) ve/veya algılama(lar)dan ibaret olacaktır.

Söz konusu yaklaşım, *Hathaway* ve *Foster* tarafından eleştirilmiştir. Yazarların eleştirisinin temelinde bu yaklaşımın mülteci statüsünün belirlenmesi hususunda oldukça geniş bir çerçeve öngörmesi ve iki yaklaşımının birbirini tamamlayacak

⁹⁵⁰ ANDREAS ZIMMERMANN ve CLAUDIA MAHLER, «Article 1A, para. 2, 1951 Convention», 393.

⁹⁵¹ THE UN REFUGEE AGENCY, *Social Group*, para. 11.

⁹⁵² Aslında bu yaklaşımın “alternatifli” değil de “fakültatif” bir özelliği olduğu iddia edilebilir. Zira, burada bir seçim durumu söz konusu değildir, incelenen topluluk, iki yaklaşımdan birinin içerisine giriyorsa, kendiliğinden belirli bir sosyal grubun oluşmuş bulunduğu kabul edilmektedir. Ancak söz konusu yaklaşımı tanımlamak için yaygın olarak “alternatif” terimi kullanıldığından, yaygın terminolojiye sadık kalmak amacıyla, bu çalışmada da “alternatif(li)” ifâdesi kullanılmıştır.

⁹⁵³ THE UN REFUGEE AGENCY, *Social Group*, para. 13.

nitelikte olmaması yatmaktadır⁹⁵⁴. Bununla birlikte, doktrinde bu yaklaşımı destekleyen yazarlar da mevcuttur⁹⁵⁵.

Kanımızca, bu yaklaşım, iki sebepten ötürü desteklenmelidir. İlk olarak, karma alternatifli bir değerlendirme koruma alanını genişletmesinden ötürü Sözleşme'nin amacına ve konusuna en uyumlu sonuçları doğuracaktır. 1951 Sözleşmesi'nin bir insan hakları düzenlemesi olduğunun kabulü ışığında, Sözleşme'nin amacı ve konusu açısından, mültecilerin/sığınmacıların mümkün olan en geniş çerçevede, Sözleşme'de yer alan hak ve korumalardan yararlanması gerektiği kabul edilmeli ve Sözleşme'nin yorumu da bu anlayış doğrultusunda yapılmalıdır⁹⁵⁶. Bu çerçevede, uygulamada baskın olan iki yaklaşımın bir arada ele alınmasını öngören karma alternatifli yaklaşım Sözleşme açısından en uygun değerlendirmeyi sunacaktır.

İkinci olarak, ülke uygulamaları ve doktrin incelendiğinde, her iki yaklaşımın da belirgin ve neredeyse eşit bir uzlaşa ve uygulama alanı bulunduğu görülecektir. Bu da demektir ki, söz konusu yaklaşımlardan birini benimsemiş olan bir sığınmacı, başvuruda bulunduğu ülkenin hangi anlayışı benimsemiş olduğuna göre farklı bir değerlendirmeye tâbî tutulabilecektir. İşte bu eşitsizliğin önüne geçebilmek ve 1951 Sözleşmesi'ne has bir terim olan "belirli bir sosyal grup" ifâdesini yeknesak bir anlama kavuşturabilmek için zaten ayrı ayrı uygulama alanı bulmuş olan her iki yaklaşımın bir arada değerlendirilmesi yerinde olacaktır.

⁹⁵⁴ JAMES C. HATHAWAY ve MICHELLE FOSTER, «Membership of a Particular Social Group», 489–491.

⁹⁵⁵ ALEXANDER ALEINIKOFF, «Protected Characteristics», 310; ayrıca bkz. ANDREAS ZIMMERMANN ve CLAUDIA MAHLER, «Article 1A, para. 2, 1951 Convention», 393, d.n. 806.

⁹⁵⁶ Aynı yöndeki değerlendirme oldukça açık bir şekilde Birleşik Krallığın, *Fornah and K* kararında belirtilmiştir. Mahkeme'nin bu yöndeki tespiti şu şekildedir: “Sözleşme'nin geniş insanî amacına, dibacede belirtilen ilkelere dayanarak, bireylerin insan hakları ve özgürlüklerinden ayırım gözetmeksizin faydalanmasına ve mültecilerin mümkün olacak en kapsamlı bir biçimde bu hak ve özgürlüklerden yararlanmasına imkân tanıyacak şekilde yorumlanması gerektiği sabittir”. *Fornah and K v. Secretary of State for the Home Department* [2006] UKHL 46, para. 10, <<http://international.westlaw.com>> (E.T.: 12.12.2012).

dd. Karma Kümülatif Yaklaşım (Combined Cumulative Approach)

Yukarıda izâh edilen üç yaklaşım dışında, AB Vasıf Yönergesi'nin Üye Devletlerin zulüm nedenlerini değerlendirirken göz önünde bulundurmaları gereken şartları düzenleyen 10. maddesinin (d) fıkrası ile dördüncü bir yaklaşım daha oluşturulmuştur. İlgili düzenleme şu şekildedir:

“(d) bir grup özellikle (in particular) aşağıdaki şartları taşıdığında belirli bir sosyal grup oluşturur:

(i) bu grubun üyeleri doğuştan gelen nitelikleri hâiz ise veya değiştirilemeyen ortak bir geçmişe sahipse ya da kimliğine veya varlığına temel teşkil ettiği için değiştirilmeye zorlanamayacak bir nitelik ya da inanç taşımaktaysa, ve

(ii) bu grup ilgili ülkede, toplum içerisinde farklı olarak algılandığı için ayırt edilebilen bir kimliğe sahipse...”

Görüldüğü gibi yukarıdaki düzenlemede hem değiştirilmez nitelikler, hem sosyal algı yaklaşımına yer verilmiştir. Böylece karma bir bakış açısı benimsenmiştir. Ancak her bir yaklaşım “ve” bağlacıyla birbirine bağlanmak suretiyle kümülatif bir niteliği hâiz olmuştur. Bir başka ifâdeyle, Vasıf Yönergesi açısından, belirli bir sosyal grubun oluşmuş sayılabilmesi için iki yaklaşımın bir arada değerlendirilmesi gerekmektedir.

Vasıf Yönergesi'nin ortaya koyduğu bu düzenleme, ilgili zulüm nedeninin kapsamını katı bir şekilde daralttığı için eleştirilmiştir⁹⁵⁷. BMMYK, Vasıf Yönergesi'nin ilgili hükmüne yönelik eleştirilerinde, söz konusu düzenlemenin kümülatif değil de alternatifli bir anlayışı taşıması gerektiğini savunmuş, böylece sosyal grup teriminin farklı toplumlardaki değişken ve çeşitlilik arz eden grupları

⁹⁵⁷ Birleşik Krallık'da görülen *Fornah and K v. Secretary of State for the Home Department* davasında, Mahkeme, Vasıf Yönergesi'nin 10. maddesinin (d) fıkrasında ön görülen karma kümülatif yaklaşımı eleştirmiş ve belirli bir sosyal gruba mensubiyet konusunda uluslararası otorite tarafından (BMMYK) benimsenen yaklaşımın bu düzenleme ile daraltıldığını belirtmiştir: *Fornah and K v. Secretary of State for the Home Department* para. 16. Doktrinde de ilgili düzenlemeye eleştiriler getirilmiştir. Bu hususta bkz. ANDREAS ZIMMERMANN ve CLAUDIA MAHLER, «Article 1A, para. 2, 1951 Convention», 394 ve d.n. 811.

kapsayabileceğini ve insan hakları normlarının gelişimine açık kalabileceğini belirtmiştir⁹⁵⁸. Ayrıca, söz konusu katı bakış açısı sebebiyle düzenlemenin Sözleşme'nin amacı ve konusu ile bağdaşmadığı gerekçesi ile 1A(2) maddesine aykırı olduğu da iddia edilmiştir⁹⁵⁹. Ancak ABAD'ın yakın tarihli bir kararında (X, Y, Z Kararı) Vasıf Yönergesi'nin öngördüğü iki ayaklı değerlendirme kriterini onayladığı anlaşılmaktadır⁹⁶⁰.

c. Belirli Bir Sosyal Grup Oluşturabilecek Niteliklerin Genel Özellikleri ve Cinsiyet Örneği

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Sözleşme çerçevesinde “sosyal grup” olarak kabul edilebilecek bir topluluğun çok veya az sayıda bireyden oluşmasının ya da bu topluluğun üyesi olan bireylerin birbirleri ile sıkı veya asgari seviyede bir ilişki içerisinde (birbirlerine bağlı) olup olmamalarının bir önemi yoktur⁹⁶¹. Önemli olan bu topluluğun, üyelerinin sahip olduğu, ortak değiş(e)mez nitelik(ler)den dolayı içsel ve/veya dışsal bir ayırt ediciliği hâiz olmasıdır. Ancak bu noktada uygulamada, benzer zulüm ihtimâline maruz kalan bireyler açısından, karşı karşıya kalınan zulüm ihtimâlinin sosyal gruba

⁹⁵⁸ UN HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES, *UNHCR Annotated Comments on the EC Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on Minimum Standards for the Qualification and Status of Third Country Nationals or Stateless Persons as Refugees or as Persons Who Otherwise Need International Protection and the Content of the Protection Granted (OJ L304/12 of 30.9.2004)*, Comment (UNHCR, 28 Ocak 2005), 23, <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/4200d8354.html>> (E.T.: 12.12.2012); UN HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES, *UNHCR's Comment on Qualification Directive (recast)*, 8.

⁹⁵⁹ ANDREAS ZIMMERMANN ve CLAUDIA MAHLER, «Article 1A, para. 2, 1951 Convention», 394.

⁹⁶⁰ X, Y, Z Kararı, para. 45.

⁹⁶¹ Belirli bir toplumsal grubun oluşması için üyelerinin birbirlerine bağlı (*cohesive*) olmaları hususu ABD'nde görülen *Sanchez Trujillo v. INS* davasında verilen karar ile mülteci hukukunun gündemine gelmiştir. Kararda, “belirli” ve “toplumsal”(sosyal) kelimelerinin anlamları üzerinde durulmuş ve buradan yola çıkılarak, belirli bir toplumsal grubun oluşabilmesi için bu grubun üyelerinin yakın bir ilişki içerisinde bulunması ve bu ilişkinin gönüllü bir bağlılık anlayışına dayanması gerektiğine hükmedilmiştir: *Sanchez Trujillo v. INS*, 801 F. 2d 1571 (US Court of Appeals Ninth Cir. 1986) <<http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/4a3a3af50.pdf>> (E.T.: 13.12.2012). Belirtilen görüş, ABD dışındaki belli başlı sığınma ülkelerinde rağbet görmemiş, BMMYK'da bu görüşe karşı çıkmıştır: THE UN REFUGEE AGENCY, *Guidelines on International Protection: Gender-Related Persecution within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, 7, para.31; ayrıca bkz. KAREN MUSALO, «Revisiting Social Group and Nexus in Gender Asylum Claims», 785, dn. 46.

temel teşkil edecek “ortak” bir nitelik olarak ele alınmadığına işaret edilmelidir. Bir başka ifâde ile bireyler herhangi bir başka ortak niteliğe sahip olmaksızın, sırf aynı/benzer zulüm ihtimâline maruz kalmış olmalarından dolayı sosyal bir gruba mensup sayılmamaktadır⁹⁶².

Ayrıca, üzerinde durulması gereken bir husus da, sosyal grubu oluşturabilecek olan niteliklerin diğer zulüm sebepleri (ırk, din, milliyet, siyasî görüş) ile de ilişkilendirilebileceğidir. Ancak, söz konusu niteliklerin “belirli bir sosyal gruba mensubiyet”e etkisi, diğer zulüm nedenlerinden daha farklıdır. Diğer zulüm nedenlerinin tanımlanabilmesi için bu niteliklerin mutlak varlığına ihtiyaç duyulmaz. Oysa söz konusu nitelikler, bir zulüm nedeni olarak sosyal grubun oluşmasında, somut olarak tanımlanmasında temel etkindir. Bir örnek ile açıklayacak olursak, kendilerine dini gerekçelerle dayatılan bir takım yükümlülüklerin veya cezaların zulüm niteliği taşıması durumunda bu yükümlülükleri yerine getirmemek veya cezayı çekmemek için; bir başka deyişle, zulme maruz kalmamak için sığınma başvurusunda bulunan kadınlar dine dayalı zulüm sebebine dayanabilirler. Burada, kadın olmak “dine dayanan zulüm” hâlini tanımlamak için var olması zorunlu bir nitelik değildir⁹⁶³. Oysa sözü edilen duruma maruz kalan kadınları bir sosyal grup olarak kabul edersek, bu sosyal grubun oluşmasına, temel teşkil eden nitelik cinsiyettir (kadın olmaktır) diyebiliriz. Böylece cinsiyet değişmez bir nitelik olarak sosyal grubu oluşturan zorunlu bir unsur hâline gelmiş olmaktadır.

İşte tam bu noktada, sosyal grubu oluşturabilecek niteliklerin sınırlı sayıda (tahdidi) olmadığını belirtmek gerekir. Söz konusu nitelikler, değiş(e)mezlik kıstası çerçevesinde başvuru bazında belirlenmektedir. Bu çerçevede, cinsiyet/cinsel yönelim, aile veya kan bağı, sosyal sınıf veya kast, insan hakları aktivistliği gibi hususlar sosyal grubun

⁹⁶² Özellikle uygulamada sosyal grubun oluşumuna yönelik farklı yaklaşımlara rastlanmakla birlikte, belirttiğimiz konuda net bir uzlaşının var olduğu kabul edilmektedir. Bu hususta bkz. MICHAEL G. HEYMAN, «Non-state Actor», 774.

⁹⁶³ IMMIGRATION AND REFUGEE BOARD OF CANADA, *Canadian Guideline 4: Women Refugee Claimants Fearing Gender-Related Persecution*, updated in 1996 1993, (II (Grounds other than membership in a particular social group -Religion) <<http://www.irb-cisr.gc.ca/eng/brdcom/references/pol/guidir/Pages/women.aspx>> (E.T.: 12.12.2012).

oluşmasına etki eden temel nitelikler olarak görülmekle birlikte, cinsiyet hususu, günümüzde en çok öne çıkan, tartışılan ve ülke uygulamalarında sıklıkla değerlendirilen belli başlı bir niteliktir⁹⁶⁴. Bu sebeple cinsel yönelimi de içine alacak şekilde, cinsiyet hususuna toplumsal grubun en tartışmalı ve en sık rastlanan kurucu nedeni olarak değinmekte fayda vardır.

Cinsiyet temelli zulüm ihtimâllerine dayanan mülteci başvurularının çoğunluğu kadınlar/kız çocukları tarafından yapılmaktadır. Genel mülteci nüfusunun içerisinde kadınlar geçmişten beri önemli bir yer tutmuştur⁹⁶⁵. Cinsiyete dayalı zulüm hâllerinin çoğalması ile birlikte, uluslararası camiada bu hususun mülteci statüsü içerisinde ele alınmasına dair bir gereklilik hâsıl olmuştur. Bu bağlamda, cinsiyeti belirli bir toplumsal grubun oluşmasına temel teşkil eden değişmez/doğuştan gelen bir nitelik olarak kabul eden anlayış gitgide yaygın bir hâl almıştır.

Birleşmiş Milletlerin 1985 tarihli ve 39 sayılı Yürütme Kurulu Kararı'nda⁹⁶⁶, kadın/kız çocuğu sığınmacıların hassas durumları sebebiyle fiziksel şiddete, cinsel istismara ve ayrımcılığa maruz kaldıkları belirtilerek, bu bireylerin acil ve/veya sürekli ihtiyaçlarının giderilmesi yönünde devletlerin BM ile eşgüdümlü çalışması önerilmiştir. 39 sayılı Yürütme Kurulu Kararı'nın kadın/kız çocuğu sığınmacılara dikkat çekmesinin yanında önemli bir özelliği de, bu bireylerin imzacı devletlerce 1951 Sözleşmesi'nin 1A(2) hükmü çerçevesinde “belirli bir sosyal grup” kapsamında değerlendirilebileceğinin altını çizmesi olmuştur. 39 sayılı kararı takiben, 54, 60 ve 64 sayılı Yürütme Kurulu kararlarında da kadın mültecilerin durumuna ilişkin tavsiye ve öneriler yer almış, 1993 tarihli ve 73 sayılı kararda ise devletlere kadın mültecilerin durumuna ilişkin olarak yol

⁹⁶⁴ STEPHEN L. LEGOMSKY, *Immigration and Refugee Law and Policy*, 1995.

⁹⁶⁵ BMMYK'nın 36. Birleşim Raporunda 1985 yılı itibarıyla kadın mültecilerin sayısının erkeklere oranla daha fazla olduğu tespit edilmiştir: *Report of the 36th Session, UN High Commissioner for Refugees, Executive Committee, U.N. Doc. A/AC.96/673(1985)*. BMMYK'nın 1997 tarihli istatistiksel dökümünde de her 100 erkeğe karşılık 118 kadın mültecinin var olduğu belirtilmiştir: MONICA BOYD, «Gender, Refugee Status and Permanent Settlement», *Gender Issues* 17, sayı 1 (1999): 6. BMMYK'nın güncel verilerine göre ise bu rakam erkek sayısı ile neredeyse eşittir: <<http://www.unhcr.org/pages/49c3646c1d9.html>> (E.T.: 30. 10.2012).

⁹⁶⁶ BMMYK Yürütme Kurulu Kararı, S. 39 (XXXVI) (*Conclusions on the International Protection of Refugees adopted by the Executive Committee of the UNHCR Programme*), 1985.

gösterici rehberler hazırlamaları yönünde tavsiyelerde bulunulmuştur⁹⁶⁷. Bu tavsiye paralelinde BMMYK da 2002 yılında cinsiyete ilişkin zulme yönelik yol gösterici bir rapor (rehber) hazırlamış⁹⁶⁸; 2003 yılında ise geri dönüş, mültecilik ve yerinden edilme durumlarına yönelik cinsel ve cinsiyete dayalı şiddete ilişkin bir rehber oluşturmuştur⁹⁶⁹. Ancak aktarılan düzenlemelerin yanında, yürürlüğe girdiği zaman⁹⁷⁰, uluslararası hukukta özellikle kadın sığınmacılara yönelik hükümler içerecek olan en önemli belgenin, 11.05.2011 tarihli Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi (İstanbul Sözleşmesi/Konvansiyonu)⁹⁷¹ olacağı belirtilmelidir⁹⁷². Kadın sığınmacılara ilişkin olarak ilgili Sözleşme'nin 60. maddesinde şu düzenlemeye yer verilmiştir⁹⁷³: “(1) *Taraflar kadına yönelik, toplumsal cinsiyete dayalı şiddetin, Mültecilerin Statüsüne İlişkin 1951 Sözleşmesi 1A(2) Maddesi*

⁹⁶⁷ Bkz. BMMYK Yürütme Kurulu Kararı, S. 54 (XXXIX), 1988; BMMYK Yürütme Kurulu Kararı, S. 60 (XL), 1989; BMMYK Yürütme Kurulu Kararı, S. 64 (XLI), 1990; BMMYK Yürütme Kurulu Kararı, S. 73 (XLIV), 1993.

⁹⁶⁸ THE UN REFUGEE AGENCY, *Guidelines on International Protection: Gender-Related Persecution within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*.

⁹⁶⁹ UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES, *Sexual and Gender-Based Violence against Refugees, Returnees and Internally Displaced Persons*, Guideline, 2003, <http://www.unicef.org/emerg/files/gl_sgbv03.pdf> (E.T.: 12.12.2012).

⁹⁷⁰ Sözleşme'nin yürürlüğe girebilmesi için en az 8 üye devlet olmak üzere 10 üye devlet tarafından onaylanması gerekmektedir. Hâlihazırda, Sözleşme'yi 32 üye devlet (Arnavutluk, Andorra, Avusturya, Belçika, Bosna Hersek, Hırvatistan, Danimarka, Finlandiya, Fransa, Almanya, Yunanistan, İzlanda, İtalya, Litvanya, Lüksemburg, Malta, Monako, Karadağ, Hollanda, Norveç, Polonya, Portekiz, Sırbistan, Slovakya, Slovenya, İspanya, İsveç, İsviçre, Makedonya (Eski Yugoslav Cumhuriyeti), Türkiye, Ukrayna, Birleşik Krallık) imzalamış; 6 üye devlet (Arnavutluk, Bosna Hersek, İtalya, Karadağ, Portekiz, Türkiye) ise onaylamıştır. Sözleşme'nin imzalanması ve onaylanmasına ilişkin güncel durum için bkz. <<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=210&CM=1&DF=&CL=ENG>> (E.T.: 08. 11. 2013).

⁹⁷¹ Avrupa Antlaşmaları Serisi (European Treaty Series), No. 210. Sözleşme'nin İngilizce ve Türkçe metinleri için bkz. <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/convention-violence/about_en.asp> (E.T.: 08.11.2013).

⁹⁷² İstanbul Sözleşmesi'nin kadın sığınmacılar açısından önemi hususunda bkz. COUNCIL OF EUROPE, *Refugee Women and the Istanbul Convention* (Strasbourg, 2013), 5.

⁹⁷³ Sözleşme'nin tamamlanmasından önce Avrupa Konseyinin 1940 sayılı ve 2010 tarihli Tavsiye Kararı'nda da cinsiyet temelli sığınma başvurularında dikkate alınması gereken hususlar belirtilmiştir. Sözleşme'nin ilgili husustaki düzenlemesinin (60. madde) bu Tavsiye Kararı temel alınarak hazırlanmış olduğu belirtilebilir. İlgili Tavsiye Kararı'nın İngilizce metni için bkz. <<http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta10/EREC1940.htm>> (E.T.: 08.11.2013).

anlamında zulüm olarak ve tamamlayıcı/ ikincil korumayı gerektiren ciddi bir hasar (zarar) biçimi olarak tanınabilmesini temin etmek üzere gerekli yasal veya diğer tedbirleri alacaklardır. (2) Taraflar, Sözleşme’de tanımlanan tüm gerekçelerin toplumsal cinsiyete duyarlı bir şekilde yorumlanmasını ve bu gerekçelerden herhangi biri veya bir kaçını nedeniyle zulüm görme tehlikesi söz konusuysa, başvuru sahiplerine, yürürlükteki ilgili hukukî vasıtalarla göre mülteci statüsünün tanınmasını temin edeceklerdir. (3) Taraflar iltica başvurusu yapanlar için toplumsal cinsiyete duyarlı ülkeye kabul usullerinin ve destek hizmetlerinin yanı sıra, toplumsal cinsiyet yönergelerini ve mülteci statüsünün belirlenmesi ve uluslararası koruma için başvuruyu da kapsayan, toplumsal cinsiyete duyarlı sığınma usullerini oluşturmak için gerekli yasal veya diğer tedbirleri alacaklardır”⁹⁷⁴. Görüldüğü gibi İstanbul Sözleşmesi’nin yürürlüğe girmesi ile birlikte bağlayıcılık arz edecek olan bu düzenleme uyarınca, kadın sığınmacılara yönelik cinsiyet temelli şiddet (aile içi şiddeti de içerisine alacak şekilde) mülteci statüsünün tanınabilmesi ve uluslararası korumadan faydalanılabilmesi için (statünün tanınması için gereken diğer koşulların da sağlanması şartıyla) bir zulüm nedeni olarak kabul edilebilecektir. Mülteciler açısından ilgili hükmün cinsiyete dayalı şiddetin kadın sığınmacılar açısından “sosyal grup” ekseninde şekillenen bir zulüm ihtimâli olarak kabul edilebileceği ancak aynı zamanda tek başına bir zulüm nedeni olarak da değerlendirilebileceği anlaşılmaktadır.

Uygulamaya bakıldığında ise, cinsiyete dayalı zulüm ihtimâllerinin bağımsız bir zulüm nedeni olarak değerlendirilmesinden önce genellikle belirli bir sosyal gruba mensubiyet çerçevesinde ele alındığı görülmektedir. Cinsiyete dayalı zulüm ihtimâli sonucunda “belirli bir sosyal grubun” oluşabileceği yönündeki uygulamalar BMMYK’nın bu hususa ilgi çekmesini takiben 80’li yılların sonlarına, 90’lı yılların başlarına doğru kendini göstermeye başlamıştır. Kanada Göç Temyiz Kurulu, BMMYK’nın cinsiyet ve belirli bir sosyal gruba mensubiyet hususlarına eğilmesinden hemen sonra 1987 yılında cinsiyetin sosyal bir grubun oluşmasında temel alınabileceği yönünde ilk kararı (Karar,

⁹⁷⁴ Parantez içerisindeki ifade tarafımızca eklenmiştir.

Zekiye Incirciyan Kararı olarak bilinmektedir)⁹⁷⁵. Kararda, Türk vatandaşı bir dul olan Incirciyan'ın “*Müslüman bir ülkede, erkek bir akrabasının korumasından yoksun bir şekilde yaşayan bekâr kadınlardan oluşan bir sosyal grubun*” üyesi olduğu kabul edilmiş, zulüm ihtimâline ve devletin koruma zafiyetinin varlığına hükmedilerek, başvuranın mülteci statüsü tanınmıştır⁹⁷⁶. Kanada, ayrıca BMMYK'nın, devletlerin sığınma kapsamında cinsiyete ilişkin hususlara dair rehber hazırlama tavsiyesine uyan ilk devlet olmuş, feminist grupların ve mülteci hakları savunucularının da siyasî baskılarıyla, 1993 yılında cinsiyet temelli zulüm ihtimâli çerçevesinde kadın mültecilerin durumuna ilişkin bir rehber oluşturmuştur⁹⁷⁷. Rehber bağlayıcılığı hâiz olmasa da, cinsiyet temelli zulüm ihtimâllerinin değerlendirilmesinde başvuru olan bir kaynak niteliği kazanmış ve Kanada hukukunda cinsiyetin⁹⁷⁸, belirli bir sosyal grubun oluşmasına imkân sağlayan bir etken olarak kabul edilmesinde önemli bir rol oynamıştır⁹⁷⁹.

⁹⁷⁵ Cinsiyet temelli zulüm ihtimâlinin belirli bir sosyal grup ekseninde değerlendirilmesine yönelik olarak bilinen ilk kararın Kanada tarafından verilmiş olduğu genellikle kabul edilse de, cinsel yönelimin cinsiyet kapsamında ele alınması durumunda, bu husustaki ilk kararın Hollanda tarafından verilmiş olduğu da belirtilebilir. Hollanda makamlarının 1981 yılında, eşcinsel bireylerin sosyal bir grup oluşturması temelinde zulüm ihtimâline maruz kalabileceklerine dayanarak mülteci statüsünü tanıyan ilk ülke olduğu aktarılmaktadır: Hollanda'nın bu yöndeki kararı için bkz. Afdeling Rechtspraak Raad van State [Judicial Division of the Council of State] 13.08.1981, No. A-2.1113, RV 1981, 5, naklen ALFREDINA ADOFO, «Fleeing Persecution: Asylum Claims Related To Sexual Orientation In The United Kingdom And The Netherlands» (University of Tilburg, 2012), 43, <arno.uvt.nl/show.cgi?fid=131146> (E.T.: 12.12.2012).

⁹⁷⁶ Karar (Immigration Appeal Board Decision M87-1541X, 10.08.1987), Hathaway tarafından aktarılmıştır: JAMES C. HATHAWAY, *Refugee Status*, 162.

⁹⁷⁷ IMMIGRATION AND REFUGEE BOARD OF CANADA, *Canadian Guideline 4: Women Refugee Claimants Fearing Gender-Related Persecution*, updated in 1996 1993, <<http://www.irb-cisr.gc.ca/eng/brdcom/references/pol/guidir/Pages/women.aspx>> (E.T.: 12.12.2012); ayrıca bkz. HEATHER POTTER, «Gender-Based Persecution: A Challenge to the Canadian Refugee Determination System», *Dalhousie Journal of Legal Studies* 3 (1994): 82.

⁹⁷⁸ Kanada uygulamasında, cinsiyet genellikle tek başına bir sosyal grup oluşturan neden olarak kabul edilmemekte, belirli bir cinsiyete dâhil olan alt grupların (bu gruplar hemen hemen her zaman kadınlardan oluşmaktadır) söz konusu topluluğu oluşturabileceği kabul edilmektedir. Örneğin, tek başına kadın olmak sosyal bir grubun oluşması için yeterli görülmemekte ancak, “aile içi şiddete maruz bırakılan kadınlar” gibi alt gruplar bu hususta yeterli görülmektedir. Bu yönde bkz. *Cheung v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 2 F.C. 314 (C.A.); *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Mayers*, [1993] 1 F.C. 154 (C.A.). Belirtilen davalar için bkz. <<http://international.westlaw.com>> (E.T.: 12.11.2012). İlgili husustaki ayrıntılı bilgiler için ayrıca bkz. HEATHER POTTER, «Gender-Based Persecution», 91.

⁹⁷⁹ Kanada mahkemelerinin bu yöndeki kararlarından bazıları için bkz. *Shannon Shenika Bibby-Jacobs v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 1176, IMM-2508-12; *Natalya Zolotova v.*

Kanada uygulamasına benzer şekilde, İngiltere, Yeni Zelanda ve Avustralya uygulamalarının da sosyal grubun cinsiyet temelinde teşekkül edebileceği yönünde önemli bir gelişme kaydettiği belirtilebilir⁹⁸⁰.

ABD sığınma hukukunda ise teorik olarak cinsiyet, belirli bir sosyal grup oluşturan etkenlerin arasında yer almakla birlikte⁹⁸¹, cinsiyetin bu yönde değerlendirilmesi hususunun bir içtihat haline geldiğini söylemek zordur⁹⁸².

Canada (MCI), 2011 FC 193, IMM-3342-10; *Almaida Doreitha Codogen v. Canada (MCI)*, 2006 FC 739, IMM 6907-05; *Khon v. Canada (MCI)* 2004 FC, IMM-2758-02; Decision TAO-15870, 31.03.2003 (amended April 9 2003, 27 May 2003); Belirtilen kararlar için bkz. <<http://international.westlaw.com>> (E.T.: 12.11.2012).

⁹⁸⁰ Bu hususta bkz. KAREN MUSALO, «Revisiting Social Group and Nexus in Gender Asylum Claims», 787–797 ve 807.

⁹⁸¹ Belirli bir sosyal gruba mensubiyetin bir zulüm nedeni olarak nasıl anlaşılması gerektiği hususunda ABD hukukunda içtihat oluşturan *Matter of Acosta* davasında, cinsiyet, sosyal grubun kurucu unsurlarına verilen örnekler arasında yer almaktadır: *Matter of Acosta*, 233. *Matter of Acosta* davasının etkisiyle, ABD sığınma hukukunda cinsiyet hususunun gündeme geldiği ilk dava olan *Fatin v. INS* davasında, Mahkeme, Başvuranın, kadın olmasından dolayı zulüm ihtimâline maruz kalabileceğini ortaya koyması hâlinde belirli bir sosyal gruba mensup olduğunun kabul edileceğini belirtmiştir. Davada özetle, Başvuranın belirli bir sosyal gruba mensubiyet dolayısıyla mültecilik statüsünü kazanabilmesi için (1) *Matter of Acosta* davasında tanımlandığı şekilde bir sosyal grubun varlığını (2) kendisinin bu grubun bir üyesi olduğunu ve (3) bu grubun bir üyesi olmasından dolayı zulme uğrama ihtimâli olduğunu ortaya koyması gerektiğine hükmedilmiştir : *Fatin v. Immigration and Naturalization Service*. Aslında, ABD hukukunda cinsiyete ilişkin ilk sığınma davasının *Lazo-Majano v. INS* olduğu belirtilmektedir: KAREN MUSALO, JENNIFER MOORE, ve RICHARD A. BOSWELL, *Refugee Law*, 724. Ancak, her ne kadar bu davadaki konu, Başvuran'ın, zulüm ihtimâlini, cinsel istismara maruz kalmasına dayandırması üzerine şekillenmiş olsa da, davada zulüm nedeninin siyasî görüş olup olmadığının tartışılması ve cinsiyet ifâdesinin kararda kullanılmamış olması dikkat çekmiştir: SARA LYNN MCKINNON, *The Discursive Formation of Gender in Women's Gendered Claims to U.S. Asylum* (Ann-Arbor, 2008), 97–100. *Fatin v. INS* davasından önce, ABD hukukunda, cinsiyet hususunun yer aldığı davalar ve uygulamalara yönelik ayrıntılı bir çalışma için bkz. SARA L. MCKINNON, «Excavating Gender in Women's Early Claims to Political Asylum in the United States», *Women's Studies in Communication* 2, sayı 33 (2010): 79–95.

⁹⁸² 1996 yılında kadın sünneti (*female genital mutilation*) sebebiyle zulüm ihtimâli ile karşı karşıya olan bir sığınmacının iltica talebinin değerlendirildiği *Matter of Kasinga* davasında cinsiyetin belirli bir sosyal grubun oluşmasında temel etken olabileceğine hükmedilmesi, ABD hukukunda, bu yönde bir içtihatın oluşabileceği yönünde bir sinyal olarak algılanmış olmasına rağmen, kısa bir süre sonra *Matter of R-A* davasında verilen karar ile içtihat yolu şimdilik kapatılmış görünmektedir: *Matter of Kasinga*, Interim Decision 3278, (BIA, 1996), <<http://www.justice.gov/eoir/vll/intdec/vol21/3278.pdf>> (E.T.: 22. 12. 2012); *Matter of R-A*, Interim Decision 3403, (BIA, 1999/Attorney General 2001), <<http://www.justice.gov/eoir/vll/intdec/vol22/3403.pdf>> (E.T.:22.12.2012). Sözü geçen davalara ilişkin ayrıntılı bilgiler ve cinsiyetin ABD hukukunda sosyal grubun oluşmasına etken olan bir unsur olarak değerlendirilmesi hususunda bkz. MELANIE RANDALL, «Refugee Law and State Accountability for Violence against Women: A Comparative Analysis of Legal Approaches to Recognizing Asylum Claims Based on Gender Persecution», *Harvard Women's Law Journal* 25 (2002): 295; KAREN MUSALO, «Revisiting Social Group and Nexus in Gender Asylum Claims», 778; KAREN MUSALO, «A Short

AB hukukunda ise açıkça cinsiyet/cinsel yönelim, sosyal grubu oluşturabilecek bir nitelik olarak tanınmıştır. Vasıf Yönergesi'nin 10(1) (d) maddesinde menşe ülkedeki şartlara bağlı olarak, belirli bir sosyal grubun, ortak bir cinsel yönelim özelliği temelinde bir topluluğu niteleyebileceği belirtilmiştir⁹⁸³ ve cinsiyetle ilgili hususların, özellikle cinsel kimliğin, sosyal grubun teşekkülüne kaynak oluşturan bir nitelik olarak değerlendirilebileceği vurgulanmıştır. Bununla birlikte aynı maddede, cinsel yönelimin üye devletlerin ulusal hukuklarınca suç sayılabilecek fiilleri kapsamayacağı da belirtilmiştir.

Cinsiyete yönelik zulüm ihtimâline dayanan başvurular, çoğunlukla, aile içi şiddet, kadın sünneti ve eşcinsellik hususlarına dayanmaktadır. Tüm bu hususlar ise, *inter alia*, belirli bir sosyal grup kapsamında değerlendirilebilmektedir. Ancak özellikle kadınlara yönelik aile içi şiddet durumları, mülteci statüsü değerlendirmelerinde en sorunlu zulüm ihtimâlini oluşturmaktadır⁹⁸⁴. Sözleşme kapsamında mültecilik statüsünün kazanılması için zulüm ihtimâli ile Sözleşmede yer alan zulüm nedenleri arasında bir bağ oluşması zorunludur. Bu çerçevede, aile içi şiddete maruz kalan kadın, belirli bir sosyal grubun üyesi kabul edildiğinde, zulmün aktörünün (bu durumda, bu kişi(ler) aile birey(ler)idir) kadına, onun belirli bir sosyal gruba üyeliği sebebiyle zulmettiğinin ortaya konulması gerekmektedir. Oysa aile içi şiddet durumlarında, zulüm ihtimâli çoğunlukla kişisel sebeplere dayanmaktadır. İşte, bu durumda, zulmün aktörünün eylemi ile bir zulüm nedeni olan belirli bir toplumsal gruba mensubiyet arasındaki bağ kurulmamış olmaktadır. Bu husus, ülke uygulamalarında sıklıkla karşılaşılan bir sorun olagelmıştır⁹⁸⁵.

History Of Gender Asylum In The United States: Resistance and Ambivalence May Very Slowly Be Inching Towards Recognition Of Women's Claims», *Refugee Survey Quarterly* 29, sayı 2 (2010): 46–63.

⁹⁸³ ABAD'ın oldukça yakın tarihli olan X, Y, Z Kararı, Vasıf Yönergesi'nin 10(1)(d) maddesinin cinsel yönelim çerçevesinde yorumlanması açısından önem taşımaktadır. Kararda, bireyin cinsel yöneliminin değiştirilemez bir nitelik olmasından dolayı sosyal gruba mensubiyetin belirlenmesindeki ilk aşamayı kendiliğinden sağladığı belirtilmiştir. Buna ek olarak, bireyin menşe ülkesinde homoseksüelliğin cezalandırılması hususunda yasal düzenlemelerin bulunmasının ise, ilgili zulüm nedeninin teşekkülünün ikinci ayağı olan sosyal algı şartının gerçekleşmesini sağladığı kabul edilmiştir: X, Y, Z Kararı, paras. 46 ve 49.

⁹⁸⁴ MICHAEL G. HEYMAN, «Non-state Actor», 790.

⁹⁸⁵ Aktarılan hususla ilgili olarak ülke uygulamalarının incelendiği ayrıntılı bir çalışma için bkz. KAREN MUSALO, «Revisiting Social Group and Nexus in Gender Asylum Claims».

Sorunun çözümü amacıyla benzer yaklaşımlarla hareket edildiği görülmektedir. Bu husustaki yaklaşım ise, zulmün aktörü ile bir zulüm nedeni olarak “sosyal gruba mensubiyet” arasındaki bağın tesis edilmiş olmasını aramaktan ziyade, söz konusu bağın “menşe devletinin koruma zafiyeti” ile “sosyal gruba mensubiyet” arasında kurulmasının yeterli görülmesidir⁹⁸⁶. Ancak bu yaklaşımın yeknesak bir uygulamaya temel oluşturduğunu söylemek güçtür⁹⁸⁷.

5. Siyasî Görüş (Düşünce)

a. Genel Olarak

Siyasî görüşü de içine alacak şekilde fikir ve ifâde özgürlüğü, uluslararası düzenlemeler tarafından güvence altına alınan bir husustur. Bu yönde, İHEB’in 19. maddesi, “[h]erkesin fikir (düşünce) ve anlatım (ifâde) özgürlüğüne hakkı vardır. Bu hak, fikirlerinden ötürü rahatsız edilmemek, ülke sınırları söz konusu olmaksızın bilgi ve görüşleri her yoldan aramak, almak ve yaymak özgürlüğünü de kapsar” hükmüne yer vermiştir. Aynı yöndeki düzenlemeleri, AİHS’in 10. maddesinde⁹⁸⁸ ve MSHS’nin 19. maddesinde de görebilmek mümkündür.

Bu bağlamda siyasî görüşün, mültecilik statüsünün tanınması için bir zulüm nedeni olarak kabul edilmesi oldukça doğal karşılanmalıdır. Sözleşmede yer alan zulüm nedenleri ile bireyin temel siyasî ve medenî haklarına ve statülerine ilişkin bir bağ kurulması gerektiğinden, fikir ve ifâde özgürlüğüne yönelik bir zulüm sebebinin Sözleşme içerisinde yer alması aslında bir gereklilik arz etmektedir. Bununla birlikte düşünce ve ifâde özgürlüğünün “siyasî düşünce” çerçevesinde ele alınmış olmasını,

⁹⁸⁶ Ibid., 787–808.

⁹⁸⁷ MICHAEL G. HEYMAN, «Non-state Actor», 769.

⁹⁸⁸ AİHS’in 10. maddesi ifâde özgürlüğünün sınırlarını da kapsamlı bir şekilde çizmiştir. Anılan hükme göre, ifâde özgürlüğü, “devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tâbî tutmalarına engel değildir”. Ayrıca, ifâde özgürlüğüne, yasayla öngörülecek şekilde, “demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin korunması, kamu düzeninin sağlanması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret veya haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi ve yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlar” getirilebilir.

mülteci kavramının genel nitelikleri ile bağdaştırmak da mümkündür. Nitekim her ne kadar doktrinde tartışmalı olsa da, mülteciyi diğer göçmenlerden ayıran en belirgin etkenin siyasî sebepler olduğu genel olarak kabul edilmektedir⁹⁸⁹.

b. Siyasî Görüşün Sözleşme'nin 1A(2) Maddesi Çerçevesindeki Anlamı

Diğer zulüm nedenlerinde olduğu gibi “siyasî görüş” için de Sözleşme içerisinde açıklayıcı bir hüküm yer almamaktadır. Sözleşmede siyasî görüşün bir zulüm nedeni olarak düzenlendiği 1A(2) hükmünün lafzî yorumu çerçevesinde söz konusu terimin oldukça geniş bir anlama sahip olduğu ileri sürülebilir⁹⁹⁰. Bu bağlamda ilgili zulüm nedeni; devlet, hükümet ve siyasî ilkelere ilişkin her türlü görüşü kapsamına alabilir⁹⁹¹.

Sözleşme'nin konusu ve amacı çerçevesinde bir değerlendirme yapıldığında da yine siyasî görüş teriminin geniş yorumlanması gerektiği sonucuna varılmaktadır. El Kitabı, hükümetin (yönetimin) politika ve metodlarına karşı olan siyasî görüşlerin, zulüm ihtimâline sebebiyet verecek seviyede olması durumunda, Sözleşme'nin 1A(2) hükmü çerçevesinde ele alınabileceğini belirterek, ilgili zulüm nedeni açısından esnek bir çerçeve belirlemiştir⁹⁹².

Sözleşme'nin hazırlık çalışmalarından da siyasî görüşün benzer bir bakış açısıyla değerlendirildiği anlaşılmaktadır. Sözleşme'nin hazırlık çalışmalarında “*sadece devletlerine olan bağlılıkları sarsılmış olan diplomatlar veya üyesi oldukları siyasî*

⁹⁸⁹ Söz konusu tartışmalar ve ekonomik-siyasî göçmen ayrımı için bkz. yuk. §1.I.B.1.

⁹⁹⁰ Siyasî düşünceye ilişkin lafzî bir değerlendirmeye yer veren *Zimmerman* ve *Mahler*, Sözleşmenin esas metinleri olan İngilizce ve Fransızca metinleri karşılaştırarak, ilgili zulüm nedeninin oldukça geniş bir çerçevede ele alınabileceğini bildirmiştir: ANDREAS ZIMMERMANN ve CLAUDIA MAHLER, «Article 1A, para. 2, 1951 Convention», 398 vd; aynı yöndeki görüşleri için ayrıca bkz. GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *The Refugee in International Law*, 87; JAMES C. HATHAWAY, *Refugee Status*, 149.

⁹⁹¹ *Canada v. Ward*, 9. Bu hususta ayrıca bkz. ANDREAS ZIMMERMANN ve CLAUDIA MAHLER, «Article 1A, para. 2, 1951 Convention», 399, d.n.860; JAMES C. HATHAWAY, *Refugee Status*, 150; GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 87. AB Vasıf Yönergesi'nin bir zulüm nedeni olarak siyasî görüşü düzenlediği 10(e) maddesinde de, bu yönde bir yaklaşıma yer verilmiştir. İlgili maddede, potansiyel zulüm aktörlerinin politikaları veya metodlarıyla bir şekilde bağlantılı olan düşünce, fikir veya inançların “siyasî görüş” kavramı içerisine girebileceği düzenlenmiştir.

⁹⁹² El Kitabı, para. 80.

partiler yasa dışı ilan edilen politikacılar değil, devrimlerden kaçan bireylerin de siyasî görüş kategorisine girebileceği” ifâde edilmiştir⁹⁹³. Böylelikle, zulüm nedeni olarak “siyasî görüş” kategorisinin kapsamının oldukça geniş bir düzlemde ele alınması amaçlanmıştır⁹⁹⁴.

c. Siyasî Görüşü Dayanan Zulüm İhtimâllerinin Değerlendirilmesi

Siyasî görüşü dayanan zulüm ihtimâllerinin değerlendirilmesi noktasında, uygulamanın ve BMMYK’nın görüşlerinin genellikle paralellik gösterdiği görülmektedir. BMMYK’nın yol gösterici düzenlemelerini içeren El Kitabı uyarınca, zulüm ihtimâlinin siyasî görüşü dayanabilmesi bireyin görüşünü ifâde etmiş olması (açıklaması) ya da otoritelerin dikkatini çekmiş olması gerekir⁹⁹⁵. Bazı durumlarda görüş henüz açıklanmamış olsa da, bireyin güçlü bir kanaate sahip olması durumunda er ya da geç görüşünü açıklaması bekleneceğinden, otoriteler ile arasında bir çatışma çıkması olasıdır. Bu olasılık dâhilinde, bireyin zulüm ihtimâli ile karşı karşıya kalabileceği kabul edilmelidir⁹⁹⁶.

Uygulamada ise zulüm ihtimâlinin siyasî görüş kapsamında değerlendirilmesi noktasında genellikle zulmün aktörünün algısı önem kazanmaktadır. Bir başka deyişle, siyasî görüşü bağli olarak zulüm ihtimâlinin ortaya çıkabilmesi için, ya bireyin açıkça siyasî bir görüşü sahip olduğunun belli olması ya da zulmün aktörünün bireye böyle bir görüşü atfetmiş olması aranmaktadır. Böylece birey gerçekte herhangi bir siyasî görüşü sahip olmasa da, zulmün aktörü tarafından bu görüş kendisine yanlışlıkla atfedilmiş ise siyasî görüş nedeniyle zulüm ihtimâlinin varlığı kabul edilmektedir. Örneğin AB Vasıf

⁹⁹³ ECOSOC Social Committee, UN Doc. E/AC. 7/SR. 172 (1950), paras. 18-23; ECOSOC Social Committee UN Doc. E/AC. 7/SR. 173 (1950), para.5 naklen ANDREAS ZIMMERMANN ve CLAUDIA MAHLER, «Article 1A, para. 2, 1951 Convention», 400; JAMES C. HATHAWAY, *Refugee Status*, 149.

⁹⁹⁴ ANDREAS ZIMMERMANN ve CLAUDIA MAHLER, «Article 1A, para. 2, 1951 Convention», 400.

⁹⁹⁵ El Kitabı, para. 82.

⁹⁹⁶ Bu noktada, bireyin görüşünü açıklamamasının sebebi zulme uğramaktan korkması da olabilir. Bu sebeple, bireyin görüşünü açıklamamış olması, zulüm ihtimâlinin değerlendirilmesini engellememelidir: *Appealant S395/2002 v. Minister for Immigration and Cultural Affairs* [2003] HCA 71, para.40 (Avustralya), <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3fd9eca84.html>> (E.T.: 09.10.2012); ayrıca bkz. GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 87, dn. 179.

Yönergesi'nin 10 (2). maddesindeki düzenleme uyarınca, bireye zulmün aktörü tarafından belirli bir siyasî görüş atfedilmiş ve zulüm ihtimâlinin de atfedilen bu görüşten kaynaklanması söz konusuysa, bireyin gerçekten söz konusu görüşü taşıyıp taşımadığının belirlenmesi gerekmemektedir. Bu yaklaşım ABD⁹⁹⁷, Kanada⁹⁹⁸, Avustralya⁹⁹⁹ ve Yeni Zelanda¹⁰⁰⁰ uygulamalarında da görülmektedir. Uygulamadaki bu yaklaşım BMMYK tarafından da desteklenmiştir¹⁰⁰¹.

Hem uygulama hem BMMYK tarafından benimsenen bir diğer husus da tarafsızlığın siyasî görüş olarak kabul edilebileceğidir¹⁰⁰². Ancak bu durumda, tarafsızlığın zulmün aktörü tarafından siyasî karşıtlık olarak algılanması da beklenmektedir¹⁰⁰³. Bunun yanı sıra, tarafsızlığı da içine alacak şekilde sadece “görüş”lerin değil, siyasî bir temeli olan eylemlerin de “siyasî görüş” kategorisi içerisinde değerlendirilebileceği kabul edilmektedir¹⁰⁰⁴. Ancak bu noktada, eylemin

⁹⁹⁷ ABD hukukunda aynı yöndeki mahkeme kararlarından iki örnek için bkz. *Sangha v. INS* 103 F.3d (9th Cir. 1997) (ABD), <http://www1.umn.edu/humanrts/refugee/Sangha_v_INS.html> (E.T.: 15. 10. 2012); *Lazo-Majano v. INS*.

⁹⁹⁸ Bkz. LEGAL SERVICES, *Interpretation of Canada*, Chpt. 4.6.

⁹⁹⁹ Bkz. LEGAL SERVICES DEPARTMENT OF REFUGEE LAW TRIBUNAL, *Guide to Refugee Law in Australia*, Guideline (Melbourne Australia: Refugee Law Tribunal, Ağustos 2012), Chpt. 5–40.

¹⁰⁰⁰ Örnek olarak bkz. Refugee Appeal No. 2254/94 (21.09.1994), <<http://www.refugee.org.nz/Casesearch/Fulltext/71684-99.htm>> (E.T.:12. 12. 2012).

¹⁰⁰¹ UN HIGH COMMISSIONER, *Interpreting Article 1 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees*, 2001, para. 25, <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3b20a3914.html>> (E.T.: 30. 10. 2012).

¹⁰⁰² Ibid.; tarafsızlığın uygulamada siyasî görüş kapsamında değerlendirildiği örnekler için bkz. *Bolanos Hernandez v. INS*, 767 F.2d 1277 (1986) (ABD) <http://www.unhcr.org/refworld/country,,USA_CA_9,,SLV,,4805fd752,0.html> (E.T.: 15. 10. 2012); *Ciric and Ciric v. Canada* (The Minister of Employment and Immigration), A877-92 (1993) (Kanada), <http://www.unhcr.org/refworld/country,,CAN_FC,,MKD,4562d8b62,48abd533d,0.html> (E.T.: 15. 12.2012); Ayrıca, Kanada Göç ve İltica Kurulu tarafından iç savaş/genel şiddet durumlarındaki mülteci statüsü tespitine yönelik olarak hazırlanan rehberde, tarafsızlık da zulme sebebiyet verebilecek siyasî bir neden olarak değerlendirilmiştir. Civil War Guideline of Canada, II.

¹⁰⁰³ *Lazo Majano v. INS*. Bu durumun bir sebebi de, Sözleşme uyarınca zulüm nedeni ile zulüm ihtimâli arasında bir bağın oluşması gerektiğidir. Tarafsızlık, eğer zulmün aktörü tarafından siyasî bir karşıtlık olarak algılanmıyorsa o zaman zulüm nedeni ile zulüm arasındaki bağ kurulmamış olacaktır.

¹⁰⁰⁴ Bu duruma uygulamadan bazı örnekler için bkz.: sendikal faaliyetlerin, siyasî görüş kapsamında değerlendirilmesi: *Osorio v. I.N.S.*; dava ile ilgili olarak ayrıca bkz. KAREN MUSALO, JENNIFER MOORE, ve RICHARD A. BOSWELL, *Refugee Law and Policy A Comparative and International Approach*, 373–384; hükümet tarafından siyasî kabul edilen bir okul topluluğunun faaliyetlerine katılmış olmak: *Leonardo Arturo Espinosa Astudillo v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, (1979)

siyasî bir niyetle oluşturulmuş bulunması gereklidir. Eğer eylem, siyasî bir niyete dayanmıyorsa veya dayanmasına rağmen menşe ülkesi hukukuna göre cezalandırılması gereken bir eylem ise o zaman, bu eyleme karşılık uygulanan faaliyetler veya cezalandırmalar zulüm olarak kabul edilmeyebilir¹⁰⁰⁵. Bununla birlikte, siyasî temeli olan bir eylemin cezalandırılması durumunda, söz konusu cezanın zulüm olarak değerlendirilebilmesi için, suç teşkil eden bir eylemden ziyâde bireyin siyasî görüşünden dolayı uygulanıp uygulanmadığının ve suç ile orantılı olup olmadığının belirlenmesi önem taşımaktadır.

III. BELİRLİ SEBEPLERDEN KAYNAKLANAN ZULÜM İHTİMÂLİ NEDENİYLE SIĞINMACININ MENŞE ÜLKESİNİN KORUMASINDAN YARARLAN(A)MAMASI VEYA BU ÜLKEYE DÖN(E)MEMESİ

1951 Sözleşmesi uyarınca sığınmacının mülteci statüsünün belirlenmesi için değerlendirilmesi gereken üçüncü ölçüt, bu bireyin menşe ülkesinin korumasından yararlanamaması veya haklı nedenlere dayanan zulüm korkusu sebebiyle yararlanmak istememesi yahut bu kişi vatansızsa, menşe ülkesine (önceki mutad meskeninin bulunduğu ülkeye) geri dönememesi ya da haklı nedenlere dayanan zulüm korkusu nedeniyle dönmek istememesidir (Sözleşme md. 1A(2)). Görüldüğü gibi, 1951 Sözleşmesinde ilgili ölçütün değerlendirilmesi bakımından sığınmacının vatansız olup olmamasına yönelik olarak bir ayırım yapılmıştır. Bu sebeple, söz konusu ölçütün bu ayırım üzerinden değerlendirilmesi kanımızca yerinde olacaktır.

31 NR 121 (Kanada); hükümet karşıtı bir tiyatro gösterisine katılmış olmak : *Ricardo Andres Inzunza Orellana v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, (1979) 103 DLR (3d) 105 (Kanada) (sayılan son iki dava *Hathaway* tarafından aktarılmıştır: JAMES C. HATHAWAY, *Refugee Status*, 154 vd.).

¹⁰⁰⁵ El Kitabı, para. 84; verilen cezaların siyasî görüş ile bağlantılı olmaması durumlarına uygulamadan bazı örnekler için bkz: askerî cunta üyeliğinin cezalandırılması: *Chanco v. INS*, 82 F.3d (9th Cir. 1996) (ABD), <http://www1.umn.edu/humanrts/refugee/Chanco_v_INS.html> (E.T.: 12. 10. 2012); yolsuzluk sebebiyle cezalandırılma: *Mabugat v. INS*, 79 F.3d (9th Cir. 1991) (ABD), <<http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/937/426/192931/>> (E.T.: 12. 10. 2012); kıyafet ve davranış kurallarının ihlâlinin cezalandırılması: *Fisher v. INS*, 79 F.3d (9th Cir. 1996) (ABD), <http://www1.umn.edu/humanrts/refugee/Fisher_v_INS.html> (E.T.: 13. 10. 2012).

A. Vatansız Olmayan Sığınmacılar Bakımından Ölçütün Değerlendirilmesi

Vatansız olmayan sığınmacıların mülteci statülerinin tanınabilmesi için *inter alia*, menşe devletleri tarafından kendilerine koruma sağlanamaması yahut bu kişilerin bu korumadan faydalanmak istememeleri gerekmektedir. Bu bağlamda, bu sığınmacılar bakımından ilgili ölçütün değerlendirilmesi için öncelikle korumadan ne anlaşılması gerektiği; korumanın niteliği açığa kavuşturulmalıdır. İkinci olarak irdelenmesi gereken husus ise korumadan faydalan(a)mama kriterinin nasıl değerlendirileceğine ilişkindir. Sayılanların yanında değinilmesi gereken bir başka konu da bireyin birden fazla vatandaşlığa sahip olması durumunda, ölçütün değerlendirilmesi bakımından nasıl bir yol izleneceğidir.

1. Korumanın Niteliği

Doğası gereği mülteci kavramı, devlet korumasından yoksun kaldıkları için korunma ihtiyacı içerisinde bulunan bireyleri nitelemektedir¹⁰⁰⁶. Bu sebeple sığınmacının hukukî statüsünün tanınabilmesi için menşe devletinin korumasından yoksun bulunmasının 1951 Sözleşmesi'nde bir şart olarak aranmış olması olağan karşılanmalıdır. Bununla birlikte 1951 Sözleşmesinde “koruma”dan ne anlaşılması gerektiği yeterince açık bir biçimde düzenlenmemiş; korumanın niteliğine yönelik bir açıklama yapılmamıştır. Bu nedenle “koruma”nın, ilgili ölçüt bakımından, bireyin vatandaşlığını taşıdığı devlet tarafından sağlanan ve bu ülkenin sınırları içerisinde etkin olan, “dâhili bir koruma” olarak mı; yoksa yine bu devlet tarafından ancak bu kez ülke sınırları dışında sağlanan “diplomatik bir koruma” olarak mı değerlendirilmesi gerektiği hususunun aydınlatılması önem arz etmektedir.

İlk bakışta, Sözleşmede zikredilen korumanın niteliğinin “dâhili koruma” olduğu düşünülebilirse de Sözleşmenin hazırlık çalışmaları incelendiğinde kastedilenin diplomatik koruma olduğu açıkça görülecektir.¹⁰⁰⁷ Korumanın bu tür bir niteliği hâiz

¹⁰⁰⁶ Bu hususta bkz. yuk. §1.B.2.

¹⁰⁰⁷ ANTONIO FORTIN, «The Meaning», 550 vd.

olması, mülteci kavramının uluslararası hukuktaki görünümü ve uluslararası korumanın yapısı ile de uyum arz etmektedir. Zira mültecinin vatandaşlığını taşımadığı bir devlet tarafından korunabilmesi için, vatandaşı olduğu devlet ile arasındaki bağın zayıflamış olması ve bireyin vatansız benzeri bir özellik göstermesi gerekir; aksi durumda bireyin sığındığı devlet, bu kişinin menşe devletinin egemenlik yetkisine müdahale etmiş sayılır. Bu sebeple uluslararası koruma ancak sığınmacı vatansız benzeri bir durumda ise ulusal korumanın ikamesi olarak etkin bir hâl alabilir. Bir bireyin vatansız benzeri bir hâl almasının en belirgin göstergesi ise vatandaşlığını taşıdığı devletin diplomatik korumasından faydalan(a)mayacak durumda olmasıdır.

Nitekim uluslararası hukukta mültecilere yönelik bir Sözleşmenin oluşturulmasında çıkış noktası, vatansızlığa ilişkin çalışmalar olmuştur. Sözleşmeye giden yolda 1949 yılında Genel Sekreterlik, Ekonomik ve Sosyal Komite'ye "Vatansızlık Üzerine Bir Çalışma" başlığı ile bir rapor sunmuş¹⁰⁰⁸ ve daha sonra mültecilerin de *de jure* veya *de facto* vatansız kişiler olduğunu göz önüne alarak çalışmanın kapsamına dâhil edilmesi gerektiğini belirtmiştir¹⁰⁰⁹. Genel Sekreterlik bu çalışmada şu ifâdelere yer vermiştir: "[n]ormal şartlarda her birey ulusal bir topluluğa âittir ve o topluluğun bir parçası olduğunu hisseder. Ulusal otoritelerin korumasından ve yardımından faydalanır. Yurtdışında iken, kendi ulusuna âit otoriteler kendisi ile ilgilenir ve ona belli avantajlar sağlar. Yabancı bir ülkede ikâmet etmekte olan bir bireyin tüm hukukî ve ekonomik hayatı bir vatandaşlığa sahip olması üzerine şekillenir. Vatansız bir kişinin vatandaşlığının olmaması onu olağan dışı ve düşük (*inferior*) bir pozisyona düşürür."¹⁰¹⁰ Öte yandan, Vatansızlık ve (sonradan eklenen) Mültecilik Çalışmalarına yönelik olarak oluşturulan *Ad Hoc* Komite, ilk oturumunu gerçekleştirdiğinde, Genel Sekreterliğin mültecilere yönelik şu yorumu da vatansızlar

¹⁰⁰⁸ Bu Rapor iki bölüm halinde sunulmuştur: UN doc. E/1112, 1 Feb. 1949 ve UN doc. E/1112/Add.1, 19 May 1949, raporlar Ekonomik ve Sosyal Komitenin sırasıyla 8. ve 9. oturumlarına sunulmuştur. Çalışmanın tamamı daha sonra tek bir belge halinde basılmıştır: A Study of Statelessness: U.N. Publications Sales No. 1949, XIV 2 (London: H.M. Stationery Office, 1949).

¹⁰⁰⁹ A Study of Statelessness, UN Publication, 8-11.

¹⁰¹⁰ Ibid, 11.

ve mülteciler arasındaki benzerliğe diplomatik korumanın eksikliği ekseninde dikkat çekmektedir: “[m]ülteciler vatandaşlıklarından yoksun bırakılmış veya vatandaşı oldukları ülkenin korumasından artık yararlanamayan kişilerdir.... Hiç bir durumda bir vatandaşlığa sahip olmanın avantajlarından faydalanamamaktadırlar ve tıpkı bir de jure veya de facto vatansız kişi gibi olağan dışı şartlarda yaşamaktadırlar.”¹⁰¹¹ Her iki yorum birlikte değerlendirildiğinde ve Sözleşmenin gelişiminde Vatansızlık Çalışmalarının temel rolü oynadığı düşünüldüğünde, mültecinin vatansız benzeri olması dolayısıyla, uluslararası korumanın sujesi hâline geldiği ifade edilebilir. Burada önemli olan husus, mülteciyi vatansız benzeri duruma sokan temel etkenin, diplomatik koruma yoksunluğu olmasıdır. Nitekim Sözleşmenin hazırlık çalışmalarında Fransız delegasyonunun sunduğu mülteci tanımı tasarısı incelenirken, Birleşik Krallık temsilcisi Mr. Fearnly, Komite’nin dikkatini tasarıda geçen “.... vatandaşı olduğu ülkenin korumasından yararlanamayan veya yararlanmak istemeyen” ifâdesine çekmiştir¹⁰¹². Zira bu ifâde de vatansız kişiler için ayrı bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bunun üzerine yürütülen tartışmalarda, “koruma”dan kastedilenin diplomatik koruma olduğu ve sadece vatandaşlığı olan bir birey için böyle bir korumanın söz konusu olabileceği, vatansız kişilerin ise, böyle bir korumadan zaten yararlanamayan kişiler olduğu vurgulanmıştır¹⁰¹³. Bu bağlamda Sözleşme’nin son halinde, vatansızlar için bir ayırım yapılmıştır. Vatandaşlığı olan sığınmacılar için aranan şart, bu sığınmacıların, vatandaşı oldukları devletin korumasından yararlanamıyor veya yararlanmak istemiyor olması iken, vatansızlar için aranan şart, mutaden ikâmet ettikleri ülkeye dönemiyor veya dönmek istemiyor olmalarıdır. Böylelikle, hazırlık çalışmaları ile Sözleşmede yer alan ifâdeler birlikte incelendiğinde, hükümde geçen “koruma” ifâdesinden kastedilenin “diplomatik koruma” olduğu açıkça görülebilmektedir. Zira eğer kastedilen “dâhili bir koruma” olmuş olsa idi, vatansızlar ve vatandaşlığı olan sığınmacılar arasında düzenleme açısından böyle bir fark

¹⁰¹¹ Memorandum of the Secretary-General’s to the Ad Hoc Committee, ‘Status of Refugees and Stateless Persons’: UN doc. E/AC.32/2, 14.

¹⁰¹² ECOSOC, Official Records, 11th Session, (1950), Summary Record of the Hundred and Sixtieth Meeting of the Social Committee: UN doc. E/AC.7/SR. 160, 4-7.

¹⁰¹³ Comments of US Representative Mr. Henkins, UN doc. E/AC.7/SR.160, 5-7.

gözetilmeyecek idi¹⁰¹⁴. Buna ek olarak, mülteci tanımının şartlarından bir diğeri de, sığınmacının vatandaşı olduğu ülke sınırlarının dışında bulunmasıdır. Her iki şart birlikte ele alındığında, sığınmacının mültecilik statüsü tanımını karşılayabilmek için *inter alia*, vatandaşı olduğu ülke sınırlarının dışında bulunuyor olması ve vatandaşı olduğu devletin korumasından yararlanamıyor olması gerekmektedir. Bu çıkarım, kastedilen korumanın, apaçık, “dâhili koruma” değil, “diplomatik koruma” olduğunu bir kez daha ortaya koymaktadır. Zira bir devletin kendi sınırları dışında sağlayabileceği tek koruma türü “diplomatik koruma”dır¹⁰¹⁵.

2. Korumadan Faydalan(a)mama Kriterinin Değerlendirilmesi

Sığınmacı vatansız değil ise mülteci statüsünün tanınabilmesi için; ya vatandaşı olduğu devletin kendisine diplomatik koruma sağlayamaması ya kendisinin bu korumadan faydalanmak istememesi gerekir. Bu bağlamda söz konusu ölçüt bakımından iki farklı durumun değerlendirilmesi gerektiğinden söz edilebilecektir. İlk durum, aciziyet (*inability*) halidir. Bu hal içerisinde olan ise korumadan faydalanamayan sığınmacıdır. Bu durumda sığınmacının menşe devletinin koruma zâfiyeti gösterdiği belirtilebilir. El Kitabı’na göre bu zâfiyet hâli ilgili ülkede devam eden iç savaş, karışıklık, işgal gibi sebeplerden kaynaklanabilir. Sığınmacının menşe devleti bu gibi nedenlerle, ülke dışında bulunan vatandaşlarına (etkin bir) koruma sağlayamayabilir¹⁰¹⁶. Ancak kimi zaman devlet bu tür gerekçeler olmaksızın, sığınmacıya koruma sağlamayı reddedebilir; sığınmacı da bu nedenle korumadan faydalanamaz hâle gelebilir. Hangi durumların korumanın reddedilmesi anlamına geleceğinin ise somut olayın şartlarına göre belirlenmesi uygun olacaktır¹⁰¹⁷. Örneğin sığınmacının konsolosluk hizmetlerinden faydalandırılmaması (yeni bir pasaportun verilmemesi, pasaport süresinin uzatılmaması vb.), ülkeye girişinin yasaklanması

¹⁰¹⁴ ANTONIO FORTIN, «The Meaning of «Protection» in the Refugee Definition», 564.

¹⁰¹⁵ Ibid, 564 vd.

¹⁰¹⁶ El Kitabı, para. 98.

¹⁰¹⁷ Ibid.

korumanın reddedilmesi olarak yorumlanabilecektir¹⁰¹⁸. Aciziyet durumu, sığınmacının zulüm korkusunun haklı nedenlere dayandığına karine teşkil edebilir; ayrıca zulüm olarak da kabul görebilir¹⁰¹⁹.

Bir devletin vatandaşlığını haiz olan sığınmacıların ilgili ölçütü sağlaması noktasında değerlendirilecek olan ikinci husus ise isteksizlik halidir. Bazen menşe devletinin diplomatik koruma zafiyeti içerisinde olup olmadığının anlaşılmasına gerek kalmaksızın, sığınmacının bu korumadan faydalanmak istememesi ölçütün sağlanması için yeterli kabul edilebilir. Ancak bunun için sığınmacının isteksizliğinin “haklı nedenlere dayanan zulüm korkusundan” kaynaklanması gerekmektedir. Zulmün aktörünün devlet olması halinde zulüm ihtimâlinin haklı bir nedene dayandığı; dolayısıyla bireyin bu devletin diplomatik korumasından faydalanmak istememesinin gerekçesinin “haklı nedenlere dayanan zulüm korkusu” olduğu sonucuna varılabilecektir¹⁰²⁰. Zulüm ihtimâlinin devlet dışı aktörlerden kaynaklanması durumunda ise hatırlanacağı üzere, bu ihtimâlin haklı nedenlere dayandığının kabul edilebilmesi için uygulamada genellikle koruma yaklaşımı çerçevesinde hareket edilmektedir. Bu bağlamda söz konusu durumda menşe devletinin dâhili koruma zâfiyeti içerisinde olması, hem zulüm ihtimâlini hem sığınmacının diplomatik korumadan faydalanma konusundaki isteksizliğini haklı bir nedene kavuşturabilecektir.

3. Birden Fazla Devletin Vatandaşlığını Hâiz Olan Sığınmacıların Durumu

Uluslararası hukukta, olumlu vatandaşlık ihtilafları; yani bireyin birden fazla vatandaşlığı hâiz olması durumunda hangi vatandaşlığının esas alınacağı sorunu, etkili ya da gerçek vatandaşlığın belirlenmesi ile çözülmektedir. UAD, *Nottebohm* davası kararında¹⁰²¹, vatandaşlığı sosyolojik teoriden de etkilenecek¹⁰²² tanımlamış¹⁰²³ ve birey

¹⁰¹⁸ Ibid., para. 99.

¹⁰¹⁹ Ibid; ayrıca bkz. *Canada v. Ward* (Kanada).

¹⁰²⁰ Örneğin bkz. *Canada v. Ward* (Kanada).

¹⁰²¹ *Nottebohm Case* (Liechtenstein v. Guatemala); Second Phase, International Court of Justice (ICJ), 6 April 1955, ICJ Reports 1955, 4., <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=5&p3=-1&y=1955>> (E.T.: 21. 12.2012) (*Nottebohm Case*).

ile devlet arasındaki vatandaşlık bağının esas alınması için bu bağın gerçek ve etkili olması gerektiğini belirtmiştir¹⁰²⁴. Vatandaşlığın etkili veya gerçek olmasının belirlenmesinde ise somut olaya bağlı olarak bir takım emarelerden yola çıkılmaktadır. Bu emareler olay bazında değişebilmekle birlikte; genellikle ilgilinin mutad meskeninin, aile bağlarının, menfaatlerinin, aktivitelerinin belirli bir devletin ülkesini merkez alması, bu devlet ile birey arasındaki vatandaşlığın etkili olabileceği anlamını taşımaktadır¹⁰²⁵.

Etkili vatandaşlığa yönelik olarak uluslararası hukuktaki bu genel görünümün, mülteci hukukuna da yansımış olduğu kabul edilmektedir. Mülteci statüsünün belirlenmesi bakımından sığınmacı ile vatandaşlığını taşıdığı ikinci devlet arasındaki

¹⁰²² Vatandaşlığı sosyolojik teori çerçevesinde açıklayan görüşe göre, devletin vatandaşlık şartlarını gösterme serbestisi sosyal gerçekler ile sınırlıdır. Vatandaşlığın verilmesinde ve kaybında devlet, bu sosyal gerçeklerden hareket etmelidir. Bireyin ekonomik ve sosyal hayata katılması, bulunduğu toplumun bir parçası hâline gelmesi, sosyal gerçekliğin tezahürü olarak nitelendirilebilir. Böylece eğer birey ile devlet arasında bu türden (sosyal gerçekliklere dayanan) bir bağ bulunmuyorsa, vatandaşlığın varlığından da söz edilemeyecektir: Bu hususta bkz. ERDOĞAN GÖĞER, *Türk Tabiiyet Hukuku*, 8; GÜLİN GÜNGÖR, *Tâbiyet*, 11; BRYAN S. TURNER, «Contemporary Problems in The Theory of Citizenship», içinde *Citizenship and Social Theory*, ed. Bryan S. Turner (London, 2000), 2–6.

¹⁰²³ UAD'nin tanımına göre, vatandaşlık hukukî bir bağdır; ancak bu bağ, karşılıklı hak ve yükümlülüklerin yanısıra varlık (*existence*), menfaatler ve hisler ile de hakiki bir ilişkiyi ortaya koyan ve sosyal gerçekliğe dayanan bir niteliği hâizdir: *Nottebohm Case*, 23.

¹⁰²⁴ Ibid. Vatandaşlığın etkili olması hususu esasen olumlu vatandaşlık ihtilaflarının uluslararası alanda gündeme gelmesi ile incelenmeye başlanmıştır. Bir gerçek kişinin birden fazla vatandaşlığa sahip olması durumunda hangi vatandaşlığının esas alınması gerektiği sorusuna cevap bulmak açısından uluslararası hukukta şekillenen genel eğilim, bu birey ile en sıkı ilişkili bulunduğu ülke arasındaki vatandaşlık bağını temel almak yönünde olmuştur: Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. GÜLİN GÜNGÖR, *Tâbiyet*, 29 vd. *Nottebohm* Davasında verilen karar ise bu eğilimin “etkili vatandaşlık ilkesi” hâlini almasını sağlamıştır. “*Etkili vatandaşlık ilkesi, kişi ile milli devleti arasındaki vatandaşlık bağının gerçek olması hâlinde ancak o vatandaşlığa milletlerarası hukukta etki tanınacağı, başka bir ifadeyle o vatandaşlık bağının milletlerarası hukuk bakımından doğuracağı hukukî sonuçların kabul edileceği esasına dayanır*”: Ibid., 30. UAD Statüsü m.3(2)'de de “*Divân'a üyelik açısından, birden fazla devletin uyruğu olarak kabul edilebilecek bir kişi kamusal ve siyasal haklarını olağan olarak hangi devlette kullanıyorsa o devletin uyruğu sayılacaktır*” ifâdesine yer verilmiş böylece, medeni ve siyasî hakların kullanımı ile vatandaşlık bağının etkili sayılması arasında bir ilişki kurularak etkili vatandaşlık ilkesine değinilmiştir: Ibid., 31. *Nottebohm* kararı ve vatandaşlığın gerçekliği/etkililiğine ilişkin ayrıntılı bilgiler ve tartışmalar için bkz. İLHAN UNAT, *Nottebohm Kararı ve Tabiiyetin Gerçekliği İlkesi* (Ankara, 1966); IAN BROWNLIE, «Relations of Nationality in Public International Law», *British Year Book of International Law* 39 (1963): 349–364; JEFFREY L. BLACKMAN, «State Successions and Statelessness: The Emerging Right to an Effective Nationality under International Law», *Michigan Journal of International Law* 19 (1998 1997): 1155–1172; JOSEF L. KUNZ, «Nottebohm Judgment (Second Phase)», *American Journal of International Law* 54 (1960): 536–571.

¹⁰²⁵ *Nottebohm Case*, 22, 24.

bağın gerçekliği, bu devletin sığınmacıya koruma sağlayıp sağlamadığının belirlenmesi ile tesis edilmektedir. 1951 Sözleşmesi, bu konuda şu hükme yer vermiştir: “[b]irden fazla tabiiyeti olan bir şahıs hakkındaki ‘vatandaşı olduğu memleket’ tâbiri tâbiyetini hâiz olduğu memleketlerden her birini kast eder. Haklı bir korkuya müstenit muteber bir sebep olmaksızın vatandaşı olduğu memleketlerden birinin himâyesinden istifâde etmeyen şahıs, vatandaşı olduğu memleketin himâyesinden mahrum sayılmaz”. Sözleşme’nin yorumlanması açısından önemli bir kaynak olan BMMYK El Kitabı’na göre, sığınmacının birden fazla vatandaşlığa sahip olması durumunda, hukukî anlamda vatandaşlığın taşınması ile ilgili ülke(ler)de korumanın sağlanabilir olması arasında bir ayırım yapılmalıdır. Kimi durumda, sığınmacı vatandaşlığını taşıdığı ikinci bir devlet açısından herhangi bir zulüm korkusuna sahip olmamasına rağmen, bireye vatandaşlığını taşıdığı bu ülkede diğer vatandaşlara sağlanan korumaya denk bir muamele yapılmadığı tespit edilebilir. İşte bu durumda, birey ile söz konusu devlet arasındaki vatandaşlık bağı etkili olarak nitelendirilemeyebilir. Hâl böyle iken, ikinci ya da daha fazla vatandaşlığa sahip olma durumu, statü belirleme açısından olumsuz bir etki doğurmayabilir. Kural olarak, bireyin taşıdığı vatandaşlığın etkisiz kabul edilebilmesi için, ilgili devlete korunma talebinde bulunulmuş ve bu talebin reddedilmiş olması gerekir. Ancak ilgili devletin bu hususta sessiz kalarak, açık bir kabul veya red açıklamasında bulunmaması, korumanın reddedildiği şeklinde anlaşılabılır. Bu durumda da söz konusu devlet ile sığınmacı arasındaki vatandaşlık bağının etkisiz olduğuna karar verilebilir¹⁰²⁶. Bir örnek ile açıklayacak olursak; mülteci statüsünün tanınması talebinde bulunan birey, birden fazla vatandaşlığa sahip olduğu hâlde vatandaşlığını

¹⁰²⁶ Aktarılan hususlara ilişkin olarak bkz. El Kitabı para. 107; aynı yönde bkz. GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 67. Nitekim, uygulamada da çifte veya çok vatandaşlık taşıyan sığınmacılar açısından etkili vatandaşlık hususuna dikkat edildiği görülmektedir: Bu hususta Avustralya Federal Mahkemesi’nin verdiği iki karar, etkili vatandaşlık hususunun mülteci statüsünün belirlenmesi noktasındaki önemine ışık tutan örneklerdendir: *Jong Kim Koe v Minister for Immigration; Multicultural Affairs*, 306 FCA, Australia: Federal Court, 2 May 1997, <<http://www.refworld.org/docid/3ae6b6eb4.html>> (E.T.: 21.05.2012); *Lay Kon Tji v Minister for Immigration & Ethnic Affairs [1998]* 1380 FCA, 1380 FCA, Australia: Federal Court, 30 October 1998, <<http://www.refworld.org/docid/3ae6b76014.html>> (E.T.: 21.05.2012). Her iki karar ve etkili vatandaşlık konusunun sığınmacılar açısından değerlendirilmesi hususlarında bkz. RYSZARD PIOTROWICZ, «Lay Kon Tji v. Minister for Immigration & (and) Ethnic Affairs: The Function and Meaning of Effective Nationality in the Assessment of Applications for Asylum», *International Journal of Refugee Law* 11 (1999): 544–556.

taşıdığı devletlerin sadece birinin ülkesinde meydana gelen olaylardan dolayı söz konusu statüyü talep etmekte ise bireyin diğer vatandaşlıklarına dayanılarak, talebi doğrudan doğruya reddedilmemelidir. Bireyin taşıdığı diğer vatandaşlıkların etkili olup olmadığı; bu vatandaşlıkların gerçekliği değerlendirilmelidir. Bu bağlamda, diğer vatandaşlıklar etkisiz kabul edildiğinde, bireyin diplomatik korumadan yoksun olduğuna kanaat getirilebilecektir.

B. Vatansız Sığınmacılar Bakımından Ölçütün Değerlendirilmesi

Vatansız kişiler, herhangi bir devletin diplomatik korumasından faydalanamadıkları için bu bireylerin menşe ülkelerine (önceki mutad meskenlerinin bulunduğu ülkeye) dönemiyor ya da haklı nedenlere dayanan zulüm korkusu sebebiyle dönmek istemiyor olmaları mülteci statülerinin tanınabilmesi için, *inter alia*, yeterli kabul edilmiştir (Sözleşme md. 1A(2)).

Vatansız sığınmacının menşe ülkesine dönmek istememesi tıpkı bir vatandaşlığı hâiz olan sığınmacının diplomatik korumadan faydalanmak istememesi durumunda olduğu gibi, haklı nedenlere dayanan zulüm korkusundan kaynaklanmalıdır¹⁰²⁷. Nitekim Sözleşme'nin lafzı bu hususta oldukça açıktır. Bununla birlikte vatansızın menşe ülkesinin dışına çıktıktan sonra, Sözleşme'de zikredilen nedenlerin dışında başka sebeplerle, bu ülkeye geri kabul edilmemesinin; dolayısıyla bu ülkeye dönememesinin tek başına bir zulüm ihtimâli olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ve sırf bu sebebe dayanılarak mülteci statüsünün tanınmasının mümkün olup olamayacağı konusunda özellikle uygulamada kimi zaman farklı yaklaşımların benimsendiği belirtilmelidir¹⁰²⁸. Ancak bu hususta gerek doktrinde gerek uygulamada ağır basan eğilimin, vatansızın menşe ülkesine dönememesinin “haklı

¹⁰²⁷ El Kitabı, paras. 101, 103.

¹⁰²⁸ Uygulamadaki farklı yaklaşımlara örnek olarak karşı. *MA (Palestinian Territories) v. Secretary of State for the Home Department*, [2008] EWCA Civ 304, United Kingdom: Court of Appeal (England and Wales), 09.04.2008, <<http://www.refworld.org/docid/47ff40d02.html>> (E.T.: 12.12.2012) (Birleşik Krallık/İngiltere ve Wales) ve *Rishmawi v Minister for Immigration and Multicultural Affairs* 77 FCR 421 50 ALD 83; 148 ALR 366; 1997 WL 1881642 Federal Court of Australia, 15.08.1997, <<http://international.westlaw.com>> (E.T.: 12.12.2012) (Avustralya).

nedenlere dayanan zulüm korkusu”ndan kaynaklanması gerektiği yönünde olduğu da ifâde edilebilir¹⁰²⁹.

§6. STATÜNÜN DIŞINDA BIRAKILMAYA YÖNELİK ÖLÇÜTLER

I. SIĞINMACININ KORUNMAYA İHTİYACI OLMAMASI

1951 Sözleşmesi iki durumda, sığınmacının korunmaya ihtiyacı olmadığı varsayımından hareketle, mülteci statüsünün tanınamayacağına işaret etmektedir. İlk durum, korunma ihtiyacının BM’nin BMMYK dışındaki organları tarafından karşılanması (Sözleşme md. 1D), ikinci durum ise bireyin menşe devleti dışında bir başka devlet tarafından vatandaşa benzer haklarla donatılmış olmasıdır (Sözleşme md. 1E).

Bu noktada belirtmek gerekir ki, sığınmacının korunmaya ihtiyacı olmadığının tespit edilmesine yönelik ölçütler, dar yorumlanmalı ve tahdidi olarak ele alınmalıdır. Zira bu ölçütler sığınmacı bireylerin hangi durumda korunma altına alınacağını değil, hangi durumda mülteci korumasının dışında bırakılacaklarını gösteren negatif nitelikli hükümler ihtivâ etmektedir. Şu hâlde, gerek Sözleşme’nin insancıl amacı doğrultusunda, gerek Sözleşme’nin de kapsamı içerisinde yer alan insan hakları hukuku çerçevesinde, dar yorumlanmaları gerekmektedir. Bu durumda, Sözleşme’de zikredilen nedenlerin genişletilmesi, ya da bu nedenlere ek başka sebeplerin değerlendirmeye alınması mümkün olmamalıdır.

¹⁰²⁹ Bkz. JAMES C. HATHAWAY, *Refugee Status*, 60-62 ve GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 68-70. Örneğin, AB Vasıf Yönergesinin mülteci statüsünün tanımına yer verilen 2(d) maddesinde, ilgili ölçüt bakımından, açıkça vatansız sığınmacının haklı nedenlere dayanan zulüm korkusu sebebiyle menşe ülkesine dönememesi şartının arandığı görülmektedir. Bununla birlikte *Goodwin-Gill* ve *McAdam*, geçmişte Avusturya ve Alman mahkemelerinin, vatansızın önceki mutad meskeninin bulunduğu ülkeye haklı nedenlere dayanan zulüm korkusu dışında başka sebeplerle dönemediği durumlarda da bu kişinin mülteci statüsünün tanınabileceğine yönelik kararlar verdiklerini de aktarmaktadır: bkz. GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 69, dn. 93.

A. Korunma İhtiyacının BM'nin BMMYK Dışındaki Organları Tarafından Karşılanması

1951 Sözleşmesi'nin 1D maddesinde, Sözleşme'nin, Birleşmiş Milletler Yüksek Komiserliği dışında diğer bir Birleşmiş Milletler organı veya örgütünden hâlen yardım gören kimselere uygulanamayacağı ve durumları BMGK'nun konuyla ilgili uygun kararları çerçevesinde kesin olarak halledilmeden, yararlandıkları bu tür koruma veya yardımlar herhangi bir sebeple sona eren kişilerin, ise Sözleşmeden *ipso facto*¹⁰³⁰ yararlanacağı düzenlenmiştir. Filistin sorununun Sözleşme'nin oluşturulduğu dönemde gündemde olması, Sözleşme'nin 1D maddesinin kaleme alınmasında önemli bir rol oynamıştır¹⁰³¹. Bu sebeple ilgili maddenin düzenlenmesinin amacı, özellikle, Filistinli mültecilerin Sözleşme'nin genel nitelikli mülteci statüsünün dışında bırakılması olmuştur.

İsrail devletinin 1948 yılında kurulması ile birlikte, yaklaşık 750.000 mülteci Filistin'den Batı Şeriya, Gazze Şeridi, Lübnan, Suriye ve diğer bölgelere kaçmıştır¹⁰³². Bölgede o dönemde ve daha sonra da devam eden karışıklıklar sebebiyle bu rakam artmış ve mülteci sorununa çare bulunması ihtiyacı doğmuştur. Bu amaçla, Birleşmiş

¹⁰³⁰ Sözleşme'nin Türkçe resmî çevirisinde, Sözleşme'nin İngilizce ve Fransızca esas metinlerinde kullanılan *ipso facto* ifâdesi yerine “tamamen” ifâdesi kullanılmıştır. Oysa bu ifâde karışıklığa yol açabileceği gibi, Sözleşme'nin esas metinleri ile de uyumlu değildir. *Ipsa facto*, “sebebinden dolayı” anlamını taşımakta ve Sözleşme açısından “kendiliğinden” anlamına gelecek şekilde yorumlanmaktadır. Bu yorum dâhilinde, hükmün kapsamına giren bireylerin mültecilik hâllerinin Sözleşme'nin 1A(2) hükmü çerçevesinde bir değerlendirmeye tâbî tutulmasının söz konusu olmayacağı, BMMYK dışında bir BM organı tarafından gördüğü yardımlar herhangi bir şekilde sona eren bireylerin doğrudan doğruya Sözleşme'den yararlanacağı kabul edilmektedir; bkz. aşı. §6.I.A.2.b. Oysa “tamamen” ifâdesi, *ipso facto* ile verilmek istenen “kendiliğinden” anlamını karşılamamakta; söz konusu durumda olan bireylerin, yeniden Sözleşme'nin 1A(2) hükmü çerçevesinde bir değerlendirmeye tâbî kılınabileceğine cevaz verecek şekilde anlaşılmaya müsait bir hâle gelmektedir. Bu sebeple karışıklığa mahal vermemek için çalışmamızda, ilgili hükmün esas düzenlemelerine (İngilizce ve Fransızca metinlere) bağlı kalarak “tamamen” ifâdesi yerine “*ipso facto*” ifâdesini kullanmayı tercih ettik.

¹⁰³¹ İlgili düzenlemenin tarihî gelişimi ve Sözleşme'nin hazırlık çalışmalarındaki tartışmalar için bkz. GUY S. GOODWIN-GILL and JANE MCADAM, *The Refugee in International Law*, 153–155; JAMES C. HATHAWAY, *The Law of Refugee Status*, 207 vd; BRENDA GODDARD, «UNHCR and the International Protection of Palestinian Refugees», *Refugee Survey Quarterly* 28, sayı 2–3 (2009): 481–489.

¹⁰³² BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ENFORMASYON MERKEZİ, <<http://www.unicankara.org.tr/filistin/10.html>> (E.T.: 10.10.2012) Filistinli mültecilerin doğuşuna yol açan tarihî bilgiler için ayrıca bkz. BRENDA GODDARD, «Palestinian Refugees», 478 vd.

Milletler bünyesinde Filistinli mültecilere yardım edilmesi kararı alınmış, önce Birleşmiş Milletler Filistinli Mültecilere Yardım Fonu -BMFMYF (*United Nations Relief for Palestinian Refugees-UNRPR*) oluşturulmuş¹⁰³³, daha sonra da Birleşmiş Milletler Filistinli Mültecilere Yardım Birimi -BMFMYB (*United Nations Conciliation Commission for Palestine-UNCCP*) kurulmuştur¹⁰³⁴. Ancak Filistinli mültecilerin sorununun geçici olmaktan ziyâde sürekli bir hâl alması sebebiyle soruna daha kalıcı bir çözüm getirebilmek amacıyla 1949 yılında Birleşmiş Milletler Filistinli Mültecilere Yardım Kuruluşu -BMFMYK (*The United Nations Relief and Works Agency for Palestine Refugees in the Near East-UNRWA*) oluşturulmuştur¹⁰³⁵. BMFMYK böylelikle BMFMYF ve BMFMYB'nin sorumluluklarını da üstlenerek Filistinli mültecilere yönelik yardım faaliyetlerinin tek çatı altında toplanmasını sağlamıştır.

BMFMYK'nın kuruluşundan hemen sonra BMMYK'nın kurulması ile birlikte bu iki kuruluş arasında yetki açısından bir çakışma olasılığı doğmuştur¹⁰³⁶. Bu olasılığı ortadan kaldırmak amacıyla BMMYK Statüsü içerisine, Birleşmiş Milletler'in diğer organ veya kurumlarından koruma veya yardım almaya devam edenlerin BMMYK yetkisi içerisinde bulunmadığına dair bir hüküm konulmuştur (md. 7(c))¹⁰³⁷. Böylelikle,

¹⁰³³ BMFMYF, BMGK'nın 212(III) sayılı ve 19 Kasım 1948 tarihli kararı ile kurulmuştur.

¹⁰³⁴ BMFMYB, BMGK'nın 194(III) sayılı ve 11 Aralık 1948 tarihli kararı ile kurulmuştur. Birimin faaliyet gösterdiği döneme ilişkin bilgiler için bkz. BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ENFORMASYON MERKEZİ, <<http://www.unicankara.org.tr/filistin/10.html>> (E.T: 10.10.2012)

¹⁰³⁵ BMFMYK, 302(IV) sayılı ve 8 Aralık 1949 tarihli BMGK Kararıyla kurulmuş olup yetki alanı, Ürdün, Suriye, Lübnan ve Gazze Şeridini kapsamaktadır.

¹⁰³⁶ JAMES C. HATHAWAY, *The Law of Refugee Status*, 206 ve dn. 102. Bu olasılık BFMYK'nun kurulmuş olduğu dönemde faaliyet gösteren Birleşmiş Milletler Kore Kalkınma Ajansı (*United Nations Korean Restruction Agency*) açısından da geçerli olmuştur. Ajans, Güney ve Kuzey Kore'nin 1945 yılında ayrılması ile birlikte Güney Kore'ye özellikle ekonomik yardım sağlamak amacıyla 410 (V) sayılı ve 1 Aralık 1950 tarihli BMGK kararı ile kurulmuş ve 1950-1958 yılları arasında faaliyetini sürdürmüştür. Ajans'ın yürüttüğü yardım programı 1958 tarihinde tamamlanmış olduğundan, Ajans hâlihazırda bir etkinliğe sahip değildir: <<http://unarchives.wordpress.com/2012/08/29/video-presentation/>> (E.T.: 12. 12. 2012).

¹⁰³⁷ JAMES C. HATHAWAY, *Refugee Status*, 206 ve d.n.102. Filistinli mültecilerin, BMMYK'nın yetki alanına dâhil edilmemesi ve 1951 Sözleşmesi'nin kapsamında yer almaması, Arap devletleri tarafından da desteklenen bir husus olmuştur. Arap Devletleri, İsrail'in Birleşmiş Milletler tarafından kurulmuş olması sebebiyle Birleşmiş Milletlerin, bu devletin kurulması ile mağdur duruma düşen Filistinli Mülteciler açısından doğrudan ve açık bir sorumluluk alması yönünde bir kanaate sahip olmuşlardır. Gerçekten de, Filistinli mülteciler, diğer tüm mültecilerden farklı bir durumdadır: “[d]iğerleri, Birleşmiş Milletlerin

bu hüküm Sözleşme'nin 1D maddesine de kaynak teşkil etmiştir. Elbette, gelecekte de benzer durumların yaşanabileceği ve BMFYK dışında başka kuruluşların da oluşturulabileceği göz önüne alındığında, açıkça ilgili Kuruluşun hüküm içerisinde zikredilmemiş olması yerindedir.

1D hükmüyle amaçlanan yalnızca, BMFYK veya gelecekte O'nun gibi kuruluşların yardımını alan mültecilerin Sözleşme kapsamı dışında bırakılması olmamıştır. Hükmün ikinci paragrafında, kapsam dışı bırakma hâline bir istisna getirilmiştir. Böylelikle, BM tarafından sağlanan korumanın kesintiye uğraması durumunda, fiilen mültecilik hâlleri devam eden bireylere Sözleşme kapsamına dâhil olma imkânı tanınmıştır. Böylelikle, bu bireylere yönelik olarak adeta bir “güvenlik ağı” oluşturulmaya çalışılarak, korumadan yoksun kalmalarının önüne geçilmesinin hedeflendiği görülmektedir. Buradan yola çıkarak, ilgili hüküm ile BM birimleri arasındaki (mevcut durumda BMMYK ve BMFYK arasındaki) yetki çakışmasının önlenmesinin temel amaç olduğu da bir kez daha anlaşılmaktadır¹⁰³⁸. Ayrıca, söz konusu düzenlemenin getirilmiş olması ile (güvenlik ağının oluşturulması ile) BM'in “apolitik” duruşuna yönelik oluşabilecek yorumların da önüne geçilmiştir. Zira hükmün ikinci paragrafındaki düzenleme yapılmamış olsa idi, ilgili hüküm ile hâlihazırda sadece Filistinli mültecilerin Sözleşme kapsamı dışında bırakılması BM'nin kendi faaliyetinden dolayı mültecilik hâli yaşayan bireylere çifte standart uygulamakta olduğu şeklinde yorumlanabilecekti.

Bununla birlikte, ilgili hüküm yine de tartışma konusu yapılabilecek bir niteliktedir. BMFYK ile Sözleşme koruması arasında kapsam açısından önemli bir

ilkelerine ters düşen eylemlere maruz kaldıkları için mülteci olmuşken, Filistinliler, bizzat Birleşmiş Milletlerin bir eylemi (İsrail'in kurulması) yüzünden mülteci durumuna düşmüşlerdir. Bu sebeple, genel bir mülteci tanımının içerisine dâhil edilmeleri, onların içerisinde bulundukları durumun önemini yitirmesine sebep olabilecektir”: Statement of Mr. Azkoul of Lebanon, ve Statement of Mr. Baroody of Saudi Arabia, 5 UNGAOR, 358 ve 359, 27. 11. 1950 naklen Ibid., 206.

¹⁰³⁸ Aynı yöndeki görüşü için bkz. GUY S. GOODWIN-GILL, «Preface», içinde *Closing Protection Gaps Handbook on Protection of Palestinian Refugees in States Signatories to the 1951 Refugee Convention* (Bethlehem: BADIL Resource Center for Palestinian Refugee Rights, 2005), VI vd.; SUSAN M. AKRAM, «Palestinian Refugees and Their Legal Status: Rights, Politics and Implications for a Just Solution», *Journal of Palestine Studies* 31, sayı 3 (Spring 2002): 39 vd.

farkın söz konusu olması bu tartışmanın ana nedenini oluşturmaktadır. BMFMYK'nın sağladığı koruma esasen “yardım”dan ibaret olup, Sözleşme'nin sağladığı hakların garanti altına alınmasını kapsamamaktadır¹⁰³⁹. Öte yandan, BMFMYK her ne kadar, devletlerle işbirliği yapabilse de, nihayetinde bir devlet koruması sağlayamamaktadır. Oysa Sözleşme çerçevesinde sağlanan koruma, Sözleşmeye taraf olan devletler tarafından uygulanan ikame bir koruma niteliğini taşımaktadır. Bu haliyle, Sözleşme mültecisinin Sözleşme ile koruma altına alınmış olan haklarının Sözleşmeye taraf devletlerce ihlâl edilmesi, söz konusu devletlerin uluslararası sorumlulukları kapsamında değerlendirilecektir. Ancak aynı durum BMFMYK açısından geçerli olamayacaktır.

Kanımızca, ilgili hüküm oluşturulurken, mülteci lehine bir analiz yapılmamıştır. Bu hususta mutlak bir düzenleme yapmak yerine, taraf devletlere, ilgili hükmü uygulamama yönünde seçimlik bir hak tanınmış olması daha makul kabul edilebilirdi¹⁰⁴⁰.

1. Statünün Kapsamı Dışında Kalan Filistinli Mülteciler

Sözleşme'nin 1D maddesi günümüzde sadece BMFMYK'dan yardım alan veya kendilerine sağlanan bu yardım herhangi bir şekilde son bulmuş olan Filistinli mülteciler için uygulama alanı bulmaktadır. Bu bağlamda ilgili hükmün yorumu da bu bireyler hedef alınarak yapılmaktadır. Sözleşme'nin 1D maddesi, mülteci statüsünün kapsamı dışında bırakılmalarını öngördüğü bireyler açısından, bu bireylerin “hâlen (*at present*)” BMMYK dışında bir başka BM organından koruma veya yardım görmekte olmalarını şart koşmuştur. Bu sebeple, ilgili hükmün çağdaş yorumu, “hâlen” BMFMYK'dan koruma veya yardım görmekte olan Filistinli mültecilerin, kapsam dışı bırakılacağı şeklinde yapılabilir.

¹⁰³⁹ JAMES C. HATHAWAY, *Refugee Status*, 209.

¹⁰⁴⁰ Nitekim bu veya benzer gerekçelerle Kanada, Sözleşmenin bu hükmünü iç hukukuna taşımamıştır. Ibid.

İlk bakışta, gayet açık bir düzenleme gibi görünse de, Sözleşme'nin 1D maddesinin ilk paragrafında geçen “hâlen” ifâdesi uygulamada bir takım karışıklıklara sebep olmuştur. Sorun, hâlen ifâdesinin Sözleşme'nin yürürlüğe girme tarihini mi yoksa somut başvurunun incelenme tarihini mi nitelediğidir. *El Ali and Daraz v. Secretary of State for the Home Department*¹⁰⁴¹ davası uluslararası alanda bu konuya dikkatlerin çekilmesine sebep olan uygulamaların başında gelmektedir. Dava'da, Lübnan'da BMFMYK'dan yardım görmekte olduğunu ve dolayısıyla Sözleşme'nin 1D hükmü içerisinde bulunduğunu iddia eden Başvuranlar, Birleşik Krallığa gelmiş olmakla kendilerine sağlanan korumadan faydalanamamakta oldukları gerekçesiyle, ilgili hükmün ikinci paragrafına dayanarak *ipso facto* Sözleşme mültecisi olarak tanınmak üzere talepte bulunmuşlardır. Başvuranların talepleri reddedilmiş ve dava temyiz edilmiştir. Temyiz kararının gerekçesi, 1D hükmünün yorumlanması açısından önemli tartışmalar yaratmıştır. Kararda, 1D hükmü içerisinde yer alan ve statü dışında bırakma nedeni olarak düzenlenen “*hâlen korumadan faydalanmakta olma*” şartı, “*Sözleşme'nin yürürlüğe girdiği tarihe kadar korumadan faydalanmaya başlamış olmak*” şeklinde yorumlanmıştır. Böylece ilgili karara göre, 1951 yılından sonra BMFMYK'nın korumasından veya yardımından faydalanmaya başlayanlar hükmün kapsamı dışında bırakılmıştır. Bu doğrultuda, Başvuranların *ipso facto* Sözleşme'den yararlanma taleplerinin reddi onanmıştır.

BMMYK, aynı yıl, söz konusu kararın da etkisiyle¹⁰⁴², ilgili hükmün etki alanını açıklığa kavuşturmak için bir bilgi notu yayınlamış, daha sonra bu not, 2009 yılında yenilenmiştir. 2002 ve 2009 tarihli Filistinli Mülteciler Hakkında Bilgi Notlarında, 1D maddesinin kapsamı içerisine giren Filistinli mülteciler sayılmıştır¹⁰⁴³. Bunlar;

¹⁰⁴¹ *Amer Mohammed El-Ali v. The Secretary of State for the Home Department and Daraz v. The Secretary of State for the Home Department (The United Nations High Commissioner for Refugees, Intervener)*, United Kingdom: Court of Appeal (İngiltere ve Wales), 26.07.2002 (*El-Ali Case*), <<http://www.refworld.org/docid/3f278a3a4.html>> (E.T.: 12. 12. 2012).

¹⁰⁴² GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 159.

¹⁰⁴³ UN HIGH COMMISSIONER, «Note on the Applicability of Article 1D of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees to Palestinian Refugees», 2002, 1, md.3(i) ve (ii), <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3da192be4.html>> (E.T.:12.12.2012); UN HIGH COMMISSIONER,

(1) 194 (III) sayılı ve 11 Aralık 1948 tarihli BMGK kararı ve bunu takip eden ilgili BMGK kararları kapsamında “Filistinli mülteciler” olarak bilinen ve Arap-İsrail ihtilafı sebebiyle hâlihazırda İsrail toprağı olarak kabul edilen menşee topraklarının dışında bulunup, buraya dönemeyen kişiler ile;

(2) ilk grubun dışında kalmak şartıyla, İsrail tarafından işgal edilen Filistin topraklarının dışında bulunan, buraya dönemeyen 2252(ES-V) sayılı ve Temmuz 1967 tarihli BMGK kararı ve onu takip eden diğer kararlar kapsamında ‘yerinden edilmiş kişiler’ olarak kabul edilen gruptur.

Bilgi Notu’nda belirtilen kategoriler içerisinde yer alan mültecilerin soyundan gelenler de Sözleşme’nin 1D hükmünün içerisine dâhil edilmiştir. Bununla birlikte, 1D hükmünün kapsamına girmeyen ancak 1967 yılından beri İsrail işgali altında olan Filistin topraklarına ırk, din, milliyet, siyasî görüş veya sosyal gruba mensubiyeti sebebiyle haklı nedenlere dayanan zulüm korkusuna sahip oldukları için dönemeyen Filistinli Mültecilerin, Sözleşme’nin 1A(2) hükmü çerçevesinde mülteci statüleri tanınabilecektir¹⁰⁴⁴.

Bilgi Notu uyarınca, somut statü değerlendirmesinde, başvuran bireyin, yukarıda belirttiğimiz durumlar değerlendirilerek, 1D maddesinin kapsamı içerisine girdiğı belirlendikten sonra, bu bireyin ilgili hükmün ilk paragrafının mı yoksa ikinci paragrafının mı uygulama alanına dâhil olacağı tespit edilmelidir. Bu bağlamda, birey eğer, BMFMYK’nın faaliyet alanı içerisinde bulunmakta ise¹⁰⁴⁵, o zaman, Sözleşme’nin 1D maddesinin ilk paragrafı uyarınca, “hâlen BMMYK dışında bir BM organından

«Revised Note on the Applicability of Article 1D of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees to Palestinian Refugees», 2009, 2, md. 4(a) ve (b), <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/4add77d42.html>> (E.T.: 12.12.2012).

¹⁰⁴⁴ UN HIGH COMMISSIONER, «Revised Note on Article 1D», 2, para. 4.

¹⁰⁴⁵ BMFMYK’nın faaliyet alanı, coğrafi olarak sınırlandırılmıştır. BMFMYK, hâlihazırda, Batı Şeriyâ, Doğu Kudüs, Gazze Şeridi, Ürdün, Suriye ve Lübnan’da faaliyet göstermektedir: Ibid., 5, dn. 10; BMFMYK’nın faaliyet alanları ve faaliyetlerine ilişkin ayrıntılı bilgiler için ayrıca bkz. BMFMYK’nın resmî internet sitesi, <<http://www.unrwa.org/etemplate.php?id=47>> (E.T.: 12.12.2012).

yardım ve koruma gören kişi” olarak nitelendirilecek ve Sözleşme hükümlerinden faydalandırılmayacaktır¹⁰⁴⁶.

Böylelikle, BMMYK’nın yorumu uyarınca “hâlen” ifâdesi kapsamına, sadece Sözleşme’nin yürürlüğe girdiği tarihi değil, somut başvurunun değerlendirildiği tarih de girebilmektedir. Bu yaklaşım, *El Ali* davasında alınan karar bir yana bırakıldığında, gerek uygulamada gerek doktrinde çoğunlukla benimsenmiştir¹⁰⁴⁷.

2. Sözleşme Korumasından *Ipsa Facto* Yararlanabilecek Olan Filistinli

Mülteciler

Sözleşme’nin 1D hükmünün “dışarıda bırakma” halini düzenleyen birinci paragrafını takip eden paragrafta bu kez bir “dâhil etme” durumu kaleme alınmıştır. Bu sebeple ilgili hüküm bir “dışarıda bırakma-dâhil etme (*exclusion-inclusion*) düzenlemesi” olarak da değerlendirilebilir¹⁰⁴⁸.

¹⁰⁴⁶ UN HIGH COMMISSIONER, «Revised Note on Article 1D», 3, para.7.

¹⁰⁴⁷ ATLE GRAHL-MADSEN, *Status*, 265; GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 157 vd. Ayrıca bkz. *Nawras Bolbol v Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 17.06.2010, <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62009J0031:EN:NOT.>> (E.T.:22.10.2012) (ABAD); *Bverwg IC42-88* (Federal Administrative Court Decision of 4.06.1991) (Almanya) naklen KRIMOVA NIGAR, *The Status of Palestinian Refugees in International Law: The issue of interpretation and implementation of Article 1D of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees in Europe* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi) (Budapest, 2010), 63; *Said v. Secretary of State for the Home Department* (Upper Tribunal Immigration and Asylum Chamber) [2012] UKUT 00413(IAC), <www.refugeecaselaw.org> (E.T.: 12. 05. 2013) (Birleşik Krallık). Bu hususta Avustralya hukukunda ise ilginç bir yaklaşım görülmektedir. Avustralya’da 1D hükmünün kapsamına giren Filistinli mülteciler, bireysel temelde değil de grup olarak ele alınmaktadır. Bu gruptan anlaşılan ise, Sözleşme’nin yürürlüğe girdiği tarihte BMMYK dışında bir BM organından yardım görmekte olan kişilerdir. Ancak grup yaklaşımı ile hareket edildiği için, 1D maddesinin geleceğe dönük bir şekilde yorumlanabilmesine de cevaz verilmiştir: bkz. *Minister for Immigration and Multicultural Affairs v. WABQ*, [2002] FCAFC 329, Australia: Federal Court, 8.11.2002, <<http://www.refworld.org/docid/403b14df4.html>>, (E.T.: 12.10.2012) (Avustralya).

¹⁰⁴⁸ BADIL Resource Center for Palestinian Residency and Refugee Rights, *Closing Protection Gaps Handbook on Protection of Palestinian Refugees in States Signatories to the 1951 Refugee Convention* (Bethlehem, Palestine, 2005), 88. Akram, ilgili hükmü şarta bağlı bir dâhil etme hükmü (*contingent inclusion clause*) olarak değerlendirirken, *Grahl-Madsen*, askıya alan bir hüküm (*suspensive clause*) olarak ele almıştır: Bkz. SUSAN M. AKRAM, «Palestinian Refugees», 39; ATLE GRAHL-MADSEN, *Status*, 1966, 263. Ancak hükmün içerisinde hem dışarıda bırakma hem dâhil etme düzenlemelerinin olduğu

Hükmün ikinci paragrafına göre, ilk paragrafın kapsamına giren bireylerden, faydalandıkları koruma ya da yardım herhangi bir sebepten sona erenler, Sözleşmeden *ipso facto* yararlanırlar. Bu noktada belirsizlik taşıyan hususlardan ilki koruma ya da yardımın ne zaman sona ermiş kabul edileceğidir. İkincisi ise, Sözleşme’den *ipso facto* yararlanmanın ne anlama geldiğidir.

a. Koruma veya Yardımın Sona Ermesi

Koruma veya yardımın ne zaman sona ermiş kabul edileceği hususunu uygulamadan iki önemli örnek çerçevesinde değerlendirmek yerinde olacaktır. Yukarıda üzerinde durulan *El Ali* davasında, korumanın sona ermesinin 1D hükmünün ikinci paragrafı açısından ancak “kurumsal” olarak sona erme şeklinde anlaşılacağı karara bağlanmıştır¹⁰⁴⁹. Bir başka ifadeyle, bu yaklaşım uyarınca Filistinli mülteciler açısından koruma ya da yardım ancak, BMFYMK’nın insiyatifi ile son bulabilir ya da kesintiye uğrayabilir. İlgili yaklaşım, bir dâhil etme düzenlemesi olarak nitelendirilen 1D hükmünün ikinci paragrafı açısından, düzenlemenin niteliği ile tezat oluşturacak biçimde dar ve katı bir yorum öngörmüştür.

Bu dar ve katı bakış açısının ABAD’ın yakın tarihli bir ön kararıyla (*preliminary ruling*)¹⁰⁵⁰ kırıldığı görülmektedir. ABAD’ın önüne gelen dava, BMFYMK’nın Lübnan’daki mülteci kampını burada zor koşullar altında bulundukları gerekçesiyle terk ederek Macaristan’dan mülteci statülerinin tanınmasını talep eden vatansız başvuranlara ilişkindir. Davaya ilişkin Karar çerçevesinde, ABAD’ın yorumu uyarınca, Filistinli sığınmacıların Sözleşme’nin 1D hükmünün ikinci paragrafına dâhil olabilmeleri için¹⁰⁵¹

BMMYK tarafından da teyit edilmiştir: UN HIGH COMMISSIONER, «Revised Note on Article 1D», 1, para.2; ayrıca bkz. GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 152.

¹⁰⁴⁹ *El-Ali Case*, paras. 44, 45, 71, 72.

¹⁰⁵⁰ *Mostafa Abed El Karem El Kott, Chadi Amin A Radi, Hazem Kamel Ismail v. Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*, Judgment of the Court (Grand Chamber), 19.12.2012, <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2013:046:0008:0009:EN:PDF>> (E.T.: 10.10.2013) (ABAD) (*Kott Case*).

¹⁰⁵¹ ABAD’ın ön kararında oluşturduğu yorum, doğrudan doğruya ve sadece Sözleşme’nin 1D hükmü zikredilerek yapılmamıştır. ABAD, Sözleşme’nin 1D hükmünün Vasıf Yönergesine aktarılmış hâli olan ilgili Yönerge’nin 12(1) (a) hükmü üzerinden yorumunu gerçekleştirmiştir. Ancak, unutulmamalıdır ki,

BMFMYK'nın yardımından kendi kontrolleri dışındaki sebeplerle yararlanamıyor olmaları gerekir¹⁰⁵². Bir başka ifadeyle, eğer BMFMYK'nın faaliyet alanını kendi istekleri ile terk etmişlerse, doğrudan doğruya 1D hükmünün ikinci paragrafı uyarınca 1951 Sözleşmesi'nden *ipso facto* faydalanabilecekleri sonucuna varılmamalıdır. Bu noktada, değerlendirilmesi gereken, bireyin, BMFMYK'nın faaliyet alanını zorunluluk sebebiyle terk edip etmediğinin, bu çerçevede, BM'nin bu organı tarafından sağlanan yardımın birey açısından, (bireyin) kontrolü dışında sona erip ermediğinin belirlenmesidir¹⁰⁵³. Bu bağlamda, ABAD'ın yorumuna göre, Filistinli mültecilerin ancak üç durumda Sözleşmeden *ipso facto* faydalanabilecekleri sonucuna varılabilir. İlk durum, BMFMYK'nın faaliyet gösterdiği alandan kurumsal olarak çekilmesi, yani buradaki faaliyetlerini durdurmasıdır. İkinci durum, bu organın bölgedeki kurumsal varlığının devam etmesine rağmen, yardım faaliyetlerinin imkânsızlık sebebiyle işlevsiz hâle gelmesidir. Üçüncü durum ise, kurumsal varlığın ve fiilî yardımın genel olarak devam etmesine rağmen, somut durumda, başvuran bireyin bu yardımdan kontrolü dışındaki sebeplerle faydalanamayacak durumda olmasıdır. Son hâlde, bireyin kontrolü dışındaki sebepler, bireyi BMFMYK'nın faaliyet alanını terk etmek zorunda bırakmış olmalıdır. Kararda, bu tür durumlara örnek olarak, bireyin BMFMYK'nın faaliyet alanında bulunmasının kendi güvenliği için ciddi bir tehlike oluşturması ve adı geçen BM organının bireyin buradaki yaşam koşullarını düzeltme hususundaki görevini yerine getir(e)memesi verilmiştir¹⁰⁵⁴.

Yönerge'nin 12(1) (a) maddesi, Sözleşme'nin 1D hükmü ile aynı lafzî düzenlemeyi içermekle kalmayıp, doğrudan ilgili hükmü gönderme de yapmaktadır. Vasıf Yönergesi'nin 12(1) (a) hükmü şu şekilde düzenlenmiştir: “(1) [B]ir üçüncü ülke uyruklu ya da vatansız bir kişi aşağıdaki durumlarda mültecilikten hariç tutulur: (a) Cenevre Sözleşmesi'nin, Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği hariç Birleşmiş Milletler'in organlarından ya da kurumlarından koruma ya da yardımla ilgili 1 D maddesi kapsamına giriyorsa. Böyle bir koruma ya da yardım herhangi bir nedenle sona erdiği zaman, bu kişilerin konumları Birleşmiş Milletler Genel Kurulunda alınan ilgili kararlara istinaden kesin bir çözüme kavuşturulmadığı takdirde, bu kişiler bu Yönergenin sağladığı yardımlardan *ipso facto* yararlanabilirler”. Bu sebeple, ABAD'ın yorumu, 1D hükmünün değerlendirilmesinde önem taşımaktadır.

¹⁰⁵² Kott Case, paras. 61, 64,

¹⁰⁵³ Ibid, paras. 56-64.

¹⁰⁵⁴ Ibid, paras. 63, 64.

ABAD'ın ilgili kararı, BMFMYK'nın sağladığı yardım ve korumanın kurumsal anlamda son bulmasının, Filistinli mültecilerin Sözleşme'den *ipso facto* faydalanabilmelerinin tek koşulu olmadığını ortaya koyması açısından önem taşımaktadır. Ancak bu kararın, 1D hükmünün ikinci paragrafının yorumlanmasına tartışmasız bir nokta koyduğunu söylemek de mümkün değildir. Zira ilgili hükmün, Sözleşme'den *ipso facto* faydalanılabilmesi için, yardımın ve korumanın sona ermesini "herhangi bir sebebe" bağlamış olması, korumadan faydalanan bireyin, kendi rızası ile koruma ya da yardımdan feragat edebileceği anlamını taşıyacak şekilde de yorumlanmaya da müsaittir. Nitekim bu bakış açısıyla BMFMYK'nın faaliyet alanının dışına çıktığı anda bireyin, korumadan faydalanamayacak hâlde olduğu kabul edilebilecektir. BMMYK da bu yaklaşımı destekleyen bir görüş sergilemiştir. 2009 tarihli Bilgi Notu'nda, BMFMYK'nın coğrafi koruma alanı dışında bulunan bireylerin, "hâlen korumadan yararlanan" kişiler olarak kabul edilemeyeceği belirtilmiş, böylece bu kişilerin (1D hükmünün kapsamına girmiş olmak şartı ile) Sözleşmeden *ipso facto* faydalanabilecekleri öngörülmüştür¹⁰⁵⁵. BMMYK Bilgi Notu'nda ayrıca, BMFMYK'nın faaliyet alanının dışında bulunarak Sözleşmeden *ipso facto* faydalanan bireylerin, tekrar BMFMYK'nın faaliyet alanına dönmeleri durumunda, artık 1D hükmünün ikinci paragrafının kendilerine uygulanmayacağı dolayısıyla Sözleşmeden faydalanamayacakları vurgulanmıştır¹⁰⁵⁶. Bu çerçevede, BMMYK'nın bakış açısından, BMFMYK'nın korumasından veya yardımından, ilgili kuruluşun faaliyet alanını terk ederek kendi isteği ile feragat eden Filistinli mülteciler de Sözleşme'den *ipso facto* yararlanabileceklerine dair bir sonuç çıkarılabilecektir¹⁰⁵⁷. Böylelikle, Sözleşme

¹⁰⁵⁵ UN HIGH COMMISSIONER, «Revised Note on Article 1D», 3, para. 8.

¹⁰⁵⁶ Ibid., 3, para. 10.

¹⁰⁵⁷ BMMYK'nın 1992 tarihli El Kitabı'nda ise bu hususta net bir ifade yer almamaktadır. El Kitabı'na göre, BMFMYK'nın koruma ve yardım alanını terk etmiş olan Filistinli mültecilerin, Sözleşme çerçevesinde mültecilik statüleri değerlendirilebilir: El Kitabı, para. 143. Bu bağlamda, belirtilen bireylerin Sözleşme'den *ipso facto* faydalanmalarından ziyâde, Sözleşme kapsamında bir statü değerlendirmesine tâbi olabilecekleri anlamı çıkmaktadır. Ancak, bu hususta, yukarıda belirttiğimiz şekilde daha net bir yaklaşıma yer veren Bilgi Notu'nun, El Kitabı'ndan daha sonra bir tarihte oluşturulmuş bulunması, BMMYK'nın güncel yaklaşımının söz konusu bireylerin Sözleşme'den *ipso facto* yararlanabilecekleri yönünde olduğuna kanaat getirilebilmesine sebep olmaktadır.

koruması, söz konusu Filistinli mülteciler için âdeta onları takip eden koruyucu bir şemsiye durumuna gelmektedir.

Ancak bu noktada belirtmek gerekir ki, ABAD'ın ilgili hususta değindiğimiz kararında da görüldüğü gibi, bu yaklaşım uygulamada tercih edilen bir yaklaşım olmamıştır¹⁰⁵⁸. Uygulamada bu yaklaşımın tercih edilmemesindeki etkenlerin altında aslında güvenli üçüncü ülke uygulamalarının gerekçeleri ile bir paralellik olduğu görülebilir. Zira güvenli üçüncü ülke uygulamalarının temelinde, bireyin ikincil göç hareketi, mültecilik kapsamında değil de, göçmenlik çerçevesinde değerlendirilmektedir¹⁰⁵⁹. Bu bağlamda, aynı bakış açısının BMFMYK'dan koruma veya yardım almakta iken, bu kuruluşun faaliyet alanını herhangi bir zorlayıcı sebep olmaksızın terk eden bireyler için de geçerli olabileceği sonucuna varılabilecektir. İşte bu değerlendirme çerçevesinde, uygulamanın BMMYK'nın yaklaşımı doğrultusunda gelişmemesini olağan karşılamak gerekecektir.

b. Sözleşme'den *Ipsa Facto* Yararlanma

Sözleşmeden *ipso facto* yararlanılması, hâlihazırda, sırf 1D hükmünün kapsamına girdiği için ve kendisine BMFMYK tarafından sağlanan koruma veya yardımın sona ermiş bulunduğundan, bireyin Sözleşme'nin sağladığı hak ve özgürlüklerden faydalanabilmesi anlamını taşımaktadır. Bu durum ise doktrinde bazı yazarlarca, “kendiliğinden/otomatik” faydalanma olarak ifade edilmiştir¹⁰⁶⁰. Çünkü bu durumda artık, (diğer dışarıda bırakma sebepleri (1E ve 1F maddelerinin hükümleri) ve sona

¹⁰⁵⁸ Bu yaklaşımın benimsenmediği bir örnek de Avustralya uygulamasıdır. Avustralya uygulamasında, Filistinli mültecinin, BMFMYK'nın koruma alanını kendi isteği ile terk etmiş olması Sözleşmeden *ipso facto* faydalanması için yeterli bir gerekçe olarak kabul edilmemektedir. Bu yaklaşımın temelinde, Avustralya uygulamasının, 1D hükmünün kapsamına giren Filistinli mültecileri bir grup temelinde ele alması yatmaktadır. Bu sebeple, korumanın ya da yardımın sona ermesi bu gruba sağlananların sona ermesi olarak anlaşılmaktadır: Bkz. LEGAL SERVICES, *Australia Refugee Law*, Chpt. 7–20.

¹⁰⁵⁹ Bkz. yuk.ş6.I.A.2.b.

¹⁰⁶⁰ ATLE GRAHL-MADSEN, *Status*, 141; SUSAN M. AKRAM ve TERRY REMPEL, «Temporary Protection as an Instrument for Implementing the Right of Return for Palestinian Refugees», *Boston University International Law Journal* 22 (2004): 81; GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 153.

erme sebepleri (1C hükmü) saklı kalmak kaydıyla) Sözleşme'nin 1A(2) hükmüne göre bir değerlendirme yapılmasına gerek yoktur. Bireyin, BMFMYK'nın koruması ve yardımına elverişli olması ancak bu korumadan veya yardımdan faydalanamıyor olması Sözleşme'de yer alan hak ve özgürlüklerden faydalanabilmesi için yeterli görülmüştür. Bu yaklaşımın BMMYK¹⁰⁶¹ ve ABAD¹⁰⁶² tarafından da benimsendiği görülmektedir. Ancak farklı yönde gelişen uygulamalar da görülmektedir. Örneğin, Avustralya uygulamasında, Sözleşmeden *ipso facto* faydalanılması, kendiliğinden faydalanma şeklinde yorumlanmamakta, BMFMYK'nın sağladığı koruma veya yardım kendisi açısından son bulan Filistinli mültecinin Sözleşmeden faydalanabilmesi için, Sözleşme'nin 1A(2) maddesi çerçevesinde bir değerlendirmeye tâbi kılınması söz konusu olmaktadır¹⁰⁶³.

Oysa 1D hükmünün ikinci paragrafı kapsamındaki bireylerin mültecilik hâllerinin Sözleşme çerçevesinde bir değerlendirmeye tâbî tutulmasına gerek olmadığı anlayışı, hâlihazırda ilgili düzenlemenin etkisindeki tek kuruluş olan BMFMYK ile BMMYK'nın yetki alanlarının çakışmaması amacı ile de bağdaşmaktadır. Zira BMFMYK'dan koruma veya yardım görmeye elverişli olup da bundan faydalanamayacak durumda olan bireylerin 1A(2) hükmüne göre mülteci statüsü değerlendirmesine tâbî tutulması, söz konusu bireylerin ister korumadan faydalansınlar ister faydalanmasınlar BMMYK'nın yetki alanına girebilecekleri anlamını taşıyacaktır. Bu durumda da 1D hükmü tamamen anlamsız bir düzenleme hâlini alacaktır.

¹⁰⁶¹ UN HIGH COMMISSIONER, «Revised Note on Article 1D», 3, para. 8, 9.

¹⁰⁶² Bkz. *Kott Case*, para. 69.

¹⁰⁶³ Bkz. LEGAL SERVICES, *Australia Refugee Law*, Chpt. 7–19 ve 20.

B.Korunma İhtiyacının İkamet Edilen Devlet Tarafından Vatandaşa Benzer Bir Çerçeve de Karşlanması

1. 1951 Sözleşmesi'nin 1E Hükümünün Kapsamına Giren Sığınmacılar

1951 Sözleşmesi'nin 1E hükmü gereğince, “*ikamet ettiği ülkenin yetkili makamlarınca, o ülke vatandaşı olanlara özgü hak ve yükümlülükleri taşıdığı kabul edilen*” kimseler mülteci statüsünün kapsamı dışında bırakılmıştır.

Mülteci statüsü tanımının gelişimi ve Sözleşme'nin hazırlık çalışmaları incelendiğinde ilgili hükmün, İkinci Dünya Savaşı sırasında ve Savaş süresince, Orta ve Doğu Avrupa'dan gelerek Almanya'ya yerleşmiş olan etnik Almanların durumuna yönelik olarak şekillendirilgi görülmektedir¹⁰⁶⁴. Nitekim Sözleşmedeki mülteci tanımına kaynak teşkil eden UMO Tüzüğünde yer alan tanımda da Alman kökenli bireylere ilişkin bu durum açıkça zikredilmiştir¹⁰⁶⁵.

Elbette ki, Sözleşme'nin ilgili hükmünde herhangi bir etnik kökenin açıkça belirtilmemiş olması, Sözleşme'nin yürürlüğe girmesinden sonra oluşacak durumların da dışarıda bırakma çerçevesinde incelenmesini gerektirecektir¹⁰⁶⁶. Böylelikle, resmî olarak vatandaşlık statüsüne sahip olmasa da, haklar ve yükümlülükler açısından vatandaşa çok benzeyen bir muamele gören ve uygulamada “ulusal mülteciler” olarak adlandırılan grup, 1E hükmü ile mülteci statüsü dışında bırakılan kategoriye girebilecektir¹⁰⁶⁷.

¹⁰⁶⁴ İlgili hükmün hazırlık çalışmaları ışığında değerlendirilmesi hususunda bkz. JAMES C. HATHAWAY, *Refugee Status*, 211; GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 161.

¹⁰⁶⁵ Bkz. UMO Tüzüğü, Ek I, Bölüm II, md. 4, <<http://global.oup.com/booksites/content/9780199207633/resources/annexe1>> (E.T.: 03.04. 2012).

¹⁰⁶⁶ Nitekim Alman kökenli bireylere benzer bir durum, İngiliz Milletler Topluluğu (*commonwealth*) vatandaşları için de söz konusu olmuştur: GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 161 vd. Yine Benzer bir durum, Türk kökenli sığınmacılar için de geçerlidir. Türk kökenli sığınmacılar, Türk hukukunda göçmen olarak kabul edilmekte ve vatandaşa benzer haklar ile donatılmaktadır. Avrupa Birliği'ne üye olan devlet vatandaşlarının da benzer bir durumu taşıdığı iddia edilebilir.

¹⁰⁶⁷ Ibid.; JAMES C. HATHAWAY, *Refugee Status*, 212 vd.; JENS VEDSTED-HANSEN, «Non-Admission Policies and the Right to Protection: Refugees' Choice versus States' Exclusion», içinde

2. Mülteci Statüsünün Dışında Bırakılmaya Neden Olan Korumanın Çerçevesi

Statü dışında bırakılmaya neden olan korumanın çerçevesi, Sözleşme'nin 1E hükmünde, “vatandaşa özgü hak ve yükümlülükleri taşındığının kabul edilmesine” bağlanmıştır. Sözü edilen hak ve yükümlülüklerin yorumlanması hususunda El Kitabı, bireyin ikamet etmekte olduğu ülkedeki statüsünün, o devletin tanıdığı vatandaşlık statüsü ile geniş anlamda benzeşmesini bir belirleyici olarak değerlendirmiştir¹⁰⁶⁸. Benzeşme ifâdesi, oldukça geniş bir anlamı hâiz olduğu için, vatandaşa âit olan hangi hak ve yükümlülüklerin bu kapsamda değerlendirilebileceği, ya da bu benzeşmenin hangi seviyede tesis edilmesi gerektiği açık değildir. El Kitabı bu hususta, bireyin, sınırdışı edilmeye karşı vatandaş ile aynı korumaya sahip olmasını ve söz konusu bireyin sürekli ikametgâh sahibi olmasını “benzeşme” açısından yeterli görmüştür¹⁰⁶⁹.

Doktrin ve uygulamada da bu yaklaşım benimsenmiş, BMMYK'nın görüşüne ek olarak, “ülkeye serbestçe (yeniden) giriş (*re-entry*)” hususunun da “benzeşme”nin unsurlarından sayılması gerektiği çoğunlukla kabul edilmiştir¹⁰⁷⁰.

Bu noktada, serbest girişin ve sınır dışı etmemenin vatandaşa benzer bir çerçevede gerçekleşmesi, bireye, yabancıların tâbî olduğu genel muameleden farklı bir muamele uygulanmasını gerektirecektir. Böylece, sadece ikamet iznine sahip olup da bu sebeple ülkeye serbestçe giriş yapabilecek bir bireyin, sırf bu hususa dayanarak 1E hükmü çerçevesinde değerlendirilmemesi gerekmektedir¹⁰⁷¹. Vatandaş benzeri hak ve

Refugee Rights and Realities Evolving International Concepts and Regimes, ed. Frances Nicholson ve Patrick Twomey (Cambridge, 1999), 277; BÜLENT ÇİÇEKLİ, *Mülteciler*, 65; TEVFİK ODMAN, *Mülteci Hukuku*, 128; İŞİL ÖZKAN, *Göç*, 107.

¹⁰⁶⁸ El Kitabı paras. 144, 145.

¹⁰⁶⁹ Ibid, paras. 145, 146.

¹⁰⁷⁰ GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 162; JAMES C. HATHAWAY, *Refugee Status*, 213; JENS VEDSTED-HANSEN, «Non-Admission», 277. Bu husustaki uygulama örnekleri için bkz. (Kanada) LEGAL SERVICES, *Interpretation of Canada*, Chpt. 10; (Avustralya) LEGAL SERVICES, *Australia Refugee Law*, Chpt. 7–25/27.

¹⁰⁷¹ JENS VEDSTED-HANSEN, «Non-Admission», 277.

yükümlülüklerle sahip olmak kapsamında ortada sadece ikamet iznine sahip olmaktan öte (bu izin uzun süreli olmuş olsa dahi), *de facto* bir vatandaşlık hâli söz konusu olmalıdır¹⁰⁷². Bu noktada belirtmek gerekir ki, bireyin 1E hükmü çerçevesinde, mülteci statüsünün dışında bırakılması için tüm haklar ve yükümlülükler açısından vatandaşla eşit bir düzlemde yer alması da gerekmemektedir. Örneğin, bireyin seçme ve seçilme hakkını hâiz olmaması, askerlik yükümlülüğünün bulunmaması 1E hükmü kapsamında değerlendirilmemesi için bir sebep teşkil etmemelidir¹⁰⁷³.

II. SİĞİNCİNİN KORUNMAYA LÂYİK OLMAMASI

Uluslararası korumanın bir boyutu olan mülteci koruması, bireyin menşe devletinin ona sağlaması gereken korumanın ikamesi olduğundan, koruyan devlet ile korunan birey arasında güçlü bir bağ tesis edilmiş olur. Ancak bu bağın tesisinde söz sahibi olan devletler, ülkelerinin ve halklarının güvenliğini tehlike altına sokmama hususunda meşru bir eğilime de sahiptirler. İşte bu sebeple, söz konusu riskleri doğuracağı sabit olan veya bu yönde ciddi şüpheler bulunan bireyler ile mülteci koruması aracılığıyla bir bağ tesis etmek istemezler. Belirtilen gerekçe ile bazı bireylerin mülteci statüsünün kapsamı dışında bırakılması, hem uluslararası alanda ahlâkî değerlerin korunmasının, hem istenmeyen mültecilerin himâye edilmesini dayatan bir rejimin reddedilmesi fikrinin de pragmatik bir sonucudur¹⁰⁷⁴. Bu yaklaşımın yansıması, mülteci statüsünün

¹⁰⁷² JAMES C. HATHAWAY, *Refugee Status*, 212; JENS VEDSTED-HANSEN, «Non-Admission», 277. Örnek olarak, Kanada uygulaması, *de facto* vatandaşlık hâlinin 1E hükmü çerçevesinde yorumlanması açısından oldukça sistematik bir yaklaşım belirlemiştir. İkamet ülkesine serbest giriş ve sınırdışı edilmeme hususlarında sağlanan güvencenin yanısıra, Kanada uygulamasında, bireyin ikamet ülkesinin *de facto* vatandaşlığını hâiz olup olmadığı belirlenirken dört unsur dikkate alınmaktadır. Bu unsurlar şunlardır: (1) bireyin bu ülkeye dönüş hakkı olup olmaması (2) bireyin bu ülkede serbestçe işe erişiminin mümkün olup olmadığı (3) bireyin bu ülkede eğitim hakkının olup olmadığı (4) bireyin bu ülkede tam bir şekilde sosyal güvenlik hakkına sahip olup olmadığı: LEGAL SERVICES, *Interpretation of Canada*, Chpt. 10.1.4.

¹⁰⁷³ Bu hususta, Kanada uygulamasından bir örnek için bkz. *Juzbasevs, Rafaels v. M.C.I.* (F.C.T.D., no. IMM-3415-00) (30.03.2001), naklen LEGAL SERVICES, *Interpretation of Canada*, Chpt. 10.1.4; aynı yöndeki Avustralya uygulamasından bir örnek için ise bkz. *Barzideh v MIEA* (1996) 69 FCR 417, naklen LEGAL SERVICES, *Australia Refugee Law*, 7–27.

¹⁰⁷⁴ JAMES C. HATHAWAY, *Refugee Status*, 214, dn. 152 ve 153.

belirlenebilmesi açısından kilit bir öneme sahip olan 1951 Sözleşmesi'nin 1F maddesinde görülmektedir¹⁰⁷⁵.

Sözleşme'nin 1F maddesi şu şekilde düzenlenmiştir: “[b]u Sözleşme hükümleri, ilgili milletlerarası belgelerde tarif edilen anlamda (a) barışa karşı suç, savaş suçu veya insanlığa karşı suç işlediğine; (b) mülteci sıfatıyla kabul edildiği ülkeye sığınmadan önce, bu ülkenin dışında ağır bir siyasî olmayan suç işlediğine; (c) Birleşmiş Milletler'in amaç ve ilkelerine aykırı fiillerden suçlu olduğuna; kanaat getirilmesi yönünde ciddi sebepler bulunan bir kişi hakkında uygulanmayacaktır.”¹⁰⁷⁶.

1F maddesi, mülteci statüsünün dışında bırakılmayı düzenleyen diğer hükümlerden, yani Sözleşme'nin 1D ve 1E maddelerinden farklı bir boyuta sahiptir. 1D ve 1E düzenlemeleri, korunma ihtiyaçlarının giderilmesi açısından mülteci statüsünün tanınmasına gerek olmayan bireyleri kapsamına almaktadır. Bu bireylerin korunma ihtiyacı BMMYK dışındaki BM organlarınca veya ulusal çerçevede, hâlihazırda karşılanmakta olduğu için mülteci statülerinin tanınmasına gerek bulunmamaktadır. Böylece söz konusu kişiler, Sözleşme korumasının kapsamı dışında bırakılmaktadır. Oysa

¹⁰⁷⁵ 1951 Sözleşmesi'nin 1 F hükmü dışında, 1950 tarihli BMMYK Tüzüğü'nün 7(d) maddesinde ve 1969 tarihli ABÖ Sözleşmesi'nin I(5). maddesinde de aynı eğilimin yansımaları görülmektedir. BMMYK Tüzüğü'nün 7(d) hükmünde yer alan “suçluların iadesi antlaşmalarının şartlarına uyan bir suç veya Uluslararası Askerî Mahkeme'nin Londra Tüzüğü'nün VI. maddesinde veya İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 14(2). maddesinin şartlarında belirtilen bir suçu işlediğini düşünmeye yol açacak ciddi nedenler olan kişiler” BMMYK'nın kişi yönünden yetkisinin dışında bırakılmıştır. ABÖ Sözleşmesi'nin I(5). maddesi ise 1951 Sözleşmesi'nin 1F maddesi ile aynı hükümleri içermektedir. ABÖ Sözleşmesi'nin ilgili düzenlemesinin 1951 Sözleşmesi'nin 1F maddesi ile arasındaki tek fark, ABÖ Sözleşmesi'nde, BM'nin amaç ve ilkelerine aykırı eylemlerde bulunanların yanında Afrika Birliği Örgütü'nün amaç ve ilkelerine karşı eylemde bulunanların da mülteci statüsü kapsamının dışında bırakılmış olmasıdır.

¹⁰⁷⁶ Yukarıda belirtilen çeviri, resmî çeviriye sadık kalınarak tarafımızca yapılmıştır. İlgili hükmün resmî çevirisi şu şekildedir: “[b]u sözleşme hükümleri: (a) [b]unlara mütedair milletlerarası vesikalarda tarif edildiği manada barışa karşı bir suç, bir harb suçu veya insanlığa karşı bir suç işlediği; (b) [m]ülteci sıfatıyla kabul edildiği memlekete ilticadan evvel iltica memleketi dışında ağır bir genel suç işlediği; (c) Birleşmiş Milletlerin gaye ve prensiplerine aykırı fiillerden suçlu olduğu hususunda; [c]iddi kanaat mevcut olan bir şahıs hakkında tatbik edilmez”. İlgili hükmün, İngilizce esas düzenlemesi ise şu şekildedir: “[t]he provisions of this Convention shall not apply to any person with respect to whom there are serious reasons for considering that: (a) he has committed a crime against peace, a war crime, or a crime against humanity, as defined in the international instruments drawn up to make provision in respect of such crimes; (b) he has committed a serious non-political crime outside the country of refuge prior to his admission to that country as a refugee; (c) he has been guilty of acts contrary to the purposes and principles of the United Nations”.

1F maddesinin amacı, korunma ihtiyacı bulunmayan bireylerin kapsam dışında bırakılması değil, korunma ihtiyacı olsa dahi bu korumaya lâyık olmayan bireylerin saf dışı bırakılmasıdır¹⁰⁷⁷. Bu bağlamda, 1F hükmünün uygulanması sonucunda, bazı sığınmacıların, statü tanımını taşımaları hâlinde bile Sözleşme'nin kişi yönünden kapsamı dışında bırakılmalarının gerekçesi, bu bireylerin aşırı derecede fena eylemlerde bulunmaları sebebiyle, uluslararası korumayı hak etmemeleridir¹⁰⁷⁸.

Nitekim Sözleşme'nin ilgili hükmüne yönelik hazırlık çalışmaları, hükmün iki amaca hizmet ettiğini göstermektedir¹⁰⁷⁹: (1) mülteci statüsünün onu hak etmeyen kişilerce sahiplenilmesi yasaklanarak, statünün istismar edilmesi engellenmelidir¹⁰⁸⁰. İnsanlık ve adalete dayalı görüşler ile mülteci kavramı arasında içkin bir bağlantı vardır. İşte bu bağdan dolayıdır ki, insanlık ve adalete karşı ciddi eylemleri olan bireyler, mülteci statüsünün sağladığı haklardan yararlan(a)mamalıdır¹⁰⁸¹. (2) İkinci Dünya Savaşı'nda ağır suç işlemiş olanların veya diğer şekillerde siyasî olmayan ciddi suç işleyenlerin ya da BM'nin amaçlarına aykırı eylemlerden suçlu bulunanların yargılamadan kaçmaları engellenmelidir¹⁰⁸².

¹⁰⁷⁷ Sözleşme'nin 1D ve 1E maddeleri ile 1F maddesi arasındaki farka ilişkin olarak ayrıca bkz. MICHAEL KINGSLEY NYINAH, «Exclusion under Article 1F: Some Reflections on Context, Principles and Practice», *International Journal of Refugee Law* 12 (2000): 296.

¹⁰⁷⁸ UN HIGH COMMISSIONER, *Interpreting Art. 1*, 11, para.41. Nyinah'ın bizim de katıldığımız görüşüne göre, 1(F) hükmünün, ağır suçlar işlediklerine kanaat getirilen sığınmacıların, mülteci korumasından yararlandırılmaması şeklinde tezahür eden bir yaptırım öngördüğü düşünülebilir. Ancak buradaki “yaptırımı” statü dışında bırakılan bireyin ceza yargılaması usûlüne tâbi kılınarak cezalandırılması şeklinde algılamamak gerekir; zira ne Sözleşme'nin bütünsel olarak ne 1F maddesinin özel olarak bu amaçla şekillendirilmediği ortadır: MICHAEL KINGSLEY NYINAH, «Exclusion under Article 1F», 298; bu husus hazırlık çalışmalarından da açıkça anlaşılmaktadır: Statements of Mr. Rochefort of France, UN Doc. E/AC.7/SR.166, 2, 22.08.1950, naklen Ibid., 298, dn.5.

¹⁰⁷⁹ GEOFF GILBERT, «Current Issues», 428; ayrıca bkz. THE UN REFUGEE AGENCY, *Guidelines (Art. 1F)*, 2; UNHCR, *Background Note on Exclusion Clauses*, 3.

¹⁰⁸⁰ Bkz. El Kitabı, para. 147.

¹⁰⁸¹ Bkz. MICHAEL KINGSLEY NYINAH, «Exclusion under Article 1F», 297.

¹⁰⁸² Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons, Summary Record of the 24th Meeting, UN Doc. A/CONF.2/SR.24, 27.11.1951, statements of Herment (Belgium) and Hoare (UK) naklen, GEOFF GILBERT, «Current Issues», 428; El Kitabı para. 148.

A. Korumaya Lâyük Bulunmama Değerlendirmesinde Uygulanacak Yöntem

1. Yorum Yöntemi ve İspat Standardı

1951 Sözleşmesinin sığınmacının korunmaya lâyük bulunmayacağı hâlleri düzenleyen 1F hükmü, sığınmacının statü kapsamı dışında bırakılarak, mülteci korumasından faydalanamaması sonucunu doğurur; bu sebeple korumaya lâyük olan sığınmacılar ile bu korumaya lâyük olmayanların ayrılması oldukça ciddi bir husustur¹⁰⁸³. Ancak bu ayırım yapılırken, Sözleşme'nin insancıl karakteri ve mülteci statüsünün oluşturulması ile hedeflenen insancıl amaçlar göz ardı edilmemelidir¹⁰⁸⁴. Bu sebeple insan haklarına yönelik tüm güvencelerin istisnalarının uygulanmasında olduğu gibi, ilgili hükmün dar yorumlanması bir gereklilik arz etmektedir¹⁰⁸⁵. Bu sebeple ilgili hükümde yer alan ölçütlerin tahdidî (sınırlı sayıda) olduğu kabul edilmelidir¹⁰⁸⁶. Bu da demektir ki, taraf devletler, 1F hükmünde sayılanlar dışında başka sebeplerle sığınmacıların mülteci statülerinin tanınması taleplerini, onların bu statüye lâyük olmadıkları gerekçesi ile reddedemeyeceklerdir.

Mülteci statüsüne lâyük olmama hallerinin yorumlanmasına ciddi bir değer atfedilmesi, Sözleşme'nin bu hâlleri düzenleyen hükmünün tahdidi bir sıralamaya yer

¹⁰⁸³ “[s]ığınma müessesesinin bütünlüğünün temin edilmesi ve korumaya tâbi olmayan bireylerin koruma kapsamına alınarak bu müessesenin istismar edilmemesi için Sözleşme'nin 1F hükmünün titizlikle uygulanması gerekmektedir”: BMMYK Yürütme Kurulu Kararı, S. 82(XLVIII) (*Conclusion on Safeguarding Asylum*), 1997; ayrıca bkz. MICHAEL BLISS, «Serious Reasons», 92 vd.

¹⁰⁸⁴ THE UN REFUGEE AGENCY, *Guidelines (Art. 1F)*, 2, para. 2; UNHCR, *Background Note on Exclusion Clauses*, 3, para. 3. *Nyinah*, Viyana Sözleşmesi'nin 31(1). maddesi gereği yorumlama faaliyetinin Sözleşme'nin konusu ve amacına uygun olarak iyi niyetle yapılması gerektiğinden hareketle, 1951 Sözleşmesi'nin hassas ve mağdur olan bireylerin fiziksel güvenliğinin ve hukukî korumasının sağlanması amacına hizmet etmekte olmasının, statü dışında bırakma nedenlerinin bu geniş insancıl amaçlarla dengeli bir şekilde yorumlanmasını gerekli kıldığını belirtmektedir: MICHAEL KINGSLEY NYINAH, «Exclusion under Article 1F», 299.

¹⁰⁸⁵ GEOFF GILBERT, «Current Issues», 428; JAMES C. HATHAWAY, *Refugee Status*, 191; MICHAEL KINGSLEY NYINAH, «Exclusion under Article 1F», 299; UNHCR, *Background Note on Exclusion Clauses*, 4; THE UN REFUGEE AGENCY, *Guidelines (Art. 1F)*, 2; UN HIGH COMMISSIONER, *Interpreting Art. 1*, para. 38; El Kitabı, para. 149; UNHCR, *Background Note on Exclusion Clauses*, 3, para. 4.

¹⁰⁸⁶ Sözleşme'nin lafzından açıkça anlaşılan bu durum, BMMYK'nın 1F maddesinin yorumlanması hususundaki Rehberinde de vurgulanmıştır: THE UN REFUGEE AGENCY, *Guidelines (Art. 1F)*, 2.

vermesine rağmen, taraf devletlere azımsanmayacak bir takdir alanı bırakmış olması ile de ilişkilidir¹⁰⁸⁷. Bu sebeptir ki BMMYK, sıklıkla devletlerin 1F hükmünün yorumlanmasında yoğun bir titizlik göstermelerini salık vermektedir¹⁰⁸⁸. Gerçekten de, taraf devletler, 1F hükmünün yorumlanması hususunda tek yetkilidir; böylelikle yorumlama hususunda esnek bir eğilim göstermeleri söz konusu olabilecektir. Ayrıca, hükümde belirtilen statü tanınmasına lâyık bulunmama hâlleri için aranan ispat standardı, ilgili maddede yer alan durumların var olduğuna “kanaat getirilmesine dair ciddi sebeplerin mevcut olmasına (*serious reasons for considering*)” bağlı kılınmıştır¹⁰⁸⁹. “Ciddi sebepler standardı” olarak kısaca ifâde edebileceğimiz bu ölçüt ise belirsiz bir anlama sahiptir ve devletlerin takdir yetkisini genişletecek şekilde esnek yorumlara açıktır¹⁰⁹⁰. Bu standart çerçevesinde, bireyin 1F hükmünde sayılan sebeplerden dolayı

¹⁰⁸⁷ Sığınmacının 1F hükmünün kapsamına girip girmediği hususunda taraf devletlerin tek başlarına karar vermeye yetkili oldukları hususu *Hathaway* tarafından, Sözleşme’nin hazırlık çalışmaları sırasında açıklanan şu görüş çerçevesinde dile getirilmiştir: “... bir dünya yönetimi veya bağımsız bir uluslararası mahkeme bulunmadığı için, hakiki mültecilerin ve sığınma ülkesinin korunabilmesine esas teşkil eden takdir yetkisi devletlere bırakılmış olmaktadır. (Bu noktada), tek pratik çözüm misafirperverlik sağlama niyetine sahip olan devletlere güven duymaktır”: Statement of Mr. Rochefort of France, U.N. Doc. E/AC.7/SR.166, 22.08.1950 naklen, JAMES C. HATHAWAY, *Refugee Status*, 215.

¹⁰⁸⁸ THE UN REFUGEE AGENCY, *Guidelines (Art. 1F)*, 2, para. 2; UNHCR, *Background Note on Exclusion Clauses*, 3 vd., paras. 3, 4.

¹⁰⁸⁹ Bu noktada belirtmek gerekir ki, ilgili hükmün Türkçe çevirisinde, suçluluğa dair ispat standardı bu yönde “ciddi kanaatin mevcut olması” şeklinde ifâde edilmiştir. Oysa Sözleşme’nin esas metinlerinde (İngilizce ve Fransızca metinlerde) kanaatin ciddi olmasından değil, kanaati uyandıran sebeplerin (düşünmeye/inanca sevk eden sebeplerin) ciddi olmasından bahsedilmektedir (“*serious reasons for considering*”(ing.)/ “*des raisons sérieuses de penser*”(fr.)). İfadelerdeki farklılık, standardın yorumlanması ile ulaşılan sonuçların da farklı olmasına sebebiyet verebilecektir. Şöyle ki; eğer resmî Türkçe çevirideki ifâde temel alınır, ispat standardı, Kara Avrupası (cezâ) hukukunda yaygın bir kullanım alanı bulan “vicdani kanaat” standardı ile eşitlenebilecektir. Vicdani kanaat standardı ise Anglo-Amerikan hukukundaki *beyond (a) reasonable doubt* (gerekçeye dayanan şüphenin yenilmesi) standardı ile denk kabul edilen oldukça yüksek bir eşik öngörmektedir. Oysa suçluluk kanaatini uyandıran sebeplerin ciddi olması (suçluluğu düşündüren ciddi sebepler bulunması) yönündeki ifâde temel alınır, artık vicdani kanaatin sağlanması noktasından daha düşük bir standardın öngörüldüğü sonucuna varılabilecektir. Bu önemli farklılıktan dolayı, çalışmamızda resmî Türkçe çevirideki ifâdeden ziyâde, esas metinlerde yer alan ifâdeye bağlı kalarak, standardı, “ciddi kanaat” değil de “ciddi sebep(ler)” olarak ele almayı tercih ettik.

¹⁰⁹⁰ Nitekim Sözleşme’nin hazırlık çalışmalarında, bu standart çok muğlak olması sebebiyle eleştirilmiş ancak ispat standardının belirlenmesinin oldukça zorlukla yapıldığı da vurgulanmıştır: “ ‘suçluluk kanaatini uyandıran ciddi sebepler bulunması’ ifâdesi bu denli önemli bir kararın gerekçelendirilmesi açısından oldukça muğlaktır. (Ancak bu husustaki seçim de) oldukça zor olmuştur: ya hükümetlerin yargısal bir karara ihtiyaç varken idari bir kararla değerlendirme yapmaları söz konusu olacaktı ya da ... suçluların (statüye) dâhil edilmesi riski göze alınacaktı”: Statement of Mr. Lequesne of the United Kingdom, 5 UNGAOR (334th meeting), 390, 4.12.1950, naklen JAMES C. HATHAWAY, *Refugee Status*, 215, dn.

mülteci statüsünün dışında bırakılması için ilgili düzenlemede sayılan suçları işlemiş olduğuna dair kesin delillerin varlığı aranmamıştır. Böylece 1F hükmünün uygulanması için, mülteci statüsünü belirleyen makamın, bireyin maddede sayılan suçlardan birini ya da birkaçını işlemiş olduğu yönündeki kanaatini destekleyen kabul edilebilir delillere sahip olmasının yeterli olduğu anlaşılmaktadır¹⁰⁹¹. BMMYK El Kitabında da yorumun dar bir çerçevede yapılması dışında, standardın nasıl ele alınacağına dair herhangi bir yol gösterici ifâde bulunmamaktadır.

1F hükmü için Sözleşmede zikredilen ispat standardının belirsizliği, uygulamada bu standardın oldukça düşük seviyelerde değerlendirilmesine sebep olmuştur. Örneğin, ciddi sebepler standardı, Anglo-Amerikan ceza yargılamasında kullanılan “makul bir şüpheyeye yer vermeme -gerekçeye dayanan şüphenin yenilmesi- (*beyond (a) reasonable doubt*)”¹⁰⁹² veya medenî yargılamada kullanılan “olasılıklar dengesi -ağırlıklı delil- (*balance of probabilities*)” gibi standartlardan daha düşük bir eşik öngörecektir şekilde yorumlanmıştır¹⁰⁹³. Bununla birlikte, ABD uygulamasında, ciddi sebepler standardının oldukça düşük bir standart olan “olası neden (*probable cause*)” standardı¹⁰⁹⁴ ile denk

158; standardın belirsizliği hususunda ayrıca bkz. MATTHEW ZAGOR, «Persecutor or Persecuted», 168; MICHAEL BLISS, «Serious Reasons», 115.

¹⁰⁹¹ NEHEMIAH ROBINSON, *Convention Relating to the Status of Refugees: Its History, Significance and Contents* (Institute of Jewish Affairs, 1952), 67, naklen JAMES C. HATHAWAY, *Refugee Status*, 215; GEOFF GILBERT, «Current Issues», 470, dn. 218.

¹⁰⁹² *Beyond (a) reasonable doubt* standardı, Feyzioğlu tarafından, “gerekçeye dayanan şüphenin yenilmesi” olarak Türkçe’ye çevirilmiştir: METİN FEYZİOĞLU, *Vicdani Kanaat*, 107, dn. 313. Bu standart, Anglo-Amerikan hukukunda, cezâ muhakemesinde kullanılan bir standarttır.

¹⁰⁹³ JAMES C. HATHAWAY, *Refugee Status*, 215; GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 165; MICHAEL BLISS, «Serious Reasons», 115; ayrıca bkz. *Saul Vicente Ramirez v. Minister of Employment and Immigration*, F.C.J. No. 109, Canada: Federal Court, 7.02.1992, <<http://www.refworld.org/docid/3ae6b7074.html>> (E.T.: 12.12.2012) (Kanada); *Arquita v Minister for Immigration and Multicultural Affairs* 106 FCR 465, [2000] FCA 1889, 22.12.2000, <<http://international.westlaw.com>> (E.T.: 12.12.2012) (Avustralya); *Refugee Appeal No. 1248/93* Re TP (31.07.1993), <<http://www.refworld.org/docid/3ae6b6a20.html>> (E.T.: 12.12.2012) ve *S v. Refugee Status Appeals Authority*, CA262/97, New Zealand: Court of Appeal, 2.04.1998, <<http://www.refworld.org/docid/3ae6b72cc.html>> (E.T.: 12.12.2012) (Yeni Zelanda); *The Secretary of State for the Home Department v. Shafiq Ur Rehman* [2000] Case No: 1999/1268/C, Court of Appeal (Civil Division), 23.05.2000, <<http://international.westlaw.com>> (E.T.: 12.12.2012) (Birleşik Krallık); BVerwG 10 C 24.08, paras., 28, 30, 35 (Almanya).

¹⁰⁹⁴ Olası neden (*probable cause*) standardı, suçluluğa yönelik inanca ilişkin makul bir temelin olması şeklinde açıklanabilir; bu sebeple standart, “makul neden (sebep)” olarak da anılmaktadır. Bu standart,

tutulduğu da görülmektedir¹⁰⁹⁵. Hükümde yer alan standardın, Anglo-Amerikan ceza hukukunda uygulanan gerekçeye dayanan şüphenin yenilmesi (*beyond a reasonable doubt*) veya Kara Avrupası'ndaki muadili olan (vicdani) kanaate ulaşılması (*intime conviction*)¹⁰⁹⁶ standartlarından daha düşük bir seviye tesis ettiği açıktır; ancak Sözleşme'nin konusu ve amacı doğrultusunda, çok düşük bir standardın uygulanması ise kabul edilmemelidir¹⁰⁹⁷. Bu bağlamda, kanımızca “ciddi sebepler” standardı yorumlanırken Anglo-Amerikan hukukunda davalının temel hakları ile ilgili olan hususlarda uygulama alanı bulan¹⁰⁹⁸ “açık ve ikna edici ispat (*clear and convincing proof/evidence*)” ölçütüne yakın bir çerçeve içerisinde kalınmalıdır¹⁰⁹⁹. Zira bu çerçeve

olasılıklarla ilişkili olduğu için belirli yüzdelere veya net bir şekilde açıklanamamaktadır: Olası neden standardının ABD hukukundaki uygulamasına ilişkin bir örnek için bkz. *Maryland v. Pringle*, 540 U.S. 366 (Supreme Court, 2003), 25.08.2003, <<http://international.westlaw.com>> (E.T.: 12.12.2012).

¹⁰⁹⁵ *Ofori v. McElroy*, 98 F.3d 694, 22.10.1996, naklen MICHAEL BLISS, «Serious Reasons», 115 ve MATTHEW ZAGOR, «Persecutor or Persecuted», 168.; ABD uygulamasında, bu hususta ayrıca, başvuranın doğrudan doğruya belirlenen suçlara karışmış olduğunun kesin olarak belirlenmesine gerek bulunmadığı, hatta bu yönde gerekçeye dayanan şüphenin yenilmesine veya hatta ağırlıklı delil ölçütünün (*preponderance of evidence*) kullanılmasına gerek olmadığı belirtilmiştir: *McMullen v. INS*, 599. Ağırlıklı delil ölçütü, Anglo-Amerikan hukukunda “*medeni muhakemede ispatta iki tarafın ortaya koyduğu delil araçlarından hangi tarafın daha fazla ikna edici ise, o tarafın lehine karar verilmesini öngören bir ölçüttür*”: ağırlıklı delil ölçütünün alıntılanan tanımı ve teriminin *preponderance of evidence*'in karşılığı olarak kullanımı için bkz. METİN FEYZİOĞLU, *Vicdani Kanaat*, 98. *Preponderance of evidence* standardı, *balance of probabilities* (olasılıklar dengesi/ağırlıklı delil) standardı ile eş anlamlı olarak kullanılmaktadır. Bu standart, gerçekleşme ihtimâli gerçekleşmeme ihtimâlinde daha fazla olanı tespit etmektedir (*more likely than not*): karışl. *Miller v. Minister of Pensions* [1947] 2 All ER 372 (ABD); *House of Lords in Re B (A Child)* [2008] UKHL 35 (Birleşik Krallık). Her iki dava için bkz. <<http://international.westlaw.com>> (E.T.: 10.12.2012).

¹⁰⁹⁶ Gerekçeye dayanan şüphenin yenilmesi (*beyond (a) reasonable doubt*) standardının Kıta Avrupasında vicdani kanaat ölçütü ile eş anlamlı olduğu yönünde bkz. METİN FEYZİOĞLU, *Vicdani Kanaat*, 67, 107, 124. Bu hususta ayrıntılı bir karşılaştırma için ayrıca bkz. CHRISTOPH ENGEL, «Preponderance of the Evidence Versus Intime Conviction: A Behavioral Perspective on a Conflict between American and Continental European Law», *Vermont Law Review* 33 (2009): 435–467.

¹⁰⁹⁷ MICHAEL BLISS, «Serious Reasons», 116. Bu noktada belirtmek gerekir ki, hükmün cezâi bir yaptırımı gerektirebilecek eylemlerinden dolayı bazı bireyleri koruma kapsamı dışında bırakan “ağır” görünümü, “ciddi sebepler” standardının yorumlanmasında cezâ hukuku standartlarından yardım alınması ihtiyacını doğurabilir. Her ne kadar, statü belirleme işlemleri taraf devletler yetkisinde olan ve idari nitelik taşıyan tasarruflar olsa da, IF hükmünün aşırı derecede ağır sonuçlara yol açabilecek olmasından dolayı, standardın cezâ hukuku ile temas hâlinde olacak şekilde yorumlanması kaçınılmaz olmaktadır.

¹⁰⁹⁸ METİN FEYZİOĞLU, *Vicdani Kanaat*, 98.

¹⁰⁹⁹ Nitekim aynı yöndeki tavsiye, birçok akademisyenin katılımıyla *Ann Arbor/Michigan*'da çok yakın bir tarihte gerçekleştirilen “*Challenges in Refugee Law*” başlıklı Kolokyumun sonucunda oluşturulan Rehber'de de zikredilmiştir: Sixth Colloquium on Challenges in Refugee Law, held at Ann Arbor, Michigan, USA, on March 22 – 24, 2013, para. 13; <<http://www.mjilonline.org/wordpress/wp->

gerekçeye dayanan şüphenin yenilmesi (veya Kara Avrupası (cezâ) hukukundaki karşılığı olan vicdani kanaate ulaşılması) ölçütünden daha düşük ancak olası neden, ağırlıklı delil (olasılıklar dengesi) gibi standartlardan ise daha yüksek bir eşik öngörmektedir¹¹⁰⁰. Nitekim “açık ve ikna edici ispat” ölçütünün Kanada Federal Mahkemesi tarafından kullanıldığı *Cardenas v. Canada*¹¹⁰¹ davasına ilişkin kararda, menşe ülkesinde haklı nedenlerle zulüm korkusu yaşayan bireye 1F hükmünün uygulanmasının ağır sonuçları olacağından hareketle, karar merciinin statü dışında bırakma kararını verirken basit bir şüpheyne ya da spekülasyona değil de açık ve ikna edici delillere dayanması gerektiği vurgulanmıştır¹¹⁰². Her ne kadar belirtilen ölçüt, kökenini Anglo-Amerikan hukukundan almış olsa da Kıta Avrupası ülkelerinde de mülteci statüsünün belirlenmesi hususunda uygulama alanı bulmaktadır. Örneğin Alman sığınma hukukunda belirttiğimiz standardın uygulandığı görülmektedir¹¹⁰³.

2. Dengeleme (*Balancing*)

1951 Sözleşmesi’nin 1F hükmünün değerlendirilmesinde, üzerinde durulması gereken bir husus da “dengeleme (*balancing*)”dır. Dengelemeden kast edilen, bireyin işlediğine kanaat getirilen suçun ciddiyetine/ağırlığına bağlı olarak oluşan “suçlu karakteri” ile korunma ihtiyacı arasında bir ağırlık karşılaştırması (testi) yapılmasıdır. Bu değerlendirme sonucunda, bireyin korunma ihtiyacının ağır basması hâlinde, statüsü (gerekli diğer şartları taşımakta olması kaydıyla) tanınabilecektir. El Kitabı bu hususta

content/uploads/2013/08/The-Michigan-Guidelines-on-the-Exclusion-of-International-Criminals.pdf.> (E.T.: 08.10.2013).

¹¹⁰⁰ Ciddi sebepler standardının en azından ağırlıklı delil (*balance of probabilities*-olasılıklar dengesi) standardından daha yüksek bir eşiğe sahip olması gerektiği yönünde bkz. MICHAEL BLISS, «Serious Reasons», 116. Açık ve ikna edici ispat standardının, gerekçeye dayanan şüphenin yenilmesi (*beyond a reasonable doubt*) ile ağırlıklı delil (*balance of probabilities*-olasılıklar dengesi) ölçütlerinin arasında yer alması hususunda bkz. CHRISTOPH ENGEL, «Preponderance of the Evidence», 435.

¹¹⁰¹ *Hernandez Cardenas v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration)*, 2010 FC 820, 192 A.C.W.S. (3d) 258, 11.08.2010, <<http://international.westlaw.com>> (E.T.: 12.12.2012).

¹¹⁰² MICHAEL BLISS, «Serious Reasons», 116, dn. 102.

¹¹⁰³ Alman Federal İdare Mahkemesi, bu ölçütü “açık ve inandırıcı delil (*clear and credible evidence*)” standardı olarak ifade etmektedir: örneğin bkz. German Federal Administrative Court, BVerwG 10 C 2.10, 31.03.2011, para. 26. Kararın İngilizce metni için bkz. <http://www.bverwg.de/informationen/english/decisions/10_c_2_10.php> (E.T.: 10.10.2013).

gözetilmesi gerekenin, işlenmiş olduğuna kanaat getirilen suçun niteliği ile zulüm korkusu arasında bir dengenin sağlanması olduğunu belirtmektedir. Ancak gerek El Kitabı'nda gerek uygulama ve doktrinde ağırlıklı olarak söz konusu dengenin sadece 1F(b) hükmü için gözetilmesi gerektiği, 1F hükmünde sayılan diğer suçlar açısından böyle bir ağırlık testinin yapılmasına gerek olmadığı kabul edilmektedir¹¹⁰⁴.

Gerçekten de, 1F(a) ve (c) hükmüne giren suçlar o kadar ağırdır ki¹¹⁰⁵; bir kez işlendikleri yönünde kanaate ulaşıldığında, bireyin mülteci statüsünün tanınması hiç bir şekilde mümkün olmamalıdır¹¹⁰⁶. Bununla birlikte, 1F(b) hükmünde, düzenlemede sayılan diğer suçlardan farklı olarak “ciddi (ağır) ve siyasî olmayan” bir suç işlediğine kanaat getirilmesi yönünde ciddi sebepler bulunan bireyler korumanın haricinde tutulmuştur¹¹⁰⁷. Bu bağlamda, 1F(b) hükmünün zaten kendi içerisinde bir dengeleme testini ihtivâ ettiğinden söz edilebilecektir. Zira bu noktada, bireyin işlediği varsayılan siyasî olmayan suçun ilgili kişinin statü dışında bırakılmasını gerektirecek kadar ciddi

¹¹⁰⁴ GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 165; *Gonzales v. Minister of Employment and Immigration* davasında, Yargıç Mahoney şu ifâdelere yer vermiştir: “başvuran, esasa yönelik değerlendirmelerin önemine işaret etmiş ve ülkesine gönderildiğinde karşılaşıcağı zulmün niteliği ile dışarıda bırakma hükmü ile ilişkilendirilen eylemlerinin ağırlığı arasında bir denge gözetilmesi gerektiğini belirtmiştir. Kanunun hiç bir yerinde, potansiyel zulüm ile 1F(a) hükmüne giren bir suçun ağırlığının karşılaştırılması öngörülmemiştir. 1F(a) hükmü, mülteci tanımının ayrılmaz bir parçasıdır. Başvuranın (mültecilik) iddiasını destekleyen sebepler ne olursa olsun, dışarıda bırakma hükümleri uygulama alanı bulmakta ise, başvuran hiç bir şekilde Sözleşme mülteci olarak tanınamaz”: *Gonzales v. Minister of Employment and Immigration* (Kanada); ayrıca bkz. New Zealand RSAA, *Refugee Appeal No. 74796* (Yeni Zelanda). BMMYK da dengelemenin sadece 1F(b) hükmü için geçerli olduğunu belirterek, 1F(a) ve 1F(c) hükümlerini dengeleme faaliyetinin kapsamı dışında bırakmıştır: UNHCR, «Note on the Exclusion Clauses», 1997, para. 18, <<http://www.unhcr.org/3ae68cf68.html>> (E.T.: 12.12.2012).

¹¹⁰⁵ Bu husustaki açıklamalarımız için bkz. aşa. §6.II.B.1. ve 2.

¹¹⁰⁶ Bu hususta Bliss farklı bir görüş savunmaktadır. Bliss’e göre, 1F(a) ve (c) hükümlerinin uygulanması sırasında da dengeleme faaliyetine başvurulmalıdır. Yazar bu husustaki kanaatini iki sebebe dayandırmaktadır: “(1) her ne kadar 1F maddesinin (a) ve (c) fıkralarında yer alan suçlar çok ağır suçlar olarak nitelense de, dışarıda bırakma hükümleri için genel olarak uygulanması gereken kural, tüm vakıaların ve ilgili hususların karar verilmeden önce değerlendirilmesidir. (2) 1F maddesinin (a) ve (c) fıkralarında belirtilen suçların kapsamı günümüzde oldukça geniş bir hâl almıştır. Örneğin, UCM Statüsü, yağmayı dahi bir savaş suçu olarak kabul etmektedir. Bu sebeplerle, uygulamada, uluslararası insan haklarının ön gördüğü şekilde aşırı derecede ağır bir zulme (yaşam hakkının ihlâli veya işkence gibi) maruz kalabilecek bireyler açısından dengeleme faaliyeti 1F(a) ve (c) düzenlemeleri açısından da uygulanmalıdır”: MICHAEL BLISS, «Serious Reasons», 110.

¹¹⁰⁷ 1F(b) hükmüne ilişkin ayrıntılı açıklamalarımız için bkz. aşa. §6.II.B.2.

(ağır) bir suç olması gerekecektir¹¹⁰⁸. Oysa hükmün (a) ve (c) bentlerinde sayılan suçların belirli bir ciddiyet seviyesinde olup olmadıkları ayrıca bir değerlendirmeye tâbi kılınmamıştır. Bu suçlar zaten, uluslararası belgelerce ciddiyeti teyit edilmiş olan suçlardandır.

Bu noktada, 1F(a) ve 1F(c) hükümlerinde belirtilen suçları işlediğine kanaat getirilen bireylerin statü dışında bırakılmasının, aşırı derecede ağır sonuçlara (yaşam hakkı veya işkence yasağının ihlâl edilmesi gibi) yol açabileceği gerekçesiyle, bu suçlar açısından dengeleme faaliyetinin yapılmamasının Sözleşme'nin insancıl amacıyla bağdaşmayacağı iddia edilebilir¹¹⁰⁹. Oysa kanımızca, bu bireyler açısından dengeleme faaliyetinin gerçekleştirilmesi hususu statü belirleme ile değil, bireyin menşe ülkesine geri gönderilmesi (*non refoulement*) ile ilişkilendirilebilecek bir konudur. Söz konusu ağır ihlâllere maruz kalabileceği yönünde gerçek bir risk söz konusu olan bireyler, 1F hükmünün kapsamına girseler dahi, uluslararası insan hakları hukukunun mutlak koruma çerçevesi içerisinde kalabileceklerinden, bu ihlâllerle karşılaşabilecekleri yerlere geri gönderilmemelidirler¹¹¹⁰. Ancak bu durum, bahsi geçen bireylerin mülteci statülerinin tanınabileceği anlamına da gelmemelidir. Mülteci statüsünün tanınması, mültecilik hâlinde olan bireylerin bu durumlarının *de jure* tespiti anlamına gelmektedir. Sözleşme, mültecilik hâlinin tanınmasını insancıl bir çerçevede ele almaktadır. Özellikle Sözleşme'nin 1F(a) ve (c) hükümleri kapsamına giren bireyler ise uluslararası cezâ hukuku açısından ağırlığı tartışma götürmeyen suçları işlediklerine dair ciddi sebeplere dayanan bir kanaat getirilen bireylerdir. Bir başka ifâdeyle bu bireyler, başka kişilerin mültecilik hâline girmesine sebebiyet verebilecek fiillerin faileri olabilecek hâle gelmişlerdir¹¹¹¹. Bu bağlamda, eylemleri zulüm boyutuna varacak kadar ağır olduğu yönünde ciddi sebeplere dayanan bir kanaat tesis edilen kişilerin Sözleşmenin kapsamı

¹¹⁰⁸ GEOFF GILBERT, «Current Issues», 453.

¹¹⁰⁹ Nitekim *Bliss* bu görüşü savunmaktadır: bkz. yuk. dn. 1106.

¹¹¹⁰ Bu hususta bkz. yuk. §2.II.D.2.

¹¹¹¹ JAMES C. HATHAWAY, *Refugee Status*, 214; VANESSA BETTINSON, «Loss and Denial of Refugee Status», içinde *An Introduction to International Refugee Law*, ed. Rafiqul Islam ve Jahid Hossain Bhuiyan (Leiden-Boston, 2013), 73.

dışında bırakılması olağan karşılanmalı; bu bireylerin statü değerlendirmesi yapılırken sebebiyet verdikleri zulüm ile maruz kalabilecekleri zulüm ihtimâlleri arasında herhangi bir dengeleme faaliyetine girişilmemelidir. Bu sebeple dengeleme faaliyetinin, 1F (a) ve (c) hükümlerinde sayılan suçlar için değil, sadece 1F(b) hükmünde belirtilen “siyasî olmayan ciddi (ağır)” suçlar açısından geçerli olabileceği görüşüne katılmaktayız.

B. Korunmaya Lââyık Bulunmama Halleri

1. Barış ve Güvenliğe Karşı Suçlar Açısından¹¹¹²(md. 1F(a))

Barış ve güvenliğe karşı olan suçlar, ciddiyet seviyesi çok yüksek olan suçlardır. Hatta *Hathaway* bu suçların, ciddiyetlerinin değerlendirilmesiyle nitelendirilebileceğini belirtmektedir¹¹¹³. Uluslararası Hukuk Komisyonu (UHK) da bu suçları, insanlığı temelden etkileyen suçlar olarak tanımlayarak, ciddiyeti temel bir belirteç olarak değerlendirmiştir. UHK’nin İnsanlığın Barışı ve Güvenliğine Karşı Suçlara İlişkin Taslak Kurallarında (UHK Taslak Kuralları)¹¹¹⁴, suçun ciddiyetinin, suça sebep olan eylemin niteliğinden (vahşi, canavarca, barbar bir eylem olmasından) veya bu eylemin sonuçlarının ulaştığı seviyeden (geniş bir alana yayılması, halkların, etnik grupların vs. etkilenmesi) ya da zulmedenin saikinden (soykırımda olduğu gibi) yahut da bu unsurların birçoğunun değerlendirilmesinden anlaşılabileceği belirtilmektedir¹¹¹⁵.

1951 Sözleşmesi’nde bu kategoriye giren suçlar, barışa karşı suç, savaş suçu ve insanlığa karşı suç olarak belirlenmiştir (1951 Sözleşmesi md. 1F(a)). Sözleşmenin hazırlık çalışmaları sırasında, henüz 1F(a) maddesi şekillenmeden, özellikle savaş suçlarına yoğunlaşıldığı ve tartışmaların bu ekseninde gerçekleştirildiği anlaşılmaktadır.

¹¹¹² Sözleşme’nin 1(F) (a) maddesinde zikredilen suçların “barış ve güvenliğe karşı suçlar” başlığı altında incelenmesi yönünde bkz. JAMES C. HATHAWAY, *Refugee Status*, 215.

¹¹¹³ Ibid., 220.

¹¹¹⁴ Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun İnsanlığın Barışı ve Güvenliğine Karşı Suçlara İlişkin Taslak Kuralları (*Draft code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind*), Report of International Law Commission on the Work of Its 48th Session, 6.05-26.07 1996, UN Doc. A/51/10, <http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/7_4_1996.pdf> (E.T.: 12.12.2012).

¹¹¹⁵ Ibid., md. 1.

Savaş suçlularının Sözleşme'nin kişi yönünden kapsamı dışında bırakılması hususundaki tartışmalarda sık sık İHEB'in 14(2). maddesine ve Uluslararası Savaş Mahkemesi (UCM) Londra Şartı'nın (Londra Şartı/Nürnberg Şartı) 6. maddesine¹¹¹⁶ göndermeler yapılmıştır¹¹¹⁷. Görüşmeler sırasında ABD temsilcileri, savaş suçlularının mülteci olarak değerlendirilmesinin devletlerin takdirine bırakılması eğiliminde olmuştur¹¹¹⁸. Ancak temsilcilerin çoğu devletlere savaş suçlularının da mülteci olarak değerlendirilmesi yönünde bir takdir hakkının verilmesinin mülteci statüsünün bütünlüğüne aykırılık teşkil edeceğini savunmuşlardır¹¹¹⁹. Bu görüşler çerçevesinde, sadece savaş suçlarının değil, barışa karşı ve insanlığa karşı olan suçların da statü dışında bırakma hâlleri ile ilişkilendirilmesine karar verilmiştir.

¹¹¹⁶ 1945 tarihli Londra Şartı'nın 6. maddesinde barışa karşı suçlar, savaş suçları ve insanlığa karşı işlenen suçlar, Divân'ın yetki alanına giren ve bireysel sorumluluk doğuran suçlar olarak tanımlanmıştır.

¹¹¹⁷ UN Doc. E/AC.32/L.3, 17.06.1950, 3 ve UN Doc. E/AC.32/L.6, 23.01.1950 naklen GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 163.1F hükmünün 1950 tarihli Ekonomik ve Sosyal Konseyin önüne gelen taslağında hem Londra Şartı'na hem İHEB'in 14(2). maddesine göndermeler yapılmıştır. Hükmün düzenlenmesi sırasında bu düzenlemelere gönderme yapılmasının temel sebeplerinden biri de Sözleşme'nin 1F maddesine benzer bir hüküm ihtiva eden Birleşmiş Milletler Tüzüğü'nün 7(d) düzenlemesinde doğrudan doğruya Londra Şartı ve İHEB'in 14(2). maddesine atıf yapılmış olmasıdır. Bununla birlikte, Sözleşme'nin hazırlık çalışmaları kapsamındaki 1951 tarihli Konferansta Almanya delegasyonu, Londra Şartı yerine 1949 tarihli Savaş Mağdurlarının Korunması Hakkında Cenevre Sözleşmelerine gönderme yapılmasının Sözleşme'nin insancıl amacını daha net bir şekilde vurgulayacağını belirtmiştir. Ancak, çalışma grubunda 1F(a) hükmünün bugünkü şekli, herhangi bir düzenlemeye gönderme olmaksızın, 20'ye 1 oyla kabul edilmiştir: Conference on Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons: UN Doc. A/CONF.2/SR.19, 26; UN Doc. A/CONF.2/76; UN Docs. A/CONF.2/SR.29, 9; A/CONF.2/92, anılan bilgilerin alıntılındığı kaynak için bkz. Ibid., 164.

¹¹¹⁸ ABD delegesinin bu husustaki önerisi şu şekilde olmuştur: “Yüksek Taraf Devletler, bu Sözleşme'nin herhangi bir kişiye uygulanması hususunda bir yükümlülüğe sahip değildir”. Böylece amaçlanan, savaş suçlularının mülteci sayılıp sayılmayacağı konusunun devletlerin takdirine bırakılması olmalıdır: Ad Hoc Committee on Statelessness and Related Problems, First Session: Summary Record of the Seventeenth Meeting Held at Lake Success, New York on Tuesday, 31 January 1950, at 11 a.m., Statements of Mr. Henkins, para. 37, <www.unhcr.org/3ae68c1810.html> (E.T.: 12.12.2012); ayrıca bkz. JAMES C. HATHAWAY, *Refugee Status*, 215 ve dn. 163.

¹¹¹⁹ JAMES C. HATHAWAY, *Refugee Status*, 216. Hazırlık Çalışmaları sırasında, İsrail temsilcisi, ABD temsilcisinin önerdiği hususun, etik çerçevede soru işaretleri yaratabileceği yönünde bir görüş sergilemiştir. Temsilciye göre, Bir Taraf Devlet, savaş suçlusunu koruma kapsamına aldığı Söleşmeden kaynaklanan sorumluluklarının ötesine gitmiş olacaktır. Hukuken bunu engelleyen bir husus olmasa da, istenmeyen bireylere özel bir takım hakların sağlanması durumunda, bu korumayı sağlayan devlet, Söleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerine sıkı sıkıya bağlılık gösteren diğer devletler karşısında olumsuz bir konumda bulunacaktır: Ad Hoc Committee on Statelessness and Related Problems, First Session: Summary Record of the Seventeenth Meeting Held at Lake Success, New York on Tuesday, 31 January 1950, at 11 a.m., Statements of Mr. Robinson, para. 38, <www.unhcr.org/3ae68c1810.html> (E.T.: 10.12.2012).

Böylece, statü kapsamı dışında bırakılmaya sebep olan, *inter alia*, üç tür suç ortaya çıkmış bulunmaktadır. Bunlardan barışa karşı suçlar genel olarak, haksız bir savaşın hazırlığı içerisinde olmak veya bu savaşın vuku bulmasına katkıda bulunmak; savaş suçları, savaş hukukunun ihlâl edilmesi (örneğin, savaş sırasında sivillerin veya savaş esirlerinin hukuk dışı davranışlara maruz bırakılması gibi); insanlığa karşı suçlar ise siyasî, ırksal ya da dinsel bir ayrımcılığa dayanan insanlık dışı davranışlar olarak açıklanmaktadır¹¹²⁰.

a. Barış ve Güvenliğe Karşı Suçların Belirlenmesinde Faydalanılacak

Kaynaklar

Her ne kadar 1F(a) maddesinde, barış ve güvenliğe karşı suçların içeriklerinin belirlenmesi noktasında belirli düzenlemelere açıkça gönderme yapılmasa da, genel olarak “uluslararası belgelerde düzenlenen suçlar” gibi yönlendirici bir ifade kullanıldığı için, bu hükme giren suçların belirginleştirilmesinde doğrudan doğruya uluslararası düzenlemelerden faydalanılmaktadır. Bu düzenlemeler arasında, 1948 tarihli Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi, 1949 tarihli Savaş Mağdurlarının Korunması Hakkında Cenevre Sözleşmeleri (ve 1977 tarihli iki Ek Protokolü), Eski Yugoslavya ve Ruanda Uluslararası Cezâ Mahkemesi Tüzükleri, Londra Şartı ile 1998 tarihli olup 2002 yılında yürürlüğe giren Uluslararası Cezâ Mahkemesi Tüzüğü (Roma Tüzüğü) bulunmaktadır¹¹²¹.

¹¹²⁰ JAMES C. HATHAWAY, *Refugee Status*, 217.

¹¹²¹ THE UN REFUGEE AGENCY, *Guidelines (Art. 1F)*, 4, para. 10. El Kitabının VI No’lu Ek’inde de Sözleşme’nin 1F(a) hükmünün değerlendirilmesine ilişkin olan uluslararası belgeler sayılmıştır. Ancak, bu belgeler tahdidi nitelikte değildir. Bu belgeler şunlardır: (1) Londra Şartı ve Uluslararası Cezâ Mahkemesi Şartı (*The London Agreement of 8 August 1945 and Charter of the International Military Tribunal*) (2) 20 Aralık 1945 tarihli Savaş Suçlarının Cezalandırılmasına, Barışa Karşı Suçlara ve İnsanlığa Karşı Suçların Cezalandırılmasına İlişkin Alman Denetim Konseyi 10 Numaralı Kanunu (*Law No.10 of the Control Council for Germany of 20 December 1945 for the Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes Against Peace and Crimes Against Humanity*) (3) Savaş suçları ve insanlığa karşı suçları 8 Ağustos 1945 tarihli UCM Şartı’ndaki şekilde teyit eden 13 Şubat 1945 tarihli ve 3(1) sayılı ve 11 Aralık 1946 tarihli ve 95(1) sayılı Birleşmiş Milletler Genel Kurul Kararları (*United Nations General Assembly Resolution 3(1) of 13 February 1946 and 95(1) of 11 December 1946 which confirm war crimes against humanity as they are defined in the Charter of the International Military Tribunal of 8 August 1945*) (4) Soykırım Suçunun Önlenmesine ve Cezalandırılmasına İlişkin 1948 tarihli Konvansiyon, madde III (yürürlüğe giriş tarihi

1F(a) hükmünde, uluslararası antlaşmalara veya sözleşmelere değil de “belgelere (instruments)” gönderme yapılmış olması, ilgili hükümdeki suçların belirlenmesinde kullanılan kaynakların geniş bir çerçevede ele alınmasına da sebebiyet vermektedir¹¹²². Böylece, uygulamada, mahkeme kararları¹¹²³ ve/veya yazılı hâle getirilmiş teamül hukuku kuralları yada yol gösterici düzenlemeler de 1F maddesinin (a) fıkrasında zikredilen suçların kapsamlarının belirlenmesinde yararlanılan kaynaklar arasında bulunmaktadır¹¹²⁴.

b. Bireysel Sorumluluk Hususu

Barış ve güvenliğe karşı suçların genel değerlendirmesinde ele alınması gereken önemli bir husus da bireysel sorumluluğa ilişkindir. Acaba Sözleşme’nin 1F(a) hükmünde

12.01.1951) (*Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide of 1948 (Article III) (entered in to force 12 January 1951)*) (5) Savaş Suçları ve İnsanlığa Karşı Suçlarda Zaman Aşımının Uygulanmamasına İlişkin 1968 tarihli Sözleşme (yürürlüğe giriş tarihî 11 11. 1970) (*Convention of the Non-Applicability of Statutory Limitations of War Crimes and Crimes Against Humanity of 1968 (entered into force 11 November 1970)*) (6) 12 Ağustos 1949 tarihli Savaş Mağdurlarının Korunması Hakkında Cenevre Sözleşmeleri (Yaralı ve Hastaların Korunmasına İlişkin Sözleşme, madde 50; Yaralı Hasta ve Deniz kazazedelerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme, madde 51; Harp Esirlerine Yapılacak Muameleye İlişkin Sözleşme, madde 130; Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin Sözleşme, madde 147) (*Geneva conventions for the protection of victims of war of August 12 1949 (Convention for the protection of the wounded, and sick, aticle 50; Convention for the protection of wounded, sick and shipwrecked, Article 51; Convention relative to the treatment of prisoners of war, Article 130; Convention relative to the protection of civilian persons, Article 147)*) (7) 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek Uluslararası Silahlı Çatışma Mağdurlarının Korunmasına İlişkin Protokol, madde 85 (*Additional Protocol to the Geneva conventions of 12 August 1949 Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Article 85 on the repression of breaches of this Protocol)*).

¹¹²² Bu husus *Rikhof* tarafından tartışılmıştır: Bkz. JOSEPH RIKHOF, «War Crimes, Crimes Against Humanity and Immigration Law», *Immigration Law Reporter (2nd Ed.)* 19 (1995): 53; naklen, MATTHEW ZAGOR, «Persecutor or Persecuted», 170; ayrıca bkz. NANCY WEISMAN, «Article 1F(a) of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees in Canadian Law», *International Journal of Refugee Law* 8, sayı 1–2 (1996): 112, 113.

¹¹²³ *Zagor* uygulamada özellikle Avustralya tarafından, *ad hoc* savaş suçları mahkemelerinin kararlarının da kaynak olarak kullanıldığını aktarmaktadır. *Zagor*’un Avustralya uygulamasına verdiği bir örnek için bkz. N96/1441 and Minister for Immigration and Multicultural Affairs AAT No 12977[1998] AATA 619 (11.06.1998) naklen, MATTHEW ZAGOR, «Persecutor or Persecuted», 170, dn.30.

¹¹²⁴ Özellikle, UHK’nin Taslak Kurallarının, Kanada, Avustralya ve Yeni Zelanda tarafından sıklıkla kaynak olarak kullanıldığı aktarılmaktadır: Ibid., 170; BMMYK da bu düzenlemeyi ilgili hususta hukukî bir kaynak olarak nitelendirmektedir: UNHCR Executive Committee Note on the Exclusion Clauses, UN Doc. EC/47/SC/CRP.29, para.9; sözü geçen düzenlemenin 1F(a) hükmünün yorumlanmasında kaynak olarak kullanılması hususunda ayrıca bkz. JAMES C. HATHAWAY, *Refugee Status*, 217; MATTHEW ZAGOR, «Persecutor or Persecuted», 170; NANCY WEISMAN, «Article 1F(a)», 112, 113.

yer alan ve oldukça ağır nitelik taşıyan bu suçlardan bireylerin sorumlu tutulması uygun mudur?

Uluslararası hukukta genel kural olarak devlet görevlilerinin davranışlarından kaynaklanan sorumluluk bir bütün olarak ilgili devlete yüklenmektedir¹¹²⁵. Zira uluslararası hukuk, ilke olarak, özel hukuk kişilerinin gerek hukuksal statüsü gerekse ilişkilerini kapsamı içerisine almamaktadır¹¹²⁶. Ancak bu durumun en önemli istisnasını uluslararası suçlar oluşturmaktadır¹¹²⁷. Uluslararası suçlar, genel olarak, uluslararası toplumun huzur ve düzenini bozduğu için uluslararası toplumu bir bütün olarak mağdur ettiği düşünülen fiiller şeklinde tanımlanmaktadır¹¹²⁸. Bu suçların uluslararası hukukta cezâ sorumluluğunu doğurabilmeleri için uluslararası normlar tarafından tanımlanmaları gerekmektedir. Bir başka ifâde ile bir eylemin veya kişisel tutumun uluslararası suç teşkil edebilmesi için uluslararası hukuku ihlâl etmeleri ve bu ihlâl in de uluslararası (cezâ) hukuk(u) tarafından “suç” olarak belirlenmesi gerekmektedir. Bu suçlar arasında, barışa karşı suç teşkil eden saldırı suçu, savaş hukuku kurallarının ağır ihlâli niteliğindeki savaş suçları, herhangi bir sivil topluluğu hedef alan insanlığa karşı suçlar ile belirli bir sivil topluluğu yok etmeye yönelik soykırım gibi suçlar yer almaktadır¹¹²⁹. Görüldüğü gibi adı geçen suçlar, 1951 Sözleşmesi’nin 1F(a) hükmünde sayılan suçlar ile benzeşmektedir. Bu suçları işleyen kişilerin, suçları işlerken devlet adına veya görevleri sebebiyle hareket ettikleri yönündeki savunmaları kişisel cezâ sorumluluklarını ortadan kaldırmamaktadır¹¹³⁰. Benzer şekilde, yetkili üstlerin veya amirlerinin emri

¹¹²⁵ YASİN ASLAN, «Uluslararası Ceza Divânı ve Kişisel Cezâ Sorumluluğu», *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* sayı 73 (2007): 239.

¹¹²⁶ HÜSEYİN PAZARCI, *Uluslararası Hukuk*, 203.

¹¹²⁷ YASİN ASLAN, «Uluslararası Ceza Divanı», 239; HÜSEYİN PAZARCI, *Uluslararası Hukuk*, 203.

¹¹²⁸ Tanım için bkz. DURMUŞ TEZCAN, MUSTAFA RUHAN ERDEM, ve MURAT ÖNOK, *Uluslararası Ceza Hukuku*, 40; CENGİZ BAŞAK, *Uluslararası Cezâ Mahkemeleri ve Uluslararası Suçlar* (Ankara, 2003), 2; DURMUŞ TEZCAN, «Uluslararası Suçlar ve Uluslararası Cezâ Divânı», *Hukuk Kurultayı 2000 1* (2000): 271.

¹¹²⁹ YASİN ASLAN, «Uluslararası Ceza Divanı», 240; SULHİ DÖNMEZER ve SAHİR ERMAN, *Nazari ve Tatbiki Cezâ Hukuku* (İstanbul, 1994), 544.

¹¹³⁰ GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 168 vd.; YASİN ASLAN, «Uluslararası Ceza Divanı», 240.

doğrultusunda hareket ettikleri yönündeki savunmaları da kişisel sorumluluklarına halel getirmemektedir¹¹³¹. Bu sebeple, her ne kadar, Sözleşme'nin mülteci statüsüne lâyık olmama hallerini düzenleyen 1F(a) maddesinin uygulanması bir yargı kararı neticesinde gerçekleştirilemese de, bireylerin sözü edilen suçları işlemiş oldukları kanaatiyle ve bu suçlardan sorumlu kılınma şüphesiyle, statü kapsamı dışında bırakılmaları, uluslararası hukuka ve uluslararası cezâ hukukuna aykırılık teşkil etmemektedir. Sözleşme'nin 1F maddesinin içeriği gereği, cezâ hukuku ile yakın ilişkili olması sebebiyle cezâ hukukunda bireysel sorumluluğun belirlenmesi için aranan kriterlerin ilgili hükmün değerlendirilmesinde de kullanılmasının gereklilik arz ettiği belirtilmelidir. Şu hâlde mülteci statüsü dışında bırakılma açısından da Sözleşme'nin 1F(a) maddesi kapsamındaki suçlar değerlendirilirken, bireylerin kişisel sorumlulukları anılan çerçevede ele alınmalıdır.

Kişilerin bireysel olarak belirtilen suçlardan sorumlu kılınması uluslararası hukuka ve uluslararası cezâ hukukuna aykırılık teşkil etmemekle birlikte, bu sorumluluğun hangi seviyede doğacağı önemli bir husustur. Bireyin, mülteci statüsü dışında bırakmaya sebebiyet verebilecek bir suçu işlemiş olduğu şüphesinden doğan sorumluluk, bu suçun işlenmesine katkıda bulunanları da kapsayacak mıdır? Bir başka deyişle, suçun işlenilmesine teşvik etmek veya herhangi bir şekilde (dolaylı olarak) katkıda bulunmak da bireysel sorumluluğu doğurmalı mıdır? Bu soruya genel olarak bir cevap verebilmek için öncelikle uluslararası cezâ hukukunda bu hususun nasıl değerlendirildiğini belirlemek gerekir. Çünkü 1F(a) maddesinde sayılan suçlar aynı zamanda da uluslararası cezâ hukukunun konusuna giren “uluslararası suçlar” niteliğini hâizdir. Uluslararası cezâ hukukunda, ulusal cezâ hukukundan farklı olarak, asıl sorumlunun suç tipinin maddi unsurlarını bizzat gerçekleştiren fail değil, bu eylemlerin gerçekleşmesine yol açan, üst düzey idareci ve komutanlar olduğu görülmektedir. Böylece, ulusal hukuka göre yardım eden sayılan kişiler uluslararası cezâ hukuku açısından asli fail olarak

¹¹³¹ Ibid; SULHİ DÖNMEZER ve SAHİR ERMAN, *Ceza Hukuku*, 544.

nitelendirilebilmektedir¹¹³². Buna ek olarak, suçun işlenmesine yardım etme durumunda da bireysel sorumluluk doğabilmektedir. Yardım edebilmenin bireysel sorumluluğu doğurabilmesi için iki temel şart aranmaktadır: (1) *belirli bir suçun işlenmesini kolaylaştırmaya ya da teşvik etmeye veya işlenmesine manevi destek vermeye yönelik bir eylem bulunmalıdır*; (2) *bu katkı suçun işlenmesine önemli ölçüde tesir etmelidir*”¹¹³³.

Bu bağlamda, iltica talebinin değerlendirilmesi aşamasında 1F(a) hükmünün uygulanmasında da suçun gerçekleşmesine yönelik önemli bir etkisi olan bireylerin fiilleri bireysel sorumluluğu doğurabilir. Nitekim uygulama incelendiğinde, suçun işlenmesine katkı sağlamanın da sorumluluk kapsamında ele alındığı görülmektedir. Örneğin Kanada uygulaması bu yönde olmakla birlikte, sorumluluğun doğması için gereken katkının seviyesi bazı belirteçlere göre tespit edilmektedir. Bu bağlamda; bireysel ve bilinçli bir katkı, işbirliği, ortak bir amacın paylaşılması gibi şartlar gerçekleşmiş ise bireyin suçun gerçekleşmesine sağladığı katkının onun bireysel sorumluluğunu doğurduğuna hükmedilebilmektedir¹¹³⁴. Benzer şekilde, AB Vasıf Yönergesi’nin 12 (3). maddesinde, suça teşvik eden veya suça katkıda bulunan bireylerin de mülteci statüsüne lâayık olmama hükümlerine tâbi kılınacağı belirtilmiştir. Ancak BMMYK, bu husustaki görüşünde, Vasıf Yönergesi’nin 12(3) hükmünün Yönerge’den çıkarılmasını; zira bu hükmün suç işleme saikine sahip olmayan ve uluslararası cezâ hukuku kapsamında bireysel olarak sorumlu kılınamayacak olan bireylerin de statü dışında bırakılmasına neden olabileceğini belirtmektedir¹¹³⁵.

¹¹³²DURMUŞ TEZCAN, MUSTAFA RUHAN ERDEM, ve MURAT ÖNOK, *Uluslararası Ceza Hukuku*, 492 vd.; ayrıca bkz. UHK’nin 1996 tarihli Taslak Kuralları, md. 2/3-d.

¹¹³³DURMUŞ TEZCAN, MUSTAFA RUHAN ERDEM, ve MURAT ÖNOK, *Uluslararası Ceza Hukuku*, 493.

¹¹³⁴ *Valere v. Minister of Citizenship and Immigration* [2005] FC 524, para.21; *Zazai v. Minister of Citizenship and Immigration* [2004] FC 1356, paras. 27-28; *Penate v. Minister of Employment and Immigration* [1994] 2 FC 79, 88-89; davaların örnek olarak verildiği kaynak için bkz. GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 170, dn. 178.

¹¹³⁵ UN HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES, *UNHCR’s Comment on Qualification Directive (recast)*, 12.

c. Barış ve Güvenliğe Karşı Suçların Kapsamı

aa. Barışa Karşı Suçlar

BMMYK'nın Dışarıda Bırakma Hükümlerinin Uygulanma Rehberi, barışa karşı suçun içeriğinin belirlenmesi noktasında Londra Şartı'na gönderme yaparak, bu suçun “*bir saldırı savaşının (war of aggression) ya da uluslararası antlaşmaları, sözleşmeleri ya da güvenceleri ihlâl eden bir savaşın planlanması, hazırlanması, başlatılması ya da ilân edilmesini veya bunlardan birinin gerçekleştirilmesi için ortak bir plân ya da komploya katılma eylemlerini kapsadığını*”¹¹³⁶ belirtmiştir¹¹³⁷. Rehberde ayrıca bu suçun niteliğinden dolayı sadece devlet ya da devlet benzeri bir yapıyı (*state-like entity*) temsil eden yüksek kademedeki kişiler tarafından işlenebileceği vurgulanarak uygulamada bu suça bağlı olarak statü dışında bırakma hâlinin nadiren görüldüğü ifade edilmektedir¹¹³⁸.

Barışa karşı suçlar, saldırı savaşı ile ilişkilendirilmektedir. Saldırı hususundaki uluslararası sorumluluğun tanımı ise 1974 tarihli BM Genel Kurul Kararı'nda şu şekilde ifade edilmiştir: “*bir devlet tarafından silahlı kuvvetler kullanarak bir başka devletin egemenliğine, ülkesel bütünlüğüne veya siyasî bağımsızlığına hâlel getirilmesi veya Birleşmiş Milletler Şartı'na herhangi bir şekilde aykırılık teşkil eden durumlardır*”¹¹³⁹. Bu tanımdan hareketle doktrinde iki farklı görüş ortaya atılmıştır. *Gilbert*, uluslararası nitelik taşımayan silahlı çatışma durumlarında da, isyancı grupların liderlerinin bu suç kapsamında sorumluluklarının doğabileceği kanısındadır¹¹⁴⁰. Ancak *Weisman* ise ilgili BMGK Kararından, açıkça barışa karşı suçların en az iki ülke arasında cereyan eden saldırı savaşına ilişkin olduğunu ve bu durumda, iç savaşa yönelik tüm durumların suçun

¹¹³⁶ Londra Şartı, md. 6(a). İlgili düzenleme Çiçekli'nin aktarımından nakledilmiştir: BÜLENT ÇİÇEKLİ, *Mülteciler*, 67.

¹¹³⁷ THE UN REFUGEE AGENCY, *Guidelines (Art. 1F)*, 4, para. 11; UNHCR, «Note on the Exclusion Clauses», para. 9.

¹¹³⁸ THE UN REFUGEE AGENCY, *Guidelines (Art. 1F)*, 4, para. 11; ayrıca bkz. IAN BROWNLIE, *International Law and the Use of Force by States* (Oxford, 1963), 176; GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 166.

¹¹³⁹ BMGKK, S. 3314 (XXIX), 14 Aralık 1974.

¹¹⁴⁰ GEOFF GILBERT, «Current Issues», 435.

kapsamı dışında kaldığını belirtmektedir¹¹⁴¹. Nitekim UHK'nin Taslak Kuralları, hangi eylemlerin saldırı niteliği teşkil edebileceğini sıralarken, sadece iki devlet arasında gerçekleştirilen eylemlere yer vermiştir. Taslak Kuralların 15. maddesinde yer alan bu eylemler şu şekilde açıklanmıştır: *“bir devletin diğer bir devletin sınırlarına yönelik ilhakı veya silahlı güçlerle yaptığı saldırılar.... bir devletin limanlarının veya kıyılarının diğer bir devletin silahlı güçleri tarafından ablukaya alınması... bir devletin diğer bir devlete, bu devlete karşı silahlı güç kullanmak üzere, silahlı oluşumlar, gruplar, düzensiz askerler veya paralı askerler göndermesi veya bu şekilde bir eyleme katkı sağlaması”*.

Barışa karşı suçlar, mülteci statüsü dışında bırakma nedeni olarak sıklıkla kullanılmadığı için bu hususta bir örneğe rastlamak da zordur. Ancak barışa karşı suçun oluşabilmesindeki temel eylem olan saldırı savaşının uluslararası düzenlemelerdeki açılımından hareketle, bu suçu sadece iki devlet arasındaki saldırı savaşından kaynağını alan ve bu saldırı savaşının üst düzey kurmaylarının sorumlu kılınacağı bir suç olarak değerlendirmek yerinde olacaktır.

bb. Savaş Suçları

Savaş, *“devletler arasındaki ve belirli bir yoğunluktaki silahlı çatışmalar veya silahlı güç kullanılması vasıtasıyla diğerlerine karşı üstünlük sağlanması”* olarak tanımlanmaktadır¹¹⁴². Ancak uluslararası hukukta, savaş sırasında dahi uyulması beklenen çatışma kuralları söz konusudur. Bu kuralların bütününe savaş hukuku adı verilmekle birlikte, 1949 Cenevre Sözleşmelerinden sonra, bireylerin korunmasına verilen önemin daha belirgin bir şekilde vurgulanması amacıyla, bu kurallar, uluslararası insancıl hukuk (*international humanitarian law*) olarak anılmaya başlanmıştır¹¹⁴³.

¹¹⁴¹ NANCY WEISMAN, «Article 1F(a)», 114.

¹¹⁴² AYŞENUR TÜTÜNCÜ, *İnsancıl Hukuka Giriş* (İstanbul, 2006), 52, 53; DURMUŞ TEZCAN, MUSTAFA RUHAN ERDEM, ve MURAT ÖNOK, *Uluslararası Ceza Hukuku*, 565; "savaş"a ilişkin çeşitli tanımlar için ayrıca bkz. YASİN ASLAN, *Teoride ve Uygulamada Savaş Suçları* (Ankara, 2006), 76 vd.

¹¹⁴³ DURMUŞ TEZCAN, MUSTAFA RUHAN ERDEM, ve MURAT ÖNOK, *Uluslararası Ceza Hukuku*, 565. Tezcan, Erdem ve Önok'un aktardığına göre, doktrinde, genelde savaş hukuku (*law of war*), silahlı

Savaş suçları ise genel olarak, silahlı çatışmalarda askerî gereklilik ve insancıl düşünceler arasında denge kurmak amacıyla kabul edilen ve teknik anlamda savaş hukuku kurallarının (insancıl hukukun) ağır ihlallerini kapsamına alan suçlardır¹¹⁴⁴. Savaş suçları, hem askerler hem siviller tarafından; hem askerlere hem sivillere karşı işlenebilir¹¹⁴⁵. Bu suçlar değişik şekillerde tezâhür edebilir; örneğin, sivil kişilerin, kazazedelerin veya savaş esirlerinin kasten öldürülmesi, işkenceye veya kötü muameleye maruz bırakılmaları, savaş esirlerinin âdil yargılanma hakkından yoksun bırakılması, kamu mallarının ya da özel mülklerin yağmalanması, şehirlerin, kasaba veya köylerin nedensiz yere tahrip veya yok edilmesi savaş suçları arasında sayılabilir¹¹⁴⁶. Bunlara ek olan diğer savaş suçları, 1949 tarihli Cenevre Konvansiyonlarında ve 1 numaralı Ek Protokol’de yer alan diğer “ağır ihlâl” hâlleridir. Bunlar arasında; kasten, vücuda veya sağlığa ağır bir eza veya ciddi zarar verilmesi, hedef ayırt etmeksizin sivillere karşı saldırıda bulunmak, hukuka aykırı olarak sürgün veya nakil etme ya da hukuka aykırı

çatışma hukuku (*law of armed conflict*) ile insancıl hukuk (*humanitarian law*) terimleri eş anlamlı olarak kullanılmaktadır: Ibid, 566; ayrıca bkz. AYŞENUR TÜTÜNCÜ, *İnsancıl Hukuk*, 53 vd.

¹¹⁴⁴ YASİN ASLAN, «Uluslararası Ceza Divanı», 242; GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 166. Burada kast edilen silahlı kuvvet kullanmanın haklı olup olmadığı değil, kuvvete başvurma hâlinde silahlı çatışmaların yürütülmesinde uyulması gerekli olan insancıl hukuk kurallarının ihlâl edilip edilmediğidir: İnsancıl hukuk ve insancıl hukuk kurallarına ilişkin olarak ayrıntılı bilgiler için bkz. DURMUŞ TEZCAN, MUSTAFA RUHAN ERDEM, ve MURAT ÖNOK, *Uluslararası Ceza Hukuku*, 559 vd. Tezcan, Erdem ve Önok, insancıl hukuk kurallarının amacının savaş döneminde kullanılabilecek savaş araçlarına sınırlamalar getirerek yıkım, ölüm ve ezayı, savaşın yıkıcı etkilerini, özellikle sivil nüfus açısından azaltmak olduğunu belirterek bu kuralların hem devletleri hem de çatışmalara katılan bireyleri bağlayan bir özellik taşıdıklarını vurgulamaktadırlar: Ibid, 560. Kuralların kişi yönünden kapsamına, savaş esirleri, yaralıları, kazazedeler hastalar ve savaş dışı kalmış askerler ile siviller girmektedir: YASİN ASLAN, «Uluslararası Ceza Divanı», 242.

¹¹⁴⁵ SULHİ DÖNMEZER ve SAHİR ERMAN, *Ceza Hukuku*, 539; YASİN ASLAN, «Uluslararası Ceza Divanı», 242. Aslan, bir savaş suçunun siviller tarafından işlenmesine örnek olarak, arızalanan veya vurulan bir uçaktan atlayan bir pilotun (kazazede) sivil halk tarafından linç edilmesini; askere karşı işlenen suça örnek olarak, teslim olmuş bir çatışan taraf askerinin, savaş esiri olarak işlem görmeyip işkenceye tâbi tutulmasını; sivillere karşı işlenmiş suça örnek olarak ise meskun mahallerde sivilleri hedef alan bir eylemi vermiştir: Ibid., 242 ve dn. 10.

¹¹⁴⁶ UNHCR, «Note on the Exclusion Clauses», para. 10; GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 166.

olarak tecrit etme suçları bulunmaktadır¹¹⁴⁷. Bu suçlar, Cenevre Sözleşmelerine yapılan göndermelerle UCM'nin Roma Statüsünde sıralanmış bulunmaktadır.

Eski Yugoslavya Cezâ Mahkemesi'nin *Tadic* kararına göre¹¹⁴⁸, savaş suçundan bahsedebilmek için dört koşul aranmalıdır¹¹⁴⁹:

(1) *ihlâl, uluslararası insancıl hukukun bir kuralına aykırılık teşkil etmelidir;*

(2) *söz konusu kural uygulanabilir bir antlaşma hükmünde ya da örfi hukukta yer almalıdır;*

(3) *ihlâl “ciddi” olmalıdır, yani söz konusu kural önemli değerleri korumalı ve ihlâl mağdur bakımından ağır sonuçlar doğurmalıdır;*

(4) *ihlâl bireysel cezaî sorumluluğun doğmasını gerektirmelidir.*

Savaş suçları hususunda üzerinde durulması gereken önemli bir husus, bu suçlara konu olan eylemlerin iç savaş sırasında gerçekleştiği durumlarda da savaş suçu olarak sayılıp sayılmayacağıdır. Bir başka ifade ile iç savaş durumlarında, muhalif güçlerin de insancıl hukuk kurallarının yer aldığı sözleşmelere veya bu kuralları kapsayan teamül hukuku kurallarına uyması beklenmeli midir? Doktrinde bu sorunun cevabının çoğunlukla, olumlu olduğu görülmekte; hükümete âit olmayan başkaldıran gruplara ait silahlı kuvvetlerin de bu kurallarla bağlı olacağı savunulmaktadır¹¹⁵⁰. Nitekim milletlerarası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar açısından, 1949 Cenevre

¹¹⁴⁷ UNHCR, «Note on the Exclusion Clauses», par 10.; UCM Statüsü (Roma Statüsü)'nün 8/2-a hükmü uyarınca, 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerinin hükümlerine göre koruma altında bulunan kişilere ya da mülkiyete karşı, bentler halinde sayılmış belirli fiillerden herhangi birisinin işlenmesi savaş suçudur. Bu bentlerin kapsamına gireceği belirtilen söz konusu fiiller yukarıda zikrettiğimiz tüm fiilleri kapsamaktadır. Bu hususta daha ayrıntılı bilgi için bkz. DURMUŞ TEZCAN, MUSTAFA RUHAN ERDEM, ve MURAT ÖNOK, *Uluslararası Ceza Hukuku*, 576 vd.

¹¹⁴⁸ *Prosecutor v. Dusko Tadic aka “Dule”* (Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction), IT-94-1, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, 2.10.1995, <<http://www.refworld.org/docid/47fd520.html>> (E.T.: 12. 12. 2012).

¹¹⁴⁹ Bu koşullar, Tezcan, Erdem ve Önok tarafından aktarılmıştır: DURMUŞ TEZCAN, MUSTAFA RUHAN ERDEM, ve MURAT ÖNOK, *Uluslararası Ceza Hukuku*, 565.

¹¹⁵⁰ Bu hususta bkz. Ibid., 560.

Sözleşmeleri'ne ek 1977 tarihli Ek Protokol II¹¹⁵¹ ve Cenevre Sözleşmeleri'nin (ortak) 3. maddesinde¹¹⁵² düzenlenen daha sınırlı kurallar uygulanmaktadır¹¹⁵³. Savaş suçları sebebiyle, iltica başvurusunun reddedilmesi hususunda çok sayıda örnek bulunmamasına rağmen az sayıdaki örneklerden, iç savaş durumlarında Cenevre Sözleşmeleri'nin 3. maddesinde yer alan kuralların ihlâl edilmiş olmasının savaş suçu olarak değerlendirildiği görülmektedir¹¹⁵⁴.

¹¹⁵¹ “Protokol’ün 4. maddesi, düşmanca davranışlarda yer almayan bütün kişiler için temel garantiler kabul etmiş; herhangi bir zaman ve yerdeki rehin alma ve terörizm eylemlerini yasaklamıştır. 5 madde, özgürlüğünden alıkonan kişiye yapılacak muameleyi düzenlerken, 7, 13, 15, 16. maddeler sivil kişilerin savaşın etkilerinden özellikle bombalama ve topçu mermilerinden korunmasını; 7 ve 12. maddeler, hasta ve yaralıların korunmasını amaçlar”: aktarılan bilgiler için bkz. AYŞENUR TÜTÜNCÜ, *İnsancıl Hukuk*, 57.

¹¹⁵² İlgili madde şu şekilde düzenlenmiştir: “milletlerarası bir nitelik taşımayan ve Yüksek Akid Taraflardan birinin ülkesinde meydana gelen silahlı bir çatışma halinde, çatışmaya karışan tarafların her biri en az aşağıdaki hükümleri uygulamakla yükümlü olacaktır: (1) Silahlarını terkederek silahlı kuvvetler mesuplarıyla hastalık, yaralanma, alıkonma dolayısıyla veya sair herhangi bir sebeple çarpışma dışı kalan şahıslar da dâhil olmak üzere muhasamata doğrudan doğruya katılmayan şahıslara, ırk, renk, din ve inanca, cinsiyet nesep veya servete veya bunlara eşdeğer herhangi diğer bir ölçüte dayanan aleyhte bir ayırım yapılmaksızın bütün durumlarda insanca muamele edilecektir. Bu amaçla yukarıda zikredilen şahıslara karşı her zaman ve her yerde: (a) cana veya vücut bütünlüğüne hâlel getiren saldırılar, her nevi kat’l, sakatlanmalar, zalimâne muameleler, işkence ve eziyet; (b) rehin alınması, (c) şahısların varına saldırı ezcümle haysiyet kırıcı ve aşağılayıcı muameleler, (d) usulüne uygun olarak teşkil edilmiş ve medeni milletlerce zorunlu olarak kabul edilmiş bulunan adli teminatı hâiz bir mahkemece önceden bir yargılama olmaksızın mahkumiyet kararları verilmesi ve bunların icra ve infazı, yasaktır ve yasak kalacaktır. (2) yaralılar ve hastalar toplanacak ve tedavi altına alınacaktır. Milletlerarası Kızılhaç Komitesi gibi milletlerarası insânî bir teşekkül, çatışmaya katılan taraflara hizmetlerini arz ve teklif edebileceklerdir. Öte yandan, çatışmaya katılan taraflar işbu Sözleşmedeki diğer hüümlerin tamamını veya bir kısmını hususi anlaşmalar yoluyla yürürlüğe koymaya gayret edeceklerdir. Yukarıdaki hükümlerin uygulanması keyfiyeti, çatışmaya katılan tarafların hukukî durumlarına tesir etmeyecektir”: İlgili hüküm Tütüncü’nün aktarımından nakledilmiştir: Ibid., 49, dn.144.

¹¹⁵³ Ibid., 56.

¹¹⁵⁴ Örneğin bkz. CPRR, R1338 (23.07.1993) (Belçika) naklen, SIBYLLE KAPFERER, «Exclusion Clauses», 197. Alman Federal İdare Mahkemesi de bir kararında, silahlı çatışmanın milletlerarası bir nitelik taşıyıp taşımadığının sorgulanmasına gerek olmadığına, zira davalının işlediğine dair ciddi sebeplere dayanılarak kanaat getirilen suçların her iki durumda da savaş suçu sayılabileceğine hükmedilmiştir: BVerwG 10 C 2.10, para. 28.

cc. İnsanlığa Karşı Suçlar

Sözleşme'nin 1F(a) maddesinin işletilmesi ile mülteci statüsü dışında bırakma kararı verilmesinde en sık kullanılan gerekçeyi insanlığa karşı suçlar teşkil etmektedir¹¹⁵⁵. İnsanlığa karşı suçlar, çeşitli uluslararası hukuk düzenlemelerinde tanımlanmıştır.

Londra Şartı'nın 6(c) maddesi uyarınca, insanlığa karşı suçlar arasında, savaştan önce veya savaş sırasında gerçekleştirilen adam öldürme, imha (*extermination*), kölelik, soykırım, sürgün ve sivillere karşı yürütülen diğer insanlık dışı eylemler veya Divân'ın yargı yetkisine giren herhangi bir suçla bağlantılı olan siyasî, ırksal veya dinsel temele dayanan zulüm eylemleri yer almaktadır. Eski Yugoslavya Cezâ Mahkemesi Statüsü'nün 5. maddesi ise benzer şekilde, insanlığa karşı suçları, işkence, hapis ve tecavüzü de içerisine alacak biçimde tanımlamıştır. Rwanda Cezâ Mahkemesi ise, Londra Şartı ve Eski Yugoslavya Cezâ Mahkemesi Statüsü'nde belirtilen suçları sıralayarak insanlığa karşı suçları, sivillere yönelik yaygın ve sistematik bir saldırının parçası olarak nitelendirmiştir. Roma Statüsü de benzer şekilde, insanlığa karşı suçları, diğer genel suçlardan ayıran niteliğin bu suçların yaygın ve sistematik bir şekilde sivillere karşı gerçekleştirilmiş olmasından kaynaklandığını vurgulamıştır. Statü uyarınca, bireye karşı gerçekleştirilen insanlık dışı bir eylem, düzenli olarak veya sistematik ve tekrar eden eylemler şeklinde geliştiğinde insanlığa karşı suç teşkil edebilecektir¹¹⁵⁶.

¹¹⁵⁵ Ibid.

¹¹⁵⁶ Roma Statüsü'nün 7(1). maddesinde insanlığa karşı suçlar şu şekilde sayılmıştır:” (1) Bu statünün amaçları bakımından “insanlığa karşı suçlar”, herhangi bir sivil nüfusa karşı yaygın veya sistematik bir saldırının parçası olarak işlenen aşağıdaki fiilleri kapsamaktadır: (a) öldürme; (b) toplu yok etme; (c) köleleştirme; (d) nüfusun sürgün edilmesi veya zorla nakli; (e) uluslararası hukukun temel kurallarını ihlâl ederek, hapsetme veya fiziksel özgürlükten başka biçimlerde mahrum etme; (f) işkence; (g) ırza geçme, cinsel kölelik, zorla fuhuş, zorla hamile bırakma, zorla kısırlaştırma veya benzer ağırlıkla diğer cinsel şiddet şekilleri; (h) paragraf 3'te tanımlandığı şekliyle, herhangi bir tanımlanabilir grup veya topluluğa karşı, bu paragrafta atıf yapılan herhangi bir eylemle veya Mahkemenin yetki alanındaki herhangi bir suçla bağlantılı olarak siyasî, ırki, ulusal, etnik, kültürel, dinsel, cinsel veya evrensel olarak uluslararası hukukta kabul edilemez diğer nedenlere dayalı zulüm; (i) kişilerin zorla kaybedilmesi; (j) apartheid (ırk ayrımcılığı) suçu; (k) kasıtlı olarak ciddi ıstıraplara ya da bedensel veya zihinsel veya fiziksel sağlıkta ciddi hasara neden olan benzer nitelikteki diğer insanlık dışı eylemler”: ilgili hükmün aktarıldığı kaynak için bkz. Hivren Özkol ve Gülay Arslan, çev., *Uluslararası Cezâ Mahkemesi Temel Belgeler Derlemesi* (Ankara, 2006), 3 vd.; ayrıca bkz. ICTY Appeals Chamber in the Case of Tadic (No. IT-94-1-T, 15.01.1999); UNHCR, *Background Note on Exclusion Clauses*, para. 36.

1951 Sözleşmesi'nin 1F(a) maddesinin uygulamasına bakıldığında, insanlığa karşı suçların, uluslararası düzenlemelere uygun bir şekilde değerlendirildiği tespit edilmektedir. Örneğin Kanada uygulamasında, 1951 Sözleşmesi'nin 1F(a) hükmü kapsamında insanlığa karşı suçun oluşabilmesi için dört şartın gerçekleşmiş olmasının arandığı görülmektedir. Bu çerçevede, (1) UCM'nin Roma Statüsü'nde insanlığa karşı suç teşkil ettiği belirtilen eylemlerden birinin işlenmiş olması (bu yönde ciddi sebeplere dayanan bir kanaatin mevcut olması); (2) eylemin yaygın ve sistematik bir saldırının sonucu olması; (3) eylemin herhangi bir sivil topluluğa veya ayırt edilebilen bir insan topluluğuna karşı gerçekleştirilmiş olması; (4) eylemi gerçekleştiren kişinin fiilinin bilincinde olması; bu bağlamda, eyleminin ilgili saldırının bir parçası olduğunu yahut olabileceği riskini bilerek/göze alarak hareket etmiş olması durumlarında Sözleşme'nin 1F(a) hükmü işletilebilmektedir¹¹⁵⁷. Bununla birlikte, *R. v. Finta* davasında, Kanada Yüksek Mahkemesi, barbarca işlenen vahşetlerin bazı genel suçları insanlığa karşı suç seviyesine çıkartabileceğini de belirtmiştir¹¹⁵⁸. Ancak genel bir suçun insanlığa karşı suç seviyesine çıkabilmesi için yukarıda zikrettiğimiz dört şartın oluşması beklenmiştir. Ayrıca savaş suçlarının aksine, insanlığa karşı suçların gerçekleşmesinde silahlı çatışmanın varlığı da aranmamaktadır¹¹⁵⁹. Bu nedenle, uygulamada, savaş olarak nitelendirilebilecek silahlı çatışma durumunda savaş suçu sayılabilecek suçlar, böyle bir çatışmanın yokluğunda sıklıkla insanlığa karşı suç olarak değerlendirilmektedir¹¹⁶⁰. Uygulamada ayrıca bu suçların devleti temsil edenler tarafından işlenebileceği gibi böyle

¹¹⁵⁷ *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 2 S.C.R. 100; 2005 SCC 40 naklen, LEGAL SERVICES, *Interpretation of Canada*, Chpt. 11.2.3.

¹¹⁵⁸ *R. v. Finta*, [1993] 1 S.C.R. 1138 (Supreme Court of Canada), <<http://scc.lexum.org/decisia-scc-csc/scc-csc/scc-csc/en/item/990/index.do>> (E.T.: 12.12.2012).

¹¹⁵⁹ İnsanlığa karşı suçların oluşmuş sayılması için silahlı çatışmanın aranmaması hususunda artık genel bir uzlaşma olduğu yönünde bkz. NANCY WEISMAN, «Article 1F(a)», 122. Bu hususun 1F(a) hükmünün uygulamasına yansıdığı örneklerden bazıları için bkz. *Sivakumar v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (CA.)*, [1994] 1 C.F. 433, Canada: Federal Court, 4.11.1993, <<http://www.refworld.org/docid/>> (E.T.: 12.12.2012) (Kanada) (*Sivakumar v. MEI*); *Re W97/164 and MIMA* [1998] AATA 618 (Avustralya); *Re N96/1441 and MIMA* [1998] AATA 619 (Avustralya), naklen LEGAL SERVICES, *Australia Refugee Law*, Chpt. 7–38.

¹¹⁶⁰ NANCY WEISMAN, «Article 1F(a)», 126.

bir yetkisi bulunmayan bireylerce de işlenebileceğinin kabul edildiği görülmektedir¹¹⁶¹. Bu bağlamda, insanlığa karşı suçların, iç savaş durumlarında da gerçekleştirileceği belirtilmelidir¹¹⁶².

Tüm bu açıklamalar ışığında, insanlığa karşı suçların oldukça geniş bir anlam ifade edebileceğini vurgulamak gerekir. Zira uluslararası belgelerde bir çerçeve suç niteliğini hâiz olarak düzenlenen insanlığa karşı suçların kapsamına söz konusu belgelerde sayılan suçlar girdiği gibi, yine bu belgelerde zikredildiği şekilde “diğer insanlık dışı eylemler (fiiller)” de girmektedir¹¹⁶³. Son ifade ise oldukça çok sayıda suç fiilinin bu suç kategorisine dâhil olması ile sonuçlanabilmektedir¹¹⁶⁴.

2. Siyasî Olmayan Ciddi Suçlar Açısından (md. 1F(b))

a. Genel Görünüm

1951 Sözleşmesi’nin düzenlediği mülteci statüsüne lâyık olmama hâllerinden birini de bireyin, mülteci sıfatıyla kabul edildiği ülkeye sığınmadan önce, sığındığı ülkenin dışında ciddi bir siyasî olmayan suç işlediğine dair hakkında ciddi sebeplere dayanan kanaat mevcut olması teşkil etmektedir (md. 1F(b)). Siyasî olmayan ciddi suç teriminin açılımı, statüyü belirlemekle yetkili olan devlet makamlarınca belirlenmektedir. Sözleşme’nin 1F maddesinin (a) fıkrasındaki suçlardan farklı olarak, herhangi bir

¹¹⁶¹ Bkz. *Sivakumar v. MEI*; ayrıca, Nüremberg Divânı, insanlığa karşı suçların hem devletin bir organı olarak hareket eden kişilerce hem bu şekilde bir bağlantısı olmayan bireylerce işlenebileceğini vurgulamıştır. UHK’nın Taslak Kurallarında da insanlığa karşı suçun faili olarak “birey” gösterilmiş; kuralların yorumunda da Komisyon, kendi özel kapasitesi çerçevesinde hareket eden bireylerin de bu suçun faili olabileceğini vurgulamıştır: aktarılan bilgiler için bkz. NANCY WEISMAN, «Article 1F(a)», 127.

¹¹⁶² Nitekim Eski Yugoslavya Cezâ Mahkemesi Statüsü’nün 5. maddesinde, uluslararası veya ulusal nitelikli olup olmadığı fark etmeksizin silahlı çatışmalarda, herhangi bir sivil topluluğa yönelik olarak insanlığa karşı suç işleyen bireylerin Mahkeme’nin yargı yetkisine girdiği belirtilmiştir. Böylece, ilgili suçun iç savaş/çatışma durumlarında da işlenebileceği kabul edilmiştir.

¹¹⁶³ AYŞE SEYMEN ÇAKAR, «İnsanlığa Karşı Suçlar», *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 103 (2012): 170; MATTHEW ZAGOR, «Persecutor or Persecuted», 173 vd.; NANCY WEISMAN, «Article 1F(a)», 124. Örneğin, UHK’nın Taslak kuralları, insanlığa karşı suçların bilinen sınırlarını genişletmiş, bu suçun kapsamına uyuşturucu ticareti, mülke veya çevreye yönelik ağır tahribatı da almıştır.

¹¹⁶⁴ İnsanlığa karşı suç kapsamına girebilecek fiillere yönelik olarak bkz. NANCY WEISMAN, «Article 1F(a)», 124 vd.

uluslararası düzenlemede siyasî olmayan ciddi suçların neler olabileceğine dair hükümler bulunmamaktadır. Bu sebeple, mülteci statüsünü değerlendirecek devlet makamlarının, başvuruda bulunan bireyin 1F(b) maddesine tâbi olup olmayacağını değerlendirirken üçlü bir inceleme yapması öngörülmektedir. Öncelikle bireyin suça konu teşkil edebilecek fiilin faili olduğu yönünde ciddi bir kanaatin varlığı tespit edilmeli¹¹⁶⁵, sonra suçun siyasî bir nitelik taşıyıp taşımadığı daha sonra ise işlenen suçun ciddiyeti belirlenmelidir¹¹⁶⁶.

Bu üç belirleyici ana unsurun yanısıra, 1F(b) maddesi açısından yapılacak değerlendirmede, işlendiğine dair ciddi sebeplere dayanan bir kanaat getirilen suçun sığınma ülkesinin dışında işlenmiş olduğunun tespiti ve failin suçlu karakterinin, mülteci karakteri ile karşılaştırılmasını (dengeleme)¹¹⁶⁷ da gerektirmektedir.

b. Suçun Siyasî Niteliğinin ve Ciddiyetinin Belirlenmesi

aa. Siyasî Olmayan Ciddi Suçların Belirlenmesinde Suçluların İadesine

Yönelik Kuralların Etkisi

Sözleşme'nin diğer dışarıda bırakma hükümlerinde olduğu gibi 1F(b) hükmünün yorumlanması da taraf devletlerin tasarrufundadır. Bir başka deyişle, taraf devletlerce bireyin işlediği suçun ciddi ve siyasî olmayan bir suç teşkil edip etmediği belirlenecektir. Ancak hüküm içerisinde bu belirlemenin hangi dayanaklara göre yapılacağı zikredilmemiştir. Bu bağlamda, ilgili hükmün, düzenlenme amacının, suçluların iâdesi ile ilişkilendirilmesi hususunda bir tartışma mevcuttur. Bu tartışma, 1F(b) maddesine hangi suçların girebileceği ve hükmün yorumlanmasında nasıl bir bakış açısının kullanılabileceği hususları çerçevesinde önem taşımaktadır.

¹¹⁶⁵ Bu unsur, sadece 1F(b) hükmü için özel olarak geçerli olan bir unsur değildir. Başvuranın suça konu teşkil eden fiilin faili olup olmadığı yönündeki inceleme 1F maddesi kapsamındaki tüm suçlar için geçerlidir: bkz. yuk.ş6. II.A.1.

¹¹⁶⁶ GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 178.

¹¹⁶⁷ Bkz. yuk.ş6.II.A.2.

Hathaway, Sözleşme’de bu yönde bir hükmün düzenlenmesinin amacının, mülteci hukukunu suçluların iâdesi hukukunun temel ilkeleri ile paralel bir zemine oturtmak olduğunu belirtmektedir¹¹⁶⁸. Yazar’a göre bu sayede hedeflenen, ciddi suçluların hukuka uygun olarak yürütülecek bir yargılamadan kaçmalarının önlenmesidir¹¹⁶⁹. Böylelikle *Hathaway*’e göre, ilgili hükmün yorumlanmasında bu amaç çerçevesinde hareket edilmelidir.

Goodwin-Gill ve McAdam ise, suçluların iâdesi hususundaki yükümlülüklerin 1F(b) maddesinin şekillenmesindeki etkisinin belirgin olmadığını vurgulayarak; ilgili hükmün bu çerçevede değerlendirilmesinin Sözleşmenin amacına tam olarak hizmet etmeyebileceğini savunmaktadırlar¹¹⁷⁰. Yazarların görüşü, devletlerin suçluların iâdesi konusundaki yükümlülüklerinin 1F(b) maddesinin değerlendirilmesi ile yakından ilişkilendirilmesi durumunda, iâdeye tâbi olacak suçların doğrudan doğruya madde kapsamındaki suçlar olarak nitelendirilebileceği kaygısından kaynaklanmaktadır. *Goodwin-Gill ve McAdam*’a göre, 1F(b) hükmü değerlendirilirken, somut olayda ele alınacak suç, yine somut şartlar çerçevesinde incelenmelidir; Sözleşme’ye taraf olan devletler, bir suçun 1F(b) kapsamına girip girmeyeceğine bu suçun ülke güvenliğini veya halkın güvenliğini tehlikeye sokma kabiliyetini inceleyerek karar vermelidirler¹¹⁷¹. Bu

¹¹⁶⁸ JAMES C. HATHAWAY, *Refugee Status*, 221.

¹¹⁶⁹ *Hathaway* bu yöndeki düşüncesini, Sözleşme’nin hazırlık çalışmaları sırasındaki beyanlarla desteklemiştir. Sözleşme’nin hazırlık çalışmaları sırasında, İHEB’in 14(2). maddesine göndermeler yapılmıştır. Bu maddede yer alan, “gerçekten siyasal nitelik taşımayan suçlardan doğan kovuşturma durumunda bu haktan (sığınma arama ve sığınmadan faydalanma hakkı) yararlanılamaz” hükmünün yargılamadan kaçan bireyleri kapsamına almayı amaçladığı ve bu hükmün etkisinin 14. maddede yer alan sığınma arama ve faydalanma hakkının suçluların iâdesine yönelik yükümlülüklerin önüne geçmesinin engellenmesi olarak anlaşıldığı belirtilmiştir. Hazırlık çalışmalarında ayrıca, Sözleşme’nin sığınma hakkı ve/veya suçluların iâdesine ilişkin yükümlülüklerle gönderme yapmamış olmasının, Taraf Devletlerin, suçluların iâdesine ilişkin yükümlülüklerinin bağlı oldukları antlaşmalar çerçevesinde devam etmekte olduğu da vurgulanmıştır. Buna ek olarak, uluslararası hukukta, suçlu bir kişinin menşe ülkesine iâde edilmesi mümkün olduğundan, Sözleşme’ye dâhil edilen 1F(b) hükmü zorunlu hâle gelmektedir: Statement of Mr. Hoare of the UK, U.N. Doc. A/CONF.2/SR.29, 14, 19.07.1951; Statement of Mr. Herment of Belgium, U.N. Doc. A/CONF.2/SR.24, 9, 17.07.1951. Hazırlık Çalışmalarından aktarılan her iki beyanın nakledildiği kaynak için bkz. JAMES C. HATHAWAY, *Refugee Status*, 222 ve dn. 207.

¹¹⁷⁰ *Goodwin-Gill ve McAdam*’ın aktardığımız görüşlerine ilişkin olarak bkz. GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 173–176.

¹¹⁷¹ *Ibid.*, 176.

bağlamda, suçluların iâdesi kapsamında olan bir suç, doğrudan doğruya 1F(b) hükmüne tâbi olan bir suç olarak kabul edilmemelidir¹¹⁷². Aynı yönde *Gilbert* da, 1F(b) maddesi ile suçluların iâdesi yükümlülüğü arasında çok sıkı bir bağın gözetilmemesi gerektiğini savunmaktadır¹¹⁷³. *Gilbert*'a göre, Sözleşme'nin ilgili hükmünün suçluların iâdesi yükümlülüğü çerçevesinde yorumlanması yönünde bir amaç güdülmüş olsa idi, 1F(b) hükmünde bu yönde açık bir ifâdenin yer alması gerekirdi¹¹⁷⁴.

BMMYK ise bu hususta net bir açıklamada bulunmamıştır. BMMYK'nın El Kitabında, 1F(b) hükmünün amacının sığınma ülkesini (kabul eden ülkeyi) ciddi bir suç işlemiş olan bireyin yarattığı tehlikeden korumak ve aynı zamanda ciddiyet seviyesi yüksek olmayan veya siyasî suç işlemiş olan bireyler açısından da adaletin sağlanması olduğu belirtilmiş ancak suçluların iâdesine ilişkin herhangi bir görüşe yer verilmemiştir. Aynı şekilde BMMYK'nın dışarıda bırakma hükümlerine ilişkin Rehber düzenlemesinde de suçluların iâdesi ile 1F(b) maddesi arasında bir bağ kurulmamıştır.

Kanımızca, *Goodwin-Gill*, *McAdam* ve *Gilbert*'in de savunduğu gibi, 1F(b) hükmünü mutlak olarak suçluların iâdesi yükümlülüğü çerçevesinde yorumlamak gerekir. Zira herhangi bir suçun bu hükme tâbi olup olmadığı ve özellikle de suçun ciddiyet seviyesi belirlenirken, somut verilere göre hareket edilmesi ve suçun ciddiyeti ile bireyin maruz kalabileceği zulmün ağırlığı arasında bir dengenin gözetilmesi gerekmektedir. Bu gereklilik, 1951 Sözleşmesi'nin insancıl amacına en iyi şekilde hizmet edilebilmesi için söz konusudur. Bu bağlamda, suçluların iâdesi kapsamına giren bir suçun doğrudan doğruya 1F(b) maddesine tâbi bir suç gibi değerlendirilmesi, somut verilere yeterince önem verilmemesine sebep olabileceğinden, Sözleşme'nin amacı ile de bağdaşmayacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki, ilgili hükmün değerlendirilmesinde,

¹¹⁷² Ibid.

¹¹⁷³ GEOFF GILBERT, «Current Issues», 446 vd.

¹¹⁷⁴ Nitekim BMMYK Tüzüğü'nün 7(d) maddesinde *inter alia*, “suçluların iâdesi antlaşmalarının şartlarına uyan bir suçu işlediğini düşünmeye yol açacak ciddi nedenler olan kişiler” açıkça BMMYK yetkisinin dışında bırakılmıştır. Oysa bu ifâde Sözleşme'nin 1 F(b) hükmünde yer almamaktadır. İşte buradan hareketle *Gilbert* de haklı olarak, 1F(b) hükmünün oluşturulmasındaki amacın, bu hükmü suçluların iâdesi hukuku ile bağdaştırmak olmadığını iddia etmektedir: Ibid., 447 vd.

suçluların iâdesine yönelik kuralların/uygulamaların yol gösterici etkisi göz önüne alınabilir. Örneğin, suçun siyasî bir suç olarak değerlendirilip değerlendirilmemesi noktasında suçluların iâdesine yönelik kurallardan/uygulamalardan faydalanılabilmesi mümkün olabilir. Nitekim 1F(b) maddesinin uygulaması da bu yönde gelişmiştir.

bb. Siyasî Olmayan Suç Kriterinin Değerlendirilmesi

BMMYK, 1F(b) hükmü yorumlanırken, işlendiği varsayılan suçun siyasî olup olmadığının belirlenmesi noktasında, bir takım hususlara dikkat edilmesini salık vermiştir. Buna göre, suçun niteliği ve işlenme amacı önem taşımaktadır¹¹⁷⁵. Suçun “siyasî olmayan” bir suç olarak nitelendirilebilmesi için, siyasî bir amaçla işlenmemiş olması gerekmektedir¹¹⁷⁶. Zira bir suçun, siyasî bir suç olarak nitelendirilebilmesi için, işlenmiş olan suç ile güdülen siyasî amaç arasında bir nedensellik bağının olması gerekmektedir; 1F(b) hükmü açısından ise bu durumun tam tersi aranmaktadır¹¹⁷⁷. Yani işlendiği varsayılan suç ile güdüldüğü iddia edilen siyasî amaç arasında doğrudan ve yakın bir ilişki olmamalıdır. Bununla birlikte işlendiği varsayılan suç siyasî bir amaç gütse dahi, suçun bu amaçla orantılı olması da gerekmektedir¹¹⁷⁸. Bu noktada Alman Federal İdare Mahkemesi’nin siyasî olmayan suçların belirlenmesi bakımından geliştirdiği yaklaşım konunun daha iyi anlaşılması açısından örnek olarak verilebilir. Mahkeme’ye göre; suçun siyasî olup olmadığının değerlendirilmesinde ağırlık, eylemin arkasındaki nedenlere ve eylemin amacına olduğu kadar fiilin niteliğine de verilmelidir. Bir eylem, ağırlıklı olarak başka sebeplerle, örneğin, özel sebeplerle ya da kar amaçlı nedenlerle gerçekleştirilmişse siyasî olmayan bir niteliği hâizdir. Eğer suç ile varsayılan siyasî neden arasında “açık” bir bağlantı bulunmuyorsa ya da işlendiği kabul edilen suç ile bu suça atfedilen siyasî sebep arasında bir orantısızlık varsa, bu durumda siyasî

¹¹⁷⁵ El Kitabı, para. 152.

¹¹⁷⁶ Ibid.

¹¹⁷⁷ Ibid.

¹¹⁷⁸ Ibid.

olmayan nedenlerin baskın olduğuna ve bu nedenlerin işlendiğine kanaat getirilen suça “siyasî olmayan” bir karakter kazandırdığına karar verilebilir¹¹⁷⁹.

Siyasî suçlar, doktrinde, “*münhasıran devletin siyasî düzenini, hükümet şeklini, siyasî kuvvetler teşkilatını ve faaliyetini, vatandaşların siyasî haklarını ihlâl eden fiiller*” olarak tanımlanmakta¹¹⁸⁰ ve aynı zamanda suçluların iâdesi kurumunun bir istisnasını da teşkil etmektedir. Suçluların iâdesine ilişkin olan neredeyse tüm anlaşmalarda siyasî suçluların geri verilmemesi standart bir ilke olarak yer almıştır¹¹⁸¹. Böylece siyasî suç işleyen bireylerin, mülteci statüsünün tanınmasına yönelik diğer şartların da gerçekleşmiş olması kaydıyla iltica taleplerinin olumlu şekilde değerlendirilmesi, devletlerin suçluların iâdesi anlaşmalarından kaynaklanan yükümlülüklerine hâlel getirmemektedir.

Siyasî suçların suçluların iâdesi anlaşmalarının istisnasını teşkil etmesi, uygulamada, mülteci statüsünün belirlenmesi aşamasında, suçun siyasî olup olmadığı yönündeki değerlendirmelerin de suçluların iâdesi çerçevesinde ele alınmasına yol açmıştır. Suçluların iâdesi anlaşmalarında siyasî suçun tanımına yer verilmemekte olması, suçun siyasî niteliğinin belirlenmesinin iâde edecek devlet tarafından tayin edilmesine sebep olmaktadır. Böylece, mülteci statüsünün belirlenmesinde, karar yetkisini hâiz olan devletler, Sözleşmenin 1F(b) maddesi kapsamında suçun siyasî niteliğini belirlerken sıklıkla suçluların iâdesi hususunda gözettikleri standartları uygulayagelmışlerdir¹¹⁸². Örneğin, Birleşik Krallık, ABD ve diğer bazı ülkelerde, özellikle birbirine muhalif olan tarafların yer aldığı isyan veya çatışma hallerinde işlenen suçların siyasî niteliği hâiz

¹¹⁷⁹ Alman Federal İdare Mahkemesi’nin aktardığımız yaklaşımına ilişkin örnek bir karar için bkz. BVerwG 10 C 24.08, para. 42.

¹¹⁸⁰ ABDULLAH PULAT GÖZÜBÜYÜK, «Milletlerarası ve Milli Hukuk Bakımından Siyasî Suçlar», *Adalet Dergisi* 45, sayı 4 (1954): 391, naklen DURMUŞ TEZCAN, MUSTAFA RUHAN ERDEM, ve MURAT ÖNOK, *Uluslararası Ceza Hukuku*, 992.

¹¹⁸¹ DURMUŞ TEZCAN, MUSTAFA RUHAN ERDEM, ve MURAT ÖNOK, *Uluslararası Ceza Hukuku*, 992; TİMUÇİN KÖPRÜLÜ, «Siyasi Suç İstisnası ve Terörizm» (Suç ve Suçlulukla Mücadelede İadenin Önemi ve Uygulamalar Konferansı, Ankara, 2004), 4, <<http://www.law.ankara.edu.tr/dosyalar/dersnotlari/Siyasisuc.doc>> (E.T.: 12.12.2012).

¹¹⁸² Bu hususta karşılaştırmalı uygulama örnekleri için bkz. GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 116–123.

olduğu kabul edilmektedir¹¹⁸³. Bu yöndeki uygulamada, suç, siyasî bir muhalefet veya uyuşmazlık kapsamı içerisinde işlenmiş olmalıdır. Failin saiki suçun siyasî olup olmadığı hususunda kesin bir belirleyici değildir¹¹⁸⁴. Bununla birlikte, adam öldürme veya soygun gibi suçların siyasî olmayan suç olarak kabul edilmesi yönünde bir karine mevcuttur. Misal olarak Almanya uygulamasında¹¹⁸⁵, adam öldürme ve adam öldürmeye teşebbüs açıkça iâde yasağı kapsamı dışında bırakılmıştır. Ancak silahlı çatışma durumları bu duruma istisna teşkil etmektedir. Alman uygulamasında, bireyin fiili devletin yapısına karşı bir amaç doğrultusunda gerçekleştirildiği zaman siyasî niteliği haiz bir suç olarak değerlendirilebilmektedir. Bununla birlikte, Alman Federal İdare Mahkemesi, demokrasi karşıtı bir mücadele kapsamındaki suçların faillerine sığınma sağlanmaması yönünde karar vermiştir¹¹⁸⁶. Böylece, devletin yapısına karşı işlenen suçlardan demokrasi karşıtı olanlar siyasî suç olarak nitelendirilmemekte; bu suçların hem iâde yasağına tâbi olması, hem faillerine sığınma sağlanması engellenmiş olmaktadır.

Uygulamada iâde yasağının ve sığınmanın kapsamı dışında bırakılan suçlara ilişkin bir özellik de bu suçların, barbarlıkla sonuçlanabilecek ciddi niteliği hâiz olmalarıdır¹¹⁸⁷. Bu bağlamda, suç siyasî bir nitelik taşısa bile eğer özellikle zalimâne eylemler içermektenyse, 1F(b) maddesi kapsamında değerlendirilen bir suç hâline dönüşebilmektedir. Bu uygulamaya örnek olarak verilebilecek kaynaklar arasında en belirgin olanı, AB Vasıf Yönergesi'dir. AB Vasıf Yönergesi'nin 12.1(b) hükmü, suçun siyasî niteliğinin, suçu oluşturan fiilin özellikle zalimâne olması durumunda gözardı edilebileceğini hükme bağlamıştır¹¹⁸⁸.

¹¹⁸³ Bu yöndeki bilgiler ve yargı kararlarından örnekler için bkz. Ibid., 117, dn. 306.

¹¹⁸⁴ Ibid., 117.

¹¹⁸⁵ Alman uygulamasına ilişkin olarak naklettiğimiz bilgiler için bkz. Ibid., 117 vd.

¹¹⁸⁶ Ibid., 118, dn. 309.

¹¹⁸⁷ Ibid, 118; SIBYLLE KAPFERER, «Exclusion Clauses», 199 vd.

¹¹⁸⁸ Vasıf Yönergesi'nin ilgili hükmü şu şekildedir: “...özellikle zalimâne olan eylemler, sözde siyasî bir amaçla işlenmiş olsa dahi, siyasî olmayan ciddi suç olarak nitelendirilebilir”. Vasıf Yönergesi'nin belirtilen hükmünün “terör” niteliği taşıyan eylemlere dayanan suçlar açısından da uygulama alanı bulacağı yönünde bkz. BVerwG 10 C 24.08, para. 42.

Tüm bu açıklamalarımız ışığında, suçun siyasî bir nitelik taşıyıp taşımadığının nasıl belirlenmesi gerektiği hususunda şu sonuca ulaşılabilir: bir suçun siyasî bir niteliği hâiz olup olmadığının belirlenebilmesi için sadece failin fiilini gerçekleştirirken, siyasî unsurlardan ne derecede etkilendiğinin tespit edilmesi yeterli olmamalıdır; işlenen suç ile siyasî amaç arasındaki nedensellik bağının, fiil ile amaçlanan hedef arasındaki orantılılığın değerlendirilmesi¹¹⁸⁹ ve kanımızca siyasî amacın niteliğinin de sorgulanması gerekmektedir. Bu noktada, Köprülü'nün suçluların iâdesi kapsamında siyasî suç değerlendirirken belirlediği bizim de, Sözleşme'nin 1F(b) maddesinin yorumlanmasında göz önüne alınması gerektiğini düşündüğümüz, saptamalarına yer vermek gerekir: “... siyasî suç konusundaki görüşümüz artık bu alanın sınırlarının daraltılması gerektiği yönündedir. İnsan hayatını büyük tehlikeye maruz bırakacak eylemlerde saik, amaç ne olursa olsun siyasîlik niteliğinin göz ardı edilmesi ve bahis konusu geri verilmeme imtiyazının sadece düşünce, ifade, din ve vicdan özgürlüğü gibi demokratik haklar için mücadele eden ve ayrıca sömürge ve baskı rejimlerine karşı mücadelede tanınmasının yerinde olacağını düşünüyoruz”¹¹⁹⁰.

cc. Suçun Ciddiyetinin (Ağırlığının) Değerlendirilmesi

1951 Sözleşmesi'nin 1F(b) maddesine tâbi olan suçların siyasî olmaması yanında ciddi suç (*serious crime*) olarak nitelendirilmesi de gerekmektedir. “Ciddi suç” kavramı kesin bir belirliliğe sahip değildir. Ülke uygulamalarında ve BMMYK'nın yaklaşımı uyarınca genellikle belirli bir ağırlık seviyesine ulaşan suçlar “ciddi suç” olarak kabul edilmektedir¹¹⁹¹. Bunların arasında, kasten adam öldürme, tecavüz, yağma, kundaklama

¹¹⁸⁹ Bkz. *McMullen v. INS (ABD)*; *T. v. Secretary of State for the Home Department* [1995] 2 All ER 1042, [1995] 1WLR 545, [1995] Imm. AR. 142, UK: Court of Appeal (England and Wales), <<http://www.refworld.org/docid/3ae6b6b628.html>> (E.T.: 10.10.2012) (Birleşik Krallık/İngiltere ve Wales); ayrıca bkz. GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 119, 122; SIBYLLE KAPFERER, «Exclusion Clauses», 201.

¹¹⁹⁰ TİMUÇİN KÖPRÜLÜ, «Siyasi Suç», 19; TBB PROJE GRUBU, *Türkiye ve Terörizm* (Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2006), 382.

¹¹⁹¹ SIBYLLE KAPFERER, «Exclusion Clauses», 199.

gibi suçlar yer almaktadır¹¹⁹². *Grahl Madsen*, 1F(b) hükmünün sadece bireyin oldukça ağır bir suçtan suçlu olduğuna kanaat getirildiğinde uygulanabileceğini, suçun ciddiyetinin belirlenmesinde ise suç ile ilişkilendirilebilecek cezanın gerçekten esaslı bir nitelik arz etmesinin önemli olduğunu vurgulamaktadır¹¹⁹³. *Grahl Madsen*'a göre, ölüm cezası veya uzun bir süre hürriyetten mahrum bırakılma ile sonuçlanabilecek cezaların esaslı nitelik taşıdıkları kabul edilebilecektir¹¹⁹⁴. Bununla birlikte, söz konusu değerlendirme sadece menşe ülkesinin (veya suçun işlendiği ülkenin) değil, sığınma ülkesinin yasaları da dikkate alınarak yapılabilir¹¹⁹⁵.

Sözleşmede yer alan ciddi suç teriminin kapsamının mülteci statüsünü belirlemeye yetkili olan devlet makamları tarafından değerlendirilecek olması sebebiyle, hangi suçların bu kapsama gireceği yönünde kategorik bir genel listeleme de yapılamamaktadır¹¹⁹⁶. Esasen böyle bir listelemenin yapılmaması, 1951 Sözleşmesi'nin amacına daha uygun bir şekilde hizmet etmektedir. Zira suçun ciddiyeti belirlenirken, her bir somut vakıa kendi ekseninde ele alınmalı, her bir başvuru için ayrı bir değerlendirme yapılmalıdır¹¹⁹⁷. *Goodwin-Gill ve McAdam*, bu değerlendirme esnasında,

¹¹⁹² Ciddi suç kavramının değerlendirmesi daha önce geri gönderme yasağı başlığı altında yapıldığı için, burada ayrıntılı olarak incelenmemiştir. Ciddi suç kavramına ilişkin değerlendirmelerimiz için bkz. yuk. §2.II.D.1.d.bb.ii.

¹¹⁹³ ATLE GRAHL-MADSEN, *Status*, 297.

¹¹⁹⁴ Ibid.

¹¹⁹⁵ Ibid.

¹¹⁹⁶ Ancak uygulamada bazı ülkelerin, ciddi suç kategorileri oluşturduğu gözlerden kaçmamaktadır. Bu hususta bkz. yuk. §2.II.D.1.d.bb.ii.

¹¹⁹⁷ BMMYK'nın ABAD önüne gelen ve o sırada Almanya Federal İdare Mahkemesince görülmekte olan B ve D davasının ön karar (*preliminary ruling*) incelemesine ilişkin görüşlerinde, Sözleşme'nin 1F(b) maddesi kapsamında, suçun ciddiyeti değerlendirilirken, yüksek bir eşik öngörülmesi gerektiği belirtilmiş; somut duruma ilişkin tüm şartların göz önünde bulundurulmasının elzem olduğu vurgulanmıştır: UN HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES (UNHCR), *Statement on Article 1F of the 1951 Convention Issued in the Context of the Preliminary Ruling References to the Court of Justice of the European Communities from the German Federal Administrative Court Regarding the Interpretation of Articles 12(2)(b) and (c) of the Qualification Directive*, Temmuz 2009, 9, <<http://www.refworld.org/docid/4a5de2992.html>> (E.T.: 12.12.2012). ABAD da B ve D davasının ön karar incelemesinde aynı yönde görüş bildirmiştir: Joined Cases C-57/09 and C-101/09-Bundesrepublik Deutschland v. B and D, Judgment of the Court (Grand Chamber), 9.11.2010, para. 87, <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62009CJ0057:EN:HTML>> (E.T.: 10.12.2012).

suçun ciddiyet seviyesinin belirlenmesinde, 1951 Sözleşmesinin amaçlarının da göz önünde bulundurulması gerektiğini, isabetli bir şekilde, belirtmektedirler¹¹⁹⁸.

Uygulamada, suçun ciddiyet seviyesinin belirlenmesinde, iltica başvurusu yapılan her bir ülke kendi standartları çerçevesinde suçun niteliği ve ağırlığını göz önüne almaktadır¹¹⁹⁹. Nitelik ve ağırlık değerlendirilirken, kimi zaman işlendiğine dair ciddi sebeplere dayanarak kanaat getirilen suç için öngörülen cezanın ağırlığına ve süresine de önem verilmektedir¹²⁰⁰. BMMYK, statü belirlemeye yetkili devletin, suçun ciddiyetini belirlerken, kendi standartlarının yanısıra, karşılaştırmalı hukuk ve uluslararası hukuktan da faydalanması gerektiğini belirtmektedir¹²⁰¹. Bu bağlamda, suçun çok ciddi sayılması yönünde uluslararası bir uzlaşma olup olmadığı veya suçun, suçlunun iâdesini gerektirecek bir nitelikte olup olmayacağı, uluslararası cezâ yargılamasına tâbi kılınıp kılınamayacağı gibi unsurlar da dikkate alınmalıdır¹²⁰². Sayılanlara ek olarak, hafifletici ve ağırlaştırıcı nedenler, bireyin cezasını çekmiş olması, bireyin affa uğramış olması gibi hususların da suçun ciddiyeti belirlenirken göz önünde bulundurulması gerektiği belirtilmektedir¹²⁰³.

¹¹⁹⁸ GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 176.

¹¹⁹⁹ SIBYLLE KAPFERER, «Exclusion Clauses», 199; THE UN REFUGEE AGENCY, *Guidelines (Art. 1F)*, para. 14. Ancak bu durum, uygulamada suçun işlendiği ülkenin suça yaklaşımının ve özellikle bu ülkenin yasalarınca söz konusu suça uygun görülen cezanın değerlendirmeye alınmadığı anlamına gelmemelidir. Burada standartların sığınma devleti tarafından belirlenmesinden kast edilen ciddiyet analizinin çerçevesinin çizilmesinde statü belirleme işlemini yapmakta olan devletin tek yetkili olmasıdır. Ciddiyet analizi uygulamasında, suçun işlendiği yerin suça yaklaşımının da dikkate alınmasına güncel bir örnek için bkz. *AH v. Secretary of State for the Home Department*, [2012] EWCA Civ. 395 (02.04.2012) <www.refugeecaselaw.org> (E.T.: 04.03.2013) (Birleşik Krallık).

¹²⁰⁰ Bu husustaki örnekler için bkz. SIBYLLE KAPFERER, «Exclusion Clauses», 199; ayrıca bkz. GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 176 vd.; JAMES C. HATHAWAY, *Refugee Status*, 223 vd.; BMMYK Rehberinde de, ilgili hüküm kapsamında suçun ciddiyet seviyesi belirlenirken, suça sebep teşkil eden eylemin niteliğinin, oluşan zararın boyutlarının, suçun cezalandırılması için izlenen usûlün, cezanın niteliğinin dikkate alınabileceği belirtilmiştir: THE UN REFUGEE AGENCY, *Guidelines (Art. 1F)*, para. 14.

¹²⁰¹ UN HIGH COMMISSIONER, *Interpreting Art. 1*, para. 45.

¹²⁰² Ibid.

¹²⁰³ Bkz. El Kitabı, para. 157.

dd. Suçun İşlenme Zamanı ve Yeri

Sözleşme'nin 1F(b) maddesinde bireyin statü kapsamı dışında bırakılması için “*mülteci sıfatıyla kabul edildiği ülkeye sığınmadan önce, sığındığı ülkenin dışında*” ciddi ve siyasî olmayan suç işlediğine dair ciddi sebeplere dayanan bir kanaat oluşması şartı aranmıştır.

Bu hüküm doğrultusunda iki unsurun değerlendirilmesi gerekmektedir. İlk unsur olarak, suçun işlendiği yer ele alınabilir. Sözleşme'nin ilgili hükmü bu hususta yeterince açık olduğu için, suçun işlendiği yerin sığınma ülkesinin dışı olması gerektiği yönünde bir tartışma olmamalıdır. Nitekim BMMYK Rehberinde de, sığındığı ülkede siyasî olmayan ciddi suç işleyen bireylerin, o ülkenin cezâ yasaları doğrultusunda cezâ usulüne tâbi kılınacağı ve o ülkede aynı suçu işleyen diğer bireyler gibi cezalandırılabileceği; ancak suçun özellikle ciddi (*particularly serious*) olması durumunda da Sözleşme'nin 32 ve 33(2). maddelerinin devreye gireceği belirtilmektedir¹²⁰⁴. Böylece, suç eğer sığınma devletinin ülkesi sınırları içerisinde işlenmiş ise 1F(b) hükmünün uygulanmasına gerek kalmayacaktır. Zira suçun özellikle ciddi olması durumu zaten geri gönderme yasağının istisnasını teşkil edeceğinden, birey statü değerlendirmesi kapsamına dahi alınmadan menşe ülkesine geri gönderilebilecektir.

İkinci unsur ise suçun işlenme zamanıdır. Sözleşme'nin ilgili hükmünde bu konuda, suçun işlendiği yer hususunda olduğu gibi net bir ifâdeye rastlamak mümkün değildir. Bu belirsizlik şu soruyu da beraberinde getirmektedir: 1F maddesinin (b) bendinde yer alan “*mülteci sıfatıyla kabul edildiği ülkeye sığınmadan önce/prior to his admission to that country as a refugee* (ing.)” ifâdesi, mülteci statüsünün resmen tanınmasından önceki zamanı mı yoksa bireyin fiili mülteci olarak ülkeye kabul edildiği zamanı mı nitelermektedir? Kanımızca, bu sorunun cevabı, Sözleşme'nin yorumlanması ile açıklığa kavuşturulabilecektir. Öncelikle “*mülteci sıfatıyla sığınma ülkesine kabul edilmeden önce* (prior to his admission to that country as a refugee) ifâdesinin lâfzî yorumu

¹²⁰⁴ THE UN REFUGEE AGENCY, *Guidelines* (Art. 1F), 5, para. 16; UN HIGH COMMISSIONER, *Interpreting Art. 1*, para. 49; El Kitabı, paras. 153 ve 154.

neticesinde, bu ifâdenin mülteci statüsünün resmen tanınması şeklinde anlaşılamayacağını belirtmek gerekir. Zîrâ ifâdede resmen tanımadan değil, ülkeye kabulden bahsedilmektedir. Burada bireyin hukukî statüsüne herhangi bir gönderme yapılmamış olup; fiziksel olarak ülkeye kabul edilmesi kastedilmiştir. Nitekim Sözleşme'nin bütününe bakıldığında, “ülkeye kabul/ *admission to a country(ing.)*” ifâdesinin ilgili hüküm dışında, 11., 31(2). ve 32(3). maddelerde de kullanıldığı ve bu kullanımın tartışmaya yer vermeyecek şekilde, statünün tanınmasına değil, bireyin ülkeye girişine izin verilme hâline işaret ettiği anlaşılmaktadır¹²⁰⁵. Kaldı ki, Sözleşme'nin bütününde, statünün resmen tanınmasına dair bir ifâde kullanılmamakla birlikte, “*yasal olarak bulunan*”, “*yasal olarak kalan*” gibi ifâdelere yer verildiği ancak bunlardan hiçbirinin ilgili hükümde kullanılmadığı da görülmektedir. Ayrıca, ifâdede “mülteci” teriminin yer alması, statünün bildirici nitelik arz etmesi sebebiyle, “mültecilik hâlini” nitelemekte, statünün resmen tanınmış olmasına işaret etmemektedir¹²⁰⁶.

Her ne kadar, 1F(b) hükmünün suçun işlendiği zamana yönelik düzenlemesini belirttiğimiz şekilde yorumlamak mümkün olsa da, uygulamada farklı bir görünümün oluştuğu da dikkatlerden kaçmamaktadır. Özellikle, AB Vasıf Yönergesi'nin konuya yaklaşımı bu tür görünümeler açısından önemli bir örnek teşkil etmektedir. Yönerge'nin 12.2(b) hükmüne göre, tartışmaya konu edilen ifâdenin (mülteci sıfatıyla sığınma ülkesine kabul edilmeden önce ifâdesi) “*mülteci statüsünün tanınmasına dayanılarak ikâmet izninin verilmesinden önce*” şeklinde anlaşılabileceği belirtilmiştir¹²⁰⁷. Bu hüküm

¹²⁰⁵ Sözleşme'nin “Mülteci Gemi Adamları” başlığını taşıyan 11. maddesinin ülkeye kabule ilişkin kısmı şu şekilde Türkçe'ye çevrilmiştir: “[h]er Akid Devlet, bayrağını taşıyan bir geminin mürettebatı arasında muntazam şekilde hizmete alınmış mülteciler varsa, ...muvakkaten ülkesine kabul eylemeyi müsait surette inceler”; Aynı hususta, Sözleşme'nin 31(2). maddesinde şu ifâdeye yer verilmiştir: “(...). Bu tahditler ancak işbu mültecilerin iltica memleketindeki durumları düzenleninceye veya bunlar diğer bir memlekete kabullerini temin edinceye kadar tatbik olunacaktır. (...)”; 32(3). maddedeki hüküm ise şu şekildedir: “Akid Devletler, bu gibi bir mülteciye, diğer bir memlekete muntazam surette kabulünü temin edebilmesi için makul bir müddet verirler. (...)”

¹²⁰⁶ Tartışmaya konu olan ifâde BMMYK tarafından da belirttiğimiz şekilde yorumlanmaktadır. Bu hususta bkz. UN HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES, *UNHCR's Comment on Qualification Directive (recast)*, 12.

¹²⁰⁷ Yönerge'nin 12.2(b) maddesinin İngilizce esas metni şu şekildedir: “*he or she has committed a serious non-political crime outside the country of refuge prior to his/her admission as a refugee, which means the time of issuing a residence permit based on the granting of refugee status...*”

1951 Sözleşmesi'nin 1F(b) maddesi ile karşılaştırıldığında, iki farklı sonucun oluşmasına hizmet edebileceği için önem arz etmektedir. İlk olarak, mültecinin ülkeye kabul edilmesinden önce değil de, statüsünün resmen tanınması ve buna bağlı olarak ikâmet izninin verilmesinden önce işlediği siyasî olmayan ciddi suçun bir dışarıda bırakma nedeni olarak değerlendirilmesi, suçun işlenme zamanını genişletmektedir. İkinci olarak, Sözleşmenin 1F(b) maddesinin açıklamasını içeren bu hüküm, suçun sığınma ülkesi dışında işlenmiş olması şartına yer vermemektedir. Bu durumda, iltica talebinde bulunan kişinin sığınma ülkesinde işlediği varsayılan suçtan dolayı statü dışında bırakılması mümkün hâle gelmektedir. Söz konusu hususlar ise 1951 Sözleşmesi'nin 1F(b) hükmü ile bağdaşmamaktadır¹²⁰⁸.

Buna ek olarak suçun işlendiği zaman aralığını, mülteci statüsünün tanınması ile ilişkilendirmek, ciddi bir mantık sorununu da beraberinde getirmektedir. Çünkü işlenme zamanını tartıştığımız suç, 1F(b) hükmü kapsamına giren, yani mülteci statüsünün tanınmasını engelleyen bir suçtur. O halde, bu suçun işlenmiş olduğuna dair ciddi sebeplere dayanan bir kanaat mevcut olduğunda statü zaten tanınamayacaktır. Buradan yola çıkarak suçun işlenme zamanının üst sınırını statünün tanınması olarak belirlemek anlamsız olacaktır.

3. BM'nin Amaç ve İlkelerine Aykırılık Teşkil Eden Suçlar Açısından (md.

1F(c))

1951 Sözleşmesi'nin 1F maddesinde sayılan mülteci statüsüne lâyık olmama hallerinin sonuncusunu iltica başvurusunda bulunan bireyin, *“BM'nin amaç ve ilkelerine aykırı fiilerden suçlu olduğuna dair hakkında ciddi sebeplere dayanan kanaat mevcut bulunması”* oluşturmaktadır (md. 1F(c)).

¹²⁰⁸ Vasıf Yönergesi'nin ilgili hükmü BMMYK ve ECRE tarafından da Sözleşme ile bağdaşmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir: UN HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES, *UNHCR's Comment on Qualification Directive (recast)*, 12; EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES (ECRE), *Comments on Recast Directive*, 18.

Hathaway'in aktardığına göre, Sözleşme'nin taslak halinde, bu hüküm ilk olarak, barış ve güvenliğe karşı suçlar ile birlikte düzenlenmiş; sonra siyasî olmayan ciddi suçlarla ilişkilendirilmiş ve en sonunda da ayrı bir hüküm olarak kaleme alınmıştır¹²⁰⁹.

1F(c) hükmünün hazırlık aşamasındaki bu belirsizlik, hükmün kapsamının tespit edilmesinde de kendini göstermektedir. Nitekim BMMYK'nın El Kitabında da, BM'nin amaç ve ilkelerine aykırılık teşkil eden eylemlerin, 1F maddesinde sayılan diğer suçlarla ilişkilendirilebileceği belirtilmektedir¹²¹⁰. El kitabında, barışa karşı suçlar, savaş suçları veya insanlığa karşı suçların aynı zamanda BM'nin amaç ve ilkelerine karşı eylemler olarak nitelendirilebileceğinden söz edilmektedir¹²¹¹. El Kitabı'na göre, 1F(c) maddesi ile yeni bir unsurun düzenlenmesinden ziyâde, 1F(a) ve 1F(b) hükümleri kapsamına girmeyen fiilleri de içerisine alan genel bir çerçeve oluşturulması amaçlanmıştır¹²¹².

Sözleşme'nin 1F maddesinin (c) fıkrasında belirtilen eylemlerin neler olabileceği hususunda BM Şartı (BM Antlaşması) kaynak teşkil etmektedir. Zira Şart'ın Dibacesinde¹²¹³ ve 1.¹²¹⁴ ve 2.¹²¹⁵ maddelerinde BM'nin amaçları ve ilkeleri sıralanmıştır.

¹²⁰⁹ JAMES C. HATHAWAY, *Refugee Status*, 226.

¹²¹⁰ El Kitabı, para. 162.

¹²¹¹ Ibid.

¹²¹² Ibid.

¹²¹³ Şart'ın dibacesinde, özetle, savaş felaketinden gelecek kuşakların korunmasına, temel insan haklarına, insan kişiliğinin onur ve değerine, erkeklerle kadınların ve büyük uluslarla küçük ulusların hak eşitliğine, uluslararası barış ve güvenliğin korunmasına, ortak yarar dışında silahlı kuvvet kullanılmamasını sağlayacak ilkelerin kabulüne vurgu yapılmıştır.

¹²¹⁴ Şart'ın 1. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir: “Birleşmiş Milletlerin amaçları şunlardır: (1) Uluslararası barış ve güvenliği korumak ve bu amaçla: barışın uğrayacağı tehditleri önlemek ve bunları boşa çıkarmak, saldırı ya da barışın başka yollarla bozulması eylemlerini bastırmak üzere etkin ortak önlemler almak ve barışın bozulmasına yol açabilecek nitelikteki uluslararası uyuşmazlık veya durumların düzeltilmesini ya da çözümlenmesini barışçı yollarla, adalet ve uluslararası hukuk ilkelerine uygun olarak gerçekleştirmek; (2) Uluslar arasında, halkların hak eşitliği ve kendi geleceklerini kendilerinin belirlemesi ilkesine saygı üzerine kurulmuş dostça ilişkiler geliştirmek ve dünya barışını güçlendirmek için diğer uygun önlemleri almak; (3) Ekonomik, sosyal, kültürel ve insancıl nitelikteki uluslararası sorunları çözmede ve ırk, cinsiyet, dil ya da din ayrımı gözetmeksizin herkesin insan haklarına ve temel özgürlüklerine saygının geliştirilip güçlendirilmesinde uluslararası işbirliğini sağlamak ve (4) Bu ereklere ulaşılması yolunda ulusların giriştikleri eylemlerin uyumlaştığı bir odak olmak”.

¹²¹⁵ Şart'ın 2. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir: “Birleşmiş Milletler örgütü ve üyeleri, 1. maddede belirtilen amaçlara ulaşmak üzere aşağıdaki ilkelere uygun biçimde hareket edeceklerdir: (1) Örgüt, tüm üyelerinin egemen eşitliği ilkesi üzerine kurulmuştur. (2) Tüm üyeler, üyelik sıfatından doğan hak ve

Bu bağlamda, BM'nin amaçları genel olarak savaşın önlenmesi, temel insan haklarına saygı, uluslararası toplum içerisinde adaletin sağlanabilmesi için gerekli şartların oluşturulması ve özgürlükçü bir çerçevede sosyal gelişimin ve hayat standartlarının yükselmesinin sağlanmasıdır¹²¹⁶. Bu doğrultuda, BM'nin; saldırı eylemlerine veya savaşa karşı kollektif tedbirlerin alınmasına, uyuşmazlıkların barışçıl bir şekilde çözümlenmesine, devletler arasında dostâne ilişkiler kurulmasına, ulusların eşit haklara ve kendi kaderlerini tayin hakkına (*self determination*) sahip olmasına, sosyal, kültürel, ekonomik ve insancıl hususlarda uluslararası bir işbirliğinin gelişmesine ve ayırım yapılmaksızın herkes için insan haklarının gözetilmesine hizmet etmeyi hedeflediği belirtilebilir¹²¹⁷.

İşte, 1F(c) maddesine tâbi olacak eylemlerin, genel çerçevesini belirttiğimiz bu amaç ve ilkelere aykırılık teşkil etmesi gerekmektedir. Bu noktada, söz konusu eylemlerin, aynı zamanda suç olarak nitelendirilebilen fiiller olduklarından da söz edilebilir¹²¹⁸. Ancak bu hususta *Gilbert*'in de haklı olarak belirttiği gibi ilgili hüküm içerisine giren eylemlerin tamamı bireysel cezâ sorumluluğunu doğurabilecek nitelikte

çıkarlardan tümünün yararlanmasını sağlamak için işbu Antlaşma'ya uygun olarak üstlendikleri yükümlülükleri iyi niyetle yerine getirirler. (3) Tüm üyeler, uluslararası nitelikteki uyuşmazlıklarını, uluslararası barış ve güvenliği ve adaleti tehlikeye düşürmeyecek biçimde, barışçı yollarla çözerler. (4) Tüm üyeler, uluslararası ilişkilerinde gerek herhangi bir başka devletin toprak bütünlüğüne ya da siyasal bağımsızlığa karşı, gerek Birleşmiş Milletler'in amaçları ile bağdaşmayacak herhangi bir biçimde kuvvet kullanma tehdidine ya da kuvvet kullanılmasına başvurmadan kaçınırlar. (5) Tüm üyeler örgütün işbu Antlaşma gereği giriştiği tüm eylemlerde örgüte her türlü yardımı yaparlar ve Birleşmiş Milletler tarafından aleyhinde önleme ya da zorlama eylemine girişilen herhangi bir devlete yardım etmekten kaçınırlar. (6) Örgüt, Birleşmiş Milletler üyesi olmayan devletlerin de, uluslararası barış ve güvenliğinin korunmasının gerektirdiği ölçüde bu ilkelere uygun biçimde hareket etmesini sağlar. (7) İşbu Antlaşma'nın hiçbir hükmü, Birleşmiş Milletlere herhangi bir devletin kendi iç yetki alanına giren konulara müdahale yetkisi vermediği gibi üyeleri de bu türden konuları işbu Antlaşma uyarınca bir çözüme bağlamaya zorlayamaz; ancak, bu ilke VII. Bölümde öngörülmüş olan zorlayıcı önlemlerin uygulanmasını hiçbir biçimde engellemez". Şart'ın aktarılan 1. ve 2. maddeleri, Birleşmiş Milletler Enformasyon Merkezi'nce yayınlanan metinden nakledilmiştir: bkz. <www.unicankara.org.tr/doc._pdf/chart_turkce.pdf> (E.T.: 12.12.2012).

¹²¹⁶ GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 185.

¹²¹⁷ Ibid.

¹²¹⁸ El Kitabı, para. 163; Nitekim 1F(c) maddesinin lafzı bu hususu açıkça ortaya koymaktadır. 1F(c) hükmü ile BM'nin amaç ve ilkelerine aykırı fiillerden "suçlu" olduklarına dair ciddi sebeplere dayanılarak kanaat getirilen bireyler, Sözleşme kapsamı dışında bırakılmıştır: GEOFF GILBERT, «Current Issues», 456.

değildir¹²¹⁹. BM'nin amaç ve ilkelerinin yer aldığı Şart, devletler arasında etki doğuran bir düzenlemedir. Bir başka ifâdeyle Şart'ın muhatapları bireylerden ziyâde devletlerdir. Bu bağlamda, BM'nin ilke ve amaçlarına aykırı eylemlerden dolayı sorumlu kılınacak olanlar genellikle devletler olmaktadır. Ancak kimi durumlarda bireyler de bu yöndeki fiillerinden sorumlu kılınabilir¹²²⁰. Bu durumda da, söz konusu bireylerin, devletin çok yüksek kademede görevlendirdiği kişiler olması beklenmekle birlikte¹²²¹, uygulamada, çok yüksek mertebede olmayan bireylerin de 1F(c) maddesine tâbi kılınarak Sözleşme kapsamı dışında bırakıldığı görülebilmektedir¹²²².

Uygulamada 1F(c) hükmünün uygulanmasına yönelik fazla sayıda örnek bulunmamakta ancak ulaşılabilen örneklerde de 1F(c) maddesinin sıklıkla terör eylemleri¹²²³ ve/veya ağır insan hakları ihlâlleri ile ilişkilendirildiği görülmektedir¹²²⁴.

¹²¹⁹ Ibid.

¹²²⁰ BMGK'nın 1377 sayılı Kararında, barış ve güvenliği tehdit eden uluslararası terörizm hareketlerinin de BM'nin amaç ve ilkelerine aykırılık teşkil ettiği belirtilmiştir. Aynı Karardan, bu tür terörizm hareketlerinden bireylerin de sorumlu kılınabileceği anlaşılmaktadır: GEOFF GILBERT, «Current Issues», 456, 457; ayrıca bkz. 1377 sayılı ve 12 Kasım 2001 tarihli BMGK Kararı, <www.un.org/docs/scres/2001/sc2001.htm> (E.T.: 12.12.2012); bununla birlikte Kanada Yüksek Mahkemesi'nin *Pushpanathan* kararında, “her ne kadar devlet dışı aktörlerin devletin zımnî onayı olmadan zulümle sonuçlanan insan hakları ihlâllerine yol açmaları zor görünse de, bu ihtimâlin a priori reddedilmesi mümkün olmamalıdır” ifâdesine yer verilerek, devlet dışında, bireylerin de 1F(c) hükmünde yer alan eylemlerden sorumlu kılınabileceğinin sinyalleri verilmiştir: *Pushpanathan v. Canada*, 5.

¹²²¹ GEOFF GILBERT, «Current Issues», 456.

¹²²² 1F(c) maddesinin yüksek mertebede bulunmayan bireyler için işletildiği kararlardan örnekler için bkz. *Georg K. v. Ministry of the Interior*, 71 ILR 284, 1969 (Avusturya) naklen GEOFF GILBERT, «Current Issues», 456.; *SS v. Secretary of State for the Home Department*, Appeal No: SC/56/2009, 30. 06. 2010 (Birleşik Krallık), <www.refugeecaselaw.org> (E.T.: 10.12.2012); VG Ansbach, 17.10.1972 (Almanya) naklen GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 187; bununla birlikte, BMMYK'nın 1996 tarihli Dışarıda Bırakma Hükümleri Rehberi'nde Sözleşmenin yeni yürürlüğe girdiği 50'li yıllarda, işgâl güçlerine ihbarda bulunarak bazı bireylerin ölümüne veya ciddi zarar görmelerine sebep olan kişilerin 1F(c) maddesine tâbi kılındığı belirtilmektedir: UNHCR, *The Exclusion Clauses: Guidelines on their Application*, 02 Aralık 1996, para. 61, <http://www.refworld.org/docid/3ae6b31d9f.html> (E.T.: 10.12.2012); ayrıca bkz. GEOFF GILBERT, «Current Issues», 456.

¹²²³ BMGK'nın, BM Şartı'nın 7. bölümü uyarınca kabul edilen 1373 sayılı ve 28 Eylül 2001 tarihli kararında, terörizme ilişkin eylem, yöntem ve uygulamaların BM'nin amaç ve ilkelerine aykırı olduğu bu bağlamda, bilinçli bir şekilde terör eylemlerinin finanse edilmesi, desteklenmesi veya bu eylemlere katkı sağlanmasının da söz konusu ilke ve amaçlara aykırılık teşkil ettiği belirtilmiştir. Kararda, terörist eylemlerin hazırlık aşaması da dâhil olacak şekilde her açıdan önlenmesi, terörist eylemlere girişenlerin ağır suçlu olarak yargılanması, terör eylemlerinin ciddi suç olarak kabul edilmesi ve bu eylemlere girişenlerin mülteci statülerinin tanınmaması hususları da vurgulanmıştır: İlgili karar için bkz. <www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1373(2001)> (E.T.: 12.12.2012); bu hususta T.C.

Bununla birlikte, BM'nin amaç ve ilkeleri oldukça geniş bir çerçevede ele alınabileceğinden kimi zaman bu fiiller kadar net bir şekilde BM'nin amaç ve ilkelerine aykırı olduğu belirlenemeyen eylemlerin de ilgili hükme girip girmeyeceği hususunda tartışmalar oluşmaktadır. Örneğin, BM'nin uyuşturucu trafiği ile savaş hâlinde olması, uyuşturucu kaçakçılığının da BM'nin ilke ve amaçlarına aykırı bir eylem olarak 1F(c) maddesi kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorusunu gündeme getirmiştir. Kanada Federal Mahkemesi önüne gelen *Pushpanathan* davası bu konuya ışık tutmaktadır. Davada uyuşturucu kaçakçılığı ile suçlanan bireyin 1F(c) maddesine tâbi kılınarak mülteci statüsünün tanınmaması durumu tartışılmıştır. Davaya ilişkin kararda ise bu tür bir eylemin 1F(c) maddesi kapsamında değerlendirilemeyeceğine hükmedilmiştir. Kararın gerekçesinde, bir eylemin 1F(c) maddesi çerçevesinde değerlendirilebilmesi için, bu eylemin savaş dışı bir ortamda, sistemli ve sürekli bir şekilde temel insan haklarını ihlâl ederek zulme sebebiyet verebilecek bir eylem olması gerektiği belirtilmiştir¹²²⁵. Kararda ayrıca, bir eylemin 1F(c) hükmüne tâbi kılınabilmesi için belirli bir ciddiyet seviyesine ulaşp temel insan haklarını sürekli şekilde ihlâl ettiği hususunda uluslararası bir uzlaşının var olmasının ya da söz konusu eylemin açıkça BM'nin amaç ve ilkelerine aykırı olduğunun belirlenebilmesinin gerektiği vurgulanmıştır¹²²⁶.

Pushpanathan kararında, 1F maddesinin yorumlanmasında genel kural olarak kabul edilen dar yoruma yer verilerek Sözleşme'nin amaç ve konusuna uygun bir yöntem

Dışişleri Bakanlığı'nın açıklamaları için ayrıca bkz: <www.mfa.gov.tr/bm-guvenlik-konseyi_nin-1373-sayili-karari_.tr.mfa> (E.T.: 12.12.2012). Terör eylemlerinin 1F maddesi ile ilişkisinin tartışıldığı ayrıntılı çalışmalar için bkz. WALTER KALIN ve JÖRG KÜNZLI, «Article 1F(b): Freedom Fighters, Terrorists, and the Notion of Serious Non-Political Crimes», *International Journal of Refugee Law* 12, sayı suppl 1 (2000): 46–78; MONETTE ZARD, «Exclusion, Terrorism and the Refugee Convention», *Forced Migration Review* 13 (2002): 32–34; BEN SAUL, «Exclusion of Suspected Terrorists from Asylum: Trends in International and European Refugee Law» (IIS Discussion Paper, Rochester, NY, 2004), <<http://papers.ssrn.com/abstract=735265>> (E.T.: 12.12.2012); SATVINDER SINGH JUSS, «Terrorism and the Exclusion of Refugee Status in the UK», 465.

¹²²⁴ GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 184–190.

¹²²⁵ *Pushpanathan v. Canada*, 5.

¹²²⁶ *Ibid.*, 5 vd.

izlenmiştir. Bu sebeple kanımızca, söz konusu karar, 1F(c) hükmünün yorumlanmasında yol gösterici bir niteliği hâizdir.



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA MÜLTECİ KORUMASININ VE MÜLTECİ STATÜSÜNÜN GÖRÜNÜMÜ

Ş7. TÜRK HUKUKUNDA MÜLTECİYE VE MÜLTECİ KORUMASINA GENEL BAKIŞ

I. TARİHİ GELİŞİM

A. Cumhuriyet Öncesi Dönem

Yoğun göç yolları üzerinde bulunan Türkiye topraklarının sığınmaya yönelik olarak geçmişi incelendiğinde, sığınma sağlamaya ilişkin bilinen faaliyetlerin Osmanlı'dan başlayarak olduğu görülmektedir. Göçle başlayan ve göç ile sona eren bir İmparatorluk olan Osmanlı'nın¹²²⁷ sığınma açısından kapsamlı bir geçmişe sahip olması olağan karşılanmalıdır.

Osmanlı'ya sığınan ilk mültecilerin¹²²⁸ İmparatorluk topraklarına gelişinin 14. yüzyıla dayandığı bilinmektedir¹²²⁹. Bir sonraki yüzyılda da devam eden bu sığınma hareketlerinin öznesi Yahudi mülteciler olmuştur. 1492 yılında İspanya'dan kaçan çok sayıda Yahudi, Osmanlı tarafından gemilerle İstanbul'a getirilmiş ve kendilerine koruma sağlanmıştır¹²³⁰. Bu dönemde, Avrupa'da Yahudilere yönelik yoğun bir baskının söz

¹²²⁷ REŞAT KASABA, *A Moveable Empire: Ottoman Nomads, Migrants, and Refugees* (Seattle-London, 2009), 11.

¹²²⁸ 1951 Sözleşmesi'nin imzalanmasına kadar geçen dönem için kullandığımız “mülteci” ifâdesini, Sözleşme'nin öngördüğü mülteci statüsü tanımı çerçevesinde ele almamak gerekir. Burada kullanılan mülteci ifâdesinin içerisine hem kavramsal anlamda mülteciler, hem dönemin uluslararası koruma alanındaki gelişmelerine paralel olarak şekillenen kategorik tanımlarla ilişkilendirilebilecek olan mülteciler girmektedir.

¹²²⁹ Yahudilerin, Osmanlı topraklarını sığınma açısından elverişli yerler olarak görmeye başlamalarının 1360 yılında Macar Kralı *Louis*'nin Yahudilerin sınır dışı edilmesine yönelik emrini takip eden döneme rastladığı bildirilmektedir: HALİL İNALCIK, “Foundations of Ottoman-Jewish Cooperation,” içinde *Jews, Turks, Ottomans: A Shared History, Fifteenth Through the Twentieth Century*, ed. AVIGDOR LEVY (New York, 2002), 4.

¹²³⁰ Bu dönemde Osmanlı'ya sığınan Yahudilerin sayısı tam olarak bilinmemekle birlikte İspanya'dan kaçan Yahudilerin çoğunun bu topraklara geldiği aktarılmaktadır: Ibid., 7.

konusu olması sadece İspanya'dan değil, Avrupa'nın diğer bölgelerinden de birçok Yahudi'nin Osmanlı'ya sığınmasına sebep olmuştur. Örneğin bir grup Yahudi mültecinin Güney Almanya'nın Bavyera bölgesi ve Fransa üzerinden gelerek Osmanlı'nın Avrupa'da yeni ele geçirdiği topraklara sığındığı aktarılmaktadır¹²³¹.

Yahudi mültecilerin Osmanlı'ya sığınmaları önemli bir tarihî olay olmakla birlikte Osmanlı'nın sığınma geçmişindeki tek örnek de değildir. İmparatorluğun geniş bir coğrafyaya yayılmış olması Osmanlı topraklarını sığınmaya erişim açısından elverişli kılmış, sığınma sağlamaya yönelik faaliyetlerin yerleşmiş olması ise bu toprakların cazibesini artırmıştır¹²³².

19. yüzyılda Osmanlı imparatorluğu, bölgedeki diğer iki imparatorluğun baskılarından kaçan sığınmacıları topraklarına kabul etmiştir. Bu dönemde, Avusturya İmparatorluğu'nda ve Rusya'da zulme uğrayan Macar ve Leh mülteciler Osmanlı'ya sığınmıştır. Osmanlı'nın bu mültecilere sığınma sağlaması insanî nedenlerin yanında siyasî bir boyuta da sahiptir. Milliyetçilik akımının bu dönemde yükselmekte olması, bölgedeki imparatorlukları tehdit etmeye başlamış ancak aynı zamanda da imparatorlukların birbirlerine karşı kullandıkları bir unsur hâlini de almıştır. Kendi aralarında ihtilaf hâlinde olan, Osmanlı, Avusturya-Macaristan ve Rus imparatorlukları, birbirleri içerisindeki milliyetçilik akımlarını teşvik etmişlerdir. İşte bu görünüm içerisinde, milliyetçi faaliyetleri ile Rusya ve Avusturya-Macaristan imparatorlukları için tehdit oluşturan Lehler ve Macarlar Osmanlı tarafından desteklenmiş ve sığınma yoluyla kendilerine koruma sağlanmıştır¹²³³. Lehler İstanbul yakınlarında, bugün Polenezköy olarak bilinen bölgeye yerleştirilmişlerdir¹²³⁴.

¹²³¹ KEMAL KİRİŞÇİ, «Zorunlu Göç ve Türkiye», içinde *Sığınmacı, Mülteci ve Göç Konularına İlişkin Türkiye'deki Yargı Kararları* (İstanbul, 2000), 37.

¹²³² Osmanlı topraklarının sığınma açısından elverişli bir hâle gelmiş olmasında İmparatorluğun farklı topluluklara açık, dinamik, değişken ve dışa dönük bir yapıyı hâiz bulunmasının da etkili olduğu iddia edilebilir. Osmanlı'nın göçe açık yapısına ilişkin bir değerlendirme için bkz. REŞAT KASABA, *A Moveable Empire*, 18.

¹²³³ Osmanlı topraklarına sığınan Lehler ve Macarlar arasında Müslüman olarak Osmanlı'da yüksek mevkilere gelenler de bulunmaktadır. Kirişçi'nin aktardığı iki çarpıcı örneğe göre, eskiden Kont Berszowski olarak bilinen ve sığındıktan sonra Mustafa Celalledin Paşa adıyla anılan şahıs Osmanlı'da önemli bir devlet adamı ve diplomat olmuştur. Macar sığınmacılar arasından Müslüman olup Ömer Lütfi

20. yüzyıla gelindiğinde zorunlu göç hareketlerinin temel kaynağının özellikle İmparatorlukların sona ermesi ile ulus-devletlerin oluşmaya başlamasına dayandığı görülmektedir¹²³⁵. 20. yüzyılın ilk çeyreğinde Birinci Dünya Savaşı'nın da etkisiyle mülteci geçişlerinde hareketlenmeler olmuştur. Birinci Dünya Savaşı döneminde yaşanan zorunlu göçler çoğunlukla, Avusturya-Macaristan ve Bulgaristan işgalleri ile İttihat ve Terakki'nin göç politikaları ve savaşın sonucu olarak yaşanmıştır¹²³⁶.

Bunun yanı sıra, Balkan Savaşları sonrasında sığınma arayışına giren Müslüman kökenli çok sayıda mülteci¹²³⁷ ve Bolşevik Devriminden kaçan Beyaz Rus da 20. yüzyılda Osmanlı topraklarına sığınmıştır. Bolşevik devrimi döneminde, Osmanlı İmparatorluğuna, onbinlerce Beyaz Rus iltica etmiştir¹²³⁸. Kirişçi'nin aktardığına göre, bu mültecilere üçüncü bir ülkeye yerleşene kadar geçici koruma sağlanmış ancak mültecilerin ufak bir kısmı dönemin Osmanlı topraklarında kalmış ve daha sonra yeni oluşan Türkiye Cumhuriyeti'ndeki sosyal hayatta önemli roller oynamışlardır¹²³⁹. Bu

Paşa olarak bilinen şahıs ise Kırım savaşında Rusları mağlup eden komutan olarak tanınmış ve uzun bir süre Serdar-ı Ekrem olarak Osmanlı'ya hizmet etmiştir: KEMAL KİRİŞÇİ, «Zorunlu Göç ve Türkiye», 38.

¹²³⁴ PETER ALFORD ANDREWS, *Ethnic Groups in the Republic of Turkey* (Weisbaden, 1989), 137 naklen NURCAN ÖZGÜR ve YEŞİM ÖZER, *Türkiye'de Sığınma Sisteminin Avrupalılaştırılması* (İstanbul, 2010), 110.

¹²³⁵ AHMET İÇDUYGU and KRISTEN BIEHL, “Türkiye’ye Yönelik Göçün Değişen Yörüngesi,” in *Kentler Ve Göç Türkiye, İtalya, İspanya*, ed. AHMET İÇDUYGU (İstanbul, 2012), 9.

¹²³⁶ NURCAN ÖZGÜR ve YEŞİM ÖZER, *Türkiye'de Sığınma Sisteminin Avrupalılaştırılması*, 110.

¹²³⁷ Özgür ve Özer'in, Eren ve Ağanoğlu'ndan aktardığına göre Osmanlı-Rus Savaşından sonra, Osmanlı'nın çekilmesiyle birlikte 1.445.000'i aşkın Müslüman kökenli kişi Balkanlar'dan Anadolu'ya; 1912-1913 Balkan savaşları sırasında da bir milyondan fazla kişi Rumeli'den Osmanlı'ya sığınmıştır: HALİT EREN, «Balkanlar'da Türk ve Diğer Müslüman Toplulukları ve Göç Olgusu», içinde *Balkanlar* (İstanbul, 1993), 298; YILDIRIM AĞANOĞLU, *Osmanlı'dan Cumhuriyete Balkanların Makus Talihi Göç* (İstanbul, 2001) naklen NURCAN ÖZGÜR ve YEŞİM ÖZER, *Türkiye'de Sığınma Sisteminin Avrupalılaştırılması*, 110.

¹²³⁸ NURCAN ÖZGÜR ve YEŞİM ÖZER, *Türkiye'de Sığınma Sisteminin Avrupalılaştırılması*, 110. Özellikle İstanbul'a yerleşen Beyaz Ruslar'a ilişkin bir çalışma için bkz. JAK DELEON, *Beyoğlu'nda Beyaz Ruslar* (İstanbul, 1996).

¹²³⁹ KEMAL KİRİŞÇİ, «Zorunlu Göç ve Türkiye», 38 vd.

süreçte ayrıca Kafkasyalılar ve Tatarlar gibi birçok farklı etnik kökenden gelen mülteciye de sığınma sağlandığı bilinmektedir¹²⁴⁰.

Bu dönemde henüz mülteci koruması hususunda uluslararası bir işbirliğinin oluşturulmamış bulunması, korumanın daha çok *ad hoc* çerçevede sağlanmasına veya sığınanların milliyetlerine (etnik kökenlerine) göre kategorik bir düzlemde şekillenmesine sebep olmuştur. Osmanlı tarafından sağlanan korumanın bu şekildeki görünümü, aynı dönemde Avrupa coğrafyasındaki uygulamanın yansıması olarak değerlendirilebilir.

B. Cumhuriyet Sonrası Dönem

1. 1951 Sözleşmesinin İmzalanmasından Önceki Durum

Türkiye Cumhuriyeti'nin kurulması, mülteci hareketlerinin sonunu getirmemiş, Türkiye coğrafyasının göç yolları üzerinde bulunması ve özellikle Dünya Savaşları sonrasında Avrupa'da meydana gelen karışıklıklar, Türkiye'ye mülteci geçişlerinin oluşmasına sebep olmuştur. Bu dönemde, mülteci korumasına ilişkin uluslararası işbirliğinin tam anlamı ile sağlanamamış olması, korumanın da ulusal düzeyde, Cumhuriyet öncesi dönemde olduğu gibi, *ad hoc* uygulamalar çerçevesinde yürütülmesine sebebiyet vermiştir. Uluslararası alandaki bu görünümün bir uzantısı olarak Türkiye topraklarına sığınan mültecilere sağlanan koruma da sistematik bir düzlemde gelişmemiştir. Cumhuriyetin yeni kurulmuş olması, Dünya Savaşlarının olumsuz etkisi sebebiyle, Türkiye'deki mülteci korumasının çerçevesi, daha çok siyasî unsurlardan etkilenmiştir. Uluslararası alanda mülteci koruması hususunda ortak bir sistemin henüz kurulmamış olması, mülteci korumasına etki eden devlet egemenliği ve buna bağlı olarak siyasî unsurların daha belirgin bir hâl almasına neden olmuştur.

Cumhuriyet'in kurulmasından önce özellikle Balkanlardan başlayan zorunlu göç dalgası, Cumhuriyet'in kurulmasından sonraki ilk yıllarda da devam etmiştir. Zorunlu

¹²⁴⁰ KEMAL KARPAT, *Ottoman Population 1830-1914: Demographic and Social Characteristics* (Wisconsin, 1985), 65–69, naklen KEMAL KİRİŞÇİ, «Is Turkey Lifting the Geographical Limitation - The November 1994 Regulation on Asylum in Turkey», *International Journal of Refugee Law* 8 (1996): 295.

göç hareketleri çoğunlukla Bulgaristan, Romanya, (eski) Yugoslavya gibi Balkan ülkelerinden kaynak bulmuştur. Bu dönemde Balkanlarda yaşanan siyasî karışıklıklar özellikle Müslüman kökenli kişilerin topraklarını bırakarak zorla göç ettirilmelerine sebep olmuştur. Örneğin, Bulgaristan Pomaklarına uygulanan baskılar birçok Pomak köyünün toplu şekilde Türkiye'ye sürgün edilmesiyle sonuçlanmıştır¹²⁴¹.

Birinci Dünya Savaşının üzerinden çok uzun bir süre geçmeden İkinci Dünya Savaşının başlaması, Balkanlar üzerinden gelen zorunlu göç hareketlerinin devamını sağlamıştır. Türkiye Cumhuriyeti'nin kurulmasından hemen sonraki en belirgin mülteci hareketleri ise 1930'lu yıllarda, Almanya'daki Nazi rejiminden kaçan Yahudilere Türkiye tarafından sığınma sağlanmasına yönelik olmuştur. Kirişçi'nin *Cremer ve Przytulla*'dan aktardığına göre, 1933-1945 yılları arasında yaklaşık 800 mülteci bu şekilde Almanya'dan kaçarak Türkiye'ye sığınmıştır¹²⁴². Bu mültecilerin içerisinde, Türkiye'nin akademik gelişimine büyük katkılar sağlayan bilim insanları da bulunmaktaydı¹²⁴³.

Türkiye'nin bu dönemde mültecilere yönelik korumacı yaklaşımının kimi zaman sekteye uğradığı da ifâde edilmelidir. İkinci Dünya Savaşı sırasında henüz uluslararası korumanın tam anlamıyla kurumsal bir temele kavuşmamış olması, koruma faaliyetlerinin de sistematik bir çerçevede yürütülmemesine sebep olmuştur. Bu duruma bir de Cumhuriyetin henüz oldukça genç olması ve Türkiye Cumhuriyeti'nin İkinci Dünya Savaşı'nda tarafsızlığını koruma kaygısı içerisinde olması eklenince, Yahudi mültecilere sağlanan insanî koruma bir süre sonra krize dönüşmüştür. Avrupa'daki anti-semitist hareketlenmenin etkileri Türkiye'ye de yansımış ve özellikle Trakya'da yaşayan Yahudilerin zorunlu olarak ülkeyi terk etmek durumunda kalmaları¹²⁴⁴ ile

¹²⁴¹ NURCAN ÖZGÜR ve YEŞİM ÖZER, *Türkiye'de Sığınma Sisteminin Avrupalılaştırılması*, 111.

¹²⁴² JAN CREMER ve HORST PRZYTULLA, *Exil Türkei: Deutschsprachige Emigration in der Türkei 1933-1945* (München, 1991), 19 naklen, KEMAL KİRİŞÇİ, «Geographical Limitation», 295.

¹²⁴³ Nazi rejiminden kaçan Yahudi mültecilerin, Türkiye'deki üniversite eğitime sağladıkları katkılara ilişkin ayrıntılı bir çalışma için bkz. ARNOLD REISMAN, «Jewish Refugees from Nazism, Albert Einstein, and the Modernization of Higher Education in Turkey (1933-1945)», *Aleph: Historical Studies in Science and Judaism* 7 (2007): 253–281.

¹²⁴⁴ Türkiye'den zorunlu kaçışa sürüklenen Yahudilerin 35.000'i İsrail devletinin kurulmasıyla birlikte 1948'de İsrail'e göç etmiştir. Kaçış sırasında, bazı trajik durumlar da yaşanmıştır. Örnek olarak, deniz

sonuçlanmıştır¹²⁴⁵. Bu olaylardan sonra Nazi rejiminden kaçan Yahudilerin ülkeye girişlerinin sınırlandırmaya tâbî kılınması gündeme gelmiştir¹²⁴⁶. Avrupa'dan Türkiye topraklarına doğru kaçan Yahudi mültecilere en fazla, transit geçiş izni verilmeye başlanmıştır¹²⁴⁷. Ancak, transit geçiş izni dahi verilmeyen durumlar da söz konusu olmuştur. *Struma* olayı olarak bilinen trajik hadise bu durumun üzücü bir örneğidir. 15 Aralık 1941'de Nazi işgaline uğrayan Romanya'dan 769 Yahudi mülteci ile Filistin'e kaçmak üzere yola çıkan *Struma* gemisi, boğazlarda uzun bir süre bekletilip geçiş izni verilmemiştir. Gemi daha sonra Karadeniz'de bir Sovyet denizaltısı tarafından torpidolanarak batırılmış, 768 mülteci hayatını kaybetmiştir¹²⁴⁸. Bu gelişmeler, mülteci korumasının tıpkı o dönemde Avrupa'da olduğu gibi siyasî nedenlerin etkisi altında kaldığını göstermektedir.

Bu dönemde Türk hukukunda mülteciler açısından bir takım düzenlemelerin de yapıldığı görülmektedir. Bu düzenlemelerin en önde geleni 1934 tarihli İskân Kanunu

motoru ile Filistin'e kaçırmaya çalışırken Marmara denizinde boğularak ölen 345 mültecinin durumu verilebilir: NURCAN ÖZGÜR ve YEŞİM ÖZER, *Türkiye'de Sığınma Sisteminin Avrupalılaştırılması*, 115; RIDVAN AKAR, *Aşkale Yolcuları* (İstanbul, 2009), 158.

¹²⁴⁵ NURCAN ÖZGÜR ve YEŞİM ÖZER, *Türkiye'de Sığınma Sisteminin Avrupalılaştırılması*, 114. 1934 Trakya olayları olarak bilinen ve Yahudilerin Türkiye'yi terk etmeye başlamaları ile sonuçlanan hadiselerle ilişkin ayrıntılı bir çalışma için bkz. RIFAT N. BALI, *1934 Trakya Olayları* (İstanbul, 2012).

¹²⁴⁶ Sabri Toprak tarafından TBMM'ye verilen bir yasa tasarısında, Nazi yanlısı rejimlerden kaçan Yahudilerin, Türkiye'ye girişinin sınırlandırılması istenmiştir. Toprak'ın bu önerisi daha sonra komisyonda reddedilmiş, akabinde yapılan resmî açıklamalarda Türkiye'de bir "Yahudi sorunu" bulunmadığı belirtilmiştir: RIDVAN AKAR, *Aşkale Yolcuları*, 154.

¹²⁴⁷ RIFAT N. BALI, «Yahudi Mültecileri Filistin'e Taşıyan Parita Geminin Serüveni», *Tarih ve Toplum* sayı 214 (Ekim 2001): 202. 1939-1942 yılları arasında 15 mülteci gemisine Türkiye tarafından transit geçiş izni verildiği aktarılmaktadır: ARNOLD REISMAN, *Turkey's Modernization: Refugees from Nazism and Atatürk's Vision* (Washington DC, 2006), 290.

¹²⁴⁸ *Struma* Gemisi, 15 Aralık 1941'de İstanbul açıklarına geldi ve Boğazlar'dan geçiş izni istedi. Gemi aralıydı ve yola devam etmesi güç görünüyordu. Geminin yolcularına iki ay sonra geçiş konusunda olumsuz cevap verildi. Bu süre boyunca İstanbul limanında ve açıkta bekleyen geminin yolcuları arasında dizanteri ve açlık baş gösterdi. Daha sonra geminin yolcuları ile birlikte Romanya'ya iade edilmesine karar verildi ancak gemi Karadeniz'e açılır açılmaz batırıldı: RIDVAN AKAR, *Aşkale Yolcuları*, 159. *Struma* olayından sonra dönemin Başbakanı Refik Saydam'ın şu açıklamayı yaptığı aktarılmaktadır: "Türkiye, başkaları tarafından arzu edilmeyen insanlara mekan olamaz": Cumhuriyet, 25.2.1942, Akşam, 21.4.1942 naklen Ibid., 160.

olmuştur¹²⁴⁹. İskân Kanunu ile Türk hukukunda ilk kez mültecinin tanımı yapılmıştır¹²⁵⁰. Bununla birlikte mültecilerin yurda kabulü ve yurt içine yerleştirilmelerine ilişkin hükümler de İskân Kanunu içerisinde yer bulmuştur. İskân Kanunu ile aynı yıl ve yaklaşık aynı dönemde, Kars Vilayetiyle Bayazıt, Erzurum ve Çoruh Vilayetlerinin Bazı Parçalarında Muhacir ve Sığıntıların Yerleştirilmesi ve Yerli Çiftçilerin Topraklandırılması Hakkında Kanun¹²⁵¹ ile mültecilerin yerleştirileceği yerler ve yerleştirmeye ilişkin usullere yönelik bir takım düzenlemeler getirilmiştir. 1941 yılında ise Muharip Yabancı Ordu Mensuplarından Türkiye’ye İltica Edenler hakkında Kanun¹²⁵² ile Türkiye’ye iltica eden yabancı ordu mensuplarının ülkeye kabulü ve ülkede kalmalarına ilişkin usul ve esaslar düzenlenmiştir. Bu dönemde mültecilere ilişkin belirgin bir düzenleme de İkinci Dünya Savaşı sonrasında 1950 yılında yürürlüğe giren Pasaport Kanunu (PK)¹²⁵³ içerisinde yer almaktadır. PK, mültecilerin ülkeye kabul edilmeleri hususunu ilgili hükmüyle İçişleri Bakanlığı’nın iznine tâbi kılmıştır¹²⁵⁴.

1951 Sözleşmesinin imzalanmasından önceki bu dönemde mültecilere ilişkin yapılan düzenlemelerin, tarihî çerçeve içerisinde daha çok ihtiyaca yönelik olarak şekillendiği görülmektedir. Bu dönemde Türkiye’ye sığınanlar arasında çok sayıda Türk soylu mültecinin de bulunması, mültecilere ilişkin düzenlemelerin, sığınan bireylerin

¹²⁴⁹ 2510 Sayılı İskân Kanunu, 14.06.1934 tarihinde kabul edilmiştir: RG. 21.06.1934/2733. Bu Kanun, 26.09.2006 tarih ve 26301 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 5543 sayılı İskan Kanunu’nun 48. maddesi gereği yürürlükten kaldırılmıştır.

¹²⁵⁰ Kanun’un 2848 sayılı Kanun’un 3.maddesi ile değişik, 3. maddesinin 3. fıkrasındaki tanım uyarınca; “Türkiye’de yerleşmek maksadile olmayıp bir zarûret ilcasile muvakkat oturmak üzere sığınanlara mülteci denir”. 2510 sayılı mülga İskân Kanunu’nda yer alan mülteci tanımının oluşturduğu mülteci algısı ve bu algının Türk sığınma hukuku üzerindeki etkilerine yönelik açıklamalarımız için bkz. aşa.ş7. III.A.2 ve B.1.

¹²⁵¹ 2502 sayılı Kanun, 09.06.1934 tarihinde kabul edilmiştir: RG. 14.06.1934/2727.

¹²⁵² 4104 sayılı Kanun, 11.08.1941 tarihinde kabul edilmiştir: RG. 15.08.1941/4887.

¹²⁵³ 5682 sayılı Kanun, 15.07.1950 tarihinde kabul edilmiştir: RG. 24.07.1950/7564.

¹²⁵⁴ Pasaport Kanunu’nun mültecinin ülkeye girişine ilişkin olarak İçişleri Bakanlığı’nı yetkili kılan 4. maddesinin gereği gönderme yasağı çerçevesinde değerlendirilmesine ilişkin açıklamalarımız için bkz. aşa.ş8.II.A.1.

Türk soylu olup olmadığına yönelik bir ayrım çerçevesinde oluşturulmasına da sebebiyet verdiği görülmektedir¹²⁵⁵.

2. 1951 Sözleşmesi'nin İmzalanmasından Sonraki Durum

İkinci Dünya Savaşı sonrasında BMMYK'nın kuruluşu ve 1951 Sözleşmesi'nin imzalanmasından on yıl sonra Türkiye, hazırlık çalışmalarına da katkıda bulunduğu¹²⁵⁶ Sözleşme'ye 1961 tarihinde, Sözleşme'nin 1967 tarihli Protokolüne ise 1968 tarihinde taraf olmuştur¹²⁵⁷. Türkiye, Sözleşme'ye taraf olurken bu düzenlemede alan mülteci tanımına coğrafi ve tarihî bir kısıtlama koymuştur. Bu kısıtlamalar gereği, Türkiye, *inter alia*, 1951'den önce Avrupa'da meydana gelen olaylardan kaçarak Türkiye'ye sığınanların mülteci statüsünü tanıyacağını beyan etmiştir. 1968 yılında Türkiye bu kez 1967 Protokolü'ne taraf olmuş, tarihî kısıtlamayı kaldırmış ancak, Protokol'ün öngördüğü imkâna dayanarak coğrafi kısıtlamayı kaldırmamıştır¹²⁵⁸.

İkinci Dünya Savaşı sonrasında Türkiye coğrafyasına yönelen mülteci hareketleri, Soğuk Savaş döneminin başlamasıyla birlikte, uluslararası alandaki siyasî konjonktürden etkilenmiş, dönemin, komünist rejimden kaçan bireyler üzerine şekillenen mülteci tanımına uygun bir şekilde, sadece komünizm rejiminden dolayı Doğu Avrupa'dan ve Rusya'dan kaçanların mültecilik statüsü tanınmıştır¹²⁵⁹.

¹²⁵⁵ Söz konusu ayrımın Türk sığınma hukuku üzerindeki etkilerine yönelik açıklamalarımız için bkz. aşağıda §7.III.A.2 ve B.1.

¹²⁵⁶ Bkz. UN Ad Hoc Committee on Refugees and Stateless Persons, *Ad Hoc Committee on Statelessness and Related Problems, First Session: Summary Record of the Third Meeting Held at Lake Success, New York, on Tuesday, 17 January 1950, at 3 p.m., 26 January 1950*, paras. 21, 23, 29, E/AC.32/SR.3, <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/40aa193f4.html>> (E.T.: 4.2.2011)

¹²⁵⁷ Türkiye, Sözleşme'ye 29 Ağustos 1961 tarihli ve 359 sayılı Kanun ile taraf olmuştur (RG. 10898/5.09.1961). Protokol'e ise 1 Temmuz 1968 tarihli ve 6/10266 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile taraf olunmuştur (RG. 12968/5.08.1968).

¹²⁵⁸ Coğrafi kısıtlamanın Sözleşme'nin Türk hukukunda uygulanmasına etkilerine yönelik açıklamalarımız için bkz. aşağıda §7.II.B.1.b.

¹²⁵⁹ KEMAL KİRİŞÇİ, «UNHCR and Turkey: Cooperating for Improved Implementation of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees», *International Journal of Refugee Law* 13 (2001): 74 vd. 1946-1990 yılları arasında Sovyetler Birliği'nin Orta Asya Cumhuriyetlerinden yaklaşık 7108 kişinin

Türkiye'ye yönelen zorunlu göç hareketleri, Sovyetler Birliği ve Yugoslavya'nın dağılmasıyla yeniden artmış, ancak bu kez, zulümden kaçarak Türkiye'ye gelenlerin birçoğu, görünüşte coğrafi kısıtlama engeline takılmasa da mülteci statüsü kapsamında korunmayarak *de facto* bir korumaya tâbi tutulmuşlardır¹²⁶⁰.

Bu süre zarfında, 1951 Sözleşmesi'ne göre mülteci sayılabilecekleri hâlde Türkiye'nin Sözleşme'ye koyduğu coğrafi kısıtlama sebebiyle sözleşme mültecisi sayılamayan birçok İranlı da İran Devrimi'nin ardından Türkiye'ye sığınmıştır¹²⁶¹. Bu sığınma hareketlerini, 1990'lı yılların başında Körfez Savaşından kaçarak Türkiye sınırlarına gelen Iraklı Kürtlerin sığınma arayışı takip etmiştir. Özellikle İranlı mülteciler açısından BMMYK ile işbirliği yapılarak yürütülen süreç, söz konusu bireylerin üçüncü bir ülkeye yollanana kadar geçici olarak korunmasından ibaret bir hâl almış, ancak Iraklı Kürtlerin toplu halde sığınma arayışına girmeleri ve yaklaşık aynı dönemde Balkanlardan yönelen göç hareketleri ile birlikte¹²⁶², Türk hukukunda acilen ve doğrudan sığınmaya yönelik bir düzenleme oluşturma ihtiyacı oluşmuştur. Bu sebeple 1994 yılında “*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 bir Yönetmelik*”¹²⁶³ (1994 Yönetmeliği) hazırlanmıştır¹²⁶⁴. Yönetmeliğin oluşturulmasından sonra, daha önce BMMYK ile mülteci statüsü belirlenmesi hususunda fiilen yürütülen işbirliği, daha sistematik bir hâl almıştır. Türkiye'ye yönelen mülteci hareketlerinin çoğunun Avrupa dışında meydana gelen olaylardan kaynaklanması

Türkiye'ye sığındığı aktarılmaktadır: NURCAN ÖZGÜR ve YEŞİM ÖZER, *Türkiye’de Sığınma Sisteminin Avrupalılaştırılması*, 119.

¹²⁶⁰ KEMAL KİRİŞÇİ, «UNHCR and Turkey», 75.

¹²⁶¹ KEMAL KİRİŞÇİ, «Geographical Limitation», 297.

¹²⁶² Özgür ve Özer'in aktardığına göre, Türkiye sığınma tarihinin en kapsamlı toplu göçlerinden biri 1989 yılının yaz aylarında Bulgaristan'daki “Bulgarlaştırma” süreci sonucunda 346.000 Bulgaristan Türkünün, Pomak ve Roman bireylerin, askerî konvoyların kontrolünde Türkiye sınırına sürgün edilmesiyle gerçekleşmiş; Türkiye’de bu dönemde bir ay içerisinde 135.237 zorunlu göçmen ağırlanmıştır: NURCAN ÖZGÜR ve YEŞİM ÖZER, *Türkiye’de Sığınma Sisteminin Avrupalılaştırılması*, 121.

¹²⁶³ RG 30.11.1994/22127.

¹²⁶⁴ KEMAL KİRİŞÇİ, «Geographical Limitation», 299.

sebebiyle, bu bölgelerden gelen kişilerin BMMYK tarafından mülteci olarak tanınmalarının ardından, geçici olarak Türkiye’de kalmalarına izin verilmiş ve BMMYK tarafından üçüncü ülkelere yerleştirilmeleri beklenmiştir. Bu süreç içerisinde, coğrafi kısıtlama sebebiyle, Türkiye’nin mülteci statüsü belirleme hususunda kapsamlı bir deneyime sahip olmaması, ne 1951 Sözleşmesi’nin Türkiye’ye has yorumlarının oluşmasına ne de mülteci hukukundaki çağdaş gelişmelerin uygulamaya veya mevzuata aktarılmasına sebep olmuştur.

C. Türkiye’nin AB’ye Üyelik Sürecindeki Gelişmeler

Türkiye’nin uluslararası korumanın hukukî boyutuna bir kez daha ve dikkatle eğilmesi ise Avrupa Birliği tam üyeliğine aday olması ile birlikte gelişmiştir. Avrupa Birliği’nde ortak bir sığınma sistemi oluşturmak için yürütülen çabalar, sadece üye devletlerin değil, aday devletlerin de mevzuatını AB’nin ortak sığınma sistemine yönelik mevzuat ile uyumlaştırması sonucunu doğurmuştur. Kapsamına sığınmayı da alan göç konusu Avrupa Birliği müzakere sürecinde, 24’üncü Fasıl¹²⁶⁵ çerçevesinde ele alınmaktadır. Bu doğrultuda Türkiye’nin sığınmaya ilişkin hukukî düzenlemelerini AB düzenlemeleri ile uyumlu hâle getirmesi beklenmektedir¹²⁶⁶.

¹²⁶⁵ “Bu fasıl altındaki AB politikalarının amacı, Birliği bir adalet, özgürlük ve güvenlik alanı olarak korumak ve daha da geliştirmektir. Bu nedenle sınırların yönetimi, vize, göç, iltica, uyuşturucu madde kaçakçılığı ve kara paranın aklanmasıyla örgütlü suçlar, terörizm, sahtecilik ve yolsuzlukla mücadele, polis ve adli işbirliği, gümrük işbirliği, kişisel verilerin korunması ve mahkeme kararlarının karşılıklı tanınması gibi konular bu fasıl kapsamında yer almaktadır. Ayrıca Avro sahteciliği konusu 32-Mali Kontrol Faslı ile birlikte bu fasıl kapsamında değerlendirilmektedir. Katılım öncesi dönemde sadece bu alanlardaki mevzuatın benimsenmesi değil gerekli idari kapasitenin oluşturulması da önemlidir. Fasılın Düzenlediği Alanlara İlişkin Örnekler: • AB’ye yasal veya yasadışı yollarla giren üçüncü ülke vatandaşlarına ilişkin düzenlemeler • İltica hakkı isteyen kişiler konusunda üye devletlerin arasındaki sorumluluk paylaşımı • Aile Hukuku ve bu kapsamda değerlendirilen boşanmalar, ebeveyn hakları vb. • Tebligat hizmetlerinin sadece ülke içinde değil üye devletler arasında da işlerlik kazanması • Siber suçlara ilişkin düzenlemeler • Sahtecilik ve sahte Avro ile mücadeleyle ilgili kurallar • Kişisel verilerin korunması • Yolsuzlukla mücadele konusundaki düzenlemeler • Uyuşturucu ve örgütlü suçlarla mücadele”: T.C. AVRUPA BİRLİĞİ BAKANLIĞI, Katılım Sürecinde Müzakere Fasılları, Yayın No. 07, s. 32-33. İlgili belgeye <http://www.abgs.gov.tr/files/rehber/07_rehber.pdf> adresinden ulaşılabilir (E.T.: 12.04.2013).

¹²⁶⁶ T.C. İçişleri Bakanlığı, AB ve Dış İlişkiler Başkanlığı’nca bildirildiği üzere, Türkiye’nin adalet, özgürlük ve güvenlik faslında (24. fasıl) fiilen müzakerelere başlayabilmesi için henüz resmileşmemiş dört adet açılış kriterinin (opening benchmark) sağlanması gerekmektedir. Bu kriterlerden ilki “Türkiye’nin, göç ve iltica konusundaki AB müktesebatına uyum sağlanmasına yönelik Ulusal Eylem Planı çerçevesinde, iltica başvurusunda bulunanları, mülteci ve geri gönderilmeyi bekleyen yasadışı göçmenleri barındırmaya

Esasen, bu uyumlaştırma, mevzuat uyumlaştırmasının yanı sıra, sistemin uyumlaştırılması şeklinde tezahür etmiştir. 2003 tarihli Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı¹²⁶⁷ doğrultusunda “Sığınma ve Göç Alanındaki AB Mevzuatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Eylem Planı” (Ulusal Eylem Planı) oluşturulmuştur¹²⁶⁸. Ulusal Eylem Planı aynı zamanda, Danimarka-İngiltere konsorsiyumu ile girişilen ve 2004 yılında uygulamaya konulan eşleştirme (*twinning*) projesinin de bir parçasını oluşturmuştur. İngiltere ve Danimarka’nın yanısıra BMMYK’nın da işbirliği ile Ulusal Eylem Planında, Türkiye’nin sığınma sisteminin uluslararası sözleşmeler ve AB mevzuatı çerçevesinde yeniden yapılandırılması hedeflenmiştir¹²⁶⁹.

2005 yılında yürürlüğe konulan Ulusal Eylem Planı, sığınma konusunda yeniden yapılandırma süreci içerisinde alt yapı çalışmalarına önem vermiş ve bu konuda, bir ihtisas birimi oluşturulmasını öngörmüştür. Düzenli ve düzensiz göç bir tarafa bırakılacak olursa, sığınma bağlamında ihtisas biriminin; uluslararası koruma kapsamındaki kişilere ilişkin işlemleri yürütmek, göç politikaları oluşturmak ve yönlendirmek, gerekli durumlarda statüyü geri almak ve sınır dışı etme kararlarını vermek, geri dönüş programlarını geliştirmek ve uygulamak, entegrasyona ilişkin politikaları şekillendirmek, uluslararası alanda bilgi paylaşımını yürütmek gibi görevleri olması planlanmıştır¹²⁷⁰. Bu

yönelik altyapı önemli ölçüde iyileştirmeyi hedefleyen ve mali tahminleri de içeren gerçekçi bir plan da dahil olmak üzere, kısa,orta ve uzun vadeli önceliklere yer veren, mevzuat uyumuna ve idari kapasitenin güçlendirilmesine (uzman kadroların istihdamı ve eğitimi dahil) yönelik ayrıntılı bir yol haritası hazırlanması; sözkonusu yol haritasında, kısa,orta ve uzun vadeli önceliklere sarıh biçimde yer verilmesi; yol haritasında, hâlen yürürlükte bulunan “coğrafi kısıtlamanın” kaldırılması dahil olmak üzere, Türkiye’nin Mültecilere ilişkin Cenevre Sözleşmesini ve Protokollerini ne şekilde ve ne zaman tam olarak uygulamayı öngördüğünün belirtilmesi”dir: belirtilen açıklamalar ve diğer kriterler için bkz. T.C. İÇİŞLERİ BAKANLIĞI AB VE DIŞ İLİŞKİLER BAŞKANLIĞI RESMİ WEB SİTESİ, <<http://www.diab.gov.tr/muzakere-4-adalet-ozgurluk-guvenlik--24--fasil-.html> > (E.T. 12.12.2013).

¹²⁶⁷ Ulusal Program metni için bkz. < <http://www.abgs.gov.tr/index.php?p=196> > (E.T. 12.12.2012).

¹²⁶⁸ Ulusal Eylem Planı metni için bkz. <http://www.gigm.gov.tr/ortak_icerik/gib/%C4%B0LT%C4%B0CA%20VE%20G%C3%96%C3%87%20ULUSAL%20EYLEM%20PLANI.pdf> (E.T.: 05.05.2013).

¹²⁶⁹ Ulusal Eylem Planı’nın içeriği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: CEMİL GÜNER, «İltica Konusunda Türkiye’nin Yol Haritası: Ulusal Eylem Planı», *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 56, sayı 4 (2007): 81–109.

¹²⁷⁰ ULUSAL EYLEM PLANI, 25 vd.

görevler doğrultusunda, istihdam edilecek personelin uluslararası sözleşmeler ve insan hakları prensipleri çerçevesinde, uluslararası koruma konusunda bilgilendirilmesi ve bu çerçevede bilinçlendirilmesi hedeflenmiştir.

Böylece Türk hukukunda mülteci koruması açısından yeni bir dönem başlamıştır. Bu dönemin ve Ulusal Eylem Planı'nın ürünü olarak uluslararası korumaya ilişkin bir düzenleme hazırlanmış, bu düzenleme Yabancılar Kanunu taslağı ile birleştirilerek, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısı adıyla Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulmuştur. Tasarı, 04.04.2013 tarihinde kabul edilmiş, Resmî Gazete'de yayımlanarak kanunlaşmıştır. Ancak Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (YUKK) belirli bir kısmı haricinde, yayım tarihinden bir yıl sonra yürürlüğe gireceği için henüz hukuken uygulanma kabiliyetini hâiz değildir¹²⁷¹.

II. TÜRK HUKUKUNDA MÜLTECİ KORUMASI İLE İLGİLİ OLAN TEMEL HUKUKİ DÜZENLEMELER

A. Anayasa ile Çizilen Çerçeve

“Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır” (Anayasa md.11). Bu bağlamda, Türk hukukunda genel olarak mülteci koruması hususunda şüphesiz ilk olarak değerlendirilmesi gereken kaynak Anayasadır. 1982 Anayasası, sığınma konusunda doğrudan bir düzenlemeye sahip değildir. Ancak Anayasa, mülteci koruması konusunda iki temel husus açısından en önemli kaynak olarak değerlendirilmelidir. İlk olarak, korunma ve sığınmaya erişim hususları ile yakın ilişkili olan temel hak ve özgürlüklerin sağlanması ve sınırlandırılması konularının temel çerçevesi Anayasal ilkelerle çizilmiştir. Bir başka ifade ile mülteciye sağlanan uluslararası korumanın amacını yansıtmaması açısından Anayasa önemli bir kaynaktır. İkinci olarak uluslararası korumanın sağlanması

¹²⁷¹ Kanun'un “Yürürlük” başlığını taşıyan 125. maddesi uyarınca, “a) 122 nci maddesi, 123 üncü maddesinin birinci, ikinci, beşinci ve yedinci fıkraları ile 124 üncü maddesi hariç olmak üzere Beşinci Kısmı yayımı tarihinde, b) Diğer hükümleri yayımı tarihinden bir yıl sonra, yürürlüğe girer”.

ile kaynağını uluslararası hukuktan alarak mülteci statüsünün belirlenmesine cevaz veren düzenlemelerin bağlayıcılığı ve uygulanması noktasında Anayasa en esaslı dayanaktır.

1. Mülteci Korumasının Amacını Yansıtmayı Açısından Anayasa'nın Fonksiyonu

Anayasa'nın 17. maddesi uyarınca “[h]erkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller 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.” Anayasa'nın ilgili hükmünde belirtilen hususların devlete yüklediği sorumluluk Anayasanın 5. maddesinde, devletin temel amaç ve görevleri zikredilirken vurgulanmıştır. İlgili madde doğrultusunda, “Devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır”. Buna ilave olarak, Anayasa'nın 2. maddesinde ise “Türkiye Cumhuriyeti(nin) toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devleti” olduğu belirtilmiştir. Böylelikle, hukukun üstünlüğü, hukuk devletinin esasını oluşturmakta, insan hak ve özgürlüklerinin korunması ise temel amaçlardan olmaktadır¹²⁷². Bir başka deyişle, insan hakları ya da özgürlüklerinin Anayasa tarafından tanınıp güvenceye bağlanması hukuk devletinin bir

¹²⁷² ANIL ÇEÇEN, *İnsan Hakları* (Ankara, 2000), 119–122. Bu noktada “insan haklarına saygılı devlet” ile “insan haklarına dayalı” devlet kavramları ekseninde bir tartışma söz konusu edilebilirse de, Gözler’in de belirttiği gibi, hükümde geçen “insan haklarına saygılı devlet” ifâdesinin “insan haklarına dayalı devlet” ifâdesi ile arasında anlatım farkı dışında başka bir fark bulunmamaktadır. Gözler, bu hususta haklı olarak Anayasa'nın 14. maddesinde geçen “insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyet” kavramına dikkat çekerek iki ifâde arasında bir fark bulunmadığını gözler önüne sermiştir: KEMAL GÖZLER, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri* (Bursa, 2010), 116.

gereğidir ve bireyi topluma karşı özgürleştirerek devleti bu işlevin aracı konumuna getirmektedir¹²⁷³.

Bununla birlikte, Anayasa ile devletin temel hak ve özgürlüklerin uygulanmasını sınırlandıran engellerin kaldırılması ve kişinin maddi ve manevi varlığının gelişmesini sağlama amacı vatandaş ve yabancı arasında bir ayırım gözetilmeksizin hüküm altına alınmıştır. Anayasa'nın 10. maddesi “*herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyâsî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir*” hükmüne yer vermek suretiyle genel kural olarak, Devletin yukarıda zikredilen amaçlarını gerçekleştirirken kanun düzeyinde bireyler arasında ayırım yapmayacağını güvencesini vermektedir. Anayasa'nın 12. maddesi, bu hususu açıkça “[*h*]*erkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir*” ifâdesi ile hüküm altına almıştır¹²⁷⁴. Böylece Anayasal ilkeler çerçevesinde yabancılar ve vatandaşların eşitliğinin kural, sınırlamaların ise istisna olacağı sonucuna varılabilecektir¹²⁷⁵.

¹²⁷³ M. EMİN AKGÜL, “Kişi Hürriyeti Ve Güvenliği Bağlamında AİHS Ve Anayasa Hükümleri Çatışmasında Öncelikli Uygulama Sorunu,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* no. 87 (2010): 131; E. ETHEM ATAY, “İnsan Haklarının Gerçekleştirilme Şartı Olarak Hukuk Devleti,” *Polis Dergisi* 9, no. 36 (2003): 104–116.

¹²⁷⁴ Tanör, buradaki “herkes” sözcüğünü gerçekten herkes şeklinde anlamamak gerektiğini belirtmektedir. Yazar’a göre bu yaklaşımın sebebi, Anayasa’da bazı hak ve özgürlüklerin belli kategoriye giren kişilere ve sadece onlara tanınmış olmasıdır. Gerçekten herkes için söz konusu olan bazı hak ve hürriyetler için ilgili maddeler genelde bu sözcükle söze girmekte veya güvenceyi olumsuz yönden dile getirmek gerekmişse, “kimse”... şeklinde cümleye başlamaktadır: BÜLENT TANÖR, “Temel Hak Ve Özgürlüklerin Genel Rejimi,” içinde *İnsan Hakları*, ed. Korkut Tankuter (İstanbul, 2000), 47. Kanımızca, buradaki “herkes” ifâdesini genel bir kural olarak “temel hak ve hürriyetlerin tüm insanlara tanınması” çerçevesinde ele almak gerekir. Nitekim Gözler, Anayasa’nın ilgili hükmünün (12. maddenin ilk fıkrasının.) insanın sırf insan olmaktan dolayı doğuştan bazı hak ve hürriyetlere sahip olduğu görüşüne dayanan tabii hak anlayışının yansımaları olan bir formülü çağrıştırdığını belirtmektedir. Ancak Yazar, buradan yola çıkarak Anayasa’nın tabii hak anlayışını benimsediği sonucuna varılamayacağını da vurgulamakta; Anayasa’da zikredilmekle hakkın veya hürriyetin pozitif bir temele sahip olduğunun anlaşılacağını ifâde etmektedir: KEMAL GÖZLER, *Anayasa Dersleri*, 116. Bu bağlamda, Göger’in de ifâde ettiği gibi: “herkes” ifâdesi yabancıları kapsamaktadır ancak bu kapsama salt nitelikte değildir. Herkes deyiminin kapsamı düzenleyici kanunlarla gösterilmelidir. Ancak bu kanunların düzenlenmesi vatandaş-yabancı eşitliğini gözden kaçırmayacak şekilde yapılmalıdır. “Devlet adım adım temel haklardan yararlanma alanında insanların eşitliğini gerçekleştirme çabası içerisinde bulunmalıdır. Devletin her bir hakka ilişkin düzenleyici kanunları vatandaş ile yabancı arasındaki farklılığı azaltmağa yönelmelidir”: ERDOĞAN GÖĞER, *Yabancılar Hukuku* (Ankara, 1974), 17.

¹²⁷⁵ BİLGİN TİRYAKİOĞLU, «Türk Hukukunda Yabancıların Oturma ve Çalışma Hakkı», *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 46, sayı 1–4 (1997): 68.

Anayasa'nın belirtilen hükümleri sığınmanın ve uluslararası korumanın özünde yatan anlayışı yansıtmaları açısından önemlidir. Zira uluslararası koruma, bireyin temel haklarının ve özellikle maddi - manevi varlığı ile yaşamının menşe devleti tarafından korunamaması durumunda devreye giren ikame bir korumadır. Bu bağlamda, her ne kadar Anayasa'da sığınma hakkı düzenlenmemiş olsa da, devletin sığınma arayışında olan bireyi, temel haklarının ve özgürlüklerinin ihlâl edilebileceği bir yere yollamaması ve ülkede bulunduğu sürece bu haklarını teminat altına alması Anayasal bir güvenceye kavuşmuş olmaktadır.

Bununla birlikte, Anayasa'nın ilgili hükümlerinden yola çıkarak, temel hakların sağlanması hususuna önem arz edildiği anlaşılmakta ancak bazı durumlarda bu hakların sınırlandırılabilirliğinin¹²⁷⁶ de sinyalleri alınmaktadır¹²⁷⁷. Hangi durumlarda temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılabilirliği hususu da yine Anayasa hükümleri ile belirli bir çerçeveye oturtulmuştur. Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca, “[t]emel hak ve hürriyetler, özlere dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve

¹²⁷⁶ Gözler, “sınırlandırma” ile “sınırlılığın” farkına dikkat çekmiştir. Yazarın, Sağlam'ın yaklaşımı ile harmanladığı görüşlerinden yola çıkarak belirtmek gerekir ki; “sınırlama belirli bir temel hak ve hürriyetin koruduğu alana dışarıdan girilmesi ve bu alanın daraltılmasıdır. Kanun koyucunun belli bir temel hak ve hürriyeti sınırlaması kurucu niteliktedir. Yani sınırlamayla temel hak ve hürriyetin alanı sınırlama öncesine göre daralmıştır. Temel hak ve hürriyetlerin sınırlılığında ise hakkın koruduğu alana dışarıdan girilmesi ve bu alanın daraltılması söz konusu değildir. Zira sınırlılık, dışarıdan değil, bizzat o temel hak ve hürriyetin kendisinden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle, sınırlılık durumunda kanun koyucunun sınırları belirtmesi açıklayıcı bir nitelik taşır”: Örneğin, Anayasa'nın 12. maddesinde temel hak ve hürriyetlerin herkes tarafından sahiplenileceği belirtildikten sonra, ilgili maddenin ikinci fıkrasında bu hak ve hürriyetlerin kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını içerdiği de belirtilmiştir. Böylelikle, temel hak ve hürriyetlerin “içkin sınırları” bir başka deyişle “genel anayasal sınırları” belirtilmiştir: KEMAL GÖZLER, *Türk Anayasa Hukuku* (Bursa, 2000), 220 vd., 223; ayrıca bkz. FAZIL SAĞLAM, *Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü* (Ankara, 1982), 33.

¹²⁷⁷ Örneğin, konumuz açısından önem arz eden seyahat özgürlüğüne ilişkin olan 23. maddenin son fıkrasında, vatandaşın sınır dışı edilemeyeceği ve yurda girme hakkından yoksun bırakılamayacağı hükme bağlanmıştır. Bu hükümden yola çıkarak, ülkeye giriş veya sınır dışı edilmeme yönünde getirilen güvencenin sadece vatandaşa tanınmış olması sebebiyle, yabancı açısından sınır dışı edilme ve yurda giriş hususlarına (kanunla) sınırlama getirilebileceği sonucuna varılabilecektir: FÜGEN SARGIN, «Türkiye’de Öğrenim Gören Yabancı Öğrencilerin Türkiye’ye Giriş, Türkiye’de İkamet Etme ve Çalışma Hakları», *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 17–18, sayı 1–2 (1998 1997): 334. Burada söz konusu olan sınırlama ise, kanımızca, yukarıda belirttiğimiz içkin sınırları değil, “Anayasa tarafından öngörülmuş veya belirlenmiş bulunan norm alanına kanun yoluyla dışarıdan yapılan ve bu alan içinde kişiye tanınan imkânları daraltan bir müdahaleyi” çağrıştırmaktadır: vurgulanan sınırlama tanımı için bkz: FAZIL SAĞLAM, *Temel Haklar*, 23.

ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz”. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin bu genel hükmün yanında bir de yabancıların temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılması yönünde özel bir düzenleme öngörülmüştür. Anayasa’nın 16. maddesinde şekillenen bu özel hüküm uyarınca, “[t]emel hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir”. Temel hakların sınırlandırılmasına ilişkin olan 13. ve 16. madde hükümlerini birbirinden bağımsız olarak değerlendirmemek gerekir. 13. maddenin “genel koruma alanı” yanında, 16. madde hükmü ile yabancılar için ek bir güvence sağlandığından söz edilebilir¹²⁷⁸. Yabancılar için sağlanan bu ek güvencenin çerçevesini “kanunla yapılan”¹²⁷⁹ ve “milletlerarası hukuka uygun olan”¹²⁸⁰

¹²⁷⁸ Bu yönde bkz. FÜGEN SARGIN, «Yabancı Öğrenciler», 334 vd.; ayrıca bkz. FÜGEN SARGIN, «Tapu Kanunu’nda Yapılan Son Değişiklikler Işığında Yabancılar ile Yabancı Yatırımcıların Türkiye’de Taşınmaz Mal Edinmeleri ve Sınırlı Ayni Haklardan Yararlanmaları», içinde *Vatandaşlık, Göç, Mülteci ve Yabancılar Hukukundaki Güncel Gelişmeler*, ed. Kay Hailbronner ve diğerleri (Ankara, 2010), 447.

¹²⁷⁹ Anayasa’nın 16. maddesinde yer alan “kanun” ibaresini idarenin tüm düzenleyici işlemlerini (tüzük, yönetmelik gibi) kapsayacak biçimde geniş yorumlamamak gerekir. Zira insan haklarına saygılı (dayalı) bir hukuk devletinin Anayasa’sında temel hakların ve hürriyetlerin sınırlandırılmasının “kanunla yapılacağı” belirtilmiş (md. 13) ve kanuna yapılan vurgu yabancılar açısından da tekrar edilmiş (md. 16) ise artık bu konuda idareye geniş bir takdir hakkı bırakılmadığı düşünülmelidir. Nitekim bu çerçevede, Sargin yabancıların temel hak ve hürriyetlerinin “münhasır kanun alanı” çerçevesinde değerlendirilerek idarenin düzenleyici işlemleri ile sınırlandırılabilmesinin mümkün olamayacağını; idari organların düzenleyici işlemlerle, kanunun kendilerine tanıdığı uygulama esaslarını belirleme yetkisini yabancıların temel hak ve özgürlüklerine sınırlama getirecek biçimde kullanamayacaklarını; aksi durumda yasama yetkisinin devrinin söz konusu olabileceğini belirtmektedir: FÜGEN SARGIN, «Yabancı Öğrenciler», 336, 337. Aybay’a göre ise, Anayasa’nın 16. maddesindeki “kanun” sözünü geniş anlamında anlamak ve kanundan alınmış yetkiye dayanarak yürütme organınca yapılan düzenlemelerle yabancıların haklarına sınırlamalar getirilebileceğini kabul etmek, pratik bakımdan zorunlu sayılabilir. Ancak Yazar, bu konuda düzenleme yapma, önlem alma ve uygulama yetkisinin sınırlarının ve ölçülerinin kanunda açıkça belirtilmiş olması gerektiğini, idareye bırakılan düzenleme alanının niteliği ve sınırlarının açık-seçik bir biçimde belirlenmiş olması gerektiğini de vurgulamaktadır: RONA AYBAY, *Yabancılar Hukuku*, 84, 85. Kanun ibaresi ile ilgili olan bir husus da Kanun Hükmünde Kararnamelerin (KHK) de bu kapsamda sayılıp sayılmayacağıdır. Bu hususta iki görüş olduğu belirtilebilir. İlk görüş, KHK ile hiçbir şekilde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmayacağı; ikinci görüş ise “*Kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verme*” başlığını taşıyan 91. madde çerçevesinde, sosyal ve ekonomik haklar açısından KHK ile sınırlama yapılabileceği yönündedir: ilk görüş açısından bkz. FAZIL SAĞLAM, «Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisinin Sınırları, Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar», *Anayasa Yargısı Dergisi* 1 (1984): 269; KEMAL GÖZLER, *İdare Hukuku (Cilt I)* (Bursa, 2009), 1182, 1183. İkinci görüş açısından bkz. FÜGEN SARGIN, «Yabancı Öğrenciler», 339–341.

¹²⁸⁰ Anayasa’nın 16. maddesinde yer alan “milletlerarası hukuk” ibaresini sadece taraf olunan uluslararası sözleşmeleri değil; milletlerarası hukukun tüm kaynaklarını kapsayacak biçimde değerlendirmek gerekir: RONA AYBAY, *Yabancılar Hukuku*, 77; BÜLENT ÇİÇEKLİ, «Mülteci, Sığınmacı ve Göçmenler: Sınıflandırma ve Yasal Statünün Belirlenmesine İlişkin Sorunlar», içinde *Vatandaşlık, Göç, Mülteci ve Yabancılar Hukukundaki Güncel Gelişmeler*, ed. Kay Hailbronner ve diğerleri (Ankara, 2010), 342.

sınırlandırmalar çizmektedir. İlgili hüküm (md. 16), genel statü olarak “yabancı” konumunda bulunan sığınmacı ve mültecileri de kapsamına aldığından, uluslararası hukuktan kaynağını alan korumanın sınırlarını da bu çerçevede ele almak gerekir. 1951 Sözleşmesi, mülteciler açısından geri gönderme yasağını ve mültecinin tâbi olduğu genel muamele standardını güvence altına almıştır. Şu hâlde 1951 Sözleşmesi ile sağlanan bu güvencenin herhangi bir şekilde sınırlandırılması Anayasa’ya aykırılık teşkil edecektir.

2. Uluslararası Sözleşmelerin Uygulanması Açısından Anayasa’nın Fonksiyonu

Devletler tarafından mültecilere sağlanan uluslararası koruma, esasen sığınmanın uluslararası yükümlülüklerin yerine getirilmesi amacını taşımaktadır. Bu bağlamda, başta 1951 Sözleşmesi olmak üzere özellikle insan hakları ile ilişkili olan uluslararası sözleşmeler, mülteci statüsünün belirlenebilmesinde ve böylelikle mültecilere uluslararası korumanın sağlanmasında çok büyük bir önemi haizdir.

Uluslararası sözleşmelerin Türk hukukundaki etkisi ise Anayasal bir çerçevede içerisinde değerlendirilmelidir. Zira genel olarak uluslararası sözleşmelerin Türk hukuku açısından hangi seviyede bağlayıcılık arz ettiği Anayasa ile belirlenmiştir. Anayasa’nın 90. maddesinin son paragrafı gereğince, “[u]sulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır”¹²⁸¹.

Anayasa’nın 16. maddesinde “milletlerarası hukuka” açıkça gönderme yapılmış olması, yabancılar için temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında Anayasa’nın doğrudan doğruya bir düzenleme yapmayarak ilgili milletlerarası hukuk normunun ölçü norm olarak kullanılmasını istediği şeklinde yorumlanabilir: bu yöndeki yorumları için bkz. KEMAL GÖZLER, *Anayasa Hukuku*, 451, dn. 79; ERGUN ÖZBUDUN, *Türk Anayasa Hukuku* (Ankara, 2011), 412, 413.

¹²⁸¹ Anılan hükmün temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan kısmı 7. 5. 2004 tarihinde kabul edilen 5170 sayılı Yasa ile eklenmiştir.

İlgili hüküm sebebiyle, uluslararası sözleşmeler usulüne göre yürürlüğe konmuş olmak¹²⁸² şartı ile Türk hukukuna aktarılmış bulunmakta ve aktarım için iç hukukta başka bir düzenleme yapma zorunluluğu genel olarak oluşmamaktadır¹²⁸³. Bununla birlikte Anayasa'nın 90. maddesinin son paragrafının ilk cümlesinde, usulüne göre yürürlüğe girmiş milletlerarası sözleşmelerin kanun hükmünde sayılmış olması, kanunlar ile ilgili düzenlemeler arasında bir çatışma söz konusu olduğunda hangi düzenlemenin uygulanması gerektiğine yönelik bir takım tartışmaların ve yaklaşımların oluşmasına sebebiyet vermiştir. Tartışmanın ana nedeni, usulüne göre yürürlüğe konmuş uluslararası sözleşmelerin, kanun hükmünde sayılmasının yanı sıra bu düzenlemelerin kanunlar gibi Anayasa Mahkemesinin denetimine tâbi kılınmamış olmasıdır¹²⁸⁴. Nitekim bizim de katıldığımız bazı yazarlar, Anayasa'nın ilgili hükmünün lafzî yorumuyla, uluslararası sözleşmelerin kanun hükmünde olduğunun kabul edilmesi gerektiğinden hareketle, bu düzenlemeleri kanun ile aynı seviyede görmüşlerdir; kimileri ise Anayasa'nın 90. maddesinin ilgili hükmünün monist sisteme gönderme yaptığını, hiyerarşi konusunda herhangi bir hüküm içermediğini savunarak oluşan boşluğun uluslararası antlaşmalara üstünlük tanıyarak doldurulabileceğini iddia etmişlerdir; kimileri de sadece insan haklarına yönelik olan uluslararası sözleşmelerin yasalardan üstün olması gerektiğini savunmuşlardır¹²⁸⁵. Anayasa'nın ilgili maddesinde 2004 yılında yapılan ekleme ile temel

¹²⁸² Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca, bir antlaşmanın bağlayıcılık kazanabilmesi için Cumhurbaşkanınca onaylanması gerekir. Ancak bundan önce, genel kural olarak T.B.M.M'nce onaylamanın bir kanunla uygun bulunması şartı aranmaktadır (A.Y. md. 90/1). Bu genel kuralın istisnası ise, ekonomik, ticari ya da teknik ilişkileri düzenleyen ve süre olarak 1 yılı aşmayan antlaşmalardır (A.Y. 90/2). Bu hususta ayrıntılı bilgiler için bkz. HÜSEYİN PAZARCI, *Uluslararası Hukuk*, 72–77.

¹²⁸³ Belirttiğimiz husus doğrudan uygulanabilir nitelikte olan uluslararası sözleşmeler için geçerlidir. “Doğrudan uygulanabilen antlaşmalar, ulusal yasa koyucunun ayrıca bir düzenleme yapmasına gerek olmaksızın iç hukukun bir parçası haline gelen; dolayısıyla, mahkemelerce ve öteki hukuk uygulayıcılarınca uygulanabilen kurallar içerir. Buna karşılık, doğrudan uygulanabilir nitelikte olmayan antlaşma hükümlerinin muhatabı hukuk uygulayıcıları değil, yasama organıdır. Ulusal hukuk uygulayıcıları doğrudan uygulanır nitelikte olmayan antlaşma hükümlerini kendiliğinden uygulama durumunda değildir. Bu uygulamanın yapılabilmesi için; araya o antlaşma hükümlerinin iç hukuk düzeyinde uygulanmasını sağlamaya yönelik bir yasama işleminin (kanunun) girmesi gerekir: RONA AYBAY, «Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri», *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* sayı 70 (2007): 206, 207.

¹²⁸⁴ Ibid., 198.

¹²⁸⁵ Doktrinde bu yöndeki tartışmalar için bkz. HÜSEYİN PAZARCI, *Uluslararası Hukuk*, 26, 27; KEMAL BAŞLAR, «Uluslararası Antlaşmalar», 295, 296; KEMAL GÖZLER, *Anayasa Hukuku*, 449;

haklar ve özgürlüklere ilişkin olan uluslararası sözleşmelerin kanunlarla çatışması durumunda uluslararası sözleşmelerin esas alınacağına hükme bağlanmış olmasının, uluslararası sözleşmeler ile kanunların eşit seviyede olduğu düşüncesini üstü kapalı olarak teyit ettiği kabul edilmektedir¹²⁸⁶. Anayasa'nın 90. maddesinin son paragrafının ilk cümlesi çerçevesinde kanunlar ile uluslararası sözleşmelerin aynı seviyede kabul edilmesi gerektiğini savunan ve bizim de görüşlerine katıldığımız yazarlar, belirtilen iki düzenleme arasındaki bir çatışmanın *lex posterior derogat legi priori* ilkesine göre çözümlenmesi gerektiğini; çatışan kanun ile uluslararası sözleşmeden birinin özel hüküm oluşturması hâlinde *lex specialis derogat legi generali* esasına göre değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadırlar¹²⁸⁷.

Anayasa'nın 90. maddesinin son paragrafının son cümlesinde temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmeler açısından özel bir hükme yer verilmiş olması, bu tür uluslararası sözleşmelerin iç hukuktaki etkisi bakımından ayrı bir değerlendirmeyi gerektirmektedir. Anayasa'nın anılan hükmü, temel haklar ve özgürlüklere ilişkin olan uluslararası sözleşmelerin kanunlar ile çatışması durumunda uluslararası sözleşmelerin esas alınacağını belirtmektedir. İlgili hükmün Anayasa'nın 90. maddesinde yer bulmasını sağlayan 5170 sayılı Kanun'un 7. maddesinin gerekçesinde, “[u]ygulamada usulüne göre yürürlüğe konulmuş insan haklarına ilişkin milletlerarası antlaşmalar ile kanun hükümlerinin çelişmesi halinde ortaya çıkacak bir uyuşmazlığın hallinde hangisine öncelik verileceği konusundaki tereddütlerin giderilmesi amacıyla” 90. maddenin son fıkrasına belirtilen hükmün eklendiği belirtilmiştir. Buradan hareketle, temel haklara ilişkin uluslararası sözleşmelerin kanunlarla çatışması hâlinde, Anayasa'nın 90. maddesinin son paragrafının ilk cümlesinden yola çıkılarak yapılacak olan tartışma bir tarafa bırakılacak ve uluslararası sözleşme hükmü esas alınacaktır. “Esas alma”

FARUK BİLİR, «Anayasa'nın 90. Maddesinde Yapılan Değişiklik Çerçevesinde Milletlerarası Antlaşmaların İç Hukuktaki Yeri», *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13, sayı 1 (2005): 79–81.

¹²⁸⁶ HÜSEYİN PAZARCI, «Türk Hukukunda Antlaşmalar ile Yasaların Çatışması», *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni Prof. Dr. Sevin Toluner'e Armağan* 24, sayı 1–2 (2004): 660.

¹²⁸⁷ Bu hususta bkz. KEMAL GÖZLER, *Anayasa Hukuku*, 451, 452; ERGUN ÖZBUDUN, *Türk Anayasa Hukuku*, 411; HÜSEYİN PAZARCI, «Antlaşmalar ile Yasaların Çatışması», 660.

ifâdesini ise olan hukuk (*de lege lata*) açısından, mutlak bir üstünlük olarak değil de¹²⁸⁸, temel haklara ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmeler ile kanunlar arasında çıkan bir çatışmada “*insan haklarından yana olana öncelik verilmesi*” olarak algılamak daha tutarlı bir yaklaşım gibi görünmektedir¹²⁸⁹. Bu yorumu daha tutarlı olarak değerlendirmemizin sebebi, temel haklara ve özgürlüklere ilişkin olan uluslararası sözleşmelerin de (kanunlar ile aralarında bir çatışma olmadığı durumda) iç hukuktaki etkileri açısından kanun hükmünde kabul edilebileceklerini düşünmemizdir¹²⁹⁰. Bu bağlamda, Anayasa’nın ilgili maddesinin son cümlesini, diğer uluslararası sözleşmelerden farklı olarak temel haklar ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmeler ile kanunların¹²⁹¹ çatışması durumunda uygulanacak bir çatışma kuralı olarak değerlendirebilmek mümkün olabilecektir¹²⁹². Ancak bu çatışma kuralında, anılan nitelikteki uluslararası sözleşmelerin “esas alınması” şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiş olmasının ilgili sözleşmelerin mutlak üstünlüğü olarak değil, Anayasa’nın 2. ve 5. maddeleri çerçevesinde “insan haklarına saygılı” devletin, kişinin temel hak ve

¹²⁸⁸ Farklı bir bakış açısıyla, Pazarcı ise 5170 sayılı Kanun’un 7. maddesi ile Anayasa’nın 90. maddesine yapılan eklemenin açık bir biçimde antlaşmaların yasalar ile eşitliğinin temel ilke olduğunu teyit ettiğini ve insan haklarına ilişkin antlaşmaların yasalara üstünlüğünün ise kuraldışı olduğunu gösterdiğini belirterek, ilgili değişikliğin, temel haklar ve sözleşmeleri kanunlara üstün kıldığını kabul etmektedir: HÜSEYİN PAZARCI, «Antlaşmalar ile Yasaların Çatışması», 660. Başlar da, yapılan değişikliği temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaların üstünlüğünün kabul edilmesi biçiminde yorumlamaktadır: KEMAL BAŞLAR, «Uluslararası Antlaşmalar», 305. Gönenç de, bu husustaki görüşünü şu şekilde açıklamıştır: “*bir milletlerarası antlaşma sadece insan haklarına ilişkin hükümler içermesi şartıyla hiyerarşik olarak kanunların üstünde olacaktır*”: LEVENT GÖNENÇ, «2004 Anayasa Değişiklikleri», *Güncel Hukuk* sayı 7 (2004): 47. Benzer yönde bkz. MESUT GÜLMEZ, «Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri», *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* sayı 54 (2004): 156. Anayasa’nın 90. maddesine 2004 yılında yapılan değişiklikle eklenen hükmüm “*milletlerarası antlaşmaların, Türk normlar hiyerarşisinde kanunlardan üstü bir değere, dolayısıyla işlevsel olarak anayasal değere sahip olması anlamına*” geldiği yönünde ise bkz. FARUK BİLİR, «Anayasa’nın 90. Maddesi», 82.

¹²⁸⁹ Aynı yönde bkz. RONA AYBAY, «Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri», 212.

¹²⁹⁰ Kanımızca Anayasa’nın 90. maddesinin son paragrafının ilk cümlesi, temel haklara ve özgürlüklere ilişkin olup olmaması fark etmeksizin, usulüne göre yürürlüğe konulmuş tüm uluslararası sözleşmelerin kanun hükmünde olduğuna işaret eden genel bir kural olarak değerlendirilmeye müsaittir.

¹²⁹¹ Söz konusu çatışma açısından “kanun” ibaresinin şekli anlamda değil maddi anlamda anlaşılması gerektiği hususunun *argumentum a fortiori* kuralının bir gereği olarak kabul edilmesinde bir şüphe bulunmamalıdır. Bu hususta bkz. KEMAL BAŞLAR, «Uluslararası Antlaşmalar», 322; MESUT GÜLMEZ, «İnsan Hakları Sözleşmeleri», 154.

¹²⁹² İlgili hükmün bir “yasa çatışması” kuralı olarak ele alınması yönünde bkz. RONA AYBAY, «Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri», 205–207, 211–213.

hürriyetleri lehine hareket etme yönündeki amaç ve görevinin bir sonucu ve yansıması olarak değerlendirilebileceği düşüncesindeyiz. Bu bağlamda, temel haklar ve hürriyetlere ilişkin olan usulüne göre yürürlüğe konulmuş olan sözleşmeler de kanun hükmünde bir etkiyi hâiz olmakla birlikte, kanunlar ile farklı hükümler içermeleri durumunda, genel çatışma kuralları değil; ilgili maddenin son cümlesinde zikredilen çatışma kuralı uygulanacaktır. Bununla birlikte ilgili çatışma kuralında temel haklara ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmenin (doğrudan) uygulanacağına dair bir ifade yerine “esas alma” ifâdesinin tercih edilmiş olması, Aybay’ın da savunduğu gibi, antlaşma hükmüne üstünlük tanınmasının her halde zorunluluk arz etmediği¹²⁹³, bu konunun başta mahkemeler olmak üzere hukuku uygulamak durumunda olan kurumların yorumuna bırakıldığı sonucuna ulaşılmasına sebep olabilir¹²⁹⁴.

Bu bakış açısıyla uygulayıcı, anılan nitelikteki uluslararası sözleşme hükmünü, kanun ile farklı ifâdeler taşıması durumunda doğrudan doğruya uygulamak yerine; bu hükmün kanuna göre daha lehe bir düzenleme getirip getirmediğini, somut olayın özelliklerine göre değerlendirebilecektir¹²⁹⁵. Bu bağlamda, aynı konuda daha kısıtlayıcı bir düzenleme ihtivâ eden ve temel haklara ve özgürlüklere ilişkin olan bir uluslararası sözleşmenin usulünce yürürlüğe konulmuş olması, insan haklarına saygılı bir yaklaşımın

¹²⁹³ “(...) Ancak, bunun her olayda, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşma uyarınca karar vermeyi gerektiren, bir pozitif hukuk yükümlülüğü değil, yorumlamada yön gösterici ve genel nitelikte bir kural olduğu kabul edilmelidir”: Ibid., 211.

¹²⁹⁴ Ibid., 208.

¹²⁹⁵ RONA AYBAY, «Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri», 212. Bu durumda herhangi bir çatışmadan söz edilemeyeceği de doktrinde savunulmuştur. Örneğin, Ünal, “iç hukukun devletler hukuku kurallarından çok daha ileri bir düzeyde olduğu durumlarda her iki hukuk düzeni arasında herhangi bir sorun çıkması söz konusu değildir” görüşüne sahiptir: ŞEREF ÜNAL, *Devletler Hukukuna Giriş* (Ankara, 2003), 54; aynı yönde bkz. KEMAL BAŞLAR, «Uluslararası Antlaşmalar», 314. Gülmez de, bu hususta şu değerlendirmeye yer vermiştir: “[k]uşkusuz, antlaşmalar ile yasalar arasındaki uyumsuzluğun yasaların antlaşmalardan daha ileri düzenleme yapmış olmasından çıkması durumunda, antlaşmalar esas alınmaz ve uyumsuzluk, daha geniş ve ileri güvenceler sağlayan yasaların uygulanmasıyla çözülür. Değişik bir anlatımla, 90. maddenin son fıkrasının yeni kuralı bu durumda uygulanmaz. Bu kuralın temelinde, çatışmanın ulusal yasaların uluslararası antlaşmalardan daha geri güvence sağlamış olmasından doğduğu düşüncesi vardır”: MESUT GÜLMEZ, «İnsan Hakları Sözleşmeleri», 156.

gereği olarak, temel hakların ve özgürlüklerin korunması hususunda daha lehe bir hüküm içeren bir kanunun uygulanabilmesine engel teşkil etmemelidir¹²⁹⁶.

Anayasa'nın 90. maddesine getirilen ek cümle açısından tartışmalı olan bir husus da “temel haklar ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalar” ifâdesinden ne anlaşılması gerektiğidir. Zira Anayasa'nın ilgili hükmü bu hususta yeterince açık değildir¹²⁹⁷. Doktrinde, ilgili hükümde geçen ifâdenin “uluslararası insan hakları sözleşmeleri” olarak anlaşılması yönünde bir uzlaşının söz konusu olduğu belirtilebilir¹²⁹⁸. Ayrıca, tamamen veya kısmen insan haklarına ilişkin olan ve usulüne göre yürürlüğe konmuş bulunan tüm uluslararası sözleşmelerin Anayasa'nın 90. maddesinin son cümlesi kapsamında değerlendirilebileceği de kabul edilmektedir¹²⁹⁹.

¹²⁹⁶ “Bizzat AİHS bile, belli durumlarda gerek ulusal gerek uluslararası düzeyde, kendi sistemi içinde sağlanan güvencelerden daha özgürlükçü düzenlemelerin bulunabileceğini; yani aşılabileceğini kabul etmiştir (m. 53)”: RONA AYBAY, «Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri», 211. Başlar, “iç hukuktaki düzenleme uluslararası antlaşmayla getirilen düzenlemenin ötesinde bir güvence mekanizması getirmişse bu takdirde hangisi uygulanacaktır?” sorusuna cevaben, farklı bir yorumla, Anayasa'nın 90/5. maddesinin ifâde tarzının dikkate alınması durumunda her zaman uluslararası antlaşmaların üstün tutulması gerektiğinin ileri sürülebileceğini belirtmektedir. Ancak Yazar bu durumu eleştirmekte ve yasaların daha elverişli hükümler içermesi durumu saklı bırakılmadan kaleme alınan bu düzenlemenin yargı organlarının farklı kararlar vermelerine neden olabileceğini haklı olarak belirtmektedir: KEMAL BAŞLAR, «Uluslararası Antlaşmalar», 314. Kanımızca, “esas alma” ifâdesi, hukuk uygulayıcılarına bir takdir alanı bırakarak, lehe olan kanun hükmünün uygulanmasına imkân sağlasa da, Başlar'ın da ifâde ettiği gibi ilgili hükmün yeterince net bir şekilde kaleme alınmamış olması bu hususta farklı uygulamaların oluşmasına neden olabileceği için eleştirilebilir. Anılan hususun 1951 Sözleşmesi'nin 33(2). maddesinin, YUKK'un yürürlüğe girmesinden sonra uygulanabilirliği çerçevesinde değerlendirilmesine ilişkin olarak ayrıca bkz. aşa. §8.II.B.2.

¹²⁹⁷ Bu hususta bkz. KEMAL BAŞLAR, «Uluslararası Antlaşmalar», 312; RONA AYBAY, «Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri», 203; FARUK BİLİR, «Anayasa'nın 90. Maddesi», 85; LEVENT GÖNENÇ, «2004 Anayasa Değişiklikleri», 48; ALİ KARAGÜLMEZ, «5170 Sayılı Yasa'yla Anayasa'nın 90. Maddesinde Yapılan Değişikliğe Bir Bakış», *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* sayı 54 (2004): 168; HÜSEYİN PAZARCI, «Andlaşmalar ile Yasaların Çatışması», 663.

¹²⁹⁸ MESUT GÜLMEZ, «İnsan Hakları Sözleşmeleri», 153; FARUK BİLİR, «Anayasa'nın 90. Maddesi», 85, 86; HÜSEYİN PAZARCI, «Andlaşmalar ile Yasaların Çatışması», 663, 664; ALİ KARAGÜLMEZ, «Anayasa'nın 90. Maddesi», 168, 169; KEMAL BAŞLAR, «Uluslararası Antlaşmalar», 312.

¹²⁹⁹ Bu hususta bkz. KEMAL BAŞLAR, «Uluslararası Antlaşmalar», 312; FARUK BİLİR, «Anayasa'nın 90. Maddesi», 85, 86; ALİ KARAGÜLMEZ, «Anayasa'nın 90. Maddesi», 168, 169; HÜSEYİN PAZARCI, «Andlaşmalar ile Yasaların Çatışması», 663, 664; MESUT GÜLMEZ, «İnsan Hakları Sözleşmeleri», 153.

B. Kaynağını Uluslararası Hukuktan Alan Temel Düzenlemeler

Genel olarak uluslararası koruma ve özel olarak mülteci statüsünün belirlenmesi hususunda, 1951 Sözleşmesi ve 1967 Protokolü Türk hukuku açısından temelini uluslararası hukuktan alan ana düzenlemeleri teşkil etmektedir¹³⁰⁰. Belirtilen düzenlemelerin dışında, Türkiye'nin taraf olduğu evrensel veya bölgesel nitelikli insan hakları sözleşmelerinin de uluslararası korumaya kaynaklık etme hem temel haklar ve özgürlüklerin sınırlandırılması noktasında bir “uygunluk” ölçütü olarak belirgin bir etkiyi hâiz olduğu belirtilmelidir¹³⁰¹.

1. 1951 Sözleşmesi ve 1967 Protokolünün Türk Hukukundaki Yeri

Uluslararası (mülteci) hukuk(u) açısından mülteci korumasının en temel kaynağı olan 1951 Sözleşmesi ve 1967 Protokolü, Türk hukuku çerçevesinde de aynı etkiyi taşımaktadır. 1951 Sözleşmesi Türk hukuku açısından sadece genel olarak mülteci korumasının değil, özel olarak, mülteci statüsünün belirlenmesinin de temel kaynağı olduğu için çok büyük bir önemi hâizdir. 1951 Sözleşmesi ve 1967 Protokolü'nün belirtilen yönde, Türk hukuku açısından temel kaynak olmasının dayanak noktasını, yürürlükte bulunan ve kaynağını iç hukuktan alan mevzuat içerisinde mülteci koruması ve mülteci statüsünün belirlenmesine ilişkin kanun seviyesinde bir düzenleme bulunmaması oluşturmaktadır. Bu bağlamda, 1951 Sözleşmesi, Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca Türk hukuku açısından kanun seviyesinde bir etkiyi hâiz olacaktır. 1951 Sözleşmesi'nin niteliği itibarıyla bir insan hakları sözleşmesi olarak kabul görmesi¹³⁰², bu düzenlemenin, Anayasa'nın 90. maddesinin son cümlesi uyarınca “temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir milletlerarası andlaşma” olarak kabul görmesi sonucunu da doğurmalıdır. Özellikle doğrudan doğruya mülteci korumasına ilişkin düzenlemeler ihtivâ

¹³⁰⁰ BÜLENT ÇİÇEKLİ, *Mülteciler*, 78.

¹³⁰¹ Ibid., 77. Yabancılar hukukunun hem “kaynaklık” hem “uygunluk” açısından uluslararası hukuk ile çok yakın bir ilişki içerisinde bulunmasına ilişkin olarak bkz. BÜLENT ÇİÇEKLİ, *Yabancılar Hukuku*, 34.

¹³⁰² Bkz. yuk. §2.I.C.

eden YUKK'un yürürlüğe girmesi ile birlikte Anayasa'nın ilgili hükmü daha belirgin bir şekilde etkili olabilecektir.

Türk hukuku açısından Sözleşmenin uygulanması hususunda özel durumlar söz konusudur. Türkiye, Sözleşmeye taraf olurken, hem çekince hakkını hem de coğrafi kısıtlamada bulunma hakkını kullanmıştır. Sözleşme'nin 42. maddesinde yer alan “[h]er Devlet, imzalama, onaylama veya taraf olma sırasında, Sözleşmenin 1., 3., 4., 16. (1), 33., 36-46. (dâhil) maddeleri dışındaki maddeler hakkında çekince koyabilir” hükmüne dayanarak, Türkiye, Sözleşmenin hiçbir hükmünün, mülteciye Türkiye’de Türk vatandaşlarının haklarından fazlasını sağladığı şeklinde yorumlanamayacağını beyan etmek suretiyle bir çekince koymuştur. Ayrıca, Sözleşmenin onaylanması sırasında mülteci statüsünün belirlenmesine ilişkin olarak iki hususta da deklarasyonda bulunulmuştur¹³⁰³. Bu hususlardan ilki 1951 Sözleşmesi’nin 1B(1)(a) maddesinde tanınan seçimlik hakkın kullanılmasıyla¹³⁰⁴, Sözleşmede yer alan mülteci tanımının kapsamının “1 Ocak 1951’den önce Avrupa’da meydana gelen olaylar” ile kısıtlanmasıdır. Mülteci statüsüne yönelik ikinci beyan ise, Sözleşme’nin mülteci statüsünün kaybına ilişkin olan 1C maddesindeki “(1) vatandaşı olduğu devletin korumasından kendi isteği ile tekrar yararlanırsa ve (2) vatandaşlığını kaybettikten sonra kendi arzusu ile tekrar kazanırsa” hükümlerine yöneliktir. Bu bağlamda ilgili maddede yer alan “korumadan tekrar faydalanma” ve “vatandaşlığın tekrar kazanılması” hâllerinin sadece sığınmacının bu yöndeki talebine değil, ilgili devletin rızasına da bağlı olacak şekilde anlaşılacağı deklare edilmiştir.

¹³⁰³ Türkiye bunun dışında, Sözleşme’nin 1A(1) maddesinde yer alan, “12 Mayıs 1926 ve 30 Haziran 1928 Düzenlemeleri veya 28 Ekim 1933 ve 10 Şubat 1938 Sözleşmeleri, 14 Eylül 1939 Protokolü ya da Uluslararası Mülteci Örgütü Tüzüğüne göre mülteci sayılan; Uluslararası Mülteci Örgütü tarafından, faaliyette bulunduğu dönem içinde alınmış mülteci sıfatını vermeme kararları bu bölümün 2. fıkrasındaki koşullara sahip olan kimselere mülteci sıfatının verilmesine engel değildir” hükmünde yer alan anlaşmalaradan 12 Mayıs 1926 ve 30 Haziran 1928 tarihli olanlara taraf olmaması ayrıca 30 Haziran 1928 tarihli Anlaşmanın kapsamı içerisinde bulunan 150 kişinin 3527 sayılı Kanun ile affa uğraması sebebiyle, ilgili düzenlemenin hükümlerinin Türkiye açısından geçerli olmaması sebeplerine dayanarak, 1951 Sözleşmesi’ni anılan anlaşmalardan ayrı tutarak kabul ettiğini beyan etmiştir. Bu husustaki deklarasyon, 359 sayılı Onay Kanunu’nda yer almaktadır. İlgili deklarasyon için ayrıca bkz. <<http://www.unhcr.org/3d9abe177.html>> (E.T.: 12.12.2012).

¹³⁰⁴ Bkz. yuk. §1.II.B.2.c.bb.

Türkiye, Sözleşme'nin 1967 tarihli Protokolü'ne ise 1968 yılında taraf olmuş ve bu düzenleme ile sağlanan seçimlik hakkını kullanarak coğrafi kısıtlamayı koruduğunu Protokol'ün 7. maddesi uyarınca beyan etmiştir¹³⁰⁵.

a. Coğrafi Kısıtlamanın Hukukî Niteliği

1951 Sözleşmesi'nin mülteci statüsüne ilişkin düzenlemeleri içeren 1.maddesi çerçevesindeki coğrafi kısıtlama, kimi durumlarda yanlış bir şekilde¹³⁰⁶ “coğrafi çekince” olarak nitelendirilmektedir. Coğrafi kısıtlama ve coğrafi çekincenin farklı hukukî niteliklere sahip olması ve hukukî açıdan farklı sonuçlara sebebiyet verebilecek olması açısından, kısıtlamanın neden bir çekince olarak kabul edilemeyeceğinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 2(d) maddesine göre çekince, “[d]evletin bir andlaşmayı imzalarken, onaylarken, kabul ederken, tasvip ederken veya andlaşmaya katılırken, bazı andlaşma hükümlerinin hukukî etkisini kendisi bakımından ihraç etmek veya değiştirmek için yaptığı tek taraflı bir beyan” olarak tanımlanmıştır¹³⁰⁷.

¹³⁰⁵ Kongo, Madagaskar, Monako, Macaristan, Malta ve Türkiye 1951 Sözleşmesinin sağladığı seçimlik haklarını kullanmış, Macaristan, Malta ve Türkiye 1967 Protokolü ile tanınan, daha önce yapılan seçimin korunması yönündeki imkândan faydalanarak coğrafi kısıtlamayı uygulamaya devam etmişlerdir: *United Nations Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons*, Geneva, 2-25 July 1951, 19, <<http://www.asylumlaw.org/docs/international/Geneva1951.pdf>> (E.T.: 23. 12. 2011) Macaristan 1998 yılının Mart ayında, Malta ise 1 Ocak 2001 tarihinde Avrupa Birliği'ne üyelik sürecinde coğrafi kısıtlamayı kaldırmıştır: <<http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/3d941f5fe.pdf>> (E.T.: 23. 12. 2011), http://pdc.ceu.hu/archive/00003246/01/protecting_or_transmitting_refugees.pdf (E.T.: 23. 12. 2011). Türkiye, Madagaskar, Monako, ve Kongo hâlihazırda coğrafi kısıtlamayı uygulayan Sözleşme Tarafı Devletler konumundadır. Ancak, Madagaskar henüz 1967 Protokolüne taraf değildir; Kongo ise ABÖ Sözleşmesi'ne taraftır. Türkiye, hâlihazırda, Monako ile birlikte hem Sözleşmeye hem Protokole taraf olup, coğrafi kısıtlamayı uygulayan iki Avrupa Konseyi üyesi ülkeden biri konumundadır: bkz. *States Parties to the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and the 1967 Protocol*, 5, <<http://www.unhcr.org/3b73b0d63.html>> (E.T.: 12. 06.2012)

¹³⁰⁶ Coğrafi kısıtlamanın, teknik açıdan çekince olarak nitelendirilemeyeceği yönünde bkz. BÜLENT ÇİÇEKLİ, *Yabancılar Hukuku*, 237, dn. 18.

¹³⁰⁷ Özellikle uluslararası sözleşmelerin yorumlanmasına ilişkin hükümleri uluslararası teamül hukuku kurallarının kodifiye edilmiş hâli olarak kabul gören 1969 Viyana Sözleşmesinin, çekinceye ilişkin hükümlerinin (md.19-23) bu nitelikte olmadığı belirtilmektedir. 1969 Sözleşmesi'nin çekincelere ilişkin olarak gelişmekte olan bir hukukî çaba sunduğu vurgulanmaktadır. Bu hususta bkz. DANIEL N. HYLTON,

Özman, tanımını yukarıdaki şekilde yapılan çekincenin özelliklerini üç unsur altında ele almıştır. Çekincenin niteliğinin daha iyi anlaşılabilmesine yardımcı olacağına inandığımız bu unsurlar şunlardır:

- (1) “çekince, bir devletin teşebbüsü ile ve kaideten o devlet hakkında hüküm ifâde etmek üzere ileri sürülmelidir;
- (2) anlaşma ile kurulmakta olan hukukî düzenden ayrı ve bunu ileri sürmüş olan devletin lehine bir durum yaratmalıdır;
- (3) anlaşma metninin son şeklini aldıktan sonra ortaya çıkmalıdır”¹³⁰⁸.

Bu unsurlara ek olarak, çekincenin yapılabilmesi için çekince ileri sürmenin tamamen veya hakkında çekince ileri sürülmek istenen hüküm için ilgili andlaşmayla yasaklanmamış olması ve andlaşmanın amaç ya da konusuna aykırı olmaması da gerekmektedir¹³⁰⁹.

Çekinceler, andlaşmalara getirilen değişiklikler ile karıştırılmamalıdır. Çekinceler, bir andlaşmayı, belirli bir hüküm üzerinden ve sadece çekince koyan devlet ile bu çekinceyi kabul eden devletler arasındaki ilişki açısından değiştirebilir. Andlaşmaya hiçbir çekince koymayan devletlerin birbirleriyle ilişkileri hususunda bir etki doğurmaz. Değişiklikler ise kuşkusuz tüm taraf devletler açısından sonuç doğurur¹³¹⁰.

Bu genel açıklamalar ışığında, 1951 Sözleşmesi ve 1967 Protokolü açısından ön görülen coğrafi kısıtlamanın niteliği incelenecek olursa; öncelikle belirtmek gerekir ki, coğrafi kısıtlama koyma seçeneği, 1951 Sözleşmesinin 1B hükmü ile taraf devletlere

«Default Breakdown: The Vienna Convention on the Law of Treaties’ Inadequate Framework on Reservations», *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 27 (1994): 423. 1969 Viyana Sözleşmesi’nin çekinceler hususunda “esnek” bir bakış açısı taşıması sebebiyle, Sözleşmede bu yönde yapılan “çekince” tanımının da geniş bir kapsama hâiz olması açısından belirgin bir önemi vardır. 1969 Sözleşmesi’nin çekinceler hususundaki esnek bakış açısı için bkz. MARK EUGEN VILLIGER, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (BRILL, 2009), 267.

¹³⁰⁸ AYDOĞAN ÖZMAN, *Milletlerarası Anlaşmalarda Çekinceler (İhtirazi Kayıtlar)* (Ankara, 1970), 14,15.

¹³⁰⁹ 1969 Viyana Sözleşmesi, md.19.

¹³¹⁰ DANIEL N. HYLTON, «Default Breakdown», 422; ayrıca bkz. Viyana Sözleşmesi md. 20, 21.

tanınan bir haktır. Kısıtlamanın bir seçimlik hak olma niteliği, Sözleşme'nin 1B hükmünün lafzından da açıkça anlaşılmaktadır. İlgili hüküm şu şekilde kaleme alınmıştır: “1(B). (1) [i]şbu Sözleşme'nin amaçları bakımından kısım A, madde 1'deki '1 Ocak 1951'den önce meydana gelen olaylar' ifâdesi ya, (a) '1 Ocak 1951'den önce Avrupa'da meydana gelen olaylar' veya (b) '1 Ocak 1951'den önce Avrupa'da veya başka bir yerde meydana gelen olaylar' anlamında anlaşılacak ve her Taraf Devlet bu Sözleşme'yi imzaladığı, tasdik ettiği veya ona katıldığı sırada bu Sözleşme'ye göre taahhüt ettiği yükümlülükler bakımından bu ifâdenin kapsamını belirten bir beyanda bulunacaktır 2(a) şikkını kabul eden her Taraf Devlet, herhangi bir zamanda Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri'ne göndereceği bir notla, b şikkını kabul ettiğın duyurarak yükümlülüklerini genişletebilir”.

Görüldüğü gibi taraf devletler, 1951 Sözleşmesi'nin yukarıda belirtilen hükmünün tanıdığı hak üzerine, seçimlerini beyan edebileceklerdir. Dolayısıyla, bu beyan doğrudan doğruya ve sadece taraf devletin kendine özgü iradesine yönelik olmayıp, Sözleşmede yer alan bir hakkın kullanılmasından ibarettir. Buna ek olarak, çekincenin unsurları arasında yer alan “anlaşma ile kurulmakta olan hukukî düzenden ayrı” bir durum yaratma özelliği, 1951 Sözleşmesinin sunduğu coğrafi kısıtlama yapabilme seçeneği için söz konusu değildir. Zira Sözleşmenin kendisi coğrafi kısıtlama yapabilme hakkını taraf devletlere tanımış olduğu için, bu devletlerin, seçimlik haklarını kullanması ile artık Sözleşme ile kurulması amaçlanan hukukî düzenden ayrı bir durumun oluşması söz konusu olmayacaktır. Nitekim 1951 Sözleşmesi'nin 42. maddesi, “[h]er Devlet, imzalama, onaylama veya taraf olma sırasında, Sözleşmenin 1., 3., 4., 16. (1), 33., 36-46. (dahil) maddeleri dışındaki maddeler hakkında çekince koyabilir” hükmüne yer vermekle, coğrafi kısıtlama yapabilme seçeneğinin yer aldığı 1. maddeyi de, hakkında çekince ileri sürülemeyecek hükümler arasında saymıştır. Böylece, mülteci statüsünün tanınması şartlarını coğrafi kısıtlamaya tâbî tutmayı tercih eden taraf devletlerin bu yöndeki beyanları, Sözleşme'nin çekinceye ilişkin 42. maddesine değil, seçimlik hakkın tanındığı 1B1(a) hükmüne dayanmaktadır. 42. maddeden şüpheye yer vermeyecek şekilde anlaşıldığı üzere, zaten coğrafi kısıtlama yapabilme hakkının yer aldığı 1. maddeye

çekince koyulabilmesi mümkün olmadığından, kısıtlamanın niteliğinin de çekince olamayacağı açıktır.

Aynı yönde, 1951 Sözleşmesinin ön gördüğü tarihî ve coğrafi kısıtlamayı değiştiren hükümler içeren 1967 Protokolü de, Sözleşme ile seçimlik haklarını kullanan taraf devletlere, bu seçimlerine bağlı kalma konusunda bir tercih sunmuştur. Böylelikle, hem 1951 Sözleşmesinde öngörülen hem 1967 Protokolünde sunulan tercih hakkını kullanan Türkiye'nin, mülteci statüsünün tanınması hususunda kabul ettiği coğrafi kısıtlama hukukî anlamda bir “çekince” değil, Sözleşme ve Protokol'den kaynaklanan bir seçimdir¹³¹¹.

b. Coğrafi Kısıtlamanın Sözleşme'nin Uygulanmasına Etkisi

Sözleşme'nin mülteci statüsü tanımını düzenleyen 1A(2) hükmü, mültecilere sağlanan uluslararası korumaya ve bu bağlamda, Sözleşmede yer alan haklara erişim için kilit bir öneme sahiptir ve bu hâliyle Sözleşme'nin kişi yönünden kapsamını belirlemektedir. Bir başka ifâde ile sığınmacı, Sözleşme statüsü tanımı şartlarını taşıdığı (varsayıldığı)¹³¹² noktada Sözleşmeden faydalanabilmektedir. Sözleşme'nin 1B hükmünde yer alan coğrafi kısıtlama ise, “statü tanımını” coğrafi açıdan daraltmaktadır. Böylece, coğrafi kısıtlama seçeneğini kabul eden devletler açısından artık statü tanımı, *“Avrupa’da meydana gelen olaylar sonucunda ve ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasî düşünceleri yüzünden, zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan, ya da söz konusu korku nedeniyle, yararlanmak istemeyen; yahut tabiiyeti yoksa ve bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen”* şahıs olarak anlaşılabacaktır. Böylece Sözleşmenin kişi yönünden kapsamı da, *inter alia*, Avrupa’da meydana gelen olaylardan dolayı mültecilik hâlini taşıyan kişiler ile

¹³¹¹ TURGUT TARHANLI, «Sığınma Hakkı ve Sığınmacılık» (Hukuk Kurultayı 2004, Ankara, 09 Ocak 2004), 241.

¹³¹² Statünün bildirici niteliğine yönelik açıklamalarımız için bkz. yuk. §1.III.B.

sınırlandırılmış olacaktır. Bu noktada belirtmek gerekir ki, coğrafi kısıtlamayı uygulayan bir ülke olarak Türkiye açısından, Sözleşme’de yer alan tüm hükümlerin bu sınırlandırmaya tâbî kılınmış olduğu kabul edilmelidir¹³¹³. Bir başka ifâde ile Sözleşme’nin belirli hükümleri için coğrafi kısıtlamanın uygulanmaması söz konusu olmamalıdır. Türk hukukunda coğrafi kısıtlamanın belirlediği “Avrupa’da meydana gelen olaylar” ifâdesi, Rusya ve Urallar’ın batısındaki Kafkasya’yı da içine alan eski Sovyet devletleri de dâhil olmak üzere “Avrupa Konseyi’ne üye olan tüm devletlerin¹³¹⁴ ülkelerinde meydana gelen olaylar” olarak anlaşılmakta ve bu şekilde uygulanmaktadır¹³¹⁵.

Sözleşme’nin Türkiye tarafından coğrafi kısıtlama ile kabul edilip onaylanmış olması sebebiyle iç hukuktaki etkisini de bu çerçevede doğurması gerekirken, İdare Mahkemeleri ve Danıştay tarafından Sözleşme’nin sıklıkla Avrupa dışında meydana gelen olaylardan ötürü mültecilik hâline girmiş bireyler açısından da uygulandığı anlaşılmaktadır¹³¹⁶.

¹³¹³ Elbette 1951 Sözleşmesi’nin 33. maddesinde düzenlenen geri gönderme yasağının, Sözleşme’de yer alan kapsamı çerçevesinde bir uluslararası teamül hukuku kuralı olarak kabul edilmesi, bu kuralın coğrafi kısıtlama olmaksızın uygulanmasına sebebiyet verebilecektir. Ancak bu noktada belirtilen kural kaynağını 1951 Sözleşmesi’nden değil, bir uluslararası teamül hukuku kuralı olarak kabul edilmesinden almaktadır.

¹³¹⁴ Avrupa Konseyi’ne 47 devlet üyedir. Üye devletler şunlardır: Almanya, Andorra, Arnavutluk, Avusturya, Azerbaycan, Belçika, Bosna Hersek, Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Ermenistan, Estonya, Finlandiya, Fransa, Güney Kıbrıs Rum Yönetimi, Gürcistan, Hırvatistan, Hollanda, İngiltere, İrlanda, İspanya, İsveç, İsviçre, Karadağ, İtalya, İzlanda, Letonya, Litvanya, Lüksemburg, Macaristan, Makedonya, Malta, Moldova, Monako, Norveç, Polonya, Portekiz, Romanya, Rusya, San Marino, Sırbistan, Slovakya, Slovenya, Türkiye, Ukrayna, Yunanistan. Üye ülke bilgileri için bkz. <<http://www.avrupakonseyi.org.tr/>> (E.T.: 12.06.2013).

¹³¹⁵ Bu hususta bkz. T.B.M.M. İNSAN HAKLARI İNCELEME KOMİSYONU, *Türkiye’de Bulunan Mülteciler, Sığınmacılar ve Yasa Dışı Göçmenlerin Sorunlarını İnceleme Raporu* (Ankara: T.B.M.M., 2010), 78; CENGİZ BAŞAK, *Mülteciler, Sığınmacılar ve Yasa Dışı Göçmenler* (Ankara, 2011), 24. Ayrıca Tokuzlu, belirtilen uygulamanın Dışişleri Bakanlığı’nın BMGY III 2542-3799 sayılı ve 13 Ağustos 1996 tarihli bir Genelgesine dayandığını da aktarmaktadır: LAMİ BERTAN TOKUZLU, «Non-Refoulement», 372.

¹³¹⁶ Bu husustaki değerlendirmemiz için bkz. aşa. §8.II.B.2.

2. 1951 Sözleşmesi Dışındaki Evrensel ve Bölgesel Nitelikli Sözleşmeler

1951 Sözleşmesi dışında doğrudan doğruya mültecilere yönelik olmamakla birlikte, Sözleşme'nin yorumlanmasında faydalanılabilecek ve statü belirleme usulünün, temel hakların sınırlandırılması hususundaki standartlarını belirleyebilecek hükümler içeren Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler de bulunmaktadır. Bu sözleşmeler genellikle insan hakları sözleşmeleri niteliği taşımaktadır.

Bu sözleşmeler arasında; ESKHS¹³¹⁷, Her Türlü Irk Ayrımcılığı'nın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme¹³¹⁸, AIHS¹³¹⁹, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi ve İhtiyari Protokolü¹³²⁰ ile MSHS¹³²¹ ve İhtiyari Protokolü¹³²², yer almaktadır. Sayılan düzenlemeler, mülteci korumasına ve mültecilerin haklarına ilişkin uluslararası nitelikli kaynaklar olarak değerlendirilebilirler. Ancak 1951 Sözleşmesi dışında Türkiye'nin taraf olduğu hiçbir uluslararası sözleşme mülteci statüsünün tanınmasına ilişkin herhangi bir hüküm ihtivâ etmemektedir. Bununla birlikte, 1951 Sözleşme'sinde yer alan mülteci statüsü tanınmasına yönelik ölçütlerin yorumlanmasında ve özellikle geri gönderme yasağının uygulanmasında Türkiye'nin 1951 Sözleşmesi dışında taraf olduğu ilgili diğer uluslararası sözleşmelerin de etki doğuracağı kuşkusuzdur. Belirtilen sözleşmelerin “temel haklar ve özgürlüklere” ilişkin olmasından dolayı, bu sözleşme hükümlerinin de kanun hükümleri ile çatışması durumunda, Anayasa'nın 90. maddesinin son cümlesinin uygulanacağına şüphe yoktur.

C. Kaynağını İç Hukuktan Alan Temel Düzenlemeler

Türk hukuku açısından temelini iç hukuktan alan ve mülteciye uluslararası korumanın sağlanmasına ilişkin olan temel düzenlemeleri; yürürlükte bulunanlar ve

¹³¹⁷ RG. 18.06.2003/25142.

¹³¹⁸ RG. 16.06.2002/24787.

¹³¹⁹ RG. 19.03.1954/8662.

¹³²⁰ RG. 18.09.2002/24880.

¹³²¹ RG. 21.07.2003/15157.

¹³²² RG. 17.03.2006/26111.

YUKK olmak üzere iki ana başlık altında incelemek yerinde olacaktır. Zira 2013 yılının Nisan ayında yasalaşan YUKK, henüz yürürlüğe girmemiştir. Bu sebeple, ilgili Kanun'un yürürlüğe girmesi için öngörülen bir yıllık süre içerisinde yürürlükte bulunan hukukî düzenlemeler etkili olmaya devam edecektir. Ancak YUKK'un yürürlüğe girmesiyle birlikte idarenin düzenleyici işlemleri niteliğinde olan mevcut mevzuatın yerini YUKK hükümleri alacaktır.

1. Yürürlükte Bulunan Temel Düzenlemeler

Hâlihazırda yürürlükte bulunan düzenlemeler içerisinde, doğrudan doğruya sığınmayla ilişkili olup mülteciye uluslararası korumanın sağlanmasına yönelik olan üç ana düzenleme mevcuttur. Bu düzenlemeler, idarenin düzenleyici işlemleri niteliğinde olan 1994 Yönetmeliği, Mülteci Misafirhaneleri Yönetmeliği ve 57 sayılı Genelge'dir. Sayılan iki düzenleme dışında, doğrudan doğruya sığınmaya ilişkin olmamakla birlikte, mülteciler açısından etki doğurabilecek hükümler ihtivâ eden hukukî düzenlemeler de mevcuttur.

a. Doğrudan Doğruya Mülteci Koruması ile İlgili Olan Düzenlemeler

aa. 1994 Yönetmeliği

Her ne kadar, Türkiye, coğrafi konumu gereği yoğun zorunlu göç hareketlerinin odak noktasında bulunsa da, Türk milli hukukunda doğrudan doğruya mültecileri ilgilendiren hususlar dağınık ve yetersiz bir şekilde düzenlenmiştir¹³²³. Türk milli hukuku içerisinde, mültecilere yönelik olan en temel kaynak ise 1994 Yönetmeliğidir. Yönetmelik ayrıca mevcut hukukî çerçeve içerisinde, mülteci tanımını ihtiva eden ve kaynağını iç hukuktan alan tek düzenlemedir.

Yönetmeliğin 1. maddesi, amacını 1951 Sözleşmesi ve 1967 Protokolü çerçevesinde Türkiye'ye iltica eden veya başka bir ülkeye iltica etmek niyetiyle transit geçiş yapmak üzere Türkiye'den ikamet izni talep eden veya topluca iltica etmek

¹³²³ TEVFIK ODMAN, *Mülteci Hukuku*, 170.

amacıyla sınırlara gelenlere ve olabilecek nüfus hareketlerine uygulanacak usul ve esasların tespiti ve bu hususlarla görevli kuruluşların belirlenmesi olarak düzenlemiştir. Yönetmelik esasen birden fazla amaca ve geniş bir kapsama sahiptir. 1951 Sözleşmesi uyarınca sığınma talebinde bulunan yabancıların durumuna yönelik esas ve usullerin düzenlenmesine ilişkin olan amacının yanı sıra, ikinci olarak, toplu sığınmaya ilişkin düzenlemeler de Yönetmeliğin amacı içerisine dâhil edilmiştir. Ayrıca Yönetmelik, sığınma amacıyla toplu olarak sınırlara gelen sığınmacılarla birlikte, gerek yasal gerek yasal olmayan yollarla Türkiye’ye gelerek, Türkiye’ye iltica eden veya Türkiye’yi transit ülke olarak kullanıp bir başka ülkeye iltica etmek isteyen sığınmacıları da kapsamına almıştır.

Yönetmelik genel olarak 1951 Sözleşmesi ve 1967 Protokolü’nün iç hukuktaki yansıması olarak kabul edilse de, Sözleşme ile düzenlenmemiş olan bazı hususlarda da hükümler ihtivâ etmektedir. Statü belirlemeye yönelik olarak Yönetmelik, Türkiye’nin 1951 Sözleşmesi’ne koyduğu coğrafi kısıtlamayı temel alarak iki tür koruma statüsüne yer vermiştir. Avrupa dışında meydana gelen olaylardan dolayı 1951 Sözleşmesi’nde belirtilen mülteci statüsü tanımının şartlarını taşıyanlar “sığınmacı” olarak; aynı şartları taşıyanlardan Avrupa’da meydana gelen olaylardan ötürü mültecilik hâline girmiş olanlar ise “mülteci” olarak nitelendirilmiştir (md. 3)¹³²⁴. Yönetmelikte bu statülerin tanınmasına yönelik müracaat (md. 4) ve karar makam(lar)ı (md. 6) belirlenmiş olup, müracaat ve karara ilişkin usullere de yer verilmiştir. Böylece Yönetmelik, statü belirleme hususunda hem esasa hem usule yönelik genel bir çerçeve çizmiştir¹³²⁵.

Yönetmelik, belirttiğimiz hususlarda kaynağını iç hukuktan alan temel düzenleme olmasına rağmen, amacı ve içeriği çerçevesinde bir takım soru işaretleri de

¹³²⁴ Sığınmacı ve mülteci statülerine ilişkin ayrıntılı açıklamalarımız için bkz. aşağıda §8.I.B.1.

¹³²⁵ 1994 Yönetmeliğinde, Bakanlar Kurulu’nun 2006/9938 karar sayısı ile 16.01.2006 tarihinde kabul edilen ve Resmî Gazete’nin 27.01.2006 tarihli nüshasında yayımlanarak yürürlüğe giren Yönetmelikle bazı değişiklikler de yapılmıştır. Bu değişiklikler, 1994 Yönetmeliği’nin 4., 5., 6. ve 7. maddeleri ile ilgili olarak yapılmıştır. Yapılan değişikliklere ilişkin olarak bkz. TANER KILIÇ, *Türk Hukuk Mevzuatında Mültecilerle İlgili Düzenlemeler*, <http://www.multeci.net/index.php?option=com_content&view=article&id=61:tuerk-hukuk-mevzuatinda-mueltecilerle-ilgili-duezenlemeler-&catid=36:turkiyenin-iltica-sistemi&Itemid=16> (E.T.: 12.12.2012).

barındırmaktadır. Yönetmeliğin amacı 1951 Sözleşmesi ve 1967 Protokolünün uygulanmasına ilişkin olmasına rağmen, belirtilen kaynaklarda Yönetmeliğin düzenlediği bazı hususlar yer almamaktadır. Anayasa'nın 124. maddesinde, “*Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzel kişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere bunlara aykırı olmamak şartıyla yönetmelikler çıkarabilir*” hükmüne yer verilmiştir. Böylelikle yönetmelikler, idarenin en geniş uygulama alanına sahip olan düzenleyici işlem türleri hâlini almış bulunmaktadır¹³²⁶. Bununla birlikte, idarenin kanunlarla düzenlenmemiş olan alanlarda düzenleme yapmaya yetkili olmadığı kabul edilmektedir¹³²⁷. Hatta idarenin bir alanda düzenleme yapabilmesi için o konuda bir kanunun varlığı da yeterli görülmemektedir. “*Konunun genel ilke ve çerçevesinin de kanun tarafından düzenlenmiş olması aranmaktadır*”¹³²⁸. Bu bağlamda 1951 Sözleşmesi ve Sözleşme'nin bir parçası olarak 1967 Protokolü'nün Anayasa'nın 90. maddesi çerçevesinde “kanun hükmünde” sayılmasından hareketle idarenin bir düzenleyici işlemi olan 1994 Yönetmeliği'nin sebep unsurunu teşkil ettiği kabul edilebilirse de¹³²⁹, Protokolü de kapsayacak şekilde Sözleşme'nin Yönetmeliğin konusunun genel ilke ve çerçevesini düzenlemiş olduğu hususunda tereddütler bulunmaktadır. Zira 1951 Sözleşmesi ve/veya 1967 Protokolü, iç hukukta kanun hükmünde kabul edildiği şekli ile (Türk hukukundaki terminolojiye göre) sığınmacıları kapsamı içerisine almamaktadır. Ayrıca mülteci statüsünün belirlenmesine yönelik olarak usule ilişkin hükümler ile toplu sığınma durumları da Sözleşme içerisinde yer almayan konulardandır. Kaldı ki, toplu sığınma durumunda sağlanan korumanın niteliği geçici koruma olup, mülteci korumasından farklıdır. Oysa Sözleşme'nin kapsamı içerisinde bulunmayan hatta Sözleşme'nin konusuna dahi girmeyen bu hususlar, hukukî

¹³²⁶ ERGUN ÖZBUDUN, *Türk Anayasa Hukuku*, 263.

¹³²⁷ METİN GÜNDAY, *İdare Hukuku* (Ankara, 2011), 226.

¹³²⁸ Ibid., 227. Günday, Anayasa Mahkemesinin de çeşitli kararlarında idarenin düzenleme yetkisinin çerçevesinin kanun tarafından belirlenmiş olması zorunluluğunu aradığını ve buna uymayan yasal düzenlemeleri yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırı bularak iptal ettiğini aktarmaktadır: nakledilen bilgi ve Anayasa Mahkemesinin ilgili kararları için (AYM'nin bu yöndeki 14.03. 2005 tarih ve E. 2003/70, K.2005/14 sayılı kararı, RG. 26.04.2005-25797; AYM'nin 18.07.1994 tarih ve E. 1994/46, K. 1994/57 sayılı kararı, RG. 14.12.1995-22493) bkz. Ibid., 227, dn. 208.

¹³²⁹ Düzenleyici işlemlerden yönetmeliklerin sebep unsuru hakkındaki ayrıntı bilgileri için bkz. KEMAL GÖZLER, *İdare Hukuku (Cilt I)*, 1253–1255.

dayanağı Sözleşme olarak gösterilen (Yönetmelik md. 31) 1994 Yönetmeliğinde düzenlenmiştir. Bu sebeple belirtilmelidir ki Yönetmeliğin, kapsamı dışına çıkarak belirtilen hususlarda düzenlemeler ihtiva etmesi, kanun yapma tekniği ve hukuk mantığı açısından çelişkiler yarattığı gibi¹³³⁰, Yönetmeliğin hukukî geçerliliği konusunda da tereddüt oluşturmaktadır.

bb. Mülteci Misafirhaneleri Yönetmeliği

1994 Yönetmeliği'nin 5(d) maddesi uyarınca, “*İçişleri Bakanlığı’ndan bir talimat gelinceye kadar yabancı, İçişleri Bakanlığı’nca uygun görülecek bir merkez veya misafirhanede barındırılır veya İçişleri Bakanlığı’nca gösterilecek bir yerde serbest ikamete tâbi tutulur*”. Yönetmelikte zikredilen merkez veya misafirhaneler arasında, aslında sığınma başvurusunda bulunanların gözetim altında tutuldukları yerler de bulunmaktadır. Mülteci misafirhaneleri olarak anılan bu yerlerin kuruluş ve işleyişlerine ve yönetim ve denetlenmelerine ilişkin hükümler ise “Mülteci Misafirhaneleri Yönetmeliği”¹³³¹,’nde (Misafirhane Yönetmeliği) yer almaktadır¹³³². Misafirhane Yönetmeliğinin amacı, 1. maddesinde şu şekilde ifâde edilmiştir: “[b]u Yönetmeliğin amacı, değişik ülkelerden kaçak veya pasaportla Yurdumuzda kalmak isteği ile iltica hakkı talebinde bulunan yabancı kişilerin haklarında yapılan işlem sonuçlanıncaya kadar geçecek süre içerisinde geçici olarak barındırılma, iaşe, ibate ve diğer masrafların karşılanmasına ilişkin esas ve usulleri belirlemektir”. Misafirhane Yönetmeliğinin 29. maddesinde, mültecilerin her ne sebeple olursa olsun misafirhaneden izinsiz ayrılamayacağı düzenlenmiştir. Böylelikle, mültecilerin seyahat özgürlüğünün ilgili hüküm kapsamında sınırlandırıldığı anlaşılmaktadır. Giriş çıkışın izne tâbi olduğu bu yerler her ne kadar “misafirhane” olarak adlandırılrsa da özünde kişilerin iradeleri dışında

¹³³⁰ TEVFIK ODMAN, *Mülteci Hukuku*, 181.

¹³³¹ RG. 29.4.1983/18032.

¹³³² Mülteci Misafirhaneleri Yönetmeliğinde, mülteci misafirhanesi, “mültecilerin geçici olarak barındırıldıkları yer” olarak tanımlanmıştır (md.3).

tutuldukları gözetim merkezleridir¹³³³. Bu sebeple, mültecilerin/sığınmacıların bu tür yerlerde gözetim altında tutulmakla seyahat özgürlüklerinin yanında hürriyetlerinin de kısıtlanması söz konusu olabilmektedir¹³³⁴. Belirtilen sınırlandırmanın yönetmelik aracılığı ile yapılmasının ise, yabancılar için temel hak ve özgürlüklerin ancak “kanunla” sınırlandırılabilceğini öngören Anayasa’nın 16. maddesi ile uyumsuzluk içerisinde olduğu ifade edilebilir.

cc. 57 Sayılı Genelge

Yönetmelik dışında yürürlükte bulunan ve doğrudan doğruya sığınma ile ilişkili olan bir diğer düzenleme de, 2006 yılında çıkarılan 57 sayılı Genelge’dir (Uygulama Talimatı/57 sayılı Genelge)¹³³⁵. 57 sayılı Genelge, İçişleri Bakanlığınca sığınma usulüne ilişkin olarak çıkarılan genelgeler ve talimatları sistematik hâle getirmeyi amaçlamaktadır¹³³⁶. Genelge’nin başlangıç kısmından, ilgili düzenlemeyle, AB’ye tam üyelik gerçekleşene kadar, Ulusal Eylem Planında yer alan taahhütlerin yerine getirilmesinin, sığınma sistemi ve uygulamaların ilgili AB mevzuatı ve uygulamalarıyla yakınlaştırılmasının ve bu sayede yeniden yapılandırılmaya çalışılan sığınma sistemine zemin hazırlanılmasının da hedeflendiği anlaşılmaktadır.

¹³³³ HELSİNKİ YURTTAŞLAR DERNEĞİ, *İstenmeyen Misafirler: Türkiye’de «Yabancı Misafirhaneleri»nde Tutulan Mülteciler*, Mülteci Savunuculuk & Destek Programı, Kasım 2007, 13; İBRAHİM ERDOĞAN, «İdari Alıkoyma», 21.

¹³³⁴ AİHM’in *Engel* ve Diğerleri ile *Guzzardi*, *Rantsev* kararlarında, bir kimsenin özgürlükten yoksun bırakılıp bırakılmadığı belirlerken, hareket noktasının o kimsenin içinde bulunduğu somut durum olduğu, tartışma konusu tedbirin türü, süresi, etkileri ve uygulanma tarzı gibi, bütün faktörlerin dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir; Mahkeme, *Storck* davasında ise Sözleşme kapsamında özgürlükten yoksun bırakmanın gerçekleşmesi için iki unsur aramıştır: bir kimse kısıtlı bir alanda ihmal edilemeyecek bir süre için tutulmalı (objektif unsur); kişi, söz konusu tutmaya geçerli bir rıza göstermemiş olmalıdır (subjektif unsur): *Engel and Others v. The Netherlands*, App. No. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, 8.06.1976; *Guzzardi v. Italy*, App. No. 7367/76, Council of Europe: European Court of Human Rights, 6 November 1980; *Storck v. Germany*, App. No. 61603/00, 16.09.2005; belirtilen davalara yönelik yukarıda aktarılan bilgiler için bkz. OSMAN DOĞRU ve ATILLA NALBANT, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi*, 367.

¹³³⁵ Genelge metni için bkz. <http://www.egm.gov.tr/Documents/uygulama_talimati_2010_genelge.pdf> (E.T.: 12. 10. 2012).

¹³³⁶ BÜLENT ÇİÇEKLİ, *Mülteciler*, 36.

Genelge, bir iç düzen işlemi niteliğindedir. Bu hâliyle, 1994 Yönetmeliği hükümlerinin yorumlanması ve uygulanması konusunda idari makamlara yönelik düzenlemeler ihtivâ etmesi beklenmelidir. Nitelikleri itibarıyla genelgelerin, kanun yahut yönetmeliklere yeni bir kural eklememeleri gerekir. Ayrıca bu düzenlemelerin idare edilenler üzerinde hak ve yükümlülük doğurmayacağı kabul edilir. Oysa 57 sayılı Genelge’de yer alan kimi hususların 1951 Sözleşmesi’nde veya 1994 Yönetmeliği’nde düzenlenmemiş olduğu; kimilerinin ise sığınma başvurusunda bulunan bireyler üzerinde bir takım haklar ve yükümlülükler doğurduğu sonucuna varılabilecektir. Nitekim Genelge’de yer alan ve belirttiğimiz şekilde etki doğuran bazı düzenlemeler bu sebebe dayanılarak, Danıştay 10. Daire’nin 30. 06. 2010 tarihli Kararıyla¹³³⁷ hukuka aykırı bulunmuş¹³³⁸ ve yürütmelerinin durdurulmasına karar verilmiştir. Yürütmenin durdurulmasına konu olan düzenlemeler daha sonra İçişleri Bakanlığı’nın 21.12.2010 tarihli ve 216840 sayılı Uygulama Talimatı ile değiştirilmiştir. Ancak bu değişikliğin belirtilen sorunu tamamen giderdiği söylenemeyecektir. Genelge, kapsamını aşan bazı düzenlemeleri hâlen ihtivâ etmektedir. Örneğin, tamamlayıcı bir koruma statüsü olan ikincil koruma statüsünün adı yürürlükte bulunan mevzuat içerisinde (YUKK’un yasalaşmasından önce) ilk kez 57 sayılı Genelge’de zikredilmiştir. Hâlbuki bu koruma statüne ne 1951 Sözleşmesi’nde ne 1994 Yönetmeliği’nde ne de yürürlükte olan başka bir düzenlemede yer verilmiştir. 57 sayılı Genelge’de yer alan ifâdelerden bu statünün, mülteci/sığınmacı başvurusu reddedilen ancak menşe ülkesine gönderilmesi durumunda ciddi zarara uğrama riski bulunan bireylerin, yabancılarla ilgili genel hükümler çerçevesinde ülkeye kalmaya devam etmesini sağlayan bir statü olduğu ve bu statüye dayanılarak ikamet izni verilebileceği anlaşılmaktadır¹³³⁹. Oysa yabancılarla ilişkin

¹³³⁷ Danıştay 10. Daire, E.2009/8048, T. 30.06.2010.

¹³³⁸ “Cenevre Sözleşmesine dayanılarak iltica ve sığınma taleplerine ilişkin usul ve esasların İltica-Sığınma Yönetmeliği ile belirlenmiş olmasına karşın, 57 sayılı Uygulama Talimatının dava konusu hükümleri ile Yönetmeliğin kapsamının aşılması, iltica ve sığınma başvurusunda bulunanların haklarını doğrudan ilgilendiren kurallara yer verilmiş olup; bu nedenle Uygulama Talimatının dava konusu hükümlerinde üst hukuk normlarına uyarlık bulunmamaktadır”: ibid.

¹³³⁹ “İtirazları nihaî olarak reddedilen iltica/sığınma başvuru sahiplerinin durumu, 1994 iltica/sığınma Yönetmeliğinin 6’ncı maddesi uyarınca, yabancılarla ilgili genel hükümler çerçevesinde Bakanlıkça değerlendirilmektedir. Buna göre başvuru sahibinin geldiği ülkeye geri gönderilmesi hâlinde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde ciddi zarar görme riski bulunup bulunmadığı, kendisine ‘ikincil koruma

yürürlükteki mevzuat içerisinde “ikincil korumaya dayalı ikamet izni” biçiminde bir ikamet izni türü bulunmadığı gibi, mülteci/sığınmacı statüsünü hâiz olmadığı hâlde geri gönderme yasağına tâbi olan yabancıların hangi statü altında ve ne tür bir ikamet izni ile ülkede kalabileceklerini düzenleyen herhangi bir hüküm de yer almamaktadır. Kanımızca Genelge’nin hem Sözleşme’nin hem Yönetmeliğin kapsamını aşarak ikincil koruma statüsüne yer vermiş olmasının arkasında, AB ile uyum sağlama ve AB ile uyumlu uygulamaların bir an önce Türk sığınma sistemine yansıtılması kaygısı yer almaktadır.

b. Doğrudan Doğruya Mülteci Korumasına Yönelik Olmadıkları Hâlde Sığınmacılara/Mültecilere İlişkin Hükümler İhtiva Eden Düzenlemeler

Konuları itibarıyla doğrudan doğruya mülteci korumasına yönelik olmadıkları hâlde sığınmacılara/mültecilere ilişkin hükümler ihtivâ eden belli başlı düzenlemeler¹³⁴⁰ arasında İskân Kanunu¹³⁴¹, Pasaport Kanunu¹³⁴², Yabancıların Türkiye’de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun (YİSHK)¹³⁴³, Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun¹³⁴⁴, Askerlik Kanunu¹³⁴⁵, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun¹³⁴⁶, Kara Sınırlarının Korunması ve Güvenliği Hakkında Kanun¹³⁴⁷, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu¹³⁴⁸, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul

statüsü’ verilmesine gerek olup olmadığı değerlendirilmektedir”. (...) “ikincil koruma(ya) ...dayalı ikamet izni verilmesi Bakanlıkça uygun görülmeyenlere...”. Belirtilen düzenleme gönderme yapılan Yönetmeliğin 6. maddesinde, başvurusu reddedilen bireylerin itirazları da nihaî olarak reddedildiğinde, durumlarının yabancılarla ilgili genel hükümlere tâbi kılınacağı belirtilmekle yetinilmiştir.

¹³⁴⁰ Mültecilere ve sığınmacılara ilişkin Türk hukuk mevzuatına yönelik kapsamlı bir derleme için bkz. NURAY EKŞİ, *Mültecilere ve Sığınmacılara İlişkin Mevzuat* (İstanbul, 2010).

¹³⁴¹ RG. 26.09.2006/26301, Kabul Tarihi (Ka.T.):19.09.2006, Kanun No. 5543, (md.25)

¹³⁴² PK., md.4.

¹³⁴³ RG.24.07.1950/7564, Ka.T.: 15.07.1950, Kanun No. 5683, (md.17).

¹³⁴⁴ RG. 06.03.2003/25040, Ka.T.: 27.02.2003, Kanun No. 4817, (md.8).

¹³⁴⁵ RG. 17.12.1927/631-635, Ka.T.: 21.06.1927, Kanun No. 1111, (md.2, 10).

¹³⁴⁶ RG. 29.12.2004/25685, Ka.T.: 13.12.2004, Kanun No. 5275, (md.84).

¹³⁴⁷ RG. 22.11.1988/1997, Ka.T.: 10.11.1988, Kanun No. 3497, (md. 2)

¹³⁴⁸ RG. 16.06.2006/26200, Ka.T.: 31.05.2006, Kanun No. 5510, (md.3, 60, 61).

Hukuku Hakkında Kanun¹³⁴⁹, Türk Vatandaşlık Kanunu’nun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik¹³⁵⁰ yer almaktadır. Bununla birlikte, doğrudan doğruya mültecilere ilişkin olmasa da, sayılan kanunlar içerisinde bulunan, mültecilerin hariç kılınmadığı ve genel olarak yabancılara ilişkin olan hükümler de mülteciler açısından etki doğurmaktadır.

Görüldüğü gibi, Türk milli hukuku içerisinde mültecilere ilişkin düzenlemeler tek bir çatı altında toplanamayacak şekilde yayılmıştır. Bu husus, uygulamada sıklıkla boşluklarla karşı karşıya kalınmasına ve sorunlara sistematik bir hukukî çerçeve içerisinde yaklaşmaktansa, *ad hoc* çözümler aranmasına sebebiyet vermiştir. Elbette ki, bu şekilde oluşturulan çözümler, uluslararası mülteci hukukunun gereklerini karşılayamamakta ve çoğu zaman da mülteci koruması açısından yetersiz kalmaktadır.

2. Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu

Henüz yürürlükte bulunmamasına rağmen, yakın bir gelecekte hukukî bağlayıcılık kazanması beklenen Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, “Amaç, Kapsam, Tanımlar ve Genel İlkeler” (birinci kısım), “Yabancılar” (ikinci kısım), “Uluslararası Koruma” (üçüncü kısım), “Yabancılar ve Uluslararası Korumaya İlişkin Ortak Hükümler” (dördüncü kısım) ve “Göç İdaresi Müdürlüğü” (beşinci kısım) başlıkları altında düzenlenen beş kısımdan oluşmaktadır. Esasen Kanun’un içeriğini üç ana bölüm altında ele almak mümkündür. Bu bölümlenmeye göre, Kanun, ilk olarak yabancıların ülkeye girişi, ikameti, sınır dışı edilmesine ilişkin genel hükümleri, ikinci olarak uluslararası korumaya ilişkin genel hükümler çerçevesinde uluslararası koruma kapsamına alınacak bireylere yönelik statüleri ve uluslararası korumaya ilişkin başvuru ve statü değerlendirme usûl ve esaslarına ilişkin hükümleri ve son olarak da yabancıların Türkiye’ye giriş ve Türkiyede kalışları, Türkiye’den çıkışları ve sınır dışı edilmeleri, uluslararası koruma, geçici koruma ve insan ticareti mağdurlarının korunmasıyla ilgili iş

¹³⁴⁹ RG. 12.12.2007/26728, Ka.T.: 27.11.2007, Kanun No. 5718, (md.4).

¹³⁵⁰ Yönetmelik 11.02.2010 tarihli ve 2010/139 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile kabul edilmiştir, RG. 6.04.2010/27544, (md. 16(c)).

ve işlemleri yürütmek üzere İçişleri Bakanlığına bağlı olarak kurulan Göç İdaresi Genel Müdürlüğü'nün yapılanmasına ilişkin hükümleri ihtiva etmektedir.

YUKK, Türkiye'nin AB'ye uyum süreci içerisinde Ulusal Eylem Planı'nın bir parçası olarak düzenlenmiştir. Bu sebeple Kanun'un özellikle uluslararası korumaya ilişkin hükümlerinde ve uluslararası koruma açısından ön gördüğü genel yapılanmada AOSS'nin izlerini belirgin bir şekilde görebilmek mümkündür. Nitekim Kanun'un Genel Gerekçesinde de bu husus vurgulanmış, Türkiye'nin AB'ye tam üyeliği gerçekleşene kadar, uluslararası koruma sistemimizin ve uygulamalarımızın AB müktesebatı ve uygulamalarına paralellik sağlaması gerektiği üzerinde durulmuştur.

AB'ye uyum süreci içerisinde şekillendirilen YUKK, mülteci statüsünün belirlenmesi hususunda AB mevzuatından belirgin olarak bir hususta ayrılmaktadır. Kanun, AB mevzuatından farklı olarak coğrafi kısıtlamayı koruyan bir yapı sergilemektedir. Kanunda, mülteci statüsünün tanımı, 1994 Yönetmeliği ile aynı şekilde yapılmış ve coğrafi kısıtlama sebebiyle, statünün “Avrupa’da meydana gelen olaylardan dolayı” mültecilik hâline giren bireylere tanınacağı hüküm altına alınmıştır. Bununla birlikte, 1994 Yönetmeliğinde “sığınmacı” olarak nitelendirilen ve 1951 Sözleşmesi'nin mülteci tanımının şartlarını taşımakla birlikte “Avrupa dışında meydana gelen olaylardan dolayı” mültecilik hâline girmiş olan bireylere “şartlı mülteci” statüsü tanınması öngörülmüştür. Böylece, “sığınmacı” statüsünün sadece adı değiştirilerek coğrafi kısıtlamanın etkisini devam ettirmesi amaçlanmıştır. YUKK’da, “mülteci” ve “şartlı mülteci” statülerinin dışında bir koruma statüsüne daha yer verildiği görülmektedir. Bu bağlamda, AOSS içerisinde tamamlayıcı koruma kapsamında yer alan “ikincil koruma statüsü”nün Kanuna aktarıldığı tespit edilmektedir. Böylece, YUKK kapsamında, uluslararası koruma çerçevesinde yukarıda zikredilen üç tür statüye yer verilmiş bulunmaktadır.

YUKK ile Türk hukukunda uluslararası korumaya yönelik statülerin yeniden şekillendirilmesi yanında, statü belirlemenin usûlüne ilişkin de bir takım yenilikler hâsıl olmuştur. Bu yenilikler, hâlen yürürlükte bulunan ve genel olarak yabancıların ülkeye

girişini, çıkışını, ülkede kalışını ve sınır dışı edilmelerini düzenleyen Pasaport Kanunu ile YİSHK'nın uluslararası koruma eksenindeki güncel sorunlar ve gelişmeler karşısında yetersiz kalması sonucunda doğan ihtiyacı büyük ölçüde karşılayacaktır. Bunun yanında, uluslararası koruma alanında yürürlükte olan temel düzenlemenin hukukî geçerliliği dahi tartışmalı olan 1994 Yönetmeliği olduğu düşünüldüğünde, YUKK ile çizilecek olan hukukî çerçevenin önemli bir boşluğu kapatacağı belirtilebilir.

III. TÜRKİYE'NİN ULUSAL ŞARTLARI ÇERÇEVESİNDE ŞEKİLLENMİŞ OLAN MÜLTECİ ALGISI VE ALGININ TÜRK HUKUKUNUN MÜLTECİ KORUMASINA BAKIŞI ÜZERİNDEKİ YANSIMALARI

Türkiye 1951 Sözleşmesini ve 1967 Protokolünü birçok ülkeden daha önce imzalayarak iç hukukuna aktarmış olmasına rağmen gelişmiş ve tamamlanmış bir sığınma sistemini henüz hâiz değildir. Göç yolları üzerinde bulunmasına karşın Türkiye'nin uluslararası korumaya ilişkin yürürlükteki hukukî mevzuatının ve uygulamasının çağdaş mülteci hukukunun oldukça gerisinde olduğu belirtilebilir. Yürürlükteki mevzuat ile kıyaslandığında uluslararası koruma açısından çok daha kapsamlı düzenlemeler ihtivâ eden YUKK ise henüz yürürlüğe girmemiş olduğundan Kanunun getirdiği yeniliklerin Türk sığınma hukukunun bugünkü görünümünü mutlak olarak olumlu bir çizgide değiştirebileceği kanısına varmak için henüz erkendir.

Kanımızca Türkiye'nin uluslararası korumaya ilişkin olarak, başta 1951 Sözleşmesi olmak üzere bölgesel ve evrensel düzeydeki insan hakları sözleşmelerine taraf olmasına rağmen, uluslararası korumanın temel ayağını oluşturan mülteci korumasına yönelik olarak çağdaş mülteci hukukunun gelişmelerinden uzak kalmasının en önemli sebebi ulusal şartlar çerçevesinde şekillenmiş olan mülteci algısıdır. Bu algının Türk hukukuna yansması sonucunda Türk hukukunda mülteci ve mülteci korumasına yönelik kendine has bir görünümün oluştuğundan söz edilebilecektir. Bu sebeple algıyı oluşturan nedenlerin, algının görünümünün ve sonuçlarının incelenmesi sonucunda YUKK'un algı

üzerindeki olası etkilerinin değerlendirilmesi, mültecinin ve bu bireyi eksenine alan uluslararası korumanın Türk hukukundaki görünümünün netleştirilmesi açısından belirgin bir önemi hâizdir.

A. Algıyı Oluşturan Nedenler

Ulusal çerçevede mülteci algısını şekillendiren etkenleri üç başlık altında ele almanın mümkün olduğu kanısındayız. Bunlar (1) tarihi şartlar ve deneyim (2) coğrafi şartlar ve (3) sığınma konusunda benimsenen stratejidir. Bu üç etken tarihî, coğrafi, sosyolojik, siyasî ve ekonomik unsurları içerisinde barındırmaktadır.

1. Tarihî Şartlar ve Deneyim

Osmanlı İmparatorluğu döneminden başlayarak, günümüz Türkiye toprakları üzerindeki mülteci korumasının gelişimine bakıldığında, korumanın çoğunlukla etnik/dini baskılar, iç karışıklıklar ve Dünya Savaşlarından kaçan mültecilere sağlandığı görülmektedir. Özellikle savaşlardan sonra şekillenen siyasî tablo sonrasında, koruma sağlanan mülteci gruplarının birçoğu bu topraklarda kalıcı olmamış; bir süre sonra üçüncü ülkelere veya zulüm tehlikesi geçtikten sonra menşe ülkelerine göç etmişlerdir. Böylece, Türk hukukundaki mülteci algısı yavaş yavaş bu bireylerin “geçici” olarak ülkede kalmasına izin verilen bireyler olduğu yönünde şekillenmeye başlamıştır. Bu algının ivme kazanması ise Türkiye’deki koruma faaliyetlerinin özellikle 70’li yılların sonundan başlayarak, çoğunlukla kitlesel sığınma hareketlerine cevaben oluşması ile gerçekleşmiştir. Kitlesel sığınma “geçici koruma” kapsamında değerlendirilen bir husus olduğundan, kendilerine koruma sağlanan bireylerin de “geçici olarak ülkede kalmasına izin verilen kişiler” olarak etiketlenmesi kaçınılmaz olmuştur. Kitlesel sığınma hareketlerinin algı üzerindeki bir diğer etkisi ise, korunma ihtiyacı içerisinde olan sığınmacıların ülkeye bir anda aşırı bir yük getirmesidir. Bu bağlamda, söz konusu yükün taşınabilmesi ve en önemlisi idare edilebilmesi için alınan hukukî tedbirler de aceleyle ve akut soruna odaklı olarak şekillendirilmiştir. Mülteci korumasına yönelik olarak tarihî şartların ve deneyimin özellikle kitlesel sığınma üzerinde yoğunlaşması, Türkiye’de

kitlesel sığınma ile bireysel sığınmanın birbiriyle örtüşecek biçimde algılanmasına da sebep olmuştur. Bir başka ifade ile kitlesel sığınmanın dinamikleri ve kendine has özellikleri, getirdiği ani ve ağır yük, bireysel sığınmanın değerlendirilmesinde birer veri olarak ele ele alınmıştır. Türk hukuku açısından belirttiğimiz çıkarımın en belirgin göstergesi, 1994 tarihli Yönetmeliğin oluşturulma amacı ve benimsediği sistematiktir. İlgili Yönetmelik, oluşturulduğu dönemde gelişen kitlesel sığınma hareketleri ile canlanan sığınma sorununa acil bir çözüm getirilmesi ihtiyacı ile hazırlanmıştır. Bireysel sığınma ve kitlesel sığınmanın iç içe geçen görünümü ise Yönetmeliğin bu iki hususu bir arada düzenlemesinden anlaşılmaktadır. 1951 Sözleşmesi'ne taraf olunmasından tam otuz üç yıl sonra düzenlenen Yönetmeliğin, Sözleşme'nin uygulanması amacıyla ziyâde 1951 Sözleşmesi'nde hakkında herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiş olan kitlesel sığınma hareketlerine ilişkin düzenlemeler ihtivâ etmesi ancak bununla birlikte özellikle bireysel mülteci statüsü belirleme hususunda Sözleşme'de zikredilen ölçütlerin uygulamaya yansıtılmasında kolaylık sağlamak yerine, Sözleşme'nin 1A(2) maddesinde yer alan mülteci tanımını tekrar etmesi belirttiğimiz bakış açısını desteklemektedir.

2. Coğrafi Şartlar

Türkiye'nin coğrafi konumu itibarıyla özellikle zorunlu göçün kaynağı olan bölgelere yakın olması, mülteci algısına yönelik olarak geçiciliğe odaklanma ve kitlesel sığınma ve bireysel sığınmanın birlikte ele alınması anlayışının oluşmasına temel teşkil etmiştir. Coğrafi konumun kanımızca bir diğer önemli etkisi, Osmanlı İmparatorluğu'nun yıkılmasından sonra, geniş bir coğrafyaya yayılmış olan eski Osmanlı topraklarında yaşayan Türk soylu bireylerin etnik veya dini sebeplerle zulme uğramaları sonucunda Türkiye'ye sığınmaları olmuştur. Bu bağlamda, Türk soylu ve Türk kültürüne bağlı olan sığınmacıların korunmasına öncelik tanıma kaygısı ve bu bireylerin göçmen olarak kabul edilerek, vatandaşa yakın bir takım haklarla donatılması Türk soylu ve Türk kültürüne bağlı olmayanların ikinci planda kalmasına ve “geçici yabancı misafirler” olarak etiketlenmelerine sebep olmuştur. Kanımızca bu kaygı aynı zamanda, mülteci-göçmen ayrımının yerleşme niyeti üzerinden şekillendirilmesinde de etkili olmuştur. Zira Türk soylu olup da zorunlu göçe maruz kalanlar ile Türk soylu olmayan ancak aynı şekilde

zorunlu göç sonucu Türkiye'ye sığınan bireylerin ilk gruba ayrıcalık tanınarak birbirinden ayrılması, “yerleşme niyetine” odaklanması sonucunu doğurmuştur.

Türk hukukunda göçmen önce 1934 tarihli İskân Kanunu'nda daha sonra da bu Kanun'un mülga olmasıyla 2006 tarihli İskân Kanunu'nda tanımlanmıştır. 2006 yılında mülga olan 1934 tarihli İskân Kanunu'nun 3. maddesi göçmeni (muhacir) şu şekilde nitelendirmiştir: “*Türkiye’de yerleşmek maksadile dışarıdan münferiden gelmek isteyen Türk soyundan meskün veya göçebe ferdler Sıhhat ve İçtimai Muavenet Vekilliğinin mütalaası alınmak şartile Dâhiliye Vekilliğinin emrile ve müçtemian gelmek isteyen Türk soyundan meskün veya göçebe ferdler ve aşiretler ve Türk kültürüne bağlı meskün kimseler işbu kanunun hükümlerine göre Dâhiliye Vekilliğinin mütaleası alınmak şartile Sıhhat ve İçtimai Muavenet Vekilliğinin emirleriyle kabul olunurlar. Bunlara muhacir denir*”. Göçmenliği, Türk soylu olma, Türk kültürüne bağlı olma ve yerleşme niyetine sahip olma ekseninde şekillendiren bu bakış açısı, çağdaş Türk Yabancılar hukukundaki etkisini bu kez 2006 yılında yürürlüğe giren 5543 sayılı İskan Kanunu'nun 3(d) maddesinden dayanak alarak sürdürmektedir. İlgili maddeye göre göçmen “*Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı olup, yerleşmek amacıyla tek başına veya toplu halde Türkiye’ye gelip bu Kanun gereğince kabul olunanlardır*”. Görüldüğü gibi, her iki Kanunda yapılan tanımın ortak noktaları, göçmenin Türk soyuna ve Türk kültürüne bağlı olması ve yerleşme niyetinin bulunmasıdır. Bu bağlamda, mültecinin “yerleşme niyeti olmayan” bir birey olarak algılanması, doğal olarak, göçmen ve mülteci arasındaki farkın “yerleşme niyetinin olup olmaması” esasına göre şekillenmesine sebep olmaktadır¹³⁵¹. Nitekim yerleşme niyetine bağlı olarak göçmen ve mülteci arasında yapılan bu ayrım, 1934 tarihli mülga İskan Kanunu'nda kendisini belirgin bir şekilde göstermekteydi. Mülga Kanun mülteciyi “*Türkiye’de yerleşmek maksadile olmayıp bir zarüret ilcasile muvakkat oturmak üzere sığınanlar*” olarak tanımlamıştır (Mülga İskan Kanunu md. 3). Aynı Kanun'un, 3. ve 4. maddeleri uyarınca, mülteciler arasında “Türk kültürüne bağlı olup olmamalarına” göre ayrım yapılmış, Türk kültürüne bağlı olanlar yerleşme

¹³⁵¹ Bkz. GÜLİN GÜNGÖR, *Tâbiyet*, 339; NECLA ÖZTÜRK YILMAZ, «5543 Sayılı İskân Kanunu Hükümleri Uyarınca Türk Vatandaşlığının Kazanılması», *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* sayı 68 (2007): 254.

niyetlerinin olması durumunda göçmen muamelesine tâbi kılınmışlardır. Böylece yerleşme niyeti, Türk hukuku açısından, Türk soylu ve Türk kültürüne bağlı olma şartı ile birlikte göçmen ve mülteci arasındaki farkı niteler hâle gelmiştir. Her ne kadar, 1934 tarihli İskân Kanunu'nun mülga olmasından sonra, hâlen yürürlükte olan 2006 tarihli İskân Kanunu'nda mülteci tanımına yer verilmemiş ve hangi durumda mültecilerin göçmen muamelesine tâbi tutulacağı belirtilmemiş olsa da, mülteci ve göçmen arasındaki farkı Türk soylu ve Türk kültürüne bağlı olmak şartı ile birlikte yerleşme niyeti ekseninde şekillendiren algının Türk hukukuna yerleşmiş olduğu iddia edilebilir¹³⁵².

3. Sığınma Konusunda Benimsenen Strateji

Türkiye'nin sığınma konusunda benimsediği strateji, hiç kuşkusuz Türkiye'deki mülteci algısının oluşumunda merkezî bir yere sahiptir. Türkiye'nin 1951 Sözleşmesi'ne taraf olurken coğrafi kısıtlama seçeneğini tercih etmiş olması, bu tercihini 1967 Protokolüne taraf olurken de koruması, aynı zamanda, “sığınmacılara/mültecilere sağlanan hakların ve imkânların kısıtlı tutulması, yasal olarak tanınmış hakların

¹³⁵² “.... zira bunlar (mülteciler) muhacirlerden (göçmenlerden) yalnız bir noktada ayrılmaktadırlar: Türkiye’de yerleşmek niyetinde değildirler. Türkiye’de yerleşmek istedikleri takdirde, bunların muhacirlerden hiçbir farkı yoktur”: OSMAN FAZIL BERKİ, *Devletler Hususi Hukuku*, 99 (parantez içerisindeki açıklamalar tarafımızca eklenmiştir). Kanunun mülga olması ile hukukî bağlayıcılığını yitirdiği düşünülse bile, hâlen yürürlükte olan mevzuata bir takım yansımaları olmuştur. Örneğin, Türk Vatandaşlığı Kanunu’nun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin md. 16/2c hükmüne göre: “*Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen yabancı hakkında müracaat makamınca ön inceleme yapılarak (...) [y]asal ikamet izni olmaksızın veya yasal olmakla birlikte ‘Türkiye’de yerleşme niyetini göstermeyen; sığınma veya iltica başvuru sahibi, sığınmacı’*, öğrenim, turistik, öğrenim gören çocuğuna refakat, tedavi gibi amaçlarla ikamete bağlandığı anlaşılan (...) başvurusu kabul edilmez (...)”. Elbette bu noktada, sığınma başvurusunda bulunan kişilerin ilgili maddeye konu olmasından dolayı, başvurusu henüz sonuçlanmamış olan bu bireylerin, başvurularının olumsuz bir şekilde sonuçlanması durumunda ülkeyi terk etmek zorunda kalabilecekleri ve böylece durumu henüz belirlenmemiş kişilerin vatandaşlığa başvurmalarının önüne geçilmesinin hedeflendiği düşünülebilir. Aynı şekilde sığınmacılar açısından da, üçüncü bir ülkeye gönderilmek üzere geçici olarak ülkede kalmalarından dolayı yerleşme niyetini hâiz bulunmadıkları sonucuna varılabilir. Ancak, ilgili düzenlemede, vatandaşlık başvurusunun kabul edilmeme nedeni olarak sığınma başvurusunun sonuçlanmamış olduğunun ya da sığınmacı bireyin üçüncü bir ülkeye sığınma yönünde başvuruda bulunmuş olmasının belirtilmesi yerine yerleşme niyetinin peşinen kıtas olarak alınmış olması, sığınma ile yerleşme niyeti arasında doğrudan bir bağ kurulduğu anlamını taşıyacak şekilde de yorumlanabilir. Nitekim Güngör de haklı olarak ilgili Yönetmeliğin adı geçen maddesini bu yönde yorumlamaktadır: “*ikamet izni olmakla birlikte, sığınma, iltica, öğrenim, turistik, öğrenim gören çocuğuna refakat, tedavi gibi amaçlarla düzenlenmiş ikamet tezkeresine sahip olan kişilerin ise yerleşme niyeti bulunmadığı ‘varsayıldığından’ bu kişilerin (vatandaşlık kazanımı yönündeki) başvurularının kabul edilmeyeceği bildirilmektedir*”: GÜLİN GÜNGÖR, *Tâbiyet*, 85. Vurgu ve parantez içerisindeki eklemeler tarafımızca yapılmıştır.

sağlanması ve bu haklara ilişkin işlemlerin kolaylaştırılmasına yönelik etkin kurumsal yapının uzun süre oluşturulmamış olması, başvuruların alınmasına ve genel olarak işlemlerin kolaylaştırılmasına ilişkin etkin ve kolaylaştırıcı bir sistemin yine uzun bir süre boyunca oluşturulmamış bulunması”, sığınma hususunda benimsenen stratejinin “mülteci yükü almama” olarak tezahür ettiğini göstermektedir¹³⁵³. Bu bağlamda, Avrupa dışında meydana gelen olaylardan ötürü sığınma arayan bireyler, mülteci olarak tanınmamakta, kendilerine sığınmacı statüsü verilerek üçüncü bir ülkeye yerleştirilene kadar Türkiye’de kalmalarına izin verilmektedir. Esasen, Avrupa’da meydana gelen olaylardan ötürü koruma talep eden bireyler açısından da mevcut stratejinin, bu bireylerin mülteci statüsünü tanımaktan yana olduğu söylenemez¹³⁵⁴. Nitekim “mülteci yükü almama” amacı, bu noktada da kendisini göstermektedir. Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri *Hammarberg*’in raporuna göre Türkiye’de mülteci statüsü tanınmış olan sadece 43 kişi bulunmaktadır¹³⁵⁵. Oysa Avrupa’da meydana gelen olaylardan ötürü mültecilik haline girmiş olan oldukça fazla sayıda¹³⁵⁶ Çeçen bireyin Türkiye’ye sığınmış olmasına rağmen, statü belirleme işlemlerine tâbi tutulmadıkları ve “misafir” olarak çeşitli kamplarda barındıkları bilinmektedir¹³⁵⁷. Bu bağlamda, mülteci yükü almama yönündeki stratejinin,

¹³⁵³ YÜCEL ACER, İBRAHİM KAYA, ve MAHİR GÜMÜŞ, «Türkiye İçin Yeni Bir İltica Stratejisi Üzerine Gözlemler», içinde *İltica, Uluslararası Göç ve Vatansızlık: Kuram, Gözlem ve Politika*, ed. Özlen Çelebi, Saime Özçürümez, ve Şirin Türkay (Ankara: BMMYK, 2011), 52 vd.

¹³⁵⁴ Aynı yönde bkz. Ibid., 53.

¹³⁵⁵ THOMAS HAMMARBERG, *Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri Thomas Hammarberg’in 27-29 Nisan 2011 Tarihleri Arasında Türkiye’yi Ziyaretini Müteakiben Hazırladığı Rapor*, Siyasi Sığınmacıların ve Mültecilerin İnsan Hakları (AVRUPA KONSEYİ İNSAN HAKLARI KOMİSYONU, 2009), 6, <<http://www.amnesty.org.tr/ai/node/1472>> (E.T.: 12.10.2012).

¹³⁵⁶ Zorunlu göç sebebiyle Türkiye’de bulunan Çeçenlerin sayılarının 2010 yılı itibarıyla 5000 civarında olduğu idari görevlilerce aktarılmıştır: T.B.M.M. İNSAN HAKLARI İNCELEME KOMİSYONU, *T.B.M.M. Raporu*, 58.

¹³⁵⁷ THOMAS HAMMARBERG, *Avrupa Konseyi Raporu*, 6. TBMM İnsan Hakları Komisyon’un sığınmaya ilişkin olan raporunda zorunlu göç sebebiyle Türkiye’ye gelen Çeçen bireylere ilişkin olarak idari görevlilerin şu çelişkili ifâdeleri dikkat çekicidir: “Çeçen asıllılar ile ilgili olarak bizim kayıtlarımızda bu kişiler Çeçen diye geçmez, Rusya diye geçer, Rusya Federasyonu diye geçer ama bildiğim kadarıyla Çeçenlerin başvurusu yok. Yani Rusya Federasyonundan gelip de bulunanlardan mültecilik, sığınma isteyenler arasında Çeçen yok. Çünkü ülkemizde zaten ihtiyaç duymuyorlar. (...) Türkiye Cumhuriyet Devlet Demiryolları misafirhanesinde kalan 100 civarında olduğunu tahmin ettiğimiz Çeçenler ile ilgili olarak, bunların hepsine kriterlere uymadıklarından mülteci olma hakkını veremiyoruz. Bunların canlarından korkma, zulme uğrayacakları, haklı sebeplerle korktuklarına dair bir somut kanıt yok elimizde. Bunları iâde de edemiyoruz, orada yaşamasına göz yumuyoruz. İkincil korumaya alıyoruz. Fakat -Rus

mülteciliğin kendine has özelliklerinin ve hiç kuşkusuz mültecilik hâlinin insan hakları ile olan ilişkisinin göz ardı edilmesi ile sonuçlanabileceğini belirtmek gerekir. Bu noktada da, mülteci/sığınmacı genel olarak yabancılar içerisinde özel bir yeri hâiz olmaktan ziyâde geçici olarak ülkede bulunan ve bu sebeple sınırlı haklarla donatılan birey olarak algılanmaya müsait hâle gelmektedir¹³⁵⁸. Bu algının üzerine bir de ilgili bireyleri diğer yabancıardan ayıran en önemli unsurun bu kişilerin yerleşme niyetinden yoksun olmaları yönündeki yaklaşım eklenince, mültecilerin/sığınmacıların ülkede bulunmalarına geçici bir süre katlanılan yabancı misafirler¹³⁵⁹ olarak değerlendirilmesi kaçınılmaz hâle gelmektedir.

kökenli, Rus pasaportları olduğu için “mülteci” diyeceğiz- mülteci olmayı gerektiren bir hak kazandıracak kriterlere uymuyorlar, kıstaslara uymuyorlar (..) Daha önemli bir sorun mesela, Çeçenler. İstanbul’da yüksek miktarda Çeçen var. Türkiye onları mülteci olarak kabul etmiyor -ki, Avrupalılar- başvurularını kabul etmiyor veyahut zorluklar çıkarıyor. ” : T.B.M.M. İNSAN HAKLARI İNCELEME KOMİSYONU, T.B.M.M. Raporu, 58, 83, 92. Uluslararası Af Örgütü ise bu hususa şu ifâdelerle dikkat çekmektedir: “uluslararası korumaya ihtiyaç duyan Çeçenlere sığınma prosedürüne erişim hakkı tanınmamış ve çoğu 1999 yılından beri herhangi bir resmi statüleri olmadan Türkiye’de yaşamaktadır. Çeçenlerin resmi makamlarca sığınmacı olarak görülmemeleri nedeniyle, birçoğu geri gönderilme korkusuyla herhangi bir başvuruda bulunmamıştır. Resmi statülerinin belirlenmesini talep eden kişilere ise Türkiye’de geçici ikamet etmelerini sağlayan ‘misafir’ statüsü verilmiştir. Çeçenler de Avrupalı sığınmacılar olarak kabul edildikleri için BMMYK prosedürlerine dahil değildirler. Dolayısıyla BMMYK tarafından üçüncü bir ülkeye yerleştirilmeleri söz konusu olmadığı gibi Türkiye’den herhangi bir resmi statü de alamamaktadırlar”: ULUSLARARASI AF ÖRGÜTÜ, İki Arada Bir Derede (Londra, 2009), 11, 12.

¹³⁵⁸ “Mülteci almama, ya da mülteci yükü almama amacının kabullenilmiş olması, Türkiye’nin aslında bir iltica yükü ile karşı karşıya kalmayacağı varsayımına yol açmış ve bu varsayım temelinde hareket edilerek işleyen etkin bir iltica sistemi kurulamamıştır. Bu varsayım, başvuruların incelenmesi, mültecilerin ihtiyaçlarının karşılanması ve uluslararası hukukça ve Türkiye’nin kendi ulusal düzenlemelerince tanınmış haklarının temini ve bu kişilerin topluma uyum sağlaması gibi önemli konularda etkin bir kurumsal yapı oluşturma ihtiyacı hissedilmesini engellemiştir.”: YÜCEL ACER, İBRAHİM KAYA, ve MAHİR GÜMÜŞ, «Yeni Bir İltica Stratejisi», 54.

¹³⁵⁹ Bu bakış açısının Türk sığınma sisteminin uygulayıcılarına da yansımış olduğu, TBMM İnsan Hakları Komisyonu’nun 2010 tarihli İnceleme Raporundan anlaşılmaktadır. Raporda İçişleri Bakanlığı ve BMMYK görevlilerinden sığınma prosedürü hakkında bilgi alınmasına yönelik mülakatlar yer almaktadır. İlgili mülakatlarda, idari görevlilerin mültecilere sağlanan muameleyi nitelemek için sık sık “misafirperverlik” ve sığınanları nitelemek için “misafir” ifâdelerini kullandıkları görülmektedir: T.B.M.M. İNSAN HAKLARI İNCELEME KOMİSYONU, T.B.M.M. Raporu, 35, 62, 90, 107, 125, 161, 166, 167, 170, 171, 179, 180, 185, 288.

B. Ulusal Şartlar Çerçevesinde Şekillenen Mülteci Algısının Türk Hukukunun Mülteci Korumasına Bakışı Üzerindeki Yansımaları

Yapılan açıklamalardan görülebileceği gibi, tarihî şartlar ile deneyimin, coğrafi konumun ve sığınma konusunda belirlenen stratejinin, mültecilik hâlinin “geçicilik” özelliğine vurgu yapması sonucunda, mültecilerin göç eden diğer bireylerden ayrılması noktasında yerleşme niyetine odaklanıldığı ve mümkün olduğunca az sayıda mültecinin korunmasının amaçlandığı, dolayısıyla “yükten kaçınma” hedefi doğrultusunda, hâlihazırda ülke topraklarında bulunan sığınmacı/mültecilere ise “katlanıldığı” sonucuna varılmaktadır. İşte bu noktada, ulusal şartlar çerçevesinde mültecilere yönelik algının “yerleşme niyeti olmayan ve geçici süre katlanması gereken yabancı misafirler” olarak şekillendiğini belirtmek yerinde olacaktır. Belirtilen algının, mültecinin kavramsal çerçevesi ve mülteci statüsünün uluslararası hukuk ekseninde biçimlenmiş olan tanımı ile örtüşüğünü belirtmek mümkün görünmemektedir.

1. Mülteciliğin Belirleyici Faktörü Olarak Yerleşme Niyetine Odaklanması Açısından

Mülteciliğin belirleyici faktörü olarak yerleşme niyetine odaklanması ve mültecinin yerleşme niyeti olmayan bir birey olarak algılanması, mültecilik hâlinin kendine has ve ayırt edici özelliklerinin göz ardı edilmesine sebep olmuştur. Şöyle ki; mültecinin zorunluluk sebebiyle göç eylemini gerçekleştirmiş olması, yerleşme niyetinin bulunmadığı kanısını doğurabilir. Bu kanı ise ilk bakışta yerinde bir tespit olarak değerlendirilebilir. Ancak mültecilik hâlinin kendine has özelliği, bireyin yerleşme niyetinin bulunup bulunmadığından ziyâde zorunluluk sebebiyle ve menşe devleti tarafından korunamadığı için sığınma eylemini gerçekleştirmiş olmasına dayanır. Nitekim mülteciler dışında, menşe ülkesinden çıkıp, yabancı bir ülkeye ulaşan ancak yerleşme niyeti bulunmayan başka yabancılar da söz konusu olabilir. Örneğin, turistik amaçlarla veya kısa süreli eğitim/öğretim yahut tedavi amacıyla yabancı bir ülkeye gelen bireyler bu şekilde değerlendirilebilir. Dolayısıyla, “yerleşme niyetinin olmaması” unsurunu ön

plana çıkarmak, mülteci ile yerleşme niyeti olmayan diğer bireyler arasındaki farkların gün yüzüne çıkarılmaması anlamına gelebilecektir.

Oysa mülteci kavramını irdelerken de gösterdiğimiz gibi, uluslararası literatürde göçmen ile mülteci arasındaki kavramsal fark net bir şekilde ortaya koyulamamaktadır¹³⁶⁰. Ancak bu fark, genellikle göç eyleminin “zorunlu veya gönüllü olup olmamasına ve bireyin korunma ihtiyacı içerisinde bulunup bulunmamasına” dayandırılmaktadır. Hiç kuşkusuz bu ayrım, mültecilik hâlinin kendine has özelliklerini daha belirgin bir şekilde yansıtmaktadır. Böylece, göçmen ve mülteci arasındaki ayrım, daha çok mültecinin sahip olduğu özel bir takım niteliklere dayanılarak yapılmaktadır. Nitekim bir hukukî statü olarak mültecilik bu niteliklerin göz önünde bulundurulması ile tanımlanmıştır. Oysa Türk hukukuna yansımış olan mülteci algısı aktardığımız bakış açısının tam tersi bir nitelik göstermektedir. Türk hukukunda, göçmenin uluslararası literatürden daha farklı bir şekilde değerlendirilmekte olması ile Türk soylu ve Türk kültürüne bağlı olmakla birlikte yerleşme niyetinin varlığına dayanan net bir tanıma sahip bulunması, göçmen kavramı ile mülteci kavramının karşılaştırılması noktasında, mültecinin kendine has özelliklerine değil, göçmen tanımının unsurlarına dayanılmasına sebep olmuştur. Bu durum ise mülteciyi göçmen de dâhil olmak üzere diğer tüm yabancılardan ayıran zorunlu göç etme ve korunma ihtiyacı içerisinde olma özelliklerinin göz ardı edilmesine yol açmaktadır. Bu bakış açısının bir diğer sonucu da, mülteci algısının yerleşme niyetine odaklı olması sebebiyle, mültecilerin yerleşme niyeti olmayan diğer yabancılar içerisinde silik bir görünüme bürünmesidir. Bu görünümün hukuka yansması ise, mültecilerin uluslararası hukuktan kaynaklanan bir takım hak ve özgürlüklerinin iç hukukta kapsamlı bir şekilde düzenlenmemesi ve dolayısıyla uygulamada sıkıntılar yaşanmasıdır.

1951 Sözleşmesi ve Sözleşme’nin tamamlayıcısı olarak kabul edilen diğer düzenlemelerde, “yerleşme niyetinin” korumanın sağlanması ve korumaya bağlanan hakların bireye tanınması noktasında bir belirleyici olarak ele alındığını görebilmek

¹³⁶⁰ Bkz. yuk.ş1.I.B.1.

mümkün değildir. 1951 Sözleşmesi, mültecilere sağlanan bazı haklar ve özgürlükler bakımından, mülteciler ile diğer yabancılar arasındaki dengeyi, mülteci lehine bozan bir yapıya sahiptir¹³⁶¹. Buradan hareketle mülteciler ile “yerleşme niyetine” sahip olduğu var sayılan diğer yabancılar arasında, hak ve özgürlükler açısından ciddi farkların oluşması beklenmemelidir. Öte yandan, “yerleşme niyetinin” mültecilik hâlinin belirlenmesinde esaslı bir ölçüt olamayacağı mülteci statüsünün belirlenmesine dair çağdaş yaklaşımlar ve yorumlar çerçevesinde de savunulabilir. Mültecilerin yerleşme niyetinin yokluğuna odaklanılarak algılanılması, yerinde (*sur place*) mülteci kavramının¹³⁶² tamamen reddedilmesi anlamına gelecektir. Zira yerinde mülteciler, ülkeye önce yerleşme niyetiyle gelip daha sonra mülteci durumuna düşmüş olabileceklerinden, artık bu noktada, yerleşme niyeti belirleyici bir unsur olarak kabul edilemeyecektir. Buna ek olarak, uluslararası mülteci hukukunda mülteci sorununa yönelik geliştirilen kalıcı çözümler ele alındığında, yerleşme niyetinin mülteciyi diğer yabancılardan ayıran (temel) bir ölçüt olarak algılanmadığı bir kez daha ortaya çıkacaktır. Mülteci sorununa çözüm bulmayı amaçlayan çağdaş eğilimler incelendiğinde, üç yaklaşımın öne çıktığı görülecektir. Bunlar, gönüllü geri dönüş, yerel entegrasyon ve yeniden yerleştirmedir¹³⁶³. Yerel entegrasyonun temelinde, mültecilerin sığınma ülkesinde “daimi” olarak kalacakları ve durumlarına bu ülkede çözüm bulacakları varsayımı yatmaktadır¹³⁶⁴. Buradan hareketle, çağdaş bakış açısı doğrultusunda da yerleşme niyetinin mülteciliğin belirlenmesinde öne çıkan bir unsur olmadığı anlaşılmaktadır.

2. Mültecinin Geçici Bir Süre Katlanılması Gereken Birey Olarak Kabul

Edilmesi Açısından

Mültecilerin geçici bir süre katlanılması gereken bireyler olarak algılanması, Türkiye’nin başta 1951 Sözleşmesi olmak üzere insan hakları sözleşmelerine taraf olmuş

¹³⁶¹ Bkz. yuk. §1.III. C ve D.

¹³⁶² Bkz. yuk. §4.II.B.

¹³⁶³ Bkz. CORE GROUP ON DURABLE SOLUTIONS, “Framework For Durable Solutions For Refugees and Persons of Concern” (UNHCR, 2003), <<http://www.unhcr.org/3f1408764.html>> (E.T.: 12.12.2012).

¹³⁶⁴ Ibid, 5 vd.; ayrıca bkz. BÜLENT ÇİÇEKLİ, *Mülteciler*, 168.

bulunmasının bu bireylere yönelik hukukî muamelenin çerçevesi açısından yeterli görülmesine neden olmuştur. Bu bağlamda, özellikle doğrudan doğruya mültecilerin hukukî statüsüne ilişkin hükümler ihtivâ eden 1951 Sözleşmesi'nin yorumları iç hukuka yansıtılmamıştır. Böylece, statü belirlemeyi de içine alacak şekilde, mülteci ve sığınmacıların tâbî olduğu hukukî rejimin sınırları uluslararası hukuk ile belirlenmiş ancak sınırların içerisinde kalan alan geçici ve yüzeysel bir yaklaşımla şekillendirilmiştir¹³⁶⁵.

Türk hukukundaki mülteci algısında geçicilik ve katlanılma unsurlarının yer almasının bir diğer sonucu da, mülteciler ve sığınmacılara yönelik muamele açısından mülteci hukukunun dinamiklerine paralel bir deneyimin oluşmamasıdır. Türkiye'nin 1951 Sözleşmesinin kişi yönünden kapsamına ilişkin olarak coğrafi bir kısıtlama uygulaması, sayıca Avrupa'dan gelenlerden daha fazla olan Avrupa dışından gelen sığınmacılara¹³⁶⁶ yönelik bir takım işlemlerin BMMYK tarafından yürütülmesi sonucunu doğurmuştur¹³⁶⁷. Ancak sığınma prosedürünün başlangıcından itibaren BMMYK'nın katılımını sağlamak amacıyla standart bir mekanizma henüz geliştirilmemiştir¹³⁶⁸. Gerek söz konusu mekanizmanın geliştirilmemiş olması, gerek mülteci/sığınmacıların tâbî olduğu hukukî rejimin kapsamlı bir içeriğe sahip olmaması, uygulamacıların da sığınma konusunda yeterli deneyime ve bilgiye sahip bulunmaması ile sonuçlanmıştır¹³⁶⁹.

¹³⁶⁵ Bu durumun mülteci statüsünün belirlenmesine yönelik ölçütlerin değerlendirmesi bakımından görünümü için bkz. aşa. §8. IV.

¹³⁶⁶ BMMYK'nın 2012 yılı itibarıyla bu husustaki istatistikleri için bkz. <http://popstats.unhcr.org/PSQ_RSD.aspx> (E.T.: 12.12.2013).

¹³⁶⁷ Bkz. aşa. §8.III.A.5.c.

¹³⁶⁸ UNHCR (Koordinatör: Selen Koçak), *Türkiye'de UNHCR [BM Mülteci Örgütü] Gerçekler & Rakamlar* (Ankara: The UN Refugee Agency (Birleşmiş Milletler Mülteci Örgütü), Ocak 2011), 18.

¹³⁶⁹ Mülkiye müfettişleri ile yapılan bir anket sonucuna göre, mülkiye müfettişlerinin düzensiz (yasa dışı) göçmenler, mülteciler ve sığınmacıların hakları konusunda ilgili ve duyarlı oldukları anlaşılmakla birlikte özellikle mülteci ve sığınmacıların hakları konusunda yeterli bilgiye sahip olmadıkları aktarılmaktadır. Aynı durumun, müfettişlerin denetledikleri uygulamacılar açısından da söz konusu olduğu tespit edilmektedir. Ankette, “müfettişlere, insan hakları eğitimi görüp görmedikleri, eğer gördülerse yasa dışı göçmenler, mülteciler ve sığınmacıların hakları konusunun bu eğitimin içinde yer alıp almadığı sorulmuştur. Müfettişlerin değişik zamanlarda insan hakları eğitimi aldıkları ancak yasa dışı göçmenler, mülteciler ve sığınmacıların hakları konusunda daha fazla bilgilendirilmeleri sonucuna varılmıştır”. Buna ek olarak mülkiye müfettişleri, emniyet yetkililerinin iltica/sığınmaya ilişkin güncel mevzuatın uygulanması konusundaki duyarlılığının artırılması ve il valilerinin konuya yeterince duyarlı olmalarının

Türkiye’de sığınma talep edenlerin büyük çoğunluğunun Avrupa ülkeleri dışından gelmiş olması ise Türkiye’yi uzunca bir süre hedef ülke olmaktan ziyâde, geçici bir süre konaklanan “transit ülke” konumuna sokmuştur¹³⁷⁰. Böylece geçicilik algısı ve transit ülke olma hâli birbirini beslemiş ve etkin bir sığınma sisteminin gerekliliğinin göz ardı edilmesine sebep teşkil etmiştir.

Bu durumun bir diğer sonucu olarak, Türkiye’nin statü belirleme ve koruma sorumluluğunun aktarılması açısından uluslararası mülteci hukukundaki görünümünden daha farklı bir anlayışı benimsemesi de gösterilebilir. Statü belirlemeyi de içerisine alacak şekilde mülteci koruması sorumluluğunun paylaşılması açısından uluslararası hukukta etkin bir sistemin oluşmadığı bu sebeple, devletlerin söz konusu sorumluluğu birbirlerine aktarma yoluna gittiği belirtilmiştir¹³⁷¹. Sorumluluk aktarma hususundaki en etkin aracın ise güvenli üçüncü ülke uygulamaları olduğu gösterilmiştir¹³⁷². Oysa Türkiye, 1951 Sözleşmesi ve 1967 Protokolü açısından coğrafi bir kısıtlama uyguladığı için genel eğilimden farklı olarak, sorumluluğu güvenli üçüncü ülke uygulamaları ile değil, coğrafi kısıtlamanın uygulanması ile aktarma yönünde hareket etmiştir. Yürürlükte bulunan mevzuat içerisinde güvenli üçüncü ülke uygulamalarına ilişkin herhangi bir düzenlemenin bulunmaması da bu eğilime dayandırılabilir. Bu noktada belirtilmesi gereken bir diğer önemli çıkarım da, aslında statü belirleme sorumluluğunun coğrafi kısıtlamanın uygulanması ile aktarılamamakta olduğu gerçeğidir. Tam tersine koruma sorumluluğunun aktarıldığı üçüncü ülkenin statü belirleme sorumluluğu, coğrafi kısıtlama sebebiyle yüklenilmiş olmaktadır. Ancak bu sorumluluğun fiilen ve ağırlıklı olarak BMMYK’nın üzerine kaydırılmış olduğu da anlaşılmaktadır.

sağlanması gerektiğini ifade etmişlerdir. Ayrıca, aynı ankette, “*mali kaynakların ve personel sayısının yetersizliği ve mevzuattan kaynaklanan eksiklikler gibi problemler nedeniyle etkin bir denetimin gerçekleştirilmesinin güçlüğüne de dikkat çekilmiştir*”: alıntılanan bilgiler için bkz. CENGİZ BAŞAK, *Mülteciler*, 69.

¹³⁷⁰ Ibid., 6; ayrıca bkz. SEÇİL PAÇACI ELİTOK ve THOMAS STRAUBHAAR, *Turkey: Change from an Emigration to an Immigration and Now to a Transit Migration Country* (Washington DC: Hamburg Institute of International Economics (HWI) and Transatlantic Academy, 2010).

¹³⁷¹ Bkz. yuk. §2.III.A.2.a.

¹³⁷² Bkz. Ibid.

3. Mültecinin Yabancı Misafir Olarak Algılanması Açısından

Mültecinin yabancı misafir olarak algılanmasının hem göstergesi hem en belirgin sonucu, mültecilerin entegrasyonuna ilişkin hukukî bir çerçevenin oluşturulmamış bulunmasıdır. Buradan hareketle, mültecilerin entegrasyonunun sağlanamaması ise bu bireylerin sadece birer “yük” olarak değerlendirilmesine ve ekonomik ve sosyal hayata karışamamalarına neden olmuştur.

Genel olarak, entegrasyon, uyum sağlama anlamına geldiğinden, bir gelişme süreci öngörür; dolayısıyla hatırı sayılır bir zamana yayılması beklendiğinden ani sıçramalarla ulaşılabilecek bir hedef olarak değerlendirilmemelidir¹³⁷³. Mültecinin/sığınmacının entegrasyonu ise herhangi bir diğer yabancınkinden çok daha çetin bir süreç gerektirir. Zira belirli bir süre ülkede kalacak olan yabancılar için entegrasyon bir gereklilik arz etmez. Ülkeye yerleşme amacıyla belirsiz bir süre için gelen yabancılar ise isteyerek buraya gelmişlerdir. Bu sebeple, ya geldikleri ülkeye uyum sağlamak adına gerekli hazırlıkları önceden yapmışlardır¹³⁷⁴ ya bu ülkeyi daha önceden ziyaret etmiş oldukları için karşılaşılabilecekleri sorunların bilincindedirler ya da herhangi bir hazırlık yapmamış olsalar dahi uyum sağlamaya açık hâldedirler. Oysa mülteci/sığınmacılar, zorunluluk sebebiyle ve ani bir şekilde göç kararı almış olan bireylerdir. Göç onlar için yeni ve daha iyi bir hayata başlama şevkini temsil etmez; onlar için göç en yalın ifâdeyle, ölümden yaşama doğru bir kaçış, bir zorunlu terk ediştir. Bu sebeple, entegrasyona hazırlıklı ve istekli olmayabilirler.

İşte tüm bu sebeplerden dolayıdır ki, mültecilerin entegrasyonunun sağlanabilmesi için mutlak surette bir hukukî alt yapının oluşturulması; entegrasyona yönelik politikaların hukukî bir çerçeveye kavuşturulması gerekir. Zira ancak bu sayede,

¹³⁷³ T. CNOSSEN, «Integration of Refugees», *International Migration* 2, sayı 2 (1964): 135.

¹³⁷⁴ Örneğin, dili öğrenilmesi, din veya kültüre ilişkin bilgi sahibi olunması, iş imkânlarının önceden araştırılmış olması gibi.

mülteci/sığınmacıların entegrasyonu, bulundukları toplumun veya bu bireylerin inisiyatifine değil¹³⁷⁵, hukukî bir zemine oturtulmuş olabilir.

Bu gereklilik, Türkiye'deki mülteciler/sığınmacılar açısından da kendisini net bir şekilde göstermektedir. Acer, Kaya ve Gümüş'ün anket verilerine dayanarak aktardığına göre, Türkiye'de sığınmacıların yaşadığı uyum sorunları, gelinen ülkelerdeki dini ya da kültürel yakınlıklar nedeni ile ciddi boyutlarda hissedilmemekle birlikte, sığınmacıların yaklaşık % 17'si Türk toplumuna uyum sorunu yaşadığını belirtmiş; Afganistan menşeli sığınmacıların %5,9'u, Irak menşeli sığınmacıların %8,6'sı ve Asya menşeli sığınmacıların %5,6'sı, İran menşeli sığınmacıların %25,3'ü ve Afrika menşeli sığınmacıların %13,5'i Türk toplumuna uyum sorunu yaşadığını ifade etmiştir¹³⁷⁶. Ayrıca, sığınmacıların %50,9'u iş arama ve çalışma esnasında ayrımcılıkla karşılaştığını belirtirken, iş arayıp bulamayanların %77,3'ü ise yine ayrımcılıkla karşılaştığını ifade etmiştir¹³⁷⁷. Buna ek olarak, yerel halkın genel olarak sığınmacılara bakışının da bu insanların topluma yük teşkil ettiği yönünde geliştiği aktarılmaktadır¹³⁷⁸.

Mültecilerin yabancı birer misafir olarak algılanması ve dolayısıyla entegrasyonlarına ilişkin hukukî bir çerçevenin oluşturulmamış bulunmasının bir diğer sonucu da bu bireylerin sosyal ve ekonomik anlamda ülkeye sağlayabilecekleri katkıya da ket vurulmuş olmasıdır. Mültecilerin arasında belirli konularda kapsamlı bir donanım ya da beceriye sahip olanlar da bulunmaktadır¹³⁷⁹. İşte etkin bir entegrasyon sistemini

¹³⁷⁵ “Türkiye’de sığınmacıların durumu, sığınmacıların yerleştirildikleri illerin kendi çabalarına bırakılmıştır”: YÜCEL ACER, İBRAHİM KAYA, ve MAHİR GÜMÜŞ, «Yeni Bir İltica Stratejisi», 54.

¹³⁷⁶ YÜCEL ACER, İBRAHİM KAYA, ve MAHİR GÜMÜŞ, *İltica Stratejisi*, 161.

¹³⁷⁷ Ibid, 163.

¹³⁷⁸ Komşu anketleri uygulaması verileri; TEGEV Van Şubesi Yetkilileri ile Mülakat, Van. 19.09.2007 naklen YÜCEL ACER, İBRAHİM KAYA, ve MAHİR GÜMÜŞ, *İltica Stratejisi*, 162.

¹³⁷⁹ Bu noktada Güney Afrika Mülteci ve Göçmen Konsorsiyumu Direktörü *Sicel’mino Shange-Buhane*’nin şu çarpıcı ifâdelerine yer vermek gerekir: “mültecinin kendisini kabul eden ülkeye getirdiği tek şey bir çıkına doldurduğu eşyaları değildir. Albert Einstein, Miriam Makeba, Martina Navratilova da birer mülteciydi. Tüm bu bireyler, kendilerini kabul eden ülkelere belirgin katkılarda bulundular ve mülteci iken potansiyellerini geliştirmeye devam ettiler”: <<http://www.cormsa.org.za/2011/06/23/press-release-%E2%80%9Ca-bundle-of-belongings-isn%E2%80%99t-the-only-thing-that-a-refugee-brings-to-our-country%E2%80%9D-20th-june-%E2%80%93-world-refugee-day>> (E.T.: 12.12.2012).

oluşturacak hukukî bir yapının bulunmaması, sosyal ve ekonomik alanda katkı sağlama potansiyeline sahip olan bazı mülteci/sığınmacıların bu potansiyellerinin açığa çıkamamasında ve sadece birer yük olarak değerlendirilmelerinde hiç kuşkusuz etkili olmuştur.

C. YUKK’un Yürürlüğe Girmesinin Algı Üzerindeki Olası Etkileri

Yakın bir gelecekte yürürlüğe girmesi beklenen YUKK’un yürürlükteki düzenlemelere göre daha kapsamlı bir şekilde, mülteci statüsünün belirlenme usulüne ve statüye bağlanan haklara yer verdiği; buna ek olarak koruma statüsü sahiplerinin entegrasyonuna ilişkin hükümler ihtiva ettiği ve uluslararası korumaya yönelik işlemleri yürütmek üzere özel bir idari yapının oluşmasına zemin hazırladığı göz önünde bulundurulduğunda, ulusal çerçevede şekillenen mülteci algısını değiştirebileceği düşünülebilir. Ancak YUKK’un uluslararası korumaya ilişkin hükümlerinin büyük ölçüde AOSS’nin hukukî düzenlemelerine dayandığı hatta bu düzenlemelerin iktibası yoluyla şekillendirildiği görülmektedir. AOSS’nin kendine has olan yapısını yansıtan bu düzenlemelerin henüz Birliğe üye olmayan; coğrafi kısıtlamayı koruma kaygısı güden; Birlik üyeliğine aday konumunda olan bir ülkenin hukukuna aktarılması ise uygulama açısından bir takım endişelerin oluşmasına sebebiyet vermektedir. Zira Türkiye’nin ulusal şartları çerçevesinde oluşan mülteci algısından daha farklı bir algı üzerine inşa edilmiş bulunan bu sistemin, Türk hukukuna yansımış olan “mülteci algısı” henüz değişmeden ve bu hususta bir hukukî alt yapı oluşturulmadan, iç hukuka aktarılması, sığınmaya yönelik stratejinin korunmasına; dolayısıyla mülteci yükü almama kaygısının daha katı bir şekilde varlığını sürdürmesine sebep olabilecektir. Hiç kuşkusuz yürürlükteki düzenlemelere oranla AB’nin de etkisiyle sığınma konusunda daha liberal bir yaklaşım getiren YUKK’un “yük almama” stratejisi doğrultusunda uygulanması, Kanun’un hükümlerinin oldukça katı bir şekilde yorumlanmasıyla sonuçlanabilecektir. Esasen burada sorun Türk sığınma hukukundaki gelişmelerin ulusal şartlar göz önünde bulundurularak şekillendirilmiş olan ulusal politikalar çerçevesinde oluşturulması yerine AB’ye uyum

kaygısının ön plana çıkarılmış olmasıdır¹³⁸⁰. Bir başka ifade ile öncelikle Türk hukukuna yansımış olan ve mülteciliğin öz dinamikleriyle uyumsuzluk arz eden algının değiştirilmesi yönünde ulusal bir politika geliştirilmesi yerine doğrudan doğruya AB'nin kendine has politikaları üzerinde şekillenen mevzuatın iç hukuka aktarılması uygulamada sorun teşkil edebilecektir. Kanımızca, YUKK'un uygulanması noktasında benimsenecek strateji, yük almama yerine zorunlu göçün yönetimine odaklanmalı bu sayede, uluslararası korumanın âdil ve etkin bir şekilde sağlanması için özellikle statü belirleme hususuna dikkatle ve titizlikle yaklaşılmalıdır. Bu noktada dikkat edilmesi gerektiğini düşündüğümüz bir husus da yük almama stratejisinin statü belirleme üzerine yansıtılmasının başta geri gönderme yasağı olmak üzere uluslararası insan hakları hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerin ihlâl edilmesi ile sonuçlanacak olmasıdır.

§8. TÜRK HUKUKUNDA MÜLTECİ STATÜSÜNÜN BELİRLENMESİ

Mülteciler, yukarıda değindiğimiz ulusal mülteci algısının da etkisiyle Türk hukuk doktrininde çoğunlukla genel bir nitelik taşıyan yabancı statüsü altında ele alınıp değerlendirilen bireylerdir. Bununla birlikte doktrinde mültecilerin özel statülü yabancılar kategorisinde ele alındıkları da görülmektedir¹³⁸¹. Mültecileri belirtilen sınıflandırmaya tâbi tutan yazarlardan olan Çiçekli, bu durumun gerekçesini, mültecilerin (ve sığınmacıların) tâbi oldukları yasal rejim itibarıyla diğer göçmen ve yabancı kategorilerinden farklı statüde bulunmaları ile açıklamaktadır¹³⁸². Gerçekten de mülteciler, özellikle ülkeye girişleri ve ülkeden uzaklaştırılmaları hususunda uluslararası

¹³⁸⁰ Düzensiz göç konusuyla ilgili olarak benzer çıkarımları için bkz. AHMET İÇDUYGU ve DAMLA B. AKSEL, *Türkiye'de Düzensiz Göç*, 36; SAİME ÖZÇÜRÜMEZ ve NAZLI ŞENSES, «Europeanization and Turkey: Studying Irregular Migration Policy», *Journal of Balkan and Near Eastern Studies* 13, sayı 2 (2011): 246. İltica konusundaki stratejin sadece uyum eksenli değil, ulusal olması gerektiği yönünde ayrıca bkz. YÜCEL ACER, İBRAHİM KAYA, ve MAHİR GÜMÜŞ, *İltica Stratejisi*, 88.

¹³⁸¹ BÜLENT ÇİÇEKLİ, *Yabancılar Hukuku*, 233; GÜLÖREN TEKİNALP, *Türk Yabancılar Hukuku* (İstanbul, 2003), 31. Aybay ise, mültecileri (ve sığınmacıları) “uyrukluk durumuna göre yabancı türleri” açısından yaptığı sınıflandırma da ayrı bir kategori içerisinde incelemektedir. Ancak Yazar, günümüzde, mülteciler ve sığınmacıların sorunlarıyla ilgili hukuk kuralları ve uygulamanın başlı başına bir hukuk dalı oluşturacak kapsam ulaştığı kanısında olduğunu da aktarmaktadır: RONA AYBAY, *Yabancılar Hukuku*, 24.

¹³⁸² BÜLENT ÇİÇEKLİ, *Yabancılar Hukuku*, 233.

koruma kapsamında olmalarından dolayı, devletin uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülükleri sebebiyle bir takım ayrıcalıklara sahiptirler. Buna ek olarak, 1951 Sözleşmesi'nin mültecilere yapılacak muamelenin “asgari” sınırını “yabancılar uygulanan genel muamele” şeklinde belirlemiş olması, mültecilerin karşılıklıktan ve karşı işlemde muaf kılınmış bulunması, bu bireylerin özel bir kategori altında değerlendirilmesini haklı kılmaktadır.

Genel olarak yabancı statüsü ile karşılaştırıldığında, uluslararası hukuktan kaynak alan bir takım ayrıcalıklara sahip olan mülteci statüsünün belirlenmesinin Türk hukukundaki görünümü incelenirken öncelikle statünün tanımına ve diğer uluslararası koruma statüleri ile farkına yer vermek gerekmektedir. Bu sayede mülteci statüsünün yeri daha belirgin bir hal alabilecektir. Statünün Türk hukukundaki yeri belirginleştirildikten sonra, mülteci statüsünün somut başvurular bakımından belirlenmesinde etkili olan unsurlar çerçevesinde bir inceleme yapılması gerekmektedir. Bu bağlamda, ilk olarak geri gönderme yasağının Türk hukukunda nasıl uygulandığının gösterilmesi yerinde olacaktır. Bu sayede statü belirleme bakımından oldukça büyük bir önemi haiz olan bu ilkenin fiilî mültecinin ülkeye girişinin ve ülkeden uzaklaştırılmamasının sağlanması bakımından Türk hukukunda nasıl bir güvence oluşturduğu ortaya konulabilecektir. Bu güvencenin tesis edilmesi statü belirleme usulünün işletilebilmesi açısından büyük bir önem arz etmektedir. Üçüncü olarak ele almamız gereken hususu ise statü belirlemeye yönelik olan usulün değerlendirilmesi oluşturmaktadır. Böylelikle geri gönderme yasağı çerçevesinde sığınmaya erişimi güvence altına alınan bireyin statüsünün belirlenmesi için izlenen usul ortaya konulacaktır. Son olarak ise statü belirleme ölçütlerinin Türk hukukunda nasıl değerlendirildiği konusuna değinilecektir. Böylece statü belirlemenin esasına yönelik olan hususlar incelenecektir.

I. TÜRK HUKUKUNDA MÜLTECİ STATÜSÜNÜN TANIMLANMASI VE DİĞER KORUMA STATÜLERİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI

A. Türk Hukukunda Mülteci Statüsünün Tanımlanması

1994 Yönetmeliği'nde ve YUKK'da yapılan mülteci statüsü tanımları 1951 Sözleşmesi ve 1967 Protokolü'ne uygun bir biçimde şekillendirilmeye çalışılmıştır. Bununla birlikte, her iki düzenlemede de mülteci statüsü, Türkiye'nin 1951 Sözleşmesine koyduğu coğrafi kısıtlamanın etkisiyle tanımlanmıştır. Bu sebeple coğrafi kısıtlamanın Türk hukukundaki mülteci statüsü tanımına kendine has bir özellik verdiği belirtilmelidir.

1994 Yönetmeliği mülteciyi, “1951 tarihli Mültecilerin Hukukî Durumuna Dair Cenevre Sözleşmesi ve Mültecilerin Hukukî Statüsüne ilişkin 31 Ocak 1967 tarihli Protokol ile diğer kanun, tüzük ve yönetmeliklerdeki tanımlar saklı kalmak üzere; Avrupa'da meydana gelen olaylar sebebiyle ırkı, dini, milliyeti, belirli bir sosyal gruba üyeliği veya siyasî düşünceleri nedeniyle takibata uğrayacağından haklı olarak korktuğu için vatandaşı olduğu ülke dışında bulunan ve vatandaşı olduğu ülkenin himayesinden istifade edemeyen veya korkudan dolayı istifade etmek istemeyen ya da uyruğu yoksa ve önceden ikamet ettiği ülke dışında bulunuyorsa oraya dönmeyen veya korkusundan dolayı dönmek istemeyen yabancı” olarak tanımlamıştır (Yönetmelik md.3).

Yönetmelikte yer alan tanım dikkatle incelendiğinde, coğrafi kısıtlamanın etkisi dışında 1951 Sözleşmesi'nde yer alan tanım ile aynı ifâdeleri içermekle birlikte haklı nedenlere dayanan korkunun “zulme uğramaya” değil de “takibata uğramaya” dayandırıldığı görülecektir. Bu noktada belirtmek gerekir ki, Sözleşmede zulüm (*persecution*) olarak geçen ifâde muhtemel bir çeviri hatası sonucu takibat (*prosecution*) olarak kaleme alınmıştır¹³⁸³. Ancak, uygulamada, Sözleşme'ye sadık kalınarak, takibat yerine zulüm ifâdesi kaynak alınmaktadır. Herhangi bir değişikliğe gerek olmadan zulüm ifâdesinin geçerli kabul edilmesinin iki sebebi bulunmaktadır. İlk olarak, Anayasa'nın 90. maddesine göre usulüne uygun olarak yürürlüğe girmiş olan 1951 Sözleşmesi,

¹³⁸³ BÜLENT ÇİÇEKLİ, *Mülteciler*, 48, dn. 42.

Yönetmeliğe göre öncelikli olarak uygulanmalıdır. İkinci olarak da, Yönetmeliğin “Tanımlar” başlıklı 3. maddesinin ilk paragrafında, Sözleşme ve Protokoldeki tanımların saklı kaldığı belirtilmiştir. Takibata uğrama ifâdesi, zulüm kavramından açıkça daha dar bir anlamı hâiz olacağından, Yönetmeliğin, Sözleşme’nin yorumuna hizmet etmek amacıyla “takibat” terimini kullanarak zulüm ifâdesini anlamlandırmaya çalıştığından da söz edilemeyecektir.

YUKK’da ise “takibata uğrama” ifâdesinin kaldırıldığı, ve mülteci tanımının coğrafi kısıtlama korunmak suretiyle, 1951 Sözleşmesi ve 1967 Protokolüne sadık kalınarak oluşturulmaya çalışıldığı görülmektedir. YUKK’un 61. maddesinde mülteci statüsünün tanımlanmasına ilişkin şu hükme yer verilmiştir: *“Avrupa ülkelerinde meydana gelen olaylar nedeniyle; ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasî düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan ya da söz konusu korku nedeniyle 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”*.

B. Mülteci Statüsünün Diğer Uluslararası Koruma Statüleri İle Karşılaştırılması

1. 1994 Yönetmeliği Çerçevesinde Mülteci-Sığınmacı Ayrımı

Türkiye’nin 1951 Sözleşmesini coğrafi kısıtlama ile uygulamayı kabul etmiş olması, Avrupa dışında meydana gelen olaylardan ötürü mültecilik hâline girmiş olan bireylerin mülteci statülerinin tanınmaması sonucunu doğurmuştur. Bahsedilen durumda olan kişiler Türk hukukunda “sığınmacı” statüsü altında değerlendirilmektedir.

1994 Yönetmeliğindeki tanıma göre sığınmacı; *“İrki, dini, milliyeti, belirli bir sosyal gruba üyeliği veya siyasî düşünceleri nedeniyle takibata uğrayacağından haklı olarak korktuğu için vatandaşı olduğu ülke dışında bulunan ve vatandaşı olduğu ülkenin*

himayesinden istifâde edemeyen veya korkudan dolayı istifâde etmek istemeyen ya da uyruğu yoksa ve önceden ikamet ettiği ülke dışında bulunuyorsa oraya dönmeyen veya korkusundan dolayı dönmek istemeyen yabancı”dır.

Böylece, Sözleşme tanımına getirilen coğrafi kısıtlamanın yansmasıyla, 1994 Yönetmeliğinde, sadece Türk sığınma hukukuna has bir durum oluşmuştur¹³⁸⁴. Uluslararası hukukta, sığınma talebinde bulunan ancak henüz mültecilik statüleri tanınmamış bireyler için kullanılan “sığınmacı” ifâdesi, Türk hukukunda, bir koruma statüsü hâline getirilmiştir¹³⁸⁵. Sığınmacılar, uygulamada mültecilerden farklı olarak, yalnızca üçüncü bir ülke tarafından mülteci olarak kabul edilinceye kadar ülkede ikamet edebilmektedir¹³⁸⁶. Türk hukukundaki sığınmacı-mülteci ayrımı akla bu uygulamanın ayrımcılıkla ilişkilendirilebileceği hususunu getirmektedir. Bu noktada belirtmek gerekir ki, sığınma hakkının herhangi bir insan hakları sözleşmesinde bireysel bir temel hak olarak düzenlenmemiş olması, Türkiye’nin söz konusu uygulamasının bu sözleşmelerin kapsamında bir ayrımcılık olarak nitelendirilemeyeceği anlamına gelmektedir. Ayrıca coğrafi kısıtlama yapabilme hakkının Sözleşme’nin tanıdığı bir imkân olması, 1951 Sözleşmesi’nin 3. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağının da bu hususta etki doğurmayacağı sonucuna varılmasına sebep olmaktadır. Nitekim Türkiye’nin coğrafi kısıtlamaya dayanan mülteci-sığınmacı ayrımı, AİHM önüne gelen *A.G. and Others v. Turkey* davasında ayrımcılık iddiasına konu olmuştur. Davada, başvuranlardan A.G., Türkiye’nin uyguladığı coğrafi kısıtlamanın AİHS’in 14. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağına aykırılık teşkil ettiğini iddia etmiştir. AİHM bu husustaki kararında, başvuranın şikâyetinin Türkiye’nin sığınma politikasına yönelik olduğunu; sığınma

¹³⁸⁴ Ibid., 48, 49; NURAY EKŞİ, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Abdolkhani ve Karimnia-Türkiye Davası Mülteci ve Sığınmacı Hukuku Açısından Değerlendirme* (İstanbul, 2010), 6.

¹³⁸⁵ Uluslararası hukukta yerleşen anlamı ile sığınmacılar da belirli korumalara tâbî kılınmaktadır. Mülteci statüsünün bildirici etkisi sebebiyle, henüz resmen statüsü tanınmamış olan bireyler “fiilî (*de facto*)” mülteciler olarak kabul edilmekte ve başta geri gönderme yasağı olmak üzere 1951 Sözleşmesinde yer alan bazı hak ve korumalardan faydalanabilmektedirler: bu hususta bkz. yuk. §1.III.B. Ancak, uluslararası hukuktaki anlamı ile sığınmacılık hali hukukî bir statü olarak nitelendirildiği için değil; fiilî bir durumu yansıttığı için söz konusu korumalar bu bireyler için de geçerli olabilmektedir.

¹³⁸⁶ Sığınmacıların kendilerini mülteci olarak kabul eden üçüncü ülkeye yerleştirilmeleri, BMMYK ile İçişleri Bakanlığı arasında yürütülen işbirliğine dayanmaktadır: Bkz. 1994 Yönetmeliği md. 7 ve 57 sayılı Genelge, 23.

hakkının AIHS’de kabul edilmiş bir hak olmadığını; ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddenin sadece AIHS’de yer alan haklar ve özgürlükler açısından güvence sağladığını; 14. maddenin AIHS’den bağımsız bir uygulama alanı olmadığını; bu sebeple, AIHS’de yer almayan bir hususta 14. maddenin uygulanamayacağını belirterek, başvurunun bu iddiaya dayanan kısmı hakkında kabul edilemezlik kararı vermiş ve esastan incelemeye geçmemiştir¹³⁸⁷.

Türk hukukunda, 1951 Sözleşmesi’ne konulan coğrafi kısıtlama sebebiyle mülteci-sığınmacı ayırımına gidilmiş olması, özellikle uygulamada bir takım karışıklıkların oluşmasına sebebiyet vermiştir. Bu bağlamda değinilmesi gereken ilk husus, sığınmacılara da mülteciler gibi 1951 Sözleşmesi hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağına ilişkindir. Bu hususta, İdare Mahkemeleri ve Danıştay’ın belirtilen bireylere de genellikle Sözleşme hükümlerinin uygulanmasından yana bir tavır sergilediği anlaşılmaktadır. Danıştay 10. Daire’nin bir kararında bu yaklaşım şu şekilde açıklanmıştır; “(...) Ancak, iç hukukumuz bakımından mülteci ve sığınmacıların tanımlarında ve sahip oldukları haklar ile yerine getirmek zorunda oldukları yükümlülüklerde farklılıklar bulunmamaktadır. Nitekim, 30.11.1994 tarih ve 22127 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Yönetmeliğin hukukî dayanağını Cenevre Sözleşmesi ve 31.1.1967 tarihli Protokol oluşturmaktadır. Davalı idare de işleminin hukuka uygunluğunu savunurken Cenevre Sözleşmesi hükümlerine de dayanmaktadır. Dolayısıyla, mültecilerin hukukî statüsüne ilişkin olan Sözleşme ve Protokol hükümlerinden sığınmacıların da yararlandırılması uluslararası anlaşmaların bir gereği olduğu gibi dünya milletleri ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi olduğu Anayasasının "Başlangıç" bölümünde belirtilen Türkiye Cumhuriyeti’nin hukuk devleti olmasının da zorunlu bir sonucudur”. Kanımızca Danıştay’ın bu yaklaşımı birçok açıdan eleştiriye açıktır. İlk olarak, sığınmacılara 1951 Sözleşmesi’nin uygulanmasının dayanağı olarak 1994 Yönetmeliği’nin gösterilmiş olması hukuken sağlam bir gerekçe olarak kabul edilmemelidir. Zira dayanağı coğrafi kısıtlama ile kabul edilmiş olan bir uluslararası sözleşme olan Yönetmeliğin, coğrafi kısıtlama kapsamında kalan bir hususu düzenlemiş

¹³⁸⁷ A.G. and Others v. Turkey, para. 5.

olması zaten bu düzenleyici işlemin hukukî geçerliliği hususunda soru işaretleri doğurmaktadır¹³⁸⁸. Yönetmeliğin coğrafi kısıtlama kapsamında kalan sığınmacıları bünyesine almasından dolayı bu bireylere 1951 Sözleşmesi'nin uygulanabileceği sonucuna varmak ise kanun hükmünde olan 1951 Sözleşmesi'nin kişi yönünden kapsamının Yönetmelikle genişletilebileceğinin kabul edilmesi anlamına gelecektir¹³⁸⁹. Oysa düzenleyici işlemlerdeki hükümlerin, daha üst hukuk kurallarının amacını, "kapsamını", konusunu ve sınırlarını aşmaması gerekir¹³⁹⁰. Bu sebeple böyle bir düzenlemenin Yönetmelikle değil ancak kanunla yapılabilmesi söz konusu olmalıdır. Kaldı ki, sığınmacılara 1951 Sözleşmesi'nin uygulanması, coğrafi kısıtlamanın kaldırılmış olduğu anlamına geleceğinden, bu bireylerin rızaları hilafına üçüncü ülkelere gönderilerek mültecilerden farklı bir muameleye tâbi kılınmaları Sözleşme'nin 3. maddesinde vücut bulan ayrımcılık yasağına aykırılık teşkil edebilecektir. Dolayısıyla hâlihazırda sığınmacılar açısından gerçekleştirilen uygulama hukuka aykırı bir hâl alacaktır. Kararda, sığınmacılara 1951 Sözleşmesi'nin uygulanmasının uluslararası anlaşmaların bir gereği olduğu ifâde edilmiş olmasına rağmen, sözü geçen "uluslararası anlaşmalardan" ne kast edildiği anlaşılmamaktadır. Zira (Türkiye'nin de taraf olduğu) özel olarak Avrupa dışındaki olaylar sebebiyle mültecilik hâline girmiş olan sığınmacılara yönelik bir uluslararası antlaşma bulunmadığı gibi, Türkiye'nin 1951 Sözleşmesine taraf olmakla üstlendiği uluslararası sorumluluklar coğrafi kısıtlama çerçevesinde etki doğurduğundan, sığınmacılar açısından Sözleşme'nin uygulanmaması uluslararası hukuka aykırılık teşkil etmemektedir. Belirtilen sebeplerle kanımızca, Türk

¹³⁸⁸ Bu hususta bkz. yuk. §8.II.C.1.a.aa.

¹³⁸⁹ Nitekim Ankara Bölge İdare Mahkemesi'nin bir kararında da bu husus isabetli bir şekilde belirtilmiş, "*Sözleşme'nin 1. maddesinde mülteci tabirinin 'sadece Avrupa'da' meydana gelen olaylar sonucunda veya 'Avrupa'da veya başka bir yerde' meydana gelen olaylar sonucunda vatandaşı olduğu veya mutaden ikamet ettiği memlekete dönemeyen veya dönmek istemeyen kişilerden hangilerini kapsadığını belirleme konusunda her Akid Devlete yetki verildiğine ve bu yetkinin kullanılmasına ilişkin olarak 356 sayılı kanun ekinde yer alan deklarasyonda Türkiye Cumhuriyeti'nin sadece Avrupa'da meydana gelen olaylardan etkilenenlerin mülteci sayılacağını kabul ettiği açıklandığına ve ayrıca aynı sınırlama Protokol'e katılmamıza ilişkin Bakanlar Kurulu Kararı'nda da tekrarlanmış bulunduğu göre, Avrupa dışında meydana gelen olaylardan etkilenenlerin hukukumuzla göre mülteci sayılmalarına ve dolayısıyla Sözleşme ve Protokol ile mültecilere tanınan haklardan yararlanmalarına olanak bulunmadığı*" vurgulanmıştır: Ankara Bölge İdare Mahkemesi, Y.D. İtiraz No: 2000-1190, 14.06.2000, BMMYK, *Sığınmacı, Mülteci ve Göç Konularına İlişkin Türkiye'deki Yargı Kararları* (İstanbul, 2000), 189-191.

¹³⁹⁰ METİN GÜNDAY, *İdare Hukuku*, 228.

hukukuna has olan sığınmacı statüsü 1951 Sözleşmesi'ne tâbi olmadığından¹³⁹¹; bu statüye sağlanan hakların çerçevesi de kaynağını iç hukuktan almalıdır¹³⁹². Bu bağlamda sığınmacıların, haklarında özel bir düzenleme bulunmadığı takdirde, genel olarak yabancılara uygulanacak muameleye tâbi kılınmaları söz konusu olabilecektir. Mülteci ve sığınmacıların Türk hukuku açısından 1951 Sözleşmesi bağlamında eşit bir düzlemde ele alınmasını gerektirecek tek husus ise bu statülerin coğrafi kısıtlama saklı kalmak kaydıyla aynı ölçütler çerçevesinde belirlenecek olması ile ilgilidir. Bu noktada, mülteci statüsünün belirlenmesi açısından geçerli olan ölçütlerin yorumları sığınmacılar bakımından da etkili olabilecektir.

Türk hukukunda yer alan mülteci-sığınmacı ayrımının yol açtığı ikinci karışıklık hâli ise uluslararası mülteci hukukuna âit terminolojinin Türk hukukuna aktarılması hususuyla ilgilidir¹³⁹³. Bu karışıklık iki ana sebebe dayanmaktadır. İlk neden, uluslararası terminolojide yer alan sığınmacı teriminin Türk hukukunda farklı bir anlam ifâde etmesidir. İkinci neden ise sığınmacı teriminin bir koruma statüsüne aktarılması sonucunda doğan boşluğu dolduracak, yani bu terimin uluslararası hukuktaki anlamını karşılayacak başka bir terimin Yönetmelikte yer almamasıdır. Her ne kadar, 57 sayılı Genelge ile bu boşluğun doldurulması amaçlanmış¹³⁹⁴ ve uluslararası hukuktaki sığınmacı teriminin karşılığı olarak “*başvuran/başvuru sahibi/iltica/sığınma*

¹³⁹¹ Çiçekli ise bu hususta, 1951 Sözleşmesi'nin 1994 Yönetmeliğine temel kaynak teşkil etmesinden hareketle, sığınmacı statüsünün verilmesinde de Sözleşme tanımının esas alındığını ve bu sebeple, sığınmacıları da Sözleşme mültecisi kapsamında konuşlandırmanın daha doğru gözükeceğini belirtmiştir. Ancak Yazar, sığınmacı ve mülteci statülerinin, bu statülere sağlanacak korumanın niteliği açısından yarattığı karmaşanın bir paradoks yarattığını da kabul etmekte; “*bir taraftan coğrafi kısıtlama çerçevesinde mülteci ve sığınmacı kavramları arasında fark olduğu vurgulanırken, diğer taraftan ise her iki kategoriye girebilecek kişilerin aynı tanım kriterlerine göre statü incelemesine tâbi tutulmalarının coğrafi kısıtlamanın Türkiye açısından artık “sanal” bir sınırlandırma mı olduğu sorusunun yöneltilmesine sebep olduğunu*” haklı olarak vurgulamaktadır. BÜLENT ÇİÇEKLİ, *Mülteciler*, 113, dn. 203.

¹³⁹² “*Sözleşme Dışı Mültecilere-Sığınmacılara, 1951 Sözleşmesi hükümleri dışında tamamen farklı hükümler uygulanmaktadır*”: TEVFİK ODMAN, *Mülteci Hukuku*, 198.

¹³⁹³ Bu hususta bkz. Ibid., 188–191.

¹³⁹⁴ BÜLENT ÇİÇEKLİ, *Mülteciler*, 49.

*başvurusunda bulunan” terimleri uygulamaya yerleştirilmeye çalışılmış olsa da*¹³⁹⁵, uluslararası hukuktaki terminolojiye uyumsuzluk konusunda bir değişiklik olmamıştır.

2. YUKK Çerçevesinde Mülteci-Şartlı Mülteci Statüsü Ayrımı

YUKK’daki mülteci tanımı da 1951 Sözleşmesi’ndeki mülteci tanımına uygun bir şekilde yapılmaya çalışılmıştır. AB mevzuatıyla da genel olarak uyumlu olan tanımın tek farklı noktası, 1994 Yönetmeliğinde de olduğu gibi coğrafi kısıtlamanın etkisinden ötürü, Avrupa dışında meydana gelen olaylardan dolayı sığınma talep edenlerin mülteci tanımı dışında bırakılmış olmasıdır. Kanunda 1994 Yönetmeliğinden farklı olarak, bu gruba giren mülteciler sığınmacı olarak değil, “şartlı mülteci” olarak kabul edilmiştir. Tanıma göre, *“Avrupa ülkeleri dışında meydana gelen olaylar sebebiyle; ırkı, dini, tabiiyeti belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasî düşünceleri nedeniyle zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan, ya da söz konusu korku nedeniyle, 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 şartlı mülteci statüsü verilir”* (YUKK md. 62) .

Kanunun madde gerekçelerinde, şartlı mülteci-mülteci ayrımının gerekçesi şu şekilde ifâde edilmiştir: *“Uluslararası koruma çeşitlerinden biri olan “şartlı mülteci” kavramı Türkiye’nin Mültecilerin Hukukî Durumuna Dair Sözleşme’yi coğrafi kısıtlamayla onaylamasının doğal bir sonucu olarak Kanunda yer almıştır. Türkiye, Sözleşmenin 42. maddesinin kendisine verdiği yetkiye istinaden mülteci statüsünü sadece Avrupa’da meydana gelen olaylar sonucunda vereceğini beyan etmiş ve 1967 Protokolünü onaylarken de bu beyanını muhafaza etmiştir. Bu nedenle; Avrupa dışında meydana gelen olaylar nedeniyle koruma talep eden yabancılara, üçüncü ülkelere yerleştirilinceye kadar bir statü verilmesi, böylelikle bu kişilere sağlanan korumanın bir temele oturtulması, var olan terminolojik karmaşanın önüne geçilmesi amacıyla maddede*

¹³⁹⁵ Bkz. 57 sayılı Genelge, 6.

bir koruma biçimi olarak “şartlı mülteci” kavramı yer almıştır.”¹³⁹⁶

YUKK’da üçüncü ülkeye yerleştirilinceye kadar, şartlı mültecinin Türkiye’de kalmasına izin verileceği belirtilmiştir (md. 62). Bu bağlamda, YUKK’un 62. maddesi ile tanımlanan statünün başına “şartlı” ifâdesinin eklenmiş olmasının sebebinin bu maddenin nitelediği bireylerin, üçüncü bir ülkeye yerleştirilme şartı ile korunabilmelerinin sağlanması olduğu anlaşılmaktadır. Zira bu farklılık dışında statü belirlemeye yönelik ölçütler ve statü belirleme usulü açısından şartlı mülteci ve mülteciler aynı hükümlere tâbi kılınmıştır.

3. YUKK Çerçevesinde (Şartlı) Mülteci-İkincil Koruma Statüsü Ayrımı

1994 Yönetmeliğinde, mülteci ya da sığınmacı olarak nitelendirilemeyen ancak menşe ülkesine geri gönderildiği takdirde işkenceyi, zalimâne ya da insanlık dışı yahut küçük düşürücü muameleyi de kapsayacak biçimde zulüm tehdidiyle karşılaşacağından dolayı sığınma talep eden bireylerin hukukî statüsüne dair herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Bu kişiler Türk sığınma hukuku açısından mülteci ya da sığınmacı olarak nitelendirilemedikleri için, hukukî statüleri de belirsizlik arz etmektedir. Bu durum, söz konusu bireylere ülkede kalışları sırasında yapılacak muamelenin de yine belirsiz bir hâl alması ile sonuçlanmaktadır¹³⁹⁷.

Bahsi geçen bu belirsizlik, YUKK ile giderilmeye çalışılmıştır. YUKK ile Türk sığınma hukukuna tamamlayıcı koruma ekseninde yeni bir koruma statüsü giriş yapmıştır. İkincil koruma statüsü adını taşıyan bu statünün, AB ile uyum sürecinin bir getirisi olduğu belirtilmelidir¹³⁹⁸. YUKK’un 63. maddesine göre, *[m]ülteci veya şartlı mülteci olarak nitelendirilemeyen, ancak menşe ülkesine veya ikamet ülkesine geri gönderildiği takdirde; a) Ölüm cezasına mahkûm olacak veya ölüm cezası infaz edilecek,*

¹³⁹⁶ İlgili madde gerekçesi için bkz. <http://www.goc.gov.tr/default_b0.aspx?content=1037> (E.T.: 01.03.2011).

¹³⁹⁷ Bununla birlikte 57 sayılı Genelge’de bu bireylerin “ikincil koruma statüsü” kapsamında ülkede kalmalarına izin verilebileceğine ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Bu husustaki değerlendirmemiz için bkz. yuk. §7.II.C.1.a.cc.

¹³⁹⁸ AOSS çerçevesindeki ikincil koruma statüsüne ilişkin genel bilgiler için bkz yuk. §1.IV.C.

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”.

Görüldüğü gibi ikincil koruma statüsü ile (şartlı) mülteci statüsü arasındaki en önemli fark; ikincil koruma statüsünün belirlenmesi hususunda “zulüm ihtimâlinin (haklı nedenlere dayanan zulüm korkusu)” bir kriter olarak öngörülmemiş olmasıdır. İkincil koruma statüsü bu bağlamda, (şartlı) mülteci statüsüne göre, bireyin korunmasına sebep olan hâlleri daha belirgin ve dar bir çerçevede ele almıştır. Bu hâllerin temelinde insan hakları sözleşmeleri ile koruma altına alınmış olan yaşam hakkı ve yine bu sözleşmeler çerçevesinde düzenlenen işkence yasağının bulunduğu anlaşılmaktadır. Bu bağlamda (şartlı) mülteci statüsünden farklı olarak, belirtilen hâllerin dışındaki insan hakları ihlallerinin ikincil koruma statüsünün tanınmasına sebep teşkil etmeyebileceği anlaşılmaktadır. İkincil koruma statüsü ile (şartlı) mülteci statüsü tanımları arasındaki bir diğer önemli fark da, ikincil koruma statüsünün tanınabilmesi için gerçekleşme ihtimâli bulunan tehditlerin bireyin ırkı, dini, milliyeti, siyasî görüşü yahut sosyal gruba mensubiyeti ile bağlantılı olmasının aranmamasıdır. Böylelikle ikincil koruma statüsü, bir taraftan sadece yaşam hakkı ve işkence yasağı ekseninden temel alan dar bir koruma alanı öngörmekteyken, diğer taraftan, olası tehdit ile bireyden kaynaklanan bazı özellikler arasında bir bağlantının kurulmuş olması şartını aramamaktadır. İkincil koruma statüsü ile (şartlı) mülteci statüsü arasında tanımlama açısından belirgin farklar bulunsa da, statü belirleme usulü bakımından her üç statü de aynı şartlara tâbi kılınmıştır.

YUKK’da yer verilen ikincil koruma statüsünün oluşturulmasında AB Vasıf Yönergesinin model olarak alınması, AOSS’ye uyum konusunda olumlu bir gelişme olarak nitelendirilebilir. Ancak, bu durum Türk sığınma hukukundaki şartlı mülteci – mülteci statüsü ayrımı bakımından bir takım soru işaretlerinin oluşmasına da sebep olmaktadır. Zira AOSS’de mülteci koruması herhangi bir coğrafi kısıtlama olmaksızın

uygulanmaktadır ve Kanun'un model olarak aldığı AB Vasıf Yönergesi'nde tanımlanan ikincil koruma statüsü de coğrafi kısıtlamanın uygulanmadığı bir sığınma ikliminde etkili olacak şekilde hazırlanmıştır. Bu bağlamda tamamlayıcı nitelikte olan ikincil koruma da asıl korumanın; yani mülteci korumasının dışında kalan ancak yine de uluslararası korumaya muhtaç olan bireyleri kapsamına almaktadır. Böylelikle, AOSS'de uluslararası korumaya muhtaç olmasına rağmen mülteci olarak nitelendirilemeyen bireyler tek bir statü çatısı altına toplanılmaya çalışılmıştır. Oysa Türk sığınma hukuku, coğrafi kısıtlamanın etkisiyle AOSS'den farklı bir nitelik arz etmektedir¹³⁹⁹. Türk sığınma hukukunda, mülteci koruması coğrafi bir kısıtlamaya tâbi olduğundan, Avrupa dışında meydana gelen olaylardan ötürü mültecilik hâline girmiş olanları dışlamaktadır; dolayısıyla AB hukukundaki kapsamı hâiz değildir. Türk hukukunda bir taraftan mülteci korumasının tam kapsamla uygulanmasına engel olan coğrafi kısıtlamanın muhafaza edilmesi, diğer taraftan da uluslararası korumanın ikincil koruma statüsü ekseninde genişletilmeye çalışılması ise bir tutarsızlık oluşturmaktadır. İkincil koruma statüsünün Türk hukukunda kabul edilmesi, coğrafi kısıtlamanın neden hâlâ korunduğu sorusunu haklı olarak gündeme getirmektedir¹⁴⁰⁰.

II. SİĞINMAYA ERİŞİMİN GÜVENCE ALTINA ALINMASI: TÜRK HUKUKUNDA GERİ GÖNDERME YASAĞININ UYGULANMASI

Fiilî mültecinin sığınmaya erişiminin sağlanabilmesi, statü belirleme sürecinin işleyebilmesini sağlayan ilk adımdır. Bu sebeple ilgili bireylerin ülkeden uzaklaştırılmamasını güvence altına alan geri gönderme yasağının uygulanmasına ilişkin hususlar, statü belirleme konusuyla da yakın bir ilişki içerisindedir.

Geri gönderme yasağının uygulama alanı değerlendirilirken ilk olarak yasağın Türk hukukundaki dayanaklarına ve kişi yönünden kapsamına değinmek yerinde olacaktır. Bu

¹³⁹⁹ KAROLINA EDSBÄCKER, *Turkey's Asylum Policy in the Light of EU Accession (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)* (Lund, 2011), 11.

¹⁴⁰⁰ Türkiye'nin coğrafi kısıtlamanın uygulanması hususunda hassasiyet göstermesinin ana gerekçesinin bu hususun Türkiye-AB ilişkilerinde bir pazarlık aracı olarak görülmesi olduğu yönünde bkz. Ibid., 43.

sayede yasağın Türk hukukuna nasıl yansımış olduğu görülebilecektir. İkinci olarak, irdelenmesi gereken husus, yasağın istisnalarının Türk hukukunda nasıl ele alındığına ilişkindir. Belirtilen konulara yönelik olarak yapılacak değerlendirmenin, YUKK’un henüz yürürlüğe girmemiş olması sebebiyle, önce yürürlükteki düzenlemeler açısından; daha sonra da YUKK’un öngördüğü çerçeve bakımından ele alınması uygun olacaktır.

A. Yasağın Hukukî Dayanakları ve Kişi Yönünden Kapsamı

1. Yürürlükteki Düzenlemeler Açısından

Fiilî mültecilerin ülkeye girişi hususunda, 1951 Sözleşmesi’ne taraf olunmasından önce yürürlüğe girmiş olan Pasaport Kanunu, geri gönderme yasağı karşısında atıl hâle gelmiş olan bir hüküm ihtivâ etmektedir. Kanunun 4(2). maddesi, “*umumiyetle mültecilerin ve iskân hakkındaki mevzuat dışında olarak yurt tutmak maksadıyla gelen yabancıların, pasaportları olsun olmasın Türkiye’ye kabulleri İçişleri Bakanlığının kararına bağlıdır*” ifâdesine yer vermektedir. Pasaport Kanunu’nun 4. maddesi açısından idarenin sınırı belirli olmayan bir yetki ile donatılarak¹⁴⁰¹ fiilî mülteciler açısından “sınırdan geri çevirme” kararını verebilecek olması geri gönderme yasağının temel özellikleri ile bağdaşmadığı gibi 1951 Sözleşmesi’nin 7. maddesi ile de çelişmektedir¹⁴⁰². Benzer şekilde, Pasaport Kanunu’nun ülkeye girişi yasaklı olan kişileri düzenlediği 8. maddesinin de geri gönderme yasağı ile uyumsuzluk arz ettiği ifâde

¹⁴⁰¹ Bu hususta Göger, Bakanlığın (fiilî) mülteciyi ülkeye kabul konusunda alacağı kararın hangi sınırlarla bağlı olduğunun belirli olmadığını, Kanun hükmünden anlaşıldığı kadarıyla Bakanlığın bu yönde herhangi bir sınırlamaya tâbi kılınmadığını haklı olarak vurgulamaktadır: ERDOĞAN GÖĞER, *Pasaport Hukuku* (Ankara, 1973), 179, 180.

¹⁴⁰² Pasaport Kanununun mültecilere yönelik hükmü, sadece geçerli belgesi olmayan mültecilerin ülkeye kabulünü değil, geçerli belgesi olanların da ülkeye girişini düzenlemektedir. Böylece, geçerli belgesi olup da sınırlara gelen mültecilerin, ülkeye giriş için gereken şartları taşısalar dahi İçişleri Bakanlığı’nın takdiri doğrultusunda yabancılar uygulanan muameleden farklı bir uygulamaya tâbi kılınarak sırf mülteci olmaları sebebiyle ülkeye alınmamaları söz konusu olabilecektir. Bu bağlamda gelişebilecek bir uygulamanın geri gönderme yasağının yanında, 1951 Sözleşmesi’nin 7(1). maddesindeki “[b]u Sözleşmenin daha uygun hükümler içerdiği durumlar hariç tutulmak koşuluyla, her Taraf Devlet, mültecilere genel olarak yabancılar uyguladığı muameleyi uygulayacaktır” hükmü ile oluşturulan asgari muamele şartına da aykırı olduğu iddia edilebilir.

edilebilir¹⁴⁰³. Genel olarak yabancıların sınır dışı edilmesi hususunu düzenleyen YİSHK'de de sığınmacı ve mültecilere yönelik olarak özel bir düzenleme getirilmemiştir. Bununla birlikte, 1994 Yönetmeliği'nin 29. maddesinde, mültecilerin sınır dışı edilmesine ilişkin özel bir hükme yer verildiği görülmektedir. İlgili madde uyarınca, *“Türkiye’de muntazam surette bulunan bir mülteci veya sığınmacı ancak milli emniyet veya kamu düzeni sebebi ile 1951 tarihli Mültecilerin Hukukî Durumuna Dair Cenevre Sözleşmesi hükümleri çerçevesinde İçişleri Bakanlığı’nca sınır dışı edilebilir”*. Belirtilen düzenlemenin sadece “sınır dışı” işlemine yönelik olması ve yalnızca ülkede “muntazam surette bulunan mülteci veya sığınmacılara” ilişkin bulunması, tam anlamıyla geri gönderme yasağının içeriğini yansıtmadığı sonucuna varılmasına sebep olmaktadır. Geri gönderme yasağı ile uyumlu bulunan yürürlükteki tek iç hukuk düzenlemesinin SİDAS'ın 3(2). maddesi dikkate alınarak düzenlendiği anlaşılan¹⁴⁰⁴ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun¹⁴⁰⁵ (TCK) 18 (3). maddesi olduğu belirtilebilir. İlgili hükümle kişinin, talep eden devlete geri verilmesi hâlinde ırkı, dini, vatandaşlığı, belli bir sosyal gruba mensubiyeti¹⁴⁰⁶ veya siyasî görüşleri nedeniyle kovuşturulacağına veya cezalandırılacağına ya da işkence ve kötü muameleye maruz kalacağına dair kuvvetli şüphe sebepleri varsa, talebin kabul edilmeyeceği hükme bağlanmıştır. Belirtilen düzenleme, sadece fiilî mülteciler veya uluslararası koruma ihtiyacı içerisinde olan

¹⁴⁰³ İlgili hükümde, mülteci/sığınmacılar açısından herhangi bir ayırım yapılmaksızın ülkeye girişi yasaklı olan kişiler şu şekilde sayılmıştır: *“(1). Serseriler ve dilenciler; (2). Delilikle veya bulaşık hastalıkla malûl olanlar (Bu gibilerden umumi sıhhati ve asayîşi tehlikeye sokmayacak halde olup kendi vasıtalarıyla veya kanuni veli veya vasilerinin maddi himayeleri altında olarak tedavi veya hava değiştirme için gelenler bu hükümden istisna edilebilirler); (3). Türkiye Cumhuriyetinin taraf bulunduğu, mücrimlerin iâdesine mütaallik anlaşma veya andlaşmalarla iâdeye esas olarak kabul edilen suçlardan birinden sanık veya hükümlü bulunanlar; (4). Türkiye’den sınır dışı edilmiş olupta avdetine müsaade edilmemiş bulunanlar; (5). Türkiye Cumhuriyetinin emniyetini ve umumi nizamını bozmak niyetiyle veya bozmak isteyenlere ve bozanlara iştirak veya yardım etmek maksadiyle geldikleri sezilenler; (6). Fahişeler ve kadınları fuhuşa sevk ederek geçinmeyi meslek edinenlerle beyaz kadın ticareti yapanlar ve her nevi kaçakçılar; (7). Türkiye’de kalacaklarını beyan ettikleri müddetçe yaşamalarına ve tekrar gitmelerine yetişecek paraları bulunmayıp Türkiye’de kendilerini himaye edecek kimseleri bulunduğunu veya Türkiye’de yabancılara kanunla menedilmemiş işlerden birini tutacaklarını ispat edemiyenler”*.

¹⁴⁰⁴ ERGİN ERGÜL, *Sınır Dışı, Geri Gönderme, Geri Verme*, 55.

¹⁴⁰⁵ RG.12.10.2004/25611.

¹⁴⁰⁶ SİDAS'ın ilgili hükmünden farklı olarak, TCK'nın 18. maddesinde, “sosyal gruba mensubiyet” nedenine de yer verilmiştir. Bu hâliyle TCK'nın 18. maddesinin 1951 Sözleşmesi'nin 33(1). maddesinde düzenlenen geri gönderme yasağı ile daha uyumlu olduğu belirtilebilir.

bireyler için uygulanma kabiliyetini hâiz olmayıp, iâdeye tâbi olan tüm yabancılar için etki doğurmaktadır. Konumuz açısından, ise geri gönderme yasağının etkisiyle şekillenen bu düzenlemenin fiilî mültecilerin uluslararası korumaya erişimi hususunda önem taşıdığı açıktır¹⁴⁰⁷. Bununla birlikte ilgili düzenlemenin sadece iâde/geri vermeye ilişkin olması, kişi yönünden uygulama alanının sadece iâdeye/geri vermeye tâbi kılınan yabancılarla sınırlanmış bulunması anlamına gelmektedir. Bu sebeple, belirtilen hükmün uluslararası mülteci hukuku çerçevesinde kabul edilen kapsamı ile geri gönderme yasağını iç hukuka aktardığı söylenemeyecektir.

Görüldüğü gibi yürürlükte bulunan iç hukuk düzenlemeleri ya geri gönderme yasağı ile uyumsuzluk arz etmekte yahut yasağın kapsamını tam olarak yansıtmamaktadır. Bu bağlamda, geri gönderme yasağının mevcut durumda üç biçimde etki doğurabileceği ifade edilebilir. İlk olarak, 1951 Sözleşmesi'nin geri gönderme yasağını düzenleyen 33(1). maddesi, Türkiye'nin taraf olduğu bir uluslararası sözleşme hükmü olması dolayısıyla bağlayıcılık arz ettiğinden Anayasa'nın 90. maddesi çerçevesinde uygulanma kabiliyetini hâiz olacaktır. Ancak bu çerçevede, 1951 Sözleşmesi'nin 33(1). maddesinin uygulanma alanının kişi yönünden kapsamının, Türkiye'nin ilgili Sözleşme'yi coğrafi bir kısıtlama ile kabul etmiş bulunmasından dolayı, sadece Avrupa'da meydana gelen olaylardan dolayı mültecilik hâline girmiş olan bireyler açısından geçerli olabileceği ifade edilebilir. İkinci olarak, geri gönderme yasağı 1951 Sözleşmesi dışında, Türkiye'nin taraf olduğu insan hakları sözleşmeleri çerçevesinde etki doğurabilecektir. Türkiye açıkça geri göndermeyi yasaklayan BMİÖS'e ve geri göndermeyi yasaklayacak biçimde yorumlanan AIHS ve MSHS'ye taraftır; bu sebeple belirtilen sözleşmelerin ilgili hükümleri¹⁴⁰⁸ de Anayasa'nın 90. maddesi çerçevesinde etki

¹⁴⁰⁷ İlgili düzenlemeye kaynak teşkil eden SİDAS'ın 3(2). maddesinin 1951 Sözleşmesi'nin 1. maddesinin (A) fıkrasının 2. bendi ve aynı maddenin (F) fıkrası ile paralellik sağlanması ve böylece bu tür suç işleyenlerin iltica hakkından yararlandırılmaları amacını taşıdığı yönünde bkz. TEVFİK ODMAN, *Mülteci Hukuku*, 137, 138.

¹⁴⁰⁸ BMİÖS'de açıkça geri gönderme yasağına yer verilmiş olmakla birlikte AIHS ve MSHS açısından geri gönderme yasağı yorum yoluyla bu Sözleşmelerin uygulama alanına dâhil edilmiştir. Bu bağlamda, belirtilen sözleşmelerin iç hukuktaki etkisi, gerek AIHM'in kararlarını gerek İnsan Hakları Komitesi'nin genel yorumlarını kapsayacak biçimde tezahür edeceğinden, geri gönderme yasağı da ilgili Sözleşmeler kapsamında, iç hukukta bu etki sayesinde uygulama alanı bulabilecektir. Bu çerçevede, Gülmez'in şu

doğuracaktır. Geri gönderme yasağının adı geçen insan hakları sözleşmeleri ekseninde bulunduğu uygulama alanının kişi yönünden kapsamı sadece (fiilî) mülteciler ile sınırlı olmayıp herkesi içerisine almaktadır. Dolayısıyla, henüz statüsü tanınmamış olanlar da dâhil olmak üzere uluslararası koruma ihtiyacı içerisinde bulunsun bulunmasın tüm yabancılar, geri gönderme yasağının insan hakları sözleşmelerine yansıyan koruma alanı içerisine girebilecektir. Yasağın Türk hukukunda etki doğurabileceği üçüncü durum ise, bir uluslararası teamül hukuku kuralı olarak Anayasa'nın 16. maddesi çerçevesinde değerlendirilebilecek olması ile ilgilidir. Geri gönderme yasağının kapsamı içerisinde yer alan sınır dışı etme, sınırdan geri çevirme ve iade etme eylemleri, Anayasa'nın 23. maddesinde herkes için güvence altına alınan seyahat özgürlüğü ile yakın bir ilişki içerisindedir¹⁴⁰⁹. Ancak seyahat özgürlüğü mutlak bir hak olarak kabul edilmediğinden belirli durumlarda sınırlandırılabilir¹⁴¹⁰. İşte Anayasa'nın 16. maddesi çerçevesinde bu sınırlandırmanın yabancılar açısından milletlerarası hukuka uygun olarak ve kanunla yapılması gerektiğinden; bir uluslararası teamül hukuku kuralı olarak geri gönderme yasağının dikkate alınması gerekecektir. Geri gönderme yasağının bir uluslararası teamül hukuku kuralı olarak kişi yönünden kapsamı içerisine sığınma arayışında olan tüm bireyler girebilmektedir.

ifâdelerine yer vermek gerekir: “[u]luslararası antlaşmaların ve onayladığımız birçok sözleşmenin ayrıntıya girmeyen, yetkili koruma ve denetim organlarının yorumuyla açıklık ve anlam kazanan genel kurallar içerdiği anımsanırsa, yasalar ile uluslararası sözleşmelerin aynı konudaki farklı düzenlemesinden kaynaklanan bir uyumsuzluk bulunup bulunmadığı, salt antlaşmaların sözel metniyle sınırlı olarak saptanamaz. Böylesi yüzeysel ve kolaycı bir yaklaşım, yapılan düzenlemenin işlevsiz bırakılması sonucunu doğurur. Koruma ve denetim organlarının o konuya ilişkin yerleşik ilke kararları ve içtihatları göz önünde bulundurulmak gerekir. (...) 90. maddenin son fıkrasına eklenen üçüncü cümle, yargı yerlerine ve yönetsel yetkililere büyük bir sorumluluk yüklemekte, kanımca daha önce de var olan sorumluluklarını pekiştirmektedir. Bu da, en azından Türkiye'nin taraf olduğu tüm insan hakları sözleşmelerinin uygulanmasını izlemekle görevli ve yetkili olan uluslararası koruma ve denetim organlarının kararlarının bilinme ve izlenmesini gerektirmektedir: MESUT GÜLMEZ, «İnsan Hakları Sözleşmeleri», 158, 159.

¹⁴⁰⁹ RONA AYBAY, *Yabancılar Hukuku*, 254; K. SEDAT SİRMEN, «Yabancıların Türkiye'den Sınırdışı Edilmesine İlişkin Temel Düzenlemeler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye Hakkında Verdiği Örnek Kararlar», *Ankara Barosu Dergisi* 67, sayı 3 (2009): 30, 31; GÜLÜM BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, «Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Yabancıların Türkiye'den Sınır Dışı Edilmesi», *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* sayı 108 (2013): 212.

¹⁴¹⁰ Anayasa'nın 23. maddesinde “vatandaşın sınır dışı edilemeyeceği ve yurda girme hakkından yoksun bırakılamayacağı” düzenlenmiş olduğundan, seyahat özgürlüğünün belirtilen şekillerde sınırlandırılması sadece yabancılar açısından, özellikle kamu düzeni ve ülke güvenliğine ilişkin hususlar açısından geçerli olmaktadır.

Nitekim bu husustaki yargı kararları incelendiğinde de geri gönderme yasağının kaynağını uluslararası hukuktan alan düzenlemeler çerçevesinde uygulandığı görülmektedir. Geri gönderme yasağının uygulandığı kararlara örnek olarak, Ankara 3. İdare Mahkemesi'nin E.1998/544, K. 1998/1108, sayılı ve 12. 11. 1998 tarihli kararı verilebilir. Davada, Irak vatandaşı olan Davacı, yasadışı yollardan Türkiye'ye giriş yapmış ve ülkesine dönerse hayatının tehlikede olacağını beyan ederek BMMYK'ya başvurmuştur. BMMYK Davacının durumunun mülteci statüsünde değerlendirilmesi ve üçüncü bir ülkeye yerleştirilmesine karar vermiştir. Ancak bu süre içerisinde, Davacı'nın ülkeye yasadışı yollarla girdiği hâlde 1994 Yönetmeliği'nde belirtilen süre içerisinde sığınma başvurusunda bulunmaması sebebiyle ülkesine gönderilmek üzere kendisine sınır dışı işlemi tesis edilmiştir. Bu işlemin iptali sebebiyle açılan Davada, Mahkeme, 1951 Sözleşmesi'nin 31 ve 33. maddeleri doğrultusunda işlemin iptal edilmesine karar vermiştir. Dâva daha sonra Danıştay 10. Daire'ye temyiz istemi ile intikal etmiştir. Danıştay 10. Daire, E. 1999/154, K.2000/2756 sayılı ve 25.5.2000 tarihli kararı ile İdare Mahkemesi'nin kararını onamıştır. Benzer şekilde, yine Ankara 3. İdare Mahkemesi'nin E. 1998/139 ve K.1998/1116 sayılı ve 18.11.1998 tarihli Kararında da bu kez İran vatandaşı olan Davacı'nın sınır dışı edilmesine yönelik işlem, 1951 Sözleşmesi'nin 31 ve 33. maddeleri çerçevesinde iptal edilmiş, bu Karar da Danıştay 10. Dairesinin E. 1999/746 ve K. 2000/5403 sayılı ve 25.10.2000 tarihli Kararı ile onanmıştır¹⁴¹¹. Zikredilen kararların, geri gönderme yasağının Türk hukuku kapsamında nasıl ele alınıp uygulandığı hususuna ışık tutmasının yanında yasağın mülteci/sığınmacı statüsünün belirlenmesindeki önemine işaret ettiği de belirtilmelidir. Zira anılan kararlarda, geri

¹⁴¹¹ Zikredilen davaların dışında, geri gönderme yasağının sınır dışı işleminin iptaline yönelik olarak uygulandığı diğer davalar için bkz. Ankara 6. İdare Mahkemesi, E. 1999/659, K. 1999/826, K.T. 22.09.1999 (Karar, Danıştay 10. Daire'nin E. 1999/5050, K. 2001/823 sayılı ve 14.03.2001 tarihli Kararı ile onanmıştır); Ankara 4. İdare Mahkemesi, E. 1999/350, K. 1999/903, K.T. 5.10.1999 (Karar, Danıştay 10. Daire'nin E. 1999/5194, K. 2001/821 sayılı ve 14.03.2001 tarihli Kararı ile onanmıştır); Ankara 4. İdare Mahkemesi, K. 2004/280, K.T. 10.03.2004 (Karar, Danıştay 10. Daire'nin E.2004/8769, K. 2007/2735 sayılı ve 18.05.2007 tarihli kararı ile onanmıştır); Ankara 8. İdare Mahkemesi, E. 2003/1185, K.2003/1115, K.T. 16.10.2003 (Karar, Danıştay 10. Daire'nin E. 2004/3045, K. 2007/3124 sayılı ve 30.5.2007 tarihli Kararı ile onanmıştır); Ankara 2. İdare Mahkemesi, E. 2009/420, K. 2009/1536, K.T. 11. 11. 2009 (Karar, Danıştay 10. Daire'nin E. 2010/881, K. 2010/10805 sayılı ve 15.12.2010 tarihli kararı ile onanmıştır); metinde geçen ve burada belirtilen davalar için bkz. NURAY EKŞİ ve BÜLENT ÇİÇEKLİ, *Yabancılar ve Mülteci Hukukuna İlişkin Danıştay 10. Daire Kararları* (İstanbul, 2012).

gönderme yasağının uygulanması, ilgili bireylerin sığınmacı statülerinin belirlenmesine yönelik usulün işletilebilmesini sağlamıştır.

Belirtilen kararlarda mülteci-sığınmacı ayrımı noktasında ilginç bir görünümün de ortaya çıktığı ifade edilmelidir. İlgili yargı kararlarının hemen hepsinde sınır dışı işleminin muhatabı olan birey Türk hukukuna göre “mülteci” değil “sığınmacı” olarak tanımlanmaya müsaittir. Oysa yine kararların hemen hepsinde bu bireylerin sınır dışı edilmelerine yönelik işlemin iptali için dayanılan kaynak 1951 Sözleşmesi olmuştur. Yukarıda örnek olarak incelediğimiz iki kararda da davacıların Birleşmiş Milletler Yüksek Komiserliğince mülteci statülerinin belirlenmiş olduğu ve üçüncü bir ülkeye nakilleri konusunda gerekli girişimlerin sürdüğü bu sebeple 1951 Sözleşmesi’nin 31. maddesi uyarınca üçüncü bir ülkeye gönderilmeleri konusunda gerekli kolaylığın sağlanması gerektiği belirtilmiş ve *“takibata uğradığından korktuğu bir ülkeye her ne şekilde olursa olsun sınırdışı edilme işlemi tesis olunamayacağına ilişkin genel bir prensibi içeren Cenevre Sözleşmesi hükümlerine aykırı biçimde davacının sınırdışı edilmesine ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmadığına”* karar verilmiştir. Görüldüğü gibi sığınmacı bireylere geri gönderme yasağının 1951 Sözleşmesi’nden kaynağını alan “genel bir prensip” olarak mı uygulandığı yoksa bir Sözleşme hükmü olarak mı uygulandığı ve eğer “genel bir prensip” olarak uygulanmış ise bu “prensibin” hukukî niteliği açık değildir. Ancak bu bireylere Sözleşme’nin 31. maddesinin doğrudan doğruya uygulandığı tespit edildiğinden geri gönderme yasağının da bir Sözleşme hükmü olarak uygulandığı sonucuna varılabilir; zira her halükarda 31. maddenin kararda zikredilmiş olması, Sözleşmenin bu bireylere uygulandığı anlamına gelmektedir. Kanımızca, Türk hukuku açısından “mülteci” olarak kabul edilemeyecek olan bu bireylere 1951 Sözleşmesinin hükümlerinin uygulanması Sözleşme’ye konulan coğrafi kısıtlamanın dikkate alınmadığı sonucuna varılabilmeye neden olabilecektir. Yargı kararlarında sığınmacı bireylere 1951 Sözleşmesi’nin 33. maddesinin hangi gerekçeyle uygulandığı açık olarak yer almamakla birlikte sığınma talep eden bireylerin BMMYK tarafından mülteci statülerinin tanınmış olmasının bu durumun sebebi olarak görüldüğü iddia edilebilir. Sığınmacı bireylerin coğrafi kısıtlamanın herhangi bir etkisi olmaksızın

BMMYK'nın yetki alanına girdiği şüphesizdir. Ancak BMMYK, Devletin bir idari organı gibi işlem tesis etme kabiliyetini hâiz değildir. Bu bağlamda BMMYK tarafından “mülteci” statüsü tanınmış olan bir bireyin Türk hukukundaki sığınmacı-mülteci ayırımına rağmen Sözleşme hükümlerinden faydalandırılmasının tartışmaya açık olduğu kanaatindeyiz.

Danıştay tarafından onanan¹⁴¹² Ankara 2. İdare Mahkemesi'nin 11. 11. 2009 tarihli bir kararında ise bu kez 1951 Sözleşmesi'nin 33(1). maddesi yerine AİHS ve BMİÖS'in ilgili hükümlerine dayanılarak sınır dışı etme kararının iptaline hükmedilmiştir¹⁴¹³. Ankara 2. İdare Mahkemesi'nin bu yaklaşımını olumlu bulmamıza rağmen bir hususun üzerinde durmak gerektiği düşüncesindeyiz. Bu bağlamda, değinmemiz gereken nokta, bireyin geri gönderilmemesini sağlayan zulüm ihtimâlinin her durumda insan hakları sözleşmelerinde zikredilen işkence yasağı ile örtüşmeyebileceğidir. 1951 Sözleşmesi'nin 33(1). maddesinde yer alan ve geri gönderme yasağına temel teşkil eden, mültecinin “ırkı, dini, milliyeti, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasî fikirleri dolayısıyla hayatı ya da özgürlüğünün tehdit altında olacağı ülkelerin sınırlarına her ne şekilde olursa olsun geri gönderilemeyeceği yönündeki ifâdenin, Sözleşme'nin 1A(2). maddesi ile birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir¹⁴¹⁴. Bu bağlamda, bireyin mülteci statüsünün tanınmasına sebep teşkil eden zulüm ihtimâli aynı zamanda onun geri gönderilmesine de engel teşkil etmektedir. Ancak çalışmamızın ikinci kısmında gösterdiğimiz gibi, zulüm kavramı oldukça geniş bir şekilde anlamlandırılmaya müsait olduğundan, sadece işkence yasağı kapsamındaki muamele ve cezalandırmaları değil, diğer insan hakları ihlâllerini de kapsamına almaktadır. Bu tür ihlâllerden birçoğu ise insan hakları sözleşmeleri çerçevesinde geri gönderilmemeye cevaz verecek şekilde yorumlanmamaktadır¹⁴¹⁵. Oysa ilgili kararda, AİHS ve BMİÖS'nin sınır dışı işleminin engellenmesine dayanak teşkil

¹⁴¹² Karar, Danıştay 10. Daire'nin E. 2010/881, K. 2010/10805 sayılı ve 15.12.2010 tarihli Kararı ile onanmıştır.

¹⁴¹³ Ankara 2. İdare Mahkemesi, E. 2009/420, K. 2009/1536, K.T. 11.11.2009. Karara yönelik bilgilerin alıntılındığı kaynak için bkz. NURAY EKŞİ ve BÜLENT ÇİÇEKLİ, *Danıştay 10. Daire Kararları*, 189–191.

¹⁴¹⁴ Bkz. yuk. §2.II. D.1. a. ve b.

¹⁴¹⁵ Bkz. yuk. §2.II. D.2.

etmesinin nedeni “Davacı’ya BMMYK tarafından 1951 Tarihli Cenevre Sözleşmesi kapsamında uluslararası koruma sağlanması” olarak ifade edilmiş; bireyin geri gönderildiğinde maruz kalacağı zulmün niteliğinden bahsedilmemiştir. Bu bağlamda BMMYK’nın somut olayda, Davacının AIHS ve BMİÖS’nin öngördüğü çerçevede zulme maruz kalma açısından gerçek bir riske sahip olduğunu tespit ettiği ya da bu yönde esaslı sebeplere dayanan bir kanaate ulaşmış olmadığı anlaşılamamaktadır. Bu çerçeve içerisinde, kanımızca AIHS, BMİÖS veya MSHS gibi diğer insan hakları sözleşmelerinin işkence yasağı çerçevesindeki mutlak koruma alanı esas alınarak karar tesis edilecekse, zulüm ihtimâlinin anılan sözleşmelerde zikredilen ve geri gönderilmemeyi sağlayan hükümleri ile bağdaşıp bağdaşmadığının belirlenmesi yerinde olacaktır. Bu noktada, geri gönderme yasağının kaynağını iç hukuktan alan yürürlükteki mevzuat içerisinde düzenlenmemiş olmasının 1951 Sözleşmesi’nin Türk hukuku açısından uygulanma alanına girmeyen sığınmacıların işkence yasağı dışındaki sebeplerle geri gönderilmesinin engellenmesi hususunda önemli bir sorun yarattığı belirtilmelidir.

2. YUKK Açısından

Türk hukukunda mevcut durum ekseninde gösterdiğimiz bu çerçeve, YUKK’un yürürlüğe girmesiyle daha farklı bir görünüme bürünecektir. Zira YUKK’da geri gönderme yasağına ilişkin açık bir hükme yer verildiğinden yasak artık doğrudan doğruya iç hukuktan kaynaklanan bir uygulanma alanına da sahip olacaktır. Kanun’un 4. maddesinde geri gönderme yasağı şu şekilde düzenlenmiştir: “[b]u 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 siyasî fikirleri dolayısıyla hayatının veya hürriyetinin tehdit altında bulunacağı bir yere gönderilemez”. Görüldüğü gibi kanun koyucu YUKK’da geri gönderme yasağını hem 1951 Sözleşmesi’nin 33(1). maddesi hem insan hakları sözleşmelerinde yer alan işkence yasağı çerçevesinde şekillendirmiştir. Bu hâliyle geri gönderme yasağı Türk hukukuna bir uluslararası teamül hukuku kuralı olarak kabul edilen içeriği ile yansıtılmış olmaktadır. Kanun’un 4. maddesinde, geri gönderme yasağının kişi yönünden uygulama alanına ise herhangi bir kısıtlama getirilmediğinden, ilgili hüküm bir bütün olarak tüm yabancılar

açısından etki doğurma kabiliyetini hâiz kılınmıştır¹⁴¹⁶. YUKK'da geri gönderme yasağına özel bir hükümle yer verilmiş olmasının, Kanunda bulunan ve genel olarak yabancıların ülkeye girişi ve sınır dışı edilmelerine yönelik olan düzenlemelerin geri gönderme yasağı dikkate alınarak uygulanması sonucunu doğuracağı belirtilmelidir.

YUKK'da genel olarak yabancıların ülkeye girişi hususunda, Pasaport Kanunundakine benzer; ancak daha kapsamlı bir çerçeve ortaya konulmuştur. Kanun'un ilgili maddeleri uyarınca, Türkiye'ye giriş ve Türkiye'den çıkış, sınır kapılarından, geçerli pasaport veya pasaport yerine geçen belgelerle yapılır (YUKK md. 5); yabancı, pasaport veya pasaport yerine geçen belge ya da belgelerini, Türkiye'ye giriş ve Türkiye'den çıkışlarda görevlilere göstermek zorundadır (YUKK md. 6). Buna ek olarak, geçerli bir vizenin tedarik edilmesinin de ülkeye giriş açısından (muafiyetin söz konusu olmadığı hâllerde (YUKK md. 12)¹⁴¹⁷) zorunluluk arz ettiği anlaşılmaktadır (YUKK md. 11)¹⁴¹⁸. Hangi yabancıların ülkeye girişlerine izin verilmeyeceği hususu ise

¹⁴¹⁶ YUKK'un 4. maddesinin tüm yabancılar açısından etki doğuracağı hususunda ayrıca bkz. NURAY EKŞİ, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (Tasarısı)* (İstanbul, 2012), 131.

¹⁴¹⁷ YUKK'un 12. maddesi uyanca, vize muafiyetine tâbi kılınan bireyler şunlardır: “a) Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu anlaşmalarla ya da Bakanlar Kurulu kararıyla vizeden muaf tutulan ülkelerin vatandaşları b) Türkiye'ye giriş yapacağı tarih itibarıyla, geçerli ikamet veya çalışma izni bulunanlar c) 15/7/1950 tarihli ve 5682 sayılı Pasaport Kanununun 18 inci maddesine göre verilmiş ve geçerliliklerini yitirmemiş yabancılara mahsus damgalı pasaport sahipleri ç) 29/5/2009 tarihli ve 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun 28 inci maddesi kapsamında olduğu anlaşılanlar (2) Aşağıda sayılan yabancılardan Türkiye'ye girişte vize şartı aranmayabilir: a) Mücbir nedenlerle, Türk hava ve deniz limanlarını kullanmak zorunda kalan taşıtlardaki yabancılardan liman şehrine çıkacak kişiler b) Deniz limanlarına gelip, yetmiş iki saati geçmemek kaydıyla, liman şehrini veya civar illeri turizm amaçlı gezecek kişiler”.

¹⁴¹⁸ Kanun'un “Vize zorunluluğu, vize başvurusu ve yetkili makamlar” başlıklı 11. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir: “ (1) Türkiye'de doksan güne kadar kalacak yabancılar, vatandaşı oldukları veya yasal olarak bulundukları ülkedeki konsolosluklardan geliş amaçlarını da belirten vize alarak gelirler. Vizenin veya vize muafiyetinin Türkiye'de sağladığı kalış süresi, her yüz seksen günde doksan günü geçemez. (2) Vize başvurularının değerlendirmeye alınabilmesi için, başvuruların usulüne uygun olarak yapılması gerekir. (3) Vizeler, Türkiye'ye giriş için mutlak hak sağlamaz. (4) Vizeler, konsolosluklarca, istisnai durumlarda ise sınır kapılarının bağlı olduğu valiliklerce verilir. Konsolosluklara yapılan başvurular doksan gün içinde sonuçlandırılır. (5) Yabancı ülke diplomatlarına, Türkiye Cumhuriyeti büyükelçiliklerince resen vize verilebilir. Bu vizeler, genel vize verme usulüne uygun olarak Bakanlık ve Dışişleri Bakanlığına derhâl bildirilir. Bu vizeler harca tabi değildir. (6) Ülke menfaatleri göz önünde bulundurularak vize verilmesinde yarar görülen yabancılara, istisnai olarak Türkiye Cumhuriyeti büyükelçilerince resen vize verilebilir. Bu amaçla verilen vizeler, genel vize verme usulüne uygun olarak Bakanlık ve Dışişleri Bakanlığına derhâl bildirilir. Bu vizeler harca tabi değildir. (7) Vize türlerine ve işlemlerine ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle düzenlenir”. Yabancıların vize alma zorunluluğunun YUKK çerçevesinde ele alındığı kapsamlı bir çalışma için bkz. BARIŞ TEKSOY, «6458 Sayılı Yabancılar ve

Kanun'un 7. maddesinde¹⁴¹⁹ sayılmış olmakla birlikte; ayrıca Türkiye'ye giriş yasağı olanların (md. 9)¹⁴²⁰ ve vize verilmeyecek yabancıların da (md. 15)¹⁴²¹ ülkeye girişinin mümkün olmayabileceği ve sınıra gelmeleri hâlinde geri çevrilebilecekleri sonucuna varılmaktadır. YUKK, yabancıların ülkeye girişi hususunda uluslararası korumaya ilişkin özel bir hükme de yer vermiştir. YUKK'un 8(1). maddesi uyarınca, adı geçen Kanun'un yabancıların ülkeye girişinin nasıl gerçekleştirilmesi gerektiğine yönelik olan 5. maddesi, yasal girişin kontrolüne ilişkin olan 6. maddesi ve ülkeye girişine izin verilmeyecek olan

Uluslararası Koruma Kanununa Göre Yabancıların Vize Alma Zorunluluğu», Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 62, sayı 3 (2013): 855–906.

¹⁴¹⁹ İlgili madde şu şekilde düzenlenmiştir: “(1) Aşağıdaki yabancılar, Türkiye'ye girişlerine izin verilmeyerek geri çevrilir: a) Pasaportu, pasaport yerine geçen belgesi, vizesi veya ikamet ya da çalışma izni olmayanlar ile bu belgeleri veya izinleri hileli yollarla edindiği veya sahte olduğu anlaşılanlar b) Vize, vize muafiyeti veya ikamet izin süresinin bitiminden itibaren en az altmış gün süreli pasaport veya pasaport yerine geçen belgesi olmayanlar c) 15 inci maddenin ikinci fıkrası saklı kalmak kaydıyla, vize muafiyeti kapsamında olsalar dahi, 15 inci maddenin birinci fıkrasında sayılan yabancılar (2) Bu maddeyle ilgili olarak yapılan işlemler, geri çevrilen yabancılar tebliğ edilir. Tebligatta, yabancıların karara karşı itiraz haklarını etkin şekilde nasıl kullanabilecekleri ve bu süreçteki diğer yasal hak ve yükümlülükleri de yer alır”.

¹⁴²⁰ YUKK'un Türkiye'ye giriş yasağı başlıklı 9. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir: “(1) Genel Müdürlük, gerektiğinde ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının görüşlerini alarak, Türkiye dışında olup da kamu düzeni veya kamu güvenliği ya da kamu sağlığı açısından Türkiye'ye girmesinde sakınca görülen yabancıların ülkeye girişini yasaklayabilir. (2) Türkiye'den sınır dışı edilen yabancıların Türkiye'ye girişi, Genel Müdürlük veya valilikler tarafından yasaklanır. (3) Türkiye'ye giriş yasağının süresi en fazla beş yıldır. Ancak, kamu düzeni veya kamu güvenliği açısından ciddi tehdit bulunması hâlinde bu süre Genel Müdürlükçe en fazla on yıl daha artırılabilir. (4) Vize veya ikamet izni süresi sona eren ve bu durumları yetkili makamlarca tespit edilmeden önce Türkiye dışına çıkmak için valiliklere başvuruda bulunup hakkında sınır dışı etme kararı alınan yabancıların Türkiye'ye giriş yasağı süresi bir yılı geçemez. (5) 56 ncı madde uyarınca Türkiye'yi terke davet edilenlerden, süresi içinde ülkeyi terk edenler hakkında giriş yasağı kararı alınmayabilir. (6) Genel Müdürlük, giriş yasağını kaldırabilir veya giriş yasağı saklı kalmak kaydıyla yabancıların belirli bir süre için Türkiye'ye girişine izin verebilir. (7) Kamu düzeni veya kamu güvenliği sebebiyle bazı yabancıların ülkeye kabulü Genel Müdürlükçe ön izin şartına bağlanabilir”.

¹⁴²¹ YUKK'un ilgili maddesine göre kendilerine vize verilmeyecek olan yabancılar şunlardır: “a) Talep ettikleri vize süresinden en az altmış gün daha uzun süreli pasaport ya da pasaport yerine geçen belgesi olmayanlar b) Türkiye'ye girişleri yasaklı olanlar c) Kamu düzeni veya kamu güvenliği açısından sakıncalı görülenler ç) Kamu sağlığına tehdit olarak nitelendirilen hastalıklardan birini taşıyanlar d) Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu anlaşmalar uyarınca, suçluların geri verilmesine esas olan suç veya suçlardan sanık olanlar ya da hükümlü bulunanlar e) Kalacağı süreyi kapsayan geçerli sağlık sigortası bulunmayanlar f) Türkiye'ye giriş, Türkiye'den geçiş veya Türkiye'de kalış amacını haklı nedenlere dayandıramayanlar g) Kalacağı sürede, yeterli ve düzenli maddi imkâna sahip olmayanlar ğ) Vize ihlâlinden veya önceki ikamet izninden doğan ya da 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanuna göre takip ve tahsil edilmesi gereken alacakları ödemeyi kabul etmeyenler veya 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununa göre takip edilen borç ve cezalarını ödemeyi kabul etmeyenler”. Yukarıdaki düzenlemeye yer verilen maddenin ikinci fıkrasında bu madde kapsamında olmasına rağmen vize verilmesinde yarar görülenlere Bakanın onayıyla vize verilebileceği de hükme bağlanmıştır.

yabancıların kimler olduğunun belirtildiği 7. maddesi, uluslararası koruma başvurusu yapmayı engelleyici şekilde yorumlanamaz ve uygulanamaz. Belirttiğimiz hüküm ülkeye yasa dışı yoldan girmeye çalışan ancak uluslararası koruma başvurusunda bulunmak isteyen bireylerin sınırdan geri çevrilmeyeceği yönünde açık bir ifâdeye yer vermemekle birlikte söz konusu bireylerin uluslararası korumaya erişimini güvence altına almaktadır. Kanun'un 8. maddesi çerçevesindeki güvencenin kapsamı değerlendirilirken, YUKK'un geri gönderme yasağını ihtivâ eden 4. maddesinin de göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Zira Kanun'un 4. maddesinde şekillenen geri gönderme yasağının sağladığı koruma alanı hiç kuşkusuz fiilî mültecilerin sınırdan geri çevrilmesini engelleme kabiliyetini hâiz olacak şekilde yorumlanabilir¹⁴²². Bu bağlamda, Kanun'un 4. maddesi çerçevesinde sınırdan geri çevrilmeleri mümkün olmayan fiilî mültecilerin ve uluslararası koruma ihtiyacı içerisinde bulunan diğer bireylerin, 8. maddenin oluşturduğu güvence ile uluslararası koruma başvurusunda bulunmaları; dolayısıyla uluslararası korumaya erişimleri garanti altına alınmış olmaktadır. Böylece, YUKK'un yürürlükteki düzenlemelere kıyasla, uluslararası korumaya erişim hususunda çok daha net bir görünüme sahip olduğu belirtilebilir.

Geri gönderme yasağı ile doğrudan doğruya ilişki arz eden bir diğer konu olan sınır dışı etme hususu ise, YUKK'da yürürlükte bulunan ilgili düzenlemelerle karşılaştırıldığında daha sistematik ve derli toplu şekilde ele alınmıştır¹⁴²³. Ayrıca, YUKK sayesinde Türk sığınma hukukunda ilk kez, sınır dışı edilme kararına¹⁴²⁴ karşı yargı yoluna başvurulması durumunda bu başvuru sonuçlanana kadar ilgilinin ülkede

¹⁴²² İlgili hüküm, herhangi bir kategorik sınırlandırmaya yer vermediği için mülteci statüsü dışındaki diğer statüler çerçevesinde uluslararası korumadan faydalanmak isteyen diğer bireyleri de içerisine alacak şekilde tüm yabancılar açısından etki doğuracak şekilde anlaşılmalıya müsaittir.

¹⁴²³ ESRA DARDAĞAN KİBAR, «Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısında ve Başlıca Avrupa Birliği Düzenlemelerinde Yabancıların Sınır Dışı Edilmelerine İlişkin Kurallar», *Avrupa Çalışmaları Dergisi* 11, sayı 2 (2012): 57.

¹⁴²⁴ YUKK'da sınır dışı edilme kararını vermeye yetkili olan makam, valilikler olarak belirlenmiştir; valilikler, sınır dışı kararını Genel Müdürlüğün talimatı üzerine verebilecekleri gibi resen de verebileceklerdir (YUKK md. 53(1)).

kalmasına izin verildiği görülmektedir (YUKK, md. 52(3))¹⁴²⁵. YUKK’un ilgili hükmü uyarınca, hakkında sınır dışı edilme kararı alınan yabancı, yargı yoluna başvurmamış olsa da, dâva açma süresi içerisinde ülkede kalmaya devam edebilecektir. Kanunda yer alan bir yenilik de ilk kez (fiilî) mültecileri de içerisine alacak şekilde uluslararası koruma ihtiyacında olan/korumaya tâbi kılınmış bulunan bireylerin sınır dışı edilmesine yönelik olarak özel bir hüküm getirilmiş olmasıdır. Kanun’da haklarında sınır dışı kararı alınacak bireylerin düzenlendiği 54. maddenin (2). fıkrasında, “uluslararası koruma başvurusu sahibi veya uluslararası koruma statüsü sahibi kişiler hakkında, sadece ülke güvenliği için tehlike oluşturdıklarına dair ciddi emareler bulunduğu veya kamu düzeni açısından tehlike oluşturan bir suçtan kesin hüküm giymeleri durumunda sınır dışı etme kararı alınabilir” hükmüne yer verilmiştir. Bu bağlamda, henüz statü belirleme işlemleri tamamlanmayanlar da dâhil olmak üzere (fiilî) mültecilerin, sınır dışı edilmeye ilişkin genel hükümlere tâbi kılınmayacağı ancak geri gönderme yasağı saklı kalmak kaydıyla, sadece 54(2). maddede belirtilen durumlar gerçekleştiğinde sınır dışı edilebilecekleri anlaşılmaktadır. Kanun lafzından, bu hususta idarenin bağlı bir yetkiyi hâiz olmadığı takdir hakkı bulunduğu da anlaşılmaktadır. Ayrıca Kanunun 52(1). maddesinde, yabancının sınır dışı edilebileceği ülkelerin, menşe ülkesi veya transit gideceği ülke ya da üçüncü bir ülke olabileceği belirtilmiştir. Bu sebeple, Kanunun 54(2). maddesinde getirilen düzenleme ile, maddede belirtilen hâllerin gerçekleşmediği durumda (fiilî) mülteciler de dâhil olmak üzere uluslararası koruma başvurusunda bulunan veya bu korumaya tâbi kılınmış olan kişilerin menşe ülkeleri dışında, üçüncü ülkelere yahut transit gidecekleri ülkeye de sınır dışı edilemeyecekleri sonucuna varılabilecektir.

Bununla birlikte, YUKK’un 55 (a) maddesinde, sınır dışı edilecek bireyler arasında yer alsalar dahi bu işleme tâbi tutulamayacak olanların arasında sınır dışı edileceği ülkede ölüm cezasına, işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalacağı konusunda ciddi emare bulunanlar da sayılmıştır. İlgili hüküm (fiilî) mültecileri

¹⁴²⁵ Türkiye aleyhine AİHM önüne gelen davalarda, AİHM, sınır dışı işlemine karşı yargı yoluna başvurulması hâlinde yürütmenin kendiliğinden durdurulmasına yönelik bir güvencenin mevcut mevzuat içerisinde bulunmamasını, AİHS’in 13. maddesi kapsamındaki etkin başvuru hakkının ihlâli olarak değerlendirmiştir. Bu bağlamda, YUKK’da getirilen yeniliğin, AİHM kararlarının dikkate alınmasının bir sonucu olduğu belirtilebilir: bu yönde bkz. NURAY EKŞİ, *YUKK (Tasarısı)*, 163.

de içerisinde alacak şekilde Kanun'un 54(2). maddesine tâbi olan bireyler açısından yorumlanacak olursa; söz konusu kişilerin 55(a) maddesinde sayılan şartların geçerli olması hâlinde sınır dışı edilemeyeceği belirtilebilecektir. Bu bağlamda, YUKK'un 55(a) maddesi, 54(2). maddesinin uygulanmasını engelleyebilecektir. Belirtilen durum, geri gönderme yasağının mutlak bir koruma alanına sahip olan işkence yasağı çerçevesinde şekillenen görünümü ile uyumludur¹⁴²⁶.

B. Türk Hukukunda Yasağın İstisnalarının Uygulanmasına Yönelik Değerlendirmemiz

Çalışmamızın birinci bölümünde, 1951 Sözleşmesinin geri gönderme yasağını düzenleyen 33. maddesinin ikinci fıkrasında, yasağın istisnalarına yer verildiği belirtilmiş ve bunların neler olduğu ayrıntılı biçimde açıklanmıştı. Ayrıca, geri gönderme yasağının işkence yasağı gibi mutlak bir hakkın korunması amacıyla uygulandığında, herhangi bir istisnaya tâbi kılınamayacağı da vurgulanmıştı. Bu sebeple, Türk hukukunda yasağın istisnalarının uygulanmasına yönelik olarak yapacağımız değerlendirme, işkence yasağı dışında kalan koruma alanı açısından geçerli olacaktır.

1. Yürürlükte Bulunan Düzenlemeler Açısından

Hâlihazırda (YUKK henüz yürürlüğe girmemiş olduğu için) geri gönderme yasağı, kaynağını uluslararası hukuktan alan 1951 Sözleşmesi ve diğer insan hakları sözleşmeleri çerçevesinde uygulanma kabiliyetini hâiz olacağından; yasağın istisnalarının da bu eksende etkili olacağı belirtilebilir. İnsan hakları Sözleşmeleri çerçevesinde uygulanan geri gönderme yasağının işkence yasağı ile ilişkili olması sebebiyle herhangi bir istisnaya tâbi kılınması mümkün değildir. Ancak işkence yasağı saklı kalmak kaydıyla 1951 Sözleşmesi'nin 33(2). maddesinde yer alan istisnalar, Anayasa'nın 90. maddesi çerçevesinde mevcut durumda Türk hukuku açısından etki doğurabilecektir. Buna ek olarak geri gönderme yasağının bir uluslararası teamül hukuku kuralı olarak kapsamı,

¹⁴²⁶ ESRA DARDAĞAN KİBAR, «Sınır Dışı», 62.

1951 Sözleşmesi'nde yer alan istisnaları da kapsadığından¹⁴²⁷, söz konusu istisnalar Anayasa'nın 16. maddesi çerçevesindeki "milletlerarası hukuka uygunluk" değerlendirilmesine konu olabilecektir.

2. YUKK Açısından

YUKK'da bir iç hukuk düzenlemesi olarak kanunî bir temele dayandırılan geri gönderme yasağının kaleme alındığı 4. madde içerisinde, yasağın istisnalarına yer verilmediği görülmektedir. Esasen, Kanunun taslak hâlinde, geri gönderme yasağının uygulanmasına ilişkin istisnaların 1951 Sözleşmesinin 33(2). maddesine gönderme yapılarak düzenlendiği¹⁴²⁸ ancak Kanunun son şeklinde bu istisnaların bulunmadığı belirtilmemiştir. Kanunun taslak hâline yönelik hazırlık çalışmalarında, söz konusu istisnaların çıkarılması yönünde uzlaşıldığı anlaşılmaktadır. İçişleri Komisyonu'nun Kanunun taslağına ilişkin olarak hazırladığı raporda, istisnaların çıkarılmasının gerekçesi olarak, AIHS'in işkence yasağı başlıklı 3. maddesinin mutlak geçerliliği bağlamında madde metninde istisnaların bulunmasının anlamı olmayacağı gösterilmiştir¹⁴²⁹. Ancak işkence yasağı çerçevesinde herhangi bir istisnaya yer verilmemiş olması olumlu karşılanabileceken, yasağın ikinci ayağı açısından; bir başka ifade ile yasağın, 1951 Sözleşmesinin 33(1). maddesi temel alınarak şekillendirilen kısmı bakımından herhangi bir istisnanın düzenlenmemiş olmasının gerekçesi belirsizlik arz etmektedir.

¹⁴²⁷ Bir uluslararası teamül hukuku kuralı olarak geri gönderme yasağını içeriği hususunda bkz. yuk. §2.II.D.3. Geri gönderme yasağının (mutlak bir hak olan işkence yasağının korunması durumu hariç olmak üzere) istisnalarının uygulanması hususunda yaygın bir uzlaşının bulunması, yasağın bir *jus cogens* norm olarak kabul edildiği durumda dahi istisnalara tâbi kılınabileceği anlamını taşımaktadır: Yasağın istisnalarının uygulanması konusunda yaygın bir anlayış bulunması yönünde bkz. ELIHU LAUTERPACHT ve DANIEL BETHLEHEM, «Non-Refoulement», 132, 133. Bu hususta, *Farmer*, yasağın *jus cogens* olarak kabul edilmesinin, istisnaların kaldırılabilmesi anlamına gelmeyeceğini ancak sınırlandırılabilmesi sonucunu doğurabileceğini belirtmektedir: ALICE FARMER, «Non-Refoulement and Jus Cogens», 33.

¹⁴²⁸ NURAY EKŞİ, *YUKK (Tasarısı)*, 130.

¹⁴²⁹ T.B.M.M. İÇİŞLERİ KOMİSYONU, *Alt Komisyon Raporu* (T.B.M.M, 18 Haziran 2012). Komisyon Raporu'nun metni için bkz. NURAY EKŞİ, *YUKK (Tasarısı)*, 236–245. Raporda, istisnaların çıkarılmasına ilişkin gerekçeye yer verilen kısım için bkz. *Ibid.*, 239, 240.

YUKK'un 4. maddesinde geri gönderme yasağına yönelik olarak, herhangi bir istisnaya yer verilmemiş olmasına rağmen, Kanun'un 54(2). maddesinde başvuru sahibi veya uluslararası koruma statüsü sahibi kişiler hakkında, sadece ülke güvenliği için tehlike oluşturdıklarına dair ciddi emareler bulunduğu veya kamu düzeni açısından tehlike oluşturan bir suçtan kesin hüküm giymeleri durumunda sınır dışı etme kararı alınabileceği düzenlenmiştir. İki hüküm birlikte değerlendirildiğinde, Kanunun 54(2). maddesinin, geri gönderme yasağının düzenlendiği 4. maddenin istisnasını teşkil edip etmeyeceği tartışmalı bir hâl almaktadır. Kanımızca, iki hükmün etkileşiminden, uluslararası koruma başvurusunda bulunan yahut korumaya tabi kılınan bireylerin 54(2). maddede sayılan durumlar gerçekleştiğinde sınır dışı edilebileceği ancak her hâlükârda 4. maddede belirtilen hallerin söz konusu olabileceği yerlere gönderilemeyeceği sonucu çıkabilmektedir¹⁴³⁰. Bu şekilde yapılacak yorum doğrultusunda, 54(2). maddeye tâbi kılınan kişilerin ancak 4. maddede yer alan durumların gerçekleşme ihtimâlinin bulunmadığı bir yere sınır dışı edilebilmesi mümkün görünmektedir. Bununla birlikte, Kanun'un 55. maddesinde hakkında sınır dışı edilme kararı alınamayacak olan kişiler arasında, sınır dışı edileceği ülkede ölüm cezasına, işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalacağı konusunda ciddi emare bulunanlar sayıldığı halde; sınır dışı edilecekleri yerde ırkları dinleri, tabiiyetleri, belli bir toplumsal gruba mensubiyetleri veya siyasî fikirleri dolayısıyla hayatları veya hürriyetleri tehdit altında bulunacak olanlara yer verilmemiştir. Bu bağlamda, ikinci ve farklı bir yorumla, 54(2). maddenin, geri gönderme yasağının düzenlendiği 4. maddenin belirli bir kısmı açısından istisna teşkil edebileceği iddia edilebilecektir. Ancak kanımızca bu iddia, iki açıdan tutarlı olmayacaktır. İlk olarak, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması noktasında yapılacak olan yorum, dar olmalıdır. Kanun, geri gönderme yasağını düzenlediği hükümde herhangi bir istisnaya yer vermemiş iken yorum yoluyla bu hükme bir istisna oluşturmak dar yorum amacıyla bağdaşmayacaktır. Ayrıca, 54(2). maddenin ikinci yorum çerçevesinde ele alınmasının, Kanun'un genel amacıyla uyum arz ettiğini söylemek zordur. Her ne kadar ne 54(2). maddenin, ne 4. maddenin ne de 55. maddenin gerekçelerinde ilgili

¹⁴³⁰ Nitekim benzer yorum 1951 Sözleşmesinin 32 ve 33. maddeleri arasındaki ilişki açısından da yapılmaktadır. Bu hususta bkz. yuk. §2.II.D.1.c.aa.

hükümlerin düzenlenme amacı net olarak anlaşılmasa da¹⁴³¹, Kanun'un genel gerekçesinde, insan haklarına önem verilmesi hususuna sıklıkla gönderme yapıldığı görülmektedir. Bu bağlamda, artık istisna hükümleri açısından insan hakları hukukuna yerleşmiş bir ilke olan dar yorumlamanın Kanun'un ilgili hükümleri açısından da geçerli olacağı sonucuna varılabilecektir. İkinci olarak Kanun'un hazırlık çalışmaları sırasında 4. maddenin taslak halinden istisna hükümlerinin özellikle çıkarılmış olması ve ilgili maddenin, işkence yasağı dışında kalan kısmı açısından farklı bir formülasyon getirilmemiş bulunması, 4. maddenin herhangi bir istisna gözetilmeden uygulanması gerektiği sonucuna varılmasına da sebep olmaktadır. Nitekim 4. maddenin lafzı açık bir şekilde idareye geri gönderme yasağının uygulanması hususunda bağlı bir yetki tanımıştır.

Bu noktada, 54(2). maddenin geri gönderme yasağına istisna teşkil etmediği varsayımından hareketle, 1951 Sözleşmesi'nin gerek Kanun'un 2(2). maddesinde yapılan gönderme ile gerek Anayasa'nın 90/son maddesi çerçevesinde uygulama alanı bulacağı, bu sayede Sözleşme'nin 33(2). maddesinde yer alan istisnaların (fiilî) mülteciler açısından etki doğurabileceği iddia edilebilir. Kanımızca bu iddia da tutarlı olmayacaktır. Zira varsayılan hâli ile 1951 Sözleşmesi'ne kıyasla mülteci lehine bir bir görünüm arz eden iç hukuk düzenlemesinin uygulanmasına öncelik verilmesi hem Kanun'un hem Anayasa'nın 90/son maddesinin amacıyla örtüşmektedir¹⁴³². Kaldı ki, 1951

¹⁴³¹ İlgili madde gerekçeleri şu şekilde kaleme alınmıştır: “**MADDE 4-** Madde ile geri gönderme yasağı düzenlenmiştir; **MADDE 54-** Madde ile haklarında sınır dışı etme kararı alınacak yabancılar sayılmıştır; **MADDE 55-** Madde sınır dışı etme kararının alınmayacağı durumlar düzenlenmiştir. Maddede belirtilen durumların sona ermesi hâlinde sınır dışı etme kararı alınacaktır. Maddede söz konusu değerlendirmelerin herkes için ayrı yapılacağı ve bu kişilerin belli bir adreste ikamet etmeleri ve istenilen şekil ve sürelerde bildirimde bulunmalarının istenebileceği belirtilmiştir”; bkz. <http://www.goc.gov.tr/default_b0.aspx?content=1037> (E.T.: 12.12.2012).

¹⁴³² İç hukuk düzenlemesinin, uluslararası sözleşmelere göre bireyin temel hak ve özgürlüklerinin korunması açısından daha olumlu bir içeriği hâiz olması hâlinde, önceliğin kısıtlamayı azaltan ya da kaldıran iç hukuk hükmüne verilmesi gerektiği genel olarak doktrinde kabul edilmektedir: LEVENT GÖNENÇ ve SELİN ESEN, «The Problem of the Application of Less Protective International Agreements in Domestic Legal Systems», *European Journal of Law Reform* 8, sayı 4 (2006): 493; MESUT GÜLMEZ, «İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Anayasa, md. 90/son)» (Türkiye Barolar Birliği, Ulusal Toplantı, Ankara, 05 Kasım 2004), 72; YILMAZ ÇİMEN, «İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Anayasa, md. 90/son)» (Türkiye Barolar Birliği, Ulusal Toplantı, Ankara, 05 Kasım 2004), 99; HÜSEYİN PAZARCI, «İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Anayasa, md. 90/son)» (Türkiye Barolar Birliği,

Sözleşmesi'nin uygulanmasına öncelik tanılsa dahi, Sözleşme'nin 5. maddesinin hükmü açıktır: “[b]u Sözleşme'nin hiçbir hükmü, bir Taraf Devlet tarafından mültecilere bu Sözleşme dışında sağlanan diğer hakları ve çıkarları ihlâl etmez”.

Öte yandan, Kanunun 54(2). maddesinin, uluslararası koruma başvurusunda bulunan yahut bu korumaya tabi kılınan bireyler bakımından geri gönderme yasağının istisnasını teşkil ettiği varsayılsa bile, (fiilî) mülteciler açısından 1951 Sözleşmesi'nin 33(2). maddesinde yer alan hükümle uyumsuzluk arz edeceği de belirtilmelidir. YUKK'un ilgili hükmünde, uluslararası koruma başvurusunda bulunmuş olan veya uluslararası korumaya tabi kılınan bireyin “*kamu düzeni açısından tehlike oluşturan bir suçtan kesin hüküm giymesi durumunda*” sınır dışı edilebileceği düzenlenmiştir. Oysa 1951 Sözleşmesi'nin 33(2). maddesinde yer alan geri gönderme yasağının istisnaları arasında bulunan benzer ifâdede “*özellikle ciddi bir suçtan dolayı kesinleşmiş bir hükümle mahkûm olduğu için bulunduğu ülkenin halkı için tehlike teşkil eden*” (fiilî) mülteciler yasağın kapsamı dışında bırakılmıştır¹⁴³³. İki hüküm karşılaştırıldığında, YUKK'un 54(2). maddesinin Sözleşme hükmüne kıyasla daha geniş bir içeriği hâiz olacak şekilde düzenlendiği anlaşılmaktadır. Kanun'un ilgili maddesi uyarınca, kamu düzeni açısından tehlike oluşturan her türlü suçun kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararına sebep teşkil etmesi durumunda, bu suçu işleyen bireyin sınır dışı edilebileceği anlaşılmaktadır. Buna karşılık 1951 Sözleşmesi'nin 33(2). maddesi, suçu kamu düzeni ile doğrudan doğruya ilişkilendirmemiş, suçu işleyen bireyin kamu güvenliğini tehlikeye sokmakta olmasını şart olarak öngörmüştür¹⁴³⁴. Böylece, kişi, ciddi bir suçtan kesin bir hükümle mahkûm olmuş bulunsa da ikinci bir değerlendirme ile halkın güvenliği

Ulusal Toplantı, Ankara, 05 Kasım 2004), 161; İBRAHİM Ö. KABOĞLU, «İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Anayasa, md. 90/son)» (Türkiye Barolar Birliği, Ulusal Toplantı, Ankara, 05 Kasım 2004), 225; İBRAHİM ŞAHBAZ, «Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Yargı Sistemindeki Yeri», *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* sayı 54 (2004): 213; KEMAL BAŞLAR, «Uluslararası Antlaşmalar», 314.

¹⁴³³ Söz konusu istisnaya yönelik ayrıntılı açıklamalarımız için bkz. yuk. §2.II.D.1.d.bb.

¹⁴³⁴ Bu hususta bkz. ELIHU LAUTERPACHT ve DANIEL BETHLEHEM, «Non-Refoulement», 140; JAMES C. HATHAWAY, *Rights of Refugees*, 351; GUY S. GOODWIN-GILL ve JANE MCADAM, *Refugee*, 237–242; PAUL WEIS, *Travaux Préparatoires*, 246; ATLE GRAHL-MADSEN, *Commentary*, 143.

açısından tehlike oluşturup oluşturmadığı belirlenmelidir¹⁴³⁵. Hâl böyle iken YUKK’un 54(2). maddesinden, ikinci değerlendirmeye gerek kalmaksızın kamu düzeni açısından tehlike oluşturan her türlü suçtan kesin bir hükümle mahkum olmuş kişilerin sınır dışı edilebileceği anlamı çıkarılabilmektedir. Bununla birlikte Sözleşme’nin ilgili hükmünde suçun niteliği “özellikle ciddi bir suç” olarak belirlenmiştir. Kanun’un 54(2). maddesinin geri gönderme yasağına istisna teşkil ettiği varsayımının kabulü durumunda, ilgili hükümde geçen “kamu düzeni açısından tehlike oluşturan suçlar” ifâdesinin Sözleşme’de yer alan “özellikle ciddi suç” teriminin karşılığı olarak kullanıldığı düşünülebilir. Bu durumda kamu düzeni açısından tehlike oluşturan bütün suçların “ciddi suç” olarak değerlendirilebileceği; dolayısıyla neredeyse TCK çerçevesindeki tüm suçların ciddi suç olarak kabul edilebileceği yönünde bir izlenim oluşabilecektir. Tam aksine 1951 Sözleşmesi, bu hususta oldukça katı bir yaklaşım sergileyerek suçun “özellikle ciddi” olmasını da aramış; suçun ciddiyetinin değerlendirilmesini gerekli kılmıştır. Bu bağlamda, geri gönderme yasağının istisnasını teşkil ettiği varsayılsa dahi, YUKK’un ilgili hükmünün Sözleşme’nin 33(2). maddesinde yer alan geri gönderme yasağının istisnalarını Sözleşme’nin lafzı ve amacına uygun bir şekilde yansıttığını söylemek mümkün olmayacaktır. Ayrıca, YUKK’un 54(2). maddesinin geri gönderme yasağının bir istisnası olarak kabul edilmesi durumunda sorun arz edebilecek bir husus da, bu istisnanın sadece sınır dışı etme hususunda etki doğurabileceği; geri gönderme yasağı kapsamında yasaklanan diğer eylemler (sınırdan geri çevirme, suçluların iâdesi) açısından geçerli olmayacağıdır.

Yapılan açıklamaların ışığında, kanımızca YUKK’daki düzenleme çerçevesinde Kanunun 54(2). maddesinin, geri gönderme yasağının istisnası olduğu yönünde bir yorum yapılması zordur. Bu bağlamda, YUKK’un 54(2). maddesinin, Kanunun 4. maddesi ile birlikte ele alınarak; bu hükümde herhangi bir istisnaya tâbi kılınmaksızın düzenlenen geri gönderme yasağına aykırılık teşkil etmeyecek biçimde uygulanması gerektiği sonucuna varmak mümkün hâle gelmiş olmaktadır.

¹⁴³⁵ Bu hususta bkz. yuk. §2.II.D.1.d.bb.i.

Bununla birlikte, Kanunda yasağa herhangi bir istisnanın getirilmemiş olmasının özellikle statü belirleme hususuna bazı olumsuz etkileri olabileceği düşüncesindeyiz. Geri gönderme yasağı çerçevesinde bireyin hayatının ya da özgürlüğünün tehdit altında olan yere gönderilmemesi hususunun 1951 Sözleşmesi çerçevesinde statü belirlemenin anahtar ölçütü olan “haklı nedenlere dayanan zulüm korkusu” kriteri ile yakın bir ilişki içerisinde olduğu; hatta bu iki ölçütün uygulamada çoğunlukla birbirleri ile denk kabul edildiği; zulüm kavramının ise geniş bir şekilde yorumlanmaya müsait olduğu hususları göz önüne alındığında, yasağın sadece istisna kabul etmeyen mutlak bir hak olan işkence yasağına giren hususları içermediği; daha geniş bir kapsamı hâiz olduğu anlaşılmaktadır¹⁴³⁶. Bu sebeple, bireyin mülteci statüsünün tanınmasına, dolayısıyla geri gönderilmemesine neden olan sebep, işkence yasağı gibi mutlak bir koruma alanı öngörmeyen bir başka hakkının/özgürlüğünün ciddi bir şekilde ihlâl edilmesi tehlikesinden de doğabilir yahut ciddi bir seviyeye ulaşmış olan ayrımcılık hâli de aynı çerçevede değerlendirilebilir. Bu tür durumlarda ise yasağın sınırlandırılması insan hakları hukukuna aykırılık teşkil etmemektedir. Bu bağlamda geri gönderme yasağının Türk hukukunda istisnaya yer verilmeksizin uygulanması iki olumsuz sonucu beraberinde getirebilecektir. İlk olarak, yasağın işkence yasağı dışındaki haklar bakımından da uygulanması; ancak bu haklar açısından istisnaya yer verilmemesi, 1951 Sözleşmesinde menşe ülkelerine geri gönderilmelerine cevaz verilen bireylerin ülkede kalmalarına; dolayısıyla güvenlik riskinin oluşmasına sebebiyet verebilecektir. İkinci olarak ise istisnaların uygulanmaması, geri gönderme yasağının kapsamının çok dar bir bakış açısıyla yorumlanmasına; sadece işkence yasağına girebilen hususların geri göndermeme sebebi olarak değerlendirilmesine neden olabilecektir¹⁴³⁷. Bu bağlamda, statü belirleme ile geri gönderme yasağı arasındaki yakın ilişki sebebiyle “haklı nedenlere dayanan zulüm korkusu” kriteri de bu katı bakış açısıyla yorumlanma tehlikesi ile karşı karşıya kalabilecektir. Bir başka ifâde ile (fiilî) (şartlı) mülteciler açısından hem bu bireylerin statülerinin tanınmasına hem geri

¹⁴³⁶ Bkz. yuk. §2.II.D.2.

¹⁴³⁷ Nitekim Kanun Taslağının 4. maddesinden geri gönderme yasağının istisnalarının çıkarılmasının gerekçesinin, “AİHS’in işkence yasağı başlıklı 3’üncü maddesinin mutlak geçerliliği” hususuna dayandırılmış olması, geri gönderme yasağının da sadece işkence yasağı ekseninde ele alınması yönündeki bir yaklaşımın gelişebileceğinin bir emaresi olarak kabul edilebilir.

gönderilmemelerine sebep teşkil edecek olan “zulüm ihtimâli” sadece insan hakları sözleşmelerinde yer alan işkence yasağı çerçevesinde kaldığı sürece geçerli bir neden olarak kabul edilme riskini hâiz olabilecektir. Bu yöndeki bir uygulamanın ise ne 1951 Sözleşmesi’nin öngördüğü koruma rejimi ile ne bu Sözleşme’nin amacıyla ne de mülteci hukukundaki çağdaş statü belirleme uygulamaları ile bağdaşması mümkün değildir.

III. TÜRK HUKUKUNDA MÜLTECİ STATÜSÜNÜN BELİRLENME USULÜ

Mülteci statüsünün belirlenme usulünü ayrıntılı olarak değerlendirmeye geçmeden önce statü belirleme usulünün kapsamı ve hukukî niteliğine ilişkin bazı hususlara değinilmesi önem arz etmektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, mülteci statüsünün belirlenmesi usulünden kast edilen aslında uluslararası koruma başvurusunun değerlendirilmesine yönelik usuldür. İlgilinin uluslararası koruma talebinin kabul edilmesi, ancak bireyin bir uluslararası koruma statüsünü hâiz olduğunun belirlenebilmesi ile mümkündür. Bir başka ifade ile yürürlükteki mevzuat açısından, başvuran ancak mülteci veya sığınmacı olarak kabul edildiği durumda uluslararası korumadan faydalanabilecek; YUKK’un yürürlüğe girmesi ile birlikte ise, kişinin (şartlı) mülteci ya da ikincil koruma statüsünün tanınması hâlinde uluslararası koruma başvurusu kabul edilebilecektir. Bu bağlamda Türk hukukunda tüm uluslararası koruma statülerinin belirlenmesi için aynı genel usulün geçerli olduğu vurgulanmalıdır¹⁴³⁸. Bu sebeple çalışmamızın konusu gereği, mülteci statüsünün belirlenmesi usulü olarak nitelendirsek de inceleyeceğimiz süreç, Türk hukukunda kabul edilen diğer uluslararası koruma

¹⁴³⁸ Yürürlükte bulunan mevzuat uyarınca Avrupa dışından gelerek sığınma talebinde bulunan bireyler, Türk hukukuna göre mülteci değil de sığınmacı olarak tanınabileceklerinden, söz konusu bireyler, BMMYK tarafından yürütülen mülteci statüsü belirleme sürecine de dâhil edilmektedir. Dolayısıyla bu kişiler için hem idari makamlarca işletilen bir sığınmacı statüsü belirleme usulü hem BMMYK tarafından işletilen bir mülteci statüsü belirleme usulü geçerli olmaktadır. Sığınmacı statüsünün belirlenme usulü, mülteci statüsü belirleme usulü ile aynı şekilde gerçekleştirilirken, BMMYK tarafından yürütülen mülteci statüsü belirleme usulü, BMMYK’nın kendi usul prensipleri çerçevesinde sürdürülmektedir. Paralel olarak yürütülen bu statü belirleme işleminin YUKK’un yürürlüğe girmesi ile birlikte şartlı mülteciler açısından sürdürülmeye devam edebileceği düşünülmektedir. Bu husustaki değerlendirmemiz, “Başvurunun BMMYK’ya Yapılması” başlığı altında yer almaktadır: bkz. a.ş. §8.III.A.5.c.

statülerinin belirlenmesini de kapsamaktadır; sadece mülteci statüsünün belirlenmesine has bir usûl olarak değerlendirilmemelidir.

1951 Sözleşmesi'nin statü belirleme usulüne ilişkin hususlarda sessiz kalmış olması ve bu hususları taraf devletlerin iç hukuklarından kaynak alan düzenlemelere bağlı kılması Türk hukukunda usule ilişkin konuların, tek başına iç hukuktan temel alan mevzuat çerçevesinde düzenlenmesini gerektirmiştir. Uluslararası korumadan faydalanmak isteyen bireylerin bu yöndeki başvurularının değerlendirilmesine yönelik usûle ilişkin olarak Türk hukukunda yürürlükte bulunan düzenlemeler ağırlıklı olarak 1994 Yönetmeliği ve 57 sayılı Genelge'de yer almaktadır. YUKK'da ise uluslararası koruma başvurusunun değerlendirilmesi konusunda yeni bir yapılanmaya gidilmiştir. Bu yeni yapılanma içerisinde, özellikle AB Usul Yönergesi model alınarak, eski düzenlemelerdeki eksiklikler giderilmeye ve uluslararası insan hakları ve mülteci hukukuna uygun ve kapsamlı bir çerçeve çizilmeye çalışılmıştır¹⁴³⁹. YUKK'un yürürlüğe girmesi ile birlikte 1994 Yönetmeliği ve 57 sayılı Genelge hukukî işlevini yitirecektir.

Türk hukukunda sığınma talebinin değerlendirilmesi usulü, fiilî mültecinin bu fiilî halinin resmen tanınması ve bu sayede uluslararası korumadan faydalanabilmesi amacıyla yetkili idari makama yaptığı başvuru ile başlayan bir süreçtir. Bu usul, nitelik itibarıyla idare hukuku boyutundan ele alınması gereken bir özellik göstermektedir. Zira bireyin talebiyle başlayan bu sürecin sonunda, ilgilinin mülteci statüsünün tanınma(ma)sına bağlı olarak uluslararası korumadan faydalandırılma(ma)sı yönünde idare tarafından ve idarenin tek taraflı irade beyanına dayanılarak verilen karar, idari bir işlemdir (karardır)¹⁴⁴⁰. Bu sebeple, uluslararası koruma başvurusunun değerlendirilmesi

¹⁴³⁹Belirttiğimiz hususlar Kanun'un Genel Gerekçesi'nin son paragrafında da vurgulanmıştır: <http://www.goc.gov.tr/default_B0.aspx?content=1036> (E.T.:12.10.2013).

¹⁴⁴⁰ İdari işlemi, “*kamu gücüne dayanarak tesis edilen, idare hukukuna ve keza uyumsuzluk hâlinde idari yargıya tâbi olan hukukî sonuç doğurmaya yönelik (tek yanlı) irade açıklamaları*” olarak tanımlamak mümkündür: Tanım için bkz. KEMAL GÖZLER ve GÜRSEL KAPLAN, *İdare Hukuku Dersleri* (Bursa, 2012), 266.

dolayısıyla mülteci statüsünün belirlenmesi usulünü de idari bir usul olarak kabul etmek gerekmektedir¹⁴⁴¹.

Türk hukukunda, idari usulü belirleyen genel bir kanunun olmaması, tüm idari işlemlerde, işlemin kurulmasından önce izlenen bir yol, usul olduğu gerçeğini değiştirmemektedir¹⁴⁴². Usul konusunda genel kurallarının bulunmaması, idari işlemlerin yapılış usullerinin farklılık arz etmesine sebep olmakla birlikte genellikle idari işlemlerin yapılış sürecinde idare tek yanlı iradesini açıklamadan önce onu bir hazırlık sürecinden geçirir, olgunlaştırır ve belli şartlar dâhilinde tespit edip açıklar¹⁴⁴³. Şu halde, genel bir ifade ile idari işlemin yapılış usulünün aşamalarını, usulün başlaması, hazırlık ve usulün sona ermesi/tamamlanması olarak ele alabilmek mümkündür. Bu bağlamda, idari bir işlem olarak nitelendirilen mülteci statüsü belirleme kararının oluşum sürecini, yani statü belirleme usulünü de belirtilen çerçevede; hem yürürlükteki mevzuat hem yakın bir gelecekte yürürlüğe girecek olan YUKK açısından incelemek yerinde olacaktır.

¹⁴⁴¹ Usul, idari işlemin oluşma sürecini belirli kıldığı gibi aynı zamanda onun bir unsurunu da oluşturur. İdari işlemlerin hem doktrinde hem yargı içtihatları çerçevesinde belli bir takım unsurları hâiz olduğu teyit edilmiştir. Bunlar, yetki, şekil ((-) usul), sebep, konu ve amaçtır. Usulün tek başına idari işlemin unsurlarından biri mi yoksa şekil içerisinde (veya usul-şekil biçiminde) değerlendirilen bir unsur mu olduğu hususu doktrinde tartışmalıdır. Örneğin Gözler ve Kaplan, usulü şekil unsurundan ayrı olarak değerlendirmekte ve bu şekilde incelemektedirler: Ibid., 304. Zabunoğlu ise, böyle bir sınıflandırmayı açıkça reddetmekte şekil ile usulün birlikte değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır. YAHYA KAZIM ZABUNOĞLU, *İdare Hukuku (Cilt I)* (Ankara, 2012), 318 ve 334. Keza Günday'da usulü şekil unsuru içerisinde değerlendirmektedir: METİN GÜNDAY, *İdare Hukuku*, 144. Özay ve Akyılmaz ise, şekil ve usulün birlikte ancak her bir ifadeyi de içerecek belirlilikte ele alınması gerektiğini ve usulün şekilden önce gelecek biçimde, “usul-şekil” hâlinde tek bir unsuru niteleyebileceğini belirtmektedirler: İL HAN ÖZAY, *Günüşğinde Yönetim* (İstanbul, 1996), 394; BAHTİYAR AKYILMAZ, *İdari İşlemin Yapılış Usulü* (Ankara, 2000), 67. Bununla birlikte, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun¹⁴⁴¹ (İYUK) 2. maddesinde, idari işlemin unsurları sayılırken şekil unsuru dışında ayrıca usule yer verilmemiş; yargı kararlarında da bu sınıflandırma benimsenmiştir. Ancak, ister tek başına ister şekil ile birlikte veya onun içinde değerlendirilsin, usulün idari işlemin unsurları içerisinde yer aldığı hususunda hem doktrinde hem yargı kararlarında uzlaşa mevcuttur: Ibid., 67; KEMAL GÖZLER ve GÜRSEL KAPLAN, *İdare Hukuku Dersleri*, 304; METİN GÜNDAY, *İdare Hukuku*, 143–150. Usulün idari işlemin unsurları içerisinde değerlendirilmesinin en etkili sonucu, usul kurallarına uyulmaması hâlinde, “usul sakatlığının” söz konusu olması ve bu durumun idari işlemi de sakatlamasıdır. Bu sebeple, usul sakatlıkları, esasa etkili oldukları durumda bir başka ifadeyle asli sakatlıklar olarak nitelendirilmek kaydıyla, idari işlemin hukuka aykırılığına sebep olabilirler: YAHYA KAZIM ZABUNOĞLU, *Cilt I*, 347 vd.; KEMAL GÖZLER ve GÜRSEL KAPLAN, *İdare Hukuku Dersleri*, 342.

¹⁴⁴² YAHYA KAZIM ZABUNOĞLU, *Cilt I*, 340.

¹⁴⁴³ KEMAL GÖZLER ve GÜRSEL KAPLAN, *İdare Hukuku Dersleri*, 332. Tanımda parantez içerisinde yer alan ifade tarafımızca eklenmiştir.

A. Başvurunun Yapılmasıyla Usulün Başlaması

Hâlen yürürlükte bulunan 1994 Yönetmeliği'nde statünün belirlenmesi usulünün başlaması, ilgilinin talebine bağlanmıştır (1994 Yönetmeliği md. 4). Başvuru, 57 sayılı Genelge'de: *“hem Avrupa ülkelerinden hem de Avrupa ülkeleri dışındaki ülkelerden Türkiye'ye gelen yabancı uyruklu bir kişinin ya da belli bir uyruğu olmayan vatansız bir kişinin, 1951 Sözleşmesi'nin 1. maddesi kapsamında, uluslararası korumadan faydalanma isteği”* olarak tanımlanmıştır. Bu bağlamda, başvuru ile başlayan sürecin, başvuruda bulunan bireyin 1951 Sözleşmesi'ne göre statüsünün belirlenmesi amacına hizmet ettiği açıktır. Ayrıca, Genelge'de yapılan başvuru tanımından çıkarılabilecek önemli bir sonuç da, coğrafi kısıtlamanın başvurunun tanımlanmasında herhangi bir etki doğurmamış olmasıdır.

YUKK'da da 1994 Yönetmeliği'nde olduğu gibi, statünün belirlenmesi usulünün ilgilinin yetkili makamlara yapacağı bir başvuru ile başlatılması öngörülmüştür (YUKK md. 65). Kanun'da başvurunun tanımına yer verilmemiş olmakla birlikte, başvurudan kast edilenin “uluslararası koruma başvurusu” olduğu rahatlıkla anlaşılmaktadır (YUKK md. 65(1)). Uluslararası korumanın ise YUKK'da, “mülteci, şartlı mülteci veya ikincil koruma statüsünü” ifâde ettiği açıkça belirtilmiş olduğundan, başvurunun mülteci statüsünü de kapsayacak şekilde, Kanun'da düzenlenmiş olan tüm uluslararası koruma statülerinin belirlenme usulünü başlattığı sonucuna varılmaktadır.

Mülteci statüsünün belirlenmesi usulünün başlamasının ilgilinin talebine bağlı kılınmış olması, statü belirleme işleminin isteğe bağlı olduğunu göstermektedir¹⁴⁴⁴. Şu

¹⁴⁴⁴ İdari işlemler, kural olarak ilgilinin herhangi bir talebine, rıza yahut onayına bağlı kılınmamışlardır: METİN GÜNDAY, *İdare Hukuku*, 133. Bu sebeple, idari işlemlerin çoğu, idarenin iradesini açıklamasıyla birlikte hukukî etki ve sonuç doğururlar: METİN GÜNDAY, *İdare Hukuku*, 133; KEMAL GÖZLER ve GÜRSEL KAPLAN, *İdare Hukuku Dersleri*, 295. Ancak, bazı idari işlemler yalnızca ilgilinin bir talepte bulunması ile taleplerinin yerine getirilmesi hususunda bir başvuruda bulunması sayesinde gerçekleşir. İşte bu tür işlemlere, “isteğe bağlı işlemler” ya da “istekli işlemler” denir: METİN GÜNDAY, *İdare Hukuku*, 133; KEMAL GÖZLER ve GÜRSEL KAPLAN, *İdare Hukuku Dersleri*, 295; YAHYA KAZIM ZABUNOĞLU, *Cilt I*, 317. Zira bu tür işlemler söz konusu olduğunda ilgili, idareye başvurarak, onu kendisi hakkında işlem yapmaya sevk eder: Ibid., 317.

hâlde, mülteci statüsünün belirlenme sürecini başlatan sebep, ilgilinin başvurusudur. Bu başvurunun yokluğunda, statü belirleme usulü de işletilmeyecektir.

Ne yürürlükteki ilgili düzenlemelerden ne YUKK'un ilgili hükümlerinden, başvurunun alınması hususunda idareye bir takdir yetkisi tanındığı anlaşılmaktadır. Bu bağlamda, uluslararası korumadan faydalanmak üzere idareye başvuran bireylerin, başvurularının işleme konulmasının zorunluluk arz ettiği ifade edilebilir. Bununla birlikte, ileride inceleneceği üzere YUKK'da bazı başvuruların “kabul edilemez” olarak değerlendirilebileceği düzenlenmiştir¹⁴⁴⁵. Kanımızca bu düzenleme, başvuruların alınmaması hususunda bir istisna teşkil etmemektedir. Söz konusu başvuruların “kabul edilemez” olduklarının belirlenebilmesi için de başvurunun alınması gerekmektedir. Ancak bu noktada belirtmek gerekir ki, başvurunun alınması, her zaman usul sürecinin diğer aşamalarına geçilmesi için bir güvence teşkil etmemektedir. Zira başvurunun alınması ile birlikte bir ön değerlendirme yapılarak, sürecin işletilmeye devam edip etmeyeceğine karar verilebilir. Nitekim Türk sığınma hukukunda da başvurunun alınmasından sonra bir ön değerlendirme sürecinin işletilmesi öngörülmüştür¹⁴⁴⁶.

1. Başvuruyu Almaya Yetkili Makam

Hem 1994 Yönetmeliği'nin 4. maddesi hem YUKK'un 65. maddesi uyarınca, başvuruyu almaya yetkili makam valilikler olarak belirlenmiştir. 1994 Yönetmeliğinde, yetkili valiliğin ilgilinin Türkiye'ye yasal yollardan gelip gelmediğine göre tespit edilmesi öngörülmüştür. Türkiye'ye yasal yollardan gelenler için bulundukları yer valilikleri, yasal olmayan yollardan gelenler için ise giriş yaptıkları yer valilikleri başvuruyu almaya yetkili kılınmıştır (Yönetmelik md. 4). YUKK'da ise böyle bir ayırım yapılmamıştır. Bununla birlikte, mevcut uygulamada başvurular, valiliklere bağlı İl Emniyet Müdürlükleri Yabancılar Şubelerine yapılmaktadır¹⁴⁴⁷.

¹⁴⁴⁵ Bkz. aşı. §8.III.C.1.a.aa.

¹⁴⁴⁶ Bkz. aşı. §8.III.B.1.a.

¹⁴⁴⁷ BÜLENT ÇİÇEKLİ, *Mülteciler*, 158.

Gerek yürürlükteki mevzuatta, gerek YUKK'da başvurunun kolluk görevlilerine yapılması hâli de düzenlenmiştir. 57 sayılı Genelge'de herhangi bir kolluk birimine sığınma başvurusunun yapılması hâlinde, başvuru sahiplerinin en kısa sürede ilgili ilin valiliğine veya İl Emniyet Müdürlüğü Yabancılar/Pasaport Yabancılar Şube Müdürlüğüne bizzat gecikmeden başvuru yapmalarını temin edecekleri düzenlenmiştir. YUKK'un 65. maddesinde ise, aynı hususta, bu başvuruların derhâl valiliğe bildirileceği hüküm altına alınmıştır.

2. Başvurunun Şekli

Şekil, hukuk düzeninde değişiklik meydana getirmeye yönelik iradenin kendisiyle açıklandığı şey olarak tanımlanmaktadır¹⁴⁴⁸. Bu bağlamda, hukukî düzenlemelerle, iradenin açıklanma şekli de belirli kriterlere bağlı kılınabilir. Nitekim bu durum, statü belirleme usulünün başlatan başvuru için de geçerlidir.

1994 Yönetmeliği'nde, başvurunun şekline ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamakla birlikte, 57 sayılı Genelge'de başvurunun yazılı bir dilekçe ile yapılacağı belirtilmiştir. YUKK'da ise başvurunun yazılı şekle tâbi olmasına ilişkin herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Ancak YUKK'un uygulanmasına ilişkin esas ve usulleri içerecek olan bir Yönetmelikte yazılı şekil şartının yer alacağı düşünülmektedir. Zira statü belirleme işleminin idari bir işlem olması, başvurunun da yazılı şekle tâbi kılınmış olması anlamına gelmektedir. Bu sebeple, söz konusu işlemin dayanağını veya sebebini teşkil eden ve yokluğu durumunda işlemi sakat hâle getirecek olan başvurunun da yazılı olarak yapılması hususunda bir kuşku bulunmamalıdır¹⁴⁴⁹.

¹⁴⁴⁸ KEMAL GÖZLER ve GÜRSEL KAPLAN, *İdare Hukuku Dersleri*, 326.

¹⁴⁴⁹ İdare hukukunda şekil serbestisi yoktur. İdari işlemlerin ilke olarak yazılı şekle tâbi olmasının yanında, idari işlemlerin yapılması sürecini başlatan başvuruların da yazılı olarak yapılması gerektiği kabul edilmektedir. “*Türk hukukunda idareye genel başvuru hakkını düzenleyen hükümlerden 2577 sayılı Kanun'un 10. maddesine göre 'ilgililer, haklarında idari davaya konu olabilecek bir işlem veya eylemin yapılması için idari makamlara başvurabilirler'. Gerek 10. madde gerekse 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun'un 7. maddesi, idareye bu başvurularla ilgili cevap verme yükümlülüğü yüklemektedir. 3071 sayılı Kanun'un 7. maddesinde 'başvuruların sonucu veya yapılmakta olan işlemin sefahatı hakkında dilekçe sahiplerine.. cevap verilir' denilmek suretiyle idari işlem sürecini başlatan*

3. Başvuruyu Yapacak Olan Kişiler

a. Başvurunun İlgili Tarafından Kendi Adına Yapılması

1994 Yönetmeliği'nin 4. maddesinde, “Türkiye’ye iltica eden veya başka bir ülkeye iltica etmek üzere Türkiye’den ikamet izni talep eden yabancılardan, Türkiye’ye yasal yollardan gelenler bulundukları yer valiliklerine, yasal olmayan yollardan gelenler ise giriş yaptıkları yer valiliklerine gecikmeden müracaat ederler” hükmüne yer verilmiştir. İlgili maddede başvurunun bizzat başvuran tarafından yapılması gerektiği açık olarak belirtilmemiş olmakla birlikte, 57 sayılı Genelge’de, “18 yaşın üzerindeki yasal yeterliliği olan her yetişkin kişinin kendi adına iltica/sığınma başvurusunda bulunmasının esas” olduğu belirtilmiştir.

Yürürlükte bulunan mevzuat çerçevesindeki görünümün YUKK ile değişikliğe uğramadığı anlaşılmaktadır. YUKK’un 65(1). maddesinde ise “[u]luslararası koruma başvuruları valiliklere bizzat yapılır” hükmüne yer verilmiştir. Başvurunun bizzat yapılması durumunda bireyin yasal temsilcisi veya avukatı aracılığıyla başvuruda bulunamayacak olması ise eleştirilmektedir¹⁴⁵⁰. Gerçekten de sığınma arama hakkının bireysel bir hak olarak kabul görmesi çerçevesinde başvurunun yasal temsilciler aracılığıyla veya özel vekâletname ile yapılabilmesinin uygun olabileceği düşünülebilir¹⁴⁵¹. Özellikle refakatsiz küçüklerin¹⁴⁵² uluslararası koruma başvurularının yasal temsilcileri aracılığıyla yapılması uygulamada gereklilik arz edebilecektir.

durumlardan birinin ilgilinin başvuru dilekçesi olduğu ifade edilmektedir”: BAHTİYAR AKYILMAZ, *Usul*, 124, dn. 111.

¹⁴⁵⁰ MAZLUM-DER’in YUKK’un Taslak hâline yönelik olarak hazırladığı raporda belirtilen hususta eleştirilere yer verilmiştir: bkz. <<http://www.mazlumder.org/webimage/YABANCILAR%20VE%20UAKKT%20hakk%C4%B1nda%20rapor%20-%20mazlumder.doc>> (E.T.: 12.12.2012).

¹⁴⁵¹ Bu sayede, İHEB tarafından tanınan ve artık uluslararası teamül hukuku kuralı hâline geldiği kabul edilen sığınma arama hakkının kullanılabilmesi kolaylaştırılmış ve güvence altına alınmış olacaktır. Bir statü olarak mültecilik kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olarak değerlendirilebilir. Ancak kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılabilmesi için de özel vekâletname yahut yasal temsilciler aracılığıyla başvuru yapılabilmesi mümkün olmalıdır. Nitekim vatandaşlık başvuruları açısından dahi özel vekâletname ile başvurma imkanı yasal olarak tanınmıştır (Türk Vatandaşlığı Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik md. 64(1)). Ayrıca vatandaşlık başvurularının yasal temsilci vasıtasıyla yapılabilmesi de mümkündür. Ayırt

b. Başvurunun İlgili Tarafından Aile Üyeleri Adına Yapılması

YUKK’da uluslararası koruma başvurusunun yapılmasına yönelik olarak, yürürlükteki mevzuatta yer almayan bir husus düzenlenmiştir. Esas kural, başvurunun ilgilinin kendi adına yapılması olsa da, YUKK’un 65(3). maddesinde ergin aile üyelerinin, kendi adlarına başvuruda bulunulmasına yönelik muvafakati alınmak kaydıyla, başvuru sahibinin başvuruları aynı gerekçeye dayanan ve kendisiyle birlikte gelen aile üyeleri adına başvuru yapabilmesine imkân tanınmıştır. Kanun’un “[t]anımlar” başlıklı 3 (a) maddesinde, aile üyeleri; *başvuru sahibinin veya uluslararası koruma statüsü sahibi kişinin eşini, ergin olmayan çocuğu ile bağımlı ergin çocuğunu* niteleyecek şekilde tanımlanmıştır. Bu bağlamda, eşlerin ergin olan çocuklarının bağımlı olmamak kaydıyla aile üyesi tanımının kapsamı dışında bırakıldığı görülmektedir. Böylece, adlarına bir başka aile üyesinin başvuru yapabileceği ergin bireylerin, eşler ve bağımlı olan çocuklar ile sınırlandırılmış olduğu anlaşılmaktadır.

YUKK’un ilgili maddesinde belirtilen şartları taşıyan aile bireyleri adına tek bir aile üyesinin başvuru yapabilmesi ve tüm aile üyelerinin aynı başvuru çerçevesinde değerlendirilebilmesi, mülteci hukuku açısından özel bir önem taşıyan ailenin bütünlüğü (*family unity/family integrity*) ilkesi ile bağlantılı olduğundan olumlu karşılanmalıdır. Zira aile hayatına saygı gösterilmesi ve ailenin korunması konusunda evrensel bir uzlaş olduğu kabul edilmektedir. İHEB’in 16(3). maddesinde, “*aile, toplumun, doğal ve temel unsurudur, toplum ve devlet tarafından korunur*” ifâdesine yer verilmek suretiyle, ailenin önemi zikredilmiştir. Nitekim AİHS’in 8. maddesi¹⁴⁵³ ve MSHS’nin 23(1). maddesi¹⁴⁵⁴

etme gücü bulunmayanların kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanamayacaklarına ilişkin görüşün zayıflamasına bağlı olarak bu hakların yasal temsilciler aracılığıyla yapılan başvurular vasıtasıyla kullanılabileceği kabul edilmektedir. Vatandaşlık başvurularının yapılması ve vatandaşlık hakkının kullanılması çerçevesinde benzer görüşleri için bkz. GÜLİN GÜNGÖR, *Tâbiyet*, 78 (dn. 285), 95 (dn. 320).

¹⁴⁵² Yürürlükte bulunan mevzuatta ve YUKK’da yer alan refakatsiz küçük/çocuk tanımları ve bu bireylerin sığınma usulü içerisindeki görünümüne ilişkin olarak bkz. aşa. §8.III.B.2.e.

¹⁴⁵³ AİHS’in 8. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir: “1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. 2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın

de aynı hususta düzenlemeler ihtivâ etmektedir. Türkiye'nin AİHS ve MSHS'ye taraf olması ve İHEB'de yer alan düzenlemelerin uluslararası teamül hukuku kurallarından kabul edilmesi sebebiyle, ailenin korunması hususunun Türk hukukunda bağlayıcılık arz ettiği belirtilebilir. Söz konusu bağlayıcılık, ailenin korunması konusunun Anayasa'da da zikredilmiş olması sebebiyle Anayasal bir temele de sahiptir. Anayasa'nın 20(1). maddesi “[h]erkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir” hükmü ile aile hayatına saygı gösterilmesi hakkını düzenlemiştir.

Aile hayatına saygı gösterilmesi/korunması hususunun aile bütünlüğünün muhafazasını da kapsamından hareketle, mülteci statüsünün belirlenmesi açısından da aile bütünlüğünün gözetilmesi önem taşımaktadır¹⁴⁵⁵. Statünün belirlenmesi sürecinin başlangıcını teşkil eden başvurunun aile üyelerini de kapsamı hususu, statünün tanınması durumunda ailenin bir bütün olarak statüden faydalanmasını sağlayacaktır. Bu durumda, bir aile üyesinin statüsünün tanınması, diğerlerinin tanınmaması sebebiyle ailenin parçalanması engellenmiş olacaktır. Hiç kuşkusuz bu durum ailenin bütünlüğü ilkesinin temin edilmesi anlamına gelecektir. Nitekim BMMYK'da belirttiğimiz hususa dikkat çekmiş ve El Kitabı'nda ailenin bütünlüğü ilkesine özel bir yer ayırmıştır. El Kitabı'nın altıncı bölümünde, 1951 Sözleşmesi'nin hazırlık çalışmalarında da ailenin bütünlüğü ilkesinin vurgulandığına değinilmiştir. El Kitabının ilgili bölümünde, Sözleşmenin oluşumunu sağlayan Diplomatik Konferansın son raporunda (*Final Act*) , devletlerin, mültecinin ailesinin korunması için gerekli tedbirleri alması ve ailenin birliğinin mültecinin esaslı bir hakkı olduğunun belirtildiği aktarılmaktadır¹⁴⁵⁶. Bu bağlamda aile reisinin yaptığı başvurunun kabul edilmesi hâlinde diğer aile üyelerinin de

veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir”.

¹⁴⁵⁴ MSHS'nin 23(1). maddesi şu şekilde düzenlenmiştir: “[a]ile, toplumun doğal ve temel birimidir ve toplum ve devlet tarafından korunma hakkına sahiptir”.

¹⁴⁵⁵ Bu hususta mülteci hukuku ve insan hakları hukuku çerçevesindeki ayrıntılı çalışmalar için bkz. KATE JASTRAM ve KATHLEEN NEWLAND, «Family Unity and Refugee Protection», içinde *Refugee Protection in International Law UNHCR's Global Consultations on International Protection*, ed. Erika Feller, Volker Türk, ve Frances Nicholson (Cambridge, 2003), 556 vd.; NUALA MOLE, *Asylum and ECHR*, 96 vd.

¹⁴⁵⁶ El Kitabı, para. 182.

mülteci statülerinin tanınmasının ailenin bütünlüğü ilkesinin bir gereği olduğu belirtilmiştir¹⁴⁵⁷.

4. Başvurunun Yapılma Süresi

Başvuru için ne 1994 Yönetmeliği'nde ne YUKK'da belirli bir süre şartı öngörülmemiştir. Ancak bu hususta 1994 Yönetmeliği'nin YUKK'a göre daha katı bir yaklaşımı hâiz olduğu da belirtilmelidir.

Yönetmeliğin 4. maddesinde, başvurunun “gecikmeden” yapılması gerektiği ve “makul olan en kısa süre içerisinde” müracaat etmeyenlerin gecikme nedenlerini açıklamak ve bu konuda yetkili makamlarla işbirliği yapmak zorunda oldukları” düzenlenmiştir. Esasen, Yönetmeliğin bu hükmü, 2006 tarihinde yapılan bir değişiklikle son hâlini almış bulunmaktadır. Değişiklikten önce, başvuru için 10 günlük bir süre belirlenmiş bulunmaktaydı¹⁴⁵⁸. Ancak 10 günlük süre şartının uygulanması sonucunda çok sayıda sığınmacı, sınır dışı edilme tehlikesi ile karşı karşıya kalmıştı. Bu tehlike ile karşılaşan sığınmacıların durumu birçok yargı kararına da konu olmuştur. İdare mahkemeleri ve Danıştay önüne gelen davalarda, 10 günlük süre şartı, sınır dışı işleminin sebebi olarak değerlendirilmiş ve bu sürenin uygulanmasının 1951 Sözleşmesine aykırılık teşkil ettiği belirlenerek, hukuka aykırılık saptanmış; sınır dışı işlemleri iptal edilmiş ve iptal kararları Danıştay tarafından onanmıştır¹⁴⁵⁹. Yönetmelikte yapılan değişiklik sayesinde bu hususta yargı yoluna başvurulma gereği de artık kalmamıştır.

¹⁴⁵⁷ Ibid., paras. 182, 184.

¹⁴⁵⁸ 1994 Yönetmeliği'nin yürürlüğe girdiği tarihte söz konusu süre “5 gün” olarak belirlenmiş bulunmaktaydı. Oldukça kısa olan bu sürenin uygulamada sıkıntılara yol açması sebebiyle, 1998 yılında Yönetmelikte yapılan değişiklik ile bu süre 10 güne çıkarılmıştır: NURAY EKŞİ, *Yabancılar Hukukuna İlişkin Temel Konular* (İstanbul, 2012), 73.

¹⁴⁵⁹ Bu yöndeki kararlar için bkz. Ankara 3. İdare Mahkemesi, E. 1998/544, K. 1998/1108, K.T. 12.11.1998 (Karar, Danıştay 10. Daire'nin E. 1999/154, K.2000/2755 sayılı ve 25.5.2000 tarihli Kararı ile onanmıştır); Ankara 3. İdare Mahkemesi, E. 1998/138, K. 1998/1115, K.T. 18.11.1998 (Karar, Danıştay 10. Daire'nin E. 1999/749, K. 2000/2755 sayılı ve 25.5.2000 tarihli Kararı ile onanmıştır); Ankara 3. İdare Mahkemesi, E.1998/139, K. 1998/1116, K.T. 18.11.1998 (Karar, Danıştay 10. Daire'nin E. 1999/746, K. 2000/5403 sayılı ve 25.10.2000 tarihli Kararı ile onanmıştır); Ankara 4. İdare Mahkemesi, E. 1999/350, K. 1999/503, K.T. 1999/903(Karar, Danıştay 10. Daire'nin E. 1999/5194, K.2001/821 sayılı ve 14.3.2001 tarihli Kararı ile onanmıştır); Ankara 4. İdare Mahkemesi, E. 2003/ 821, K.2004/280 , K.T. 10.3.2004

Yönetmelikte yer alan 10 günlük süre şartının kaldırılmış olması olumlu bulunsa da, ilgili düzenlemeye 2006 yılında eklenen “gecikmeden” ifâdesi Sözleşmeye uyum hususunda hâlâ bir takım şüphelerin oluşmasını engellememektedir. Zira 1951 Sözleşmesi, statü başvurusunda bulunmak için kural olarak herhangi bir süre kısıtlaması öngörmemiştir. Bununla birlikte, Sözleşme’nin 31 (1). maddesinde yer alan hüküm uyarınca, hayatlarının veya özgürlüklerinin, Sözleşme’nin 1. maddesinde gösterilen şekilde tehdit altında bulunduğu bir ülkeden doğruca gelerek izinsizce taraf devletin topraklarına giren veya bu topraklarda bulunan mültecilere gecikmeden yetkili makamlara başvurarak yasadışı girişlerinin veya bulunuşlarının geçerli nedenlerini göstermeleri koşuluyla, yasadışı yollardan girişleri veya bulunuşlarından dolayı ceza verilmeyecektir. Sözleşme’nin 31(1). maddesinde yer alan “gecikmeden” ifâdesi ise, tüm sığınma başvuruları için geçerli olan bir şart olarak değerlendirilmemelidir; zira bu ifâde, sadece ülkeye yasadışı yollardan girmiş olan veya ülkede bulunuşları yasadışı hâle gelmiş olanlar açısından geçerlidir¹⁴⁶⁰. Ayrıca bu hüküm, yalnızca ülkeye yasa dışı yoldan giren veya ülkede bu şekilde bulunan bireylerin, başvurularını gecikmeden yapmak kaydıyla, söz konusu girişlerinin veya bulunuşlarının herhangi bir yaptırımla sonuçlanmayacağına ilişkin güvence sağlamayı amaçlamakta¹⁴⁶¹ başvuru için özel bir süre kısıtlaması öngörmemektedir.

Kaldı ki, Sözleşme’nin başvuru süresi hususunda herhangi bir düzenleme ihtiva etmemesine rağmen, ulusal düzenlemelerle belirli süreler öngörülebilirse de, söz konusu süre şartına riayet edilmeden yapılan başvuruların değerlendirmeye alınmaması, hem sığınma arama hakkının ihlâlüne hem de sonuçları bakımından geri gönderme yasağına

(Karar, Danıştay 10. Daire’nin E. 2004/8769, K. 2007/2735 sayılı ve 18.05.2007 tarihli Kararı ile onanmıştır); Ankara 3. İdare Mahkemesi, E. 2003/823, K. 2003/1095, K.T. 18.09.2003 (Karar, Danıştay 10. Daire’nin E. 2004/1387, K.2007/3925 sayılı ve 09.07.2007 tarihli Kararı ile onanmıştır); anılan kararlar için bkz. NURAY EKŞİ ve BÜLENT ÇİÇEKLİ, *Danıştay 10. Daire Kararları*.

¹⁴⁶⁰ 1951 Sözleşmesi’nin uygulanma alanına ilişkin ayrıntılı bilgiler için bkz. JAMES C. HATHAWAY, *Rights of Refugees*, 385–405.

¹⁴⁶¹ Ibid., 408.

uyulmamasına yol açabilecektir¹⁴⁶². Bu sebeple, BMMYK Yürütme Kurulu da 15 sayılı kararında, başvuru için ulusal hukuklarca öngörülen süreye uyulmaması veya benzeri şartların yerine getirilmemesi durumunun, sığınma başvurusunun değerlendirmeye alınmaması sonucunu doğurmaması gerektiğini vurgulamıştır¹⁴⁶³.

Belirtilen nedenlerle, kanımızca, 1994 Yönetmeliği'nin 4. maddesinde yer alan ve ülkeye yasal veya yasadışı yoldan girmiş olması fark etmeksizin sığınma başvurusunda bulunan tüm yabancılar için etki doğuran “gecikmeden” ifâdesi, başvurunun değerlendirmeye alınması hususunda bir şart olarak görülmemelidir.

Nitekim belirttiğimiz çerçeveye uygun olarak YUKK kapsamında, kural olarak, başvuru için herhangi bir süre şartı veya başvurunun gecikmeden yapılmasına dair bir koşul aranmamıştır. Bununla birlikte, YUKK'un 65(4). maddesine göre, ülkeye yasa dışı yoldan girenlere veya ülkede bu şekilde kalanlara söz konusu girişlerinden veya kalışlarından dolayı cezaî işlem yapılmaması için bu bireylerin “makul bir süre içinde” başvurularını yapmaları öngörülmüştür. Zikrettiğimiz hükmün 1951 Sözleşmesi'nin 31(1). maddesi ile aynı amacı taşıdığı ve bu bağlamda, sığınma başvurusunda bulunan tüm bireyler için başvurunun gecikmeden yapılması yönünde geçerli olan bir süre şartı içerecek şekilde değerlendirilemeyeceği ise açıktır. Bununla birlikte, başvuruların makul sürede yapılmaması ve gecikme nedenlerinin açıklanmamasının, başvurunun değerlendirilmesi aşamasında, bireyin ifâdelerinin güvenilirliği hususunda etkili olabileceği belirtilmelidir.

¹⁴⁶² Nitekim *Jabari v. Turkey* davasında AİHM, Türk hukukunda o dönem 5 gün olan başvuru süresinin AİHS'in 3. maddesiyle etkileşimini değerlendirirken, şu ifâdelere yer vermiştir: “ [m]ahkemeye göre, bir iltica başvurusunda bulunmak için bu tür kısa süreli otomatik ve mekanik bir sınırlama Sözleşme'nin 3. maddesinde öngörülen temel hakkın korunmasıyla çelişmektedir”: *Jabari v. Turkey*, App. No. 40035/98, 11.10.2000, para. 40. Bu hususta ayrıca bkz. JAMES C. HATHAWAY, *Rights of Refugees*, 387.

¹⁴⁶³ BMMYK Yürütme Kurulu Kararı, S. 15(XXX) (*Refugees without an Asylum State*), 1979.

5. Başvurunun Yapılmasına İlişkin Özel Durumlar

a. Hürriyeti Kısıtlanmış Olan Kişilerin Başvuruları

Sığınma arama ve sığınmadan faydalanma hakkının İHEB’de tanınan bir hak olması ve bir uluslararası teamül hukuku kuralı olarak kabul edilmesi sebebiyle, bireylerin, sığınma başvurusunda bulunarak mültecilik statülerinin belirlenmesini talep etmesi engellenmemelidir. Bu bağlamda, herhangi bir sebeple hürriyeti kısıtlanmış olan bireylerin de statülerinin tanınması yönünde başvuruda bulunmaları uluslararası hukuktan kaynaklanan bir hak olarak nitelendirilebilir. Kaldı ki, hürriyetin kısıtlanmış olması, 1951 Sözleşmesi’nde mülteci statüsünün tanınmasına ilişkin olan ölçütler arasında yer alan bir unsur da değildir. O hâlde, hürriyetin kısıtlanması hâli statünün tanınmasına engel teşkil etmemektedir.

Yürürlükte bulunan mevzuat içerisinde, hürriyeti kısıtlanmış olan kişilerin başvurularının değerlendirmeye alınmasına ilişkin herhangi bir özel hüküm bulunmamaktadır. Ancak böyle bir düzenlemenin yapılmamış olması, bu bireylerin başvurularının alınmayacağı ve işleme konulmayacağı anlamına gelecek şekilde de yorumlanmamalıdır. Mevcut durum, sadece bu bireylerin başvurularının alınması hususunda özel bir güvence getirilmediği anlamını taşıyabilir; yoksa yukarıda da belirttiğimiz gibi, uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerin yerine getirilmesi bu bireylerin başvurularının da alınmasını icap ettirmektedir. Ayrıca, sığınma arama hakkının bireysel bir hak olarak nitelendirilmesi ışığında, hürriyeti kısıtlanmış olan bireylerin başvurularının alınmaması en başta Anayasa’nın 10. maddesinde kendine yer bulan eşitlik ilkesine aykırılık teşkil edebilecektir.

Nitekim YUKK bu hususu özel olarak düzenlemiş ve değindiğimiz güvenceyi sağlamıştır. YUKK’un 65(5). maddesinde, hürriyeti kısıtlanan kişilerin uluslararası koruma başvurularının valiliğe derhâl bildirileceği hüküm altına alınmıştır.

b. Başvurunun Sınır Kapılarında Yapılması

Başvurunun sınır kapılarında yapılabilmesi hususunda, 1994 Yönetmeliği'nde herhangi bir hüküm yer almamakla birlikte, 57 sayılı Genelge, başvurunun sınır kapılarında kolluk görevlilerine yapılabileceğini ancak başvurunun bu şekilde yapılması hâlinde, başvuru sahiplerinin en kısa sürede ilgili valiliğe ya da İl Emniyet Müdürlüğü Yabancılar/Pasaport Yabancılar Şube Müdürlüğüne bizzat gecikmeden başvuru yapmalarının temin edileceğini öngörmektedir. Benzer şekilde, YUKK'un 65(2). maddesinde de başvurunun sınır kapılarında kolluk birimlerine yapılması hâlinde, bu başvuruların derhâl valiliğe bildirileceği düzenlenmiş; böylelikle sınır kapılarında da başvuruların yapılabilmesine cevaz verilmiştir.

Bununla birlikte, sınır kapılarında yapılan başvurular açısından mevcut uygulamada bir takım sıkıntıların yaşandığı da aktarılmaktadır. UAÖ, uluslararası korumaya muhtaç kişilerin sınır kapılarında sığınmaya erişimlerinin engellenmesi hususunda kaygı duyulduğunu belirtmektedir¹⁴⁶⁴. UAÖ Türk sığınma mevzuatının sınır kapılarında sığınma başvurusu yapılmasına imkân tanıdığını ancak sığınmacılara karşı yükümlülüklerin yer aldığı yasal düzenlemelerin sadece sınır kapılarından geçilmesi durumunda geçerli olduğunu vurgulamaktadır¹⁴⁶⁵. Gerçekten de, yürürlükteki düzenlemelere bakıldığında, 57 Sayılı Genelge'de hudut kapılarında, başvuranların sığınma prosedürüne erişimlerini sağlamak için en az bir görevlinin tespit edileceği; başvurunun gerçekleşmesi durumunda bu personelin başvuruları işleme alacağı düzenlenmiş olmasına rağmen, 1994 Yönetmeliğinin 2. maddesinde, Yönetmeliğin kapsamı belirlenirken, münferiden iltica etmek isteyen veya başka ülkelere iltica etmek üzere izin talep eden yabancılardan söz edilmiş ve bu kişilerin yasal veya yasal olmayan yollardan ülkemize “gelen” kişiler oldukları belirtilmiştir. Böylece, bireysel sığınma talebinde bulunan yabancıların ancak ülkeye girmiş olmaları hâlinde kendilerine

¹⁴⁶⁴ ULUSLARARASI AF ÖRGÜTÜ, *İki Arada Bir Derede*, 13.. Aynı yöndeki kaygılar, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri *Hammarberg*'in 2009 tarihinde, Türkiye'yi ziyaretini müteakiben hazırladığı raporda da belirtilmiştir: THOMAS HAMMARBERG, *Avrupa Konseyi Raporu*, 10–12.

¹⁴⁶⁵ ULUSLARARASI AF ÖRGÜTÜ, *İki Arada Bir Derede*, 13.

Yönetmelik hükümlerinin uygulanabileceği anlaşılmaktadır. Bu noktada, 1994 Yönetmeliği ile 57 Sayılı Genelge arasında bir uyumsuzluk olduğu aşikârdır. Bununla birlikte, hiç kuşkusuz, YUKK'un yürürlüğe girmesiyle birlikte, sınır kapılarında başvuruların alınması hususu kanunla düzenlenmiş olacağından, söz konusu uyumsuzluğun son bulması beklenmektedir.

c. Başvurunun BMMYK'ya Yapılması

BMMYK, Türkiye'deki faaliyetlerini 1960 yılında açılan Türkiye Temsilciliği bünyesinde yürütmektedir. Türkiye Temsilciliğinin BMMYK'nın dünyadaki en büyük ofislerinden biri olduğu aktarılmaktadır¹⁴⁶⁶.

BMMYK'nın Türkiye'deki faaliyetlerinin uluslararası hukuktan kaynak alan iki temel dayanağı vardır. Bunlardan ilki, BMMYK'nın yetki ve görev alanını belirleyen Kuruluş Tüzüğü; diğeri de 1951 Sözleşmesi'nin 35. maddesidir¹⁴⁶⁷. BMMYK'nın Türkiye'deki faaliyetlerini sürdürmesinin iç hukuktan kaynaklanan mevcut hukukî dayanağının ise 1994 Yönetmeliği'nin 7. maddesi olduğu anlaşılmaktadır. İlgili maddede, İçişleri Bakanlığı'nın *“Türkiye'ye iltica eden veya başka bir ülkeye iltica etmek üzere Türkiye'den ikamet izni talep eden münferit yabancılara ilişkin işlemler ile barınma, iaşe, nakil, üçüncü ülkelere kabul, gönüllü geri dönüş, pasaport ve vize temini gibi hususlarda, diğer bakanlık, kurum ve kuruluşlar ile Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği, Uluslararası Göç Örgütü gibi uluslararası kuruluşlar ve sivil toplum örgütleri ile işbirliğinde”* bulunabileceği düzenlenmiştir.

Yürürlüğe girmesiyle birlikte, 1994 Yönetmeliği'nin hukukî etkisini ortadan kaldıracak olan YUKK'da ise, BMMYK ve işbirliği içerisinde olunabilecek diğer örgütlere ilişkin olarak daha kapsamlı bir düzenlemenin yer aldığı görülmektedir. Kanunun *“uluslararası koruma süreçlerinde işbirliği”* başlığını taşıyan 92. maddesine göre, *“(1) Bakanlık, bu Kısımda yazılı uluslararası koruma süreçleriyle ilgili konularda,*

¹⁴⁶⁶ SAİME ÖZÇÜRÜMEZ ve ŞİRİN TÜRKAY, «Epistemik Topluluk», 33.

¹⁴⁶⁷ Bkz. yuk. §2.III.B.

5/5/1969 tarihli ve 1173 sayılı Milletlerarası Münasebetlerin Yürütülmesi ve Koordinasyonu Hakkında Kanun çerçevesinde Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği, Uluslararası Göç Örgütü, diğer uluslararası kuruluşlar ve sivil toplum kuruluşlarıyla iş birliği yapabilir. (2) Sözleşme hükümlerinin uygulanmasına nezaret etme görevini yerine getirmesinde, Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliğiyle gerekli iş birliği sağlanır. Bakanlık, bu Kanun çerçevesindeki uluslararası koruma, başvuru, değerlendirme ve karar süreçlerini belirlemeye, bu amaçla Dışişleri Bakanlığının uygun görüşü alınmak suretiyle Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliğiyle uluslararası anlaşma niteliği taşımayan protokoller yapmaya yetkilidir. (3) Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliğinin uluslararası koruma başvurusunda bulunmuş kişilere sınır kapıları da dâhil olmak üzere erişimi ve başvuru sahibinin de kabul etmesi şartıyla, başvurusuyla ilgili bilgilere erişimi sağlanır. Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği, başvurunun her aşamasında görüşlerini yetkililere iletebilir”.

Türkiye’nin 1951 Sözleşmesi’ni coğrafi kısıtlama ile uygulamakta olması, Avrupa dışında meydana gelen olaylardan dolayı mültecilik hâline girmiş olan bireylerin mülteci statülerinin de BMMYK tarafından belirlenmesini gerektirmektedir. Zira BMMYK’nın bu bireylerin, “mülteci” olarak kabul edilecekleri üçüncü ülkelere yerleştirilmesini sağlaması, mülteci sorununa kalıcı çözümler bulma amacının bir parçasını oluşturmaktadır¹⁴⁶⁸.

Bu sebeple, Türk sığınma hukukunda coğrafi kısıtlama ekseninde şekillenen özel durumdan dolayı, statü belirleme işlemleri açısından da özel bir usul uygulanmaktadır. Paralel usul olarak nitelendirilebilecek olan bu süreç, özellikle Avrupa dışından gelen sığınmacıların “mülteci” statülerinin belirlenebilmesi için BMMYK’ya başvurmalarını gerektirmektedir. Böylelikle, Avrupa dışından gelen sığınmacılar için iki aşamalı bir statü

¹⁴⁶⁸ BMMYK’nın kalıcı çözümler açısından sürdürdüğü faaliyetlere ilişkin olarak ayrıntılı bilgiler için bkz. ALEXANDER BETTS, GIL LOESCHER, ve JAMES MILNER, *UNHCR*, 86–89.

belirleme uygulaması gerçekleştirilmektedir¹⁴⁶⁹. Aslında, bu iki aşama aynı anda ve birbirinden bağımsız olarak gerçekleşen iki süreçtir¹⁴⁷⁰. Zira Avrupa dışından gelerek sığınma arayışında olan bireyler, bir yandan Türk idari makamlarına başvurarak 1994 Yönetmeliği çerçevesinde şekillendirilen “sığınmacı” statülerinin tanınmasına çalışmakta diğer yandan da BMMYK’ya başvurarak 1951 Sözleşmesi ekseninde “mülteci” statülerinin belirlenmesini talep etmektedir¹⁴⁷¹.

Bununla birlikte, BMMYK sığınma usulünün başlangıcından itibaren Komiserliğin katılımını sağlamak amacıyla standart bir mekanizmanın henüz geliştirilmediğini belirtmektedir¹⁴⁷². BMMYK’ya göre, 1994 Yönetmeliği’nin 7. maddesinde, işbirliği yapılacak örgütler arasında BMMYK’dan bahsedilse de, ilgili madde yalnızca BMMYK’nın yerleştirme işlemlerini kolaylaştırmaktaki rolünü ifâde etmektedir¹⁴⁷³. Gerçekten de Yönetmeliğin ilgili hükmü incelendiğinde, özel olarak statü belirleme konusunda BMMYK ile işbirliği yapılabilmesine değinilmediği ve işbirliğinin kapsamı konusunda oldukça genel ifâdelere yer verildiği görülmektedir. Nitekim BMMYK ile hukukî zemine oturtulmuş özel bir işbirliği içerisinde olunmaması, devletin idari bir organı olma niteliğini hâiz olmayan bu örgütün, statü belirleme hususundaki işlemlerinin de doğrudan doğruya Türk hukuku açısından bir etki doğurmadığı/doğurmayacağı anlamını taşımaktadır¹⁴⁷⁴. Bu sebeple, BMMYK tarafından mülteci statüsü tanınan bir bireyin idari makamlarca sığınmacı statüsünün tanınması konusunda bir zorunluluk söz

¹⁴⁶⁹ KEMAL KİRİŞÇİ, «Türkiye Coğrafi Sınırlamayı Kaldırıyor mu? Türkiye’de Kasım 1994 Sığınma Yönetmeliği», *Sığınmacı ve Göçmenlerle Dayanışma Derneği Yayın Serisi* sayı 2 (1996): 16; BÜLENT ÇİÇEKLİ, *Mülteciler*, 162.

¹⁴⁷⁰ SAİME ÖZÇÜRÜMEZ ve ŞİRİN TÜRKAY, «Epistemik Topluluk», 35.

¹⁴⁷¹ Ibid.

¹⁴⁷² UNHCR (Koordinatör: Selen Koçak), *Gerçekler & Rakamlar*, 18; T.B.M.M. İNSAN HAKLARI İNCELEME KOMİSYONU, *T.B.M.M. Raporu*, 89. YUKK’un hazırlık çalışmalarında da BMMYK temsilcileri tarafından paralel usule ilişkin yönetilen eleştirilerde, “Avrupa veya diğer ülkelerin üçüncü ülke olarak Türkiye’den gönderilenleri kabul etme yükümlülüğü olmadığı; bu sebeple, (YUKK ile) Türkiye’den yabancıların bunları kabul yükümlülüğü olmayan ülkelere yerleştirilmesi görevinin ya da bu yönde bir yetkinin BMMYK’ya verilemeyeceği” ifâde edilmiştir: NURAY EKŞİ, *YUKK (Tasarısı)*, 14.

¹⁴⁷³ UNHCR (Koordinatör: Selen Koçak), *Gerçekler & Rakamlar*, 18.

¹⁴⁷⁴ Sığınma taleplerinin alınması ve değerlendirilmesinde UNHCR’in resmi bir rolünün bulunmadığı hususunda bkz. ULUSLARARASI AF ÖRGÜTÜ TÜRKİYE ŞUBESİ, *Mülteci Çalıştayları 2004-2005* (Ankara, 2008), 294.

konusu değildir. Böyle bir zorunluluğun olmaması sebebiyle, Avrupa dışında meydana gelen olaylardan dolayı mültecilik hâline girmiş olan bireylerin, BMMYK başvuru yapmış olması, sığınmacı statülerinin tanınması yönünde idari makamlara yaptıkları başvurunun alınması için bir şart olarak da değerlendirilmemelidir. Ancak uygulamada, paralel usulün işletilmesine özen gösterildiği, doğrudan idari makamlara başvuranların Avrupa dışından gelmiş oldukları tespit edildiğinde, mülteci statülerinin değerlendirilebilmesi için BMMYK'ya yönlendirildiği bilinmektedir¹⁴⁷⁵. Aynı şekilde, Avrupa dışından gelerek doğrudan doğruya BMMYK'ya başvuran sığınmacılar da, sığınmacı statülerinin belirlenebilmesi için idari makamlara yönlendirilmektedir¹⁴⁷⁶. Ayrıca uygulamada özellikle, geri gönderme yasağını ihlâl etmeme kaygısıyla, BMMYK'nın statü belirleme değerlendirmelerinin dikkate alındığı da gözden kaçmamaktadır¹⁴⁷⁷.

Hâlen devam etmekte olan uygulamada Avrupa dışından gelen sığınmacılar açısından bu şekilde oluşan görünüm, kanımızca YUKK'un yürürlüğe girmesiyle büyük bir değişikliğe uğramayacaktır. Zira YUKK'da da tıpkı 1994 Yönetmeliği gibi mülteci statüsünün tanımı açısından coğrafi kısıtlamanın muhafaza edildiği görülmektedir. Şu hâlde şartlı mültecilerin YUKK kapsamında, üçüncü ülkeye yerleştirilinceye kadar ülkede kalışlarına izin verilen bireyler olarak zikredilmiş olmasından dolayı (YUKK md. 62), söz konusu kişilerin mülteci statülerinin tanınması için BMMYK'ya başvurmaya

¹⁴⁷⁵ T.B.M.M. İNSAN HAKLARI İNCELEME KOMİSYONU, *T.B.M.M. Raporu*, 274; ULUSLARARASI AF ÖRGÜTÜ TÜRKİYE ŞUBESİ, *Mülteci Çalıştayları 2004-2005*, 294.

¹⁴⁷⁶ T.B.M.M. İNSAN HAKLARI İNCELEME KOMİSYONU, *T.B.M.M. Raporu*, 91.

¹⁴⁷⁷ İdari makamların verdiği kararlarla, BMMYK tarafından verilen kararların %99 oranında birbirini tuttuğu yönünde bkz. ULUSLARARASI AF ÖRGÜTÜ TÜRKİYE ŞUBESİ, *Mülteci Çalıştayları 2004-2005*, 294. Bununla birlikte, BMMYK'nın verdiği kararlar ile idari makamlar tarafından verilen kararların birbiri ile çeliştiği durumlar da ortaya çıkmaktadır. Nitekim YUKK'un hazırlık çalışmaları sırasında, Avrupa dışında meydana gelen olaylardan dolayı sığınma başvurusunda bulunan bireyler hakkında "İçişleri Bakanlığı'nın olumsuz, BMMYK'nın olumlu görüş vermesi hâlinde sorun çıktığı; İçişleri Bakanlığı'nın olumsuz kararı üzerine yabancının Türkiye'den çıkması gerektiği; İçişleri Bakanlığı'nın idari yargı tarafından verilen kararlara uymak zorunda olduğu için sığınma başvurusu reddedilen yabancı tarafından açılan idari davanın reddedilmesi hâlinde idarenin yargı kararı uyarınca yabancıyı Türkiye'den sınır dışı edeceği ancak bu yabancı hakkında BMMYK'nın mülteci başvurusunun kabulüne karar vermesi hâlinde bir çelişkinin ortaya çıktığı dile getirilmiştir": NURAY EKŞİ, *YUKK (Tasarısı)*, 14 vd.

devam edecekleri ve paralel usulün de sürdürüleceği yönünde bir çıkarım yapılabilir¹⁴⁷⁸. Ancak YUKK'un yürürlüğe girmesiyle, BMMYK ve idari makamların statü belirleme hususundaki işbirliği iç hukukta daha açık bir temele dayanmış olacaktır. Zira YUKK'un söz konusu işbirliğine ilişkin hükümler ihtivâ eden 92. maddesinde, İçişleri Bakanlığı'nın uluslararası koruma statülerini belirleme konusunda BMMYK ile uluslararası anlaşma niteliği taşımayan protokoller yapabileceği düzenlenmiştir. Ancak bu noktada hemen belirtmek gerekir ki, şartlı mültecilerin statü belirleme kararının verilmesi hususunda doğrudan doğruya BMMYK'nın yetkili kılınması mümkün olmamalıdır. Zira her ne kadar BMMYK ile işbirliğine yönelik protokoller yapılsa bile bu durum BMMYK'nın vereceği kararların bir idari makam kararı ile eş tutulmasını sağlayamayacaktır. Bu bağlamda, BMMYK ile idari makamların statü belirleme kararlarında yeknesaklığın sağlanabilmesi önem taşımaktadır. Yeknesaklığın sağlanabilmesi için ise, idari makamların şartlı mülteci statüsünün belirlenmesinde Sözleşme'nin yorumlanmasına ve çağdaş mülteci hukukundaki yaklaşımlara, BMMYK'nın bu husustaki tavsiyelerine titizlikle önem vermesi gerekmektedir.

B. Hazırlık Aşaması

Bir idari işlem olan mülteci statüsünün belirlenmesine yönelik süreç, başvurunun yapılması ile başlar ve daha sonra başvurunun incelenmesi aşamasına geçilir. Bu aşama, statünün belirlenmesine yönelik olan kararın alınmasından önce yapılan hazırlık işlemlerinden oluşur. Hazırlık işlemleri, asıl işlemin hazırlık sürecinde aşılması gereken bir aşamayı oluşturduklarından; icrai nitelikte değildir; bunlara ön işlemler de denir¹⁴⁷⁹. Hazırlık işlemleri icrai nitelikte olmadıkları için tek başlarına herhangi bir hukukî sonuç doğurmazlar¹⁴⁸⁰.

Mülteci statüsünün belirlenmesine yönelik hazırlık işlemlerini içeren aşama ön incelemenin gerçekleştirildiği kayıt ve kontrol aşamasını ve başvuranla sözlü olarak

¹⁴⁷⁸ UNHCR (Koordinatör: Selen Koçak), *Gerçekler & Rakamlar*, 19.

¹⁴⁷⁹ KEMAL GÖZLER ve GÜRSEL KAPLAN, *İdare Hukuku Dersleri*, 297.

¹⁴⁸⁰ Ibid.

gerçekleştirilen mülakat aşamasını kapsamaktadır. Bunun yanında, hazırlık süreci boyunca, idare gerekli gördüğü durumlarda, karar verme sürecinin sağlıklı bir şekilde işleyebilmesini, güvenliğin korunabilmesini ve idarenin bazı durumlarda kısa sürede karara ulaşmasını sağlayabilmek amacıyla bir takım tedbirler uygulayabilecektir. Ancak hazırlık aşamasının her adımında âdil bir kararın oluşturulabilmesine hizmet etmek amacıyla başvuranın bir takım usûl güvenceleri ile donatılmış olması da gerekmektedir.

1. Başvurunun İncelenmesi

a. Ön İnceleme-Kayıt ve Kontrol

Başvurunun yapılmasıyla birlikte takip edilecek usul hakkındaki yürürlükteki hukukî çerçeveyi 1994 Yönetmeliği ve 57 sayılı Genelge çizmektedir. Belirtilen mevzuattan, başvuruların değerlendirilmesi sürecine başvuranla yapılan mülakatın temel teşkil ettiği anlaşılmaktadır¹⁴⁸¹. Ancak mülakatın yapılmasından önce, yetkili makamlar tarafından yerine getirilmesi gereken bazı işlemler de söz konusudur. Öncelikle, başvurana, başvuruya ilişkin takip edilecek usul hakkında ve bireyin bu süreç içerisindeki hak ve yükümlülüklerine yönelik olarak bilgi verilmesi gerekmektedir¹⁴⁸². Mülakata geçilmeden önce yapılması gereken bir işlem de, başvuranın kimliğinin tespit edilmesi, fotoğraf ve parmak izlerinin alınmasıdır (Yönetmelik md. 5(a)). Genellikle menşee ülkelerinden kaçarak gelen başvuru sahipleri, kaçış hâlindeyken yanlarına kimliklerini belirtecek herhangi bir belge alamamaktadırlar. Bu durumun bilincinde olarak 57 sayılı Genelge’de, başvuru sahibinin sunmuş olduğu kimliğini tespiti yarayan tüm belgeler (kimlik cüzdanı, evlilik cüzdanı, sürücü belgesi, pasaport, vb) ile Türkiye’ye geliş yolunda kullandığı araç bilet(ler)i ve başvuru sırasında ibraz ettiği her türlü delil

¹⁴⁸¹ 1994 Yönetmeliğinin “Müracaat Makamlarının Görevleri” başlığını taşıyan 5. maddesinin (b) fıkrasında Türkiye’ye iltica eden veya başka bir ülkeye iltica etmek üzere Türkiye’den ikamet izni talep eden münferit yabancıların 1951 Sözleşmesi gereğince mülakatlarının yapılacağı belirtilmektedir. 57 Sayılı Genelge’de de mülakatın işleyişine ilişkin hususlar ele alınmıştır.

¹⁴⁸² 57 sayılı Genelge uyarınca, başvurana verilecek olan bilginin kapsamına, yükümlülüklerine uymamalarının ya da yetkililer ile işbirliğinde bulunmamalarının muhtemel sonuçları ve mülteci/sığınmacı statüsü verildikten sonra o statüyle ilgili hak ve yükümlülükleri de girmektedir. Tüm bu bilgiler başvurana yazılı ve sözlü olarak, başvuru tarihinden itibaren en geç 3 gün içinde bildirilecektir.

niteliğindeki belgeler (okul diploması, menşe ülkesinde çalışma hayatında kullandığı görev kimliği, kredi kartı ekstresi, adına gönderilmiş mektup adresini içeren zarf vb.), ülkesindeki aile bireyleri ve akrabalarının açık kimlikleri telefon ve adres bilgileri alınacağı belirtilmektedir. Bu belgelerin alınmasının nedeni, kişinin kimliğine ilişkin beyanını doğrulayabilecek veya bu beyanların aksine kanıt teşkil edebilecek delillere ulaşılabilmesidir. Kimlik tespit çalışmaları sonunda başvuranın verdiği bilgilerin aksine bir kanıt elde edilememesi durumunda başvuranın kimliğine yönelik beyanı esas olarak alınmaktadır¹⁴⁸³. Başvuru sahibinin kimliğine ilişkin belge sunamaması hâlinde, varsa beraberinde gelenler ile daha önce aynı menşe ülkeden Türkiye'ye gelenler arasında söz konusu başvuruları tanıyanların bilgisinden de yararlanılmaktadır¹⁴⁸⁴. Başvuru sahibinin kimliğine ilişkin bilgiler tespit edildikten sonra, kendisine başvurusundan itibaren en geç onbeş gün içerisinde kimlik kartının (Kimlik Tanıtma Belgesi)¹⁴⁸⁵ verilmesi gerekmektedir. Valilikler, sığınma usulü süresince yeni bir bulguya ulaşmadıkça, başvuru ile ilgili diğer işlemlerde Kimlik Tanıtma Belgesi üzerindeki bilgilerden faydalanılmaktadır¹⁴⁸⁶. Bu süreç içerisinde, başvuranların parmak izleri ve fotoğrafları da alınmaktadır. AFIS (*Automated Fingerprint Identification System*) olarak kısaltılan "Otomatik Parmak İzi Teşhis Sistemi"¹⁴⁸⁷ sayesinde bu parmak izlerinin sorgulaması yaptırılarak, başvuranın parmak izinin daha önce sistemde yer alıp almadığı tespit edilmektedir¹⁴⁸⁸. 57 sayılı Genelge uyarınca, önceden parmak izi ve fotoğraflarının alındığı tespit edilen başvuru sahipleri hakkında, Pasaport-Yabancılar ve Yabancılar Şube Müdürlüklerince EGM Yabancılar Hudut İltica Dairesi Başkanlığına ivedi bilgi verilmektedir. Daha önce parmak izi ve fotoğraflarının alındığı belirlenen sığınma

¹⁴⁸³ Bkz. 57 Sayılı Genelge, 9 vd.

¹⁴⁸⁴ Bkz. Ibid, 10.

¹⁴⁸⁵ Bkz. Ibid., EK-4. Genelge'nin 1 ila 15 sayılı ekleri, Yabancılar Hudut İltica Dairesi Başkanlığı'nın POLNET ortamındaki <<http://egm1ydbmmb01>> adresinde bulunmaktadır.

¹⁴⁸⁶ Bkz. Ibid., 10.

¹⁴⁸⁷ AFIS, Amerika'nın tüm eyaletlerinde, Avrupa'nın tüm ülkelerinde, Asya ve Afrika'daki bir çok ülkede kullanılan bir sistemdir. AFIS'e ilişkin olarak ayrıntılı bilgiler için bkz. E.G.M ASAYİŞ DAİRE BAŞKANLIĞI PARMAK İZİ ŞUBE MÜDÜRLÜĞÜ, «Otomatik Parmak İzi İşlemleri (AFIS) (Tanıtım)», *Polis Bilimleri Dergisi* 1, sayı 2 (1998): 111–116.

¹⁴⁸⁸ BÜLENT ÇİÇEKLİ, *Mülteciler*, 159.

başvurusu sahibinin bu durumu gizlediği anlaşılmış ise, gizleme nedeni ve/veya farklı isimle başvuruda bulunma gerekçeleri ve gerçek kimliğine ilişkin hususlar, detaylı bir şekilde öğrenilmeye çalışılmaktadır¹⁴⁸⁹.

Başvuru sahibinin kimliğinin tespit edilmesi özellikle iki sebepten ötürü önem arz etmektedir. İlk olarak, kimlik bilgilerinin belirlenmesi güvenlik açısından gereklidir. Bireyin ülke güvenliğini ya da halkın güvenliğini tehlikeye sokabilecek bir durumunun olup olmadığının tespitinde kimlik bilgilerinden yola çıkarak bir araştırma yapılmaktadır. İkinci olarak ise bireyin mülteci/sığınmacı başvurusuna dayanak teşkil eden hadiselerin değerlendirilmesinde, zulüm ihtimâlinin söz konusu kişiye doğrudan yönelmiş olup olmadığının tespitinde kimlik bilgilerinin belirli olması gereklilik taşımaktadır.

Başvuru sahibinin kimlik bilgileri tespit edildikten ve parmak izi alındıktan sonra kendisiyle bir ön görüşme yapılmaktadır. Bu ön görüşme sırasında başvuru sahibi “iltica –sığınma başvuru sahiplerine tebliğ edilecek hususlar” hakkında bilgilendirilmektedir. Ayrıca, başvuran için bu görüşme sırasında “iltica-sığınma müracaat ve ön görüşme formu” da düzenlenmektedir¹⁴⁹⁰. Ön görüşme formunun düzenlenmesindeki amaç, başvurunun içeriğinin, başvuranın hangi yollarla ülkeye ulaştığının, Türkiye’ye gelirken geçtiği ülkeler ve güzergâhların, daha önce uluslararası koruma başvurusunda bulunup bulunmadığının, hangi ülkenin vatandaşı olduğunun, Türkiye’de hâlihazırda kaldığı yerin ve burada yakınlarının olup olmadığının v.b.¹⁴⁹¹ tespit edilmesidir. Formun düzenlenmesi esnasında alınan bu bilgiler, mülakat sırasında izlenecek usul açısından olduğu kadar¹⁴⁹², başvuru sahibinin mülteci/sığınmacı statüsünün tanınması sırasında değerlendirilecek

¹⁴⁸⁹ 57 Sayılı Genelge, 10.

¹⁴⁹⁰ Ibid., s. 11. Belirtilen Form, 57 sayılı Genelge’nin Ekleri arasında yer almaktadır.

¹⁴⁹¹ Ön görüşme sırasında düzenlenen iltica/sığınma müracaat ve ön görüşme formunun düzenlenebilmesi için başvuru sahibi ile ilgili olarak mutlak suretle cevap alınmasına dikkat edilecek hususlar için bkz. Ibid., 11.

¹⁴⁹² 57 sayılı Genelge gereğince, başvuru sahibine, kendini daha iyi ifade edebilmek için kişisel mülakatı esnasında kadın veya erkek mülakatçı ve tercümandan hangisi ile görüşme yapmak istediği sorulacaktır. Bazı durumlarda, başvuranın talebi olmasa da ön görüşmeyi yapan görevli, mülakatçının veya tercümanın cinsiyeti konusunda karar verebilir. Örneğin, başvuran tecavüze veya cinsel tacize uğramış bir kadın ise, o zaman ön görüşmeyi yapan görevli, gerekli görürse, mülakatın veya tercüme işlemlerinin kadın görevliler tarafından yapılmasını sağlayabilecektir.

ölçütler açısından da önem taşımaktadır. Örneğin, başvuranın ön görüşme formunun düzenlenmesi sırasında çifte tabiiyete sahip olduğu anlaşıldığında, tabiiyetini taşıdığı devletlerden biri tarafından kendisine koruma sağlanabilecek olması, mülteci/sığınmacı statüsünün tanınmasını engelleyebilecektir.

Ön görüşmenin tamamlanması ile birlikte, başvurana kişisel mülakatın yapılacağı tarihi ve saati bildiren “kişisel mülakat randevu belgesi”¹⁴⁹³ verilmekte ve daha sonra mülakat aşamasına geçilmektedir.

Yürürlükte bulunan mevzuat çerçevesinde aktardığımız bu hazırlık sürecini mülakata geçilmeden önce yapılan bir ön inceleme aşaması olarak niteleyebiliriz. Benzer bir aşamanın YUKK’da da düzenlendiği görülmektedir. YUKK’un “*kayıt ve kontrol*” başlığını taşıyan 69. maddesinde bu süreç şu şekilde düzenlenmiştir: “(1) *Uluslararası koruma başvuruları valiliklerce kaydedilir.*(2) *Başvuru sahibi kayıt esnasında kimlik bilgilerini doğru olarak bildirmek ve varsa kimliğini ispatlayacak belge ve seyahat dokümanlarını yetkili makamlara teslim etmekle yükümlüdür. Bu yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak amacıyla, başvuru sahibinin üzerinde ve eşyalarında kontrol yapılabilir.*(3) *Kayıt esnasında başvuru sahibinin kimliğine ilişkin belge olmaması hâlinde, kimlik tespitinde kişisel verilerinin karşılaştırılmasından ve yapılan araştırmalardan elde edilen bilgiler kullanılır. Kimlik tespit araştırmaları sonucunda da kimliğine dair bilgi elde edilememesi hâlinde, başvuranın beyanı esas alınır.*(4) *Kayıt esnasında; başvuru sahibinin menşe veya ikamet ülkesini terk etme sebepleri, ülkesini terk ettikten sonra başından geçen ve başvuru yapmasına neden olan olaylar, Türkiye’ye giriş şekli, kullandığı yol güzergâhları ve vasıta bilgileri, daha önceden başka bir ülkede uluslararası korumaya başvurmuş veya korumadan yararlanmışsa, bu başvuru veya korumaya ilişkin bilgi ve belgeleri alınır.*(5) *Mülakat zamanı ve yeri kayıt esnasında bildirilir.*(6) *Kamu sağlığını tehlikeye düşürebileceği değerlendirilen başvuru sahibi sağlık kontrolünden geçirilir.*(7) *Başvuru sahibine kayıt esnasında; kimlik bilgilerini içeren, uluslararası koruma başvurusunda bulunduğunu belirten, otuz gün geçerli kayıt*

¹⁴⁹³ Bkz. 57 sayılı Genelge’nin 5 No’lu Eki.

belgesi verilir. Kayıt belgesi, gerektiğinde otuz günlük sürelerle uzatılabilir. Kayıt belgesi, hiçbir harca tabi olmayıp başvuru sahibinin Türkiye’de kalışına imkân sağlar”.

Görüldüğü gibi YUKK’un ilgili maddesi, mülakat aşamasına geçilmeden önce gerçekleştirilen ve bireyin kimlik bilgilerinin ve korunma ihtiyacına dayanak teşkil eden iddialarının genel olarak kayıt altına alındığı bir aşamadır. Bu kayıt ve kontrol aşaması, hâlen yürürlükte bulunan 57 sayılı Genelge çerçevesinde gerçekleştirilen uygulama ile paralellik göstermektedir. Bu sebeple, 57 sayılı Genelge’deki düzenlemeyi incelerken aktardığımız hususları tekrar etmek yerine, YUKK’un konuya ilişkin olarak Genelge’den ayrılan noktalarına değinmekte fayda olacaktır. Bu farklılıklardan ilki, Genelge’de düzenlenmemiş bir hususa ilişkindir. YUKK’da bireyin kimliğinin tespit edilebilmesi için üzerinde ve eşyalarında arama yapılabileceği hüküm altına alınmıştır. Başvuranın kimliğine ve kaçış sürecine ilişkin beyanlarının güvenilir olup olmadığının belirlenmesi açısından bu şekilde bir aramanın yapılması olağan karşılanabilir. Ancak, söz konusu arama gerçekleştirilirken bir takım hususlara da dikkat edilmesi gerekmektedir. Aramanın, bireyin insanlık onurunu, fiziksel ve ruhsal bütünlüğünü zedeleyici şekilde yapılmaması gerekmektedir¹⁴⁹⁴. Kanımızca bu husustaki güvencelere Kanun’un uygulanmasına yönelik olarak düzenlenecek yönetmelikte yer verilmesi uygun olacaktır. Ön inceleme-kayıt ve kontrol hususunda, YUKK’da yer alan ancak Genelge’de bulunmayan diğer bir konu da, kamu sağlığını tehlikeye düşürebileceği değerlendirilen başvuru sahibinin sağlık kontrolünden geçirilmesine ilişkindir (YUKK md. 69(6)). Kamu sağlığı açısından bu yönde bir tedbirin alınmasının elbette olumlu bulunması gerektiği ancak kamu sağlığının tehlikeye sokulmasının tek başına geri gönderme yasağının bir istisnasını teşkil etmediği ve statünün dışında bırakılma ölçütleri arasında da yer almadığı belirtilmelidir. Bu sebeple, bireyin kamu sağlığını tehlikeye sokabilecek bir durumda ise,

¹⁴⁹⁴ Örneğin, AİHM, bireyin tamamen çıplak bırakılarak aranmasının ciddi şüpheye yer verecek bir durum olmadığı sürece, onur kırıcı ve küçük düşürücü muamele teşkil edeceğine, yine bireyin bu şekilde diğer kişiler önünde aranmasının da aynı sonucu doğuracağına hükmederek, AİHS’in 3. maddesine aykırılık oluşacağı yönünde karar vermiştir. Bu hususta bkz. *Frerot v. France*, App. No. 70204/01, 12.06.2007. Nitekim, Kanun’un genel olarak model aldığı AB Usûl Yönergesi’nde de bu hususa değinilmiştir. Yönerge’nin 13(d) maddesinde, bireyin üzerini arayacak kişinin aynı cinsiyetten olması, aramanın insanlık onurunu, fiziksel ve ruhsal bütünlüğü zedelemeyecek biçimde gerçekleştirilmesi gerektiği belirtilmiştir.

statü değerlendirmesine son verilmesi veya menşe ülkesine gönderilmesi, uluslararası hukuktan kaynaklanan sorumlulukların yerine getirilmesi açısından sorun teşkil edebilecektir.

b. Mülakat

Gerek yürürlükteki mevzuatta gerek YUKK'da mülteci statüsünün belirlenmesi süreci içerisinde, başvuranla mülakat yapılması öngörülmüştür. 1994 Yönetmeliği'nin 5(b) maddesinde, başvuranların *“1951 tarihli Mültecilerin Hukukî Durumuna Dair Cenevre Sözleşmesi gereğince mülakatlarının yapılacağı”* belirtilmiştir. 1951 Sözleşmesi'nin statü belirleme usulüne ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer vermemiş olması sebebiyle, Yönetmelikte yer alan ilgili hükmün açık bir anlama sahip olduğunu söylemek zordur. Zira 1951 Sözleşmesi, mülakatın nasıl yapılacağına dair herhangi bir hüküm ihtiva etmemektedir. Ancak mülakatın başvuru sahibinin korunmaya ihtiyacının olup olmadığının belirlenmesi ve bu bağlamda söz konusu bireyin mültecilik hâline girmesine sebebiyet veren olayların statü belirleme ölçütleriyle uyuşup uyuşmadığının tespit edilmesinde hayatî bir önem taşıdığı göz önüne alındığında, Yönetmelikle Sözleşme'ye yapılan göndermenin de statü belirleme ölçütlerine ilişkin olduğu sonucuna varılabilecektir.

Yürürlükteki mevzuat içerisinde, mülakatın nasıl gerçekleştirileceğine ilişkin çerçeve ise 57 sayılı Genelge ile çizilmiştir. Genelge uyarınca, mülakatlar, her bir somut başvuru ekseninde bağımsız ve kişisel olarak yapılmalı, zorunlu olmayan hâller dışında aile bireyleri olmadan gerçekleştirilmelidir. Mülakat sırasında yapılan işlemler sorgulama işlemleri olmayıp, başvuranın talebine konu olan hadiselerin belirlenmesi amacını taşımaktadır; bu sebeple mülakat sırasında başvuranın kendini en iyi şekilde ifade edebileceği bir ortamın oluşturulması gerekmektedir¹⁴⁹⁵.

¹⁴⁹⁵ Genelge uyarınca, mülakat sırasında başvuran açısından bir güven ortamı oluşturulmalı, gerektiği durumlarda tercüman mutlaka bulundurulmalı ve tercümanın hiçbir şekilde kendi kişisel yorumunu iletmesine fırsat verilmemelidir: 57 sayılı Genelge, 13 vd.

Mülakat sonunda mülakatçı tarafından “iltica-sığınma mülakat formu” ve başvuru sahibinin verdiği tüm bilgi ve belgeler değerlendirilerek bir mülakat raporu hazırlanmaktadır¹⁴⁹⁶. Rapor başvuru sahibi hakkında karar vermede belirleyici etken bir rol oynayacağından oldukça hassas ve önemli bir belge olarak değerlendirilmelidir. Mülakatın ve mülakat raporunun hazırlanması ile birlikte mülakata ilişkin tüm evraklar karar merciine yollanmaktadır. Karar verilinceye kadar, Yönetmeliğin 6. maddesi uyarınca, başvuran İçişleri Bakanlığı’nın uygun göreceği bir merkez veya misafirhanede barındırılmakta ya da Bakanlıkça gösterilecek bir yerde serbest ikamete tabi tutulmaktadır.

YUKK’da ise mülakata ilişkin olarak 1951 Sözleşmesi’ne herhangi bir gönderme yapılmamıştır. YUKK’un 75(1). maddesinde “*etkin ve âdil karar verebilmek amacıyla başvuru sahibiyle kayıt tarihinden itibaren 30 gün içinde bireysel mülakat yapılacağı*” hüküm altına alınmıştır¹⁴⁹⁷. Böylece mülakatın, etkin ve âdil bir statü belirleme kararına temel teşkil ettiği teyit edilmiştir. Buna ek olarak, mülakatın kural olarak “bireysel” biçimde gerçekleştirilmesi gerektiği de kabul edilmiş olmaktadır. Mülakatın bireysel olarak gerçekleştirilmesi, başvuran bireyin kendini herhangi bir baskı altında kalmadan özgürce ifade edebilmesini sağladığı gibi aynı zamanda mülakatın gizliliği açısından da önemlidir. Bununla birlikte, bazı durumlarda, mülakata başvuran dışında başka bireylerin de katılması gerekebilir. Nitekim YUKK’un 75(1). maddesinde, *aile üyelerinin de bulunmasının gerekli görüldüğü durumlarda, kişinin muvafakati alınarak mülakat aile*

¹⁴⁹⁶ Ibid., 15.

¹⁴⁹⁷ YUKK’un mülakat başlığını taşıyan 75. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir: “(1) Etkin ve adil karar verebilmek amacıyla, başvuru sahibiyle kayıt tarihinden itibaren otuz gün içinde bireysel mülakat yapılır. Mülakatın mahremiyeti dikkate alınarak, kişiye kendisini en iyi şekilde ifade etme imkânı tanınır. Ancak, aile üyelerinin de bulunmasının gerekli görüldüğü durumlarda, kişinin muvafakati alınarak mülakat aile üyeleriyle birlikte yapılabilir. Başvuru sahibinin talebi üzerine, avukatı gözlemci olarak mülakata katılabilir.(2) Başvuru sahibi, yetkililerle iş birliği yapmak ve uluslararası koruma başvurusunu destekleyecek tüm bilgi ve belgeleri sunmakla yükümlüdür.(3) Özel ihtiyaç sahipleriyle yapılacak mülakatlarda, bu kişilerin özel durumları göz önünde bulundurulur. Çocuğun mülakatında psikolog, çocuk gelişimci veya sosyal çalışmacı ya da ebeveyni veya yasal temsilcisi hazır bulunabilir.(4) Mülakatın gerçekleştirilememesi hâlinde, yeni mülakat tarihi belirlenir ve ilgili kişiye tebliğ edilir. Mülakat tarihleri arasında en az on gün bulunur.(5) Gerekli görüldüğünde başvuru sahibiyle ek mülakatlar yapılabilir.(6) Mülakatlar sesli veya görsel olarak kayıt altına alınabilir. Bu durumda mülakat yapılan kişi bilgilendirilir. Her mülakatın sonunda tutanak düzenlenir, bir örneği mülakat yapılan kişiye verilir”.

üyeleriyle birlikte yapılabilir hükmüne yer verilmiş; aile üyelerinin de mülakata katılması hususunda idareye bir takdir yetkisi tanınmıştır. Elbette “gerekli” olan hâllerin titizlikle değerlendirilmesi ve takdir hakkı kullanılırken, bireyin kendini en iyi şekilde ifade edebilmesini engelleyerek âdil ve etkin bir statü belirleme kararının verilmesini sekteye uğratabilecek sonuçlardan kaçınılması gerekmektedir. YUKK’da mülakatın gerçekleştirilmesine yönelik olarak olumlu bir gelişme de şekillendirilmiştir. YUKK’un 75. maddesinin birinci fıkrasında, “[b]aşvuru sahibinin talebi üzerine, avukatı gözlemci olarak mülakata katılabilir” hükmüne yer verilmiştir.

Mülakat sırasında başvuranın kendisi hakkında, başından geçtiğini iddia ettiği olaylar hakkında ve menşe ülkesi hakkında mümkün olduğunca kapsamlı bilgilere ulaşılması gerekmektedir. Özellikle başvuranın menşe ülkesine yönelik bilgiler, bireyin ifâdelerinin güvenilirliğinin tespit edilmesinde ve her durumda başvurunun değerlendirilmesinde anahtar bir rol oynamaktadır¹⁴⁹⁸. Bu durumun bilincinde olarak, menşe ülke bilgilerinin toplanması ve bu hususta bir menşe ülkesi bilgi sistemi oluşturulması için İçişleri Bakanlığı bünyesinde faaliyetler devam etmektedir¹⁴⁹⁹.

¹⁴⁹⁸ Ekşi, menşe ülke ve iltica bilgi sisteminin hukukî açıdan bir tür delil teşkil ettiğini ve deliller ne kadar doğruysa adaletin de o ölçüde gerçekleşebileceğini belirterek, menşe ülke bilgilerinin mülteci statüsünün belirlenmesindeki anahtar rolünü vurgulamıştır: NURAY EKŞİ, *YUKK (Tasarısı)*, 186.

¹⁴⁹⁹ Avrupa Birliği Komisyonu ile ortaklaşa finanse edilen Göç ve İltica konusunda Üst Düzey Çalışma Grubu Projesi kapsamında BMMYK Türkiye Ofisi’nin de katkıları ile Ocak 2004 – Eylül 2006 döneminde Türkiye’deki iltica sistemini güçlendirmeyi hedefleyen proje gerçekleştirmiştir. Bu bağlamda, sığınmacıların başvurularının değerlendirilmesinde daha güvenilir bir mülteci statüsü belirleme sistemine katkıda bulunması açısından, karar verici kişilerin kapsamlı bir menşe ülke bilgisi sistemine erişimlerini sağlamak hedeflenmiştir. Aynı zamanda kurulma çalışmalarının sürdürdüğü yeni iltica sistemine bilgi ve tecrübe katkısı sağlanmıştır: <<http://www.unhcr.org.tr/?lang=en&content=96&page=18>> (E.T.: 12.12.2012). Bunun yanı sıra “Menşe Ülke ve İltica Bilgi Sistemlerinin Kurulması Hakkında Proje, 2010 yılında tamamlanmış, “İltica ve Menşe Ülke Bilgi Sisteminin Kurulumuna Destek Sağlanması” adını taşıyan [TR06 IBJH 01] sayılı Eşleştirme Projesi ise 2008 yılında başlatılmış ve hâlen devam etmektedir. Projeler çerçevesinde, AB üyesi ülkeler ile Türkiye’nin Akdeniz, Karadeniz Bölgelerindeki komşu ülkelerinin uygulamaları değerlendirilmekte, menşe ülke bilgisi ve iltica dosya yönetimi konularında çalışmalar sürdürülmektedir. Menşe Ülkesi Bilgi Sisteminin kurulumunun tamamlanmasıyla, başvuru sahiplerinin kimlik, parmak izi gibi bilgilerini de içerecek şekilde ülkeye girişlerinden itibaren toplanan bütün bilgiler İltica Dosya Yönetim Sistemine girilerek tüm iltica işlemlerinin elektronik ortamdan izlenebilmesi sağlanacaktır: Menşe Ülke ve İltica Bilgisi Hakkında Uluslararası Konferans, Avrupa Birliği Eşleştirme Projesi TR-06-IB-JH-01 Menşe Ülke ve İltica Sistemlerinin Kurulmasına Destek Sağlama: Avrupa Birliği’ne Üye Ülkeler ile Türkiye ve Akdeniz/Karadeniz Bölgelerindeki Türkiye’nin Komşu Ülkelerinin Uygulamaları, 22-25 Mart 2010 Antalya-Türkiye, naklen Ibid., 187.

2. Hazırlık Aşamasındaki Usûlî Haklar ve Güvenceler

Genel olarak hakkında idari bir işlem tesis edilmekte olan bireyin, bu işlemin doğru ve âdil bir şekilde oluşturulabilmesi için bir takım haklar ve güvencelerle donatılmış olması en başta hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir¹⁵⁰⁰. Buradan hareketle, idari işlemin yapılış sürecine ilgilinin katılımını sağlayan dinlenilme hakkı ve bu hakkın tamamlayıcısı olarak da görülen bilgi ve belgelere erişim hakkının sağlanması temel birer güvence teşkil etmektedir¹⁵⁰¹. Nitekim belirttiğimiz güvenceler, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin idarenin işlemleri karşısında bireyin korunması hakkında verdiği 77/31 sayılı tavsiye kararında da¹⁵⁰² zikredilmiştir¹⁵⁰³.

Mülteci statüsünün belirlenmesi sürecinde de bu genel güvenceler önem arz etmekle birlikte, sürecin kendine has bir takım özellikler taşıması başka güvencelerin de sağlanmasını gerektirir¹⁵⁰⁴. Örneğin statüsünün tanınması için başvuruda bulunmuş olan bireyin yabancı olması, bu kişinin sürece katılımının sağlanabilmesi veya eriştiği bilgi ve belgeleri anlayabilmesinin bir tercüman vasıtasıyla gerçekleştirilmesini gerektirebilir. Buna ek olarak, ilgilinin dâhil olduğu sürece ilişkin olarak bir takım danışmanlık

¹⁵⁰⁰ BAHTİYAR AKYILMAZ, *Usul*, 75 vd.

¹⁵⁰¹ *Ibid.*, 139 vd.

¹⁵⁰² “Türkiye’nin üye olduğu Avrupa Konseyi’nin hukuksal etkinliği, sözleşmeler ve tavsiye kararları biçiminde ortaya çıkmaktadır. Bakanlar Komitesi tavsiye kararı (recommendation), Bakanlar Komitesinin, Avrupa Konseyi Statüsünün 15/b hükmüne dayanan, ulusal yasa koyuculara ve idarelere ölçütler getiren, üye devletlerin hükümetlerine yönelik uluslararası karardır. Bağlayıcı olmamakla birlikte, kararların uzlaşma ile alınması ve Komite’nin hükümetleri tavsiyeler doğrultusunda karar alıp almadıklarını bildirmeye davet etmesi yöntemi tavsiyelerin dikkate alınmasını sağlamaktadır. Danıştay, nadir de olsa, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tavsiyelerini, kararlarında gerekçeyi desteklemek için kullanmaktadır (örn. DİDDGK, E. 1995/769, K. 1997/525, k.t. 17.10.1997; D.10.D., E. 2000/936, K.2002/4487, k.t.20.11.2002)”: ONUR KARAHANOGULLARI, çev., «İyi İdare Konusunda Üye Devletlere CM/REC (2007) 7 Sayılı Tavsiye Kararı», *Danıştay Dergisi* 37, sayı 116 (2007): I (Çevirmenin notu).

¹⁵⁰³ 28 Eylül 1977 tarihli Kararda, dinlenilme, enformasyon (bilgi) kaynaklarından yararlanma, katılma ve temsil, idari işlemlerin gerekçeli olması ve başvuru yollarının gösterilmesi hususlarına değinilmiştir. Kararın Türkçe çevirisi için bkz. İHSAN KUNTBAY, çev., «İdarenin İşlemleri Karşısında Bireyin Korunması Hakkında Karar», *Amme İdaresi Dergisi* 11, sayı 4 (1978): 3–11.

¹⁵⁰⁴ Bu güvencelerin sağlanması, âdil ve etkin bir statü belirleme usulünün işletilmesi açısından önem taşımaktadır. Nitekim mülteci statüsünün belirlenmesine yönelik olan usulün âdil ve etkin olmasının gerekliliği, BMMYK’nın üzerinde sıklıkla durduğu ve bir çok BMGK kararına da konu olan bir husustur: bkz. yuk. §2.III.A.1.

hizmetlerinden faydalanması, mültecilik hâline özgü olan haklarının bilincine varması açısından önem taşıyabilir. Ayrıca statü başvurusunda bulunan özel ihtiyaç sahibi bireylere (refakatsiz çocuklar, yaşlılar, hastalar gibi) bir takım güvencelerin sağlanması ilgili bireylere yönelik statü belirleme sürecinin devam etmesi açısından gerekli olabilir.

İşte belirttiğimiz çerçeve içerisinde hem yürürlükte olan mevzuat hem YUKK ekseninde mülteci statüsü de dâhil olmak üzere uluslararası koruma statüsü başvurusunda bulunan bireylere bazı güvenceler sağlanmıştır. Ancak belirtmek gerekir ki, yürürlükteki ilgili mevzuata kıyasla YUKK’da bu husus daha kapsamlı bir şekilde ele alınmıştır.

a. Dinlenilme Hakkı

Hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak, hakkında idari bir işlem tesis edilmekte olan ilgilinin alınacak karara dayanak teşkil edecek maddi vakıalara ilişkin önemli noktaları ve idarenin takdirini etkileyecek hususları ifâde etme ve her durumda kendisini savunabilme hakkına sahip olduğu kabul edilmektedir¹⁵⁰⁵. İşte dinlenilme hakkı olarak nitelendirilen bu hak, bir taraftan ilgilinin idari usule katılımını sağlayarak, maddi vakıalara ilişkin kendi tezini açıklama fırsatını yaratmaktayken, diğer taraftan da idari makamın kararına dayanak teşkil edecek bu vakıaların açıklığa kavuşturulmasına da hizmet etmektedir¹⁵⁰⁶.

Dinlenilme hakkı, mülteci statüsünün belirlenmesi hususunda ise özel bir öneme sahiptir. Çünkü mülteci statüsünün belirlenmesinde dayanak olan maddi vakıaların çoğu ilgilinin ifâdeleri temel alınarak tespit edilmektedir. Zira kaçış hâlinde olan fiilî mültecilerin büyük bir kısmı, içinde bulundukları durumu belgeleme şansından yoksundur. Ayrıca statü belirleme ölçütlerinin de bireysel bir çerçevede ve somut başvuruya odaklı bir eksenle ele alınması gerektiğinden, ilgilinin ifâdeleri, ölçütlerin değerlendirilmesi noktasında çok büyük bir önemi hâizdir. Başvuranla yapılan mülakat ise bu amaca hizmet etmektedir. Bir başka ifâde ile dinlenilme hakkının mülteci

¹⁵⁰⁵ BAHTİYAR AKYILMAZ, Usul, 140.

¹⁵⁰⁶ Ibid., 141.

statüsünün belirlenmesi usulündeki en belirgin yansıması, başvuran ile yapılan mülakattır. Bu sebeple mülakatın hiç ya da gerektiği gibi gerçekleştirilmemesi, statü belirleme kararının sakatlanması sonucunu doğurabilecek ve kararın yargı tarafından iptal edilebilmesine neden olabilecektir.

Türk sığınma hukuku açısından gerek yürürlükteki mevzuatta gerek kısa bir süre sonra yürürlüğe girecek olan YUKK'da mülakat aşamasının açık bir şekilde düzenlenmiş olması, dinlenilme hakkının sağlanması açısından olumlu bir görünüm sergilemektedir. Ancak bu noktada, dinlenilme hakkının, sadece başvuranın uluslararası koruma statüsünün belirlenebilmesine yol açabilecek maddi vakıaları aktarması ile sağlanmış olmayacağını da belirtmek gerekir. Başvuranın ifâdelerinin güvenilirliğinin değerlendirilmesi noktasında, hem ifâdelerin birbiriyle tutarlı olup olmadığının hem ifâdelerin menşe bilgileri ile uyuşup uyuşmadığının hem de inandırıcılık arz edip etmediğinin tespit edilmesi önem arz etmektedir¹⁵⁰⁷. İşte bu noktada, bireyin ifâdeleri herhangi bir açıdan tutarsız bir görünüm sergilediğinde, ilgiliye bu durumun aktarılması ve tutarsızlığa ilişkin açıklama yapmasına fırsat verilmesi de dinlenilme hakkı kapsamında gözetilmesi gereken önemli bir husus olmalıdır¹⁵⁰⁸.

b. Bilgi ve Belgelere Erişim Hakkı

İdari işlemin oluşturulma sürecinde, bilgi ve belgelere erişim hakkı, dinlenilme hakkıyla yakın bir bağlantı içerisindedir¹⁵⁰⁹. Zira ilgili, bu süreç içerisinde bilgi ve belgelere ulaşabildiği sürece dinlenilme hakkını etkin bir şekilde kullanabilir¹⁵¹⁰. Yine tıpkı dinlenilme hakkında olduğu gibi, bilgi ve belgelere erişim hakkının temeli de hukuk devleti ilkesinden gelir¹⁵¹¹. Ancak bilgi ve belgelere erişim hususu aynı zamanda gizlilik ilkesi ile de bağlantılıdır. Her ne kadar hukuk devletinde esas olan açıklık olsa da, belirli

¹⁵⁰⁷ Bkz. yuk. §3.III.B.

¹⁵⁰⁸ Bkz. Ibid.

¹⁵⁰⁹ BAHTİYAR AKYILMAZ, *Usul*, 151.

¹⁵¹⁰ Ibid.

¹⁵¹¹ Ibid.

oranda kapalılık ve gizlilik zorunlu olarak sağlanmalıdır¹⁵¹². Zira kişinin özel hayatına ilişkin bilgilerin, ticari sırların, devlet güvenliği ve milli savunmaya yönelik sırların korunması ancak gizlilik sayesinde mümkün olabilecektir¹⁵¹³.

aa. Bilgi ve Belgelere Erişim Hakkının Mülteci Statüsünün Belirlenme Usulündeki Görünümü

İlgilinin bilgi ve belgelere erişebilmesi, hem idari usule katılımını hem bu katılım sayesinde idarenin keyfî hareket etmesini engeller. Mülteci statüsünün belirlenme süreci açısından ise bilgi ve belgelere erişim elbette büyük bir önemi hâizdir. Gerek hâlen yürürlükte bulunan 57 sayılı Genelge’de gerek yakın bir gelecekte yürürlüğe girecek olan YUKK’da bilgi ve belgelere erişim hakkına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir.

57 sayılı Genelge’de sığınma işlemlerinin her aşamasında, başvuru sahibinin kendisine vatandaşı olduğu ülkenin dilinde veya anladığı bir dilde yazılı ve sözlü bildirimde bulunulacağı; başvuru sahibinin varsa avukatına veya yasal temsilcisine yapılan işlemler hakkında, Tebligat Kanununa göre tebliğler yapılacağı ve yapılan tüm bildirimlerin bir suretinin başvuru sahibinin kendisine, varsa avukatına veya yasal temsilcisine verileceği belirtilmiştir. Belgelere erişim hakkı açısından ise, “idari yargıya başvuranın” kendisi veya müdafisi yahut yasal temsilcisi tarafından dosyası incelenmek istendiğinde dosyadaki gizli ya da hizmete özel kaydı olmayan belgeler ile kişi hakkında karar verilmesine etkisi olmayan iç yazışmaların dışında kalan evrakların incelenmesine olanak tanındığı görülmektedir. Söz konusu evraklar Genelge’de sayılmıştır. Bunlar; başvuru sahibine tebliği yapılan tebliğ-tebellüğ belgeleri, iltica/sığınma müracaat ve ön görüşme formu, başvuranın deklarasyonu, iltica/sığınma mülakat formu, mülakat raporu, psikolog ve sosyal hizmet uzmanı raporu, başvuranın başvurusuna ilişkin sunduğu bilgi ve belgeler, sığınma başvurusu hakkında Bakanlıkça verilen ilk karar, sığınma başvurusu hakkında Bakanlıkça verilen nihai karar ve başvuran hakkında yabancılara ilişkin genel

¹⁵¹² Ibid., 150.

¹⁵¹³ Ibid.

hükümler çerçevesinde Bakanlıkça verilen karardır. Görüldüğü gibi 57 sayılı Genelge'den belgelere erişim hakkının sadece idari yargıya başvurmuş olan ilgililer tarafından ve belirli bazı belgeler açısından kullanılabileceği anlaşılmaktadır.

YUKK'da ise bilgiye erişim hususundan ziyâde belgelere erişim konusuna yer verilmiştir. Kanun'da başvuru sahibi ve uluslararası koruma statüsü sahibi kişi ile yasal temsilcisi veya avukatının başvuru sahibi ve uluslararası koruma statüsü sahibinin kişisel dosyasında yer alan belgeleri (millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması ile suç işlenmesinin önlenmesine ilişkin olanlar hariç olmak üzere) inceleyebileceği, birer örneğini alabileceği düzenlenmiştir (YUKK md. 94(2)). YUKK'un ilgili maddesi yürürlükteki düzenleme ile karşılaştırıldığında, dosyaya erişim hakkının idari yargıya başvuranlarla sınırlandırılmadığı görülmektedir. Bununla birlikte bilgiye erişim hususunda YUKK'un yürürlüğe girmesinden sonra ilgili Kanun'un uygulanmasına yönelik olarak çıkarılacak bir Yönetmelikle 57 sayılı Genelge'de yer alan düzenlemeye benzer bir düzenleme yapılacağı ümit edilmektedir.

bb. Gizlilik İlkesinin Uygulanması ve Kişisel Verilerin Korunması¹⁵¹⁴

Bilgi ve belgelere erişim hakkına ilişkin olup önem arz eden bir konu da gizlilik ve kişisel verilerin korunması hususudur. Gizliliğin sağlanması ve kişisel verilerin korunması ise mülteci açısından ise özel bir öneme sahiptir. Çünkü mültecilik hâli kişiye özel bir durum olduğundan bu hâlin idari makamlar tarafından tanınabilmesi için kişinin özel hayatına ilişkin bilgilere ve sırlara ulaşılması; fotoğraf, kimlik bilgileri, parmak izi gibi kişisel verilerinin alınması gerekmektedir. Bu bilgiler ve veriler ise hem kişinin özel hayatının korunabilmesi hem güvenliğinin sağlanabilmesi amacıyla gizli tutulmalı ve korunmalıdır. Zira özel hayatın korunması, insan hakları sözleşmelerinde kendisine yer

¹⁵¹⁴ Gizlilik ve kişisel verilerin korunmasına ilişkin olarak sağlanması gereken güvenceler sadece statü belirleme sürecinde geçerli olacak şekilde anlaşılmamalıdır. Söz konusu güvenceler, başvuranın statüsü tanındıktan sonra da etkili olmaya devam etmelidir. Ancak bu güvencelere konu olan; bilgi, belge ve kişisel verilerin çoğunun usul süreci içerisinde alınmakta olması, ilgili hususun hazırlık aşamasındaki usulî haklar ve güvenceler başlığı altında ele alınmasını gerekli kılmıştır.

bulmuş olan bireysel bir hak olmasının yanında¹⁵¹⁵ Anayasa tarafından da güvence altına alınmıştır¹⁵¹⁶. Bu sebeple başvurana âit bilgi, belge ve kişisel verilerin üçüncü kişilerle paylaşılması ve işletilmesi hususunda oldukça dikkatli davranılması gerekmektedir. Üçüncü kişilerin başvuranın avukatı veya yasal temsilcisi olması da bu durumu değiştirmemeli; ilgilinin rızası doğrultusunda kendisine ilişkin bilgi, belge ve kişisel verilere erişimleri uygun görülen kişilerin mutlaka gizlilik konusunda bilgilendirilmeleri sağlanmalıdır.

Gizlilik hususuna, hem 57 sayılı Genelge’de hem YUKK’da değinilmiştir. 57 Sayılı Genelge’de, dosyadaki bilgilerin kişisel bilgiler olduğunun, kamuoyuna açıklanmaması gerektiğinin, yalnızca idari yargıda savunma amaçlı olarak kullanılabileceğinin, açıklanması veya bu bilgilerin yetkisiz üçüncü şahıslara verilmesi hâlinde hukukî sorumluluk doğuracağı, başvurana ve varsa bu bilgileri inceleyen avukatına tebliğ edileceği düzenlenmiştir. YUKK’un 94(1). maddesinde ise “[b]aşvuru sahibinin ve

¹⁵¹⁵ AİHS’in 8. maddesi özel hayatın korunmasına ilişkin şu düzenlemeyi içermektedir: “1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. 2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir”. Benzer bir hükme MSHS’nin 17. maddesinde de rastlanmaktadır. İlgili madde şu şekilde düzenlenmiştir: “1. Hiç kimsenin özel ve aile yaşamına, konutuna veya haberleşmesine keyfi veya hukuka aykırı olarak müdahale edilemez; onuru veya itibarı hukuka aykırı saldırılara maruz bırakılamaz. 2. Herkes bu tür saldırılara veya müdahalelere karşı hukuk tarafından korunma hakkına sahiptir”.

¹⁵¹⁶ Anayasa’nın 20. maddesi uyarınca: “[h]erkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. (Mülga cümle: 3/10/2001-4709/5 md.)

(Değişik: 3/10/2001-4709/5 md.) Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.

(Ek fıkra: 12/9/2010-5982/2 md.) Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir” .

uluslararası koruma statüsü sahibi kişinin tüm bilgi ve belgelerinde gizlilik esastır” hükmüne yer verilmek suretiyle, gizlilik hususuna bahsedilen önem zikredilmiştir.

Kişisel verilerin korunması hususunda ise yürürlükteki mevzuat içerisinde sığınmacılara/mültecilere has bir düzenlemenin yer almadığı görülmektedir. Bununla birlikte YUKK ile bu hususta uluslararası koruma başvurusunda bulunan (ve korumaya tâbi kılınan) bireyleri de kapsayacak şekilde tüm yabancılar için özel bir güvence getirildiği görülmektedir. Kanun’un 99(1). maddesi uyarınca, “[y]abancılar, başvuru ve uluslararası koruma statüsü sahiplerine ait kişisel veriler, Genel Müdürlükçe veya valiliklerce ilgili mevzuata ve taraf olunan uluslararası anlaşmalara uygun olarak alınır, korunur, saklanır ve kullanılır”.

Türkiye’de genel olarak kişisel verilerin korunmasına dair kanun düzeyinde bir düzenleme ise henüz bulunmamaktadır. Bu hususta bir kanun tasarısının hazırlandığı bilinmektedir. Adalet Bakanlığınca hazırlanan “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı” 22.4.2008 tarihinde Başbakanlığa iletilmiş ancak henüz yasalaşmamıştır. Bununla birlikte kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı, Anayasa’da temel bir hak olarak düzenlenmiş olmasının yanı sıra, Anayasa’nın 90. maddesi çerçevesinde iç hukukta etkili olan AİHS’in 8. maddesi kapsamında da değerlendirilmektedir¹⁵¹⁷. İlgili konuda Avrupa Konseyi tarafından düzenlenen Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tâbi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşme¹⁵¹⁸ ise Türkiye tarafından 28 Ocak 1981 tarihinde imzalanmış ancak henüz onaylanmamıştır.

¹⁵¹⁷ AİHS’de kişisel verilerin korunması ayrı bir hak olarak düzenlenmemiş olmakla birlikte, AİHM tarafından Sözleşme’nin 8. maddesi çerçevesinde ele alınıp değerlendirilmektedir. Bu husustaki AİHM kararlarına örnek olarak bkz. : *Klass and Others v. Germany*, App. No. 5029/71, 6.09.1978; *Gaskin v. UK*, App. No. 10454/83, 07.07.1989; *Amann v. Switzerland*, App. No. 27798/95, 16.02.2000; *Rotaru v. Romania*, App. No. 28341/95, 29.05.2000; *P.G. and J.H. v. UK*, App. No. 44787/98, 25.09.2001.

¹⁵¹⁸ Sözleşme, 28.1.1981 tarihinde Strasbourg’da imzalanmış ve 1.10.1985 tarihinde yürürlüğe girmiştir (CETS No. 108). Sözleşme metni ile imza ve onay durumuna ilişkin olarak bkz. <<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=108&CL=ENG>> (E.T.: 10.12.2012).

c. Başvuru Sahibinin Bilgilendirilmesi

Mülteci statüsünün belirlenmesi sürecinin sağlıklı bir şekilde işleyebilmesi için başvuruda bulunmuş olan ilgilinin bir takım haklarla donatılması ve bazı yükümlülükleri yerine getirmesi gerekmektedir. Statü belirleme kararının âdil ve etkin bir şekilde verilebilmesi için, ilgilinin söz konusu haklarından ve yükümlülüklerinden haberdar edilmesi önem taşır¹⁵¹⁹. Nitekim BMMYK da âdil ve etkin bir statü belirleme kararına ulaşılması açısından ilgilinin sürece yönelik olarak bilgilendirilmesinin önemine işaret etmektedir¹⁵²⁰.

Türk sığınma hukuku açısından yürürlükteki mevzuatta başvuru sahibinin statü belirleme usulüne ilişkin olarak bilgilendirilmesi hususuna 57 sayılı Genelge’de yer verilmiştir. Genelge’ye göre, başvuranın dilekçesi alınıp kimlik tespit ve parmak izi işlemleri tamamlandıktan sonra başvuran ile yapılan ön görüşmede, kendisine sığınma usulüne ilişkin bilgi verilmektedir. Başvurana verilecek bilginin kapsamı ise “iltica-sığınma başvuru sahibine tebliğ edilecek hususlar” başlığı altında 57 sayılı Genelge’nin ekinde (EK 1) yer almaktadır.

YUKK’da ise başvuru sahibinin bilgilendirilmesi hususu Kanun’un 70(1). maddesinde düzenlenmiştir. İlgili maddeye göre, “*başvuru sahibi, başvurusuyla ilgili takip edilecek usuller, başvurusunun değerlendirilmesi sürecindeki hak ve yükümlülükleri, yükümlülüklerini nasıl yerine getireceği ve bu yükümlülüklerle uymaması ya da yetkililerle iş birliğinde bulunmaması hâlinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçlar, itiraz usulleri ve süreleri konusunda kayıt esnasında bilgilendirilir*”.

¹⁵¹⁹ BÜLENT ÇİÇEKLİ, *Mülteciler*, 133.

¹⁵²⁰ Bkz. El Kitabı, para. 192; Ayrıca BMMYK’nın Yürütme Kurulu’nun 1977 yılında yapılan 28. birleşiminde, başvuranın, başvurusuna ilişkin sürece yönelik olarak bilgilendirilmesi hususuna önem vermesi tavsiye edilmiştir: BMMYK Yürütme Kurulu Kararı, S. 8 (XXVIII), 1977.

d. Avukata ve Danışmanlığa Erişim

Yürürlükteki düzenlemeler çerçevesinde, statü başvurusunda bulunan bireyin avukata ve danışmanlığa erişimi hususunda özel bir düzenlemeye yer verilmediği görülmektedir. Bununla birlikte, Avukatlık Kanunu’nun “Adli Müzaheret” başlıklı 12. kısmında yer alan hükümler çerçevesinde, (filî) mültecilerin başvurularına ilişkin olarak adli yardımdan faydalanabileceği belirtilmelidir.

YUKK ise avukata ve danışmanlığa erişim hususunu açık bir şekilde uluslararası koruma başvurusunda bulunanlar açısından güvence altına almıştır. Kanun’un 81. maddesi uyarınca: “(1) *Başvuru sahibi ile uluslararası koruma statüsü sahibi kişiler, bu Kısımda yazılı iş ve işlemlerle ilgili olarak, ücretleri kendilerince karşılanması kaydıyla avukat tarafından temsil edilebilir.* (2) *Avukatlık ücretlerini karşılama imkânı bulunmayan başvuru sahibi ve uluslararası koruma statüsü sahibi kişiye, bu Kısım kapsamındaki iş ve işlemlerle ilgili olarak yargı önündeki başvurularında 1136 sayılı Kanunun adli yardım hükümlerine göre avukatlık hizmeti sağlanır.* (3) *Başvuru sahibi ve uluslararası koruma statüsü sahibi kişi, sivil toplum kuruluşları tarafından sağlanan danışmanlık hizmetlerinden faydalanabilir*”.

e. Özel İhtiyaç Sahipleri ve Refakatsiz Küçüklere İlişkin Hususlar

Refakatsiz çocukların sığınma taleplerine ilişkin düzenlemeler 57 sayılı Genelge’de yer almaktadır. Refakatsiz küçük, 57 sayılı Genelgede “*Türkiye topraklarına hukuken ya da teamüden kendisinden sorumlu bir yetişkinin refakati bulunmaksızın gelen ve bu tür bir kişinin bakımına etkin olarak alınmadığı sürece refakatsiz küçük olarak adlandırılan 18 yaşın altındaki iltica/sığınma başvurusunda bulunan yabancı uyruklu bir kişi ya da belli bir uyruğu olmayan vatansız bir kişi*” olarak tanımlanmıştır. İlgili düzenlemeye göre, “*Türkiye topraklarına giriş yaptıktan sonra refakatsiz kalan iltica/sığınma başvuru sahipleri de bu kapsama girer*”.

57 sayılı Genelge uyarınca, reşit olmayan çocukların durumu, çocuğun aksine bir talebi olmadıkça, kendisine bakmakla yükümlü olan reşit kişiye tâbi kılınmıştır.

Refakatsiz (çocukların) küçüklerin iltica-sığınma müracaatları hâlinde derhal İçişleri Bakanlığına sözlü ve yazılı ön bilgi verilerek Sosyal Hizmetler İl Müdürlüğü ve/veya Çocuk Şube Müdürlükleri ile koordineli olarak işlemlerin başlatılması öngörülmektedir¹⁵²¹. Herhangi bir kimlik belgesi bulunmayan veya yaşlarını ispatlayacak belgeye sahip olmayan ve beyanına göre çocuk olduğunu iddia eden refakatsiz küçükler için, görüşlerindeki yaşları ile beyan ettikleri yaşları arasında benzerlik kurulamayarak yaşının 18 yaşından büyük gözüktüğü durumlarda bir Devlet Hastanesi'nden veya Adli Tıp Kurumundan yaşının tespiti istenmektedir¹⁵²². Tam teşekküllü bir Devlet Hastanesi veya Adli Tıp Kurumundan alınan yaş tespit raporu doğrultusunda 18 yaşının üzerinde olduğu tespit edilenler hakkında, yetişkin başvuru sahiplerinin tâbi olduğu usuller uygulanmaktadır¹⁵²³.

Mevcut düzenlemelerin başvuruda bulunabilecek bireylere ilişkin olarak daha kapsamlı bir içeriğe sahip olduğundan söz edilmesi mümkün görünmemektedir. Özellikle refakatsiz çocuklar ve hassas grupların başvurularının alınması ve işleme konulması hususlarında bu bireylerin özel durumlarının göz önüne alınarak hareket edilmesini sağlayan daha kapsamlı ve kanun düzeyinde yasal bir çerçeveye ihtiyaç duyulmaktadır¹⁵²⁴.

Bu hususta, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri *Hammerberg*, 2009 tarihli raporunda, uygulamada refakatsiz çocuklara gösterilen ilginin olumlu olduğunu belirtmiş ancak özellikle çocukların yaşın saptanırken, “şüphenin ilgili lehine yorumlanması ilkesine” dikkat edilmesi gerektiği üzerinde durarak sığınma prosedürünün özellikle

¹⁵²¹ 57 sayılı Genelge, 12.

¹⁵²² Ibid.

¹⁵²³ Ibid.

¹⁵²⁴ Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi, sığınma başvurusunda bulunacak/bulunmuş olan çocuklar açısından şu hükme yer vermiştir: “Taraf Devletler, ister tek başına olsun isterse ana babası veya herhangi bir başka kimse ile birlikte bulunsun, mülteci statüsü kazanmaya çalışan ya da uluslararası veya iç hukuk kural ve usulleri uyarınca mülteci sayılan bir çocuğun, bu Sözleşmede ve insan haklarına veya insanî konulara ilişkin ve söz konusu Devletlerin taraf oldukları diğer uluslararası sözleşmelerde tanınan ve bu duruma uygulanabilir nitelikte bulunan hakları kullanması amacıyla koruma ve insanî yardımdan yararlanması için gerekli bütün önlemleri alırlar”. Türkiye Sözleşme’yi 14 Eylül 1990 tarihinde imzalamış ve 9 Aralık 1994 tarihinde ihtirazi kayıtla onaylamıştır. RG 11.12.1994/22138.

çocuklar için hızlı bir şekilde yürütülmesinin gerekliliğini öngörmüştür¹⁵²⁵. Helsinki Yurttaşlar Derneği (HYD) tarafından da çocuk başvurularla ilgili uygulamadan kaynaklanan bazı sorunlara dikkat çekilmiştir. HYD, sahte kimlik belgelerinde yaşları 18’den büyük olarak belirtilenlerle, kimlik belgesi olmayıp da fiziksel olarak 18 yaşın üstünde gösterdiğine kanaat getirilenlerin yaş belirleme testine tabi tutulduğunu; bu testlerin sadece kemik röntgenlerine dayandığını ve ruhsal, sosyal ve diğer gelişimsel olgunluk göstergelerini dikkate alınmadığını; devlet kurumları nezdindeki uzun süreli bakıma yönlendirilmeden önce refakatsiz çocuk mültecilerin sağlık taramasına tabi tutulmakta olduğunu ancak yapılan testlerin amacı ya da sonuçları ile ilgili nadiren bilgilendirildiklerini belirtmektedir¹⁵²⁶.

YUKK’da ise refakatsiz çocuklar ve hassas grupların özel durumlarını göz önüne alarak, bu bireylerin sığınmaya erişimi hususunda bir takım düzenlemelere yer vermiştir. Böylelikle Türk hukuku açısından ilk kez refakatsiz çocukların ve hassas grupların sığınma başvurularına ilişkin kanun düzeyinde düzenleme yapılmış olmaktadır.

Kanun, çocuğu 57 sayılı Genelge’deki tanıma benzer şekilde, “*henüz onsekiz yaşını doldurmamış ve ergin olmamış kişi*”; refakatsiz çocuğu ise “*sorumlu bir kişinin etkin bakımına alınmadığı sürece kanunen ya da örf ve adet gereği kendisinden sorumlu bir yetişkinin refakati bulunmaksızın Türkiye’ye gelen veya Türkiye’ye giriş yaptıktan sonra refakatsiz kalan çocuğu*” niteleyecek şekilde açıklamıştır (md. 3(e) ve 3(m)).

Kanun’da uluslararası koruma kapsamındaki tüm işlemlerde, refakatsiz çocuğun yüksek yararının gözetilmesinin esas olduğu belirtilerek (md.66(1)(a)), uluslararası

¹⁵²⁵ THOMAS HAMMARBERG, *Avrupa Konseyi Raporu*.

¹⁵²⁶ HELSİNKİ YURTTAŞLAR DERNEĞİ, *Askıya Alınmış Çocukluk: Türkiye’de Sığınma Arayan Ailesinden Ayrı Düşmüş Mülteci Çocukların Durumu*, Mart 2010, 4.

koruma başvurusunda bulunan refakatsiz çocuklara Çocuk Koruma Kanunu¹⁵²⁷ hükümlerinin doğrudan uygulanacağını açıkça hüküm altına almıştır (md. 66(1)(a))¹⁵²⁸.

f. Tercümanlık Hizmetlerine Erişim

Âdil ve etkin bir statü belirleme değerlendirmesinin yapılabilmesi için uluslararası koruma başvurusunda bulunan bireyin tercümanlık hizmetlerine erişiminin sağlanması hayatî bir önem taşımaktadır. Tercümanlık hizmetlerine erişimin taşıdığı önemin ilk sebebi, başvuranların ifâdelerinin statünün belirlenmesi açısından ana dayanak olarak alınmasıdır. Bu noktada bireyin kendini en iyi şekilde ifâde edebilmesi, içinde bulunduğu durumu ortaya koyabilmesi, kendisi ile yapılan mülakat sırasında mülakatçının sorularını anlayabilmesi, güvenilirlik değerlendirmesi bakımından ifâdelerinde yer alan tutarsızlıkların nedenini açıklayabilmesi ancak yetkin bir tercüme hizmetinin sağlanması ile mümkün olabilecektir. İkinci olarak, başvuran bireyin diğer tüm usulî haklarından tatminkar bir seviyede yararlanabilmesinin sağlanmasında da tercümanlık hizmetlerinin önemi tartışılmayacak bir yere sahiptir. Örneğin ilgilinin bilgi ve belgelere erişim, bilgilendirilme, avukatlık ve danışmanlık hizmetlerinden yararlanma konusundaki usulî haklarını kullanabilmesi için idare ve ilgili kişilerle etkin bir iletişim kurabilmesi; bunun için de tercümanlık hizmetlerinin erişilebilir olması gerekmektedir.

Tercümanlık hizmetlerinden yararlanılması hususuna hem yürürlükteki mevzuat içerisindeki 57 sayılı Genelge’de hem YUKK’da değinilmiştir. 57 sayılı Genelge’de özellikle mülakat sırasındaki tercümanlık hizmetlerinin sağlanmasında fiilî mültecinin tercümanın cinsiyetine yönelik tercihi önem verilmesi, tercümanın etkin iletişim sağladığından emin olunması ve tercüme hizmetinin tarafsız bir biçimde profesyonellik ve gizlilik çerçevesinde yürütülmesi gerektiği hususlarına değinilmiştir. Bununla birlikte

¹⁵²⁷ 5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanunu, 03.07.2005 tarihinde kabul edilmiştir: RG. 15.07.2005/25876.

¹⁵²⁸ Çocuk Koruma Kanunu’nun gerekçesinde ve Kanun’un 1. maddesinde, düzenlemenin amacı; “özel korunma ihtiyacı olan veya suça sürüklenen çocukların korunmasını, haklarının ve esenliklerinin güvence altına alınmasını, toplumun adalet ve güvenlik ihtiyacının karşılanmasını hedefleyen çocuk adalet sisteminin esas ve usullerini düzenlemek olarak belirlenmiştir”. Kanunda, çocukla ilgili tüm işlemler için çocuğun yararına öncelik verilmesi ilkesi benimsenmiştir.

uygulamada tercümanlık hizmetlerine erişim konusunda eksiklikler bulunduğu da aktarılmaktadır¹⁵²⁹.

YUKK’da ise bu konuda kapsamlı bir düzenleme mevcut değildir. Tercümanlık hizmetlerine erişim hususuna sadece Kanun’un “Başvuru Sahibinin Bilgilendirilmesi ve Tercümanlık” başlığını taşıyan 70(2). maddesinde “[b]aşvuru sahibinin talep etmesi hâlinde, başvuru, kayıt ve mülakat aşamalarındaki kişisel görüşmelerde tercümanlık hizmetleri sağlanır” hükmüne yer verilmiştir. İlgili hükümden anlaşılan, başvuranın talebi üzerine tercümanlık hizmetinin sağlanması hususunda idarenin bağlı bir yetkiyi hâiz olduğudur. Bununla birlikte, tercümanlık hizmetinin sağlanmasının başvuranın talebine bağlanmış olması kanımızca âdil ve etkin bir statü belirleme anlayışı ile tam olarak uyuşmamaktadır. Zira bir çoğu ağır psikolojik baskı ve travma altında olan başvuranların tercümanlık hizmetlerinden yararlanma konusunda kimi zaman isabetli kararlar veremeyebileceği göz önünde bulundurulmalı; başvuranın idareyle etkin iletişim kurabilmesi kadar idarenin de başvuranla bu şekilde bir iletişim kurabilmesinin statü belirleme süreci bakımından önem taşıdığı unutulmamalıdır. Bu sebeple başvuranın talebi olmasa dahi statü belirleme usulünün âdil ve etkin bir şekilde yürütülebilmesi için gerekli olduğu durumlarda tercümanlık hizmetine erişilebilmesi sağlanmalıdır. Kanımızca ilgili hususta daha kapsamlı bir düzenlemenin, Kanun’un uygulanmasına yönelik olarak çıkarılacak bir Yönetmelikte yer alması uygun olacaktır. Ayrıca yine bu düzenlemede, tercümanlık hizmetinin tarafsızlık, profesyonellik ve gizlilik çerçevesinde yürütülmesi gerektiğine mutlak surette değinilmesi de önem taşımaktadır.

3. Hazırlık Aşamasında İdare Tarafından Alınabilecek Tedbirler

Statü belirleme sürecinde, idare gerekli gördüğü durumlarda bir takım tedbirler alabilir. Bu tedbirlerin temelinde, idarenin ulusal güvenliğin ve kamu düzeninin korunması amacına hizmet etmesi yatar. Bu sebeple statü belirleme sürecinde, idare

¹⁵²⁹ Bkz. HELSİNKİ YURTTAŞLAR DERNEĞİ, Sivil Toplum Kuruluşları İçin Mülteci Destek El Kitabı, <<http://www.hyd.org.tr/multecielkitabı/>> (E.T.: 12.12.2012); ULUSLARARASI AF ÖRGÜTÜ, *İki Arada Bir Derede*, 15, 16, 18.

tarafından alınan tedbirler de öncelikle ulusal güvenliğin ve kamu düzeninin sağlanması ve korunması hedefini taşır. Alınacak tedbirlerin, kimi durumda başvuranın temel hak ve hürriyetlerini kısıtlaması söz konusu olabilir. İşte bu tip tedbirlerin sığınma arayışında olan yabancılar için milletlerarası hukuka uygun olarak ve kanunla yapılması Anayasa'nın gereğidir.

Türk sığınma hukuku açısından uygulamada bir takım tedbirlerin alındığı ancak bunların mevzuata tam olarak yansıtılmadığı görülmektedir. Bununla birlikte YUKK'un yürürlüğe girmesiyle, statü belirleme süreci içerisinde alınan idari tedbirlerin de kanunî bir çerçeveye kavuşması beklenmektedir.

Gerek mevcut uygulamada yer alan gerek YUKK'daki düzenlemeler sayesinde, Kanun'un yürürlüğe girmesiyle birlikte uygulanma kabiliyetini hâiz olacak olan idari tedbirleri, üç başlık altında incelemek mümkündür. Bunlar (a) başvuranın idari gözetimi (b) başvuranın ikamet zorunluluğu ve bildirim yükümlülüğü ve (c) usulün hızlandırılmasıdır (hızlandırılmış değerlendirme usulü).

a. Başvuranın İdari Gözetim Altına Alınması

Türk hukukundaki yürürlükteki düzenlemeler çerçevesinde (fiilî) mültecilerin idari gözetim altına alınması hususunda ciddi eksiklikler olmasına rağmen, YUKK bu hususu kapsamlı bir şekilde düzenlemiştir. Bundan dolayı, bu hususta yapılacak olan incelemenin yürürlükteki düzenlemeler ile mevcut uygulama ve YUKK kapsamındaki görünüm bakımından iki ayrı başlık altında ele alınması yerinde olacaktır.

aa.Yürürlükteki Düzenlemeler ve Mevcut Uygulama Açısından İdari Gözetim Altına Alma

Türk hukukunda (fiilî) mültecilerin gözetim altına alınması hususu açıkça ve kapsamlı bir biçimde yürürlükteki düzenlemeler içerisinde yer almamakla birlikte

uygulamada idari bir tasarruf olarak işletilmektedir¹⁵³⁰. Genel olarak yabancılar açısından gözetim altına alma, Türk hukukundaki yasal bir düzenlemenin yokluğunda, uygulamada ülkeye usulsüz giriş çıkış yapan (PK. md. 34), yetkili merci tarafından geçici ikâmet yeri olarak belirlenen şehirden izinsiz ayrılan (YİSHK md. 17 ve 23) bireylere yönelik olarak sınır dışı edilme işlemleri tamamlanıncaya kadar gerçekleştirilmektedir¹⁵³¹. Fiilî mülteciler açısından ise gözetim altına alma tedbirine, sığınma başvurularına yönelik işlemlerin tamamlanması, bir uydu kente gönderilme gibi sebeplerle başvurulmaktadır¹⁵³².

Gözetim altına alma hususunun yürürlükteki mevzuat çerçevesinde, Türk hukukunda geçerli bir yasal dayanağı olmadığı AİHM tarafından *Abdolkhani ve Karimnia-Türkiye*¹⁵³³ kararında da tespit edilmiştir¹⁵³⁴. Davada, İran vatandaşı olan başvuranlar, 1992 ve 2001 yıllarında İran’da bulunan İran Halkın Mücahitleri Örgütü’ne (*People’s Mojahedin Organisation of Iran-PMOI*) katılmışlar daha sonra PMOI’nın amaçları ile kendi görüşlerinin uyuşmaması üzerine Örgütten ayrılmışlardır. Başvuranlar Örgütten ayrıldıktan sonra Irak’ta ABD askerî güçleri tarafından oluşturulan Geçici Mülakat ve Koruma (*Temporary Interview and Protection Facility*) kampına gitmişler, hâlen Iraktayken BMMYK Ofisine giderek mülteci statüsü talep etmişlerdir. Talepleri BMMYK tarafından kabul edilmiş, mülteci statüleri tanınmıştır. Daha sonra başvuranlar belirlenemeyen bir tarihte yasa dışı yoldan Türkiye’ye giriş

¹⁵³⁰ BÜLENT ÇİÇEKLİ, *Mülteciler*, 163.

¹⁵³¹ Ibid.

¹⁵³² HELSİNKİ YURTTAŞLAR DERNEĞİ, *İstenmeyen Misafirler*, 14.

¹⁵³³ *Abdolkhani and Karimnia v. Turkey*, App. No. 30471/08, 22.09.2009. Dâva’ya ilişkin bilgiler ve Karara yönelik açıklamalarımızda faydalandığımız, Kararın Türkçe çevirisi ve özeti için bkz. NURAY EKŞİ, *Abdolkhani Karimnia*, 47–77, 133–176.

¹⁵³⁴ Aynı yöndeki tespit *Athary v. Turkey* ve *ZNS v. Turkey* kararlarında da görülmektedir: *Athary v. Turkey*, App. No. 50372/09, 11.12.2012; *Z.N.S. v. Turkey*, App. No. 21896/08, 19.01. 2010. Kararlarda sıklıkla *Abdolkhani ve Karimnia-Türkiye* davasına göndermeler yapılmıştır. *Athary v. Türkiye* davasının karar çevirisi için bkz. NURAY EKŞİ, «AİHM’in Sığınma Talebi Reddedilen İran Vatandaşının Sınırdışı İşlemleri Tamamlanıncaya Kadar İdari Gözetim Altında Tutulmasını AİHS’in 5. maddesinin İhlali Sayan 11.12.2012 Tarihli Kararının Türkçe Tercümesi», *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 32, sayı 1 (2012): 155–166.; *ZNS v. Turkey* davasının İngilizce karar metni için bkz. <<http://www.unhcr.org/refworld/country,,,TUR,4562d8b62,4b56d5cf2,0.html>> (E.T.: 12.12.2012).

yapmışlar ve güvenlik güçleri tarafından tutuklanıp yasa dışı girişleri sebebiyle 2008 yılında Irak’a sınır dışı edilmişlerdir. Başvuranlar sınır dışı edilmelerinden kısa bir süre sonra tekrar Türkiye’ye giriş yapmışlar bu kez bir yol kontrolü sırasında pasaportlarının sahte olmasının tespit edilmesi sonucu güvenlik güçleri tarafından tutuklanmışlardır. Bu sırada başvuranlar, İran’a geri gönderilmelerinin hayatlarını tehlike altına sokacağını, kendilerinin mülteci olduğunu ancak Irak’taki BMMYK Ofisinin teröristlerce yapılan saldırıda havaya uçurulduğunu ve artık orada bir Ofis bulunmadığını belirterek tek çarelerinin BMMYK İstanbul Ofisi ile irtibat kurmak olduğunu belirtmişlerdir. Başvuranların hakkında Muş Ceza Mahkemesinde, yasa dışı yollardan Türkiye’ye girmiş olmaları sebebiyle dava açılmış ve Mahkeme, başvuranların mahkumiyetine ancak cezalarının Ceza Usul Kanunu’nun 231. maddesi uyarınca 5 yıl süreyle ertelenmesine karar vermiştir. Başvuranlar, bu karardan sonra önce bir süre polis merkezinde daha sonra da Kırklareli Yabancılar Kabul ve İkamet Merkezinde tutulmuşlardır. Başvuranlar, gözetim altında tutulmalarının *inter alia*, AİHS’in 5(1)f maddesine aykırı olduğunu; AİHS’in 5(2). maddesine uygun olarak kendilerine gözetim altında tutulma sebeplerinin açıklanmadığını ve gözetim altında tutulmalarına karşı hukukî yollara başvuramamalarının AİHS’in 5(4). maddesine aykırılık teşkil ettiğini iddia etmişlerdir.

Hükümet savunmasında, Türkiye’ye yasa dışı giriş yapmak, ülkede yasa dışı bulunmak ya da ülkeden yasa dışı bir şekilde ayrılmaktan yakalandıktan sonra sığınma talebinde bulunan başvuranların tutuklanmadığını ancak yabancı kabul ve barındırma merkezlerinde barındırıldıklarını ifâde etmiştir. Başvuranların durumu tutukluluk ya da gözaltı olmayıp söz konusu merkeze yerleştirilmelerinin nedeni başvuranların sınırdışı işlemleri tamamlanana kadar gözetim altında tutulmalarının gerekliliğidir. Hükümet bu uygulamanın diğer ülkelerin uygulamalarından farklı olmadığını ve YİSHK’in 23. maddesi¹⁵³⁵ ve PK’nın 4. maddesine¹⁵³⁶ dayandığını savunmuştur.

¹⁵³⁵ YİSHK’in 23. maddesi şu şekildedir: “Memleket dışına çıkartılmalarına karar verilip te pasaport tedarik edemediklerinden veya başka sebeplerden dolayı Türkiye’yi terkedemeyenler İçişleri Bakanlığının göstereceği yerde oturmağa mecburdurlar”.

Mahkeme, öncelikle başvuruların barınma merkezlerinde tutulmasının özgürlükten mahrum bırakmaya tekabül ettiğini tespit etmiş; özgürlükten yoksun bırakmanın ise yasalara uygun olması gerektiğini vurgulamıştır. Hükümet tarafından dayandırılan yasal hükümlerin (YİSHK md. 23/ PK md.4), Türkiye’de bulunan belli grup yabancıların gözetim altında tutulmasına değil, ikametlerine ilişkin olduğu ve bu hükümlerin sınırdışı amacıyla gözetim altında tutulma kararı verme ve gözetim altında tutulma süresini uzatma yönündeki şartlara ilişkin detay sunmadığı veya bu hususta bir süre öngörmediği belirtilmiştir. Böylece AIHM, başvuruların gözetim altında tutulmasının yasal dayanağı bulunmadığına hükmetmiştir.

Gerçekten de gözetim altına alınmanın yasal bir dayanağı sahip olması için bu müessese kanun ile açıkça düzenlenmeli; gözetim altında tutma koşulları, süresi, avukata ulaşma, adli yardımdan yararlanma, idari gözetim kararına itiraz ve yargı yolu gibi hususlar da açığa kavuşturulmalıdır¹⁵³⁷. Nitekim yürürlükteki mevzuat açısından belirttiğimiz bu eksiklikler YUKK ile giderilmeye çalışılmıştır.

bb. YUKK’da İdari Gözetim Altına Alma

i. Genel Görünüm

YUKK’un yürürlüğe girmesi ile birlikte, idari gözetim altına alma tedbiri kanun seviyesinde yasal bir dayanağı kavuşmuş olacaktır. YUKK’un “başvuranın idari gözetimi” başlığını taşıyan 68. maddesinde, gözetim altına alma tedbirinin çerçevesi

¹⁵³⁶ PK’nın 4. maddesinin Hükümetin dayandığı ilgili hükmü şu şekildedir: “*Pasaportsuz, vesikasız veya usulüne uygun veya muteber olmayan pasaport veya vesikalarla Türkiye sınırlarına gelen yabancılar geri çevrilirler. Bunlardan, pasaport veya vesikalarını yolda kaybettiklerini iddia edenlerin, İçişleri Bakanlığınca yapılacak soruşturma sonuna kadar, icabederse, en yakın idare merkezine gönderilerek haklarında verilecek kararlara göre işlem yapılmak üzere mahalli mülkiye amirinin göstereceği yerde oturtulabilmek kaydıyla kabulleri caizdir*”.

¹⁵³⁷ NURAY EKŞİ, *YUKK (Tasarısı)*, 167. 30-31 Ocak 2010 tarihlerinde Ankara Üniversitesi SBF İnsan Hakları Merkezi ve Uluslararası Af Örgütü Türkiye Şubesi işbirliği ile Türkiye’de Yabancı Misafirhanelerinin Hukuki Problemleri ve Çözüm Önerileri Çalıştayı gerçekleştirilmiş ve AIHM kararlarında idari gözetim altına alma ile ilişkili olarak öne çıkan konular iki gün boyunca ayrıntıları ile masaya yatırılmıştır. Çalıştaya, kamu kurum temsilcileri, sivil toplum kuruluşu temsilcileri, çok sayıda akademisyen ve hukukçu katkı sunmuştur. Belirtilen Çalıştay’ın sonucunda ortaya çıkarılan öneri ve görüşler için bkz. <<http://www.amnesty.org.tr/ai/node/1238>> (E.T.: 10. 10. 2012).

çizilmiştir. İlgili hükme göre, idari gözetim altına alma istisnai bir tedbirdir ve başvuru sahipleri sadece uluslararası koruma başvurusunda bulunmalarından dolayı idari gözetim altına alınamaz (md. 68(1) ve (2)). İdari gözetim altına almanın hem istisnai bir tedbir olması hem seyahat özgürlüğü ve kişi hürriyetini kısıtlayan niteliği sebebiyle, sadece sınırlı sayıdaki şartlar gerçekleştiğinde uygulanması ve dar yorumlanması gerekecektir. YUKK'un ilgili maddesine göre başvuranın; kimlik veya vatandaşlık bilgilerinin doğruluğuyla ilgili ciddi şüphe olması durumunda bu bilgilerinin tespiti amacıyla (md. 68(2)(a)); sınır kapılarında usulüne aykırı surette ülkeye girmekten alıkonulması amacıyla (md. 68(2)(b)), idari gözetim altına alınmaması durumunda başvurusuna temel oluşturan unsurların belirlenemeyecek olması hâlinde (md. 68(2)(c)) ve kamu düzeni veya kamu güvenliği açısından ciddi tehlike oluşturması hâlinde (md. 68(2)(ç)) idari gözetim altına alma tedbiri uygulanabilecektir. YUKK'un ilgili maddesi, gözetim altına alınma süresini de belirlemiştir. Buna göre, idari gözetim altına alınmanın üst sınırı 30 gün olarak belirlenmiştir (md. 68(5)). Ayrıca, gözetim altına alınan kişilerin işlemlerinin en kısa sürede tamamlanacağı ve şartlar ortadan kalktığı takdirde bu tedbirin derhal sonlandırılacağı da hükme bağlanmıştır (md. 68(5)). Hatırlanacağı üzere, 1951 Sözleşmesi'nin 31(2). maddesi, mültecinin hareketlerinin ancak ülkedeki statüsünün muntazam hâle getirilene kadar ya da üçüncü bir ülkeye kabulü sağlanana kadar kısıtlanabileceğini öngörmektedir¹⁵³⁸. Bu bağlamda, “muntazam hâle getirme”nin mutlaka statü belirleme hususunda nihaî bir kararın verilmesi olarak anlaşılmaması gerektiği hususunun¹⁵³⁹ YUKK'da da göz önünde bulundurulduğu anlaşılmaktadır. İdari gözetim altına alma tedbiri, hürriyeti kısıtlayıcı bir niteliği hâiz olduğundan, mutlaka bu tedbire ilişkin usûl güvencelerinin sağlanmış olması gerekmektedir. Nitekim YUKK, bu hususa da değinmiş; idari gözetim kararının, idari gözetim altına alınma gerekçelerini ve gözetimin süresini içerecek şekilde idari gözetim altına alınan kişiye veya yasal temsilcisine ya da avukatına yazılı olarak tebliğ edileceğini; idari gözetim altına alınan kişi bir avukat tarafından temsil edilmiyorsa kararın sonucu ve itiraz usulleri hakkında kendisi veya yasal temsilcisi bilgilendirileceğini düzenlemiştir (md. 68 (4)). Buna ek

¹⁵³⁸ Bkz. yuk. §2.III.A.2.b.

¹⁵³⁹ Bkz. Ibid.

olarak, YUKK'un ilgili maddesinde, gözetim altındaki kişinin usul ve esasları yönetmelikle belirlenmek üzere ziyaretçi kabul edebileceği ve bu kişiye yasal temsilcisi, avukat, noter ve BMMYK görevlileriyle görüşme imkânı sağlanacağı da hüküm altına alınmıştır (md. 68(5)). İdari gözetim altına alma tedbiri aynı zamanda bir idari işlem niteliğini hâiz olduğu için bu işleme karşı itiraz edilebilmesi mümkün olmalıdır. Buradan hareketle, YUKK'un 68(7). maddesinde, kanun koyucu idari gözetim altına alınan kişinin veya yasal temsilcisinin ya da avukatının, idari gözetime karşı sulh ceza hâkimine başvurabileceğini düzenlemiştir. İlgili hükme göre, başvuru idari gözetimi durdurmaz; sulh ceza hâkimi incelemeyi beş gün içinde sonuçlandırır; hâkiminin kararı kesindir; ayrıca, idari gözetim altına alınan kişi veya yasal temsilcisi ya da avukatı, idari gözetim şartlarının ortadan kalktığı veya değiştiği iddiasıyla yeniden sulh ceza hâkimine başvurabilir. Kanun'un hazırlık çalışmaları sırasında, idare mahkemelerinin Türkiye'de yaygın olmamasının denetimi yetersiz kılacağından hareketle denetimin etkin olmasının sağlanması için görevin Türkiye'de yaygın olan sulh ceza mahkemelerine verildiği belirtilmiştir¹⁵⁴⁰. Esasen, sulh ceza hâkiminin idari gözetime ilişkin kararları denetleme yetkisi ile donatılmış olması, hürriyetin kısıtlanması durumunu yaratan bu tedbirin, cezâ hukuku kavram ve kurallarıyla yakından ilgili olması ile de ilişkilendirilebilir¹⁵⁴¹. Zira idari gözetim altına alma tedbiri, hürriyetin kısıtlanması/hürriyetten yoksun bırakma ekseninde, cezâ muhakemesi hukuku kapsamında da sıklıkla başvuru koruma tedbirleri ile yakın bir temas içerisindedir¹⁵⁴². Bununla birlikte gözetim altına alma tedbirinin denetlenmesinin, bu tedbirin ceza hukuku kavram ve kuralları ile ilişkili olması sebebiyle adli yargıya mezun kılınması olağan karşılanabilirse de¹⁵⁴³, bu durum, gözetim

¹⁵⁴⁰ NURAY EKŞİ, *YUKK (Tasarısı)*, 16.

¹⁵⁴¹ Nitekim, YUKK'un hazırlık çalışmaları sırasında, Göç ve İltica Bürosu temsilcisi, idari gözetimin, özgürlükten yoksun bırakma olması sebebiyle itirazın, sulh ceza mahkemesine yapılmasının öngörüldüğünü ifade etmiştir: Benzer ilişkinin kabahatlere yönelik hukukî denetimin cezâ mahkemeleri tarafından yerine getirilmesi hususunda önem arz etmesi hakkında bkz. ELİF BEKAR, «Kabahatler Kanunu'nun Genel Hükümlerinin Değerlendirilmesi», *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* LXIX, sayı 1–2 (2011): 1038.

¹⁵⁴² Koruma tedbirlerinin cezâ muhakemesi bakımından görevi için bkz. NURULLAH KUNTER, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (İstanbul, 1989), 655–743.

altına alma işlemine adli bir işlem niteliği vermeyecek; bu tür bir işlemin adli yargıya ilişkin, gerek olağan gerek olağanüstü kanun yolu denetimine tâbi kılınması da mümkün olamayacaktır¹⁵⁴⁴. Bu noktada ayrıca belirtmek gerekir ki, idari gözetim altına alma işleminin denetlenmesi hususunda tek yetkili olarak sulh ceza mahkemesinin gösterilmesi, idari itiraz yolunun kapalı olması, bu işlemin yerindelik denetiminin yapılamayacağına da işaret etmektedir.

ii. Tedbirin Hukukî Niteliğine İlişkin Değerlendirmemiz

YUKK'da idari gözetim altına almanın önleyici bir tedbir olarak düzenlendiği belirtilebilir. Bu tedbirle amaçların kamu düzeni ve ülke güvenliğinin sağlanması ve statü belirleme işlemlerinin sağlıklı bir şekilde yürütülmesi olduğu anlaşılmaktadır. İdari gözetim altına alma kararının vermeye yetkili olan makam, 68. maddede açıkça belirtilmese de, ilgili maddenin 3. fıkrasında, “valiliğin idari gözetim yerine başka usuller belirleyebileceği” zikredildiğinden, başvuruyu almaya yetkili olan makamın yani valiliğin idari gözetim altına alma kararının verilmesinde de yetkili olduğu sonucuna varılabilecektir. Bu hâliyle idari gözetim altına almayı, bireysel bir kolluk işlemi¹⁵⁴⁵

¹⁵⁴³ “(...) Daha ağır suç oluşturan eylemler için verilen idari para cezalarına karşı yapılacak başvurularda konunun idare hukukundan çok cezâ hukukunu ilgilendirmesi nedeniyle adli yargının görevli olması doğaldır (...)”: Anayasa Mahkemesi, E. 2005/108, K. 2006/35, K.T. 01.03.2006, RG. 22.07.2006/26236. (Karar, Kabahatler Kanunu’nun “Bu Kanun’un genel hükümleri diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanır” hükmünün, diğer yasalardaki kabahatlere gönderme yaparak yalnızca yaptırım türünden hareketle idari yargının denetimine tâbi tutulması gereken alanlar gözetilmeden, bunları da kapsayacak biçimde başvuru yolu, itiraz ve bunlara ilişkin usûl ve esasların değiştirilmesine sebep olduğu için Anayasa’nın 125. ve 155. maddelerine aykırı bulunup iptal edilmesine ilişkindir). Karar, doğrudan doğruya idari gözetim altına alma hususu ile ilişkili olmasa da, “konunun idare hukukundan çok ceza hukukunu ilgilendirmesi” ifâdesi, idari gözetim altına alma tedbiri ile ilgili Karar arasında belirttiğimiz yönde bir bağlantı kurulabileceğini göstermektedir.

¹⁵⁴⁴ “İdari işlemin denetimi niteliğinde olan idari para cezasına itirazın incelenmesinde, adli yargı mercilerinin yasayla görevlendirilmesi, yapılan işleme adli bir işlem niteliği vermemektedir. İdari para cezalarının denetlenmesinde adli yargı mercii olan Sulh Hakiminin denetimi yalnızca idari işlemin yasaya uygun yapıp yapılmadığı ile sınırlı olup, yasaya aykırılığın saptanması halinde idari merciin yerine geçerek idari para cezasını belirleme yetkisinin bulunmadığının kabul edilmesinde zorunluluk vardır. Hal böyle olunca, idari bir işlemin denetlenmesinin de idari nitelikte olması karşısında, bu tür bir işlemin adli yargıya ilişkin gerek olağan gerekse olağanüstü yasa yolu denetimine tabi tutulması da yasal olarak olanaksızdır”: Yargıtay Cezâ Genel Kurulu, E. 2004/7-189, K. 2004/225, 21.12.2004.

¹⁵⁴⁵ Bireysel kolluk işlemleri en geniş anlamı ile kolluk tedbiri ya da kolluk önlemi olarak nitelendirilebilir. Bunlar, hukuk düzeninin ihlâlinden önce uygulamaya sokulan, hukuk kuralının ihlâlini engellemeye, kamu düzeninin bozulmasını önlemeye yönelik olan işlemlerdir: YAHYA KAZIM ZABUNOĞLU, *Cilt I*, 557.

olarak değerlendirmek mümkün görünmektedir. Bu işlemin önleyici bir nitelik taşıması; yani herhangi bir hukuk kuralının ihlâli söz konusu olmadan uygulanması, onun bir müeyyide olarak nitelendirilemeyeceği anlamına gelmektedir¹⁵⁴⁶. Nitekim idari gözetimin bir müeyyide olarak uygulanmaması, 1951 Sözleşmesi'nin 31(1). maddesi ile de uyumlu bir görüntü sergilediği gibi, Anayasa'nın 38. maddesinde yer alan “[i]dare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz” hükmünün de bir gereğidir. YUKK'da idari gözetim altına alma işleminin istisnai bir işlem olduğu ve âdeti bir “son çare” olarak düzenlendiği de görülmektedir. Kanun'un 68. maddesinin (3). fıkrasında, “[i]dari gözetimin gerekip gerekmediği bireysel olarak değerlendirilir. İkinci fıkrada belirtilen hâllerde; idari gözetim altına alınmadan önce, 71 inci maddede belirtilen ikamet zorunluluğu ve bildirim yükümlülüğünün yeterli olup olmayacağı öncelikle değerlendirilir. Valilik, idari gözetim yerine başka usuller belirleyebilir. Bu tedbirler yeterli olmadığı takdirde, idari gözetim uygulanır” hükmüne yer verilmiştir. Buna ek olarak ilgili maddenin 6. fıkrası uyarınca, “[i]dari gözetimin her aşamasında, kararı alan makam tarafından, idari gözetim sonlandırılarak, 71 inci maddede belirtilen yükümlülüklerin veya başka tedbirlerin yerine getirilmesi istenebilir”. Belirtilen hükümlerden anlaşıldığı kadarıyla YUKK, BMMYK'nın tavsiyesine uygun bir şekilde, idari gözetim gibi hürriyeti kısıtlayıcı bir tedbirden ziyâde alternatif tedbirlerin uygulanmasına¹⁵⁴⁷ cevaz vermektedir.

iii. Tedbirin Uygulanmasına Yol Açan Nedenlere İlişkin Değerlendirmemiz

YUKK'da düzenlenen idari gözetim altına alma tedbirinin uygulanması için öngörülen nedenler, 1951 Sözleşmesi'nin 31. maddesi ile uyumlu bir görünüm

¹⁵⁴⁶ “Kolluk tedbiri (...), genellikle bu tedbirin uygulandığı kişinin hoşuna gitmeyen bir şeydir. O bakımından, “müeyyide (...)”ye benzer. Ancak müeyyideden farklıdır. Çünkü müeyyide bir hukuk kuralının ihlâline tepki olarak gösterilen ve hukuk düzeni tarafından öngörülen cebirdir. Hâliyle müeyyide hukuk kuralının ihlâlinden sonra devreye girer. Oysa kolluk tedbirleri, ... kamu düzeninin bozulmasından önce devreye girerler ve bir hukuk kuralının ihlâline tepki olarak değil; kamu düzeninin korunması amacıyla uygulanırlar. Yani müeyyideler bastırıcı (cezalandırıcı); kolluk tedbirleri (...) ise, önleyici niteliktedir”: KEMAL GÖZLER ve GÜRSEL KAPLAN, *İdare Hukuku Dersleri*, 596 (parantez içindeki ve parantez dışındaki üç noktalar tarafımızca eklenmiştir).

¹⁵⁴⁷ Bkz. yuk. §2.III.A.2.b.

sergilemektedir. Zira 31. madde, ÷lkeye yasal olmayan yollardan girenler için “gerekli/lüzumlu” durumlarda bu bireylerin hareketlerinin kısıtlanabileceğinden bahsetmektedir. Sözleşme’nin yorumlanmasında başvurulabilecek kaynaklar arasında yer alan 44 Sayılı BMMYK Yürütme Kurulu Kararı’nda ise “gerekli” hâllerin neler olabileceğı belirtilmiştir¹⁵⁴⁸. YUKK’un ilgili maddesinde sayılan gözetim altına alma şartlarının belirtilen kararda yer alan şartlar ile büyük ölçüde örtüştüğü gör÷lmektedir. YUKK’un 68(2). maddesinde yer alıp da BMMYK Yürütme Kurulu’nun ilgili Kararında bulunmayan tek şart, sınır kapılarında usulüne aykırı şekilde ÷lkeye girmeye çalışan başvuranın idari gözetim altına alınmasıdır. Ancak kanımızca bu şart da Sözleşme ile uyumlu bir görünüm sergilemektedir. Zira Sözleşme’nin 31. maddesinin yorumundan, tek başına ÷lkeye yasal olmayan yoldan giriş yapılmış olmasının gözetim altına alınmak için bir neden teşkil etmeyeceğı, ancak bunun için bireyin ÷lkeye bu şekilde girmiş olması gerektiğı anlaşılmaktadır. İlgili hüküm, henüz ÷lke sınırlarına girilmeden, yasa dışı girişin önlenmesine yönelik herhangi bir husus içermemektedir. Nitekim YUKK’da da, ÷lkeye yasal olmayan biçimde giriş yapmış olmak değil, sınır kapılarından usulüne uygun olmayan şekilde giriş yapılmasının önlenmesi, idari gözetim altına alma için bir gerekçe olarak sayılmıştır.

Gör÷ldüğü gibi YUKK, idari gözetim hususunda mevcut uygulamayı hukukî bir çerçeve altına alarak Türk sığınma hukuku açısından olumlu bir gelişmeye kaynak teşkil etmiştir. YUKK’da gözetim altına alınmanın kanunî bir temele dayandırılması ve büyük ölçüde uluslararası mülteci hukukunun gereklerine uygun olarak şekillendirilmiş olması özellikle AİHS’in 5. maddesine yönelik ihlâl kararlarının ciddi oranda azalmasına sebebiyet verebilecektir.

b. Başvuranın İkamet Zorunluluğı ve Bildirim Yükümlülüğü

Yürürlükteki mevzuat çerçevesinde, (filî) sığınmacıların/mültecilerin ikamet edecekleri yeri özgürce seçemeyecekleri anlaşılmaktadır. Bu durum, sadece statülerinin tanınması için başvuranlar bakımından değil, statüsü tanınmış olan

¹⁵⁴⁸ Bkz. Ibid.

sığınmacılar/mülteciler açısından da geçerlidir. YİSHK'in 17. maddesi uyarınca, [s]iyasi sebeplerle Türkiye'ye sığınan yabancılar ancak İçişleri Bakanlığınca müsaade olunacak yerlerde ikamet edebilirler". 1994 Yönetmeliği'nin 5(d) maddesi ise YİSHK'in ilgili hükmü ile uyumlu olarak, İçişleri Bakanlığı'ndan bir talimat gelinceye kadar sığınma başvurusunda bulunan yabancıların İçişleri Bakanlığı'nca uygun görülecek bir merkez veya misafirhanede barındırılacağını veya İçişleri Bakanlığı'nca gösterilecek bir yerde serbest ikamete tabi tutulacağını düzenlemiştir. Her iki düzenlemede de idareye takdir yetkisi tanınmadığı ve başvuruların belirtilen şekilde ikametinin sağlanması hususunda bağlı bir yetkinin öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Bu sebeple, anılan düzenlemelerden zorunlu ikamete ilişkin uygulamanın başvuranın idari gözetiminden önce değerlendirilmesi gereken alternatif bir tedbir olarak ele alınmadığı; ön görüşme sonrasında idari gözetim altına alınmayan tüm (fili) mülteciler/sığınmacılar için geçerli olacak şekilde uygulandığı sonucuna varılmaktadır. “Uygulamada (ise) bu yabancıların genellikle nüfusu yoğun olmayan ve asayiş yönünden problemi bulunmayan uydu illerde ikametlerine izin verildiği” aktarılmaktadır¹⁵⁴⁹.

YUKK'da da mevcut düzenlemeye benzer şekilde başvuranın belirli bir yerde ikamet etmesini zorunlu kılacak bir düzenlemeye yer verilmiştir. YUKK'un “[i]kâmet zorunluluğu ve bildirim yükümlülüğü” başlığını taşıyan 71. maddesinin 1. fıkrasında, başvuru sahibine, kendisine gösterilen kabul ve barınma merkezinde, belirli bir yerde veya ilde ikamet etme zorunluluğu ile istenilen şekil ve sürelerde bildirimde bulunma gibi idari yükümlülükler getirilebileceği belirtilmiştir. YUKK'un ilgili maddesindeki düzenlemenin yürürlükteki mevzuattan farklı olarak idareye belirtilen tedbirlerin uygulanması hususunda bir takdir alanı bıraktığı tespit edilmektedir. Ayrıca Kanunun 68(3). maddesi uyarınca bu tür tedbirlerin, idari gözetim altına alma tedbirinden önce uygulanabilecek alternatif tedbirler olarak değerlendirilmesi gerektiği de anlaşılmaktadır. Belirtilen hükmün yanısıra, YUKK'un 71. maddesinin (2). fıkrasında ise başvuranın adres kayıt sistemine kayıt yaptırmak ve ikamet adresini valiliğe bildirmekle yükümlü olduğu belirtilmiştir.

¹⁵⁴⁹ Alıntılanan bilgi için bkz. BÜLENT ÇİÇEKLİ, *Mülteciler*, 201.

Bu noktada, başvurana belirtilen biçimde bazı yükümlülüklerin getirilmesinin idari usulün sağlıklı bir şekilde işleyebilmesi ve kamu düzeni ve ülke güvenliğinin korunması açısından önem taşıdığı belirtilebilir. Ancak, bu yükümlülüklerin yerine getirilmemesinin, henüz usul sona ermeden başvuruların statülerinin tanınma talebinin reddedilmesi ve bu çerçevede kendilerine koruma sağlanmaması sonucuna da yol açmaması gerekir. Zira belirtilen bireyler, yükümlülüklerini yerine getirmemiş olsalar da bu kişilerin uluslararası korumaya duydukları ihtiyaç devam etmekte olabilir. Nitekim YUKK, yükümlülüklerini yerine getirmeyen başvuruların taleplerinin doğrudan doğruya reddedilmesinden bu bireylerin ya başvurularının geri çekilmiş sayılmasını ya da geri çekilmiş sayılan başvurudan sonra tekrar başvuruda bulunulmuş olması durumunda son başvurunun hızlandırılmış usule dâhil edilmesini sağlamaktadır.

c. Usulün Hızlandırılması: Hızlandırılmış Değerlendirme Usulü

YUKK'un 79. maddesi, Türk sığınma hukukunu yeni bir kavramla tanıştırmıştır: “hızlandırılmış değerlendirme usulü (hızlandırılmış usûl)”. Esasen hızlandırılmış değerlendirme usulü bu isimle olmasa da, mevcut uygulamada 57 sayılı Genelge kapsamında kendine yer bulmuş¹⁵⁵⁰; ancak Genelge'nin hızlandırılmış değerlendirmeye yer veren kısmının yürütülmesi Danıştay 10. Daire'nin 2009/8048 esas sayılı ve

¹⁵⁵⁰ Genelge'nin Danıştay'ın kararıyla belirli bir kısmının yürütülmesinin durdurulmasına karar verilmeden önce “resen ikâmet izni verilmeyecek haller” başlığını taşıyan paragrafında, uluslararası korumanın istismar edilmemesi ve gerçek manada uluslararası korumaya ihtiyacı olanların tespit edilmesi için bazı hâllerde başvurulara resen ikâmet izni verilmeyeceği ve bu bireylerin başvurularının en geç 5 iş günü içerisinde tamamlanarak kararın verilmesi için İçişleri Bakanlığı'na gönderileceği düzenlenmişti. Genelge'de yer alan bu hızlandırılmış muameleye tâbi tutulacak bireyler şu şekilde sayılmıştı: “Türkiye’de yabancı statüsünde yasal olarak ikâmet etmekte iken ikâmet sebebi ortadan kalktığı için (çalışma izin süresi biten, öğrenimini tamamlayan, ikâmet izni süresi biten, vize muafiyet süresi biten vb.) ülkeyi terk etmesi gerekirken başvuruda bulunanlar; yabancı statüsünde yasal ikameti devam ederken suç işlediği için sınır dışı edilmesine karar verildikten sonra başvuruda bulunanlar; Türkiye’de yasadışı bulunduğundan dolayı, güvenlik birimlerince yakalanmasını müteakip başvuruda bulunanlar; Türkiye’de yasadışı göçe karıştığından veya işlediği bir suçtan dolayı sınır dışı edilenlerden veya ülkemize girmesi men edilenlerden her nasılsa tekrar Türkiye’ye girenlerden başvuruda bulunmak isteyenler; Türkiye’den yasadışı yollardan çıkış yapmak isterken yakalandıktan sonra başvuruda bulunanlar; işlediği bir suç nedeniyle cezaevinde iken veya tahliye edildikten sonra başvuruda bulunanlar; daha önce iltica/sığınma talebinde bulunanlar; valiliklerce yapılan ön inceleme sonucu resen ikâmet izni verilmesi uygun görülmeyenler”. Yürütmeyi durdurma kararını takip eden değişiklik sonrası, sayılan kişilerin başvurularının 5 gün içerisinde sonlandırılması gerektiğine ilişkin düzenleme kaldırılmış ve bu kişilerin aynı iş günü içerisinde 137381@egm.gov.tr adresine veya (0312-4123295) numaralı telefon numarasına bildirileceği ve bu şahısların İçişleri Bakanlığınca yönlendirilen valiliklere sevklerinin sağlanacağı belirtilmiştir.

30.06.2010 tarihli kararı ile durdurulmuştur¹⁵⁵¹. Bunun yanı sıra 1994 Yönetmeliği'nin 6. maddesine yapılan değişiklik ile sığınma talebi kabul edilmeyen yabancıların bu karara itiraz süresinin kararın daha hızlı verilebilmesi için gerekli görülen durumlarda İçişleri Bakanlığı'nca daha kısa olarak belirlenebileceği düzenlenmiştir. Bu sebeple, YUKK'da hızlandırılmış usûl kavramı ilk kez kullanılmış olsa da, YUKK'un hazırlanmasından önce de hızlandırılmış usûl uygulamalarının gerçekleştirildiği belirtilmelidir¹⁵⁵².

aa. YUKK Çerçevesindeki Genel Görünüm

YUKK'da hızlandırılmış değerlendirme usulü, Kanun'un 79. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili hüküm şu şekilde kaleme alınmıştır: “(1)Başvuru sahibinin, (a) Başvuru sırasında gerekçelerini sunarken, uluslararası korumayı gerektirecek konulara hiç değinmemiş olması, (b) Sahte belge ya da yanıltıcı bilgi ve belge kullanarak veya kararı olumsuz etkileyebilecek bilgi ve belgeleri sunmayarak yetkilileri yanlış yönlendirmesi, (c) Kimliğinin ya da uyruğunun tespit edilmesini güçleştirmek amacıyla kimlik ya da seyahat belgelerini kötü niyetle imha etmesi veya elden çıkarması, (ç) Sınır dışı edilmek üzere idari gözetim altında olması, (d) Sadece, Türkiye'den gönderilmesine yol açacak bir kararın uygulanmasını erteletmek ya da engellemek amacıyla başvuruda bulunması, (e) Kamu düzeni veya kamu güvenliği açısından tehlike oluşturması ya da bu nedenlerle Türkiye'den daha önce sınır dışı edilmiş olması, (f) Başvurusunun geri çekilmiş sayılmasından sonra yeniden başvuruda bulunması, hâllerinde, başvurusu hızlandırılmış olarak değerlendirilir. (2) Başvurusu hızlandırılmış olarak değerlendirilen başvuru sahibiyle, başvuru tarihinden itibaren en geç üç gün içinde mülakat yapılır. Başvuru, mülakattan sonra en geç beş gün içinde sonuçlandırılır. (3) Bu maddeye göre

¹⁵⁵¹ Bkz. yuk. §7.II.C.1.a.cc.

¹⁵⁵² 57 sayılı Genelge'de hızlandırılmış usule yönelik olan düzenlemenin yürütmesinin durdurulması ile birlikte, yürürlükte bulunan düzenlemeler içerisinde hızlandırılmış usul ile ilgili olarak sadece 1994 Yönetmeliği'nin 6. maddesi uygulanabilir hâlde bulunmaktadır. Ancak ilgili maddede, statü değerlendirmesinden ziyâde, statü belirleme kararına yapılan itirazın değerlendirilmesine ilişkin olan sürenin hız kaygısıyla kısaltılabileceği belirtilmiştir. Bu sebeple, ilgili düzenlemeyi tam anlamıyla bir hızlandırılmış değerlendirme örneği olarak ele alabilmek mümkün değildir. Bu bağlamda, çalışmamızın bu kısmında, hızlandırılmış değerlendirme usulü, Türk hukukundaki görünümü açısından sadece YUKK çerçevesinde incelenecektir.

değerlendirilen başvurulardan, incelenmesinin uzun süreceği anlaşılanlar, hızlandırılmış değerlendirmeden çıkarılabilir. (4) Refakatsiz çocukların başvuruları hızlandırılmış olarak değerlendirilemez”.

Belirtilen hükmün gerekçesinden, hızlandırılmış usulün kabul edilmesindeki amaç tam olarak anlaşılamamakla birlikte¹⁵⁵³, hüküm incelenildiğinde, hızlandırılmış değerlendirme usulünün, daha çok başvurusunun olumsuz bir şekilde sonuçlanması muhtemel olan bireyleri kapsamına aldığı; bu haliyle dışlayıcı bir yaklaşım sergilediği görülmektedir. Nitekim Kanun’un genel gerekçesinde, söz konusu Kanun ile uluslararası bir sorun hâline gelen düzensiz göçle mücadelenin hukukî alt yapısının güçlendirilmesi ve etkinleştirilmesi; düzenli göçte ise bürokratik işlemlerin olabildiğince azaltılarak tutarlılık ve güvene dayalı bir göç yönetimi anlayışının hâkim kılınmasının sağlanacağı belirtilmiş; özgürlük ve güvenlik arasındaki dengenin sağlanmasına ve AB ile uyumlu bir düzenlemenin oluşturulması amacına sıklıkla vurgu yapılmıştır. Benzer vurguları Meclis alt komisyon raporlarında da görebilmek mümkündür¹⁵⁵⁴. Buradan, hızlandırılmış değerlendirme usulünün, özgürlük ve güvenlik arasındaki dengenin sağlanması çerçevesinde, AB’ye uyum süreci ekseninde şekillendirildiği anlaşılmaktadır. Bu bağlamda, ilgili maddenin düzenlenmesinde, dışlayıcı bir yaklaşımı benimseyen AB Usul Yönergesi’nin hızlandırılmış değerlendirmeyi düzenleyen hükmünün model olarak alındığı sonucuna da varılabilmektedir¹⁵⁵⁵.

¹⁵⁵³ İlgili maddenin gerekçesinde, maddenin amacına yönelik herhangi bir açıklama yapılmamıştır. Madde gerekçesi şu şekilde kaleme alınmıştır: “[m]adde ile uluslararası koruma başvurularının hangi şartlarda hızlandırılmış olarak değerlendirilip sonuçlandırılacağı açıklanmıştır”.

¹⁵⁵⁴ İlgili raporlar için bkz. NURAY EKŞİ, *YUKK (Tasarısı)*, 226–244, 296–304.

¹⁵⁵⁵ AB Usul Yönergesi’nin hızlandırılmış usulü düzenleyen 31(8). maddesine ilişkin açıklamalarımız için bkz. yuk. §2.III.A.2.c.

bb. Hızlandırılmış Usulün Uygulanması İçin Öngörülen Süreye İlişkin Değerlendirmemiz

Hızlandırılmış değerlendirme usulü mülteci hukuku bakımından üzerinde oldukça tartışılan bir konudur¹⁵⁵⁶. Bu tartışmanın temelinde ise ilgili usulün uygulanmasının geri gönderme yasağının ihlâl edilmesi ve âdil ve etkin bir statü belirleme değerlendirmesinin gerçekleştirilememesi risklerini taşıması ve bu usulün olağan usule göre daha kısıtlı bir çerçevede gerçekleştirilme ihtimâlinin bulunmasıdır. Söz konusu kısıtlılıktan kasıt hızlandırılmış değerlendirmenin çok kısa bir süre içerisinde tamamlanma zorunluluğunun olmasına ilişkindir. Nitekim bu riskler, Türk sığınma hukuku bakımından da geçerlidir. YUKK’un 79(2). maddesi uyarınca, “[b]aşvurusu hızlandırılmış olarak değerlendirilen başvuru sahibiyle, başvuru tarihinden itibaren en geç üç gün içinde mülakat yapılır. Başvuru, mülakattan sonra en geç beş gün içinde sonuçlandırılır”. İlgili hükümden yola çıkarak, hızlandırılmış değerlendirme usulünün olağan statü belirleme değerlendirmesi usulünden en belirgin farkının bu usulün diğerine göre çok daha hızlı bir şekilde işletilmesi olduğu anlaşılmaktadır. YUKK’a göre, başvurudan itibaren, en geç sekiz gün içerisinde, bireyin statüsünün belirlenmesine dair tüm işlemler tamamlanacaktır. Hızlandırılmış usulün amacına uygun bir şekilde mümkün olan en kısa sürede gerçekleştirilmesi elbette ki gereklidir; ancak bu sürenin statü belirleme değerlendirmesinin âdil bir şekilde gerçekleştirilebilmesi için “makul bir dereceye” kadar kısaltılması gerekir. Kanımızca sekiz günlük süre, değerlendirmenin âdil bir çerçevede yürütülmesine imkân sağlamaya yeterli olmayabilir. Nitekim hızlandırılmış değerlendirme usulü konusunda deneyime sahip olan bazı AB ülkelerinde bile usulün yürütülmesi sırasında, hız kaybısının âdil ve etkin statü belirleme değerlendirmesi gerçekleştirebilme amacının önüne geçtiği belirlenmiştir¹⁵⁵⁷. AB’ye üye ülkeler ile

¹⁵⁵⁶ Bkz. Ibid.

¹⁵⁵⁷ Örneğin, Birleşik Krallığın sınırlardan sorumlu birimi olan UKBA’nın (UK Border Agency) bağımsız denetçisi tarafından gerçekleştirilen inceleme sonucunda oluşturduğu rapora ilişkin görüşlerinde BMMYK, Birleşik Krallık’ta işletilmekte olan hızlandırılmış usul için öngörülen sürenin, âdil bir statü belirleme değerlendirmesinin gerçekleştirilememesine neden olduğunu tespit edilmiştir: belirtilen Rapor için bkz. JOHN VINE, *Asylum: A thematic inspection of the Detained Fast Track* (Londra, Eylül 2011), <http://icinspector.independent.gov.uk/wp-content/uploads/2012/02/Asylum_A-thematic-inspection-of-

karşılaştırıldığında statü belirleme konusunda oldukça deneyimsiz olan Türk idari makamlarının, ilk kez kapsamlı olarak uygulamaya başlayacakları bu usul içerisinde bazı durumlarda bu ülkelerden dahi daha kısa bir süre içerisinde âdil bir statü belirleme değerlendirmesi gerçekleştirebilecekleri pek olası görünmemektedir. Kaldı ki, sığınma başvurularının değerlendirilmesi karmaşık bir süreçtir. Bu süreç, değerlendirmenin yapılabilmesi için gereken delillerin, menşe ülkesi bilgilerini de içerecek şekilde incelenmesini gerektirir. Ayrıca özellikle bu süreç içerisindeki güvenilirlik değerlendirmesinin dikkatli bir şekilde ve titizlikle yapılması şarttır. Tüm bu belirtilen hususların gerçekleştirilmesi, kısıtlı ve çok kısa bir zaman içerisinde mümkün olmayabilir. Özellikle, travmatik deneyimler yaşamış olan ya da psikolojik sorunlar yaşamakta olan sığınmacıların başlarından geçenleri anlatabilmeleri için gereken güvenin sağlanabilmesi de öngörülenden fazla bir zaman alabilir. Mülteci statüsünün (diğer uluslararası koruma statüleri de dâhil olmak üzere) belirlenmesindeki en önemli amaç bireyin zulüm görme ihtimâli olan bir yere gönderilmesini engellemektir. Bu bağlamda, statü değerlendirmesinin âdil ve etkin bir biçimde yürütülememesi ve hız kaygısının ön plana çıkarılması, geri gönderme yasağının ihlâl edilme riskinin artmasına sebep olabilecektir¹⁵⁵⁸.

Bununla birlikte, YUKK'un hızlandırılmış değerlendirme usulünü düzenleyen 79. maddesinin 3. fıkrasında, incelenmesinin uzun süreceği anlaşılan başvuruların,

Detained-Fast-Track.pdf.> (E.T.: 10.12.2012); BMMYK'nın ilgili Raporun verilerine ilişkin görüşleri için bkz. UNHCR, *UN Refugee Agency (UNHCR) Raises Key Concerns with the Detained Fast Track*, Press Release (UN High Commissioner For Refugees, 23 Şubat 2012), <www.unhcr.org.uk/fileadmin/user_upload/pdf/DFT_PressRelease.pdf> (E.T.: 10.12.2012). BMMYK, Rapor verilerine ilişkin olarak, Birleşik Krallık'ta yedi ila on gün arasında değişen karar süresinin çok kısıtlı olduğunu ve statü belirleme değerlendirmesini yapmaya yetkili olan makamın mülakata hazırlık için yeterli bir ön çalışma yapabilmesine engel teşkil ettiğini belirtmiştir. Ibid.

¹⁵⁵⁸ Örneğin *Jabari v. Turkey* davasında beş günlük başvuru süresinin değerlendirilmesine ilişkin olarak AİHM şu ifâdeye yer vermiştir: *bir iltica başvurusunda bulunmak için bu tür kısa süreli otomatik ve mekanik bir sınırlama Sözleşme'nin 3. maddesinde öngörülen temel hakkın korunmasıyla çelişmektedir: Jabari v. Turkey*, para. 40. Mahkeme tarafından, başvuru için dahi beş günlük sürenin 3. maddede öngörülen temel hakkın korunması için yeterli olmadığına işaret edilmesi, başvurunun değerlendirilmesi için öngörülen beş günlük sürenin âdil ve etkin bir değerlendirmeye hizmet edemeyeceğini gözler önüne sermektedir. Bu hususta ayrıca bkz. SIOBHAN MULLALLY, *Fairness and Sustainability*, 19, 29; ROSEMARY BYRNE, GREGOR NOLL, ve JENS VEDSTED-HANSEN, *New Asylum Countries?*, 405; SHARON OAKLEY, *Accelerated Procedures*, 5.

hızlandırılmış değerlendirmeden çıkarılabileceği hüküm altına alınmıştır. Ancak bu hükmün çok genel bir ifade içerdiği ve statü belirleme yetkisini hâiz olan makamlara geniş bir takdir alanı bıraktığı anlaşılmaktadır. Kanımızca, Kanun'un uygulanmasına yönelik olarak düzenlenecek Yönetmelikle özellikle, menşe ülkesi bilgilerine hızlandırılmış değerlendirme usulünün yürütülmesine ilişkin süre içerisinde ulaşılamaması, yaşadığı travma, ya da içerisinde bulunduğu psikolojik durum gereği özellikle güvenilirlik değerlendirmesinin öngörülenden daha uzun bir süre içerisinde belirlenebileceği anlaşılan bireyler açısından, hızlandırılmış usule dâhil edilmeme yönünde bir güvence oluşturulması yerinde olacaktır. Zira bu sayede statü belirleme değerlendirmesinin âdil bir çerçevede gerçekleştirilebilmesi sağlanmış olabilecektir. Ayrıca bu yöndeki bir düzenleme, (şartlı) mülteciler açısından 1951 Sözleşmesi'nde ve aynı şekilde YUKK'da yer alan statü belirleme ölçütlerinin herhangi bir hataya yer vermeyecek şekilde değerlendirilmesinde ve geri gönderme yasağının ihlâli ile sonuçlanabilecek kararların önlenmesinde de fayda sağlayabilecektir.

cc. Bazı Hızlandırılmış Usule Tâbi Kılınma Nedenlerine İlişkin Değerlendirmemiz

Hızlandırılmış değerlendirme usulünün YUKK'daki görünümünün AB'deki düzenlemelerin etkisiyle şekillendirilmiş olması, bu usulün açıkça mesnetsiz veya açıkça istismara yönelik başvurular açısından uygulama alanı bulacağının düşünülmesine sebep olmaktadır¹⁵⁵⁹. Bununla birlikte YUKK'un ilgili hükmü incelendiğinde, hızlandırılmış değerlendirme usulüne tâbi olma hâllerinden bazılarının özellikle belirtilmese de, açıkça mesnetsiz veya açıkça istismara yönelik başvurular olarak değerlendirilebileceği (md. 79(1)(a), (c), (d) ve (f)), bazılarının kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması amacını taşıdığı¹⁵⁶⁰ (md. 79(1)(e) ve (c)¹⁵⁶¹) ancak bazıları açısından da tartışmalı bir

¹⁵⁵⁹ AB Usul Yönergesi'nde benimsenen hızlandırılmış değerlendirme usulünün açıkça mesnetsiz ve açıkça istismara yönelik olan başvuruları hedef aldığına ilişkin açıklamalarımız için bkz. yuk. §2.III.A.2.c.

¹⁵⁶⁰ Bu noktada belirtmek gerekir ki; BMMYK, kamu düzeni veya kamu güvenliği gerekçeleriyle başvuruların hızlandırılmış değerlendirmeye alınmasını eleştirmekte ve hızlandırılmış değerlendirmenin sadece açıkça mesnetsiz ve açıkça istismara yönelik olan başvurular için kullanılabilecek bir yöntem olması gerektiğinin üzerinde durmaktadır: UNHCR, *Comments on Procedures Directive (Recast)*, 27, 28.

görünümün oluştuğu anlaşılmaktadır. Bu sebeple amaçları bakımından belirsizlik arz eden bu hükümlerin (md. 79(1)(b) ve (ç)) değerlendirilmesi uygun olacaktır.

i. Kanunun 79(1)(b) Hükmü Açısından

Kanun'un 79. maddesinin (b) bendinde başvuranın “*sahte belge ya da yanıltıcı bilgi ve belge kullanarak veya kararı olumsuz etkileyebilecek bilgi ve belgeleri sunmayarak yetkilileri yanlış yönlendirmesi*”nin hızlandırılmış değerlendirme usulüne dâhil edilebilmesi için yeterli olduğu görülmektedir. İlgili hükümde, sahte belge ya da yanıltıcı bilgi ve belge kullanılmasının “kötü niyetle” gerçekleştirilme veya “haklı bir gerekçeye dayanmama” şartlarına bağlı kılınmadığı ve sahte bilgi ve belge kullanan tüm bireyleri kapsadığı anlaşılmaktadır. Ancak mültecilik hâlinin ani bir tehlike karşısında gerçekleşen bir durum olması sebebiyle, birçok mültecinin sahte belgeler kullanmak zorunda kaldıkları ve bu şekilde menşe ülkelerinden çıkış sağlayabildikleri veya sığınma ülkesine girebildikleri bilinmektedir¹⁵⁶². Nitekim bu sebeple, 1951 Sözleşmesi'nin 31. maddesi, mültecinin ülkeye yasadışı yoldan girişi sebebiyle cezalandırılmayacağını düzenlemiştir. Bunun yanında, ilgili hükmün lafzından sahte belge ya da yanıltıcı bilgi ve belge kullanan tüm başvuranların doğrudan doğruya hızlandırılmış usule dâhil edileceği yönünde idarenin bağlı bir yetkiyi hâiz olduğu sonucuna varılmaktadır. Böylece, başvuran sırf menşe ülkesinden kaçışını sağlayabilmek için ya da Türkiye sınırlarından geçebilmek için sahte veya yanıltıcı belge kullanmış ancak daha sonra bu yöndeki davranışının gerekçesini açıklamış olsa dahi hızlandırılmış usule dâhil edilebilecektir. Zira bu durumda başvuran birey, gerekçesini açıklamış olsa dahi yetkilileri bir kez yanlış yönlendirmiş kabul edilebilecektir. Bu bağlamda, mültecilik hâli açısından olağan karşılanabilecek bir durumun “açıkça mesnetsiz” veya “açıkça istismara” yönelik olarak değerlendirilemeyeceği belirtilmelidir. Kaldı ki, sayıca oldukça fazla olan bu durumdaki

¹⁵⁶¹ YUKK'un 79(1)(c) hükmünün uygulanabilmesi için başvuranın “kötü niyetle” kimlik ya da seyahat belgelerini imha etmiş ya da elden çıkarmış olması gerektiğinden, bu düzenlemenin açıkça istismara yönelik başvurular bakımından getirildiği de düşünülebilir.

¹⁵⁶² Bu hususta bkz. CHRIS NASH ve STEFAN KOK, Towards Fair and Efficient Asylum Systems in Europe (European Council on Refugees and Exiles (ECRE), Eylül 2005), 40, <<http://www.ecre.org/topics/areas-of-work/protection-in-europe/127.html>> (E.T.: 12.12.2012).

fiilî mültecilerin hızlandırılmış usule dâhil edilmesi istisnai olması gereken bu yöntemi olağan hâle dönüştürebilecektir¹⁵⁶³. Kanımızca, hükümde belirtilen durumların “kötü niyetle” veya “haklı bir gerekçe göstermeksizin” ifâdesi ile sınırlandırılması yerinde olurdu. Nitekim benzer bir hüküm ihtivâ eden 79. maddenin (c) bendinde, başvuranın kimliğini ya da seyahat belgelerini imha etmesi veya elden çıkarmasının başvurusunu hızlandırılmış usule tâbi kılacak bir neden olarak değerlendirilmesi için söz konusu eylemlerin “kötü niyetle” yapılmış olmasının arandığı görülmektedir. Ayrıca YUKK’un ilgili madde açısından model aldığı varsayılan AB Usul Yönergesi’nde de benzer bir hüküm bulunmakla birlikte, Yönerge’nin başlangıç (giriş-*recital*) kısmında, başvuranın ülkeye giriş için gereken belgeleri temin etmemiş olmasının ya da sahte belge kullanmasının geçerli bir neden göstermesi kaydıyla, doğrudan doğruya hızlandırılmış usule tâbi olması için tek başına bir sebep teşkil etmeyeceği belirtilmiştir (*recital*, para.21). Bununla birlikte inceleme konusu yaptığımız hükümle amaçlananın kamu düzeni ve güvenliğinin sağlanması olduğu iddia edilebilir. Ancak bu durumda hızlandırılmış değerlendirme usulünün düzenlendiği 79(1). maddenin bütünlüğü açısından bir tutarsızlık ortaya çıkmaktadır. Zira ilgili maddenin (e) bendinde, zaten kamu düzeni ve güvenliği açısından tehlike oluşturma hâli tek başına hızlandırılmış usulün işletilmesi için bir gerekçe olarak sayılmıştır.

Kanımızca ilgili düzenlemenin bu hâliyle uygulanması gerçek mültecilerin âdil ve etkin bir statü belirleme işlemine tâbi kılınmaması ve geri gönderme yasağının ihlâl edilmesi ile sonuçlanabilecektir. Bu sebeple ilgili hükmün yeniden gözden geçirilmesinin yahut Kanun’un uygulanmasına yönelik olarak çıkarılacak bir Yönetmelikle sadece “kötü

¹⁵⁶³ Devletlerin açıkça mesnetsiz ve açıkça istismara yönelik kabul edilen hâlleri genişleterek, hızlandırılmış değerlendirme usulünü istisna olmaktan çıkarıp kurala dönüştürmeye başlamış olmasına ilişkin eleştiriler için bkz. Ibid, 15; ECRE’nin AB Usul Yönergesi çerçevesinde, sahte belge kullanımının hızlandırılmış değerlendirmeye tâbi kılınmak için bir neden oluşturmaya yönelttiği eleştiriler için bkz. EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES (ECRE), *Comments from the European Council on Refugees and Exiles on the Amended Commission Proposal to recast the Asylum Procedures Directive (COM(2011) 319 final)*, Eylül 2011, 29; Hathaway’ın uygun belgesi olmaksızın veya sahte belge kullanarak ülkeye girmiş olan veya ülkede bulunan ve uluslararası koruma başvurusunda bulunan bireylerin bu başvurularının hızlandırılmış değerlendirmeye tâbi kılınmasının Sözleşme’nin 31. maddesi kapsamında bir “ceza” olarak nitelendirilebileceği; dolayısıyla bu durumun Sözleşmeye aykırılık teşkil edebileceği yönündeki görüşü için ise ayrıca bkz. JAMES C. HATHAWAY, *Rights of Refugees*, 408.

niyetli” olan ya da ilgili maddede zikredilen davranışları bakımından haklı gerekçe sunamayan bireylere hasredilmesinin uygun olacağı düşüncesindeyiz.

ii. Kanunun 79(1)(ç) Hükmü Açısından

YUKK’un 79. maddesinde sayılan ve hızlandırılmış usule tâbi kılınan hâllerden tartışmalı nitelik arz eden bir diğeri ise sınır dışı edilmek üzere idari gözetim altında bulunan başvuranlara ilişkin olan durumdur (md. 79(1)(ç)). Belirtilen düzenlemeden anlaşılan, idarenin, hakkında sınır dışı edilme kararı alındığı için gözetim altında tutulan ve bu karardan önce ya da sonra uluslararası koruma başvurusunda bulunmuş olan tüm bireylerin başvurularının hızlandırılmış değerlendirmeye tâbi kılınması yönünde bağlı bir yetkiyi haiz olduğudur. Bu çerçevede belirtilen hüküm, 79(1). maddenin (d) bendinde yer alan ve (başvuranın) *“Türkiye’den gönderilmesine yol açacak bir kararın uygulanmasını erteletmek ya da engellemek amacıyla başvuruda bulunması”* hâlini, başvurunun hızlandırılmış değerlendirmeye tâbi kılınması için bir şart olarak öngören düzenleme ile karşılaştırıldığında bir takım soru işaretleri ortaya çıkmaktadır. Kanun’un ilgili maddesinin (d) bendinde kaleme alınan hükmün lafzından bu düzenlemenin, hakkında Türkiye’den gönderilmesine yol açacak bir karar alındıktan sonra uluslararası koruma başvurusunda bulunmuş olan kişilere yönelik olduğu tespit edilmektedir. Bu bağlamda uluslararası koruma başvurusunda bulunmadan önce hakkında sınır dışı edilme kararı alınmış olan başvuranlardan, idari gözetim altında tutulanların başvurularının doğrudan doğruya hızlandırılmış değerlendirmeye dâhil edileceği; bu bireylerden idari gözetim altında tutulmayanların başvurularının ise haklarında alınan sınır dışı edilme kararının uygulanmasını erteletmek ya da engellemek amacıyla yapıldığının tespit edilmesi durumunda hızlandırılmış değerlendirmeye tâbi kılınacağı anlaşılmaktadır. Bu noktada, belirtilen bireylerin idari gözetim altına alınmış olup olmamalarına¹⁵⁶⁴ göre bir ayırım yapıldığı sonucuna varılmaktadır. İşte, Kanun’un 79 (ç) maddesinde yer alan ve sınır dışı

¹⁵⁶⁴ YUKK’un 57(2). maddesi uyarınca, “[h]akkında sınır dışı etme kararı alınanlardan; kaçma ve kaybolma riski bulunan, Türkiye’ye giriş veya çıkış kurallarını ihlâl eden, sahte ya da asılsız belge kullanan, kabul edilebilir bir mazereti olmaksızın Türkiye’den çıkmaları için tanınan sürede çıkmayan, kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanlar hakkında valilik tarafından idari gözetim kararı alınır”.

edilmek üzere gözetim altında tutulan kişilerin başvurularının doğrudan doğruya hızlandırılmış değerlendirmeye tâbi kılınmasını öngören hükmü tartışmalı olarak nitelendirmemizin sebebi de, belirttiğimiz ayırımın amacının tam olarak anlaşılamamasıdır. Söz konusu düzenlemenin amacının, açıkça mesnetsiz ve istismara yönelik olan başvuruların hızlıca değerlendirilmesi olduğu düşünülebilir. Böyle bir varsayımın kabul edilmesi, sınır dışı edilmek üzere gözetim altında tutulan bireylerin yaptıkları başvuruların herhangi bir ön inceleme gerektirmeksizin, haklarında alınan kararın erteletilmesi veya engellenmesi amacıyla yapıldığının varsayılması anlamına gelecektir. Ancak sırf ilgili bireylerin idari gözetim altına alınmış olmalarından dolayı, somut olay bazında bir değerlendirme yapılmadan böyle bir sonuca varılması mümkün olmamalıdır¹⁵⁶⁵. Alternatif olarak, düzenlemenin amacının, sınır dışı edilmek üzere gözetim altında tutulan bireylerin kamu düzenini ve güvenliğini tehdit etmesi sebebiyle bir an önce ülkeden uzaklaştırılması olduğu iddia edilebilir. Ancak, Kanun'un 79(e) maddesinde zaten kamu düzeni ve güvenliği açısından tehlike oluşturanların hızlandırılmış değerlendirmeye tâbi kılınacağını ayrı bir hüküm ile düzenlenmiş bulunmaktadır. Son olarak, ilgili düzenlemenin amacının, gözetim altında tutulan bireylerin, hürriyetlerinin kısıtlanmış olması sebebiyle bu kısıtlılık hâlinin başvurularının hızlandırılmış değerlendirmeye tâbi kılınarak, bir an önce sonlandırılması amacını taşıdığı iddia edilebilir. Ancak söz konusu amaç makul olarak nitelendirilse bile bu kez

¹⁵⁶⁵ Nitekim bu hususta AB hukukundaki yaklaşım dikkat çekicidir. Zira anılan konuda somut olaya ilişkin bir incelemenin gerçekleştirilmesinin gerekliliği ABAD tarafından teyit edilmiştir. ABAD, ülkeden uzaklaştırılma kararının icrası için idari gözetim altına alınma ve uluslararası koruma başvurusunun etkileşimini değerlendirdiği yakın tarihli bir ön kararında ülkeden uzaklaştırılmak üzere gözetim altında tutulan bir bireyin uzaklaştırma kararını erteletmek ya da engellemek için uluslararası koruma başvurusunda bulunduğu anlaşıldığında gözetim altında tutulmaya devam edilebileceğini ancak dava bazında bir inceleme yapılmadan, söz konusu bireyin sırf uluslararası koruma başvurusunda bulunmuş olması sebebiyle, bu başvurusunun, uzaklaştırma veya gözetim altına alma kararını erteletmek ya da engellemek için yapıldığı sonucuna varılamayacağını belirtmiştir: *Case C-534/11 Mehmet Arslan v Policie ČR, Krajské ředitelství policie Ústeckého kraje, odbor cizinecké policie*, Judgment of the Court (Third Chamber), 30.05.2013, paras. 61, 62, 63, <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=137831&pageIndex=0&doclang=ee&m ode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=3722374>> (E.T.: 10.09.2013). Türkiye henüz bir AB üyesi ülke olmadığından ötürü elbette ABAD kararlarının Türk hukuku açısından bağlayıcı bir etkiyi hâiz olduğu iddia edilemeyecektir. Ancak AB uygulamasından aktarıldığı anlaşılan hızlandırılmış değerlendirme usulünün AB hukuku çerçevesindeki görünümünün dikkate alınması Türkiye'nin AOSS ile uyumlu bir sığınma sistemi oluşturma hedefi açısından kanımızca önem arz etmektedir.

de, sadece sınır dışı edilmek üzere gözetim altında tutulan başvuranların hızlandırılmış değerlendirmeye tâbi kılınıp, haklarında sınır dışı edilme kararı alınmadığı hâlde idari gözetim altında tutulanların hızlandırılmış değerlendirmeye tâbi kılınacağı yönünde bir hükme yer verilmemiş olması tutarsızlık yaratacaktır. Ayrıca bu durumda, açıkça mesnetsiz veya açıkça istismara yönelik olmayan başvurular açısından adil bir değerlendirmenin gerçekleştirilememesi riski ortaya çıkabilecektir. Söz konusu riskin en önemli sonucu ise başta geri gönderme yasağı olmak üzere uluslararası yükümlülüklerin ihlâl edilmesi tehlikesi ile karşılaşılmasıdır.

Kanımızca eleştirdiğimiz düzenleme sadece, uluslararası korumaya başvurduktan sonra YUKK'un 54(2). maddesi çerçevesinde kalınarak ve Kanun'un geri gönderme yasağının düzenlendiği 4. maddesine aykırılık teşkil etmeksizin, haklarında sınır dışı edilme kararı alınan ve bu bağlamda idari gözetime tâbi tutulan bireylerle sınırlandırılmış olsa idi makul bir temele dayanmış olabilecekti. Zira bu durumda, ilgili hükmün uygulanması ile bu bireylerin, haklarında alınan sınır dışı edilme kararı uygulanmadan bir an evvel statü değerlendirme işlemlerinin tamamlanması kaygısının gözetildiği iddia edilebilecekti. Ancak bu hâliyle ilgili düzenlemenin uygulamada bir çok sorunu da beraberinde getireceği anlaşılmaktadır.

C. Usulün Durdurulması ve Tamamlanması

İdari işlemin oluşma süreci, idari kararın verilmesi ile tamamlanmış olur¹⁵⁶⁶. Mülteci statüsünün belirlenme süreci de başvuranın mülteci olarak tanınması veya statüsünün tanınma talebinin reddedilmesi ile nihayete erer. Ancak bazı durumlarda, henüz statü belirleme kararı verilmeden de usûl durdurulabilir. Bu hâller yürürlükteki mevzuat çerçevesinde yer almamaktadır. Ancak YUKK hangi durumlarda statü belirleme usulünün durdurulacağını belirlemiştir. Bu sebeple, ilk olarak, YUKK'da düzenlenen bu hâller incelendikten sonra usulün olağan biçimde tamamlanmasına sebep olan statü belirleme kararının verilmesi hususuna yürürlükteki mevzuat ve YUKK açısından değinilecektir.

¹⁵⁶⁶ BAHTİYAR AKYILMAZ, *Usul*, 163.

1. Statü Belirleme Kararı Verilmeden Usulün Durdurulması

a. Usulün Durdurulmasına Neden Olan Hâller

YUKK, bazı durumlarda statü belirleme usulü tamamlanmadan da bu usulün durdurulabilmesine cevaz vermiştir. Usulün durdurulmasına sebep olan hâller, başvurunun kabul edilemez olduğuna karar verilmesi (md. 72) ile başvurunun geri çekilmesi veya geri çekilmiş sayılmasına (md. 77) yöneliktir. Kanun koyucu bu iki durumun belirlenmesi hususunda idareye geniş bir takdir alanı bırakmaktansa, hangi şartlarda belirtilen hâllerin gerçekleşeceğini düzenlemiştir. Bu bağlamda, statünün belirlenmesi ve dolayısıyla uluslararası koruma başvurusunun değerlendirilmesi hususunda negatif bir etkiye sahip olan bu hâllerin tahdidi olarak kabul edilmesi ve dar yorumlanması gerektiği belirtilebilir.

aa. Başvurunun Kabul Edilemez Olarak Değerlendirilmesi

YUKK'un Türk sığınma hukukuna getirdiği yeniliklerden biri de bazı başvuruların kabul edilemez olarak nitelendirilmesi ve bu başvurulara ilişkin işlemlerin durdurulmasına ilişkindir. Kanun'un 72(1). maddesi uyarınca başvuran, farklı bir gerekçe öne sürmeksizin aynı başvuruyu yenilemişse (md. 72(1)(a)); kendi adına başvuru yapılmasına muvafakat verdikten sonra, başvurunun herhangi bir aşamasında haklı bir neden göstermeksizin veya başvurunun reddedilmesinin ardından farklı bir gerekçe öne sürmeksizin ayrı bir başvuru yapmışsa (md. 72(1)(b)); 73 üncü madde kapsamında olan ülkeden (ilk iltica ülkesi) gelmişse (md. 72(1)(c)); 74 üncü madde kapsamında olan ülkeden (güvenli üçüncü ülke) gelmişse (md. 72(1)(ç)) başvurusunun kabul edilemez olduğuna karar verilir.

Görüldüğü gibi, ilgili maddenin 1. fıkrasında yer alan hâllerden ilk ikisi daha önce yapılanlar ile aynı kapsamı hâiz olan müteakip başvurulara ilişkindir. İlgili maddenin 1. fıkrasında zikredilen diğer iki hâl ise güvenli ülke uygulamalarının Türk sığınma hukukuna aktarılmasının bir sonucu olarak düzenlenmiştir; dolayısıyla bu iki hâl, güvenli ülke kavramı ile ilişkilidir.

Kanun'un ilgili maddesinin bu genel sistematığının oluşturulmasında AB'nin Usûl Yönergesi'nin model olarak alındığı anlaşılmaktadır. Zira Usûl Yönergesi'nin, “kabul edilmez başvurular (*inadmissible applications*)” başlığını taşıyan 33. maddesinin 2. fıkrasında tıpkı YUKK'un 72(1). maddesinde olduğu gibi başvurunun kabul edilemez olarak nitelendirilmesi, ilgili başvurunun daha önceki başvuru ile aynı içeriğe sahip olan müteakip bir başvuru olmasına ve bireyin güvenli üçüncü ülkeden veya ilk iltica ülkesinden gelmiş olmasına dayandırılmıştır¹⁵⁶⁷.

i. Müteakip Başvurular

YUKK'da “müteakip başvuru” ifâdesi kullanılmamakla birlikte, Kanun'un 72(1)(a) ve (b) hükümlerinden kast edilenin müteakip başvurular olduğu açıkça anlaşılmaktadır. Bu hâliyle, YUKK'un model olarak aldığı AB'nin ilgili mevzuatından ayrıldığı görülmektedir. Zira AB Usul Yönergesi'nde müteakip başvuru ifâdesi kullanılmış ve bu ifâdenin tanımı yapılmıştır. Usul Yönergesi'nin “[t]anımlar” başlıklı 2(q) maddesi uyarınca, müteakip başvuru (*subsequent application*) başvuranın başvurusunu açıkça geri çektiği veya karar makamı tarafından başvurunun geri çekilmiş olduğuna karar verildiği durumları da kapsayacak biçimde, önceki başvurunun nihai bir karara bağlanmasından sonra yapılan başvurudur.

YUKK'da bu şekilde bir tanıma yer verilmemiş olması, müteakip başvuruların, ilk başvurunun değerlendirmesi devam edilirken yapılan başvuruları mı yoksa olumsuz bir statü belirleme kararı verildikten sonra yapılanları mı kapsadığı yönünde net bir sonuca ulaşılamamasına sebep olmaktadır. Ayrıca, bu yönde bir düzenlemenin Kanunda yer almaması, YUKK çerçevesinde, geri çekilen veya geri çekilmiş sayılan başvurulardan

¹⁵⁶⁷ Usûl Yönergesi'nin 33(2). maddesi şu şekilde düzenlenmiştir: “üye ülkeler sadece şu şartlarda bir uluslararası koruma başvurusunu kabul edilmez olarak değerlendirebilir: (a) bir başka üye ülke uluslararası koruma sağlamışsa (b) üye ülkeler dışındaki bir ülke 35. madde uyarınca başvuran açısından ilk sığınma ülkesi olarak değerlendirilmişse (c) üye ülkeler dışındaki bir ülke 38. madde uyarınca başvuran açısından güvenli üçüncü ülke olarak değerlendirilmişse (d) başvuru, 2011/95/EU künyeli Yönerge çerçevesinde başvuranın uluslararası korumadan faydalanabilmesini sağlayacak yeni bir unsur ya da bulgu içermeyen müteakip bir başvuru ise (e) kendisi adına başvuru yapılmasına 7(2). madde çerçevesinde rıza gösteren birey, bağımsız bir başvuruya gerekçe tesis edebilecek yeni bir vakıa olmamasına rağmen yeniden başvuruda bulunmuş ise”.

sonra yapılanların da Kanun'un 72(1). maddesine girip girmeyeceği hususunu belirsiz kılmıştır. Söz konusu belirsizlik özellikle ilgili maddenin ilk fıkrasının (a) bendi için geçerlidir. Zira aynı fıkranın (b) bendinde, “başvurunun herhangi bir aşamasında haklı bir neden göstermeksizin veya başvurunun reddedilmesinin ardından farklı bir gerekçe öne sürmeksizin ayrı bir başvuru yapmışsa” ifadesi kullanılmıştır. Buradan, başvuranın hem kendisi adına işleme konulan ilk başvurunun incelenmesi devam ederken hem ilk başvurusu incelenip reddedildikten sonra yaptığı ayrı başvuruların kabul edilemez olarak nitelendirileceği anlaşılmaktadır. Ancak aynı açıklık (a) bendinde yer alan ifâdede görülmemektedir. İlgili bentte sadece, müteakip başvurunun, farklı bir gerekçe gösterilmeden önceki başvurunun yinelenmesi durumunu nitelediğinde kabul edilemez olarak değerlendirileceği belirtilmekle yetinilmiştir. Kanımızca bu durumda ortaya çıkabilecek en önemli sorun, başvurusu geri çekilmiş sayılan bireyin yeni bir başvuruda bulunması durumunda, YUKK'un 79(1)(f) hükmü uyarınca hızlandırılmış değerlendirmeye mi tâbi kılınacağı yoksa 72(1)(a) hükmünün kapsamına alınarak başvurusunun kabul edilemez olarak mı değerlendirileceği hususuna ilişkindir. Zira 79(1)(f) maddesinin hükmünde, geri çekilmiş sayılan başvurudan sonra yapılan başvuruların hızlandırılmış değerlendirmeye tâbi kılınacağı belirtilmekle yetinilmiş, bu başvuruların ilk başvurudan farklı ve yeni vakıa, bulgu veya iddia içermesi şart koşulmamıştır. Bu husustaki belirsizliğin, Kanun'un uygulanmasına yönelik esas ve usulleri düzenleyecek olan Yönetmelikle açığa kavuşturulmasını ümit ediyoruz. Kanımızca, söz konusu belirsizliğe mahal bırakmamak için Kanun'da müteakip başvuru adıyla bir tanıma yer verilmesi ve yine bu başlıkla ayrı bir hükmün Kanun'da yer alarak, hangi durumlarda müteakip başvuruların kabul edilemez olarak değerlendirileceğinin açık bir görünüme kavuşturulması daha yerinde olabilirdi.

YUKK'un 72(1). maddesinin (a) ve (b) bentleri uyarınca müteakip bir başvurunun kabul edilemez olarak nitelendirilmesi için ilk başvuru ile aynı içeriğe sahip olması; yani statünün tanınması hususunda yeni bir vakıa, bulgu ya da iddia içermemesi gerektiği anlaşılmaktadır. Bu bağlamda, müteakip başvurunun belirtilen biçimde kabul edilemez olarak değerlendirilebilmesi için mutlaka bir ön incelemeden geçirilmesi ve yeni

vakıaların, bulgu veya iddiaların ortaya çıkıp çıkmadığının ya da başvuran tarafından ileri sürülüp sürülmediğinin belirlenmesi gerekir. Nitekim bu hususta bir ön inceleme yapılmasının gerekliliği, YUKK'un uluslararası korumaya yönelik hükümleri açısından ağırlıklı olarak model aldığı AB Usûl Yönergesi'nde de zikredilmiş; BMMYK tarafından da tavsiye edilmiştir¹⁵⁶⁸. YUKK'da yer almayan bu önemli ayrıntının ileride düzenlenecek olan bir Yönetmelikle açığa kavuşturulmasının yerinde olacağını düşünmekteyiz.

ii. Güvenli Üçüncü Ülkeden veya İlk İltica Ülkesinden Gelinerek Yapılan Başvurular

Menşeyi Avrupa'dan alan güvenli üçüncü ülke uygulamasının yansımaları AB'ye uyum süreci kapsamında özellikle uluslararası korumaya ilişkin olarak AOSS'nin hukukî düzenlemelerini model alan YUKK'da da görülmektedir.

Ancak YUKK'un yasalaşmasından önce, güvenli üçüncü ülke uygulamasının Ankara 4. İdare Mahkemesi'nin bir kararına konu teşkil ettiği aktarılmaktadır¹⁵⁶⁹. Davada, ilgili mahkeme, Özbekistan vatandaşı olan başvuranın, Türkiye'ye gelmeden önce transit geçiş yaptığı Türkmenistan'da yahut aynı şekilde bulunduğu İran'da sığınma başvurusunda bulunabilecekken bunu yapmadığını belirtmiş ve kararını bu çıkarım üzerine vermiştir. Mahkeme'nin bu sonuca 1951 Sözleşmesi'nin 31(1). maddesini hatalı bir şekilde yorumlayarak ulaştığı belirtilmektedir¹⁵⁷⁰. Yürürlükteki mevzuat içerisinde güvenli üçüncü ülke kavramına ilişkin herhangi bir düzenleme olmamasına rağmen bu tür bir uygulamaya yer verilmesini kaygı verici olarak değerlendirmek gerekir. Belirtilen

¹⁵⁶⁸ Bkz. AB Usûl Yönergesi, md. 40 (2); ayrıca bkz. UNHCR, *Comments on Procedures Directive (Recast)*, 28.

¹⁵⁶⁹ Ankara 4. İdare Mahkemesi'nin 21.10.2003 tarihli bu kararı Tokuzlu tarafından aktarılmıştır. Karar için bkz. LAMİ BERTAN TOKUZLU, «Non-Refoulement», Annex I.

¹⁵⁷⁰ Ibid., 422. 1951 Sözleşmesi'nin 31(1). maddesinde, doğrudan doğruya menşe ülkesinden gelerek yasadışı yolla giriş yapan mültecilere, gecikmeden yetkili makamlara başvurup, yasa dışı yolla giriş yapmalarının nedenlerini göstermeleri koşuluyla ceza uygulanamayacağı düzenlenmiştir. Mahkeme, bu noktada, “doğrudan doğruya menşe ülkesinden gelme” şartını, hatalı olarak sığınmacıya ceza verilmemesi açısından değil; statüsünün belirlenmesi yönünden etki doğuracak şekilde değerlendirmiştir.

Karardan da anlaşıldığı üzere keyfî bir şekilde değerlendirilme riski olan üçüncü güvenli ülke uygulamalarının YUKK'un yürürlüğe girmesi ile nispeten daha belirgin bir çerçevede ele alınabileceği ifade edilebilir.

YUKK'un "ilk iltica ülkesinden gelenler" başlıklı 73. maddesi ve "güvenli üçüncü ülkelerden gelenler" başlıklı 74. maddesi başvuranın Türkiye'ye gelmeden önce uğradığı ülkenin hangi durumlarda güvenli olarak değerlendirilebileceğine ve buna yönelik uygulamanın nasıl gerçekleştirileceğine ışık tutmaktadır. Her ne kadar Kanun'da önce ilk iltica ülkesine yönelik düzenlemelere yer verilmişse de, güvenli üçüncü ülkenin tespit edilmesine yönelik şartların ilk iltica ülkesinin güvenli olup olmadığının belirlenmesinde de dikkate alınması gerektiğini düşündüğümüzden, Kanun'un sistematîğinden farklı olarak öncelikle YUKK'un güvenli üçüncü ülkeye ilişkin hükmünü değerlendirmekte fayda olacağına inanmaktayız.

YUKK'un 74 (1). maddesinde, başvuru sahibinin, Sözleşmeye uygun korumayla sonuçlanabilecek bir uluslararası koruma başvurusu yaptığı veya başvurma imkânının olduğu güvenli üçüncü bir ülkeden geldiğinin ortaya çıkması durumunda başvurusunun kabul edilemez olarak değerlendirileceği belirtilmiştir. Hangi ülkelerin güvenli üçüncü ülke olarak nitelendirileceği ise ilgili maddenin 2. fıkrasında açıklanmıştır. Bu düzenlemeye göre, bireyin Türkiye'ye girmeden önce bulunduğu üçüncü ülkenin güvenli olarak değerlendirilebilmesi için, bu ülkede; “ (a) kişilerin hayatının veya hürriyetinin, ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasî 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” gerekmektedir.

YUKK'un AB Usul Yönergesi'ni model aldığı için, üçüncü ülkenin güvenli olarak nitelendirilmesi hususunda tatminkâr bir düzenleme ihtiva ettiği düşünülebilir. Ancak, ilgili düzenlemenin kanımızca bu yönde önemli bir eksikliği vardır. YUKK'da üçüncü

ülkenin güvenli olarak nitelendirilebilmesi için ilgili ülkede 1951 Sözleşmesi çerçevesinde geri gönderme yasağının uygulanmakta olması şartı aranmamıştır. Konunun düzenlendiği ilgili maddenin (b) bendinde, “kişilerin işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulacağı ülkelere geri gönderilmemesi ilkesinden” bahsedilmiştir. Ancak geri göndermeme ilkesi, 1951 Sözleşmesi’nin 33. maddesinden vücut bulan bir ilke olup, (fiili) mültecinin sadece işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalınacak yerlere gönderilmemesini değil, hayatının ya da özgürlüğünün tehdit altında olacağı (zulüm ihtimâline maruz kalacağı) yerlere gönderilmemesini de sağlar. Bu bağlamda, insan hakları sözleşmeleri ile oluşturulan koruma alanından kapsam olarak daha geniş bir çerçeveye sahip olacak şekilde yorumlanabilir. İnsan hakları sözleşmelerinin işkence yasağı çerçevesinde sağladığı koruma ise mutlak bir hakka dayanması ve sadece mülteciler için değil herkes (mülteci statüsü dışındaki diğer uluslararası koruma statülerini de kapsayacak biçimde) için geçerli olması sebebiyle önem arz eder; ancak içerik olarak, 1951 Sözleşmesi’nin 33. maddesinden daha dar bir koruma alanını hâiz olduğu belirtilebilir¹⁵⁷¹. Bu sebeple, güvenli üçüncü ülkenin belirlenmesine yönelik kriterler arasında hem, 1951 Sözleşmesi çerçevesinde uygulanan geri gönderme yasağına hem insan hakları sözleşmelerinin bu hususta getirdiği düzenlemelere ayrı ayrı vurgu yapmak gerekir¹⁵⁷². İşte bundan dolayıdır ki, YUKK’da üçüncü ülkenin güvenli olarak nitelendirilmesi noktasında bu ülkede sadece insan hakları sözleşmelerinden kaynaklanan işkence yasağını kapsayan bir geri göndermeme uygulamasına yer verilmiş olması önemli bir eksiklik olarak değerlendirilebilir. Kaldı ki, hem 1951 Sözleşmesi’nin 33. maddesi hem insan hakları sözleşmeleri çerçevesinde geri gönderme yasağına temel teşkil eden önemli bir husus da bireyin yaşam hakkından mahrum bırakılması tehlikesidir. İlgili hükümde yaşam hakkına ilişkin olarak da herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Kanımızca, belirttiğimiz

¹⁵⁷¹ Bu hususta bkz. yuk.ş2.II.D.2.

¹⁵⁷² Nitekim Kanun’un ilgili hüküm açısından model aldığı AB Usûl Yönergesi’nin güvenli üçüncü ülke kavramını düzenleyen 38. maddesinde hem 1951 Sözleşmesi çerçevesinde uygulanan geri gönderme yasağına (md. 38(1)(c)), hem uluslararası hukukta kabul edildiği şekilde bireyin işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulacağı ülkelere geri gönderilmesinin yasaklanması hususuna (md. 38(1)(d)) ayrı ayrı değinilmiştir.

hususların Kanun'un uygulanmasına yönelik esas ve usulleri içerecek olan Yönetmeliğin hazırlanması sırasında dikkate alınması ve Yönetmelikte güvenli üçüncü ülkenin 1951 Sözleşmesi'ne uygun olarak geri gönderme yasağını uygulamakta olması şartına yer verilmesi yerinde olacaktır.

Bununla birlikte, YUKK'un güvenli üçüncü ülke hususunda olumlu bir düzenlemeyi içerdiğini de belirtmek gerekir. Kanun'un 74(3). maddesi uyarınca, 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 değerlendirilecektir. Başvuranın gönderileceği üçüncü ülkenin güvenli olup olmadığı belirlenirken, her somut başvuru açısından ayrı bir değerlendirme yapılmasının görünüşte güvenli olduğu tespit edilen ülkenin, bireyin özel durumları göz önüne alındığında da güvenilirliğini koruduğundan emin olunması açısından önem taşıdığı daha önce vurgulanmıştı¹⁵⁷³. YUKK'un güvenli üçüncü ülke uygulamasına ilişkin düzenlemesinin bu yaklaşımla uyumlu olması ise sevindiricidir.

YUKK uyarınca kabul edilemez olarak nitelendirilecek başvurulardan bir diğeri de, ilk iltica ülkesinden gelinerek yapılmış olan başvurulardır. Kanun'un 73 (1). maddesinde, ilk iltica ülkesi, 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 ülke olarak tanımlanmıştır. İşte bireyin böyle bir ülkeden geldiğinin anlaşılması durumunda, başvurusu kabul edilemez olarak değerlendirilecek ve ilk iltica ülkesine gönderilmesi için işlemler başlatılacaktır (md. 73(1)). İlk iltica ülkesine yönelik düzenlemenin AB Usûl Yönergesi'nin ilgili hükmü¹⁵⁷⁴ temel alınarak hazırlandığı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, AB Usûl Yönergesi'nde ilk iltica ülkesine yönelik uygulamanın gerçekleştirilmesi için bu ülkenin güvenli üçüncü ülke niteliğini de hâiz olmasının aranabileceği belirtilmiştir (Yönerge md.

¹⁵⁷³ Bkz. yuk. §.2.III.A.2.a.

¹⁵⁷⁴ Bkz. AB Usul Yönergesi, md. 35.

35 (son paragraf)). Bir başka ifâde ile üçüncü ülkenin güvenli olarak nitelendirilmesi için aranan şartlar, ilk iltica ülkesi için de geçerli olabilecektir.¹⁵⁷⁵. YUKK'un ilk iltica ülkesine yönelik ilgili maddesinde ise bu yönde bir hükme yer verilmediği görülmektedir. Kanımızca, ilk iltica ülkesine yönelik uygulamalarda, güvenli üçüncü ülkeye ilişkin kriterlerin de değerlendirmeye alınması, bireyin etkin ve gerçek anlamda güvenilir bir korumaya ulaşmasının sağlanması açısından olumlu bir nitelik arz etmektedir¹⁵⁷⁶. Zira ilk iltica ülkesi açısından YUKK'da aranan “yeterli ve etkin” korumanın sağlanması kriterinin açılımı; “yeterli” ve “etkin” ifâdelerinden ne anlaşılması gerektiği, güvenli üçüncü ülkenin tespit edilmesine yönelik şartlarla açıklığa kavuşturulabilecek niteliktedir. YUKK'da bu konuda herhangi bir düzenlemenin yer almaması ve ilk iltica ülkesinin sağladığı korumanın yeterli ve etkin olup olmadığının değerlendirilmesi hususunda idareye geniş bir takdir yetkisi tanınmış olması eleştirilebilir.

bb. Başvurunun Geri Çekilmesi veya Geri Çekilmiş Sayılması

YUKK'da statü belirleme sürecinin durmasına sebep olan ikinci neden başvurunun geri çekilmesi veya geri çekilmiş sayılmasıdır¹⁵⁷⁷. YUKK'un 77. maddesi uyarınca; “(1) *Başvuru sahibinin; a) Başvurusunu geri çektiğini yazılı olarak beyan etmesi, b)*

¹⁵⁷⁵ Ancak AB Usûl Yönergesi, böyle bir değerlendirmenin yapılması konusunda üye devletlere bir zorunluluk tanımamış, bu yönde bir düzenlemenin ilgili devletlerce “yapılabileceğini” belirtmekle yetinmiştir: bkz. AB Usul Yönergesi md. 35 (son paragraf).

¹⁵⁷⁶ UNHCR Bureau for Europe, *UNHCR comments on the European Commission's proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on minimum standards on procedures in Member States for granting and withdrawing international protection (COM(2009)554, 21 October 2009)* (UNHCR, 2010), 33, <<http://www.refworld.org/docid/4f3281762.html>> (E.T.: 12.12.2012).

¹⁵⁷⁷ Hâlen yürürlükte bulunan 57 sayılı Genelge'de de başvurusundan vazgeçenler ile ilgili bir düzenleme yer almaktadır. İlgili düzenlemeye göre, serbest ikamet izni verilen veya mülteci misafirhanesinde barındırılan başvuru sahibi, başvurunun incelenmesi aşamasında ya da hakkında karar verildikten sonra sığınma başvurusundan vazgeçerek ülkeden ayrılmak isterse, başvurusundan vazgeçtiğine dair dilekçesi ve dilekçesine istinaden bu yöndeki ifâdesi alınarak, 15 gün içinde ülkeyi terk etmesi gerektiği kendisine tebliğ edilir ve bu durum, çıkış yapacağı hudut kapısı Valiliğine bildirilerek çıkışı sağlanır. Eğer, birey zorunlu ikamete tâbi kılınmış ise o zaman başvurusundan vazgeçtiğine dair dilekçesi ve dilekçesine istinaden bu yöndeki ifâdesi alınarak ülkeden çıkışı sağlanır. Görüldüğü gibi 57 sayılı Genelge çerçevesinde, sadece başvurunun geri çekilmesi hususu düzenlenmiş, başvurunun geri çekilmiş sayılmasına ilişkin herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir. Ayrıca, ilgili düzenlemede başvurunun geri çekilmesinin, statü belirleme usulünü durdurmaktan ziyâde âdeta bir olumsuz karar gibi nitelendirildiği anlaşılmaktadır. Bu sebeple yürürlükteki düzenlemede bulunan hususlara çalışmamızın usulün durdurulması başlığı altında yer verilmemiştir.

Mazeretsiz olarak mülakata üç defa üst üste gelmemesi, c) İdari gözetim altında bulunduğu yerden kaçması, ç) Mazeretsiz olarak; bildirim yükümlülüğünü üç defa üst üste yerine getirmemesi, belirlenen ikamet yerine gitmemesi veya ikamet yerini izinsiz terk etmesi, d) Kişisel verilerinin alınmasına karşı çıkması, e) Kayıt ve mülakattaki yükümlülüklerine uymaması, hâllerinde başvurusu geri çekilmiş kabul edilerek değerlendirme durdurulur”.

Görüldüğü gibi ilgili maddeden anlaşılan, başvuranın açıkça başvurusunu geri çekmesinin yanında bazı durumlarda, zımnen başvurusunu geri çektiği yönünde bir tespit yapılabileceği yönündedir. Benzer yaklaşımın AB Usul Yönergesi’nde de yer aldığı ve YUKK’un ilgili maddesinin bu yaklaşımı model olarak kabul ettiği anlaşılmaktadır¹⁵⁷⁸. Bu noktada vurgulanması gereken husus, geri çekme ile geri çekilmiş sayılmanın statü belirleme sürecini durdurarak aynı sonucu doğuracak olmasından dolayı, başvuranların hangi hâllerde başvurularının geri çekilmiş sayılacağı hususunda mutlaka önceden bilgilendirilmesi gerektiğidir. Bu sebeple, YUKK’un başvuranın bilgilendirilmesi konusunun düzenlendiği 70. maddesi çerçevesinde, ilgiliye bu konuda anlayacağı bir dille bilgi verilmesi önem arz etmektedir.

b. Usulün Durdurulmasının Sonuçları

YUKK’da bir başvurunun kabul edilemez olmasının (md. 72(2)) veya geri çekilmesinin yahut geri çekilmiş sayılmasının (md. 77(1)) sonucunda, değerlendirmenin durdurulacağı belirtilmiştir. Kanun koyucunun “sona erme” yahut “olumsuz bir karara konu olma” yerine “durdurulma” ifâdesini kullanmış olmasının elbette bir takım sonuçları olmalıdır. Bu bağlamda statü belirleme değerlendirmesinin durdurulmuş olmasının, mülteci statüsünün tanınmaması yönünde bir karar olarak değerlendirilmemesi gerektiğini belirtmek gerekir. Zira statünün tanınmamasına yönelik olarak olumsuz bir kararın verilebilmesi için statü değerlendirme sürecinin tamamlanması gerekmektedir. Bu bağlamda durdurmanın sonuçları ile olumsuz bir kararın verilmesinin sonuçlarının her durumda aynı biçimde tezahür edeceğini belirtmek doğru olmayacaktır. Şu hâlde

¹⁵⁷⁸ Bkz. AB Usul Yönergesi, md. 28.

durdurulma ifâdesinden anlaşılan değerlendirmenin tamamlanması değil, değerlendirme sürecindeki diğer aşamalara geçilmemesidir.

YUKK’da usulün durdurulmasına konu olan iki ana hâle (kabul edilemez başvurular ve başvurunun geri çekilmesi/çekilmiş sayılması) farklı bir takım sonuçlar bağlandığı görülmektedir. Bu sebeple, durdurulmanın sonuçlarını bu iki ana durum etrafında incelemek yerinde olacaktır.

aa. Kabul Edilemez Başvurular Açısından

YUKK’un 72. maddesi uyarınca başvurunun kabul edilemez olarak değerlendirilmesi, başvuranın artık “uluslararası koruma başvurusunda bulunan” kişi olarak nitelendirilememesine sebep olacaktır. Bu nedenle, söz konusu birey, uluslararası koruma başvurusunda bulunan kişilerin tâbi olacağı ayrıcalıklardan faydalanamayacaktır. Bu durumun en önemli sonucu, ilgili bireyin sınır dışı edilmesi hususunda ortaya çıkacaktır. Nitekim YUKK’un 54. maddesinde sayılan (hakkında) sınır dışı etme kararı alınacaklar arasında başvurusu kabul edilemez olarak değerlendirilen bireyler de yer almaktadır (md. 54(1)(i)). Ancak belirtilen bireylerin uluslararası koruma/statü belirleme başvurularının kabul edilemez olarak nitelendirilmesi tek başına sınır dışı edilmeleri için haklı bir gerekçe oluşturmamaktadır; ilgili bireylerin aynı zamanda Kanunun diğer hükümlerine göre Türkiye’de kalma haklarının bulunmaması gerekmektedir (md. 54(1)(i)). Buna ek olarak, ilgili bireyin sınır dışı edilebilmesi için başvurusunun kabul edilemez olduğu yönünde verilen kararın “son karar” niteliğini taşıması da gerekmektedir (md. 54(1)(i)). Kanun’un 3(ö) maddesinde, son karar şu şekilde tanımlanmıştır: “[b]aşvuru sahibinin başvurusuyla veya uluslararası koruma statüsü sahibi kişinin statüsüyle ilgili kararlardan; idari itirazda bulunulmaması ve yargıya başvurulmaması hâlinde Genel Müdürlük tarafından verilen kararı veya yargıya başvurulması sonucunda temyiz edilmesi mümkün olmayan karar.”

Başvurunun kabul edilemez olduğuna karar verilmesi bir idari işlem olarak nitelendirileceğinden, bu işleme karşı ilgilinin itiraz edebilmesi ve yargı yoluna başvurabilmesi mümkün kılınmalıdır. Nitekim YUKK’un kabul edilemez başvuruları

düzenleyen 72(3). maddesinde, “[b]aşvurunun kabul edilemez olduğuna ilişkin karar, ilgiliye veya yasal temsilcisine ya da avukatına tebliğ edilir. İlgili kişi bir avukat tarafından temsil edilmiyorsa kararın sonucu, itiraz usulleri ve süreleri hakkında kendisi veya yasal temsilcisi bilgilendirilir” hükmüne yer verilerek, idarenin başvurunun kabul edilemez olduğuna yönelik kararının denetlenebileceği hükme bağlanmıştır. Bununla birlikte, YUKK’un uluslararası korumanın düzenlendiği kısmında yer verilen hükümler uyarınca alınan kararlara karşı idari itiraz ve yargı yoluna başvurulmasına ilişkin düzenlemeleri ihtivâ eden 80. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde, başvurunun kabul edilemez olduğuna dair verilen karar için sadece yargı yoluna başvurulabileceği belirtilmiştir. Bu durumda, verilen kararın yerindelik incelemesine tâbi olmayacağı ancak hukuka uygunluğunun denetlenebileceği belirtilmelidir.

Bu bağlamda, Kanun’un diğer hükümlerince ülkede kalma hakkı bulunmayan ve başvurusunun idarece kabul edilemez olduğuna karar verilen bireyin sırf bu sebebe dayanarak sınır dışı edilebilmesi ancak, süresinde yargıya başvurulmaması durumunda verilen kararın kesinleşmesi ile ya da yargıya başvurulmuş ise ilgili yargı kararının temyiz edilmesi mümkün olmadığında söz konusu olabilecektir. Yargı yoluna başvurmuş olan ilgililer ise insanî ikamet izni çerçevesinde ülkede kalmaya devam edebileceklerdir (md. 46(ç)). Buna ek olarak, ilk iltica ülkesinden ya da güvenli üçüncü ülkeden geldiği için başvurusu kabul edilemez olarak değerlendirilen bireyler, bu yönde son karar verilmiş olsa dahi bu ülkelere geri gönderilene kadar, insanî ikamet izni çerçevesinde ülkede kalabileceklerdir (md. 46(d)).

Usulün durdurulmasının sonuçları hususundaki genel açıklamalarımızda, durdurmanın sonuçları ile olumsuz bir kararın verilmesinin sonuçlarının her durumda aynı biçimde tezahür etmeyebileceğini belirtmiştik. İşte bu yöndeki çıkarımımızın en önemli göstergelerinden biri, ilk iltica ülkesi veya güvenli üçüncü ülkeden geldikleri için başvuruları kabul edilemez olan bireyler açısından geçerli olmaktadır. Zira YUKK’un 73(1) ve 74(1). maddelerinde, belirtilen ülkelerin ilgiliyi kabul etmemesi durumunda, başvuruya ilişkin işlemlerin devam ettirileceği düzenlenmiştir. Bu bağlamda, ilk iltica ülkesi ve güvenli üçüncü ülke uygulamaları çerçevesinde başvurunun kabul edilemez

olduğuna karar verilerek usulün durdurulmasının, mutlak anlamda ilgilinin başvuru dosyasının kapatıldığı anlamına gelmeyeceği, dosyanın tekrar açılabilceği anlaşılmaktadır.

bb. Geri Çekilen veya Geri Çekilmiş Sayılan Başvurular Açısından

YUKK’da başvurunun geri çekilmesi veya geri çekilmiş sayılmasıyla usulün durdurulmasına (md. 77) bağlanan sonuçlara ilişkin olarak iki hususa değinmek yerinde olacaktır. İlk olarak belirtmek gerekir ki, YUKK’un 54(1)(i) maddesi uyarınca, başvurusunu geri çeken veya başvurusu geri çekilmiş sayılan bireyler, haklarında sınır dışı edilme kararı alınacak kişiler arasında sayılmaktadır. Ancak tıpkı başvurusu kabul edilemez olarak değerdendirilen bireyler açısından geçerli olduğu gibi, bu kişiler de haklarında bu yönde “son karar” verilmiş olması ve Kanun’un diğer hükümlerine göre ülkede kalma haklarının bulunmaması durumunda sınır dışı edilebileceklerdir. Nitekim YUKK’un 46(1)(ç) hükmü uyarınca bu kişiler, yargı yoluna başvurduklarında insanî ikamet izni çerçevesinde, haklarında son karar verilene kadar ülkede kalmaya devam edebileceklerdir.

İkinci olarak değinmemiz icap eden husus, özellikle YUKK’un 77(1). maddesinde sayılan yükümlölükleri yerine getirmedikleri için başvurularını geri çekmiş sayılan bireylere ilişkindir. Acaba bu bireyler, başvurularını çekmiş sayıldıktan sonra, yükümlölüklerini yerine getirmek üzere çaba sarf ederlerse, dosyaları yeniden açılabilir midir? YUKK’da bu hususta herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiş; ancak bu bireylerin, yeni bir başvuru yapmaları durumunda, bu başvurularının hızlandırılmış değerdendirmeye tâbi kılınacağı belirtilmekle yetinilmiştir (md. 79(1)(f)). Bu bağlamda, dosyanın yeniden açılmasının söz konusu olup olmayacağı hususunda bir belirsizlik oluşmaktadır¹⁵⁷⁹.

¹⁵⁷⁹ Bu hususta Kanun’dan farklı bir sistematığı benimsemiş olan AB Usul Yönergesi’nin çok daha açık olduğu görölmektedir. Yönerge’de, başvurusu geri çekilmiş sayılan kişilerin, yükümlölüklerini tekrar yerine getirmeye başlamaları durumunda, ya dosyanın yeniden açılmasını ya da yeni bir başvuruda bulunmayı talep edebilecekleri belirtilmiştir (Usul Yönergesi, md. 28(2)). Yönerge, bu bağlamda, Üye Devletlerin, dosyanın yeniden açılabilmesi için alt sınırı dokuz ay olmak üzere bir süre sınırı

2. Statü Belirleme Kararının Verilmesi ile Usulün Tamamlanması

a. Kararın Hukukî Niteliği

İdare, idari usulün tamamlanması ve ortaya bir idari işlemin çıkabilmesi için o ana kadar toplamış olduğu verileri ve araştırma sonuçlarını değerlendirir ve işlemin içeriğini oluşturan bir karara varır¹⁵⁸⁰. Böylece hazırlık sürecindeki veriler toplanıp olgunlaştırılmış ve hukukî bir sonuç yaratacak hâle getirilmiş olur. İdarenin verdiği ve hukukî bir sonuç yaratma kabiliyetine hâiz olan bu karar bir idari işlemdir.

İdari işlemlerin en genel şekilde sınıflandırılması, bu işlemlerin tek yanlı veya iki yanlı olup olmadıklarına göre yapılmaktadır. Tek yanlı idari işlemlerden kasıt ilgilinin rızasına veya onayına bağlı kalınmaksızın, idarenin tek yanlı olarak açıkladığı iradesi sayesinde yapılan işlemlerdir¹⁵⁸¹. İki yanlı idari işlemlerde ise yapılan işlemin hukukî sonuç doğurabilmesi için sadece idare tarafından bir iradenin açıklanması yeterli olmamakta, bu iradenin idarenin karşısındaki kişi tarafında da kabul edilmesi gerekmektedir¹⁵⁸². Bu bağlamda, mülteci statüsünün belirlenmesine yönelik karar, idarenin tek yanlı olarak açıkladığı iradesine dayandığından, tek yanlı bir idari işlem olarak sınıflandırılabilir.

İdare hukuku açısından, tek yanlı idari işlemler de kendi aralarında bireysel ve düzenleyici olmak üzere iki alt sınıflandırmaya tâbi kılınmaktadır. Bireysel idari işlemler, belli kişiler için hukukî durumların yaratılmasına değiştirilmesine veya kaldırılmasına yarayan işlemlerdir. Bireysel idari işlemler, kişisel ve özel durumlara ilişkin olup, “idari

koyabileceklerini; ancak bu sürenin bitiminde yapılan başvuruların müteakip başvuru olarak değerlendirilebileceğini hükme bağlamıştır. Bu bağlamda, Usul Yönergesi’nin oluşturduğu sisteme göre, başvurusu geri çekilmiş sayılan bir kişi, ancak öngörülen süre bittikten sonra ikinci bir başvuruda bulunursa, o zaman, bu başvurunun ilk başvurudan farklı vakıa, bulgu ve iddialar içermesi şartıyla hızlandırılmış değerlendirmeye tâbi kılınabilecektir. Bu bağlamda, başvurunun ilk başvuru ile aynı kapsama sahip olması durumunda ise kabul edilemez olarak değerlendirileceği anlaşılmaktadır.

¹⁵⁸⁰ BAHTİYAR AKYILMAZ, *Usul*, 164.

¹⁵⁸¹ METİN GÜNDAY, *İdare Hukuku*, 122.

¹⁵⁸² KEMAL GÖZLER ve GÜRSEL KAPLAN, *İdare Hukuku Dersleri*, 275.

kararlar” olarak da anılmaktadır¹⁵⁸³. Düzenleyici idari işlemler ise, genel ve kişilik-dışı olup, içerikleri itibarıyla kanunlara benzerler; zira idare, düzenleyici işlemlerle kurallar koyar¹⁵⁸⁴. Bu bağlamda idare’nin mülteci statüsünün belirlenmesine yönelik olarak verdiği kararın, bireysel bir idari işlem olarak sınıflandırılacağı şüphesizdir.

Mülteci statüsünün belirlenmesi, var olan bir fiilî durumun tespit edilmesi anlamını taşıdığından bildirici bir özellik arz etmektedir. Bundan dolayıdır ki kanımızca, statünün belirlenmesine yönelik olan bireysel idari işlem, hukuksal sonuçları bakımından belirleyici/tespit edici bir niteliği de hâizdir¹⁵⁸⁵. Kural olarak belirleyici/tespit edici idari işlemler, “*yeni bir hukukî durum yaratmayan, bir hukukî durumun varlığını veya yokluğunu, bir kişinin veya bir şeyin hukukî niteliğini tespit eden işlemler*” olarak değerlendirilmektedir¹⁵⁸⁶. Belirleyici işlemler, hukukî etkiden tamamıyla yoksun olabilecekleri gibi bazı hâllerde, ilgisinin menfaatleri üzerinde etkiler de doğurabilmektedir¹⁵⁸⁷. İşte mülteci statüsünün belirlenmesine yönelik olan kararı da bu çerçevede, yani mültecinin menfaatleri açısından etki doğurabilecek bir karar olarak değerlendirmek yerinde olacaktır. Zira bir bireyin mültecilik statüsünün tespiti, söz konusu kişinin uluslararası korumanın sağladığı güvence ve haklardan faydalanabileceği anlamına gelecektir. Örneğin, bireyin ülkeden uzaklaştırılmaması, ülkede kalışına izin verilmesi, bir takım ekonomik ve sosyal haklardan faydalanabilmesi, statüsünün tanınmış olmasına bağlı olarak mümkün hâle gelebilecektir. Bununla birlikte, statü belirleme işlemi sonucunda statüsü tanınmayan bireylerin belirttiğimiz güvence ve haklardan faydalanması söz konusu olamayacaktır.

Tıpkı usulü başlatan başvurunun alınmasında olduğu gibi, usulün tamamlanıp sona ermesine neden olan kararın alınması hususunda da belirli bir makam yetkilendirilmiş

¹⁵⁸³ METİN GÜNDAY, İdare Hukuku, 123; KEMAL GÖZLER ve GÜRSEL KAPLAN, İdare Hukuku Dersleri, 276; YAHYA KAZIM ZABUNOĞLU, Cilt I, 304.

¹⁵⁸⁴ KEMAL GÖZLER ve GÜRSEL KAPLAN, İdare Hukuku Dersleri, 276.

¹⁵⁸⁵ Alman idare hukukunda da statü belirleme kararının belirleyici bir idari işlem olarak kabul edildiği aktarılmaktadır: KEMAL GÖZLER ve GÜRSEL KAPLAN, İdare Hukuku Dersleri, 289 ve dn. 36.

¹⁵⁸⁶ Ibid., 288.

¹⁵⁸⁷ Ibid., 289.

olmalıdır. Buna ek olarak, idari işlem süreci ile yasal bir süre belirlenmiş ise idari makam bu süreye uymak zorundadır¹⁵⁸⁸. Ayrıca özellikle hukukî güvenliğin sağlanabilmesi için kararın gerekçeli olarak verilmesi ve başvuru yollarının gösterilmiş olması da gerekmektedir. Bu bağlamda, hukukî niteliğini aktardığımız mülteci statüsünün belirlenmesi yönündeki kararı bu çerçevede ele alıp incelemek gerekecektir.

b. Kararı Vermeye Yetkili Makam(lar)

1994 Yönetmeliği'nin 6. maddesi uyarınca “*Türkiye’ye iltica eden veya başka bir ülkeye iltica etmek üzere Türkiye’den ikamet izni talep eden münferit yabancıların talepleri, 1951 tarihli Mültecilerin Hukukî Durumuna Dair Cenevre Sözleşmesi ile Mültecilerin Hukukî Statüsüne ilişkin 31 Ocak 1967 tarihli Protokol ve bu Yönetmelik gereğince İçişleri Bakanlığı’nca karara bağlanır. İçişleri Bakanlığı, karar verme yetkisini uygun göreceği hallerde valiliklere devredebilir*”. Belirtilen maddede sözü geçen yetki devri 2011 yılında düzenlenen bir genelge (Yetki Devri Genelgesi) ile gerçekleştirilmiştir. Yetki Devri Genelgesi ile “*ilk aşama karar verme yetkisi, Ankara, İzmir, Gaziantep, Van, Kayseri, Erzurum ve Kırklareli Valiliklerinden yapılan tüm sığınma müracaatlarında adı geçen valiliklere, İstanbul ilinde ise sadece Atatürk Hava Hudut Kapısında yapılan sığınma başvurularında İstanbul Valiliğine 1 Ekim 2011 tarihinden itibaren devredilmiştir*”.

Hâlihazırda, sığınmaya yönelik işlemler, merkezde İçişleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğü Hudut İltica ve Yabancılar Daire Başkanlığı; illerde ise il emniyet müdürlüklerine bağlı hudut iltica ve yabancılar şubeleri tarafından yürütülmektedir¹⁵⁸⁹. Bu bağlamda, mülteci statüsü başvurularının değerlendirilmesinin sivil bir otorite tarafından gerçekleştirilmediği ifâde edilmelidir¹⁵⁹⁰. Söz konusu durumun, Türkiye’nin sığınmaya yönelik olan “mülteci yükü almama” stratejisinin ve öne çıkan güvenlik kaygısının bir göstergesi olduğu iddia edilebilir.

¹⁵⁸⁸ Ibid., 163.

¹⁵⁸⁹ NURAY EKŞİ, *YUKK (Tasarısı)*, 211.

¹⁵⁹⁰ Ibid.

Yeni bir strateji çerçevesinde şekillendirilen YUKK'da ise, karar makamı farklı bir görünüm sergilemektedir. YUKK'un "Karar" başlığını taşıyan 78. maddesinde, karar makamı Göç İdaresi Genel Müdürlüğü (GİGM) olarak belirlenmiştir. Türk hukukuna YUKK sayesinde giren ve yeni bir teşkilat olan GİGM'in genel yapısı YUKK'un beşinci bölümünde çizilmiştir. Kanun'un 103. maddesine göre, İçişleri Bakanlığına bağlı olan Genel Müdürlüğün görevleri, göç alanına ilişkin politika ve stratejileri uygulamak, bu konularla ilgili kurum ve kuruluşlar arasında koordinasyonu sağlamak, yabancıların Türkiye'ye giriş ve Türkiye'de kalışları, Türkiye'den çıkışları ve sınır dışı edilmeleri, uluslararası koruma, geçici koruma ve insan ticareti mağdurlarının korunmasıyla ilgili iş ve işlemleri yürütmektir. Kanun'dan, GİGM'in belirtilen görevlerini; merkez, taşra ve yurt dışı teşkilatı olmak üzere üç ayaklı bir yapı çerçevesinde gerçekleştirileceği anlaşılmaktadır (YUKK md. 106). Merkez teşkilatı içerisindeki yapılanmada, "Genel Müdür" ve "Hizmet Birimleri" bulunmaktadır. Taşra teşkilatı ise "İl Göç İdaresi Müdürlüklerinden" oluşmaktadır. Yurt dışı teşkilatında ise "Göç Müşavirlikleri" ve "Göç Ataşelikleri" yer almaktadır¹⁵⁹¹. GİGM bünyesinde ayrıca sürekli kurul ve komisyonlarla geçici komisyonlar da yer almaktadır. Sürekli kurul ve komisyonlar Kanun'da üç adet olmak üzere belirlenmiştir: a) Göç Danışma Kurulu b) Uluslararası Koruma Değerlendirme Komisyonu c) Düzensiz Göçle Mücadele Koordinasyon Kurulu (YUKK md. 113).

Görüldüğü gibi GİGM, YUKK öncesi dönemden farklı olarak, statü belirleme kararının verilmesi hususunda sivil ve ihtisaslaşmış bir birimi yetkili kılmıştır. Statü belirleme değerlendirmesi, uzmanlık gerektiren bir husus olduğundan, göç ve sığınma üzerinde ihtisaslaşmış sivil bir birimin bu değerlendirmeyi yürütmesi ve statünün belirlenmesine yönelik kararı vermek üzere yetkilendirilmiş olması kanımızca âdil ve etkin sonuçların doğması açısından olumlu bir gelişmedir¹⁵⁹².

¹⁵⁹¹ Teşkilat yapısına ilişkin olarak bkz. YUKK, (I) sayılı cetvel ve (1) ve (2) sayılı listeler; bu hususta ayrıca bkz. NURAY EKŞİ, *YUKK (Tasarısı)*, 210 vd.

¹⁵⁹² Ekşi, GİGM'in merkez teşkilatının aynen korunarak, taşra teşkilatının görevlerinin il emniyet müdürlüklerine bağlı hudut iltica yabancılar şubeleri tarafından yürütülmesinin yerinde olacağı kanaatindedir. Yazar'a göre, merkezde sivil teşkilat ve taşrada emniyet teşkilatı olmak üzere karma bir idari

c. Kararın Verilmesine İlişkin Süreler

Statü belirleme kararının verilmesi için Türk hukukunda öngörülen sürelerin irdelenmesine geçmeden önce, bu hususun mülteciler ve sığınılan devlet açısından önemine işaret etmekte fayda vardır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, kararın verilmesine ilişkin olan süre makul olmalıdır. Makul süreden kast edilen ise etkin ve âdil bir statü değerlendirmesinin gerçekleşmesi için yeterli uzunluğu hâiz olan ancak bunun yanında ülkedeki kalış süresini aşırı derecede uzatarak, bazı sığınmacılar açısından bir “çekicilik faktörü” oluşturmayan; sığınma devletine, ek ekonomik ve sosyal yük getirmeyen süredir¹⁵⁹³. Başvuran açısından, karar süresinin makul bir niteliği hâiz olması, başvuranın olumlu bir kararın sonuçlarına aşırı derecede uzun bir süre beklemeden ulaşabilmesini sağlayacaktır. Bir başka ifade ile başvuranın sığınma ülkesindeki yasal ancak resmen açıklanmadığı için belirsiz olan konumu, kararın verilmesi ile belirli bir hâl alacak; bireyin mültecilik hâlinin tanınması ile birlikte, mülteci statüsüne bağlanan hak ve özgürlüklerden faydalanabilmesi sağlanmış olacaktır. Buna ek olarak, idari gözetim altında tutulan başvuranlar açısından, yine makul bir süre içerisinde verilen statü belirleme kararı, bireyin içerisinde bulunduğu hürriyeti kısıtlayıcı durumun katlanılamayacak derecede uzun olmasını engelleyebilecektir. Sürenin makul bir zaman dilimi çerçevesinde belirlenmesi hiç kuşkusuz sığınma devletinin de lehine olacaktır. Zira aşırı derecede kısa bir sürenin belirlenmesi, âdil bir statü belirleme işleminin gerçekleştirilememesine sebep olabilecek; dolayısıyla sığınma devletinin, başta geri gönderme yasağı olmak üzere uluslararası yükümlülüklerini ihlâl etme tehlikesini doğurabilecektir. Sürenin aşırı derecede uzun olması ise statüsü resmen tanınmamış olan başvuranların ülkede kalışları nedeniyle oluşan ekonomik ve sosyal yükü artıracaktır. Makul sürenin belirlenmesi ise hiç kuşkusuz sığınılan devletin, sığınma taleplerini âdil bir çerçevede incelemeye yönelik kapasitelerinin gerçekçi bir bakış açısıyla değerlendirilmesi sonucunda mümkün olabilecektir.

yapıyla göç ve ilticanın yönetilmesi, hudut ve yabancılar şubelerinin yıllardan beri biriken bilgi ve tecrübesinden yararlanılması açısından isabetli olacaktır. Ekşi, bu hususta hiç değilse en az beş yıllık veya daha fazla bir geçiş süresinin öngörülebileceğini savunmaktadır: Ibid., 211.

¹⁵⁹³ UNHCR, *Comments on Procedures Directive (Recast)*, 23 vd.

Bu genel değerlendirmeden sonra Türk hukukundaki durum incelenecek olursa, 1994 Yönetmeliğinde, kararın verilmesi için herhangi bir sürenin yer almadığı; ancak, 57 sayılı Genelge ve Yetki Devri Genelgesi'nde, bu sürenin başvuru tarihinden itibaren otuz gün olarak belirlendiği görülecektir. 57 sayılı Genelge'nin "*Kişisel Mülakat Randevu Belgesinin Verilmesi*" başlığını taşıyan paragrafında, kişisel mülakat tarihinin başvurana bildirilmesi hususu düzenlenirken "*başvurulara ilişkin işlemlerinin otuz gün içerisinde tamamlanması esas olduğundan*" ifadesi kullanılmıştır. Yetki Devri Genelgesi'ne göre ise; Ankara, İzmir, Gaziantep, Van, Kayseri, Erzurum, Kırklareli illerinde ve İstanbul-Atatürk Hava Hudut Kapısında yapılan müracaatlarda; başvuru sahibi hakkında, başvuru tarihinden itibaren otuz gün içerisinde Valilikçe ilk karar verilecektir.

Otuz günlük sürenin kapsamlı ve âdil bir statü belirleme değerlendirmesi için yeterli olduğunu söylemek zordur. Özellikle, Türkiye'nin yoğun göç yolları üzerinde bulunduğu ve hedef ülke konumuna ulaştığı g önünde bulundurulduğunda, artan sığınma talepleri ile karşılaşması olasıdır. Bu bağlamda, bugüne dek kapsamlı ve etkin bir sığınma usulünün işletilmemiş olması sebebiyle, statü belirleme hususunda yeterli deneyime sahip olmayan yetkili makamların otuz günlük süre içerisinde statü belirleme değerlendirmesini tamamlayabilmesi mümkün olmayabilir. Kaldı ki, başvuranların kimliklerinin belirlenmesi, menşe ülkesi bilgilerine ulaşılması gibi statü belirleme konusunda hayâti öneme sahip olan hususların öngörülen zaman içerisinde gerçekleştirilmesi zordur. Nitekim belirttiğimiz hususlar g önünde bulundurulmuş olmalıdır ki, Yetki Devri Genelgesi'nde, otuz gün içerisinde ilk kararın verilememesi hâlinde altı ay içerisinde karar verilmeye çalışılacağı belirtilmiştir. Yetki devrinde bu sürenin altı ay olarak belirlenmesinin sebebi, başvurana en fazla altı aylık ikâmet izninin resen verilmekte olmasına bağlanmıştır. İkamet izninin geçerli olduğu bu süre içerisinde statü değerlendirmesinin de tamamlanmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır.

Yetki Devri Genelgesi'nde belirtilen altı aylık sürenin YUKK'a da yansadığı görülmektedir. YUKK'un "Karar" başlığını taşıyan 78. maddesinde, "[b]aşvuru, kayıt tarihinden itibaren en geç altı ay içinde Genel Müdürlükçe sonuçlandırılır. Kararın bu süre içerisinde verilememesi hâlinde başvuru sahibi bilgilendirilir" hükmüne yer

verilmiştir. Görüldüğü gibi YUKK'un yürürlüğe girmesiyle birlikte başvurunun sonuçlandırılması için öngörülen süre kural olarak¹⁵⁹⁴ altı ay ile sınırlandırılacaktır. YUKK'da zikredilen süre içerisinde statü belirleme kararının verilememesi durumunda, sürenin uzatılabileceği üst bir sınır öngörülmemiştir. Kanımızca bu hususa, süre uzatımının şartlarını da içerecek şekilde Kanun'un uygulanmasına ilişkin usul ve esasları belirleyecek olan Yönetmelikte yer verilmelidir. Karar süresinin üst sınırının ve süre uzatımının şartlarının açık bir şekilde belirlenmesi, usûl sürecinin hem başvuranlar açısından öngörülebilir bir hâl alması yönünden hem karar merciinin etkin bir statü değerlendirmesi gerçekleştirmesi bakımından önemlidir. Ayrıca bu sayede öngörülebilirlik ve kesinliğin sağlanması, hukukî güvenliğin gerçekleştirilmesi açısından da önem arz etmektedir¹⁵⁹⁵.

YUKK'un model olarak aldığı AB'nin Usûl Yönergesi'nde de kararın verilmesi için kural olarak altı aylık bir sürenin benimsendiği ancak bu sürenin bazı durumlarda uzatılabileceğinin de göz önünde bulundurulduğu görülmektedir. Yönerge uyarınca, üye devletler belirli bazı şartların gerçekleşmesi durumunda, kararın verilmesini uzatabilir ya da erteleyebilir. Ancak kararın verilme süresi, toplamda kural olarak yirmi bir ayı geçmemelidir¹⁵⁹⁶.

d. Kararda Yer Alması Gereken Hususlar

Statü belirleme kararında yer alması gereken hususları irdelemeden önce kararın yazılı şekil şartına tâbi olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmek gerekir. Her ne kadar ne yürürlükteki mevzuatta ne YUKK'da bu hususta açık bir ifâdeye rastlamak mümkün olmasa da, özellikle idari işlemlerin içeriğinin açıklığı, hukukî güvenlik, idarenin denetimi, ilgilileri idarenin belirsiz ve öngörülemeyen kararlarından koruma

¹⁵⁹⁴ Bu kuralın istisnası hızlandırılmış değerlendirme usulü açısından geçerlidir.

¹⁵⁹⁵ İdari Usûl açısından hukukî güvenlik ilkesinin önemi hususunda bkz. BAHTİYAR AKYILMAZ, Usul, 75.

¹⁵⁹⁶ Bkz. AB Usul Yönergesi, md. 31(3), (4) ve (5).

düşüncesi ve işlemin dayandığı vakıaların belgelendirilmesi gereği, yazılı şekil şartını zorunlu kılmaktadır¹⁵⁹⁷.

Bu bağlamda, yazılı biçimde verilmesi gereken kararda, usul güvencelerinin sağlanması ve bu çerçevede hukukî güvenliğin oluşturulması için, özellikle olumsuz kararın mutlaka gerekçeli olması ve kararda başvuru yollarının belirtilmesi gerekmektedir.

aa. Gerekçe

Gözler'in tanımıyla gerekçe, “*idari kararın alınmasına yol açan maddi ve hukukî sebeplerin tam ve sarih açıklanmasını içeren bir metin ya da metin parçasıdır*”¹⁵⁹⁸. İdari makam, gerekçe ile niçin, nasıl ve hangi şartlarda o işlemi yaptığını ve neden bir başka içerikte işlem yapmadığını ortaya koyar¹⁵⁹⁹. Bu çerçevede, kararda gerekçenin yer alması hukuk devleti ilkesi açısından önem arz eder¹⁶⁰⁰. İdari işlemde gerekçe yükümlülüğü

¹⁵⁹⁷ BAHTİYAR AKYILMAZ, *Usul*, 188. Akyılmaz, Danıştay'ın “idari işlemler yönünden bilinen ve aranan tek şekil şartı yazılılıktır” görüşüne ve Anayasa'nın 125/3 ve İYUK'un 7/2. maddesinde yer alan idari işlemlere karşı dava açma süresinin yazılı bildirim ile başlayacağını bildiren hükümlerine dayanarak, kanun ya da düzenleyici işlemlerde belirtilmese dahi aksi öngörülmedikçe idari işlemlerde yazılılığın zorunlu olduğunu söylemenin yanlış olmayacağını belirtmektedir: Ibid., 189. Danıştay'ın aktarılan görüşüne ilişkin olarak bkz. Danıştay 12. Daire, E 68/2629, K 71/2987, KT. 20.12.197.. Danıştay Dördüncü Daire'nin bir Kararında yer alan ifâdeler de konuya ışık tutmaktadır: “*Anayasanın 125 inci maddesinde ve 2577 sayılı Kanunun 7 inci maddesinde, idari işlemlere karşı açılacak davalarda sürenin hesabında başlangıç tarihi olarak yazılı bildirimin esas alınacağı kurala bağlanmış olduğundan, subjektif işlemlere karşı açılacak idari davalarda, dava açma süresinin işlemeye başlayabilmesi için İdari işlemin ilgisine yazılı olarak bildirimi (tebliği) zorunludur. Bu kural, yönetilenlere menfaatlerini ihlâl eden nitelikteki işlemlerin idare tarafından açık ve anlaşılabilir bir biçimde duyurularak bir yandan onlara bu işlemlere karşı idari yollara veya dava yoluna başvurmaları konusunda inceleme ve düşünme imkanı sağlamak, öte yandan, gereksiz, belirsiz ve mükerrer başvurulara meydan vermemek amacını taşımaktadır*”: Danıştay 4. Daire., E.2006/2314, K.2006/2052, K.T..31.10.2006, Danıştay Dergisi, Yıl 37, Sayı 115, 2007, 176-177.

¹⁵⁹⁸ KEMAL GÖZLER, *İdare Hukuku (Cilt I)*, 839.

¹⁵⁹⁹ BAHTİYAR AKYILMAZ, *Usul*, 200. Bu hususta ayrıca bkz. METİN GÜNDAY, *İdare Hukuku*, 144 vd.

¹⁶⁰⁰ Akyılmaz, gerekçenin hukuk devletine dayanan bir gereklilik/yükümlülük olarak kabul edilebileceğini belirttikten sonra, gerekçe yükümlülüğünün işlevleri arasında, idari işlemin yapılış sürecinde idarenin, kendi kendini denetlemesini sağlayan kontrol işlevini, idari işlemin dayandığı esasları ve bunların sonuçlarının görülmesini sağlayan açıklık kazandırma ve ispat işlevini, idari işlemin hazırlanmasında idarenin dikkatli davrandığı, ihtimam gösterdiği konusunda bir gösterge sağlayan iknâ ve tatmin işlevini ve idari işlemin yöneldiği kişiye itiraz ya da dava yolu bakımından yol göstermesini sağlayan hukukî yardım işlevini saymıştır: BAHTİYAR AKYILMAZ, *Usul*, 203–205.

Avrupa Konseyi'nin 77/31 sayılı "Bireyin İdari İşlemlere Karşı Korunması" başlığını taşıyan kararında sayılan beş ilkeden birini de teşkil etmektedir. Bununla birlikte, kural olarak idari işlem ve kararların gerekçeli olarak yazılmaları bir şekil şartı olmadığı gibi, idari işlem ve kararların dayanağını teşkil eden nedenlerin işlem ya da karar metninde belirtilmesi de zorunlu değildir¹⁶⁰¹. Bu yönde bir zorunluluğun bulunmaması; gerekçenin daha çok ilgiliye yönelik olması ve idarenin idari kararın dayandığı sebepleri işlem metninde göstermek ve ilgilisine bildirmek hususunda genel bir yükümlülüğe sahip olmaması ile açıklanabilir¹⁶⁰². Ancak bazı durumlarda, kanunlar bazı idari kararların gerekçeli olarak verilmesini öngörmüş olabilirler. İşte bu durumda, idari kararın gerekçesinin yazılmamış olması, onun şekil yönünden hukuka aykırılığı sonucunu doğurabilecektir¹⁶⁰³.

Bu genel bilgiler ışığında, statü belirleme kararları açısından bir değerlendirme yapıldığında, yürürlükteki düzenlemelerde, kararın gerekçeli olarak verilmesine ilişkin herhangi bir hükmün bulunmadığı görülecektir. Uygulamada da kararların uzun süre boyunca gerekçeli olarak verilmediği, ancak ulusal eylem planının kabul edilmesinden sonra, kararlara gerekçe yazılmaya başlandığı aktarılmakla birlikte, sadece olumsuz kararlar için gerekçeye yer verildiği ve bunun kapsamlı bir içeriği hâiz olmadığı da ifâde

¹⁶⁰¹ METİN GÜNDAY, *İdare Hukuku*, 145; KEMAL GÖZLER, *İdare Hukuku (Cilt I)*, 840 vd.

¹⁶⁰² BAHTİYAR AKYILMAZ, *Usul*, 200; METİN GÜNDAY, *İdare Hukuku*, 145. Anayasa'nın 141(3). maddesi uyarınca mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli olarak yazılması zorunlu kılınmış olsa da bu zorunluluğun idari kararları kapsamadığı kabul edilmektedir: Ibid., 145; KEMAL GÖZLER, *İdare Hukuku (Cilt I)*, 840, dn. 352. Bununla birlikte, İYUK'un 20. maddesi uyarınca, ilgili idari karara ilişkin açılan davalarda idare mahkemelerinin, idari işlemin gerekçesinin kendilerine bildirilmesini idareden talep edebilecekleri iddia edilmektedir. Söz konusu iddia Danıştay'ın bu husustaki kararlarıyla desteklenmektedir: "idari işlemlerin belli bir sebebe dayalı olması gerektiği idare hukukunun temel bir kuralıdır. Ayrıca işlemde sebep gösterilmesinde yasal bir zorunluluk bulunmasa dahi 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 20. maddesine göre, ihtilaf konusunun çözümlenebilmesi ve sağlıklı bir karar verilebilmesi için idare gerekli bilgileri ve işlemin dayanağını mahkemeye bildirmekle mükelleftir": Danıştay 5. Daire, E 81/2387, K 83/3963, K.T. 11.5.1983; "İdari işlemlerin, sebep unsuru yönünden yargısal denetime tâbi tutulabilmesi, bu unsurun işlem metninde yer alması veya hiç değil ise idarece yargı organı önünde açıklanması hâllerinde mümkün olabilir": Danıştay 12. Daire, E69/3963, K 70/1457, KT 30.6.1970. İlgili hususta belirtilen kararlara yapılan göndermeler için bkz. BAHTİYAR AKYILMAZ, *Usul*, 201, dn. 579; bu hususta ayrıca bkz. METİN GÜNDAY, *İdare Hukuku*, 145 vd. İYUK'un 20. maddesinden bu yönde bir sonuç çıkarılamayacağı yönündeki karşı görüşü için bkz. KEMAL GÖZLER, *İdare Hukuku (Cilt I)*, 843.

¹⁶⁰³ METİN GÜNDAY, *İdare Hukuku*, 145.

edilmektedir¹⁶⁰⁴. YUKK’da ise olumsuz kararın tebliğinde, kararın maddi gerekçeleri ve hukukî dayanaklarının da belirtileceği hükme bağlanmıştır (md. 78(6)). Bu bağlamda, kanımızca, YUKK’un yürürlüğe girmesi ile birlikte, olumsuz kararların gerekçeli olarak verilmesi, idare açısından kanuni bir yükümlülük olarak değerlendirilmeli ve verilen kararın gerekçeden yoksun olması, onun şekil yönünden hukuka aykırılığına yol açacağı için iptal edilebilmesine sebebiyet verebilmelidir.

bb. Başvuru Yollarının Gösterilmesi

Tıpkı gerekçe gibi, hukuk devletinin bir gereği olarak görülen ve özellikle olumsuz idari kararlarda yer alması, hak arama özgürlüğünün; dolayısıyla hukukî güvenliğin tesis edilebilmesi için önem taşıyan bir husus da kararda başvuru yollarının gösterilmesidir¹⁶⁰⁵. İdari işlemde başvuru yollarının gösterilmesi, idari işleme karşı başvuru hakkını kullanacak olan ilgilinin, başvuru mercileri ve sürelerine ilişkin hususları da içerecek şekilde kararın denetlenmesine yönelik olarak nasıl bir yol izlemesi gerektiği konusunda bilgilendirilmesi anlamını taşır¹⁶⁰⁶. İdari işlemlerde başvuru yollarının gösterilmesi hususu, Avrupa Konseyi’nin 77/31 sayılı tavsiye kararında da bireyin idari işlemlere karşı korunmasına ilişkin olan ilkelerden biri olarak da sayılmıştır¹⁶⁰⁷. Anayasa’nın 40.

¹⁶⁰⁴ ULUSLARARASI AF ÖRGÜTÜ TÜRKİYE ŞUBESİ, *Mülteci Çalıştayları 2004-2005*, 301. Uygulamada olumsuz kararların gerekçesinde sadece ilgilinin 1951 Sözleşmesi’nin şartlarını taşımadığının belirtilmesiyle yetinildiği, kapsamlı açıklamalara yer verilmediği aktarılmaktadır: CANAN KAYA, *Procedural Rights under Turkish Law in the Light of Asylum Law*, 54, <www.justice.gov.tr/e-journal/pdf/PROCEDURAL_%20RIGHTS%20.pdf> (E.T.: 12.12.2012).

¹⁶⁰⁵ YELİZ ŞANLI ATAY, «İdari İşlemde Başvuru Yollarının Gösterilmesi Yükümlülüğü», *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* sayı 96 (2011): 294.

¹⁶⁰⁶ Ibid, 295; BAHTİYAR AKYILMAZ, *Usul*, 214.

¹⁶⁰⁷ Avrupa Konseyi’nin ilgili tavsiye kararına göre, “[y]azılı olarak bildirilen yönetsel işlem ilgilinin haklarını, özgürlüklerini ya da yararlarını zedeler nitelikte ise, olağan başvuru yollarını ve başvuru sürelerini de gösterir. Söz konusu düzenlemenin yorumunda, başvuru yollarının gösterilmesi yükümlülüğünün “ilgilinin haklarının korunmasını gerçekleştirme amacıyla” öngörülmekte olduğu ve başvuru yollarının belirtilmesinin, başvuru için gerekli bilgileri, başvuruyu kabule yetkili organı ve başvuru süresini kapsaması gerektiği ifade edilmektedir. Alıntıladığımız bilgiler için bkz. YELİZ ŞANLI ATAY, «Başvuru Yolları», 295. İdari işlemlerde başvuru yollarının gösterilmesi hususu, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından alınan “Çok Sayıda Kişiyi Etkileyen İdari Usule İlişkin R(87)16 sayılı Tavsiye Kararı” (Recommendation No. R (87) 16 of The Committee Of Ministers To Member States On Administrative Procedures Affecting A Large Number Of Persons), Avrupa Parlamentosu tarafından kabul edilen Avrupa İyi İdari İşleyiş Yasası (*The European Code of Good Administrative Behaviour*) ve Bakanlar Komitesi’nin İyi İdare Konusunda Üye Devletlere CM/REC(2007)7 sayılı Tavsiye Kararı’nda da zikredilmiştir. Buradan

maddesinde ise, Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen herkesin yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahip olduğu belirtildikten sonra, maddenin ikinci fıkrasında devletin işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorunda olduğu hüküm altına alınmıştır. Anayasa'nın 40. maddesinde zikredilen hususların, hak arama özgürlüğünün korunmasına ilişkin usulî temel hak kuralları olduğu kabul edilmektedir¹⁶⁰⁸.

Uluslararası korumaya yönelik olan yürürlükteki mevzuat incelendiğinde, uluslararası koruma/statü belirleme talebine ilişkin olarak verilen olumsuz kararlarda başvuru yollarının gösterilmesine dair her hangi bir düzenlemenin yer almadığı görülmektedir. Yürürlükteki ilgili mevzuat içerisinde bu hususta bir düzenlemeye yer verilmemiş olması, başvuru yollarına karşı ilgilinin bilgilendirilmesi hususunda bir yükümlülüğün oluşmadığı şeklinde yorumlanmamalıdır. Zira ilgililere muhatabı oldukları işlemlere karşı kanun yollarının mercilerin ve sürelerin belirtilmesini zorunlu kılan Anayasa'nın 40. maddesinin ikinci paragrafı, doğrudan uygulanma kabiliyetini haiz bir niteliktedir¹⁶⁰⁹. Bu sebeple, yürürlükte olup da sığınma usulüne ilişkin olan mevzuatta bu hususta bir hükme yer verilmemiş olması, Anayasa'nın ilgili maddesinin doğurduğu yükümlülüğe etki etmemelidir¹⁶¹⁰. Bununla birlikte, yürürlükte bulunan mevzuatta

yola çıkılarak başvuru yollarının gösterilmesi ilkesinin, Avrupa Konseyi'nce belirlenen ve üye devletler tarafından uyulması beklenen idare hukuku genel ilkeleri arasında yer aldığı belirtilmektedir: Ibid.

¹⁶⁰⁸ TEKİN AKILLIOĞLU, *İnsan Hakları -I- Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri* (Ankara, 1995), 88, naklen YELİZ ŞANLI ATAY, «Başvuru Yolları», 300. Ayrıca Anayasa Mahkemesi bir kararında şu ifâdelere yer vermiştir: “ (...) bu maddenin (40. madde) gerekçesinde de, ‘bireylerin yargı ya da idari makamlar önünde sonuna kadar haklarını arayabilmelerine kolaylık ve imkan sağlanması amaçlanmaktadır. Son derece dağınık mevzuat karşısında kanun yolu, mercii ve sürelerin belirtilmesi hak arama, hak ve hürriyetlerin korunması açısından zorunluluk haline gelmiştir’. (...) dolayısıyla burada (40. madde) devletin işlemlerinde, hangi mercilere ve hangi süreler içinde başvurulacağı açıkça göstermesiyle ilgililerin yetkili makamlara süresini geçirmeden başvurarak hak arama özgürlüklerinin korunması amaçlanmaktadır”: AYM., E.2004/69, K.2009/6, K.T.8.1.2009, RG: 11.6.2009/27255 (alıntı içerisindeki parantezler tarafımızca eklenmiştir).

¹⁶⁰⁹ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. YELİZ ŞANLI ATAY, «Başvuru Yolları», 300–304.

¹⁶¹⁰ Bu noktada Danıştay Dördüncü Dairesi'nin şu değerlendirmesine yer vermek gerekir: “(...) bireylerin yargı ya da idari makamlar önünde anayasal bir hak olan ‘hak arama hürriyetlerini’ son derece dağınık mevzuat nedeniyle sonuna kadar kullanabilmelerini sağlamak ve kolaylaştırmak amacıyla, Devletin kurumları vasıtasıyla tesis edilen her türlü işlemlerinde, bu işlemlere karşı başvurulacak yargı veya idari

başvuru yollarının gösterilmesine ilişkin herhangi bir düzenlemenin bulunmamasına dayalı olarak yapılacak olan tartışmaların YUKK'un yürürlüğe girmesi ile son bulacağı açıktır. Zira YUKK'un 78(6). maddesinde, ilgili kişi bir avukat tarafından temsil edilmiyorsa, kararın sonucu, itiraz usulleri ve süreleri hakkında kendisi veya yasal temsilcisinin bilgilendirileceği hükme bağlanmıştır. İlgili maddeden, başvuru yollarına ilişkin bilginin karar metninde yer almasındansa ilgiliye veya yasal temsilcisine bu hususta bilgilendirme yapılmasının zorunlu kılındığı anlaşılmaktadır. Kanımızca, başvuru yollarının karar metninde yer alması hukukî güvenliğin sağlanması açısından önem arz etmektedir. Bu sebeple, ilgili bilgilendirmenin karar metni içerisinde de yapılması uygun olacaktır.

makamların gösterilmesi, ayrıca sözkonusu başvurunun süresinin de belirtilmesi gerektiğinin bir Anayasal zorunluluk olduğu ve bu zorunluluğa Anayasanın bağlayıcılığı karşısında, yasama, yürütme ve yargı organlarının, idare makamlarının ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarının uymakla yükümlü oldukları sonucuna ulaşılmaktadır. Bu durum, Anayasa Mahkemesi'nin 18.10.2003 günlü ve E.2003/67, K.2003/88 sayılı kararında; "Hukukun üstünlüğünün egemen olduğu bir devlette hukuk güvenliğinin sağlanması hukuk devleti ilkesinin yerine getirilmesi zorunlu koşullardandır. Statü hukukuna ilişkin düzenlemelerde istikrar, belirlilik ve öngörülebilirlik göz önünde bulundurularak hukukî güvenlik sağlanır. Bireyin insan olarak varlığının korunmasını amaçlayan hukuk devletinde vatandaşların hukuk güvenliğinin sağlanması zorunludur. Devlet açık ve belirgin hukuk kurallarını yürürlüğe koyarak bunları uyguladığı zaman hukuk güvenliği sağlanır." şeklindeki yorumla somutlaşan "hukuk devleti". ve "belirlilik" ilkelerinin de bir gereğidir. (...) Kural olarak Anayasa hükümleri doğrudan uygulanacak hükümler olmayıp, Anayasada öngörülen düzenlemelere ilişkin olarak uygulama ile ilgili kanunların çıkarılması gerekir. Ancak Anayasanın ayrıntılı biçimde düzenlediği konularda uygulama kanunu çıkarılması gerekmediği gibi, mevcut kanunda Anayasaya uygunluğu sağlayacak değişiklik yapılması gerekiyorsa bu değişikliğin yapılması beklenilmeden ayrıntılı Anayasa hükümlerinin doğrudan uygulanacağı kabul edilmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesinin 8.12.2004 günlü ve E:2004/84, K:2004/124 sayılı kararında; " Özel kanunlarda aksi yönde bir kural bulunmaması halinde idari yaptırımlara karşı ilgililerin belirtilen düzenlemeler uyarınca idari yargı yoluna başvurabilecekleri kuşkusuzdur. Bu bağlamda, 5225 sayılı Kanun'da iptali istenen kurallar yönünden başvurulacak kanun yolu ve süresinin özel olarak öngörülmemiş olması, Anayasa'nın 40. maddesine aykırılık oluşturmaz. Kaldı ki, 40. maddenin ikinci fıkrasıyla Devlet'e verilen görev, somut olaylarda ilgili kişiler hakkında tesis edilen işlemlere karşı başvurulacak kanun yolları ve merciler ile sürelerin belirtilmesi zorunluluğu olup, bu hususlara ilişkin olarak her yasada özel bir düzenleme yapma yükümlülüğü içermemektedir." açıklaması da Anayasanın sözkonusu 40 ncı maddesinin ikinci fıkrasının doğrudan uygulanabilirliği konusuna açıklık getirmektedir. Bu nedenle, Anayasanın 40 ncı maddesinin ikinci fıkrası, ayrı bir yasal düzenlemeyi gerektirmeyen, doğrudan uygulanabilir nitelikte bir kural olup, öncelikle uygulanma zorunluluğu vardır. Buna göre; yasama, yürütme ve yargı organlarının, idare makamlarının ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarının işlemlerinde, bu işlemlere karşı başvurulacak idari mercileri ve kanun yolları ile sürelerini belirtmeleri zorunludur": Danıştay 4. Daire, E.2005/2134, K.2006/2156, K.T. 13.11.2006, Danıştay Dergisi, Yıl 37, Sayı 115, 2007, 177-180 (Karar metni içerisindeki parantezler tarafımızca eklenmiştir).

e. Karara Karşı Başvuru Yolları

İdari bir işlem (karar) olarak nitelediğimiz statü belirleme kararının denetlenmesi iki yolla gerçekleştirilebilecektir. Bunlardan ilki, idari itiraz yoludur. İdari itiraz ile kast edilen, idari denetimin işletilmesidir. İdari denetim ise idarenin kendi içinde, kendi işlem ve eylemlerini denetlemesidir. Böylece, idare, yasama veya yargı tarafından değil; yine idare tarafından denetlenmektedir¹⁶¹¹. İdari itiraz yoluna başvurulması durumunda, idarenin ilgili idari işlem üzerinde yaptığı inceleme, söz konusu işlemin hukuka uygunluğu ve yerindeliliğinin denetlenmesi ve değerlendirilmesidir¹⁶¹².

Statü talebine yönelik kararlara karşı idari itiraz yoluna başvurulması açısından yürürlükteki mevzuata bakıldığında, 1994 Yönetmeliği'nin 6. maddesinde, iltica talepleri reddedilen yabancıların, bu karara karşı 15 gün içerisinde ilgili valiliğe itiraz edebileceğinin düzenlendiği görülmektedir. Aynı maddede ayrıca itiraz süresinin kararın daha hızlı verilebilmesi için gerekli görülen durumlarda kısaltılması hususunda İçişleri Bakanlığı'na takdir yetkisi tanınmıştır. Yönetmeliğin ilgili maddesi uyarınca, karara itiraz eden yabancıların bu konudaki ifâdesi ve ifâdesini destekleyen diğer bilgi ve belgeler valilikçe İçişleri Bakanlığı'na gönderilir ve itiraz İçişleri Bakanlığınca sonlandırılarak nihai karar yabancıya tebliğ edilir.

Yakın bir gelecekte yürürlüğe girmesi beklenen YUKK'da da idari itiraz yoluna başvurulması mümkün kılınmıştır. YUKK'un 80 (1)(a) hükmüne göre, “[i]lgili kişi veya yasal temsilcisi ya da avukatı tarafından kararın tebliğinden itibaren on gün içinde Uluslararası Koruma Değerlendirme Komisyonuna itiraz edilebilir”. Görüldüğü gibi YUKK'da kural olarak, idari itiraz yoluna başvurulma imkânı tanınmıştır ancak, 1994 Yönetmeliği'nden farklı olarak, itiraz mercii “Uluslararası Koruma Değerlendirme Komisyonu” olarak belirlenmiştir. Belirtilen farklılık YUKK'un getirdiği yeni yapılanmanın bir sonucudur. Uluslararası Koruma Değerlendirme Komisyonu, YUKK'da karar mercii olarak belirlenen GİGM'in sürekli komisyonları arasında sayılmıştır (YUKK

¹⁶¹¹ KEMAL GÖZLER ve GÜRSEL KAPLAN, *İdare Hukuku Dersleri*, 805.

¹⁶¹² Ibid., 805 vd.

md. 113(1)). YUKK'un ilgili Komisyon'un yapısı ve görevlerine ilişkin hususları düzenlediği 115. maddesine göre, *“Uluslararası Koruma Değerlendirme Komisyonu, Genel Müdürlük temsilcisi başkanlığında, Adalet ve Dışişleri bakanlıklarınca görevlendirilen birer temsilci ve bir göç uzmanından oluşur. Komisyona, Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği Türkiye Temsilciliği temsilcisi gözlemci olarak katılmak üzere davet edilebilir. Genel Müdürlük merkez veya taşra teşkilatında, bir veya birden fazla komisyon kurulabilir”*.

YUKK'da idari itiraz yoluna başvurulması kural olarak mümkün kılınmış olmakla birlikte, bu kurala bazı istisnalar da tanınmıştır. YUKK'un idari itiraza olanak tanıyan 80(1). maddesinin devamında, 68. (idari gözetim altına alma), 72. (kabul edilemez başvurular) ve 79. (hızlandırılmış değerlendirme) maddelere göre verilen kararlara karşı sadece yargı yoluna başvurulacağı hüküm altına alınmıştır. Belirtilen düzenleme bu maddelere ilişkin olarak verilen kararların niteliği açısından yeterince açık değildir. Örneğin, kişinin idari gözetim altına alınması yönündeki kararın mı yoksa idari gözetim altına alınmış hâldeyken verilen uluslararası koruma başvurusuna ilişkin kararın mı hükmün kapsamına girdiği net olarak anlaşılmamaktadır. Benzer durum, hızlandırılmış değerlendirme açısından da geçerlidir. Kanımızca, ilgili hükümden kast edilen, idari gözetim altına alma ve başvurunun kabul edilemez olmasına yönelik kararlar ile hızlandırılmış değerlendirmeye tâbi kılınmış olan başvuruların uluslararası koruma taleplerine ilişkin kararlar için idari itiraz yolunun kapalı olmasıdır. Zira YUKK'un 115(2). maddesinde Uluslararası Koruma Değerlendirme Komisyonu'nun görevleri sayılırken; “idari gözetim kararları ve kabul edilemez başvurularla ilgili kararlar ile hızlandırılmış değerlendirme sonucu verilen kararlar hariç” olmak üzere, Komisyon'un uluslararası koruma başvuruları hakkında verilen kararlar ile başvuru ve uluslararası koruma statüsü sahibi hakkındaki diğer kararlara karşı itirazları değerlendirme ve karar verme yetkisini hâiz olduğu belirtilmiştir. Bu bağlamda, statü belirlemeye ilişkin olan kararlardan sadece hızlandırılmış değerlendirme sonucunda verilenler için idari itiraz yolunun kapalı olduğu anlaşılmaktadır. Buradan yola çıkarak, hızlandırılmış

değerlendirmeye tâbi olan başvurulara ilişkin kararların yerindelik denetimine tâbi kılınamayacağı anlaşılmaktadır.

Statü belirleme ve dolayısıyla uluslararası korumaya ilişkin olan olumsuz kararların denetlenebilmesi hususundaki ikinci yol ise, yargıya başvurulmasıdır. Uluslararası korumaya yönelik olan yürürlükteki mevzuatta, olumsuz kararlara karşı yargı yoluna başvurulmasına ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki; Anayasa'nın 125. maddesi uyarınca, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. Söz konusu hüküm aynı zamanda hukuk devleti ilkesinin de bir yansımasıdır. Mülteci statüsünün belirlenmesi hususunda idarenin vermiş olduğu karar bir idari işlem olarak nitelendirileceğinden, bu kararın yargısal denetime tâbi kılınabilmesi gerekir. Bu yönde özel bir düzenlemenin yokluğunda dahi Anayasal bir güvence teşkil eden yargısal denetimin mülteci/sığınmacı statüsünün belirlenmesine yönelik kararları da kapsamı gerekmektedir. Uygulamada ise statü belirleme kararlarına karşı yargı yoluna nadiren başvurulduğu bilinmektedir¹⁶¹³. Bu durumun en önemli sebeplerinden birisi, sığınma başvurusuna yönelik olumsuz karara karşı yargı yoluna başvuran ilgilinin ülkeden uzaklaştırılmasını engelleyecek bir düzenlemenin yürürlükte bulunan mevzuat içerisinde yer almamasıdır. 1994 Yönetmeliği uyarınca; *“itirazları nihai olarak reddedilenlerin durumu, yabancılarla ilgili genel hükümler çerçevesinde değerlendirilir. Yabancılarla ilgili genel hükümler çerçevesinde de ikamet izni verilmesi uygun görülmeyen yabancılarla idarece belirlenen süre içerisinde Türkiye’yi terk etmeleri gerektiği bildirilir. Ülkeyi terk etmeyen yabancılar, İçişleri Bakanlığının talimatı üzerine valiliklerce veya doğrudan karar verme yetkisinin valiliklere devredildiği hallerde, valilikler tarafından re’sen Türkiye’den çıkartılırlar”*. Uygulamada, statü belirleme kararlarına karşı yargı yoluna nadiren başvurulmasının bir diğer sebebi olarak olumsuz kararların gerekçesiz verilmesi veya gerekçenin yeterince açık olmaması da gösterilmektedir¹⁶¹⁴.

¹⁶¹³ Bkz. a.ş.a. §8.IV.A.

¹⁶¹⁴ CANAN KAYA, *Procedure*, 54.

YUKK’da ise, uluslararası korumaya ilişkin olarak verilen kararlar için kararın tebliğinden itibaren otuz gün içinde, ilgili kişi veya yasal temsilcisi ya da avukatı tarafından yetkili idare mahkemesine başvurulabileceği hüküm altına alınmıştır (YUKK md. 80(1)(ç)). Ancak YUKK’da hızlandırılmış değerlendirme sonucunda verilen kararlar için farklı bir düzenlemeye de yer verilmiştir. Kanun’un 80(1)(ç) maddesinde, hızlandırılmış değerlendirme çerçevesinde alınan kararlara karşı kararın tebliğinden itibaren on beş gün içerisinde idare mahkemesine başvurulabileceği belirtilmiştir¹⁶¹⁵. Ayrıca, Kanun’da hızlandırılmış değerlendirme çerçevesinde mahkemeye yapılan başvuruların on beş gün içinde sonuçlandırılacağı ve mahkemenin bu konuda vermiş olduğu kararın kesin karar olarak nitelendirileceği de vurgulanmıştır (YUKK md. 80(1)(d))¹⁶¹⁶. Bu bağlamda, hızlandırılmış değerlendirme sonucunda verilen olumsuz kararlar için idare mahkemelerine başvurulduktan sonra, buradan alınan kararlara karşı üst derece mahkemelerine başvurulması mümkün olmayacaktır. Söz konusu durumun Anayasaya aykırılığı yönünde bir tartışma söz konusu olabilirse de¹⁶¹⁷, Anayasa Mahkemesinin ilk derece mahkemelerinin verdiği kararın kesin olmasını içeren kanunî düzenlemelerin Anayasaya aykırılığı konusunda mutlak olarak olumsuz bir yaklaşım sergilemediği görülmektedir¹⁶¹⁸.

¹⁶¹⁵ İlgili hükümde, idari gözetim altına alınmaya yönelik kararların hükmün kapsamının dışında tutulduğu belirtilmiş ayrıca hızlandırılmış değerlendirmenin yanında, başvurunun kabul edilemez olduğuna yönelik olarak verilen kararlar da hükmün kapsamı içerisinde zikredilmiştir. İlgili hüküm şu şekilde kaleme alınmıştır: “68 inci maddede düzenlenen yargı yolu hariç olmak üzere, 72 nci ve 79 uncu maddeler çerçevesinde alınan kararlara karşı, kararın tebliğinden itibaren on beş gün, alınan diğer idari karar ve işlemlere karşı kararın tebliğinden itibaren otuz gün içinde, ilgili kişi veya yasal temsilcisi ya da avukatı tarafından yetkili idare mahkemesine başvurulabilir”.

¹⁶¹⁶ Zikrettiğimiz hüküm, kabul edilemez olarak nitelendirilen başvurulara ilişkin verilen kararları da kapsamaktadır. Kanun’un ilgili hükmü şu şekilde kaleme alınmıştır: “72 nci ve 79 uncu maddeler çerçevesinde mahkemeye yapılan başvurular on beş gün içinde sonuçlandırılır. Mahkemenin bu konuda vermiş olduğu karar kesindir”.

¹⁶¹⁷ Böyle bir tartışma Anayasa’nın hukuk devleti ilkesini düzenleyen 2., hak arama özgürlüğünü düzenleyen 36., yabancıların temel haklarının hangi şartlarda sınırlandırılabilceğini gösteren 16., idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olduğunu düzenleyen 125. ve Danıştay’ın idare mahkemelerince verilen kararların son inceleme yeri olduğunu düzenleyen 155. maddesi çerçevesinde söz konusu olabilir.

¹⁶¹⁸ 4077 sayılı Yasa’nın (Tüketicinin Korunması Kanunu) 26. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “itiraz üzerine idare mahkemesince verilen kararlar kesindir” tümcesinin, Anayasa’nın 2., 36., 125. ve 155. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemine ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi’nin önüne gelen davada,

YUKK'un uluslararası koruma talebine ilişkin kararlara yönelik olarak getirdiği en önemli yeniliklerden biri ise hiç kuşkusuz, itiraz veya yargılama süreci sonuçlanıncaya kadar ilgili kişinin ülkede kalışına izin verilmesidir (YUKK md. 80(e)). Yargılama sürecinin sonuçlanmasından kastedilenin ise, uluslararası koruma talebi ile ilgili son kararın verilmesi olduğu anlaşılmaktadır. YUKK ile sağlanan bu güvencenin önemi, uluslararası koruma talepleri reddedilen bireylerin, red kararına karşı idari itiraz ve yargı yoluna eskiye oranla daha sık başvurmalarını sağlayacak olmasıdır¹⁶¹⁹.

aa. (Son) Kararın Verilmesinin Sonuçları

Uluslararası koruma/sığınma başvurusunda bulunan bireye ilişkin son kararın verilmesi, bu bireyin herhangi bir uluslararası koruma statüsüne tâbi kılınıp kılınmadığını belirleyen nihaî bir sonuç ortaya koyacaktır. Bu bağlamda, kararın olumlu ya da olumsuz olmasına göre, kişinin ülkede kalışı, sahip olacağı haklar ve yükümlülükler de belirlilik arz edecektir. Şu hâlde mülteciler açısından da son kararın verilmesinin sonuçlarını kararın olumlu ya da olumsuz olmasına göre incelemek gerekecektir.

Mahkeme, ilgili maddeler açısından Anayasa'ya aykırılığın söz konusu olmadığına karar vermiştir. Karar'da yer alan şu ifâdeler, konumuz açısından da önem taşımaktadır: *"Anayasa'da tüm mahkeme kararlarının temyiz edileceğine ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Öğretide de bu yönde bir zorunluluk olduğu kabul edilmemiştir. Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin kararları da, kamu yararı gerektirdiğinde ve hukuk devleti kavramı ile bağdaşmayacak sonuçlara yol açma olasılığının bulunmadığı durumlarda kimi kararlar için kanun yollarına başvurmanın önlenebileceği yönündedir. İtiraz konusu kuralla, toplumsal düzeni bozan kimi durumlarda idare mahkemesi kararlarına karşı davaların hızlandırılması ve mahkemelerin iş yükünün azaltılması için kamu yararı amacıyla temyiz yoluna gidilmesinin önlenmesi suretiyle getirilen sınırlamanın adalet duygusunu rencide eden ve demokratik toplum düzeninin gerekleri ile çelişen bir yönü de bulunmamaktadır.* Mahkeme ayrıca hak arama özgürlüğünün kamu yararı amacıyla sınırlandırılabilceğini; hızlı yargılamanın gerekli olduğu durumlarda, kanun yollarına sınırlandırma getirilmesinin idarenin yargısal denetimini etkisiz duruma getirecek şekilde anlaşılmayacağını; Anayasa'nın Danıştay'ı idare mahkemelerince verilen kararların son inceleme mercii olarak tanımlayan 155. maddesinde, tüm kararların mutlak olarak Danıştay incelemesinden geçirileceği konusunda bir kuralın yer almadığını; Mahkemelerin kuruluş, görev, işleyiş ve yargılama usullerini Anayasa çerçevesinde düzenlemekle görevli olan yasa koyucunun basit gördüğü kimi davalarda üst yargı yolunu kapayabileceğinin açık olduğunu belirtmiştir: AYM., E. 2001/232, K. 2001/89, K.T. 23.05.2001, R.G. 19.01.2002-24645.

¹⁶¹⁹ Bkz. a.ş.8.IV.A.

i. Olumlu Bir Kararın Verilmesi Açısından

Yürürlükteki uygulama açısından bireyin mülteci statüsünün tanınması durumunda, İçişleri Bakanlığı'nca uygun görülecek bir misafirhanede barındırılacağı veya İçişleri Bakanlığı'nca gösterilecek bir yerde serbest ikamet edebileceği anlaşılmaktadır (1994 Yönetmeliği md. 6). Söz konusu durumun, Avrupa dışında meydana gelen olaylardan dolayı sığınma talebinde bulunan ve başvurusu kabul edilen bireyler, yani sığınmacılar açısından da geçerli olduğu belirtilmelidir.

Statüsü tanınan mülteci veya sığınmacıların hangi haklara sahip olacağı veya ne tür yükümlülüklerle tâbi kılınacağı yürürlükteki mevzuat çerçevesinde kapsamlı olarak düzenlenmemiştir. Bununla birlikte, 1951 Sözleşmesi'nin mültecilerin hakları ve özgürlüklerine ilişkin olan düzenlemeleri, Anayasa'nın 90/son maddesi çerçevesinde uygulanma kabiliyetini haizdir¹⁶²⁰. Ancak bu hususta belirtmek gerekir ki, Avrupa dışında meydana gelen olaylardan dolayı sığınmacı statüleri tanınan bireylere 1951 Sözleşmesi'nin coğrafi kısıtlama sebebiyle uygulanamayacak olması, bu kişilere ilişkin hakların ve yükümlülüklerin iç hukuk düzenlemeleri ile belirlenmesini gerektirmektedir. Yürürlükteki düzenlemeler incelendiğinde ise bu hususta bir boşluk bulunduğu görülebilecektir.

Mevcut görünüm açısından hâl böyle iken, YUKK'un yürürlüğe girmesi ile olumlu bir statü belirleme kararının sonuçları daha belirgin ve kapsamlı bir çerçeveye oturtulmuş olacaktır. YUKK'un 83(1). maddesi uyarınca, mülteci statüsü verilenlere yabancı kimlik numarasını içeren üçer yıl süreli kimlik belgesi düzenlenecektir¹⁶²¹. Bu kimlik belgeleri hiçbir harca tabi olmayıp ikamet izni yerine geçecektir (YUKK md. 83(3)).

¹⁶²⁰ Mültecilerin statü belirleme işleminden sonra sahip olacakları haklar ve yükümlülükler ayrı bir çalışmanın konusunu teşkil ettiğinden, çalışmamız içerisinde ayrıntılı olarak incelenmemiştir. Bununla birlikte, 1951 Sözleşmesi çerçevesinde mültecilere sağlanan asgari muamele standardına ilişkin olarak bkz. yuk. §1.III.C.

¹⁶²¹ Şartlı mülteci ve ikincil koruma statüsü verilenlere ise yabancı kimlik numarasını içeren birer yıl süreli kimlik belgesi düzenlenecektir (YUKK md. 83(2)).

Olumlu bir statü belirleme kararının bir diğer sonucu ise, mülteci statüsünü hâiz olan bireylere seyahat belgesi verilmesidir¹⁶²². YUKK'un 84(1). maddesi uyarınca bu belge 1951 Sözleşmesi'nde belirtildiği şekilde¹⁶²³ valiliklerce düzenlenecektir.

Uluslararası koruma çerçevesinde mülteci statüsü tanınan bireylerin belirttiklerimizin dışındaki hakları ve yükümlülüklerinin de YUKK'da yürürlükte bulunan düzenlemelere göre daha geniş bir şekilde ele alındığı anlaşılmaktadır.

¹⁶²² YUKK'da şartlı mülteci ve ikincil koruma statüsü sahiplerinin seyahat belgesi taleplerinin ise 5682 sayılı Kanunun 18 inci maddesi çerçevesinde değerlendirileceği hüküm altına alınmıştır (YUKK md. 84(2)). 5682 sayılı Pasaport Kanunu'nun 18. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir: “*Tabiiyetsiz bulunan veya tabiiyet durumlarının muntazam bulunmaması hasebiyle ikamet ve seyahatleri bakımından fiilen tabiiyetsizlere tatbik edilen muamelelere tabi tutulmasında İçişleri Bakanlığınca zaruret görülen kimselere icabında mezkûr Bakanlığın alacağı kararla "yabancılar mahsus" damgasını taşıyan ve Türk vatandaşlığını iktisap bakımından her hangi bir manayı veya hamili lehine her hangi bir hak iktisabını tazammun etmiyen bir pasaport verilir. Bu pasaport iki nevidir: A) Türkiye'ye yalnız bir giriş veya Türkiye'den yalnız bir çıkış için muteber olan pasaportlar Giriş için verildiği takdirde Türkiye'ye girişin vukuu; Türkiye'den çıkış için verildiği takdirde de üzerindeki şerhte tasrih edilen memlekete vusul üzerine muteberliği nihayet bulacak olan bu pasaportların sahipleri tarafından itası tarihinden itibaren bir ay içinde bulunduğu memleketi terketmek suretiyle kullanılması şarttır. Aksi takdirde yenilenmesi gerekir. B) (Değişik birinci fıkra: 19/6/1984 - KHK 240; Aynen kabul: 7/11/1984 - 3073/8 md.) (Değişik birinci paragraf: 23/7/2010-6009/58 md.) Bir gidiş ve geliş için verilen pasaportlar üç aydan az olmamak kaydıyla İçişleri Bakanlığının takdirine göre belirlenecek süreyle geçerli olmak üzere tanzim edilir. Her iki neviden pasaportlar, İçişleri Bakanlığı ve yabancı memleketlerde, İçişleri Bakanlığının talebi veya tasvibi üzerine Dışişleri Bakanlığınca verilecek talimata istinaden, Türkiye Cumhuriyeti konsolosluk makamları tarafından verilir. Yukardaki (A) fıkrasında yazılı neviden pasaportların yürürlüğünü kaybetmesi tarihinden itibaren iki ay geçmiş ise bunların yenilenmesi işlemi İçişleri Bakanlığının kararına bağlıdır. Pasaport sahibinin tabiiyet bakımından aynı durumda bulunup reşit olmıyan ve iş sahibi bulunmıyan kız veya erkek çocuklarının o pasaportun refakat hanesine kaydı caizdir. Kocasıyla tabiiyet bakımından aynı durumda bulunan karısı hakkında da aynı işlem yapılabilir. Refakat hanesinde kayıtlı olanlar, pasaport sahibiyle seyahat etmedikleri takdirde o pasaportu kullanamazlar. Bu pasaportların, sahiplerinin ve varsa refakat hanesinde kayıtlı olanların birer kopya fotoğrafını ihtiva etmesi lazımdır”.*

¹⁶²³ Seyahat belgesi hususunu düzenleyen 1951 Sözleşmesi'nin 28. maddesi şu şekilde kaleme alınmıştır: 1. Taraf Devletler, ülkelerinde yasal olarak ikamet eden mültecilere, ulusal güvenlikleri veya kamu düzenleri ile ilgili engelleyici ciddi sebepler bulunmadıkça, kendi toprakları dışında seyahatlerini temin edecek seyahat belgeleri vereceklerdir ve bu belgelere, bu Sözleşmenin Cetvelindeki hükümler uygulanacaktır. Taraf Devletler, bu tür bir belgeyi, ülkelerinde bulunan her hangi bir mülteciye verebilirler; kendi topraklarında bulunan ve yasal olarak ikamet ettikleri ülkeden bir seyahat belgesi almak imkânından mahrum olan mültecilere bu tür bir belge vermeye özellikle sıcak bakacaklardır. 2. Önceden yapılmış uluslararası antlaşmalar çerçevesinde, o antlaşmalara taraf olan Devletler tarafından mültecilere verilmiş seyahat belgeleri, Taraf Devletlerce tanınacaktır ve bu maddeye göre düzenlenmiş gibi muamele görecektir.

YUKK'un "Haklar ve Yükümlülükler" başlığını taşıyan üçüncü bölümünde bu hususta ayrıntılı düzenlemelere yer verildiği görülmektedir¹⁶²⁴.

¹⁶²⁴ YUKK'un bu husustaki düzenlemeleri şu şekilde kaleme alınmıştır: "Hak ve yükümlülüklerle ilişkin genel ilkeler MADDE 88 – (1) Uluslararası koruma statüsü sahibi kişiler, karşılıklılık şartından muaftır. (2) Başvuru sahibine, başvurusu reddedilen veya uluslararası koruma statüsü sahibi kişilere sağlanan hak ve imkânlar, Türk vatandaşlarına sağlanan hak ve imkânlardan fazla olacak şekilde yorumlanamaz. Yardım ve hizmetlere erişim MADDE 89 – (1) Başvuru sahibi veya uluslararası koruma statüsü sahibi kişi ve aile üyeleri, ilköğretim ve ortaöğretim hizmetlerinden faydalanır. (2) Başvuru sahibi veya uluslararası koruma statüsü sahibi kişilerden ihtiyaç sahibi olanların, sosyal yardım ve hizmetlere erişimleri sağlanabilir. (3) Başvuru sahibi veya uluslararası koruma statüsü sahibi kişilerden; a) Herhangi bir sağlık güvencesi olmayan ve ödeme gücü bulunmayanlar, 31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu hükümlerine tabidir. Genel sağlık sigortasından faydalananacak kişilerin primlerinin ödenmesi için Genel Müdürlük bütçesine ödenek konulur. Primleri Genel Müdürlük tarafından ödenenlerden ödeme güçlerine göre primin tamamı veya belli bir oranı talep edilir. b) Sağlık güvencesi veya ödeme gücünün bulunduğu veya başvurunun sadece tıbbi tedavi görmek amacıyla yapıldığı sonradan anlaşılanlar, genel sağlık sigortalılıklarının sona erdirilmesi için en geç on gün içinde Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirilir ve yapılan tedavi ve ilaç masrafları ilgililerden geri alınır. (4) İş piyasasına erişimle ilgili olarak; a) Başvuru sahibi veya şartlı mülteci, uluslararası koruma başvurusu tarihinden altı ay sonra çalışma izni almak için başvurabilir. b) Mülteci veya ikincil koruma statüsü sahibi, statü almasından itibaren bağımlı veya bağımsız olarak çalışabilir. Yabancıların çalışamayacağı iş ve mesleklere ilişkin diğer mevzuatta yer alan hükümler saklıdır. Mülteci veya ikincil koruma statüsü sahibi kişiye verilecek kimlik belgesi, çalışma izni yerine de geçer ve bu durum kimlik belgesine yazılır. c) Mülteci ve ikincil koruma statüsü sahibinin iş piyasasına erişimi, iş piyasasındaki durum ve çalışma hayatındaki gelişmeler ile istihdama ilişkin sektörel ve ekonomik şartların gerekli kıldığı hâllerde, belirli bir süre için, tarım, sanayi veya hizmet sektörleri, belirli bir meslek, iş kolu veya mülki ve coğrafi alan itibarıyla sınırlandırılabilir. Ancak, Türkiye'de üç yıl ikamet eden veya Türk vatandaşıyla evli olan ya da Türk vatandaşı çocuğu olan mülteci ve ikincil koruma statüsü sahipleri için bu sınırlamalar uygulanmaz. ç) Başvuru sahibi veya uluslararası koruma statüsü sahibi kişilerin çalışmasına ilişkin usul ve esaslar, Bakanlığın görüşü alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından belirlenir. (5) 72 nci ve 79 uncu maddelerde sayılanlar hariç olmak üzere, muhtaç olduğu tespit edilen başvuru sahibine, Maliye Bakanlığının uygun görüşü alınarak Bakanlığın belirleyeceği usul ve esaslar çerçevesinde harçlık verilebilir. Yükümlülükler MADDE 90 – (1) Başvuru sahibi veya uluslararası koruma statüsü sahibi kişi, bu Kısımda yazılı yükümlülüklerine ek olarak; a) Çalışma durumuna ait güncel bilgileri otuz gün içinde bildirmekle, b) Gelirlerini, taşınır ve taşınmazlarını otuz gün içinde bildirmekle, c) Adres, kimlik ve medeni hâl değişikliklerini yirmi iş günü içinde bildirmekle, ç) Kendisine sağlanan hizmet, yardım ve diğer imkânlardan haksız olarak yararlandığının tespit edilmesi hâlinde, bedellerini tamamen veya kısmen geri ödemekle, d) Genel Müdürlükçe kendisinden bu Kısım çerçevesinde istenilenleri yerine getirmekle, yükümlüdür. (2) Bu Kısımda yazılı yükümlülüklerle uymayanlar ile başvuruları ve uluslararası koruma statüleriyle ilgili olumsuz karar verilenlere; eğitim ve temel sağlık hakları hariç, diğer haklardan faydalanmaları bakımından sınırlama getirilebilir. Sınırlamaya ilişkin değerlendirme bireysel yapılır. Karar, ilgili kişiye veya yasal temsilcisine ya da avukatına yazılı olarak tebliğ edilir. İlgili kişi bir avukat tarafından temsil edilmiyorsa kararın sonucu, itiraz usulleri ve süreleri hakkında kendisi veya yasal temsilcisi bilgilendirilir".

ii. Olumsuz Bir Kararın Verilmesi Açısından

Statü belirleme usulü sonunda verilen son karar, bireyin mülteci statüsünün tanınmaması yönünde olduğu takdirde, söz konusu kişinin yabancılara uygulanacak olan genel muameleye tâbi kılınacağı belirtilebilir. Nitekim hâlen yürürlükte olan 1994 Yönetmeliği'nin 6. maddesinin son paragrafında bu hususta şu şekilde bir düzenlemeye yer verilmiştir: “[i]tirazları nihai olarak reddedilenlerin durumu, yabancılarla ilgili genel hükümler çerçevesinde değerlendirilir. Yabancılarla ilgili genel hükümler çerçevesinde de ikamet izni verilmesi uygun görülmeyen yabancılara idarece belirlenen süre içerisinde Türkiye’yi terk etmeleri gerektiği bildirilir. Ülkeyi terk etmeyen yabancılar, İçişleri Bakanlığının talimatı üzerine valiliklerce veya doğrudan karar verme yetkisinin valiliklere devredildiği hallerde, valilikler tarafından re’sen Türkiye’den çıkartılırlar”. Olumsuz son kararın belirttiğimiz sonucu, yürürlükteki mevzuat çerçevesinde sığınmacı statüleri tanınmayan bireyler açısından da geçerlidir.

YUKK’da ise bu hususta özel bir düzenleme olmamakla birlikte, Kanun’un 54(1)(i) maddesinde uluslararası koruma başvurusu nihaî olarak reddedilenlerin sınır dışı edilecek kişiler arasında sayıldığı görülmektedir. Ancak bu bireylerin sınır dışı edilebilmeleri için Kanun’un diğer hükümleri çerçevesinde Türkiye’de kalma haklarının bulunmaması gerekir (md. 54(1)(i)). Ayrıca, uluslararası koruma statüsü başvurusu reddedildiği hâlde, geri gönderme yasağı çerçevesinde ülkesinden gönderilemeyecek olan kişilerin, insânî ikâmet izni çerçevesinde ülkede kalabilecekleri anlaşılmaktadır (md. 46).

f. Kararın İptal Edilmesi

Yürürlükte bulunan mevzuat içerisinde sığınmacı/mülteci statüsünün tanınmasına yönelik olan kararın iptal edilmesine ilişkin olarak herhangi bir düzenleme bulunmamakla birlikte, YUKK’un 86. maddesinde “uluslararası koruma statüsünün iptali” başlığı altında bir düzenlemeye yer verilmiştir. İlgili hüküm şu şekilde kaleme alınmıştır: “(1)Uluslararası koruma statüsü verilen kişilerden; a) Sahte belge kullanma, hile, aldatma yoluyla veya beyan etmediği gerçeklerle statü verilmesine neden olanların,

b) Statü verildikten sonra, 64 üncü madde çerçevesinde hariçte tutulması gerektiği anlaşılanların, statüsü iptal edilir. (2) Maddi gerekçelerini ve hukukî dayanaklarını içeren iptal kararı, ilgiliye veya yasal temsilcisine ya da avukatına tebliğ edilir. İlgili kişi bir avukat tarafından temsil edilmiyorsa kararın sonucu, itiraz usulleri ve süreleri hakkında kendisi veya yasal temsilcisi bilgilendirilir”.

Kanunun aktarılan maddesinden “uluslararası koruma statüsünün iptali” ifâdesinin uluslararası koruma statüsünün tanınması yönünde verilen kararın iptali olduğu anlaşılmaktadır. Böylece idare tarafından verilen kararın yine idare tarafından kaldırılması söz konusu olacağından, ilgili hükümde geçen “iptal”ın İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 2/1(a). maddesi kapsamında olmadığı belirtilmelidir. YUKK’un 86. maddesinde yer alan iptal şartları değerlendirildiğinde, aslında hiç verilmemiş olması gereken bir kararın verilmiş olmasından ötürü sakat olan kararın kaldırılması amacıyla iptal işleminin gerçekleştirilmesinin hedeflendiği tespit edilmektedir. Bu bağlamda haksız yere statüsü tanınmış olan bireylerin statünün sağladığı haklardan faydalanmasına son verilmiş olmaktadır.

Kanun’un iptale ilişkin hükmünde, iptal kararını verecek olan yetkili makam zikredilmemiş olmakla birlikte, idare hukukunda geçerli olan “yetkide paralellik” ilkesi gereği¹⁶²⁵, statünün tanınması kararını veren makamın iptal kararının verilmesi hususunda da yetkili olması gerektiği belirtilebilir. Bu sebeple GİGM’in kararın iptali hususunda yetkili makam olarak değerlendirilebileceği öngörülebilir. Kanunun lafzından yola çıkarak, iptal kararını verecek olan makamın takdirî bir yetkiye sahip olmadığı; iptal şartları gerçekleşmişse, kararın iptali hususunda bağlı bir yetkiyi hâiz olduğu ifâde edilebilecektir.

İptal kararının verilmesine yönelik değerlendirmenin nasıl yapılacağına dair Kanun’un ilgili hükmünden net bir sonuca varabilmek mümkün olmamaktadır. Örneğin, iptal şartlarının gerçekleşmiş olması, iptal kararının verilmesi için yeterli olacak mıdır? Yoksa belirtilen şartların gerçekleşmiş olmasında ilgilinin kusuru aranacak mıdır?

¹⁶²⁵ METİN GÜNDAY, *İdare Hukuku*, 171.

Belirttiğimiz soruların Kanun’un uygulamasına yönelik olarak çıkarılacak bir Yönetmelikle aydınlatılabileceğini ümit etmekteyiz.

İptal kararı, idare tarafından daha önce verilen bir kararın kaldırılması anlamına geldiğinden, kendisi de bir idari işlem olarak nitelendirilebilecektir. Bu sebeple ilgili karar, idari itiraza konu olabilecek ve bu hususta yargı yoluna başvurulabilecektir. Bu bağlamda, iptal kararına karşı başvuru yolları hususunda, Kanun’un “idari itiraz ve yargı yolu” başlıklı 80. maddesi etkili olacaktır. YUKK’un 115(2)(b) maddesi uyarınca iptal kararına karşı itiraz makamının, Uluslararası Koruma Değerlendirme Komisyonu olduğu anlaşılmaktadır.

Haklarında verilen uluslararası koruma statüsü tanıma kararı nihaî bir şekilde iptal edilen bireylerin, Kanun’un 54(1)(i) maddesi uyarınca sınır dışı edileceği anlaşılmaktadır. Bu bireyler ancak Kanun’un diğer hükümlerine göre ülkede kalma hakları bulunuyorsa, sırf haklarında verilen iptal kararı sebebiyle sınır dışı işlemine tâbi kılınmayacaklardır.

IV. TÜRK HUKUKUNDA MÜLTECİ STATÜSÜ BELİRLEME ÖLÇÜTLERİNİN UYGULANMASI VE BU HUSUSTAKİ DEĞERLENDİRMELERİMİZ

A. Genel Olarak

Çalışmamızın ikinci bölümünde, 1951 Sözleşmesi çerçevesinde statü belirleme ölçütleri incelenirken, ülke uygulamalarının ölçütlerin değerlendirilmesi ve yorumlanması noktasında oldukça farklı biçimlerde tezâhür edebildiği gösterilmişti. 1951 Sözleşmesi’nin çok taraflı bir uluslararası sözleşme olması ve bu sebeple ayrıntılı ve açıklayıcı hükümlere yer vermektense genel ifâdeler içermesi, doğal olarak bu genel ifâdelerin farklı biçimlerde yorumlanmasına sebep olmaktadır. Türk sığınma hukukunda ise sığınmacı/mülteci statüsünün belirlenmesine yönelik ölçütlerinin uygulanmasına ilişkin olarak kapsamlı bir bilgiye ulaşabilmek pek de mümkün değildir. Türk hukukunda, statü belirleme ölçütleri, iç hukuktan kaynağını alan mevzuata genel olarak 1951

Sözleşmesi'ne uygun bir şekilde yansımıştır. Ancak burada uygunluktan kasıt, ilgili mevzuata, 1951 Sözleşmesi'nde yer alan ölçütlerin genellikle olduğu gibi aktarılmış olmasıdır. Bu sebeple Türk sığınma hukukunda, hem statü belirleme ölçütlerinin değerlendirilmesinde izlenen/izlenecek yöntem hususunda hem genel ifâdeler içeren ölçütlerin nasıl ele alındığı/alınacağı konusunda ciddi bir belirsizlik söz konusudur. Örneğin, ölçütlerin değerlendirilme sırasına, ispat standartlarının ne şekilde belirlendiğine/uygulandığına yönelik olarak somut bir çerçeve söz konusu değildir. Bunun yanı sıra güvenilirlik değerlendirmesine uygulamada yer verildiği anlaşılmakla birlikte¹⁶²⁶, konuyla ilgili olarak hangi kriterlerin kullanılacağı hususunda yol gösterici herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Türk sığınma hukukunda statü belirleme ölçütlerinin değerlendirilmesi bakımından uygulanacak yöntem ve ölçütlerin yorumlanması konusundaki belirsizlik, Sözleşme'de düzenlenmeyen ancak statünün belirlenmesi açısından önem taşıyan hususlar açısından da söz konusudur. Örneğin yerinde mültecilerin (*sur place refugees*) statü belirleme sürecine dâhil edilip edilmeyeceği, dâhil edileceklerse hangi kriterler çerçevesinde başvurularının değerlendirileceği konusunda ne yürürlükteki düzenlemeler ne YUKK'daki hükümler yol göstericidir.

Bununla birlikte uygulamada da belirtilen konularda bir açıklık olduğunu söylemek zordur. Türk hukukunda statü belirlemeye yönelik olarak özellikle olumlu kararların gerekçeli olarak verilmediği bilinmektedir¹⁶²⁷. Olumsuz kararların gerekçeli olarak verilmesine ise Ulusal Eylem Planının kabul edilmesinden sonra önem verildiği; ancak bu gerekçelerin kapsamlı olmadığı aktarılmaktadır¹⁶²⁸. Bu sebeple, idarenin statü belirlemeye yönelik kararlarına ulaşılsa bile, bu kararlarda ölçütlerin nasıl değerlendirildiğine ilişkin bilgilere erişilmesi mümkün olmamaktadır. Ayrıca

¹⁶²⁶ Hâlihazırda yürürlükte bulunan mevzuat içerisindeki 57 sayılı Genelge'de, başvurunun değerlendirilmesi noktasında, başvuranın ifâdelerinin inandırıcı olup olmadığı, menşe ülke bilgileri ile tutarlılık arz edip etmediğinin belirlenmesi gerektiği vurgulanmıştır. Bununla birlikte, inandırıcılığın hangi kriterlere göre belirleneceği konusunda bir açıklık söz konusu değildir. YUKK'da ise bu hususa değinilmemiştir.

¹⁶²⁷ ULUSLARARASI AF ÖRGÜTÜ TÜRKİYE ŞUBESİ, *Mülteci Çalıştayları 2004-2005*, 301.

¹⁶²⁸ Ibid.

yürürlükteki mevzuatın uygulanması sürecinde, statü belirleme kararına itiraz edilmesi ve yargıya başvurulması, kararın uygulanmasını doğrudan doğruya etkilememektedir. Bu bağlamda sığınmacı/mülteci statüsü tanınmayan bireyler, bu olumsuz karara karşı idari itiraz veya yargı yolunu kullanmaktansa, olumsuz kararın sonucu olarak haklarında verilen sınır dışı etme kararına karşı söz konusu başvuru yollarını tüketmektedir¹⁶²⁹. Bu durumda da yargı kararlarında, statü belirlemeye ilişkin ölçütlerin hukuka uygun bir şekilde uygulanıp uygulanmadığındansa, sınır dışı işleminin hukuka uygunluğu ele alınmaktadır. Elbette ki bu yaklaşım, statü belirleme ölçütlerinin idare mahkemeleri veya Danıştay tarafından irdelenmemesi sonucunu doğurmaktadır. Bununla birlikte idare mahkemeleri ve Danıştay'ın nadir olarak verdiği statü belirlemeye yönelik olan kararlarının yeterince açık olmadığı da anlaşılmaktadır¹⁶³⁰.

Aktadığımız bu görünüm çerçevesinde gerek yasal mevzuat içerisinde gerek uygulamada statü belirleme ölçütlerinin değerlendirilmesi hususuna gereken önemin verilmediği sonucuna varılmaktadır. Kanımızca bu durumun birbiriyle bağlantılı olan üç sebebi vardır. İlk sebep, ulusal çerçevede şekillenen mülteci algısının etkisidir. Bu algı çerçevesinde, genel olarak yabancılar içerisinde oldukça silik bir yere sahip olan sığınmacılara/mültecilere yönelik olan konulara yeterince ehemmiyet verilmemiş; mülteci hukukunun en önemli ve en çok tartışılan hususlarından biri olan statü belirlemeye ilişkin olan noktalara da gereken ilgi gösterilmemiştir. Algı ile bağlantılı sayılabilecek bir diğer sebep ise sığınma başvurularının değerlendirilmesinin bu konuda ihtisaslaşmış sivil birimlerce yapılmamakta olmasıdır. Belirtilen durum, mülteci hukukundaki çağdaş gelişmelerin takip edilmemesine, bu konuda hukukî bir alt yapının oluşturulamamasına ve güvenlik kaygısının öne çıkmasına neden olduğu gibi statü belirleme konusunda da uluslararası mülteci hukukunun oldukça gerisinde kalınmasına yol açmıştır. Bunun yanı sıra uluslararası korumaya ilişkin hususların bu alanda ihtisaslaşmış mahkemelerce denetlenmemekte olması da yargı kararlarının yüzeysel bir şekilde verilmesi ile

¹⁶²⁹ Özellikle mülteci/sığınmacılara ilişkin olarak verilmiş Danıştay kararlarından ulaşılabilenlerin neredeyse tamamı sınır dışı edilmeye yöneliktir. Bu kararların bazılarında, sınır dışı işleminin sebebi olarak, bireylerin mülteci/sığınmacı statülerinin tanınıp tanınmadığı hususuna değinilmiş ancak belirtilen statülerin tanınmasına yönelik ölçütlerin hukuka uygunluğu irdelenmemiştir.

¹⁶³⁰ Örneğin, bkz. a.ş. §8.IV.B.1.

sonuçlanmaktadır. Konu ile ilgili olduğunu düşündüğümüz üçüncü sebep ise, Türkiye'nin 1951 Sözleşmesi'nin kişi yönünden kapsamına coğrafi bir kısıtlama uygulaması sebebiyle oldukça az sayıda kişinin mülteci statüsünün tanınması, sığınmacılar açısından ise statü belirleme işlemlerinin ağırlıklı olarak BMMYK'nın üzerine yükletilmiş olmasıdır. Her ne kadar sığınmacılar açısından idari makamlarca da statü değerlendirmesi yapılırsa da genellikle BMMYK'nın kararlarına bağlı kalındığı bilinmektedir¹⁶³¹. Ancak BMMYK kararlarına mutlak bir bağlılıkla idari kararların tesis edilmesi özellikle Türkiye'nin uluslararası sorumlulukları bakımından her zaman olumlu sonuçlar doğurmayabilecektir¹⁶³². Nitekim AİHM önüne gelen *D. and Others v. Turkey* davası¹⁶³³ bu çıkarımımıza somut bir dayanak teşkil etmektedir. Davada İran vatandaşı olan Başvuranlar, İran'da zulme uğrama tehlikesiyle karşılaşma ihtimâlleri bulunduğu gerekçesiyle kaçarak Türkiye'ye gelmişler ve sığınma talebinde bulunmuşlardır. Başvuranlar hem BMMYK'ya hem Türk idari makamlarına başvurarak mülteci ve sığınmacı statülerinin tanınmasını talep etmişlerdir. BMMYK, davacıların mülteci statüsünü iddialarının yeterince gerekçelendirilmemiş olmasına dayanarak reddetmiştir. Bunun üzerine, idari makamlarca başvuranların oturma izinlerinin süresi uzatılmamış, Dışişleri Bakanlığı, BMMYK dosyasına atıfta bulunarak, İçişleri Bakanlığı'na, 1994 Yönetmeliği ve 1951 Sözleşmesi gereğince Başvuranların sığınma taleplerine dayanak olarak ileri sürdükleri argümanların uygun olmadığı yönünde görüş bildirmiştir. Bunu takiben, İçişleri Bakanlığınca Başvuranların sığınma talebi reddedilmiş; İran'a geri dönmekte ya da sınır dışı edilme risklerinin bulunmasından dolayı seçtikleri ülkeden başka bir ülkeye gitmekte serbest olduklarına dair kendilerine bilgi verilmiştir. Başvuranlar, İran'a gönderildikleri takdirde, kötü muameleye ve AİHS'in 3. maddesine aykırı olan cezalara maruz kalmaları riskinin bulunduğu iddiasıyla AİHM'e başvurmuştur. Başvuranlar davaya ilişkin olaylar konusunda, ulusal makamların sığınma talebini reddetmeden evvel BMMYK'nın değerlendirmesinden bağımsız olarak bir değerlendirmeye gitmediklerini, Danıştay'a yapılan son başvuruda iddialarının esastan

¹⁶³¹ Bkz. yuk. §8.III.A.5.c.

¹⁶³² BMMYK kararlarının denetlenmesi sorununa ilişkin olarak bkz. yuk. §2.III.B.3.

¹⁶³³ *D. and Others v. Turkey*, App. No. 24245/03, 22.06.2006.

incelenmemesinden dolayı, uluslararası hukukla bağdaşan asgari teminatları sunan bir usul işlemi güvencesinin verilmediğini iddia etmişlerdir. Ayrıca Başvuranlar, mevcut davada Hükümet'in, açıklamalarında "sadece kendisinin 'ulaşabileceği' ve hiç kuskusuz yanlış olan bazı 'bilgiler'e atıfta bulunarak boş yere kendini haklı göstermeye çalışan BMMYK'nın kararına dayanarak karar vermekle yetindiğini" de iddia etmişlerdir. AİHM, uygulamaya konulduğu durumda, Başvuranların sınır dışı edilmesi kararının AİHS'in 3. maddesinin ihlâli anlamına geleceğine hükmetmiştir¹⁶³⁴.

Kanımızca YUKK'un yürürlüğe girmesiyle birlikte sığınma alanında hâsıl olacak yeni gelişmelere paralel bir şekilde, özellikle statü belirlemeye ilişkin konulara önem verilmesi bir gereklilik arz etmektedir. Bu bağlamda şartlı mültecilerin uluslararası koruma başvurularının, mutlak olarak BMMYK kararlarına dayanılarak değerlendirilmesi yerine bu konuda BMMYK'dan da yardım alarak ihtisaslaşması beklenen Göç İdaresi Genel Müdürlüğü'nün ilgili birimlerince ayrıntılı olarak ve çağdaş mülteci hukukunun gelişmelerine uyumlu bir biçimde incelenmesi ve değerlendirilmesi yerinde olacaktır. Ayrıca uluslararası korumaya ilişkin hususlar açısından ihtisaslaşmış bir mahkemenin yapılandırılması bu konuda âdil ve etkin kararların verilebilmesi açısından önem taşımaktadır.

Sığınmacı/mülteci statüsünün belirlenmesine yönelik ölçütlerin değerlendirilmesi bakımından Türk hukukunun olgunlaşmış veriler sun(a)mamasından dolayı, statü belirleme ölçütlerinin ayrıntılı olarak irdelenmesi de mümkün olamamaktadır. Bu sebeple statünün tanınmasına ve statü dışında bırakılmaya yönelik olan ölçütlere ilişkin olarak Türk hukukundaki durum açısından sadece 1951 Sözleşmesi veya Sözleşme'nin yaygın olarak kabul edilen yorumları ile farklılık gösteren yahut açıklığa kavuşturulması gereken hususlar ağırlıklı olarak yürürlükte bulunan mevzuat ve YUKK çerçevesinde ele alınarak değerlendirilecektir.

¹⁶³⁴ Aktarılan bilgiler, Kararın Dışişleri Bakanlığı Avrupa Konseyi ve İnsan Hakları Genel Müdür Yardımcılığı tarafından yapılan gayri resmî özet çevirisinden alıntılanmıştır. İlgili çeviri için bkz. <[{%22fulltext%22:\[%22D.%20and%20Others%20v.%20Turkey%22\],%22sort%22:\[%22kdate%20Descending,RESPONDENT%20Ascending%22\],%22respondent%22:\[%22TUR%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\]}}> \(E.T.: 12.12.2012\).](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#)

B. Statünün Tanınmasına Yönelik Ölçütler Açısından

1. Haklı Nedenlere Dayanan Zulüm Korkusuna İlişkin Bazı Hususlara Yönelik Değerlendirmemiz

Statü belirleme hususundaki anahtar ölçüt olan haklı nedenlere dayanan korku kriterinin Türk sığınma hukukunda tam olarak nasıl uygulandığına yönelik bir kanıya varmak zordur. Uygulamada korkunun bir ruh hali olarak mı yoksa zulüm ihtimâli olarak mı değerlendirildiği açıkça anlaşılamamaktadır. Ayrıca zulüm teriminin kapsamı yahut zulmün belirlenmesinde insan hakları yaklaşımının tercih edilip edilmediği de belirsizlik arz etmektedir.

Bununla birlikte Ankara 9. İdare Mahkemesi'nin bir kararı¹⁶³⁵ bu hususta dikkat çekicidir. Karara konu olan Dâva, Irak uyuğunda olan davacıların sığınmacı muamelesine tâbi tutulmalarının uygun görülmeyle 15 gün içerisinde yurt dışına çıkışlarının sağlanmasına ilişkin idari işlemin iptali istemiyle açılmıştır. Davacılar Hasan, ülkesine tekrar dönerse öldürüleceğini beyan etmiş; Ramiye ise Iraktaki Bağımsız Kadın Teşkilatı üyesi olduğunu, eşinden ayrıldığını; kendisine yardım ettiği ayrıca anılan Teşkilata üye olmasını sağladığı yeğenin namus bahanesiyle aile tarafından öldürülmesi olayını Teşkilata intikal ettirdiğini ve bu olayın Teşkilatın yayın organında yayınlandığını bu nedenle ailesince öldürülmesine karar verildiğinden ülkesini terk ederek Türkiye'ye giriş yaptığını belirtmiştir. Mahkeme, Davacıların Türkmen olmaları nedeniyle Irak'ta baskılara maruz kaldıklarının belirlenmesini de göz önünde bulundurarak, Irak'ta can güvenliklerinin olmaması nedeniyle 1994 Yönetmeliği'ndeki sığınmacı tanımında yer alan vatandaşı olduğu ülkenin himayesinden korkudan dolayı istifade etmek istemeyen yabancı oldukları sonucuna varmış ve tesis edilen işlemde hukuka uyarlık bulunmadığına karar vermiştir. Davaya ilişkin olan bilgilerden ve verilen Karardan anlaşıldığı kadarıyla ilgili bireyler açısından zulüm ihtimâli “can güvenliklerinin olmaması” şeklinde belirlenmiş; zulmün gerçekleşme ihtimâline yönelik değerlendirme ise bireylerin menşeye

¹⁶³⁵ E.1996/1356, K.1997/1321, T. 03.11.1997. Karara ve Karara konu olan Dâvaya ilişkin aktarılan bilgiler için bkz. BMMYK, *Sığınmacı, Mülteci ve Göç Konularına İlişkin Türkiye'deki Yargı Kararları*, 196, 197.

lkelerindeki genel durum dikkate alınarak yapılmıştır. Karara ilişkin olarak dikkat çeken bir diğerk husus ise, Davacılardan Ramiye'nin devlet dışı aktörler tarafından zulme maruz bırakılma ihtimâli olmasının hatta aile içi şiddete maruz kalma olasılığının bulunmasının, uluslararası mülteci hukukundaki ağdaş yaklaşımlara paralel olarak, statüsünün tanınması açısından bir engel olarak görülmemiş olmasıdır. Ancak Karar metninden anlaşıldığı kadarıyla, bu hususta ilgili bireyin devlet korumasından faydalanıp faydalanamayacağı, bir başka ifâde ile korunma zafiyetinin olup olmadığı irdelenmemiş; kişinin zulüm ile yüzleşme ihtimâlinin bulunması statüsünün tanınması açısından yeterli kabul edilmiş ancak bu ihtimâlin hangi standart temel alınarak tespit edildiği ortaya konulmamıştır.

Belirttiğimiz karara da konu olan "devlet dışı aktörlerden kaynaklanan zulüm ihtimâli"nin nasıl ele alınacağı, Türkiye'nin coğrafi konumu itibarıyla özellikle sığınmacılar/şartlı mlteçiler açısından önem arz etmesine rağmen bu hususa ne yürürlükteki mevzuatta ne YUKK'da değinilmiştir. Oysa Türkiye'nin iç savaş ve iç karışıklık durumlarının yaşandığı bölgelere yakın olması sığınma arayışına giren bireylerin önemli bir kısmının devlet dışı oluşumlardan kaynaklanan zulüm ihtimâline maruz kalma riskinden dolayı sığınma eylemini gerçekleştirmesine neden teşkil edebilmektedir. Nitekim YUKK'un model olarak aldığı AB Vasıf Yönergesi de devlet dışı aktörlerden kaynaklanan zulüm ihtimâline yönelik açıklamalara yer vermiştir. Bu sebeplerle, söz konusu hususun somut bir çerçeveye oturtulması ve YUKK'un yrrlğeg girmesi ile birlikte oluşturulacak olan bir Yönetmelikle açığa kavuşturulması yerinde olacaktır. Kanımızca bu hususta, sorumluluk (iştirak) yaklaşımındansa, sonuç odaklı olan koruma yaklařımının¹⁶³⁶ benimsenmesi uygun olacaktır.

Zulüm konusu ile ilgili olarak değinilmesi gereken bir diğerk nokta da dâhili korumanın haklı nedenlere dayanan zulüm korkusunun tespitindeki yeridir. Sözleşme'nin sessiz kaldığı bu konuya ilişkin, ülke uygulamalarındaki genel yaklaşım, sığınma arayışında olan bireyin, menşe ülkesi içerisinde güvende olabileceği herhangi bir bölge bulunuyorsa ve bireyin buraya ulaşabilmesi mümkün görülüyorsa, iddiasına kaynak teşkil

¹⁶³⁶ Sorumluluk yaklaşımı ve koruma yaklaşımına ilişkin açıklamalarımız ve koruma yaklaşımının tercih edilmesine ilişkin görüşlerimiz için bkz. yuk. ř5.I.C.3.

eden zulüm ihtimâlinin haklı nedenlere dayanmadığı sonucuna varılmasıdır¹⁶³⁷. Yürürlükteki düzenlemeler ışığında Türk sığınma hukukunun dâhili koruma konusuna nasıl yaklaştığı anlaşılamasa da YUKK bu hususa ilişkin özel bir hükme yer vermiştir. YUKK’un “Karar” başlığını taşıyan 78 (4). maddesi uyarınca, “[b]aşvuru sahibine, zulüm veya ciddi zarar görme tehdidine karşı vatandaşı olduğu ülke veya önceki ikamet ülkesinin belirli bir bölgesinde koruma sağlanabiliyorsa ve başvuru sahibi, ülkenin o bölgesine güvenli bir şekilde seyahat edebilecek ve yerleşebilecek durumdaysa, başvuru sahibinin uluslararası korumaya muhtaç olmadığına karar verilebilir”. Görüldüğü gibi YUKK’da açıkça dâhili koruma alternatifine yer verilmiş ve dâhili korumanın statünün tanınmasına engel teşkil edebileceği düzenlenmiştir. Bu noktada, YUKK’un statü belirleme kararını verecek olan idari makama bir takdir yetkisi de tanındığı anlaşılmaktadır. İlgili hususun takdir yetkisine bağlı kılınması kanımızca gereklidir. Zira dâhili koruma alternatifinin işletilmesi somut başvuru ekseninde yapılacak bir değerlendirme sayesinde mümkün olmalıdır. Bu sebeple, sadece bireyin güvenli bir şekilde korumanın sağlanabileceği yere ulaşabilmesi değil, burada sağlanacak olan korumanın etkin ve süreklilik arz eden bir niteliği hâiz olup olmadığı; başvuran bireye has özel durumların irdelenmesi ve bu bölgenin özellikle başvuran için güvenli olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir. Bununla birlikte, kanımızca YUKK’da dâhili korumaya ilişkin hüküm, Kanun’un uluslararası korumayı düzenlediği kısmının sistematiği açısından uygun bir yerde bulunmamaktadır. Dâhili koruma hususu, statü belirleme ölçütlerinin esasına ilişkin bir konu olarak değerlendirilmektedir. Çünkü dâhili koruma alternatifinin söz konusu olması, sığınma arayışında olan bireyin maruz kalma tehlikesiyle karşı karşıya olduğunu iddia ettiği zulüm ihtimâlinin haklı nedene dayanmadığının bir göstergesi olarak ele alınmaktadır. Ancak YUKK’da ilgili konu esasa değil, usule yönelik olan “Karar” başlığı altında düzenlenmiştir.

¹⁶³⁷ Bu hususa ilişkin açıklamalarımız için bkz. yuk. §5.I.C.3.b.aa. ve bb.

2. Zulüm Nedenlerine İlişkin Bazı Hususlara Yönelik Değerlendirmemiz

Çalışmamızın ikinci bölümünde ayrıntılı olarak gösterdiğimiz gibi, 1951 Sözleşmesi uyarınca, zulüm kavramının kapsamının belirlenmesi ve zulüm ihtimâlinin haklı nedenlere dayanıp dayanmadığının tespit edilmesi tek başına statünün tanınması için yeterli değildir. Zulüm ihtimâlinin başvuranın bir takım özellikleri ile bağlantılı olması da gerekmektedir¹⁶³⁸. 1951 Sözleşmesi’nde ırk, din, milliyet, siyasî görüş ve belli bir sosyal gruba mensubiyet olarak sayılan bu nedenler hem 1994 Sözleşmesi’ne hem YUKK’a aktarılmıştır. Ancak YUKK’da “milliyet” ifâdesi yerine, Sözleşme’nin resmî çevirisine sadık kalınarak “tâbiyet” teriminin kullanıldığı görülmektedir. Milliyet teriminin 1951 Sözleşmesi içerisindeki anlamını irdelerken de belirttiğimiz gibi, milliyet yerine tâbiyet ifâdesinin kullanılması, ilgili zulüm nedeninin anlamını daraltmaktadır¹⁶³⁹. Bu sebeple kanımızca, YUKK’da tâbiyet terimi yerine 1994 Sözleşmesi’nde olduğu gibi milliyet teriminin kullanılmış olması Sözleşme ile uyum açısından daha uygun olabilirdi.

Zulüm nedenlerine ilişkin olarak değinmemiz icap eden önemli bir diğer husus da Sözleşme’ye has bir terim olan “belirli bir sosyal gruba mensubiyet”in kapsamına yönelik olarak ne 1994 Yönetmeliğinde ne de YUKK’da herhangi bir açıklamanın yapılmamış olmasıdır. Kanımızca, sosyal gruba mensubiyet nedeninin belirlenmesinde AB Vasıf Yönergesi’nin karma kümülatif yaklaşım olarak nitelendirebileceğimiz dar bakış açısansa, BMMYK’nın da tavsiye ettiği şekilde daha kapsayıcı olan karma alternatifli bir yaklaşımın benimsenmesi yerinde olacaktır. Bu husus YUKK’da yer almamış olsa da Kanun’un uygulanmasına yönelik bir düzenleme ile açığa kavuşturulması uygun olacaktır. Buna ek olarak AB uygulamasına paralel şekilde, özellikle cinsiyete dayalı zulüm ihtimâline maruz kalan bireylerin belirli bir sosyal grup oluşturabileceği hususuna da bu düzenlemede yer verilmesinin, uluslararası mülteci hukukun çağdaş gelişmelerine ayak uydurulması açısından yerinde olacağı ifade edilebilir.

¹⁶³⁸ Ankara 9. İdare Mahkemesi’nin yukarıda değindiğimiz kararında, zulüm nedenlerine ilişkin herhangi bir değerlendirmenin yapılmadığı anlaşılmaktadır. Davaya konu olan olayda, özellikle Davacılar Ramiye’nin sığınmacı statüsünün tanınması açısından aile içi şiddete maruz kalma ihtimâli yeterli görülmesine rağmen, bu ihtimâlin herhangi bir zulüm nedenine bağlanmamış olması şaşırtıcıdır.

¹⁶³⁹ Bkz. yuk. §5.II.B.3.a.

C. Statünün Dışında Bırakılmaya Yönelik Ölçütler Açısından

1. Genel Olarak

Türkiye'nin taraf olduğu 1951 Sözleşmesi Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca iç hukukun bir parçası sayıldığından, Sözleşme'de yer alan statü dışında bırakılma ölçütleri de iç hukuka yansımış bulunmaktadır. Ancak söz konusu ölçütler genel ifâdelerle şekillendirildiğinden, bunların yorumlanması ve açıklanması önem taşımaktadır. Bu sebeple, 1951 Sözleşmesi'ne taraf olmanın dışarıda bırakma ölçütlerinin âdil ve etkin bir şekilde uygulanması açısından tek başına yeterli olmayacağı ifâde edilebilir. Türk sığınma hukukunda, kaynağını iç hukuktan alan ve yürürlükte olan kaynaklarda ise mülteci statüsünün dışında bırakılmaya yönelik ölçütler düzenlenmemiştir. Bu durumun, özellikle Türk hukuku bakımından fiilî sığınmacı olarak kabul edilen bireylerin statü belirleme işlemlerine yönelik olarak önemli bir hukukî boşluk yarattığı belirtilmelidir. Zira Türk hukuku açısından, 1951 Sözleşmesinin coğrafi kısıtlama sebebiyle sığınmacılara uygulanma kabiliyetini hâiz olmadığı kabul edildiğinde ve iç hukukta da bu bireylerin statü dışında bırakılmalarına yönelik herhangi bir ölçüt getirilmediği göz önünde bulundurulduğunda, bu kişilerin statüleri belirlenirken, sadece statülerinin tanınmasına yönelik olan ölçütlerden hareket edilebileceği sonucuna varılabilecektir.

Yürürlükteki düzenlemeler çerçevesindeki bu görünümün YUKK ile değişikliğe uğraması beklenmektedir. Zira YUKK'un “uluslararası korumanın haricinde tutulma” başlığını taşıyan 64. maddesinde, mülteci statüsünü de içerisine alacak şekilde, tüm uluslararası koruma statüleri için ortak dışarıda bırakma (hariçte tutulma) ölçütleri belirlenmiştir. İlgili maddeye göre, “[b]aşvuru sahibi; a) Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği dışında, diğer bir Birleşmiş Milletler organı veya örgütünden hâlen koruma veya yardım görüyorsa, b) İkamet ettiği ülke yetkili makamlarınca, o ülke vatandaşlarının sahip bulundukları hak ve yükümlülüklerle sahip olarak tanınıyorsa, c) Sözleşmenin 1 inci maddesinin (F) fıkrasında belirtilen fiillerden suçlu olduğuna dair ciddi kanaat varsa, uluslararası korumadan hariçte tutulur. (2) Birinci fıkranın (a) bendine giren bir kişi hakkındaki koruma veya yardım herhangi bir nedenle sona erdiği

zaman, bu kişilerin konumları Birleşmiş Milletler Genel Kurulunda alınan kararlara istinaden kesin bir çözüme kavuşturulmadığı takdirde, bu kişiler bu Kanunun sağladığı korumadan yararlanabilir.(3) Başvuru sahibinin, uluslararası koruma başvurusu yapmadan önce, Türkiye dışında hangi saikle olursa olsun zalimce eylemler yaptığını düşündürecek nedenler varsa birinci fıkranın (c) bendi kapsamında değerlendirme yapılır.(4) Birinci fıkranın (c) bendi ile üçüncü fıkra da belirtilen suç ya da fiillerin işlenmesine iştirak eden veya bu fiillerin işlenmesini tahrik eden kişi uluslararası korumadan hariçte tutulur.(5) Birinci fıkranın (c) bendi ile üçüncü ve dördüncü fıkralardaki durumlara ek olarak; kamu düzeni veya kamu güvenliği açısından tehlike oluşturduğuna dair ciddi emareler bulunan yabancı veya vatansız kişi ile birinci fıkranın (c) bendi kapsamında olmayan, fakat Türkiye’de işlenmesi hâlinde hapis cezası verilmesini gerektiren suç veya suçları daha önce işleyen ve sadece bu suçun cezasını çekmemek için menşe veya ikamet ülkesini terk eden yabancı veya vatansız kişi, ikincil korumadan hariçte tutulur.(6) Başvuru sahibinin uluslararası korumadan hariçte tutulması, hariçte tutma nedenlerinden herhangi birinin diğer aile üyeleri için oluşmaması şartıyla, başvuru sahibinin aile üyelerinin de hariçte tutulmasını gerektirmez”.

Görüldüğü gibi YUKK’un ilgili maddesi, 1951 Sözleşmesi’nin statü dışında bırakma hükümlerini düzenleyen 1. maddesinin D, E ve F fıkraları temel alınarak şekillendirilmiştir. Kanun’un 64. maddesinin kaynak olarak aldığı Sözleşme’nin ilgili hükümleri daha önce ayrıntılı olarak incelenmiş olduğundan bu düzenlemelere tekrar değinilmeyecektir. Ancak statü dışında bırakılmaya yönelik olan ölçütler bakımından Türk hukukuna has bazı hususlara değinilmesinde fayda olacaktır

2. Statü Dışında Bırakma Ölçütlerine İlişkin Bazı Hususlara Yönelik Değerlendirmemiz

Kanımızca, statü dışında bırakılmaya yönelik olan ölçütlere ilişkin olarak Türk hukuku açısından özellik arz eden iki husus söz konusudur. İncelenmesi gereken ilk nokta, Sözleşme’nin 1D maddesinin uygulanmasına ilişkindir. Kanun’un ilgili

maddesinin lafzından Sözleşme'nin 1D hükmü kapsamına giren bireylerin haklarındaki koruma veya yardım herhangi bir nedenle sona erdiği zaman Kanunun sağladığı korumadan yararlanabilecekleri anlaşılmaktadır ¹⁶⁴⁰. Kanun'un 2(2). maddesinin 1951 Sözleşmesi'ne yaptığı gönderme de dikkate alınarak, Sözleşme'nin 1D maddesinin açık düzenlemesi uyarınca, söz konusu bireylerin haklarındaki koruma ve yardım sona erdiğinde sadece Kanunun sağladığı korumadan faydalanmakla kalmayacağı, bu bireylere Sözleşme hükümlerinin de *ipso facto* uygulanabileceği yönünde bir çıkarım yapılabilecektir. Sözleşme'nin 1D maddesinin sadece Filistinli mülteciler açısından uygulanma kabiliyetini haiz olduğundan hareketle, coğrafi kısıtlama sebebiyle bu bireylerin Türk hukuku kapsamında mülteci olarak nitelendirilemeyecekleri; dolayısıyla kendilerine Sözleşme hükümlerinin uygulanamayacağı düşünülebilir. Ancak kanımızca Sözleşme'nin 1D maddesinin lafzı açık bir şekilde ve özel olarak hükmün kapsamına giren kişilerin “Sözleşme'den” *ipso facto* faydalanacağını vurgulamış olduğundan bu bireyler, haklarındaki koruma ve yardım sona ermiş olmak kaydıyla coğrafi kısıtlamaya rağmen Sözleşme korumasından faydalandırılabilir. Zira Sözleşme'nin 1D hükmü bu konuda 1A(2). maddesine yönelik bir değerlendirmenin yapılması şartını aramamıştır.

Statü dışında bırakılma ölçütlerine yönelik olarak değinmemiz icap eden ikinci nokta ise Kanunun 64. maddesi ile gönderme yapılan Sözleşme'nin 1F hükmünün uygulanmasına ilişkindir. Bu bağlamda belirtmek gerekir ki, her ne kadar YUKK'un 64. maddesinin (1). fıkrasının (c) bendinde 1951 Sözleşmesi'nin 1F maddesine açıkça gönderme yapılmış olsa da, 1F maddesinin uygulanması için aranan ispat standardı, ilgili maddede belirtilen suçların işlenmiş olduğuna dair “ciddi kanaat”e ulaşılması olarak belirlenmiştir. Oysa çalışmamızın ikinci bölümünde Sözleşme'nin ilgili hükmünü incelerken de belirttiğimiz üzere, Sözleşme'nin 1F maddesinde yer alan standart, ciddi kanaate ulaşılmasından daha düşük bir eşik öngören “ciddi sebepler” standardıdır. Bu standart uyarınca, maddede zikredilen suçların işlenmiş olduğuna dair ciddi bir kanaat değil, bu suçların işlenmiş olduğunun düşünülmesine yönelik ciddi sebeplerin bulunması

¹⁶⁴⁰ Sözleşme'nin ilgili maddesinin değerlendirilmesine ilişkin açıklamalarımız için bkz. yuk. §6.I.A.

yeterli görülmüştür¹⁶⁴¹. Bu sebeple, YUKK'un 64(c) maddesinde belirtilen standardın Sözleşme'ye göre daha yüksek bir seviyede bulunduğu iddia edilebilecektir. Dışarıda bırakmaya yönelik ölçütlere ilişkin olan ispat yükü, bu hükümlerin nitelikleri gereği, karar merciine âit olduğundan, YUKK'un Sözleşme'nin 1F maddesinin uygulanması bakımından yüksek bir standart öngörmüş olması mülteci lehine bir yaklaşım olarak değerlendirilebilecek; bu sebeple Sözleşme'ye aykırılık teşkil etmediği sonucuna varılabilecektir. Ancak YUKK'un aynı standardı, ilgili maddenin, başvuranın zalimce eylemler yapmış olduğu gerekçesiyle statü dışında bırakılacağını düzenleyen üçüncü fıkrasında aramadığı görülmektedir. Belirtilen fıkra, başvuranın *uluslararası koruma başvurusu yapmadan önce, Türkiye dışında hangi saikle olursa olsun zalimce eylemler yaptığını düşündürecek nedenlerin* bulunması bireyin statünün haricinde tutulabilmesi için yeterli görülmüştür. İlgili hükümden anlaşıldığı kadarıyla, bu hususta Sözleşme'nin öngördüğü "ciddi nedenler" standardından dahi düşük bir eşik öngörülmüştür. Statünün dışında bırakılmaya yönelik olan ölçütler negatif niteliği hâiz olduklarından dar yoruma tâbi kılınmalıdır; bu nedenle Kanunda benimsenen standardın Sözleşme ile uyumlu olduğunu söylemek zordur. Ayrıca kanımızca her halükarda, statü dışında bırakılma ölçütleri bakımından Kanunda iki farklı ispat standardına yer verilmiş olması tutarsızlık yaratmaktadır.

¹⁶⁴¹ Bu yöndeki açıklamalarımız için bkz. yuk. §6.II.A.1.

SONUÇ

Çalışmamızda mülteci statüsünün hukukî çerçevesinin nasıl oluştuğu ve statünün bu çerçeve içerisinde nasıl belirleneceği sorularına cevap aranmış; belirtilen hususların hem uluslararası hukuk hem Türk hukuku boyutundan, hem de bu iki boyutun birbiriyle kesişim noktasından değerlendirilmesi amaçlanmıştır. Çalışmamızın ilk iki bölümünde konu uluslararası hukuk boyutundan gösterilmeye çalışılmış ve bu çerçevede yeri geldiğinde karşılaştırmalı hukuktaki uygulama örnekleri ve doktrin görüşlerine yer verilmiştir. Çalışmanın üçüncü bölümünde ise konu Türk hukuku açısından, ilgili hukukî düzenlemeler, uygulama ve doktrin görüşleri temel alınarak incelenmiş ve Türk hukukundaki görünümün çağdaş uluslararası mülteci hukukuyla uyumlu olup olmadığı sorgulanmıştır. Uyumsuzluk bulunan hallerin nedenleri incelenmiştir.

Çalışmamızın birinci bölümünde fiilî bir hâl olan mültecilikten ne anlaşılması gerektiği ve bu fiilî hâlin neden ve nasıl bir hukukî statüye dönüştürüldüğü sorularına cevap aranmış; bu bağlamda genel bir çerçeve oluşturulduktan sonra statünün belirlenmesinde hangi unsurların etkili olduğu ve bu unsurlardan ne anlaşılması gerektiği açıklanmaya çalışılmıştır. Bu çerçevede varılan ilk temel sonuç, uluslararası hukukta mültecinin hukukî statüsünün devlet odaklı bir bakış açısıyla, tanımlandığı dönemin tarihi coğrafî ve siyasî şartlarının ekseninde dar bir çerçeve içerisinde şekillenmiş olduğudur. Statünün bu yönde biçimlenmiş olmasının iki temel nedeni olduğu saptanmıştır. İlk neden sığınma hakkının uluslararası hukukta devletlerin egemenlik yetkisinin bir uzantısı olarak kabul edilmesidir. İkinci neden ise mülteci statüsünün oluşturulmasına duyulan gerekliliğin, bireyin temel haklarının korunması üzerinde yoğunlaşan insan hakları yaklaşımının ön plana çıkarılması kaygısından ziyade özellikle II. Dünya Savaşı sonrasında Avrupa coğrafyasında patlak veren mülteci sorununa çözüm bulunmasına duyulan ihtiyaçtan temel almasıdır. Bu sebeple mültecilik halinin dinamik ve geniş olan kavramsal çerçevesi bir statü tanımına dönüştürülürken oldukça daraltılmıştır.

Mülteci statüsünün 1951 Sözleşmesi'nde tanımlanmasından sonra özellikle insan hakları hukukunun gelişiminin ivme kazanması ve bireyin uluslararası hukuktaki yerinin

belirginleşmesi, mülteci statüsü tanımının korumanın kişi yönünden kapsamı bakımından yetersiz kalmasına sebep olmuştur. Bu nedenle, BMMYK'nın yetki alanı genişletilmiş, bölgesel düzenlemelerde esnek mülteci tanımlarına yer verilmiş ve tamamlayıcı koruma statüleri oluşturularak, daha fazla bireyin uluslararası korumadan faydalandırılması sağlanmaya çalışılmıştır. Bu görünüm, mülteciliğin belirli bir dönemin şartlarına tabi kılınamayacak kadar dinamik bir hal olduğunun ve mülteci korumasının devletlerarasındaki siyasî bir mesele olarak nitelendirilmesinden öte artık insan haklarına yönelik bir husus olarak ele alınması gerektiği sonucuna varılmasına sebep olmuştur. Elbette ki yapılan bu çıkarım belirli bir dönemin şartlarına ve siyasî konjonktürüne odaklanılarak biçimlendirilen mülteci tanımının bu yeni bakış açısıyla nasıl yorumlanabileceği ve bu ekseninde mülteci statüsünün belirlenmesinde nasıl bir yol izleneceği sorularının önem kazanmasına yol açmıştır. İşte bu soruların uluslararası hukuk boyutundan cevaplandırılması amacıyla çalışmamızın birinci bölümünün ikinci kısmında, mülteci statüsünün belirlenmesinde etkili olan unsurlara yer verilmiştir. Bu çerçevede, üç unsur belirlenmiştir. Bunlardan ilki 1951 Sözleşmesi'nin yorumlanmasıdır. Bu hususta, 1951 Sözleşmesi'nin bir insan hakları sözleşmesi olarak kabul edilmesinin gerekliliği üzerinde durulmuş; bu sebeple Sözleşme yorumlanırken ilgili hükümlerinin sadece lafzî anlamına değil, Sözleşme'nin insanî amacına ve korumaya yönelik konusuna odaklanması gerektiği; insan hakları sözleşmelerinin “yaşayan” düzenlemeler olmaları sebebiyle birbirleri ile etkileşim hâlinde olacaklarından hareketle, yorumlama faaliyeti sırasında Sözleşme'nin oluşturulmasından sonra yürürlüğe giren diğer uluslararası insan hakları sözleşmelerinin de göz önünde bulundurulmasının yerinde olacağı görüşü desteklenmiştir. Mülteci statüsünün belirlenmesinde etkili olan ikinci unsur, çalışmamızda geri gönderme yasağı olarak belirlenmiştir. Geri gönderme yasağının hem mülteci korumasının özünü teşkil etmesi hem statü belirlemede özel bir önem arz etmesi, ilgili hususa ayrıntılı bir şekilde yer verilmesini gerektirmiştir. Bu bağlamda, geri gönderme yasağının uluslararası hukukta; 1951 Sözleşmesi'nin 33(1). maddesi kapsamında, diğer insan hakları sözleşmeleri çerçevesinde ve bir uluslararası teamül hukuku kuralı olarak üç biçimde uygulanma kabiliyetini hâiz olduğu gösterilmiş ve sayılan her bir uygulama biçimi ekseninde yasağın içeriği ve sağladığı korumanın niteliği

irdelenmiştir. Bu bağlamda gerek yasağın kapsamı gerek uygulanması noktasında tıpkı Sözleşme'nin yorumlanmasında olduğu gibi insan haklarına odaklı bir yaklaşımın şekillendiği ve uygulamanın değerlendirilmesinde gerek doktrin gerek BMMYK tarafından artık siyasî kaygıların değil insan hakları hukukunun ve korumanın öznesi olarak bireyin referans teşkil ettiği sonucuna varılmıştır. Mülteci statüsünün belirlenmesinde etkili olan unsurların sonuncusu ise çalışmamızda statü belirleme usulü ve yetkisine ilişkin olan hususlar olarak belirlenmiştir. Bu bağlamda, statünün belirlenmesinde asıl yetkinin devletlerde bulunduğu ve statü belirleme usulünün de 1951 Sözleşmesi'nde düzenlenmemiş olmasından ötürü her devletin ulusal hukukuna tabi olduğu vurgulanmıştır. Statü belirleme yetkisinin asıl olarak devletlerde bulunmasının statü belirleme bakımından önem taşıyan bir sonucu olarak statü belirleme sorumluluğu konusuna da yer verilmiştir. Bu noktada uluslararası hukukta statü belirleme sorumluluğunun paylaşılması hususunda bağlayıcı etkiyi haiz olan bir düzenleme bulunmamasından ötürü devletlerin birbirlerine bu sorumluluğu güvenli üçüncü ülke uygulamaları ve bu uygulamalardan kaynağını alan geri kabul anlaşmaları çerçevesinde aktarma yönünde hareket ettikleri gösterilmiştir. Çalışmamızda üçüncü güvenli ülke uygulamalarının statünün belirlenmesi üzerinde iki ana etkiyi haiz olduğu sonucuna varılmıştır. İlk etki, bireyin sığınmaya erişimine ilişkindir. Kişinin gönderildiği ülkenin 1951 Sözleşmesi'ne taraf olması tek başına “güvenli olma” kriterini sağlamak için yeterli kabul edilmemeli, geri gönderme yasağının bu ülkede etkin olarak uygulanıp uygulanmadığından emin olunması gerekmektedir. Etkinlikten kast edilen hem genel uygulamanın etkin olması hem de her bir somut sığınmacı açısından bu ülkenin tam anlamıyla güvenli olduğuna kanaat getirilmesidir. Bu koşulların sağlanmaması, statü belirleme işleminin hiç gerçekleştirilememesi ve bireyin gerçek bir mülteci olarak değerlendirilebilecek olmasına rağmen menşe ülkesine geri gönderilmesi ile sonuçlanabilecektir. İkinci etki ise statü belirleme ölçütlerinin yorumlanmasının ülkeler arasında farklılık arz etmesi ile ilgilidir. Bu noktada birey, bulunduğu ülkede mülteci olarak tanınabilecekken gönderildiği üçüncü güvenli ülkede yorum farklılıkları sebebiyle mülteci olarak tanınamayabilecektir. Çalışmamızda, bu sorunun, ülkeler arasında statü belirleme ölçütlerinin yorumlanması hususunda özellikle yargı alanında transnasyonal bir

işbirliği içerisinde girilebilmesi ile çözülebileceği belirtilmiştir. Mülteci statüsünün belirlenmesi usulü ve yetkisine ilişkin olarak ortaya koyduğumuz bir saptama da BMMYK'nın bireysel statü belirleme işlemini yürüttüğü ülkeler bakımından, BMMYK kararlarının denetlenememesi sebebiyle oluşabilecek sorunlara yöneliktir. Bu bağlamda, sorunun, statü belirleme sorumluluğunu tümüyle BMMYK'nın üzerine bırakmak yerine adil ve etkin bir statü belirleme sisteminin oluşturulması yönünde çaba sarf edilmesiyle çözülebileceği sonucuna varılmıştır.

Mülteci statüsünün belirlenmesi konusunun en önemli noktası olan statü belirleme ölçütlerinin değerlendirilmesi hususu, çalışmamızın ikinci bölümünde ele alınmıştır. Anılan ölçütler 1951 Sözleşmesi çerçevesinde; statünün tanınmasına yönelik olanlar (dâhil etme hükümleri) ve statünün dışında bırakılmaya yönelik olanlar (dışarıda bırakma hükümleri) şeklinde ikili bir sınıflandırmaya tâbi tutulmuş ve bu çerçevede incelenmiştir. Bu ölçütlerin yorumlanması konusunda gerek doktrinin ve BMMYK'nın görüşleri gerek ülke uygulamaları gerekse Sözleşme'nin hazırlık çalışmaları ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Bu çerçevede, sözü edilen ölçütlerin anlamlandırılması açısından uygulamada genellikle Sözleşmenin amacı ve konusuna paralel olarak insan hakları yaklaşımının ağırlık kazandığı, bu yaklaşımın dışında geliştirilen yorumların BMMYK veya doktrin tarafından sıklıkla eleştirildiği sonucuna varılmıştır. Ayrıca Sözleşmeye dayalı uygulamaları karşılaştırmalı olarak analiz edilen ülkelerin özellikle mahkeme kararlarında statü belirleme ölçütlerinin değerlendirilmesine büyük önem bahsettikleri ve bu ölçütleri oldukça ayrıntılı biçimde yorumlama yönünde bir eğilime sahip oldukları anlaşılmıştır. Hatta uygulamaları incelenen bazı ülkelerin ilgili konularda verilen yabancı mahkeme kararlarını dikkate aldıkları ve birbirlerinin yorum yöntemlerinden etkilenebildikleri görülmüştür. Bununla birlikte bu eğilimin yaygın bir hâl aldığını ve tüm ölçütler bakımından yeknesak yorumların oluşmasına sebebiyet verdiğini söyleyebilmek için henüz erken olduğu belirtilmelidir. Nitekim Birlik düzeyinde ortak bir sığınma sistemi oluşturmayı hedeflemiş olan AB içerisinde bile üye ülkeler arasında statü belirleme ölçütlerinin yorumlanması hususunda farklılıkların olduğu görülebilmektedir. Buna rağmen, gelişmiş sığınma sistemine sahip olan ülkelerin mülteci statüsünün

belirlenmesine yönelik ölçütleri çağdaş şartlara göre yorumlayarak, mültecinin hukukî tanımını, oluşturulduğu dönemden farklı bir noktaya taşıdıkları belirtilebilir.Örneğin, statü belirlemenin anahtar ölçütü olan haklı nedenlere dayanan zulüm korkusu kriteri, çalışmamızda uygulamalarına yer verdiğimiz tüm ülkeler tarafından insan hakları yaklaşımı çerçevesinde ele alınmakta ve geniş bir koruma alanı yaratacak şekilde değerlendirilmektedir. Buna ek olarak genel karışıklık, iç savaş gibi yaygın şiddet hâlleri sebebiyle sığınma talebinde bulunan bireylerin de uygulamada mutlak olarak statü belirleme değerlendirmesi kapsamının dışında bırakılmadığı görülmektedir. Ayrıca insan hakları hukukundaki çağdaş gelişmelere paralel olarak bugün cinsiyet temelli zulüm ihtimâllerinin neredeyse tek başına bir zulüm nedeni oluşturabilecek hâle geldiği; hatta aile içi şiddet durumlarının da kimi zaman mülteci statüsünün tanınmasına gerekçe teşkil edebildiği görülmektedir.

Bu bağlamda, ülke uygulamalarından yola çıkılarak, statü belirleme ölçütlerinin uygulamada titizlikle ve aynı zamanda da korumacı bir yaklaşımla değerlendirildiği ancak statü belirleme usulü bakımından daha dışlayıcı ve katı uygulamaların yürütüldüğü sonucuna varılabilecektir. Bu noktada ayrıca uygulamanın statü belirleme usulleri bakımından dışlayıcı; ancak ölçütlerin değerlendirilmesi açısından nispeten dâhil edici bir yaklaşım sergilediği yönünde bir tespit de yapılabilecektir. Nitekim özellikle üçüncü güvenli ülke ve hızlandırılmış değerlendirme usullerinin işletilmesi ile bir yandan statü belirleme sorumluluğunun aktarılması yahut en az külfet getirici biçimde yapılması hedeflenirken; diğer yandan olağan usule tâbi olan bireyler bakımından statünün belirlenmesine yönelik ölçütlerin ayrıntılı ve kapsayıcı biçimde değerlendirilmesi ile âdeta bir denge kurulmaya çalışıldığından söz edilebilecektir.

Türk hukukundaki görünüm bakımından ise bu kadar net bir analiz yapılamamaktadır. Zira Türk hukuku uluslararası koruma ve statü belirleme hususlarında kendine has bir görünüm sergilemektedir. Bu sebeple çalışmamızda Türk hukukunun mülteci korumasına bakışı ve statü belirleme değerlendirmesini ele alışı hususları, bütünlüğün sağlanması açısından ayrı bir bölümde; üçüncü bölümde incelenmiştir. Bu bağlamda, Türkiye'nin ulusal şartları çerçevesinde kendine has bir mülteci algısının

oluştugu ve bu algının Türk sığınma hukukuna da yansıdığı sonucuna varılmıştır. Mülteciyi yerleşme niyeti olmayan ve geçici bir süre katlanılması gereken yabancı misafir olarak şekillendiren bu algı, Türk hukukunda uluslararası korumaya ilişkin hususların uzun bir süre ihmal edilmesine neden olmuştur. Bu durumun uluslararası korumanın en önemli ayaklarından biri olan statü belirleme hususunda da Türk hukukunun mülteci hukukundaki çağdaş gelişmelerin oldukça gerisinde kalmasına yol açtığı sonucuna varılmıştır. Bu sebeple Türk hukukunda geri gönderme yasağının uygulanması bakımından net bir hukukî çerçeve oluşturulamadığı; statü belirleme ölçütlerinin yol gösterici yorumlarının geliştirilemediği; statü belirleme usulü bakımından ise hukukî temelden yoksun uygulamaların yürütülmesinin söz konusu olduğu tespit edilmiştir. Belirtilen görünümün YUKK'un yürürlüğe girmesi ile büyük ölçüde değişebileceği ümit edilmektedir. Özellikle YUKK'un statü belirleme hususunda ayrıntılı ve mülteci hukukunun çağdaş gelişmelerine nispeten uygun düzenlemelere yer vermiş olması olumlu bulunmaktadır. Bununla birlikte YUKK'un oluşturulmasında Türkiye'nin AB'ye tam üyelik sürecinde AB mevzuatı ile uyum sağlama kaygısının önemli bir yer tutması Kanunun uygulamasının etkin bir biçimde gerçekleştirilip gerçekleştirilmeyeceği hususunu tartışmalı hâle getirmektedir. Bu noktada ayrıca belirtmek gerekir ki, Kanun ilgili AB mevzuatları model olarak hazırlanmış olmasına rağmen, bazı hususlarda da bu düzenlemelerle ve aynı zamanda uluslararası mülteci hukuku ile uyumsuz görünüm de arz etmektedir. Örneğin coğrafi kısıtlama hâlen korunmaktayken bir tamamlayıcı koruma statüsü olan ikincil koruma statüsüne kanunda yer verilmiş olması bir çelişki yaratmaktadır. Bunun yanında Kanun'da geri gönderme yasağının istisnalarının düzenlenmemiş olması, hem yaygın uygulamaya hem AB mevzuatına uyumsuz bir görünüm sergilemektedir. Elbette bu hususun mülteci lehine bir düzenleme olduğu ve olumlu bulunması gerektiği düşünülebilir. Ancak geri gönderme yasağının istisnaya yer verilmeden uygulanması, mutlak bir koruma alanı öngören işkence yasağı dışındaki hak ve özgürlükleri ihlâl edildiği hâlde ülkenin ve halkın güvenliği için tehlike arz edecek bireylerin ülkeden uzaklaştırılamamasına sebep olacağından ciddi güvenlik sorunları yaratabilecek; bu durum ise hem yasağın hem de yasağın gerekçesi ile aynı düzlemde değerlendirilen haklı nedenlere dayanan zulüm korkusu kriterinin oldukça dar ve katı bir

şekilde yorumlanması ile sonuçlanabilecektir. Söz konusu durum ise Türk hukukuna yansımış olan mülteci algısını daha da güçlendirecek ve sığınma hukuku alanında beklenen gelişmenin sağlanamaması ve hatta uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerin gereği gibi yerine getirilememesi ile sonuçlanabilecektir. YUKK'da özellikle AB mevzuatıyla uyumsuzluk arz eden ve belirttiğimiz endişeyi güçlendiren diğer bir husus ise üçüncü ülkenin güvenli sayılabilmesi için sağlaması gereken kriterler arasında bu ülkede 1951 Sözleşmesi çerçevesinde geri gönderme yasağının uygulanmakta olmasının aranmamasıdır. Kanun'da bu ülkede sadece işkence yasağı çerçevesinde şekillenen ve insan hakları sözleşmelerinden temel alan geri gönderme yasağı uygulamalarının yürütülmesi yeterli sayılmıştır. YUKK'un hem model olarak aldığı AB mevzuatı hem BMMYK'nın ilgili konudaki tavsiyeleri ile uyumsuzluk arz eden bir yaklaşımı da hızlandırılmış değerlendirme usulüne yöneliktir. BMMYK hızlandırılmış değerlendirme usulleri dışlayıcı bir amaçla uygulanmaktaysa sadece açıkça mesnetsiz ve açıkça uluslararası korumayı istismara dayalı olan başvuruların bu usul içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini sıklıkla ve önemle vurgulamaktadır. Zira aksi takdirde özellikle geri gönderme yasağının ihlâl edilmesi söz konusu olabilecektir. AB de hızlandırılmış değerlendirmeye yönelik uygulamalarını nispeten BMMYK'nın tavsiyeleri çerçevesinde şekillendirmiş bulunmaktadır. Oysa YUKK'da hızlandırılmış değerlendirmeye tâbi kılınması öngörülen bazı hâllerin açıkça mesnetsiz ve açıkça istismara yönelik olduğu yönünde bir kanaate ulaşılması zor görünmektedir. Hızlandırılmış değerlendirme usulünün YUKK'daki görünümü bu uygulamanın olması gerektiği gibi istisnai değil; olağan bir yöntem olarak yürütülebileceğinin sinyallerini vermektedir.

Kanunun henüz çok yeni olması ve daha yürürlüğe girmemiş olması sebebiyle örnek olarak belirttiğimiz eksiklikleri barındırmasının doğal karşılanabileceğini düşünüyor ve Kanun'un uygulamasının titizlikle ve özenle gerçekleştirileceğini; bu sayede hem âdil ve etkin bir statü belirleme iklimi oluşturacağını hem mesnetsiz başvuruların ayıklanması suretiyle özgürlük ve güvenlik arasındaki dengenin uluslararası yükümlülüklerle hâlel gelmeden yerine getirilmesini sağlayacağını ümit ediyoruz. Bu

noktada Türk hukuk literatüründe mülteci statüsünün belirlenmesi konusuna odaklanan ilk çalışma olan tezimizin mülteci hukuku alanında yapılacak olan diğer çalışmalara ve uygulamaya katkı sağlayabilmesini diliyoruz.



KAYNAKÇA

- ABDULLAH PULAT GÖZÜBÜYÜK. «Milletlerarası ve Milli Hukuk Bakımından Siyasî Suçlar». *Adalet Dergisi* 45, sayı 4 (1954).
- ADRIAN HASTINGS. *The Construction of Nationhood: Ethnicity, Religion and Nationalism*. Cambridge, 1997.
- AGNES HURWITZ. *The Collective Responsibility of States to Protect Refugees*. Oxford, 2009 (Collective Responsibility).
- AHMET İÇ DUYGU, ve KRISTEN BIEHL. «Türkiye'ye Yönelik Göçün Değişen Yörüngesi». İçinde *Kentler ve Göç Türkiye, İtalya, İspanya*, editör AHMET İÇDUYGU, 9–72. İstanbul, 2012.
- AHMET İÇDUYGU, ve DAMLA B. AKSEL. *Türkiye'de Düzensiz Göç*. Ankara, 2012.
- ALEX DE COSTA. «Assessing the Cause and Effect of Persecution in Australian Refugee Law: Sarrazola, Khawar and the Migration Legislation Amendment Act (No.6) 2001 (CTH)». *Federal Law Review* 30 (2002): 535–560.
- ALEXANDER ALEINIKOFF. «Protected Characteristics and Social Perceptions: An Analysis of the Meaning of «Membership of a Particular Social Group»». İçinde *Refugee Protection in International Law UNHCR's Global Consultations on International Protection*, editör ERIKA FELLER, VOLKER TÜRK, ve FRANCES NICHOLSON, 263–311. Cambridge, 2005 (Protected Characteristics).
- ALEXANDER BETTS, GIL LOESCHER, ve JAMES MILNER. *UNHCR: The Politics and Practice of Refugee Protection*. London-New York, 2012 (UNHCR).
- ALEXANDER ORAKHELASHVILI. «Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights». *European Journal of International Law* 14, sayı 3 (2003): 529–568.
- ALFREDINA ADOFO. «Fleeing Persecution: Asylum Claims Related To Sexual Orientation In The United Kingdom And The Netherlands». University of Tilburg, 2012. <arno.uvt.nl/show.cgi?fid=131146> (E.T.: 12.12.2012).
- ALİ İBRAHİM AKKUTAY. *Diplomatik Koruma ve İnsan Hakları İlişkisi*. Ankara, 2013 (Diplomatik Koruma).
- ALİ KARAGÜLMEZ. «5170 Sayılı Yasa'yla Anayasa'nın 90. Maddesinde Yapılan Değişikliğe Bir Bakış». *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* sayı 54 (2004): 163–177 (Anayasa'nın 90. Maddesi).
- ALICE EDWARDS. «Human rights, Refugees and the Right «to Enjoy» Asylum». *International Journal of Refugee Law* 17, sayı 2 (2005): 293–330.

- ALICE FARMER. «Non-Refoulement and Jus Cogens: Limiting Anti-Terror Measures that Threaten Refugee Protection» (2008). <http://works.bepress.com/alice_farmer/1> (E.T.: 12.12.2012) (Non-Refoulement and Jus Cogens).
- ALISON SISKIN, ve RUTH ELLEN WASEM. *Immigration Policy on Expedited Removal of Aliens*. CRS Report for Congress. Congressional Research Service, 2005.
- ALLAN MACKEY, ve JOHN BARNES. *Assessment of Credibility in Refugee and Subsidiary Protection Claims under the EU Qualification Directive Judicial Criteria and Standards*. CREDO Project Paper. Haarlem, The Netherlands: International Association of Refugee Law Judges (IARLJ), Aralık 2012 (Assessment of Credibility).
- ALONA E. EVANS. «The Colombian-Peruvian Asylum Case: The Practice of Diplomatic Asylum». *The American Political Science Review* 46, sayı 1 (1952): 142–157.
- AMANDA WESTON. «A Witness of Truth-credibility findings in asylum appeals». *Tolleys Immigration and Nationality Law and Practice* 12 (1998): 87–89.
- AMARTYA SEN. *Poverty and Famines*. Oxford, 1981.
- AMNESTY INTERNATIONAL (ULUSLARARASI AF ÖRGÜTÜ). *Avrupa'nın Sınırında (Yunanistan'ın Türkiye Sınırında İnsan Hakları İhlalleri)*. Londra, 2013. <<http://www.amnesty.org.tr/ai/node/2222/>> (E.T.: 12.12.2013).
- ANDREAS ZIMMERMANN, ve CLAUDIA MAHLER. «Article 1A, para. 2, 1951 Convention». İçinde *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*, editör ANDREAS ZIMMERMANN. Oxford, 2011.
- ANDREW E. SHACKNOVE. «Who is a Refugee?» *Ethics* 95, sayı 2 (Ocak 1985): 274–284.
- ANDREW F. MOORE. «Unsafe in America: A Review of the U.S.-Canada Safe Third Country Agreement». *Santa Clara Law Review* 47 (2007): 201–284.
- ANDREW FAGAN. *Human Rights Confronting Myths and Misunderstandings*. Cheltenham, 2009.
- ANIL ÇEÇEN. *İnsan Hakları*. Ankara, 2000.
- ANN DUMMET, ve ANDREW NICOL. *Subjects, Citizens, Aliens and Others*. London, 1990 (Subjects).
- ANTHONY AUST. *Modern Treaty Law and Practice*. Cambridge, 2000.
- ANTONIO FORTIN. «The Meaning of «Protection» in the Refugee Definition». *International Journal of Refugee Law* 12, sayı 4 (2001): 548–576 (The Meaning).

- AOIFE DUFFY. «Expulsion to Face Torture? Non-Refoulement in International Law». *International Journal of Refugee Law* 20, sayı 3 (01 Ekim 2008): 373–390 (Expulsion to Face Torture?).
- ARTHUR C. HELTON. «Persecution on Account of Membership in a Social Group as a Basis for Refugee Status». *Columbia Human Rights Law Review* 15 (1984 1983): 39–67.
- ARTHUR C. HELTON, ve JOCHEN MÜNKER. «Religion and Persecution: Should the United States Provide Refuge to German Scientologists?» *International Journal of Refugee Law* 11, sayı 2 (1999): 310–328.
- ARI KOHEN. *In Defense of Human Rights a Non Religious Grounding in a Pluralistic World*. New York, 2007 (Human Rights).
- ARIEH J. KOCHAVI. *Post-Holocaust Politics: Britain, the United States, and Jewish Refugees, 1945-1948*. North Carolina, 2001.
- ARNOLD REISMAN. «Jewish Refugees from Nazism, Albert Einstein, and the Modernization of Higher Education in Turkey (1933-1945)». *Aleph: Historical Studies in Science and Judaism* 7 (2007): 253–281.
- . *Turkey's Modernization: Refugees from Nazism and Atatürk's Vision*. Washington DC, 2006.
- ASHA KAUSHAL, ve CATHERINE DAUVERGNE. «The Growing Culture of Exclusion: Trends in Canadian Refugee Exclusions». *International Journal of Refugee Law* 23, sayı 1 (2011): 54–92.
- ASLAN GÜNDÜZ. *Milletlerarası Hukuk*. Editör Reşat Volkan Günel. İstanbul, 2013.
- ASTRI SUHRKE. «Burden-Sharing during Refugee Emergencies: The Logic of Collective versus National Action». *Journal of Refugee Studies* 11, sayı 4 (01 Ocak 1998): 396–415.
- ASYLUM DIVISION. *Asylum Officer Basic Training Course Participant Workbook*. U.S. Citizenship and Immigration Services, 13 Mart 2009.
- ATLE GRAHL-MADSEN. *Commentary of the Refugee Convention 1951 (Articles 2-11, 13-37)*. UNHCR, 1997. <<http://www.refworld.org/docid/4785ee9d2.html>> (E.T. 12.12.2012) (Commentary).
- . *Territorial Asylum*. London, 1980.
- . *The Status of Refugees in International Law*. Leiden, 1966, (Status).
- . *The Status of Refugees in International Law*. Leiden, 1972, (Status) (1972).
- AUDREY MACKLIN. «Canada (Attorney-General) v. Ward: A Review Essay». *International Journal of Refugee Law* 6, sayı 3 (1994): 362–381.
- . «Disappearing Refugees: Reflections on the Canada-US Safe Third Country Agreement». *Columbia Human Rights Law Review* 36 (2005): 365–426.

- AYDOĞAN ÖZMAN. *Milletlerarası Anlaşmalarda Çekinceler (İhtirazi Kayıtlar)*. Ankara, 1970.
- AYSEL ÇELİKEL, ve BAHADIR ERDEM. *Milletlerarası Özel Hukuk*. İstanbul, 2012.
- AYSEL ÇELİKEL, ve GÜNSELİ (ÖZTEKİN) GELGEL. *Yabancılar Hukuku*. İstanbul, 2013.
- AYŞE SEYMEN ÇAKAR. «İnsanlığa Karşı Suçlar». *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 103 (2012): 169–198.
- AYŞENUR TÜTÜNCÜ. *İnsancıl Hukuka Giriş*. İstanbul, 2006.
- B.S. CHIMNI. «From Resettlement to Involuntary Repatriation: Towards a Critical History of Durable Solutions to Refugee Problems». *Refugee Survey Quarterly* 23, sayı 3 (2004): 55–73.
- BADIL Resource Center for Palestinian Residency and Refugee Rights. *Closing Protection Gaps Handbook on Protection of Palestinian Refugees in States Signatories to the 1951 Refugee Convention*. Bethlehem, Palestine, 2005.
- BAHADIR ERDEM. *Türk Vatandaşlık Hukuku*. İstanbul, 2011.
- BAHTİYAR AKYILMAZ. *İdari İşlemin Yapılış Usulü*. Ankara, 2000 (Usul).
- BARIŞ TEKSOY. «6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununa Göre Yabancıların Vize Alma Zorunluluğu». *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 62, sayı 3 (2013): 855–906.
- BEN SAUL. «Exclusion of Suspected Terrorists from Asylum: Trends in International and European Refugee Law». IIS Discussion Paper, Rochester, NY, 2004. <<http://papers.ssrn.com/abstract=735265>> (12.12.2013).
- BETSY HARTMAN. «Rethinking Climate Refugees and Climate Conflict: Rhetoric, Reality and the Politics of Policy Discourse». *Journal of International Development* 2, sayı 22 (2010): 233–246.
- BİLGİN TİRYAKİOĞLU. «Türk Hukukunda Yabancıların Oturma ve Çalışma Hakkı». *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 46, sayı 1–4 (1997): 67–84.
- BILL FRELICK. «‘Preventive Protection’ and the Right to Seek Asylum: A Preliminary Look at Bosnia and Croatia». *International Journal of Refugee Law* 4, sayı 4 (1992): 439–454.
- BMMYK. *Sığınmacı, Mülteci ve Göç Konularına İlişkin Türkiye’deki Yargı Kararları*. İstanbul, 2000.
- BONNIE DOCHERTY, ve TYLER GIANNINI. «Confronting a Rising Tide: A Proposal for a Convention on Climate Change Refugees». *Harvard Environmental Law Review* 33 (2009): 349–403.

- BRENDA GODDARD. «UNHCR and the International Protection of Palestinian Refugees». *Refugee Survey Quarterly* 28, sayı 2–3 (2009): 475–510 (Palestinian Refugees).
- BRIAN GORLICK. «Common Burdens and Standards: Legal Elements in Assessing Claims to Refugee Status». *International Journal of Refugee Law* 15, sayı 3 (2003): 357–376 (Common Burdens and Standards).
- BRYAN A. GARNER, ed. *Black's law Dictionary*. St. Paul, Minn., 2001.
- BRYAN S. TURNER. «Contemporary Problems in The Theory of Citizenship». *İçinde Citizenship and Social Theory*, editör Bryan S. Turner, 1–18. London, 2000.
- BÜLENT ÇİÇEKLİ. «Mülteci, Sığınmacı ve Göçmenler: Sınıflandırma ve Yasal Statünün Belirlenmesine İlişkin Sorunlar». *İçinde Vatandaşlık, Göç, Mülteci ve Yabancılar Hukukundaki Güncel Gelişmeler*, editör Kay Hailbronner, Bilgin Tiryakioğlu, Esin Küçük, ve Katja Schneider, 327–362. Ankara, 2010.
- . *Uluslararası Hukukta Mülteciler ve Sığınmacılar*. Ankara, 2009 (Mülteciler).
- . *Yabancılar Hukuku*. Ankara, 2012.
- BÜLENT PEKER, ve MİTHAT SANCAR. *Mülteciler ve İltica Hakkı Yaşamın Kısıntıdakilere Hoşgeldin Diyebilmek*. Ankara, 2001.
- BÜLENT TANÖR. «Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi». *İçinde İnsan Hakları*, editör Korkut Tankuter, 47–56. İstanbul, 2000.
- CANAN KAYA. Procedural Rights under Turkish Law in the Light of Asylum Law, <www.justice.gov.tr/e-journal/pdf/PROCEDURAL_%20RIGHTS%20.pdf> (E.T.: 12.12.2012) (Procedure).
- CARLOS URRUTIA APARICIO. «Diplomatic Asylum in Latin America». *İçinde Refugee Law and Policy A Comparative and International Approach*. Durham North Carolina, 1978.
- CAROL A. BATCHELOR. «Stateless Persons: Some Gaps in International Protection». *International Journal of Refugee Law* 7 (1995): 232–259 (Stateless Persons).
- CAVID ABDULLAHZADE. «Gabcikovo-Nagymaros Davası Kararı'nda Uluslararası Adalet Divanı'nın 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'ne İlişkin Değerlendirmeleri». *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Aslan Gündüz'ün Anısına Armağan* 25, sayı 1–2 (2005): 1–21.
- CAVIDAN SOYKAN. «The Migration-Asylum Nexus in Turkey». *ENQUIRE* sayı 5 (2010). <<http://www.nottingham.ac.uk/sociology/prospective/postgraduate/enquire/enquire-pdfs/5th-soykan.pdf>> (E.T.: 12.12.2012).

- CECILIA RUTHSTRÖM-RUIN. *Beyond Europe: The Globalization of Refugee Aid*. Lund, 1993 (Beyond Europe).
- CELIA MANNAERT. *Irregular Migration and Asylum in Turkey*. New Issues in Refugee Research 89. Geneva: UNHCR, 2003.
- CEMAL ŞANLI, EMRE ESEN, ve İNCİ ATAMAN FİGANMEŞE. *Milletlerarası Özel Hukuk*. İstanbul, 2013.
- CEMİL GÜNER. «İltica Konusunda Türkiye'nin Yol Haritası: Ulusal Eylem Planı». *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 56, sayı 4 (2007): 81–109.
- CENGİZ BAŞAK. *Mülteciler, Sığınmacılar ve Yasa Dışı Göçmenler*. Ankara, 2011.
- . *Uluslararası Cezâ Mahkemeleri ve Uluslararası Suçlar*. Ankara, 2003.
- CHARLES WESTIN. «Regional Analysis of Refugee Movements: Origins and Response». *İçinde Refugees: Perspectives on the Experience of Forced Migration*, 24–45. London, 1999.
- CHRIS NASH, ve STEFAN KOK. *Towards Fair and Efficient Asylum Systems in Europe*. European Council on Refugees and Exiles (ECRE), Eylül 2005. <<http://www.ecre.org/topics/areas-of-work/protection-in-europe/127.html>> (E.T.: 12.12.2013).
- CHRISTIAN J. TAMS. *Enforcing Obligations Erga Omnes in International Law*. Cambridge; New York, 2005.
- CHRISTIANE AHLBORN. «The Development of International Refugee Protection Through Practice of the UN Security Council». Graduate Institute ePapers, S.6, 2010. <<http://iheid.revues.org/161?lang=en>> (E.T.: 12.12.2013).
- CHRISTINE VAN DEN WYNGAERT. «Applying the European Convention on Human Rights to Extradition: Opening Pandora's Box?» *International & Comparative Law Quarterly* 39, sayı 04 (1990): 757–779.
- CHRISTOPH ENGEL. «Preponderance of the Evidence Versus in Time Conviction: A Behavioral Perspective on a Conflict between American and Continental European Law». *Vermont Law Review* 33 (2009): 435–467 (Preponderance of the Evidence).
- CORE GROUP ON DURABLE SOLUTIONS. «Framework For Durable Solutions For Refugees and Persons of Concern». UNHCR, 2003.
- CORINNE LEWIS. «UNHCR's Contribution to the Development of International Refugee Law: Its Foundations and Evolution». *International Journal of Refugee Law* 17, sayı 1 (2005): 67–90.
- COUNCIL OF EUROPE. *Refugee Women and the Istanbul Convention*. Strasbourg, 2013.
- DAMIEN ECHOLS. *Life After Death*. New York, 2012.

- DANIEL J. STEINBOCK. «Interpreting the Refugee Definition». *UCLA Law Review* 45 (1998 1997): 733–816.
- . «The Refugee Definition as Law: Issues of Interpretation». İçinde *Refugee Rights and Realities Evolving International Concepts and Regimes*, 13–36. Cambridge, 1999.
- DANIEL N. HYLTON. «Default Breakdown: The Vienna Convention on the Law of Treaties' Inadequate Framework on Reservations». *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 27 (1994): 419– 451 (Default Breakdown).
- DANIEL WILSHER. «Non-State Actors and the Definition of a Refugee in the United Kingdom: Protection, Accountability or Culpability?» *International Journal of Refugee Law* 15, sayı 1 (2003): 68–112 (Non-State Actors).
- DANIELE JOLY. «Odyssean and Rubicon Refugees: Toward a Typology of Refugees in the Land of Exile». *International Migration Review* 40, sayı 6 (2002): 3–25.
- DARREN J. O'BYRNE. «On Passports and Border Controls». *Annals of Tourism Research* 28, sayı 2 (2001): 399–416.
- DAVID F. CAVERS. «Habitual Residence: A Useful Concept». *American University Law Review* 21 (1972 1971): 475–493 (Habitual Residence).
- DAVID KOSAR. «Inclusion Before Exclusion or Vice Versa: What the Qualification Directive and the Court of Justice Do (Not) Say». *International Journal of Refugee Law* 25, sayı 1 (2013): 87–119 (Inclusion before Exclusion).
- DAVID L. NEAL. «Women as a Social Group: Recognizing Sex-Based Persecution as Grounds for Asylum». *Columbia Human Rights Law Review* 20 (1989 1988): 203–258 (Women as a Social Group).
- DAVID WEISSBRODT, ve ISABEL HÖRTREITER. «Principle of Non-Refoulement: Article 3 of the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment in Comparison with the Non-Refoulement Provisions of Other International Human Rights Treaties». *Buffalo Human Rights Law Review* 5 (1999): 1–74 (Principle of Non-Refoulement).
- DEBORAH ANKER. *Law of Asylum in the United States*. Boston, 1999 (Law of Asylum).
- DEBORAH PERLUSS, ve JOAN F. HARTMAN. «Temporary Refuge: Emergence of a Customary Norm». *Virginia Journal of International Law* 26 (1986 1985): 551.
- DEREK H. DAVIS. «Evolution of Religious Freedom as a Universal Human Right: Examining the Role of the 1981 United Nations Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on

- Religion or Belief, The». *Brigham Young University Law Review* 2002 (2002): 217–236 (Evolution).
- DEREK R. BELL. «Environmental Refugees: What Rights? Which Duties?» *Res Publica* 10, sayı 2 (2004): 135–152.
- DONNA J. SULLIVAN. «Advancing the Freedom of Religion or Belief Through the Un Declaration on the Elimination of Religious Intolerance and Discrimination». *American Journal of International Law* 82 (1988): 487–520 (Advancing the Freedom of Religion).
- DURMUŞ TEZCAN. «Uluslararası Suçlar ve Uluslararası Cezâ Divânı». *Hukuk Kurultayı 2000* 1 (2000): 271–289.
- DURMUŞ TEZCAN, MUSTAFA RUHAN ERDEM, ve MURAT ÖNOK. *Uluslararası Ceza Hukuku*. Ankara, 2009.
- DURMUŞ TEZCAN, MUSTAFA RUHAN ERDEM, OĞUZ SANCAKDAR, ve RİFAT MURAT ÖNOK. *İnsan Hakları El Kitabı*. Ankara, 2011.
- E. ETHEM ATAY. «İnsan Haklarının Gerçekleştirilme Şartı Olarak Hukuk Devleti». *Polis Dergisi* 9, sayı 36 (2003): 104–116.
- E.G.M ASAYİŞ DAİRE BAŞKANLIĞI PARMAK İZİ ŞUBE MÜDÜRLÜĞÜ. «Otomatik Parmak İzi İşlemleri (AFIS) (Tanıtım)». *Polis Bilimleri Dergisi* 1, sayı 2 (1998): 111–116.
- EGIDIO REALE. «Le Droit D’asile». *Hague Recueil* sayı I (1938): 544–554.
- EGON F. KUNZ. «The Refugee in Flight: Kinetic Models and Forms of Displacement». *International Migration Review* 7, sayı 2 (1973): 125–146 (The Refugee in Flight).
- EL HASSAN BIN TALAL. «Refugee Law: Protection for the Mİnority». *Journal of Refugee Studies* 4, sayı 1 (1993): 1–6.
- ELİF BEKAR. «Kabahatler Kanunu’nun Genel Hükümlerinin Değerlendirilmesi». *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* LXIX, sayı 1–2 (2011): 1033–1080.
- ELİF UZUN. *Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerden Dolayı Devletin Sorumluluğu*. İstanbul, 2007 (Devletin Sorumluluğu).
- ELIHU LAUTERPACHT, ve DANIEL BETHLEHEM. «The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement: Opinion». İçinde *Refugee Protection in International Law UNHCR’s Global Consultations on International Protection*, editör Erica Feller, Volker Türk, ve Frances Nicholson, 87–179. Cambridge, 2005 (Non-Refoulement).
- ELIZABETH ADJIN-TETTEY. «Defining a Particular Social Group Based on Gender». *Refuge* 16, sayı 4 (Ekim 1997): 22–25.

- . «Reconsidering the Criteria for Assessing Well-Founded Fear in Refugee Law». *Manitoba Law Journal* 25 (1998 1997): 127–151 (Well-Founded Fear).
- EMMA HADDAD. *The Refugee in International Society*. Cambridge, 2008 (Refugee).
- ERDOĞAN GÖĞER. *Pasaport Hukuku*. Ankara, 1973.
- . *Türk Tabiiyet Hukuku*. Ankara, 1975.
- . *Yabancılar Hukuku*. Ankara, 1974.
- . *Yabancılar Hukuku*. Ankara, 1979.
- ERGİN ERGÜL. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku'nda Sınır Dışı Etme Geri Gönderme ve Geri Verme*. Ankara, 2012 (Sınır Dışı, Geri Gönderme, Geri Verme).
- ERGİN NOMER. *Devletler Hususi Hukuku*. İstanbul, 2013.
- . *Türk Vatandaşlık Hukuku*. İstanbul, 2010.
- ERGÜN ÖZBUDUN. *Türk Anayasa Hukuku*. Ankara, 2011.
- ERIC M. CLIVE. «The Concept of Habitual Residence» (1997): 137–147.
- ERIC T. JOHNSON. «Religious Persecution: A Viable Basis for Seeking Refugee Status in the United States». *Brigham Young University Law Review* (1996): 757–786.
- ERIKA FELLER. «Asylum, Migration and Refugee Protection: Realities, Myths and the Promise of Things to Come». *International Journal of Refugee Law* 18, sayı 3–4 (2006): 509–536.
- ESRA DARDAĞAN KİBAR. «Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısında ve Başlıca Avrupa Birliği Düzenlemelerinde Yabancıların Sınır Dışı Edilmelerine İlişkin Kurallar». *Avrupa Çalışmaları Dergisi* 11, sayı 2 (2012): 53–74 (Sınır Dışı).
- EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES (ECRE). *Comments from the European Council on Refugees and Exiles on the Amended Commission Proposal to recast the Asylum Procedures Directive (COM(2011) 319 final)*, Eylül 2011.
- . *Comments From The European Council on Refugees and Exiles on the European Commission Proposal to recast the Qualification Directive*, Mart 2010 (Comments on Recast Directive).
- EUROSTAT PRESS OFFICE. *Asylum Decisions in the EU27*. Newsrelease. EUROSTAT, 18 Haziran 2013.
- EVERETT S. LEE. «A Theory of Migration». *Demography* 3, sayı 1 (1966): 47–57.
- EXECUTIVE COMMITTEE OF THE HIGH COMMISSIONER'S PROGRAMME. *Note on International Protection*, 31 Ağustos 1993.

- EXECUTIVE OFFICE FOR IMMIGRATION REVIEW. *Asylum and Withholding of Removal Relief*. U.S. Department of Justice, Fact Sheet. U.S. Department of Justice, 2009.
- EXPERT ROUNDTABLE ORGANIZED BY UNHCR. *Summary Conclusions: Cessation of Refugee Status*. Lisbon: UNHCR, 03 Mayıs 2001.
- . *Summary Conclusions: Exclusion From Refugee Status*. Lisbon: UNHCR, 2003.
- FARUK BİLİR. «Anayasa'nın 90. Maddesinde Yapılan Değişiklik Çerçevesinde Milletlerarası Antlaşmaların İç Hukuktaki Yeri». *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13, sayı 1 (2005): 77–107 (Anayasa'nın 90. Maddesi).
- FARUK KEREM GİRAY. *Milletlerarası Özel Hukukta Kaçırılan veya Alınan Çocukların İadesi*. İstanbul, 2010 (Çocukların İadesi).
- FAZIL SAĞLAM. «Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisinin Sınırları, Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar». *Anayasa Yargısı Dergisi* 1 (1984): 261–271.
- . *Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü*. Ankara, 1982 (Temel Haklar).
- FELICE MORGENSTERN. ««Extra-Territorial» Asylum». *British Yearbook of International Law* sayı 25 (1948): 236–261.
- . «The Right of Asylum». *British Year Book of International Law* 26 (1949): 327–357 (Right of Asylum).
- FERİHA BİLGE TANRIBİLİR. «Sığınma Hakkı ve Sığınmacılık» (Hukuk Kurultayı, Cilt 2) 228–236. Ankara, 2004.
- FEYYAZ GÖLCÜKLÜ, ve ŞEREF GÖZÜBÜYÜK. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*. Ankara, 2011 (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi).
- FLORIAN TRAUNER, ve IMKE KRUSE. *EC Visa Facilitation and Readmission Agreements: Implementing a New EU Security Approach in the Neighbourhood*. SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY: Social Science Research Network, 2008.
- FRANK BIERMAN, ve INGRID BOAS. *Environment: Science and Policy for Sustainable Development* 50, sayı 6 (2008): 8–17.
- FÜGEN SARGIN. «Tapu Kanunu'nda Yapılan Son Değişiklikler Işığında Yabancılar ile Yabancı Yatırımcıların Türkiye'de Taşınmaz Mal Edinmeleri ve Sınırlı Ayni Haklardan Yararlanmaları». İçinde *Vatandaşlık, Göç, Mülteci ve Yabancılar Hukukundaki Güncel Gelişmeler*, editör Kay Hailbronner, Bilgin Tiryakioğlu, Esin Küçük, ve Katja Schneider, 429–491. Ankara, 2010.
- . «Türkiye'de Öğrenim Gören Yabancı Öğrencilerin Türkiye'ye Giriş, Türkiye'de İkamet Etme ve Çalışma Hakları». *Milletlerarası Hukuk ve*

Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 17–18, sayı 1–2 (1998 1997): 317–354 (Yabancı Öğrenciler).

G. J. L. COLES. «The Human Rights Approach to the Solution of the Refugee Problem: A Theoretical and Practical Enquiry». İçinde *Human Rights and the Protection of Refugees Under International Law Proceedings of a Conference Held in Montreal November 29-December 2, 1987*, editör Alan E. Nash, 195–222. Halifax, Nova Scotia, 1988 (Human Rights Approach).

G. MELANDER. *Refugees in Orbit*, 1978.

GAYLE SMITH. «On Taking a Development Oriented Approach to Refugee Assistance». The Hague: Organized by the Dutch Refugee Council and the Netherlands Institute of Human Rights, 1989.

GEOFF GILBERT. «Current Issues in the Application of the Exclusion Clauses». İçinde *Refugee Protection in International Law UNHCR's Global Consultations on International Protection*, editör Erika Feller, Volker Türk, ve Frances Nicholson, 425–478. Cambridge, 2005 (Current Issues).

———. «Running Scared since 9/11: Refugees, UNHCR and the Purposive Approach to Treaty Interpretation». İçinde *Research Workshop on Critical Issues in International Refugee Law*, York University, Toronto, Canada. C 1, 2008 (Running Scared).

GEOFFREY S. GILBERT. «Right of Asylum: A Change of Direction». *International and Comparative Law Quarterly* 32 (1983): 633–650 (Right of Asylum).

GHASSAN M. ARNAOUT. *Asylum in the Arab-Islamic Tradition*. Geneva, 1987.

GIL LOESCHER. *Refugee Movements and International Security*. 268. London, 1992.

———. «UNHCR at Fifty, Refugee Protection and World Politics». İçinde *Problems of Protection, The UNHCR, Refugees, and Human Rights*, editör Niclaus Steiner, Mark Gibney, ve Gil Loescher, 3–18. London, 2003 (UNHCR at Fifty).

GILBERT JAEGER. «On the History of the International Protection of Refugees». *The International Review of the Red Cross* 83, sayı 843 (2001): 727–737 (On the History).

———. «Opening Keynote Address: The Refugee Convention at Fifty». İçinde *The Refugee Convention at Fifty A View From Forced Migration Studies*, editör Joanne Van Selm, Khoti Kamanga, John Morrison, Aninia Nadig, Sanja Spoljar-Vrzina, ve Loes Van Willigen, 9–21. Maryland, 2003 (Opening Keynote).

GINA CLAYTON. *Textbook on Immigration and Asylum Law*. Oxford, 2010 (Asylum Law).

GLANVILLE L. WILLIAMS. «The Correlation of Allegiance and Protection». *The Cambridge Law Journal* 10, sayı 1 (1948): 54–76.

GOVERNMENT OF CANADA. «Interpretation of the Convention Refugee Definition in the Case Law - Chapter 5: Well-Founded Fears», 17 Kasım 2011, <http://www.irb-cisr.gc.ca/eng/brdcom/references/legjur/rpdspr/def/Pages/Def2010Chap05.aspx#note12>.

GREGORY NOLL. «Seeking Asylum at Embassies: A Right to Entry under International Law?» *International Journal of Refugee Law* 3, sayı 17 (2005): 542–573.

GUY S. GOODWIN-GILL. «Article 31 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees: non-penalization, detention, and protection». İçinde *Refugee Protection in International Law UNHCR's Global Consultations on International Protection*, editör Erika Feller, Volker Türk, ve Frances Nicholson, 185–260. Cambridge, 2005.

———. «Asylum 2001 - A Convention and a Purpose». *International Journal of Refugee Law* 13 (2001): 1–15.

———. «Damian v. Secretary of State for the Home Department Comment: Refugee Status and Good Faith». *International Journal of Refugee Law* 12 (2000): 663–671 (Good Faith).

———. «Different Types of Forced Migration Movements as an International and National Problem». İçinde *The Uprooted: Forced Migration as an International Problem in the Post-War Era*, 15–45. Lund, 1990.

———. *International Law and the Movement of Persons Between States*. Oxford, 1978.

———. «Non-Refoulement and the New Asylum Seekers». *Virginia Journal of International Law* 26 (1986 1985): 897.

———. «Preface». İçinde *Closing Protection Gaps Handbook on Protection of Palestinian Refugees in States Signatories to the 1951 Refugee Convention*. Bethlehem: BADIL Resource Center for Palestinian Refugee Rights, 2005.

———. «The Individual Refugee, the 1951 Convention and the Treaty of Amsterdam». İçinde *Implementing Amsterdam: Immigration and Asylum Rights in EC Law*, editör Elspeth Guild ve Carol Harlow, 141–163. Oxford-Portland, 2001.

———. «The Right to Seek Asylum: Interception at Sea and the Principle of Non-Refoulement». *International Journal of Refugee Law* 23, sayı 3 (2011): 443–457.

———. «The Search for the One, True Meaning...» İçinde *The Limits of Transnational Law Refugee Law, Policy Harmonization and Judicial*

- Dialogue in the European Union*, editör Guy S. Goodwin-Gill ve Helene Lambert. Cambridge, 2010.
- GUY S. GOODWIN-GILL, ve HELENE LAMBERT. *The Limits of Transnational Law Refugee Law, Policy Harmonization and Judicial Dialogue in the European Union*. Cambridge, 2010.
- GUY S. GOODWIN-GILL, ve JANE MCADAM. *The Refugee in International Law*. New York, 2011 (Refugee).
- GÜLİN GÜNGÖR. *Tâbiyet Hukuku Gerçek Kişiler - Tüzel Kişiler - Şeyler*. Ankara, 2012 (Tâbiyet)
- GÜLÖREN TEKİNALP. *Türk Yabancılar Hukuku*. İstanbul, 2003.
- GÜLÖREN TEKİNALP, ve AYFER UYANIK-ÇAVUŞOĞLU. *Milletlerarası Özel Hukuk*. İstanbul, 2011.
- GÜLÜM BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK. «Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Yabancıların Türkiye’den Sınır Dışı Edilmesi». *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* sayı 108 (2013): 211–258.
- H. ELIZABETH DALLAM, ve KATE JASTRAM. *Brief of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees as Amicus Curiae*. Amicus Curiae. Washington DC: UNHCR, 2007 (Brief).
- HALİL İNALCIK. «Foundations of Ottoman-Jewish Cooperation». İçinde *Jews, Turks, Ottomans: A Shared History, Fifteenth Through the Twentieth Century*, editör AVIGDOR LEVY, 3–14. New York, 2002.
- HALİL KALABALIK. *İnsan Hakları Hukuku*. Ankara, 2013.
- HALİT EREN. «Balkanlar’da Türk ve Diğer Müslüman Toplulukları ve Göç Olgusu». İçinde *Balkanlar*, 289–299. İstanbul, 1993.
- HAMİDE ZAFER. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul, 2010.
- «Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees». UNHCR. Erişildi 17 Ağustos 2012. <http://www.unhcr.org/3d58e13b4.html>.
- HANNAH ARENDT. «The Origins of Totalitarianism». İçinde *Refugee Law and Policy A Comparative and International Approach*, editör Karen Musalo, Jenifer Moore, ve Richard A. Boswell, 12–19. Durham North Carolina, 2007.
- HEATHER POTTER. «Gender-Based Persecution: A Challenge to the Canadian Refugee Determination System». *Dalhousie Journal of Legal Studies* 3 (1994): 81–104 (Gender-Based Persecution).
- HELENE LAMBERT. «Transnational Law, Judges and Refugees in the European Union». İçinde *The Limits of Transnational Law Refugee Law, Policy Harmonization and Judicial Dialogue in the European Union*, editör Guy S. Goodwin-Gill ve Helene Lambert, 1–16. Cambridge, 2010.

- HELSİNKİ YURTTAŞLAR DERNEĞİ. *Askıya Alınmış Çocukluk: Türkiye’de Sığınma Arayan Ailesinden Ayrı Düşmüş Mülteci Çocukların Durumu*, Mart 2010.
- . *İstenmeyen Misafirler: Türkiye’de «Yabancı Misafirhaneleri»nde Tutulan Mülteciler*. Mülteci Savunuculuk & Destek Programı, Kasım 2007 (İstenmeyen Misafirler).
- . Sivil Toplum Kuruluşları İçin Mülteci Destek El Kitabı, <<http://www.hyd.org.tr/multecielkitabı/>> (E.T.: 12.12.2012)
- HEMME BATTJES. *European Asylum Law and International Law*, 2006 (Asylum).
- HENRY SHUE. *Basic Rights*. Princeton, New Jersey, 1980.
- HERSCH LAUTERPACHT. «The Universal Declaration of Human Rights». *British Yearbook of International Law* sayı 5 (1948): 354–381.
- HİVREN ÖZKOL, ve GÜLAY ARSLAN, çev. *Uluslararası Cezâ Mahkemesi Temel Belgeler Derlemesi*. Ankara, 2006.
- HOI TRINH. «UNHCR and Accountability: The Non-Reviewability of UNHCR Decisions». *İçinde Forced Migration and the Contemporary World*, editör Andrzej Bolesta, 35–58. Bialystok, 2003 (UNHCR).
- HOUSE OF LORDS EUROPEAN UNION COMMITTEE. *Handling EU Asylum Claims: New Approaches Examined*. HL Paper 74, 2004 2003. <<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200304/ldselect/lducom/74/74.pdf>> (E.T.: 12.12.2013).
- HUMPHREY WALDOCK. «Human Rights in Contemporary International Law and the Significance of the European Convention» 11 (1965): 3–15.
- HURST HANNUM. *Final Report on the Status of the Universal Declaration on Human Rights in National and International Law*. Bueneos Aires Conference: International Law Association’s Committee on the Enforcement of Human Rights Law, Ağustos 1994.
- . «Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law». *Georgia Journal of International and Comparative Law* 25 (1996 1995): 287–398.
- HÜSEYİN PAZARCI. «İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Anayasa, md. 90/son)». Türkiye Barolar Birliği, Ulusal Toplantı, Ankara, 05 Kasım 2004.
- . «Türk Hukukunda Antlaşmalar ile Yasaların Çatışması». *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni Prof. Dr. Sevin Toluner’e Armağan* 24, sayı 1–2 (2004): 651–674 (Andlaşmalar ile Yasaların Çatışması).
- . *Uluslararası Hukuk*. Ankara, 2010.

- IAN BROWNLIE. *International Law and the Use of Force by States*. Oxford, 1963.
- . «Relations of Nationality in Public International Law». *British Year Book of International Law* 39 (1963): 284–364.
- . «To What Extent are the Traditional Categories of Lex Lata and Lex Ferenda Still Viable? Presentation». İçinde *Change and Stability in International Law-Making*, editör Antonio Cassese ve Joseph Weiler, 66–72. Berlin, 1988.
- İBRAHİM ERDOĞAN. «Uluslararası Hukukun Temel Hak ve Özgürlük Normları Bağlamında Avrupa İdari Alıkoyma Normları ve Uygulamaları». *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* LXX, sayı 2 (2012): 21–50 (İdari Alıkoyma).
- İBRAHİM Ö. KABOĞLU. «İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Anayasa, md. 90/son)». sunulan Türkiye Barolar Birliği, Ulusal Toplantı, Ankara, 05 Kasım 2004.
- İBRAHİM ŞAHBAZ. «Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Yargı Sistemindeki Yeri». *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* sayı 54 (2004): 178–216.
- IGNATIUS BAU. *This Ground is Holy: Church Sanctuary and Central American Refugees*. New York, 1985.
- İHSAN KUNTBAY, çev. «İdarenin İşlemleri Karşısında Bireyin Korunması Hakkında Karar». *Amme İdaresi Dergisi* 11, sayı 4 (1978): 3–11.
- İL HAN ÖZAY. *Günüşiğinde Yönetim*. İstanbul, 1996.
- İLHAN UNAT. *Nottebohm Kararı ve Tabiiyetin Gerçekliği İlkesi*. Ankara, 1966.
- İltica ve Göç Mevzuatı*. Ankara, 2005.
- IMMIGRATION AND REFUGEE BOARD OF CANADA. *Canadian Guideline 4: Women Refugee Claimants Fearing Gender-Related Persecution*, updated in 1996 1993. <<http://www.irb-cisr.gc.ca/eng/brdcom/references/pol/guidir/Pages/women.aspx>> (E.T.: 12.12.2013).
- INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS. *Memorandum on International Legal Framework on Administrative Detention and Counter-Terrorism*, Mart 2006.
- ISI FOIGHIEL. «Legal Status of the Boat-People». *Nordisk Tidsskrift for International Ret* 48 (1979): 217–243.
- İŞİL ÖZKAN. *Devletler Özel Hukukunda İkametgah, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi*. Ankara, 2003.
- . *Göç, İltica ve Sığınma Hukuku*. Ankara, 2013 (Göç).
- JACK I. GARVEY. «Toward a Reformulation of International Refugee Law». *Harvard International Law Journal* 26 (1985): 483–500.

- JAK DELEON. *Beyoğlu'nda Beyaz Ruslar*. İstanbul, 1996.
- JAMES A. SWEENEY. «Credibility, Proof and Refugee Law». *International Journal of Refugee Law* 21, sayı 4 (2009): 700–726 (Credibility).
- JAMES C. HATHAWAY. «Reconceiving Refugee Law as Human Rights Protection». *Journal of Refugee Studies* 4, sayı 2 (1991): 113–131.
- . «The Conundrum of Refugee Protection in Canada: From Control to Compliance to Collective Deterrence». *Journal of Policy History* 4, sayı Special Issue 01 (1992): 71–92.
- . *The Law of Refugee Status*. Toronto, Vancouver, 1991 (Refugee Status).
- . *The Rights of Refugees under International Law*. Cambridge, 2005 (Rights of Refugees).
- JAMES C. HATHAWAY, ve COLIN J. HARVEY. «Framing Refugee Protection in the New World Disorder». *Immigration and Nationality Law Review* 22 (2001): 191–254.
- JAMES C. HATHAWAY, ve MICHELLE FOSTER. «Casual Connection (Nexus) to a Convention Ground». *International Journal of Refugee Law* 15 (2003): 461–476.
- . «Membership of a Particular Social Group». *International Journal of Refugee Law* 15 (2003): 477–491.
- JAMES C. HATHAWAY, ve R. ALEXANDER NEVE. «Fundamental Justice and the Deflection of Refugees from Canada». *Osgoode Hall Law Journal* 34 (1996): 213–270.
- JAMES C. HATHAWAY, ve WILLIAM S. HICKS. «Is There A Subjective Element In The Refugee Convention's Requirement Of 'Well-founded Fear'?» *Michigan Journal of International Law* 26, sayı Winter (2005): 505–562 (Subjective Element).
- JAMES CRAWFORD, ve PATRICIA HYNDMAN. «Three Heresies in the Application of the Refugee Convention». *International Journal of Refugee Law* 1, sayı 2 (1989): 155–179.
- JAMES GRIFFIN. *On Human Rights*. New York, 2008.
- . *Well-Being Its Meaning, Measurement and Moral Importance*. New York, 2002.
- JAN CREMER, ve HORST PRZYTULLA. *Exil Türkei: Deutschsprachige Emigration in der Türkei 1933-1945*. München, 1991.
- JANE MCADAM. *Complementary Protection and Beyond: How States Deal with Human Rights Protection*. SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY: Social Science Research Network, 2005.

- . *Complementary Protection in International Refugee Law*. Oxford-New York, 2007 (Complementary Protection).
- . «Status Anxiety: Complementary Protection and the Rights of Non-Convention Refugees». *University of New South Wales Law Research Paper* sayı 1 (2010).
- JANET HOLL-MADIGAN. *Truth, Politics and Universal Human Rights*. New York-Hampshire, 2002.
- JEAN ALLAIN. «The Jus Cogens Nature of Non-Refoulement». *International Journal of Refugee Law* 13, sayı 4 (2001): 533–558.
- JEAN-YVES CARLIER. «Droit D’asile et des Réfugiés. De la Protection aux Droits». *Recueil des cours Académie de droit international (RCADI)* 332 (2008): 246.
- . «The Geneva Refugee Definition and the «Theory of the Three Scales»». İçinde *Refugee Rights and Realities Evolving International Concepts and Regimes*, editör Frances Nicholson ve Patrick Twomey, 37–54. New York, 1999 (Three Scales).
- JEAN-YVES CARLIER, KLAUS HULLMANN, ve CARLOS PENA GALIANO. *Who is a refugee ?* The Hague, 1997.
- JEFFREY L. BLACKMAN. «State Successions and Statelessness: The Emerging Right to an Effective Nationality under International Law». *Michigan Journal of International Law* 19 (1998 1997): 1141.
- JENNIFER A. KLINCK. «Recognizing Socio-Economic Refugees in South Africa: A Principled and Rights Based Approach to Section 3(b) of Refugees Act». *International Journal of Refugee Law* 21, sayı 4 (2009): 653–700.
- JENNIFER MOORE. «Whither the Accountability Theory: Second-Class Status for Third-Party Refugees as a Threat to International Refugee Protection». *International Journal of Refugee Law* 13 (2001): 32–50 (Whither the Accountability Theory).
- JENS VEDSTED-HANSEN. «Non-Admission Policies and the Right to Protection: Refugees’ Choice versus States’ Exclusion». İçinde *Refugee Rights and Realities Evolving International Concepts and Regimes*, editör Frances Nicholson ve Patrick Twomey, 269–288. Cambridge, 1999 (Non-admission).
- JESSICA B. COOPER. «Environmental Refugees: Meeting the Requirements of Refugee Definition». *New York University Environmental Law Journal* 6 (1998): 480–529.
- JIRI KOLAJA. «A Sociological Note on Czechoslovak Anti-Communist Refugee». *American Journal of Sociology* 58, sayı 3 (1952): 289–291.
- JOAN FITZPATRICK. «Revitalizing the 1951 Refugee Convention». *Harvard Human Rights Journal* 9 (1996): 229–253.

- JOAN FITZPATRICK, ve RAFAEL BONOAN. «Cessation of Refugee Protection». İçinde *Refugee Protection in International Law UNHCR's Global Consultations on International Protection*, editör Erika Feller, Volker Türk, ve Frances Nicholson, 491–544. Cambridge, 2005.
- JOEL FEINBERG. *Social Philosophy*. Englewood Cliffs, New Jersey, 1973.
- JOHN C. TORPEY. *The Invention of the Passport: Surveillance, Citizenship, and the State*. Cambridge, 2000.
- JOHN P. HUMPHREY. «International Bill of Rights: Scope and Implementation». *William and Mary Law Review* 17 (1976 1975): 527–542.
- . *No distant millennium: The international law of human rights*. Paris, 1989.
- JOHN VINE. *Asylum: A Thematic Inspection of the Detained Fast Track*. London, Eylül 2011.
- JOSEF L. KUNZ. «Nottebohm Judgment (Second Phase)». *American Journal of International Law* 54 (1960): 536–571.
- JOSEPH RIKHOF. «War Crimes, Crimes Against Humanity and Immigration Law». *Immigration Law Reporter (2nd Ed.)* 19 (1995).
- K. SEDAT SİRMEN. «Yabancıların Türkiye'den Sınırdışı Edilmesine İlişkin Temel Düzenlemeler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye Hakkında Verdiği Örnek Kararlar». *Ankara Barosu Dergisi* 67, sayı 3 (2009): 30–45.
- KAREN MUSALO. «A Short History Of Gender Asylum In The United States: Resistance and Ambivalence May Very Slowly Be Inching Towards Recognition Of Women's Claims». *Refugee Survey Quarterly* 29, sayı 2 (2010): 46–63.
- . «Claims for Protection Based on Religion or Belief». *International Journal of Refugee Law* 16, sayı 2 (2004): 165–226.
- . «Conscientious Objection as a Basis for Refugee Status: Protection for the Fundamental Right of Freedom of Thought, Conscience and Religion». *Refugee Survey Quarterly* 26, sayı 2 (2007): 69–78 (Conscientious Objection as a Basis for Refugee Status).
- . «Irreconcilable Differences - Divorcing Refugee Protections from Human Rights Norms». *Michigan Journal of International Law* 15 (1994 1993): 1179–1240.
- . «Revisiting Social Group and Nexus in Gender Asylum Claims: A Unifying Rationale for Evolving Jurisprudence». *DePaul Law Review* 52 (2003 2002): 777–808 (Revisiting Social Group and Nexus in Gender Asylum Claims).
- KAREN MUSALO, JENNIFER MOORE, ve RICHARD A. BOSWELL, ed. *Refugee Law and Policy A Comparative and International Approach*. Durham North Carolina, 2011 (Refugee Law).

- KAREN PARKER, ve LYN BETH NEYLON. «Jus Cogens: Compelling the Law of Human Rights». *Hastings International and Comparative Law Review* 12 (1989 1988): 411–464 (Jus Cogens).
- KAROLINA EDSBÄCKER. *Turkey's Asylum Policy in the Light of EU Accession (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)*. Lund, 2011.
- KATE JASTRAM, ve KATHLEEN NEWLAND. «Family Unity and Refugee Protection». İçinde *Refugee Protection in International Law UNHCR's Global Consultations on International Protection*, editör Erika Feller, Volker Türk, ve Frances Nicholson, 555–610. Cambridge, 2003.
- KATHARINA RÖHL. «Fleeing Violence and Poverty: Non-Refoulement Obligations under the European Convention on Human Rights». *UNHCR, New Issues in Refugee Research Working Paper* 111 (2005) (Fleeing).
- KATHLEEN M. KELLER. «Comparative and International Law Perspective on the United States (Non) Compliance with Its Duty of Non-Refoulement». *Yale Human Rights & Development Law Journal* 2 (1999): 183–208.
- KAY HAILBRONNER. «Non-Refoulement and Humanitarian Refugees: Customary International Law or Wishful Legal Thinking». *Virginia Journal of International Law* 26 (1986 1985): 857–896.
- KEMAL BAŞLAR. «Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine». *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni Prof. Dr. Sevin Toluner'e Armağan* 24, sayı 1–2 (2004): 1–62 (Uluslararası Antlaşmalar).
- KEMAL GÖZLER. *İdare Hukuku (Cilt I)*. Bursa, 2009.
- . *Türk Anayasa Hukuku*. Bursa, 2000 (Anayasa Hukuku).
- . *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*. Bursa, 2010 (Anayasa Dersleri).
- KEMAL GÖZLER, ve GÜRSEL KAPLAN. *İdare Hukuku Dersleri*. Bursa, 2012.
- KEMAL KARPAT. *Ottoman Population 1830-1914: Demographic and Social Characteristics*. Wisconsin, 1985.
- KEMAL KİRİŞÇİ. «Is Turkey Lifting the Geographical Limitation - The November 1994 Regulation on Asylum in Turkey». *International Journal of Refugee Law* 8 (1996): 293–318 (Geographical Limitation).
- . «Türkiye Coğrafi Sınırlamayı Kaldırıyor mu? Türkiye'de Kasım 1994 Sığınma Yönetmeliği». *Sığınmacı ve Göçmenlerle Dayanışma Derneği Yayın Serisi* sayı 2 (1996).
- . «UNHCR and Turkey: Cooperating for Improved Implementation of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees». *International Journal of Refugee Law* 13 (2001): 71–97 (UNHCR and Turkey).

- . «Zorunlu Göç ve Türkiye». İçinde *Sığınmacı, Mülteci ve Göç Konularına İlişkin Türkiye'deki Yargı Kararları*, 37–67. İstanbul, 2000.
- KENDALL COFFEY. «The Due Process Right to Seek Asylum in the United States: The Immigration Dilemma and Constitutional Controversy». *Yale Law & Policy Review* 19, sayı 2 (2001): 303–339.
- KHALID KOSER. «Dimensions and Dynamics of Irregular Migration». *Population, Space and Place* 16, sayı 3 (2010): 181–193.
- KRIMOVA NIGAR. *The Status of Palestinian Refugees in International Law: The issue of interpretation and implementation of Article 1D of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees in Europe (Yayımlanmamış Yüksel Lisans Tezi)*. Budapest, 2010.
- KRISTA DALEY, ve NINETTE KELLEY. «Particular Social Group: A Human Rights Based Approach in Canadian Jurisprudence». *International Journal of Refugee Law* 12, sayı 2 (04 Ocak 2000): 148–174.
- L. C. GREEN. «Right of Asylum in International Law». *University of Malaya Law Review* 3 (1961): 223–242.
- LAMİ BERTAN TOKUZLU. «Non-Refoulement Principle in a Changing European Legal Environment: with Particular Emphasis on Turkey, a Candidate Country at the External Borders of the EU». Yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, 2006 (Non-Refoulement).
- LASSA FRANCIS OPPENHEIM. *International Law A Treatise Vol. I. Peace*. London, 1912 (International Law).
- LASSA OPPENHEIM. *International Law Vol. I*. Editör H. Lauterpacht. London, 1940.
- LAURA BARNETT. «Global Governance and the Evolution of the International Refugee Regime». *International Journal of Refugee Law* 14, sayı 2–3 (2002): 238–262 (Global Governance).
- LAURA VAN WASS. *Nationality Matters Statelessness under International Law*. Antwerp-Oxford-Portland, 2008.
- LEGAL SERVICES. *A Guide to Refugee Law in Australia*. Refugee Review Tribunal, 2013, <<http://www.mrt-rrt.gov.au/Conduct-of-reviews/Guide-to-refugee-law.aspx>> (E.T.: 12.12.2013) (Australia Refugee Law).
- . *Interpretation of the Convention Refugee Definition in the Case Law*. Immigration and Refugee Board of Canada, 2011, <<http://www.irb-cisr.gc.ca/eng/brdcom/references/legjur/Pages/Def2010.aspx>> (E.T.: 12.12.2013) (Interpretation of Canada).
- LEGAL SERVICES DEPARTMENT OF IMMIGRATION AND REFUGEE BOARD OF CANADA. *Assessment of Credibility in Claims for Refugee Protection*. Refugee Protection Division, 31 Ocak 2004.

- LEGAL SERVICES DEPARTMENT OF REFUGEE LAW TRIBUNAL. *Guide to Refugee Law in Australia*. Guideline. Melbourne Australia: Refugee Law Tribunal, Ağustos 2012.
- LEVENT GÖNENÇ. «2004 Anayasa Değişiklikleri». *Güncel Hukuk* sayı 7 (2004): 44–48.
- LEVENT GÖNENÇ, ve SELİN ESEN. «The Problem of the Application of Less Protective International Agreements in Domestic Legal Systems». *European Journal of Law Reform* 8, sayı 4 (2006): 485–500.
- LOUIS B. SOHN. «Human Rights Law of the Charter». *Texas International Law Journal* 12 (1977): 129–140.
- . «The New International Law: Protection of The Rights of Individuals Rather Than States». *American University Law Review* 32 (1982): 1–64 (Rights of Individuals).
- LOUIS HENKIN. «Refugees and Their Human Rights». *Fordham International Law Journal* 18 (1995 1994): 1079–1081.
- LOUIS IZAAK WINTER. «Nationality or Domicile? The Present State of Affairs». *Recueil des cours Académie de droit international (RCADI)* 3 (1969).
- LUKE T. LEE. «Internally Displaced Persons and Refugees: Towards a Legal Synthesis». *Journal of Refugee Studies* 9, sayı 1 (1996): 27–42.
- . «The Refugee Convention and Internally Displaced Persons». *International Journal of Refugee Law* 13 (2001): 363–366.
- M. EMİN AKGÜL. «Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Bağlamında AIHS ve Anayasa Hükümleri Çatışmasında Öncelikli Uygulama Sorunu». *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* sayı 87 (2010): 121–149.
- M. G. KALADHARAN -NAYAR. «Right of Asylum in International Law: Its Status and Prospects, The». *Saint Louis University Law Journal* 17 (1973 1972): 17–46 (Right of Asylum).
- MAARTEN DEN HEIJER. «Diplomatic Asylum and the Assange Case». *Leiden Journal of International Law* 26, sayı 2 (2013): 399–425 (Assange Case).
- . «Whose Rights and Which Rights? The Continuing Story of Non-Refoulement under the European Convention on Human Rights». *European Journal of Migration and Law* 10 (2008): 277–314 (Whose Rights).
- MALCOLM N. SHAW. *International Law*. New York, 2008.
- MANUEL R. GARCIA-MORA. «Nature of Political Offenses: A Knotty Problem of Extradition Law». *Virginia Law Review* 48 (1962): 1226–1257.
- MARIA O’SULLIVAN. «Acting the Part: Can Non-State Entities Provide Protection Under International Refugee Law?» *International Journal of Refugee Law* 24, sayı 1 (2012): 85–110.

- MARIA TERESA GIL-BAZO. «The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the Right to be Granted Asylum in the Union's Law». *Refugee Survey Quarterly* 27, sayı 3 (2008): 33–52.
- MARK EUGEN VILLIGER. *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*. BRILL, 2009.
- MARRACK GOULDING. «Globalisation and the United Nations: New Opportunities New Demands». *International Relations* 14, sayı 4 (1999): 55–62.
- MARYELLEN FULLERTON. «Comparative Look at Refugee Status Based on Persecution Due to Membership in a Particular Social Group». *Cornell International Law Journal* 26 (1993): 505–564.
- MATTHEW E. PRICE. «Politics or Humanitarianism - Recovering the Political Roots of Asylum». *Georgetown Immigration Law Journal* 19 (2005 2004): 277–312.
- . *Rethinking Asylum: History, Purpose and Limits*. Cambridge, 2009 (Rethinking Asylum).
- MATTHEW ZAGOR. «Persecutor or Persecuted: Exclusion under Article 1F(A) and (B) of the Refugees Convention». *University of New South Wales Law Journal* 23 (2000): 164–189 (Persecutor or Persecuted).
- MATTHIAS OSCHINSKI. «Asylum, Immigration and Statehood, A Philosophical Perspective». İçinde *Forced Migration and the Contemporary World*, 239–254. Bialystok, 2003.
- MAURIZIO RAGAZZI. *The Concept of International Obligations Erga Omnes*. Oxford, 2000.
- MEHMET SEMİH GEMALMAZ. *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*. İstanbul, 2010.
- MELANIE RANDALL. «Refugee Law and State Accountability for Violence against Women: A Comparative Analysis of Legal Approaches to Recognizing Asylum Claims Based on Gender Persecution». *Harvard Women's Law Journal* 25 (2002): 281–318.
- MESUT GÜLMEZ. «Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri». *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* sayı 54 (2004): 147–161 (İnsan Hakları Sözleşmeleri).
- . «İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Anayasa, md. 90/son)» Türkiye Barolar Birliği, Ulusal Toplantı, Ankara, 05 Kasım 2004.
- METİN FEYZİOĞLU. *Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat*. Ankara, 2002 (Vicdani Kanaat).

- METİN GÜNDAY. *İdare Hukuku*. Ankara, 2011.
- MICHAEL ALEXANDER. «Refugee Status Determination Conducted by UNHCR». *International Journal of Refugee Law* 11, sayı 2 (1999): 251–289 (Status Determination).
- MICHAEL BLISS. «Serious Reasons for Considering: Minimum Standards of Procedural Fairness in the Application of the Article 1F Exclusion Clauses». *International Journal of Refugee Law* 12 (2000): 92–134 (Serious Reasons).
- MICHAEL F. LOFCHIE. «Political and Economic Origins of African Hunger». *The Journal of Modern African Studies* 13, sayı 04 (1975): 551–567.
- MICHAEL G. HEYMAN. «Asylum, Social Group Membership and the Non-State Actor: The Challenge of Domestic Violence». *University of Michigan Journal of Law Reform* 36 (2003 2002): 767–814 (Non-state Actor).
- MICHAEL KAGAN. «Is Truth in the Eye of the Beholder - Objective Credibility Assessment in Refugee Status Determination». *Georgetown Immigration Law Journal* 17 (2003 2002): 367–475 (Objective Credibility).
- MICHAEL KINGSLEY NYINAH. «Exclusion under Article 1F: Some Reflections on Context, Principles and Practice». *International Journal of Refugee Law* 12 (2000): 295–316 (Exclusion under Article 1F).
- MICHAEL P. VAN ALSTINE. «Death of Good Faith in Treaty Jurisprudence and a Call for Resurrection». *Georgetown Law Journal* 93 (2005): 1885–1945.
- MICHAEL ROBERT MARRUS. *The Unwanted: European Refugees from the First World War Through the Cold War*. Philadelphia, 2002.
- MICHEAL J. PERRY. *The Idea of Human Rights Four Inquiries*. New York, 1998 (Human Rights).
- MICHEAL KAGAN. «The Beleaguered Gatekeeper: Protection Challenges Posed by UNHCR Refugee Status Determination». *International Journal of Refugee Law* 18, sayı 1 (2006): 1–29.
- MICHEAL R. MARRUS. *The Unwanted: European Refugees in the Twentieth Century*. Oxford, 1985 (Unwanted).
- MICHEL MOUSALLI. «The Evolving Functions of the Office of the High Commissioner for Refugees». *İçinde Problems and Prospects of Refugee Law*. Geneva, 1992.
- MICHELLE FOSTER. «Causation in Context: Interpreting the Nexus Clause in the Refugee Convention». *Michigan Journal of International Law* 23 (2002 2001): 265–340 (Causation in Context).
- . *International Refugee Law and Socio-Economic Rights, Refugee from Deprivation*. Cambridge, 2007.

- MIKHAIL IZRAILEV. «A New Normative Approach For The Grant Of Asylum In Cases Of Non-State Actor Persecution». *Cardozo Journal of International and Comparative Law* 19 (2011): 171–203.
- MONETTE ZARD. «Exclusion, Terrorism and the Refugee Convention». *Forced Migration Review* 13 (2002): 32–34.
- MONICA BOYD. «Gender, Refugee Status and Permanent Settlement». *Gender Issues* 17, sayı 1 (1999): 5–25.
- MUAMMER RAŞİT SEVİĞ. *Devletler Hususi Hukuku*. İstanbul, 1983.
- MURAT SARAÇLI. *Uluslararası Hukukta Yerinden Edilmiş Kişiler*. Ankara, 2011.
- MUSTAFA ERDOĞAN. *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*. Ankara, 2011.
- N. MICHEL. *Purposes and principles of the United Nations: The Way in which France Applies Article 1F(C), in Refugee Law in Context: The Exclusion Clause*. Editör P. van Krieken. The Hague, 1999.
- NANCY WEISMAN. «Article 1F(a) of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees in Canadian Law». *International Journal of Refugee Law* 8, sayı 1–2 (1996): 111–143 (Article 1F(a)).
- NAOKO HASHIMOTO. «The United Nations and Internally Displaced Persons: at the Crossroads of Human Rights and Humanitarian Affairs». İçinde *Forced Migration and the Contemporary World*, editör Andrzej Bolesta, 78–115. Białystok, 2003.
- NATIONAL IMMIGRANT JUSTICE CENTER. *Basic Procedural Manual for Asylum Representation Affirmatively and in Removal Proceedings*. Chicago: Heartland Alliance for Human Needs & Human Rights, 2009.
- NECLA ÖZTÜRK YILMAZ. «5543 Sayılı İskan Kanunu Hükümleri Uyarınca Türk Vatandaşlığının Kazanılması». *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* sayı 68 (2007): 241–264.
- NEHEMIAH ROBINSON. *Convention Relating to the Status of Refugees: Its History, Significance and Contents*. Institute of Jewish Affairs, 1952.
- NEVA ÖVÜNÇ ÖZTÜRK. «Avrupa Birliği Temel Haklar Şartında Yer Alan Sığınma Hakkının Tahlili». *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, sayı 2 (2012): 187–229.
- . «Uluslararası Hukuktaki Mülteci Tanımının Mülteci Kavramı ve Tanımın Oluşum Süreci Açısından Değerlendirilmesi». İçinde *Prof. Dr. Tuğrul Arat’a Armağan*, 919–950. Ankara, 2012 (Mülteci).
- NEVZAT TOROSLU. *Ceza Hukuku Genel Kısım*. Ankara, 2012.
- NICHOLAS BLAKE. «Exclusion from Refugee Protection: Serious Non Political Crimes after 9/11». *European Journal of Migration and Law* 4 (2002): 425.

- NICHOLAS BWAKIRA. «From Nansen to Ogata UNHCR's Role in a Changing World». *International Migration Review* 35, sayı 1 (2001): 278–283.
- NIGEL D. WHITE. «Accountability and Democracy Within the United Nations: A Legal Perspective». *International Relations* 13, sayı 6 (1997): 1–18.
- NILS COLEMAN. «Non-Refoulement Revised - Renewed Review of the Status of the Principle of Non-Refoulement as Customary International Law». *European Journal of Migration and Law* 5 (2003): 23–68.
- NINETTE KELLEY. «International Refugee Protection Challenges and Opportunities». *International Journal of Refugee Law* 19, sayı 3 (2007): 401–439.
- NIRAJ NATHWANI. *Rethinking Refugee Law*. C 7. Refugees and Human Rights. The Hague, London, New York, 2003.
- NIZAR MESSARI, ve JOHANNES van der KLAUW. «Counter-Terrorism Measures and Refugee Protection in North Africa». *Refugee Survey Quarterly* 29, sayı 4 (2010): 83–103.
- NUALA MOLE. *Asylum and the European Convention on Human Rights*. Strasbourg, 2009 (Asylum and ECHR).
- NURAY EKŞİ. «AİHM'in Sığınma Talebi Reddedilen İran Vatandaşının Sınırdışı İşlemleri Tamamlanıncaya Kadar İdari Gözetim Altında Tutulmasını AİHS'in 5. maddesinin İhlali Sayan 11.12.2012 Tarihli Kararının Türkçe Tercümesi». *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 32, sayı 1 (2012): 155–166.
- . *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Abdolkhani ve Karimnia-Türkiye Davası Mülteci ve Sığınmacı Hukuku Açısından Değerlendirme*. İstanbul, 2010.
- . *Mültecilere ve Sığınmacılara İlişkin Mevzuat*. İstanbul, 2010.
- . *Yabancılar Hukukuna İlişkin Temel Konular*. İstanbul, 2012.
- . *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (Tasarısı)*. İstanbul, 2012 (YUKK (Tasarısı)).
- NURAY EKŞİ, ve BÜLENT ÇİÇEKLİ. *Yabancılar ve Mülteci Hukukuna İlişkin Danıştay 10. Daire Kararları*. İstanbul, 2012 (Danıştay 10. Daire Kararları).
- NURCAN ÖZGÜR, ve YEŞİM ÖZER. *Türkiye'de Sığınma Sisteminin Avrupalılaştırılması*. İstanbul, 2010.
- NURULLAH KUNTER. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. İstanbul, 1989.
- ONUR KARAHANOGULLARI, çev. «İyi İdare Konusunda Üye Devletlere CM/REC (2007) 7 Sayılı Tavsiye Kararı». *Danıştay Dergisi* 37, sayı 116 (2007): I (Çevirmenin notu).
- OSCAR SCHACHTER. *International Law in Theory and Practice*. Dordrecht, 1991.

- OSMAN DOĞRU, ve ATILLA NALBANT. *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi*. İstanbul, 2012.
- OSMAN FAZIL BERKİ. *Devletler Hususi Hukuku*. Ankara, 1959.
- OXFORD CORPUS. «Concise Oxford Thesaurus». Oxford, 2007.
- ÖMER İLHAN AKİPEK. *Devletler Hukuku (I. Kitap)*. Ankara, 1970.
- . *Devletler Hukuku (İkinci Kitap Devletler Hukukunun Şahıslarından Devlet)*. Ankara, 1964.
- . *Milletlerarası Adalet Divanı*. Ankara, 1974.
- ÖNDER BAKIRCIOĞLU. «The Evolving Role of the UNHCR: Should the Conventional Role of the UNHCR be Expanded?» *Ankara Law Review* 5, sayı 1 (2008): 101–110.
- PATRICIA HYNDMAN. «1951 Convention Definition of Refugee: An Appraisal with Particular Reference to the Case of Sri Lankan Tamil Applicants». *Human Rights Quarterly* 9 (1987): 49–73.
- . «Asylum and Non-Refoulement-Are These Obligations Owed to REfugees Under International Law?» *Philippine Law Journal* 57 (1982): 43–62.
- PAUL SIEGHART. *The International Law of Human Rights*. Oxford; New York, 1983.
- PAUL WEIS. *Refugee Convention 1951: Travaux Preparatoires Analysed with a Commentary by Dr. Paul Weis*. Travaux Prepatoires and Commentary. UNHCR, 1951. <<http://www.unhcr.org/4ca34be29.html>> (E.T. 12.12.2012) (Travaux Preparatoires).
- . «The Concept of the Refugee in International Law». *Journal du droit International* sayı 87 (1960): 970.
- . «The International Protection of Refugees». *The American Journal of International Law* 48, sayı 2 (1954): 193–221.
- . «United Nations Declaration on Territorial Asylum». *Canadian Yearbook of International Law* 7 (1969): 92–149.
- PENELOPE MATHEW. «Australian Refugee Protection in the Wake of the Tampa». *The American Journal of International Law* 96, sayı 3 (2002): 661–676.
- PETER ALFORD ANDREWS. *Ethnic Groups in the Republic of Turkey*. Weisbaden, 1989.
- PHILIPPE CAHIER. «Vienna Convention on Diplomatic Relations». *International Conciliation* 37 (1969 1967): 5.
- PIERRE MICHEL FONTAINE. «The 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees: Evolution and Relevance for Today». *Intercultural Human Rights Law Review* sayı 2 (2007): 149–181.

- PIETER BOELES, MAARTEN DEN HEIJER, GERRIE LODDER, ve KEES WOUTERS. *European Migration Law*. Antwerp-Oxford-Portland, 2009.
- PIPPA ROGERSON. «Habitual Residence: The New Domicile?» *International and Comparative Law Quarterly* 49, sayı 1 (2000): 86–107 (Habitual Residence).
- PIRKKO KOURULA. *Broadening the Edges: Refugee Definition and International Protection Revisited*. The Hague, 1997.
- PRAKASH SHAH. *Refugees, Race and the Legal Concept of Asylum in Britain*. London, 2000 (Refugees).
- R. J. VINCENT. «Political and Economic Refugees, Problems of Migration, Asylum and Resettlement (Report on Ditchley Conference, Ditchley Park Oxfordshire, 13-15 October 1989)». *Journal of Refugee Studies* 2, sayı 4 (1989): 504–512.
- REFUGEE AND HUMANITARIAN DIVISION. *Particular Social Group: An Australian Perspective*. A Paper Prepared as a Contribution to The UNHCR's Expert Roundtable Series. Canberra, Australia: Department of Immigration & Multicultural & Indigenous Affairs,. <http://www.immi.gov.au/media/publications/refugee/convention2002/07_social_group.pdf> (E.T.: 12.12.2013).
- REINHARD MARX. «Non-Refoulement, Access to Procedures, and Responsibility for Determining Refugee Claims». *International Journal of Refugee Law* 7, sayı 3 (1995): 383–406.
- . «Notion of Persecution by Non-State Agents in German Jurisprudence». *Georgetown Immigration Law Journal* 15 (2001 2000): 447–461 (Non-State Agents).
- . «The Criteria for Determining Refugee Status in the Federal Republic of Germany». *International Journal of Refugee Law* 4, sayı 2 (1992): 151–170. (RSD Criteria in Germany)
- RENE BRUIN, ve KEES WOUTERS. «Terrorism and the Non-derogability of Non-refoulement». *International Journal of Refugee Law* 15, sayı 1 (2003): 5–29.
- RENE PROVOST. «Reciprocity in Human Rights and Humanitarian Law». *British Yearbook of International Law* 65, sayı 1 (1995): 383–454 (Reciprocity).
- RENÉ VÄRK. «Diplomatic Asylum: Theory, Practice and the Case of Julian Assange». İçinde *ViAble Security Haritud Turvalisus*, editör Lauri Tabur ve Annika Talmar-Pere, 240–257. Talin, 2012.
- REŞAT KASABA. *A Moveable Empire: Ottoman Nomads, Migrants, and Refugees*. Seattle-London, 2009 (A Moveable Empire).
- RICHARD BLACK. «Breaking the Convention: Researching the “Illegal” Migration of Refugees to Europe». *Antipode* 35, sayı 1 (2003): 34–54.

- RICHARD DUNSTAN. «United Kingdom: Breaches of Article 31 of the 1951 Refugee Convention». *International Journal of Refugee Law* 10 (1998): 205–213.
- RICHARD STAINSBY. «UNHCR an Individual Refugee Status Determination». *Forced Migration Review* 32 (Nisan 2009): 52–53.
- RİDVAN AKAR. *Aşkale Yolcuları*. İstanbul, 2009.
- RIEKO KARATANI. «How History Separated Refugee and Migrant Regimes: In Search of Their Institutional Origins». *International Journal of Refugee Law* 17, sayı 3 (2005): 517–541 (Institutional Origins).
- RİFAT ERTEN. *Milletlerarası Özel Hukukta Spor*. Ankara, 2007.
- RİFAT N. BALİ. *1934 Trakya Olayları*. İstanbul, 2012.
- . «Yahudi Mültecileri Filistin’e Taşıyan Parita Gemisinin Serüveni». *Tarih ve Toplum* sayı 214 (Ekim 2001): 196–202.
- ROBERT E. GOODIN. «What is so Special about Our Fellow Countrymen?» *Ethics* 98, sayı 4 (1988): 663–686.
- ROBERT L. NEWMARK. «Non-Refoulement Run Afoul: The Questionable Legality of Extraterritorial Repatriation Programs». *Washington University Law Quarterly* 71 (1993): 833–870.
- ROBERT McCORQUODALE, ve REBECCA LA FORGIA. «Taking off the Blindfolds: Torture by Non-State Actors». *Human Rights Law Review* 1 (2001): 189–218.
- ROBIN C. A. WHITE, ve CLARE OVEY. *The European Convention on Human Rights*. New York, 2010.
- ROBIN W. LOVIN, ve FRANK E. REYNOLDS. «Introduction». *Journal of Religious Ethics* 14, sayı 1 (1986): 48–60.
- ROGER S. CLARK. «United Nations Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief, The». *Chitty’s Law Journal* 31 (1983): 23–39.
- ROMAN BOED. «The State of the Right of Asylum in International Law». *Duke Journal of Comparative and International Law* 5 (1995 1994): 1–33 (Asylum).
- RONA AYBAY. *Açıklamalı İnsan Hakları Evrensel Bildirisi*. Ankara, 2006 (İHEB).
- . «Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri». *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* sayı 70 (2007): 187–213.
- . *Vatandaşlık Hukuku*. İstanbul, 2006.
- . *Yabancılar Hukuku*. İstanbul, 2007.
- . *Yurt Dışına Çıkma ve Yurda Girme Özgürlüğü*. Ankara, 1975.

- RONALD DWORKIN. «Life is Sacred: That's the Easy Part». *New York Times Magazine*, 16 Mayıs 1993.
- . *Life's Dominion: An Argument About Abortion, Euthanasia and Individual Freedom*. New York, 1994.
- ROSEMARY BYRNE, GREGOR NOLL, ve JENS VEDSTED-HANSEN. *New Asylum Countries? Migration Control and Refugee Protection in an Enlarged European Union*. The Hague; New York, 2002 (New Asylum Countries?).
- RUMA MANDAL. *Protection Mechanisms Outside of the 1951 Convention («Complementary Protection»)*. Legal and Protection Policy Research Series. Switzerland: Department of International Protection, UNHCR, Haziran 2005 (Complementary Protection).
- RUTH ELLEN WASEM. *Asylum and «Credible Fear» Issues in U.S. Immigration Policy*. CRS Report for Congress. Congressional Research Service, 29 Haziran 2011.
- RYAN GOODMAN. «The Incorporation of International Human Rights Standards into Sexual Orientation Asylum Claims: Cases of Involuntary «Medical» Intervention». *The Yale Law Journal* 105, sayı 1 (1995): 255 (Incorporation).
- RYSZARD PIOTROWICZ. «Lay Kon Tji v. Minister for Immigration & (and) Ethnic Affairs: The Function and Meaning of Effective Nationality in the Assessment of Applications for Asylum». *International Journal of Refugee Law* 11 (1999): 544–556.
- SAİME ÖZÇÜRÜMEZ, ve NAZLI ŞENSES. «Europeanization and Turkey: Studying Irregular Migration Policy». *Journal of Balkan and Near Eastern Studies* 13, sayı 2 (2011): 233–248.
- SAİME ÖZÇÜRÜMEZ, ve ŞİRİN TÜRKAY. «Türkiye'de İltica Politikası, Aktörleri ve Çalışmaları: Bir «Epistemik Topluluk» Oluşurken». İçinde *İltica, Uluslararası Göç ve Vatansızlık: Kuram, Gözlem ve Politika*, editör Özlen Çelebi, Saime Özçürümez, ve Şirin Türkay, 27–48. Ankara: BMMYK, 2011 (Epistemik Topluluk).
- SARA L. MCKINNON. «Excavating Gender in Women's Early Claims to Political Asylum in the United States». *Women's Studies in Communication* 2, sayı 33 (2010): 79–95.
- SARA LYNN MCKINNON. *The Discursive Formation of Gender in Women's Gendered Claims to U.S. Asylum*. Ann-Arbor, 2008.
- SATVINDER SINGH JUSS. «Terrorism and the Exclusion of Refugee Status in the UK». *Journal of Conflict and Security Law* 17, sayı 3 (2012): 465–499.
- SAVITRI TAYLOR. «Protection Elsewhere/Nowhere». *International Journal of Refugee Law* 18, sayı 2 (2006): 283–312.

- SCOTT M. MARTIN. «Non-Refoulement of Refugees: United States Compliance with International Obligations». *Immigration and Nationality Law Review* 7 (1984 1983): 650–673 (Non-Refoulement of Refugees).
- SEÇİL PAÇACI ELİTOK, ve THOMAS STRAUBHAAR. *Turkey: Change from an Emigration to an Immigration and Now to a Transit Migration Country*. Washington DC, 2010.
- SHARON OAKLEY. *Accelerated Procedures for Asylum in the European Union Fairness Versus Efficiency*. Sussex Migration Working Paper 43. Sussex, 2007 (Accelerated Procedures).
- SHAYNA S. COOK. «Repairing the Legacy of INS v. Elias-Zacarias». *Michigan Journal of International Law* 23, sayı Winter (2002): 223–246.
- SIBYLLE KAPFERER. «Exclusion Clauses in Europe - A Comparative Overview of State Practice in France, Belgium and the United Kingdom». *International Journal of Refugee Law* 12 (2000): 195–221 (Exclusion Clauses).
- SIOBHAN MULLALLY. *A Report on the Fairness and Sustainability of Accelerated Procedures for Asylum Determinations*. Irish Refugee Council, 2001 (Fairness and Sustainability).
- STEFAN ERICSSON. *Asylum in the Member States*. Working Paper. Brussels: European Parliament, 2000.
- STEPHEN CASTLES, MAGDALENA ARIAS CUBAS, CHULHYO KIM, ve DERYA ÖZKUL. «Irregular Migration: Causes, Patterns, and Strategies». İçinde *Global Perspectives on Migration and Development*, editör IRENA OMELANIUK, 117–151. Global Migration Issues 1. Netherlands, 2012.
- STEPHEN L. LEGOMSKY. *Immigration and Refugee Law and Policy*. Editör Robert C. Clark, et al. New York, 2005.
- STEVE NORMAN. «Assessing the Credibility of Refugee Applicants: A Judicial Perspective». *International Journal of Refugee Law* 19, sayı 2 (2007): 273–292 (Assessing the Credibility).
- STEVE PEERS. *EU Justice and Home Affairs Law*. Oxford-New York: OUP Oxford, 2011.
- STEVEN REINHOLD. «Good Faith in International Law». *Bonn Research Papers on Public International Law* sayı 2/2013 (2013) (Good Faith).
- SUB-COMMITTEE OF THE WHOLE ON INTERNATIONAL PROTECTION, EXECUTIVE COMMITTEE OF THE HIGH COMMISSIONER'S PROGRAMME. *Implementation of the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees-Some Basic Questions*. 19th Mtg. UNHCR, Temmuz 1992.
- SUBRATA ROY CHOWDHURY. «A Response to the Refugee Problems in Post Cold War Era: Some Existing and Emerging Norms of International Law».

- International Journal of Refugee Law* 7, sayı 1 (1995): 100–118 (A Response).
- SULHİ DÖNMEZER, ve SAHİR ERMAN. *Nazari ve Tatbiki Cezâ Hukuku*. İstanbul, 1994 (Ceza Hukuku).
- SUSAN M. AKRAM. «Palestinian Refugees and Their Legal Status: Rights, Politics and Implications for a Just Solution». *Journal of Palestine Studies* 31, sayı 3 (Spring 2002): 36–51 (Palestinian Refugees).
- SUSAN M. AKRAM, ve TERRY REMPEL. «Temporary Protection as an Instrument for Implementing the Right of Return for Palestinian Refugees». *Boston University International Law Journal* 22 (2004): 1–162.
- ŞEREF ÜNAL. *Devletler Hukukuna Giriş*. Ankara, 2003.
- ŞULE ANLAR GÜNEŞ. «Uluslararası Toplumun Ortak Değerleri Sorunu, Çevrenin Korunması ve Jus Cogens Doktrini». *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 59, sayı 4 (2004): 123–150.
- T. ALEXANDER ALEINIKOFF. «The Meaning of ‘Persecution’ in United States Asylum Law». *International Journal of Refugee Law* 3, sayı 1 (1991): 5–29 (Persecution).
- T. CNOSSEN. «Integration of Refugees». *International Migration* 2, sayı 2 (1964): 135–153.
- T.B.M.M. İÇİŞLERİ KOMİSYONU. *Alt Komisyon Raporu*. T.B.M.M, 18 Haziran 2012.
- T.B.M.M. İNSAN HAKLARI İNCELEME KOMİSYONU. *Türkiye’de Bulunan Mülteciler, Sığınmacılar ve Yasa Dışı Göçmenlerin Sorunlarını İnceleme Raporu*. Ankara: T.B.M.M, 2010 (T.B.M.M. Raporu).
- TARIQ HASSAN. «Good Faith in Treaty Formation». *Virginia Journal of International Law* 21 (1981 1980): 443–484 (Good Faith).
- TBB PROJE GRUBU. *Türkiye ve Terörizm*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2006.
- TEKİN AKILLIOĞLU. *İnsan Hakları -I- Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri*. Ankara, 1995.
- TEVFİK ODMAN. *Mülteci Hukuku*. Ankara, 1995.
- THE IMMIGRATION AND REFUGEE BOARD. *Guidelines on Refugee Claims Related to Civilian Non-Combatants Fearing Persecution in Civil War Situations*, 1996 (Civil War Guideline of Canada).
- THE UN REFUGEE AGENCY. *Guidelines on International Protection: “Membership of a particular social group” within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*. Guideline. UNHCR, 07 Mayıs 2002 (Social Group).

- . *Guidelines on International Protection: Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees*. Guideline. UNHCR, 2003 (Guidelines (Art.1F)).
- . *Guidelines on International Protection: Cessation of Refugee Status under Article 1C(5) and (6) of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees (the “Ceased Circumstances” Clauses)*. Guideline. UNHCR, 10 Şubat 2003.
- . *Guidelines on International Protection: Child Asylum Claims under Articles 11(A)2 and 1(F) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*. Guideline. UNHCR, 22 Aralık 2009.
- . *Guidelines on International Protection: Gender-Related Persecution within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*. Guideline. UNHCR, 07 Mayıs 2002.
- . *Guidelines On International Protection: «Internal Flight or Relocation Alternative» within the context of Article 1(A)(2) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees*. Guideline. UNHCR, 23 Temmuz 2003.
- . *Guidelines on International Protection: Religion-Based Refugee Claims under Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*. Guideline. UNHCR, 28 Nisan 2004.
- . *Guidelines on International Protection: The Application of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees to Victims of Trafficking and Persons at Risk of Being Trafficked*. Guideline. UNHCR, 07 Nisan 2006.
- THEODOR MERON. *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*. Oxford, 1989.
- THEODORE N. COX. «Well-Founded Fear of Being Persecuted: The Sources and Application of a Criterion of Refugee Status». *Brooklyn Journal of International Law* 10 (1984): 333–379.
- THIERRY BALZACQ, ve SERGIO CARRERA. «The Hague Programme: The Long Road to Freedom, Security and Justice». İçinde *Security Versus Freedom?: A Challenge for Europe’s Future*, 1–32. Hampshire, 2006.
- THOMAS HAMMARBERG. *Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri Thomas Hammarberg’in 27-29 Nisan 2011 Tarihleri Arasında Türkiye’yi Ziyaretini Müteakiben Hazırladığı Rapor*. Siyasi Sığınmacıların ve Mültecilerin İnsan Hakları. AVRUPA KONSEYİ İNSAN HAKLARI KOMİSYONU, 2009 (Avrupa Konseyi Raporu).
- TİMUÇİN KÖPRÜLÜ. «Siyasi Suç İstisnası ve Terörizm». Ankara, 2004. <<http://www.law.ankara.edu.tr/dosyalar/dersnotlari/Siyasisuc.doc>> (E.T.: 12.12.2013) (Siyasi Suç).

- TİMUR DEMİRBAŞ. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara, 2002.
- TOM CLARK. «Human Rights and Expulsion: Giving Content to the Concept of Asylum». *International Journal of Refugee Law* sayı 4 (1992): 189–204 (Human Rights and Expulsion).
- . «Rights Based Refuge, the Potential of the 1951 Convention and the Need for Authoritative Interpretation». *International Journal of Refugee Law* 16, sayı 4 (2004): 584–608.
- TOM CLARK, ve FRANÇOIS CRÉPEAU. «Mainstreaming Refugee Rights-The 1951 Refugee Convention and International Human Rights Law». *Netherlands Quarterly of Human Rights* 17 (1999): 389–410 (Human Rights).
- TOM KUHLMAN. «Towards a Definition of Refugees». Refugee Studies Centre Documentation Centre, University of Oxford, 1991. <<ftp://zappa.ubvu.vu.nl/19900036.pdf>> (E.T.: 12.12.2012) (Towards a Definition).
- TOMMIE SJÖBERG. *The Powers and the Persecuted: The Refugee Problem and the Intergovernmental Committee on Refugee*. Lund, 1991.
- TONY KUSHNER, ve KATHARINE KNOX. *Refugees in an Age of Genocide*. London, 1999.
- TURGUT TARHANLI. «Sığınma Hakkı ve Sığınmacılık». sunulan Hukuk Kurultayı 2004, Ankara, 09 Ocak 2004.
- TURGUT TURHAN, ve FERİHA BİLGE TANRIBİLİR. *Vatandaşlık Hukuku Ders Notları*. Ankara, 2009.
- UK DELEGATION, GENEVA. «Sending Asylum Seekers to Safe Third Countries (Opinion)». *International Journal of Refugee Law* 7 (1995): 119–122.
- ULAŞ KARAN. «Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Türk Ceza Kanunu’nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği». *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* sayı 73 (2007): 146–173.
- ULUSLARARASI AF ÖRGÜTÜ. *İki Arada Bir Derede*. Londra, 2009.
- ULUSLARARASI AF ÖRGÜTÜ TÜRKİYE ŞUBESİ. *Mülteci Çalıştayları 2004-2005*. Ankara, 2008.
- ULUSLARARASI GÖÇ ÖRGÜTÜ. «Dolaşım Halindeki Mülteciler». Editör Bülent Çiçekli. *Göç Terimleri Sözlüğü*, 2009. <http://www.turkey.iom.int/documents/goc_terimleri_sozlugu.pdf>(E.T.: 12.12.2013).
- . *Göç Terimleri Sözlüğü*. Cenevre, 2009.
- . «Menşei Ülke». Editör Bülent Çiçekli. *Göç Terimleri Sözlüğü*, 2009. <http://www.turkey.iom.int/documents/goc_terimleri_sozlugu.pdf> (E.T.12.12.2013).

- UN HIGH COMMISSIONER. *Interpreting Article 1 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees*, 2001. <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3b20a3914.html>> (E.T.12.12.2013) (Interpreting Article 1).
- . «Note on the Applicability of Article 1D of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees to Palestinian Refugees», 2002. <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3da192be4.html>> (E.T.12.12.2013).
- . «Revised Note on the Applicability of Article 1D of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees to Palestinian Refugees», 2009. <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/4add77d42.html>> (E.T.12.12.2013) (Revised Note on Article 1D).
- UN HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES. Commentary of the Refugee Convention 1951 (Articles 2-11, 13-37), October 1997, <<http://www.refworld.org/docid/4785ee9d2html>> (E.T.: 12.12.2012).
- UN HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES. Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, HCR/IP/4/Eng/REV.1 Reedited, Geneva, January 1992, UNHCR 1979 <<http://www.unhcr.org/3d58e13b4html>> (E.T.: 12.12.2013) (El Kitabı).
- UN HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES. *UNHCR Annotated Comments on the EC Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on Minimum Standards for the Qualification and Status of Third Country Nationals or Stateless Persons as Refugees or as Persons Who Otherwise Need International Protection and the Content of the Protection Granted (OJ L304/12 of 30.9.2004)*. Comment. UNHCR, 28 Ocak 2005. <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/4200d8354.html>> (E.T.12.12.2013).
- UN HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES. *UNHCR Comments on the European Commission's Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Minimum Standards for the Qualification and Status of Third Country Nationals or Stateless Persons as Beneficiaries of International Protection and the Content of the Protection Granted (COM(2009)551, 21 October 2009)*. Comment. UNHCR, 29 Haziran 2010. <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/4c503db52.html>> (E.T.12.12.2013).
- UN HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES (UNHCR). *Statement on Article 1F of the 1951 Convention Issued in the Context of the Preliminary Ruling References to the Court of Justice of the European Communities from the German Federal Administrative Court Regarding the Interpretation of Articles 12(2)(b) and (c) of the Qualification Directive*, Temmuz 2009. <<http://www.refworld.org/docid/4a5de2992.html>> (E.T.12.12.2013).
- UNHCR. *An Overview of Protection Issues in Europe, Legislative Trends and Positions Taken by UNHCR*. Geneva, 1995.

- . *Background Note on the Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees*, 2003 (Background Note on Exclusion Clauses).
- . *Beyond Proof Credibility Assessment in EU Asylum Systems*. Brussels: United Nations High Commissioner For Refugees, Mayıs 2013. <<http://www.unhcr.org/51a8a08a9.html>>. (E.T.12.12.2013)
- . «Considerations on the «Safe Third Country» Concept». sunulan EU Seminar on the Associated States as Safe Third Countries in Asylum Legislation, Vienna, 08 Temmuz 1996. <<http://www.refworld.org/publisher,UNHCR,POSITION,,3ae6b3268,0.html>> (E.T.12.12.2013).
- . *Global Consultations on International Protection/Third Track: Asylum Processes (Fair and Efficient Asylum Procedures)*. UN High Commissioner For Refugees, 2001. <<http://www.refworld.org/docid/3b36f2fca.html>> (E.T.12.12.2013).
- . *Master Glossary of Terms Rev. 1*. Geneva, 2006. <<http://www.refworld.org/pdfid/42ce7d444.pdf>> (E.T.: 12.12.2013) (Glossary).
- . *Note on Burden and Standard of Proof in Refugee Claims*. Geneva, 1998. <www.unhcr.org/refworld/pdfid/3ae6b3338.pdf> (E.T.12.12.2013).
- . «Note on the Exclusion Clauses», 1997. <<http://www.unhcr.org/3ae68cf68.html>> (E.T.12.12.2013) (Note on Exclusion Clauses).
- . *The Challenges of Mixed Migration, Access to Protection and Responsibility-Sharing in the EU A UNHCR Non-Paper*, 16 Haziran 2009. <<http://www.unhcr.org/4a44dd756.html>> (E.T.: 10.10.2013).
- . *The Exclusion Clauses: Guidelines on their Application*, 02 Aralık 1996.
- . *UN Refugee Agency (UNHCR) Raises Key Concerns with the Detained Fast Track*. Press Release. UN High Commissioner For Refugees, 23 Şubat 2012.
- . *UNHCR Comments on the European Commission's Amended Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on common procedures for granting and withdrawing international protection status (Recast) COM (2011) 319 final*. UN High Commissioner For Refugees, Ocak 2012 (UNHCR's Comment on Qualification Directive (recast)) (Comments on Procedures Directive (Recast)).
- . *UNHCR's Observations on the European Commission's Proposal for a Council Directive on Minimum Standards for the Qualification and Status of Third Country Nationals and Stateless Persons as Refugees or as Persons Who Otherwise Need International Protection*. BMMYK, 16 Kasım 2001 (Observations).

UNHCR (Koordinatör: Selen Koçak). *Türkiye’de UNHCR [BM Mülteci Örgütü] Gerçekler & Rakamlar*. Ankara: The UN Refugee Agency (Birleşmiş Milletler Mülteci Örgütü), Ocak 2011.

UNHCR Bureau for Europe. *UNHCR comments on the European Commission’s proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on minimum standards on procedures in Member States for granting and withdrawing international protection (COM(2009)554, 21 October 2009)*. UNHCR, 2010.

UNHCR The UN Refugee Agency. *2008 Global Trends: Refugees, Asylum-seekers, Returnees, Internally Displaced and Stateless Persons (BMMYK Yayını)*. Cenevre, 2009. <<http://www.unhcr.org/4a375c426.html>> (E.T.12.12.2013).

———. *Detention Guidelines*. Guidelines on the Applicable Criteria and Standards Relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention. UNHCR, 2012 (Detention Guidelines).

———. *Procedural Standards for Refugee Status Determination under UNHCR’s Mandate*. UNHCR, 2005.

———. *Refugee Protection and Mixed Migration: A 10-Point Plan of Action (Revised)*. UNHCR, 2007. <<http://www.unhcr.org/4742a30b4.html>> (E.T.: 10.10.2013).

———. *UNHCR Global Trends 2012, 2013*. <<http://www.unhcr.org/51bacb0f9.html>> (E.T.: 10.12.2013).

UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES. «An Introduction to International Protection Protecting Persons of Concern to UNHCR», 01 Ağustos 2005. <<http://www.unhcr.org/publ/PUBL/3ae6bd5a0.pdf>> (E.T.12.12.2013).

———. «An Introduction to the International Protection of Refugees». İçinde *Refugee Law and Policy A Comparative and International Approach*, editör Karen Musalo, Jenifer Moore, ve Richard A. Boswell, 19–21. Durham - North Carolina, 2007.

———. *Sexual and Gender-Based Violence against Refugees, Returnees and Internally Displaced Persons. Guideline*, 2003. <http://www.unicef.org/emerg/files/gl_sgbv03.pdf> (E.T.12.12.2013).

VAHİT DOĞAN. *Milletlerarası Özel Hukuk*. Ankara, 2010.

———. *Türk Vatandaşlık Hukuku*. Ankara, 2009.

VANESSA BETTINSON. «Loss and Denial of Refugee Status». İçinde *An Introduction to International Refugee Law*, editör Rafiqul Islam ve Jahid Hossain Bhuiyan, 73–98. Leiden-Boston, 2013.

- VOLKER TÜRK. «Introductory Note to UNHCR Guidelines on International Protection». *International Journal of Refugee Law* 15, sayı 2 (2003): 303–306.
- . «The Role of UNHCR in the Development of International Refugee Law». *İçinde Refugee Rights and Realities Evolving International Concepts and Regimes*, 153–174. Cambridge, 1999.
- WALTER KALIN. «Non-State Agents of Persecution and the Inability of the State to Protect». *Georgetown Immigration Law Journal* 15 (2001 2000): 415–431 (Non-State Agents).
- . «Refugees and Civil Wars: Only a Matter of Interpretation». *International Journal of Refugee Law* 3 (1991): 435–451 (Refugees and Civil Wars).
- WALTER KÄLIN. «Supervising the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees: Article 35 and Beyond». *İçinde Refugee Protection in International Law UNHCR's Global Consultations on International Protection*, editör Volker Türk, Erica Feller, ve Frances Nicholson, 613–671. Cambridge, 2005.
- WALTER KALIN, ve JÖRG KÜNZLI. «Article 1F(b): Freedom Fighters, Terrorists, and the Notion of Serious Non-Political Crimes». *International Journal of Refugee Law* 12, sayı suppl 1 (2000): 46–78.
- WIKTOR OSIATYNSKI. *Human Rights and Their Limits*. New York, 2009 (Human Rights).
- YAHYA KAZIM ZABUNOĞLU. *İdare Hukuku (Cilt I)*. Ankara, 2012 (Cilt I).
- YASİN ASLAN. *Teoride ve Uygulamada Savaş Suçları*. Ankara, 2006.
- . «Uluslararası Ceza Divânı ve Kişisel Cezâ Sorumluluğu». *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* sayı 73 (2007): 239–255 (Uluslararası Ceza Divanı).
- YELİZ ŞANLI ATAY. «İdari İşlemlerde Başvuru Yollarının Gösterilmesi Yükümlülüğü». *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* sayı 96 (2011): 293–318 (Başvuru Yolları).
- YILDIRIM AĞANOĞLU. *Osmanlı'dan Cumhuriyete Balkanların Makus Talihi Göç*. İstanbul, 2001.
- YILMAZ ALTUĞ. *Devletler Hususi Hukuku Bakımından Mülteciler*. İstanbul, 1967 (Mülteciler).
- . *Yabancıların Hukuki Durumu*. İstanbul, 1968.
- . *Yabancıların Hukuki Durumu*. İstanbul, 1971.
- YILMAZ ÇİMEN. «İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Anayasa, md. 90/son)». sunulan Türkiye Barolar Birliği, Ulusal Toplantı, Ankara, 05 Kasım 2004.
- YÜCEL ACER, İBRAHİM KAYA, ve MAHİR GÜMÜŞ. *Küresel ve Bölgesel Perspektiften Türkiye'nin İltica Stratejisi*. Ankara, 2010 (İltica Stratejisi).

———. «Türkiye İçin Yeni Bir İltica Stratejisi Üzerine Gözlemler». İçinde *İltica, Uluslararası Göç ve Vatansızlık: Kuram, Gözlem ve Politika*, editör Özlen Çelebi, Saime Özçürümez, ve Şirin Türkay, 49–76. Ankara: BMMYK, 2011 (Yeni Bir İltica Stratejisi).

ZAFER GÖREN. «Anayasa Hukuku Açısından Sığınma Hakkı». *Anayasa Yargısı Dergisi* 10 (1993): 283–322 (Sığınma Hakkı).

ZİYA AKINCI, ve CEMİLE DEMİR-GÖKYAYLA. *Milletlerarası Aile Hukuku*. İstanbul, 2010.

KARARLAR

ULUSAL MAHKEME KARARLARI

ABD

Abraham Baballah, Ula Baballah, Ahmad Baballah v. John Aschroft (Attorney General), 335 F.3d 981 (9th Cir., 2003).

Adela Hernandez-Ortiz v. I.N.S., 777 F.2d 509 (9th Cir., 1985).

Aguilar Solis v. Immigration and Naturalization Service, 168 F. 3d 570, 1st Circuit of American Court of Appeals, 1999.

Ahmetovic v. INS, 62 F.3d 48, (2nd Cir., 1995).

Al-Salehi v. INS, 47 F.3d 390 (10th Cir., 1995).

Andres Arboleda, Ana Maria Posada, Ana Maria Arboleda, Pablo Arboleda, Santiago Arboleda v. U.S. Attorney General, No. 04-13049, United States Court Of Appeals For The Eleventh Circuit 434 F.3d 1220, 2006.

Anka Caran v. John Ashcroft, 55 Fed. Appx. 601, 2003 U.S. App. LEXIS 1203.

Bolanos Hernandez v. INS, 767 F.2d 1277 (1986).

Chanco v. INS, 82 F.3d (9th Cir., 1996).

DeSouza v. Immigration and Naturalization Service, 999 F.2d 1156, 1158, 7th Circuit of American Court of Appeals, 1993.

Dhine v. INS, 3 F.3d 613, 26.08.1993.

Diallo v. Ashcroft, 381 F.3d 687, 697, 7th Circuit of American Court of Appeals, 2004.

Doe v. INS, 867 F.2d 285, 2.2.1989.

Elizabeth Makonnen v. INS, 44 F.3d 1378 (8th Cir.,1995).

Fatin v. Immigration and Naturalization Service, 12 F.3d 1233, United States Court of Appeals for the Third Circuit, 20.12.1993.

Fisher v. INS, 79 F.3d (9th Cir., 1996).

Garcia v. INS, 7 F.3d 1320, 1323 (7th Cir., 1993).

Ghaly v. Immigration and Naturalization Service, 58 F. 3d 1425, 1431, 9th Circuit of American Court of Appeals, 1995.

Guevara v. INS, 786 F.2d 1242, 1249 (5th Cir., 1986).

Hamama v. INS, 78 F.3d 233, 240 (6th Cir., 1996).

Hartooni v. INS, 21 F. 3d 336, 07.04.1994.

Imela Laurencia Lie, Soyono Liem Andre, Yulius Suyono v. Ashcroft, 396 F.3d 530 (3rd Cir., 2005).

In re Y-L, In re A-G, In re R-S-R, 23 I&N Dec. 270 (A.G. 2002).

In re Awat Mengisteab Bahta, File A25 305 035 – Eloy (2000).

In re S-S, (Interim Decision #3374) (BIA 1999).

I.N.S v. Cardoza-Fonseca - 480 U.S. 421 (1987) (U.S. Supreme Court).

I.N.S. v. Jairo Jonathan Elias Zacarias, 502 U.S. 478 (1992).

Lim v. INS, 224 F.3d 929, 934 (9th Cir., 2000).

Mabugat v. INS, 79 F.3d (9th Cir., 1991).

Maini v. INS, 212 F.3d 1167 (9th Cir., 2000).

Martinez-Romero v. INS, 692 F.2d 595 (9th Cir., 1982).

Martins v. INS, 972 F.2d 657, 661 (5th Cir., 1992).

Marquez v. Immigration and Naturalization Service, 105 F.3d 374, 379, 7th Circuit of American Court of Appeals, 1996.

Matter of Acosta, 19 I&N, Dec. 211 (BIA 1985).

Matter of Frentescu, 18 I&N Dec. 244 (BIA 1982).

Matter of Gonzalez, 19 I&N Dec. 692 (BIA 1988).

Matter of Kasinga, 21 I&N Dec. 357 (BIA 1996).

Matter of Kasinga, Interim Decision 3278, (BIA, 1996).

Matter of Mogharrabi, United States Board of Immigration Appeals, 12.06.1987.

Matter of R-A, Interim Decision 3403, (BIA, 1999/Attorney General 2001).

Matter of Rodriguez Majano, 19 I&N Dec. 811 (BIA 1988).

Matter of Salama, 11 I & N Dec. 536 (BIA 1996).

Matter of Sanchez and Escobar, 19 I&N Dec. 276 (BIA 1985).

Maryland v. Pringle, 540 U.S. 366 (Supreme Court, 2003), 25.08.2003.

McMullen v. INS, 658 F.2d 1312 (9th Cir., 1981).

Morjorie Konda Lolong v. Gonzales, 400 F.3d 1215 (9th Cir., 2005).

N-A-M-, 24 I&N Dec. 336, 342 (BIA 2007).

N-A-M v. INS, 587 F. 3d 1052 (10th Cir., 2009).

Navas v. INS, 217 F.3d 646, 656 (9th Cir., 2000).

Oforu v. McElroy, 98 F.3d 694, 22.10.1996.

Olimpia Lazo-Majano v. Immigration and Naturalization Service, A 24 345 083, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, 9.06.1987.

Osman Farah Hagi-Salad v. John Ashcroft (U.S. Attorney General), No. 02-3437 United States Court Of Appeals For The Eighth Circuit 359 F.3d 1044; 2004.

Osorio v. INS, 18 F.3d1017, 1028 (2nd Cir., 1994).

Sanchez Trujillo v. INS, 801 F. 2d 1571 (US Court of Appeals Ninth Cir., 1986).

Sangha v. INS 103 F.3d (9th Cir., 1997).

Sofia Campos –Guardado v. I.N.S., 809 F.2d.285 (5th Cir., 1987).

Tatiana Pavlova v. Immigration and Naturalization Service, 441 F.3d 82 (2nd Cir., 2006).

Teresita Moral Borja v. INS, 175 F.3d 732 (9th Cir., 1999).

The Case of O-Z- and I-Z-, In re O-Z- & I-Z-, 22 I. & N. Dec. 23 (BIA 1998).

Yousefi v. INS, 260 F.3d 318, 327-28 (4th Cir., 2001).

ALMANYA

Bundesverfassungsgericht, (2 BvR 502/86 u.a.), BVerfGE 80, 315, 10.07.1989.

High Administrative Court of Baden Wurtemberg of Germany, 20.05.2008, A 10 S72/08.

High Administrative Court of Nardrhein-Westfalen of Germany, 19.06.2008, A 4676/06.A.

High Administrative Court Saarland of Germany, 26.09.2011, 3 A 356/11.

Federal Administrative Court of Germany, Bverwg IC42-88, 4.06.1991.

Federal Administrative Court of Germany, BVerwG 10 C 52.07, 19.01.2009.

Federal Administrative Court of Germany, BVerwG 10 C 50.07, 26.02.2009.

Federal Administrative Court of Germany, BVerwG 10 C 2.10, 31.03.2011.
Federal Administrative Court of Germany, BVerwG 10 C 10.10, 1.06.2011.
Federal Administrative Court of Germany, BVerwG 10 C 15 12, 31.01.2013.
Federal Administrative Court of Germany, BVerwG 10 C 23.12, 20.02.2013.
Federal Republic of Germany, 5K 13030/88, 5K 13017/88, (1990).

AVUSTRALYA

Appellant S395/2002 v. Minister for Immigration and Cultural Affairs [2003] HCA 71.

Applicant M38/2002 v. Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs, [2003] FCAFC 131, Australia: Federal Court, 13.06.2003.

Applicant "A" and Anor v. MIMA, 190 CLR 225 (Aust. High Ct., 24.02.1997).

Arquita v Minister for Immigration and Multicultural Affairs 106 FCR 465, [2000] FCA 1889, 22.12.2000.

Barzideh v MIEA (1996) 69 FCR 417.

Betkoshabeh v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs [1998] 157, 20.04.1999.

Chan Yee Kin v. Minister for Immigration and Ethnic Affairs; Soo Cheng Lee v. Minister for Immigration and Ethnic Affairs; Kelly Kar Chun Chan v. Minister for Immigration and Ethnic Affairs, Australia: High Court (HCA) 62; (1989)/69 CLR 379 FC89/034, 12.09.1989.

Chen Shi Hai v. The Minister for Immigration and Multicultural Affairs , [2000] HCA 19, Australia: High Court, 13.04. 2000.

Chokov v Minister for Immigration & Multicultural Affairs [1999] FCA 823 , FCA 823 , Australia: Federal Court, 25.06.1999.

Jahazi v. Minister for Immigration & Ethnic Affairs, (1995) 61 F.C.R. 293, 299.

Jong Kim Koe v Minister for Immigration; Multicultural Affairs, 306 FCA, Australia: Federal Court, 2 May 1997.

Lay Kon Tji v Minister for Immigration & Ethnic Affairs [1998] 1380 FCA ,1380 FCA, Australia: Federal Court,30 October 1998.

Minister for Immigration & Multicultural Affairs v. Abdi, 87 FCR 280[1999], FCA 299.

Minister for Immigration and Multicultural Affairs v. Khawar , [2002] HCA 14, Australia: High Court, 11.04.2002.

Minister for Immigration & Multicultural Affairs v Savvin (& statement by Katz J of 26 Apr 2000) [2000] FCA 478 , FCA 478, Australia: Federal Court, 12.04.2000.

Minister for Immigration & Multicultural Affairs v Sarrazola [1999] FCA 1134 , FCA 1134, Australia: Federal Court, 6.10.1999.

Minister for Immigration and Multicultural Affairs v. Singh (2002) 209 CLR 533.

Minister for Immigration and Multicultural Affairs v. WABQ, [2002] FCAFC 329, Australia: Federal Court, 8.11.2002.

Minister for Immigration and Ethnic Affairs v Guo Wei Rong and Anor, S151 1996, Australia: High Court, FC 97/019, 13.06.1997.

Mohankumar v. Minister of Immigration and Ethnic Affairs (MIEA), unreported, Federal Court, Sydney, No. G210 of 1988 (30.3.1988).

Mohammed v Minister for Immigration & Multicultural Affairs [1999] FCA 868, FCA 868, Australia: Federal Court, 28.06.1999.

N96/1441 and Minister for Immigration and Multicultural Affairs AAT No 12977[1998] AATA 619 (11.06.1998).

Re N96/1441 and MIMA [1998] AATA 619.

Re W97/164 and MIMA [1998] AATA 618.

Rishmawi v Minister for Immigration and Multicultural Affairs 77 FCR 421 50 ALD 83; 148 ALR 366; 1997 WL 1881642 Federal Court of Australia, 15.08.1997.

Somaghi v MILGEA (1991) 31 FCR 100, 116.

Suleiman v. Minister for Immigr. and Multicultural Affairs, [2001] FC.A. 752 (Full Fed. Ct. 2001).

SZATV v. Minister for Immigration and Citizenship, S62/2007, [2007] HCA 40.

SZJNY v Minister for Immigration and Citizenship [2008] FCA 624.

SZOQQ v Minister for Immigration and Citizenship [2012] 200 FCR 174, 23.03.2012.

Thuraisamy v. Minister for Immigr. and Multicultural Aff., [1999] F.C.A. 1632.

Wahk v. Minister for Immigration and Multicultural & Indigenous Affairs, 2004 FCAFC 12 (Federal Court of Australia-Western Australia District, 11.02.2004).

Win v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs, [2001] F.C.A. 132.

AVUSTURYA

Federal Administrative Court (VwGH), Judgment No. 93/01/0985, 29.1993.

Georg K. v. Ministry of the Interior, 71 ILR 284, 1969.

BELÇİKA

Belgium – Council for Alien Law Litigation, Nr. 60.622, 29.04.2011.

CPRR, R1338 (23.07.1993).

CPRR, W2418, 25.01.1996.

BİRLEŞİK KRALLIK

Adan (Hassan Hussein) v Secretary of State for the Home Department [1997] 1 W.L.R. 1107, 13.02.1997.

AH v. Secretary of State for the Home Department, [2012] EWCA Civ. 395 (02.04.2012).

Amer Mohammed El-Ali v. The Secretary of State for the Home Department and Daraz v. The Secretary of State for the Home Department (The United Nations High Commissioner for Refugees, Intervener), United Kingdom: Court of Appeal (İngiltere ve Wales), 26.07.2002.

Danian v. Secretary of State for the Home Department, CO/30274/97, United Kingdom: Asylum and Immigration Tribunal/Immigration Appellate Authority, 9.06.1998.

EN (Serbia) v. Secretary of State for the Home Department Respondent; Secretary of State for the Home Department v. KC (South Africa), [2009] EWCA Civ 630, United Kingdom: Court of Appeal (England and Wales), 26.06. 2009.

Fornah and K v. Secretary of State for the Home Department [2006] UKHL 46.

Gurung v. Secretary of State for the Home Department [2002] UKIAT 04870 HX34452-2001, 15.10.2002.

Horvath v. Secretary of State for the Home Department, United Kingdom: House of Lords (Judicial Committee), 06.07.2000.

House of Lords in Re B (A Child) [2008] UKHL 35.

Islam (A.P.) v. Secretary of State for the Home Department; R v. Immigration Appeal Tribunal and Another, Ex Parte Shah (A.P.), Session 1998-1999, United Kingdom: House of Lords (Judicial Committee), 25.03.1999.

MA (Palestinian Territories) v. Secretary of State for the Home Department, [2008] EWCA Civ 304, United Kingdom: Court of Appeal (England and Wales), 09.04.2008.

Miller v. Minister of Pensions [1947] 2 All ER 372.

Moezzi v Secretary of State for the Home Department, (6.10.1988, unreported).

O. v. Immigration Appeals Tribunal and Secretary of State for Home Department [1995] Imm. A. R. 494.

R v. Immigration Officer at Prague Airport et al., ex parte European Roma Rights Centre et al., [2004] UKHL 55.

R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Sivakumaran [1988] 1 All E.R. 193 (H.L), 16.12.1987.

SS v. Secretary of State for the Home Department, Appeal No: SC/56/2009, 30. 06. 2010.

The Secretary of State for the Home Department v. Shafiq Ur Rehman [2000] Case No: 1999/1268/C, Court of Appeal (Civil Division), 23.05.2000.

T. v. Secretary of State for the Home Department [1995] 2 All ER 1042, [1995] 1 WLR 545, [1995] Imm. AR. 142, UK: Court of Appeal (England and Wales).

ZL and VL v. UK Secretary of State for the Home Department and Lord Chacellor's Department [2003] EWCA Civ 25, [2003] 1 All ER 1062 (Supreme Court of Judicature, Court of Appeal), 24.01.2003.

ÇEK CUMHURİYETİ

Czech Republic - Supreme Administrative Court, O.P. v Ministry of Interior, 3 November 2011, 2 Azs 28/2011-82.

Czech Republic - Supreme Administrative Court, V.S. v Ministry of Interior, 25 Nov 2011, 6 Azs 29/2010-85.

Czech Republic - Supreme Administrative Court, Y. A. v Ministry of Interior, 24 February 2004, 6 Azs 50/2003-89.

HOLLANDA

Judgment of the Council of State, 8.04.1991 (RV 1991, 5).

Afdeling Rechtspraak Raad van State [Judicial Division of the Council of State] 13.08.1981, No. A-2.1113, RV 1981.

İRLANDA

Ireland - H.M. v Minister for Justice, Equality, Law Reform, [2011] IEHC 16

KANADA

Adjei v. Canada (Minister of Employment and Immigration) [1994] 2 F.C., January 27, 1994 IMM-916-93.

Ali v. Canada [1992] F.C.J. No.892 (QL).

Almaida Doreitha Codogen v.Canada (MCI), 2006 FC 739, IMM 6907-05.

Arulvelrajah Rjanayagam, Immigration Appeal Board Decision M84-1390, 31.12.1984.

Canada (Attorney General) v. Ward, [1993] 2 S.C.R. 689, Canada: Supreme Court, 30.06.1993.

Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Mayers, [1993] 1 F.C. 154 (C.A.).

Chaudri v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (1986), 69 N.R. 114 (F.C.A.)

Cheung v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1993] 2 F.C. 314 (C.A.).

Ciric and Ciric v. Canada (The Minister of Employment and Immigration), A877-92 (1993).

Diallo, Abdou Salam v. M.C.I. (F.C.T.D., no. A-1157-92), Noël, 8.06.1995.

Gladys Maribel Hernandez, Immigration Appeal Board Decision, M81-1212, 06.01.1983.

Gonzales v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1994] 4 FC 646.

Hernandez Cardenas v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration), [2010] FC 820, 192 A.C.W.S. (3d) 258, 11.08.2010.

Hui Quing Yang v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2001] F.C.J. No. 1463; 2001 FCT 1052, Canada: Federal Court, 26.09.2001.

Hurt v. Canada (Minister of Manpower & Immigration) (1978), 2 F.C. 340 (C.A.).

Immigration Appeal Board Decision 79-1034, C.L.I.C. notes, 14.10, 31.10.1979.

Immigration Appeal Board Decision M87-1541X, 10.08.1987.

Immigration and Refugee Board Decision (Refugee Protection Division), Jeremy Hinzman (a.k.a. Jeremy Dean Hinzman) Nga Thi Nguyen, Liam Liem Nguyen Hinzman (a.k.a. Liam Nguye Hinzman), TA4-01429, TA4-01230, TA4-01431, 16.03.2005.

Iripugge v. Canada (MEI), [2000] 2 F.C. D-32.

Juzbasevs, Rafaels v. M.C.I. (F.C.T.D., no. IMM-3415-00) (30.03.2001).

Kamana v. Canada (Minister of Citizenship and Immigr.), IMM 5998-98, 10 (Fed. Ct. Trial Div. 1999).

Kassatkine v. Canada (M.C.I) [1996] 65 A.C.W.S. (3rd).

Katwaru, Shivanand Kumar v. Canada (M.C.I.), 2007 FC 612, 08.06.2007.

Khon v. Canada (MCI) 2004 FC, IMM-2758-02; Decision TAO-15870, 31.03.2003 (amended April 9 2003, 27 May 2003).

Leonardo Arturo Espinosa Astudillo v. Canada (Minister of Employment and Immigration), (1979) 31 NR 121.

Luis Enrique Toha Seguel, Immigration Appeal Board Decision 79-1150, C.L.I.C. Notes 28.8, 13.11.1980.

Maarouf v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1994] 1 F.C. 723, Canada: Federal Court, 13 December 1993.

Makhlin v. Canada (Minister of Employment & Immigration) [1995] 76 F.T.R. 71.

Maqdassy v. Canada (Minister of Citizenship and Immigr.), [2002] F.C.T. 182, 1 10 (Fed. Ct. Trial Div. 2002).

Moise Danilo Bahamondes Peralta, Immigration Appeal Board Decision 79-1082, C.L.I.C. Notes 18.9, 12. 12. 1979.

Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2005] 2 S.C.R. 100; 2005 SCC 40.

Natalya Zolotova v. Canada (MCI), 2011 FC 193, IMM-3342-10.

Ngongo, Ndjadi Denis v. M.C.I. (F.C.T.D., no. IMM-6717-98), Tremblay-Lamer, 25.10.1999 (Kanada).

Okoli v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2009 FC 332, Canada: Federal Court, 31.03. 2009.

Okyere-Akosah v. Canada (MEI), [1992] F.C.J. No. 411, (A-92-91, May 6, 1991) (F.C.A.).

Penate v. Minister of Employment and Immigration [1994] 2 FC 79.

Ponniah, Manoharan v. Canada (Minister of Employment and Immigration, (F.C.A., no. A-345-89), Heald, Hugessen, Desjardins, May 16, 1991; Reported: Ponniah v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (1991), 13 Imm. L.R. (2d) 241 (F.C.A.), 245.

Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1998] 1 S.C.R. 982.

R v. Canadian Council for Refugees, Canadian Council of Churches, Amnesty International and John Doe 2008 FCA 229.

R. v. Finta, [1993] 1 S.C.R. 1138 (Supreme Court of Canada).

Rajudeen v. Canada [1984], 55 NR. 129 (F.C.A.).

Ricardo Andres Inzunza Orellana v. Canada (Minister of Employment and Immigration), (1979) 103 DLR (3d) 105.

Salibian v. Canada (MEI)[1990] FCJ No. 454 (FCA).

Sanjivkumar Ram Tripathi v Minister of Citizenship and Immigration, 2009 FC 174, Canada: Federal Court, 19.02.2009.

Saul Vicente Ramirez v. Minister of Employment and Immigration, F.C.J. No. 109, Canada: Federal Court, 7.02.1992.

Shahiraj v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2001] F.C.J. No. 734; 2001 FCT 453, Canada: Federal Court, 9.05. 2001.

Shannon Shenika Bibby-Jacobs v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2012 FC 1176, IMM-2508-12.

Sivakumar v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (CA.), [1994] 1 C.F. 433, Canada: Federal Court, 4.11.1993.

Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1, Canada: Supreme Court, 11.01.2002.

Tezcan Ozdemir, Canada Immigration Appeal Board Decision M83-1304, 18.12.1984.

Valere v. Minister of Citizenship and Immigration [2005] FC 524.

Wladsylaw Zastawny, Immigration Appeal Board Decision, 77-1125, 2.06.1977.

Yusuf v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1992] 1 F.C. 629; [1991] F.C.J. 1049, Canada: Federal Court, 24.10.1991.

Zahirdeen Rajudeen v. Minister of Employment and Immigration (1985), 55 N.R.129 (F.C.A.).

Zazai v. Minister of Citizenship and Immigration [2004] FC 1356. Zhu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2002] 1 F.C. 379; [2001] F.C.J. No. 1408; 2001 FCT 1026, Canada: Federal Court, 18.09.2001.

TÜRKİYE

Anayasa Mahkemesi

AYM., E. 1994/46, K. 1994/57, K.T. 18.07.1994, RG. 14.12.1995/22493.

AYM., E. 2001/232, K. 2001/89, K.T. 23.05.2001, RG. 19.01.2002/24645.

AYM., E. 2003/70, K.2005/14, K.T. 14.03. 2005, RG. 26.04.2005/25797.

AYM., E. 2005/108, K. 2006/35, K.T. 01.03.2006, RG. 22.07.2006/26236.

AYM., E.2004/69, K.2009/6, K.T. 8.1.2009, RG: 11.6.2009/27255.

İdare Mahkemeleri

Ankara Bölge İdare Mahkemesi, Y.D. İtiraz No: 2000-1190, 14.06.2000.

Ankara 2. İdare Mahkemesi, E. 2009/420, K. 2009/1536, K.T. 11. 11. 2009.

Ankara 3. İdare Mahkemesi, E.1998/544, K. 1998/1108, K.T. 12. 11. 1998.

Ankara 3. İdare Mahkemesi, E. 1998/138, K. 1998/1115, K.T. 18.11.1998
Ankara 3. İdare Mahkemesi E. 1998/139, K.1998/1116, K.T. 18.11.1998.
Ankara 3. İdare Mahkemesi, E. 2003/823, K. 2003/1095, K.T. 18.09.2003.
Ankara 4. İdare Mahkemesi, E. 1999/350, K. 1999/903, K.T. 5.10.1999.
Ankara 4. İdare Mahkemesi, E. 2003/821, K. 2004/280, K.T. 10.03.2004.
Ankara 6. İdare Mahkemesi, E. 1999/659, K. 1999/826, K.T. 22.09.1999.
Ankara 8. İdare Mahkemesi, E. 2003/1185, K.2003/1115, K.T. 16.10.2003.
Ankara 9. İdare Mahkemesi E.1996/1356, K.1997/1321, T. 03.11.1997.

Danıştay

Danıştay 4. Daire, E.2006/2314, K.2006/2052, K.T. 31.10.2006.
Danıştay 4. Daire, E.2005/2134, K.2006/2156, K.T.13.11.2006
Danıştay 5. Daire, E 81/2387, K 83/3963, KT 11.5.1983.
Danıştay 10. Daire, E. 1999/749, K. 2000/2755, K.T. 25.5.2000.
Danıştay 10. Daire, E. 1999/154, K.2000/2756, K.T. 25.5.2000
Danıştay 10. Daire, E. 1999/746, K. 2000/5403, K.T. 25.10.2000
Danıştay 10. Daire, E. 1999/5194, K. 2001/821, K.T. 14.03.2001.
Danıştay 10. Daire, E. 1999/5050, K. 2001/823, K.T. 14.03.2001.
Danıştay 10. Daire., E. 2000/936, K.2002/4487, K.T. 20.11.2002.
Danıştay 10. Daire, E.2004/8769, K. 2007/2735 K.T. 18.05.2007.
Danıştay 10. Daire, E. 2004/3045, K. 2007/3124, K.T. 30.5.2007.
Danıştay 10. Daire, E. 2004/1387, K.2007/3925, K.T. 09.07.2007.
Danıştay 10. Daire, E.2009/8048, T. 30.06.2010.
Danıştay 10. Daire, E. 2010/881, K. 2010/10805, K.T. 15.12.2010.
Danıştay 12. Daire, E.69/3963, K. 70/1457, KT. 30.6.1970.
Danıştay 12. Daire, E 68/2629, K 71/2987, KT. 20.12.1971.
DİDDGK, E. 1995/769, K. 1997/525, K.T. 17.10.1997.

Yargıtay Cezâ Genel Kurulu

Yargıtay Cezâ Genel Kurulu, E. 2004/7-189, K. 2004/225, 21.12.2004.

YENİ ZELANDA

Attorney-General v. Zaoui and Others (No. 2), [2005] 1 NZLR 690, New Zealand: Court of Appeal, 30.09.2004.

Butler v. Attorney-General, CA 181/97 Court of Appeal [1999] NZAR 205.

In Re S. K. Refugee Appeal No. 29/91 New Zealand Refugee Status Appeals Authority, 17.02.1992.

Naremanov v. Refugee Status Appeals Auth., CP 354/98, 32 (H.C. 2000).

Refugee Appeal No. 11/91, Re S, No. 11 (1991).

Refugee Appeal No. 300/92 RE MSM, NO. 300/92.

Refugee Appeal No. 1248/93 Re TP (31.07.1993).

Refugee Appeal No. 300/92 (1994).

Refugee Status Appeals Authority, 1.03.1994.

Refugee Appeal No. 2254/94 (21.09.1994).

Refugee Appeal No. 1039/93 (1995).

Refugee Appeal No. 70074/96, 17.09.1996.

Refugee Appeal No. 70165/96 (1997).

Refugee Appeal No. 70720/97 (1998).

Refugee Appeal No. 70692/97 (1998).

Refugee Appeal No. 71193/98 (unreported), 9.09.1999.

Refugee Appeal No. 71404/99, 29 . 10. 1999.

Refugee Appeal No. 71066/98 (1999).

Refugee Appeal No. 71427/99 (2000).

Refugee Appeal No. 72350/2000 (2001).

Refugee Appeal No. 72668/01, 05. 04. 2002.

Refugee Appeal No. 72635/01, 72635/01, New Zealand: Refugee Status Appeals Authority, 6.09.2002.

Refugee Appeal No. 75139, 18.11.2004.

Refugee Appeal No. 75692, 3.3.2006.

Refugee Appeal No. 74796, New Zealand Refugee Status Appeals Authority, 10.04.2006.

Refugee Appeal No. 76044, No. 76044, New Zealand: Refugee Status Appeals Authority, 11.09. 2008.

Refugee Appeal No. 76339, No. 76339, New Zealand: Refugee Status Appeals Authority, 23.04.2010.

S v. Refugee Status Appeals Authority, CA262/97, New Zealand: Court of Appeal, 2.04.1998.

DÍĜER KARARLAR

ABAD

Case C-534/11 Mehmet Arslan v Policie ČR, Krajské ředitelství policie Ústeckého kraje, odbor cizinecké policie, Judgment of the Court (Third Chamber), 30.05.2013.

Joined Cases C-57/09 and C-101/09-Bundesrepublik Deutschland v. B and D, Judgment of the Court (Grand Chamber), 9.11.2010.

Joined Cases C-71/11 and C-99/11, Germany v. Y and Z, Judgment of the Court (Grand Chamber), 05.09.2012.

Joined Cases C-199/12, C-200/12, C-201/12 - X, Y, Z v Minister voor Immigratie en Asiel, Judgement of the Court (Fourth Chamber), 7.11.2013.

Joined Cases C-411/10 and C-493/10, N.S. v. Secretary of State for Home Department and M.E. and Others v. Refugee Applications Commissioner, Minister for Justice Equality and Law Reform, Judgment of the Court (Grand Chamber), 21.12.2011.

Nawras Bolbol v Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 17.06.2010.

Mostafa Abed El Karem El Kott, Chadi Amin A Radi, Hazem Kamel Ismail v. Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal, Judgment of the Court (Grand Chamber), 19.12. 2012.

AİHM

A v. Netherlands, App. No. 4900/06, 20 07 2010.

A v. UK, Case No. 100/1997/884/1096, 23.09.1998.

Abdolkhani and Karimnia v. Turkey, App. No. 30471/08, 22.09.2009.

A.G. and Others v. Turkey, App. No. 40229/98, 15.06.1999

Ahmed v. Austria, App. No. 71/1995/577/663, 17. 12. 1996.

Airey v. Ireland, App. No. 6289/73, 09.10.1979.

Amann v. Switzerland, App. No. 27798/95, 16.02.2000.

Athary v. Turkey, App. No. 50372/09, 11.12.2012.

B. v. France, App. No. 57/1990/248/319, 25.03.1992.

Bader and Others v. Sweden, App. No. 13284/04, 28.11.2005.

Bankovic et al v. Belgium and 16 Other States, App. No. 52207/99, 12.12.2001.

Chahal v. United Kingdom, App. No. 70/1995/576/662, 15. 11. 1996.

Cossey v. United Kingdom, App. No. 10843/84, 27.09.1990.

D. and Others v. Turkey, App. No. 24245/03, 22.06.2006.

Dudgeon v. United Kingdom, App. No. 7525/26, 22.10.1981.

Engel and Others v. The Netherlands, App. No. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, 8.06.1976.

F. v United Kingdom, App. No. 17341/03, 22. 06. 2004.

Frerot v. France, App. No. 70204/01, 12.06.2007.

Gaskin v. UK, App. No. 10454/83, 07.07.1989.

Golder v. UK, App. No. 4451/70, 21.02.1975.

Guzzardi v. Italy , App. No. 7367/76, 6.11.1980.

Hokkanen v. Finland, App. No. 19823/92, 23.09.1994.

Jabari v. Turkey, App. No. 40035/98, 11.10.2000.

Keegan v. Ireland, App. No. 16969/90, 26.05.1994.

Klass and Others v. Germany, App. No. 5029/71, 6.09.1978.

Kroon and Others v. The Netherlands, App. No. 18535/91, 27.10.1994.

Maaouia v. France, App. no. 39652/98, 5. 10. 2000.

McCann v. UK, App. No. 19009/04, 13.05.2008.

MSS v. Belgium and Greece, App. No. 30696/09, 21.01.2011.

N v. Sweden, App. No. 23505/09, 20. 07. 2010.

P.G. and J.H. v. UK, App. No. 44787/98, 25.09.2001.

Rees v. United Kingdom, App. No. 9532/81, 17.10.1986.

Rotaru v. Romania, App. No. 28341/95, 29.05.2000.

Saadi v. Italy, App. No. 37201/06, 28. 02. 2008.

Soering v. United Kingdom, App. No. 14038/88, 07.07.1989.

Storck v. Germany, App. No. 61603/00, 16.09.2005.

Stjerna v. Finland, App. No. 18131/91, 25.11.1994.

T.I. v. The United Kingdom, App. No. 43844/98, 7. 03. 2000.

Tomic v. United Kingdom, App. No. 17837/03, 14.10.2003.

Tyrer v. United Kingdom, App. No. 585672, 25.04.1978.

X and Y v. The Netherlands, App. No. 8978/80, 26.03.1985.

X, Y and Z v. UK, App. No. 21830/93, 22.04.1997.

Z. and T. v United Kingdom, App. No. 27034/05, 28.02.2006.

Z.N.S. v. Turkey, App. No. 21896/08, 19.01. 2010.

AMERİKALILARARASI İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

Velasquez Rodriguez v. Honduras, Judgment of July 29, 1988, Inter-Am.Ct.H.R. (Ser. C) No. 4 (1988).

BİRLEŞMİŞ MİLLETLER

BM(MYK) Tavsiye Kararları

BM Genel Kurulu

- BMGKK, S. 212(III), 19 Kasım 1948.
- BMGKK, S. 194(III), 11 Aralık 1948.
- BMGKK, S. 302(IV), 8 Aralık 1949.
- BMGKK, S. 410 (V), Aralık 1950.
- BMGKK, S. 429 (V), 14 Aralık 1950.
- BMGKK, S. 639(VII), 20 Aralık 1952.
- BMGKK, S.728 (VIII), 23 Ekim 1953.
- BMGKK, S. 1166 (XII), 26 Kasım 1957.
- BMGKK, S. 1167 (XII), 26 Kasım 1957.
- BMGKK, S.1673 (XVI), 18 Aralık 1961.
- BMGKK, S. 2200 A (XXI), 16 Aralık 1966.
- BMGKK, S. 2312(XXII), 14 Aralık 1967.
- BMGKK, S. 2958 (XXVII), 12 Aralık 1972.
- BMGKK, S. 3274 (XXIX), 9 Aralık 1974.
- BMGKK, S. 3314 (XXIX), 14 Aralık 1974.
- BMGKK, S. 39/46, 10 Aralık 1984.
- BMGKK, S. 41/70, 3 Aralık 1986.
- BMGKK S. 41/124, 4 Aralık 1986.
- BMGKK, S. 42/109, 7 Aralık 1987.
- BMGKK, S. 43/116, 8 Aralık 1988.
- BMGKK, S. 43/117, 8 Aralık 1988.
- BMGKK, S. 43/173, 9 Aralık 1988.

BMGKK, S. 44/136, 15 Aralık 1989.
BMGKK, S. 47/105, 16 Aralık 1992.
BMGKK, S. 48/116, 20 Aralık 1993.
BMGKK, S. 49/169, 23 Aralık 1994.
BMGKK, S. 50/152, 21 Aralık 1995.
BMGKK S. 50/152, 9 Şubat 1996.
BMGKK, S. 51/75, 12 Aralık 1996.
BMGKK, S. 52/103, 12 Aralık 1997.
BMGKK, S. 52/132, 12 Aralık 1997.
BMGKK, S. 54/146, 17 Aralık 1999.
BMGKK, S. 55/74, 4 Aralık 2000.
BMGKK, S. 1373, Eylül 2001.
BMGKK, S. 1377, 12 Kasım 2001.
BMGKK, S. 56/83, 12 Aralık 2001.
BMGKK, S. 56/137, 19 Aralık 2001.
BMGKK, S. 57/187, 18 Aralık 2002.
BMGKK, S. 58/151, 22 Aralık 2003.
BMGKK, S. 59/170, 20 Aralık 2004.
BMGKK, S. 60/129, 16 Aralık 2005.
BMGKK, S. 61/137, 19 Aralık 2006.

BMMYK Yürütme Kurulu

BMMYK Yürütme Kurulu Kararı, S. 6 (XXVIII), 1977.
BMMYK Yürütme Kurulu Kararı, S. 8 (XXVIII), 1977.
BMMYK Yürütme Kurulu Kararı, S. 15 (XXX), 1979.
BMMYK Yürütme Kurulu Kararı, S. 17 (XXXI), 1980.
BMMYK Yürütme Kurulu Kararı, S. 22 (XXXII), 1988.
BMMYK Yürütme Kurulu Kararı, S. 25 (XXXIII), 1982.
BMMYK Yürütme Kurulu Kararı, S. 30 (XXXIV), 1983.
BMMYK Yürütme Kurulu Kararı, S. 39 (XXXVI), 1985.
BMMYK Yürütme Kurulu Kararı, S. 40 (XXXVI), 1985.

BMMYK Yürütme Kurulu Kararı, S. 44 (XXXVII), 1986.
BMMYK Yürütme Kurulu Kararı, S. 54 (XXXIX), 1988.
BMMYK Yürütme Kurulu Kararı, S. 55 (XL), 1989.
BMMYK Yürütme Kurulu Kararı, S. 58 (XL), 1989.
BMMYK Yürütme Kurulu Kararı, S. 60 (XL), 1989.
BMMYK Yürütme Kurulu Kararı, S. 64 (XLI), 1990.
BMMYK Yürütme Kurulu Kararı, S. 73 (XLIV), 1993.
BMMYK Yürütme Kurulu Kararı, S. 75 (XLV), 1994.
BMMYK Yürütme Kurulu Kararı, S. 78 (XLVI), 1995.
BMMYK Yürütme Kurulu Kararı, S. 79 (XLVII), 1996.
BMMYK Yürütme Kurulu Kararı, S. 81 (XLVII), 1997.
BMMYK Yürütme Kurulu Kararı, S. 82 (XLVIII), 1997.
BMMYK Yürütme Kurulu Kararı, S. 85 (XLIX), 1998.
BMMYK Yürütme Kurulu Kararı, S. 89 (LI), 2000.
BMMYK Yürütme Kurulu Kararı, S. 93 (LIII), 2002.
BMMYK Yürütme Kurulu Kararı, S. 99 (LV), 2004.
BMMYK Yürütme Kurulu Kararı, S. 103 (LVI), 2005.

BM İşkenceyi Önleme ve İnsan Hakları Komitesi Kararları

BM İşkenceyi Önleme Komitesi

A.S. v. Sweden, CAT/C/25/D/149/1999, UN Committee Against Torture (CAT), 15.02. 2001.

BM İnsan Hakları Komitesi

Chitat Ng v. Canada, Communication No. 469/1991, U.N. Doc. CCPR/C/49/D/469/1991 (1994).

Cox v. Canada, Communication No. 539/1993, U.N. Doc. CCPR/C/52/D/539/19930. (1994).

Herrera v. Colombia Communication No. 161/1983, 2.11.1987.

Kindler v. Canada, Communication No. 470/1991, U.N. Doc. CCPR/C/48/D/470/1991 (1993).

Mansour Ahani v. Canada, CCPR/C/80/D/1051/2002, (2004).

Mrs. G. T. v. Australia, Communication No. 706/1996 , U.N. Doc. CCPR/C/61/D/706/1996 (1997).

ESKİ YUGOSLAVYA ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ

Prosecutor v. Dusko Tadic aka “Dule” (Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction), IT-94-1, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, 2.10.1995.

ULUSLARARASI ADALET DİVANI

Advisory Opinion on Reservations to the Genocide Convention on the Prevention of and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, ICJ Reports 1951.

Barcelona Traction, Light and Power, Ltd. (Belgium v. Spain), I.C.J. Reports 1970, 3.

Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, I.C.J. Reports 1997, 7.

Guinea-Bissau v. Senegal, Arbitral Award of 31 July 1989, Judgment, I.C.J. Reports 1991, 53

LaGrand (Germany v. United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 2001, 466.

Nottebohm Case (Liechtenstein v. Guatemala); Second Phase, International Court of Justice (ICJ), 6 April 1955, ICJ Reports 1955, 4.

Nuclear Tests (New Zealand v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974, 457.

Colombian-Peruvian Asylum Case, Judgment of November 20th 1950: I.C.J. Reports 1950, 274 (Asylum Case).

ÖZET

Öztürk, Neva Övünç, Uluslararası Koruma Çerçevesinde Mültecinin Hukuki Statüsünün Belirlenmesi, Doktora Tezi, Danışman: Prof. Dr. Bilgin Tiryakioğlu, 623 s.

Bu çalışmada, 1951 Sözleşmesi ve uygulama ile şekillenen bireysel mülteci statüsünün belirlenmesi işlemine ilişkin bazı hususlar ele alınmış ve açıklığa kavuşturulmuştur. Çalışmada, şu araştırma sorularının cevaplandırılması hedeflenmiştir: “uluslararası hukukta mülteci statüsünün şekillenmesinde etkili olan faktörler nelerdir”, “mülteci statüsünün belirlenmesine yönelik kriterler uygulamada (özellikle Avustralya, Kanada, ABD ve AB’de) nasıl bir görünüm arz etmektedir” ve “bu uygulama, Türk sığınma hukuku mevzuatı ve uygulaması ile ne kadar örtüşmektedir”. Çalışmada ulaşılan en belirgin sonuçlar şu şekilde sıralanabilir: (1) çağdaş uygulamada, mülteci statüsü 1951 Sözleşmesinin oluşturulduğu dönemden daha farklı bir bakış açısıyla değerlendirilmektedir (2) insan hakları hukuku mülteci statüsünün belirlenmesi hususunda oldukça önemli bir yere sahiptir (3) bununla birlikte güvenlik ve ekonomik istikrara yönelik küresel hassasiyet ve kaygılar mülteci statüsünün belirlenmesi konusu açısından güvenlik ve özgürlük arasında devletler tarafından bir denge kurulması ihtiyacını doğurmaktadır (4) statü belirlemenin esasına yönelik kriterler insan hakları yaklaşımı bağlamında esnek bir düzlemde değerlendirilirken, usule yönelik kurallar ise dışlayıcı bir yapı sergilemekte, böylelikle statü belirleme sorumluluğunun üstlenilmemesi yahut diğer ülkelere kaydırılması amacına hizmet etmektedir (5) Türk sığınma hukuku mevzuatı ve uygulamasının gelişmiş sığınma sistemini haiz ülkelerin çağdaş uygulamaları ile tam olarak uyumluluk arz ettiğini söyleyebilmek güçtür (6) bu durumun en önemli sebebi mültecinin Türk hukukunda ülkeye has bir algı çerçevesinde ele alınmasıdır (7) Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu yakın bir gelecekte yürürlüğe girecektir. Bu kanunun, Türk sığınma hukukunun gelişimine ivme kazandıracak ve alandaki çağdaş gelişmelere ayak uydurulmasında etkili olabileceği umulmaktadır.

SUMMARY

Ozturk, Neva Övünç, Determination of the Legal Status of Refugee within the Context of International Protection, Ph.D Thesis, Advisor: Prof. Dr. Bilgin Tiryakioğlu, 623 p.

This dissertation deals with individual refugee status determination (RSD), focusing on the following research questions: “what are the effective factors on the construction of the refugee status in international law?”; “how are the refugee status criteria interpreted in practice (especially in Australia, Canada, European Union and United States)?”, “how is this practice compatible with the practice and the regulations of Turkish asylum law?”. The most significant conclusions reached are : (1) in the contemporary practice, refugee status is evaluated differently compared to the time of the drafting of the Convention; (2) human rights law has an important effect on RSD; (3) however, the global concern and sensitivity towards security and economic development, forces the countries to strike a balance between security and freedom during RSD. (4) while the status is determined with a flexible approach based on human rights perspective, the procedural rules, demonstrate an exclusive nature that enables the countries either to eliminate the responsibility or to shift it to the third countries; (5) compatibility of Turkish legislation and practice with the contemporary practice is not fully provided (6) this is due to the fact that refugee is perceived uniquely in Turkish law (7) A new legislation is about to enter into force and is hoped to push the progress in Turkish asylum law to cope with the contemporary developments in the area.