



MÜLTECİ HUKUKUNDA ULUSLARARASI KORUMA DIŞINDA BIRAKMA VE ÇOCUK ASKERLERİN DURUMU

Doç. Dr. Sibel SAFİ*

Öz

1951 Cenevre Konvansiyonu, ülkesinde haklı nedenlere dayanan zulüm görme iddiasında olan kişilere, devletin kendisini korumaya istekli olmadığı veya korumaya muktedir olmadığı durumlarda mülteci statüsü verileceğine ilişkin tanımı yaparken, aynı zamanda en ağır suçları işleyen kişilerin bu statünün dışında kalmasına ilişkin de hükümler düzenlemiştir. Bu, gerek suçluların cezasız bırakılmamaları gerekse iltica ülkesinde kamu güvenliğinin korunması açısından anlaşılabilir bir durumdur. Bununla birlikte, sığınma talebinde ibulunan çocuk askerler için kritik olan şey, mülteci tanımına uyan koşulları taşıyabilir bile korumaya erişemeyecekleri ve özellikle Konvansiyon'un 'ağır suçların varlığı nedeniyle' korumayı reddettiği gerçeğidir. Ayrıca Konvansiyon'un 1(F). maddesinde uluslararası korumanın dışında bırakma koşullarına ilişkin hükümler olmakla birlikte, hangi koşulların bunu karşıladığı hakkında ayrıntılı bir düzenleme mevcut değildir, dolayısıyla bu hükümlerin yorumlanması ve uygulanması bazı sorunları da beraberinde getirmektedir. Bu çalışmada 1951 Cenevre Konvansiyonu'nun 1(F). maddesi hükmünde sayılan uluslararası koruma dışında bırakma koşulları analiz edilecek ve aynı zamanda bu madde hükmü ile ayrı bir düzenlemeye tâbi olmayan çocuk askerlerin durumu mülteci hukuku bağlamında değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler

Uluslararası Korumanın Dışında Bırakılma • Çocuk Askerler • Uluslararası Mülteci Hukuku • 1(F). Maddesi • İnsanlığa Karşı Suçlar

* Doç. Dr., Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, İzmir, Türkiye
| Assoc. Prof., Dokuz Eylül University, Faculty of Law, İzmir, Turkey.

✉ ikbalsibel.safi@deu.edu.tr • ORCID 0000-0002-6689-4639

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: SAFİ Sibel, "Mülteci Hukukunda Uluslararası Koruma Dışında Bırakma ve Çocuk Askerlerin Durumu", *SÜHFD.*, C. 28, S. 1, 2020, s. 1-36.

✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

THE EXCLUSION CLAUSES UNDER INTERNATIONAL REFUGEE PROTECTION IN INTERNATIONAL REFUGEE LAW AND THE STATUS OF CHILD SOLDIERS

Abstract

The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees provides provisions for the well-founded fear of persecution of refugees in their countries to grant refugee status in cases where the state is unwilling or unable to protect him/her, while also stipulating that those who commit the most serious offenses are excluded. This is understandable both in terms of not being left unpunished and for the protection of public security in the country of asylum. However, what is critical to child soldiers applying for asylum is the fact that even if they meet conditions that are provided in the definition of refugees, they will not be able to access protection, and in particular the Refugee Convention refuses to protect it 'due to the existence of grave breaches'. Furthermore, although there are provisions in Article 1 (F) of the Convention on the conditions of exclusion from international protection, there is no detailed regulation as to which conditions meet this, and the interpretation and application of these provisions raises certain problems. In this study, the conditions of exclusion from international protection referred to in Article 1 (F) of the Geneva Convention of 1951 will be analyzed and at the same time the situation of child soldiers who are not subject to a separate regulation under this article will be evaluated in the context of refugee law.

Key Words

International Refugee Law • Excluding Circumstances • Article 1(F) • Child Soldiers • Crimes Against Humanity

Giriş

Türkiye'nin de taraf olduğu 1951 Cenevre Konvansiyonu'nun 1(A).maddesi ve 6458 sayılı Türkiye Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun (YUKK) 61-63.maddelerinde mülteci tanımı şu şekilde yapılmıştır: *'Ülkesinde meydana gelen olaylar sebebiyle; ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir sosyal gruba aidiyeti ve siyasi düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağımdan haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan ya da sözkonusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancıya veya bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya sözkonusu korku nedeniyle dönmek istemeyen vatansız kişiye statü belirleme işlemleri sonrasında*

mülteci statüsü verilir. Tanımdan da anlaşılacağı üzere kişinin bu başvuruyu yapabilmesi için ülkesi dışında olması ve vatansız ise ikamet ülkesi dışında bulunması gerekmektedir. Başka bir deyişle maddedeki tanımdan hareketle, baskı ve zulmün oluşturduğu haklı nedenlere dayalı olarak korku içinde yabancı bir ülkeye kaçan ve *yabancılık (alienage)* koşulunu gerçekleştiren kişilere iltica hakkı tanınmaktadır.

İltica başvurusunun kabul edilebilmesi için diğer bir koşul da, ait olunan devletin pozitif ve negatif koruma yükümlülüklerini yerine getirmemesi, yerine getirmeye istekli olmaması ve/veya yerine getirmeye muktedir olmamasıdır. Devlet, gereken yasal rejimi getirerek, kolluk tedbirlerini alarak ve gerekli soruşturmayı yapıp adil yargılama prensiplerini uygulayarak pozitif yükümlülüklerini yerine getirir.

Geri göndermeme (non-refoulement) prensibi ise haklı nedenlere dayanan zulüm sebebiyle ülkesinden kaçan kişiyi zulüm gördüğü menşei ülkesine göndermeme yasağını kapsayan uluslararası teamül hukuku kuralıdır. Temel hukuk kuralları ve uluslararası teamül hukuku açık bir biçimde, direk veya dolaylı geri göndermeden kaçınma ödevini öngörür. Öncülüğü Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin *T1* davasındaki belirleyici kararı tarafından yapılmıştır¹. *Soering v. Birleşik Krallık* davasında verilen kararda 'devletler, ulusal mahkemelerin suçluların iadesine izin vermesinde oluşabilecek her türlü öngörülebilir sonucundan² sorumludur' ifadesine yer verilmiştir. Ayrıca, İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si'nin 14.maddesinde; '*Herkes zulüm karşısında başka memleketlere iltica etmek ve bu memleketler tarafından mülteci muamelesi görmek hakkına haizdir*' hükmü yer almaktadır.

Konvansiyon'un 1(F). maddesinde uluslararası korumanın dışında bırakma koşullarına ilişkin hükümler olmakla birlikte, hangi koşulların bunu karşıladığı hakkında ayrıntılı bir düzenleme mevcut değildir, dolayısıyla bu hükümlerin yorumlanması ve uygulanması bazı sorunları da beraberinde getirmektedir. Ayrıca çocuk askerlere ilişkin açık ve istisnai hükümler mevcut değildir ve uluslararası hukukta bu konuda bir görüş birliği de yoktur. Bu makale, uluslararası korumanın dışında bı-

¹ *TI v. United Kingdom* (2000) INLR 211 (ECtHR, Mar. 7, 2000).

² *Soering v. United Kingdom* (1989) 11 EHRR 439 (ECtHR, Jul. 7, 1989) at (86).

rakmanın hangi koşullarda gerçekleşeceğine ve uygulamada çıkan sorunlara ilişkin konularda Konvansiyon'un 1(F). maddesinin yorumlanmasına açıklık getirme amacını taşımaktadır. Bunu yaparken, uluslararası mahkeme kararlarını referans alacak ve uluslararası içtihadın ne yönde olduğuna ilişkin bir değerlendirme yapacaktır. Aynı zamanda bu madde hükmü ile ayrı bir düzenlemeye tâbi olmayan çocuk askerlerin durumu mülteci hukuku bağlamında analiz edilecektir.

I. MÜLTECİ DURUMUNDA OLANLARI MÜLTECİ STATÜSÜ DIŞINDA BIRAKAN HÜKÜMLER

Devletler ülke sınırlarına girmek isteyen yabancılar konusunda koşulları kendileri belirlerler. Mülteci hukukunda iltica başvurusunda bulunan kişinin ülke sınırlarına illegal bir şekilde girmesi, kişinin başvurusunu red veya değerlendirmeme ya da sınırdışı etme sebebi sayılmaz, zira mülteci konumundaki kişinin ülkesinden zorlayıcı koşullar altında kaçmak zorunda olduğu varsayımından hareket edilir. Ancak devlet, kamu güvenliği gerekçesi ile bazı kişilere mülteci statüsü vermeme hakkına sahiptir, bu hakkın dayanağı da Konvansiyon'un '*mülteci durumunda olan ve mülteci statüsü dışında bırakan*' hükümlerinde sayılmıştır.

Bu kimseler üç gruba ayrılırlar:

1-Konvansiyon'un 1(D). maddesi uyarınca halihazırda Birleşmiş Milletler'in (BM) koruma ve yardımından yararlanmakta olan kişiler;

2-Konvansiyon'un 1(E). maddesi uyarınca, uluslararası korumaya ihtiyacı olmadığı düşünülen kişiler;

3-Konvansiyon'un 1(F). maddesi uyarınca, uluslararası korumaya layık görülmeyen kişiler yer almaktadır.

Konvansiyon'un 1(D)(1). maddesi, 1(A).maddesindeki *haklı nedenlere dayanan zulüm sebeplerini* taşımakla birlikte, statü dışında bırakılan kişilere ilişkin koşulları düzenlemiştir. BM'in organları ve kuruluşları tarafından koruma ve yardım alan kişiler bu statüye erişim noktasında dışarıda bırakılmışlardır.³ Hüküm uyarınca 1948 ve/veya 1967 İsrail-

³ http://www.madde14.org/index.php?title=BMMYK_-_M%C3%BCltecilerin_Stat%C3%BCs%C3%BCne_%C4%B0li%C5%9Fkin_1951_S%C3%B6zle%C5%9Fmesi_1D_Maddesinin_Filistinli_M%C3%BCltecilere_Uygulanabilirli%C4%9Fi_Hakk_%C4%B1nda_Bilgi_Notu (son erişim tarihi: 12-10-2019).

Filistin savaşında mağdur olan Filistinliler, BM Yardım ve İmar Kuruluşunun (UNWRA) sağladığı yardımdan faydalandıkları için mülteci koruma kapsamı dışında tutulmuşlardır. Buradaki hükmün amacı, aslında UNWRA tarafından korunan kişileri güvence altına almaktır.⁴ Bu korumadan yararlanan ve aslında mülteci olma koşullarını taşıyan Filistinlilerin BM koruması sebebiyle mülteci statüsüne erişememeleri öğretiler O'nlara mağdur oldukları düşüncesine binaen tartışma konusu olmuştur.⁵

Konvansiyon'un 1(E). maddesi; *"ikamet ettiği ülkenin yetkili makamlarınca o ülke vatandaşlığına sahip olanların hak ve yükümlülüklerine sahip sayılan bir kişi"* nin korumaya ihtiyacı olmadığını düzenler. Hükümden anlaşılabilir; kişinin ikamet ettiği ülkede vatandaşlar ile aynı haklara sahip olması, vatandaş ile mutlak eşit haklara sahip olmasa da, en azından sınırdışı edilmeye karşı bir güvencenin aranmasıdır. Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (BMMYK)'nin 2019 tarihli El Kitabına göre; *"bir ülkede ikamet eden, bu ülke vatandaşlığını resmi olarak kazanmasa da vatandaşların haklarının büyük bölümünden yararlanan, ancak bu ülkede sağlanan haklar sağlanmamış olsalar da mülteci kriterleri taşıyan kişilere milli mülteciler adı verilir ve bu kişilerin ayrıca mülteci korumasına ihtiyacı olmadığı düşünülür."*⁶

Yukarıda sayılan üçüncü gruptaki kişiler ise mülteci statüsüne layık olmadığı düşünülen kimselerdir ve Sözleşme'nin 1(F). maddesi, uluslararası himayeye layık olmadığı düşünülen kişileri şu şekilde saymıştır: *"Bu sözleşme hükümleri:*

a) *uluslararası belgelerin ilgili maddelerinde belirtildiği anlamda, barışa karşı suç, savaş suçu veya insanlığa karşı suç işlediği;*

b) *mülteci sıfatıyla kabul edildiği ülkeye sığınmadan önce, sığınma ülkesi dışında ağır adi bir suç işlediği;*

c) *Birleşmiş Milletler'in amaç ve ilkelerine aykırı eylemlerden suçlu oldu-*

⁴ <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=55fa66404> (son erişim tarihi-7-10-2019) .

⁵ Strawson, John., Law After ground Zero, Glasshouse,(edit), 2002, s.123.

⁶ <https://www.unhcr.org/publications/legal/3d58e13b4/handbook-procedures-criteria-determining-refugee-status-under-1951-convention.html>, para.144-146, s.34, (son erişim tarihi. 13-10-2019).

*ğu; hususunda ciddi kanaat bulunan kimse hakkında uygulanmaz.*⁷

Konvansiyon, İkinci Dünya Savaşı sonrası ve Soğuk Savaş döneminde hazırlanmıştır. Bu sebeple, uluslararası ceza hukuku hükümleri ve savaş suçlarından dolayı kurulan ad hoc mahkemelerin ceza yargılamaları bu maddelerin hazırlanmasında etkili olmuştur. Sözleşme hazırlanırken, devletler, aynı zamanda, güvenlik ve kamu düzeni için tehlike yaratabilecek suçluların ülkelerine girmelerini önlemeyi istemişler, savaşta aktif rol oynayan kimseleri statü dışında tutmak niyetinde olmuşlardır.

A. Barışa Karşı Suç, İnsanlığa Karşı Suç ve Savaş Suçu İşlemesi Halinde

1948 Soykırım Suçunun Önlenmesine ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme ile hüküm altına alınan soykırım suçu insanlığa karşı suç olup, bu suça karışmış olmak bu kişilerin mülteci statüsü dışında bırakılmasına yol açar. Uluslararası koruma sisteminin bütünlüğü içerisinde Konvansiyon'un 1(F). maddesinin uygun ve özenli bir şekilde yorumlanması ve uygulanması önemlidir. Örneğin; 1990 yılında Ruanda'da meydana gelen soykırımdan kaçan ve iltica talebinde bulunan kişilerin aynı zamanda soykırım suçu fiiline iştirak etmiş olma ihtimallerinin varlığı, değerlendirmede güçlükler sebeple olmuştur.

BMMYK, Statü Dışında Bırakma İlkeleri uyarınca, mülteci statüsü almış bir kişide statü dışında bırakmaya ilişkin olguların varlığı sonradan ortaya çıkarsa, bu durumda kişinin mülteci statüsü iptal edilir.⁸ Ayrıca, mülteci statüsü dışında bırakmayı gerektiren olgularda şüpheye düşülmesi, mülteci statüsünün yeniden değerlendirilmesini haklı kılar. Mülteci statüsü dışında bırakma kararı veren devlet, ilgili kişi hakkında belirli bir işlem yapmak zorunda olmadığı gibi, bu kişiye başka bir temelde koruma sağlamaya devam edebilir.⁹ Örneğin, mülteci statüsü dışında bırakılan kişi kötü, aşağılayıcı insanlık dışı muamele görme,

⁷ 1951 Cenevre Mültecilerin Hukukki Durumuna İlişkin Sözleşme, <http://www.multeci.org.tr/wp-content/uploads/2016/12/1951-Cenevre-Sozlesmesi-1.pdf>.

⁸ BMMYK, 2003, (Statü Dışında Bırakma İlkeleri), paragraf 4.

⁹ BMMYK, 2003, (Statü Dışında Bırakma İlkeleri) paragraf 8-9.

idam cezası riski olan bir ülkeye geri gönderilmeme ilkesinin koruma kapsamına girebilir.¹⁰ (tamamlayıcı koruma)

Uluslararası belgelerde tanımlandığı anlamda barışa karşı suç, savaş suçu soykırım suçu ya da insanlığa karşı suç işlediğine dair hakkında ciddi kanaat olanlar mülteci statüsü dışında bırakılacaktır. 1(F)(a). maddesi¹¹ bu suçların ne zaman ve nerede işlenirse işlensin mülteci statüsü dışında bırakmaya neden olabileceğine işaret etmiştir.¹² Söz konusu suçlara ilişkin uluslararası belgelere atıf yapılır. Bu belgeler arasında; 1948 tarihli 'Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi', 1949 tarihli 'Savaş Mağdurlarının Korunması Hakkında Cenevre Sözleşmeleri' ile 1977 tarihli iki Ek Protokol, Eski Yugoslavya ve Ruanda Uluslararası Ceza Divanı Tüzükleri, 1945 Londra Şartı ve Uluslararası Ceza Mahkemesi Tüzüğü yer almaktadır. Londra Şartına göre; barışa karşı suç; *'bir saldırı savaşının ya da uluslararası antlaşmaları, sözleşmeleri ya da güvenceleri ihlal eden bir savaşın planlanması, hazırlanması, başlatılması ya da ilan edilmesini veya bunlardan birinin gerçekleştirilmesi için ortak bir plan ya da komploya katılma eylemlerini'* kapsamaktadır.¹³ Suçun niteliği bu tür bir suçun ancak devlet veya devlet benzeri bir otoritenin yetkisini temsil eden kişiler tarafından işlenebileceğini göstermektedir. Nürnberg Şartı'nın 6.maddesi barışa karşı işlenen suçları şu şekilde tarif eder; *'savaş saldırısı planlamak, savaşa hazırlık yapmak, savaşı yürütmek veya savaşta uluslararası antlaşma, sözleşme ve teminatları ihlal etmek veya herhangi birinin yerine getirilmesi için bir komploya ya da ortak plana katılmak.'*¹⁴

Mülteci hukukunda ağır ihlalleri kapsayan savaş suçunu işlemek statü dışında bırakmak gerekçeleri arasındadır ve bu alanda temel düzenlemeler şu şekildedir; 1907 Lahey toplantıları, Londra Tüzüğü 6(b). maddesi, 1949 Dört Cenevre Sözleşmeleri ve iki Ek Protokolü, Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü 8.madde, Eski Yugoslavya Uluslararası

¹⁰ Çiçekli, B. (2009) Uluslararası Hukukta Mülteciler ve Sığınmacılar, Seçkin yayınevi, s. 67.

¹¹ BMMYK, 1998, paragraf 150.

¹² BMMYK, 2003, (Statü Dışında Bırakma İlkeleri) paragraf 5.

¹³ BMMYK, 2003, (Statü Dışında Bırakma İlkeleri) paragraf 5.

¹⁴ Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Under Control Council Law No. 10, Volume IV; (Washington D.C.: U.S.Government Printing Office).

Ceza Mahkemesi (EYUCM) Tüzüğü 2. ve 3.madde, Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi (RUCM) Tüzüğü 4.maddesi.

İç savaş sözkonusu ise; Cenevre Sözleşmelerinin 3.maddesindeki ağır ihlallerin (grave breaches) işlenmiş olması durumunda savaş suçu olarak değerlendirilme yapılacağı görüşü hakimdir.¹⁵

B. Birleşmiş Milletlerin Amaç ve İlkelerine Aykırı Eylemlerden Suçlu Olmak

Kişinin mülteci statüsü dışında bırakılmasına yol açan bu hüküm geniş kapsamlıdır, Konvansiyon'un 1(F)(a) hükmüyle de kısmen kesişme halinde olduğu görülecektir. Nitekim, barışa karşı işlenen suçların, savaş suçlarının, soykırım suçunun ve insanlığa karşı suçların, BM amaç ve ilkelerine aykırı eylemler olduğu açıktır. 1(F)(c). maddesi aslında, BM amaç ve ilkelerine aykırı olan suçlar ile aynı içeriği taşımaktadır.

Rikhof'a göre; '1951 Cenevre Konvansiyonu içerisinde kimi insanların, her ne kadar devlet ya da devlet-dışı aktörler tarafından zulüm görme ihtimallerinin gerçekleri yadsınamayacak durumda olsa da, uluslararası düzeyde bir korumayı hak etmediklerini belirten kararlar hüküm yorumlanmasıyla alakalıdır.'¹⁶ Evrensel İnsan Hakları Beyanname-si'nden esinlenilmiş¹⁷ ve Uluslararası Mülteci Organizasyonu'nun konu hakkındaki yapılandırmalarını ve terkiplerini devam ettirecek¹⁸ bir şekilde işlenmiş ciddi suçlar sebebiyle çıkabilecek yargılamalardan kaçabilmek için mülteci sıfatına sahip olmak isteyen¹⁹, uluslararası alanlarda ciddi suçlar işlemiş olanlar²⁰ ve Birleşmiş Milletlerin prensip ve amaçlarına aykırı hareketleri ve düşünceleri takip eden²¹ kimseler; içlerinde

¹⁵ Öztürk, N.Ö. Mültecilerin hukuki statüsünün belirlenmesi, Ekim 2015, Ankara, Seçkin, s. 330.

¹⁶ J. Rikhof, (2012) The Criminal Refugee: The Treatment of Asylum Seekers with a Criminal Background in International and Domestic Law.

¹⁷ UN Ad Hoc Committee on Refugees and Stateless Persons, Ad Hoc Committee on Statelessness and Related Problems, Corrigendum to Proposal for a Draft Convention submitted by France, UN Doc. E/AC.32/L.3/Corr.1 9 (Jan.18, 1950).

¹⁸ Universal Declaration of Human Rights, UNGA Res. 217 A (III), UN Doc. A/ 810 (Dec.10, 1948) 14/2. madde.

¹⁹ Convention relating to the Status of Refugees, 1951, 189 UNTS 137, Art. 1(F) (b) .

²⁰ Ibid Art. (F)(a).

²¹ Ibid., Art. (F) (c).

buldukları durum ne olursa olsun mülteci kimliğinden mahrum bırakılmak zorundadır.

Bu üç kategori ile sınırlandırılmış olan kişiler topluluğuna dair “dışarıda bırakma” ve mülteci sıfatından mahrum bırakma kararı²², zulüm görmelerine dair ciddi bir tehlike olması halinde bile²³, kendileri ciddi suçlar işlemiş olan bireylerin “mülteci” sıfatını sahiplenip sığınma sayesinde işledikleri suçlardan dolayı gelebilecek yargılamalardan kaçınmalarına engel olma amacıyla ortaya konulmuştur.²⁴

1(F).maddesinin hükmü altında yaratılan “dışarıda bırakılma hali”, belirlenmiş ve özele yönelik bir taban yaratılmıyorsa, kategorik bir çerçeve ve terimlendirme ile gerçekleştirilmiştir.²⁵ Hüküm, söz konusu suçları işlediği bilinen; yargılanmış ya da cezalandırılmış olan herkesi mülteci sınıflandırması dışında bırakır.²⁶ BMMYK, kişinin karakterine yönelik karar verme ve ahlaki yönelimler üstünde bir yargılama yapmanın doğru olmadığını ifade eder ve bahsi geçen suçların herhangi birini işlemiş olan kişilerin herhangi birisine mülteci sıfatının tanınmasının, sistemin sağlamlığı ve doğruluğuna, bütünlüğüne geri dönüşü olmayacak bir darbe olacağını kabul etmiştir.²⁷

C. İltica Talebinde Bulunan Kişinin Mülteci Sıfatıyla Sığınma Talebinde Bulunduğu Ülke Dışında Ağır Adi Bir Suç İşlemesi

Bu hükmün amacı, mülteci kabul eden ülke halkını, ağır adi bir suç işlemiş mültecinin bu ülkeye giriş tehlikesine karşı korumaktır. Madde hükmünden incelenmesi gereken dört durum ortaya çıkmaktadır; suçun işlenme yeri, suçun işlenme zamanı, işlenen suçun siyasi olmaması ve suçun ciddi bir suç olmasıdır. Kanada yüksek mahkemesi,

²² Zrig v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)(2003) 3FC 761 (Can. FCA, April 7, 2003) at 812 (108).

²³ Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Mehmet, (1992) 2 FC 598 (Can. FCA, April 1, 1992) at 606.

²⁴ Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (2002) 1 SCR 3 (Can. SC, Jan. 11, 2002) at 57 (102).

²⁵ Ezokola v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (2013) SCC 40 (Can.SC, Jul. 19, 2013) at 36.

²⁶ Negusie v. Holder, Attorney General, (2009) 555 US 511 (USSC, Mar. 3, 2009) at 527.

²⁷ UNHCR, Guidelines on International Protection No. 5, at 2(2).

(Judgment of the Supreme Court of Canada) 1998 tarihli kararında suçun ciddi ve siyasi niteliğinin ölçülmesinde birtakım kriterler belirlemiştir. Buna göre; bireyin başka bir ülkede suç işlediğini düşündürecek ciddi emarelerin olması gerektiği, suçun ciddi olması, siyasi olmayan bir suç olması ve eylemin sığınma ülkesi dışında gerçekleşmiş olmasıdır.²⁸

Madde hükmüne göre, iltica başvurusunda bulunan kişi, sığındığı ülkeye gelmeden önce ağır adi bir suç işlediğinde mülteci statüsünü haketmez. Bir suçun siyasi ya da adi suç olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği konusunda, suç eyleminin siyasi saiklerle mi yoksa kişisel nedenlerle mi işlendiğinin tespiti önemlidir. Burada suça sebebiyet veren eylemin nitelik ve amacının belirlenmesi önemlidir, işlenen suç ile, varlığı iddia olunan siyasi amaç arasında yakın ve doğrudan bir nedensellik (illiyet) bağı bulunmalıdır. Siyasi amaçla işlenen bir suç vahşet ölçüsünde ise, siyasi suç olarak kabul edilmesi mümkün olmaz. Konvansiyon'un İngilizce metninde 'adi suç terimi, siyasal nitelikli olmayan ağır suç' biçiminde ifade edilmiştir. 1(F)(b). maddesindeki 'suç' tabiri, kastedilen anlamın tespiti açısından her ülkede farklılıklar gösterebilir. Hathaway'e göre; "burada kullanılan anlamdaki ağır adi suç, cinayet veya yasaların çok ağır bir cezaya çarptırdığı suç olarak kabul edilmelidir".²⁹ Kişi, zulüm gördüğü ülkesinden korku içerisinde kaçarken bu suçu işlemişse burada işlediği suç ve kaçabilmek için bundan başka çaresinin olmayışı arasındaki denge/orantı gözetilmelidir.³⁰ Ancak duyulan korku ile işlenen suç arasında bir orantı yoksa, yani kişi aslında adaletten kaçan birisi ise iltica başvurusunda iyiniyet aranmaz.³¹ Daha önce ağır adi bir suç işlemiş ve genel ahtan yararlanmışsa ya da cezasını çekmiş ise kişi hakkında kriminal bir karakter iddiasına dayalı bir ispat olmadığı sürece, mülteci statüsü dışında bırakılmaz. Eğer kişi, bu suçu zulüm gördüğü ülkeden kaçabilmek için başka çaresi kalmadığı için işlemek zorunda kalmışsa, bu durumda işlediği suçun bir orantısının olup olmadığına bakılır.

²⁸ Menekşe, T., İltica Hukukunda Hariçte bırakma Değerlendirmesi, Göç Araştırmaları Dergisi, Cilt.4, Sayı.1, Ocak-Haziran 2018, s. 88.

²⁹ Hathaway, The Law of Refugee Status, Cambridge University Press,2014, s. 270.

³⁰ Safi,Sibel., Mülteci Hukuku, Legal Yayınevi, 2017.

³¹ İbid.

Örneğin; kişinin kaçarken bir araç çalmak zorunda kalması ile kaçabilmek için bir yolcu uçağını silah kullanarak kaçırmayı ve uçuşu yönlendirmesi fiilleri arasında eylemin mahiyeti açısından farklılıklar vardır. Yasalara aykırı olarak uçak kaçırma eylemi, birkaç kez BM çerçevesinde ve konuyla ilgili bazı uluslararası sözleşmeler dahilinde ele alınmıştır, ancak bu konuda mültecilerle ilgili bir hüküm mevcut değildir.³² Eğer kişi uçak kaçırma eyleminden dolayı tutuklanmış ve iltica talebinde bulunduğu ülkede yargılanmış, cezalandırılmış ise sığınma ülkesinin iltica talebini zımnen kabul ettiği düşünülür. Her olayın doğası farklı olduğundan kendisi içerisinde ayrıca değerlendirmek gerekir.

Konvansiyon'un 1(F)(b). maddesi, adaletten kaçan kimselerin mülteci statüsünün dışında tutulmaları gerekliliğini ortaya koyar. *Ovcharuk* davasında da belirtildiği üzere, kişinin ciddi ve cezai sorumluluk getiren bir suçtu yurtdışında işlemesi halinde mülteci statüsünün verilmemesi gerekmektedir.³³ Bu dışarıda bırakma kuralının arkasındaki mantık açıktır: eğer mülteci yasaları bireyleri işledikleri ciddi suçlar sebebiyle karşılaşılabilecekleri ciddi zulümlere karşı korumaya devam ediyor olsaydı, bu koruyucu sistem oldukça kısa süreli bir mekanizma olurdu. Sıradan suçlara dair bu alt sınır, tam da bu yüzden, 1(F). maddesinin vazgeçilemez bir kısmıdır ve yukarıda da analiz edildiği üzere, uluslararası koruyucu sistemlerin bir bütün olarak sürdürülebilirliği ve yeterliliğine dair bir güvenlik kilidi olarak işlev görür.

Sonuç olarak, söz konusu madde içerisinde belirtilen tüm tanımlar ve hükümler adaletten kaçmaya çalışmakta olan insanlara yönelik olarak hazırlanmıştır. Bir örnek vermek gerekirse, Uluslararası Mülteci Organizasyonu, "çatışma sonrası ateşkesler üzerinden iade edilebilir olan sıradan suçluları" tanımların dışında tutmuştur.³⁴ BMMYK da kendi tüzüğü içerisinde, ki kendisi Mülteci Konvansiyon ile birebir tasarı haline getirilmiştir, "çatışmaların sona ermesi durumunda suçlu iadesi gerektiren ilgili hükümleri altında ciddi bir suç işlediğine dair şüphelenil-

³² 2645 (XXV) sayılı BM Genel Kurulu 6. Komite raporları (A/8716, 2551/XXIV ve A/7845 sayılı BM belgeleri).

³³ *Ovcharuk v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, (1998) 88 FCR 173 (Aus. FFC, Oct. 16, 1998) as. 186.

³⁴ IRO Constitution, Part II, at (3).

mesi için *ciddi emareler olan*” kişilerin mülteci statüsü dışında bırakılmamasından bahseder.³⁵

a. Ciddi Sebepler

Her ne kadar 1(F). maddesinin tanımlamalarına uyan kimselerin mülteci sıfatının dışında bırakılmaları zorunlu olsa da, bu sığınmaya ve uluslararası korumaya sahip olmak için başvuruda bulunan kişilerin bahsedilen tanımın kapsamına girip girmediğine karar vermek imzacı devletlerin her birine düşen bir karardır.³⁶ Ancak, sığınmacıyı kabul edecek olan devletin uluslararası düzeyde bir kural olan; 1(F). maddesi içinde belirtilen üç tanımlamadan herhangi birisine uyması olasılığını “*dikkate almak için ciddi emarelere*” sahip olma haline riayet etmesi de gerekli olan bir durumdur.

Anglo-Sakson hukuk sistemi içinde yer alan mahkemeler, çoğunlukla bu “*dikkate almak için ciddi emare*” zorunluluğunu, kanıtların yeterliliği olarak yorumlamış ve bu; “*dikkate almak için ciddi emareler*” alt sınırının “*sorumluluklar dengesi*” adı altında kamu standartlarına uygun şekilde hareket edilmesi gerekliliğine referans olarak göstermişlerdir.³⁷ Kanada Yüksek mahkemesi *Sumaida* davasında kişinin mülteci koruması haklarının dışında tutulmasını “*bir şüphe ya da olasılığın*” ötesine taşıyacak kanıtların var olduğu durumlarda değerlendirilmesi gerektiğine işaret eder.³⁸

Burada “*dikkate almak için ciddi emareler*” standardı çoğunlukla sığınmacıyı kabul edecek devletin, iltica başvurusunda bulunan kişinin dışarıda bırakılması için gerekli kanıtları ortaya koyması gerektiğini öngören bir hukuksal normun sınırları içerisinde işlemektedir. BMMYK'nın açıkladığı şekilde;

"Sığınma prosedürleri içerisinde genel olarak, kanıt gösterme sorumluluğu çoğunlukla başvurunun yöneltildiği devlet ve başvuruyu

³⁵ Universal Declaration, Art 14 (2).

³⁶ Statement of Mr. Rochefort of France, UN Doc. E/AC.7/SR.166 (Aug. 22, 1950) at 7.

³⁷ Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (1992) 2 FC 306 (Can. FCA, Feb. 7, 1992).

³⁸ Sumaida v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (2000) 3 FC 66 (Can. FCA, Jan. 7, 2000).

yapan kişi arasında paylaşılmıştır ve kişinin bu bağlam içerisindeki bireysel hasar görebilirliğini azaltmayı amaçlamaktadır. Öte yandan, çoğu ülkelerin açıkça tanıdığı üzere, 1(F). maddesi söz konusu olduğunda bu kanıt sağlama yükümlülüğü tamamen başvurunun yapıldığı devlete düşer ve başvuranın omuzlarından kalkar. Bu, dışarıda bırakım bentlerinin doğal yapısına ve “bir durumu ortaya koymak ve kayıtlara geçirmek isteyen kişinin veya kişilerin o durumu kanıtlama sorumluluğunu yüklenmesi gerektiğine” dair genel yasal prensiplerin varlığına da uygun olan bir yaklaşımdır.”³⁹

Bu sorumluluğun yerine getirilmesi sırasında, başvurunun yöneltildiği devletin karar vericileri *kollektif suçluluk* ya da *masumiyet karinesi* üstüne kurulu tahminlerin ötesinde⁴⁰, kişiye özel ve kişiyle alakalı kanıtlar sunmalıdır.⁴¹ Burada söz konusu olan kanıtlar, aynı zamanda karar vericiler için dışarıda bırakım kararının beraberinde getireceği tüm yasal sorunları ve koşulları gözden geçirmeye ve onlara dair de bir karar vermeye yeterli olacak anlamlılığa ve de yeterliliğe de sahip olmalıdır.⁴²

İkinci ve daha da az anlaşılan bir durum, ele alınan kanıtların aynı zamanda *sağlam* ve *sürekli*; dışarıda bırakım kararını destekleyecek ve adil gösterecek uygun bir yeterliliğe sahip olması gerektiğidir. *Ezokola* davasında, Kanada yüksek mahkemesi tarafından gözlemlendiği üzere:

“Bu eşi benzeri bulunmayan kanıt standardı... ceza yasalarının içinde bulunan temel prensiplerinin rahat ve sorunsuz bir uygulanışı halini meşrulaştırmamaktadır.”⁴³

Sunulan kanıtların kişinin suçluluğuna ya da masumiyetine dair verecekleri kesin bir cevap zorunluluğu olmasa dahi, bundan bağımsız bir halde (a), (b) ve (c) paragrafları içerisinde şart koşulan üç farklı bireysel cezai sorumluluk koşulunun “göz önünde bulundurulması” için yeterli ve doğru bilgiyi kişilere sunması gerekmektedir. Söz konusu tar-

³⁹ Tamil X (NZCA, 2009) at (92).

⁴⁰ WAKN v. Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs, (2004) 138 FCR 579 (Aus. FC. Sept. 23, 2004) at 592-93(52).

⁴¹ UNHCR, Background Note on Exclusion Clauses, at 35 (96).

⁴² WAKN v. Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs, (2004) 138 FCR 579 (Aus. FC. Sept. 23, 2004) at 592-93(52).

⁴³ Ibid.

tışma içerisinde ilgili soru; bahsedilen bireyin “ciddi bir suç işlediği”⁴⁴ ya da işlemediği; veya “fiilleri sebebiyle suçlu olduğu”⁴⁵ ya da olmadığı ikileminin incelenmesi için ciddi emareler bulunup bulunmadığıdır.⁴⁶ Dolayısıyla, öncelikli olan söz konusu başvuru içerisinde yer alan ve başvuran kişi tarafından işlenmiş olduğu iddia edilen davranışların ve fiillerin ilgili yasal standartlar altında cezai sorumluluk altına girip girmediğine karar verilmesi gerekliliğidir.⁴⁷ Burada actus reus⁴⁸ (suçu oluşturan eylem) ve mens rea’nın (suçu oluşturan eylem için niyet) da⁴⁹ göz önünde bulundurulduğu bir yasal değerlendirme olmalıdır.

Başka bir deyişle, kişinin mülteci sıfatı dışında tutulması söz konusu olduğunda, ortaya konulan bilgilerin ve kanıtların bir şekilde 1(F). maddesi altında belirtilen ve koşullandırılan üç tür tanıma uygunluk ve bağlılık göstermesi gerekmektedir.

b. Yargılanabilir, Sorguya Çekilebilir Suçlar

1(F)(b). maddesinin amacı adaletten kaçmakta olan kişilerin iltica başvurularının reddi olduğundan, kişinin uluslararası koruma dışında bırakılmasına sebep olan, ortaya konulan suçun işlendiği ülke sınırları içerisinde yargılanabilir bir suç olması gerekmektedir.⁵⁰ Başvuruda bulunan kişi suçu sebebiyle cezasını çektiği sürece⁵¹, suçsuz bulunduğu sürece (beraat), genel af ile serbest bırakıldığı⁵² veya başka yollar aracılı-

⁴⁴ Refugee Convention, Art. 1 (F) (a).

⁴⁵ Refugee Convention, Art. 1 (F) (c).

⁴⁶ W.A.Schabas and N. Bernaz (eds) Routledge Handbook of International Criminal Law (2011) s. 231.

⁴⁷ UNHCR Guidelines on International Protection No. 5, at 8 (28).

⁴⁸ action or conduct which is a constituent element of a crime, as opposed to the mental state of the accused.

⁴⁹ the intention or knowledge of wrongdoing that constitutes part of a crime, as opposed to the action or conduct of the accused.

⁵⁰ Grahl-Madsen, Division of International Protection (DIP), UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), Commentary of the Refugee Convention 1951 (Articles 2-11, 13-37), October 1997, available at: <http://www.refworld.org/docid/4785ee9d2.html> [accessed 13 March 2017], Commentary of the Refugee Convention 1951 (Articles 2-11, 13-37) Written by Professor Atle Grahl-Madsen in 1963; re-published by the Department of International Protection in October 1997.

⁵¹ Swiss Office federal des refugées, Manuel de procédures D’asile (1996) at 144.

⁵² ST, 509322 (FR. CRR (French Refugee Commission Appeals) Jul. 21, 2006) .

ğıyla ceza hukuku altında kendisine verilen cezai sorumlulukları yerine getirmiş olduğu sürece, maddenin anlam boyutu içinde adaletten kaçan birisi olarak sayılamaz ve mülteci statüsünde dışarıda bırakım riski altında da tutulamaz. Aynı zamanda kendisinin başvurusunun 1(F)(b). maddesi altında da reddedilmemesi gerekmektedir. Kanada yüksek mahkemesinin *Chan* davasında ifade ettiği üzere; “İltica başvurusundan önce, kendi ülkesi içinde ciddi suçlar işlemiş ve bu suçlardan dolayı cezasını da çekmiş olan birisinin, mülteci statüsünden sonsuza kadar mahrum bırakılmasına sebep olacak koşulların var olduğunu söylemek yanlış olur. Böylesi bir kural, zaten kendi içinde de işlediği suç yüzünden ceza çekmiş olan kişinin cezasını çektiği suç sebebiyle, cezasını çektikten sonra önyargı ve zulüm görmemesi gerektiği bilincini taşıyan ceza hukukuna ters düşmektedir.”⁵³ Gerçekten de, Bölgesel Af Konferansı’nda da cezasını çekmiş kimselerin hala statü dışında kalmamaları gerektiğine vurgu yapılmıştır.⁵⁴ Kanada federal mahkemesinin erken dönem içtihatlarında bunu destekler mahiyette verdiği kararda; “1(F)(b).maddesinin Kanada’ya gelişinden önce suç işlediği ülke içerisinde yargılandığı ve ceza gördüğü durumlarda kişilere uygulanamayacağı... açıkça ortadadır”⁵⁵ sonucuna ulaşmıştır. Ancak, 1(F)(b). maddesinin amacına aykırı şekilde, *Tamil* davasında, kişinin cezasını çekmiş olması dikkate alınmamış, sığınmacı uluslararası koruma dışında bırakılmıştır.⁵⁶

c. Yurtdışında İşlenmiş Olan Suçlar

Buradaki lisan, sadece sığınmacıyı kabul edecek devletin sınırları dışında işlenmiş suçları,⁵⁷ bu ülke kişinin geldiği ülke ya da başka bir

⁵³ P. Weis, (1960) The Concept of the Refugee in International Law, 87 J. du droit international 928, at 984-86.

⁵⁴ Articles Considered by the Committee of the Whole United Nations Conference on Territorial Asylum, UN Doc. A/CONF.78/12 (Feb. 4, 1977) at Art. 2(2) aktaran A. Grahl-Madsen, Territorial Asylum (1980), s. 209.

⁵⁵ Chan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (2000) 4 FC 390 (Can. FCA, Jul.24, 2000) s. 394 (4).

⁵⁶ Tamil X (NZSC, 2010).

⁵⁷ Accord Statements of Mr. Petren of Sweden, UN Doc. A/CONF.2/SR.29 (Jul.19, 1951) s. 16.

üçüncü ülke olabilir,⁵⁸ bu minvalde değerlendiriyor olmasıdır. Madde hükmü, sığınmacıyı kabul edecek devletin yargılama yetkisinin bulunmadığı yerleri tanımlamaktadır. Buna rağmen, bazı mahkeme kararları, bir suç sığınmacıyı kabul eden ev sahibi ülkenin içinde işlenmiş olsa bile,⁵⁹ yine aynı suçun “sığınmacıyı kabul eden ev sahibi ülkenin” dışında işlenmiş olabileceği sonucuna ulaşmıştır.⁶⁰ Avustralya yüksek mahkemesi, *Dhayakpa* kararında olduğu gibi dışarıda bırakım işleminin, hala devam etmekte olan bir ihlal durumunda (suç, kısmen sığınmacıyı kabul eden ev sahibi ülkenin içinde ve kısmen sığınmacıyı kabul eden ev sahibi ülkenin dışında işlenmiş ise) mümkün olabileceği sonucuna varmıştır.⁶¹ Sığınmacıyı kabul eden ev sahibi ülke tarafından yargılanması gereken suç fiilleri zaten gerektiği şekilde hukuki süreçlerden geçerek bir karara bağlanacak,⁶² ve beraberinde de eğer kişinin güvenlik riski ifade ettiği buna bağlı bir şekilde ortaya çıkartılırsa kişinin geri iadesi ya da ülkeden çıkarımına dair ihtimaller de masaya yatırılmış olacaktır.⁶³

d. Ciddi Suçlar

1(F)(b). maddesinin sadece ve sadece ortada ciddi bir kanıtın var olduğu, zamanaşımına uğramamış ya da cezası çekilmemiş ve yurtdışında işlenmiş suçlar için dışarıda bırakım öngörmüş olduğu düşünülürse, peki bir suç ne zaman “ciddi” olarak kabul edilecektir?⁶⁴

Anglo-Sakson hukuku çoğu zaman kendi yerel hukuklarını karar verici olarak görmüş, ciddi bir suçu kendi yasal standartları altında belirli bir süre boyunca sürecek hapis cezasıyla karşılık verilecek hareket-

⁵⁸ Statement of Baron van Boetzelaer of the Netherlands, UN Doc. A/CONF.2/SR.29 (Jul.19, 1951) s. 22.

⁵⁹ UK Border Agency, Exclusion: Articles 1(F) and 33(2) of the Refugee Convention (Apr. 2008) at (2.3.3).

⁶⁰ Refugee Convention Art. 1(F)(b).

⁶¹ *Dhayakpa v. Minister for Immigration and Ethnic Affairs*, (1995) 62 FCR 556, (Aus. FC, Nov. 9, 1995) at 565.

⁶² UNHCR, Guidelines on International Protection No. 5, at 5(16).

⁶³ Statement of Mr. Hoare of the United Kingdom, UN Doc. A/CONF.2/SR.3 (Jul.3, 1951) at 15.

⁶⁴ Statement of Mr. Rochefort of France, UN Doc. A/CONF.2/SR.29 (Jul. 19, 1951) s. 18.

ler olarak tanımlamayı uygun bulmuşlardır.⁶⁵Yakın zamanda İngiliz temyiz mahkemesi tarafından *AH Algeria* davasında gözlemlenmiş olduğu üzere;

“Konvansiyon belirli bir suçun, herhangi bir dava içinde “siyasi olmayan” adi bir ciddi suç olduğuna karar verilmesini imzacı devletlerin yerel mahkemelerine bırakırken; bu kararın temelini, kişiyi mülteci işlemlerinin dışında bırakacak ciddiyette suçlarla ilgili bir alt sınır eklenmesi ve bu ortak başlangıç noktasına göre ilerlenmesi gerekmektedir.”⁶⁶ Ciddi suçların tespitinde, kimi zaman ev sahibi devletin sosyal ve hukuki normlarının esas alınması ciddi problemler de doğurabilir. Bu problemlerden belki de en görünür olanını ele alacak olursak, eğer kişinin işlediği iddia edilmekte olan suç, işlendiği ülkenin sınırları içerisinde suçtan sayılmıyorsa ne yapılmalıdır?⁶⁷ Ya da eğer suç, işlendiği ülke içerisinde hafif bir suç olarak kabul ediliyorsa ama sığınmacıyı kabul eden devlet içinde daha ağır cezalara denk düşüyorsa bu durum mülteciyi dışarıda bırakma sonucunu doğuracak mıdır? Gerçekten de, eğer sığınmacıyı kabul edecek olan devletin sahip olduğu yasal yükümlülükler bir suçun ne kadar ciddi olduğunun belirlenmesi noktasında nadiren kullanılıyorsa, ya da başvuruda bulunan kişinin koşullarına uygulanması beklenilmeyecek bir durumda ise bu durumda ne olacaktır?

Bu seçeneğe karşı sunulan ve diğer bazı devletler⁶⁸ ile BMMYK tarafından savunulan çözüm; işlendiği söylenen suçların ciddiyetinin belirlenmesinde alınan referansların kaynağının *uluslararası yasalar* olmasıdır. Ancak bu da, imzacı tüm devletleri bağlayacak ortak bir noktanın varlığı ihtiyacının giderilmesini sağlayacak olsa da, imzacı olmayan devletler açısından yine de problemlerle doludur. En açık şekilde, uluslararası suçlar 1(F) (a). maddesinin konusu olduğundan⁶⁹ ve daha geniş

⁶⁵ I.A.Macdonald and R. Toal, (8th edition 2010) *Immigration Law and Practice in the United Kingdom*, at (12.97).

⁶⁶ *AH (Algeria) v. Secretary of State for the Home Department*, (2012) 1 WLR 3469 (Eng. CA, Apr. 2, 2012) at 3481-82 (31).

⁶⁷ *Rudyak v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2006) FC 1141 (Can. FC, Sept. 29, 2006).

⁶⁸ 10 C 7.09 (Ger. BverwG (German Federal Administrative Court), Feb. 16, 2010) s. (47).

⁶⁹ UNHCR Guidelines on International Protection No. 5, at 5(14).

bir çerçevede uluslararası hükümler tarafından tanımlanan fiiller sebebiyle dışarıda bırakımlar 1(F)(c). maddesinin konusu olduğundan; bu perspektif nihai bir çözüm üretmeyecektir. Daha da temel bir açıdan bakıldığında, zaten 1(F)(b). maddesi içinde yazılı ya da yoruma dayalı bulunan hiçbir ifade bizleri uluslararası yasalara yöneltmemektedir.

Bu noktada bulunacak bir orta yol “ciddi” yerel suçların ve cezai sorumluluğun ölçüsünün belirlenmesine dair standartlar konusunda, geçişli bir sistem yardımıyla hazırlanacak bir rehber üzerinden genel olarak “ciddi” olarak görülen adi suçlar hakkında bir katalog hazırlanmasıdır⁷⁰. 1(F)(b). maddesinin yaklaşımı olan “hukukun genel prensipleri”⁷¹ tanımının da efektif bir şekilde kullanımıyla birlikte bu rehberin hazırlanması gerekli ve önemlidir. Bu konuda Kanada yüksek mahkemesi şu şekilde çözüm getirmiştir ve bize göre bu yol göstericidir; mahkeme *T v. Canada* davasında⁷² “*iade edilebilir suçları*” (1)(F)(b). maddesi altında dışarıda bırakılabilir suçların başlangıç noktası olarak düşüneceğimiz bir standart olarak kullanmıştır.⁷³ *Gavrila* davasında Kanada yüksek mahkemesi tarafından belirtilmiş olduğu üzere: “1(F)(b) maddesinin anlaşmalar aracılığıyla iade edilebilen suçluların mülteci statüsü altında adaletten kaçmaya çalışanlara bir engel olarak konulduğu oldukça ortada olan bir gerçektir.”⁷⁴

Dolayısıyla bizim görüşümüz de 1(F)(b). maddesinin açıklanması konusunda yapılacak bir suç “ciddiyeti” analizinin üç adımlı olması gerektiği yönündedir.⁷⁵

1-Birinci olarak sorulması gereken soru şudur: karşımıza konulan bilgiler ve kanıtlar bizim suçun işlendiği yerde ciddi sayılacak bir adi suç işlendiği manasına gelmekte midir? Eğer cevap hayırsa, 1(F) (b). maddesi altında mülteci statüsü dışında bırakım gerekmemektedir.

⁷⁰ UNHCR Guidelines on International Protection No. 5, at 5(14).

⁷¹ B. Simma and P. Alston, “The Sources of Human Rights Law Custom, Jus Cogens and General Principles,” (1988-89) 12 Aust. Y.B.I.L.82.

⁷² *T v. Immigration Officer (UKHL, 1996)* s. 759.

⁷³ *Pushpanathan (Can. SC, 1998)*.

⁷⁴ *Gavrila v. Canada (Minister of Justice) (2010) 3SCR 342 (Can. SC., Nov. 25, 2010)* s. 348(12).

⁷⁵ Safi, S., *Mülteci Hukuku*, Legal Yayınevi, 2017, ss. 321-840.

2-İkinci olarak, ortada ülke sınırları içerisinde ciddi sayılacak bir suçun işlenmiş olduğunu varsayarsak, bu aynı zamanda mülteciyi kabul edecek ülkenin sınırları içerisinde de ciddi sayılan bir adi suç mudur? Eğer değilse, 1(F)(b). maddesine uygun statü dışında bırakım adil değildir.

3-Üçüncü ve sonuncu olarak da, kanıtların ve bilgilerin hem suçun işlendiği hem de mülteciyi kabul edecek devletin sınırları içinde ciddi sayılacak düzeyde olduklarını varsayalım, bu noktada bahsi geçen suç uluslararası yasaların standartlarına referans yapacak şekilde iade edim gerektiren bir suç mudur? Eğer bu kriterlerin hepsi karşılanmışsa, işte o zaman soruda yer alan suçun 1(F)(b). maddesinin amaçlarına uygun şekilde “ciddi” bir suç olduğundan bahsedilebilir. Burada siyasi suçlardan dolayı iade mümkün olmadığından adi suçlu ayırımına gitmek lazımdır.⁷⁶

Başka bir deyişle, işlendikleri yer, zaman ve bağlam içerisinde ciddi bir suça denk düşmeyen eylemlerin mülteci kanunlarının sistematik bütünlüğüne gerçekten bir tehdit olacağını söylemek doğru değildir. Gerçekten de, geçmişe dönük ve artık yürürlükte olmayan ceza kanunları ve bunun zaman içerisinde değiştirilmesine ilişkin uygulamalar göz önüne alınırsa, işlendikleri yerde sonraki tarihte kanundışı görülmeyen hareketler üstünden kişilerin cezalandırılmasının yanlış olduğu düşünülmektedir.⁷⁷ Buna benzer bir şekilde, mülteci yasalarının sistematik bütünlüğüne dair bir tehdidin işlediği suçlar bakımından ciddi kabul edilmeyen ve o anda ciddi tehlike altında bulunan birisinin mülteci başvurusundan kaynaklanabileceği durumlar olabilir. Aksine, Birleşik Devletler *Cullinane* davasında belirtildiği gibi, iade edim yasalarının klasik anlayışı “İşlenen suçun işlendiği devlet sınırları içerisinde yasaları ihlal ettiği bahsi geçmezse ve eğer bahsi geçse bile durum kanıtlanamazsa kişinin, yani firarının, içinde bulunduğu ülkeden koruma talebini devletin karşılamaya zorunlu”⁷⁸ olduğundan bahsedilir.

⁷⁶ İbid.

⁷⁷ Brzezinski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (1998) 4 FC 525 (Can. FCTD, Jul. 9, 1998) s. 540.

⁷⁸ United States of America v. Cullinane, 2003, 2NZLR 1 (NZCA, Dec. 18, 2001) s. 13-17 (49)-(70)

Bir suçun ağır adi suç olarak tanımında Belçika mahkemesinin *Xie* davasında da belirttiği gibi iade edim kurallarını uygularken yine de evrensel hukuk normları dikkate alınmalıdır⁷⁹; “anlaşmaların iade edim hükümlerinde yer alan” suçlardan bahsedilmesi için... Bu tanıma uygun bazı suçlar, işleyenin iade edilebilmesi söz konusu olsa bile üç aylık hapis cezasıyla da karşılık olabilecek bir suç, elbette ki de ciddi suçlar olarak sayılmamalıdır.”⁸⁰

"Her ne kadar kendisi günlük hayatta da çokça kullanılan bir kelime olsa da, "ciddi"nin konuşmalar içerisinde kullanılacak birçok anlamsal tonu bulunmaktadır. Bir amaç içerisinde ciddi olan bir şey başka bir amaç için o özelliği taşımayabilir. Buradaki bağlam, mültecinin işlediği suçun ciddiyeti ve bu ciddiyetin onu başka olasılıklar altında kazanabileceği ve kendisini gerçek bir korkuya ve zulme karşı savunacak olan uluslararası koruma hakkından mahrum bırakacak derecede olup olmadığıdır".⁸¹

Ortada bulunan kanıtların ve bilgilerin ışığında suçluluğun ciddi olup olmadığına karar verilmesi işlemi sırasında⁸², elbette ki kanunların kapsayıcı "durumun göz önünde bulundurulması için ciddi emareler bulunması" standardı uygulanmalıdır. Yukarıda da açıklandığı üzere,⁸³ bu sadece niceliğe bağlı bir yeterliliğin sağlanması için gerekli olan minimal bir standart değildir; onun yerine, karar alınabilmesi için, içinde ikna edici kanıtların bulunmasını da talep etmektedir. Ancak bu konuyu destekleyecek ikna edici ve yeterli kanıtların bulunması halinde kişinin mülteci işlemlerinin dışında bırakılmasını gerektirecek bir suçun ciddiyetinden "şüphe duyulmasına yetecek ciddiyette emarelerin" bulunduğu bahsetmek mümkün olacaktır.⁸⁴ Burada söz edilen açık ve ikna edici kanıtların "ciddi emareler" olarak ele alınması için kişinin dışarıda

⁷⁹ Statement of Mr. Herment of Belgium, UN Doc. A/CONF.2/SR.29 (Jul.19, 1951) s.24.

⁸⁰ *Xie v. Canada* (Minister of Citizenship and Immigration) (2005) 1 FCR 304 (Can. FCA, Jun. 30, 2004).

⁸¹ Hathaway, *Refugee Status.*, s. 224.

⁸² *AH (Algeria)*(Eng. CA, 2012) at 3486 (52).

⁸³ *Bundesrepublik* (CJEU, 2010) at (109).

⁸⁴ *S v. Refugee Status Appeals Authority* (NZCA, 1998) s. 297

bırakılmasına neden olacak ilgili suçun *actus reus* (suçu işleme niyeti)⁸⁵ ve *mens rea* (niyeti de kapsayan suç işleme fiili)⁸⁶ halleriyle alakalı tespitin yapılması gerekir.

İşlenen suçun işlendiği yer ve zamanda olduğu gibi kendisinin iltica başvurusunda bulunduğu ülkenin sınırları içinde de ciddi bir suç olduğunu ortaya koyan kanıtların kesinliğinden bahsedebilmek için suçlu iade kriterlerinin kullanılmasında sorulması gereken son soru bu suçun her şeye rağmen yine de temel uluslararası yasaların buyruğu altında iade edilebilir olup olmadığına dair olacaktır. Suçluların iadesi ve reddi için gereken kurallar, BM'nin Suçlu İadesi Hakkında Model Anlaşmalarında⁸⁷ düzenlenmiştir.

e. Siyasi Olmayan Suçlar (Adi suçlar)

Madde hükmünden anlaşılan, dışarıda bırakıma sebep olacak suçun aynı zamanda, bir de “siyasi olmayan bir suç” olması gerekliliğidir. Konvansiyon Soğuk Savaş döneminin iki kutuplu koşulları içerisinde gerçekleştirilmiş ve hiç kuşkusuz o dönemin koşulları bu hükümlerin oluşmasında etkili olmuştur. Eğer yurtdışında kişiyi beklemekte olan “yargılama” ya da “cezalandırma” temel, evrensel ceza hukuku normlarının doğru ve dürüst bir uygulaması değil de, sahip olunan erkin engellemek için kötüye kullanılmasının sonucunda ortaya çıkan bir durumsa, ortada bireyin uluslararası korumanın dışında bırakılması için hiçbir sebep bulunmamaktadır.⁸⁸ ABD yüksek mahkemesi *Aquirre* davasında evrensel hukuka saygılı ve adil yargılama sistemine sahip hukuk düzenleri üzerinden *iade edim hukuku* tespitinin yapılması gerektiğine işaret etmiştir.⁸⁹ Mahkeme adi suçluların iade edileceği, siyasi suçluların iade edilemeyeceği teamülüne dayanan bir çözüm yolu öngörmüş ve hukuk

⁸⁵ [action or conduct which is a constituent element of a crime, as opposed to the mental state of the accused]

⁸⁶ [the intention or knowledge of wrongdoing that constitutes part of a crime, as opposed to the action or conduct of the accused]

⁸⁷ Convention for the Suppression of Financing Terrorism, 2002, 2178 UNTS 197., at Art. 15

⁸⁸ T v. Immigration Officer (UKHL, 1996) s. 764.

⁸⁹ United States Supreme Court in Immigration and Naturalization Service v. Aguirre-Aguirre, (1999) 526 US 415 (USSC, May 3, 1999) s.428-29.

devleti (Rule of Law) prensipleri üzerinden değerlendirme yapılmasına karar vermiştir.

Konvansiyon'un 33(1). maddesinde hüküm altına alınan, *geri göndermeme (non-refoulement)* kuralına göre ülkesine döndüğünde işkence veya insanlık dışı muamele görme ihtimali olan kişiler menşei ülkelerine gönderilmezler ve bu uluslararası teamül hukuku kuralı olduğundan Konvansiyon'a taraf olsun ya da olmasın bütün devletler için bağlayıcıdır. Ülkesinde işlediği bir suçtan dolayı aranan kişinin böyle bir koşulda iade edilmesi talebi karşısında durumu ne olacaktır? Bu durum devletlerin iade ve yabancılar mevzuatının düzenlenme şekline göre farklılıklar göstermektedir. Bazı ülkelerde sığınmacıların iade edilmesi açık bir biçimde yasaklanırken, bazı ülkelerde geri-göndermeme hükümleri sığınmacıları da kapsamına alacak şekilde geniş tutulmuştur. Örneğin; Bosna-Hersek Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu 415(1)(b).maddesi, Slovak Cumhuriyeti'nin Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu 501(b).maddesi işkence riski olan ülkelere iadeyi yasaklayan hükümler içerir.⁹⁰ BMMYK ulusal mevzuatlarında farklı hükümler mevcut olsa da ülkesinde işkence, insanlık dışı muamele görme riski bulunan kişilerin geri göndermeme yükümlülüğü çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği görüşündedir.⁹¹ Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi Madde 3(2).maddesinde,⁹² "*kendisinden talepte bulunulan Tarafın sıradan bir suç için yapılan iade talebinin bir kişinin ırkı, dini, tabiiyeti, siyasi görüşü nedeniyle zulme maruz bırakılması veya cezalandırılması amacı taşıdığına ya da bu kişinin bu nedenlerden herhangi birinden dolayı önyargıya maruz kalacağına inanmak için geçerli sebebi varsa iadenin gerçekleşmeyeceği*" ifade edilmiştir. Yine aynı şekilde iadesi durumunda ülkesinde idam cezası ile karşılaşacak sığınmacının iadesi, siyasi suç ve adi suç bağlamında değerlendirilmemeli, adaletli bir yaklaşımla her olay kendi öznelinde analiz edilmelidir.

⁹⁰ <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=55fa5e334>, ss.18-20 (son erişim tarihi: 12-10-2019).

⁹¹ İbid.

⁹² <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=3ae6b36b0> (son erişim tarihi: 12-10-2019)

T davasında Birleşik Krallık mahkemesi tarafından da çerçevelendiği şekilde, bir eylemin siyasi suç sayılması için o eylemin “politik bir amaçla ortaya konulması ve bu politik amacın, hükümeti ya da devleti devirmek; değiştirmek, veya en azından hükümet politikalarını etkilemek niyetini taşıması gerekmektedir.”⁹³ Ancak ulusal mahkeme kararlarında siyasi suç ve adi suç ayırımı arasında yeknesaklık bulunmamaktadır. *Aguirre* davasında bir Guatemalalı’nın otobüs ücretlerinin yüksekliğini protesto etmekte olan yürüyüşler sırasında iddia edilene göre işlediği suçların, ABD yüksek mahkemesi tarafından politik amaçların sürdürülebilmesi sebebiyle işlendiği kararına varılmıştır, çünkü “bahsedilen miktarda... otobüs ücretleri birçok Guatemalalı’nın yıllık gelirinin büyük bir kısmını kapsamaktadır, ve onlar üstünde yapılacak olan bir zam ciddi ölçüde ekonomik zorluklara yol açabilir”⁹⁴ İkinci soru ise söz konusu politik amaçların yerine getirilmesi için ne tür araçların ve yöntemlerin kullanıldığı olmalıdır. Böyle bir bağlantının var olup olmadığına karar verilmesi sürecinde, kararda belirtildiği üzere, ‘mahkeme geçmişte politik amaçlara ulaşmak için kullanılmış yöntemleri akıllarında bulunduracak ve özellikle de, bir yanda, suçun hedefinin politik ya da askeri bir odağı olup olmadığına, öte yanda da, sivil bir odağı olup olmadığına; ve bu vakanın toplumun sivil yapıları içinde nasıl bir miktarda zarara sebep olduğuna odaklanılması gerekecektir.’⁹⁵

Kanada yüksek mahkemesi, *Shamiou* davasında, hedefin kim ya da ne olmasının yanında, ‘mahkemeler araçlar ve yöntemler üstüne yapılacak bir soruşturmanın aynı zamanda hedeflenen amaçla işlenen suçun doğurduğu zarar arasındaki oranın belirlenmesi ve bunun ne kadar “uygun” olup olmadığına karar vermesini de gerektirdiği konusunu’ ifade etmiştir.⁹⁶

Ciddi bir suçun, örneğin cinayet suçunun, bulunduğu rejimin ciddi anlamda baskıcı olması durumunda işlenmesinde siyasi nitelik taşıdığı kabul edilebilir. Öte yandan, eğer söz konusu suçun işlendiği rejim

⁹³ T v. Immigration Officer (UKHL, 1996) s. 749-50.

⁹⁴ *Aguirre-Aguirre* (USSC, 1999) s. 421.

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ *Shamlou v. Canada* (Minister of Citizenship and Immigration) (1995) FCJ 1537 (Can. FCTD, Nov. 15, 1995).

bir liberal demokrasiye ve bürokratik bütünlüğü içinde anayasal haklar olarak konuşma ve ifade özgürlüğü hakkını barındırmaktaysa... değil cinayet kadar ciddi bir suçun, herhangi bir suçun dahi politik bir harekete metod olarak kabul edilebileceğini düşünmek uygun olmayacaktır. Örn; Adolf Hitler'e suikast girişiminde bulunanlar mülteci statüsünü kazanmayı talep edebilirlerdi, ancak John F. Kennedy'nin suikastçisinin elinde böyle bir hak bulunması söz konusu olamazdı.

Sonuç olarak, siyasi bir amacı sağlamak için kullanılacak olan yöntem ayrımcılık yapmamak üzerine olmak yerine bir hedef taşımalı ve taşıdığı hedef olan politik baskı değişiminin sınırları dışında bir zarar vermemelidir. Yoksa, onun siyasi bir suç olduğundan bahsedilemez.

Bir devletin, hukuk kurallarının ihlali sebebiyle yargılanan ya da cezalandırılmak istenen ve bundan da kaçan kişi ya da kişilere karşı göstermekten yana olduğu hoşgörü seviyesi ne olursa olsun, bu uluslararası suçları işlemiş ya da BM prensiplerine ve amaçlarına uygun olmayacak suçlara dahil olmuş kişiyi ya da kişileri Konvansiyon statüsü dışında bırakır.⁹⁷ Elbette ki, bu durumda bile kimi sınırları içerisine alıp koruyacağı o devletin inhisarında bir karar olacaktır, ancak sınırları içine alıp koruma vermeleri halinde bile bahsi geçen kişiye uluslararası kurallar ve kanunlar yüzünden mülteci koruması verilmeyecek olması bazı durumlarda tartışmaları da beraberinde getirmektedir.⁹⁸

1(F). maddesinin doğasının gereği içinde bu noktada gerekli olan iki önemli konunun tartışılması gerektiğini düşünüyoruz;⁹⁹

1-Bunlardan ilki, öncelikli olarak Uluslararası Çocuk Hakları Anlaşması'nın sunduğu gereklilikler ve öngörüler sebebiyle kişinin bahsi geçen ağır suçu reşit olmadan önce işlemiş olması halinde, kişinin 1(F). maddesi hükümleri ile uluslararası mülteci koruması dışında tutulabileceği anlamına gelebilecek olmasıdır.

2-Listedeki ikinci, hukuki işlemlerin askıya alınmasına sebep olabilecek sebep ise, 1(F). maddesi ağır suçlar işlemiş kişilerin yine ağır suçlar işleyebileceği ihtimalinden veya yasalardan kaçmak istemeleri

⁹⁷ UNHCR, Background Note on Exclusion Clauses, at 35(96).

⁹⁸ Statement of Mr. Rochefort of France, UN Doc. E/AC.7/SR.166 (Aug. 22, 1950) at 4.

⁹⁹ Safi, S. Mülteci Hukuku, Legal yayınevi, 2017, ss. 213-321.

durumundan doğan sistematik risklere karşı geliştirilmiş olduğundan, o bahsi geçen kişinin aile üyelerine veya kişiye başka şekillerde bağımlı olan bireylerin mülteci başvurusunda bulunması halinde önyargıya ve ayrımcılığa maruz kalmamaları zorunluluğudur. Bu ceza hukukunda suçun şahsiliği prensibi ile açıklanır.¹⁰⁰ Elbette ki bu kişilerin başvurularının sadece bahsi geçen suçluyla olan ilişkileri sebebiyle kabul edilmesi halinde uygulanamaz ve bundan bağımsız bir şekilde ortaya konulmuş olan her türlü mülteci hakkı gereklilikleri de kişinin yine bahsi geçen suçluyla olan ilişkilerinden bağımsız bir şekilde incelemeye alınmalı ve o şekilde karar verilmelidir. Eğer ki kişinin mülteci hakkını kazanmasını sağlayacak sebepleri, yani devlet tarafından korunmadığı ya da korunmadığı bir zulüm görme hali varsa, Konvansiyon'un diğer herkese sunduğu sınırlar altında koruma işlemleri onlar için de işleme geçirilmeli ve uygulamaya konulmalıdır.¹⁰¹

II. ÇOCUK ASKERLER

Bugün kimi ülkelerde çocuklar; zorla (forced), zorunlu askerlik yoluyla (compulsory) veya gönüllü (voluntary) olarak silahlı kuvvetlere katılmaktadırlar.¹⁰² Çocuğun *zorla* silahlı kuvvetlere ya da gruplara katılması genellikle çocuğun kaçırılması veya çocuğa ve/veya aile üyeleri-

¹⁰⁰ Çağdaş maddi ceza hukukunun en önemli ilkelerinden biri suç ve cezanın şahsiliği ilkesidir. Bu kural gereğince, kişi ancak kendisinin işlediği fiiller nedeniyle sorumlu tutulabilir, başkasının işlediği fillere iştirak etmedikçe sorumlu tutulamaz. Ceza usul hukuku açısından da kural olarak bir ülkenin egemenlik alanı içerisinde bulunan herkesin o ülkenin ceza yargılaması kurallarına tabi olduğu kabul edilmektedir. Maddi ceza hukuku ve ceza usul hukukunda kabul edilen bu ilkeler, devletin kişilerin yaşam alanına keyfi bir şekilde müdahale etmesini engeller. Ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi, failin kendi fiilinden sorumlu olmasının sonucu olarak kişisel bir güvence sağlar. Diğer taraftan “kusursuz ceza olmaz” ilkesi, yani failin işlediği fiilin kendi kusurlu hareketinden kaynaklanması, kişinin özgür iradesiyle meydana getirdiği yapıp-etmelerine hukuk düzenince sonuç bağlanmasını sağlayarak bu kişisel güvenceyi sağlamlaştırır. Devletler uluslararası hukuk kişiliğine sahip olmaları, hak ve borçlar edinebilmeleri nedeniyle, uluslararası devletler hukuku gereği sorumluluk altındadır. Fakat devletlerin cezai sorumluluğu kabul edilmemektedir. Suç teşkil eden fiil hangi devlet görevlisi tarafından işlenmişse cezai sorumluluk da o şahsa ait olmaktadır.

¹⁰¹ UNHCR, Background Note on Exclusion Clauses, at 35(94)-(95).

¹⁰² Akar, Emine., İnsancıl Hukuk Çerçevesinde Çocuk Askerler Sorunu, 2019, Astana yayınları, s. 68.

ne karşı şiddet veya tehdit edilmesi gibi yollarla sağlanır.¹⁰³ Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin (ÇHS) 19. maddesi; çocukların bu yolla silah altına alınmasını yasaklamış, bedensel veya zihinsel saldırıdan, şiddet ve istismardan korunması ilişkin hükümler getirmiştir. ÇHS'ne Ek Çocukların Silahlı Çatışmalara Dahil Olmamaları ile İlgili İhtiyari Protokol'e göre 18 yaşın altındaki çocukların zorunlu askerlik hizmetine alınmaları yasaklanmıştır.¹⁰⁴ Adı geçen İhtiyari Ek Protokole (DCAF) göre çocukların silahlı kuvvetlere gönüllü katılımını zorlayan bazı sebepler şunlardır:

1-Devletin bir başka devletle veya devlet dışı örgütlerle çatışması veya istilaya, işgale uğraması gibi durumlarda ortaya çıkan ülke güvenliği kaygısı,

2-Ailesini veya evini kaybedenlerin gereksinim duyduğu güvenlik ihtiyacı,

3-Ekonomik yıkım, yoksulluk, işsizlik, eğitimden mahrumiyeti, aile içi şiddet veya istismar gibi durumların neden olduğu ekonomik ve sosyal sebepler,

4- Askeri hayatı yücelten değerler sistemi, akran baskısı gibi kültürel sebepler,

5-İnanılan bir dava uğruna mücadele etmek için haklı gerekçenin varlığına ikna eden ideolojik sebepler,

6-Askeri ayrıcalıklardan yararlanmak, eğitim, para ve prestij kazanmak gibi kişisel sebepler.¹⁰⁵

Kimi bölgelerde ise devletler mevcut ihtiyaçlarını karşılamak için zorunlu askerlik görevini kanunla düzenlemektedirler.¹⁰⁶

1997 tarihli UNICEF Cape Town Prensipleri'nde çocuk askerinin tanımı şu şekilde yapılmıştır: *'18 yaşın altında olan, herhangi bir düzenli veya düzensiz silahlı kuvvetlerde veya silahlı gruplarda, olanlarla sınırlı olmamak kaydıyla ve aile üyeleri dışında aşçı, hamal, ulak ve bunlara eşlik edenler çocuk*

¹⁰³ İbid, s.69.

¹⁰⁴ https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/60F64A1AF972330DC12577B90033FADB-DCAF_Oct2006.pdf (son erişim tarihi. 05-10-2019).

¹⁰⁵ İbid, 2006, 3.

¹⁰⁶ İbid.

*askerdir. Bu tanıma, cinsel amaçlarla alınan ve evliliğe zorlanan kız çocukları da dahildir. Dolayısıyla bu kavram sadece silah taşıyan çocuğa işaret etmez.*¹⁰⁷

Çocukların askere alınmasına ilişkin Cenevre sözleşmelerinin Ek I No.lu Protokolünün 77. maddesi çocukların silahlı kuvvetlere alınmayacağına ilişkin hükmünü şu şekilde ifade etmiştir;

'Çatışma tarafları 15 yaşına ulaşmamış çocukların düşmanca davranışlara doğrudan katılmamaları için her türlü önlemi alacaklardır; özellikle bu çocukların silahlı kuvvetlerde görev almalarından sakınacaklardır. 15 yaşını dolduran ancak 18 yaşını doldurmamış kişilerin asker olarak görevlendirmesinde, çatışma tarafları yaşı büyük olanlara öncelik tanımak için gerekli tüm önlemleri almaya gayret göstermelidirler.'

Madde hükmünden de anlaşıldığı üzere, 15 yaşın altındaki çocuklar silahlı çatışmadan uzak tutulmak istenmiş, korumaya alınmaya çalışılmıştır.

Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsünün 8/2(b)(26). maddesi hükmü de çocukların korunmasına ilişkin hüküm getirmiş ve; *15 yaşından küçük çocukların ulusal silahlı kuvvetlere gönüllü yazılması, askere zorunlu alınması veya düşmanlıklarda aktif olarak kullanılması yasaklanmıştır, demıştır.*

8/2(e)(7). maddesinde ise; 15 yaşından küçük çocukların silahlı kuvvetlere veya gruplara gönüllü yazılması, askere zorunlu alınması veya düşmanlıklara aktif olarak katılmasını yasaklamıştır.

Birleşmiş Milletler Çocuk Adalet Sisteminin Uygulanması hakkında Asgari Standart Kuralları (Pekin Kuralları)'nın 4. maddesi çocukların davranışlarının sonuçlarını öngöremeyecek olmalarını şu şekilde ifade etmiştir;

'Ceza sorumluluğunun alt sınırını belirleyen sistemler açısından, bu sınır çocuğun duygusal, zihinsel ve entelektüel açılardan olgunluğa eriştiği yaşın

¹⁰⁷ UNICEF, Cape Town Principles and Best practices, adopted at the Symposium on the Prevention of Recruitment of Children into the Armed Forces and Demobilization and Social Reintegration of Child Soldiers in Africa, Cape Town. 27-30 April 1997.

*altında tutulmamalıdır.*¹⁰⁸ Çocuğun cezai sorumluluğunun belli bir yaş sınırının altında tutulması gerekliliği ve buna gerekçe olarak da çocuğun henüz yeterli zihinsel, duygusal, psikolojik olgunluğa erişmemiş olduğu, davranışlarının sonucunu öngöremeyecek olması ifade edilmiştir.

Türk Ceza Kanunu'nun 31(1).*'maddesine göre; Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmamış olan çocukların ceza sorumluluğu yoktur. Bu kişiler hakkında, ceza kovuşturması yapılamaz; ancak, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilir'.*

Yukarıda ifade edilen düzenlemelerde, bu yaştaki çocukların kendi bireysel iradeleri ile eylemlerinin hukuki sonucunu algılayamayacak durumda olmaları cihetiyle cezalandırma yerine koruma tedbirleri ile topluma entegre edilmeleri öne çıkan yaklaşım olmuştur.

1951 Cenevre Konvansiyonu, ülkesinde haklı nedenlere dayanan zulüm görme iddiasında olan kişilere, devletin kendisini korumaya istekli olmadığı veya korumaya muktedir olmadığı durumlarda mülteci statüsü verileceğine ilişkin tanımı yaparken aynı zamanda en ağır suçları işleyen kişilerin bu statünün dışında bırakılmasına ilişkin de hükümler düzenlemiştir. Bu, gerek suçluların cezasız bırakılmamaları gerekse iltica ülkesinde kamu güvenliğinin korunması açısından anlaşılabilir bir durumdur. Bununla birlikte, sığınma talebinde bulunan çocuk askerler için kritik olan şey, mülteci tanımına uyan koşulları taşıyabilir bile uluslararası korumaya erişemeyecekleri ve özellikle de Konvansiyon'un 'ağır suçların varlığı nedeniyle' korumayı reddettiği gerçeğidir. Bu Konvansiyon'un genel amacı, sığınma sisteminin bütünlüğünü, hak etmeyenlerin istismar etmesini önleyerek korumaktır ve çekirdek uluslararası suçları işleyenlerin kovuşturmadan kaçamadıklarını garanti altına almaktır. Buradaki amaç, ilgili hükmün zorunlu dili, 1(F)(a). maddesinde *her mülteci* tamlaması ile bu suçlara dahil olma potansiyeli olanları mülteci koruması dışında bırakmaktır dolayısıyla da çocuk askerler ile ilgili bir ayırma gitmez.

İltica başvurusunda bulunan kişiler mülteci korumasından yararlandıkları vakit, başka bir devlet toprağında yaşamakla zulümden kur-

¹⁰⁸ http://cocukhaklari.barobirlik.org.tr/dokuman/mevzuat_uakararlar/cocuk_adaletsisitemininuygulanmasi.pdf (son erişim tarihi-05-11-2019).

tulacaklardır. Oysa çocuk askerler söz konusu olduğunda, iltica talebinde bulunan çocukların sadece gördükleri zulümden kurtulmaları değil aynı zamanda rehabilite olup topluma entegre olmaları, insanlığa faydalı bir birey olarak yetişmeleri de söz konusu olmaktadır. Bu suçlara dahil oldukları yaşlarda yaptıkları eylemlerin sonuçlarını öngöremeyecek bir irade düzeyinde olmaları dikkate alınmalıdır. Birçok ulusal hukuk sistemlerinde, cezalandırma yerine, çocukları rehabilite etmek maksatlı tedbir kararları uygulanmaktadır ve mülteci statüsü reddedilen çocuk, 'savaş suçlusu' olarak etiketlenmenin ve dışlanmanın neticesinde daha kötüleşme, radikalleşme eğilimi gösterebilecektir. Mülteci tanımında aslında, savaşın şiddetine maruz kalan insanların korunması gayesi bulunur. Yaşı küçük çocukları rehabilite etmek de aynı zamanda savaşın şiddetinden korumak anlamında değerlendirilmelidir. Burada vurgulanması gereken konu, çocuk askerleri çevreleyen zorlu koşulların varlığının Konvansiyon'un insani amacı ile bir paradoks içermemesidir.

Bu kaygılar ışığında, Konvansiyon'un 1(F)(a). maddesinin çocuklar (veya herhangi bir diğer iltica kategorisi) için özel bir istisna içermediğine dikkat çekmek gerekir. Aksine, hükmün metni, başvurunun her durumda zorunlu olduğudur: Konvansiyon, barışa karşı suç, savaş suçu ve insanlığa karşı suçlar işleyen herkesi kapsayarak çocuklar için yaş küçüklüğüne binaen bir ceza indirimi gibi bir ayırıma gitmemiştir.

Buna göre, hükümde bir değişikliğe gidilmedikçe, mülteci statüsüne karar veren merciiler ve mahkemelerin, yaşa bağlı ya da çocuk askerlik statüsü de dahil olmak üzere herhangi bir başka koşuldan bağımsız olarak, 1(F)(a). maddesinde listelenen suçlarla ilgili olup olmadığına ilişkin takdir yetkisi olmayacaktır.

1F(a)'nın zorunlu niteliği ve bunun çocuk askerlerin mülteci iddialarını değerlendirmek için ortaya koydukları karmaşıklık, BMMYK'nın bu kişilerin özel durumlarına ilişkin çok sayıda ifade içeren Etkili Dışlama Yönergeleri ve Beraberindeki Arka Plan Notuna yansıtılmıştır, ancak uluslararası korumadan yararlanmalarına ilişkin bir düzenlemeye gidilmesine de sebep olmamıştır. Örneğin, her iki belge de çocuk askerlerin dahil olduğu vakalarda ilgili tüm savunmaların dikkatli bir şekilde

değerlendirilmesi gerektiği vurgulanmaktadır.¹⁰⁹ Arka Plan Notu, bu durumlarda göz önünde bulundurulması gereken bir takım spesifik faktörleri listelemektedir; silahlı gruba ilk müdahale anındaki yaş; katılımın gönüllü mü yoksa zorla mı olduğu; üye olarak sürenin uzunluğu; kaçma ve suç eylemlerine katılma olasılığı; uyuşturucu ya da alkolün zorunlu kullanımı; eğitim düzeyi ve söz konusu olayların anlaşılması; ve herhangi bir travma, kötüye kullanım veya kötü muamele.¹¹⁰

Diğer taraftan, çocuk askerler, “iltica sürecinde özel olarak hazırlanmış temel ve usule uygun farklı bir düzenlemeye ilişkin bir muamele” ile özel dikkat gerektiren bir grup olarak devletlerin rehber mevzuatlarında geniş çapta kabul görmüştür.¹¹¹

1(F)(a). maddesi uluslararası ceza hukuku temelli ilkelere dayanmaktadır. Öte yandan UCM 18 yaşından küçük çocukları yargılama yetkisi içerisine almadığı gibi 8. maddede çocuk yaştakilerin asker olarak çatışmalarda kullanılmasını da yasaklamıştır. Eğer uluslararası toplum gelecekte, bir noktada çocuk askerlerin uluslararası suçlara katılımlarından cezai olarak sorumlu tutulması gerektiğine karar verirse, 1(F)(a). maddesi uyarınca uluslararası korumanın dışında bırakılması da meşru bir olasılık haline gelecektir. Ancak bugün için UCM’de cezai sorumlulukları olan bir grup olarak kabul edilmemektedirler ve bize göre uluslararası koruma konusunda ayrı bir düzenlemeye sahip olmaları gerekir.

Sonuç

Uluslararası hukuk bir kimsenin işkence görmesi tehlikesi altındayken ülkesine geri gönderilmemesi ya da insancıl olmayan, aşağılayıcı bir muameleye teslim edilmemesi ve temel insan haklarının korunmasına ilişkin temel sözleşmeleri kodifiye etmiştir. Mülteci hukukunun temel varlık amacı, ülkesinde zulüm gören insanların ait oldukları devlet tarafından korunmaması/korunamaması durumunda uluslararası

¹⁰⁹ UNHCR, Background Note on the Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees, 4 September 2003, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3f5857d24.html>. (son erişim tarihi-10-09-2019).

¹¹⁰ İbid, para. 91-2.

¹¹¹ Joshua Dankof, ‘Advocating Duress and Infancy Exceptions to the Persecutor Bar to Asylum for Former Child Soldiers’, Children’s Legal Rights Journal 31 (2011).

koruma mekanizmasını harekete geçirmek, palyatif çözümler yerine kalıcı, insan hakları temelli çareler üretmektir. Mülteci hukuku, bireyin korunamayan temel insan hakkının korunmasına ilişkin uluslararası hukukun getirdiği vekil koruma sistemidir. Devletlerin kamu güvenliği kaygısıyla ülkesine alacağı mültecinin ülkesi için potansiyel suç riski taşıyıp taşımayacağını tayin etmesi anlaşılır bir durumdur. Çünkü birinin insan hakkını korumaya çalışırken kendi vatandaşının insan hakkının ihlal edilmemesi arasındaki dengeyi kurmak zorundadır.

Ancak bunu yaparken 1951 Cenevre Konvansiyonu hükümlerinin 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi ve uluslararası teamül hukuku kuralları uyarınca *bona fide*, iyiniyetli yorumlanması önemlidir.

Ayrıca iç hukuk sistemlerinde yaş küçüklüğünün cezai sorumluluk konusunda dikkate alınması ve mülteci hukuku bağlamında değer görmemesi ve böyle bir ayırımı gidilmemesi eksiklidir. Çünkü çocuk işlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya yönlendirme yeteneği yeterince gelişmemiş olduğu düşünülen, korunması gereken bireydir.

KAYNAKLAR

- Akar, Emine., İnsancıl Hukuk Çerçevesinde Çocuk Askerler Sorunu, 2019, Astana yayınları.
- B. Simma and P.Alston, "The Sources of Human Rights Law Custom, Jus Cogens and General Principles, " (1988-89) 12 Aust. Y.B.I.L.82.
- Çiçekli, B. (2009) Uluslararası Hukukta Mülteciler ve Sığınmacılar, Seçkin yayınevi.
- Grahl-Madsen, Division of International Protection (DIP), UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), Commentary of the Refugee Convention 1951 (Articles 2-11, 13-37), October 1997, available at: <http://www.refworld.org/docid/4785ee9d2.html> [accessed 13 March 2017], Commentary of the Refugee Convention 1951 (Articles 2-11, 13-37).
- Hathaway, J. 2014, The Law of Refugee Status, Cambridge Press.
- I.A.Macdonald and R. Toal, (8th edition 2010) Immigration Law and Practice in the United Kingdom, at (12.97).
- J. Rikhof, (2012) The Criminal Refugee: The Treatment of Asylum Seekers with a Criminal Background in International and Domestic Law.
- Joshua Dankof, 'Advocating Duress and Infancy Exceptions to the Persecutor Bar to Asylum for Former Child Soldiers', Children's Legal Rights Journal 31 (2011).
- Menekşe, T., İltica Hukukunda Hariçte bırakma Değerlendirmesi, Göç Araştırmaları Dergisi, Cilt.4, Sayı.1, Ocak-Haziran 2018.
- Öztürk, N.Ö. Mültecilerin hukuki statüsünün belirlenmesi, Ekim 2015, Ankara, Seçkin.
- Safi, S. Mülteci Hukuku, Legal yayınevi, 2017.
- Strawson, John., Law After ground Zero, Glasshouse,(edit), 2002.
- Terrorism Versus Human Rights, 19 Isr. Y.B.H. Rts. 297.
- P. Weis, (1960) The Concept of the Refugee in International Law, 87 J. du droit international 928.
- W.A.Schabas and N. Bernaz (eds) Routledge Handbook of International Criminal Law (2011) .

BELGELER

- Articles Considered bu the Committee of the Whole United Nations Conference on -Territorial Asylum, UN Doc. A/CONF.78/ 12 (Feb. 4, 1977) at Art. 2(2) aktaran A. Grahl-Madsen.
- Accord Statements of Mr. Petren of Sweden, UN Doc. A/CONF.2/SR.29 (Jul.19, 1951) s.16.
- BMMYK, 2003, (Statü Dışında Bırakma İlkeleri), paragraf 4.
- BMMYK, 2003, (Statü Dışında Bırakma İlkeleri) paragraf 8-9.
- BMMYK, 1998, paragraf 150.
- BMMYK, 2003, (Statü Dışında Bırakma İlkeleri) paragraf 5.
- BMMYK, 2003, (Statü Dışında Bırakma İlkeleri) paragraf 5.
- Bundesrepublik (CJEU, 2010) s. (101).
- 2645 (XXV) sayılı BM Genel Kurulu 6. Komite raporları (A/8716, 2551/XXIV ve A/7845 sayılı BM belgeleri.
- Convention relating to the Status of Refugees, 1951, 189 UNTS 137, Art. 1(F) (b).
- Convention relating to the Status of Refugees, 1951, 189 UNTS 137, Art. 1(F) (b).
- Convention for the Suppression of Financing Terrorism, 2002, 2178 UNTS 197., at Art. 15.
- Council Directive 2011/95/EU of 13 December 2011.
- IRO Constitution, Part II, at (3).
- Re YYMT and FRFJ, (2010) 115 ALD 590 (Aus. AAT, jun.16, 2010) s. 636-37 (124).
- Reintegration of Child Soldiers in Africa, Cape Town. 27-30 April 1997. http://cocukhaklari.barobirlik.org.tr/dokuman/mevzuat_uakararlar/cocu kadaletsisteminiuygulanmasi.pdf (son erişim tarihi-05-11-2019).
- Model Treaty on Extradition, Art. 3(b).
- Swiss Office federal des refugeies, Manuel de procedures D'asile (1996) at 144.
- ST, 509322 (FR. CRR (French Refugee Commission Appeals) Jul. 21, 2006).
- Statement of Mr. Hoare of the United Kingdom, UN Doc. A/CONF.2/SR.3 (Jul.3, 1951) at 15.

-Statement of Mr. Robinson of Israel, UN Doc. E/AC.32/SR.5 (Jan.18, 1950) at 11 (45).

-Statement of Mr. Rochefort of France, UN Doc. E/AC.7/SR.166 (Aug. 22, 1950) at 4.

-Statement of Mr. Rochefort of France, UN Doc. E/AC.7/SR.166 (Aug. 22, 1950) at 7.

-Statement of Baron van Boetzelaer of the Netherlands, UN Doc. A/CONF.2/SR.29 (Jul.19, 1951).

-Statement of Mr. Cjance of Canada, UN Doc. A/CONF.2/SR.29 (Jul.19, 1951) at 26.

-Statement of Mr. Rochefort of France, UN Doc. A/CONF.2/SR.29 (Jul. 19, 1951).

-10 C 7.09 (Ger. BverwG (German Federal Administrative Court) , Feb. 16, 2010).

-Statement of Mr. Herment of Belgium, UN Doc. A/CONF.2/SR.29 (Jul.19, 1951).

https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/60F64A1AF972330DC12577B90033FADB-DCAF_Oct2006.pdf (son erişim tarihi. 05-10-2019).

<https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=55fa66404> (son erişim tarihi-7-10-2019).

- Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Under Control Council Law No. 10, Volume IV; (Washington D.C.: U.S.Government Printing Office).

-UK Border Agency, Exclusion: Articles 1(F) and 33(2) of the Refugee Convention (Apr. 2008) at (2.3.3).

-UNICEF, Cape Town Principles and Best practices, adopted at the Symposium on the -Prevention of Recruitment of Children into the Armed Forces and Demobilization and Social

-UNHCR, Background Note on the Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees, 4 September 2003, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3f5857d24.html>. (son erişim tarihi-10-09-2019).

-UNHCR Guidelines on International Protection No. 5, at 5(14).

- UNHCR, Guidelines on International Protection No. 5, at 2(2).
- UNHCR, Background Note on Exclusion Clauses, at 35(94)-(95).
- UNHCR, Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under, 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees., Handbook at (151).
- UNHCR Guidelines on International Protection, No.5: Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Geneva Convention relating to the Status of Refugees, UN Doc.HCR/GIP/03/05.
- UNHCR, Guidelines on International Protection No. 5, at 5(16).
- UNHCR, Background Note on Exclusion Clauses, at 35(96).
- UN Ad Hoc Committee on Refugees and Stateless Persons, Ad Hoc Committee on Statelessness and Related Problems, Corrigendum to Proposal for a Draft Convention submitted by France, UN Doc. E/AC.32/L.3/Corr.1 9 (Jan.18, 1950).
- Universal Declaration of Human Rights, UNGA Res. 217 A (III), UN Doc. A/ 810 (Dec.10, 1948) 14/2. Madde.
- Universal Declaration, Art 14 (2).

DAVALAR

- Aguirre-Aguirre (USSC, 1999).
- AH (Algeria) v. Secretary of State for the Home Department, (2012) 1 WLR 3469 (Eng. CA, Apr. 2, 2012) at 3481-82 (31).
- Attorney General (Minister of Immigration) v. Tamil X, (2011) 1 NZLR 721 (NZSC, Aug. 27, 2010) at 737.
- Brzezinski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (1998) 4 FC 525 (Can. FCTD, Jul. 9, 1998) s.540.
- Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Mehmet.
- Chan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (2000) 4 FC 390 (Can. FCA, Jul.24, 2000) s.394 (4).
- Dhayakpa v. Minister for Immigration and Ethnic Affairs, (1995) 62 FCR 556, (Aus. FC, Nov. 9, 1995) at 565.
- Ezokola v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (2013) SCC 40 (Can.SC, Jul. 19, 2013) at 36.
- FCTD, Feb. 4 Ovcharuk v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs, (1998) 88.

- Gavrila v. Canada (Minister of Justice) (2010) 3SCR 342 (Can. SC., Nov. 25, 2010) s.348(12).
- Negusie v. Holder, Attorney Attorney General, (2009) 555 US 511 (USSC, Mar. 3, 2009) at 527.
- Ovcharuk (Aus. FFC, 1998) (1992) 2 FC 598 (Can. FCA, April 1, 1992) at 606.
- Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (1992) 2 FC 306 (Can. FCA, Feb. 7, 1992).
- Shamlou v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (1995) FCJ 1537 (Can. FCTD, Nov. 15, 1995).
- Soering v. United Kingdom (1989) 11 EHRR 439 (ECtHR, Jul. 7, 1989) at (86).
- S v. Refugee Status Appeals Authority (NZCA, 1998) s. 297.
- Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (2002) 1 SCR 3 (Can. SC, Jan. 11, 2002) at 57 (102).
- Sumaida v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (2000) 3 FC 66 (Can. FCA, Jan. 7, 2000)
- TI v. United Kingdom (2000) INLR 211 (ECtHR, Mar. 7, 2000).
- Pushpanathan, Supreme Court of Canada (Can. SC, 1998), 1024.
- Rudyak v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (2006) FC 1141 (Can. FC, Sept. 29, 2006).
- United States of America v. Cullinane, 2003, 2NZLR 1 (NZCA, Dec. 18, 2001) s. 13-17 (49)-(70).
- Xie v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (2005) 1 FCR 304 (Can. FCA, Jun. 30, 2004).
- Tamil X (NZSC, 2010) at 733(13).
- Zrig v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)n(2003) 3FC 761 (Can. FCA, April 7, 2003) at 812 (108)